

הודעה כבר ידוע מש"כ פמה גאונים קדמאי ובתראי נ"ע איך מונהגים אנחנו לשמור ולקיים כל דינא דמלכותא ולהיות נזהר מגזל ועונשק עפוי"ם והביאו ע"ז ראיות תוקות ומוכרחות אשר אין להשיב עליהם ועיין מה שכתב הפאר הגולה בח"מ סי' שמ"ח ס"ק ה' ובסי' תכ"ה ס"ק שי"ן וכן הוא בהקדמת שער המלך בסופו בזה"ל לכן אחי שמעו נא לקולי וקיו למדו בתורתנו לאהבת השם ולאהבת הבריות להשלים היוותנו על פני האדמה כי לך נוצרנו שמרו משפט ועשו צדקה עם כל ישראל עם כל אינו יהודי ואהבו למען תאהבו עכ"ל וכן ידוע לכל בני עירי אשר דרפי מעולם להזהיר על זה בדרשותי באזהרות שלא יעלה על דעת אדם שיש חילוק בעשיית עול בין יהודי לאינו יהודי והפל יודעים פשבאים לפני אנשים לתנוה ולפשר איזה ענין ביניהם שלא אחלק שום חילוק כלל בין יהודי לאינו יהודי ח"ו בשום דבר כי כן הוא הדין ע"פ תוה"ק: ועלינו להתפלל בשלום אדונינו הקיסר הקסיד יר"ה ובשלום כל יועציו ושריו מגדול ועד קטן ירוממם ה' פלם והנה נודע בשער בת רבים כי פמה פעמים דרשתי בקהל עדתי להזהירם לקיים את אשר אמר שלמה המלך ע"ה (משלי כ"ד) ירא את ה' בני ומלך וכו' ומזהיר אנכי להתפלל תמיד בשלום אדונינו הקיר"ה והצלחתו אשר בשלום שלום לכל החוסים בצלו ועל הצלחת ושלות השרים היושבים פסאות למשפט מלבד כי הם מחזקים את חכרת האנושי ויפקחו על כל הנוגע לכללות המדינה להיות שלום והשקט בכל גבולינו וב"א על מקומו יבא בשלום נוסף ע"ז יתנו עוז ותעצומות לכל דתות אנשי המדינה וביאור הענין הוא ע"פ הא דברכות ד' ג"ח ובשו"ע או"ח סי' רכ"ד הרואה את המלך מברך אשר חלק מכבודו כו' ואשר נתן מכבודו כו' אנו מחויבים לעבוד את ה' ולשמור מצותיו באמונה פן חלק הקב"ה מכבודו למלך ב"ו וצוה אותנו לשמור פקודיו ברחמי המדינה באמונה וזה שאמר ירא את ה' בני ומלך ועם שונים אל תתערב וגו' ופיד שניהם מי יודע והוא ירא את ה' ואח"כ המלך ועם שונים אל תתערב אלו שמשנים ממצות השם והמלך אל תתערב להיות בחברתם ח"ו כי פתאום יקום אידם ופיד שניהם היינו אותן העוברים על מצות ה' ועל מצות המלך מי יודע פמה גדול שפרם וכן מצאתי באבן עזרא שפירש פן להפ' דפיד שניהם ועיין בסנהדרין ד' ס"ו ע"ב ובקדושין ד' ל' ועיקר הטעם הוא דבמה שיהיה ירא את המלך יקיים ע"י זה מצות ה' ומוראו.

כי כן צוה לנו ה' פמאמרם בסנהדרין ד' י"ט וד' כ"ב ובשא"ד שום תשים עליך מלך שתהא אימתו עליך וכן הוא במלכי או"ה פמו דאמרו בזבחים ד' ק"ב לעולם תהא אימת מלכות עליך שגאמר וירדו כל עבדיך אלה אלי כו' והטהרש"א בח"א שם פתב בזה"ל דמלכותא דארעא בעין מלכותא דרקיע והמזלזל בכבודם פאלו פוגע בכבוד המקום עכ"ל המהרש"א וכן הוא במנחות ד' צ"ח ואמרו שם דשער המזרח עליך שיושן הבירה צורה פדי שתהא אימת מלכות עליהן פדי שידעו מהיכן פאו ויתנו הודאה למלכות: ואמרו בזה לשון לעולם להורות ג"כ ולכלול דאף בתדרי משפכה מחויב אתה פמוראו וכמו דאמרו בב"ב דף ד' גבי הורדוס המלך וכמש"כ הרמב"ם הל' מלכים פ"ב ה"א בזה"ל פבוד גדול נוהגין במלך ומשימין לו אימה ויראה בלב כל אדם כו' משום דמצווה הוא ע"ז פיראה פנימית בלב שלם וזהו פנונת הפסוק (משלי כ') נהם פכפיר אימת מלך מתעברו חוטא נפשו דאימת מלך יהיה עליך פמו אימת נהמת פפיר ומסיים דלא נימא דזהו רק לפנים ויראה חיצונית פמו אימת הארי דאינו רק בגופו ולא בפשו הוא ע"כ אמר ומתעברו

היינו מי שמכעיסו הוא חוטא נפשו דע"י זה נעשה חטא וחסרון בנפשו דהוא עבירה בעצם כמו כל החטאים דהם חסרון בנפשו לפי דהו צווי ה' ליראה את המלך ובאחת מכל מצות ה' וכן מצוונים אנחנו לאהוב את המלך באהבה שלימה ובאמונה ולהתפלל בשלומה של מלכות כמבואר באבות פ"ג פדכתיב בעזרא (ו') די מצלין לחיי מלפא ובנוהי ובירמי' (כ"ז) הביאו צואריכם בעול מלך בכל ועבדו אותו ועמו וחייו וכן אנו מצוונים להתפלל בשלום המדינה ג"כ פדכתיב (ירמ' כ"ט) ודרשו שלום העיר והתפללו בעדה אל ה' פי בשלומה יהיה לכם שלום.

וכן אמרו ביומא ד' ס"ט דאמר שמעון הצדיק לאלקסנדר מוקדון בית שמתפללים עליה ועל מלכותה כו' וזה זמן כביר שאמרתי דרוש א' לכבוד אדונינו הקיסר החסיד יר"ה במקלות עם לפני השרים הגדולים שהיו שם והנני להעתיק קצתו בזה"ל והנה ת"ל כי זיפה ה' אותנו בכבוד אדונינו הקיר"ה פי עושה צדקה וחסד כל הימים עד למרבה וקרא דרור לכל אנשי מדינתו לרבות עד אין מספר ועלינו להודות לה' ולשבחו ולברך את אדונינו הקיר"ה בכל יום ויום ועליו שיניף מה דכתיב במשלי (כ') חסד ואמת יצרו מלך היינו ישמרו אותו וסעד בחסד פסאו דהנה בפרשת נחזי בפסוק ועשית עמדי חסד ואמת פירשו דהעושה חסד ואינו מצפה לתשלום גמול נאמר עליו פי עשה חסד ואמת וכו' כן בחסד הקיר"ה מה שעושה רק חסד וטוב זה נקרא חסד ואמת דהא מצינו אף בפרעה ששיעבד אותנו במצרים בחומר ולבנים עכ"ז אמרו בזבחים ד' ק"ב לעולם תהא אימת מלכות עליה ויליף זה מן מה שאמר מרע"ה לפרעה וירדו כל עבדיך אלה אלי ובמש"כ המהרש"א שם וכן אמרו שם מלך הוא והסבר לו פנים משום שאנו חייבין בכבודו ולעבדו בלב שלם אף אם אינו מתנהג במדת החסד וכן אמרו בכתובות ד' קי"א שהשביע הקב"ה אותנו שלא ימרדו במלכות ואף אם לא יעשה המלך חסד עם עמו ג"כ מחוייבים אנחנו מצד חוב השבועה לעבדו בלב שלם באמונה ולשמור כל פקודיו ומצותיו וע"כ פשעושה חסד עמנו מקרי חסד של אמת שאינו מצפה לתשלום גמול שלנו דעל כל האופנים מחוייבים אנו פן וע"כ גדול מדת ההפסד של אדונינו הקיר"ה ביותר ממעשה החסד של כל האדם ועליו נאמר וסעד בחסד פסאו פי מיד שזיכהו ה' לישוב על פסא הקיסריות התחיל לעשות צדקה וחסד עם כל ואותו חסד ואמת שלו ישמרו אותו בכל תהלוכותיו ובכל אשר יפנה יצליח ועיני עבדיו רואות ושמחות ירום ונשא וגבה מאד אמן פן יהי רצון: ואמרו בברכות ד' נ"ח פתח ד' שילא נאמר לה' הגדולה והגבורה והתפארת כו' לה' הממלכה כו' בריף רחמנא דיהב מלכותא בארעא כעין מלכותא דרקיע ויהב להו שולטנא ורחמי דינא ופירש המהרש"א שם דהגדולה והגבורה זהו הדין ותפארת זהו הרחמים זהו מדות הקב"ה וכן במלך בשר ודם יהיב להו רחמי דינא וגם זהו נכלל במה שמברכין שחלק מכבודו למלך ב"ו וקב"ה מנהיג את העולם במדת הדין ובמדת הרחמים כ"כ במלך ב"ו אף פשעושה משפט בחייבים ג"כ הדין הוא מעורב ברחמים וכביכול כמו מלכותא כו' והארכתי בכ"ז לצורה הענין שהי' אז הרי דמצינו דחז"ל שבוהו והודו לה' על מה שמסר התנהגות עולמו בידי המלכות ונתן להם משפטים וחקי המדינה כפי רצונם: ונתבאר פי ע"פ דין תורה אנו מחוייבין בכבוד המלך ולעבדו באמונה כמאמרם פתובות ד' קי"א שהשביע הקב"ה אותנו שלא ימרדו במלכות וכן קי"ל דינא דמלכותא דינא ועלינו החיוב ע"פ דיני התורה לשמור משפטיו כפי חקי

הַמְדִינָה שֶׁחֻקָּה לָנוּ הַפֶּל לְטוֹבַת הַמְדִינָה וְטוֹבַתְנוּ הֵן מֵצַד הַדִּין כִּי דִינָא דְמַלְכוּתָא דִּינָא וְכֵן מִשׁוּם חַיִּיב שְׂבוּעָה שֶׁהִשְׁבִּיעַ הַקַּב"ה אוֹתָנוּ כָּל הַדִּינִים וְהַפְּלוּלִים הַנֶּאֱמָרִים בְּסִפְרֵי בְּעֵנֵן דִּינֵי מְמוֹנוֹת הַפֶּל נֶאֱמַר בְּזִמְנֵי הַקּוֹדְמִים אוֹלָם בְּזִמְנֵי הַזֶּה עֲנִינִים פְּאֵלוּ וְהֵם רַק כְּפִי חֻקֵי הַמְדִינָה וְאֵין לָנוּ לְעַרְעֵר ח"ו אַחַר יְסוּדָתָם וּמִטְרַתָּם וְעַכ"ז מְקוֹר הַדִּינִים לֹא זָזוּ מִמְּקוֹמָם ע"ד דְּרוּשׁ וְקַבֵּל שְׁכָר וְכִמוּ פֶל הַעוֹסֵק בְּהַלְכוֹת שְׂאִינָם נוֹהֲגִים בְּזִמְנֵנוּ וְכַמֵּש"כ כִּמְהָ גְאוּנִים בְּסִפְרֵיהֶם הַיְקָרִים כִּי כִּידוּעַ לְכָל בְּאֵי שְׁעַר וְגַם תּוֹעֵלַת רַב מִזֶּה לְכַמְהָ דִּינֵי אִיסוּר וְהִיתָר הַנוֹהֲגִים בְּכָל זְמַן: פֶּתַח הַשְּׁעַר א יתְּבַרַךְ הַיּוֹצֵר וַיִּשְׁתַּבַּח הַבוֹרָא ית"ש אֲשֶׁר בָּרָא עוֹלָמוֹת אֵין מִסְפָּר עִם תּוֹרָתוֹ הַקְּדוּשָׁה אֲשֶׁר הִיְתָה מִשְׁתַּעֲשַׁעַת בְּחִיקוֹ ית"ש טָרַם נִבְרָא הָעוֹלָם וּבְשִׁעָה שְׁעָלָה מִשָּׁה לְמָרוֹם אָמְרוּ מִלְּאֲכֵי הַשָּׁרַת כּו' חֲמֵדָה גְנוּזָה שְׁגִנוּזָה לָךְ כּו' תָּנָה הוֹדָךְ עַל הַשָּׁמַיִם וְלֹא נִיתְּנָה הַתּוֹרָה לְמִלְּאֲכֵי הַשָּׁרַת וּבְחֶסֶדֶוּ וְטוֹבוֹ הַגְּדוֹל נִתַּן לָנוּ תּוֹרַת אֱמֶת לְמוֹרְשָׁה וְחַיֵּי עוֹלָם נִטַּע בְּתוֹכָנוּ אֲשֶׁר בְּצִלָּהּ נְחִיָּה וּבְזֶה נִזְכָּה לְאוֹר הַחַיִּים הַנִּצְחִיִּים כְּפִי הַנֶּאֱמָר רָאָה נִתְּתִי לְפָנֶיךָ אֵת הַחַיִּים וְגו' וּמִסַּר לָנוּ תּוֹרָתוֹ אֲשֶׁר כְּפִי הַכְּרַעַת שְׁכָל הַנְּאֻשִׁי כֵּן יָקוּם וּמִן הַשָּׁמַיִם יִסְפִּימוּ עִמָּנוּ וְאֲשֶׁרֵי מִי שֶׁעָמְלוּ בַּתּוֹרָה וּלְחַדֵּשׁ חֲדוּשֵׁי תּוֹרָה הָאֱמֶתִים כְּפִי הַכְּרַעַת שְׁכָלוֹ וְעוֹשֵׂה נְחִת רוּחַ לְיוֹצְרוֹ וְאֵם לָאוּ בַר הַכִּי הוּא יַעֲשֶׂה צְנוּתָא לְעַמְלֵי תּוֹרָה וְיִזְכָּה עִמָּהֶם לְטַלְלֵי אוֹרָה וּלְחַיִּים הַנִּצְחִיִּים.

וְאָמְרוּ בַמ"ר יְתָרוֹ פ' כ"ח עֲלִיתָ לְמָרוֹם שְׁבִית שְׁבִי בְּנוֹהֵג שְׂבַע עוֹלָם הַנִּכְנָס לְמְדִינָה נוֹטֵל דְּבַר שְׂאֵין עֵין בְּנֵי הַמְדִינָה עָלָיו וּמִשָּׁה עָלָה לְמָרוֹם וְנוֹטֵל אֵת הַתּוֹרָה שֶׁהָיוּ הַפֶּל נוֹשְׂאֵין עֵינֵיהֶם עָלָיו כּו' לְקַחַת מִתְּנוֹת כּו' בְּלִקְיָחָה נְתָנָה לוֹ כּו' בְּמִתְּנָה נְתָנָה לוֹ כּו' וְנ"ל לְפָרֵשׁ הַכּוּנָה דְּנִיתְּנָה הַתּוֹרָה בְּמִכְרָה וּבְמִתְּנָה דְּזָהוּ כְּמוֹ הָא דְקָדוּשִׁין ד' כ"ו וּב"ב ד' נ"א דְּבַמִּתְּנָה בְּקִשׁ לִיתְּנוּ וְלָמָּה כָּתַב לְשׁוֹן מְכָר כְּדֵי לְיִיפּוֹת כְּחוֹ מִפִּי הַרְשָׁב"ם וְהַתּוֹסְפוֹת שֶׁם דְּמְכָר הוּא לְיִיפּוֹת כְּחוֹ מִשׁוּם חַיִּיב אַחֲרֵיּוֹת וּפ"כ דְּמִתְּנָה הוּא כְּדֵי דְלֹא יִהְיֶה בּוֹ דִּינָא דְּבַר מְצָרָא וְכֵן י"ל בְּמָה דְּנִיתְּנָה הַתּוֹרָה בְּמִכְרָה וּבְמִתְּנָה דְּהָא אָמְרוּ בְּשִׁבְתָּ ד' קל"ח ע"ב ח"ו שֶׁתְּשַׁתְּבַּח תּוֹרָה שְׁנֶאֱמַר כִּי לֹא תִשְׁכַּח מִפִּי זָרְעוֹ וְגו' וּכְדַכְתִּיב בִּישְׁעֵיהָ (נ"ט) וְאֵנִי זֹאת בְּרִיתִי אוֹתָם כּו' לֹא יִמוּשׁוּ מִפִּיהָ כְּמוֹ שֶׁפִּירֵשׁ רַש"י שֶׁם דְּכַרְתִּי לָהֶם בְּרִית דְּלֹא תִשְׁכַּח תּוֹרָתוֹ מֵהֶם וְכֵן הוּא שֶׁם (ח') צוֹר תְּעוֹדָה חֲתוּם תּוֹרָה בְּלִמְוֵדֵי וְחִפְתִּי לֵה' גו' וְקוֹיִתִּי לוֹ גו' וְכַמְבֹּאֵר בַּמ"ר רִישׁ פ' שְׁמִינֵי וְרוֹת א' וּבַמ"ר מְשַׁפְּטִים (פ' ל"א) וְאֵף בְּדוֹרוֹת הַלְלוּ כּו' אֵין הַתּוֹרָה זְנָה מֵהֶן כּו' וּבַשַּׁא"ד וְכ"כ הַרְמַב"ן בְּזֹאת הַבְּרָכָה פִּי הַפְּסוּק תּוֹרָה צִוָּה גו' מְוַרְשָׁה קַהֲלָת יַעֲקֹב ע"ש: ב וְעֵנֵן חַיִּיב אַחֲרֵיּוֹת הוּא שְׁמֻחֻיב לְהַעֲמִיד דְּבַר הַנִּמְכָּר בְּיַד הַלּוֹקֵחַ שֶׁתְּקוּם וְתַעֲמוֹד בְּשׁוֹפֵי וְהַשְׁקֵט בְּיָדוֹ וְכִמוּ כֵן הַבְּטִיחַ הַקַּב"ה לָנוּ דְּהַתּוֹרָה תִּהְיֶה נִצְחֵי בְּיַדֵּנוּ וְלִכֵּן אֵף דְּעָבְרוּ כְּמָה סְבוֹת וּתְלָאוֹת עַל אַבּוֹתֵינוּ מ"מ אֵין הַדּוֹר יְתוֹם מִתּוֹרַת קְדְמוֹנָנוּ שְׁנִשְׁאֲרָת לָנוּ ת"ל מִן חִיבוּרֵיהֶם אֲשֶׁר חִבְּרוּ לְפָנֵינוּ וּמֵאוֹרֵם אוֹר רְאִינוּ וְזָהוּ כְּעֵין חַיִּיב אַחֲרֵיּוֹת אֵף אִם תִּנְלָד אֵינָה סְבָה לְאַחַר הַמְּכִירָה ג"כ הַבְּטִיחַ לָנוּ וְעֵינֵן בַּח"מ סִימָן רַכ"ה סע"ג זָהוּ הַתּוֹעֵלַת בְּמָה דְּאָמְרוּ דְּנִיתְּנָה הַתּוֹרָה בְּמִכְרָה וּמָה שְׁנִיתְּנָה הַתּוֹרָה בְּמִתְּנָה הָנִי תּוֹעֵלַת לְטוֹבַתְנוּ שְׁלֹא יִהְיֶה לְהַמְלָאכִים טַעֲנָה עַל מָה שֶׁלְקַח מֵרַע"ה הַתּוֹרָה וְהוֹרִידָה לְאַרְץ כְּמִבְּאֵר בְּשִׁבְתָּ ד' פ"ח בְּשִׁעָה שְׁעָלָה מִשָּׁה לְמָרוֹם אָמְרוּ מִלְּאֲכֵי הַשָּׁרַת רַבִּישׁ"ע מָה לִּילוּד אֲשֶׁה בֵּינֵינוּ כּו' א"ל חֲמֵדָה גְנוּזָה שְׁגִנוּזָה לָךְ כּו' אִתָּה מְבַקֵּשׁ לִיתֵן לְב"ו תָּנָה הוֹדָךְ עַל הַשָּׁמַיִם וּי"ל דְּטַעֲנָתָם הִיְתָה מִשׁוּם הַטּוֹב וְהַיְשָׁר

ליתן להם התורה פעין הא דב"מ ד' ק"ח שְׁכִינֵי הָעִיר וּשְׁכִינֵי שְׂדֵה שְׁכִינֵי הָעִיר קוֹדְמִין
כִּי טוֹב שָׁפֹן קָרוֹב וְכ"כ הֶרְמֵב"ם סוֹף הַל' שְׁכִינִים וּבַח"מ ס"א קע"ה סעי' נו"ן.

משום דְּזָהוּ ג"כ בְּכָלֵל הַטּוֹב וְהַיָּשָׁר כַּמֶּש"כ הֶרְמֵב"ם שֶׁם וְהוּבָא בְּבֹאֵר הַגּוֹלָה שֶׁם וְעֵינָן
שֶׁם סעי' נ"ג וּבִשְׁ"ד ס"ק נ"ה וְטַעֲנַת הַמְּלָאכִים הִיְתָה שֶׁהֵם כָּמוֹ שְׁכִינִים לְהַתּוֹרָה דְּמִקּוֹם
הַתּוֹרָה הִיָּה בְּשָׂמִים מִקְּוֹדֵם שֶׁהוֹרִידָה מִשָּׁה לְאַרְצָן וּמִקּוֹם הַמְּלָאכִים עַל הַשָּׁמַיִם ע"כ הִיָּה
לָהֶם דִּין שְׁכִינִים לְהַתּוֹרָה וְכַמוֹ דְּאָמְרוּ בַּמ"ר הַנִּכְנָס לְמַדְיָנָה נוֹטֵל דְּבַר שְׂאִין בְּנֵי הַמְּדִינָה
עָלָיו מִשׁוּם דְּמָה דְּעֵין הַמְּדִינָה עָלָיו יֵשׁ לָהֶם דִּין שְׁכִינִים וְלָכֵן ע"פ מִדַּת הַטּוֹב וְהַיָּשָׁר הִיָּה
לִיתָן לָהֶם הַתּוֹרָה ע"כ נִתְּנָה הַתּוֹרָה בְּמַתְּנָה שְׁלֵא תִהְיֶה לָהֶם טַעֲנָה דְּהָא בְּמַתְּנָה לִית בְּיָה
דִּינָא דְּבַר מְצָרָא וְכַש"כ בְּשְׁכִינִים וְזָהוּ פְּנוּנַת הַמַּאֲמָר בְּשַׁבַּת ד' ק"ה אֲנָכִי נוֹטְרִיקוֹן אֲנָא
נִפְשֵׁי פְתֻבִית יְהִבִית דְּזָהוּ כְּמוֹ חוֹב אַחֲרִיּוֹת ע"ע וְיִהְיִיתָ הוּא לְשׁוֹן מַתְּנָה לְכָלֵל שְׁנֵינָהּ
כַּנ"ל: ועפ"ז יֵשׁ לְפָרֵשׁ לָהֶם דְּסוֹטָה ד' י"ג דְּבִשְׁעָה שְׁמַת מִשָּׁה הָיוּ מְלָאכִי הַשָּׂרַת אוֹמְרִים
צְדָקַת ה' עֲשֵׂה וּמִשְׁפָּטָיו עִם יִשְׂרָאֵל וְכֵן הוּא בַּמ"ר סוֹף בְּרַכָּה וּבְתַנְחוּמָא שֶׁם וְכֵן הוּא
בְּסַפְרֵי סוֹף בְּהַעֲלוֹתָהּ דַּע"פ מַש"כ מְדוּקָדָק מַה שְׂאָמְרוּ הַמְּלָאכִים פְּסוּק זֶה דִּנְקָא וְהוּא
דְּהִיָּה לְהַמְּלָאכִים טַעֲנָה עַל מִשָּׁה שְׁלֵא קִיָּים הַטּוֹב וְהַיָּשָׁר בְּמַה שֶׁהוֹרִיד הַתּוֹרָה מִהַשָּׁמַיִם
עַל הָאָרֶץ כְּמוֹ שְׂאָמְרוּ אִז תִּנָּה הוֹדָה עַל הַשָּׁמַיִם אָבֵל בְּאַמַת י"ל עוֹד טַעַם בְּזָה ע"פ
הַמְּבֹנָאֵר בַּח"מ ס"א קע"ה סְעִיף מ"ט דָּאֵם הַלּוֹקֵם דְּחִיקָא לִיה שְׁעָתָא וְהַמְּצָרָן א"צ רַק
לְהַרְוֹחָא בְּעֻלְמָא דְּלִית בָּהּ דִּינָא דְּבַר מְצָרָא וְכַכֵּר נִתְּבָאֵר דְּעִיקָר טַעֲנַת הַמְּלָאכִים הִיְתָה
מִשׁוּם שֶׁהֵם שְׁכִינִים לְהַתּוֹרָה וְזָהוּ כְּעֵין דִּינָא דְּבַר מְצָרָא ע"כ י"ל לַפ"ז דְּלֹא שְׁיִיָּהּ בְּזָה
דְּדַב"מ דְּהָא אִין אָנוּ יְכוּלִים לְהַתְּקִיָּים בְּלֹא הַתּוֹרָה אִף רַגַע אַחַת וְהֵם חֲיִינּוּ וְאִנְרָהּ יִמִּינוּ
כְּדַכְתִּיב רָאָה נִתְּתִי לְפָנֶיךָ אֵת הַחַיִּים גו' בְּרַכּוֹת ס"א בְּמִקּוֹם חֲיִיתָנוּ כו' כִּי הוּא חֲיִיָּה כו'
וְאֵם לֹא בְּרִיתִי כו' וְכַמוֹ דְּאָמְרוּ וְחֲיִי עוֹלָם נִטַע בְּתוֹכָנוּ וְכַמוֹ דְּמַצִּינוּ דְּאָמְרוּ כֹּל הַפּוֹרֵשׁ
מִמָּה כְּאֵלוֹ פּוֹרֵשׁ מִחֲיָיו בַּכ"ד וְעִיקָר הַנִּצְחוֹן בְּמִלְחָמוֹת הַיְצֵה"ר הוּא ע"י הַתּוֹרָה כְּמַאֲמָר
קְדוּשִׁין ד' ל' בְּרִאֲתִי יֵצֵה"ר בְּרִאֲתִי תוֹרָה תְּבַלִּין וְדַחֲיָקָא לָן שְׁעָתָא בְּלֹא הַתּוֹרָה ע"כ לֹא
שְׁיִיָּהּ דְּדַב"מ בְּזָה וְכַש"כ דִּין שְׁכִינִים דְּהָא הַמְּלָאכִים שְׂאִין לָהֶם יֵצֵה"ר אִין לָהֶם שְׁיִיכּוֹת
בְּדִינֵי הַתּוֹרָה וְעִיקָר רְצוֹנָם הִיָּה לְהַשִּׁיג מַתִּיקוֹת וְסוּדוֹת הַתּוֹרָה שְׂאִין זֶה רַק לְהַרְוֹחָא
בְּעֻלְמָא וְע"כ לֹא הִיָּה לְהַמְּלָאכִים שׁוּם טַעֲנָה עַל מַרְע"ה.

וְזָהוּ פְּנוּנַת הַגַּמ' שַׁבַּת ד' פ"ח דְּאָמַר הַקַּב"ה לְמִשָּׁה הַחֲזוּר לָהֶן תְּשׁוּבָה כו' קִנְיָה יֵשׁ
בִּינֵיכֶם יֵצֵה"ר יֵשׁ בִּינֵיכֶם מִיַּד הוֹדוּ לוֹ וְכו' וְלָכֵן בְּעַת שְׁמַת מִשָּׁה אָמְרוּ הַמְּלָאכִים הַפְּסוּק
צְדָקַת ה' עֲשֵׂה כו' דִּי"ל דְּכַוְנַת הַפְּסוּק הוּא דְּמִשָּׁה עֲשֵׂה צְדָקַת ה' דְּבָזָה נְכָלֵל מִדַּת הַטּוֹב
וְהַיָּשָׁר כְּמוֹ שְׂאָמְרוּ הַדְּבַק בְּמַדּוּתָיו וְכַתִּיב טוֹב וַיֵּשֶׁר ה'.

דְּלֹא נִימָא דְּלֹא קִיָּים מִשָּׁה הַטּוֹב וְהַיָּשָׁר בְּמַה שֶׁהוֹרִיד הַתּוֹרָה עַל הָאָרֶץ ע"ז מְסִיָּים הַפְּסוּק
וּמִשְׁפָּטָיו עִם יִשְׂרָאֵל דְּזָהוּ פִּירוּשׁ עַל הָא דְּלַעִיל מִיָּנִיָּה דְּלִפִּי שְׁמִשְׁפָּטָיו הֵם נוֹהֲגִים רַק
בִּישְׂרָאֵל בְּכָל דִּינֵי הַתּוֹרָה וְאִינָם נוֹהֲגִים בְּהַמְּלָאכִים כְּלָל וְעִיקָר רְצוֹנָם לֹא הִיָּה רַק לְהַשִּׁיג
לְסוּדוֹת הַתּוֹרָה לָכֵן לֹא עָבַר מִשָּׁה עַל עֲשִׂיַת הַטּוֹב וְהַיָּשָׁר וְקִיָּים שְׁפִיר צְדָקַת ה' עֲשֵׂה
כְּפִי שְׂצוּהָ ה' אוֹתָנוּ לְהַתְּנֵהָ בְּצְדָקָה וְחֶסֶד וְזָהוּ מִדַּת הַטּוֹב וְהַיָּשָׁר וְלָכֵן אָמְרוּ הַמְּלָאכִים
פְּסוּק זֶה בְּעַת מִיתָתוֹ לְהוֹרֹת וּלְפָרְסָם דְּאִף הֵם עֲצָמָם הוֹדוּ שְׂאִין לָהֶם שׁוּם טַעֲנָה כְּלָל
עָלָיו וְכַמְּבֹנָאֵר בְּשַׁבַּת שֶׁם דְּהוֹדוּ לוֹ: ד וּפְשָׁטוֹת הָעֵינָן מַה דְּאָמְרוּ דְּנִיתְּנָה הַתּוֹרָה בְּמַתְּנָה

י"ל דְּזָהוּ כְּמִבְּנוֹר בְּבִרְכוֹת ד' ה' ע"א בֵּא וּרְאֵה וְשֵׁלָא כְּמִדַּת הַקַּב"ה מִדַּת ב"ו מִדַּת ב"ו אָדָם מוֹכֵר חֶפְצֵי לְחִבְרֵי מוֹכֵר עֶצֶב וְלוֹקֵחַ שְׂמֵחַ אָבֵל הַקַּב"ה אֵינוֹ כֵּן נִתֵּן לָהֶם הַתּוֹרָה וְשִׂמְחָה כו' וְכֵן הוּא בַּמ"ר תְּרוּמָה פ' ל"ג וְצָרִיף בִּיאוּר דְּהָא אֵינוֹ דוֹמָה לְמוֹכֵר חֶפְצֵי דְּבַמְּוֹכֵר לֹא נִשְׂאָר אֲצִלוֹ הַחֶפְצֵי לְכֵן הַמוֹכֵר עֶצֶב מִשְׂא"כ בְּהַתּוֹרָה דְּכָל הַרוּצָה לְהַפְדָּה אִף כְּנֻנְתָּם הוּא ע"פ מִשְׂכ"ח הַקְּצָה"ח בְּהַקְּדָמָה בְּשֵׁם דְּרִשׁוֹת הָר"ן בְּהָא דב"מ ד' פ"ו דְּרַבָּה ב"נ כו' דַּקב"ה אָמַר טְהוֹר וּמִתִּיבְתָא אָמְרוּ טְמָא וּמָאן נֹכַח רַבָּה ב"נ.

דְּאַחַר שְׁנֵינֵת הַתּוֹרָה לְנוּ וְנִמְסַר לְחַכְמֵי הַדּוֹר שְׂיָדוּנוּ ע"פ הוֹרָאָה שְׂכָלָם דְּכֵן יָקוּם ע"פ הַדִּין וְלָכֵן אָמְרוּ לֹא בְּשָׁמַיִם הִיא כִּי הַתּוֹרָה נִתְּנָה לְנוּ לְדוֹן וּלְהוֹרוֹת כְּפִי הַכְּרַעְתָּנוּ וְכֵן מִסְּפִימֵים מִן הַשָּׁמַיִם עָמְנוּ.

וְע"כ אָמְרוּ דְּבַמִּדַּת ב"ו הַמוֹכֵר עֶצֶב וְלוֹקֵחַ שְׂמֵחַ אָבֵל כְּמָה שְׁנֵתָן הַקַּב"ה הַתּוֹרָה לְנוּ דְּאַף שְׂמִסַּר דִּינֵי הַתּוֹרָה דִּיהָא רַק כְּפִי הַכְּרַעַת דְּעָתָנוּ וְלֹא בְּשָׁמַיִם הִיא מ"מ שְׂמֵחַ הַקַּב"ה. וְכַדְמָצִינוּ בַּב"מ דָּף נ"ט דְּאָמַר ר' יְהוֹשֻׁעַ לֹא בְּשָׁמַיִם הִיא דְּאָמְרוּ שֵׁם מֵאֵי עֵבֶיד הַקַּב"ה א"ל קָא חֲזִיף וְאָמַר נִצְחֻנֵי בְּנֵי וְלָכֵן אָמְרוּ בְּזָה לְשׁוֹן מִתְּנָה דְּהָא אָמְרוּ כְּמִתְּנָה נִוְתָן בְּעֵין יָפָה נִוְתָן כְּמִבְּנוֹר בַּב"ב דָּף ע"א וְאֵין הַנִּוְתָן עֶצֶב וְכֵן אָמְרוּ בְּאֲבוֹת פְּרָק שְׁנוֹ חַכְמֵים מְשִׁמַּח אֶת הַמָּקוֹם וּבַכ"ד דְּחֻדֵי הַקַּב"ה בְּפִלְפוּלָא דְּאוּרִיִּיתָא וְכִמּוֹ דְּאִיתָא בְּתַנָּא דְּבִי אֵלֵיהּ פ' י"ח דְּבִזְמַן שִׁישְׂרָאֵל עוֹסְקִין בַּתּוֹרָה כו' הַקַּב"ה מְשִׁמַּח בְּהֵן וּמַגִּיד לְהֵן שְׂשִׁמַּחְתוּ בְּהֵן אֵלֵף אֵלֵפִים לְטוֹבָה כְּפִלִּיִּים יוֹתֵר מֵהֵם וְכֵן י"ל כְּמָה דְּנִיחְתָּה הַתּוֹרָה כְּמִתְּנָה כְּמִוֹ הָא דְּנִדְרִים ד' ל"ח דְּמִשְׁפָּה הִנֵּה לּוֹמֵד וּמְשַׁכְּחָה עַד שְׁנֵינֵתָה לּוֹ כְּמִתְּנָה: הַ אָמְרוּ בְּקִדּוּשֵׁין דָּף ל"ב תּוֹרָה דִּילְיָה הִיא דְּכִתִּיב וּבַתּוֹרָתוֹ יִהְיֶה וּבִיּוֹתֵר הוּא בְּפִרְק לְפָנֵי כו' דָּף י"ט אָמַר רַבָּא בְּתַחֲלָה נִקְרָאת ע"ש שֶׁל הַקַּב"ה וְלִבְסוּף נִקְרָאת עַל שְׁמוֹ שְׁנָא בַּתּוֹרָת ה' חֶפְצוֹ וּבַתּוֹרָתוֹ יִהְיֶה וְאָמַר רַבָּא לְעוֹלָם יִלְמוּד תּוֹרָה וְאִח"כ יִהְיֶה וּכְעֵין הָא דְּשַׁבַּת דָּף ס"ג לִיגְמַר אֵינֵשׁ נִדְרָה לִיִּסְבַּר וְכֵן כְּתִבְתִּי בְּהַקְּדָמָתִי לְבָאָר יִצְחָק בְּבִיאוּר הַפְּסוּק שְׁתָּה מֵים מְבוֹרָךְ גו' הָרִי דְּמִי שְׂמֵחַ דְּשׁ חַדוּשֵׁי תּוֹרָה לְאַמִּיתָה נִיחְתָּה לּוֹ זָה כְּמִתְּנָה וִי"ל דְּזָהוּ כְּנֻנְתָּ מֵאַמְרָם אֲשֶׁרֵי מִי שְׂבָא לְכָאן וְתִלְמוּדוֹ בִּידוֹ דְּהוּא שְׁלוֹ מִמֶּשׁ וְאִף דְּהַתּוֹרָה נִיחְתָּה לְכָלל יִשְׂרָאֵל מְכַבֵּר אָבֵל לְאִישׁ פְּרָטִי לּוֹ לְבַדּוֹ לֹא נִתְּנָה כְּמִתְּנָה רַק לְאַחַר שְׂמִינֵיגַע א"ע עַל לְמוּדוֹ וְכִמּוֹ דְּפִי רִש"י שֵׁם ד"ה וְאִח"כ יִהְיֶה הַס וְאִח"כ כְּתִיב וְעֵינֵין בְּצִל"ח בְּרִכּוֹת דָּף ס"ד ד"ה אר"א אר"ח ת"ח כו' וְזָה שְׂאוּמְרִים וְתַן חֲלָקְנָה בַּתּוֹרָתָה שְׂיָתָן לְנוּ לֵב לְהַבִּין וְלַחֲדַשׁ חַדוּשֵׁי תּוֹרָה לְאַמִּיתָה דְּזָהוּ חֲלָק שְׁלוֹ מִמֶּשׁ וְאִם זָכָה שְׁנַתְּקַבְּלוּ דְּבָרֵינוּ לְהַלְכָה בְּעֵינֵי חַכְמֵי הַדּוֹר אֲשֶׁרֵי חֲלָקוֹ וְאִף אִם לֹא נִתְּקַבְּלוּ דְּבָרֵינוּ לְהַלְכָה מִתְּחַמַּת שְׂרַבּוֹ הַחוֹלְקִין עָלֵינוּ מ"מ גַּם בְּזָה אָמְרוּ בְּעִירוֹבֵין דָּף י"ג אֵלוֹ וְאֵלוֹ דְּבָרֵי אֱלֹהִים חַיִּים וְהַלְכָה כְּבֵית הַלֵּל וְכַתֵּב הָרִיטְב"א שֵׁם דְּבַעוֹלָם הַמְעַשֶּׂה נִמְסַר הַדְּבָר לְחַכְמֵי הַדּוֹר לְהַכְרִיעַ אָבֵל בַּעוֹה"ב אָמְרִינוּ אֵלוֹ וְאֵלוֹ כו' וְעֵינֵין בְּמִסְכַּת סוֹפְרִים פ' ט"ז ה' ו' מְזָה וְאָמְרוּ בְּחֻגִיגָה ד' ג' הִלְלוּ מְטָמְאִין וְהִלְלוּ מְטָהֲרִין הִלְלוּ אוֹסְרִין כו' כְּוָלָם נִיחְתָּנוּ מְרוּעָה א' וְלָכֵן גַּם בְּזָה שְׂיָיָה לּוֹמַר ת"ח שְׂאָמַר דְּבָר אֵין מְזַנִּיחִין אוֹתוֹ וְכְעֵין זָה כְּתִיב הַתּוֹס' י"ט סוּף עוֹקְצִים עָלָה דְּעִתִּיד הַקַּב"ה לְהַנְחִיל לְכָל צְדִיק וְצְדִיק כו' דְּבִין הָאוֹסֵר וּבִין הַמְּתִיר הוּאִיל וְכְנֻנְתָּם לְשָׁמַיִם כו' וּבַמִּק"א בִּיִּאֲרָתִי דְּבַעוֹה"ב נִוְתָּנִים לּוֹ שְׂכָרוֹ כְּפִי מַה דְּהִנֵּה ס"ל לְדִינָא לְפִי שְׂיָתָנוּ וְכַמִּשְׂכ"כ דְּתּוֹרָה שְׁלוֹ הִיא וְהוּי זָה כְּאֵלוֹ עוֹשָׂה בְּשָׁלוֹ כִּי מְמַלְאִין רְצוֹנוֹ.

וביארתי עפ"ז להא דכתובות דף ק"ג דנפקא בת קלא ואמר כל דהנה באשכבתא דרבי
מזמן לחיי עוה"ב ואמרו שם דכל דאמר נח נפשיה דרבי ידקר וכ"ז צריף ביאור ואמרת
ע"פ המבואר בוי"ר אחרי דלכן מזכיר מיתת בני אהרן ביוה"כ לומר כשם שיו"כ מכפר
כף מיתת הצדיקים מכפרת וממילא כמו דיו"כ אינו מכפר בלא תשובה כן מיתת הצדיקים
אינו מכפר בלא תשובה ורבי ס"ל דיו"כ מכפר בלא תשובה כמבואר ביומא ד' פ"ה
ושבועות ד' י"ג וכריתות דף ז' ולפי שיטת רבי ביו"כ ה"ה מיתת הצדיקים דהוקשה
ליוה"כ מכפרת אף בלא תשובה ולכן יצא ב"ק ואמר כל דהנה באשכבתא דרבי מזמן
לחיי עוה"ב ובלשון כל בא להורות דאף מי שלא עשה תשובה ג"כ מיתתו מכפרת עליהם
לפי שיטת רבי דיו"כ מכפר בלא תשובה והוה דפורק עול ומגלה פנים ומיכר ברית זה
לא שקיח כ"כ] דהא בעוה"ב נותנים לו שקרו כפי שיטתו דס"ל לדינא וכפי רצונו וכן
אמרו שם במה דצוה רבי אל תספדוני בעיירות דסבור דמשום טירחא הוא דקאמר כו'
די"ל דמתחלה הנה ס"ל דרבי לא חשש כ"כ להספידו דעיקר ההספד הוא לעורר
בתשובה אבל לשיטתו דאף בלא תשובה מכפר ע"כ הנה מקום לומר שלא להכביד על
הצבור משום טירחא ולפ"ז א"ש מה דאמרו כל מאן דאמר נח נפשי דרבי ידקר כו'.

דהא מבואר בכ"ד דנפש הצדיקים אם בחיים חיותו הנה משתתף עם אנשי דורו להגן
עליהם. אף אחר פטירתו אם הם עושים תשובה דמכפר עליהם משתתף נפשו עם אנשי
דורו להגן עליהם כפי שהנה בחייו אכן אם אינם עושים תשובה אז נפשו מסתלקת מהם
לגמרי וזהו ענין ראיתי דמעט העשוקים גו' כי חלקם בחיים ואכמ"ל וזהו דכתיב בישעיה
(נ"ז) באין מבין כי מפני גו' יבא שלום ונחו על משפכותם דאם אינם מתעוררים
בתשובה אז נחו על משפכותם דאחר שנפשו עולה למעלה אינו יורד לטטה ונפרד
מן דורו לגמרי אבל אם עושים תשובה אז נפשו משתתף עם דורו ומגין עליהם לפי שיש
לו זכות ע"י מה שגרים מיתתו לכפר לעזון דורו ולכן אמרו כל מאן דאמר נח נפשיה דרבי
ידקר דהא רבי יכפר על דורו אף בלא תשובה כפי שיטתו ע"כ ינהה לרבי זכות גדול
במה דגרים בהסתלקותו לכפר על דורו וע"כ לא שייך לומר ברבי נח נפשיה דהא לא
ינח שם רק ינהה עולה ויורד למטה להשתתף עמהם כדמצינו גבי רבי כל בי שמשי אתי
לביתאי והארבתי במק"א בכ"ז: ז ולכן אשרי מי שזוכה לחדש חדושי תורה לאמיתה
ולשמה דזהו שלו וחקו דזכה במתנה וכמו דאמר בתנא דבי אליהו סוף פ' י' אשרי מי
שמתחדש ד"ת על פיו כו' כף אמר הקב"ה כו' ששכר הגדול שיש לי באוצרי שלך הוא
עכ"ל פוןנתו הוא שהשכר שנותנים לו הוא שלו ממש ע"י חלק התורה שלו שחנן לו ה'
וניתן לו לבדו במתנה ות"ח נקראו בוניף שבונים בעצמם העולמות ע"י חדושי תורה
שלהן וכמו שאמרו בשמים החדשים וארץ החדשה דבזוה"ק והובא בהקדמת הקצה"ח
וזהו מאמרם בסנהדרין דף צ"ט רב אמר כל העוסק בתורה לשמה פאלו בנה פלטרין של
מעלה כו' דהני כמו שבונה בעצמו ע"י חדושי תורתו דהני שלו דהא אמרו במ"ר ריש פ'
בראשית ובתנחומא שם דקב"ה ברא העולם ע"י התורה וכן הוא בתד"א פ' ל"א ולכן מי
שזוכה להשיג חלקו בתורה דע"י חלק תורתו בונה העולמות ומה"ט מקבל השכר כפי
שיטתו דהנה ס"ל לדינא בעולם המעשה ולכן אמרו בתד"א ששכר הגדול כו' שלך הוא
וזהו פוננת מאמרם מ"ר חיי שרה ס"ב פד דמ"ר ר' אבהו אחוי ליה י"ג נהרי אפרסמון כו'
אילין דמאן כו' אילין דינך וקצרתו והנפש החיים שער ד' פ' י"ב הפליג מאד במעלת מי

שזוהי לחדש חדושים אמתים והביא בשם הזה"ק דכל מלה ומלה המתחדשת מפי האדם דהיא מלה סלקא ואתעתדת קמיה דקב"ה ונשיק לה ומעטר לה ונבנה ממנה עולם חדש והוה השמים החדשים כו' ובתד"א כו' ובכל מקום שמחדשין תורה כו' שמחה מתחדשת להקב"ה בכל יום תמיד כו' עכ"ל ועפ"ז נ"ל לפרש הפסוק שיר השירים (ז) וחספה פניו הטוב הולך לדודי למישרים דובב שפתי ישנים דהוה חספה פניו הטוב הוא על המחדשים חדושי תורה כמבואר ביבמות ד' צ"ז.

ובזוה"ק פ' שמיני פירשו להוה וחספה פניו הטוב הולך לדודי למישרים דזהו מי שעוסק בתורה פד יפוק מהאי עלמא הולך לדודי למישרים דלא יסטו לימינא ולשמאלא ולא ישתפח דימחי בידיה דובב שפתי ישנים אפילו בהאי עלמא שפנותי מרחשן אורייתא עכ"ל הזוה"ק וכן יש לפרש הוה הולך לדודי כו' דקאי על חדושי תורתו דזהו פניו הטוב דהולך לדודי היינו דהיא שעתא דמלה דאורייתא אתחדש מפניה דב"נ דהולך לדודי דסלקת קמיה דקב"ה ולא יסטו לימינא ולשמאלא ולא יהיו ח"ו טורפין המצות בפניו כעין מש"כ הרמב"ם פ"ז הל' תשובה הל' ז וגם יש לפרש ברמז הוה למישרים דכוננתו אם הוא לאמיתה של תורה לפי שכלו הישר וסיים ע"ז דובב שפתי ישנים דיש לו עוד מעלה כמו שיבואר וכמ"ש בזוה"ק הנ"ל והוא: ביבמות ד' צ"ז אמר ר"י א"ר מאי דכתיב אגורה באהלה עולמים אמר דוד יה"ר שיאמרו דבר שמועה מפי בעוה"ז דאמר ריו"ח בשם רשב"י פל ת"ח שאומרים דבר שמועה מפיו בעוה"ז שפתותיו דובבות כו' וחספה פניו הטוב כו' ועיין בסנהדרין ד' ק"ו מה דדרשו על הפסוק יחתה ויסחה מאהל כו' ובתד"א פ' י"ח וכן הוא בירושלמי ברכות פ"ב ה"א ושקלים פ"ב הל' ה' ובמועד קטן פ"ג סוף ה"ז בזה"ל אף דוד ביקש רחמים אגורה באהלה עולמים וכי עלתה על לב דוד שהוא חי וקיים לעולם אלא אמר דוד אזנפה שיהיו דברי נשמעין כו' פל האומר שמועה משם אומרה שפתותיו רוחשות עמו בקבר ר"ח ב"פ ור' סימון חד אמר כהדין דשתי קונדיטון וחרנה אמר כהדין דשתי חמר עתיק כו' וכן הוא במ"ר שיר השירים (ז) וצריף ביאור פלוגתתן אם דומה ליי קונדיטון או לחמר עתיק ועיין במסכת סופרים פ' ט"ו ה"ז אבל אין זה ענין לכאן וכן ראיתי ביפה מראה ברכות פ"ב ה"ב שכתב לפרש פלוגתתן דמאן דאמר לדמות לקונדיטון משום דהלכה נמשל ליינן ופלפול הוא חריפות והדבש אלו אגדה ומאן דס"ל לדמות לחמר עתיק לפי שעיקר השמועות הם הלכה למעשה עכ"ל היפ"מ: אף זהו רק לדרשא בעלמא בכוננת פלוגתת אמוראי הנ"ל דהא כעין זה איתא פלוגתא זו במ"ר איכה ב' פסוק י"ב לאמתם יאמרו איה דגן ויין דפליגי רבי חנינא ורבי סימון דר"ח אמר גלוסקין וקנוטיטון היינו קונדיטון ור' סימון אמר גלוסקין וחמר עתיק וזהו הגוף אמוראי דפליגי פנ"ל בירושלמי ברכות פ"ב ובמו"ק פ"ג.

ושם במדרש איכה הנ"ל אין סברא לפרש פלוגתתם כמש"כ היפ"מ אף מ"מ יש ליישב זה וקצרותי: ט ולענ"ד נראה לפרש ע"פ דר"ה היפ"מ דכוננת פלוגתתן הוא בפי שאמר לאחרים דבר הלכה מפי אומרו כפי מה ששמע בלא שום הוספה כלל ולא חידש משלו בזה שום דבר אם בזה ג"כ שפתותיו דובבות או לא פניו דלא היה שום חידוש משלו בהדשמעתתא ויין קונדיטון הוא יין מעורב בדבש ופלפלין כמו דאמרו בירושלמי בכ"ד וכמש"כ הרמ"א ביו"ד סי' רי"ז סעיף ט"ו.

ובגנימוקי ב"ב פ"ו ועיין בשפת ד' ק"מ ובגאור הגר"א זצ"ל או"ח סי' רע"ב ס"ק י"ג ולכן למאן דס"ל לדמות לנין קונדיטון בעי דיהיה דומה ממש לנין קונדיטון דיש בו הוספה ומערוכת בתוך היין וע"כ לא שייך המעלה דאגורה באהלה עולמים אלא במי שחידש והוסיף משלו בהלכה זו ולא מבעיא אם כל ההלכה הוא רק מה שחידש משלו ונדאי דזוכה למעלה זו ואף אם עיקר היסודות הם מה ששמע מת"ח ומזכיר שמם מ"מ פנין שפחדש בה קצת בהוספת טעם וסברא שלו ס"ל להך מ"ד ג"כ דהוי כמו פנים חדשות באו לקאן זוכה למעלת אגורה באהלה ואף בעת שאומר בתוכן למה ששמע מפי אחרים בשמם ג"כ אז שפחותיו רוחשות וכמו יין קונדיטון דבמה דעירב דבש ופולפלין בהיין דנעשה זה כמו הרבה מזגיות ונעשה למזג חדש בכלולו ועיין בתשב"ץ ח"ב סי' ד' אבל אם אומר דבר הלכה מפי אחרים בלא שום הוספה משלו דזה דומה לחמר עתיק שלא נשתנה מברייתו כלל בזה אינו זוכה למעלת אגורה באהלה ואף דבמה דאמרו בכ"ד דכל האומר בשם אומר מביא גאולה מצינו פן אף במה שאומר מפי אחרים בלא שום הוספה משלו מ"מ הך מילתא שיהיו שפחותיו דוכבות ס"ל להך מ"ד דזה לא שייך היכא דכולו הוא רק מה ששמע מאחרים ולא נשתנה קצתו באיזה הוספה פנין דאינו דומה לנין קונדיטון שיש בו הוספה ומערוכת ולמאן דס"ל לדמות לחמר עתיק ע"כ אף מי שלא חידש והוסיף משלו כלל ג"כ זוכה למעלת אגורה באהלה פנין דחבירו שמע ממנו למה שאמר פן בשם אחרים ואף שלא נשתנה בפיו כלל והוי כמו יין ישן בלא שום מערוכת בתוכו דאף שלא נשתנה מברייתו כלל מ"מ זוכה למעלה זו והוי נפקא מינה רבתיא מפלוגתתן: ומש"כ היפ"מ דמאן דס"ל לדמות לחמר עתיק ס"ל דמעלה זו אינו נוהג אלא בהלכה למעשה יש להוכיח פן מסנהדרין ד' צ' אמר ר' יוחנן משום רשב"י כל ת"ח שאומרים הלכה משמו בעוה"ז שפחותיו דוכבות כו' וכן הוא בירושלמי שקלים פ"ב הל' ה' בזה"ל ואף שפחותיהן של צדיקים פנין שאומרים דבר הלכה מפיהם שפחותיהן רוחשות כו' הרי להדיא דאמרו פן בדבר הלכה ומשמע לכאורה דז"א רק בהלכה וזה ברור דהא דסוטה ד' כ"א דדרשו על פסוק בהתהלכה תנחה אותך זה העוה"ז בשכבך תשמור כו' והקיצות היא תשיחך לע"ל ועיין בתד"א פ' י"ח מזה זה השכר הוא בין ד"ת שהם הלכות ובין אינם הלכות ועפ"ז הארכת במאמרם אבות פ"ו אף משום הך הקיצות היא תשיחך לא ישום גופו ושפחותיו בקבר אלא לע"ל אבל באומרים דבר שמועה מפיו אז זוכה גופו לשום בתורה אף שהוא בקבר כמבואר בירושלמי ברכות ושקלים ה"ל דאמרו שפחותיהן רוחשות עמו בקבר וי"ל דלא פליגי בזה עם ש"ס דילן ועיין בתנחומא סוף ברכה דמשמע ג"כ פנ"ל וקצתתי הנה זה המעלה אפשר לומר דז"א נוהג אלא בהלכה וכמש"כ היפ"מ פנ"ל ועפ"ז י"ל במה דאמרו במדרש שבקש דוד שהעוסק בתהלים יחשב כעוסק בנגעים ועיין בנפש החיים שער ד' פ"ב וי"ל דלכן בקש דוד פן לפי דאמרו ביבמות ובירושלמי שקלים דביקש דוד אזכה שיהיו דברי נאמרין בבהכ"נ ובהמ"ד קדי שיהיו שפחותיו דוכבות ומה"ט אמרו דוד מלך ישראל חי וקיים משום דנתקבלה בקשתו לפני ה' וכיין די"ל דז"א אלא בהלכות ע"כ בקש דוד שהעוסק בתהלים יחשב כאלו עוסק בנגעים ואהלות ויהיה נחשב כמו הלכות וישגי למעלת אגורה באהלה תמיד ועפ"ז יש לפרש הפסוקים והוא: יא תהלים כ"א תאנת לבו נמתה לו נארשת שפתיו בל מנעת סלה פי הקדמנו ברכות טוב גו' חיים שאל ממך נמתה לו ארץ ימים עולם נעד ובעירו ובין

ד' נ"ד רבא רמי פתיב תאנת לבו נתתה לו וכתביב נארששת שפתיכו כו' והנ"ל בזה דהא רש"י פירש בתהלים שם בפסוק ב' דקאי שם בידוד עצמו והוה פי תקדמנו ברכות טוב משום דהקדמת ברכתה לי ע"י נתן הנביא ש"ב ז ע"ש ושם פתיב ונעשיתי לה שם גדול כשם הגדולים אשר בארץ ואמרו במדרש קהלת על פסוק והשבע לעשיר אינו מניח לו לישון דכל מי שהוא יגע בתורה בעוה"ז אין מניחין לו לישון לע"ל כו' ועד היכן נעשיתי לה שם גדול כשם הגדולים אשר בארץ ע"ש משום דהוה שם גדול הוא מה שיזכה שיאמרו תמיד דבריו בשמו בבהכ"נ כמו שאמרו במדרש טוב שם משמן טוב זו תורה וכמו דאמרו בתנחומא והובא ביפ"מ ברכות פ"ב אות י"ד בפסוק והשבע לעשיר כו' ע"ש וזהו פועל הא דברכות ד' ס"ד ת"ח אין להם מנוחה כו' וקב"ה הבטיח לידוד על מה שביקש אגורה באהלה כו' וע"ז הבטיחו שיעשה לו שם גדול בתורה כשם הגדולים אשר בארץ אותו שהם בחיים חיותן על הארץ כן יזכהו ה' בשם טוב אף לאחר פטירתו ע"י מה שיאמרו דבר שמועה מפיו בבהכ"נ וכן ע"י אמירת תהלים שיהיה כמו עוסק בנגעים ונענה פפי בקשתו וזה שאמר תאנת לבו נתתה לו דמה שביקש דוד יה"ר שיאמרו דבר שמועה בשמי כדי שירחשו שפתותיו תמיד אף לאח"מ מלאות רצונו וזהו ארששת שפתיכו שיהיו שפתותיו דוכבות סלה לא מנעת ממנו וכמו דאמרו בעירובין ד' נ"ד כ"מ שנאמר נצח סלה ועד אין לו הפסק עולמים וסיים פי תקדמנו ברכות טוב שהקדמת ברכתה שאמרת לו נעשיתי לה שם גדול כו' ותשית לראשו עטרת פז וזהו מדרגת זהב דאינו מתקלקל אף שמונח בקרקע כמש"כ רש"י בב"מ ד' כ"ט ע"ב ד"ה לא יגע בזהו כו' ומפרש חיים שאל ממה שיהיה אף לאח"מ וזהו שפתותיו דוכבות ונתת לו אורה ימים עולם ועד דזהו נצחי אף לגופו וכדכתיב אורה ימים למימינים ומלאות בקשתו דאף ע"י אמירת תהלים ישיג למעלה זו בעת שיאמרו תהלים ולפ"ז י"ל דאחר בקשת דוד וכפי שנתבאר דמסתמא נענה ע"ז דאף תהלים יחשב פנגעים ה"ה אין לחלק כלל בין הלכות כו' משום דאף בד"ת שאינן הלכות ג"כ ישיגו למעלה זו וכולם ניתנו מרועה אחד מסיני וקצרת: יב וזהו פוננת מאמרם עירובין ד' נ"ד מ"ד ממדבר מתנה וממתנה נחליאל כו' אם משים אדם עצמו כמדבר זה שהפל דשין בו תורה ניתנה לו במתנה וכיון שניתנה לו במתנה נחלו אל שנאמר וממתנה נחליאל כו' וכן הוא בנדרים ד' נ"ה דכיון שעושה א"ע כמדבר שהוא מופקר לפל כו' ופירשו רש"י והרא"ש שהוא מופקר ללמוד תורתו לכל וצ"ב דהא כבר אמרו דניתן לו במתנה א"כ מהו נחלו אל וי"ל דזהו דיקונים בו לא ימושו מפיו ומפי זרעו כו' פועל הא דב"מ ד' פ"ה ע"א ועיין במהרש"א שם ד"ה פרי צדיק כו' דע"י שנעשה בעל תורה יקנים לא ימושו כו' וזהו פועל נחלה שאין לו הפסק כמש"כ התוס' ביבמות ד' פ"ב ע"ב ד"ה ירושה ראשונה כו' ויותר נ"ל דכוננו לזה שאמרו דזוכה למעלת אגורה באהלה כו' דמי שמיגע א"ע על התורה ומלמד לאחרים חידושי ונאמרים דבר שמועה מפיו דזהו כמו נחלה וירוששה שאין לה הפסק וכמו דאמרו בקדושת ירושלים דקידשה לע"ל אף בחורבנה כמש"כ התוס' ביבמות פנ"ל וכ"כ מי שזוכה למעלת אגורה באהלה זהו בגדר נחלה שאין לו הפסק דכמו ששח בתורה בחייו כ"כ לא יפסוק זה ממנו אף לאח"מ כמש"כ לפרש הפסוק ארששת שפתיכו בל מנעת סלה וזהו שאמר נחלו אל שיזכה למעלה זו ואף שאמרו שם כיון שנחלו עולה לגדולה ואם מגיס הקב"ה משפילו דזהו בחייו מ"מ י"ל להוה נחלו אל כמש"כ משום דעיקר השגת מעלת אגורה כו' הוא

לפי שפתינו ראה להשריש בנפשו פח זה ונשאר פן דבוק בנפשו עולמית והדברים ארפין גם י"ל דהו נחלו אל הוא לענן שלא ישפח למודו וכעין הא דנדרים ד' ל"ח וְהוּ ג"כ כמו נחלה שאין לה הפסק ובפרק אין מעמידין ד' ל"ה ע"ב מ"ד לריח שמניח טובים למה ת"ח דומה לצלוחית כו' מגולה ריחה נודף כו' ולא עוד שנוחל שני עולמות עוה"ז ועוה"ב כו' ופי' רש"י מגולה ריחה נודף כשאתה מלמד תורה אז יצא לה שם: וכבר נתבאר דמעלת אגורה באהלה שיאמרו שמועה מפיו ודר בשני עולמות ביחד כו' היינו שפתותיו דובבות זהו בשם נחלה יקרא דאין לה הפסק עולמית פנ"ל וע"כ י"ל דזהו פוננת הגמ' הכא דנוחל שני עולמות דהיינו מעלת אגורה באהלה עולמים.

וגם הא לשון נחלה הוא במה שזוכה בירושלם לאת"מ המוריש פן הכא דאמרו לשון שנוחל ב' עולמות כו' ג"כ י"ל דזהו מה דזוכה להיות נוחל א"ע לאחר שימות דאותו הפח שיהשריש בתינו בנפשו ע"י יגיעתו להגות בתורה פן ישאר פח זה אף לאת"מ בעוה"ז דבוק בנפשו ויהיו שפתותיו דובבות וְהוּ פְּמוּ יוֹרֵשׁ א"ע וּמְדַנְקֵךְ שפיר לשון נוחל וְהוּ דְבָרְכוֹת ד' ט"ז ע"ב דאיתא שם דנוחל ב' עולמות כו' עיין בצל"ח שם: יג וְהוּ פְּנוֹנַת הַפְּסוּק (משלי כ"ד) אָכַל בְּנֵי דָבֵשׁ כִּי טוֹב וְנֹפֶת מֵתוֹק עַל חֶפֶף פֶּן דַּעַה חֶכְמָה לְנִפְשָׁהּ אִם מִצְאָתָּה וְיֵשׁ אַחֲרֵיתָּהּ וְתִקְנֹתָּהּ לֹא תִפְרֹת מִשׁוּם דָּהָא בִּירוּשְׁלָמִי שְׁקֵלִים וּבְרָכוֹת אָמְרוּ עַל הַף וְחֶפֶף פְּנִין הַטּוֹב פְּהֵדִין דְּשִׁתִּי קוֹנְדִּיטוֹן דֹּא ע"ג דְּשִׁתִּי לִיה טַעְמִיה בְּפִנְמִיה וּבִמְק"א בִּיאָרְתִּי זֶה הֵיטֵב וְקוֹנְדִּיטוֹן הוּא יֵין מְעֹרָב בְּדָבֵשׁ וְהִיפ"מ בִּיאָר זֶה בְּמָה שְׁדִּימִוְהוּ לְדָבֵשׁ וְזֶה שְׁאֵמֵר אָכַל בְּנֵי דָבֵשׁ גו' וְכִמוֹ דָּבֵשׁ וְנֹפֶת מֵתוֹק עַל חֶפֶף דְּנִשְׁאָר טַעְמִיה בְּפִנְמִיה פֶּן בִּבְחִינָה זֶה תִּרְאֶה לְהִשְׁרִישׁ חֶכְמָה לְנִפְשָׁהּ אִם מִצְאָתָּה יִגְעַת וּמִצְאָתָּה וְאִזּוּ יֵשׁ אַחֲרֵיתָּהּ וְתִקְנֹתָּהּ לֹא תִפְרֹת וְתִהְיִינָה שְׁפֹתוֹתֶיהָ דּוּבְבוֹת וְכִמוֹ שְׁאֵמֵר בְּסִנְהֶדְרִין ד' צ"ג מאי שם עולם אֲתָן לוֹ אֲשֶׁר לֹא יִפְרֹת זֶה סֵפֶר דְּנִיָּאל שְׁנִקְרָא ע"ש.

וכ"כ במה שינקה שיאמרו הלכה בשמו אז תקנותה לא תפרת. וְהוּ יֵשׁ אַחֲרֵיתָּהּ הוּא כִּמְש"כ הַסֵּמ"ע בְּסִי' סֵמ"ף ס"ק ג' בְּשֵׁם הָעֶרְוֶף דְּאַחֲרֵיתָּהּ הוּא לְשׁוֹן אַחֲרֵיו הֵינּוּ שְׁיִשְׁאָר אַחֲרֵיו ע"ש וכ"כ בְּזֶה דֹּאָף לְאַת"מ יִנְכָּה נִפְשׁוֹ לְשׁוֹחַ בְּתוֹרָה וְכִמְש"כ בִּמְק"א בְּמָה שְׁהִקְשָׁה הַמְהַרְש"א בִּיבְמוֹת ד' צ"ז דֹּאָף שְׁפֹתוֹתֶיהָ דּוּבְבוֹת וְהִלָּא יָשׁוּב אֶל הָעֶפֶר כו' וכ"כ בְּעֵין יַעֲקֹב וְהִיפ"מ לְהַעִיר בְּזֶה דְּזֶה א"ש ע"פ דְּבָרֵי הַזֵּהָרָה פ' וַיְחִי שְׁנַפְשׁוֹ וְנִשְׁאָרָתָּהּ בְּקֶבֶר כו' וְהִיאָרְכְּתִי ע"פ דְּבָרֵי הִירוּשְׁלָמִי דְּהוּבָא לְעֵיל דְּאָמְרוּ שְׁפֹתוֹתֶיהָ רֹחֲשׁוֹת עִמּוֹ כו' וְז"ל הַנּו"ב דְּהוּבָא בְּאַהֲבַת צִיּוֹן דְּרוּשׁ ט' דְּמִי שְׁזָכָה מֵאַת ה' לְחִבֵּר אֵיזָה חִיבוּר שְׁנִתְּנִיסָד עַל דְּבַר אֲמַת ע"פ דְּרַפָּה שֶׁל תוֹרָה אֵינּוּ פּוֹסֵק מֵהוּלִיד תּוֹלְדוֹת גַּם אֶת"מ שְׁלֹא פֹסֵק מִלְּהַעֲמִיד תּוֹלְמִידִים הַלּוֹמְדִים מֵתוֹף סִפְרוֹ וְזֶה גְרַמְז בְּפִסּוּק זֶה סִפְר תּוֹלְדוֹת אָדָם כו' עכ"ל.

וְזֶה כִּמְש"כ וְיֵשׁ אַחֲרֵיתָּהּ וְתִקְנֹתָּהּ גו' דְּגַם זֶה נִכְלָל בְּכּוֹנֵנַת הַפְּסוּק הַנִּל. וְהַפֵּל חֲדָא הִיא וְיֵשׁ לִי רַוב אַרְיִכוֹת ת"ל בכ"ז לְבָאָר כְּמָה מֵאַמְרֵי חֲז"ל וּפְסוּקִים אֵף לֹא לְדַרְשָׁא קָא אֲתִינָא לְכֹן שְׁמִתִּי קְנָצִי לְמַלִּין וְעַתָּה אָשׁוּב לְמִטְרַת הַקְּדָמַת סְפָרֵי ב"ה וְהוּא: יד חֲסָדִי ה' אֲזַפִּיר תְּהִלּוֹת ה' כְּעַל פֶּל טוֹב אֲשֶׁר גְּמַלְנִי וּבְרוּב חֲסָדִיו הִפְלִיא עִמָּדִי וְנִכְנִי לְיֹשֵׁב בְּאַהֲלָ שֶׁל תוֹרָה מְעוֹדִי וְעַד הַיּוֹם הַזֶּה וְלַחֲדָשׁ חֲדוּשֵׁי תוֹרָה הִרְאוּיִין לְאֹנְמָרָן בְּכוּרֵי פְרִי מְזִימוֹת לְבָבִי וְע"ז נֶאֱמַר לְחֲדָשׁוֹ יִבְכֵר דְּאָמַר בְּתַד"א פ' י"ח דְּזֶהוּ מְחַדְשֵׁי תוֹרָה אֵף לֹא הָיוּ מְסוּדְרִים עַל נְכוּן כִּי טְרַדוֹתֵי הַרְבִּים אֶפְפוּנֵי בֵּין מִן עַמִּי אֲשֶׁר אֲנִכִּי יוֹשֵׁב בְּקֶרְבָּם וּבֵין

מעניינות הרהקות והקרובות הא במילי דשמאי להשיב לשואלי דבר ה' זו הלכה והא במילי דמתא הם היו בסבות הזמן אשר לא יכולתי לסדרן ולהביאן לבית הדפוס וכמה גדולים אשר ראו חידושי והוטב בעיניהם ת"ל בקשו ממני ויפצרו בי לאמר למה תטמינם הלא הם טובים ונכוחים וכמה הלכתא רבבתי איפא למשמע מינייהו לפי דרוב הם ענינים הנוגעים להלכה למעשה ע"כ מצאתי א"ע מחויב בדבר ובפרט בהלכות ולא אהיה ח"ו מונע הלכה וכמאמרם קדושין ד' ל' שאם ישאל לה אדם דבר כו' אמור לו מיד דכ"ז דאין שואלין ממנו אין עליו חיוב וכעין שכתבתי לחידושי סי' ט' בכל חוב אם בהיתירא אתי לידו דכ"ז דאין תובעין ממנו אין עליו מ"ע דפריעת בע"ח ואמרו בסנהדרין ד' צ"ט כי דבר ה' בזה ר"מ אומר זה הלומד תורה ואינו מלמדה ויש לדון בדברי הרמב"ם פ"ג הל' ת"ת ולפי שיטת ר"מ הוא ח"ו מן החמורות ובמ"ר נאיתחנן פ"ב מי שהוא לומד תורה ואינו מלמדה אין לו הבל גדול מזה ובמ"ר קהלת י"א ג' אם ימלאו העבים גשם על הארץ יריקו אם ימלאו ת"ח תורה על ישראל יריקו שנקראו ארץ כו' וכ"כ בס' חסידים דאין רשות לת"ח שמשדש חידושי תורה להחזיקם לעצמו כי לא ניתנו לו רק כדי שילמדם לישראל וכמו שהארבתי בזה במק"א.

טו ובפרט בעת הזאת כפי מאמרם ברכות דף ס"ג בשעת המכניסין פזר וכפ' רש"י. וע"כ העמסתי עלי עול כבד הזה והתחלתי ב"ה לסדרן קמא קמא דמטי לדי ובהשי"ת אעזר שייעני להוציא לאורה ונאונה לה' שיימצאו חן וחסד בעיני יראי ה' הלומדים לשמה כמו ימצאו עונג נחת אחרי עיונם היטב וגם פרי הפלפולים אשר יפלו באיזה ענין לא נמועתי מלסדרן וכעין מאמרם גדרים ד' ל"ח וכמש"כ היפ"מ עלה דחפ"ה פניו הטוב דמ"ד פקונדיטון גם פרי הפלפולים הם בכלל זה.

וכמו דאמרו שבת דף ל"א פלפלת בחכמה כו' וקראתי שמו נחל יצחק כי אלו החידושים אשר חנן ה' לי יצחק המה שלי תלי"ת וכמו ה' דעירובין ד' נ"ד ומדבר מתנה וממתנה נחליאל כו' אם משים א"ע כמדבר שהכל דשין בו ניתנה לו במתנה.

ובגדרים ד' נ"ה שעושה א"ע כמדבר שהוא מופקר לכל כו'. וכיון שניתנה לו במתנה נחלו אל וכמו שביארתי לעיל ולכן מי שמחבר איזה חיבור נאמר בו הפל דשין בו והוא מופקר לכל וע"ז נאמר אתי היתה ושלחתייה כי אחר שיצא על פני תבל הפל דשין בו ולכן זוכה שניתנה לו במתנה זוכה שנתחלו אל וכמש"כ לעיל לפרש למעלת אגורה כו' כמו נחלה שאין לו הפסק גם נחלה הוא שלא ימושו מפיו כו' כנ"ל וזהו פוננת מאמרם ב"ק דף י"ז זוכה לנחלת יששכר כו' כמש"כ במק"א ע"כ קראתי שמו נחל יצחק כי זהו חלקי ונחלתי ויקנים בי לא ימושו מפיה גו' בע"ה: טז ומפבר פירשתי פוננת הפתוב (במדבר כ"ד) מה טבו אהליה יעקב משפנותיה ישראל כנחלים נטיו גו' פאילים נטע גו' די"ל בדרה רמז דמה טבו אהליה היינו השכר שנתן הקב"ה ליעקב במעלת אגורה באהלה דע"י המשפנות של ישראל אלו הת"ח שאומרים שמועה מפיו בבהכ"נ כמבואר ברכות דף ח' משפנות הם בהכ"נ ובהמ"ד ובמ"ר איכה אות ח' וכן המסייעים להם זוכים לשכר זה דעיקר מעלת אגורה באהלה הוא מה ששמש מתעלה לאח"מ במדרגה עליונה כנ"ל וכמש"כ במק"א ואמרו בפסחים ד' נ"ג כל המטיל מלאי לת"ח זוכה ויושב בישיבה של מעלה כו' כי בצל החכמה בצל הפסח ולכן אם נפש הת"ח מתעלה ממילא גם אותו שהיו

למשען לו הם בצל הת"ח ומפרש פנחלים נטיו פאהלים כו' דרש"י פירש פנחלים
שנארכו ונמשכו למרחוק וכמ"ש בביצה ד' ל"ט נהרות המושכין שיש להם משה ממקור
גביעתן וכן הוא בנחל דכתיב כל הנחלים הנלכים אל הים וכמ"ש הגט פשוט סי' קכ"ח
ס"ק נ"ב וזה שאמר פנחלים נטיו דתורתו מתפשטת למרחוק ע"י שפעתי' דמבדרין
בעלמא וכמו הא דהוריות ד' י"ב פי גרסיתו גרסו על נהרא דמאי פי היכי דמשכא מיא
משכא שפעתי' פאהלים נטע ה' הנה התוס' ברכות דף ט"ז ד"ה אהלים לנחלים הקשו
על פי רש"י דאהלים דקרא לשון בשמים ופירשו מדסמיה מה טבו אהליה לנחלים נטיו
עכ"ל וכ"כ הרשב"א שם וכן מצאתי בתד"א פ' כ"א שכ"כ להדיא כמ"ש"כ התוס'
והרשב"א ע"ש והה פאהלים נטע ה' זהו לשון בשמים ואמרו בעירובין ד' נ"ד אם משים
א"ע פבנשם שהכל מתבשמין בה תלמודו מתקנים ולא אמרו לשון מתקנים בידו רק
מתקנים בלבד ויש לפרשו דנקלל בזה גם השכר של אגורה באהליה דמתקנים אצלו אף
אח"מ וכמ"ש לפרש להא דפרק א"מ ד' ל"ה דת"ח דומה כו' מגולה ריחה נודף ונחל
ב' עולמות וזה שאמר פנחלים נטיו אם תורתו מתפשטת מרחוק ע"י שפעתי' מבדרין
וכאהלים נטע ה' דהכל מתבשמין בו ומזכירין שמועותיו במשפנותיה ישאל זהו בהכ"נ
ובהמ"ד דע"ז זוכה למעלת אהליה דאמר מתחלה מה טבו אהליה ומה טוב הוא מי שזוכה
למעלה זו וכ"א בידו לזפות פן ע"י יגיעתו בתורה והן ע"י השתדלות נדיבי העם להיות
למשען להת"ח וביד כ"א אשר בשם יעקב יקרא להשיג למעלה זו ועפ"ז פרשתי את
הפתיב שמח זבולון בצאתה ויששכר באהליה ובמק"א הארכתי בכ"ז ולפי מש"כ בכוננת
הפסוק דמה טבו אהליה י"ל דזהו כוננת המ"ר תרומה פ' ל"ג בזה"ל למעלן וימתחם
פאהל לשבת למטן מה טבו אהליה יעקב וקצתתי פן יש לפרש בדרה רמז ולכן קראתי
שם ספרי נחל יצחק לרמז על הה דהוריות הנ"ל: יז ובהקדמת ספרי באר יצחק פתבתי
לפרש הפסוק (משלי ה') שתה מים מבנרף גו' ועיקרו בפ' לפני ד' י"ט ובספרי עקב פ'
מ"ח שתה מים מבנרף כו' ונזלים מתוך באריה מה באר כו' פה באים תלמידים כו' יפוצו
מענינותיה כו' עכ"ל וכן נחל הוא מעיין פמבואר בגדרים דף מ' נהרא מפני' מתברר
וע"כ בתחלה באר ואח"כ זוכה להיות כמעין והר"נ שם פתב דבנהר אף שגשמים יורדין
עיקר רבויין ממקורן דאין לה כל טפח יורד ממעלה שאין לה טפחים עולה נגדו ועיקר
התורה לנו הוא ע"פ יסודות הראשונים וכבר פתבתי לעיל דאף אם עיקר היסוד הוא
אינו שלו ואומר בשם וקצת הספר משלו ג"כ ישיג למעלת אגורה באהליה לכ"ע ויש
מי שזיכהו ה' לחדש על כל יסוד ויסוד רוב פלפולים נכונים וראויין כפליים מן היסודות
וזהו פעין נחל ובפרט בדיני ממונות דאמרו בב"ב דף קע"ה והן כמעין הנובע.

ע"כ קראתי שם ספרי בשם נחל יצחק מפל הלין טעמי וראיתי לסדרן באופן נאות
כמעשהו בראשון בספרי באר יצחק פן מעשהו בספרי השני פי הקונטרסים ארנפים
חלקתי לפעמים ענין א' לכמה סימנים וכן הסימנים הארנפים לענפים למען ריוץ הקורא
בהם ולא ילאה הקורא וכדי ליתן רינח בין הדבקים ולהתבונן בין ענין לענין וכ"ז כדי
להקל על המעיין ואקנה לה' שרבים חקקי לב ימצאו מרגוע ועונג בספרי זה ויהא רענא
דאימא מילתא דמתקבל בבי מדרשא וימצאו חן וחסד בעיני אלהים ואדם יפוצו מעינותי
חוצה וישתו התלמידים מי הנחל שלי אשר חפרתי בעזר השי"ת אשר חנן לי יצחק
אלחנן: יח וכבר נתבאר גם גודל מעלת המתנדבים מחזיקי התורה להיות תמכין

דאורייטא ועליהם נאמר עץ חיים הוא למחזיקים בה כמבואר במ"ר נחמי וכו' יקרא רבה פ' כ"ה וכ"כ בתנחומא ונחמי וכו' הנהר בהעלותה וכן הוא בכתובות דף קי"א ומה"ט פתבו ביו"ד סי' רמ"ו סעי' א' דמי שא"א לו ללמוד יספיק לאחרים הלומדים ותחשב לו פאלו לומד בעצמו וכמש"כ בהקדמת ספרי באר יצחק בכוננת הכתוב באר חפרוה שרים כו' וסיפ' דקראי הוא וממתנה נחליאל וכבר כתבתי לעיל לפרש להך דעירובין דנחלו אל דנהו מעלת אגורה באהלה דכתב היפ"מ בפרכות פ"ב בשם בעל עין יעקב דכל שאומרים שמועה מפיו בעוה"ז זוכה לשכר ותענוג נוסף על מה שפבר השיג בחייו ואע"פ שהיום לעשותו ולא למחר מ"מ אז מוסיפין לו שכר ונפשו מתעלה ביותר כו' ע"ש הגה זה השכר עצמו ג"כ זוכין אותן שהם למשענה להת"ח וזה שאמר שם תחלה פרוה גדיבי העם במחוקק במשענותם דכיון דתחשב לו פלומד בעצמו וע"כ ישיגו ג"כ מעלה זו כמאמרם פסחים ד' נ"ג דכל המטיל מלאי לת"ח זוכה ויושב בישיבה של מעלה פנ"ל וכמו הא דכתובות דף קי"א דכל המשמש באור תורה אור תורה מטייהו כו' וזוכין להך דנחליאל: ומחזיקנא טיבותא לכבוד האכסניא של תורה היא קהלת המפוארה ק"ק או ונ א אשר אנכי מתלונן בצילה ומהם מחזיקים על ידי יהי זכרם פרוה ויהי משפורתם שלמה ישלם ה' להם כפעלם הון ועושר בבייתם וצדקתם תעמוד לעד ויברכם בכל טוב סלה יט ואמרו בחד"א פ' י"ד דכולן חייבין להודות לה' ולשפוך רחמים ולבקש תחנונים מלפניו ולבקש ממנו דעה ובינה והשכל שנא' כי מלאה הארץ דעה כו' והעיקר שישתדל לכוון לאמתה של תורה ויתפלל לה' שיאיר עיניו בתורתו ולא יפשל בדבר הלכה כדמצינו לר"נ ב"ה שהיה מתפלל פן וכמבואר באו"ח סי' ק"ו סעי' ח' וכמש"כ הט"ז שם והארבתי בכוננת תפלת רנב"ה במקום אחר וכן ואני תפלה לאל חיי יה"ר שיתקבלו דברי בעיני חכמי דורנו והגני נותן הודאה לעבר ומתפלל על להבא אנא ה' פאשר עזרתני עד פה ברחמיך הרבים פן כל מעזבני לעד ותחזקני ותאמצני בחסדיך העצומים להבין ולהשפיל ללמוד ולזכות בכתר תוה"ק בשלימות דכתיב בה פי היא חייך ואנרך ימיה: והם חיי עולם ויזכרו להדפיס החידושים אשר הם בכתובים ת"י ב"ה ויתן לי מהלכים בין עמודי הד"ת וההוראה ולא אפשל ח"ו בדבר הלכה ואנפה לישב בארבע אמות של הלכה הליכות עולם וננפה פולנו לאור חיי הנצחי ולעבדו ביראה ובטהרה וכל העוסקים שלא לשמה יה"ר שיהיו עוסקים לשמה וכדכתיב וראת ה' טהורה עומדת לעד ופרשתי ע"פ הא דפסחים דף נ' דבלשמה מעל השמים חסדך כו' והמהרש"א שם כתב דנפ"מ הוא בשכר דעל שחקים אבל עוה"ב ינפה אף בשלא לשמה ע"ש.

והאהבת ציון דרוש ד' ביאר דשכר מעל השמים זהו שכר הנצחי ע"ש וזהו שאמר וראת ה' טהורה היינו כמו דאמר לב טהור כו' בלא מחשבה זרה זהו לשמה ע"כ עומדת לעד ושכרו נצחי.

וזהו פוננת מאמרם שבת ד' ס"ג אנרך ימים בימינה כו' למיימינים בה אנרך ימים איפא ועפ"ז פרשתי לכוננת הכתוב (תהלים קל"ט) בחנני ודע שרעפי וראה אם דרך עוץב בי ונחני בדרך עולם.

דכיון דאיני עושה דרך עצבות רק בשמחה זהו לשמה ע"כ נחני בדרך עולם זהו שכר הנצחי וכן י"ל הא דדברי הימים (א' כ"ט) וידעתי כי ביושר לבבי התנדבתי כל אלה כו'

ראיתי בשמחה להתנדב לך כו' שמרה זאת לעולם דכיון דבשמחה ויושר לכבי התנדבתי זה היינו לשמה ע"כ שמרה זאת לעולם וזוכה לשכר הנצחי והארכתי בכ"ז במק"א וכן נזפה לשמון בתוה"ק ובמצותינו עולם ועד וצדקותינו תעמוד לעד ודברי ה' לא ימושו מפנינו ומפי ורענו אמן כי"ר: והנה אחלה את פני הקוראים פי אם יקשה לו איזה דבר אז ישים עיניו אל ההשמות אולי ימצא שם דברים אשר ירגיעו את לבו.

פי במקומות רבים קצרותי:הלכות דיינים סימן א (סעיף א) בזה"ז דנין כו' משום דשליחותיהו קא עבדינו והרשב"א בחי' ליבמות ד' מ"ו וילגטין ד' פ"ח והר"נ שם פתבו דקא דשליחותי' דקא עבדינו זהו מדרבנן וכן פתב רש"י בסנהדרין ד' ב' ע"ב על קא דאמרו שם דלא בעינו מןמחין משום דר"ח ופי' רש"י ותקנתא דרבנן היא וכן משמע פשט הסוגיא שם דמדמו זה להא דלא בעינו דו"ח בזה"ז וזהו רק מדרבנן וכ"כ הרמב"ן בחי' ליבמות ד' מ"ו אלא לבסוף פתב בלשון ואפשר דמה"ת אף הדיוטות דנין בשליחותיהו וכן משמע במישרים נתיב א' ח"ב ובע"ש סעי' א' דזהו תקנה מדרבנן והנתיבות פתב דזהו מה"ת אבל לדינא ודאי העיקר פהראשונים דזהו מדרבנן: ענף א והנה הט"ז ביו"ד סי' רכ"ח ס"ק מ"ד הקשה בסתירת דברי הרא"ש אהדדי דבתשובה א' פסקי דבשבועה לא שייך לומר אי עביד לא מהני משום דיכול לשאול על שבועתו ואלו בכלל ה' דין ד' פסק במה שעשו הסכמה באופן המועיל שלא ימכרו להמקומות לשום אדם בשביל שום חוב אם לא מרצון בעל המקומות ונמכרו הרבה מקומות ע"פ ב"ד: ופסק דאין יכולת בידם למכור והעלה הט"ז דהרא"ש חזר בו ונלע"ד לתרץ דלא סתרי' דברי הרא"ש אהדדי והוא דהנה הר"נ בתשובה סי' מ"ד פתב דיתומים שהגיעו לעונת פעוטות שמכרו לנכסים מועטים דלא מהני משום דמכירתם בהגיעו לעונת הפעוטות אינו רק דרבנן ובמקום איסורא לא תקנו רבנן והוא בח"מ סי' רל"ה בהגה"ה סעי' א' ובמל"מ פ"ט ה' זכיי' ה' יו"ד: ולפ"ז י"ל דבהך פללא דאי עביד לא מהני ס"ל להרא"ש דכיון דיכול להשאיל על שבועתו דלא שייך לדון בזה הך פללא ושאני מכירת המקומות עבור חוב דקא מה"ת בעינן סמוכין אף בהודאות והלואות וכן לגוביינא והחלטת הקרקע עבור חוב בעינן ג' מןמחין כמבואר בח"מ סי' ק"ג סעיף ח' ובכתובות ד' צ"ח ובתוס' ד"ה דאמרי לי' מאן שם לך וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ג ס"ק מ' והמחבר שם סעי' ט"ו דס"ל דסגי בהדיוטות ז"א רק במשפון מטלטלי דקני מדר' יצחק כמש"כ הקצה"ח שם ס"ק יו"ד.

ובעובדא דתשובת הרא"ש עשו שלא פדין במה שעברו והחליטו ומכרו להמקומות שלא מרצון הבע"ד דקא הי' תקנה באוה"מ שלא ימכרו בלא הסכם הבע"ד ולכן לפי מה דנתבאר דקא דדנין האידינא לכל דבר דצריף ב"ד מןמחין דזהו משום דשליחותיהו עבדינו מדרבנן וכיון דבמקום איסורא לא תקנו רבנן לתקנתם ע"כ הךא שעשו שלא פדין בטל מכירתם והני פמו דמכרו המקומות שלא בב"ד דלא מהני מכירתן ואף דאי עביד לא מהני לא שייך בשבועה מ"מ יש לדון בזה להפיל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן ואי נימא דבטל מכירתם א"כ יתוקן האיסור דקא עיקר התקנה הי' שלא יצאו המקומות מרשות הבעלים אלא ישארו ברשותן וגם בכה"ג לא נתנו לנו רשות לדון אף ז"א] ע"כ שפיר י"ל פן ולכן שפיר פסק הרא"ש ואין שום סתירה פלל בדבריו אהדדי ומתורץ גושיות הט"ז הג"ל ולפ"ז ינהה מוכח דגם הרא"ש ס"ל כשיטת הראשונים הג"ל

דְּהָא דְשְׁלִיחוּתֵיהוּ דְקַמְאֵי דְעַבְדִּינּוּ אִינוּ רַק מְדַרְבְּנּוּ: וְעַי' לְקַמְן סִי רַמ"ח בַּסַּמ"ע ס"ק י"ז שְׁפַתְבַּשְׁמַר אִינוּ מְגַבִּינּוּ לְהַבְעִיחַ בְּמַקּוּם אַחְרֵיהּ מְשׁוּם דְאִינוּ עוֹשִׂין אִסּוּר כּו'.

וְהִנֵּה ע"פ מַה שְׁפַתְבַּתִּי לְדוֹן בְּזַה לְהַךְ פְּלִילָא דְבְּמַקּוּם אִסּוּרָא לָא תְקַנּוּ רַבְנָן א"ש זַה בְּיוֹתֵר וְעַיִן בַּמַּל"מ פ"ט ה' זְכִינִי וּבְשַׁעַר הַמִּלְכָּה שָׁם אַף יֵשׁ לְדוֹן בַּכ"ז לְפִי שְׂיִטַּת הַרְמַב"ם דַּס"ל ד"ת חַד פֶּשֶׁר וְהוּבָא בְּש"ף רִישׁ סִי ג' וְעַיִן לְקַמְן סִי ק"ד סַעִי י"ד וּבְרַמְבַּ"ם פ' י"ב ה' זְכִינִי דִין י"א מְזַה אַף שָׁם דְּמִינִירִי לְכַתְחַלְהָ דְאִינוּ ב"ד גּוֹבִין מֵהֶם א"ש לַכ"ע: וְכֵן יֵשׁ לְדוֹן עַפ"ז בְּהָא דְלְקַמְן סִי פ"ז סַעִי יו"ד דְּמִי שְׁחִיבֵי שְׁבוּעָה מְדַרְבְּנּוּ וְקַדְם וְתַפְס וְלֹא רָצָה לִישָׁבַע לָא מְפַקִּינּוּ מִינֵי וְכַתְבַּתְּהוּ סַמ"ע שָׁם ס"ק כ"ב וְהַש"ף ס"ק כ"ד בְּשֵׁם הַר"ן פ' הַכּוֹתֵב דְּדוֹקָא תַּפְס מְעוֹת אֲבָל תַּפְס מְטַלְטְלִין לָא מְהַנִּי תַּפְסִיתוּ וְכ"כ הַחֲלֵקֶת מְחוּקָק בַּאֲה"ע סִי צ"ו ס"ק כ"ה בְּשֵׁם הַר"ן דְּתַפְס מְטַלְטְלִין פִּינוּ דְּגוֹפִיָּהּ לָא מְקַנְיָנּוּ לָהּ מְפַקִּינּוּ מִינֵהּ וְהַדָּר לָא גַבִּי אֵלָא בְּשְׁבוּעָה וְכ"כ הַב"ש שָׁם וְהִנֵּה הַבֵּית מְאִיר שָׁם הַקְּשָׁה עַל הַר"ן הַגָּ' דְּהָא בַּח"מ סִי ק"ח סַעִי י"א וְבַאֲה"ע סִי צ"ו מְבֹאֵר דְּאִם קְדָמוּ הַיּוֹרְשִׁים וְתַפְסוּ אַף מְטַלְטְלִי אִינוּ מוֹצִיאִין מִיָּדָם וַיְכוּלִים לומר קִים לִי דְאֵדָם מוֹרִישׁ שְׁבוּעָה לְבָנָיו וְכֵן הוּא שְׂיִטַּת הַר"ן שָׁם אֲלֵמָא דְאֵף גַּבִּי מְטַלְטְלִי מְהַנִּי תַּפְסִיָּהּ וּבַלֵּא"ה צ"ע מְאִיזָה טַעַם יְהִי חִילּוּק בְּזַה בֵּין מְטַלְטְלִי לְמְעוֹת וְכֵן מְצִינוּ בְּכָל סְפִיקָא דְדִינָא בְּפִלּוּגְתָא דְרַבְּנוֹתָא דְמְהַנִּי תַּפְסִיָּהּ אַף בְּמְטַלְטְלִי עֲבוּר חוֹב וּלְפִי סְבָרַת הַסַּמ"ע וְהַח"מ הַגָּ' לְגַם בְּזַה י"ל פִּינוּ דְּגוֹפִיָּהּ לָא מְקַנְיָ לְהוּ ע"כ לָא יְהִי לוֹ דִּין מְנוּחָק וּבְאַמַּת הָא בְּכֻלֵּי תַּפְסִיָּהּ שָׁל הַש"ף וְהַאֲוִי"ת שְׁהַשִּׁיגוּ עַל הַיִּש"ש וְהַמְהַרִּי"ט דְּמַחְלֵקֵי בְּזַה וְכֵן מְבֹאֵר בַּח"מ סִי מ"ב סַעִי ח' דְּמְהַנִּי תַּפְסִיָּהּ בְּמְטַלְטְלִי בְּסַפֵּק בְּשִׁטָּר וְגַם בְּסַפֵּר שַׁעַר מְשַׁפֵּט סִי פ"ז ס"ק ט' הַעִיר בְּזַה וְסַתֵּר הַךְ דִּינָא שָׁל הַסַּמ"ע וְהַש"ף הַגָּ' לְהַעֲלֵה דְאֵף בְּמְטַלְטְלִי מְהַנִּי תַּפְסִיָּהּ בְּלֹא רָצָה לִישָׁבַע אֲמַנָּם לְפִי מַה שְׁנִתְבָּאֵר לְעֵיל בְּשֵׁם הַר"ן בְּתַשׁוּבָה דְבְּמַקּוּם אִסּוּרָא לָא תְקַנּוּ רַבְנָן וְכֵן נִתְבָּאֵר דְּמִי שְׁתוֹפֵס עֲבוּר חוֹב אִינוּ יְכוּלִים לְגַבּוֹתוֹ בְּלֹא מְנוּחָחִין כְּמוֹ שְׁהַעֲלֵה הַש"ף בְּסִי ע"ג ס"ק מ' בְּשֵׁם הַר"ן וְהַרְשָׁב"א וְהָא דְסָגִי בְּהַדְיוּטוֹת בְּאַלְמַנָּה מְשׁוּם חִינָא וְאִינוּ אֵלָא מְדַרְבְּנּוּ אֲבָל מַה"ת הָא בְּעַיִן סְמוּכִין אַף בְּהוֹדָאוֹת וְהַלּוֹנוֹאוֹת וְה"ה לְמַה דְּצָרִיכִים ב"ד לְגוֹבִינָא וְהַחֲלָטָה רַק מְשׁוּם דְּמְדַרְבְּנּוּ עַבְדִּינּוּ שְׁלִיחוּתֵיהוּ לְכֵן דְּנִין כ"ז בְּכָבֵל וּלְפ"ז אֲתִי שְׁפִיר מַש"כ הַר"ן פּו"ל וְהַרְשָׁב"א בַּח' לְכַתְּבוֹת ד' פ"ח דְּבְּמְטַלְטְלִי לָא מְהַנִּי תַּפְסִיָּהּ בְּאִינוּ רוּצָה לִישָׁבַע מְשׁוּם דְּכִינוּ דְּהַדִּין הוּא בְּמִי שְׁמַחְוִיב לִישָׁבַע שְׁבוּעָה דְרַבְּנָן וְתַפְס וְאִינוּ רוּצָה לִישָׁבַע דְאֵף דְלֹא מְפַקִּינּוּ מִינֵי דְמַקְרִי גִזְלוֹן דְרַבְּנָן כְּמְבֹאֵר בְּשְׁבוּעוֹת ד' מ"א וְכִינוּ דְזַה מְקַרִי מִקְלָתָא דְאִסּוּרָא לְכֵן לָא תְקַנּוּ רַבְנָן לְהַזְדַּק הָאִידְנָא דְלִיכָא סְמוּכִין לְהַגְבּוֹתוֹ הַמְשַׁכּוֹן פִּינוּ דְכָל פַּחַם אִינוּ רַק מְדַרְבְּנּוּ וְכִינוּ דְלֹא נִתְנוּ לְהֵם רְשׁוּת בְּזַה ע"כ אִינוּ דִינָם כַּב"ד לְזַה וּבְלֹא גּוֹבִינָא דַּב"ד אֲמַרִינּוּ מֵאֵן שָׁם לָהּ וּכְבָר כְּתַבְתִּי בְּסַפְרֵי בְּאֵר יְצַחֵק ח' ח"מ סִי ב' לְהוֹכִיחַ דְּהִיכָא דְאִינוּ הַב"ד יְכוּלִין לְהַזְדַּק לְהַגְבּוֹתוֹ הַחֲפֵץ דְּמַמִּילָא מְחַוִּיב לְהַחְזִיר הַחֲפֵץ מְשׁוּם אִסּוּר גִּזְלוֹ ע"ש: וְלַפ"ז ה"ה בְּמִי שְׁתַּפְּס וְאִינוּ רוּצָה לִישָׁבַע פִּינוּ דְאִינָם יְכוּלִים הַב"ד לְהַזְדַּק לְהַגְבּוֹתוֹ ע"כ מְמִילָא מְחַוִּיב לְהַחְזִיר מְשׁוּם אִסּוּר גִּזְלוֹ [וְעַפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּשְׂיִטַּת הַרמ"ה סוּף פ"ק דַּב"ק בְּרַא"ש דַּס"ל דְּהָא דְבַקְנָס אִי תַּפְס לָא מְפַקִּינּוּ דְזַהוּ מְדַרְבְּנּוּ וְקַצְרִיתִי].

וְהָא דְמְבֹאֵר בְּסִי ע"ב בְּש"ף ס"ק ע"א דְאִם אִינוּ רוּצָה לְגַבּוֹת מְגוּף הַמְשַׁכּוֹן רַק לְהַחְזִיקוֹ אֲצִלוֹ יְכוּלִים לְתַפְּסוֹ הַמְשַׁכּוֹן הַתָּם הָא הִנֵּי בְּיָדוֹ לִילָף לַב"ד שְׂיִחְלִיטוּ לוֹ הַחֲפֵץ וְכֵן הָא

דמלוגא דשטררי דפ' הכותב ובח"מ סי' ס"ד דנכול לתפוס השטרות למשכון אף דאינו יכול לגבות בלא פתיבה ומסירה שאני התם דקא הב"ד יכולים להחליט לו גוף הגנר בגוביינא עד שיפרע לו החוב משא"כ היכא שמסרב ואינו רוצה לישבע א"כ הא לא מצי בשום אופן לגבות בלא שבועה ולא יבא לעולם לידי גוביינא בל"ש וקא דסי' ק"ד דתפס שטרות לא הוי כתפס ממון פתבתי במקום אחר דאינו ראי' מהתם לנ"ד: ולפ"ז מתורץ קושיות הבית מאיר והשער משפט שהקשו דמ"ש ז' מהל ספיקא דדינא דמהני תפיסה אף במטלטלין משום דשאני ספיקא דדינא או ספק בשטר דשפיר נזקקין הב"ד להגבותו גוף החפץ פנין דטוען קים לי או טוען פרי משא"כ בתפס ואינו רוצה לישבע דכיון דהוי מקלמא דאיסורא דהוי כמו כל גזל דרבנן א"כ לא שייך בזה להסתנה דעבדינו לשליחותיהו דבזה לא נתנו להם רשות להחליט החפץ וכיון דב"ד הדיוטות דבזה"ז אינם יכולים להגבותו וכן לנתנת רשות למפור החפץ ע"כ ממילא צריך להחזיר גוף החפץ פשאנו רוצה לישבע משום איסור גזל.

ונה שכתב הר"נ והח"מ והב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק כ"ה וזה לשונם דוקא תפסה מעות אבל מטלטלי פנין דגופייהו לא מקנינן לה מפקינן מינה וחדר לא גביא אלא בשבועה עכ"ל. וכ"כ הרשב"א בחידושי לכתובות ד' פ"ח בזה"ל דכיון דגופייהו לא מקנינן לה ע"כ מפקינן מינה דמדוקדק שפיר לשונם במה שכתבו בלשון לא מקצינן לה ולא כתבו פנין דגופייהו אינו קנוי לה אלא דכוננתם דכיון דלא ינדקו להקנותו ע"כ ממילא יצטרף להחזיר משום דהוי מקלמא דאיסורא לגבות החפץ בל"ש ע"כ ממילא חייב להחזיר החפץ פנין דאינו בידו לגבות מהחפץ בל"ש לאחר דתקנו חז"ל לישבע ע"כ מפקינן מינה אבל בתפס מעות דא"צ ב"ד לזה פמבואר בסי' ע"ב סעי' י"ז וכ"כ הר"נ פ' אלמנה גיזונית דבתפס מטלטלי דיתמי מפקינן אבל תפס מעות פנין דא"צ שומא מהני תפיסה דהוי פרוע וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' וכ"כ הר"נ בר"פ השואל גבי הלונאת יו"ט לחלק בין תפס מעות לתפס חפץ וכ"כ הש"ך סי' ק"י ס"ק ה' לחלק בין תפס מעות ע"ש לכן ה"ה בתפס מעות ואינו רוצה לישבע לא מפקינן מינה דקא א"צ בזה לגוביינא דב"ד.

ומתורץ קושיות הב"מ והשער משפט ובחז' לסי' פ"ז בארתי ביותר כ"ז והעלתי שם מה דיש לחלק דשאני מטלטלי דיתמי דכיון דלא שייך בי' בע"ח קונה משכון ע"כ שפיר פתבתי בספרי דאם לא ינדקו הב"ד לגוביינא ממילא יצטרף להחזיר משום איסור גזל משא"כ בתפס מהלנה בחייו פנין דקני משכון כדר' יצחק ע"כ לא שייך בזה הפלל הלז.

וגם העליתי שם לדון איך הנה הדין בזמן דהיו סמוכים אף מחמת שאין פאן מקומו ע"כ קצרתי פאן בזה גם פתבתי לדון שם דאף דהב"ד לא עבדי איסורא בעצמם דעכ"ז פנין דע"י גבייתם יתעביד איסור דרבנן א"כ מ"ש ועוד דקא איהו הזוכה ואיהו דקעבר על איסור דרבנן ע"כ שייך שפיר בזה ה"ט: ענף ב' אכן בעיקר דברינו מש"כ לדון בהא דשליחותיהו קא עבדינו להך פללא של הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן דיש לכאורה לסתור זה והוא דלקמן סי' ה' סעי' ב' אין דנין בשבת ויו"ט ואם עבר ודן דינו דין וכמבואר פרי"ף והרא"ש ביצה ד' ל"ו והוא מתוספתא ביצה פ"ד: ועיין בק"נ שם ובאור הגר"א זצ"ל לאו"ח סי' של"ט ס"ק ט"ו: והנה לפמש"כ בשם הר"נ דבמקום

איסורא לא תקנו רבנן אף אם האיסור אינו רק מדרבנן כמו התם דהוי האיסור משום דמפסידים לחוב מזונות הבת דהוי מדרבנן ולכן לפי מה דנתבאר דמה דדנין בבבלי דליפא סמוכין דאין זה רק מדרבנן א"כ הדין נותן דהיכא דעשו איסור ודנו בשבת דיהי' בטל דינם פיון דאינו רק מדרבנן מה דעבדינו שליחותייהו וקא דמבואר בתוספתא דאם עברו ודנו דיניהם דין י"ל דזהו בזמן דהי' סמוכים אבל מנלן לדון פו האידינא דליפא סמוכין וכיון דחזינו דס"ל לכל הראשונים דאף האידינא דיניהם דין בשבת א"כ מוכח מזה דכמו דמבואר בח"מ סי' ר"ח בט"ז ונש"ך שם דלכן אם עברו ודנו דיניהם דין משום דלא שנייה בזה לדון אי עביד לא מהני פיון דאינו איסור בעצם רק מחמת הזמן ע"ש דה"ה דמה"ט לא שנייה בזה לדון להפיל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן שפכת הר"נ וזהו דלא כמש"כ לעיל דבשבועה אף דס"ל להרא"ש בתשובה דלא שנייה בזה אי עביד לא מהני דמ"מ יש לדון בזה להפיל של הר"נ הנ"ל.

אבל באמת דוחק לומר דמחמת שאין האיסור בעצם רק מחמת הזמן דלא יהי' שנייה לומר בזה להפיל של הר"נ הנ"ל משום דבאמת אין זה דומה להי' דאי עביד לא מהני ולכן לכאורה יש להוכיח מזה פשיטת הנתיות דהא דדנין בבבלי זהו מה"ת אכן באמת אין זה הוכחה פלל לפמש"כ המל"מ פ"ט ה' זכיי' ה' יו"ד לבאר דברי הר"נ בתשובה הנ"ל במש"כ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן דז"א רק היכא דלא הי' יכול לעשות המעשה באופן המועיל אבל היכא דהיה יכול לעשות זה באוה"מ אז לא דינינו להי' פללא דבמקום איסור לא תקנו רבנן ודינם דין גם במקום איסור דרבנן וכ"כ השער המלך שם ולפ"ז ה"א בעברו ודנו בשבת פיון דהיו יכולים לדון בחול ע"כ לא שנייה ה"א פללא וכ"כ הש"ך בסי' ר"ח ס"ק ב' לחלק פו גבי אי עביד לא מהני ע"ש ואף דיש לחלק בין נידון המל"מ הנ"ל לנ"ד מ"מ אפשר לדון פו ועוד י"ל בזה ע"פ מש"כ המהרי"ט והובא בנתיבות סי' ר"ח ובתשובת ר"ע איגר זצ"ל בפסקים סי' קכ"ט דלכן אמרו דאם דנו בשבת דיניהם דין ולא דנין בזה להי' דאי עביד לא מהני משום דהא לא יהי' מתוקן האיסור בזה ע"ש ה"ה די"ל פו להפיל שפכת הר"נ במה דעברו ומכרו בנכסים מועטים דאי נימא דבטל המכירה מצד דהוי מכירת פעותות א"כ יהי' מתוקן האיסור ולא יפסידו למזונות הבת לכן אמרו בזה ה"א פללא דבמקום איסורא לא תקנו רבנן אבל במה שאמרו אין דנין בשבת משום שפא יכתוב דעיקר האיסור הוא במעשה הדין שדנין וכיון דעברו פבר ולא יתורץ דברי חכמים במה שיבטל קיום הדין וכמש"כ המהרי"ט פנ"ל ע"כ לא שנייה לדון בזה להפיל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן לכן שפיר פסקו דאם עברו ודנו בשבת דיניהם דין אף בזמן דליפא סמוכין אף דנימא דשליחותייהו דקא עבדינו וזהו מדרבנן ולכן שפיר כתבתי לעיל בהנידון דתשובת הרא"ש דעשו תקנה שלא למכור המקומות בלא רשות הבועלים.

וכן בקא דח"מ סי' פ"ז בתפס מטלטלי ואינו רוצה ליטבע דשנייה התם לדון הפלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן. דהא התם ג"כ יתוקן האיסור ע"י מה דנימא דלא תקנו התם לתקנתם: ובהא דעבדינו שליחותייהו דקמאי בכל מה שנתבאר לעיל.

דלא שנייה לדון בכ"ז דלא נייעבד שליחותייהו דקמאי דלא יהי' עדיפא מן עשאו לשליח בפ"א אם הוא במקום איסור דנתבטל השליחות לשיטת פמה פוסקים אף באיסור דרבנן

משום דאשל"ע ועינין במל"מ פ"ב ה' רוצח ובנו"ב א"כ בעברו ונדנו בשבת לכאורה יש לדון דיתבטל שליחות דקמאי פינו דהשלוטים עשו איסור וה"ה בכל הנ"ל דזה אינו לפמש"כ המל"מ פ"ג ה' גניבה דאם עשה שליח בסתם והשליח שחט בשבת מדעתו דלא שייך בזה אשל"ע פינו דלא ציננהו המשלח לשחוט בשבת.

א"כ ה"ה הקא וכ"ז פשוט ולכן לא באתי בזה לדוק רק למש"כ הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנו דזה שייך אף היכא דלא אמרינו אי עביד לא מהני כמו בשבועה דלעיל וכה"ג ומה"ט יש לדון בזה דנשבע שלא למכור דיו"ד סי' ר"ל ובח"מ סי' ר"ח דאם הי' המכירה ע"י קנין דרבנו פגון בקנין משיכה לדין דקיי"ל ד"ת מעות קונות וכה"ג דכיון דבמקום איסורא לא תקנו רבנו.

ואף היכא דהי' בידו על קנין דאורייתא אם הוא במקום איסור מה"ת כמש"כ המל"מ לחלק בזה בפ"ט ה' זכיי' ה' יו"ד ע"ש: דלא קנה אף אי נימא דשבועה לא שייך א"ע לא מהני ובזה יתקון האיסור לפמש"כ רע"א זצ"ל בפסקים סי' קכ"ט לדון בנשבע שלא לגרש הכנונה הוא גירושין המועילים ע"ש וה"ה בנשבע שלא למכור ועפ"ז יש לדון בסתירת השו"ע והפוסקים בזה.

וקצרתי פאן בכ"ז ובמק"א יבואר כ"ז ביתר ביאור ועינין לקמן סי' ל"ד ובסי' ס"ו סעי' ל"ד ובסי' פ"ז סעי' יו"ד בחדושי שם: ענף ג ולכאורה יש לדון לשיטת הראשונים דס"ל דהא שליחותיהו דקא עבדינו דזהו רק מדרבנו אבל לא מה"ת וה"ה במה דמקבלין עדות בזמן דליכא סמוכין דמה"ת בעינין סמוכין.

ובזה כ"ע מודו כמש"כ התוס' בב"ב ד' מ' וכתובות ד' כ"ב והא דמקבלין עדות בזמן דליכא סמוכין הוי זה רק מדרבנו לפי שיטת הראשונים הנ"ל ע"כ יש לדון דבזמן דליכא סמוכין לא שייך הך דינא דנספא דר' אבא לומר דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ע"פ עדות ע"א דהא מבואר לקמן בסי' ע"ה סעיף י"ד דלא אמרינו מחוייב שבועה ואיל"מ אלא בשבועה דאורייתא אבל בשבועה דרבנו לא אמרינו מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם א"כ ה"ה בע"א בזמן דליכא סמוכין פינו דמה"ת לא הוי שום ממש בעדותו דהא הוי כמו דהעיד חוץ לב"ד פינו דבעינין סמוכין ועיקר עדותו הוא ע"י מה דתקנו דניעבד שליחותיהו דאין זה רק מדרבנו וכיון דכללא הוא דשבועה דרבנו ואף בשבועת המשנה לא אמרינו מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם א"כ לא יהי' שייך כלל בזמן דליכא סמוכין לדון ע"פ ע"אדה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ובאמת אין סברא לומר פן דהא לא אישתמיט בשום פוסק לומר פן אלא אדרבה פתבו פולם כל הראשונים והאחרונים בסי' ע"ה דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ע"פ ע"א.

א"כ לכאורה יהיה מזה ראי' למש"כ הנתיבות לומר דהא שליחותיהו דעבדינו זהו מה"ת ותקשה מזה על שיטת הראשונים הנ"ל: ונדעתי מה דיש לחלק דשאני שבועה דעיקרו רק מדרבנו בזה אמרו דלא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אבל היכא דעיקר חיוב שבועה הוי מה"ת רק מחמת דאין לנו סמוכין הראויין לקבל עדותו הוי משום זה כמו דרבנו א"כ זהו מצד אחר אבל בעיקר חיוב שבועה הוי מה"ת ואם הוי סמוכין הי' נוהג בע"א מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ע"כ דינו בזמן דליכא

סמוכין פדאורייטא גבי זה לאחר דתקנו לקבל עדות בזמן דליפא סמוכין פן הוא חילוק פשוט באמת אבל מה אעשה דבאמת יש להוכיח דגם כה"ג דינו פדרבנן דלא אמרינן בזה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם והוא דהתוס' בכתובות ד' י"ח ע"ב ד"ה ובכולי בעי דלודי כו' פתבו בזה"ל וקשה לר"י דהא א' בב"מ דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ואין לומר דמה"ת חשוד אממונא חשוד אשבועתא ומדרבנן הוא דאמרינן דלא חשוד לפי שראו שהיו מקילים בממון יותר מבשבועה ותקנו שבועה על החשודים כ"ז שלא נודע שהוא גזלן שפשוט מה"ת עדיין אבל גזלן ידוע שפסול מה"ת לא תקנו כו' דהא גבי נספא דר' אבא משמע דאי אמר לא חטפי הי' נשבע להכחיש את העד אע"ג דחשוד אממונא והתם הני שד"א דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם פדמשמע בפ"ק דב"מ גבי ההוא רעיא עכ"ל התוס' וכ"כ התוס' בב"מ ד' ג' ע"ב ד"ה בכולי בעי דלודי כו' ע"ש.

ועיין בב"מ ד' ה' ע"ב תוס' ד"ה ונתקנתא כו' דכתבו דהכא לא שנייך מתוך שאינו יכול לישבע משלם פדפרקישית עכ"ל י"ל דנתפוננו למש"כ התוס' הגזפר לעיל ד' ג' ועיין במהר"ם לרבלין שם שכ"כ והנה הש"ך בסי' נ"ח ס"ק כ"ג פתב די"ל דס"ל להתוס' בכתובות ד' פ"ה דאף בשבועת המשנה אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דכעין דאורייטא תקנו לכל מילי ע"ש ובאמת מוכח מהתוס' ב"מ וכתובות הג"ל דס"ל דלא אמרינן בשבועת המשנה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם וכמבואר בסי' ע"ה.

ועיין בב"מ ד' ע"א ובתוס' ד"ה דתני ר"ח כו' ובאמת י"ל דכוננת התוס' בכתובות ד' פ"ה שם דמייירי בתר פרעון וכמש"כ שם הש"ך מקודם: ודברי התוס' כתובות ד' י"ח וב"מ ד' ג' הג"ל דכתבו בפשיטות דאם אמרינן מה"ת מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא אלא לאחר דראו חז"ל דחמירא לאינשי שבועת שקר ע"כ תקנו שבועה על החשודים כו' דבזה לא שנייך מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך כו' זה צריך ביאור הא עיקר חיוב שבועה הני מה"ת אלא דמה"ת דאמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' לא מציינן ליתן לו שבועה א"כ האידנא דחמירא להו שבועה ולא שנייך מיגו דחשוד אממונא ע"כ ממילא דין חיוב שבועה זו כמו דאורייטא ממש ובגזל דאי שנייך בזה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם כמו פל שד"א ואין זה דמיון פלל לשבועת המשנה דלא אמרינן ביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם דעיקרו הוא רק מדרבנן ואפשר דסברת התוס' הוא לפי דבאמת גם האידנא דנותנין שבועה אין זה רק בתורת תקנה כמש"כ התוס' בלשונם שם דתקנו שבועה על החשודים וכ"כ שם אח"ז דבגזלן ידוע לא תקנו אלמא דזה גופא לא ברירא לחז"ל אם הוא חמור לו כ"כ וזה אינו אלא בתורת תקנה ע"כ ממילא דין חיוב שבועה בנספא דר' אבא בזמן דליפא סמוכין אינו אלא בתורת תקנת חז"ל לכן כמו דבכל חיוב שבועת המשנה לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ה"ה בזה מבעי לן לומר דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם פן יש לדחוק בכוננת התוס'.

עכ"פ חזינן דס"ל להתוס' בפשיטות דאף דעיקר חיוב שבועה הני ומה"ת היכא דשנייך אשתמוטי וכה"ג הא חייב שבועה מה"ת. עכ"ז היכא דמה"ת אין עליו חיוב שבועה

במקום דשייך מיגו דחשונדא ממונא כו' ויהיה מאיזה טעם שיהי' פינו דמה"ת אין נותנין
שבועה בזה אלא מדרבנן מחייבין לי' השבועה ע"כ ממילא דינו כמו כל שבועה דרבנן
לגבי זה.

א"כ ה"ה בשבועת ע"א דבזמן דליפא סמוכין אין אנו מחייבים לו שבועה בע"א רק
מדרבנן דתקנו שליחותיהו דקמאי לכן אף דעיקר שבועה הוי מה"ת עכ"ז פינו דמה"ת
ליפא עליו חיוב שד"א מאיזה טעם ע"כ ממילא דינו ככל שבועה דרבנן דלא אמרינן
מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכן יש לדון דלא יהא דין נחתינן לנכסיו בשבועת ע"א
דאין לו דין שד"א רק שד"ר ובסי' פ"ז מבואר דאף בשבועת המשנה לא נחתינן לנכסיו
וגם יש לדון זה במכש"כ מגידון התוס' הג"ל.

א"כ תקשה מזה על שי' הראשונים דס"ל דמה דדנין ומקבלין עדות בבבל אין זה רק
מדרבנן דהא פולם כתבו בפשיטות לדין מחוייב שבועה ואיל"מ בשבועת ע"א כמו
בנספא דר' אבא או בטוען איני יודע אם לוייתי וע"א מעיד דלנה וכה"ג כמבואר בסי'
ע"ה אף י"ל דהראשונים לא ס"ל פשיטת התוס' בכתובות וב"מ הג"ל אלא ס"ל לחלק
כמש"כ לעיל ולדברי התוס' הג"ל באמת מוכח דס"ל דהא דשליחותיהו דקמאי הוי זה
מה"ת וכמש"כ הגתיבות:.

ויש לחלק דדוקא היכא דבשני עדים הוי נאמנין מה"ת רק בע"א אין לו יכולת לחייב
שד"א רק מדרבנן בזה שפיר ס"ל להתוס' דאין בזה דין מח"ש ואיל"מ משום דדינו
כשבועת המשנה בזה אכל היכא דגם בשני עדים הוי מדרבנן כגון בבבל דלא היה סמוכין
ע"כ גם בע"א דינו כמו שני עדים לדון בי' דכל זמן דלא נשבע דינו כמו ב' עדים ואמרינן
בי' מחו"ש ואיל"מ ודינו ככל שד"א דהא לא הוי זה גריעותא לפי דהוי ע"א דהא גם
בשני עדים בבבל הוי דרבנן ע"כ לא שייך בזה הפלל הג"ל ובכזה אמרינן להא דכ"מ
ששנייה מחייבין ממון א' מחייבו שבועה כמבואר בשבועות ד' מ"י ועיין בתוס' פתובות
ד' פ"ז ע"ב דה' ועוד אין נשבעין כו' ובתוס' שבועות שם ד"ה וכ"מ ששנים כו' וקצאתי
בכ"ז.

וע"כ י"ל דגם התוס' דכתובות ד' י"ח וב"מ ד' ג' דס"ל פשיטת כל הראשונים דהא
דשליחותיהו דקא עבדינן דזהו מדרבנן וא"ש כ"ז ואחר פותבי כ"ז ראיתי בנו"ב במ"ק
ח' אה"ע סי' ל"ג ובנו"ב מ"ת ח' ח"מ סי' ה' שפתיב להוכיח ע"פ דברי התוס' פתובות
הג"ל דאף לשיטת הרמב"ם דס"ל דשטר אינו רק מתקנ' חז"ל דז"א רק במתו העדים
אבל אם העדים חיים הוי שטר כזה מה"ת פשר וכמש"כ הלח"מ דאל"כ תקשה על
הרמב"ם ממה דפסק הרמב"ם דבשטר בע"א אמרינן מחו"ש ואיל"מ כמבואר בסי' נ"א
והא בשבועה דרבנן לא אמרינן מחו"ש ואיל"מ עכ"ל הנו"ב בקצרה ולפי מה שפתיבתי
להוכיח לפי שיטת כל הראשונים דס"ל דהא דדנין בבבל אין זה רק מדרבנן ואפ"ה ס"ל
לכולם דבע"א דיינינן בי' פדין שד"א לענין מחו"ש ואיל"מ וכה"ג אף בבבל דליפא
סמוכין דלפ"ז מוכח מזה דסברת התוס' בכתובות אינו מוכרח כ"כ די"ל דהיכא דהוי
עיקר שבועה מה"ת דהוי מחו"ש ואיל"מ וכמש"כ לעיל או די"ל דהיכא דשני עדים אינן
בני עדות מה"ת דאז גם ע"א דינו כשני עדים פנ"ל ע"כ י"ל דגם הרמב"ם ס"ל פן ולכן
גם שטר בע"א מהני דה"ל מחו"ש ואיל"מ משום דהא שטר בשני עדים ג"כ אינו מועיל

מה"ת רק מדרבנן ע"כ דין ע"א בשטר ג"כ כשני עדים כ"ז דלא נשבע נגדו ואמרין שפיר מתוך שאיל"מ וע"כ דברי הנו"ב בהוכחתו אינם מוכרחין: ועוד נ"ל לדון אף לדברי הנו"ב ה"ל דחזינו דס"ל דאף דבשני עדים הי' ג"כ הדין דעיקר נאמנותם אינו אלא מדרבנן מ"מ בע"א פ"ג דעכ"פ אינו נאמן אלא מדרבנן דלא ה"ל מחו"ש ואיל"מ עכ"ז י"ל דשאני הא דשליחותיהו דקמאי דעבדינו דכינן דבזמן דהיו סמוכין הי' דינו של ע"א לחייב משום מחו"ש ואיל"מ דה"ה בזמן דליפא סמוכין פ"ג דשליחותיהו קא עבדינו ע"כ דינו אף בבב"ל כמו שיהו הדין בזמן שהי' סמוכין ולא מחלקינן ביניהם דאל"כ נעקר ונלקה הדין בבב"ל ושייך לדון בזה לא פלוג וזהו מוכרח דאל"כ ישתנו פמה דינים האידנא כגון בתרי ותרי המכחישים אם נתקדשה או לא דקיי"ל דאם ניסת תצא כמבואר באה"ע סי' מ"ז סעי' ב': ועיין בב"ש ס"ק ב' ובח"מ מש"ס ס"ק א' ומקורו הוא בכתובות ד' כ"ג ובתוס' ד"ה מ"ש רישא כו' ובכתובות ד' כ"ו תוס' ד"ה אגן אסתנין כו'.

ובקידושין ד' ס"ו בתוס' שם וב"ב ד' ל"ב ד"ה אגן מסקינן כו' דבדאורייתא מחמירין בתרי ותרי שלא להעמיד בחזקת היתר רק הוי ספיקא דרבנן היתכן לומר דהאידנא דליפא סמוכין א"כ קבלת עדות של העדים המעידים דנתקדשה יהי' דינם רק פאיסור דרבנן פ"ג דמה"ת הוי פאלו לא נתקבל עדותן בב"ד.

דקא מן הדין בעינן דיתקבל עדותן בב"ד ודוקא פאיסורין דע"א מהימן לא בעינן ב"ד גבי א"כ יהי' בבב"ל דין האשה המעידים עליה ב' עדים דנתקדשה כמו כל איסור דרבנן ולא מה"ת. א"כ בתרי ותרי תהי' מותרת כמו כל דרבנן דלא מחמירין בתרי ותרי המכחישים או היכא דנולד ספק אחר בהעדים בזה יהי' דינה כספק דרבנן ולקולא וכן יש עוד פמה נפ"מ בין דאורייתא לדרבנן כגון בפסולי עדות וכה"ג ובגונדאי אין סברא לומר פלל דבבב"ל יהי' דין זה רק כמו כל דרבנן ומלבד דז"א ע"פ סברא הנה יש פמה סתירות לזה מפל הפוסקים וכן יש פמה דינים דלפ"ז ישתנו האידנא ורבו מלספור ועיין מזה בקצה"ח סי' ל"ד ס"ק א' גבי קבלת עדות לפוסלו בבב"ל וע"כ מוכח מפל זה דמה דנתנו לנו רשות לדון ולקבל עדות בבב"ל דיש לזה פל הדין כפי שהי' בזמן סמוכין דאל"כ תיעקר רוב הדינים וכן מוכח ממה דאמרו דמודה במקצת יש לו דין שד"א והא פתב הקצה"ח בסי' ג' ס"ק ב' דמודה במקצת בעי סמוכין מה"ת ע"ש א"כ לפ"ז יש לומר בבב"ל דליפא סמוכין ושליחותיהו דקא עבדינו וזהו רק מדרבנן דלא יהא לכל מ"מ רק דין שבועה דרבנן ואין לחלק דשאני היכא דעיקר שבועה מה"ת דקא התוס' בכתובות ד' י"ח ה"ל לא מחלקי בזה וכן אין לחלק במש"כ לעיל בהא דתרי ותרי דהוי יש לו עיקר בדאורייתא.

וכעין זה כתב המל"מ פ"ז ה' תרומות ה' י"ז במה דאמרו תרומה בזמן הזה דרבנן דיש לו פל דין תרומה מה"ת לכל דיננו זולת לענן תערוכות ע"ש ועפ"ז נדחה מש"כ בקונטרס א' לדון בתרי ותרי בממון לענן תפיסה דה"ל כעין ספק תקנה האידנא.

אבל העיקר כמש"ה פעת דלא שייך בזה לדון פלל לספק תקנה משום דחז"ל לא חילקו פלל במה דנתנו לנו רשות לדון דממילא הוי זה כמו שהי' בזמן סמוכים לכל דיניו וזה מוכרח מכ"ד וקצתתי אף מש"כ לדון בזה אם עבדו תקנה זה במקום איסורא אין זה ענין לכל מש"כ פעת ושפיר פתבתי לדון דבמקום איסורא לא נתנו לנו רשות לדון ולא תקנו

לתקנתם: (שם סעי' א' סמ"ע ס"ק ג') ויש בהם חסרון פיס גם בפרושות ומתנות יש בהן חסרון פיס כו' ועיין לקמן בחידושי לסימן ט"ז סעיף ד' ענף ג' מזה: (שם סעי' ג') וכן מי שגנב או גזל מגבין ממנו כו' ושיטת התוס' בב"ק ד' פ"ד ובסנהדרין ד' ג' ובגיטין ד' פ"ח בתי קמא דאין דנין דיני גזילות בבב"ל אבל שיטת רוב הפוסקים והש"ך דגובין בבב"ל גזילות ונראה לי דשיטת רש"י ג"כ דס"ל דדנין בבב"ל גזילות דזה לשון רש"י בסנהדרין ד' י"ג ע"ב ד"ה למידן דיני קנסות דאלהים פתיב כו' ובשאר דיני ממונות לא בעינו מומחין פדאוקימנא בריש פרקין ד' ב' משום נעילת דלת והיכא דליכא נעילת דלת פגון בד' שומרין וגזילות דיינינן בבב"ל אע"ג דליכא סמוכין דשליחותייהו קא עבדינן פדמפרש בהחובל ד' פ"ד אבל בקנסא לא עבדינן שליחותייהו כו' עכ"ל רש"י הרי דעת רש"י דגזילות דנו בבבלי ועיקר דברי רש"י הנה"ל צריך ביאור דמשמע ממנו דס"ל דהא דדנין הודאות והלנאות בבב"ל זהו משום נעילת דלת ולא משום דעבדינן שליחותייהו אבל גזילות דדנין אף דלא שייך נעילת דלת בזה מ"מ דנין משום שליחותייהו קא עבדינן והם שני ענינים נפרדים והוי שתי תקנות ומזה יש לכאורה לסתור למה שפתיבתי לעיל לדון בהודאות והלנאות במקום איסור משום שליחותייהו כו' אבל באמת זה ליחא דהא בגיטין ד' פ"ח ע"ב פ"י רש"י בד"ה מידי דהנה אדיני ממונות דהלנאות דעבדינן שליחותייהו פדאמרו בסנהדרין ד' ב' עכ"ל רש"י אלמא להדיא דהא דהודאות והלנאות דדנין בבב"ל זהו ג"כ משום דשליחותייהו דקא עבדינן ומשום שלא תנעול דלת כו' וכן אמרו בב"ק ד' פ"ד דשליחותייהו עבדינן מידי דהנה אהודאות והלנאות ופי' רש"י שם בד"ה מידי דהנה אהודאות כו' דלא בעי מומחין שלא תנעול דלת כו' הרי להדיא דגם בהודאות והלנאות הא דדנין זהו משום דשליחותייהו קא עבדינן ומשום נעילת דלת וכן פתיבו כל הפוסקים דהא דדיינינן בהלנאות דבבב"ל זהו משום דשליחותייהו קא עבדינן: והנלע"ד בכוננת רש"י ע"פ מש"כ האו"ת בס"ק ב' לדין דהודאות והלנאות וגזילות דדנין הם חלוקים בדינם דהודאות והלנאות דנין בב"ד הדיוטות אף במקום דיש ב"ד סמוכים משום שלא תנעול דלת בפני לוין דהמלנה לא ירצה להלוות ולהטריח לילה לב"ד סמוכין דוקא אבל גזילות דדנין משום שתנעול דלת בפני עושי עול כמש"כ התוס' והרא"ש בריש סנהדרין והטור דבזה דוקא בבב"ל דליכא פלל סמוכין בזה תקנו לדון בב"ד שאינו סמוכין דאל"כ יגזול ויסמוך על זה דהא לא יוציא הנגזל מנה על מנה לילה לא"י למקום רחוק ויהי' הוצאה מרובה על הקרן וכש"כ בבב"ל דליכא סמוכין פלל אבל בא"י דאיכא סמוכין פיון דאיכא במציאות ב"ד סמוכין ע"כ לא יגזול דהא ביד הנגזל לילה לב"ד סמוכין וכ"כ הנתיבות בס"ק ב' בשם הר"ן והרמב"ן ע"כ י"ל דלזה נתפנין רש"י דבאמת אף בגזילות דדנין בבב"ל זהו מטעמא דגם התם שייך לומר שתנעול דלת בפני עושי עולה כמש"כ כל הראשונים רק בהלנאות לא בעינו מומחין כמש"כ רש"י בלשוננו דבדיני ממונות לא בעינו מומחין כמו דאוקימנא בריש פרקין משום נעילת דלת כו' היינו דאף במקום דיש סמוכין אפ"ה לא בעינו פלל סמוכין אבל בגזילות דדנין זה אינו רק בבב"ל דליכא סמוכין כמש"כ רש"י בזה"ל והיכא דליכא נעילת דלת פגון בד' שומרין וגזילות דיינינן בבב"ל כו' היינו דדקדק בלשונו וכתב דדוקא בבב"ל דיינינן ומשמע דאתי למעוטי דבא"י דאיכא סמוכין במציאות זה לא דנינן בב"ד הדיוטות: פיון דלא שייך התם שלא תנעול דלת בפני

לזין וכמש"כ האו"ת פנ"ל אָבֵל בְּאַמַּת ס"ל דגם בגזילות שניף הטעם שתנעול דלת בפני עושי עול פנ"ל.

ומה דמסיים רש"י שם בלשונו דשליחותיהו קא עבדינו פדמפרש בהחובל כו' פנונתו דקאי גם על דיני ממונות דהלונאות דקא מיירי לעיל שם וכן בגזילות דדנין בבבל הפל הוי משום דשליחותיהו קא עבדינו דהא כתב פדאמרי' בהחובל ד' פ"ד ושם קא אמרו להדיא מידי דהנה אהודאות והלונאות דשליחותיהו קא עבדינו ע"כ פנונדי אף בהודאות והלונאות מה דדנין עיקר הטעם הוא משום דשליחותיהו קא עבדינו וקא דפלגינהו רש"י לשני ענינים זהו משום סברת האו"ת והוי סייעתא מן דברי רש"י הנ"ל למש"כ האו"ת והנתיבות בשם הר"ן והרמב"ן דרש"י ג"כ אָזִיל בשיטתיהו וזהו ברור בכוננת רש"י הנ"ל ואתי שפיר: (שם סעי' ג' בהג"ה) וי"א דוקא גזילות דשכיחי כו' אָבֵל גזילות דל"ש אין דנין אא"כ הגזילה קיימת כו' וזהו מן הנמיוקי יוסף רפ"ח דב"ק שפכת הטעם דאין מניחין אותו לעבד על ד"ת ונ"ל לְבָאָר זֶה ע"פ מש"כ הנתיבות בסי' ג' ס"ק א' בסופו להוכיח מן ב"ק ד' כ"ח בעבד שפסד לו שפחה כו' והשתא איסורא דרשאי להכותו ולהפרישו מן איסורא דבמקום אפרושי מן איסורא א"צ לזוה ב"ד ע"ש לכן מה"ט כופין בבבל על גזילה בעיני' להפרישו מאיסורא אף לפ"ז יש לדון דא"כ גם על מ"ע דפריעת בע"ח וכן אף באין גזילה קיימת דמזוה בהשבת הגזילה יהי' יכולת בידם לדון אף אם אין דין ב"ד עליהם כדי להפרישו מאסור תורה שמחוייב ואין לומר דלכן אין יורדין לנכסיו בזה משום דמה דיורדין לנכסיו בדין גונבינא לזוה צריכים ב"ד דוקא ובלא ב"ד קא חפץ בלא שומא הוא גזל בידו היכא דלא ינדקו ב"ד להגבותו כמש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' דז"א דהא מצינו בחוב ריבית דכופין לו להחזיר הריבית ואין יורדין לנכסיו כמבואר ביו"ד סי' קס"א סעי' ה' א"כ ה"ה הקא יהי' יכולת בידם לכופו לקיים מ"ע דפריעת בע"ח וכמש"כ הנתיבות בסי' ג' סוף ס"ק א' לדון פן על מ"ע דפריעת בע"ח: אָבֵל בְּאַמַּת פשוט הוא לחלק די"ל דוקא היכא דהוי עבירה במעשה דקום ועשה בזה אמרינו דא"צ ב"ד לאפרושי מאיסורא פעין קא דב"ק ד' כ"ח הנ"ל אָבֵל היכא דהוי בשב ואל מעשה ואינו מקיים המ"ע דמחוייב בקום ועשה דבזה לא אמרינו פן וצריכים בזה ב"ד דוקא לכפותו וע"כ בהודאות והלונאות וכן באין גזילה קיימת להו שיטה אם לא שניף שליחות דקמאי לא הי' יכולת בידינו לכופו ובגזילה בעיני' אף דכבר גזל ועכשוו אינו עושה שוב מעשה פלל מ"מ מקרי מעשה במה דמעכב הגזילה בעיני' ת"י וזהו פעין מש"כ התוס' בשבועות ד' י"ז ע"א ד"ה או אין צריף כו' דרב אשי דס"ל אפי' לא שקה אלא כדי לפשוט וללבוש חשוב שהי' פמעשה פיון דתחלת הלבשה ע"י מעשה כו' עכ"ל.

וע"כ ה"ה במה דמעכב הגזילה בעיני' ת"י פיון דמתחלה הי' ע"י מעשה גזילתו ע"כ נחשב זה פמעשה ובזה דוקא אמרו דא"צ ב"ד להפרישו מאסור וכעין חילוק זה מצינו בברכות ד' כ' גבי המוצא פלאים בבגדו פושטו אף בשוק משום דהוי במעשה ושאני היכא דהוי בשב ואל מעשה וכמש"כ השאגת ארי' בסי' ל"ב דלכן מוצא פלאים חשוב פמעשה פיון דהי' מתחלה ע"י מעשה ע"ש אלמא דמצינו חילוק בזה במקום אפרושי מאיסורא לענין פבוד הבריות דשם וה"ה יש לחלק פן בנ"ד וגם ידעתי מה די'ש לדון בזה ע"פ מה דאמרו שם בברכות ד' כ' מתחלה בהא דכבוד הבריות דממונא מאיסורא לא

לפינו דמונא קיל מאיסורא ועיין במשובב נתיבות סי' ג' ס"ק א' מש"כ בזה בקצרה והקצה"ח בסי' א' ס"ק ד' הביא בשם הגהות מרדכי דכופין על צדקה האידנא לכאורה י"ל בזה הטעם משום דיש בזה לא תאמין ולא תקפנין כמש"כ התוס' בכתובות ד' מ"ט: אבל לפמש"כ זה אינו דהא הוי בשב ואל תעשה וגם במ"ע דפריעת בע"ח יש לאו דלא תעשוק כמש"כ הרמב"ם פ"א ה' גזילה ועיין בס' רביד הזהב פ' קדושים מזה ואכמ"ל ואינו סבא לחלק בזה בין תרי לאוי לחד לאו אלא עיקר הטעם הוא דלכן כופין על הצדקה משום דצדקה הוי מן ענינים גדולים וכעין מש"כ הראשונים והובא בסמ"ע ס"ק ג' דכה"ג דנין האידנא ג"כ: סימן ב (בהג"ה) ויש נרש להם פח לעשות כו' בברפי יוסף הביא בשם הרשב"א [והריב"ש דס"ל דיש להם פח וזכות אף לזכות לזה מקודם שבא לידו ע"ש והנה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יוד ענף א' הבאתי בשם הגט פשוט סי' ק"כ ס"ק ה' והמקור חיים ה"פ סי' תמ"ח ובתשובת הגאון רע"א זצ"ל סי' רכ"ב דכתבו דאין להם פח רק כו' אבל לא להקנותו ולהעמיד בראשותו אם לא שיזפה בתורת קנין וגם הבאתי שם דברי היש"ש שכתב דזה תליא בפלוגמת אמוראי דגיטין ד' ל"ו דמאן דיליף מן פל אשור לא יבא בעצת השורים כו' אין להם פח להקנות אבל למאן דיליף מן קרא דיהושע דאלה הנחלות כו' מה אבות מנחילין כו' א"כ יש להם לזכות אף דלא קנהו בדרך קנין וזהו נפ"מ בין הנה אמוראי דהתם ובירושלמי בפאה פ"ה ה"א במראה הפנים ד"ה א"ל ר' יוסא שמענו שיהא פטור ממעשרות כו' כתב נפ"מ אחריתי דלמאן דיליף לי' מן אלה הנחלות כו' אינו פטור עי"ז ממעשר אבל למאן דיליף מן קרא דעזרא דכל אשור לא יבא כו' דינו כהפקר ומפטור ממעשר כו' עכ"ל המראה הפנים ובאמת הכל נדא היא ולפ"ז להרמב"ם ה' סנהדרין פ' כ"ד ה"ו דהביא הדרשא דילפי מקרא דעזרא דכל אשור לא יבא כו' והוכיח פן מן הא דמ"ק ד' ט"ז ושקלים פ"א ה"ד וירושלמי פאה ה"א דלא הביאו רק להך דרשא דעזרא לחוד ע"כ שפיר י"ל כמש"כ האחרונים הנ"ל דאין להם פח לזכות בלא דרכי הקנין אבל הרשב"א ס"ל כמאן דיליף מן אלה הנחלות כו' וב"ה ראיתי בחידושי הרשב"א לגיטין ד' ל"ו ובתשובות הריב"ש סי' שצ"ט שכתבו בפ"י דכיון דלפינו מן אלה הנחלות כו' ע"כ דינו כמו נחלות להיות זוכה אף בלא דרכי הקנין אלמא דגם הם ס"ל דזה תלוי בהנהך דרשות רק דס"ל דלדינא קי"ל כמאן דיליף מן נחלות ודלא כמש"כ הרמב"ם ומצאתי בשיטה מקובצת לב"ב ד' ק' ע"א ד"ה ור"א רבים במאי קנו כו' דכתבו באה"ד בזה"ל וכל היכא דאמרינן הפקר כו' בעל הנכסים איבד זכותו ע"י הפקר כו' וה"ה פדבר שאינו שלו ויש רשות לחבירו להחזיק בו בראשות ב"ד אבל אינו זוכה בדיבור ב"ד עד שייחזיק כו' עכ"ל הש"מ הרי דכתב הש"מ בפ"י כמש"כ האחרונים הנ"ל דכ"ז דלא זכה ע"פ דרכי הקנין אין להם פח להקנות לו וזהו כמש"כ הרמב"ם הך דרשא דעזרא א"כ ה"ל זה ספיקא דדינא דנתבאר דהרמב"ם והש"מ לא ס"ל כמש"כ הרשב"א והריב"ש ועיין לקמן בחידושיי לסי' ל"ט סעי' א' סי' ב' בשעבודא דאורייתא ענף ה' סימן ג' (סעי' א') אין ב"ד פחות משלשה כו' עי' ש"ך ס"ק א' שהקשה על הרמב"ם דפסק ד"ת חד פשר דא"כ אמאי פסק שנים שדנו אין דיניהם דין: ענף א' ולכאורה אפשר לומר דלכן פסק הרמב"ם דשנים שדנו אין דיניהם דין משום דהא קי"ל דבעי ב"ד נוטה ואין ב"ד שקול כמבואר בסנהדרין ד' ג' ע"ב ובכ"ד ע"כ י"ל דנהי דדבר תורה חד פשר היינו משום דביחיד לא שייך לומר אין ב"ד שקול דמי יחלוק

עמו אָבֵל בְּשָׁנִים דְּשִׁינָה לומר בְּזֶה אֵין ב"ד שְׁקוּל וְקִי"ל דְּאַף בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת בְּעֵי ב"ד נוֹטָה וְיִלְיָף זֶה מְקַרָּא כַּמְבֹאָר שֶׁם ע"כ פֶּסֶק הֶרְמֵב"ם דְּשָׁנִים שְׁדָּנוּ אֵין דִּינֵיהֶם דִּין וְשִׁמוּאֵל דְּפֶסֶק שָׁנִים שְׁדָּנוּ דִּינֵיהֶם דִּין י"ל דְּפֶסֶק כֹּר' יֵאָשֵׁי דְּמְבֹאָר בְּסִנְהֶדְרִין ד' ג' דס"ל דְּלֹא בְּעֵי ב"ד נוֹטָה בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת וְכֹן רְאִיתִי בְּעִיר שׁוֹשֵׁן סִי ג' סֵעִי א' דְּכָתַב דְּלִכּוֹן בְּעֵינֵן מֵה"ת ג' מִן־מַחֲזִין מְשׁוּם דְּכִתִּיב ג' פְּעָמִים אֱלֹהִים וְזֶהוּ פְּדִרְשָׁא דִּר' יֵאָשֵׁי וְלֹא כֹר' יוֹנְתָן וְעִינֵן מִזֶּה בְּרִדְבָ"ז ח"א סִי ש"ח אָכֹן הֶרְמֵב"ם פ"א ה' סִנְהֶדְרִין ה"ד פֶּתַב דְּלִכּוֹן בְּעֵינֵן ב"ד שְׁלֵשָׁה כְּדֵי שְׂיִהֵא ב"ד נוֹטָה וְכ"כ הֶרְמֵב"ם בְּפִי הַמְּשָׁנִיּוֹת פ"א לְסִנְהֶדְרִין מְשָׁנָה א' פְּדִרְשָׁא דִּר' יוֹנְתָן דְּזֶהוּ מְשׁוּם דְּבְעֵינֵן ב"ד נוֹטָה וְאֶפְשָׁר לומר דְּגַם פְּנוֹנַת הַע"ש הוּא כֹן וְכַמְש"כ הַתּוּי"ט בְּסִנְהֶדְרִין פ"א מ"א בְּכַוֵּנוֹת הַרַע"ב דְּשֶׁם וְעִינֵן בְּפִי רִש"י לְסִנְהֶדְרִין ד' ב' ע"ב ד"ה וְנִקְרַב בַּעֲה"ב כו' וּלְפ"ז י"ל דְּאַף דְּחַד פֶּשֶׁר בְּדִיעֵבַד מ"מ שָׁנִים שְׁדָּנוּ אֵין דִּינֵיהֶם דִּין מְשׁוּם דְּלֹא הָוִי ב"ד נוֹטָה וְא"ש דְּבִרֵי הֶרְמֵב"ם: אָכֹן בְּאַמַּת זֶה אֵינֹו דְּאֵין סְבָרָא לומר בְּשִׁיטַת שְׁמוּאֵל דס"ל דְּלֹא בְּעֵי ב"ד נוֹטָה בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת מְשׁוּם דְּיֵישׁ כְּמָה סְתִירוֹת לְזֶה [וְעִינֵן בְּפִי הֶרְא"ש לְנִדְרִים ד' ע"ח ע"א בַּד"ה לְהַכְשִׁיר שְׁלֵשָׁה הַדְּיוֹטוֹת שְׁפֶתַב דְּלִכּוֹן צְרִיכִים שְׁלֵשָׁה בְּהַפְּרַת נְדָרִים מְשׁוּם דְּתַרִי הָוִי ב"ד שְׁקוּל וְאֶפְי' לְשִׁמוּאֵל כו' וְקִצְרַתִי וְכַאֲמַת פֶּשׁוּט וְכַרּוּר דְּהָא דס"ל לְשִׁמוּאֵל שָׁנִים שְׁדָּנוּ דִּינֵיהֶם דִּין אַף דְּלֹא הָוִי ב"ד נוֹטָה מְשׁוּם דְּכִינֵן דֹּא"צ ב"ד כְּלָל ע"כ לֹא שְׁיָיָף בְּזֶה ב"ד נוֹטָה וְדוֹקָא לְמֵאֵן דס"ל דְּבְעֵינֵן שָׁנֵי דִּינֵינִים ע"כ מְמִילָא בְּעֵינֵן ב"ד נוֹטָה אָבֵל לְמ"ד דַּד"ת חַד פֶּשֶׁר לֹא בְּעֵינֵן כֹּן וְכֹן כְּתַב הַמְּהַר"ם שִׁיף בְּסִנְהֶדְרִין ד' ג' ע"ב בַּד"ה ר' יְהוּדָה אומר בְּחַמְשָׁה כו' דֵּישׁ מְשֻׁבְּשִׁים לְעֵיל כו' ע"ש ע"כ אֵין סְבָרָא כְּלָל לומר בְּכַוֵּנוֹת הֶרְמֵב"ם דְּפֶסֶק שָׁנִים שְׁדָּנוּ אֵין דִּינֵיהֶם דִּין דְּזֶהוּ מְשׁוּם ב"ד נוֹטָה דְּהָא פִּינֵן דַּד"ת חַד פֶּשֶׁר א"כ אֵין שֶׁם ב"ד עֲלֵיהֶם כְּלָל וְלִכּוֹן שְׁפִיר הַקְּשׁוּ כֹּלָם כֹּן עַל הֶרְמֵב"ם: וְהַעֲיָקֵר בְּכַוֵּנוֹת הֶרְמֵב"ם כַּמְש"כ הַכ"מ בְּשֶׁם הַרְשָׁב"א וְהַלַּח"מ פ"ב ה' סִנְהֶדְרִין ה' יו"ד דס"ל לְהֶרְמֵב"ם דְּאַף דַּמַּה"ת חַד פֶּשֶׁר מ"מ פִּינֵן דְּתַקְנֹו חַז"ל דְּבְעֵינֵן שְׁלֵשָׁה הָוִי זֶה לְעִיפּוּבָא וּמְדַרְבְּנֵן שָׁנִים שְׁדָּנוּ אֵין דִּינֵיהֶם דִּין אַף לֹא הִבִּיאוּ רֵאִי לְזֶה: וְלַעֲנ"ד נִרְאָה לְהִבִּיֵא רֵאִי לְדַבְּרֵיהֶם מִירוּשְׁלָמִי בְּרִכּוֹת פ"ז ה' א' עַל הָא דְּתַנֵּן שֶׁם שְׁלֵשָׁה שְׁאֶכְלוּ כְּאַחַת חֲזִיבִין לְזַמֵּן דְּחַד מ"ד ס"ל שְׁלֵשָׁה חוֹבָה שָׁנִים רְשׁוֹת וְחַד מ"ד ס"ל דְּאֵין לִי אֵלָא מְשָׁנָה שְׁלֵשָׁה שְׁאֶכְלוּ חֲזִיבִין לְזַמֵּן אָבֵל בְּשָׁנִים אֵין בְּהֶם דִּין זִימּוֹן כְּלָל וּמַסִּיק הִירוּשְׁלָמִי דְּהֵנִי רַבְּנֵן פְּלִיגִי וְתִלְיָא בְּמָה דְּפִלְיָגִי רַבְּנֵן בְּהָא דְּסִנְהֶדְרִין אֵי שָׁנִים שְׁדָּנוּ דִּינֵיהֶם דִּין אוּ לֹא דְּלֵמָאן דס"ל שָׁנִים שְׁדָּנוּ אֵין דִּינֵיהֶם דִּין וּס"ל דְּמָה דְּתַנֵּן דִּינֵי מְמוֹנוֹת בְּשְׁלֵשָׁה הוּא דוֹקָא לְעִיפּוּבָא דְּה"ה בְּמָה דְּתַנּוּ שְׁלֵשָׁה שְׁאֶכְלוּ חֲזִיבִין לְזַמֵּן הוּא דוֹקָא אָבֵל בְּשָׁנִים אֵין דִּין זִימּוֹן כְּלָל וְלֵמָאן דס"ל שָׁנִים שְׁדָּנוּ דִּינֵיהֶם דִּין וּס"ל דְּהָא דְּדִינֵי מְמוֹנוֹת בְּשְׁלֵשָׁה הוּא רַק לְכַתְּחֵלָה אָבֵל לֹא לְעִיפּוּבָא דְּה"ה בְּהָא דְּתַנֵּן שְׁלֵשָׁה שְׁאֶכְלוּ כו' הוּא רַק לְכַתְּחֵלָה וּבְדִיעֵבַד אַף שָׁנִים אִם רְצוּ מְזַמְנִין וְהַפְּנִי יְהוֹשֻׁעַ בְּבְרִכּוֹת ד' מ"ה כְּתַב לְפָרֵשׁ הִירוּשְׁלָמִי הַנְּ"ל בְּמָה דְּתִלְיָא הַנְּ"ד פְּלוּגְתוֹת אֶהְדְּדִי ע"ש: עכ"פ חֲזִינֵן דס"ל לְהִירוּשְׁלָמִי דְּאֵי שָׁנִים שְׁדָּנוּ אֵין דִּינֵיהֶם דִּין דְּה"ה בְּזִימּוֹן וְאֵי נִימָא דְּהָא דְּשָׁנִים שְׁדָּנוּ אֵין דִּינֵיהֶם דִּין הָוִי מֵה"ת מְשׁוּם דְּכִתִּיבִי ג' אֱלֹהִים אָבֵל אִם מֵה"ת חַד פֶּשֶׁר אֲז לַכ"ע שָׁנִים שְׁדָּנוּ דִּינֵיהֶם דִּין א"כ קֶשֶׁה אֵיף מְדַמְיָנֵן בִּירוּשְׁלָמִי כְּלָל אוֹתָן לְהַדְּדִי וְהָא בְּזַמּוֹן לֹא כְּתִיב כֹּן וְגַם הָא עֵיָקֵר דִּין זִימּוֹן הוּא רַק מְדַרְבְּנֵן כַּמְש"כ הַפְּרַמ"ג בְּמְשֻׁבְּצוֹת סִי קצ"ב ס"ק א' בְּשֶׁם הַא"ר וְהָא דְּיִלְפִי מְקַרָּאֵי

בר"פ ג' שאכלו הוי רק אסמכתא ע"ש ועיין בברכות ד' מ"ח ע"ב ובפני יהושע שם ואכמ"ל אבל אי נימא דאף למ"ד דס"ל ד"ת חד פשר ג"כ שנים שדנו אין דיניהם דין משום דס"ל פיון דתקנו רבנו דבעי שלשה הוי זה לעיכובא דה"ה גבי זימון פיון דתקנו בשלשה דהוי זה לעיכובא וגם בדרבנו שיהי סברת הפני יהושע שכתב דלכו מדמינו אותן להדדי משום דאין שכינה שורה בפחות משלשה ועיין בברכות ד' ו' ע"א וכיון דקיי"ל דשנים שרצו לזמן אין מזמנין א"כ מוכח מזה לדינא דאף דנימא ד"ת חד פשר מ"מ שנים שדנו אין דיניהם דין מדרבנו לאחר דתקנו דבעינו שלשה ומן ש"ס דילן לא הוי סתירה לזה דיש לפרש דמה דאמרו רב אחא אית לי דשמואל הפנונה הוא דאפשר הוא דאית לי דשמואל כמש"כ השבות יעקב סי' קל"ז בשם בני שמואל שמצא פתוב בדפוס ישן אטליא ברש"י שכתב בפ"ו פ"ע ע"ש וע"פ הירושלמי הנ"ל יש לדון בדברי התוס' סנהדרין ד' ה' ע"ב ד"ה שנים שדנו כו' ועיין ברא"ש סנהדרין פ"א סי' ג' ובתה"ד סי' ר"ב מזה.

ענף ב עוד הקשה הש"ך על הרמב"ם דפסק ד"ת חד פשר דהא אי בגיטין ד' פ"ח ובב"ק ד' פ"ד דהא דדיינינו הודאות והלונאות משום דשליחותיהו קא עבדינו וכ"כ הרמב"ם פ"ג דסנהדרין א"כ דברי הרמב"ם סתרי אהדדי.

ולענ"ד נראה לתרץ והוא דהא פתב הטור בסי' א' דהודאות והלונאות פירושו עדי הודאות ועדי הלונאות וכ"כ רש"י בסנהדרין ד' ב' ע"ב ובב"ק ד' פ"ד ע"ב וכ"כ הסמ"ע בסי' א' ס"ק ב' והנה התוס' בכתובות ד' כ"א ע"ב ד"ה הנח לעדות החדש כו' ובב"ק ד' צ' ע"ב ד"ה פגון שראו בלילה כו' וב"ב ד' קי"ד ד"ה אבד בלילה כו' פתבו דלכו אין עד נעשה דין משום דה"ל עדות שאין אתה יכול להזימה וכ"כ הר"נ ספ"ב דכתובות בשם חד שיטה דלכו אין הדיינים קרובין להעדים שמעדין בפניהם משום דה"ל עדות שאאי"ל וכ"כ הנ"י פ"ח דב"ק והובא בח"מ סי' מ"ו סעי' כ"א ובסמ"ע ס"ק נ"ב ובש"ך שם ובסי' ל"ג ש"ך ס"ק ט"ז שהביא שם בשם הר"ף והרא"ש פ"ג דסנהדרין שהביא בשם הירושלמי דעדים לא יהיו קרובים לדיינים משום דה"ל עדות שאאי"ל ע"ש וטעמם משום דס"ל דבעינו דאותן הב"ד דמקבלין עדות יהיו ראויין לקבל עדות להזים להני עדים שהעידו לפנינו וס"ל דאף בדיני ממונות בעינו שיהי' ראוי להזמה כמש"כ הש"ך בסי' ל"ג והביא שם שי' הרמב"ם דס"ל ג"כ פנ"ל.

ולמה שיטה דס"ל דבעינו דהב"ד דמקבלין עדות יהיו ראויין לקבל עדים להזימן ולא מהני מה דיהי' יכולת ביד עדי הזמה להזימן בב"ד אחר לפ"ז יש לדון דהב"ד דמקבלין עדות בממונות אף דנימא דמה"ת חד פשר בממונות דמ"מ בעינו מה"ת ב"ד סמוכין לקבל עדות דהא עדים זוממין קיי"ל דהוי קנסא וכל דיני הזמה הוי קנס ובעינו בהו דין ב"ד סמוכים כמו בכל קנסות וכיון דבעינו שיהיו ראויין לדון דין הזמה ולקבל עדות להזימן בנודאי בעינו בזה ב"ד סמוכין וכעין מש"כ הרדב"ז בח"א סי' ש"ל לדון בעדי נפשות שקבלו בשלשה אם עושים ע"פ עדות זה בב"ד של כ"ג ובהרדב"ז דפוס סדילקאב נשמט תשובה זו ועיין במפתחות לח"מ שם ה' דיינים א"כ עדים הבאין להעיד ולהזימן בעינו ב"ד סמוכין לקבל עדותו פיון דעי"ז יהיו דנין דין הזמה דהוא דיני קנסות וכיון דס"ל להי' שיטה דבעינו ב"ד הראויין לקבל עדות לדון דין הזמה ולקבל עדי הזמה

ע"כ בעיניו לדידהו בכל ב"ד מקבלי עדות אף בדיני ממונות דיהו ב"ד סמוכין וקא דמקבלי עדות בבבל זהו משום דשליחותיהו קא עבדינו מדרבנן ולא מה"ת ועיין בטורי אבן בר"ה באבני שהם ד' כ"ה ובשמים ראש בכסא דהרסנא סי' י"ב.

ובאמת יש להעיר לשיטת הפוסקים דבעיניו ב"ד הראוי להזמה ומה"ט בעיניו מה"ת ב"ד סמוכין בכל ב"ד מקבלי עדות דלפ"ז הקשה בהא דסנהדרין ד' ב' דקאמרינו דאי אין עירוב פרישיות פתוב פאן דלא בעיניו מןמחין בהודאות והלונאות דקא לפי רש"י דהוא עדי הודאה ועדי הלואה א"כ לפ"ז אף אם אין עירוב פרישיות פתוב פאן ג"כ נובעי ב"ד מןמחין מה"ת פנ"ל ואפשר לומר דרש"י ס"ל פשיטת התוס' והר"נ דס"ל דמחמת הזמה אין לפסול עדים הקרובים לדיינים משום דקא ראויין להזימן בב"ד אחר ע"כ לא בעיניו מה"ת ב"ד סמוכין במקבלי עדות אם אין עירוב פרישיות כו' אבל לשיטת הסוכרים דבעיניו ב"ד הראוי לקבל עדי הזמה ע"כ י"ל דס"ל לפירש דבכלל הודאות והלונאות הפל נכלל הן עדי הודאות והן בהודאות וכפירות וכפירות השני דכתב רש"י בסנהדרין ד' ב' ע"ב ד"ה הודאות והלונאות ע"ש ולכן א"ש מה דהקשו אי אין ע"פ כו' ל"ל שלשה בהודאות והלונאות משום דקא אף טענות וכפירות ג"כ הוא בכלל הודאות והלונאות דתנן במתניתין דבעי שלשה אבל בגיטין ד' פ"ח וב"ק ד' פ"ד דאמרו דעבדינו שליחותיהו בהודאות והלונאות י"ל דכוננתם על עדי הודאות ועדי הלונאות דבעיניו מה"ת סמוכים משום דבעי שיהי' ראויין לקבל עדות להזימן וכן הוא פוננת הרמב"ם במש"כ דבהודאות והלונאות עבדינו שליחותיהו דזהו על קבלת עדות וס"ל פשיטת המפרשים דבעיניו ב"ד הראוי לקבל עדי הזמה פנ"ל וא"ש דברי הרמב"ם דלא סתרי אהדדי וגם י"ל דסוגיא דסנהדרין כמ"ד עדים זוממין ממונא: ועוד י"ל דקא כתבו התוס' בב"ב ד' מ' ד"ה קיום שטרות כו' לחלק בין קבלת עדות וקיום שטרות דהוי עד מפי עד ע"כ לכ"ע צריף ג' אף לשמואל ור"נ וכ"כ התוס' בסנהדרין ד' ג' וכתובות ד' כ"ב וגיטין ד' ל"ב ע"כ י"ל דאף לרב אחא דס"ל ד"ת חד פשר אפ"ה בעדי הודאות ועדי הלונאות כפי רש"י והטור פנ"ל שפיר כתב הרמב"ם דבעיניו מה"ת מןמחין אף משום דשליחותיהו עבדינו דיינינו בבבל ועפ"ז יש לדון הרבה בסנהדרין ד' ג' וד' ה' וקצרותי והש"ף דכתב לקמן ס"ק ה' דאין לחלק בין קיום ואודייתא לדין ע"ש ע"כ שפיר הקשה על הרמב"ם.

אבל באמת יש לחלק ביניהם וכסברת התוס' שחילקו ביניהם. ומש"כ הרמב"ם בפי' המשניות לב"ק פ"ח והובא בתוס' יו"ט שם מ"א ובפני' הרע"ב שם אין הרכח משם לדחות לכל מש"כ ועיין במש"כ הקצה"ח בס"ק ב' וקצרותי: (שם סעי' א') וכל שלשה נקראים ב"ד דא"א דלית בהו חד דיודע סברות בדינים כו' ובש"ף ס"ק ב' פתב דגם הרמ"ה מודה לזה ועיין בלח"מ ובמהר"ם ש"יף מזה.

וכן ראיתי בתשובת מהרי"ט ח' ח"מ סי' מ"ו שכ"כ בכוננת הרמ"ה. ועיין בט"ז בסוף הסימן והנה המהרי"ט שם העלה דקא דבעיניו חד דגמיר זהו רק בדין אבל בקיום שטרות וקבלת עדות ולענין הודאה בב"ד ויהי' מןמחין פפרן אף דליכא בינייהו חד דגמיר ג"כ דין ב"ד עליהם והאריף שם בזה וקוטב סברתו הוא דכיון דאין הדבר תלוי בשקול דעתם דקא א"צ לפסוק הדין ע"כ לא בעיניו חד דגמיר: והאו"ת בסי' מ"ו באורים ס"ק ו' פתב על מה דאמרו שם סעי' ג' דקיום שטרות הוא בב"ד אף אם הם הדיינות וכתב פי' באופן

שְׁפָרִים לְדוֹן דִּינֵי מְמוֹנוֹת פְּדֻלְעִיל ה' דִּינֵינִים וְאִין הִבְדֵּל בְּזֶה בֵּין קִיּוֹם לְשִׁאֲרֵי דִינֵינִים עכ"ל א"כ זֶהוּ דְלָא כְהִמְהַרִּי"ט דְהָא לְהִמְהַרִּי"ט יֵשׁ חִילּוּק גְּדוּל בֵּין שִׁאֲרֵי דִינֵינִים לְקִיּוֹם שְׁטָרוֹת דְּבִקִּיּוֹם שְׁטָרוֹת לָא בְּעֵינֵן חַד דְּגַמְרִי וְאֵלּוּ לְקַמְן סִי פ"א סעי' כ"ב באו"ת ס"ק ס"ה הִבִּיא שְׁם בְּאוּרִים לְמַש"כ הִמְהַרִּי"ט דְלַעֲנִין הוֹדָאָה בְּב"ד אַף דְלִית בְּהוּ חַד דְּגַמְרִי פְּלִל ג"כ דִּין ב"ד עֲלֵיהֶם וְדִבְרֵי סְתָרֵי אֶהְדְּדִי דְהָא לְדִבְרֵי הִמְהַרִּי"ט אַף בְּקִיּוֹם שְׁטָרוֹת הִדִּין פֶּן דְלָא בְּעֵינֵן חַד דְּגַמְרִי פְּלִל וְאֶפְשָׁר דַּס"ל לְהַאוּ"ת לְחַלְקֵי דְשִׁאֲרֵי קִיּוֹם שְׁטָרוֹת דְּהוּי קַבְּלַת עֲדוֹת וּמְבֹאָר בְּסִי' כ"ח סעי' כ"א דְקַבְּלַת עֲדוֹת בְּעֵי ג' מְוַמְחִין יוֹדְעִים ה' עֲדוֹת כּו' וְהוּא מִן דִּבְרֵי הָרֵאשׁוֹנִים וְתִשׁוּבַת הָרֵי"ף דְּהוּבָא שְׁם בְּבִית יוֹסֵף וְזֶהוּ דְלָא כְהִמְהַרִּי"ט בְּזֶה וְטַעַמָּם י"ל דַּס"ל דְּגַם בְּקַבְּלַת עֲדוֹת בְּעֵינֵן מְוַמְחִין מִשׁוּם דְּהָא צְרִיכִין הַב"ד לְאֵינִים עַל הָעֲדִים וְלְחַקוֹר וְלְדַרוֹשׁ וְכַמְבֹּאָר בְּסִנְהֶדְרִין ד' כ"ט וּבְסִי' כ"ח סעי' ז' וְגַם הָא בְּעֵינֵן ב"ד הָרֵאוּי לְחַקוֹר וְלְדַרוֹשׁ דְּהָא אַף דְלָא בְּעֵינֵן חַקִּירָה וְדִרִּישָׁה בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת מ"מ עֲדִים רְאוּי לְחַקִּירָה וְדִרִּישָׁה בְּעֵינֵן כַּמְש"כ הַש"ף בְּסִי' ל"ג ס"ק ט"ז וְאַף לְפַמְש"כ הַאוּ"ת בְּסִי' ל"ג לְחַלּוֹק עַל הַש"ף וְס"ל דְלָא בְּעֵינֵן עֲדִים הָרֵאוּי לְחַקִּירָה וְדִרִּישָׁה ע"ש מ"מ הָא בְּעֵינֵן שִׁיאֵינִימוּ עֲלֵיהֶם פְּנ"ל ע"כ שְׁפִיר פְּתַבּוּ הָרֵאשׁוֹנִים דְּבְעֵינֵן מְוַמְחִין בְּקַבְּלַת עֲדוֹת אֲבָל בְּהוֹדָאָה בְּב"ד דְּאֵינֵן עוֹשִׂין הַב"ד פְּלִל רַק הַבַּע"ד בָּא וּמוֹדָה לְפָנֵיהֶם בְּזֶה שְׁפִיר י"ל דְּכִינּוֹן דְּאֵינֵן עוֹשִׂין הַב"ד שׁוּם עֲנִין ע"כ סְגִי בְּשִׁלְשָׁה הִדְיוּטוֹת אַף דְּאִין בִּינֵיהֶם חַד דְּגַמְרִי פְּלִל וְכַמְש"כ הִמְהַרִּי"ט: וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַעִיר בְּהָא דְּהוֹדָאָה בְּב"ד דְלָא תְּבַעֵי שְׁלִשָׁה וְיֵהָא סְגִי בְּשִׁנֵּי דִינֵינִים לְפַמְש"כ הַרְשָׁפִי"א בְּחִי' לְגִיטִין ד' ל"ב וְהַר"נ שְׁם גְּבִי בִּיטוּל הִגֵּט דְּאַף שְׁנַיִם נִקְרְאוּ ב"ד כְּדִקְיִי"ל שְׁם מִשׁוּם דְּכִינּוֹן דַּא"צ לִישָׂא וְלִיתָן בְּדִבְרֵי ע"כ בְּשִׁנֵּים סְגִי לְהוּ וְכ"כ הָרִיב"ש סִי' רל"ב דְלִכְּן בְּבִיטוּל הִגֵּט סְגִי בְּשִׁנֵּים לְפִי דְלָא שְׁיִיף בְּזֶה אִין ב"ד שְׁקוּל וּמוֹסִיפִין אַחַד דְּהָא פִּינּוֹן דַּא"צ מִשָּׂא וּמִתָּן בְּזֶה ע"כ סְגִי בְּשִׁנֵּים ע"ש א"כ לַפ"ז יֵשׁ לְדוֹן לְדִבְרֵי הִמְהַרִּי"ט דְּסְגִי בְּאוֹדִיתָא ב"ד הִדְיוּטוֹת לְגַמְרֵי מִשׁוּם דַּא"ל לִישָׂא וְלִיתָן פְּלִל א"כ יֵהִי סְגִי בְּשִׁנֵּים מַה"ט פִּינּוֹן דְּעִיקָר הַטַּעַם דְּבְעֵינֵן שְׁלִשָׁה דִּינֵינִים זֶהוּ מִשׁוּם דְּאִין ב"ד שְׁקוּל כַּמְבֹּאָר בְּסִנְהֶדְרִין ד' ג' ע"ב א"כ בְּאוֹדִיתָא דַּא"צ שׁוּם מִשָּׂא וּמִתָּן דִּיהִי' סְגִי בְּשִׁנֵּי דִינֵינִים וְכֵן יֵשׁ לְדוֹן בְּקַבְּלַת עֲדוֹת לְדִבְרֵי הִמְהַרִּי"ט פְּנ"ל.

וּבְאַמַּת זֶה אִינוּ דְהָא מְבֹאָר בְּכוּלֵי ש"ס דְּבְעֵינֵן ב"ד שֶׁל שְׁלִשָׁה בְּקַבְּלַת עֲדוֹת וּבְקִיּוֹם שְׁטָרוֹת וּבְאוֹדִיתָא וּמוֹכַח מְזֶה כַּמְש"כ הַפּוֹסְקִים לְחַלְקֵי דְשִׁאֲרֵי קִיּוֹם וְאוֹדִיתָא מִן פֶּל הַדִּינֵים אַף לְשִׁמוּאֵל וְר"נ וּמַה"ט אַף יַחֲדִי מְוַמְחָה דְדָן יַחֲדִי מ"מ אִינוּ מוֹעִיל בְּקִיּוֹם וְאוֹדִיתָא כַּמְש"כ הַש"ף לְדִינָא בְּסִי' ג' ס"ק ח' וּבְסִי' מ"ו ס"ק ח'.

וְהַש"ף בְּס"ק ה' פְּתַב דְּאִין סְבָרָא לְחַלְקֵי בֵּין קִיּוֹם וְאוֹדִיתָא לְדִין אֲבָל לְפַמְש"כ מוֹכַח דַּע"כ ס"ל לְהַש"ס דְשִׁאֲרֵי קִיּוֹם מִן פֶּל הַדִּינֵים מִשׁוּם דַּא"ל"כ הָיִי פְּעַד מְפִי עַד וְכֵן בְּאוֹדִיתָא כ"ז דְלָא הָיִי שְׁלִשָׁה י"ל דְלָא נִתְפָּוֵן לְהוֹדָאָה גְּמוּרָה: וְעוֹד י"ל דְּאַף בְּקַבְּלַת עֲדוֹת דַּס"ל לְהִמְהַרִּי"ט דְּסְגִי בְּהִדְיוּטוֹת מ"מ י"ל דְּשִׁינִיף גַּם בְּהוּ הָיִי דְּאִין ב"ד שְׁקוּל כְּדִמְצִינוּ בְּחִלְצָה דְּסְגִי ב"ד הִדְיוּטוֹת לְגַמְרֵי מ"מ אֶמְרִינוּ בְּהוּ ג"כ לְהָיִי דְּאִין ב"ד שְׁקוּל כּו' כַּמְבֹּאָר בִּיבְמוֹת ד' ק"א וְכַמְש"כ הַתּוֹס' שְׁם ד"ה וְאִין ב"ד שְׁקוּל כּו' וְכֵן קִיִּי"ל גְּבִי הַתְּרַת גְּדָרִים דְּסְגִי שְׁלִשָׁה הִדְיוּטוֹת לְגַמְרֵי וּמ"מ דִּינֵינֵן בְּהוּ ג"כ לְהָיִי דְּאִין ב"ד שְׁקוּל כַּמְש"כ הַתּוֹס' בְּב"ב ד' ק"כ ד"ה שְׁהִפְרַת גְּדָרִים כּו' וּבְפִי' הָרֵא"ש לְגְּדָרִים ד' ע"ח ע"א

ד"ה להכשיר שלשה הדיוטות כו' דלכן צריף שלשה בהתרת נדרים משום דאין ב"ד שקול כו' אלמא דאף דסגי בג' הדיוטות גמורין מ"מ בעינן דלא יהי' ב"ד שקול דלמא יהי' אינה ספק בזה וכמש"כ התוס' ביבמות ד' ק"א פנ"ל א"כ ה"ה בהא דקבלת עדות וקיום שטרות דאף דגימא דסגי בהדיוטות כמש"כ המהרי"ט משום דא"צ לישא וליתן מ"מ שייך בהו אין ב"ד שקול דלמא יהי' לידת אינה ספק בזה והא דכתבו הרשב"א והר"ן ונהריב"ש גבי ביטול הגט ופרוזבול דלכן סגי בשנים משום דלא שייך משא ומתן בזה יש לחלק דשאני התם דהא הב"ד אין צריכים לעשות שום ענין כלל התם רק הבע"ד מוסר שטרותיו ואף בע"פ סגי וא"צ פרוזבול פמבואר בסי' ס"ז סעי' כ' ובסמ"ע שם ס"ק כ"ב ואף שלא בפניהם ע"ש וכן בביתול הגט דהבעל שמכבטל בפניהם דאינו עושין הב"ד שום ענין כלל ע"כ שפיר פתבו דלא בעינן בהו ב"ד שקול אבל בקבלת עדות דהב"ד מחוייבין לאיים ולדרוש היטב מהעדים פנ"ל א"כ פיון דעושין שום ענין עכ"פ ע"כ שפיר צריכין ב"ד נוטה דלמא פול אינה לידת הספק בעשייתו ולכן בעינן שלשה ועפ"ז י"ל בהא דמיואון דיבמות ד' ק"ז: אכן באודיתא דהבע"ד בעצמו פא להודות לפניהם והב"ד אינו עושין כלל רק שומעין מהבע"ד הודאתו שפיר הי' מקום לומר דלא יהיו צריכין ב"ד נוטה ויהי' סגי בשני דיינים אף דהוי ב"ד שקול פיון דהוי קבצי דוכתא ושלחו אחריו פמבואר בסנהדרין ד' כ"ט ובח"מ סי' ל"ט ואף דהי' ע"י מעשה דשלחו אחריו מ"מ הא בעצם ענין דהודאת הבע"ד לא הי' שום מעשה כלל מהם ע"כ הי' מקום לומר דזהו דומה למש"כ הרשב"א והר"ן ונהריב"ש דכיון דאינו עושין הב"ד כלל מהני אף ב"ד שקול ויש להם דין תורת ב"ד ה"ה באודיתא ושאני נדרים דצריכין הב"ד להתיר הנדר וכן בחליצה דצריכין לסדר ענין החליצה עכ"פ ע"כ מצד אין ב"ד שקול כו' הי' מקום לומר דלא יהי' צריכים שלשה דיינים גבי אודיתא פנ"ל אף לפי הטעם שכתבו התוס' לדון גבי אודיתא דלכ"ע צריף שלשה אף לשמואל ור"ן משום דאל"כ יכול לומר דלא נתפנין להודאה גמורה.

ע"כ מטעם זה בעינן שלשה ולא מהני בזה ב"ד שקול: ונפ"מ מזה לפי מה דקיי"ל בסנהדרין ד' ג' ע"ב דבעי ב"ד נוטה אף בדיני ממונות וכו' יונתן וכמו שפסק הרמב"ם בפ"י המשניות לסנהדרין פ"א ובחיבורו ה' סנהדרין ד' ד'.

ולפ"ז אם הי' ארבעה דיינים או שלשה הי' הדין בטל אף בדיעבד דהא לר' יונתן דיליף לשלשה דיינים מהא דאין ב"ד שקול פמבואר בסנהדרין שם הוי זה אף לעיפובא על דיעבד ג"כ וכ"כ רש"י שם בד"ה ור' יאשי' כו' ולדידן' ארבעה או שלשה פשרין כו' משמע דלר' יונתן פסולים ב"ד שקול אף בדיעבד ולפ"ז ה"ה במקבלי עדות אף דהי' ארבעה או שלשה דיינים ג"כ יש לומר דפסולין אף לפמש"כ המהרי"ט דמקב"ע וקיום סגי בהדיוטות לגמרי דמ"מ פסול בהו ב"ד שקול כמו דמצינו בחליצה ובהתרת נדרים דאף דסגי בהדיוטות מ"מ פסול בהו ב"ד שקול פנ"ל אבל באודיתא פיון דמהני בי' הדיוטות כמש"כ המהרי"ט ע"כ י"ל דכשר בי' ב"ד השקול אם הם יותר משלשה דיינים עכ"פ דנהי דפחות משלשה לא מהני משום דכיון דלא הי' שלשה י"ל דלא נתפנין להודאה גמורה וכמו בעדים אבל אם הי' יותר משלשה אף דהוי ב"ד השקול מ"מ י"ל דיש להם דין תורת ב"ד כמו בביתול הגט ופרוזבול כמש"כ הר"ן ונהריב"ש אף פחות משלשה לא מהני פנ"ל:.

נכעין זה מצינו במגילה ד' כ"ג ע"ב בתוס' ד"ה עשרה פהנים כו' שהקשו דאמאי לא בעי אחד עשר דאין ב"ד שקול כו' וכ"כ התוס' בערכין ד' י"ט ד"ה או דילמא שאני אנמד דעשרה כו' דכל מקלמא דתלוי בסברא צריה הכרע וה"נ קרי לי' ב"ד ואין ב"ד שקול כו' ויהא י"א כמו בכל פתי דיגין של דיגי ממונות כו' והנה הרשב"א בחי' למגילה שם פתב דלכן לא בעינון שם ב"ד נוטה משום דהא אינו דין ממש א"כ ה"ה בהא דאודיתא וגם לפמש"כ התוס' דבשומא לא מהגי ב"ד שקול זהו משום דהא פתבו התוס' שם דהוי מקלמא דתלוי בשקול הדעת ובסברא משא"כ גפי אודיתא דלא עבדי הב"ד כלל וגם הא פתב הטורי אכן למגילה שם דלכן לא בעי גפי עשרה וכהן דיהיו ב"ד נוטה משום פיון דלא שיגף התם אחרי רבים להטות ע"כ מהגי שם ב"ד השקול ע"ש א"כ גפי הא דאודיתא דאין הב"ד גומרין ועושין שום ענין בזה רק על עצם ההודאה אנו דנין אם מהגי הודאתו ע"כ שפיר י"ל דאף ב"ד השקול מהגי שם פיון דהי' יותר משלשה עכ"פ ושאני בב"ד מקבלי עדות וכן בקיום דלא מהגי ב"ד שקול דלמא יהי' נולד איזה פלוגתא ביניהם דיהי' צריכים למיזל בטר רנפא פן נלע"ד: אכן כ"ז הוא לתירוץ א' של התוס' ביבמות ד' ק"א ע"א ד"ה ואין ב"ד שקול כו' אבל לתי' ב' של התוס' שם דכתבו דבכל דוכתא דבעינון ראוי לב"ד אין ב"ד שקול ע"כ ה"ה יש לדון פן גפי אודיתא דכיון דהי' ב"ד שקול א"כ לא הי' עליהם דין תורת ב"ד כלל והוי כמו דמודה לפני עדים דלא מהגי הודאתו כלל אם לא הי' בדין המבואר בסי' פ"א והא דביטול הגט ופרוזבול ע"כ מוכח לחלק לשי' התוס' ביבמות הנ"ל דשאני התם דהי' פן תקנות חז"ל דאף לשנים יהי' דין ב"ד שם.

אבל לפמש"כ הרשב"א והר"נ והריב"ש שם פנ"ל שפיר יש לדון דבאודיתא יהי' מהגי אף ב"ד השקול אבל במקבלי עדות וקיום לא יהא מהגי ב"ד השקול אף אם הי' יותר משלשה. וכמש"כ התוס' ביבמות שם לתי' קמא גפי חליצה אף דסגי הדיוטות (שם סעי' ב' פחות מג' כו' אלא אם פן כו' הוא מןמחה לרבים: ובבבב אין דנין דין מןמחה לרבים:.

וכתב הש"ך ס"ק ז' זהו לכתחלה אבל אם דן בדיעבד יש מןמחה וכ"כ הש"ך לקמן סי' כ"ה ס"ק י"ד וביו"ד סי' רכ"ח סעי' א' גפי היתר נדרים שניתר ע"פ יחיד מןמחה מה"ת אף דאינו סמוך דהא לא קיי"ל כשי' הרמב"ן דס"ל דבעי סמוך אף בבבב דליכא מןמחה אף בדיעבד אינו מותר כמש"כ הט"ז והש"ך שם והטעם הוא כמש"כ הבית יוסף שם דכיון דא' ר"נ בבכורות ד' ל"ו פגון אגא א"כ מי הוא בדורות האלו דגמיר וסביר פרב נחמן.

ומה"ט פתב הרא"ש בפ"ג דנדרים סי' ג' דהאינדנא אין מןמחה שיתיר נדרים ביחיד וכ"כ הטור שם. א"כ לפ"ז יש לדון הךא אף בדיגי ממונות דמבואר בסנהדרין ד' ה' ג"כ פגון אגא פנ"ל א"כ ג"כ י"ל דמטעם זה אף דיעבד אין דינו דין דמי הוא דגמיר וסביר כר"נ וכמו בנדרים ואדרבה הוי כש"כ דהא בנדרים מתיר יחיד מןמחה מה"ת ואפ"ה אמרו דהאינדנא אף בדיעבד אין התרתו התרה מטעם זה א"כ כש"כ בדיגי ממונות דמה"ת אין דן יחיד מןמחה רק מדרבנן דן כמש"כ התוס' בסנהדרין ד' ה' ד"ה ואם הי' מןמחה כו' דונדאי יש לדון דכיון דאין בדורותינו כר"נ דאף דיעבד אין דינו דין: ואפשר דבאמת פוננת הש"ך שכתב לדון דדיעבד דינו דין בבבב ג"כ די"ל דזהו דנקא אם הוא להחזיק ממונא דאף דנימא דהוי ספק שמה הוא גמיר וסביר פראוי א"כ הא מספיקא אין מוציאין

ממון אבל היכא דאנו דנין בהדין שלו בדיעבד אם הוא להוציא שפיר י"ל דגם בדיעבד אין דינו דין מה"ט וכמו בנדרים דחשו לזה משום ספק איסורא לחומרא וגם הא בנדרים הוי דשיל"מ אף אין זה במשמע דברי הש"ף.

אכן יש לחלק בין נדרים לדיני ממונות לפמש"כ הרמב"ן והשמ"ק בב"ב ד' ק"כ דבעינן בנדרים שלשה אף לשמואל דס"ל לשנים שדנו דיניהם דין מ"מ פינו דהוי ב"ד חצוף אין בכתם להתיר הנדר ועיין ברש"ב"ם שם ובפ"י הרא"ש לנדרים ד' ע"ח, ע"א.

אלמא דס"ל מצד הסברא דבנדרים היכא דלא הוי ב"ד פראוי לכתחלה דאף בדיעבד אם התירו לא מהני התרתם כלל למשרי איסורא וה"ה יש לדון פן בהא דיחיד מןמחה בבבל דכינן דלכתחלה אין דנין דין מןמחה בבבל דלכן אף בדיעבד לא אלים למשרי איסורא ג"כ משא"כ בממונות דהא חזינו דאף דלכתחלה אין לשנים לדון לשמואל מ"מ אם דנו דיניהם דין וה"ה ביחיד מןמחה בבבל וגם מצינו בשיטת הרא"ש פ"ג דנדרים סי' ג' שכתב ג"כ דהאידין אין מןמחה שיתיר נדר ביחיד ומ"מ בריש סנהדרין פתב לדינא דיחיד מןמחה דן יחידי ולא פתב שם דהאידין ליפא מןמחה וכן הטור ביו"ד סי' רכ"ח ובשו"ע שם פתבו ג"כ דהאידין ליפא מןמחה להתרת נדרים ואלו הקא גבי דיני ממונות דיחיד מןמחה דן יחידי לא פתבו פן אלמא דס"ל דלא חשו לזה רק באיסורין ולא בממונות דבד"מ אף האידין דנין דין מןמחה אף לכתחלה ולכן אף דהמהרי"ו פתב לחוש אף בד"מ כמש"כ הרמ"א בשמו עכ"ז שפיר פתב הש"ף דז"א רק לכתחלה ולא על דיעבד אכן התוס' בבכורות ד' ל"ו ע"ב ד"ה פסק פתבו לדינא דבבבל אין חשוב מןמחה להתיר בכור ונדר ולדון דיני ממונות אלמא דס"ל להדין פן גם בדיני ממונות לדמותן להתר בכור ונדר א"כ לפ"ז יש לדון פן אף בדיעבד היכא דהוא לאפוקי ממונא ועיין בשו"ת חוות יאיר ולקאורה יש להעיר בדברי הרא"ש דבכורות פ"ה סי' י"א שכתב דלכן האידין ליפא מןמחין להתיר בכור משום דבעינן ג"כ דיהי' בקי גם בראיות העין לבדוק ולהפיר המומין היטב והובא פן בבית יוסף סי' ש"ט ביו"ד ובט"ז ונש"ף שם ע"ש והא הרא"ש פתב גם בהתר נדרים ליפא מןמחה בבבל א"כ ל"ל לה"ט.

והא מבואר בסנהדרין ד' ה' ע"ב יתיר בכורות אל יתיר אילימא משום דלא חפיים כו' אלא משום דלא בקי במומי אלמא דהי' סברא לומר דאף דהוי מןמחה לדון יחידי פדקאמר שם ידן ידן אפ"ה לא הוי חכם בדיני היתר בכור א"כ פינו דס"ל להרא"ש דבאיסורין מחמרין האידין לחוש דלמא אינו מןמחה כ"כ א"כ מה"ט י"ל פן בהתר בכור ול"ל לומר הטעם משום דאינו בקי בראיות העין כו' ועיין בתוס' בכורות ד' ל"ו ע"ב ד"ה במקום שיש מןמחה כו' ובמש"כ הרא"ש בסנהדרין פ"א סי' ב' בשם ר' שרירא גאון דעיקר פ"י מןמחה הוא מנוסה כו' א"כ מזה יש להוכיח דהא דכתבו דהאידין ליפא מןמחה בהתר נדרים היינו רק לכתחלה וכמש"כ הש"ף הקא בדיני ממונות אבל בדיעבד דינו דין וה"ה בהתרת נדרים וע"כ הוצרכו לטעמא דאין בקי בראיות מומין דמשום זה אף דיעבד לא מהני התרתו בבכור: אכן פינו דכתבו הט"ז והש"ף גבי התרת נדרים דאף דיעבד משמע דלא מהני התרתו בע"כ מוכח לחלק דשאני התרת נדרים דכתיב ראשי המטות דמזה ילפינן דיחיד מןמחה מתיר יחידי פמבואר בנדרים ד' ע"ח וב"ב ד' ק"כ ע"כ בעינן דיהי' מןמחה גדול דיהי' שייך עליו שם ראשי המטות וע"כ פתבו בבבל יש

לחוש דאינו מןמחה כ"כ ואינו גמיר וסביר כר"נ משא"כ בהתרת בכור דהעיקר הוא דיהי' בקי בדיני בכור וכמש"כ הרא"ש שם בבכורות בזה"ל בשם ר' יונה ז"ל דמןמחה דקאמר לאו דידע הלכות מומין בלחוד כו' וע"כ הןצריך לומר הטעם דכיון דבעינו דיהא בקי גם בראיות העין כו' ע"כ משום זה ליפא מןמחה בבבל וכן הט"ז והש"ף והבית יוסף דכתבו טעם זה ג"כ הוא מה"ט וכן יש לחלק משום זה בין התרת נדר ובין דיני ממונות על דיעבד שהעירותי לעיל משום דשאני נדרים דבעינו ראשי המטות פנ"ל וכן יש לחלק בין דיני ממונות ובין התרת בכור דהא אמרו בדיני ממונות דבימי ר"ש בן יוחאי בטלו ד"מ ולית דחפים בדין והובא בטור ח"מ סי' י"ב ובש"ף סי' ג' ס"ק יו"ד וע"כ אמר ר"נ פגון אנא והא דאמרו בסנהדרין ד' ה' אילמא משום דלא חפים כו' היינו דאינו בקי בהלכות מומין דיכול להיות דאף דהי' לו דין מןמחה לדון יחידי מ"מ אולי אינו בקי בהלכות מומין וע"כ הןצרכו לכתוב לטעם דאינו בקי בראיות העין על בדיקת המומין ולכן אין דין מןמחה לזה בבבל: (שם) כל שאינם שלשה ולא קבלום כו' אפי' הם סמוכים הודא שמודים בפניהם כמו שמודה חוץ לב"ד ויכולים להחליף טענותיהם כו' וכתב הטור דמדברי א"א הרא"ש ש יראה שאין חילוק בין יחיד מןמחה לג' הדיוטות לכל דבר והש"ף ס"ק ח' פתב דאין הכרע מן דברי הרא"ש זה: ולענ"ד נראה דשפיר פתב הטור להוכיח פן מהרא"ש והוא דז"ל הרא"ש פ"א דסנהדרין סי' ב' דייחיד מןמחה דן בע"כ ואם טעה ישלם וכן ג' הדיוטות ואי קבלוהו עלניהו פטורין דכיון דבע"כ יכולין לדון אהני הא דקבלוהו עלייהו לפוטרו עכ"ל הרא"ש וכה"ג פתב הרא"ש בפ"ד לסנהדרין סי' ה' באה"ד שם ושלשה הדיוטות דקבלינהו וטעו בשיקול הדעת דינייהו דינא ואהני הקבלה דפטירי דכיון דאי לא קבלינהו נמי דינייהו דינא ואהני הקבלה למיפטרו ודינם פייחיד מןמחה שדן בע"כ ואי קבלוהו פטור כו' עכ"ל הרא"ש וע"פ דברי הרא"ש הנ"ל פתב הש"ף בסי' כ"ה ס"ק ט"ו דלהרא"ש עיקר הטעם דמןמחה פטור משום דקבלוהו עלייהו דהא הקבלה הוא מילתא יתירא וע"כ אהני הקבלה למיפטרי' והביא שם שיטת הבעל המאור דס"ל דלכן מןמחה פטור משום דה"ל פועין אונס וכמו הא דב"ק ד' צ"ט גבי טבח אוןן שקלקל דמןמחה פטור והכריע הש"ף שם אבל הרא"ש לא ס"ל פן: וי"ל דמזה הוכיח הטור דס"ל להרא"ש דייחיד מןמחה דינו ככל ג' הדיוטות לכל דבר ואף לענין הודא בפינו דאל"כ קשה דמנלן להוכיח דהא דקבלוהו עלייהו היו הפנונה לפוטרו מתשלומין אם יטעה והא מתנה ומחילה הני טענה גרוע ובלא הוכחה ברורה אין לנו לומר פן ויש לומר דהא דהןצריך לקבלו זהו משום דיהנה הודא שמודה לפניו כמו שמודה לפני ג' הדיוטות ולא יהנה יכול להחליף הטענות שטען לפניו דהא מבואר הקא בשו"ע דדוקאבלא קבלום עליהם בזה יכול להחליף הטענות אבל בקבלו אינו יכול להחליף הטענות ודינם כב"ד פשר לגמרי ע"כ י"ל דהקבלה לא הוי מילתא יתירא דהוי תועלת מן הקבלה לגבי זה ומדחזינו דהרא"ש ס"ל דהוי לן הוכחה מן הקבלה דפטרו מתשלומין משום דה"ל מילתא יתירה ע"כ שפיר מוכח מהרא"ש דס"ל דלא פשיטת הרמב"ם בזה אלא דין יחיד מןמחה כמו ג' הדיוטות אף גבי הודא ולכן הני לנו הוכחה מעלייתא מדהןצריך לקבלו דפטרו מתשלומין אם יטעה ושפיר פתב הטור בכוננת הרא"ש: אף עיקר דברי הרא"ש הנ"ל צריך ביאור דהא הרא"ש פ"ד לסנהדרין סי' ה' פתב שם מקודם בזה"ל ופטור לשלם פיון דמןמחה הוא ולא הי' ראו לטעות אלא דמזלא

דההוא גברא גרים כו' וכו טבח אוןמן שקלקל ומראה דינר לשולחני דמומחה פטור כו' עכ"ל הרא"ש: ורא"ז זו הביא ג"כ הש"ך בסי' כ"ה ס"ק ט"ו לחזק שיטת הבעה"מ דס"ל דלכן מומחה פטור משום דה"ל אנוס אף בלא קבלוהו הרי אינו אנוס בדבר דל"ל לכופו כמש"כ הש"ך.

א"כ תקשה סתירת דברי הרא"ש אהדדי דמן דברי הרא"ש שהובא לעיל מוכח דס"ל לדמות ג' הדיוטות דקבלינהו דפטורים כמו מומחה וקבלו דפטור דהוי הכל משום חד טעמא דל"ל לקבלו ונהגי הקבלה לפוטרו מתשלומין ומהא דמומחה פטור הוכיח דינו למילף דשלישה הדיוטות וקבלום דפטורים ובאמת הבעה"מ חולק וס"ל דשלישה הדיוטות אף בקבלום חייבין לשלם משום דס"ל מומחה שאני דה"ל אנוס וכמש"כ הש"ך בס"ק ט"ו בארובה א"כ תקשה סתירת דברי הרא"ש אהדדי: והא דהוצרך הרא"ש לטעם דלכן מומחה פטור דה"ל כמו אוןמן שקלקל ולא סגי לי בטעמו דקבלה ה"ל מילתא יתירה ונהגי הקבלה לפוטרו יש לומר בזה כמש"כ התנאים סי' כ"ה ס"ק ו' דבשלישה הדיוטות דפטירי בקבלום בעי קבלה בפירוש דיאמר הרני מקבל ע"ע לקנים פל אשר תפסקו דאל"כ לא שייך לומר דה"ל מילתא יתירה אבל במומחה דפטור משום דהוי אנוס א"כ אף במה שפאים לדון לפניו ג"כ מקרי קבלה א"כ עדיין תקשה דאיך מדמה הרא"ש הא דשלישה הדיוטות דקבלינהו פטירי כמו במומחה הא אינם דומים להדדי דמומחה פטור משום דהוי אנוס ומה"ט אף אם לא הי' קבלה בפ"י ג"כ פטור ושלישה הדיוטות פטירי משום דה"ל קבלה מילתא יתירה ופשט דברי הרא"ש הוא דיליף מהא דמומחה פטור דמה"ט פטירי ג' הדיוטות וכן הוא משמע דברי הרא"ש בפ"ק סי' ב' דמומחה וג' הדיוטות פטורים משום דאל"כ ל"ל לקבלם ותקשה דברי הרא"ש דסתרי אהדדי וכעין זה הקשה התנאים בסי' כ"ה ס"ק ו': והנראה לי בזה דהא טבח אוןמן שקלקל דבשכר אף מומחה חייב כמבואר בב"ק ד' צ"ט ובח"מ סי' ש"ו ומה"ט כתב הקצה"ח בסי' כ"ה ס"ק ו' דעכשיו דהמנהג דהדיינים לוקחים שכר על הפסק דלפי שיטת הבעה"מ דמומחה פטור משום דהוי אנוס א"כ הא אף אוןמן שקלקל חייב בשכר ואף נוטל שכר בטילה גמי ה"ל ש"ש עכ"ל ולפ"ז יש לדון בדיין אף בלא שכר ג"כ הוי ש"ש משום פרוטה דרב יוסף להסוברים כרב יוסף דש"ש הוי שומר אבידה דמצוה קעביד וסברא זו כתב הגתיות בסי' כ"ה ס"ק ג' ע"ש ואף היכא דטעה בהדין מ"מ ה"ל ש"ש משום פרוטה דרב יוסף וכמש"כ הטור בח"מ סי' ש"ו ושו"ע שם גבי טבחים שלוקחים הכרפשות מן הפשירות ע"ש ובקצה"ח סי' רכ"ז סעי' כ"ה ומה"ט ח"מ סי' רס"ז סעי' כ"ז כתב בשיטת אביו הרא"ש דס"ל לדינא בפלוגמת רבה ורב יוסף אי שומר אבידה הוי ש"ש או ש"ח דדעתו דהוי ש"ח וכתב הבית יוסף שם דאף דהרא"ש כתב לשיטת הרי"ף דפסק כרב יוסף ולשיטת התוס' דפסקו כרבא עכ"ז משמע לרבינו הטור דס"ל כשי' התוס' דפוסקים כרבא ע"ש.

ולפ"ז י"ל דלכן כתב הרא"ש בפ"ד דסנהדרין דמומחה פטור משום דה"ל כמו אוןמן שקלקל דהא לשיטתו דס"ל כרבא דשומר אבידה ה"ל ש"ח א"כ הוי הדיין ג"כ פש"ח דאינו נוטל שכר ע"כ מיפטר בטעה כמו אוןמן בחנם שקלקל: ועכ"ז שפיר הוכיח הרא"ש לקמן דשלישה הדיוטות דקבלום מהגי הקבלה לפוטרו כמו במומחה וכוננת ראיתו הוא כן דהא למ"ד דשומר אבידה הוי ש"ש משום פרוטה דרב יוסף א"כ לפ"ז ה"ה פל דיין

שְׁטֵעָה הָיָה כְּמוֹ דְנוּטֵל שְׂכָר וְאִפְ"ה מְנוֹמָחָה שְׁטֵעָה פְטוּר כְּמִבְנוֹאָר בְּמִשְׁנֵה מְפֹרֵשׁ וְע"כ מוֹכַח לְרַב יוֹסֵף וְלִהְיוֹתוֹ כְּרַב יוֹסֵף דְּהָא דְמְנוֹמָחָה פְטוּר הָיָה זֶה מִשּׁוּם דְּאֵהְיֵי הַקְּבֵלָה ע"ז א"כ ה"ה ג' הַדְּיוֹטוֹת וְקַבְלוּם דְּפְטוּרִים וּמִמִּילָא מוֹכַח פֶּן לֹכ"ע דְּהָא לֹא מְצִינוּ פְלוּגְמָא בְּזֵה וְכֵה"ג פְּתַב הַשְּׁ"ךְ בַּח"מ ס"י רס"ח ס"ק ב' לְפָרֵשׁ שָׁם לְהוֹכַחַת הַתּוֹסֵף שָׁם דְּרֵאֵינְתָם הוּא לְאִידָךְ מ"ד אָף דְּלֹא קִי"ל פֶּן וּמִמִּילָא מוֹכַח פֶּן לֹכ"ע ע"ש.

וְכֵהְנֵה רַבּוֹת בַּכ"ד א"כ א"ש דְּבָרֵי הָרֵא"ש הִפֵּל עַל מְכוּנוֹ וְלִכְּוֹן בַּפ"ק פְּתַב הַטַּעַם דְּמְנוֹמָחָה וְג' הַדְּיוֹטוֹת בְּקַבְלוּם דְּפְטוּרֵי דְּהָיָה מִשּׁוּם דַּל"ל הַקְּבֵלָה כּו' דְּנִתְפָּוּן לְתַרְצַ דְּיֵהְיֵי א"ש אָף לְרַב יוֹסֵף דְּהָיָה ש"ש וּבְבֵית יוֹסֵף בַּח"מ סוֹף ס"י ס"א הִבִּיא דְּבָרֵי הָרֵשָׁבַ"א בְּתַשׁוּבָה שְׁפַתְבּ דְּאִין לָנוּ פַח מְעַצְמָנוּ לֹמַר דְּכָל מִילְתָּא דְּלֹא צָרִיךְ לְטַפּוּיֵי מִילְתָּא אֲתֵי אֲלָא הִיא דְּמוֹכַח בְּש"ס דְּאָמְרוּ פֶּן וְעֵינֵן מְזֵה בְּתַשׁוּבַת רַע"א זצ"ל בְּפִסְקִים סוֹף ס"י קנ"ב וּבַמִּק"א הָאֲרַכְתִּי בְּזֵה וִי"ל דְּזֵהוּ סְבַרְתָּ הַבַּע"ה מ' דס"ל דְּשַׁלְשָׁה הַדְּיוֹטוֹת אָף דְּקַבְלִינְהוּ חֲזִיבִים לְשַׁלֵּם מִשּׁוּם דַּס"ל דְּאִין לָנוּ פַח לְדוֹן לְהַךְ מִילְתָּא יְתִירָה פִּינּוּן דְּאִין לָנוּ הוֹכַחָה מְהָא דְּמְנוֹמָחָה פְטוּר דִּי"ל דְּשֵׁא"ה דְּהָיָה אָנוּס וְכַמְש"כ הַשְּׁ"ךְ בַּס"י כ"ה ס"ק ט"ו אָבַל בְּשִׁיטַת הָרֵא"ש וְהַטוּר דַּס"ל ג' הַדְּיוֹטוֹת וְקַבְלוּם פְטוּרֵי מִשּׁוּם דַּה"ל מִילְתָּא יְתִירָה דְּזֵהוּ מִשּׁוּם דְּהוֹכִיחוּ פֶּן מְהָא דְּמְנוֹמָחָה פְטוּר אָף לְמ"ד דְּשׁוֹמֵר אֲבִידָה הָיָה ש"ש א"כ יֵשׁ לָנוּ הוֹכַחָה ע"ז מְהַש"ס דְּדָרְשֵׁינּוּ בְּזֵה לְהַךְ מִילְתָּא יְתִירָה ע"כ מִמִּילָא י"ל פֶּן לֹכ"ע דְּאִין לָנוּ לְהַרְבּוֹת בְּמַחְלֻקַת וְאָף לְשִׁי הָרֵא"ש דְּפִסְק פְּרָבָה: נִחְזָר לְעַנְיָנֵינוּ דְּיָפָה פְּתַב הַטוּר בְּשֵׁם א"א הָרֵא"ש דְּמְנוֹמָחָה דִּינוּ כְּמוֹ ג' הַדְּיוֹטוֹת אָף לְעַנְיָן הוֹדָאָה וְא"י לְהַחְלִיף הַטַּעְנוֹת שְׁטַעַן לְפָנָיו וּמִתּוֹרֵץ קְוִשְׁיוֹת הַשְּׁ"ךְ מְעַל הַטוּר וְלִכְּוֹן לְדִינָא פִּינּוּן דְּנִתְבָּרַר עַל נִכּוֹן לְתַרְצַ קְוִשְׁיוֹת הַשְּׁ"ךְ ע"כ י"ל דְּיִכּוֹל הַמְּוַחֲזָק לֹמַר קִים לִי פְהַטוּר בְּשֵׁם הָרֵא"ש בְּזֵה וְכַמְש"כ הַטוּר בַּס"י פ"א סַע"י כ"ז בְּפְשִׁיטוֹת דְּיַחֲדַי מְנוֹמָחָה כַּג' הַדְּיוֹטוֹת אָף לְעַנְיָן הוֹדָאָה וּבַפְּרָט דַּה"ט"ז הַכְּרִיעַ הֵכָא דְּהַעֲיָקָר כְּפִשְׁט הַרְמ"א דְּמְנוֹמָחָה דִּינוּ כַּב"ד הַדְּיוֹטוֹת אָף לְהוֹדָאָה וְע"כ לְכַה"פ הָיָה זֶה סְפִיקָא דְּדִינָא וְרֵאִיתִי בְּאו"ת הֵכָא ס"ק ד' שְׁפַתְבּ לְחַלֵּק בֵּין יַחֲדַי מְנוֹמָחָה לְשֵׁנֵי מְנוֹמָחָה דְּכִינּוּן דְּיִכּוֹל לְהַכְחִישׁוּ ע"כ ה"ל מִילֵי דְּכָדִי ע"ש וְכֵן רֵאִיתִי בְּתַשׁוּבַת שְׁבוֹת יַעֲקֹב ס"י קל"ז שְׁמַחְלֵק פֶּן וְלֹא הִבִּיאוּ רֵאִי לְזֵה וּבְאֲמַת מְצִינוּ פֶּן לְכַמְהָ פּוֹסְקִים דְּפִסְקוּ פֶּן מַה"ט בְּהוֹדָאָה לְפָנֵי ע"א וְא"ל אֲתָה עַד דְּכִינּוּן דְּיִכּוֹל לְהַכְחִישׁוּ ע"כ ה"ל מִילֵי דְּכָדִי וְיִכּוֹל לֹמַר מְשֻׁטָּה וְשָׁלֵא לְהַשְׁבִּיעַ כְּמִבְנוֹאָר בַּס"י פ"א סַע"י יו"ד בְּשָׁ"ךְ ס"ק כ"ב ע"ש אָף בְּשִׁי הַרְמַב"ם אִין לֹמַר פֶּן דְּהָא הַרְמַב"ם פ"ז מְטוּעֵן פִּסְק דְּהוֹדָאָה בְּפָנֵי ע"א הָיָה הוֹדָאָה וְכַשִּׁי הַמְּחַבֵּר שָׁם.

וְעֵינֵן בְּטוּר ס"י פ"א סַע"י ט"ו שְׁפַתְבּ בְּשֵׁם הָרֵא"ש דַּס"ל דְּבַפְּנֵי ע"א הָיָה הוֹדָאָה וְיֵשׁ לְחַלֵּק בַּכ"ז: וְהַגָּה הַסַּמ"ע ס"ק ז' פְּתַב דָּאָם הַמְּחֻמוֹת רַבִּים עַלִּיהֶם מְהֵנִי הוֹדָאָתוֹ וְהַשְּׁ"ךְ פְּתַב דְּמָה בְּכָף שְׁהַמְּחֻמוֹת רַבִּים כּו'.

וְרֵאִיתִי בְּהַרְדָּב"ז ח"ג ס"י תַק"ט שְׁפַתְבּ דָּאָף יַחֲדַי מְנוֹמָחָה שְׁקַבְלוּהוּ הַצְּיַבּוּר הֵינּוּ שְׁפָרְרוּ אוֹתוֹ הַצְּיַבּוּר לְדֵינּוּ דָּאָז הָיָה הוֹדָאָה שְׁהוֹדָה לְפָנָיו כְּמוֹדָה בְּפָנֵי ג' דָּאִי לֹא תִימָא הֵכִי לְמֵאִי בְּרַוְהוּ כּו' וְזֵהוּ כַמְש"כ הַסַּמ"ע דְּבַהַמְּחֻמוֹת רַבִּים מְהֵנִי הוֹדָאָה שְׁהוֹדָה לְפָנָיו.

וְאָף דְּלֹא הִתְנוּ פֶּן בְּפִי מִשּׁוּם דְּאָמְרִינוּ דְּמַסְתְּמָא בְּרַוְהוּ אָף לְעַנְיָן הוֹדָאָה וְכַמְש"כ הַרְדָּב"ז: וְרֵאִיתִי בְּנִתְיָבוֹת ס"י הַנ"ל ס"ק ג' בְּסוֹף שְׁפַתְבּ דְּלִכְּוֹן מְהֵנִי בְּהַמְּחֻמוֹת הַצְּיַבּוּר

דְּהַצִּיבוּר יְכוּלִין לְתַקַּן כְּמוֹ שְׂיִרְצוּ עַכ"ל וּמִשְׁמַע דַּס"ל דְּדוֹנְקָא אִם הִתְנוּ בְּפִי דִיְהִי הַהוֹדָאָה לְפָנָיו חָשׁוּב לְהוֹדָאָה כּו' אַבְל מְהֵרָדָב"ז הַנ"ל מוֹכַח דְּאֵרְף דְּלֹא הִתְנוּ בְּפִי כֵּן ג"כ אֲמַרִּינּוּ דְּמִסְתַּמָּא בְּרְרוּהוּ גַם לְזֵה וְאֶפְשָׁר דְּכֵן כְּנֻנַת הַנְּתִיבוֹת וְלִכֵּן אִם אֵיזָה רַב דֵּן יַחֲדֵי דִי"ל דְּגַם לְעֵינֵי הוֹדָאָה מְהִי ע"ד סְבַרְת הֶרְדָּב"ז וְעֵינֵי לְקַמְן סִימָן מ"ו ש"ף ס"ק ח' מְזֵה וִי"ל דְּהַש"ף שֵׁם אֲזִיל לְטַעֲמֵיהּ בְּמִש"כ פֶּאן אַבְל הָעֵינְקֵר כְּהֶרְדָּב"ז: (שָׁם סַעִי ג') אַע"פ שְׂיַחֲדֵי מְנוּמָחָה מְוֹתֵר לְדוֹן יַחֲדֵי מְצַנַת חֲכָמִים שְׂיוֹשִׁיב עִמּוֹ אַחֲרִים וְהַש"ף ס"ק יו"ד הִבִּיא בְּשֵׁם הַמְּהַרְש"ל דַּס"ל דְּאֵרְף בְּקַבְלוּהוּ אֲסוּר לְמִנוּמָחָה לְדוֹן יַחֲדֵי וְהַשִּׁיג עָלָיו דְּהָא מְבִנְיָא בִּירוּשְׁלָמִי פ"ק דְּסִנְהֶדְרִין דְּר' אַבְהוּ דֵּן לְגַרְמִי' מְשׁוּם דְּקַבְלוּהוּ כּו' וְכ"כ הַט"ז לְהַשִּׁיג עַל הַרש"ל: אֲכֵן יֵשׁ לְדוֹן בְּזֵה לְפִמִּש"כ הֶרְדָּב"ז בַּח"ג סִי' תַק"ט דְּלִכֵּן אִם קַבְלוּהוּ לְיַחֲדֵי מְנוּמָחָה מְוֹתֵר לוֹ לְדוֹן יַחֲדֵי אִפִּי לְכַתְּחִלָּה לְפִי דְמַה"ת אֵרְף חַד כְּפָשֵׁר דְּכַתִּיב בְּצִדְקַתְּשָׁפוּט וּמִדְּבָרֵי סוּפְרִים הוּא דְּבָעֵינּוּ שְׁנַשְׁא וְלִכֵּן אִם קַבְלוּהוּ בַע"ד כּו' ה"ז מְוֹתֵר לְדוֹן יַחֲדֵי אֵרְף לְכַתְּחִלָּה שְׁחֹזֵר הַדְּבָר לְדִין תּוֹרָה כּו' עַכ"ל הֶרְדָּב"ז וְשִׁיטַת הֶרְדָּב"ז הוּא דַּס"ל כְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם דְּפִסַק דַּד"ת חַד כְּפָשֵׁר.

וְחֻזִּינּוּ דַּס"ל לְהֶרְדָּב"ז לְחַלֵּק דְּדוֹנְקָא לְמ"ד דַּס"ל דְּמַה"ת חַד כְּפָשֵׁר אֲזֵ אֲמַרִּינּוּ דִיַּחֲדֵי מְנוּמָחָה שְׁקַבְלוּהוּ מְוֹתֵר לְדוֹן לְכַתְּחִלָּה וּבְאַמַּת לְפ"ז אֶפְשָׁר ה"ה יַחֲדֵי שְׂאִינּוּ מְנוּמָחָה אַבְל לְמ"ד דְּבָעֵינּוּ מַה"ת ג' סְמוּכִים אֲזֵ אֲסוּר לְכַתְּחִלָּה לְדוֹן יַחֲדֵי אֵרְף בְּקַבְלוּהוּ וּלְפ"ז יֵשׁ לְיִישֵׁב שִׁיטַת הַסּוּבְרִים דִיַּחֲדֵי מְנוּמָחָה אֵרְף בְּקַבְלוּהוּ אֲסוּר לְדוֹן יַחֲדֵי מְנוּמָחָה לְכַתְּחִלָּה מְשׁוּם דִי"ל דְּר' אַבְהוּ דַּס"ל בִּירוּשְׁלָמִי דִיְכוּל לְכַתְּחִלָּה לְדוֹן אִם קַבְלוּהוּ דַּס"ל כַּמ"ד דַּת חַד כְּפָשֵׁר וְהָא דַּס"ל לְר' אַבְהוּ שְׁנַיִם שְׂדַנּוּ אֵין דִּינִיָּהֶם דִּין י"ל דְּזֵהוּ מְשׁוּם דַּס"ל דְּכִינּוּ דְּתַקְנוּ חַז"ל דְּבָעֵינּוּ שְׁלֵשָׁה ע"כ הוּי זֵה גַם לְעִיכּוּבָא וְכַמִּש"כ הַרְשֵׁב"א וְהַכ"מ וְהַלַח"מ בַּפ"ב ה' סִנְהֶדְרִין בְּרַמְב"ם ה' יו"ד.

וְכֵן כְּתַב הַמְּרָאָה הַפְּנִימִים בִּירוּשְׁלָמִי פ"א לְסִנְהֶדְרִין ה"א ד"ה מָה אֲנִי קִיָּיִמִין אִם בְּשִׁטְעָה וּדְנִן בְּשִׁקוּל הַדַּעַת כּו' בַּסַּה"ד שֵׁם דְּמִוְכָרַח לְר' אַבְהוּ דְּמִדְרַבֵּן הוּא דְּאָמְרוּ שְׁנַיִם שְׂדַנּוּ אֵין דִּינִיָּהֶם דִּין ע"ש: וְלִכֵּן ס"ל לְר' אַבְהוּ דְּבַקְבְּלוּהוּ מְוֹתֵר לְיַחֲדֵי מְנוּמָחָה לְדוֹן גַּם לְכַתְּחִלָּה דְּכַה"ג מוֹקְמִינּוּ עַל דַּת כַּמִּש"כ הֶרְדָּב"ז דְּזֵה תְלוּי בְּזֵה אַבְל לְדִינָא לְמַאי דְּקִי"ל כַּמ"ד דְּמַה"ת בְּעֵינֵי שְׁלֵשָׁה סְמוּכִין אֵרְף בְּהוֹדָאוֹת וְהִלְנָאוֹת כַּמִּש"כ הַש"ף בְּסִי' ג' ס"ק א' לְהוֹכִיחַ מְהָא דְּב"ק ד' פ"ד וְגִיטִין ד' פ"ח דְּאָמְרוּ גַם בְּהוֹדָאוֹת וְהִלְנָאוֹת דְּשְׁלִיחוֹתֵיהוּ עֲבָדִינּוּ ע"כ שְׁפִיר פְּסָקוּ דְּאֵרְף בְּקַבְלוּהוּ לְיַחֲדֵי מְנוּמָחָה אֵין לוֹ לְדוֹן לְכַתְּחִלָּה וְאֵין סְתִירָה עָלֵיהֶם מִירוּשְׁלָמִי מְפִנְרֵשׁ הַנ"ל וְהָא דְּאָמְרוּ בִּירוּשְׁלָמִי שֵׁם וְתַנִּי כֵּן בַּד"א כּו' ג"כ אֵין מְזֵה הַכְּרַח לְדַחוֹת שִׁיטַת הַסּוּבְרִים כֵּן דִי"ל ג"כ כַּנ"ל וְלְפ"ז י"ל דְּלֹא הִי נֶעְלַם מֵהֶם הִירוּשְׁלָמִי הַנ"ל דִי"ל כַּנ"ל וְעֵינֵי בְּתוֹס' יו"ט פ"ד דְּאָבוֹת מ"ח דַּס"ל ג"כ דְּאֵרְף בְּקַבְלוּהוּ אֵין לְדוֹן יַחֲדֵי לְכַתְּחִלָּה.

(שָׁם סַעִי ד') אַע"פ שְׁב"ד שְׁל שְׁלֵשָׁה ב"ד שְׁלָם הוּא כּו' מוּטָב שְׂיַחֲתוּךְ הַדִּין בִּי"א מְבַעֲשָׁרָה וְכַת' הַסַּמ"ע בַּס"ק י"א דְּעֶשְׂרָה ל"ד דְּהוּא ב"ד הַשְּׁקוּל וּמוֹכַח מְהָא דְּסִנְהֶדְרִין ד' ג' ע"ב דְּאֵרְף בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת אֵין עוֹשִׂין ב"ד שְׁקוּל וְכַמִּש"כ הַרְמַב"ם ה' סִנְהֶדְרִין פ"א ה' ד' וּבְפִי' הַמְּשַׁנָּה פ"א מ"א וְהָא דְּסִנְהֶדְרִין ד' ז' ע"ב דְּרַב הוֹנָא כִּי הוּי אֲמִי דִינָא לְקַמִּי' הוּי מִיָּיִתִי עֶשְׂרָה כּו' י"ל דְּהָא אֵיהוּ עֲצָמוּ הִי מְצַטְרַף עִמָּהֶם בְּדִין א"כ הָא הוּי י"א וְהָא

דא"ר יהושע שם עשרה שיושבין בדין קולר הלוי כו' הא מסיק שם דמיירי בתלמיד יושב לפני רבו ולקמן בסנהדרין ד' ח' ע"א אומר משמיל דרב אפי' עשרה והו' הדיוטות פסולין לדיני קנסות וקשה דמשמע הא עשרה והו' מןמחין פשרין לדיני קנסות והא הוי ב"ד שקול ואין סבא לומר דרב ס"ל כר' יאשי' דס"ל בסנהדרין ד' ג' ע"ב דלא בעי ב"ד נוטה בדיני ממונות וה"ה בקנסות ולפמש"כ הסמ"ע בעשרה הוא ל"ד י"ל פן שם דהך עשרה הוא ל"ד: ענף א אכן לפמש"כ לעיל סי' ג' סעי' א' לדון דגבי הודאה בב"ד פנין דאין הב"ד עושין פלל רק שומעין מהבע"ד הודאתו דמהני בזה אף ב"ד שקול ע"כ י"ל דה"ה גבי מודה בקנס דפטור אף בבא עדים כדס"ל לרב בב"ק דף ע"ד י"ל דאף במודה לפני ב"ד שקול אם הם יותר משלשה דמהני הודאתו למפטור א"ע בקנס מה"ט אבל במודה לפני ב"ד הדיוטות לא מהני הודאתו למפטור כמבואר בב"ק שם דשאני ר"ג דלא בב"ד אודי וה"ה ב"ד הדיוטות פנין דאין חשובין לב"ד פלל בקנסות וזה שאמר רב אפי' עשרה והו' הדיוטות פסולין לדיני קנסות דנפ"מ לגבי הודאתו למפטור דלא מהני הדיוטות בזה ונקט זה לרבותא דאף לגבי הודאה דה"א דלזה מהני אף הדיוטות למפטור א"ע פנין דאין דנין רק מיירינן בענין הודאתו וכמש"כ המהרי"ט לחלק בין דין לאודיתא דלזה סגי אף הדיוטות גמורין בדיני ממונות פנ"ל וכמש"כ לעיל בארנפה סעי' א' ע"כ אשמועינן רב דבקנסות לא מהני פלל הדיוטות.

והעיקר כמש"כ לעיל דהך עשרה הוא לאו דוקא וכן מצינו באבות פ"ג משנה ו' דגירסת הרב שם אף עשרה שיושבין בדין וכמש"כ התוס' יו"ט שם ע"ש די"ל ג"כ דהך עשרה הוא לאו דוקא דאין עושין ב"ד שקול והנה בענין שומת ב"ד המבואר בסי' ע"ג סעי' ט"ו ובסי' ק"ג סעי' א' וסעי' ב' וסעי' ג' יש לדון דאף דבעינן שם דין ב"ד וכמש"כ האו"ת בסי' ק"ג לדון במה דמבואר שם דיכולין השמאין להיות קרובין זל"ז ועיין בנתיבות סי' ק"ג ס"ק א' וס"ק ב' ואכמ"ל בזה דאם היו יותר משלשה רק דהוי ב"ד שקול דיש לומר דבשומא יהי מועיל אף ב"ד שקול וראי' לזה מהא דמגילה ד' כ"ג ע"ב דהקשו התוס' עלה דאמרו בקרקעות תשעה וכהן דאמאי מהני הא הוי ב"ד שקול וכן הקשו התוס' בערכין ד' י"ט.

והרשב"א למגילה שם תירץ זה משום דשאני הכא דפרט הכתוב עשרה פהנים וטעמא דמילתא דשומא אינו כדין ממש. ע"כ י"ל דה"ה גבי שומת ב"ד לבע"ח דנזיל בטר טעמא ואין סבא לחלק דשא"ה דגזרה התורה דהא הרשב"א פתב לבאר זה ע"י ה"ט וזהו סברת התורה דפרטה עשרה פהנים: אכן לפמש"כ הטורי אכן במגילה שם דלכן לא בעינן ב"ד נוטה בהא דתשעה וכהן משום דשא"ה דלא אזלינן בטר רובא בפדיון הקדש ע"ש א"כ לפ"ז יש לדון בשומת ב"ד לבע"ח דאזלינן בטר רובא פמבואר בב"ב ד' ק"ז ובסי' ק"ג דבעינן ב"ד נוטה אבל ב"ד שקול פסול ואף לפי המבואר בסי' ק"ג סעי' ג' דיכולין שמאין להיות קרובין זל"ז עכ"ז הא מצינו בהתרת נדרים דאף דנשאלין בקרובים להבע"ד דמ"מ אין עושין ב"ד שקול כמש"כ התוס' בב"ב ד' ק"כ ע"ב ד"ה שיהפרת נדרים בשלשה הדיוטות כו' דעיקר מילתא דבעי בנדרים ג' דזהו משום דאין ב"ד שקול כו' וכ"כ בפ"ה הרא"ש לנדרים ד' ע"ח ע"א ד"ה להכשיר ג' הדיוטות כו' אלמא דאף דנדרים נשאלין עליהן בקרובין ובליה"מ אין שם ב"ד שקול משום דאין שם ב"ד פלל עליהן וכן הוא פנונת הר"נ והרשב"א בנדרים שם א"כ ה"ה בשומת ב"ד

דיש לזון דלא מהני ב"ד שקול: וע"פ מש"כ יש להעיר במה שכתב בתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל סי' ע"ג לצרף להני שלשה בהתרת נדר לקטן ונסמוך על חזקה דרבא ויהי' הרביעי ג"כ מן המתירים ועיין שם בהשקטות: ובאמת יש לומר דלצרף רביעי להשלשה לא מהני בהתרת נדרים משום דהא הוי ב"ד שקול ואין לומר דשאני התרת נדרים פיון דנשאלין בלילה ובקרוכים ע"כ מהני אף ב"ד שקול דז"א דהא עיקר הטעם דבעינו שלשה בהתרת נדרים זהו משום דה' דאין ב"ד שקול כמש"כ הרא"ש בנדרים והתוס' בב"ב וכ"כ הרמב"ן בחי' לב"ב ד' ק"כ דשייף אין ב"ד שקול גם בהתרת נדרים ע"ש ע"כ אין לצרף רביעי להשלשה בהתרת נדרים משום דיהי' ב"ד שקול: ואפשר דרע"א דכתב פן הוא משום דיש שיטה אחרת מן הראשונים דס"ל שם בב"ב ד' ק"פ ובנדרים ד' ע"ח דהא דבעינו שלשה בהתרת נדר זהו מן מה דכתיב אהרן ובניו וכל ישראל דאהרן חז ובניו תרי וכל ישראל תלת או משום דכתיב אהרן חז ובניו תרי א"כ הוי תלת וכן פתב רש"י בנדרים ד' ע"ח ע"א ע"ש והובא שיטה זו בחי' הרמב"ן לב"ב ד' ק"כ ובשמ"ק לב"ב ובנדרים שם.

ע"כ לפי דה' שיטה י"ל דס"ל דלא שייף לזון לה' דאין ב"ד שקול בנדרים משום דלא בעינו שם דין ב"ד כ"כ פיון דנותרין בקרובין ובלילה פנ"ל אבל באמת אין הכרח מחד שיטה זו לדחות לך הראשונים הנ"ל דנתבאר דס"ל דשייף לזון אין ב"ד שקול כו' ג"כ בנדרים.

וגם י"ל דה' שיטה הנ"ל ס"ל ג"כ דשייף אין ב"ד שקול ג"כ בהתרת נדרים וקצתתי: ענף ב ובעיקר דברינו הנ"ל יש להעיר מן מש"כ הרא"ש בסנהדרין פ"ב סי' ה' בסוגיא דשיקול הדעת דאם היו ארבע או חמשה וגמר דינא בתלתא וטעו מסתבר דהנה' משלמי פולא כו' ויחיד מןמחה או שנים מןמחין כו' וכ"כ הטור בסי' כ"ה ע"ש וגם פתב שם בסעי' א' וכן הדין ביחיד מןמחה או שנים מןמחין ולא קבלו עליהם וטעו בשיקול הדעת מה שעשה עשוי כו' אלמא דס"ל דאף בשני מןמחין דהוי ב"ד השקול דמ"מ לא הדר דינא וזהו דלא כמש"כ לעיל אף ממה דכתבו דאם הי' ארבע או חמשה כו' י"ל דבאמת גם עצם הדין הוא בטל משום דהוי ב"ד שקול ומיירי באי אפשר לחזור ולכן משלמים לפי שיטתם אף ממש"כ הטור דבשני מןמחין קם דינא א"כ מוכח דלא כמש"כ וכן פתב הרי"ף פ"ק דסנהדרין על מה דקאמרי שם ד' ה' ע"ב תנא רשב"ג אומר יפה כח הפשרה מפח הדין כו' ששנים שדנו יכולין לחזור כו' דה"מ באינו מןמחין ולא קבלינהו אבל אי הוו מןמחין או קבלינהו דיניהם דין אלמא דס"ל דאף שני מןמחין אף דהוי ב"ד שקול מ"מ דיניהם דין.

ותקשה באמת על הרי"ף והטור דהא מוכח בסנהדרין ד' ג' דאף דייעבד בטל הדין אם הי' ב"ד שקול דהא עיקר טעמא לר' יונתן דבעינו שלשה זהו משום דאין ב"ד שקול והא קיי"ל דשנים שדנו אין דיניהם דין אלמא דזהו לעיכובא וכמבואר בפ"י רש"י שם ד"ה ור' יאשי' כו' וקשה על מש"כ הרי"ף והטור דבדיעבד קם דינא אף בב"ד שקול: והנלע"ד לומר בכוננתם דס"ל דכיון דתקנו חז"ל דיחיד מןמחה יחיד אלמא דלא בעינו ב"ד נוטה בדיני ממונות מדרבנן דאף די"ל דביחיד מןמחה דאין לו עם מי לחלוק עמו דלא שייף בי' ב"ד השקול כ"כ מ"מ זה אינו לפי מש"כ רש"י בסנהדרין ד' ג' ע"ב ד"ה ואין ב"ד

שקול כו' דאין עושין ב"ד זוגות דצריה לקיים בו אחרי רבים להטות ואם יתחלקו אין פאן רבים וכ"כ רש"י שם ד"ה ור' יאשי' כו' שצריה שלא יהא ב"ד שקול פדי שתתקנים בו הטני' אחרי רבים כו' אלמא דעיקר הטעם דבעינן ב"ד נוטה פדי שתוכל לקיים אחרי רבים.

א"כ ה"ה בייחוד מןמחה דמה"ד הא לא תוכל לקיים בו אחרי רבים וע"כ מה"ת יש פסול בייחוד מןמחה זולת הפסול דבעי שלשה מןמחין דהא לא הוי ב"ד נוטה דב"ד נוטה הוא מצוה בפ"ע והא דקאמרי לעיל ד' ב' דאי אין ע"פ שלשה ל"ל וכן מה דס"ל לשמואל שנים שדנו דיניהם דין אף דלא הוי ב"ד נוטה זהו מטעם שפכת הפהר"ם שי"ף שם דכיון דלא בעינן דין ב"ד ומן הדין חד פשר ע"כ גם שנים שדנו דיניהם דין אכל למאי דקיי"ל דמה"ת בעינן דין ב"ד ע"כ גם בייחוד מןמחה שייך לפסול משום אין ב"ד שקול ג"כ אלא חז"ל תקנו בייחוד מןמחה דן יחידי ולא איכפת לן מה דלא הוי ב"ד נוטה ע"כ ממילא אף בשני מןמחין ג"כ פשר מדרבנן פיון דכבר עקרו חז"ל להך דין דב"ד נוטה ולכן שפיר הכשירו בשני מןמחין וא"ש דברי הר"י ונהטור: ולפ"ז י"ל דה"ה בארבעה או ששה הדיוטות ג"כ פשר לאחר דתקנו חז"ל לעקור להך ב"ד נוטה בדיני ממונות ע"כ גם זה פשר והא שפכת רש"י בסנהדרין ד' ג' ע"כ דאם הי' ארבעה או ששה פשרין לר' יאשי' אכל לר' יונתן פסולין י"ל דזהו מה"ת אכל לאחר דתקנו חז"ל בייחוד מןמחה דן יחידי ע"כ אף ארבעה או ששה ג"כ פשרין אף בארבעה הדיוטות יש להוכיח דפסולין אף לאחר דתקנו חז"ל בייחוד מןמחה דן יחידי דהא חזינו דגבי התרת נדרים אף דיליף מקראי בייחוד מןמחה מתיר נדרים ואפ"ה ס"ל דגבי הדיוטות בעינן שלשה משום אין ב"ד שקול פמבואר בב"ב ד' ק"כ בתוס' וברא"ש נדרים ד' ע"ח פנ"ל אלמא דאין להוכיח מן יחיד מןמחה על שלשה הדיוטות די"ל דדוקא בייחוד מןמחה לא חיישינן מה דלא הוי ב"ד נוטה אכל בהדיוטות שפיר י"ל דבעי ב"ד נוטה ואין ב"ד שקול א"כ ה"ה י"ל דאף לאחר דתקנו חז"ל בייחוד מןמחה דן יחידי דמ"מ בשלשה הדיוטות הדין הוא דבעינן ב"ד נוטה והא עיקר הדין דבעינן שלשה ולא סגי בשנים זהו משום דאין ב"ד שקול כדס"ל לר' יונתן וע"כ ה"ה בארבעה או ששה הדיוטות ג"כ מיקפסל אכל שני מןמחין או ארבע וששה פשרין פיון דחז"ל תקנו דבמןמחה לא איכפת לן בב"ד נוטה ולכן אף ב"ד שקול מןמחין ג"כ פשרין ואתי שפיר דברי הטור והרי"ף דמייירי במןמחין: והנה אחר פותבי פל זה ראיתי בשער המשפט סי' י"ח ס"ק א' דנשאר בצ"ע על דברי הר"י ונהטור הנ"ל ע"ש.

מחולקים כו' אכל העיקר פמו שפכתתי בעז"ה ועיין בשער המשפט סי' כ"ב ס"ק ג' מזה. אף לפמש"כ יש לדון בדבריו הרבה והוא דהעלה שם דבקיבל עליו חד פשלשה לא הוי תרתי לריעותא משום דבחד לא שייך למפסל משום ב"ד שקול כו' אכל לפמש"כ דגם בייחוד שייך למפסל משום דלא תוכל לקיים בי' אחרי רבים להטות.

והא בב"ד שקול מארבעה או ששה דהא יכול להיות בי' רוב לחד צד ומיעוט לצד השני אפ"ה פסלו משום דלמא יהי' זוגות א"כ בייחוד דלא תוכל לקיים בי' אחרי רבים פשום אופן ודאי דיש למיפסל משום זה ג"כ א"כ הוי בקיבל ע"ע יחיד פשלשה תרתי לריעותא וכמש"כ הש"ף בסי' כ"ב: ענף ג' ועוד נ"ל לומר דלכן פשר בשנים מןמחין אף דהוי ב"ד שקול משום דהא חזינו דלשמואל שנים שדנו דיניהם דין אף דהוי ב"ד שקול משום פיון

דמה"ת חד פֿשר א"כ לא פֿעינן שם ב"ד פֿלל ע"כ לא פֿעי ב"ד נוטה וכמש"כ המֿהר"ם שיף פֿריש סנהֿדרין א"כ ה"ה מה"ט פֿשר בְּשָׁנִים מְנַחֲחִין פֿינן דְּמִן הַדִּין פֿשר אף יחיד מְנַחֵחַ מְדַרְבְּנָן א"כ חֲזִינוּ דְּלֹא פֿעינן ב'י דין ב"ד אף דְּהוּי יחיד מְנַחֵחַ מ"מ הָא אֵין בְּזָה שָׁם ב"ד פֿמו דְּמַצִּינוּ פֿעינן זָה בְּנִדְרִים ד' ע"ז ע"א דְּסָבַר רב יוסף לְמִימַר נִשְׁאַלִין נְדָרִים בְּשִׁבְתַּת בְּיַחֲד מְנַחֵחַ אֵין בְּשִׁלְשָׁה הַדְּיוֹטוֹת לֹא מְשׁוּם דְּמִתְחַזִּי פְּדִינָא כו' אֲלֵמָא דְּיַחֲד מְנַחֵחַ אֵין עֲלִיו שָׁם ב"ד ע"כ י"ל ה"ה בְּהָא דְּיַחֲד מְנַחֵחַ דִּן יַחֲדִי דְּכִינן דָּאֵין עֲלִיו שָׁם ב"ד וְאַפ"ה דִּן יַחֲדִי א"כ מה"ט אף שְׁנֵי מְנַחֲחִין פֿשרִין פֿינן דְּלֹא פֿעינן גְּבִי מְנַחֵחַ דִּין שָׁם ב"ד מְדַרְבְּנָן ע"כ אף שְׁנֵי מְנַחֲחִין ג"כ פֿשרִין פֿן הוּא סְבַרְתָּ הַרִי"ף וְהַטּוֹר: וי"ל דְּהוֹכִיחוּ פֿן מַמָּה דְּתַנּוּ בְּאַבוֹת פ"ג מ"ו דְּגִיְרַסַּת הַרְע"ב שָׁם עֲשָׂרָה שְׁהִיו יוֹשְׁבֵין בְּדִין וכמש"כ התו"י"ט שָׁם וכמש"כ לְעֵיל וְכֵן מַמָּה דְּתַנּוּ בְּאַבוֹת פ"ד מ"ח אַל תְּהִי דִּן יַחֲדִי ופ'י הַרְע"ב שָׁם דְּמִיְיָרִי בְּיַחֲד מְנַחֵחַ בְּלֹא קַבְלוּהוּ דְּאֵלוּ בְּקַבְלוּהוּ אף מְנַחֵחַ דִּן יַחֲדִי ומה שְׁהַקְשָׁה התו"י"ט שָׁם עַל הַרְע"ב דְּבָרָיו תְּמוּהִין דְּהָא פֿן מְבִנְיָא בִּירוּשְׁלַמִי סְנֵה־דְרִין פ"א ה"א דְּבַד"א דְּלֹא קַבְלוּ עֲלֵיהֶן אֲבָל בְּקַבְלוּ עֲלֵיהֶן דִּן אפ"י יַחֲדִי וְכ"כ הַשֵּׁ"ף בְּסִי' ג' ס"ק יו"ד וְכ"כ בְּתוֹס' רֵאשׁוֹן לְצִיּוֹן שָׁם אֲלֵמָא דְּאף דְּמִיְיָרִי בְּלֹא קַבְלוּהוּ מ"מ אִם אֵינוּ יַחֲדִי מְוֹתֵר לְדוֹן וּמִשְׁמַע דְּאף דְּלֹא הוּי שְׁלִשָׁה מְנַחֲחִין רַק שְׁנַיִם פֿינן דְּלֹא הוּי יַחֲדִי יְכוּל לְדוֹן וְכֵן מַמָּה דְּאָמְרוּ עֲשָׂרָה שְׁיוֹשְׁבֵין בְּדִין דְּמִשְׁמַע דְּאף דְּהוּי ב"ד שְׁקוּל מ"מ יְכוּלִין לְדוֹן וְהַטַּעַם הוּא דְּכִינן דְּהוּי מְנַחֲחִין ע"כ פֿשרִים אף דְּהוּי ב"ד שְׁקוּל וּמַזָּה הוֹכִיחוּ הַרֵאשׁוֹנִים הַנֵּ"ל דְּשְׁנֵי מְנַחֲחִין פֿשרִים לְדוֹן אֲבָל בְּהַדְּיוֹטוֹת י"ל דְּמִפְסְלִי אִם הֵם ב"ד שְׁקוּל כְּמִש"כ לְעֵיל לְהוֹכִיחַ פֿן מִהֲתַרְתַּת נְדָרִים מְשׁוּם דִּי"ל דְּדוֹקָא בְּמְנַחֵחַ הַקְּלוּ בְּזָה אֲבָל בְּהַדְּיוֹטוֹת פֿעינן שָׁם ב"ד וְלָכֵן דְּיִינְיָנוּ בְּהוּי הָא דָּאֵין ב"ד שְׁקוּל כו': [וְהִנֵּה בִּיּו"ד סִי' רכ"ח בְּט"ז ס"ק ג' וּבַשֵּׁ"ף שָׁם ס"ק ד' פְּתַבּוּ דְּהֵאֲדִינָא דָּאֵין מְנַחֵחַ אף שְׁנֵי מְנַחֲחִין אֵין הַתְּרַתָּם הַתְּרָה אף בְּדִיעְבַד וּמִשְׁמַע דָּאִם הִי דִּין מְנַחֵחַ הִי מְהַנִּי הַתְּרַת שְׁנֵי מְנַחֲחִין אף דְּהוּי ב"ד שְׁקוּל וְכֵן הוּא בְּטוֹר שָׁם כְּמִש"כ הַט"ז בְּכַוְנָתוֹ א"כ מַזָּה הִי סִיוַע לְמִש"כ רַע"א זצ"ל דִּיכּוּלִים אַרְבַּעָה דְּיִינְיָנִים לְהַתִּיר הַנְּדָר וכמש"כ לְעֵיל בְּשִׁמוּם דְּבִהַתְּרַת נְדָרִים לֹא פֿעינן דִּין ב"ד פֿלל וְכַמְבִּוּיָא בְּנִדְרִים ד' ע"ז דְּאָמַר אַבְיִי פֿינן דְּאֵפִי מְעֻנְמַד וּבְקָרוּבִים וּבְלִילָה לֹא מִתְחַזּוּ פְּדִינָא אֲבָל בְּאַמַּת אֵינוּ פֿן דְּהָא הוֹכַחְתִּי לְעֵיל דְּגַם בְּהַתְּרַת נְדָרִים לֹא מְהַנִּי ב"ד שְׁקוּל וְהָא דְּשְׁנֵי מְנַחֲחִין שְׁאֵנִי פֿינן דְּיַחֲד מְנַחֵחַ מִתִּיר הַנְּדָר פְּנ"ל אֲבָל בְּבָבֶל דְּלִיפָא מְנַחֲחִין לֹא מְהַנִּי ב"ד שְׁקוּל שֶׁל הַדְּיוֹטוֹת וְדָלָא כְּמִש"כ רַע"א זצ"ל וְכ"ז בְּנִדְרָא דְּלֹא מְהַנִּי אף דִּיעְבַד בְּבָבֶל דִּין יַחֲד מְנַחֵחַ אֲבָל בְּדִין אִם דְּנוּ שְׁנֵי מְנַחֲחִין מְהַנִּי דִּינֵיהֶם דִּיעְבַד דְּהָא אף בְּבָבֶל אִם דְּנוּ שְׁנֵי דִּין יַחֲד מְנַחֵחַ כְּמִש"כ הַשֵּׁ"ף בְּסִי' כ"ה ס"ק י"ג וְסִי' ג' ס"ק ז' אֲבָל בְּהַדְּיוֹטוֹת לֹא מְהַנִּי אף בְּדִיעְבַד שׁוּם ב"ד שְׁקוּל פֿלל וְכֵן בְּשׁוּמַת ב"ד לֹא מְהַנִּי ב"ד שְׁקוּל לְפִמְש"כ הַתּוֹס' בְּמַגִּילָה ד' כ"ג וּבְטוֹרִי אָבִין שָׁם וּבְעֶרְכִין ד' י"ט פְּנ"ל אף לְפִי שִׁי' הַרְשָׁב"א בְּחִי' שָׁם י"ל דְּבְשׁוּמַת ב"ד מְהַנִּי ב"ד שְׁקוּל וְהוּי סְפִיקָא דְּדִינָא בְּזָה וְאַחַר כּוֹתְבֵי פֿל זָה רֵאִיתִי בְּב"ח עַל הַטּוֹר ס"ק יו"ד שְׁפַתְבַּעַל עַל מִש"כ הַטּוֹר דְּמוֹטְבִּישְׁיַחְתָּךְ הַדִּין בְּאַחַד עֲשָׂר מִבְּעֲשָׂרָה דְּלֵאוּ דוֹקָא קָאָמַר דֹּא"כ קִשְׂיָא מֵאֵי מוֹטְבַּע הָא פֿשִׁיטָא דָּאֵין עוֹשִׂין ב"ד לְכַתְּחִלָּה דָּאֵין ב"ד שְׁקוּל עַכ"ל הַב"ח וּמִשְׁמַע מְמַנּוּ דְּס"ל דְּרַק לְכַתְּחִלָּה אֵין עוֹשִׂין ב"ד שְׁקוּל אֲבָל דִּיעְבַד פֿשר אף ב"ד הַשְּׁקוּל וּבְאַמַּת זָה אֵינוּ כְּמִש"כ לְעֵיל וְכִשְׁעַר מִשְׁפֵּט בְּסִי' י"ח וּבְסִי' כ"ב וְאַפְשָׁר לִוְמַר בְּכַוְנָתוֹ

ג"כ כמש"כ לעיל דבמומחין פשר אף דהוי ב"ד השקול והטור הא מייירי התם דהוי פולם מומחין דהא מסנים שם וצריה שיהיו כל היושבים שם בב"ד ת"ח וראוין.

וכ"כ המחבר שם. ולכן אמר דרק לכתחלה אין עושין ב"ד שקול אף בזה וע"כ הך עשרה הוא לאו דוקא ואינו סותר לכל מה שפתיית: סימן ד (סעי' א' בהג"ה) הקהל נקראים מוחזקים לגבי היחיד כו' והא דנקראים מוחזקים כו' דוקא בעניני מסים כו' והוא מן המרדכי בב"ק ספ"ב והתה"ד סי' שמ"א שהביאו ראי' לזה מהא דב"מ ד' ע"ג דמוהררקהו בטפסא דמלפא מנח וכן מצינו בב"ב ד' נ"ה ע"א דא"כ בטלת ירושת בנו הבכור ועיין בתוס' שם ובחדושי הרמב"ן והשמ"ק שם ורא' זו הובא ברדב"ז ח"א סי' צ"ו גבי ענין א' מזה ע"ש: ענף א ובשנ"ת הר"נ סוף סי' י' פתב בגידון א' אם המעות שהם אצל יהודה שפול ספק אם לא נפטרו מן חיוב מס או שמהם מקהלה אחרת שפטורים מנתינת המס פסק שם דעל הקהל להביא ראי' פדיון כל מוציא מחבירו וכתב וכי תימא שעבוד המסין שאני שהמשועבד אינו נקרא מוחזק כמו בשאר שעבודים אדרבה שעבוד מלך יותר מוחזק ממנו כדאמרינן בחזקת הבתים א"כ בטלת ירושת הבכור אינו ענין דה"מ כשהשעבוד נדאי אבל בספק לא עכ"ל הר"נ אלמא דס"ל להר"ג בפשיטות לחלק דדוקא חוב ברור ממסים מקרי מוחזק אבל לא בספק וכעין זה מצינו גבי שט"ח העומד לגבות דכתבו התוס' בסוטה ד' כ"ה לחלק בין חוב ברור לחוב ספק כמש"כ שם בד"ה ב"ה סברי כו' ולפ"ז תקשה על הרמ"א והסמ"ע דלא הביאו הקא הך תשובת הר"נ הנ"ל החולק ע"ז ואפשר דזהו פנונת הש"ך סוף ס"ק יו"ד שציין לתשובת הר"נ ס"ס יו"ד: ויש לחלק דהא דכתב המרדכי והתה"ד דספק במסים הוי הקהל מוחזקים דזהו דוקא היכא דהוי עליו חזקת חיוב ליתן מס רק דעכשיו נולד הספק אם נפטר מחוב המס בזה דנין להקהל דמקרי מוחזקים וכן מורה לשון המרדכי והתה"ד שם שפתבו דכל היכא דאיכא ספיקא וטענה שאינה ברורה ליחיד ליפטר מהמס אמרינן מוהררקהו בטפסא דמלפא מנח עד שיברר הדבר שהוא פטור אלמא דמיררו בענין שהיחיד רוצה להפטר מהחזקת חיוב שהיה עליו כבר וכן הא דלקמן סי' קס"ג סעיף ו' בהג"ה בקהל שפטרו א' ממש דיכולין לומר שלא פטרוהו רק לשנה וכמש"כ בבבאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ק"ד הטעם לפי שהם מוחזקין הא התם הי' מתחלה עליו חזקת חיוב ונולד ספק אם יצא מהחיוב אבל בהגידון של תשובת הר"נ הנ"ל דנולד ספק לנו אם הי' חיוב מעולם על המעות או דלא הי' חזקת חיוב כלל מעולם עליהם ע"כ בכה"ג לא הוי הקהל מוחזקים וכה"ג מצינו בסוטה ד' כ"ה בתוס' ד"ה בש"א נוטלת פתובה כו' שפתבו לחלק אליבא דב"ש דדוקא היכא שעמד השטר לגבות מאותן נכסים רק דהספק הוא אם יצאו הנכסים מחזקת שעבודו בזה הוי פגבוי לב"ש אבל אם הוי ספק מעיקרא אם עמד השטר לגבות מאותן הנכסים בזה לא הוי פגבוי: אכן מצינו לקמן סי' קס"ג בסמ"ע ס"ק כ"ה שפתב בשם מהרי"ו דהשמאים נאמנים על א' פמה הודה לפניהם אע"פ שפבר גסתלקו אבל במרדכי דב"ב משמע דאין בני העיר נאמנים על א' פמה הודה כ"ז שנוגעין בדבר עכ"ל ד"מ וכיון דהקהל הם מוחזקין כמ"ש לעיל סי' ד' הדין עם הקהל דבספיקא דדינא הדין עם המוחזק עכ"ל הסמ"ע וכ"כ הש"ך בס"י קס"ג ס"ק יו"ד ובאמת לא ידעתי דל"ל לדון בזה מצד דבספיקא דדינא הקהל הם מוחזקין הא פן מבואר להדיא בסי' ל"ז סעי' כ"ב דעכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל כו' ועל כל עניניהם כו' וכמבואר בסי' ז' סעי' י"ב דגם

לענון מסים הדין פון ונהמרדכי בב"ב פ"ק ד' רמ"ג דכתב דאין בגי העיר נאמניו הביא ראי' לזה מהא דבגי העיר שנגנב להם ס"ת דאין דנין אותם בדיני העיר ע"ש.

ולכן האידנא דדנין ומקבלין עדות בגי העיר לא שיניף ראי' זו לדון פון ויש לי להאריף בזה אף אכמ"ל הרי דאף בספק בעיקר החיוב מעולם דבזה ג"כ אמרו דהקהל הם מוחזקין בספיקא דדינא: וכן מצינו בסי' קס"ג בסמ"ע ס"ק יו"ד ובש"ף שם ס"ק ד' דאם הקהל טוענין על א' שדר אצלן דהקהל נאמניו בשבועה אלמא דאף בספק מעיקרא אם הי' חייב כלל דג"כ נאמניו בשבועה ואין לומר דהתם הטעם לפי דעכשיו נהגו לקבל עדות מהם פנ"ל דא"כ לא יצטרכו ליטבע וע"כ מייירי התם דאינו מעידים בתורת עדות וכן י"ל במה שהעירוטי לעיל אף שם לא שיניף פון כ"כ וקצרת] ואפ"ה נאמניו בתורת בע"ד דלא מהימן בלא שבועה אף דהוי מוחזק אלמא דאף בספק אם הי' חייב כלל דג"כ אמרו דבגי העיר הם מוחזקין וכן ראיתי בתשובת מהרשד"ם ח' ח"מ סי' שס"א בספיקא דדינא הנולד בת"ח אם מיפטר מחוב זו או לא דכתב שם לדון בזה דהקהל הם מוחזקין ע"ש אלמא דאף בספק מעיקרא ס"ל בפשיטות דהקהל הם מוחזקין ולא חילקו בזה ובאמת יש להעיר על דברי הרשד"ם הנ"ל דהא מבואר בהרמ"א הקא בשם מוהר"מ מיזבורג דנגד הת"ח אין דינם כמוחזקים ואפשר דזה נכלל במש"כ המהרשד"ם שם אח"ז דלתבוע מת"ח זהו בכלל מילתא דאיסורא ואין לומר בזה קים לי ע"ש אף דקשה לומר פון בכוננתו עכ"פ חזינו דבכל ספיקות דיינינו דהקהל הם מוחזקין וע"כ יש לתמוה איה לא הביאו לדברי הר"נ הנ"ל דכתב להיפך מזה: ויש לומר דהא דאמרו דבגי העיר הם מוחזקין בספק דזה אינו אלא אם טוענין הקהל טענת ונדאי אבל בטוענין טענת ספק בזה לא הוי כמוחזקים וכעין הא דמצינו בח"מ סי' ע"ב סעי' כ"ד גבי משכון דהוא ביד המלוה דאם טוען טענת ספק אינו יכול לתבוע מספק בנכסי ראובן וכ"כ הרמ"א שם סעי' י"ד והש"ף שם סוף ס"ק ק"ט ה"ה י"ל פון במה דדנו פת הקהל למוחזקים דלא יהא עדיפא מן אלו הי' משכון בידם דאם טוען טענת ספק לא מהני מוחזקות שלו בהמשכון אלא בספיקא דדינא דכבר כתבו הפוסקים דטענת קים לי הוי כטענת פרי ע"כ שפיר מהני בזה מוחזקות של בגי העיר אבל בספק במעשה לא מהני אלא אם טוענין טענת פרי וע"כ בהגידון של הר"נ דלא טענו טענת פרי לי דהמעוה הם מחוייבים במס ע"כ שפיר כתב הר"נ דמספק לא מהני מוחזקות שלהם ואינו סותר דברי הר"נ הנ"ל לכל הפוסקים הנ"ל וכעת ראיתי באו"ת ס"ק יו"ד באורים שהביא תשובת הר"נ הנ"ל בקצרה דסותר לדברי הרמ"א הנ"ל אבל העיקר כמש"כ ועיין באו"ת סי' מ"ב סוף ס"ק י"א: ענף ב והנה הקא מבואר דדונקא במסים אמרינו דהקהל הם מוחזקים וכן יפה פת הרבים אף שלא במסים לתת להם משכון מקודם שיידו עמו לדין ובאמת מצינו עוד מעליותא בנכות הרבים אף שלא בעניני מסים והוא דמבואר בב"ב ד' ק' ע"א דתניא ר"י אומר משום ר"א רבים שבררו דרף לעצמן מה שבררו בירו כו' אמר ר"ג אמר רב פגון שאבדה להו דרף באותה שדה א"ה אמאי אמר רבה בר רב הונא אמר רב אין הלכה כר"א כו' ופי' הרשב"ם ד"ה פשאבדה להו דרף באותה שדה דמ"מ אורחא אית להו גבי' ויפה פת הרבים מפת יחיד שהיחיד שאבדה לו דרף בשדה חבירו כו' אבל רבים כב"ד דמי כו'.

ולקמן ברשב"ם ד"ה אמאי אמר רבה בר ר"ה כו' פתב והלוא הדין עמו שאפילו החכמים החולקין על אדמון ואומרים קח לו דרף כו' אבל באותה שדה ד"ה חייב בעל השדה

ליטתן לו דרף ליפנס לשדהו וגבי רבים דין הוא שאם ברוי לעצמן יפה עשו כו' עכ"ל וזה לשון הרמב"ן בחי' לב"ב שם באה"ד ור"א רבים במאי קנו כו' ומפרקינן פי אר"א פשאבדה להו דרף באותה שדה שאם ברוי דרף לעצמן מה שבררו ברוי ואמרין לו הבא ראי' שאין זו הדרף שלנו וטול ואף ע"פ שביחיד עליו הרא' יפה פחהרבים כו' עכ"ל וכן הוא לשון השמ"ק בב"ב שם ד"ה אומר רב גידל כו' פאן שאבדה להו דרף כו' ואלו אבדה דרף ליחיד בשדה חבירו ודאי נותן לו דרף אלא שנותן לו איזה שימצא כו' ויפה פח הרבים שאם ברוי דרף לעצמן מספק פיון דאית להו אורחא גביה מה שבררו ברוי כו' עכ"ל: אלקא דאף היכא דלא שינה לדון מצר שהחזיקו בו רבים כו' דהא לבסוף מסקי בש"ס התם להו מצר שהחזיקו בו רבים וגם הא עיקר הטעם של מצר שהחזיקו בו רבים רק אם הוא ברשות בעל השדה וכמש"כ הרשב"ם שם ד"ה החזיקו בו רבים שהשנוהו ותיקנוהו להילוף והבעלים ידעו ושתקו ונדאי לרבים מחל כו' [ובמק"א פתבתי הרבה לדון בדברי הרשב"ם הנ"ל דהא דכתב דבעינו שהשנוהו ותיקנוהו להילוף דז"א למסקנת הגמ' שם דנקנה בהילוף והיכא דאין עשוי רק להילוף כ"ע מודו דנקנה בהילוף והארכתי בדברי תוס' ד"ה בשביל כו' והבאתי שם פמה סוגיות שמוכח מהם פן וכן הארכתי שם בירושלמי בב"ב ספ"ג ועירובין פ"ט ואכמ"ל:] ועיין במהרש"א בב"ב דף ק' שכתב ג"כ הטעם דמצר שהחזיקו בו רבים הוא מדשתק מחל להם.

ומה"ט בעינו שהחזיקו בו ברשות דוקא פמבואר בח"מ סי' שע"ז סעיף א' בהג"ה ובסמ"ע שם ס"ק ב' אבל בהא שאבדה להו דרף דלא הנה מעולם חזקתם ברשות בעל השדה דהא בעל השדה טוען דאין זה מקום הדרף שבררו אלא במקום אחר היא דרף שלהם ואפ"ה מועיל חזקתם לכ"ע בזה ולכן הקשו בפשיטות דאי הכי אמאי אומר אין הלכה כר"א והשמ"ק בב"ב שם פתב דאין דרף להרבים לברור לכתחלה עכ"ז אם ברוי בדיעבד מהני חזקתם בתורת הפקר כו' ויש לה פח זה: הרי מצינו דיש זכות לרבים ביותר מן זכות היחיד אף בענין תפיסה בספק דאף דביחיד לא הנה מהני מ"מ ברבים מהני תפיסתם בכגון זה אף שלא בענין מסים אף דעיקר דבר זה צריך ביאור דהא מבואר בח"מ סי' קמ"ח סעיף ב' גבי מי שאבדה לו דרף כו' דאם החזיק בדרף ואומר היא דרפי דאין מסלקין אותו אלא בראיה ברורה ועיין בסמ"ע ונש"ף שם מש"כ בשם הכ"מ שפירש דאף בחזקה שתפס בע"כ של בעל השדה מהני חזקתו ולפ"ז קשה במש"כ הראשונים לפרש דבאבדה להו דרף באותה שדה דדברי הפל דחייב בעל השדה ליטתן לו דרף וע"כ יפה פח הרבים שאם ברוי מה שבררו ברוי הא בכה"ג אף ביחיד מהני מוחזקות שלו ואין לומר דמייירי אף באופן דאינו ידוע מדת הדרף פמה הנה דכה"ג אין להיחיד לתפוס מספק דז"א דהא משמע מדברי פל הראשונים דגם בהא דב"ב עיקר הספק הוא רק על מקום הדרף איה הוא ואפשר לומר דהא דאמרו יפה פח הרבים דמה שבררו ברוי דמייירי אף בטוענים הרבים ספק על מקום הדרף איה הוא דמ"מ מה שבררו ברוי אבל ביחיד אין מועיל תפיסתו רק בטוען ברי שאומר זו היא דרפי פמבואר ברמב"ם ספ"טו ה' טוען ובח"מ שם: אבל באמת זה אינו דהא בעירובין ד' צ"ד ע"א ברש"י ד"ה וכי תימא פשאבדה להו את הדרף באותה חצר פל רש"י דמייירי שבני ר"ה אומרים שעד פאן הנה רשותן כו' ע"ש אלקא דס"ל לרש"י דהו שאבדה להו דרף מייירי ג"כ דבני רה"ר טוענין ברי שזו היא דרפם אבל אם לא היו טוענין ברי אין סברא שיהנה מועיל תפיסתם אף

ברבים ובנדאי אין סברא לומר דינפה פח הרבים לענגן אף אם אין פולם טוענין פרי אלא מקצתו וגם הא הפתח הבית פתב לדון בסי' מ"א ענף ט"ז דיש לומר בפשוטפין דיהא מהני תפיסתו עבור חבירו ואכמ"ל בזה והעיקר מה שנ"ל בזה דהא דאמרו מה שפירו בירו הפוננה הוא דמיד שפירו פעם אחת הדרה והי' פבר בתוקתם ע"כ אף לאחר שחזר הבעל השדה ותפס מהם לא מהני תפיסתו פלל ואלו ביחיד דאף שאמרו דאם התזיק בדרה אין מסלקין אותו זהו כ"ז שהוא תפוס אבל אם חזר הבעל השדה והתזיק בו נדאי מהני תוקתו ועיין בסי' קל"ט ש"ף ס"ק ב' אכן ברבים אף אם חזר בעל השדה והתזיק בה מ"מ מוציאין ממנו פינו שזכו בה פבר הרבים ובעת שהיו מוחזקים הי' מהני אז תפיסתם לכן יפה פח הרבים בזה דלא תועיל שוב תפיסת הבעל השדה אלא לעולם היא ברשות הרבים וכן הוא לשון רש"י בעירובין ד' צ"ד ד"ה מה שפירו בירו ואינו רשאי לגודרה כו' ומשמע דאף לאחר דאוקמי לה לאח"ז דמייירי שאבדה להו דרה כו' דג"כ אין רשאי לגודרה אלמא דמה שפירו הרבים היא בתוקתם בתורת דין ונדאית דאינו רשאי היחיד לגודרה ולהתזיק בה שוב אף אם יהי' יכולת ביזו לגדור ובפרט לפמש"כ השמ"ק בב"ב ד' ק' ד"ה ור"א רבים במאי קנו לה כו' דבאבדה להו דרה פינו דיחיד שאבדה לו דרה אין לו זכות לברור הדרה ע"כ ברבים אע"פ שיש להם פח להתזיק בע"כ של בעל השדה מ"מ צריכים הם קניי' בברירת הדרה ועד שיחזיקו הם לא קני כו' א"כ לאחר שזכות זה דיש להם הוא מן דין הפקר וזכו מהפקר ע"כ אינו מועיל שוב תפיסת היחיד ושפיר אמרו דינפה פח הרבים מן פח היחיד לענגן זה: ענף ג ועדיין יש להקשות על הא דב"ב ד' ק' דהקשו בפשיטות על מה דאמרו פגון שאבדה להו דרה באותה שדה דאי הכי אמאי אמר רבה בר רב הונא אין הלכה כר"א והי' פסיקא להו דבאבדה להו דרה נדאי הוא דין ברור שמה שפירו בירו לדברי הפל ועיין ברשפ"ם ואלו בעירובין ד' צ"ד אמרו ור"א לטעמין כו' וכי תימא ה"נ פגון שאבדה לו דרה באותה חצר והאר"ח עד מקום מחיצה מחלוקת אימא על מקום מחיצה מחלוקת אלמא דאף בשאבדה להו דרה דס"ל לר"א דמה שפירו בירו דפליגי רבנן דלא אמרינן מה שפירו בירו ודונק לומר דרב לענגן דלא הני רה"ר בזה ס"ל לרבנן דאף דמה שפירו בירו מ"מ לא הני רה"ר ור"א ס"ל פינו דמה שפירו בירו ע"כ ממילא ה"ל רה"ר דדונק לומר פן דהא פינו דנימא דהדין הוא דמה שפירו בירו ממילא הדין הוא דיהי' לו דין רה"ר ועיין בעירובין שם בתוס' ד"ה חייב דברי ר"א: ואפשר לומר דהו סוגיא דב"ב דהקשו בפשיטות א"ה אמאי אין הלכה כר"א דס"ל פאוקימתא דואבע"א שם בעירובין דמוקי פלוגתתם בצדי רה"ר ולא פליגי פלל באבדה להו דרה וכמו דכתבו הרי"ף והרא"ש בעירובין רק לאוקימתא זו.

ע"כ שפיר הקשו דא"ה אמאי אין הלכה כר"א וכמש"כ הרשפ"ם לפרש דאף חכמים דפליגי על אדמון מודו הכא משום דדברי הפל היא ועכ"ז דונק לאוקמי פן דאכתי תקשה דמנלן להקשות פן דדלמא ס"ל לרבה בר ר"ה פאוקימתא ראשונה דעירובין ופסק פרבנן דשם ובאמת יהי' מזה סייעתא למש"כ הרשפ"א דהובא בשמ"ק לב"ב ד' ק' ה"ל דאין לפרש במה דאמר רבה בר ר"ה אין הלכה כר"א דקאי על מה דבררו דרה דאין יכולת ביזם לברור להם דרה בלא רשות בעל השדה דאין לומר פן משום דלשון אין הלכה כר"א משמע דאין להם דרה פלל ובאמת הא דרה יש להם כו' עכ"ל השמ"ק ולפ"ז א"ש מה דאמרו בעירובין דגם באבדה להו דרה פליגי רבנן משום דכיון דיכול היחיד לברור

לָהֶם דָּרָךְ אַחֵר ע"כ אין דינו כרה"ר אָבֵל שיטת פל הַרְאִשׁוֹנִים שֵׁם דָּלָא פְּהֵרְשֵׁב"א בְּזֵה אֵלָא ס"ל דְּבַמָּה דְאָמַר ר"א דְּמָה שְׁפָרְרוּ בְּרָרוּ לַד"ה הוּא פֶּן מִשׁוּם דְּמִסְתַּבֵּר טַעְמִי בְּזֵה א"כ תִּקְשָׁה עֲדִינָן דְּמֵאֵי פְּרִיָּה דְאֵמַאי אֵין הִלְכָה כר"א הָא י"ל דְּפָסֵק פְּרַבְּנָן דְּעִירוּבִין דְּפִלְגִי אַף בְּאַבְדָּה לָהֶן דָּרָךְ וּס"ל פְּאֻקִימָתָא קַמְיִתָּא דְעַל מְקוּם מְחִיצָה מְחִלְקָתָא: וְהַנְלַע"ד וְהוּא דִּישׁ לֹאמַר בְּמָה דְּפָסֵק הָרַמְבַּ"ם וְהַמְחַבֵּר בְּסִי' קמ"ח דְּבָמִי שְׁאַבְדָּה לֹא דָרָךְ שְׂדֵהוּ דְאֵם הַחֲזִיק אֵין מְסַלְקִין אוֹתוֹ מִמְּנָה וּמְהַנִּי תְּפִיסָתוֹ דְּזֵהוּ מִשׁוּם דְּהָא קִי"ל דְּבִדְרָא דְּמִמוֹנָא מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּטוֹעֵן בְּרִי כַּמִּש"כ הַתּוֹס' בְּב"מ ד' ק' ד"ה וְלַחֲזִי בְּרִשׁוֹת דְּמֵאֵן קִיָּמָא כו' וְהוּבָא בְּכִלְלֵי תְּפִיסָה שְׁל הָאו"ת וְהַנְּתִיבוֹת ע"כ הֵכָא דִּיְדַעְעִין דִּישׁ לֹא דָרָךְ בְּשִׂדָּה חֲבִירוֹ רַק בְּמִסְנָפְקִין אֲנַחְנוּ עַל מְקוּמוֹ אִיו הוּא דְּהוּי זֵה פְּדָרָא דְּמִמוֹנָא וּכְמוֹ גְּדוּל וּדְמִי קָטָן דְּב"מ שֵׁם דַּה"ל דְּרָא דְּמִמוֹנָא וְעִינָן בְּקַצָּה"ח סִי' פ"ח ס"ק ח' וּבְנִתִיבוֹת שֵׁם וְכַש"כ הָא דְאָבְדָה לֹא דָרָךְ דִּיְדַעְעִין דְאִית לִי אֹרְחָא בְּנוֹדָאי רַק דְּהַסְפֵּק הוּא עַל מְקוּם הַדָּרָךְ דְּזֵה עֲדִיף מִן הָא דְּב"מ ד' ק' וְע"כ שְׁפִיר פְּסָקוֹ דְאֵם הַחֲזִיק בְּדָרָךְ בַּע"כ שְׁל בַּעַל הַשְּׂדָּה דְאֵין מְסַלְקִין אוֹתוֹ וְאַף דְּבִקְרָע אֵינוֹ מוֹעִיל תְּפִיסָה עַכ"ז שְׁאֵנִי הֵכָא פִּינָן דְּקַרְקַע אֲחָד יוֹצֵא בְּנוֹדָי מִרְשׁוֹתוֹ ע"כ לֹא שְׁיָיָה הֵכָא לְדוֹן קַרְקַע בְּחֻזְקָת בְּעֵלִים עוֹמְדָת וְכַמִּש"כ הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' קמ"ח ס"ק ג' וְרִאִיתִי בְּלַח"מ פ' ט"ו ה' טוֹעֵן ה' י"א שְׁפָתַב לְהַשִּׁיג עַל הַכ"מ דְּכַתְּב דְאֵף בְּהַחֲזִיק בַּע"כ מְהַנִּי חֻזְקָתוֹ לְהַדָּרָךְ וְהַעֲלָה דְדוֹקָא בְּשִׂתְקוֹ הַבְּעֵלִים מְהַנִּי חֻזְקָתוֹ אַף דְלֹא הַחֲזִיק ג' שְׁנַיִם מִשׁוּם דְשִׂתְיָקָה פְּהוֹדָאָה אָבֵל בַּע"כ לֹא מְהַנִּי אַף בְּהִי אִישׁ אֲחָד ע"ש: אָכֵן לַפְּמִש"כ הַנְּכוֹן עִם הַכ"מ: אָכֵן עֵיקַר הַפְּלֵל שְׁפָתַבו הַפּוֹסְקִים דְּבִדְרָא דְּמִמוֹנָא מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּטוֹעֵן בְּרִי אַף דְּהַבְּעֵל חֻזְקָת בְּעֵלִים הַרְאִשׁוֹנִים טוֹעֵנִים ג"כ בְּרִי וּמְכַחֲשִׁים אֶהְדְּדִי דִי"ל דְּזֵה תְּלוּי בְּפִלּוּגָתָא דְּב"מ ד' ק' דְּרַבָּה בַּר ר"ה ס"ל דְאֵף בְּבָרִי וּבְרִי הַדִּין לְסוּמְכוֹס דְּחוֹלְקִין מִשׁוּם דְּגַם זֵה מְקַרִי דְּרָא דְּמִמוֹנָא א"כ מְמִילָא ה"ה לְרַבְּנָן דְּפִלְגִי עַל סוּמְכוֹס וּס"ל הַמַּמַּע"ה אַף בְּדָרָא דְּמִמוֹנָא עַכ"ז אֵם תְּפִס הַתּוֹבַע וְטוֹעֵן בְּרִי מְהַנִּי תְּפִיסָתוֹ אַף דְּהַתְּנַבַּע ג"כ טוֹעֵן בְּרִי פִּינָן דְּהוּי בְּשֵׁם דְּרָא דְּמִמוֹנָא לְשִׁי רַבָּה בַּר ר"ה אָבֵל לְשִׂיטַת רַבָּא דְּס"ל בְּב"מ ד' ק' דְּכִי אָמַר סוּמְכוֹס שְׁמָא וְשְׁמָא אָבֵל בְּרִי וּבְרִי לֹא אָמַר מִשׁוּם דְּס"ל דְּכִינָן דְּהַתְּנַבַּע טוֹעֵן בְּרִי וְהוּי מוֹחֲזֵק מְעִיקְרָא ע"כ אֵין זֵה מְקַרִי בְּשֵׁם דְּרָא דְּמִמוֹנָא לְסוּמְכוֹס וְה"ה יֵשׁ לֹאמַר פֶּן אֵלִיבָא דְּרַבְּנָן דְּס"ל בְּפִל דְּרָא דְּמִמוֹנָא דְּמְהַנִּי תְּפִיסָה דְלֹא אָמְרוּ פֶּן אֵלָא בְּטוֹעֵן הַתְּנַבַּע שְׁמָא אָבֵל אֵם טוֹעֵן בְּרִי פִּינָן דְּהוּי ג"כ מוֹחֲזֵק מְעִיקְרָא אֵין זֵה בְּשֵׁם דְּרָא דְּמִמוֹנָא לֹאמַר וְלֵהֲסַתְּפֵק בְּזֵה פְּלֵל פִּינָן דְּצוּנָח וְטוֹעֵן בְּרִי לִי פִי הַדִּין עֲמִי ע"כ אֵין זֵה בְּשֵׁם לִיזַת הַסְּפֵק פְּלֵל וְעִיקַר פִּי דְּרָא דְּמִמוֹנָא שְׁהוּא מְקוּם לִיזַת הַסְּפֵק כַּמִּש"כ הַפּוֹסְקִים ע"כ הַדִּין נוֹתֵן בְּזֵה דְלֹא יֵהָא מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּזֵה: וְהָא דְּכַתְּבוּ הַפּוֹסְקִים דְּלִדְיָנָא מְהַנִּי תְּפִיסָה אַף בְּטוֹעֵנִים בְּרִי אֵם הוּא דְּרָא דְּמִמוֹנָא י"ל דְּזֵהוּ מִשׁוּם דְּלִדְיָנָא קִי"ל פְּרַבָּה בַּר ר"ה דְאֵף בְּבָרִי וּבְרִי אָמַר סוּמְכוֹס כְּמִבּוֹאָר בְּסוּגִיָּא דְּב"ק ד' ל"ה דְּכוּלִי אָמוּרָאי ס"ל שֵׁם פֶּן ע"ש וּלפ"ז י"ל דְּבַעֲיָקַר מְקִלְתָּא דְאָמְרוּ דִּיפָּה פַח הַרְבִּים דְאֵם בְּרָרוּ דָרָךְ בְּאַבְדָּה לָהֶן דָּרָךְ דְּמָה שְׁפָרְרוּ בְּרָרוּ דְּזֵה תְּלוּי בְּמָה שְׁנַתְּבָאָר וְהוּא פִי לְמ"ד דְּס"ל דְאֵף בְּבָרִי וּבְרִי ה"ל בְּשֵׁם דְּרָא דְּמִמוֹנָא וּלפ"ז מְהַנִּי תְּפִיסָה אַף בְּיַחֲזִיד שְׁאַבְדָּה לֹא דָרָךְ בְּשִׂדָּה חֲבִירוֹ דְאֵם הַחֲזִיק אֵין מְסַלְקִין אוֹתוֹ דְּזֵהוּ מִטַּעַם דְּמְהַנִּי תְּפִיסָה בְּדָרָא דְּמִמוֹנָא פְּנ"ל ע"כ מְמִילָא יָפָה זְכוּת הַרְבִּים בְּזֵה דְלֹא יֵהָא מְהַנִּי שׁוּב תְּפִיסַת הַיַּחֲזִיד מְהֵם פִּינָן דְּכָבֵר זְכוּ בָּהּ פְּדִין וְכַמִּש"כ הַשִּׁמ"ק דְּכָגוֹן זֵה יֵשׁ לָהֶם פַּח לְהַפְקִיר גַּם

י"ל דמן דין יאוש נגעו ביה וכעין מש"כ הר"ש באהלות פ' י"ח מ"ד על מיצר שהחזיקו בו רבים דמן דין יאוש נגעו בי' וזהו פהסוברים דמהני יאוש לקרקע ובאמת לכאורה הי' מקום לומר ד"ר אליעזר דקאמר מה שפירו בירו דאזיל לטעמין דס"ל בב"ק קרקע נגזלת וכמש"כ התוס' בסופה ד' ל"א דגרסי ר' אליעזר ע"ש ע"כ מהני יאוש בקרקע אבל באמת זה אינו כדמוכח בסוגיא דב"ב ובעירובין וקצתני [אבל למ"ד דס"ל דבברי וברי לא ה"ל בשם דררא דממונא ע"כ יש לומר דביחיד לא מהני תפיסתו להדרה שאבדה לו וכמש"כ הלח"מ וס"ל להש"ס דלא נחלק בין הא דאבדה לו דרה דידעניו דאית לי' אורחא בונדאי וביין פל דררא דממונא: ואי נימא דביחיד לא מהני תזקתו להדרה שאבדה לו ע"כ ממילא אף ברבים לא מהני תזקתם דאטו רבים גזלנים הן פיון דע"פ דין לא זכו בו מעולם פן י"ל בכ"ז ולכן בעירובין ד' צ"ד דאמרו על מקום מחיצה מחלוקת ופירושו התוס' שם ד"ה חייב דברי ר"א דקאי באבדה להם דרה באותו מקום וס"ל לרבנו דאין להם פח לברור משום דטעמם דכיון דבעל הוצר טוען פרי וה"ל תזקת בעלים הראשונים ע"כ לא מקרי זה בשם דררא דממונא דיהא מועיל תפיסה ור"א ס"ל דגם בזה אמרינו פח הרבים יפה והסוגיא דעירובין באוקימתא קפייטא אזיל בשיטת רבא דב"מ ד' ק' וע"כ הדין כמש"כ הלח"מ פ' ט"ו ה' טוען ה' י"א לחלוק על הכ"מ דלא מועיל תזקת היחיד בע"כ של בעל השדה פנ"ל: אבל בב"ב ד' ק' דמקשה הגמ' אי הכי אמאי אמר רבה בר ר"ה אין הלכה כר"א שפיר הקשו בפשיטות משום דרבה בר ר"ה לטעמין דס"ל דאף בברי וברי מקרי בשם דררא דממונא פנ"ל א"כ גם ביחיד מהני תפיסתו להדרה ע"כ הי' פסיקא להו דלפ"ז הוא דין ברור דברבים יהי' מועיל תזקתם לעולם שלא תועיל שוב תפיסת הבעל השדה פיון שפבר זכו בי' הרבים פדין ע"כ ממילא נתיאשו הבעלים שלא הי' עולה ע"ד שיהי' יכולת בינדם לחזור ולהוציא מיד הרבים או פפי סברת השמ"ק דכגון זה יכולת בינדם להפקיר כו' וכיון דהסוגיא דב"ב אזיל בשיטת רבה בר ר"ה שפיר הקשו פן בפשיטות וא"ש שגני הסוגיות דעירובין וב"ב הפל על מכונו: ולכן לדינא לפי מה דקיי"ל לדינא דייחיד שהחזיק בע"כ של בעל השדה ג"כ אין מסלקין אותו וכמש"כ הכ"מ והמחבר בסי' קמ"ח משום דקיי"ל לדינא דאף בברי וברי ה"ל בשם דררא דממונא ע"כ בונדאי קיי"ל לדינא פסוגיא דב"ב דס"ל בפשיטות דיפה פח הרבים דמה שפירו בירו ואין מועיל שוב תפיסת הבעל השדה אף לפמש"כ השמ"ק דמן דין הפקר אתו עלה או לפי מה שפכתתי דמן דין יאוש אתו עלה א"כ צריכים הרבים לעשות קנין בהדרה וכמש"כ השמ"ק בפ' וקדין פל זוכה מהפקר ועיקר דברי השמ"ק שפכתב בכל הפקר כו' דאין יכולת בינדם רק להפקיר אבל לא שיזכה בדיבורם בלבד הנה זה תלוי במה שפכתתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף א' בשם היש"ש דיבמות דזה תלוי בפלוגמת ר' יצחק ור"א ביבמות וגיטין ד' ל"ו דזה נפקא מן פל אשר לא יבוא כו' או מן אלה הנחלות כו' ובמק"א הארכתני בכ"ז: ויש לדון ולהוכיח מזה דה"ה בכל דררא דממונא דנפל בין הרבים לבין היחיד דאם תפסו הרבים דלא יהי' מועיל שוב תפיסת היחיד שנית משום דבזה יפה פח הרבים כמו בהא דאבדה להו דרה פנ"ל ואפשר לחלק בין הא דאבדה להו דרה וביין פל דררא דממונא וגם יש לומר בזה פסברת השמ"ק שפכתב בב"ב שם לחלק דשאני דרה שהוא תיקון לעיר ע"ש בד"ה א"ה אמאי אמר רבה בר ר"ה כו' עכ"פ זה ברור דאבדה להו דרה דיכולת בינד הרבים להחזיק בה שלא יועיל בה שוב תפיסת

הבעל השדה פי יפה פת הרבים בזה והדעת נוטה דה"ה בכל הספיקות שנופל ביניהם
ואף שלא בעניני מסים פי בעניני מסים א"צ להיות תפוסים כ"ל דבלא"ה דין מוחזקים
הם וכ"ז הוא מילתא חדתא וכעת ראיתי בביתאור הגר"א זצ"ל הקא ס"ק ט"ז שציינו לדברי
הרשב"ם בב"ב ד' ק' ה"ל בקצרה ועיין בב"ב ד' כ"ד ע"ב ספק זה קדם כו' מ"ש מבור
כו' ובב"מ ד' ק"י ע"ב אבל אין זה ענין לנ"ד וקצרת: סימן ה (שם סעי' ב') אין דנין
בלילה כו' וי"א דאם עברו ודנו בלילה דיניהם דין וזהו שיטת הרשב"ם בב"ב ד' קי"ד
והנה הסמ"ע והש"ך פתבו בשם הרמב"ן והרא"ש ביבמות פ' י"ב סי' יו"ד והטור בסי'
רנ"ג דאין דיניהם דין וראיתי בקרבן נתנאל ביבמות שם ס"ק ל"ד שהביא בשם מהרש"ל
שכתב דהטור לא ס"ל פדעת הרא"ש ודחהו דהא מבואר בטור סי' רנ"ג להיפך [אבל
באמת י"ל דאין ראי' מהטור סי' רנ"ג דס"ל דאין דיניהם דין והוא דהא ו"ל הטור שם
חולה שצוה לפני ג' כו' נעשו פדנינים כו' ולא יוכל לומר לב"ד הגדול אזלינן כו' בד"א
ביום אבל אם צוה בלילה פנין שאין השעה ראוי לדון נעשו עדים ואינם יכולים לדון
אפי' אם דנו בדיעבד אין דינם דין וי"ל דשא"ה דכיון דע"פ דין יכול לומר לב"ד הגדול
או לב"ד חשוב בעירי אזלינן כמש"כ התוס' והרא"ש שם אלא משום דקבלינהו עליו
לדיינים כו' ולכן אם הי' בלילה ודאי לא עשאן אז לדיינים פנין דאסור לכתחלה להיות
דיין בלילה ע"כ לא נתפנין למילתא דאסורא ולא נעשו רק לעדים וממילא יכול לומר
לב"ד הגדול אזלינן וגם י"ל דהוי מה"ט פאלו נכנסו להעיד דאין עד נעשה דיין וע"כ אין
ראי' מהטור כ"ל ואחר כותבי זה הגיע לידי יש"ש על יבמות וראיתי בפ"י סי' כ' ביש"ש
שכתב ג"כ דאין ראי' מהטור פנ"ל וגם כתב היש"ש שם ליישב קושיות הרמב"ן מהא
דחליצה בלילה דפסולה דשא"ה בחליצה דכתיב ככה וכן בקידוש החודש דכתיב חקונהו
לעכובא ע"ש והאו"ת בס"ק ד' כתב ג"כ לחלק דשאני בחליצה דכתיב ככה אבל כפר
הקדימו בזה היש"ש: ובסוטה ד' י"ז ע"ב אמר רבא מגילת סוטה שכתבה בלילה פסולה
כו' מה משפט ביום כו' ופי' רש"י דמשפט ביום דכתיב ביום הנחילו כו' והתוס' שם ד"ה
מה משפט כו' פתבו דילפינן ממשפט דדיני נפשות אכן לשיטת רש"י דס"ל דמשפט
דייני ממונות גמרינן א"כ מוכח לפ"ז דאם עברו ודנו בלילה אין דיניהם דין דאל"כ
אמאי פסלו למגילת סוטה שנכתבה בלילה בדיעבד א"כ מוכח מרש"י דס"ל דאם דנו
בלילה אין דיניהם דין ודלא פשיטת הרשב"ם נכדו ומצאתי בטורי אבן למגילה ד' כ"א
ע"א ד"ה מה משפט ביום שהעיר בדברי רש"י דסוטה ה"ל וע"ש: והנה הסמ"ע ס"ק ח'
הקשה דהא לקמן סי' כ"ח סעי' כ"ד כתב המחבר דאם קבלו עדות בלילה אין דנין ע"פ
אותה קבלה ולא הביא הרמ"א להך י"א דהקא דס"ל להרשב"ם דבדיעבד מהני וכתב
לחלק ביניהם וכ"כ הסמ"ע בסי' כ"ח ס"ק ס"ג: ולענ"ד יש לתרץ קושיות הסמ"ע והוא
דלעיל סי' א' בחידושי שם פתבתי לדון לפי מה דס"ל להראשונים דהא דשליחותייהו
קא עבדינן אין זה רק מדרבנן משום דמה"ת בעינן סמוכין וע"כ הא דדנין האינדנא הוי
מדרבנן ולכן היכא דהוי במקום אסור דעברו ודנו יש לדון בזה להפיל שכתב הר"נ
דבמקום אסורא לא תקנו רבנן כמש"כ המל"מ בפ"ט ה' זכני' ה' יו"ד והרמב"ם שם
ונתבטל דיניהם והמל"מ פתב שם לחלק דהיכא דהוי רק אסור דרבנן דאז הוא
במקום דהי' יכול לעשות באופן המועיל דאמרינן פנין דאינו רק אסור דרבנן דאמרינן

מעשיו אבל אם הוא במקום איסור דאורייתא אף אם הוא במקום דהי יכול לעשות באופן המועיל מ"מ לא אהני מעשיו.

ולכן בעברו ודנו בשבת פינן דאינו רק איסור דרבנן ע"כ פינן דהי יכול לעשות בהיתר ולדון בחול לכן דיניהם דין ועוד חילוק פתבתי לעיל פינן דלא יהי מתקן האיסור ע"כ לא שייך בזה הפלל של הר"נ הנ"ל: ולפ"ז יש לדון בעברו ודנו בליקלה דאף לפי מה דאמרו בירושלמי סנהדרין פ"ד ה' ה' דיליף מקרא דאם דנו בליקלה דינם דין וכמו שפירש האו"ת לכוונת הירושלמי די"ל דז"א רק בב"ד פשר מה"ת אבל בבב"ל דאין לנו סמוכין רק שליחותי' דקמאי עבדינו ואין זה רק מדרבנן כנ"ל ע"כ יש לדון בעברו ודנו בליקלה פינן דאיסור לדון בליקלה מה"ת מפאת וביום הנחילו ומה לי איסור לאו ומה לי איסור עשה.

ע"כ בבב"ל דאין לנו ב"ד סמוכין ועיקר הפח ש'לנו מה דאנו דנין בבב"ל אינו רק דרבנן ע"כ י"ל בעברו ודנו בליקלה דאין דיניהם דין משום דבמקום דיתעביד איסור מה"ת לא תקנו רבנן אף שהיא באופן שהי יכולים לעשות בהיתר כגון הקא שהי יכולים לדון ביום והא דאם הי העדים ביישיבה והדיינים בעמידה דבדיעבד הדין פשר כמבואר בסי"ז י"ל דשא"ה לפמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ה' דנעמדו אינו אלא אסמכתא א"כ בדרבנן היקא דהי יכול לעשות בהיתר לא שייך הפלל הנ"ל ואף לפמש"כ האו"ת בסי"ז ס"ק א' להשיג על הסמ"ע מהא דנבחים ד' ט"ז דזהו מה"ת עכ"ז יש לחלק דשאני עמידת העדים דהמאנה הוא על העדים א"כ הב"ד לא עבדו איסורא וכן אם עמדו הדיינים בבב"ל י"ל דז"א אלא מדרבנן מה שהדיינים ביישיבה וכ"כ הריב"ש בתשובה סי' רס"ו ע"ש.

דהך דרשא מדעדים בעמידה מפלל דהדיינים ביישיבה די"ל דז"א אלא אסמכתא ואין זה דומה להא דהעדים בעמידה. ובאמת לפמש"כ התוס' בנבחים ד' ט"ז ע"א ד"ה מה ליושב שפן פסול לעדות כו' שיש לדיינים לישוב מה"ת כו' יש לדון בזה בבב"ל אם עמדו הדיינים אף לפי שיטת הראשונים דס"ל דהך נעמדו לפני ה' אינו רק בב"ד סמוכים והוא שיטה זו בסמ"ע סי' י"ז ס"ק ה' בשם המרדכי והע"ש א"ש כ"ז ובאמת לפי דברינו יש הכרח לשיטתם וקצרותי ועיין במל"מ פ"ט ה' זכני' ה' יו"ד שהביא דברי התוס' דב"מ ד' כ' ד"ה שובר כו' דלא ס"ל הך פללא של הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן ע"ש ובמק"א הארכתי בזה ואכ"מ: והנה לעיל בסי' ג' סעי' א' פתבתי דאף לשיטת הרמב"ם דס"ל דמה"ת חד פשר וכמש"כ הסמ"ע שם וכן הוא שיטת הבה"ג והרדב"ז בח"ג סי' תק"ט עכ"ז בקבלת עדות מודה הרמב"ם דבעינן שלשה מה"ת כמש"כ לעיל ולפ"ז יש לדון ולחלק בין אם עברו ודנו בליקלה ובין אם עברו וקבלו עדות בליקלה.

והוא דהא להך שיטה דס"ל דב"ד בבב"ל הם דנין מה"ת ע"כ שפיר י"ל דאם עברו ודנו בליקלה דיניהם דין כמו דיליף הירושלמי אבל בקבלת עדות בליקלה פינן דבבב"ל אינו רק מדרבנן מה דמקבלינן עדות ע"כ יש לדון בכה"ג להך פללא של הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן ואף דהי יכולים לדון ביום מ"מ הא במקום איסור מה"ת לא מהני זה כנ"ל ולכן שפיר סתם הרמ"א בסי' כ"ח גבי קבלת עדות דכתב המספר דאף בדיעבד שקבלו בליקלה לא מהני משום די"ל דאף לפי שיטת הסוברים דבדיעבד פשר מ"מ שאני בבב"ל מה"ת וא"ש שיטת הרמ"א לדניא ולכן גבי קב"ע לא הביא י"א דהביא הקא בדין:

והים של שלמה ביבמות פ' י"ב סי' כ' העלה דבדיעבד אם עברו ודנו בלילה וכן אם קבלו עדות בלילה דמהני וכה"ג פתב הבאר הגולה בסי' כ"ח סעי' כ"ד ס"ק ט' ע"ש.

והש"ך הכריע הכא דאין דיניהם דין ולא הביא שיטת היש"ש בזה ועיין לקמן סי' כ"ח ש"ך ס"ק ל"א מזה אכן לפי מה שפתי י"ש לדון דבדיני ממונות אם עברו ודנו בלילה הוי ספיקא דדינא אכן בקבלת עדות אם עברו וקבלו בלילה אין דנין ע"פ אותה קבלה בנודאי בבבל פנ"ל: וידעתי מה דיש לחלק בזה דכיון דמה דדנין דקעבדי מצוה ע"כ אפ"ש לומר דלא שייך בזה הך פלל של הר"נ דבמקום איסור לא תקנו רבנן אבל באמת ז"א דכיון דאסור לדון בלילה ובשבת אף דקעבדי מצוה ע"כ שפיר פתי לדון פן: וכעת מצאתי בחדושי רע"א זצ"ל על ב"מ ד' יו"ד ד"ה פיון דנפל גלי אדעתך' כו' שפתב לדון שם ג"כ למש"כ הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן אכן לפמש"כ המל"מ דהובא לעיל דהיכא דיכול לעשות קנן המועיל שאני ע"כ יש לדון בדברי רע"א הנ"ל ויש ליישב וקצרת: סימן (סע"א) אין הדינים יושבים לדון פחות מש"פ משום דלא אקרי ממון כו' וכתב השער משפט דמבואר דאם תובע חצי פרוטה גזל וח"פ הלואה מצטרפין וב"ד נזקקין לו וקשה דאמאי מצטרפין הא לכן אינו חייב בגזל פחות מש"פ משום דמסתמא מחלו א"כ אמאי מצטרפין גזל פחות מש"פ לתשומת יד ונאבידה כמבואר בשבועות ד' ל"ח והעלה בצ"ע: ונ"ל דאינו קשה לפמש"כ המחנה אפרים ה' גזילה סי' א' בגזל פחות מש"פ אף אם לא מחלו מ"מ אינו חייב להחזיר משום דלא חייבו רחמנא להשיב אלא דבר דמיקרי ממון ופחות מש"פ לאו ממון מקרי והאריף שם בזה וכן נ"ל להוכיח מהא דב"מ ד' נ"ה דדרשו מן את אשר חטא מן הקדש ישלם לרבות פחות מש"פ להשבון לקדש אין אבל להדיוט לא ואי נימא דהיכא דלא הי' דין מחילה אז מחוייב להשיב אף פחות מש"פ א"כ קשה למה לי לדרשא דפחות מש"פ בהקדש חייב בהשבה הא מסבא ידעין זה כיון דהא דפחות מש"פ אינו בהשבה הוי משום מחילה והיכא דלא הי' בדין מחילה פגון שידעו ולא מחלו או שלא ידעו הפעלים נימא דחייב בהשבה כמש"כ המח"א להסתפק בזה מקודם א"כ בגזל מהקדש דאינו בדין מחילה וכמש"כ השמ"ק בב"מ ד' נ"ז עלה דאמרו שם דחד מ"ד ס"ל דבהקדש אף פחות מפדי אונאה חוזר דהטעם הוא משום דבהקדש לא שייך בי' מחילה דמאן מחלו ובמק"א פתי לבאר זה בארנפה ואכמ"ל א"כ בהקדש דלא שייך בי' מחילה דמאן מחלו ואלו הגיזבר אין לו פח למחול א"כ מסבא ידעין דפחות מש"פ חייב בהשבה אם גזל מהקדש ול"ל קרא לרבות פחות מש"פ להשבון בהקדש והא דתמורה ד' כ"ז ברש"י ד"ה ואבע"א כו' דכתב דפחות משתות חוזר בהקדש מקרא דאיש את אחיו כו' דלא תקשה שם ל"ל קרא במק"א פתי לבאר זה אלמא דאף אם לא הי' בדין מחילה דג"כ אינו בהשבה רק גזה"כ בהקדש לרבות פחות מש"פ להשבון ומשמע דבהדיוט אף כה"ג דהקדש דלא הי' בדין מחילה דמ"מ פטור מהשבה וכן י"ל בפסחים ד' ל"ב ע"ב דמקשה הגמרא בפשיטות אי דלית בי' ש"פ קרן נמי לא ישלם ועיין ברמב"ם ה' תרומות פ"ט ה' כ"ג ובכ"מ שם: ולפ"ז הנכון עם המח"א שהעלה דאף אם לא הי' מחילה פגון בהא דנקט לי' המח"א שם וכן בגזל מקטן דלאו בר מחילה הוא דמ"מ אינו חייב בהשבה בגזל פחות מש"פ ולכן אתי שפיר הא דאמרו דמצטרפין גזל ותשומת יד ונאבידה לש"פ דהא היכא דידעי הפעלים ולא מחלו ובכה"ג דאף דלא מיפטר משום הטעם דמחילה מ"מ אינו בהשבה משום דלאו ממון מקרי

וכנ"ל אָבֵל לְעֵנָן צִירוּף שְׁפִיר מְצַרְפִּין גִּזְל וּתְשׁוּמַת יָד וְאַבְיָדָה וְעֵיקָר הַדְּבָרִים הַנִּלְגִּים
נִתְבָּאָר אֲצִלֵי בַמִּקְדָּשׁ: וְהַמַּח"א שֶׁמֶת הֵבִיא בְּעֵנָן זֶה לְדְבָרֵי הַרְמֵב"ם פ"ה ה' אִישׁוּת דִּין ח'
שְׁפָתַי הַנִּכְנָס לְבֵית חֲבִירוֹ וְלָקַח לוֹ פְּלִי וְאוֹכַל וְקִדַּשׁ בּוֹ הָאִשָּׁה וְכָא בַע"ב כו' וְאִם
קִידָשָׁה בְּדָבָר שְׂאִין בַּע"ב מִקְפִּיד עָלָיו בְּגוֹן תְּמָרָה אוֹ אֲגוּז ה"ז מִקְדָּשָׁת מִסְפֵּק:

וְהוּבָא בַּאֲה"ע ס' כ"ח סְעִי י"ז וּפְיָרֵשׁ דְּמִיָּרֵי בְּאִינוּ ש"פ וְהוּי סְפֵק מִקְדָּשָׁת שְׂמָא ש"פ
בְּמִדֵּי וְהֵבִיא פֶּן בְּשֵׁם הַרְשָׁפִין ע"ש. וְכ"כ הַמַּל"מ ה"א שֶׁמֶת הֵבִיא לְפָנָיו כִּי הַב"ש וְהַט"ז
בַּאֲה"ע שֶׁמֶת לְפָרֵשׁ דְּקָאֵי עַל ש"פ וְדָלָא כְּהַפְרִישָׁה נְדָחָה רְאִיוֹת הַמַּח"א הַנִּלְגִּים.

וְהַנְּגִי לְהַעֲתִיק פֶּאֶן מַש"כ פְּכָר לְהַשִּׁיב לְשׂוֹאֵל א' בְּעֵנָן זֶה וְהוּא כִּי הַרְמֵב"ם ה"א פ"ה
ה"ח פְּתַב דְּאִם קִידָשָׁה בְּדָבָר שְׂאִין בַּע"ב מִקְפִּיד עָלָיו כו' מִקְדָּשָׁת מִסְפֵּק וְהוּבָא בַּאֲה"ע
ס' כ"ח סְעִי י"ז וְהַנּו"ב בַּמ"ק ח' אַה"ע ס' נ"ט פְּתַב עַל דְּבָרֵי הַרְמֵב"ם הַנִּלְגִּים לְבָמָה
שְׁהַמְצִיא חִידוּשׁ שְׁפָדָר שְׂאִין בַּע"ב מִקְפִּיד הוּי סְפֵק קִידוּשִׁין דְּזֵהוּ חִידוּשׁ וְלֹא זְכִיתִי
לְבוֹא עַל מְקוּרָו מֵאִין הַמְצִיא חִידוּשׁ זֶה וְכָל נוֹשְׂאֵי פְלִי לֹא הָרְאוּ לָנוּ אֶת מוֹצְאוֹ וְהַדְּבָר
תְּמוּהָ מְאוּד וְמָה בְּכָף שְׂאִין בַּע"ב מִקְפִּיד מ"מ כ"ז שְׁלֹא הִפְקִירוּ בְּפִי בְּמָה יֵצֵא הַחֲפִץ
מִחֻזְקַת מ"ק כו' לְוִלֵי דְמִסְתַּפִּינָא הִיִּיתִי אוֹמֵר דְּהַרְמֵב"ם מִיָּרֵי בְּלוֹקַח הַדְּבָר בְּפָנֵי חֲבִירוֹ
וְרוֹאֵה בְּשַׁעַה שְׁלוֹקַחוּ כו' דְּמִסְתַּמָּא מוֹחֵל לוֹ כו' וְהָאֲרִיף בְּזֵה וְכ"כ הַנּו"ב בַּמ"ת ח' אַה"ע
ס' ע"ז בַּד"ה וְמָה שְׁנִסְתַּפְקַתֶּם כו' וְהֵבִיא שֶׁמֶת לְמַש"כ בַּמ"ק עַל הַרְמֵב"ם הַנִּלְגִּים וְגַם הֵבִיא
שֶׁמֶת לְמַש"כ בְּגִלְיוֹן עַל ח"מ ס' שְׁנ"ט דְּאִם הוּא דְּבָר דְּלִיכָא מֵאֵן דְּקָפִיד בִּי שְׂרִי [וְהוּא
מִן סוּף ב"ק].

דְּאִף דְּשְׂרִי לִיטּוֹל וְאִין בּוֹ מְשׁוּם גִּזְל אָבֵל מ"מ לֹא זָכָה הַנּוֹטְלוֹ לְהִיּוֹת חָשׁוּב כְּשֶׁלּוֹ כו'
ע"ש וְכִסְפָּר אֲבָנֵי מְלוֹאִים ס' כ"ח ס"ק מ"ט הֵבִיא לְדְבָרֵי הַנּו"ב הַנִּלְגִּים שְׁפָתַי דְּהָא דְּדָבָר
שְׂאִין בַּע"ב מִקְפִּיד הוּי בְּתוֹרַת הַפְּקָר וְכַתְּבָה ע"ז דְּאִינָן פֶּן דְּלָאוּ בְּתוֹרַת הַפְּקָר אֲתוּ עֲלֵהָ
אֲלֵא מִתּוֹרַת מִתְּנָה הוּא כו' עכ"ל הַא"מ: וְלַעֲנִי"ד נִרְאָה בְּרוּר דְּהַרְמֵב"ם הוֹצִיא דִּינוֹ מִן
הָא דְּפִסְחִים ד' ו' ע"ב דְּתַנְיָא סוֹפֵי תַּאנִּים כו' סוֹפֵי עֲנָבִים כו' בְּזִמְנֵי שְׂאִין בַּע"ב מִקְפִּיד
עֲלֵיהֶן מִן תַּרְיֵן מְשׁוּם גִּזְל וּפְטוּרוֹת מְשׁוּם מַעֲשֵׂר מְשׁוּם דְּהַפְּקָר פְּטוּר מִהַמְעַשֵּׂר כְּפִי רְש"י
שֶׁמֶת.

אֲלֵמָא לְהַדְּיָא דְּדָבָר שְׂאִין הַבַּע"ב מִקְפִּיד עָלָיו הוּי עָלָיו דִּין הַפְּקָר דְּאִם לֹא פֶּן אֲמַאי
פְּטוּר מִן הַמְעַשֵּׂר וְהוּבָא זֶה בְּרַמְב"ם ה' מַעֲשֵׂר פ"א א"כ הוּי מְזֵה רְאִי בְּרוּרָה לְמַש"כ
הַרְמֵב"ם דְּאִם קִידָשָׁה בְּדָבָר שְׂאִין בַּע"ב מִקְפִּיד הוּי חֲשֵׁשׁ בְּקִידוּשִׁין מְשׁוּם דְּזָכָה מִן
הַפְּקָר וְקִידָשָׁה בְּדָבָר שְׂלֹו וְתַמִּינֵי עַל הַמְּפָרְשִׁים שְׁלֹא הִעִירוּ מֵהָא דְּפִסְחִים דְּמִן דִּין
הַפְּקָר הוּא דְּאֵלּוּ מֵהָא דְּסוּף ב"ק דְּהֵבִיא הַנּו"ב פְּנ"ל י"ל דְּזֵהוּ מִן דִּין מִתְּנָה וְכַמַּש"כ
הַאֲבָנֵי מְלוֹאִים אָבֵל מִפְּסָחִים מוֹכַח דְּזֵהוּ בְּתוֹרַת הַפְּקָר.

וְהַב"ש בַּאֲה"ע ס' כ"ח ס"ק מ"ה פְּתַב עַל מַש"כ הַרְמֵב"ם וְהַשּׁו"ע בְּקִידָשָׁה בְּמָה שְׂאִין
בַּע"ב מִקְפִּיד ה"ז סְפֵק מִקְדָּשָׁת דְּשְׂמָא מ"מ מִקְפִּיד וְכ"כ הַב"ח וְהַט"ז וְדָלָא כְּהַפְרִישָׁה
שְׁפָתַי דְּהַסְפֵּק הוּא שְׂמָא ש"פ בַּמִּקְדָּשׁ עכ"ל הַב"ש.

וכ"כ המל"מ ה"א פ"ה ה"ח דיותר מסתבר לומר דלכן הוי ס"ק שפ"פ במדי דאל"כ מאי ספק הוי פינו דקידשה בדבר שאין מקפיד דמשמע דבזה לא הוי ספק פלל אף פינו דהב"ש והט"ז והב"ח והלח"מ לא פתבו פו בטלה דעתי לדעתם עכ"ל המל"מ.

אכן מהא דפסחים דתני דאם אין בעה"ב מקפיד פטורות ממעשר ואי נימא דדבר שאין בעה"ב מקפיד הוי אפתי ספק שפ"פ מקפיד ע"ז א"כ קשה דיהי' חייב בהפרשת מעשר משום ספק טבל: ומוכח מזה דאם אין בעה"ב מקפיד עליו דלא הוי שום ספק אם מקפיד עליו וכמש"כ המל"מ והא דכתבו דהוי ס"ק מוכח פשיטת הפרישה והרשב"ץ דהוי ספק שפ"פ במק"א.

ולפ"ז י"ל דהיכא דהוי ש"פ דאם אין בעה"ב מקפיד דהוי ונדאי קידושין: ואפשר לומר דשאני הא דפסחים בסופי תאנים וענבים דהא שיטת רש"י ברכות ד' ל"ז והתוס' בכמה דוכתי דמעשר פירות הוא מדרבנן וכן הוא שיטת הראב"ד פ"א ה' מעשרות ואף לשיטת הרמב"ם פ"ב ה' תרומות ופ"א ה' מעשרות דס"ל דכל מעשר פירות הוא מה"ת מ"מ מודה בפירות דאינו ראויין לאכילה כ"כ דאין חייבין מה"ת במעשר ותרומה כמו חרובי שטה וצלמונה וכמש"כ הכ"מ פ"א ה' מעשר ה"ט פינו דאינו פירות חשובין ע"ש.

וה"ה הך סופי תאנים וענבים שאינו מתבטלות כל צרכן וכמש"כ רש"י שם בפסחים. אינו חייבין מה"ת רק מדרבנן ע"כ במקום ספק אזלינו לקולא והא דמותרות משום גזל ה"ט משום דהא ספק גזל לא אסרה התורה וכמבואר בכללי תפיסה ע"כ עדיין י"ל דאף בדבר שאין בעה"ב מקפיד הוי אפתי ספק שפ"פ לפעמים הוא מקפיד ולכן הוי ס"ק ומחמירין בזה במקום חשש ספק א"א וחקת פנוי' לא שייך משום דאיתרעי ע"כ אין מוכרח מזה לסתור שיטת הב"ש והט"ז והב"ח והלח"מ הנ"ל אבל זה ברור דמתורת הפקר אתינו עלה ודלא פהאבגי מילואים אלא כהנו"ב שכ"כ מסבא דנפשי' כ"ז פתבתי מכפר: סימן בטור (סי' ז') הביא להא דאמר שמואל בשבת ד' נ"ו דכל דין שדן יאשי' מן ח' עד י"ח החזיר לבעלי: דמוכח מזה שאינו ראוי לדון עד שיהי' פו י"ח שנה אבל בירושלמי מוכח דמן י"ג ומעלה ראוי לדון כו' ויאשי' שהחזיר חומרא יתירה נהג בעצמו כו' ועיין בט"ז מזה.

ולכאורה צריך ביאור על דעה קמיינתא דהוכיחו מהא דיאשי' הא חזינו דהא דהחזיר לכל דין שדן מן שמונה הי מצד חומרא בעלמא דהא קטן לאו בר עונשין הוא אף ז"א קשה לפי המבואר באו"ח סי' שמ"ג בסוף דקטן שעבר עבירות בקטנותו מ"מ טוב לו לקבל איזה תשובה וכפרה כו' ועיין שם בהג"א זצ"ל שציין להא דשבת ד' נ"ו הנ"ל והט"ז שם הביא לדברי רש"י בב"ק ד' צ"ח דכפני' רפרם לרב אשי כו' ואכתוב פאן מה שהשבתי לרב גדול א' השייך לענין הנ"ל וזהו: ענף א נשאלתי מן רב אחד על מש"כ הרמב"ם פ"ח ה' גזילה ה' י"א נתן הפסד לאנשי משמר ומת קודם פפרה אין יורשי הגזלן יכולין להוציא מיד הפהנים כו' ואפ' הי הגזלן קטן שאין מתנתו מתנה אין יורשי הגזלן יכולין להוציא מיד הפהנים כו' עכ"ל הרמב"ם והקשה הא עיקר גזל המבואר שם אינו רק בנשבע בשקר וקטן לאו בר עונשין הוא על שבועה א"כ לא שייך בזה פלל בקטן ועיין ב"ק דף ק"ג תוס' ד"ה הגזל מחבירו כו' ואין לומר דהרמב"ם מייירי בקטן מופלא סמוך לאיש דשבועתו ונדרו ונדר מה"ת דז"א דהא רק רב הונא ס"ל בנדה ד'

מ"ה דלוקה אם עבר על גדרו אבל לדין לא קיי"ל פרב הווא בזה פמבואר פרמב"ם פ' י"א ה' גדרים ה' ד' ובמל"מ שם דלאו בר עונשין הוי בעבר על שבועתו וזהו קושיא אלימתא על הרמב"ם והנלע"ד לתרץ בהקדמ מש"כ הרמ"א באו"ח סי' שמ"ג דקטן שעבר עבירה בקטנותו א"צ תשובה פשיגדילמ"מ טוב לו שיקבל ע"ע איזה דבר לתשובה וכפרה כו' וכ"כ התה"ד והוכיח פן מהא דקיי"ל דקטן אין ב"ד מצווין להפרישו אלמא דאין עליו שום חטא פלל ועיין ברכב"ז ח"ה סי' ש"א שי"ד והמג"א שם ס"ק ד' פתב על מה דאמרו שם טוב לו שיקבל כו' דהכי אמרו בסנהדרין ד' נ"ה ע"ב תקלה איפא וקלון ליפא ודבר שבקמון עיין בח"מ סי' שמ"ט עכ"ל והוא ט"ס דהא מעיקרא אמרו שם בסנהדרין גבי קטן הבא על העריות דקלון איפא תקלה ליפא ובמסקנא מסקי דכינן דהוי מזיד תקלה נמי איפא כו' ומוכח שם בפסגיא דקטן במזיד חמור מן הבא על בהמה בשוגג דהוי קלון בלא תקלה וצ"ל במג"א בזה"ל תקלה איפא וקלון איפא וסגיא זו הביא הת"ש ביו"ד ס"ק מ"ט ע"ש בסי' א': א"ת מציינו בגמ' שם במסקנא דקטן שעבר איזה חטא מקרי תקלה היינו מכשול עון פמבואר שם בכל הסגיא א"כ מוכח מזה דקטן אסור לו לעבור על איזה ענין בקטנותו דאל"כ לא הוי קרי לי' תקלה ומכשול עון פינו דאיהו לא מצווה על האיסור בעצם ודוחק לומר דמחמת דאמרו שם דטוב לו שיקבל ע"ע איזה דבר לתשובה כו' מקרי תקלה ואף דמהמג"א משמע דזהו טעמא דהך מילתא עכ"ז הוא דוחק לדעת: ועוד מציינו בשבת ד' נ"ו ביאשי' שפל דין שדן מן שמנה עד י"ח החזיר משלו וציינו לזה ביאור הגר"א צ"ל באו"ח סי' שמ"ג ס"ק יו"ד וגם ציינו לרש"י ב"ק ד' צ"ח ע"ב והובא בט"ז שם באו"ח בהא דכפיי' רפרם לרב אשי על שפרף שטר בילדותו וכתב הט"ז שם דהכפיי' הי' בדברים דמציינו שיש יכולת ביז ב"ד לפעמים לכפות על לפנים משוה"ד.

והנה הגהות אשר"י לב"ק פ"ח פתב להוכיח מרש"י הנ"ל דקטן שהזיק חייב לשלם פשיגדיל ובאמת לא קיי"ל פן לדינא פמבואר בח"מ סי' שמ"ט וכמש"כ הרא"ש ב"ק פ"ח וראיתי במראה הפנים בירושלמי בב"ק פ"ח ה' ה' על משנה דחש"ו פגיעתן רעה כו' והביא שם ראי' מהתוס' קידושין ד' יו"ד ד"ה ומקבל את גיטת דכתבו להוכיח דאחר שניסת אין אבי' מקבל גיטה מירושלמי תרומות דפרף גירשף מי לא ידעה כו' ולא מוקי בניסת כשהיא קטנה ואבי' מקבל גיטה כו' ואי ס"ד דקטן אינו חייב לשלם פשיגדיל איך מביאין ראי' מהתם הא לענין קרו וחומש מתניא אע"כ דחייב לשלם פשיגדיל עכ"ל המראה הפנים ובאמת אין זה ראי' פלל די"ל דקיבל אבי' גיטה בקטנותה ולא ידעה ועכשיו נתגדלה ואכלה תרומה על סמך דלא ידעה דקיבל אבי' גיטה בקטנותה ופשוט ועיין במל"מ פ"ד ה' מלנה ה' י"ד: ומציינו להגי תלת מילי בש"ס היינו הא דסנהדרין ד' נ"ה דקטן הבא על בהמה מקרי תקלה וכן הא דב"ק ד' צ"ח דכפיי' רפרם לרב אשי על שורף שטר בילדותו וכן הא דשבת ד' נ"ו דיאשי' החזיר לכל דין שדן מן בן שמנה דיש סמך מזה למש"כ הרמ"א דטוב לו שיקבל תשובה וכפרה בגדלותו על מה שעבר בקטנותו וכמש"כ הפוסקים הנ"ל ולולי דברי האחרונים הנ"ל נלע"ד לומר מלתא חדתא דשאני הגי תלת מילי ומתיישב שפיר פל הגוף תלת מילי דמציינו בזה דגם קטן יש עליו איסור עצם בעבירה שעבר כמו הא דסנהדרין גבי עריות דמקרי תקלת עון ובשבת גבי דין.

ובב"ק גבי נזקין: ונקדים מש"כ התתם סופר ליו"ד סי' שי"ז על מש"כ הרמב"ם פ' יו"ד
ה' מלכים ה' ט' שלא ניתנו השיעורים לכל עם וכבר כתב הרא"ש בתשובה דבכלל
שיעורין הוי זמן גדלות בת י"ב שנים וכן י"ג שנה וקשה על מש"כ הרמב"ם ה' מלכים
שם ה"ב דלעולם אין עונשין מהן לא קטן ולא חרש כו' לפי שאינן בני מצוות הא לא
ניתנו שיעורין לכל עם ותיגרין דדוקא קטן ששכלו שלם פראוי פדמצינו בב"ב ד' קנ"ה
בזה נענש משא"כ במי שאין שכלו שלם והקשה מהא דנזיר ד' ס"ב דממעט מןפלא סמוך
לאיש מערכין ונדרים הרי יש שיעורין ג"כ בכל עם ותיגרין דוקא במה דמרבין מן איש
איש שנודרין כו' ע"כ דין כל העם פישראל כו' אבל במה דכתיב בפ"י גבי כל עם שפיר
עונשין אף קטן שהגיע לכלל דעת כו' ע"ש בתתם סופר וכה"ג פתבו התוס' בסנהדרין ד'
נ"ו ד"ה ואלקבא דר"מ כו' דכיון דכתוב גבי כו' לא מחייבין בכל עם יותר כו' ויש להעיר
ע"ז ממה דמצינו בסנהדרין ד' נ"ז ע"ב דאיש איש מרבה כל עם שמונהרים על עריות
ומסקינן דלא נצרכה אלא לנערה מאורסה כו' והובא ברמב"ם פ"ט ה' מלכים ה"ז דמה"ט
בבא על כו' אף שלא פדרפה חייב משא"כ בבא על אשת חבירו אינו חייב רק פדרפה
ונה נלמד מן איש איש הנאמר בישראל ואפ"ה סתם הרמב"ם אח"ז שלא נאמרו שיעורים
וקשה הא בכה"ג דעיקר האיסור הוא בישראל א"כ לא יענשו רק פדין כו' בשיעור
גדלותם ואפשר לומר דכיון דעיקר מילתא דעריות נאמר בפ"י בכל עם ע"כ שאני זה וכן
י"ל בהא דסנהדרין ד' נ"ו גבי איש איש לרבות פינויין ועיין ברמב"ם מזה ואכמ"ל יותר:
והתוס' בחולין ד' ל"ג ד"ה אהד כו' הקשו בהא דאמה"ח דחיות ועופות הטהורין
דלישראל שרי כו' ותירצו דמ"מ אמה"ח דידהו אסור משום דבעיא שחיטה אע"ג כו'
אסור במשהו בשור וגיד ועצם וישראל לא מיתסר אלא בכזית בשור הא לר' יוחנן חצי
שיעור אסור מה"ת כו' וגם פתבו להא דנהרג על העוברים כו' דנהי דפטור מ"מ לא שרי
ע"ש והתוס' שם לא ס"ל להפלל דהרמב"ם דלא ניתנו שיעורים כו' ולפ"ז יש להקשות
כמו כן על מה דקיי"ל דקטן שרי לעבור על כל עבירות ואין ב"ד מצונין להפרישו רק
לספותו בידים אסור על הנותנו אבל על הקטן אין פאן איסור פלל ותקשה ע"ז מי איפא
מידי דלישראל כו' ולכל עם מיתסר כמו דהקשו התוס' על שיעור דאמה"ח פן תקשה
בהא שיעור דגדלות דה"ל בישראל ולא בכל עם והא יצאו מפלל כו' ולא להקל עליהם
וכפ"י רש"י בסנהדרין ד' נ"ט וע"כ מוכח לפ"ז דבאמת על שבע מצוות דמונהר כל עם
דבזה גם גבי ישראל קטן אם הגיע לכלל דעת מוטל איסור בעצם גם על הקטן בעצמו
רק דאינו נענש והוי כמו הא דכתבו התוס' על הא דענפרין ושיעור דאמה"ח דכיון
דישראל מיתסר אף דאינו נענש מ"מ לא שייך להקשות להא דמי איפא מידי כו' ודוקא
מצות דלא הוזהרו רק ישראל בלבד בזה אין שום איסור פלל על הקטן אבל במה דכל
העם מוזהרים בזה גם ישראל קטן מוטל עליו איסור רק דאינו נענש וא"ש שיטת
הרמב"ם דכתב דלא ניתנו שיעורים לכל עם.

ענף ב ולפ"ז אתי שפיר הא דסנהדרין ד' נ"ה גבי עריות בקטן הבא על הבהמה דמקרי
תקלת עון. משום דהא עריות הוי מן שבע מצוות דהוזהרו פולם ועיין ברמב"ם פ' יו"ד
ה' מלכים ה"ו וכן מה דמצינו גבי דינין במה שדן שלא פדין בעודו קטן יש עליו חיוב
לפנים משוה"ד להחזיר משלו משום דהא על דינין פולם מוזהרים עליו וגם מוזהר שלא
להטות דין וכמש"כ רש"י בסנהדרין ד' נ"ו ע"ב ד"ה אף הדינין מאלהים נמי נפקא והא

אַלְוָהוּתוֹ עָלֶיךָ לְהִיּוֹת מוֹרָאוֹ עָלֶיךָ וְלֹא מוֹרָא בְּשֵׁר וְנָדָם לְהִטּוֹת מִשְׁפָּט כִּי הַמִּשְׁפָּט לְאֱלֹהִים
הוּא עַכְלָל רַשׁ"י וְכִמּוֹ דְאָמְרוּ בְּגַמ' שֶׁם לְקַמֵּן אֱלֹהִים אֲנִי יֵהָא מוֹרָאֵי עָלֵיכֶם וְכַמְבּוֹנָר
בְּסִנְהֶדְרִין ד' נ"ט דְקוּם וְעֲשֵׂה וְשִׁב וְאֵל תַּעֲשֵׂה נִינְהוּ דְמַצּוֹנִים שְׁלֵא לְהִטּוֹת מִשְׁפָּט כְּפִי
רַשׁ"י שֶׁם וְכִינּוֹן דְּכָל עִם מְוֹזְקָר בְּזָה א"כ מִמִּילָא יִשְׂרָאֵל קִטְן שְׁהַגִּיעַ לְדַעַת יֵשׁ עָלָיו חֵיּוֹב
בִּיד"ש וְכוּ גְזוּלָה וְנִזְקִין דְּכָל עִם מְוֹזְקָר בְּזָה ע"כ ה"ה קִטְן יִשְׂרָאֵל שְׁהַגִּיעַ לְכָלֵל דַּעַת יֵשׁ
עָלָיו חֵיּוֹב בִּיד"ש רַק דָּאִין כּוֹפִין בְּזָה: וְלָכֵן א"ש הָא דְכַפְיִי רַפְרָם לְרַב אֲשֵׁי שְׁשָׂרְף שְׁטָר
בְּיַלְדוּתוֹ דִּי"ל דְהָדָּ קְפִינִי בְּדַבְרִים וְכַמִּש"כ הַט"ז כְּעִין זָה.

וְכַדְמַצְיָנוּ בַח"מ ס' י"ב סַע' ב' בְּרַמ"א דִּישׁ מ סוֹבְרִים דִּישׁ יְכֻלֵּת לְכַפּוֹת עַל לַפְנִים
מִשׁוּה"ד וְהַתְנַמִּים שֶׁם ס"ק ד' פְּתַב דְכ"ע מוֹדוֹ דְבְמִילֵי יְכוּלִים לְכוּף עַל זָה א"כ כַּש"כ
הִיכָא דִישׁ עָלָיו חֵיּוֹב לְצִאת יְדֵי שְׁמִים וְנִדְאֵי דְהִרְשׁוּת לְכוּפוֹ בְּדַבְרִים אָדָּ בַמִּש"כ הַט"ז
בַּאו"ח ס' שִׁמ"ג דְהָדָּ קְפִינִי הִי בְּדַבְרִים אִין לְזָה שְׁנִרְשׁ כ"כ דְמִן אִינְהָ צַד יֵהִי עָלָיו חֵיּוֹב
בְּזָה אָכֵן לְפִי מָה שְׁפַתְבְּתִי נְתַבָּאָר הִיטַב דְשְׁפִיר יֵשׁ עָלָיו חֵיּוֹב בִּידֵי שְׁמִים מִשׁוּם מִי אִיכָא
מִיִּדֵי כו' בְּכָל הַנֶּהָ מִילֵי כְמוֹ בְּעֲרִיּוֹת וְדִינִים וְנִזְקִין דְסִנְהֶדְרִין ד' נ"ה וְשַׁבְתָּ וּב"ק הַנְּל
וְכוּ מְצִינּוּ בְּתוֹס' נְזִיר ד' ס"א ע"ב ד"ה הַנִּיחָא לְמ"ד כו' שְׁהַקְשׁוּ בְּתִימָא דְמִנְפְּלָא סְמוּדָּ
לְאִישׁ לֹא יֵהִי אֱלָא מְדַרְבְּנָן וּבְכּוֹתֵי יֵהִי מַה"ת ע"ש: וּבְמִשְׁנָה לְמִלְכָּה פ' יו"ד ה' מְלָכִים
ה"ז פְּתַב שֶׁם לְדוֹן בַּאֲה"ד מִן ד"ה וְדַע שְׁמָה דְתִירְצוֹ הַתּוֹס' דְשִׁב וְאֵל תַּעֲשֵׂה כו' פְּתַב
שֶׁם בְּשֵׁם יְרוּשְׁלַמִי פ' בְּתַרְא דְנְזִיר ה"א דְלָמָּה נִקְרָא שְׁמוֹ כּוֹשֵׁן רְשַׁעְתִּים שְׁעֲשֵׂה שְׁתִּי
רְשַׁעְיּוֹת א' שְׁחִלְלַת הַשְּׁבוּעָה כו' הָרִי מְבּוֹנָר דְכוּלָּם מְוֹזְקָרִים לְקִיָּים שְׁבוּעָתָם וְזָהוּ בְּכָלֵל
בְּרַפְתָּ ד' שְׁלֵא לְהַשְׁבִּיעַ בְּשִׁמּוֹ לְשַׁקֵּר אָבֵל בְּנִדְרִים לִיכָא חֵיּוֹבָא וְרַאנִי דְהָא מְצִינּוּ
בְּאַבוּתִינוּ הַקְדוּשִׁים אַבְרָהָם וַיִּצְחָק שְׁהַשְׁבִּיעוּ לְאַבְרָמָה וְכוּ הַשְׁבִּיעַ לְאַלְעִזָּר עֶבֶד
אַבְרָהָם וְכוּ הַשְׁבִּיעַ יַעֲקֹב לְעֵשׂוֹ וּמִסְתַּמָּא אִיכָא תּוֹעֲלַת מִן הַשְּׁבוּעָה וְאִם אִינָם מְוֹזְקָרִים
א"כ אִין פָּאן תּוֹעֲלַת פְּלֵל מִהַשְּׁבוּעָה וְהִבִּיא שֶׁם בְּשֵׁם מְהַר"ש יָפָה דְלֹא ס"ל כֵּן וְהַקְשָׁה
עָלָיו מִשְׁבוּעַת אַבוּתִינוּ כו' וַאֲכַמ"ל: וְלִפ"ז יֵשׁ לְדוֹן דְכִינּוֹן דְכוּלָּם מְוֹזְקָרִים עַל שְׁבוּעַת
שְׁקָר א"כ בְּכָל עִם גַּם קִטְן מְוֹזְקָר בְּהַגִּיעַ לְכָלֵל דַּעַת כְּמוֹ שְׁפַתְבוּ הַפְּלֵל הַנְּל א"כ ה"ה
קִטְן יִשְׂרָאֵל בְּהַגִּיעַ לְכָלֵל דַּעַת יֵשׁ עָלָיו אִיסוּר לִישָׁבַע בְּשַׁקֵּר וְאַף דָּאִינוּ נְעַנְשׁ ע"ז בַּב"ד
מ"מ אִיסוּרָא וְעוֹנָשׁ בִּידֵי שְׁמִים אִיכָא וְעִינִין בְּעִירְכִין ד' ג' ע"א בְּתוֹס' ד"ה לְמַעוּטֵי קִטְן
מְפַרְתָּ כו' דְכַתְבוּ דְה"א דִּיתְחַיִּיב פְּרַת קַמ"ל דְלֹא כו' דִּי"ל דְמִיִּירִי בְּהַגִּיעַ לְכָלֵל דַּעַת וִי"ל
שֶׁם בְּזָה וּמָה שְׁהַקְשׁוּ שֶׁם הַתּוֹס' וּבְקִדּוּשִׁין ד' י"ט דל"ל קָרָא אִישׁ פְּרָט לְקִטְן וְהָא לָאוּ
בְרַ עוֹנָשִׁין הוּא אָבֵל לְפַמִּש"כ נִיחָא דְהָא פִּינּוֹן דְשֶׁם קָאֵי בְּבָא עַל א"א דְכוּלָּם מְוֹזְקָרִים
ע"ז א"כ הָנִי זָה בְּכָלֵל מִי אִיכָא מִיִּדֵי כו' וְה"א דִּיהָא נְעַנְשׁ אָף קִטְן בְּהַגִּיעַ לְדַעַת וְע"כ
אִיזְטָרִיף לְמַכְתַּב קָרָא ע"ז לְמַעוּטֵי מְעוֹנָשִׁין דְאַף בְּמָה דְכוּלָּם מְוֹזְקָרִים עַכְלָל אִינוּ נְעַנְשׁ
קִטְן יִשְׂרָאֵל בְּזָה וַיֵּשׁ לְעִינִין בְּזָה מְסוּגָיָא סִנְהֶדְרִין ד' נ"ה וְקַצְרִתִּי בַכ"ז וְהָדָּ פְּלֵלָא דְמִי
אִיכָא מִיִּדֵי כו' כְּבָר פְּתַבְתִּי בַמִּק"א דְלִיכָא פְּלוּגְתִּי אִמּוֹרָאֵי בְּזָה כְּמִבּוֹנָר בְּסִנְהֶדְרִין ד'
נ"ט ע"א דְלָכֵן מָה שְׁנִאָמְרָה כו' וְלֹא נְשַׁנִּית בְּסִינֵי כו' דְהָנִי מְטַעַם דְלִיכָא מִיִּדֵי כו' וְכ"ע
ס"ל כֵּן וְהָא דְרִישׁ לְקִישׁ בְּחֻלִּין ד' ל"ג דְמוֹזְמִינִין עַל בְּנֵי מַעֲיָיִם כו' וְכוּ פְּסַק הַרְמַב"ם פ'
ט"י"ת ה' מְלָכִים י"ל בְּטַעְמוֹ פְּסַבְּרַת הַתּוֹס' בְּחֻלִּין שֶׁם ד"ה אַחַד כו' שְׁהַקְשׁוּ אִמְאֵי לֹא
אָמְרוּ שְׁאֲנִי כו' דְלָאוּ בְּנֵי שְׁחִיטָה נִינְהוּ וִי"ל זְפִלוּגְתָּת ר"ל עִם שְׁאָרֵי אִמּוֹרָאִים הָנִי בְּהָדָּ
סְבַרְתָּ הַתּוֹס' הַנְּל וְעִינִין בְּכַרְתִּי וּפְלַתִּי ס' כ"ז וַאֲכַמ"ל ע"כ י"ל דְגַם ר"ל וְשִׁיטַת

הַרְמַב"ם ג"כ ס"ל הֵךְ פְּלָא דְמִי אִיפָא מִיְדֵי כּוּ' וְכֹן מְצַאֲתִי בְּלַחֲם מִשְׁנָה פ"ט ה' מְלָכִים
ה' י"ג שְׁפַתְבּ פּוֹ: עֲנָף ג וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַעִיר בְּכ"ז דְּלַפ"ז מִשְׁפַּחַת חֲנוּמֵר בְּשַׁבְּעוֹת מְנַדְרִים
בְּקִטָּן שְׁהַגִּיעַ לְכָלֵל דַּעַת דְּבִשְׁבֻעָה דְּכֹלָם מְוַנְהָרִים יְהִי מִיַּתְסָר אַף בְּקִטָּן לַעֲבֹר עַל
הַשְּׁבֻעָה מִשְׁא"כ בְּנְדָרִים דְּאִין פְּוֹלָם מְוַנְהָרִים כּוּ' א"כ ה"ל לְהַש"ס בְּשַׁבְּעוֹת ד' כ"ה
לְמַתְנֵי זֶה בְּמַנְיָנָא דְמַנֵּי הֵתָם לְחֲנוּמֵר בְּשַׁבְּעוֹת כּוּ' וְכַדְמַצִּינוּ בְּנִדְהָ ד' ו' כה"ג אַף ז"א
קִשְׁיָה פְּלָל דְּהָא אַף לְפַמִּש"כ הַמְל"מ דְּכֹלָם מְוַנְהָרִים עַל שְׁבֻעוֹת שְׁקָר עכ"ז ז"א רַק
בְּשַׁבְּעָה בְּשִׁמּוֹ דְּהוּי בְּכָלֵל בְּרַפְתָּ ד' אֲבָל בְּלֹא שֵׁם לֹא שְׁיִיף לֹמַר דְּהוּי בְּכָלֵל בְּרַפְתָּ ד'
ע"כ לֹא שְׁיִיף לְמַתְנֵי חֲנוּמֵר בְּשַׁבְּעוֹת מְנַדְרִים דְּהָא בְּשַׁבְּעָה עֲצָמָה מְחַלְקִינוּ בֵּין נְשַׁבְּעַ
בְּשֵׁם אוֹ לֹא וְגַם כֵּינּוּן דְּאִין הַקִּטָּן נְעַנְשׁ וּמְוַנְהָר רַק אִסּוּרָא בְּעֵלְמָא לְכֹן לֹא תְנֵי בְּמַנְיָנָא
לְחֲנוּמֵר בְּשַׁבְּעוֹת: וּבַח"מ רִישׁ ס' כ"ח פְּתַב הַשְּׁ"ף בְּשֵׁם הַיִּש"ש דְּבַחְיֹב לְצִי"ש לֹא
מְהַנֵּי תְּפִיסָה רַק בַּקְּלָב"מ שְׁאֵנִי וְעֵינֵן מְזָה בְּשְׁ"ף ח"מ ס' ע"ה ס"ק כ"ו וּבְס' ע"ו שְׁ"ף
ס"ק י"ב וְס' קפ"ב ס"ק א' וּבְאַמַּת נְלַע"ד דְּלִשְׁיַטַּת הַרְאַב"ד הַמּוּבָא בְּטוֹר יו"ד ס' קס"א
וּבְנִימוּקֵי יוֹסֵף לַב"מ דַּס"ל בְּאַבְק רִיבַת הוֹאִיל וְחִיבֵי הַמְּלָנָה לְהַחֲזִיר לְהַלְוָה בְּחִיב
לְצִי"ש ע"כ אֵי תְּפַס לְוָה לֹא מְפַקִּינוּ מִיְנֵי' וְכ"כ הַחִינוּף אַף דְּכַמָּה פּוֹסְקִים וְהַמְּחַבֵּר בִּי"ד
ס' קס"א חוֹלְקִים וְס"ל דְּלֹא מְהַנֵּי תְּפִיסָה.

ועכ"ז י"ל דשא"ה דלא הני רק חיוב ביד"ש מְדַרְבְּנָן מִשְׁא"כ בְּחִיב מַה"ת בִּיד"ש י"ל
דכ"ע מוֹדוּ דְּמַהַנֵּי תְּפִיסָה וְאִפּוֹשִׁי פְּלוּגְתָא לֹא מְפַשִּׁינוּ וְאִח"ז מְצַאֲתִי בְּשַׁעַר הַמְּלָךְ ה'
עֲבָדִים פ"ה הַלְכָה ז' בְּהַשְׁמָטוֹת שֵׁם שְׁפַתְבּ ג"כ לְתַמְנָה עַל הַיִּש"ש בְּזָה וְכֹן רְאִיתִי
לְהַמְל"מ פ' כ"א ה' מְלָנָה שְׁפַתְבּ דְּלִשְׁיַטַּת הַרְאַב"ד וְהַחִינוּף הַנְּ"ל מוֹכַח דַּס"ל דְּמַהַנֵּי
תְּפִיסָה בְּכָל חִיב בִּיד"ש וְהַתּוֹפְס מְצִי לֹמַר קִים לִי כְּמֵאן דַּס"ל דְּבַכָּל חִיב לְצִי"ש מְהַנֵּי
תְּפִיסָה.

וְכַעַת מְצַאֲתִי בְּתַשׁוּבַת מַהֲר"מ מְרוֹטְנְבְּאָרְגָּה הַנְּדַפְּס מְחַדָּשׁ בְּשֵׁם מַהֲר"מ בַּר בְּרוּךְ ס' י'
תַּכ"ה שְׁפַתְבּ בּוּזָה לְבְּשֵׁם ר' יִצְחָק מְוִוִּינָא שְׁאֵמֵר בְּשֵׁם רַש"י דְּבַכָּל חִיב לְצִי"ש אֵי תְּפַס
לֹא מְפַקִּינוּ מִיְנֵי' וְגַם הַקִּשְׁיָה שֵׁם בְּהָא דְּסַנְהֶדְרִין ד' ע"ב דְּרַבָּא אִיגְנָבָא לִי דִּיכְרִי
בְּמַחְתָּרָתָא כּוּ' דְּאִמְאִי לֹא עַפְבִּינְהוּ רַבָּא מְשׁוּם חִיב לְצִי"ש וְתִירֵץ זֶה וְנִעְלַם דְּבָרֵינוּ
מְהַאֲחֻרָנִים דְּבִאוּ"ת ס' כ"ח הַקִּשְׁיָה עַל הַשְּׁבֻעוֹת יַעֲקֹב דַּס"ל דְּמַהַנֵּי תְּפִיסָה בְּחִיב לְצִי"ש
מְהָא דְּסַנְהֶדְרִין הַנְּ"ל וְכֹן הַקִּשְׁיָה בְּסִפְר טוֹרֵי אָבֹן חֲגִיגָה ד' יו"ד בְּאַבְנֵי שְׁהֵם ע"ש.

ע"כ שפיר יש לדון פְּהַשְׁבוֹת יַעֲקֹב דַּס"ל בְּחִיב לְצִי"ש מְהַנֵּי תְּפִיסָה וְעֵינֵן בַּר"נ שְׁפַת
ר"פ הַשׁוֹאֵל כּוּ' ע"כ שפיר יש לדון בְּמָה דְּנַתְבָּאָר דְּבַקִּטָּן שְׁהַגִּיעַ לְכָלֵל דַּעַת יֵשׁ עָלָיו
חִיב בִּיד"ש בְּעֵבֶר עֲבִירָה שְׁפֹלָם מְוַנְהָרִים עָלָיו ע"כ יש לדון בְּזָה דְּמַהַנֵּי תְּפִיסַת הַתּוֹבַע
וְכַמִּש"כ הַמְּהַרְ"ם מְרוֹטְנְבְּאָרְגָּה כּוּ' וְאִכְמ"ל: וְלַפְמִש"כ דְּבִשְׁבֻעָה וְכֹן בְּגִזְלָה וּנְזִקִין מוּטְל
אִסּוּר גַּם עַל הַקִּטָּן א"ש מִש"כ הַרְמַב"ם ה' שְׁבֻעוֹת פ' י"ב דְּקַטְנִים שְׁנִשְׁבְּעוּ כּוֹפִין אוֹתָם
לְעַמּוּד בְּדַבְרֵיהֶן כּוּ' וּמִשְׁמַע דְּאַף עַל ב"ד מוּטְל אֲזַהֲרָה זו [וְעֵינֵן בְּבֵית יוֹסֵף לַאוּ"ח ס' י'
שִׁמ"ג דְּמִפְּרֵשׁ לִי דְעַל הָאָב מוּטְל כֹּן מְשׁוּם מְצַנֵּת חִינוּף אֲבָל אִין בְּמִשְׁמַע כֹּן בְּלִשׁוֹן
הַרְמַב"ם וְכ"כ הַרְמַב"ם ה' גְּנִיבָה פ"א ה' יו"ד דְּרַאוּי לַב"ד לְהַפּוֹת הַקַּטְנִים שְׁלֹא יִגְנְבוּ
וְלֹא יִזְיקוּ כּוּ' וְהוּבָא בַח"מ ס' שִׁמ"ט וּמְבַנְּאָר שֵׁם הַטַּעַם דְּזָהוּ כְּדִי שְׁלֹא יִרְגִילוּ בְּגִדְלוֹת
וְלְהַזִּיק לְרַבִּים אָכֵן לַפְמִש"כ י"ל דְּלִפִּי דִּישׁ עֲלֵיהֶם אִסּוּרָא בְּעֵלְמָא וְאַף דְּלֹא בְּנֵי עוֹנְשִׁין

גינהו מ"מ גם מצד החשש דיהי' מורגלים בזה פופין אותם בדיקות וע"כ לא פתב
הרמב"ם פו בכל שבע מצות משום די"ל דאף דאיסורא מוטל עליהו עכ"ז הפאה וכפני'
ליכא גביהו רק שאני שבועה וגניבה ונזקין דבהה מזיק בהו הרגילות מאוד וע"כ הקמירו
בזה לכפותן ג"כ וקצרת:] ולפי מה דנתבאר דבשבועה בשם יש איסור ג"כ על קטן
שהגיע לכלל דעת וממילא יש עליו חיוב ביד"ש להשתדל בכפירתו לאותו האיסור שעשה
שנשבע לשקר וגזל אתי שפיר לפ"ז מש"כ הרמב"ם פ"ח ה' גזילה הנ"ל נתן הפסך
לאנשי משמר ומת קודם פפיה אין יורשיו מוציאין מיד הפהנים משום דהא בנשבע שקר
על גזילה איכא חיוב עליו בידי שמים וממילא מהני תפיסת הפהנים א"כ שייך בזה סברת
הגמ' דב"ק ד' ק"י דקסך מכפר מחצה דאי לא מכפר מהדר לירושין כו' משום דגם הקטן
צריך לכפיה על חיוב ביד"ש שאלו רק אם לא הנה מכפר לא הנה מהני תפיסתן כמו בכל
חיוב ביד"ש: משום דלא שייך פו רק היכא דהי' מתכפר עי"ז וע"כ שפיר הוכיחו פו בגמ'
ואף דמדרבנו בהגיע לעונת הפעוטות מתנתו מתנה עכ"ז י"ל דהא היכא דיש לו אפטרופס
ס"ל להרמב"ם דמתנתו לא הוי מתנה כמש"כ הרמב"ם פ' כ"ט ה' מכירה ובח"מ סי'
רל"ה ודלא כשי' התוס' פתובות ד' ע' ע"א וע"כ שפיר פתב הרמב"ם דאף בקטן שאין
מתנתו מתנה פגון באופן הנ"ל אפ"ה אין מוציאין מהפהנים משום דס"ל להרמב"ם דבכל
חיוב ביד"ש בפרט בחיוב מה"ת מהני תפיסה לכפר על חיובו ע"כ שפיר מהני תפיסת
הפהנים אף בקטן שנשבע לשקר על גזילו וכש"כ הקא דהתפיסו הפעלים עצמו ליד
הפהנים ע"ד שיתפטר לו וגם הא יהי' לו פפיה ע"כ ונדאי מהני תפיסת הפהנים אף בקטן
ובמקום פפיה אף דיש לו אפטרופס מהני מתנתו וכדברי הרמב"ם הנ"ל ראיתי בשמ"ק
לב"ק נשם שפכת ג"כ כמש"כ הרמב"ם בזה ונ"ל שמ"ק לב"ק ד' ק"י ע"א בד"ה נתן
הפסך לאנשי משמר כו' אין היורש מוציא מידם בטענת שלא נתפרו באשם שהפסך
אף הוא מסייע בכפיה כמו שאמרו הפסך מכפר מחצה וכבר נתפטר במה שהביא הפסך
לכפר ואפי' הי' הגזלן קטן שאין מתנתו מתנה אין היורש מוציא מיד הפהנים הרב המאור
ז"ל עכ"ל השמ"ק והטעם הוא כמש"כ דגם קטן בעי פפיה לזה ועי' מזה בסנהד' ד' ס"ח
ע"בתוס' ד"ה קטן אי אהה כו' באה"ד וא"ת איך יתחייב אשם על גזילו והא אין נשבעין
על טענות חש"ו כו' אי נמי בקפץ ונשבע כו' עכ"ל ומוכח מהתוס' דס"ל דבגזל הגר חייב
אף בקפץ ונשבע: ועיין בשבועות ד' ל"ה ל"ד ל"ז ע"א חמורה שבועת הפקדון משבועת
העדות שחייבין על זדונה מפות כו' ושבועות ד' ל"ח בתו' ע"ב ד"ה לאתפוס חפצא בידן'
וכרא"ש נשם.

ובתויו"ט פ"ו לשבועות משנה א' דשבועות הדיינין הוא שבועת הפקדון כמש"כ הרמב"ם
בפ' י"א ה' שבועות ע"ש ועיין ברמב"ם פ"ב ה' שבועות ה"ב ופרק ט' ה' י"א ובח"מ סי'
פ"ז סעי' י"ז ובב"ק ד' ק"ג ע"א תוס' ד"ה הגזל מתבירו כו' ובמסכת שבועות תנן נמי
שבועת הפקדון כו' וע"כ הך שבועה בגזל הגר גם הוא בנשבע בשם: ואחר פותבי כ"ז
מצאתי בספר דברי חיים ח' ח"מ דיני נזקי ממון סי' י"א שפכת ג"כ עפ"י דברי החתם
סופר הנ"ל לפרש להא דקפ"י רפרם לרב אשי על ששרף שטר בגילדותו פעין מש"כ לעיל
בזה ע"ש: (שם סעי' ג') ר"א דמן פן י"ג ומעלה פשר אפי' לא הביא ב' שערות וזהו
ירושלמי בסנהדרין פ"ד ה"ט דר' אבהו בשם ר' יוחנן פחות מכן עשרים ולא הביא שתי
שערות פשר לדון: ענף א הנה התנאים ס"ק ד' פתב בכוננת ירושלמי דמייירי בינש ב'

גדולים עמו וא"כ ד"ת חד פֿשר ורק מדַרְבֿנָן צָרִיף ג' וּבְדַרְבֿנָן הָא סְמַכִּינָן עַל חֲזָקָה דְרַבָּא דְהִבִּיא שְׁעָרוֹת וּמִיָּרִי בְּלֹא גְבָדָק אִם הִבִּיא שְׁעָרוֹת כּו' עכ"ל הַתּוֹמִים וּלְעַנ"ד יֵשׁ לְהַשִּׁיב ע"ז דְּהָא ר' אַבְהוּ ס"ל בְּרִישׁ סְנֵהֲדָרִין דְּשִׁנְיִים שְׁדָנוּ אִין דִּינִיָּהֶם דִּין וְכֵן י"ל לר' יוֹחָנָן בִּירוּשְׁלָמִי רִישׁ סְנֵהֲדָרִין וְהוּבָא בְּתוֹס' סְנֵהֲדָרִין ד' ב' ע"ב ד"ה דְּבָרֵי הַפֶּל כּו' דס"ל לר' יוֹחָנָן שְׁנִיִּים שְׁדָנוּ אִין דִּינִיָּהֶם דִּין וּכ"כ הַתּוֹס' בִּיבְמוֹת ד' מ"ז ע"ש וּמְבַאֵר בְּסְנֵהֲדָרִין ד' ג' דְּמֵאן דס"ל ב' שְׁדָנוּ אִין דִּינִיָּהֶם דִּין ס"ל דְּמַה"ת בְּעֵי שְׁלֵשָׁה א"כ לר' אַבְהוּ וּר' יוֹחָנָן דס"ל דְּמַה"ת צָרִיף ג' וְאִפ"ה ס"ל לר' אַבְהוּ בְּשֵׁם ר' יוֹחָנָן דְּקָטָן שְׁלֹא הִבִּיא שְׁעָרוֹת פֿשָׁר לְדוֹן א"כ לִיפָא לְמִימַר כַּמְש"כ הַתּוֹמִים דְּכִינָן דְּמַה"ת חַד פֿשָׁר א"כ הָוִי מִיָּדֵי דְרַבֿנָן בְּמָה דְּבַעֲיָנוּ ג' וּבְדַרְבֿנָן סְמַכִּינָן עַל חֲזָקָה דְרַבָּא דְּהָא ר' אַבְהוּ וּר' יוֹחָנָן ס"ל דְּמַה"ת בְּעֵי שְׁלֵשָׁה א"כ לְדִידְהוּ הָוִי מִיָּדֵי דְּמַדְאֹרְבִּיָּתָא וּבָזָה לָא סְמַכִּינָן [עַל חֲזָקָה דְרַבָּא: וְאִפְשָׁר הַתּוֹמִים אֲזִיל לְטַעְמֵי דְּהַעֲלָה בְּסִי' ג' ס"ק א' בְּיִשׁוּב שִׁי הַרְמַב"ם דְּפָסַק דְּמַה"ת חַד פֿשָׁר וְגַם פָּסַק דְּשִׁנְיִים שְׁדָנוּ אִין דִּינִיָּהֶם דִּין וְכַבֵּר הַקְּשָׁה ע"ז הַש"ף שֵׁם וְהָאוּ"ת כְּתַב לְבָאֵר שִׁיטְתוֹ דְּאַף מֵאן דס"ל חַד פֿשָׁר אִפ"ה ס"ל דְּמַדְרַבֿנָן שְׁנִיִּים שְׁדָנוּ אִין דִּינִיָּהֶם דִּין וְהָאֲרִיף שֵׁם לְבָאֵר זֶה ע"כ א"ש פֿאַן דְּבָרֵי הָאוּ"ת דִּי"ל דְּאַף ר' אַבְהוּ וּר' יוֹחָנָן דס"ל שְׁנִיִּים שְׁדָנוּ אִין דִּינִיָּהֶם דִּין עכ"ז י"ל דס"ל דְּמַה"ת חַד פֿשָׁר וְשִׁפִּיר כְּתַב הָאוּ"ת וְכֵן הוּא לְפַמְש"כ בְּחִידוּשֵׁי לְעִיל בְּסִי' ג' ע"ש.

אֲכֹן לְשִׁיטַת הַש"ף בְּסִי' ג' דס"ל דְּמֵאן דס"ל שְׁנִיִּים שְׁדָנוּ אִין דִּינִיָּהֶם דִּין ס"ל דְּמַה"ת בְּעֵי ג' וְכַפֵּי רִש"י בְּרִישׁ סְנֵהֲדָרִין וְהַתּוֹס' שֵׁם א"כ תַּקְשָׁה עַל הִירוּשְׁלָמִי דס"ל דְּקָטָן שְׁלֹא הִבִּיא שְׁעָרוֹת פֿשָׁר לְדוֹן דְּהָא אִי בִירוּשְׁלָמִי פ"ג דְּסְנֵהֲדָרִין ה"ט וְשִׁבְעוֹת פ"ד דְּאִין אֲשָׁה דְּנָה לְפִי דְּאִינָה מְעִידָה וְהוּבָא בִירוּשְׁלָמִי הַנָּ"ל בְּתוֹס' גְּדָה ד' נו"ן ע"ש.

א"כ תַּקְשָׁה פִּינָן דְּגָבִי עֲדוֹת קִי"ל בַּח"מ ס' ל"ה דכ"ז שְׁלֹא גְבָדָק אִם הִבִּיא ב' שְׁעָרוֹת אִינוּ פֿשָׁר לְהַעֲיֵד א"כ גְּמַר מְעַתָּה דְּכִינָן דְּאִינוּ מְעִיד לֹא יְהִי יָכוֹל לְדוֹן וְעֵי בְּתִשׁוּ ר"ע אִיגַר זצ"ל ס' ע"ג בְּהַשְׁמָטוֹת: וְלָכֵן נִלְע"ד לְפָרֵשׁ פְּנוּנַת הִירוּשְׁלָמִי פְּעִין סְגוּן שְׁפַתְבַּת הַתּוֹמִים דְּמִיָּרִי בְּלֹא גְבָדָק אִם הִבִּיא ב' שְׁעָרוֹת וְאִף דס"ל לר' אַבְהוּ וּר' יוֹחָנָן דְּמֵן הַתּוֹרָה בְּעֵי ג' עכ"ז יֵשׁ לְדוֹן הִיכָא דְּהָוִי שְׁלֵשָׁה וְא' מֵהֶם קָטָן פְּחוֹת מִן בֵּן עֶשְׂרִים אָף לֹא גְבָדָק אִם הִבִּיא שְׁעָרוֹת דְּמ"מ פֿשָׁר מַה"ת לְדוֹן וְהוּא דְּהָא וְנֹדָאֵי הַקָּטָן שְׁלֹא גְבָדָק אִם הִבִּיא שְׁעָרוֹת אִינוּ נֶאֱמָן עַל הַטְּעָנוֹת אִם הִבְע"ד מְכַחֲשִׁין אוֹתוֹ דְּהָא אִינוּ פֿשָׁר לְהַעֲיֵד וְעֵינָן בְּסִי' כ"ג גְּבִי נֶאֱמָן הַדִּין לֹמַר לָזָה זְכִיתִי כּו' דז"א רַק עַל עֵינָן הַדִּין אֲבָל אִינוּ נֶאֱמָן עַל הַטְּעָנוֹת אִם הִבְע"ד מְכַחֲשִׁין לוֹ וְכַמְש"כ הַש"ף שֵׁם.

וְכ"כ הַרְשָׁב"א בַּח"י לְקִידוּשֵׁין ד' ע"ד וְכַמְש"כ הַנְּתִיבוֹת שֵׁם: וְע"כ מִיָּרִי בְּאִינָם מְכַחֲשִׁין הַטְּעָנוֹת וְיוֹתֵר גְּרָאָה דְּמִיָּרִי בְּיֵשׁ שְׁנֵי דְּיִנִּים שְׁנַצְטָרְפוּ לְהַקָּטָן וְכַמְש"כ הַתּוֹמִים בְּכּוֹנוֹת הִירוּשְׁלָמִי הוּא דִּישׁ עוֹד ב' דְּיִנִּים זוּלַת הַקָּטָן וּלְפ"ז י"ל דְּבַעֲצָם הַטְּעָנוֹת וְכֵן בְּעֶצֶם הַדִּין אוֹמְרִים הַשְׁנֵי דְּיִנִּים דְּפִלוּנֵי זַכָּאֵי וּפ' חֲזִיב וְשִׁנְיִים נֶאֱמָנִים לְעוֹלָם אָף בְּגוּף הַדִּין אִם לִיכָא שְׁלֵשָׁה אֲזִי לֹא מְהַיָּי גַּמ"ד שְׁלֵשָׁה וְאִינָם יְכוּלִים לְיַרְד לְנִכְסֵי הַחֲזִיב וְאִף אִם עָבְרוּ וְלִקְחוּ הַמְּעוֹת מֵהַחֲזִיב אִינָם יְכוּלִים לְהַחֲלִיט הַחֲפִץ לְהַתּוֹבֵעַ: וְכַמְבּוֹאֵר בְּסְנֵהֲדָרִין ד' פ"ז ע"ב פְּעִין זֶה דְּאִם שְׁנִיִּים שְׁדָנוּ אִין דִּינִיָּהֶם דִּין אֲזִי אִם עָבְרוּ וְהוּצִיאוּ מִמּוֹן וְנִתְּנוּ לְהַתּוֹבֵעַ וְקִידוּשׁ אֲשָׁה בְּאוֹתוֹ מִמּוֹן דְּאִינָה מְקוֹדֶשֶׁת דַּה"ל קִידוּשָׁה בְּגִזְל וְכַמְש"כ רִש"י שֵׁם ד"ה

בפְּלִגְמָא דְשְׂמוּאֵל וּר' אָבֵהוּ מְשׁוּם דָּאָם לִיכָא ב"ד שָׁל ג' אֲמֵרִינְן מֵאן שָׁם לָךְ פִּדְוּעַ:
ועכ"ז היכא דִּישׁ שְׁנֵי דִּינִים הָאֲמֵרִים דְּלִפִּי הַטְּעָנוֹת שְׁלֵהֶם מְחֻיָּב הַנְּתַבַּע לְשַׁלֵּם
לְהַתּוֹבַע כְּפִי הַדִּין בְּזֵה שְׁפִיר מְהֵי הַצִּירֹנָה שֶׁל הַקְּטָן פְּחוֹת מִפֶּן כ' וְלֹא נִבְדַּק אִם הִבִּיא
שְׁעָרוֹת מְשׁוּם דְּהָא יְדוּעַ מִש"כ הַתּוֹס' נִדָּה ד' מ"ה ע"ב ד"ה ר' יוֹחֲנָן כו' דְּרוֹב מְבִיאִין
שְׁעָרוֹת בְּזִמְנָן מְשׁוּם דְּחֻזְקָה דְּרָבָא הָוֵי פְּמוֹ רֹב: ועי' בְּנו"ב מ"ק חֲלָק אַה"ע ס' ס"א
דְּהִבִּיא בְּשֵׁם הַתּוֹס' ב"ב ד' קנ"ד דס"ל לְהַתּוֹס' דְּחֻזְקָה דְּרָבָא מְהֵי לְהוֹצִיא מִמּוֹן דְּחֻזְקָה
דְּרָבָא עֲדִיפָא מִרְבָּא וְעִינִין בְּנו"ב מ"ק ח' ח"מ ס' ד' וּבְסִפֵּר אֲגוּדָת אֲזוּב בְּדְרוּשׁ לְבַר
מְצוּה מְזָה וּכְבָר הַקְּדִימָם בְּזֵה הַמְּחַנְה אֲפָרִים ה' אִישׁוֹת ס' א' וְהוֹכִיחַ ג"כ מִן הַתּוֹס' ב"ב
הַנ"ל דְּחֻזְקָה דְּרָבָא מְהֵי אִף לְהוֹצִיא מִמּוֹן וְאִף דְּבַעֲיָקָר רְאִינְתָם מִן הַתּוֹס' ב"ב יֵשׁ לְדוֹן
עכ"ז בְּרוּר דְּחֻזְקָה דְּרָבָא הָוֵי לְכָל הַפְּחוֹת רֹב דְּמְבִיאִים שְׁעָרוֹת בְּזִמְנָן וּכְמִש"כ הַתּוֹס'
בְּנִדָּה כְּנ"ל.

וְהָא דְּמִבְּנָאָר בְּח"מ ס' ל"ה בְּטוּשׁוֹ"ע שָׁם דְּהַקְּטָן פְּסוּל לְהַעֲיֵד עַד שְׁיִכְרוֹר שְׁיֵשׁ לוֹ
שְׁעָרוֹת וּמְשַׁמַּע אִף הִיכָא דְּלִיתֵי קָמֵן לְמַבְדְּקֵי וּכְמִש"כ הַשֵּׁב שְׁמַעְתָּתָא בְּשַׁמְעָתָא ה' פ'
י"א זֵהוּ מְשׁוּם דְּאִין הוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר הָרֹב אֲבָל רֹב אֵיתָא בְּזֵה.

וְאִף שְׁפָכָר כְּתָבוּ בְּכִמָּה תְּשׁוּבוֹת אַחֲרוֹנִים דְּשִׁקְלוּ וְטָרוּ בְּזֵה אִם חֻזְקָה דְּרָבָא הָוֵי מִצַּד
רְבָא אוֹ רַק מִצַּד סָפֵק. עכ"ז הַעֲיָקָר הוּא לְדִינָא דְּחֻזְקָה דְּרָבָא הָוֵי רְבָא וּכְמוֹ שְׁפָסֵק
שׁו"ע ח"מ ס' ל"ה דָּאָם בְּדִקְוָהוּ לֵאח"ז וְנִמְצָא שְׁתֵּי שְׁעָרוֹת מְחֻזְקִינָן לוֹ בְּגִדּוּל לְמַפְרַע
וּמְהֵי עֲדוּתוֹ אִף לְהוֹצִיא מִמּוֹן וְע"כ הַטְּעַם בְּזֵה דְּחֻזְקָה דְּרָבָא הָוֵי פְּמוֹ רֹב וּבְצִירֹנָה חֻזְקָה
דְּהַשְׁתָּא.

דאל"כ הָא חֻזְקָה דְּהַשְׁתָּא לֹא מְהֵי לְהוֹצִיא מִהַמּוֹחֲזָק וְאִף לְשִׁיטַת הַרְמַב"ן הַמּוֹבָא בֵּאָה"ע
ס' מ"ג בְּבִית יוֹסֵף דְּחוֹלֵק בְּזֵה טְעַמוֹ דְּזֵה לֹא מְהֵי לְהוֹצִיא מִמּוֹן מְשׁוּם דְּחֻזְקַת מִמּוֹן
אֵלִים וּכְמוֹ בְּאוֹמֵר שְׁכ"מ הֵייתִי דִּישׁ רֹב עֲלָמָא בְּרִיאִים וְחֻזְקָה דְּהַשְׁתָּא וְלֹא מוֹצִיאִין
עִי"ז מִהַמּוֹחֲזָק וּכְמִש"כ בְּתְשׁוּבַת ר"ע אִיגָר זצ"ל בְּפִסְקִים ס' ז' וְעִינִין ב"ש ס' ל"ז ס"ק
ה' מְזָה וְיֵשׁ לְהַעֲרִיף בְּכ"ז וְהַעֲיָקָר הוּא דְּחֻזְקָה דְּרָבָא הָוֵי לְכַה"פ פְּמוֹ רְבָא וְעִי' מְזָה
בְּחֻזְקַת שְׁלָמָה אַה"ע ס' י"ג וּבְבִית מְאִיר ס' קע"ב: וְכִינּוּן דְּקָטָן שְׁלֹא נִבְדַּק אִם יֵשׁ לוֹ
שְׁעָרוֹת הָוֵי בְּזֵה רְבָא דְּהִבִּיא שְׁעָרוֹת ע"כ שְׁפִיר יֵשׁ לְהַסְבִּיר מִפְּנֵי מָה הַכְּשִׁירוּ בְּקָטָן
פְּחוֹת מְעַשְׂרִים שְׁלֹא נִבְדַּק אִם הִבִּיא שְׁעָרוֹת לְהִיּוֹת דִּינִין לְהַצְטַרֵּף עִם שְׁנֵי דִּינִים גְּדוּלִים
וְלִכְנֹף וְלִירֵד לְנִכְסֵי הַחֵיָב לְשַׁלֵּם דְּכִינּוּן דִּידוּעַ לְנוֹ ע"פ שְׁנֵי דִּינִים גְּדוּלִים אֲשֶׁר הַנְּתַבַּע
הוּא הַחֵיָב בְּאֲמַת וְהַסָּפֵק הוּא פְּעַת לְנוֹ אִם זֶה הַב"ד יְכוּלִים לְכוּפוֹ וְלִירֵד לְנִכְסֵיוֹ אוֹ דְּזֵה
הַב"ד אִין יְכוּלֵת בְּיָדָם לִירֵד לְנִכְסֵיוֹ מִחֻזְקַת שְׁזָה הַשְּׁלִישִׁי אוֹלֵי לֹא הִבִּיא הַשְּׁעָרוֹת עֲדִינִין
וְכִינּוּן דִּידוּעַ לְנוֹ אֲשֶׁר הַנְּתַבַּע הוּא חֵיָב וְסוּף כָּל סוּף יוֹצִיאֵי מִמּוֹן ע"י ב"ד כְּשֶׁר
ע"כ בְּכַה"ג לֹא מְקַרִי גַם עֲכָשְׁיוֹ הַנְּתַבַּע בְּשֵׁם מוֹחֲזָק גְּמוּר וּמְהֵי בְּזֵה רֹב אִף לְהוֹצִיא
מִמּוֹחֲזָק פְּעִין זֵה.

דְּהָא מִבְּנָאָר בְּמ"מ פ' ט"ו מְטוּעֵן שְׁהִבִּיא בְּשֵׁם מִהַרְאנ"ח דְּכָתַב דְּכָל מְקִלְתָא דְּלַחֲזָרָה
קָאֵי פְּמוֹ הִיכָא דְּנוּלֵד סָפֵק בְּזִמְנָן דְּמְקַרִי הַמְּלִיחָה מוֹחֲזָק מְשׁוּם פִּינּוּן דְּלַחֲזָרָה קָאֵי מְקַרִי
מוֹחֲזָק מִה"ט וּכְמ"ש הַתּוֹס' בְּב"ב ד' ס"א ד"ה אַרְעֵתָא תְּרַתִּי כו' וְהוּבָא בְּקַצָּה"ח ס' מ"ב
ס"ק ב' וְאֲפָשֶׁר דְּזֵהוּ פְּנוּנַת הַרְשָׁבָא אֲנִיְהֵרִיטְבָא בְּגִיטִין ד' ס"ג גְּבִי הוֹלָךְ חוֹב לְפִלוּנֵי

דמספקא אי הולף פנכי דכתבו שם דגפי חוב לא שינה חזקת מרא קמא משום דהא להשבה קאי ע"כ קמה לי בחזקת המלוה יעו"ש.

וי"ל דסברת הרשב"א והריטב"א ג"כ הוא משום סברת הראנ"ח הנ"ל דכיון דסוף פל סוף יוציא ממנו הממון ע"כ מקרי התובע בשם מוחזק וכה"ג פתב התורת גיטין לחי' לגיטין ד' ע"ז על דיבור התוס' שם בד"ה מחצה על מחצה כו' וכתב שם לחלק דהיא דכבר עבר הזמ"פ דשוב' לית בי' זכות להלוה ע"כ כל ספק דאמיליד בזה מקרי המלוה מוחזק משא"כ היא דהוי בתוה זמ"פ אז הוי הלוה ג"כ בשם מוחזק על הספק שגולד יעו"ש.

ולפי דברי התורת גיטין הנ"ל י"ל דאף לפי מה דהוכיח הקצה"ח בסי' מ"ב הנ"ל דלא כדברי הראנ"ח הנ"ל ומחלק דדוקא בחפץ בעיניה דעומד לחזור לסוף לבעליו בזה מקרי המשאל בשם מוחזק משא"כ בחוב הלוואה דלהוצאה נחתנה דבזה הוי הלוה מוחזק וכ"כ הנתיבות בסי' מ"ב ס"ק יו"ד ע"ש.

י"ל דזה אינו רק היא דגולד ספק אם הוא החייב מיז או לאחר זמן אבל היא דידוע לנו הדין דחייב הנתבע לשלם מיז רק הספק נולד לנו על הב"ד הדנין בזה אם הם יכולים לירד לנכסיו מיז או לא י"ל בזה אף להקצה"ח דכה"ג הוי התובע בשם מוחזק וכמו שכתבתי בשם הרשב"א והריטב"א הנ"ל גבי ספק הולף פנכי או לא וכמש"כ התו"ג פנ"ל לחלק פועין זה וכה"ג פתבו התוס' בסוטה ד' כ"ה ע"ב ד"ה ב"ה סברי שטר העומד לגבות כו' דהיא דהוי חוב ברור לכ"ע פגבוי דמי ובמק"א פתבתי מה שיש להעיר בזה מן גיטין ד' ל"ז ואכמ"ל: ולכל הפחות אף דנימא דגם פועין זה לא מקרי המלוה בשם מוחזק אבל עכ"פ מוחזקות של הנתבע איתרע ג"כ: דבזה י"ל דכ"ע ס"ל לסברת הראנ"ח הנ"ל דכיון דסופו לחזור בנודאי לא הוי הנתבע מוחזק גמור וע"כ מהני בזה רובא להוציא ממנו וכעין זה מציינו בח"מ סי' רצ"ב סעי' יו"ד בשם תה"ד בשנים שהפקידו טבעות אצל אחד דמהני בזה רובא ואף שכתבו התוס' ריש ב"מ דהנפקד תופס בחזקת שניהם ואין הולכין בממון אחר רוב עכ"ז לא מקרי מוחזק גמור ומהני בזה רובא וכן מציינו בתוס' סוף פ"א דכתובות גבי מוצא מציאה דמהני התם רובא ואף דהמוצא מציאה מקרי מוחזק לכמה דברים דהא תופס החפץ עבור בעל אבידה והוי שומר אבידה ולכן לא מהדרינו אבידה ע"פ טענות פרי של התובע זולת לת"ח או ע"פ סימנים דוקא וכמש"כ במק"א לבאר כ"ז בארובה וזהו משום דהמוצא מציאה מקרי מוחזק לכמה ענינים עכ"ז פיון דלא הוי מוחזק גמור מהני רוב להוציא ממנו א"כ בנ"ד פיון דיש שני דיינים המבררים שהנתבע הוא החייב וסופו לצאת הממון ממנו בדין ע"פ ב"ד פשר ע"כ בכה"ג מהני רובא לברר ולהוציא ממנו: ולכן פיון דיש בזה חזקה דרובא ורוב אנשים מביאים שערות בזמן וכמש"כ התוס' בנדה והרשב"א לחי' ריש חולין וכמש"כ החמדת שלמה והבית מאיר סי' קע"ב.

ע"כ סמכינו בזה על חזקה דרובא ויכולין הנה שלשה להוציא מהמוחזק דסמכינו על הך רובא ויש לו תורת דין ובכה"ג הולכין גם בממון אחר הרוב אבל בעדים דלא שינה פן ע"כ אינם נאמנים כ"ז דלא נבדקו אם הביאו שערות ומתורץ מה שהקשינו דמ"ש עדות מן דיינים בזה פן י"ל בכ"ז לפמש"כ האו"ת לפרש להירושלמי דמירי היא שמושיבין

אותו בין שני דיינים גדולים אף לא מטעמין דכתב דלכן פשר משום ד"ת חד פשר ולפמש"כ א"כ אף אי נימא דמה"ת בעי שלשה ועכ"ז י"ל דלדינא פשר הך קטן פחות מן עשרים ולא נבדק להושיבו בין שני דיינים גדולים פנ"ל: ענף ב אכן לפמש"כ הטור בזה"ל דבירושלים מוכח דמן בן י"ג שנה ומעלה ראוי לדון אף לא הביא ב' שערות אם הוא מפולפל ובקי בתורי התורה בין שמושיבין אותו עם אחרים בג' או ביחיד מןמחה כו' ע"ז עדיין יש להקשות דמפני מה יהי פשר להיות דין מןמחה ולהוציא ממון מהמחוקק דמאי שנא זה מן עדות דבעי דוקא שיהיה נבדק דיש לו שערות וכמש"כ הטור בסי"ל"ה: ונראה לי לתרץ גם דברי הטור ע"פ מש"כ והוא די"ל דלפי מה דנתבאר דלכן פשיש עוד שני דיינים גדולים ומבררים הטענות והדין דאזי פינו דסופו להוציא הממון מבעליו ע"כ מהני בכה"ג רבא דיש לו שערות אף להוציא ממון א"כ מה"ט אתי שפיר מש"כ הטור דאף בתורת יחיד מןמחה יכול קטן שהגיע ל"ג שנים ולא הביא שערות לדון לבדו פי פוננתו ג"כ שלא נבדק אם יש לו שערות וכמש"כ התנאים בכוננת הירושלים והוא דהא זה ברור דהא דייחיד מןמחה דן יחידי מייברי בע"כ דאין מכהישין הטענות דאל"כ הא יחיד אינו נאמן על הטענות וכמש"כ הש"ך בסי"כ ג"ס"ק ה' וכמש"כ הט"ז ח"מ סי' ג' על דברי הטור רק מה שתלוי בדין נאמן ואף דאין נאמן יחידי עכ"ז מה שתלוי בדין נאמן וכמש"כ רש"י בקידושין ד' ע"ד ע"א ד"ה וניהדר וניהדייניהו דמהו לנו ולאמונתו נהדר הוא עצמו או אחר וידוים כפי טענותם וכ"כ הסמ"ע בסי"כ ג"ס"ק ג' דבדין התלוי בטענות לא שייך נאמנות ואף בנסתלקו מלפניו דהוי כמו דעומדים לפניו שהדיין מציע לפניהם טענותיהם וע"פ זה פ' זכאי ופ' חייב וכ"כ הש"ך שם וזה לשון התנאים שם ס"ק ה' באורים דין התלוי בטענות לא שייך בו נאמנות דהטענות ותביעות הם מבררים הדין מי הוא הזכאי ומי הוא החייב כפי התורה ומשפט ד' אמת לא ישתנה בזמן מזמנים ומה צורך נאמנות דהדיין וכ"כ סמ"ע והש"ך עכ"ל האורים ובאמת אין לנו להאריך בזה דהא להדיא מבואר שם בסי"כ ג"ס"ק דין התלוי בטענות לא שייך בו נאמנות כו' וכ"ז בדיין אחד כו' ופי' הסמ"ע והש"ך שם כגון ביחיד מןמחה או בקיבלו כו' ועי' ביו"ד סי' רמ"ב סעי' ל"ו שכתבו שם דאם אומר דבר מסבא ומראה פנים לדבריו והוא נראה שומעין לו וכן אם הוא פשוט שומעין לו אף בדבר השייך לדידה יע"ש ולכן יכול יחיד מןמחה לדון יחידי ולהוציא ממון מחבירו וזה פשוט: וכבר הוכחתי בקונטרס עגונא דקטן חכם ונבון נאמן במילתא דעביד לגלויי ולמדתי זה מן הרמב"ם פ"ד ה' יבום ה' ל"א וז"ל אפילו אשה או עבד או קטן שהוא מפיר ונבון נאמנים לומר זה פלוני אחי פלוני וזו היא יבמתו וחולצין על פיהם משא"כ בשאר עדות של תורה בין בעדות ממון ובין עדות איסור שזה דבר העשוי להגלות הוא כו' וכענין שבארנו בסוף ה' גירושין עכ"ל וכן פסקו באה"ע סי' קס"ט סעי' ח' א"כ מבואר בהרמב"ם וטוש"ע דקטן חכם ונבון נאמן במילתא דעביד לגלויי ומזה הבאתי ראי' לדברי הט"ז באה"ע סי' י"ז סעי' י"ג שכתב שם דקטן שיש לו דעת נאמן אף במכונן להעיד במיתת בעלה וכמש"כ הטור שם והארכתי מזה בקונטרס א' ולפ"ז ה"ה הקא על קוטב הדין איך הוא ונדאי נאמן קטן חכם ומפולפל וכמש"כ הטור פינו דבהטענות אינם מכחישים אותו פנ"ל וא"צ רק לנאמנותו על הדין איך הוא ע"כ גם זהו בכלל מילתא דעביד לגלויי ונאמן ע"ז פינו דמראה טעם לדבריו כפי טענותיהם או דאומר דזה פשוט בש"ס ופוסקים ונאמן ע"ז בנודאי ועיקר

הספק מה שיש להסתפק בזה אם יכול לכוף להנתבע לשלם ולהוציא ממון ממנו ונדלקא לא הביא שערות א"כ אין לו תורת דין פשר ע"ז יש לנו לומר פיון דמיירי בקטן שהגיע ל"ג שנה אף לא נבדק אם הביא שערות וכמש"כ התנאים א"כ יש לדון דסמכינן בזה על חזקה דרבא דהוי רבא המבררת דהביא שערות וכו"ל.

ואף דלעדות פסול כ"ז שלא נבדק זהו משום דאין הולכין בממון אחר הרוב אבל בדין לענין אם יכול להיות דין מןמחה לכוף לחבירו לשלם בזה י"ל פיון דעל עצם הדין נאמן דהנתבע הוא החייב מטעם דזהו עביד לגלויי פנ"ל וא"כ ידוע לנו מחמת אמירתן דסופו עומד הממון להוציא מן הנתבע וכיון דסופו לחזרה קאי ע"כ לא מקרי הנתבע בשם מוחזק גמור פנ"ל ולכן סמכינן בזה על רבא ולהוציא ממון ממנו וכיון דיש בנ"ד רבא שהביא ב' שערות ע"כ יכול להוציא ממון ולכופו לשלם ולכן שפיר כתב הטור דקטן שהוא בן י"ג שנה והוא חכם וחריר נאמן ויכול להיות דין מןמחה לכוף לו לשלם אף דלא נבדק אם הביא שערות והיכא דהוי דין התלוי בשודא דדייני וקמו הא דסי' כ"ג וקידושין ד' ע"ד אף דבזה לא שייך לומר דהוי עביד לגלויי וכמבואר בקידושין ד' ע"ד עכ"ז פיון דסוף סוף נפקהאי ממון מרשות הבעלים פאן שאינו ידוע לאיזה טובי' יתנו או בשני שטרות היוצאים ביום א' כה"ג ונדאי מהני רבא בזה פיון דאין פאן חזקת ממונא נגדו וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ד' שם ע"ש והעיקר הוא בקצרה פיון דאינם מחולקים בהטענות רק הספק הוא לנו איך הוא הדין לפי טענותיהם ע"כ לפי הגדת הדיין הוי זה עביד לגלויי דהממון עומד להחזיר ליד בעליו דבזה מהני רוב דיש לו שערות פיון דלא הוי הנתבע מוחזק גמור וכו"ל או בשודא דדייני פיון דלא הוי מוחזק הסותרו ע"כ סמכינן בזה על רבא וא"ש דברי הירושלמי והטור על נכון.

ענה גם יש לדון בכ"ז דאף היכא דנבדק ולא נמצא לו שערות מ"מ פיון דאמרינן מחמת חזקה דרבא דנשרו וכמש"כ התוס' בנדה ד' מ"ח ע"ב ד"ה איבעית אימא כו' דלכן חוששין לשמא נשרו משום דרבא דחזקה שהביאה סימנין כו' ומה"ט כתב המהרי"ט בתשובה סי' מ"א בהא דבעל וספק נשרו דמה"ת ה"ל ונדאי גדולה דמסתמא נשרו וחולק על מוהר"ם קאשמאלץ שם בסי' נ"א והובא בש"ש שמעתתא ה' פרק י"ד ופרק ט"ו ע"כ י"ל דאף אם נבדק ולא הביא השערות מ"מ הוי בזה רבא דמסתמא הביא השערות ונשרו וע"כ יכול להיות דין מןמחה ולכופו דגם בכה"ג מהני רבא דאיכא בזה לשיטת המהרי"ט הנ"ל אף בעיקר דברי המהרי"ט הנ"ל יש לעי' הרבה וכמבואר בדברי האחרונים מזה וע"כ קצרתי בזה: הגה"ה ואכתוב פאן מה שראיתי בתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל בפסקים סי' ז' דהביא שם דברי התוס' נדה ד' מ"ח דחששא דנשרו הוא מפת חזקה דרבא דהובא לעיל והביא שם דברי התו' דב"ב ד' קנ"ו ד"ה בודקין לקידושין וכו' דחיישינן שמא נשרו פוננתם דבדיקה דידה דאם לא ימצא לה ב"ש הוי ספיקא דקידושין שמא נשרו וצריכה גט משני וכמש"כ התוס': בסמוך ד"ה לחלוצה והקשה הא אף אם לא ימצאו ב"ש א"צ גט משני דכל נשפאת לומר דבעת שקדשה הראשון לא הביאה ב"ש א"כ הגיעה לשנותיו ולא הביאה ב"ש ואזדא חזקה דרבא ותו ל"ח לנשרו ואמרינן דעדיין קטנה היא ונשאר בצע"ג: ולענ"ד יש ליישב קושיותו די"ל דהא דכתבו התוס' בנדה ד' מ"ח דהיכא דליתא לחזקה דרבא לא חיישינן לנשרו זהו משום דמצד הסברא נראה שלא לחוש לנשרו משום דיש לנו חזקה דהשתא דקמו דעכשיו ליכא ב"ש כמו כן לא הי'

מעיקרא ב"ש משום דחזקה דהשתא מבררת לנו דלא נעשה דבר מחודש דהא היכא דלא הוי חזקה דמעיקרא הסותרו מהני חזקה דהשתא ונשם בתשובת רע"א סי' ז' בד"ה ומידי עיוני בענין הג"ל הרהרתי לתרץ קושיות התוס' קידושין ד' ע"ט ד"ה ושמואל מ"ש ממקנה כו' וכתב דשמואל דס"ל דלא אמרינו הרי היא בוגרת לפנינו טעמו משום דלא ס"ל פלל לחזקה דהשתא ודחזקה דהשתא לא מקרי חזקה פלל רק רב ס"ל דאזלינו בתר חזקה דהשתא ולכן ס"ל לרב דה"ה בוגרת לפנינו יע"ש ע"כ י"ל דהא דב"ב הא ר"נ אמר שמואל שם בודקין לקידושין ולגירושין וע"ז פתבו התוס' שם פן ושמואל לטעמין דלא ס"ל לחזקה דהשתא פלל ע"כ ממילא חייש לנשרו אף היכא דליכא חזקה דרבא דהא חזקה דהשתא לא ס"ל לשמואל פלל וגם אין לומר להעמיד על חזקה דמעיקרא דכמו דלא הביא ב"ש בעת שהגיעה לשנים כ"כ לא הביא ב"ש אח"ז דהא קיי"ל חזקה שלא נתבררה לא הוי חזקה ובנ"ד הא לא נתבררה החזקה בשעתו דהא התוס' מייירי היכא דיש להסתפק דלמא הביאה הב"ש ולא ראו אז השתי שערות משום דלא נבדקה ובנודאי אין סברא לומר דיש בזה חזקה דמעיי דמעיקרא דכמו דלא הביאה ב"ש בקטנותה כמו כן לא הביאה אח"ז בעת שהגיעה לבת י"ב שנים דז"א דהא יש לנו לומר דכינן דהגיעה לשנים מסתמא הביאה ב' שערות משום חזקה דרבא ע"כ לא שייך בזה פלל חזקה דמעיקרא אלא חזקה דהשתא וכיון דשמואל לא ס"ל לחזקה דהשתא פנ"ל ע"כ שפיר יש לחוש לדידן אף היכא דליכא חזקה דרבא וכש"כ לפמ"ש"כ הבית מאיר בסי' קנ"ה וסי' קע"ב להוכיח דשמואל לא ס"ל להך חזקה דרבא יע"ש: א"כ ע"כ מוכח לפ"ז דשמואל דחייש לנשרו אף דלא ס"ל חזקה דרבא מ"מ חשש לנשרו משום דהא לא ס"ל לחזקה דהשתא וכמו שכתבתי.

רק עיקר דברי הב"מ הג"ל יש לעיין הרבה ואכמ"ל]: אכל לדינא דקיי"ל פ"ב דס"ל בקידושין ד' ע"ט דהרי היא בוגרת לפנינו משום דחזקה דהשתא הוי ג"כ חזקה מעליא שפיר פתבו התוס' בנדה דלא חיישינו לנשרו אלא משום דחזקה דרבא והיכא דליכא חזקה דרבא ל"ח לנשרו משום חזקה דהשתא מבררת לנו דכמו דאין לו עכשיו ב"ש פן לא הביא קודם ומתנרץ קושיות הגאון רע"א זצ"ל.

ויתר הקושיות שהקשה רע"א זצ"ל שם על דברי התוס' דב"ב הג"ל יש להאריך רק אכפ"ל ע"כ הגה"ה: ולכאורה יש מקום לדון בדברי הירושלמי דלכן בלא נבדק אם הביא שערות פשר לדון משום דהא פתבו התוס' בב"ק ד' כ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל דאין הולכין במקוון אחר הרוב דגבי דעינים שאני דהא ב"ד מפקי מינן ופירש הקצה"ח בקונטרס הספיקות פלל ו' אות ג' דכוננת התוס' הוא פיון דכח ב"ד מפקי מחזקת מרי' הוי המוחזק כמו דבר שאין בו חזקת מוון ע"ש אכל באמת אין זה דומה להתם דדוקא היכא דיש לו תורת דין בנודאי אמרינו פן משא"כ היכא דאנו מסופקים שמה לא הביא שתי שערות ואין לו דין דין בכה"ג נודאי שייך לומר ג"כ אין הולכין במקוון אחר הרוב ולכן העיקר בכוננת הטור וירושלמי כמש"כ לעיל דמצד עביד לגלויי נגעו בה ואף גבי מוון מצינו בסי' מ"ט סעי' ב' דמהני הכרת קרוב ואשה משום דהוי עביד לגלויי וכתב התומים שם דגם גבי מוון מהני עביד לגלויי בדבר שגלוי לכל וסופו להתברר בנודאי וכמש"כ הריב"ש וכמו דמצינו בשטר פ"רסאה יע"ש ודא דאמרו בירושלמי סנהדרין דקטן פחות מעשרים ולא הביא ב"ש פסול לדון דיני נפשות אף דמייירי בלא נבדק פנ"ל ואיכא רובא

דהביא שְׁעָרוֹת עכ"ז א"ש לפמש"כ השָׁב שְׁמַעְתָּא בְּשַׁמְעָתָא ד' פ"ח וּפְרָק ט' פְּלֵל חֲדָשׁ
בְּמָה דְאֲזַלְיָנָא בְּתַר רַבָּא בְּדִינֵי נְפֻשׁוֹת ע"ש וּקְצָרְתִי: סִימָן (סעי' א') וְאָסוּר לְהַעֲמִיד עִם
הָאָרֶץ דִּינָן עַל סְמָךְ שְׁיִשְׁאֵל כָּל פְּעַם לְחֻכְמָא וְכַתְּבֵהּ סְמ"ע ס"ק ג' דְשָׁמַא לֹא יִשְׁאֵל וְנִמְצָא
דִּיטָה אֶת הַדִּין רַש"י עכ"ל וְהוּא מִן רַש"י שְׁפָת ד' קל"ט ע"א ד"ה לְדִינֵי בּוֹר וְאֶתְתָּוּב
פֶּאן מִלְתָּא חֲדָתָא מַה שְׁרָאִיתִי בַמְהַרִּי"ט הַשְּׁיִיף לְהַלְכוֹת הַדִּינֵינִים וְזֶהוּ קִנְטָב דְּבָרֵי בַח'
ח"מ סי' מ"ו דְהָא דְמִבְּנָאָר בְּסִנְהֶדְרִין ד' ג' וְלַעֲיֵל ס' ג' דְּבַעֲיָנָא דִּיהָלָּ חַד דְּגָמִיר בֵּין
הַשְּׁלֵשָׁה דִּינֵינִים דַּעכ"ז לְעַנְנָא הוֹדָאָה וְקִיּוּם שְׁטָרוֹת וְקַבְּלַת עֲדוּת דְּבָזָה אֵין אָנוּ צָרִיכִים
לְגַמְרָא וְסָבְרָא דִּידְהוּ דְּבָזָה יֵשׁ עֲלֵיהֶם תּוֹרַת ב"ד אַף אִם לִיכָּא חַד דְּגָמִיר וְכֵן בְּהָא דב"ב
ד' קי"ג דְשָׁלְשָׁה שְׁנֵינְסוּ לְבַקֵּר הַחֹלֶה רְצוּ עוֹשִׂין דִּין וּבְלִילָה אֵין עוֹשִׂין דִּין דְּאָף שְׁלֵשָׁה
מִן הַשּׁוּק לִיכָּא בְּהוּ אַף חַד דְּגָמִיר יְכוּלִין לְהֵיוֹת דִּינֵינִים וּמוֹכַח פֶּן מִן הָא דִּיבְמֹת ד' ק"א
וְתוֹס' ד"ה מְצַנֵּת חֲלִיצָה כו' שְׁפָתָבוּ דְּבַעֲיָנָא שְׁלֵשָׁה שְׁיִוְדְעִין לְהַקְרוֹת כו' אֲבָל בְּשָׂאָר
דְּבָרִים א"צ שְׁיָהִיו בְּקִיָּאִין בְּהֵן וְכִי לֹא עָשׂוּ בְּטוֹב יוֹכְלוּ לְשָׁאֵל לְבְּקִיָּאִים כו' עכ"ל הַתּוֹס'.

וְכֵן לְעַנְנָא דִּין אַף אִם לִיכָּא בִּינְיָהוּ חַד דְּגָמִיר וְעָשׂוּ ע"פ בְּקִיָּאִים דִּינֵיהֶם דִּין וְכִאֲתָן
שְׁאָמְרוּ וְאִם הַנְּצָרָה הַדְּבָר לְלַמּוֹד פּוֹתְבִין וְשׁוֹלְחִין לַב"ד כו' עכ"ל הַמְהַרִּי"ט וְהָא דְאִם
הַנְּצָרָה הַדְּבָר לְלַמּוֹד כו' הַנְּ"ל הוּא בְּסִנְהֶדְרִין ד' ל"א וּבְסִי' י"ג בַּח"מ סעי' ו' וְלְדְבָרֵי
הַמְהַרִּי"ט הַנְּ"ל הָא דְאָמְרוּ דג' דְּלֹא גְמִירֵי פְּסִילֵי לְדִינָא זֶהוּ בְּאִם דְּנוּ שְׁלֵא ע"פ שְׁאֵלַת
בְּקִיָּאִים וְע"ז אָמְרוּ דְּמַקְרֵי אֲשִׁירָה וְכַמְש"כ הַבַּעַה"מ בְּסוּגִיָּא דְשִׁיְקוּל הַדְּעַת וְכֵן לְעֲשׂוֹתוֹ
לְדִינָן קְבוּעַ ע"ז אָמְרוּ דְּעוֹבֵר בַּל"ת כַּמְש"כ הַאֲוִ"ת בְּסִי' ח' בְּאֲוָרִים ס"ק א' אֲבָל אִם
עָבְרוּ וְדָנוּ ע"פ שְׁאֵלַת בְּקִיָּאִים דִּינֵיהֶם דִּין וְדוּקָא לְהַעֲמִיד ע"ה לְדִינָן עַל סְמָךְ שְׁיִשְׁאֵל
כָּל פְּעַם לְחֻכְמָא זֶה אָסוּר מִחֻשְׁשׁ דְּשָׁמַא לֹא יִשְׁאֵל כַּמְש"כ רַש"י וְהַסְמ"ע פְּנ"ל וְע"כ שְׁפִיר
יֵשׁ תּוֹרַת ב"ד אַף עַל ג' דְּלֹא גְמִירֵי וְכַמְש"כ הַמְהַרִּי"ט אִם עָשׂוּ ע"פ בְּקִיָּאִים: וְע"פ
דְּבָרֵי מְהַרִּי"ט הַנְּ"ל יֵשׁ לִינִישׁב מַה שְׁהַקְשָׁה הַקְצָה"ח בְּסִי' ל"ו ס"ק ז' עַל שֵׁיטַת הַסּוֹבָרִים
דְּבַדִּינֵינִים שְׁיִיף ג"כ נִמְצָא אֲמָהֶם קְרוֹב אוּ פְּסוּל כו' א"כ אֲמָאִי מְהַנִּי בְּשְׁלֵשָׁה דִּינֵינִים
מְשׁוּם דַּא"א דְּלִית בְּהוּ חַד דְּגָמִיר דְּהָא מִי שְׁאִינוּ גְמִיר אֵין דִּינוּ דִּין א"כ יְפִסּוּל לְכוּלָּם
עכ"ל וְלַפְמִש"כ בְּשֵׁם הַמְהַרִּי"ט אֵין זֶה קֶשֶׁה פְּלֵל דְּהָא בְּאֶמְתַּת יֵשׁ שָׁם ב"ד אַף עַל הַנְּצָרָה
דְּלֹא גְמִירֵי רַק דִּיעָשׂוּ ע"פ בְּקִיָּאִים וְכֵן הִיכָּא דְּלֹא בְּעֵינָן לְסָבְרָא דִּידְהוּ כְּמוֹ בְּקִיּוּם
נְאוּדִיתָא וְכַה"ג יֵשׁ עֲלֵיהֶם תּוֹרַת ב"ד ע"כ לֹא שְׁיִיף בְּהוּ לְדוֹן לְנִמְצָא א' מְהֵם פְּסוּל דְּהָא
בְּאֶמְתַּת אֵין שָׁם פְּסוּל עֲלֵיו פְּלֵל וּבַלֵּא"ה י"ל דְּקוֹנְשִׁית הַקְצָה"ח אֵינוּ קֶשֶׁה פְּלֵל דְּשִׁאֲנִי
בְּנִמְצָא א' פְּסוּל דְּלֹא חֲזִי אַף עַכְשָׁיו דִּישׁ עֲדִים אֲחֵרִים פְּלֵל מִשָּׂא"כ בְּדִינֵינִים אִם יֵשׁ חַד
דְּגָמִיר אֲזִי מִתְּפָשְׁרֵי כָּל הַשְּׁלֵשָׁה וְזֶהוּ עֵינֵקֶר הַכָּשֵׁר ב"ד ע"כ לֹא שְׁיִיף בְּהוּ לְמִפְּסַל מְשׁוּם
א' מְהֵם פְּסוּל גַּם י"ל בְּזָה דְּדִינֵינֵינוּ גְמִיר אֵין עֲלֵיו שָׁם דִּינָן פְּלֵל וְדוּמָה לְמִש"כ
הַנְּתִיבּוֹת בְּסִי' ל"ו ס"ק י' דְּעֲדוּת קָטָן אֵין מְבַטֵּל עֲדוּת הַכָּשֵׁרִים מְשׁוּם דְּאֵין עֲלֵיו שָׁם עַד
פְּלֵל אַף לַפְמִש"כ בְּסִי' ל"ה לְהוֹכִיחַ דְּלֹא פְּהַנְּתִיבּוֹת בְּזָה א"כ לֹא שְׁיִיף לּוֹמַר פֶּן וְהַעֲיָקֶר
כַּמְש"כ בְּתַחֲלָה: [וְבַעֲיָקֶר דְּבָרֵי הַמְהַרִּי"ט דְּכַתְּבֵהּ דְּבַקְבָּלַת עֲדוּת לֹא בְּעֵינָן חַד דְּגָמִיר
הַנְּהָ בַח"מ סי' כ"ח סעי' כ"א מְבָנָאָר לְהַקְשָׁה וְזֶהוּ מִן הַנְּ"י פ' הַגּוֹזֵל אַף י"ל דְּבַקְבָּלַת
שְׁטָרוֹת כ"ע מוֹדוּ לְדְבָרֵי הַמְהַרִּי"ט כְּדִמְצָנוּ בַּח"מ סי' מ"ו סעי' ד' בְּרַמ"א לְעַנְנָא קִיּוּם
שְׁטָרוֹת בִּנְחִיד מְוַמָּה וּבְש"ף שָׁם ס"ק ח' וְעִי' בַּב"ב ד' מ' תּוֹס' ד"ה קִיּוּם שְׁטָרוֹת כו'
וּבְכַתְּוִבּוֹת ד' כ"ב תּוֹס' ד"ה וְדִילְמָא וּבְש"ף סי' ג' ס"ק ה' וְקְצָרְתִי וְיֵשׁ לְדוֹן בְּזָה לְפִי

המבואר בב"ק ד' צ' ע"ב בתוס' ד"ה פגון שראוי והוא בש"ף סי' ז' ס"ק ד' ובסי' ל"ג ש"ף ס"ק ט"ז ובסי' מ"ו סעי' י"ח דלכן אין עד נעשה דין משום דבעינן דהב"ד המקבלים עדות יהיו ראויים לדון דין הזמה על העדים וכ"כ הנ"י לב"ק פ' ח'.

ע"כ י"ל דהב"ד המקבלים עדות צריכים שיהיו יודעים איך לדון דאל"כ הא הוי ב"ד שאינן ראויין לקבל הזמה על העדים שהעידו לפניהם. ואם לישראל בב"ד אחר הא לא סמכינן ע"ז לכתחלה ולפ"ז בקיום דלא שייך הזמה במבואר בסי' מ"ו סמ"ע ס"ק מ"ט ע"כ מהני בזה אף ג' הדיוטות גמורים אף באמת ז"א דהא בלא"ה בזמן הזה אינם ראויים הב"ד לדון דין הזמה דהא לא הוי סמוכים וגם הא אף לשיטת הסוברים דבעינן שיהיו ראויין לקבל הזמה היינו שיהיו ראויין לקבל עדות להזימן אבל לא להענישן דהא יכולין להעניש ע"י ב"ד אחר ע"כ נסתר כ"ז.

ועי' לעיל סי' ג' סעי' א' מש"כ שם: וזה פמה שנים שרציתי לומר בהא דב"ב ד' קי"ג דשאלש שנקנסו לבקר רצו עושין דין כו' י"ל בזה דז"א אלא אם יש בהו חד דגמיר אבל אם לא הוי בהו חד דגמיר אז אינם עושין דין ודינם כמו הא דאמרין שם דבלילה אינם עושין דין פן רציתי לומר מפבר אבל במהרי"ט מבואר להיפך מזה פנ"ל.

ותמהני על האחרונים דלא הביאו דבריו בסי' רנ"ג וראיתי באו"ת סי' מ"ו באורים ס"ק ו' שכתב גבי קיום שטרות דבעינן דיהיו ב"ד שפשרים לדון ד"מ דאין הברדל בזה בין קיום לשארי דינים ולא הנפיר כלל לדברי המהרי"ט הנ"ל ולקמן סי' פ"א סעי' כ"ב באורים ס"ק ס"ה גבי הודאה בב"ד הביא לדברי המהרי"ט הנ"ל דבזה א"צ ב"ד שיהי' חד דגמיר וכ"כ הנתיבות בסי' פ"א ס"ק ל"ג לדינא והקצה"ח בסי' ע"ט ס"ק ז' הביא לדברי המהרי"ט הנ"ל ויש לדון בדבריו הרבה: סימן ט (סעי' א') אם לקח שוחד צריך להחזיר פשיטתבענו הנותן כו' וכתב הסמ"ע דלא דמי לריבית כו' והט"ז פתב דמוכח מרש"י דריבית צריך תביעה וע"כ אין שייך בזה שעבודא דר' נתן וכתב הקצה"ח ס"ק א' דכיון דפריעת בע"ח מצנה וכופין לו לקיים מצנה זו וא"כ ה"נ כופין אותו לתפוע פדי שלא יהי' לזה רשע כו' והביא ראי' לזה מהמל"מ פ"ב ה' מלנה כו' עכ"ל: ענף א ולפי זה יש לדון פן.

במה שכתב הבית יוסף בח"מ סי' צ"ט ס"ק י"ב בשם תשובת הרשב"א בלנה שנתן מתנה לאחרים ע"מ שיוכל לחזור בו דכ"ז דלא חזר לא נשתעבדו הנכסים להמלנה כו' דמ"מ יש לב"ד לכופו שיחזור בו הלנה פדי שיקיים מצנה דפריעת בע"ח אף פוננת הרשב"א הוא דכ"ז דלא כפוי להלנה שיחזור בו אין הב"ד יורדין להנכסים פדין כל נכסי בני חורין דיורדין בע"כ להנכסים עצמם משום דיש להן דין משעבדי כ"ז דלא חזר בו ומ"מ אם כפוהו שיחזור בו גובין מהם וגם הדין הוא דכופין לו באם אפטר הוא ביד הב"ד לכופו וע"כ אין סתירה מזה לדברי הקצה"ח ובמקום אחר הארכתי בעיקר דברי הרשב"א הנ"ל ועיין מזה באו"ת סי' ס"ה באורים ס"ק נ"ג ואכמ"ל: והנה הקצה"ח העיר בזה מהא דב"ב ד' קכ"ד גבי בכור דאמר איני נוטל ואיני נותן רשאי ופי' הר"ת שם דנה קאי ביצא עליו שט"ח דאין כופין לו שיקבל המתנה משום דהתם מיד שאמר איני נוטל הפסיד חלק בכורה וע"כ לא מהני התם הפפני' כלל עכ"ל ונעדיין יש להעיר בזה דאפתי תקשה ע"ז למאן דאמר דס"ל אין לבכור קודם החלוקה במבואר בב"ב ד' קכ"ו ויכול לחזור בו

אף לאחר שאמר פָּבָר איני נוטל כו' וכמש"כ התוס' בב"ב ד' ע"ב ד"ה והילכתא יש
לבכור קודם חלוקה כו' סה"ד שם דלפירש הר"ת הג"ל דקאי ביצא על הבכור שט"ח
כנ"ל דתקשה עדיין מזה להמ"ד דאין לבכור קודם חלוקה דיקפוהו ב"ד לחזור מלקבל
חלק בכורה פדי שיהי' לו במה לפרוע ולא יהי' לנה רשע ומצאתי בקצה"ח סי' ער"ח
ס"ק י"ב דהעיר בזה אבל לא תירץ זה כלל להמעיין בזה לפי הר"ת הג"ל אכן מצאתי
בשמ"ק לב"ב ד' קכ"ו ע"א ד"ה ר"פ משמין דרבא אמר ויתר כו' שפתב בשם הר"נ
דלמ"ד דאין לבכור קודם חלוקה דהא דתני בפרייתא דאם אמר איני נוטל ואיני נותן
רשאי דמיירי כשאמר פן בשעת חלוקה כו' ע"ש ולפ"ז אתי שפיר מה דאין כופין לו
לחזור מן הסילוק משום דכיון דאמר פן בשעת חלוקה ע"כ לא מהני חזרתו שוב משא"כ
בפשוט דלא מהני לשון סילוק כ"ז דאינו נותן לאחיו בלשון מתנה וא"ש דברי הקצה"ח
הג"ל גם י"ל דבלא"ה א"ש דברי הקצה"ח הג"ל עפ"י מש"כ לעיל בכוננת הרשב"א
דהובא בב"י לח"מ סי' צ"ט בנתן מתנה בתנאי דחזרו בו דלא מצוי לגבות ממשיעבדי
דמ"מ יכולים לכפותו שיחזור בו אף אם לא חזר בו אין גובין מהנכסים כנ"ל ה"ה יש
לפרש הפוננה דאמרו אם אמר איני נוטל ואיני נותן רשאי היינו דהיכולת בידו שלא
לקבל החלק בכורה ואין הב"ד גובין מן הנכסים אבל עדיין י"ל דהב"ד יכולין לכופו בזה
למ"ד דאין לו קודם חלוקה ופי' רשאי הוא דהיכולת בידו לעשות פן אבל לא דמוטר לו
לעשות פן ועיין בחולין ד' נ"ד ע"ב בתוס' ד"ה אין בעלי אומניות רשאים כו' ובקידושין
ד' ל"ג ע"ב בתוס' שם וכן מוכרח לומר לפי דברי הקצה"ח דפי' דלכן אין כופין לו התם
לחזור משום דלא מהני חזרתו שוב דע"כ האי רשאי דאמרו היינו דהיכולת בידו אבל
לא דמוטר לו לעשות פן דהא מצנוה על עשה דפריעת בע"ח: ויש להעיר ע"פ דברי
הקצה"ח הג"ל דאף דעכשיו אין לו מה לשלם להבע"ח אף יש לו עצה לזכות בנכסים
ואז יהי' לו במה לשלם להבע"ח דכתב דהב"ד יכולין לכפותו לקיים מ"ע דפריעת בע"ח
דבב"ק ד' פ"ט אמרו בהא דאשה פגיעתה רעה ונתבלה באחרים פטורה דמקשו דתזבין
פתופתה בטובת הנאה ומילי דמזדבגי בדינרי ניהו כו' ומסיק הגמ' משום דכל לגבי
בעלה ודאי מחלה וכתבו התוס' בד"ה כל לגבי בעלה ודאי מחלה כו' וא"ת פיון דלגבי
בעלה ודאי מחלה מאי קאמר לעיל אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכחופה כו' שום אדם
לא יקנה אותו כו' וי"ל דיכולה לעשות קיום במשפנות או בערבות או בנדר או בשבועה
שלא תמחול אבל פאן אם יש לה תשלם ואם אין לה אין משועבדים לניזק לעשות לו
קיומים עכ"ל התוס' וכ"כ הג"ה שם וכ"כ בהגהות אשר"י בסוגיא שם בזה"ל דאם חייבת
שום דבר אין כופין אותה למכור ולישבע שלא תמחול עכ"ל ודברי הקצה"ח הג"ל
דס"ל דאף היכא דקעת אין להבע"ח ממון רק דיש להלנה איזה תחבולה להשיג לו ממון
דב"ד יכולין לכפותו לזכות לו בהממון פדי שלא יהי' לנה רשע כו' א"כ קשה הכא באשה
שחבלה דפטורה ופגיעתן רעה משום דאף דתמכור פתופתה בט"ה מ"מ מצוי מחלה וע"כ
אין זה בר דמים כלל הא משום מ"ע דפריעת בע"ח יכולין ב"ד לכפותה שיתשבע שלא
תמחול ואז יהי' בר דמים והוי מילי דמזדבגי בדינרי משום דיהי' שנה למכור בשוק כפי
ט"ה ותהי' לה במה לפרוע להבע"ח ובנדאי אין לחלק בזה בין נזקין לשארי בע"ח ועי'
בש"ף ח"מ סי' ל"ז ס"ק י"א ובאו"ת שם ס"ק ה': ועיין בנדרים ד' ח' ובי"ד סי' ר"ג
סעי' ו' דשרי גי' למנדר לזרזוי נפשי' וכש"כ היכא דהשבועה הוא לצורך הענין לחזק

ע"י התקשרות בנדר ושבועה כדי שחבירו יאמין לו ודאי דשרי לי למנדר ולקשבע וע"כ פתבו התוס' הקא דיכולה לעשות קיום בנדר או בשבועה שלא תמחול כו' ומדחזינן דכתבו פלהפוסקים הנ"ל דאין ב"ד פופין לה למפנר ולקשבע שלא תמחול מוכח מזה דאמרינן פיון דעכשיו אין לה ממון כלל דכ"ז שלא נשבעת שלא תמחול אין שום שווי בט"ה דכתנפתה ואינו בר דמים כלל רק לאחר שתשבע שלא תמחול יתנה בו שווי חפץ להיות בר דמים למפנר פתנפתה בט"ה.

ע"כ אין ב"ד יכולין לכפותו משום דלא שייך מצוה דפריעת בע"ח רק אם יש לו במה לשלם אבל אם אין לו במה לשלם אף דיש לו עצה ותחבולה ע"י אינה עגנו להשיג דיהנה לו במה לשלם אינו מצווה ע"ז.

והנה לדון בזה פופין על מדת סדום וכעין מש"כ התוס' בב"ב ד' ע"ז ד"ה חוזר בשטר כו' וביבמות ד' קי"א ע"ב תוס' ד"ה לאחר שלשים יום כו' ע"ש משום די"ל בזה סברת התוס' בקידושין ד' ל"א ע"א ד"ה גדול המצווה ועושה כו' וקצתתי..

ואפשר לומר דלכן אין ב"ד פופין לה שתשבע שלא תמחול משום דיהי' שבועה באונס וכמש"כ הגהת מיימוני סוף ה' שבועות והובא בחמדת שלמה ח' ח"מ סי' י"ג דקבלת שבועה ע"י אונס אפילו בתלוהו ונבין לא מהני ע"ש ומה"ט אמרו בשבת ד' פ"ח מכאן מודעא רבא לאורייתא משום דהוי שבועה באונס כמו שהאריף שם החמ"ש ולכן אף לדברי הקצה"ח הנ"ל א"ש מש"כ בהגהות אשר"י לב"ק הנ"ל דאין פופין לה שתשבע שלא תמחול די"ל דאף דמחוייבת לקשבע כדי שתוכל למפנר ויהי' לה במה לשלם ולקניי' מצות עשה דפריעת בע"ח וכעין סברת הקצה"ח עכ"ז אין יכולת ביז ב"ד לכופה שתשבע משום דהוי שבועה באונס וכן הוא פנונת התוס' והנמוקי יוסף במש"כ דאין משועבדים לעשות קיומם דכוננתם דיהא תורת שעבוד על הבע"ח לכופו בתורת עבדות דזהו העגנו של שעבוד דאין יכולת ביז ב"ד לכופו על השבועה פעין סברת הגהות מיימוני הנ"ל וע"כ אין סתירה מפל זה לסברת הקצה"ח הנ"ל: בפעיקר דברי הגהות מיימוני שפכת דשבועה ע"י אונס לא מהני אף היכא דשייך תלוהו ונבין פנ"ל אין זה ברור לדינא דהא פתב המרדכי בגט פשוט והובא בבית יוסף בח"מ סי' צ"ט סעי' י"ג דאדם שחייב לחבירו מלנה בע"פ ונתן כל נכסיו לאחר להפקיע מהמלנה נ"ל שיש לב"ד לכוף להלנה שידור הנאה מאותן נכסים עכ"ל וזהו פעין מה דמצינו בערכין ד' כ"ג דהמקדיש נכסיו והיתה עליו פתנפת אשה כשיגרשנה ידור הנאה ועיין בספר בני אהובה להרמב"ם פ' י"ז ה' אישות הלכה יו"ד מזה אלמא דס"ל להמרדכי דגם שבועה דלהבא באונס ע"י חיוב ע"פ ב"ד מהני וי"ל דהיכא דשייך מצוה לשמוע דברי חכמים כמו בב"ב ד' מ"ח זה עדיפא מן תלוהו ונבין כמו שייבאר לקמן ועיין בח"מ סי' צ"ט א"כ לפ"ז שפיר יש להוכיח מהא דב"ק דאמרו כל לגבי בעלה ודאי מחלה ואטרוחי ב"ד לא מטרחינן והא יש להשביע שלא תמחול ומוכח לפ"ז דלא כהקצה"ח פנ"ל אכן מן מש"כ התוס' והנ"י והג"א פנ"ל אין ראי' מדבריהם לסתור סברת הקצה"ח די"ל דס"ל כמש"כ הגהות מיימוני דגם היכא דשייך מצוה לשמוע ד"ח שייך ג"כ לדון דהוי שבועת אונס כמש"כ גבי מודעא רבא לאורייתא וכמש"כ החמדת שלמה שם פנ"ל וקצתתי בכ"ז: והתוס' בב"ק שם לאחר שפתבו דאם אין לה אין משועבדים לניזק לעשות לו קיומים

וסיימו בצ"ע וי"ל דכוננתם הוא משום דיש לדון דתה"ל משועבדת לישבע שלא תמחול משום סברת הקצה"ח דמתמת פריעת בע"ח מצנה נוכל לכופה שתשבע שלא תמחול ולא הוי שבועה באונס משום די"ל פסברת המרדכי בג"פ דזה לא מקרי שבועת אונס ולפ"ז יש לדון באשה שתכלה דאף ע"ג דאמרו פגיעתה רעה משום דאין למפור פתובתה בט"ה משום דיש איש לא יקנה ויחוש שמא תמחול ואטרוחי בכדי בב"ד כו' די"ל דלכל הפחות מתנייבת היא לישבע שלא תמחול לבעלה כדי שתוכל לקיים מ"ע דפריעת בע"ח ואז תשיג קונים על הפתובה ואף דלכופה אין יכולת בידינו לפי סברת הגהות מיימוני עכ"ז מצנה היא בזה ויש להגיד לה שתעשה כן.

ויש לדון בכ"ז הרבה: ענף ב והנה הקצה"ח פתב לדון דהך פפיני לתפוע הרביית הוי כמו אנסוהו לקנות דלא מהני פמבואר בח"מ סי' ר"ה ועפ"ז תירץ לקושיות הראשונים דמפני מה בתיבי חטאת אין ממשפנין משום דזה הוי כמו אנסוהו לקנות להפפרה דלא מהני עכ"ל הקצה"ח ולענ"ד מוכח דהיכא דשייך מצנה לשמוע דברי חכמים אז אף באנסוהו לקנות קני.

דקא אמרו בכריתות ד' י"א אמרו לו אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי ר"מ מתייב כו' וקשה איך ממשפנין בזה כמש"כ התוס' בכריתות ד' י"ב וביבמות ד' פ"ו הא חטאת הוי כמו אנסוהו לקנות הפפרה כמש"כ הקצה"ח וע"כ מוכח מזה דאף להסוברין אנסוהו לקנות לא קני מ"מ היכא דשייך אנו סהדי דניחא לי בכפרה שאני וה"ה היכא דשייך מצנה לשמוע ד"ח פמבואר בב"ב ד' מ"ח במסקנא דמחלקים בין תלוהו ונפין ובין היכא דשייך מצנה לשמוע ד"ח או אנו סהדי דניחא לי לכפרה וכן מוכח מן מש"כ הרמב"ם ה' נערה בתולה פ"א ה' ג' דבאונס כופין אותו וכונס כו' שגאמר ולו תהי לאשה וקשה הא הוי אנסוהו לקנות ולא קני וע"כ מוכח דשאני היכא דשייך מצנה לשמוע דברי חכמים: וכן יש להעיר במה דאי בירושלמי יבמות פ"ג ה"א דחד מ"ד ס"ל דחליצה הוי קנין דנקנית לו והכוננה הוא דבעת החליצה ניקנית לו ותיקף אחר גמר החליצה מפקע קנינו וע"כ אחות חלוצתו אסורה לפ"ז כמו אחות אשתו וכמו דאמרו בש"ס דילן ביבמות ד' מ"ד ע"א גבי חליצה דהפתוב קראו ביתו די"ל דהוא מה"ט דחליצה חשוב לקנין ואכמ"ל וילהך מ"ד תקשה איך כופין על החליצה פדאי ביבמות ד' קי"א במשנה דכופין לו שיתלוץ לה ובשא"ד הא זה הוי אנסוהו לקנות דלא מהני וחליצה הא בעי פוונה פמבואר ביבמות ד' ק"ו ובירושלמי יבמות פ' י"ב ה"ו ודוחק לחלק דשאני הך קנין דחליצה דהוי קנין גרוע ולא הוי קנין גמור ולכן העיקר ברור לענ"ד דשאני היכא דשייך מצנה לשמוע דברי חכמים דשם מהני אף אנסוהו לקנות ובאמת לפי מה דהי"ס"ד מעיקרא בב"ב ד' מ"ח למילף להא דתלוהו ונפין דהוי זביני מהא דכופין בקרבנות ומן גיטי נשים דאז הי' ס"ל מה"ט למילף דה"ה אנסוהו לקנות קני אבל לבסוף דמסקינן לחלק דשאני בהא דיקריב אותו וכן בגיטי נשים משום מצנה לשמוע ד"ח אלא סברא הוא אגב אונסי' גמר ומקנה: ע"כ ממילא מחלקין באנסוהו לקנות דלא קני רק היכא דשייך מצנה לשמוע ד"ח שאני ומהני אף אנסוהו לקנות וע"כ שפיר י"ל דאף לפמש"כ הט"ז דשדר"נ לא מהני בריבית כ"ז דלא תבעו הלנה ועכ"ז הב"ד כופין להלנה שיתבענו משום דקא שייך בזה מצנה לשמוע ד"ח משום מ"ע דפריעת בע"ח ע"כ מהני בזה אף אנסוהו לקנות: ובעיקר דברי הט"ז שכתב דבריבית לא שייך שדר"נ פיון שאינו תובעו

יש לדון בזה לפמש"כ האו"ת דלכן בריבית כ"ז שלא תובעו הלנה אינו חייב המלנה משום דדינינו דכינון דמדעתו נתן חזקתו מחלו פינון שאינו תובעו א"כ הא קי"ל דבשדר"נ לא מהני מחילה פמבןאר בסי' פ"ו סעי' ה' ע"כ ממילא שנין שדר"נ אף בריבית ואפשר לומר דהט"ז לטעמי' אגיל דלקמן סי' פ"ו סעי' ה' כתב הט"ז דכ"ז דלא נתברר בב"ד ששמעון חייב לו מהני מחילתו ע"כ י"ל דמיינרי הט"ז הכא דחוב הריבית נתהנה מקודם דנתברר החוב דשדר"נ ע"כ הי' מהני מחילתו אז פינון שלא תבעו אבל לדינא דהכריע הש"ך בסי' פ"ו ס"ק י"א דאף דלא נודע בפשעה דמחלו דהוא חייב לאחרים דמ"מ לא מהני מחילתו פינון דנתברר אח"ז החוב שחייב לאחרים.

ע"כ שפיר יש לדון דשנין שדר"נ אף בריבית: גם נ"ל לומר בעיקר הסברא דאמרו בריבית דהוי מחילה פינון שלא תבעו והוא דלקאורה צריך ביאור דלפ"ז אמאי נאמן הלנה לומר פשתובעו אח"כ דלא מחלו ואפשר דזהו דומה להא דסי' רל"ב סעי' ב' בסמ"ע ס"ק ח' ובש"ך ס"ק ב' דאם בא הנותן ואמר טעיתי חייב להחזיר אף יש שם שיטת הגמ' דחולק בזה ע"ש ואפשר לומר דשנין הכא לדון איני יודע אם פרעתי ולישיטת הרבה פוסקים אף היכא דלא ה"ל למידע חייב אם התובע טוען פרי שלא מחלתי אבל לולי דברי האחרונים ה"ל לפרש דהוי מחילה דאמרו בריבית אין זה מחילה גמורה רק זהו פועל הרחבת הזמן בלבד דאמרינו פינון שנתן לו מרצונו מתחלה ע"כ אין זה דומה לגזל והוי כמו דהרחיב לו הזמ"פ עד זמן שיתבענו ולכן שנין בזה שדר"נ כמו בכל חוב דהא כתב הש"ג ס"פ הגזל בתרא והובא בש"ך ח"מ סי' רנ"ב ס"ק ב' דהמלנה לחבירו ואינו תובעו הלאותו אין הלנה חייב לשלם לו מאיליו הואיל ואינו תובעו במתנה בקש ליתן לו עכ"ל ונראה לי פנונתו ג"כ דלא הוי מתנה גמורה רק דהוי פועל הרחבת הזמן דיהי' פטור לשלם לו מעצמו כ"ז דלא תבעו וממילא בשדר"נ פינון דתביעת המלנה השני הוי פועל תביעת המלנה הראשון מצד ונתן לאשר אשם לו דהוי בע"ד שלו ממש.

ע"כ מה"ט שנין שדר"נ גם גבי ריבית וכה"ג כתב הקצה"ח בסי' ק"ד ס"ק ב' דבכל חוב אם אין המלנה תובעו אינו מצווה לפרוע חובו וע"ש בנתיבות ואכמ"ל. אף מחמת טעם השני שכתב הט"ז דלא שנין שדר"נ בריבית דלא שנין בזה וחי אחיה עמה דהא אינו מחי א"ע שפיר יש לדון פן לכ"ע וכה"ג כתב הש"ך לקמן סי' פ"ו ס"ק ג' דלא שנין שדר"נ בצדקה והענקה ע"ש וכן יש לדון לפמש"כ האו"ת בסי' פ"ו ס"ק ג' דלכן לא שנין שדר"נ בחוב הענקה משום דלא הוי שעבוד נכסי בחוב הענקה ע"ש.

וע"כ ה"ט שנין גבי ריבית דהא בריבית ליכא שעבוד נכסי פמבןאר פיו"ד ה' ריבית סי' קס"א סעי' ה' דאין ב"ד יורדין לנכסיו גבי ריבית וע"כ לא שנין שדר"נ בחוב ריבית אבל בחוב שוחד דלא שנין כ"ז שפיר יש לדון בי' לשעבודא דר"ני ועיין באו"ת סי' פ"ו ס"ק יו"ד דמחלק בין אית להלנה קרקע ובין אין לו קרקע אלא מטלטלין גבי שדר"נ ע"ש ויש לדון בזה ע"פ סברת האו"ת הנ"ל דכתב דהיכא דלא שנין שעבוד נכסי לא שנין שדר"נ והא במטלטלין לא שנין שדר"נ מה"ט פינון דלא משמעדי רק כ"ז דלא מחלו שנין גם במטלטלי דין גבי' פידוע וקצרותי פי אכמ"ל ועיין בפסחים ד' ל"א תוס' ד"ה משמעבדנא כו' ובח"מ סוף סי' פ"ה ומה שהשיג פאן הנתיבות ס"ק ב' על הקצה"ח קבר הקדימו בספר שאילת יעב"ץ סי' קמ"ז להשיג פן על הכנה"ג ע"ש אכן לפמש"כ

יש לדון בדבריו ג"כ ועיין בשבות יעקב סי' קל"ה שפכת בקצרה להשיג על הט"ז הנ"ל: ובעיקר דברי הקצה"ח דסי' ק"ד ס"ק ב' שהובא לעיל דמצנה דפריעת בע"ח אינו חל כ"ז שלא תובעו.

ראיתי בנתיבות שם ס"ק א' שהשיג על הקצה"ח בזה ושאני הא דסי' ע"ג בנשבע דאינו חייב בלא תבע ע"ש נלע"ד להביא ראיה לדברי הקצה"ח הנ"ל והוא דכן מציינו בב"מ ד' קי"א גבי שכירות פועל דעובר עליו בלאו ויש בו משום ביומו תתן שקרו דאימתי בזמן שתבעו לא תבעו אינו עובר עליו ויליף שם בגמ' ד' קי"ב מהא דת"ל אתה לדעתה ופי' רש"י ולא מדעתו וכתב הסמ"ע בסי' של"ט ס"ק י"ט דאם לא תבעו אז השתהי' הוא מדעתו דפועל.

ובתשובת עבודת הגרשוני סי' ז' פירש דהוי פאלו גילה בדעתו דאינו מבקש שכירות ומה"ט אף על העשה ג"כ אינו מחוייב משום דניזיל בתר טעמא וע"כ אין לחלק בין לאו דבל תלין ובין שארי חייבים ועל פולם אינו עובר כ"ז דלא תבעו הפועל ע"ש בעה"ג ובנודאי אין לומר דדוקא בשכירות פועל דגלי קרא פן אכל לא למילף מיני' לשארי חובות דז"א דהא אדרבה חזינו דהתורה התמירה בשכירות יותר מפל חובות כדאמרו בב"מ ד' קי"ב דכל הפובש שכר שכיר פאלו נוטל נפשו כו' וכן פסקו בסי' של"ט סעי' ב' ועיין בקידושין ד' ט"ו ע"א בתוס' ד"ה ואידך כו' דה"ר נתנאל מפרש כו' דשאני שכירות דטרח בגופו כו' ועיין בב"ק ד' ט' בתוס' ד"ה ר"ה כו'.

ולכן בנודאי אין לומר דהקילה התורה בשכר פועל וע"כ יש למילף שארי חובות משכר פועל דכ"ז דלא תבעו אינו מחוייב במצנה דפריעת בע"ח ונכונים הם דברי הקצה"ח דס"ל בכל חוב דכ"ז דלא תבעו אינו מצנה בי' וזהו יסוד גדול למילף מיני' לכל חוב ואי נימא דדוקא בשכר פועל דגלי קרא בזה אמרינו דאינו חייב כ"ז דלא תבעו א"כ יש מקום לפרש להא דקידושין דט"ו הנ"ל דלכן בשכירות לא שייך שדר"נ משום סברת הט"ז שפכת גבי ריבית דכיון דבעי תביעה ע"כ לא שייך בי' שדר"נ: א"כ ה"ה מה"ט אף בשכירות כיון דבעי תביעה ע"כ לא שייך בי' שדר"נ משא"כ בשארי חובות דלא בעי תביעה ע"כ שייך בי' שדר"נ אכן כיון דקיי"ל בסי' פ"ו סעי' א' דאף בשכירות שייך שדר"נ ועיין בש"ך שם ס"ק ג' אף דשכירות בעי בנודאי תביעת בע"ד אלמא דאמרינו תביעת בע"ד השני הוי כתביעת בע"ד ראשון א"כ ה"ה בחוב ריבית אף דנימא דבעי תביעה מ"מ שייך בי' שדר"נ וכמש"כ הנשבות יעקב להשיג על הט"ז פנ"ל והעיקר הוא דמש"כ בריבית דבעי תביעה דזהו כמו פל החובות דאם לא תבעו אינו מצנה דילפינו משכירות פועל וכמש"כ העה"ג שם פנ"ל וקצת יש לחלק דשאני היכא דבהיתירא אתי לידו כמו חוב הלואה ע"כ בעי תביעה משא"כ היכא דבאיסורא אתי לידו כמו ריבית דזה לא בעי תביעה ודינו כמו גזילה: וכמו דאמרו בב"מ ד' ס"א ל"ל לאו בריבית לאו בגזל: סימן יב (סעי' ח') מחילה א"צ קנין ואם יש שט"ח בידו לא מהני מחילה בלא קנין כ"ז דלא מחזיר לו השטר ועיין בסמ"ע ונש"ך שם ובסי' רמ"א סעי' ב' מבואר דיש דיעות חלוקות בשטר או במשכון ת"י אי מהני מחילה בלא קנין ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ד' פתבתי להוכיח פשיטת הסוברין דמחילה ונקט משכון בידו לא מהני מחילה בלא קנין מהא דב"ק סוף פ' המניח בסוגיא דטענו חטים והודה בשעורים פטור

ומבואר שם דאם תפס מהני תפיסתו על השעורים והקשו האחרונים שם בסי' פ"ח סעי' י"ב לשיטת הפוסקים דלכן פטור משום דהני מחילה א"כ אמאי מהני תפיסה בשלמא להסוברים דפטור משום הודאה שהודה שאין מגיע לו שעורים ניקא משום דהני שתי הודאות דסתרי אהדדי וכמו ב' פתי עדים המכחישים דמהני תפיסה וכמש"כ הקצה"ח שם אבל לטעם דמחילה קשה והנכרחו לומר הטעם דיכול לומר לכן לא תבעתי השעורים מפני שהייתי מוחזק בהם אכן לשיטת הסוברים דלא מהני מחילה במשפון ת"י ניקא בפשיטות דלכן לא מהני תפיסה בשעורים פיון דהטעם הוא משום מחילה ע"כ בתפס ויש משפון ת"י לא מהני מחילה והא מייירי התם בתפס קודם שתבעו לדין כמש"כ הרמ"א בסי' פ"ח סעי' י"ב והטור שם: ענף א והנה הש"ך ס"ק י"ז פתב בשם הב"ח דלכן לא מהני מחילה בנקיט שטר משום דשטר העומד לגבות פגבוי דמי והש"ך תמה עליו דהא לא קי"ל כב"ש והקצה"ח הביא בשם הכנה"ג דבשט"ח ברור כ"ע ס"ל דהני פגבוי ומתרג' עפ"ז מה שהקשו ממוכר שט"ח ומחלו ע"ש ובאמת פבר הקדימו בזה התוס' בסוטה ד' כ"ה ע"ב בד"ה ב"ה אומרים לאו פגבוי דמי כו' דהא דפ' המקבל ד' ק"י יתומים אמרו אנו השפחנו ובע"ח אומר אביכם השפית אמר ר' יוחנן על היתומים להביא ראיה משום דארעא פיון דלגובינא קאי פמאן דגבי דמי ונתמי נייתי ראי' ונשקול ואף דהלכה כב"ה דלאו פגבוי דמי שאני הכא דהשיעבוד של פתובה עומד בספק ולא קיימא ארעא לגובינא לכן לאו פגבוי דמי אבל התם יתומים מודו לבע"ח בקרקע עצמו שמשועבד לו ע"כ אף ב"ה מודו דפגבוי דמי כו' עכ"ל התוס' אלמא דס"ל להתוס' דבחובר ברור לכ"ע פגבוי דמי.

וכן ראיתי להנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' ל"ב שכתב פן מסבא דנפשיה ולא הביא להתוס' סוטה ה"ל וי"ל דזהו פנונת הגמ' ב"מ ד' ס"ז דלא מחשבין משטרא לשטרא פיון דבשטר השני לא נולד שום ריעותא ע"ש: ואפשר להסביר עפ"ז שיטת הסוברים דשטר מקרי הילך מבואר בסי' פ"ח סעי' כ"ח ובש"ך שם ס"ק מ"ט בשם הב"י דאפשר דטעם הוא דכיון דהוי חוב ברור הוי פגבוי ולא מקרי מחוסר גובינא ולכן הוי הילך ובה ניקא מש"כ הש"ך שם לחלק דהא דנראה מדברי רש"י פ"ק דב"מ דשטר לא הוי הילך היינו באינו מודה אבל במודה נראה כהב"י דהוי הילך כו' ולפמש"כ יש להסביר זה משום דבאינו מודה אז לא הוי חוב ברור ע"כ לא הוי פגבוי משא"כ במודה אז הוי פגבוי לכ"ע: ולפ"ז יש לדון דכל דבר שאינו יכול לכפור לא מקרי הילך רק שטר שאני דהוי פגבוי ולא כמו שנראה מהפוסקים שם שלא חילקו בזה ועיין בתוס' גיטין ד' ל"ז ד"ה שטר שיש בו אחריות כו' דאלים טפי כשמפורש השיעבוד בפירוש בשטר אז הוי פגבוי ע"כ שאני שטר גבי הילך דבזה פיון דמודה הוי פגבוי לכ"ע ועיין בש"ך ובתקפו פהן ס"ק ק"ל שכתב גבי תפיסה דאם יש לחבירו עליו שטר הוי פגבוי ולא מהני התפיסה ע"ש ולהתוס' סוטה ה"ל דבחובר ברור הוי פגבוי אתי שפיר דברי הש"ך ה"ל פיון דבשט"ח עצמו אין בו ספק ע"כ הוי פגבוי.

ועיין בש"ך ס"ק מ"ג מזה אבל באמת מוכח דאף בחוב ברור ג"כ אינו פגבוי מהא דגיטין ל"ז דמבואר שם דאף מלה בשטר משמט והא דתני אינו משמט מוקי כב"ש נאי ניקא דבחובר ברור לכ"ע הוי פגבוי א"כ אמאי משמט ובאמת משמע שם ובסי' ס"ז דאף דהלנה מודה בהחוב ג"כ משמט וגם הא פיון דלולי השמיטה הנה גובה חובו בב"ד

א"כ יהי פגבוי אף אם הלנה אינו מודה ומוכח מנה דאף בחוב פרור ג"כ לא הוי פגבוי וכן מוכח מהא דב"ב ד' קכ"ד דאמרו שם אלא הא דתניא ירשו שט"ח בכור נוטל פי שנים מני לא רבי ולא רבנן לעולם רבנן סד"א מלנה פיון דנקט שטר אפמא דגבני דמי קמ"ל אלמא דאף בחוב פרור ג"כ אינו פגבוי וכנ"ל ובאמת י"ל דהא דמבואר שם בב"ב לקמן והתניא בכור נוטל פי שנים בין במלנה כו' לעולם רבנן היא ומלנה פמא דגבני היא טעמא משום דס"ל דשטר פרור הוי פגבוי אבל באמת הא קיי"ל דאף בשטר אינו נוטל בכור פ"ש וכמ"כ הרמב"ם פ"ג ה' גזירות ובח"מ סי' רע"ח ולא חילקו בזה וכן מוכח ממה שכתבו הפוסקים בסי' ס"ו דמכירת שטרות דרבנן ובסי' ס"ו פתבתי דל"ש דס"ל פגבוי דמי הדין דמכירת שטרות הוא מה"ת והבאתי ראיות לזה ע"ש א"כ אי נימא דבחוב פרור הוי פגבוי א"כ הדין נותן דמכירת שטרות הוי מה"ת לכ"ע ומפל הלין מוכח דאין לחלק דגם חוב פרור לא הוי פגבוי ובכוננת התוס' בסוטה הנ' דכתבו בהא דב"מ ד' ק"י דאמרו שם ארעא פיון דלגוביניא קיימא פמא דגבוי דמי נלע"ד בזה והוא דבאמת פועין החילוק של התוס' דכתבו לחלק דבחוב שאין ספק פגבוי דמי פן מוכח לחלק בפוגיניא דגיטין ד' ל"ז דר' יוחנן ור"ל דאמרי תרנוייהו דשטר שיש בו אחריות נכסים אינו משמט משום דפגבוי דמי ופליגי על רב ושמואל וקשה אטו לא ידעו פלוגתת ב"ש וב"ה דב"ה ס"ל דשטר לא הוי פגבוי וע"כ מוכח דבאמת ר"י ור"ל סברי לחלק פועין חילוק של התוס' הנ"ל דדוקא בחוב שאינו פרור בזה ס"ל לב"ה דלא הוי פגבוי משא"כ היכא דאין אנו דנין להסתפק בעיקר החוב אז הוי פגבוי פן הוא סברת ר"י ור"ל אף לבסוף בפוגיניא שם דאמר ר"י בעובדא דאתא לפניו דמשמט אף בשטר ואמרו לרבי יוחנן שם והא מר הוא דאמר אינו משמט א"ל ר"י וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה והא דתניא אינו משמט דלמא ב"ש היא כו' אלמא דבאמת בסוף ר"י לא הי' פרור לו הך מלתא דאמר מתחלה דחזר בו לבסוף ומסיק דהיא ב"ש היא אבל לב"ה משמט ואמר בלשון דלמא משום דלא הי' פרור לו הך מילתא לחלק בין חוב פרור לחוב שאינו פרור וכן מבואר בירושלמי פ' יו"ד דשביעית ריש ה' א' דאמר ר"י שם בזה וכי מפני שאנו למדין מן ההלכה אנו עושין מעשה כו'.

והנה בב"מ ד' ק"י בפוגיניא דיתומים אומרים אנו השבחנו. דאמר ר"י על היתומים להביא ראי' משום דלגוביניא קאי פמא דגבניא דמיא ולבסוף מסיק הסוגיא שם דהב"ע דשוניא ניהלי' אפותיקי כו' ומתחלה הי' סבור הש"ס דמייירי בלא אפותיקי ע"ש והנה התוס' בב"מ שם ד"ה סבר ר"ח למימר כו' פתבו דהא דעל היתומים להביא ראי' משום שקרקע בחזקת הבע"ח והיינו פשעשה אפותיקי כו' וכ"כ התוס' בב"ק ד' צ"ו ד"ה הא דמסיק ביה שיעור ארעא כו' דדוקא בעשה אפותיקי אמרו פיון דלגוביניא קאי פמא דגבני דמי אבל אי לא שונו' אפותיקי אמאי הוא בחזקת הבע"ח ויתמי ניתי ראי' אדרבה ארעא בחזקת יתמי קיימא דאי בעו מסלקי לי' בזוזי ועל בע"ח להביא ראי' וכ"כ התוס' פתובות ד' נ"ה ד"ה ולשבח כו' ובכתובות ד' צ"ו ד"ה נכסי בחזקת אלמנה כו' בסה"ד דדוקא באפותיקי אמרו שם פן וכ"כ הגימורי יוסף לב"מ בפוגיניא דשבח דדוקא בעשה אפותיקי מפניך אז הוי הבע"ח מוחזק משום דאפותיקי הוי פועין מקר ועי' בפ"י סי' קט"ו ס"ק כ"ו דהביא שם פמה פוסקים דאפותיקי הוי פמקר וכ"כ הר"ן בחידושי' שם והשמ"ק שם ועי' בתוס' בכורות ד' נ"ב א"כ לכאורה דברי התוס' סתרי אהדדי דהא בב"ק וב"מ

וּכְתוּבוֹת כְּתוּבוֹת הַתּוֹסֵ' דְדוֹקָא בְּאַפּוֹתִיקֵי הָנִי הַבַּע"ח מְוַחֲזָק וְאֵלּוּ לְהַךְ טַעְמָא שֶׁל הַתּוֹסֵ' בְּסוּטָה דְכִינּוּן דְּהַחֹב הוּא בְּרוּר ע"כ כְּגַבּוּי דְמִי א"כ לַפ"ז אַף בְּלֹא אַפּוֹתִיקֵי ג"כ הַדִּין כֵּן דִּינָהּ הַמְלִינָה מְוַחֲזָק וְאִם ס"ל דְדוֹקָא בְּאַפּוֹתִיקֵי אִין מְקוּם לְהַתְחַלֵּת קְוִשְׁיֵיתָם בְּסוּטָה כְּלָל: וְעַל נִלְע"ד לֹמַר דְּבִאֲמַת לְפִי מְסַקְנַת הַש"ס בַּב"מ דְּמִינִירֵי בְּאַפּוֹתִיקֵי אִין מְקוּם לְקוֹשְׁיֵיתָם כְּלָל רַק קוֹשְׁיֵית הַתּוֹסֵ' בְּסוּטָה הוּא לְמֵאִי דְלֹא סְלִיק אֲדַעְתָּי' שְׁם מְעִיקְרָא לְהַךְ דְּשׁוּנֵי אַפּוֹתִיקֵי א"כ מְשַׁמַּע מְעִיקְרָא בְּהַאי סוּגְיָא דְאֵף בְּלֹא אַפּוֹתִיקֵי ג"כ אֲמָרוּ בִּי דְכִמְאֵן דְּגַבְיָא דְמִינִירֵי וְע"ז הַקְּשׁוּ שְׁפִיר וְכִי שְׁבִיק ר' יוֹחָנָן לַב"ה וְעַבְד כַּב"ש' וְע"ז מְחַלְקֵי בְּהַחִילוּק דְּבַחוּב בְּרוּר שְׁאֵנִי דְהָנִי כְּגַבּוּי לַב"ה וְכ"ז דְלֹא מְסַקֵּי דְמִינִירֵי בְּאַפּוֹתִיקֵי מְוַכְרַח לֹמַר כֵּן אֲבָל בְּסוּף דְּמְסַקֵּי בְּשׁוּנֵי אַפּוֹתִיקֵי אִין מְקוּם לְקוֹשְׁיֵיתָם וְא"צ לְחַלֵּק הַחִילוּק שֶׁל הַתּוֹסֵ' הַנֶּ"ל וְהָנִי כְּעֵין סוּגְיָא דְגִיטִין ד' ל"ז דְּמְעִיקְרָא הִי' ס"ל לַר"י דְּבַחוּב בְּרוּר אִינוּ מְשַׁמַּט וְאֲזִיל ר' יוֹחָנָן לְטַעְמֵי וְלְסוּף חֲזַר בּוֹ ר"י וּמְסִיק דְאֵף בְּחוּב בְּרוּר אַף דְאִין אָנוּ דְנִין לְהַסְתַּפֵּק בְּעִיקְרָא הַחוּב אַפ"ה לֹא הָנִי כְּגַבּוּי.

וְה"ה י"ל בְּהַאי סוּגְיָא דַּב"מ דְּלְמְסַקְנַת הַש"ס דְּשׁוּנֵי אַפּוֹתִיקֵי אִין הֶכְרַח לְהַאי חִילוּק שֶׁל הַתּוֹסֵ' הַנֶּ"ל א"כ לֹא סְתָרֵי דְכָרֵי הַתּוֹסֵ' דַּב"ק וּב"מ וְכַתוּבוֹת לְדְכָרֵי הַתּוֹסֵ' דְסוּטָה הַנֶּ"ל וּבִאֲמַת לַפ"ז הָיוּ יְכוּלִים הַתּוֹסֵ' לְהַקְשׁוֹת כֵּן בְּהַאי סוּגְיָא דְגִיטִין ד' ל"ז עַל מַה דְקָאֵמַר ר"י שְׁם מְעִיקְרָא דְשֶׁטֶר אִינוּ מְשַׁמַּט וְאֲפָשֶׁר הֵייתִי מְחַלֵּק דְשְׁאֵנִי שְׁמִיטָה בְּזוּה"ז דְרַבְּנָן ע"כ אֵלִימָא לְהַתּוֹסֵ' לְהַקְשׁוֹת בְּיוֹתֵר עַל סוּגְיָא דַּב"מ וּלַפ"ז אִין הֶכְרַח לְדִינָא מִהַתּוֹסֵ' לְדוּן וְלְחַלֵּק בֵּין חוּב בְּרוּר דִּי"ל בְּאֲמַת לְמְסַקְנַת הַש"ס גִּיטִין ד' ל"ז וְלְמְסַקְנַת הַסּוּגְיָא דַּב"מ דְּעִשְׂאָה אַפּוֹתִיקֵי דְאֵז אַף בְּחוּב בְּרוּר ג"כ לֹא הָנִי כְּגַבּוּי כִּינּוּן דְאִין הֶכְרַח אֲזִי לְהַאי חִילוּק וְכַדְמוּכַח מְסוּגְיָא גִיטִין הַנֶּ"ל כֵּן י"ל בְּכָל זֶה וְאֵף דִּישׁ מְקוּם לֹמַר דְהַאי הַב"ע דְשׁוּנֵי אַפּוֹתִיקֵי דַא"ל לֹא הָא לְהַךְ פְּרַעוֹן אֲלֵא מְזַה דְנָה קָאִי עַל הָא דְאֲמָרוּ שְׁם מְעִיקְרָא שְׁמִין לְהֵם הַשְּׁבַח וְנוֹטְלִין הֵיתוּמִים הַדְּמִים עַכ"ז פְּשֻׁט הַסּוּגְיָא שְׁם מוֹרָה דְּמְעִיקְרָא לֹא אֲסִיקוּ אֲדַעְתָּיְהוּ לְהַךְ דְשׁוּנֵי אַפּוֹתִיקֵי גַם עַל הַךְ עוֹבְדָא דִיתוּמִים אֲמָרוּ אָנוּ הַשְּׁבַחְנוּ וְלְסוּף דְמְסִיק דְבִשְׁוִי' אַפּוֹתִיקֵי קָאִי ג"כ עַל הַסּוּגְיָא דִיתוּמִים אוֹמְרִים אָנוּ הַשְּׁבַחְנוּ כו'.

וְעַי' בְּש"ף ס' קט"ו ס"ק ל"ג וּבֵית יוֹסֵף שְׁם וַיֵּשׁ לְהֶאֱרִיף בְּזֶה: עֲנָף ב שׁוּב רֵאִיתִי דְבִאֲמַת בְּעִיקְרָא הַךְ מְיֻלְתָּא דִיתוּמִים אֲמָרוּ אָנוּ הַשְּׁבַחְנוּ וּבַע"ח אֲמָר שְׁמָא אֲבִיכֶם הַשְּׁבִיחַ דַּב"מ הַנֶּ"ל מְבֹאֵר פְּלֻגְתָּת רַאשׁוֹנִים בְּזֶה וְהוּבָא בְּטוּר וְשׁו"ע ס' קט"ו ס' ע' ה' דְהֶרְמַב"ם ס"ל דְאֵף בְּלֹא עֲשֵׂאוּ אַפּוֹתִיקֵי מְקָרֵי הַבַּע"ח מְוַחֲזָק וְהֶרְמַב"א שְׁם הִבִּיא דַעַת הַחֹלְקִים דְדוֹקָא בְּעֲשֵׂאוּ אַפּוֹתִיקֵי מְקָרֵי הַבַּע"ח מְוַחֲזָק וּבְלֹא עֲשֵׂאוּ אַפּוֹתִיקֵי הָיוּ הֵיתוּמִים מְוַחֲזָקִים וְהַש"ף הִכְרִיעַ שְׁם בַּס"ק ל"ג כְּהֶרְמַב"ם: וּבִאֲמַת מְוַכְרַח לֹמַר בְּשִׁיטַת הֶרְמַב"ם דַּס"ל דְאֵף בְּלֹא עֲשֵׂאוּ אַפּוֹתִיקֵי מְקָרֵי הַבַּע"ח מְוַחֲזָק דְטַעְמֵוּ כְּשִׁיטַת הַתּוֹסֵ' בְּסוּטָה בְּסִבְרַתָּם דְכִינּוּן דְהָנִי חוּב בְּרוּר ע"כ הָנִי כְּגַבּוּי וְכ"כ הַתּוּמִים בַּס"ק קט"ו ס"ק כ"ב דְסִבְרַת הֶרְמַב"ם הוּא מְשׁוּם דְהוֹאִיל דְמוֹדִים דְשֶׁטֶר מְעַלְיָא וְאִין מְחֹלְקִים בְּטִיב הַשְּׁטֶר רַק בְּהַגּוּבִינָא דְבְּזֶה ב"ה מוֹדוּ דְכְּגַבּוּי דְמִי וְהַשִּׁיג הַאו"ת שְׁם עַל טַעְמֵוּ שֶׁל הַסַּמ"ע שְׁם דְזֶהוּ נֶגֶד סוּגְיֵית הַש"ס שְׁם.

עַכ"פ חֲזִינּוּ דְשִׁיטַת הֶרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר דְהִיכָא דְאִינּוּ מְסוּפְקִים בְּטִיב הַחוּב אֲזִי הָנִי כְּגַבּוּי: וּלַפ"ז מוּכַח דְהַךְ דִּינָא שְׁהוּבָא בְּרַמְב"ם וּמְחַבֵּר שְׁם דְמִינִירֵי בְּמְלִינָה בְּשֶׁטֶר דַּא"ל כֵּן הָא

מבואר בגיטין ד' ל"ז ובתוס' שם דדוקא במלנה בשטר אמרי דהוי פגבוי וכיון דזהו גם כן מטעם דכגבוי דמי בע"כ מיירי במלנה בשטר וקצרו בזה ולפ"ז תקשה מהא דהבאתי לעיל דמוכח דאף בחוב ברור לא הוי פגבוי ועי' בפ"ד סי' קט"ו ס"ק ל"ג דהכריע לדינא פשיטת הרמב"ם והמחבר ודלא פהתוס' והטור והקשה שם דהא מבואר בפסגיא דהמקבל הנ"ל דלא הוכרח לאוקמי באפותיקי אלא אהא דאר"נ אמר שמואל בע"ח ללוקח וליתומין שמין להם השבח ומעלין אותן בדמים וקשיא להו לימא לי' הב לי גרינא דארעא שיעור שבחאי אבל אי לאו הכי משמע דכולי סוגיא דמעיקרא מיירי בלא אפותיקי כו' ואפ"ה אמרו דהבע"ח מקרי מוחזק ומזה הוכיח הש"ך פהרמב"ם: אבל לפמש"כ לעיל יש ליישב קושיות הש"ך והוא דהא מציינו בגיטין ד' ל"ז הנ"ל דמעיקרא הוי ס"ל לר"י דשט"ח ברור הוי פגבוי ואח"ז הדר בי' פנ"ל וכמו כן בסוגיא זו דר"י הוא בעל המיקרא דיתומים אמרו אנו השבחנו וארעא פיון דלגוביינא קאי כמאן דגבאי דמיא י"ל ג"כ דבאמת מעיקרא בסוגיא זו דלא אסיקו אדעתיהו להך דאפותיקי הוי ס"ל באמת דאף בלא אפותיקי ס"ל לר"י דכמאן דגבוי דמי כדס"ל מעיקרא בגיטין אבל לבסוף דמסיק הב"ע דשוני' אפותיקי י"ל באמת פנונת הגמ' דה"ה הך עובדא דיתומים אמרו אנו השבחנו מיירי ג"כ באפותיקי דוקא וכמש"כ התוס' שם ד"ה סבר ר"ח למימר כו' דמיירי פשעשה אפותיקי כו' וכ"כ התוס' בב"ק ד' צ"ו וכמש"כ הגימורקי יוסף והר"ן פנ"ל ולפי המסקנא דמוקי באפותיקי אז י"ל שפיר דס"ל כמסקנת הגמ' דגיטין דשט"ח ברור ג"כ לא הוי פגבוי אף אליבא דר' יוחנן ושאיני הך עובדא דיתומים אמרו אנו השבחנו דמיירי באפותיקי ואפותיקי ה"ל כמוכר להמלנה גוף השדה לאחר שמת הלנה פיון דאין בינד היתומים לסלקו במעות ועי' בפ"ד סי' קט"ו ס"ק כ"ו וע"כ מקרי המלנה מוחזק ביותר אף לב"ה ואין הכרח לומר דהך סוגיא דב"מ יפלוג על סוגיא דגיטין ועל ירושלמי שביעית הנ"ל דמיירי תרנייהו אליבא דר' יוחנן ועי' בתנאים קט"ו ס"ק כ"ב דתירץ ג"כ לקושיות הש"ך הנ"ל באופן אחר.

אכן העיקר נראה לי כמש"כ וכן ראיתי בתשובת רד"ך בית ב' חדר ז' ח' שכתב ג"כ בהך דב"מ דדוקא משום דהוי אפותיקי אמרו דלגוביינא קאי כו': וידעתי דיש לחלק דשאני הא דגיטין ד' ל"ז דאמרו דמלנה בשטר משמט דאלמא דאף היכא דאין ספק בעיקר השטר ג"כ לא הוי פגבוי משום די"ל דשאני בהא דב"מ דג"כ עכשיו ארעא לגוביינא קאי פונדאי רק דמוחזקין על השבח על פן שפיר כתבו התוס' דהיכא דגם פעת עומד לגבות בזה לכ"ע פגבוי דמי ושאיני הא דמתו בעליהן כו' דהוי ספק אם עומד עכשיו לגוביינא או לא ועי' בתוס' סוטה ד' כ"ה ד"ה ב"ש אומרים כו' משא"כ בהא דשמטיה דאי נימא דשמטיה משמט להשטר א"כ גם עכשיו אין עומד לגבות ואף דקודם שנת שמטיה הי' עומד לגבות מ"מ הא פועין זה פליגי ב"ש וב"ה במתו בעליהן כו' ועכ"ז ס"ל שם דלא הוי פגבוי פן יש לחלק לכאורה אבל באמת זה דוחק דהא לולי השמטיה הי' עומד לגבות את החוב א"כ מקרי זה חוב ברור פיון דאין אנו דנין על החוב להסתפק בו וגם כפר הבאתי לעיל להוכיח מהא דבכור דב"ב ד' קכ"ד דאינו נוטל פי שנים במלנה בשטר וכן דעת הרמב"ם גופא בפרק ו' ה' מכירה דמכירת שטרות דרבנן ואף דאין אנו דנין שם על החוב ג"כ מקרי מילי בעלמא וכנ"ל בארנפה ואם הי' חוב ברור פגבוי הי' מהני מכירתו מה"ת וכמש"כ רש"י בכמה דוכתי דלב"ש דכגבוי דמי לא הוי מחוסר גוביינא ואין פאן חוב

כָּלֵל וְנִתְבָּאָר דְּאַף שְׁטֵר בְּרוּר ג"כ לֹא הָיוּ פְּגָבוּי וּע"כ יֵשׁ לְעֵינַי הַרְבֵּה בְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם
וְהַמְחַבֵּר דִּפְסָקוּ בְּסִי' קט"ו דְּאַף בְּלֹא עֲשֵׂה אֲפֹתִיקַי ג"כ עַל הִיתוּמִים לְהִבְיָא רְאִיָּה מְשׁוּם
דְּהִטְעַם פִּינּוּן דְּלִגְבוּבֵינָא קִינְיָמָא כּו' אֲכֹן לְפִי מַה דְּנִתְבָּאָר דְּאַף חוּב בְּרוּר לֹא הָיוּ פְּגָבוּי
תְּקֻשָׁה דַּמ"ש בְּזָה: עֲנָף ג' וְהַגְּלַפְע"ד בְּכֹנֹנַת הַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר וְהוּא דְּנִרְאָה לִי לְחַלֵּק
דְּמוּכַח דְּהָךְ סִנְגִיָּא דַּב"מ דְּאַמְרוּ עַל הִיתוּמִים לְהִבְיָא רֵאִי' מְשׁוּם אֲרַעָא לְגִבּוּבֵינָא קִינְיָמָא
דְּלֹא נִחְתִּי הֵתָם מְשׁוּם שֵׁט"ח הָעוֹמֵד לְגִבּוּת פְּגָבוּי דְּמִי דְּהָא לֹא קִאָמְרִי הֵתָם בְּלִשׁוֹן מ"ט
מְשׁוּם שֵׁט"ח הָעוֹמֵד לְגִבּוּת פְּגָבוּי דְּמִי אֵלֵא קִאָמְרִי בְּלִשׁוֹן אֲרַעָא מְשׁוּם דְּלִגְבוּבֵינָא קִינְיָמָא
וּע"כ יֵשׁ לְדוֹן דְּדוֹקָא בְּשֵׁט"ח הָעוֹמֵד לְגִבּוּת דְּלֹא נִתְבָּרַר עֲצָם הַחֲפִיץ דְּהָא בְּיַד הַלְוָה
לְסַלְקוּ בְּזוּזִי וּבְמַטְלִטְלִין בְּמַה שְׁיִרְצָה ע"כ לֹא שְׁיִיךְ בְּזָה לֹאמֵר פְּגָבוּי דְּמִי וְכַעֲיִן הָא
דְּפִסְחִים ד' ל"א דס"ל לְרַבָּא מְפָאן וְלִהְבָּא גּוֹבָה מְשׁוּם אִי בְּעִי מְסַלֵּק לִי' בְּזוּזִי כּו' וְזֵהוּ
טְעָמוֹ שֶׁל ב"ה דס"ל דְּלֹא פְּגָבוּי דְּמִי מְשׁוּם דַּב"ש ס"ל פִּינּוּן דְּהַחוּב עוֹמֵד לְגִבּוּת עַכ"פ
ע"כ הָיוּ פְּגָבוּי וּב"ה ס"ל דְּלֹא הָיוּ פְּגָבוּי פִּינּוּן דְּלֹא נִתְבָּרַר בְּבִירוּר מִמַּה יִגְבֶּה חוּבוֹ וְאַף
אַבְיֵי דְּפִסְחִים שֶׁם מוֹדָה בְּזָה וּכ"ז הוּא הֵיכָא דְּלֹא נִתְבָּרַר כ"ז אֲכֹן הֵיכָא דְּנִתְבָּרַר שְׁיַעֲבֹדוּ
מִמַּה יִגְבֶּה אֵת חוּבוֹ כְּמוֹ הָא דַּב"מ דְּכִינּוּן דְּמַת אַבִּיהֶם וְלֹא הִנִּיחַ אֵלֵא קִרְקַע זֹו א"כ נִתְבָּרַר
דְּמִזָּה הַשְּׁדָה יִגְבֶּה חוּבוֹ וּע"כ אֲמָרוּ בְּזָה הַלְשׁוֹן אֲרַעָא פִּינּוּן דְּלִגְבוּבֵינָא קִינְיָמָא כּו' מְשׁוּם
דְּיָדוּעַ דְּמִזָּה הַשְּׁדָה יִגְבֶּה חוּבוֹ וּע"כ הָיוּ פְּגָבוּי וְזֵה הוּא דוֹמָה לַמַּש"כ הַרְמַב"ם וְהוּבָא
בְּסִי' רמ"א סע"י ד' דְּהַמּוֹכֵר וְהַנּוֹתֵן לְחִבְרֹו צָרִיף לְסִיִּים הַמְּמַכֵּר וְאִם לֹא סִיִּים לֹא קָנָה
ע"ש וְיָדוּעַ בַּב"מ ד' ט' בְּסִנְגִיָּא דְּרַכּוּב וּמִנְהִיג דְּמִיָּדִי דְּלֹא חָשׁוּב לְמַהְיִי קִנְיָן לֹא מִקְרִי
מִןחֻזֵק וְכַה"ג כְּתַב הַרְמַב"ן בְּסִפְרֵי הַזְּכוּת וְהָר"ן פ' הַכּוֹתֵב דְּלִכְּן אֵינּוּ נֶאֱמָן בְּשִׁטְרוֹת לֹאמֵר
שְׁטֵר הִיָּה לִי וְאֲבָד דְּכִינּוּן דְּאִין תְּפִיסְתּוֹ קִנְיָן ע"כ לֹא הָיוּ מִןחֻזֵק כּו' וְהַדְּבָרִים אֲרַנּוּפִים
וְהִיָּה בְּשִׁטְרֵי חוּב הָעוֹמֵד לְגִבּוּת דְּלֹא נִתְבָּרַר מֵאִין יִגְבֶּה חוּבוֹ דְּהָיוּ דְּבָר שְׂאִינּוּ מְסוּיִים
ע"כ לֹא שְׁיִיךְ לֹאמֵר דְּהָיוּ הַמְּלִנָה כְּמִןחֻזֵק מִשָּׂא"כ בְּהָא דַּב"מ דְּאַרְעָא לְגִבּוּבֵינָא קִינְיָמָא
דְּהָיוּ דְּבָר מְסוּיִים ע"כ חָשׁוּב בְּזָה מִןחֻזֵק וּמַה"ט אֲתִי שְׁפִיר מַה דְּלֹא הִזְפִּירוּ הַרְמַב"ם
וְהַמְחַבֵּר בְּהָךְ עוֹבְדָא דְּסִימָן קט"ו דְּעַל הִיתוּמִים לְהִבְיָא רֵאִי' דְּבַעֲיָנּוּ שֵׁט"ח דְּהָא מְטַעַם
שֵׁט"ח הָעוֹמֵד לְגִבּוּת פְּגָבוּי דְּמִי מְבֹאָר בְּגִיטִין ד' ל"ז דְּאַף לַב"ש אֵין זֵה רַק בְּשִׁטְרֵי שְׂיֵשׁ
בּוֹ אַחֲרֵיּוֹת נְכָסִים א"כ ה"ה לְדִידֵן אִי נִימָא דְּהִטְעַם הוּא מְשׁוּם דְּחוּב בְּרוּר פְּגָבוּי דְּמִי
א"כ אֵין זֵה רַק בְּשֵׁט"ח וְלֹא בְּמִלְוָה ע"פ אֲבָל לַפְּמַש"כ אֲתִי שְׁפִיר מְשׁוּם דְּהִטְעַם הוּא
לֹא מְשׁוּם שֵׁט"ח הָעוֹמֵד לְגִבּוּת רַק מְשׁוּם דְּאַרְעָא לְגִבּוּבֵינָא קִינְיָמָא וְזֵה הַטְעַם שְׁיִיךְ אַף
בְּמִלְוָה ע"פ: וְאַף דְּהִיתוּמִים יְכוּלִים לְסַלְקוּ בְּזוּזִי כַּדְקִי"ל א"כ עֲדִינּוּ לֹא נִתְבָּרַר גִּבּוּבֵינָא
דִּילָּי בְּלֹא עֲשֵׂה אֲפֹתִיקַי עַכ"ז נ"ל סְבָרָא נְכוּנָה בְּזָה לְפִי הַמְּבֹאָר בַּקְצָה"ח ס' ק"ד ס"ק
ד' וּס"ק ה' דְּהָא דִּיתוּמִים וְלוֹקֵס יְכוּלִים לְסַלֵּק לְהַבַּע"ח בְּזוּזִי שְׁלֵהֶם דְּזֵהוּ מִצַּד תְּקַנַּת
חז"ל דְּמִן דִּין שׁוּמָא הִדְרָא נִגְעוּ בּוֹ מְשׁוּם דַּמַּה"ד אֵינּוּ יְכוּלִים לְסַלֵּק מְבַעוֹת מְשׁוּם
דְּיְכוּל הַבַּע"ח לֹאמֵר בְּשִׁיַעֲבֹדִי אֲנִי רוּצָה רַק זֵה הוּא מִצַּד תְּקַחז"ל ע"ש בַּקְצָה"ח ע"כ
י"ל פִּינּוּן דַּמַּה"ד אֲרַעָא לְגִבּוּבֵינָא קִינְיָמָא לְאַחַר שְׁמַת אַבִּיהֶן וְלֹא הִנִּיחַ אֵלֵא קִרְקַע זֹו וְהָיוּ
כְּבָר כְּמֵאן דְּגִבְיָא דְּמִי וְאַף דְּבִיד הִיתוּמִים הִיָּה לְסַלְקוּ בְּמַעוֹת עַכ"ז הָא מַה"ד אֵינּוּ יְכוּלִים
לְסַלְקוּ וְהָיוּ הַמְּלִנָה מַה"ת בְּשֵׁם מִןחֻזֵק מְשׁוּם אֲרַעָא לְגִבּוּבֵינָא כּו' וְהָא דְּהִיתוּמִים יְכוּלִים
לְסַלְקוּ אֵין זֵה רַק מִצַּד תְּקַחז"ל וְיָדוּעַ מַה דְּכְתַבוּ הַפּוֹסְקִים דְּסַפְק מִצַּד תְּקַחז"ל לֹא מְצִי
לְבַטֵּל לְנוֹדָאֵי דְּאוּרִיָּתָא וּע"כ בְּסַפְק תְּקַנַּתָּא אֲזַלִּינוּ לְקוּלָא וְכִינּוּן דַּמַּה"ת אֲרַעָא לְגִבּוּבֵינָא

קיימא שפיר אַמרו דַּכְּגַבְיָא דְמֵיָא הֵךְ אַרְעָא דְהָא מַה"ת אֵינֵן יְכוּלִין לְסַלְקוּ בְּמַעוֹת וְאַף לְפַמְש"כ בַּמַּק"א דְהֵיכָא דְלֹא נֹולַד הַסְּפֵק בְּעֵינֵי תַּתְּקֵנָה רַק בְּסַפֵּק בְּמַעֲשֵׂה כְּמוֹ בַּנ"ד דְהַסְּפֵק הוּא אִם הֵיתּוּמִים הַשְּׁבִיחוּ אוֹ אֲבִיָּהֶם דְכַה"ג לֹא שְׁיִיף הֵךְ פְּלִלְא דְסַפֵּק תַּתְּקֵנָה לְקַלְא עַכ"ז י"ל דְשָׂאנֵי הָכָא כֵּינֵן דְעֵינֵי תַּתְּקֵנָה דִּיכּוּלִים לְסַלְקוּ בְּמַעוֹת זְהוּ מְצַד שׁוּמָא הֶדְרָא דְאֵין זֶה רַק מְצַד וְעֵשִׂיתְ הֵיָשֵׁר וְהַטּוֹב כְּמַבְּנֹאָר בַּב"מ ד' ל"ה ע"כ כֵּינֵן דְלוּלֵי תַּתְּקֵנָה דְשׁוּמָא הֶדְרָא מְצַד הֵיָשֵׁר וְהַטּוֹב הִי הַמְּלָנָה מְקַרֵי מְוַחֲזָק מַה"ת דְהָא בְּנוּדְאֵי הֵךְ אַרְעָא קֵימָא לְגַבְיָנָא.

רַק לְאַחַר דְתַתְּקֵנוּ חו"ל מְצַד הֵיָשֵׁר וְהַטּוֹב דִּיכּוּלִים לְסַלְקוּ בְּמַעוֹת ע"כ אֵין סְבָרָא דְמְצַד הֵיָשֵׁר וְהַטּוֹב יְהִי הַפְּסֵד לְהַמְּלָנָה דְיַפְסִיד מְוַחֲזָקוֹת שְׁלוֹ וְיַעֲקוֹר דִּין תּוֹרָה דְמַה"ת הִי הַמְּלָנָה בְּשֵׁם מְוַחֲזָק וְעַל פְּנֵה לֹא שְׁיִיף וְעֵשִׂיתְ הֵיָשֵׁר וְהַטּוֹב לְהַפְּסִיד זְכוּתוֹ שְׁיִישׁ לוֹ מַה"ת דְהוּי מְוַחֲזָקִימּוֹר מַה"ת פְּנ"ל וְע"כ שְׁפִיר פְּסָקוּ הֶרְמַב"ם וְהַמְּחַבֵּר דְאַף בְּלֹא עֲשָׂאוֹ אַפּוֹתִיקֵי עַל הֵיתּוּמִים לְהֵבִיא רֵאִי: וְהוֹכִיחוּ כֵּן כְּפִי שְׁפַתְבַּי הַשְּׁ"ף בְּסִי' קַט"ו ס"ק ל"ג דְהָא הַסְּוֹגֵיָא דְשֵׁם מְעִיָּקְרָא לֹא אֶסְקוּ דְמֵיָרֵי בְּאַפּוֹתִיקֵי וְכֵן הִי ס"ל לר"ח דְהֵיתּוּמִים יִטְלוּ עֲבוּר שְׁבָחָם מַגּוּף הַקְּרָקַע וְאֵי בְּאַפּוֹתִיקֵי אֵיף הִי ס"ד שְׁל ר"ח לֹומֵר כֵּן וְכְמוֹ דְהַקְּשׁוּ הַתּוֹס' בַּב"מ שְׁם ד"ה סְבַר ר"ח לְמֵימַר כּו' וְכַל הֶרְאֵשׁוּנִים שְׁם וְהַשְּׁמ"ק וְאַפְ"ה קִיבַל הַדִּין שְׁל רַבֵּי יוֹחָנָן דְעַל הֵיתּוּמִים לְהֵבִיא רֵאִי מְשׁוּם אַרְעָא כּו' וְבַע"כ מוֹכַח דְאַף דְלַדְיָנָא קֵי"ל דְלֹאוּ כְּגַבּוּי דְמֵי בַשְּׁט"ח עַכ"ז שְׂאֵנֵי הָכָא.

וְהַטַּעַם בַּע"כ מוֹכַח פְּנ"ל. וּבְאַמַּת אֵין סְבָרָא לְפָרֵשׁ בְּכַוֵּנוֹת הֶרְמַב"ם דַּס"ל כְּסַבְרַת הַתּוֹס' לְחַלֵּק דַּשְּׁט"ח בְּרוּר שְׂאֵנֵי מְשׁוּם דְנִלְע"ד דְזֶה הַחִילּוּק שְׁל הַתּוֹס' בְּסוּטָה תְּלוּי בְּפִלּוּגְתָא דַּח"מ סִי' קַט"ו סַעִי' ו' דְהֶרְמַב"ם כְּתַב שְׁם דְאִם לֹא עֲשָׂאוֹ אַפּוֹתִיקֵי וְהֵבִיאוּ הֵיתּוּמִים רֵאִי דְהֵם הַשְּׁבִיחוּ דְאִם רְצוּ הֵיתּוּמִים לְסַלֵּק לְבַע"ח בְּדָמִים מְסַלְקִין אוֹתוֹ וְאִם רְצוּ נוֹטְלִים מִהַקְּרָקַע שְׁיַעוּר שְׁבַח שְׁלָהֶם וְהַשְּׁ"ף שְׁם ס"ק ל"ז כְּתַב בְּשֵׁם פּוֹסְקִים וְהַתּוֹ"ח דַּס"ל דִּיכּוּל הַמְּלָנָה לֹומֵר בְּשַׁעֲבוּד כָּל הַקְּרָקַע שְׁלֵי אֲנִי רוּצָה וְלַדִּידֵי שְׁנֵה כָּל חוּבֵי וְאֵינָם יְכוּלִים הֵיתּוּמִים לְסַלְקוּ בְּדָמִים וְכֵן אִם רְצוּ הֵיתּוּמִים לִיְטוֹל הַקְּרָקַע שְׁיַעוּר שְׁבַח אֵינָם יְכוּלִים כֵּינֵן דְמַסִּיק הַמְּלָנָה שְׁיַעוּר הַקְּרָקַע וְשְׁבַח ע"ש: וְלַפ"ז בְּרוּר לְדַעֲתֵי דְעֵינֵי תַּתְּקֵנָה פְּנוּנָת הַתּוֹס' בְּסוּטָה דְמַחֲלָקִים בֵּין הָא דַּב"ה ס"ל דְלֹא הֵנִי כְּגַבּוּי דְשֵׂא"ה דְשְׁיַעֲבוּד קַרְקַע עוֹמְדָת כְּעַת בְּסַפֵּק כֵּינֵן דְנִסְתַּרְהָ וְלֹא שְׁתַּתְּהָ וְאַף דְמַקְנֻדָּם הַסְּתִירָה הִי בְּחֻזְקָת מְשׁוּעָבָד לָה עַכ"ז כֵּינֵן דְעַכְשָׁיו נֹולַד הַסְּפֵק ע"כ אֵינוּ כְּגַבּוּי מַשֵּׂא"כ בְּהָא דְהַמְּקַבֵּל כֵּינֵן דְגּוּף כָּל הַקְּרָקַע אֵינָם יְכוּלִים הֵיתּוּמִים לְעַכְבַּ עַל הַמְּלָנָה דְהָא אֵף אִם מְבִיאִים רֵאִי דְהֵם הַשְּׁבִיחוּ עַכ"ז אֵינָם יְכוּלִים לְסַלֵּק לְהַמְּלָנָה אֵף מִמַּקְצַת הַקְּרָקַע אֲלֵא הַמְּלָנָה מְסַלֵּק לִיתְמֵי בְּדָמִים עֲבוּר הַשְּׁבַח שְׁלָהֶם וְכַשִּׁיטַת הַתּוֹ"ח וְהַשְּׁ"ף הַנְּ"ל ע"כ מְקַרֵי הַמְּלָנָה בְּשֵׁם מְוַחֲזָק כֵּינֵן דְכָל הַקְּרָקַע קָאֵי לְגַבְיָנָא וְכַמְש"כ הַתּוֹס' בְּלִשׁוֹנָם דְשֵׂא"ה בַּב"מ דְאֵינָם מְעַכְבִּים הַקְּרָקַע מְלַפְּנֵיו וְע"כ הֵנִי כְּגַבּוּי וְאַף דְאִם רְצוּ הֵיתּוּמִים לְסַלְקוּ בְּדָמִים כְּפִי שְׁיַעוּר חוּבוֹ יְכוּלִים הֵמָּה לְסַלְקוּ מִהַקְּרָקַע אֵף לְשִׁיטַת הַשְּׁ"ף כַּמְש"כ שְׁם עַכ"ז כֵּינֵן דְאֵינָם יְכוּלִים לְסַלְקוּ אֲלֵא כְּדֵי כָּל חוּבוֹ ע"כ מְקַרֵי הַמְּלָנָה מְוַחֲזָק כֵּינֵן דְאֵינָם יְכוּלִים לְסַלְקוּ מַגּוּף הַקְּרָקַע רַק ע"י סִילּוּק כָּל הַחוּב ע"כ שְׁפִיר דְיִינֵינֵן בְּזֶה דְכְּמָאֵן דְגַבְיָא דְמֵי כֵּן הוּא שִׁיטַת הַתּוֹס' אֲבַל לְפִי שִׁיטַת הֶרְמַב"ם דְפָסַק דְאַף בְּרְצוּ הֵיתּוּמִים לִיְטוֹל קַרְקַע פְּשִׁיעוּר שְׁבַח נוֹטְלִים וְכֵן יְכוּלִין הֵיתּוּמִים לְסַלֵּק לְבַע"ח בְּדָמִים דְמֵי שְׁוִוֵי הַקְּרָקַע וְלֹא שְׁוִוֵי הַשְּׁבַח כְּמַבְּנֹאָר שְׁם

ע"כ אי אפֿשר לפרש פֿלל בשיטת הרמב"ם דלכן אף בלא הביאו ראי' הוי הבע"ח מוחזק משום דגבוי דמי דהא פֿעת נולד הספק בעצם השעבוד על פֿל הקרקע אם הוא של המלנה או מקצת הקרקע שייך ליתומים.

דהא אי נימא דהם השביחו א"כ יכולים היתומים ליטול מגוף הקרקע פֿפי שיעור שִבח שִלְהוּ וע"כ גוף הקרקע פֿולו אינו ברור דיהיה שייך להמלנה ומקרי זה גם עכשיו בשם ספק אם שעבודו על פֿל הקרקע או רק על מקצתו ולא על פֿולו א"כ לא שייך בזה לדון דיהי' בגבוי רק משום דבעת מיתת האב אז היה שעבודו על פֿל הקרקע בנודאי א"כ הא גם במתו בעליהן עד שלא שִתו דקיי"ל דלא הוי בגבוי הא התם ג"כ הי' מקודם הסתירה שיעבוד ברור על הקרקע ואפ"ה אמרו דלא הוי בגבוי ע"כ אין סברא לחלק לשיטת הרמב"ם עפ"י חילוק של התוס' בסוטה הנ"ל וכן ראיתי להלח"מ פכ"א הל' מלנה הל' ז שכתב בקצרה דאם לא עשה אפותיקי הרי יש ליתומים חלק בהקרקע דאם רצו יכולים ליטול מהקרקע שִבח שִלְהוּ ע"כ מקרי היתומים בשם מוחזקים כו' הרי שפיון לדברי רק שכתב בקצרה וכן נראה מלשון הנמוקי יוסף ושמ"ק ונהר"ן שם וע"כ ברור דהרמב"ם לא נתפנין לחילוק של התוס' בסוטה משום דלשיטתו אי אפֿשר לחלק פֿו דהא גם בזה הוי ספק בעיקר שיעבודו על פֿל הקרקע אי דאין לו שיעבוד רק על מקצת הקרקע או רוב הקרקע דהא אי נימא דהיתומים השביחו א"כ מגיע להם חלק הקרקע דאם רצו נוטלין מחלק הקרקע עבור שבחן פנ"ל וע"כ ברור דטעמו של הרמב"ם דס"ל דשאני הכא דזו הארעא היה קיימא לגוביינא בעת מיתת אביהם דלא הניח אלא שדה זו וגם פֿעת אינם יכולים היתומים לסלקו במעות אלא מצד הישר והטוב ומה"ת גוף פֿל הקרקע שייך להמלנה ע"כ מוקמינן בזה אד"ת.

דכן הוכיח מהש"ס פנ"ל: וגם הסמ"ע פֿתב טעם אחר בס"ק כ"ב דלכן עליהם להביא ראי' משום דמוקמי השדה כמו שהוא אחזקתו שהיה ביד אביהם פֿן אלמא דלא הי' ניחא להסמ"ע לומר בטעם הרמב"ם דס"ל כמש"כ התוס' בסוטה אף טעמו הוא תמוה דזהו נגד הגמ' דאמרו מטעם דארעא דלגוביינא קיימא ובלא"ה טעמו אינו נכון לדינא דהא מבואר בח"מ סי' קי"ב סעי' ב' דאם לא כתב דאקני ומחולק המלנה עם הלוקח דהלוקח טוען לאחר שִלְהוּ קנה ומכר והמלנה אומר דבעת שִלְהוּ היו הנכסים ביד הלנה י"א דעל המלנה להביא ראי' וכו' ויש אומרים דאם יש עדים שקנה הלנה צריך המלנה להביא ראי' ואם לאו ב"ד מעמידין על חזקתו ונאמר שהיה שלו ושל אבותיו מעולם והסברא ראשונה עיקר עכ"ל.

א"כ לא מבעיא לדעה קמיימא דס"ל דאף היכא דאיכא חזקה דכאן נמצא כו' לא מפקינן מהמוחזק בנודאי ה"ה בהא דיתומים אמרו אנו השבחנו כו' דנודאי מחמת חזקה דהשתא לא מפקינן ממוחזק ואף לדעה בתרייתא דס"ל דבחזקה דכאן נמצא מוציאין ממוחזק ועיין בסי' מ"ב סעי' י"ד וסי' רט"ז סעי' ח' ואכמ"ל עכ"ז ז"א אלא היכא דליכא חזקה דמעיקרא פֿדהתם דלא נודע שקנאו וי"ל דהיה שלו ושל אבותיו מעולם אבל היכא דיש חזקה דמעיקרא כמו בנודע שקנאו הלנה דיש חזקה דמעיקרא דהשתא הוא דקנאו בזה ליכא חזקה דכאן נמצא כו' דהא חזקה דמעיקרא עדיף מחזקה דהשתא פֿמבואר בסוגיא דפ"פ ובי"ד סי' פ"א ובש"ד ולכ"ע אין מוציאין מלוקח א"כ ה"ה האי שִבח דהבע"ח

גופא אומר אביכם השפית א"כ משמע דליכא למימר דהי' השבח מעולם על השדה רק הספק הוא שמה אביכם השפית א"כ איכא בזה תזקה דמעיקרא דהשתא הוא דהשפית השדה וכלל הוא דכל מה דאיכא לאחורי לתזקה דמעיקרא מאחרינו א"כ קשה דאמאי על יתומים להביא ראי' ובפרט דאומרים פרי ולכן דברי הסמ"ע בטעמו מוקשה מאוד: ולכן העיקר כמש"כ ביאור טעמו דהרמב"ם והמחבר דשא"ה פיון דמבזרר דזה השדה יבוא לידי גובינא ולכן פגביא דמאי וזה עדיף מן סיים לו שדה דגיטין ד' ל"ז ובאמת י"ל דכה"ג אפשר דגם לשיטת הרמב"ם אף דס"ל מכירת שטרות דרבנן עכ"ז אפשר דבכה"ג ס"ל דהוי מכירת שטרות דאורייתא פיון דהוי פגבוי וא"כ הוי מתורץ קושיות התו' דהקשו בב"ב דף ע"ו ע"ב דאי מכירת שטרות דרבנן ל"ל קרא למעוטי שטרות מאונאה די"ל דאיתי כה"ג היכא דשייך לומר ארעא לגובינא פמאן דגביא דמאי פמו הא דב"מ ה"ל ויש להאריך בזה אבל היכא דלא שייך פן גם הרמב"ם ס"ל דלא הוי פגבוי וגם מן שיטת התוס' דסוטה נתבאר דאינו ראי' מדבריהם די"ל דכתבו פן לפי ה"א דהש"ס דשם דלא אסיק להו דמייירי באפותיקי די"ל דהש"ס הי' ס"ל פסברת ר' יוחנן דגיטין ד' ל"ז דהוי ס"ל מעיקרא דשט"ח פרוור הוי פגבוי אבל למסקנת הש"ס דמייירי באפותיקי שפיר י"ל פמסקנת הש"ס דגיטין דהדר ביה ר' יוחנן דאף שט"ח פרוור לא הוי פגבוי וכמו שהוכחתי מכמה דוכתי דאף שט"ח פרוור לא הוי פגבוי פנ"ל והא דב"מ שאני דהוי אפותיקי מפורש דהוי פמכור וביתמי דאינם יכולים לסלקו בזווי ואפותיקי סתם גרע מן סיים שדה בהלונאתו דגיטין ד' ל"ז ועיין בסי' ס"ז וב"ר"ן וריטב"א גיטין שם וגם בסיים לו שדה י"ל דז"א רק בשמיטה דהוי מדרבנן וכמבואר פעין זה בתומים סי' ס"ז ס"ק ט' ע"ש דבזה לא הוי פגבוי ואפשר דלזה נתפנין הש"פ בסי' קט"ו סוף ס"ק ל"ג אף שקוצר בזה: [ענף ד ועכשיו נברר מה דיש לדון לכאורה בהנהג מפרמות הנכתבין לכל מוכ"ז שלא נזכר בו שם המלנה די"ל דבזה הוי פגבוי לכ"ע עפ"י מש"כ הב"ש באה"ע סי' ע"ז בדיני מורד ומורדת בשם הט"ז אם הנדוניא ביז אביה פטור אפילו אם נתן שט"ח על הנדון אלא א"כ עשה ממרני פנהוג בקצת מדינות שלא נזכר בו שם המלנה אז הוי פגבוי עכ"ל וכ"כ הב"ש בסי' נ"ג ס"ק י"ג דהט"ז פסק אם נתן ממרני פנהוג בקצת מדינות דאין פותבין מי הוא המלנה יש לפסוק כש"ג משום תיכף שייצא הממרני מידו חייב לשלם לכל מי שמוציאו והוא יחזור על חתנו נמצא דהאב מקרי מוציא מחתנו עכ"ל אלמא דחזינו דס"ל דשטר שאין נכתב בו שם המלנה אמרינו פגבוי דמי לכ"ע ולפ"ז גבי שמיטה י"ל בהנהג צעטלין לכל המוכ"ז דאינו משמט פמבואר בגיטין ד' ל"ז לב"ש דס"ל דכגבוי דמי אינו משמט אם פן ה"ה לדידן דאף דלאו פגבוי דמי י"ל דז"א רק בשטר שנכתב שם המלנה פמו דהי' הנהוג בזמן הש"ס אבל בשטר הנכתב לכל המוציא פיון דהוי פגבוי ע"כ אינו משמט וכעין סברת הב"ש והט"ז ה"ל וגם הא מצינו בח"מ סי' ק"ד סעי' ג' בשם ר"י בתפס שטרות לא הוי כתפס מעות ויחלקו וכתב הסמ"ע שם ס"ק י' משום דכיון דיכול המלנה הראשון למחול ונשאר שיעבוד הגוף אצלו ע"כ לא הוי כתפס ממון וכן כתב ביאור הגר"א זצ"ל ס"ק כ' משום דצריך פתיבה ומסירה ע"כ לא מהני תפיסתו ולפ"ז לכאורה נראה פמפרמות דכיון דאין צריך כו"מ וגם אינו יכול למחול דזה הוי לכאורה כתפס ממון וזהו נוטה פעין סברת הב"ש ה"ל דבזה הוי פגבוי.

ומה"ט יש לדון בממרות שלנו גבי מחילה בלא קנין והשטר הוא בידי המלנה דמבואר בח"מ סי" י"ב ובש"ך שם דלכן מהני מחילה בלא קנין משום דקיי"ל דלא הוי פגבוי א"כ בממרות פיון דהוי פגבוי י"ל דלא מהני מחילה לכ"ע ומה"ט י"ל גבי ירושת בכור לכאורה דיהיה נוטל פ"ש משום דהוי מוחזק ולא ראוי פיון דלא הוי מחוסר גבויינא פלל אי נימא פגבוי דמי כמש"כ רש"י בכ"ד לב"ש דכגבוי דמי דאין פאן חוב פלל ומקרי מוחזק ולפ"ז י"ל ג"כ מלתא חדתא בממרים אם נולד בו ספק בפרעון דיהי' הדין עם המלנה כמו פל שטר לב"ש פמבואר בסוטה ד' כ"ה ויבמות ד' ל"ח אמנם מסתימת פל הפוסקים מבואר דאין לחלק בין תפס ממרות לשטרות בכ"ז.

וכן מוכח בב"ב ד' קכ"ד גבי בכור נוטל במוחזק ולא בראוי דאיתא שם אלא הא דתניא ירשו שט"ח בכור נוטל פ"ש מני לא רבי ולא רבנו כו' והא ה"מ לאוקמי דמייירי בלא נכתב בשטר שם המלנה דאז הוי פגבוי פנ"ל וכן תקשה בהא דגיטין ד' ל"ז במה דתני התם שט"ח אינו משמט דמוקי דאתי כב"ש: הא י"ל דמייירי בלא נכתב בו שם המלנה והוי פגבוי לכ"ע וכעין מה דמצינו גם בזמן הש"ס בההו שטרא דנפק בי דינא דרב הונא דנכתב אני פלוני לוייתי ממה מנה פמבואר בב"ב ד' קע"ב וכעין מה דמצינו בגיטין ד' י"ג דכתב בו משמעבדנא פה ולכל מאן דאתי מחמתה פמבואר בח"מ סי' ס"ו סעי' א' וסעי' כ"ו ובש"ך ונתנים שם וכן בהא דשבועות ד' מ"ח דמוקי להברייתא התם כב"ש גבי אין אדם מוריש שבועה לבניו והא ה"מ לאוקמי ג"כ בלא נכתב בו שם המלנה פנ"ל ומדלא משתמיט שום דוקתא לומר דכלא נזפר בו שם המלנה יהי' פגבוי בע"כ מוכח מכל הנ"ל דבאמת אף בלא נזפר בו שם המלנה אינו פגבוי למאי דקיי"ל כב"ה ועיין בקצה"ח סי' ק"ח ס"ק ח' מש"כ בשם הרשב"א שהובא בדרכי משה דאף בשטר לכל המוכ"ז אמרינו ג"כ אין אדם מוריש שבועה לבניו ומהא דשבועות שהובא לעיל הוי סייעתא לדבריו מדלא אוקמינו כה"ג: והא דכתבו הט"ז והב"ש גבי גזונות חתנים דממרים הוי פגבוי י"ל דז"א אלא בגזונות חתנים דהא שיטת רש"י שם דלא אמרינו אומדנא דע"מ שתהנה בתו רק שיטת הר"ת דאמרינו שלא נתן אלא ע"מ שתהנה בתו.

ע"כ י"ל דהיכא דנכתב לכל המוכ"ז אז מסתמא גמר ומשעבד נפש' אף היכא דלא תהנה בתו פיון דיכול חתנו למסור הממרים לאחר וכן מורה לשון הט"ז שם דז"ל הט"ז דתיקף שיצא הממרים מידו חייב לכל מי שיביאנו עליו אע"פ שלא חייב פלוס לאותו המוציא פלל אין לה גמר והקנה גדול מזה דהא אם יוציאנו אחר יצטרף לשלם לו כו' עכ"ל הט"ז אלמא דהטעם הוא משום דבממרים אמרו דגמר והקנה כו' ובזה הר"ת מודה לרש"י א"כ ז"א שייך אלא התם משא"כ בשארי דוכתי דמה לי אם המלנה תופס השטר או דימסור לאחר דבכל האופנים הוי הנתבע מוחזק נגד פולם לכן גם ממרות לא הוי פגבוי וגם הא יש חולקים על הט"ז באה"ע שם ואכמ"ל וכן מוכח לפמש"כ הדרכי משה בח"מ סי' ק"ח ס"ק ז' בשם הרשב"א דאף בשטר לכל המוציא שייך אין אדם מוריש שבועה כו' א"כ מוכח מזה דאין דינו פגבוי דאל"כ הא לא שייך בזה אין אדם מוריש כו' וכ"ז ברור ופשוט: ענף ה' ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ד' בהגהה שם פתבתי בזה"ל ומרגלא בפומי לדון על פתב יד שתפס המלנה דמהני מחילה לטעם של הכנה"ג דלכן לא מהני מחילה בתפס שטרא משום דהוי פגבוי ומבואר בגיטין ד' ל"ז דבשטר שאין בו אחריות גם לב"ש לא הוי פגבוי ע"כ בכת"י דאינו גובה ממשעבדי מהני מחילה לכ"ע

משום דזה לא הוי פגבוי עכ"ל ויש להקשות ע"ז מהא דב"ב ד' קנ"ז גבי נפל הבית עליו ועל אביו והי' עליו פתובה ובע"ח יורשי האב ואמרים הבן מת ראשון ובע"ח אומר האב מת ראשון ב"ש אמרים יחלקו וב"ה אמרים נכסים בתקנתן והש"ס רצה להוכיח שם דאקנו משתעבד ונחיו לי' התם משום מצנה על היתומים לפרוע חוב אביהו ומקשו עלה מהא דרב ושמואל דאמרי מע"פ אינו גובה לא מן היורשים ולא מן הלקוחות כו' א"כ תיפוק לי' דאף אם גובה מהיורשים הא פינון דלא גבה מלקוחות דהוי דאקני א"כ היכי קאמרי ב"ש יחלקו דהא טעמא דב"ש הוא משום דסברי שטר העומד לגבות פגבוי דמי כמבואר ביבמות ד' ל"ח וכינון דאקני לא משתעבד א"כ לא הוי פגבוי.

א"כ מוכח מסוגיא הנ"ל דאף היכא דאינו גובה ממשעבדי ג"כ ס"ל לב"ש דהוי פגבוי ותקשי ע"ז מסוגיא דגיטין הנ"ל ועיין בסוטה ד' כ"ה בתוס' ד"ה ב"ש אמרים כו' ועכ"ז דונק לחלק עפ"י דברי התוס' הנ"ל בזה והנראה לי בחומר הקוש' הנ"ל והוא דהא מציינו בב"מ ד' ק' המחליף פרה בחמור וילדה זה אומר כו' וזה אומר משלקחתי כו' יחלקו ושם בגמ' מוקמינו לה פסומכוס ומקשו אימר דאמר סומכוס בשמא ושמא בכרי וכרי מי אמר אמר רבה בר רב הונא אין אמר סומכוס אפי' בכרי וכרי רבא אמר לעולם פי אמר סומכוס בשמא ושמא אבל כרי וכרי לא אמר ותני זה אומר שמא כו' ובתוס' שם ד"ה הא מני כו' פתבו דגם היכא דהוי מוחזק ג"כ ס"ל לסומכוס דחולקין רק היכא דמוחזק טוען כרי בזה לכ"ע אליבא דסומכוס הממע"ה ולא חולקין ולהך מ"ד דס"ל בב"מ שם דכינון דתנו זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי דמוכח מזה דאף בכרי וכרי אמר סומכוס משום דדונק לומר כמו דאמר רבא ותני זה אומר שמא וזה אומר שמא כו' א"כ ה"ה בהא דב"ב ד' קנ"ז דתני זה אומר האב מת ראשון וזה אומר הבן מת ראשון כו' דנודאי מייירי באומר כרי כו' ובכרי ומוחזק מודה סומכוס דהמע"ה ע"כ מוכיח הש"ס ביבמות ד' ל"ח שפיר דטעמא דב"ש דס"ל גבי נפל הבית עליו ועל אביו דייחלקו דטעמא משום דשט"ח העומד לגבות פגבוי דמי משום דליכא למימר דטעמא משום דס"ל פסומכוס דמזון המוטל בספק חולקין היכא דאיכא דררא דממונא דז"א דהא בכרי ומוחזק מודה סומכוס דהמע"ה ואי נימא דלאו פגבוי דמי א"כ ה"ל היורשים מוחזקים וגם טוענים כרי דמודה סומכוס בזה וע"כ מוכח משום דכגבוי דמי אתי עלה אבל למ"ד דמפרש בב"מ שם על לשון ז"א משלקחתי כו' דיש לפרש בלשון זה אומר שמא פנ"ל א"כ ה"ה בהא דתנו ז"א הבן מת ראשון וזה אומר האב מת ראשון בנודאי יש לפרש בזה אומר שמא וזה אומר שמא כמו בהא דב"מ: [וכינון דמייירי בשמא ושמא ע"כ לסומכוס חולקין בנפל הבית עליו ועל אביו דהא זה הוי דררא דממונא כמו בהא דב"מ ד' צ"ז בשואל את הפרה וספק אם מתה בעת שהיתה שאולה דזה הוי דררא דממונא כמבואר שם א"כ ה"ה דספק אם הבן מת ראשון או האב מת ראשון דהוי דררא דממונא בנפל הבית עליו ועל אביו א"כ י"ל דטעמא דב"ש דאמרי יחלקו שם משום דס"ל כשיטת סומכוס דמזון המוטל בספק חולקין וב"ה דפליגי ע"ז משום דס"ל כרבנן דסומכוס והא דיבמות ד' ל"ח דס"ל לב"ש דזניקת נשואה עושה ספק נשואה דהיכא דאיהי קיימת הוי לה איהי נודאי ואינהו ספק ואין ספק מוציא מידי נודאי ולא אמרינו בזה חולקין אליבא דסומכוס משום די"ל בזה כמש"כ התוס' בבכורות ד' מ"ח והרשב"ם בב"ב ד' קס"ו דבספיקא דדינא גם סומכוס מודה דהמע"ה ועיין בקצה"ח בקונטרס

הספיקות פלל א' ס"ק א' אבל בנפל הבית דהוי ספיקא דמעשה י"ל דטעמא דב"ש משום דס"ל פסומכוס והיכא דטוען שמא אף במוחזק גמור ס"ל לסומכוס דחולקין: והא דמוכח מזה ביבמות דס"ל לב"ש שטר העומד לגבות פגבוי דמי י"ל דס"ל לסוגיא דהתם דכיון דתני זה אומר האב מת ראשון וז"א הבן מת ראשון פהה מ"ד דב"מ דאין סברא לפרש דמיירי בטוען שמא וכיון דמיירי בע"כ בטוען פרי א"כ הא בטוען פרי ומוחזק ס"ל גם לסומכוס הממע"ה ע"כ אין סברא לפרש טעמא דב"ש דס"ל פסומכוס אי ניימא דלאו פגבוי דמי וע"כ הוכיח מזה דס"ל לב"ש שטר העומד לגבות פגבוי דמי אבל פהא דב"ב אף דנימא דס"ל ג"כ פהה מ"ד עכ"ז אם הי מקשה דכיון דאינו גובה מלקוחות א"כ לא שייך פגבוי בזה הייתי יכול להדחות לו דאפשר דטעמא דב"ש משום דס"ל פסומכוס.

ע"כ הקשו ביותר הא מלנה ע"פ אינו גובה מהירשים וזה אין להקשות דכיון דנימא דב"ש ס"ל פסומכוס וב"ה ס"ל פרבנן א"כ איך יפלוג סומכוס על ב"ה. די"ל בזה כדמצינו פמה פעמים בש"ס ובתוס' פזה דס"ל לתנא דלא נחלקו ב"ש וב"ה בדבר זה ע"כ מתרץ קושיא זו ועיין בב"ב ד' קנ"ח אר"ע מודה אני בזה וברש"י ב"מ ד' ל"ז ותוס' ב"ב שם:.

ולפ"ז שפיר י"ל כמש"כ בספרי פנ"ל דבחוב דאינו גובה ממשעבדי לכ"ע לא שייך בזה דהוי פגבוי אכן פריטב"א בגיטין ד' ל"ז שכתב שם בשם ר' פנחס הלוי שהקשה דלב"ש דשטר העומד לגבות פגבוי דמי א"כ לב"ש אין לה מלנה בשטר דמשמטת ותיירץ דשטר שאין בו אחריות נכסים לב"ש אע"ג דפגבוי דמי משמט וגזה"כ היא אבל היכא דאית בי אחריות אינו משמט דבזה לא שייך גזה"כ אבל רש"י ס"ל דלא אמרינן פגבוי דמי אלא בשטר שיש בו אחריות נכסים פיון דכול לטרוף מלקוחות כו'.

ונה נכון עכ"ל הריטב"א א"כ לשיטת ר"פ הג"ל י"ל דהיכא דאמרינן פגבוי דמי ה"ה אף באין בו אחריות נכסים והא דשמטה שאני ויהי' לו סייעתא מהסוגיא דב"ב ד' קנ"ז הג"ל א"כ עדיין הך דינא שכתבתי דבאין בו אחריות נכסים לא אמרינן פגבוי תליא בפלוגתת הראשונים הג"ל אף לפי מה שהכריע הריטב"א שם דהנכון פשיטת רש"י א"כ שפיר פתבתי בספרי.

ולפ"ז היכא דליכא אחריות נכסים בנודאי מהני מחילה אף שהשטר תחת ידו לכ"ע וכעת ראיתי בקצה"ח סי' פ"ג ס"ק ה' שכתב דשט"ח שאינו גובה ממשעבדי אינו פגבוי והעיר ע"ז מהא דב"ב ד' קנ"ז ונדחק בזה: לפי מה דנתבאר לעיל דהעיקר פהש"ף סי' י"ב דכתב דלהלכה דקיי"ל כב"ה דלאו פגבוי דמי ה"ה גבי מחילה ונקיט שטרא מועיל מחילה משום דאף בשטר ברור אף במקום דגבי ממשעבדי וגם בממרמית הדין פשוט דלאו פגבוי דמי.

ועיקר הטעם דלא מהני מחילה ונקיט שטרא זהו משום דאמרינן פיון דלא תחזיר לו השטר מסתמא לא מחל בלב שלם והא דהקשה התנאים בסי' י"ב מהא דמוכר שט"ח וחזר ומחל דמחיל פכר הקדימו הש"ף בסי' ס"ו ס"ק ע"ד דהטעם הוא דהתם ליכא שטרא בידו דלהדר ליה והא דשטר בידו לא מהני מחילה הטעם הוא משום דחזינון דלא הנה לבבו שלם למחול לו וכמש"כ התנאים בסי' י"ב ס"ק ח' וע"כ יש לדון דהיכא דהנה השטר מונח במק"א ולא ת"י.

אי דלא הוי מחילה גמורה רק בהרונות הזמן דכה"ג יש לדון דמהני מחילה לכ"ע פיון דלא שייך בזה הטעם דהיה לו להחזיר השטר והטעם דכגבוי דמי פבר נתבאר דז"א לדינא וכקונשיות הש"ך בסי' י"ב וע"כ אף לפי מה דהכריע הש"ך בסי' רמ"א דהך דינא דנקוט שטר אומחל לו הוי ספיקא דדינא עכ"ז י"ל דהיכא דלא שייך לדון דהי' לו להחזיר השטר דכה"ג לכ"ע מהני מחילה ובפרט לפי מה שהכריע הב"ש והח"מ באה"ע סי' ק"ה דמהני מחילה בשטר אף בלא קנין א"כ הדין ברור כמש"כ: והא דאמרו גבי הא דנאמן סטראי במגו דלקד"ם בשטר א מסייע לי' משום דכגבוי דמי זהו משום דהוי עכ"פ סיוע קצת להמגו וכמו שאמרו שם עוד טעם משום דחזקה דשטרא בידי מאי פועי מסייע לי' וכמש"כ התנאים בכ"מ בארובה אף דשטרא בידי כו' שם לא הוי כ"כ בתקפו דהא אינו נאמן רק במגו וע"כ הטעם משום דבצירוף להמגו סגי סברא פל דהוא וה"ה אף דקיי"ל דשט"ח לא הוי פגבוי עכ"ז בצירוף להמגו סגי קצת גבוי וכמש"כ פועין זה הנו"ב במ"ק ח' ח"מ סי' ה' ע"ש.

ועי' באו"ת פללי מגו ס"ק ח' מזה בשם הכנה"ג. אבל מוחזק גמור לא הוי נזה פשוט: הגה"ה ואפשר דזהו פנונת רמ"י בחי' בכתובות ד' פ"ז דסבר רב"ח בשבועת פוגמת וע"א דה"ל שד"א והקשה לי' רבא והא אין נשבעין מה"ת רק בנשבעין ולא משלמין והקשו פולם איך ס"ד דרב"ח אבל לפמש"כ די"ל דבחוב ברור הוי פגבוי ע"כ פיון דאחר שתשבע אז יהי' זה חוב ברור והוי פגבוי ע"כ אין זה מקרי נשבעין ונוטלין אלא זהו בכלל נשבעין ולא משלמין פיון דאחר השבועה מיד בלא שום מעשה תהי' נקראת מוחזקת משום דהוי פגבוי ע"כ אין זה בכלל מחוסר גוביינא כפי' רש"י על שיטת ב"ש בכולי ש"ס רק רבא דמקשה לי' פן ס"ל דאף בחוב ברור לא הוי פגבוי ואף אחר שתשבע לא תהי' מוחזקת וע"כ הוי בכלל נשבעין ונוטלין וכמו דאמרו בירושלמי שם פ"ט ה"ז דלכן הך שבועת פוגמת אין זה שבועת התורה רק פועין שבועת התורה משום דכתובה לא הוחזקה בינדה לגבות.

ע"ש וקצתתי ע"כ הגה"ה: וע"פ מה שנתבאר לעיל דר' יוחנן פגיטין ד' ל"ז דס"ל שטר שיש בו אחריות נכסים אינו משמט טעמו משום דבשט"ח ברור שאין אנו דנין אם יש פרעון וכה"ג על השטר. דבזה אף ב"ה מודו דהוי פגבוי יש מקום עפ"ז לתרץ קונשיות המהר"ם לויבלין בב"מ ד' ד' ע"ב על תוס' ד"ה אין נשבעין כו' שהקשה במש"כ התוס' בשבועות ד' ל"ז ע"ב ד"ה ואין נשבעין על שיעבוד קרקעות דתירצו שם להא דאמר ר' יוחנן הפופר במזון שיש עליו עדים חייב בשטר פטור משום דה"ל שיע"ק.

והקשו שם דהא ר"י אית לי' שיעבודא דאורייתא א"כ אפילו בע"פ היכא משפחת לה ותי' דאליבין' משפחת כשמשל השיעבוד עכ"ל התוס' והקשה המהר"ם מלויבלין דאם מייירי שמשל השיעבוד א"כ אפילו בשטר יהי' חייב ודוחק לומר דמייירי דמשל השיעבוד של בני חורי ולא ממשעבדי עכ"ל ועי' בח"מ סי' פ"ח ובסמ"ע ס"ק נ"א ובש"ך ס"ק מ"ט ובאמת זה קשה מאוד מאי פסקא.

אכן לפמש"כ דר"י אית לי' דשטר העומד לגבות דאין בו ספק פלל אז הוי פגבוי לכ"ע לכן אתי שפיר קונשיות המהר"ם לויבלין הנ"ל די"ל דמייירי במשל השיעבוד בלא קנין וע"כ במזון שיש עליו עדים פיון דליכא שטר אז לא הוי פגבוי ומהני מחילה בלא קנין

הש"ף בהג"ה בסי' שפ"ו ס"ק א' על מש"כ התוס' בב"ק ד' ה' ע"א אהא דפריה קתם ור' חייא מ"ט לא תני מוסרות כו' דאפי' מאן דלא דאין דד"ג מחייב מוסרת משום קנס עכ"ל וקשה דהא הכי קאמר הש"ס בס"פ הפונס להדיא דלמאן דלא דאין דד"ג מוסרות נמי לא דיינינן כו' עכ"ל הש"ף: ומחומר הקושיא נלע"ד לתרץ דברי התוס' ע"פ מה שמצינו ברי"ף לגיטין פ"ד והובא ברא"ש שם סי' מ"א עלה דהמוכר בהמה גסה כו' דכתב האלפס וחינא לי' לגאון דקאמר דלא מגבינן קנסא בבב"ל אף זה דהוי מצד תק"ח.

והרא"ש שם תמה ע"ז דלא אמרינן כן אלא בקנסות דהוי מה"ת: אבל בקנסות דרבנן גובין אף בבב"ל ועי' שם בק"נ ס"ק קל"ו דהביא דברי הרי"ף דהגוזל קמא סי' ה' ע"ש עכ"פ מצינו למי דס"ל דאף קנסות דרבנן דינן כמו קנס דאורייתא דאין גובין אלא בב"ד סמוכין וכה"ג מצינו לשיטת המהרש"ל לב"ק והובא בש"ף סי' שפ"ח ס"ק נ"א דס"ל דד"ג אינו מתחייב ע"י הודאתו אם נימא דהוי קנסא וכמו פל מודה בקנס דמיקטר: וכ"כ הקצה"ח שם בשם השמ"ק לב"ק ד' צ"א שכתב ג"כ פשיטת המהרש"ל דגם בקנס דרבנן אמרינן אי מודה מיקטר וע"כ שפיר י"ל פשיטת הגאון דגיטין דאף קנס דרבנן אין גובין אלא ע"י סמוכין: והא דמצינו דכפניה רפרם דב"ק ד' צ"ח וכתובות ד' פ"ו י"ל באמת פשיטת הסוכרים דד"ג הוי מדינא ולא קנסא וכעין מש"כ ביאור הגר"א זצ"ל לח"מ סי' א' ס"ק כ' די"ל לכאורה דהרמב"ם אגזיל לשיטתו דס"ל דד"ג מדינא חייב ע"כ פסק דד"ג דינן בבב"ל כו' יעו"ש והא דב"ק ד' צ"ו דהאי גזילא עתיקא ובעינא למקנס' י"ל דזהו הוראת שעה כמו הא דסי' ב' וכ"כ השמ"ק ב"ק ד' קט"ז עלה דההוא גברא דאחוי חייבי [ר"נ כו' ע"ש: ולכן י"ל דלזה נתפוננו התוס' בב"ק ד' ה' דהא קשה להם במה דפריה שם ור' חייא ליתני מוסרת הא י"ל דלא דאין דד"ג והא דב"ק ד' צ"ט גבי ר"ח כו' י"ל דלפנים משה"ד הוא פדמסיק קתם ע"ש ע"ז פתבו דאף מאן דלא דאין דד"ג מחייב במוסרת משום קנס בהגוזל בתרא וכוונתם כמש"כ הרמב"ם לדינא דגרמי שילו להוכיח כן מן הא דהקשו התוס' בב"ק ד' קט"ז ד"ה לא צריכא דאחוי כו' דאמאי לא מוכיח הש"ס דר"מ דן דד"ג מהו משנה דאם מתמת הגזלן כו' אבל אי נימא לחלק דמוסרות לכ"ע דיינינן אינו קשה כ"ז: ולפ"ז י"ל דדוקא דד"ג דקיי"ל כר"מ דדאין זה דינן אף בבב"ל משום דזהו מצד הדין פנ"ל אבל מוסר לאנס אי נימא דלא דיינינן דד"ג ע"כ הא דמחייבין מוסר לאנס אינו רק מצד קנס ע"כ אין גובין בבב"ל ולכן שפיר אמר אמיר בס"פ הפונס דלמאן דלא דאין דד"ג לא דיינינן מוסר לאנס היינו אמיר דלא הי' סמוך ודכנות' לא דיינינן מוסר לאנס פיון דליכא בבב"ל ב"ד סמוכין והא דפריה ור' חייא ליתני מוסרות היינו דהא ר"ח תני תשלומי כפל ואונס והמפתה כו' אף דבעינן בהו ב"ד סמוכים ה"ה ה"מ למיתני מוסר לאנס אף דבעי ב"ד סמוכין ומתנרץ על נכון דברי התוס' ועי' בב"ק ד' צ"ח דאמרו שם גבי השורף שטר של חבירו אי דליכא סהדי אנו מנא ידעינן כו' וכתבו שם הראשונים והשמ"ק והרא"ש שם דאין לומר דישבע הנזק ויטול משום תקנת נגזול לפי דלא עשו זה בגרמי ועי' בש"ף סי' שפ"ו ס"ק ט"ו מזה וזהו כמש"כ לעיל סימן טו (סעי' ה) יש לדון ע"פ הדברים שדעתו נוטה כו'.

והנתיבות ס"ק ב' כתב לחלק דמ"ש באומדנא דקים לי בגונו' אמרו בכתובות ד' פ"ה קרענא ס"ד אלא מרענא שטרך כו' ואלו בהא דינדענא בחסא דלא אמיד מוציאין ממון מיתומים וחיילק דשאני באומדנא לכל העולם כו' אף אין חיילוק זה ברור כ"כ דהא גם

בְּהָא דִּינְדַעְנָא בְּחֶסֶד דְּלֵא אָמִיד אַף אַם אִינוּ יָדוּע לְכָל רַק לְהַדְיָיִן שְׁהִי בְּקִי בְּעֶסְקִיו ג"כ סְמְכִינוּ עַל אֲנֻמְדָנָא שְׁלוּ וּבְאֲנֻמְדָנָא דְאַחֲרִים מַה דְּאֲמָרִים דְּאִינוּ אָמוּד הָא זֶה לֹא מְהַנִּי כְּמִבְּנֵי אֲרָר בְּרַמְב"ם פ"ו ה' שְׁאֵלָה ה' ד' מִפְּנֵי שְׁאֲנֻמְדָנָא דְעֵתָן אִינוּ אֲנֻמְדָנָא דְעֵתוֹ כּו' וְכֵן בְּקִים לִי בְּגִנּוּנִי אַף דִּינְדוּע וּמְחֻזְק בְּכֹף לְהַרְבֵּה אֲנָשִׁים ג"כ אֵין לְהוֹצִיא מְמוֹן: וְלִדְעָתִי נִרְאֶה דְעֵיקָר הַחִלּוּק הוּא דְהָא בְּהַךְ קִים לִי בְּגִנּוּנִי דְלֵא מְשַׁקֵּר כִּינּוּן דְהַדְיָיִן בְּעֶצְמוֹ אִינוּ יוֹדֵע דְעֵנְיָנוּ רַק מַה שְּׁשׁוּמַע מְהַאֲחַר ע"כ אֵין לְהוֹצִיא מְמוֹן עִי"ז כְּמוֹ דְאַמְרוּ בִּיבְמוֹת ד' ק"א כְּגֹוֹן רַב שְׁמוּאֵל בֵּר יְהוּדָה מִפְּקִינָא מְמוּנָא אֲפֹנְמִי וּפְרִיָהּ מִפְּקִינָא ס"ד וְהָא ע"פ שְׁנִים עֲדִים אָמַר רַחֲמָנָא וְכֵן פִּי רַש"י בְּכַתּוּבֹת ד' פ"ה ד"ה קְרַעְנָא כּו' אֲפֹקִי מְמוּנָא הוּא וְתָרִי בְּעֵינָנוּ וְעֵיקָר הַטַּעַם דַּע"א אִינוּ נֶאֱמָן הוּא מְשׁוּם דְחָשׁוּ דְלֵמָא לֹא דִיִּיק וְאֹמַר בְּדַדְמִי כְּמִבְּנֵי אֲרָר בְּרַש"י ב"מ ד' ב' וּבְקִדּוּשֵׁין ד' ע"ג וּבֵר"נ שְׁם וּמְזֶה הוֹכִיחַ הַגְּתִיבוֹת בְּסִי ל"א ס"ק א' דְהִיכָא דְמִיִּיק לֹא חֲשָׁדוּהוּ שְׁיִשְׁקֵר בְּמִזִּיד וּכ"כ בְּסִי נ"ו ס"ק י"ח דְלִכּוֹן שְׁלִישׁ נֶאֱמָן מְשׁוּם שְׁהוּא בַע"ד וּמִיִּיק דְיִיק וּכ"כ הַפ"י רִישׁ גִּיטִין וּבְאַמְתָּ דְבָרֵי הַגְּתִיבוֹת הַגְּ"ל אִינוּ מְנַכְרַח דִּי"ל דְשֵׁא"ה בְּנֶאֱמָן הַדְיָיִן וְנֶאֱמָן הַמּוֹכֵר בְּזִמְן שְׁמַקְחוּ בְּיָדוֹ מְשׁוּם דְחַז"ל הִימְנוּהוּ בְּזֶה כִּינּוּן דְמִיִּיק דְיִיק כְּמַש"כ הַר"ן בְּקִדּוּשֵׁין שְׁם דְכָל הַנֶּהָר הֵם רַק מְדַרְבְּנָן דְהִימְנוּהוּ אֲבָל לְעוֹלָם י"ל דְאַף הִיכָא דְמִיִּיק דְיִיק ג"כ חֲשָׁדִינוּ שְׁיִשְׁקֵר דַּע"א הוּא גַם בְּחַשְׁשׁ מְשַׁקֵּר וְהָא דְשְׁלִישׁ נֶאֱמָן הָא הַטַּעַם הוּא מְשׁוּם דְהִימְנוּנִי כְּמִבְּנֵי אֲרָר שְׁם: וִי"ל דַּע"א דְאִינוּ נֶאֱמָן הוּא מְשׁוּם טַעַם דְמְשַׁקֵּר וְכֵן מְשׁוּם טַעַם דְלֵא דִיִּיק וְאֹמַר בְּדַדְמִי וַע"כ הִיכָא דְאֹמַר קִים לִי בְּגִנּוּנִי דְלֵא מְשַׁקֵּר דְאַף דְלֵמְשַׁקֵּר לֹא חֲיִישֵׁינוּ מ"מ עֲדִינוּ יֵשׁ לְחוּשׁ דְמַעֲיִד בְּדַדְמִי וַע"כ אֵין לְהוֹצִיא מְמוֹן עִי"ז וְזֶהוּ שְׁאֲמָרוּ וְהָא ע"פ שְׁנִים עֲדִים אָמַר רַחֲמָנָא וְהַטַּעַם הוּא מְשׁוּם חֲשַׁשׁ בְּדַדְמִי ג"כ וַע"כ עֲדִינוּ בְּהָא דְקִים לִי בְּגִנּוּנִי יֵשׁ לְחוּשׁ לְבַדְדַּמִּי וְכֵן יֵשׁ לוֹמַר בְּהַךְ דְקִים לִי בְּגִנּוּנִי דִישׁ לְחוּשׁ דְלֵמָא הַדָּר בִּי וְנַעֲשֶׂה שְׁקִרָן כְּמוֹ דְאַמְרוּ בְּבִרְכוֹת ד' כ"ט ע"א כְּעֵין זֶה דְאַמַר לָךְ רַבָּא צְדִיק מַעֲיָקְרָא נְמִי דִילֵמָא הַדָּר בִּי וְחֻזְקַת כְּשֵׁרוֹת אִינוּ מוֹצִיאִין ע"י מְחֻזְקַת מְמוּנָא וְעִי בְּכַתּוּבֹת ד' כ"ב בְּתוֹס' ד"ה תָּרִי וְתָרִי כּו' וּבְסִי ל"ד סַעִי כ"ח וּבְסִי מ"ו שְׁ"ף ס"ק ס"ה וּס"ק ס"ו וְאֲכַמ"ל כְּלָלוּ שְׁל דְבָר כִּינּוּן דְבַהַךְ קִים לִי בְּגִנּוּנִי דְלֵא מְשַׁקֵּר דְהַדְיָיִן סוּמָה עַל עֲדוּתוֹ שְׁל הָאֲחַר דְכִינּוּן דְהַדְיָיִן אִינוּ יוֹדֵע אֵת הָעֵנְיָן בְּעֶצְמוֹ רַק ע"פ הָאֲחַר לְכֵן שְׁפִיר אָמְרוּ דְאֵין פַּח שְׁל הַדְיָיִן לְהוֹצִיא מְמוֹן רַק לְאוּרוּעֵי שְׁטָרָא אוֹ לְעֵנְיָן מִיפְּהָ שְׁבוּעָה אֲבָל בְּהָא דִּינְדַעְנָא בְּחֶסֶד דְלֵא אָמִיד דְמַחְמַת אֲנֻמְדָנָא זֹו יוֹדֵע הַדְיָיִן אֵת הָעֵנְיָן ע"פ יְדִיעָתוֹ וְאֲנֻמְדָנָא דְעֵתוֹ ע"כ בְּזֶה שְׁפִיר סְמְכִינוּ לְהוֹצִיא מְמוֹן וְלְחוּשׁ שְׁמָא נִתְעַשֵּׂר עַכְשָׁיו לְזֶה לֹא חֲיִישֵׁינוּ כְּמוֹ דְאַמְרוּ בְּגִיטִין ד' ל' חֲבֵרָה אֵינְתַעֲשֵׂר לֹא תֵאֲשֵׁר מְשׁוּם דְעֵשִׁירוֹת לֹא שְׁכִיחָא וְכְעֵין זֶה הוּא בַח"מ ס' ל"ז סַעִי יו"ד דְלֵא חֲשָׁדִינוּ לִי לְנוֹגַע בְּעֵדוֹת אִם יִתְעַשֵּׂר כְּמוֹ דְאִי בַב"ב ד' מ"ה תוֹס' ד"ה מְאִי נַפ"מ כּו': וְכְעֵין זֶה מְצִינוּ בְּקִדּוּשֵׁין ד' ס"ו אֵי מְהִימָן לָךְ כְּבִי תָרִי זִיל אֲפַקֵּה וּפִי רַש"י הוֹאִיל וְלֹא הִכְחִישְתוּ וְכַמְש"כ הַמְל"מ ה' אִישׁוֹת פ' כ"ד ה' י"ז בְּשֵׁם הַרְשָׁבָא דְבַהַכְחִישְתוּ אִינוּ חֲיִיב לְהוֹצִיא אַף הִיכָא דְמְהִימָן לִי כּו' אֲלֵמָא דְאַף דְמְהִימָן לִי אֵין זֶה הוֹכְחָה גְמוּרָה כ"כ אַף בְּאִסְוִרִין וְלִכּוֹן בְּהַכְחִישְתוּ לֹא חָשׁוּ אַף דְמֵאֲמִינוּ וְלֹא מוֹצִיאִין אוֹתָהּ מִת"י בְּעֵלָה וְכֵן הָא ס"ל לְכַמָּה פּוֹסְקִים שְׁם דְהָא דְמְהִימָן לִי כְּבִי תָרִי דְאֵין כּוֹפִיִן לוֹ לְגַרְשָׁה רַק שְׁאֲמָרִים לוֹ שְׁחֲיִיב לְהוֹצִיאָהּ וְעִי בַא"ה ע' ס' קט"ו סַעִי ז' וּב"ש ס"ק ל"ג מַש"כ בְּשֵׁם הַמְהַרִּי"ק דְמַדְמָה הָא דְקִדּוּשֵׁין הַגְּ"ל לְהַךְ דְכַתּוּבֹת דְקִים לִי בְּכַת ר"ח וְהַטַּעַם הוּא דְכִינּוּן דְאִינוּ יוֹדֵע הָעֵנְיָן

בַּעֲצָמוֹ רַק ע"פ הַגְּדַת הָאֲחֵר ע"כ אֵין זֶה הוֹכְחָה בְּרוּרָה כ"כ וְלָכֵן ס"ל לַכ"פ שֶׁם דָּאֵין כּוּפֵין לְגַרְשָׁה כ"ז שְׁלֵא רָאָה בַּעֲצָמוֹ הַזְּנוּת וְעִי' בְּתֻשׁוּבַת ר' עֲקִיבָא אֵיגְר זצ"ל ס' ק' וּס' ק"א בַּפְּסָקִיו: וּמָה שֶׁהִקְשָׁה הַנְּתִיבוֹת דְּמַפְנֵי מָה בְּרָאָה כְּשֶׁנַּעֲשֶׂה עַד אֵינוֹ נַעֲשֶׂה דֵּינָן הָא אֵין לָהּ אֲנוּמְדָנָא גְדוּלָה מְזָה שֶׁהוּא בַּעֲצָמוֹ רָאָה הַמַּעֲשֶׂה וְאִפ"ה אֲסוּר לוֹ לְדוֹן וּמְזָה הוֹכִיחַ הַחִילּוּק שְׁלוֹ דְהֵיכָא דָּאֵינוֹ יְדוּעַ לְאַחֲרִים רַק לְהַדֵּינָן עֲצָמוֹ דָּאֵין אָנוּ מוֹצִיאֵין מְמוֹן עִי"ז רַק לְאוּרוּעֵי שְׁטָרָא וּמִיפָּה שְׁבוּעָה אֲבָל בְּאַמַּת אֵין זֶה קִשָּׁה כָּלָל דְּהָא כְּבָר כְּתִבּוּ הַתּוֹס' בַּב"ק ד' צ' ע"ב וּבִכְתָּנוּבוֹת ד' כ"א וְהָר"נ שֶׁם הִרְבֵּה טְעָמִים דְּמַפְנֵי מָה אֵין עַד נַעֲשֶׂה דֵּינָן וּכ"כ הַרְשֵׁב"ם בַּב"ב ד' קי"ד דְּזָהוּ גִזְהוּ"כ אִם רָאוּ בְּלִילָה דְלָא הִי' עָלָיו שֶׁם דֵּינָן בַּעֲת שְׁרָאָה אֶת הַמַּעֲשֶׂה וְכַמְבּוֹאֵר בְּסִי' ז' דָּאֵינוֹ נַעֲשֶׂה דֵּינָן וְגַם אָף לְאוּרוּעֵי שְׁטָרָא אוֹ לְמִיפָּה שְׁבוּעָה אֵינוֹ נַעֲשֶׂה דֵּינָן כָּלָל וּכ"ז הוּא הֵיכָא דְבַעֲת שְׁרָאָה לֹא הִי' עָלָיו שֶׁם דֵּינָן אֲבָל בְּרָאוּ בֵּיוֹם יָכוֹל לְהִיּוֹת דֵּינָן א"כ הָא הָאֲנוּמְדָנָא דְסִי' ט"ו הַנְּ"ל הָא רוֹאֶהוּ גַם בֵּיוֹם וְלֹא הָיָה עָלָיו מַעוֹלָם שֶׁם עַד כָּלָל ע"כ שְׁפִיר יָכוֹל לְהִיּוֹת דֵּינָן אָף לְאַפּוֹקֵי מְמוֹנָא ע"פ אֲנוּמְדוֹן דַּעֲתוֹ אִם יוֹדַע הָעֲנָן הַמַּעֲשֶׂה ע"פ עֲצָמוֹ וּכ"ז פְּשוּט: הָאו"ת ס"ק ג' הִקְשָׁה לְמָה הַשְּׁמִיטוֹ הַפּוֹסְקִים לְהָא דְמִשְׁמַע בְּנִדְרִים ד' ס"ב דְּכֶהֱן מְקַדְמִין לוֹ לְדוֹן דֵּינוֹ תְּחִילָה וְנִדְחָק לִיְיָשֵׁב ע"פ מַש"כ הַמַּג"א בְּסִי' ר"א דָּאֵין לָנוּ פְּהֵי יְחוּס כּו' וְלִי נִרְאָה דְלָכֵן הַשְּׁמִיטוֹ זֶה מְשׁוּם דִּישׁ לְהוֹכִיחַ מְנַדְרִים שֶׁם דְּכֶהֱן אֵין לוֹ קְדִימָה בְּזָה רַק לְמָה שְׁמָנוּ חֲכָמִים שֶׁם דָּאֵי נִימָא דְזָהוּ בְּכָלֵל לְפִתּוּחַ רֵאשׁוֹן א"כ קִשָּׁה דְלָמָּה הִוָּצְרָךְ רְבָא לּוֹמַר שֶׁם טַעַם מְדַנְפְּשֵׁי מְדַרְשָׁא וּבְגֵי דוֹד פְּהֵינִים מָה פְּהֵן כּו' דְּמִשְׁמַע מְזָה דָּאֵין לַת"ח זְכוּת רַק כְּכֶהֱן וּלְפ"ז אִם יֵשׁ שֶׁם כְּהֵן אַחֵר לֹא מְקַדְמִינָן דִּין הַת"ח לְדִין הַכְּהֵן יוֹתֵר ה"ל לְהַבִּיאַ מְשָׁנָה סוּף הוֹרִיּוֹת ד' י"ג דְּמַמְזוֹר ת"ח קוֹדֵם לְכֶהֱן ע"ה כּו' וְהַש"ךְ בִּיּוֹ"ד ס' רמ"ו ס"ק י"ד וּבְסִי' רנ"א ס"ק ט"ו הִבִּיא בְּשֶׁם בְּאֵר שְׁבַע דַּל"ד ע"ה אֶלָּא כָּל שְׂאֵינוֹ שָׁנָה בְּחֻכְמָה לְהַכְּהֵן כּו' וּבִירוּשְׁלָמִי סוּף הוֹרִיּוֹת וּבְשֻׁבַת פ' י"ב ה"ג מִסְקוֹ בְּלֹא חוּלָק דַּל"ד לְפָדוֹת וּלְכַסּוֹת כּו' אֶלָּא לַכ"ד מְקַדְמִינָן ת"ח לְכֶהֱן דְּעֵיקַר הַטַּעַם הוּא מְפָסוּק יְקָרָה הִיא מְפָנִינִים וּמִשְׁמַע דְּלָכֵל מִיְלֵי חָשׁוּב ת"ח בִּיּוֹתֵר מְפָהֵן וּכ"כ הַרְע"ב וְהַתּוֹס' יו"ט גִּיטִין פ"ה מ' ח' וּבְרִיטְב"א נְדָרִים שֶׁם וּבָאוּ"ח ס' קל"ה וּבִיּוֹ"ד ס' רמ"ו ש"ךְ ס"ק י"ג וְעִי' בְּמַגְלָה ד' כ"ח וּבְטוֹר הָאָכֵן שֶׁם: וְלָכֵן נ"ל דְּכּוֹנְנַת הַגַּמ' בְּנְדָרִים דְּאָמְרוּ דַּת"ק לוֹ דִּין קְדִימָה בְּדִין מְדַרְשָׁא וּבְגֵי דוֹד פְּהֵינִים מָה כְּהֵן נוֹטֵל בְּרֵאשׁ כּו' דָּאֵין כְּוֹנְנָתָם לְמִילָף מִמָּה דְּנִקְרָאִים פְּהֵינִים דְּלָכֵן מְקַדְמִינָן לַת"ח בְּדִין דַּז"א דַּל"ז אֵין דֵּינָם בְּחֻשְׁבוֹת יוֹתֵר מְפָהֵן רַק כְּכֶהֱן וּבְאַמַּת הָא מְבּוֹאֵר בְּמְשָׁנָה דְּהוֹרִיּוֹת דַּת"ח חָשׁוּב יוֹתֵר מְפָהֵן רַק דַּס"ל לְהַש"ס דְּכֶהֱן אֵין לוֹ דִּין קְדִימָה לְדוֹנוֹ תְּחִילָה רַק לְאוּתָן דְּבָרִים דְּמָנוּ הֵתָם לְפִתּוּחַ רֵאשׁוֹן כּו' וְכֵן הָא דְּסוּף הוֹרִיּוֹת דְּכֶהֱן קוֹדֵם לְלוֹי הוּא רַק לְפָדוֹתוֹ וְלַהֲחִיּוֹתוֹ רַק ת"ח קוֹדֵם לְכֶהֱן בְּכָל מִיְלֵי ע"פ דְּרִשָׁא יְקָרָה הִיא כּו' וְעֵיקַרוֹ מָה דְּשָׂרוּ לַת"ח תִּיגְרָא בְּרִישָׁא נְפָקָא לְהוּ בְּשְׁבוּעוֹת ד' ל' מִמָּה דְּתַנִּי רַב יוֹסֵף שֶׁם וְכֵן מַמְש"כ הַתּוֹס' שֶׁם דַּעֲשֶׂה דְּכָבוֹד תּוֹרָה עֲדִיף וְעֵיקַר כְּוֹנְנַת הַגַּמ' בְּנְדָרִים הוּא דְּבִסְוִגְיָא שֶׁם לְעִיל מִינָה אָמְרוּ דָּאֵין לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּכַתְרָה שֶׁל תּוֹרָה וְכַתְבַּהֲר"נ שֶׁם ד"ה אֵי הֵכִי כּו' דְּשָׂרֵי לַת"ח לְמִימַר שָׂרוּ לִי תִיגְרָאֵי בְּרִישָׁא שְׁפִיּוּצָא בְּדְבָרִים הִלְלוּ זְכָתָה תּוֹרָה לַת"ח כְּשֶׁם שְׁזָכְתָה לְפְהֵינִים וּכְמ"ש וְלִיטּוֹל מְנָה יָפָה וְעִי' תּוֹס' גִּיטִין וּכ"כ הַרְשֵׁב"א בְּתֻשׁוּבָה ח"א ס' פ"ד פִּי מְחֻקֵי הַתּוֹרָה לּוֹמְדֵי כְּכֶהֱנִים לִיטּוֹל חֵלֶק בְּרֵאשׁ וְת"ח הָאוּמַר שָׂרֵי לִי

תגראי תוקי כבוד תורתו שואל וה"ה פשואל חלק ירונשתו ואין זה בכלל משתמש בכתרה כו' ע"ש.

ונהו פוננת הגמ' דשרי לת"ח לומר ת"ח אגא ושרו לו תיגראי ברישא מהא דכתיב בגי דוד פהנים מה פהן נוטל בראש היינו הזכות מה שזיפו לפהן בדינו שרשאי להיות תובע בפיו וליתול חלקו שיש לו ע"פ הא דכתיב וקדשתו כו' ולכבודו שזוכה ע"פ דין וכמש"כ התוס' במ"ק ד' כ"ח פ"ג שנהו דינו יכול לראות סי' ברכה כו' כ"כ יש זכות לת"ח להיות תובע ליתול זכותו מה שזכתה לו תורה להקדימו ולכבדו ולדונו תחילה וזה מוכרח בכוננת הפסוק דקרו להן פהנים לגבי זה להיות נוטל חלקו ולא יהיו ח"ו משתמש בכתרה של תורה ומדוקדק לפ"ז לשון דאמרו מה פהן נוטל חלקו ולא יהיו ח"ו משתמש בכתרה בזה ולכן שם בנדרים אח"ז קיזרו בלשון מה דאמרו שרי לת"ח לומר לא יהיבנא כו' דסמכו גם בזה על הקודם הך דרשא דבגי דוד פהנים דשרי לי לתבוע חלקו כו' א"כ אדרבה מוכח מהתם דכהן אין לו דין לדונו תחילה רק ת"ח שאני ושפיר השמיטו הפוסקים זה ומ"מ מן הראוי להקדים לכהן לדונו תחילה דלפמש"כ המג"א בסי' ר"א הוא מה"ת דין חשיבות הפהן ועי' ב"י ד' ס"י רמ"ו סעי' ט"ו ברמ"א דמשמע דגם בכעין זה יש חשיבות לפהן וקצרותי: סימן טו (סעי' ד') ואם טען זה בנודאי שיש בו זכות והוא יודע ה"ז נשבע היסת והקשה השער משפט פ"ג דעיקר החיוב להראות שטרם משום זכות שיש לו בו דזהו משום חיוב השבת אבידה א"כ קשה דהא מבאר בתשובת הריב"ש סי' שד"ם ובסי' פ"ז סעי' ל"ד ברמ"א דאם טען שנתן לו כפול ליתן לו מתנה והוא כופר פטור מן השבועה והטעם הוא פ"ג דהשבועה אינה כמו שעבוד או קנין רק משום מצוה הוא דכופין ע"ז וכמש"כ הש"ך שם ס"ק פ"א א"כ לפ"ז אמאי חייב פאן שבועה ונשאר בצ"ע: ענף א ובאמת יתנה מזה סיוע למש"כ האו"ת בסי' פ"ז ס"ק כ"ט והקצה"ח שם ס"ק ל' דעיקר הטעם מה דאין נשבעין התם הוי משום דכיון דנתן ת"כ שניף בזה לומר מיגו דחשיד על הת"כ חשוד על השבועה אבל באמת גם היכא דליכא שעבוד פלל ג"כ משביעין דהא למ"ד שעבודא לאו דאורייתא א"כ הא דירדין לנכסיו זהו משום כפי' על קיום מצוה דפריעת בע"ח ואפ"ה משביעין וכמש"כ הקצה"ח והאו"ת שם ואפ"ש לומר דהא דכתב הש"ך שם וכן פתב שם בשם תשובת מהר"ם והריב"ש הנ"ל דכיון דליכא שעבוד אין נותנין שבועה: די"ל דזה תלוי באמת בהך פלוגתא אי ש"ד או לא דלמ"ד של"ד בע"כ מוכח דאף היכא דליכא שום שעבוד פלל מ"מ פ"ג דיש בע"ד התובע זכות ממון שלו מחבירו דמשביעין אבל למ"ד ש"ד א"כ אינו מוכח מהתם על היכא דליכא שעבוד דיתנו שבועה.

די"ל באמת דהתורה לא חייבה שבועה רק היכא דיש להבע"ד התובע זכות שעבוד אף מקודם דמחייבין לו הב"ד ומגלן על היכא דליכא שעבוד נכסי ואפ"ש לומר דזהו טעם דמ"ד דס"ל ש"ד דמש"כ הרשב"ם בסוף ב"ב לומר בטעמו משום יוציא אליה העבוט כפר הקשו התוס' וש"פ ע"ז וע"כ י"ל דלכן ס"ל להך מ"ד דש"ד משום דיליף לי זה מהא דחייבה התורה שבועה במודה במקצת במלוה וס"ל להך סברא שפתבו דבמקום דליכא שעבוד אין משביעין: וכיון דלדינא נקטו רוב הפוסקים דש"ד ע"כ שפיר פתבו לדינא דהיכא דליכא שעבוד או קנין רק משום מצוה דלא משביעין ואף דהש"ך ס"ל בריש סי' ל"ט דמסתברא כשיטת הסוברים דשל"ד עכ"ז הא סייג שם דהוי ספיקא דדינא

אי ש"ד או לא ע"כ שפיר כתב דאין משביעין במקום דליכא שעבוד נכסי משום דאין מחייבין שבועה מספק והא דנותנין שבועה אם אין לו קרקע ואדרבה עיקר חיוב שד"א הוא באין לו קרקע כמש"כ התוס' בב"מ ד' ד' ע"ב ד"ה אין נשבעין כו' ואף דמטלטלי לא משתעבדי ורק משום מצנה יורדין לגבות ממטלטלין עכ"ז י"ל דהא מה"ת אף מטלטלי משתעבדי כמש"כ הרשב"א והובא בקצה"ח ריש סי' ל"ט ומה"ט אמרו בסי' ק"ד סעי' א' דיש דין קדימה לבע"ח מןקדם נגד בע"ח מאןחר לכתחלה וע"כ הטעם הוא משום דבזה אוקמינן על דין תורה ועיין בסמ"ע שם.

וה"ה י"ל דלכן נותנין שבועה משום דמוקמינן בזה על ד"ת פיון דמה"ת מטלטלין משתעבדי וע"כ מקרי זה התביעה פדין תביעת שעבוד דנותנין שבועה בזה פן י"ל לכאורה בזה: אכן באמת הא מצינו ביו"ד סי' קע"ז סעי' י"א באומר מנה לי בידך מריבית קצוצה כו' דחייב ש"ה וכן ס"ל להרמב"ן והרשב"א שם אף דס"ל להרמב"ן והרשב"א ש"ד כמש"כ הש"ך בשמו בריש סי' ל"ט וגם הא ס"ל להמחבר ביו"ד סי' קס"א סעי' ה' דאין יורדין לנכסיו בחוב ריבית פשיטת הראשונים.

אלמא דאף דס"ל ש"ד וכן הוא שיטת הבית יוסף דש"ד ואפ"ה ס"ל דגם היכא דליכא שעבוד נכסי אין פוטרין אותו משבועה. וכן בהא דזכות יש לי בידך דשיטת הרמב"ם הוא דמחייבין ש"ה וכמו שפסק המחבר פאן והא שיטת הרמב"ם דש"ד אלמא דאין זה הכרח להא דש"ד וע"כ מוכח כמש"כ האו"ת והקצה"ח שם טעם אחר במה דאין נותנין שבועה על טענה דנתן לו ת"כ ליתן לו מתנה ומה דהקשה הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק למ"ד שם דהא גם בנתן לו ת"כ יכולין לומר שמה מלנה ישנה כו' ולא הוי חשוד כו' ונשאר בצ"ע.

ונ"ל דזה אינו קשה משום דבנתן לו ת"כ ליתן לו מתנה עובר מיד על הת"כ פשתבעו חבירו וכעין הא דסי' ע"ג סעי' ו' ואף דהתם מייירי בקבע לו זמ"פ מ"מ נראה דה"ה בלא קבע לו זמ"פ ג"כ הזמ"פ הוא מיד בעת שתבעו לו וכמו הא דסי' מ"ב סעי' ט' ובש"ך שם ס"ק י"ט דבלא קבע לו זמ"פ צריף לפורעו בזמן הפא ראשון דאל"כ הא בטל הענין לגמרי דאיהו זמן נתן לו וכה"ג מבואר בר"ה ד' ו' דצדקה חייב עלה לאלתר כו' ובי"ד סי' רנ"ז סעי' ג' דבתבעו הגבאי עובר מיד [ועיין בב"ק ד' פ' ובי"ד סי' רי"ט ובתשובת הריב"ש סי' של"ה ובמהרי"ט ח"א סי' קל"א ובגדרים ד' ג' ע"ב ע"כ ה"ה הקא מיד דתבעו הבע"ד עובר ע"כ שפיר מקרי חשוד משום דגם זה מקרי ליתא בתקנתא דחזרה וא"ש ואף מורי היתירא לא שייך בזה דנהו ידוע לפל פן י"ל בזה לפי סברת האו"ת והקצה"ח שם: ענף ב אף לענ"ד נראה פשוט לחלק די"ל בכוננת הפה"ר"ם והגהות מיימוני והרמ"א דכתבו בסי' פ"ז דאין נותנין שבועה על תביעת ת"כ משום דאין שבועה על שבועה די"ל דוקא היכא דהמצנה הוא לשלם לחבירו החוב מצד דהתורה חסה על ממון חבירו כמו בחוב גזל דמצינו בב"ק ד' קי"ט דכל הגזל פאלו נוטל נשמתו וכן מצינו בב"ב ד' פ"ח דקשה גזל הדיוט יותר מגזל גבוה מהא דנפיש פי תחטא ומעלה מעל כו' ושם קאי ג"כ על תשומת יד דהלוואה ואף דהתם קאי על יחד לו פלי במבואר בב"מ ד' מ"ח עכ"ז אין סברא לחלק בזה דהא מצינו פמה מאמרי חז"ל גם בהלואות וכה"ג דהתורה חסה על ממון התובע ומשום תיקון העולם ומה"ט נעשה הדיון שותף להקב"ה

מפני שמעמיד העולם כמש"כ הטור בח"מ סי' א' ולהביא בזה המאמרים תקצור היריעה מהכיל ע"כ י"ל דוקא היכא דעיקר המצוה הוא בשביל דהתורה חסה על התובע שלא יאבד ממנו כמו בהשבת הריבית והשבת אבידה וכה"ג אף אם הוא במקום דליכא שעבוד נכסי מ"מ חייבה התורה שבועה לכבד האמת וזהו הפל מצד דחסה התורה על ממון התובע אבל בנתן ת"כ ליתן לו מתנה דבזה אין החיוב עליו לקיים הת"כ שלו מצד דהתורה חסה על ממון חבירו דהא אף בנתן ת"כ ונשבע על שארי ענינים שאינו של ממון ג"כ מחוייב לקיים ע"כ אין דינו כממונה אלא ככל האיסורים דליכא שבועה פלל בזה משום דליכא בע"ד לפנינו וה"ה בזה אף דאיכא בע"ד התובע לפנינו מ"מ פניו דאין זה שייכות מצד ממון חבירו ע"כ הני דינו כמו פל האיסורים דאין משביעין לו על הספק ודוקא על מה שביין אדם לחבירו מצינו חיוב שבועה: וע"כ אתי שפיר מה דכתב הרמ"א בסי' פ"ז דאין נותנין שבועה על שבועה דשאני השבת אבידה וחיוב השבת חוב ריבית דנשבעין ע"ז משום דהא זהו עיקרו מצד ממון התובע ואף שבדברי הש"ך דסי' פ"ז קשה להעמיס פן מ"מ בדברי הראשונים דשם יש לפרש פן וגם בדברי הש"ך יש מקום לפרש עפ"ז וע"כ לא סתרי דברי השו"ע אהדדי ועפ"ז יש ליישב מה דיש להקשות במה שכתב הרמ"א ביו"ד סי' קע"ז סעי' י"א על מש"כ המחבר שם האומר לחבירו מנה לי בידך מרבית כו' משביעין היסת וכתב הרמ"א דיש חולקין וקשה דהא בח"מ סי' ע"ה סעי' ח' כתבו דהאומר מנה לי בידך שגזלתי דחייב ש"ה כו' דאע"ג דלדברי התובע חשוד הוא כו' כמש"כ הש"ך שם ס"ק כ"ד ולא הביא הרמ"א ליש חולקין ה"ל ועיין ביו"ד סי' קס"ט ש"ך ס"ק ע"ו וגם הבאר הגולה ביו"ד סי' קע"ז ס"ק י"ח העיר בזה קצת אכן יש לומר דדוקא בחוב ריבית שתובע בזה ס"ל להיש חולקין דאין משביעין לו היסת משום דס"ל דשאני ריבית פניו דאין יורדין לנכסיו א"כ אין בזה שעבוד נכסי ע"כ דינו דאין חייב שבועה וכסברת הש"ך בסי' פ"ז דלכן אין חייב שבועה על שבועה משום דאין בזה שעבוד כו' א"כ ה"ה בחוב ריבית: ואף דבכמה ספרי יו"ד שם נרשם ברמ"א על יש חולקין ה"ל ר' ירוחם בשם הר"מ אבל בכמה ספרי יו"ד לא נרשם פן לכן שפיר י"ל דכוננת הרמ"א הוא פן אכן לדינא לפי מה דהכריעו שם ביו"ד דאף בחוב ריבית מחייבין ש"ה ע"כ שפיר יש לחלק בין הא דריבית והשבת אבידה להך דתביעת דנתן לו ת"כ פנ"ל: ענף ג' ועוד יש לדון בטעם דאין נותנין שבועה על שבועה משום דהא מבואר בב"ק ד' פ"ד ובח"מ סי' א' ובגיטין ד' פ"ח דדוקא במידי דשכיחא ואית בי' חסרון פיס עבדינו שליחותיהו ובהא דבמתנות ג"כ מבואר שם דדנין בבבל כמש"כ התוס' והרא"ש בריש סנהדרין והטור בסי' א' והעיר שושן בריש סי' א' כתב הטעם דלכן גם מתנות מקרי חסרון פיס לפי דאי לאו דה"ל הנאה לא הוי יחיב לי'.

אף דיש לדון בזה להמ"ד דלא ס"ל הך סברא דאי לאו דה"ל הנאה יהי כמבואר בב"מ ד' ט"ז ובמגילה ד' כ"ו דא"כ להך מ"ד כוהיו דנין פלל למתנות בבבל ועיין בגיטין ד' נו"ן ע"ב וברא"ש ספ"ק דגיטין סוף סי' י"ט מזה ונדעתי מה דיש לדחוק בכ"ז.

וגם הא מצינו בסי' קכ"ט סעי' ה' ברמ"א גבי ערב על מתנה דפליגי בי' רבנותא דס"ל שם לחד שיטה דהערב פטור משום דבמתנה מקרי לאו מידי חסרין אף דשייך לומר אי לאו דעבד לי' הנאה כו' והסמ"ע שם הביא לדברי העיר שושן שהכריע שם דפטור משום דבשביל הסברא דאי לאו דעבד לי' הנאה כו' לא מקרי זה בשם חסרון וכן הכריע שם

הש"ה בס"ק ט"ו: והא מצינו בערבות על קנס דמקבלין המחותנים על התנאים דגובין מהם דזהו מפני הבנשות כמבואר בסמ"ע סי' קל"א ס"ק ה' ובסי' קכ"ט סמ"ע ס"ק י"ג וכמבואר זה בכ"ד בתוס' ובראשונים הרי דמצינו הסברות מהפוכות דלגבי ערבות על בנשות גובין מהם משום דזה מקרי כעין חסרי' מידי ואלו על ערבות במתנה קרינו זה לאו מידי חסרי' והכא גבי מה דדנין בבבלי דבנשות אין דנין בבבלי משום דמקרי אין בו חסרון פיס ואלו מתנות יהיו מקרי בשם חסרון פיס משום אי לאו דעבד לי' הנאה וע"כ ודאי דוחק לומר בזה פסברת הע"ש דכתב דלכן גובין מתנות בבבלי משום דזה מקרי בשם חסרון פיס ויש לדחוק בזה: ולכן נ"ל הטעם מה דאנו גובין מתנות בבבלי דהא אם הי' המתנה בגוף החפץ או גוף הקרקע לתבירו זה ודאי מקרי בשם חסרון פיס דהא מידי דנתן לו המתנה בקנין המועיל זכה לו גוף המתנה לכל היכא דאייתי דהא א"צ לגוביינא דב"ד בזה כלל שפחליטו לו גוף החפץ רק חוב בנשות וכה"ג זה מקרי בשם דאינו חסרון פיס דהא לא זכה בו מעולם וצריף גוביינא דב"ד שגיבוי וינפו לו החפץ עבור החוב ע"כ זה לא דיינינו בבבלי א"כ פיון דמתנות שהי' בגוף החפץ ולא בתורת התחייבות ע"ע זה מקרי בשם חסרון פיס לכן ה"ה במתנה דהי' ע"י התחייבות בחיוב מחדש כמו הא דסי' מ' חייב אני לה מנה בשטר דאף דזה הוי אינו חסרון פיס מ"מ לא פלוג חז"ל בזה לחלק בין המתנות: וגם יש לומר פיון דעיקר מצות עשה דפריעת בע"ח מצנה דהוי לשיטת הרמב"ן בחי' סוף ב"ב מן הא דיוציא אליה העבוט ולשיטת רש"י בכתובות ד' פ"ו הוא מן הו שלח צדק וכ"כ הר"נ שם וכן הוא מה"ט מצנה לשלם על החוב שהתחייב ע"י חיוב מחדש מרצונו דג"כ מצנה לשלם החיוב מהה טעמים דקראי הנ"ל ע"כ י"ל דלכן דנין בבבלי לזה דכיון דעשו אותנו לשלוחים ומסרו לנו קמאי דיהיו יכולת בידינו לדון להודאות והלואות דזהו משום מצות עשה דהו שלח צדק וכו' פנ"ל א"כ ה"ה אף במה דליכא חסרון פיס כמו מתנות ג"כ פיון דעיקר חיובו הוי ג"כ מה"ט ע"כ לא פלוג חז"ל בזה משא"כ חיוב בנשות דנלמד מדרשא אחריתי דוקצותה את פפה ע"כ לא שייף בזה לומר פן לכן פיון דלא הוי חסרון פיס לא עבדינו שליחותיהו וכן י"ל דלכן גובין למתנות בבבלי משום דאל"כ יהי יכול לומר ולאשתמוטי לעולם אף אם יהי שטר ביז התובע או דיהי' לו עדי הודאה וכה"ג: דיהי' יכול לומר הנתבע דאין זה חוב מן הלואה רק חוב ע"י אינה חיוב מחדש ולא יהיו יכולין הב"ד לגבותו לעולם גם לחוב שיש בו חסרון פיס ע"כ לא פלוג חז"ל בזה מחמת תקון העולם ולפ"ז א"ש אף לפי מש"כ הסמ"ע בסי' נ"ח ס"ק ט"ו דמתנה לא שכיחא ואפ"ה א"ש מה דדנין מתנות לפמש"כ ועיין בט"ז סי' א' סעי' ג' וקצרת: וראיתי בפרישה לח"מ סי' א' שכתב דהא דדנין פתובות בבבלי אף בתוספת פתובה דכיון דהתחייב לה מקרי חסרון פיס וכן מה"ט מתנות כו' אבל באמת יש לדון בזה דמה בכך שהתחייב לה מרצונו והא בנשות דחייבתו תורה מ"מ לא מקרי חסרון פיס ודוחק לחלק ע"פ סברתו אכן לפמש"כ א"ש.

וכן בכתובה הא מצינו בגיטין ד' נו"ן וב"ב ד' קע"ד דערב דכתובה או בתוספת אינו משתעבד משום דמקרי לאו מידי חסרי' וכמבואר באה"ע סי' ק"ב ואלו בערב על קנס שמשקבלין המחותנים בתנאים גובין מהערב כמש"כ בח"מ סי' קכ"ט ס"ק י"ג פנ"ל והכא אמרו דבנשות אין גובין בזה"ז משום דמקרי אין בו חסרון פיס אף באמת אין הטעם בכתובה מה דגובין בבבלי משום דמקרי חסרון פיס אלא עיקר הטעם הוי משום דהא

מצינו דאמרו אלמנה מוכרת שלא בב"ד מן מחין פמבואר בב"מ ל"ב ובאה"ע סי' ק"ג
בכתובה ותוספת אלמא דהקילו בזה בכתובה יותר מבחוב הלואה וה"ה י"ל פן במה
דתקנו לדון בבב"ל לחוב פתובה ותוס' אף דמקרי אין בו חסרון פיס והפל הוא משום
תקון העולם בהענינים שבין אדם לחבירו נתנו לנו פח לדון פן בבב"ל כמש"כ הראשונים
והטור והע"ש בריש סי' א' ונתבאר היטב הטעם מה דדנין מתנות בבב"ל משום דבזה
שייף לא פלוג חז"ל בזה והנה הא דדנין לחוב ריבית ודאי א"ש משום דזה מקרי בשם
חסרון פיס במה שלוקח הריבית מהלנה ואמרו בריש פ"ה דב"מ ל"ל לאו בריבית לאו
בגזל וכן מה דדנין להא דזכות יש לי בידה משום חוב השבת אבידה דגם זה מקרי בשם
חסרון פיס דהא אם לא יתן לו הזכות של השטר יהי לו פסידא במעותיו וע"כ מקרי זה
בשם חסרון פיס דמה לי אם החסרון פיס הוא על אותו הדבר שאנו דנין עליו או שייגיע
לו חסרון פיס עי"ז בענין אחר והפל הוא בגדר השבת אבידה מה דתקנו לדון בבב"ל וכ"ז
פשוט: והנה הא דדנין למי שגשבע או נתן ת"כ ליתן איזה דבר לחבירו והב"ד מנדקין
לזה גם בבב"ל הנה בזה ודאי אין שייף לומר דיהי' מקרי בשם חסרון פיס ואף אם נתן לו
ת"כ ליתן לו איזה גוף החפץ ג"כ לא מקרי בשם חסרון פיס דהא לא זכה לגוף החפץ
בלא דרכי הקנין ולכן לא שייף בזה הטעם שפתבתי לעיל לדון במתנות בבב"ל וכן הא
מה שמונחה הוא לקיים שבועתו הוא מן דרשא אחרת דכל היוצא מפיו יעשה ובל יחל
ובאמת הא דמצינו דהב"ד מנדקין האידנא לכוף למי שעובר על שבועתו היינו מהטעם
שכתב הגתיות בסי' ג' סוף ס"ק א' דבמקום אפרושי מאיסורא א"צ ב"ד פלל לזה יע"ש
ועיין מזה לעיל בחידושי סי' א' סעי' ג' וכש"כ בעון שבועה שגזעזע העולם ונדאי
דמקרי זה במקום אפרושי מאיסורא וא"צ ב"ד לזה וכינן דא"צ דין ב"ד לזה ע"כ דיינינן
האידנא לכוף למי שאינו מקיים שבועתו והת"כ שלו: ולכן יש לחלק בפשיטות בין מי
שכופר הת"כ שלו דאין נשבע ע"ז ובין זכות יש לי בידה או חוב ריבית דמשביעין אע"ג
דליכא בהו שעבוד נכסי משום דשאני תביעת ריבית וכן תביעת זכות יש לי בידה דמה
דהב"ד מנדקין בהו הוא משום דכה"ג תקנו לדון מחמת תיקון העולם פנ"ל ע"כ ממילא
דיינינן גם לחייבו שבועה בכפירתו וכדין פל כפירת ממון בזמן דהי' ב"ד סמוכין אכל
בשבועה ות"כ דמה דנדקין בבב"ל זהו משום אפרושי מאיסורא אכל לא משום תביעת
הבע"ד דהא משום תביעת הבע"ד אין ביכולת בדינו להזדקק בזה משום דזה הוי אין בו
חסרון פיס פנ"ל ולא שייף בזה לדון להו לא פלוג פנ"ל וכן דעיקר מה דמנדקין הב"ד
לזה בבב"ל הוי משום אפרושי מאיסורא ע"כ אין ביכולת בדינו בבב"ל לדון לחייבו
שבועה דהא במקום אפרושי מאיסורא אם לא ידוע לנו בבירור אין נותנין שבועה והא
פל אדם נאמן ע"ע ועיקר דין שבועה אינו רק היכא דיש בע"ד לפנינו התובעו הן בטענת
ברי והן בטענת ספק וכדין השבועות בזה אכל במקום חשש ספק איסור ליכא פלל חיוב
שבועה וע"כ ה"ה בתביעה שנתן לו ת"כ ליתן לו כו' פיון דמצד תביעה הבע"ד אין
ביכולותינו לדון רק משום אפרושי מאיסורא דיינינן ע"כ דינו כמו פל איסורין דליכא
תביעה מאיזה בע"ד דאין נותנין שבועה בהו דהא מחמת תביעת הבע"ד אין אנו מנדקין
והוי כמו דאין אדם תובעו פלל ע"כ שפיר פסקו הראשונים והרמ"א דבכפירה ת"כ אין
אנו מחייבין שבועה ואפשר דזהו פונת תשובת מהר"ם שהובא בש"ס סי' פ"ז ס"ק פ"א
שכתב בזה"ל דהשתא נמי לא משביעין לי תו לומר השבע שקיימת ת"כ כו' תדע דאלו

אמר לו ע"א נשבעת כו' מי משבעינן לי' כו' עכ"ל דדוקא אנו לא משבעינן לי' אבל בזמן דהי' ב"ד סמוכינן י"ל דנותנין שבוועה גם בכפירת ת"כ אף דליכא שעבוד נכסי מ"מ חייב שבוועה פנין דהוי תביעת בע"ד א"כ דינו כמו פל תביעת בע"ד במזון דחייבו שבוועה ואף שאין כל זה במשמע דברי הש"ך בסי' פ"ז מ"מ יש לומרפן והוא ענין נכון בסכרא בפ"ע לנישב דברי השו"ע והפוסקים בזה ומתורץ קושיות הקצה"ח והאו"ת והשער משפט בכ"ז ולכן לדינא העיקר דאף בטענת זכות יש לי בינך חייב ש"ה [וכמש"כ המחבר: סימן יז בבית יוסף בטור הביא בשם הרשב"א דכתב להוכיח דדיעבד אם ישבו העדים פשר דבירושלמי בגיטין פ"ז ה' א' גבי בודקין אותו לעדות אמר ר"ל זאת אומרת מעידין מן שב אלמא דיעבד פשר ובחזיושי הגהות שם כתב דבירושלמי שלפנינו ליתא להך זאת אומרת וגם הביא בשם הפ"מ מש"כ ע"ש: ובאמת יש לדון בהוכחה הנ"ל דהא שם מייירי בחולה שלא יכול לעמוד א"כ יש לחלק בזה ע"פ מש"כ המהרש"ל בפסחים ד' פ"ח ע"א בתוס' ד"ה שיה לבית כו' דלפירוש התוס' והר"נ בהא דשה לבית אבות לאו דאורייתא דהפ"י הוא דכיון דלא שייך בקטן שימנה על הקרבן פסח ולא משפחת בי' תכנסו על השה ע"כ לא הוי בי' מצות למנוייו פלל ואין בו איסור שלא למנוייו וכה"ג אמרו בחולין ד' י"ז לר' ישמעאל דאסור בשר תאנה קודם שנכנסו לארץ דדוקא בהמה דחזי להקרבה אבל חיה דלא חזי להקרבה לא אסר רחמנא וה"ה פאן במה דכתיב ועמדו שני אנשים דמיניה גמרינן לעדים שיעמדו די"ל דזה אינו אלא באותן דיכולין לקיים מצוה ועמדו כו' אבל בחולה שאינו יכול לעמוד לא שייך בי' פלל הך מצוה דועמדו ולכן באותן שיכולין לקיים מצוה דועמדו שפיר י"ל דמעפא בהו עמידה וע"כ יש לדון בראי' זו: (סעי' א') דבשעת במ"ד שניהם בעמידה לכתחלה כו' וכתב הסמ"ע ס"ק ה' דז"א אלא אסמכתא כו' וסמ"ע ס"ק ו' דאסור למעבד הכי והביא שיטת המרדכי בשם ראב"ש דעלשיו שאין סמוכים שרי כו' וכה"ג.

כתב הט"ז והמג"י שם בשם הריב"ש דהעמידה אינו אלא מדרבנן וכן ישיבת הדיינים אינו אלא מדרבנן וגם אמרו שם בזה לשון אסור ע"ש ולכאורה יש להוכיח פשיטת הסוברין דז"א אלא מדרבנן דאי נימא דמה"ת אסורים לישב הדיינים א"כ קשה דאמאי אמרינן דדיעבד דיניהם דין אם ישבו הדיינים הא פתבתי לעיל בחידושי לסי' א' סעי' א' ובסי' ה' דבמה דעברו ודנו בשבת ובלילה בבבל יש לדון בזה להפיל שפכת הר"נ בתשובה והובא במל"מ פ"ט ה' זכני' ה' יו"ד דבמקום איסורא לא תקנו רבנן ונתבטל בזה אף דדיעבד להמעשה שעשו באיסור וגם פתבתי לעיל דמה דדנין האידנא בשליחותייהו דקמאי זהו רק מדרבנן: ואי נימא דאסורים הדיינים מה"ת לכתחלה להושיב להעדים וכן להבע"ד וכן אסורים הדיינים מה"ת לכתחלה לעמוד א"כ קשה דאמאי הוי האידנא דיניהם דין אם עברו ע"ז.

דהא במקום דיתעבד איסורא לא תקנו רבנן לתקנתם ויהי' בטל ממילא דיניהם אף דדיעבד דהא מצינו בזה לשון אסור ע"ש אכן אי נימא דז"א רק מדרבנן ומה"ת ליכא איסורא פלל אף בלכתחלה אתי שפיר מה דהוי דיניהם דין דהא המל"מ פתב שם לחלק בזה בין איסור תורה לאיסור דרבנן דבאיסור דרבנן אם הוא באופן שהי' יכול לעשות המעשה באופן שהי' מועיל מן הדין דאז אף אם הוא עכשיו במקום איסור דרבנן דמעשיו קיימין ע"ש ולכן ניחא מה דהוי דדיעבד דיניהם דין משום דהא הי' בינדם לדון בהיתר

ולישב וכן לעמוד להעדים ולהבע"ד ולשיטת התוס' בנבחים ד' ט"ז דס"ל דאף ושיבת
הדיינים הוי מה"ת י"ל דבאמת הא לא ס"ל להפלל של הר"נ בתשובה הנ"ל כמש"כ
המל"מ פ"ט ה' זכין' שם אף במק"א פתבתי לדחות הוכחת המל"מ מהתוס' דשם.

אמנם בעיקר הדבר שפתבתי לדון בזה להפלל של הר"נ: יש לחלק ולומר דדוקא בדבר
הרשות אמרינן דבמקום איסורא לא תקנו רבנן משא"כ במקום מצוה כמו הקא דהדיינים
קא עבדי מצוה דבצדק תשפוט כו' ע"כ לא אמרינן הקא להך פללא ודוקא במה שעברו
ודנו בשבת או בלילה פיון דבאותו העת לא נצטוו פלל לשפוט ע"כ הוי כמו שלא במקום
מצוה משא"כ הקא במה שעמדו הדיינים דהא מצוים הם לשפוט ולישב ע"כ שפיר קרינן
בזה דקעבדי מצוה ועיין בסנפה ד' ל' בתוס' ד"ה משום דה"ל כו' וקצתתי] והוי המצוה
רבה מן החטא וכעין מש"כ התוס' בב"ק ד' צ"א ע"ב ד"ה אלא שציער כו' ובגזיר ד' ב'
ד"ה ואמאי נאה כו' וכ"כ בתענית ד' י"א: ע"כ באמת אין זה דמיון פלל להך דינא של
הר"נ הנ"ל ונדחה ראיתי הנ"ל וזה פשוט: (שם בהג"ה) ועמידה ע"י סמיכה מקרי שפיר
עמידה וכתב הסמ"ע ס"ק ו' דאם הדיינים והעדים נסמכים אסור למעבד הכי והב"ח
חולק עליו וכ"כ הש"ך שם.

ולי נראה להוכיח כהב"ח מהא דגיטין ד' ה' וכתובות ד' כ"א דשקיל וטרי הש"ס אי עד
נעשה דיין או לא ובדרבנן לכ"ע נעשה דיין ומשמע אף לכתחלה וקשה אף משפחת לי'
זה והא העד הוא בעמידה והדיינים הם בישיבה ולא מבעיא למ"ד דס"ל דאף בדיעבד
מעבב זה ונדאי קשה ואף להנהך דס"ל דז"א רק לכתחלה עכ"ז קשה הא שם משמע דאף
לכתחלה יש סברא לומר עד נעשה דיין ובדרבנן לדינא ג"כ עד נעשה דיין והא לא מצינו
חילוק דבדרבנן לא יהי' הדין דדיינים בישיבה כו' דהא לא מחלקי פלל בזה אכן לשיטת
הב"ח הנ"ל א"ש דמשפחת שפיר עד נעשה דיין ע"י סמיכה ויוצאים עי"ז הן הדיינים
והן העדים ואחר כותבי זה ראיתי בטורי אבן בחי' לר"ה ד' כ"ה שהקשה פן ויש לדון
בדבריו אמנם לשי' הב"ח הנ"ל א"ש בפשיטות: (שם סעי' י"ב בהג"ה) בע"ד שתבע
חבירו בעד דבר מועט והדיין רואה שיתחייב לו ע"פ הדין יותר ממה שתבע אין לו לדיין
לפסוק יותר ממה שתבע כו' ועי' בסמ"ע ונש"ך שם והנתיבות ס"ק ב' כתב דאף אם לא
הוציא הדיין עדיין הממון וחוזר וטוען לפני ב"ד שמה שתבע מקודם פחות הי' בטעות
דיכול לחזור ולטעון והב"ד פוסקין לו המותר כו' דהקא אינו אלא ספק מחילה כמו שכתב
הש"ך.

ע"כ נאמן לומר שהי' מחמת טעות וראי' דהא בב"מ ד' ס"ו גבי מוכר דשלב"ל או
באסמכתא דייק מיני' דמחילה בטעות הוי מחילה ונאמן לומר שמשל בטעות ולא מחזקין
לי' שידע הדין ומחל ונאמן לומר שבטעות מחל רק הש"ס מסיק דבזבני מחילה בטעות
הוי מחילה ועי' בתוס' שם הטעם והקא לא שניי' זה וק"ו הוא מה התם שנתן לו כפר כו'
והש"ך לא כתב פן רק אם אינו טוען פלום שהי' מחמת טעות בדין כו' עכ"ל הנתיבות:
ענף א ולענ"ד יש לחלק ע"פ מה דמצינו בתוס' ב"מ ד' ט"ו ע"ב ד"ה ונתן לו לשם מתנה
כו' אבל בערכין ד' כ"ט גבי המוכר שזהו בשנת היוכל עצמה דאמר שמואל מעות חוזרין
ליכא למימר אדם יודע שאין מוכר ביוכל דאין זה פשוט דהא אמר רב מכורה ויוצאה
עכ"ל התוס' וכ"כ התוס' בערכין ד' ל' ע"א ד"ה דילמא אינה מכורה כו' וכה"ג מצינו

בח"מ סי' מ"ב סעי' ט' גבי הא דלא אמרינן יד בעהש"ט על התחתונה אלא היכא דאין
השטר בטל לגמרי כו' והיינו בדבר דליכא למיתלי בטעות אבל בדבר שאפשר שטעה בו
הנותן פגון דאמר לשון דלא מהני במתנה ונדאי נתבטל השטר עכ"ל: וכתב הש"ך שם
ס"ק כ"ב דדוקא היכא דאיכא פלוגתא י"ל דטעה משא"כ היכא דליכא פלוגתא כלל אין
לומר שהנותן טעה בכך ומפרישינן דאמר בלשון המועיל ומוציאין ממון עי"ז ע"ש ומה
דהקשה התנאים שם ס"ק ל' מהא דסי' ל"ט סעי' י"ב הי' פתוב בשטר הודה בפנינו ואין
חתומים בו אלא שנינים חוששין שמא שנים היו וטעו שהודאה בפני שנים הוי הודאה כו'
י"ל דשא"ה פיון דשמואל ס"ל שנינים שדנו דיניהם דין וי"ל דס"ל דלא לחלק בין אודיתא
לדין וכמש"כ התוס' בסנהדרין ד' ג' וד' ל' וב"ב ד' מ' דדלקא רבנן דרב אשי פשמואל
ס"ל אף באודיתא יע"ש ועי' בסי' ג' בש"ך ס"ק א' שיטת הרמב"ם בזה וסעי' קטן ה'
בשם הב"ח דלענין קידושין יש להחמיר פהסוכרים פשמואליע"ש ובאו"ת שם וגם
שא"ה פיון דלא חתימי שם אלא שנינים חיישינן שטעו וכמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק
ל"ו יע"ש וקצרתיו בכ"ז: וכעין זה פתבו התוס' בסנהדרין ד' נ"ג ד"ה הא לית לי קידושין
כו' דכ"ע מודו דאין קידושין תופסין בחייבי כריתות פמבואר בפ"ק דב"מ אדם יודע
שאין קידושין תופסים באחותו משמע דליכא מאן דפליג כו' עכ"ל התוס' אלמא פדברי
הש"ך ה"ל דאם הי' חולק בדבר אף דאין הלכה פאותו דעה מ"מ י"ל דטעה בזה אף
פיון דכ"ע מודו בזה ע"כ אין לומר דטעה בזה וכ"כ הר"נ פ"ק דקידושין ועי' בתשובת
רע"א זצ"ל סי' רי"ב ועי' בגיטין ד' נ"ה דטעמי בדר' ירמ' ובקמבות ד' כ"ט ברש"י ד"ה
דערנה דר"ש כו': ולכאורה יש להעיר במש"כ הש"ך בח"מ סי' מ"ב ס"ק כ"ב ה"ל
גבי לשון אמן פיון דליכא למ"ד דמהני ע"כ אין לומר שהנותן טעה בכך הא מצינו בגיטין
ד' מ' ע"ב בלשון אתננה לפלוני ר"מ אומר קנה וחכ"א לא קנה והלכה פתכמים פדאיתא
בסי' רמ"ה והא פיון דר"מ חולק וס"ל דאף לשון אמן מהני א"כ זה דומה למש"כ התוס'
בסנהדרין ה"ל דאם הי' אמרים דר' יהושע ס"ל דקידושין תפסי בחייבי כריתות א"כ
לא שייך לומר אדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו הא יש לומר פן ביה לשון אמן
דכיון דר"מ ס"ל דמהני לשון אמן ע"כ טעה בזה ואפשר לחלק דשאני מקודם חתימת
הש"ס דיכול אמורא להכריע בין פלוגתת תנאים וגם עדיין לא נפקה הלכה בפשיטות
איה הלכתא ע"כ שפיר י"ל דטעמי דלקא הלכה כר' יהושע דקידושין תופסין בחייבי
כריתות וכה"ג: משא"כ האידנא דכבר איפסקא הלכתא פתכמים דלשון אמן לא מהני
ע"כ לא שייך לומר דטעמי בזה אבל בפלוגתת הפוסקים פיון דמצינו חד דיעה דס"ל פן
אף דרוך פוסקים לא ס"ל פן מ"מ שייך לומר דטעמי בזה וכה"ג חילקו הפוסקים בדיני
תפיסה לחלק בין תיקו ובין פלוגתת הפוסקים וקצרתיו ולפ"ז יש לחלק בגידון ראיות
הנתיבות לנ"ד מהא דב"מ ד' ס"ו גבי מוכר דשלב"ל ואסקתא פנ"ל דיש לחלק דשא"ה
פיון דכמה תנאי ס"ל אדם מקנה דשלב"ל וכן רב הונא ס"ל פן פמבואר כ"ז ביבמות ד'
צ"ג וקידושין ד' ס"ב ובשאר דוכתי א"כ זה דומה למש"כ התוס' דאי ר' יהושע ס"ל
דקידושין תופסין בחייבי כריתות ע"כ י"ל דטעמי בזה אף דאין הלכה פן וה"ה באסקתא
דהדרא ארעא וקדרי פירי דהתם דהא מבואר שם דר' יוסי פליג וס"ל אסקתא קני וע"כ
אף דרבנן פליגי עליו וס"ל אסקתא לא קני וכן קי"ל לדינא עכ"ז פיון דמצינו לחד תנא
דס"ל פן ע"כ יש לומר דטעה בזה פנ"ל: ולכן מהימן לומר דטעמי אם אומר פרי דטעיתי

אָבֵל בָּמָה דָּלָא מְצִינּוּ פְּלוּגְתָא פְּלֵל בְּזָה יֵשׁ לֹוּמֵר דְּאַף דְּטוֹעֵן בְּרִי לָא מְהֵנִי מְשׁוּם דְּזָה מְקָרִי אִין הַדְּעַת טוֹעָה דב"מ ד' ס"ג ע"ב דְּאַמְרִינּוּ מִתְּנָה הוּא דִּיקָב לִי וְכִמּוּ הָא דב"מ ד' ט"ו גְּבִי מְקַדֵּשׁ אַחֲוֵתוֹ דְּהוּי מְעוֹת מִתְּנָה וְכִמְש"כ הַתּוֹס' פּנ"ל וְאַף דִּישׁ לְחַלְקַ קְצַת דְּשֵׁא"ה דְּהוּי בְּתֵר נְתִיבָה דְּבִנְתִּינָה מִיְדַק דִּינִיק עכ"ז רְאִיּוֹת הַנְּתִיבוֹת נְדָחָה.

וְכִינּוּ דְּנִדְחָה רְאִיּוֹת הַנְּתִיבוֹת ע"כ מְסַבְּרָא יֵשׁ לֹוּמֵר דְּאַף דְּאֹמֵר בְּרִי לִי דְּטַעֲיִתִּי עכ"ז לָא מְהֵימֵן לְהוֹצִיא מִן הַמְּוֹחָזֵק פִּינּוּ דְּהוּי סְפֵק מְחִילָה וְלֹא שְׂיִיף בְּזָה לְדוֹן א"י אִם פְּרַעְתִּי לְשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּבִלָּא ה"ל לְמִידְע פְּטוֹר אָף דֵּה"ל א"י אִם פְּרַעְתִּי וְכַדְעַת הַמַּל"מ וְהוּבָא בְּנְתִיבוֹת סִי' ע"ה ע"ש וְכִמּוּ דְּמוּכָח מְהַעִיר שׁוֹשֵׁן בְּסִי' ע"ה סֵעִי' ט' ע"ש וְכֵן מְצִינּוּ בְּסִי' רַל"ב סֵעִי' ב' בְּסַמ"ע ס"ק ח' גְּבִי אִין הַדְּעַת טוֹעָה דְּשִׁיטַת הַגְּהוֹת מְרַדְּכִי דְּאַף דְּהַנּוֹתֵן אָמֵר בְּרִי לָא מְהֵימֵן לְהוֹצִיא מִן הַמְּוֹחָזֵק.

וְאַף דְּרִי"ו חוֹלֵק שָׁם מ"מ סְפִיקָא דְּדִינָא הִיא וְאִין מוֹצִיאִין מִן הַמְּוֹחָזֵק פִּינּוּ דְּנוֹלֵד לְנוּ סְפֵק שְׁמָא מְחַל וְאַף דִּישׁ לְחַלְקַ דְּשֵׁאֲנִי בְּתֵר נְתִיבָה דְּמִיְדַק דִּינִיק וְעכ"ז מְסַבְּרָא בְּעֵלְמָא קְשָׁה לְהוֹצִיא מִהַמְּוֹחָזֵק פּנ"ל וְעִי' בַּח"מ סִי' פ"א בְּש"ף ס"ק נ"ו שְׁהַעֲלָה בְּהוֹדָה מְעַצְמוּ לְפָנֵי ב"ד יְכוּל לְחַזְרוּר בּוּ וְלֹוּמֵר טַעֲיִתִּי אַע"ג דְּלִית לִי מִיגוּ וְכ"כ שָׁם בְּס"ק סְמ"ף וְלפ"ז י"ל בְּנ"ד פִּינּוּ דְּעֵיקָר הַטַּעַם מַה דְּנִסְתַּפְקֵנוּ בְּמְחִילָה מְשׁוּם דְּלֹא תְּבַעוּ אֶלָּא הַפְּחוֹת א"כ לֹא עֲדִיף מִן הוֹדָה בְּפִי וְעכ"ז פִּינּוּ דְּהוֹדָה מְעַצְמוּ נְאַמֵּן לֹוּמֵר טַעֲיִתִּי בְּלֹא מִיגוּ וְכ"כ בְּנ"ד וְלפ"ז הַדְּעַת נוֹטָה פְּהַכְרַעַת הַנְּתִיבוֹת הַנְּל.

אַף הַתְּנִימִים חוֹלֵק שָׁם וּמְסִיק פְּהַמְחַבֵּר שָׁם סֵעִי' כ"ב דְּבַהוֹדָה מְעַצְמוּ בְּב"ד אִין נְאַמֵּן לֹוּמֵר טַעֲיִתִּי וְע"ש בְּנְתִיבוֹת וְלפ"ז קְשָׁה לְהוֹצִיא מִהַמְּוֹחָזֵק בְּנ"ד וְעִי' בְּש"ף סִי' רַל"ב ס"ק ב' וְלפ"ז אֲתִי שְׁפִיר מַה דְּאָמֵר רַבָּא לְרוּנְיָא זִיל פִּיִּיסְנִי בְּמֵאִי דְּאַיְפִיִּיס וְאִי לֹא דְּאַיְנְנָא לָף כְּרַב הוּנָא אֶלְיָבָא דְּר' יוֹסִי וְהַקְשָׁה הַסַּמ"ע הִלָּא אֶסוּר לְדִיִּין לְפִסְוֵק יוֹתֵר מִמַּה שְׁתְּבַעוּ הַתּוֹבַע כּו' אָבֵל לְפַמְש"כ אֲתִי שְׁפִיר דִּי"ל דְּכּוֹנְנַת רַבָּא הוּא פֵּן דֵּא"ל זִיל וּפִיִּיסְנִי בְּמָה דְּאַיְפִיִּיס שְׁתְּשַׁתְּדַל לְפִיִּיסוּ כְּדִי דְּלֹא יַחְזוּר בּוּ רַבִּינָא וְלֹוּמֵר טַעֲיִתִּי מְשׁוּם דְּאִם לֹא תְּשַׁתְּדַל לְפִיִּיסוּ א"כ פְּשָׁלָא יִתְפִּיִּיס אֲז מְמִילָא יַחְזוּר בּוּ רַבִּינָא וְיֹאמֵר טַעֲיִתִּי בְּדִין וְיִהְיֵ' נְאַמֵּן ע"כ הַזְהִירוּ שְׁיִתְשַׁתְּדַל שְׁיִתְפִּיִּיס וְלֹא יַחְזוּר בּוּ מְשׁוּם דְּהָא הָתֵּם יֵשׁ פְּלוּגְתָא אִם דְּמִי קְנִים בְּזוּל אוּ הַפֵּל לְפִי מַה שְׁגָדֵר כְּמִבְּוֹאָר שָׁם בְּסוּגְיָא וְכִינּוּ דְּהוּי פְּלוּגְתָא בְּזָה אָף דְּקִי"ל דְּהַלְכָה הַפֵּל לְפִי מַה שְׁגָדֵר עכ"ז מְהֵימֵן לֹוּמֵר טַעֲיִתִּי בְּזָה פּנ"ל וְע"כ נְדָחָה מְש"כ הַסַּמ"ע לְהוֹכִיחַ מִהַתּוֹס' דב"ב הַנְּל דְּמִוֹתֵר אוּ חֵיּוֹב לְדִיִּין לֹוּמֵר אִם לֹא תְּצִיִּית אַכּוּף אוֹתָף לְשַׁלֵּם כְּלוּ וְלַפְמִש"כ י"ל דְּאַיְנּוּ רֵאִי' מְהֵתֵם דְּשֵׁא"ה דְּהוּי פְּלוּגְתָא בְּזָה וְע"כ שְׁפִיר קְאָמֵר לִי דְּאִם אֹמֵר בְּרִי לִי דְּטַעֲיִתִּי נְאַמֵּן מְשֵׁא"כ הִיכָא דְּלֹא הוּי פְּלוּגְתָא פְּלֵל בְּזָה י"ל דְּלֹא מְהֵימֵן אָף אִם יֹאמֵר טַעֲיִתִּי פּנ"ל: וְעפ"ז יֵשׁ לְהַעִיר בְּכַתְּבוֹת ד' נ"ח ע"ב דְּקְאָמֵר ר"ל לֹא תִימָא טַעְמָא דְּר"מ מְשׁוּם דְּקְסַבֵּר אָדָם מְקַדִּישׁ דְּשַׁלְב"ל אֶלָּא טַעְמָא דְּר"מ מִתּוֹף שְׂיִכוּל לְכּוֹפָה נְעֻשָׁה כְּאֹמֵר יְקַדְּשׁוּ יְדֵיךָ לְעוֹשֵׂיֶיךָ כּו' פִּינּוּ דְּס"ל לְר"מ אִין אָדָם מוֹצִיא דְּבְרִיו לְבַטְלָה כּו' וְקְשָׁה הָא יֵשׁ לְחַלְקַ דְּשֵׁאֲנִי בְּעַרְףָּ פְּחוֹת מְכּוּן חוֹדֵשׁ דְּלִית בִּי שׁוּם פְּלוּגְתָא פְּלֵל ע"כ שְׁפִיר אָמְרוּ בְּעַרְכִּין ד' ה' אָדָם יוֹדַע שְׁאִין עַרְףָּ לְפְּחוֹת מְכּוּן חוֹדֵשׁ כּו' מְשֵׁא"כ גְּבִי מְקַדִּישׁ דְּשַׁלְב"ל דְּכַתְּב רַש"י הִכָּא דִּי"ל בִּי אָדָם יוֹדַע שְׁאִין אָדָם מְקַדִּישׁ דְּשַׁלְב"ל כּו' וְהָא פִּינּוּ

דְּמַצִּינוּ לְכַמָּה תַנְאֵי אַף זוּלַת ר"מ דס"ל אָדָם מְקַנָּה דשֵׁלֵב"ל פְּמַבְּנָאָר בִּיבְמוֹת ד' צ"ג וְקַדְוִישֵׁין ד' ס"ג ע"כ יֵשׁ לוֹמַר דְּטָעֵי בְּזָה וְכַמְש"כ הַתּוֹס' לְחַלְקַן פְּנ"ל בַּב"מ ד' ט"ו פְּנ"ל.

וְאַפְשָׁר לוֹמַר דְּכִינּוֹן דְּמַסִּיק הַש"ס הֵתָם בְּכַתְּוֹבוֹת מֵהֵיִיא אִין מְהָא לִיכָא לְמַשְׁמַע מִינָהּ ע"כ י"ל דְּכַתְּוֹנַת הַגַּמ' אִם לֹא הִי תַנְאֵים אַחֲרֵים בְּבְרִינִיתוֹת דס"ל פֶּן אַף הָא דְּהַמּוֹתֵר ר"מ אוֹמַר הַקָּדָשׁ לְבַדּוֹ לִיכָא לְמַשְׁמַע מִינָהּ לְחַוְדָּה וּמְצִאֲתִי בְּשִׁטָּה מְקַנְבָּצַת לְכַתְּוֹבוֹת ד' הַנְּ"ל דְּהַרְגִישׁ בְּזָה: עֲנָף וּבְעַיְקָר הָא ד"ל רְבָא לְרוֹנְיָא זִיל פְּיִיסִי בְּמַאי דְּאַיְפִינְסִי וּא"ל דְּאַיְנָא לָהּ כְּרַב הוּנָא.

דְּהַקְשָׁה הַסַּמ"ע הֲלֹא אָסוּר לְדַיְיָן לְפִסְנָק יוֹתֵר מִמָּה שֶׁתְּבַעוּ הַתּוֹבַע וּמַסִּיק דְּבַתּוֹרַת קָנָס א"ל וּבְאַמַּת זְהוּ דוֹחַק לוֹמַר לְהוֹצִיא מְמוֹן בְּתוֹרַת קָנָס וְע"כ נִלְע"ד בְּזָה ע"פ שִׁיטַת הַמְרָדְכֵי פ"ב דב"מ הַמוּבָא בְּסִי' י"ב סַעִי' ב' בַּהַג"ה בְּשֵׁם יֵשׁ חוֹלְקִים דס"ל דִּיכּוּלִּים לְכוּף עַל לְפָנִים מְשׁוּרַת הַדִּין וְדִיעָה קַמְיִיתָא פְּלִיגֵי שָׁם וּס"ל דְּאַיִן יְכוּלִּים לְכוּפוֹ אַע"פ שְׁנִרְאָה לָהֶם שֶׁהוּא מִן הָרְאוּי יַע"ש וִי"ל דְּהֵיכָא דְּחִיב לְשַׁלֵּם מְצַד לְצִאת דִּי שְׁמִים כ"ע מוֹדוֹ דְּהַרְשׁוֹת בְּיָדָם לְכוּף ע"ז הֵיכָא שְׁנִרְאָה לָהֶם לְעֲשׂוֹת פֶּן דְּהָא שִׁיטַת פְּמָה פּוֹסְקִים דְּבָקַל חֵיב לְצִי"ש מְהֵנִי תְּפִיסָה פְּמַבְּנָאָר בְּתַשׁוּבַת שְׁבוֹת יַעֲקֹב הַמוּבָא בְּאוֹ"ת סִי' כ"ח ס"ק ד'.

וְכַמְש"כ הַשְּׁעַר הַמְלָךְ ה' עֲבָדִים פ"ה ה' ז לְפִי שִׁיטַת הָרֶאָב"ד וְהַחֲנֻוּף גַּבִּי אַבְק רִיבִית וְעִי' בְּמַחְנָה אֲפָרִים ה' מְלָנָה וְלָנָה דִּינֵי רִיבִית סִי' ט"ז וְקַצְרֵתִי וּלְשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּמֵהֵנִי תְּפִיסָה בְּחֵיב לְצִי"ש י"ל דִּיכּוּלִּים לְכוּף אוֹתוֹ ע"ז בְּמַקּוֹם שְׁנִרְאָה לָהֶם כֶּף פִּינּוֹן דְּלֹאֲחַר שְׁיִתְּפוּסוֹ אֶת הַמְמוֹן לְהַתּוֹבַע יְהִי זוֹכָה בּוֹ מְצַד הַדִּין דְּהָא אִי תְּפַס לֹא מְפַקִּינוּ מִינָהּ וְעִי' בַּקְצָה"ח סִי' ל"ב ס"ק א' שֶׁכְּתַב לְחַלְקַן בֵּין חֵיב לְצִי"ש לְשַׁלֵּם וּבֵין הֵיכָא דִּישׁ עָלָיו עוֹנָשׁ בַּד"ש וּכְבָר הַקְדִּימוּ בְּזָה בְּתַשׁוּבַת חָכָם צְבִי סִי' קל"ח ע"ש.

וְכַמְש"כ דִּישׁ לְחַלְקַן בֵּין חֵיב לְצִי"ש וּבֵין הֵיכָא דְּאַיִן עָלָיו חֵיב לְצִי"ש רַק מְצַד לְפָנִים מְשׁוּרַת הַדִּין וְע"כ י"ל דְּמַקּוֹם דְּחִיבֵלְצִי"ש דַּכ"ע מוֹדוֹ דְּהַרְשׁוֹת בְּיָדָם לְכוּפוֹ ע"ז בְּמַקּוֹם שְׁנִרְאָה לָהֶם וְאַפְשָׁי פְּלִגְתָּא לֹא מְפַשְׁינּוּ וְכַמְש"כ לְהֵישׁ חוֹלְקִים הַנְּ"ל וְנִקְדִּים מֵה דְּכַתְּבֵתִי בַּמַּק"א בְּעַנְנָן מֵה דְּאִי' בַּב"ק ד' קי"ח דְּסַפְק בְּפִרְעוֹן אַף דְּשִׁנְיָהֶם טוֹעֲנִים שְׁמָא חִיב לְצִי"ש וְכַדְקִי"ל בְּסִי' ע"ה אוֹ בְּמַקּוֹם בְּרִי וְשְׁמָא אַף בְּסַפְק בְּחֵיב חִיב לְצִי"ש וְכַתְּבֵתִי לְהַסְתַּפֵּק הֵיכָא דְּהַנְּתַבַּע טוֹעֵן שְׁמָא בְּמַקּוֹם דְּלֹא הוּי לְמִידַע אִם חִיב לְצִי"ש בְּמַקּוֹם סַפְק בְּפִרְעוֹן, וְכַתְּבֵתִי לְהוֹכִיחַ מְהָא דב"ב ד' ל"ו דְּהַנְּהוּ עֵינֵי דְּאַכְלֵי חוֹשְׁלָא אֲתָא מְרִי' תְּפַסִּינְהוּ אֲמַר אָבוּהּ דְּשְׁמוּאֵל יְכוּל לְטַעֵן עַד כְּדֵי דְּמִינְהוּ דְּאִי בְּעֵי אֲמַר לְקוּם בְּיָדֵי וְהֵתָם הָא הַנְּתַבַּע טוֹעֵן שְׁמָא כְּדַמְשַׁמַּע וְגַם לֹא ה"ל לְמִידַע וְאִי גִימָא דְּמֵהֵנִי תְּפִיסָה בְּכָל חֵיב לְצִי"ש פְּנ"ל לְהַסּוֹבְרִים פֶּן א"כ ל"ל לוֹמַר בְּהַנְּהוּ עֵינֵי דְּאַכְלֵי חוֹשְׁלָא דְּמֵהֵימֵן מְצַד מִיגוֹ דְּלְקוּם הָא בְּלֹא"ה מְהֵנִי מְצַד דְּהַמְזִיק טוֹעֵן שְׁמָא א"כ מְמִילָא מְהֵנִי תְּפִיסַת הַתּוֹבַע פִּינּוֹן דְּבְּמַקּוֹם בְּרִי וְשְׁמָא אַף בְּסַפְק בְּחֵיב ג"כ חִיב לְצִי"ש א"כ הָא הַתּוֹבַע טוֹעֵן בְּרִי וְהַנְּתַבַּע טוֹעֵן שָׁם שְׁמָא [וְכַמְש"כ הָרְאוּשׁוֹנִים בְּהֵנִי עֵינֵי דְּאַכְלֵי חוֹשְׁלָא דְּהַמְזִיק טוֹעֵן שְׁמָא וְעִי' בְּאוֹ"ת סִי' ע"ב ס"ק ל']: וְחִיב לְצִי"ש ע"כ מְמִילָא מְהֵנִי תְּפִיסָה וְע"כ מוֹכַח מְזָה דְּהֵיכָא דְּלֹא ה"ל לְמִידַע פְּטוּר לְצִי"ש וְע"כ לֹא הִי מְהֵנִי תְּפִיסָה הֵתָם פִּינּוֹן דְּהַמְזִיק לֹא ה"ל לְמִידַע אִם הִזִּיקוּ הָעֵינֵי אַף מְשׁוּם מִיגוֹ מְהֵימֵן כ"ז כְּתַבֵּתִי בַּמַּק"א בְּאַרְנֹכָה וּבְנוֹדָי אִין לְחַלְקַן בֵּין

בְּרִי וְשָׂמָא בְּסַפְק חַיִּיב לְבִין שְׁנֵיהֶם טוּעְנִים שְׂמָא בְּסַפְק פְּרַעוֹן לַעֲנִין חַיִּיב לְצִי"ש וּבְגֵי
זְקִירֵי מו"ה צְבִי נ"י אָמַר בְּזֶה דְעֵיקָר הַחֲזִילֻק בֵּין ה"ל לְמִידַע וּבֵין לֹא ה"ל לְמִידַע מְבֹנָאָר
בְּתוֹס' ב"ק ד' מ"ו ע"א ד"ה דְאַפִּילוּ נִינְזָק אֹמֵר בְּרִי כו' וּבְתוֹס' ב"ב ד' קל"ה ד"ה אַבְי
אָמַר כו' וּכְתַנְבוֹת ד' י"ב ע"ב ד"ה ר"ה ור"י אָמְרֵי חַיִּיב כו' אָבֵל לְרַבָּא דְמוֹכִיחַ הֵתֵם
בב"ב ד' קל"ה דְזֹאת אוֹמֶרֶת מְנָה לִי בְּיָדָהּ כו' [וְגִירְסַת הַש"ס דִּילָן דְרַבָּא קָאָמַר הָכִי וְעִי'
בְּתוֹס' גִּיטִין ד' כ"ו ד"ה הֵתֵם פְּדַקְתְּנִי טַעְמָא כו'] וְכוּן לְאַבְי דְמַדְחָה הֵתֵם דְשֵׁא"ה דְכַמְנָה
לְאַחַר בְּיָדָהּ דְמִי מְבֹנָאָר בְּתוֹס' ב"ב שָׁם דַּס"ל דְדָאִין לְחַלְקָא בֵּין בְּרִי וְשָׂמָא גְרוּעַ לְבְרִי
וְשָׂמָא טוֹב א"כ לְפִי שְׂיִטַת רַבָּא דַּס"ל דְדָאִין לְחַלְקָא בֵּין הֵיכָא דַּה"ל לְמִידַע וּבֵין הֵיכָא דְלֹא
ה"ל לְמִידַע ע"כ י"ל דְכְמוֹ דְבְמַקּוֹם סַפְק פְּרַעוֹן חַיִּיב לְצִי"ש בְּשְׁנֵיהֶם טוּעְנִים שְׂמָא
בְּמַקּוֹם דַּה"ל לְמִידַע דַּה"ה בְּסַפְק פְּרַעוֹן וּמְחִילָה אַף דְלֹא ה"ל לְמִידַע פִּינּוֹן דְהוּי חֲזַקַת
חַיִּיבָא דְחַיִּיב לְצִי"ש וַיֵּשׁ לַעֲנִין מְזַה בְּשִׁבְעוֹת ד' מ"ז וּב"ק ד' מ"ו תוֹס' ד"ה דְאַפִּילוּ נִינְזָק
כו' וּבְש"ף ס' ע"ב ס"ק נ"א וְקַצְרֵתִי: וּלפ"ז י"ל הֵיכָא דְהַתּוֹבֵעַ תְּבַעוּ בְּפָחוֹת מְמַה שְׂמַגִּיעַ
לוֹ וְנוֹלַד לְנוּ סַפְק אִם יָדַע הַדִּין שְׂמַגִּיעַ לוֹ יוֹתֵר אַף מְחִלוּ אוֹ דְטַעָה בְּדִין וְהוּי מְחִילָה
בְּטַעוֹת דְלֹא מְהַיָּי לַכ"ע הֵיכָא דְלֹא יָדַע דְמְחִיל כְּמַבְנָאָר בב"מ ד' ס"ז א"כ מְסַפְק אִין
לְהוֹצִיא מִהַמְּוָחָזֵק פִּינּוֹן דְהַתּוֹבֵעַ אִינוּ טוּעוֹן בְּרִי דְטַעֲיָתִי וְהַנְּתַבֵּעַ מְסוֹפְק אִם מְחַל לוֹ וְהוּי
כְּשִׁנְיָהֶם טוּעְנִים שְׂמָא אַף בְּסַפְק בְּמְחִילָה ג"כ פְּטוּר כְּמוֹ בְּשְׁנֵיהֶם טוּעְנִים שְׂמָא בְּסַפְק
פְּרַעוֹן דְפְטוּר אַף לְצִי"ש חַיִּיב מְשׁוּם דְאַתְחַזֵּק חַיִּיבָא עָלָיו מְקוֹדֵם דְמְחִלוּ [וַיֵּשׁ לְדוֹן בְּזֶה
ע"פ מַה דְקִי"ל בַּכ"ד דְמְחִילָה הוּי טַעְנָה גְרוּעַ וְאִינוּ נֶאֱמָן רַק ע"י מִיגוֹ וּכְמַש"כ הַקְצָה"ח
בְּסִי רַכ"ז ס"ק ו' גְּבִי סַפְק אִם בָּא לְיָדוֹ כְּעִין מְכָר זֶה שְׂפַתְב הַסַּמ"ע שָׁם ס"ק כ' לְדוֹן
בְּזֶה דְהוּי סַפְק מְחִילָה וְהוּי טַעְנָה גְרוּעַ כו' ע"ש וּבְמַק"א הָאֲרַכְתִּי בְּזֶה הַרְבֵּה וּבְהָא דְסִי
פ"ח סְעִי י"ז תְּבַעוּ חֲטִיִּים וְהַשִּׁיב שֵׁא"י אִם חֲטִיִּים אוֹ שְׁעוּרִים כו' לְשִׁיטַת הַסּוֹכְרִים
דְמְשׁוּם מְחִילָה נִגְעוּ בִי וְקַצְרֵתִי וְחַיִּיב לְשַׁלֵּם לְצִי"ש אוֹ דְמְחַוְיָיב לְחַקוֹר לַכַּה"פ אִם טַעָה
הַתּוֹבֵעַ אוֹ לֹא: אַף לְדִין דְקִי"ל לְחַלְקָא בֵּין ה"ל לְמִידַע וּבֵין לֹא ה"ל לְמִידַע וּכְמַש"כ
הַתּוֹס' בַּכ"ד וְדִלָּא כְּשִׁיטַת רַבָּא וְאַבְי דַּב"ב ד' קל"ה הַנ"ל ע"כ בַּנ"ד דְהַנְּתַבֵּעַ ה"ל סַפְק
בְּמְחִילָה דְלֹא ה"ל לְמִידַע ע"כ י"ל דְבַכַּה"ג אִינוּ חַיִּיב לְצִי"ש וְאַף דְקִי"ל בַּב"ק ד' קי"ח
דְבְסַפְק בְּפְרַעוֹן חַיִּיב לְצִי"ש עַכ"ז י"ל דְשָׂאֲנִי הֵיכָא דְלֹא ה"ל לְמִידַע אָבֵל לְרַבָּא דַּס"ל
שְׁלֹא לְחַלְקָא בֵּין הֵיכָא דַּה"ל לְמִידַע וּבֵין הֵיכָא דְלֹא ה"ל לְמִידַע ע"כ כְּמוֹ דְהֵיכָא דַּה"ל
לְמִידַע מְצִינּוּ בַּב"ק דְחַיִּיב לְצִי"ש בְּמַקּוֹם דְהוּי חֲזַקַת חַיִּיב אַף דְשְׁנֵיהֶם טוּעְנִים שְׂמָא ה"ה
בְּמַקּוֹם דְלֹא ה"ל לְמִידַע חַיִּיב לְצִי"ש ע"כ שְׁפִיר יֵשׁ לוֹמַר בְּכּוֹנְנַת רַבָּא דַּה"ל לְרוּנְיָא זִיל
פְּיִיסִי וְא"ל דְאַיְנָא לָךְ כְּרַב הוּנָא: הֵינּוּ דַּאִם לֹא תִרְצֶה לְשַׁלֵּם לוֹ כְּפִי הַפָּחוֹת אֲזִי הַרְשׁוֹת
בְּיַדִּינוּ לְקוֹנְסוֹ שְׁיִשְׁלַם כְּלוּ דְהָא לְצִי"ש מוּטָל עָלָיו חַיִּיב לְשַׁלֵּם כְּלוּ דְהָא מְקוֹדֵם דְתַבַּע
רַבִּינָא לְרוּנְיָא כְּפִי הַפָּחוֹת הִי מוּטָל עָלָיו חַיִּיב לְשַׁלֵּם לְרַבִּינָא כְּפִי מַה שְׂגָדַר רַק מְצַד מַה
שְׂתַבַּע מְמַנּוּ הַפָּחוֹת דְנוֹלַד אִזְ סַפְק מְחִילָה פְּנ"ל א"כ הוּי אַתְחַזֵּק חַיִּיבָא דְחַיִּיב רוּנְיָא
לְצִי"ש לְשַׁלֵּם כְּלוּ מְצַד חֲזַקַת חַיִּיב וְאַף דְלֹא ה"ל לְמִידַע אִם מְחִלוּ מ"מ חַיִּיב לְצִי"ש
לְשִׁיטַת רַבָּא כ"ז דְלֹא שְׂמַע מְפִי הַתּוֹבֵעַ דְמְחִלוּ וּמְחַוְיָיב לְחַקוֹר אַח"ז וְע"כ שְׁפִיר קָאָמַר
רַבָּא דְלְטַעְמִי אֲזִיל דָּאִי לֹא דְאַיְנָא לָךְ כְּרַב הוּנָא מְשׁוּם דְמוּטָל עַל רוּנְיָא חַיִּיב לְצִי"ש
ע"כ רְשׁוֹת בְּיַדִּינוּ לְקוֹנְסוֹ וּלְכוּפּוֹ לְשַׁלֵּם כְּלוּ כְּמוֹ שְׁנַתְבָּאָר דְבְמַקּוֹם דְחַיִּיב לְצִי"ש עָלָיו
רְשׁוֹת בְּיַדִּינוּ לְכוּפּוֹ לְשַׁלֵּם וְכְשִׁיטַת הַמְרָדְכִי הַנ"ל וְגַם י"ל דְבַכַּה"ג כ"ע מוֹדוֹ פְּנ"ל: וְאַף

דאיפא לברורי דשפא מחלו מ"מ בכה"ג דאינו ציית אינם מחוייבים ב"ד לברר זה: וכ"ז הוא לשיטת רבא אבל לדידן דס"ל לחלק בין ה"ל למידע ובין לא ה"ל למידע וע"כ אף במקום חזקת חיוב ג"כ פטור לשלם אף מידי שמים כיון דטוענים שפא וע"כ אין בדינו לכופו ולקונסו לשלם פולו פינו דלא ה"ל למידע אם התובע מחלו או לא ושפיר נכונים דברי הרמ"א דלא סיים בלשונו ואי לא יציית יקנסו אותו לשלם פולו משום די"ל דלדינא לדידן אין רשות בדינו לקונסו לשלם יותר מכפי שתבע ממנו כיון דפטור משום ספק מחילה והממע"ה ואין עליו חיוב לצי"ש פנ"ל ואתי שפיר דברי הרמ"א ע"כ דברי בני היקר שיקל: ענף ג' ולכאורה יש להעיר בכ"ז מהא דב"מ ד' קט"ז ע"א דמקשה הגמ' ואב"י לית לי הך סברא דנאמן בכדי דמיהו מ"ש מהנהו עיני דאכלי חושלא דא' אבוה דשמואל יכול לטעון עד כדי דמיהו.

הא לשיטת אב"י דס"ל שלא לחלק בין ה"ל למידע ובין לא ה"ל למידע כמש"כ התוס' בב"ב ד' קל"ה וכמש"כ פנ"ל י"ל דלכן מהימן לטעון בהנהו עיני דאכלי חושלא משום דהא התובע טוען פרי והנתבע טוען שפא ואף דמוכח דס"ל לאבוה דשמואל דלא פאב"י דס"ל בב"ב דמנה לי בידך והלה אומר א"י דחייב דאי הוי ס"ל פאב"י בזה א"כ ל"ל למימר דנאמן לטעון כדי דמיהו.

הא אף ביותר מפדי דמיהו נאמן הניזק מצד דטוען פרי והמזיק טוען שפא, וברי ושפא פרי עדיף לשיטת אב"י וע"כ מוכח דבזה לא ס"ל לאבוה דשמואל פנותי' אבל לענן לצי"ש י"ל דלשיטת אב"י אף מאן דס"ל פרי ושפא חזקת ממון עדיף.

מ"מ חייב לצי"ש אף היכא דלא ה"ל למידע א"כ לשיטת אב"י קשה דמאי מקשה הש"ס והכא בב"מ קאמר הש"ס במימרא דאבוה דשמואל דיכול לטעון עד כדי דמיהו ולא סיים פמו דסיימו בב"ב ד' ל"ו דיכול לטעון כדי דמיהו במיגו דלקוח: ואפשר לומר דהכא בב"מ נקטו פן בקצרה פדרה סוגיות הש"ס בכ"ד ועיקר סמיכתם על מה דמסיק הש"ס בב"ב דיכול לטעון במיגו דלקוח ומה שהוכחתי לעיל מרא' זו, יש לדחות ע"פ מש"כ הר"נ בשבת ר"פ כ"ג גבי הלואת יו"ט לא ניתנה ליתבע דאי תפיס תפיס ואי אזיל אידיך ותפיס מינ' לא מפקינן מינ' רק תפיס מעות שאני ע"ש ע"כ שפיר יש לומר דמן לשון דיכול לטעון עד כדי דמיהו דקאמר משמע דנאמן לגמרי ואף דאזיל אידיך ותפיס מינ' מפקינן מינ' בע"כ זהו רק משום מיגו דלקוח דאל"כ הא מהני תפיסת חבירו פנ"ל וא"ש הא דב"מ ומ"מ שפיר כתבתי לעיל לחלק בין ה"ל למידע ללא ה"ל למידע לענן חיוב לצי"ש מצד הסברא וראיות אחרות וקצרותי ונתבאר לנו דהיכא דלית בי פלוגתא פלל ותבע בפחות ממה שמגיע לו אף שטוען פרי דטעיתי ולא ידעתי הדין דקשה להוציא מהמוחזק וכדמצינו בב"מ ד' ט"ו דאמרינן דאדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו וגמר ונתן לשם מתנה אבל במה דמצינו בי פלוגתא קצת אף דלא קיי"ל פהחולק וכבר איפסיקא הלכתא דלא פהה דעה עכ"ז פינו דמצינו קצת חולק בזה י"ל דטעה וס"ל פנותי'.

וכמש"כ התוס' להוכיח דכ"ע ס"ל אין קידושין תופסין באחותו דאי הי' ר' יהושע חולק בדבר לא היו אמרים בזה אדם יודע כו' אף דהלכתא פרבנו דלא ס"ל כו' יהושע וכנ"ל וע"כ כה"ג נאמן לומר דטעה ומוציאין מהמוחזק וכמו הא דערכין ד' כ"ט דהמעוות חזירין: סימן יט (סעי' ב') שאל אחד כו' והקצה"ח ס"ק ב' הביא בשם הכנה"ג שכתב

בְּשֵׁם הַרְדָּב"וּ דְהַשְׁלִישִׁי שְׁלֵא הִסְפִּים לְהָרוּב צָרִיף לְחַתּוֹם עִמָּהֶם כּו' עכ"ל וּבְאַמַּת פֶּן מְבֹנָאָר בִּירוּשְׁלָמִי סְנֵהְדְרִין פ"ג ה' יו"ד דְאָמַר ר' יוֹחָנָן כּוּפִין אֶת הַמְּחַיֵּיב שְׂיִכְתּוּב וּפְאִי כו'.

וְעֵינָן בְּמַרְאֵה הַפְּנִים בּד"ה אָמַר ר' יוֹחָנָן כּוּפִין אֶת הַמְּחַיֵּיב שְׂיִכְתּוּב וּפְאִי כו' שְׁכּוּפִין אוֹתוֹ לְחַתּוֹם עִמָּהֶם ע"ש וְזֶהוּ סְבֵרַת הַתּוֹס' בּב"ק ד' כ"ז ד"ה קמ"ל כו' דְמִיְעוּט דְיִינָיִים חָשׁוּב כְּמִי שְׁאִינוּ דְמְחַוְיָיְבִים לְחַתּוֹם פְּנ"ל וּבמק"א הָאֲרַכְתִּי בּכ"ז: סִימָן כּא בְּש"ף הִבִּיא בְּשֵׁם הִירוּשְׁלָמִי דְקִדּוּשֵׁין וְגִיטֵין דר' יוֹחָנָן ס"ל אֲוֹנָסָא כְּמֵאן דְלָא עֵבֵר לְחַד גִּירְסָא וְהִכְרִיעַ דְהַעֲיָקָר הוּא כְּגִי' כְּמֵאן דְלָא עֵבֵד בְּדִלִית וְהִקְצֵה"ח שְׁם הַקְּשָׁה מֵהָא דְתַנּוּ ס"פ הַתְּקַבֵּל בְּכֹלְכֶם חַתּוּמוֹ מֵת א' מֵהֶם הִגִּט בְּטַל וּר' יוֹחָנָן ס"ל דְשָׁנִים מִשּׁוּם עֵדִים וְכֹלְכֶם מִשּׁוּם תְּנָאִי א"כ הָא נְתַקְיָיִם הַתְּנָאִי ע"י אֲוֹנָסָא וְע"כ הַעֲיָקָר כְּהַגִּירְסָא דְלָא עֵבֵד בְּדִלִית: וְלַעֲנֵד נִרְאָה לְחַלֵּק דְשָׁאֲנִי הִיכָא דְהַתְּנָה לְקַדְשָׁה ע"מ שְׂיִכְנִיסָנָה בְּיוֹם פ' כְּמֵבֹנָאָר בִּירוּשְׁלָמִי שְׁם וְהִי עֵיָקָר הַתְּנָאִי בְּדָבָר שְׂפִידוֹ ע"כ שְׂיָיָף לֹאמַר בְּזֵה דְאֲוֹנָסָא כְּמֵאן דְקִיָּיִם תְּנָאוֹ דְנֹקָא הִיכָא דְעֵבֵר עַל הַתְּנָאִי נְתַבְטַל הַתְּנָאִי וְלִשׁוֹן עֵבֵר לֹא שְׂיָיָף רַק הִיכָא דְעֵבֵר בְּמַזִּיד וְכֵה"ג אָבֵל לֹא עַל אֲוֹנָסָא וְעֵינָן בְּשִׁבְתָּ ד' ל"ח ע"א תּוֹס' ד"ה עֵבֵר וְשָׁהָה כו' אָכּוּ הִיכָא דְעֵיָקָר קִיּוּם תְּנָאִי לֹא הָוִי דְבָר בְּיָדוֹ כְּמוֹ הַתָּם בְּכֹלְכֶם כְּתוּבוֹ דְעֵיָקָר קִיּוּם הַתְּנָאִי לֹא הָוִי דְבָר בְּיָדוֹ רַק בְּיַד הָעֵדִים אִם יִחַתְמוּ.

וּבְנוֹדָאִי אִם לֹא יִרְצוּ לְחַתּוֹם בְּטַל הִגִּט אִף דְזֵה לֹא הָוִי בְּיָדוֹ רַק בְּיַד הָעֵדִים וְלֹא שְׂיָיָף בְּזֵה לֹאמַר אֲוֹנָסָא כְּמֵאן דְקִיָּיִם הַתְּנָאִי פִּינּוּ דְעֵיָקָר הַתְּנָאִי הִי' בְּזֵה דָאִם לֹא יִרְצוּ לְחַתּוֹם הִגִּט בְּטַל.

ע"כ ה"ה בְּמַת א' מֵהֶם פִּינּוּ דָאִם לֹא יִרְצוּ לְחַתּוֹם הִגִּט בְּטַל אִף דז"א בְּיַד הַמְּגַרְשׁ ה"ה בְּמַת א' מֵהֶם פִּינּוּ דְעֵיָקָר הַתְּנָאִי הָוִי עַל דְבָר דְאִינוּ בְּיָדוֹ וּבְרוּר וּפְשׁוּט אָבֵל לְדִינָא עֵיָקָר כְּהַגִּירְסָא דְאֲוֹנָסָא כְּמֵאן דְלָא עֵבֵד בְּדִלִית כְּמִש"כ הַשְׁ"ף: סִימָן כּב (סְעִי א' בַּהֲג"ה) ב"י פֶּן נוֹהֲגִים דְכָל מַה שְׁאָדָם מְקַבֵּל לְפָנֵי רֵאשִׁי הָעִיר שְׁלֵא יוּכַל לְחַזּוֹר בּוֹ וְעֵינָן בְּיָאוּר הַגְּר"א זצ"ל שְׁם ס"ק יו"ד וְסִי' קס"ג ס"ק ק"ג וּבְסִי' כ"ד ס"ק י"א מְזֵה: עֲנָף א וְאֶכְתּוּב כָּאֵן מַה שְׁהַשְׁבַּתִּי לְרַב גְּדוּל א' שְׁהַקְשָׁה לִי עַל מִש"כ בְּסִפְרֵי ח' יו"ד סִי' ג' בְּהָא דְדַבְרֵי הַקְּהָל א"צ קִנְיָן דָּאִין זֶה רַק בְּמַתְּנָה שְׁנוֹתָנִים לְהִיחִיד אָבֵל הִיכָא שְׂקוּנִים אִינְהוּ דְבָר אוֹ שְׂכָרוֹ לֹא שְׂיָהֲנִי ש"ץ לְהֶם.

בְּזֵה פִּינּוּ דְהִיחִיד יְכוּל לְחַזּוֹר בּוֹ דְהָא רַק בְּמַה דְשְׂיָיָף לְצִיבוּר נְמַסֵּר הַרְשׁוּת לְהֶם לְעֲשׂוֹת מַה שְׂיָרְצוּ וַיֵּשׁ לְהֶם זְכוּת וְכַח דְדַבְרוּרָם לְבַד יִהִי חָשׁוּב כְּמוֹ קִנְיָן אָבֵל בְּמַה דְשְׂיָיָף לְהִיחִיד אִין לְהֶם פָּח וְרְשׁוּת עַל מַה דְשְׂיָיָף לְהַאחֵר וְכִינּוּ דְהִיחִיד יְכוּל לְחַזּוֹר ע"כ גַּם הַצִּיבוּר יְכוּלִים לְחַזּוֹר זֶהוּ קִנְיָן דְבָרֵי שְׁם: וְע"ז הַקְּשָׁה לִי רַב גְּדוּל א' מֵהָא דְמְבֹנָאָר בְּהַגְּהוֹת מְרַדְכִי בּב"מ פ"ו דְרַבִּים שְׂשָׁכְרוּ מְלַמֵּד אִין יְכוּלִין לְחַזּוֹר בְּהֶם וְגַם כְּתִב עוֹד שְׁם דְנִהְגוּ דְכָל מַה שְׁנַעֲשֶׂה בְּפָנֵי רַבִּים א"צ קִנְיָן בְּמִקּוּם שְׂיָיָחִיד צָרִיף קִנְיָן ע"ש בְּהַגְּמ"ר אֶלְמָא דְאָף מַה דְשְׂיָיָף לְיָחִיד מ"מ חַל דִּין קִנְיָן א"כ זֶהוּ דְלָא כְּמִש"כ בְּסִפְרֵי וְהַגְּמ"ר הוּבָא בְּבָאָר הַגּוֹלָה בּח"מ סִי' שִׁל"ה וְכֵן יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל מִש"כ בְּסִפְרֵי מֵהָא דְמְבֹנָאָר בּח"מ סִי' כ"ב סְעִי א' בַּהֲג"ה דְכָל מַה שְׂמַקְבֵּל לְפָנֵי רֵאשִׁי הָעִיר לֹא יוּכַל לְחַזּוֹר בּוֹ אֶלְמָא לְהִדְיָא דְאָף עַל הִיחִיד בְּשִׁלּוֹ חַל דִּין קִנְיָן אִם קִיבֵל זֶה בְּפָנֵי טוֹבֵי הָעִיר וַיֵּשׁ הַרְבֵּה לְהָעִיר בּכ"ז.

והעיקר מה שנלע"ד בזה דהא מצינו דטובי העיר דינם כמו נשיאי העדה וכדין בד"ח כמבואר בסי' ב'. ומבואר שם בשם המהרי"ק דזהו דוקא בתקנה פללות [רק יזנהו מאד שלא יהי נגד ד"ת וחוקי אדונינו הקיר"ה כי דינא דמלכותא דינא פדכתיב אני פי מלך שומר וכמו שהארבתי בכ"ז במק"א].

אבל להפקיע מאחד וליתן לחבירו אינם יכולין וכינון דדינם הוא בתורת מעשה בד"ח ע"כ אין זה שנייה רק היכא שאינן נוגעין בדבר זה והוי שם ב"ד פשר עליהם ולכן מעשיהם קנימין כמו תורת ב"ד דילפי מקראי בגיטין ד' ל"ו ע"ב שנאמר וכל אשר לא יבא כו' או מן אלה הנחלות [רק באופן שיהי בהסכם פולם וע"פ הרשות וחוקי אדונינו הקיר"ה פנ"ל].

משא"כ היכא דהוי נוגעין בדבר אז אין עליהן תורת ב"ד פשר דהא נוגע מיפסיל לדין וע"כ אין להם רשות בדבר השנייה להיחיד שאין פוננתם רק לטובתן עצמיות: ולכן אמי שפיר הא דסי' כ"ב דהיחיד מקבל לפני זט"ה איזה ענין דכינון דאין זה לטובת הציבור ואינן נוגעין בזה.

ע"כ פתח אלימא טובא שיהי חל הקנין במה שמקבל לפנייהם כי דין בד"ח להם. ואף דבמה דהוי הפקעת ממון של יחיד אינן יכולין פנ"ל עכ"ז זהו דוקא בע"כ של חבירו אבל אם היחיד מתרצה וקבל בפניהם מרצונו הטוב על איזה ענין בזה מהני קבלתו לפנייהם כ"ז שאינן נוגעין בדבר וכל ציבור במקומו כו' וכמש"כ הרשב"א ומרדכי והובא בסמ"ע סי' ב' ס"ק יו"ד: אבל בנידון מה שפתי שם בספרי גבי ש"ץ ששכרו הציבור דהוי הציבור נוגעין בדבר דזהו טובתם פי יש להם הנאה מהש"ץ וכמש"כ הט"ז באו"ח סי' נ"ג ס"ק י"ד שפתב הטעם דלכן שכירות הסזן חציו לפי ממון משום דיש להם הנאה ממנו שקולו ערב כו' ע"ש.

וכינון דזהו להנאתם ותועלתם ע"כ מקרי הציבור נוגעים בדבר ואינן יכולין לעשות דין קנין ע"פ הדיבור בלבד בלא מעשה הקנין ורק במה שמתחייבים הציבור א"ע אף דלא הוי רק דיבור לבד זה מהני משום דברי הקהל א"צ קנין וכמבואר בתשובת הרא"ש והובא בח"מ סי' קס"ג והובא בתשובת מהרשד"ם סי' ש"ע ע"ש: אבל במה שנוגע לאיזה חיוב לחבירו בזה אינם יכולים לחייבו בדיבורו לבד כ"ז שהם נוגעים בדבר וע"כ יכול הש"ץ לחזור בו דאף דברי הקהל א"צ קנין אין זה רק במה דמתחייבים א"ע אבל לא דיחול עי"ז החוב על היחיד.

ולכן בהא דהגהות מרדכי הנ"ל ובהא דח"מ סי' של"ה גבי רבים ששכרו מלמד פנ"ל שפיר חל החיוב עליו ג"כ שלא יחזור בו פיון שקיבל עליו ללמוד עם בני העיר בפני הרבים ובה לא הוי הרבים נוגעים בזה כי זהו מוטל עליהם לשפוך מלמד לבני העיר כמבואר ביו"ד סי' רמ"ה וסוף סי' רמ"ט דזהו חוב על אנשי העיר וגם ללמוד עם בנייהם בעצמם אין זה הנאת הגוף וכמבואר בגדרים ד' ל"ה דהמנדר הנאה מותר ללמד בניו מקרא ג"כ והובא ביו"ד סי' רכ"א סעי' ב' ובפרט די"ל דמירי התם בבני העיר ולא מן בנים שלקהם וכינון דלא הוי הציבור נוגעים בזה ע"כ שפיר חל התחייבות על האחר שקיבל בפני הרבים בדיבורו לבד אף בלא קנין משום דכח הרבים הוי עליהם תורת מעשה בד"ח דאלימי זכותם וכחם יפה.

משא"כ היכא דהוי נוגעים דהוי להנאתם וטובתם אז אין דינם כב"ד להיות אלים פחם שיחול עי"ז הקנין על האחר. ולפ"ז בהגידון שכתב כת"ר דהרבים שלחו לקנות יי"ש דאף דהיחיד קיבל ע"ע לתת להם היי"ש עכ"ז כ"ז דלא עשו דרכי הקנין לא קם היי"ש משום דמה דהוי לצורכם אין דינם כמו בד"ח משום דהתורה פסלם לב"ד נוגעים: ענף ב וראי' לזה מהא דב"ב ד' ק' ע"א דרבים שפירו דרף לעצמם מה שפירו בירו ומקשי עלה ור"א רבים במאי קנו לי' ופי' הרשב"ם וכי בדיבורו קני לה.

אלמא להדיא דיחיד שנתן מתנה לרבים לא קנו ע"י דיבור לבד ואף בקיבל פן בפני הרבים כדמשמע התם בהלשון של המשנה דאמרו נטלה ונתן להם כו' דאל"כ הא ה"מ שם לשנויי דמייירי שם שקיבל ע"ע פן בפני הרבים ומדלא אמרו פן מוכח דלא מהני זה אם זהו לתועלתם ונהנתם: ולכאורה י"ל דלר' יהודה דס"ל בנדירים ד' מ"ח דהפוכה חלקו לנשיא א"צ לזכות משום דיפה פח הנשיא לפ"ז י"ל דה"ה בצייבור אבל ז"א דהא קיי"ל פרבנו דפליגי על ר' יהודה וס"ל דאף כותב חלקו לנשיא צריף לזכות א"כ ודאי ה"ה בצייבור וגם אליבא דר' יהודה יש לחלק בין נשיא לצייבור ונדעתי דיש לחלק בין אם היו הרבים במקום א' ובמקום הקבוע להם אף מדלא משני דהי' פן ומקשה בפשיטות רבים במאי קנו לה שפיר מוכח פנ"ל: ובב"ב ד' גבי בני העיר שנגנב ס"ת כו' דליסקו פי תרי כו' ופי' הרשב"ם דליסקו ע"י קנין ע"ש ואי נימא דמן יחיד לרבים הוי ג"כ בכלל דברי הקהל א"צ קנין א"כ קשה דל"ל שם לקנין הא אף בלא קנין מהני משום דהוי הקנאה מן יחיד לרבים ומוכח כמש"כ דהיכא דהוי להנאתם אין פחם יפה: אכן לפמש"כ במק"א לתרץ קושיות הקצה"ח בס"ל ל"ז ס"ק יו"ד שהקשה על הרשב"ם הנ"ל דל"ל קנין הא זוכה בדיבור פיון שהוא ת"י וכתבתי לתרץ די"ל דשא"ה דהוי בלשון סילוק דו"ד אין לי כו' דזהו לשון גרוע וע"כ לא מהני בלא קנין ולכן א"ש דברי הרשב"ם על נכון דהא לישינא דליסקו פי תרי כו' משמע דמייירי בלשון סילוק והא דקאמר הש"ס פן י"ל דלרבנותא קאמר פן וכמו שהארבתי בכ"ז במק"א וקנין מה י אף בלשון סילוק כמש"כ רש"י בכתובות ד' פ"ג וברא"ש ש"ס ב' ובמג"ש שם וכן מוכח בב"ב ד' מ"ג ע"א ולכן מתורץ קושיות הקצה"ח הנ"ל וקצרתי פי אכ"מ: ולפי"ז נדחה ראיתי מן הרשב"ם הנ"ל דלכן לא שינוי התם הא דדברי הקהל א"צ קנין משום דהוי התם בלשון סילוק כדקאמרי בש"ס וליסקו כו' וכינון דהוי לשון גרוע לא מהני זה בלא קנין חליפין ממש אבל היכא דהוי לשון מתנה המועיל שפיר י"ל דאף בכה"ג שינוי לדון דברי הקהל א"צ קנין אבל ראיתי דלעיל מהא דב"ב ד' ק' הוא ראיה חזקה ולפ"ז שפיר פתבתי בספרי שם דדברי הקהל א"צ קנין לא שינוי רק במתנה ולא במקירה פיון דהיחיד יכול לחזור בו ע"כ יכולים גם פן הרבים לחזור דאין קנין לחצאין: ולכן בהעובדא שכתב כת"ר בקהל שקנו יי"ש מן היחיד פיון דהיחיד יכול לחזור מהמכירה כ"ז שלא עשו הרבים קנין בהיי"ש.

ע"כ אף הרבים יכולין לחזור בהם דכיון דלא נקנה החפץ להלוקח בדרך הקנין ע"כ יכול הלוקח ג"כ לחזור ולהוציא מעותיו מהמוכר משום דאדעתא דהכי דלא יהיה חל הקנין רק לחצאין לא נתן הלוקח מעותיו וכמש"כ הרא"ש ב"מ ד' ע"ז גבי עייל ונפק אזוי דכיון דהמוכר חוזר בו ע"כ אף הלוקח חוזר בו וכמש"כ הנתיבות בס"ל קצ"ה ס"ק א' והטעם הוא מחמת הפלל דאין קנין לחצאין ובכמה דוכתי מבואר זה הפלל ולכן אף

דבמה דהרבים מחייבים א"ע חל עליהם ההתחייבות אף בלא קננו פנ"ל עכ"ז פיון דהמוכר חוזר בו על מכירת הי"ש ע"כ אף הרבים יכולים לחזור פנ"ל וקא דגיטין ד' למ"ד דבעל הבית בכהן אינו חוזר אכל הפהן חוזר שא"ה כמש"כ התורת גיטין שם לחלק ע"ש: [וקא דפסק הרמ"א בתשובה סי' נו"ן דגם בקבלת ציבור לא לרב עליהם דאף בלא קננו אינם יכולים לחזור ע"פ דברי הגהות מרדכי הנ"ל ג"כ הוא מהאי טעמא שכתבתי דקא פל עיקר הענין מן קבלת הרב אין זה הנאת הגוף פלל רק הנאת מצוה דלאו ליהנות ניתנו ושייך לדון ג"כ פנ"ל ועיין בכנסת יחזקאל סי' ח' גבי ש"ץ ע"ש אכן העיקר כמש"כ דהיכא דיש הנאה להרבים לא שייך זה ומש"כ החות יאיר בסי' ק"מ הובא זה בכנסת יחזקאל סי' ח' וכתב לחלק בין סנינים שלנו ויש לדון בכ"ז הרבה והנתיבות בסי' של"ג ס"ק א' בסופו פתב בשם הדרכי משה שכתב דשלישה ששכרו מלמד דא"צ קננו דכל מילי דרבים א"צ קננו והעלה דזהו רק במלמד דהוי דבר מצוה ודמי קצת לנדר שהנדר ברבים וע"ד רבים עכ"ל ויש לעיין בזה הרבה והעיקר כמש"כ: וכעין מש"כ ראיתי בנו"ב מ"ק סי' כ' שכתב בד"ה נאפילו אם ביררו פבר שהמנהג פן מ"מ בדבר שהם עצמן נוגעין בדבר אינם נקראים טובי העיר בזה ואתו טובי העיר פשרים לדון לעצמן כו' עכ"ל הנו"ב הרי שכתב הנו"ב פועין הסברא שכתבתי כ"כ גבי קא דטובי העיר דיכולין לשנות במידי דהוי רוןחא להאי כו' דסי' ב' לעיל רק שקיצר בזה ובאמת זה פשוט וברור דנוגע מקפסל לדון משום דאין עליו רק שם בע"ד וכעין מש"כ התוס' בב"ב ד' ל"ה ד"ה שודא דדייני כו' ובכתובות ד' פ"ה דדיינא דמקבל אגרא לאו דיינא הוא וה"ה גבי מש"כ בענין מה שמקבל לפני טובי העיר פנ"ל ועי' לקמן בחדושי לסי' ל"ז סעי' כ"ב: סימן כה (סעי' ב') בפ"ק (ס"ק י"ג אות ב') דכל היכא דפטור מתשלומין משום מומחה אינו פטור עד שהוא מקבר שהווא מומחה ולאו פל פמינ' לומר מומחה אני ולא שייך לומר פאן הממע"ה וכדאמרו בב"ק ד' צ"ט זיל אייתי ראי דמומחה את ואפטרהו כו' והפרמ"ג ליו"ד סי' א' ס"ק ד' הקשה דאמאי מוציאין ממון מהמוחזק וקא הממע"ה ואף די"ל דכאן איתרע הרוב מומחין אצל שחיטה מדלא שחט פהוגן עכ"ז ספק הוי ואין להוציא מהמוחזק בלא ראי ונשאר בצ"ע וכן ראיתי בספר תרומת הכרי על ח"מ סי' ש"ו סעי' ז' שהקשה פן ותירץ בדוחק: אכן לענ"ד אינו קשה פלל דקא עיקר הטעם דמומחה פטור משום דהוי אנוס וידוע בכל דיני שומרים מימרא דאיסי פן יהודה דאמר אין רואה שבועת ד' תהי' בין שניהם קא יש רואה יביא ראי ויפטר פמבואר בב"מ ד' פ"ג ובח"מ סי' קפ"ז סעי' ב' וסי' רצ"ד ובסי' ד"ש סעי' ג' וכיון דשומר שטען נאנסו אינו נאמן להפטר במקום שיכול להתברר משום דאיכא לברורי מקררינו ועיין בקצה"ח סי' רצ"ד ס"ק ב' מזה.

ע"כ בדיין מומחה או שוחט ואופן מומחה אינו נאמן לומר מומחה אני דקא יכול לברר בקל זה שהוא מומחה לכן אינו נאמן לומר מומחה אני בלא ראי ור' יוחנן דאמר בב"ק זיל אייתי ראי דמומחה את אגיל לטעמי' דמצינו בב"מ ד' פ"ג דס"ל לר' יוחנן פאיסי פן יהודה הנ"ל: ועפ"ז יש ליישב מה דיש להקשות על הרא"ש ב"ק ד' צ"ט דלא הביא שם להו' מימרא דר' יוחנן זיל אייתי ראי דמומחה את פמו שהביא הרי"ף שם זה המימרא די"ל דלכן לא הביא זה הרא"ש משום דסמך על מה דפסק בב"מ פ"ו סי' י"ט פהו' דאיסי פן יהודה הנ"ל וממילא ילפינו מינ' להו' דינא דצריף להביא ראי דמומחה הוא פי הפל

חָדָא הוּא וְלָכֵן שְׁפִיר פְּתַב הַשְּׁ"ךְ הֵכָא פִּן גַּבֵּי דַיָּיִן מְנוּמָחָה דְאִינוּ נְאָמֵן לִוְמַר מְנוּמָחָה אַנְי בְּלֵא רֵאִי וְכֹן לְשִׁיטַת הָרָא"ש דְּכַתְּבַב דְּלָכֵן מְנוּמָחָה פְּטוּר מִשׁוּם דַּה"ל הַקְּבֵלָה מִלְתָּא יַתְיָרָה ע"כ צָרִיךְ בְּיָרֹר שְׁהוּא מְנוּמָחָה פִּינֹן דְּמַצַּד פְּטוּר וּמְחִילָה נִגְעוּ בָּהּ א"כ הָא הֵוֵי מְחִילָה טַעְנָה גְרוּעָא נְאָמֵן בְּלֵא רֵאִי עַל טַעְנַת מְחִילָה וּפְטוּר וְע"כ לְכָל הַטַּעְמִים אִינוּ נְאָמֵן לִוְמַר מְנוּמָחָה אַנְי בְּלֵא רֵאִי וְעַיִן מְזַה בְּסִי' קַפ"ז סַע"י ג' בְּהִגָּהַת רַמ"א שְׁפַתְּב דְּדוּקָא בְּטַעְנַת שׁוּמְרִין אַבְּל בְּטַעְנַת פְּרַעוֹן וְהַשְּׂבָה כו' וּבְמַש"כ הַנְּתִיבוֹת שָׁם וְאִין זֶה עַנְיָן לַנ"ד וְעַי' בַּלַּח"מ בְּרַמְבַּ"ם ה' שְׁכִירוֹת פ"ג ה' א' וּבְמַחְנָה אֲפָרִים עַל הַרְמַבְ"ם הַנ"ל בְּמַה שֶׁנ"ב: (שָׁם סַע"י ב' בַּהַג"ה) אִפִּי' אִין הַרְבֵּים מְסַפִּימִים מְטַעַם א' הוּאִיל וְהֵם מְסַפִּימִים לְעַנְיָן הַדִּין אֲזִלְיָנוּ בְּתַרְיָהּ וְהַשְּׁ"ךְ שָׁם פְּתַב דְּבִאִסוּר דְּאוּרִייתָא לֹא מְהַנִּי אִם הֵם מְשַׁנֵּי טַעְמִים אִךְ אִם הֵם לְפָנֵינוּ שְׁאִנְי.

וְנִרְאֶה לִי לְהוֹכִיחַ פִּן מִירוּשְׁלָמִי סְנֵהֲדָרִין פ"א ה"ב גַּבֵּי עֵיבוּר שְׁנָה דְחַד אָמַר לְעַבְרַה הַשְּׁנָה מְטַעַם א' וַח"א טַעַם אַחַר וְכֹן הַשְּׁלִישִׁי אָמַר טַעַם אַחַר דְּמַעְבְּרִין עַל פִּיָּהֶם וּמִקְשָׁה הִירוּשְׁלָמִי וְהָא אִין מוֹדִין מַצַּד א' וּמְשַׁנֵּי דְכִינֹן דְּאִילָן מוֹדִין לְאִילָן כְּמוֹ שְׁפֹלָם מוֹדִין מַצַּד אַחַד דְּמִי עַכ"ל הָרִי דְאָרְף שְׁנָה חוֹלֵק עַל טַעְמוֹ שֶׁל זֶה מ"מ פִּינֹן שְׁבַעֲצָם הַעַנְיָן מְסַפִּימִים לְדָבָר אַחַד סוּמְכִין עֲלֵיהֶם א"כ ה"ה בְּאו"ה אוּ בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת וּלְשִׁיטַת הַשְּׁ"ךְ דְּמַחְלֵק בֵּין אִם הֵם לְפָנֵינוּ כו' יְהִי מִשָּׁם סִייעָתָא דְאִם הֵם לְפָנֵינוּ מְקַרֵּי רַבִּים אִךְ דְּאִינָם מְסַפִּימִים מְטַעַם אַחַד.

וּלְשִׁיטַת הַמַּהְרִי"ט בַּח"ב ס' ט' דְאִינוּ מְחַלֵּק בֵּין אִם הֵם לְפָנֵינוּ אוּ לֹא יְהִי מְזַה רֵאִי דְאָרְף בְּאִינָם לְפָנֵינוּ ג"כ מְהַנִּי רֹב אִךְ דְּאִינָם מְסַפִּימִים מְטַעַם א' פִּינֹן דְּמַצִּינוּ עַכ"פ דְאָרְף בְּחוֹלְקִין בְּהַטַּעְמִים ג"כ סוּמְכִין עֲלֵיהֶן וְעַיִן בִּירוּשְׁלָמִי בְּהוֹרִיּוֹת פ"א ה"א מְזַה: וְכֹן מוֹכַח מִהַתּוֹס' נִדָּה ד' נ"ד ע"א ד"ה וְלִמְאִי דְמִשְׁנָה הַשְּׁ"ס כו' שְׁהַקְשׁוּ לַר"ת דְּפָסֵק דִּימִי לִידְתָּהּ שְׁאִינָה רוּאָה בְּהֵן אִין עוֹלִין לְסַפִּירַת זִיבְתָּהּ וּלְפָנֵי רַש"י דִּימִים הָרֵאוּיִין לְנִדָּה אִין עוֹלִין אִין תַּקְנָה לְנָשִׁים בַּזֶּה"ז כו' וְסִייעָמוּ וּמִיָּהּ לְפִירַש"י אֲתִי שְׁפִיר דְהוּא פָּסֵק דִּימִי לִידָּה עוֹלִין לִימֵי סַפִּירַתָּהּ וְלַר"ת הָא יְמֵי נִדָּה אִין עוֹלִין אַבְּל יְמֵים הָרֵאוּיִין עוֹלִין שְׁפִיר עַכ"ל אֲלֵמָא דְאָרְף דְּלַרְש"י הַטַּעַם מְחַמַּת דְּפָסֵק דִּימִי לִידָּה עוֹלִין לָהּ וְלַר"ת מְטַעַם אַחַר דְאָרְף שְׁפָסֵק דְאִין עוֹלִין לָהּ עַכ"ז מְטַעַם אַחַר לְשִׁיטַתוֹ יֵשׁ לְהַקְל מִשׁוּם דִּימִים הָרֵאוּיִין עוֹלִין לָהּ אֲלֵמָא דְהָתָם הָא אִין מְסַפִּימִים מְטַעַם א' וְזֶה חוֹלֵק עַל טַעְמוֹ שֶׁל זֶה וְגַם הָתָם הָא הֵוֵי חַשְׁשׁ אִיסוּר דְּאוּרִייתָא אַפ"ה פִּינֹן שְׁפֹלָם מְסַפִּימִין עַכ"פ לְדִינָא לְהַקְל סוּמְכִינֹן עֲלֵיהֶם א"כ מוֹכַח מְפָל זֶה דְאָרְף בְּאִינָם מְסַפִּימִים מְטַעַם א' ג"כ נְחַשְׁבִּין לְרֹבָא אִךְ אֲפָשֵׁר לְחַלֵּק דְעַדִּינֹן יֵשׁ לִוְמַר דְּהִיכָא דִּישׁ מִיעוּט הַחוֹלְקִים וּבְעֵינֵן רֹבָא לְהַכְרִיעַ נִגְדָם בְּזֶה י"ל דְכִינֹן דְאִינָם מְסַפִּימִים מְטַעַם א' אִינָם יְכוּלִים לְבַטֵּל לְהַמְיַעוּט דְזֶה לֹא הֵוֵי רֹב לִילָךְ בְּתַרְיָ' מִשָּׂא"כ הָתָם בְּנִידוֹן הִירוּשְׁלָמִי וּבְנִידוֹן שֶׁל הַתּוֹס' בְּנִדָּה דְלָכֵל הַדִּיעוּת יֵשׁ לְהַקְל זֶה עַדִּיפָא פִּינֹן דַּע"כ"פ לְכָל הַשִּׁיטוֹת ס"ל לְהַקְל וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מְהָא דְפָסְחִים ד' כ"א וּב"ק ד' קט"ז שְׁפַתְּבוּ הַטַּעַם בְּמַה דְאָמְרוּ אִין הַכְרָעָה שְׁלִישִׁית מְכַרְעַת דְזֶהוּ מִשׁוּם דְהֵוֵי מְטַעַם אַחַר וְעַיִן בְּתוֹס' שָׁם וּבְשַׁבְּת ד' מ' בְּתוֹס' שָׁם וְהִנֵּה הָא דְהַלְכָה כְּהַמְכָרִיעַ פִּי' רַש"י בַּב"ק שָׁם דְזֶהוּ מִשׁוּם דְאֲחַרֵּי רַבִּים כו' וְאִין עוֹמְדִין דְבַרֵּי יַחִיד בְּמַקּוֹם ב'.

ומה"ט פתב בספר יד מלאכי פלל ה' אות קפ"ג דאם נחלק יחיד עם רבים דלא נפסוק בזה פהמכריע ע"ש וכינן דחזינו התם דאם הם חלוקים בהטעמים דאין הלכה פהמכריע א"כ מוכח מזה דאם הם חלוקים בטעמים דלא נחשב זה לרובא לבטל לדברי המיעוט ואף במידי דרבנן מוכח התם דלא מהני אם הם חלוקים בטעמים דהא התם מיירי במידי דרבנן.

אף לשיטת הר"ת דפי' שם בפ"א אחר להך דאין הכרעה שלישית ע"ש ליתא לראנ' זו ועיין ביו"ד סי' נ"ד בדרכי משה ובש"ך שם ס"ק ט' ובט"ב במ"ת ח' ח"מ סי' ג' ובבית אפרים בקונטרס הראיות סי' ל"ט ס"ק י"ג מזה: (שם סעי' ג') הנה הטועה מןמחה ב"ד כו' ולא קבלו אותו בע"ד או שלא הנה מןמחה אבל קבלו כו' וטעה בשקול הדעת כו' מה שעשה עשוי כו' ענף א' ולכאורה יש להעיר בזה דהך מילתא דאמרו בטעה בשקול הדעת מה שעשה עשוי דהוא בסנהדרין ד' ל"ג ע"פ המשנה בכורות ד' כ"ח דן את הדין כו' מה שעשה עשוי דמוקמינן דמיירי בטעה בשקול הדעת.

דלולא דברי הראשונים הייתי אומר דז"א רק בקיבלו אותו הבע"ד כמו דמוקמינן בסנהדרין ד' ו' אבל מןמחה ולא קבלו וכן בשלשה הדיוטות אף דדנין בע"כ מ"מ י"ל דאם טעו בשקול הדעת בטל דיניהם משום דהא קיי"ל דמה"ת בעינן סמוכים ואנן שליחותיהו דקמאי קא עבדינן פמבואר בסי' א' ובסי' ג' וזה ברור דבשקול הדעת לא מהני תפיסת הבע"ד אלא משום דהתפיסו הדיין בטעות שאני כמש"כ המהרי"ק והובא בקצה"ח ס"ק ד' וס"ק ז' ומה"ט משלם הדיין כמו פל המזיקין בדד"ג ועיין ש"ך ס"ק ט"ו וכינן דשליח שטעה אף בכל שהוא שליחותו בטל פמבואר בקידושין ד' מ"ב ובסי' קפ"ב וסי' רכ"ז א"כ הדין נותן דה"ה בהא דאמרו שליחותיהו קא עבדינן דזה לא יהא עדיפא מן שליח גמור.

בין אם נימא כמש"כ הנתיבות בסי' א' דהך מילתא דשליחותיהו עבדינן זהו מה"ת ובין לשיטת כל הראשונים דס"ל דז"א רק מדרבנן וכן הדין נותן דהא לא מצוי משווי לשליח למי שלא בא לעולם עדיין וע"כ העיקר בנודאי כמש"כ הראשונים דזהו רק מדרבנן: ויהנה איך שיהנה עכ"פ לא עדיפא זה מן כל שליח גמור דאם טעה דלא שווי לשליח בכה"ג וכעין זה מציינו בב"ב ד' קס"ה באתרא דנהגי בפשוט ואזל שליח ועבד מקושך הוי שינוי בשליחות פינן דשינה מהמנהג וקמו דאמרו בקידושין ד' מ"ט ועיין בב"ב ד' קס"ה תוס' ד"ה באתרא דנהגי כו' ובנודאי מה דפסק הדיין ע"פ מה שטעה בשקול הדעת ונודאי אין לנו שינוי יותר גדול מזה דאם הי' מזדמן פן בשליח ממש פועין זה ונודאי דנתבטל השליחות לכן הדעת נותנת דכינן דאין לנו ב"ד שיהיו יכולין לדין ע"פ ד"ת אלא עיקר פוחנו הוא ע"פ מה דאמרו שליחותיהו קא עבדינן ולכן בנודאי לא הסכימו שיהי' הדין שלנו קיים אם יטעו בשקול הדעת ונהי דלא שייך בזה לדון אשנ"ע וכמש"כ לעיל בחידושיי לסי' א' ענף ב' בטעם הדבר דאם דנו בשבת דינן דין ע"פ דברי המל"מ פ"ג ה' גניבה ע"ש.

אבל בנ"ד לא שייך זה דהוי שינוי בעצם הענין מהשליחות והא דמבואר בסנהדרין ד' ל"ג בטעות בשקול הדעת דקם דינא י"ל דזה הדין אינו נוהג רק בסמוכים וכן במה דמבואר במשנה בכורות דן את הדין כו' מה שעשה עשוי אף באינו מןמחה היינו משום

דְּהָא מִיָּרִי בְּקַבְלוֹ בַּע"ד עֲלֵיהֶם פְּמִבְּנֵי בְּסִנְהֶדְרִין ד' ו' וְלִכְּוֹן דִּינוֹ פְּמֹו כָּל דִּינֵין דִּישׁ לֹו
כֹּחַ לְדוֹן מַה"ת וְלֹא בְּאִנּוּ בְּזֵה מִצַּד שְׁלִיחוֹת וְכִמּוֹ שְׁפַתְבּוּ הַשְּׁ"ף בְּסִי כ"ה ס"ק כ"ד דְּאָף
בְּלֹא גְמִיר כָּלֵל מְהִי קַבְלָתוֹ דְּמַה שְׁעָשָׂה עֲשׂוּי אֲבָל בְּמִי שְׁלֹא קַבְלוּהוּ דְּאִין לֹו כֹּחַ לְדוֹן
רַק מְשׁוּם שְׁלִיחוֹת דְּקִמְצֵי כְּמֹו מְנֻמָּחָה אוֹ שְׁלֵשָׁה הִדְיוּטוֹת אוֹ אָף שְׁלֵשָׁה מְנֻמָּחִין שְׁאִינְן
סְמוּכִין לְכַאוּרָה יֵשׁ לְדוֹן בְּהוּ דְּאִם טְעוּ בְּשִׁקוּל הַדְּעַת דִּיהֵי' הַדִּין בְּטַל אָף הֶרְמַב"ם
וְהַטּוּש"ע דְּכַתְּבוּ בְּפִירוּשׁ דְּמְנֻמָּחָה אָף שְׁלֹא קַבְלוּ ג"כ הַדִּין קִיָּים אִם טְעוּ בְּשִׁקוּל הַדְּעַת
וְכֹן פְּתַב הֶרָא"ש וְהַטּוּר וְהַשּׁו"ע דְּאָף בְּשִׁלְשָׁה הִדְיוּטוֹת הַדִּין קִיָּים אִם טְעוּ בְּשִׁקוּל הַדְּעַת
אֲלֵמָא דְּלֹא ס"ל כַּמֶּש"כ וְהוֹכִיחוּ פֶּן מְהָא דְּסִנְהֶדְרִין ד' ה' ע"א דְּמַר זוּטְרָא דְּוֹ דִּינָא וְטָעָה
וַא"ל רַב יוֹסֵף דְּאִם קַבְלוּ כו' ש"מ דִּינוֹ דִּינָא וְכֹן אָמְרוּ שְׁם בְּרַבָּה בַּר חֲנָנָה כו' בְּהָא רַב
יוֹסֵף ס"ל דְּמַה"ת בְּעֵינֵין ב"ד סְמוּכִין וְהָא דְּאִנּוּ דְּנִין בְּבָבֶל זְהוּ מְשׁוּם שְׁלִיחוֹת דְּרַמְאִי
פְּמִבְּנֵי בְּגִיטִין ד' פ"ח וְהוּבָא בְּתוֹס' סִנְהֶדְרִין שְׁם ד"ה וְאִם הִי מְנֻמָּחָה כו' וְאִפ"ה ס"ל
לְרַב יוֹסֵף דְּאָף בְּלֹא קַבְלוּהוּ ג"כ הַדִּין קִיָּים אָף בְּטָעָה הַמְּנֻמָּחָה בְּשִׁקוּל הַדְּעַת אֲלֵמָא
דַּס"ל דְּאָף מַה דְּאִנּוּ דְּנִין מְשׁוּם שְׁלִיחוֹתֵיהוּ דְּקִמְצֵי דַּמ"מ הַדִּין קִיָּים אָף בְּטָעוּ בְּשִׁקוּל
הַדְּעַת וְאִפְשָׁר לֹוּמַר דְּלִכְּוֹן פְּסַק הֶרְמַב"ן פְּרַב אֲחָא דַּד"ה חַד פְּשָׁר וְהוּבָא לְעֵיל בַּש"כ ס'י
ג' ס"ק א' וְלְעֵיל בְּחִידוּשֵׁי לְסִי ג' פְּתַבְתִּי לְתַרְזַן לְמַה שְׁהַקְשָׁה הַשְּׁ"ף מְמַה שְׁפַתְבּוּ
הֶרְמַב"ם דְּשְׁלִיחוֹת שְׁל א"י עוֹשִׂין וְכַתְּבַתִּי לְחַלֵּק דְּשִׁאֲנֵי קַבְלַת עֲדוּת וְכֹן הוּא פְּוֹנָת
הַסְּוֹגֵיָא דְּגִיטִין ד' פ"ח וְכֹן הָא מִיָּרִי רַב יוֹסֵף שְׁם בְּגִיטִין בְּדִין כַּפִּי וְשִׁאֲנֵי זֵה כַּמֶּש"כ
הַקְּצָה"ח בְּסִי ג' אָף אֲפַתִּי הַקְּשָׁה דְּמַנְלִי לְהֶרְמַב"ם לְהַכְרִיחַ לְפִסְוֹק פְּרַב אֲחָא דַּד"ת חַד
פְּשָׁר אֲבָל לְפַמֶּש"כ י"ל דְּהֶרְמַב"ם הוֹכִיחַ פֶּן מְהָאֵי סוּגֵיָא דְּסִנְהֶדְרִין ד' ה' דַּס"ל לְרַב יוֹסֵף
דִּיחִיד מְנֻמָּחָה שְׁטָעָה בַּשְּׁקוּ"ה דְּדִינוֹ דִּין אָף דְּרַב יוֹסֵף עֲצָמוּ ס"ל דְּשְׁלִיחוֹתֵיהוּ קַא עֲבַדִּין
פְּמִבְּנֵי בְּגִיטִין הַנְּ"ל.

מְזַה הוֹכִיחַ הֶרְמַב"ם לְפָרֵשׁ דַּע"כ לֹא קָאֵי רַב יוֹסֵף שְׁם אֲלֵא בְּדִינֵי פְּפִי' וְבְּדִין קַבְלַת
עֲדוּת מְשׁוּם דְּהָא מוֹכַח דַּס"ל לְרַב יוֹסֵף עֲצָמוּ פְּרַב אֲחָא בְּזֵה דַּד"ת חַד פְּשָׁר וְלִכְּוֹן ס"ל
לְרַב יוֹסֵף דְּאִם טְעָה הַמְּנֻמָּחָה בַּשְּׁקוּ"ה דִּינוֹ דִּין מְשׁוּם דַּא"כ הַקְּשָׁה הָא זֵה לֹא עֲדִיפָא
מִןכֹּל דִּין שְׁלִיחַ גְּמֹוֹר שְׁשִׁינָה פְּנ"ל וְהָא דְּשָׁנִים שְׁדָּנוּ אִין דִּינֵיהֶם דִּין הַטְּעָם הוּא כַּמֶּש"כ
הַרְשָׁפ"א וְהַכ"מ פ"ב ה' סִנְהֶדְרִין דַּז"א אֲלֵא מְדַרְבְּנָן וְכַמֶּש"כ לְעֵיל בְּסִי ג' אָף יְחִיד
מְנֻמָּחָה שְׁאֲנֵי.

וּמְזַה הוֹכִיחַ הֶרְמַב"ם דַּע"כ מוֹכַח דְּהָא דְּגִיטִין דַּס"ל לְרַב יוֹסֵף דְּשְׁלִיחוֹתֵיהוּ עֲבַדִּין
דַּז"א רַק בְּעֵינֵינִים פְּפִי שְׁפַתְבְּתִי וְלֹא בְּכוּלֵי מִיָּלִי וְהָא דְּסִנְהֶדְרִין ד' ג' א"ש לְשִׁיטַת
הֶרְמַב"ם ה"ס פ"ו ה"ג וְכֹן י"ל דַּעפ"ז הַכְּרִיחַ רַש"י לֹוּמַר דְּהָא דִּיחִיד מְנֻמָּחָה דְּוֹ יְחִידִי
דְּזֵהוּ מַה"ת כַּמֶּש"כ בְּסִנְהֶדְרִין ד' ה' מְשׁוּם דְּאִי גִימָא דְּזֵהוּ רַק מְדַרְבְּנָן א"כ תַּקְּשָׁה דְּמִפְּנֵי
מַה הָוֵי דִּינוֹ דִּין בְּטָעָה בַּשְּׁקוּ"ה וְכִמּוֹ שְׁהַקְשָׁתִי וּבְאַמַּת יֵשׁ לֹוּמַר דְּמֵאֵן דַּס"ל עֲרוּב
פְּרִישִׁיּוֹת פְּתוּב כְּאֵן וּבְעֵינֵין מַה"ת סְמוּכִין וְהָא דְּשְׁלֵשָׁה שְׁאִינְן סְמוּכִין דְּנִין זְהוּ מְשׁוּם
שְׁלִיחוֹתֵיהוּ וְע"כ בְּטָעוּ בַּשְּׁקוּ"ה הַדְּעַת נוֹתְנַת דְּהַדִּין בְּטַל וְהָא מְשָׁנָה דְּבַכּוּרוֹת הָא מִיָּרִי
ב בְּלוּ וּבַכָּה"ג דִּינוֹ קִיָּים וְכַמֶּש"כ לְעֵיל מְשׁוּם דְּדִינוֹ כַּב"ד פְּשָׁר מַה"ת גְּבִי זֵה אֲכֹן אִי
גִימָא דְּהָא דְּמְנֻמָּחָה דְּוֹ יְחִידִי זְהוּ מַה"ת ע"כ א"ש הַסְּוֹגֵיָא דְּהַתָּם דַּס"ל דִּיחִיד מְנֻמָּחָה אָף
שְׁלֹא קַבְלוּ וְאָף אִם טְעָה ג"כ דִּינוֹ דִּין וְעַפ"ז יֵשׁ לְדוֹן הַרְבָּה בַּמֶּש"כ הַתו' שְׁם ד"ה וְאִם
הִי"מּוּמַחָה כו' וְהָא דְּסִנְהֶדְרִין ד' ג' דְּאָמְרוּ אֲלֵא מַעֲתָה טְעוּ לֹא יִשְׁלְמוּ וּמִשְׁמַע דְּדִינָם דִּין

אף ל"ד דאינן רק מדרבנן דאל"כ נימא דלאו פלום עבדי כמו דאמרו בטועה בד"מ לקמן ד' ל"ג יש לומר דזה א"ש לשיטת התוס' והרא"ש והוא יש חולקין בסעי' א' בהג"ה דהתם קאי לרבנן דר"מ וכן א"ש להרמב"ם פ"ו ה"ג וכפש"כ הלח"מ ה"א: ענף ב פן הי' מקום לדון לכאורה אכן פינן דחזינן דשיטת פל הראשונים אף דס"ל דכל פת הב"ד שילנו הוא רק משום דשליחותייהו דקמאי עבדינן ומ"מ פתבו דאם טעו בשקול הדעת מה שעשה עשוי בע"כ מוכח דס"ל דאינן זה דומה לשליח שטעה וכן הוא באמת הדין נוטה ודלא כמש"כ לעיל משום דהא אמרו בכתובות ד' ק' שליח פדיינן וחד אמר שליח כאלמנה ופירשו התוס' והרא"ש והר"נ ור"פ דקאי על שליח ב"ד דאלים פחו טפי וע"כ אף בטעה עד שהות מכרו קיים ויש לו פת של הב"ד אלמא דמצינו דשליח של ב"ד שאני מפל שליח דעלמא וע"כ יש לומר דה"ה מה"ט אמרו ב"ד דנין האידנא בשליחות דקמאי דאף בטעו ג"כ הדין קיים משום דאנן שליחות דהב"ד קא עבדינן ולכן לא מבעיא למאן דס"ל שליח פדיינן ונדאי א"ש ונאף ל"ד דס"ל שליח ב"ד דינו כאלמנה מ"מ מודה בנ"ד דשאני פת הב"ד דכיון דיש לנו פת לדון עכ"פ ע"כ גם בדין הדין הוא דאם טעו בשקול הדעת מה שעשה עשוי.

ד"ה עיקר הטעם ב"מ דאמרו בטעות דמה שעשה עשוי הוא מפני דחסי חכמים על פב"ד דדין שלא יהא לבנו ויתבטל דינו וכמש"כ האו"ת בס"ק ט' וזהו בגדר דא"כ מה פת ב"ד יפה דגיטין ד' ל"ג ומה"ט בטעו דדיינים עד שתות דמכרן קיים אף רש"ב"ג ס"ל דמה"ט אף ביותר משתות מכרן קיים כמבואר בכתובות ד' ק' א"כ ה"ט שייך אף בב"ד דהאידנא פינן דיש עכ"פ שם ב"ד עליהם ובש"כ בשלשה דיינים דבזה י"ל בפשיטות דאף ל"ד דס"ל שליח כאלמנה דמ"מ בנ"ד נדאי אינו דומה לשליח אלמנה דהא אמרו שם הטעם מה אלמנה יחידה אף שליח יחיד לאפוקי ב"ד דרבים ינהו אבל בנ"ד דהוי שלשה נדאי דינם כב"ד גמור מה"ת ומה"ט אמרו בסי' ק"ט סעי' ו' בהג"ה דהמנונה ע"פ רשות המלך שולחו כמותו משום דמה משלחו יחידי כו'.

ועיין באה"ע ס"ס ק"ד בח"מ וב"ש אף באמת אף ביחיד מןמחה שטעה ג"כ הדין הוא דאף בלא קבלו ג"כ מה שעשה עשוי פינן דשם ב"ד עליו ואזלינן ב"מ טעמא ולכן אין דנין בזה לדמותו לכל דיני שליח משום דאלים פחו טפי וכן מוכח מסנהדרין ד' ג' דאמרו אלא מעתה טעו לא ישלמו אלמא דאף שלשה הדיוטות אף ל"ד דאינן רק מדרבנן ג"כ קם דינא דאל"כ נימא דלאו פלום עבדי כמבואר גבי טועה בד"מ בד' ל"ג: וכן יש לכאורה לדון בזה לפי מש"כ הר"נ בתשובה סי' מ"ד דקטנים שמכרו ביתומים מועטים לא מהני מכירתן משום דבמקום איסורא לא תקנו רבנן ומוכח מהתם דאף בהי' שוגג באיסור דרבנן ג"כ ס"ל להפלל הנ"ל דלא תקנו רבנן לתקנתם היכא דגוף המעשה עצמיות אינו כפי הדין דהא מייירי התם הר"נ בקטנים דלאו בני מזידין ינהו וכמש"כ במק"א א"כ לפ"ז יש לדון בדין שטעה בשקול הדעת האידנא דעיקר פת הדין מה דאנו דנין הוא ע"פ שליחות דקמאי דז"א רק מדרבנן כמש"כ הראשונים והובא לעיל בחידושיי' לסי' א' דהיכא דטעו בשקול הדעת הוי זה מילתא דאיסורא דהא הדין אין לו לפסוק להוציא ממון במקום שאינו מכריע בעצמו ע"פ דעתו וכמש"כ הרא"ש בפ"ד לסנהדרין סי' ו'.

דלא יאמר הדיין אפסוק כמו שארצה ואם עשה פן זהו דין שקר אלא אם הוא חכם גדול
יודע להכריע בראיות ברורות ונכוחות כו'.

וכ"כ הטור והרמ"א בסעי' ב' וכש"כ בשקול הדעת דגם תפיסת הבע"ד לא מהני כ"ז
דלא זיפהו הדיין וכמש"כ המהרי"ק והקצה"ח פנ"ל ונדאי דטעות פנה הוי בכלל מילתא
דאינו כפי הדין. ע"כ יש לדון האידנא לכאורה דיהא הדין שלהם בטל אם טעו בשקול
הדעת משום דהא באיסורא לא תקנו רבנן: ומזה יהי מקום להוכיח דבהך מילתא דנתנו
לנו רשות לדון האידנא דיש לנו כל הפח שהי' לדיינים שיכולים לדון מה"ת בכל דיניהם
לפי דאין סברא לחלק ביניהם וכמש"כ בסי' א' פ"עין זה ע"ש אכן לפמש"כ בחידושיי
לסי' כ"ח סעי' ט"ו גבי ב"ד שקבלו עדות שלא בפני בע"ד אם הי' זה ע"פ טעות דכיון
דזה הוי טעה בדבר מצוה כו' ע"כ לא דייגינן בזה להפיל של הר"נ הנ"ל א"כ ה"ה הקא
דהא מבואר דהך דין דטעה בשקול הדעת דמה שעשה עשוי זהו בלא ידע הדיין מזה ע"כ
הוי טועה בדבר מצוה ולכן לא שייך בכזה הפיל של הר"נ הנ"ל וע"כ אין לסתור מזה
למש"כ במק"א לדון בזה להך פלל של הר"נ הנ"ל: ענף ג ולפמש"כ לעיל דהך מילתא
דטעה בשקול הדעת מה שעשה עשוי זהו משום א"כ מה פח ב"ד יפה ע"כ נ"ל דזהו אינו
רק מדרבנן וכמו דאמרו בגיטין ד' ל"ג פ"עין זה.

וה"ה במה דאמרו בח"מ סי' ק"ט דב"ד שטעו עד שתות דמכרן קנים דזהו ג"כ משום מה
פח ב"ד יפה ובזה כ"ע ס"ל טעם זה כ"ז דלא טעו שתות [ועפ"ז יש לדון הרבה בסוגיא
דגיטין הנ"ל ואכמ"ל ג"כ י"ל דזה אינו רק מדרבנן וגם שם אנו דנין פן האידנא אף דאנו
דנין האידנא בשליחותיהו דקמאי משום דבכ"ז לא שייך לומר דיהי' זה דומה לשליח
ב"ד שטעה דמכרו בטל וכמש"כ לעיל גבי טעות בשקול הדעת וכ"כ הש"ך ס"ק כ"ט
סוף אות א' דמה דקם דינא זהו מדרבנן ע"ש ועיין בסי' ג' ש"ך ס"ק א' ונתיבות סי' א'
ס"ק א': והנה האו"ת ס"ק ה' הקשה בהא דקידושין ד' ע"ד דמקשו עלה דנאמן הדיין
לומר כו' דניקדר ונידייגינהו דהמ"ל דמייירי בטעות בשקול הדעת והנתיבות ס"ק ח' פתב
לתרץ משום דאינו נאמן להעיד שטעה כו' ולענ"ד נראה להוכיח דעד המעיד דטעה ג"כ
נאמן בתו"ע דהא בסי' קכ"ו סעי' י"ד בש"ך ס"ק ס"ד שכתב דאם יש ע"א המעיד פדבריו
שטעה הנותן דהיא דלא הוי הנותן נוגע בעדות יהיה נאמן לומר שטעה אלמא דאף
להעיד שטעה ג"כ נאמן להעיד א"כ מוכח דאף להעיד שטעה בחשבוננו ג"כ נאמן והא גם
התם יש להנותן דין מזיק שחייב לשלם כמש"כ המחבר שם דחוזר הנפקד וגובה מהנותן
משום דהנותן יש לו דין מזיק כמש"כ הנתיבות שם ליישב קושיות הש"ך שם ס"ק ס"ז
ואף דאם נימא דנאמן הנותן א"כ לא שייך בזה דין מזיק מ"מ הא בעת שהמחה הנותן
הי' לו אז דין מזיק להנפקד אם לא הי' לו עדים על הטעות ע"כ גם התם שייך סברת
הנתיבות דהקא ומ"מ ס"ל להש"ך שם בפשיטות דיהא נאמן הנותן לומר שטעה.

ובאמת לפי סברת הנתיבות הי' מקום ליישב קושיות הש"ך שם על הרמ"א די"ל דמה"ט
ס"ל להרמ"א שם דאין נאמן הנותן לומר שטעה משום דאינו נאמן לומר שטעה והזיק
מזון חבירו לשיטת המחבר דס"ל דחוזר וגובה מהנותן אכן מן הש"ך שם משמע דלא
ס"ל פן: ולענ"ד נראה לתרץ קושיות האו"ת ע"פ מש"כ דהא דטעות בשק"ה קם דינא

זהו מדרבנן דחסי על פבוד הדיין וכמש"כ האו"ת עצמו בס"ק ט' וכמש"כ דזהו משום מה פח ב"ד יפה ע"כ י"ל דלכן אין הדיין נאמן לומר דטעה בשקו"ה.

משום דהא פתב הר"נ ונהרשב"א בקדושין ד' ע"ד דהא נאמן הדיין לומר לזה זכיתי בזמן שעומדין לפניו אין זה רק מדרבנן משום דאי אפשר בלא"ה וכן הא נאמן המוכר ונאמנת החי' כו': הגה"ה והנתיבות סי' ל"א ס"ק א' ובסי' נ"ו ס"ק י"ח פתב לכללא דהא דע"א אינו נאמן זהו משום דחשדינן לי דיעיד בדדמי אכל היכא דמידק דניק אף ע"א נאמן.

ובאמת הא מבואר בהר"נ ונהרשב"א דאף היכא דמדכר דכיר לי' אינו נאמן אלא משום תקנת חז"ל דתקנו התם דיהא נאמן וע"כ לא גמרין מהתם לדוכתי אחרניי ומה"ת אין סברא לחלק בין היכא דמדכר דכיר או לא ועפ"ז יש לדון הרבה במש"כ הנתיבות שם גבי הא דשליש נאמן בגט אשה אף אכמ"ל: ע"כ הגה"ה.

וכיון דנאמנות הדיין אין זה רק מדרבנן ע"כ י"ל דלכן לא מתרץ הש"ס בקדושין דמיינרי בטעות בשק"ה דזה אינו דהא קיי"ל דתקנתא לתקנתא לא עבדינן פמבואר בב"מ ד' ה' ושבועות ד' מ"א.

א"כ הא הו' מילתא דטעות בשק"ה קם דינא אין זה רק מדרבנן ע"כ לא שייך לתמן ע"ז עוד תקנה דיהא נאמן הדיין לומר דטעה ובפרט דהענין עצמו מה דטעה אין זה דבר נכון כ"כ וכמש"כ לעיל דזה מקרי מילתא דאיסורא אף בידיע דטעה שאני] ואף דמצינו לפעמים דתקנו גם תקנה לתקנה מ"מ זה חינו רק בתורת לא פלוג א"כ ה"א גבי נאמן הדיין כו' דהקשה הש"ס ניהדר ונידייני, א"כ לא שייך לומר דהתקינו להא נאמן הדיין כו' בכל הענינים משום דתקשה ניהדר ונידייני, ולא שייך זה התקנה רק בטעה בשקול הדעת דז"א רק מדרבנן א"כ בכה"ג דלא הוי רק תקנתא לתקנתא לחוד בנודאי לא מצינו פזה וע"כ מקשה הש"ס שפיר וניהדר ונידייני וגם הוי מילתא דל"ש הטעות בשק"ה ולידת הספק בזה: ובלא"ה י"ל דהש"ס מקשה לרב חסדא דס"ל דהא דקם דינא זהו רק בנטל ונתן ביז א"כ לפ"ז לא בעינן לנאמנות הדיין פשהלה מוחזק והא דהקשה האו"ת דה"ל להש"ס לומר הניחא אין זה הכרח פלל וכמש"כ הש"ף בסי' מ"ב סוף ס"ק א' דדרך הש"ס להקשות סתמא אליבא דחד מ"ד ובפרט דהא מצינו בסנהדרין ד' ג' בתוס' ד"ה אלא מעתה טעו כו' דהש"ס הקשה שם סתמא למאן דמחייב בלא נטל ונתן ביז.

פן ה"ה י"ל ה"א במה דמקשה הש"ס סתמא וניהדר ונידייני דהקשו פן למ"ד דס"ל דבעינו נטל ונתן דוקא ולכן אין הכרח מזה להוכיח דאין הדיין נאמן לומר דטעה בשקו"ה וכמש"כ לעיל משום דמש"כ לעיל דיש לדון דלכן אין נאמן לומר בזה משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן עדיין יש לדון בזה לפי מה דמסיק הש"ס שם בשודא דדייני דיש לומר דעיקר מילתא דשודא ג"כ אינו מה"ת ואפשר דזה תלוי בפלוגמת רש"י ותוס' בפירוש שודא אם תלוי בדעת הדיין די"ל דזהו מה"ת אף להתוס' דפירשו דכל מה שירצה לעשות אף בלא הכרעה יעשה משום הפקר כו' י"ל דעיקרו אינו רק משום תקחז"ל וגם יש מקום לומר בהא דנכסי לטוביא דכתובות ד' פ"ה דהוי זה התם מה"ת דעל דעת פן נתן המתנה שיהי' תלוי בדעת הדיין לכל הפירושים ויש להאריך בכ"ז אף אכמ"ל: ענף ד ולכן י"ל דלדינא נאמן הדיין לומר שטעה בשקול הדעת ודלא כהנתיבות

וכמו שהוכחתי לעיל ואף למש"כ לעיל דיש לומר דלכן לא מוקי הש"ס פן משום דאין נאמן לומר שטענה משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן עכ"ז י"ל דלבסוף דמסיק הש"ס שם בשודא דדיני ופ"ז מוכח לומר דזהו ענין מה"ח מה שדינן שודא דאל"כ תקשה עדיין דהא הוי לי' תקנתא לתקנתא ולכן י"ל כיון דמצינו עכ"פ דאף בדאורייתא משפחת להו תקנה דנאמן הדיין ע"כ ממילא יש לדון דלא פלוג בזה וכמש"כ לעיל ולכן אין הכרח להוכיח דלא יהי' נאמן הדיין בזה ואף דלכאורה יש לומר דאין בזה נפקותא לדינא דהא שיטת הש"ך ס"ק כ"ט דבטעות בשק"ה לא קם דינא אלא פשהוציא הממון אבל אין מוציאין הממון עי"ז וחולק על הטור והסמ"ע: מ"מ י"ל דנפ"מ היכא דהוי תפיסה בעדים דאין מוציאין ממנו אם טעה הדיין בשק"ה לזכותו משום דיכול לומר קים לי כהטור והסמ"ע ואף לפי הכרעת הש"ך עצמו ג"כ י"ל דאם התובע הוא תפוס דאין מוציאין ממנו אם טעה הדיין לזכותו דהא עיקר סברת הש"ך הוא דמצי למימר דלקא סברא בתרא דילך אמת ואין מוציאין מהמוןזק ע"כ היכא דהוי התובע מוחזק לא שייך זה וע"כ אף להש"ך אין מוציאין ממנו משום דמצי למימר דילקא לא טעית ומעיקרא יפה דנת' כו' ובתפיסה בעדים הא בעינן לנאמנות הדיין וזהו דלא כמש"כ הגתיבות בפשיטות דלשיטת הש"ך לא שייך לדון כ"ז משום דאם הלה מוחזק לא בעינן לנאמנות של הדיין משום דלפמש"כ שייך לדון פן בתפיסה בעדים אף לשיטת הש"ך וע"כ י"ל דאם התובע תפוס ממנו דנאמן הדיין לומר בטעה בשקול הדעת כ"ז שלא נסתלקו מלפניו ואין מוציאין ממנו.

וסברת הגתיבות י"ל דכיון דבשקוה"ד לא מהני תפיסה כמש"כ [המהרי"ק והקצה"ח רק אם הוא ע"פ הדיין אף שטעה שאני ע"כ כ"ז דאינו תופסו ע"פ דברי הדיין לא מהני תפיסתו בעדים אם חוזר הדיין מדבריו אף זה אינו מוכרח די"ל כיון דפסק פבר הדיין לזכותו ע"כ ממילא מהני תפיסתו אף לשיטת הש"ך ועוד דהא משפחת ה' תפיסה בעדים דהדיין מעיד דזהו הי' ברשותו וקצרתיו: והנה בפלוגמת הש"ך עם הטור דהש"ך ס"ל דכ"ז דלא הוציאו הב"ד הממון דחוזר הדין ודלא כהטור יש לדון דאם כתבו ב"ד פסק דין דאפשר דמודה הש"ך להטור דאין חוזר בטעו בשקוה"ד דהא אמרו בשביעית פ' יו"ד ה"א דכל מעשה ב"ד אינן משמטין משום דפסק דין הוי כגבוי פמבןאר בירושלמי שם בח"מ סי' ס"ז סעי' ח' וכיון דפסק דין בכתבו הוא כגבוי ע"כ י"ל דה"ה בטעו בשקוה"ד וכתבו פס"ד דכיון דהוי כגבוי הוי כמו דהתפיסו הב"ד לו וזכה פבר אף יש לומר לפי מש"כ התוס' בסוטה ד' כ"ה ע"ב ד"ה בית הלל כו' דדוקא היכא דהשעבוד של הפתובה עומד בספק בזה ס"ל דלא הוי כגבוי אבל בחוב מבורר שאני ומזה פתבתי לעיל בסי' י"ב דבשט"ח ברור הוי כגבוי ע"כ כמו כן יש לחלק הקא בפס"ד דדוקא בפסק דין ברור כמו הא דשביעית בזה אלמו פח הפסק דין יותר משט"ח דגיטין ד' ל"ז וכן הא פתבו התוס' בסוטה שם ד"ה ב"ש כו' לחלק אליבא דב"ש דדוקא היכא שעמדו הנכסים פבר בלח האשה בזה ס"ל דהוי כגבוי כולו.

ע"כ יש לחלק ג"כ כזה גבי פס"ד דדוקא בהי' פבר זכות ברור בזה הוי כגבוי אבל הקא בטעה בשקוה"ד דהוי ספק בעיקר החוב לא הוי חוב ברור ע"כ בזה אף פס"ד לא הוי כגבוי ויכול הגתבע המוןזק להחזיק הממון בידו ולכן אין לחלק בין כתבו פס"ד או לא (שם סעי' ג') בש"ך (ס"ק כ"ט אות ט') מיהו דוקא סמוכים אבל שאינן סמוכים אפילו

הם מןמחיים וְהם ג' חֲזִיבִים לְשֵׁלֶם פֶּשְׁדָנוּ בְכַפֵּינִי כו' עכ"ל וְזֶהוּ מִטַעַם שֶׁפָּתַב הַשֵּׁ"ךְ לְעִיל ס"ק י"ד אֹת י"א דְכִינֹן שְׁדָנִין בְּכַפֵּי לָאו אָנוּסִין הֵם וְחֲזִיבִין וְכ"כ הַשֵּׁ"ךְ ס"ק ט"ו אֹת ג' דְכִינֹן דְכּוֹפָה אֹתָם הָרִי אֵינוֹ אָנוּס בְּדָבָר דְל"ל לְכוּפוֹ עכ"ל אֲבָל שְׁיִטַת הַבְּעַל הַמְּאוּר דְבִשְׁלֵשָׁה וְאִית בָּהּוּ חַד מִןמִחָה פְטוּרִי וְלְכַאוּרָה מְסַתְבַר טַעְמוֹ דְדוֹקָא בְּיַחֲדִיד מִןמִחָה י"ל דְחֲזִיב מִפְּנֵי שֶׁהֲגִיס דַּעְתּוֹ לְדוֹן יַחֲדִידִי כְמוֹ דְאָמְרוּ בְב"ק ד' צ"ט דְאָנוּן שְׁקַלְקַל דְמִןמִחָה פְטוּר מִשׁוּם דְהָוִי אָנוּס וּמִש"כ הַשֵּׁ"ךְ דְכִינֹן שְׁדָנִין בְּכַפֵּי לָאו אָנוּסִים הֵם זֶה קִשָּׁה בְסִבְרָא דְהָא מְוִרְחִין הֵם לְדוֹן ע"פ דִּין דְמַצְוִוִים הַב"ד לְדוֹן וְלִשְׁפּוּט וְאָנוּסִים הֵם ע"פ מִימְרָא דְרַחֲמָנָא וְסִבְרָא זֹו פָּתַב הַרְמַב"ן בְּמִלְחָמוֹת וְהוּבָא בְאוּ"ח ס"ק ו' וְכֵן הַשֵּׁ"ךְ בְּס"ק כ"ט סוּף אֹת ח' הַרְגִישׁ בְּזֶהאָךְ לְפִי מִש"כ הַנְּתִיבוֹת ס"ק ג' דְהַדְיָנִין הָנִי ש"ש מִשׁוּם פְּרוּטָה דְר"י, ע"כ א"ש לְדִינָא לֹוּמַר דְשְׁלֵשָׁה מִןמִחִין שְׁטַעוּ יֵהִי חֲזִיבִין אִם דָּנוּ בְכַפֵּי כ"ז דְלָא קַבְלִינָהּוּ וּבְקַבְלִינָהּוּ שְׁאֵנִי דְהָוִי מִלְתָּא וְתִירְתָּא כְּמִש"כ הָרָא ש"ש אֲבָל הַשֵּׁ"ךְ לָא ס"ל כֵּן כְּמִש"כ בְּס"ק ט"ו וְלְעִיל בְּסִי ג' סְעִי ב' הָאֲרָכְתִי בְּזֶה וְכֵן הָא קִי"ל דְהָוִי סְפִיקָא דְדִינָא אִי הִלְכָה כְר"י אִו כְּרַבָּה דְשׁוּמַר אֲבִידָה הָנִי ש"ח כְּמִבְּנָאָר בְּסִי ע"ב סְעִי ב' וּבְסִי רִס"ז סְעִי ט"ז וְאֶפְשָׁר דְכַוֵּנַת הַשֵּׁ"ךְ הוּא דְכִינֹן דְדָנִין בְּכַפֵּי ה"ל לְמִידָק יוֹתַר וְה"ל הָנִי מִןמִחִין כְּמוֹ דָּאֵם הִי נוֹטְלִים שְׁכָר דְאָמְרִינֹן דֵּה"ל לְמִידָק.

דֵּה"ה הִיכָא שְׁדָנִין בְּכַפֵּי ג"כ ה"ל לְמִידָק בְּיוֹתַר אִף אִם אֵינֹן נוֹטְלִין שְׁכָר וְגַם י"ל דְזֶהוּ בְּכָלֵל מַה דְאָמְרוּ בְּסִנְהֶדְרִין ד' ג' כְּש"כ אִתָּהּ נוֹעַל דָּלַת בְּפִנֵי לוֹוִן דְתַקְנַת חֲכָמִים הִי שְׁיִשְׁלָמוּ וְלֹא חִזְקוּ בֵּין תּוֹבַע לְהַנְתָּבַע בְּזֶה וְאִף דְהִתָּם מִיִּירִי בְהַדְיוּטוֹת מ"מ י"ל דְמַה"ט ה"ה אִף בְּמִןמִחִין שְׁאֵינֹן סְמוּכִין וְלֹא פְלוּג וְיִשׁ לְהָאֲרִיךְ עַפ"ז בְּפִי רַש"י וְתוֹס' שָׁם אִף הַשֵּׁ"ךְ בְּס"ק כ"ט אֹת ט' מְחַלֵּק בֵּין הִיכָא דְחֲזִיבִין לְדוֹן מַה"ת וּבֵין הִיכָא דְאֵינֹן יְכוּלִין לְדוֹן רַק מְדַרְבְּנֹן: עָנָף א וְנִרְאָה לְעַנ"ד לְהוֹכִיחַ כְּשִׁיטַת הַבְּעַל הַמְּאוּר דְבִשְׁלֵשָׁה מִןמִחִין אִף שְׁאֵינֹן סְמוּכִין פְטוּרִי מִתְשְׁלוּמִין וְהוּא דְאָמְרוּ בְּכַתְּוּבוֹת ד' צ"ט שׁוּם הַדְיָנִין שְׁפַחְתּוּ שְׁתוֹת אִו הוֹסִיפוּ שְׁתוֹת מְכָרָן בְּטַל וְאִם עָשׂוּ אֲגָרַת בְּקוֹרַת אִף שְׁנֵה מְאִתִּים בְּמַנְהָ מְכָרָן קִיָּים וְהִנֵּה ע"פ דִּין הוּא דְאִף פְּחוֹת מְשִׁתוֹת הִי מְכָרָן בְּטַל כְּמוֹ בְּדִין הַשְּׁלִיחַ אֲלָא מִשׁוּם מַה פָּח ב"ד אָמְרוּ עַד שְׁתוֹת וְכְמוֹ שֶׁפָּתַב הַר"נ שָׁם וּבְקִדּוּשֵׁין רַפ"ב וּבְכַה"ג כ"ע ס"ל לְהַךְ מַה פָּח ב"ד יָפָה וְהָא דְהַקְשָׁה הַשֵּׁ"ס בְּכַתְּוּבוֹת ד' ק' וְלִית לִי לַר"נ מַה פָּח ב"ד יָפָה וְהָאֵר"נ כו' אֵין זֶה קִשָּׁה עַל הַר"נ.

וְהַשֵּׁ"ק לְכַתְּוּבוֹת שָׁם ד"ה ה"ג א' רַב הוּנָא בַר חִינְנָא כו' הִבִּיא בְּשָׁם יִשׁ אוֹמְרִים דְלֹא ס"ל כֵּן אֲבָל בְּאֲמַת הָעֵינְקָר כְּמִש"כ הַר"נ כְּנ"ל וְכ"כ רַע"א זצ"ל שָׁם בְּגִלְיוֹן הַמְּשַׁנְיּוֹת וְכֵן נִרְאָה הַטַעַם בְּמַה דְאָמְרוּ דָּאֵם עָשׂוּ בְּקוֹרַת דְמְכָרָן קִיָּים ג"כ נִרְאָה דְזֶהוּ מִטַעַם מַה פָּח ב"ד יָפָה וּבְזֶה מוֹדוּ רַבְּנֵן לְרַשְׁבַּ"ג וְכְמִש"כ הַרְע"ב בְּרַטְנוּרָה ע"ש דַּא"ל"כ אֵין זֶה סְבָרָא דְבַעְשׂוּ בְּקוֹרַת יֵהִי מְכָרָן קִיָּים טְפִי וְקִשָּׁה דְאִמְאִי לֹא כְּתַבוּ הַפּוֹסְקִים שָׁם דְהַדְיָנִין חֲזִיבִים לְשֵׁלֶם לְהִתְוֹמִים וְכֵן לְהַנְתָּבַע לְפִי מִש"כ הַסְּמ"ע בְּסִי ק"ג ס"ק ו' דְהָא הַדִּין נוֹתֵן דְכְמוֹ בְּטַעַם בְּשִׁקוּה"ד דְחֲזִיבִין לְשֵׁלֶם לְפִי דַע"פ דִּין הָא לֹא מְהַנִּי אִף תְּפִיסַת בַּע"ד אִם הוּא נִגְדַּד סוּגְיָא דְעַלְמָא כְּמִש"כ הַמַּהֲרִי"ק וְהַקְצָה"ח רַק מִפְּנֵי שֶׁחֲסוּ עַל כְּבוֹד הַדְיָנִין אָמְרוּ דְטַעוֹת בְּשִׁקוּה"ד קָם דִּינָא.

וכמש"כ הש"ך בס"ק כ"ט סוף אות א' דהך קם דינא זהו מדרבנן וכמש"כ האו"ת ס"ק ט' וכינן דבאמת זהו נגד הדין ע"כ אמרו שישלם אף בשלשה אף דהתם לא שייך טעם דירושלמי על יחיד דמפני שהגיס דעתו לדון יחיד כו' א"כ ה"ה בטעו הדיונים ומכרו ופחתו עד שתות והפסידו להיתומים ע"י מה שפפו אותם וירדו לנכסיהם בע"כ הדין נותן שיהיו חייבין לשלם כמו כל מזיק ממון חבירו בשוגג: וכן יש להעיר בעשו אנרת בקורת דאף שנה מאתים במנה מכרן קנים דתקשה הא הפסידו להם הרבה נגד הדין ובאמת הא לא אשתמיט שום פוסק לומר דיהיו חייבין הדיונים לשלם התם בסי' ק"ט וכו' בכולי סגיא דכתובות ד' ק' לא הוזכר זה כלל וכמו שאמרו הקא בבכורות ובסנהדרין דמה שעשה עשוי וישלם אכן לפי שיטת הבעל המאור דס"ל דשלשה מןמחין שטעו פטירי מפני דהא מןמחה שטעה פטור כמבואר בב"ק ד' צ"ט רק יחיד מןמחה שדן חייב משום שהגיס דעתו לדון יחיד כמו דאמרו בירושלמי ומה"ט אף שלשה הדיוטות ואית בהו חז מןמחה ס"ל להבעה"מ דפטירי וע"כ א"ש במה שלא אמרו גבי ב"ד שטעו עד שתות דישלמו משום דהא בעינן שלשה בקיאים בשומא כמבואר בסי' ע"ג סעיף ט"ו ובסי' ק"ג ע"כ דינן כמו כל מןמחה שטעה דפטור משום דנה מקרי אונס.

אבל לפי מש"כ הש"ך להכריע פהפוסקים דדוקא סמוכים אבל שלשה מןמחים חייבים אם היו בכפייה משום דלא ה"ל לדון בכפייה. א"כ תקשה דה"ל להב"ד לשלם במה שפחתו שתות ולא מבעיא אם הב"ד עצמם הן השמאים.

ואף אם איו שלשה שמאים אחרים שאינן הב"ד עצמן ג"כ הדין נותן שיהיו חייבין השלשה שמאין משום מזיק והא שיטת הש"ך והפוסקים הנ"ל הוא דכינן דדנו בכפייה אינו דומה להא דב"ק דמןמחה שקלקל פטור משום דשא"ה דלא היו בכפייה: ובהא דהוסיפו עד שתות דמכרן קנים אינו קשה דאף דהלוקח סמך על הב"ד וכמש"כ הראב"ד שהובא בהר"נ שם בכתובות ד' צ"ע שכתב שכל מי שקונה מב"ד לא עלה על דעתו שיתאנה כו' ועיין ברא"ש שם בשם ר"י והגוי כמו מראה דינר לשולחני וא"ל חזי דעלך קא סמיכנא וכמבואר בסי' ש"ו סעי' ו' ובש"ך שם מ"מ א"ש דהא כינן דהלוקח קונה ברצונו הטוב וזה אינו ע"י כפייה ע"כ פטורים משום דהא מןמחה פטור דהגוי כמו אונס ודוקא בטעות בשקול הדעת היכא דכופין להנתבע בזה נדאי להש"ך הדין הוא דאף בטעו וחיבו את התובע אף דהתובע בא מעצמו לפני הב"ד ובזה לא שייך כפייה כ"כ מ"מ הדין נותן דחייבים דכינן דאם היו טועים לחייב הנתבע שהוא ע"י כפייה הם חייבים ע"כ אין סברא לחלק בין תובע לנתבע דגם זהו בכלל כש"כ שאתה נועל דלת בפני לויין כדקאמרי בסנהדרין דף ג' ועיין בנתיבות ס"ק ט' אבל בלוקח דאין עליו שם תובע דלא שייך פן ע"כ א"ש מה דאינם חייבים לשלם להלוקח אבל בפחתו שתות תקשה כנ"ל וכן בהורידו הבע"ח דסימן ק"ט סעיף ה' גם פן תקשה כמו שכתבתי לדון בפחתו.

והנה בעשו אנרת בקורת דמבואר שם דלכ"ע מכרן קנים אף מכרו שנה מאתים במנה יש לומר דאינו קשה דיהיו חייבין משום מזיק וכמש"כ לעיל משום דהרא"ש בכתובות שם פ' י"א סי' כ' כתב בזה"ל דטעמא דהכרזה הוא כינן שדקדקו ב"ד כל כף במתון ופרסום בשומא זו אין לתלות בה שום טעות עכ"ל וכוננתו הוא דזה לא מקרי טעות אלא אונס כינן שדקדקו במתון ובפרסום בשומא וכמבואר בסי' ק"ט סעי' ג' דהעיקר תלוי

במה שהכריזו פראוי ובדקו יפה ודקדקו בשומא וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ז' דאם הכריזו ולא דקדקו כ"כ בשומא אין זה בשם איגרת בקורת וכ"כ שם ס"ק י"א.

ע"כ י"ל דמה"ט אף שהי' זה ע"י כפיה ג"כ פטורין משום דזה מקרי אונס דכיון דהשתדלו ועשו הפל פהגן ומה היו יכולים לעשות יותר ולכן אינו קשה על שיטת הש"ך מהא דעשו איגרת בקורת אף עדיין תקשה מהא דפחתו שתות פנ"ל, וכן קשה מהא דאמר רשב"ג שם מוכרן קנים אף בלא עשו בקורת ולא קאמר שישלמו כמו דתנינן גבי טעות בשקוה"ד בבכורות דקשה אמאי לא ישלמו כיון דהי' ע"י כפיה ואף דמייירי התם בשום היתומים דאין גובין ממטלטלי רק ממקרקעי דלא משפחת ביה נשא ונתן ביד כ"כ אפ"ה הא מצינו לרשב"ג דס"ל בב"ב ד' צ"ג במוכר זרעוני גינה שאינו נאכלין חייב להחזיר ההוצאה וכן אמר שם נותן לו בנשתו ובנשתו אורחיו ואנן ס"ל דפטור מזה משום דמקרי גרמא וכמש"כ הרשב"ם שם ועיין מזה בסי' רל"ב ובמק"א הארכתי בזה והוכחתי דאף בלא ידע המוכר מחייב רשב"ג משום גרמא א"כ מוכח מזה דס"ל לרשב"ג לדון דד"ג מכש"כ ועיין בגיטין ד' מ"א תוס' ד"ה במזיק שעבודו כו'.

וע"כ יש לדון דלרשב"ג דד"ג י"הו דדיינים חייבין שם לשלם משום דד"ג כמו בטעו בשקוה"ד ועפ"ז יש לדון בסוגיא בכתובות שם ובגיטין ד' ל"ג וקצרותי וכ"ז הוא לרונחא דמילתא דהא כתב הש"ך בסי' כ"ה ס"ק מ"ה דאם פוהו על התשלומין אין לה מזיק גדול מזה וה"ל כמו נשא ונתן וכ"כ האו"ח ס"ק א': ענף ב ולפ"ז שפיר פתב הבעה"מ וכן בפסקי הרא"ש דשלשה מומחין ומשמע אף דאינו סמוכין דפטורי מלשלם בטעו בשקוה"ד די"ל דהוכיחו פן מהא דכתובות ד' ק' דלא נזכר שם דיהיו חייבין לשלם ומתורץ קושיות הש"ך דהקשה מנלן להו פן אף לשיטת הש"ך וסייעתו שפיר יש לדון התם בכתובות גבי שום דדיינין שפחתו עד שתות דחייבין לשלם כמו בטעו בשקוה"ד.

ואין לחלק דשאני טעו בשקוה"ד דשגגת תלמוד עולה זדון כמו שהוזכר זה בש"ך ס"ק ח' דזה אינו דהא חזינן דהרא"ש וש"פ כוה"ש"ך פתבו פולם לדמות הך מומחה שטעה בשקוה"ד להך דב"ק ד' צ"ט במומחה שקלקל דפטור משום דה"ל אונס ולא חילקו דשאני טעות בדין משום דשגגת תלמוד כו' רק כתב הטעם דבכפי' שאני דלא ה"ל לדון בכפיה ע"כ ה"ה התם גבי שום דדיינים שפחתו שתות כיון דהי' בכפיה הדין נותן דחייבין לשלם ודוחק לחלק דשאני התם כיון דבכל אדם הדין הוא דעד שתות הוי מחילה ואף על לכתחלה יש להסתפק אם מותר להונות חבירו פחות משתות פמבואר בסי' רכ"ז סעי' ו' משום דדרך מקח וממכר הוא בכך כמש"כ הרא"ש ונהטור והסמ"ע שם דז"א סברא לחלק פן דהא פתב הר"ג שם בכתובות ובריש פ"ב דקידושין דע"פ דין הי' חוזר אף פחות משתות כמו בשליח אלא משום מה פח ב"ד אמרו דפחתו שתות מוכרן קנים.

ויש לומר דזהו פנונת הגמרא בכתובות ד' ק' דאמרו שליח פדיינין כו' וח"א שליח פאלמנה כו' לאפוקי ב"ד דרבים ניהו היינו דכיון דרבים ניהו חסו על כבוד הב"ד ומה פח ב"ד יפה ולכן הדין נותן שישלמו פנ"ל ובאמת מש"כ לעיל להוכיח מדלא קתני בפ"י שישלמו אין זה הכרח כ"כ משום די"ל דסמכו על הפשיטות בזה ומה דקתני גבי דיון שטעה בשקוה"ד דישלם י"ל משום דהוי אמינא לומר דכיון דמה שעשה עשוי ע"כ יתנה יכול דדיין לפטור א"ע ולומר יפה פסקתי ע"כ אשמועינן דישלם מביתו וכמש"כ הש"ך

סְבָרָא זוּ בַס"ק ט"ו וּכ"כ הָרָאב"ד בַּס' תְּמִים דְּעִים וְהוּבָא בְּנִתְיָבוֹת ס"ק ג' אֲבָל הָכָא
בְּפִתְחוֹ שְׁתוֹת דְּאִין שׁוּם סְבָרָא לֹא מְשַׁלְּמוּ ע"כ לֹא אִינְצֵטְרִיָּה לְמִיתְנֵי שְׂיִשְׁלֹמוֹ וּמָה
דְּלֹא אִשְׁתְּמִיט שׁוּם פּוֹסֵק לֹא מְשַׁלְּמוּ ג"כ י"ל פְּנ"ל: וְכֵן י"ל עוֹד דְּהָא אִם הִיָּה שְׂלֵשָׁה
שְׂמָאִים בְּקִיָּאִים זִילֵת הַב"ד כְּפִי דְּמַצִּינוּ ע"פ רַב ע"כ אִזְ אִין פְּאֵן שׁוּם חַיִּיב תְּשַׁלּוּמִין
כְּלָל לְפִי דְּהָא הַב"ד עֲצָמֵן יְכוּלִין לֹאמַר דְּסַמְכוּ עַל אֲחֵרִים וּמָה ה"ל לְמַעְבַּד יוֹתֵר וְכֵן
הַשְׂמָאִין עֲצָמֵן אִינְם חַיִּיבִין כְּלָל מִשׁוּם דְּדִינָן כְּמוֹ מְנֻמְחָה שְׂטֵעָה דְּפִטוֹר וְהָא הֵם לֹא עֲשׂוּ
זֶה ע"י כְּפִיָּה וְגַם הָא עֵיקַר הַחַיִּיב וְהַעֲנָן נַעֲשֶׂה ע"י הַב"ד וְלֹא ע"י הַשְׂמָאִין וְלָכֵן י"ל
דְּלֹא כְּתָבוּ חַיִּיב תְּשַׁלּוּמִין בְּפִתְחוֹ שְׁתוֹת וְכֵן הָא דְּאָמְרוּ בְּכַתְּבוֹת שְׁם שְׁלִיחַ דְּדִינָן כּו'
דְּמִיָּרִי בְּשְׁלִיחַ ב"ד בַּע"כ מִיָּרִי דְּהִיָּה שְׂלֵשָׁה שְׂמָאִין אֲחֵרִים דְּהָא הַשְׁלִיחַ ב"ד עֲצָמוֹ לֹא
מְהַיָּי שׁוּמָא שְׁלוֹ שְׁהוּא יְחִידִי כֵן י"ל בְּמָה דְּקִתְנֵי שְׁם שׁוּמַת הַדִּינָנִים דְּמִיָּרִי בְּהָא גְּוֹנָא
אֲבָל הִיָּכָא דְּהַב"ד עֲצָמֵן הֵם הַשְׂמָאִין שְׁפִיר יֵשׁ לֹאמַר דְּחַיִּיבִין לְשַׁלֵּם בְּפִתְחוֹ עַד שְׁתוֹת
אִף בְּעֵשׂוֹ בְּקוֹרְתָּ פְטִירִי דְּהָא חֲקִירוֹ וּבְדָקוֹ כְּמִשְׁפֵּט וּכְמִש"כ בַּס"ק ט"ו וּבַס"מ ע"פ שְׁם וְהַכ"מ
בְּרַמְב"ם פ' י"ב וּכ"כ הַפְּיֹרוֹשׁ מְשַׁנְיֹת לְהַרְמַב"ם שְׁם דְּאֶגְרַת בְּקוֹרְתָּ הוּא שְׂיִכְתְּבוּ שְׁהֵם
הַפְּלִיגוּ בְּקִיּוּם וּבְחֻקֵּיהֶם בְּכָל פְּתָם עַכ"ל וּמָה ה"ל לְמַעְבַּד יוֹתֵר וְהָיָה פְּאֹנְסֵן וְעֵינָן בַּא"ה ע
ס"א ק"ד אֲכֵן אִם לֹא עֲשׂוּ בְּקוֹרְתָּ שְׁפִיר יֵשׁ לֹאמַר דְּלִשְׁיִטַת הַש"ף וְסִינְעֵתוֹ דְּאִם ב"ד עֲצָמֵם
הֵם הַשְׂמָאִים דְּחַיִּיבִין לְשַׁלֵּם עֲנָף ג' שׁוֹב רְאִיתִי לְחַלֵּק בְּפִשְׁיִטוֹת בֵּין הָא דְּטֵעָה בַּשְׁקוּה"ד
וּבֵין הָא דְּשׁוּם הַדִּינָנִים ע"פ מִש"כ הַרְמַב"ם פ' כ"ב ה' מְלוּהָ ה' ט"ו ב"ד שְׂשִׁמוֹ לְטוֹרָף
בְּנֻכְסֵי לֹקַח וְטֵעוּ בַּכ"ש מְכָרָן בְּטַל שְׁהָרִי הֵן פְּשָׁלִיחַ וְיֵשׁ לְהֵן רְשׁוּת לְחַלֵּק אֲבָל לֹא לְעוֹת
כו' וְהַמ"מ שְׁם הִבִּיא תְּשׁוּבַת אֶלְפִסִּי שְׂמַחֲלֵק בֵּין יְתוּמִים וּבֵין בַּע"ח וְאֲח"ז מְסִיק הַמ"מ
דְּדַבְרֵי הַרְמַב"ם וְהַגְּאוּנִים אִינְן אֶלָּא דְּוָקָא בְּלֹקַח אֲבָל לֹא בְּיֹרֵשׁ וּבַע"ח עֲצָמוֹ וְהַטֵּעַם
מְפָנִי שְׂאִין עַל הַלֹּקַח מוּטָל לְפָרוּעַ הַחֹב הַזֶּה רַק הַיְתוּמִים שְׁעוּמְדִים בְּמָקוֹם אֲבִיהֶם
עֲלֵיהֶם מוּטָל לְפָרוּעַ הַחֹב וּכְש"כ הַבַּע"ח עֲצָמוֹ ע"כ פְּתוֹתוֹ שְׁתוֹת מְכָרָן קִיָּים דְּאָמְרִינָן
לִיָּה אִם לֹא הֵייתָ חֲפִץ בְּשׁוּמָא זֶה הִיָּה לָךְ לְהַשְׁתַּדֵּל בְּפָרְעוֹן הַמְּלוּהָ וְלָכֵן אִין דִּינָן כְּשִׁלּוּחִין
מִשָּׂא"כ בְּטוֹרָף מְלוּקַח דְּלֹא שְׂיָף כֵן ע"כ דִּינָן כְּשִׁלּוּחִין עַכ"ל הַמ"מ וְעֵינָן בַּמ"מ שְׁם:
וְהוּבָא דְּבָרֵי הַמ"מ בְּבֵית יוֹסֵף ס"א ק"ג וְכֵן הַכְּרִיעַ הַב"ה שְׁם וּכ"כ הַסְּמ"ע בַּס"ק ט"ג ס"ק
ו' לְחַלֵּק בֵּין בַּע"ח עֲצָמוֹ וַיְתוּמִים דְּעֲלֵיהֶם הִיָּ מוּטָל לְמַכְּוֹר וּלְשַׁלֵּם מְנַכְסֵי אֲבִיהֶן ע"כ
יָפָה פֶּתַח ב"ד דְּעַד שְׁתוֹת מְכָרָן קִיָּים מִשָּׂא"כ בְּלֹקַח וְזֶה א"ש בְּיֹתֵר לְפַמְש"כ הַאוּ"ת
בַּס"א ס"ו ס"ק מ"ג דְּבִיּוֹרֵשׁ מוּטָל עֲלָיו שְׁעָבוּד הַגּוֹף לְשַׁלֵּם כְּמוֹ הַלְּוָה עֲצָמוֹ וּכְמִש"כ מְזָה
בְּחִידוּשֵׁי לְסִי ל"ט סְעִי א' עֲנָף א' בְּאֶרְוֹפָה בְּזָה: וְהַט"ז בַּס"א ק"ג סְעִי ד' כְּתָב לְחַלֵּק בֵּין
לְוָה עֲצָמוֹ וּבֵין יְתוּמִים דְּשָׂאנֵי יְתוּמִים דְּהַב"ד הֵם אֲבִיהֶם שְׁל יְתוּמִים וּבְמָקוֹמָן הֵם
עוּמְדִים ע"כ אִין עַל הַב"ד שְׁם שְׁלִיחוֹת מִשָּׂא"כ בְּגָבִיּוֹת ב"ח הַנִּיָּין כְּשִׁלּוּחִים וְאִם טֵעוּ
בַּכ"ש מְכָרָן בְּטַל וּכ"כ הַב"ח שְׁם וּכְעֵין זֶה מְצִינוּ בְּתוֹס' פְּסָחִים ד' י"ג ע"א ד"ה מֵאִי לָאוּ
כו' שְׂכָתְבוּ א"נ גְּבִי יְתָמִי ב"ד עֲצָמֵן הֵן הַמְּפָקִידִים לְכָף יְכוּל לְעַכְב לְעֲצָמוֹ עַל פִּיהֶם כּו'
וּכ"כ הַתוֹס' בַּב"מ ד' ל"ב ד"ה ב"ד הַדִּיּוֹטוֹת כּו' וּלְפִי סְבָרַת הַט"ז וְהַב"ח יֵשׁ לֹאמַר דְּזָהוּ
שִׁיטַת הַנְּשִׁיטָה מְקוּבָצָת בְּכַתְּבוֹת ד' ק' דַּס"ל בְּשֵׁם יֵשׁ אוֹמְרִים שְׂהִבִּיאוּ תְּלִמִּידֵי ר' יוֹנָה
ז"ל דְּבִפְתְּחוֹ עַד שְׁתוֹת אִין אָנוּ צְרִיכִים לְטַעֲמָא דְּמָה פֶּתַח ב"ד יָפָה וְעֵינָן בְּחִידוּשֵׁי אֲנָשֵׁי
שְׁם לְהַר"נ בַּר פ"ב קְדוּשֵׁין מְזָה.

משום דלהטעם דב"ד אביהם של יתומים ובמקומן הם עומדים ע"כ א"ש בפ'תו עד שנות דמכרן קנים דנהו דרף מקח וממכר וכמש"כ הסמ"ע בסי' ק"ט ס"ק י"ג דאין דרף העולם לדקדק בקדו וכו' וכו' בס' רכ"ז סעי' ו' כה"ג: ולכן לפי שיטת הט"ז והב"ח נדאי פטורים הב"ד לשלם בפ'תו עד שנות דכיון דנחשבים כמו אביהן של יתומים ע"כ יש להב"ד נכות בזה כמו היתומים עצמן כמש"כ דבמקומן עומדים וע"כ פטורים מלשלם כמו אביהם והם עצמן וגם הא לא הוי בזה דין כפי' דדוקא בכפו את הנתבע ס"ל להש"ף וסייעתו דשלישה מומחין חייבים משום דלא ה"ל לדון בכפייה פנ"ל וכן בהותירו עד שנות והורידו להמלנה להנכסים ג"כ ליפא חיוב משלומין דהא לא הנה בזה דין כפייה כלל ודוקא היכא דהנה כפייה להלנה אז ממילא אין לחלק בין המלנה להלנה כמש"כ לעיל משום דנהו בכלל נעילת דלת אבל במה שב"ד מוכרין נכסי יתומים עבור משלום חוב אביהן דאין בזה דין כפי' כלל והם כמו אביהן והם עצמן ע"כ נדאי פטירי לשלם הן בפ'תו והן בהותירו להמלנה: ועיקר דברינו מה שכתבנו לדון דהב"ד שטעו יהי' חייבין לשלם זהו לשיטת המ"מ והבית יוסף והסמ"ע דס"ל דאף במקרו נכסי הלנה ג"כ הדין הוא בפ'תו עד שנות דמכרן קנים ובזה יש לדון דיהי' חייבין לשלם להלנה כמו בטעו בשקוה"ד אם דנו בכפייה וה"ה במקרו נכסי הלנה בע"כ אבל באמת יש לחלק ביניהם והוא דשאני בפ'תו עד שנות דהא עיקר הטעם דמכרן קנים במקרו נכסי הלנה והיתומים לפי שיטת המ"מ והב"י והסמ"ע הוא פנין דהי' מוטל עליהם להשתדל ולמכור להנכסים כדי לקיים מצוה פריעת בע"ח ע"כ יפה פח ב"ד שיש להם פח שיהיה מכרן קנים בפ'תו עד שנות ולפ"ז י"ל דמה"ט פטורים לשלם משום דדוקא בטעו בשקוה"ד פנין דלפי הדין לפי סוגיא דעלמא הלנה פטור ע"כ יפה פח ב"ד שיש להם פח שיהיה מכרן קנים בפ'תו הנה לכם לכוף אותי ולטעות בשקוה"ד ע"כ חייבים הב"ד לשלם משא"כ בשום הדיינים שטעו פנין דהחייב ברור מוטל על הלנה להשתדל בפרעון החוב ולמכור כדי לשלם להמלנה אם אינו חפץ בהשומא כמש"כ המ"מ והסמ"ע ע"כ אין סברא דהב"ד יהיו חייבין לשלם אם טעו בהשומא ופ'תו עד שנות.

ולכן לא אשתמיט איזה פוסק לומר ה"מ דהב"ד חייבין לשלם אף אפתי י"ל דנה אינו רק בפ'תו עד שנות דנהו דרף מקח וממכר ואין דרף העולם לדקדק עד שנות פנ"ל ובזה אמרו דמה פח ב"ד יפה גם להיות פטורים מתשלומין.

אבל היכא דטעו בשנות ויותר דע"פ דין הנה מכרן בטל רק דעכשיו אחר דנתנו החפץ הנמכר להמלנה או להלוקח ואי אפשר למיהדר יש לומר דחייבין הב"ד לשלם וכעין המבואר בס' רכ"ז סעיף כ"ה דאם סמכו על שומת לוי וא"א להחזיר האונאה שהלך לזרכו דחייב לשלם אף אם לוי הוא תגר ובקי בשומא ולא קיבל שכר על השומא פטור וזה אינו רק ה"מ דלא הנה זה ע"י כפייה אבל בנ"ד דהב"ד כפיהו להלנה ונתנו בע"כ להמלנה או להלוקח א"כ הא שיטת הש"ף דאם הנה ע"י כפייה דחייבין משום דמה דהיו אנוסים מדרבנן לדון אין זה פוטרתן מתשלומין וה"ה במה דבעינן ב"ד לירד לנכסי הלנה ולהגבותן להמלנה גם בזה בעינן ב"ד סמוכין מה"ת והא דגובין בבבל זהו מדרבנן וכעין מש"כ הש"ף בס' ע"ג ס"ק מ' נאף לשיטת המחבר שם זהו דוקא בבע"ח דקני משפון כמש"כ האו"ת והקצה"ח שם וגם בזה י"ל דאינו רק מדרבנן והיכא דהנה ע"י כפייה אף במה דהנה אפשר למיהדר ג"כ חייב וכמש"כ הש"ף פ'עין זה בס' כ"ה ס"ק מ"ה דהיכא

דכפוהו על התשלומין הוי כמו נשוא ונתן בידי וכ"כ האו"ת בסי' כ"ה ס"ק א' בטועה בדבר משנה ובפרט במה שאינו נוגע בדין הוי כמו מראה דינר לשולחני דלא הנה לו להראותו לאחר כמש"כ התוס' בב"ק ד' ק' ד"ה טיהר כו' ובכפיה לא מיפטרי אף דהוי מןמחין ובקיאים לשי' הש"ף: ענף ד אכן יש להוכיח דבכל גונוי פטורים הדיינים לשלם מהא שכתב הרשב"א בספר תולדות אדם סי' שס"א דהא ששנינו שום הדיינים שפחתו שותות דמכרן בטל לא משפחת לה אלא א"כ חזרו בהן הב"ד ונהפירו שטעו בשומתן הא לאו הכי שומתן הראשונה שומא אפילו באו אחרים ואמרו שטעו בשומא דמאי חזית דסמכת אהני כו' והנה הנתיבות בסי' ק"ג ס"ק ג' הקשה ג"כ איך יבנרר הטעות בהשומא הא תרי כמאה ותיירץ דבדבר שאינו עדות גמור הולכין אחר רוב דיעות אבל נעלם ממנו דברי הרשב"א בתשובה הנ"ל ומה דיש להעיר הא פיון שהגידו אינן חוזרים ומגידין ונהו אינו בכלל דבר המצוי לטעות דסי' כ"ט וסי' מ"ג יש לומר בזה דשאני ב"ד דלא דינינו בהו הך פללא דכיון שהגיד כו' משום דב"ד נאמנים אף דהני כעין חוזר ומגיד ובפרט דאינו חוזרין ומגידין לגמרי וכמש"כ הש"ף בסי' ל"ט ס"ק ל' ויהיה מזה סייעתא לדברי הש"ף הנ"ל: והא דסי' מ"ו סעי' כ"ה שא"ה כמש"כ הש"ף שם ס"ק ס"ב ואכמ"ל: והנה הר"נ בכתובות פ"ט בפוגיא שם ד' פ"ד בההוא בקרא דיתמי דתפסי תורא מיניה בע"ח אמר מחיים תפיסנא ליה ובקרא אמר לאחר מיתה תפסי דכ'הר"נ שם דלא הנה להבקרא דין ע"א משום פיון שלפי דבריו שאמר לאחר מיתה תפסיה הוא חייב לשלם ליתמי ה"ל בע"ד כו' וכ"כ הרא"ש שם סי' ג' ודברי הר"נ הובא בנתיבות סי' ע"ז ס"ק ו' ובקצה"ח סי' קכ"א ס"ק ד' ולקמן בחידושיי לסי' ל"ז סעיף ה' בארתי היטב לדברי הר"נ הנ"ל ואף דיש לו מיגו דאם לא הנה אמר פלל לא הנה עליו שום חיוב פלל מ"מ עכשיו דהודה ה"ל כמו בע"ד דהתורה פסלתו להעיד דרוצה עכשיו דיקוניים עדותו דחבירו ישלם דאל"כ יתחייב הוא לשלם להתובע ולדבריו בע"ד הוא כו' ומש"כ שם משום דאינו ראוי לדו"ח הוא רק לפלפולא בעלמא: א"כ אי נימא דהדיינים שטעו בשומא חייבים לשלם היכא דאי אפשר למיהדר תקשה דאיך נאמנים הב"ד להעיד שטעו דהא עכשיו לפי דבריהם ה"ל שם בע"ד ואם לא יוציאו הממון מהמלנה יהיו חייבים לשלם להלנה משום דין מזיק וע"כ ה"ל כמו נוגעים בדבר והתורה פסלם הן לעדות והן להיות ב"ד.

וניחא להו שהמלנה יחזיר הטעות להלנה כדי שלא יתחייבו משום מזיק ואין סברא לומר דשאני בזה דה"ל כמו מילתא דעביד לגלויי דמשמע מדברי הרשב"א דנאמנים הב"ד בזה מצד דין עדות ולכן מוכח מזה דהב"ד פטורים לשלם אף בפחתו שותות ויותר משום סברת המ"מ והב"י והסמ"ע הנ"ל דהא הנה מוטל החוב על הלנה והיתומים לטרות ולשלם להמלנה וע"כ פיון דמןמחה או תגר פטור פמבנאר בסי' רכ"ז סעי' כ"ה אף דהיכא דהנה ע"י כפיה פתב הש"ף ה"כא לחלק דחייב אבל ז"א אף היכא דנתברר דע"פ דין אלו לא הנה טועה הדיין הנה פטור הלנה פנ"ל אבל היכא דע"פ דין החוב ברור הוא לשלם להמלנה את החוב ע"כ אין זה דומה לכפיה דהכא גבי שקוה"ד ומיפטריי ולכן שפיר יש להב"ד דין עדים דנאמנים כמש"כ הרשב"א ומש"כ המ"מ בפ' כ"ב ה' מלנה ה' ט"ו בשם הרשב"א שם אין זה סתירה לדברינו וקצתני ונתבאר דאף לפי שיטת הש"ף דהכא דמ"מ בהא דסי' ק"ט פטורים הב"ד לשלם בכל גונוי דטעו ואף במקרו נכסי הלנה וטעו אף

בשמות ויותר פיון דהיה שלשה בקיאים בשומא הן ע"י אחרים והן הב"ד עצמן ע"כ בזה כ"ע מודו כמש"כ הבעה"מ הקא דפטורים: (שם סעי' ג' בהגה"ה) ואם היו דיינין ג' והלכו אחר שנים שבהם הם משלמין ב' חלקים והחלק השלישי מפסיד הבע"ד וזהו מדברי הטור שם והרא"ש פ' ג' דסנהדרין והקצה"ח שם ס"ק י"ב הקשה דאמאי לא נימא בזה כל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי פמבואר בב"ק ד' נ"ג ובסי' ת"י בשלמא להך לישנא דאמרו שם דהאי פולי הנייקא עביד כו' א"ש דהא גבי דיינין לא עביד כ"א רק פלגא הנייקא אבל להך לישנא דס"ל שם דהאי פלגא הנייקא קעביד כו' ואפ"ה חייב משום דתנראי בבירך אשפחת' א"כ ה"ה הקא שייך לדון פן משום דהא פיון שנגמר הדין אף דנסתלק השלישי יכולין השנייים לגמור הדין א"כ כל גמר ההיזק נמצא בהנהך שנייים עכ"ל הקצה"ח ונשאר בצ"ע: ענף א ובאמת לפמש"כ האו"ת בסי' י"ח ס"ק ד' דאף דינדעו היכן הדין נוטה וסילק א' מהם אינו יכולין לגמור הדין ע"ש א"כ א"ש קושיות הקצה"ח ה"ל: משום דלפי זה לא שייך לדון הקא להסברא דתנראי בבירך אשפחת' שכתב הקצה"ח פנ"ל אף לפמש"כ הש"ך בסי' י"ח ס"ק ה' דאחר שיינדעו היכן הדין נוטה דיכולים השנייים לגמור הדין ע"ש ולפ"ז שפיר הקשה הקצה"ח ובנדאי אין לומר דבאמת להך לישנא דב"ק ה"ל דאמרו דהאי פלגא הנייקא קעביד כו' ואפ"ה חייב: דלפ"ז ה"ה בדיינין יהיו חייבין לשלם חלק הג' ע"פ סברת הקצה"ח ה"ל דונדאי זה אינו דהא בסנהדרין ד' ל' מקשו בגמ' בפשיטות דלמ"ד זכאי משלמי דלימרו לי' אי לאו את ביהדן לא הוי סליק דינא מידי והא הוי מצי הגמ' לומר דס"ל פהך לישנא דב"ק ה"ל דאף בפלגא הנייקא עביד דיינין להך פללא ואיך הקשו זה בפשיטות וע"כ מוכח דהי' פסיקא להש"ס דאין סברא פלל לדון בזה להך דליכא לאשתלומי מהאי כו' ולכן זה טעמא בעי כמו שהקשה הקצה"ח: ולכאורה י"ל דבאמת מוכח מזה פיון דעיקר חיוב בדיינין שטעו דחייבין משום דינא דגרמי דבזה לא דיינין להך דאי ליכא לאשתלומי מני' כו' ודונקא בחיוב שור ובור אמרו פן ומצינו בכמה מקלי דמחלקינן בין דינא דגרמי ובין מזיק ממש פמבואר בסי' שפ"ו אבל באמת זה ליתא דהא מצינו בסי' שפ"ח סעי' ז' בהגה"ה ובש"ך שם ס"ק מ"ב בשם הגהות מיימוני' פ' י"ב ה' גזקי ממון גבי שנייים שפטרו החוב כו' ובשם הפירדכי פ' הפרה שכתבו לדון שם גבי דינא דגרמי דמייירי שם להך דליכא לאשתלומי מהאי כו' ע"כ שפיר הקשה הקצה"ח.

והנלע"ד בזה והוא דבאמת צריך ביאור למה דאמרו בב"ק שם דאף אי האי פלגא הנייקא קעביד כו' דחייב לשלם פולו משוש הסברא דאנא תנראי בבירך אשפחת' דבאמת קשה בסברא לחייבו משום זה דהא לא עשה רק פלגא הנייקא ועיין בתוס' שם ד"ה לעולם קסבר ולכן נ"ל לומר בזה דעיקר הסברא במה דאמרו דאף דלא עביד רק פלגא הנייקא אפ"ה חייב לשלם פולו אי ליכא לאשתלומי מהאי דנהו משום דינא דגרמי פיון דלולא מעשה של בורו בהפלגא הנייקא שלו לא הי' נזק השור פלל ואיהו דגמר וגרם ההיזק וע"י גרמהו מגיע פסידא להניזק ואף דהוי ע"י פלגא הנייקא של אחר.

מ"מ הא בכל גרמי הוא פן כמו באחוי אחוי וכה"ג ע"כ דיינין בזה דכי ליכא לאשתלומי מהאי יהי' חייב לשלם פולו והעיקר הוא משום דד"ג וכעין זה מצינו בהא דב"ק ד' ס' בליבה ולבתו הרוח דס"ל לרב אשי דפטור משום דהוי גרמא בנזקין ושיטת הרמב"ם והובא בח"מ סי' תי"ח סעי' ט' דליבה ולבתו הרוח חייב אף אם אין בליבוני' פדי ללבות

בלתי הרוח שְהָרִי הוּא גָרַם וְכָל הַגּוֹרָם לְהַזִּיק מְשַׁלֵּם וְהוּבָא בְּשֵׁי"ף שָׁם ס"ק ד' דְּבִינָר
בְּאַרְנָפָה פְּנוּנַת הַרְמָב"ם דְּלְדִינָן דְּקִי"ל דד"ג ע"כ אַף אִם אֵין בְּלִיבוּי' פְּדִי לְלִבּוֹת בְּעַצְמוֹ
אַפ"ה חֲזִיב מְשׁוּם דד"ג אֲלֵמָא דְאַף הִיכָא דְלֵא עֲבִיד רַק פְּלַגָּא הִיזִיקָא מ"מ חֲזִיב בְּזֵה
מְשׁוּם דד"ג לְשִׁיטַת הַרְמָב"ם וְאַף לְשִׁיטַת הָרֵאשׁוּנִים דְּחוֹלְקִים שָׁם בְּזֵה הָא טַעְמָם הוּא
כַּמְש"כ הַרְמָב"ן בַּחֲי' בַּב"ב בַּדד"ג דְּלִכְּוֹן פְּטוּר שָׁם לְרַב אֲשֵׁי מְשׁוּם דְּהָרוּחַ בְּרָא אֶת
הַמְזִיק וְלֵא הִי' הַמְזִיק בְּעוֹלָמְכֶלל זוּלַת הָרוּחַ כו' וְעִינָן בְּתוֹס' ד' כ"ו ד"ה זִיקָא הוּא כו'
וּבְתוֹס' ב"ק ד' נ"ט ד"ה לִיבְתָה הָרוּחַ כו' א"כ מְצִינּוּ עַכ"פ אַף בַּכַּה"ג לְחֲזִיב בְּזֵה מְשׁוּם
דד"ג וּבְאַמַּת יֵשׁ לְדוֹן הַתָּם גְּבִי לִיבָה וּלְבַתּוֹ הָרוּחַ לְהֵךְ מִקְלָתָא דְּאִי לִיכָא לְאִישְׁתַּלּוּמִי
מֵהָאִי כו'.

אַף בְּאַמַּת כָּל זֶה עוֹלָה בְּקִנְיָה אֶחָד פְּנ"ל: וּב"ה מְצִאתִי פֶן בְּהַרְמָב"ן לְמַלְחָמוֹת בַּב"ק שָׁם
שְׁפַתְבּוֹ בַּזֵּה"ל דָּא ע"ג דְּלִיכָא. לְמִימַר תְּנַרְאִי בְּבִירָף אֲשַׁפְחַתִּי' ג"כ חֲזִיב הִיכָא דְּלִיכָא
לְאִישְׁתַּלּוּמִי מֵהָאִי אַע"ג דְּפְלַגָּא נְזַקָא עֶבֶד מְשַׁתְּלָם נְזַקוֹ מִמִּי שְׁאַפְשֵׁר לְשַׁלֵּם מִמְּנֻו מְשׁוּם
שְׁאַמַּר אֶת גְּרַמָּת לִי כו' עַכ"ל הַרְמָב"ן שָׁם.

הָרִי לְהִדְיָא שְׁהַרְמָב"ן הוֹרָה לָנו הַהֶסְכֵּר בְּמָה דְּאַמְרוּ לְהֵךְ פְּלַלָּא אַף אִי לֵא עֲבִיד רַק
פְּלַגָּא הִיזִיקָא דְּזֵהוּ מְשׁוּם דְּאַמַּר אֶת גְּרַמָּת לִי וְזֵהוּ מְשׁוּם דִּינָא דְּגָרְמִי וּכַמְש"כ בַּעז"ה.
וְהָא דְּלֵא הוֹכִיחוּ בְּש"ס ד' ק' מֵהֵךְ דַּב"ק ד' נ"ג הַנְּ"ל דר' נְתָן דְּאִין דד"ג י"ל מְשׁוּם דְּאִין
זֶה הַכְּרַח כ"כ דְּדִלְמָא טַעְמִי' פְּלִישְׁנָא קַמָּא דַּב"ק דְּאַמְרוּ הָאִי פְּלוֹ הִיזִיקָא עֲבִיד וִי"ל
דְּאַף לְהַתוֹס' דְּכַתְּבוּ בַּב"ק ד' נ"ג ע"ב ד"ה הָא פְּרַבְּנָן כו' וְהַרְשָׁפָּא שָׁם בְּחִידוּשֵׁי דְּהַטַּעַם
דְּנִקְטוּ שָׁם בְּתַנְרָאִי בְּבִירָף אֲשַׁפְחַתִּי' זֵהוּ בְּדוּוֹקָא וְדֵלָא פְּהַרְמָב"ן הַנְּ"ל עַכ"ז י"ל דְּגַם
לְדִידְהוּ עֵיקַר הַחֲזִיב בְּזֵה הוּא מְשׁוּם דִּינָא דְּגָרְמִי וְהָא דְּאַמְרוּ לְהַסְבְּרָא בְּתוֹרָאִי בְּבִירָף
כו' י"ל דְּכּוֹנְנָתָם הוּא ע"פ מַש"כ הַתוֹס' בַּב"ב ד' כ"ב ד"ה זֵאת אוֹמַרְתָּ כו' דְּעֵיקַר הַחֲזִיב
שָׁל דד"ג הוּא הִיכָא דְּהַהִיזִיק נַעֲשֵׂה מִיָּד וּכ"כ הָרָא"ש בַּב"ק פ"ט ס' י"ג.

ע"כ מְשׁוּם הַסְבְּרָא דְּתַנְרָאִי בְּבִירָף אֲשַׁפְחַתִּי' יֵשׁ לָנו לְחֲזִיב לְבַעַל הַבוּר לְפִי דְּהַהִיזִיק
נַעֲשֵׂה וְנִגְמַר ע"י מִיָּד מַשָּׂא"כ בְּבַעַל הַשּׁוֹר דְּהָא לֵא נַעֲשֵׂה עַל יְדוֹ הַהִיזִיק מִיָּד רַק אַחַר
שְׁנַפְל לְבוּר לְכֹן מְחֲזִיבִינָן לְבַעַל הַבוּר מְשׁוּם דד"ג לְפִי דְּנַפְסָד עַל יְדוֹ פִּינּוֹ דְּלִיכָא
לְאִישְׁתַּלּוּמִי כו' וְגַם י"ל דְּמַחְמַת דְּעֲבִיד פְּלַגָּא הִיזִיקָא עַכ"פ וּבְצִירוּף הַסְבְּרָא דְּתַנְרָאִי
בְּבִירָף כו' וְכַמוֹ שְׁהַסְבִּירוּ זֶה הַתוֹס' שָׁם דַּמָּה"ט אַף לְרַבְּנָן דר"מ דְּלֵא דִּינִי דד"ג דַּעכ"ז
הַתָּם אִינְהוּ מוֹדוֹ דְּחֲזִיב מְשׁוּם דד"ג אֲבָל עֵיקַר הַחֲזִיב הוּא רַק מַחְמַת דַּע"י גְּרַמָּתוֹ נַפְסָד
עַכ"פ וּכַמְש"כ הַרְמָב"ן בְּקַצְרָה פְּנ"ל: וְעַפ"ז א"ש פְּנוּנַת הַתוֹס' בַּב"ק ד' נ"ג בַּד"ה לְעוֹלָם
קִסְבַּר כו' שְׁפַתְבוֹ בְּשֵׁם הַר"י דְּעֵיקַר הַחֲזִיב בְּבוּר אַף דְּפְלַגָּא נְזַקָא עֶבֶד מְשׁוּם שְׁגָמַר
הַהִיזִיק וְדוּמָה כְּמוֹ שְׁעֲשֵׂאוֹ פְּלוֹ דְּמִשְׁמַע מְזָה דְּזֵה אִינוּ רַק מְדַרְבְּנָן דְּהָא מַה"ת אִין סְבָרָא
לְחֲזִיבוֹ מְשׁוּם הַסְבְּרָא דְּדוּמָה כְּמוֹ שְׁעֲשֵׂאוֹ פְּלוֹ אַף לְפַמְש"כ אֶתִּי שְׁפִיר פִּינּוֹ דְּעֵיקַר
הַחֲזִיב בְּזֵה הוּא מְשׁוּם דד"ג וּבַב"ב ד' כ"ב ע"ב פְּתַבוֹ הַתוֹס' שָׁם בְּשֵׁם הַר"י דְּעֵיקַר
הַחֲזִיב בַּדד"ג הוּא הִיכָא שְׁהוּא בְּעַצְמוֹ עוֹשֵׂה הַהִיזִיק לְחַבְּרוֹ וּכ"כ הָרָא"ש בַּפ' הַגּוֹזֵל ס' י"ג:
ע"כ מְשׁוּם הַסְבְּרָא דְּכַתְּבוֹ דְּדוּמָה כְּמוֹ שְׁעֲשֵׂאוֹ פְּלוֹ דְּמְשׁוּם זֶה יֵשׁ לְחֲזִיבוֹ מְשׁוּם
דד"ג ע"כ לְכָל הַטַּעְמִים שְׁפַתְבוֹ הַתוֹס' וְהָרָא"ש שָׁם יֵשׁ לְחֲזִיב לְבַעַל הַבוּר מְשׁוּם דד"ג
דְּשִׁיף בִּי שְׁנֵי הַטַּעְמִים שְׁפַתְבוֹ שָׁם דְּהָא לְעִיל נַתְבָּאָר דְּגַם הַטַּעַם דְּמִיָּד נַעֲשֵׂה הַהִיזִיק

שְׁיִיף בְּבַעַל הַבּוֹר מִשָּׂא"כ בְּבַעַל הַשּׁוֹר לֹא שְׁיִיף שְׁנֵי טַעְמִים הֵנָּה ל: עֲנָף ב וְעֵדִינָן יֵשׁ לְדוֹן
בְּכָל זֶה לִפְנֵימִי יוֹסֵף פ' הַפָּרָה וְהוֹבָא בַח"מ ס' שפ"ו סע' א' בְּהַגְהָה"ה דְּדוֹקָא
בְּאֶדָם חֲזִיב דִּינָא דְגַרְמֵי אֲבָל בְּבַהֲמָה לְכוּ"ע פְּטוֹר א"כ נִסְתַּר כָּל מִשָּׂא"כ דְּהָא בַנ"ד נַעֲשֶׂה
הַגְרָמֵי ע"י בּוֹרוֹ אִף בְּאֶמְת א"ש דְּהָא הַשְּׁ"ף שָׁם ס"ק ה' הִבִּיא בְּשֵׁם הַרְמַב"ן דְּכַתְב
דְּשָׂאנֵי הָא דב"ק ד' מ"ח דא' רְבָא דְהַבְּאִישׁ מְרִיחוֹ פְּטוֹר מִשּׁוּם דְּהוּי גְרָמָא בְּעֵלְמָא דְּזֵה
אִינוּ אֲלָא הֵתֵם דְּהוּי גְרָמָא דְּרִיחָא וּמִמִּילָא אֲתִיָּא אֲבָל בְּגַרְמֵי ע"י מַעֲשֶׂה שׁוֹרוֹ חֲזִיב ג"כ
עכ"ל.

וְנִרְאֶה לַעֲנֵד דְּכֵן הוּא שְׁיִטַּת הַתּוֹסֵ' בַב"ק ד' נ"ד ד"ה חֲמוֹר דְּבוֹר כו' שְׁכַתְבוּ לְהַקְשׁוֹת
אִמָּא חֲמוֹר אֲתָא לְמַעַט שְׁטָרוֹת כו' וְלִמְאֵן דְּדָאֵן ד"ג לֹא מְחֲזִיב אֲלָא מְדַרְבְּנָן א"ש א"כ
מוֹכַח מִהַתּוֹסֵ' דס"ל דָּאֵי נִימָא דִּינָא דְגַרְמֵי הוּא מַה"ת דְּגַם בְּגַרְמָא ע"י מַעֲשֶׂה בּוֹרוֹ חֲזִיב
וְכַשִּׁיטַּת הַרְמַב"ן הֵנָּה ל' ע"כ הַצְּרִיכוּ בְּזֵה קָרָא לְמַעַט שְׁטָרוֹת כְּקוֹשְׁיִיתָם אִף תִּירְצוּ בְּזֵה
מִטַּעַם אַחַר א"כ מוֹכַח מִהַתּוֹסֵ' הֵנָּה ל' דס"ל דְּגַרְמֵי ע"י בּוֹרוֹ חֲזִיב וי"ל דְּכֵן הוּא שְׁיִטַּת
רש"י בַב"ק ד' ל"ה ע"א ד"ה בְּסַלְע לְקָה דפ'י מִתְחַכְּף הִיָּה בְּסַלְע וְלָקָה וְצָרִיף בִּיאוֹר
דְּאִמָּאֵי לֹא פִירֵשׁ דְּלָקָה בְּסַלְע מְחַמַּת רְדִיפַת שׁוֹרוֹ וְאִפ"ה מִיפְטָר מִשּׁוּם דְּהוּי גְרָמָא
בְּעֵלְמָא וְכַמִּש"כ הַנִּימוּקֵי יוֹסֵף וְהַשְּׁמ"ק בַב"ק שָׁם.

אֲבָל בְּאֶמְת י"ל דְּרִש"י ס"ל כְּשִׁיטַּת הַרְמַב"ן וְהַתּוֹסֵ' הֵנָּה ל' דס"ל דָּאִף בְּגַרְמֵי הִבָּא ע"י
שׁוֹרוֹ ג"כ חֲזִיב וְהָא שְׁיִטַּת רש"י דָּאִין לְחַלְק בֵּין גְרָמָא לְגַרְמֵי ע"כ הַנּוֹכַרְח לְפָרֵשׁ דְּמִתְחַכְּף
הִי בְּסַלְע וְלָקָה דְּבִזָּה פְּטוֹר לְכוּ"ע אִף לר"מ דְּדוֹן דד"ג וְגַם י"ל דָּאִף לְשִׁיטַּת הַנִּימוּקֵי
יוֹסֵף הֵנָּה ל' דְּמִחְלַק בֵּין אֶדָם לְבַהֲמָה בַדד"ג עכ"ז י"ל דְּבְּאֶמְת הָא מִיְלַתָּא אִם חֲזִיב בְּגַרְמֵי
בְּשׁוֹרוֹ וּבּוֹרוֹ אוֹ דְּדוֹקָא בְּאֶדָם חֲזִיב דִּינָא דְגַרְמֵי דְּזֵה תְלוּי בְּפִלְגוּמַת הַנָּף שְׁנֵי לִישְׁנֵי דַב"ק
ד' נ"ג הֵנָּה ל' דְּלִישְׁנָא קָמָא דְּאִמְרוּ בְּפִשְׁיטוֹת שָׁם אִי קְסַבְר הָאֵי פִלְגָא הִיזְיָקָא עֶבֶד כו'
אִידָף רִיבְעָא נִפְסִיד דס"ל דְּגַרְמֵי אִינוּ חֲזִיב רַק בְּאֶדָם דְּוֹנָא אֲבָל לִישְׁנָא ב' דס"ל דָּאִף
בְּפִלְגָא הִיזְיָקָא חֲזִיב בְּעַל הַבּוֹר וְע"כ טַעְמוֹ כְּסִבְרַת הַרְמַב"ן הֵנָּה ל' דְּכַתְב דְּאֵת גְרַמְתָּ לִי
מִשּׁוּם דְּבַגְרַמְתוֹ נִפְסֵד עכ"פ.

וּבְזֵה גּוֹפָא פְּלִיגֵי הַנָּף לִישְׁנֵי וְלִכֵּן א"ש הָא דַב"ק ד' מ"ח דְּאִמְר רְבָא דְהַבְּאִישׁ מְרִיחוֹ
פְּטוֹר מִשּׁוּם דַּה"ל גְרָמָא כו' דְּטַעְמוֹ הוּא כַמִּש"כ הַנִּי דְּלֹא דִּינִינָן דד"ג רַק בְּאֶדָם וי"ל
דְּרְבָא אֲזִיל לְטַעְמֵי דְּאִמְר בַב"ק ד' נ"ג בְּלִישְׁנָא קָמָא דְּדוֹקָא אִי כְּוִלֵי הִיזְיָקָא עֶבֶד חֲזִיב
מִשְׁמַע דְּבְּפִלְגָא הִיזְיָקָא עֶבֶד לֹא הִי חֲזִיב אִף דִּישׁ הֵתֵם דד"ג וְאִף דְּרְבָא ס"ל דד"ג
כַּמִּש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי שפ"ו ס"ק א' דְּגַרְס בַב"ק ד' קי"ז דָּאֵם הִרְאָה מַעֲצָמוּ כְּנִשָּׂא וְנָתַן
בְּיַד דְּמֵי עכ"ז פְּטוֹר הֵתֵם מִשּׁוּם דְּהָא ס"ל לְרְבָא דד"ג אִינוּ חֲזִיב רַק בְּאֶדָם דְּוֹקָא [עֵינָן
בְּנִימוּקֵי יוֹסֵף שָׁם דְּגַרְס שָׁם בַב"ק רְבָה].

חָבַל עֵדִינָן יֵשׁ לֹאמֵר דְּלָהָף לִישְׁנָא דְּאִמְר הָאֵי פִלְגָא הִיזְיָקָא עֶבֶד דְּעִיקָר טַעְמוֹ הוּא דס"ל
דְּגַם בְּמַעֲשֶׂה בּוֹרוֹ חֲזִיב מִשּׁוּם דד"ג וְא"ש כָּל מַה שְׁכַתְבְּתִי אִף לְשִׁיטַת הַנִּימוּקֵי יוֹסֵף
הֵנָּה ל: וְעַפ"ז יֵשׁ לְהַסְבִּיר עַל נִכּוֹן שְׁיִטַּת הַסּוֹבְרִים בְּסִי ת"י סע' ל"ז דְּהִיכָא דְּשִׁנְיָהֶם בְּנֵי
חִיּוּבָא אֲלָא שְׁאָחַד בְּרַח וְכַה"ג דָּאִין מְחִיבִין אוֹתוֹ מִשּׁוּם לִיכָא לֹאִישְׁתַּלּוּמֵי כו' דִּי"ל
דְּטַעְמָם הוּא דְּכִינּוֹן דְּנִתְבָּאָר דְּעִיקָר הַחִיּוּב בְּזֵה הוּא מִשּׁוּם דד"ג א"כ הָא בַדד"ג בְּעֵינָן
דְּהִי' בְּרִי הִיזְיָקָא וְהֵתֵם בְּסִי ת"י סע' ל"ז הֵנָּה ל' הָא לֹא הוּי בְּרִי הִיזְיָקָא בְּכַה"ג אִף

באמת זה תלוי בפלוגתת הנה לישראל אי כולי הדייקא עביד או פלגא הדייקא קעביד וקצרותי.

ולפי מה שנתבאר דלהו לישראל דאמר האי פלגא הדייקא עביד דעיקר החיוב לבעל הבור הוא משום דמעשה בורו גרם להפסיד ממונו של חבירו על ידי השור של חבירו פנ"ל לכן יש להסביר על נכון להא דמוכח מן הא דסנהדרין ד' ל' דלכו"ע פטורים שני דינינים לשלם חלק הג' דקשה דנימא בזה להו פלגא דאי ליפא לאישתלומי כו' וכמו שהקשה הקצה"ח דלפמש"כ א"ש: דהא מבואר בסי' שפ"ו בפ"ה ס"ק ג' בשם בעה"ת דגורם דגורם פטור והקצה"ח שם ס"ק ג' הביא פן בשם תשובת מהר"ם ואף למאן דס"ל דד"ג הוא מה"ת ג"כ פטור בזה עי"ש בקצה"ח.

ועיין בנו"ב מ"ק ח' ח"מ סי' ל"ז לכן א"ש הוה דפטורין לשלם חלק ה"ג דהא להו לישראל דהאי כולי הדייקא עביד ונדאי לא שנייה התם לחייבם משום זה דהא בדיינים לא עביד פל דיין בפני עצמו לכולי הדייקא רק דיש מקום לחייבם להו לישראל דהאי פלגא הדייקא קעביד א"כ הוה נתבאר דעיקר החיוב לבעל הבור הוא ע"י גרמי משום מעשה בורו דקעביד לפלגא הדייקא דנפסד חבירו על ידי מעשהו וכיון דמעשה בורו שלו גורם הדייק לחבירו ע"כ דינינים בזה לדינא דגרמי וכמו בכל גרמי אבל בדיינים הוה אף פלגא הדייקא דעבדי אינו ע"י מעשיהם רק ע"י דיבורם דזה גופא אינו רק בתורת דינא דגרמי דמתעביד הדייק לחבירו ע"י גרמי שלהם בפלגא הדייקא דעבדי ולכן הפלגא השני דמעשה ע"י גרמי של דיין השלישי זה מקרי גורם דגורם דהא אף השני הדיינים לא עשו מעשה פלל בזה ורק עפ"י גרמת השני הדיינים נגמר הדייק הבע"ד ע"י דיין השלישי דבכה"ג פיון דזה הוה גורם דגורם דפטור כמש"כ בשם בעה"ת ובשם תשובת מהר"ם פנ"ל והא דסי' שפ"ח סעי' ז' והפ"ד פ' הפרה והגהות מיימוני פ' י"ב ה' נזקי ממון גבי שנים שפטרו להחוב והדייקו בדיבורם דזה אינו רק משום דינא דגרמי ואפ"ה דנו שם להו דליפא לאישתלומי מהאי כו'.

שאני התם דהא מבואר שם דאמרינן התם האי פולו הדייקא עביד דהא הדייק הי' יכול להיות על ידי אחד מהם עי"ש. ע"כ שפיר דנו שם להו פלגא משא"כ בדיינים דטעו דאין מקום לחייבם רק להו לישראל דהאי פלגא הדייקא עביד דנתבאר דזהו רק בתורת דד"ג וכיון דזה מקרי גורם דגורם לכן פטורין לשלם ויהי' מזה סייעתא לשיטת הסוברים דגורם דגורם פטור ומתורץ קושיות הקצה"ח על נכון: אף עדיין יש להקשות לקושיות הקצה"ח ה"ל על שיטת הרמב"ן דהובא בפ"ה ס' שפ"ו ס"ק ג' דס"ל דאף גורם דגורם חייב.

א"כ לדידנא תקשה עדיין כ"ז ולשיטת הרמב"ן תקשה זה ביותר דאף לפמש"כ האו"ת בסי' י"ח ס"ק ד' דאף בנסתלק הג' לאחר שידעו היכן הדין נוטה אינם יכולים לגמור הדין דכתבתי לעיל דלפ"ז בלא"ה אין מקום לקושיות הקצה"ח ה"ל.

דהא התם לא שנייה לומר תוראי בבירא אנפחתא אבל לשיטת הרמב"ן דס"ל במלחמות בב"ק ד' נ"ג דאף היכא דליפא תוראי בבירא כו' ג"כ דינינים להו דליפא לאישתלומי מהאי כו' א"כ תקשה על הרמב"ן אף לשיטת האו"ת ה"ל אכן גם זה ניחא לפי המבואר בקצה"ח סי' ת"י ס"ק ג' דלשיטת הרמב"ן בהא דאינו גובה מבשרן נגד האימורין בלא"ה

א"ש קונשׂיתו דסי' כ"ה ועיקר קונשׂיתו תסוב לשיטת רש"י והתוס' כו' עכ"ל הקצה"ח כסי' ת"י.

ע"כ שפיר יש לתרץ לקונשׂיות הקצה"ח פנ"ל ויהי' מוכח מהם דס"ל גורם דגורם פטור וגם הא נתבאר דשיטת רש"י והתוס' דגרמי ע"י מעשה בורו ושורו ג"כ חייב פנ"ל ולכן מיושב קונשׂיות הקצה"ח על נכון דלדינא פטורין הדיינין לשלם חלק השלישי ואין בזה שום ספק פלל: ונלע"ד להוכיח מירושלמי שבועות פ"ו ה"ו דחייב ע"י מעשה שורו ג"כ בדד"ג ונ"ל הירושלמי על מתניתין דאין נשבעין על העבדים כו' אית דבעי נישמענה מהדא חמור או שור כו' יצאו קרקעות כו' ולא אוציא עבדים מה אלו מיוחדין שיש להן קנס יצאו עבדים שאין להן קנס אוציא עבדים ולא אוציא שטרות שיש להן קנס כו' יצאו שטרות שאין להן אונאה כו' עכ"ל ופי' הפ"מ שיש להן קנס בהמה שהזיקה האדם חייבין בעלים לשלם משום קנסא לאפוקי עבד שהזיק אין הבעלים משלמין כלום ולא אוציא שטרות שיש להן קנס פי' הפ"מ כגון המקרע שטרות חבירו וכמ"ד דחייב משום קנס עכ"ל הפ"מ: ופירושו תמוה דהא בעבדים שאין להן קנס פירש אם העבד הזיק לאחרים ובשטרות שיש להן קנס פי' אם הזיק לשטרות א"כ אינן דומין זה לזה כלל דהא בהזיק לעבד ג"כ חייב וע"כ פירושו תמוה וגם מפני מה קרי' לי' קנס הא משפחת ג"כ ממונא בבהמה שהזיק האדם היינו במועד אף בזה י"ל כמש"כ הרמב"ן בדד"ג שלו על מש"כ בירושלמי שם דהמקרע שטרות חייב משום קנס דלישנא דקנס לאו דוקא אף גם זה לא א"ש: וע"כ נראה לענ"ד לפרש להירושלמי דקאמר מה אלו מיוחדין שיש להן קנס היינו אם הזיק להשור והחמור והשה ע"י שור תם דחייב פלגא נוקא קנסא משא"כ אם הזיק תם לעבד דפטור כמבואר בב"ק ד' מ"ב דבעל השור נקי מדמי עבד ובירושלמי בב"ק פ"ד ה"ה לר"ע ולכן קאמר יצאו עבדים שאין להן קנס היינו אם הזיק שור תם לעבד דפטור וע"ז מסיק ולא אוציא שטרות שיש להן קנס היינו דאם הזיק בהמה לשטרות דחייב על מעשה שורו אף בתם שהזיק לשטרות פי' דינן דומה לממון ממש משום דס"ל לירושלמי דכמו דחייב במעשה עצמו על דד"ג פן חייב במעשה בהמתו על שטרות דאינן אלא דד"ג אף בתם שהזיקו וזה דתקשה ע"ז לקונשׂיות הש"ס דילן בב"ק ד' צ"ח עלה דהשורף שטרות ה"ד אי דאיכא סהדי כו' ואין לומר במאמינו דהא מודה בקנס פטור י"ל בזה דאין זה קשה וקצרתי א"כ מוכח מזה דס"ל לירושלמי דאף על מעשה שורו חייב בדד"ג: ביאור דין בספק תקנה אי מהני תפיסה ענף א הנה המל"מ פ' כ"א הל' מלנה בד"ה נעוד יש לחקור במה שכתבנו למעלה בקצת דברים כו' שם באה"ד כתב להוכיח מהרמב"ם פ"ד הל' גזילה הל' ז גבי נגזל נשבע ונוטל דאם אינו יודע בבירור רק שכירו ולקוטו של בע"ב הי' שם אינו נוטל ע"י שבועות של שכירו ולקוטו וזהו איבעי' דלא איפשטא בשבועות ד' מ"ו וכתב המ"מ שם דלכן לא כתב הרמב"ם דאם תפס אין מוציאין מיד הנגזל משום דה"ל ספק תקנה ומעמידין על ד"ת ומזה הוכיח המל"מ שם דכל ספק תקנה לא מהני תפיסה מספיקא ע"ש במל"מ וכן במצ"מ פ"א הל' נחלות הל' ח"י"ת מזה ועי' במחנה אפרים ה' גזילה סי' ל'.

ויש להקשות על פלל זה מהא דמבואר ברמב"ם הל' זכיי' ומתנה פ' י"א הל' ט"ז דשכ"מ שאמר נכסי לפלוני והיה בהם ספר תורה אם תפסו אין מוציאין מידו ואף ע"ג דמתנת

שכ"מ הוא דרָבָנָן אפ"ה מְהַנִּי תְּפִיסָה אֶלְמָא דְאָף בְּסַפְק תַּקְנָה מְהַנִּי תְּפִיסָה וע"כ מוכח
מִזֶּה דְלָאוּ בְּכָל דְּוֹכְתִי אֶמְרוּ לֵהָדָּה פְּלִלְא.

וְדוֹחֵק לֹאמַר דְּכִינּוֹן דְּמִבְּנֹאֵר בְּב"ב ד' קמ"ז דְּמִתְּנַת שְׂכ"מ עֲשָׂאוּהוּ כְּשֵׁל תוֹרָה ע"כ מה"ט
מְהַנִּי תְּפִיסָה אֶף בְּסַפְק תַּקְנָתָא כִּי זֶה דוֹחֵק הוּא וְגַם בְּתַנּוּמִים בְּכָלֵי תְּפִיסָה ס"ק ע"ז ע"ח
פְּתַב גְּבִי סַפְק מִתְּנַת שְׂכ"מ דְּלָא מְהַנִּי תְּפִיסָה מִשּׁוּם דַּה"ל סַפְק תַּקְנָה ע"ש א"כ תַּקְשָׁה
כַּנ"ל: אָבֵל בְּאַמַּת אֵינוֹ קָשָׁה כְּלָל מִשּׁוּם דְּבִלָּא"ה יֵשׁ לְהַעִיר עַל כְּלָל זֶה מְהָא שְׂפַתְב
הֶרְמֵב"ם פ' כ"ז ה"ל מְלוּה ה"ל ט"ז בְּשֵׁטֵר שְׂפַתוֹב בּוֹ אֶסְתְּרִי מְאָה מְעִי כו' אוּ מְאָה מְעִי
אֶסְתְּרָא הוֹלְכִין אַחַר פְּחוֹת שְׂבַלְשׁוֹנוֹת כו' וְלִפְיָךְ כָּל שֵׁטֵר שְׂיֵשׁ בּוֹ מִשְׁמַע ב' לְשׁוֹנוֹת
כו' אֵינוֹ נוֹטֵל אֶלָּא הַפְּחוֹת שְׂבַלְשׁוֹתֵיהֶן וְאִם תְּפַסֵּס אֵין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ אֶלָּא בְּרָאִי בְּרוּרָה
עכ"ל וְיָדוּעַ שְׂיֵטַת הֶרְמֵב"ם פ' ג ה"ל עֲדוֹת וְהוּבָא בַח"מ ס' כ"ח סְעִי י"ב דְּעֲדוֹת בְּשֵׁטֵר
אֵינוֹ רַק דְּבָרֵי סוּפְרִים וְעִי' בְּשֵׁטֵר שְׂכ"מ י"ד א"כ פְּשׁוֹנֵלְד סַפְק בְּשֵׁטֵר הָנִי סַפְק בְּתַקְנַת
חז"ל דְּהָא אֶף שֵׁטֵר בְּרוּר אֵינוֹ רַק מְדַרְבָּנָן א"כ אִמְאִי מְהַנִּי תְּפִיסָה מְסַפְק אֶלְמָא
דְּהֶרְמֵב"ם גּוּפָא פְּסַק דְּמְהַנִּי תְּפִיסָה אֶף בְּסַפְק תַּקְנָה וּבְנוֹדָאֵי אֵין סְבָרָא לְפָרֵשׁ דְּהָא דְּכַתְב
הֶרְמֵב"ם דְּמְהַנִּי תְּפִיסָה בְּסַפְק בְּשֵׁטֵר זֶהוּ רַק כַּת"י דְּכָשֵׁר מַה"ת לְכוּ"ע דז"א דְּהָא סְתָם
שֵׁטֵר הָנִי בְּעֲדִים וְגַם בְּכָל הַפָּרְק שְׂכ"מ מִיָּרִי הֶרְמֵב"ם שְׂכ"מ בְּשֵׁטֵר בְּעֲדִים .

הַגְּה"ה וְזֶה זְמַן כְּבִיר דְּנִתְקַשְׁיִתִּי לְשִׂיטַת הֶרְמֵב"ם דס"ל דְּעֲדוֹת בְּשֵׁטֵר אֵינוֹ רַק מְדַרְבָּנָן
דְּמִאֵי יַעֲנָה בְּהָא דְּמִבְּנֹאֵר בְּשׁוּבוֹת ד' מ"ה דְּמִקְשָׁה רְבָא שְׂבֻעוֹת שׁוּמְרִים דְּחִיב רַחֲמָנָא
הִיכִי מִשְׁפַּחַת לִי וְתִרְצֵן לִי רְמִי בַר חַמָּא דְּמִשְׁפַּחַת דְּאַפְקִיד בְּשֵׁטֵרָא וְהוֹכִיחַ הַש"ס הֶתָּם
מִזֶּה מְכָלֵל דְּתַרְנוּיָהוּ ס"ל הַמְּפָקִיד לְתַבְּרִי בְּעֲדִים אֵין צְרִיף לְחַזוֹר לוֹ בְּעֲדִים וּבְשֵׁטֵר
צְרִיף לְהַחְזִיר בְּעֲדִים וְקָשָׁה הָא לְשִׂיטַת הֶרְמֵב"ם לֹא מְהַנִּי שׁוּם שֵׁטֵר מַה"ת וְאֵין סְבָרָא
לְפָרֵשׁ דְּמִיָּרִי בַּכַּת"י דְּזֶה כָּשֵׁר מַה"ת כַּנ"ל.

דְּהָא שְׂיֵטַת הֶרְמֵב"ם דִּיכּוֹל לְטַעוֹן פְּרַעַתִּי נְגִד כַּת"י כְּמִבְּנֹאֵר בְּס' ס"ט סְעִי ב'. וְאֵי דְּנִימָא
דְּמִיָּרִי בַּכַּת"י בְּנֹאֲמָנוֹת א"כ אֶף בְּעֲדִים סְגִי וְל"ל לְאוּקְמִי בְּשֵׁטֵר וְגַם מַה שְׂיִיכוֹת הוֹכַחַת
הַש"ס לַפ"ז דְּבְשֵׁטֵר צְרִיף לְהַחְזִיר בְּעֲדִים דְּהָא עֵיקְרוֹ מִשּׁוּם נֹאֲמָנוֹת וע"כ מוֹכַח דְּמִיָּרִי
בְּלֹא נֹאֲמָנוֹת וַיֵּשׁ לֹאמַר דְּבְאַמַּת מַה"ת אֵינוֹ חִיב שְׂבֻעַת הַשׁוּמְרִים רַק בְּשֵׁטֵר פְּקִדוֹן
הַנְּעֻשָׂה בְּב"ד וְחַתְמוּ עָלָיו ב"ד שֶׁל שְׂלֵשָׁה וּבְנוֹדָאֵי פְתַב הַנְּעֻשָׂה בְּב"ד מְהַנִּי מַה"ת דְּהָאֵי
מְפִיָּהֶם וְלֹא מְפִי כַתְּבָם לֹא קָאֵי רַק עַל עֲדוֹת וְלֹא עַל ב"ד וּמַעֲשָׂה ב"ד וְנוֹדָאֵי דְּכָשֵׁר מַה"ת
ע"פ פְּתַב וְכְמִבְּנֹאֵר בְּתַשׁוּבַת הָרִיב"ש ס' ש"ץ דְּכַתְבֵּי שְׂכ"מ דְּהַב"ד יְכוּלִים לְכַתּוּב מַעֲשָׂה
ב"ד עַל הַגָּט מְטַעַם דְּלֹא יֵהִי שְׂמִיעָה גְּדוּלָה מְרָאִי כְּמוֹ בְּעֲדוֹת הַחֲדָשׁ וְשְׂלֵשָׁה שְׂנַכְנָסוּ
לְבַקֵּר אֶת הַחוּלָה דְּב"ב ד' קי"ג ע"ש וְא"כ מִשְׁפַּחַת שְׂפִיר מַה"ת שֵׁטֵר פְּקִדוֹן הַנְּעֻשָׂה
בְּפִנֵי ב"ד וְהָא דְּאֶמְרוּ בְּקִצְרָה דְּאַפְקִיד בְּשֵׁטֵרָא הֵינּוּ מִשּׁוּם דְּהָא לְדִידוֹן דְּתַקְנֵנוּ חז"ל
דְּמְהַנִּי שֵׁטֵר בְּעֲדִים וְנוֹדָאֵי דְּמִשְׁפַּחַת לִי שְׂפִיר בְּכָל עֲנִינֵי שֵׁטֵר וְמַה"ת הוּא בְּאִנְפֵּן דְּכָשֵׁר
הַשֵׁטֵר כְּמוֹ הַנְּעֻשָׂה בְּב"ד וְהָא דְּהוֹכִיחוּ מִזֶּה שְׂכ"מ דְּהַמְּפָקִיד בְּשֵׁטֵר צְרִיף: לְהַחְזִיר בְּעֲדִים
הֵינּוּ מִשּׁוּם דְּלִגְבֵי סְבָרָא דְּשֵׁטֵרָא בִּידֵי מֵאֵי בְּעִי דְּמַה"ט אֵינוֹ נֹאֲמָן לֹאמַר הַחְזִירְתִּי בְּזֶה
אֵין לְחַלֵּק בֵּין שֵׁטֵר הַנְּעֻשָׂה בְּב"ד לְשֵׁטֵר הַנְּעֻשָׂה בְּפִנֵי עֲדִים דְּהָא אֶמְרוּ דְּמַעֲשָׂה ב"ד
כְּמִאֵן דְּנִקְט שֵׁטֵרָא בִּידֵי דְּמִי וְאִם שֵׁטֵר אֵינוֹ מוֹעִיל ה"ה דְּבְפִנֵי ב"ד אֵינוֹ מוֹעִיל וע"כ
הוֹכִיחוּ שְׂפִיר כֵּן: וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְדוֹן דְּדוֹקָא הִיכָא דְּצְרִיף ב"ד דְּוֹקָא כְּמוֹ לְכוּף לְהַבְע"ד

לבוא להם לדין או בקבלת עדות וכה"ג היכא דנתחייב מתוך טענותיו כמבואר בסי' ל"ט ובסי' ע"ט דזהו מידי דצריף ב"ד דווקא.

אבל היכא דבאו הב"ד מעצמן לב"ד שיקתבו לראני' אין שם ב"ד עליהם רק שם עדים ולא מהני מפי פתבם ויש לומר בזה עפ"י הא דסנהדרין דף כ"ט ע"ב האי אודיתא זימנין פתבינו כו' פנפינהו איהו פתבינו רבא אמר אפי' פנפינהו איהו לא פתבינו עד דא"ל הוה עלי דייני ומר בר רב אשי אמר אפי' א"ל הוה עלי דייני לא פתבינו עד דקבעי דוקתא כו'.

ונ"ל דפלוגתיהו דרבא ומר בר רב אשי בזה גופא דרבא ס"ל דאף היכא דא"צ ב"ד אפ"ה שם ב"ד עליהם אם א"ל הוה עלי דייני דהא בכנפינהו איהו סגי בהודאה לפני סהדי אפ"ה בא"ל הוה עלי דייני ס"ל לרבא דשם ב"ד עליהם ויכולים לכתוב אף בלא צוואת הבע"ד ומר בר רב אשי ס"ל דהיכא דלא עבדי פלום בתורת ב"ד אז אין שם ב"ד עליהם אף דאמר להו הוה עלי דייני: והתם בשבועות ד' מ"ה רבא הוא דמקשי להא דשבועות השומרים דחייבה רחמנא היכא משפחת ותירץ לי' רמב"ם דאפקיד בשטר וע"ז אמרו מפל דתרונייהו ס"ל המפקיד אצל חבירו בשטר כו'.

ולשיטת רבא דס"ל דאף היכא דא"צ ב"ד מ"מ אם אמר להו הוה עלי דייני שם ב"ד עליהם לכתוב בתורת מעשה ב"ד ומהני מה"ת. ע"כ תירץ לו שפיר דמשפחת במפקיד בשטר היינו היכא דמועיל שטר מה"ת: ובמעשה ב"ד ושטר פיקדון בב"ד דזהו מועיל אף מפי פתבם ומה"ת היכא דאמר להו הוה עלי דייני ולרמי בר חמא דשם י"ל דהא משמע בב"ב ד' קע"ו דס"ל דכת"י דהחזקת בב"ד דינו כשטר גמור וא"י לומר פרעתי א"כ משפחת אליבני' ג"כ שטר מה"ת פן יש לדון וכ"ז היא לפמש"כ הנש"ף בסי' ל"ט ס"ק כ' דלא כהסמ"ע ע"ש וקצתו גם יש לומר לכאורה דלכו"ע הוי שם ב"ד על שלשה היושבים בתורת ב"ד היכא דאמר להו הוה עלי דייני וציונה להם המתחייב לכתוב כמבואר בתשובת הריב"ש הנ"ל ונאף דגט אין צריף שלשה כמבואר וכמש"כ הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' נ"ח ד"ה ועלה בדעתי פיון שחתומים בו שלשה כו' וכ"כ הגתיות סי' ל"ו ס"ק ט' במה שפלפל שם גידון מה שפירש לאשר כו' ע"ש: בד"ה ומעתה נבוא לנ"ד כו' יע"ש מה שהביא שם בשם הריב"ש והתשב"ץ והנו"ב והעלה שם דלעולם מהני פתב ראי' הנעשה בב"ד וע"כ אין אנו צריכים למה שפכתבו דרבא לשיטתו אג"ל.

דבלא"ה אתי שפיר לדינא דלכו"ע הוי שם שטר ומעשה ב"ד על שטר פקדון הנעשה בב"ד שא"ל לכתוב אמנם יש לחלק בין איסורא לממונא וכמש"כ הנו"ב שם וקצתו ועי' בשבועות ד' ל"ז דאי' שם ונשבע על שקר פרט ללוה בשטר ועדים וזה יש ליישב בנקל ואכמ"ל: ע"כ הגה"ה וכן מבואר בח"מ סי' מ"ב סעי' ח' דספק הכולד בשטר מהני תפיסה וקשה ג"כ דהא המחבר פסק בסי' כ"ח ג"כ דעדות בשטר אינו רק דברי סופרים ובסי' צ' סעי' ד' פתב המחבר גבי תקנת נגזל דאינו נשבע השפירו ולקיטו ונוטל הבעה"ב ולא פתב דתפיסה מהני פדרכו משום דבספק תקנה לא מהני תפיסה וכמש"כ הסמ"ע והבאר הגולה בשם המ"מ ע"ש ולפ"ז בכל ספק שטר לא תועיל תפיסה דה"ל ספק תקנה.

ובנודאי אין לחלק בין התקנות כמבואר במל"מ דגליף מהו דשכירו ולקיטו הנ"ל לשאר מידי דרבנן ע"ש ודחוק לומר דשאני שטר דעקרו משום חזקה שטרף בידי מאי בעי פיון

דתקנו דיועיל שטר מדרבנן א"כ לא ה"ל להגים השטר בידי המלנה דז"א דהא זה לא שיקה רק בטענת פרעתי אבל לא בטוען להד"מ ובספק בעיקר החיוב: ויש לדון דלכך ס"ל להרמב"ם המובא בח"מ סי' צ"ב סעי' ח' דעה ראשונה דס"ל בחדשוד דאפיק שטר א על חבירו דאינו נוטל בלא שבועה דכיון דאינו יכול לישבע מפסיד ודעה ב' ס"ל דאע"ג דאינו יכול לישבע מ"מ מוקמינן אד"ת דנוטל בלא שבועה ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ע"ש בבבאור הגר"א זצ"ל ובשיטת הרמב"ם י"ל דס"ל כיון דעיקרו של שטר הוא רק מדרבנן וע"כ שבועתו מעכב הפירעון דהא לא שיקה לפ"ז לומר דמעמידין על ד"ת דהא מה"ת לא מהגי ולפ"ז להכרעת הש"ך בס"י כ"ח דשטר מועיל מה"ת ע"כ שפיר כתב הש"ך שם לדניא דשבועה אינה מעכב הפירעון משום דמוקמינן על ד"ת ואכמ"ל: וכן יש להעיר בהא דכתובות ד' כ' גבי שטר דחתומין עליו שנים ומתו ובאו ב' מן השוק ואמרו כתב ידם הוא אבל אנוסים היו דה"ל הרי ותרי ולא קרעינו לשטר ואי תפס לא מפקינן מינן' כמש"כ התוס' שם והובא בח"מ סי' מ"ו סעי' ל"ז ובש"ך שם ס"ק ק"א ולשיטת הרמב"ם והמחבר דשטר לא הוי רק מדרבנן לא יועיל תפיסה וה"ל ספק תקנתא וכן יש להעיר בזה מהא דשבועות ד' מ"ח גבי אין אדם מוריש שבועה לבניו דמאן דעביד פרב ושמואל עביד ומאן דעביד כר"א עביד ופסקו פולם דמועיל תפיסה כמבואר בס"י ק"ח הא עיקר שטר לא הוי אלא מדרבנן ומן הראוי דלא תועיל תפיסה בכ"ז ודחוק לומר דשאני שטר דיש לו סמך מקרא דדברי קבלה וכתב בספר וחתום: וכן יש להעיר לפמש"כ פבר לתרץ דברי הרמב"ם דתמה הש"ך בח"מ סי' ג' ס"ק א' דהרמב"ם פסק פרב אהא דד"ת חד פשר והא מבואר בב"ק וגישין וברמב"ם גופא הל' סנהדרין פ"ה דהא דדנין הודאות והלונאות בבבל משום דשליחותיהו דקמאי עבדינן וכתבתי לתרץ דהא מבואר בתוס' ב"ב ד' מ' ד"ה קיום שטרות כו' לחלק בין קבלת עדות לקיום שטרות דהוי עד מפי עד ע"כ לכו"ע צריף ג' אף לשמואל ור"נ וכן כתב התוס' בכתובות ד' כ"ב ע"כ י"ל דאף לרב אהא דס"ל דמה"ת חד פשר אפ"ה בהודאות והלונאות דפי' רש"י בסנהדרין ד' ב' דמייירי בעדי הודאות ועידי הלונאות היינו קבלת עדות על הודאה והלונאה וכן כתב הטור בס"י א' ולפ"ז שפיר כתב הרמב"ם דהודאות והלונאות היינו קבלת עדות דזה צריף ג' מןמחים מה"ת לכו"ע ובהא אתינן לשליחותיהו דקמאי עבדינן ועפ"ז יש להאריך בסנהדרין ד' ב' וג' וקצרת: ולפ"ז תרי ותרי המכחישות זו את זו בעדות בע"פ דבבבל דליכא סמוכים א"כ כל קבלת עדות בבבל לא הוי רק מדרבנן דהא דשליחותיהו דקמאי עבדינן אינו זה רק דרבנן כמבואר ברמב"ן ורשב"א לגישין והובא בנתיבות סי' א' ולפ"ז יש לדון דבתרי ותרי בע"פ בבבל לא יהי מועיל תפיסה משום דה"ל ספק תקנה דהא אם קיבלו עדות להוציא מן המוחזק ותפס התובע בפני ב"ד על סמך העדים הג"ל לא הוי רק ספק בתקנה דהא מה"ת לא מהגי קבלת עדות דבבבל רק מדרבנן וכיון דיש פת שני המכחישין ה"ל ספק בתקנה ומבעי לן לדון להוציא מהתובע דתפס בפנינו דהא במה דדיינינן להוציא מהתופס זה הוי מה"ת דהא מה"ת חד פשר פרב אהא ולא בעי סמוכין אף מה"ת לשיטת הרמב"ם וזהו אינו בגדר גזילות ונחלות פידוע ועי' בב"ק ד' ט"ו תוס' ד"ה ואי תפס לא מפקינן מינן' וברא"ש שם ואכמ"ל עכ"פ קשה בכל הג"ל דהא ה"ל ספק בתקנה דאמאי מהגי תפיסה בכל הגוף.

והיא אֶפְשָׁר לְחַלֵּק בְּזֶה עַפְ"י מַש"כ הַמַּל"מ שֶׁם דְּלֶכּוּן פְּסַק הַרְמַב"ם פ"ח ה"ל חוֹבֵל הַל' ז גַּבֵּי אֵיבְעִיָּא דָּאָם עָשׂוּ תַקְנַת נַגְזָל בְּמַסּוֹר וְלֹא אֵיבְשָׁטָא וּפְסַק שֶׁם דְּאֵי תַפְס אֵין מוֹצִיאִין מִיְדוֹ וְכַה"ג כְּתַב הַרְמַב"ם פ"ז ה"ל חוֹבֵל הַל' י"ח גַּבֵּי אֵיבְעִיָּא מִי מַנְחֵי מַרְגְּנִיתָא בְּכַסְפָּא דְנִשְׁאָר בְּתִיקוֹן ס"פ הַכּוֹנֵס וְכַתַּב דְּמַהְגֵּי תַפְיֶסָה.

וְאִף דַּה"ל סְפַק תַקְנָה מְשׁוּם דְנִשְׁאֲנֵי הֵתָם דְטוֹעֵן בְּרִי ע"כ אֵין לָנוּ פַח לְהוֹצִיא מִן הַמְּוֹחֶזֶק אִף דַּה"ל סְפַק תַקְנָה אִף בְּטוֹעֵן שְׁמָא אָמְרוּ דְלֹא מְהַגֵּי תַפְיֶסָה הֵיכָא דַּה"ל סְפַק תַקְנָה וְכ"כ הַתּוֹמִים בְּכָלְלֵי תַפְיֶסָה ס"ק ע"ז וְס"ק ע"ח ע"ש וְרִאִיתִי בְּבִיאוֹר הַגְּר"א זצ"ל עַל ח"מ ס' צ"א ס"ק י"ב עַל הַף אֵיבְעִיָּא דְשְׁכִירוֹ וְלִקְיִטוֹ שְׁהַקְשָׁה מְהָא דַּפ"ז הַלְכוֹת חוֹבֵל וְשׁו"ע ס' שפ"ח סעי' א' וְכַתְּבוּ וְאֵם תַפְס פִּיס וְשֶׁם הָא ה"ל סְפַק תַקְנָה וְכֵן הַלַח"מ פ"ד הַל' גְּזִילָה הַל' ז' וְנִשְׁאָרוּ בְּזֶה בַצ"ע ע"ש וּבְאַמַּת יָפָה תִּירֵץ זֶה הַמַּל"מ וְהַאו"ת דַּשֵּׁא"ה דְטוֹעֵן בְּרִי וְרִאִיתִי בְּתַקְפוֹ פֶּהוּן שְׁל הַשְּׁ"ף ס"ק כ"ט שְׁהַקְשָׁה ג"כ וְנִדְחַק לִינִשְׁב וְהַעֲיָקֵר כְּתִירֵץ הַמַּל"מ וְהַתּוֹמִים וְלַפ"ז אֲתִי שְׁפִיר הָא דְבְּסְפַק בְּשִׁטְר דְּמַהְגֵּי תַפְיֶסָה וְתַרִי וְתַרִי הַגְּ"ל דְּהָא מִיְיָרִי הֵתָם בְּטוֹעֵן בְּרִי וְכַמֶּש"כ הַשְּׁ"ף בַח"מ ס' מ"ב ס"ק ט"ו וְלֶכֶן מְהַגֵּי תַפְיֶסָה אִף דְּהַגֵּי סְפַק תַקְנָה: אֲבָל גַּם זֶה הוּא דְּוֹחַק דְּהָא לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם דְּפְסַק בְּתַקְפוֹ פֶּהוּן אֵין מוֹצִיאִין מִיְדוֹ וְהֵתָם אִף בְּטוֹעֵן שְׁמָא מְהַגֵּי תַפְיֶסָתוֹ וְמַה"ט בְּכָל סְפִיקָא דְּדִינָא ס"ל לְהַרְמַב"ם דְּמַהְגֵּי תַפְיֶסָה אִף בְּטוֹעֵן שְׁמָא וְלַפ"ז ה"ה בְּסְפַק בְּשִׁטְר דְּמַבְּנָאָר בְּרַמַּב"ם דְּמַהְגֵּי תַפְיֶסָה מְשַׁמַּע ג"כ אִף בְּטוֹעֵן שְׁמָא וְע"כ סַתָּם הַרְמַב"ם בְּזֶה וּמִדְּסַתָּם מוֹכַח דַּס"ל דְּאִף בְּטוֹעֵן שְׁמָא מְהַגֵּי תַפְיֶסָה בְּסְפַק תַקְנָה כְּמוֹ בְּשִׁטְר כַּנ"ל וְכֵן בְּהָא דְּשְׁבוּעוֹת גַּבֵּי אֵין אֲדָם מוֹרִישׁ שְׁבוּעָה לְבְנָיו דְּמַהְגֵּי תַפְיֶסָה אִף דְּטוֹעֲנִים הַיּוֹרְשִׁים שְׁמָא.

וְאֶפְשָׁר דַּשֵּׁא"ה פִּינּוֹן דְּתַפְסוֹ וְהַגֵּי הַיּוֹרְשִׁים מְוֹחֶזְקִים ע"כ טוֹעֲנִין לַיּוֹרְשִׁים וּמְקַרִי כְּמוֹ טַעֲנַת בְּרִי כַמֶּש"כ הָרָא"ש רַפ"ב דְּכַתּוּבּוֹת דְּאִף לְהוֹצִיא לֹא טַעֲנִינוּ אִף לְהַחֲזִיק פִּינּוֹן דְּתַפְסוֹ טַעֲנִינוּ לְהוֹ וְעֵינֵן בְּשִׁ"ף ח"מ ס' ע"ב ס"ק קמ"ב וּבְתוֹס' כְּתוּבּוֹת ד' ל"וד"ה הַחֲרַשְׁת וְהַשּׁוֹטָה כו' דְּלְהוֹצִיא לֹא טַעֲנִינוּ וְכֵן יֵשׁ לְהַעִיר בְּהָא דַּב"ב ד' פ"ו וּבַח"מ ס' ר' שְׁ"ף ס"ק י"א גַּבֵּי פְּוֹר בְּשִׁלְשִׁים סָאָה בְּסַלַע אֲנִי מוֹכֵר לָךְ רֵאשׁוֹן רֵאשׁוֹן קָנָה מְסַפִּיקָא כְּמַבְּנָאָר בַּח"מ ס' ר' בְּשִׁ"ף ס"ק י"א אֶלְמָא דְּגַם בְּסְפַק עֲנִין מְשִׁיכָה מְהַגֵּי תַפְיֶסָה מְסַפִּיקָא וְכֵן בַּס' ר"ב סעי' י"ג גַּבֵּי מְשׁוֹן בְּהַמָּה וְקַנְיִ פְּלִים שְׁעַלְיָה דַּב"מ ד' ט' מְהַגֵּי תַפְיֶסָה מְסַפִּיקָא כְּמַבְּנָאָר שֶׁם וְאִף דְּקִי"ל ד"ת מְעוֹת קוֹנָה וּמְשִׁיכָה אֵינוּ רַק מְדַרְבְּנָן וְאַפ"ה מְהַגֵּי תַפְיֶסָה וְלֹא אָמְרוּ בְּזֶה דַּה"ל סְפַק בְּתַקְנָה וְלֹא מְהַגֵּי תַפְיֶסָה וְתַקְשָׁה כַּנ"ל: עֲנָף ב אֲבָל הַעֲיָקֵר בַּכ"ז הוּא הַדְּרָךְ הַפְּשׁוּט דְּלֶכֶן מְהַגֵּי תַפְיֶסָה בְּסְפַק בְּשִׁטְר מְשׁוּם דַּשֵּׁא"ה בְּתַקְנַת נַגְזָל גַּבֵּי אֵיבְעִיָּא דְשְׁכִירוֹ וְלִקְיִטוֹ דְּהַגֵּי סְפַק בְּעֵיָקֵר הַתַקְנָה דְּתַקְנַת נַגְזָל אִם גַּם שְׁכִירוֹ וְלִקְיִטוֹ נֶאֱמָן לְהִיּוֹת נִשְׁבָּע וְנוֹטֵל דְּגַם בְּזֶה עָשׂוּ תַקְנַת נַגְזָל אוֹ דְּלֹא עָשׂוּ בְּזֶה כֵן וּבְאַמַּת כ"ז דְּלֹא עָשׂוּ בְּפִירוֹשׁ דְּגַם שְׁכִירוֹ וְלִקְיִטוֹ יְהִי נֶאֱמָן בְּנוֹדָאֵי אֵין לָנוּ לְחַדֵּשׁ תַקְנָה מִדְּעַתְמוֹ כְּמוֹ דְּאָמְרִינוּ בַּב"ב ד' קנ"ה וּבְכַתּוּבּוֹת ד' ע"ו בְּתוֹס' שֶׁם דְּבְרִי שְׁל אַחַר לֹא מְחַשֵּׁב בְּרִי וְכֵן מוֹכַח מִתּוֹס' כְּתוּבּוֹת ד' י"ב ד"ה רַב הוֹנָא וְרַב יְהוּדָה כו' וְכ"כ הַר"ן בְּקִידוּשֵׁין פ"ב בְּסוֹגֵיָּא שֶׁם ד' מ"ג דְּהוּן שְׁלוּחֵיו הֵן עֲדִיו.

א"כ מַצַּד הַדִּין אֵינוּ נֶאֱמָן הַשְּׁכִירוֹ לְהִיּוֹת נִשְׁבָּע וְנוֹטֵל פִּינּוֹן דְּלֹא הֵגִי בְּרִי שְׁל הַבַּע"ד רַק מַצַּד הַתַקְנָה וְכִינּוֹן דְּהַגֵּי סְפַק בְּעֵיָקֵר הַתַקְנָה ע"כ אֵינוּ נוֹטֵל וְלֹא מְהַגֵּי הַתַפְיֶסָה מְסַפִּיקָא.

משא"כ בספק בשטר דהא עיקר השטר ונדאי מועיל מדרבנן עכ"פ ולא הוי עליו שום ספק היכא דהוי שטר פשוט רק הספק הוא מצד אחר בכוננת השטר האיה הוא וע"כ לא מקרי זה ספק בתקנה: ולומר אוקי אד"ת דהא היתה תקנה ונדאית דשטר יהי מועיל ומה"ט אמרו בכולי ש"ס גבי קיום שטרות דלא הוי רק מדרבנן והקילו רבנן בו ואף דהרמב"ם שטר אינו רק מדרבנן מ"מ גבי קיום דהוי הספק מצד אחר אם הוי מזוניף אין זה מקרי מידי מדרבנן וכמש"כ המהרי"ק סי' י"ז ע"ש ולכן אמרו דשטר הוי פנוקרו עדותן כ"י משום דשאני היכא דהוי ספק בענין אחר ולא בעיקר התקנה וע"כ בכל ספק הנולד בשטר וכה"ג פיון דהיתה תקנה ונדאית דשטר יהי מועיל רק דהספק הוא בענין אחר אין זה מקרי ספק [בתקנה ומהני תפיסה: ולכן אתי שפיר בשכ"מ שאמר נכסי לפלוני.

ומספ"ל אי ס"ת הוי בכלל נכסי דזה לא מקרי ספק בתקנה פיון דבעצם התקנה דמתנת שכ"מ אין שום ספק כלל דהא פבר תקנו דדברי שכ"מ פכתובין וכמסורין דמי רק הספק הוא מצד אחר אם הוי ס"ת בכלל נכסי או לא ונדאי דמועיל בזה תפיסה וראי' מוכחת לכלל זה מהא דספק בשטר הנ"ל [וכעין זה מצינו ביו"ד סי' ק"א וסי' ק"י ובכללי ס"ס דספק אם הוא חתיכה הראוי' להתפבד בטל דהוי כמו כל ספק דרבנן משא"כ היכא דה"ל ספק בעיקר האיסור אין דומה לספק דרבנן דניזיל לקולא ועיין בכללי ס"ס של הש"ף ס"ק י"ט שכתב דאין אומרים ספק דרבנן לקולא רק היכא דהספק הוא בעצמו אבל אם האיסור מצד עצמו ספק בשל תורה ומצד אחר פא לו שהוא מדרבנן כו' ע"ש.

אף יש לחלק בין התם להא דהכא בספק תקנה אבל פבר הוכחתי דהעיקר גם בספק תקנה בנ"ד לחלק כעין זה]. ומה"ט אתי שפיר מה דמצינו בספק קנין משיכה דמהני תפיסה במקרה כמו בסי' ר' וסי' ר"ב דאף דמשיכה הוי דרבנן ולא אמרינן דהוי תפיסה בספק תקנה משום דשא"ה דלא ה"ל ספק בעיקר תקנה דהא ברור במתנה וכן במגבהו בחובו כמש"כ הקצה"ח סי' ר"ד דמשיכה קונה מה"ת כמש"כ התוס' בע"ג ד' ע"א נאי גימא גבי פור בשלשים סאה בסלע כו' היכא דליכא חסרון כספא דקנה וכן במשנה בהמה וקני פלים דקנה הפלים א"כ ה"ה במקח וממכר לאחר דתקנו חז"ל דמשיכה יהי חשוב לקנין גם במקרה דכל דתקנו רבנן כעין דאורייתא תקון וע"כ לא מקרי כ"ז ספק בתקנה וזה ברור ופשוט: והרמב"ם פ"א ה' גזלות ה"ט כתב דמי שנתגרשה ספק גירושין ומתה אין הבעל יורשה והובא באה"ע סי' צ' סעי' ה' ומשמע דאף היכא דהוי הבעל מוחזק אינו יורשה ומחוייב להחזיר ליורשי האשה י"ל לכאורה הטעם משום דהרמב"ם דס"ל ירושת הבעל דרבנן וכמש"כ הב"ש סי' צ' ס"ק א' א"כ ה"ל ספק תקנה ולא מהני תפיסה לשיטתו ומה"ט הראב"ד השיג עליו משום דס"ל ירושת הבעל הוי מה"ת ואוקמי אחזקת א"א ויש להאריך בזה אבל לפמש"כ דהיכא דלא נולד ספק בעיקר התקנה רק הספק הוא מצד אחר אין זה דומה לספק תקנה א"כ נסתר זה דהא פיון דהספק הוא אם נתגרשה א"כ לא ה"ל ספק בתקנה.

וכן יש להעיר במש"כ הרמב"ם פ"ד ה' ערכין ה' כ"ב גבי איבעיא דערכין ד' כ"ה אשה שהקדישה שזה אחונה וגאלה בעלה מיד הקדוש והגיע יובל הרי הדבר ספק אם תחזור להאשה או לפהנים ולכן אם קדמה האשה ותפסה אין מוציאין ממנה ואם קדמו הפהנים

ותפסו אין מוציאין מהם וכתב שם הכ"מ דהרמב"ם ה"ה לו גירסא אחרת בגמ' דאיבעיא
להו הכי בעל מעמיד שדה בידה שפן יורשה או דילמא שאני בן שפן נוטל בראוי
כבמוחזק כו' והא ירושת הבעל הוא דרפנון לשיטתו א"כ פיון דעיקר צד האיבעיא דיהיה
הבעל מעמיד שדה בידה זהו משום דיורשה וכינון דעיקר ירושת הבעל מדרפנון א"כ ה"ל
ספק בתקנה ולא הועיל תפיסה שגלה וע"כ מוכח כמש"כ דז"א כמו ספק בתקנה פיון
דהספק נולד מצד אחר ועי' בלח"מ שם ובמל"מ פ' ט"ו ה' טוען ה"ה ובאו"ת סי' קל"ט
ס"ק ב': ועפ"ז יש לתרץ דברי הרמב"ם ה' זכיה ומתנה פ' י"א ה' ט"ו שפתיב באיבעיא
דשכ"מ שאמר נכסי לפלוני דס"ת יש בו ספק אם הוא בכלל נכסים או לא לפיכך אם
תפס אין מוציאין מידו והקשה הלח"מ מהא דפ' ט' ה"ל זכיה הלכה ד' דאם אמר השכ"מ
יהנה פלוני יעמוד בהו ישען בהם ה"ז לא קנה והו איבעיא דלא איפשיטא ב"ב ד'
קמ"ח ולא פתיב דאם תפס אין מוציאין מידו ומשמע דלא מהני תפיסה ונדחק הלח"מ
ליישב אבל לפמש"כ דבספק בעיקר תקנה לא מהני תפיסה אבל היכא דהתקנה הוא
ברור רק דהספק הוא מצד אחר בזה מהני תפיסה.

ולפ"ז מתורץ שפיר קושיות הלח"מ משום דדוקא באמר נכסי לפלוני דבעיקר התקנה
אינו שום ספק רק דהספק הוא בענין אחר כמו בהספק אי ס"ת בכלל נכסי או לא דזה
הספק היה שייך להסתפק גם בבריא שנתן בקנין כל נכסיו ע"כ לא היה זה ספק בעיקר
התקנה ולכן מהני תפיסה אבל בהספק דיעמוד ישען יהנה פ' זה הספק הוא אם היה תקנת
שכ"מ בהנה לשונות או לא משום דבהנה לשונות דאמרו בב"ב ד' קמ"ח שכ"מ שאמר
יטול יזקה יחזיק דזהו לשון מתנה המועיל וכמבואר ברמב"ם ובח"מ סי' רנ"ג סעי' ב'
מבואר בח"מ שם בסעי' ג' דהנה לשונות המועיל בשכ"מ ס"ל לחד דיעה דזה אינו מועיל
בבריא וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ט' לפרש דדוקא בשכ"מ דאין דעתו מיושבת עליו
לדבר בלשון מתנה מבואר הקילו שלא תטרף דעתו א"כ ה"ה ה' ספק דיהנה וישען
ויעמיד דנסתפקו בגמ' לא שייך זה הספק רק בשכ"מ ולא בבריא משום דהא גם לשון
ברור כמו יטול יחזיק כו' אינו מועיל בבריא א"כ ה"ה ה' איבעיא לא שייך רק במתנת
שכ"מ והספק הוא דאי תקנו דיהנה מועיל ה' לישנא ג"כ בשכ"מ או דלא תקנו דיהני'
מועיל זה בשכ"מ א"כ ה"ל ספק בעיקר תקנה וע"כ לא מהני תפיסה בזה ומתורץ קושיות
הלח"מ ה"ל.

ועיין ברמב"ם פ"ו ה"ל זכיה ומתנה ה"ל ט' דהפתיב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע
כ"ש אבדה פתופתה בין בבריא בין בשכ"מ ובב"ב ד' קל"ב איבעיא להו ה' מלתא
דבריא מהו ולא איפשטא ולכאורה יש לדון דהא ה' מלתא דאבדה פתופתה זהו מדרפנון
כמבואר ה"תם א"כ פיון דהוי ספק אי תקנו פן בבריא או לא א"כ לא יהיה מועיל תפיסת
הבעל מספיקא דה"ל הבעל תפס בספק תקנה אף י"ל בזה דהרמב"ם דס"ל כתופה דרפנון
ע"כ לא שייך בזה לומר להעמידו על ד"ת אף לפמש"כ דהיכא דאין ספק בעיקר תקנה
לא שייך פן יש לדחות זה אף העיקר כמש"כ הפלאה דהרמב"ם ס"ל דנפשט האיבעיא
כמש"כ באה"ע סי' ק"ו וגם י"ל דהא האשה מחוסר גובינא והבעל הוא מוחזק מעיקרו
ועיין באה"ע סי' ק"ו וב"ש ס"ק ג' ובאה"ע סי' ק"ץ וב"ש ס"ק א' וברמב"ם ה' זכיה
פ"ו ה"ל ב' וקצרותי: ולכאורה יש להעיר במש"כ הרמב"ם פ"ג ה"ל מכירה ה"ל יו"ד גבי
איבעיא דשדה לא ומטלטלין לאחר אי שייך בו קנין אג"ק המבואר בקידושין ד' כ"ו

דאם תפס אין מוציאין וכן כתב המחבר בסי' ר"ב סעי' ג' ולפמש"כ התוס' בב"ק ד' ס"ב דאג"ק הוי קנני דרבנן א"כ ה"ל ספק בעיקר תקנה אי תקנו חז"ל בקרקע לא ומטלטלין לאחר דיהיה שייך קנני אג"ק או לא ואפ"ה מהני תפיסה ודוחק לומר דשאני אג"ק דיש לו סמך מקרא ויתן להם אביהם ערים בצורות אף י"ל דהרמב"ם ס"ל דקנני אג"ק הוי מה"ת וכדמוכח מתוס' קידושין ד' ה' ע"א ד"ה שפן פודין כו' דכתבו דאיפא למיפרך שפן קונין מטלטלי אגבן כו' אלמא דס"ל דאג"ק הוי מה"ת וכן מוכח בתוס' בב"ק ד' ק"ד ע"ב ד"ה אגב אסיפיה דביתיה ובש"ף ח"מ סי' שס"ג ס"ק ב' ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ד': ענף ק' ועדיין יש להקשות על עיקר פלל זה מהא שפתי הרמב"ם ה' עבדים פ"ח גבי מוכר עבדו כו' דקנסוהו רבנן לחזור ולקנותו עד עשרה בדימו ואיבעיא להו בגיטין ד' מ"ד במקרו לשלשים יום וחוי משפחות ויו"ט ומכרו לישאל כו' ולא איפשטא ופסק הרמב"ם שם ה"ד והלכה ה' דאם תפס העבד מרבו אין מוציאין מידו אלמא דאף בספק תקנה מהני תפיסה והראב"ד השיג עליו משום דאין בספק קנסות תפיסה אבל מצד ספק תקנה לא פליג הראב"ד ולולא דברי המל"מ הייתי מחלק דדוקא בתקנת נגזל דה"ל קנסא כמש"כ הרמב"ם פ"ד ה' גזילה דקנס קנסו להגזלן להיות נשבע ונוטל א"כ הייתי אומר דוקא תקנה דה"ל קנסא בזה לא מהני תפיסה מספק אבל בשאר תקנת חז"ל מהני תפיסה אף בספק תקנה אף המל"מ לא ס"ל פן דהא בפ' כ"א הל' מלנה כתב לפלפל במזונת הבת היכא דה"ל ספק כמו בבת יבמה ובת שניה דספ"ד דכתובות דלא מועיל תפיסה משום דה"ל ספק תקנה ועוד נידון איזה ספק תקנה ע"ש במל"מ אלמא דהמל"מ אינו מחלק בין ה' תקנה דה"ל בתורת קנס לשארי מילי דאינו משום קנס אף דנימא לחלק פן ודלא כהמל"מ בזה לא היה מתורץ רק מה שהקשתי לעיל אבל אפתי תקשה מהא דמוכר עבדו כו' דה"ל קנסא ועכ"ז מהני תפיסה וכן כתב הרמ"א ליו"ד הל' עבדים סי' רס"ז סעי' פ' בשם הרמב"ם דמהני תפיסה בזה.

וכעת מצאתי בתקפו פהן של הש"ף סי' ל"ט שכתב בשיטת הטור דס"ל ג"כ דהיכא דלא מחוייב רק מתקנתא דרבנן לא מהני תפיסה והקשה מהא דטור יו"ד סי' רס"ז בהנהגה איבעיא דמוכר עבדו כו' דכתב דמהני תפיסה והא ה"ל ספק תקנה וכתב לחלק דשא"ה פיון דעשו חז"ל סייג לתורה שלא למפור עבדו כו' ועוד איזה חילוק וכן ראיתי בנתיבות בכללי תפיסה ס"ק ד' שהביא קושיות הש"ף הנ"ל וכתב לחלק דשאני מוכר עבדו כו' פיון דהוא מטעם בטיול מצות פסוק איסור דמיא ואין הב"ד מנדקין בספק להוציא מיד העבד להביאו לידי בטיול מצות ע"ש ולפ"ז יש לתרץ דברי הרמב"ם ג"כ בהנהגה חילוקים הנ"ל: אבל אפתי יש להקשות במה שכתב הרמב"ם פי"ג הל' גזקי ממון הל' י"ד גבי המוציא תבנו וקשו לרה"ר דכל הקודם זכה ואיבעיא להא בהא דקנסו גופו משום שבחו דאי לאלתר קנסינו או לכי מייתי שבחא קנסינו כמבואר בב"ק ד' ל' וכתב הרמב"ם דמהני תפיסה פיון דלא איפשטא האיבעיא וכ"כ הטור בסי' הי"ד בשם הרמב"ם הא התם לא הוי רק קנסא דרבנן ואפ"ה מועיל תפיסה אלמא דאף בספק תקנתא מהני תפיסה: ובפרט לפי מש"כ המל"מ בפ"ב הל' רוצח דמקלקל ברה"ר לא הוי רק מדרבנן א"כ פיון דמצינו בתקנת נגזל דקנסו להגזלן לפי דעבר על דאורייתא ממש אפ"ה במקום ספק בתקנה לא מהני תפיסה כש"כ באיסור מקלקל כמו בתבנו וקשו ברה"ר דאין בזה דררא דאורייתא ונדאי מיבעי לומר דלא מהני תפיסה בספק תקנתא ותקשה על פלל הזה:

והרמב"ם בפ' ב' הל' ג' ז' הל' ה' מ'כר הגזלן כו' והשביית חוזר לבעלים ובמכרו לישראל אחר שהשביית כו' קנה השבוח ואם תפס הגזל אין מוציאין מידו וזהו איבעיא דלא איפשטא בב"ק ד' צ"ו ועיקר קניית השבוח הוי משום תקנת השבים ואפ"ה אם לא תפס הגזל אין מוציאין מהלוקח ולא מוקמינן אד"ת משום ספק תקנה אף בזה יש לחלק דשא"ה דהוי הלוקח תפוס ברשות וי"ל דמזה מוכח דתפס ברשות מועיל אף בספק תקנה משא"כ בשכירו ולקיתו דלא הוי תפס ברשות.

ובתפסה פזה כתבו דלא מהני בספק תקנה ועיין באחרונים בדיני פללי תפסה בדין תפסה ברשות וי"ל דכמו בטענת ברי כתב המל"מ פנ"ל דמהני התפסה אף בספק תקנה ה"ה די"ל פן בתפס ברשות ואף דזה אינו ברור כ"כ דיהיה פדין תפסה ברשות פיון דאין פאן תפסה מדעת הבעלים כמבואר באחרונים עכ"ז י"ל דשא"ה פיון דהוי הלוקח תפס בעת לידת הספק וגם הא לא תפס מרשות הבעלים אבל בהא דכתבו וקשו דכתבו דמהני תפסה וכ"כ המחבר בסי' תי"ד סעי' א' קשה פנ"ל דהא הוי ספק בעיקר התקנה ואף דמונח ברה"ר עכ"ז הא היכא דמונח ברשותא דמ"ק קאי: ונלפענ"ד לחלק ע"פ המבואר בגיטין ד' ל"ו דמקשה הש"ס ה"ם ומי איכא מידי דמה"ת לא משמט ותקנו רבנן דתשמט ותירץ אביי דשב ואל תעשה הוא ורבא משני דהפקר ב"ד הנה הפקר כו' ופי' רש"י דתי' דרבא משני ג"כ לקושיא דלעיל דהקשו בגמ' שם ומי איכא מידי דמה"ת משמטא שביעית ותקון היגל דלא משמטא כו' משום דאי הפקר ב"ד הנה הפקר גם זה הוא מתורץ אבל התוס' שם ד"ה מי איכא מידי וכו': כתבו דרבא לא קאי על הך קושיא דלעיל וע"ש והרמב"ם ה' שמיטה פ"ט הל' ט"ז כתב דהא דפרזבול מועיל זהו משום דשביעית בזה"ז דרבנן אבל אי הנה מה"ת אין הפרזבול מועיל בזה וכתב הכ"מ שם דס"ל פשיטת התוס' דרבא לא קאי לתרוצי שנינויא דלעיל משום דדוקא על הך קושיא דתקון רבנן דתשמט אף דמה"ת לא משמט פיון שאין המזון בידו הפקירו ב"ד אבל להוציא מידו שלא כד"ת לא הוי מתקני להוציא מידו ע"י הפקר כו' עכ"ל הכ"מ אף טעמו הוא דלא פדברי התוס' ועי' בב"ב ד' קע"א דאמרו שם גבי עדים מקרעין השטר וכו' בשלמא בי דינא אלימי לאפקועי ממונא כו' ופי' רשב"ם משום דהפקר ב"ד הנה הפקר כו' אלמא דלא כהכ"מ ויש לחלק וכן יש להעיר על הכ"מ מהא דתקנו חז"ל פמה חובות דרבנן כמו פתובה ומזונות וד"ג וכה"ג דכינן דלהוציא לא שניי' הפקר ב"ד א"כ תקשה דמי איכא מידי דמה"ת מיפטר ויחוייב מדרבנן ויש לחלק והדברים ארוכים ול"ג לחלק באופן אחר ע"פ מש"כ היש"ש פ"ז דב"ק סי' יו"ד דאי יאוש קונה מדרבנן ממילא מקודשת מה"ת דהפקר ב"ד הנה הפקר והובא באה"ע סי' כ"ח בב"ש ס"ק ו' ואלו בקדשה במעמד ג' כתב ר' ירוחם דהוי קידושי דרבנן וכתב ר' עקיבא איגר זצ"ל בתשובה סי' רכ"א ס"ק ו' לחלק דעיקר מה דילפינן הפקר ב"ד הנה הפקר אינו רק דאמרינן דיש פח לחז"ל להפקיר ולסלק רשות הבעלים.

אבל שיהיה פח בידם להקנות לאחר לא מצינו וע"כ במקדש ע"י חוב במעמד ג' הוי רק קידושי דרבנן דהא לא עשתה שום קנין ורק מתקחז"ל הם שלה אכל ביאוש אי קונה מדרבנן א"כ זכתה במשיכה לרשותה מן הפקר וכדין כל זוכה מהפקר דבעי דרכי הקנייה ע"ש וכ"כ בספר מקור חיים סי' תמ"ח ס"ק ט' בארובה ובספרי ח' אה"ע סי' יו"ד ענף א': ולפ"ז י"ל דדוקא על הך קושיא דתקנו דתשמט שביעית תירץ [רבא שפיר דהפקר

ב"ד הנה הפקר וכינון דהפקירו להחוב ע"כ ממילא זכה הלנה בחוב ומיפטר משא"כ לגבות מהלנה ע"י הפקר ב"ד כו' וז"א סברא דהא חזינן דארף היכא דהנה חל החוב פבר בעולם כמו בקידושה בחוב במעמד ג' דהלנה הנה חייב לראובן ועכשיו ע"י תקחז"ל דתקנו לדין מעמ"ג הוא קנוי לאחר ואפ"ה אין בלח ביד חז"ל להקנות לאחר מה"ת ע"י הפקר ב"ד.

כש"כ היכא דמה"ת הלנה פטור כמו בהא דשמיתא דמה"ת פטור הלנה ורק מפני הפקר ב"ד יצטרף הלנה לשלם ונדאי לא שייך בזה לומר דע"י הפקר ב"ד חנויב הלנה לשלם החוב מה"ת דהא אינו יכולין חז"ל לחייבו בע"כ בתורת חוב ולהטיל עליו חוב מחדש דיהנה בתורת חיוב מה"ת ואף די"ל דהחפץ דיגבה בגוביינא יהיה שייך ע"ז לומר הפקר ב"ד הנה הפקר מה"ת עכ"ז גם זה אינו סברא דהא אם הוא בתורת הפקר א"כ למה צריך גוביינא ושומא וכמו בכל חוב דאינו זוכה המלנה בלא ב"ד ואמרינן מאן שם לה וכינון דחזינו דצריך עדיין גוביינא דב"ד להחליט לו החפץ של הלנה א"כ חזינו דאין דינו כהפקר דאם הנה הפקר יזכה מעצמו כמו כל זוכה מהפקר ובאמת לשיטת רש"י קשה באמת לומר בזה הפקר ב"ד הנה הפקר מה"ת דהא כ"ז דלא גבה ע"פ ב"ד אין זוכה החפץ פדין זוכה מהפקר א"כ איך יועיל בזה תקנת חז"ל לעקור לדאורייתא דמה"ת משמט ואפשר לדחוק דאחר דגבה החוב ע"פ ב"ד אז זכה מהפקר ב"ד אבל באמת זהו דוסק דכינון דחזינו דצריך גוביינא בב"ד ושומת ב"ד להחליטו כמו כל בע"ח דנוטל בחובו ע"כ נראה מזה דאינו זוכה בתורת הפקר ב"ד.

דהוי פתתי דסתרי אהדדי ע"כ לא תירץ רבא למאי דקאמר הפקר ב"ד הנה הפקר כ"א על קושיא בתרא דהגמרא פנראה פשטות הסוגיא דרבא קאי רק על קושיא בתרייתא. ושפיר פתב הרמב"ם ואין אנו צריכים לדחוק בזה פתירי התוס' [ואפשר דמש"כ נכלל בדברי הכ"מ: היצא לנו מזה דהיכא דתיקון חז"ל דגוף החפץ יהיה שייך לפלוני יש לומר בזה דזוכה מה"ת משום הפקר ב"ד אחר דמשכו לרשותו פדין כל זוכה מהפקר פינן דב"ד יכולין להפקיר ומה"ת במש"כ רש"י בגיטין ד' כ"ז ד"ה מספקא ליה סימנין דאורייתא כו' דבמזון מצו רבנן להפקיע דהפקר ב"ד וכו' וכ"כ רש"י בב"מ ד' כ"ז ד"ה במזונא דהפקר ב"ד וכו' זהו משום דמיד דמתזירין האבידה להנותן סימנין זכה פדין זוכה מהפקר פנ"ל אבל היכא דלא תקנו חז"ל איזה קנין והקנאה על גוף החפץ כי אם בתורת חוב שהטילו עליו חז"ל בזה לא שייך לדון דע"י הפקר ב"ד דמחנניב בתורת חוב דיהנה כמו כל חוב מה"ת זה לא אמרינן כדמוכח מהא דגיטין פנ"ל וזהו מוכרח דאי נימא כפשטות דברי הכ"מ דלהוציא לא אמרינן הפקר ב"ד זהו דוסק מאד וע"כ העיקר כמש"כ דדוקא היכא דצריך עדיין גוביינא דב"ד ובתורת חוב בזה לא שייך לומר הפקר ב"ד כו' פנ"ל ולפ"ז יש לומר דדוקא בהא דנגזל נשבע ונוטל ואף דהגזלן פופר ומכחישו ואומר דלא נטל כלום אפ"ה הימנוהו חז"ל להגזל להיות נחתין לנכסי הגזלן וכמש"כ הקצה"ח בסי"פ ט"ס"ק א' להשיג על הש"ך בתקפו פהו ע"ש א"כ חז"ל הטילו חוב על הגזלן והיכא דהוא רק בתורת חוב מדרבנן בזה לא שייך לומר דיהנה דינו של החוב כמו כל חוב מה"ת מחמת הפקר כו' פינן דחזינו דצריך עדיין גוביינא דב"ד ורק בתורת חוב נוטל א"כ אין זה רק מתקנתא בעלמא והא אם יתפוס הבע"ח מן הלנה מקודם דחליטו הב"ד לו בתורת גוביינא אף היכא דלא הוי איסור דלא תעבט כו' הוי אז גזל בידו במה שמעפב

חפץ של אחר ת"י ומקודם דהגבוהו הב"ד לו החפץ בהחלטה לא זכה אז לעכב החפץ ת"י וע"כ ז"א רק מצד תקנתא דחז"ל במה שמעכבו ת"י א"כ ה"ה אף אחר דהחליטו לו בתורת חוב ג"כ אינו מצד הפקר ב"ד רק מצד תקנה בעלמא אבל היכא דהתקנה הנה על גוף החפץ פנ"ל שפיר הוי הפקר ב"ד וזכה בו מה"ת: ובאמת מוכח לומר דגם פוננת הכ"מ דכתב דלהוציא מידו ע"י הפקר ב"ד לא אמרינן משמע דזהו דלא פכוננת התוס' בגיטין דע"כ מוכח כמש"כ דהא מצינו ביבמות ד' פ"ט ע"ב גבי הא דקטנה בעלה יורשה דמקשו בגמ' הא מדאורייתא אביה ירית לה ומדרבנן ירית לה בעל ותירצו דהפקר ב"ד הנה הפקר והא התם יש בזה לפעמים הוצאות ממון היכא דאביה מוחזק בנכסי בתו ואפ"ה יורשה בעלה ע"י הפקר ב"ד אלמא דגם בהוצאת ממון אמרינן ג"כ הפקר ב"ד ודוחק לחלק דשאני בגביות חוב דבזה לעולם הלנה הוא מוחזק משא"כ בירושת אשתו משפחת עיקר דין ירשה שלא יהיה בו הוצאת ממון וע"כ לא פליג בזה וזה באמת דוחק ועיין באה"ע סי' צ' סעי' א' ב"ש ס"ק ו' וס"ק י"א וקצרותי אבל לפמש"כ אתי שפיר דדוקא לגבות בתורת חוב בזה אין לומר הפקר ב"ד דהא עדיין לא יצאנו בזה ידי חובת תורה כגון אם יתפוס הבע"ח מהלנה פדין כל חוב א"כ יהיה אז באיסור גזל דאורייתא דהא מקודם דהגבוהו הב"ד בתורת החלטה לא זכה עדיין ועיקר החוב אינו מן התורה אלא מדרבנן ואפ"ה מהני בו תפיסה ותופסו על חובו תחת ידו עד שיחליטוהו הב"ד כמו כל חוב וחזינן דלא נכשל בזה באיסור גזל מן התורה במה שמעכבו ח"י וע"כ מוכח דאף דלא שייך בזה הפקר כו' אפ"ה תקנו חז"ל פנ"ל א"כ ה"ה אף אחר גנבינא דב"ד ג"כ אף דלא עשו בזה הפקר כו' מ"מ תקנו לו תקנתם בתורת חוב מדרבנן ומגלן לחדש על אחר גנבינא לומר בזה הפקר כו' ועיין בשקלים ד' ג' ובמ"ק ד' ט"ז [והא דיש להקשות על דברי על כל חובות דרבנן דמי איפא מידי דמה"ת מ'פטר כו' כמו כן יש להקשות על דברי הכ"מ פנ"ל ובאמת זה ניחא והדברים ארוכים ואמכ"ל] ועיין בחידושי לקמן סי' ל"ט: ולפ"ז יש לומר דהיכא דתקנו חז"ל דגוף החפץ יהיה שייך לפלוני מצד תקנת חז"ל בזה שייך לומר הפקר כו' ולכן בירושת הבעל אף דמוציא בזה לפעמים מ"מ אמרינן בזה להפקר ב"ד הנה הפקר משום דגוף החפץ שיורשו זוכה פדין זוכה מהפקר וכמש"כ היש"ש דחפץ הנקנה מדרבנן ג"כ הוי בו קדושין דאורייתא בתורת הפקר כו' פנ"ל (והא דהוי הפקר ליחיד ואלו בהפקר קי"ל דהפקר לעניים אינו הפקר.

י"ל דשאני הפקר דהוי בתורת הפקר ב"ד כו' דזה לא נלמד מן ונטשתה דשביעית ומצי חז"ל להפקיר אף ליחיד בלבד ועיין ירושלמי פאה פ"ה ה"א ובפ"מ שם אם הפקר בזה פוטר ממעשר והעלה דזה תלוי בפלוגתא אמוראי אי ילפינן זה מן אלה הנחלות או מן אשר לא יבא כו' דזהו נפ"מ בינייהו ע"ש ובספרי שם כתבתי בשם היש"ש נפ"מ אחריתי בינייהו ואכמ"ל]: ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם דהקשיתי דאמאי בתבנו וקשו דהוי איבעיא דלא איפשטא אי זוכה לאלתר או לכי מיייתי שבחא קנסינן ואי תפס לא מפקינן ולא הוי דינו כמו ספק תקנה דלא מהני תפיסה אכן לפמש"כ ניחא משום דיש לחלק דשאני בתבנו וקשו דקנסוהו חכמים שיהיה פהפקר כמבואר ברמב"ם פ"ג הל' גזקי ממון והפקירו את גוף החפץ בתורת הפקר כו' דהפקירם הפקר מד"ת.

א"כ היכא דמספקא לן אם הפקירו או לא אין זה כמו ספק תקנה רק כמו שנולד הספק בדאורייתא. דהא אי נימא דהפקירו חז"ל מיד אף מקודם שנולד השבחה.

א"כ זכה המוצא או מה"ת משום דהפקר כו' מה"ת ע"כ דינו כמו כל ספיקא דדינא בדאורייתא דמהני תפיסה ולא שייך לומר דבספק העמידו על דין תורה דהא גם עכשיו הוא דין תורה משום הפקר כו' והוי כמו היכא דנולד הספק בהפקר של הפעלים אם הוי הפקר או לא דנודאי מהני תפיסה וה"ה בספק הפקר כו' ובעיקר מילתא שפתיבתי דהיכא דצריך אף אחר תפיסתו לגוביינא דב"ד לא שייך בזה הפקר כו' יש סייעתא לדברי פועין זה מן תוס' יבמות דף פ"ט ע"ב ד"ה שהפקר כו' דמן הטמא על הטהור ליכא למימר כן כיון דביתר הכי נמי שולו הוא עכ"ל: וה"ה בנ"ד כיון דגם אחר תפיסתו יצטרף לבא לב"ד להחליט לו הספץ ע"כ לא שייך לומר בתפיסתו הפקר כו' דהא חזינו דאף דלא שייך הפקר ג"כ תקנו כן בזה: וכן י"ל בהא דמכרה הגזלן כו' ומכרה לישראל דקנה השבח מספיקא ולא אמרינו דהא הוי ספק תקנה וכמש"כ לעיל משום דהתם ג"כ הנה התקנה בגוף הספץ שיהיה שייך גוף השבח להלוקח ולהגזלן א"כ שייך בזה לומר הפקר כו' וקנה גוף הספץ מה"ת א"כ הוי ספק בדאורייתא וכדברי היש"ש הנ"ל אבל בהא דנגזל נשבע ונוטל שפיר מקרי ספק בתקנה דהא בנגזל נשבע ונוטל אין לו על הגזלן כי אם חוב וב"ד יורדין לנכסיו בתורת גוביינא דב"ד כמו כל חוב ובזה לא שייך הפקר כו' פנ"ל בארובה ואינו רק מצד תקנתא ע"כ הוי זה שפיר ספק בתקנה ולא מהני תפיסה: אכן במש"כ לדון בהא דהשביח כו' ומכרה לישראל דשא"ה דהוי גוף הספץ יש עדיין לדון בזה לפי שיטת הרמב"ם פ"ב ה' גזילה ה' ב' דהשביח השייך להגזלן שמין לו השבח ונוטל מהגזלן ומסלקין להגזלן בנדמים והראב"ד השיג שם עליו וס"ל דגוף השבח שייך להגזלן ועיין בלח"מ שם והרב המ"מ שם ובח"מ סי' שס"ב סעי' ב' א"כ לשיטת הרמב"ם גם בהא דשביח השייך לגזלן דב"ק ד' צ"ו אין זה זכיה בגוף הספץ רק בתורת חוב כיון דיכול לסלקו בנדמים ע"כ אין לחלק בהא דשביח כמו החילוק הנ"ל וע"כ מוכרח לחלק כמש"כ לעיל דשאני בהא דשביח דהוי ביד הלוקח דמקרי תפס בעת לידת הספק ולא תפסם מרשות הפעלים דכה"ג מועיל אף בספק תקנה אף בהא דתבנו וקשו שפיר פתיבתי לחלק דשא"ה דהוי הפקר כו' ע"כ אין דינו כמו כל ספק תקנה וע"כ מהני תפיסה ומזה יש למילף דה"ה בכל ספק תקנה הנולד בגוף הספץ דינו כמו כל ספיקא בדאורייתא דמהני בי' תפיסה משום דשייך בזה הפקר כו' אבל בספיקא דדינא בחוב ובתקנה אמרינו דספק בתקנה לא מהני תפיסה.

וינדעתי די"ל דשאני בתבנו דעיקר התקנה הנה שם להפקירו אבל ז"א דמ"ש ובקצרה יש לחלק כעין חילוק הנ"ל דשאני תפיסה עבור חוב דצריך גוביינא דב"ד לכן אמרו דבספק תקנה דהב"ד אינם מזדקקים להחליט להתופס מה דתפס וממילא צריך להתחזיר כדי דלא יהיה באיסור גזל ביד התופס משום מאן שם לה וכמש"כ בספרי ח' ח"מ סי' ב' דלהך דיעה דס"ל בהנחת מטלטלין ביד היורשים דאין ב"ד מזדקקין לפרוע לבע"ח משום דהוי מצוה שמתן שפירה בצידה ואם רצו כופין והקשה האו"ת דלפ"ז אמאי בתפס מוציאין מידו דיהיה הב"ד בשב ואל תעשה ותירצתי שם דכיון דהב"ד אינם מזדקקין להגבותו ע"כ ממילא מחוייב להתחזיר משום דהיכא דהוא באופן דהב"ד אינם יכולים להחליטו ממילא צריך להתחזיר משום גזל ע"ש וה"ה בספק תקנה דאין הב"ד נזקקין להחליט לו הספץ ע"כ ממילא מחוייב התופס להתחזירו משום איסור גזל משא"כ היכא דהתופס אין צריך לגוביינא דב"ד וכמו בתבנו וקשו דאי נימא קנסוהו מיד פשהוציא

לרה"ר א"כ שנינו תבנו וקשו מיד להתופס ע"כ אין לנו פח להוציא מהתופס דהבע"ד בעצמו יכול לתפוס אף בספק תקנה ורק ב"ד אינם מוזקקין להחליטו מספק תקנה ובפרט למש"כ במק"א דבבבב דליפא ב"ד סמוכים רק שליחותיהו דקמאי עבדינו דז"א רק מדרבנן וכמש"כ הרשב"א.

וע"כ בספק תקנה לא ניתן להם רשות דעיקר הרשות אינו רק מדרבנן] וכן מצינו בכללי תפיסה בדרךרא דמונא דהעלה האו"ת והנתיבות לחלק בין היכא דטוען על גוף החפץ דאז מהני תפיסה משא"כ בספק חוב לא מהני תפיסה וכן מצינו להמהרי"ט בח"א סי' ע"ב והמהרש"ל דס"ל דלא מהני תפיסה בכל ספק אלא בטוען על גוף החפץ ולא בתופסו עבור חובו ואף שהש"ך בתקפו פהו השיג עליהם אבל בספק תקנה מוכרח דמתלקינן ביניהם: ענף ד והנה המל"מ פכ"א הל' מלנה הביא בשם ר' ירוחם דכ' גבי הנה איבעיות דס"פ נערה שנתפתה בבת שניה ובת יבמה אי יש להם מזונות אי לא וסלקא בתיקו ואי תפס לא מקינן משני' והקשה דהא ה"ל ספק תקנה ולא מהני תפיסה לשיטת הרמב"ם ונשאר בצ"ע: ולפע"ד יש לדון בזה דזה תלוי במה שכתב המהרי"ק סימן קס"א לחלק דשאני בתקפו פהו דמוציאין מידו דאין לו שום טענה פלל משא"כ בספיקא דדינא דינו כמו טענת ברי דהא בא מחמת טענה לומר דהדין עמו פינן דיש סברא בדין לומר פן ע"כ דינו כמו טענת ברי והובא בש"ך ת"כ סי' נ"ד דהביא בשם המהרי"ק דכתב דטענת קים לי חשוב כמו טענת ברי וכ"כ הש"ך שם בס' ע"ט בשם המהרי"ק ע"ש ושיטת הרמב"ם דס"ל בכל ספיקא דדינא מהני תפיסה וכמו כן ס"ל בתקפו פהו אין מוציאין מידו א"כ להרמב"ם אין הכרח לומר דספיקא דדינא יהיה כמו טענת ברי דהא חזינו דאף בתקפו פהו דאין לו שום טענה פלל מ"מ מהני תפיסתו משום דס"ל דאף בטוען שמה מהני תפיסה וכן ס"ל מה"ט הרבה ראשונים למילף באמת מהא דתקפו פהו לכל ספיקא דדינא דמוציאין ועיין ברא"ש פ"ב דב"ק סי' ב' ובשאר ראשונים אבל המהרי"ק ושו"פ מחלקי ביניהו וס"ל דשאני ספיקא דדינא בתיקו מן הא דתקפו פהו דשאני ספיקא דדינא אף בתיקו דזה הוי כמו טוען ברי ויכול התופס לומר קים לי פהו סברא וכמו דהארי"ך בכ"ז הש"ך בת"כ מן סי' ב' עד סי' י"ט: ולפ"ז י"ל לפמש"כ המל"מ שם דהיכא דטוען ברי מהני תפיסה אף בספק תקנה ונ"ל דה"ה להנה ראשונים דמחלקי בין תקפו פהו דמוציאין ושאני תיקו דדינו כמו טענת ברי ומהני בו תפיסה דה"ה בספק תקנה אף בתיקו י"ל ג"כ דמהני תפיסה משום דהא דינו כמו טענת ברי דמהני אף בספק תקנה ולכן רי"ו דכתב בהנה איבעיות דכתובות בבת שניה ובת יבמה דמהני תפיסה אף דהני ספק תקנה משום די"ל דס"ל פהנה שיטת הסוברים דמחלקים בין תקפו פהו דמוציאין ושאני ספיקא דדינא דהוי כטענת ברי ומה"ט מהני תפיסה בכל ספיקא דדינא ולפ"ז ה"ה בספק תקנה מועיל תפיסה מה"ט פינן דדינו כמו טענת ברי ובטוען ברי גם להרמב"ם מהני תפיסה אף בספק תקנה והרמב"ם דס"ל בספק תקנה לא מהני תפיסה בתיקו י"ל משום דלשיטתו דמהני תפיסה בתקפו פהו אף בטוען שמה א"כ אינו מוכרח לומר להרמב"ם דשאני ספיקא דדינא דהוי כטענת ברי דהא אף היכא דהוי טענת שמה ג"כ מועיל תפיסה לשיטת הרמב"ם וע"כ ס"ל שפיר דבספק תקנה לא מהני תפיסה בתיקו משום דמקרי טוען שמה אבל לשיטת הסוברים לחלק בין ספיקא דדינא לתקפו פהו משום דבתיקו מקרי כמו טענת ברי וכיון דבטוען ברי אף בספק תקנה מהני תפיסה א"כ ה"ה באיבעיא דלא

איִפְשָׁטָא וְשָׁפִיר כְּתַב רִי"ו וְכֵן נִרְאָה מֵהַב"ש בַּאֲה"ע סִי קִי"ב ס"ק י"א שְׁהִבִיא דְּבָרֵי רִי"ו הַנְּ"ל דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה אַף בְּסַפֵּק תַּקְנָה אֲלֵמָא דַּס"ל כְּרִי"ו הַנְּ"ל וְדִלָּא כַּהֲמַל"מ: וּלְפ"ז יֵשׁ לְדוֹן לְדִידֵן דְּקִי"ל דְּלֵא מְהֵנִי תְּפִיסָה בְּתִיקוּ וְכִשְׁיִטַּת הֶרְמִ"א וְהֵרָא"ש וּש"פ דַּס"ל דְּבִתִּיקוּ לֵא מְהֵנִי תְּפִיסָה רַק בְּפִלּוּגְתָא דְּרַבְּנֹנְתָא מְהֵנִי תְּפִיסָה וְכַמְש"כ בְּאַרְכּוּפָה הַשְּׁ"ךְ בַּת"כ מִן ס"ק ע"ט וְלִהְלֵן מְשׁוּם דְּבְּפִלּוּגְתָא דְּרַבְּנֹנְתָא דְּאַחַר חֲתִימַת הַשְּׁ"ס יָכוֹל גְּדוּל הַדּוֹר לְהַכְרִיעַ ע"כ מְקַרִי זֶה כְּמוֹ טַעֲנַת בְּרִי וּמְהֵנִי תְּפִיסָה וְשִׁאֲנֵי תִיקוּ דְּנִשְׁאָר בְּש"ס לְסַפֵּק וְאִין שׁוּם אָדָם יָכוֹל לְהַכְרִיעַ ע"ש וּלְפ"ז יֵשׁ לֹאמֵר דְּבְּפִלּוּגְתָא דְּרַבְּנֹנְתָא פִּינּוּ דְּהוּי כְּמוֹ טַעֲנַת בְּרִי ע"כ מְהֵנִי תְּפִיסָה אַף בְּסַפֵּק תַּקְנָה הֵיכָא דְּהוּי פְּלּוּגְתָא דְּרַבְּנֹנְתָא דְּאַחַר חֲתִימַת הַשְּׁ"ס פִּינּוּ דְּעֵיקָר מְקוּרוֹ דְּסַפֵּק תַּקְנָה לֵא מְהֵנִי תְּפִיסָה הוּא מְהֶרְמַב"ם דְּשְׁכִירוֹ וְלִקְיִטוֹ דְּהַנְּגִזְלִי וִי"ל דְּדוֹקָא הֶרְמַב"ם לְטַעֲמֵיהּ דַּס"ל דְּתִיקוּ הוּי כְּטוּעֵן שְׁמָא פְּנ"ל אָבֵל לֵא לְדִידֵן כּוֹ וּבְפִלּוּגְתָא דְּרַבְּנֹנְתָא וְעֵינּוּ בְּכָלְלִי תְּפִיסָה בַּאו"ת ס"ק ע"ה: וּבַח"מ סִי רַנ"ג סְעִיף כ' מְבַנְּאָר פְּלּוּגְתַת הַפּוֹסְקִים אִם יָכוֹל שְׁכ"מ לְהַקְנוֹת חוֹב הַלְנוּאָה וְשִׁישׁ לוֹ בְּיַד עו"ג.

וְהַקְצַח"ה סִי קַכ"ה ס"ק ה' בְּיָאָר זֶה הַפְּלּוּגְתָא הֵיטֵב וְאִירַע עֲנֻבְדָּא דְּהַמְקַבֵּל מִתְּנָה תְּפִס וְטַעֲנֵן קִים לִי דְּאַף חוֹב עו"ג נִקְנָה בְּמִתְּנַת שְׁכ"מ אָבֵל יֵשׁ לְדוֹן דְּזֶה ה"ל סַפֵּק תַּקְנָה דְּהָא מִתְּנַת שְׁכ"מ אִינּוּ רַק דְּרַבְּנֵן וְזֶהוּ סַפֵּק בְּעֵיקָר תַּקְנָה דְּהָא פְּלּוּגְתָא זֹו תְּלוּי בְּהַמְבֹּנְאָר בַּב"ב דָּף קמ"ז דְּהָא דְּתַקְנֵנוּ דְּהַלְנוּאָתִי לְפִלוּנֵי בְּשְׁכ"מ מְהֵנִי זֶהוּ מְשׁוּם דְּיִוְרֵשׁ יוֹרְשָׁה וְחַד ס"ל דְּזֶהוּ מְשׁוּם דְּאִי בְּבָרִיא בְּמַעַמ"ש וּבְחוֹב עו"ג דְּלִיתָא בְּמַעַמ"ש לִיתֵי בְּמִתְּנַת שְׁכ"מ וְכַמְש"כ שְׁם הַקְצַח"ח וְע"כ לֵא מְהֵנִי תְּפִיסָה בְּסַפֵּק עֵיקָר תַּקְנָה אָבֵל לְכַמְש"כ דְּבְּפִלּוּגְתָא דְּרַבְּנֹנְתָא דְּדִינוּ כְּמוֹ טַעֲנַת בְּרִי מְהֵנִי תְּפִיסָה אַף בְּסַפֵּק תַּקְנָה ע"כ הַדִּין נוֹתֵן דְּבַנ"ד מוֹעִיל תְּפִיסָתוֹ לֹאמֵר קִים לִי כְּהַסוּבְּרִין דְּאַף בְּחוֹב עו"ג מוֹעִיל מִתְּנַת שְׁכ"מ דְּזֶה הוּי כְּמוֹ טַעֲנַת בְּרִי דְּמְהֵנִי אַף בְּסַפֵּק תַּקְנָה וּמַש"כ הַנּו"ב בַּמ"ת ח' ח"מ סִי מ"ה דְּלֵא מְהֵנִי תְּפִיסָה בְּזֶה לְפִי דְּלֵא מְצִינוּ חוֹלֵק עַל הַגְּמִי' וְהַמְרָדְכִי הַזֶּה לֵא רְאָה לְהַמְהַרִּי"ט ח"מ סִי צ"ה מַש"כ שְׁם כִּי יֵשׁ חוֹלְקִים בְּזֶה.

עֲנָף הַ וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ בְּרֵאָזִי דְּהֵיכָא דְּטוּעֵן בְּרִי מְהֵנִי תְּפִיסָה אַף בְּסַפֵּק תַּקְנָה וְכַמְש"כ הַמַּל"מ דְּלֵא הַעֲמִידוּ בְּזֶה עַל דִּין תּוֹרָה מְשׁוּם דְּהָא מְצִינוּ בַּאֲה"ע סִי י"ז סַעִי ל"ז בְּעַד א' אוֹמֵר מַת וְעַד ב' מְכַחֵישׁוּ דָּאָם נִיסַת לֵא מְעַדְיו וְגַם הִיא אוֹמְרַת בְּרִי לִי שְׁמַת ה"ז לֵא תַצָּא וְזֶהוּ שְׁיִטַּת הֶרְמַב"ם ה' גְּרִיּוֹשִׁין פ' י"ב ה' י"ט וְהוּא מְרִוּשְׁלָמִי יְבָמוֹת הַמּוּבָא בַּמ"מ שְׁם וּבְבִיאֹר הַגֶּר"א זַצ"ל שְׁם: וְיָדוּעַ דְּשִׁיטַת הֶרְמַב"ם דְּאַף עַד כְּשֶׁר בְּמִיתָה אִינּוּ נֶאֱמָן מַה"ת רַק מְדַרְבְּנָן כְּמוֹ דְּהַעֲלָה הַמְרָאוֹת הַצּוּבָאוֹת בְּפִתְיָה וְעֵינּוּ בְּרִיב"ש וּבְנו"ב וּבַש"ש וְאִכְמ"ל א"כ הֵיכָא דַּע"א מְכַחֵישׁ הַשְּׁנִי ה"ל זֶה סַפֵּק בְּתַקְנַת חז"ל דָּאָם הִימְנוּהוּ חז"ל לְהַעֲד הָאוֹמֵר מַת אוֹ לֵא מְשׁוּם דְּלֵמָא הָאָמַת עִם הַב' הַמְכַחֵישׁוּ א"כ מְבַעֵי לָן לְאוֹקְמִי מְסַפִּיקָא עַל דִּין תּוֹרָה דְּהָא מַה"ת אַף הֵיכָא דְּלִיכָא עַד ב' הַמְכַחֵישׁוּ ג"כ אֲסוּרָה לְהַנְּשֵׂא מַה"ת דְּהָא ע"א אִינּוּ נֶאֱמָן מַה"ת נֶאֱפ"ה אָמְרוּ דְּלֵא תַצָּא וְע"כ מוּכַח מְזֶה דְּאַף סַפֵּק בְּהַתְּקָנָה מ"מ הֵיכָא דְּהַבַּע"ד אוֹמֵר בְּרִי לִי וְנִיסַת לְהַעֲד הָאוֹמֵר בְּרִי לִי דְּכַה"ג אִין דִּינוּ כְּסַפֵּק תַּקְנָה וְלֵא מוֹקְמִינָן לִי עַל דְּאוֹרֵייתָא מְשׁוּם דְּכִינּוּ דְּאוֹמֵר בְּרִי לִי לֵא מְקַרִי סַפֵּק בְּתַקְנָה אֲלֵא כְּמוֹ תַקְנָה בְּרִירָה וְה"ה בְּמִמוּנָא הֵיכָא דְּהַבַּע"ד הַתּוֹפֵס אוֹמֵר בְּרִי לִי דִּינוּ כְּנוֹדָאֵי תַקְנָה וְאִין מוֹצִיאִין מְמַנּוּ וּמְזֶה סִינְעֵתָא לְהַפְּלִל שְׁל הַמַּל"מ בְּחִילוּקוֹ שְׁפַתְבּ לְחַלֵּק

דאָמער בָּרִי לִי מְהֵי אַף בְּסֶפֶק תִּקְנַת חַז"ל אַכּוֹן לְפִי מִש"כ לְעֵיל דְּשִׁאֲנֵי סֶפֶק הַנּוֹלֵד מִצַּד אַחַר וְלֹא בְּעֵינֵקֶר הַתִּקְנָה דְּזֵהוּ עֲדִיפָא וּמְהֵי תְּפִיסָה א"כ ה"ה בְּהֵךְ סֶפֶק בְּעַד הַמִּכְחִישׁ לְעַד הַב' דְּהַסֶּפֶק נוֹלֵד בְּצַד אַחַר וְלֹא בְּעֵינֵקֶר תִּקְנָה דְּאִין דִּינוֹ כְּסֶפֶק תִּקְנָה א"כ גִּסְתֵּר רְאִינִי הַנְּ"ל וְלִדְיָעָה ב' דַּס"ל שֵׁם בֵּאֵה"ע דְּתַצָּא וּפְלִיג עַל הַרְמַב"ם י"ל דְּשִׁא"ה דְּאִתְחַזַּק אִיסוּר דֵּא"א: גַּם מְצִינוּ בֵּאֵה"ע סִי קל"ט וּבְגִיטִין ד' ע"ח בְּגִט סֶפֶק קְרוֹב לֹו סֶפֶק קְרוֹב לָהּ ה"ז מְגוֹרְשָׁת וְאִינָה מְגוֹרְשָׁת הָא הָךְ מִיִּלְתָּא דְּקְרוֹב לָהּ וּד"א דְּמוֹעֵיל בְּגִט אִין זֵה רַק מְדַרְבְּנָן א"כ כְּשֶׁנּוֹלֵד לָנוּ סֶפֶק בְּזֵה דְּתַרִי אֲמַרִי קְרוֹב לָהּ וְתַרִי אֲמַרִי קְרוֹב לֹו הִיָּה לָנוּ לֹוֹמֵר דְּכֶסֶפֶק דְּרַבְּנָן כְּעִין תִּקְנָה זֹו דְּמִשּׁוּם תִּקְנַת עֲגוּנוֹת אֲמָרוּ זֵה דְּמוֹעֵיל וּכְמִש"כ בַּחֲוֵי הַרְשָׁב"א וְהוּבָא בַּב"ש סִי ל' ס"ק ה' א"כ בְּמִקּוּם סֶפֶק תִּקְלָה מְבַעֲי לָן לְאֹקְמֵי עַל דִּין תּוֹרָה וְלֹא תֵהִי סֶפֶק מְגוֹרְשָׁת כְּלָל אַע"כ מוֹכַח כִּינּוּן דְּהִיָּה תִּקְנָה וְנִדְּאִית דַּד"א בְּקְרוֹב לָהּ יְהִיָּה מוֹעֵיל בְּגִט רַק הַסֶּפֶק הוּא מִצַּד אַחַר אִינּוּ דִּינוֹ כְּסֶפֶק תִּקְנָה וְלֹא מוֹקְמִינּוּ לִי עַל ד"ת אַכּוֹן לְשִׁיטַת הַר"ן בְּגִיטִין שֵׁם דְּכַתְּבֵי דַּד"א דְּתִקְנֵי בְּגִט הָוֵי כְּעִין דְּאֹרְיִיִתָּא מִשּׁוּם הַפְּקָר כּו' וּכ"כ הָרֵא"ש שֵׁם בְּאֹנְפֹן אַחַר דְּאִפְקֵיעִינָהוּ רַבְּנָן לְקִידּוּשֵׁין ע"ש א"כ אִין דִּינוֹ כְּסֶפֶק דְּרַבְּנָן וְנִדְּחָה רְאִינִי הַנְּ"ל אַכּוֹן לְהַסּוֹבְרִים דְּמִשּׁוּם תִּק"ע נִגְעוּ בָּהּ שְׁפִיר פְּתַבְתִּי וְעִינּוּ בֵּאֵה"ע סִי קל"ט ב"ש ס"ק כ"ד וּבְתִשׁוּבַת רַע"א זַצ"ל סִימֵן רַכ"א וְסִימֵן רַכ"ב: הַגֵּה"ה וְעַפִּי"ז יֵשׁ לְתַרְץ קוֹשְׁיַת הַב"ש בְּסִי ב' ס"ק י"ד עַל שִׁיטַת הַסּוֹבְרִין דְּסֶפֶק בְּגוּף סֶפֶק בְּתַעֲרוּבוֹת לֹא הָוֵי סֶפֶק סְפִיקָא דְּהָא בְּאַלְמַנַּת עֵיפָה הָוֵי סֶפֶק בְּגוּף וְסֶפֶק בְּתַעֲרוּבוֹת וְאַפ"ה קָרִי לִי הַש"ס בְּכַתְּנוּבוֹת ד' י"ד דְּהָוֵי סֶפֶק סְפִיקָא וְכֹן הַקְּשָׁה הַרְשָׁב"א וְהַפ"י וְלִמִּש"כ י"ל דְּהָא פִּי רַש"י שֵׁם דְּהָוֵי סֶפֶק בְּגוּף מִשּׁוּם דְּזַרְק לָהּ גִּט סֶפֶק קְרוֹב לָהּ אוֹ לֹו וְהָוֵי סֶפֶק חָלָל דְּלִמָּא נִתְּגַרְשָׁה אִמּוֹ וְאִי נִימָא דְּקְרוֹב לָהּ לֹא הָוֵי הִגֵּט רַק מְדַרְבְּנָן א"כ גּוּף הַחֲשֵׁשׁ חָלָל לֹא הָוֵי ג"כ רַק מְדַרְבְּנָן דְּהָא מַה"ת אִין דִּינָה כְּפִירוּשָׁה וְהִיכָא דְּגוּף הָאִיסוּר אִינוּ רַק מְדַרְבְּנָן בְּזֵה מְהֵי סֶפֶק סְפִיקָא אַף דְּהָוֵי סֶפֶק בְּגוּף סֶפֶק בְּתַעֲרוּבוֹת כְּמִבּוֹאָר בִּיּוֹ"ד סוּף סִי ק"י וּבַב"ש שֵׁם וְע"כ מְהֵי ס"ס זֹו בְּהָא דְּאַלְמַנַּת עֵיפָה אַכּוֹן לְהַסּוֹבְרִין בְּהָא דְּקְרוֹב לָהּ דְּהִגֵּט כְּשֶׁר דְּזֵהוּ מִשּׁוּם הַפְּקָר כּו' דְּכִשֶׁר הִגֵּט מַה"ת תִּקְשָׁה עֲדִינּוּ כְּנ"ל אַבְל אִי נִימָא מִשּׁוּם דְּאִפְקֵיעִינָהוּ רַבְּנָן לְקִידּוּשֵׁין נִגְעוּ בּוֹ וְנִדְּאִי אִינוּ קִשָּׁה מִשּׁוּם דְּלַפ"ז ג"כ לֹא הָוֵי גִט מַה"ת א"כ לֹא הָוֵי חָלָל מְדֹאֹרְיִיִתָּא וְיֵשׁ לְהַאַרְיָה בְּזֵה: אַבְל הַעֵינֵקֶר מַה שֶׁנ"ל לְתַרְץ קוֹשְׁיֹוֹת הַב"ש עַפ"י מִש"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין ד' ע"ח ד"ה וְהָא א"א לְצַמְצָם כּו' וְא"ת נִימָא אוֹקִי תַרִי בְּהַדִּי תַרִי וְאוֹקִי אִתְתָּא בְּחֻזְקַת א"א וִי"ל כִּינּוּן דְּסֶפִיקָא דְּרַבְּנָן הוּא כִּינּוּן דְּהָךְ מִיִּלְתָּא דְּסֶפֶק קְרוֹב לָהּ דְּהָוֵי סֶפֶק מְגוֹרְשָׁת אִינוּ רַק דְּרַבְּנָן מִשּׁוּם דְּמַה"ת אֲמַרִינּוּ אוֹקִי בְּחֻזְקַת א"א א"כ הָא בְּדַרְבְּנָן אֲמַרִינּוּ ס"ס אַף הִיכָא דְּהָוֵי סֶפֶק בְּגוּף סֶפֶק בְּתַעֲרוּבוֹת וּמְתוֹרְץ קוֹשְׁיַת הַב"ש וְעֲדִינּוּ יֵשׁ לְדוּן בְּזֵה דְּלָמ"ד דַּס"ל בִּיבְמוֹת ד' ל"א דְּתַרִי וְתַרִי סֶפִיקָא דְּאֹרְיִיִתָּא א"כ תִּקְשָׁה אֲמַאי חָשׁוּב לַס"ס הָא דְּאַלְמַנַּת עֵיפָה וִי"ל בְּזֵה דְּהָא מְצִינוּ פְּלֹגְמַת אֲמוֹרָאִי בִּיבְמוֹת ד' פ"ט אִי מְצִי רַבְּנָן לְעַקוֹר לְדֹאֹרְיִיִתָּא בְּקוּם וְעֲשֵׂה אוֹ לֹא.

א"כ י"ל דְּמַעֲיַקְרָא שֵׁם בִּיבְמוֹת ד' ל"א דְּקֵאָמֵר הַש"ס דְּתַרִי וְתַרִי סֶפִיקָא דְּאֹרְיִיִתָּא י"ל דַּס"ל בְּאַמַּת כַּמ"ד דְּמַצּוּ רַבְּנָן לְבַטֵּל לְדֹאֹרְיִיִתָּא א"כ הָא דְּקְרוֹב לָהּ מְגוֹרְשָׁת א"כ צִלְבּוּא לָהּ דְּהַפְּקָר ב"ד הִיָּה הַפְּקָר וְאַף בַּל"ז יְכוּלַּת בְּיָדָם לְעַקוֹר א"כ בְּנוֹדְאִי אֲתִי שְׁפִיר הָא דְּסֶפֶק קְרוֹב לָהּ מִשּׁוּם דְּהָוֵי חֲשֵׁשׁ דְּרַבְּנָן וְנִיחָא הָא דְּאַלְמַנַּת עֵיפָה.

וילדינו דקיי"ל שם ביבמות דלא מצי רבנו לעקור לדאורייתא בקום ועשה ולפ"ז מוכרח לומר דהא דקרוב לה מגורשת זהו משום הפקר כו' וכמש"כ הר"ן עכ"ז הא לדינא דקיי"ל שם ביבמות במסקנא דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנו א"כ שפיר פתבתי בהא דאלמנת עיפה דה"ל ספק א' בדרבנו וכמש"כ הב"ש שם דבספק ממזר מותר מה"ת מהני אף ספק א' בגופו וספק ב' בתערובות ואכמ"ל: ע"כ הגה"ה.

ועפ"י מה שכתב לעיל יש לדון בדברי הרא"ש בב"ק פ"ב ס"ב ובח"מ סי' ש"ץ ס"ב וברמב"ם הל' נ"מ ובה' חובל דכתבו דבספק קנס אי תפיס לא מפקינן מינן' ויכול לטעון קים לי דזהו קרן וגובה אף ברה"ר ולשיטת הרמ"ה אשר הובא בב"ק פרא"ש פ"א סימן כ' דבבב"ל דמהני תפיסה בקנס אינו אלא תקנתא ודלא פהרא"ש שם א"כ י"ל דה"ל ספק בתקנה ולא מהני תפיסת הרמ"ה הנ"ל אף י"ל דשא"ה דאין הספק בעיקר התקנה ובכה"ג נתבאר דמהני תפיסה: ענף ו' והנה בב"ק ד' קט"ו אי' גבי תקנת השוק בקנה מהגנב דאבימי בר נאזי חמוה דרביןא הנה מסיק ביהוא גברא ארבעה זוזי גנב גלימא אתיא ניהל' אוזפ' ארבעה זוזי אחריןא כו' אתא לקמ' דרביןא אמר קמאי גנב ופרע בחובו ולא פעי למיתב לי' ולא מידי הנה ד' זוזי אחריןא שקול זוזף ונהדר גלימא מתקוף לה רב פהן ודילמא גלימא בהני זוזי קמאי יתבה ניהל' גנב ופרע בחובו וכו' וארבעה זוזי בתראי הימני הימני' כי היכי דהימני' מעיקרא כו' ונהלכה פרב פהן עכ"ל הגמ' וכן מבואר ברמב"ם בה' גניבה פ"ה הל' ח' ובח"מ סי' שנ"ו ס"ט אלמא דאף מספיקא מוציאין מהמוחזק דהא האתקפתא הוא בלשון ודילמא גלימא כו' דמשמע דהוי ספק בעיקר הך מילתא אי הימני' בהלואה בתרא או דלא הימני' כי אם על סמך הך גלימא נאפ"ה מוציאין מהבע"ב דהוי מוחזק וקשה דהא קיי"ל הממע"ה נאף בספק חוב מהני תפיסה כמו שהשיג הש"ך בת"כ על היש"ש וע"כ מוכח מנה פשיטת ההמ"מ דבספק תקנה לא מהני תפיסה ולכן א"ש הא דאמרו דמוציאין מהבע"ב מספיקא דכיון דעיקר הך מילתא אינו רק מצד תקנת השוק על פן בספק תקנה מוקמינן על ד"ת ועי' בפ"י סי' שנ"ו ס"ק ו' מש"כ שם גבי גנב מפורסם אכן לפי מש"כ לעיל דדוקא בספק עיקר תקנה אמרו פן אבל פשהספק מצד אחר מקרי התופס מוחזק ואמרינן המע"ה א"כ עדיין תקשה דאיהו אמרו שם דמוחזק להתזיר מספיקא להבע"ב הא התופסו הנה מוחזק ונה הוי תקנה ונדאית דאף בהופר הגנב איתא לתקנת השוק ובנדאי אין לומר דכיון דהוי ספק א"כ ממילא מקרי דברים שבלב דז"א מפמה טעמים: ועוד קשה לפי מש"כ לעיל להוכיח מהא דב"ק ד' צ"ו גבי השביח ומכרה לישאל דאין מוציאין מספיקא כמו שפסק הרמב"ם והשו"ע אף דהנה ספק בעיקר תקנה עכ"ז היכי דהנה תפוס ממילא בעת לידת הספק דבכה"ג מוכח דאף בספק תקנה מהני תפיסה א"כ ה"א הא הנה הלוקח מוחזק ותפס בעת לידת הספק דמן הראוי להיות מועיל בזה תפיסה אף בספק תקנה א"כ תקשה ביותר מהא דב"ק ובאמת פן מוכרח לומר בהא דאיבעיא לן בב"ב ד' קל"ט גבי בעל דהנה לוקח מצד תקנת אושא דמספקא לן אי עשו הבעל פלוקח גבי אשה שלותה ונשאת דאם הוי פלוקח גבי זה א"כ דינו כמשועבדים או דלא עשאוהו רק פירוש ומבואר בח"מ סי' קי"ב סעי' ה' ובש"ף שם ס"ק ו' דלשיטת פמה ראשונים לא נפשט איבעיא זו ומספיקא אין מוציאין מהבעל וכן כתב הב"ש באה"ע סי' צ"א סק"ט וכ"כ שם לשיטת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש וקשה הא שיטת הרי"ף והרמב"ם דשיעבודא דאורייתא פמבואר בש"ף סי'

ל"ט ס"ק ב' א"כ מה"ת בַּנְדָּאֵי טוֹרָף מֵהַבְּעַל וְהָד מִקְלָתָא דְּבַעַל הָדֵי פְּלוֹקָח לֹא הָדֵי רַק
מִצַּד תְּקַנְתָּ אוֹשָׂא א"כ הָדֵי סְפֵק בְּעֵינֵיךָ הַתְּקַנָּה אֵי עֲשֹׂאוֹהוּ גַבֵּי זֶה פְּלוֹקָח אוֹ לֹא וְאִפְ"ה
אֵין מוֹצִיאֵין מֵהַבְּעַל אֶלְמָא דְּאָרְף בְּסֵפֶק עֵינֵיךָ תְּקַנָּה מְהֵנִי תְּפִיסָה הֵיכָא דְּהָדֵי תְּפִיס בְּרִשׁוֹת
וּמְקוֹדָם לִידַת הַסְּפֵק וְאָרְף דִּישׁ לְחַלֵּק עֲדִינֵין גִּידוֹן הָא דב"ב דְּהָדֵי תְּפִיס בְּרִשׁוֹת וּמִדְּעַת
הַבְּעָלִים וְשִׁאנִּיהָא דב"ק בְּסֵפֶק תְּקַנְתָּ הַשּׁוֹק דְּלֹא הָדֵי תְּפִיס מִדְּעַת הַבְּעָלִים דְּהָא לֹא קָבְלוּ
רַק מֵהַגָּב וְלֹא מֵהַבְּעָלִים עכ"ז זֶה דוֹמָה לְהָא דב"ק ד' צ"ו בְּהַשְׁבַּח דג"כ לֹא קָבְלוּ
מֵהַבְּעָלִים וְאִפְ"ה מְהֵנִי תְּפִיסָה אָרְף בְּסֵפֶק עֵינֵיךָ תְּקַנָּה וְכנ"ל א"כ תְּקַשָּׁה הָא דְּתְּקַנְתָּ הַשּׁוֹק
דְּאִמָּי מְחַוְיָב הַמְקַבֵּל לְהַחְזִיר לְהַבְּעַל מְסַפֵּיקָא: וְאִפְשָׁר לֹמַר דְּשִׁאנִּי סְפִיקָא דְּדִינָא
דְּבָזָה מְהֵנִי תְּפִיסָה אָרְף בְּטוֹעֵן שְׂמָא מִשָּׂא א"כ הָדֵי דב"ק אֵי מְסַפֵּיקָא לָן אִם נָתַן ד' זוּזֵי בְּתֵרָא
עַל סֶמֶךָ הָדֵי גְּלִימָא אוֹ הַמוֹנִי הַיְמָנִי א"כ הָדֵי זֶה הַסְּפֵק פְּעִין דְּרָרָא דְּמִמוֹנָא וּמְבִנְיָא
בְּכָלְלֵי תְּפִיסָה שְׁל הַאו"ת דְּבִדְרָרָא דְּמִמוֹנָא לֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה רַק בְּטוֹעֵן בְּרִי וְלֹא בְּטוֹעֵן
שְׂמָא ע"כ מְחַוְיָב לְהַחְזִיר לְהַבְּעָלִים מִשּׁוֹם דְּהֵתָם הָדֵי פְּטוֹעֵן שְׂמָא דָּאִם טוֹעֵן בְּרִי
דְּבִפְרוּשׁ נָתַן זוּזֵי עַל סֶמֶךָ הַגְּלִימָא בְּנִדָּאֵי שְׁיִיךָ בִּי תְּקַנְתָּ הַשּׁוֹק פְּמִבְּנָאָר בְּסִי שְׁנ"ו ס"ט
וְע"כ לֹא מְהֵנִי תְּפִיסָתוֹ אָרְף אִם הֵי סְפֵק בְּדִאֲוִרֵינִי: וְעכ"ז תְּקַשָּׁה לְפִי מִש"כ הַקְּצָה"ח
בְּסִי רכ"ג ס"ב דְּהָא דְּכְתָבוּ הַתּוֹס' בב"מ ד' ק' דְּבִדְרָרָא דְּמִמוֹנָא אֵינוֹ מוֹעִיל תְּפִיסָה רַק
בְּטוֹעֵן הַלּוֹקָח בְּרִי דז"א רַק לְשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּלֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה בְּסִפִּיקָא דְּדִינָא אֶבְל
לְשִׁיטַת הַרְמָב"ם דְּמוֹעִיל תְּפִיסָה בְּסִפִּיקָא דְּדִינָא אָרְף בְּטוֹעֵן שְׂמָא דֵה"ה בְּדְרָרָא דְּמִמוֹנָא
מְהֵנִי תְּפִיסָה אָרְף בְּטוֹעֵן שְׂמָא וְלָכֵן סֵתָם הַשּׁו"ע שָׁם דָּאִם הַלּוֹקָח מְחַוְיָב מְהֵנִי תְּפִיסָתוֹ
עכ"ל הַקְּצָה"ח וְלפ"ז תְּקַשָּׁה דְּאִמָּי מוֹצִיאֵין מֵהַמְקַבֵּל בְּהָא דב"ק דְּהָא בְּדְרָרָא דְּמִמוֹנָא
מְהֵנִי תְּפִיסָה אָרְף בְּטוֹעֵן שְׂמָא לְשִׁיטַת הַרְמָב"ם וְהַמְחַבֵּר וְהַעֵינֵיךָ נִלְפַע"ד לְהוֹכִיחַ מְזָה
פְּהַכְרַעַת הַאו"ת בְּכָלְלֵי תְּפִיסָה ס"ק נ"ג וס"ק נ"ד וּבְגַתִּיבוֹת פְּלָלֵי תְּפִיסָה ס"ק ז' דְּפִסְקוּ
דְּלֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה בְּדְרָרָא דְּמִמוֹנָא אָרְף בְּטוֹעֵן בְּרִי אֶלְא בְּטוֹעֵן עַל גּוּף הַחֶפֶץ אֶבְל בְּתוֹפְסוֹ
עַל חוֹב לֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה עֵי"ש וְה"ה י"ל לְשִׁיטַת הַרְמָב"ם דְּדוֹקָא בְּסִפִּיקָא דְּדִינָא מְהֵנִי
תְּפִיסָה אָרְף בְּטוֹעֵן עֲבוּר חוֹב וְכִמוֹ שְׁהַשִּׁיג הַש"ך בַּת"כ עַל הַיִּש"ש וּמַהֲרִי"ט אֶבְל בְּדְרָרָא
דְּמִמוֹנָא הֵיכָא דְּטוֹעֵנוּ עֲבוּר חוֹב וְשַׁעֲבוּד לֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה אָרְף דְּטוֹעֵן בְּרִי כְּמוֹ דְּהוֹכִיחוּ
שָׁם הַאו"ת מְהָא דְּספ"ג דב"ק ע"ש.

וכש"כ בְּטוֹעֵן שְׂמָא כְּמוֹ הָא דב"ק בְּתְּקַנְתָּ הַשּׁוֹק הַנ"ל וְהֵתָם הָא הָדֵי סְפֵק שְׂאִינוֹ נוֹגַע
לְדִין רַק בְּעֵינֵיךָ הַעֲבוּבָא אֲנוּ מְסוֹנְפִיקִים אִם הַיְמוֹנִי הַיְמָנִי אוֹ דְּעַל סֶמֶךָ הַגְּלִימָא הַלְּוָהוּ
וְהָדֵי רַק פְּעִין דְּרָרָא דְּמִמוֹנָא וְאֵינוֹ תוֹבַע גּוּף הַחֶפֶץ רַק בְּתוֹרַת חוֹב וְע"כ לֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה
בְּזָה רַק בְּטוֹעֵן הַמְקַבֵּל בְּרִי בְּזָה הַיְמָנוּהוּ חַז"ל מִצַּד תְּקַנְתָּ הַשּׁוֹק אֶבְל בְּסֵפֶק שְׂאִינוֹ רַק
מִצַּד דְּרָרָא דְּמִמוֹנָא לֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה אָרְף אִם הֵי בְּדִאֲוִרֵינִי וְכש"כ בְּדְרָבֵנּוּ וַא"ש
קוֹנְשֵׁינִי וּמוֹכַח מְזָה פְּשִׁיטַת הַאו"ת הַנ"ל וְעֵי בְּטוֹר סִי שְׁנ"ו סע"י ט' דְּמִשְׁמַע דְּמִשּׁוֹם
סְפֵק אֲתִינּוּ עֲלָה וּבְתוֹס' תְּגִיגָה דָּרְף י"ח ד"ה פֶּאֶן בְּאֶכִּילָה וּבְקַהֲלַת יַעֲקֹב לְשׁוֹן חֲכָמִים אוֹת
ד' מִש"כ עַל לְשׁוֹן דְּלִמָּא: וַיֵּשׁ לְהַעִיר בְּכ"ז מְהָא דְּסִי רל"ו סע"י א' בְּהַגְה"ה שָׁם מִש"כ
הַר"ן בְּשֵׁם הַירוּשְׁלָמִי גַבֵּי סְפֵק סְקָרִיקוֹן דְּהֵדִין עִם הַלּוֹקָח דְּאִפְשָׁר דְּזָהוּ מִשּׁוֹם סְפֵק
תְּקַנָּה נִגְעוּ בָּהּ וְאִפְשָׁר דְּשִׁאנִּי הֵתָם דְּקָרְקַע בְּחִזְקַת הַלְּקוּחוֹת פְּמִבְּנָאָר שָׁם וְכֵן יֵשׁ לְדוֹן
עפ"ז בְּהָא דְּסִי קכ"ו בְּמַעֲמַד שְׁלִשְׁתָּן בְּמָה שְׁמִבְּנָאָר שָׁם דְּבְּסֵפֶק אֲמָרִינּוּ הַמַּמְע"ה וּמְהֵנִי
תְּפִיסָה אָרְף דְּהָדֵי סְפֵק תְּקַנָּה וּבב"מ פ"ט בְּרִא"ש סִי כ"ד שְׁכַתְּבָה גַבֵּי סְפֵק מְצָרְנוֹת דְּהַלּוֹקָח

מקרי מוֹחֶזֶק ומספיקא לא מפקינן מינן! וכן מבואר בשו"ע ח"מ סי' קע"ה סעי' מ"ה דאם
הי' ספק בדין מצרנות אין הלוקח מסתלק אלא ברא' ברורה וכן במקום שהפוסקים
חולקים אין מוציין מן הלוקח הואיל דהוא מוֹחֶזֶק וכתבו פן בשם התה"ד ע"ש אין
להוכיח מהתם להא דספק תקנה די"ל דשא"ה דמקרי הלוקח בשם מוֹחֶזֶק גמור כמו
שכתבו שם וקצתתי בכ"ז: ענה ובעיקר הוכחת המ"מ מהרמב"ם פ"ד ה' גזילה ה"ד שלא
כתב דאם תפס ע"י דבורו של שכירו ולקיתו אין מוציין מידו דמנה הוכיחו דבספק
תקנה לא מהני תפיסה לולי דבריהם נראה לע"ד לדון דנה אינו הוכחה כ"כ לפי מה
דמבואר בב"מ ד' ק' בתוס' ד"ה וליחזי ברשותא כו' דבדררא דממונא מהני תפיסה בטוען
ברי והקצה"ח בסי' רכ"ג ס"ק ב' כתב דלהרמב"ם דס"ל תקפו פהו אין מוציין מידו אף
בטוענת שמה דה"ה בדררא דממונא מהני תפיסה אף בשמה ע"ש ובהא דנגזל נשבע
ונוטל פתב הקצה"ח סי' צ' ס"ק ב' דלא תקנו זה רק בראו העדים הוצאות אינה דברים
מרשות הבועלים ולא ידעו כמה הוציא דנה הוי כעין דררא דממונא דנה דוקא תקנו
דנגזל נשבע ונוטל וכ"כ הגתיות שם ס"ק ב' ע"ש ונה הוי כהא דאי' בס"פ המגיות דאם
ראו עדים רדיפת השנרים ולא ידעו אי קטן הזיק או גדול או דבסלע לקה דנה הוי דררא
דממונא כמש"כ הקצה"ח והגתיות בסי' פ"ח בארנפה והוא עפ"י דברי התוס' דב"מ
ד"ק ד"ה דמי עבד גדול ולפ"ז יש לדון בעיקר הוכחת המ"מ הנ"ל דלא הוצרך הרמב"ם
לכתוב דמועיל תפיסה ע"פ דברי שכירו ולקיתו משום דנהו איבעיא דלא איפשיטא
פדרכו די"ל דהא בלא"ה מועיל תפיסתו מחמת דררא דממונא לפי שיטת הרמב"ם דס"ל
דבכל דררא דממונא מהני תפיסה אף בטוען שמה וכמש"כ הרמב"ם דמהני תפיסה
בתקפו פהו פנ"ל אף בטוען שמה: וע"כ אף דמעיקר הדין נראה דהברי של שכירו ולקיתו
לא הוי ברי מעליא מצד הדין פמבואר בב"ב ד' קל"ה דברי של אחר לא הוי ברי מעליא
וכמש"כ התוס' פתובות ד' ע"ו ע"א גבי רישא מנה לאבא בינדה וכמו שנראה מהתוס'
פתובות ד' י"ב ע"ב ד"ה רב הונא כו' באה"ד שם.

ובש"ף ח"מ סי' ע"ה ס"ק ל"ה דבטוענו בספק עפ"י העד מחייב שד"א אבל להיות נחשב
כמו ברי של בע"ד לא הוי ע"ש ולפ"ז ה"ה דהברי של שכירו ולקיתו לא נחשב להיות
ברי מעליא ועכ"ז הא אף בטוען שמה תפיסה מצד הדין פשיטת הרמב"ם בכל
ספיקא דדינא ובתקפו פהו דאף בטוען שמה אין מוציין מידו [והא דאיבעיא להו התם
בשכירו ולקיתו אם מהימני גבי תקנת נגזל זהו רק מצד התקנה דמספקא להו דאפשר
הי' התקנה בפירושו דיהי' נחשב ברי של שכירו ולקיתו להיות נשבע ונוטל משום דשכיח
לפעמים דאין הבע"ב בביתו רק שכירו ולקיתו מצוי תמיד בבית הבע"ב וע"כ סברא
לומר דמצד התקנה תקנו להיות נאמן שכירו ולקיתו אבל מצד הדין אינו פן וכן בהא
דאי' שם שבועות ד' מ"ו דאפילו אשתו של שומר נשבעת ג"כ י"ל דז"א רק מצד התקנה
ולא מן הדין ואכמ"ל] וע"כ מצד הדין היכא דראו העדים דהוציא פלים ולא ידעי כמה
דנה הוי דררא דממונא א"כ אף דלא יהי' ספק בדין מועיל תפיסה לשיטתו.

ולפ"ז נראה דאם תפס אז א"צ שכירו ולקיתו לישבע לשבועת המשנה דהטילו על הנגזל
דעיקר הנאמנות שלו לא הוי רק ע"י השבועה מצד התקנה משום דלפי מש"כ אף בלא
התקנה זוכה במה דתפס מצד דררא דממונא דמועיל תפיסה אף בטוען שמה לשיטתו:
ולכן לא הוצרך הרמב"ם לכתוב דמהני תפיסה בהו איבעיא דשכירו ולקיתו משום

דְּנוּקָא הֵיכָא דְעֵיקָר הַזְכוּת שֶׁל הַתְּפִיסָה הוּא מִצַּד הָאֵיבְעֵינָא אֲזִי דְרַף הַרְמַב"ם לְכַתּוּב דְמַהְגֵּי תְּפִיסָה כְּדִי שְׁנַדַּע דְזָהוּ אֵיבְעֵינָא דְלָא אֵיפְשָׁטָא אֲבָל הֵיכָא דְבָלֵא הָאֵיבְעֵינָא הַדִּין נוֹתֵן דְתוֹעִיל תְּפִיסָה אֲזִי א"צ הַרְמַב"ם לְכַתּוּב דְתַפְס מְהַגֵּי דְזָה יִדְעִינוּ מִמֵּילָא לְפִי שִׁיטַת הַרְמַב"ם וְכִמוּ בְהַמְחִילֵי פָּרָה בְּחִמּוֹר דְהָגִי דְרַרָא דְמִמוֹנָא וּמַהְגֵּי תְּפִיסָה וְכַנ"ל וְעַכ"ז בְּרַמְב"ם פ' כ' הַלְכוֹת מְכִירָה ה' י' דְהֵבִיא הַף דִּין דְהַמְחִילֵי פָּרָה בְּחִמּוֹר דְעַל הַלּוֹקַח לְהֵבִיא רֵאִי לֹא כָּתַב דְאִי תַפְס מְהַגֵּי עִי"ש בְּטוֹר וּבִש"ע ס' רכ"ג אֲבָל הַרְמַב"ם לֹא הִזְכִּיר זֶה מִשּׁוּם דְזָה יִדְעִינוּ מִמֵּילָא מָמָה שְׁפָסַק בְּתַקְפּוֹ כִּהֵן אֵין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ וְה"ה י"ל בְּהָא דְנִגְזָל דְלֹא הֵבִיא דְאִי תַפְס מְהַגֵּי גַבֵּי אֵיבְעֵינָא דְשְׁכִירוֹ וְלִקְיִטוֹ מִשּׁוּם דְזָהוּ בְּרוּר וּפְשׁוּט מִמֵּילָא כִּינּוּן דְהָגִי דְרַרָא דְמִמוֹנָא וְעֵינּוּ בְּש"ף ח"מ ס' צ' ס"ק ב' שְׁכַתְּב דְהָא דְנִגְזָל נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל מִיָּרֵי בְיוֹדְעִים שְׁהוֹצִיא כְּלָיִם אֲלָא שְׁאִין יוֹדְעִים מָה הֵן כו' וְכֵן מְבֹאָר לְהֵדִיא בְּש"ף ס' צ' ס"ק ט"ז בְּשֵׁם הַמ"מ דְהַרְמַב"ם וּר"י בֶּן מִיגַשׁ ס"ל כֵּן וְזָהוּ כְּפִשִׁיטַת הַקְצָה"ח וְהַנְּתִיבוֹת הַנ"ל דְהָא דְנִגְזָל נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל מִיָּרֵי בְּמִקּוּם דְהָגִי דְרַרָא דְמִמוֹנָא כַּנ"ל כֵּן יֵשׁ לְדוֹן לְכַאוּרָה אֲמַנָּם יֵשׁ לְסַתּוֹר זֶה דְלִפ"ז תַּקְשָׁה דְאֲמַאי כָּתַב הַרְמַב"ם פ"ח ה' חוֹבֵל וּמִזִּיק ה"ז דְמִי שִׁישׁ לוֹ עֵדִים עַל חֲבִירוֹ שְׁמַסֵּר מְמוֹנוֹ וְלֹא יִדְעֵי הָעֵדִים כְּמָה הַפְּסִידוֹ דְזָהוּ אֵיבְעֵינָא דְלֹא אֵיפְשָׁטָא בַּס"פ הַכּוֹנֵס אִם עָשׂוּ תַקְנַת נִגְזָל בְּזָה אוֹ לֹא וְלִכֵּן אִם תַּפְס אֵין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ וְיִשְׁבַּע בִּנְק"ח וְיִטּוֹל וְהָא הֵתֵם הָגִי ג"כ דְרַרָא דְמִמוֹנָא כִּינּוּן דְיֵשׁ עֵדִים דְהַפְּסִיד מְמוֹן חֲבִירוֹ רַק לֹא יִדְעֵי כְּמָה הַפְּסִידוֹ וּבְפִרְט דְהָא מִיָּרֵי הֵתֵם בְּטוֹעֵן הַנִּיזְק בְּרִי כְּמְבֹאָר שָׁם.

א"כ בְּנִדְאֵי מִן הַדִּין הִי מוֹעִיל הֵתֵם תְּפִיסָה מִצַּד דְרַרָא דְמִמוֹנָא לְפִי שִׁיטַת הַרְמַב"ם כַּנ"ל וְגַם לֹא הִי צָרִיף שְׁבוּעָה בִּנְק"ח בְּזָה כִּינּוּן דְמִן הַדִּין מוֹעִיל תְּפִיסָה בְּסַפֵּק דְרַרָא דְמִמוֹנָא לְשִׁיטַתוֹ וּבְזָה יֵשׁ לְהַאַרְיָה וְאִפ"ה חֲזוּיֵנוּ דְכָתַב הַרְמַב"ם בְּזָה בְּפִירוּשׁ דְמַהְגֵּי תְּפִיסָה וְצָרִיף שְׁבוּעָה בִּנְק"ח אֲלֵמָא דְלֹא סָמַף הַרְמַב"ן בְּזָה עַל מָה דְהָגִי דְרַרָא דְמִמוֹנָא.

א"כ שְׁפִיר הוֹכִיחַ הַמ"מ כֵּן מִהַרְמַב"ם מְדָלָא כָּתַב גַּבֵּי שְׁכִירוֹ וְלִקְיִטוֹ דְמַהְגֵּי תְּפִיסָה דְמוֹכַח מְזָה דְבַסְפֵּק תַקְנָה לֹא מְהַגֵּי תְּפִיסָה. מִשּׁוּם דְמִצַּד דְרַרָא דְמִמוֹנָא י"ל דְלֹא מְהַגֵּי תְּפִיסָה רַק בְּטוֹעֵן עַל גּוּף הַחֲפֵץ שְׁהוּא שְׁלוֹ וְלֹא בְּתוֹפְסוֹ עֲבוּר חוֹב וְשִׁיעֲבוּד וְכַמְש"כ הַאו"ת וּנְתִיבוֹת בְּכִלְיֵי תְּפִיסָה שְׁהוֹכִיחוּ כֵּן מְהָא דְסַפ"ג דְב"ק וְהוּבָא לְעִיל וְהֵתֵם בְּנִגְזָל נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל הָא מִיָּרֵי אִף הֵיכָא דְלֹא נִמְצְאוּ אֵלוֹ הַחֲפָצִים בְּעֵין בְּרִשׁוֹת הַגְּזֵלָן אִפ"ה גַּבֵּינּוּ מִיָּרֵי אִף מְדַבְּרִים אַחֲרֵים ע"י ב"ד וְגַם הָא בְּשְׁכִירוֹ וְלִקְיִטוֹ דְהַבַּע"ב אֵינוֹ טוֹעֵן בְּרִי ע"כ מִיָּרֵי שְׁגַם הַיּוֹם לֹא רָאָה הַחֲפָצִים שְׁלוֹ אֲצֵל הַגְּזֵלָן דְאִי רָאָה אֲצֵל הַגְּזֵלָן וְנִדְאֵי הִי טוֹעֵן הַנִּגְזָל בְּרִי מְעַצְמוֹ וְע"כ מִיָּרֵי הֵתֵם דְלֹא רָאוּ גַם הַיּוֹם גּוּף הַחֲפָצִים בְּרִשׁוֹת הַגְּזֵלָן רַק עֵיקָר הַף מִקְלָתָא דְנִגְזָל נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל הֵינּוּ דִיְהִי יוֹרְדִין לְנִכְסֵי בְּתוֹרַת בַּע"ח וְגוֹבְיֵינָא דְב"ד כְּמוֹ כָּל חוֹב א"כ הֵיכָא דְתַפְס כִּינּוּן דְאֵינוֹ טוֹעֵן עַל גּוּף הַחֲפֵץ דְהוּא שְׁלוֹ רַק בְּתוֹרַת חוֹב וְשִׁיעֲבוּד מְחַפְצִים אַחֲרֵים ע"כ לֹא מְהַגֵּי בְּזָה תְּפִיסָה בְּדְרַרָא דְמִמוֹנָא רַק בְּסַפִּיקָא דְדִינָא מְהַגֵּי תְּפִיסָה גַם בְּתוֹפְסַת עֲבוּר חוֹב: וְכִמוּ שְׁהַשִּׁיג הַש"ף עַל הַיִּש"ש וְהַמַּהְרִי"ט וְהוֹכִיחוּ כֵּן מְהָרָא"ש פ"ב דְב"ק ס' ב' א"כ שְׁפִיר כָּתַב הַמ"מ דְשַׁא"ה דְהָגִי סַפֵּק בְּתַקְנָה וְנִדְחָה מָה שְׁרָצִיתִי לוֹמַר בְּזָה וְגַם הָגִי מְזָה סִייעָתָא לְכִלְיֵי שְׁלֵי הַאו"ת בְּדְרַרָא דְמִמוֹנָא כַּנ"ל: עַנְיָן ח' וְלוֹלֵי דְמַסְתַּיִנָא הֵייתִי אוֹמֵר בְּעֵיקָר קוֹנְשִׁיּוֹת וְהוֹכַחַת הַמ"מ דְהוֹכִיחַ דְאֲמַאי לֹא כָּתַב הַרְמַב"ם בְּהַף אֵיבְעֵינָא דְשְׁכִירוֹ וְלִקְיִטוֹ דְאִי תַפְס לֹא מְפַקִּינוּ מִיָּרֵי דְמוֹכַח מְזָה

דספק תקנה לא מהני תפיסה דיש לדון בזה וליישב קושיותו דמצד אחר לא מהני תפיסה בזה ע"פ מש"כ בקונטרס א' בענין דררא דממונא בתפיסה בארובה דלפי מש"כ התוס' בקידושין ד' ס"ב דלפי מה דמסקינן שאני קונמות דקדושת הגוף ניהו ממילא אף דלא אמר יקדשו ידיו לעושיהו ג"כ חל על דשלב"ל וכן הוא שיטת הרמב"ם כמש"כ הכ"מ פ' י"ב ה' נדרים והבית יוסף ליו"ד סי' רל"ד והובא בבבאור הגר"א זצ"ל ליו"ד סי' רל"ד ס"ק קכ"ח ובקצה"ח סי' קי"ז ומה"ט חל קונמות אף על דבר דאינו ברשותו כמו שהארבתי שם בכ"ז ומבואר בח"מ סי' קי"ז דלנה שאסר נכסיו על המלנה דלחד דעה אינו חל הקונם משום דאלמוה לשיעבודו וכן הוא שיטת התוס' והרא"ש אבל שיטת הר"נ והמ"מ דחל הקונם רק דהב"ד כופין להלנה שישאל על נדרו ומבואר באו"ת שם דבמשלטי דלאו בני שיעבוד הוי לכ"ע חל הקונם רק דב"ד כופין להלנה שישאל על נדרו: ולפ"ז פתבתי לדון בקונטרס הנ"ל דבספיקא דדינא בגוף החפץ למי הוא שייך מצד דמסופקים אנחנו מי הוא האומר אמת דאם האמת הוא עם התובע או דלמא האמת הוא עם הנתבע דבזה אף דתפס התובע חל הקונם על התופסו דאף דאינם ברשותו מ"מ הא חל הקונם של הלנה מספיקא דלמא שייך החפץ להלנה וחל הקונם אף דאינם ברשותו כן פיון דטוען התופסו ברי דהחפץ שייך לו א"כ אדם נאמן ע"ע במקום איסור כמבואר בנדרים ד' י"ח דסתם נדרים להחמיר ופירושו להקל וכמו שהארבתי בכ"ז שם אבל היכא דגם להתופסו אין לו זכות על גוף החפץ כי אם בא מצד חוב ושיעבוד ע"כ אם הלנה אסרו על התופסו בקונם מהני הקונם לאסור את החפץ שתפס על התופסו פיון דכ"ז דלא החליטו ב"ד את החפץ להמלנה אז גוף החפץ שייך להלנה עדיין משום מאן שם לך ומחוסר גוביינא בב"ד וחל הקונם של הלנה והב"ד אינם יכולים לכוף להלנה להיות מתשיל על נדרו פיון דהוי ספיקא דדינא להב"ד של מי הוא רק במה שתפס אמרו בו הממע"ה אבל בעצם התרת הנדר הוי הלנה מוחזק ומספיקא אין יכולין לכפותו להתיר קונם שלו דדילמא הדין עמו והמלנה אסור לזכותו בגוף החפץ משום דהא נאסר עליו בהנאה ואיסורי הנאה לאו בני זכייה ניהו וכש"כ דהב"ד אינם יכולים להזדקק להחליטו מצד דנאסר בהנאה וכבר פתבתי בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' דהיכא דאין יכול לזכות בהחפץ דאז הב"ד אינם יכולים להגבותו.

וממילא צריך להחזירו מחמת איסור גזל וכמש"כ במק"א. ובתפס מעות אף דיש לדון לפ"ז כמש"כ הר"נ וספרי שם עכ"ז הא לאו פולי עלמא ס"ל כן וקצתתי רק בחוב הלנאה דשייך לדון דקונה משכון אז אם מגיע חוב הלנאה להמלנה אין חל הקונם של הלנה להפקיע זכות קנין שלו בהמשכון אבל בחוב שאינו הלנאה דנתבאר בקונטרס הנ"ל דלא שייך בו קונה משכון לשיטת הפוסקים דס"ל דאין מסדרין לבע"ח שאינו חוב הלנאה וה"ה להשבת העבוט ומה"ט לא קנה משכון כמו שהארבתי שם והא שכתב הב"י בסי' צ"ז דנראה מהרמב"ם פ"ג דמלנה דס"ל פדעת הרמ"ה דאף בחוב שאינו הלנאה מסדרין כבר פתבתי במק"א דזה אינו מוכרח בשיטת הרמב"ם וכינון דלא קנה להמשכון בחוב שאינו הלנאה ע"כ ממילא חל הקונם של החייב להפקיע ולאסור על התופסו א"כ ה"ה בחוב גזילה פיון דלא הוי דרף הלנאה ג"כ לא קנה משכון ולכן אף דתפס הנגזל חפץ של הגזלן יכול הגזלן לאסור החפץ על הנגזל בקונם וממילא צריך להחזירו להגזלן כדי שלא יוכשל באיסור גזל רק בחוב ברור כופין הב"ד להגזלן להתיר נדרו אבל בחוב

דְּמִסְנָפְקִין אֲנַחְנוּ אַף דְּתַפְס הַנְּגָזֵל וְאִין מוֹצִיאִין מִמֶּנּוּ דְהַמְמַע"ה מ"מ אַם אָסֵר הַגְּזֵלָן בְּקוֹנָם עָלָיו אִין כּוֹפִין לוֹ לְהַתִּיר נְדָרוֹ מְסַפִּיקָא דְלָמָּא הַדִּין עִמּוֹ וּמְמַלְא צְרִיף לְהַתְּזִיר לְהַגְּזֵלָן אֵת מַה דְּתַפְס וּלְפ"ו אַף דְּלֹא אָסְרֵן עָלָיו ג"כ יֵשׁ לְהַגְּזֵלָן מִיָּגוּ דְּאִי בְּעֵי הִי' אוֹסֵר עַל הַנְּגָזֵל בְּקוֹנָם וְאִז צְרִיף לְהַתְּזִיר אֵת הַחֲפֵץ שֶׁתַּפְס וְהִ"ה עֲכָשְׁוֹ דְּלֹא אָסְרֵן עַדִּין ג"כ יְחַוִּיב הַנְּגָזֵל לְהַתְּזִיר לוֹ הַתְּפִיסָה שְׁלוֹ מִשּׁוּם מִיָּגוּ שֶׁל הַגְּזֵלָן וְלֹא שֵׁינָהּ בְּזַה לְוֹמֵר דְּמִיְכָסָף וְכָל הַנּוֹדֵר מְקַרִי חֲטָא הַפֵּל כְּמוֹ שְׁנִתְּבָאֵר בְּאַרְנוֹכָה בְּקוֹנְטֵרַס הַנְּ"ל וְעוֹד דְּלְדַבְּרֵי דְּלֹא גִזַּל פֶּלֶל מְוֹתֵר לוֹ לַעֲשׂוֹת כָּל טְצָדְקֵי דְּמַצִּי לְמִיַּעֲבֵד כַּד' לְהַצִּיל אֵת שְׁלוֹ וְדוֹנְקָא דְּתוֹפְס בְּלֹא סְהָדֵי דִּישׁ לוֹ מִיָּגוּ כְּבָר פְּתַבְתִּי בְּסִימֵן הַנְּ"ל דְּזַהוּ הָוֵי כְּמוֹ דְּנִתְּבָרַר הַחֹב דְּהַב"ד כּוֹפִין לוֹ לְהַתִּיר נְדָרוֹ וְכַמְש"כ שֵׁם בְּאַרְנוֹכָה אֲבָל הִיא דְּהָוֵי תְּפִיסָה בְּעַדִּים בְּסַפֵּק בְּדִין דְּאִז אִין כּוֹפִין לוֹ לִיתְשֵׁל עַל נְדָרוֹ א"כ בְּהַדִּירוֹ הַחֲוִיב מְחַוִּיב לְהַתְּזִירוֹ לְהַחֲוִיב כְּנ"ל וְעִינֵן בְּש"ף ח"מ ס' ס"ו ס"ק נ"ו שֶׁהוֹכִיחַ דְּאֲמַרִּינֵן מִיָּגוּ אַף דְּצְרִיף לִיְמוּד וְעוֹמֵק גְּדוֹל בְּיָם הַתְּלִמוּד וְאַף אִשְׁה נְאֻמָּת ע"י מִיָּגוּ זֶה וְגַם הָרֵא"ש סוֹתֵר דְּבָרֵי עֲצָמוּ בְּזַה יַע"ש וְעִינֵן הַקּוֹנְטֵרַס בְּבִיאֹר כָּל הַנְּ"ל בְּאַרְנוֹכָה יְבֹאֵר לְקַמֵּן בְּדִינֵי תְּפִיסָה בְּדִרְרָא דְּמִמוֹנָא ע"ש: וּלְפ"ו יֵשׁ לְדוֹן בְּקוֹנְשִׁיּוֹת הַמ"מ דְּהַקְּשָׁה דְּאֲמַאי לֹא כְּתַב הָרַמְבַּ"ם בְּהַה אִיבְעִיא דְּשִׁכִּירוֹ וְלִקִּיטוֹ דְּמַהְנֵי תְּפִיסָה מִשּׁוּם דְּלִפְמַש"כ יֵשׁ לְדוֹן בְּזַה דְּלֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה דְּכִינּוֹן דְּמַסְפ"ל אִם יְכוֹל לִיטְוֹל עַל פִּי שְׁבוּעַת שְׁכִירוֹ וְלִקִּיטוֹ אוֹ לֹא א"כ הָוֵי סַפֵּק בְּעִינֵן הַחֹב וְע"כ אַף בְּתַפְס הַנְּגָזֵל אִיזָה חֲפִיצִים מְהַגְּזֵל לְהִיּוֹת גּוֹבָה מִיְנֵיהּ בְּתוֹרַת גְּוִבְיָנָא דְּב"ד וְכַמְש"כ לְעִיל דַּע"כ הָא דְּאִיבְעִי' לְהוֹ בְּשִׁכִּירוֹ וְלִקִּיטוֹ מִיְיָרֵי דְּלֹא תַּפְס אֵת גּוֹף הַחֲפֵץ שֶׁל הַנְּגָזֵל רַק בְּתוֹפְס דְּבָרִים אַחֲרִים שֶׁל הַגְּזֵלָן דַּל"כ הָרֵי יְכוֹל לְטַעוֹן הַבְּרֵי בְּעֲצָמוֹ וְאִין צְרִיף לְהַבְּרֵי שֶׁל שְׁכִירוֹ וְלִקִּיטוֹ דְּהָא בְּנוֹדָאֵי כָּל אִישׁ מְכִיר חֲפִיצִים שְׁלוֹ וְא"צ לְדַחֲוִקֵי בְּזַה א"כ הָרֵי יֵשׁ לְהַגְּזֵלָן מִיָּגוּ דְּאִי בְּעֵי אָסֵר בְּקוֹנָם עַל הַנְּגָזֵל אֵת הַחֲפִיצִים שְׁלוֹ דְּהָא עַד הַזְּמַן שֶׁיְחַלִּיטוֹ הַב"ד לְהַנְּגָזֵל בְּאַחַלְטָתָא דְּב"ד אִינוּ זוֹכֵה בְּגוֹף הַחֲפֵץ וְרַק גּוֹף הַחֲפֵץ שֵׁינָהּ לְהַגְּזֵלָן א"כ הָא יְכוֹל לְאַסְוֹר בְּקוֹנָם עַל הַגְּזֵלָן וְאַף דְּאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ ג"כ חָל הַקּוֹנָם לְשִׁיטַת הָרַמְבַּ"ם כְּנ"ל וְאִינָם יְכוֹלִים לְכוֹפּוֹ לְהַתִּיר נְדָרוֹ מִשּׁוּם דְּהַגְּזֵלָן הוּא מְוֹחֲזֵק בְּעֲצָמוֹ מְסַפִּיקָא וּמְמַלְא צְרִיף הַנְּגָזֵל לְהַתְּזִירוֹ לְהַגְּזֵלָן לְכַן אַף דְּלֹא אָסְרָם בְּקוֹנָם ג"כ הָרֵי יֵשׁ לְהַגְּזֵלָן מִיָּגוּ דְּבִידוֹ לַעֲשׂוֹת הַקּוֹנָם הַנְּ"ל וְאִז יְחַוִּיב לְהַתְּזִירָם לִיד הַגְּזֵלָן וְאִין זֶה מְקַרִי מִיָּגוּ לְהוֹצִיאָא לְשִׁיטַת הָרַמְבַּ"ם פָּרֵק י"ד ה'ל' טוֹעֵן הַמוֹבָא בַּח"מ ס' קל"ג סַעִי' ד' דְּמִי שְׁהִיוּ בְּיָדוֹ דְּבָרִים הַעֲשׂוּיִם לְהַשְׁאִיל וְלְהַשְׁכִּיר וְהוֹדָה לוֹ רַק שְׁאוּמֵר פְּלוּנִי מְכָרָם לִי וְהִלָּה טוֹעֵן שְׁנַגְּבּוּ מִמֶּנִּי אִין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ וְעִינֵן בַּח"מ שֵׁם וּבְש"ף שֵׁם ס"ק י"ג שְׁכַתְּבַת הַמ"מ שֵׁם בְּשִׁיטַת הָרַמְבַּ"ם דְּלְכַן אִינוּ נְאֻמֵן לְוֹמֵר נְגַבּוּ מִמֶּנִּי מִשּׁוּם דְּאַחְזוֹקֵי אִינְשֵׁי בְּגַנְבֵי לֹא מְחַזְקִינוּ וְהָוֵי כְּעִין מִיָּגוּ בְּמָקוֹם חֲזָקָה וּבְאַמַּת הַתּוֹס' בַּב"ב ד' נ"ב ד"ה דְּבָרִים הַעֲשׂוּיִם כו'.

וּב"מ ד' קי"ו ד"ה וְהָא רְבָא אֲפִיק כו' פְּתַבּוּ דְּגַנְבּוּ מִמֶּנִּי לֹא הָוֵי אַחְזוֹקֵי בְּגַנְבֵי דְּכַמְהָ גַנְבִים אִיכָּא בְּעוֹלָם ע"ש ע"כ יוֹתֵר נִרְאֶה לִי לְוֹמֵר דְּשִׁיטַת הָרַמְבַּ"ם דַּס"ל דְּאִינוּ נְאֻמֵן בְּמִיָּגוּ דְּהַשְׁאִלְתִּיו לָהּ מִשּׁוּם דַּס"ל כְּתִירוֹץ מוֹהַר"ר דוּדִי שְׁכַתְּבוּ הַתּוֹס' שֵׁם דְּתִירֵץ דְּזַה מְקַרִי מִיָּגוּ לְהוֹצִיא אַע"פ דְּנוֹטֵל הַדְּמִים וְע"ש בְּרַמְבַּ"ם פ' י"ד ה'ל' מְלָנָה ה'ל' ו' שְׁהִבִיא שֵׁם הַעֲוֹבְדָא דְּב"ב ד' ל"ב וּבַח"מ ס' פ"ג סַעִי' ד' וּבְש"ף שֵׁם.

ובתומים סי' קל"ג ס"ק ה' ובח"מ סי' שנ"ז ש"ף ס"ק ב' וכן ראיתי בקצה"ח סי' קל"ג
ס"ק ז' שפתיב בכוננת הרמב"ם דטעמו דכיון דטענינו ללוקח הוי כמו טענת פרי א"כ הוי
כמו מיגו להוציא ע"ש: ולפ"ז י"ל דהכא בנגזל דתפס פיון דהנגזל טוען שמה ואף דשכירו
ולקישו אומר פרי עכ"ז הא נתפאר לעיל דהדין הוא דהפרי של אחר לא נחשב לברי
משום דהא לא הוי פרי של הבע"ד.

רק בתקנת נגזל נסתפקו דאפשר דתקנו דיכול לטול עפ"י שבועת שכירו ולקישו משום
תקנת נגזל אבל מצד הדין נחשב טענת נגזל לטענת שמה ובברי ושמה קיי"ל דאמרינו
מיגו להוציא כמבואר בכללי מיגו וכיון דהגזלן טוען פרי והנגזל טוען שמה ולהגזלן יש
לו מיגו דאי בעי אסר עליו בקונם על הנגזל דאז הי' מחוייב להחזיר להגזלן את התפישים
שתפס וכבר נתפאר בשם התומים סי' קי"ז דבמטלטלין לכו"ע חל הקונם דלאו בני
שיעבוד הוי ובקרקע הא לא מהני תפיסה וכידוע וע"כ מייירי במטלטלין ולכן לא מקרי
מיגו להוציא אף לפמ"ש"כ בשם הקצה"ח בהא דסי' קל"ג דלכן אינו נאמן במיגו
דהשאלתיו לה משום דהוי מיגו להוציא וע"כ לא ס"ל להרמב"ם והמחבר להפליא
שפתבתי בסימן הנ"ל דהיכא דיש להמערער חזקת מרא קמא לא מקרי מיגו להוציא אלא
ס"ל להרמב"ם דאף היכא דאיכא חזקת מ"ק מ"מ מקרי מיגו להוציא אלא היכא דהוי
פרי ושמה בזה ס"ל לכו"ע דאמרינו מיגו להוציא ולכן שפיר מהימן הגזלן במיגו דאי
בעיני הוי אסר עליו בקונם והי' מוציא ממנו את מה שתפס דה"ה עכשיו דלא אסרו עליו
ג"כ מהימן במיגו להוציא פיון דטוען הנגזל שמה: ומצינו בשבועות ד' מ"ה בתקנת שכיר
נשבע ונוטל דהיכא דיש לבעה"ב מיגו דלא שכרתיך נאמן במיגו דכיון דיש להבע"ב
מיגו בזה לא הימנוהו חז"ל להשפיר וכן מצינו בתקנת נגזל גופא בח"מ סי' צ' בש"ף
ס"ק ז' דהיכא דיש להגזלן מיגו דנאמן לומר שלי נטלתי במיגו דלקוח עי"ש ע"כ היכא
דיש להגזלן מיגו אז מוציאין מהנגזל אף דטוען קים לי דעשו תקנת נגזל ע"י שכירו
ולקישו דמ"מ הא גם היכא דעשו תקנת נגזל מהימן הגזלן ע"י מיגו דאי בעי אסר עליו
בקונם: אבל בהא דמסור לאנסין דאיבעי' לן אי עשו תקנת נגזל בזה להאמין להנפסד
בכמה הפסידו שפיר כתב שם הרמב"ם דמהני תפיסה ולא שייך לומר בזה דיהי' נאמן
המזיק במיגו דאסר עליו בקונם דהא זה הוי מיגו להוציא דהא התם מייירי בטוען פרי
דכה הפסידו כמבואר ברמב"ם שם.

ובברי וברי הא הוי מיגו להוציא דזה לא מהני לשיטת הרמב"ם ואף לשיטת המ"מ פ'
י"ד הל' טוען שפתיב בטעם הרמב"ם דלכן אינו נאמן דנגבבו ממני במיגו דהשאלתיו לה
משום דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן ומשמע דמשום מיגו להוציא הי' מהימן י"ל דשאני
התם כמש"כ הש"ף בח"מ סי' קל"ג ס"ק י"ג דשא"ה פיון דנוטל הדמים ואינו מחזיר רק
החפץ לכן לא מקרי מיגו להוציא כמש"כ הש"ף שם אבל היכא דלא שייך זה שפיר י"ל
דאף היכא דיש לו חזקת מ"ק מ"מ מקרי מיגו להוציא ע"כ כמסור לאנסין דמקרי מיגו
להוציא אין להאמינו ע"י מיגו דאסר עליו בקונם דכיון דהנפסד הוא תפוס מקרי מיגו
להוציא ואף היכא דבידו לעשות ג"כ מקרי מיגו להוציא ואף דמצינו בר"ן דקידושין פ'
האומר גבי זה בני נאמן אף היכא דמוחזק לן באחי וז"ל ולענין הלכה פרבי דאינו נאמן
לאסור כו' דמה לי לשקר פעדים דמי דהלכה פרבי מחבירו.

ואע"ג דפ"ק דב"ב ויבמות פ' האשה שלום איבער' לן אי אַמרינו מיגו במקום חזקה או לא הָתָם הוא מיגו שהי' יכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף האי מיגו פּוֹלֵי האי אַבְל הָכָא מיגו דבְּיָדוֹ הוא שהי' יכול לומר כתבו גט לאשתי כו' עכ"ל אלמא דמצינו להר"ן דמחלק דהיכא דבְּיָדוֹ לעשות מעשה אלימא טובא אף במקום חזקה א"כ ה"ה אפְשָׁר לדון דכה"ג אלים דאף להוציא מהני מיגו דבְּיָדוֹ ועכ"ז הא מצינו להרשב"א דהובא בח"מ סי' מ"ז ש"ף ס"ק ו' דכתב דלא מהימן לומר אַמְנָה בְּמִיגוֹ דמחיל משום דהוי מיגו במקום חזקה דת"י שְׁלוֹ עי"ש אלמא דאינו מחלק בין מיגו דבְּיָדוֹ לעשות גם כעת ובין מיגו דהוי מצי טעין לשעבר פן א"כ ה"ה י"ל בשיטת הרמב"ם דמירינן אליבין דאינו מחלק בין מיגו להוציא ובין בְּיָדוֹ לעשות דג"ז לא מהני להוציא ועיין בש"ף ח"מ סי' צ"ט וקצ"ח שם ובסי' מ"ז והדברים ארונים וקצתתי וקא דתקשה הא כל הנזדר מקרי חוטא וכתבתי בסי' הנ"ל עפ"י הא דקידושין ד' ס"ד דנשפית ופדית' אינו נאמן ומקשו ונהרי בְּיָדוֹ להשיאה לממזר כו' דאף דהוי מילתא דאיסורא עכ"ז פּיִנוֹן דְּהוּי דְּבָר בְּיָדוֹ מְהִימֵן וכמש"כ השעה"מ פ' י"ח ה' איסורי ביאה עכ"ז לא מצינו זה רק במלתא דאיסורא אבְל גְּבִי שְׁאָרֵי מִיְלֵי כְּמוֹ בְּמִיגוֹ בְּמִקוּם חִזְקָה דס"ל להרשב"א הנ"ל דלא לחלק ביניהם ודלא פהר"ן.

ה"ה גְּבִי מִיגוֹ להוציא לא מחלקינן מסברא ביניהם ועוד כְּבָר כְּתַבְתִּי לעיל לדין דהכא ליכא איסור דכל הנזדר מקרי חוטא משום דהא צועק ואומר דחבירו גזול ממנו ע"כ מותר לו לעשות כל טעדיקי דמצי למעבד להציל שְׁלוֹ ועפ"י"ז יש לפלפל בדברי הש"ף סי' צ"ט ס"ק ה' וסי' מ"ז ס"ק ז' ואכמ"ל: ולפ"ז נתבאר דיש לתרץ קושיות המ"מ דמטעם אחר לא כתב הרמב"ם דמהני תפיסה בהא דשכירו ולקיטו משום דנאמן הגזול להוציא את התפיסה מהגזול משום מיגו פּיִנוֹן דְּהוּי בְּרִי וְשָׂמָא כְּנ"ל א"כ ליכא ראיה מזה בספק תקנה לא מהני תפיסה די"ל דשא"ה מטעם אחר דאף בדאורייתא לא מהני תפיסה בזה ואף לפי מש"כ בשיטת הרמב"ם דלא ס"ל למש"כ בסי' הנ"ל דהיכא דאיכא חזקת מרא קמא אַמְרִינן מיגו להוציא מכ"מ לא תקשה עליו לקושיות האו"ת על הא דספ"ג דב"ק דהא כְּתַבְתִּי שָׁם דלשיטת הרמב"ם אינו קשה בפשיטות קושיות האו"ת הנ"ל רק לשיטת הרא"ש תשוב קושיותו ושפיר כְּתַבְתִּי שָׁם ועיין ברא"ש פ' הכונס סי' ט"ו ואינו קשה פלל על מש"כ בסי' הנ"ל] וכינון דנתבאר דיש לתרץ לקושיות המ"מ הנ"ל ע"כ י"ל בספק תקנה ג"כ מהני תפיסה פּיִנוֹן דְּלִיכָא רֵאִי כָּל כּוֹ מְהַרְמְב"ם.

אכן פּיִנוֹן שְׁכַתְבֵי המ"מ בשיטת הרמב"ם דבספק תקנה לא מהני תפיסה וכן תפסו כל הפוסקים ע"כ אני מבטל את דברי נגד כל הפוסקים הנ"ל: [ענה ט והרא"ש פ"א דמכות סי' ג' כתב במאי דפליגי שם אליבין דשמואל במלנה לחבירו על עשר שנים אי שביעית משמטתו אי לא והכריע הרא"ש שם דהלכה פלשנא בתרא דאין שביעית משמטתו ועוד שביעית בזה"ז דרבנן ואזלינן לקולא עכ"ל אלמא דאף דהלנה מוחזק גמור והמלנה בא להוציא ממנו ומחוסר גובינא א"כ הלנה הוא מוחזק גמור בגוף הנכסים ואינו מחוסר שום קנין ואדרבה המלנה הוא מחוסר גובינא ע"י ב"ד ואפ"ה מחוייב הלנה לשלם ולא אַמְרִינן בזה הממע"ה וע"כ הטעם משום דהלנה ספק בתקנה ומוקמינן על ד"ת אלמא דהרא"ש ס"ל ג"כ להדיא דבספק תקנה לא מהני אף תפיסה ברשות ואף דהתובע מחוסר גובינא מכ"מ מוקמי אד"ת וגם הא הָתָם הוּי סָפֵק שְׁאִינוּ בְּעִיקָר הַתְּקָנָה רַק סָפֵק מִצַּד אַחַר דְּהָא הָד סְפִיקָא דפְּלוֹגְמָא דמלנה לחבירו לעשר שנים אי שביעית משמטתו אי לא

אין זה מקרי ספק בעיקר התקנה דהא הו ספיקא יש להסתפק אף בשביעית דאורייתא ונאפ"ה ס"ל דמוקמינן בזה אד"ת ומחנניב לשלם ותקשה מדברי הרא"ש והנ"ל על פל מה שפתיבתי לעיל להוכיח דבספק שאינו בעיקר התקנה מהני תפיסה דהא מדברי הרא"ש הנ"ל מוכח דגם בספק שאינו בעיקר התקנה לא מהני תפיסה וגם מוכח מדברי הרא"ש דלא כמש"כ לעיל לדון בדברי הרמב"ם דס"ל דהיכא דתפס ברשות ותפס בעת לידה הספק ולא תפס מרשות הבעלים דבכה"ג מהני תפיסה אף בספק תקנה דהא מדברי הרא"ש הנ"ל מוכח להיפך דהא הלנה בנודאי תפיס ברשות והמלנה מחוסר גונבינא ונאפ"ה לא מהני תפיסתו וכן איתא בהרא"ש פ"ו דשבת סי' י"ד שפתיב שם ור"ת ז"ל פסק כר' ענני בר ששון דבשול סופרים הלך אחר המיקל ואע"ג דסתם מתניתין פרב דכונתה אשפחן גבי פרוזבול דסתם מתניתין ס"ל דלא מצי למימר פרוזבול הי' לי ואבד וקיי"ל בגיטין פ' השולח כברייתא דסבר כר"נ דמצי למימר פרוזבול הי' לי ואבד כו' עכ"ל הרא"ש אלמא דס"ל דלכו נאמן לומר פרוזבול הי' לי ואבד דבשול סופרים הלך אחר המיקל ונאף מוציאין מהמלנה עי"ז הסברא אלמא דמוקמינן אד"ת משום דהוי ספק בשול סופרים א"כ תקשה מכ"ז על מש"כ לעיל וכן תקשה פדברי הרא"ש הנ"ל מהא דב"ק ד' ל"ו גבי השביח ומכרן לישראל דהוי איבעיא דלא איפשטא ואין מוציאין מן הלוקח כמבואר בטור ס' ש"ב ועיין בהרא"ש פ"ק ט' דב"ק סי' ג' וכן מבואר בהרמב"ם ושו"ע שם ודא ה"ת מה"ת שנייה גוף השבח לבעלים דעיקר הו מילתא רק מצד תקנתא כמבואר שם וברא"ש פ"א דב"מ סי' ל"ט שפתיב שם דמיירי בשנינו' דהדר רק מפני תקנות השבים אתינון עלה והלוקח אינו בא על השבח אלא מצד תקנה ונאפ"ה מספיקא אין מוציאין מן הלוקח וכתבתי לעיל דהטעם הוא משום דהוי תפוס בעת לידת הספק ולא תפוס מרשות הבעלים אלא ממילא הגיע לידו וע"כ מהני תפיסתו אף בספק תקנה כמש"כ לעיל בארובה ולפי זה מצד כש"כ הדין נותן דתועיל מוחזקת של הלנה דלא יצטרף לפרוע להמלנה היכא דאיכא ספק תקנה בשביעית אי משמטת וקשה מדברי הרא"ש הנ"ל: ואפשר לומר ולחלק דשאני התם בהו ספק דשמיתא דהא כתב המל"מ פ"א הל' טוען הל' ט' שפתיב בשם תשובת לחם רב דצייד לומר דהיכא דהוי ונדאי חיוב וספק בחזרה לא מצי הלנה לומר קים לי בספק דפלוגתא למיפטר והמל"מ כתב עליו דאין דבריו נראין ע"ש וטעמו משום דהא אף בספק בפרעון קיי"ל דבטוענו שמה פטור רק בטוען ברי בצירוף חזקת חיוב מוציאין מהלנה דטוען שמה דברי וחזקה חיוב עדיף מחזקת ממונא וכעין זה איתא בכתובות ד' י"ב.

אבל בטוענין שניהם שמה מיפטר וע"כ בספיקא דדינא דטוענים שניהם שמה פטור הלנה או די"ל דהא ידוע מש"כ הפוסקים דבספיקא דדינא לא שייך להעמיד על אוקי אחזקה דאטו בשביל אוקי אחזקה ישמנה הדין כמש"כ התב"ש סי' ל' ס"ק א' והמל"מ פ"ב הל' א' הל' טומאות צרעת והובא בתשובות רע"א זצ"ל סי' ל"ז והר"ן פ"ק דקידושין גבי נתנה היא ואמר הוא עכ"פ מצינו לבעל ל"ר דס"ל דספק פלוגתא בפרעון מחנניב הלנה לשלם ונאף דאנן לא קיי"ל פנותה עכ"ז י"ל דז"א רק בספק דהוי מה"ת אבל בספק דלא הוי רק מצד תקנת חז"ל י"ל דבזה הדין נותן פינון דהוי עליו חזקת חיוב בנודאי רק דהספק הוא בפרעון או באפקעתא דמלכא כמו שביעית דז"א רק מדרבנן דכה"ג מוקמינן אד"ת וכה"ג ראיתי להאו"ת בכללי תפיסה ס"ק מ"ג שפתיב לדון אליבא דשיטת

הרא"ש לחלק דבספק פירעון לא מהני תפיסה עי"ש שהביא בשם כנה"ג שהביא דעת הרבה חכמים בתשובות שמתזיקים בדעת הזאת ואף דאנן קיי"ל היכא דהספק הוא בשל תורה דכינון דהלכה מוחזק ע"כ אף היכא דהוי הספק בפירעון פטור הלכה אבל היכא דהספק הוא בדברבנו היכא דהוא בחזקת חיוב מוקמי על ד"ת משא"כ התם בב"ק גבי שבת וכה"ג דלא שיהי התם חזקת חיוב ע"כ מועיל תפיסה בזה אף בספק תקנה פן יש לדחוק ולחלק בדברי הרא"ש הנ"ל דלא תקשה כ"כ: ואחר כתבי כ"ז ראיתי ונזכרתי כי הבית יוסף בסי' ס"ז בח"מ הביא דברי הרא"ש הנ"ל שם ותמה איך כתב דבשביעית דרבנו אולינו לקולא והקשה הא בספיקא דממונא נקטינו קולא לנתבע והכא הוי איפכא קולא לתובע ותיירץ דנ"ל דטעמי משום דשמקשה איסורא הוא ומקילין דלא תנהוג פיון דרבנו היא בזמה"ז ונהי דנפ"מ לענגן ממונא והוי חומרא לתובע מ"מ פיון דבעיקרא דדינא לא אתי למיבעי אי מפקינו ממונא מהאי גברא אלא לענגן איסורא אי נהג שביעית או לא לקולא נקטינו עכ"ל הב"י הרי שהב"י ג"כ פיון להקשות למה דהקשיתי על הרא"ש ולא תירץ דשא"ה דה"ל ספק בתקנה משום דס"ל להב"י ג"כ כמש"כ דבכה"ג אף בספק תקנה ה"ל מהני תפיסה ע"כ הקשה פן נכתב לחלק דשא"ה דאיתמר הך דינא גבי איסורא ולא גבי ממונא והב"י הביא שם בשם רבינו ירוחם דכתב גבי הך ספיקא דבשביעית דמשמטתה וכ"כ בבת יבמה דאיבעיא לן בספ"ד דכתובות דמהני תפיסה אף דהוי ספק בתקנה והוכח בב"ש לאה"ע סי' קי"ב ובמל"מ שהוכח לעיל אבל באמת אין זה דומה להא דספק שביעית כמו שנתבאר וחינון לפי מש"כ הב"י דשא"ה דהוי מילתא דאיסורא א"כ לפ"ז י"ל דהיכא דלא איתמר גבי מילתא דאיסורא אלא גבי ממונא דהדין נותן דאף בספק תקנה מהני תפיסה ברשות פיון דלא תפס מרשות הבעלים.

וגם היכא דהוי ספק מצד אחר שלא בעיקר התקנה י"ל דמהני תפיסה אף תפס מרשות הבעלים או היכא דהוי ספק בגוף החפץ י"ל דכה"ג מהני תפיסה פנ"ל בארנפה ואחר כתבי כ"ז ראיתי בתשובת מוהרי"ט ח' יו"ד סי' מ' ששפילפל הרבה בדברי הרא"ש והב"י הנ"ל ולא העיר פלל במש"כ וגם ראיתי שכתב המוהרי"ט שם לפלפל במש"כ הרא"ש בב"מ גבי ספק מצרנות דשייך ללוקח וע"פ מש"כ יש לעיין הרבה בכל מה שכתב המהרי"ט שם ומחמת האריכות קצרתני.

ויש להוכיח דבמוחזק גמור מהני תפיסתו אף בספק תקנה מהא דכתובות ד' פ"ז גבי פוגמת דאיבעיא להו התם פמה איבעיות נכתב הרי"ף והרא"ש דכינון דלא איפשיטא אין מוציאין מהלכה בלא שבועה אלמא דמוחזק גמור יכול להחזיק ת"י אף בספק בעיקר תקנה דאל"כ קשה דנימא דהא מה"ת מהימן בלא שבועה להסוברים פתובה מה"ת ובפרט בשטר א"כ הוי ספק בעיקר התקנה וע"כ מוכח דכינון דהמלכה הוא מחוסר גובינא ע"כ מהני תפיסת הלכה וכן יש להעיר קצת מהא דב"ב ד' קנ"ה בבג"י ברק בא' שמוכר נכסיו ומת ובאו קרוביו לערער דקטן ה"ל בשעת המכר אין שומעין להם משום דחזקה אין עדים חותמין כו' ואף היכא דנסתפקנו רק אם ה"ל בן עשרים דאינו מוכר בנכסי אביו פחות מעשרים מ"מ לא דנין בזה משום ספק תקנה להקל פיון דמה"ת לא בעיא שיהי' פן כ' ולא אתיא עלה אלא מטעם דחזקה אין העדים חותמין כו' ומוכח מזה דכינון דקרקע בחזקת בעליה ה"ל מוחזק גמור ואין מוציאין מהמוכר אף דלא הוי אלא ספק תקנה ומה"ת הקרקע בנודאי שייך להלוקח ומוכח פנ"ל ויש לדחות כ"ז לפמש"כ המצ"מ

דהיכא דטוען פרי אף בספק תקנתא מהני תפיסתו א"כ נדחה מש"כ דהא ביהא דפונגמות
דטוען הנתבע פרי וכן התם בבגני פרק דטוענים פרי לא שייך התם לדון משום ספק תקנה
וגם הא התם בב"ב לא הוי הספק בעיקר תקנה רק מצד אחר וכנ"ל: ע"כ נדחה מש"כ
אף פתבתי לעיל שארי הוכחות להוכיח פן ועין בסוף הסי' מה שכתבתי שם: ענה ובאה"ע
סי' קי"ח סעי' ו' מבואר דדבר שאינו מפורש בהתקנה נעמידנו על ד"ת וכן כל ספק שיש
בו תקנה על יורשי האשה להביא ראיה דאין מוציאין ירושת הבעל מספיקא ב"י בשם
תשובות הר"ן סי' י"ד וכתב שם ביאור הגר"א זצ"ל דזהו משום דקיי"ל כב"ה דמתו
בעליהן עד שלא שיתו כו' ב"פ החולץ ד' ל"ח וזהו מדברי הר"ן בתשובה סי' י"ד דזה
דומה להא דבימות החולץ הנ"ל בספק ונאי ספק לא ונאי דלא מפקינן ממונא מספיקא
ע"ש ולכאורה קשה הא י"ל דשא"ה גבי מתו בעליהן דתובעת חוב פתובה והוי בע"ח
ספק ואין מוציא מידי נודאי וכמו בכל ספק בע"ח דאמרינן הממע"ה דהא הוי מחוסר
גובינא משא"כ היכא דבאו יורשי האשה מפח התקנה דלפי צד התקנה שייך גוף הספק
להם א"כ הוי ספק ודומה למה דס"ל ב"ש שם דכיון דשטר העומד לגבות פגבוי
דמיהוי ספק ושאני אליבני דב"ה דהוי מחוסר גובינא כפי רש"י שם א"כ דמינן
לא אתי שפיר: וראיתי בהר"ן שם דמיינרי בהתנה הבעל להחזיר ליורשיה מה שיהיה
יורש ממנה ובאם שלא יהיה זרע קיימא ונולד הספק בהז"ק לפי שלא היה חי ל' יום
אחר מיתתה וע"ז פתב שם דהוי ספק ואין מוציאין מהבעל שאפ"י היה הלשון מסופק
ה"ל הבעל נודאי ואין מוציאין בספק מידי נודאי כמו הא דפ' החולץ כו' ע"ש וזה ניחא
באמת דהא מבואר בר"ן פתובות פ"ט על הך משנה דש"פ הפותב דו"ד אין לי בחייה
ובמותיה דאם מתה אינו יורשה ורשב"ג ס"ל דירשה וכתב שם הר"י דלית הלכתא
פנותיה ובירושלמי אי' א"ר יוסי אליו דכתבין לנשיהון אי מיתה בלא בני כל מה דלה
תהדר לבי נשא כל תנאי שבממון קיים עכ"ל הר"י ויהירושלמי הלז הוא בכתובות פ"ט
סוף ה' א' וכתב שם הר"ן בשם הרמב"ן לפרש הירושלמי דלא היה בדרה תנאי דלא
יירשנה אלא יורשה ומחזיר לה ירושתה כו' דלאחר שנשאת לא אא"כ מחייב עצמו
להחזיר ליורשיו מה שירש ממנה דבכה"ג נודאי מהני עכ"ל הר"ן ומה"ט פתב הרמ"א
באה"ע סי' צ"ב סעי' ז' דאף דלא מהני תנאי לאחר שניסת עכ"ז אם מחייב א"ע להחזיר
ליורשיו מה שירשה צריף לקיים והוא מהר"ן בשם הרמב"ן הנ"ל והריב"ש ומה"ט הי'
מועיל התנאי שהתנה הבעל להחזיר ליורשיו מה שירש ממנה המבואר בתשובת הר"ל
הנ"ל א"כ עיקר מקילתא דהתנאי הנ"ל הוא מפני תורת חיוב על גופו ואל"כ לא היה
מועיל התנאי כלל לכ"ע אם היה תנאי זה לאחר שניסת פמבואר באה"ע ובב"ש שם א"כ
עיקר זכות יורשי האשה הוא מפאת התחייבות של הבעל ולכן מקרי הבעל מוחזק גמור
ויורשי האשה הבאין עליו מפח התחייבות אמרינן בהו הממע"ה כמו בכל שט"ח היכא
דהוי ספק דלב"ה דקיי"ל פנותיה דשט"ח העומד לגבות לאו פגבוי דמי והוי הלז מוחזק
וה"ה ה"כא פינו דבאמת יורשה הבעל דלא מצי להפקיע זכות ירושתו כ"א מצד דהתחייב
א"ע להחזיר ליורשיה מה דיירשנה א"כ גוף הנכסים יורשה בעלה אלא דעליו מוטל
החיוב להחזיר ליורשיה ולכן שפיר פתב הר"ן לדמות זה להא דפ' החולץ דלב"ה אין
מוציאין בספק שטר ועיין בתוס' סוטה ד' כ"ה ד"ה ב"ש אומרים כו' א"כ לא אתינן עלה
ביהא דתשובת הר"ן הנ"ל משום ספק תקנתא אלא מטעם [אחר פנ"ל ועוד י"ל בזה ע"פ

המבואר בח"מ סי' ס"ה סעי' כ"ג באומר שטר א' מחול לה דהקטן מחול ולא הגדול והטעם מבואר בפ"ה שם ובבאור הגר"א זצ"ל ס"ק ע"ה דהיכא דבא לזפות מפח דבורו דנין על התחתונה ועיין בפ"ה ח"מ סי' מ"ב ס"ק י"ח מש"כ פ"עין זה בשם המהרי"ק ע"ש והנתיבות שם ס"ק ח' פתב לבאר דברי המהרי"ק ע"פ מש"כ בכללי תפיסה ס"ק י"א דכל היכא שפא לזפות מפח הלשון ויש ספק בהלשון אינו זוכה כלל והטעם פתב הנתיבות ביותר בכללי תפיסה שם משום דאין פנונת האדם בלשונו רק על הדבר הפרור במשמעות לשונו ולא על משמעות הספק בלשונו דלא מחית נפשיה לספיקא כו' וזה אינו רק בספק במשמעות לשונו דאז אף היכא דהוי מוחזק גמור לא מהני מספיקא אבל בספק במעשה לא שייך זה ואזלינו בטר מוחזק עכ"ל הנתיבות בכללי תפיסה בקצרה ולפ"ז ה"ה היכא שנולד ספק במשמעות הלשון של התנאי דהתנה הבעל להחזיר ליורשי אשה באם לא יהיה לה זרע קנימא אם בעי שייח' לאחר מיתתה ל' יום או כיון דחי הנולד למ"ד יום סגי כמו שנסתפק בתשובת הר"נ הנ"ל ע"כ כיון דעיקר זכות יורשי האשה הוא מפני לשון של התנאי דהבעל א"כ גם בזה י"ל דלא נתפנון הבעל רק על הפרור בלשונו ולא על הספק בלשונו כמו בשטר א' מחול לה דהקטן מחול ולא הגדול כנ"ל וע"כ שפיר פתב הר"נ לדינא דהדין הוא עם הבעל היכא שנולד ספק בפירוש הלשון של התנאי א"כ נתבאר בשני אופנים על נכון פנונת הר"נ בתשובה הנ"ל אף יותר נראה בפנונת הר"נ כמש"כ בתחלה משום דהחילוק הב' קשה להעמיס זה לכאורה במשמעות הר"נ הנ"ל עכ"פ אינו מוכח מהר"נ לה דספק תקנה הנ"ל: והנה הגר"א זצ"ל שם באה"ע סי' קי"ח ס"ק ז' פתב על הא דמבואר שם דדבר שאינו מפורש בהתקנה נעמידנו על ד"ת וכתב הגר"א שם דהבעל נודאי וקיי"ל כב"ה כו' דזהו מהרא"ש פ"ל נ"ה סי' ה' עכ"ל וראיתי בתשובת הרא"ש שם דמירי היכא שכתב לה שט"ח ע"ע קודם שישאנה וקורין לשטר זה שטר נדוניא ותקנת טולטילא שייחלקו בעלה עם יורשיה אע"פ שד"ת בעלה יורשה ומוכח דזה לא מקרי ראוי כמו בבכור דמלנה שעמו פלגי והכא פתב הרא"ש דמה"ת יורשה פלו ומוכח מזה כמש"כ החלקת מחוקק בסי' צ' ס"ק ח' ועיין שם בב"ש ס"ק ט' ואכמ"ל] דנולד ספק אם הבן מת תחלה אז שייך מחצה ליורשי האשה או האשה מתה תחלה דאז יורשו הבעל לבנו כו' וסיים הרא"ש שם דבנידן זה הנכסים הללו לא יצא מעולם מרשות הבעל ואין עליו כ"א שט"ח וקיי"ל שט"ח העומד לגבות לאו כגבוי דמי וכיון שהבעל מוחזק ויורשי האשה באין להוציא ממנו בטענת ספק שאומרים שמת הבן תחלה לא מפקינן מיניה עד שיברר טענתו וכמו במתו בעליהן עד שלא שתו דב"ש כו'.

וכן בנידן זה על יורשי האשה להביא ראיה כו' עכ"ל הרא"ש. א"כ הא מירי הרא"ש בגנונא דהבעל הוי מוחזק רק נתן שט"ח להאשה ואף דהשט"ח הוא ת"י יורשי האשה עכ"ז הא שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי כב"ה כמש"כ הרא"ש א"כ משמע מזה דלב"ש דס"ל דהוי כגבוי נחשבים הכא יורשי האשה למוחזקים והי' נוטלים את הספק ולא הבעל ולא אמרינו דהא הוי ספק בתקנה ומוקמי על ד"ת ולא מהני מוחזקות דהא אינו באין רק מצד זכות התקנה א"כ מוכח מתשובת הרא"ש הנ"ל דמוחזק גמור מועיל אף בספק תקנה וכמש"כ לעיל או דמוכח מתשובת הנ"ל דהיכא דנולד הספק מצד אחר שלא בעיקר התקנה אין אנו דנין בזה ספק תקנה להקל וכמש"כ לעיל לחלק והתם בנידן תשובת הרא"ש הנ"ל לא היה הספק בעיקר התקנה רק נולד הספק בהמעשה מי הוא מת

תחלה הבן או האשה דבכה"ג אם הנה יורשי האשה נחשב למחזקים הי' נוטלים רק לפי דקיי"ל כב"ה דלאו פגבוי דמי ע"כ מקרי הבעל מחזק: ולפ"ז צ"ע על מה דכתב המחבר באה"ע שם דדבר שאינו מפורש בתקנה נעמידנו על ד"ת דמשמע דמשום ספק תקנה אתו עלה וציינו לתשובת הרא"ש הג"ל ובאמת הא שם בתשובה אתו עלה מטעם דלאו פגבוי דמי אבל לא מצד ספק תקנה וכן מש"כ הרמ"א שם באה"ע דכל ספק שיש בתקנה על יורשי האשה להביא ראיה דאין מוציאין ירושת הבעל מספיקא וציינו דזהו מתשובת הר"נ הג"ל ובאמת הא הר"נ לא אתי עלה מצד ספק תקנה רק מצד דקיי"ל דהבעל הוי נודאי ויורשי האשה ה"ל ספק כמו ביבמות פ' החולץ ולא הזכיר הר"נ שם כלל מן ספק תקנה דהא לא מייירי התם כלל מן תקנה רק מייירי שם מן תנאי דכתב שיור לירושיה כנ"ל וע"כ לא שייך התם לדון היכא דכתב מדעתו להו דספק תקנה דהא כיון דכתב מדעתו ה"ל פשל תורה וע"כ מוכח פנונת הר"נ כמש"כ לעיל א"כ הן מתשובת הר"נ הג"ל והן מתשובת הרא"ש הג"ל אינו שום הוכחה להא דספק תקנה דמוקמי על ד"ת: ומלשון הרמ"א שכתב דבספק תקנה על יורשי האשה להביא ראיה דמשמע דאף היכא דיורשי האשה המה מחזקים ג"כ לא מהני התפיסה משום דמוקמי על ד"ת.

ולדעת הסוברים ירושת הבעל מה"ת נודאי אתי שפיר ואף לשיטת הרמב"ם דס"ל ירושת הבעל דרבנן כמבואר בסי' צ' ב"ש ס"ק ח' עכ"ז שפיר כתבו דהא דספק תקנה דלא מפקיעין זכות ירושת הבעל משום דמבואר בתשובת הרשב"א סי' תתקי"ד.

דהזכות שיש לא' מצד דינא דגמ' עדיפא מן מי שאין לו זכות רק מצד תקנת הגאונים וכ"כ שערי שבועות להרי"ף שער ב' והובא באו"ת סי' ק"ז ס"ק ד' עי"ש וכ"כ המהרשד"ם ח' א"ע סי' קכ"ה א"כ מהאי טעמא בספק תקנה דבתראי לא מפקיעין זכות הבעל דיש לו מדינא דגמ' ומהאי טעמא אף בירושת הבעל לנצ"ב דכתב ההפלאה פתובות ד' מ"ז דאינו יורש רק מדרבנן משום דמה"ת דינו פראוי על פלגא וכמש"כ הב"ש בסי' צ' ס"ק ט' בשם הרשב"א ואפ"ה בספק מוקמי על ד"ת והטעם כמש"כ דתקנת חז"ל הקדומה בזמן המשנה עדיפא מן תקנת הגאונים והמדינות כנ"ל והדברים ארוכים: אף עיקר דבריו מה דהוציא פן מתשובת הר"ן הג"ל באמת אין זה מוכח כלל מדברי הר"ן הג"ל דהא הר"נ לא הזכיר שם מן נידון תקנה רק מייירי בתנאי דהתנה בפירושו ושם לא שייך לומר דבספק נעמידו על ד"ת דהא מה דכתב לה מועיל ע"פ ד"ת וכבר נתבאר טעם אחר בכוננת הר"ן הג"ל א"כ צ"ע מנלן להו להוכיח פן מתשובת הר"ן הג"ל וכן מה שהוציאו פן מתשובת הרא"ש הג"ל ג"כ אינו ברור דהא אדרבא מוכח מתשובת הרא"ש הג"ל דלב"ש דס"ל פגבוי דמי הנה מחזיקי הבעל לסלק ליורשי האשה אע"פ שאינו שייך לה רק מצד התקנה דהתקינו שאם ימות בלא ז"ק שיחלוק בעלה עם יורשיה ולא אמרינן דמספק נעמידו על ד"ת רק עיקר טעמו לפי דקיי"ל כב"ה דלאו פגבוי דמי והבעל הוא מחזק לא מפקיעין ממונא מספיקא א"כ אדרבא מוכח להיפך ע"כ צ"ע מה שכתבו דספק תקנה מעמידין על ד"ת והבעל יורשה ומשמע אף היכא דהמה מחזקים דאל"כ למה הוצרכו להוציא פן מתשובת הרא"ש והר"נ הג"ל ובאמת אינו מוכח משם כלל ואדרבא מתשובת הרא"ש מוכח להיפך: וראיתי בתשובת מוהרי"ט ח' יו"ד סי' מ"ס שכתב בשם תשובת הרא"ש בענין תקנת ירושת אשה שכל ספק שיארע בו יד התקנה על התחתונה שהיא באה להוציא מידי ירושה של תורה ומסתמא אפילו תפסו היורשין מוציאין מינדה

ואפילו אם היו רשמים היו חייבין מעות הבעל מוציא מיזם דיד התקנה על התחונה כ"כ שם המוהרי"ט באמצע התשובה ולפי מש"כ מוכח מתשובת הרא"ש להיפך ויותר הנה להשו"ע והרמ"א באה"ע שם להוכיח פן מהא דכתב המ"מ פ"ד הל' גזילה להוכיח מדלא כתב הרמב"ם דבשכירו ולקוטו אם תפס אין מוציאין משום דבספק תקנה לא מהני תפיסה: אף באמת מוכח פדברי הרמ"א הנ"ל והשו"ע מתשובת הרא"ש פלל נ"ה סי' זו שכתב שם הרא"ש היכא שהי' תקנה דהאלמנה לא תטיל רק חצי העיזבון אם הוא פחות מפדי פתובה ויש על העיזבון חובות דכתב בזה"ל אחרי שאין הדבר מפורש בהתקנה יד האלמנה על התחונה פי התקנה באה להוציא מפתח דין תורה הדין נותן שתטיל כו' הלפך אמרי' פה היתה מסתמא התקנה שכל הנמצא בשעת מיתתו דבר שהגוף שלו יחלקו ולא יפחתו חלק האלמנה בשביל השיעבוד שהי' משועבד לאחר כו' וכל הדין שיש לה בגביות פתובה לא יגרע חלק הראוי לה מפתח התקנה כו' עכ"ל הרא"ש אלמא דס"ל דכל שאין מפורש בהתקנה מוקמי אד"ת אף להוציא דהא התם האלמנה באה להוציא מיורשי הבעל ואפ"ה הדין עמה.

א"כ שפיר הוציאו פן מתשובת הרא"ש הנ"ל אף הציין שצינינו מתשובת הרא"ש סי' ה' זה אינו והעיקר הוא מתשובת הרא"ש סי' ז' ולפ"ז יש להעיר בתשובת הרא"ש דסי' ה' דסותר ומש"כ הרא"ש בסי' ז' דהא בסי' ה' משמע דאלו היו יורשים מוחזקין היו נוטלים את הספק רק לפי דקיי"ל כב"ה דלא כגבוי דמי אינם נוטלין ואלו הכא באלמנה אף שיורשי הבעל הנה מוחזקים אפ"ה ס"ל דיכולה להוציא משום דבספק בתקנה מעמידין על ד"ת: אכן לפיכך לעיל ניקח משום דהא נתבאר לעיל דדוקא בספק בעיקר תקנה מוקמינו אד"ת אבל במה שנסתפקו בהמעשה איה הנה בזה לא אמרינו פן א"כ הא בתשובת הרא"ש דסי' ה' מיירי במסופקים בהמעשה אם הבן מת תחלה או האשה תחלה ע"כ אם היתה האשה או יורשיה מוחזקים הנה נוטלים הספק משום דהא לא נולד הספק בעיקר התקנה רק בדבר אחר אבל בהא דסי' ז' שנולד הספק אם יפחתו חלק חצי של האלמנה בשביל שיעבוד שמשועבד לאחר או לא א"כ הספק הוא בעיקר התקנה איה תקנו ע"כ בזה שפיר כתב הרא"ש דמוציאין מיורשי הבעל משום דבכה"ג מוקמי אד"ת.

ולפ"ז מוכח דאף מוחזק גמור מוציאין ממנו בספק בעיקר התקנה ודלא כמש"כ בארובה לעיל: אמנם נלע"ד גם ז"א דהא בתשובת הרא"ש דסי' ז' לא כתב דהוי זה ספק בהתקנה רק אדרבא כתב בזה"ל דכיון דאינו מפורש בהתקנה נעמידו על ד"ת ומסתמא פה היתה התקנה דלא ינפחת חלק חצי שלה כמו בגביות פתובה שלה ע"פ דין א"כ באמת אין זה שום ספק פלל לבדות מעצמינו אינה ספק ולחדש בהתקנה נעמידו על ד"ת ומסתמא באה"ע מסתמא לא תקנו לפחות ולגרוע זכותה ביותר מן ד"ת וכן מורה הלשון בהמחבר באה"ע שם שכתב בזה"ל דבר שאינו מפורש בהתקנה נעמידו על ד"ת והרמ"א סיים וכן כל ספק שיש בתקנה על יורשי האשה להביא ראיה דאין מוציאין ירושת הבעל מספיקא ב"י בשם תשובת הר"נ והבאר הגולה ציין על המחבר דזהו מתשובת הרא"ש פלל נ"ה סי' ו' הרי דהרמ"א חידש לנו זה הדין דספק בתקנה אבל המחבר משמע דלא איירי מזה רק כתב דבר שאינו מפורש כו' דמשמע כמש"כ דאתי להורות דלא לבדות ספק מדעתנו.

אָבֵל הֵיכָא דְנוֹלַד סָפֵק בְּהַמְעָשָׂה אוּ הֵיכָא שְׁיֵישׁ סָפֵקָא דְפְלוּגְתָא בְּעֵינֵי אֵיזָה סָפֵק תַּקְנָה אוּ אֵיבְעֵינָא דְלֹא אֵיפְשָׁטָא מְזָה לֹא פִתְבַּר הַמְחַבֵּר פְּלִל רַק הֶרְמִ"א פִתְבַּר זֶה בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הֶרְ"ן ע"פ חֲזוֹנֵי דְהַבְּאָר הַגּוֹלָה צִיָּין לְהַדְּסִי ו' וְלֹא לְמָה שְׁפִתְבַּר בְּיֹאזֵר הַגֵּר"א זצ"ל לְהַדְּסִי ה' וְגַם הָא נִתְבְּאָר דְמִתְשׁוּבַת הֶרְ"ן אֵינּוּ מוֹכַח פְּלִל לְהָא דְסָפֵק תַּקְנָה דְהָא מֵיָרִי בְּסָפֵק בְּתַנְאֵי שְׁפִתְבַּר הַבְּעַל מְדַעְתּוֹ פִּנ"ל וצ"ע: עָנַף יֵא וְנִלְע"ד לֹא מְרַבֵּן בְּכּוֹנֵנַת הֶרְמִ"א הַנֶּ"ל דְנִתְפּוֹנֵן לְמָה שְׁיֵישׁ לְדוֹן ע"פ מִש"כ הַטּוֹר בַּח"מ ס' ק"ז וּבִטּוֹר אַה"ע ס' ק' בְּשֵׁם הֶרְמִב"ם בְּהָא דְתַקְנַת הַגְּאוּנִים דְגוֹבִין מִמְטַלְטְלִים דִּיתְמֵי דְנִהְגּוּ לְכַתּוּב בְּכָל הַפְּתוּבוֹת מְקַרְקְעֵי וּמְטַלְטְלֵי כו' וְדָבָר זֶה תַּקּוֹן גְּדוֹל וְכָל תַּנְאֵי שְׁבַמְמוֹן קָיִים כּו' וְדוֹנָקָא מִי שְׁיֵידַע בְּתַקְנַת הַגְּאוּנִים כּו' וְהוּבָא בַח"מ ס' ק"ז וּבִסְמ"ע שָׁם וּבַאֲה"ע ס' ק' ב"ש ס"ק א' בְּשֵׁם הַמ"מ עַל מִש"כ הֶרְמִב"ם דְגוֹבִין מִמְטַלְטְלֵי דִיתְמֵי דְדוֹנָקָא מִי שְׁיֵידַע הַתַּקְנָה אָבֵל אִם א"י אֵין גּוֹבִין מִן הַיּוֹרְשֵׁי שְׁאִין לֹא מְרַבֵּן אֶפְסָר שְׁלֹא נִכְתַּב פְּנִיבְתָא דְמִי שְׁאִין זֶה תַּנְאֵי ב"ד כְּיָנֵן דְנִתְחַדַּשׁ אַחַר הַש"ס כּו' עכ"ל.

הַרִי דְמַצִּינוּ לְתַקְנָה הַגְּאוּנִים לְדוֹן רַק הֵיכָא דִידַע וְאָמְרִי דְמִסְתַּמָּא נִתְרַצָּה לְזֶה וְהוּי כְּמוֹ דְהַתְחַיֵּיב הַבְּע"ח בְּזֶה וְעִיָּין בְּש"ף ח"מ סוֹף ס' מ"ב ס' וְעִיָּין בַּאֲה"ע ס' ס"ו ב"ש ס"ק כ"ז שְׁפִתְבַּר כְּיָנֵן דְמִנְהַג הַמְקוֹם הוּא פִּן א"כ עַל אוֹתוֹ הַמְקוֹם הַתְחַיֵּיב א"ע בְּשַׁעַת הַנִּשְׁוֹאִין א"כ ה"ה בְּתַקְנַת טוֹלְטִילָא וְכַה"ג בְּנוֹדָאֵי עֵיקָר דְבָר זֶה דְמוֹעִיל זֶה מְשׁוּם דְאָמְרִינוּ דְמִסְתַּמָּא הַתְחַיֵּיב א"ע בְּזֶה בְּשַׁעַת הַנִּשְׁוֹאִין וְזֶה כַּש"כ מִן תַּקְנַת הַגְּאוּנִים הַנֶּ"ל דְלֹא הָיָה מְהֵנִי רַק מְצַד דְאָמְרִינוּ דְהַתְחַיֵּיב א"ע בְּזֶה כַּש"כ בְּתַקְנַת וּמְנַהֵג אֵיזָה מְדִינָה דְאָמְרִינוּ בְּעֵיקָר הָא מִקְלָתָא מְשׁוּם דְנוֹדָאֵי הַתְחַיֵּיב א"ע בְּזֶה וְכִיּוֹן דְחֲזוֹנֵי בְּסִילּוּק יִרְוֹשַׁת הַבְּעַל דָּאִם סִילַק בְּעוֹדָה אַרוּסָה הַרְבֵּה רֵאשׁוּנִים פְּלִיגֵי בְּזֶה וְגַם לְהַסּוֹבְרִים דְמִהֵנִי הַסִּילּוּק אֵין זֶה אֱלָא בְּסִילּוּק מְנַכְסֵי אֲשֶׁתּוֹ בֵּין אַירוּסִין לְנִשְׁוֹאִין וְכַמִּש"כ הַש"ף בַּח"מ סוֹף ס' ס"ו וְהַב"ש בַּאֲה"ע ס' צ"ב אָבֵל אִם מְאָרְסִין תַּחַת הַחֻפָּה לֹא הָיָה מְהֵנִי הַסִּילּוּק ע"כ בְּתַקְנַת טוֹלְטִילָא וְכַה"ג בְּנוֹדָאֵי אֵינּוּ בְּכוּחַם לְחַיֵּיב לְהַבְּעַל שְׁלוֹ ע"פ ד"ת וְזֶה כַּש"כ מִתַּקְנַת הַגְּאוּנִים הַנֶּ"ל שְׁפִתְבּוֹ הֶרְמִב"ם וְהַמ"מ דָּאִין לְדוֹן בַּע"כ אִם לֹא הֵיכָא שְׁיֵידַע מִתַּקְנַת הַגְּאוּנִים א"כ ה"ה בְּתַקְנַת טוֹלְטִילָא דְלֹא מְהֵנִי אֱלָא כְּשֵׁידַע הַמְנַהֵג כַּמִּש"כ הַב"ש בַּאֲה"ע ס' נ"ג ס"ק ט"ז בְּשֵׁם הֶרְשֵׁב"א וְאֵז אָמְרִינוּ דְהַתְחַיֵּיב א"ע לְזֶה הַמְנַהֵג א"כ עֵיקָר טַעַם תַּקְנַת הַמְנַהֵג הוּי מְשׁוּם דְכָל הַנּוֹשֵׂא עַל דַּעַת הַמְנַהֵג הוּא נוֹשֵׂא פְּמִבְּנֵאָר בְּסִי קִי"ח סְעִי י"ט בְּרַמ"א שָׁם:.

וְע"כ תַּקְנֵנוּ לְתַקְנַתֵּם בְּאִנְפֵּן דִּיהֵי מוֹעִיל הַלְשׁוֹן ע"פ ד"ת כְּמוֹ בְּהַתְחַיֵּיבוֹת פִּנ"ל. וְכַבֵּר כְּתַבְתִּי לְעִיל שְׁנֵי אוֹפְנִים בְּהַתְחַיֵּיבוֹת דְהַבְּעַל הוּי מְוַחֲזָק מְשׁוּם דִּיּוֹרְשֵׁי הָאֲשָׁה בְּאִין בְּתוֹרַת הַתְחַיֵּיבוֹת וְאָמְרִינוּ בְּזֶה הַמְמַע"ה אוּ מְשׁוּם דְכִיּוֹן דְעֵיקָר הַזְּכוּת שְׁל יוֹרְשֵׁי הָאֲשָׁה דְבָאִין מְצַד דְבוּרוֹ שְׁל הַבְּעַל וְדִיּוֹנֵי לּוֹ כְּמוֹ בְּאֹמֵר מְחוּל לָא הַשְּׁטֵר דְלֹא מְחוּל רַק הַקְּטָן וְלֹא הַגְּדוֹל מְשׁוּם דְלֹא מַחִית אֵינֶשׁ לְסָפִיקָא וְכַמוֹ שְׁבַפְיָא זֶה הַנְּתִיבוֹת בְּרֵאיוֹת וְהוּבָא בְּקַצְרָה לְעִיל א"כ ג"כ מְצַד הַתַּקְנָה דְתַקְנֵנוּ דִּיּוֹרְשֵׁי הָאֲשָׁה יִהְיוּ יוֹרְשֵׁין וְנָדָא הָיָה תַּקְנָתֵם בְּתוֹרַת חַיּוּב עַל הַבְּעַל דְאֵי נִימָא דְזֶהוּ בְּתוֹרַת סִילּוּק הַבְּעַל מִיִּרְוֹשַׁתּוֹ הָא זֶה לֹא מְהֵנִי לְהַרְבֵּה רֵאשׁוּנִים פִּנ"ל וְגַם אֶפְלוּ לְהַסּוֹבְרִים דְמִהֵנִי ג"כ לֹא מְהֵנִי רַק בְּכוּתְבַּר לְאַחַר אַירוּסִין וְלִכְּן כְּשֵׁתַקְנֵנוּ הַתַּקְנָה בְּנוֹדָאֵי הַתַּקְנֵנוּ דִּיהֵי בְּאִנְפֵּן הַמוֹעִיל ע"פ ד"ת לְדַבְּרֵי הַפֶּל וְלֹא הָיָה מְעִילֵי נְפִשְׁיָה לְפְלוּגְתָא וְגַם בְּנוֹדָאֵי תַקְנֵנוּ דִּיהֵי מוֹעִיל בְּכָל עַת וְכָל הַמְקוֹמוֹת

ולא דווקא באם אירס מקודם החופה דא"כ במקומות שמאָרסין תחת החופה לא יִהְיֶה מועיל התקנה וּבְנוֹדָאֵי תַקְנֵנוּ דְיוֹעֵיל בְּכָל הַמְקוֹמוֹת וְכִיּוֹן דְעֵיקָר הוּא מַצַּד הַתְּחַיִּיבוֹת ע"כ דְּנִין בְּזֶה הַמַּעֲמָה אוּ מִשּׁוּם דְּלֹא מַחִית נַפְשֵׁיהָ לְסַפִּיקָא וְלֹא נִתְפַּוֵּן רַק עַל הַפְּחוֹת בְּהַחְיִיב וּנְפ"מ בֵּין הַטַּעֲמִים הַנ"ל דְּאֵלוּ מִשּׁוּם הַטַּעַם שְׁפַתְבְּתֵי דְכִיּוֹן דְּהַבְעֵל בָּא בְּתוֹרַת חַיִּיב ע"כ הוּי הַבְעֵל מְוַחֲזָק דְלפ"ז דווקא בְּסַפְקָא הֵיכָא דְקִיָּמָא בְּאַגַּם אוּ בְּרִשּׁוֹת אַחַר אֲזֵי הַדִּין עִם הַבְעֵל מִשּׁוּם דְּהַבְעֵל מְקָרֵי מְוַחֲזָק בֵּינָן דְּגוּף הוּי שְׁלוֹ וְאִינָן בְּאִין עָלְיוּ רַק בְּתוֹרַת חַיִּיב שְׁל הַבְעֵל כְּנ"ל אֲבָל הֵיכָא דְּגוּף הַחֲפִיצִים הֵמָּה בְּרִשּׁוֹת יוֹרְשֵׁי הָאִשָּׁה אֲזֵי אִף דְּאָתוּ עָלֶיהָ בְּתוֹרַת חַיִּיב שְׁל הַבְעֵל עכ"ז אִם הֵמָּה מְוַחֲזָקִים יְכוּלִים לְזַכּוֹת בְּתוֹרַת תְּפִיסָה מְסַפְקָא כְּמוֹ בְּסַפִּיקָא דְדִינָא דְהַעֲלָה הַש"ף בְּתַקְפּוֹ פִּהֵן לְהַשִּׁיג עַל הַיִּש"ש וְהַמַּהֲרִי"ט וְהַקְצָה"ח בְּסוּף כְּלָלֵי תְּפִיסָה דְאִף בְּסַפְקָא חוֹב וְהַתְּחַיִּיבוֹת מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּסַפִּיקָא דְדִינָא א"כ ה"ה בְּסַפְקָא חוֹב שְׁיִשׁ לְיוֹרְשֵׁי הָאִשָּׁה עַל הַבְעֵל ג"כ אִין מוֹצִיאִין מִיָּדָם אִף לְטַעַם הַשְּׁנֵי דְכַתְבְּתֵי דְכִיּוֹן דְּלֹא מַחִית נַפְשֵׁיהָ לְסַפִּיקָא לֹא נִתְפַּוֵּן רַק לְהַפְּחוֹת א"כ מִטַּעַם זֶה אִף הֵיכָא דְהוּי יוֹרְשׁוֹ הָאִשָּׁה מְוַחֲזָקִים וְתַפּוּסִים בְּרִשּׁוֹת מ"מ אִינוּ מוֹעִיל מְוַחֲזָקוֹת שְׁלֵהֶם וְכְמוֹ בְּשֹׁטֵר א' מְחוּל לָךְ דְאִף דְהִלְנָה הוּא מְוַחֲזָק וְהַבְע"ח דְבָא לְהוֹצִיא הוּי מְחַסֵּר גְּוִבְיָנָא עכ"ז לֹא מְהַנִּי וְאִמְרִינָן דְאִינוּ מְחוּל אֲלֵא הַקְטָן וְלֹא הַגְּדוֹל מִשּׁוּם דְּלֹא מַחִית לְסַפִּיקָא וְכֵן הוּא הָעֵיקָר וּלפ"ז הַדִּין נוֹתֵן בְּכָל סַפְקָא תַקְנָה בִּירְשׁוֹת הַבְעֵל דְּהַבְעֵל יוֹרְשֵׁי מִשּׁוּם דְּלֹא מְעִיֵּל הַבְעֵל לְסַפִּיקָא וְלָכֵן לֹא מְהַנִּי מְוַחֲזָקוֹת שְׁל יוֹרְשֵׁי הָאִשָּׁה כְּלָל אֲבָל זֶה אִינוּ רַק בְּסַפְקָא בְּפִירוּשׁ הַתַּקְנָה אֲבָל בְּסַפְקָא בְּמַעֲשֵׂה לֹא שְׁיִיף זֶה כְּמַש"כ הַנְּתִיבוֹת בְּכָלֵי תְּפִיסָה הַנ"ל דְּדוּקָא בְּסַפְקָא בְּמַשְׁמְעוֹת לְשׁוֹן הַשֹּׁטֵר אִמְרִינָן דְּלֹא מְעִיֵּל אִינְשׁ לְסַפִּיקָא וְלֹא נִתְפַּוֵּן רַק לְפַחוֹת אֲבָל בְּסַפְקָא בְּמַעֲשֵׂה אֲזִלְיָן בְּתַר הַמְּוַחֲזָק כּו' עכ"ל.

ולפ"ז מְתוֹרֵץ מַה שְׁהַקְשִׁיתִי לְעֵיל בְּתוֹשׁבַת הָרָא"ש כְּלָל נ"ה ס' ה' דְסוֹתֵר לְסִי ז' אֲבָל לְפַמַּש"כ פְּעַת גִּיחָא דְדוּקָא בְּהָא דְסִי ה' דְהוּי סַפְקָא בְּהַמַּעֲשֵׂה מִי הוּא מֵת תַּחֲלָה הַבֵּן אוּ הָאִשָּׁה דְבָזָה אִם הִיוּ יוֹרְשֵׁי הָאִשָּׁה מְוַחֲזָקִים כְּמוֹ לְב"ש דְס"ל שְׁטֵר הָעוֹמֵד לְגַבּוֹת הוּי כְּגַבּוּי הָיָה שְׁיִיף לְיוֹרְשֵׁי הָאִשָּׁה רַק לְפִי דְקִי"ל כְּב"ה דְלֹא כְּגַבּוּי הַדִּין עִם הַבְעֵל אֲבָל בְּהָא דְסִי ז' דְהוּי סַפְקָא בְּפִירוּשׁ הַתַּקְנָה אִם יִפְתְּחוּ חֵלֶק חֲצָיו שְׁל הָאֲלֻמָּנָה בְּשִׁבִיל הַחוֹב שְׁיִשׁ לְאַחַד עַל הָעֲזָבוֹן בְּעֵלָה וְע"כ שְׁפִיר פְּסַק בְּתוֹשׁבַת הָרָא"ש דְמְסַפְקָא מוֹקְמֵי עַל ד"ת דְכִיּוֹן דְהוּי סַפִּיקָא בְּמַשְׁמְעוֹת הַתַּקְנָה: אִמְרִינָן דְמַסְתַּמָּא לֹא מְעִיֵּל לְסַפִּיקָא רַק לְהַבְרִיר בְּלִשׁוֹנוֹ דְהָא עֵיקָר מַה דְמוֹעִיל תַּקְנָה זֶהוּ מַצַּד דְאִמְרִינָן דְהַתְּחַיִּיב בְּזֶה וְגַם בְּדִין סִילּוּק כְּתוּבָה כְּמִפְּנֵי שְׁמַם בְּב"ש ס"ק ה' ג"כ ע"פ דִּין לֹא מְהַנִּי הַסִּילּוּק אִף הֵיכָא דְהַתְּנָה עַל אַחַר מִיתַת הַבְעֵל וְלֹא עַל גִּירוּשִׁין כְּמִבְּנֵי בְּתוּס' כְּתוּבוֹת ד' ל"ט ע"ב ד"ה טַעֲמָא מְאִי כּו' וְדִלָּא כְּהַב"ש וְהַח"מ בַּא"ע ס' צ"ו ס"ק י"א וְאִכְמ"ל וְע"כ גַּם בְּתַקְנַת שְׁתַּפְּסִיד הַכְּתוּבָה אִינוּ רַק מַצַּד חַיִּיבָא כְּנ"ל וְלפ"ז שְׁפִיר פְּסַק הָרָמ"א דְסַפְקָא בְּתַקְנָה עַל יוֹרְשֵׁי הָאִשָּׁה לְהַבִּיא רֵאִי מִשּׁוּם דְעֵיקָר מַה דְמַהַנִּי תַקְנַתָּם זֶהוּ רַק מַצַּד חַיִּיב שְׁל הַבְעֵל.

ע"כ בְּמַקוֹם סַפִּיקָא וְנוֹדָאֵי לֹא נִתְרַצָּה לְהַתְּחַיִּיב בְּזֶה ע"כ אִף הֵיכָא דְיוֹרְשֵׁי הָאִשָּׁה הֵמָּה מְוַחֲזָקִים ג"כ לֹא מְהַנִּי וְהַדִּין הוּא עִם הַבְעֵל דְכִיּוֹן דְּלֹא מְעִיֵּל לְסַפִּיקָא ה"ל הַבְעֵל וְנוֹדָאֵי יוֹרֵשׁ וְהֵמָּה סַפְקָא וּבְאַמַּת לְפִי מַה דְרֵאִיתִי פְּעַת שְׁנִית בְּתוֹשׁבַת הָר"נ הַנ"ל דְמִיָּרִי הֵתֵם בְּמַעֲוֹת גְּדוּנָא דְהַכְּנִיסָה לְבְעֵלָה כּו' וְהַעֲלָה שְׁמַם דְאִינוּ מְחַוְּיָב הַבְעֵל לְהַחְזִיר לְהֵם בְּהַסְפָּק פִּירוּשׁ הַתַּקְנָה שְׁאֵם לֹא יַחִי הַז"ק שְׁלִשִׁים יוֹם כְּנ"ל אֲלֻמָּא מִיָּרִי הָר"נ דְּהַבְעֵל הוּא

מִן־חֶזֶק וְגַם הָא מְעוֹת נְדוּנָא לְעוֹלָם הַבְּעַל הוּא מִן־חֶזֶק מְשׁוּם דְּמַלְוָה לְהוֹצֵאָה נְתִיבָה א"כ בלא"ה תְּקִישָׁה דְּהָא עֵינָר פְּנוּנַת הַרְמ"א בַּמִּשְׁכָּח בְּכָל סְפָק בְּתַקְנָה עַל יוֹרְשֵׁי הָאִשָּׁה לְהַבְיָא רֵאזִי לְאִשְׁמוּעֵינָן דְּאַף הֵיכָא דְּהוּי יוֹרְשֵׁי הָאִשָּׁה מִן־חֶזֶק לָא מְהַנִּי תְּפִיסָתָם וְכַמִּשְׁכָּח לְעֵיל דְּאִילוּ הֵיכָא דְּבַעַל מִן־חֶזֶק בְּזָה לָא הוּי צְרִיכִים לְהָא דְּסְפָק תְּקִנָה דְּבַלֵּא"ה הָא קִי"ל הַמְּמַע"ה: וּבְאַמַּת הָא הַר"נ בְּתַשׁוּבָה דְּהוֹצִיאוּ מִשְׁם הַד דִּין דְּהַרְמ"א הָא מִיְיָרִי הֵיכָא דְּהַבְּעַל הוּא מִן־חֶזֶק וְתַקְשָׁה דְּמַנְלָן לְהוּי זֶה הַחִידוּשׁ דְּסְפָק תְּקִנָה אַבְּל לַפְּמִשְׁכָּח אֲתִי שְׁפִיר דְּטַעַמָּם דְּכִינָן דְּלָא מְעִיָּל לְסְפִיקָא נְשָׂאָר מִמִּילָא זְכוּת שְׁל הַבְּעַל בְּמַקְוָמוֹ וְשְׁפִיר כְּתָבוּ וְאַף דְּמַהֲרָ"נ אִינוּ מוֹכַח זֶה כְּנ"ל.

ועכ"ז לדינא שפיר כתבו: ולפ"ז י"ל דאף דנתבאר לעיל דמין חזק גמור מהני תפיסה אף בספק תקנה אבל בהא דספק תקנת ירושת הבעל הדין נותן דאף ממין חזק גמור הדין עם הבעל להוציא משום דזה דומה לשטר א' מחול לה כנ"ל אבל היכא דלא שייך לדון להדף סברא דלא מעייל לספיקא וכמו בספק תקנת שכירו ולקיטו ושאר תקנות שנתבאר לעיל שפיר כתבתי דבמין חזק ותפס ברשות מהני אף בספק עיקר התקנה וגם הא דסי' קי"ח בספק בירושא אם הוי ספק במעשה הדין נותן דזה לא הוי ספק בתקנה כיון דאין הספק בפיל התקנה ודווקא היכא דהספק הוא בפיל התקנה בזה שייך לומר דהוי כאומר שטר א' מחול לה אבל לא בספק במעשה כנ"ל כיון שאין הספק בפירוש התקנה ואף שאין זה במשמע מסתימת דבריהם שם עכ"ז העיקר הוא כמש"כ ועיין בטור וב"י באה"ע סי' קי"ח שהובא שם כל תשובת הרא"ש הנ"ל ומה שהביא הב"ש בס' קי"ח ס"ק ה' בשם בן ששון סי' י"ט אין לי ספר הנ"ל לעיין בו וע"פ כל מש"ש יש לעיין באה"ע סי' קי"א גבי כתובת בן דיקרין וב"ש שם ס"ק ט' ובאה"ע סי' צ"ב ב"ש ס"ק י"ז ובש"ש שמעטא ד' פ' כ"ו ויש לפלפל בדבריו ובאה"ע סי' נ"ג ובאחרונים שם וקצרת: [ועוד י"ל דאף דנימא בהא דסי' קי"ח בספק תקנת ירושת הבעל דבכל גוונא לא מהני תפיסה עכ"ז יש לחלק דשאני ספק תקנת בתראי דאחר חתימת הש"ס מן תקנת חז"ל דגמ' כמו שמצאתי במחנה אפרים ה' גביות חוב סי' ב' בסופו שמחלק בגניהם גם הביא שם בשם ספר פרח משה אהרן ח"א סי' י"א דהעלה דמצי למימר קים לי אף בספק תקנה דהונכר בש"ס וכתב המח"א דז"א אלא בתקנת חז"ל דהונכר בש"ס עיי"ש, וגוף ספר פרח משה אהרן אינו ת"י וכן ראיתי בספר נאות דשא שכ"כ בס' צ"א ובאמת לפי המבואר ברש"י גיטין ד' ל"ו דרבא דמשני הפקר כו' הפקר קאי גם לתרץ קושיא ראשונה דהקשו בש"ס שם מעיקרא על תקנת פרוזבול א"כ מוכח דגם היכא דתקנו לתקנתם דייחול חוב מחדש על המתחייב ג"כ שייך בי' הפקר כו' הפקר וכן משמע מהתוס' שם אלא דכתבו טעם אחר שם וכן הוא שיטת הראב"ד פ"ט ה' שמיטה ה' ט"ז ולא ס"ל סברת הכ"מ שכתבתי לעיל בארובה.

א"כ לפ"ז הסברא נותנת דבכל תקנת חז"ל יהי מועיל תפיסתו דהא אי נימא דתקנו אזי זוכה בתורת הפקר כו' ואף היכא דתקנו בתורת התחייבות משום דאמרינן דאחר שהב"ד הגבוהו לי' בתורת גובינא אז הב"ד זוכה מהפקר ונהפקר כו' הוא מן התורה פמבואר שם ודווקא בהא דקידשה בחוב מעמ"ש דקודם דקיבלה לרשותה דמי החוב אז לא זכתה כלל מה"ת מקודם דאתי לידי גובינא ושפיר כתבו בזה רע"א זצ"ל והמקור חיים דאינה

מְקוֹדֶשֶׁת מֵה"ת אֲבָל אַחַר דְּאֵתִי לִידֵי גְּוֹבְיֵינָא שְׁפִיר י"ל דְּזִנְכָה הִבְעִיחַ מֵה"ת כְּדִין כָּל זִנְכָה מִהֶפְקֵר.

ע"כ בְּכָל סִפְק תְּקִנַּת חו"ל הִדִּין נוֹתֵן דְּיוֹעִיל תְּפִיסָה מְשֻׁם דְּלֵא מְקַרִי סִפְק תְּקִנָּה אֲלֵא כְּמוֹ כָּל סִפְק בְּדִין תּוֹרָה בְּכָל מִילֵי דְמַהְגֵּי תְּפִיסָה בְּסִפְיָא דְדִינָא וְאִי דְלִפִּי דְבָרֵי הַכ"מ הִנְּלֵא לֵא אֲמַרִינֵן כִּי בְּסִפְק חוֹב מִן תְּקִנָּה וְכַמְש"כ לְעִיל עַכ"ז הָא פִּינֵן דְּלִשְׁיטַת רִש"י וְהַתּוֹס' דְּגִיטִין מוֹכַח דְּגַם בְּזָה שְׁיִיף לֹמַר הֶפְקֵר כּו' א"כ שְׁפִיר מוֹעִיל תְּפִיסָתוֹ וְלֹמַר קִים לִי כְּרִש"י וְהַרְאָב"ד וְהַתּוֹס' הִנְּלֵא דְלִפ"ז ה"ה בְּסִפְק תְּקִנָּה אִי מְצַד הַתְּחִיבּוֹת מְהִנֵּי תְּפִיסָה כְּמוֹ בְּכָל סִפְק תּוֹרָה וְכַמּוֹ בְּסִפְק הֶפְקֵר מְהַבְעֵלִים וְכַנ"ל לְעִיל בְּאַרְכּוּפָה וְאִין זֶה שְׁיִיכוֹת לְמַש"כ הָאֲחֵרוֹנִים דְּהִיכָא דְמְסַפְקָא לָן בְּזָה גּוֹפָא אִי מְהִנֵּי תְּפִיסָה דְלֵא מְהִנֵּי תְּפִיסָה וְקִצְרֵתִי כִּן הִי מְקוֹם לְדוֹן בְּכ"ז וְכַדְבָּרֵי הַפְּרַח מְטָה אֶהְרֵן שְׁהוּבָא בְּמַח"א כַּנ"ל: הַגְּהָ"ה וְע"פ מַש"כ לְעִיל יֵשׁ לְהַעִיר בְּמָה שְׁפָתְבוֹ הַתּוֹס' יְבָמוֹת ד' ל"ח וּב"ב ד' קנ"ח ד"ה וּבֵית הַלֵּל אֲמָרִים כּו' שְׁפָתְבוֹ דְלָכוֹן לֵא מוֹקְמִינֵן בְּחִזְקַת יוֹרְשֵׁי הָאֵם מְשֻׁם דְּקִסְבָּרֵי יְרוּשָׁת הַבְּעַל דְּרַבְּנָן ע"ש וְקִצְרֵתִי בְּזָה: ע"כ הַגְּהָ"ה: אֲכֹן לִפִּי דְהַמְחַבֵּר בַּח"מ ס' צ' קִבְעַ מְסַמְרוֹת כְּשִׁיטַת הַמ"מ דְּגַבֵּי תְּקִנַּת נְגִזָּל לֵא מְהִנֵּי תְּפִיסָה.

ע"כ וְנִדְאֵי לְדִינָא אִין לְזוּז מְדַבְרֵיהֶם כָּלֵל אִיף ז"א רַק בְּסִפְק חוֹב וְשִׁיעֲבוּד אֲבָל הִיכָא דְמְסַפְקָא לָן בְּגוֹרֵף הַחֶפֶץ שֶׁל מִי הוּא בְּזָה שְׁפִיר י"ל דְּמַהְגֵּי תְּפִיסָה אִי בְּסִפְק בְּעִיָּקֵר תְּקִנָּה וְכַש"כ בְּמִוֶּחֶזֶק גְּמוּר וְתַפְס בְּרִשׁוֹת כַּנ"ל וְכִן בְּטַעֲנַת בְּרִי מְהִנֵּי תְּפִיסָה וּלְפ"ז ה"ה סִפְק פְּלוֹגְמַת הַפּוֹסְקִים פִּינֵן דְּכַתְבֵּי הַש"ף בַּח"כ דְּזָה הָנִי כְּטוֹעֵן טַעֲנַת בְּרִי א"כ הָא בְּזָה מוֹעִיל תְּפִיסָה אִי בְּסִפְק תְּקִנָּה וְכ"ז בְּתְּקִנַּת חו"ל דְּבַש"ס אֲבָל בְּתְּקִנַּת הָאֲחֵרוֹנִים וְאַחַר חֲתִימַת הַש"ס יֵשׁ לְדוֹן בְּזָה הַרְבֵּה עֲדִינֵן לִפִּי הַמְשַׁמְעוֹת הַפּוֹסְקִים בְּאֵה"ע ס' קי"ח וְכַנ"ל וּמַה"ט גִּיחָא הָא דְלֵא הַזְּפִירוֹ בְּשׁו"ע אֵה"ע שֶׁם לְהָא דְסִפְק תְּקִנָּה שְׁכַתְבֵּי הַמ"מ בְּשִׁכְרִירוֹ וְלִקְיִטּוֹ וְזֶה הוּא הַמְקוֹר שֶׁל כָּל סִפְק תְּקִנָּה וְהִיךָ בְּזָה כַּש"כ לֹמַר דְּנִדְאֵי בְּסִפְק תְּקִנַּת טוֹלְטִילָא וְכַה"ג לֵא מְהִנֵּי תְּפִיסָה בְּסִפְק תְּקִנָּה דְלִפִּי מַש"כ גִּיחָא דִּי"ל דְּנַפ"מ אִם הָנִי יוֹרְשֵׁי הָאֲשָׁה מְוִחְזָקִים וְתַפּוֹסִים בְּרִשׁוֹת דְּמְשֻׁם הָא דְהַמ"מ הִנְּלֵא הִיךָ מוֹעִיל בְּזָה תְּפִיסָה כַּנ"ל אֲבָל מְצַד תְּקִנַּת דְּאַחַר חֲתִימַת הַש"ס לֵא מְהִנֵּי תְּפִיסָה בְּזָה בְּשׁוּם אֲנֹפֵן וְאִי בְּטוֹעֵן בְּרִי וְגַם בְּסִפְק שְׁאִינוֹ בְּעִיָּקֵר הַתְּקִנָּה לֵא מְהִנֵּי תְּפִיסָה בְּזָה כְּמוֹ עֲוֹבְדָא דְתַשׁוּבַת הָרָא"ש הִנְּלֵא וְע"כ לֵא הַזְּפִירוֹ בְּסִי קי"ח כָּלֵל מְזָה אִיף בְּסִפְק שְׁמַקְוֹדֵם חֲתִימַת הַש"ס דְּאִין הַסִּפְק בְּעִיָּקֵר הַתְּקִנָּה אֲלֵא מְצַד אַחַר כְּבָר נְתַבָּאָר דְּבְּזָה מְהִנֵּי תְּפִיסָה וְכַנ"ל בְּאַרְכּוּפָה וְעִינֵן בַּח"מ ס' י"ח בְּסַמ"ע ס' קי"ד מַש"כ בְּשֵׁם הַרְשֵׁב"א דְהוּבָא בְּבֵית יוֹסֵף ס' י"ג וְעִינֵן לְקַמֵּן בְּחִזְדוּשֵׁי לְסִי סְמ"ף סְעִי א' וּבְסִי ל"ט סְעִי י"ג: וְכִן יֵשׁ לְהַעִיר בְּב"ב ד' קל"ב דְּאִיבְעֵינָא לְהוּ בְּרִיא הִיא אִי עֲלָה דְכַתְבֵּי נְכִסֵּי לְאֲשָׁתוֹ דְּעֲשָׂאָה אֶפְטְרוּפָא וְכַתְבֵּי הָרָא"ש וְש"פ וּבְאֵה"ע ס' קי"ז דְלֵא מְפָקִינֵן אֶלְמָא דְאִי דְעֲשָׂאָה אֶפְטְרוּפָא אִינוֹ אֲלֵא מְדַרְבְּנָן כְּמַבְנוֹאָר בְּגִיטִין ד' י"ד וּב"ב ד' קמ"ד דְּהָנִי הַלְכְתָא בְּלֵא טַעֲמָא וְעִינֵן בְּתוֹס' שֶׁם אֶפ"ה לֵא אֲמַרִינֵן דִּיהָ זֶה כְּמוֹ כָּל סִפְק בְּתְּקִנָּה דְלֵא מְהִנֵּי מְוִחְזָקוֹת מְשֻׁם דְּתַפּוּס מְעִיָּקֵרָא וּבְרִשׁוֹת שְׁאִנֵּי וּבְאַמַּת רִאִיתִי בְּשֵׁם"ק שֶׁם שְׁכַתְבֵּי הַר"נ דְּס"ל דְּכִינֵן דְּהוּא הַלְכְתָא בְּלֵא טַעֲמָא ע"כ אִין לָנוֹ אֲלֵא מְאִי דְפְשִׁיטָא וְלָכוֹן בְּבָרִיא קְנִי קְנִינֵן גְּמוּר וְעִינֵן בְּרִי"ף שֶׁם אֲכֹן לְדִינָא קִי"ל שֶׁם דְּאִי בְּבָרִי אִין מוֹצִיאִין אֲמָנָם בְּמַק"א כְּתַבְתִּי דְשֵׁא"ה כַּמְש"כ הַבֵּית מְאִיר דְלֵא מְהִנֵּי תְּפִיסָה שֶׁם מְשֻׁם דְּשְׁמוּאֵל אֲמַר זֶה סְתָם כּו' ע"ש ' וְזֶה מְוִכְרַח דְּאֵל"כ תְּקַשָּׁה עַל הָרָא"ש

דְּהָא ה"ל סְפֵק אָנוּמְדָנָא וּכְמַש"כ בְּסִפְרֵי ח' אה"ע סי' יו"ד וְקַצְרְתִּי: סִימָן א בִּיאור דִּין אִי
מְהֵי תְּפִיסָה בְּדִרְרָא דְּמִמוּנָא הַאו"ת בְּכָלֵי תְּפִיסָה ס"ק נ"ג ס"ק נ"ד הִבִּיא דְּבָרֵי הַתּוֹס'
דב"מ ד' ק' ע"א ד"ה וּלְחִזֵּי כו' דְּכַתְּבוּ דְּהִגְמִי דְּמִשְׁנֵי בְּעוּמְדַת בְּאַגַּם וְלֹא מִשְׁנֵי דְּמִיָּרֵי
בְּעוּמְדַת בְּרִשׁוֹת לִוְקַח מִשׁוּם דְּאִי הָוֵי בְּרִשׁוֹת לִוְקַח הָא זֹכָה בְּהַנְלֵד פִּינוּ דְּטוֹעֵן בְּרִי כו'
עכ"ל וכ"כ הַשֵּׁמ"ק שְׁם בְּשֵׁם הָרָא"ש אֶלְמָא דס"ל דְּבִדְרָרָא דְּמִמוּנָא מוֹעִיל תְּפִיסָה בְּטוֹעֵן
בְּרִי וְתַמָּה הַאו"ת שְׁם מְהָא דב"ק סוֹף פ"ג הָוֵי שְׁנֵים רוּדְפִין הַנִּינְזָק אוֹמֵר גְּדוּל הַזִּיק
וְהַמִּזִּיק אוֹמֵר לֹא כִי כו' אֶחָד תָּם וַא' מוֹעֵד הַנִּינְזָק אוֹמֵר מוֹעֵד הַזִּיק כו' וְאִי לֹא מִיִּיתֵי רֵאִי
שְׁקוּל בְּדָאֵר מִזִּיק דְּהָא הָוֵי טְעֵנוּ חֲטִין וְהוּדָה בְּשַׁעוּרִים דְּפִטוּר וּמִשְׁנֵי דְּמִיָּרֵי בְּתַפְס
וְעִיָּן שְׁם בְּתוֹס' דְּתַפְס תְּרַנְוִיהוּ וְקִשְׁהָ הָא שְׁם הָוֵי דְּרָרָא דְּמִמוּנָא וְסִפְק הַנְרָאָה לִב"ד
דְּהָא אָמְרִינוּ שְׁם חֲלוּקִים חֲבִירֵי עַל סוּמְכוּס וַא"כ הַנִּינְזָק דְּתַפְס וְטוֹעֵן בְּרִי דְּהָא אָמְרִינוּ
שְׁם דְּאִיָּרֵי בְּבָרֵי מְדַקְתָּנִי לֹא פִי ע"ש בְּסוּגְיָא דְּגַמ' וּבְתוֹס' שְׁם ד"ה רִישָׁא בְּמִזִּיק שְׁמָא
כו' וּבד"ה רֵאִוֵי לִיטוּל כו' וְרִש"י שְׁם א"כ קִשְׁהָ לְמָה לֹא יַחֲזִיק הַנִּינְזָק בְּכָל מַה דְּתַפְס וּמַה
בְּכָף דְּתַפְס בְּעֵדִים כְּמַש"כ הַנִּימּוּקֵי וּמ"מ יַחֲזִיק בְּתַפְסוֹתוֹ וְע"כ מוּכַח מְסוּגְיָא מְפִרְשָׁת
הַנְּ"ל דְּאַף בְּדִרְרָא דְּמִמוּנָא לֹא מְהֵי תְּפִיסָה בְּעֵדִים אֶף בְּבָרֵי וּבָרֵי רַק בְּסִפְק תְּרִי תְּרִי
וְכו' וְאִין לְדַחוֹת דְּהָד דב"ק מִיָּרֵי בְּפִלְגָא נְזָקָא דְּהָוֵי קִנְס דְּעִיקָר הַחַיִּיב הָוֵי ע"י ב"ד
וּבְסִפְיָא אִין הַב"ד פּוֹסְקִים כְּמַש"כ הָרָאָב"ד כו' דַּמ"מ תְּקִשְׁהָ גַבֵּי מוֹעֵד הַזִּיק הַגְּדוּל
דְּהָוֵי מִמוּנָא דִּינְזָפָה הַנִּינְזָק בְּמַה דְּתַפְס בְּכוּלֵי עֲבוּר טְעֵנַת בְּרִי דְּמוֹעֵד הַזִּיק הַגְּדוּל כו' וּמַזָּה
הַקְּוִשָׁא הַעֲלָה הַאו"ת לְהוֹכִיחַ דְּלֹא מְהֵי תְּפִיסָה בְּדִרְרָא דְּמִמוּנָא רַק בְּטוֹעֵן בְּרִי דְּגוּף
הַחֲפֵץ שִׁינְיָה לּוֹ אֲבָל בְּאִינוּ טוֹעֵן עַל גּוּף הַחֲפֵץ רַק יֵשׁ לוֹ שִׁיעֲבוּד אוֹ טְעֵנָה עַל הַחֲפֵץ לֹא
מְהֵי תְּפִיסוֹתוֹ ע"ש עכ"ל הַאו"ת וְכֵן הַקְּשָׁה קְוִשָׁא זֹה הַקְּצָה"ח סי' פ"ח ס"ק י"ב וְנִשְׂאָר
בְּצ"ע וְכֵן הַקְּשָׁה קְוִשָׁא זֹה אֲחִיו שֶׁל הַקְּצָה"ח בְּקוּנְטְרַס הַסְּפִקוֹת פְּלָל ב' וְהַנְּתִיבוֹת בְּכָלֵי
תְּפִיסָה ס"ק ז' הִבִּיא קְוִשָׁא זֹה בְּשֵׁם הַאו"ת וְהַקְּשָׁה עַל חִילּוּק הַאו"ת דְּמַחֲלֵק בֵּין טוֹעֵן
עֲבוּר שִׁיעֲבוּד וְלֹא עַל גּוּף הַחֲפֵץ דַּא"כ אִמָּאֵי בְּסִפְק בְּשִׁטְר מוֹעִיל תְּפִיסָה אֶף בְּסִפְק
בְּלִשׁוֹן א' דְּזָהוּ מִשׁוּם דְּרָרָא דְּמִמוּנָא וּבְשִׁטְר הָא בָּא עַל תְּפִיסַת הַחֲפֵץ מִפְּחַ חוּב וְשִׁיעֲבוּד
ע"ש דְּהָאֲרִיכוּ בְּזָה: וּבְאַמְתַּת בְּהָא דְּגְדוּל הַזִּיק אֵת הַקְּטָן פְּנ"ל י"ג כַּמ"ש הַתּוֹמִים דְּלִשִׁיטַת
הָרָאָב"ד דס"ל דְּתַפִּיסָה לֹא מְהֵי בְּקִנְס בְּסִפְיָא דְּדִינָא א"ש וְכֵן לִשִׁיטַת הָרָא"ש בְּב"ק
פ"ב ס"ב דְּמִשְׁמַע שְׂאִין לְחַלֵּק בֵּין קִנְס לְמִמוּנָא לְהַסוּבְרִין דְּמְהֵי תְּפִיסָה בְּסִפְיָא דְּדִינָא
עכ"ז י"ל דְּדוּקָא הֵיכָא דְּמְהֵי תְּפִיסָה אֶף בְּטוֹעֵן שְׁמָא בְּזָה לֹא מַחֲלִקִינוּ בֵּין קִנְס לְמִמוּנָא
אֲבָל הֵיכָא דְּבַעֵי דְּוּקָא טְעֵנַת בְּרִי זֶה שְׁפִיר יֵשׁ לְחַלֵּק בֵּין מְמוֹן לְקִנְס פִּינוּ דְּעִיקָר הַחַיִּיב
בְּקִנְס הוּא רַק ע"י הַב"ד ע"כ אִינָם רִשְׁאִים הַב"ד לְסַמּוּךְ עַל בְּרִי שְׁלוֹ בְּמַה דְּהָוֵי נְגִד
חֻזְקַת מ"ק הַמְּבַרְרַת לְהִיפּוֹף וְשִׁאנֵי בְּמִמוּנָא דְּעִיקָר הַחַיִּיב חַל מְמִילָא בְּלֹא ב"ד אִם הוּא
מְחוּיָב ע"כ מְהֵי בְּרִי שְׁלוֹ דְּנֶאֱמָן אֶף נְגִד חֻזְקָה וּכְמַש"כ הַפ"י לְכַתּוּבּוֹת ד' כ"ב וְהַרְשָׁב"א
גַבֵּי תְּרִי אָמְרֵי מַת כו' דְּאַף דִּישׁ חֻזְקַת א"א עכ"ז נְאֻמְנַת בְּאוּמְרַת בְּרִי לִי הֵיכָא דְּנִיֶּסַת
לֹא מְעִידָה דְּאָדָם נְאֻמָּן ע"ע בְּבָרֵי אֶף נְגִד חֻזְקָה רַק בְּסִפְיָא דְּדִינָא דְּלֹא מְהֵי חֻזְקָה
לְבָרֵר כְּמַש"כ הַמַּל"מ פ"ב ה' טוּנְמָאוֹת צָרַעַת ה' א' דְּבְסִפְיָא דְּדִינָא לֹא שִׁינְיָה לְאוּקְמֵי
אֲחֻזְקָה כו' ע"כ מְהֵי תְּפִיסָה בְּסִפְיָא דְּדִינָא אֶף בְּטוֹעֵן שְׁמָא מִשׁוּם דְּאַף דְּאִיכָּא חֻזְקַת
מ"ק הָא ז"א רַק כְּמוֹ חֻזְקָה הַמְּבַרְרַת דְּאָמְרִינוּ דְּאִטּוּ בְּשִׁבִיל הַחֻזְקָה יִשְׁתַּנָּה הַדִּין וְע"כ
מְהֵי תְּפִיסָה אֶף בְּטוֹעֵן שְׁמָא מִשְׂא"כ בְּדִרְרָא דְּמִמוּנָא אוֹ בְּסִפְק בְּשִׁטְר דְּהָוֵי סִפְיָא

דמעשה דמהני בזה חזקת מ"ק לברר ע"כ לא מהני תפיסה רק בטוען פרי וע"כ ניחא הך
בבא דתמין דלא מהני תפיסה בכלולו משום דבקנס לא מהני פרי שלו פנ"ל וכן מצאתי
פעת בקצה"ח בכללי תפיסה סוף פלל ב' שפכת פן אבל בבא דמועדין תקשה פנ"ל וילמן
נתבאר דעיקר קושיא זו הוא רק לשיטת הרא"ש וכמש"כ הקצה"ח בקונטרס הספיקות
פלל ב' ס"ק ח': ענף א ונלפענ"ד בזה מלתא חדתא בעז"ה עפ"י מה דנקדים איזה הקדמות
והוא דמבאר בכתובות ד' נ"ט בתוס' ורא"ש ששם אם הלנה אסר נכסיו בקונם על המלנה
ארף דמן הדין קדושת הגוף מפקיע מידי שיעבוד עכ"ז מצד תקון העולם שלא תנעול דלת
בפני לוין אלמוהו רבנן לשיעבודו דבע"ח דלא חל הקונם שלו וכן כתב הרשב"א
בתשובת סי' תרי"ח והובא בחו"מ סי' קי"ז סעי' ז' ובמ"א שם וי"ח וס"ל דאין לחוש
לתיקון העולם בזה רק הב"ד כופין להלנה דמתשיל על נדרו וכמש"כ הר"ן בכתובות
והנימוקי ביבמות ובתומים שם ס"ק י"ב כתב דבמטלטלין פיון דאינם משועבדים מן
התורה רק משום מצנת פריעת בע"ח דמטל על קרקפתא דגברא ב"ד כופין וגבינו
ממטלטלין אבל על החפצים אין חל שום שיעבוד פלל ע"כ אם אסר הלנה המטלטלין
שלו על המלנה לכו"ע חל הקונם להפקיע חובו רק על הב"ד לכופו שיתחרט על נדרו
וכמש"כ הר"ן והמ"מ עכ"ל התומים הרי דמצינו דקונם דינו פקדושת הגוף דמפקיע
משיעבוד רק בקרקע דמשועבד שייך לומר אלמוהו רבנן לשיעבודו אבל במטלטלין
דאינם משועבדים פלל לכו"ע חל הקונם של הלנה ואין גובין לו עד דיכפוהו הב"ד
למיתשל על נדרו ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ד פתבתי דקדושת הגוף חל על איסור
הנאהא דאיסורי הנאה הוי דבר שאינו ברשותו עכ"ז הא קדושת הגוף חל על דשלב"ל
וכמש"כ התוס' בקדושין ד' ס"ג ד"ה ויזדים איתנהו כו' וכן האריף בזה הקצה"ח סי' קיז
וזהו שיטת הרמב"ם המובא באה"ע סי' פ"א בב"ש ס"ק ה' דקונם חל על דשלב"ל ובי"ד
סי' רל"ד ש"ף ס"ק צ' ובאור הגר"א שם ס"ק קכ"ח: הגה"ה ועפ"ז תירצתי מה דהקשה
לי רב מובהק אהד על דברי התוס' חולין ד' קי"ז ד"ה הוא לפני פפרה כו' בסה"ד פתבו
ובעור דליכא מעילה דאורייתא כו' והקשה הלא גמ' מפורשת זבחים ד' ק"ג ע"א ת"ר
עולת איש פרט לעולת הקדש ד"ר יהודה ר' יוסי ב"ר יהודה אומר פרט לעולת גרים כו'
מאי פרט לעולת הקדש כו' ר' איבו א"ר ינאי פרט למתפיס עולה לבדק הבית לא מבעיא
למ"ד קדשי ב"ה תפסי מה"ת אלא אף למ"ד לא תפס הנ"מ בשך אבל עור תפיס עכ"ל
אלמא דהעור נתפס קדושתו מה"ת והאריף פתבו התוס' שהוא מדרבנן עכ"ל ויפה הקשה.

ובאמת פן פתבו התוס' ביומא ד' נ"ט ע"ב בד"ה הוא לפני פפרה כו' ע"ש ונראה לי בזה
משום דעפ"י סברא הדין נותן פיון דעל הבשר לא נתפס קדושת בד"ה רק על העור א"כ
מקרי עדיין עולת איש והעור לפנהנים מה"ת רק דרבנן תקנו בו מעילה וכה"ג פתבו
התוס' בחולין ד' קי"ז ד"ה אומר ר' ינאי כו' בסה"ד בזה"ל דאע"ג דהעור לפנהנים אין
לחוש פיון דכל הבשר למזבח עכ"ל אלא למאן דדריש להאי עולת איש דאתי פרט לעולת
הקדש ע"כ מוכח דגזה"כ דכה"ג אין העור לפנהנים אבל לר' יוסי בר"י דדריש פרט
לעולת גרים אין זה מוכח מן הקרא.

ע"כ י"ל מסברא דבזה ג"כ העור לפנהנים וליכא מעילה מה"ת ושפיר פתבו התוס' בזה
ויש להאריף עפ"ז בחולין ד' קל"ה וקצרתי: ויותר נלענ"ד בזה ע"פ מה שיש לדון בהא
דזבחים דעל העור נתפס בו קדושת בד"ה כפי רש"י שם דדוקא על הבשר דהוי אינו

שְׁלוֹ בְּזֶה לֹא חָלָה קְדוּשַׁת בַּד"ה אֲבָל הָעוֹר דָּלָא הָוֵי מְמוֹן מְזַבְּחַ וְהַפְּהָנִים אֵינָן זֹכֵינן עַד אַחַר הַשְּׁחִיטָה עַכ"ל וַיֵּשׁ לְדוֹן בְּזֶה דְלֵאִיזָה דְבָר מְקַרֵי הָעִיר מְמוֹן שְׁלוֹ וְהָא אֵין לְבַעְלִים שׁוּם זְכוּת בְּהָעוֹר כְּלָל.

דְּהָא אַם יִשְׁחַטּוּ יֵהִי הָעוֹר שְׂיִנְיָהּ לַפְּהָנִים וְאִם יִפְסֹל יֵצֵא לְבֵית הַשְּׂרִיפָה כְּמַבְנֵי בְּזִבְחִים ד' ק"ג ע"ב וּבִי"ד ס' ש"ז וְכִינּוּן דְּאֵין לְבַעְלִים שׁוּם זְכוּת הֵיטֵר כְּלָל בְּהָעוֹר א"כ זֶה דוֹמָה לְמָה דְּכַתְּבִיתִי בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' יו"ד ס' צ"ד בְּשֵׁם הַקְּצֵה"ח ס' ת"ה שְׁהִבִּיא בְּשֵׁם הַרִיטְבָּ"א בְּסוּפָה [וַיִּמָּה שְׂפָתוֹב שָׁם בְּשֵׁם הַרִשְׁבָּ"א הוּא ט"ס וצ"ל הַרִיטְבָּ"א דְּאִיסוּרֵי הַנְּאָה הָוֵי שְׁלוֹ רַק דְּהוּי אֵינוֹ בְּרִשׁוּתוֹ ע"ש וּלפ"ז י"ל דֵּה"ה הָעוֹר דְּבִהְמַת קַדְשִׁים הָוֵי שְׁלוֹ רַק לְפִי דְּאִינוֹ בְּיָדוֹ לְאַתְהֵנוּי מִינְיָ מַחְמַת אִיסוּר כְּנ"ל.

וְעִי מְזֵה בְּחֻלִּין ד' כ"ח תוּס' ד"ה אֲתָא פִּי מְמַסְמַס כו' בַּסָּה"ד וְגַם אֵיפָא צַעַר בַּע"ח וְקִצְרִיתִי ע"כ מְקַרֵי אֵינוֹ בְּרִשׁוּתוֹ וְהָא קִי"ל כו' יוֹחֲנָן דְּב"ק ד' ס"ט דְּאֵין יָכוֹל לְהַקְדִּישׁ דְּבָר שְׂאִינוֹ בְּרִשׁוּתוֹ אֶף דְּהוּי דְּבָר שְׁלוֹ וְע"כ אֶף הָעוֹר לֹא נִתְפַּס בְּקְדוּשַׁת בַּד"ה מֵה"ת רַק מְדַרְבְּנָן וְשִׁפִּיר פְּתִיבוּ הַתּוֹס': אֲבָל לר' יְהוּדָה מְצִינוּ בְּב"ק ד' ע' ע"א בְּתוֹס' ד"ה פְּסָתָם יְחִידָאָה כו' דְּכַתְּבוּ הַתּוֹס' שָׁם וי"ל דְּלֵמָּא ר' יְהוּדָה כָּל שְׁלֵקְטוּ נְמִי שְׂרִי כו' א"כ לפ"ז י"ל דְּהָא מְבַנְיָר בְּזִבְחִים ד' ק"ג דר' יְהוּדָה אָמַר עוֹלָת אִישׁ אֲתִי לְמַעַט עוֹלָת הַקְּדִישׁ וּמוֹקִי לִי הַש"ס פְּרָט לְמַתְפִּיס עוֹלָה לְבַד"ה וְעוֹר תְּפִיס כו' וּבְאֲמַת מוֹכַח מְזֵה דר' יְהוּדָה ס"ל דְּכָל שְׁלֵקְטוּ נְמִי שְׂרִי וְכַצְנוּעִין דס"ל דְּהֵיכָא דְּהוּי דְּבָר שְׁלוֹ אֶף דְּהוּי אֵינוֹ בְּרִשׁוּתוֹ ג"כ אֵיתָא בְּהַקְנָאָה אֶף בְּמָה דְּלֹא עֵבִיד דְּאֲתִי לְרִשׁוּתוֹ כְּמוֹ הָא דְּכָל שְׁלֵקְטוּ רַק פִּינּוּ דְּהוּי שְׁלוֹ כְּנ"ל וְלָכֵן ס"ל לר' יְהוּדָה שִׁפִּיר דְּמַתְפִּיס קְדוּשַׁת בַּד"ה עַל עוֹר הָעוֹלָה אֲבָל לְדִינָא לְמֵאִי דְּקִי"ל דְּלֹא כַצְנוּעִין שִׁפִּיר פְּתִיבוּ הַתּוֹס' בְּחֻלִּין וּבִיּוֹמָא וַיֵּשׁ לְהֶאֱרִיף בְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם ספ"ה ה' מַעֲשֵׂה הַקְּרָבָנוֹת דְּלֹא ס"ל כֵּן גַּם יֵשׁ לְדוֹן בְּעֵנְיָן זֶה בְּקִנְיָ אֵת נַחְמוֹר וְקִצְרִיתִי: ע"כ הַגְּה"ה.

וְרֵאִיתִי בְּהַפְּלָאָה לְכַתְּנוּבוֹת ד' נ"ט ע"ב בַּד"ה אֲלָא אָמַר רַב אֲשֵׁי קוֹנְמוֹת קְאָמְרַת כו' שְׁכַתְּבִי דְּזוֹקָא בְּמָה דְּעֵבִיד דְּאֲתִי בְּזֶה ס"ל לְהַתּוֹס' דְּקְדוּשַׁת הַגּוֹף חָל עַל דְּבָר שְׁלֵב"ל אֲבָל בְּמָה דְּלֹא עֵבִיד דְּאֲתִי אֵין חָל קוֹנְמוֹת וְכֵן כְּתִבְהֵן הַפְּלָאָה בְּק"א ס' פ"א ס"ק ה' וּבְמַקְנָה לְקַדְוִשִׁין ד' ס"ג בְּתוֹס' ד"ה וַיִּזְדִּים אֵיתְנָהוּ בְּעוֹלָם כו' ע"ש אֲבָל מִן הַקְּצֵה"ח וְהַפ"י שָׁם בְּקִדְוִשִׁין ד' ס"ג דְּכַתְּבוּ עַפ"י שִׁיטַת הַתּוֹס' דְּקוֹנְמוֹת חָל עַל דְּשְׁלֵב"ל דְּבִזָּה אֲתִי שִׁפִּיר מֵה דְּאָמְרוּ קְדוּשַׁת הַגּוֹף מְפָקִיעַ מִיַּדִּי שְׂיַעֲבוּד וְהַקְּשָׁה הַתּוֹס' בְּגִיטִין ד' מ' דְּאִיף חָל לְהַפְּקִיעַ הַשְּׂיַעֲבוּד וְתִירְצוּ הַקְּצֵה"ח וְהַפ"י עַפ"י סְבַרְתָּ רַש"י בְּפִסְחִים ד' ל"א דְּשְׂיַעֲבוּד מְשׁוּנֵי לְדְבָר דְּאֵינוֹ בְּרִשׁוּתוֹ וְכִינּוּן דְּקְדוּשַׁת הַגּוֹף חָל עַל דְּבָר דְּאֵינוֹ בְּרִשׁוּתוֹ ע"כ מְפָקִיעַ מִיַּדִּי שְׂיַעֲבוּד וּבְאֲמַת כְּבָר הַקְּדִימָם בְּזֶה הַשְּׁמ"ק בְּכַתְּנוּבוֹת ד' נ"ט שְׁכַתְּבִי בְּפִירוּשׁ עַפ"י שִׁיטַת הַסּוּבְרִין דְּלְמַסְקָנָא דְּמַסִּיק רַב אֲשֵׁי שְׂאֵנִי קוֹנְמוֹת דְּקְדוּשַׁת הַגּוֹף נִיגְהוּ כו' דְּלפ"ז לֹא צְרִיף לוֹמַר יְקַדְשׁוּ יְדִיף לְעוֹשִׂיָהּ דְּמַה"ט הַקְּדִישׁ מְפָקִיעַ מִיַּדִּי שְׂיַעֲבוּד ע"ש: אֲלָמָא דְּאֶף בְּמָה דְּלֹא עֵבִיד דְּאֲתִי דְּהָא כ"ז דְּלֹא פְּרַע לְהַמְלוּהָ לֹא פָקַע הַשְּׂיַעֲבוּד שֶׁל הַמְלוּהָ וְלֹא עֵבִיד דְּאֲתִי לְרִשׁוּת שֶׁל הַלְוָה כ"ז דְּלֹא יִפְרַע גַּם הָא הָוֵי מְחֻסָּר מְמוֹנָא דְּלֹא אֲמַרִּינוּ בְּזֶה הוּאִיל כְּמַש"כ הַר"ן בְּפִסְחִים וְהַמַּג"א ס' תמ"א ס"ק ג' וְהָא דְּכַתְּנוּבוֹת ד' נ"ט בְּשִׁדָּה שְׂמִשְׁפָּנִיתִי לְכַשְׂאֲפָדְנָה מְמַף כו' בְּיָדוֹ לְפְדוּתָהּ שֵׁא"ה דְּפָדָה לְבַסּוּף כְּמַש"כ בְּמַק"א אֲלָמָא

דאף בַּמָּה דְלֵא עֵבִיד דְאָתִי ג"כ חָל קַדְוֹשַׁת הַגּוֹף פִּינּוֹן דְהוּי דְבָר שְׁלוֹ לְכֹן שְׁפִיר פְּתַבְתִּי
בְּסַפְרֵי שֵׁם דְקַדְוֹשַׁת הַגּוֹף חָל עַל אִיסוּר הַנְּאָה דְהוּי דְבָר שְׁאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ אַף דְהוּי לֵא
עֵבִידֵי דְאָתִי פִינּוֹן דְהוּי דְבָר שְׁלוֹ וְגַם לַפְּמִשׁ"כ בְּסַפְרֵי שֵׁם בְּשֵׁם הַתּוֹס' חֻלְיִן ד' ק"מ
דְקַדְוֹשַׁת הַגּוֹף חָל עַל אִיסוּרֵי הַנְּאָה דְהָא זֶה לֵא הוּי עֵבִיד דְאָתִי לְרִשׁוּתוֹ וְאַפ"ה חָל וּמוֹכַח
פְּנ"ל וְכֹן הַדְּעַת נוֹטָה דְדָבָר שְׁלוֹ וְאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ דְזֶה עֲדִיף מִן דְשֵׁלֵב"ל אַף דְעֵבִיד דְאָתִי
דְהָא ר"מ דס"ל אָדָם מְקַנָּה דְשֵׁלֵב"ל עכ"ז גַּם לר"מ אִינוּ חָל הַקְּנָנִי אֲלֵא בְּעַת דְיָבוּא
לְעוֹלָם וּמַה"ט מוֹדָה ר"מ דְחַזוֹר מְקַנָּדָם דב"ל פְּמַבְנָאָר בב"מ ד' ס"ו בְּפִירוֹת דְקָל דְחַזוֹר
בוּ מְקַנָּדָם דב"ל אַף דְהוּי עֵבִיד דְאָתִי וְאֵלּוּ בְּדָבָר דְאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ אַף דְלֵא עֵבִיד דְאָתִי
עכ"ז מְצִינּוּ לר"ל וְצָנוּעִין בב"ק ד' ס"ט דְאָמְרוּ כָּל הַנְּלֻקֵּט מִזֶּה יֵהָא מְחַלְלֵל וְאַף דְהָתָם
לֵא עֵבִיד דְאָתִי דְהָא יֵשׁ לָן לֹמַר אוֹקֵי אַחְזָקָה כְּמוֹ דְלֵא קִיַּיְמוּ הַשְּׁבַת הַגּוֹל מְעִיקְרָא כֹּן
לֵא יְקִיַּיְמוּ לְהַבָּא וּמַה"ט פְּתַבּוּ הַתּוֹס' בְּמַכּוֹת ד' ט"ז דְלָמ"ד דְקִיַּיְמוּ וְלֵא קִיַּיְמוּ הוּי זֶה
הַתְּרַאֲת וְנוֹדָאי מְשׁוּם אוֹקֵי אַחְזָקָה וּכ"כ הַתּוֹס' בְּשַׁבָּת ד' ד' גְּבִי הַדְּבִיק פֶּת בַּתּוֹר ע"ש
וּמְצִינּוּ דס"ל לְצָנוּעִין וּר"ל דְדָבָר דְאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ וְהַגּוֹף הוּי שְׁלוֹ דְחָל הַקְּנָאָה מִיַּד אַף
מְקַנָּדָם דְיַכְנִיסוּ בְּרִשׁוּתוֹ וְאַף דְהוּי גַּם דְבָר שְׁאִינוּ יְכוּל לְהוֹצִיאָו בְּדִיַּיְנִים כְּמוֹ הָתָם בְּדָבָר
הַנְּלֻקֵּט דְלֵא יְדַעֵי הַבְּעֵלִים מִי הֵמָּה הַלּוֹקֻטִים עכ"ז ס"ל דְחָל הַקְּנָאָה מִיַּד אַף בְּעַת שְׁאִינוּ
בְּרִשׁוּתוֹ שְׁל הַבְּעֵלִים אַף דְאָנּוּ קִיַּי"ל כר' יוֹחָנָן וּדְלֵא כר"ל וְצָנוּעִין עכ"ז הָא מְצִינּוּ עכ"פ
לְחַד מ"ד דס"ל דְחָל הַקְּנָאָה מִיַּד פִּינּוֹן דְהַגּוֹף הוּי שְׁלוֹ וְאֵלּוּ בְּשֵׁלֵב"ל חֻזִּינּוּ לְכוּ"ע אַף
לר"מ דְלֵא חָל הַקְּנָאָה מִיַּד מְקַנָּדָם דב"ל אַף בְּעֵבִיד דְאָתִי וְע"כ מוֹכַח דְשְׁאִי הֵיכָא דְהוּי
הַגּוֹף שְׁלוֹ אַף דְהוּי אִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ דְזֶה עֲדִיף מִדְשֵׁלֵב"ל וְעֵבִיד דְאָתִי לְכֹן שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן
פִּינּוֹן דְמְצִינּוּ בְּתוֹס' וְרַמְב"ם דס"ל דְחָל קוֹנָמוֹת מִיַּד עַל דְשֵׁלֵב"ל וְעֵבִיד דְאָתִי כש"כ דְחָל
קַדְוֹשַׁת הַגּוֹף עַל מַה דְהַגּוֹף הוּי שְׁלוֹ אַף דְהוּי דְבָר שְׁאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ וְאַף דְלֵא עֵבִיד דְאָתִי
דְהָא זֶה עֲדִיף מִדְשֵׁלֵב"ל וְשְׁפִיר פְּתַבְתִּי בְּסַפְרֵי פְּנ"ל וְזֶה מוֹכַח מִדְבָּרֵי הַתּוֹס' דְסוּף חֻלְיִן
דְהוּבָא בְּסַפְרֵי שֵׁם וּמַה דְהַקְּשָׁתִי בְּסַפְרֵי שֵׁם מְהָא דב"ק ד' ס"ח רְאִיתִי כְּעַת בַּקְּצָה"ח ס'י
קִי"ז שֵׁם שְׁהַקְּשָׁה כֹּן וְתִירָץ בְּטוֹב טַעַם וְגַם יֵשׁ מְקוּם לֹמַר דְאַף הַפּוֹסְקִים דס"ל דצ"ל
יְקַדְשׁוּ יְדֵי לְעוֹשֵׂיהֶם מְשׁוּם דְקוֹנָמוֹת אִינוּ חָל עַל דְשֵׁלֵב"ל עכ"ז י"ל דִּיּוֹדוּ לְשִׁיטַת
הַסּוֹבְרִין דְהֵיכָא דְהַגּוֹף הוּי שְׁלוֹ אַף דְהוּי דְבָר שְׁאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ דְכֻזָּה חָל קַדְוֹשַׁת הַגּוֹף דְהָא
זֶה עֲדִיף מִדְשֵׁלֵב"ל וְזֶה גִלְמַד מַה בֵּיתִי בְּרִשׁוּתוֹ כו' וי"ד דְזֶה אִינוּ רַק בְּקַדְוֹשַׁת ב"ה וְלֵא
בְּקַדְוֹשַׁת הַגּוֹף וְלָכֵן אַף הֵנָּה תַּנְּאִי דס"ל דְלֵא חָל הַקְּנָאָה עַל דְשֵׁלֵב"ל מ"מ ס"ל דְיְכוּל
לְהַקְּנוֹת מַה דְאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ כְּדְמְצִינּוּ שֵׁם לר' יְהוּדָה וְצָנוּעִין וּר"ל וְעִי' בְּהַפְּלָאָה פְּתוּבּוֹת
ד' י"א וּבְדָף נ"ט ע"ב וּבַק"א ס'י פ"א ס"ק ה' בַּמִּשְׁכָּח בְּמִיַּדִּי דְלֵא עֵבִידֵי דְאָתִי בְּקַדְוֹשַׁת
הַגּוֹף וּבְהָא דְלֹקֻחַ עֶבֶד ע"מ לְשַׁחֲרָרוּ דְקַדְוֹשִׁין ד' ס"ג וַיֵּשׁ לְדוֹן בְּזֶה הַרְבֵּה וְקַצְרֵתִי וּכְעִין
רִאִי' דְלַעֲלֵל רְאִיתִי בַתה"ד בְּפִסְקֵי סוּף ס'י קל"ט שְׁכַתָּב רִאִי' כְּזוֹ שֵׁם דְמַתְּפוּיָן לְהַעֲיֵד
עֲדִיף מִמִּשְׁאֵל"ס דְהָא אֵיכָא מ"ד דְשָׁרֵי בְּמַתְּפוּיָן לְהַעֲיֵד ע"ש: עֲנָף ב וְעַפ"י מַה שְׁנֹת־בְּאָר
יֵשׁ לְדוֹן בְּסַפְיָא דְדִינָא דְקִיַּי"ל דְמַהֲנִי תְּפִיסָה בְּפִלְגֻגְתָּא דְרַבְּנֹתָא דִי"ל הֵיכָא דְאִחַר
שְׁתַּפְּסֵי הַשְּׁנֵי אֶסֶר הָרֵאשׁוֹן בְּקוֹנָם עַל הַתּוֹפֵס דִי"ל דְחָל הַקּוֹנָם שְׁלוֹ מְסַפְיָא דְהָא פִּינּוֹן
דְמְסַפְיָא לָן אֵי שְׁיָיָה לְרֵאשׁוֹן אֵי לַב' וְאֵי גִימָא דְשְׁיָיָה לַא' אִם כֹּן חָל הַקּוֹנָם שְׁלוֹ וְאַף
דְהוּי דְבָר שְׁאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ עכ"ז הָא גַּתְּבָאָר דְקוֹנָם עַל אִישׁ פְּרֻטִי דְהוּי בְּקַדְוֹשַׁת הַגּוֹף דְזֶהוּ
חָל עַל דְבָר שְׁאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ וְכִינּוֹן דְמְסַפְיָא לָן לְמִי שְׁיָיָה הַחֲפִץ הוּי כְּמוֹ כָּל סַפְקֵי גְדָרִים

להחמיר ודווקא בספק ממון עניים פתב הר"ן נדרים ד' נא"ו דדינו כמו כל ספקממונא לקולא אבל לא בספק קונם דהא קיי"ל דיש מעילה בקונמות וכמש"כ הר"ן בקידושיו לב"ב והנימוקי על הא דהקדוש נכסיו לעניים מהו דכתבו דאם עמד חוזר דנכסי בחזקת נותן קיימי ואע"ג דגבי הקדוש איכא למימר דהוי לי ספיקא דאורייתא משום איסור מעילה פינו דממונא בחזקתו קאי אפשר דהוא פנודאי שאין איסור הקדוש א"נ לענון איסור מתקן פשמואל דאמר הקדוש שחיללו על ש"פ מחולל והובא זה בתשובת ר' בצלאל סי' ט"ו והנימוקי ב"ב שם פתב דכיון דאומר פרי לי דלא נתפוננתי לכה ולענון איסור מהימן וליכא בי' איסור מעילה וכ"כ הר"ן בפתר ביאור והובא בנתיבות כללי תפיסה ס"ק ב'.

ועיין במחנה אפרים ה' צדקה סי' ב' שהביא שם דברי הרא"ש בתשובה במי שנתן טבלא לאומן לציינה ואחר שציינה אסרה דלא אמר פלום דספיקא אי אומן קונה שבח כלי וכל ספק בקני' אי יצאו מחזקת בעלים ראשונים או לא מוקמינו בחזקה קמייתא עכ"ל שם והובא בקצרה ביו"ד סי' רכ"א סעי' ח' וכן הוא שיטת הרשב"א המובא ביו"ד סי' רנ"ט ש"ך ס"ק י"ד דכתב דספק הקדוש בד"ה כל שהוא ספק בתחלתו מוקמי אחזקת חולין ע"ש ואפשר דזה תלוי במה דכתבו דבספיקא דדינא לא שייך לומר אוקי אחזקה דאטו בשביל החזקה ישפנה הדין רק בממון סמכינו על חזקת מ"ק ולא באיסורין אף שיטת הר"ן בקידושין גבי נתן הוא ואמרה היא דר"ל שם בכל ספק קידושין מוקמינו אחזקה קמייתא אף בספיקא דדינא והובא בתשובת רע"א זצ"ל סי' ל"ז ולפי שזה אינו ברור כ"כ כמש"כ הר"ן שם ע"כ פתב הקא הר"ן אי נמי מתקן לי ע"י חילול כו' ואכמ"ל בזה: ועיין בב"מ ד' ו' גבי ההוא מסותא דקם חד מניהו ואקדשה ומדמה לו לספק בכור דהממע"ה ואסורין בגינה ועבודה ואמר לו רבה דשאני קדושה הבא מאליה אלמא דאף דבממונא אמרינו הממע"ה עכ"ז גבי ספק מעילה אסרו במקום ספק רק לרבה מחלק שם שאני קדושה הבא מאליו אבל בקדושה שאינו בא מאליו ס"ל לרבה דמותר וטעמא פינו דבממון אזלינו לקולא ה"ה לענון איסור מוקמי אחזקת חולין וכשיטת הרשב"א המובא ביו"ד סי' רנ"ט פנ"ל וגם מצינו בספק תרומה אף דהממע"ה מ"מ אסורים לזרים ועיין בגדה ד' כ"ה בתוס' ד"ה גבי בהמה לחומרא ויש לעיין בזה הרבה בסוגיא דתקפו פהו בתוס' ור"ן שם ועיין בש"ך חו"מ סי' קל"ח ס"ק ט' וכה"ג פתב התנאים בסי' מ"ב ס"ק ה' דבספק שבועה אף דנוגע לממון אמרינו ספיקא להחמיר וכן פתב התנאים סי' צ"ז ס"ק כ"ו ועיין בתנאים בקיצור ת"כ ס"ק קכ"ז והדברים ארוכין.

עכ"פ למדנו מפל אלה דהיכא דליכא חזקה קמייתא ואדרבה החזקה קמייתא סותרתו וגם אין טוען פרי דלפ"ז בספיקא דדינא למי שייך החפץ אף דתפסו ואמרינו הממע"ה. עכ"ז אם תבירו אסר עליו בקונם יש לאסור עליו משום ספק קונם דספק נדרים להחמיר דהא נתבאר דאף היכא דהוי אינו ברשותו רק דהוי שלו יכול לאסור בקונם דהוי פקדושת הגוף ובקונם פרטי אין לו פדיון אף היכא דהתופס טוען פרי אז אינו חל הקונם של הראשון משום דאדם נאמן ע"ע וכמו שכתב הר"ן והנימוקי גבי הקדוש נכסיו דב"ב הנ"ל ואין אנו יכולים לכוף לשאול על נדרו דהא מספיקא אין אנו יכולים לכוף אותו אף אם אסר השני בקונם על הראשון כ"ז שהנכסים אצלו בזה יש לדון דהא איכא חזקת מ"ק פנ"ל: ולפ"ז יש לדון בבע"ח שתפס מטלטלין של הלוחה במקום ספיקא דדינא בזה

ונדאי חל קונם של הלנה דהא אף אם מגיע החוב ממנו מ"מ כל זמן דלא הוה חלטי ונישם ע"י הב"ד הספץ להמלנה עדיין גוף הספץ שייך להלנה דהא בע"ח מפאן ולהבא גובה ע"כ בונדאי חל הקונם של הלנה לאסור נכסיו על המלנה ולא שייך בזה לומר דב"ד יכפוהו להלנה להיות מיתשל על נדרו דהא בזה בונדאי הלנה מוחזק בעצמו ומספיקא אינם יכולים לכופו לשאל על נדרו והא כ"ז דלא תפס הבע"ח הדין דהמע"ה לכן אף דתפס לא הוי מוחזק רק בגוף הספץ ולא בגוף של הלנה והדין נותן דחל הקונם של הלנה לאסור חפצו על הבע"ח התופסו ולכן אף דבספיקא דדינא בגוף הספץ עדיין יש לדון הרבה אם חל הקונם של בעלים הראשונים לאסור על התופס עפ"י שיטת הראשונים וקצרותי לעיל בזה משום דבמה דניצרך לענינינו בבע"ח בונדאי יכול לאסור פנ"ל: ענף ג ומה"ט יש לדון בהא דקיי"ל דבע"ח נאמן לטעון עד כדי דמיו במיגו דלהד"ם וכה"ג כמו בהני עזי דאכלי חושלא דב"ב ד' ל"ו ובחו"מ סי' ע"ב דאם הלנה אסרם בקונם על המלנה דחל הקונם שלו לאסור על הבע"ח התופס דהא אף דמהימן במיגו לטעון דחייב לו פפי סף שיווי הספץ מכ"מ הא אינו נאמן רק על התפיסה אבל אינו נאמן להיות כופין להלנה למיתשל על נדרו דהא הלנה מוחזק בעצמו וע"י מיגו של זה התופס אין אנו יכולים לכוף להלנה להיות מיתשל על נדרו ולדון דכיון דיש לו מיגו א"כ הוי פאלו נתברר לנו החוב ז"א דהא זה הוא בגדר מיגו להוציא מהלנה מוחזק בעצמו דאמר דאינו חייב לחבריו והקונם שלו הוא פדין לפי דבריו ודומה למש"כ המהרי"ט המובא באו"ת בכללי מיגו ס"ק ז' דלכוף לחלוץ ע"י מיגו הוי כמו מיגו להוציא דלא אמרינן ע"ש בארנפה ואף לדברי התוס' בב"ב ד' ה' דהקשו ביבמה שאמרה לא נבעלתי דאינה נאמנת והקשו התוס' דתהא נאמנת דמיגו דאינו יכול לבוא עלי וכתב התנאים שם דס"ל להתוס' דדווקא להוציא מחזקת ממון מקרי מיגו להוציא אבל היכא דלא שייך חזקת ממון אין זה מקרי להוציא עכ"ז בנ"ד אין אנו יכולים לכוף להלנה למיתשל על נדרו ע"י המיגו של התופס משום די"ל דלכן אינו רוצה לטעון לקוח או להד"מ והחזרתי משום דאם הי' טוען בן בונדאי לא היינו יכולים לכוף להיות מיתשל על נדרו ע"כ במה שנאמן לטעון ולתפוס על חובו ג"כ אין אנו יכולין לכוף להלנה להיות מיתשל על נדרו דלא יהיה זה עדיף מטענת מיגו עצמו ולפ"ז נראה דיכול לאסור חפצו על התופס ואף דהתופס טוען פרי לי על החוב עכ"ז הא אף לפי דבריו איהו גופי' מודה דעל פי דין חל הקונם של הלנה דהא גוף הספץ שייך להלנה פנ"ל וב"ד אינם יכולים לכפותו ולהתיר נדרו פיון דלא נתברר לב"ד חובו אלא מצד מיגו פן יש לדון לכאורה בזה והא דמהני תפיסה בקנס עיין ברא"ש סוף פ"ק דב"ק וי"ל דזה הוי כמו חוב מבורר וכופין לו למיתשל על נדרו אם תפס אף בהא דחייב לצי"ש דמהני לכמה פוסקים אם תפס בזה יש לעיין הרבה עפ"י זה דהא אין אנו יכולים לכופו למיתשל על הקונם שאסר על חבריו ויש להאריך בזה.

אף העיקר מה דנראה לי בזה דכ"ז אינו דבונדאי היכא דתפס בלא סהדי אין סברא לומר דיהיה יכול לאסור חפצו על התופסו והדין הוא היכא דיש לו מיגו דכיון דמהימן על החוב משום המיגו ע"כ ממילא פייפינו להלנה למיתשל על נדרו וכמש"כ התוס' בב"ב ד' ה' מי אמרינן הנ"ל דכופין לחלוץ ע"י מיגו משום דאין זה מקרי מיגו להוציא פיון דליכא בזה חזקת ממון וכמש"כ התנאים בכללי מיגו ס"ק ז' הנ"ל.

ובנוודאי העיקר פדברי התוס' נגד המהרי"ט ומה שכתבתי לעיל דלפ"ז הפסיד המיגו דלהד"מ או לקוח די"ל דלכן אינו טוען לקוח או להד"מ משום דאז אינו יכול לכוף להלנה למיתשל על גדרו וע"כ הוא טוען דחייב לו פדי דיהיה יכול לכוף למיתשל דז"א דהא עדיין לא יצא מפלל הקונם דהא יכול הלנה לאסור חפצו על התופס בקונם ותנאי אם הוא חייב לו אז אינו יחול הקונם אבל אם אינו חייב לו אז יחול הקונם א"כ אי נימא דהתופס חושש לנה א"כ עדיין לא יצא מהחשש דאי נימא דאינו חייב לו א"כ אז חל הקונם שעשה בתנאי הנ"ל ואז ליכא למכפני' למיתשל על גדרו שעשה בתנאי זה דהא אז עושה הקונם בדין וכיין דעדיין לא יצא מחשש של הקונם אי נימא דאינו חייב לו ע"כ לא הפסיד המיגו שלו וגם הא יכול הלנה לאסור חפצו על התופס לאחר שהחליטו לו ב"ד את החפץ דלפי דבריו דאינו חייב לו א"כ גוביינא דב"ד לאו פלום הוא דחל הקונם שלו וכיין דלא יצא עדיין מחשש זה ע"כ לא הפסיד המיגו שלו היכא דתפס בלא סהדי.

והעיקר מה דנראה לע"ד בזה דכיין דקיי"ל דבעל חוב קונה משכון וכיין דקנה את החפץ בתורת משכון אינו יכול הלנה לאסור נכסיו על התופס דהא הו' דקדושתהגוף מפקיע משיעבוד נאמר זה ביחד עם חמץ ושחרור פלשונם בגמ' דחמץ והקדש ושחרור מפקיע מידי שיעבוד וגבי חמץ הא מבואר בפסחים דף ל"א דאם קונה משכון אז אינו נאסר החמץ משום שעבר על כל יראה ואמרו שם שהלנה את ישראל על חמצו ד"ה עובר משום לא קני משכון [ועיין בתוס' פתובות ד' נ"ט ד"ה שדה זו כו' וש"ך חו"מ סי' רי"א ובי"ד סי' רכ"א וערכין ד' כ"א ובר"נ נדרים ד' מ"ז ובב"מ ד' ס"ז בתוס' ד"ה ושביעית משמטתו כו'].

א"כ הוא הדין בהא דקדושת הגוף מפקיע משיעבוד דהיכא דקונה משכון דינו לענין זה פקנין דאינו חל הקונם שלו להפקיע קנין שיש להמלנה בהמשכון וגם במשכון בשעת הלואותו אף דאינו קונה משפין כ"כ מ"מ הא ידוע מש"כ התוס' והרא"ש דכיין דקני משכון שלא בשעת הלונאתו ע"כ ממילא קני לי' במקצת אף בשעת הלואה וכתבו פן בהא דחמץ בפסחים ד' ל"א ובגיטין ד' ל"ז בשביעית ובתוס' שם ד"ה שאני משכון כו' והובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' וה"ה דמה"ט אינו יכול הלנה לאסור נכסיו על המלנה אף במשכון בשעת הלואה ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' ק"ט בסופו שכתב דאע"ג דאינו קונה משכון בשעת הלונאתו מ"מ כו' ואף דהלנה מכחיש המלנה ואומר דאינו חייב לו פלל עכ"ז המלנה דאומר דחייב לו א"כ לפי דבריו דחייב לו וקנה המשכון א"כ לא חל הקונם של הלנה וכמש"כ לעיל בשם הר"ן והנזמקי לב"ב גבי הא דהקדיש נכסיו מהו דב"ב ד' קמ"ח דלכן לא חיישי התם לספק מעילה משום דהא אומר ברי לי דאין בו חשש איסור ואדם נאמן ע"ע: וכן קיי"ל בהא דסתם נדרים להחמיר ופירושו להקל כמו בנדרים ד' י"ח וה"ה בהא דהמלנה טוען ברי על החוב ואינו חל הקונם של הלנה להפקיע הקנין של המשכון דרתמנא אקני לי' בגוף החפץ עד שישלם לו חובו וכש"כ לשיטת הרמב"ן בספ"ו דשבועות דאף בשעת הלואה בע"ח קני משכון והובא בש"ך ח"מ סי' ע"ב ס"ק ט' וכן יכול למכור לאחר אף דהאחר אינו טוען ברי מ"מ פבר זכה בו המלנה פדין פיון דטוען ברי ומה מוכר ראשון לשני פל זכותו כו' וכה"ג מבואר בי"ד סי' קכ"ז סעי' א' בסופו דאם מכחיש להעד אזי שרי לכל העולם וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ו' וקמו דכתבתי במק"א

לְבָאָר הָא דְכִתְּוּבוֹת ד' כ"ב בְּשָׁנִים אוֹמְרִים נִתְּגַרְשָׁה כּו' דְּבִאוּמַרְתָּ בְּרִי וְנִיסַת לֹא מְעַדִי לֹא תֵצֵא וּמִשְׁמַע דְּאַף הַגֹּלֵד כְּשֶׁר דְּאַף דְּאִינָם יְכוּלִים לוֹמַר בְּרִי לִי אִפ"ה פְּשָׁרִים בְּקַהֲל וְאַף בְּסַפֵּק חֲלָלָה בְּכִהּוֹנָה דְּלֹא שִׁינְיָה גְבִי לְדוֹן בְּסַפֵּק מְזוּר מוֹתֵר בְּקַהֲל אִפ"ה מוֹתֵרִים לְכִהּוֹנָה וְע"כ הַטְעַם דְּכִינּוֹן דְּיִצְאֻוּ בְּהִיתֵר כּו' וְקוֹשְׁיוֹת רַעַק"א זצ"ל בְּכִתְּוּבוֹת ד' כ"ז בְּרַבֵּי זְכַרְיָה בֶן הַקָּצֵב תִּרְצַתִּי בַמֶּק"א וְאִכְמ"ל: עֲנָה ד וּבְעֵינֵי קַר מִש"כ לְעִיל דְּקַדְוִשְׁת הַגּוּף חָל עַל דְּבַר דְּאִינוּ בְּרִשְׁוֹתוֹ רַק הָוֵי שְׁלוֹ נִלְע"ד לְהִבְיָא רֵאִי לְזָה מְהֵא דְּפִסְחִים ד' מ"ח מִן הַמְּאִתִּים מְמוֹתֵר ב' מְאוֹת שְׁנַשְׁתִּיירוּ בְּבוּר דְּעַרְלָה פְּסוּל לְגִסְכִּים וְקוֹשָׁה ל"ל קָרָא לְזָה תִּיפּוּק לִי בְּלֹא"ה דְּאִין חֲלָה קְדוּשָׁה עַל אִיסוּרֵי הַנְּאָה דְּהָא א"ה לִיתְנָהוּ בְּמִכְיָרָה וְכַמְבּוּנָאָר בְּב"ק ד' מ"ה מְכָרוּ אִינוּ מְכוּר וְהַתּוֹס' בְּזַבְחִים ד' ע"א וְסִנְהֶדְרִין ד' פ' וּבִשְׁא"ד א"כ מְמִילָא יִדְעֵנוּ דְּאִין חָל קְדוּשָׁה עַל עַרְלָה דְּהָוֵי אִיסוּרֵי הַנְּאָה וְל"ל קָרָא וְאַפְשָׁר לוֹמַר בְּזָה לְפַמְש"כ הַתּוֹס' בְּב"ק ד' ע"ב ע"ב ד"ה דְּאִי ס"ד דְּאוּרִיִּיתָא כּו' דְּמוֹכַח דְּתַקְרוּבַת הָוֵי דְּאוּרִיִּיתָא דֹאל"כ אֲמַאי אָמְרוּ לְעִיל דְּלָאו דְּמָרָה קָא טַבַּח וְאִי דְּרַבְּנּוּ הָוֵי חָשׁוּב שְׁפִיר דְּמָרָה כּו'.

ע"ש וּלְפ"ז י"ל דְּלִכְּוֹן עַרְלָה דְּנִתְּבַטַּל בְּפִחוֹת מְמִאִתִּים דְּמַה"ת בְּטָלָה בְּרוּב רַק דְּרַבְּנּוֹן תִּקְנוּ מְאִתִּים כְּמִש"כ הַתּוֹס' בְּב"מ ד' נ"ג וְע"כ חָשׁוּב שְׁפִיר דְּמָרָה וְלֹא מִיִּפְסִיל אֲלֵא מִחֲמַת מִן הַמְּאִתִּים כּו': אֲבָל זָה דְּחוֹסָק דְּהָא מְסָקֵי הַתּוֹס' שָׁם בְּב"ק דְּהִיכָא דְּאָסְרוּ חֲזוּ"ל בְּכָל הַנְּאִוֹת אֲז אִי הִיכָא דְּאִין אִיסוּרוֹ אֲלֵא מְדַרְבְּנּוֹן חָשׁוּב שְׁפִיר דְּלָאו דְּמָרָא כִּינּוֹן דְּעֵינְקָרוּ מְדְאוּרִיִּיתָא וְשִׁאנֵי חוּלִין שְׁנַשְׁחִטּוּ בְּעֵזְרָה וְכַמְבּוּנָאָר בִּאֵה"ע ס' כ"ח אֲכַן לְפַמְש"כ דְּקַדְוִשְׁת הַגּוּף חָל עַל דְּבַר דְּאִינוּ בְּרִשְׁוֹתוֹ אֲתִי שְׁפִיר דְּהָא אִיסוּרֵי הַנְּאָה חָשׁוּב שְׁלוֹ כְּמִש"כ הֶרִיטְבָ"א בְּסוּפָה ד' ל"ה וְהַמְג"א ס' תִּרְמ"ט ס"ק כ' הַהַג"ה וְאַפְשָׁר לוֹמַר דְּבָזָה גּוּפָא פְּלִיגֵי הַנְּהָ אֲמוּרָאֵי בְּסוּפָה ד' ל"ה דְּחַד אָמַר שְׁל עַרְלָה פְּסוּל לְפִי שְׁאִין בּוּ הִיתֵר אֲכִילָה וְח"א לְפִי שְׁאִין בְּהָ דִין מְמוֹן.

וּי"ל דְּמֵאֵן דְּס"ל לְפִי שְׁאִין בּוּ הִיתֵר אֲכִילָה ס"ל דְּאִיסוּרֵי הַנְּאָה מִיִּחְשָׁב שְׁלוֹ וּפְלִיג אֲאִידָהּ מ"ד דְּס"ל אִיסוּרֵי הַנְּאָה לֹא הָוֵי שְׁלוּ וּבָזָה אֲתִי שְׁפִיר כִּינּוֹת הַמְג"א שָׁם מְשׁוּם דְּלִהְלָכָה כְּתַב הַכ"מ פ"ו מַה"ל בְּיַפּוּרִים דְּהִלְכְּתָא כּו' חִזְיָא דְּפָסֵק לְפִי שְׁאִין בּוּ הִיתֵר אֲכִילָה דְּהָוֵי רַבּוּ דְּרַבָּא שְׁל ר' אִסִּי ע"ש.

וְעַפ"ז יֵשׁ לְעִי בִאוּ"ח ס' תִּרְמ"ט סְעִי ב' בַּהֲגַה"ה וְכְמִש"כ לְפַמְש"כ הֶרִיטְבָ"א שָׁם דְּלְמִסְקָנָא דְּפְלִיגֵי בְּמַעְשָׁר שְׁנֵי י"ל דְּכו"ע מוֹדֵי דְּאִיסוּרֵי הַנְּאָה הָוֵי שְׁלוּ וְיֵשׁ לְעִי הַרְבֵּה וּבְכַנּוּנַת הֶרִיטְבָ"א שָׁם וְאִכְמ"ל וּבִיּוֹתֵר אֲתִי שְׁפִיר לְפַמְש"כ הַרְמַב"ם בְּסוּפָה בְּפִי הַמְּשַׁנְיּוֹת שָׁם דְּהָא דְּפָסִיל אֲתָרוּג שְׁל עַרְלָה לְפִי שְׁאִין בּוּ דִין מְמוֹן דְּזָהוּ גְלַמַּד מְדַכְתִּיב פְּרִי ע"ש.

אִי יֵשׁ לְעִי מִירוּשְׁלַמִי סוּפָה רַפ"ג דְּיִלְיָהּ מְדַכְתִּיב בְּלוּלָב לְכֶם מְשַׁלְכֶם וְלֹא מְשַׁל אִיסוּר הַנְּאָה וְקַצְרִתִּי בְּכ"ז: ע"כ הַגַּה"ה: וְעֵינֵין בְּרַ"ן בְּעו"ג ד' מ"ג וּבְנִדְרִים ד' פ"ה וּבִר"נ וּבְרַשְׁבָ"א שָׁם וּבְמַח"א ה' זְכִינִי מְהַפְקֵר ס' ד' וּבְסַפְרֵי ח' יו"ד ס' כ"ג עֲנָה ג' וְכִינּוֹן דְּאִיסוּרֵי הַנְּאָה הָוֵי שְׁלוּ וְהָא דְּלִיתָא בְּמִכְיָרָה הַטְעַם הוּא מְשׁוּם דְּאִיסוּר הַנְּאָה מְשׁוּי לְזָה לְאִינוּ בְּרִשְׁוֹתוֹ וְכְמִש"כ הַקְצֵה"ח בְּסִי ת"ה ע"כ הָוֵי מְצִי לְהַקְדִישׁ יֵין עַרְלָה לְגִסְכִּים מְשׁוּם דְּהָוֵי קְדוּשַׁת הַגּוּף ע"כ בְּעֵי קָרָא מִן הַמְּאִתִּים וּבָזָה אֲתִי שְׁפִיר בִּיּוֹתֵר דְּבָרֵי

הַרְמַב"ם פ"ה אִסּוּרֵי מִזְבַּח ה' ט' שְׁכַתְבֵי אֵין מְבִיאִין מְנַחֲחוֹת וּנְסֻכִים מִן הָעֶרְלָה וְכֹלְאֵי הַפָּרִם מִפְּנֵי שֶׁהוּא מִצְוָה הַבָּאָה בְּעֵבֶרֶה כּו' מִשְׁמַע שְׂאֵף עֶרְלָה בְּלֹא תַעֲרֹבוֹת פֶּלֶל הִי חֵלָה עָלָיו קְדוּשָׁה זוּלַת טַעְמוֹ שְׁכַתְבֵי וְקָשָׁה הָא בל"ז הֵנִי אִסּוּרֵי הַנָּאָה וְכַנ"ל אָכֵן לַפְמַש"כ אֲתֵי שְׁפִיר מְשׁוּם דְּשִׂאֲנֵי הֵיכָא דְהֵנִי קְדוּשַׁת הַגּוֹף וְעִדְיָן יֵשׁ לְעֵי בְּזָה וְשִׂינִים הַרְמַב"ם שֶׁם דָּאֵם הֵבִיא לֹא נִתְקַדְּשׁוּ לְהֵיּוֹת רְאוּיִים לְקַרְבָּן אֲבָל נִתְקַדְּשׁוּ לְהֵיּוֹת פְּקַדְּשִׁים שְׁנִפְסְלוּ וְכַתְבֵי הַלַּח"מ שֶׁם שְׁפָן הוּא בְּתוֹסְפָתָא וְכִיּוֹן דְּנִפְסְלוּ מִקְרָבָן א"כ אֵין דִּינוֹ פְּקַדְּשַׁת הַגּוֹף.

א"כ קָשָׁה אִיךָ חָל עָלֵיהֶם קְדוּשָׁה לְהֵיּוֹת פְּקַדְּשִׁים שְׁנִפְסְלוּ אָכֵן לַפְמַש"כ הַנּו"ב בַּמ"ח ח' או"ח ס' קל"ד לְתַרְצֵי קְוִשְׁיּוֹת הַש"א עַל הַרְמַב"ם בְּסִי' צ"ו כ' דְּבִדְעֵבֶד אִם עֶבֶר וְהַקְרִיבֹו פֶּשֶׁר ע"ש א"כ דִּינָם פְּמוֹ קְדוּשַׁת הַגּוֹף וְחָל שְׁפִיר עַל אִסּוּרֵי הַנָּאָה פְּנ"ל וְגַם הָא שְׁיִטַּת הַרְמַב"ם דְּמִצְוָה הַבָּאָה בְּעֵבֶרֶה לֹא מִיְפְסֵל אֲלֵא מְדַרְבְּנֵן כַּמַּש"כ הַנּו"ב שֶׁם וְכֵן הֵי דְרָשָׁא דְמֵן הַמְשַׁקְּהָ לִישְׂרָאֵל וְהַקְרִיבֵהוּ לְפָחְתִּיךָ ס"ל לְהַרְמַב"ם דּו"א אֲלֵא מְדַרְבְּנֵן וְעֵי בַכ"מ פ"ב אִסּוּרֵי מִזְבַּח ה' י' וּבְשַׁע"מ פ' י"א ה' שְׁחִיטָה מַה שְׁהַקְשָׁה ע"ז מְחֻלְיֵן ד' י"א וְאִכְמ"ל וְכִיּוֹן דְּמַה"ת חָל קְדוּשַׁת הַגּוֹף ע"ז ע"כ חָל קְדוּשַׁתוֹ אַף עַל אִסּוּרֵי הַנָּאָה פְּנ"ל: וְעַפ"י מַה שְׁנִתְבָּאָר יֵשׁ לְתַרְצֵי מַה שְׁהַקְשָׁה בְּתוֹס' פְּתוּבוֹת ד' ל"ג ע"ב וּבְסִנְהֶדְרִין ד' פ' וּבְזִבְחִים ד' ע"א עַל ר"ל דְּאָמַר בַּב"ק ד' ע"ז דְּכָל הֵיכָא דְלִיתָא בְּמַכִּירָה לִיתָא בְּטְבִיחָה א"כ אֲמַאי אָמְרוּ גָּבַח שׁוֹר הַנֶּסְקֵל וְטְבַחוֹ מְשַׁלֵּם ד' וְה' הָא שׁוֹר הַנֶּסְקֵל לִיתָא בְּמַכִּירָה וְהוֹכִיחוּ מְזָה פְּשִׁיטַת ר"ת דְּשׁוֹר הַנֶּסְקֵל אֵינֹו נֶאֱסָר מְחִיִּים אֲבָל לְפִי מַה שְׁנִתְבָּאָר אֲתֵי שְׁפִיר דְּהָא עֵינְקָר מְלִתָּא דְאִסּוּרֵי הַנָּאָה לִיתָא בְּמַכִּירָה הוּא מְשׁוּם דְּאָף דְּהֵנִי שְׁלוֹ עַכ"ז הָא הֵנִי אֵינֹו בְּרִשׁוּתוֹ וּמְבֹאָר בַּב"ק ד' ס"ח דר"ל ס"ל פְּצִנְוֵעִין דְּחָל מְכִירָה וְהַקְדֵּשׁ עַל דְּבָר שְׁלוֹ אַף דְּהֵנִי אֵינֹו בְּרִשׁוּתוֹ ע"כ לְרִישׁ לְקִישׁ יֵשׁ לְדוֹן דְאִסּוּרֵי הַנָּאָה וְשׁוֹר הַנֶּסְקֵל אִיתָא בְּמַכִּירָה פִּינֹן דְאִסּוּרֵי הַנָּאָה הֵנִי שְׁלוֹ וְאִם עֶבֶר וּמְכַר מְהֵנִי מְכִירָתוֹ וְהָא דַּב"ק ד' מ"ה דְּמִשְׁנֵיגְמַר דִּינוֹ אֵינֹו מְכוּר אֵינֹו קָשָׁה עַל ר"ל דְּהָא זָה פְּלוּגְתָּא דְתַנְאֵי בַב"ק ד' ס"ח שֶׁם וְלַר' יוֹחֲנָן דַּס"ל שֶׁם בַּב"ק ד' ס"ח דְּאֵין אָדָם מְקַדֵּשׁ דְּבָר שְׂאֵינֹו בְּרִשׁוּתוֹ א"כ אִסּוּרֵי הַנָּאָה לִיתָא בְּמַכִּירָה לַפ"ז הָא ר' יוֹחֲנָן ס"ל בַּב"ק ד' ע"ז דְּאָף הֵיכָא דְלִיתָא בְּמַכִּירָה מ"מ אִיתָא בְּטְבִיחָה וּמְתוֹרֵץ קְוִשְׁיּוֹת הַתוֹס' הַנְּ"ל וְחִמְצֵי בְּפִסְחָא שְׂאֵנִי כַּמַּש"כ הַמַּק"ח ה' פֶּסַח ס' תל"א דְּאָף לְהַרִיטְב"א דְאִסּוּרֵי הַנָּאָה הֵנִי שְׁלוֹ עַכ"ז חִמְצֵי בְּפִסְחָא פִּינֹן דְכְּתִיב בּוֹ תִשְׁבִּיתוּ וְכֹל יִרְאֶה ע"כ גַּם הַרִיטְב"א מוֹדָה דְלֹא הֵנִי שְׁלוֹ וְעֵי מְזָה מַש"כ הַמַּג"א בְּסִי' תַמ"ד ס"ק י"א דְעֵשָׂה דְתִשְׁבִּיתוֹ חֲמִיר טְפִי דְכָל שְׁעָתָא וְשְׁעָתָא עוֹבֵר וְעֵי בַש"א ס' פ"א וְעֵי בַב"ק ד' ע"א אֵי מַה קוֹדֵשׁ אִסּוּר בְּהַנָּאָה כּו' ת"ל לְכֶם שְׁלָכֶם יְהִי אִסּוּרֵי הַנָּאָה הוּא וְלֹא דְמָרָא קְטִבַח וּבְפִי רַש"י שֶׁם וּבְהָא דְגִיטִין ד' כ' פְּתָבוּ עַל אִסּוּרֵי הַנָּאָה וְקִצְרִיתִי בַכ"ז: וְנִכְעַת רְאִיתִי בְּפָנִים מְאִירוֹת ח' ב' ס' קס"ו שְׁכַתְבֵי בַא שְׁחִטָּה פִּירוֹת מִיַּד חֲבִירוֹ וְאָמַר חֲבִירוֹ הַפִּירוֹת הָאֵלוֹ יְהִי אִסּוּרִים לָהּ וּפְסַק דְּאֵין אָדָם אוֹסֵר עַל חֲבִירוֹ עַכְשָׁיו שְׂאֵינֹו בְּיָדוֹ וְאֵינֹו בְּרִשׁוּתוֹ כּו' ע"ש וּלְפַמַּש"כ לְעֵיל וּבְסִפְרֵי בָּאָר יִצְחָק דְקְדוּשַׁת הַגּוֹף חָל עַל דְּבָר שְׁלוֹ וְאֵינֹו בְּרִשׁוּתוֹ א"כ ה"ה בְּקוֹנְמוֹת דְקְדוּשַׁת הַגּוֹף גִּינְהוּ יֵשׁ לְדוֹן דִּיהָ יְכוֹל לְאָסוּר עַל חֲבִירוֹ בְּקוֹנָם וְדִלָּא כַּהַפְמ"א [וְעֵי בְּחֻלְיֵן ד' קל"ט ע"א וְיָמֵי קְדוּשָׁה כּו' מַה בֵּיתוֹ בְּרִשׁוּתוֹ כּו' וּבְסוּכֵי.

ד' ל' ע"א תוס' ד"ה פי יקריב מָפָם כו' באה"ד שָם מה ביתו בְּרִשּׁוֹתוֹ וְכַתּוּב הַמְהַרְשֵׁ"א שָם דְּכֹנֶן־נֶתֶם מה בֵּיתוֹ שְׁלוֹ ע"ש ובר"נ נְדָרִים ד' מ"ז וּבִסְנֵה־דָרִין ד' ט"ו ע"ב בְּמָה דְאָמַר ר"ל שָם וְהוּא שְׁהֵמִיתוּ כו' וְקִצְרֵתִי בַכ"ז].

אף אף לְשִׁיטַת הפמ"א הַנ"ל מ"מ אִם אָסַר בְּקוֹנָם כ"ז שֶׁהַחֲפִץ הוּא בְּרִשּׁוֹתוֹ מִקְּוֹדֵם דְּתַפְס הַתּוֹבֵעַ שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן פֶּל הַנ"ל: ובעז"ה אֲתַחִיל לְכַתּוּב פֶּל מֵה שְׁיִבְנָאָר בְּס"ב ע"ב אף פי הוא שְׁיִכּוֹת לְעִנְיָן תְּפִיסָה בְּדָרְרָא דְמִמוֹנָא הַנ"ל אף לְפִי דְזֵהוּ עִנְיָן חֲדָשׁ ע"כ חֲלַקְתִּים לְס"ב ע"ב ע"כ סִימָן בַּתְּפִיסָה בְּדָרְרָא דְמִמוֹנָא וּבְעִנְיָן בְּעַל חוּב קוֹנָה מְשֻׁכָּן.

עָנָף א הַנָּה נִלְפַעַנ"ד לְדוֹן מִלְתָּא חֲדָתָא לְפִי מֵה דְמִבְּנָאָר בַּח"מ ס"ב ע"ב ע"כ כ"ט בְּשֵׁם בַּה"ת דְּס"ל לְדַעָה קַמְיִתָּא שָׁם דְּבַחוּב שְׁאִינוּ דְרָף הַלְלוּנָאָה אִין מְסַדְרִין וּמִבְּנָאָר בְּטוֹר וּב"י שָׁם דְּלְפִי שְׁיִטְתָּם ה"ה דְּבַחוּב שְׁאִינוּ דְרָף הַלְלוּנָאָה לִיכָּא בְּיָה מְצוֹת הַשְּׁבַת הַעֲבוֹט וְהוּבָא בְּתוֹמִים שָׁם ס"ק י"ב וּבְאוּרִים שָׁם ס"ק ע"ד.

וְהַדְעַת נֹתְמָת דְּהִיכָּא דְלִיכָּא מְצוֹת הַשְּׁבַת הַעֲבוֹט דְּבִזָּה לָא קָנִי מְשֻׁכָּן דְּהָא בְּפִסְחִים ד' ל"א ע"ב אָמְרִינָן דְּת"ק סָבַר הַנ"מ דְּקָנִי מְשֻׁכָּן בְּיִשְׂרָאֵל כו' דְּקָרִינָא בְּיָה וּלְהַ תְּהִיבָה צְדָקָה אָבֵל יִשְׂרָאֵל כו' לָא קָנִי וְקִי"ל כְּת"ק דְּר"מ דְּיִשְׂרָאֵל כו' לָא קָנִי מְשֻׁכָּן כַּמֶּש"כ הָרַא"ש שָׁם אֲלָמָא דְּהִיכָּא דְּלֵא שְׁיִיף מְצוֹת הַשְּׁבַת הַעֲבוֹט דְּזֵה נִלְמַד מִלְּהַ תְּהִיבָה צְדָקָה כְּמוֹ הַתָּם בְּפִסְחִים פִּינָן דְּלִיכָּא גְּבִיָּה מְצוֹת הַשְּׁבַת הַעֲבוֹט ע"כ לָא שְׁיִיף גְּבִיָּה לֹמַר דְּקָנִי מְשֻׁכָּן וְה"ה בְּכָל מְקוֹם הִיכָּא דְּלִיכָּא מְצוֹת הַשְּׁבַת הַעֲבוֹט כְּמוֹ בַּחוּב גְּזָקִין וּשְׁכִירוֹת דְּלִיכָּא בְּיָה מְצוֹת הַשְּׁבַת הַעֲבוֹט מִשּׁוּם דְּכַתִּיב בְּתוֹרָה כִּי תִשָּׂה בְּרַעְיָךְ כו' וְהָאִישׁ אֲשֶׁר אִתָּה נֹשֶׂה כו' וּלְהַ תְּהִי צְדָקָה וְכִינּוּן דְּלִיכָּא גְּבִיָּה מְצוֹת הַשְּׁבַת הַעֲבוֹט לְכֹן לָא קָנִי עָלְיוּ וּלְהַ תְּהִיבָה צְדָקָה דְּזֵה מְקוֹר הַיְלִפוּתָא דְּבַע"ח קָנִי מְשֻׁכָּן וְאִף דְּאִיכָּא שָׁם בְּפִסְחִים קו"ח דְּיִשְׂרָאֵל כו' קָנִי וְכו' כַּדְס"ל לְר"מ שָׁם בְּפִסְחִים אַפ"ה פְּלִיגִי רַבְּנָן עָלְיוּ וְלָא ס"ל לְהָאִי קו"ח מִשּׁוּם פִּינָן וּלְהַ תְּהִיבָה צְדָקָה אִינוּ מְצוּהָ כו' עַל פֶּן לָא קָנִי הַיִּשְׂרָאֵל הַמְשֻׁכָּן וְה"ה בַּחוּב גְּזָקִין וְכוּ"ג פִּינָן דְּלָא קָנִי עָלְיוּ וּלְהַ תְּהִיבָה צְדָקָה מְמִילָא לָא קָנִי מְשֻׁכָּן וְאִף דְּבַעֲשִׂיר לִיכָּא בְּיָה מְצוֹת הַשְּׁבַת הַעֲבוֹט וְכֹן בְּדַבְרִים שְׁאִינָם צְרִיכִים לְהַלְלוּהָ וְאַפ"ה קָנִי מְשֻׁכָּן שֶׁא"ה דְּהָא עַכ"פ שְׁיִיף בְּיָה מְצוֹת הַשְּׁבַת הַעֲבוֹט אִם יִצְטָרֵף לוֹ הַחֲפִץ וְאִם יֵהִי עָנִי מִשֶּׁא"כ בְּגְזָקִין וְכוּ"ג דְּלִיכָּא גְּבִיָּה פֶּל מְצוֹת הַשְּׁבַת הַעֲבוֹט שְׁפִיר יֵשׁ לְמִלְחָה מְהָא דְּפִסְחִים פֶּן וְכֹן מְשֻׁמַּע בְּתוֹס' שְׁבוּעוֹת ד' מ"ד ד"ה מֵאִי לָאוּ בְּדָלָא שְׁוִי כו' שְׁפַתְבוּ וּמִיָּהוּ תִימָא פִּינָן דְּר"י גְּזָרֵת הַפְּתוּב הוּא מֵה לִי שְׁוִי וּמֵה לִי לָאוּ שְׁוִי אִטוּ מִשּׁוּם דְּלָא שְׁוִי לָא קָנִי בְּיָה הַשָּׁב תְּשִׁיב אֶת הַעֲבוֹט וּלְהַ תְּהִיבָה צְדָקָה כו' עַכ"ל אֲלָמָא דְּהַתוֹס' גְּתַפְּוֹנוּ לְמֶש"כ דְּהַנָּף שְׁנֵי עִנְיָנִים הִינּוּ מְצוֹת הַשְּׁבַת הַעֲבוֹט וּקְנִית מְשֻׁכָּן הֵם תְּלוּיִם בְּהַדְדֵי וְכוּ"ג אִיתָּא בְּשְׁבוּעוֹת ד' מ"ד אִמַּר דְּאָמַר ר"י שְׁלֵא בְּשַׁעַת הַלְלוּנָאָתוּ בְּשַׁעַת הַלְלוּנָאָתוּ מִי אָמַר פִּי רַש"י דְּבַהֲכִי מְשַׁתְּעִי קָרָא בַּחוּץ תַּעֲמוּד וְהָאִישׁ אֲשֶׁר אִתָּה נֹשֶׂה בּוֹ כו' וְהִינּוּ שְׁלֵא בְּשַׁעַת הַלְלוּנָאָתוּ אֲלָמָא פִּינָן דְּקָרָא לָא מְיִירִי בְּשַׁעַת הַלְלוּנָאָתוּ ע"כ לָא אָמְרוּ בְּיָה דְּקָנִי מְשֻׁכָּן א"כ ה"ה בַּחוּב גְּזָקִין וּשְׁכִירוֹת פִּינָן דְּקָרָא לָא מְיִירִי בְּיָה וְע"כ לִיכָּא בְּיָה מְצוֹת הַשְּׁבַת הַעֲבוֹט דְּמֵהָאִי טַעְמָא לָא קָנִי מְשֻׁכָּן וְעִינּוּ בַב"מ ד' פ"ב ע"א בְּרַש"י שָׁם אָבֵל הִכָּא בְּרַש"י בְּשְׁבוּעוֹת מְשֻׁמַּע דְּהַעֲיָקָר הוּא דְּכִינּוּן דְּקָרָא לָא מְיִירִי בְּיָה ע"כ לָא קָנִי מְשֻׁכָּן וְעִינּוּ בַב"מ ד' ס"ז ע"ב ד"ה וְהַשְּׁבִיעִית מְשֻׁמַּטָּו כו' וְעַפִּי"ז יֵשׁ לְיִשָּׁב קוֹשְׁיוֹת הַר"ן בְּקִידוּשֵׁין פ"ב

גבי עשה לי שיריים וטבעות דס"ל לחכמים דאינה מקודשת משום דאין אומן קונה בשבח פלי ויש לשכירות מתחלה ועד סוף דינו כמלנה והקשה הר"ן אמאי לא יהיה כמקדש כמלנה שיש לו משפון דמקודשת מדר"י וכן הקשה הרשב"א בקידושיו בקידושין שם ועיין ברשב"א בתשובה שהובא בש"ך ח"מ סי' ע"ב ס"ק ק"ט: אכן לפמש"כ מיושב קושיותו די"ל דשאני בחוב אומן דלא הוי פחוב הלואה ע"כ לא קני משפון ועיין באה"ע סי' כ"ח ס"ק מ' בב"ש הביא שיטת הפוסקים דס"ל דבאומן קני משפון אכן לדעת הסוברים דבחוב שאינו הלואה אין מסדרין שפיר י"ל פנ"ל ועיין בש"ך סי' פ"ט סק"י מה שכתב שם בשם הר"ן והרמב"ן וכן יש לדון עפ"י"ז במה שהקשה הרמב"ן והובא בש"ך ח"מ סי' ע"ב סק"ט על הסוברים דבע"ח קני משפון אף לאונסין דהא בב"ק ד' ל"ו איתא פגון שתפס גזק ונעשה עליו ש"ש לנזקין ואמאי לא אמרו דנעשה שואל ע"כ קושיותו אמנם לפי מה שכתבתי נחא דכינן דנזקין לא הוי חוב הלואה ע"כ לא שייך ביה קני משפון והתם הא מייירי בחוב נזקין ובכולי ש"ס לא נאמר הך דרנ"צ רק בחוב הלואה והרמב"ן דהקשה פן אזיל לטעמיה שכתב בקידושין דף מ"ח דגם באומן שייך הך דרנ"צ אם תבעו מיניה שקרו ולא יהיב ליה אגרי' אלמא דס"ל להרמב"ן דאף בחוב שאינו הלואה שייך ג"כ קניית משפון וע"כ הקשה הרמב"ן שפיר בהא דבב"ק פן ואפשר דהרמב"ן והר"ן והרשב"א דס"ל דאף בחוב שאינו הלואה שייך ג"כ קני משפון משום דס"ל דגם בחוב שאינו הלואה ג"כ מסדרין כמבואר פלוגתא דרבנותא בזה בח"מ סי' צ"ז סעי' כ"ט ומה"ט ס"ל דאיכא מצות השבת העבוט אף בחוב שאינו הלואה אבל להסוברים דליכא מצות השבת העבוט בחוב שאינו הלואה שפיר יש לדון דס"ל דבזה לא קני משפון והעיקר מה שנוצר לענינינו לתרץ קושיות האו"ת והקצה"ח בהא דב"ק ס"פ המניח דאמאי לא תועיל תפיסה בכולו פנין דאיכא דררא דממונא וכתבתי במק"א דזה הקושיא לא תשוב רק על שיטת הרא"ש אבל על שארי השיטות אין מקום לקושיותם וכמו דמצאתי בקונטרס הספיקות של הקצה"ח פלל ב' ס"ק ח' וכינן דזה הקושיא לא קאי רק לחד שיטה ע"כ שפיר יש לדון להפלל הנ"ל דס"ל פשיטת הסוברים דאין מסדרין לחוב שאינו דרף הלואה דלהך שיטה לא קני משפון בכה"ג: ענף ב והרא"ש בקדושין פ"א סי' י' הביא ראי' דבשעת הלואה לא קנה משפון מהא דעשה לי שיריים ואקדש אני לה אם אין אומן קונה בשבח פלי אינה מקודשת ולפי מש"כ לדון דבחוב שאינו הלואה לא שייך בי' דקני משפון א"כ נסתר ראיותו ומדכתב הרא"ש להוכיח פן מוכח דס"ל שלא לחלק בין חוב הלואה לחוב נזקין ושכירות אמנם יש לומר דאף דנימא דהרא"ש ס"ל להפלל הנ"ל עכ"ז שפיר הוכיח פן דהא מצינו בפסחים ד' ל"א דפליגי ר"מ ונחכמים דר"מ ס"ל דאף היכא דליכא מצות השבת העבוט ג"כ קנה משפון מצד קו"ח פנין דישאל מישאל קנה כו' לא כש"כ ולשיטת ר"מ יש לדון דה"ה בחוב נזקין ושכירות וכה"ג דאף דליכא מצות השבת העבוט מ"מ קנה משפון פנין דאיכא קו"ח דהא מצינו דמלנה הפתובה בתורה אלימא יותר משאינו פתובה בתורה כמבואר בקידושין ד' י"ג ובסוף ב"ב ועירוובין ד' ז' ובכורות ד' מ"ח דמלנה הפתובה בתורה אלימא ביותר ושייך בזה יותר לומר שעבודא דאורייתא משא"כ במלנה דאינו פתובה בתורה ועיין בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' וה"ה בהא דבע"ח קני משפון שייך ג"כ לדון הך קו"ח דכינן דמלנה שאינו פתובה בתורה קני משפון כש"כ במלנה הפתובה בתורה דקני משפון היינו חוב נזקין

ושכירות דהא אלימא ביותר פן יש לדון אליבא דר"מ וקתם בקדושין ד' מ"ח אמרו בעשה שירינים דס"ל לר"מ מקודשת וחכ"א אינה מקודשת ופליגי במקדש במלנה ואח"ז אמרו שם דכו"ע ס"ל המקדש במלנה א"מ רק דפליגי אם אןמן קונה שבח פלי או ביש לשכירות מתחלה ועד סוף ומשמע דאם לא היה אןמן קונה שבח פלי ויש לשכירות מתחלה ועד סוף היה מודה ר"מ דאינה מקודשת וע"ז שפיר יש להקשות דהא הוי כמו המקדש במלנה שיש עליו משכון דלכו"ע מקודשת ולר"מ הא ס"ל דקני משכון אף היכא דליכא מצות השבת העבוט: וגם הא הוי מצי הש"ס לומר דלכן ס"ל ר"מ מקודשת משום דס"ל דקני משכון אף בחוב שכירות ואזיל לטעמיה דס"ל פן בפסחים וע"כ ס"ל לר"מ דמקודשת בעשה לי שירינים ורבנן ס"ל דא"מ אזלי לטעמיהו דס"ל דהיכא דליכא מצות השבת העבוט לא קני משכון וה"ל מקדש במלנה דא"מ ור"מ ס"ל קו"ח וקני משכון ואף ל"ד דמלנה הפתובה בתורה לאו פכתובה בשטר דמי מ"מ פיון דחזינו דעדיפא משארי מלנה עכ"פ לכו שייף הקו"ח ומדהנצרה הש"ס לומר בטעמא דר"מ דס"ל מקודשת משום דס"ל אןמן קונה שבח פלי או אינו לשכירות רק לבסוף מזה הוכיח הרא"ש שפיר דבשעת הלואה לא שייף הך דר' יצחק אבל לדינא י"ל דלדין דקיי"ל פרבנן דפסחים דישאל כו' לא קנה משכון אף דאיכא קו"ח משום דליכא במצות השבת העבוט דה"ה בחוב שאינו הלואה לא קנה משכון משום דליכא ביה מצות השבת העבוט וקרא דלך תהיה צדקה לא איירי כי אם בחוב הלואה פנ"ל א"כ אין סתירה מן הרא"ש לכלל שחינשונו: ועוד י"ל דהרמב"ן והר"ן והרשב"א דס"ל דאף בחוב שאין הלואה שייף ג"כ הא דר' יצחק אזלי לטעמיהו דס"ל להרמב"ן סוף פ"ו דשבועות במלחמות דאף בשעת הלואה שייף ג"כ הא דר' יצחק ונדחה הסוגיא דסוף פ' האןמנין וכן מבואר ברשב"א סוף פ' השולח והובא בחו"מ בפ"ה סי' ע"ב ס"ק ט' וכן הוא שיטת הר"ן בב"מ פ' האןמנין אלמא דאף דקרא לא איירי כי אם שלא בשעת הלואה אפ"ה ילפינן דה"ה בשעת הלואה ע"כ י"ל דה"ה בחוב שאינו הלואה דאף דקרא לא איירי בזה עכ"ז ילפינן מסברא דאין לחלק ביניהם והא דפסחים כו' בע"כ מוכח לחלק דשאני התם דלא מצינו בתורה כי אם ישאל כו' אבל בישאל כו' אכן באיש דמבואר בתורה דקנה משכון ממילא לא מחלקינן ביה בין היכא דשייף מצות השבת העבוט או לא וכיון דחזינו דאף בשעת הלואתו דלא שייף בו מצות השבת העבוט אפ"ה קנה משכון.

ה"ה בחוב של גזקין אף דליכא בו מצות השבת העבוט אפ"ה קנו משכון לכן ס"ל להרמב"ן והרשב"א והר"ן דגם בזה קנה משכון ולומר דשאני בשעת הלואתו דמתוך שקנה שלא בשעת הלואתו ע"כ קנה אף בשעת הלואתו הא לא גיחא להו לומר פן פמבואר ברשב"א ורמב"ן שם והובא בפ"ה שם אבל לשיטת הרא"ש והתוס' דס"ל דבשעת הלואתו לא קנה משכון י"ל דזה ג"כ מהך טעמא דכיון דבשעת הלואתו לא שייף מצות השבת העבוט פמבואר בב"מ ד' קי"ד ע"ב ובס"י צ"ז סעי' ט"ו ע"כ לא קנה משכון וה"ה בחוב שאינו הלואה פיון דליכא גביה מצות השבת העבוט לא קנה משכון פיון דקרא לך תהיה צדקה לא מיירי ביה כמש"כ רש"י בשבועות ד' מ"ד [אף לפי שיטת רש"י בב"מ ד' פ"ב ע"א וכן לפמש"כ הש"ס סי' ע"ב ס"ק ט' ד"ה וגם הך דפ' השואל כו' יש לדון במה שפתי] ולכן פיון שהוכיח הרא"ש והתוספות דבשעת הלואתו לא קנה משכון ה"ה דבחוב שכירות ונזקין לא קנה משכון: ענף ג ואפתי יש להעיר מהא

דב"ק ד' דאם תפס מחיים זכה בו לגבות אף מיתמי גם בנזקין ונראה דהא דמהני תפיסה מחיים לגבות אף מיתמי הטעם הוא משום דקני משכון דאל"כ אמאי יהיה מהני תפיסה לגבות מיתמי פיון דמטלטלי בעצם לא בני שיעבוד ניהו ומצד מצנה דפריעת בע"ח מצנה לא שייך ביתמי א"כ בע"כ משום דקני משכון אתי עליה אלמא דאף בחוב נזקין קני משכון וכן מצינו בכתובות ד' פ"ד גבי פתובה דמהני תפיסה מחיים אף דלא הוי חוב הלואה א"כ מוכח דלא כמש"כ ועיין בב"מ ד' קט"ו דאמרו למה חוזרין וממשפנן כדי שלא יעשה מטלטלין אצל בניו וי"ל דבאמת מוכח דאף היכא דלא קני משכון ג"כ אינו נעשה מטלטלין אצל בניו ומועיל תפיסה מחיים דהא שיטת הגימורין בפ"ק דב"מ בשם הר"ר יוסף הלוי דהא דבע"ח קונה משכון הנ"מ במשפננו בשעת הלואה דקנו לו מעותיו אי נמי במשפננו שלא בשעת הלואה דקני ליה משום דאתי לי בגובינא דב"ד כו' אבל כשנותן לזה למלנה משכון שלא בשעת הלואה לא קני לפי ששללה אינו קונה ומשיכה אינו קונה למשכון כמבואר בקידושין התקדשי במנה והניח משכון מנה אין פאן משכון אין פאן וכן כתב הר"ן בסוף שבעות הדיינים להכריע פשיטת הרב ר' יוסף הלוי הנ"ל א"כ לשיטתם דמשכון לא ניקנה במשיכה שלא בשעת הלואה פי אם דאתי לידו ע"פ ב"ד דקני ליה בגובינא דב"ד אבל בתפס מעצמו בלא ב"ד לא קני ועי' בקצה"ח סי' ע"ב ס"ק ב' א"כ תקשה אמאי מהני תפיסה מחיים לגבות מיתמי דהא פיון שתפס שלא ע"פ ב"ד לא קנהו מעולם בתורת משכון ולפ"ז מוכח דאף היכא דלא קנהו בתורת משכון ג"כ מועיל תפיסתו מחיים לגבותה פשמת דהא חזינו בכתובות ד' פ"ד במשנה שם דס"ל לר' טרפון דמהני תפיסה אף לאח"מ ברה"ר או בסמטא כמבואר שם: אף ר"ע פליג וס"ל דלא מהני תפיסתו משום דבע"ח צריף שבועה ואין היורשים צריכים שבועה וקרא"ש כתב שם בשם ר' ושלמי דאף דפטרם משבועה עכ"ז יתן ליתומים משום דכל היכא דאיתנהו ברשות יתמי איתנהו אבל בע"ח מחוסר גובינא וזה הטעם לא שייך פי אם בתפס לאח"מ משום דמיד שמת נפלו הנכסים ליתמי אבל בתפס מחיים דלא הוי הבע"ח מחוסר גובינא פיון דתפוס ועומד ברשותו ע"כ דינו לר"ע כמו תפיסה לאח"מ לר"ט דהא ביתמי נודאי לא שייך לומר דקני משכון פיון דפקע שעבוד הגוף לאח"מ ועכ"ז מועיל תפיסה לאח"מ רק ר"ע פליג משום דמחוסר גובינא ומיד שמת נקנו הנכסים ליתומים אבל בתפס מחיים בזה מועיל תפיסתו אף היכא דלא קנהו בתורת משכון: וכן יש להוכיח ממלוגא דשטרין בכתובות ד' פ"ה דאם תפס מחיים מהני תפיסתו כמבואר בסי' ס"ד והא בקרקע לא קני משכון כמבואר בב"מ ד' ס"ז בתוס' שם וה"ה בשטרות לא קני משכון ואפ"ה מועיל תפיסתו להשטר אף דהוי אין גופו ממון אף זה יש לדחות דהא התם במלוגא דשטרין מבואר בר"נ ובח"מ שם דאין מועיל תפיסתו לגבות בהשטר מן הבע"ח פי אם להחזיק גוף הנזיר אצלו ומחמת זה לא יהי יכול הבע"ח לתבוע מן הלווים לכן אין דינו כשטרות דכל דוכתי דזה הוי כתופס דבר דגופו ממון וגם י"ל דשאני קרקע בזה דלא חשוב של אחיה בידה כמש"כ התוס' ב"מ שם וגייטין ד' ל"ז גבי שביעית משא"כ לתפוס השטר בידו כדי שלא יהי יכול לתבוע מהלנה שפיר מקרי של אחיה בידה וקני משכון לזה דהוי כמו תופס חפץ בידו ועפי"ז יש לדון במה דמבואר סי' ק"ד סעי' ג' דתפס שטרות לא הוי כתפס ממון ויחלקו דזהו רק לענין לגבות כל החוב מהלנה אבל להחזיק גוף הנזיר בידו יכול לתפוסו אף נגד שארי בע"ח משום דדינו כמו מלוגא

דְּשִׁטְרֵי דְמַהֲגֵי תְּפִיסָה לְגַבֵּי יְתָמֵי וְקִצְרֵתֵי: שׁוּב מְצֵאתִי בְעֵז"ה בְּחֵי הַרְשָׁבָ"א לְב"ק ד' מ"ט שְׁכַתְּבָ כְּעֵין זָה בְּד"ה פִּינּוֹן דְּמִית לִי פְּקַע שְׁעֵבּוּדוֹ כּו' מִשְׁכּוֹנוֹ שֶׁל כּו' בֵּינְד כּו' וּבָא כּו' אַחַר וְהִחְזִיק בּוֹ כּו' מִסְתַּבְּרָא לִי דֵה"ה אִם אֵין לוֹ מִשְׁכּוֹן אֲלֵא שְׁיִישׁ לוֹ מְלֻנָּה עַל כּו' גּוּבָה נִגְדַּח חוּבוֹ כּו' וְתִדַּע לָהּ דְּאֵי לֵא פִינּוֹן דְּאוּקְמָנָא בְּדִלִיתָנִי בְּחִצְרֵירוֹ אִפִּי נִגְדַּח מְעוּתֵיו בְּמֵאֵי קִנֵּי דְּאֵי מְשׁוּם שְׁעֵבּוּדוֹ הָא אֲמַרְתָּ דְּפַקַּע בְּמִיתָתוֹ שֶׁל כּו' דְּהֵנִי כְּמוֹ הַפְּקַר וְאֵי מְשׁוּם דְּקִנֵּי לִי לְמִשְׁכּוֹן אֵי מִשְׁכּוֹנוֹ בְּשַׁעַת הַלְּוָאָתוֹ לְמ"ד לֵא קִנֵּי מֵאֵי אֵיכָּא לְמִימַר אֲלֵא כְּמִש"כ וְאֵינוֹ דּוֹמָה לְמַטְלִטְלֵי דִּיתְמֵי דְּהֵתָם מְשׁוּם דִּיּוֹרְשִׁים הֵם ד"ת וְאֵין בְּע"ח גּוּבָה מִהֵם פְּדֻבְרֵי ר"ע פ' הַפּוֹתֵב וְנוֹתְנִים לִיּוֹרְשִׁים פְּדֻמְפָּרֶשׁ בִּירוּשְׁלַמֵי שְׁהֵן יוֹרְשִׁים ד"ת בְּגִמַר מִיתָה אֲבָל כָּאֵן כְּשַׁמַּת כּו' עַד שְׁלֵא יִזְכָּה אַחַר כְּבָר קָדָם שְׁיַעֲבּוּדוֹ שֶׁל זָה וּבְזָה אָף ר"ע מוֹדָה לְר"ט בְּהַפּוֹתֵב כּו' עַכ"ל הַרְשָׁבָ"א הָרִי לְהִקְדָּא כְּעֵין מִש"כ דְּאָף הֵיכָּא דְלֵא קִנֵּי מִשְׁכּוֹן ג"כ מוֹעִיל תְּפִיסָתוֹ לְגַבּוֹת מִיתְמֵי דֵאל"כ תְּקַשָּׁה לְמֵאֵן דֵס"ל דְּבִשְׁעַת הַלְּוָאָתוֹ לֵא קִנֵּי מִשְׁכּוֹן כְּסוּגִיּוֹת הַש"ס דב"מ ד' פ"ב וְשִׁבּוּעוֹת ד' מ"ד.

דְּלִדְיָדִין אֵיךְ גָּבִי מִיתְמֵי הֵיכָּא דְתַפּוּס מְחִיִּים מְשַׁעַת הַלְּוָאָתוֹ וּבְאַמַּת לְשִׁיטַת הַתּוֹס' בְּקִידוּשֵׁין ד' ח' וְהֵרָא"ש דְּכַתְּבוּ דְכִינּוֹן דְּשִׁלֵּא בְּשַׁעַת הַלְּוָאָתוֹ קִנֵּי לְגַמְרֵי מְהֵנִי לְקִנּוּתוֹ קִצַּת אָף בְּשַׁעַת הַלְּוָאָה וְהוּבָא בְּש"ף ס' ע"ב ס"ק ט' לִיתָא לְרֵאָנִי שֶׁל הַרְשָׁבָ"א הַנָּ"ל כ"כ אָף הַרְשָׁבָ"א לְטַעֲמֵי אֲזִיל דֵס"ל דְּאֵין לוֹמַר כְּנִי וְכִמְש"כ הַש"ף שֶׁם בְּשֵׁם הַרְשָׁבָ"א פ' הַשּׁוֹלֵחַ ע"כ דִּיִּיק שְׁפִיר מְזָה דְּהָא דְתַפּוּס מְהֵנִי לֵאוּ מְשׁוּם דְּקִנֵּי מִשְׁכּוֹן אֲתִינּוּ עֲלָהּ רַק מְשׁוּם דְּבְזָה מוֹדָה ר"ע לְר"ט.

וַיֵּשׁ לְדוֹן הַרְבֵּה בְּעֵיקַר דְּבְרֵי הַרְשָׁבָ"א הַנָּ"ל וְאִכְמ"ל: וְהָא דְמִשְׁמַע בְּב"מ ד' קט"ו דְּאָמְרוּ לְמָה מְמַשְׁכְּנִים מְעֵיקְרָא כְּדֵי שְׁלֵא יַעֲשֶׂה מְטַלְטְלֵי אֲצֵל בְּנֵיו וּפִי רִש"י שֶׁם מְשׁוּם דְּקִנֵּי מִשְׁכּוֹן וְכ"כ הַש"ף בְּסִי' ע"ב ס"ק ט' בְּשֵׁם הַרְמְבִין וְש"פ דְּהָא דְבַע"ח קִנֵּי מִשְׁכּוֹן הֵנִי תוֹעֵלַת לְשׁוֹמְטוֹ מֵע"ג בְּנֵיו הֵינּוּ לְעַנְגָּן דִּיהֵן יְכוּל לְשׁוֹמְטוֹ מֵע"ג בְּנֵיו אָף בְּעַת שְׁמֹוּחְזוֹר הַמִּשְׁכּוֹן לְהַלְוָה וּמַת בְּתוֹךְ כֶּף וְהַמִּשְׁכּוֹן הוּא בְּרִשׁוֹת הַיְתוּמִים בְּזָה הַתּוֹעֵלַת הֵנִי מִמָּה דְבַע"ח קִנֵּי מִשְׁכּוֹן אֲבָל הֵיכָּא דְמוֹחְזָק וְעוֹמֵד הַמְלָנָה אֲזֵ אָף הֵיכָּא דְלֵא קִנֵּי מִשְׁכּוֹן ג"כ גָּבִי מִיתְמֵי וּלְפִי"ז נִיחָא הָא דְמַהֲגֵי תַפּוּס מְחִיִּים בְּנִזְקִין וּבְנִזְקֵי דְאָף דְלֵא קִנֵּי מִשְׁכּוֹן בְּהוּ מ"מ מְהֵנִי תְּפִיסָתוֹ אֲבָל לְעוֹלָם י"ל דְּבַחּוּב נִזְקִין וּשְׁכִירוֹת וְכֵה"ג דְּאֵינוֹ חוּב הַלְּוָאָה לֵא קִנֵּי מִשְׁכּוֹן לְהַסוּבְרִין דְּאֵין מְסֻדְרִין בְּחוּב דְּאֵינוֹ דְרָף הַלְּוָאָה: וּבְאַמַּת יֵשׁ לְהַעִיר עַל מָה שְׁכַתְּבָ הַטּוֹר בְּשֵׁם בְּעַל הַתְּרוּמוֹת דְּבַחּוּב שְׁאֵינוֹ דְרָף הַלְּוָאָה אֵין מְסֻדְרִין מְהָא דְנִזְדְרִים ד' ס"ו דְּמִיִּירֵי הֵתָם בְּכַתִּיבָה וְאָמְרוּ שֶׁם ש"מ אֵין מְסֻדְרִין לְבַע"ח וְנָחוּ זָה הָא בְּלֵא"ה י"ל דְּשִׁאֲנֵי הֵתָם דְּמִיִּירֵי בְּכַתְּוֵבָה דְלֵא הֵנִי חוּב הַלְּוָאָה וְאָף דְּמִיִּירֵי הֵתָם בְּכַתְּוֵבָה ת' זוּזֵי הָא מְבוֹאֵר בְּגִיטִין ד' י"ח דְּכַתְּוֵבָה וְתוֹסַפַּת כְּתוּבָה אֵין דִּינוֹ כְּהַלְוָאָה וְעֵי' בְּתוֹס' כְּתוּבוֹת ד' נ"ה ד"ה וְלְשִׁבְעִית כּו' וְע"כ מוֹכַח מְסוּגֵיָא זֹו דְּאָף בְּחוּב שְׁאֵינוֹ הַלְּוָאָה ג"כ מְסֻדְרִין וְכַעַת רֵאִיתִי בְּבִיאוֹר הַגָּר"א זצ"ל בְּחוּ"מ ס' צ"ז ס"ק ק"א דְּהוֹכִיחַ מְהֵאֵי סוּגֵיָא דְגַם בְּחוּב שְׁאֵינוֹ הַלְּוָאָה ג"כ מְסֻדְרִין וּבְמִקְ"א יְתַבְּאֵר זָה וְאִכְמ"ל עֲנָף ד וּלְפִי מָה דְנִתְבְּאֵר דְּבַחּוּב שְׁאֵינוֹ הַלְּוָאָה דְלַחַד שְׁיִטָּה לֵא קִנֵּי מִשְׁכּוֹן א"כ לְפ"ז הֵיכָּא דְהֵנִי סְפִיקָא דְדִינָא אוֹ סְפִיקָא דְתָרֵי וְתָרֵי וְדְרָרָא דְמְמוּנָא וְכֵה"ג וְעַפ"י דִּין מְהֵנִי תְּפִיסָתוֹ מ"מ י"ל דְּהַמְזִיק יְכוּל לְאַסּוֹר בְּקוֹנָם חֲפָצוֹ עַל הַנִּזְקֵי הַתּוֹפְסוֹ וְאָף דְּהַנִּזְקֵי טוֹעֵן בְּרֵי עַל הַנִּזְקֵי מ"מ כ"ז דְלֵא הַגְּבוּהָה ב"ד אֵת הַחֲפָץ אֵין דִּינוֹ רַק כְּבַע"ח דְחַל הַקוֹנָם לְאַסּוֹר הַחֲפָץ בְּקוֹנָם עַל הַתּוֹפְס

דאף דטוען ברי התופס מ"מ אין פופין להנתבע להיות שואל על נדרו דהא לא מהני תפיסתו רק בגוף החפץ דהוי מוחזק אבל גוף הנתבע הא הוי מוחזק בעצמו וכיון דלא קנה משכון פנ"ל להך שיטה א"כ קונמות מפקיע בכי האי גוונא וממילא נאסר המזיק לזכות בהחפץ משום דה"ל כמו כל שארי איסורי הנאה דאף דהחפץ אינו ברשותו מ"מ הא נתבאר לעיל דקונמות דהוי פקדונות הגוף חל על דבר דאינו ברשותו ג"כ פיון דהוי ש"ל כ"ז דלא הגבוהו הב"ד להניק את החפץ.

ואף במה דאינו יכול להוציאו בדיינים ג"כ חל הקונם וכמו דהוכחתי לעיל מהא דצנועין ור"ל דב"ק ד' ס"ט דאף דהוי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים מ"מ ס"ל דחל הקדישו מיד אף מקודם דבא לרשותו משום דבזה עדיף מן דשלב"ל דעביד דאיתי דלכו"ע אינו חל הקניה רק בעת דיבוא לעולם וכיון דשלב"ל ועביד דאיתי נתבאר דחל קונמות ע"ז כש"כ דחל קונם בכה"ג פיון דהוי הגוף ש"ל וכנ"ל.

רק היכא דקני משכון אזי לא שייך פן משום דלדברי התופס דטוען ברי דקני משכון א"כ אינו חל הקונם כלל ונאמן ע"ז פנ"ל אבל בחוב נזקין וכה"ג דלא קני משכון א"כ אף לדבריו מ"מ כ"ז דלא הגבוהו ב"ד את החפץ מיתסר לו ע"פ הקונם של המזיק ואין אנו יכולים לכפותו להתיר נדרו א"כ מתסר התופס לזכות ולהנות בחפצו: ואפתי יש לדון בזה דאף היכא דאסר בעל החפץ את חפצו על התופס מ"מ הי' יכול התופס ללוות מאחר ואותו האחר יהי' יכול לירד ולגבות מחפצו שתופס זה פדמצינו בנדרים ד' מ"ז ובר"ן שם שכתב לפרש המשנה דב"ק ד' ק"ט באומר לבנו קונם אי אמה נהנה לי כו' דאם אין לו לנה ובע"ח באין ופרעין ממנו וכיון דבע"ח לאו מדעתו קא מפרע אין זה פורע חובו מאיסורי הנאה ונקסים דידי' ניהו אלא שאינו רשאי ליהנות ע"כ בע"ח נפרע מהן ע"ש וכן פתב התוס' בב"ק ד' ק"ט ד"ה בע"ח באין ונפרעין כו' והקצוה"ח בס"י קי"ז העלה בשם הראשונים דכתבו דקונם פללי אין דינם כמו קדונות הגוף רק קונם פרטי דינו פקדונות הגוף ע"ש ולפ"ז אף באסר הלנה נכסיו על המלנה דהוא איש פרטי א"כ יכול המלנה ללוות מאחרים דלא נאסרו בהנאתו וי"ל בזה דאפתי יכול הלנה לאסור נכסיו על המלנה ועל מי שילנה המלנה מאיש אחר כדי לפרע מאותו נכסים דאז לא מהני אף שילנה מאיש אחר דגם האיש אחר דילנה נאסר באותו נכסים פדין קונם ואין לומר בזה דהא אין ברירה כמו לאיזו שתצא בפתח תחלה ז"א דהא כבר כתב הש"א בס"י צ"ג דהיכא דיכול הדבר לחול לאחר זמן לא שייך בזה אין ברירה כו' וכן פתב הגתניבות בס"י ס"א על תשובת הרא"ש בשטר לכל המוציא כו' וכן מבואר בתשובת מוהרי"ט וה"ה בקונם יכול הקונם לחול לאחר זמן פמבואר בנדרים ד' צ' בר"ן ד"ה הנ"מ בשתלתה נדרה כו' והטעם הוא כמש"כ הרא"ש בפירושו לנדרים ד' כ"ט ע"ב ד"ה שאני הכא דאמירתו לגבוה כו' ועוד הא בעת שייבא מלנה הב' לגבות מאתו החפץ יכול אז הלנה לאסור גם עליו בקונם כו' אף העיקר כמש"כ לעיל א"כ נתבאר דיכול הלנה לאסור בקונם היכא דלא קנהו התופסו פדין בע"ח קונה משכון: ובספרי באר יצחק חלק חו"מ סי' ב' פתבתי דמוכח עפ"י ראי' נכונה דהיכא דאינו יכול המלנה לירד ולגבות מהחפץ שתפס ע"י ב"ד אז ממילא מחוייב להתזיר להלנה דהא בעל החפץ עובר עליו משום איסור גזל פיון דאין להמלנה שום עצה לגבות החפץ בתורת גוביינא דב"ד וכן פתבתי מזה בקונטרס אחד בארובה ולפי"ז היכא דאסר הלנה חפצו על התופסו היכא דלא קנהו

בדין בע"ח קונה משכון דכיון דהמלנה אינו יכול לגבות בשום אופן מהחפץ שתפס דאז ממילא צריף להחזיר החפץ שתפס להלנה משום איסור גזל דהא חפץ בלי שומא וגנבניא דב"ד הרי גזל הוא בידו ע"כ צריף להחזיר (וקונום של התופסו אינו חל דהא לא הוי שולו ואם תפס מעות י"ל ע"פ זה וקא דמלוגא דשטרא קא נתבאר לעיל דשא"ה דיכול להחזיק הנגיד ועי' בקצוה"ח סי' ס"ד ואכמ"ל: סימן ג בתפיסה בדרךרא דממונא ובענין מיגו להוציא ענף א ונבאר עוד ענין אחר דיש לעיין היכא דינן להלנה מיגו להוציא את החפץ שתפס המלנה.

אי אמרינן דזה הוי כמו מיגו להוציא דלא אמרינן דהא המלנה תפוס ועומד החפץ ברשותו או דאמרינן כיון דגוף החפץ הוא של הלנה וביד הלנה לסלק להמלנה בזווי ע"כ אין זה בגדר מיגו להוציא דהא מה"ט תקנו שבועה בנק"ח על המלנה דיהי' נשבע שבועת המשכון בנק"ח משום דלאו אגופי' דמשכון קא טעין אלא בעי לאפוקי ממונא מרשותא דחבר' וכתבנאר בש"ך סי' ע"ב ס"ק ס"ט בשם הראשונים א"כ מה"ט אפשר דלא מקרי מיגו של הלנה בגדר מיגו להוציא דהא אדרבה המלנה מקרי מוציא קצת והצריכהו שבועה מה"ט וכן כתב הש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ה דכיון שפא לפרע מהמשכון חשוב ליטול ולא להחזיק וע"כ צריכים היורשים לישבע ע"ש וכה"ג כתב התנאים בסי' ע"ב ס"ק כ"ח על הא דמבואר שם ברמ"א סי' י"ד דהיכא דעד אחר מעיד שלא כדברי הלנה רק מסייע להמלנה התופס בהמשכון דנשבע הלנה להכחיש את העד דכתב הש"ך שם דזהו שבועת המשנה משום דכל הנשבעין בתורה נשבעין ולא משלמין והכא הלנה נשבע ונוטל וכתב התנאים שם דאינו כן אלא הלנה נשבע שבועה דאורייתא משום דהמשכון אינו בגדר נוטל דהא גוף החפץ הוא של הלנה וברשותו הוא וכו' עכ"ל התנאים שם.

ובמק"א הארכתי בזה וכיון דחזינו דהלנה לא מקרי נוטל מה"ט יש לדון אם יש להלנה מיגו יהי' מהימן דזה לא הוי בגדר מיגו להוציא וראי' לזה מהא דמבואר בח"מ סי' ע"ב סעי' ל"ה בשם בעה"ת באם בא ראובן לשאול משכונו מיד יורשי שמעון ואומר שהוא ממושפן ביד אביהם בתמישים וטוענים היתומים שאביהוצנה שהוא ממושפן במאה כו' בד"א שאין המשכון מדברים העשויים להשאיל ולהשפיר אז נוטל מאה פפי שיוי המשכון כו' אבל אם הוא מדברים שעשוין להשאיל ולהשפיר אינו משלם אלא חמישים ואפילו אם המשכון שנה יותר שהוא נאמן במיגו שהוא שאול בידו עכ"ל וקשה איך נאמן הלנה במיגו הא הו"ל מיגו להוציא והמחבר הא ס"ל דלא אמרינן מיגו להוציא כמבואר סי' פ"ב סעי' י"ב ובש"ך שם ס"ק ל"א ואין לומר דכיון דהלנה טוען ברי ויורשי המלנה אומרים שפא א"כ ה"ל ברי ושפא דאמרינן מיגו להוציא כמבואר בכללי מיגו דז"א דהא במה דטוענים ליורש מקרי כמו טענת ברי כמש"כ הרא"ש רפ"ב פתובות ע"ה דאי' התם דהכא הוי ברי וברי ע"ש וע"כ דכיון דגוף החפץ ה"ל של הלנה אין זה בגדר מיגו להוציא וכמו שנתבאר ולכן מהימן במיגו: ועוד נלע"ד לדון בזה ע"פ המבואר ב"מ ד' ו' תוס' ד"ה אגרת ליה בלא סהדי כו' שפתיבו דאינו נאמן במיגו דאי בעי אמר תקפה ממני דמיגו במקום עדים הוא עכ"ל.

וקשה דה"ל דלכן אינו נאמן במיגו דאי בעי אמר תקפה ממני משום דה"ל מיגו להוציא וכעין שפתיבו התוס' ב"מ ד' ב' ד"ה וזה נוטל רביע כו' ודוחק לומר דשיטת התוס' הקא

בב"מ ד' ו' פהסוֹבְרִין דְאֶמְרִינן מִיגוּ לְהוֹצִיא וְעֵינֵי בְתוּס' פְתוּבוֹת ד' ט' ד"ה לֹא דְקָא טְעוּ כו' בְּסֵה"ד דְאֵי לֹא אֶמְרִינן מִיגוּ לְהוֹצִיא אֲתֵי שְפִיר וְהַעֲיָקָר מַה דְנִלְעַנ"ד בְּזַה לְפִי הַמְבֹנָאָר בְּכָלְלִי מִיגוּ שְל הַש"ף דְהֵיכָא דְאִיכָא בְרִי וְשָמָא אֶמְרִינן מִיגוּ לְהוֹצִיא פְתוּבוֹת ד' י"ב הֵכָא אִיכָא מִיגוּ כו' וְנָה בְרוּר דְחֻזְמָת מ"ק עֲדִיף מִן בְרִי פְתוּבוֹת ב"מ ד' ק' בְּמִשְנָה שְם הָיָה לוֹ ב' עֲבָדִים כו' וְכֵן ב' שְדוֹת כו' הַלּוֹקֵחַ א' גְדוֹל לְקַחְתִּי וְהֵלָה א' א"י זָכָה בְגְדוֹל וְהַקְשׁוּ הָרַאשׁוֹנִים שְם דְאֶמְאֵי נוֹטֵל הַגְדוֹל הָא קִי"ל בְרִי וְשָמָא חֻזְמָת מְמוֹן עֲדִיף.

וה"ה הֵכָא דְאֶפְ דְמוֹקֵי שְם דְקִימָא בְסִימְטָא עכ"ז הָא חֻזְמָת מְרָא קָמָא דִינוּ ג"כ פְחֻזְמָת מְמוֹן וְהוֹכִיחוּ מְזַה דַע"י גְלָגוּל שְבוּעָה אֶמְרִינן ג"כ מַחֹשׁ וְאִיל"מ פְתוּבוֹת בְח"מ ס' ע"ה סְעִיף ט"ו וּבְגִימּוֹקֵי יוֹסֵף ב"מ שְם וּבְר"נ לְחֵי ב"מ שְם א"כ מוֹכַח מְדַבְרֵיהֶם דְחֻזְמָת מ"ק עֲדִיף מִן בְרִי שְל הַבַע"ד אֶף הַשִּׁטָּה מְקוֹבְצָת שְם הַבִּיא בְשֵם רַאשׁוֹן א' דְכַתֵּב לְתַרְזֵן דְשָאֲנֵי הֵכָא דְקָאֵי בְסִימְטָא וְלִיכָא חֻזְמָת מְמוֹן רַק חֻזְמָת מ"ק דְנִגְדַּד זֶה בְרִי עֲדִיף אֲבָל כָּל הָרַאשׁוֹנִים שְם לֹא נִיחָא לְהוּ לְחַלְקַן כֵּן וְכֵן פְתַב הַרְמַב"ן בְּחֵי לְב"ב ד' ל"ד דְאֶפְ נִגְדַּד חֻזְמָת מ"ק אִינוּ מוֹעִיל אֶף טְעֵנַת בְרִי וְאֶף דְבַעַל חֻזְמָת מ"ק טוֹעֵן שָמָא מ"מ חֻזְמָת מ"ק עֲדִיף מִן בְרִי וְשָמָא הָרִי דַס"ל כָּל הַנֶּה דְחֻזְמָת מ"ק עֲדִיף מִן בְרִי וְשָמָא וְכִינּוּן דְמַצִּינוּ דְמִיגוּ בְצִירוּף בְרִי וְשָמָא אֶמְרִינן מִיגוּ לְהוֹצִיא כַש"כ דְמִיגוּ בְצִירוּף חֻזְמָת מ"ק וְנִדְאֵי אֶמְרִינן מִיגוּ לְהוֹצִיא וְכַעַת רֵאִיתִי בְכָלְלִי מִיגוּ שְל הַכְנָה"ג הַמוֹבָא בְאו"ת ס"ק י"א שְפַתְבַּי בְּקַצְרָה דְמִיגוּ בְבְרִי וְשָמָא אֶמְרִי לְהוֹצִיא וְכַמוֹ כֵּן הֵיכָא דְחֻזְמָת מְסִייעַ לְהַגּוּף אֶמְרִינן אֶף לְהוֹצִיא וְכַתֵּב הַאו"ת שְם דְהֵיכָא דְחֻזְמָת הַגּוּף מְסִייעַ לְהַמִּיגוּ אֶמְרִי מִיגוּ לְהוֹצִיא ע"ש וְאֶף דְחֻזְמָת הַגּוּף הָיָה חֻזְמָת אֶלִימָתָא כַמִּש"כ הַתּוֹס' פְתוּבוֹת ד' ע"ה ע"ב ד"ה אֲבָל הֵיכָא דְלִיכָא חֻזְמָת דְמְמוֹנָא כו'.

הָא חֻזְמָת מ"ק ג"כ עֲדִיפָא בְיוֹתֵר כַּנ"ל וְנָהוּ סִייעָמָא לְדַבְרֵי וְעֵינֵי בְש"ף חו"מ בְּכָלְלִי מִיגוּ ס"ק ט"ו שְפַתְבַּי בְשֵם הַגְהוֹת מְרַדְכֵי וּבְמִקּוֹם שְיֵשׁ חֻזְמָת אוֹ בְרִי וְשָמָא עִם הַמִּיגוּ אֶמְרִינן מִיגוּ לְהוֹצִיא וְלֹא דְנוּקָא עַל חֻזְמָת דְשְטָרָא בְיַדֵי כו' קָאֵי אֲלֵא פְנוּנְתוֹ עַל כָּל אוֹקֵי אַחֲזָקוֹת מְדַכְתֵּב בְּקַצְרָה דְרַף פְלָל: וְהַאו"ת בְּכָלְלִי מִיגוּ ס"ק ט' הַקְשָׁה עַל מַש"כ הַתּוֹס' בְּב"ב ד' ל"ה ד"ה נְאִי דְלִי לִיָּה צָנָא דְפִירֵי כו' דִּיהִנָּה מְהִימֵן בְּמִיגוּ דְאֵי בְעֵי אֶמְרֵי לְפִירוֹת וְכַדְתִּי כו' וְהַקְשָׁה הַאו"ת הָא הָיָה לִיָּה מִיגוּ לְהוֹצִיא וְתַרְזֵן דְכִינּוּן דְחֻזְמָת מ"ק מְסִייעַ לִי אִין זֶה בְּגֵדֵר מִיגוּ לְהוֹצִיא ע"ש וְאֶפְשָׁר דְשֵׁא"ה דְמִינֵרֵי בְקַרְקַע דְבְחֻזְמָת בְּעֵלִים עוֹמְדַת אֲכֵן לְפַמַּש"כ נְרָאָה דְאֶפְ בְּמִטְלָטְלֵי הַדִּין כֵּן דְמְהִימֵן בְּעַל חֻזְמָת מ"ק ע"י מִיגוּ וְע"כ הַתּוֹס' בְּב"ב מְגִיבֵי תְקִפָּה א' כו' לֹא פְתַבוּ דְהָיָה לִי מִיגוּ לְהוֹצִיא מְשׁוּם דְהָא מִינֵרֵי הָתֵם דְאֶתוּ לְקַמּוֹן פְּדַתְפָּסִי לְתַרְנוּנֵיהוּ וְאֶמְרִינן לְהוּ זִילוּ פְלִיגוּ וְהַדֵּר אֶתוּ כִּי תְפִסֵּי חַד מִינֵיהוּ א"כ הָיָה נְאֻמָּן בְּמִיגוּ דְתְקִפָּה מְמַנֵי מְשׁוּם דְהָא חֻזְמָת מ"ק מְסִייעַ לִיָּה דְהָא מְקוֹדֵם דְתְפִסֵי תַרְנוּנֵיהוּ הָיָה בְּחֻזְמָת שְנִיָּהֶם ע"כ אִין זֶה בְּגֵדֵר מִיגוּ לְהוֹצִיא וְהַנְצָרְכוּ לְוֹמֵר מְשׁוּם דְהָיָה מִיגוּ בְּמִקּוֹם עֲדִים וְסַעַד לְדַבְרֵינוּ מַמִּש"כ הַרְשָׁבָא בְּחֵי לְקִידּוּשֵׁי ד' כ"ז ד"ה אֲשַׁכְחֵן בְרִי כו' דְבְשׁוּמְרִים דְהוֹאִיל דְאֶתְחַזֵּק חַיּוּב כְּמוֹ בְרִי חֲשָבִינָן לִיָּה לְעַנְנֵי שְבוּעָה: עֲנָף ב וְהָיָה הַתּוֹס' בְּב"ב ד' נ"ב ד"ה דְבָרִים הַעֲשׂוּיִין כו' הַקְשׁוּ דִּיהָ נְאֻמָּן לְוֹמֵר נִגְנְבוּ מְמַנֵי בְּמִיגוּ דְהַשְׁאֵלְתִּי וְתַרְצוּ דְמִינֵרֵי הַמְשָנָה בְּאִינוּ רִגִיל לְהַשְׁאֵל כו' וְתִיר הַב' בְּשֵם מַהר"ד דְלָכֵן לֹא מְהִימֵן בְּמִיגוּ מְשׁוּם דְהָיָה מִיגוּ לְהוֹצִיא וְנ"ל דְלָכֵן הַתּוֹס' בְּתַרְזֵן הָא לֹא מְתַרְצֵי דְהָיָה מִיגוּ לְהוֹצִיא מְשׁוּם דַס"ל דְכִינּוּן דְאִיכָא חֻזְמָת מ"ק הַמְסִייעַ ע"כ אִין זֶה בְּגֵדֵר מִיגוּ

להוציא אף המהר"ד ס"ל דגם זה מקרי מיגו להוציא וכו' גופא מחולקים ב' תרוצים הנ"ל ונדעתי די"ל דלכן התוס' בתירוץ קמא לא ניחא להו לומר דזה הוי בגדר מיגו להוציא משום דהא התוס' בב"ב ד' ל"ב פתבו דרבה ור' יוסף פליגי אי אמרינן מיגו להוציא ע"כ שפיר הקשו התוס' שם בב"ב ד'יהיה נאמן במיגו דשאולים אליבא דמ"ד דס"ל דאמרינן מיגו להוציא דתקשה עליו מהמשנה דב"ק המפיר פליו וספריו כו' ובאמת פן פתבו התוס' בב"מ ד' קט"ז ד"ה והא רבא אפיק זוגא כו' בסה"ד להדיא בזה"ל ומיהו למ"ד בח"ה דאמרינן מיגו להוציא צ"ל כפי ר"ת ומהרמ"ד י"ל דס"ל כמש"כ התוס' בב"מ ד' ב' ד"ה זה נוטל רביע כו' ונדוקא היכא דאיכא מיגו דבעי שתיק בזה"ל לחד מ"ד דנאמן במיגו להוציא אבל היכא דליכא מיגו דאי בעי שתיק כו"ע ס"ל דלא אמרינן מיגו להוציא פן יש לכאורה לדון אבל העיקר נלפענ"ד דהפלה הוא פרוור לפי מאי דקיי"ל בדברי נשוא אמרינן מיגו להוציא דנודאי בחזקת מ"ק אמרינן מיגו להוציא ג"כ דהעיקר לדינא פשיטת התוס' בתירוץ קמא דנאמן לומר נגנבו במיגו דהשאלתים לה וכן הכריע הש"ך בחו"מ סי' קל"ג ס"ק י"ב בארובה דנאמן לומר נגנבו במיגו דהשאלתיו אף הש"ך נדחק שם בטעמיה של דבר לפי מאי דקיי"ל דלא אמרינן מיגו להוציא וכתב דהתוס' בתירוץ קמא ס"ל דזהו לא הוי מיגו להוציא לפי שנוטל דמים או פיון שהוא מפיר פליו ועדים מעידים שהיה שולו חשוב כמחזק וחיילוק התירוץ הראשון נראה עיקר ע"כ לשון הש"ך אבל לפמש"כ משום חזקת מ"ק אחי שפיר בפשיטות ועיין בש"ך חו"מ סי' צ' ס"ק ק"ב שכתב ג"כ כמש"כ בסי' קל"ג ע"ש ועיין בתנאים סי' צ' ס"ק ט' והעיקר כמש"כ לפי הכרעתם בכללי מיגו דהיכא דאיכא אוקי אחזקה אמרי' מיגו להוציא וה"ה בנ"ד דאיכא חזקת מ"ק והא דסי' צ' א"א סעי' ט' בחנוני דהודה שפכרם אינו נאמן במיגו משום דהוי מיגו להוציא כמש"כ הש"ך והקצוה"ח שם שאני התם משום דס"ל פיון דהודה שפכרם יצאו פכר מחזקת מ"ק כמש"כ הקצוה"ח שם.

ובאמת מה שכתב התנאים בכללי מיגו ס"ק ט' להעיר בדברי התוס' בב"ב ד' ל"ה ע"ב דהקשו דיהיה נאמן במיגו דלפירות הורדתיו כו' והקשה הא הוי מיגו להוציא. וכן פתב הנתיבות בכ"מ להוכיח מזה דכיון דיש להבעלים חזקת מ"ק אין זה בגדר מיגו להוציא תמהני עליהם דלא הביאו ד' התוס' דב"מ דק"י ד"ה א"ל רבינא לר"א כו' שהקשו שם פן ותראו דהוי מיגו במקום עדים וכו' א"נ אין זה מיגו שאין טוען משפנתא לפי שסבור להוציא הפירות שאכל א"נ חשיב מיגו להוציא פיון שאכלה שני חזקה עכ"ל התוס' דב"מ ד' ק"י אלמא דהתוס' בתי' הג' דב"מ פתבו באמת דזה ג"כ מקרי מיגו להוציא וה"ל לחלק עכ"פ דבהחזיק שני חזקה שאני ולא לסתום בזה ומ"מ לדינא עיקר כמש"כ לעיל וכן הי' בהעלם דבר דברי התוס' דב"מ הנ"ל מן האו"ת בסי' קמ"ה ס"ק ה' ע"ש ולפ"ז שפיר פתב המחבר בח"מ סי' ע"ב סעי' ל"ה דנאמן לומר דאינו חייב אלא חמשים במיגו דהשאלתיו משום דאין זה בגדר מיגו להוציא לפי דחזקת מ"ק מסייע לו פנ"ל וע"פ כ"ז נלפענ"ד היכא דהמלנה תפס איזה חפץ מהלנה ויש להלנה מיגו דנאמן הלנה במיגו ואין זה מיגו להוציא משום דהא יש להלנה חמ"ק ועוד דהא גוף החפץ הוא של הלנה ועדיין ע"כ נאמן הלנה במיגו ועוד דהא כ' הפוס' בחו"מ סי' צ' והובא בש"ך שם ס"ק כ"ב דהיכא דנכנס ריקם ויצא מלא לא שייך בזה מיגו להוציא פיון שראו העדים שהוציא הפלים מביתו ע"ש ולפ"ז היכא שתפס המלנה מן הלנה בפני עדים ונדאי נאמן הלנה

במקומו ועל פתומים סי' צ' ס"ק ז' וס"ק כו' וסי' קל"ד ס"ק א' ענף ג וע"פ פל ההקדמות
הנ"ל נלפענ"ד לדון היכא דהוא [דררא דממונא בחוב נזקין וכה"ג דלא הוי חוב הלואה
דאר דקיי"ל דבדררא דממונא מהני תפיסה.

מ"מ אין זה רק בחוב הלואה וקני משכון או בטוען על גוף החפץ דלא מהני קונם של
הלואה לפ"ד התופס דטוען ברי לי דהוא שלו ע"כ אף דהלואה ג"כ טוען ברי לא מהני קונם
שלו משום דהא נתבאר לעיל דאדם נאמן על עצמו כנ"ל בארנפה אבל תופסו על חוב
שאינו של הלואה דלא קני משכון דיש להלואה מיגו דאי בעי אסר על התופסו בקונם דאז
היה חייב להחזיר להחייב משום דכיון דאינו יכול לעשות גובינא בב"ד א"כ הוי החפץ
גזל ביד התופסו וכנ"ל וממילא צריק להחזירו משום איסור גזל ומספיקא אין אנו יכולים
לכפותו להנתבע דישאל על נדרו דהא איהו מוחזק בעצמו רק היכא דתפס התובע בלא
סהדי דיש לו מיגו ומיהמן בכדי דמיו במיגו דלהד"מ או לקוח אז שפיר דיינינן דמהימן
התופסו במיגו וכמו בעיני דאכלי חושל דכיון דמהינינן לו על החוב משום המיגו א"כ
ממילא פייפינן להמזיק לשאל על נדרו ודומה למש"כ התוס' בב"ב ד' ה' דכופין לו לחלוץ
ע"י מיגו ואין זה כמו מיגו להוציא פינן דליכא בו חזקה ממון וכמש"כ התומים בכללי
מיגו ס"ק ז' משום דזה הוי כמו חוב ברור דכתב המ"מ והר"נ דכופין לו לשאל על נדרו
ומה לי אם נתברר ע"י שטר או ע"י מיגו אבל בפרום דררא דממונא דאינו זוכה רק מצד
ספק אז בנודאי ליכא למכפייה להשאל על נדרו פינן דהמזיק הוא מוחזק בעצמו וע"כ
היכא דהמזיק טוען ברי יש לו מיגו דאי בעי אסר על הנזק בקונם והיה מוציא את החפץ
ממנו וע"כ לא מהני תפיסתו אף במקום דררא דממונא: אבל בחוב הלואה שפיר מהני
התפיסה דהא לדבריו דמגיע לו החוב א"כ קנה להמשכון בתורת בע"ח קונה משכון
כנ"ל דלא שייק בזה מיגו הנ"ל אבל בנזקין שייק המיגו הנ"ל ועיין בסי' ס"ו ש"ך נ"ו
שכתב דאר מיגו במקום עומק הדין מהני וכש"כ היכא דבידו לעשות פן עכשיו: ואין
לומר דכיון דכל הנודר הוא פאלו בונה במה ונקרא חוטא א"כ אפשר דלא בעי לשווייה
נפשיה רשיעא כדקיי"ל דלא מהימן במיגו דהיה עושה א"ע רשע אף באיסור דרבנן.

דזה אינו דהא מצינו בקדושין ד' ס"ד דנשבית ופדית' אינו נאמן על בתו והקשו שם
בגמ' והרי בידו להשיאה למזר וכו' וקשה הא אין זה חשוב מיגו לפי דהיה עושה א"ע
רשע וע"כ מוכח דשאני היכא דהוי דבר דבידו לעשות דבכה"ג אמרי' מיגו אף היכא
דמשום א"ע רשע וכמש"כ השעה"מ ה' איסורי ביאה פ' י"ח ה' כ"ד בד"ה ובמאי דאסיקו
בגמ' אלא אמר רב אשי וכו' וכמבואר בר"נ שם בסמוך דמיגו דבידו אלים טפי ואפילו
במקום חזקה כו' וכן כתב השעה"מ סוף הל' מכירה דנאמן לומר זה בני במיגו דאי בעי
הוי יהיב לו במתנה אף דאסור להעביר נחלה מבניו דזה ג"כ מהאי טעמא דבידו אלים
טפי עיי"ש.

א"כ ה"ה בנ"ד דנאמן במיגו דבידו אף במקום האסור לו לעשות פן ע"כ שפיר מהימן
הנתבע במיגו דבידו לאסור עליו בקונם דאז היה מחוייב להחזיר לו את החפץ ועוד י"ל
דלכן נאמן לומר זה בני במיגו דאי בעי יהיב במתנה משום דלדבריו דאומר דזהו בני
א"כ לאו איסורא קעביד אם יהיב לו במתנה דרוצה להחזיק את דבריו וה"ה בנ"ד לפי
דבריו דאינו חייב לו כלל ע"כ רוצה לעשות טעמי ועצה כדי להציל את שלו א"כ

לדבריו לא קעביד שום עבירה פלל וכן לא שייך לומר בזה דמפסר לאסור בקונם
פמבואר בח"מ סי' מ"ז ש"ק ז' ובסי' צ"ט ס"ק ה' משום דזה לא שייך בנ"ד דהא
צועק המזיק דאינו חייב לו פלל ועשה הקונם כדי להציל שלו כדי שיחזיר לו חבירו מה
שתפס וכבר פתבתי במקום אחר דאמרין מיגו דהי' מוסיף עוד אינה ענין לטענתו דטוען
פעת והבאתי הרבה ראיות לזה ובתוכם ראיה א' מהא דשבועות ד' מ"ה דאמרין לא שנו
אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך יכול לומר
שכרתיך ונתתי לך שכרה ואף דבטוען לא שכרתיך ג"כ חייב לשלם לו כדין יורד שלא
ברשות עכ"ז פ"ן דאם לא שכרו אז ליתיה גביה תקנת שכיר נאמן לומר פרעתיך במיגו
דלא שכרתיך ופרעתיך כמש"כ הקצוה"ח סי' פ"ט ס"ק ד' ואכמ"ל.

ע"כ לא מהני תפיסת התובע בדרך דממונא היכא דהמזיק טוען פרי להכחישו: ולפ"ז
מתורץ קושיות האו"ת בב"ק ס"פ המניח דאמאי לא תועיל תפיסה בכלול כמש"כ התוס'
בב"מ ד' ק' משום די"ל דוקא בספק בשטר מועיל תפיסה משום דהוי חוב הלואה ואינו
יכול הלנה לאסור נכסיו על המלנה משום דקני לו בתורת משכון ולפי דברי המלנה
האומר פרי אינו חל הקונם של הלנה פלל ומבואר בש"ך בת"כ ובאחרונים דספק בשטר
אינו מועיל תפיסה רק בטוען פרי ואף לשיטת הסוברים דס"ל בספיקא דדינא מועיל
תפיסה אף בטוען שפא הטעם הוא לחלק משום דבספיקא דדינא לא שייך לאוקמי אחזקה
פידוע משא"כ בספיקא דמעשה דמועיל חזקת מ"ק ע"כ בעינן דוקא פרי משום דאדם
נאמן ע"ע פמבואר בכחובות ד' כ"ב ברשב"א ופ"י שם.

וכן בדרך דממונא היכא דטוען על גוף החפץ שהוא שלו ג"כ לא שייך לאסור עליו
בקונם דהא לפ"ד התופס אינו חל הקונם פלל דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו אבל
בדרך דממונא דנזקין עבור חוב דמייירי התם בב"ק פ"ן דהתם מייירי דטוען המזיק פרי
פמבואר בפוגיא התם דאם הנה אוסר על הנזק בקונם הנה מחויב הנזק להחזיר לו
החפץ פ"ן דלא קנה המשכון וכו"ל: ע"כ יש להמזיק מיגו דאי בעי הנה אוסר על הנזק
בקונם והנה חל הקונם של המזיק אף לפי דברי הנזק ומספיקא אין אנו יכולים לכוף
להמזיק להשאיל על גדרו דהא איהו מוחזק בעצמו פנ"ל א"כ נאמן המזיק במיגו הנ"ל
וע"כ לא מהני התפיסה בכלול כ"א על מה דמודה המזיק דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי
ולא שייך בזה מיגו הנ"ל דזהו מצד ונדאי כמש"כ לקמן סי' ד' ענף ב': ובהך פבא דהתמים
נגחו אף הספק הוא אם גדול הזיק הגדול וכו' בזה לא שייך להקשות קוש' האו"ת דהא
יש לחלק דשאני קנס דבעי ב"ד לחייבו ע"כ לא מהני בזה תפיסה מצד דררא דממונא
אף לשיטת הרמב"ם דמהני תפיסה בקנס בספיקא דדינא וכמש"כ הקצוה"ח בקונטרס
הספיקות סוף פלל ב' והטעם הוא דכיון דבעי בדרך דממונא טענת פרי והב"ד אינן
יודעין האמת ע"כ אין יכולת ביז ב"ד לחייבו קנס פ"ן דעיקר חייב קנס הוי ע"פ ב"ד
ואף לשיטת התוס' בב"ק ד' ל"ג ד"ה איפא בינייהו וכו' שכתבו דזוכה הנזק בגוף השור
מיד אחר הנגיחה עכ"ז הא פתבו התוס' שם דאם העידו העדים ששורו נגח ביום א' ואתו
עדים אחרים ואמרו בע"ש נגח יש להם תורת הנזמה דבעידנא דאסהדי לא הוי גברא בר
חייבא דכ"ז דלא נתברר הדבר לא חשיב בר תשלומין וכו' וכמש"כ הש"ט מוקפצת
לב"ק שם דאף דזוכה בקנס בגוף השור למפרע עכ"ז בעי שיבחר ויחייב בב"ד ואז
אמרין דזוכה בגוף השור למפרע עיי"ש וא"כ עיקר חייב דפלגא נזקא נגמר ע"י הב"ד

דווקא ועי' בקצוה"ח סי' פ"ח ס"ק י"ג לכן לכ"ע לא מהני תפיסה בדרךרא דממונא בקנס
פינן דבעי טענת ברי והב"ד אינם יודעים האמת ע"כ אינם יכולים לגמור החיוב ועיקר
קושיות האו"ת והקצוה"ח הנ"ל תסוב רק על הך בבא דמועד הזיק הגדול וכו' דזה הני
ממונא א"כ קשה דתועיל תפיסה בכלול משום דררא דממונא אבל לפי מה דהעליתי דיש
להמזיק מיגו דאי בעי אסר עליו בקונם ע"כ אין יכול לתפוס בכלול דכינן דאפתי מספקא
לן בגוף המעשה ע"כ מהני מיגו לברר בזה דהא נתבאר לעיל דלא שייך מיגו להוציא
בזה ולכו"ע חל הקונם של המזיק על מטלטלין דלאו בני שיעבוד ובחוב נזקין לא קני
משכון ולא שייך בזה לומר אלמזהו לשיעבודא וכמש"כ התנאים בסי' קי"ז ואז הי' צריך
להחזיר משום איסור גזל כנ"ל בארנפה ע"כ מתורץ קושיותם החמורה ואתי כל הסוגיא
דס"פ המניח שפיר ואין אנו צריכים לדחוקי בחילוקים דחוקים לחלק בסברות בעלמא
בספק בשטר ובין ספק דררא דממונא רק החילוק כמש"כ: והא דהקשה למאן דס"ל פלגא
ניזקא ממונא דאמאי לא תועיל תפיסה בכלול בהך בבא דשונרים תמים נגחו אינו קשה
משום די"ל באמת דהך סוגיא דס"פ המניח אתי כמאן דס"ל פלגא ניזקא קנסא ואף דר"פ
הנוכח שם בריש הסוגיא עכ"ז הא כתב הרא"ש שם דאתי כמאן דס"ל פ"נ קנסא ובמק"א
הארבתי בזה ומאן דס"ל פ"נ ממונא יש לומר דס"ל כפי שיטת הירושלמי ס"פ המניח
דטענו חטים והודה לו בשעורים חייב וכן הוא בירושלמי פ"ו דשבועות ופליג על ש"ס
דילן ועי"ש במראה הפנים ולפ"ז אין הכרח כלל לומר דמייירי המשנה בס"פ המניח
בתפס ובנדאי אינו קשה לפי"ז קוש' האו"ת הנ"ל ועיקר קושיות האו"ת תסוב על
אוקמתא דש"ס דילן דמייירי בתפוס פינן דס"ל טענו חטים והודה בשעורים פטור ולפי"ז
שפיר כתבתי לתרץ כנ"ל ואף דהרב המ"מ ונהימוקי יוסף כתבו דהך סוגיא אתי כמאן
דס"ל פ"נ ממונא והובא בש"ך ח"מ סי' פ"ח ס"ק ט"ז.

עכ"ז הא כתבתי בשם הקצוה"ח בקונטרס הספיקות דעיקר קושיות האו"ת הנ"ל לא
תסוב רק על שיטת הרא"ש ואילו לשיטת הרא"ש דכתב דסוגיא אתי כמאן דס"ל פ"נ
קנסא א"כ שפיר מה שכתבתי לתרץ כנ"ל ועוד יש לומר דלמ"ד פ"נ ממונא מייירי
מתניתין בלא ראו העדים רדיפת השונרים וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ט"ז א"כ לפ"ז לא
הני דררא דממונא כלל ועיקר קושיות האו"ת תסוב רק למ"ד דס"ל פ"נ קנסא דמייירי
דראו עדים וכמש"כ הרא"ש שם ולפי"ז שפיר כתבתי דאינו קשה קושיות האו"ת על
בבא דתמים ועי' בקצוה"ח סי' פ"ח ס"ק ח' וגם אף בלא מיגו א"ש הא דאם תפס שקל
כדאמר מזיק דנוטל בכל גונוי אבל יותר איכא טענה למזיק להוציא ע"י הך עצה דיאסר
עליו בקונם כנ"ל: הגה"ה ועיקר הפלל דכתבתי לתרץ הוא עפ"י שיטת הסוברים דחוב
שאינו הלואה אין מסדרין אבל לפי שיטת הסוברים בח"מ סי' צ"ז דאף בחוב ערב
מסדרין וכן כתב הב"י שם סעי' כ"ד דנראה מהרמב"ם בפ"ג דמלנה דדעתו בכל חוב
מסדרין וה"ה לענין השבת העבוט א"כ ממילא אף בחוב נזקין קנה משכון ונדחה כל מה
שכתבתי עכ"ז הא כתב הקצוה"ח בקונטרס הספיקות כלל ב' ס"ק ח' דעיקר קושיות זו
לא תסוב רק לשיטת הרא"ש אבל לשיטת הרשב"א ושאר ראונינים דמוקי להאי סוגיא
בדליכא עדים על הנגיחה דאלו איכא עדים רק דלא ידעי אינה נגח לא נפטר משום טענו
חטים וכו' א"כ אליבייהו י"ל דלא הני דררא דממונא והא דאוקי שם בגמ' מתניתין דלא
פסומכוס כו' עיי"ש בקונטרס הספיקות דכתב לפרש זה היטב ולפי"ז פינן דשיטת

הַרְמַב"ם ג"כ פְּשִׁיטת הַרְשָׁבָ"א וכמ"ש"כ המ"מ בפ"ט ה' נִינְקִי מְמוֹן ה' ט' עֵי"ש וְהוּבָא בְּשִׁיבָה ח"מ פ"ח ס"ק ט"ז א"כ לְשִׁיטת הַרְמַב"ם וְהָרְאוּנוּם הַנ"ל אֵין מְקוּם לְקוֹשְׁיוֹת הָאוּ"ת הַנ"ל וְעִיָּקָר קוֹשְׁיָא זֶה הוּא לְשִׁיטת הָרָא"ש וְסִינְעָתוֹ וְלִדְיָהוּ שְׁפִיר י"ל פְּנ"ל וְאַף דְּשִׁיטת הָרָא"ש בְּנִדְרִים פ' י"א ס' א' דְּדוֹקָא בְּאוֹמֵר יְקַדְשׁוּ יְדִיָּה כו' חֵל הֶהָקְדָּשׁ אֶלְמָא דַּס"ל דְּאַף קְדוּשַׁת הַגּוֹף אֵינּוּ חֵל עַל דְּשִׁלְב"ל וְדִלָּא פְּשִׁיטת הַרְמַב"ם פְּנ"ל עכ"ז הָא קְתַבְתִּי לְעֵיל בְּסִי' א' מְזַה הָעֲנִין סוּף עֲנָה א'.

דְּהִיכָא דְּהָיָו שְׁלוֹ בְּעֵינֵינוּ רַק דְּאֵינוּ בְּרְשׁוֹתוֹ י"ל דְּבָזָה מוֹדוֹ דְּחֵל הַקּוֹנָם פְּנ"ל וְא"ש פֶּל מַש"כ: ע"כ הַגְּה"ה. הֵינְצָא לָנוּ מְכָל זֶה דְּבַחֲבוּב הַלְלוּנָא דְּקָנָה מְשָׁפוֹן הֵן בְּסַפֵּק בְּשִׁטְר וּמְדַרְרָא דְּמִמוּנָא בַּחוּב הַלְלוּנָא מְהֵי תְּפִיסַת הַתּוֹבֵעַ דְּטוֹעֵן בְּרִי וְאַף אִם אָסֵר הַלְלוּהָ עַל הַמְּלִינָה בְּקוֹנָם אֵין יָכוֹל לְאַסּוֹר חֶפְצוֹ עַל הַתּוֹפְסֵי מְשׁוּם דְּלְדַבְּרִי שְׁמַגִּיעַ לוֹ הַחוּב וְקָנָה מְשָׁפוֹן אֵין חֵל הַקּוֹנָם שְׁלוֹ אִף בְּדַרְרָא דְּמִמוּנָא בְּנִינְקִין דְּלָא קָנָה מְשָׁפוֹן אֲזַי חֵל הַקּוֹנָם שְׁלוֹ דְּאֵין לָנוּ לְכוּף אוֹתוֹ לְהַשְׁאִיל עַל גְּדֵרוֹ פִּינּוֹן דְּהַמְזִיק הוּא מְנוֹחֵזֵק בְּעֲצָמוֹ וְע"כ אִף הֵיכָא דְּלָא אָסֵר עָלָיו בְּקוֹנָם פִּינּוֹן דְּהַמְזִיק טוֹעֵן בְּרִי אֲזַי י"ל מִיגוֹ דְּאִיבְעִי אָסֵר עַל הַנִּינְקִין בְּקוֹנָם וְהִי מוֹצִיא אֶת הַחֶפֶץ מִמֶּנּוּ פְּנ"ל ע"כ לָא מְהֵי תְּפִיסַתוֹ וְכֵן בְּסַפִּיקָא דְּתַרִי וְתַרִי אִף דְּטוֹעֵן הַמְזִיק בְּרִי לִי וְאִם הִי אָסֵר עַל הַנִּינְקִין בְּקוֹנָם הִי צְרִיָּה הַנִּינְקִין לְהַחְזִיר לוֹ אֶת הַחֶפֶץ פְּנ"ל עכ"ז כ"ז דְּלָא אָסֵר עָלָיו בְּקוֹנָם לָא שְׁיָיָה בְּזָה מִיגוֹ הַנ"ל דְּהָא לָא עֲדִיף מִיגוֹ שְׁלַ הַמְזִיק מִן אֵלוֹ הִבִּיא עוֹד עֲדִים דְּהָא תְּרִי כְּמֵאָה וְכַמְש"כ הַתּוֹס' בְּב"ב ד' ל"א בְּד"ה וְזוֹ בָּאָה בְּפ"ע וּמְעִידָה כו' וְכֵן שְׁיָיָה בְּזָה תִי' הָא' שְׁלַ הַתּוֹס' שְׁם דְּמִיגוֹ בְּמְקוּם עֲדִים לָא אֶמְרִינּוּ עֵי"ש וְכ"כ הַתּוֹס' בְּב"ק ד' ע"ב וְעִי' בְּתוֹנִים בְּכ"מ ס"ק ט"ז וְכֵן בְּהָה מְלִתָּא דְּטָעֵנוּ חֲטִים וְהוֹדָה בְּשַׁעוֹרִים דַּס"פ הַמְּנִיחַ בְּגִדוֹל הַזִּיק וְקָטֵן הַזִּיק דְּמִבְּנָאָר שְׁם דְּמְהֵי תְּפִיסָה וְהַטָּעֵם הוּא מְשׁוּם דְּמַסְפֵּקָא לָן בְּתַרִי הוֹדָאוֹת דְּסַתְרִי אֶהְדְּדִי כַמְש"כ הַקְצוּה"ח בְּסִי' פ"ח וְע"כ מְהֵי תְּפִיסָה כְּמוֹ בְּב' כְּתִי עֲדִים הַמְּכַחֲשִׁים א"כ אִם הִי אָסֵר עָלָיו בְּקוֹנָם הִי חֵל הַקּוֹנָם פְּנ"ל אֲבָל כ"ז דְּלָא אָסֵר עָלָיו בְּקוֹנָם לָא שְׁיָיָה בְּזָה מִיגוֹ דְּאִיבְעִי אָסֵר עָלָיו מְשׁוּם דְּכְמוֹ דְּלָא מְהֵי מִיגוֹ בְּתַרִי וְתַרִי הַמְּכַחֲשִׁים פְּנ"ל ה"ה בְּשִׁתִּי הוֹדָאוֹת דְּסַתְרִי אֶהְדְּדִי וְכַמְש"כ לְפִי שִׁיטת הַסּוֹבְרִים דְּהוֹדָה בְּשַׁעוֹרִים מְפָטֵר מְשׁוּם מְחִילָה וְכַמְש"כ בְּסַפְרִי בְּאַר יֶצְחָק ח' אה"ע ס' ט"ז עֲנָה ד' עֵי"ש: דְּוִנְדָּאֵי לָא שְׁיָיָה בְּזָה מִיגוֹ הַנ"ל דְּהָא הוֹדָאוֹת בְּע"ד כְּמֵאָה עֲדִים דְּמִי וְכֵן לְפִי שִׁיטת הַסּוֹבְרִים מְשׁוּם מְשֻׁטָּה כְּמִבְּנָאָר בְּסִי' פ"ח דְּלָא שְׁיָיָה מִיגוֹ הַנ"ל וְכֵן בְּסַפִּיקָא דְּדִינָא לָא שְׁיָיָה בְּזָה מִיגוֹ הַנ"ל אִף בְּתוֹפְסֵי עֲבוּר חוּב מְשׁוּם דְּאֶפְשָׁר לוֹמַר בְּזָה דְּאִטוּ בְּשִׁבִיל הַמִּיגוֹ שְׁלוֹ יִשְׁתַּנְּהָ הַדִּין כַּמְש"כ הַפּוֹסְקִים בְּהָא דְּאוּקִי אֶחָזְקָה וְדַע דְּכָל מַה שְׁנִתְּבָאָר אֵינּוּ שְׁיָיָה רַק בְּאִם הַחֶפֶץ הוּא בְּעֵינֵי' ת"י הַתּוֹפְסוֹ בְּעַת דְּבָאוּ לְב"ד.

אֲבָל אִם הוֹצִיאָו מִהַעוֹלָם מְקוֹנָם דְּבָאוּ לְב"ד לָא שְׁיָיָה כ"ז וְאֵין פְּאֵן מְקוּם לְהַאָרִיף יוֹתֵר. אֶמְנָם כָּל זֶה הוּא דְּרָךְ פְּלִפּוּל מַה שְׁהַעֲלִיתִי בִימֵי טַל יְלָדוֹתֵי אֲבָל לְדִינָא קָשָׁה לוֹמַר דְּבָכֵל הַסַּפִּיקוֹת דְּמְהֵי תְּפִיסָה כְּמוֹ בְּדַרְרָא דְּמִמוּנָא וּבְתַרִי וְתַרִי וְכֵן בְּסַפִּיקָא דְּדִינָא שְׁלַ חוּב נִינְקִין וְכַה"ג דְּיָהֵל' יָכוֹל הַמְזִיק לְאַסּוֹר חֶפְצוֹ בְּקוֹנָם עַל הַתּוֹפְסוֹ דִּיֶּצְטָרֵף לְהַחְזִיר לוֹ הַחֶפֶץ מְשׁוּם אִיסוּר גְּזֵל וְא"כ יִהְיֶה יְכוֹלֵת לְעוֹלָם בְּיַד הַמְזִיק לְעֲשׂוֹת עֲצָה זֹו וְלְהוֹצִיא חֶפְצוֹ מִיַּד חֲבִירוֹ וּבְאֶמֶת אֵין זֶה בְּמִשְׁמַע בְּכָל הַפּוֹסְקִים וְלָכֵן לְדִינָא קָשָׁה לוֹמַר כֵּן דְּכָל מַה שְׁנִתְּבָאָר אֵין זֶה רַק בְּדַרְרָה פְּלִפּוּלָא בְּעֵלְמָא וְיִשׁ לְהַתְיַשֵּׁב בְּזָה הַרְבֵּה וּבְמִק"א יִתְבָּאָר זֶה בְּאַרְנוֹהָ

אי"ה משום דהעיקר הוא דהיכא דהוי אינו יכול להוציא בדינין אינו חל הקונם משום דזה הוי מידי דלא עביד דאמי וכמש"כ ההפלאה לחלק בזה בין עביד דאמי ובין לא עביד דאמי כמו שהבאתי לעיל בשם ההפלאה והדברים ארוכים.

ולפי שכל מה שכתבתי בענין דררא דממונא לתרץ קושיות האו"ת הנ"ל קשה לדינא לומר כן ע"כ אמרתי לחזור ולשנות הלכה זו באופן אחר בדרך פשטיות והקונטרסים הקודמים הם ענינים נכונים בפ"ע ב"ה פי כמה הילכתא רבנותא נתבארו שם הו בענין בע"ח קונה משכון די"ל דאין זה נוהג בחוב שאינו חוב הלואה וכן בענין מיגו להוציא דאם יש להלנה מיגו להוציא החפץ מן המלנה וכן לענין מי שיש לו חזקת מ"ק דנאמן במיגו וכן בענין קונמות וקדושת הגוף על דבר שלו ואינו ברשותו סימן ד בתפיסה בדררא דממונא ענף א הנה בסי' הקודם הבאתי בשם פללי תפיסה דהאו"ת והנתיבות שכתבו דבדררא דממונא לא מהני תפיסה רק בטוען על גוף הדבר שהוא שלו אבל אם תפס חפץ וטוען שיש לו חוב על בעל החפץ מצד דררא דממונא פיון דלאו על גוף של החפץ קא טעין לא מהני תפיסה והוכיחו פן מב"ק ד' ל"ה דהי' המזיקין שנים אחד קטן ואחד גדול או אחד תם ואחד מועד דהמע"ה ואם לא מיייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק ומוקי בתפס אלמא דאר דהוי דררא דממונא אפ"ה לא מהני תפיסה כי אם על מה דאמר מזיק ומוכח מזה דדוקא תפיס גוף החפץ כתבו התוס' בב"מ ד' ק' דמהני תפיסה אבל בתפיסה על חוב פיון דאינו טוען על גוף הדבר לא מהני תפיסתו ואף דספק חוב בשטר מועיל תפיסה עכ"ז דררא דממונא שאני: ולפענ"ד נראה דאפשר לומר דהו דינא הוא פלוגתת הרמב"ן והרשב"א המובא בחו"מ סי' ע"ב סעי' כ"ג במחבר וברמ"א סעי' י"ח דהמחבר בשם הרמב"ן כתב דאם יש עדים דהמשכון בא לידו ואינם יודעים בכמה מוציאין המשכון מהמלנה דמקרי הלנה מוחזק והרשב"א חולק בזה וס"ל דהמלנה נקרא מוחזק וכן הכריע הש"ך שם ס"ק ק"ט וזה פיון דעדים מעידים דחייב לו אף אינם יודעים בכמה הוא ממושפן זה מקרי דררא דממונא וכמש"כ התוס' בב"מ ד' ק' ד"ה דמי עבד גדול וא"ת והיכא קאמר סומכוס יחלוקו והא ליכא דררא דממונא וי"ל דמיירי פגון דאמר המוכר בפני עדים עבד גדול אמכור לה בכ"ה דינרים וקטן ב"כ דינרים ולא ידעין מה קיבל מהלוקח והובא בקצוה"ח סי' פ"ח ס"ק ח' ובסי' ע"ב ס"ק ד"ה אלמא דכללא הוא דהיכא דאיכא עדים ולא ידעי בכמה מקרי דררא דממונא ע"כ בהו עובדא שכתב המחבר דאיכא עדים דבתורת משכון אתי לידן' ואין יודעין בכמה דמקרי דררא דממונא ופסקו דיחזור המלנה.

אלמא דבדררא דממונא אינו מועיל תפיסה פיון דאינו טוען על גוף הדבר שהוא שלו וכסברת האו"ת הנ"ל אבל לשיטת הרשב"א וש"פ דס"ל דהמלנה נקרא מוחזק ואין מוציאין ממנו אלמא דהרשב"א ס"ל דמועיל תפיסה בדררא דממונא ועכ"ז אין להוכיח מהתם רק היכא דקנה להמשכון במקצת דהא העדים מעידים דבמשכון בא לידו אף אינם יודעים בכמה בזה ס"ל להרשב"א דנקרא מוחזק אבל היכא דהוי ספק אם מגיע לו כלל אפשר דבזה מודה הרשב"א דיחזיר להלנה ובפרט לפי מה שכתב הש"ך שם ס"ק ק"ט וס"ק צ"ד בשם הרשב"א שכתב פיון דבע"ח קונה משכון ע"כ מקרי מוחזק ומה"ט כתב הרשב"א לחלק דשאני אומן דלא אתאי לידו בתורת משכון ע"כ לא מהימן רק ע"י מיגו

כּמבּוֹאֵר בּב"ב ד' מ"ה וְכֵן כּתבּ הַמ"א הַל' שְׁכִירוֹת ס' כ"א בְּשֵׁם הַרְשֵׁב"א פּנ"ל ע"כ
הֵיכָא דְהוּי סָפֵק אִם מַגִּיעַ לוֹ כָּלל בְּזֵה מוֹדָה [הַרְשֵׁב"א דִּיחֲזִיר לְהֵלְנָה.

הַגה"ה וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִהַרְשֵׁב"א הַנ"ל פְּשִׁיטת הַחכ"צ בּט"ז ס' כ"ג סע' ט' שְׁפַתְב
הַט"ז לְדוּן שְׁם בְּדַבְרֵי הַמְחַבֵּר דְּכַתֵּב שֵׁם דְּכִיּוֹן דְּמַסְפָּקָא לֹן אִם נוֹטֵל הַהוֹצָאוֹת הֵיכָא
דְּשׁוּמָא הִדְרָא דְאִז אִינוּ נוֹטֵל הַהוֹצָאוֹת מִן הַלְנָה וְהִבִּיא רַא' לְהַמְחַבֵּר מִדְּאֲמַרִּינוּ בְּאֵילָן
סָפֵק אִיזָה קוֹדֵם פִּינוּ דְלִמְיָקֵז קֵא'י כְּמֵאן דְּקִצֵּץ דְּמִי וְכִי מִיִּיתִי רַא'י שְׁקִיל דְּמִי.

וה"ה בְּשׁוּמָא הִדְרָא פִּינוּ דְּקַרְקַע וְנֻדְאֵי הִדְרָא לְלֵנָה רַק הַסָּפֵק הוּא כְּמָה דְּמִים יִטּוּל הַלְנָה
דְּמַקְרֵי הַלְנָה מְוַחֲזָק וְהַחכ"צ שֵׁם כְּתֵב בַּהַגה"ה דְּשֵׁאנִי בְּאֵילָן דְּסַיִב לְקִיץ קוֹדֵם דְּנוֹתָן
הַדְּמִים ע"כ צְרִיף לְקוֹץ הָאֵילָן וְדְמִים כְּדְמִיִּיתִי רַא'י שְׁקִיל אֲבָל בְּשׁוּמָא הִדְרָא הַקְרַקַע
אִינוּ חוֹזְרֵת לְלֵנָה עַד דְּנוֹתָן דְּמִים לְהַמְלָנָה וְכִיּוֹן דְּנוֹלֵד סָפֵק כְּמָה דְּמִים יִתָּן לֹא הִדְרָא
הַקְרַקַע עַד דְּיִתָּן כְּדָאמֵר מְלָנָה עכ"ל וי"ל דְּהַמְחַבֵּר דְּפָסֵק בְּסִי' ע"ב דְּהַלְנָה נִקְרָא מְוַחֲזָק
אַף דִּיִּדְעִינוּ דְּלֵנָה מְמַנּוּ רַק דְּלֹא יִדְעִינוּ כְּמָה ה"ה בְּהָא דְּשׁוּמָא הִדְרָא אַף דְּהַלְנָה סַיִב
לְסַלֵּק לְהַמְלָנָה כְּדִי חוֹבּוּ בְּנוֹדְאֵי.

מ"מ עַל הַמּוֹתֵר שְׁאֵנוּ מְסוּפָּקִים אֲמַרִּינוּ פִּינוּ דְּגוּף הַסָּפֵק צְרִיף הַמְלָנָה לְהַחֲזִיר לְהַלְנָה
ע"כ אֲזַיִל הַמְחַבֵּר בְּסִי' כ"ג לְטַעַמֵי' כְּמֹו שְׁפָסֵק כְּאִן בְּמִשְׁכּוֹן דְּהַלְנָה מַקְרֵי מְוַחֲזָק עַל
הַמּוֹתֵר שְׁאֵנוּ מְסוּפָּקִין ה"ה בְּשׁוּמָא הִדְרָא פָּסֵק הַמְחַבֵּר דְּהַלְנָה נִקְרָא מְוַחֲזָק כְּמָה
דְּמַסְפָּקָא לֹן אִם נוֹטֵל הַהוֹצָאוֹת אֲבָל לְשִׁיטת הַרְשֵׁב"א דְּפָסֵק דְּהַמְלָנָה מַקְרֵי מְוַחֲזָק פִּינוּ
דְּמַגִּיעַ לוֹ בְּנוֹדְאֵי מַקְצֵת ע"כ גַּם עַל הַמּוֹתֵר מַקְרֵי מְוַחֲזָק מִשׁוּם דַּס"ל הֵתָם כְּסִבְרַת הַחכ"צ
דְּכַתֵּב דְּהַמְלָנָה מַקְרֵי מְוַחֲזָק וְנוֹטֵל הוֹצָאוֹתֵיו אַף יֵשׁ לְחַלֵּק דְּשֵׁאנִי בְּהָא דְּמִשְׁכּוֹן פִּינוּ דְּקִנֵּי
מִשְׁכּוֹן בְּמַקְצָתוֹ וְכַמְש"כ הַרְשֵׁב"א ע"כ מַקְרֵי מְוַחֲזָק מִשְׁא"כ הֵתָם בְּשׁוּמָא הִדְרָא דְּמִיִּירֵי
בְּקַרְקַע דְּהָא שׁוּמַת מְטַלְטְלֵי לֹא הִדְרָא כְּמַבּוֹאֵר שֵׁם סע' ט' וּבְקַרְקַע לֹא שְׁיִיף בע"ח קוֹנָה
מִשְׁכּוֹן כַּמְש"כ הַתּוֹס' בּב"מ ד' ס"ז ד"ה וְשָׁבִיעִית מְשַׁמְטָתָה דְּבְקַרְקַע לֹא שְׁיִיף בע"ח
קוֹנָה מִשְׁכּוֹן ע"כ אַף לְהַרְשֵׁב"א דַּס"ל בְּמִשְׁכּוֹן דְּמַקְרֵי הַמְלָנָה מְוַחֲזָק מוֹדָה הֵתָם בְּשׁוּמָא
הִדְרָא דְּהַלְנָה מַקְרֵי מְוַחֲזָק דְּהָא בְּקַרְקַע לֹא שְׁיִיף הָא דַּר' יִצְחָק דְּהָא לֹא קִנֵּי מִשְׁכּוֹן וְעוֹד
יֵשׁ לְחַלֵּק דְּשֵׁאנִי הָא דְּשׁוּמָא הִדְרָא דְּהוּי שְׁנֵי חוֹבוֹת מְחוּלְקִים וְלֹא בְּבַת אַחַת כְּדֵהָתָם
בְּסִי' ע"ב וְקִצְרֵתֵי גַם י"ל דְּאַף לְהַמְחַבֵּר דְּפָסֵק בְּמִשְׁכּוֹן דְּלֹא מַקְרֵי הַמְלָנָה מְוַחֲזָק דְּשֵׁא"ה
דְּהוּי סָפֵק דְּרָרָא דְּמַמוֹנָא וְהָא לְפִי הַכְּרַעַת הָאוּ"ת וְהַנְּתִיבוֹת דְּלֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה רַק בְּטוֹעֵן
עַל גּוּף הַדְּבָר דְּהוּא שְׁלוֹ ע"כ בְּתוֹפֵס עֲבוּר חוֹב לֹא מְהַנִּי תְּפִיסָתוֹ מִשְׁא"כ בְּשׁוּמָא הִדְרָא
שֵׁם דְּהוּי סָפִיקָא דְּדִינָא אִם נוֹטֵל הַמְלָנָה הַהוֹצָאוֹת וּבְסָפִיקָא דְּדִינָא פָּסֵקוּ בְּכִלְלֵי תְּפִיסָה
דְּאַף בְּתוֹפֵס עֲבוּר חוֹב ג"כ מְהַנִּי תְּפִיסָתוֹ ע"כ יְכוּל לֹאמֵר שֵׁם כְּפָסֵק הַחכ"צ דְּמוֹעִיל
תְּפִיסַת הַמְלָנָה: אָכֵן י"ל דְּשֵׁא"ה פִּינוּ דְּכָבֵר הַכְּרִיעַ הַשְׁ"ף שֵׁם ס"ק י"א בְּשֵׁם הַנ"י וְהַר"ן
דְּהֵיכָא דְּשׁוּמָא הִדְרָא א"צ הַלְנָה קִנְיָן חֲדָשׁ מִן הַמְלָנָה וְיִדְוַע דְּבְקַרְקַע דְּנוֹלֵד לְנוּ סָפֵק
מוֹקְמִינוּ קַרְקַע בְּחֻזְקַת בְּעָלְיוֹ וְלֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּקַרְקַע ע"כ שְׁפִיר פָּסֵק הַמְחַבֵּר שֵׁם דְּכִיּוֹן
דְּמַסְפָּקָא לֹן בְּזֵה ע"כ מוֹקְמִינוּ לְקַרְקַע בְּחֻזְקַת בְּעָלִים רַאשׁוֹנִים מִשְׁא"כ בְּמַטְלְטְלֵי שְׁפִיר
י"ל דִּיהָא מוֹעִיל תְּפִיסַת הַמְלָנָה וְעַפ"ז מְתוּרָץ קוֹשְׁיוֹת הָאוּ"ת בְּסִי' ק"ג ס"ק י' עַל דְּבָרֵי
הַמְחַבֵּר הַנ"ל מְהָא דְּסִי' קע"ה סע' ז' בְּסָפֵק בְּמַצְרָנוֹת דְּפָסֵק הַמְחַבֵּר דְּלוֹקֵחַ הוּי הַמְוַחֲזָק
וְהוּא מְדַבְרֵי הָרָא"ש פ' הַמְקַבֵּל וּלְפַמְש"כ אִינוּ קֹשֶׁה דְּשֵׁאנִי בְּשׁוּמָא הִדְרָא דִּישׁ לְהַלְנָה

חוקת בעלים ראשונים וקרקע בחוקת בעליו עומדת דהא בנודע לנו דהי' תנאי במקירת שדה ומספקא לן בהתנאי אמרינו בזה קרקע בחוקת מ"ק היכא דלא שניך הטעם שפתבו הפוסקים בח"מ סי' רמ"א בתנאי דקום ועשה משא"כ במצרות דלא שניך כן ועי' במל"מ פ' כ"א הל' מלנה: ע"כ הגה"ה.

בחזק לענינינו דלשיטת הרשב"א דס"ל דכיון דקני משכון במקצתו מקרי המלנה מוחזק על המותר שנסתפקנו דה"ה בכל דררא דממונא דהיכא דידעינן דמגיע לו מקצת בנודאי דאז אף על המותר מקרי מוחזק ובאמת מן הכרעת האו"ת והנתיבות שהוכיחו פן מהא דב"ק ה"ל דהתם הא מיירי בספק אם מועד הזיק הגדול או הקטן א"כ מקצת מגיע לו בנודאי רק לא ידעינן כמה ואפ"ה אי תפס לא מהני תפיסתו והא התם שניך ביותר טעמיה דהרשב"א דכתב משום דקני משכון במקצת דהא שלא בשעת הלואאתו קונה ביותר להמשכון לכו"ע דשלא בשעת הלואאתו קנה לגמרי ובשעת הלואאתו אינו קונה כ"כ.

ובאמת כבר עמד הש"ך שם סוף ס"ק ק"ט על דברי הרשב"א ה"ל שכתב משום דקני משכון דהא בשעת הלואאתו לא קני משכון כפי שהעלה בסי' ע"ב ס"ק ט' ונ"ל דהרשב"א אזיל לטעמיה דס"ל דאף בשעת הלואאתו קונה משכון כפי שהובא דברי הרשב"א פ' השולח בש"ך שם ולשיטת התוס' והרא"ש דדנוקא שלא בשעת הלואאתו קני משכון י"ל דהתם הוי הטעם כפי שפתבו התוספות והרא"ש בגיטין דכיון שלא בשעת הלואאתו קני קנין גמור לכה"פ בשעת הלואאתו קנוי לו לענין שמיעה ולגבי חמץ וה"ה דמחמת קנין קצת שיש לו במשכון אף בש"ה מקרי משום זה מוחזק דיהיה נאמן וכמש"כ הש"ך סי' ע"ה ס"ק מ"ד אבל שלא בשעת הלואאתו קני קנין גמור ביותר וכן במשפנו בזרוע קני משכון כמבואר בסי' צ"ז סעי' ט"ז א"כ כיון דדמי קטן מגיע לו בנודאי וקני משכון ע"כ אף על המותר שנסתפקנו מבעי להיות מוחזק דיהיה נאמן להחזיק ת"י ואפ"ה פתבו האו"ת והנתיבות להוכיח מב"ק ולהכריע להלכה דאינו נאמן להחזיק ת"י משום דאינו טוען על גוף הדבר שהוא שלו ובאמת בזה מוכח מהרשב"א וכפי הכרעת הש"ך שהכריע פהרשב"א דאף בדררא דממונא היכא דמגיע לו מקצת בנודאי דמועיל תפיסה עבור חובו משום דקני משכון: ואפשר לומר דהאו"ת לטעמיה אזיל דהכריע בסי' ע"ב ס"ק מ' פשיטת המחבר דלא מהני תפיסתו ואף דהרמ"א בתשובה סימן פ"ו כתב דאין להוציא מיד המוחזק.

עכ"ז השיג האו"ת עליהם מהוכחת הש"ס דב"ב ד' מ"ה דמבואר שם דבלא מיגו מוציאין ממנו ואף דקיי"ל דגם באופן קני משכון אפ"ה בלא מיגו אינו יכול להחזיק עי"ש ע"כ שפיר כתב האו"ת דבדררא דממונא אינו מועיל תפיסה כיון דאינו טוען על גוף הדבר שהוא שלו ובזה תירץ סוגיות הש"ס דב"ק ה"ל ואף דשיטת המחבר לפסוק פהרמב"ם דבכל ספיקא דדינא בתיקו ובפלוגתת אמוראי דמועיל תפיסה ואפ"ה פסק הכא המחבר דמוציאין המשכון מהמלנה.

א"כ הוי מזה סייעתא לפסק האו"ת בדררא דממונא ה"ל אבל לפי הכרעת הרמ"א בתשובה והש"ך להכריע פהרשב"א דמשום דקני משכון מקרי המלנה מוחזק א"כ ה"ה בהא דב"ק מבעי להיות מועיל תפיסה מטעם זה על ספק דשמא גדול הזיק ודוחק לחלק דשא"ה בנידון דהרשב"א דתפס ברשות בזה כתב הרשב"א דמועיל תפיסה בדררא

דממונא גם על חוב משא"כ היכא דתפס שלא ברשות כמו הא דב"ק דבזה מודה הרשב"א דלא מהני תפיסה עבור חובו דהא פיון דבטוען פרי מהני תפיסה בכל ספיקות ואפ"ה בדררא דממונא מוכח מהא דב"ק דלא מהני תפיסה א"כ ה"ה בתפס ברשות לא תועיל תפיסה ועכ"פ למדנו מדברי הרשב"א דבתפיסה ברשות מועיל תפיסה על חובו.

ויותר נראה לומר דהרשב"א לטעמיה אגיל דבב"ק ס"פ המניח בחידושי רשב"א שם פתב לפרש דכל הסוגיא התם מייירי אליבא דמ"ד פלגא נזקא ממוןא משום דאלו היו עדים מעידים דראו מועד ותם רודפין אחר שורו אלא דלא ידעי מי מהם הזיק לא הנה זה דומה לטענו חטים כו' וכ"כ הש"ך בסי' פ"ח ס"ק ט"ו בשם הרמב"ם והמ"מ והמחבר לקמן סי' ת' דבישעדים חייב בשעורים רק הסוגיא מייירי למ"ד פלגא נזקא ממוןא וע"כ מתחייב בהודאת עצמו א"כ לשיטת הרשב"א וש"פ הג"ל ליכא לאזכחי מידי מהש"ס דב"ק כמו שהוכיח האו"ת והנתיבות דבדררא דממונא אינו מועיל תפיסה באינו טוען על גוף הדבר שהוא שלו דהא לשי' הרשב"א וש"פ ניחא הסוגיא דלא מהני תפיסה כי אם בתפס הקטן דהא לא הוי דררא דממונא וע"כ שפיר פסק הרשב"א דאם יש עדים דממושפן הוא בידו וא"י בכמה דיכול לתפוס ואין לנו הכרח לחלק בין ספק בשטר דמבואר בסי' מ"ב דמהני תפיסה גם עבור חובו וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ט"ו דבטוען פרי מהני תפיסה על חוב דלשיטת הרשב"א וש"פ אין הכרח כלל לחילוקם משום דעיקר החילוק של אחרונים שפתבו לחלק בין ספק בשטר לדררא דממונא הוא דחוק גדול ועיקר קושיות האו"ת והנתיבות מהא דב"ק הוא רק לשיטת הרא"ש ובעה"ת דהובא בש"ך סי' פ"ח ס"ק ט"ו דמפרשים פולי סוגיא דב"ק דמייירי בעדים והוי דררא דממונא ואפ"ה אינו מועיל תפיסה כי אם בדמי קטן ומזה הוכיחו פו וכיון דנתבאר דזה אינו הכרח כ"כ לשיטתם ע"כ בלא ראיה קשה לחלק בחילוקם: ענף ב ובעיקר הוכחת קושיותם גלענ"ד לדון לפי המבואר בטור סי' פ"ח והובא בסי' פ"ח בחו"מ סעי' י"ב בסמ"ע ס"ק כ"ז דלכן מהני תפיסה בטענו חטים והודה בשעורים משום דיכול לומר לכן לא תבעתי שעורים מפני שהייתי מוחזק בהם מקודם וכ"כ הרא"ש שם דזוקא בתפס מקודם שפא לב"ד מהני ואף לשיטת הסוברים בטענו חטים והודה בשעורים פטור משום הודאה אפ"ה מהני תפיסתו לפי שיכול לומר פו ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ד' פתבתי לפרש דמפני מה מהני תפיסה בטענו חטים להסוברים דמשום מחילה נגעו בה ואמרת דהטעם הוא כהסוברים דבתפס משפון בידו לא מהני מחילה המובא בחו"מ סי' רמ"א וע"כ לא הועיל מחילתו פיון דהתובע תפס משפון בידו עי"ש וילפי כל זה יש לדון היכא דתפס מתחלה שעורים בעת דתבע מחבירו החיטים דאף דאח"כ חזר ותפס ממנו חבירו מ"מ מבעי להיות דלא יועיל תפיסתו דהא לא מצד ספיקא מהני תפיסתו בשעורים ואז הנה מהני תפיסת חבירו כמו בכל ספיקא דדינא אלא דאמרינו דכיוון דחבירו הודה לו בשעורין וחיוב לו בנודאי ומצד הודאת התובע הא יכול לומר אמתלא דלא תבעתי אותם לפי דהייתי מוחזק בהם או לשי' הסוברים משום מחילה פנ"ל א"כ היכא דהנה תפס לא הועיל מחילתו כלל א"כ חייב בנודאי לשלם השעורין מפני הודאתו ע"כ לא מהני בחזר הנתבע ותפס וכש"כ לשי' הרמ"ה דהכריע הש"ך בסי' פ"ח פנותל' דטענו חיטים והודה בשעורים פטור משום טענת משטה אני בה דהיכא דתפס לא שייך משטה

כמבואר בסי' פ"א וע"כ בנודאי אף דחזר ותפס ממנו חבירו ונדאי דלא מהני תפיסת השני ומוציאין השעורים ממנו.

ולפ"ז יש לתרץ בפשיטות קושיות האו"ת הנ"ל דאמאי לא תועיל תפיסה בכלול משום דיש לדקדק על הא דב"ק דהיו מזיקין שנינים דהממע"ה דאי לא מייתי ראיה שקל כדאמר מזיק ומוקי ליה בתפס דהא פיונון דאמרו הממע"ה ומשמע דמיירי דהניזק בא להוציא מן המזיק ואי בתפס א"כ לא בא להוציא רק להחזיק אף פשט הדבר הוא פיון דגוף החפץ הוא של המזיק ויכול לסלקו בדמים מקרי הניזק מוציא מן חבירו [נעדינו יש לדון ע"פ זה בבבא דהיו מזיקין שנינים ושניהם תמין אף גם בזה יש לדון כנ"ל וקצתני] אכן י"ל דמסתברי יותר הלשון דהממע"ה משום די"ל דמיירי באמת היכא דמעיקרא בעת הודאת הניזק הנה אז הניזק תפוס ואח"ז חזר המזיק ותפס מן הניזק ע"כ אף אם לא מייתי ראיה שקל כדאמר מזיק משום דהא דזכה הניזק בתפיסתו לאו משום ספיקא נגעו בה אלא משום דעיקר הטעם דמיפטר בטענו חזטים מחמת הודאה או מחילה או משום משטה לא שייך כ"ז היכא דהנה תפוס ועומד ומצד נודאי זכה בתפיסתו וכן"ל לכל השיטות וע"כ אף בחזר ותפס המזיק לא מהני תפיסתו פיון דכבר זכה הניזק בהם מצד נודאי כנ"ל ומש"כ הקצוה"ח בסי' פ"ח לדון לטעם הסוברין דטענו חזטים והודה בשעורין פטור משום הודאה דהני בתרי הודאת דסתרי אהדדי ומהני תפיסה כמו בתרי ותרי והאריף שם בזה.

י"ל בזה דאינו דומה לתרי ותרי דהא בתרי ותרי לא מהני תפיסה פי אם בטוען ברי והכא פיון דהודה כבר להקפד איתרע טענתו ולא מקרי טוען ברי רק כמו טוען שמה וקצת מצאתי בנתיבות סי' פ"ח ס"ק ד' שכתב להשיג על הקצה"ח.

ע"כ י"ל דמיירי באמת דקצת חזר המזיק ותפס מהניזק רק בעת דהיו מחולקין בהטענות הנה הניזק אז תפס ואח"ז חזר המזיק ותפס מהניזק ע"כ מוציאין דמי הקטן או דמי תם מהמזיק פיון דהניזק הנה תפיס מתחלה וזכה בו מצד נודאי בזה וע"כ מוציאין מהמזיק דמי הקטן והא דקאמר הגמ' דתפס היינו בלשון עבר אבל דמי גדול או דמי מועד אין מוציאין מהמזיק א"כ אינו קשה קושיות האו"ת הנ"ל וי"ל באמת דבדברא דממונא היכא דתפס מהני תפיסתו רק הש"ס מיירי היכא דקצת המזיק חזר ותפס ובדברא דממונא אף דמהני תפיסה מ"מ אם חזר וזכה הב' זכה בו משום דכיון דהוא מוחזק זכה משום הממע"ה כמבואר ברא"ש פתובות פ"ב סי' י"ג ועיין בקרבן נתנאל שם ס"ק ל"ה וכן מבואר בכללי תפיסה ואם הב' תפיס מהראשון אין מוציאין ממנו פיון דהני ספק וכ"א זכה משום הממע"ה אבל דמי קטן או דמי תם שקיל אף להוציא פיון דזכה בו כבר בעת דהנה תפס מעיקרא ואתי שפיר קושיות האו"ת לשיטת הפוסקים הנ"ל: וכ"ז אינו רק לשיטת הפוסקים המובא בח"מ סי' פ"ח סעי' י"ב וברמ"א שם דמחלק דדווקא תפס מקודם שפא לדיו מהני אבל בתפס לאחר שעמד בדיו מפקינן מיניה ע"כ אתי שפיר כמש"כ אבל לשי' המחבר שם דאינו מחלק בין תפס מקודם או אח"כ ולעולם לא מפקינן מיניה ואלבינה דהה' שיטה מוכרח לומר דהא דמהני תפיסה בטענו חזטים והודה בשעורים דזהו משום דהני ספיקא בהודאה זו אי הני הודאה מעליא או לא כמש"כ הסמ"ע והט"ז והנתיבות שם ולפי"ז שפיר הקשה האו"ת דאמאי לא מהני תפיסה אף בדמי מועד פיון

דמשום ספיקא נגעו בה אף עדיין אפשר לומר דלשיטת המחבר בסי' ת' סעי' ג' המובא בש"ך סימן פ"ח.

ס"ק ט"ו וס"ק ט"ז דבגיש עדים חייב כמש"כ הש"ך שם דהיכא דאינם יודעים העדים איזה מהן היזק א"כ אינם מכחישין אותו עיי"ש ולפי"ז מוכח לומר דהך סוגיא דס"פ המניח קאי למ"ד פ"נ ממונא והא ר"פ מייירי התם דאלו למ"ד קנסא ע"כ מייירי דאיפא עדים א"כ הא לא שייך בזה טענו חטים כו' וכמש"כ הנ"י והרשב"א בב"ק שם וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ט"ז ולפי"ז אין מקום לקושית האו"ת דהא לא הוי דררא דממונא פיון דליפא עדים ועיין בקצה"ח סי' פ"ח ס"ק ט' והא דאמרו שם מתניתין דלא כסומכוס היינו משום דהרישא זה אומר שורף היזק וזה אומר בסלע לקה ע"כ מייירי לכו"ע בגיש עדי רדיפה וכמש"כ כ"ז הקצה"ח בקונטרס הספיקות פלל ב' סי' ח' עיי"ש, אף עיקר קושית האו"ת הנ"ל תשוב על הרא"ש בב"ק ס"פ המניח שפתב בזה"ל דאם תפס כו' אף בפני עדים משתלם פדאמר מזיק אבל פדאמר גיזק לא פיון שתפס בעדים ע"ש.

וחינן דס"ל דאף דעדיין תפוס פדאמר גיזק לא מהני תפיסתו ומוציאין ממנו א"כ ליפא לפרושי כמש"כ לעיל דהסוגיא מייירי דהשתא חזר המזיק ותפסו מהגיזק וגם ליפא למימר דהסוגיא מייירי בליפא עדים דהא הרא"ש פירש שם דהסוגיא מייירי באיפא עדים א"כ הוי דררא דממונא ותקשה שפיר קושית האו"ת דאמאי לא מהני תפיסה אף בדמי מועד וגם הא שיטת הרא"ש דבתרי ותרי ובשארי ספיקות מהני תפיסה בטוען ברי וכמש"כ הרא"ש בפ"ק דב"מ סי' י"ג וכתובות פ' ב' סי' י"ג א"כ קשה מאוד מפני מה בדררא דממונא לא תועיל תפיסה בטוען ברי להחזיק אף דמי מועד בשלמא בקטן וגדול גיחא לפי דהוי קנס וי"ל דס"ל להרא"ש פשיטת הראב"ד דבקנס לא מהני תפיסה בספיקא דדינא אף דמבאר ברא"ש ב"ק פ"ב סי' ב' דאף בקנס מהני תפיסה ודלא פהראב"ד עכ"ז י"ל פיון דס"ל להרא"ש פהסוברין דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא פי אם בטוען ברי.

והיכא דצריף טענת ברי אפשר דגם לדעת הרמב"ם דבקנסא מהני תפיסה היינו לשיטתו דלא בעי שיהיה טוען ברי אבל להסוברין דבעי טענת ברי א"כ בקנסות דעיקר החיוב הוי על ידי ב"ד דאפשר ירשיעון אלהים בעינן א"פ טענת ברי דידיה אין מעלה ומוריד פלל דהא הב"ד אינם יודעין מזה וכמש"כ הקצה"ח בקונטרס הספיקות פלל ב' סוף ס"ק י"ב ע"ש אבל בדמי מועד אף הספק אם היזק להקטן או להגדול א"כ פיון דהוי ספק בחיוב בממון פמה הוא החייב והוי דררא דממונא ולשיטת הרא"ש דמייירי בעדים תקשה קושיתם ומה שחילקו בספק דתרי ותרי וספק בשטר ובין דררא דממונא דחסק לחלק ביניהם פנ"ל ענף ג והנלפענ"ד לשיטת הרא"ש לינישב כ"ז, בהקדם דברי היש"ש פ"ב דב"ק סי' ה' דאף דס"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא עכ"ז היכא דאינו תובע גוף החפץ פי אם עבור חובו לא מהני תפיסה בזה וכ"כ המהרי"ט בסי' ע"ב והש"ך בתקפו פהו השיג על היש"ש בזה עיי"ש ס"ק ק"ח עד ס"ק קי"ג ואנכי לעצמי נ"ל להוכיח מן הרשב"א דס"ל דתפיסה עבור חוב לא מקרי מוחזק פי אם מפני מה דקיי"ל בע"ח קני משכון וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ק"ט דכתב הרשב"א דלכן באם יש עדים שראו ממושפן בידו החפץ ולא ידעי בכמה דמקרי מוחזק משום דקני משכון והא דב"ב ד' מ"ה

בְּאִמּוֹן דְּלֵא מְקַרֵי מְוַחֲזָק כִּי אִם מְשׁוּם מִיגוּ דְּשֵׁא"ה דְּלֵא קְנֵי מְשֻׁכּוֹן מְשׁוּם דְּלֵא נְקֻטָּה לְמִשְׁפּוֹן ע"ש א"כ לְדַבְרֵי הַרְשָׁבָא הַנִּזְכָּר דְּזֵהוּ בְּאַמְתַּת סְבִירַת הַחֻלְקִים עַל הַיִּשׁוּשׁ וְס"ל דְּגַם עֲבוּר חוֹב יָכוֹל לְתַפּוֹס בְּסַפִּיקָא דְּדִינָא דְּטַעַמְמִיָּהוּ מְשׁוּם דְּכִינּוֹן דְּקִי"ל בַּע"ח קְנֵי מְשֻׁכּוֹן א"כ לְדַבְרֵי דְּטוֹעֵן קִים לִי דְּתוֹפְסוֹ עֲבוּר חוֹבוֹ מְקַרֵי ג"כ יֵשׁ לוֹ טַעְנָה עַל גּוּף הַחֲפֵץ מְשׁוּם דְּקְנֵי מְשֻׁכּוֹן וְכִסְבִּירַת הַרְשָׁבָא דְּמְשׁוּם דְּקְנֵי מְשֻׁכּוֹן מְקַרֵי מְוַחֲזָק וְכִש"כ הוּא הֵיכָא דְּתוֹפְסוֹ עֲבוּר חוֹבוֹ מִן הַדְּ נִידוֹן דְּהַרְשָׁבָא דְּהָא בְּאַמְתַּת כְּבָר הַקְּשָׁה הַשְּׁ"ה עָם סוּף ס"ק ק"ט דְּהָא בְּשַׁעַת הַלְּנוּאָתוֹ לֵא קְנֵי מְשֻׁכּוֹן וְתִי שָׁם.

אָבֵל וְשֵׁלֵא בְּשַׁעַת הַלְּנוּאָתוֹ דְּקְנֵי מְשֻׁכּוֹן בְּנוֹדָאֵי אַף בְּמִשְׁפּוֹנוֹ בְּזוּרְעָה וְנוֹדָאֵי דִּישׁ לְהַסְבִּיר בְּיוֹתֵר שִׁיטַת הַחֻלְקִים עַל הַיִּשׁוּשׁ וְמַהֲרִי"ט דְּמְשׁוּם דְּקְנֵי מְשֻׁכּוֹן אֲתִי עֲלֵה וְעֵינֵי בְּבַעַל הַמְּאוּר וּבְמַלְחָמוֹת פְּסָחִים ד' ל"א וּבְרִיב"ש ס'י שְׁצ"ו וְשַׁכְתָּב בְּשֵׁם הַרְמַב"ן לְקִידוּשֵׁין וְשַׁכְתָּבוֹ פְּנֻלָם דְּהֵיכָא דְּקְנֵי מְשֻׁכּוֹן אָז אֲמַרִינּוּ לְכוּ"ע לְמַפְרַע גְּנוּבָה אַף לְרַבָּא וְכ"כ הַבֵּית מְאִיר בַּאֲה"ע ס'י צ"ו סַע"י ה' וְהַנְּתִיבוֹת ס'י ע"ב ס"ק ה' בְּשֵׁם הַפ"י ע"ש.

ע"כ י"ל דְּבַתּוֹפְס חֲפֵץ עֲבוּר חוֹבוֹ דְּקְנֵי מְשֻׁכּוֹן דְּאַחַר שְׁגוּבָהוּ בַב"ד אֲמַרִינּוּ לְמַפְרַע גּוּבָה. דְּלָכֵן מְקַרֵי זֶה טוֹעֵן עַל גּוּף הַדְּבָר דְּהוּי וְשֵׁלֵו וְאַף דְּקוֹדֵם שְׁגָבָה לֵא דִּינִינּוּ לְמַפְרַע גּוּבָה וְכַמְש"כ הַתּוֹס' בַּב"ק ד' ל"ג עכ"ז הָא חֲזִינּוּ גַבֵּי שְׁמִיטָה בְּגִיטִין ד' ל"ז וּבְמַטְלָטְלֵי דִּינְתָמִי דְּשׁוּמְטוֹ מַע"ג בְּנִיּוֹ דְּכַתְּבַת הַפ"י בְּגִיטִין שָׁם ד' ל"ז דְּמַהֲאֵי טַעְמָא בְּמִשְׁפּוֹן אִינוּ מְשַׁמְט וְשׁוּמְטוֹ מַע"ג בְּנִיּוֹ מְשׁוּם דְּאַחַר דְּגָבָה מִהַמְשֻׁכּוֹן אֲמַרִינּוּ לְמַפְרַע גְּנוּבָה אַף לְרַבָּא אֶלְמָא דְּכִינּוֹן דְּאַחַר הַגְּבִי? יִזְכָּה לְמַפְרַע ע"כ יְכוּלִים לְהַגְּבִיחוֹ אַף לְכַתְּחֵלָה מַה"ט וְהַ"ה מַה"ט בְּסַפֵּק בִּינּוֹן דְּאַחַר הַגְּבִי? יִזְכָּה לְמַפְרַע וִיחָא מְקַרֵי טוֹעֵן עַל גּוּף הַדְּבָר וְשֵׁלֵו ע"כ יְכוּלִים הַדִּינִינּוּ לְהַגְּבִיחוֹ אַף לְכַתְּחֵלָה כְּשִׁתְּפֵס כ"ז יֵשׁ לְהַסְבִּיר דְּבְרֵיהֶם בְּפִשְׁטוּת: וּבְסִי הַקּוֹדֵם הַעֲלִיתִי דְּלַחַד שִׁיטָה יֵשׁ לְדוֹן דְּבַחוּב נְזָקִין וְשִׁכִּירוֹת וְכַה"ג שְׁאִינוּ חוֹב הַלְּנוּאָה לֵא קְנֵי מְשֻׁכּוֹן וְהַאֲרַכְתִּי שָׁם בְּזָה וְלַפ"ז שְׁפִיר יֵשׁ לְחַלֵּק בְּהָא דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה בְּסַפִּיקָא דְּדִינָא וּבְדַרְרָא דְּמַמוֹנָא אוּ בְּתַרֵי וְתַרֵי דְּלֵא מְהַנֵּי תְּפִיסָה כִּי אִם בְּחוּב הַלְּנוּאָה דְּקְנֵי מְשֻׁכּוֹן ע"כ מְקַרֵי מְוַחֲזָק מְעַלְיָא כַּמְש"כ הַרְשָׁבָא פְּנ"ל ע"כ בְּתַרֵי וְתַרֵי בְּכַתְּבוֹת ד' כ' כְּתַב הָרָא שְׁפִיר דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה עֲבוּר חוֹבוֹ מְשׁוּם דְּהָא מִיַּרְי הָרָא שְׁ הֵתֵם בַּשְּׁט"ח שֵׁל הַלְּנוּאָה דְּקְנֵי מְשֻׁכּוֹן ע"כ מְהַנֵּי תְּפִיסָה דְּהוּי מְוַחֲזָק מְעַלְיָא מִשָּׂא"כ בְּחוּב נְזָקִין דַּב"ק ס"פ הַמְּנִיחַ דְּלֵא קְנֵי מְשֻׁכּוֹן ע"כ לֵא מְהַנֵּי תְּפִיסָתוֹ בְּזָה דְּבָזָה נְכוּנִים שִׁיטַת מְהַרְש"ל וְהַמַּהֲרִי"ט דְּלֵא מְקַרֵי מְוַחֲזָק מְעַלְיָא בִּינּוֹן דְּחֲזִינּוּ לְהַרְשָׁבָא דְּכַתְּבַת דְּכִינּוֹן דְּקְנֵי מְשֻׁכּוֹן ה"ל מְוַחֲזָק וְהֵיכָא דְּלֵא קְנֵי מְשֻׁכּוֹן לֵא מְקַרֵי מְוַחֲזָק בְּדַרְרָא דְּמַמוֹנָא וְלָכֵן נִיחָא בְּפִשְׁטוּת הָא דְּבְסַפֵּק בְּשִׁטְר מְהַנֵּי תְּפִיסָה כְּמַבְנוֹאָר ס'י מ"ב וְאַף שְׁתּוֹפְסוֹ רַק בְּחוּבוֹ מְשׁוּם דְּהֵתֵם קְנֵי מְשֻׁכּוֹן מִשָּׂא"כ בְּדַרְרָא דְּמַמוֹנָא דְּנְזָקִין לֵא קְנֵי מְשֻׁכּוֹן.

ע"כ אַף דְּמוּכַח מְשִׁיטַת הָרָא שְׁ כְּתוּבוֹת פ"ב גַּבֵּי שְׁנַיִם חֲתוּמִים עַל שְׁטֵר וְשַׁכְתָּב וְאִי תְּפִס לֵא מְפִקִינּוּ מִיַּנְיָה וְהֵתֵם אִין לוֹ טַעְנָה עַל גּוּף הַחֲפֵץ אֶלָּא בְּחוּבוֹ וְכַמְש"כ הַקְּצָה"ח בְּקוּנְטֵרַס הַסַּפִּיקוֹת כְּלָל ט' ס'י א' לְהוֹכִיחַ מְהַרְש"ל דְּלֵא ס"ל כְּשִׁיטַת הַמְּהַרְש"ל וְהַמַּהֲרִי"ט ע"ש עכ"ז י"ל דְּשֵׁא"ה דְּקְנֵי מְשֻׁכּוֹן מִשָּׂא"כ בְּהָא דְּסַפ"ג דַּב"ק דְּמִיַּרְי בְּנְזָקִין כְּנ"ל: עֲנָה ד אַף עֲדִינּוּ יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת ע"ז דְּהָא מְבֹאָר בְּרָא"ש פ"ב דַּב"ק ס'י ב' שְׁכַתְּבַת גַּבֵּי אִיבְעָא דְּכְשִׁכְּשָׁה בְּאַמְתָּה מַהוּ דְּלַרְבוּתֵינוּ הָאוּמָרִים אִי תְּפִס לֵא מְפִקִינּוּ מִיַּנְיָה בְּחֲצָר

הניזק אי תפס מגבינו ליה נזק שלם וכו' אלמא דאף בחוב ניזקין מהני תפיסה בספיקא דדינא אף דלא קני משפון א"כ לכאורה מוכח דהרא"ש לא ס"ל למש"כ אף לאחר העיון נראה דשפיר כתבתי משום דיש להסביר דלכן תפיסה עבור חובו לא מהני דהוה דונקא לדידן דקיי"ל פשיטת הרא"ש וש"פ דתפיסה בתיקו לא מהני פי אם בטוען פרי וי"ל בזה פיון דהא דמהני תפיסה בטוען פרי דונקא הטעם הוא כמש"כ זה"ח בקונטרס הספקות פלל ב' סי' ד' וסי' י"ב דלכן בפרי מהני תפיסתו אף דיש חזקת מרא קמא לאידך משום דהא מבואר בכתובות ד' כ"ב בתרי אומרם מת ותרי א' לא מת דבניסת לא מעדיה לא תצא וכתב שם הרשב"א והובא בפ"י בכתובות שם דהיכא דבע"ד אומר פרי לי נאמן ע"ע אף דיש חזקת א"א המבררת להיפך מ"מ לא מזדקקין ב"ד להוציאה ממנו פיון דטוען פרי וה"ה בממונא אין מוציאין מזדו פיון דטוען פרי משא"כ בקנס דבלא ב"ד אינו יכול לגבות וכיון דב"ד לא מזדקקין לו ממילא אינו יכול לגבות בעצמו וב"ד לא מזדקקין ליה פיון דהב"ד לא ידעי אם אמת בטענת פרי שלו.

ע"כ ממילא לא מהני תפיסתו בקנס להסוברים דבעי טענת פרי דונקא וכמש"כ הקצה"ח סוף פלל ב': ולפ"ז יש לדון לפי מש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' דהיכא דאינו יכול לבא לידי גובינא בב"ד אינו יכול להחזיק החפץ ת"י בחובו וכן הארכתי בזה בסי' הקודם ע"כ יש לדון מה"ט פיון דחפץ בחובו אינו יכול לגבותו בלא ב"ד ואמרי' מאן שם לה ולכן לפשיטת הסוברים דבלא טענת פרי לא מהני תפיסה בספיקא כדקיי"ל לכן שפיר י"ל דבב"ד לא מהני תפיסה אף דטוען פרי פיון דהיכא דהב"ד לא יזדקקו להגבותו לא יהיה יכול להחזיקו ת"י דהא אם לא יבא לידי גובינא בב"ד אינו רשאי לעכב החפץ ת"י פיון דלא יכול לזכות בהחפץ רק ע"י הב"ד.

והב"ד אינם מזדקקים להגבותו פיון דאינם יודעים אם טוען אמת בפרי שלו לכן א"י הב"ד להפסיד להבעלים ולהחליט החפץ להתופסו משא"כ היכא דיש לו דין דבע"ח קני משפון אף אם לא יזדקקו הב"ד להגבותו ג"כ יהיה החפץ מעוכב ת"י פיון דקני משפון והא דכתבתי בספרי פנ"ל מייירי שם בתופס מינמי דלא שייך שם לומר דב"ח קני משפון ע"כ שפיר כתבו דאינו רשאי לעכב ת"י אם לא יחליטו לו הב"ד אבל היכא דקני משפון דיש לו זכות לעכב החפץ ת"י אף כ"ז דלא יחליטו לו הב"ד ע"כ ממילא מקרי מוחזק מעליא ולכן לא שייך לומר דהא הב"ד לא ידעי האמת בטענת פרי שלו והמה מפסידים להבעלים הראשונים במה שמחליטין החפץ להתופס ע"י שמה דהא א"י מזה דז"א דהא בלא"ה זכה פבר התופסו בהחפץ לעכבו למשפון א"כ זה דומה למי שתפס וטען פרי דיכול למפוך זכותו לאחר אף דהאחר א"י.

ולא שייך לומר דהא האחר א"י אם האמת בהפרי של הבע"ד שמכר לו א"כ לכאורה דומה לאשה האומרת פרי לי וניסת לא' מן השוק דא"י אם מת בעלה דתצא ולא יכול לסמוך על פרי שלה פי אם בניסת לא' מעדי' משום דשאני הכא פיון דזכה פבר לעכב החפץ לעצמו על פן ממילא יכול האחר לקנותו ממנו וה"ה היכא דקני משפון לעכבו אף בלא גובינא דב"ד ע"כ לא שייך לומר על הב"ד דהמה מסייעים לדבר עבירה ולהחליט החפץ לא' ע"פ ספק דז"א דהא בלא"ה פבר זכה בחפצו לכן בחוב הלנואה הו בחוב בשטר והו הלנואה מדררא דממונא שפיר י"ל דכיון דקני משפון וטוען פרי דיכולים

הב"ד להגבותו משא"כ היכא דלא קני משכון כמו בנזקין וכה"ג דכיון דבעי טענת ברי ע"כ אינם יכולים הב"ד להגבותו פיון דא"י האמת ויש חזקת מ"ק המנגדתו ונה דומה לקא דכתנבות ד' כ"ב דאם ניסתהאשה לא' מהשוק אף דאומרת ברי לי דמת מ"מ תצא דאינו רשאי האחר לסמוך על ברי שלה וה"ה בנ"ד גבי הב"ד ודווקא הבע"ד דטוען על גוף החפץ שהוא שלו בזה אמרינו דאדם נאמן ע"ע אף נגד חזקת מ"ק פנ"ל משא"כ היכא דצריה לבוא לידי גוביינא דב"ד אז הב"ד אינם יכולים להזדקק נגד החזקה פיון דאינו זוכה רק ע"י ברי שלו ואינם יודעים האמת של מי הוא.

וכ"ז להסוברים דבתיקו לא מהני תפיסה בטוען שפא רק בהברי וכדקיי"ל משא"כ להסוברים דבתיקו מהני תפיסה אף בטוען שפא וכשיטת הרי"ף והרמב"ם ועיקר הטעם לדידהו דאף בטוען שפא מ"מ פיון דהוי מוחזק ע"כ מהני תפיסה שלו וממילא יכולים הב"ד להזדקק להגבותו פיון דכללא הוא דהמע"ה.

וכל מי שתופס הדין הוא דהמוציא ממנו צריה להביא ראיה. וכ"ז דאינו מביא ראיה הדין עם התופס וע"כ יכולים הב"ד להחליט לו החפץ אף דלא קני משכון ואף דאינם יודעים האמת של מי הוא פיון דהמע"ה ממילא הוא שייך להתופס: לפ"ז שפיר פתב הרא"ש דלרבותיו האומרים אי תפס לא מפקינו מיניה אף בטוען שפא.

ע"כ מהני תפיסה בחוב נזקין ג"כ אף דלא קני משכון אבל לשיטת הרא"ש דס"ל דבעי דוקא טענת ברי ע"כ י"ל דדוקא היכא דקני משכון כמו בתרי ותרי בשט"ח דכתנבות דף כ' בזה ס"ל להרא"ש דמהני תפיסה בטוען ברי משום דהא יש לו זכות דקני משכון ואף אם לא ינדקו הב"ד עכ"ז לא יחייב להחזיר ויכול להחזיקו ת"י.

ע"כ אין הב"ד עושים לו שום הפסד פלל פיון דאף זולתם יענכב החפץ אצלו ע"כ ממילא יכולים הב"ד להגבותו אבל בהא דב"ק ס"פ המניח דהוי חוב נזקין דלא קני משכון ועיקר זכותו בהחפץ נעכבו ת"י לא יהיה לו הזכות רק ע"י הב"ד דיחליטוהו וכיון דהב"ד אינם יכולים לסמוך על ברי של הבע"ד פיון דהא אינם יודעים האמת והוי כמו האחר דאינו רשאי לישא להאשה האומרת ברי לי שמת בעלה והוי באשם תלוי משום חזקת א"א המנגדתו: וה"ה בממון יש חזקת מ"ק המנגדת להברי שלו ע"כ לא מהני תפיסתו דכיון דהב"ד לא ינדקו להגבותו ממילא מחייב להחזיר החפץ לתבירו משום איסור גזל וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' חו"מ סי' ב' כה"ג ולכן אתי שפיר אף לשיטת הרא"ש דפי' הסוגיא דב"ק ס"פ המניח דגם הסיפא מייירי ביש עדים על רדיפת השוונרים והוי דררא דממונא נאפ"ה פתב דלא מהני תפיסתו על פבא דמועד הניק אף בטוען ברי משום דשאני התיב דלא קני משכון בחוב נזקין פנ"ל לחד שיטה.

ובאמת י"ל דזהו פנונת הרשב"א שכתב גבי משכון דאף דאינם יודעים בכמה הוא ממושפן הוי מוחזק משום דקני משכון פנ"ל די"ל דטעמו ג"כ כמש"כ דאלו לא קני משכון לא היו הב"ד רשאים להזדקק להגבותו פיון דבעינו דווקא טענת ברי פנ"ל והיכא דלא יבא לגוביינא אינו רשאי לעכבו ת"י משום גזל לכן הוכרח לומר דקני משכון דאז הב"ד אין מפסדין להלוה פלל וגם י"ל דמשום דקני משכון מקרי טוען על גוף הדבר פנ"ל בארנקה וכבר נתבאר דבספק קטן או גדול הניק בתם ונדאי ניתא דלא מהני תפיסה משום דקנס שאני פנ"ל בארנקה א"כ מתורץ קושיותם של האו"ת והקצ"ח והנתיבות

עָנָה הַיּוֹצֵא לָנוּ מִכָּל זֶה דְּלִכְלֵל הַשִּׁיטוֹת נִתְבָּאָר דְּאִינוּ קָשָׁה קְוִשְׁיֵינָם מֵהָא דִּסְפָ"ג דְּב"ק
כִּי אִם לְשִׁיטַת הָרַא"ש תְּסוּב קְוִשְׁיֵינָם וְכִינּוּ דְנִתְבָּאָר דְּגַם לְשִׁיטַת הָרַא"ש יֵשׁ מְקוֹם
לְיִישֵׁב קְוִשְׁיֵינָם הַנָּ"ל ע"כ אֵין לָנוּ סְמָךְ לְחִלְקָא בֵּין סְפֵק בְּשִׁטָּר לְסְפֵק דְּרַרָא דְמִמוֹנָא
שְׁהוּכִיחוּ מִזֶּה הַקְּוִשְׁיָא לְחִלְקָא דְשִׁאנֵי דְרַרָא דְמִמוֹנָא הֵיכָא דְאִינוּ טוֹעֵן עַל גּוּף הַחֲפֵץ אִף
הָעֵינָקָר הוּא דְהֵיכָא דְקִנֵי מִשְׁכּוֹן הֵינּוּ בְּחוּב הַלְנוּאָה בְּזֵה מוּכַח מֵהַרְשֵׁב"א דְהַכְרִיעַ הַשִּׁ"ף
כְּנוּמֵי דְמַהֲנֵי תְּפִיסָה בְּדְרַרָא דְמִמוֹנָא אִף הֵיכָא דְלֹא קִנֵי מִשְׁכּוֹן כְּמוֹ בְּחוּב נְזִקִין וְכַה"ג
בְּזֵה שְׁפִיר יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מֵהָא דְב"ק דְלֹא מַהֲנֵי תְּפִיסָה כְּנ"ל כְּדַחֲזִינּוּ בְּהַרְשֵׁב"א דְכָתַב דְלָכוּ
מִקְרֵי הַמְלִנָה מְוַחֲזָק מִשׁוּם דְקִנֵי מִשְׁכּוֹן וּבְאַמְתָּ גַם בְּדְרַרָא דְמִמוֹנָא שְׁאִינוּ חוּב הַלְנוּאָה.

ג"כ אִם תְּפִס קָשָׁה לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ דְהָא יֵשׁ סוּבְרִין דְאַף בְּחוּב שְׁאִינוּ הַלְנוּאָה קִנֵי מִשְׁכּוֹן
וְכַמְבֹּאָר בְּחו"מ ס' צ"ז גְּבִי הַשְּׁבֵת הָעֵבֹט פְּלִגְמַת רַאשׁוֹנִים כְּנ"ל וְהוֹכַחְתֶּם מֵהָא דְב"ק
שְׁהוּכִיחוּ מִזֶּה הַדִּין מְחֻדָּשׁ הַנָּ"ל כְּבָר נִתְבָּאָר דְלִכְמָה שִׁיטוֹת אֵין זֶה הַכְּרַח כְּלָל אִף בְּחוּב
הַלְנוּאָה בְּנוּדָאי מוּכַח דְמַהֲנֵי תְּפִיסָה כְּנ"ל: וּבְסוּטָה ד' ל"א בְּמִשְׁנֵה דְמֵי שְׁקִינָא לְאַשְׁתּוּ
וְנִסְתְּרָה כו' דְחֻמּוֹתָהּ וּבֵת חֻמּוֹתָהּ וְצָרְתָהּ כו' נְאֻמָּנוֹת וְלֹא לְפִסְלָהּ מִכְּתוּבָתָהּ אֲלֵא שְׁלֵא
תִשְׁתָּהּ כו' וּמִשְׁמַע דִּישׁ לָהּ כְּתוּבָה וְקָשָׁה הָא פִּינּוּ דְקִינָא וְנִסְתְּרָה א"כ הַפְּסִידָה מִמִּילָא
הַכְּתוּבָה לְב"ה דְס"ל לְעֵיל ד' כ"ה בְּמִתּוּ בְּעֵלְיָהּ עַד שְׁלֵא שְׁתּוּ דְס"ל לְב"ה דְמִתּוּף שְׁלֵא
שׁוֹתֵת לֹא נוֹטְלוֹת כְּתוּבָה דְשִׁטָּר הָעוֹמֵד לְגִבּוֹת לֹא הָיוּ כְּגִבּוּי אֶלְמָא הֵיכָא דְאִינָה שׁוֹתֵת
אֵינּוּ נוֹטְלַת כְּתוּבָה א"כ ה"ה הָכָא פִּינּוּ דְנִסְתְּרָה לְאַחַר הַקִּינּוּי א"כ אֲבָדָה כְּתוּבָתָהּ וְאִיף
קְאָמְרֵי דְאֵינּוּ פּוֹסְלִין כְּתוּבָתָהּ וְעֵינּוּ לְעֵיל ר"פ אַרוֹסָה ד' כ"ג ע"ב תּוֹס' ד"ה וְשׁוֹמְרַת
יָכֶם לֹא שׁוֹתוֹת כו' בְּשֵׁם יְרוּשְׁלָמֵי דְכִינּוּ דְהַכְּנִיסָה א"ע לְזֵה לְהִיּוֹת נְאֻסְרַת עָלְיוּ ע"כ
הַפְּסִידָה כְּתוּבָתָהּ לְד"ה אֲבָל בְּמִתּוּ בְּעֵלְיָהּ דְהָא יְכוּלַת לְהַבְּדִק ע"י שְׁתִי רַק דְמִתּוּ בְּעֵלְיָהּ
ע"כ אֵין דִּינָה פְּעוּבְרַת עַל דַּת לְב"ש וְעֵינּוּ בְּתוֹס' יְבָמוֹת ד' ל"ח ד"ה ב"ש אוֹמְרִים כו'
אֲבָל אֵי נִימָא דְבְּדְרַרָא דְמִמוֹנָא מַהֲנֵי תְּפִיסָה אִף בְּתַפְסוּ עֵבוֹר חוּב הֵיכָא דְטוֹעֵן בְּרֵי י"ל
דְכּוֹנְנַת הַמְשָׁנָה הוּא כֵּן מִשׁוּם דְלִפִי זֶה יֵשׁ לְדוֹן בְּקִינָא לָהּ וְנִסְתְּרָה דְאַף דְאֵין לָהּ כְּתוּבָה
עכ"ז אִם תְּפִסָה מַהֲנֵי.

פִּינּוּ דְהָיוּ דְרַרָא דְמִמוֹנָא ע"י קִינּוּי וְסִתְרָה וְכַמְש"כ הַתּוֹס' רִישׁ ב"מ וּבב"ק דְהֵיכָא דְנוֹלֵד
הַסְּפֵק בְּלֹא טַעֲנוּתֵיהֶם הָיוּ זֶה דְרַרָא דְמִמוֹנָא וְאֵין לָהּ דְרַרָא דְמִמוֹנָא יוֹתֵר מִקִּינּוּי וְסִתְרָה
דְהַתּוֹרָה עֲשֵׂאתוּ לְסְפֵק מִצַּד רְגָלִים לְדָבָר וְהָיוּ סְפֵק דְרַרָא דְמִמוֹנָא ע"כ מַהֲנֵי תְּפִיסָה פִּינּוּ
דְטוֹעֲנַת בְּרִי' וְאַף דְאִינָה טוֹעֲנַת עַל גּוּף הַחֲפֵץ דְהוּא שְׁלָה עכ"ז מַהֲנֵי תְּפִיסָה א"כ י"ל
דְזֵהוּ כְּנוּנַת הַמְשָׁנָה דְאִינָה נְאֻמָּנוֹת לְהַפְּסִיד כְּתוּבָתָהּ וְהֵינּוּ זְכוּת כְּתוּבָה שְׁיֵשׁ לָהּ ע"י
תְּפִיסָה דְאִינָה נְאֻמָּנוֹת לְהַפְּסִיד זְכוּתָהּ וְלִגְרוּעַ כְּפָחָה שְׁיֵשׁ לָהּ אִם לֹא הָיוּ מְעִידִים עָלֶיהָ
מִשׁוּם דְשׁוֹנְאוֹת אוֹתָהּ וְאֵין יְכוּלִין לִגְרוּעַ זְכוּתָהּ כְּלָל וְאַף שְׁכָתְבוּ הַתּוֹס' בְּסוּטָה ד' כ"ה
ד"ה ב"ה אוֹמְרִים דְאֵין זֶה מִקְרֵי טַעֲנַת בְּרֵי כו' ע"ש.

עכ"ז י"ל דְדוֹנְקָא הָתֵם לְהוֹצִיא מִמּוֹן גְּבִי זֶה כְּתוּבָה דְאֵין דִּינוּ כְּמוֹ טַעֲנַת בְּרֵי אֲבָל גְּבִי
דְרַרָא דְמִמוֹנָא לְהַחֲזִיק ת"י מֵה שְׁתַּפְּסֵי שְׁפִיר י"ל דְגַם זֶה דִּינוּ כְּמוֹ טַעֲנַת בְּרֵי כִּי זֵהוּ
מְוַכַּח בְּכּוֹנְנַת הַמְשָׁנָה הַנָּ"ל.

[יֵישׁ לְהַעִיר לְפִי"ז אֶלְיָבִי' דְסוּמְכוּס דְס"ל דְכָל מְמוֹן הַמְּוֹטֵל בְּסְפֵק חוֹלְקִין וְה"ה בְּמִתּוּ
בְּעֵלְיָהּ עַד שְׁלֵא שְׁתּוּ כְּנ"ל א"כ אֲמַאי ס"ל לְב"ה דְאֵינּוּ נוֹטְלוֹת כְּתוּבָה הָא ה"ל לְוֹמֵר

יחלוקו כמו בכל דברא דממונא אליבן דסומכוס וסומכוס הא לא יפליג על ב"ה ואפשר
דלסומכוס י"ל דב"ה הכי קאמרי דאינו נוטלות פל הפתובה אבל מחצה נוטלות ועיין
בב"ב ד' קנ"ח גבי נפל הבית עליו ועל אשתו דב"ה אומרים נכסים בתזקתן ור"ל משום
בר קפרא אמר דייחלוקו ועיין ביבמות ד' ל"ח גבי שומרת יבם שגפלו לה נכסים כו'
ובתוס' סוטה ד' כ"ה והדברים ארוכים].

א"כ מוכח מזה דבדברא דממונא מהני תפיסה אף יש לחלק דשא"ה דהוי בתזקת חיוב
דקא בעת שגשאה הוי עליו תזקת חיוב בהפתובה והספק נולד אח"כ א"כ י"ל דווקא
בכה"ג מועיל תפיסה בדברא דממונא אבל היכא דהוי ספק בעיקר החיוב בכה"ג עדיין
אפשר לדון דלא יהא מועיל תפיסה אף בדברא דממונא וכשיטת התנאים וכעת מצאתי
בספר בית מאיר באה"ע סי' קע"ח שהקשה פנ"ל על המשנה דסוטה הנ"ל ותירץ זה
באופן אחר ובמקום אחר הארכתני בכ"ז הרבה.

ולכן לפי כל מה שהעלתי יש לדון לדינא דבדברא דממונא מהני תפיסה בכל גונו ואין
מוציאין ממנו: סימן א דין תפיסה על ידי שליח בספיקא דדינא. ענה א החלוקת מחוקק
בסי' ע"ז ס"ק כ"ט העלה גבי הא דאמרו שם דאי תפסה האשה המורדת אין מוציאין
מידה דאם לא תפסה בעצמה רק ע"י שליח לא מהני תפיסה דה"ל תופס לבע"ח במקום
שחב לאחרים דלא מהני וכ"כ הב"ש שם וכוונתו דאף דלא הוי נודאי חב רק ספק חב
פינו דמספקא לה"ש"ס אי שייך לה הנצ"ב או לא עכ"ז מקרי חב פינו דקא הדין הוא
דתיכא דלא תפסה האשה אף דהבעל ג"כ לא תפיס מ"מ נותנין להבעל כמש"כ הרשב"א
והריב"ש וש"פ והובא בבבאור הגר"א זצ"ל סי' ע"ז ס"ק ל' דכתבו דמטלטלי דווקא
תפסה אבל לא תפסה אע"ג דאינו ברשות הבעל לא יתבינו לה משום דכל היכא דאי
ברשות הבעל הוא עי"ש וע"כ פינו דאם לא תפסה האשה עצמה אע"ג דקאי בסמטא
מ"מ נותנין להבעל ע"כ דינו של השליח כמו חב לאחרים בנודאי פינו דלולא תפיסתו
עבור האשה הי' שייך להבעל ע"כ הוי כמו חב לאחרים דלא מהני ע"י שליח כדקיי"ל
בח"מ סי' ק"ה וכשיטת התוס' דלא פשיטת רש"י וכן פסק הנתיבות בכללי תפיסה ס"ק
כ"א דלא מהני תפיסת השליח וכתב הטעם דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים
וסיים שם דכן עיקר דלא שייך תזקת ממונא כשהוא ביד שליח: ולענ"ד יש להסביר זה
ביתר ביאור לפי מה דמבואר בב"ב ד' קל"ה בבב"ה ושמא למאן דס"ל ברי עדיף דזה אינו
רק בבב"ה של בע"ד אבל בבב"ה של אחר לא מהני וכ"כ התוס' בתנפוח ד' ע"ו ד"ה רישא
מנה לאפא כו' וכן מוכח בתוס' פתופות ד' י"ב ע"ב ד"ה רב הונא כו' דכתבו דלמ"ד ברי
ושמא ברי עדיף מוקי להא דשבועת ד' תהי' כו' בע"א מעיד שנה חייב לחבירו אבל
הבע"ד טוען שמא כו' אלמא דהברי של אחר שאינו בעל הממון לא נחשב לברי וכן מוכח
בש"ס ח"מ סי' ע"ה ס"ק ל"ה יע"ש וכ"כ הר"נ ברפ"ב דקידושין בסוגיא ד' מ"ג ועיין
עוד מזה בש"ס חו"מ סי' ע"ה ס"ק פ"ג ולפי"ז י"ל פינו דמבואר בתקפו פהו דעיקר הא
דמהני תפיסה בספיקא דפלוגתא דרבנותא זהו מטעם דהוי טענתו טענת קים לי כמו
טענת ברי דיוכל לומר ברי לי דהדין הוא פהסוברין דהחפץ שייך לי וכיון דנתבאר
דטענת ברי לא מהני רק בבב"ה של הבע"ד ולא בבב"ה של אחר ע"כ יש לחלק דמה"ט לא
מהני תפיסה ע"י שליח פינו דעיקר טעם דמהני תפיסה הוי מצד דהוי כמו טענת ברי.

וכינן דלא מהני ברי של אחר ע"כ לא מהני תפיסה ע"י אחר ואף דהבע"ד בעצמו אומר קים לי עכ"ז ה"א איהו לא הוי תפוס פן יש להסביר סברת הסוברים דלא מהני תפיסה בספד"ד ע"י שליח והתנאים בכללי תפיסה ס"ק קכ"ו פתב דמהני תפיסה ע"י שליח בספיקא פ"ן דהוי ספק חוב ולדבריו דטוען קים לי אין פאן חב לאחרים בתפיסתו ופשיטא דמהני יע"ש אכן לפמש"כ הטעם דהוי טענתו פטענת ושמא פ"ן דלא חשוב כמו ברי של הבע"ד ע"כ הנכון עם הח"מ והב"ש ונהגתיבות הנ"ל: ולפ"ז י"ל בהא דכתב הרמ"א בסי' ע"ז סעי' ג' דאם אביו תפס בשבילה מהני פאלו תפסה בעצמה ומשמע ממנו דאף ב"בא הגדוניה כ"ר ל"ד הבעל ג"כ מהני תפיסה ע"י האב וכמו שפתב החלקת מחוקק שם בכוננת הרמ"א ובאמת י"ל דדוקא התם גבי תפיסת מורדת בזה ס"ל להרמ"א דמהני תפיסת השליח משא"כ בכל ספיקא דפלוגתא דרבנותא י"ל דס"ל להרמ"א ג"כ דלא מהני תפיסה ע"י שליח והוא דהא ידוע שיטת הרמ"א פהרא"ש ונטור דלא מהני תפיסה בתיקו ובבע"ד דלא איפשיטא רק בספיקא דפלוגתא דרבנותא וכמש"כ הש"ך בתקפו פהו לבאר זה דדוקא בספיקא דפלוגתא דרבנותא דאחר חתימת הש"ס דבידניו להכריע ע"כ הוי כמו דטוען ברי דמהני תפיסה מה שאין פן בספק דנשאר בש"ס לספק דהוי פטענת ושמא וכתב הש"ך בספר תקפו פהו להקשות בהא דכתובות ד' ס"ד דאמרו השתא דלא אתמר לא הכי ולא הכי תפסה לא מפקינו כו' וקשה על שיטת הסוברים דלא מהני תפיסה בספק שנשאר בש"ס לספיקא ואיך פתבו פולם לדינא דמהני תפיסה במורדת ות"י דהתם במורדת פ"ה הי' התקנה דיועיל תפיסה ונהאריך בזה בספר הפלאה לק"א סי' ע"ז ס"ק ז' יעו"ש: ולפ"ז י"ל דהתם במורדת שפיר מהני תפיסה ע"י שליח משום דהתם לא שייך לומר הסברא שכתבתי דלכן לא מהני תפיסת השליח בטענת קים לי דהוי טענתו כמו ברי ע"י אחר דלא מהני דהא בתפיסה דמורדת לא אתינן עלה מצד דקים לי דהתם הוי כמו טענת ברי דהא בספק שנשאר בש"ס לא שייך לומר זה הסברא כדס"ל לשיטת הסוברים דלא מהני תפיסה בספק דבש"ס ובאמת התם מצד אחר אתינן עלה דאף דלא הוי כמו טענת ברי רק כמו טענת ושמא עכ"ז מהני התם התפיסה מצד התקנה ולפ"ז מהני התם תפיסה ע"י שליח ג"כ: ושפיר פסק הרמ"א שם ונהגת מרדכי שם פן דאלו תופס לבע"ד דחב לאחרים לא שייך בזה וכסברת התנאים הנ"ל אבל בתפיסה בשארי מילי דמהני לשיטת הרמ"א מצד דהוי כמו טענת ברי דיכול להכריע בהספק לאחר חתימת הש"ס ע"כ עדיין י"ל דלא מהני תפיסה ע"י שליח מצד דהוי תפיסה בטענת ושמא דלא מהני כמש"כ הש"ך בחו"מ סי' ע"ה ס"ק פ"ג דאם קרובו התופס טוען ברי והבע"ד טוען ושמא דבלא פתיבת הרשאה אינו יכול לתפוס.

ואף ע"י הרשאה תמהו האחרונים שם על הש"ך דהא הרשאה אינו רק בתורת שליחות יעו"ש וע"כ אתי שפיר מה דלא הובא הך דין ברמ"א במק"א גבי דין תפיסה בספק בדין לכתוב דמהני תפיסה ע"י שליח רק ה"א במורדת פתב פן דלפמש"כ אינו שייך פן רק במורדת: ע"פ ב ועכ"ז נראה לענ"ד להוכיח מגיטין ד' ס"ג ע"ב דלא כמו שכתבו הח"מ והב"ש מהא דאמרו שם למימרא דמספקא לי לרב אי הולך פנכי דמי או לא והא איתמר הולך מנה שאני חייב לו אמר רב חייב באחריות ואם בא לחזור אינו חוזר התם ספק ממונא לקולא ה"א ספק איסורא לחומרא ופי' רש"י ספק ממונא לקולא והמוציא מחבירו ידו על התחונה לפיכך אינו חוזר אלמא דתפיסת השליח מהני בספיקא דדינא ולכן אינו

יכול לחזור וליטלו מהשליח משום דזה לא מקרי חב לאחרים פניו דהשליח טוען קים לי דהולך פנכי א"כ אינו חב לאחרים דהא להך סבא הוי החפץ של חבירו.

ומוכח מזה דהשליח יכול לתפוס אף נגד הבעלים דיש להם חזקת מרא קמא על המנה ועי' בקצה"ח סוף סי' צ"א דכתב להוכיח דגם בדינר שינה אוקי אחזקת מ"ק ודלא פהשי"ף שם וכמו שהוכיח בש"ש ע"ש נאין לומר דשא"ה דאי נימא הולך פנכי דמי א"כ לא מקרי פלל תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וכמבואר בגיטין ד' י"א דאם תן פנכי לא מקרי תופס לבע"ח וחב לאחרים דזה אינו דהא לפי דברי הח"מ והב"ש בספיקא דדינא אם החפץ שינה לזה או לחבירו ואם תופס השליח טוען קים לי פהך דעה דהחפץ שינה לחבירו א"כ גם זה לא מקרי חב לאחרים פניו דלהך דיעה שינה החפץ ע"פ דין לחבירו ועכ"ז מקרי חב לאחרים פניו דלולא תפיסתו בתורת שליחות לחבירו הי' שינה החפץ לבעליו משום חזקת מ"ק וע"כ מקרי חב לאחרים ונדאי ולא כספק חב.

א"כ ה"ה ה"ט שינה בהך ספק אי הולך פנכי פניו דלולא זכירתו עבור חבירו הי' שינה החפץ לבעליו הראשונים משום חזקת מ"ק: וע"כ הוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא מצוי לזכות עבור חבירו פניו דהוי ספק אי הולך פנכי או לא הרשה לו מעולם לזכות עבור חבירו ובלא הרשאת חבירו לא מצוי לזכות עבור המלנה וכמש"כ הרא"ש ספ"א דגיטין יע"ש וגם שינה בזה סבא שפתבתי לעיל דתפיסה ע"י אחר הוי כמו פרי ע"י אחר שאינו בע"ד בעצמו דזה לא מהני ומדחזינן דמהני זכיות השליח עבור המלנה אף דלא עשאו המלנה לשליח בפ"א א"כ מוכח מזה כמש"כ התומים דבכל ספד"ד מהני תפיסה ע"י שליח מכש"כ דהא שנוי' שליח בפ"א עדיפא פידוע ומוכח פהתומים: ואפשר לדחות קצת די"ל דרב ס"ל כמ"ד תופס לבע"ח וחב לאחרים קנה לכן מהני אליבא תפיסה ע"י שליח בספיקא דדינא אבל לדין דקיי"ל דלא קנה י"ל דגם ספיקא דדינא מקרי חב לאחרים ולא מהני התפיסה ע"י שליח: ובדרה פלפול י"ל בזה דהא מבואר בב"ב ד' קל"ה על משנה דזה אחי אינו נאמן דאמר רבא זאת אומרת מנה לי בינך ונהלה אומר א"י פטור אבני אמר שאני הקא דכמנה לאחר בינך דמי ומבואר שם בגליון דלפי מש"כ התוס' גיטין ד' כ"ה ד"ה ה"ה צ"ל שם רבה א"כ חזינן דרבה דהוכיח דמנהלי בינך כו' פטור דלא מחלק בין פרי של בע"ד להפרי של אחר דאל"כ איך מוכיח בן.

בע"כ מוכח דלא ס"ל סברת החילוק דמחלק אבני ומצינו בשבת ד' מ' ופסחים ד' ק"א דרבה עביד בכל מיילי פרב לחומרא וכיון דחזינן דרבה ס"ל דהפרי של אחר מהני אף להוציא ממון אם הי' מהני פרי מסתמא פן ס"ל לרב רבי דאל"כ איך הי' ס"ל לרבה גם להוציא ממון ע"י פרי של אחר דהא חומרא בממון הוי הא דמעמידין ממון בחזקתו וכיון דס"ל לרב דפרי של אחר ונהפרי של הבע"ד הם שקולים.

ע"כ שפיר י"ל דלכן ס"ל לרב במה דמספקא לי' אי הולך פנכי דמי או לא דאם בא לחזור אינו חוזר ונוטל מיד השליח ומהני תפיסתו. משום דהא נתבאר לעיל די"ל דלכן לא מהני תפיסה ע"י שליח משום דטענת קים לי של השליח הוי כמו פרי של אחר דלא מהני.

כמו שבארתי לעיל בשם הפוסקים דס"ל לדינא כסברת אבני בב"ב דמחלק בין פרי של הבע"ד להפרי של אחר דלא מהנו: וכ"כ הר"נ ברפ"ב דקדושין בסוגיא דשם ד' מ"ג

אבל רב דס"ל פסקת רב דלא מחלק ביניהו ע"כ י"ל דמהני מה"ט אף תפיסה של השליח בספק דדינא ואין ראי' מהא דרב דגיטין ה"ל לדינא לדין פנ"ל ועי' פרי"ף ריש סוף דאף במה דלא פליג רב עם שמואל אמרו להפיל דרבה עביד פרב ועי' בר"נ שם דמחלק בזה וברא"ש שם: ענף ג שוב ראיתי דארבה יש להוכיח מסוגיא דגיטין ה"ל פשיטת הח"מ והב"ש דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא ע"י שליח והוא דהרשב"א והריטב"א בגיטין ד' ס"ג הביאו בשם הרמב"ן דכתב דבמתנה וגט ונדאי הילף לאו פזכי ובחוב הילף פזכי וסוגיא דגיטין דקאמרי דרב מספקא לי' אין זה רק לרנוחא דמילתא אבל הרשב"א והריטב"א שיטה אחרת להם והוא דאף בגט מספקא לו אי הולף פזכי או לא וכו' במתנה מספקא לו והא דס"ל לאבני בגיטין ד' ל"ב דהולף במתנה לאו פזכי הוי משום ספיקא ולכן אמר אבני דשליח מתנה פשליח דגט דכיון דמספקא לו במתנה אמרינו אוקי ממונא בחזקת מ"ק והא דס"ל לרב בהולף בחוב דאינו יכול לחזור משום דמספקא לי' אי הולף פזכי זהו משום דלא שייך התם לומר אוקי אחזקת מ"ק משום דכיון דמה שבידו משל אחרים הוא דמשדר להו ע"כ ספיקא לקולא דבעלים הוא עכ"ל וכוונתם דלכן בחוב לא שייך חזקת מ"ק משום דלפרעון קיימי וכמש"כ הריטב"א שם בזה"ל והובא שיטה זו בר"נ שם ובמ"מ פ"ו ה"ג ה' י' ובבית יוסף אה"ע סי' ק"מ ובביאור הגר"א שם ס"ק י"ח ומוכח דס"ל דבחוב לא שייך חזקת מ"ק על המעות הנשלח דכיון דלפרעון עומד מקרי חזקת מ"ק של הלנה בגדר חזקה העשוי להשתנות.

וכמש"כ הט"ז ליו"ד סי' שצ"ז ס"ק ב' פועין זה: ועפ"ז אתי שפיר הא דגיטין ד' ע"ח דאי' שם דמחצה על מחצה יחלקו וכתב המהרש"א שם על התוס' שם בד"ה מחצה על מחצה כו' דלמאן דמפרש שם דמייירי בתרי אמרי קרוב לו כו' דהא דיחלקו דס"ל כמו שכתב המרדכי דקאי על גוף המעות דישנן בעין לפנינו ומדיינים המלנה והלנה על גוף המעות למי הוא ע"כ יחלקו כמו כל ספק דחולקין וקשה הא י"ל בזה אוקי אחזקת מ"ק וגוף המעות עומד בחזקת הלנה וע"כ מוכח פסקת רב דהרשב"א והריטב"א ה"ל דכיון דהחוב לפרעון עומד לא שייך על המעות שם חזקת מ"ק וע"כ יחלקו כמו כל ממון המוטל בספק והא דהולף חוב אינו חוזר הטעם הוא פיון דהמעות הוא ברשות השליח ע"כ יכול השליח לתפוס המעות עבור המלנה.

ובכה"ג לא שייך לומר דהוי תיפס לבע"ח ונחב לאחרים פיון דהוי ספק חב וחזקת מ"ק אין על המעות ע"כ בספק ממון דאין בו חזקת מ"ק ס"ל דהשליח יכול לתפוס עבור המלנה דהא הוי ספק השקול אבל בנרק חובו ספק קרוב כו' פיון דאין מוחזק בו שום אדם ע"כ הדין הוא דיחלקו וכמו כל ממון המוטל בספק דקאי באגם דחולקין ולולי תפיסת השליח בהולף חוב כו' לא הי' הדין להנתן להמלנה דהא אף דלפרעון קאי עכ"ז לא מקרי המלנה בשם מוחזק יותר משום האי סברא וכדמוכח מהא דספק קרוב כו' דהא סברא דלפרעון קאי פועל רק דיגברע חזקת מ"ק של הלנה כמש"כ לעיל אבל לא דיהי' המלנה מוחזק משום זה: אכן במתנה דס"ל להרשב"א והריטב"א והסוברים פהו שיטה ה"ל דבאמת מספקא לאבני ג"כ ולדין אי הולף במתנה פזכי או לא ועכ"ז חוזר הנותן משום דיש להנותן חזקת מ"ק.

וקְשָׁה הָאֵל פִּינּוֹן דְתַפְיִסָּה בְרִשׁוֹת מְהַי אַף לְהַרְשָׁב־אָא כַּמְבֹאֵר שִׁיטְתוּ בַב־י ח־מ סִי מ־ב וְכוּ בְתַקְפוֹ כְּהֵן שְׁל הַשִּׁיף פְּתַב כֵּן בְּשִׁמוֹ דְמוֹעֵלַת תַּפְיִסָּה בְרִשׁוֹת בְּכָל סְפִיקָא דְדִינָא א־כ הָאֵל הַגִּי הַשְּׁלִיחַ תַּפּוּס בְרִשׁוֹת וְאַפ־ה ס־ל דְחֹזֵר בְּמַתְנָה וְנוֹטְלוֹ מֵהַשְּׁלִיחַ בְּהַסְפֵּק אִי הוּלֵךְ כְּזָכִי אוֹ לֹא וְע־כ מוּכַח דִּס־ל לְהַרְאֵשׁוּנִים הַגִּי־ל דְבַמְקוּם חֻזְקַת מ־ק אֵלִימְתָא לֹא מְהַי תַּפְיִסָּה ע־י שְׁלִיחַ.

מְשׁוּם דְהַגִּי תוֹפְס לְבַע־ח פִּינּוֹן דְחַב לְאַחֲרִים דְלֹא מְקַרִי סְפֵק חַב מְשׁוּם דְהַחֲזִיקָה מְבַרְרַת לְנוּ דְהַמְעוֹת שְׁיִיף לְבַעֲלֵיו וְע־כ הַגִּי הַשְּׁלִיחַ חַב בְּנוֹדָאִי פִינּוֹן דְלוּלִי תַפְיִסְתוּ הִי הַדִּין לְהַנְתֵּן לְהַנּוֹתֵן מְשׁוּם חֻזְקַת מ־ק שְׁלוֹ אַף בְּחֹב דְלֹא שְׁיִיף חֻזְקַת מ־ק מְהַי תַּפְיִסַת הַשְּׁלִיחַ פִּינּוֹן דְבִלֹּא תַפְיִסְתוּ הִי הַדִּין דְיַחְלֹקוּ וְכִמוּ בְהָא דְסְפֵק קְרוּב ע־כ לֹא מְקַרִי בְּשֵׁם חַב לְאַחֲרִים כָּל־א־כ מוּכַח מְשִׁיטַת הַרְאֵשׁוּנִים הַגִּי־ל דְבַסְפִיקָא דְדִינָא הִיכָא דְיֵשׁ חֻזְקַת מ־ק לֹא מְהַי תַּפְיִסַת הַשְּׁלִיחַ אַף בְּתַפְיִסָּה בְרִשׁוֹת וְכִש־כ בְּתַפְיִסָּה ע־י הַשְּׁלִיחַ שְׁלֹא בְרִשׁוֹת וְכִשִּׁיטַת הַח־מ וְהַב־ש הַגִּי־ל אַף הִיכָא דְלֹא הַגִּי חֻזְקַת מ־ק מוּכַח מְהֵם דִּס־ל דְמְהַי תַּפְיִסָּה ע־י שְׁלִיחַ אִם הַשְּׁלִיחַ תוֹפְס עֲבוּרוֹ: וְלִפ־ז מוּכַח דְהָא דְקִי־ל בְּסִי ק־כ הִי הוּלֵךְ מְנָה חוֹב לִפ־ דְפִסְקוּ כְּפֹלֵם דְאִינוּ חוֹזֵר דִּי־ל לְשִׁיטַת הַרְשָׁב־אָא וְש־פ הַגִּי־ל דְמְסַפְקָא אִי הוּלֵךְ כְּזָכִי בְּחֹב דִּי־ל דְאִם הַשְּׁלִיחַ אִינוּ רוּצָה לְעַכֵּב וְלִזְכוֹת עֲבוּר הַמְלָנָה דְהַדִּין הוּא דְחֹלְקִין כְּמוֹ כָּל מְמוֹן הַמְּוֹטֵל בְּסְפֵק אַף זֶה לִיתָא דְהָא מְבֹאֵר בְּסִי ק־כ הִי דְאִם הַשְּׁלִיחַ הַחֲזִיר הַמְעוֹת לְהַלָּנָה דְחִיֵּיב לְשַׁלֵּם מְשׁוּם שְׁפָשַׁע כְּדְמוּכַח שֵׁם בְּסִי־ק דְגִיטִין מְעַוְבָדָא דִר' דּוֹסְתָאִי וְר' יוֹסִי וּבִירוּשְׁלָמִי שֵׁם וְכִמְש־כ כֵּן ג־כ בְּחִידוּשֵׁי הַרְשָׁב־אָא סִי־ק דְגִיטִין שֵׁם עַל מַה דִּא־ל אִמָּאִי תִיעֲבַד הִכִי דְהַחֲזִירַת הַמְעוֹת לְהַמְשַׁלַח וְדוּקָא הַחֲזִיר בְּאִנְס פְּטוּר וּבְאַמְתָּ מוּכַח מְזָה הַסְּנִיגָא דְלִדִּינָא קִי־ל דְבַחֹב וּפְקִדוֹן הַגִּי הוּלֵךְ כְּזָכִי בְּנוֹדָאִי וְלֹא מְצַד סְפִיקָא וְיֵשׁ לְהַאֲרִיף בְּזָה ע־כ־פ זֶה מוּכַח בְּנוֹדָאִי מִן שִׁיטַת הַרְשָׁב־אָא וְש־פ הַגִּי־ל בְּפִי לְהָא דְגִיטִין דְאִף לְאַבְיִי מְסַפְקָא לִי אִם הוּלֵךְ בְּמַתְנָה כְּזָכִי אוֹ לֹא וְע־כ־ז ס־ל דְחֹזֵר וְנוֹטְלוֹ מִיַּד הַשְּׁלִיחַ בַּע־כ וְלֹא אִמְרִינוּ דְהַשְּׁלִיחַ יְכוּל לְתַפּוּס עֲבוּר הַמְקַבֵּל דְמוּכַח מְזָה דִס־ל לְדִינָא דְלֹא מְהַי תַּפְיִסַת הַשְּׁלִיחַ בְּסְפִיקָא דְדִינָא מְשׁוּם דְהַגִּי חַב לְאַחֲרִים וְכִשִּׁיטַת הַב־ש וְהַח־מ הַגִּי־ל: וְאַפְשָׁר לְזַמְר בְּאַמְתָּ לִפִי מַה דְכַתֵּב בְּחִידוּשֵׁי הַרְשָׁב־אָא לְגִיטִין ד' ס־ג שֵׁם בּוּזָה־ל וְאִי נְמִי י־ל דְאַבְיִי דְאָמַר בְּגִט וּבְמַתְנָה דְהוּלֵךְ לֹא כְּזָכִי לֹא בְּחַד אִנְפָּא דְלִגְבִי גִט מְסַפְקָא לִי וְלִגְבִי מַתְנָה הַגִּי בְּנוֹדָאִי הוּלֵךְ לֹא כְּזָכִי ע־כ־ל ח־ה וְקְשָׁה דְלָמָּה לִי לְדַחֲוִי כ־כ וְלֹאֵר דְלֹא בְּחַד אִנְפָּא הַגִּי י־ל בְּכַוְנַת אֲבִיִי דִס־ל גַּם בְּמַתְנָה דְמְסַפְקָא לִי אִם הוּלֵךְ כְּזָכִי אוֹ לֹא וְכִמוּ דִס־ל לְאַבְיִי בְּגִט מְצַד סְפִיקָא וְהָא דְמַתְנָה דִס־ל דְחֹזֵר הַבַּע־ב וְנוֹטְלָן מֵהַשְּׁלִיחַ טַעְמוֹ דְתַפְיִסַת הַשְּׁלִיחַ הַגִּי כְּמוֹ תוֹפְס בְּמַקּוּם דְחַב לְאַחֲרִים כְּנ־ל וּמְדַהֲוֹצְרָה לְדַחֲוִי כְּנ־ל מוּכַח דִּס־ל לְהַרְשָׁב־אָא בְּהָאִי אִי נְמִי דִי־ל דְגַם בְּמַתְנָה אִי הַגִּי מְסַפְקָא לָן אִי הוּלֵךְ כְּזָכִי אוֹ לֹא הִי חוֹזֵר הַמְשַׁלַח לִיטְלוֹ מִן הַשְּׁלִיחַ מְשׁוּם דְהִי הַדִּין בְּזָה כְּמוֹ דִס־ל לְרַב בְּהוּלֵךְ חוֹב לִפ־ דְאִינוּ חוֹזֵר וְנוֹטְלוֹ מֵהַשְּׁלִיחַ פִּינּוֹן דְהַשְּׁלִיחַ תוֹפְס עֲבוּר הַמְקַבֵּל א־כ הַדִּין בְּזָה ג־כ דְהַמְעָה: וְע־כ הַנְּצָרָה לְדַחֲוִי דְלֹא בְּחַד אִנְפָּא הַגִּי זֶה אַף בְּתִי הַרְאֵשׁוֹן כְּתַב לְחַלֵּק דְשִׁאֲנִי מַתְנָה מִן חוֹב דְיֵשׁ בּוֹ חֻזְקַת מ־ק וְס־ל בְּתִי הָא דְלֹא מְהַי תַּפְיִסַת הַשְּׁלִיחַ אֲבָל בְּתִירֵץ הַב־ל דִּס־ל שְׁלֹא לְחַלֵּק בְּזָה בֵּין מַתְנָה לְחוֹב דְגַם בְּשִׁנְיָהֶם שְׁיִיף לְדוֹן חֻזְקַת מ־ק: וְע־כ־ז ס־ל לְרַב דְאִינוּ חוֹזֵר מְשׁוּם דְתַפְיִסַת הַשְּׁלִיחַ הַגִּי כְּתַפְיִסַת הַמְלָנָה הַבַּע־ד בְּעֲצָמוֹ א־כ ה־ה בְּמַתְנָה וְע־כ הַנְּצָרָה לְדַחֲוִי דְלֹא בְּחַד אִנְפָּא הַגִּי זֶה א־כ חֻזְנוֹן

דְּהַרְשָׁב־א עֲצָמוּ לְאוּ בְּרִירָא לִי הֵךְ מִלְתָּא וּמְסַפְקָא לִי אִם מְהֵנִי תְּפִיסַת הַשְּׁלִיחַ בְּסַפִּיקָא דְּדִינָא בְּמָקוֹם דְּיֵשׁ חֲזָקַת מ"ק אוּ לֹא מְהֵנִי וְזֶה הֵדִין תְּלוּי בְּשַׁנֵּי תִירוּצִים שְׁל הַרְשָׁב־א הַנִּזְכָּר וּמְהֵרָמְבִּין שְׁהַקְשָׁה מְהָא דְּאַבְיִי דְּגִיטִין לְהָא דְּאָמַר רַב וְלֹא מְחַלְק פֶּן אֵינּוּ רֵאִי דִּי"ל דְּמִשְׁמַע לְהַרְמְבִּין וְהַר"נ דְּלִשׁוֹן דְּאָמְרוּ דְּאַבְיִי אָמַר שְׁלִיחַ מִתְּנָה פְּשָׁלִיחַ דְּגִט דְּהוּלְהָ לְאוּ פְּזָכִי מִשְׁמַע לִי דְּזֶה לֹא הוּי מְצַד סְפָק רַק בְּנוּדְאִי הוּלְהָ בְּגִט לְאוּ פְּזָכִי וּכְמַש"כ הַר"נ שְׁמַע וְע"כ תִּי בְּאַנְפִּין אַחַר.

אַבְל מְהַרְשָׁב־א בְּתִי הַב' שְׁפִיר יֵשׁ לְהוֹכִיחַ דַּס"ל כְּמַש"כ וְכִסְבֵּרַת הַתְּנֻמִּים דְּשְׁלִיחַ יָכוֹל לְתַפְּסֵם גַּם בְּסַפְק דְּדִינָא: וְשִׁיטַת הַרְשָׁב־א וִי"א הַנִּזְכָּר הוּבָא לְדִינָא בְּאֵה"ע סִי ק"מ סְעִי ו' וְעִי בְּב"ש שְׁמַע ס"ק י' וּבִיאוּר הַגָּר"א זְצ"ל שְׁמַע ס"ק י"ח: פְּהֵן שְׁלוֹ ס"ק ק"א וּס"ק ק"ב וּס"ק ק"ג דְּאָף הֵיכָא דְּהַסְפָּק הוּא בְּעֵינְקֵר הַתְּפִיסָה אִם מְהֵנִי אוּ לֹא אֵין לְנוּ פֶּחַ לְהוֹצִיא מִן הַתּוֹפְסֵם וְדִלָּא כְּהַמְהַרְי"ט יַע"ש בְּאוּ"ת וּבְקַצָּה"ח סִי פ"ח ס"ק ט' א"כ י"ל דְּאֵין לְנוּ פֶּחַ לְהוֹצִיא מִן הַשְּׁלִיחַ הַתּוֹפְסֵם בְּמָקוֹם סְפִיקָא דְּדִינָא דִּיכּוֹל לְטַעוֹן קִים לִי כְּתִי הַב' שְׁל הַרְשָׁב־א הַנִּזְכָּר דְּמוּכַח מִמֶּנּוּ דְּמְהֵנִי תְּפִיסָה אָף בְּמָקוֹם חֲזָקַת מ"ק וּכְבָר פְּתַבְתִּי דְּאֵין לְחַלְק דְּשְׁאֵנִי הֵתָם בְּגִיטִין דְּהוּי סְפָק אִם הוּלְהָ פְּזָכִי ע"כ לֹא שְׁיִיף בְּכַה"ג חֵב לְאַחֲרִים פְּמִבְּרָאָר בְּגִיטִין ד' י"א דְּאִם תֵּן פְּזָכִי בְּשַׁחְרוּר לֹא שְׁיִיף בִּי לְוַמֵּר דְּהוּי תּוֹפְסֵם לְבַע"ח כּו' דְּזֶה אֵינּוּ סְבָרָא לְחַלְק פְּלָל וְגַם אֵין לְחַלְק בְּזֶה דְּשְׁאֵנִי תְּפִיסָה בְּרִשׁוֹת.

דְּהָא פִּינּוּ דַּס"ל לְהַפּוֹסְקִים דְּבְּסַפְק פְּלוּגְתָּא דְּרַבְּנוּתָא מְהֵנִי אָף תְּפִיסָה שְׁלֹא בְּרִשׁוֹת ע"כ אֵין לְחַלְק בְּזֶה ג"כ וּלְכַה"פ בְּתְּפִיסָה בְּרִשׁוֹת מוּכַח וְנוּדְאִי מְגִיטִין כְּנ"ל דְּזֶה מְהֵנִי אָף ע"י שְׁלִיחַ: עֲנָף ד' וּבְדִרְךָ פְּלִפּוּל בְּקִנּוּשִׁיַת הַרְמְבִּין וְהַר"ן וְהַרְשָׁב־א לְגִיטִין ד' ס"ג מְהָא דַּס"ל לְרַב דְּמְסַפְקָא לִי אֵי הוּלְהָ פְּזָכִי וְע"כ אֵינּוּ חוּזַר וְאֵלוּ לְעִיל ד' ל"ב ס"ל לְאַבְיִי דְּשְׁלִיחַ מִתְּנָה לְאוּ פְּזָכִי וְאֵינָם מְחַלְקִים בֵּין חוּב לְמִתְּנָה רַק הַרְמְבִּין בְּהַכְרַח קוּשְׁיָא זֹאת מְחַלְק פֶּן וִי"ל בְּזֶה לְפַמְש"כ לְעִיל דְּלְאַבְיִי דַּס"ל בְּב"ב ד' קל"ה דְּהַבְּרִי שְׁל אַחַר לֹא מְהֵנִי וְנוּקָא בְּרִי שְׁל הַבַּע"ד מְהֵנִי וְהָךְ דִּין תְּפִיסָה בְּסַפְק פְּלוּגְתָּא דְּמְהֵנִי זֶהוּ מְצַד דְּטַעְנַת קִים לִי שְׁלוּ הוּי כְּמוּ טַעְנַת בְּרִי וְכִינּוּ דְּהַבְּרִי שְׁל אַחַר לֹא מְהֵנִי ע"כ לֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה ע"י שְׁלִיחַ וְגַם כְּבָר פְּתַבְתִּי לְעִיל דְּרַב ס"ל כְּסְבֵּרַת רַבָּה תְּלַמִּידוּ דַּס"ל דְּשְׁקוּלִים הֵם בְּרִי שְׁל בַּע"ד עַם בְּרִי שְׁל אַחַר שְׁמַע בְּב"ב ד' קל"ה ע"כ שְׁפִיר י"ל דְּהָא דַּס"ל לְרַב דְּמְהֵנִי תְּפִיסָה ע"י שְׁלִיחַ בְּסַפְק אֵי הוּלְהָ פְּזָכִי מִשׁוּם דְּאֲזִיז לְטַעְמִין דַּס"ל דְּהַבְּרִי שְׁל אַחַר מְהֵנִי כְּמוּ בְּרִי שְׁל בַּע"ד ע"כ ס"ל דְּמְהֵנִי תְּפִיסָה ע"י שְׁלִיחַ אַבְל לְטַעְמִין דַּס"ל דְּלֹא מְהֵנִי בְּרִי שְׁל אַחַר ע"כ שְׁפִיר אָמַר דְּשְׁלִיחַ מִתְּנָה פְּשָׁלִיחַ דְּגִט דְּאָף דְּמְסַפְקָא לִי אֵי הוּלְהָ פְּזָכִי אוּ לֹא אִפְ"ה מְצִי הַנוּתֵן לְחֲזוֹר וְלִיטְלוּ מְהַשְּׁלִיחַ מִשׁוּם דְּתְּפִיסָה ע"י שְׁלִיחַ לֹא מְהֵנִי דַּה"ל כְּמוּ בְּרִי שְׁל אַחַר וְלֹא יְהִי עֲדִיף טַעְנַת קִים לִי שְׁל הַשְּׁלִיחַ מִן אֵלוּ טַעְנַת בְּרִי לִי דְּלֹא מְהֵנִי ג"כ לְשִׁיטְתוֹ וְאָף דַּהַבַּע"ד בְּעֲצָמוּ טוּעֵן קִים לִי עַכ"ז הָא לֹא הוּי תְּפִיסָה בְּעֲצָמוּ פֶּן י"ל בְּדִרְךָ פְּלִפּוּל: אִכּוּן מְדַחְזִינּוּ דְּהַרְשָׁב־א בְּתִי הַב' דְּכְתַב דְּהָא דְּאַבְיִי דְּשְׁלִיחַ מִתְּנָה פְּגִט דְּלֹא בְּחֻדָּא מְחָתָא נִינְהוּ וְאֵינּוּ מְחַלְק פֶּן בַּע"כ מוּכַח דַּס"ל לְהַרְשָׁב־א דְּאָף לְאַבְיִי דַּס"ל דְּהַבְּרִי שְׁל אַחַר לֹא מְהֵנִי עַכ"ז אִם הִי דְּבְּרִי אַבְיִי מְצַד סְפָק אִם הוּלְהָ פְּזָכִי הִי מְהֵנִי תְּפִיסַת הַשְּׁלִיחַ בְּסַפִּיקָא אִלְמָא דַּס"ל בְּתִי הַב' דְּמְהֵנִי תְּפִיסָה ע"י שְׁלִיחַ בְּסַפְק דְּדִינָא וְכַנ"ל ע"כ קִשָּׁה לְהוֹצִיא מִהַמּוֹחֲזָק אָף ע"י שְׁלִיחַ וְכַדְבְּרִי הַתְּנֻמִּים וְגַם מְזֶה מוּכַח דְּלֹא כְּמַש"כ לְעִיל לְדַחוּת דִּי"ל

דבאמת רב ס"ל כמ"ד תופס לבע"ח בכתב לאחרים דקנה דאם פן ה"מ להרשפ"א לומר דהא דאב"י דס"ל דשליח מתנה חוזר הוי משום דס"ל כדקיי"ל לדינא דתופס.

לבע"ח לא קנה בכתב לאחרים ורב ס"ל דתופס לבע"ח קנה ומדלא כתב פן מוכח דס"ל דזה אינו משום דזה לא מקרי חב לאחרים. פ"ן דהוי ספק חב וע"כ הוצרך לדחוקי בת"י הב' ולומר דלאו בחד אנפא ניהו א"כ מוכח מת"י הב' פשיטת התנאים ולכן שפיר פסק הרמ"א באה"ע סי' ע"ז דמהני תפיסת האב במורדת כמו דמהני תפיסתה בעצמה: ולפי"ז י"ל לדינא פ"ן דפסק הש"ך בתקפו ובאמת מש"כ לדון ולדמות תפיסה ע"י שליח להא דקיי"ל דהברי של אחר לא מהני באמת אין זה דמיון כלל דהא פתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ד' לבאר הטעם למ"ד דס"ל ברי ושמא ברי עדיף טעמי' משום דהנתבע דמספקא לי' מבעי לי' להחמיר ככל ספק תורה ולהתובע דטוען ברי לי לא שניף להחמיר דהא אין לו שום ספק כלל ולכן ברי של אחר לא מהני דאינו רשאי לסמוך על ברי של אחר פ"ן דהוא בעצמו אינו יודע יע"ש בספרי א"כ ז"א שניף רק בטענת ברי לי אבל בטענת קים לי הא פ"ן דהשליח תופסו וטוען קים לי דהתפיץ שניף להשני א"כ לפ"ז הוא משועבד להב' מדר"נ דהא אף בפקדון שניף דר"נ כמבואר בסי' פ"ו א"כ רשאי לתפוס ממונו של חבירו ולטעון קים לי דאין אני רשאי להחזיר המזון לאחר ונהי בזה ג"כ כמו ברי של הבע"ד פ"ן דהוא עצמו החייב להב' מצד דר"נ דהתורה עשאו לבע"ד מצד ונתן לאשר אשם לו וכמבואר בקצה"ח ריש סי' פ"ו וכן באשר ימסור השליח להב' ונדאי דמהני תפיסתו מצד טענת קים לי דיטעון הבע"ד ג"כ דהא הבע"ד ג"כ אומר קים לי ונהי ברי של בע"ד ג"כ ע"כ אין זה דמיון כלל להא דברי של אחר ושפיר י"ל דמהני תפיסה ע"י שליח: וכן מש"כ לעיל לדון דרב ס"ל כרבה תלמיד' דמזמה ברי של אחר לברי של בע"ד בב"ב ד' קל"ה ג"כ יש לדחות זה מצד דהא מציינו דרב הונא ס"ל ברי ושמא ברי עדיף כמבואר בב"ב ד' קי"ח ושא"ד וכ"ן דרב הונא תלמידו ס"ל פן מסתמא ס"ל לרב פן פדמקשה בשבת ד' קכ"ח עפי"ז יע"ש ומאן דס"ל ברי ושמא ברי עדיף בע"כ יחלק בין ברי של בע"ד לברי של אחר כמבואר בב"ב שם אף בזה י"ל דשאני ברי במקום דה"ל להנתבע למידע כמש"כ התוס' שם לחלק אלקבא דרב יהודה וקצרת: ענף ה' ובני הגקר כו' מהור"ר צבי הירש נ"י אמר להוכיח דמהני תפיסה ע"י שליח בספיקא דדינא דהא יש להוכיח בהא דאמרינו בקנסא דלא מגבינו בבבל ואי תפס לא מפקינו מיניה דאף ע"י שליח מצי לתפוס וזה לא מקרי חב לאחרים פ"ן דבאמת מצד דין תורה ה"ה מחוייב רק מצד דאין לנו ב"ד מומחין להוציא ממנו ע"כ אין גובין ורא' לזה מהא דאי' בב"ב ד' פ"ד ה"ה תורא דאלס יד' דינוקא אתא לקמי' דרבא א"ל זילו שיימוהו פעבדא א"ל רבנן וְהָא אִין גּוּבִין בְּבָבֶל א"ל נפ"מ אי תפס וכתב הרא"ש שם בשם רב אלפס דצינה לשום באם תפוס שיידע כמה יש לו לתפוס ורא"ש כתב דאין שמיין לגבות הנזק אלא אם תפס הנזק שמיין ושם הא ה"ה עובדא דינוקא וקטן לאו בר תפיסה הוי. וע"כ מייירי דאביו תפס עבורו.

וכ"כ השמ"ק שם דמייירי אם אביו תפוס עבורו ועיין בעובדא בב"ב ק שם דלעיל מינה בהאי חמרא דקטע דיהי דינוקא דא"ל כי גדול מפיסקא מדידי אלמא דינוקא קטן הוא ואי נימא דלא מהני תפיסה בקנס ע"י שליח משום דמקרי חב לאחרים קשה איה מהני תפיסה ע"י האב עבור הקטן הא הוי חב לאחרים.

וּרְבָא הָא ס"ל דְּבַחְב לְאַחְרִים לֹא קָנָה כְּמִבְּנָאָר בְּב"מ ד' ח' וּבְתוֹס' ב"מ ד' י' ד"ה אִתִּיבִיהּ כו' וְעֵינָן בְּנִדְרִים ד' ל"ד ע"ב בר"נ. בְּשִׁלְמָא לְשִׁיטַת הָאֲלָפִס דְּהִיָּה הַשּׁוּמָא בְּאִם יִתְפָּנס לֹאח"ז א"ש ד"ל דְּהַפְּנוּנָה הִיָּה אִם יִגְדִיל וְיִתְפָּנס אָבֵל לְפִי הָרָא"ש דְּהַפְּנוּנָה הִיָּה בְּאִם תְּפַס כְּבָר קָשָׁה כְּנ"ל וְע"כ מוֹכַח מְזָה דְּתַפְיֶסָה בְּקִנְס מְהֵנִי אַף ע"י שְׁלִיחַ מְשׁוּם דְּזָה לֹא מְקָרִי חָב לְאַחְרִים כְּנ"ל.

אוּ אֲפֻשֶׁר דְּבַכְלָל הַתְּקֵנָה דְּתַקְנוּ דְּיוֹעִיל תְּפִיֶסָה בְּקִנְס כְּמִש"כ הַרְמ"ה ספ"ק דב"ק בְּרָא"ש שָׁם הִיָּה בְּכָלֵל הַתְּקֵנָה דְּגַם ע"י שְׁלִיחַ יוֹעִיל תְּפִיֶסָה וְכִינּוּן דְּמוֹכַח עכ"פ דְּבַקְנָס מוֹעִיל תְּפִיֶסָה ע"י שְׁלִיחַ יְהִיָּה מְאִיזָה טַעַם שְׁיִהְיָה: א"כ לְפ"ז יֵשׁ לְהוֹכִיחַ דְּגַם בְּסִפְיָא דְּדִינָא מְהֵנִי תְּפִיֶסָה ע"י שְׁלִיחַ מְהָא דְּכַתְבַּת הָרָא"ש לְב"ק פ"ב סי' ב' בְּבַעֲיָא דְּרְבָא יֵשׁ הַעֲדָאָה לְצָרוּרוֹת דְּהַקְשָׁה עַל הָאֲלָפִס דְּלָמָּה לֹא הִבִּיא הַף דְּרַב אֲשִׁי אִם יֵשׁ שְׁיִנּוּי לְצָרוּרוֹת לְרַבֵּיעַ נִזְק וְתִי מְשׁוּם דְּס"ל דְּאִין נְפָקוּתָא בְּבַעֲיָא זֹו דְּהָא בְּלֹא תְּפִיֶסָה לֹא דְּיִינְיָנוּן לְקִנְס וְכִיִּתְפַס גְּנוּבָה ח"נ עכ"ל וְאִי נִימָא דְּבַסְפִּיקָא דְּדִינָא לֹא מְהֵנִי תְּפִיֶסָה ע"י שְׁלִיחַ תְּקֵשָׁה עַל תִּי הָרָא"ש הָא עֲדִינּוּן נִפ"מ מְמַה דְּבַעֲיָא ר"א פֶּן לְעֵנָן אִם יִתְפָּנס ע"י שְׁלִיחַ דְּמַצֵּד תְּפִיֶסָה בְּקִנְס הָא נִתְבָּאָר דְּמְהֵנִי ע"י שְׁלִיחַ וְאֵלּוּ הִיָּה מְבִיא הָאֲלָפִס לְבַעֲיָא דְּר"א לֹא מְהֵנִי הַתְּפִיֶסָה ע"י שְׁלִיחַ א"כ עֲדִינּוּן יֵשׁ נִפ"מ מִן אִיבַעֲיָא דְּר"א וְהִיָּה לוֹ לְהִבִּיא הָא דְּר"א בְּבַעֲיָא זֹו וּמְדַחֲזִינּוּן דְּלֹא הִבִּיא הָאֲלָפִס לְזָה מוֹכַח דְּמְהֵנִי תְּפִיֶסָה ע"י שְׁלִיחַ בְּסִפְקָא.

אַף י"ל ככ"ז דְּהָא מְבִנּוּן בְּב"ק ד' פ"ז דְּחֻבְל בְּבָנָיו שֶׁל אַחְרִים קִטְנִים יַעֲשֶׂה סְגוּלָּה וְכַתְבַּת הַרְמָב"ם פ"ד ה' חֻבְל וּבְשׁו"ע ח"מ סי' תכ"ד דְּיִלְקַח בְּהֵם קִרְקַע וְהָאָב אוֹכֵל פִּירוֹת עַד שְׁיִגְדְּלוּ וְעִי' בְּב"י שָׁם שְׁפַתְב דְּהִיָּה אִיזָה גִּירְסָא בְּסִפְרֵי הַרְמָב"ם דְּהֵן אוֹכְלִין הַפִּירוֹת אָבֵל הָעֵינְקָר כְּגִירְסַת דְּהָאָב אוֹכֵל פִּירוֹת וּלְפ"ז י"ל דְּבַאֲמַת מִן הַדִּין לֹא מְהֵנִי גַם בְּקִנְס תְּפִיֶסָה ע"י שְׁלִיחַ מְשׁוּם דְּמְקָרִי חָב לְאַחְרִים פִּינּוּן דָּאִם לֹא תְּפַס לֹא מְגַבִּינּוּן וְגַם הָא בְּקִנְס לֹא מְחַוְיָב אַף לְצִי"ש כְּמִבְּנָאָר בְּתוֹס' כְּתוּבוֹת ד' ל"ג ע"ב ד"ה לָאוּ מְשׁוּם דְּלֹא מְחַוְיָב כו' וּבִירוּשָׁלַיִם ספ"ג דְּכְתוּבוֹת וְהָא דְּמוֹכַח בְּב"ק ד' פ"ד בְּיִנּוּקָא דָּאִם תְּפַס הָאָב מְהֵנִי י"ל דְּשִׁא"ה בְּחֻבְל לְיִנּוּקָא פִּינּוּן דְּיֵשׁ זְכוּת לְהָאָב בְּהַמְעוֹת דְּיִגְבּוּ עֲבוּרוֹ דִּיאֲכַל הַפִּירוֹת א"כ שְׁיִיף בְּזָה מִיָּגוּ דְּזָכִי לְנַפְשִׁיהּ זְכִי לְחַבְרִיָּה וְכִמוּ הָא דְּב"מ ד' ח' בְּשָׁנִים שְׁהַגְבִּיָּהוּ מְצִיָּאָה דְּלֹא מְקָרִי תוֹפְס בְּמָקוּם שְׁחָב לְאַחְרִים יַעו"ש וּבַח"מ סי' ק"ה בְּש"ף ס"ק ב' וּבַסְמ"ע ס"ק ג' וְכֵן אִי בְּגִיטִין ד' מ"ח דְּבַעַל בְּנִכְסֵי אִשְׁתּוֹ וְנִחְזִית אֲפִירִי מְגוּ דְּמִשְׁתַּעֲי דִּינָא אֲפִירִי מְשַׁתַּעֲי דִּינָא אֲגוּפָא ע"כ דְּבָרֵי בְּנֵי שְׁיִחְלִי וְיָפָה כְּתַב לְהַעִיר בְּכ"ז: וְאַנְכִי אֲמַרְתִּי בְּזָה דִּי"ל פִּינּוּן דְּמִבְּנָאָר בִּאֵה"ע סי' פ"ג סְעִי' א' דְּבַעַל אִינּוּ יְכוּל לְתַבְּנֹעַ חֲלֵק חֲבָלָה שֶׁל אִשְׁתּוֹ רַק ע"י הַרְשָׁאָה מְמַנָּה וְכַתְבַּת הַב"ש שָׁם ס"ק ה' לְחֲלֵק דְּלֹא תְּקַשָּׁה ע"ז מְמַה שְׁכַתְבַּת הַתְּה"ד וְהוּבָא בְּסִי' פ"ה דְּמַעוֹת אִשְׁתּוֹ א"צ הַרְשָׁאָה מְשׁוּם דְּשִׁאנִי הִיָּכָא דְּלֹא בָּא לְיָדָה הַמְעוֹת כו' ע"כ יֵשׁ לְחֲלֵק בֵּין הָא דְּגִיטִין וּבֵין הָא דְּב"ק אַף דְּיֵשׁ לוֹ זְכוּת בְּפִירוֹת אַף אֲפֻשֶׁר דְּכִינּוּן דְּתַפְס הָאָב כְּבָר שְׁאִנִי אָבֵל לְעַנ"ד י"ל בְּזָה לְפַמְש"כ הָרָא"ש לְב"מ ד' י' דְּאֲפֻטְרוּפִס יְכוּל לְתַפְּנס אַף בְּמָקוּם דְּחָב לְאַחְרִים וְכֵן הוּבָא זָה בַח"מ סי' ק"ה וְגַם הָא כְּתַב הַרְמ"א בַח"מ סי' רפ"ה סְעִי' ח' דְּלִדְעָה קְמִיִּיתָא שָׁם ס"ל בְּקֵטָן שְׁיֵשׁ לוֹ אָב דָּאִם אָבִיו רָאוּי לְהִיֹּת אֲפֻטְרוּפִס מְמַנִּין ב"ד אוֹתוֹ לְאֲפֻטְרוּפִס וְדִיעָה ב' ס"ל דְּאִין ב"ד מְחַוְיָבִין לְחַקוֹר בְּקֵטָן שְׁיֵשׁ לוֹ אָב וְכַתְבַּת הַסְמ"ע שָׁם דְּהַב"ד סוּמְכִין אָבִיו ע"כ א"ש בְּפִשְׁטוֹת הָא דְּב"ק דְּמְהֵנִי תְּפִיֶסַת הָאָב עֲבוּר בְּנוֹ הַקֵּטָן דְּמַצֵּד תְּפִיֶסַת אֲפֻטְרוּפִס אִתִּי עֲלָה וְאַף

לדעוה קראשונה הנ"ל מיירי התם דהב"ד מינו אותו לאפטרופוס על נכסי בנו ואין ראיה
כלל לחידוש דתפיסה בקנס ויהיה מועיל ע"י שליח ולפ"ז נסתר הראיה מהרא"ש לב"ק
הנ"ל וגם הסבא נותנת בנודאי בהא דמהני תפיסה בקנס דמ"מ ע"י שליח לא מהני
תפיסה דמקרי בנודאי חב לאחרים.

ועיין באה"ע סי' צ"ג סעי' כ"ג ברמ"א שם דע"י שליח לא מהני תפיסה שם ועיין בב"ש
שם ס"ק מ"ד: אכן פתבתי להוכיח דקשה להוציא מן השליח אם תפס במקום ספיקא
דדינא וגם הח"מ קאמר בלשון אפשר דלא מועיל תפיסה משום דלא ברירה ליה כ"כ
וע"כ אין להוציא מן השליח אם תפס במקום ספיקא דדינא: ובני מחמד לבבי מהור"ר
צבי נ"י אמר דאי נימא דמהני תפיסה ע"י שליח בהנהגה דלא מגבינן בבבל פנ"ל א"ש
דברי רש"י בב"ק ד' ל"ו ע"ב ד"ה ההוא דתקע ליה דפירש דהיה תפוס: והקשה הרשב"א
והשמ"ק דא"כ לא שייך בזה לשון ניתבני ניהליה אכן אי נימא דמהני תפיסה ע"י שליח
בזה אתי שפיר די"ל דמיירי בתפס ע"י שליח וע"כ שייך שפיר בזה לשון ניתבני ניהליה
דיתן השליח לו אף י"ל דרש"י לטעמיה דס"ל בב"מ ד' יו"ד בקל תופס לבע"ח במקום
שחב לאחרים דאם עשאו שליח מהני תפיסתו.

ע"כ אין הכרח להוכיח פון לדינא ויש להאריך בכ"ז ע"כ דבריו הנחמדים: סימן ב
בתפיסה על ידי שליח ענף א הנה לפמש"כ בסי' הקודם להוכיח מן הא דגיטין ס"ג דמהני
תפיסה ע"י שליח ולכה"פ תפיסה ברשות בנודאי יש להוכיח מהתם דמהני א"כ יש להעיר
עפ"ז בהא דאה"ע סי' נ"ג גבי נדוניות חתנים בפלוגתא רש"י ור"ת ואם הגדוניה ביד
שליש פתב המרדכי דיתלוקו ועיין בח"מ ובב"ש ולכאורה קשה דהא קיי"ל דבספק
הנולד במטלטלי ואין תפוס בהם שום א' רק מונח באגם או ביד שליח דכתב המ"מ פ'
ט"ו ה' טוען ה"ט דהדין הוא דמוקמינן בחזקת מ"ק א"כ ה"ה הכא בגדוניה דיש פלוגתא
רש"י ור"ת אם שייך להפעל או להאב והמעות מונח ת"י השליש קשה דנימא אוקי
המעות בחזקת מ"ק דהא גם במעות שייך חזקת מ"ק כדמוכח בתו' פתובות ד' ע"ו ד"ה
על בעל החמור כו' ודלא כמש"כ הש"ך בסי' צ"א וכמש"כ הקצה"ח שם וינתן להאב
מצד דחזקת מ"ק מסייע ליה וי"ל דהא דמונח ת"י שליח הוי כאלו שניהם מוחזקים
וכמש"כ התוס' בריש ב"מ ד' ב' ד"ה ויתלוקו דבמנה ג' הוי כמו דהנפקד תופס בחזקת
שניהם כו' וכיון דשניהם מוחזקים ע"כ לא מהני חזקת מ"ק ולכן שפיר פתבו דיתלוקו
האב והפעל: ולפמש"כ הח"מ והב"ש בסי' ע"ז דבמקום ספיקא דדינא לא מהני תפיסת
השליח משום דהוי תופס במקום שחב לאחרים א"כ קשה פיון דיש חזקת מ"ק המסייע
להנתן הגדוניה ליד האב ורק מחמת תפיסת השליש עבור הפעל והאשה נותנים מחצה
להפעל וקשה הא הוי השליש חב להאב פיון דלולא תפיסתו היה שייך להאב מחמת
החזקת מ"ק אלא דתפיסת השליש מרעא להחזקת מ"ק א"כ קשה הא ה"ל תופס וחב
לאחרים ואפשר נחלק קצת לשיטת הח"מ והב"ש דשאני היכא דהוי השליח תפוס
ברשות כמו הכא שפבר השליש האב עצמו ת"י השליש ע"כ בכה"ג לא מקרי חב
לאחרים משא"כ היכא דהשליח לא הוי תפיס ברשות בזה פתבו דהוי חב לאחרים ולא
קנה פון מוכרח לחלק אליביהו אבל באמת זה החילוק לא נכון בעיני דמה בכך הא פיון
דאם לא יתפוס השליש עבור הפעל ינתן פולו להאב א"כ ע"י תפיסתו הוי חב לאחרים
וכן מצינו בגיטין ד' י"א על מתניתין דתן שחרור זה לעבדי דקאמרי בגמ' שם ש"מ

התופס לבע"ח וקב לאחרים דקנה ופי' הר"נ שם משום דאם לא הנה קב לאחרים הנה נעשה השליח לשליח לזכות הש"ש עבור העבד ופי' התוס' שם ד"ה ש"מ התופס כו' הוא דחוק כמש"כ הר"נ ופי"י שם וקא התם הנה השליח תופס ברשות על הש"ש ואפ"ה מקרי קב לאחרים ולא מחלק הגמ' דשא"ה דהוי תפוס ברשות אלא משני דתן פנכי דמי אלא דלא מחלקינן גבי תופס וקב לאחרים בין תופס ברשות או לא א"כ לגבי ספיקא דדינא אם נימא דמקרי קב לאחרים הסברא נותנת דאף בתופס ברשות מקרי קב לאחרים וקשה לחלק פן ובאמת לפי הך סברת החילוק בין תפיס השליח ברשות או לא יש לחלק עפ"ז מהא דגיטין ד' ס"ג דהובא לעיל די"ל דשא"ה דהוי השליח תפיס ברשות אבל באמת אין מקום לחלק בזה בין תפיס ברשות או לא אי נימא דזה מקרי קב לאחרים: ולפ"ז י"ל הכא בשליש המושלש ת"י מעות הגדן דאף דאמרינן דיחלוקו עכ"ז לא אמרינן פן רק היכא דהשליש אינו רוצה לזכות עבור הבעל לבדו אלא תופס סתם וכפי הדין ע"כ בזה שפיר אמרו דיחלוקו לפי ששמן הסתם הוא תופס בתזקת שניהם וכמש"כ התוס' בריש ב"מ פנ"ל אבל היכא דהשליש אומר בפירוש דרוצה לתפוס כל המעות עבור הבעל והבעל עשאו לשליח לזכות המעות עבורו בזה הדין נותן דמהני תפיסתו בכל המעות עבור הבעל ודינו כמו דתפס הבעל דיכול לומר קים לי כמבואר שם וה"ה בתפיסת השליש עבורו בתורת שליחות ובטענות קים לי דהוי כמו טענת ברי ובזה אין לחלק בין תפס ברשות או לא דהא גבי הא דשליש ג"כ הוי תפס ברשות פנ"ל ובגודאי יש להוכיח זה מהא דגיטין הנ"ל וקא דסי' נ"ג מייירי באין רוצה לתפוס פולו עבור הבעל בתורת שליחות אלא סומך על פסק הב"ד לכן אמרו שם דיחלוקו משום דסתם הוא תופס בעד שניהם אבל היכא דנעשה לשליח לתפוס עבור הבעל ואומר בפירוש דתופס פולו עבור הבעל בזה יש לדון דאף דלא מסרן עדיין להבעל דמ"מ ינתן להבעל פיון דזכה עבורו ואף דמתחלה הנה בתזקת שניהם מ"מ הא מצי לחזור בו ולטעון קים לי דהוי כמו טענת ברי ועיין בט"ז סי' קפ"ט ובקצה"ח וקא דב"מ ד' גבי מנה שלישית דמונח ולא כל דאלים גבר ולא תלוי שם ברצון הנפקד דהא טוען ספק אבל בג"ד הא טוען השליש קים לי דהוי כמו טענת ברי וקצרותי: ומה דהקשיתי דלמה לא מוקמינן הכא הגדן אם הוא בעין בתזקת מ"ק י"ל בזה ע"פ דברי הרשב"א בתשובה והובא במל"מ פ' ט"ו מטוען בקרקע דהוי מכירה ידוע ותרי ותרי מכחישין אם הנה תנאי או לא דפסק הרשב"א פיון דהנה מכירה ידוע והספק הוא בתנאי דלא שייך בזה לומר אוקי קרקע בתזקת בעליו וה"ה בספיקא דדינא כמש"כ שם המל"מ והובא בקונטרס הספיקות בקצה"ח פלל ז אות ח' וט' וי' והסביר זה דכיון דהי' מכירה ונדאית וספק בתנאי ע"כ איתרע חזקת מ"ק כו' וכ"כ הגמ' בדיני תפיסה סי' כ"ב ע"ש ולפ"ז י"ל דה"ה הכא בגדונות חתנים פיון דהנה מתנה ונדאית רק הספק הוא אם הנה אומדנא דנתן רק ע"מ שתהנה בתו או לא והוי הספק בתנאי לכן לא שייך בזה לדון פלל לחזקת מ"ק ולכן שפיר אמרו דיחלוקו: ולכן באם השליש תופס עבור הבעל בתורת שליחות דיכול לתפוס דהא היכא דלא שייך חזקת מ"ק פבר כתב הרשב"א לגיטין ד' ס"ג אף בתירוץ קמא דבחוב פיון דלפרעון עומד לא שייך חזקת מ"ק ע"כ מהני תפיסת השליח וכמש"כ בסי' הקודם לבאר זה ע"כ מהני תפיסת השליש בכלו בתורת שליחות עבור הבעל ובזה אף לתי' א' של הרשב"א גיטין מועיל תפיסת השליש ככל המעות ועיין בגמ' יוסף ריש

ב"מ מזה: אף לכתחלה אינו רשאי השליש להיות תופס עבור א' דהא גם בבע"ד עצמו
אמרו דאי תפס אבל לא לכתחלה וכעין סברת הנתיבות בסי' כ"ח ס"ק ב' ע"ש אבל אם
עבר השליש ואמר שתופס בשליחותו אף דלא מסרן עדיין להבעל יש לדון דאין מוציאין
ממנו וזה פשוט דאם עבר השליש והחזיר פולו לא מהם ונדאי פטור כמבואר כה"ג
באה"ע סי' פ"ו סעי' ו' דאם החזיר הנפקד להבעל דפטור וכמש"כ שם הח"מ ס"ק ז'
והב"ש ס"ק ח' וכמו בכל ספיקא דדינא דפטור הדיין בעבר ומסר לאחד וכמבואר בח"מ
סי' כ"ה בש"ף ס"ק ב' ע"ש אף בלא עבר ומסרן להבעל ג"כ יש לדון דמהני תפיסתו
עבור הבעל פן י"ל בכ"ז: ענף ב' ודע דיש להעיר בהך נדוניות חתנים בפלוגתא רש"י
ור"ת דפסק הרמ"א דאין מוציאין מן האב אלא אם תפס החתן מהני דלפמ"כ בספרי
באר יצחק ח' אה"ע סי' י' בארנפה לבאר שיטת הרא"ש בב"ב פ"ט סי' כ"ג בהך בעיא
דהקדיש שכ"מ דדעתו פיון דהוי ספק באומדנא מחמת תיקו ע"כ הוי זה כמו דברים
שבלב ולא מהני לסתור למה שהקדיש בפ"י ע"כ י"ל דלפ"ז ה"ה בהך פלוגתא פיון דהנה
מתנה בפ"י לבתו רק דהספק נולד מצד הדין אם הנה אומדנא דע"מ שתהנה בתו או לא
א"כ הוי ספק בעיקר האומדנא ומקרי דברים שבלב ולא מבטלינו משום זה להמתנה
בפ"י והרמ"א שפסק פן בסי' נ"ג י"ל דאזיל לטעמיה דהא פסקו בח"מ סי' ר"נ סעי' ג'
דלא פדברי הרא"ש דב"ב ה"ל אכן להפיל של הרא"ש דב"ב י"ל דחייב האב לשלם
להחתן ואפשר לחלק בין איבעיא דנשאר בש"ס לספק ובין פלוגתא דרבנותא דהא הש"ף
בספר תקפו פהו כתב לחלק אף לדין דקיי"ל דלא מהני תפיסה בתיקו היינו משום דבעי
טענת פרי ובמה דנשאר בש"ס בספק ואין שום א' יכול להכריע ע"כ אין יכול לטעון
פרי אבל בפלוגתא דרבנותא דיכולים להכריע ע"כ יכול לתפוס ולומר קים לי דהלכה
פמותו.

ועפ"ז פתבתי לדון ענין אחד בספרי באר יצחק ח' אה"ע סימן ו' ענף י"ב ע"ש וע"כ י"ל
דאף לדעת הרא"ש דבהקדיש שכ"מ מקרי זה דברים שבלב מצד ספק אומדנא דז"א רק
בתיקו דנשאר בש"ס בספק דזה מקרי שפיר ספק אומדנא פיון דאין שום אדם יכול
להכריע אבל בספק הנולד מצד פלוגתא דרבנותא פיון דטוען המוחזק פרי דקים ליה
פנותיה ולפ"ז לא הוי שום ספק פלל ע"כ כה"ג מהני תפיסה אף לשי' הרא"ש: וראיה
לזה מהא דכתב הרא"ש יבמות פ"ו סי' י"א ובתוס' ד' ס"ד ובטור ושו"ע אה"ע סי' קנ"ד
סע"ף כ"א בפלוגתא דרבנותא אי כופין בשוטי או לא דכתבו פולם דאין כופין בשוטי פי
הכי דלא ליהוי גט מעושה ומשמע דאם עברו וכפוהו בשוטי דהגט פסול מצד חשש גט
מעושה וקנשה הא פיון דבפיו אמר רוצה אני והספק הוא במחשבתו אי גתרצה בל"ש או
לא א"כ הא לשיטת הרא"ש גופא הוי זה ספק אומדנא וכמש"כ בספרי סי' י' ענף ו' כה"ג
ע"ש ודוחק לחלק דשא"ה דהספק הוא לא באומדנא רק בענין אחר דהא עיקר הספק
הוא בהמתקנה וענין בקידושין ד' נ' דמוכח הש"ס מהא דכופין לו עד שיאמר רוצה אני
דדברים שבלב אינו דברים וברש"ב"א וב"ב ד' מ"ח וקצרותי].

וע"כ מוכח דבספק פלוגתא דרבנותא לא מקרי ספק אומדנא פיון די"ל דלמא יבא א'
ויכריע ואז לא יהיה שום ספק פללי ואף הרא"ש מודה לזה וע"כ א"ש הא דנדוניא הנ"ל
ומצאתי פעת ת"ל בתה"ד סי' שכ"א דהקשה על הך פלוגתא דנדוניות חתנים דהא הוי
ספק באומדנא ולפמ"כ הרא"ש בב"ב בשכ"מ שהקדיש נכסיו דמשום דהוי ספק

בְּאִנְיָן לֹא מְבֹטְלִין לְהַמְתִּיחַ א"כ ה"ה בְּזֶה וְנִשְׁאָר בְּצ"ע וּבְעִז"ה כְּכַר כְּתִבְתִּי לְהַקְשׁוֹת
כִּן מְדַעְתִּי וְתִירְצָתִי הֵיטֵב בְּעִז"ה וְעֵינִן בְּמַל"מ פ' ט"ו ה'ל' טוֹעֵן ה'ל' י"א וְעוֹד יֵשׁ לְהַעֲרִיר
בְּהָא דְסִי' נ"ג פִּינּוּ דְבִנְתָן לִיד שְׁלִישׁ פְּלִיגִי בְּהָ אִם הִר"ת מוֹדָה אוֹ לֹא.

א"כ הָוִי סְפִיקָא שְׁמָא הִלְכָה פְּרִש"י וְאֵת"ל כְּהִר"ת אֶפְתִּי סְפִיקָא דְלִמָּא הִלְכָה דְבִשְׁלִישׁ
גַּם הִר"ת מוֹדָה וְאָרְף דְּלִהוֹצִיא לָא מְהֵנִי ס"ס וְדִלָּא כְּהִב"ש סִי' נ"ג ס"ק ט"ו וְכִסִּי' ע"ז
ס"ק י"ז מְשׁוּם דְּאִין הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרֹב וְה"ה בְּס"ס עִכ"ז הָא מְצִינוּ בְּח"מ סִי'
רצ"ב סְעִי' י' בְּשֵׁם הִתְהַ"ד סִי' שִׁי"ד וְבִשְׁ"ף שְׁם ס"ק כ"ז דְּמִש"כ הַתּוֹס' דְּהַנְּפִקְד תּוֹפֵס
בְּחֻזְקָת שְׁנִיָּהֶם דְּלֹא הָוִי מְחֻזָּק גְּמוּר וּמְהֵנִי בְּיָה רְנָבָא א"כ ה"ה ס"ס וְאֶפְשָׁר דְּס"ל
לְהַרְמ"א בְּאֵה"ע סִי' נ"ג דְּזֶה מְקָרִי ס"ס מְשֵׁם א' וְלָא מְהֵנִי וְעֵינִן מְזָה בְּסִפְרִי ח' אֵה"ע
סִי' ו' עֲנָף ט' וְאִכְמ"ל בְּכ"ז הִינְצָא לָנוּ מְזָה דְּבִסְפִיקָא דְּדִינָא מוֹעִיל תְּפִיסָה ע"י שְׁלִיחַ וְלֹא
מְבַעֲרָא אִם הַשְּׁלִיחַ הוּא תְּפִוס בְּרִשׁוֹת וְאָרְף אִם לֹא תְּפִוס בְּרִשׁוֹת קָשָׁה לְהוֹצִיא מִמְּנוּ
וְכַמְש"כ הָאו"ת:.

עֲנָף ג אַחַר כּוֹתְבֵי זֶה נִזְכָּרְתִּי דִּישׁ לְהַעֲרִיר ע"ז מְהָא דְּגִיטִין ד' י"ד ע"ב בְּמָה דְּמִסְפָּקָא
לְחַכְמִים שְׁם אִי הוֹלְךָ כְּזָכִי אוֹ לֹא דְאָמְרוּ יַחְלֹקוּ וְכָאֵן אָמְרוּ מֵה שְׁיִרְצָה שְׁלִיחַ יַעֲשֶׂה וּפִי'
רִש"י שְׁם דִּירְאָה הַשְּׁלִיחַ בְּדַעַת הַמְשַׁלַּח אִם הִזְה עֵינֵינוּ יָפָה כו' וּבְתוֹס' שְׁם ד"ה וְכָאֵן אָמְרוּ
שׁוֹדָא עֲדִירָא כו' וּבְכַתְּנֻבוֹת ד' צ"ד אָמְרוּ דְּהֵנִי תַנְּאִי פְּלִיגִי אִי חֲלֹנְקָה עֲדִירָא אוֹ שׁוֹדָא עֲדִירָא
וּלְפַמְש"כ לְדוֹן דְּמְהֵנִי תְּפִיסַת הַשְּׁלִיחַ בְּכָל סְפִיקָא דְּדִינָא וְכַמְש"כ הִיכָא דְּהָוִי הַשְּׁלִיחַ תְּפִוס
בְּרִשׁוֹת א"כ קָשָׁה דְּל"ל שְׁם לֹמֵר דְּלָכּוּן תְּלוֹי בְּרִצּוֹן הַשְּׁלִיחַ מְשׁוּם דְּשׁוֹדָא עֲדִירָא וּלְשִׁיטַת
רִש"י הַפִּירוּשׁ הוּא דְּתְלוֹי ע"פ אִנְיָן דְּנִזְכָּרְתִּי הַשְּׁלִיחַ אִיךָ הִזְה דַּעַת הַמְשַׁלַּח הָא בְּלֹא"ה ג"כ
י"ל דְּלָכּוּן תְּלוֹי בְּרִצּוֹן הַשְּׁלִיחַ פִּינּוּ דְּהָוִי סְפִיקָא דְּדִינָא וְיִכּוֹל הַשְּׁלִיחַ לְתַפְּסֵי עֲבוּר מִי
שְׁיִרְצָה וְכַמְש"כ פִּנ"ל אֲבָל בְּאַמְתַּת אִינּוּ קָשָׁה כְּלָל לְפִי הַמְּבֹרָךְ בְּתוֹס' גִּיטִין שְׁם ד"ה
וְכַמְש"כ אִמְרִים יַחְלֹקוּ כו' דְּרַבִּינוּ הָאִי מוֹכִיחַ מְזָה דְּכָל תִּיקוּ יַחְלֹקוּ וְהִר"י כְּתִב דְּלֹא
אָמְרִינוּ הָכִי אֵלָא הִיכָא דְּאֶשְׁכַּחן בְּהַדְּיָא יַחְלֹקוּ דְּאֶדְרַבָּה אִמְרִים אוֹקִי מְמוּנָא בְּחֻזְקַת
מְרִי' עכ"ל הַתּוֹס' אֵלָמָּא דְּס"ל לְהִר"י דְּמֵן הַדִּין הָוִי לָנוּ לֹמֵר הִכָּא אוֹקִי מְמוּנָא בְּחֻזְקַת
מְרָא קַמָּא אֵלָא הִכָּא דְּוִקָא אָמְרוּ חז"ל דִּיִּחְלֹקוּ וְכַעֲיִן מִש"כ הַתּוֹס' בְּב"ב ד' ע"ב ד"ה
אֶתְמַר לְהָאִי גִיסָא כו' וְעַפ"ז מְתוּרְץ קוֹשְׁיוֹת הַתּוֹס' בְּב"מ ד' פ' ד"ה וְאִי דְּנֹכְתָא כו' ע"ש
וְעִי' בְּט"ז סִי' קפ"ג סְעִי' ו' וְקִצְרִיתִי] וְכִינּוּן דְּמֵן הַדִּין מְבַעֲרִי לָן לֹמֵר הֵתֵם אוֹקִי אַחְזַקְתָּ
מ"ק וְיָדוּעַ מִש"כ הַקְּצָה"ח בְּקוֹנְטָרַס הַסְּפִיקוֹת כְּלָל א' דְּחֻזְקַת מ"ק דִּינוּ כְּמוֹ כָּל חֻזְקַת
מְמוּנָא יַעו"ש.

וְכִינּוּן דְּהִכָּא בְּנִידוֹן זֶה אָמְרוּ חז"ל דְּלֹא מְהֵנִי חֻזְקַת מ"ק דְּהָוִי פְּעִין חֻזְקַת מְמוּנָא וְכַמְש"כ
הַתּוֹס' ע"כ לֹא מְהֵנִי הִכָּא תְּפִיסַת הַשְּׁלִיחַ עֲבוּר מִי שְׁיִרְצָה לְהַחְזִיק עֲבוּרוֹ פִּינּוּ דְּהִכָּא
אָמְרוּ חז"ל כְּפִי רְאוּת עֵינֵיהֶם בְּנִידוֹן זֶה דְּלֹא מְהֵנִי כְּלָל מְחֻזָּק וְחֻזְקַת מ"ק ע"כ אָמְרוּ
בְּזֶה חֲלֹנְקָה אוֹ שׁוֹדָא וְכ"ז פְּשׁוּט: וְעַפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּמָה שְׁכַתְּב רִש"י שְׁם ד"ה מְסַפָּקָא לְהוּ
אִי כְּזָכִי דְּמִי אוֹ לֹא וְאִי מְצָנָה לְקַיָּים אוֹ לֹא עכ"ל רִש"י וְכַתְּב הַמַּל"מ פ"ד ה' מְלֻנָּה ד"ה
וְלַעֲנֵן הִלְכָה כו' לְהוֹכִיחַ מִן רִש"י הַנְּ"ל דְּסְפִיקָא לָא מְהֵנִי לְהוֹצִיא מִן מְחֻזָּק ע"ש
אֲבָל בְּאַמְתַּת י"ל דְּשִׁאֲנִי הִכָּא פִּינּוּ דְּאָמְרוּ חז"ל בְּזֶה בְּפִי דִּיִּחְלֹקוּ ע"כ לֹא יִלְפִינּוּ מְזָה
לְשִׁאֲרֵי דְּנֹכְתִי וְכַמְש"כ הַתּוֹס' דְּלָכּוּן לֹא מוֹקְמִינוּ הִכָּא בְּחֻזְקַת מְרָא קַמָּא אֲבָל הִיכָּא דְּלֹא

אָמרו חז"ל פן בפ"י שפיר י"ל דמהני ספק ספיקא וכ"ז פשוט: ולכאורה יש להקשות
בהא דגיטין ד' ס"ג דמספקא לרב אי הולך פזכי ולכן אינו חוזר הא פנין דמצינו הָא
בגיטין ד' י"ד דחכמים אומרים יחלוקו וכאן אמרו שודא משום דמספקא להו אי הולך
פזכי וכינן דמצינו לתנאי דהנה מספקא להו אי הולך פזכי ופסקו דיחלוקו או שודא א"כ
תקשה על רב דהנה מספקא ליה אי הולך פזכי ופסק דאינו יכול לחזור ולהוציא מן
השליח והא ה"ל לומר יחלוקו ואין לומר דשאני בפרעון חוב דלמפרע קיימו וכסברת
הרשב"א והריטב"א והר"ן לגיטין שם.

דזה אינו דהא הו סברא דלמפרע קיימי אינו רק דמשום זה מגרעין פח החזקת מ"ק של
הבעלים הראשונים וכינן דמצינו גבי מתנה דיש להנותן חזקת מ"ק מ"מ אמרו חז"ל בזה
דמספקא להו אי הולך פזכי או לא דיחלוקו כש"כ היכא דלא שייך חזקת מ"ק דמבעי
לומר דיחלוקו ולא ינתן רק מתצה להמלנה ודחוק לומר בזה רב תנא ופליג וגם אין לומר
בזה דלכן אמר רב דאם בא לחזור אינו חוזר משום דס"ל כשיטת התנאים דס"ל בסוף
פ"ק דגיטין דמה שירצה שליח יעשה וזהו שודא וע"כ אם רוצה השליח להיות תופס
עבור המלנה דתלוי בדעתו דז"א דהא אי' בכתובות ד' צ"ד גבי שני שטרות היוצאים
ביום א' דרב ס"ל חלוקה עדיפא ולא שודא ועיין ברשב"א ובר"נ לגיטין דף ס"ג דכתבו
דלרב דמספקא אי הולך פזכי ע"כ י"ל גבי מתנה דשייך להנותן משום חזקת מ"ק וזהו
טעמו דאב"י בגיטין ד' ל"ב דאמר שליח מתנה כשליח דגט גבי הולך פזכי וקשה דאמאי
לא נימא יחלוקו ובאמת בסוף דברי הרשב"א והריטב"א שם ראיתי שכתבו ג"כ דאי
נימא דמספקא להו אי הולך פזכי ה"ל לומר שודא או יחלוקו פנ"ל אכן הר"נ שם בשיטת
המפרשים לא פתב פן וקשה פנ"ל: ואפשר לומר בזה דרב ואב"י ס"ל כמסקנת הגמרא
דספ"ק דגיטין שם דמסיק דבבריא כ"ע לא פליגי כו' והב"ע בשכ"מ ומספקא להו אי
כר"א ואי פרבנן ואי מצוה לקיים דברי המת או לא ובזה אמרו יחלוקו או שודא אבל
בבריא לא מצינו דיאמרו יחלוקו אי נימא דמספקא ליה אי הולך פזכי או לא וע"כ שפיר
אמרו דמוקמי ממונא בחזקת מ"ק או ברשות המוחזק פנין דמספקא להו אי הולך פזכי
או לא והיכא דלא מצינו בפ"י דאמרו יחלוקו ושודא לא אמרינן מעצמנו פן גם י"ל
דדוקא בזכות הנותן אף דיש לו חזקת מ"ק גרעו זכותו ואמרו יחלוקו משא"כ בזכות
המקבל בחוב לא מצינו דגרעו זכותו ואין למדין כו' ענף ד ובעיקר דברי רש"י הנ"ל
שכתב שם בזה דאמרו מספקא להו אי הולך פזכי ואי מצוה לקיים דברי המת וכן לקמן
פתב רש"י דמספקא ליה אי הלכה פרבנן או כר"א ואי מצוה לקיים כו' דכתב המל"מ
בפ' ד' ה' מלנה ה' ו' ד"ה ולענין הלכה כו' דכוננת רש"י דמספקא לחכמים בהני שני
דברים דווקא ע"ש א"כ תקשה קושיות הפני יהושע ספ"ק דגיטין שם דמי הכריח לרש"י
לפרש זה דלמא לא מספקא להו רק אם הולך פזכי או לא עיי"ש והנלענ"ד בזה דכוננת
רש"י לתרץ לקושיות התוס' דלמה לא מוקמינן הָא בחזקת מ"ק כמו בכל דוכתי וכמו
שמוכיח מזה באמת רבינו האי דבכ"מ חולקים וע"כ פתב רש"י לתרץ זה דשא"ה דהוי
ספק ספיקא וקאי הו דחכ"א יחלוקו על הסיפא דמת משלח וס"ל לרש"י דבמקום חזקת
מ"ק מהני ס"ס דהוי עי"ז ספק השקול וכמש"כ הקצה"ח בקונטרס הספיקות להסתפק
אם מהני רוב במקום חזקת מ"ק או לא.

וס"ל לרש"י דחזקת מ"ק עדיף מפל אוקי אחזקה ולכן רוב או ס"ס נגד חזקת מ"ק הוי ספק השקול ולכן חולקים או שודא אבל במקום חזקת ממונא שפיר י"ל דלא מהני ס"ס כלל להוציא מהמחזק דהא אין הולכין בממונא אחר הרוב ולפי"ז מתנרץ מה שהקשיתי לעיל על דא דסי' נ"ג גבי גזירות חתנים בהושלש ת"י שליש דפסק התה"ד והרמ"א דיחלוקו וקשה אמאי לא נימא אוקי בחזקת מ"ק אבל לפמש"כ להוכיח מרש"י דספ"ק דגיטין דס"ל דס"ס וחזקת מ"ק שקולים הם ויחלוקו ע"כ שפיר י"ל התם דיש ס"ס המסייע להחזק ספק א' דלמא הל' פרש"י דלא ס"ל לאומדנת חתנים ואת"ל כהר"ת דלמא הל' פשיטת המרדכי דבא ליד שליש זכה בהם ויש חזקת.

מ"ק המסייע לאבי האשה א"כ הוי ספק השקול וע"כ יחלוקו: אכן בגוף הענין דפסקו שם הרמ"א והתה"ד גבי גזירות חתנים דיחלוקו קשה לי דאמאי לא אמרינן שודא דהא מבואר פלוגתא דתנאי ספ"ק דגיטין בספיקא דדינא אי אמרינן שודא או יחלוקו ומבואר בכתובות ד' צ"ד דשמואל ס"ל שודא עדיפא וכן מבואר בח"מ סי' ר"מ דהלכה פשוטא בזה ועיין בני"י ריש ב"מ מזה וכן יש להקשות במה דמבואר בח"מ סוף סי' קל"ט דבדבר שהפוסקים חולקים דאם שייך ביה חלוקה דחולקין וקשה אמאי לא נימא שודא דהא קיי"ל שודא עדיפא אף בזה אפשר לומר פינו דידוע שיטת הר"ח דלא אמרינן שודא רק במחמה והובא בח"מ סי' ר"מ סעי' ג' והאדנא ליפא מן מחמה כמש"כ הש"ך בח"מ סי' ר"מ ס"ק ה' ע"ש וע"כ פסקו בסי' קל"ט דיחלוקו אבל בהא דאה"ע סי' נ"ג בגדווינא מונח ביד שליש דפסקו דיחלוקו קשה לי אמאי לא נימא בזה דמה שירצה שליח יעשה כמו דאמרו בספ"ק דגיטין בספיקא דדינא אי הולך פזכי או לא דכל מה שירצה שליח יעשה וכש"כ לשי' הר"ת שם דתלוי ברצון השליח ולא בעי אומדנא שלו וגם לפי רש"י שם דתלוי בראיות דעתו של המשלח כו' גם בגידון זה שייך פן אומדנא של השליח אם מקפיד דנוקא על מנת שתהנה בתו או לא ועיין בש"ך סימן ר"מ ס"ק ד' דתמה על הטור שלא פסק כשי' הר"ת בזה: והיא דתלוי ברצון השליח לא בעי מן מחמה וכמש"כ הרא"ש פתובות פ"י סי' י"ג ובק"נ שם ס"ק ל"ז דהוי השליח כמו קבלי עליהו והוי מן מחמה לרבים יעו"ש ואין לומר דשאני בהא דספ"ק דגיטין דנולד הספק בעת שנמתן לו אי הולך פזכי ואינו יכול לחזור ע"כ י"ל בזה דנתמנה דין ע"ז משא"כ בגדן חתנים דבעת ההשלשה ת"י לא נולד הספק אז רק עד שמתה האשה אי הדין פרש"י ואי כהר"ת ע"כ אפשר דלא שייך לומר בזה דנתמנה לדין ע"ז דז"א דהא רש"י פ"י בספ"ק דגיטין דמספקא להו אי הולך פזכי ואי מצנה לקיים דברי המת ועיין במל"מ פ"ד ה' מלוה שרצה לפרש בכוננתו דחד מהנהך מספקא להו יעו"ש א"כ הא הספק דמלד"ה לא נולד אז בעת שמסר המעות להשליח ואפ"ה אמרו משום הספק אי מצנה לקיים דברי המת דמה שירצה שליח יעשה.

ואף דהמל"מ דחה פ"י זה בכוננת רש"י שם עכ"ז לאו מטעם זה דחה וע"כ משמע ממנו דאם משום ספק דמלד"ה לחוד שייך לומר שודא א"כ ה"ה בהך ספק דנולד אי הלכה פרש"י או כהר"ת בגדווינא חתנים דיש לנו לומר דמה שירצה שליח יעשה דנתמנה לדין מן מחמה ע"ז בכל ספיקות דיקרה בענין זה וכיון דקיי"ל שודא עדיפא כמו שפסקו בח"מ סי' ר"מ לדינא גבי ב' שטרות היוצאים ביום א' ע"כ ה"ה הכא בהך ספק דנולד אי הלכה פרש"י ואי כהר"ת על מעות המושלש ת"י השליש או משום ספק דנולד אם על

מעוֹת הַמְנוּשָׁלִשׁ מוֹדָה הַר"ת דְּלָא אֲמַרְיִנּוּ לְאַנְמִדְנָא זֹו מְבַעֵי לָן לֹוּמַר שׁוּדָא וְע"כ תְּמַה אֲנִי עַל מַה שְׁלֵא פְתָבוּ גַבֵּי מְעוֹת נְדוּנָיָא הַמְנוּשָׁלִשׁ דְּתִלּוּי בְּרִצּוֹן הַשְּׁלִישׁ אוֹ ע"פ אֲנְמִדְנָא דִּילֵיהּ פְּנ"ל וּמְצִאתִי בְּסִפְרָא תַה"ד סִי' שֵׁנ"ב שְׁפַתְבּ שָׁם גַּבֵּי סְפִיקָא דְדִינָא דְלָא תְּפּוֹס חַד מִיְנִינְיָהוּ דְּחוֹלְקִין וְהַקְשָׁה דְאַמַּאי לֹא נִימָא שׁוּדָא וְתִי' דְלָא אֲמַרְיִנּוּ שׁוּדָא רַק בְּדִינָן מְנוּמָה וְכַר"נ בְּדוּרוֹ וְעוֹד דְּהָא פְתַב הַמְרַדְכֵי בַפ' מִי שְׁהִיָּה נְשׁוּי מְתֻשׁוּבַת מְהַר"ם דְּלָא אֲמַרְיִנּוּ שׁוּדָא רַק הִיכָא דְאַמְרוּ בְּש"ס לְהִדְיָא פֶּן עַכ"ל הַתַּה"ד וְת"ל עַל מַה שְׁמְצִאתִי בַתַּה"ד דְּהַרְגִישׁ בְּזָה וְהוּבָא בְּבִיאור הַגְּר"א זצ"ל סוּף סִימָן] קל"ט ע"ש.

ולפ"ז אֲתִי שְׁפִיר בְּמַה דְּפָסַק הַתַּה"ד גַּבֵּי נְדוּנָיוֹת חֲתָנִים בְּיַד שְׁלִישׁ דִּיחֲלֹקוּ וְאַף דְּהָתָם לֹא שְׁיָיְדָה לֹוּמַר טַעַם הָרֵאשׁוֹן שְׁפַתְבּ הַתַּה"ד דְּבַעֵי מְנוּמָה דְּהָא הִיכָא דְּמוֹנָח ת"י הַשְּׁלִיחַ לֹא בְּעֵי מְנוּמָה וְכַנ"ל וְעַכ"ז לְטַעַם הַב' שְׁהִבִּיא בְּשֵׁם הַמְרַדְכֵי דְלָא אֲמַרְיִנּוּ שׁוּדָא רַק הִיכָא דְאַמְרוּ בְּש"ס לְהִדְיָא פֶּן עַכ"ל ה"ה בְּנְדוּנָיוֹת חֲתָנִים בְּהַךְ פְּלוּגְתָא פִּינּוּ דְלָא מְצִינּוּ בְּש"ס ע"ז לֹוּמַר שׁוּדָא ע"כ אֲמַרוּ בְּזָה דִּיחֲלֹקוּ אֲבָל בְּאַמְתּ מִן סוּגְיוֹת הַש"ס בְּכַתְּנוּבוֹת ד' צ"ד גַּבֵּי ב' שְׁטָרוֹת כּו' דְּמַסִּיק הַש"ס תְּנַאי אִי חֲלֹקָה עֲדִיף אוֹ שׁוּדָא עֲדִיף.

וְלֹא אֲמַרְיִנּוּ דְדוּקָא הָתָם בְּסַפ"ק דְּגִיטִין דְּנֶאֱמַר בַּפִּי' שׁוּדָא אֲמַרְיִנּוּ פֶּן אֲבָל בְּשַׂא"ד יוֹתֵר טוֹב לֹוּמַר חוֹלְקִין וְכַדס"ל לְרַב שָׁם וְכִינּוּן דְּהַש"ס קְאָמַר בְּפְשִׁיטוֹת ע"ז דְּתַנְצֵי הוּא מְשַׁמַּע דְּלָא פְּהַמְרַדְכֵי בְּזָה וְע"כ י"ל דַּתַּה"ד עֵיקַר סְמִיכְתוֹ שָׁם הוּא דְלַכֵּן לֹא אֲמַרְיִנּוּ שׁוּדָא גַּבֵּי סְפִיקָא דְדִינָא מְשׁוּם דְּבַעֵי מְנוּמָה.

וּסְבַרְתּ הַמְרַדְכֵי לֹא הִבִּיא רַק לְצִירוּף וְכִמוֹ שְׁפַתְבּ בְּבִיאור הַגְּר"א זצ"ל לַח"מ סִי' קל"ט ס"ק ו' דְלַכֵּן בְּסְפִיקָא דְדִינָא לֹא אֲמַרְיִנּוּ שׁוּדָא מְשׁוּם דְּבַעֵי מְנוּמָה בְּדוּרוֹ וְכַזֵּה"ז אִין אוֹמְרִים שׁוּדָא אֲבָל סְבַרְתּ הַמְרַדְכֵי דְכַתְבּ דְלָא אֲמַרְיִנּוּ פֶּן מְעַצְמִינוּ לֹא נִזְכָּר זֶה בְּבִיאור הַגְּר"א שָׁם וְע"כ הִיכָא דְהַמְעוֹת מְנוּחַ ת"י שְׁלִישׁ דְּבָזָה לֹא בְּעֵי מְנוּמָה וְגַם הָא הַכְּרַעַת הַגְּר"א זצ"ל בַּח"מ סִי' ר"מ ס"ק ט"ו פְּשִׁיטַת הַר"ת דְּרִשׁוֹת בְּיַד הַדִּינָן לִיתָן לְמִי שְׁיַרְצָה אֲף בְּלֹא דַעַת נוּטָה כּו' וְהַטַּעַם הוּא מְשׁוּם הַפְּקָר שְׁנַתְּמָנָה וְכ"ה בִּירוּשְׁלַמִי בְּהִדְיָא כּו' עַכ"ל וְלַכֵּן הַדַּעַת נוּטָה בְּהָא דְנְדוּנָיָא הַמְנוּחַ ת"י הַשְּׁלִישׁ דִּי"ל בְּזָה שׁוּדָא וְלְמִי שְׁיַרְצָה יִתֵּן וְכַש"כ לְפַמְש"כ לְעֵיל דְמַהֲנֵי תְּפִיסַת הַשְּׁלִיחַ בְּמַקּוֹם סְפִיקָא דְדִינָא ע"כ יְכוּל הַשְּׁלִישׁ לְתַפְּנוֹס עֲבוּר הַחֲתָן וּבְצִירוּף הַךְ סְבָרָא שְׁפַתְבְּתִי דְהַדַּעַת נוּטָה בְּזָה לֹוּמַר שׁוּדָא וְלְמִי שְׁיַרְצָה יִתֵּן.

ע"כ בְּצִירוּף הַנִּי טַעַמִּים שְׁפִיר פְתַבְתִּי לְדִינָא דְזָה תְּלוּי בְּרִצּוֹן הַשְּׁלִישׁ וְיֵישׁ לְהַאֲרִיף עוֹד בְּפִרְט הַזָּה וְהוּכְרַחְתִּי לְקַצֵּר. (שָׁם) סִימָן כּו' (סַעִי' א' בַּהַג"ה) י"א שְׂאִין נְזַקְקִין לוֹ בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' אַה"ע סִי' י' עֲנָף ז' פְתַבְתִּי יְסוּד נְכוּן לְהוֹכִיחַ פְּשִׁיטָה זֹו מְהָא דְגִיטִין ד' פ"ח דְּהִיכָא דְלֹאוּ בְּנֵי עֵישׁוּי נִינְהוּ הִגֵּט בְּטַל לְגַמְרֵי דְהַטַּעַם הוּא דְכִינּוּן דְשׁוּב אִין נְזַקְקִין לָהּ וְע"כ הָנִי כְמוֹ תְּלוּהוּ וְיִהִיב דְלָא הָנִי מְמַשׁ בְּמַתְנָתוּ.

וְשָׁם פְתַבְתִּי מַה דִּישׁ לְדוּן הִיכָא דְמַחְנוּיָיב לְגַרְשָׁה מַחְמַת שְׁנַשְׂאָא אֲשָׁה בְּעַבְיָרָה ע"ש שְׁהַאֲרַחְתִּי בְּזָה. (שָׁם סַעִי' ג') הַמְקַבֵּל עָלָיו בְּקַנְיָן כּו' וְאִם קִיבֵל עָלָיו שְׂאֵם כּו' יִהְיֶה עָלָיו כָּף וְכָף לְעַנְיִים כּו' וְיֵישׁ מִי שְׂאוּמַר שְׂאִין ב"ד מוֹצִיאִין מִמֶּנּוּ אֵלָא מוֹדִיעִין אוֹתוֹ כּו' וְהַסַּמ"ע וְהַט"ז הֶאֱרִיכוּ בְּטַעַם הַדְּבָר וְלַעֲנ"ד נִרְאָה פְּשׁוּט דְהָא שִׁיטַת הַסַּמ"ע הִכָּא וְלַעֲלִיל בְּסִי' כ"ב ס"ק ט"ו דְהַקְנֵן חַל בְּזָה אִם יֵישׁ לוֹ זְכוּת וְהַאו"ת בְּס"ק ד' חוֹלַק ע"ז וְהַעֲיָקַר

כְּדַבְּרֵי אֶף עַכ"פּ מְצִינּוּ פְּלוּגְתָּא בְּזֶה וְיָדוּעַ דְּהֵיכָא דְּאִיכָא פְּלוּגְתָּא אֶף דְּלֵא קִי"ל פְּהֵדְיָעָה
הַחֹלְקָת מ"מ נְאַמֵּן הַבַּע"ד לֹמַר דְּטַעָה וְהֵיךָ סוּבְרַ פְּהֵדְיָעָה הַחֹלְקָת וְכַמְש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי
מ"ב ס"ק כ' וְס"ק כ"ב ע"ש וְכ"כ הַתּוֹסֵס בְּסִנְהֶדְרִין ד' נ"ג ד"ה הָא לִית לֵיה כו' וְכַעֲיִן זֶה
הוּא בְּגִיטִין ד' נ"ה דְּטַעֲי בְּדַר' יְרַמְיָה וּבַמְקַ"א הָאֲרַכְתִּי בְּזֶה וְע"כ ה"ה הָכָא יָכוֹל לֹמַר
הַבַּע"ד דְּבַעַת דְּקוֹבֵל עָלָיו לִיתָן לְצַדִּיקָה אִם לֹא כו' הֵיךָ סוּבְרַ דְּבַקְנִין מְוֹתֵר לֹא וְכַשִּׁיטַת
הַסַּמ"ע אֶף דְּלֵא קִי"ל לְפָן לְדִינָא וְע"כ ה"ל נְדַר בְּטַעוֹת וְנְדַרֵי שְׁגָגוֹת וְכַמְש"כ הַט"ז בִּי"ד
סִי רַל"ב ס"ק י"ב פְּעִין זֶה.

וְע"כ אֵין מוֹצִיאִין מִמֶּנּוּ רַק מוֹדִיעִין לוֹ וְהַדְּבָר מְסוּר לְלַבּוֹ דְּאִם יָדַע הַדִּין דְּלֵא מְהִי קִנְיָן
בְּזֶה וְאַפ"ה קוֹבֵל לִיתָן לְצַדִּיקָה דְּחַיִּיב לִיתָן לְצַדִּיקָה. וְהַאו"ת פְּתַב בְּטַעְמוֹ מְשׁוּם דַּס"ל
דְּאֶף בְּצַדִּיקָה שְׁיִיף אִסְמִכְתָּא וְדִלֵּא פְּמִבְּנֹאָר בְּסִי ר"ז וּבִי"ד סִי רַנ"ח וְכֵן הֵיךָ נִרְאָה לִי
לְהַבִּיא רְאָיָה לְזֶה מְהֵא דְּב"מ ד' נ"ח דְּמוֹקֵי לְהָא דְּהַשׁוּכֵר לְשִׁמּוֹר הַפְּרָה כו' דְּמִיִּירֵי בְּקִנּוּ
מִיָּדוּ וְקָשָׁה דַּל"ל קִנְיָן הָא אֲמִירָה לְגַבּוּהַ פְּמִסִּירָה לְהַדְּיוּט וְכַעֲיִן מַה שְׁהַקְשׁוּ הַתּוֹסֵס'
בְּקִדּוּשִׁין ד' כ"ט ד"ה מְשֻׁכּוֹ כו' וְב"ב ד' קל"ג וְהַר"נ שָׁם וְדוֹחַק לֹמַר דְּהָא יָכוֹל לְשִׁאוּל
הַנְּדַר אֶף בְּקִנְיָן שְׁאֵנִי דְּמְשׁוּם זֶה לֹא הֵיךָ דוֹחַק לְאִוְקָמִי בְּלֵא קִנְיָן וּבְלֵא שְׁאֵל אָכֵן לְשִׁיטַת
הַסּוּבְרִים דְּגַם בְּהַקְדָּשׁ שְׁיִיף אִסְמִכְתָּא א"ש אָבֵל בְּאַמְתָּ זֶה דוֹחַק מְשׁוּם דְּהָא חַיִּיב
שׁוּמְרִים לֹא הוּי אִסְמִכְתָּא גְּמוּרָה וּמְצַאֲתִי בַקְצָה"ח סִי ש"א ס"ק ב' שְׁנַשְׁאָר בַּצ"ע פֶּן
וּמְרַגְלָא בְּפִי לְתַרְזֵן קוֹשְׁיָא זֹו ע"פ מַש"כ הַתּוֹסֵס' בְּכַתְּנֻבוֹת ד' נ"ו ד"ה ה"ז כו' בְּבִיאוֹר
הַגַּמ' דְּב"מ ד' צ"ד דְּשִׂא"ה דְּמַעֲיָקְרָא לֹא שְׁעָבַד נְפִשְׁיָא'.

מְשׁוּם דְּהָא דְּחַיִּיבָה הַתּוֹרָה לְד' שׁוּמְרִים מְשׁוּם דְּיִרְדָּה תּוֹרָה לְדַעְתָּן שְׁמַשְׁעָבְדִין א"ע לְכָל
הַפְּתוּב בַּפ' שׁוּמְרִים וְכ"כ הַשַּׁמ"ק לְב"מ שָׁם הָרִי דְּזִהוּ אֲנִימְדָּנָא דְּמוֹכַח דְּכָל שׁוּמְרֵי מִתְּחַיִּיב
א"ע לְכָל דִּינָיו וְיָדוּעַ דְּאֲנִימְדָּנָא דְּמוֹכַח הוּי פְּמוֹ דְּאָמַר בְּפִירוּשׁ וְלָכֵן פִּינּוּ דְּהַתּוֹרָה גְּזֵרָה
דְּרַעְהוּ וְלֹא שָׁל הַקְּדָשׁ פְּמִבְּנֹאָר בְּב"מ ד' נ"ז וְאַף דְּאִיכָא אֲנִימְדָּנָא דְּמוֹכַח דְּמִתְּחַיִּיבִים א"ע
לְשִׁלֵּם אִם יִגָּב כו' וְהוּי פְּמוֹ אֲמִירָה וְאַפ"ה גְּזֵרָה הַתּוֹרָה דְּפְטוֹר א"כ חֲזִינּוּ דְּלֵא דְּיִינְיָן
בְּשׁוּמְרִים הָף מִיִּלְתָּא דְּאֲמִירָה לְגַבּוּהַ וְלָכֵן מְשֻׁנֵּי בְּקִנְיָן מִיָּדוּ דְּקִנְיָן אֲלִימָא טְפִי וּמִתְּוֹרְזֵן
קוֹשְׁיֹות הַקְצָה"ח הַנְּ"ל וְעַפ"ז תְּרַצְתִּי קוֹשְׁיֹות הַפְּנִי יְהוֹשֻׁעַ וְהַקְהֵל יַעֲקֹב פְּסָחִים ד' ו'
דְּאִי נִימָא כַמְש"כ הַתּוֹסֵס' בְּב"מ דְּמִזִּיק הַקְּדָשׁ אֵינּוּ חַיִּיב רַק מְדַרְבְּנָן דְּלַפ"ז ל"ל הָף רַעְהוּ
לְמַעוּטֵי הַקְּדָשׁ מְשׁוּמְרִים אָכֵן לְכַמְש"כ בְּשֵׁם הַתּוֹסֵס' דְּבְכָל חַיִּיב שׁוּמְרִין אִיכָא מִחְשָׁבְתוֹ
דְּמִתְּחַיִּיב א"ע לְדִינֵיהֶם וּבְפִרְט בְּהַקְדָּשׁ דְּגָמַר בְּלַבּוֹ א"צ לְהוֹצִיא בְּשִׁפְתּוֹ פְּמִבְּנֹאָר
בְּשִׁבּוּעוֹת ד' כ"ו א"כ לֹא דְּכַתְּבָה הַתּוֹרָה רַעְהוּ לְמַעוּטֵי הַקְּדָשׁ הֵיךָ מְקוּם לֹמַר דְּאֶף
דְּמִזִּיק הַקְּדָשׁ פְּטוֹר מ"מ שׁוּמְרִין חַיִּיבִין מְשׁוּם דְּחַיִּיבוּ א"ע לְכָל הַפְּתוּב בְּפִרְשָׁה וְאַמִּירָה
לְהַקְדָּשׁ הוּי פְּמִסִּירָה אֶף בְּמִחְשָׁבָה וְכַמְש"כ בְּמְקוּם אֲנִימְדָּנָא דְּמוֹכַח ע"כ פְּתַבָּה הַתּוֹרָה
רַעְהוּ דְּגִזָּה"כ דְּאֶף בְּכִזָּה פְּטַרְתָּן הַתּוֹרָה: הַלְכוֹת עֲדוֹת סִימָן כַּח (סַעֲיָ נ"ו) אֵין מְקַבְּלִין
עֲדוֹת שְׁלֵא בְּפִנֵּי בַע"ד כו' מְשׁוּם שְׁנַאָמַר וְהוּעַד בְּבַעְלֵיו כו'.

כַּמְש"כ הַסַּמ"ע: וְהוּא בְּב"ק ד' קי"ב וְשִׁיטַת הַרְשָׁב"א בַּח' לְב"ק שָׁם בַּד"ה הָא דְּאָמַר
לֵיה רַב שְׁשֵׁת לְרַב כו' דְּעַיָקְרָא קָרָא לְגַבִּי שׁוֹר דְּהוּא פְּדִינֵי נְפִשׁוֹת פְּתִיב וּבְדִינֵי מְמוֹנוֹת
אִסְמִכְתָּא בְּעִלְמָא מְדַרְבְּנָן עַכ"ל וְכ"כ הַשַּׁמ"ק שָׁם וְכ"כ הַבֵּית יוֹסֵף הָכָא ס"ק כ' דְּטַעֲנַת
רַאב"ן אֵינָה טַעֲנָה דְּהָא מְדַרְבְּנָן הִיא וּקְרָא אִסְמִכְתָּא בְּעִלְמָא כו' וְכ"כ הַלְבוּשׁ סַעֲיָ ט"ו

דינש אומרים דמדרבנן הוא מה דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ועינין מזה בתשובת ר"ע איגר זצ"ל בפסקים סי' צ"ט שהאריה בזה.

ענף א ולכאורה יש להעיר מזה בהא דב"ק ד' מ"א בעל השור נקי ר"א אומר מחצי פנפר אל"ל ר"ע וקלא אין משתלם אלא מגופו הביאהו לב"ד כו' ולשיטת הרשב"א וסייעתו דמה"ת לא פעינו קבלת עדות בפני בעליו רק בד"ל וכן בהא דמיתת השור דקמיתת בעלים כו' דהוא כד"נ.

א"כ משפחת לה דיהיה חייב כופר ולא יהיה השור בסקילה אם העידו שלא בפני הבעלים דמיתת השור אינו אם העדות הוא שלא בפני הבע"ד אבל ממון יכולים לחייבו אף שלא היה קב"ע בפניו.

ומשמע מדבריהם דאף קנסות מקבלין עדות מה"ת שלא בפניו דהא הך קרא בד"נ פתיב לפי שיטתם דמחלקי א וכמודמצינו פעין זה גבי עדות מיוחדת דלא מהני בד"נ רק בדיני ממונות וכן בדיני קנסות מהני עדות מיוחדת כמש"כ הקצה"ח בסי' ל' ס"ק ד' להשיג על הט"ז ע"ש והא דעדות שאי אתה יכול להזימה דאמרו בקנס דוקא כמבואר בב"ק ד' ע"ה אין זה דומה לנ"ד ועיין בנו"ב מ"ק ח' אה"ע סי' ע"ב וכן לדין דאף בד"מ אין מקבלין עדות שלא בפניו עכ"פ מדרבנן ג"כ משפחת לה היכא דהי' הבע"ד חולה כו' דס"ל להרשב"א דדוקא בדיני ממונות דהוא מדרבנן מקבלין עדות בזה אף שלא בפני הבע"ד אבל לא בד"נ וכן במיתת השור א"כ הני מציי הש"ס לאוקמי שפיר דלכן פעינו הך דבעל השור נקי וקשה מזה על שיטת הרשב"א וסייעתו: אבל באמת אין זה קשה כלל דפשוט הוא דגם גבי חיוב כופר אין מקבלין עדות מה"ת שלא בפני הבע"ד דהא קיי"ל עדות שבטל מקצתה בטל כולה ואף במה דנתבטל מקצתה ע"י מה דלא נתקבל העדות שלא בפני הבע"ד ג"כ דיינינו עדות שבטל מקצתו בטל כולו כמש"ש בחידושי לקמן סי' ל"ג סעי' ט"ז אף דלא הוי פסול הגוף ע"ש ולכן ה"ה הכא פיון דאם היינו מהימנינו להעדים במה שמעידים שהשור הרג להאיש הי' חייב מיתה רק לפי שגזרה התורה שאין מקבלין עדות בנפשות שלא בפני בע"ד אינו נאמנין ע"ז וכיון דבטל עדותו במקצת לכן בטלה כולה אף לחייבו כופר דהוא ממון וכעין זה פתב בתשובת הרמ"א סי' י"ב גבי עדות על אשה שזינתה דהואיל דלא מהני לאיסורא שלא בפני' אף להפסיד פתובתה לא מהני ע"ש וי"ל גם בזה ה"ט דעדות שבטל מקצתו בטל כולו כי זה ענין אחר ולא שייך בכזה למפלג דיבורא לכ"ע וע"כ א"ש מה דלא אוקמי הגמ' בכה"ג: ובאמת יש לומר בטעם שיטת הסוברין דאף בדיני ממונות אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד דנהו מה"ת דהוכיחו פן מהא דוהועד בבבב"ק כו' דאף דכתיב אצל השור יסקל דזהו בדיני נפשות מ"מ הא כתיב בתורה פסוק אם פנפר יושת עליו וי"ל דס"ל להש"ס דגם חיוב כופר דהוא ממון אינו חייב אף אם הועד בבבב"ק דכתיב לעיל מיניה ומה דהוי פנפר כפרה לא שייך לחלק בזה דעכ"פ הא לא הוי זה ד"נ וס"ל דאין לומר הטעם בזה משום עדות שבטל מקצתו כנ"ל דהא קיי"ל לדינא דאף היכא דאין השור בסקילה ג"כ משלם פנפר כמו שלא בכוננה כמבואר בב"ק ד' מ"ג וברמב"ם פ"י ה' נזקי ממון.

א"כ בהרג שלא בכוננה דליכא חיוב סקילה להשור דלא שייך בזה לדון עדות שבטל קצתו בטל כולו ומ"מ גזרה התורה שאין מחייבין פנפר רק אם הועד בבבב"ק כנ"ל מזה

הַרְשָׁבָ"א בַּתְּשׁוּבָה כַּנ"ל וְעַיִן שֵׁ"ה ס"ק כ': וְעוֹד נִלְע"ד לְדוֹן בְּזֶה דְּתַפְיֶסָה מְהַי בְּזֶה דְּאָף דְּנִימָא פְּהֶסוּבְרִין דְּאָף בְּדִיעְבַּד לֹא מְהַי קב"ע וְשֵׁלָא בְּפִנּוּי מ"מ י"ל דְּאָם תַּפְס אִין מוֹצִיאִין מְמַנּוּ דְּהָא פְּתַב הַרְשָׁבָ"א בְּחִידוּשֵׁיו לְשִׁבּוּעוֹת ד' ל"א ע"א בְּהָא דְּאָמְרוּ שָׁם מֵאן דְּאָמַר מְלָךְ אֲבָל מְשַׁחַק בְּקוֹבְיָא מְחֻזִי חֻזִי וְרַבְּנָן הוּא דְּפַסְלוּהוּ דְּפַסּוּלִין דְּרַבְּנָן וּמְשַׁחַק בְּקוֹבְיָא אַע"פ שְׂאִין מוֹצִיאִין מְמוֹן בְּעֵדוּתָן מְהַי עֵדוּתָן דְּאִי תַּפְיֶס אֲפִילוּ בְּעֵדִים לֹא מְפָקִין מִיְנֵי כו' וְכִסִּי ל"ד סעי' ג' פְּתַבְתִּי לְבָאָר טַעְמוּ דַּס"ל דְּזֶה הָוֵי כְּמוֹ כָּל גְּזֵל דְּרַבְּנָן דְּאָמְרוּ בְּשִׁבּוּעוֹת ד' מ"א דְּאִין מוֹצִיאִין בְּדִיעְבַּד וְאָף דְּהַתּוּס' שָׁם ד"ה וְלַר' יוֹסִי כו' פְּתַבוּ דז"א אֲלֵא הִיכָא דְּלֹא הָוֵי רַק מְפָנִי ד"ש כו'.

אֲכַן בַּח"מ ס' ש"ע סעי' ז' וְכַרְמְב"ם ה' גְּזִילָה פ"ו ה' ט"ז פְּתַבוּ דְּכָל מִי שְׂיֵשׁ בְּיָדוּ גְּזֵל מִדְּבַרְיָהֶם אִינוּ יוֹצֵא מִיָּדוּ בְּדִיעְבַּד וּמְשַׁמַּע דְּזֶהוּ לְכָלְל עַל כָּל גְּזֵל דְּרַבְּנָן אָף שְׂאִינוּ מְפָנִי דְּרַכִּי שְׁלוֹם בְּעֵלְמָא וְכַמְש"כ הַרְדָּב"ז ח"א ס' תְּקִי"ז וְסִי תְּקִי"ג לְבָאָר זֶה הֵיטֵב ע"ש וְלַפ"ז ה"ה הָכָא בְּמָה דְּהַעֲיָדוּ הָעֵדִים שְׁלֵא בְּפִנּוּי הַבַּע"ד דְּהַחֲפִץ שְׂיֵיךְ לְהַתּוֹבֵעַ דַּמָּה"ת מְהַי עֵדוּתָן א"כ מָה"ת שְׂיֵיךְ הַחֲפִץ לְהַתּוֹבֵעַ רַק כִּינּוּ דַּחֲזוּ"ל תְּקִינוּ דְּאִין לְקַבֵּל עֵדוּת שְׁלֵא בְּפִנּוּי הַבַּע"ד א"כ מְדַרְבָּנָן דְּפַסְלוּ עֵדוּת כְּזֶה הָוֵי דִּינוּ כְּמוֹ כָּל פְּסוּלֵי עֵדוּת דְּרַבְּנָן דְּהָדִין הוּא דְּאָם תַּפְס לֹא מְפָקִין מִיְנֵי מִשּׁוּם דְּמַקְרִי גְּזֵל דְּרַבְּנָן וְכִינּוּ דְּכַתְּבַתְּ הַרְשָׁבָ"א כֵּן בְּפַסּוּלֵי עֵדוּת בְּגוּפּוֹ כַּש"כ וְה"ה בְּמָה דְּלֹא נְפַסֵּל עֵדוּתוֹ בְּגוּפּוֹ רַק מִצַּד מָה שְׁלֵא נְתַקְבַּל עֵדוּתוֹ בְּפִנּוּי ע"כ יֵשׁ לְדוֹן לְשִׁיטַת הַרְשָׁבָ"א בַּח"י לְשִׁבּוּעוֹת דְּמְהַי תַּפְיֶסָה בְּפַסּוּלֵי עֵדוּת דְּרַבְּנָן לְכַן לְשִׁיטַת הַרְשָׁבָ"א וְסִינְעָתוֹ דַּס"ל דְּקב"ע בְּפִנּוּי בַּע"ד זֶהוּ רַק מְדַרְבָּנָן ע"כ י"ל דְּמְהַי תַּפְיֶסָה: אֲכַן לְטַעַם זֶה עֲדִינּוּ י"ל דְּעַבְדִּין לִיהָ כְּמוֹ בְּכָל גְּזֵל דְּרַבְּנָן דְּאָף דְּאִין מוֹצִיאִין בְּדִיעְבַּד מ"מ עֲנֻשִׁין לִיהָ כְּמִבְּנָאָר בְּשִׁבּוּעוֹת ד' מ"ח גְּבִי חַיִּיב שְׁבֻעָה מְדַרְבָּנָן וְה"ה הָכָא כִּינּוּ דְּבַעַת דְּנְתַקְבַּל עֵדוּתָן לֹא הָיָה אֲזַל לְפַטוּר דְּמִבְּנָאָר לְקַמְן סעי' י"ח דְּמַקְבְּלִין אָף שְׁלֵא בְּפִנּוּי רַק לֹאח"ז תַּפְס מְמַנּוּ ע"כ נְתַקְבְּלוּ עֵדוּתָן שְׁלֵא ע"פ ד"ת כִּינּוּ דְּתַקְנוּ חז"ל שְׁלֵא לְקַבֵּל עֵדוּת כְּזֶה.

אֲבָל כִּינּוּ דְּפְלִיגֵי בִּיהָ רַבְּנוֹתָא ה"ל כְּמוֹ כָּל סְפִיקָא דְּדִינָא דְּמְהַי תַּפְיֶסָה. וְאָף שְׁפַתְבַּ הַשְׁ"ה בְּשֵׁם הַרְש"ל דְּאָף דִּיעְבַּד פְּסוּל הָעֵדוּת וְלַפ"ז הָוֵי זֶה כְּמוֹ דְּלֹא נְתַקְבַּל עֵדוּתָן כְּלָל מְעוּלָם בַּב"ד כִּינּוּ דְּבַעַת קב"ע הִי אֲזַל לְהוֹצִיא דְּהָא הַתַּפְיֶסָה הוּא לֹאח"ז מ"מ הָא פְּתַבְתִּי לְעֵיל דִּיכּוֹל לֹמַר קִים לִי כְּשִׁיטַת הִי"א שְׁפַתְבַּ הַרְמ"א דְּאָם קַבְּלוּ שְׁלֵא בְּפִנּוּי כְּשֵׁר בְּדִיעְבַּד: עֲנָף ג' וְהַבִּית יוֹסֵף הִבִּיא בְּשֵׁם הַרִיב"ש שְׁפַתְבַּ ג"כ דְּאִין מְקַבְּלִין עֵדוּת שְׁלֵא בְּפִנּוּי וְאִם קַבְּלוּם אִין דְּנִין עַל פִּיהֶם וְכֵן הוּא בִּירוּשְׁלַמִי כו' וְכֵן רְאִיתִי בְּהַרִיב"ש ס' ק"ח שְׁפַתְבַּ שָׁם כֵּן וְזֶהוּ בִּירוּשְׁלַמִי סְנֵהֲדִין פ"ג ה"ט שְׁפַתְבַּ בּוּזָה"ל רַב חֲסָדָא בְּעֵי מַהוּ לְקַבֵּל עֵדִים שְׁלֵא בְּפִנּוּי בַּע"ד ר' יוֹסִי בְּשֵׁם ר' שְׁפַתְבַּ מְקַבְּלִין עֵדִים שְׁלֵא בְּפִנּוּי בַּע"ד וְעַבְדִּין לִיהָ גְּזֵר דִּין אִם בָּא וְעַרְעַר עַרְרוּ קִיָּים אֲדָם שְׁשֻׁלְחוּ אַחֲרָיו ב"ד שְׁלֵשָׁה פְּעָמִים וְלֹא בָּא רִיב"ל אֲמַר מְקַבְּלִין הָעֵדוּת בְּלֹא בַּע"ד וְעַבְדִּין לִיהָ גְּזֵר דִּין כו' וּמַזָּה מוֹכִיחַ הַרִיב"ש דְּאָם קַבְּלוּ הָעֵדוּת אִין דְּנִין ע"פ מְדַקְאָמְרֵי אִם בָּא וְעַרְעַר עַרְרוּ קִיָּים וְהַפְּנִי מְשָׁה פְּתַב דְּאִין רְאָיָה מִשּׁוּם דִּישׁ לְפָרֵשׁ כִּינּוּת הִירוּשְׁלַמִי דְּאָם בָּא וְעַרְעַר הִינּוּ דִּישׁ לוֹ עֵדוּת לְהַכְחִישׁוֹן כו' אֲבָל בְּאַמַּת זֶה דִּחְסַק דְּהָא אָף בְּקַבְּלוּם בְּפִנּוּי הַבַּע"ד ג"כ אִם יֵשׁ לוֹ עֵדוּת אִין מוֹצִיאִין מְמוֹן מְמַנּוּ דַּה"ל תְּרִי וְתִרִי וְעוֹד דְּהָא לְפִי פִירוּשׁ הַפ"מ מְשַׁמַּע דַּס"ל לְהַירוּשְׁלַמִי דַּר"י בְּשֵׁם ר' שְׁפַתְבַּ ס"ל דְּמַקְבְּלִין עֵדוּת שְׁלֵא בְּפִנּוּי בַּע"ד אָף לְכַתְּחֵלָה אָף בְּאִם מְעַרְעַר וַיֵּשׁ

לו עדות להכחישן מהני ובאמת לא כן משמע בירושלמי שם דהא סמוך אח"ז אמרו שם
דבשלחו אחריו דוקא מקבלין עדות שלא בפניו ואמרו זה שלא בלשון פלוגתא ובש"ס
דילן אמרו בשם ר' שבתאי ג"כ דמקבלין עדות שלא בפניו ומסקי שם בהנה חולה כו'
ומשמע דמפרישי פן להא דר' שבתאי: ולכן נראה לי לפרש דכוננת הירושלמי הוא דס"ל
לר' יוסי בשם ר' שבתאי ג"כ דאין לקבל עדות שלא בפני בע"ד רק דוקא בשלחו אחריו
כדקאמר שם סמוך אח"ז והא דאמר דמקבלין עדים שלא בפני בע"ד יש לומר דהכוננה
הוא דמקבלין עדותן שלא בתורת עדות ככל עדים המעידים בב"ד אלא דעיקר קבלתם
הוא לענין שייכול להיות אם יודע להנתבע מה שהגידו העדים לפני הב"ד אף שהיה שלא
בפניו לא יהיה יכול להכחישן דמירתת שמא יבאו להכחישו בפניו וגם קשה לו להעזי
פניו להכחישן אף שלא בפניהם ובפרט להסוברים דמה"ת נאמנים אף שלא בפניו וכעין
זה מצינו בחי' הרשב"א לשבועות ד' ל"א דכתב דלכן אמרו גבי משחק בקוביא פיון
דמה"ת מחזי חזי ע"כ חייב ק"ש משום דחזי עדותן לענין אלו הי' מעיד שמא האחר
יתבייש שאינו יכול להעזי פניו בפני עד זה וכיון דמדאורייתא פשר כו' ע"כ חייב כו'
עכ"ל וכעין זה יש לומר הקא בנ"ד דכיון דמה"ת נאמנים אף שלא בפניו ע"כ מה"ט יהי'
מירתת להכחישן אף שלא בפניהם ולכן הוי תועלת לזה מן מה דמקבלין עדים אף שלא
בפניו: ובאמת אם יבוא הבע"ד לאח"ז ויכחישן יהיה נאמן פיון דהעידו שלא בפניו וכפי
שיטת הסוברים דאם קבלו שלא בפניו אין דנין ע"פ וגם הירושלמי ס"ל דלכתחלה אין
מקבלין עדות שלא בפני בע"ד רק דנפ"מ מן קב"ע לענין שנתבאר ואף דיש לחוש שמא
יטעון התובע שנתקבל העדות בפני הבע"ד עכ"ז יש לתקן זה שיכתבו בפני שנתקבל
העדויות שלא בפני הבע"ד וזה פוננת הירושלמי במה דקאמר ועבדין ליה גזר דין אם בא
וערער עררו קיים היינו שיכתבו לו פסק דין שיהיה פתוב שם אם יבא הבע"ד ויערער
יהיה מועיל ערעורו או שיהיה פתוב בפירוש שנעשה הקב"ע שלא בפניו ויהי' באופן
שאם בא לערער יהא מועיל ערעור שלו ואז לא יהיה יכול לצאת שום תקלה ממה
שיכתבו לו פס"ד או קב"ע בכתב אכן בשלחו אחריו ולא בא אמרו דעבדין ליה גזר דין
ברור משום דאז לא מהני ערעורו כלל פן י"ל בכוננת הירושלמי וא"ש אכן לפי מה
שנתבאר יש לומר דאין ראיה מהירושלמי דיהי' ס"ל דאם קבלום אין דנין ע"פ משום
דאפתי יש לומר כשיטת הסוברים דבדיעבד אם נתקבל עדותן בב"ד בתורת עדות דדנין
ע"פ פיון דכבר העידו בתו"ע בב"ד רק לכתחלה היה התקנה דאין לקבלן שלא בפניו אף
פל זה אם לא היה שום תנאי מן הב"ד בעת שנתקבו לקבלת עדותן אבל אם התנו בפני
שנתקבו בתורת דין ב"ד לקבל עדותן באופן שאם יבא ויערער יהיה בטל למה שישבו
בתורת ב"ד לקב"ע והוי כמו דמצינו במסכת עדיות פ"ז משנה ז' דמעברין השנה על
תנאי שירצה ר"ג הנשיא וכן הוא בסנהדרין ד' י"א ולא שייך בזה אין בריירה משום דזה
הוי כמו ע"מ שלא ימחה אבא וכמש"כ בדרוש וחדוש של ר"ע איגר זצ"ל לפתובות ד'
ג' ע"א וה"ה הקא דהתנו שנתקבו לקב"ע ע"מ שלא ימחה הבע"ד שפיר עבדי פיון
שכותבין בכתב קב"ע שאם יבא לערער יהיה בטל למעשיהו ואם בא הבע"ד ואינו
מערער להכחישן י"ל דאז הוי למפרע בעת שנתקבל עדותן דהיה ע"פ ד"ת מה שעשו
ונפ"מ לכמה מילי.

אכן אם יבא לערער ולהכחישן לא מהני קב"ע מה שקבלו שלא בפניו משום דהא התנו ע"מ שלא ימחה ואם ימחה יהיה בטל למה שצנזרקו בתורת ב"ד ונהי כמו דהעידו חוץ לב"ד דאין ממש בעדותו.

אבל היכא דלא התנו תנאי פנה עדיין יש לומר פשיטת הסוכרין דכיון דהעידו פבר לפני ב"ד דדנין ע"פ משום דהא דאין מקבלין עדות לא הי' רק לכתחלה אבל בדיעבד לא הנה תק"ח ע"ז ולכן עדיין י"ל דאם עברו וקבלו העדות שלא בפניו דמ"מ אהני מעשה הב"ד בזה: ואף דנימא דאף אם לא יבא ויכחישן אלא יהיה מודה לעדותו דלא אמרינו בזה דנתברר למפרע דמה דקבלו עדות שלא בפניו הוי זה חשוב לעדות מעליא אז ודלא כמש"כ לעיל מ"מ יש לומר דעבדנו כן פדי דיהי' מירתת להכחישן וכמש"כ לעיל וע"כ נזקקין שלא בתורת ב"ד אז לזה והסברא נוטה כמש"כ לעיל דכיון דעיקר הטעם בתקנו שלא יהיו מקבלין עדות שלא בפניו הוא מחמת חשש פסידא דבע"ד ע"כ באם שייבא ויהי' מודה לדבריהן שפיר י"ל דבכה"ג מועלת עדותו למפרע ונפ"מ מזה להיכא דחייב לאחרים ובמקום דחב לאחריני אינו מועיל הודאת בע"ד כמבואר בס"י צ"ט אבל אי נימא דמועלת עדותו למפרע שפיר דנין על פי אף בכה"ג פיון דהבע"ד מודה עכשיו וקצרתו ענף ד ונתבאר דאין ראיה מהירושלמי ועולם י"ל פשיטת הסוכרים דהתקנה לא הנה רק על לכתחלה ולא שיעפב בדיעבד וכעין זה מצינו בהא דאמרו בשבועות ד' מ"ז ע"ב דתניא רבי אומר פועלים נשבעין במעמד חנוני פי היכי דליכספו מיניה וכן הוא בירושלמי שבועות פ"ז ה' ה' רבי אומר שיהא אלו נשבעין בפני אלו מפני הבושה וכעין זה אמרו בכחובות ד' פ"ה תיתי ותישבת בעמתא אפשר דמיכספא ומודיא ואפ"ה מצינו בח"מ סי' פ"ז סעי' כ"ג דאף דבעינן בכל שבועות שיהיה בפני הבע"ד מה"ט כמו דאמרו בגמ' דמשמע דגם בזה הי' תקחז"ל כן דמ"מ בדיעבד אם נשבע שלא בפני הבע"ד אין זה לעיפובא וכעין זה פתב הב"ח והובא בש"י סי' צ"א ס"ק ד' ומש"כ הש"י שם להשיג על הב"ח אין דבריו מוכרחים ועיין באו"ת שם ואכמ"ל ובאמת הריטב"א והובא בבית יוסף סי' פ"ז סעי' י"ג פתב דאף אם נשבע בדיעבד שלא בפני בע"ד דלא נפטר בזה פיון דאית' במתא ולפ"ז אין קשה עליו מהא דנפרע שלא בפניו דנשבע דהוכיחו הראשונים מזה דבדיעבד אין זה מעפב וכמש"כ בבבאור הגר"א זצ"ל בס"י פ"ז ס"ק ע"ו משום דיש לחלק דשאני היכא דאינו מצוי בעיר וכן היכא דשלחו אחריו כמו שחילקו כן בהא דקב"ע שלא בפניו ונפרע שלא בפניו הא מבואר בס"י ק"ו דבעי שלחו אחריו וכהנה וכן יש לדון עפ"ז בשארי ראיות שפתיבו שם ואכ"מ עכ"פ לדינא לפי מה דקיי"ל דבנשבע שלא בפניו דבדיעבד אין זה מעפב אף דתני ר' בפירוש דנשבעין במעמד חנוני ה"ה י"ל פאן ג"כ דהא הלבוש הקא סעי' ט"ו פתב הטעם דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד הוא מפני שפני הבע"ד לא יוכל להעיד וישים אל לבו להעיד באמת כו' עכ"ל וזהו פועל הטעם דאמרו שם מפניהבושה.

ע"כ י"ל דתקחז"ל לא הנה רק על לכתחלה אבל בדיעבד אם קבלו עדות אף שלא בפניו ג"כ מועיל אף הא מצינו דבשבועה שלא בפני בע"ד אם התובע אינו יודע דנשבע אף שלא בפניו כמבואר בס"י פ"ז סעי' כ"ג ואלו בקב"ע הא אף היכא דהתובע אינו יודע כמו בקטן יורש דאין מקבלין עדות נגדו משום דהוי כמו דאין בע"ד לפניו אף דהוי כמו טוען שמא וכן הוא במה דאסמכוה רבנן על הא דיבא בעל השור ויעמוד על שורו אף

דְּהַתָּם ג"כ בַּעַל הַשּׁוֹר טוֹעֵן שְׁמָא וּלפ"ז מוֹכַח דְּמַחְלְקִינָן בֵּין הָא דְשִׁבּוּעָה שְׁלֵא בְּפָנֵי בַע"ד וּבֵין הָא דְקַב"ע שְׁלֵא בְּפָנֵיו: אַךְ גַּם זֶה אֵינוֹ בְּרוּר דְּהָא הַש"ף בְּסִי' פ"ז ס"ק מ"ז הַקְּשָׁה מְהֵא דֵאָה"ע ס' צ"ו סע' כ"א דְאֶלְמָנָה צָרִיכָה לִישָׁבַע בְּפָנֵי הַיְתוּמִים כו' וְהָא"ו"ת בְּסִי' פ"ז ס"ק י"ט פֶּתַח לְחֻלְקָא דְנִשְׁבָּע וְנוֹטֵל שְׁאֵנִי מִשּׁוּם דְאֵין מְחַיִּיבִין אָדָם שְׁלֵא בְּפָנֵיו וַיְבוֹא בַּעַל הַשּׁוֹר כו' וּמ"מ בְּדִיעְבַּד שְׁנִשְׁבָּעָה שְׁלֵא בְּפָנֵיהֶם סְגִי פְּמַבְּאָר שָׁם.

אַלְמָא דְמַצִּינוּ דְאָף הֵיכָא דְבַעֲיָנָן לְכַתְּחֻלָּה בְּפָנֵי בַע"ד מ"מ בְּדִיעְבַּד שְׁאֵנִי. וְה"ה בְּהַךְ תַּקְנַת חז"ל דְתַקְּנוּ שְׁלֵא לְקַבֵּל עֵדוּת שְׁלֵא בְּפָנֵי בַע"ד פִּינּוֹן דְלֹא מַצִּינוּ דְאָף בְּדִיעְבַּד עָשׂוּ לְתַקְּנָהּ זו ע"כ אֵין לָנוּ לֹמַר מְסַבְּרָא כֵּן וַיֵּשׁ לְדוֹן בְּהָא דְסִי' פ"ז וְסִי' צ"א הֵיכָא דְבָלֵא שְׁבּוּעָה אֵין דִּינוֹ לִישְׁטוֹל כְּלָל מִן הַדִּין כְּמוֹ בְּהָא דְחֻנְנִי דְסִי' צ"א לְחַד שִׁיטָה וְאַפ"ה הַב"ח שָׁם אֵינוֹ מַחְלָק בֵּינֵיהֶם כְּלָל בְּזָה וְכֵן יֵשׁ לְדוֹן בַּכ"ז ע"פ הָא דְב"מ ד' נ"ח דְנִשְׁבָּעִין בְּמַעֲמַד הַגְּזָפְרִין כִּי הֵיכִי דְלֹא נִחַשְׁדִּינְהוּ וְאֵין לְהַעִיר בַּכ"ז מְהֵא דִּיּו"ד ס' רכ"ח סע' כ' לְשַׁנֵּי הַטְּעָמִים דְשָׁם בִּירוּשְׁלַמִי מִשּׁוּם דְשְׁאֵנִי אִיסוּרָא מִן מְמוּנָא וְגַם הָא מַצִּינוּ דְבִשְׁבּוּעָה אָף הֵיכָא דְהָנִי לְפִטוֹר ג"כ בַּעֲיָנָן בְּפָנֵי בַע"ד מִשְׁא"כ בַּקַּב"ע וְהָא דְכַתְּוּבוֹת ד' פ"א דְכָל הֵיכָא דְאָמֹר רַבְּנָן לֹא לִיזְבִּין אַע"ג דְּזַבִּין לֹא הָנִי זַבִּינוּ וְזַבִּינִי וְהוּבָא בְּסִי' ר"ח וְכֵן הָא דְכָל מַה דְאָמַר רַחֲמָנָא כו' אֵי עַבַּד לֹא מְהַנִּי אֵין זֶה דוֹמָה לְנ"ד וְקַצְרִיתִי: עֲנָף הַ נְעוּד יֵשׁ לֹמַר בְּכּוֹנוֹת הַירוּשְׁלַמִי דְאָמַר ר"י בְּשֵׁם ר"ש מְקַבְּלִין עֵדִים שְׁלֵא בְּפָנֵיו כו' אִם בָּא וְעָרַעַר עָרְרוּ קַיִים דְכַתְּבִיתִי לְעֵיל לְפָרֵשׁ דְלָמָּה מְקַבְּלִין עֵדִים פִּינּוֹן דְמַהַנִּי עָרְעוּרוּ וְגַם הוֹכִיחוּ הַפּוֹסְקִים מְזָה דְבְּדִיעְבַּד לֹא מְהַנִּי דִּישׁ לְפָרְשׁוֹ ע"פ סְבֵרַת הַלְבוּשׁ הַנ"ל דְכַתְּבִי הַטְּעָם דְלָכֵן אֵין מְקַבְּלִין שְׁלֵא בְּפָנֵיו לְפִי דְאוּלֵי בְּפָנֵי הַבַּע"ד לֹא יִהְיוּ יְכוּלִים לְהַעִיז נֶגְדַּד הַבַּע"ד וּלְהַעִיד בְּשִׁקְרָא וְהִנֵּה מַצִּינוּ גַּבִּי שְׁבּוּעָה בְּפָנֵי הַבַּע"ד דְאִם בָּא בְּטַעֲנַת שְׁמָא דְלֹא בַּעֲיָנָן לִישָׁבַע בְּפָנֵיו כְּמַבְּאָר בְּסִי' פ"ז סע' כ"ג וְכַמְּש"כ לְעֵיל כְּמוֹ כֵּן יֵשׁ מְקוֹם לְדוֹן וּלְחֻלְקָא בַּקַּב"ע שְׁלֵא בְּפָנֵיו דְדוֹקָא בְּטוֹעֵן בְּרִי בְּזָה חַיִּיבוּ חז"ל לְהַעִיד בְּפָנֵיו דְכֵינּוּן דְחַבְּרִירוּ מִפִּיר בְּשִׁקְרוּ לֹא יִהְיוּ יְכוּלִים לְהַעִיז נֶגְדָּו כְּמַבְּאָר בַּב"ק ד' ק"ז פְּעִין זֶה אָבֵל אִם טוֹעֵן שְׁמָא וְאֵין מִפִּיר בְּשִׁקְרוּ ע"כ לֹא שְׁיִיף בְּזָה ה"ט שְׁל הַלְבוּשׁ דְּהָא בַּכַּה"ג יְכוּלִים לְהַעִיז לָכֵן לֹא שְׁיִיף הַתַּקְּנָה הַלְזוּ בְּזָה וְזֶה שְׁאָמְרוּ בִּירוּשְׁלַמִי דְאָף לְכַתְּחֻלָּה מְקַבְּלִין עֵדִים שְׁלֵא בְּפָנֵיו לְתוֹעֲלַת שְׁמָא לֹא יִהְיֶה טוֹעֵן הַנְּתַבָּע טַעֲנַת בְּרִי דְאָז הָנִי הַקַּב"ע לְמַפְרַע ע"פ ד"ת כְּכּוֹן.

אַךְ אִם יִטְעוֹן בְּרִי בְּזָה תַּקְּנוּ חז"ל שְׁלֵא לְקַבֵּל עֵדוּת שְׁלֵא בְּפָנֵיו וְע"כ אֵין לְב"ד לְעַבְרָא עַל הַתַּקְּנָה וְלְהַפְסִיד לְהַנְתַּבָּע כִּי יְכוּל לְהִיּוֹת שְׁפָפְנִי לֹא הָיוּ מְעִיזִים לְהַעִיד וְע"כ הָיוּ מְקַבְּלִים הָעֵדוּת עַל תְּנַאי שְׁכ"ז שְׁלֵא יָבֵא וַיַּעֲרַר בְּטַעֲנַת בְּרִי הִי הַקַּב"ע כְּכָל עֵדוּת בְּפָנֵי ב"ד אָכֵן אִם יָבֵא וַיַּעֲרַר הֵינּוּ שְׁיִטְעוֹן בְּרִי ע"ז הָאֵן לֹא נִזְקָקוּ לְהַקַּב"ע בְּתוֹרַת ב"ד וְהָיוּ כְּמוֹ דְהַגִּידוּ חוּץ לְב"ד וְכַמְּש"כ לְעֵיל וְזֶה שְׁאָמְרוּ אִם בָּא וַיַּעֲרַר כו' שְׁיַעֲשׂוּ הַקַּב"ע בְּאֵן שְׁאֵם יָבֵא וַיַּעֲרַר יִהְיֶה עָרְעוּרוּ קַיִים וְלֹא יִהְיֶה מְמַשׁ בַּהַקַּב"ע.

וְהָא דְמַצִּינוּ דְגַם בְּיֹרֵשׁ קָטָן אֵין מְקַבְּלִים עֵדוּת שְׁלֵא בְּפָנֵיו אָף דְקָטָן לֹא יָדַע בְּמִקְלֵי דְאַבְוָה מ"מ אֶפְשָׁר לֹמַר דְיְכוּל לְהִיּוֹת דְכְּשִׁיגְדֵל יְכוּרֵר לוֹ ע"פ הַגְּזַת אַחֲרִים אִיף הִנֵּה הַעֲנִין וְלָכֵן גַּם בְּזָה שְׁיִיף ג"כ הַטְּעָם שְׁל הַלְבוּשׁ הַנ"ל וְגַם זֶהוּ בְּכָלֵל אִם בָּא וַיַּעֲרַר

שְׁאָמְרוּ בִירוּשָׁלַיִם אֲבָל כ"ז דְּאִינוּ אוֹמַר בְּרִי לִי וְגַם אִינוּ אוֹמַר בְּרִי ע"פ אַחַר כֵּינּוּ דְבָזָה לֹא שְׂיִיף הַטַּעַם שֶׁל הַלְבוּשׁ הַנָּז"ל ע"כ בְּזָה מְהֵינִי הַקַּב"ע אַף שֶׁהִי שְׂלֵא בְּפָנָיו.

כֵּן נ"ל בְּשִׁטַּת הִירוּשָׁלַיִם אַף דְּמֵן הַש"ס דִּילֵן לֹא מִשְׁמַע כֵּן מ"מ י"ל דְּהִירוּשָׁלַיִם ס"ל כַּמֶּש"כ אֲבָל הֵיכָא דְלֹא הִתְנוּ הַב"ד כֵּן וְעָבְרוּ וְקָבְלוּ הַעֲדוּת שְׂלֵא בְּפָנָיו שְׁפִיר י"ל דְּגַם הִירוּשָׁלַיִם ס"ל דְּמֵהֵינִי בְּדִיעָבַד כֵּינּוּ דְּאִינוּ רַק מְדַרְבְּנָן לְחַד שְׂיִטָּה: עֲנָף ו שׁוֹב רְאִיתִי דְּיֵשׁ לְדוֹן הָאִידְנָא דְּאִין לְנוּ ב"ד סְמוּכִין שְׂיִכּוּלִין לְדוֹן וְכַש"כ לְקַבְּלַת עֲדוּת דְּבָזָה אַף שְׁמוּאֵל וְרַב נַחְמָן דַּס"ל שְׁנַיִם שְׁדָנוּ דִּינֵיהֶם דִּין מ"מ קב"ע שְׁאֵנִי כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בַּב"ב ד' מ' וּבְסַנְהֶדְרִין ד' ג' וְכַתּוּבוֹת ד' כ"ב וְגִיטִין ד' ל"ב וְכַמֶּש"כ לְעֵיל ס' ג' סַעִי א' בְּשִׁטַּת הַרְמָב"ם.

וְהָא שְׁאֵנוּ מְקַבְּלִין עֲדוּת בְּבָבֶל זָהוּ מִשּׁוּם דְּשְׁלִיחוּתֵיהוּ קָא עָבְדִּין וְכַבֵּר פְּתַבְתִּי לְעֵיל בְּחִידוּשֵׁי לַסִּי א' סַעִי א' בְּשֵׁם פְּמָה רֵאשׁוּנֵים דְּהָא דְּשְׁלִיחוּתֵיהוּ קָא עָבְדִּין אִין זָה רַק מְדַרְבְּנָן וְהַבְּאִתִּי שֵׁם לַמֶּש"כ הַר"ן בְּתַשׁוּבָה ס' מ"ד' וְהוּבָא בַּמַּל"מ פ"ט ה' זְכִינִי דְּפַעוּטוֹת שְׁמַכְרוּ בְּנֻכְסִים מוּעָטִים דְּאִין מִמֶּשׁ בְּמַכִּירְתֶּם כֵּינּוּ דְּאִסוּר לְכַתְּחֵלָה לְמַפְּנֵי בְּנֻכְסִים מוּעָטִים וּמַכִּירַת פְּעוּטוֹת אִינוּ רַק דְּרַבְּנָן ע"כ בְּמַקּוֹם אִיסוּרָא דְּלֹא תִקְנוּ רַבְּנָן לֹא מְהֵינִי מַכִּירְתֶּן וְהוּבָא בַּח"מ ס' רל"ה סַעִי א' וְהָאֲרַכְתִּי לְעֵיל בְּזָה וּבְהָא דָּאֵם עָבְרוּ וְדָנוּ בְּשַׁבַּת דִּינֵיהֶם דִּין וְלֹא אֲמַרִּין בְּזָה הֵךְ פְּלֵלָא דְּבַמַּקּוֹם אִיסוּרָא לֹא תִקְנוּ רַבְּנָן מִשּׁוּם דְּלֹא יֵהִי מְתוּקָן הָאִיסוּר ע"י זָה וְכַמוּ שְׁהָאֲרַכְתִּי שֵׁם בְּעֲנָף ב': וּלְפ"ז יֵשׁ לְדוֹן כֵּן הֵכָא בְּמָה שְׁתִּקְנוּ חַז"ל דְּאִין מְקַבְּלִין עֲדוּת שְׂלֵא בְּפָנָיו מִשּׁוּם חֲשֵׁשׁ פְּסִידָא דְּהַנְּתַבַּע כַּמֶּש"כ הַלְבוּשׁ דְּאוּלֵי לֹא יֵהִיוּ יְכוּלִים לְהַעֲיִז נִגְדוֹ וְלְהַעֲיִד שְׁקַר א"כ כְּמוֹ דְּמַצִּינוּ בְּנֻכְסִים מוּעָטִים דְּכֵינּוּ דְּתִקְנוּ חַז"ל שְׂלֵא לְמַפְּנֵי בְּנֻכְסִים מוּעָטִים לְהַפְּסִיד הַבְּנוֹת ע"כ דִּינֵינִין בְּזָה הַפְּלֵל דְּבַמַּקּוֹם אִיסוּרָא לֹא תִקְנוּ רַבְּנָן ה"ה הֵכָא דְּתִקְנוּ חַז"ל דְּאִין חֲבִין לְאָדָם שְׂלֵא בְּפָנָיו וְגַם אַסְמַכוּהָ אַקְרָא דְּיָבָא בְּעַל הַשּׁוֹר כו' דְּיֵשׁ לוֹמַר כֵּינּוּ דְּמַדְּאוּרֵייתָא אִין לְנוּ כַּח לְקַבְּלַת עֲדוּת רַק זָהוּ מְדַרְבְּנָן דְּשְׁלִיחוּתֵיהוּ קָא עָבְדִּין.

ע"כ יֵשׁ לוֹמַר דְּבַמַּקּוֹם אִיסוּר לֹא תִקְנוּ רַבְּנָן וְלֹא נִתְנוּ לְנוּ כַּח לְדוֹן בְּאִיסוּר וְלְעָבְרוּ עַל תִּקְחוּ חַז"ל וְלְהַפְּסִיד לְהַבְּע"ד וְנֵהִי דְּלֹא נִפְסְלִים מִשּׁוּם זָה לְעֲדוּת וְלְדוֹן מִשּׁוּם דְּהָא בְּעֵבְרָה דְּרַבְּנָן בְּעֵינֵי חִימוּד מְמוֹן וְגַם מוֹרוּ הִתִּירָא בְּזָה וְכַעֲיִן סְבַרְתָּ הַשְּׁעַר הַמְּשַׁפֵּט בַּסִּי ה' ס"ק א' גְּבִי הָא דָּאֵם דְּנוּ בְּשַׁבַּת דִּינֵיהֶם דִּין ע"ש: אֲבָל אַפְתִּי יֵשׁ לְדוֹן בְּזָה לְהַפְּלֵל שֶׁל הַר"ן הַנָּז"ל דְּהָא אַף בְּשׁוּגַג בְּאִיסוּר דְּרַבְּנָן ג"כ נִרְאָה מֵן הַר"ל דַּס"ל לְדוֹן בְּזָה הַפְּלֵל דְּבַמַּקּוֹם אִיסוּרָא לֹא תִקְנוּ רַבְּנָן דְּהָא מִיִּירֵי הַר"ן בְּפַעוּטוֹת דְּלֹא בְּנֵי מַצְוָה נִיגְהוּ וְדִינָם כְּשׁוּגַגִּים וְלֹא כְּמִזִּידִים וְאֲדַרְבֵּה גְדוֹל בְּשׁוּגַג חֲטָאוּ גְדוֹל בְּיוֹתֵר מִן קְטַנִּים כְּמַבְּנֹאֵר בַּכ"ד וְעֵינֵי בְּסַנְהֶדְרִין ד' נ"ה ע"ב בְּמָה שְׁאָמְרוּ שֵׁם כֵּינּוּ דְּמִזִּידָה הִיא תִקְלָה נְמִי אִיכָא כו' וּבַמַּג"א ס' ש"מ ג' ס"ק ד' וּבַמֶּש"כ הַרְמָ"א שֵׁם סוּף הַסִּימָן וּמִשְׁמַע ג"כ בְּדַבְּרֵי הַר"ן וְהַרְמָ"א בַּח"מ ס' רל"ה דְּאִין בְּשׁוּגַג הַפְּעוּטוֹת וּמַכְרוּ בְּנֻכְסִים מוּעָטִים דְּקָרִינֵן בְּזָה הַפְּלֵל דְּבַמַּקּוֹם אִיסוּרָא לֹא תִקְנוּ רַבְּנָן כֵּינּוּ דְּעַצְמָם הַמַּעֲשֵׂה הוּא שְׂלֵא כְּהוֹגֵן ע"ש: וְלָכֵן אַף דְּמָה דְּקָבְלוּ הַעֲדוּת שְׂלֵא בְּפָנָיו הִיָּה זָה בְּשׁוּגַג מ"מ כֵּינּוּ דְּעַצְמָם הַמַּעֲשֵׂה הוּא שְׂלֵא כְּהוֹגֵן לְפִי תִקְחוּ חַז"ל ע"כ דִּינֵינִין בְּזָה לְהַפְּלֵל שֶׁל הַר"ן דְּבַמַּקּוֹם אִיסוּר לֹא תִקְנוּ רַבְּנָן וְנִתְבַּטַּל תּוֹרַת ב"ד מִמֶּה וְהָיָה כְּמוֹ דְּהִגִּידוּ חוּץ לַב"ד דְּאִין מִמֶּשׁ בְּעֲדוּתָן וְהָא דְּמַבְּנֹאֵר בִּי"ד ס' רכ"ח סַעִי כ' כ

בגדר לטובת חבירי דבדיעבד שיהתירו לו בלא דעתו דהוי התרה אף שראוי ליסרו להב"ד שא"ה דמן דין תורה יכולין שלשה הדיוטות להתיר הגדר אבל הקא הא אין זה רק מדרבנן לכן שפיר יש לדון פן והא דסי' י"ז סעי' ל"ד אין זה ענין לנ"ד ולפ"ז יש לומר דאף דנימא דבזמן הגמ' הי' הדין דאם עברו וקבלו העדות שלא בפניו דמהני הקב"ע עכ"ז י"ל דז"א רק בב"ד סמוכים אבל לא האידנא ולכן נראה דהעיקר כמש"כ הבית יוסף והמחבר דאם קבלו אין דנין ע"פ ותקשה על הך י"א דכתב הרמ"א דאם קבלו שלא בפניו פשר בדיעבד ודחוק לומר דיפלגו על דברי הר"נ בתשובה והרמ"א בסי' רל"ה סעי' א' לא הביא רק דברי הר"נ בלא חולק ואף שכתב שם בשם י"א מ"מ הא דיוע דמה דלא כתוב מפורש כ"כ דרפו לכתוב בשם י"א ומש"כ המל"מ פ"ט ה' זכני' דהתוס' ב"מ ד' כ' חולקים על דברי הר"נ הג"ל.

הנה פתבתי מזה במק"א דאין החרם לדבריו ונלע"ד לחלק בזה ע"פ מש"כ המל"מ שם דדוקא בהגידון דהר"נ הג"ל דלא הנה להם פח למפור זולת זה אמרו להפיל הג"ל אבל היכא דהי' לו פח למפור באופן המועיל לא דיינינן להפיל הג"ל במקום איסור דרבנן ע"ש א"כ ה"ה בנ"ד פיון דבשליחו אחריו ולא בא מקבלין עדות שלא בפניו כמש"כ הרמ"א בסעי' ט"ז בשם י"א וכן הכריע לדינא ע"כ י"ל דלכן כתב הרמ"א בשם י"א דבדיעבד מהני פל קב"ע שלא בפניו אף היכא דלא הנה להם לקבל עדות שלא בפניו משום דהא יש פח להב"ד להודק להך קב"ע ולשלוח אחריו דאם יבא ודאי יש להם פח לקבל העדות כדן ואם לא יבא ג"כ יש להם פח לקבל העדות להך י"א אפילו הוא באופן שלא יפסיד העדות כמבואר שם ולכן פיון דיש להם פח לקבל העדות בהיתר ע"כ אף היכא דעברו וקבלו העדות שלא ע"פ דין ג"כ מועילים מעשיהם ולא דיינינן בזה להפיל של הר"נ פיון דאינו אלא מדרבנן לחד שיטה וי"ל דהרמ"א דכתב להך י"א דאם קבלו מהני קב"ע שלא בפניו אגיל לשיטתו דהביא לקמן בסעי' ט"ז להך י"א דבשליחו אחריו ולא בא מקבלין עדות לכתחלה וכן י"ל בשיטת המחבר דפסק דאם קבלו אין דנין ע"פ משום דאגיל לשיטתו דס"ל בסעי' ט"ז דבשליחו ולא בא אין מקבלין אלא היכא דיש לחוש שלא ישיג העדים אח"ז וכיון דלא הוי בידם זולת במקום איסורא לכתחלה ע"כ יש לדון להפיל של הר"נ הג"ל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן: אבל באמת אין זה ברור כ"כ דיש לחלק בין דברי המל"מ הג"ל לנ"ד ועוד דהא הרמ"א סתם דבריו בשם י"א ומשמע דבכל גוונ' פשר בדיעבד אף היכא דאין לחוש דלא ישיג העדות לאח"ז דבכה"ג אין מקבלין לכתחלה כמבואר בסעי' י"ז אלא כשהוא בעיר ושלחו אחריו כמבואר בסעי' ט"ז א"כ כשאינו בעיר דלא הוי בידם לשלוח אחריו א"כ לא הנה להם לקבל העדות ע"פ דין בכה"ג ואפ"ה כתב הרמ"א בשם י"א דאם קבלו וסתם בזה דכשר בדיעבד ולכן עדיין תקשה זה: ולכן נלע"ד לומר דדוקא במילי דרשות דלא הוי מצוה בזה אמרו הפלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן אף דהוי בשוגג פיון דאף שזוג צריף פפרה ומש"כ הנתיבות בסי' רל"ד ס"ק ג' דשוגג דרבנן א"צ פפרה הנה במק"א פתבתי להוכיח דלא פהנתיבות בזה ואכ"מ וגם מצינו באו"ח סי' שמ"ג ברמ"א שכתב גבי קטן כו' ע"כ י"ל דמשום זה אמרו דבמקום איסורא לא תקנו רבנן משום דאין סברא שייבא מכשול ע"י תקנתם.

משא"כ בדיינים שטעו וקבלו עדות שלא בפני בע"ד הא קא עבדו מצוה לדון ולשפוט בין אדם לחבירו והוי כמו כל טעה בדבר מצוה ועשה מצוה דקיי"ל דפטור ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ג' ענף ב' ואין בזה שום שם מכשול כלל ע"כ בכה"ג לא דיינינו כלל הפלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנו וכן יש לדון במה דכתבו הפוסקים דאם עברו ונדנו בליה דדיניהם דין דסי' ה' סעי' ב' וכן בסי' י"ז סעי' א' דאם עמדו הדיינים וכן הבע"ד ישבו דדיניהם דין ואף דגם שם פתבו בלשון אסור כמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ו' ע"ש דזהו ג"כ ע"פ הסברא שפכתתי דבמקום מצוה שאני ועיין שם בחידושי שפכתתי שם מזה ולפ"ז יש לומר דאם עברו הב"ד במזיד וקבלו עדות שלא בפני הבע"ד דאף דלא שייך לדון בזה מטעם דעברו עבירה דרבנו דיהיו נפסלים משום דהא אין בזה חימוד ממון מ"מ אפ"ש לדון מטעם שפכתתי לדון בזה הפלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנו דמה לי הך תקנת חז"ל דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד משארי תקנות ודוקא בטעו מאיזה טעם וסיבה בזה יש לדון להך דטעה בדבר מצוה כו' וכש"כ במקום איסור דרבנו ועיין בלשון הנמוקי יוסף בב"ק אכל היכא דלא היה בשגגה שפיר י"ל להפלל הנ"ל וכ"ז הוא היכא דלא היה בידם טעדיקי לעשות זה בהיתר וכמש"כ לעיל דיש מקום לדמות זה למש"כ המל"מ לחלק בזה בפ"ט ה' זכיה ואפוי פלוגתא לא מפשינו פידוע.

ונתבאר דעיקר הך דין אם קבלו העדות שלא בפניו ה"ל זה ספיקא דפלוגתא ומהני תפיסה וכ"ז הוא אם היה ע"י טעות אבל אם היה זה שלא ע"י טעות לא מהני הקב"ע שלא בפניו האינדנא ולא מהני תפיסה בזה והיכא דהיה ביד הב"ד לקבל עדות ע"פ ד"ת בזה שפיר יש לדון דלהך שיטה דס"ל דאם קבלו דנין ע"פ דה"ה דדנין בבב"ל ג"כ וגם נתבאר דאף היכא דאין לקבל עדות שלא בפניו דמ"מ יכולין הב"ד לקבל עדות בתורת תנאי וכמש"כ לעיל בכוננת הירושלמי או שיהא לתועלת שיהיה נרא הבע"ד להכחישן אף שלא העידו בתורת עדות וכמש"כ לעיל בארןפה ויש לדון עוד בכ"ז הרבה רק הדעת נוטה כמש"כ בכ"ז וכן יש לדון עפ"ז בהא דטעה בשקול הדעת דקם דינא אף האינדנא בבב"ל דאין לנו פח לדון רק משום שליחותיהו דקמאי משום דכיון דאמרו דקם דינא א"כ ה"ל טועה בדבר מצוה ועשה מצוה ע"כ לא שייך לדון כלל הך דבמקום איסורא לא תקנו משום דאין בזה שם איסור כלל אף דהדיין חייב לשלם ולעיל בסי' כ"ה סעי' ג' הארכתי בזה ע"ש: (שם סעי' ט"ו) אין מקבלין עדות שלא בפניו ואם קבלו אין דנין ע"פ וחוזרין ומגידין בפניו כו' והט"ז הביא בשם תשובת רש"ל שכתב דאחר שהעידו שלא בפניו תו לא מהני בפניו כו' ואין להם יסוד מגמ' ולא מפוסקים כו' וכן עיקר כמש"כ הרמ"א פאן כו' עכ"ל הט"ז: ענף א ויש לדון דדברי הרש"ל יש להם יסוד ע"פ מש"כ הדרכי משה באה"ע סי' קנ"ב ס"ק ב' בשם הריב"ש שכתב באשה האומרת גרשתני דנאמנת משום חזקה אין אשה מעינה דאם אמרה בפעם ראשון שלא בפני בעלה ונודע לו הדבר ואח"כ כפרה ממש בפניו אינה נאמנת דמחזקת שקרא שאמרה בראשונה עכ"ל והנה הלבוש הקא סעי' ט"ו כתב הטעם דלכן אין מקבלין עדים שלא בפניו משום שיכולין להעזי ולהעיד שקר ויכול להיות שאלו היו מעידים בפניו לא היו יכולים להעזי נגדו וע"כ יש לומר דגם בנ"ד פיון דעיקר הטעם דצונותה התורה לקבל עדות בפניו כדי שלא יהיו יכולים להעזי נגדו ולכן פיון שהעידו פן מקודם אף דהוי שלא בפני בע"ד מ"מ יכולין להעזי גם בפניו בזה כדי לאחזוקי השקר כפי דבורם הראשון א"כ לפי שיטת

הַרִיב־שׁ הַנָּל יֵשׁ מְקוֹם לְדַבְּרֵי הַרִשׁׁל הַנָּל וְכַעֲיֵן דְּבַרֵי הַרִיב־שׁ הַנָּל כִּי הַב־י
בִּאֵה״ע סִי קִנ״ד בְּשֵׁם הַרִשׁׁב־י ע״שׁ: אָבֵל בְּאַמַּת ז״א דֵּא״כ לִפ״ז אִף בְּהַגִּידוּ הַעֲדִים
מִתְחַלָּה חוּץ לִב״ד לֹא יִהְיֶה מְהֵנִי עֲדוּתָן שְׁנִית בִּב״ד כְּמוֹ הֵתֵם בְּאַשָׁה הָאוֹמֶרֶת גְּרִשְׁתִּנִּי
וּבְאַמַּת הָא מְבֹאָר בְּשׁ״ס וְהָכֵא דִיכּוֹלִין לְהַעֲיֵד בְּפָנֵי ב״ד וְכֵן הָא הַט״ז פְּתַב הָכֵא בְּשֵׁם
הַרִיב־שׁ עֲצָמוֹ דִּס״ל דָּאֵם הַעֲיֵדוֹ שְׁלֵא בְּפָנֵי הַבַּע״ד יְכוּלִין לְהַעֲיֵד בְּפָנָיו אִף דְּהַרִיב־שׁ
לֹא פְתַב כֵּן בְּאַשָׁה הָאוֹמֶרֶת גְּרִשְׁתִּנִּי כִּנ״ל וְע״כ מוּכַח דְּמִתְקַיֵּינָן בִּינֵיהֶם וְגַם הֵתֵם בְּאַשָׁה
הָאוֹמֶרֶת גְּרִשְׁתִּנִּי הָא קִי״ל בְּסִי י״ז סֵעִי ב' דְּדוֹקָא בְּעֵשְׂתָהּ מַעֲשָׂה דְּנִשְׂאָת אוֹ נְתִיקְדָּשָׁה
שְׁלֵא בְּפָנֵי בְּעֵלָהּ אֵינָה נְאַמְנַת ע״שׁ בְּב״ש וּבַח״מ.

לְכֵן נִרְאֶה דְּהַעֲיָקָר כַּמֶּשׁ״כ הַרְמָ״א וְהַט״ז הָכֵא דִיכּוֹלִין לְחַזֵּר וּלְהַעֲיֵד בְּפָנֵי הַבַּע״ד וְכֵן
מְצִינּוּ בְּסִי ל״ו סֵעִי א' בְּשֵׁטֶר שְׁחַתְמוּ עָלָיו פְּסוּלִים וְכֹשְׁרִים דִּיכּוֹלִים הַפְּשָׁרִים לְחַזֵּר
וּלְהַעֲיֵד לְבַד וְלֹא אֲמַרִינָן דְּנוֹגְעִים בְּעֲדוּתָן הֵם לְאַחְזוּקֵי דִיבּוּרָם הָרֵאשׁוֹן וְכֵן הוֹכִיחַ
הַקְּצֵה״ח הָכֵא בְּס״ק ז' מְהֵא דְּב״ק ד' ע״ד דְּאֲמָרוּ ע״פ ע״א פְּשִׁיטָא הָא קִמ״ל ע״פ עֲצָמוֹ
דְּוִמְיָא דְּע״פ ע״א מְהֵ ע״פ ע״א כִּי אֲתִי ע״א מְצִטְרַף בְּהַדְּיָה מְחִיב כו' וְכַתְּבוּ הַתּוֹסֵף לְפָרִשׁ
דְּכִי אֲתִי ע״א לְהַעֲיֵד עִמּוֹ אַח״כ מְעִידִין שְׁנֵיהֶם כְּאַחַד אֶלְמָא דְּלֹא אֲמַרִינָן דְּנוֹגַע בְּעֲדוּת
הוּא לְהַחְזִיק דְּבַרֵי הָרֵאשׁוֹנִים יְהֵא דְּסִי ל״ג סֵעִי י״ב שְׁאֲנִי ע״שׁ.

וּמ״מ יֵשׁ לְדוֹן דְּהַנְּכוּן עִם שִׁיטַת הַרִשׁׁל הָכֵא דָּאֵם הַעֲיֵדוֹ שְׁלֵא בְּפָנֵי הַבַּע״ד אֵינָם יְכוּלִים
לְהַעֲיֵד שׁוּב בְּפָנֵי הַבַּע״ד. וְהוּא דְּהַנְּתִיבוֹת בְּסִי ל״ג ס״ק א' פְּתַב דְּהַעֲיָקָר הוּא הֵיכָא דְּלֹא
הָיָה מְמַשׁ בְּעֲדוּתָן כְּלָל דִּיכּוֹלִין לְהַעֲיֵד שְׁנִית כַּד״ת מְשׁוּם דָּאִין לוֹמַר עֵבִיד אֵינֵשׁ לְאַחְזוּקֵי
דִיבּוּרָא דְּהָא הַגְּדָתָן לָאוּ כְּלוּם הוּא וְאֵינָם עוֹבְרִין שׁוּם אִיסוּר בְּהַגְּדַת שְׁקָר אִזּוּ לְכֵן לֹא
שְׁיִיף לְחוּשׁ בְּזָה ע״שׁ וְהִנֵּה לְעֵיל בְּסֵעִי ט״ו הַנָּל הַעֲלִיתִי דִּישׁ לְדוֹן לְפִי דְּבַרֵי הַרִשׁׁב־א
בַּחֲזִי לְשִׁבּוּעוֹת ד' ל״א דְּבַפְּסוּלֵי עֲדוּת דְּרַבְּנָן מְהֵנִי תְּפִיסָה דִּלִּפ״ז ה״ה בְּמָה דְּהַעֲיֵדוֹ הַעֲדִים
שְׁלֵא בְּפָנֵי בַע״ד דְּמְהֵנִי עֲדוּתָן לְעִנְיָן שְׁיִהֵי יְכוּל תּוֹבַע לְתַפְּסֵן וְלֹא יְהִי מוֹצִיאִין מִמֶּנּוּ
לְפִי שִׁיטַת הַרִשׁׁב־א וְסִייעָתוֹ דְּמָה דְּהַצְּרִיכוּ לְהַעֲיֵד בְּפָנָיו זְהוּ רַק מְדַרְבְּנָן וְכֵן הַעֲלִיתִי
שְׁם דְּלִדְיוֹן ה״ל זֶה סְפִיקָא דְּפְלֹגְתָא אִם מְהֵנִי בְּדִיעְבַד עֲדוּתָן מָה שְׁהַעֲיֵדוֹ שְׁלֵא בְּפָנֵי
הַבַּע״ד וְלְכֵן מְהֵנִי תְּפִיסָה בְּזָה כְּמוֹ בְּכָל סְפִיקָא דְּפְלֹגְתָא: וְכִינּוּן דְּהָיָה לְנוּ תּוֹעֵלַת מִן
עֲדוּתָן מָה שְׁהַעֲיֵדוֹ בְּב״ד שְׁלֵא בְּפָנֵי הַבַּע״ד לְעִנְיָן תְּפִיסָה ע״כ שְׁפִיר יֵשׁ לְנוּ לְדוֹן דְּלֹא
יְהִי יְכוּלִים לְהַעֲיֵד שְׁנִית לְפָנֵי בַע״ד מְשׁוּם דְּהֵם נוֹגְעִין בְּעֲדוּתָן דֵּאל״כ הָא הַעֲיֵדוֹ שְׁקָר
מִתְחַלָּה וְעֵבִידוֹ לְאַחְזוּקֵי דִיבּוּרָא בְּכַה״ג פִּינּוּ דְּלֹא שְׁיִיף בְּזָה סְבָרַת הַנְּתִיבוֹת הַנָּל
בַּמֶּשׁ״כ דְּכִינּוּן דְּלֹא הָיָה בְּהַגְּדָתָן מְמַשׁ וְלֹא קָא עֲבָרוּ בְּאִיסוּר עֲדוּתָן שְׁקָר ע״כ אֵינָם נוֹגְעִים
בְּעֲדוּתָן דְּהָא בְּמָה דְּהַעֲיֵדוֹ שְׁלֵא בְּפָנָיו הָיָה תּוֹעֵלַת מְזָה לְעִנְיָן תְּפִיסָה וְהָיָה עֲדוּתָן שְׁקָר אִם
לֹא הָיָה הַמַּעֲשָׂה כֵּן וְכִמּוֹ דְּמְצִינּוּ בְּהַרְמָב״ם ה' עֲדוּתָן פ' כ״א ה״ד הַעֲיֵדוֹ עַל פ' שְׁהַפִּיל שֵׁן
עֲבָדוֹ וְסִימָא אֶת עֵינָיו וְהוֹזְמוּ מְשַׁלְמִין דְּמִי הַעֲבָד וְדְמִי עֵינָיו וְהַשִּׁיג הַרְאָב״ד הָא הָאָדוֹן
אֵינּוּ מְשַׁלֵּם דְּמִי הָעֵין אֶלָּא אִם תְּפִס הַעֲבָד וְא״כ הַעֲדִים שְׁהוֹזְמוּ לְמָה מְשַׁלְמִין וְהַכ״מ
פְּתַב דִּס״ל לְהַרְמָב״ם דְּמְשַׁלְמִין הַעֲדִים מְשׁוּם כְּאַשְׁרֵן זָמַם דְּבַקֵּל יוֹכַל לְתַפְּסֵן כו' ע״שׁ
וְע״כ י״ל ה״ה בנ״ד פִּינּוּ דִיכּוֹל לְתַפְּסֵן א״כ הָנִי עֲדוּתָן שְׁקָר וְקָא עֲבָדֵי אִיסוּרָא בְּמָה
שְׁהַעֲיֵדוֹ בְּשְׁקָר שְׁלֵא בְּפָנֵי בַע״ד וְעֵבִידוֹ לְאַחְזוּקֵי דִיבּוּרָא יְהִי בְּזָה וְלֹא שְׁיִיף בְּזָה לְדוֹן
מִמֶּנּוּ ע״כ מְשׁוּם דִּי״ל דְּלִמָּא הַדִּין הוּא כְּשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים דְּמָה שְׁהַעֲיֵדוֹ שְׁלֵא בְּפָנָיו אִף
בְּדִיעְבַד לָאוּ כְּלוּם הוּא וּמ״מ פִּינּוּ דְּאֵהֵי סְהַדוּתָא יְהִי דְּהַעֲיֵדוֹ שְׁלֵא בְּפָנָיו לְאִיזָה עִנְיָן עַכ״פ

א"כ הא העידו בְּשֵׁקֶר וְעֵבְרִי עַל הָא דְּמִדְבַר שֶׁקֶר תִּרְחַק עַכ"פ וּכְמַש"כ הַתּוֹס' בּב"ב ד' צ"ד ע"ב ד"ה הַכִּי הַשְׁתָּא כו' וְלִכְּוֹן הָוֵי נּוֹגְעִים בְּעִדּוֹתֵן עַכְשָׁיו בְּמָה שֶׁמְעִידִין פֶּן עַכְשָׁיו בְּפָנָיו מְשׁוּם דָּאם/לֹא יֵאמְרוּ פֶּן א"כ הֵם מוֹצִיאִים לַעֲזוֹ עַל עֲצָמֵן וְנָהוּ פְּעִין הָא דֵּאָה"ע ס' י"ז סע' ב' דָּאם נִיסְתָּ שְׁלֹא בְּפָנָי בְּעֵלְהָ מְעִינָה שְׁלֹא תַעֲשֶׂה עֲצָמָה זֹנְהָ וְכִמּוּ הָא דְקִידּוּשֵׁין ד' נ' דְּלֹא עֵבִיד אִינְשׁ מְשׁוּי נִפְשִׁיהָ רְשִׁיעָא וְלִכְּוֹן נִרְאָה דְלִדְיִן דֵּה"ל סְפִיקָא דְפְּלוּגְתָּא אִי מְהֵי עִדּוֹתֵן שְׁלֹא בְּפָנָיו בְּדִיעְבַד דְּלֹא מְהֵי סְהִדוּתֵיהוּ שׁוּב בְּפָנָיו וְאַף דְקִשָּׁה לְהַעֲמִיס כ"ז בְּדִבְרֵי הַרְש"ל מ"מ נִרְאָה לִי לְדוֹן פֶּן דִּי"ל דְלִדְיָא הָעֵיקָר בְּזָה כַּהַרְש"ל דְּאִינֵן חוֹזְרִין וּמְעִידִין בְּפָנָיו.

וּבְאַמַּת צְרִיף בְּיֵאוּר מַש"כ הַתּוֹס' בּב"ק ד' ע"ד דָּאם אָתִי ע"א מְצַטְרֵף עִמּוֹ לְהַעֲיִד שְׁנֵית בְּיַחַד בּב"ד וּכְמַש"כ הַקְצָה"ח פּנ"ל הָא יֵשׁ לְחֹוֹשׁ דְּהָוֵי נּוֹגַע בְּעִדּוֹת לְאַחְזוּקֵי לְמָה שֶׁהַעֲיִד יְחִידִי בְּרֵאשׁוֹנָה בּב"ד דְּהָוֵי תּוֹעֵלְת מְעִדּוֹתוֹ לְחִיּוּב שִׁד"א: אָף י"ל דְּשִׁא"ה דְּמִינְרֵי בְּקִנְס וְאִין נִשְׁבְּעִין עַל הַקִּנְס כְּמִבְּנָאָר בִּירוּשַׁלַּיִם שְׁבוּעוֹת פ"ו ה"א וּכְמַש"כ הַתּוֹס' בּב"ק ד' מ"א ד"ה מוֹדָה בְּקִנְס כו' וּבְדָף מ"ו ד"ה דְּאָפִי נִינְק כו' פְּעִין זָה.

ע"כ לֹא הָוֵי שָׁם שׁוּם תּוֹעֵלְת פְּלִל מִן מַה שֶׁהַעֲיִד ע"א מְתַחֲלָה עַל חִיּוּב קִנְס לִכְּוֹן לֹא שְׁיִיף שָׁם לְדוֹן דְּהָוֵי נּוֹגַע לְהַחְזִיק דְּבָרָיו וְע"כ מְצַטְרֵפִין שְׁפִיר אַח"ז בְּיַחַד לְהַעֲיִד וְהָא דְסִנְהֶדְרִין דָּף לְמ"ד דְּגָמְרוּ הַדְּבָר הָיוּ מְכַנְיִסִין דְּהָיָה סְבָרָא לֹאמֹר דְּמְכַנְיִסִין לְעֵדִים מְשׁוּם דַּס"ל פְּרַבְּנָן דַּר"נ דְּאִין עִדּוֹתֵן מְתַקְּיָמַת עַד שֶׁיַּעֲיִדוּ שְׁנֵיהֶן כֹּא' וְאַף דְּהֵתָם הָא מִינְרֵי בְּחִיּוּב מְמוֹן דְּהָיָה תּוֹעֵלְת מִן ע"א לְחִיּוּב שְׁבוּעָה וּמ"מ לֹא אָמְרִינֵן דְּהָוֵי נּוֹגַע פְּדִי לְהַחְזִיק דְּבָרָיו הִרְאשׁוֹנִים מְשׁוּם דִּי"ל דְּבְאַמַּת יֵשׁ עֲצָה לָנָה שְׁיִתְּנוּ בְּפִירוּשׁ שְׁעֵיקָר עִדּוֹתֵן בְּתו"ע יְהֵי רַק בְּסוּף פְּשִׁיעֵידוּ בְּיַחַד וּבְעַת שֶׁהִי חוֹקְרִין וְדוֹרְשִׁין לְכֹא"א בּפ"ע אִין זָה רַק לְחַקִּירָה בְּעֵלְמָא שְׁלֹא בְּתו"ע וְע"כ לֹא שְׁיִיף שָׁם חֲשֵׁשׁ נּוֹגַע בְּעִדּוֹת עָנְף בּ וּבְכַתְּוִבוֹת ד' כ"א ע"ב ג' שְׁיִשְׁבּוּ לְקִנְיִם הַשְּׁטֵר שְׁנֵים מְפִירִין חֲתִימַת הָעֵדִים כו' עַד שְׁלֹא חֲתָמוּ מְעִידִין בְּפָנָיו מְשַׁחֲתָמוּ אִין מְעִידִין בְּפָנָיו וְלֹא אָמְרֵי דָּאָף עַד שְׁלֹא חֲתָמוּ הָוֵי נּוֹגְעִין בְּעִדּוֹת דְּעֵבִידֵי לְאַחְזוּקֵי דְבָרֵיהֶן מְשׁוּם דִּי"ל דְּכִינֵן דְּלֹא חֲתָמוּ לֹא שְׁיִיף בְּזָה אַחְזוּקֵי דִּיבּוּרֵיהוּ.

וְהָא דְּמְשַׁחֲתָמוּ אִין מְעִידִין כו' בְּאַמַּת פִּי הַתּוֹס' שָׁם ד"ה הָאָמַר רַב פְּפִי כו' דְּלִכְּוֹן אִין מְעִידִין מְשׁוּם דְּדָמֵי לְנוֹגְעִים בְּעִדּוֹת. אָף י"ל דְּשִׁא"ה דְּחֲתָמוּ וְעֲשֶׂה מְעֲשֶׂה וְהֵנָּה רַש"י וְהָרֵא"ש וְהַר"נ שָׁם פְּתָבוּ הַטַּעַם דְּלִכְּוֹן מְשַׁחֲתָמוּ אִין מְעִידִין מְשׁוּם דְּחֲתִי' קְפִינְתָּא בְּשִׁקְרָא הָוֵי וְעִינֵן בְּסִי' מ"ו שְׁ"ף ס"ק נ"ח.

וְלְכֹאֲוֹרָה צְרִיף בְּיֵאוּר דְּהָא בְּלֹא הַטַּעַם דְּחֲתָמוּ שֶׁקֶר הֵדִין הוּא דְּאִין מְעִידִין מְשַׁחֲתָמוּ מְשׁוּם דְּהֵם נּוֹגְעִין בְּעִדּוֹת. דְּאִין יְכוּלִים לֹאמֹר לְהִיפָּף מְשַׁחֲתָמוּ דֵּא"כ הַעֲיִדוּ שֶׁקֶר דְּהָא מַה שֶׁחֲתָמוּ הַשְּׁנֵים הָיָה לְהֵם דִּין הַעֲדָאָת עֵדִים כְּמַש"כ הַרְמ"א בְּשֵׁם הַרִיב"ש בְּסִי' מ"ו סע' ז' דִּיכוּלִין לְהַעֲיִד עִדּוֹת שֶׁהֵם מְפִירִים חֲת"י הָעֵדִים מִתּוֹף פְּתָבָם כו' וּכְמַש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' מ"ו ס"ק ז' דָּאם קִיָּמוּ בְּשְׁנֵים לֹא הָוֵי קִיּוּם הִינְנוּ שְׁיִהָא שָׁם ב"ד עֲלֵיהֶם אֲבָל הַעֲדָאָת עֵדִים הָוֵי וְכ"כ בְּס"ק ע' א"כ הָא הָיָה תּוֹעֵלְת מְעִדּוֹתֵן בְּמָה שֶׁחֲתָמוּ פְּכָר א"כ ה"ל נּוֹגְעִים בְּעִדּוֹת מְשׁוּם דְּאִין יְכוּלִים לְשַׁנּוֹת דְּבָרֵיהֶם וְלְהוֹצִיא לַעֲזוֹ ע"ע כְּמוֹ הָא דְסִי' י"ז בֵּאָה"ע הַנְּ"ל: וְהַנְּלַע"ד בְּאַמַּת לְהוֹכִיחַ כְּמַש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' מ"ו ס"ק י"ז לְהַשִּׁיג עַל הַרְמ"א וְהַעֲלָה דְלִדְיִן דְּקִי"ל דְּלֹא כַּהַר"ת דְּמְכַשִּׁיר עִדּוֹת מְפִי פְּתָבָם ע"כ גַּם בְּקִיּוּם שְׁטָרוֹת אִין לְקִנְיִם

השטר ע"י עדות בכתב ע"ש ולכן י"ל דלפ"ז לא ה"ה שום תועלת מעדותם במה שחתמו על ההנפק רק שנים כ"ז דלא ה"ה עליהם שם ב"ד והיכא דלא ה"ה ממש מעדותן כבר נתבאר דמוכח מכ"ד דבזה לא מקרי נוגעים ויכולים לשנות דבריהן ע"כ הוצרכו הרא"ש וש"פ לכתוב הטעם דלכן משחתמו אין מעידין משום דחתמו בשקר ומש"כ התוס' בכתובות הטעם דדמי לנוגעים בעדות.

הא משמע שם בהתוס' דהר"ת פתב פן מדכתבו אח"ז שם ות"י ר"ת כו' ע"כ י"ל דר"ת לטעמיה דס"ל להקשיר כל עדות בכתב ע"כ ה"ה ממש מעדותן לכן שפיר כתבו הטעם דהוי נוגע בעדות ולכן י"ל דהעיקר כמש"כ הש"ף בסי' ל"ג ס"ק ט' דאמרין הסברא דעבידי לאחזוקי דיבוריהו דלא יהיו פשקרנים וכמש"כ הנתיבות שם להסביר זה היטב והא דסנהדרין ד' ל' במה דהיו חוקרין מתחלה כל עד בפ"ע ואח"ז היו מצרפין אותם ביחד כבר כתבתי לעיל דאינו ראיה ועוד אפשר לומר פיון דהתורה צונתה להב"ד דיהיו דורשין היטב להעדים וכל המרבה בבדיקות ה"ז משופח פמבואר בסנהדרין ד' מ' וכיון דצורף התקירה הוא שיהיו שואלין מתחלה לכל עד בפ"ע ואח"ז יעידו ביחד לרבנן דפליגי על ר"נ א"כ הא חזינו דכן גזרה התורה דכיון שהיה שם עד פשר מתחלה בעת שהעיד כ"א בפ"ע והותחל אז שם עד עליהם ונגמר העדות בעת שיעידו ביחד כי זה הוא מן הכשר העדות ודומה זה למש"כ התוס' בסנהדרין ד' ע"ג פ"עין זה בד"ה ממונא לא משלם עד גמר ביאה כו' באה"ד בזה"ל הא לא פירכא היא דאח"כ חייב רחמנא עכ"ל: ולכן אין ללמוד מהתם לדוקתי אחרוני ובפרט די"ל כמו שכתבתי לעיל דמתנים עמהם בפירוש דעיקר תורת עדות הוא רק בעת שיעידו יחדיו וע"כ יש לדון במה שלפעמים חוקרין ודורשין את העדים תחלה שלא בפני בע"ד שיאמרו הב"ד להעדים דעיקר העדות הוא בעת שיעידו אח"ז בפני הבע"ד דאל"כ יש לחוש לשיטת הרש"ל דלא מהני הגדתן שנית בפני בע"ד וכפי שכתבתי דיש לחוש בזה משום אחזוקי דיבוריהו: ענף ג ועדיין יש להעיר בכ"ז בהא דסי' ל"ד סעי' כ"ז י"א דהעד ואותו שנשבע לו מצטרפים להעיד עליו ולפוסלו וכתב הסמ"ע ס"ק ס"ו דלאחר גמ"ד בא מחדש זה שנשבע לו והעד ומעידין לפניו ב"ד שנשבע לשקר כו' עכ"ל וקשה הא יש בזה חשש דאחזוקי דיבוריהו והא הוי תועלת מעדות הע"א לחייב שד"א ומוכח מזה דלא חיישינן פלל שיעידו בשקר שנית משום אחזוקי דיבוריהו ואף ה"ש חולקים טעמם דכיון דהתורה האמינו בשבועתו כו' וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ס"ח אבל באמת אין זה קשה פלל דהא מבואר בסי' פ"ז סעי' כ"ט דמי שפיר בקל וע"א מכחישו ונשבע ואח"כ הביא ע"א מצטרף עם הראשון כו' וכתב הסמ"ע ס"ק פ"ט דע"י ב' עדים נפסל מיד משא"כ פשאיין פאן אלא ע"א ובע"ד כו'.

וכ"כ הש"ף שם ס"ק ע"ג א"כ הע"א א"צ להעיד מחדש רק הבע"ד צריף להעיד עכשיו לפי שמתחלה לא ה"ה עליו שם עד רק בע"ד וכן הוא לשון הרא"ש בתשובה פפי שהובא בבית יוסף בסי' ל"ד סעי' ל"ח שכתב יראה שצריף להעיד עליו לפוסלו כו': ונקט ליה בלשון יחיד דהעיקר הוא דהבע"ד צריף להעיד אבל הע"א א"צ להעיד מחדש ולכן מש"כ הסמ"ע פנ"ל דלאחר גמ"ד בא מחדש זה שנשבע לו והעד ומעידין כו' הוא לא דוקא ולכן אינו קשה מזה על מש"כ הש"ף בסי' ל"ג ס"ק ט' דהיכא דהוי חשש אחזוקי

דיבורייהו אינם נאמנים משום דהא הע"א אינו מעיד שנית ומה דהבע"ד מעיד עכשיו
אין בזה חשש אחזוקי דיבורו דהא לא העיד מתחלה בתו"ע רק טען בתורת בע"ד.

ולכן יש בידו לומר עכשיו דלהעיד בן בתו"ע אינו יכול משום דאינו זוכר כ"כ ומה שטען
תחלה טענת פרי לא קעבר על מדבר שקר תרחק דמבואר בשבועות ד' ל"א משום דהא
ארף בטוענו בספק ג"כ חייב שד"א להכחיש הע"א כדקיי"ל בסימן ע"ה סעי' כ"ג וכמש"כ
הש"ך שם ס"ק פ' וגם יכול לומר דטען פן ע"פ רגלים לדבר דסי' ע"ה סעי' י"ז בהג"ה
וע"כ אין בזה שום חשש אחזוקי דיבורו ולפ"ז אפטר לדון דאם טען פן מתחלה טענת
פרי במקום הודאה במקצת דלא היה לו אז להע"א דבשד"א לא מהני רגלים לדבר כמו
תיבה פרוצה וכהנה דבזה שפיר יש לחוש דמעיד פן משום אחזוקי דיבורו פדי שלא יהא
נחשד דעבר תחלה על מדבר שקר תרחק וגם בזה יש לעיין הרבה אף בנגידון דהתם דהיה
החייב שד"א ע"י הע"א נדאי די"ל כמש"כ וע"כ אין ראיה מהתם לסתור לדברי הש"ך
הנ"ל: ולכן העיקר כמש"כ הש"ך דהיכא דיש לחוש משום אחזוקי דיבורו דלא מהני
עדותו ולכן שפיר פתבתי די"ל דהנכון עם שיטת הרש"ל דאם העידו שלא בפני בע"ד
דאין מקבלין אותן בפני בע"ד ולכן הנכון להתנות עמם בעת שמעידין שלא בפני בע"ד
כנ"ל: ואחר פתבתי כ"ז ראיתי בשער המלך ה' אישות פ"ט ה' י"ב שהביא בשם המהריב"ל
דעדות שנתקבל שלא בפני הבע"ד אינם יכולים לתזור ולהגיד משום דעבידי לאחזוקי
שיקרא: והקשה עליו מקידושין ד' ס"ג באיני יודע למי קדשתיה ובא א' ואמר אני
קדשתיה דנאמן ליתן גט ואינו נאמן לכנס דאע"ג דכשמודיעין ליה בטר הכי שאין כונסה
ה"ה עומד בדיבורו מ"מ לאחזוקי שיקרא הוא דעביד אלמא דלא חיישינן לאחזוקי דיבורא
עכ"ל אכן לפמש"כ לעיל דשאני בעדות שנתקבל שלא בפני הבע"ד דהיה תועלת מעדותו
לאיזה ענין ע"כ שפיר י"ל התם עבידי לאחזוקי דיבורם משא"כ התם באומר אני
קדשתיה דלא היה תועלת מן אמירתו ע"כ לא אמרו שם פן.

ע"כ אינו ראיה לסתור דברי המהריב"ל נעוד י"ל דשאני הא דקידושין דהא מבואר
באה"ע סי' ל"ז סעי' כ"ד היכא דנאמן ליתן גט ולא לכנס דאם כנסה אין מוציאין מידו
וזהו דברי הרשב"א והר"ן והמ"מ ועיקר הטעם הוא דהחשש דיצרו תקפו דמה"ט אין
נאמן לכנס אין זה רק מדרבנן וכמש"כ המקנה בק"א סי' ל"ז סעי' כ"ב ע"ש ע"כ אינו
דומה הך דקידושין להא דקבלת עדות שלא בפני הבע"ד דשא"ה באומר אני קדשתיה
דמה"ט נאמן לכנס ג"כ ע"כ לא חשו חז"ל שם להך דאחזוקי דיבורא משא"כ בקב"ע
שלא בפני הבע"ד דהוי חשש בדאורייתא לפי הסוברים דמה"ט אין מקבלין עדות שלא
בפניו להוציא ממון ע"כ שפיר יש לחוש להך דאחזוקי דיבורא ואין מדמין דרבנן
לדאורייתא פן יש לחלק: וכן ראיתי בשער המלך שם שהקשה מהא דאומרת גרשתני
דאם ניסת ונתקדשה שלא בפני בעלה דא"כ במחזקת דבריה.

והקשה מהא דקידושין הנ"ל דלא אמרינן פן אף באמת אין זה קשה דשא"ה דעבדה
מעשה ע"כ שפיר חשו דמחזקת מעשיה משא"כ היכא דלא הוי רק דיבורא בעלמא לא
חשו לזה וכעין הא דב"ב ד' ל' ע"ב דמחלקים התם עביד מעשה אבל הכא דיבורא עביד
אינש דמקרי ואמר וכעין זה בגיטין ד' ס"ז ע"א.

אף יש להקשות מן הא דקידושין על שיטת הריב"ש שהובא בדרך משה אה"ע סי' קנ"ב דאף באמרה שלא בפני בעלה גרשני אמרי' דלאחזוקי דיבורה כו' ותקשה עליו מהך דקידושין אכן לפמש"כ לחלק בין דרבנן לדאורייתא די"ל דבדרבנן לא קשו לזה ע"כ אינו קשה גם על הריב"ש מהך דקידושין גם י"ל דאולי הריב"ש ס"ל פשיטת השמ"ק דהובא בשעה"מ שם דהא דנאמן ליתן גט מיירי במודיעין ליה מיד שפא לב"ד שלא יכנס אותה וכו' ע"ד שלא לכוונסה ע"ש: וכבר אמרתי במש"כ הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' כ"ז בד"ה והנה ההפך שיש כו' דבנוגע אף אם התזיר השכירות שנטל לא מהני עדותו משום דיש לחוש משום אחזוקי דיבורו וכמש"כ הש"ך בס"ל לג כו' ע"ש ובאמת הא מוכח דמה שאמר מתחלה בעת שהיה בע"ד דלא אמרינן בזה אחזוקי דיבורו וראיה לזה מהא דסי' ל"ד סעי' כ"ז דאחר שנשבע מצטרף הבע"ד לפנסלו ואף החולקים שם טעמם משום דהאמינהו התורה בשבועתו ונצא פבר זכאי בב"ד כמש"כ הריב"ש בס"ל של"ט והסמ"ע שם.

ולא אמרינן ביה חשש אחזוקי דיבורא וע"כ מוכח דשאני היכא דהיה עליו שם עד בעת דהגיד בראשונה אף דהיה בשם עדות פסולה מ"מ פיון דלא היה בשם בע"ד ונוגע שאני והחילוק הוא ברור וק"ל וע"כ בפסול נוגע דה"ל בע"ד דאחר שנסתלק ולא הני נוגע דמהני עדותו ולא חיישינן לאחזוקי דיבורא וע"פ מש"כ דיש לחלק בין בע"ד ונוגע ובין היכא דלא הני נוגע מןשם קושיות השער המלה על המהריב"ל מהא דקידושין ה"ל דהא שם הני בחשש נוגע וכן יש להעיר על דברי הנו"ב ה"ל מהא דקידושין דמוכח מהתם דבנוגע לא חשו לאחזוקי דיבורא אף לפמש"כ לעיל דיש לחלק דשאני התם בקידושין דהוי חשש דרבנן ע"כ אין לסתור דברי הנו"ב מהא דקידושין דיש לחלק בין דרבנן לדאורייתא אכן מהא דסי' ל"ד ה"ל מוכח דלא כהנו"ב וע"פ מש"כ יש להעיר בדברי המהרי"ט ח' אה"ע סי' ל"ז בסוף הסימן דהביא דברי המהריב"ל ה"ל וכן לדברי הר"נ ספ"ב דקידושין דבנוטל ש"ך להעיד אם התזיר הש"ך מהני עדותו שיעיד מחדש ולא חיישינן לאחזוקי דיבורו וי"ל דשא"ה דכיון דלא הועיל פלל בעדותו שמתחלה פיון דאמרו דעדותו בטל וכש"כ למה דכתב המהריב"ל דיש לומר דמדאורייתא עדותו בטילה ולכן פיון דלא היה שום ממש בעדותו מתחלה ע"כ אין בו חשש ה"ל וכמש"כ לעיל אף אף לפי הכרעת הפוסקים דז"א רק מדרבנן מ"מ הא התם בנוטל ש"ך לא מהני עדותו אף היכא דהוי מוחזק דהא אמרו שם לשון עדותו בטל ע"כ שפיר י"ל פן לכ"ע ואדרבה לפמש"כ לעיל יש מקום לומר דהיכא דבטל עדותו הוא מדרבנן דלא חשו ביה כ"כ משום אחזוקי דיבורא וא"ש ביותר כ"ז.

ועיין בנתיבות סי' ל"ד ס"ק י' מה שכתב דנוטל ש"ך להעיד בין לזכות בין לחובה דאינו פסול רק מטעם קנס אם התזיר השכירות מהני עדותו אף שאינו מעיד מחדש וכ"כ הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' כ"ז א"כ בןדאי א"ש התם דהא אם ליכא חשש נוגע א"צ להעיד מחדש פלל רק היכא דהוי בחשש נוגע צריך להעיד מחדש והא פבר נתבאר דהיכא דהיה בחשש נוגע דהוי כמו בע"ד דלא שייך בזה חשש דאחזוקי דיבורו פלל ועיין בבית מאיר סי' י"ז סעי' ב' מזה.

והנתיבות שם פתב בפשיטות בנוגע שנטל שְׁכַר לְהַעֲיֵד לזכותו דְּלֹא מְהַי עֲדוּתוֹ שׁוּב
מִשׁוּם חֲשֵׁשׁ אַחְזוּקֵי דִּיבּוּרוֹ וְכִמּוֹ בְּהָא דְּסִי ל"ג סְעִי י"ב וְזֵהוּ כִּמְש"כ הַנּוּ"ב פִּנ"ל אֶכְן
לִפְמִש"כ יֵשׁ לְחִלְק בִּינֵיהֶם: סִימֵן כֵּט (סְעִי א') אַחַר שֶׁהַעֲיֵד הָעֵד בְּב"ד אֵינּוּ יָכוֹל לְחַזֵּר
כּו' אֲבָל בְּדָבָר שְׁמוּכִיחַ שְׁטַעָה פֶּגוֹן שֶׁהַזְקִיקוּהוּ ב"ד לְהִבְיָא עֲדִים שְׁאֵינּוּ רַמְאֵי וְא"ל
יּוֹדְעִים אַתֶּם בּוֹ שֶׁהוּא רַמְאֵי כּו' מְקוֹר הַדְּבָר הוּא בְּב"מ ד' כ"ח דְּאֲבוּהָ דְר"פ אֵיֶרְכֶס לִי
חֲמָרָא וְאֲשַׁפְּחוּהָ אַתָּא לְקַמְּנִי דְרַבְּהָ בֵּר ר"ה א"ל זֵיל אֵינִיטִי סְהָדִי דְּלֹאוּ רַמְאֵי אַתָּא אֲזַל
אֵינִיטִי סְהָדִי א"ל יְדַעִיתוֹן בִּי דְרַמְאֵי הוּא א"ל אֵין א"ל אֲנָא רַמְאָה אֲנָא א"ל אֲנִן לֹאוּ
רַמְאֵי אַתָּא קְאָמְרִינִן אֲמַר רַבְּהָ בֵּר ר"ה מְסַתְּבָרָא לֹא מֵינִיטִי אֵינִשׁ חוֹבְתָא לְנַפְשֵׁי וְפִי רַש"י
וְהַנ"י דְּכִסְבוּרִין שֶׁא"ל יְדַעִיתוֹן בִּי דְּלֹאוּ רַמְאֵי הוּא שְׁכַר הִי לֹו לְשׁוֹאֲלֵן וְהַרִי"ף וְהָרָא"ש
סִימֵנוּ דְּהַנְּי וְדֵאֵי מִיטְעָא קָא טְעוּ כּו' וְכ"כ הַטּוֹר וְהַשׁו"ע דְּעֵיקָר הַטְעַם בְּזָה דְּמוּכִיחַ
שְׁטַעָה: עֲנָף א וְלֹוּלָא דְּבַרְיָהֶם הֵינִיטִי אֲמַר דְּלִכְּן נֶאֱמָנִים הֵכָא מִשׁוּם דְּהָא אֲמָרוּ בְּב"ק ד'
צ"ג ר' יוֹחָנָן א' יֵשׁ הֵן שֶׁהוּא פְּלָאוּ וְפִי רַש"י אִם אֲמַר הֵן בְּתַמְלִי וְהַתּוֹס' וְהָרָא"ש פִּינְרָשׁוּ
דְּאֲפִילוּ אֲמַר הֵן שְׁדוּמָה בְּנִיחוּתָא מְסַתְּמָא בְּתַמְלִי קְאָמַר מִשׁוּם דְּיֵשׁ אֲנִמְדָּנָא דְּאֵין אָדָם
מוֹחַל עַל גְּזָקֵי גּוֹפּוֹ וְכ"כ הַטּוֹר בְּסִי תְּכ"א וְהַרְמ"א שְׁם סְעִי י"ב בְּשֵׁם י"א וְכַה"ג אֵי
בְּסִנְהֶדְרִין ד' ס"א בְּאֲמָרוּ בְּמִסִּית לְעַצְמוֹ וְא"ל אֵין דְּאֵין דְּקְאָמְרִי אַחוּכֵי עֲלִי וְכ"כ הַב"ח
וְהוּבָא בַּאֲה"ע סִי כ"ז וְבַח"מ ס"ק כ' וְמָה שְׁכַתְּבַּ הַב"ש שְׁם אַכְמ"ל בְּזָה אֲלֵמָא דְּמַצִּינוּ
דְּהִיכָא דְּאֵיפָא אֲנִמְדָּנָא דְּמוּכְחָא אֲמָרוּ דְּיֵשׁ הֵן שֶׁהוּא פְּלָאוּ אִף אִם אֲמַר בְּלִשׁוֹן גְּיַחוּתָא
ה"ה הֵכָא י"ל הָא דְּאֲמָרוּ לֹו יְדַעִיתוֹן בִּי דְּרַמְאֵי הוּא אֲמָרוּ לִי אֵין דְּכִינֵן דְּיֵשׁ אֲנִמְדָּנָא
הֵכָא דְּלֹא מֵינִיטִי אֵינִשׁ חוֹבְתָא לְנַפְשֵׁי דְּיֵשׁ לְפָרֵשׁ דְּמָה דְּאֲמָרוּ אֵין הִי פְּנוּנְתָם בְּלִשׁוֹן לֹאוּ
וְזֵה שְׁאֲמָרוּ לִי אֲנִן לֹאוּ רַמְאֵי אַתָּא קְאָמְרִינִן מִשׁוּם דְּהִי פְּנוּנְתָם בְּלִשׁוֹן לֹאוּ וְלִפ"ז אַפְתִּי
י"ל דְּהִיכָא דְּלֹא שְׁיִיךְ לְדוֹן פֶּן אֵינִם נֶאֱמָנִים לֹוּמַר שְׁטַעָה בְּלִשׁוֹן הַשׁוֹאֲלֵם פְּמוֹ שְׁפִינְרָשׁוּ
הָרַאשׁוּנִים מִשׁוּם דְּאֵין לְנוּ הֶכְרַח מְהַש"ס לְדוֹן פֶּן וְבַנּוּדָאֵי אֵין לְחִלְק בֵּין לִשׁוֹן הֵן וְבֵין
לִשׁוֹן אֵין וְכֵן בְּסִנְהֶדְרִין ד' ס"א הַנ"ל אֲמָרוּ פֶּן בְּלִשׁוֹן אֵין פֶּן הִי מְקוּם לֹוּמַר לֹוּלִי דְּבַרְי
הָרַאשׁוּנִים הַנ"ל: וְעַפ"ז יֵשׁ מְקוּם לְתַרְזַן דְּבַרְי הַרְמַב"ם שְׁלֹא הִבְיָא לְהָךְ דְּב"מ וְכַבְר
תְּמָה הַלַּח"מ בְּזָה בְּרַמְב"ם פ"ג ה' עֲדוּת ה' ה' אֶכְן לִפְמִש"כ דְּעֵיקָר פְּנוּנַת הַגַּמ' הוּא מִשׁוּם
דְּזֵהוּ בְּכֻלָּל מָה דְּאֲמָרוּ יֵשׁ הֵן שֶׁהוּא פְּלָאוּ א"ש דְּבַרְי הַרְמַב"ם וְהוּא דְּהַרְמַב"ם פ"ה ה'
חֻבְל וּמְזִיק ה' י"א לֹא הִבְיָא שְׁם לְהָא דְר' יוֹחָנָן דְּס"פ הַחוּבֵל דְּיֵשׁ הֵן שֶׁהוּא פְּלָאוּ וְהַמ"מ
שְׁם פְּתַב דְּזֵהוּ לְפִי דְּס"ל דְר"י דִּינָא בְּאֲפִי נַפְשֵׁי קְאָמַר וְלֹא פְּלִיג עַל אוֹקִימְתָא דְרַבָּא.

וְס"ל לְפָרֵשׁ לְדֵר"י כְּפִי רַש"י דְּקָאֵי בְּאֲמַר הֵן בְּתַמְלִי וְלִפִּי שֶׁהוּא פְּשׁוּט א"צ לְהַזְכִּירוּ
עַכ"ל הַמ"מ וְהוּבָא בְּבֵית יוֹסֵף לַח"מ סִי תְּכ"א אֲבָל בְּאֲמַת זֵה דְּחִסְק דְּאֲכַתִּי תִקְשָׁה דְּלָמָּה
לֹא הַזְכִּירוּ הַרְמַב"ם לְהָא דְּאֲמַר רַבִּי יוֹחָנָן פִּינֵן דְּקְאָמְרִי הִכִּי לְהַדְיָא בְּש"ס וְגַם הַרְשֵׁב"א
בַּחֲזִי לְב"ק שְׁם הָעֵלָה דְר"י פְּלִיג עִם רַבָּא מְדָלָא קְאָמְרִי אֲמַר ר"י אֲלֵא קְאָמְרִי ר"י אֲמַר
כּו' וְלִכְּן הָעֵיקָר כִּמְש"כ הַב"ח בְּטוֹר ח"מ סִי תְּכ"א דְּס"ל לְהַרְמַב"ם דְר"י פְּלִיג עַל רַבָּא
וּפְסִק פְּרַבָּא דְּהוּא בְּתַרְאָה וְכִסְתָּם מְשַׁנָּה וְלֹא חֲשֵׁשׁ לְמָה דְּאֲמָרוּ שְׁם תַנ"ה וְאַכְמ"ל: וְלִפ"ז
י"ל דְּלִכְּן לֹא הִבְיָא הַרְמַב"ם לְהָא דְּב"מ מִשׁוּם דְּס"ל בְּכַוְנַת הַגַּמ' דְּלֹא כִּמְש"כ
הָרַאשׁוּנִים דְּנֶאֱמָנִים לֹוּמַר דְּטְעוּ אֲלֵא כִּמְש"כ לְעֵיל דְּאֲתוּ עֲלֵהּ מִשׁוּם דְּהָךְ אֵין הוּא פְּלָאוּ
וְכִינֵן דְּעֵיקָר מִיְלִתָּא אִם אֲמָרִינִן הֵן פְּלָאוּ הִיכָא דְּהַנְּי אֲנִמְדָּנָא דְּמוּכְחָא זֵהוּ פְּלִגְתָּא אֲמֹרָאֵי
בְּב"ק ס"פ הַחוּבֵל רַבָּא עִם ר' יוֹחָנָן וְלִכְּן אֵין לְהוֹכִיחַ לְדִינָא לְהָא דְּב"מ מִשׁוּם דִּי"ל דְּהָךְ

סוגיא דב"מ דאמרו שם פן בשם רבה בר ר"ה וגירסת הרא"ש שם הוא רבה בר אבהו ורבא הוא בתראה מן רבה בר אבהו ועי' בגיטין ד' ל"ב ע"א תוס' ד"ה והאמר רבה כו' ובעירובין ד' נ"ט ע"ב בתוס' ד"ה בעא מיני' כו' וכן י"ל אף לגירסתנו רבה בר ר"ה ואפשר לומר דרבה בר אבהו ס"ל פשיטת רבי יוחנן דאמרינו להך פלגא יש הן שהיא פלאו היכא דמוכחי אבל לפיטת הרמב"ם דס"ל פרבא דלא אמרינו פן ע"כ י"ל דה"ה קא אינו נאמנין העדים לחזור מדבריהם בזה והא דמצינו בסנהדרין ד' ס"א דאין דקאמרי אחוכי עלי' היינו דוקא התם דשייך לומר אחוכי עלי' אבל הקא דלא שייך פן ע"כ אין ראי' מהתם פלל ועי' בסי' פ"א ובסנהדרין ד' כ"ט פן אפשר ליישב דברי הרמב"ם הנ"ל שלא יהי' מוקשה כ"כ בהשמתו: ענף ב והנה השער משפט בס"ק ב' פתב להסתפק בשני פתי עדים המכחישים זא"ז וכת אחת חזרה מדברי' אי אמרינו בזה ג"כ דאין חוזרים ומגידים וה"ל תרי ותרי או דילמא פיון דשנים מכחישין אותם יכולין לחזור מדבריהם הראשונים כו' והטלה דהיכא דחוזרים בלא אמתלא ה"ל כמו תרי ותרי אבל היכא דחוזרים ואמרי טעינו ועכשיו נזפרנו נאמנים והביא ראי' לזה מהא דאמרינו דהיכא דמוכח הדבר שטעו דנאמנים כמו הא דב"מ ובשו"ע הנ"ל כו' ובאמת לפמ"ש"כ דיש מקום לומר דלא אתינו לזה משום טעות דמוכחא רק משום הן שהיא פלאו ודאי אין זה ראי' לנ"ד ואף לפי שיטת הראשונים והטעו"ע דלא כפי מש"כ מ"מ יש לחלק דשא"ה דבעת דהעידו העדים שהיא רמאי הי' לנו הוכחה דטעו וה"ל כמו דלא אתחזק עדותן בב"ד משא"כ הקא דבעת דנתקבל עדותן בב"ד לא ראינו שום ריעותא בהו ע"כ עדיין יש לדון דכיון דנתקבל עדותן כב"ד דאין יכולין עכשיו לבטל לעדותן הראשונה וה"ל שפיר כמו תרי ותרי ולקמן בסי' ק"ט בשער משפט ס"ק ב' הוכיח פן מן מש"כ הרשב"א בתשובה דב"ד עצמם נאמנים לומר שטעו בהשומא דאל"כ לא משפחת לה דאף אם אתו אחרים ואמרי דטעו הא ה"ל תרי ותרי ואף שהם יותר מהב"ד כמש"כ השער משפט בסי' ק"ג ס"ק ד' ע"ש.

ונהו דלא פהגתיבות בסי' ק"ג ס"ק ג': וקשה הא פיון שהגיד אינו חוזרים כו' ומזה הוכיח השער משפט דמירי היכא דיש אחרים האמרי דטעו בשומא ובכה"ג יכולים לחזור מדבריהם הראשונים אבל באמת אין זה הוכחה פלל דהא פתב הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ל' בשם תשובת מיימוני דבדיינים לא דייגינן להך פלגא דכיון שהגיד אינו חוזרין ובפרט היכא שאין חוזרים ומגידים לגמרי ע"ש ע"כ י"ל דמה"ט נאמנים הב"ד לומר שטעו בהשומא אף דליכא עדים או ב"ד אחרים להעיד על הטעות וכמשמעות הרשב"א שם.

ולכן אין ראי' מהתם לנ"ד בעדים המכחישין זא"ז: אף יש להוכיח בעדים המכחישים זא"ז ועכשיו אמרי העדים נזפרנו וטעינו דנאמנים לבטל דבריהם מהא דסי' ע"ט סעי' ג' בשם הרמב"ם דמי שהודה בב"ד שחייב לזה התובע מנה ואח"כ אמר נזפרתי שפרעתי והרי עדים ה"ז עדות מועלת כו' ואינו פאומר לא לויתי מעולם ולפ"ז ה"ה בעדים יש לומר דאם אמרי עכשיו נזפרנו והרי עדים דנאמנים לחזור ולבטל דבריהם הראשונים והוא כש"כ מן הודאת פיו שאינו בהכחשה פמבואר בב"מ ד' ג' דנאמן לחזור מדבריו הראשונים אם יש עדים מסייעים לדבריו פיון דאינו סותר כ"כ לדבריו הראשונים פאומר לא לויתי מעולם כש"כ בעדים דישנן בהכחשה ובהזמה דנאמנים לבטל דבריהם

אם עדים מסייעים להם עכשיו היכא שאומרים טעינו וכה"ג אכן אפשר לומר דכ"ז הוא אם חוזרים מדבריהם קודם שבאו העדים השניים אבל בבאו העדים להכחישן מקודם שחזרו לומר נזכרנו י"ל דאינו נאמנים לבטל דבריהם הראשונים כמבואר התם בסי' ע"ט ברמ"א בשם הנ"י דדוקא שטעו שפרעו קודם שבאו העדים אבל אם באו העדים תחלה אינו נאמן.

כמו כן יש לחלק בעדים ועיין בסמ"ע שם ס"ק ט' מש"כ בטעם הדבר אף לפמש"כ הש"ך שם ס"ק י' בשם הרב המגיד דס"ל דאפילו באו עדים תחלה נאמן הלנה א"כ כ"כ יש לומר בעדים דנאמנים בכל גונוי אם עדים מסייעים להם במה שחוזרים עכשיו וגם יש לומר דאף הנ"י מודה בעדים דנאמנים בכל גונוי לבטל דבריהם הראשונים ושאינו פיו דאלים ביותר משום שאינו בהכחשה כמבואר בב"מ ד' ג' וגם י"ל דשאני בע"ד דהוי נוגע: ולכאורה יש להוכיח מהא דב"מ שם דאמרו מה לפיו שאינו בהכחשה תאמר בעדים שישנו בהכחשה והנמה והנמוקי יוסף פירש דהוה פיו אינו בהכחשה קאי היכא דבאו עדים מקודם דטעו נזכרתי שפרעו והובא בבבאור הגר"א זצ"ל סי' ע"ט ס"ק י' וכיון דמסיים שם תאמר בעדים שישנו בהכחשה משמע דמייירי דומיא דפיו דקאמר שם ומייירי ג"כ דהעדים אומרים נזכרנו וטעינו עכשיו וקאמרו ע"ז לשון שישנו בהכחשה דמשמע כמו כל לשון הכחשה בתרי ותרי דה"ל ספק השקול ולא דיהיו נאמנים העדים השניים הבאין להכחישן א"כ חזינו דגם בעדים הדין הוא כיון שבאו העדים השניים מקודם שחזרו מדבריהם הראשונים דינו כמו כל תרי ותרי המכחישים וה"ל ספק השקול: כן יש להוכיח לשיטת הנ"י אבל יש לדחות זה ההוכחה בכמה גונוי וקצרתי ועדיין יש לומר דגם הנ"י מודה בעדים דנאמנים לחזור מדבריהם הראשונים היכא דעדים מכחישין אותם אף בבאו העדים מקודם שחזרו בהם כיון דאומרים עכשיו שטעו מתחלה ואח"כ נזכרנו וכמש"כ השער משפט ולא מטעמי.

ואפשי פלוגתא בין הנ"י והמ"מ לא מפשינו כידוע ועיין באו"ת סי' ע"ט ס"ק ד' עדיסין ל (סעי' א') עודי ד"מ א"צ דו"ח כו' וזהו מדברנו שלא תנעול דלת כמבואר בסנהדרין ד' ל"ב ועפ"ז יש לדון במה דקיי"ל דנמצא א' מהם קו"פ עדותן בטילה כמבואר בסי' ל"ו ואף אם יעידו הכשרים בפ"ע לאח"ז ג"כ לא מהני כמש"כ בסמ"ע שם ס"ק ז' והט"ז שם ובסי' מ"ה בסמ"ע ס"ק ל"ד.

ואף להסוברים דברא"י לחוד לא נפסלו מ"מ כיון שהי' כבר הגדה בב"ד מכשרים ומפסולים מפסלי אכן אם העידו הכשרים והפסולים בלא דו"ח יש לומר דיכול המלנה לומר א"א בתק"ח שתקנו לטובתי לקבל עדות בלא דו"ח והא הרבה פוסקים ס"ל דאף להוציא ג"כ אמרינו א"א בתק"ח וכמש"כ לקמן כעין זה בחידושי לסי' ל"ו סעי' א' גבי שטר שחתום עליו עד פסול ע"ש וכיון דאמר א"א הוי ממילא כמו דלא הגידו מעולם בתו"ע בב"ד וכיון דלא הי' הגדה מהם בב"ד א"כ לא נצטרפו כלל לשיטת הסוברים דע"פ רא"י לא נפסלו אם לא הגידו הכשרים עם הפסולים בב"ד וכעין זה ראיתי באו"ת סי' ל' באורים ס"ק ח"י גבי עדות מיוחדת דס"ל דאינו אלא תק"ח לטובת המלנה דיכול המלנה לומר א"א בתק"ח ואף דעדות מיוחדת מהני גם גבי הלנה כמבואר שם סעי' ח' מ"מ ס"ל להאו"ת דלמי שתקנו לטובתו דיכול לומר אותו הבע"ד שהוא טובתו א"א

בתק"ח וכמש"כ מזה בסי' מ"ו סעי' י"ג בְּדַבְרֵי הָאו"ת הַנ"ל ע"ש וְאֵף דְּעֵדֵינּוּ צָרִיף
הַמְלִינָה לַתַּק"ח שֶׁתִּקְנוּ דַב"ד בְּבָבֶל אֵף דְּאֵינּוּ סְמוּכִין יִהְיוּ יְכוּלִין לְקַבֵּל עֲדוּת וְלָדוֹן דְּזֵהוּ
מִדְּרַבְּנָן מִשּׁוּם נְעִילַת דְּלֵת פְּמַבְנָאָר בְּסִנְהֶדְרִין ד' ג' מ"מ הָא זֵהוּ תִּקְנָה אַחֲרֵת וְע"כ שְׁפִיר
פְּתַב הָאו"ת לָדוֹן הֵף א"א בַּתַּק"ח וְה"ה יֵשׁ לָדוֹן פֶּן עַל הָא דְּעֵדִים שְׁנַצְטָרְפוּ בְּיַחַד קו"פ
אִם הֶעִידוּ בְּלֹא דו"ס פְּנ"ל וְהִנֵּה לְפִי מַה דְּרֵאִיתִי בְּסִפְרֵי תְּרוּמַת הַכָּרִי לְסִי' ק"ב שְׁפַתְב
דְּלֹא שְׁיִיף לֹמַר א"א בַּתַּק"ח רַק הֵיכָא דְּאִוּקְמִינּוּ אֲדֹאוּרֵיִתָּא אָבֵל הֵיכָא דְּלֹא יִהְי' לֹו
זְכוּת רַק מִדְּרַבְּנָן לֹא דְּיִינְיָנוּ א"א בַּתַּק"ח ע"ש א"כ ה"ה הֵכָא פִּינּוּ דְּעֵיָקֵר מַה דְּמִקְבְּלִין
עֲדוּת בְּבָבֶל אֵינּוּ רַק מִדְּרַבְּנָן מִשּׁוּם שְׁלִיחוּתֵי דְּקַמְאֵי וְכַמְש"כ לְעֵיל בְּסִי' א' ע"כ אֶפְשָׁר
לֹמַר דְּלֹא דְּיִינְיָנוּ הֵף א"א בַּתַּק"ח הַנ"ל אָבֵל בְּאַמַּת מִדְּבָרֵי תְּרוּמַת כָּרִי הַנ"ל אֵינּוּ מְוַכְרַח
כְּדְמוּכַח מִדְּבָרֵי הַר"י הִלְכֵן שְׁהוּבָא בְּשִׁמ"ק לְב"ק ד' ז' שְׁהוּבָא שָׁם וְגַם הָא הֶעֱלִיתִי לְעֵיל
בְּסִי' א' דְּמַה דְּדִנְיָן הָאִידְנָא דֵינּוּ לְכָל מְיָלֵי פְּדֹאוּרֵיִתָּא מִמֶּשׁ ע"ש: וְעַדִּי קְדוּשִׁין א"צ דו"ס
כְּמַבְנָאָר בֵּאֵה"ע סִי' מ"ב וּלְפ"ז יֵשׁ לָדוֹן בְּשָׁנִים אוֹמְרִים נִתְקַדְּשָׁה וּב' אוֹמְרִים לֹא
נִתְקַדְּשָׁה דָּאִם נִיסַת תַּצָּא כְּמַבְנָאָר בֵּאֵה"ע סִי' מ"ז סְעִי' ב' וְלֹא מוֹקְמִינּוּ אַחֲזָקָה מִשּׁוּם
דְּבִדְאוּרֵיִתָּא ה"ל סְפִיקָא דְּרַבְּנָן וּמִדְּרַבְּנָן הֶחְמִירוּ כַּמְש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת ד' כ"ו
וּבְקְדוּשִׁין ד' ס"ו וּב"ב ד' ל"ב.

ע"כ אֶפְשָׁר לֹמַר דָּאִם הֶעִידוּ בְּלֹא דו"ס דְּאֵינּוּ רַק מִדְּרַבְּנָן דִּיהֵל' הַדִּין בְּזֵה דָּאִם נִיסַת לֹא
תַּצָּא אֵף דְּעֵיָקֵרוּ הוּא מַה"ת עַכ"ז הָא גַם תְּרוּמָה דְּרַבְּנָן מְקַרֵי יֵשׁ לֹו עֵיָקֵר מַה"ת כַּמְש"כ
הַתּוֹס' בְּעִירוּבֵין ד' ל"ב אָבֵל בְּאַמַּת מוּכַח בְּכַתְּוֹבוֹת ד' כ"ג דְּפָרִיף הַגַּמ' מ"ש רִישָׁא וּמ"ש
סִיפָא וְעֵינּוּ בְּתוֹס' שָׁם ד"ה מ"ש כו' וְהָא הַמ"ל דְּמֵיָרִי בְּלֹא דו"ס וְע"כ מוּכַח דְּגַם זֵהוּ
דֵינּוּ פְּדֹאוּרֵיִתָּא וְכֵן מוּכַח מְהָא דְּקִידוּשִׁין ד' ס"ו גְּבִי תְּרֵי אֶמְרֵי אֲשַׁתְּבֹּאֵי כו' דְּאֵף דְּשְׁבוּנִי
אֵינּוּ רַק מִדְּרַבְּנָן מ"מ ה"ל זֵה כְּמוֹ דְּאוּרֵיִתָּא וְכַש"כ לְפִי מַש"כ הַר"ן לְחֻלְק דְּמְיָלֵי
דְּאִישׁוֹת שְׁאֵנִי וְהוּבָא בְּב"ש סִי' מ"ז וְקַצְרֵתִי וְעֵינּוּ בְּפ"י בְּקְדוּשִׁין ד' ס"ו: (שָׁם סְעִי' ב')

אֶפְיָלוּ אֶמַר הָאֲחָד מְנָה הַלְוָהוּ וְהַשְׁנִי אוֹמַר מְאֵתִים חֲזִיב לְשַׁלֵּם מְנָה כו'.

עוֹד שָׁם סְעִי' ג' סַמ"ע ס"ק ט"ו שְׁפַתְב אָבֵל אֵי לֹא נִשְׂאָר עַד לֹא הָיוּ מְחִיבֵין שְׁבוּעָה עַל
הַמָּאָה הַנְּשֹׂאֶרֶת שְׁאִין לָהּ צִירוּף דְּעַד הַמְּבִיא לִידֵי חַיִּיב מְמוֹן ע"י צִירוּף אֵינּוּ מְבִיא לִידֵי
שְׁבוּעָה וְזֵהוּ ע"פ הַטּוֹר שָׁם וְהַש"ף ס"ק יו"ד פְּתַב בּוּזָה"ל גַּם מַה שְׁנִרְאָה מִהַטּוֹר דִּיהֵכָא
דְּכָבֵר נְצַטְרָף ע"א לְמָמוֹן לֹא מְחִיבֵין שְׁבוּעָה ע"פ בְּהַנְּשֹׂאָר לֹא הַנּוֹכַח זֵה בְּבַעֲה"ת כו'
כְּגוֹן א' מַעִיד שְׁהַלְוָהוּ ר' וּא' מַעִיד שְׁהַלְוָהוּ ש' מְשַׁלֵּם ר' וְנִשְׁכָּע עַל ק' כו' עַכ"ל וְסַבְרַת
הַטּוֹר צָרִיף בִּיאוּר דְּמַפְנֵי מַה אִם נְצַטְרָף לְמָמוֹן לֹא יְבִיאוּ לִידֵי שְׁבוּעָה וְכֵן הֶעִיר בְּזֵה
הָאו"ת בְּס"ק ח': עֲנָף א וְהַנְּלַע"ד בְּכָל זֵה וְהוּא דְּלְכֹאֲרָה יֵשׁ לְהַעִיר בְּמָה דְּאֶמְרוּ ע"א
אוֹמַר מְנָה וְהַשְׁנִי אוֹמַר מְאֵתִים דְּחֲזִיב מְנָה שְׁיֵשׁ בְּכָלֵל מְאֵתִים מְנָה הָא יֵשׁ לָדוֹן בְּזֵה דַה"ל
עֲדוּת שְׁבִטְלָה מְקַצְתָּה בְּטְלָה כְּנֹלָה כְּמַבְנָאָר נִשְׁיַת הַרְּאָב"ד וְהוּבָא בְּרֵא"ש מְכוּת פ"א
סִי' י"ד שְׁפַתְב לְחֻלְק דְּשְׁאֵנִי פ' רְבַעֲנֵי דְּהָיוּ בְּשֵׁם בַּע"ד לְעַצְמוֹ וְלֹא שְׁיִיף בִּי לֹמַר עֲדוּת
שְׁבִטְלָה כו' אָבֵל הֵיכָא דְּלֹא הָיוּ בְּשֵׁם בַּע"ד פִּינּוּ דְּנִתְבַּטְּל עֲדוּתוֹ בְּמִקְצָתוֹ בְּטְלָה כְּנֹלוֹ
וְעֵינּוּ מְנָה בִּירוּשְׁלָמֵי גִיטִין פ"א ה"א וּבְמְכוּת פ"א וּבְמִרְאָה הַפְּנִים שָׁם וּבַח"מ סִי' ג"א
סְעִי' ו' א"כ ה"ה הֵכָא פִּינּוּ דְּנִתְבַּטְּל עֲדוּתוֹ בְּמַה שְׁמַעִיד עַל מְאֵתִים דְּהָא הָיוּ עַד יַחֲדֵי עַל
מְנָה ב' וְאֵינּוּ נֶאֱמָן לְכֵן יֵהָא בְּטְלָה עֲדוּתוֹ עַל הַמְּנָה א' אֵף ע"י צִירוּף וְאֵין לֹמַר דְּשְׁאֵנִי
הֵכָא פִּינּוּ דְּאֶמְרִינּוּ דְּבִין מְנָה לְמְאֵתִים טְעוּ אֵינְשֵׁי כַּמְש"כ הַתּוֹס' בְּב"ב ד' מ"א ע"ב א"כ

הגוי פאלו לא העיד מעולם על מאתים רק על מנה ע"כ לא שנייה בזה לומר דבטלה עדותו במקצת דזה אינו דהא עיקר הסברא דאמרו דטעי אינשי וזה משום דאמרינו דהעד דהעיד על מנה טעה בהיתרון על מנה אבל בהעד של מאתים לא שנייה לומר דטעה כמש"כ הנתיבות ס"ק ג' דתלינו הטעות בעד האומר מנה ע"ש ועוד דהא היכא דהעד המעיד על מאתים הוא בזמן אחר שלא בזמן של העד האומר מנה הא שם לא שנייה לומר דטעה דהא דוקא במקום הכחשת עד הב' בזה תלינו בטעות כדי לתרץ דברי העדים שלא יכחישו זא"ז כמבואר שם א"כ קשה דנימא בזה עדות שבטלה מקצתו לפי דלא מהימנינו ליה על מנה השנית עכ"פ ממילא יתבטל עדותו על מנה א' ג"כ וזה צריף בפיאור: והנלע"ד להסביר דז"א קשה פלל די"ל דדוקא היכא דנתבטל עדותו במקצת משום פסול הגוף דקורבא וכה"ג בזה אמרו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דהא פסול הגוף הוא פסול גמור דלא חזי אף לאצטרופי לאחר ומקור הענין דעדות שבטלה מקצתו כו' הוא בירושלמי גיטין פ"א ה"א ובמכות פ"א ה"ז דילף ליה זה מהא דמה שנים נמצאו א' מהן קו"פ כו'.

ומיירי שם בכתב נכסיו לשני ב"א והיו עדים פשרין לזה ופסולין לזה ע"כ י"ל דוקא בקו"פ דנתבטלה עדותו לגמרי בזה אמרינו בטלה מקצתו בטלה כולה דהא עדות קו"פ לא חזי פלל משא"כ היכא דנתבטלה עדותו משום דהוי רק ע"א פיון דחזי לאצטרופי עם אחר לכן לא מקרי זה עדות שבטלה מקצתו וגם הא עיקר דין עדות הוא היכא דהוי שנים ומה"ט אף בעדות קרקע דלא מהני עדותו אף לחייב שבועה כמו דהא דב"ב ד' מ"א דחד אמר תרי אנצייתא עאל וחד אמר תלת אנצייתא עאל דאמרו זיל שלים תרתי מגו תלת ולא אמרינו בטלה מקצתו בטלה כולה דהא על אנצייתא השלישי אינו נאמן פלל אף לחייבו שבועה וע"כ מוכח פיון דחזי לאצטרופי עם אחר לא קרינו בי בטלה מקצתו כו'.

והמחנה אפרים ה' עדות סי' ו' העיר דהא דכתובות ד' כ"ב בע"א אומר נתקדשה וע"א אומר לא נתקדשה כו' וכן ע"א אומר נתגרשה כו' דתרונייהו בא"א קא מסהדי דאמאי לא אמרינו בזה עדות שבטלה מקצתו כו' ולפמש"כ א"ש מה דלא אמרינו בזה עדות שבטלה מקצתו כו' דהא במה שאין ע"א נאמן יחידי אין זה פסול הגוף וחזי לאצטרופי לעוד ע"א ע"כ לא שנייה בזה לדון בטלה מקצתו: והנה ראיתי במח"א שם שהעיר בהא דב"ב ד' ל"א דאמרו ז"א של אבותי וז"א של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתי' ואכלה שני חזקה כו' נהי דאתכחש באכילה באבהתא מי אתכחש והקשה דאמאי לא נימא בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כמו בב"ק ד' ע"ג דאמרו דכי מתזמי אטביחה ה"ל עדות שבטלה מקצתה כו' עכ"ל המח"א וכן העלה הפני יהושע בב"ק שם דגבי הכחשה לא אמרינו בטלה מקצתה בטלה כולה דהא לא בטלה לגמרי ע"ש וזהו במש"כ המח"א הנ"ל וכבר הקדימם השמ"ק לב"ב ד' ל"א שהעיר ג"כ בזה וכתב לחלק דשאני הכחשה וכמש"כ המח"א והפ"י פנ"ל ועיין בשמ"ק לב"ק ד' ע"ג ויש להסביר זה בפיאור ע"פ המבואר בירושלמי גיטין פ"א ובמכות פ"א דילף להא דעדות שבטלה מקצתה כו' מהא דמה שנים נמצאו מהן קו"פ כו' ומצינו בתוס' סנהדרין ד' ל"א ד"ה שבש"א כו' לחד תי' דלכן לא אמרינו בעדים המכחישים לא אמרינו דה"ל א' מהם קו"פ ה"ה גבי עדות הפסול ידוע ולכן כמו דבעדים המכחישים לא אמרינו דה"ל א' מהם קו"פ ה"ה גבי עדות שבטלה מקצתה כו' דלא אמרינו זה גבי הכחשה ולאידך תירוצים שבתוס' סנהדרין שם

ובב"ב ד' מ"א י"ל דס"ל פשיטת הסוכרים דלא אמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' וחילקו דשאני פלוני רבעני וכמש"כ הרא"ש במפוח בפ"א ועיין בתוס' סנהדרין ד' ט' ע"ב ד"ה ואין אדם כו' שכתבו דאם פהו נשוי אחותו והוא נאחר מעידין כו' אבל לא להורגה כו' וזהו ע"פ שיטת הסוכרים דלא אמרינן פלל עדות שבטלה מקצתה כו' אף דלא הוי הבע"ד עצמו רק בפסול קורבא וקצרת: והמח"א ה' עדות סי' ג' הוכיח פדעת הר"ב ד' דאמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' מהא דב"ק ד' ע"ג דכי מתזמי אטביחה ה"ל עדות שבטלה מקצתה כו' ולדעתו אין זה ראיה דשא"ה דכינן דמתזמי אטביחה וה"ל פסולים למפרע בחשש משקרים וכמש"כ רש"י שם ד"ה איתזמי להו אגניבה כו' משום פסולי עדות עכ"ל וכ"כ הפני יהושע שם בד"ה איתזמי להו אגניבה כו' והשיג שם על המהר"ש"א וקצרתי לפי שאין זה שייכות כ"כ לענייניו ובעיקר הו מילתא אי שייך גם בהכחשה עדות שבטלה מקצתה כו' י"ל דזהו פונת הגמ' בב"ב ד' ל"א דקאמרי לבסוף עד פאן לא קאמר רב הונא אלא לעדות אחרת אבל לאותה עדות לא די"ל דלכן שאני לאותה עדות משום דה"ל עדות שבטלה מקצתה כו' ומחולקים שם בזה הדין אי אמרינן בהכחשה עדות שבטלה מקצתה כו' או לא נכסברת המח"א והפ"י והשמ"ק ה"ל ועיין בתוס' בב"ב שם ע"א ד"ה א"ל רבא כו': ענף ב נחזיר לענייניו דנתבאר דבמה דע"א אינו נאמן לא שייך בזה לדון בטלה מקצתה כו' ולכאורה יש להעיר בזה מהא שכתב הר"נ בקידושין פ"ג דסוגיא שם ד' ס"ז בשם הרמב"ן שכתב דלכן ע"א אינו נאמן לומר דהמעוות הוא של מעשר דכינן דהוי אפוקי ממונא דאינו נאמן ע"א ע"כ ממילא בטל עדותו אף לענין איסור וזהו לחד תי' שם אף יש לחלק דשא"ה דזהו מילתא דלא אפשר למפלג עדותו פלל ואף דבגיטין ד' ח' קי"ל דעצמו קנה ונכסים לא קנה וכמבואר זה באריכות בגיטין בירושלמי פ"א ה"א בפ"מ ד"ה ויבא פהדא דכתב פל נכסיו לשני ב"א פאחת כו' בשם הרמב"ן ע"ש.

עכ"ז יש לחלק ביניהם פמבואר להמענין בזה ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ג' ויש לדון בדברי הירושלמי סוף פ"ו דסוטה ואכמ"ל ועיין ביבמות ד' מ"ז ע"א וקצרתי: ולכאורה יש להוכיח להיפוך מזה מהא דגיטין ד' ע"ו ע"א ת"ר א"ל ה"ז גיטף ע"מ כו' ואין א' מהראשונים וא' מהאחרונים מצטרפין כו' והובא באה"ע סי' קמ"ג סעי' יו"ד והב"ש שם ס"ק כ' כתב דאע"ג דמצטרפין עדות אף בדיני אישות שא"ה דהתנה תנאי אחר ופשוט עכ"ל ויש לומר דהכוננה הוא דלכן אין מצטרפין אותם לדון דתהא אסורה להנשא אם לא התקיים לתנאי א' משום דכינן דנתבטל עדותו במה שמעיד על קיום התנאי אף הי' התנאי דהא בזה לא הוי רק ע"א וע"א אינו נאמן ע"כ דיינינן בי' עדות שבטלה מקצתו בטלה פולה פו י"ל בזה: אף באמת ז"א לפמש"כ לבאר במה דע"א על מנה וע"א על מאתים דמצטרפין על מנה ולא דיינינן בזה עדות שבטלה מקצתו כו' משום דהא דאינו נאמן מחמת דהוי רק ע"א זה לא מקרי בטל מקצתו א"כ נסתר מש"כ בכוננת הא דגיטין ה"ל ולכן העיקר בזה כמש"כ התורת גיטין בחי' לגיטין ד' ע"ו לבאר דשאני בהו עדות מיוחדת דמצטרפין משום דהא עכ"פ על מנה א' שניהם מעידים אבל בהא דגיטין מחולקים העדים לגמרי בקיום התנאי דכ"א מעיד על תנאי אחר ע"כ אינו מצטרפין ע"ש ולא שייך לדון בזה פלגינן דיבורא ולהאמין לו דהי' עכ"פ אמירת הבעל

על תנאי לחידו' דו"א דכינון דלא פירש להתנאי ה"ל כעין הא דנדרים ד' ה' דבמדרגה
ממך לחודיה ה"ל ידים שאין מוכיחות וה"ל דברים שבלב.

וגם זה דומה למש"כ התוס' בכתובות ד' י"ח ע"ב ד"ה ואין אדם כו' בחד פירוצא דמחמת
ממון או מחמת נפשות הני פירושא דאנוסים היינו לכן לא פלגינן דיבורא וכ"כ הנמוקי
יוסף ספ"ב דיבמות ע"ש ועיין מנה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ג' ובירושלמי
סוף פ"ו דסוטה ובכתובות ד' כ"ג ע"ב וקצת: ענף ג' ולקמן סי' רכ"ב בקצה"ח ס"ק ב'
כתב בזה אומר פולה שלי כו' וע"א מעיד דכולה של חבירו והבע"ד נשבע דחציו שלו
והעלה דבמה דלא נשבע נגדו ה"ל כשנים ע"ש והנתיבות ס"ק ג' כתב להשיג על
הקצה"ח דכינון דנשבע להכחיש העד במקצת ונתבטל עדותו במקצתו ה"ל עדות שפטל
מקצתו בטלה פולה ואינו חשוב עד כלל וחשוב נגד המקצת פאלו אין כאן עד כלל עכ"ל
הנתיבות ולפי מש"כ להעיר בהא דע"א אומר מנה וע"א אומר מאתים דמצטרפין על
מנה וקשה דנימא עדות שפטל מקצתו בטל כולו כנ"ל וע"כ מוכח דכינון דחציו להצטרף
לע"א ע"כ לא מקרי עדות שפטל מקצתו כו' א"כ מוכח מנה דלא פהנתיבות דכתב
דדיינינו בזה עדות שפטל מקצתו כו' ויש לחלק דשאני בנידון דהנתיבות בסי' רכ"ב
דמייירי לאחר שנשבע הבע"ד ושייך בזה סברת הסמ"ע בסי' ל"ד ס"ק ס"ח דהיקא
דנשבע הבע"ד נגד הע"א אמרינו דכינון דהאמינתו התורה בשבועתו הרי עדותן פלא הי'
ע"כ שפיר שייך לומר בזה בטל מקצתו כו' משא"כ בלא נשבע הבע"ד להכחישו שפיר
י"ל דלא מקרי בטל מקצתו: ועפ"ז יש להסביר שיטת הטור דס"ל דעד שיהיאו לידי
חייב ממון אינו מחייבו שבועה בהנשאר דטעמו הוא משום דאם יחייבו שבועה על
הנשאר אז שפיר יש לדון בזה עדות שפטלה מקצתו בטלה כולו דהא במה דנשבע על
הנשאר להכחיש הע"א הרי עדותו פמאן דליתנהו דהא כתבו בסי' ל"ד סעי' כ"ז בשם
הרמב"ן דס"ל דלאחר שנשבע להכחיש העד אינו מצטרפין לפוסלו והטעם משום
דהתורה האמינתו בשבועתו כנ"ל.

ואף לשיטת הטור דהביא בסי' ל"ד לשיטת ה"ר יקר דס"ל דאף לאחר שנשבע מצטרף
העד ולא ס"ל לסברת הסמ"ע הנ"ל: מ"מ הא מבואר בבית יוסף בסי' ל"ד סעי' ל"ח
שהביא בשם תשובת הרא"ש דכתב בנשבע להכחיש העד דהעד והבע"ד מצטרפין
לפוסלו דצריכין להעיד מחדש בב"ד העד והבע"ד ע"ש: וכן משמע לשון הסמ"ע סי'
ל"ד ס"ק ס"ו דהעד והבע"ד צריכין להעיד מחדש ע"ש ואף דהא העד הי' עליו שם עד
פטר בעת שהעיד מ"מ פיון דנשבע הבע"ד נגדו אמרינו דכינון דהתורה האמינו בשבועת
הרי עדותו פלא הי' וע"כ צריף גם העד להעיד מחדש בב"ד: ולקמן סי' פ"ז סעי' כ"ט
כתבו בפי' שנשבע להכחיש ע"א ואח"כ הביאו התובע עוד ע"א מצטרף עם הראשון כו'
ונהו מהרי"ף ורא"ש בב"ק ד' ק"ו וכתב הסמ"ע שם ס"ק פ"ט לתרץ קושיות הבית יוסף
שכתב דדברי הטור סותרין זא"ז משום דדוקא הבע"ד צריף לבא ולהעיד מחדש משא"כ
בעד פיון דאין עליו שם פסול ע"כ א"צ להעיד מחדש וכ"כ הש"ף שם ס"ק ע"ג אף מן
הבית יוסף שם שלא חילוק פן מוכח דס"ל דאף בעד א' פיון דנשבע הבע"ד נגדו הרי
עדותו פלא הי' וע"כ צריף להעיד מחדש וכמו דמוכח מתשובת הרא"ש דהובא בב"י סי'
ל"ד דכתב דצריכין שניהן להעיד כו' וכן משמע מן הרשד"ם סי' קצ"ה דלא חילק בחילוק

שֶׁל הַסְּמִיעַ וְכֵתֵב חֵילֹק אַחַר עִישׁ וְעִי בַבֵּחַ סִי פִּיז וְכִסִּי לִיד בֵּטוֹר חִמּוּ וּבִישׁ"ש
לִבֵּק פִּיט סִי מִיז וְהוּבָא בְּקִצְרָה בִּשְׁ"ף סִי לִיד סִי"ק לִב.

ע"כ י"ל בְּשִׁטַּת הַטוֹר דְּסִי ל' הַנִּזְל דְּס"ל פְּדִמְשָׁמַע סְבֵרַת הַבֵּית יוֹסֵף וּשְׁאָרֵי פּוֹסְקִים
דְּאִינּוּ מְחֻלְקִים בֵּין הָא דְהַעֲד וְהַבַּע"ד מְצַטְרָפִין לְאַחַר הַשְּׁבוּעָה דְצָרִיכִין לְהַעֲד מְחֻדָּשׁ
וּבֵין הָא דְעַד אַחַר עַד בְּעֵדוֹת מְיֻחָדָת מְצַטְרָפִין דְהַסְבָּרָא נוֹטָה דְלְאַחַר שְׁבוּעַת הַבַּע"ד
נִגְדוּ חֲשׁוֹב עֵדוּתוֹ כְּמֵאן דְלִיתְנָהוּ וְצָרִיף לְהַעֲד מְחֻדָּשׁ לְאַחַר שְׁבוּעַת הַבַּע"ד דְשִׁיף בְּזָה
הַסְבָּרָא הַנִּזְל ג"כ פִּינּוּ דְהֶאֱמִינוּ הַתּוֹרָה בְּשְׁבוּעָתוֹ פִּנּוּ"ל וְגַם יְדַעְתִּי דִישׁ מְקוֹם לְחֻלְק
דְשִׁאֲנִי לְעֻנְיָהּ דְמְצַטְרָפִין לְפִנְסֵלוּ דְבְּזָה פְתִיבוּ דְצָרִיף לְהַעֲד מְחֻדָּשׁ מִשׁוּם דְבַעַת עֵדוּתוֹ
הָא לֹא נִפְסֵל אֲז מְקוֹדֵם דְנִשְׁבַּע מִשָּׂא"כ אִם דְיִינְיָנוּ לְהוֹצִיא מְמוֹן בְּזָה שְׁפִיר י"ל דֹּא"צ
לְהַעֲד מְחֻדָּשׁ בְּפֶרֶט הִיכָא דְהוּי עֵדוֹת מְיֻחָדָת עַל מְמוֹן א' וְעִי בִישׁ"ש בַּבֵּק פִּיט מְזָה
מ"מ יֵשׁ לְזַמֵּר בְּכַנְנֹנַת הַטוֹר דְהֶכָא דְס"ל שְׁלֹא לְחֻלְק בְּזָה וּבְכָל גְּוֹנֵי צָרִיף הַעֲד א' לְהַעֲד
מְחֻדָּשׁ בְּעַת דְבָא הַעֲד הַשְּׁנִי פִינּוּ דְנִשְׁבַּע הַבַּע"ד נִגְדוּ לְהַכְחִישׁוּ בִשְׁד"א וְחֲשׁוֹב עֵדוּתוֹ
כְּמֵאן דְלִיתְנָהוּ וְע"כ צָרִיף ע"א לְהַעֲד מְחֻדָּשׁ בַּב"ד לְאַחַר שְׁבוּעָתוֹ וְעִי לְעִיל סִי כ"ח
סְעִי ט"ו עֲנָף ג' מִש"כ שָׁם: וּלְפִיז אֲתִי שְׁפִיר שִׁטַּת הַטוֹר דְס"ל דְעַד שְׁהִבִּיאוּ לִידֵי חֵיבוֹב
מְמוֹן אִינוּ מְחִיבֵי שְׁבוּעָה בְּהַנְשָׂאָר וְהוּא דְכִינּוּ דְצָרִיכִים עֵדוֹת מְחֻדָּשׁ בַּב"ד לְעֻנְיָ צִירוּף
לְאַחַר ע"כ שְׁפִיר קָרִינּוּ בְּזָה עֵדוֹת שְׁבִטְלָה מְקַצְתוּ בְּטְלָה כְּלוּ דְהָא עֵדוּתוֹ שְׁהַעֲד עַל
מְנָה ב' נְתַבְטַל כְּעַת לְאַחַר שְׁנִשְׁבַּע הַבַּע"ד נִגְדוּ וְאִינוּ חֲזִי לְהַצְטָרֵף לְעוֹד ע"א כ"ז דְלֹא
יַעֲד מְחֻדָּשׁ בַּב"ד שְׁנִית מִשׁוּם דְעֵדוּתוֹ שְׁהַעֲד כְּבָר נְתַבְטַל לְאַחַר שְׁבוּעַת הַבַּע"ד.

ע"כ בְּטְלָה עֵדוּתוֹ אִף עַל הַמְנָה דִישׁ לְהַ צִירוּף עֵדִים בְּעַת עֵדוּתוֹ מִשׁוּם בְּטְלָה מְקַצְתוֹ כו'
וּבְזָה לֹא שְׁיָיֵף לְזַמֵּר כְּמִש"כ לְעִיל דְלֹא מְקַרִי בְּטְלָה מְקַצְתוֹ מִשׁוּם דְחֲזִי לְאַצְטְרוּפִי לְעוֹד
ע"א דְהָא צָרִיף עֵדוֹת מְחֻדָּשׁ בַּב"ד כְּמוֹ שְׁכַתְבִּיתִי בְּשִׁטַּת הַטוֹר דִּי"ל דְס"ל כִּן.

ע"כ ס"ל דְעַד הַמְבִּיאוּ לִידֵי חֵיבוֹב מְמוֹן אִינוּ מְחִיבֵי שְׁבוּעָה מִשׁוּם דְאִם יְחִיבֵי שְׁבוּעָה
מְמִילָא יְתַבְטַל עֵדוּתוֹ מֵה שְׁהַעֲד עַל מְנָה א' ג"כ וְע"כ טוֹבַת הַתּוֹבַע הוּא דְלֹא יִשְׁבִּיעַ אֶת
הַנְּתַבַּע וְאֲז לֹא נִדּוֹן בִּיהַ בְּטְלָה מְקַצְתָהּ כו' פִּינּוּ דְחֲזִי הֵא עֵדוֹת מֵה שְׁהַעֲד עֲכָשְׁוּ
לְהַצְטָרֵף לְאַחַר דְהָא כ"ז דְלֹא נִשְׁבַּע נִגְדוּ א"צ לְהַעֲד מְחֻדָּשׁ בַּב"ד כְּשִׁיבָא עוֹד ע"א
לְהַצְטָרֵף עִם עֵדוּתוֹ וְע"כ יוֹמֵר טוֹב הוּא לְהַתּוֹבַע דְלֹא יִשְׁבִּיעַ אֶת הַנְּתַבַּע עַל מְנָה הַשְּׁנִי
כְּדִי דְלֹא יְתַבְטַל עֵדוּתוֹ עַל מְנָה א' וְיִהְיֶה יְכוֹל לְהַצְטָרֵף לְעוֹד ע"א לְהוֹצִיא הַמְנָה מֵהַנְּתַבַּע
וּבְאֲמַת הַבְּרִירָה הוּא בְּיַד הַתּוֹבַע אִם יִרְצֶה יְכוֹל לְהַשְׁבִּיעַ חֲבִירוֹ עַל הַמְאֵתִים בְּכּוֹלוֹ וְלֹא
יִצְרָפוּ לְעַד הַשְּׁנִי וְכִמְש"כ הַאוּ"ת בַּס"ק י"ח בְּשֵׁם הַש"ג בְּכָל עֲדֵי צִירוּף דִּיכּוֹל הַתּוֹבַע
לְזַמֵּר אִינֵי רוּצָה בְּצִירוּף ע"ש וְלִכּוֹן יֵשׁ מְקוֹם לְשִׁטַּת הַטוֹר דְס"ל דְאִינוּ מְחִיבֵי שְׁבוּעָה
עַל הַשְּׂאָר וְאִינוּ מְקַשָּׁה כ"כ בְּסְבָרָא: אֲכַן הַשְּׁ"ף ס"ל דְאִף דְנִצְטָרֵף לִידֵי חֵיבוֹב מְמוֹן מ"מ
יְכוֹל לְחִיבֵי שְׁבוּעָה עַל מְנָה הַנְּשָׂאָר כְּמִש"כ הַשְּׁ"ף בַּס"ק יו"ד דְהַעֲלָה דְדְבָרֵי הַטוֹר צ"ע
וְטַעְמוֹ דְס"ל דְלֹא שְׁיָיֵף בְּזָה לְדוֹן עֵדוֹת שְׁבִטְלָה מְקַצְתוֹ כו' מִשׁוּם דְהָא גַם לְאַחַר שְׁנִשְׁבַּע
יְהִי חֲזִי לְהַצְטָרֵף לְעוֹד ע"א וְגַם הָא הָעֵקֶר לְדִינָא כְּמִש"כ הַסְּמִיעַ וְהַשְּׁ"ף בַּסִּי פִּיז
סְעִי כ"ט דֹּא"צ הַע"א לְהַעֲד מְחֻדָּשׁ בַּב"ד כְּשִׁיבָא עוֹד ע"א לְהַצְטָרֵף עִמּוֹ וְע"כ ס"ל
לְהַשְּׁ"ף שְׁפִיר דְאִף דְנִשְׁבַּע הַבַּע"ד לְהַכְחִישׁ בְּמְקַצְתָהּ לְהַעֲד דְמ"מ מְצַטְרָף הַעֲד עִם עַד ב'
לִידֵי חֵיבוֹב מְמוֹן וְלֹא דְיִינְיָנוּ בְּזָה עֵדוֹת שְׁבִטְלָה מְקַצְתוֹ כו' וְכַדְמוּכַח מְהָא דְמְצַרְפִּין עֵדוּתֵם

על מנה אף דנתבטל עדותו של ע"א שמעיד על מנה השני פנין דאין עליו פסול הגוף כנ"ל: ונתבאר דהך דינא של הנתיבות שכתב לדון בזה עדות שבטל מקצתו לאחר דנשבע הבע"ד נגדו דמן הש"ך דהכא יש לסתור דבריו אף מן הטור יש לסייע לדברי הנתיבות כפי מש"כ ביאור שי' הטור בסברתו ונהך דינא דפולגתת הקצה"ח ונתיבות בסי' רכ"ב תלוי בפולגתת הטור והש"ך הנ"ל.

ולכן יש לדון אם ע"א מעיד על מנה ונתבע משיב על מקצה איני יודע ועל מקצה הב' השיב להד"ם דלשיטת הש"ך י"ל דעל מקצה ה"ל מח"ש ואיל"מ ועל מקצה הב' נשבע שד"א להכחישו. ועי' בסי' פ"ז ש"ך ס"ק י"ב ולסברת הנתיבות י"ל בזה עדות שבטלה מקצתו בטל פולו אבל לשיטת הקצה"ח דסי' רכ"ב לא דנינן בזה עדות שבטל מקצתו כו' ומן הש"ך דהכא ה"ל סייעתא לדבריו וי"ל פנין דהכרעת הסמ"ע והש"ך בסי' פ"ז סעי' כ"ט דאף לאחר שנשבע הבע"ד נגדו להכחישו א"צ להעיד מחדש להצטרף עם ע"א הב' ע"כ הדעת נוטה דלא דנינן בזה עדות שבטל מקצתו כו' וכמש"כ הש"ך דאף דנשבע בהנשאר מ"מ מצטרף על מנה א' (שם סעי' ו' בהג"ה) וכן דיני עדות דבר איסור ועי' באה"ע סי' י"א וסי' קמ"ג סעי' י"א וכוננתו למה דמבואר שם סי' קמ"ג סעי' י' הנותן גט לאשתו ע"ת שתתן ר' וזו וחזר והתנה ע"מ שתשמש אביו כו' דאין א' מראשונים וא' מאחרונים מצטרפין: וכתב הב"ש שם דאף דבכל האסורים מצטרפין ואף בדיני אישות שא"ה דכל תנאי תנאי אחר הוא ופשוט וא"י מ"ש הרמ"א בח"מ עי"ן סי' קמ"ג מה ענין דין זה לשם עכ"ל ובאמת המהרי"ט ח' אה"ע סי' ל"ח הקשה דמפני מה אין מצטרפין הא לדברי שניהם עכ"פ הגט פסול והוכיח מזה דבאישות אין מצטרפין עדות מיוחדת אכן הב"ש ס"ל דאף באישות מצטרפין ולכן פתב לחלק ביניהם וכוננתו פשוט דדוקא בזה אומר מנה וז"א מאתים דבחוב של מנה בזה שניהם שוין דהא לדברי שניהם נתברר לנו בבירור שחייב לו מנה בנודאי שבכלל מאתים מנה משא"כ בהא דגיטין ד' ע"ו הנ"ל דהא אף דמצטרפין אותם לפסול הגט מ"מ בעצם הענין בשביל מה דפסול הגט משום התנאי שמעיד כ"א על דבר בפ"ע הם מחולקים בהתנאי דכ"א מעיד על תנאי אחר ואינם שוים העדים בשום דבר מעצם הענין רק הם מחולקים לגמרי ואין לנו שום דבר ברור מעדותן ע"כ אין מצטרפים וכעין זה פתב התורת גיטין לחי' בגיטין ד' ע"ו ועפ"ז פתבתי בקונטרס א' לדון בדברי ההפלאה בק"א סי' קט"ו ס"ק ה' שכתב לדון בעוברת ע"ד משה שמאכילתו שאינו מעושר דאם מעידים עדות מיוחדת על שני מיני איסורים פגון שע"א מעיד שהאכילתו שאינו מעושר והשני מעיד שהאכילתו שביעית אם מצטרפין אותם להפסיד פתובה או לא: ולענ"ד נראה דיש לזמות זה להא דגיטין דאין א' מהראשונים ואחרונים מצטרפין משום דכיון דבעצם התנאים הם מחולקין ולא נתאחדו כלל בשום דבר אף דלדברי שניהם הגט פסול מ"מ פנין דאינם שוין כלל בשום דבר בכה"ג אין מצטרפין עדות מיוחדת ודוקא במנה ומאתים דבהפחות מהם שוין שניהם בעדותן כנ"ל בזה מצטרפין א"כ לפ"ז ה"ה הכא אף דלדברי שניהם הם מעידין שהדין הוא שיוצאת שלא בכחובה מ"מ הא בעצם עדותן לא נתאחדו כלל ואין לנו שום דבר ברור לנקוט מעדותן דהא יכולין להאמינה באיסור מעושר וכן בשביעית לפי דעל כל איסור אין לנו רק ע"א וחסוד לדבר א' אינו חסוד לד"א וע"כ אף לפי עדותן אינה חסודה על המעשרות ועל השביעית ואין לנו שום דבר ברור כלל וזהו כש"כ מהא דגיטין הנ"ל

דְּהָא הֵתָם יֵשׁ לָנוּ לֹמַר דְּלַכְּה"פ תְּנָא א' הִיא מְחַוְּיָבָת לְקַיָּים אַם תִּרְצָה לְהַנְשֵׂא וְהִכָּא
הָא אַף דְּבָרֵי עֲדוּת ע"א אֵין לָנוּ בְּבִירוֹר שׁוּם דְּבָר אַף לְדְבָרֵי ע"א מְהֵם דְּהָא ע"פ דִּין
אֵינָה חֲשׂוּדָה עַל שׁוּם אִיסוּר כְּלָל ע"כ פִּינּוּ דְּמְחַוְּלִקִין הֵם לְגַמְרֵי בְּעֲדוּתוֹן לֹא מְצַרְפִּינוּ
בְּכַה"ג עֲדוּת מְיֻחָדָת וְאֵינָם נְאָמְנִים לְהַפְסִיד כְּתוּבָתָהּ כְּנִלְע"ד לְדוֹן בְּדְבָרֵי הַפְּלֵאָה הַנְּ"ל:
וּלְפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּמָה דְּמְבֹאָר לְקַמְן ס' ל"ד סְעִי' כ"ז דְּעֲדוּת מְיֻחָדָת עַל שְׁנֵי גְזֵילוֹת מִן
שְׁנֵי נְגִזְלִים מְצַרְפִּינוּ לְפִנְסוֹלוֹ וְכֵן שָׁם סְעִי' כ"ח דָּא' אֹמְרֵי גְזֵל וָא' אֹמְרֵי הֵלְנָה בְּרִיבִית
מְצַרְפִּין לְפִנְסוֹלוֹ וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְדוֹן בְּזָה דְּלֹא יִהְיוּ מְצַרְפִּינוּ אוֹתָם דְּזָה דּוּמָה לְהָא דְּגִיטִין
הַנְּ"ל דְּאַף דְּבַעְצָם הַפְּסוּל שְׁוִין הֵמָּה מ"מ הָא בְּתַשׁוּבָה אַם יִרְצָה לְשׁוּב בְּתַשׁוּבָה וְלִהְיוֹת
כְּשֵׁר לְעֲדוּת הֵם עֲנִינִים מְחַוְּלִקִים דְּהָא הֵם שְׁנֵי נְגִזְלִים דְּמָה שְׁיִשְׁיב הַגְּזֵילָה לְנְגִזְלָא א' לֹא
מְהַי כְּלָל לְפִי עֲדוּת הַשְּׁנֵי וְאֵין זֶה שׁוּם מְמַשׁ וְתוּעֵלַת כְּלָל לְפִי עֲדוּת הַשְּׁנֵי דְּהָא לְפִי
דְּבָרֵי גְזֵל מְהַשְּׁנֵי אֵין שׁוּם פְּנֻעַל יוֹצֵא כְּלָל מַה שְׁיִשְׁיב הַגְּזֵילָה לְבַע"ד הַשְּׁנֵי וְלָכֵן יֵשׁ
לְדוֹן לְכַאוּרָה דְּדוֹקָא בְּגֵזֵל מִן בַּע"ד א' בְּזָה י"ל דְּיִצְרָפוּ עֲדוּת מְיֻחָדָת וּבְזָה אֶפְשָׁר דְּאָמְרוּ
בְּסִנְהֶדְרִין ד' כ"ז דְּחַד אָמַר קַמָּאי דִּידִי גֵנֵב כו' וְח"א קַמָּאי דִּידִי כו' וְכֵן אַף בְּשְׁנֵי נְגִזְלִים
שְׁמַחְלוּ הַגְּזֵילָה דְּמַעֲיִדִין לְפִנְסוֹלוֹ לְעֲדוּת כְּעֵין מַש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' ל"ד סוּף ס"ק כ"ח ע"ש
דְּעֵיקַר עֲדוּתוֹן הוּא שְׂאָם לֹא יֵשׁוּב בְּתַשׁוּבָה לְפָנֵי ב"ד יִהִי פְּסוּל לְעֲדוּת אַף דְּמַחְלוֹ לֹ
הַגְּזֵילָה כְּעֵין הַמְּבֹאָר שָׁם סְעִי' כ"ט א"כ בְּזָה י"ל דְּג"כ נְתַאֲחֲדוּ דְּבָרֵיהֶם עַכ"פ דְּצָרִיף
לְשׁוּב עַל חֲטָא שְׁלוֹ וּמְצַרְפִּינוּ אוֹתָם וְכֵן א' אֹמְרֵי גְזֵל וְב' אֹמְרֵי הֵלְנָה בְּרִיבִית אַף דְּלִשְׁיטַת
הַתּוֹס' בְּסִנְהֶדְרִין ד' כ"ד דְּבַר"ק לֹא מִיְפְּסֵל רַק מְדַרְבְּנָן וְכ"כ הַאוּ"ת וְהַב"י בְּסִי' ל"ד
לְדַעֲוָה זֹו מ"מ פִּינּוּדְעַכ"פ מְדַרְבְּנָן מִיְפְּסֵל לְאַחַר הַכְּרֻזָּה אַף לְדְבָרֵי עֲדוּת עַל הַרִיבִית ע"כ
שְׁפִיר מְצַרְפִּינוּ אוֹתָם אֲבָל הַדְּעַת נוֹטָה דְּנִיבְעֵי דִּיהִל' הַפֵּל בְּגֵזֵלוֹ וְלוֹו בְּרִיבִית הַפֵּל לְאַדָּם
א' דַּא"כ הֵם עֲנִינִים מְחַוְּלִקִים וְדוּמָה לְהָא דְּגִיטִין דְּאַף דְּלְדְבָרֵי שְׁנֵיהֶם הֵגַט פְּסוּל מ"מ
פִּינּוּ דְּבַקִּיּוּם הַתְּנָאֵי הֵם מְחַוְּלִקִין לְגַמְרֵי לֹא מְצַרְפִּינוּ אוֹתָם ה"ה הִכָּא דְּאַף דְּלַעֲנִין פְּסוּל
הַגּוֹף שְׁמַעֲיִדִין עֲלֵיו הֵם מְתַאֲחֲדִין הֵם נְחַלְקִים בְּעַנְיָן תַּשׁוּבָה שְׁלוֹ אַם יִרְצָה לְהַכְּשִׁיר א"ע
לְעֲדוּת כְּמוֹ הָא דְּגִיטִין אַם תִּרְצָה לְקַיָּים הַתְּנָאֵי לְהַכְּשִׁיר אֵת הֵגַט דְּהוּי עֲנִינִים מְחַוְּלִקִים
לְגַמְרֵי וְלֹא יִצְטָרְפוּ: וּמ"מ פִּינּוּ דְּמְבֹאָר שָׁם בְּסִי' ל"ד דְּאַף בְּשְׁנֵי נְגִזְלִים ג"כ מְצַרְפִּינוּ
ע"כ מוּכַח דְּז"א דּוּמָה לְהָא דְּגִיטִין מְשׁוּם דְּאַף דְּבְסִדְרַת תַּשׁוּבָתוֹן הֵם עֲנִינִים מְחַוְּלִקִים עַכ"ז
בְּעַת שְׁמַעֲיִדִין וְאֵנוּ דְּנִין אֲז לְפִנְסוֹלוֹ לְעֲדוּת בְּזָה הֵם מְתַאֲיָמִים עֲדוּתוֹן בְּיַחַד דְּהָא אֵין אֲנוּ
דְּנִין אֲז עַל הַכְּשָׁרוֹ בְּתַשׁוּבָה אִיף יִהִי וְגַם י"ל כְּעֵין סְבַרַת הַתּוֹס' בְּמַכּוּת ד' ט"ו ד"ה
בְּמָאי קָא מִיְפְּלִגי כו' בְּקִיָּמוֹ וְלֹא בְּקִיָּמוֹ דְּהוּי הַתְּרַאוּת וְדָאי דְּכְמוֹ דְּלֹא קִיָּמוֹ עַד הַנָּה כֵּן
לֹא יְקַיָּים לֹאח"ז וְכ"כ הַתּוֹס' בְּשַׁבַּת ד' ד' מַשָּׂא"כ בְּקִיּוּם הַתְּנָאֵים לְהַכְּשִׁיר הֵגַט הִלֵּא
הַעֲנִין עוֹמֵד לְקַיָּים הָאֲשֵׁה הַתְּנָאֵים כִּי זֶהוּ הַעֲיָקַר שְׂאָנוּ דְּנִין עֲלֵיו ע"כ מְקַרִי זֶה עֲנִינִים
מְחַוְּלִקִים וְאֵינּוּ מְצַרְפִּינוּ אוֹתָם וְכ"ז בְּאֵם מְעִידִים עַכ"פ עַל עַנְיָן גְּזֵילָה מַה שְׂגֵזֵל דְּשָׁם
גְּזֵילָה אַחַת הִיא כֵּן רִיבִית ג"כ בְּשָׁם גְּזֵל נְקִרָא דְּלָמָּה לִי לֹא בְּגֵזֵל לֹא בְּרִיבִית כְּמְבֹאָר
בְּב"מ ד' ס"א וְכִינּוּ דְּבַעְצָם הַפְּסוּל מַה שְׂאָנוּ דְּנִין כְּעַת עֲלֵיו הַפֵּל חֲדָא הִיא ע"כ שְׁפִיר
אָמְרוּ דְּמַצְטָרְפִין אֲבָל אַם עֲדוּת מְיֻחָדָת מְעִידִין עֲלֵיו עַל שְׁנֵי מִינֵי אִיסוּרִים שְׂאָכַל כְּעֵין
דְּבָרֵי הַפְּלֵאָה הַנְּ"ל דְּזָה מְעִיד שְׂאָכַל מִין אִיסוּר פ' וְזָה מְעִיד שְׂאָכַל מִין אִיסוּר אַחַר פִּינּוּ
דְּחֲשׂוּד לְדְבָר א' אֵינּוּ חֲשׂוּד עַל דְּבָר אַחַר וּבְקַמְתָּ הֵם נְאָמְנִים ע"פ דִּין עַל הַנְּ"ל שְׁנֵי מִינִים
וְאֵינָם חֲשׂוּדִים עַל הַנְּ"ל תְּרַוּנֵיהוּ פִּינּוּ דְּעַל כָּל מִין אִיסוּר לִיכָּא אֲלֵא ע"א דְּאֵינוּ נְאָמְן

וכיון דהם ענינים מחולקים בעצמם עדותן בענין פסולו ולא מציינן לנקוט שום דבר ברור לנו אף לפי עדות של א' מהם בעיקר נאמנותו שאנו דנין פעת ע"כ הדעת נותנת דאינן מצטרפין לפסולו כלל אף לעדות כמו דלא מקבלינן עדותן בהא דגיטין לפסול את הגט לפי דהם ענינים חלוקים לגמרי כמש"כ הב"ש: ובאמת לכאורה הנה מקום לומר דהא דגיטין ד' ע"ו דתנא דאין א' מראשונים ואחרונים מצטרפין דאפשר דס"ל פמאן דאמר דס"ל דלא מצטרפינן כלל עדות מיוחדת דזהו פלוגתא דתנאי אכן לדינא למאי דקיי"ל כר' יהושע בן קרחה אפשר דמצטרפינן אף בהא דקיום התנאים דגיטין הנ"ל ולא לחלק ביניהם.

אבל כיון דחזינו דכל הפוסקים הביאו לדינא הא דגיטין מוכח דס"ל לחלק פעין סברת הב"ש הנ"ל וגם י"ל דהוכיחו בן לפי מה דאמרו בגיטין ד' ל"ג דמה דתנינן בתוספתא פ"ג דגיטין דהובא שם דאמר לזה בפ"ע כו' דאתי כר' יהושע בן קרחה דמצטרפינן עדות מיוחדת וכיון דחזינו דסתם תוספתא י"ל דס"ל כריב"ק ע"כ מוכח לומר דמה דתנינן בתוספתא פ"ד דגיטין דאין א' מהראשונים ואחרונים מצטרפינן דהטעם הוא כמש"כ הב"ש לחלק ביניהם.

דאל"כ אמאי לא מצטרפין דהא סתם תוספתא ס"ל כריב"ק ונהו דגיטין הוא מתוספתא דפ"ד שם ולכן שפיר פתבתי לדון בעדות מיוחדת על פסולו ע"י אכילות שני מיני איסורים ואפשר דלזה נתכוון הרמ"א במש"כ לעיין באה"ע סי' קמ"ג דזהו להורות לנו פעין זה וכן בקיום תנאים כזה בדיני ממונות דאינן מצטרפין ועיין בתוספתא סנהדרין סוף פ"ה אכן בסתם תוספתא דפ"ג גיטין אמרו שם דילמא כר' יהושע בן קרחה ס"ל פנ"ל: (שם סעי' ה') פתב הט"ז דלכן עדים ע"י צירוף אינן מחייבין שבועה על המאה הב' שפופר משום העדאת עדים דר"ח משום דכיון דאינן מחייבין קנס ע"כ ליכא למילף זה בקו"ח דמה פיו שאין מחייבו קנס כו' עדים שמשחייבין קנס כו' ומה דהקשה הקצה"ח עליו מב"ק ד' ע"ד דגם בקנס מהני עדות מיוחדת תי' זה הנתיבות היטב דשאני מעשים מחולקים משא"כ במעידים על ענין אחד אף דזה רואה מחלון זה כו' וכן דזה מעיד היום וזה מעיד למחר דבכה"ג מהני עדותן לחייבו קנס ע"כ יכולין לחייבו שבועה משום העדאת עדים דר"ח: ענף א ולענ"ד נראה לדון דאף אם מעידים על ענין ומעשה אחת רק דזה ראה מחלון זה כו' ומעידים לפני הב"ד בזמנים מחולפים דאף דבכה"ג מחייבים קנס כמו שפתב הנתיבות וכדמוכח זה מב"ק ד' ע"ד עכ"ז י"ל דאינן יכולין לחייב שד"א בתורת העדאת עדים דר"ח והוא דהנודע ביהודה במ"ק ח' אה"ע סי' ע"ב ד"ה עוד נ"ל בכוננת דברי הרא"ש בהאי דינא דו"ח אי מעפב כו' הוכיח שם דלא בעינן בדיני ממונות עדים שאמה יכול להזקמה דאל"כ אמאי מהני עדות שאינן מעידים ביחד לפני הב"ד וקיימ"ל כר"נ דשומעין דבריו של זה היום ונתבירו לאח"ז ונהא זה הוי עדות שאאי"ל דמצי למימר אנא מי ידענא שיבא עוד א' אחר פמה ימים לאצטרופי אני לחייבו שבועה באתי כו' והאריף בזה ע"ש.

ולפ"ז יש לומר דבקנס דבעינן לכ"ע עדות שאמה יכול להזקמה כמבואר בב"ק ד' ע"ה ע"ב דלא יהא מועיל עדות המעידין שלא בבת אחת דהא יכול לומר אנא לא ידענא שיבא עוד א' אחר פמה ימים להעיד לאצטרופי עמי ובאמת הא חזינו דאף בקנס מועיל עדות

מְיוֹסָדָת וּכְר"נ וְכַמְבֹאֲרָר שְׁם בַב"ק הַנ"ל וְע"כ הַטַעַם דְּשִׂאנֵי קָנָס דְּאַף עֲדוּת מְיוֹסָדָת כַּה"ג ג"כ מְקַרֵי עֲדוּת שְׁאַתָּה יְכוּל לְהַזְיָמָה מִשּׁוּם דְּעֵינְךָ סְבֵרַת הַנו"ב הוּא דִּיכוּל לֹאמֵר הַע"א אֲנֵא לְחֵיבֹו שְׁבוּעָה בְּאַתִּי וְהָא בְּקָנָס דְּלֵא שְׁיֵיךְ לֹאמֵר דְּלְחֵיבֹו שְׁבוּעָה בְּאַתִּי כַּמְבֹאֲרָר בַּב"ק ד' מ"א ע"ב תוּס' ד"ה מוֹדָה בְּקָנָס הוּא כו' וְכ"כ בַּב"ק ד' מ"ו תוּס' ד"ה דְּאַפִּי גִינְזָק כו' וְכֵן מְבֹאֲרָר לְהַדְיָא בִּירוּשְׁלַמִי שְׁבוּעוֹת פ"ו ה' א' דְּאַיִן נְשַׁבְּעִין עַל הַקָּנָס וְכִינּוּן דְּאַיִן נְשַׁבְּעִין עַל הַקָּנָס ע"כ לֵא מְצִי הַע"א לֹאמֵר אֲנֵא לְחֵיבֹו שְׁבוּעָה קָא אֲתִינָא וְע"כ עֵינְךָ עֲדוּתוֹ הוּא שְׁאוּלֵי יָבֵא עוֹד ע"א וְיֵהִיּוּ מְצַטְרָפִים לְחֵיבֹו מְמוֹן ע"כ שְׁפִיר מְקַרֵי זֶה עֲדוּת שְׁאַתָּה יְכוּל לְהַזְיָמָה אֲבָל בְּמִמּוֹן דִּיכוּל לֹאמֵר אֲנֵא לְחֵיבֹו שְׁבוּעָה קָא אֲתִינָא שְׁפִיר כְּתַב הַנו"ב דְּעֲדוּת מְיוֹסָדָת כַּה"ג מְקַרֵי עֲדוּת שְׁאוּאִי"ל וּמ"מ מוֹעִיל בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת מִשּׁוּם דְּבַד"מ לֵא בְּעֵינֵן עֲדוּת שְׁאַנִּי"ל וְדִלֵא כְּהַש"ף:.

וּלפ"ז י"ל דְּכָל עֲדוּת מְיוֹסָדָת אַף דְּמַעֲיָדִים עַל עֲנִין וּמַעֲשָׂה אַחַת רַק דְּמַעֲיָדִים שְׁלֵא בְּבַת אַחַת פִּינּוּן דְּבְדִינֵי מְמוֹנוֹת מְקַרֵי זֶה עֲדוּת שְׁאַי אַתָּה יְכוּל לְהַזְיָמָה מִשּׁוּם דִּיכוּל לֹאמֵר לְחֵיבֹו שְׁבוּעָה בְּאַתִּי ע"כ אֵינָם יְכוּלִים לְחֵיבֹו שְׁד"א מִשּׁוּם הַעֲדָאָת עֲדִים דְּר"ח פִּינּוּן דְּעֲדוּת שְׁנַקְרָאִים עֲדוּת שְׁאוּאִי"ל לֵא מוֹעִיל בְּקָנָס ע"כ ד' אֵינָם יְכוּלִים לְחֵיבֹו שְׁד"א מִשּׁוּם הָא דְּר"ח פִּינּוּן דְּעֲדוּת שְׁנַקְרָאִים עֲדוּת שְׁאוּאִי"ל אֵינָם מְחֵיבִין קָנָס א"כ לֵא שְׁיֵיךְ בְּזֶה הַקו"ח דְּיִלְיָף ר"ח לְהַעֲדָאָת עֲדִים כְּנ"ל.

ע"כ י"ל דְּאַינָם מְחֵיבִים שְׁד"א אַף בְּמַעֲיָדִים עַל עֲנִין וּמַעֲשָׂה אַחַת פִּינּוּן דְּמַעֲיָדִים שְׁלֵא בְּבַת אַחַת. עֲנָף ב' וְע"פ דְּבְרֵי הַט"ז הַנ"ל שְׁכַתְב דְּהִיכָא דְּאַינָם מוֹעִילִים בְּקָנָס אֵינָם יְכוּלִים לְחֵיבֹו שְׁד"א מִשּׁוּם הַעֲדָאָת עֲדִים דְּר"ח פִּינּוּן דְּלֵא שְׁיֵיךְ בְּזֶה הַקו"ח שְׁל ר"ח יֵשׁ לְהַסְבִיר עַפ"ז לְדְבְרֵי הַרְמַב"ם בַּפ"ד ה' גִּינְזָלָה וְהוּבָא בַח"מ ס' ש"ס ד' סַעִי ו' אֲמַר הַחוּטָף עֲשָׂרִים חֲטָפְתִי וְשָׁלִי הֵם וְהַגְזֵל כו' מִשְׁלֵם הַעֲשָׂרִים שְׁהוּדָה בָּהֶם וְעַל הַשְּׂאָר נְשַׁבְּעַ הִיָּסַת וְהַסְמ"ע בְּיָאָר שְׁם ס"ק ו' דְּלָמָּה לֵא יְהִיָּה זֶה כְּמוֹ הַעֲדָאָת עֲדִים דְּר"ח פִּינּוּן דְּב"ד מְחֵיבִין אוֹתוֹ הַעֲשָׂרִים וְכֵן כְּתַב הַש"ף בְּס' פ"ז סַעִי ה' ס"ק י"ב דְּהִיכָא דְּנִתְחַיֵּיב בְּמַקְצָת מִשּׁוּם מַחוּשׁוּאִי"ל מ' דְּאַיִן אָנוּ מְחֵיבִין לוֹ שְׁד"א עַל הַשְּׂאָר וּבְקִאָמַת צְרִיף טַעַם דְּמ"ש זֶה מְפָל חֵיבִי ב"ד דְּמְבֹאֲרָר שְׁם וּבְס' ע"ה דְּדִינָם ג"כ כְּמוֹ הַעֲדָאָת עֲדִים.

א"כ זֶה צ"ב אֲבָל לְפִי יְסוּד דְּבְרֵי הַט"ז הַנ"ל א"ש דְּכִינּוּן דְּמָה דְּלֵא מְהֵי לְחֵיבֹו קָנָס לֵא מוֹעִיל לְחֵיבֹו שְׁבוּעָה מִשּׁוּם דְּר"ח ע"כ פִּינּוּן דְּבְקָנָס אֵינּוּ מְחֵיבִין לוֹ מִשּׁוּם מַחוּשׁוּאִי"ל מ' כַּמְש"כ הַתוּס' בַּב"ק ד' מ"ו ד"ה דְּאַפִּי גִינְזָק כו': וְהוּבָא בַּש"ף ח"מ ס' שצ"ט ס"ק ב' ע"כ אֵינָם יְכוּלִים לְחֵיבֹו שְׁד"א מִשּׁוּם הַחֵיבִי שְׁב"ד מְחֵיבִין לוֹ ע"פ מַחוּשׁוּאִי"ל מ' דְּבָזֶה לֵא שְׁיֵיךְ הַקו"ח דְּיִלְיָף ר"ח עֲדִים שְׁמְחֵיבִין אוֹתוֹ קָנָס כו': וְעַדִּינּוּן יֵשׁ לְדוֹן בְּזֶה דְּהָא חֲזִינּוּ דְּבַהַעֲדָאָת עֲדִים דְּר"ח שְׁאַינָם יוֹדְעִים רַק ע"פ הוֹדָאָת הַבַּע"ד דְּג"כ מְחֵיבִין שְׁד"א עַל הַשְּׂאָר כְּמְבֹאֲרָר הָא סַעִי ה' וְכֵן מְצִינוּ בְּדְבְרֵי הַרְאִשׁוֹנִים שְׁהוּבָא בַּש"ף ס' פ"ז ס"ק י"ב דְּפִירְשׁוּ לְהָא דְּתַנִּי ר"ח דְּהַעֲדִים מְעִידִים ע"י מָה דְּהַנְחִיזוּק כְּפָרָן דְּאֲמַר לֵא לְוִיתִי וּבָאוּ עֲדִים שְׁלָלָה נ' דְּכָל הָאוּמֵר לֵא לְוִיתִי כְּאוּמֵר לֵא פְרַעֲתִי כו' וְאֵלוּ גַבִּי חֵיבִי קָנָס הָא לֵא מְחֵיבִין לִי ע"י מָה דְּהַנְחִיזוּק כְּפָרָן כַּמְש"כ הַרִיטְב"א בְּשְׁבוּעוֹת ד' ל"ג ד"ה רֵאִי בְּלֵא דִיעָה כו' דְּגַם זֶהוּ בְּכָלל בְּפִרְט לְמַרְשִׁיעַ א"ע כִּי כְּמוֹ דְּבַהוֹדָאָת קָנָס מְשִׁי פְטוּר ה"נ בְּהוֹדָאָה הַבָּאָה מִשּׁוּם כְּפִירָה וְהוּבָא בְּהַשְׁמָטוֹת לְתַשׁוּבַת רַע"א זצ"ל בְּסוּף אֲלָמָא דְּאַף

במה דאין אנו מחייבים קנס ע"י מה דלא מצינו לחייבו משום הודאתו בקנס דמ"מ חייב
שד"א ע"י העדאת עדים דר"ח דמ"מ קרינו ל"א עדים שמתחייבין אותו קנס פינו דמצד
נאמנות העדים הי' מהני אף בקנס אלו לא הי' פוטרת הודאתו בקנס דלפ"ז הי' מה
שחייב ממון משום מחשואיל"מ דאף דאין אנו דנין פו בקנס הא זהו משום סברת התוס'
בב"ק ה"ל דלא יהא גדולה מהודאתו כו' רק במה דהוי גריעותא בבעלת העדים עצמן
מצד דהתורה פסלה עדותן דאינם נאמנים לחייב קנס משום דהוי עדות מיוחדת לשיטת
הט"ז או משום עשאאי"ל בזה שפיר י"ל דאינם מחייבין שד"א משום דלא שייך בזה
לפוטא דתני ר"ח דמה פיו שאין מחייבו קנס כו' עדים שמתחייבין קנס כו' וי"ל דזהו טעם
הסוברין דהובא ברמב"ם פ"ד ה' גזילה ה' ט"ז דס"ל דאף מה דהוי מחשואיל"מ ג"כ
מחייבין לו עי"ז שד"א על השא"ר וי"ל דטעם הרמב"ם והטשו"ע החולקין עליהם טעמם
משום דבמה דחייב משום מחשואיל"מ לא שייך לקרות בזה העדאת עדים ואנו סהדי
פינו דאם הי' יכול לישבע הי' נשבע ונפטר וגם הא בקרקע לא שייך זה ע"כ אין זה
חשוב כ"כ כמו אנו סהדי וכעין מש"כ הסמ"ע בסי' שס"ד ס"ק ו' ובש"ף סי' פ"ז ה"ל.

אבל לא משום הטעם דאינו חייב קנס משום מחשואיל"מ פנ"ל: ואחר פותבי כ"ז מצאתי
בביאור הגר"א זצ"ל בסי' פ"ז ס"ק כ"א שכתב כמש"כ לעיל ות"ל פי פנונתי לדבריו
הקדושים ע"ש. סימן לא בשני פתי עדים המכחישים זא"ז דקיי"ל פ"ר הווא דכ"א מעיד
בפ"ע אבל ע"א מפת זו וע"א מפת זו אינו מצטרפין ובע"א המכחיש לעד הב' דע"כ חד
מינייהו משקר אם נאמר ג"כ דפסולין לעדות אחד ביחד או לא דבר זה נסתפקו חכמי
בריסק והניחו בצ"ע והובא בש"ף ס"ק א' והש"ף העלה להוכיח דאינם מצטרפין מהא
דכתב הר"נ פ' האשה שנתארמלה גבי ע"א אומר נתגרשה כו' והתנאים והנתיבות
והביאור הגר"א זצ"ל תמהו על מקום הספק הזה מהא דשבועות ד' מ"ח דמקשה הגמ'
על רב חסדא דס"ל בהדי סהדי שקרי ל"ל מהא דתני א' אומר גבוה ג' מרדעות וא' א'
חמשה עדותן בטלה ומצטרפין לעדות אחרת מאי לאו לעדות ממון והא התם א' מוכחש
מא' הוא ולדבריהם אין פאן קושא פלל דהא שאני ע"א המוכחש מא' ונדחקו ליישב וכן
הקשה בשו"ת שבות יעקב ח' יו"ד סי' ע"ט: (בקונטרס הלז יבואר כמה ענינים בענין עד
זומם ודינים מחודשים): ענף א ולענ"ד נראה לתרץ דבריהם והוא דלכאורה קשה מאיזה
טעם נימא דע"א המכחיש לעד הב' דמצטרפין לעדות אחרת הא אנו סהדי דאחד מינייהו
משקר ונפסל פ"ר א"כ מה בכך דאינו מוכחש רק מא' ולכן נ"ל לדון בהקדם מה דקיי"ל
בח"מ סי' ל"ד דלא נפסל לעדות כ"א עבירה דיש בו מלקות אבל בעבירה דאין בו מלקות
כמו בלאו דאין בו מעשה אינו נפסל לעדות כמבואר ברמב"ם ה' עדות ובתומים שם ס"ק
א' דדוקא בלאו שיש בו מלקות דכתיב בי' והי' אם בן הפות הרשע דמצינו דמקרי רשע
ע"כ הוא בכלל אל תשת רשע עד: ובעד זומם דקיי"ל דמפסל לעדות לכאורה י"ל דלכן
מיפסל משום דעבר על לאו דלא תענה ואף דלא תענה הוי לאו דאין בו מעשה מ"מ הא
מצינו לעדים זוממין דלוקין כמבואר במכות ד' ב' מהא דכתיב והצדיקו את הצדיק כו'
והיה אם בן הפות הרשע אף עדיין תקשה דהא תינח בהעידו על א' דהוא ב"ג וב"ח או
דחייב גלות וכה"ג דאז חייבין מלקות ע"כ מקרי רשע משא"כ היכא דהעידו על א' דחייב
ממון דקיי"ל פ"ר ב"ג ד' ד' דמשלמין ואינן לוקין א"כ פינו דאינן בני מלקות
מאיזה טעם יפסלו לעדות ועיין במל"מ פ' ד' ה' מלנה הלכה ו' ובקצה"ח ריש סי' נ"ב:

ואפֿשֿר לומר דעך זומם נפסל משום דהוי חשוד לאותו דבר להעיד שקר ודוקא בעבר
עבירה אחת דקיי"ל דמומר לדבר א' אינו מומר לכל התורה פולה רק לעדות שאני
דכתיב ב' אל תשׁע רשע עד כמש"כ התוס' בבכורות ד' ל"ו ד"ה אימר דאמר ר' מאיר
לחששא כו' אבל בעד דהעיד שקר דהוי חשוד לאותו דבר להעיד שקר ע"כ מןפסל
לעדות אף דלא הוי בכלל לאו דיש בו מלקות וכה"ג פתב המל"מ בפ' ד' ה' מלנה ה"ו
בשם מוהר"י אשקאפה ע"ש ועדיין תקשה לפי מה דקיי"ל בעד זומם דהוים בדיני
ממונות מןפסל לדיני נפשות וכו' מאיר ולא כר' יוסי פמבואר בסנהדרין ד' כ"ז קשה הא
מצינו לר' יוסי דס"ל דהוים בדיני ממונות פשר לדיני נפשות משום דחשוד לדבר הקל
אינו חשוד לדבר החמור ור"מ פליג עליו וס"ל דמןפסל אף לדיני נפשות וקיי"ל כר"מ
בזה הא י"ל דר"מ דפסל אף לדיני נפשות אגיל לטעמין דס"ל במכות ד' ד' במעידים אנו
בפ' שחייב לתבירו דבנמצאו זוממין לוקין ומשלמין ע"כ ס"ל לר"מ בהוים לד"מ דפסול
לדיני נפשות משום דמקרי רשע דהוי עבירה דיש בו מלקות משא"כ לדין דקיי"ל
דאינם לוקין ע"כ י"ל דלא מקרי רשע ולא מןפסל רק לעדות ממון משום חשוד לאותו
דבר ולא לנפשות דחמירי ביותר: ועיין בכורות ד' ל"ו תוס' ד"ה אימר כו': והנה שם
בסנהדרין א' בפלוגתת אביי ורבא בעד אוכל נבילות להכעיס דס"ל לרבא דלא מןפסל
משום דרשע דחמס בעינן ואביי ס"ל דמןפסל משום דמקרי רשע ואמרינן נימא פתנאי
עד זומם פסול לכה"ת פולה דברי ר"מ ור' יוסי אומר בהוים בד"מ פשר לד"נ נימא אביי
כר"מ ורבא כר' יוסי כו' ועיין מנה בירושלמי לר"ה פ"א ה"ז וירושלמי סנהדרין פ"ג ה'
ה' וקשה ביותר דהא יש לחלק בפשיטות דגם ר' יוסי מצי ס"ל פאביי דאוכל נבילות
להכעיס פסול משום דמקרי רשע דהא זהו עבירה דיש בו מלקות אבל עד זומם בממון
דאינו לוקה כדקיי"ל א"כ לא מקרי לאו דיש בו מלקות ע"כ לא מןפסל לד"נ משום
דחשוד על קל אינו חשוד על חמור אף דהוי חשוד לאותו דבר פנ"ל ועיין בבכורות ד'
ל"ו בתוס' ד"ה אימר דאר"מ ובחולין ד' י"ד בתוס' ד"ה השוחט בשפת כו' ואכמ"ל:
ואפֿשֿר לומר לפי מה דמבואר במכות ד' ב' ע"ב בעדים זוממין אין משלמין הפנפר ואין
נמפרין בעבד עברי וכיון דאינו משלמין ממון בזה ע"כ דינן דלוקין פמבואר ברמב"ם פ'
כ' ה' עדות משום דהיכא דאינו יכול לקיים בהם דין הנזמה ע"כ לוקין משום לא תענה
והנה אם בן הכות הרשע פמו בעידי ב"ג וב"ח: דכיון דאינו יכול לקיים בהו דין הנזמה
ממילא לוקין ומדסתם ר' יוסי ואמר סתמא דהוים בד"מ פשר בד"נ משמע דאף היכא
דלא שינוי בהו דין תשלומין פמו בהא דמכות בהעידו בדין כופר או בעבד עברי דאף
דלוקין ומקרי רשע אפ"ה ס"ל לר' יוסי דאינו מןפסל לד"נ ע"כ הוכיח הש"ס דר' יוסי
ס"ל פרבא ולא מצי ס"ל פאביי: ועדיין תקשה במה דקיי"ל בעד זומם בכל עדות ממון
מןפסל לד"נ פמו דסתמו הא בכל עדות ממון ליכא בי' מלקות זולת כופר וע"ע פנ"ל
והעיקר הוא לומר דכיון דגילה התורה דעל לא תענה חייב מלקות משום והנה אם בן
הכות הרשע רק בהעידו על ממון אינם לוקין משום פיון דכתיב פדי רשעתו ועל רשעה
אחת אתה מחייבו ולא משום ב' רשעיות.

והתורה ריבתה זוממין לתשלומין פמבואר בכתובות ד' ל"ב ולא מןפעיאי אי נימא דממונא
חמור ממלקות פמבואר שם ע"א. בנודאי ניחא במה דמקרי רשע דכיון דעל לאו של
מלקות מקרי רשע כש"כ היכא דחייב ממון מחמת עבירה דעבר ונדאי דמקרי רשע פיון

דממונא חמור [ועיין בשבועות ד' ל"ז דאמרו דניחא לאינש דמייתי קרפן ולא לילקי ויש לחלק] ואף ללישנא דס"ל התם בכתובות דממונא לקולא מן מלקות עכ"ז פיון דעל עצם הלאו דלא תענה הוא לאו שיש בו מלקות רק בעדות ממון אינו יכול לענוש לו בדין מלקות משום פדי רשעתו פנ"ל אבל אין זה מצד קלות האיסור של הלאו: א"כ זה דומה למה דמצינו בלאו שניתן לאזהרת מיתה דאף דאינו לוקה עכ"ז מיפסל לעדות כמבואר בתשובת הריב"ש סי' רס"ו וכ"כ התנאים ריש סי' ל"ד דאין זה מצד קלות האיסור וה"ה היכא דעבר על לאו דמצינו דחיבה התורה מלקות על מי שעבר על לאו תענה רק בממון פיון דאין יכולין למיעבד בי' שתי רשעיות ע"כ אין יכולין להלקותו אבל מ"מ מקרי עבירה דיש בו מלקות ומיפסל לעדות דהא מצינו לעולא דס"ל בכתובות ד' ל"ב דהיכא דיש ממון ומלקות דממונא משלם ומלקי לא לקי כמו בלאו על אחותו נערה וכדומה דכיון דאיכא בי' חיוב ממון משלם ואינו לוקה אטו נימא דלא מיפסל לעדות משום דאין מקרי עבירה של מלקות לקרות לו בשם רשע להיות פסול לעדות ובנודאי זה אינו ואף בחיובי לאין דליכא פרת וממונא משלם מלקי לא לקי לעולא אפ"ה בנודאי פשוט דמיפסל לעדות אליכא דעולא א"כ ה"ה לדין אף היכא דלא מצינו למיעבד בי' דין מלקות מ"מ איהו עבר על עבירה החמורה של איסור מלקות וכמבואר בירושלמי מכות פ"א וב"ק פ"ז דשני דברים מסורין לב"ד ואתה תופס א' מהן ע"ש ועיין ביבמות ד' ל"ג וכן מצינו בכל קלב"מ דמהני תפיסתו רק ב"ד אין יכולין לענושו משום דחיוב ממון לא פקע וה"ה דענוש מלקות לא פקע ממנו רק ב"ד אין יכולין לענושו ע"כ אף בעדות ממון שהוזמו מקרי רשע דהא היכא דלא שייך ענוש ממון כמו בכופר וע"ע לוקין מן לא תענה: ועוד דהא לשיטת הסוברים דגם בממון אמרינן פאשר זמם ולא פאשר עשה כמבואר בגימורי יוסף פ' חזקת על מתניתין היו ב' מעידין שאכל ג' שנים והוזמו משלמין את הכל והקשה הא ה"ל פאשר עשה ותי' בהי' המחזיק חוץ לקרקע פשהוזהומו והוכא במל"מ פ' כ"א ה"ע ה"ד ולא ס"ל פשיטת התוס' דב"ק ד' ד' ע"ב דבממונא לא שייך פאשר עשה דהא אפשר בחזרה או משום דבממון עונשין מן הדין ועיין ברמב"ם פ' כ' ה"ע ה"ב דס"ל פשיטת התוס' דאף בכאשר עשה שייך דין הזמה בממון לשלם ממון יעו"ש בכ"מ אבל לשיטת הגימורי הנ"ל דבממונא שייך ג"כ פאשר זמם ולא פאשר עשה א"כ היכא דהב"ד הוציאו הממון ע"י עדותן דאין חייבין העדים בדין הזמה לשלם ממון מ"מ בנודאי לוקין כמו בהעידו על א' דחיוב מלקות ולקה דהעדים ג"כ לוקין כמו שפסק הרמב"ם פ' כ' ה"ע.

ואף דהכ"מ תמה שם דמפני מה לוקין הא פאשר זמם ולא פאשר עשה אבל כבר כתבתי בקונטרס א' לתרץ דאינו קשה פלל דס"ל להרמב"ם דזה דומה לעדי ב"ג וב"ח דכיון דאינו יכול למיעבד בהו דין הזמה ע"כ לוקין מן לא תענה וכמו שפסק הרמב"ם בהעידו ובדין כופר וע"ע פנ"ל דלוקין מה"ט א"כ ה"ה בלקה הנזדון דכיון דלא שייך דין הזמה בזה דכיון דכאשר זמם ולא פאשר עשה ע"כ חייבין מלקות מן לא תענה והא דנהרג אין נהרגין וגם אין לוקין היינו משום דה"ל לאו שניתן לאזהרת מיתה ב"ד כמבואר בב"ק ד' ע"ד והארבתי בזה במק"א ועיין בירושלמי מכות פ' א' סוף ה"ו דאמרו תנינא ה"כא מה דלא תנינו בכל סנהדרין ובפ"מ שם: א"כ ה"ה לשיטת הגימורי דס"ל דאף בממון לא שייך פאשר זמם היכא דעשו כבר הב"ד המעשה על פיהם א"כ ממילא לוקין העדים מן

לא תענה לכן מה"ט מקרי בכל עדות שקר אף בממון חטא דיש בו מלקות דהא אם לא יבואו העדים להזימם רק אחר דינעשו ב"ד המעשה והוציאו הממון ע"י אז יהי לוקין ע"כ אף היכא דלא נעשה המעשה עדיין מ"מ מקרי עבירה של מלקות כמו בלאו הנפק לעשה דכתבו התנאים והנתיבות בריש סי' ל"ד דמיקסל לעדות בעבר על לאו הנפק לעשה משום דמשפחת בי' מלקות בביתולו ואף דביד העובר על לאו שלא לבטל העשה מ"מ מקרי רשע ומיקסל לעדות כש"כ בזה דהא אין ביד העדים למקפטר א"פ ממלקות דאם לא יבואו עדי הזמה עד אחר דינעשו המעשה דאז יהי לוקין ע"כ פיון דמשפחת בי' חייב מלקות לכן מקרי לאו דיש בו מלקות ומקרי רשע להיות פסול לעדות וכ"ז לשיטת הגמרא וה"ל.

אבל אף להשיטות החולקים על הגמרא וס"ל דבממון אף פאשר עשה איכא דין הזמה. מ"מ פבר ביארתו דמקרי בשם רשע ומיקסלי לעדות כמו דמצינו לעולא דס"ל דממונא משלם מלקי לא לקי ואפ"ה מיקסל לעדות לעולא וכנ"ל: ענף ב וזה לשון הרמב"ם פ' י' ה"ע ה"ד שכתב שם דאיזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין מלקות כו' ואח"ז פתב ועוד יש רשעים שהם פסולים לעדות אע"פ שהן בני תשלומין ואינן בני מלקות הואיל ולוקחין ממון שאינו שלהם פסולין שנאמר כי יקום עד חמס כו' כגון הגנבים והחמסנים אע"פ שהחזירו הן פסולים לעדות וכן עד זומם אע"פ שהוזם בעדות ממון ושילם ה"ז פסול מה"ת לכל עדות עכ"ל הרמב"ם וכתב הכ"מ שם בסה"ד על פסול דעד זומם דכיון דעד זומם הוי עד דחמס ע"כ לא מתכשר אף בהחזיר כמו גזלנים וחמסנים עד שיעשה תשובה עכ"ל ומשמע מלשונו דעד זומם מיקסל משום דמקרי עד חמס וכן מצאתי בתשובת מוהרי"ק סי' קכ"ו שכתב ג"כ דפסול דעד זומם הוי משום דמקרי עד חמס וכן מורה לשון הרמב"ם שכתב פסול דעד זומם סמוך לגנב וגזלן וכתב לשון וכן עד זומם פנ"ל. א"כ מוכח מדבריהם דס"ל דפסול עד זומם הוי משום דמקרי עד חמס ונתפוננו לתרץ מה דהקשיתי דלמה מיקסל עד זומם אף לדיני נפשות הא חשוד על הקל אינו חשוד על החמור ואי דנימא דפסולו משום דמקרי רשע הא קיי"ל בעד זומם דאינו חייב מלקות רק משלם ואינו לוקה וע"ז תרצו דפסולו משום דהוי רשע דחמס: ולכאורה צריך ביאור מאיזה טעם מקרי רשע דחמס הא לא גזלו ולא חמסו כי אם הי' גורמים להזיק להלנה או להמלנה ודד"ג לכמה פוסקים אינו רק מדרבנן וגם הסוברים דהוי מה"ת עכ"ז הא אינו רק מטעם מזיק ולא מצד גזלן בפרט היכא דלא נעשה מעשה ע"י א"כ לא הזיקו כלל ונראה לי להסביר דבריהם דכיון דחייבה תורה להעדים לשלם היכא דנמצאו זוממין א"כ זה דומה ללאו דגזל וגניבה דאף דניתן לתשלומין מ"מ מיקסלי לעדות אף בלאו דאין בו מעשה וכמו בכופר בפקדון וכמש"כ התנאים בסי' ל"ד ס"ק ג' בסופו יע"ש: והעיקר הוא לדעת דכיון דהועילו ע"י מעשיהן להתחייב ממון כמו כופר בפקדון דמתחייב באונסים ע"י דיבורו ומיקסל לעדות ומקרי עד חמס ה"ה בזוממין דע"י עדותו שקר דהעידו נתחייבו לשלם ממון א"כ מקרי עד חמס דהא עברו על לאו הנתינת לתשלומין והוי לאו דלא תענה כמו לאו דלא תגזול ואף דזה לא הוי משום חינוך ממון דהא לא ידעינן אם העידו שקר משום חינוך ממון או מטעם אחר עכ"ז י"ל דלדין דקיי"ל פאפי דאף רשע דלא הוי עד דחמס ג"כ מיקסל ואינו מחלק בין היכא דמיקסל משום עד דחמס דהוי משום חינוך ומה"ט מומר אוכל נבילות להכעיס ג"כ ס"ל דמיקסל

ע"כ ה"ה בעברו על לאו דלא תענה דאף דלא הוי משום חימוד ממון ג"כ מיפסלו פיון דעברו על לאו הנחתן לתשלומין רק בפסול דרבנן מצינו להפוסקים דס"ל בעבר עבירה דאין בו איסור מה"ת דלא מיפסל כי אם היכא דשייך בו חימוד ממון כמבואר בסי' ל"ד אבל היכא דמיפסל מה"ת לא מחלקינן בין פסול דחימוד ממון או לא ועיין בסמ"ע ס"ק ט"ז ואף בהכחשה דאינו משלם ממון מ"מ בעיקר החטא דהעיד שקר אין חילוק בעצם העבירה בין נמצא מוזם או מוכחש וע"כ דינו דפסול כמו נמצא זומם.

ויש להסביר דבריהם ביותר ולהוכיח דפסול עד זומם מקרי ג"כ פסולו מחמת חימוד ממון דהא בסנהדרין ד' כ"ז איתא דהש"ס מוכיח דאין הלכה כר' יוסי דס"ל הוזהר בדיני ממונות פשר לדיני נפשות וגם אין הלכה פרכא דס"ל אוכל נבילות להקעים פשר לעדות דהא סתם לן תנא כר' מאיר דתנן אלו הן הפסולים משחקי בקוביא ומלנה בריבית כו' ועי"ש בעובדא דתרי סהדי אסהידו דקטל נפשא ואזלי תרי סהדי ואסהידו בחד מהנהך דגנב כו' וקשה מנלן להכריע מזה דאין הלכה כר' יוסי וממילא אין הלכה פרכא למאי דס"ל מעיקרא דרכא כר' יוסי הא י"ל שאני פסול גזלן ומלנה בריבית דהוי פסול העד משום חימוד ממון וכמש"כ התנאים בסי' ל"ד ס"ק ג' בשם מהרי"ק לחלק דבחימוד ממון לא בעי מלקות [ועיין בתוספות סנהדרין ד' כ"ד ד"ה ואלו הן הפסולים כו' שכתבו לפרש על מה דמשמע במשנה שם דסותר שביעית לא מיפסלי מה"ת ולא כתבו בפשיטות משום דהוי ליה עשה דלאכלה ולא לסחורה לא הו' אלא עשה אבל לפי סברת המהרי"ק והתנאים אתי שפיר וכפי' רש"י בעירובין ד' פ"ב וסנהדרין ד' כ"ד ואכמ"ל ולפי"ז יש לחלק ג"כ בזה דשאני גנב וגזלן ומלנה בריבית דהוי ליה פסול משום עד חמס ובה מודה ר' יוסי לר' מאיר דמיפסל אף לד"נ משום דעד חמס חמור ביותר ושאני הוזהר בד"מ דאין פסולו משום חימוד ממון דהא לא ידענו אם נטלו ממון עבור עדותן או לא וכיון דהוזהר בדיני ממונות אין פסולו משום עד חמס ע"כ ס"ל בזה ר' יוסי דאינו פסול לד"נ משום דחשוד על הקל אינו חשוד על החמור א"כ תקשה מנלן להש"ס להכריע מהך סתמא דהלכה כר' מאיר ולא כר' יוסי דמנלן להש"ס דר' יוסי פליג אף בעד חמס ולהוכיח דלא פנותיה ומצינו ג"כ לרבי דמחלק בין אוכל נבילות לתיאבון דהוי פועין עד חמס אבל אוכל נבילות להקעים לא מיפסל והנ"ל בזה דאף דסברת רבא למיפסל אוכל נבילות לתיאבון ולהכשיר אוכל נבילות להקעים א"כ לכאורה חזינן דס"ל לרבי דחטא לתיאבון חמיר ביותר מן מומר להקעים אבל באמת ז"א סברא לומר פן דהא מצינו בעו"ג ד' כ"ו ובהוריות ד' י"א דס"ל לכל הסוגיא דהתם דאוכל נבילות להקעים חמיר ביותר מן לתיאבון וגם לרבי משמעות הסוגיא שם דס"ל פן דהא מבואר שם דרב המנונא אמר מומר לאכול חלב והביא קרבן על הדם איכא בינייהו כו' ומקשה והא רבא אמר דכ"ע חשוד לאכול חלב לא הוי מומר לדם אלא הכא באוכל נבלה לתיאבון ונתחלף בשנמן ואכלו כו' ומר סבר פיון דאלו אשפח דהתיירא לא אכיל איסורא לאו כו' עכ"ל הגמ' הרי מבואר דגם לרבי יש להקל ביותר לתיאבון פיון דאלו אשפח דהתיירא לא אכל ועיין בריש חולין במה דאמר רבא אוכל נבילות לתיאבון בודק ספין ונותן לו ופי' רש"י שם דלהקעים חשוד לנבל בידים והרא"ש פי' שם דלהקעים לא מקרי בר זביחה ומשמע דשם לרבי כתב הרא"ש הך טעמא.

ובלא"ה גם הדין והסברא נותן דלהכעיס חמיר ביותר מלתיאבון: והא דס"ל לרבא דאוכל
גבילות להכעיס קיל ביותר גבי פסול עדות מן לתיאבון יש לפרש טעמו דאף דבעצם
העבירה להכעיס חמור ביותר מן לתיאבון מ"מ גבי פסול עדות שאני משום דהא קי"ל
דחשוד לדבר א' אינו חשוד לכה"ת רק בפסול לעדות שאני דגזרה התורה אל תשת רשע
עד ועכ"ז י"ל דדוקא בעד חמס או פועין חמס היינו במומר לאכול לתיאבון דכינן דחזינו
דעושה זה משום הנאתו ע"כ הוא בחשד דיעיד עדות שקר כפי רש"י בסנהדרין שם
וכמש"כ האלפסי שם דכפין ואכיל וכפין וסהיד בפסקא אבל בלהכעיס לאכול גבילות אין
לחשדו דיעיד עדות שקר דאפשר דהעבירה זו הוטב בעיניו לעבור להכעיס ולא בשארי
עבירות.

דהא חשוד לדבר א' אינו חשוד לדבר אחר משא"כ באוכל לתיאבון הוי הפל קצת כמו
חשוד לאותו דבר ע"פ גזה"כ הנ"ל דחזינו דעושה פל טעדיקי לעבור בשביל הנאתו וכמו
דאכל גבילות בשביל הנאתו ה"ה יש לחושדו דיעיד שקר בשביל הנאת ממון ומה"ט
אמרו שם בסנהדרין דרבא ס"ל כר' יוסי דמקנלא לחומרא לא אמרינן ע"כ באוכל גבילות
להכעיס דלא הוי רק רע לשמים לא נחשד להעיד שקר דזהו רע לשמים ורע לבריות
ואפתי תקשה דא"כ אמאי באכל לתיאבון ס"ל גם לרבא דפסול להעיד והא אף לתיאבון
אינו רק רע לשמים ולא רע לבריות וע"כ מוכח דשאני בלתיאבון דכינן דחזינו דאכל
לתיאבון ע"כ נחשד ע"פ גזה"כ אף לעדות שקר בשביל איזה הנאה ופי' רש"י שם בד"ה
ומלוי בריבית כו' אבל בעצם העבירה גם רבא מודה דלהכעיס חמיר ביותר מן לתיאבון
כדחזינו לדין דלהכעיס חמיר ביותר מן לתיאבון כמבואר ביו"ד סי' ב' סעי' ה' ובי"ד
סי' קנ"ח ויש להאריך בזה ואכמ"ל ע"כ אין סברא לומר דרבא סבור סברא הפוכה
בזה.

ע"כ העיקר פשוט דברי רבא בזה כמש"כ [נגמ מצינו ביו"ד סי' ב' סעי' ה' בהגה"ה דמי
שאינו חושש באיסור המבואר. דינו כמו להכעיס]: והנה מצינו בפי שנסתפקנו עליו אי
עבר עבירה להכעיס או לתיאבון דתלינו דעבר לתיאבון כדי שלא להוציא מחזקת פשרות
בכל מה דאפשר כמבואר בתבואות שור סי' ב' ס"ק ז' שהוכיח פן מגיטין ד' מ"ז דרב
אמי בעי למיפרק גברא כו' ומשארי ראיות יעו"ש א"כ ה"ה בחזינו דהעיד שקר
ונסתפקנו אי עבר משום הנאת ממון או דעבר להכעיס בנודאי יש לנו לדון דעבר ע"ז
משום איזה הנאה דהיה לו לפי דנטל מחבירו ממון כדי להעיד שקר דכינן דבעצם
העבירה אף לרבא חמור לו ביותר להכעיס מן לתיאבון.

א"כ מבעי לן לאוקמי על חזקת פשרות דאף דאיתרע פשרותו מ"מ מבעי לן למיתלי דלא
עבר על החמורה דכל מה דאיכא למוקמי על פשרותו מוקמינן פנ"ל לכן בפי דהעיד
שקר מבעי לן לומר דעבר לתיאבון א"כ הוי כמו עד חמס ומיפסל לכל עדות שפתורה
ואף דלגבי פסול לכל עדות מוציאין אותו מחזקת פשרותו ביותר אי נימא דעבר לתיאבון
עכ"ז הא במה דנולד לנו הספק בעיקר העבירה דעבר בזה ע"פ חזקת פשרותו נתפרר
לנו דעבר לתיאבון וכמש"כ התב"ש [ועיין בט"ז ביו"ד סי' א' ס"ק ו' ובדברי התוס'
בעירובין ד' ל"ו בד"ה במקנה שלא נמדד כו' ויש לחלק וקצתתי לפי דזה פשוט דאי נימא
דהיה לתיאבון הוי בחזקת פשרות ביותר ועיין ביו"ד סי' קנ"ח ויש לי ראיות עוד בזה

ואכמ"ל] ולכן פינו דחוינו דס"ל לר' יוסי דהונום בד"מ פשר לד"נ שפיר מוכיח הש"ס דס"ל לר' יוסי דאף גזלן מכשיר ג"כ לד"נ.

דקא עד זומם הוי ג"כ עד חמס דתלינו דעבר לתאבון ושקיל שוחדא כפי רש"י וקרי"ף שם ואפ"ה מכשיר ר' יוסי לד"נ משום דהוי מקולתא לתמירתא וה"ה גזלן ומלוי בריבית פשר לר' יוסי לד"נ וכיון דסתם לן התנא דגזלן פסול לד"נ אלמא דלא ס"ל כר' יוסי משום דאף מקולתא לחומרא פסלינו וה"ה באכל גבילות להכעיס מפעי לן למיפסל וכאפ"י וא"ש הסוגיא ואחר כותבי זאת ראיתי בתורת חיים שהניח בצ"ע הסוגיא דסנהדרין הנ"ל אכן לפמש"כ אתי שפיר.

ועדיין יש להעיר בזה דא"כ למה להש"ס לעיל שם להדר דרבא מצי סבר כר"מ וקאמרין ורבא עד פאן לא קאמר ר"מ התם כו' והא הוי מצי בפשיטות לומר ע"כ לא קאמר ר"מ התם בעד זומם דהוי כמו עד חמס ולכן החמירו בו אף מקל לחמור משא"כ היכא דלא הוי עד חמס שאני והא דאמר התם אפ"י כר' מאיר י"ל דכוננתם דמצי סבר כר"מ אבל במה דאמר רבא כר' יוסי תקשה על מה שכתבתי פנ"ל וי"ל בזה דקא היכא דהוי עד זומם דהעיד על אהד שהוא בן גרושה ונחלוצה וכה"ג באופן דליכא למיחש דשקיל שוחדא מצד השני.

א"כ בכי האי גוונא לא שייך לומר דהוי כמו עד חמס דעשה פן בשביל חימוד ממון ור"מ ור' יוסי מסתם סתומי במה דאמרו עד זומם כו' ע"כ רבא לא מצי סבר כר"מ ולחלק פנ"ל דקא ר"מ סתם דבריו משמע בכל גוונא דהוי עד זומם מיפסל לד"נ.

ע"כ הוצרך לחלק הש"ס באופן אחר ועפ"ז הנ"ל יש לדון הרבה במה שפצאתי פעת בנו"ב מ"ק ח' אה"ע סי' נ"ז ענף ג ונתבאר לנו דמוכח מהש"ס דעד זומם הוי כמו רשע דחמס משום דתלינו דהעיד שקר משום דשקיל שוחדא וכה"ג בשביל הנאתו ולכן מדמה הש"ס גזלן לעד זומם ומזה הוכיחו הפוסקים הנ"ל דפסול עד זומם הוי בגדר פסול דעד חמס והטעם פינו דחייבה התורה תשלומין לעדים זוממין ע"כ הוי לאו דנייתק לתשלומין כמו גזלן ויש בו ג"כ חימוד ממון פנ"ל ועיין במל"מ פ"ד ה' מלנה ה' ו' ד"ה אף ראיתי להריב"ש כו' באה"ד שם וגם יש לעיין בסוגיא דסנהדרין הנ"ל במה שכתבו התוס' בבכורות ד' ל"ו ד"ה אימר דאמר ר"מ כו' וקצרתי ולפי"ז יש לדון היכא דנמצאו זוממין מקודם דנגמר הדין דאז י"ל דלא מיפסלי לעדות נפשות פינו דחשוד על הקל אינו חשוד על החמור ולומר דמקרי רשע דחמס והוי לאו דנייתק לתשלומין או כמש"כ לעיל דגם היכא דמשלמין דינם כמו לאו שיש בו מלקות פינו דעל עצם הלאו דלא תענה חזינו דהיכא דלא הוי בני תשלומין מסייבי מלקות רק משום דלא עבדינו שתי רשעיות אבל עכ"ז לא פקע מינייהו שם רשע וכמו דנתבאר הפל בארנפה לעיל ולפ"ז היכא דלא נגמר הדין עדיין י"ל דלא מפסלי לעדות דקא כ"ז דלא נגמר הדין אינו בני הנזמה לתשלומין וגם לא למלקות מן לא תענה דקא הא דעדים זוממין לוקין בהעידו על א' שהוא חייב גלות ילפינו בגז"ש רוצח רוצח במכות ד' ה' ע"ב דאין לוקין מן לא תענה עד שיגמר הדין ע"פ [ועפ"ז יש לדון במש"כ לעיל דלכן כתב הרמב"ם בלקה הנידון דהעדים לוקין משום דאף דלא שייך דין הנזמה בזה משום פאשר זמם ולא פאשר עשה מ"מ לוקין מן לא תענה ויש לדון דקא ע"פ גז"ש הנ"ל יש למילף דה"ה מה"ט אף היכא דנעשה המעשה

ע"פ ג"כ אין לוקין מן לא תענה כמו בדין הנזמה והא שפתי הרמב"ם דאף אם לקה לוקין י"ל דהוכיח פן מן ירושלמי מכות פ' א' סוף הלכה ו' על הך דכאשר זמם ולא פאשר עשה דתנינו הכא מה דלא תנינו בכל סנהדרין ופ"ה המראה פנים שם דדוקא במיתה דנין פן ולא בכל סנהדרין ומזה הוכיח הרמב"ם דינו ואכמ"ל] אבל כבר מבואר ברמב"ם פ"ד ה"ע ה"א דאין עדים זוממין נענשין ולא משלמין עד שיזומו אחר גמ"ד ויוזמו שניהם אבל נפסלו לכל עדות שבתורה אף מקודם גמ"ד או היום א' כו' הרי להדיא דאף בהזמו מקודם גמ"ד ג"כ פסולין לכל עדות שבתורה ונכלל בזה אף לד"נ משום דכיון דהוי מצי להיות חייבים העדים מלקות או תשלומין אם הנה נגמר הדין ע"פ ע"כ עכשיו דלא נגמר הדין מ"מ מקרי רשע דעברו עבירה שיש על הלאו דין מלקות או תשלומין וכמו בלאו הנפק ליעשה דכיון דמשפחת מלקות בבטלו ע"כ אף בלא בטלו ג"כ מפסלי לעדות פנ"ל בשם הפוסקים בח"מ ריש סי' ל"ד [ועפ"ז מיושב קושיות המפרשים בריש ביצה דמאי נפ"מ בפלוגתת ב"ש וב"ה] וה"ה הכא דכלל הוא דהיא דהיה יכולים להתחייב מלקות או ממון ע"י עדותם מפסלי לעדות דמקרי רשע גם בזה דהא בעת שעברו היה יכול לבא לידי חיוב מלקות או ממון והוי חטא שיש בו דין מלקות וכמו כל לאו אף בלא התראה מ"מ מיפסל לעדות: והוכיח פן הרמב"ם מהא דאמרו בכו"מ ש"ס עד זומם נפסל ועיין בסנהדרין ד' כ"ז בתוס' ד"ה דאסהידו ביה תרי בחד כו' שפתיבו דהא דאמרו שם עד זומם למפרע נפסל משום דה"ל רשע כו' ולא נקט עדים זוממין משמע דלא היום רק א' יע"ש.

וקשה הא אין עדים זוממין נענשין עד שיזומו שניהם וגם אינו לוקה עד שיוזמו שניהם כמש"כ הרמב"ם שם ריש פ' כ' ה"ע וע"כ מוכרח דגם לאו דלא תענה אינו לוקה כ"ז דלא הוזמו ב' ואפ"ה מפסל לעדות מה"ת ואי משום דהוי חשוד לאותו דבר הא ותבאר לקמן דזה לא שייך בע"א הנזום להיות נפסל להצטרף לשנים ומדברי הש"ס משמע דגם לענין צירוף מיפסל וע"כ מוכח דגם כה"ג מקרי רשע להיות מפסל לעדות וכן מצאתי בריב"ש סי' רס"ו שכתב להדיא דאף דאין עדים זוממין נענשין עד שנגמר הדין מ"מ פסולים לעדות ומה"ט ס"ל להריב"ש בהא דאמרינו בכתובות דהנזמה שלא בפניהם נהי דהנזמה לא הוי מ"מ הכחשה הוי להיות נפסלים לעדות והובא בש"ף ח"מ סימן ל"ח.

ובאמת אין אנו צריכים לזה להאריך דזה פשוט דמי שעבר עבירה אף בלא התראה דאינו לוקה מ"מ מפסל לעדות כמבואר בח"מ סי' ל"ד סעי' י"ב היכא דהוא איסור פשוט כמש"כ הסמ"ע שם אלמא דלאו במלקות תליא מילתא רק כיון דעבר עבירה שהיה מצי ללקות מפסל לעדות והארב"ח בזה לפי שראיתי בספר אחד ממחברי זמנינו שכתב בח"מ סי' ל"ד בשם התנאים סי' הנ"ל סעי' ח' ס"ק י"ג דעד זומם אע"פ ששילם פסול וה"ה אף היכא דלא נגמר הדין ג"כ פסולים לעדות וע"ז כתב המחבר הנ"ל להשיג על התנאים משום דכיון דאין דין הנזמה נוהג כ"ז דלא נגמר הדין ע"כ אין דינם רק כמו הכחשה דהא הנזמה חידוש הוא ואין לה בו אלא חידושו עכ"ל אבל ז"א מתרי טעמא א' בעיקר הדבר כבר נתבאר בשם הרמב"ם והריב"ש דאף בניזומו מקודם גמ"ד ג"כ מפסלי לכל עדות שבתורה פנ"ל ומש"כ בשם התנאים סי' ל"ד סעי' ח' שכתב פן ז"א דז"ל התנאים שם דה"ה בלא שילם רק דהיום מקודם דנעשה המעשה מ"מ מיפסלי כו'.

הרי דלא פתב רק דהוים מקודם דנעשה המעשה לא משלמי פמבואר לעיל סי' א' סעי' ד' אבל גמ"ד מצי להיות דס"ל ג"כ דבעי וכדעת המחבר הנ"ל אף פבר נתבאר דלדינא ס"ל להרמב"ם והריב"ש דאף בניזומו מקודם גמ"ד ג"כ מיפסלי ולא פדעת המחבר הנ"ל (ועיין פריב"ש סי' רס"ו שם דעדים שהוקחשו בנפש לוקין מן לא תענה ופסולין לעדות אף היכא דלא הונו פגון בא הרוג ברגליו פמבואר בב"ק ד' ע"ד יע"ש] ועפ"ז יש לעיין בפשיטת הב"ח לדברי הר"ה דהובא בח"מ סי' ל"ח וסימן ל"ד דס"ל בפעדות בשטר דאף דלא נענשים פדין זוממין מ"מ מיפסלי כמו בהזמה שלא בפניהם פנ"ל ולפמש"כ יש לחלק דשאני עדות בשטר דלא הנה יכול מעולם לבא לידי חיוב מלקות להעדים.

משא"כ בהזמה שלא בפניהם דבעת דהגידו הנה יכול לחול חיוב מלקות על העדים אם יוזמו בפניהם והש"ך ג"כ מסיק שם כהב"ח דהזמה שבשטר נפסלו העדים ודוחק לומר דז"א רק מדרבנן.

שוב ראיתי דיש להוכיח מהרמב"ם דאף היכא דלא הנה יכול לבא להעדים חיוב מלקות מ"מ מיפסלי והוא דהרמב"ם ריש פ"כ ה"ע כתב דעדים שהוזמו ונמצא א' מהם קרוב או פסול אין נענשין אבל מיפסלו לכל עדות שבתורה עכ"ל הרמב"ם ודבר גדול חידוש לנו הרמב"ם דבנמצא א' מהם קרוב והוזמו מיפסלי לכל עדות שבתורה ומשמע אף בהוזמו לדיני ממונות מיפסלו לדיני נפשות דע"כ מטעם רשע אתינו עלה ואף דבלא ההזמה אינו בני עדות וקרוב ופסול דהוזמו ולא ידעו הב"ד בעת דקיבלו עדותן דהמה פסולים ואח"ז נתברר להם דהנה קרוב וכה"ג: בנודאי אינם נפסלים לעדות מה"ת ואף מדרבנן צ"ע דהא אינו בני עדות כלל ואטו מי שנתפונן לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה אטו מיפסל לעדות ונודאי ז"א רק פפרה צריף.

אבל לא חמיר כ"כ כמש"כ התוס' בסוטה ד' כ"ח ד"ה מה תלמוד לומר כו' בסוף הדיבור רק בנמצא א' מהם קרוב ופסול פיון דאין על העדים הכשרים פסול הגוף כ"א מצד אחר ע"כ דינם דמיפסלי משום דהעידו שקר פיון דהב"ד קבלו עדותן בתורת עדות ע"כ מיפסלי אלמא דאף דאין לוקין כמש"כ הרמב"ם מ"מ מיפסלי לעדות ועיין בשבועות ד' ל"ה בנמצא א' מהם קרוב ופסול אינם חייבים קרבן שבועה משום דלא הני ראוי להגדה ולא קרינו ביה אם לא יגיד ועיין בתוס' שם ד"ה או שהנה א' מהן קרוב כו' ובנתיבות סוף סי' ל"ו וחוזינו דאף היכא דלא הנה מעולם חיוב מלקות עליהם כמו בנמצא קרוב דאגלאי מלתא דלא הנה עליהם מעולם חיוב מלקות מ"מ מיפסלי משום עדות שקר א"כ ה"ה בהזמה בשטר דאף דלא מיענשי על עדותן בשטר משום דהזמה חידוש הוא כו' ואפשר לחלק קצת דשאני בנמצא קרוב או פסול דאם לא הנה נודע להב"ד הנה לוקין מלקות על עדותן ולכן מקרי לאו של מלקות דהא משפחת בי' עכ"פ מלקות משא"כ בפעדות בשטר אף באמת י"ל עדיין דזה לא מקרי בני מלקות דהא אז הני המלקות בטעות ומן הדין לאו בני מלקות נינהו פיון שנתברר שהנה קרוב ביניהן וקצת בי' כ"כ: א"כ נתבאר דהא דעדים זוממין פסולין לכל עדות שבתורה אף מדיני ממונות לד"נ משום דמקרי לאו דלא תענה לאו דיש בו מלקות משום והצדיקו את הצדיק כו' והנה אם בן הפות הרשע ולכן אף היכא דלא שייך חיוב מלקות כמו בהוזמו מקודם גמר דין או בניזום ע"א מהב' עדים מ"מ פיון דהנה יכול לבוא עליהם חיוב מלקות מקרי מה"ט לאו שיש

בו מלקות אף היכא דאינן בגי מלקות או משום דכינן דהתורה חייבה מלקות לעדים זוממין א"כ נפק ליה זה מהך פללא דלאו דאין בו מעשה ואף היכא דלא יכול לבוא לידי חיוב מלקות יש לדון פנ"ל דהא חזינן דהתורה חייבה מלקות בעברו על לא תענה רק התורה גזרה דלא יהיה לוקין כ"א בגמרא הדין וכה"ג והוי כמו פל לאונן דמלקות דאף דאין לוקין כ"א בהתראה מ"מ הא אף בעבר עללאו דלא היה התראה ג"כ מיפסלי כמש"כ הרמב"ם פ' י"ב ה' עדות ה"א.

וה"ה בכ"מ דהתורה גזרה פרטי דיני מלקות. דאף היכא דאין פאן פל הפרטים דמלקות מ"מ הא אינהו עברו על לאו דיש בו חיוב מלקות אם היה בו פל פרטי דיני מלקות ע"כ דינו כמו פל לאו דיש בו מעשה דהא התורה גזרה דינו דלאו דלא תענה דאינו כמו לאו דאין בו מעשה רק לוקה מנהיה אם אם בן הכות הרשע ואם היה דינו כמו לאו דאין בו מעשה.

א"כ לא היה דינו ללקות אף בהיה בו פל פרטי דינים ושל. ע"כ מיפסל לעדות כמו בכל לאו שיש בו מעשה וכמבואר בב"ק ד' ה' דעדים זוממין אע"ג דלית ביה מעשה רחמנא קריה מעשה דכתיב ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו וגם בדין מלקות מן והיה אם בן הכות הרשע ילפינן בגז"ש רוצח רוצח בחייבי גלות מן דין הזמה כמבואר במכות ד' ה' ע"ב פנ"ל.

ועיין במכות ד' ד' דמקשה ורבנן האי לא תענה מאי דרשו ביה וב"ב ד' צ"ב ע"ב ואכמ"ל וע"פ מש"כ יש לדון בדברי הפתח הבית בסי' כ"ח ע"ש: ענף ד ובעיקר דברי הרמב"ם דריש פ"כ ה"ע דפסק בעדים דהוזמו אחר גמ"ד ונמצא א' מהם קרוב ופסול דאין נענשין ומ"מ נפסלו לכל עדות שבתורה.

דלכאורה צריך ביאור דאי נימא דאף דאחד מהם הוא פסול מ"מ עברו על לא תענה פינן דאין עליהם עצם פסול רק מצד אחר דקרוב שביניהם מבטלם וע"כ מיפסלו לעדות א"כ יהיה לוקין מן והיה אם בן הכות הרשע מן דין הזמה פינן דנגמר הדין פבר וכמו בחייבי גלות ואפשר לומר דזה הוי פלא נגמר הדין פינן דאיגלאי מלתא למפרע דבטעות גמרו הב"ד הדין על פיהם.

וכעין מש"כ הקצה"ח בסי' ז' סוף ס"ק ד' בשם המרדכי גבי אין עד נעשה דיין כה"ג עי"ש וכבר ידוע דבלא נגמר הדין אין העדים נענשים ועכ"פ מיפסלי דקא עברי על לא תענה. וה"ה בנמצא א' מהם קרוב ופסול פינן דאין פסולן בגופן ע"כ קא עברי על לא תענה ואף דבכל עידי הזמה איגלאי מילתא למפרע דהי' פסולים אז דקיי"ל למפרע הוא נפסל ולא היה מעולם גמ"ד אכן שאני היכא דאין עליהם פסול אחר וכמו [ש"בואר לקמן: ועוד י"ל בכוננת הרמב"ם ע"פ הא דמבואר בנזיר ד' כ"ג דמפר לה בעלה והיא לא ידעה שיהפר לה והיתה שותה יין ומטמאה למתים ר' יהודה אומר אם אינה סופגת ארבעים תספוג מפת מרדות וכן פסק הרמב"ם פ' י"ב ה' נדרים ה' י"ח משום דס"ל דאף ת"ק מודה בזה לר' יהודה ולא פשיטת התוס' בנזיר ד' כ"א א"כ חזינן דס"ל להרמב"ם דהיכא דנתפנוין לאכול בשר חזיר אף דעלה בידו בשר טלה הוי איסור חמור ולוקה מדרבנן מפת מרדות אלמא דזה לא גרע מכל איסור דרבנן א"כ ה"ה בעדים דהעידו בשקר ונתפנונו להעיד רק דאח"כ נודע דנתבטל עדותן מאיזה טעם רק פינן דהעדים

נתפוננו לעבירה א"כ זה גרע ביותר מהא דבשר טלה הנ"ל דהא הכא הנה יכול לצאת תקלה מעדותן אם לא ינודע להב"ד פסולם ועיין בנתיבות סי' ל"ג ס"ק א' דכתב על מש"כ הש"ך שם ס"ק ט' דלכן היכא דהעיד קרוב דלא ידעו הב"ד ממנו דשייך בזה לומר עבד אינש לאחזקי דיבורייהו דאל"כ הוי פמעידין שקר בעיני הבריות ע"ש אכן לפמש"כ יש להסביר זה ביותר דהא בלא"ה יתנה לוקה מכות מרדות בזה פניו דנתפונן להעיד שקר ואף היכא דאינו לוקה ע"פ עצמו מ"מ איסורא קא עביד בעצם א"כ בנודאי יחזיק דיבורו: ולפ"ז יש מקום לומר דמה"ת גם בנמצא א' מהם קרוב לא קעברי על לא תענה דכיון דהתורה פסל עדותן א"כ דומה לקרובים דנודאי לא שייך לא תענה בהו וכמו בשבועות העדות דאינו נוהג אף בנמצא א' מהם קרוב ופסול.

כמבואר בשבועות ד' ל"ה משום דלא קרינו בהו אם לא יגיד וקא דכתב דפסולין לכל עדות זה רק מדרבנן משום דנתפוננו לאיסור היכא דלא ידעו העדים בעצמם שיש ביניהם קו"פ דאז לפי דעתם עברו על לא תענה וקא דלא פתב דלוקה מכות מרדות י"ל דסמך על מה דזה מבואר בכמה דוכתי דעל איסור דרבנן לוקה מכות מרדות.

אף על העבר כמש"כ בה' נדרים פנ"ל. ועיין ברמב"ם ה' חמץ ומצה פ"ו ה' י"ב וקא דלא פתב הרמב"ם בפ"י בזה דאין פסולים רק מדרבנן ז"א קשה דכעין זה מצינו ברמב"ם בכמה דוכתי דסתם בזה ומהם ברמב"ם פ' י"א ה' עדות ה' ט' אף דאינו פסול רק מדרבנן כמבואר בסנהדרין ד' י"ט וברמב"ם ה"מ פ"ג ה' ז' וה"ה הכא י"ל דמאי דכתב דהוא פסול לכל עדות שבתורה י"ל דז"א רק מדרבנן והסברא נותנת דלא יהי' עוברים על לא תענה ובפרט לשיטת הרמב"ם דס"ל והוא בסי' ל"ו דבשעת ראיה אף בלא הגדה פלל נתבטל עדותן בנמצא א' מהם קרוב א"כ לא הי' ראויים מעולם להעיד פניו דהנה ביניהם הקרוב אף י"ל דז"א שייך בנזומו דאיגלאי מילתא דלא הנה מעולם ביחד בצירוף בשעת ראיה וכוון דלא נפסלו ע"י צירוף אף ע"י הגדה ביחד פניו דניזומו ולא נצטרפו מעולם מעת ראיה י"ל דהנה עליהם שם עד וכמו שכתבו התוס' במכות ד' ו' ד"ה אומר רבא והוא שהעידו בתכ"ד כו' לחלק בזה כה"ג ע"ש ועיין ברמב"ם ה"ע פ"כ ה"ג ובראב"ד שם ובש"ך ח"מ סי' ל"ו ס"ק ו' והעיקר מה דיש לחלק ולתרוץ מה דהקשיתי לעיל דמ"ש הנה ביניהם קרוב ופסול דמקפסל משום דעבר על לא תענה ומ"ש מן שבועות העדות דאינו נוהג אם הנה ביניהם קו"פ פנ"ל וגם קא בנמצא בעצמו קו"פ בנודאי דאין בלאו דל"ת.

א"כ מ"ש דהנה ביניהם קו"פ קא עכ"פ התורה פסלה אותם ואינן ראויים להגדה ולכן נראה דהרמב"ם דפסל לעדים דהוזמו ונמצא ביניהם קו"פ משום דעברו על לא תענה דשאני קו"פ בעצם דלא הנה ראוי מעולם להיות עד משא"כ בנמצא ביניהם קו"פ דכיון דניזומו א"כ לא נצטרפו מעולם בעת ראיה ע"כ בעת שפאו להעיד יש עליהם שם עד דהא עיקר הפסול שלהם מה דנמצא א' מהם קרוב אינו רק ע"י מה דנצטרפו בעת הגדתם בב"ד פנ"ל א"כ בעת שפאו להעיד הוי עליהם שם עד דאז הי' בינדם שלא להעיד בצירוף הפסול ע"כ יש עליהם שם עד להיות עובר על לא תענה משא"כ בשבועות העדות דהדין הוא דהיכא דנמצא א' מהם קו"פ אינם חייבין ק"ש כמבואר בשבועות ד' ל"ה משום דהא שיטת הרמב"ם דבצירוף מעת ראיה אף בלא הגדה ג"כ מצטרפו להפסול א"כ בעת חיוב ק"ש אינם ראויים לעדות פניו דנצטרפו כפר בעת ראיה: ובזה מתורץ קושיות התוס'

בשבועות שם ד"ה או שהיה אחד מהם קרוב כו' דהקשו דמאי אשמועינן התנא הא כבר תנו דאינו נוהג אלא בראוין להעיד כו' וכוונת תירוץ עיין בנתיבות סוף סי' ל"ו אבל להרמב"ם י"ל דאשמועינן הך דינא גופא דמצטרפין לפסול משעת ראיה דאי נימא דלא מיפסלי עד שעת הגדה כשיטת התוס' ושארי פוסקים כמבואר בסי' ל"ו א"כ אמאי אינם חייבין קרפן שבועה והא הי' יכולים הפשרים בפ"ע להעיד ויש עליהם שם עד וכנ"ל ע"כ מוכח מזה דמעת ראיה נצטרפו לפסול אף באמת אינו קשה לשיטת התוס' וש"פ הנ"ל אמאי אינו חייב קרפן שבועה הא היו יכולים להעיד בפ"ע.

די"ל פיון דאמר משביעני עליכם פלוני ופלוני שתבאו ותעידני. א"כ כלל הפסולים עמהם שיבאו להעיד ביחד ואז יהי מצטרפין לפסול אף לשיטת הרמב"ם י"ל פנ"ל לתרץ קושיות התוס' הנ"ל: וע"כ בניזומו ונמצא ביניהם קו"פ מיפסלי העדים משום דעברו על לא תענה דבעת דהעידו היה אז בידם שלא להצטרף להפסול והי' עליו אז שם עד פיון דאיגלאי מילתא דלא הי' מעולם בעת ראיה ביחד פיון דניזומו ומ"מ אינם נענשים משום דהא פיון דנצטרפו ביחד בעת הגדה בב"ד ע"כ אינו נענשין בניזומו משום דהא אין העדים ניזומו עד שיזומו כולן מהך היקישא דשנים או שלשה עדים כמבואר במכות ד' ה' ואף דאין על הקו"פ שם עד.

מ"מ פיון דנצטרף עמהם והוא אינו בדין הנזמה ע"כ אף הפשרים שנצטרפו עמו אינו בדין הנזמה. דהא ילפינו מהך היקישא דמה שנים אין ניזומו אם הי' א' מהם קו"פ דזה נלמד מהך דרשא דוהנה עד שקר העד דכל מקום שנאמר עד הרי פאן שנים כמבואר ברש"י מכות ד' ה' ע"ב ה"ה מאה אינו ניזומו בנמצא א' מהם קרוב פיון דאינו יכול לקיים דין הנזמה על כל אלו דנצטרפו היינו על הקרוב ע"כ אינו חל דין הנזמה על הפשרים ג"כ או משום דכיון דנצטרפו כבר בעת הגדתם בב"ד א"כ היה הגמ"ד בטעות דהא היו אז כבר פסולים ע"י הצירוף להפסול א"כ הוי כמו דלא נגמר הדין ואינו נוהג דין הנזמה והא דכל עדים זוממין נענשין בדין הנזמה אף דאיגלאי מילתא דנפסלו למפרע כדקיי"ל עד זומם למפרע נפסל א"כ הוי הגמ"ד בטעות.

ע"ז י"ל דבאמת בזה גזרה התורה דזה יהיה פועל גמ"ד דאל"כ בטלה דין הנזמה וכה"ג פתבו התוס' בסנהדרין פ' ע"ג בד"ה ממונא לא משלם כו' על מה דמשלם קנס בבא על הבתולה הא בהעראה לא מחייב א"כ בגמר ביאה לאו בתולה היא ותירץ דאחייב חייב רחמנא דאל"כ בטלה דין קנס באונס ומפתה וה"ה בזה רק היכא דנתערב פסול אחר על העדים כמו בנמצא א' מהם קו"פ א"כ אין עליהם שם עד כלל זולת ההנזמה ע"כ הוי פלא נגמר הדין לפי שהי' בטעות: וכעין מה דקיי"ל בזבחים ד' כ"ט בפייגול דבעי דקרב המתיר כמצינתו ואף דבפייגול בכל ד' עבודות לאכול חוץ לזמנו בלא"ה ג"כ אינו כמצינתו וע"כ מוכח דשאני זה דכן גזרה תורה דאם לא יתערב מחשבה ופסול אחר כו' וכמש"כ רש"י בזבחים ד' מ"ב ע"ב ד"ה פי הדר מדי בהיכל מיא קא מדי כו' ובתוס' שם ד"ה פי מדי בהיכל מיא בעלמא קא מדי כו' וכמו שאמרו בזבחים ד' נ"א ובשארי דוכתי הואיל ומרצה כו' וכ"כ רש"י בזבחים ד' קי"א ע"א ד"ה השוחט העוף בפנים ועיין מזה במנחות ד' נ"ז חקמצה ויצאת וחסור וחקמצה מהו וכמש"כ המל"מ ה' גניבה פועל זה דאם נתערב איסור אחר גבי שליחות על טביחה ומעילה בטל השליחות משום דבאיסור אחר אמרינן אין

שליחות לד"ע זולת באיסור טביחה לחוד רבי רחמנא להתחייב ע"י שלוחו וה"ה בנ"ד דכינן דיש על העדים פסול מצד אחר א"כ הוי פלא נגמר הדין מעולם דהא הוי הגמ"ד בטעות אחר דנצטרפו פכר בעת הגדה ועל לא תענה קא עברו משום דבעת עדותם היו יכולים להיות בשם עד פדין שלא להצטרף אז להפסול: ואף דאין לוקין משום דלא נגמר הדין או משום דלא נזומו פולן פנ"ל מ"מ פיון דעל עיקר הלאו מצינו דחייבה התורה מלקות רק בעי לזה פמה פרטים וכבר נתבאר דאף היכא דלא מצינו כל הפרטי דיני מלקות מ"מ מקרי עבירה של מלקות להיות מפסל לעדות משום דקרין בי' שם רשע ואתי שפיר פשט דברי הרמב"ם הנ"ל בעז"ה על נכון: ענף ה נחזור לענינינו דהעיקר כמש"כ מתחלה דגם עד זומם מיקרי למי שיש בו מלקות כי יש פמה הכרחים לזה וקצרתי ולפ"ז יש לדון בע"א דהעיד לבדו והוים דאף דנפסל לכל עדות שבתורה עכ"ז י"ל דדוקא להיות מעיד לבדו בזה נפסל מה"ת משום חשוד לאותו דבר אבל לענין צירוף עם עוד א' בזה אין נפסל משום חשוד לאותו דבר.

דקא חשוד לדבר הקל אינו חשוד על החמור אף לאותו דבר כדמצינו לר' יוסי דס"ל הוים בד"מ פשר לד"נ ואף דקיי"ל כר"מ: זהו משום דהתורה פסלו משום דקרין בי' אל תשת רשע עד משום דהוי חטא שיש בו מלקות או לאו הנחתן לתשלומין דע"י עדותו בפקר חייבו התורה ממון מן דין הנזמה וז"א רק בשני עדים דחייבם התורה מלקות מן והצדיקו כו' דקא ע"י עדותן היו יכולים לחייב ממון או מלקות וכה"ג וע"כ קרינן בהו והצדיקו הצדיק והרשיעו כו' ואף היכא דאין בהם דין מלקות או ממון פמו היכא דניזום רק ע"א משני עדים דהעידו מ"מ פיון דקא הוא הצדיק והרשיע הרשע ע"י עדותן בצירוף לאחר רק דהתורה גזרה דלא יהיו נענשין כ"ז דלא נזומו שניהן ומ"מ הוא קא עבר על חטא דיש בו מלקות דקא בניזומו שני עדים נענשים מלקות או ממון פיון דהצדיקו הצדיק והרשיעו הרשע.

וכבר נתבאר דלא בעינן פרטי דיני מלקות בפועל דז"א מעכב פסול העדים אבל בלא העיד כ"א א' קא ע"א אינו בהנזמה פמבואר בב"מ ד' ד' ובתוס' שם ד"ה ע"א יוכיח כו' דלכן ע"א אינו בהנזמה לפי דאינו יכול לחייב ממון ע"י עדותן יע"ש: ולכאורה הייתי אומר דלכן ע"א אינו בהנזמה משום דקא מבואר ברש"י מפות ד"ה ע"ב דלכן אין שנים נזומין עד שזומו ב' משום דכתיב והנה עד שקר העד וכל מקום שנא' עד הרי פאן שנים ולפ"ז אף היכא דע"א מחייב ממון במקום דהוי משויל"מ עכ"ז אינו בהנזמה משום דכן גזרה התורה דדוקא בניזומו שני העדים יהיה נוהג דין הנזמה ולא בניזום ע"א אכן ראיתי ברמב"ם פ' כ"א ה' עדות ה' ה' שקתב בניזום ע"א המעיד שזינתה אחר קינוי וסתירה דמשלם פתובתה מן דין הזה וע"ש בלח"מ ששהכריע פגירסא זו בהרמב"ם ועיין מזה בירושלמי סוטה פ"א ה"א ובמראה הפנים שם ד"ה עידי קינוי כו' וקצרתי בכ"ז] אלמא דמצינו דגם בע"א נוהג דין הנזמה היכא דהיה נאמן בעדותו לבדו וי"ל דהרמב"ם הוכיח דינו מהא דשבועות ד' ל"ב דאי' התם הפל מודים בע"א בעד טומאה דרחמנא הימניה דחייב ק"ש רק במשביע ע"א היכא דאינו רק לשבועה בזה ס"ל דפטור מק"ש משום דגורם לממון לאו פממון דמי וכן מקבל עליו ע"א דיהי' נאמן כב' אין בו ק"ש פיון דאינו נאמן בעצמו מצד הדין כ"א מצד קבלתו פמבואר בירושלמי שבועות פ"ד פיון דאינו נאמן מצד עצמו לא מקרי חזי להגדה יע"ש.

ולפי מה דפסק הרמב"ם דע"א היכא דמהימן כב' יתנו בדין הוזהר בע"כ מוכח דהא דמבואר בב"מ דע"א אינו בהזמה טעמו כמש"כ התוס' שם לפי דאינו מחייב ממון ע"כ אינו בהזמה ואף היכא דנעשה משואיל"מ ע"י העדות דע"א ג"כ פתב הנו"ב בס"י ע"ב בחלק אה"ע במ"ק ובשו"ת טורי אבן סי' ט' דג"כ אינו בהזמה לפי דלאו העד קא גרים רק מצד דריע טענתו ע"כ הוי משויל"מ ולכן אינו בדין הוזהר יע"ש ואף דמצינו בשבועות ד' ל"ב דהפל מודים בע"א כמו בנספא דר' אבא כו' ע"כ מוכרחים לחלק בין חיוב ק"ש ובין דין הוזהר דלא כמש"כ לעיל לדמותם להדדי ויש להאריך בזה ואכמ"ל: ואף דין מלקות ליתא בע"א כמבואר בנו"ב סי' ע"ב ח' אה"ע במ"ק שם באמצע התשובה ד"ה ועפ"ז יפה פסק הריב"ש כו' ונ"ל שם באה"ד הנ"ל דע"א אין בו דין הוזהר ואף אין לוקה משום לא תענה דדוקא בהרשיעו הרשע והצדיקו הצדיק בזה שייך מלקות משא"כ בע"א דאינו קם רק לשבועה א"כ אינו מרשיע פלום וכעין זה פתב הרמב"ן במלקמות בסנהדרין ד' פ"ו בסוגיא דע"זי גניבה ועדי מכירה בנפש שהוזמו יע"ש: אלמא דע"א כיון דלשבועה אתא לממונא לא אתא כמבואר בסנהדרין ד' ל' אין בו דין הוזהר וגם אין בו חיוב מלקות משום דלא קרינו בי' והרשיעו את הרשע והצדיקו את הצדיק.

דזהו עיקרא מילתא דחיוב מלקות בעדים זוממין כמבואר בר"ש מפות: וע"כ ע"א שהעיד לבדו אינו מפסל להצטרף לעוד ע"א להעיד בתו"ע בשנים דהא כיון דאין שמו רשע פשהעיד לבדו וניזום דהא אף דנימא דגם ע"א פשהעיד שקר עבר על לא תענה מ"מ הא זהו לאו דאין בו מעשה דאינו מפסל ע"ז פנ"ל כ"א בשני עדים דשייך בהו והרשיעו הרשע והצדיקו כו' אז לוקין וע"כ אף היכא דחסר פרטי דיני מלקות כמו בגיזמו מקודם גמ"ד או דלא גיזמו כולם מ"מ אינהו הא עברו על חטא דיש בו מלקות והוי כמו כל עבירה דאין לוקה כ"א ע"י התראה ויתיר א"ע למיתה או למלקות ושאר פמה פרטים דיני מלקות ועכ"ז אף היכא דעבר על לאו הנה בו דיני מלקות מ"מ הא גיפסל לעדות משום דהא איהו קא עבר על חטא שחייבוהו התורה מלקות אם יקניים כל פרטי דיני מלקות ושמו רשע דנפסל לעדות ומה"ט אף בע"א דהוים רק העיד בצירוף שנים דמקרי עד זומם ופסול לעדות כיון דאיהו קא עבר על לאו דלא תענה והצדיקו הצדיק והרשיעו הרשע לחייב ע"י עדותו ממון ומלקות וכו"ג ע"כ אף היכא דלא נתקיימו כל פרטי הדינים שקצבה התורה לדיני הוזהר ומלקות לעדים זוממין עכ"ז דכיון דהוא עבר על לאו דלא תענה והרשיעו הרשע דחייב מלקות או ממון אם הי' בו כל פרטי דינים הוזהר ומלקות מלא תענה ע"כ מופסל לעדות משום דהא בעצם החטא שנה הוא מה דעשה ע"א והוים כיון דהועיל בעדותו במה דהעיד בצירוף להעיד או היכא דלא נגמר הדין מ"מ איהו בעצם החטא עשה הפל כמו בשני עדים שהוזמו אחר גמ"ד דרק מצד אחר אינם יכולים לקיים ביה דין הוזהר ולא מצד קלות חטאו דבעיקרעשיתם להחטא שנה הוא הפל כמו בשני עדים דהוזמו ונתקיים בהו כל פרטי דין הוזהר א"כ ה"ה היכא דלא נתקיים פרטי הוזהר מ"מ כיון דאיהו עבר על החטא להרשיע את הצדיק ולהצדיק את הרשע ע"כ עבר על חטא של מלקות או על לאו דלא תענה הנתיק לתשלומין דמקרי עד זומם עד חמס כמו דנתבאר לעיל בארנפה אבל בע"א דקא עבר לבדו דכיון דלא הועיל בעדותו לחייב ממון או שאר חיוב ברור פי אם לשבועה לבד ואף במקווייב שואיל"מ כפר פתב הנו"ב דזה ג"כ מקרי דלא הרשיעו בעדותן כיון דז"א רק מצד דריע

טענותו של הטוען ואינו בהזמנה פנ"ל וכינן דאינו בהזמנה במלקות מצד דאין כל כף ממש בעדותו של ע"א וזהו מצד קלות חטא א"כ לא משפחת לעולם מלקות ותשלומין בע"א היכא דאינו נאמן פתרי מצד עצמו כמו בע"א אחר קנוי וסתירה שהובא לעיל בשם הרמב"ם וכינן דאין בו הך והרשיעו וכו' והך והצדיקו וכנ"ל.

א"כ במה דעבר על לא תענה אין בזה חיוב מלקות כלל כינן דלא שינה בזה והרשיעו והצדיקו א"כ הוי כמו לאו שאין בו מעשה דקיי"ל דלא נפסל משום זה לעדות וכן לאו הנייתו לתשלומין לא שינה בע"א כינן דאין בע"א דין הזמנה ולא נתחייב עד א' ע"י עדותו בשקר שום ממון א"כ אין עליו שם רשע ואינו נפסל לעדות כי אם מצד חשוד לאותו דבר ולכן אינו נפסל כי אם על עדות אחרת שיעיד לבדו דבזה נפסל משום חשוד לא"ד אבל לענין צירוף עם ע"א אחר בזה אינו נפסל משום חשוד לא"ד דהא מצינו דע"א המעיד בשקר לבדו הוא חטא קל מן שני עדים דיעידו בשקר דהא בע"א המעיד בשקר לא שינה בו והרשיעו והצדיקו כו' כינן דאינו מועיל בעדותו לממון כי אם לשבועה ומה"ט לא חייבתו התורה מלקות והזמנה לעולם כלל משום דמצד קלות חטאו דאינו עושה תועלת כ"כ בעדותו ע"כ לא חייבה התורה בזה שום עונש ע"כ מקרי ע"א דמעיד בשקר חשוד על הקל ומה"ט במשביע ע"א פטור מק"ש היכא דאינו מחייבו רק שבועה משום דגורם לממון לאו כממון דמי אלמא דחייבו מקרי חיוב קל ואף דהיכא דנעשה מחשואיל"מ מבואר שם דחייב ק"ש אף לענין דין הזמנה נתבאר לעיל דגם כן אינו בהזמנה כמש"כ האחרונים הנ"ל א"כ ע"א המעיד בשקר י"ל דאינו חשוד כי אם על הקל.

אבל אינו חשוד לצירוף עם ע"א להעיד ביחד משום דזה מקרי דבר החמור כינן דחייבה התורה מצד חוקר חטאו מלקות או ממון וחשוד על הקל דאין בו מלקות לא הוי חשוד על החמור דיש בו מלקות וכינן דלא מקרי רשע משום דהוי לאו דאין בו מעשה וכמש"כ התנאים בריש סי' ל"ד דעל לאו דאין בו מעשה אינו נפסל לעדות היכא דלא מצינו בי מלקות ולא הוי חשוד לא"ד כי אם להיות ע"א לבדו משא"כ ע"י צירוף עם ע"א משום דחשוד לקל אינו חשוד על החמור כדס"ל לר' יוסי בהיזום בד"מ פ"ג ו' וכן אף ר"מ מודה כינן דלא מקרי רשע פנ"ל: ובאמת אף דסתמו בזה ומשמע דאף ע"א המעיד בשקר מיפסל לעדות אף לענין צירוף עם עוד אחר.

י"ל דז"א מה"ת רק פסול מדרבנן כמבואר בסי' ל"ד דאף דעבר עבירה שאין בו מלקות ג"כ מיפסיל מדרבנן ואף דבעבירה דאין בו פסול רק מדרבנן בעינן חימוד ממון כמבואר שם עכ"ז י"ל דהא מבואר במל"מ פ"ד ה' מלנה ה' ו' בשם פמה פוסקים דמחלקי דדוקא בעבר על איסור דרבנן בעינא חימוד ממון אבל בעבר על איסור דאורייתא אף דאין פסולו אלא מדרבנן לא בעינא חימוד ממון יעו"ש ועוד דכבר כתבתי לעיל דעד המעיד בשקר מקרי עבירה דיש בה חימוד ממון כדמוכח בסנהדרין ד' כ"ז כמו דנתבאר לעיל בארובה משום דאמרינן דמסתמא שקל ממונא וסהיד בשקרא וכינן דפסול דע"א בשקר להיות מצטרף בעדות אחרת עם עוד ע"א אין זה פסול כי אם מדרבנן א"כ הא דפסילי דרבנן בעי הכרזה כמבואר בסנהדרין ד' כ"ו דכולן צריכין הכרזה בב"ד ובחו"מ סימן ל"ד ועיקר הכרזה הוא להודיעו פסולו ברבים ולפרסמו: ענה ו ועדיין יש לעיין בעיקר מילתא מה דנתבאר דעד א' שהעיד בשקר אף דנימא דעבר על לאו דלא תענה כמו

שמשמע מדברי הנו"ב הנ"ל מ"מ לא מיפסל לעדות משום דהוי לאו שאין בו מעשה ואינו לוקה ע"כ לא מיפסל לעדות דהא מציינו דעד חמס מיפסל לעדות אף דהוי לאו דניתן להשבון ואינו לוקה על לאו דגזילה אלמא דחזימוד ממון שאני א"כ לפ"ז ה"ה בע"א שהעיד בשקר לפי מה שנתבאר לעיל ע"פ סוגיא דסנהדרין ד' כ"ז דעד המעיד שקר מקרי עבירה דיש בה חזימוד ממון ע"כ י"ל דאף ע"א דהעיד שקר פנין דקא עבר על לא תענה אף דאין בו מעשה מ"מ מיפסל לעדות מה"ת אף דלאו בר מלקות הוי אף יש לומר דשאני התם בלאו דגזילה כמש"כ האו"ת סי' ל"ד ס"ק א' דלאו הניתק לעשה חמור מן לאו דאין בו מעשה דהא מה דאין לוקין על לאו דאין בו מעשה הוי זה מצד קלות איסורו בפועל.

משא"כ בלאו הניתק לעשה הא דלא ניתן למלקות הוי זה משום דחייב עליו להוציא ולבטל האיסור ע"ש באו"ת וכיין דלא מציינו פן רק בפסול עד חמס דהוי לאו הניתק לעשה ע"כ מנלן למפסל בלאו דאין בו מעשה ולכן אף דמבואר בסי' ל"ד דהיכא דהוי עבירה דחזימוד ממון אז אף דהוי חטא דאין בו מלקות מיפסל עכ"ז י"ל דלאו דאין בו מעשה דכיין דלא קא עביד מעשה שאני ולא מיפסל ע"ז לעדות אף דהוי חזימוד ממון: והנה התוס' בסנהדרין ד' כ"ד ע"ב ד"ה ואלו הן הפסולין כו' פתבו דהמשנה התם לא מייירי רק בפסולי עדות מדרבנן והא דתני שם סותרי שביעית מייירי בשביעית בזה"ז דהוי מדרבנן או משום דלא חשוב להו איסור הא דממצייאין מעות לעניים וכה"ג פתב הר"נ שם בזה"ל דאע"ג דאיסור דסותרי שביעית הוא מה"ת דקיי"ל לאכלה ולא לסחורה עכ"ז פנין דלא משמע לאינשי דאיכא איסורא בסחורה כו' ע"ש: אלמא דס"ל להתוס' והר"נ דאף על עשה מיפסל לעדות דהא איסור דסותרי שביעית לא הוי רק עשה דלאכלה ולא לסחורה ואפ"ה מיפסלי מה"ת וכמש"כ רש"י בר"ה ד' כ"ב ובכעירובין ד' פ"ב הואיל דהוי חטא דחזימוד ממון ע"ש ברש"י וע"כ הוכרחו התוס' והר"נ להדר אחר טעמים אחרים דלא יהי' פסולים שם רק מדרבנן א"כ מוכח מדבריהם דהיכא דהוי חטא חזימוד ממון נפסלים אף דלא הוי רק חטא עשה.

א"כ ה"ה בלאו דאין בו מעשה פנין דהוי בחזימוד ממון דינו דמיפסל לעדות מה"ת ומן התוס' והר"נ הנ"ל סייעתא לדברי האחרונים דכתבו דבחזימוד ממון לא בעי חטא מלקות ועיין בב"ב ד' צ"ד ע"ב תוס' ד"ה הכי השתא בסה"ד ואין זה ענין לנ"ד אף מציינו בח"מ סי' ל"ד סעי' ז' דהחולק עם הגנב אינו נפסל והאו"ת שם הקשה ע"ז והנתיבות שם העלה לתרץ דברי הרמ"א משום דהחולק עם הגנב אינו דינו כגזלן משום דכבר יצא החפץ מן רשות הבועלים במה דגזלו הגזלן הראשון מכבר דהא גזילה מקרי אינו ברשות הבועלים ומייירי דלא נשתמש בהגזילה ולא עשה שינוי ואף דמ"מ עבר על מ"ע דמחויב להשיב אבידה להבועלים מ"מ הא עובר על מ"ע אינו נפסל לעדות עכ"ל הנתיבות א"כ מציינו דבחטא עשה אף דהוי בחזימוד ממון כדהתם דחולק עם הגנב משום חזימוד ממון ואפ"ה לא מיפסל לעדות משום דלא הוי רק בעשה וכן מוכרע זה לפי התירוץ של הקצה"ח שם ע"ש ולפ"ז תקשה ע"ז מהא דסותרי שביעית הנ"ל דמוכח התם דאף בחטא עשה מיפסל לעדות פנין דהוי חזימוד ממון: ויש לחלק דשאני בחטא דקום ועשה מן חטא דשב ואל תעשה דסותרי שביעית הוי חטא דקום ועשה משא"כ בחולק עם הגנב דהוי עיקר החטא מה דעבר על עשה דהשבת אבידה ולא החזירו להבועלים א"כ הוי זה בקלות החטא דלא

מִיִּפְסֵל לַעֲדוֹת וּבְעֵינָיו בְּזֶה דּוֹמֵיָא דְחָמְס דְאַף דְאִין בּוּ מְלָקוֹת מ"מ הָא הָוֵי עַכ"פּ חֲטָא דִּישׁ
בוּ מַעֲשֵׂה וְאִף דְאִינוּ לוֹקָה מ"מ פִּינּוֹן דְהָוֵי מַעֲשֵׂה שְׂאֵנִי וְהָא דְכּוֹפֵר בְּפִקְדוֹן פְּסוּל לַעֲדוֹת
י"ל דְגַם זֶה מְקַרֵי מַעֲשֵׂה דְהָא מְצִינּוּ פְעִין זֶה בְּתַמּוּרָה ד' ג' ע"ב דְמִיָּמֵר מְקַרֵי יֵשׁ בּוּ
מַעֲשֵׂה דְבְדִיבּוּרוֹ אֵינְתַעֲבִיד מַעֲשֵׂה וְעֵינּוּ מְזַה בְּקִידוּשֵׁין ד' נ"ט ע"ב מְזַה וּבְתוֹס' שָׁם ד"ה
מִיָּדִי מְחַשְׁבָּה כּו' א"כ ה"ה כּוֹפֵר בְּפִקְדוֹן דְהָא אֵינְתַעֲבִיד מַעֲשֵׂה ע"י פְּפִירְתוֹ מִיָּד דְהָא
מְתַחֲלָה הָיָה חֲפִצְבְּרִישׁוֹת הַבְּעָלִים וְעַכְשָׁיו פְּשׁוּפֵר מְקַרֵי עֵי"ז אִינוּ בְּרִישׁוֹתוֹ וְגַם נְתַחֲיִיב
עֵי"ז בְּאַוֹנְסִין ע"כ מְקַרֵי זֶה כְּמוֹ מַעֲשֵׂה וְעֵינּוּ בְּסִפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' יו"ד ס' כ"ח עֲנָף ו'
מִשָּׂא"כ חוֹלֵק עִם הַגָּבֵב דִּיצָא כְּבָר מִן רִישׁוֹת הַבְּעָלִים וּכְמִש"כ הַנְּתִיבוֹת שָׁם ע"כ דִּינוּ
דְלָא מִיִּפְסֵל מִשׁוּם דְהָוֵי חֲטָא דְאִין בּוּ מַעֲשֵׂה וְלָא מִיִּפְסֵל וְזֶהוּ דְלָא כְּמִש"כ לְעֵיל כִּי
מְוַכְרִחִים הֵם הַדְּבָרִים כְּמִש"כ פְּעֵת וְעֵינּוּ בְּאוֹ"ת בְּסִי' ל"ד ס"ק ג' וּס"ק ה' וּבְנִתְיָבוֹת סִי'
ל"ד סוּף ס"ק א' וְיֵשׁ לְדוֹן הַרְבֵּה בְּדְבָרֵיהֶם וּלְפִי"ז שְׁפִיר פְּתַבְתִּי דְבָלָאוּ דְאִין בּוּ מַעֲשֵׂה
אַף דְהָוֵי בְּחִימוּד מְמוֹן מ"מ לָא מִיִּפְסֵל לַעֲדוֹת מֵה"ת וְלִכְּן עַד א' שְׁהַעִיד לְבַדּוֹ בְּשִׁקָּר לָא
נִפְסֵל מֵה"ת אִף דְעֵבֵר עַל לָא תַעֲנֶה פּנ"ל אֶלָּא מִשׁוּם חֲשׂוֹד לְאוֹתוֹ דְבָר לְעַנְנָן אִם יַעֲיֵד
לְבַדּוֹ אֶבֶל אִם יִצְטָרֵף לְהַעֲיֵד בְּשָׁנִים י"ל דְלָא מִיִּפְסֵל מֵה"ת רַק מְדַרְבְּנָן מִשׁוּם דְחֲשׂוֹד
עַל הַקָּל אִינוּ חֲשׂוֹד עַל הַחֲמוּר וּבְעֵי הַכְּרֻזָּה בְּזֶה פְּדִין כָּל פְּסוּלִין דְרַבְּנָן: וְנִתְבְּאַר דַּע"א
שְׁהַעֲיֵד לְבַדּוֹ וְהוּזַם לָא נִפְסֵל מֵה"ת מִשׁוּם דְשָׂאֵנִי שְׁנֵי עֲדִים דְחֲיִיבִים מְלָקוֹת אוֹ מִשׁוּם
דְאֵהֲנִי בְּעֲדוֹתֵן שְׁהַעֲיֵדוֹ בְּשִׁקָּר לְהַתְחַיֵּיב מְמוֹן ע"י הַזְמָה וְהָוֵי לָאו הַנִּיחָן לְתַשְׁלוּמִין כְּמוֹ
עַד חָמְס וְגַם רַחֲמָנָא קִרִי מַעֲשֵׂה פְּמִבְּוֹאָר בְּב"ק ד' ה' מִשָּׂא"כ בַּע"א אִף דְנִימָא דְעֵבֵר עַל
לָא תַעֲנֶה כְּמִש"כ הַנו"ב מ"מ פִּינּוֹן דְאִינוּ חֲיִיב מְלָקוֹת וּמְמוֹן א"כ הָוֵי לָאו דְאִין בּוּ מַעֲשֵׂה
דְלָא נִפְסֵל מֵה"ת וְעוֹד י"ל דַּע"א שְׁהַעֲיֵד בְּשִׁקָּר לְבַדּוֹ דְאִין בּוּ לָאו דְלָא תַעֲנֶה עַד שִׁקָּר
פְּלִל דְהָא אָמְרוּ בְּכ"ד דְכ"מ שְׁנָא' עַד הָרִי פְּאֵן שְׁנַיִם רַק עוֹבֵר עַל עֲשֵׂה דְמְדַבֵּר שִׁקָּר
תַּרְחֵק וּכְמִש"כ הַתּוֹס' בְּב"ב ד' צ"ד ד"ה הָכִי הַשְׁתָּא כּו' אִף בְּאַמַּת יֵשׁ לְדוֹן בְּזֶה הַרְבֵּה
וּמִהֵן בְּשָׁבוּעוֹת ד' ל"ב בְּהַשְׁבִּיעַ ע"א דְפִטוּר וּרַאב"ש ס"ל דְחֲיִיב וּפְלִיגִי אִם גּוֹרֵם לְמְמוֹן
לָאו כְּמְמוֹן דְמִי וְלָא הָוֵי כְּפִירַת מְמוֹן וְלָא דְרִישׁוֹ שָׁם לְהָא דְכְּתִיב גְּבִי שְׁבוּעַת הַעֲדוֹת וְהוּא
עַד דְגִזָּה"כ הוּא דְכ"מ שְׁנָא' עַד ה"ה שְׁנַיִם וְע"כ אִין דִּין שְׁבוּעַת הַעֲדוֹת בַּע"א וּמְדִלָּא
אָמְרוּ כֵּן מוֹכַח מְזַה דְכִינּוֹן דַּע"א מְהִימָן מֵה"ת לְחֲיִיב שְׁבוּעָה וּכ"ז דְלָא נִשְׁבַּע נִגְדוֹ נֶאֱמָן
כְּשָׁנִים וּמֵה"ט אָמְרוּ בְּנִסְכָּא דר' אֲבָא דְלָא מְהִימָן בְּמִיגוֹ פְּמִבְּוֹאָר בְּב"ב ד' ל"ד בְּתוֹס'
וּבַח"מ ס' ע"ה שְׁ"ף ס"ק מ"ס שְׁהַעֲד עוֹמֵד בְּמִקוֹם שְׁנַיִם ע"ש ע"כ לָא דְרִישֵׁינּוּ שָׁם לְהָד
דְכ"מ שְׁנָא' עַד ה"ה שְׁנַיִם מִשׁוּם דְגַם ע"א בְּמְמוֹן דְקָם לְשָׁבוּעָה דִּינוּ כְּשָׁנִים גְּבִי זֶה דִּישׁ
עָלָיו שָׁם עַד הַפְּתוּב בְּתוֹרָה.

וְכֵן י"ל דַּה"ה גְּבִי לָאו דְלָא תַעֲנֶה דְגַם ע"א בְּמְמוֹן הֵיכָא דְמְחַיֵּיב שְׁבוּעָה דְעוֹבֵר בְּלָאוּ זֶה
אִף לְפִי דְלָא קָרִינּוּ בִי וְהַרְשִׁיעוּ אֶת כּו' כְּמִש"כ הַנו"ב ע"כ אִינוּ חֲיִיב מְלָקוֹת וּמְמוֹן ע"י
הַזְמָה וְהָוֵי לָאו דְאִין בּוּ מַעֲשֵׂה פּנ"ל אֶכְּן בְּיִרוּשְׁלָמִי שְׁבוּעוֹת פ"ד ה"א אֵינְתָא וּמְנִינּוּ לְשָׁנֵי
עֲדִים ת"ל וְהוּא עַד הָרִי פְּאֵן שְׁנַיִם כְּר"י דְאָמַר כ"מ שְׁנָא' עַד סְתָם ה"ה בְּכָלִל שְׁנַיִם כּו'
עַכ"ל הִירוּשְׁלָמִי וְחִזִּינוּ דְלָא ס"ל פּנ"ל אֶכְּן מִן סוּגְיָא דְשְׁבוּעוֹת ד' ל"ב הַנְּ"ל מוֹכַח דְס"ל
כְּמִש"כ דִּי"ל דַּע"א בְּמְמוֹן לְשָׁבוּעָה דְקָם כְּשָׁנִים פּנ"ל יֵשׁ עָלָיו שָׁם עַד ג"כ לְכָל הַנְּ"ל
וְיֵשׁ לְעִי מְזַה בְּסִנְהֶדְרִין ד' ל' ע"א וּבְמִפּוֹת ד' ה' ע"ב רִש"י ד"ה שְׁהָרִי אָמְרוּ חֲכָמִים כּו'

וקצרתיו ולפי דגיש לדון בכ"ז הרבה ועוד בכ"ד ע"כ פתבתי בארובה כל אלו הטעמים
דלפ"ז בנודאי ברור הוא דע"א שעהיד לבדו והוזהם לא נפסל מה"ת.:

ענף ז ולפ"ז יש לדון ולחלק דנודאי בעד אחד שוהוזהם ע"י שנים דנתברר פסולו בנודאי
בזה שנייה להכריז ולפרסם פסולו ברבים דהא הוא פסול בנודאי אבל בע"א המכחיש
לעד הב' דקיי"ל דכל אחד בא בפ"ע ומעיד א"כ אין עליו פסול בנודאי אדרבה כ"א בפ"ע
הוא ובחזקת פשוות כדקיי"ל כרב הונא ולפי"ז יש לדון דאף שני עדים הללו דהכחיש
כ"א לחבירו ג"כ מצרפינו אותם ביחד ויעידו בעדות בשנים.

דקא מה"ת לא חשדינו לו כ"א על עדות יחיד דיעיד בשקר משום חשוד לא"ד אבל אם
מצטרף עם חבירו דאז הוי חטא חמור אם יעיד בשקר א"כ חשוד על הקל אינו חשוד
לחמור ואינו פסול משום רשע דהא אין שמו רשע דלא הי' רק לאו דאין בו מעשה פיו
דלא שנייה בו והצדיקו והרשיעו כו' א"כ במאי דמעיד עם חבירו הוי זה חמור מן עדותו
ביחיד ולא מיפסל רק מדרבנן ובכה"ג לא שנייה הכרזה דהא כ"א בפ"ע הוא בחזקת
פשוות ולא שנייה ההכרזה בזה כ"א להכריז דאם יצטרפו ביחד אלו שני עדים דהכחישו
זא"ז דהמה פסולים להצטרף ביחד וע"ז לא מצינו הכרזה דעיקר הכרזה הוא על פסול
בנודאי ולא על פסול ספק דבפ"ע הוא פשוט א"כ לא מצינו הכרזה בזה ועיין בסנהדרין
ד' כ"ו ע"ב ברש"י ד"ה דכולן צריכין הכרזה בב"ד ואינן נפסלין עד שיקריזו בב"ד
להודיע פסולן א"כ כה"ג לא שנייה להכריז פן ואי דיקריזו דאם יצטרפו ביחד אותן שני
עדים לא יצטרפו זהו מילתא דלא שכיח ולא שנייה להכריז משום האי חששא: א"כ הא
בלא הכרזה אינו נפסל בפסול דרבנן או אפשר דגם בכה"ג שנייה הכרזה להודיע פסולן
דלא יצטרפו ביחד וזהו ביאור טעם ספקין של חכמי בריסק דכתבו להסתפק בשני עדים
המכחישין זא"ז דחד מיניהו משקר אי נימא דפסולין בעדות אחד ביחד או דמצטרפין
פיון דכל אחד אינו מוכחש משנים והפוננה בשלמא בע"א שמוכחש משנים דהוי פסול
בנודאי מדרבנן ג"כ לענן צירוף ע"כ שנייה בו הכרזה אבל כ"ז דלא הוכחש משנים א"כ
הוא בהכשרו לכל דבר הן להעיד בעצמו והן להצטרף עם אחר: רק לענן צירוף עם עד
אחר דהוכחש דבזה הוא פסול מדרבנן א"כ אפשר דבכה"ג לא שנייה הכרזה וגם אפשר
דזהו מידי דלא שכיח כ"כ דלא חיישינו לזה כ"כ: ויש להסביר זה ביתר ביאור דלא שנייה
הכרזה בזה כ"כ דהא חזינו בב"ק ד' ע"ב דרבא דס"ל מפאן ולהבא הוא נפסל לחד טעמא
משום פסידא דלקוחות דמהאי טעמא מכשיר למפרע אבל מפאן ולהבא דנפסל לא שנייה
בזה פסידא דלקוחות משום דיהנה לו קול פשנתקבל עדות בב"ד לפוסלו משום דכל
מעשה ב"ד יש לו קול ואילו בפסול דרבנן דבעי הכרזה ג"כ מבואר בגימורי יוסף
בסנהדרין פז"ב דזהו משום פסידא דלקוחות ואף דגם בפסולי עדות דרבנן הא מיידי
דנתקבל עדות על זה בב"ד ואפילו הכי לא סמכו בזה על הא דמעשה ב"ד יש לו קול
וראוי לתקן ולצאת מכל החששות דדלמא איפא אינש דלא ישמע להמעשה ב"ד וכיון
דאין פסולו אלא מדרבנן ע"כ חששו ביותר ותקנו דלא ינפסל עד הכרזה בב"ד: והנה
מצינו ביבמות ד' קי"ט ריש פ' האשה בתרא גבי האשה שהלה בעלה וצרתה למד"ה
דחיישי דלמא איפא אינש דשמע בחליצה ולא שמע בהכרזה וכן איתא בקידושין ד' פ"א
גבי מלקין על היחוד דלמא שמע במלקות ולא שמע בהכרזה אלמא דמצינו דבהכרזה
ג"כ לא יצאנו מהחשש תקלה ד יכול להיות דאינש לא ישמע בהכרזה ועיין בעירובין

ד' ס"ד דאכרזתא לדרדקי ובמג"א סי' תס"ז ס"ק א' דכתב שם בשם הש"ג דאין סומכין על הכרזה ע"ש אף יש לחלק דשאני בפסול עדות דרבנן דאם לא נסמך על הכרזה א"כ יהיה מיעקר תקחז"ל לגמרי ועוד יש לחלק דשאני בענין הנוגע לפרט כמו התם ביבמות בתש"ש דיסבורו דהיא תלוצה ואסורה לכהן וכן בקידושין בתש"ש דיוציאו לעז דיסבורו דבניה הם פסולין ובזה פיון דאינו ענין הנוגע להפלה וגם להפטר גם פן לא יוציא מזה איזה קולא רק חומרא אם לא יפרסמו ההכרזה ויסבורו דהיא תלוצה וכה"ג ע"כ חששו דלמא לא שמע אינש בהכרזה דכל איש דשמע להכרזה אינו מוטל עליו כ"כ להודיע לחבירו משום דאין בזה כ"כ חשש לאפרושי מאיסורא ובפטר דאינו נוגע להפלה ע"כ אמרו בזה דלמא לא שמע בהכרזה אבל בענין פסולי עדות דזה תקלה להפלה ויכול להיות דכמה אנשים ינמינו את הפסול לעדות רק בקבלת עדות אמרינן ביבמות ד' כ"ב עדות לב"ד מסורה אבל בהזמנת עדות לא שייך פן וע"כ מסתמא יודיע כל אחד לחבירו את הפרוז דאותן האנשים שהיו בעת הכרזה יודיעו לאותן האנשים שלא שמעו הפרוז ובזה אמרינן חברא חברא אית ליה דמצנה על כ"א להסיר מכשול מחבירו פדמצינו בכה"ג בתענית ד' כ' דהוי מהדרי לתמן מכשילות שבעיר.

ועוד דכיון דמיבדיל בדילי מיני אינשי ואינו מזמינן אותו לעדות ממילא יהי' ידוע לכל פסולו ואין לחוש דילמא לא ישמעו ההכרזה או לשמא נשפח לאח"ז את ההכרזה כמש"כ מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ח' ענף ה' ובח' יו"ד ס"ג אבל היכא דישאר בכשרותו להעיד בפ"ע או להצטרף עם אחר.

רק יפסול להצטרף עם אותו העד דהכחישו זא"ז בזה יש לחוש דילמא יהי' איזה אינשי דלא שמעו ההכרזה או דשמא ישפח לאח"ז כמש"כ הר"נ בגיטין פ' ד' על משנה דהי' משנה שמו ושמה עיי"ש ובזה לא שייך לומר דמוטל על כ"א להזהיר לחבירו דהא זהו מילתא דלא שכיח דיוצא מזה תקלה ומפסול דיתרמו הזמנה לעדות רק אותן שני העדים דהכחישו זא"ז ובפטר דאיכא למיחוש דילמא איכא אינש דיראה דמזמינים אותו לעדות גם שמעו מזה א"כ יסבור דהוא עד פשר ולא שמע בהכרזה כמו הא דיבמות דחשו דילמא איכא אינש דשמע בהחליצה ולא שמע בהכרזה ועי' בספרי באר יצחק שם מה שכתבתי וה"ה בהא דיראו דהוא פשר בעלמא להעיד ע"כ לא ישמעו כ"כ ההכרזה דהכריזו דלהזמינם ביחד המה פסולים וכיון דעדיין יש לחוש לפסידא ע"כ אפשר דלא תיקנו כה"ג לפוסלו וגם לא חיישינן בתש"ש תקלה במידי דלא שכיח כמו בנ"ד והנה הנגימוקי יוסף בפ' זה בורר בסנהדרין פתב בזה"ל בהא דכולן צריכין הכרזה דתיקנו חז"ל דלא יפסול עד שעת הכרזה ואיכא דאמרי משום פסידא דלקוחות נגעו בה עכ"ל ועי' בסמ"ע סי' ל"ד ס' נ"ה בשם הרמב"ם דכתב ג"כ דמשום שלא להפסיד ממון הבריות תיקנו פן עיי"ש ונ"ל דנפ"מ בין הטעמים הנ"ל דלטעם הא' של הנ"י אף במילתא דאיסורא לא נפסלו העדים אלא ע"י הכרזה ולטעם הב' דנוקא במילתא דממונא דשייך בזה פסידא דלקוחות לא נפסלו עד הכרזה ועי' במל"מ פ"ד ה' מלנה הל' ו' שכתב בשם פוסקים לדון אם במילתא דאיסורא שייך ג"כ תיקון הכרזה [דלא יפסל עד שהכריזו או לא: ולכאורה י"ל דלהך טעמא דמשום פסידא דלקוחות א"כ היכע דידע מי שהזמינם לעדות דהמה פסולים מדרבנן דכיון דידע מזה לא שייך האי טעמא אבל לפי טעם הראשון של הנגימוקי יוסף דתקנת חז"ל הי' דלא יפסל עד שיכריזו ע"כ אף היכא דלא שייך פסידא מ"מ כ"ז

דלא הכריזו אינו מופסל משום תיקון חז"ל אבל ז"א דהא מבואר בטור חו"מ סי' קי"ג וסי' קי"ז ובח"מ שם במה דקיי"ל מלנה על פה אינו גובה מלקוחות וכן בעשה שורו אפותיקי דמשום פסידא דלקוחות תקנו חז"ל דאינו גובה.

אף אי נימא שעבודא דאורייתא דה"ה אף היכא דנדע הלוקח והתרה בו המלנה מ"מ אינו גובה ממנו משום, לא פלוג א"כ ה"ה וכש"כ דלהך טעמא דמשום פסידא דלקוחות תקנו חז"ל דלא יפסול בפסול דרבנן כש"כ דשייך בזה לא פלוג ועי' במל"מ ה' מלנה פ"ד הל' ו' גבי שטר שכתב בו ריבית והעיקר כמו הנפ"מ דכתבתי בתחילה אם במילתא דאיסורא שייך פן ועפ"ז יש לדון במה שכתבו בח"מ סי' ל"ד בפ"ה ס"ק כ"ג דלאותו דבר שפסול דאפילו בלא הכרזה פסול ועי' בפ"ה סי' צ"ב ס"ק י' במש"כ שם על הא דב"מ ותיפוק לי' דה"ל רועה כו' ועי' באה"ע סי' מ"ב ובמש"כ לעיל דאפשר דלא שייך הכרזה לחוש על מידי דלא שכיח מצינו כעין זה במ"ק ד' ה' ע"ב תוס' ד"ה שאינו מסמא כו' שכתבו דלא הצריכו ציון על מידי דלא שכיח וה"ה בנ"ד דחז"ל לא חשו על מידי דלא שכיח: נחזור לעניינינו פיון דתקנת חז"ל הי' דלא יפסול עד ההכרזה ובנ"ד פיון דלא יהי' פסול כ"א בפרט א' ולא יבדילו מיני' אינשי א"כ לא יצאנו עדיין מידי חשש דילמא איכא אינש דלא שמע בהכרזה או דישפח לאח"ז ההכרזה ע"כ בכה"ג לא תיקנו חז"ל לפוסלם או דיש מקום לומר דשאני זה מהא דיבמות וקידושין דחשו דילמא איכא אינש דלא שמע בהכרזה דבתקנת פסולי עדות דרבנן לא שייך לחוש לזה דא"כ בטלה תקנת חז"ל דתקנו לפוסלו בעבר על עבירה דאינו נופסל מה"ת וא"כ לא יהי' פסול לעולם א"כ ה"ה בשני עדים המכחישים זא"ז שייך ג"כ הכרזה להכריז דאלו שני עדים לא יצטרפו ביחד וזהו ביאור הספק של חכמי בריסק דאף דקוצרו בהלשון והש"ך לא נחית לזה עכ"ז י"ל דזהו פוננתם דנחלקו בזה ואף אם לא הי' פוננתם בזה מ"מ זהו ענין נכון בפ"ע להסתפק בזה: ענף ח ולפי מה שנתבאר מתורץ קושיות המפרשים הנ"ל שחששו מהא דשבועות דף מ"ח דמקשה הגמ' על רב חסדא דס"ל בהדי סהדי שקרא ל"ל מהא דתנן א' אומר ב' מרדעות הי' גבוה וא' אומר ה' מרדעות דבטל עדותן ומצטרפין לעדות אחרת ולא מחלקינן דשאני התם פיון דאינו מוכחש משנים כמו הספק של חכמי בריסק דאינו קשה לפי מש"כ ביאור ספיקם דטעמם דאף דחד מינייהו משקר מ"מ פיון דאינו פסול לצירוף רק מדרבנן ע"כ בעי הכרזה וכיון דלא שייך הכרזה בזה לפרסם פסולו דהא כ"א בפ"ע בא ומעיד והוא בחזקת פשרות לכל דבר זולת בהצטרפות עם ע"א דהכחישו.

וז"א שייך רק לדין דקיי"ל פרב הונא אבל לרב חסדא דס"ל בהדי סהדי שקרי ל"ל וכ"א בפ"ע ג"כ מפסל א"כ מה בכך דאינו מוכחש משנים דהא שייך הכרזה ג"כ בזה דיכריזו עליהם דהמה פסולים לכל עדות בעולם פיון דס"ל בהדי סהדי שקרא ל"ל.

א"כ שייך בזה הכרזה לר"ח ע"כ שפיר הקשה הש"ס על ר"ח ומתורץ קושיתם: ועפ"ז תסור קושיות הש"ך שם דהוכיח מהר"נ כתובות בע"א אומר נתגרשה וע"א אומר לא נתגרשה דתרונייהו באשת איש קא מסהדי והקשה הר"נ הא חד מינייהו פסול ואיך מצטרפין להו ביחד על עדות דא"א ולדבריהם דס"ל להסתפק דע"א המכחיש לעד ב' יהי' פשרים להצטרף ביחד אין פאן מקום לקושיות הר"נ הנ"ל אכן לפמש"כ אינו קשה דהא מבואר בח"מ סי' ל"ד סמ"ע ס"ק נ"ו בפ"ה ס"ק כ"ג דכתב הגימוקי יוסף דלאותו

עדות דנפסל בשבילו א"צ הכרזה ועי' מזה במל"מ פ"ד ה' מלנה הל' ו' א"כ הא התם בע"א אומר נתגרשה כו' דהעד המעיד דנתגרשה אינו מעיד דראה הקידושין רק פשמעיד דנתגרשה היא ממילא היתה א"א וכמש"כ הנתיבות בסי' ל"א ס"ק א' בסופו בכוננת הר"נ ע"ש א"כ מקרי זה הפל לאותו העדות ולא בעי הכרזה בזה וכינן דנתבאר דעיקר הספק של חכמי בריסק הוא משום דלא שייך הכרזה בזה ע"כ התם דמקרי לאותו העדות דנפסל בשבילו א"כ הא לא בעינן בזה הכרזה וע"כ מןפסל חד מינייהו דהא חד מינייהו ונדאי משקר ומפסל עכ"פ מדרבנן אף לענן צירוף ואינו קשה מהר"נ עליהם ואנכי לעצמי ראיתי להוכיח מן הרשב"א פתובות ד' כ"ב דהקשה ג"כ פ"עין קושיות הר"נ הנ"ל על הא דתרונייהו בא"א קא מסהדי ובתנאים סימן ל"ד ס"ק כ"ב הביא בשם הרשב"א דס"ל דאף לאותו העדות דנפסל בשבילו בעי הכרזה.

א"כ ממילא מוכח מהרשב"א דס"ל דאף בע"א המכחיש להב'. דפסולים המה להצטרף ביחד ולא פספק של חכמי בריסק אף בזה אפשר לומר דהא הרשב"א פתב פן להקשות בשם התוס' והתנאים שם פתב להוכיח בשם התוס' שהקשו על שטר שפתוב בו ריבית דהעדים המה פסולים ולא תי' דהא לא הנה הכרזה.

וע"כ מוכח דס"ל דלאותו עדות דנפסל בשבילו לא בעי הכרזה עכ"ל וכן פתב המל"מ בפ"ד ה' מלנה ע"כ התוס' לטעמייהו שפיר הקשו פקושיות הר"נ הנ"ל והרשב"א דתי' שם לקושיא זו היינו הפל לשיטת התוס' דס"ל פן אכל איהו לעצמו י"ל דס"ל פ"עין חכמי בריסק בזה ואינו ראיה כ"כ מהרשב"א לסתור ספיקם ועי' בפ"י סי' מ"ו ס"ק ק"ח דהביא בשם הריטב"א והרמב"ן דהקשו פן בשטר דע"א אומר זה כת"י והי' תנאי והב' אומר לא הי' תנאי דא"כ חד מינייהו משקר ולא הני קיום פלל והש"י בסי' ל"א רמז לדבריהם והנה התם דכתבו דהעיד זה כת"י אכל הי' תנאי א"כ הני פמו לעדות אחרת ובזה הא בעי הכרזה: א"כ מזה שפיר יש להוכיח דלא פהחכמי בריסק בספיקם.

א"כ נתבאר על נכון סברת הספק של חכמי בריסק במה דנסתפקו ומכל מש"כ נתבאר בעז"ה דין מחודש דע"א דהיום היכא דלא הי' רק עדותו לבדו דמה"ת אינו פסול להצטרף לעוד עד אחר רק מדרבנן נפסל להצטרף לאחר וכינן דאין פסולו רק מדרבנן ע"כ צריך הכרזה פדין כל פסולי דרבנן וגם נפ"מ בעדי קדושין פמבואר באה"ע סי' מ"ב ועוד פמה חדושי דינים נתבארו בקונטרס הלז בענין עד זומם סימן לב בקצה"ח ס"ק א' שתיגרץ קושיות הש"י דיש לחלק בין חיוב תשלומין בד"ש ובין עונש בד"ש וכן מצאתי בתשובת חכם צבי סי' קל"ח שכתב פן: סימן לג (שם סעי' י"ד) ש"מ שצוה בפני עדים הקרובים לו ורחוקים מבניו אין הצוואה פלום כו' ויש מי שמכשיר.

ועיקרו הוא מן הרא"ש פ"ג דסנהדרין סי' כ"א: דחולק על הגאון שם והעלה דפסולים והקצה"ח ס"ק ג' הביא בשם המהרי"ט דהקשה דלמה יפסלו פינו דאין נפקותא להשכ"מ עצמו פי אם לבניו וכינן דהם רחוקים לבניו א"כ אינם מעידים לקרוביהם וכן הקשה האו"ת דמ"ש מקרובי נרצח: ולדעתי יש לחלק ע"פ מש"כ התוס' והרא"ש ספ"ק דגיטין דבכל מתנת שכ"מ דהיא לאח"מ דאם מת נקנית המתנה למפרע להמקבל והובא שיטתם בקצה"ח סי' ר"נ ס"ק א' ולפ"ז יש לומר דזהו טעם דפסל הרא"ש בעדים הקרובים להשכ"מ ורחוקים מבניו דכינן דאחר שמת א"כ עיקר עדותן על קרוב שלהם פינו דאדם

קרוב אצל ממונו דהא מעידין על הממון של קרוב שלהם שהיה שייך בחייו להמקבל וע"כ יש בזה פסול קורבא ועיין בש"ף סי' קכ"ז ס"ק כ"ו ובאמת י"ל דשיטת הגאון דמכשיר משום דס"ל פשיטת החולקים על שיטת הרא"ש דספ"ק דגיטין וס"ל דלא נקנית מתנת שכ"מ למפרע והובא שיטת החולקין שם בקצה"ח סי' ר"נ ס"ק א' ועיין בנתיבות סי' ר"נ ס"ק א' מש"כ בשם המהרי"ט וקצרתיו: והקצה"ח העלה דאם תובע חוב ע"פ עדים הקרובים להלנה ורחוקים מן בניו דלכ"ע אין גובין מהיררשים פינו דהלנה פטור נכסוהי נמי פטורין כמו בסוף סי' מ"ט.

ולענ"ד אפ"ש לומר דזה תליא במש"כ הסמ"ע בסי' ס"ו ס"ק נ"ה והר"נ בכתובות פ"ט והובא בקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו דלכן גובין מן היורש אף דעכשיו ליכא שעבוד הגוף משום דהא הי' לו שיעבוד הגוף על הלנה בחייו ע"כ שפיר פתב הקצה"ח הכא דאין גובין מיוררשים אם העדים קרובים להלנה אבל לפי מש"כ האו"ת בסי' ס"ו ס"ק מ"ג דלכן גובין מיוררש לפי שגשתעבד גוף היורש ע"כ י"ל דכיון דהם רחוקים מיוררשים דגובין מהם פינו דיש לו שעבוד הגוף עליהם אכן לקמן בסי' מ"ט סעי' יו"ד העליתי דהעיקר פשיטת הר"נ והסמ"ע הנ"ל ע"כ שפיר פתב הקצה"ח בזה: אף יש להקשות על הקצה"ח מהא שכתבו התוס' בכתובות ד' צ"ב ע"ב ד"ה דינא הוא דאזיל ראובן כו' דאין לומר דנ"מ פגון שעדים המקיימין את השטר של בע"ח קרובים לראובן ואין קרובים לשמעון כו' פינו דאי טריף לי' מיני' בתר ראובן אזיל משמע דלולי טעם זה הי' גובה אף בעדים הקרובים להלנה פינו דהם רחוקים להלוקח א"כ ה"ה וכש"כ ביוררש דגובה מהם פינו דהוא רחוק מהעדים: ויש לחלק דהא עיקר הטעם של הקצה"ח דפסק דבשט"ח דהעדים הם קרובים להלנה ורחוקים להיורש דאין גובה מהם זהו לפי דכיון דלא היה לו שעבוד הגוף על הלנה לכפותו בדיינים מעולם פינו דהם קרובים להלנה ע"כ אין גובין מהיוררשים וכמו הא דסי' מ"ט בשני יוסף בו שמעון כו' אבל התוס' דכתובות הא מיירי בעדי קיום המקיימין השטר דהם קרובים להלנה ורחוקין להלוקח אכן עדי השטר עצמו הם רחוקים להלנה א"כ הא לדברי העדי קיום היה להמלנה כבר שעבוד הגוף גם על הלנה עצמו בעת שחתמו העדים על השטר וכמו דכתבתי בסוף סי' מ"ט בחידושי שם דדוקא ביוב"ש שלקח שדה מן יוב"ש דסוף סי' מ"ט או ב' יוב"ש שלקחו שדה בשותפות דבכורות ד' מ"ח דלא היה לו מעולם שעבוד מבןרר שיהיה יכול לכפותו לשעבוד גופו של הלנה לשלם ע"כ בזה אמרו דנכסוהי אינון ערבין ליה וכיון דליכא שעבוד הגוף להוציא ממנו בדין ע"כ ליכא שעבוד נכסי אבל היכא דבעת הלואה היה יכול לכוף להלנה לשעבוד גופו לשלם אז שעבוד נכסי שלו אלים אף דעכשיו אין לו שעבוד לכוף לגופו וכמו במת הלנה דגובין מיוררשיו אף דעכשיו לית ליה שעבוד הגוף וגם אף במת תוך זמנו גובין מיוררשיו פינו דהיה לו שעבוד הגוף מבןרר בעת ההלואה דגם זה מקרי דיש לו שעבוד הגוף כמש"כ שם דלכן בכה"ג לא פקע שעבוד נכסי.

ולפ"ז יש לומר דאין ראיה מן התוס' פתובות הנ"ל לסתור לדברי הקצה"ח הנ"ל משום דשאני התם בהנדידון של התוס' דמיירי בעדי קיום על השטר דהא לדברי העדים המקיימין את השטר הא היה להמלנה כבר בעת שכתבו את השטר שעבוד הגוף על הלנה שהיה יכול אז להוציא ממנו בדיינים דהא עדי השטר הם רחוקין להלנה ומיכף לאחר שנכתב השטר דהיה אז העדי השטר מזומנים והי' נאמנים לחייב להלנה ע"כ אלימא

להשעבוד נכסי שלו ג"כ דאף ברבות הזמן דאינם עדי השטר לפנינו ונצרכין אנו לעדי קיום והעדי קיום הם קרובים להלנה מ"מ פינו דרחוקים מן היורש גובין מהם פינו דמעידים דהיה יכול פבר למיחת ולכוף לשעבוד גופו ע"כ אלים ליה שעבוד נכסי שלו ונאמנים לחייב להיורש או להלוקח דהא עדותו הוא דיש להמלנה שעבוד נכסי אלים דהיה לו פבר זכות לכוף לשעבוד גופו של הלנה ועכשיו הא הם רחוקין מן הלוקח או היורש משא"כ היכא דעדי השטר עצמו הם קרובין להלנה אף דרחוקין מן היורש והלוקח מ"מ אינו גובה מהם דהא לא היה לו זכות מעולם לתפוע להלנה בדין ולכוף לשעבוד גופו ודומה ממש להא דשני יוב"ש ששלקחו שדה בשותפות דבכורות ד' מ"ח ה"ל וכמש"כ הקצה"ח וע"כ אין לסתור דברי הקצה"ח וכן י"ל בכוננת התוס' דב"מ ד' י"ד ד"ה דינא הוא כו' דכתבו דאם יש לבע"ח עדים הקרובים לראובן כו' ג"כ י"ל דכוננתם להעדי קיום וכמש"כ להדיא בכתובות פנ"ל וכן הוא פנונת התוס' בב"ק ד' ח' וגם יש לי מקום לפרש דהא התוס' בכתובות וב"ק וב"מ שם דכתבו דאף דקרובים להלנה מ"מ פינו שיהם רחוקין להלוקח דגובה די"ל דאינו קשה על הקצה"ח דהא עיקר סברת הקצה"ח הוא דזהו דומה להא דבכורות ד' מ"ח בשני יוב"ש דאם ליכא שעבוד גופו כו' י"ל דהא רבא קאמר פן בבכורות ורבא לטעמיה דס"ל בפסחים דף ל"א בע"ח מפאן ולהבא גובה אבל אפיי דס"ל שם למפרע גובה ע"כ אף היכא דל"ל לשעבוד הגוף יש לו זכות זה בהנכסים [ועיין בב"ק ד' ל"ג בתוס' ד"ה איכא בינייהו כו' ובגיטין ד' מ' תוס' ד"ה הקדש כו' שכתבו שם דזהו תלוי במה דפליגי רבא ואפיי אי למפרע גובה וכן בגיטין ד' נון בתוס' ד"ה פינו וקצתתי בכ"ז וכן יש לעיין בב"מ ד' כ' דמשמע דס"ל לאפיי הא דשמואל דהמורכר שט"ח ומחלו מחול: ובקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו ואכמ"ל] ושם הא אפיי אמר זה פן ושפיר כתבו התוס' לדידהו והעיקר כמש"כ לעיל לחלק דשאני עדי קיום הקרובין להלנה דמ"מ אם הם רחוקין להיורש דמהני עדותו אבל בעדי השטר הקרובין להלנה אף דרחוקין להיורש או להלוקח אין גובין מהם ולפ"ז מדוקדקים דברי התוס' בכתובות שכתבו זה דוקא בעדי קיום הקרובים כו' ולא כתבו סתמא דהעדים הם קרובין כו' דזהו להורות למה שכתבתי לחלק פנ"ל.

[(שם סעי' ט"ז) עדים הקרובים לערב פסולים ללנה כו'. והש"ך ס"ק ט"ו הביא שיטת הראב"ד ברא"ש פ"ק דמכות שכתב לחלק דעיקר מילתא תלוי היכא דהוי פסול קרוב אמרינו עדות שבטל מקצתו בטלה פולה ועי' מזה בירושלמי גיטין פ"א ה"א במראה הפנים ד"ה וייבא פהדא כתב כל נכסיו לשני ב"א פאחת כו' שהביא שם שיטות הפוסקים בזה ובירושלמי מפות פ"א ה"ז ובמחנה אפרים ה' עדות סי' ג' וסי' ו' מזה ולעיל בחידושיי לסי' ל' הארכתי בזה וכן בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ג' הארכתי בזה: ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשה האו"ת בסי' מ"א ס"ק י"א על הא דב"ק ד' צ"ח דפריה הש"ס עלה דשורף שטרו ה"ד אי דאיכא סהדי דנדעי ליקתבו לי' שטרא כו' דילמא איירי שראובן הי' לו שטר מקנינים על שמעון ויעקב שרפו והיו עדי שריפה קרובים לשמעון א"כ א"א לראובן לגבות משמעון ע"פ עדותו אבל נגד יעקב השורפו נאמנים כו' וצ"ע עכ"ל האו"ת.

ובאמת אין זה קשה כלל דהא יש לדון בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה פולה דכיון דנתבטל עדותו לגבי הלנה ממילא בטל עדותו לגבי השורף וכן להדיא שיטה דהובא ברא"ש

למפות פ"א סי' י"ג דס"ל לחלק דלכן לא פלגינן דיבורא התם במכות משום דלא אפשר למיפלג הענן כו' א"כ ה"ה הקא הא לא אפשר למפלג הענן דיהי' הלה פטור והשורף יהי' חייב דזהו מלתא דלא אפשר פלל ע"כ אינם נאמנים העדים שהם קרובים להלה לחייב את השורפו וכן יש לתרץ עפ"ז למה שהקשה האו"ת בסי' מ"א ס"ק ב' על הא דב"ק ה"ל דהא י"ל דמייירי דהלה אינו בעיר ואין מקבלין עדים שלא בפני הבע"ד והשורף הוא בב"ד כו' עכ"ל האו"ת ולפמש"כ א"ש דכיון דנתבטל עדותן גבי הלה מחמת דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ויהי' מאיזה טעם שיהי' פיון דנתבטל במקצתו בטלה פולו ועי' לקמן סי' נ"א סעי' ו' ובש"ף ס"ק ח' ואע"ג דבקבלת עדות שלא בפני בע"ד לא הוי פסול הגוף עליו והא יכולין לתזור ולהגיד בפני הבע"ד כמבואר בסי' כ"ח מ"מ הא בעי הגדה שנית מחדש בב"ד בפני הבע"ד ע"כ מקרי זה עכ"פ בטל מקצתו כו' ועי' מזה לעיל בחידושי' לסי' ל' ומ"מ יש לדון בזה טובא: (שם) בש"ף ס"ק ט"ז העלה דאף בדיני ממונות בעינן עדים ראויין להזמה וע"כ באמרו איני יודע על ז' חקירות עדותן בטלה ובע"א המחייב שבועה או מחושואיל"מ יש לומר דגם הש"ף מודה דלא בעינן בי' דיהי' ראוי להזמה וע"כ אף באמר א"י על החקירות מהני עדות ע"א והוא דהא הנו"ב בסי' ע"ב פתב דכל עדות ע"א ה"ל עדות שאי אתה יכול להזמה.

וכ"כ הטורי אבן לראש השנה ד' כ"ג ע"ב ד"ה ומכניסין את הגדול כו' דע"א ה"ל עדות שאי אתה יכול להזמה דכיון לומר לשבועה פאתי כו' ומה שהוכיח הנו"ב מזה דלא בעינן בד"מ עדות ראוי להזמה לדעתתי אין זה ראי' לפמש"כ התוס' במכות ד' ב' ד"ה מעידין אנו כו' בת"י הב' דהיכא דלא שייך בו תורת הזמה כמו בכו' גרושה דלא בעינן בו עדות שאתה יכול להזמה א"כ ה"ה עדות ע"א פיון דאינו בתורת הזמה כמבואר בב"מ ד' ד' ע"כ בעדות ע"א לא בעינן בי' עדות שאי"ל ולפ"ז יש לדין דע"א על חיוב שבועה אף שאומר איני יודע להשבע חקירות ג"כ יתא מועיל עדותו אף להש"ף משום דהא בע"א לא בעינן שיהי' עדות הראוי להזמה וכן יש לדון לפמש"כ הראשונים הטעם דלכן עדים הקרובים לדיינים פסולים משום דהוי עדות שאאי"ל א"כ בעדות ע"א דאין בו תורת הזמה פלל יש לדון דינוכשר אף דהע"א הוא קרוב להדיינים אף בזה יש טעם אחר על פסול עדים קרובים להדיינים כמש"כ הר"נ ספ"ב פתובות והובא לקמן סי' מ"ו ש"ף ס"ק מ"ט אכן לקמן סי' נ"ו סעי' א' ענף ה' בחידושי' העליתי דאין לחלק בזה לשיתת הש"ף בין ע"א לשני עדים ע"ש: סימן לד' (באו"ת ס"ק א') פתב שם דאף דאין עד פסול להעיד אלא בעבר עבירה שיש בה מלקות ולא בלאו דאין בו מעשה דאם עבר על לאו דניתק לעשה פסול לעדות כו' ע"ש ועפ"ז יש מקום לתרץ מה שהקשה הצ"ח בריש ביצה וד' ז' שם על פלוגתת ב"ש וב"ה דשאור בכזית וחמץ בכפותבת למאי נ"מ לשיתת הסוברים דבקנה חמץ בפסח אינו לוקה דה"ל לאו הניתק לעשה א"כ אינו לוקה ע"ז ואיסור דאורייתא הא פחות מפשיעור ג"כ אסור מה"ת ע"ש אכן לפי דברי התנאים ה"ל א"ש בפשיטות דנ"מ לענן שיהיה פסול לעדות דהא על לאו שניתק לעשה נפסל לעדות.

אכן ראיתי בנתיבות שם ס"ק א' שפתב דהיכא דלא משפחת מלקות אפילו בביתלו לא נפסל לעדות אלא היכא דמשפחת מלקות בביתלו או בלא קיימו בזה אף היכא דלא בטלו ג"כ נפסל לעדות פיון דמשפחת ביה מלקות עכ"פ ונסתר מש"כ לעיל לתרץ קושיות הצ"ח ויש לי פמה דרבים לתרץ קושיות הצ"ח ה"ל רק אכמ"ל ועפ"י דבריו דמחלק

בין לאו הנזקק לעשה דמשפחת ביה לפעמים מלקות חמיר ביותר מן לאו הנזקק לעשה דלא משפחת ביה מלקות פלל יש מקום עפ"ז לתרץ קושית המל"מ פ"ג הלכות עבדים הל' י"ד שהביא שם מה שכתב הרשב"א בתשובה דבהשבת העבוט אין ב"ד כופין עליה משום דהוי מ"ע שמתן שכרה בצידה אין ב"ד כופין עליה ואף דהוי לאו הנזקק לעשה עכ"ז לא כפינו ע"ז והקשה ע"ז המל"מ מהא דחולין ד' קמ"א שהוא דגזיגהו לגפיה ושלחה ואח"כ תפסה ונגדיה רב יהודה והא שילוחם הון מצנה שמתן שכרה בצידה אין כופין על שילוחם הון דהוי לאו הנזקק לעשה וכן תקשה על הר"ת דסבירא ליה בב"ב ד' ח' ד"ה אכפיה לרב נתן כו' דשיטת ר"ת דעל צדקה אין כופין אף דאית ביה לאו משום דמתן שכרה פתוב בצידו א"כ מ"ש שילוחם הון ונשאר בצ"ע: ומחומר הקושיא הנ"ל יש לחלק דבאמת פינו דלא מצינו פן רק במצנת עשה דמתן שכרה בצידה דאין כופין ע"ז מוכח מזה הלשון דבל"ת אף דמתן שכרה בצידה מ"מ כופין לו שלא יעבור והטעם משום דל"ת חמור מן עשה פדאמרו ביבמות ד' ז' אטו עשה דוחה ל"ת לאו ל"ת חמור מיניה ופי' רש"י דלכן ל"ת חמור מיניה שהרי לוקין עליו ובאמת מצינו פן בפסולי עדות דבעבר על עשה לא מופסל לעדות ובעבר על ל"ה נפסל לעדות ועיין ברמב"ן פ' יתרו ובדורש לציון דרוש ו' והיכא דעבר על לאו הנזקק לעשה נתבאר לעיל בשם הגתיות דהיכא דמשפחת ביה צד מלקות לפעמים בביתלו ולא קיימו ע"כ נפסל לעדות אף היכא דאינו חייב מלקות פנ"ל משא"כ היכא דלא משפחת ביה מלקות פלל אז דינו כמו עובר על עשה וכן יש לדון גבי לאו הנזקק לעשה דמתן שכרה בצידה דהיכא דלא משפחת ביה מלקות פלל אז דינו כמו עשה דמתן שכרה בצידה דאין כופין ליה משא"כ היכא דמשפחת ביה מלקות לפעמים אז חמור מן עשה דכופין בכל גונוי אף היכא דמתן שכרה בצידה וגם אינו לוקה פנ"ל ולפ"ז מתורץ קושית המל"מ הנ"ל דיש לומר דשאני התם בשילוחם הון דמשפחת ביה מלקות בביתלו כמבואר במכות ד' ט"ז ע"כ חמור מן עשה וכופין ע"ז אף דהוי מתן שכרה בצידה משום דלא מצינו פן רק בעשה משא"כ השבת העבוט דלא משפחת ביה מלקות פלל כמבואר במכות שם משום דאיתא בתשלומין ע"כ לא משפחת ביה בביתלו וכיון דלא משפחת ביה מלקות ע"כ אינו חמור מעשה וכמו בעשה דמתן שכרה בצידה אין כופין ה"ה בלאו דליתא במלקות ג"כ אין כופין פינו דמתן שכרה בצידה וא"ש אף לר"ת דס"ל דבצדקה אין כופין אף דאיכא לאו דמ"מ שאני שילוחם הון דאף דג"כ אין לוקין כ"ז דלא בביתלו מ"מ פינו דמשפחת ביה מלקות חמיר מן לאו דצדקה דאין לוקין עליו לעולם משום דהוי לאו דאין בו מעשה ע"כ דינו כעשה דמתן שכרה בצידה דאין כופין כמו בפסולי עדות דהלאו דאין בו מעשה לא נפסל לעדות משא"כ בלאו הנזקק לעשה.

ומתורץ קושית המל"מ על הר"ת: אכן בעיקר דבריהם דהעלו דעל לאו הנזקק לעשה נפסל לעדות היכא דמשפחת בי' חייב מלקות משום דדינו כל"ת גמור ונחמור מעשה יש להעיר עליו מהא דיומא ד' פ"ה דתשובה מכפרת על עשה ועל ל"ת שניתק לעשה ועל מה תשובה תולה ויו"כ מכפרת על פרייתות ועל ל"ת גמור אלמא דלאו הנזקק לעשה דינו כמו עשה דאם עשה תשובה לא זו משם עד שמוחלין לו ודחוק לומר דהתם מייירי בלאו הנזקק לעשה דלא משפחת ביה חייב מלקות פלל לעולם אף בביתלו ולא קיימו דז"א דהא ביומא ד' ל"ו מבואר דמתונה על עולה עון לקט שכחה ופיאה משום דהוי

לאו הנִיטק לעשה ומשפחת ביה מלקות בביטלו ולא קיימו פמבואר במכות ד' ט"ז גבי פיאה שם אפ"ה היכא דלא נתחייב מלקות שם עולה מכפרת עליה כמו על כל חייבי עשה אלמא דדין לאו הנִיטק לעשה כמו עשה גמור גבי תשובה וגבי עולה היכא דלא נתחייב מלקות עדיין א"כ ה"ה לענגן שלא יהיה נפסל לעדות ועבר על לאו הנִיטק לעשה דינו כמו בעבר על עשה: ובאמת התוספות בחגיגה ד' ה' ע"א בד"ה הא יראוני מוחלין כתבו התוס' שם דגבי עושק שכר שכיר פתיב דה"ל ל"ת ופליגא דר"י פ"ב דיומא דאמר תשובה תולה ויוה"כ מכפר כו' משמע מהתוס' דס"ל דר"י בארבע חלוקיפפרה שיהיה דורש דבעבר על עשה תשובה מהני ומוחלין לו ובל"ת תשובה תולה ויוה"כ מכפר דבכלל זה ה"ל לאו הנִיטק לעשה כמו שכר שכיר דלא משפחת ביה מלקות כלל משום דה"ל לאו הנִיטק לתשלומין אלמא דס"ל דלאו הנִיטק לעשה אף דאין ביה מלקות כלל בכל גוונני ג"כ חמיר מעשה וזהו סיוע לדברי האו"ת הנ"ל אבל באמת אין מזה ראיה די"ל דהתוס' לטעמייהו אלו דס"ל בב"מ ד' ס"א דכובש שכר שכיר לוקה א"כ דינו כחייבי לאוין גמור ויש להאריך בזה הרבה ובדברי האחרונים בזה אף בלא"ה כבר תמהו על זה הטורי אכן בחגיגה שם.

וכתב בפירושו דבארבע חלוקי פפרה של ר"י הני ל"ת שניטק לעשה בכלל עשה דלא זו עד שמוחלין לו וכ"כ פנה בעל פר"ח בספר מים חיים וע"כ שפיר כתבתי לעיל להעיר על דברי האו"ת הנ"ל דבעבר על לאו הנִיטק לעשה י"ל דדינו כמו עבר על עשה.

וכבר כתבתי לעיל דמיומא ד' ל"ו משמע דאף דמשפחת לפעמים מלקות בביטלו בפאה מ"מ היכא דליכא מלקות עולה מכפרת עליו ומה דיש להקשות מן הא דיומא ד' ל"ו הנ"ל על הא דסוף יומא כבר הקשה זה הפר"ח בספר מים חיים והובא בס' באר אברהם סוף יומא ועיין בספר איי הים בחגיגה ד' ה' ואכמ"ל ועוד יש לדון בזה לפמש"כ התוס' ביומא ד' ל"ו ד"ה על עשה כו' דעולה אינו מכפרת רק על עשה ול"ת שניטק לעשה אבל על ל"ת דלא לקי עליו כמו לאו דאין בו מעשה וכה"ג אין עולה מכפרת עליו ע"ש אלמא דל"ת הנִיטק לעשה קילא מן לאו דאין בו מעשה גבי פפרת עולה ואף דזהו מן איזה ילפותא כמש"כ התוס' שם מ"מ פנין דחזינן עכ"פ דמוכח מקראי דגבי פפרת עולה הני ל"ת הנִיטק לעשה קילא מן ל"ת דאין בו מעשה א"כ ה"ה גבי פסולי עדות דכיון דעל ל"ת דאין בו מעשה לא נפסל לעדות ה"ה על לאו הנִיטק לעשה היכא דלא נתחייב מלקות ובדברי התוס' שם במש"כ דעל חייבי פרייתות וחייבי לאוין חמורין היתה מכפרת כו' אין זה ענגן לזה שנתבאר ועיין בבאר אברהם שם וקצאתי וע"כ כלל של האו"ת הנ"ל אינו ברור כ"כ פעת לפי דעתי: (שם סעי' ג') היתה עבירה שעבר מדרבנן פסול מדרבנן הרשב"א בשבועות ד' ל"א כתב שם מלתא חדתא בפסולי עדות מדרבנן על הא דאמרו שם מאן דאמר נשיא אבל משחק בקוביא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו וז"ל תמיה לי מ"מ פנין דפסלוהו רבנן ואפילו יגיד לא יתחייב הלה ממון למה יגיד וקלא לא חייבתו תורה אלא במפסיד לתובע ממון בכפירתו ומתוך הדחק י"ל דמשחק בקוביא ופסולין דרבנן אע"פ שאין מוציאין ממון בעדותן מהני עדותן דאי תפס ואפילו בעדים לא מפקינן מיניה ומההוא שמעינן להאי ואי נמי אפשר כו' דאלו העיד זה שמה האחר יתבייש שאינו יכול להעזי פניו בפני עד זה וכיון דמדאורייתא פשר והוא גורם לממון חייב כו' עכ"ל אלמא דהרשב"א כתב לחד תירוץ דבר מחודש דכל פסולי עדות דרבנן דאף דאינם

נאמנים לעדות מדרבנן עכ"ז אם תפס הבע"ד מהני תפיסתו ואין אנו יכולים להוציא ממון ובאמת אינו במשמע פן מסתימת הפוסקים ובסי' ל"ד ובאחרונים שם.

ענף א ולכאורה יש להעיר בזה מהא דסנהדרין ד' כ"ה דאמרינן אמר רבא רועה שאמר אקד רועה בהמה דקה וא' רועה בהמה גסה ומי אמר רבא הכי והא אמר רבא כו' רועה בהמה גסה כו' שהוא במגדלין אתמר הכי נמי מסתברא מדקתני נאמני עלי שלשה רועי בקר מאי לאו לעדות כו' ויש להקשות לפי מאי דס"ד דמתניתין מיירי לעדות א"כ תקשה דהא לעיל ד' כ"ד ע"ב איתא אמר רבא קיבל עליו קרוב או פסול לפני גמ"ד יכול לחזור בו לאחר גמ"ד אינו יכול לחזור בו ושיטת הרמב"ם המובא בטור ח"מ סי' כ"ב דגמ"ד מקרי אם הוציא ממון והובא בש"ך שם ס"ק ו' בשם הלח"מ דהרמב"ם דווקא נקט הוציא ממון וכן הכריע הש"ך בדעת הרמב"ם וכיון דסוגיא דסנהדרין הנ"ל מיירי לשיטת רבא ולדידיה עיקר מלתא דאינו יכול לחזור בו מיירי לאחר גמ"ד וזה בהוציא ממון מזה ונתן לחבירו ואי נימא כשיטת הרשב"א דבפסולי עדות דרבנן אף דפסולים עכ"ז מהני תפיסת הבע"ד: א"כ תקשה פנין דהמשנה דנאמנים עלי רועי בקר דאינו יכול לחזור בו מיירי היכא דהממון הוא ת"י חבירו א"כ אף בלא קבלת הרועי בקר ג"כ הנה מהני תפיסתו ולא שייך לדון בזה פלל הא דאין יכול לחזור בו וע"כ מוכח משיטת הרמב"ם דלא ס"ל פהרשב"א בזה אלא פנין דחז"ל פסלינהו לגמרי אינם נאמנים פלל אף אם הוי תפוס ועומד: וי"ל בזה דהנה בני היקר כו' מהור"ר צבי שיחיה הקשה ע"ז מהא דקדושין ד' מ"ג דאיתא שם השתא דתקנו רבנן שבועת היסת משתבע מלנה כו' ופרע לנה למלנה והא מה"ת פשירים לעדות פנין דאין צריך שבועה אלא מדרבנן והוי רק פסול מדרבנן ואפ"ה מוציאין מהלנה אף דהוי תפיס ועומד.

אלמא דמוכח דלא פהרשב"א ע"כ קושיותו והנ"ל בזה דהא שיטת הר"נ והובא בב"ש אה"ע סי' ל"ה ס"ק ה' דהיכא דהעדים צריכים שבועה אינה מקודשת מה"ת פנין דעכ"פ לא מהימני בדיבורם ויש עליהם שבועה ע"כ הקידושין בטלין לגמרי אף שארי פוסקים ס"ל פנין דמה"ת אין עליהם שבועה ע"כ דינם כמו כל פסולי עדות דרבנן וכמו כל ספק קידושין עיי"ש בב"ש.

ובאמת לשון הרשב"א בחידושיו לקידושין שם מורה ג"כ דס"ל דבטלין הקידושין מה"ת וכשיטת הר"נ א"כ א"ש דברי הרשב"א לפי שיטתו ואינו קשה עליו מהא דקידושין ולפי"ז י"ל פנין דשיטת הרמב"ם בהא דקידושין דהשתא דתיקון רבנן שבועת היסת לא מיפסלי רק מדרבנן וכמש"כ הב"ש שם בשם הרמב"ם א"כ מוכח לשיטת הרמב"ם דבפסולי עדות דרבנן לא מהני תפיסה כדמוכח מהא דקידושין פנ"ל ע"כ אתי שפיר מה דמוכח אליביה דשיטת הרמב"ם מהא דסנהדרין דאף דהוי חבירו תפוס עכ"ז מיפסלי הרועי בקר ורק מצד קבלת עדות מהני דאינו יכול לחזור בו אם הוציא ממון ונתנו לחבירו משום דלשיטת הרמב"ם בלא"ה מוכח דליתא לזה הפלל של הרשב"א הנ"ל: גם י"ל עוד דאינו קשה כ"ז דהא אפתי נפ"מ בקבלת עדות דרועי בקר לענן אם חזר ותפס מחבירו דאי נימא דזכה משום דמהני תפיסה בפסולי עדות דרבנן א"כ אם חזר ותפס הנה מהני ג"כ תפיסת הב' וכמו כל ספיקא דדינא או ספיקא דתרי ותרי וכמש"כ הר"נ בשבת ריש פ' השואל גבי הלונאות יו"ט דלא נתנה ליתבע ע"ש ואלו מצד דאינו

יכול לחזור בו לאחר גמ"ד לא ה'ה מועיל שום תפיסת הב' לאחר גמ"ד ונסתר ראיתי זו: ונראה לפענ"ד להוכיח דלא פהרשב"א בזה והוא דבכתובות ד' י"ט איתא ת"ר שנינים חתומים על השטר ומתו ובאו שנינים מן השוק ואמרו פסולי עדות היו הרי אלו נאמנים ואם כת"י יוצא ממקום אחר אין אלו נאמנים ואמאי תרי ותרי נינהו כו' אלא אמר רב נחמן אוקי תרי להדי תרי ומוקמינו ממונא בחזקת מריה ע"ש ובשיטה מקובצת שם הביא בשם רש"י דפי' פסולי עדות היינו משחקי בקוביא והקשה דא"כ אמאי אינם נאמנים וכן הביא בשם הרמב"ן שכתב דאין לפרש דפסולי עדות היינו משחקי בקוביא דא"כ אמאי אינם נאמנים לפסול גופן של עדות ראשונים וכמו פל עדות לפסול בגזלנות וכתבו לחלק דשא"ה דמתו ואין דנין על פסולן של ראשונים ע"כ הוי פתרי ותרי וכן פתב הריב"ש בשם הראשונים דהאי פסולי עדות היינו קרובים דאם משחקי בקוביא אמאי אינם נאמנים לפסול אותן כו' והובא בש"ך ח"מ סי' מ"ו ס"ק ק"ב וב"ש"י שלפנינו ליתא להאי פירושא דפסולי עדות הוא משחקי בקוביא רק במשנה לעיל ד' י"ח פי' רש"י פן.

אף השמ"ק כתב פן בשם רש"י] וכן כתב הרשב"א בחידושו לכתובות שם בזה"ל דאין לפרש דהאי פסולי עדות ה'ה היינו משחקי בקוביא דא"כ אמאי אינם נאמנים לפוסלין אלא ונדאי האי פסולי עדות היינו קרובים כו' עכ"ל ואי נימא דמשחקי בקוביא נאמנים לענין תפיסה א"כ תקשה דהאי רצו לפרש להאי פסולי עדות דזהו משחקי בקוביא דא"כ תקשה דהא בסיפא דאינם נאמנים לפוסלן זהו לענין דמהני תפיסה א"כ ע"כ ברישא דקתני נאמנים לפוסלן אם אין כת"י יוצא ממק"א ונדאי דלא מהני תפיסה ג"כ ואי נימא דמשחקי בקוביא נאמנים לענין תפיסה א"כ אף דנימא דנאמנים לומר דהיו [משחקי בקוביא מ"מ מ'בעי להיות דמהני תפיסה דהא אף במשחקי בקוביא מהני עדותן לענין תפיסה וע"כ מוכח מכל הפוסקים הנ"ל ואף מהרשב"א עצמו דפסולי עדות דרבנן אינם נאמנים אף לענין תפיסה פלל: ולכאורה יש לדחות זה הראייה משום דיש לדון דאף דנימא דפסולי עדות דרבנן נאמנין לענין תפיסה מ"מ זהו רק בעדות בע"פ לענין אם כופר ומכחישין אותו משא"כ בעדות בשטר דהוי תועלת מן השטר אף לענין פרעתי דאינו נאמן משום חזקה שטרא בידי מאי בעי די"ל בזה דלא חשש להניח בי"ד שטר כזה פניו דאינו יכול להוציא ממנו ועיקר תועלת מן שטר שחתמו עליו פסולי עדות דרבנן הוא רק לענין תפיסה א"כ י"ל דלא חשש להניח בי"ד שטר כזה וכמו דמצינו כעין זה בכת"י דכתבו הראשונים דנאמן לומר פרעתי דכיון דאינו טורף ממשעבדי לא חשש להניח בי"ד כמבואר בסי' ס"ט בש"ך שם ס"ק י"ד וה"ה הקא פניו דאינו גובה מהלקוחות אף לענין תפיסה דהא עיקר השטר הוא על טריפת קרקע ובקרקע לא מהני תפיסה ע"כ אין לו דין שטר לענין פרעתי פלל וכיון דאינו נאמנים לענין לגבות מהלנה ממילא לא מהני תפיסת המלנה היכא דטוען הלנה פרעתי א"כ י"ל דהברייתא מיירי בענין טענת פרעתי דאי נימא דהיו משחקי בקוביא ה'ה נאמן בטענת פרעתי ואף תפס המלנה לא מהני משא"כ היכא דהוי תרי ותרי אז מהני תפיסת המלנה לומר דיש לו דין שטר מעליא פן יש לדחות הראייה זו אף זה אינו ברור דהא מבואר בסימן מ"ב בכמה ספיקות בשטר דמהני תפיסה ומשמע אף דאינו מכחיש בעיקר החוב רק בטענת פרעתי ג"כ יש לו דין ספק שטר ומהני תפיסה ואי נימא דנגד טענת פרעתי אין לו בנודאי דין שטר משום דיכול לומר דכיון דאין מוציאין בדיינים ע"כ לא חששתי להניח השטר בי"ד א"כ ה"ה אף

במקום דמכחיש עיקר החוב כמו הא דמבואר שם ספ"ל וקפ"ל וכה"ג נימא דנאמן הלנה
במיגו דאי בעי אמר פרעתי דהי' לו אז דין מלנה על פה דנאמן וה"ה באומר לא לוויתי
רק קב ופלגא יהיה נאמן במיגו דפרעתי ולא יהיה מהני בזה תפיסת המלנה וע"כ מוכח
דהיכא דאמרינו דמהני תפיסת הבע"ד בשטר דאף לענין טענת פרעתי ג"כ יש לו דין
שטר אם תפס א"כ ה"ה אי נימא דמשחקי בקוביא פסולים לעדות אלא לענין לגבות
בב"ד עפ"י אבל אם תפס אין מוציאין וכמו כל ספיקא א"כ ממילא מיבעי להיות מועיל
תפיסתו לומר דיש לו דין שטר אף לענין פרעתי ולא מהימן הלנה: ובאמת י"ל דהרשב"א
בחדושי' לא כתב פן רק בדרך אפשר לומר בדוחק כמו שכתב שם בלשון ומתוך הדחק
י"ל כו' ע"ש אבל לדינא לא ס"ל פן וגם י"ל דלא כתב פן רק בשיטת רב פפא אבל לרב
אחא דס"ל דמשחק בקוביא פטור משבועת העדות משום דלא חזי להגדה כלל כמבואר
ביומא ריש פ"ח ע"ש ובע"כ מוכח דס"ל דלא מהני תפיסה בפסולי עדות ונ"ל דבזה
גופא פליגי רב פפא ורב אחא וגם הא כתב הרשב"א שם עוד תירץ אחר ליישב קושיותו
ע"כ אינו הכרח כלל להכליל הנ"ל ועיין ברמב"ם ה' שבועות פ"י ה"א דפסק כרב אחא
בר יעקב: ענן ב ובעיקר דברי הרשב"א הנ"ל נלפענ"ד לומר דאף לפמש"כ דתפיסה
מהני בכל עדות פסולי דרבנן עכ"ז הדין נותן דזה דומה לכל גזל דרבנן דמבואר
בשבועות ד' מ"א דלא נחתינו לנכסיו רק מענשינו ליה כו' בימים הקדמונים אבל לא
האידין וה"ה בפסולי עדות דמה"ת נאמנים רק דרבנן פסלינהו י"ל דכמו בגזל דרבנן
דמה"ת יכול לזפות בו הזוכה רק מדרבנן עשו זה לגזל ואין מוציאין בדינין רק כו' וה"ה
במה דהעידו הפסולי עדות דרבנן פינן דמה"ת נאמנין רק דרבנן פסלינהו ע"כ דין של
התופס שלא להוציא מידו וכמו כל גזל דרבנן וזהו סברת הרשב"א דס"ל דאין מוציאין
מן התופס היינו דאין יורדין לנכסיו עכ"ז היו מענשינו ליה להתופס משום דעבר על
דרבנן דפסלו חז"ל לעדותו ואף דהרשב"א כתב סתמא גבי פסולי עדות דאי תפס לא
מפקינו עכ"ז י"ל דהיו מענשינו ליה וכמו דכתב הב"י בחו"מ סי' פ"ב כה"ג אדברי הטור
שם סעי' ג' שכתב גבי שבועה דרבנן דאי תפס ולא רצה לשבע לא מפקינו מיניה ולא
כתב שם דהיו מענשינו ליה משום דקיצר בדרך וה"ה הכא ועיין בחו"מ סי' פ"ב ובסמ"ע
ס"ק כ"ב ובש"ך ס"ק י"ז ולפי"ז עולה יפה פוננת הרשב"א דכתב דמהני תפיסה בפסולי
עדות דרבנן דלכאורה תמוה סברתו דכיון דפסלינהו א"כ ממילא פסולים לכל דבר אבל
לפמש"כ יפה כתב די"ל דזהו דומה לכל ממון דאין לו זכות מדרבנן דלא עשו לגמרי
דבריהם כדאורייתא לענין הוצאת ממון דכלל הוא דלענין נחתינהו לנכסיו לא העמידו
דבריהם נגד דאורייתא ואדרבה אוקמי בזה אדאורייתא אף מ"מ היו מענשינו ליה וכמו
כל גזל דרבנן וכ"ז לא שייך בזה"ז כלל דדינא דמלכותא דינא: ולפי"ז יש לנו לומר
מלתא חזקתא בהקדמ מה שכתב הר"נ בתשובה סי' מ"ט והובא בחו"מ סי' רל"ה סעי' א'
ובמל"מ פ"ט ה' זכיה דיתומים שמכרו בנכסים מועטין ע"פ קנין דרבנן דלא מהני
מכירתן משום דבמקום דאיכא איסורא לא תקנו רבנן לתקנתן אף במקום דאיכא רק
איסור דרבנן ולפי"ז י"ל פיון דקבלת עדות בעי ב"ד סמוכים ואף למ"ד שנים שדנו
דיניהם דין עכ"ז קבלת עדות שאני וכמש"כ התוס' בכתובות ד' כ"ב ובב"ב ד' מ' והא
דמקבלין עדות בבבל אינו רק מדרבנן ושליחותי' דקמאי עבדינו וזהו אינו רק מדרבנן
וכמש"כ הרשב"א והר"ן בסוף גיטין וכן כתב הרמב"ן על התורה בריש פ' שופטים וכיון

דמדרבנן פסולים המה לעדות וגם בתפס היו מענשין ליה פנ"ל ודינו ככל עובר על איסור דרבנן ע"כ י"ל דכה"ג לא תקנו להקנתן דשליחותי קא עבדינן דהא מה"ת בעי ב"ד מומחין לקבלת עדות ובוה"ז דליכא ב"ד מומחין א"כ הוי כמו דלא נתקבל עדותן בב"ד וכמו דהעידו חוץ לב"ד וג"ז דומה למה דמציינו דארף בשליחות גמור במקום עבירה דרבנן נתבטלו השליחות.

וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ה' כה"ג ע"ש: וע"כ הדין נותן דבוה"ז דליכא ב"ד סמוכים דארף היכא דנתקבל עדות הפסולין מדרבנן בב"ד דהוי כמו דהעידו חוץ לב"ד דאז אין ממש בעדותן ארף בכשרים וממילא ארף תפיסה לא מהני.

וקא שכתב הרשב"א דמהני תפיסה י"ל משום דקאי על המשנה דתנן אינו נוהג אלא ברואנין להעיד דהיה אז ב"ד סמוכין ונשפיר מחייבינן ליה ק"ש אם פפר עדותו דהא הוי מצי לילך לב"ד סמוכין להעיד ואז היה מהני עדותו לענין תפיסה וארף שפתי דהוי כמו גזלן דרבנן עכ"ז י"ל דיכול לומר דלא הייתי חושש לזה כדמציינו בקידושין ד' נ"ח ע"ב גבי גונב טבל של חבירו דאי נימא כדשמואל דחטה אחת פוטרת את הפרי יכול לתבוע להגנב ולומר דלא הייתי מפריש רק חטה אחת ונתבטל פולה דידי הוא דפטרנא נפשא בחטה אחת וארף דמדרבנן בעי לאפרושי לכה"פ א' מארבעים עכ"ז פיון דמה"ת סגי בחטה אחת יכול לומר דלא הייתי חושש דרבנן וממילא מוציא מן הגנב ועיין במל"מ פ"ז ה' מלנה הל' י"א במש"כ באמצע הדיבור וז"ל דארף שנודע לדבריו דשכירות ליכא אלא הערמת ריבית אפתי תקשה האיד ד' ה"ר אליעזר שחייב ליתן לו הרנוח כו' פיון שאינו אבק ריבית אלא הערמה כו' והאיד מחייבינן ליה לעשות איסור עכ"ל וע"פ מש"כ יש לפלפל בדבריו ע"ש] וה"ה בנ"ד יכול מה"ט לתבוע להעד ולחייבו ק"ש פיון דמצי לזכות לבעליו ע"פ עדותו דהיה מועיל תפיסה א"כ יכול לומר דלא הייתי חושש דרבנן: וכ"ז הוא רק בזמן דהיה ב"ד סמוכים אבל האידנא דליכא ב"ד סמוכין א"כ אין פאן שום תועלת מעדותו כלל ארף לענין תפיסה דלא העמידו דבריהם במקום איסור דרבנן לגבי מומן וממילא בטל השליחות דקמאי דבוה"ז לא הרשוהו לב"ד דהאידנא לקבל עדות חוץ לב"ד ואפשר דה"ה בזמן דהיה ב"ד סמוכים בא"י.

דמ"מ אם העידו לפני ב"ד דאינם סמוכים דכה"ג ג"כ אין ממש בעדותן במקום איסורא פנ"ל לפי מה שנתבאר דכל שליחותי דקעבדינן אינו רק מדרבנן ועיין בתוס' גיטין ד' פ"ח ע"ב בד"ה במלתא דשכיחא כו' וארף דהמל"מ פ' ט' הל' זכיה כתב דהיכא דבידו לעבור על האיסור וע"פ קנן דאורייתא לא אמרינן ע"ש מ"מ זה אינו רק היכא דהוי בידו משא"כ היכא דאינו בידו וכמבואר בשבת ד' מ"ו דמי ימר דמזדקק ליה חכם וכש"כ ב"ד סמוכין של שלשה ונדאי אינו בידו ובפרט היכא דהוי מצד שליחות פנ"ל ועפ"ז אתי שפיר הא דקידושין ד' מ"א דאמרו שם השתא דתקנו רבנן ש"ה משתבע מלנה ופרע לנה למלנה די"ל דהפוננה הוא דמוטל על הלנה החיוב לפרוע להמלנה וכמו כל גזל דרבנן דאמרו מציאת קטן לאביו דז"א רק בתורת גזל דרבנן פנ"ל אבל לעולם י"ל דלא נחתינן לנכסיו ויותר י"ל לפמש"כ די"ל דמייירי התם בקידושין היכא דליכא ב"ד סמוכין דכה"ג מודה הרשב"א ולכן הדין ברור ופשוט דבוה"ז דליכא ב"ד סמוכין מודה הרשב"א גם כן דלא מהני עדותן ארף לענין תפיסה ולכן שפיר סתמו הפוסקים בזה בכל סי' ל"ד ולא

חילקו פֿלל: אַכן זולת דְבַרִי הַרְשָׁב־א הַנְּל י"ל דְשִׁאנִי מַה דְמַצִּינוּ בְּגוֹל דְרַבְנָן דְלֵא
נְחַתִּינוּ לְנִכְסֵי מִשׁוּם דְלֵאוּ בְּכָל גְּזֵל דְרַבְנָן אֲמָרוּ פִּן וְכִינּוּ דְחַז"ל פֿסְלִינְהוּ לְעֵדוּת דִּינָם
דְפֿסוּלִין לְגַמְרֵי לְעַנְנָן מְמוּנָא וְעֵינָן בַּאֲה"ע ס' מ"ב סע' ה' וְאִין זֶה עַנְנָן לנ"ד.

וְעֵינָן בַּקְצָה"ח ס' פ"ט ס"ק א' שְׁפַתְבּ בְּשֵׁם הַשֵּׁי"ף בַּת"כ שְׁפַתְבּ דְבְּכָל גְּשָׁפְעִין וְנוֹטְלִין
לֵא נְחַתִּינוּ לְנִכְסֵי וְהַשִּׁיג עָלָיו הַקְצָה"ח ע"ש רַק בְּדְבַרִי הַרְשָׁב־א בְּכַוְנָתוֹ שְׁפִיר י"ל
פנ"ל [וַיֵּשׁ לְהַעִיר בְּעֵיקָר דְבַרִי הַרְשָׁב־א הַנְּל בְּעַנְנָן עֵדוּת שְׁאֵתָה יָכוֹל לְהַזְיֵמָה וּבְדְבַרִי
הַתּוֹסֵ' סְנֵהֲדָרִין ד' ט' ע"ב ד"ה עֵינֵי הָאֵב נְהַרְגִין כו' וְקַצְרְתִּי] וְעֵינָן לְעֵיל ס' א' מ"ש"כ
שָׁם וְכֵן רְאִיתִי בְּרַבְבֵּי"ז ח"א ס' ת"ק ג' וְס' ת"ק י"ז שְׁהַבִּיא בְּשֵׁם הַרְמַב"ם ספ"ו ה' גְּזוּלָה
דְכָל גְּזֵל דְבַרִיָּהֶם אִינוּ יוֹצֵא בְּדִינָם וְכֵן הוּא בְּשׁו"ע ח"מ סוף ס' ש"ע ע"ש: ע"כ שְׁפִיר
י"ל דְכֵן הוּא שִׁיטַת הַרְשָׁב־א: (שָׁם סע' כ"ג) בְּהַגְהוֹת (רַמ"א) דְאָף פֿסוּל מַה"ת אִין
לְפִנְסוֹ אֵלָא בְּנוֹדָאֵי כו' דָּאִם אִין יוֹדְעִין אִם עֶבֶר קוֹדֵם שְׁהַעִיד אוֹ אַח"כ מוֹקְמִינוּ גְבָרָא
אַחְזַקְתּוּ וְכָל מַה שְׁהַעִיר פֿאָשֶׁר כו' וְהַקְצָה"ח בַּס"ק ה' הַקְשָׁה ע"ז דְאֵמַאי לֵא אֲמָרִינוּ בְּזֵה
תְּרַתִּי לְרִיעוּתָא כְּמוֹ בְּמַקְנֵה שְׁנַמְדָד כו' וְהַעֲלָה דְזֵה הוּי סְפִיקָא דְדִינָא אַכּוּ בַּסְפָּרִי בְּאֵר
יְצַחַק ח' יו"ד ס' י"ח תִּירְצָתִי הֵיטֵב בַּעֲז"ה קוֹשְׁיוֹת הַקְצָה"ח הַנְּל ע"ש וְאִין רְצוּנֵי
לְהַפְּסִיל הַדְבָרִים שְׁנִית ע"כ הַעֵיקָר לְדִינָא פְּהַרְמ"א.

(שָׁם סע' כ"ו) בְּש"ף (ס"ק כ"ח בְּשֵׁם הַרִיב"ש) דְמַה שְׁהַעִיד עַל עַצְמוֹ הוּי פְּאֵלוּ לֵא
הַעִיד פֿלל וְאִין פֿאֵן עֵדוּת וּפְלִגִּינוּ דִּיבּוּרוֹ וְכַמְש"כ הַרְאָב"ד כו' מִשׁוּם דְאָדָם קָרוֹב א"ע
וְלֵא שְׁיֵיף בּוֹ עֵדוּת פֿלל וְכַדְמַצִּינוּ בַּפ' חֲזַקַת דְמַהֲנֵי סִילוּק בְּנוֹגַע בְּעֵדוּת כו' דְכָל שְׁהוּא
נוֹגַע בְּעֵדוּת בְּהַנָּאת מְמוֹן לֵא שְׁיֵיף לְמַקְרִי עֵדוּת פֿלל וְאֵפִי עֵדוּת פֿסוּלָה וַא"כ פְּלִגִּינוּ
דִּיבּוּרָא כו' עכ"ל וְכ"כ הַשֵּׁי"ף לְקַמְן סִימָן ל"ו ס"ק ט"ו דְנוֹגַע ה"ל כַּבַּע"ד דְאִינוּ פּוֹסֵל
עֵדוּת הָאֲחֵרִים.

עָנָף א וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל הַשֵּׁי"ף וְהַרִיב"ש מִן מַש"כ הַרְא"ש מְפּוֹת פ"א ס' י"ג
בְּשִׁיטַת הַרְאָב"ד לְפָרֵשׁ הָא דְסְנֵהֲדָרִין ד' י' דְקַאָמֵר פ' בָּא עַל אֲשַׁתִּי הוּא וְאַחַר מְצַטְרַפִּין
לְהוֹרְגוֹ וְלֵא לְהוֹרְגָה כו' פ' רַבַּע שׁוּרֵי אָדָם קָרוֹב אֲצָל עַצְמוֹ אֲמָרִינוּ אֲצָל מְמוֹנוֹ לֵא
אֲמָרִינוּ פִי' וְאָף הָאָדָם פֿטוּר לְפִי שְׁהוּא עֵדוּת שְׁבִטְלָה מְקַצְתָּה עכ"ל הַרְא"ש אֵלְמָא
דְהַרְא"ש ס"ל דְבַמַּה דְאָדָם קָרוֹב אֲצָל מְמוֹנוֹ דִּינוּ פְּקָרוֹב וְלֵא כַּבַּע"ד וְאֲמָרִינוּ בְּזֵה עֵדוּת
שְׁבִטְלָה מְקַצְתּוֹ בְּטְלָה פְּוֹלָה וְלֵא אֲמָרִינוּ בְּזֵה פְּלִגִּינוּ דִּיבּוּרָא א"כ קְשָׁה בַּמַּש"כ הַרִיב"ש
וְהַשֵּׁי"ף הַנְּל דְבַפְּסוּל נּוֹגַע אֲמָרִינוּ פְּלִגִּינוּ דִּיבּוּרָא וְכֵן ה"ל כַּבַּע"ד דְלֵא אֲמָרִינוּ בִּי נְמַצָּא
א' מְהֵם פֿסוּל לְבַטֵּל עֵדוּת הָאֲחֵרִים וְזֵהוּ הַפֿל עַפ"י שִׁיטַת הַרְאָב"ד דְזֵה חֲזִינוּ דְהַרְא"ש
וְהַרְאָב"ד לֵא ס"ל פֿן וּמַצָּאתִי בַּאו"ת רִישׁ ס' ל"ו שְׁפַתְבּ לְתַמְנֵה בְּזֵה עַל הַרִיב"ש וְהַשֵּׁי"ף
הַנְּל וְכַתֵּב בְּזֵה"ל וּמְאוּד תְּמַהֲנֵי מְהַרִיב"ש וְהַשֵּׁי"ף אִיף הַעֲלִימוּ עֵינֵי מְהַרְא"ש וְהַרְאָב"ד
הַזֵּה כו' ע"ש: וְלַעֲנ"ד אִינוּ קְשָׁה דִי"ל דְאָף דְשִׁיטַת הַרְאָב"ד וְהַרְא"ש גְּבִי פ' רַבַּע שׁוּרֵי
דְאָדָם קָרוֹב אֲצָל מְמוֹנוֹ דִּינוּ פְּקָרוֹב וְלֵא כַּבַּע"ד דְזֵהוּ דְנִקָּא הֵיכָא דְהוּי חוּבָה לְהַבְּעֵלִים
מִשָּׂא"כ הֵיכָא דְהוּי זְכוּת וְהַנָּאָה לְהַבְּעֵלִים אַז י"ל שְׁפִיר דְדִינוּ כְּבַעֲלִים וְכַבַּע"ד מְמַשׁ דְכֵן
מַצִּינוּ בַּטוּר יו"ד ס' רכ"ח וּבְשׁו"ע שָׁם בְּש"ף ס"ק יו"ד בְּשֵׁם הַרְמַב"ן וְהַרִיב"ש ס' י'
ת"ו אִם אָסֵר הַנָּאָתוֹ עַל בְּנֵי הָעִיר דְאִינוּ שׁוֹאֵל לְחַכְמָא מְבַנֵּי אוֹתָהּ הָעִיר לְפִי דְהוּי נּוֹגַע
בְּדָבָר וְהַמְקוֹר הוּא יְרוּשְׁלַמִי גְדָרִים פ"ה ה' ד' בּוּזָה"ל קוֹנָם הַנְּיִיתוֹ עַל בְּנֵי הָעִיר אִינוּ

נשאל לזקן שיש שם כו' לפי דה"ל פנדרי עצמו ואינו מתיר נדרי עצמו וכמש"כ הריב"ש עצמו בארנפה מזה בסי' ת"ו ובסי' תקי"א אלמא דאף דנדריים נדריים ע"י קרובים אפ"ה היכא דה"ל הנאה דינו כבע"ד ממש ודינו בזה ככל נדרי עצמו דאינו מתיר נדרי עצמו ונדרי אשתו דה"ל פגופו וכמש"כ הריב"ש שם בארנפה ועיין ברמב"ם ה' נדריים פ"ז ובמל"מ ובכ"מ שם.

ובבית יוסף יו"ד סי' רכ"ח והדברים ארוכים ואכמ"ל: ונזינן דהריב"ש וש"פ ס"ל דנוגע דיש לו הנאה דינו כמו בע"ד יותר מן קרוב וע"כ אינו מתיר נדריים בכה. א"כ ה"ה י"ל דאף דגבי פ' רבע שורי דינו כקרוב ולא כבע"ד ולא אמרינן פלגינן דיבורא עכ"ז היכא דיש לו הנאה דינו כבע"ד ממש ואמרינן בי' פלגינן דיבורא ולכן שפיר פתבו הריב"ש והש"ך הקא ובסי' ל"ו דמייירי שם בפסול נוגע דיש לו הנאה דדינו כבע"ד ממש: ועיין בהריב"ש סי' ת"ו דכתב גבי נוגע דאינו מתיר נדריים דיש לו הנאה דאם יש שנים אחרים זולתו יכול להצטרף עמהם להתיר נדריים וכ"כ הש"ך ביו"ד סי' רכ"ח ס"ק יו"ד.

אמנם בהריב"ש סי' תקי"א פתב דכל השלשה לא יהיו מן הקהל דיש להם הנאה מן ההיתר נדריים עי"ש ודינו כמו נדרי אשתו דאינו מתיר נדרו אשתו אף ע"י צירוף אף דנימא כמש"כ הריב"ש בסי' ת"ו והש"ך דע"י צירוף מהני מ"מ חזינן דכתבו דבלא צירוף לשנים דינו כמו נדרי עצמו וכמבואר בירושלמי בפ"א וכמש"כ הריב"ש שם סי' ת"ו בארנפה: ועוד דהא עיקר הטעם מה דמחלקי שם בין צירוף לשנים ובין הוא לבדו הוא משום דביחיד חיישינן לחשדא אבל אם יש שנים זולתו לא חיישינן לחשדא וכמש"כ הריב"ש שם סי' ת"ו בארנפה ע"פ סוגיות הש"ס בכורות ד' ל"א יעו"ש ומזה יש להוכיח כמה דנסתפק המהריב"ל בפסול נוגע בעדות אשה.

אי פסולו משום קרוב א"כ מהני עדותו בעדות אשה ואי פסולו משום משקר לא מהימן בעדות אשה לומר דמת בעלה והוכא באחרונים באה"ע סי' י"ז סעי' ג' ובנו"ב ובמה"צ שם ובקצה"ח סי' ל"ד ס"ק ד' ובאמת גבי עדות אשה דנאמנת לומר דמת בעלה י"ל בזה אף בעדות דמת יבמה דאינה נאמנת לומר מת יבמי בזה י"ל דאי פסולו משום משקר דאינו נאמן ואכמ"ל בעצם כל הענין הנ"ל ומהא דנדריים דחזינן דס"ל להראשונים הנ"ל דאם יש לו הנאה מהיתר הנדר דא"י להתיר הנדר משום דהוי בחשש משקר בעצם היתר הנדר ע"י הפתח או התרטה.

א"כ מוכח מזה דפסול נוגע הוי בחשש משקר דהא קרובים יכולין להתיר הנדרים א"כ מזה מוכח דנוגע הוי בפסול משקר וכמבואר בש"ך ח"מ ריש סי' ל"ז ויש להאריך שם עפ"ז: וכינן דהעיקר הוא דפסול נוגע הוא מחשש משקר ע"כ הדעת נותנת דלא שייך בי' לומר עדות שבטלה מקצתו בטלה כולו וכן נמצא א' מהם כו' דהא אין עליו שם עד פלל וכסברת הראב"ד והרא"ש הנ"ל גבי הרוג יציל משום דבמקיימי דבר הפתוב מדבר דהא פסול הרוג הוי משום דהוי בע"ד וכמש"כ התוס' במכות ד' ו' לחד תי' ויש לו הנאה ונפקה על ההורגו דהא אינו מעיד ההרוג שום עדות ע"ע אף דמקיפסל משום הנאה פנ"ל ועיין באו"ת סי' ל"ג ס"ק י"א מזה במש"כ שם בשם תשובת הרא"ש דס"ל פהך תי' התוס' ע"ש ואף לאידך תי' התוס' דה"ל שונא או משום דה"ל טריפה מ"מ היכא דיש לו הנאה ממש כ"ע מודו דנפסל משום חשש משקר ע"כ בנודאי אין עליו שם עד פלל מצד

הסבֵּרָא וְגַרְע מִן קָרוֹב דְּהָא קָרוֹב לָא מִיפְסֵל מְשׁוּם חֲשֵׁשׁ מְשַׁקֵּר פְּמִבְּרָא רַבִּי ד' קנ"ט
וְלִכְּנֵן הִי יוֹדַע עֵדוּת עַד שְׁלֵא נַעֲשֶׂה חֲתָנֹו וְנַעֲשֶׂה חֲתָנֹו אַחֲרֵים מְעִידִין עַל כַּת"י אַף שְׁלֵא
הִוְחִזַּק כַּת"י בְּב"ד וְאֵלֹו הִיכָא דִּינֵשׁ לֹו הִנָּאָה כְּמוֹ דְאַמְרוּ הֵתָם הִי יוֹדַע עֵדוּת עַד שְׁלֵא
תִּפְּנֹל לֹו יְרַנְּשֶׂה כּו' דְאַחֲרֵים אֵינָם מְעִידִים עַל כַּת"י אֲלָא בְּהִוְחִזַּק כַּת"י בְּב"ד מְשׁוּם
דְּקָרוֹב לָא נְחָשֵׁד לְמִשְׁקֵר: מִשָּׂא"כ הִיכָא דִּינֵשׁ לֹו הִנָּאָה וְכַמֶּש"כ הָאו"ת בְּסִי' מ"ו סְעִי
ל"ד בְּאוּרִים ס"ק ק"ה: עֲנָף ב וְהָא דְמַצִּינוּ בְּפִסּוּל גִּזְלָן דְּזָהוּ מְחַשֵּׁשׁ מְשַׁקֵּר וְע"כ הִנָּה
יוֹדַע עֵדוּת עַד שְׁלֵא נַעֲשֶׂה גִּזְלָן כּו' אַחֲרֵים אֵינָם מְעִידִים עַל כַּת"י אֲלָא בְּעֵינֵן הִוְחִזַּק
כַּת"י בְּב"ד.

פְּמִבְּרָא נָשָׁם בְּב"ב ד' קנ"ט מְשׁוּם דְּהוּא בְּחֲשֵׁשׁ מְשַׁקֵּר וְמַה"ט נְפִסֵּל לְעֵדוּת אֲשֶׁה ג"כ
וְכַמֶּש"כ הָרִי"ף פ' זָה בּוֹרֵר דְּכַפִּין וְשִׁקִּיל ד' זוּזֵי וּמְסָהִיד מ"מ אֵין זָה רַק מְצַד גְּזַה"כ
דְּגִזְרָה הַתּוֹרָה אֵל תִּשָּׁת רְשָׁע עַד. וְכַמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּכוֹרוֹת ד' ל"ו ד"ה אֲיָמֵר דַּא"ר מְאִיר
כו' דְּמֵן הַדִּין הָא חֲשׂוֹד לַד"א אֵינֹו חֲשׂוֹד לְכָל הַתּוֹרָה בְּנִלָּה [וְעֵינֵין בְּנו"ב מ"ק ח' אה"ע
סִי' נ"ז וּבב"ש סִי' מ"ב ס"ק י"ט וּמִש"כ נָשָׁם בְּשֵׁם הַש"ג וְאַף בְּחֲשׂוֹד לְאוֹתוֹ דְּבָר הָא
קִי"ל דְּחֲשׂוֹד לְאוֹתוֹ דְּבָר דְּנֹו וּמְעִידוֹ וְכַמֶּש"כ הַש"ף בִּיּו"ד סִי' קי"ט ס"ק י"ח וְשִׂאנִי
עֵדוּת מְמוֹן דְּכַתִּיב אֵל תִּשָּׁת רְשָׁע עַד וְעֵינֵין בְּב"ק ד' ק"ח ע"א תוֹס' ד"ה וְתָרִי פְּפוּלִי כּו'
ע"כ שְׁפִיר אֲתִי הָא דְגַם בְּגִזְלָן אֲמָרִינֵן נְמָצָא א' מְהֵם פְּסוּל גִּזְלָן דְּבִטְלָל כָּל הָעֵדוּת מְשׁוּם
דְּבִאָּמַת יֵשׁ עֲלֵיו ג"כ שֵׁם עֵדוּת רַק דְּהַתּוֹרָה פְּסִלְתוּ מִשָּׂא"כ בְּפִסּוּל נּוֹגַע דְּמִיפְסֵל מְצַד
הַסְּבָרָא מְשׁוּם חֲשֵׁשׁ מְשַׁקֵּר וְנֹדָאֵי אֵין עֲלֵיו שֵׁם עֵדוּת פְּלָל וְאַמְרִינֵן בּוּ בְּמִקְיָמִי דְּבָר
הַפְּתוּב מְדַבֵּר: וְזָהוּ מְוַכְרַע לְפִי פִּירוּשׁ הָרַא"ש וְהָרַאב"ד בְּהָא דְּבַמְקִיָּמִי דְּבָר הַפְּתוּב
מְדַבֵּר דְּזָהוּ מְשׁוּם דַּה"ל בַּע"ד דְּהָא הַש"ס מְתַרְץ בְּזָה לְמָה שְׁהַקְּשָׁה שֵׁם מְעִיקְרָא הָרוּג
יִצְיִל וְמָה דְּמְתַרְץ שֵׁם מְעִיקְרָא דְּהוֹרְגוּ מְאַחֲרֵי בּוֹנֹדָאֵי אֵין זָה לְדִינָא דְּבִאָּמַת לְפִי
הַמְּסַקְנָא דְּשֵׁם לָא מְחַלְקִינֵן בְּזָה פְּלָל מְשׁוּם דְּבַמְסַקְנָא דְּמְתַרְץ דְּבַמְקִיָּמִי דְּבָר הַפְּתוּב
מְדַבֵּר הוּא תִּירוּץ עַל כָּל מָה דְּהַקְּשׁוּ שֵׁם בַּש"ס וּלְפ"ז מוּכַח דַּס"ל לְהָרַא"ש וְהָרַאב"ד
בְּפִי הָרוּג יִצְיִל כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' שֵׁם ד"ה אֲלָא מְעַתָּה הָרוּג יִצְיִל כּו' דְּהוּא בַּע"ד.

מְשׁוּם דָּאֵי גִימָא כַּתִּי בְּתָרָא דַּה"ל שְׁוֹנָא אוּ טְרִיפָה כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בִּיבְמוֹת ד' כ"ה ד"ה
הוּא נְאָחֵר כּו' וְכַמֶּש"כ הַמְרָדְכִי. א"כ הָא בְּזָה הַפְּסוּל דְּשְׁוֹנָא וְטְרִיפָה לָא שְׁיָיָד לּוֹמֵר
הַתִּירוּץ דְּבַמְקִיָּמִי דְּבָר כּו' דְּהָא לָא מִיפְסֵל מְשׁוּם בַּע"ד אֲלָא מְשׁוּם פְּסוּל עֵדוּת דְּהַתּוֹרָה
פְּסִלְתוּ לְשְׁוֹנָא וְכַה"ג וְע"כ מוּכַח לְשִׁיטַת הָרַא"ש וְהָרַאב"ד הַנ"ל דַּס"ל לְפָרֵשׁ הָא דְּהָרוּג
יִצְיִל כַּפִּי הַתּוֹס' דַּה"ל בַּע"ד וְזָהוּ הִנָּאָה מְצַד נְקָמָה עַל הַהוֹרְגוּ וְעֵינֵין בְּתִשְׁבֹּת הָרַא"ש
שְׁהוּבָא בַּאו"ת סִי' ל"ג ס"ק י"א שְׁפָתַב דְּקָרוּבֵי נְרָצַח א"י לְהַעֲיִד וּבַמְהַרִּי"ט מְזָה וְכ"ז
הוּא לְפַמֶּש"כ הַמְהַרְש"א בְּסַנְהֶדְרִין ד' ט' ע"ב עַל הַתּוֹס' בַּמֶּש"כ דְּהָרוּג יִצְיִל מְשׁוּם דַּה"ל
שְׁוֹנָא דְּזָהוּ לַר"י דְּהוּא מְצַד גְּזַה"כ פְּמִבְּרָא בְּסַנְהֶדְרִין ד' כ"ט אָבֵל לְפִי שִׁיטַת הַמְהַרְש"ל
וְהוּבָא בַּאו"ת סִי' ל"ג ס"ק ב' כּו' וְהָא דַּס"ל דְּשְׁוֹנָא גָּמוּר מִיפְסֵל זָהוּ מְשׁוּם סְבָרָא וְלָא
מְצַד גְּזַה"כ ע"כ אֲפָשֵׁר לּוֹמֵר דַּלְפ"ז לָא הוּי עֲלֵיו שֵׁם עַד פְּלָל לְגַבִּי כ"ז אַף כְּבָר הַכְּרִיעַ
הָאו"ת שֵׁם פְּהַמְהַרְש"א: וְרֵאִיתִי בְּהַרִיב"ש סִי' שַׁל"ט וְסִי' קצ"ה שְׁפָתַב בְּשִׁיטַת הָרַאב"ד
הַנ"ל דְּהַש"ס דְּמְתַרְץ לְסוּף דְּבַמְקִיָּמִי דְּבָר הַפְּתוּב מְדַבֵּר דְּזָהוּ תִּירוּץ ג"כ עַל מָה דְּמַקְשׁוּ
שֵׁם הָרוּג יִצְיִל וְזָהוּ כַּמֶּש"כ לְעֵיל מְשׁוּם דְּהַתִּי' דְּהָרוּגוּ מְאַחֲרֵי אֵין זָה לְדִינָא וּלְפ"ז יֵשׁ
לְדוֹן לְפַמֶּש"כ הַש"ף בְּסִי' ל"ג ס"ק ט"ז דְּנְרָצַח עֲצָמוּ יְכוּל לְהַעֲיִד יַע"ש אֲלָמָא דַּס"ל

דלא מיפסל משום בע"ד וע"כ הפי' בפסגיא דאמרו הרוג יציל פתירו צים האחרים הנ"ל
א"כ תקשה דאיך הביא הש"ך לקמן שיטת הראב"ד והרא"ש דס"ל דבע"ד לא פוסל
משום נמצא קרוב וכן לא שינה בי בטלה מקצתה כו' הא לפ"ז מוכח לומר דהנרצח פסול
להעיד דה"ל בע"ד.

ויש להאריך בזה הרבה וכעת ראיתי בביתאור הגר"א זצ"ל סי' ל"ג ס"ק ל"ב שכתב מזה
וע"כ קצרת: וליה פ"י דהרוג יציל משום דה"ל בע"ד ותירץ הש"ס בזה לפי דה"ל
מקימי דבר ונדאי פוננתם משום דיש לו הנאת נקימה ע"כ ה"ל בע"ד דהא אינו מעיד
שום עדות ע"ע בשלמא בהא דאמרו נרבע יציל דהפ"י הוא נרבע לרצונו וה"ל רשע
וכמש"כ התוס' א"כ בזה שפיר מקרי בכלל מקימי דבר דהא מעיד ע"ע דהוי רשע.

אבל במה דהקשו הרוג יציל הא אינו מעיד שום עדות ע"ע וע"כ מוכח בפשיטות לשיטתם
דהיכא דיש לו הנאה והוי נוגע בעדות דנדאי מקרי בע"ד אף דאינו מעיד ע"ע כלל כש"כ
בהנאה גמורה דהנאת ממון ונדאי דמקרי בע"ד דלא שינה בו עדות שבטלה מקצתו כו'
וכן לנמצא א' מהם קו"פ ולפי"ז א"ש דברי הריב"ש והש"ך דס"ל בשיטת הראב"ד
והרא"ש דהיכא דיש לו הנאת ממון דמקרי בע"ד לזה ואינו ראי' מהא דפלוני רבע שורי
דשא"ה דהוי חובה לו ע"כ אינו בשם בע"ד אלא בתורת עד פסול ולכן לא אמרינן פלגינן
דיבורא ואינו קשה כלל לקושיות האו"ת הנ"ל ועיין מזה בסנהדרין ד' כ"ח ע"ב דלא
אמרן אלא לאפוקי אבל לעילוי כו' וכן התם ד' כ"ו ע"ב בזה ובש"ך ריש סי' ל"ז במש"כ
בנוגע לחובה: שוב ראיתי שנית בהריב"ש סי' של"ט שכתב שם בזה"ל על מש"כ שם
מקודם דבע"ד שיש לו הנאה אמרינן בי' פלגינן דיבורא משום דלא שינה בו עדות כלל
וכתב אח"ז בזה"ל והא דאמרינן שאין אדם קרוב אצל ממון היינו במה שמעיד על שורו
להורגו שאין לו הנאה בזה אבל במה שיש לו הנאה מעדותו ואפ"י הנאת ממון לבד
אמרינן קרוב אצל עצמו ופלגינן דיבורא כו' עכ"ל הריב"ש הרי להדיא דהריב"ש בעצמו
הרגיש בקושיות האו"ת הנ"ל ותירץ לזה כמש"כ לחלק בין זכות וחובה ולכן תמהני על
האו"ת דתמה פן על הש"ך והריב"ש בפשיטות שהיה בהעלם מהם דברי הרא"ש
והראב"ד הנה פי באמת הא חזינו דהריב"ש בעצמו העיר מזה אף שכתב לחלק כמש"כ:
וע"כ לדינא במש"כ האו"ת בריש סי' ל"ו דהך דינא של הריב"ש והש"ך דכתבו דהיכא
שיש לו גגיעה והנאה ה"ל כבע"ד דאף אם נתפנין להעיד לא אמרינן בי' נמצא א' מהם
פסול כו' דליתא לזה ושפיר כתב הרמ"א בס"ל ל"ו סעי' א' הטעם דלכן פשר משום דלא
פינון להעיד משום דבכיון להעיד דינו פעד פסול ואמרינן בי' נמצא א' מהם פסול כו'
ע"ש באו"ת דלפי מש"כ הא נתבאר דאין שום תמי' כלל על הש"ך והריב"ש כלל וכמו
שכתב הריב"ש בעצמו ושפיר נכונים דברי הש"ך והריב"ש הנ"ל לדינא ועפי"ז יש לדון
הרבה בהמל"מ פ"ה ה' עדות ה"ד ע"ש: הגה"ה וע"פ מש"כ לעיל שיטת התוס' יבמות
ד' כ"ה והמרדכי דכתבו בכוננת הגמ' דמקשה הרוג יציל דזהו משום דה"ל טריפה א"כ
מזה מוכח דאף היכא דיש פסול על העד רק משום דהוי עדות שאי אפ"י יכול להזימה
ג"כ דיינינן בי' נמצא אחד מהם פסול לבטל עדות כולם דהא פסול טריפה בעדות הוי
משום דהוי עדות שאאי"ל וכמבואר בסנהדרין ד' ע"ח והובא בש"ך סי' ל"ג ס"ק ט"ז
ואפ"ה פריה הש"ס בפשיטות הרוג יציל וכ"כ התוס' סנהדרין ד' מ"א ד"ה פמאן כר"ע
כו' דבאמר אינו יודע מהתקירות כמו נמצא א' קרוב ופסול דמי יעו"ש ומהך דמכות הנ"ל

סייעתא לדבריהם ומן הרמב"ם ה' עדות פ"ב ה' ג' לא משמע פן ע"ש ואכמ"ל ע"כ הגה"ה: ענף ג ולפי מה דנתפאר דנכונים דברי הש"ך והריב"ש הנ"ל לדינא ע"פ שיטת הרא"ש והראב"ד הנ"ל משום דיש לחלק דהיכא דהעיד לחובה שאני משא"כ היכא דמעיד לזכות הל' בע"ד ואמרינן פלגינן דיבורא דהא דמוכח מן שיטתם דהעיד לחובה אמרינן פלגינן דיבורא וכמו פ' רבע שורי דנלע"ד דזה אינו רק במעיד איזה חובה לו אבל לא הוי שום התחייבות עליו.

רק חובה לגבי' בלא שום חיוב עליו ע"כ אמרינן בזה דכיון דיש עליו שם עדות רק התורה פסלתו משום דהוי בפסול קרוב אצל ממונו ע"כ אמרו בזה עדות שפטלה מקצתה כו' אבל במעיד ע"ע איזה חיוב שמחוייב לתת לחבירו איזה דבר וכה"ג אז שפיר י"ל לשיטת הרא"ש והראב"ד והריב"ש הנ"ל דזה הוי כמו בע"ד דאמרינן פלגינן דיבורא דהא גבי פ' פא על אז דאמרינן פלגינן דיבורא וכן בפלוני רבעני לרצוני משום כיון דמעיד ע"ע הוי בכלל בע"ד אף דמעיד איזה חובה ע"ע א"כ ה"ה במעיד ע"ע איזה התחייבות ג"כ הוי בע"ד דאמרינן בזה פלגינן דיבורא משא"כ גבי פ' רבע שורי דלא הוי עליו שוב התחייבות פלל: והא דשור הנרבע הוי בסקילה זה החיוב מוטל על הב"ד: אבל על הבפעלים ליכא חיוב יותר מן שארי אנשים פדמוכח בב"ק ד' מ"ה ע"א דיכול לומר אי מהדרת לי' הוי מעריקנא לאגמא וקשה הא אינו רשאי להבריחו דהא חייב להביאו לב"ד.

ובמה דאסור לא שייך לומר הוי מעריקנא כמש"כ התוס' בב"ק ד' מ' ע"ב ד"ה הוי מעריקנא ועיין בפני יהושע שם שפכת בשור שהרג לבהמה לא שייך לומר אי מהדרת לי' הוי מעריקנא לאגמא דהא אסור לגרום היזק לחבירו רק בשור שהרג לאדם דאין פאן היזק לחבירו יכול לומר פן ומיישב הסוגיא שם א"כ מוכח מזה דאין על הבפעלים חיוב להביאו לב"ד לקיים מצות סקילה רק שמחוייב לבערו מהעולם משום לא תשים דמים בביתך וכמבואר בב"ק סוף פ"א וברא"ש שם בכלפא דאכל אמרי דחייב לבערו מה"ט ובאחר חייב משום ובערת הרע כו' לכן שפיר יכול לומר אי מהדרית הוי מעריקנא לאגמא והייתי שומרו זמן מועט עד שאשחטנו פדי שייבוער מהעולם.

ועיין מזה בספרי ח' יו"ד סי' כ"ד שהוכחתי זה בראיות. והא דב"ק ד' צ"א בשור העומד להריגה כו' הא מייירי בשור העומד להריגה מפני שהוא מזיק את הבריות וכמש"כ הרמב"ם ה' חובל ומזיק פ"ז ה' י"ג ובח"מ סי' שפ"ב סעי' א' ועיין בנאור הגר"א זצ"ל שם דשם מייירי שלא בזמן סנהדרין דאל"כ הא אסור להורגו דהא צריך לדונו בב"ד יע"ש ועכ"פ בשור הנרבע ליכא חיוב על הבפעלים יותר מן על הפל וע"כ שפיר פתבו הראב"ד והרא"ש גבי פ' רבע שורי דכיון דהוי לחובה ע"כ אין עליו שם בע"ד רק תורת עד קרוב דהא לא הוי בעדותו שום חיוב והתחייבות עליו יותר מן על הפל ע"כ אמרו בזה עדות שפטלה מקצתה כו'.

אבל אם מעיד ע"ע איזה התחייבות שפיר יש לדון בזה לשיטת הראב"ד והרא"ש והריב"ש דאמרינן בזה פלגינן דיבורא משום דדינו כמו בע"ד ממש כיון דמעיד ע"ע איזה התחייבות וכה"ג וזה דומה לאם מעיד ע"ע איזה חיוב בד"נ וה"ה בחיוב ושעבוד הגוף ע"ע בד"מ דמ"ש: ולכן לדינא היכא דחתום הבע"ד בצירוף עדות אחרים וכמו הך

דְּכַתְּבֵי הֶרֶם"א בְּסִי ל"ו סְעִי א' בְּשֵׁטֶר שְׁחַתְּמֵם עָלָיו בַּע"ד עֲצָמוֹ עִם עֲדִים אַחֲרֵים דְּכַתְּבֵי הַשְּׁ"ף שְׁם ס"ק ט"ו דְּאַף בְּנִתְכַּוְּנֵנוּ לְהַעֲיִד אֵינוֹ פּוֹסֵל מִשּׁוּם דַּה"ל בַּע"ד וְכַנ"ל בְּאַרְבָּעָה.

וְהִנֵּה הֵתָם בְּעֹבְדָא דְהַרִיב"ש דְּזָהוּ מְקוּר הֵךְ דִּינָא שֶׁל הֶרֶם"א הַנ"ל הֵתָם הָא מִיָּרִי בְּאַנְפֵן דְּהוּי זְכוּת לַהֲבַע"ד כְּמִבְּנָאָר בְּגוּף תְּשׁוּבַת הַרִיב"ש לְמִי שְׁמַעֲיִין שְׁם לְכֹן שְׁפִיר כְּתַב הַשְּׁ"ף שְׁם דְּלֹא הִיָּה צָרִיךְ הֶרֶם"א לְכַתּוּב הַטַּעַם דְּלֹא נִתְכַּוְּנֵין לְהַעֲיִד דְּהָא בַל"ז פִּינֵן דְּהוּי נֹגַע לְזְכוּתוֹ ה"ל בַּע"ד כּו' אָמְנָם הִיכָא דְּחַתּוּם הַבַּע"ד עַל הַשְּׁטֶר שְׁכַתּוּב עָלָיו אֵיזָה חוּבָה בְּזָה הָא נִתְבָּאָר דְּכַה"ג אֵין דִּינוֹ כְּמוֹ בַּע"ד אֶלָּא כְּמוֹ עַד פְּסוּל וְאַמְרִינֵן בְּזָה עֲדוּת שְׁבִטְלָה מְקַצָּתָה כּו' וְכְמוֹ פ' רְבַע שׁוּרֵי כְּנ"ל וְכ"ז אֵינוֹ רַק בְּמַעֲיַד אֵיזָה עֲנָן דְּהוּי חוּבָה לְגַבְיָ דְּלֹא הוּי עֲנָן הַתְּחִיבּוּת עָלָיו אֲבָל אִם חַתּוּם הַבַּע"ד עַל אֵיזָה הַתְּחִיבּוּת עָלָיו כְּמוֹ חוּב וְיָדוּעַ שְׂיִטַּת הַר"ת דִּישׁ שְׁיַעֲבֹד הַגּוֹף עַל הַבַּע"ח אוֹ בְּחִיּוּב ע"ע מִן מְכִירַת דְּשִׁלְב"ל אוֹ הַתְּחִיבּוּת מִן אֵיזָה מְכִירַת חֶפֶץ וְכַה"ג דְּבְּזָה ה"ל שְׁפִיר כְּמוֹ בַּע"ד דְּהָא מַעֲיַד עַל עֲצָמוֹ מִמֶּשׁ וְלֹא נִתְבַּטַּל עֲדוּת הָאֲחֲרִים מִשּׁוּם דְּזָהוּ בְּכֻלָּל מְקִיָּמִי דְּבָר וְכַשְׂיִטַּת הַרְּאָב"ד וְהָרָא"ש הַנ"ל וְכְמוֹ ב'פ' רְבַע שׁוּרֵי וּנְפ"מ לְעֲנָן לְטָרוּף מְלַקּוּחוֹת וְהִיכָא דְּהוּי חֹב לְאַחֲרֵים דְּאַף דְּמַהְנֵי הוּדְאָתוֹ ע"ע כְּמַאָה עֲדִים מ"מ בְּמַקּוּם דְּחֹב לְאַחֲרֵים לֹא מַהְנֵי מַצַּד הוּדְאָת בַּע"ד כּו' אֶלָּא עֵיקַר הַשְּׁטֶר הוּא מְחַמַּת שְׁחַתְּמוֹ עָלָיו עֲדִים וְכִינֵן דְּאֵי נִימָא דְּהוּי בְּזָה נִמְצָא א' מְהֵם פְּסוּל כּו' א"כ נִתְבַּטַּל עֲדוּת הָאֲחֲרֵים: אֲבָל אִם הוּא בְּאַנְפֵן דְּאֵין בּוֹ נִמְצָא א' מְהֵם פְּסוּל כְּנ"ל אֲזַ שְׁפִיר מַהְנֵי וַיֵּשׁ בּוֹ תוֹרַת דִּין שְׁטֶר גְּמוּר לְכָל דִּינָיו: וְלִפ"ז שְׁפִיר כְּתַב הֶרֶם"א שְׁם הַטַּעַם דְּלְכֹן שְׁטֶר שְׁחַתּוּם עָלָיו בַּע"ד כְּפֶשֶׁר מִשּׁוּם דְּלֹא נִתְכַּוְּנֵין לְהַעֲיִד דְּתַמָּה הַשְּׁ"ף דַּל"ל לְזָה הָא בַּלֹּא"ה אֵינוֹ פּוֹסֵל מִשּׁוּם דַּה"ל בַּע"ד דִּי"ל דְּשְׁפִיר כְּתַב הֶרֶם"א זָה דְּנַפ"מ אִם הוּא בְּאַנְפֵן דְּהוּי חוּבָה לְגַבְיָ שְׁלֹא בְּתוֹרַת הַתְּחִיבּוּת וְכַה"ג רַק הוּא בְּאַנְפֵן שְׁכַתּוּב בְּשֵׁטֶר אֵיזָה מְכִירָה לְחֶפֶץ אוֹ לְקַרְקַע שְׁלוֹ שְׁלֹא בְּאַחֲרִיּוּת וּבְתוֹרַת חִיּוּב רַק מְכִירָה בְּלִבָּד דָּאִם נִימָא דְּנִתְכַּוְּנֵין לְהַעֲיִד אֲזַ פּוֹסֵל לְהַשְּׁטֶר מְכִירָה וְאֵין מוֹעִיל הַשְּׁטֶר לְרָא' [וּנְפ"מ אִם יֵשׁ לוֹקְחִים אַחֲרֵים שְׂיֵשׁ בְּיָדָם שְׁטֶר מְכִירָה בְּעֲדִים כְּפֶשֶׁר הַמְּכַחֵשׁ לְשֵׁטֶר הִלְזוּ דִּינָתָן הַחֶפֶץ לְלוֹקַח ב' מִשּׁוּם דְּאֵין מִמֶּשׁ בְּשֵׁטֶר הִלְזוּ פִּינֵן דְּשִׁיף בּוֹ נִמְצָא א' מְהֵם פְּסוּל] וְאַף דְּחַתּוּם עָלָיו הַבַּע"ד מ"מ הָא זָה הוּי כְּמוֹ פ' רְבַע שׁוּרֵי פִּינֵן דְּהוּי חוּבָה גַבִּי וְלֹא הוּי בְּתוֹרַת בַּע"ד רַק כְּמוֹ עַד קְרוּב.

אֶלָּא אִם כְּתוּב בְּשֵׁטֶר אֵיזָה הַתְּחִיבּוּת וְחִיּוּב עָלָיו בְּזָה הוּי כְּמוֹ בַּע"ד וְאַמְרִינֵן בְּזָה פְּלִגְיָנֵן דִּיבּוּרָא וּמְתוּרָץ שְׁפִיר גְּוַשְׁיּוֹת הַשְּׁ"ף מַעַל הֶרֶם"א בְּזָה דְּהוּי נַפ"מ מְזָה אַף לְשִׂיטַת הַרְּאָב"ד רַק בְּמָה דַּס"ל לְהַשְּׁ"ף דְּהִיכָא דְּהוּי נֹגַע לְזְכוּתוֹ דְּהוּי בַּע"ד בְּזָה שְׁפִיר כְּתַב הַשְּׁ"ף וְלֹא כְּהַתְּנָמִים בְּזָה.

וְהַשְּׁ"ף שְׁכַתְּבֵי כֹן בְּפִשְׁיּוֹת מִשּׁוּם דְּהָא הֶרֶם"א הוּצִיא דִּינוֹ מִן הַרִיב"ש וְשְׁם הָא מִיָּרִי עֹבְדָא שֶׁל הַרִיב"ש דְּהִיָּה זְכוּת לְהַבְּעֵלִים כְּמִבְּנָאָר שְׁם וְע"כ קִיְצַר הַשְּׁ"ף בְּזָה אֲבָל לְדִינָא שְׁפִיר י"ל דְּהִיכָא דְּהוּי חוּבָה לְהַבְּעֵלִים יֵשׁ לְחַלְקֵי כְּנ"ל וּמְתוּרָץ גְּוַשְׁיּוֹתוֹ עַל הֶרֶם"א דְּהָא הוּי נַפ"מ מִמֶּשׁ"כ הֶרֶם"א דְּלֹא נִתְכַּוְּנֵין לְהַעֲיִד דְּיָהִיָּה כְּפֶשֶׁר הַשְּׁטֶר בְּכָל גְּוַנְיֵי הַנ"ל.

דְּאַף אִם הוּי כְּתוּב שְׁם אֵיזָה חוּבָה שְׁלֹא בְּתוֹרַת הַתְּחִיבּוּת דִּישׁ בְּזָה פְּסוּל דְּנִמְצָא א' מְהֵם פְּסוּל כְּמוֹ פ' רְבַע שׁוּרֵי אַפ"ה כְּפֶשֶׁר מִשּׁוּם דְּלֹא נִתְכַּוְּנֵין לְהַעֲיִד וְכ"ז נִלְעַ"ד לְדִינָא כִּי קִיְצַרוּ הָאֲחֲרוּנִים בְּכ"ז וְהַעֲיָקַר כְּמַש"כ וְכ"ז הוּא לְשִׂיטַת הַרְּאָב"ד בְּפִירוּשׁוֹ לְהָא

דבמקנימי דבר כו' אבל לפי התוס' במכות ד' ו' דהעיקר הוא דלפי דאינו הולכין לב"ד להעיד ע"כ ליתא לכ"ז והוי ספיקא דדינא בעיקר פלל הג"ל.

ענף ד פלוגתת הריב"ש והש"ך בכ"ז דהריב"ש ס"ל דלא אמרינן תחלתו בפסלות היכא דלא דיינינן בי' נמצא א' מהם פסול כו' והש"ך העלה דאף היכא דלא אמרינן נמצא א' מהם פסול כמו בבע"ד וכה"ג עכ"ז דיינינן להפסול דתחלתו בפסלות ולכן במעיד לאשתו שגירשה לא מהני והא דסילוק מהני הא יש שם טעמים אחרים נלע"ד להוכיח פהש"ך מהא דכתנבות ד' כ"ח דכולם אם הי' עבד ונשתחרר אינו נאמן ריב"ב אמר נאמן ופליגי אי דייק אי לא דייק ומשמע דריב"ב לא פליג אלא בהנה דמונה התם דהוי מדרבנן ורוב נשים בתולות נישאת אבל בשארי מילי דלא שייך פו גם ריב"ב מודה דאינו נאמן משום דהוי תחלתו בפסלות וביותר מבואר בתוספתא פ"ה דסנהדרין כו' דפסול משום תחלתו בפסלות והש"ך סי' ל"ה ס"ק ז' הביא להך תוספתא בקצרה יע"ש.

והא דלא אמרו שם הטעם דלא דייק י"ל בזה כמש"כ השער המשפט בסי' ל"ה ס"ק ג' דאם יש עליו שם עד פשר מהימן ולא מיפסל משום פסול דלא דייק יעו"ש: והנה בסוף סי' ל"ו פתב האו"ת בס"ק י"א דבאשה לא שייך למיפסל משום נמצא א' מהם פסול משום דלא הוי בר עדות פלל א"כ ה"ה עבד לא שייך למיפסל בי' משום א' מהם פסול לבטל עדות האחרים ואפ"ה חזינו דיינינן בהו תחלתו בפסלות לפסול עדותו א"כ מוכח מזה פהש"ך דלא תלינן אותם בהדדי אלמא דאף היכא דלא שייך נמצא א' מהם פסול כו' מ"מ דיינן תחלתו בפסלות וכן יש להוכיח מהא דסוף פ"ב דכתנבות ד' כ"ח דאלו נאמניו להעיד בגודלן מה שראו בקונטין כו' דמשמע דעל שארי מילי אינו נאמניו להעיד בגודלן מה שראה בקטנותו משום דה"ל תחלתו בפסלות וכמש"כ התוס' בכתנבות ד' י"ח ד"ה מלנה גופי' מידק כו' והנה הנתיבות בסי' ל"ו ס"ק יו"ד פתב למילף מן מש"כ האו"ת דאשה אין עלי' שם עד פסול לבטל עדות האחרים דה"ה קטן אינו פוסל עדות אחרים יע"ש ואפ"ה חזינו דקטן והגדיל וכן ביותר האדמבואר בתוספתא סנהדרין הג"ל דמיפסל משום תחלתו בפסלות.

א"כ מוכח מפל זה פהש"ך דהם שני ענינים נפרדים: ותחלתו בפסלות לעולם דיינינן פינן דהוי בעת ראיות עדות בשם פסול יהיה מאיזה טעם שיהי' עכ"פ הא לא קרינן בי' או ראה. וכמש"כ הרשב"ם ב"ב ד' קכ"ח ע"א ד"ה בפסלות כו': וכן יש להוכיח מהא דב"ב שם דנשתטה וחזר ונשתפה משמע דמיפסל משום תחלקו בפסלות וכן מבואר בתוספתא פ"ה דסנהדרין בפירוש דאם הי' חרש או שוטה ונתפקח ונשתפה דפסול משום תחלתו בפסלות ומונה זה שם בכלל שארי פסולים מחמת תחלתו בפסלות יע"ש והדעת נותנת דבשוטה וחרש לא שייך למיפסל בי' משום נמצא א' מהם פסול וכעין דברי האו"ת והנתיבות הג"ל ועיין בשבת ד' קנ"ג דאמרו לשוטה וקטן לשוטה כו' ובחרש וקטן כו' לחרש יהיב לי' דקטן אתי לכלל דעת כו' אלמא דחרש ושוטה גרועים מקטן ואפ"ה אמרו בהו פסול דתחלתו בפסול פנ"ל [ועיין באו"ת סי' ל"ה ס"ק ו' שכתב דהרמב"ם פתב דשוטה פסול לפי שאינו בכלל מצות והלח"מ פתב משום דלאו בני דיעה הוי ולמש"כ האו"ת שם ס"ק ז' בפסול חרש דיליף בתוספתא מן ושמע פרט לחרש כו' וע"פ הטעמים הג"ל יש לדון בכל הג"ל וקצרותי] א"כ מוכח מפל הג"ל פהש"ך דפסול תחלתו בפסול

שייך בכל הפסולים לעדות ועיין מזה לקמן סי' ל"ה ויש לעיין מזה ב"ק ד' פ"ח תוס' ד"ה והא עבד פשר כו' ובפ"ק גיטין ד' ט' ב"ש"י ותוס' שם והגהות אשר"י לגיטין שם ובמהרי"ק סי' קכ"א ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ה' ענף ו' מזה וקצרותי: (שם סעי' ט"ז) י"א שהנשבע להכחיש העד והעד ואותו שנשבע לו מצטרפין לפוסלו ועיין מזה לעיל בהידושי לסי' ל' סעי' ב' ענף ג' מש"כ שם והנה בבע"ד המעיד עכשיו לא שייך לדון בזה עדות שבטל מקצתו בטל פולו דהא בפסול נוגע ובע"ד לא דייגינן פן וכן בע"א המעיד לפוסלו לא שייך בזה לדון בטלה מקצתו דהא אינו נאמן להוציא הממון מהנתבע דמ"מ לא שייך לומר בזה בטל מקצתו דהא קוזי הע"א להצטרף לעוד עד אחד ולא מקרי בטל מקצתו וכמש"כ לעיל בסי' ל' סעי' ב' וכש"כ אי נימא כמש"כ לעיל שם לשיטת הטור די"ל דאף הע"א צריף להעיד מחדש שנית.

וכיין דעיקר עדותו עכשיו הוא רק לפסול את הנתבע משום שנשבע לשקר ואין בא עכשיו להעיד לחיבו ממון ע"כ לא קרינו בזה בטל מקצתו דהא אין אנו דנין עכשיו על חיוב ממון רק על פסולו וכן י"ל בהא דלקמן סעי' כ"ח ברמ"א מה שמצטרפין עדות מיוחדת לפוסלו וקצרותי וכ"ז פשוט ועיין לעיל בהידושי לסי' ל' סעי' ה' מש"כ לדון שם בעדות מיוחדת שאכל משני מיני איסורים די"ל דאינו מצטרפין לפוסלו.

(שם סעי' כ"ט) בפ"ק (ס"ק ל"ג) דהפסולים בעבירה שחזרו בתשובה פשרים ולא בעינן בזה תחלתו בכשרות עב"ל והאו"ת ס"ק כ"ח תמה על הש"ך מן תוספתא דסנהדרין פ' ה' דהי' יודע עדות פשה' סוחר שביעית וחזר בו פסול עד שלא נעשה סוחר שביעית כו' פשר הואיל ותחלתו בכשרות הרי להדיא דאף בפסול רשע מדרבנן בעינן תחלתו בכשרות ותוספתא הנ"ל הי' פלי ספק בהעלם דבר מהרב הש"ך באותו שעה שוב ראיתי שהש"ך גופא סוף סי' ל"ה חזר בו ונדעתו נוטה דאף פסול רשעות בעי תחלתו בכשרות עכ"ל האו"ת: ענף א' וכדי שלא נשנוי' לאדונינו הרב הש"ך לטועה נ"ל ליישב דבריו והוא פי עיקר סברת הש"ך בזה דס"ל כמש"כ המרדכי פ' חזקת הבתים דבפסול ממון לא בעי תחלתו בכשרות וטעם א' משום דבידו לסלק וה"ה בפסול רשע דבידו לשוב בתשובה וכל רגע בידו לחזור מרשעתו כמש"כ התנאים בס"ק הנ"ל ומבאר בסנהדרין ד' כ"ה ע"ב דסוחר שביעית מתקשרי משתגיע שביעית אחרת ויבדלו לא חזרת דברים בלבד אלא חזרת ממון פיצד כו' ופירש רש"י דבעי חזרה נכרת שיפזרו פירות שביעית שפגמותיהן לעניים וכן מבואר בח"מ סי' ל"ד סעי' ל"ב בסמ"ע שם ולפי"ז שאני פסול סוחר שביעית דהא היא דעבר שנת השביעית לא שייך בזה לומר בידו לעשות תשובה דהא צריף להמתין על שנת שביעית הבא.

ואז מצי להיות פשר לעדות אם יעשה תשובה זו בשנת שביעית הבא ולא מקודם א"כ י"ל דכוננת התוספתא הוא אם הי' ראיות העדות לאחר שנת שביעית ואז אינו בידו לחזור ולשוב בתשובה להיות פשר לעדות וי"ל דבשנת השביעית גופא כשחזר בו ונדאי פשר אף שהיה תחלתו בפסלות דאז מקרי בידו לחזור בתשובה וכמו כל פסולי רשע.

וכעין חילוק זה מצינו בבכורות ד' מ"ט בפודה בנו בתוך שלשים יום ונתאפלו המעות דס"ל לשמואל דאין בנו פדוי משום דלא דמי לקידושי אשה דאע"ג דנתאפלו המעות הוי קידושין משום דהתם בידו לקדשה מעכשיו משא"כ בפודה בנו דאין בידו לפדותו

מעכשיו אלמא דמצינו דארף דאינו אלא מחוסר זמן וכשיגיע הזמן יהיה בידו לעשות כן מ"מ פיון דבתוך הזמן לא הוי בידו לעשות כן מקרי אינו בידו ואף לרב דפליג התם בבכורות וס"ל דארף דנתאפלו המעות בתוך ל' יום בנו פדוי מידי דהוי אקידוש אשה ולא מחלק בחילוק דמחלק הש"ס כנ"ל משום דס"ל דמחוסר זמן אינו כמחוסר מעשה כדמצינו להמל"מ בפ"ד ה' אשנת בקטן שקידוש שיחולו הקידושין לכשיגדל דמועיל בקידושין משום דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה יעו"ש.

מ"מ שאני התם בפדיון דמעכשיו בידו לעשות מעשה הפדיון באופן שלא יתאכלו המעות ויהיו מונחים בעין עד זמן ל' יום דאז לא מקרי מחוסר מעשה אלא מחוסר זמן וכינון דזמן ממילא קא אתי ע"כ לא הוי מחוסר מעשה דהא בכה"ג אם יגיע סוף ל' יום יהי ממילא פדוי בלא שום מעשה משא"כ בפסולי סוכרי שביעית דארף דזמן ממילא קא אתי מ"מ כשיגיע שנת שביעית דלהבא לא יהי מתפשטי ממילא עד דיפזרו פירות שביעית שפגנותיהן לעניים כמש"כ רש"י והסמ"ע בסי' ל"ד כנ"ל.

ע"כ זה מקרי מחוסר מעשה דאינו בידו לעשות עכשיו שום אופן דיהי מוכשר לעדות. ע"כ באמצע השביעית מקרי מחוסר מעשה ואינו בידו לכן מקרי שפיר תחלתו בפסול לכו"ע: ועיין בשער המלך פ' כ"ב ה' מכירה ה"ט דכתב בשם המהרי"ק דס"ל דארף מחוסר זמן מקרי דשלב"ל כמו מחוסר מעשה ולא ס"ל פשיטת המל"מ הנ"ל ועוד דהא מצינו בפסולי עדות דבעי תחלתו בכשרות דארף מחוסר זמן מקרי ג"כ תחלתו בפסול דמה"ט אינו נאמן להעיד בגדלותו מה שראה בקטנותו כ"א במידי דרבנן כמבואר בכתובות ד' כ"ח ובח"מ סי' ל"ה והטעם משום דהוי תחלתו בפסול כמבואר שם ברמב"ם פ' י"ד ה"ע ה"ב דלכן אין נאמן להעיד בגודלו מה דראה בקטנו משום דהוי תחלתו בפסול אלמא דארף דבקטן שקידוש באופן דיחולו הקידושין לכשיגדיל ס"ל להמל"מ פשיטת רש"י ביבמות דכיון דזמן ממילא קא אתי לא הוי דשלב"ל כנ"ל.

מ"מ גבי פסולי עדות מקרי כה"ג תחלתו בפסול כנ"ל וכש"כ בנ"ד דבעי שיעשה מעשה בשנת השביעית כנ"ל ונדאי דמקרי בתוך אמצע שביעית תחלתו בפסול ומצינו בזבחים ד' קי"ב דמחוסר זמן מקרי אינו ראוי לאהל מועד ואינו חייב עליו משום שחוטאי חוץ ור"ש דס"ל התם דעובר בל"ת יליף הש"ס התם ד' קי"ד מאיזה דרשה וכן בפסולי עדות דמבואר בב"ב ד' כ"ח דתחלתו בפסול לא מהני כמש"כ הרשב"ם שם משום דבעי או ראה דיהי ראוי לעדות בעת ראי' ע"כ אף מחוסר זמן מקרי תחלתו בפסול כ"ש בנ"ד דמקרי מחוסר מעשה כנ"ל לכו"ע: ע"כ בכה"ג אף לשיטת הש"ך פסול ואדרבא מהתוספתא הוא סייעתא לשיטת הש"ך מדנקטו בלשונם פסול סוכרי שביעית דוקא משמע דרק בזה שייך תחלתו בפסול לפוסלו משא"כ שאר פסולי עדות אף בתחלתו בפסול ג"כ כשר וכשיטת הש"ך ובזבחים ד' צ"ט אמרינן דקטן מקרי אינו ראוי לחיטוי וזהו ג"כ כנ"ל ולא אמרינן הוה אתי לכלל חיטוי כמו בב"מ ד' ע"ב דאמרו אתי לכלל שליחות ויש לחלק ביניהם: ענף ב והתנאים שם תמה על הש"ך עוד מן דברי הרא"ש פ"ב דגיטין סי' כ"ו דכתב שם בשם ה"ר מאיר הלוי דשלושים על הגט דהי' פסולין כשנתמנו לשלושים וחזרו בתשובה קודם שפסרו לאשה דכשרין כו' ולא בעינן תחלתו

בכשרות מידי דהוי אפתוח ונסתמא כו' ועיין בתוס' גיטין ד' כ"ג ד"ה וה"ה כו' אלמא
דדוקא בעדות אשה דהקילו אף בפתוח ונסתמא פשר ג"כ ברשע דחזר בתשובה.

אבל היכא דפסול פתוח ונסתמא פסול ג"כ רשע וחזר בתשובה. א"כ מבואר דלא פהש"ף
וכו מצאתי למחנה אפרים ה' עדות סי' י"ד דתמה על הש"ף בזה.

ולכאורה רציתי לומר לפמש"כ הש"ף בסי' ל"ז ס"ק ל"ב דהביא שיטת כמה ראשונים
דס"ל דאף בפסול נוגע פסול לעדות אף אחר הסילוק משום דגם זה מקרי תחלתו בפסול
והביא פן בשם הרא"ש בתשובה כלל נ"ח דכתב בשם ה"ר מאיר דס"ל פן א"כ י"ל
דה"ר ר' מאיר דכתב הרא"ש בשמו בפ' ב' דגיטין דלא הקיל ברשע שחזר בו רק
בשלושים על הגט משום דהא עיקר ה' מילתא דכתב הש"ף ברשע דחזר בתשובה דכשר
זהו נלמד מן ה' דינא דסילוק מהני כמש"כ התנאים בשם המרדכי משום דדבר שבידו
להכשיר א"ע לא שייך תחלתו בפסול: א"כ לשיטת ה"ר מאיר דהובא בתשובת הרא"ש
דס"ל דסילוק לא מהני להיות פשר לעדות: אלמא דאף דבר שבידו לא מהני ע"כ לא
הכשיר ה"ר מ ברשע דחזר בו רק בשלושים על הגט ולדין דקיי"ל בסי' ל"ג דסילוק
מהני משום דבר שבידו פנ"ל שפיר כתב הש"ף להכשיר ברשע דחזר בו אבל באמת ז"א
דהא ה' דפ"ב דגיטין הובא בשם ה"ר מאיר הלוי ואלו בתשובה הוא ה"ר מאיר ב"ר
פרוה דחזר בתשובת מהר"ם מרוטינגבארג כפי המובא בסי' תתקצ"ה דס"ל דסילוק לא
מהני וכן בהגהות מיימוני ה' עדות כמהו"ר בש"ף סי' ל"ז א"כ עדיין תקשה קושיות
המח"א והתנאים על הש"ף בזה ובפרט דהרא"ש הסכים לדבריו בפ"ב דגיטין בזה
והרא"ש גופא פסק בב"ב ד' מ"ג דסילוק [מהני ע"כ שפיר הקשו: והעיקר מה דנלע"ד
בזה דזה תלוי בשיטת הרי"ף והר"ח בכתובות ד' כ"ב בשלשה שישבו לקיים את השטר
וקרא ערעור על א' מהם כו' דמסיק הגמ' דקאמרי ידעינן בי' דעבד תשובה וכתב הר"נ
שם דנראה מדברי הרי"ף וימן הר"ח דגזלן לא מתפטר עד שיהעידו עליו בב"ד דעשה
תשובה וכל שטרות דחתם בנתיים פסולים דהא ההיא שעמא פסול הנה אבל הדבר תמוה
בנדאי אין עדות מכשירתו וכיון דהעידו עליו דעשה תשובה איגלאי מילתא כו' לפיכך
נראין יותר דברי רש"י ז"ל עכ"ל הר"נ והובא בש"ף סי' מ"ו ס"ק ס"ו ובסי' ל"ד ס"ק
ל"ד והכרעת הש"ף כהר"נ אף דכתב דאפשר לומר דגם הרי"ף והרמב"ם מודו לזה
יעו"ש ואי נימא דרשע לא מתפטר עד שיבנרר הכשירו בב"ד ולא מתפטר רק מאותו
העת ומבואר בסוטה דף כ"ה ע"ב בתוס' ד"ה לאו כגבוי דמי דאף למ"ד פבצורות דמי
וכל העומד לזרוק פזרוק דמי וכן כל העומד לפדות כו' דהכא כ"ע מודו דלאו כגבוי דמי
שהרי צריף דינינים ולאו ביזו פדאמר בקידושין ד' ס"ב דלאו ביזו משום דמי יימר
דמזדקקי לי' תלתא כו' יע"ש: ומזה נסתר תי' השני שכתבתי בספרי באר יצחק ח' או"ח
סי' ב' ענף ב' לתרץ מה דהקשיתי שם מהא דקידושין על שבת ד' מ"ו והעיקר פהתי' הא'
דכתבתי שמה וחזינו דאף כמה דנצטוו הב"ד להוציא גזלה ולהגבות החוב ע"פ מצות
עשה דבצדק תשפוט עמיתך ולא יהיה הלנה בכלל לנה רשע כו' אפ"ה אמרו דזה מקרי
אינו ביזו דמי יימר דמזדקקי לי' א"כ ה"ה בנ"ד בהכשר העדות דכיון דאף דעשה תשובה
לא מתפטר עד שיבנרר בב"ד ועד אותו העת לא מתפטר א"כ זה מקרי לאו ביזו דהא
אף כמה דנצטוו הב"ד ג"כ מקרי לאו ביזו' לכן אף דנימא דסילוק מהני בפסול נוגע
משום דזה הוי ביזו לחד טעמא כמש"כ התנאים שם עכ"ז ברשע דחזר בו י"ל דזה מקרי

לאו בידו דמי יימר דמזדקקי לי' ב"ד על הגב"ע לקבל עדות ולהכשירו ובפרט בעת ראית העדות בנודאי שייך על אותו העת לדין דאז הוי לאו בידו דמי יימר דמזדקק לי' תלתא באותו העת.

וע"כ מקרי בעת ראיות העדות בשם תחלתו בפסול דאז ונדאי לא הוי בידו לברר הכשירו בב"ד אף דינעשה תשובה אז וזה בנודאי אין סברא לומר דהוי בידו לעשות תשובה בב"ד לעיניהם דהא גם בזה שייך לומר מי יימר דמזדקקי לי' כמו דאמרינן פן על קבלת עדות ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ח' ענף ב' דקבלת עדות מקרי מחוסר מעשה משום מי יימר דמזדקקי לי' פנ"ל ועוד דאם ילך לב"ד לעשות תשובה בפניהם א"כ לא יהיו יכולין לראות ענין העדות אז] אבל להכרעת הש"ך דרשע מיפטר מעת שיעשה תשובה אף דלא נתברר עדיין בב"ד שפיר ס"ל לדמות רשע דחזר בו לפסול נגיעה דמועיל סילוק משום דבר בידו וה"ה בפסול רשע מקרי דבר בידו לעשות תשובה ואז תיכף אחר עשייתו לתשובתו מתפטר מיד ע"כ אין זה תחלת בפסול ועדיין יש לעי' בב"ק ד' ל"ו בתוס' ד"ה שור שנגח כו' דיש בידו להביא עדים כו' והא בעי ב"ד ומקרי אינו בידו כו' אבל לפמש"כ הרשב"א בחידושי שם ניקח: ולפ"ז י"ל דהרא"ש דהביא בכתובות ד' כ"ג גבי שלשה שישבו לקיים השטר וקרא ערער על א' מהן שיטת הרי"ף והר"ח יעו"ש ואף דהש"ך בסי' מ"ו ס"ק ס"ו פתב דאין הכרע מהרא"ש אי ס"ל פשיטת הרי"ף והר"ח או כפי' רש"י מ"מ פיון דהביא שם שיטת הרי"ף ג"כ אלמא דלא הכריע ביניהם ולשיטת הרי"ף מוכרח לומר כמש"כ ה"ר"ן והריטב"א שם דס"ל דרשע לא מוכשר רק מאותו העת שיבחר הכשירו בב"ד ע"כ שפיר יש לדון דאף דנימא דסילוק מהני משום דבר בידו עכ"ז ברשע שחזר בו מקרי לאו דבר שבידו כו' וע"כ הוכרח הרא"ש לומר בפ"ב דגיתין להכשיר ברשע שחזר בעת מסירת הגט דמידי דהוי אפתוח ונסתמא משום דלעדות בממון וכו' ג"כ יש לדון לשיטת הרי"ף והר"ח דהובא ברא"ש פ"ב דכתובות די"ל כמש"כ ה"ר"ן אליבניהו דלא מתפשרי עד שעת הבירור בב"ד א"כ לפי"ז בעדות ממון וכו' ג"כ היכא דבעי ב' פסול רשע דחזר בו משום תחלתו בפסול דהא זה הוי דבר דאינו בידו משום דמי יימר דמזדקק לי' תלתא פנ"ל ע"כ הוכרח לומר בשליח הגט להקל לכ"ע משום מידי דהוי אפתוח ונסתמא אבל הכרעת הש"ך גופא דאף מקודם שיבחר בב"ד מתפטר ולאחר שנתברר אמרינן דאגלאי למפרע דהי' פשר מעיקרא א"כ הוי הכשירו לעדות משום דבר שבידו ודומה לה' דסילוק מועיל לה' טעמא דיש להכשירו משום דבר בידו ושפיר פתב הש"ך ואין להזניח דעת הש"ך בזה.

ועי' בשבת ד' מ"ו ובתוס' שם וכן יש לתרץ עפ"ז קושיות האו"ת שם מהא דכתובות ד' י"ח פסולי עדות היינו כו'. וע"פ מש"כ יש ליישב מה דהיה קשה לי בהא דזבחים ד' י"ב וסנהדרין ד' מ"ז דא"ר יוחנן אכל חלב והפריש קרבן כו' ונחזר בו הואיל ונדחה ודחה כו' נאי אשמעינן הכא משום דאין בידו לחזור אבל הכא דבידו לחזור אימא לא צריכא עכ"ל הגמ' וקשה לי דלפי מה דאמר רב אשי בזבחים ד' ל"ד דכל מה שבידו לא הוי דיחוי א"כ תקשה עליו ממימרא דר' יוחנן דאמר הואיל ונדחה ודחה הא בידו לחזור ולעשות תשובה והתוס' בזבחים שם בד"ה פל שהוא בידו כו' הרגישו בזה ותיקצו זה בלחוסק פמבואר שם ועיין בסופה ד' ל"ג בד"ה נקטם כו' והנראה לי בזה בהקדם המבואר בנימוקי יוסף ביבמות פ"ד והובא ביו"ד סוף סי' רס"ח דמפכ"ש שחזר בו יש לו לקבל דברי חבירות

בב"ד וליטבול ועיין בבניאור הגר"א זצ"ל שם ואף דהנימוקי יוסף שם פתב בלשונו דאין זה לעיכובא אף בלשון הרמ"א ביו"ד סי' הנ"ל משמע דנה הוא מדינא ועיין בחו"מ סי' ל"ד סעי' כ"ב בהגהות הרמ"א דמנפרש שחזר בו וקיבל עליו תשובה פשר מיד אע"פ שלא עשה עדיין והסמ"ע הסביר שם בשם התה"ד דכיון דיש להם כל התאות וזה בא להבדיל ולקבל תשובה לא התמירו עליו ומתקנים שפונדאי יעשה תשובה שלימה ע"ש.

ובש"ף שם ס"ק כ"א והבית מאיר באה"ע סי' י"ז סעי' נ"א"ו הסביר דכריו דבעי עכ"פ תשובה בפני ב"ד בקצת סיגופים ובתענית שסידרו לו ב"ד וכל זמן שלא בא לב"ד הוי פטובל ושרץ בידו יעו"ש מה שהביא פן בשם המהרי"ק ועיין בבכורות ד' נ"ו דמטמא למתים סגי במקבל עליו שלא יהיה מטמא למתים ובנושא נשים בעבירה שאני דיצרו תוקפו ואכמ"ל.

ובאמת לפי המבואר ביו"ד ס" הנ"ל משמע דלא מתפשר לעדות עד שיקבל עליו דברי חכמות בב"ד וטבילה כמש"כ הגר"א זצ"ל סמך לזה מאדר"נ עיין שם וה"ה דאין מקבלין ממנו הקרבן כ"ז שלא קיבל בפני ב"ד פנ"ל וכיון דבעי קבלת חכמות בב"ד א"כ מקרי הכשרו כמו דבר שאינו בידו משום מי יימר דמנדקקי לי' ואף באינם עושים הב"ד אינה מעשה אפטר דשייף ג"כ מי יימר כו' וגם דנה מקרי קצת מעשה דהב"ד מחוייבים להזהירו כו' א"כ שייף בזה הך מי יימר כו' ולכן אליבא דאמת לא שייף לומר בידו לחזור במנפרש וע"כ אמרו הואיל דנדחה ידחה וכבר נתבאר לעיל דאף מצוה שמחוייבים ב"ד להנדקק אמרינן ג"כ מי יימר דמנדקקי לי' כו' אף קצת יש לחלק עדיין בזה דשאני חזרתו דבזה מחוייבים הב"ד להנדקק ביותר וקצרותי: ולפי מה דנתבאר דאינו סתירה לדברי הש"ף מהרא"ש דפ"ב דגיטין דשפיר כתב הש"ף לשיטתו להכשיר דנה מקרי דבר שפידו אלא דמצוה בתוס' וזכחים ד' ל"ד בד"ה כל שפידו דהפריש קרבן כו' חשיב לדבר שאינו בידו פינו דאין דעתו לחזור כו' אלמא דס"ל להתוס' דהיכא דאין דעתו לחזור לא חשיב מידי דתשובה לדבר שפידו והתוס' בסופה ד' ל"ג ד"ה נקטם מעי"ט פתבו דצריף לחלק בדברים ויש להאריף בכ"ז א"כ ה"ה י"ל ברשע דחזר בתשובה לא מקרי דבר שפידו פינו דלא היה אז בעת ראיות העדות דעתו לחזור ומקרי תחלתו בפסול אמנם לפמש"כ לתרץ קושיות התוס' בזכחים הנ"ל ניחא די"ל דשאני היכא דצריף קבלות חכמות בב"ד וטבילה פנ"ל ע"כ מחשב זה לדבר שאינו בידו משא"כ פסולי עדות לשיטת הש"ף הנ"ל: ועוד יש לחלק אף לשיטת התוס' הנ"ל בין מנפרש לשארי פסולי עדות לפמש"כ הסמ"ע בח"מ סי' ל"ד ס"ק נ"ד בשם התה"ד דשאני היכא דמעורב ויש לו כל התאוות פנ"ל ע"כ קשה מאוד תשובתו בזה וע"כ הקילו בו פנ"ל וכמבואר בעו"ג ד' י"ז כה"ג דאם ישובו לא ישיגו אונחות חיים כו' ואם שבין ממהרין למות מתוך צרה וכפית יצרו פמבואר שם בפ' רש"י וכיון דאבק בהו טובא דמיא למה דמבואר שם ולכן קשה תשובתו ע"כ אם אין בידעו לחזור מקרי תשובתו לדבר שאינו בידו משא"כ בשארי פסולי עדות מחמת עבירה שפיר מקרי דבר שפידו ועפי"ז יש לדון בהא דאה"ע סי' י"ז סעי' ו' בט"ז שם והתוס' בזכחים שם פתבו דהיכא דאיכא מצוה לבטל הדיחוי שפיר אמרינן בידו א"כ ברשע הא מצוה לעשות תשובה א"כ כש"כ מן סילוק דמועיל דהא בסילוק אינו מצוה בזה ואפ"ה אמרו בידו כש"כ ברשע דחזר בו כו': ענף ג ועוד תמה התנאים בסי' ל"ד על הש"ף מהא דב"ב ד' קכ"ח וח"מ סי' ל"ג בה"י יודע לו עדות פשה' חתנו ומתה בתו

דפסול דאלמא דארף דהוי ביד חתנו לגרש אשתו פמבואר בכולי ש"ס דגירושין מקרי דבר שבידו אפ"ה פסול אם היתה תחלתו בפסול אלמא דארף היכא דהיה דבר בידו לאכשורי לעדות אפ"ה מקרי תחלתו בפסול עכ"ל התומים ולכאורה אפשר לומר דהך נעשה חתנו קאי על הבע"ד ולא על העד א"כ ביד העד דהוא חותנו של הבע"ד לא הוי דבר שבידו ואפשר דדוחק לפרש פן פוננת הש"ס דהא זה לשון הגמ' שם ונעשה חתנו פתוח ונסתמא כו' דפתוח ונסתמא קאי על העד גופא א"כ ה"ה הך ונעשה חתנו משמע ג"כ דקאי על העד גופא ונפיר הקשה התומים ואפשר לומר בזה לפמש"כ בקונטרס א' שכתבתי בענין זכוי הגט במקום יבם לפרש דהא דאמרו יש לו בנים נאמן במיגו דבידו לגרשה דהכוננה דנודאי תתרצה להגט כדי דלא תפול קמי יבם אבל לגרש בע"כ מלבד דאסור אין זה בידו פמבואר בגיטין ד' י"ב גבי עבד דאי זרק לי שבק לי וערק ואזיל לעלמא [נאין יכול לזכות לה בע"כ וכן שייך לומר גבי אשה פמבואר במהרש"א ומהרש"ל ומהר"ם שיף שם ודלא כהמ"מ פ"ג ה' יבום וכמו שכתבתי שם בארובה א"כ לא מבעיא היכא דלא היתה אשתו שם בעת ובמקום ראיות העדות ונדאי דלא מקרי בידו לגרשה ואף בהיתה שמה עכ"ז אין זה מקרי בידו כ"כ דהא יכולה לברוח ע"כ אין זה בידו גמור ואין מזה סתירה לשיטת הש"ך והארבתי הרבה עפ"ז בקונטרסי על אה"ע וע"כ שפיר פסק הש"ך בסי' ל"ג ס"ק יו"ד דעדות שראה לאשתו מקודם דנתגרשה פסול להעיד אף אחר דנתגרשה ע"ש דמשמע דארף בזמן הש"ס דיכול לגרשה בע"כ ג"כ אין זה בידו גמור והא דמצינו באומר פ"פ מצאתי דנאמן לאוסרה ולא אמרינו בזה דהא משועבד לה כדמצינו באשה האומרת טמאה אני לה בסוף נדרים דכתב הר"ן שם דאינה נאמנת לשני' נפשי חד"א משום דמשועבדת לבעלה וע"כ שא"ה בפ"פ משום דבידו לגרשה ואף דלפמש"כ אין זה בידו גמור דהא יכולה לברוח עכ"ז שא"ה דלענין מה דמשועבד לה אין שעבודא אלים כ"כ ויכולת בידו למיפטר מכל חיוב תנאי פתובה ועונה באם ישליש גט וכתובה פמבואר בכתובות ד' נ"א דאם אמר הרי גיטה וכתובה תרפא א"ע רשאי ובאה"ע סי' ע"ז וסי' ע"ט ועוד דקשתבא לתבוע מהבעל חוב אישות ותנאי פתובה אז יכול לזרוק לה הגט בע"כ וכן הא דגיטין דף מ"ט דאשה יוצאת שלא לרצונה וי"ל ג"כ פנ"ל וע"כ עדיין י"ל דלגבי נ"ד אין זה מקרי בידו לגרשה כ"כ משום דמצית לברוח פמו גבי עבד ועיין בכתובות ד' ע' דמדמי הגמ' שעבוד הבעל שיש לו על האשה לשעבוד האשה שיש לה על הבעל דהש"ס מקשה שם וכיין דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה כו' והא תנו קונם שאיני עושה לפיה כו' ולא מחלקינן דשאני שעבוד הבעל דבידו לפטור ולגרשה בע"כ ויש לחלק בין הא דפ"פ לדהתם: אף הר"ן ריש פ' המדיר כתב לתרץ שם שיטת הרמב"ם דשאני שעבוד הבעל דלא אלים כ"כ דיכול לגרשה ע"ש והדברים ארופים ואכמ"ל: ולפי מה שנתבאר לעיל דעיקר סברת הש"ך להכשיר ברשע דחזר בתשובה משום דזה הוי בידו כו' פנ"ל ע"כ יש לדון בגזלן דצריך השבה דהיכא דאין לו ממון בעת ראית העדות דאפשר דזה מקרי אינו בידו דהא הוי מחוסר ממונא כמש"כ הר"ן בפסחים והובא במג"א סי' תמ"א ס"ק ג' דהיכא דמחוסר ממונא לא אמרינו הואיל וכמש"כ בארובה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' ענף ב' מזה עי"ש [ועיין במנחות ד' ק"ב דס"ל לרב אשי שם דאי בעי פריק אמרינו ואי בעי הוי זריק לא אמרינו ויש לחלק] וכן יש לדון בעד זומם דמבואר בח"מ סימן ל"ד סעי' ל"ה דתשובתו הוא

שִׁילָף לְמָקוֹם שָׁאִין מְכִירִין אוֹתוֹ וְנִתְּנוּ לוֹ מְמוֹן חָשׁוּב לְהַעֲיֵד שְׁקָר וְלֹא רָצָה דָּוָה י"ל דָּאִינוּ בְּיָדוֹ כ"כ וְאָרְף דִּי"ל דִּינָצָא יָדֵי תְּשׁוּבָה אָרְף הֵיכָא דְלֹא הִזְדַּמֵּן לוֹ פְּנָה.

וְכַדְמָצִינוּ בְּקִדְדוּשֵׁין בַּע"מ שָׁאֲנִי צְדִיק דְּאֲמָרִינוּ שְׁמָא הִרְהַר תְּשׁוּבָה מ"מ לְעֵדוֹת לֹא מִתְּכַשֵּׁר עַד שְׁיַעֲשֶׂה תְּשׁוּבָה כַּמְבֹרָא בְּסִי' ל"ד תְּשׁוּבַת כְּאו"א מְשׁוּם דְּחָשׁוּ חַז"ל שְׁמָא אִיעָרוּמֵי קַמְעָרִים וְהוּא בְּחֻזְקַת פְּסוּל לְעֵדוֹת עַד שְׁיַעֲשֶׂה תְּשׁוּבָה גְמוּרָה כַּמְבֹרָא שָׁם.

א"כ כָּל הֵנָּה וְכַעֲיֵן זֶה דְּאִי' שָׁם גְּבִי חֲנוּרַת טְבַח דִּישׁ לְדוֹן דְּכ"ז אִין זֶה בְּיָדוֹ גְמוּר וַע"כ אֲפָשֵׁר דְּגַם הַש"ף מוֹדָה בְּזֶה דְּזֶה הֵנִי תַחֲלָתוֹ בְּפְסוּל מְשׁוּם דְּאִין בְּיָדוֹ לְהַכְשִׁיר א"ע לְעֵדוֹת וּמָה דְּנִקְטַת הַש"ף בְּלִשׁוֹנוֹ שָׁם דְּכָל הַפְּסוּלִים מִחֻמַּת עֲבִירָה כְּשִׁחְזָרוּ כְּשִׁירִין כּו' י"ל דְּלֹא דוֹקָא נִקְטַת פֶּן וְאָרְף אַת"ל דְּדוֹקָא נִקְטַת פֶּן מ"מ לְדִינָא יֵשׁ לְחֻלְקַת בֵּין פְּסוּלֵי עֲבִירָה הֵיכָא דְּהֵנִי בְּיָדוֹ לְשׁוֹב בְּתְּשׁוּבָה וּבֵין הֵיכָא דְּאִינוּ בְּיָדוֹ לְעֵשׂוֹת תְּשׁוּבָה הַמְּחַנְיָב עַל אוֹתוֹ עֲזוֹן כְּדֵי לְהִיּוֹת כְּשֵׁר לְעֵדוֹת וּלפ"ז י"ל בְּקִצְרָה דְּאִין סְתִירָה מְדַבְּרֵי הָרֵא"ש דפ"ב דְּגִיטִין סִי' כ"ו הַמּוּבָא לְעֵיל בְּשֵׁם הַמַּח"א וְהַתְּנֻמִּים דִּי"ל דְּשָׁם מֵיָרִי בְּפְסוּל מִחֻמַּת עֲבִירָה הֵיכָא דְּאִין בְּיָדוֹ לְעֵשׂוֹת תְּשׁוּבָה לְהִיּוֹת כְּשֵׁר לְעֵדוֹת וְאִין זֶה בְּיָדוֹ גְמוּר וַע"כ הִנְצָרָה לְהַכְשִׁיר בְּשִׁלּוּחִים עַל הַגֵּט מִיָּדֵי דְּהֵנִי אֲפָתוּחַ וְנִסְתַּמָּא דַּנְפ"מ לְכָל זֶה וְלִסְחָרֵי שְׁבִיעִית מִשָּׂא"כ הֵיכָא דְּהֵנִי בְּיָדוֹ לְעֵשׂוֹת תְּשׁוּבָה וְלְהִיּוֹת כְּשֵׁר לְעֵדוֹת עֲדִינִין יֵשׁ לְדוֹן דְּזֶה דוֹמָה לְהַרְבֵּי דְּסִילּוּק דְּמוֹעִיל וְלַחַד טַעְמָא הֵנִי הַטַּעַם הַתָּם מְשׁוּם בְּיָדוֹ לְסַלֵּק פְּנ"ל ע"כ אִין לְהַזְנוּיַת דַּעַת הַש"ף בְּזֶה: אָרְף לְפִי מָה דְּמָצִינוּ דְּהַש"ף גּוּפָא חֲזַר בּוֹ בְּסִי' ל"ה ס"ק ז' ע"ש ע"כ לְדִינָא קִשְׁיָה לְסַמְּוֹךְ עַל הַש"ף בְּסִי' ל"ד הַנְּ"ל לְאֲבָל אִי לֹא הֵנִי חֲזַר בִּיָּה הַש"ף גּוּפָא הֵייתִי אוֹמֵר כְּהַכְרַעַת הַש"ף בְּסִי' ל"ד הַנְּ"ל וּבַכְּרֵט הֵיכָא דְּהֵנִי לְהַחְזִיק מְשׁוּם דְּהֵיכָא דְּהֵנִי לְהוֹצִיא כְּבָר כְּתַב הַש"ף גּוּפָא בְּסִי' ל"ז ס"ק ל"ב דְּבִסְיָלוּק גּוּפָא אִי מוֹעִיל לְעֵדוֹת אֲזַלִּינוּ בְּתַר הַמְּחַנְזֵק מְשׁוּם דִּישׁ בְּזֶה פְּלִגְמַת פּוֹסְקִים אָרְף דְּבִיָּדוֹ לְסַלֵּק א"ע ע"ש וְעוֹד דְּהָא בְּסִילּוּק גּוּפָא יֵשׁ טַעְמִים אַחֲרֵים כַּמְבֹרָא בְּמֶרְדְּכֵי הַמּוּבָא בְּתְּנֻמִּים שָׁם וּבְרַמְבַּ"ן עַל ב"ב וּבַסַּמ"ע סִי' ל"ג ס"ק כ"ג שְׁכַתְּבַת שְׁנֵי טַעְמִים.

וְהַש"ף בְּסִי' ל"ה ס"ק ז' כְּתַב בְּסוּפּוֹ דְּהַמְדַּקְדַּק הֵיטֵב בְּפּוֹסְקִים בְּסִי' ל"ג רָאָה דְּלֹא תְּלוּי בְּמָה שְׁבִיָּדוֹ לְהַכְשִׁיר וְאֲפָשֵׁר דְּכּוֹנְנָתוֹ לְמָה דְּמְבֹרָא שָׁם בְּסַעֲי' י"ג הִנֵּה יוֹדַע לוֹ עַד שְׁלֹא נַעֲשֶׂה חֲתָנוּ כּו' וְכַעֲיֵן הוֹכַחַת הַתְּנֻמִּים הַנְּ"ל וְכַבֵּר כְּתַבְתִּי מָה דִּישׁ לְדוֹן בְּזֶה וְלְדִינָא יֵשׁ עֲדִינִין לְדוֹן בְּזֶה דְּלְהוֹצִיא אֲפָשֵׁר לֹאמֵר דִּיכּוֹל לֹאמֵר קִים לִי כַּמַּש"כ הַש"ף בְּסִי' ל"ד דְּפְסוּלִין מִחֻמַּת עֲבִירָה כְּשִׁחְזָרוּ כְּשִׁירִין הֵיכָא דְּהֵנִי בְּיָדוֹ לְהַכְשִׁיר לְעֵדוֹת בְּעַת רְאִיּוֹת הַעֵדוֹת דְּהָא נִתְּבָאָר דְּלֹא מְצִינוּ סְתִירָה לְדַבְּרֵי הַש"ף בְּזֶה וּבַכְּרֵט דְּלִישְׁנָא דְּהַתּוֹסְפָתָא מְסִיעַ לִיָּה פְּנ"ל: וְיֵשׁ לְדוֹן בְּמָה שְׁכַתְּבַת הַש"ף בְּסִי' ל"ה ס"ק ז' דְּשִׁינָה לֹאמֵר בְּיָדוֹ לְגִייר א"ע בְּיָמִים הַקּוֹדְמִים וּלְפַמַּש"כ לְעֵיל לְהַעֲיֵר מְהָא דְּקִדְדוּשֵׁין ד' ס"ב דְּמְבֹרָא שָׁם לְהַדְיָא דְּאֲמָרִינוּ דְּזֶה אִינוּ בְּיָדוֹ מְשׁוּם דְּמִי יֵימַר דְּמַזְדַּקְקֵי לִיָּה כּו' א"כ יֵשׁ לְתַמּוּהָ עַל הַש"ף בְּזֶה וְכּוֹן יֵשׁ לְתַמּוּהָ כַּה"ג עַל הַמְּהַר"ם שִׁיף בְּכַתְּבוֹת ד' נ"ט דְּהַקְשָׁה עַל מָה דְּאָמְרוּ שָׁם בְּהַתְּקַדְשֵׁי לְאַחַר שְׁאֲתַגְיִיר דְּאִינָה מְקוֹדְשַׁת וְהַקְשָׁה הָא בְּיָדוֹ לְגִייר א"ע וְנִשְׂאָר בַּצ"ע וְתַמְהַנֵּי עֲלֵיו דְּהָא זֶה גְּוִשְׁיּוֹת הַגַּמ' בְּקִדְדוּשֵׁין שָׁם וְתִירְצוּ מְשׁוּם מִי יֵימַר דְּמַזְדַּקְקֵי לִיָּה כּו' אָכּוּן בְּגִיטִין דָּרְף כ"ג בְּתוֹס' ד"ה אִין הָעֶבֶד נַעֲשֶׂה שְׁלִיחַ כּו' כְּתַבוּ שָׁם דְּבַע"ג הֵנִי רְבוּתָא טְפִי מְבַעֲבָד שָׁאִין בְּיָדוֹ לְהַשְׁתַּחֲרַר כּו' אֲלָמָא דַּס"ל דְּזֶה הֵנִי קִצַּת בְּיָדוֹ וּמְדַבְּרֵי הַתּוֹס'

סניעתא למש"כ הש"ף בסי' ל"ה ס"ק ז' הנ"ל: והתנאים שם הוכיח מב"ק ד' פ"ח דיליף פסול עבד מגזלן [ואשה ובעבד אף שנשתחרר אינו יכול להעיד מה שראה בעבודתו כמבואר בח"מ סי' ל"ה ואי נימא דבגזלן לא בעי תחלתו וסופו בכשרות א"כ נימא דיו לבא מן הדין להיות פגידון עכ"ל וז"א ראיה פלל דכיון דילפינו שם עצם פסול על עבד א"כ ממילא יש לחלק דשאני גזלן ורשע דבידו להכשיר משא"כ עבד דאינו בידו ואלו הנה שנייה ברשע אין בידו להכשיר או דאלו הנה שנייה בעבד לומר בידו לשחרר ג"כ הנה פשר.

ועוד הא בתיבי מלקות דמחוסר מלקות בב"ד וכ"ז שלא לקה מיפסל לעדות ונדאי דגם בזה הש"ף מודה דבעי תחלתו בכשרות דבזה לא שנייה לומר בידו להכשיר א"ע א"כ י"ל דילפינו פסול עבד מרשע דחייב מלקות דפסול לעדות ומאשה וגזלן דנקט הש"ס התם הוא לאו דוקא וגם הא מר ברי' דרבינא גליף התם בב"ק מקרא אחרניא על פסול עבד ואפשר דכוננתו דכיון דזה מבואר בברייתא בכתובות ד' כ"ח דעבד ונשתחרר אינו נאמן א"כ תקשה מברייתא על עולא דיליף שם בב"ק פסול עבד מגזלן וחד מהנה אף כפר כתבתי לדחות קושיות התנאים הנ"ל ועוד י"ל דהא מבואר בכתובות ד' כ"ח דעבר ונשתחרר אינו נאמן אף במידי דרבנן דלא בעי תחלתו בכשרות משום דלא הוי דייק א"כ י"ל דמה"ט אף עבד ונשתחרר אינו נאמן [וכמש"כ הסמ"ע בסי' ל"ה ס"ק י"ט עי"ש ודבריו שם קצת צ"ע] א"כ אין מקום להוכיח התנאים הנ"ל דשאני גזלן וחזר בעת הגדת העדות דמידק דייק מעיקרא דהא בידו לשוב בתשובה משא"כ עבד ונשתחרר דלא דייק ומה"ט אף במידי דרבנן אינו נאמן ועיין בח"מ בש"ף סי' ל"ה סוף ס"ק ז' הגה"ה וכבר הקשיתי בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' ענף ב' בהא דקידושין ד' ס"ב דאמרו מי יימר דמזדקקי ליה תלתא מהא דשבת ד' מ"ו דאמרו דזה הוי בידו דאי לא מזדקק ליה חכם מזדקקי ליה תלתא וכתבתי לחלק דשאני בנדרים דסגי בגמרי קצת עפי"ז יש לתרץ מה דיש להקשות בנדרים ד' ע"ז דאמרו שם נשאלין לנדרים שהם לצורך שבת סבר רב יוסף למימר ביחיד מומחה אין בשלשה הדיוטות לא משום דמיתזי כדינא וילשיטת רב יוסף תקשה קושיות הש"ס בשבת דף מ"ו על הא דנשאלין לנדרים בשבת דנימא מי יימר דמזדקק ליה חכם: דאין לתרץ משום דאי לא מזדקק ליה חכם מזדקקי ליה ג' הדיוטות.

דהא לרב יוסף אסור לשלשה הדיוטות להזדקק בזה ואין סברא לומר דמשום דלא גזרו על שבות בין השמשות אתו עלה ועיין בביצה ד' כ"ו ובתוס' ד"ה בכור שנפל לבור כו' ובתוס' ביצה ד' ל"א ד"ה ונפחת כו' אכן לפמש"כ א"ש משום די"ל דדוקא שלשה הדיוטות דאית ביניהו חד דגמיר באופן דראוי לדון כמבואר בח"מ סי' ג' ש"ף ס"ק ב' בזה אמר רב יוסף דאסור להם להתיר נדרו משום דמיתזי כדין אבל בהא דשבת דאמרו שם דאי לא מזדקק ליה חכם מזדקקי ליה ג' הדיוטות.

כפר נתבאר דה"ש דזה הוי בידו משום דמייירי דליכא ביניהו חד דגמיר פראוי א"כ ככה"ג גם רב יוסף מודה דמותר להם להתיר נדרו דבזה לא מיתזי כדינא דהא לדון בעינן חד דגמיר פראוי: ע"כ הגה"ה: ענף ד' ובעיקר הך מילתא דכתבו הראשונים לחד תי' דנוגע בעדות מהני סילוק ולא מקרי תחלתו בפסול משום דבכל שעה בידו לסלק א"ע

נראה להביא ראיה לדבריהם מהא דנבחים ד' צ"ד גבי דם חטאת שניתז על הכגד טעון כפוס דר"י ס"ל מה כגד הראוי לקבל טומאה אף פל הראוי לקבל טומאה ור"א ס"ל מה כגד המקבל טומאה כו' מאי בינייהו ומסקינן איכא בינייהו מטלית פחותה משלש למ"ד ראוי הא נמי ראוי דאי בעי חשיב עלה כו' ועיין בתוס' שם ד"ה מניין לרבות שק כו' דכתבו שם דמידי דמחוסר מעשה אף ר"י מודה דלא בעי כפוס דהא אינו ראוי רק מה דלא מחוסר מעשה אף דצריך מחשבה ביחוד כמש"כ התוס' שם זה מקרי ראוי להיות כגד ועיין בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ה' ענף א' דהבאתי בשם התוס' סנפה ד' ט"ז דפחות משלש על שלש אינו מטמא ע"י יחוד גרידא כ"א ע"י מחשבתו נזכרת מתוך מעשיו עי"ש וע"כ צריך לומר דזה מקרי אינו מחוסר מעשה פינו דאין צריך תקון בגוף החפץ ועיין בפסחים ד' ס"ב דאמרו דרבה אדרבה לא קשיא הכא מחוסר מעשה התם לא מחוסר מעשה ופי' רש"י דזימון אורחים לאו מעשה הוי ואף דהאורחים יהלכו ויבאו לביתו עכ"ז זה לא מחשב מעשה כ"כ ובנודאי אין סברא לומר דכיון דביאת אורחים אין זה מעשה מצד הבע"ב באופה מיו"ט לחול אלא מצד האורחים אין זה נחשב למעשה.

דמ"ש וכמש"כ בפסוקי דהתם האור חדש יע"ש וע"כ מוכרח כמש"כ פינו דאין זה מעשה בגופו אין זה נחשב למעשה וכדמצינו פועין זה בעירובין ד' ס"ח דשאני שבות דלית ביה מעשה משבות דאית ביה מעשה ופירש שם הריטב"א והרשב"א בשפת ד' ק"ל דהוצאה מקרי שבות דלית ביה מעשה דלא נתחדש ביה שום דבר יע"ש ועיין בתוס' פסחים ד' ס"ב ד"ה האי מחוסר מעשה כו' דמעשה דמילה חשיבא טפי אלמא דמצינו בזבחים ד' צ"ד דמידי דאינו מחוסר מעשה בגופו אף דבעי מעשה קצת ומחשבה מקרי ראוי לקבל טומאה פינו דהוי בידו ומחשבה דטומאה הוי דבור כמש"כ התויו"ט פ"ק כ"ה למסכת פלים משנה ט' ובפרה פ"ק ט' משנה ד' ומידי דמחוסר מעשה גמורה בגופו אף דהוי בידו מ"מ לא מקרי ראוי לקבל טומאה ולפ"ז יש לדון בהא דבעינן בעדות תחלתו בכשרות משום דכתיב או ראה ע"כ בעי שיהא ראוי לעדות בעת ראיה כמש"כ הרשב"א בב"ב ד' קכ"ח ד"ה בפסלות כו' דבשעת ראיה יהא ראוי לעדות עכ"ל הרשב"א ולפי"ז י"ל דסילוק מועיל פינו דאף כ"ז שלא נסתלק הנה בידו לסלק א"ע וזה אינו מעשה בגופו כ"א אמירה בעלמא בנודאי זה מקרי ראוי לעדות במה דהוי בידו בלא חסרון מעשה כמו דמקרי ראוי לקבל טומאה היכא דאינו מחוסר מעשה גמורה: ולפי"ז יש לתרץ קושיות התנאים מן הנה יודע בעדות כשהיה חתנו ומתה בתו דפסול דהא בידו לגרש את אשתו כנ"ל די"ל דזה מקרי מחוסר מעשה גמורה דהא חסר מעשה פתיבת הגט בצירוף נתינתו ונתינתו כ"ז דלא נכתב ונחתם למאן דס"ל עדי חתימה פ"תי ולמ"ד ע"מ פ"תי ג"כ שייך כנ"ל: ונה לא מקרי ראוי לעדות היכא דמחוסר מעשה ואף דמבואר בקידושין ד' ס"ב דכל שפידו לאו כמחוסר מעשה הוא ומקשה הגמ' דנימא פן גבי גירות ושחרור דבידו לשחרר יע"ש וכמש"כ התוס' בנזיר ד' י"ב ד"ה באשה שאין לה בת כו' מעיקרא שם דמקרי בידו ללוש ולגלגל אף היכא דמחוסר מעשה ועיין מזה בתשובת אחרונים גבי הא דמינה הבעל שליח על הגט מקודם שזכתב הגט ואומר כתבו ותנו דכ"ז מקרי מצי עביד המשלח פינו דהוי בידו לכתוב ואכמ"ל אבל במה דבעי שיהיה ראוי כמודאמרו חז"ל בלשונם כמו ראוי לקבל טומאה או ראוי לעדות.

דְּבִירָה הִיא דְּמִחְסָר מַעֲשֵׂה גְמוּרָה לֹא מְקַרֵי רְאוּי אִף דְּהוּי בְּיָדוֹ] פְּנ"ל כְּנֹלַע"ד: וְלִפִּי כ"ז ה"ה בְּפִסּוּלֵי עֵדוּת מִחֲמַת רְשָׁע דְּבִירָה לְשׁוּב בְּתִשְׁבָּה כְּמוֹ גְזֵלָן הִיא דְּיֵשׁ לוֹ מְמוֹן דְּזֵה אֵינוֹ מְחֻסָּר מַעֲשֵׂה דְּהָא אֵינוֹ חֹסֵר אֲלֵא נְתִיבַת הַגְּזֵלָן וְקַבְּלַת הַנְּגִזָּל וְכֵה"ג א"כ זֵה דוֹמָה לְהָא דְּהוֹצֵאָה דְּקַרְי לִיָּה הַגַּמ' בְּעִירוּבֵין לִית בִּי מַעֲשֵׂה.

פִּינָן דְּלֹא נִתְחַדַּשׁ בְּיָה שׁוּם מַעֲשֵׂה בְּגוּפוֹ בְּנוּדַאי זֵה מְקַרֵי רְאוּי לְעֵדוּת כְּמוֹ דְּמְקַרֵי רְאוּי לְקַבֵּל טוֹמְאָה הִיא דְּלֹא הוּי מְחֻסָּר מַעֲשֵׂה בְּגוּפוֹ לְכֵן יֵשׁ לְדוֹן דְּזֵה לֹא מְקַרֵי תְּחִלְתּוֹ בְּפִסּוּל וּמְקַרֵי רְאוּי לְעֵדוּת בְּעַת הָרְאִיָּה אֲלֵא הִיא דְּצָרִיף תְּשׁוּבָה וְלְקַבֵּל דְּבִירָה חֲבֵרוֹת בְּב"ד כְּמוֹ הָא דְּסִי' ל"ד סְעִי' ל"ג יֵשׁ לְדוֹן דְּזֵה לֹא מְקַרֵי בְּיָדוֹ מְשׁוּם מִי יֵימַר דְּמִזְדַּקְקֵי לִיָּה כְּמִבְּנֹאֵר לְעִיל בְּאַרְנוֹכָה אֲבָל הִיא שְׂאִינוֹ רְגִיל בְּגִנְיָה וְגִזְל דְּאָז סְגִי בְּהַחֲזִירוֹ לְהַגְזִילָה לְבַד כְּמִבְּנֹאֵר שְׁם סְעִי' כ"ט בְּזֵה י"ל דְּבִירָה מְקַרֵי רְאוּי לְעֵדוּת אִף בְּעַת רְאִיָּה וְכִשֵּׁר לְעֵדוּת וְעֵינָן בְּרִשְׁבָּ"א לְקִידוּשֵׁין ד' נ"ט דְּכַתְּב דְּהָא דְּכָל הַכְּלִים יוֹרְדִים לְטוֹמְאָה בְּמַחְשָׁבָה זֵה נִחְשָׁב טְפִי מְדִיבּוּר גְּרִידָא אִף לר"ל וּבְכַרְט לְמֵאֵי דְּמַסִּיק הַש"ס הֵתָם בְּקִידוּשֵׁין דְּמַחְשָׁבָה דְּטוֹמְאָה כִּי מַעֲשֵׂה דְּמִי כו'.

א"כ כְּש"כ מְהָא דְּנִזְבָּחִים ד' צ"ד דְּאֵי בְּעֵי חֲשִׁיב עֲלֵה בְּפָחוֹת מַג' עַל ג' אִף דְּבִירָה לֹא סְגִי בְּמַחְשָׁבָה גְּרִידָא כ"א בְּמַעֲשֵׂה קֶצֶת פְּנ"ל. וְאַפ"ה אֲמַרִּינָן בְּנִזְבָּחִים דְּמְקַרֵי רְאוּי לְקַבֵּל טוֹמְאָה וְעִי' בְּחֻלִּין ד' י"ב בְּתוֹס' שְׁם ד"ה וְתִיבְעֵי לִי מַעֲשֵׂה כו' וּבְרִשְׁ"י שְׁם דְּמַשְׁמַע דְּמַחְשָׁבָה דְּטוֹמְאָה הוּי דִּיבּוּר וְאִכְמ"ל] א"כ ה"ה בְּסִילּוּק בְּנוּגַע אוֹ בְּהַחֲזִירָה הַגְּזִילָה לְהַנְּגִזָּל דְּבִירָה א"צ שׁוּם מַעֲשֵׂה דְּהָא בְּמַה דִּיאֵמַר הָרִי שְׁלֵף לְפָנֶיהָ וְאִף בְּפִרְעוֹן בַּע"כ יוֹצֵא יְדֵי תְּשׁוּבָתוֹ בְּזֵה מְקוֹדֵם קַבְּלַת הַנְּגִזָּל א"כ בְּנוּדַאי דְּזֵה מְקַרֵי רְאוּי לְעֵדוּת בְּעַת רְאִיָּה וְלֹא הוּי תְּחִלְתּוֹ בְּפִסּוּל אֲבָל הִיא דְּמִחְסָר מַעֲשֵׂה הַגֵּט בְּכַתִּיבָה וְחֲתִימָה וְנִתְיָנָה דְּזֵה הוּי מַעֲשֵׂה רַבָּה כְּמִבְּנֹאֵר בְּרִשְׁבָּ"א לְקִידוּשֵׁין ד' נ"ט ע"ב דְּכַתְּב שְׁם בְּד"ה קִשְׂיָא גֵט אֲגֵט כו' דְּמַעֲשֵׂה הַגֵּט הוּי מַעֲשֵׂה רַבָּה וְעֵינָן מְזָה בְּגִיטִין ד' ל"ב ע"ב א"כ שְׁפִיר כְּתַבְתִּי לְתַרְזַן קוֹשִׁיּוֹת הַתּוֹמִים מְהִיָּה יוֹדַע בְּעֵדוּת פְּשִׁיָּה חֲתָנוּ וּמְתָה בְּתוֹ כו' עֲנָף הַ וּבְנִזְבָּחִים ד' קי"ד ע"ב א"י עַל מְשָׁנָה דְּהַמְחֻסָּר זְמַן שְׁהַקְרִיבוּ אֲשַׁמֵּם בְּחוּץ פְּטוּרִין דְּל"ש אֲלֵא לְשִׁמּוֹ אֲבָל שְׁלֵא לְשִׁמּוֹ חֲטִיב כו' א"ה לְשִׁמּוֹ נְמִי נִחְיִיב הוֹאִיל וְרְאוּי שְׁלֵא לְשִׁמּוֹ וּמְשַׁנֵּי בְּפָנִים בְּעֵי עֲקִירָה עכ"ל וְקִשְׂיָה לְפִי מַה דְּמִבְּנֹאֵר בְּנִזְבָּחִים ד' צ"ד דְּמְקַרֵי רְאוּי לְקַבֵּל טוֹמְאָה אִף פָּחוֹת מַג' עַל ג' פִּינָן דְּאֵי בְּעֵי חֲשִׁיב עֲלֵה אִף דְּבְעֵי מַעֲשֵׂה קֶצֶת פְּנ"ל וְגַם מַחְשָׁבָה גְּרִידָא הוּי מַעֲשֵׂה חֲשִׁיבָא טְפִי מִן דִּיבּוּר כְּמַש"כ הַרְשָׁב"א לְקִידוּשֵׁין פְּנ"ל וְאַפ"ה פִּינָן דְּבִירָה לְעֵשׂוֹת כֵּן מְקַרֵי רְאוּי לְקַבֵּל טוֹמְאָה א"כ ה"ה בְּמַה דְּבְעֵי שְׁיָהִיָּה רְאוּי לְפָתַח אֹהֶל מוֹעֵד גְּבִי שְׁחוּטֵי חוּץ א"כ פִּינָן דִּיכּוֹל לְהִיּוֹת רְאוּי לְאֹהֶל מוֹעֵד ע"י עֲקִירָה בְּאַמִּירְתוֹ שְׁלֵא לְשִׁמּוֹ בְּפָנִים א"כ אֲמֵאֵי פְּטוּר מִבְּחוּץ מְשׁוּם דְּבְעֵי עֲקִירָה הָא בְּיָדוֹ לְעַקּוֹר בְּאַמִּירְתוֹ וְיָהִיָּה רְאוּי בְּפָנִים וְיֵשׁ לְחַלֵּק דְּשִׁאנֵי הַף שְׁלֵא לְשִׁמּוֹ דְּהָא לְכַתְּחֵלָה אֲסוּר לְשַׁחֲוֹת וְלִזְרוֹק אֲשֵׁם וְכָל הַקְּרִבּוֹת שְׁלֵא לְשִׁמּוֹ כְּמִבְּנֹאֵר בְּרִישׁ זְבָחִים ד' ב' דְּקַתְּנֵי אֲלֵא שְׁלֵא עָלוּ לְשֵׁם חוּבָה דְּאֲסוּר לְשַׁנּוּיָי בָּהּ כו' וּמִבְּנֹאֵר בְּסוּפָה ד' ל"ג וּבְנִזְבָּחִים ד' ל"ד דְּגְבִי מִיעוּט עֲנָבִים בִּיו"ט פִּינָן דְּאִין מְמַעֲטִין עֲנָבִים בִּיו"ט מְקַרֵי אֵינוֹ בְּיָדוֹ אִף דְּאִין אֲסוּר רַק מְדַרְבְּנָן כְּמַש"כ בְּסִפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' או"ח ס' ט"ו מְזָה כְּש"כ בְּאִיסוּר מַה"ת וְנוּדַאי דְּמַה דְּאֲסוּר מַה"ת מְקַרֵי אֵינוֹ בְּיָדוֹ ע"כ פִּינָן דְּבְעֵי עֲקִירָה וּבְאַמִּית אֲסוּר לוֹ לְעַקּוֹר שְׁם אֲשֵׁם מְמַנּוֹ ע"כ מְקַרֵי אֵינוֹ בְּיָדוֹ וְזֵהוּ פְּנוּנַת רִשְׁ"י שְׁם בְּנִזְבָּחִים שְׁכַתְּב דְּכָל כְּמָה דְּלֹא אִיעַקֵר שְׁם אֲשֵׁם מִיָּנִיָּה סְתָמָא

לאו למיקער קאי וְלאו ראוּי הוא משא"כ מידי דאי בעי חשיב עלה בקיטר שפיר מקריא
בידו וה"ה גבי סילוק וכן בקא דבידו לעשות תשובה בנדאי מקרי ראוּי להיות עד אף
בעת ראיה ועפי"ז יש להעיר ביומא ד' ס"ג דמקשה הגמ' עלה דאמר ר' יוחנן פסח כו'
מקא דחטאתם בחוץ כו' וְלא מחלקי דשא"ה דאסור לשנויי פנ"ל ואפשר דזהו פוננת
הגמ' בתירוץ שם ועיין בפ' רש"י שם ויש להאריך בזה: ועדיין צ"ע מקא דיומא ד'
ס"ב דמחוסר הגרלה במחוסר מעשה דמי וכן מחוסר פתיחה במחוסר מעשה דמי ומקשה
הגמ' ע"ז מקא דאמר ר"ח פסח שנושחט בחוץ בשאר ימות השנה לשמו פטור שלא לשמו
חייב טעמא דשלא לשמו הא סתמא לשמו הוא פטור ואמאי לימא הואיל וראוי שלא
לשמו בפנים הכי השתא התם בעי עקירה כו' וְלא מתקבל בפנים הוא כל כמה דלא
עקריה כפי' רש"י שם וקשה אמאי לא ניאמא דמקרי ראוּי בפנים ע"י עקירתו אם יאמר
ששוחטו לשלמים בפנים דהא אף למ"ד בעי עקירה מ"מ מותר לכתחלה לעקור שם פסח
מיניה דהא לכו"ע מותר הפסח קרב שלמים ואנן קיי"ל לדינא דפסח לא בעי עקירה ואף
מאן דס"ל דפסח בעי עקירה מודה ג"כ דקרב שלמים כדיליף בזבחים ד' ז' וד' ח' א"כ
נימא גם בזה דהוי בידו לעקור באמירתו שם פסח ממנו דאז הוי ראוּי להתקבל בפנים
וכמו הא דזבחים דאי בעי חשיב עלה וכבר נתבאר דאין לחלק דשא"ה דסגי במחשבה
לבד פנ"ל: ויש לחלק דשאני התם בפסח בשאר ימות השנה דהא מקודם דעבר הפסח
היה עליו שם פסח גמור וְלא היה יכול לעקור מעולם ממנו שם פסח כ"א לאחר הפסח
אז הוי בידו לעקור שם פסח מיניה.

ע"כ אמרו בזה שפיר דכיון דבעי עקירה וכ"ז דלא עקריה שם פסח עליו כבראשונה וזה
הלשון דבעי עקירה היינו לעקור שם פסח הראשון שהיה עליו ומתחילה לא הי' בידו
לעקור שם פסח מיניה.

ע"כ ממילא הוא בחזקתו כבראשונה. וְלא מקרי ראוּי לפתח אנהל מועד כ"ז דלא עקריה
שם פסח ממנו משום דאמתחזק בתקפו שם פסח עליה מעיקרא אבל בקא דזבחים היה
מעולם ובתחלתו בידו לחשוב עלה ע"כ אמרינן בזה דהוי ראוּי לקבל טומאה ואין זה
מנגד לבראשונה דהא מעולם לא יצאה מחזקת שם פלי דהא לעולם הוי בידו הך דאי
בעי חשיב עלה (וכמו דכתבו הפוסקים ביו"ד סי' קכ"ז דלכן עד אחד בדבר שבידו נאמן
אף נגד החזקה דכיון דהוי בידו לשנות ע"כ אין פח בחזקה דמעיקרא כ"כ ולפ"ז ה"ה
ברשע דהא לעולם היה בידו לעשות תשובה וְלא יצא מחזקתו הראשונה וע"כ מקרי
ראוי להיות עד מעולם משום דהיה בידו מעולם לשוב בתשובה ע"כ לא מקרי זה תחלתו
בפסול וכמו הא דזבחים דאי בעי חשיב וְלא יצא מחזקתו הראשונה וע"כ מקרי
ישנים ד' ס"ג בד"ה מחוסר פתיחה כו' בשם הרב אלחנן דמירץ לרב חסדא גבי שחטו
לזרוק כו' דכיון דבכל שעה ושעה בידו לתקן עצמו ובאיסור פרת עומד הלכך לא חשיב
פמחוסר מעשה עכ"ל ולפ"ז ה"ה ברשע ופסול לעדות מחמת עבירה אמרינן בזה ג"כ
דמקרי ראוּי לעדות משום דמצנה לעשות תשובה והוי בידו ודוחק לחלק דשאני מילה
דהוי בכרת ועיין במכות ד' י"ד תוס' ד"ה לאפוקי הני כו' וברמב"ם ה' מילה פ"א ה"ב
דכל יום ויום מבטל מצנה זו וקצרותי ואפשר לומר בזה דהא רבה פליג שם על רב חסדא
ועיין בתוס' פסחים שם ד' ס"ב] ושם ביומא ד' ס"ב מבואר דדוקא במחוסר מעשה כמו
הגרלה ומחוסר פתיחה בזה אמרו דמקרי אינו ראוּי אבל היכא דאינו מחוסר מעשה מקרי

שפיר ראוי ויש להאריך בכ"ז ובשאר סוגיות השייכים לזה וכן מצינו בזבחים ד' פ"ג דהמזבח מקדש הראוי לו ושאינו ראוי הוא קמצים שלא קידשו בכלי משום דמחסרי מעשה אלמא דמה דמחוסר מעשה מקרי אינו ראוי וה"ה בנ"ד פנ"ל ענף ו ולכאורה יש לדון ולחלק בין פסול דרבנן לבין פסול דאורייתא וכמש"כ התנאים שם לחלק בזה וכ"כ הקצה"ח בסי' ל"ה לחלק בזה עי"ש רק דהוכיח מן תוספתא דסוחר שביעית דאף בפסול דרבנן בעי תחלתו בכשרות אבל לפמש"כ דנדחה הוכחתו שפיר יש לחלק ביניהם.

וכעין הך דמצינו בספ"ב דכתובות גבי אלו נאמנין להעיד בגודלן מה שראו בקונטן לחלק שם דבמידי דרבנן לא בעי תחלתו בכשרות וה"ה בפסול דרבנן יש לחלק פן ואף דיש לומר דפסול דרבנן שאני עכ"ז נראה לי לדון פן ולהוכיח פן מהא דשבועות ד' ל"א דחד מ"ד ס"ל דהא דאינו נוהג אלא בראוי להעיד אתי למעוטי נשיא אבל משחק בקוביא דמדאורייתא מחזא חזי רק רבנן הוא דפסלוהו חייב ק"ש וקשה הך עכ"פ מדרבנן לא חזי לעד וכמו שהקשה בחדושיהרשב"א לשבועות שם ונדחק לתרץ אבל אי נימא לחלק פן אתי שפיר הסוגיא הנ"ל משום די"ל דכיון דבידו של העד לחזור בתשובה ואז יהיה בר הגדה פיון דלא הוי רק פסול דרבנן ע"כ שפיר מקרי בר הגדה להתחייב ק"ש משא"כ בפסול דאורייתא דאז אף אם יחזיר בתשובה יהיה פסול משום תחלתו בפסול כו' ע"כ פטור מק"ש משא"כ בפסול דרבנן דבידו לחזור בתשובה ויהיה פשר להעיד ע"כ שפיר חייב ק"ש דהא פפר בעדות דהוי בידו להגיד באופן דיהיה מועיל עדותו אם יחזיר בתשובה ואתי שפיר סוגיא הנ"ל ועיין ביומא דף ע"ד: והנה במה שפכתתי לעיל לתרץ קושיות התנאים מהא דהיה חתנו כו' וכתבתי לתרץ דשאני התם דאי זרק לה גיטת ערבת ואזלא לעלמא אינו קשה ע"ז מהא דקידושין ד' ס"ב דאמרו דעבד ביד האדון לשחררו ובגיטין ד' י"ב אמרו דאי זרק ליה גיטא ערק ואזיל כו' די"ל דלדין דקיי"ל זכות הוא לעבד שיוצא לחירות ע"כ שפיר אמרו בידו לשחררו דהא בנודאי יתראה בזה העבד.

ויתר הסוגיא פבר ביארתי בקונטרס א' בארנקה: הגה"ה וע"פ מה שהבאתי לעיל דברי התוס' בסוטה ד' כ"ה דאף במה דמצונה להב"ד להזדקק עכ"ז אמרינן דזה מקרי לאו בידו יש ליישב עפ"ז דברי הרמב"ם פ"ט ה' שמקשה ה' כ"ד שפכת דאם אמר פרוזבול הי' לי ואבד דנאמן משום דמספנה ואילך בע"ח גובה שלא בפרוזבול ותמהו עליו המפרשים דלמה לי לטעם זה דהא בגמ' דגיטין אמר רב נחמן דנאמן אדם לומר פרוזבול הנה לי כו' חזקה לא שבק היתרא ואכל איסורא: אבל לפי דברי תוס' סוטה הנ"ל ניחא דבסמ"ע סי' ס"ז ס"ק נ"ה מבואר דלכן נאמן לומר פרוזבול הנה לי ואבד משום דזה הוי דבר שבידו ע"כ אמרו בזה חזקה לא שביק היתרא כו' ולכאורה יש לעיין לפמש"כ התוס' בסוטה דדבר הצריך ב"ד אמרו בזה מי ימר דמזדקקי ליה כו' וע"כ מקרי זה דבר שאינו בידו (וכעין דמצינו בב"ב ד' מ' דכתבינן מודעא אף על מאן דבניית דינא משום דזמנין אין ב"ד מזומנין כפי' רשב"ם שם) א"כ פתיבת פרוזבול ג"כ הוי דבר דאינו בידו דמי ימר דמזדקק ליה ב"ד פיון דזה הוי דבר הצריך ב"ד אף לפמש"כ הרמ"א בסי' ס"ז בחו"מ סעי' כ' דזכור לומר אף שלא בפני ב"ד והוא מירושלמי דאמרו אפילו נתונים ברומי ניחא אבל לדעת רבינו יחיאל דהובא במרדכי דלא מהני רק אם יאמר בפני הדיונים עצמם שפיר י"ל דזה הוי דבר שאינו בידו: ויש לחלק דשאני הך ב"ד דכתיבת פרוזבול דהא ס"ל לרב נחמן דסגי בשני דינים כמבואר בגיטין ד' ל"ג ומצינו בקידושין

ד' ס"ב דהוי דבר דאינו בידו משום דצריף שלשה דמשפט פתיב ביה ומי יימר דמזדקק ליה תלתא י"ל דזהו בדבר הצריף ג' בזה אמרו דאינו בידו משא"כ היכא דסגיא בשנים אפשר דזה מקרי בידו דזהו דבר קל להשיג שנים: או דיש לחלק דשאני התם בקידושין דצריכים הב"ד להגיד לו מצות קלות ותמורות.

ע"כ זה מקרי מעשה. או בגביות חוב דצריכים הב"ד לעשות מעשה ולירד לנכסי הלנה. ע"כ בזה שפיר אמרו מי יימר דמזדקקי ליה תלתא משא"כ בפרוזבול דהא שיטת רב נחמן בגיטין ד' ל"ו ע"ב דא' אימא בי' מילתא דאע"ג דלא פתיב פפתוב דמי והובא בסמ"ע סי' ס"ז ס"ק כ"ב א"כ לא עבדי ב"ד בזה שום מעשה דהא המה יושבים ושומעים: רק מה שאמר לפניהם שמוסר להם כל חובותיו ע"כ לא שיניף בזה לומר דמי יימר פיון דא"צ לשום מעשה: ולפי"ז י"ל דלהסוברים דצריף שלשה לכתובת פרוזבול וכרב ששת וכמו שהובא בבית יוסף שיטת הסיברים כר"ש ובביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ל"ז יע"ש ע"כ י"ל דגם כתיבת פרוזבול מקרי אינו בידו דהא פיון דצריף שלשה א"כ מי יימר דמזדקקי ליה תלתא וגם להסוברים דדוקא ת"ח יכולין למסור בלי כתיבת פרוזבול וכשיטת הרמב"ם שם ה' כ"ז ובח"מ סעי' כ' אבל אחרים שאינם ת"ח צריכים לכתובת פרוזבול א"כ שפיר מקרי זה דבר של מעשה ב"ד דצריכים לכתוב ולחתום.

ע"כ שפיר שיניף ביה מי יימר כו' ולא שיניף בו חזקה לא שבק היתרא דזהו דבר שאינו בידו ושיטת הרמב"ם פתב הב"י שם דסתומים הם דלא ביאר אם צריף שלשה או סגיא בשנים משום דמה שכתב בהל' י"ח מוסרני לך פלוני ופלוני כו' אין זה ראיה כפי שכתב שם בצידו די"ל דהעתיק ל' המשנה כצורתה ובאמת י"ל דדעתו דצריף שלשה פיון שכתב שם בהל' י"ז דאין כותבין פרוזבול אלא חכמים גדולים דראוין להפקיע ממון אלמא דצריף לפרוזבול ב"ד חשוב יותר מפל גבית חוב דסגי בשלשה דאיכא חד דגמיר: ע"כ פיון דבכל ב"ד צריף שלשה כש"כ בפרוזבול וכמבואר כ"ז בר"ן פ' השולח בשם הרמב"ן ע"ש רק הר"ן כתב שם לחלק ביניהם אבל מסתימת הענין נוטה הדברים דצריף ב"ד של ג' בפרוזבול יע"ש.

לכן שפיר כתב הב"י דדברי הרמב"ם סתומים משום דיש לפרש שיטת הרמב"ם דס"ל דצריף שלשה ואי נימא דהרמב"ם ס"ל דצריף שלשה לפרוזבול מתורץ על נכון שיטת הרמב"ם דלכן לא הביא הך טעם דאמר רב נחמן דנאמן לומר פרוזבול כו' חזקה לא שבק כו' משום די"ל דרב נחמן לטעמיה דוקא דס"ל דזהו הוי דבר בידו משא"כ הרמב"ם לטעמיה ע"כ הצריף טעם אחר לזה: ועפ"ז אפשר לתרץ שיטת הרי"ף ג"כ דלא הביא להך דרב נחמן ותמה עליו הר"ן פ' השולח ולפמש"כ א"ש די"ל דרב נחמן לטעמיה דס"ל דא"צ לכתובת פרוזבול וסגי במסירת דברים משא"כ לדין דבעינן לכתובת פרוזבול הוי זה דבר שאינו בידו ולא שיניף בי' לומר חזקה דלא שבק כו' ולכן לא הביא הך דרב נחמן והא דגיטין ד' ל"ב ושביעית פ"י דדיינים או העדים חותמים למטה פכר מבואר ברש"י שם וברמב"ם בשביעית שם דזהו משום דעד נעשה דין בדרבנן ועיין בתוס' גיטין שם ד"ה לא שנא כו' א"כ הנה עדים הם בתורת דיינים וצריכין גם המה להיות ב"ד מומחים פרב אמי ורב אסי ע"כ שפיר י"ל דזה מקרי אינו בידו לשיטת הרמב"ם פנ"ל: ע"כ הגה"ה: נחזור לענינינו דנתבאר דדברי הש"ף יש להם מקום וע"כ היכא דהוי

מןחוק נראה לפענ"ד ד' יכול לומר קים לי ד'רשע דחזר בו פ'שר להעיד אף דהש"ף חזר בו לקמן בסי' ל"ה עכ"ז פ'ינן ד'נתבאר ד'יש לדברי הש"ף יסוד גדול ואין עליו סתירה מכל ד'וכתא ובפ'רט בפ'סול ד'רבנן ונדאי יכול לומר קים לי ועי'ינן במל"מ פ' י"ד ה' עדות ש'הביא בשם מוהרי"ט ש'נסתפק ברשע ועשה תשובה במידי ד'רבנן יעו"ש ועי'ינן עוד מזה באה"ע סי' י"ז סעי' ו' ובב"ש שם ס"ק י"ט מה ש'הביא שם בשם הט"ז ש'מחלק ד'ברשע גמור ב'עי תחלתו בכשרות משא"כ באכל נבילות יעו"ש וסב'רתו הוא משום ד'היכא ד'העבירה חמור ביותר וצ'ריף תשובה יתירתא ע"כ לא מקרי כ"כ ב'ידו וכמש"כ משא"כ היכא ד'סגי בתשובה קלה מקרי ב'ידו ועי'ינן בספ'ר מראות הצובאות שם מש"כ שם על הב"ש בשם הט"ז ה"ל ולפי מה ש'נתבאר יש לתרץ מה ש'הקשה שם על הש"ף בסי' ה"נ"ל ו'העיקר כמש"כ לדינא די"ל קים לי פ'הש"ף ה"נ"ל בזה וע"פ מש"כ יש לדון הרבה בדברי הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ע"ב ובנו"ב במ"ת ח"מ סי' מ"ה בהג"ה (שם סעי' כ"ט) ברמ"א ד'מי ש'גזל באקראי בעלמא מ'יד ש'החזיר מה ש'גזל סגי ונדוקא ב'החזירו מעצמו אבל אם לא החזיר רק ע"י כפ'יית ב"ד לא מהני החזרה עד ש'יעשה תשובה והקצה"ח בסי' ה"נ"ל ס"ק ב' הביא בשם הב"ח ד'כתב ד'מי שלא גזל רק פעם אחת אע"פ שלא הי'תה הש'בה אלא ע"י כפ'יית ב"ד מ'יד פ'שהחזיר פ'שר לעדות ו'הקשה ע"ז הקצה"ח מ'הא ד'הוא ר'עיא דפ"ק דב"מ ד'אתו ס'הדי ד'אכל תרתי מ'ינייהו כו' ופ'ריף ו'הא גזלן הוא וכי'ינן ד'הני תרתי ד'אכל ונדאי מ'חוייב להחזיר וא"כ אמאי פ'סול כו' עכ"ל הקצה"ח.

ולענ"ד נראה לחלק בזה די"ל ד'וקא אם החזיר הגזילה עצמה ש'היא בעיני' אז י"ל ד'מיד ש'החזיר הוא פ'שר לעדות משום ד'הא מתקן חטאו לגמרי משא"כ היכא ד'החפץ הגזול אינו בעיני ת"י הגזלן אלא ד'אכלו וכה"ג לכן אף ד'משלם ד'מיהו עכ"ז הא אינו מתקן חטאו לגמרי ולא מ'יב'עי להסוברין ד'לא תחמוד ב'לא ד'מי משמע להו ולא לפי האמת ונדאי ד'נשאר עליו חטא מה"ת פ'שאינו משיב ב'הש'בה גוף החפץ אלא ד'מיהו ד'הא חטא ד'לא תחמוד נשאר עדי'ינן ולא נ'מחק חטאו לגמרי ואף ל'שיטת הסוברין ד'לא תחמוד ב'לא ד'מי משמע להו וכן לפי האמת וכמש"כ התוס' בס'נהדרין ד' כ"ה ע"ב ד"ה מעיקרא סבור ד'מי קא י'היב כו' ובסמ"ע לעיל ס"ק ל"ב עכ"ז איסור חמסן ד'רבנן נשאר עדי'ינן ועי'ינן סוף פ' הפוגס ובתוס' שם ולכן פ'ינן ד'לא נ'מחק חטאו לגמרי ולא ק'יים הש'בה מעל'יא כפי ש'מצוה ע"פ דין ע"כ לא מהני זה עד ש'יעשה תשובה ולכן א"ש ב'הוא ר'עיא ד'אכל תרתי מ'ינייהו כו' ד'הא לא החזיר גוף החפץ בעיני'ה ע"כ דינו כ'גזלן עד ש'יעשה תשובה כד'ינן.

כן יש לחלק בזה ו'הא ש'כתבו התוס' ב"מ ד' ה' ע"ב ד"ה ד'חשיד אממנא כו' בסה"ד ד'לא קשה מ'הוא ר'עיא כו' ד'אין זה הש'בה מעל'יא דע"כ מ'שלם י"ל ב'זה כמש"כ אכן מן מה ד'סיימו התוס' שם דה"ט ד'כופר בפ'קדון פ'סול לעדות מזה מוכח כמש"כ הקצה"ח ד'אף ב'החזיר גוף החפץ בעיני'ה בע"כ לא מתפ'שר עד ש'יעשה תשובה כ'דיןסימן לה (סעי' ה' נאמן לומר זכרוני באשה פלוגית ש'נעשה לה מנהג הבתולות כו': ענף א הנה מקור דין זה מגמ' פתובות ד' כ"ח נאמרו שם מאי טעמא פ'ינן ד'רוב נשים בתולות נ'ישאות כו' פי' רש"י שם ד"ה ג'ילוי מ'ילתא אין הד'בר צ'ריף עדות כו'.

ו'הרמב"ם בהל' עדות פ' י"ד הל' ג' כתב ד'לכן נאמן להעיד כ'גזלן מה ש'ראה כ'קוטנן ש'נעשה לה מנהג הבתולות הואיל ו'רוב נשים בתולות נ'ישאות וכתוב'ה מד'בריהם כו' וכן

כתב הרמב"ם בפ"ה המשניות שם סוף פ"ב דכתובות דלכן נאמנין הואיל וכתובה דרבנן עיי"ש והקשה הלח"מ שם הא"ף כתב הטעם מפני שקתובה מדבריהם אדרבה פיון דמה"ת אין חייב כתובה רק מדרבנן הוא א"כ לא ה"ל להם להחמיר כ"כ ולומר שאפילו היכא ששמעיד מה שראה בקטנותו יהי נאמן להוציא ממון שמה"ת אינו מחוייב עכ"ל.

והנראה לי ליישב זה דהנה מצינו כה"ג בב"ק ד' י"ב ע"א גבי עבדים דלגבין מילי דרבנן הוי עבדי בכלל מטלטלי כמש"כ התוס' והרא"ש שם ומה"ט אם החזיק בקרקעות והי' עבדים בתוכן דקנה משום דעבדים נקנים אגב קרקע וגם בקנין חזקה והיש"ש בב"ק פ"א שם העלה ג"כ דניקנין עבדים א"גק משום דאגב הוי מדרבנן ואף דעבדים הנקשו לקרקעות וקרקע אינה נקנית אג"ק: עכ"ז פיון דתקנו חז"ל דעבדי בכלל מטלטלין במילי דרבנן ע"כ ניקנין אג"ק אף היכא דלא נתן דמי כולן כו' ע"ש ועי' בפ"ה ח"מ סי' ל"ט ס"ק ב' ובקצה"ח שם והארבתי בזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ז' אלמא דמצינו אף במה דמה"ת לא הוי קנין כלל עכ"ז פיון דתקנו חז"ל דמטלטלין ניקנין אג"ק וגם תקנו דבמילי דרבנן עבדי בכלל מטלטלי לכן ניקנין עבדים אג"ק ומוציאין ממון עפ"ז אף דהוי תרתי דרבנן היינו א' דרבנן דמטלטלי ניקנין אג"ק הא לא הוי רק מדרבנן שנית דמה"ת עבדי בכלל מקרקעי רק דרבנן תקנו דבמילי דרבנן הוי עבדי בכלל מטלטלין עכ"ז פיון דכבר תקנו דבמילי דרבנן עבדי בכלל מטלטלין לכן אחר שתקנו דמטלטלין ניקנין אג"ק ממילא הוי עבדי בכלל זה וניקנין אג"ק א"כ ה"ה במה דתקנו חז"ל דבדרבנן נאמנין העדים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן ממילא הדין נוטן פיון דתקנו חז"ל דכתובה דרבנן ממילא הוי כתובה בכלל מה שתקנו דבדרבנן נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן ומוציאין ממון עפ"ז וניחא קושית הלח"מ הנ"ל: אכן להסוברים כתובה דאורייתא ואפ"ה פסקו דנאמנים להעיד מה שראו בקוטנן דנעשה לה מנהג התולדות מוכח דס"ל דאף בדאורייתא נאמנים בזה ודלא פדעת הרמב"ם ובאמת קשה מנלן להרמב"ם לחדש דין זה הא סתמא דגמ' משמע דמשום רוב נשים בתולדות נישאות מסייע להו ע"כ נאמנים ומשמע אף בדאורייתא ואפשר לומר דהרמב"ם הוכיח פן ממה דאמרו שם בכתובות ד' כ"ח לעיל מינה גבי קיום שטרות דנאמנים ג"כ להעיד מה שראו בקוטנן משום דקיום שטרות דרבנן והימצוהו רבנן בדרבנן ומשמע לפ"ז דהיכא דהוי קיום שטרות דאורייתא כגון להסוברים דבטוען מזוניף צריף קיום מה"ת וכמבואר בפ"ה ח"מ סי' מ"ו ס"ק ט' וכן שיטת הרמב"ם המובא באה"ע סי' קמ"א ס"ק נ"ג ובכ"ש שם ס"ק ע' דהיכא דהבעל טוען ברי מזוניף אז הגט בטל לגמרי והנלד ממזר כו' ע"ש ובאו"ת סי' מ"ו ס"ק ד' וכה"ג היכא דצריף קיום מה"ת משמע דאינו נאמנין להעיד מה שראו בקוטנן והא יש בזה רוב דלא חשידי לזניף דמה"ט בטוען שמא אינו צריף קיום מה"ת לכו"ע משום דסמכינן ארובא [ואף דאין הולכין בממון אחר הרוב עכ"ז שאני זה וכמש"כ במק"א ואכמ"ל עכ"פ רוב יש בזה א"כ קשה דאמאי היכא דצריף קיום מה"ת כמו בטוען מזוניף אינם נאמנים להעיד על קטנותן הא יש בזה הרוב ובצירוף עדותן מפעי להיות מועיל וגם הא הוי זה כש"כ מה"ה רוב דנשים בתולדות נישאות וכמש"כ התוס' כתובות ד' ט"ז ע"ב ד"ה וזו הואיל ואין לה קול כו' ע"ש ואפ"ה דנקא בקיום שטרות דרבנן נאמנין ולא בדאורייתא.

אלמא דאף היכא דהוי רוב אינם נאמנין כו'. רק היכא דהוי דרבנן כמו דאמרו שם בקיום שטרות דרבנן הימנוהו רבנן דרבנן [ומזה הוכיח הרמב"ם דינו דדוקא בדרבנן כו': והסמ"ע שם פתב בס"ק י"א דלשיטת הרמב"ם לא בעינן אחר עמו רק בקיום שטרות דרבנן בעינן אחר עמו אבל בעידי הינומא לא בעי אחר עמו וסברתם הוא משום רוב נשים בתולות כו' ועי' בפ"ד שם וברמב"ם פ' ט"ז ה' אישות ה' כ"ה במ"מ ובכ"מ שם מש"כ בפ"ש הר"י ש' ובאה"ע סי' צ"ו בח"מ ס"ק ל"א אכן לפמש"כ מוכח מהא דקיום שטרות דאף היכא דהוי רוב וגם לא הוי רק מידי דרבנן מ"מ בעינן עוד אחר עמו א"כ ה"ה בעידי הינומא והתנאים בסי' ל"ה ס"ק ד' פתב דגם הרמב"ם בעי אחר עמו משום דהא קתני במשנה שם אם יש עדים שישנה בהינומא וכמש"כ הר"י ש' כו' ע"ש: אף מזה אינו ה"כ כ"כ כמש"כ הרא"ש בריש פ"א דב"מ: דאף היכא דע"ד א' מהני אפ"ה תני בלשון עדים וכן מצינו בריש משנה דב"מ דתני התם בזמן שהם מודים או שיש להם עדים חולקים בלא שבועה אף דע"ד מסייע פוטר משבועה כדקיי"ל ואפ"ה נקטו בלשון עדים וכן מצינו בב"ק ד' י"א דא"י התם יביא עדים שנטרפה באונס ופטור ואף דע"ד א' פוטר משבועה אף י"ל דשא"ה לפמש"כ התוס' שם בד"ה יביא עדים כו' דאיסי דורש אין רואה הא יש ראיה יביא עדים ופטור דמשמע דורשין א"ב עכ"ל וקצתתי].

וכן מצינו ביבמות ד' קי"ט במשנה שם לזו עדים כו' ועי' מזה בשבת ד' ק"ל ע"א מכסהו עפ"י עדים ובסוגיא שם אלמא דמוכח פשיטת הרא"ש הנ"ל דשם עדים שייך אף היכא דמהני עד"א ועי' באה"ע סי' קמ"ב סעיף י"א ובט"ז ובב"ש שם ס"ק י"ט ובתה"ד סי' רל"ח ע"כ דברי האו"ת אינם מוכרחים ולעולם י"ל דלא בעינן אחר עמו וכן מה שהוכחתי מהא דקיום שטרות אף דהוי רובא התם ולא הוי רק מדרבנן ומ"מ בעי אחר עמו יש לדחות זה דשא"ה במה דקיום שטרות הוי דרבנן זהו ג"כ מצד רובא דלא חשידי לזייר ונהי רוב אלים דמהני אף במקום ע"כ בעינן אחר עמו ולכן עדיין י"ל דהיכא דהוי מדרבנן אף זולת הרוב בזה לא בעינן אחר עמו משום דהקילו בזה: ענף ב ובבכורות ד' מ"ט ע"א במשנה שם מת האב בתוך ל' בחזקת שלא נפדה לאחר ל' בחזקת שנופדה עד שיאמרו לו שלא נפדה ופי' רש"י התם בד"ה עד שיאמרו לו וז"ל עד שיאמרו לו לכן שצינה אביו בשעת מיתתו שלא נפדה ובאמירה סגי בלא עדות גמורה דהו חזקה דמחזקין לי בחזקת שנופדה לאו זו היא חזקה מעלייתא דרובא דאינשי לא עבדי למפרע חובו מיד כו' עכ"ל הרי דס"ל לרש"י דכיון דאיכא התם רובא דלא עבדי למפרע חובו מיד ע"כ לא בעינן בזה עדות גמורה רק גילוי מילתא סגי בצירוף הרוב.

יש להקשות אליבא דרב דס"ל הולכין במקום אחר הרוב דא"כ אף בלא גילוי מילתא דאמרו לו שלא נפדה ג"כ יוציא מקום עפ"י סמך הרוב הנ"ל ובב"ב צ"ג מקשה הגמ' על רב שם מכמה משניות ולא הביא בש"ס התם משנה זו וי"ל דלפמש"כ התוס' בב"ק ד' כ"ז ד"ה ואיכא נמי דקרו לחביתא פדא כו' דדוקא במוכר שור ונמצא נגחן ס"ל לרב דהולכין אחר הרוב משום דאומר קים לי בנפשאי שאני מן הרוב כו' וכן פתב התוס' בבכורות ד' כ' ד"ה ור' יהושע סבר וגם עוד תי' ב' פתבו שם לחלק ולפ"ז א"ש הכא דהא בזה לא שייך לומר קים לי בנפשאי כו' ויש להאריך בזה ואכמ"ל וי"ל דזהו ג"כ עפ"י הא דסוף פ"ב דכתובות דאמרו שם דלכן נאמנים מה שראו בקוטנן דכיון דרוב נשים בתולות נישואות ע"כ סגי בגילוי מילתא וכפ"י רש"י שם וע"כ ה"ה בבכורות פ"ג

דאיפא רובא התם ע"כ סגי בגילוי מלתא בעלמא ומוכח מרש"י דאף בדאורייתא סמכינן על גילוי מלתא במקום דאיפא רובא ודלא פשיטת הרמב"ם הג"ל.

ויש לחלק קצת דשאני בהך רוב דבתולות נישאות כו' וכמש"כ התוס' בכתובות ד' ט"ז ד"ה וזו הואיל ואין לה קול כו'. דאיתרע התם הך רובא משום דאין לה קול כו' וכמבואר שם אבל היכא דאיפא רוב גמור י"ל דמודה הרמב"ם דסגי גילוימלתא בעלמא אף בדאורייתא ועוד יש לחלק דשא"ה בבכורות דהוי חזקת חיוב וע"כ אלים ביותר אף ז"א לפמש"כ במק"א ובבית מאיר בסי' קע"ח דלגבי יורשים לא מקרי חזקת חיובא פלל וזה מוכרח בלא"ה דאל"כ אמאי לא מהני התם הרוב דהא הוי בצירוף חזקת חיוב ורוב חזקת חיוב מהני פמבואר שיטת בעל המאור ברי' פ"ב דכתובות וקצתתי בכ"ז ועי' בב"מ ד' ק"ב ע"ב רש"י ד"ה עד שייאמרו כו' ובתוס' יו"ט בכורות פ"ח מ' ו' ד"ה בחזקת כו' ויש לדון בזה טובא: ועפ"י דברי רש"י הג"ל יש לתרץ מה שהקשה הצ"ח בפסחים ד' י"א והאו"ת דאמאי בא' אומר בשנים בחודש וא' אומר בג' בחודש עדותן קיימת משום דרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא פמבואר בסנהדרין ד' ס"ט דהא אין הולכין בממון אחר הרוב ואמאי מהני זה בממון ועי' בפ"י ח"מ סי' ל' ס"ק י"ד מזה ונלפענ"ד לתרץ עפ"י דברי רש"י הג"ל דהיכא דאיפא רובא מהני אף עד א' וכמו שפצאתי בספר מחנה אפרים ה' עדות סי' י"ח שכתב בשם רש"י הג"ל דבצירוף רובא מהני עד א' עי"ש ולפי"ז י"ל דלכו בהנהך עדים המכחישים זא"ז מהני דהא עד א' בנודאי יש לפנינו מהימן וכשר להעיד רק הספק הוא בעד השני אם טעה או דהוא בהכחשה.

כדקיי"ל בקל עדות המכחישים זא"ז דעד א' בנודאי איפא לפנינו וכן בשתי פתי עדים המכחישים זא"ז דנודאי יש פת אחת לפנינו פמבואר בב"ב ד' מ"א וסנהדרין ד' ל"א ועי' בגזיר ד' כ': דכיון דעד א' איפא לפנינו עד פשר ע"כ בצירוף רובא דאינשי דטעו בעיבורא דירחא סמכינן להוציא ממון עפ"י הפלל שכתב רש"י פנ"ל.

א"כ מיושב גושנייתם והא דמוכח הש"ס בסנהדרין שם מזה דאזלינן בטר רובא בנפשות ולא מחלקינן דשא"ה דמועיל הרוב בצירוף הברי של עד א' פנ"ל י"ל דדווקא בדיני ממונות דאזלינן בטר אומדנא לכו סמכינן על צירוף הג"ל: משא"כ בנפשות דמצינו בסנהדרין ד' ל"ז ובדף פ' שם דלא אזלינן בנפשות בטר אומדנא ומה"ט שניימ שזרקו חץ ואף אפא חלפתא ביניהם פטורין משום דלא אזלינן בד"נ בטר אומדנא ע"כ לא מהני זה בד"נ פיון דליפא שני עדים פשרים לפנינו אם לא אזלינן בטר רובא בד"נ ועי' ברמב"ם פ' י"ז ה' עדות ה' א' דידיעה בלא ראי' לא מהני בד"נ ובתוס' סנהדרין שם ד"ה פמאן כר' אהא כו' ובתוס' שבועות ד' ל"ד ואכמ"ל אף באמת ז"א דשאני בהך רובא דטעו בעיבורא דירחא דהך רוב הוא מהנהך עדים המעידים לפנינו ושאני היכא דאיפא רובא זולת העד די"ל דוקא בזה ס"ל לרש"י דמהני: ובעיקר דברי רש"י הג"ל יש להעיר דלמה לי להגמ' בסוף פ"ב דכתובות לומר דלכו נאמן להעיד מה שראו בקוטנן בקיום שטרות משום דקיום שטרות דרבנן הימנוהו רבנן בדרבנן והא דקיום שטרות דרבנן הוי זה משום דהוי רוב אלים ומיעוט דלא שכיחא דזה מהני אף בממון פידוע ולפי שיטת רש"י אף אם לא הוי קיום שטרות דרבנן רק רובא בלבד כמו פל רובא ג"כ מפעי להיות מועיל וכש"כ הוא בהא דבכורות מבואר ברש"י דאמירה סגי בלא עדות גמורה כו' וכתב

המתנה אפרים המוכא לעיל בשם רש"י דע"א סגי בצירוף רוב ואלו התם בכתובות הוי עד אחר פשר לאותו העד המעיד שראה בקטנו ואפ"ה אי לא הוי קיום שטרות דרבנן לא הי' נאמן וקשה פנ"ל.

וכן תקשה להסוברים דכתובה דאורייתא ואפ"ה מהימן להעיד מה שראה בקטנו פיון דאיכא רוב בתולות נישואות ולפ"ז קשה דל"ל מה דקיום שטרות דרבנן הא אף היכא דצריף קיום מה"ת ג"כ יהי' נאמן בצירוף רובא דהא לכה"פ רובא איכא וי"ל בזה לפמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ה' ענף ז' דהסוברים דאף בנמצא השטר בשוק א"צ קיום מה"ת ואף דהתם לא שייך הטעם שפכתבו התוס' דלכן מה"ת א"צ קיום משום דלא חשיד אינש לזיפי וכסברת הש"ך בחו"מ סי' מ"ו ס"ק ט'.

אלא טעמם עפ"י מש"כ הפגי' יהושע בגיטין ד' ג' דד"ת הוי פנחקרו עדותן בב"ד זהו הוי מגזה"כ דנכתב בספר וחתום ע"ש: ומה"ט יש לפרש שיטת הסוברים דכת"י צריף קיום מה"ת כמבואר בסי' מ"ו וסי' ס"ט וקצתו ולפ"ז א"ש מה דאמרו גבי קיום שטרות דנאמן להעיד מה שראו בקוטנו משום דקיום שטרות דרבנן דנפ"מ אף היכא דנמצא בשוק וכה"ג דלא שייך בי' הך רובא דלא חשידי לזיפי לפי שיטת הסוברים פנ"ל ואפ"ה נאמן משום קיום שטרות דרבנן ואתי שפיר: אכן לפמש"כ רש"י בגיטין ד' ג' דלכן ד"ת אין צריף קיום משום דלא חשידי לזיפי א"כ תקשה על רש"י דבכורות מהא דכתובות פנ"ל ואפשר לומר דדוקא התם בבכורות דמייירי ביורשים דכיון דהוי רובא א"כ אין טוענין ליתמי מלתא דלא שכיחא וְהוּי טענת היתומים כמו טענת שפא ולכן היכא דהוי אמירה אף בלא עדות גמורה בצירוף הרוב מוציאין ממון מהמחזק פיון דטוען שפא וזה דומה קצת להא דכתובות ד' י"ב דאמרינן שם דברי בצירוף חזקה מוציא מהמחזק וכמש"כ הפ"י לדון בזה במקום רוב בריש פ"ב דכתובות א"כ ה"ה הקא דהיורשים טוענין שפא ע"כ אמירת ברי של האחר בצירוף הרוב מוציאין מן המחזק כשטוען שפא ואף דקצת יש לחלק דשא"ה בכתובות ד' י"ב דהוי ברי של הבע"ד בעצמו וכמבואר בב"ב ד' קל"ה ובכתובות ד' ע"ו תוס' בד"ה רישא כו' עכ"ז י"ל דס"ל לרש"י להוכיח מהא דאמרו בבכורות בלשון עד שיאמרו לו דמוכח מהמשנה דאף גילוי דעת בעלמא סגי בצירוף רובא דעדיף מן חזקה וז"א רק בטוען המחזק טענת שפא משא"כ בטוען המחזק טענת ברי לא שייך זה דהא עיקר הסברא דמהני אמירת חבירו בצירוף רוב משום דזה הוי כמו ברי ושפא בצירוף הרוב אבל היכא דהמחזק טוען ברי אז לא מהני זה רק היכא דהוי עוד אחר עמו ובתו"ע וזהו ג"כ דוקא בדרבנן וע"כ א"ש הא דספ"ב דכתובות דמייירי התם אף בטוען המחזק ברי.

והא דב"מ ד' ק"ב דמוכח הגמ' לתו"ז מן הא דתו"ד ל' יום בחזקת שלא נפדה ולא מחלקי דשא"ה דמייירי ביורשים וכנ"ל. משום דלפמש"כ לברא כ"ז לא שייך התם לומר פנ"ל.

ואפשר דכ"ז תלוי בפלוגתת הראשונים בסי' ק"ח אי טוענין מלתא דלא שכיח ליתמי או לא: וכיון דנתבאר דאף לפמש"כ רש"י בכורות פנ"ל עכ"ז היכא דהמחזק טוען ברי ס"ל לרש"י ג"כ דלא מהני ע"א לצירוף הרוב ע"כ נדחה מש"כ לעיל לתרץ קושיות הפוסקים עלה דע"א אומר ב' בחודש כו' והא בממון אין הולכין אחר הרוב דהא התם מייירי במחזק ג"כ טוען ברי וע"כ קשה לומר פנ"ל ויש להאריך עוד בזה וקצתו ובעיקר

דברי המחנה אפרים שפתב בה"ע סי' י"ח עפ"י ספרת רש"י דבכורות ה"ל לכלל דהיכא דאיכא רובא דאינשי לא עבדי למפרע חוב מיד דמהני לזה צירוף ע"א דזה אינו ברור כ"כ די"ל דכוננת רש"י שם בבכורות שפתב שם ובאמירה סגי בלא עדות גמורה י"ל דכוננתו כמו היא דכתובות סוף פ"ב גבי זכור הייתי בפלוני שיצאתה בהינא כו' ע"ש דמבואר שם דסגי בגילוי מילתא בעלמא ופי' רש"י שם ג"כ דאין הדבר צריך עדות ועכ"ז בעינן שם אחר עמו וכמש"כ ה"ר א"ש ונה"ר"ן שם ונה"ר"ן שם וכמבואר באה"ע סי' צ"ו סעי' ט"ו וכמו שפסק הש"ך בחו"מ סי' ל"ה ס"ק ה' לדינא ונה"ר"ן פתב שם דלכו"ע בעינן עוד גדול עמו רק המתלוקת שם אם בעינן דאותו גדול צריך שיהי' גדול בתחלה או בקטנותו ועכשיו הגדיל ע"ש אלמא דאף דאמרו שם דלא בעינן עדות רק גילוי מילתא ועכ"ז בעינן שנים ואפשר ה"ה בהא דבכורות ג"כ פוננת רש"י לזה דבעינן שנים וכן מדוקדק הלשון דאמרו שם בלשון עד שיאמרו לו בלשון רבים.

רק דסגי שם בעדות שהי' בתחלתו בפסלות וסופו יהי' בכשרות ע"כ דברי המחנה אפרים אינם מוכרחים כ"כ: ענף ג ולפי מה דנתבאר שיטת רש"י בבכורות דהיכא דאיכא רובא מהני לזה צירוף עדות אף שהי' מתחלה בפסלות כו' וכן לשיטת הסוברים פתובה דאורייתא דמוכח מזה דהיכא דאיכא רובא בצירוף עדים שהי' מתחלה בפסלות פנ"ל דזה מהני ומשמע אף מה"ת סמכינן ע"ז להוציא ממון ובנודאי לאו דווקא בעדים שראו בקוטנן דה"ה עדים שיהיו מתחלה קרובים או פסולים ולסוף נתרחקו ונעשו פשרים ג"כ נאמנים בצירוף רובא פנ"ל דהא מציינו שם בסוף פ"ב דכתובות דת"ק דר' יוחנן ב"ב ס"ל דאינו נאמן משום דלא דינקו משמע בשארי עדות פסולים בשעת ראי' ואח"כ נעשו פשרים נאמנים כמבואר שם בריטב"א על המשנה שם.

רק בעינן שיהי' בידו להכשיר א"ע משום דהיכא דלא הי' בידו י"ל דזה דומה להא דסוף פ"ב דכתובות ה"ל דס"ל לת"ק דאינו נאמן וכמש"כ הסמ"ע בסי' ל"ה ס"ק י"ט משום דזה מקרי לאו בידו דמי יימר דמזדקקי כו' כמו בקידושין ד' ס"ב ונהא דאמר ר' יוחנן ב"ב בכתובות שם דנאמן משום דדעתו כו' מידק דינקי ראיתי בריטב"א שם שפתב להעיר מהא דקידושין ה"ל דזהו לא בידו כו' וכתב דשא"ה דהי' סבור דינדקקו לי' הב"ד כו' וכבר תמהתי על הש"ך בסי' ל"ה ס"ק ז' דכתב דזה מקרי בידו כו' אף ברשע ועשה תשובה הוי בידו להכשיר א"ע כמבואר בש"ך שם ס"ק ז' וכן בקרוב ונתרחק י"ל דהוי באופן דהי' בידו לגרש את אשתו ואכמ"ל: ועפ"י"ז יש ליישב קושיות התוס' בשבועות ד' ל"ה ד"ה או שהי' א' מהם קרוב או פסול הרי אלו פטורים משבועות העדות והקשה התוס' דכבר שמענו דאינו נוהג אלא בראוין להעיד ע"ש ועל תירוץ הקשה התוי"ט שם הא כבר שמענו זה במשנה דמכות דנמצא א' מהם קרוב או פסול עדותם בטילה וכמו שהקשה הר"ן בשם הרמב"ן והוכיחו מזה דאף בקיבל קרוב או פסול כבתי אינו חייב ק"ש וכמבואר בירושלמי דשבועות ועי' בתנאים מזה סי' ל"ו ס"ק ז' אף לפמש"כ יש לתרץ בפשיטות קושית התוס' ה"ל בהקדמם מה שפתב הפר"ד בדרך מצוותיה ח"ד סי' קכ"ה שהקשה על הא דאמרו שבועות העדות אינו נוהג בנשים והקשה הא בעד מיתה דאשה מהימנה יש לחייבה ק"ש וכמש"כ התוס' בשבועות ד' ל"א ע"א ד"ה ורפנן הוא דפסלוהו כו' דכיון דנאמן מה"ת מקרי בר הגדה כו' ותיגר דכיון דאשה פסולה לעדות אלא במיתה וכה"ג נאמנת אבל להצטרף עם אחר להעיד בשארי מילי אינה נאמנת לכן

אין שם עד עליו להתחייב ק"ש ע"ש: וכן מצאתי בתשובת רע"א זצ"ל בסי' קע"ט ונ"ל וקשה לי אמאי אינו נוהגת בנשים הא משפחת בעד מיתה דאשה נאמנת וצ"ל דענין שבועת העדות הוא רק בעד פשר דשם עדות עליו בכל מילי ואני קורא בו והוא עד אלא דע"א אם מגיד אינו מועיל וצריף צירוף עם אחר בזה היכא דאם הי' מגיד הי' מועיל חייב ק"ש אבל בקרוב או פסול דאין שם עדות עליו אלא דבסוטה האמינתו תורה משום רגלים לדבר ונזכר שהאמת פן כו' בזה ליכא ק"ש כו' עכ"ל וזה פועין סברת הפר"ד הנ"ל: ולפ"ז ה"ה במה דאמרינו דקרוב ונתרחק או רשע ועשה תשובה דנאמנין היכא דרנבא מסייע לי ועי' במל"מ פ' י"ד ה' עדות הל' ד' מש"כ בשם המהרי"ט להסתפק ברשע ועשה תשובה אם יהי' נאמן בזה דקטן והגדיל נאמן בהא דסוף פ"ב דכתובות ונדעתי נוטה בזה דנאמן וכמש"כ לעיל ולפי"ז הי' מקום לומר לכאורה דחייבין ק"ש אם כפרו עדותן דהא עכ"פ הי' נאמנים להעיד כמו בזכור בפלוגית שיצאתה בהינומא וכה"ג אף באמת כפי מש"כ הפר"ד ורע"א הנ"ל דבפסול לעדות כמו קרוב ואשה דאף דנאמנים להעיר במיתת בעלה משום דעבידא לגלויי או משום דיקא ומינסבה עכ"ז אין חייבין ק"ש פיון דאינו נאמנים בתו"ע מצד עצמם כמו פל עד ע"כ אין חייבים ק"ש ואינו בכלל והוא עד וה"ה בפסול להעיד מחמת תחלתו בפסלות ואינו יכול להצטרף בשארי עדות.

ע"כ אף היכא דרנבא מסייעו דנאמן להצטרף ואחר פשר עמו. עכ"ז פיון דאינו ראוי להגיד מצד עצמם ואף דעכשיו בשעת הגדת העדות הוא פשר עכ"ז פיון דהתורה פסלה לכל עדות היכא דהי' תחלתו בפסלות ואין נאמן הכא רק מצד הרוב מסייעו מקרי זה ג"כ כמו פסול הגוף על עדותן דכיון דאינו מועיל בשארי מילי ע"כ אינו חייב ק"ש דמה לי אם פסול עכשיו להעיד מחמת פסול הגוף שיש עליו האידנא בשעת הגדה או מחמת תחלתו בפסלות מחמת ראי' שפסלתה התורה: וכן מדונקדק בלשון המשנה דתנו שם או שהיה א' מהם קרוב או פסול וכן אמרו בזה"ל בהא דת"ר שם בגמ' ואמאי לא תני או שא' מהם קרוב ופסול או בלשון שנמצא מהם קרוב או פסול כמו דאמרו בזה"ל בכל דוכתי ומדנקט המשנה בלשון עבר שהיה מוכח דכוננת המשנה הוא בכה"ג דמציינו בכתובות דנאמן להעיד היכא דהוי רנבא מסייע לו אף בתחלתו בפסלות.

וה"א דבזה חייב ק"ש פיון דעכשיו אין עליהם שום פסול כלל רק הפסול היה בעת ראי' ע"כ אשמעינו דגם בזה אינו חייב ק"ש דכיון דהיה א' קרוב או פסול בעת הראי' מקרי אינו ראוי להגיד מצד עצמם ואין חייב ק"ש ואשמעינו והמשנה טובא וע"כ שם בשבועות ד' ל"ה הנ"ל ת"ר או שהיה א' מהם קרוב או פסול יכול יהי' חייב ת"ל אם לא יגיד כו' משום דבעינן ע"ז מיעוט מקראי דהא בכה"ג שפכתתי היכא דרנבא מסייע לו הסברא נותנת דנאמן מה"ת וכו"ל: והא דתנו התם דגם עד מפי עד נתמעט מק"ש י"ל דזה קאי על עד מיתה דאמן בזה ואשמעינו דאף דאין פסול הגוף בעצמם עליו רק פיון דהתורה פסלה בכל מילי לעד מפי עד ע"כ אף היכא דנאמן כמו בעד מיתה מדרבנן עד מפי עד ג"כ הוי כמו פסול הגוף דלא קרינו בי' והוא עד רק בהא דאמרו שם הי' א' מהם קרוב או פסול ליכא למימר פן דהא על הקרוב והפסול בעצמם כבר ידעינו ממשנה דשבועות ד' דאינו נוהגת בקרובים ופסולים וגם על העדים אחרים דנצטרפו עם הפסול ג"כ ליכא למימר דהא מה"ת אינם נאמנים בעדות אשה וכמש"כ הריב"ש בסי' קנ"ה דדונקא עד פשר נאמן מה"ת בעדות אשה ולא פסול מה"ת וע"כ אף להנו"ב במ"ק סי' מ"ו דכתב

שם דהך פסול דנמצא א' מהם קרוב עדותם בטילה זהו אינו נוהג בעדות אשה ע"ש
ובמק"א הארכתי בזה ע"כ ז"א רק מדרבנן ולכן לא שייך על זה למילף זה מקראי כמו
דיליף התם בברייתא דת"ר הנ"ל אכן לפמש"כ דקאי על הא דסוף ב"פ דכתובות וכה"ג
שפיר בעינן ע"ז לימוד מקראי: דעל פסול דעד מפי עד דתנן התם לפמש"כ דזהו אינו
אלא מדרבנן בעדות אשה דלא שייך על זה למילף מקראי מ"מ י"ל בזה כמש"כ הר"ן
בפ"ט דכתובות לפי שיטת הסוברים מכירות שטרות דרבנן דהא דאמרין יצאו שטרות
מאנאה מלימוד מקראי דזה אינו רק אגב קרקעות ועבדים ע"ש וה"ה י"ל בזה דג"ז אינו
רק אגב שהי' קרוב או פסול ועיקר כוונת המשנה והברייתא שם דלעולם היכא שהיה
א' מהם קרוב או פסול בעת הראי' לא משפחת בי' לעולם חיוב ק"ש פלל ומתנרץ קושית
התוס' על נכון ובהא דשבועות ד' ל"ב הפל מודים בעד א' בדר' אבא ולפמש"כ בשם
המתנה אפרים עפ"י סברת רש"י בכורות דהיכא דאיכא רוב מסייע נאמן ע"א ג"כ ה"מ
הגמ' לאשפוחי כה"ג דבזה חייב ע"א ק"ש פיון דהי' נאמן כנ"ל.

רק אין זה הדרת כ"כ דבלא"ה ה"מ הגמ' לאשפוחי גוונני אחרני זולת זה יש לדחות זה:
ענף ד והנה בב"ק ד' פ"ח אמרין דהא דעבד מופסל לעדות ילפינן התם במה הצד מן
גזלן וקטן יעו"ש ודברי הרמב"ם פ"ט ה' עדות ה"ד עיין בכ"מ ותנאים סי' ל"ה ולפמש"כ
דרשע ועשה תשובה וכן קטן והגדיל נאמן היכא דאיכא רוב מסייע לי' [בצירוף אחר
כנ"ל ועבד ונשתחרר אינו נאמן כמבואר ספ"ב דכתובות וכיון דעיקר פסול עבד נלמד
מן גזלן וקטן א"כ לא יהי' הלמד חמור מן המלמד ודיו לבא מן הדין להיות כנודון רק אי
נימא דז"א רק מדרבנן ניקא.

אבל באמת אין זה הדרת כלל די"ל דכיון דילפינן פסול מה"ת בעבד ע"כ ממילא פיון
דבעבד ונשתחרר שייך הטעם דלא דייק ממילא גרע מגזלן וקטן משא"כ בקטן ונתגדל
וקרוב ונתרחק וכן רשע ועשה תשובה דשייך בהו לומר דדייקי כנ"ל היכא דהוי בידו
כו' ע"כ לא שייך לדון בזה הך דיו כו' אכן לפמש"כ השער המשפט בסי' ל"ה ס"ק ג' יש
לעיין בזה וקצרתיו: אף קשה במה דיליף עבד דמופסל לעדות מן גזלן הא יש לומר דמצינו
דפסול גזלן חמור ביותר מן עבד דהא עבד מהימן במיתה ובטומאה כמבואר בסוטה ד'
ל"א ור"ה ד' כ"ב וגזלן אינו נאמן התם רק בעדות מיתה י"ל דהא ז"א רק מדרבנן
וכמבואר בתשובת הריב"ש והובא בנו"ב סי' ל"ג ובפתיחה לספר מראות הצובאות אבל
בעדות טומאה נאמן עבד מה"ת וכמבואר בירושלמי סוטה פ"ב ה' ב' וזה לשונו ועד אין
בה אין לי אלא עד מניין אף עבד ושפחה ת"ל ועד אין בה מ"מ עכ"ל אלמא דעבד נאמן
מה"ת בטומאה משום רגלים לדבר [וראיתי בפתיחה לספר מראות הצובאות שכתב דהא
דעבד ואשה נאמנין גבי טומאה סוטה ז"א רק מדרבנן ע"ש אבל מן הירושלמי הנ"ל
מוכח דנאמנים מה"ת ואפשר לומר דבאמת למאי דמסיק בב"ק שם מה לגזלן שפן מעשיו
גרמו לו וחשוד להעיד שקר דמה"ט גופא אינו נאמן בעדות סוטה משא"כ בעבד וזהו
גופא בכלל האי פירקא וקצרתיו: ולפמש"כ לעיל דעבד נאמן מה"ת בטומאת סוטה בשם
הירושלמי הנ"ל יש להקשות על הא דמפות ד' ח' ע"ב דאיתא התם עבד כו' גולה ולוקה
ע"י ישראל כו' כגון שהעיד בו והזים דכונתו גבי עבד שהעיד והזים עבד בר עדות הוא
כו' וקשה הא משפחת עבד בר עדות בטומאת סוטה דעבד נאמן להעיד שנטמאה ואף
אחר ששתתה נאמן ע"א כמש"כ התוס' בסוטה ד' ו' בד"ה ושפאו לה כו' וכמו גבי בן

גרושה נחלוצה לוקה אם נמצאו זוממין וה"ה בהעיד העבד שנטמאה ונמצא זומם מבעי להיות לוקה מחמת לא תענה דהא היכא דלא שניף תורת הנזמה לוקה משום לא תענה ואף דע"א אינו בתורת הנזמה כמבואר בב"מ ד' ד' ד' זהו מחמת דאינו נאמן להוציא ממון וכמש"כ התוס' שם ד"ה ע"א יוכיח אבל היכא דמהימן דינו בהנזמה היכא דשניף או במלקות היכא דלא שניף בו תורת הנזמה וכמש"כ הרמב"ם בהל' עדות פ' כ"א הל' ה' דבא ע"א ומעיד שזינתה אחר קינוי וסתירה דינו דמשלם פתובתה ע"ש א"כ משפחת דיהיה עבד לוקה מחמת לא תענה לרבנן דר' יהודה דס"ל בב"ק ד' פ"ח דעבד הוא אחיו במצות ובזה לא שניף תורת הנזמה דהא בעינן לו ולא לאשתו וכמש"כ התוס' בריש מפות גבי מצרי ע"ש ובלא"ה שניף זה בעבד דהא לא הוי בר אישות ועיין ברמב"ם פ' כ' ה' עדות ה' ח' ותקשה דמאי פריף הגמ' עבד בר עדות הוא הא משפחת כנ"ל: ואף דכתוב שם עבד לוקה ע"י ישראל ונקט לי' בלשון זכר זה אינו דקדוק כלל וגם הא קי"ל באשה שזינתה דאין לקבל העדות שלא בפני בעלה אלמא דהוא מקרי בע"ד וע"כ שפיר מקרי בזה הלשון בלשון זכר דהא רוצים לאסור עליו אשתו וקשה כנ"ל ואף שהרמב"ם פתב דמשלם הפתובה עכ"ז הא משפחת הרבה גונוי דלית לה פתובה א"כ היכא דלא הנה לה פתובה בל"ז א"כ דינו דלוקה כמש"כ התוס' גבי מצרי א"כ משפחת לי' דלוקה כנ"ל.

אף גם לפמש"כ המראות הצובאות דהא דעבד נאמן בטומאת סוטה אין זה רק מדרבנן ג"כ תקשה לפמש"כ התוס' בשבועות ד' ל"א ע"א דאף במקום דאינו נאמן רק מדרבנן ג"כ חייב ק"ש א"כ ה"ה יש לדון דיהיה שניף בי' מלקות משום לא תענה ותקשה ג"כ אליבין דמאי פריף עבד בר עדות הא משפחת כה"ג: ויש לתרץ כ"ז לפמש"כ הפר"ד הנ"ל דבעד פסול במילי אחרניא כמו אשה ועבד ע"כ אף היכא דמהימן משום איזה צירוף ורגלים לדבר ג"כ אינו חייב ק"ש וי"ל דה"ה גבי לאו דלא תענה ברעה עד שקר דג"כ אינו חייב משום לא תענה רק היכא דהוא בר עדות בשאר מילי אבל היכא דאין עליו שם עד בשאר דוכתי אין בכלל עד להתחייב משום לא תענה ע"כ שפיר מקשה הגמ' עבד בר עדות הוא דהא לא מהימן בשארי דוכתא כ"א הכא משום רגלים לדבר ע"כ פטור משום לא תענה וכן ראיתי להסבא הנ"ל לדמות לאו דלא תענה לחיוב ק"ש בזה בתשובת רע"א סי' קע"ט שכתב פן מסבא אף לא הביא ראי' לזה אכן לפמש"כ מוכח פדבריו מהא דמכות הנ"ל ובגדה ד' נ' ובסנהדרין ד' ל"ד במשנה יש פשר להעיד ואינו פשר לדון ואמרין לאתויי מאי לאתויי סומא באחת מעיניו ומי ר"מ הוא כו' ולפי מה שכתבתי דמשפחת לה עבד ואשה וקרוב דאנמנים בטומאת סוטה ולהפסיד פתובתה מה"ת ואפ"ה לדון בזה פסול ואף דאמרו סתמא יש פשר להעיד עכ"ז י"ל דזה אינו אלא באיזה פרט ולא בכל מילי כמבואר בגדה שם לעיל מינה דיש ראוי לדון ד"מ כו' וזה קאי על לדון חבירו אלמא דאף דתנו סתמא מ"מ אין זה רק באיזה פרט אף באמת זה אינו דקדוק כלל דלשון יש פשר להעיד משמע דנאמן מצד עצמו ולא משום איזה צירוף ובלא"ה יש לאשכוחי כמה גוונא בזה דכשר להעיד ואינו פשר לדון ועיין בסמ"ע סי' ז' ובאו"ת שם ס"ק ג' וס"ק ד' וקצרתיו: ענף ה' והנה בירושלמי פתובות פ"ב ה' יו"ד על מתניתין אלו נאמנין להעיד בגודלן כו' אמרו שם בזה"ל באה"ד הוזמו מהו שישלמו או פהדא דא"ר בא רב יהודה בשם שמואל אין לומדין דבר מדבר בעדים זוממין וכא פן ופי' הפ"מ דהירושלמי קאי על מה דאיבעי' שם לעיל דהיכא שאין מתפוננין להעיד אלא

שְׁמֹן יוֹצֵא מִתּוֹךְ עֵדוּתָן שְׁמַעֲיָדִין עַל דְּבַר אִסּוּר אִם נֶאֱמָרְנָה אוֹ לֹא וְאֵת"ל דְּנֶאֱמָרְנָה אִם חָזְרוּ וְהוֹזְמוּ עַל עֵדוּתָן מֵהוּ שְׁיִשְׁלְמוּ וְלֹא אִיפְשִׁיטָא הַבְּעִיָא עַכ"ל הַפ"מ א"כ מוֹכַח מִזֶּה דְדוֹקָא בְּהַעֲדוֹ עַל אִסּוּרִין וְלֹא נִתְפָּוְנוּ לְהַעֲד עַל הַמָּמוֹן בְּזֶה אָמְרוּ דְלֹא יִשְׁלַם מָמוֹן מִשׁוּם דְּהִזְמָה חִידוּשׁ הוּא כו' אָבֵל בְּהָא דְאָמְרוּ שֶׁם דְּנֶאֱמָרְנָה לְהַעֲד בְּגוֹדְלָן כו' לְעֵנָן פְּתוּבָה וְכֵה"ג דָּאם הַעֲדוּ וְהוֹזְמוּ מִשְׁמַע דְּמִשְׁלָמִין בְּתוֹרַת הַזְמָה וְאִף דְּעֵיְקָר רְאִיּוֹת עֵדוּתָן הוּא בְּתַחֲלָתוֹ בְּפִסְלוֹת וְא"כ י"ל דְּבַעֲצָם עֵדוּתָן יֵשׁ עֲלֵיהֶם שֶׁם פְּסוּל עֵדוּת וְגַם הָא אֵינָן נֶאֱמָרְנָה מִצַּד עֲצָם עֵדוּתָן אֲלֵא מִשׁוּם רַב נְשִׁים בְּתוּלוֹת נִישְׂאוֹת מְסִינַע לְהוּ וְכֵה"ג אַפ"ה דִּינָן דְּמִשְׁלָמִין מָמוֹן בְּהוֹזְמוּ א"כ זֶהוּ דְלֹא כַּמְש"כ לְעֵיל לְדוֹן בְּזֶה דְאִף דְּנֶאֱמָרְנָה בְּעֵדוּתָן עַכ"ז אֵין חֵיבִין ק"ש בְּכַפְרוֹ עֵדוּתָן וְגַם אֵין לוֹקִין מִשׁוּם לֹא תַעֲנֶה וְאֵין בְּהֶם תּוֹרַת הַזְמָה מִשׁוּם דְלֹא הָיִי שֶׁם עַד עֲלִיו וְהָיִי כְּמוֹ דִּישׁ פְּסוּל הַגּוֹף עֲלֵיהֶם מִחֲמַת תְּחִלְתוֹ בְּפִסְלוֹת וְגַם הָא אֵינָן נֶאֱמָרְנָה רַק מִחֲמַת צִירוּף הָרֹב אָבֵל מִירוּשְׁלָמִי הַנָּ"ל מוֹכַח דְלֹא אָמְרִינָן כֵּן אֲלֵא כִּינָן דְּהַשְׁתָּא הֵם פְּשָׁרִים בְּעַת הַהֲגָדָה בְּב"ד יֵשׁ עֲלֵיהֶם שֶׁם עַד לְגַבֵּי הַזְמָה וְכֵה"ג אִף דְּהַזְמָה חִידוּשׁ הוּא: וּמִזֶּה הָיִי סִינְעֵתָא לְמַש"כ הַרְמַב"ם פ' כ"א ה' עֵדוּת ה"ה דְּבַע"א שְׁהַעֲדִי שְׁזַנְתָּה אַחַר קְנוֹי וְסַתִּירָה יֵשׁ בּוֹ דִּין הַזְמָה וְעֵינָן מִזֶּה בִירוּשְׁלָמִי סוּטָה פ"א ה"א וּבַמְרָאָה הַפְּנִים שֶׁם ד"ה עֵידי קְנוֹי שְׁנַמְצָאוּ זוֹמְמִין לוֹקִין כו' וְאִף דְּע"א בְּקְנוֹי וְסַתִּירָה לֹא מְהִימָן מִצַּד עֲצָם עֵדוּתָן לְבַד רַק מִחֲמַת קְנוֹי וְסַתִּירָה דְהָיִי רְגָלִים לְדָבָר אַפ"ה כִּינָן דְּהַתּוֹרָה הַיְמָנִי שְׁפִיר הָיִי עֲלָיו שֶׁם עַד לְעֵנָן דִּין הַזְמָה וְכְמוֹ בְּמִשְׁפִּיעַ ע"א לְעֵנָן חֵיבִין ק"ש בְּשִׁבְעוֹת ד' ל"ב דְּהַפֵּל מוֹדִים בְּעַד סוּטָה שְׁחֵיב דְּרַחֲמָנָא הַיְמָנִי: אָמְנָם לוֹלֵא דְבָרֵי הַפ"מ יֵשׁ מְקוֹם לְפָרֵשׁ לְהִירוּשְׁלָמִי הַנָּ"ל בְּמָה דְקָאֵמַר הוֹזְמוּ מֵהוּ שְׁיִשְׁלְמוּ דְקָאֵי עַל הַמְבֹאֵר בְּמִשְׁנָה אֵלוֹ נֶאֱמָרְנָה לְהַעֲד בְּגוֹדְלָן כו' דְּע"ז אָמְרוּ הוֹזְמוּ מֵהוּ שְׁיִשְׁלְמוּ מִשׁוּם דִּי"ל דְּכִינָן דְּהַתּוֹרָה פְּסָלְתוּ לְעֵדוּת אִם הִיא תְּחִלְתוֹ בְּפִסְלוֹת א"כ הָיִי זֶה כְּמוֹ דְהָיִי פְּסוּל הַגּוֹף עַל עֵדוּתָן וְכְמוֹ הָא דְכַתְּבֵי הַפּוֹר"ד דְלָכֵן שְׁבֻעַת הָעֵדוּת אֵינּוּ בְּקָרוֹבִים אִף הֵיכָא דְהַתּוֹרָה הָאֲמִינָתוֹ מִשׁוּם דְהָא יֵשׁ עֲלָיו שֶׁם פְּסוּל וְלֹא קָרִינָא בֵּי וְהוּא עַד כְּנ"ל וְכַש"כ בְּהַזְמָה דְהָיִי חִידוּשׁ וְשְׁפִיר קָאֵמְרֵי שֶׁם בִירוּשְׁלָמִי דָאֵין לוֹמְדִין דְבָר מִן דְבָר בְּעֵדִים זוֹמְמִין א"כ אֲדַרְבָּא יְהִי סִינְעֵתָא מִירוּשְׁלָמִי הַנָּ"ל לְדָבָרֵי אִף י"ל דְּז"א רַק בְּהַזְמָה דְחִידוּשׁ הוּא כְּמוֹ שְׁאָמְרוּ אֵין לְמַדִּין כו' כְּנ"ל] וְאַחַר כּוֹתְבֵי כ"ז אֲתַאי לְיָדֵי יְרוּשְׁלָמִי עִם פִּי קָרְבָן הָעֵדָה וְרֵאִיתִי דְכַתְּבֵי ג"כ דְהָדָּ הוֹזְמוּ מֵהוּ שְׁיִשְׁלְמוּ קָאֵי עַל מַה דְאָמְרוּ שֶׁם דְּנֶאֱמָרְנָה בְּגוֹדְלָן כו' לְעֵנָן פְּתוּבָה מְאִתִּים וְהוֹזְמוּ ע"ש.

ע"כ שְׁפִיר פְּתַבְתִּי לְעֵיל לְדוֹן כְּנ"ל וְעַם כ"ז אֵין מִזֶּה סַתִּירָה עַל מַש"כ הַרְמַב"ם דְּבַע"א דְנֶאֱמָרְנָה אַחַר קְנוֹי וְסַתִּירָה דִּישׁ בּוֹ דִּין הַזְמָה: דְאִף דָאֵין נֶאֱמָרְנָה מְפָאֵת עֲצָמוֹ רַק מִצַּד רְגָלִים לְדָבָר עַכ"ז כִּינָן דִּישׁ עֲלָיו שֶׁם עַד פְּשָׁר וְרֵאִי לְהַצְטָרֵף עִם אַחַר בְּשִׁאֲרֵי מִלֵּי לָכֵן שְׁיִיךְ בּוֹ דִּין הַזְמָה אָבֵל הֵיכָא דִישׁ עֲלֵיהֶם פְּסוּל מִחֲמַת תְּחִלְתוֹ בְּפִסְלוֹת דִּינָן כְּמוֹ פְּסוּל הַגּוֹף דָאֵין בְּזֶה דִּין הַזְמָה כְּנ"ל וְכַמְש"כ הַפּוֹר"ד לְחַלְקָא כְּעִין זֶה גַבֵּי חֵיבִין ק"ש כְּנ"ל: וְרֵאִיתִי בְּקִצָה ח"ח ס' ל"ח ס"ק ה' שְׁפַתְּב דָּאם ע"א הַעֲדִי בְּמְקוֹם דְהָיִי מַחוּשׁוּאִיל"מ דְטָעַן אֵינִי יוֹדַע וְכֵה"ג גְּנִיזוּם הָעֵד דִּי"ל דְשְׁיִיךְ בּוֹ דִּין הַזְמָה דְהָא דְב"מ ד' ד' דְע"א אֵינּוּ בְּתוֹרַת הַזְמָה הֵינּוּ מִשׁוּם דְלֹא מְהִימָן לְחֵיבִין מָמוֹן אָבֵל הֵיכָא דְמְחֵיבִין מָמוֹן מִחֲמַת מַחוּשׁוּאִיל"מ שְׁיִיךְ בּוֹ דִּין הַזְמָה.

אֵלָא שְׁלֵבֵי מְהַסֵּס דְקָרָא דְכֹאֲשֵׁר זָמַם בְּשָׁנֵי עֵדִים הוּא דְכֹתִיב עַכ"ל הַקְצֵה"ח וּבְאַמַּת מִן הָרַמְבַּ"ם שֶׁהִבְאֵתִי לְעֵיל מוֹכַח בְּפִי דְאָף בַּע"א הֵיכָא דְנִיאָמֵן שְׁיִיךְ בּוּ דִין הַזְמָה וּדְלֵא כַהֲקֵצָה"ח בְּזֵה אַכּוּן בְּעֵיקָר דְבָרֵי הַקְצֵה"ח הַנֶּ"ל יֵשׁ לְדוֹן בְּזֵה דְאָף אִם הָנִי מַחוּשׁוּאִיל"מ מ"מ אֵינוֹ בְּתוֹרַת הַזְמָה וְכַמְש"כ הַנּו"ב בַּמ"ק ח' אַה"ע ס' ע"ב בַּע"ח אָף הֵיכָא דְהָנִי מַחוּשׁוּאִיל"מ מ"מ אֵינוֹ בְּהַזְמָה מְשׁוּם דְרִיעַ טַעְנָתוֹ שֶׁל הַלְוָה גָּרַם לוֹ לְהִתְחַיֵּיב מִמּוֹן וְע"כ אֵינוֹ בְּתוֹרַת הַזְמָה ע"כ הָעֵיקָר בְּזֵה דְלֵא כַהֲקֵצָה"ח הַנֶּ"ל: וְשִׂאֲנֵי בְּהָא דַּע"א מְעִיד שְׁנִטְמָאָה דְכֹתֵב הָרַמְבַּ"ם הַנֶּ"ל דִּישׁ בּוּ דִין הַזְמָה דְהִתְוֹרָה הַיִּמְנָנִי מִצַּד עֲצֻמוֹ פִּנ"ל אֲבָל בַּמַּחוּשׁוּאִיל"מ דְאֵינוֹ רַק מִצַּד דְרִיעַ טַעְנָת הַבַּע"ד לֹא אֲמָרִינֵן בּוּ דִין הַזְמָה וְכַמְש"כ הַנּו"ב הַנֶּ"ל וּבְנוֹדָאֵי אֵין לְחַלְקֵי בֵין טוֹעֵן אֵינִי יוֹדַע וּבֵין הָא דְנִסְכָּא דַר' אַבָּא וְקַצְרְתִּי בַכ"ז: עֲנָף וּנְחוּזָר לְעֵנְיָנֵנוּ וּנְבָאָר שְׁיִטַּת הָרַמְבַּ"ם דַּס"ל דְדוֹקָא בְּקִיּוּם שְׁטָרוֹת בְּעֵי אַחַר גְּדוּל מִתְחַלָּה עֲמוֹ אֲבָל בְּעֵדוֹת הַיְנוּמָא לֹא בְּעֵינֵן אַחַר כְּשֶׁר עֲמוֹ רַק סָגִי בְּזֵה ג"כ עֵדוֹת הָאֲחַר שְׁהֵינָה קָטָן וְהַגְדִּיל עֲכָשְׁיוֹ וְכַמְש"כ בַּא"ע ס' צ"ו וְהוֹבָא בַּאו"ת בְּיָאוּר סְבָרָא זֹו וְנִלְעַנְדֵּי לְבָאָר שְׁיִטַּת הָרַמְבַּ"ם וְלְהַסְבִּיר דְבָרָיו בְּחִילוּק הַנֶּ"ל דִּי"ל דְהָרַמְבַּ"ם הוֹכִיחַ מְהַש"ס דְבַעֲדוֹת הַיְנוּמָא אָף דְעֵדוֹת הָאֲחַר הֵינָה ג"כ מִתְחַלָּה בְּפִסְלוֹת בְּעַת הָרְאָיָה אִפ"ה הַקְּלוּ בְּזֵה לְהַאֲמִינוֹ דְהָא שְׁיִטַּת הָרַמְבַּ"ם דְבַעֲת רְאִיָּה לְבַד שְׁיִיךְ ג"כ נְמָצָא קְרוּב וּפְסוּל עֵדוֹת כְּלוּן בְּטִילָה אָף דְלֹא הָעִידוּ בְּבַת אַחַת בַּב"ד וְגַם שְׁיִטַּת הָרַמְבַּ"ם דְאָף דְלֹא הָעִידוּ כְּלָל בַּב"ד ג"כ נִתְבַּטַּל עֵדוֹת הַכְּשָׁרִים מֵעַת הָרְאָיָה.

וְאִי נִימָא גַבֵּי זְכוּר בְּפְלוּגִיָּת שְׁיִצְאָתָהּ בְּהַיְנוּמָא כּו' דְבַעֲי אַחַר כְּשֶׁר מֵעַת הָרְאָיָה עֲמוֹ א"כ תִּקְשָׁה דְהָא זֵה לֹא מְשַׁפַּחַת בְּהָא דְקָטָן וְהַגְדִּיל מְעִיד שְׁרָאָה אֲזַ בְּקָטָנוֹ וּבְצִירוּף עוֹד אַחַר כְּשֶׁר עֲמוֹ דְהָא בְּעַת הָרְאָיָה שְׁרָאוּ אֲזַ בְּיַחַד הַקָּטָן וְהָאֲחַר עֲמוֹ א"כ נִתְבַּטַּל אֲזַ עֵדוֹת שֶׁל אַחַר מַחְמַת נְמָצָא פְסוּל כּו' דְהָא הַתְוֹרָה פְסֻלָּה לְהַקָּטָן לְהַעִיד וּמִמִּילָא נְפֻסֵל עֵדוֹת הַגְּדוּל אֲזַ בְּעַת הָרְאָיָה [וְגַם הָא מְעִידִין עֲכָשְׁיוֹ כְּלוּם בַּב"ד] וְדוֹחַק לֹוֹמַר בְּזֵה דְמִיָּרִי הֵיכָא דְלֹא נְצַטְרָפוּ בְּיַחַד בְּעַת רְאִיָּה וְכַה"ג הַקְּשׁוֹ הַתּוֹס' בְּסִנְהֶדְרִין ד' ל"א וּב"ב ד' מ"א ד"ה נְחֻלְקָה כּו' וְתִירוּצָם לֹא שְׁיִיךְ הָכָא וּמַזָּה הוֹכִיחַ הָרַמְבַּ"ם דְגַבֵּי זְכוּר בַּפ' שְׁיִצְאָתָהּ בְּהַיְנוּמָא כּו', אָף דְהָאֲחַר הֵינָה ג"כ פְסוּל בְּעַת הָרְאָיָה מ"מ פִּינּוֹן דְעַכְשָׁיו הוּא כְּשֶׁר מְהִימֵן לְהַעִיד בְּזֵה מְשׁוּם דַּל"כ הָא אָף אִם הֵינָה כְּשֶׁר בְּעַת הָרְאָיָה מִיְפְסָל אֲזַ ג"כ מְשׁוּם הָאֲחַר שְׁנִצְטָרַף עֲמוֹ אֲזַ הֵינּוּ הַקָּטָן דְרַחֲמָנָא פְסֻלָּה אָף גַבֵּי קִיּוּם שְׁטָרוֹת דַּכ"א אֵינוֹ מְעִיד רַק עַל הַפְּרַת הַחֲתִימוֹת וְזֵה יְכוּל לְהִיּוֹת ע"פ טַב"ע וְכַה"ג וְלֹא שְׁיִיךְ בְּזֵה כ"כ לֹוֹמַר נְמָצָא א' מְהֵן קְרוּב וּפְסוּל כּו' בְּעַת הָרְאָיָה.

דְהָא יְכוּל לְהִיּוֹת הַפְּרָתָם שְׁלֵא הֵינָה בְּבַת אַחַת בְּעַת הָרְאָיָה מִשָּׂא"כ בְּזְכוּר בְּפְלוּגִיָּת כּו' דְבְּזֵה דוֹחַק לֹוֹמַר דְלֹא הֵינָה בְּבַת אַחַת פִּנ"ל וּמַזָּה הוֹכִיחַ הָרַמְבַּ"ם דְלֹא בְּעֵינֵן בְּעִידֵי הַיְנוּמָא רַק שְׁיִיָּה עוֹד אַחַר עַכ"פ אֲבָל עַל כְּשֶׁר מִתְחַלְתוּ לֹא הַקְּפִידוּ וְהָא דְאָמְרוּ וְהוּא שְׁיֵשׁ גְּדוּל עֲמוֹ לֹא קָאֵי אֵלָא אֲקִיּוּם שְׁטָרוֹת: אַכּוּן לְפִי מַה שְׁרָאִיתִי בְּנִתְיָבוֹת ס' ל"ו ס"ק י' דְהֵיכָא דְהֵינָה א' מְהֵם קָטָן לֹא שְׁיִיךְ בְּזֵה לֹוֹמַר נְמָצָא א' מְהֵם קְרוּב אוּ פְסוּל וְהֵינָה עֵדוֹת כְּלוּם בְּטִילָה מְשׁוּם דְקָטָן אֵין עָלָיו שֵׁם עַד כְּלָל ע"ש וּלְפ"ז נִסְתַּר מִש"כ אֲבָל בְּאַמַּת יֵשׁ לְפַקְפֵּק בְּדְבָרָיו.

מֵהָא דְכָתַב הָרִיב"ש בְּסִי' שֶׁל"ט בְּשֵׁם כַּמָּה רֵאשׁוֹנִים שֶׁכָּתְבוּ דְלָכוּן מְהֵנִי בְּנוֹגַע בְּעֵדוּת סִילּוּק וְלֹא אֲמַרִי בְּזֶה תַּחֲלָתוֹ בְּפִסְלוֹת מְשׁוּם דְכִמּוּ דְלֹא שִׁינְיָה לּוֹמֵר נִמְצָא א' מֵהֶם קְרוֹב אוֹ פְּסוּל הֵיכָא דְהֵיךָ עַד א' מֵהֶם נוֹגַע בְּעֵדוּת מְשׁוּם דְאִין עָלְיוּ שֵׁם עַד כָּלֵל רַק בַּע"ד מְקַרִי וְאִינוּ בְּתו"ע כָּלֵל וּמַה"ט לֹא שִׁינְיָה לּוֹמֵר תַּחֲלָתוֹ בְּפִסְלוֹת הֵיכָא דְלֹא הֵיךָ עָלְיוּ שֵׁם עַד כָּלֵל מִתַּחֲלָה וְזֶהוּ ע"פ דְבַרֵי הָרַב"ד דְהוּבָא בְּרֵא"ש פ"ק דְמִפְּסוּת וְהוּבָא בְּש"י ס' ל"ד ס"ק כ"ח אֶלְמָא דַּס"ל לְהָרִיב"ש וְש"פ דְהֵיכָא דְלֹא שִׁינְיָה לּוֹמֵר נִמְצָא א' מֵהֶם פְּסוּל כּו' דַּה"ה דְלֹא שִׁינְיָה בְּזֶה לְדוֹן וְלִיפְּסוּל מִחֲמַת תַּחֲלָתוֹ בְּפִסְלוֹת א"כ תִּקְשָׁה מֵהָא דְאֲמַרִינוּן בְּכַתְּנֻבוֹת ד' כ"ח דְאֵלוּ נְאֻמָּנִים לְהַעֲיֵד מַה שְׂרָאוּ בְּקוֹטְנָן אַבְל בְּשַׁאֲרֵי עֵדוּת מְמוֹן לֹא מְהֵנִי לְהַעֲיֵד בְּגוֹדְלָן מַה שְׂרָאוּ בְּקוֹטְנָן מְשׁוּם תַּחֲלָתוֹ בְּפִסְלוֹת וְכַמְּש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּנֻבוֹת ד' י"ח ע"ב ד"ה מְלִיגָה גּוּפָא מִיְדָק דְיִיָּק כּו' דְהָא אִי נִימָא דְנִמְצָא א' מֵהֶם קֶטֶן אִין מְבַטֵּל עֵדוּת הַגְּדוֹלִים מְשׁוּם דְלֹא שֵׁם עַד כָּלֵל עַל הַקֶּטֶן וְכַמְּש"כ הַנְּתִיבוֹת א"כ כְּמוֹ כּוּן לֹא יִהְיֶה שִׁינְיָה לְמִיפְּסוּל עֵדוּת שֶׁל קֶטֶן וְהַגְּדִיל מְשׁוּם תַּחֲלָתוֹ בְּפִסְלוֹת דְהָא לֹא שֵׁם עַד כָּלֵל וְדוּמָה לְבַע"ד שֶׁנִּסְתַּלַּק דְכָתְבוּ דְלֹא שִׁינְיָה בּוֹ תַּחֲלָתוֹ בְּפִסְלוֹת מְשׁוּם דְלֹא הָוִי עָלְיוּ שֵׁם עַד כָּלֵל וְע"כ מוֹכַח לְהַךְ שִׁיטָה הַנ"ל דְגַם בְּנִמְצָא א' מֵהֶם קֶטֶן שִׁינְיָה ג"כ לִיפְּסוּל עֵדוּת בְּנִמְצָא מְשׁוּם דְגַם בְּקֶטֶן שִׁינְיָה לּוֹמֵר דְשֵׁם עַד פְּסוּל עָלְיוּ וְאִי דְהַש"י בְּסִי' ל"ד ס"ק כ"ח הַשְּׂיָג עַל הָרִיב"ש עכ"ז אִין לְהַזְנוִיחַ דְבַרֵי הָרֵאשׁוֹנִים הַנ"ל וּבַעֲיָקָר קְוָשִׁית הַש"י הָאֲרַכְתִּי בַּמִּק"א: וְמַה שְׁהוֹכִיחַ הַנְּתִיבוֹת דִּין זֶה דְבְּקֶטֶן לֹא שִׁינְיָה דִּין זֶה לּוֹמֵר דְנִמְצָא א' מֵהֶם קְרוֹב אוֹ פְּסוּל כּו' מֵמַה שֶׁכָּתַב הָאו"ת בְּסִי' ל"ו ס"ק י"א דְאֵשָׁה אִין עָלֶיהָ שֵׁם עַד פְּסוּל לְדִין בְּזֶה נִמְצָא א' מֵהֶם פְּסוּל יֵשׁ לְחַלְקָא טוֹבָא בֵּין קֶטֶן לְאֵשָׁה מְשׁוּם דְדוֹקָא אֵשָׁה דְלֹא חֲזִינָא לְשׁוּם עֵדוּת בְּעוֹלָם אִי לְאַחַר זְמַן לָכוּן אִין עָלֶיהָ שֵׁם עַד פְּסוּל כָּלֵל מִשָּׂא"כ בְּקֶטֶן דְאֵתִי לְכָלֵל גְּדוֹל וְלִהְיוֹת עַד כְּשֶׁר אֶפְשָׁר דְמְקַרִי בַר עֵדוּת רַק הַתּוֹרָה פְּסָלְתוּ עַכְשָׁיו וְכַדְמַצִּינוּ דְקֶטֶן מְקַרִי בַר פְּרִיתוֹת וּבַר הַוּוּיָא וְכַמְּש"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין ד' כ"ב בַּד"ה וְהָא לֹא בְּנִי דִיעָה נִיגְהוּ כּו' וְהַגְמ' בְּגִיטִין ד' פ"ה כּו' וּמַה"ט ס"ל לְכַמָּה רֵאשׁוֹנִים וְהַתּוֹס' דְזַכְּוִן לְקֶטֶן מַה"ת מְשׁוּם דְאֵתִי לְכָלֵל זְכִיָּה כְּמִבְּנָאָר בַּב"מ ד' ע"ב וְעֵינִן בְּזַבְּחִים ד' צ"ט גְּבִי קֶטֶן אִם מְקַרִי רֵאוּי לְחִיטּוּי וּמַה"ט י"ל דְקֶטֶן מְקַרִי בַר עֵדוּת מְשׁוּם דְאֵתִי לְכָלֵל עֵדוּת וַיֵּשׁ לְדוֹן בְּזֶה ג"כ ע"פ שִׁיטַת הַסּוּבְרִים בַּאֲה"ע ס' י"ז סַעִי י"ג וְאַחַרְוֹנִים שֵׁם בְּמַה שֶׁהֵבִיאוּ בְּשֵׁם הַשְּׁלִטִי גְבוּרִים בְּכַתְּנֻבוֹת ד' כ"ח דְקֶטֶן נְאֻמָּן לְהַעֲיֵד בְּמִיתַת בַּעֲלָה אִי בְּמַכּוּוִן לְהַעֲיֵד וּבַט"ז שֵׁם בַּמְש"כ דְקֶטֶן שֶׁהִגִּיעַ לְעוֹנַת הַפְּעוּטוֹת שְׂאֵנִי בְּזֶה וְקִצְרֵתִי: עַנְיָ ז' וּבַעֲיָקָר דְבַרֵי הַתּוֹמִים הַנ"ל שֶׁכָּתַב דְאֵשָׁה אִין עָלֶיהָ שֵׁם עַד פְּסוּל כָּלֵל וְשְׂאֵנִי גִזְלוֹן וְקְרוֹב דְרֵאוּי לְהַעֲיֵד וְשֵׁם עַד עָלְיוּ רַק מִחֲמַת פְּסוּלוֹתוֹ גְּפַסֵּל עכ"ל וּבְאֲמַת לְבָבִי לֹא כּוּן דְמָה דְהָא חֲזִינֵנוּ לְהִיפָּךְ בְּטוֹמְאָת סוּטָה דְאֵשָׁה וְעַבְד נְאֻמָּנִים וְכַמְּש"כ לְעֵיל לְהוֹכִיחַ דְאִי מַה"ת נְאֻמָּנִים וְאֵלוּ גִזְלוֹן פְּסוּל אִי בְּטוֹמְאָת סוּטָה מְשׁוּם דְחָשׁוּד לְשַׁקֵּר כְּמִבְּנָאָר סוּף פ"ק דַּר"ה וְכּוּן רֵאִיתִי בְּסַפֵּר טוֹרֵי אֶבֶן לַר"ה ד' כ"ב ע"א בַּד"ה הָאֵשָׁה פְּשִׁירָה עָלְיוּ כּו' בַּאֲמַה"ד וַי"ל דְהָא דְעַד א' נְאֻמָּן גְּבִי סוּטָה נְפָקָא לָן מִדְּכִתִּיב וְעַד אִין בַּה כּו' וְכִינֵן דְאֶפִּיק רַחֲמָנָא בְּלִשׁוֹן עַד הִינֵנוּ דוֹוֹקָא בְּרֵאוּי לְהַעֲיֵד לְאֶפּוֹקִי גִזְלוֹן שְׂאֵינֵנוּ בְּתו"ע כָּלֵל דְהָא כְּתִיב אֵל תִּשָּׂא יָדָךְ עִם רִשָּׁע לְהִיּוֹת עַד חֲמָס וְדַרְשִׁינוּן אֵל תִּשָּׂא יָדָךְ עִם רִשָּׁע וְהָא דְאֵשָׁה פְּסוּלָה לְעֵדוּת נְפָקָא לָן בְּשִׁבּוּעוֹת דָּף ל' מוֹעֲמָדוֹ שְׂנֵי אֲנָשִׁים וְדַרְשִׁינוּן אֲנָשִׁים וְלֹא נָשִׁים וְלֹא לְמִימָרָא שְׂאֵינֵנוּ בְּתו"ע וְאִין שֵׁם

עד עליה דנודאי שם עד עליה ולא מיעט הכתוב לאשה אלא משום דאין שם איש עליה ורחמנא אמר אנשים דנוקא כו' אבל היכא דע"א נאמן אשה נמי בכלל וכן לענין עדות אשה להשיאה ע"י ע"א הקילו רבנן כו' אלא דק"ל דאמאי אין מחיבין ע"י עדות אשה שבועה דאורייתא דהא אשה נמי בכלל עד ונ"ל מדכתיב לא יקום ע"א אבל ב' יקומו כו' עכ"ל הטורי אבן: והעתקתי דבריו הנחמדים אלמא דמצינו להיפך ממה שכתב האו"ת הנ"ל דאדרבה דאשה יש עליה שם עד ביותר מגזלן וכינן דבגזלן שייך לומר נמצא א' מהם פסול מבטל עדות כולם כש"כ באשה דשם עד עליה גבי טומאת סוטה ולא מיפסלה משום חשש משקר רק משום גזה"כ דאנשים ולא נשים ונדאי דשייך בו לומר נמצא א' מהם קרוב או פסול דעדות כולם בטיילה ולפ"ז ה"ה בקטן דהא מבואר בב"ק ברש"י ד' פ"ח דהא דקטן מיפסל לעדות היינו משום דכתיבאנשים ולא קטנים וכן כתב הרמב"ם בפ"ט הל' עדות ה' ז ועוד טעם פתב רש"י שם משום דקטן הוי עדות שאי אתה יכול להזימה כו' [וימוכח מזה דרש"י ס"ל דאף בד"מ בעינן עדות שאתה יכול להזימה ואכמ"ל] וכן מבואר בב"ב ד' קנ"ה ע"ב דאמרו שם התם בעינא ועמדו שני אנשים וליפא וכן מבואר בירושלמי סנהדרין פ' ג' ה' ט' ובשבועות פ' ד' ה' א' ע"ש.

וכינן דקטן מיפסל משום גזה"כ הנ"ל ע"כ דינו כמו אשה דנתבאר דמקרי שם עד עליו ושייך בו לומר נמצא א' מהם פסול עדותם בטיילה: והא דהוכיח האו"ת שם פן דמפני מה לא פריף הגמ' במכות על כל העריות דיצילו דהא נשים פסולות לעדות י"ל בזה דהא חזינו דתרתמי לריעותא חמיר פסולו מן חד לריעותא פמבואר בסנהדרין ד' כ"ד ובתוס' ד"ה אמר רב דימי כו' ע"כ אם הנה מקשים הש"ס מנשים דכל העריות היינו יכולים לחלק ולדחות דשאני נשים דיש עליהם שני פסולים פסול א' פסול נשים.

פסול השני אם נבעלה ברצונה הוי פסול רשע ואם נבעלה באונס יש עליה שם פסול שונא וכמש"כ התוס' במכות שם. והנה מקום לומר דשתי ריעותות אין עליו שם עד פסול לומר נמצא א' מהם פסול כו' משום דבשתי ריעותות אין עליו שם עד כלל משא"כ בחדא לריעותא יש עליו שם עד פסול ואמרינן ביה שפיר נמצא בהם א' מהן פסול כו' ולבסוף דמסיק הש"ס לומר דבמקיימו דבר הכתוב מדבר י"ל דבאמת לא מחלקינן גבי נמצא א' מהם פסול בין שתי ריעותות לחד ריעותא משום דבלא הכרח אין לנו לומר פן רק דתלוי במקיימי דבר לכן ניחא להש"ס למיפרך יותר הרוג יציל רובע יציל כו' ע"כ אין הפרת לקושיות התנאים והוכחתו פנ"ל ולכן לדינא יש מקום לומר דגם בנשים שייך לומר נמצא א' מהם פסול לבטל עדות כולם כש"כ מגזלן פנ"ל ומה שהקשה התוס' מגיטין וקדושין מקרובים שיש שם ולא מה שיש שם במעמד נשים אין זה הכרח כ"כ ולכן שפיר פתבתי לעיל הגה"ה ובמגילה ד' כ' אמר ר' יהודה קטן הייתי וקראתי למעלה מר' טרפון וזקנים אמרו לו אין מביאין ראיה מן הקטן.

ויש להעיר בזה דהא בדרבנן אף קטן והגדיל נאמן והא מקרא מגילה הוא דרבנן וכמש"כ הר"ן גבי הא דחזקיה קרי בטבריא בארביסר ותמיסר ועיין בטורי אבן למגילה ד' ה' שם ואכמ"ל ואפשר לומר דשא"ה דאמתחוק חיובא עליו וספק אם יוצא בזה ונפטר מחיובו או לא וע"כ אינו נאמן בזה קטן והגדיל ועיין בב"מ ד' ט"ז ע"ב אמר רב נחמן הוינא פבר

שתא פבר שבע ונדכרנא דהוי מכוזי הני שטרא אקנייתא דמשפתי פשוקא דהדרניהו למריהו.

ואפשר דלא סמכו על עדותו כ"כ בזה דהא באמת מצד עדות לא מהני בזה פמבואר ג"כ בסנהדרין ד' נ"ב, דא"ל קטן היית ואין מביאין ראיה מן הקטן: ע"כ הגה"ה. וב"ה מצאתי בהגהות האשר"י סוף פ"ב דכתובות שכתב בזה"ל ועוד דשאני קטן שיבא לכלל עדות משא"כ בקרוב כו' עכ"ל הרי דס"ל דקטן יש עליו שם עדות ביותר מקרוב משום דאתי לכלל עדות וכמש"כ לעיל: ולפי מש"כ האו"ת והנתיבות דאשה וקטן לא שייך בהם נמצא א' מהם קרוב או פסול כו' א"כ ה"ה בעבד דאם א' מהם עבד דלא מבטל לעדות פולם דהא עבד ג"כ אין עליו שם עד פלל כמו אשה ועיין בב"ק ד' פ"ח משום דס"ל דווקא בגזלן וקרוב יש עליו שם עד לבטל עדות פולם כמש"כ התנאים בשם הריב"ש דווקא היכא דיש עליו שם עד.

רק דהתורה פסלה בזה הדין דנמצא א' מהם כו' משום דגזלן בר עדות הוא אם יחזיר בתשובה וכן קרוב פשר לעדות לאחרים משא"כ אשה דלא חזינא לשום אדם להעיד פלל וכן קטן לאו בר הגדה פלל בשום דנכתא א"כ ה"ה עבד מקרי ג"כ לאו בר עדות פלל ואף דביד האדון לשחררו עכ"ז הא ביד העבד אינו זה ועוד הא אמרינן בקידושין ד' ס"ב גבי הרי את מקודשת לי לאחר שאשתחררה דלא הוי קידושין דאף דבידו לשחררה עכ"ז מעיקרא בהמה השתא דעת אחרת עי"ש וע"כ יש לדון לדבריהם דגם בעבד לא שייך נמצא א' מהם פסול לבטל עדות פולם: וכיון דא' מהם הוא עבד בנדאי: א"פ נתבטל עדות פולם ענף ונלענ"ד להביא ראיה לזה מהירושלמי דיבמות פ' י"א הל' ה' גבי פהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה כו' וזה לשון הירושלמי מהו שיעידו עדות אחת ומעלה להם עדות אחת כו' ואחר שנמצאו עדים זוממין אינם נהרגין ואין ההורג נהרג אף הקא פוןונתו אם התערבות נחשבו עכ"פ לעד א' להצטרף עם עוד אחר על דיני נפשות דהא אחד מהן הוא פשר וקא פשיט דכיון דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה משום דהתערבות על פל א' הוא בספק דשמא עבד הוא ואין בו דין הזמה ע"כ אין ההורג נהרג וקשה תיפוק ליה דהוי נמצא א' מהם פסול דהא מייירי בד"נ דנצטרפו בעת הראייה וגם בעת ההגדה פמבואר במכות ד' ו' ע"ב וברמב"ם הל' עדות ריש פ"ד דבד"נ צריכין העדים להעיד כא'.

א"כ נתבטל עדות פולם. בפ"ט בד"נ דאף ר' יוסי מודה דבד"נ בטל עדות פולם כשאחד מהם הוא פסול פמבואר במכות ד' ו' וכעין זה הקשו התוס' בב"ב ד' מ"א ובסנהדרין ד' ל"א גבי ב' פתי עדים המכחישים דהא הוי נמצא א' מהם פסול אף לחד תירוצא דתירצו שם דווקא פשהפסול ידוע זה י"ל ג"כ הקא דכיון דאין ידוע מי הוא העבד ע"כ לא שייך בזה נמצא א' מהם פסול כו' אבל לאידך תירוצים של התוס' הנ"ל תקשה בירושלמי הנ"ל פנ"ל.

דהא מייירי בד"נ דאף ר' יוסי מודה והנה הראייה והגדה פאחת פמבואר בד"נ וגם הא הנה התראה א"כ נתפוננו להעיד בעת הראייה ועיין במכות ד' ו' ע"א תוספות ד"ה היכי אמרינן כו': אף אפשר לומר בזה להפ תירוץ דמתרצי התוס' בב"ב שם די"ל דהתם מייירי דאתו למיחזי א"כ ה"ה בהך דירושלמי י"ל דמייירי דאתו למיחזי ואף דמייירי התם בד"נ

עכ"ז י"ל כמש"כ המהרש"א במפות ד' ו' בתוספות ד"ה היכי אמרינן כו' במש"כ התוס' דנחזי אנן אם התרו בו דהא לא פעי התראה לכל עד אלא אפילו שמע מפי עצמו עכ"ל א"כ י"ל בהך תערוכות ג"כ דלא הנה התראה מהם ואף לפי שיטת הרמב"ם דחו"מ ריש סי' ל"ו דאם פולם לא נתפוננו להעיד דבטל עדותן כמש"כ הש"ך שם.

עכ"ז י"ל דאחז מן התערוכות נתפונן להעיד והב' לא נתפונן להעיד א"כ הא לא נצטרפו אף גם זה לא א"ש לפי שיטת הרמ"ה והובא בטור ח"מ סי' ל"ו ובסמ"ע שם ס"ק ד' דס"ל דאם ר"ה ההגדה פאחת אף דבעת הראייה לא נתפוננו להעיד דמיפסל עדותן.

א"כ פאן דמייירי בד"נ דהעידו שנים. בנודאי הוא הגדה פאחת ועיין רש"י מפות ד' ו' ד"ה והוא שהעידו כו' אבל אם העידו השנים כו' א"כ תקשה פנ"ל וגם יש לעיין בזה ע"פ מש"כ תו"י בכריתות ד' י"ב ע"ב ד"ה לא נתפוננתי לעדות ועוד דהא חזינן להתוס' בסנהדרין ד' ל"א דלא ניתא להו לתרץ פן ומתדרי אחר תירוצים אחרים א"כ ה"א בירושלמי דלא שייך תירוצים הנ"ל תקשה עדיין פנ"ל וע"כ מוכח מזה דבעבד לא שייך נמצא א' מהם פסול לבטל עדות פולם וכמש"כ האו"ת באשה ויהיה מזה סייעתא לסברת האו"ת.

אמנם בעיקר הדברים הנ"ל יש לפקפק דהא מבואר בכתובות ד' כ"ח דכולם אם הנה עבד ונשתחרר אינו נאמן ריב"ב אמר נאמן ופליגי אי דייק או לא דייק ומשמע דריב"ב לא פליגי אלא בהנה דמונה התם דהוי מדרבנן ורוב נשים בתולות נישאות אבל בשארי ענינים דלא שייך פן גם ריב"ב מודה דאינו נאמן משום דהוי תחלתו בפסלות וכבר הבאתי לעיל שיטת הריב"ש וכן הוא שיטת רבנותא שהביא הרמב"ן בחי' לב"ב ד' מ"ג דלכן מהני סילוק בנוגע בעדות משום שיטת הראב"ד דבעל דבר לא שייך בו נמצא א' מהם פסול דבמקיימי הדבר הפתוב מדבר ומה"ט היכא דלא שייך עליו שם עד לא פסלינן לו משום תחלתו בפסלות ועיין מזה באו"ת סי' ל"ז ס"ק א' ובריש סי' ל"ו באו"ת ובש"ך סי' ל"ד ס"ק כ"ח ובסי' ל"ו ס"ק ט"ו אלמא דס"ל להנה רבנותא דהיכא דלא שייך נמצא א' פסול משום דלאו בר עדות הוי דה"ה מה"ט לא שייך בו לדון תחלתו בפסלות א"כ אי נימא דבעבד לא שייך בו נמצא א' פסול לבטל עדות פולם א"כ מה"ט לא יפסל עבד ונשתחרר משום תחלתו בפסלות ובאמת הא מצינו דגם בעבד שייך תחלתו בפסלות פנ"ל: וכן מבואר בתוספתא סנהדרין פ"ה יעו"ש דפסול משום תחלתו בפסול ומונה זה בין שארי פסולים משום זה ואף דבגמ' מבואר הטעם דאינו נאמן כו' משום דלא דייק וע"כ אף בדרבנן אינו נאמן ואלו בתוספתא מבואר דאינו נאמן משום תחלתו בפסול י"ל בזה כמש"כ השער המשפט בסי' ל"ה ס"ק ג' דאם יש עליו שם עד פשר הנה מהימן ולא מיפסל משום דלא דייק לפי דבעד פשר לא חיישינן לומר דלא דייקי אלא בפסול לעדות אמרו זה ע"כ עיקר הטעם בהא דספ"ב דכתובות הוא משום תחלתו בפסלות ומן התוספתא הנ"ל סייעתא לדברי השער המשפט הנ"ל ונהך תוספתא הובא בקצרה בש"ך סי' ל"ה ס"ק ז' ועיין ברש"י גיטין ד' ט' ובתוס' שם ד"ה אע"פ שחותמיהן כו' ובהגהות אשר"י שם ובמהרי"ק סי' קכ"א ובמרדכי ובקצה"ח סי' ס"ח ס"ק א' מזה וכן י"ל מזה בב"ק ד' פ"ח בתוס' ד"ה יתא עבד כו' דאי נימא דכשר מה"ת י"ל דמיפסל שפיר משום תחלתו בפסול משום דיש עליו שם עד קצת דהא פשר מה"ת וכן מוכח בירושלמי שבת

פ"א ה"ד גבי שמנה עשר דברים כו' דאי' שם והשאר מן מה דתני רשב"י בו ביום כו' ועל עדותן כו' דמשמע דכשרין מה"ת וקצרותי בכ"ז עכ"פ חזינן דעבד ונשתחרר מןפסל משום תחלתו בפסלות ולפ"ז הדין נותן למיפסל בעבד עדות האחרים שנוצטרו עמו משום נמצא א' מהם פסול פנ"ל: והא דהוכחתי מירושלמי יבמות י"ל דהתם קאי לת"ק ור"ש במשנה מפות ד' ה' דמקשי שלשה לשנים לענין הנזמה כו' ולא ס"ל להיקישא לנמצא א' מהם פסול אלא ר"ע הוסיף זה ועיין תוס' סנהדרין ד' מ"א ע"ב ד"ה פמאן כר"ע כו' ובתוי"ט מפות שם.

וגם יש עוד מקום לומר ולתרוץ הך דירושלמי הנ"ל דמייירי דאתא למחזי ועכ"ז א"ש אף לשיטת הרמ"ה דטור ח"מ הנ"ל אף לא רציתי להאריה יותר. וכעת מצאתי בירושלמי הנדפס עם שירי קרבן וראיתי שהקשה השירי קרבן על הירושלמי הנ"ל דהא ה"ל נמצא א' מהם פסול כו' ולא העיר בקל מש"כ עכ"פ חזינן דס"ל גם לבעהמ"ח ש"ק דבעבד שירי ל'פסול משום נמצא א' מהם פסול א"כ ה"ה בקטן ודוחק לחלק ביניהם: ומש"כ האו"ת להוכיח מהא דלא מקשה הש"ס מפל העריות דנשים יצילו דמוכח דבנשים לא פסלינן משום א' מהם פסול כו' משום דלא מקריא בשם עד פלל כמש"כ הריב"ש אין זה ברור כ"כ דהא מקודם דמסיק הש"ס במייירי דבר כו' דזהו המקור דמוכח הריב"ש ע"פ שיטת הראב"ד דבעי שיהיה עליו שם עד קצת ובאמת בעיקר שיטתו ובשיטת רבנותא שהובא בחי' הרמב"ן בב"ב ד' מ"ג יש לעיין בכללם שלקח מהא דספ"ב פתובות והתוספתא סנהדרין דהובא לעיל וע"פ המבואר לעיל וקצרותי] א"כ עדיין תקשה דהש"ס בקושיותם מקודם דמסקי לסברת במייירי דבר כו' הנה להם להקשות מיד ג"כ מן כל הנשים דיצילו וע"כ מוכח דאין זה הכרח כ"כ להוכיח ממה דלא הקשה המקשה פן וכמש"כ לעיל: והנה לפמש"כ האו"ת דבאשה לא שירי למפסל משום א' מהם פסול א"כ ה"ה בעבד דהא אי' בב"ק ד' פ"ח דעבד ילפי למיפסל מן אשה וגזלן או מקטן וגזלן ואפשר לומר פיון דאתו בזה למילף מגזלן ג"כ ע"כ דינו כמו גזלן ועיין ב"ק ד' ג' ע"ב תוס' ד"ה משורו למדנו כו' וברא"ש שם ייש לחלק פאן ביותר ולכאורה יש להעיר בכ"ז בהא דירושלמי גיטין פ"א ה"א פתב פל נכסי לעבדו מה עבד לי' כגט או פמתנה כו' פהדא פתב פל נכסי לשני ב"א כא' והי' עדים פשרים לזה ופסולין לזה אתפלגין ר' יוחנן ור"ל ר"י אמר מאחר שהן פסולין לזה פסולין לזה כו' מתני' מסייעא לר"י מה שנים נמצא כו' עכ"ל וכ"כ בירושלמי מפות פ"א ה"ז והאריכו הראשונים להקשות עלה דגיטין ד' ט' דעצמו קנה נכסים לא קנה והובא בארנפה דברי הרמב"ן ורשב"א והר"ן והרא"ש ספ"א דמפות בכ"ז בפני משה שם נאי גימא דבעבד לא שירי נמצא א' פסול כו' א"כ הא יש לחלק דשא"ה דאי נכסים לא קנה משום חשש זיוף א"כ ממילא לפ"ז דינו בעבד דלא שירי בי' בטלה מקצתו כו' אף ז"א הוכחה פלל דהא פיון דעצמו קנה א"כ אין עליו שם עבד פלל ולכן הוצרכו לחלק דשא"ה דשם בע"ד עליו כמש"כ הראב"ד ונדחה זה:] ובסנהדרין ד' נ"ז אי' דנהרג ע"פ קרוב ולא ע"פ אשה ע"ש אלמא דאשה גרע מקרוב ולפ"ז א"ש חילוק האו"ת אבל פבר פתבתי לעיל בשם הטורי אבן לר"ה שם דמשמע דאשה יש לה שם עד ביותר מן רשע ומה"ט בטומאת סוטה נאמנת מה"ת כמש"כ לעיל וכן בעדות מיתה נאמנת מדרבנן עכ"פ וכן מצינו בח"מ סי' ל"ה ש"ק ס"ק י"א בשם היש"ש דאשה נאמנת שם ולא קרוב וכן קטן נאמן אלמא דאשה יש לה שם עד יותר

מקרוֹב ע"כ פִּינּוֹ דְבָקְרוֹב הָיָה פְּסוּל דְנִמְצָא א' מִהֶם כו' כש"כ בְּאִשָּׁה וְקָטָן [וְלֹא שְׂיִיף בְּזָה לְדוֹן לְהָא דְנִבְחִים ד' ג' פֶּל דְמִינָה מִחֲרִיב בְּהַ וּמְצָאֵתִי בְּתִשׁוּבַת רַע"א וְ"ל בְּהַשְׁמָטוֹת לְסִי" ע"ג שְׁפֶתֶת בּוּזָה"ל וְעֵדִינָן י"ל אִם הוּא בְּאַמְתָּ קָטָן אִף דִּישׁ ג' זוּלְתוֹ מ"מ הָיָה פְּנִמְצָא א' מִהֶם קא"פ דְכּוֹלָם בְּטָלִים גַּם בְּדִינָיִם לְהַכְנִי"ג עכ"ל אֶלְמָא דס"ל לְהַגְאֹן הַגְּ"ל בְּפִשְׁיטוֹת דְאִף בְּקָטָן שְׂיִיף לֹא מְצָא א' מִהֶם פְּסוּל לְבַטֵּל עֲדוֹת פְּנִלָם וְדִלָּא פְּהַנְתִּיבוֹת וְנָהוּ סַעַד לְכָל מַש"כ וְאִינוּ רְאָיָה מֵהָאוּ"ת דִּי"ל דְשָׂאֲנֵי נְשִׁים דְמַקְרִי עִם בַּפ"ע פְּמְבֹאָר שְׁבַת ד' ס"ב ע"כ לֹא שְׂיִיף בְּהוּא נְמָצָא א' כו': נְחֻזָּר לְעֵנִינָנוּ דְשְׁפִיר פְּתַבְתִּי לְפָרֵשׁ סְכַרְתָּ הַרְמַב"ם דְהוֹכִיחַ דְלֹא קָאֵי הָא דא"ר הוּנָא וְהוּא שְׂיִישׁ אַחַר עֲמוּ רַק עַל קִיּוּם שְׁטָרוֹת וְלֹא עַל עֵיֲדֵי הַיְנוּמָא מִשׁוּם דְבָזָה אִף הַגְּדוֹל מִתַּחְלָה לֹא נָפַק מִכְּלָל תַּחְלָתוֹ בְּפְסוּל מִחֲמַת דְנִמְצָא א' מִהֶם פְּסוּל בְּעַת הַרְאָיָה וּמִמִּילָא הָיָה תַּחְלָתוֹ בְּפְסוּלוֹת וּכְמַש"כ דְגַם בְּעֲדוֹת קָטָן שְׂיִיף לְדוֹן פֶּן וְאִף בְּאִתּוֹ לְמַחְזֵי הָא שִׁי הַרְמַב"ם וְהוּבָא בַח"מ רִישׁ סִי' ל"ו דְבַטֵּל פֶּל עֲדוֹת הָאֲחֵרִים וְע"ש בְּש"ף וְדוֹחֵק לֹא מְרָה אַחַר יְכֻנָּן לְעֲדוֹת וְהָיָה עַד הַב' לֹא יְכֻנָּן רַק לְמַחְזֵי דז"א מִכְּפָה טְעָמִים וְעֵינָן בָּאוּ"ת סִי' ל"ו סוּף ס"ק ה' שְׁפֶתֶת עַל עֵנִין אַחַר שְׁם דְדוֹחֵק לֹא מְרָה דְמִינָיִרִי דְאִתּוֹ לְמַחְזֵי דְהָא סְתָמָא קַתְנֵי וְגַם לֹא מְבַעֲיָא לְהוּ לְמִסְתַּם בְּזָה וְלָכֵן אִף אִם עַד ב' הָיָה קָטָן וְהַגְּדִיל ג"כ מְהִימָן מִשׁוּם דְבְּדַרְבְּנָן הִיכָא דְלֹא אֶפְשָׁר בְּאִפְּנֵי אַחַר בְּזָה נְאֻמָּיִם שְׂנִיָּהֶם אִף בְּתַחְלָתוֹ בְּפְסוּל וּכְמַש"כ הָאוּ"ת לְפָרֵשׁ דְבָרֵי הַרְמַב"ם דס"ל דְלֹא בְּעֵינָן בְּעֵיֲדֵי הַיְנוּמָא גְּדוֹל אַחַר עֲמוּ מִתַּחְלָה אֶלְא תְלוּי אִם יֵשׁ שְׁנֵי עֲדִים.

מִשָּׂא"כ גַּבֵּי קִיּוּם דְהָא מְשַׁפְּחַת לִיהַ בְּפִשְׁיטוֹת וְיִכּוֹל לְהִיּוֹת דְעַד הַב' לֹא יְהִיָּה תַּחְלָתוֹ בְּפְסוּלוֹת מִשׁוּם דְהָא גַּבֵּי קִיּוּם דְסָגִי בְּהַכְרָה לֹא נְצַטְרָפוּ פֶּלָל בְּעַת הַרְאָיָה רַק פֶּל א' מְכִיר אֶת ח"י בַט"ע ע"כ הַחֲמִירוֹ חז"ל בְּזָה דִיְהִיָּה אַחַר גְּדוֹל עֲמוּ מִתַּחְלָה וְע"פ הַיְרוּשְׁלָמִי דְכַתְּבִתִּי לְעִיל בִּיבְמוֹת פ' י"א ה' ה' גַּבֵּי הַתַּעְרוּבוֹת דְזָה מַקְרִי עֲדוֹת שְׂאֵי אִתָּה יְכוֹל לְהַזְקִימָה כו' מְזָה סִייעָתָא לְמַש"כ הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' ל' ס"ק ב' בַּד"ה וְהִנֵּה אִף שְׁפֶתֶתִי דְבַד"מ כו' וְקִצְרִיתִי: עֲנָף ט וְנִבְאָר מַש"כ הַמְּחַנָּה אֶפְרִים הַל' עֲדוֹת סִי' ט"ו וְזו"ל מִי שְׁנַתְּחִיב ש"ה וְהִבִּיא ע"א לְאֶפְטוֹרִי נְפִשְׁיָה מְשִׁבּוּעָה וְאֶשְׁתַּכַּח דְהוּא קְרוֹב וְנִתְרַחַק פִּינּוֹ דש"ה מְדַבְּרִיָּהֶם לֹא בְּעֵי תַּחְלָתוֹ וְסוּפּוֹ בְּכַשְׁרוֹת פְּאוֹתוֹ שְׂאֲמָרוּ אֵלּוּ נְאֻמָּיִם לְהַעֲיֵד בְּגוֹדְלָן מַה שְׂרָאוּ בְּקוֹטְנָן עכ"ל וְיֵשׁ לְעֵינָן בְּדַרְבְּרִי דְהָא מְבֹאָר שְׁם בְּכַתְּנוּבוֹת דְבַעֲיָנוּ גְּדוֹל עֲמוּ אֶלְמָא דְבְּמִמוּנָא לֹא הֶאֱמִינוּ לְקָטָן רַק אִם יֵשׁ גְּדוֹל עֲמוּ אִף בְּדַרְבְּנָן וְגַם לְהַרְבֵּה פּוֹסְקִים בְּעֵינָן גְּדוֹל מִתַּחְלָה וְלִשְׁיטַת הַרְמַב"ם הָא שְׂאֲנֵי בְּעֵיֲדֵי הַיְנוּמָא מִשׁוּם דְרֹב נְשִׁים בְּתוּלוֹת כו' פְּנ"ל אִף בְּאַמְתָּ שְׁפִיר כְּתַב דְהָא מְבֹאָר בְּכַתְּנוּבוֹת ד' כ"ח ע"ב דְאִין נְאֻמָּן לֹא מְרָה דְרָף הָיָה לְפָלוּנֵי כו' מ"ט אֶפְוִקִי מְמוּנָא לֹא מְפָקִינוּ אֶלְמָא דְדוֹקָא לְאֶפְוִקִי מְמוּנָא לֹא הֶאֱמִינוּ לוֹ מִשָּׂא"כ הִיכָא דְהָיָה לְפָטוֹר י"ל דְנִאֻמָּן בְּזָה וְכֵן מְבֹאָר בִּירוּשְׁלָמִי שְׁם בְּגוֹדְלָן מַה שְׂרָאוּ בְּקוֹטְנָן כו' הָא בְּקוֹטְנָן לֹא תַמָּן תְּנִינָן נְאֻמָּנָת אִשָּׁה אוֹ קָטָן לֹא מְכָאן יֵצֵא נְחִיל זָה וּמְהַלְף לְתוּף שְׂדָה וְנוֹטֵל אֶת נְחִילוֹ כו' לֹא אָמַר אֶלְא עַל נְחִיל שְׂאִין גְּזִילוֹ מַד"ת עכ"ל וְפִי' הַפ"מ פִּינּוֹ דְזָהוּ קִנְיָן מְדַרְבְּנָן ע"כ לֹא מַקְרִי עֲדוֹתוֹ לְהוֹצִיא כו' וּבְמַתְנִיתִין הָיָה לְהוֹצִיא כו' עכ"ל הַפ"מ אֶלְמָא דְהִיכָא דְלֹא הָיָה לְהוֹצִיא מְמוֹן דִּינוּ בְּזָה פְּמוּ בְּאִיסוּרֵי דְהִימְנוּהוּ חז"ל בְּלֹא גְּדוֹל עֲמוּ פְּמְבֹאָר בְּמִשְׁנָה שְׁם ספ"ב דְכַתְּנוּבוֹת וּבב"ק שְׁם בְּש"ס דִּילָן ד' קי"ד אָמְרוּ פֶּן אִף דְמִינָיִרִי שְׁם בַּמְסֵל"ת וּמִינָיִרִי דְעֵדִינָן הוּא קָטָן אֶבֶל בְּקָטָן וְהַגְּדִיל שְׂאֲנֵי נְאֻמָּן אִף בְּלֹא מַסֵּל"ת וְעֵינָן בְּרִיטְב"א וּשְׁמ"ק שְׁם וּבְאֹר זְרוּעַ סִימָן תְּרַצ"ה מְזָה.

ולמדנו מדברי המַחנה אַפְרַיִם דִּין מְחֻדָּשׁ דְּקָרוֹב בְּעַת הַגָּדָה אֵינוֹ יָכוֹל לִיפְטוֹר מִשׁ"ה דְּאֵף דְּמַצִּינוּ בְּסוּף סִי' ע"ה בְּחוּ"מ דְּקָרוֹב זֹקֵק לְחִבְיָרוֹ לִשׁ"ה עכ"ז אֵינוֹ מְטַעַם עַד רַק דַּעֲפִי בְּרִי שְׁלוֹ מְחִיבֵינוּ שׁ"ה דְּהוּי כְּמוֹ בְּרִי שֶׁל הַבַּע"ד לְגַבִּי זֶה דְּאֵף דְּאֶמְרֵינוּ בְּב"ב ד' קל"ה וּבִבְתוּבוֹת ד' ע"ו דְּבְרִי שֶׁל אַחַר לֹא מְקַרֵי בְּרִי עכ"ז לְגַבִּי שׁ"ה שְׁאֵנִי אֲבָל לֹא מְטַעַם עַד דְּלֹא כְּשֶׁעַר הַמְשַׁפֵּט בְּסִי' ע"ה ס"ק ט"ו דְּכַתֵּב דְּקָרוֹב פּוֹטֵר מִשׁ"ה וּבִמְק"א הָאֲרַכְתִּי מִזֶּה וְאִכְמ"ל: וַיֵּשׁ לְהִבְיָא רֵאִי דְּלֹא כְּהַמְחַנֵּה אַפְרַיִם מְהָא דְּשְׁבוּעוֹת ד' מ"א דְּמַהֲדֵר שְׁם הַגַּמ' אַחַר נפ"מ בֵּין שׁ"ד לְשְׁבוּעָה דְּרַבְּנָן וּפִי' רִשׁ"י שְׁם דְּזֶה קָאִי שְׁם עַל שׁ"ה וְכֵן שִׁיטַת הָרַ"ן וְכַמְּהָ פּוֹסְקִים וְהוּבָא בְּשׁ"ד חו"מ סִי' פ"ז ס"ק ל"ח וְהַכְרִיעַ הַשֵּׁ"ךְ שְׁם כּוֹן ע"פ רְאִיוֹת וְהַתּוֹס' שְׁם וּבְגִיטִין ד' ל"ה הַקְּשׁוֹ דְּאֶמְאִי לֹא קְאָמְרִי נפ"מ אַחֲרֵינָא שְׁם וּלְפַמִּשׁ"כ הַמְחַנֵּה אַפְרַיִם דְּקָרוֹב וְנִתְרַחַק פּוֹטֵר מִשׁ"ה א"כ הִי יָכוֹל הַגַּמ' לומר הִי נפ"מ דְּבִדְאוּרֵייתָא לֹא מְהִימֵן הִיכָא שְׁהִי בְּתַחֲלָה בְּפִסְלוֹת וּבִשׁ"ה מְהִימֵן לְפִטוֹר.

וַיְדַעְתִּי מַה דִּי"ל לְשִׁיטַת רִשׁ"י ב"מ ד' ב' דְּאֵין ע"א פּוֹטֵר מְשְׁבוּעָה אֲכֹן לְפִי מַה דְּקִי"ל לְדִינָא תְּקַשָּׁה כּוֹן וַיֵּשׁ לְיִישָׁב דְּבְרִי הַמַּח"א הַנֶּ"ל עפ"י מַה שְׁפַתְבְּתִי לְעִיל לְהַעִיר דְּהָא בְּאַמַּת חֻזְיָנוּ דְּבְמָמוֹן לֹא הָאֲמִינוּ לְקָרוֹב וְנִתְרַחַק בְּלֹא צִירוּף גְּדוֹל מְעִיקְרָא וְגַם לְהַרְמַב"ם מ"מ הָא לֹא הָאֲמִינוּ רַק הִיכָא דְּאִיכָא רְוָא מְסִייעוֹ לִי כַּנ"ל אֲלֹא בְּאִיסוּרֵין דְּרַבְּנָן הָאֲמִינוּ שְׁם אֲלֹא מַצִּינוּ בְּב"ק ד' קי"ד וּבִירוּשְׁלַמִי ספ"ב דְּכַתוּבוֹת דְּגַבִּי נְחִיל שֶׁל דְּבוּרִים דְּכִינוּן דְּהוּי קִנְיָן דְּרַבְּנָן הָאֲמִינוּהוּי שְׁם לְהַקְטֵן בְּמַסְל"ת כְּמוֹ בְּאִיסוּרֵין.

וְרֵאִיתִי בְּשִׁיטָה מְקוּבָצֵת לְב"ק שְׁם שְׁפַתְבְּתִי בְּמַה דְּאֶמְרוּ שְׁם שְׁאֵנִי נְחִיל שֶׁל דְּבוּרִים דְּקִנְיָן דְּרַבְּנָן וְהָאֲמִינוּ לְקַטֵּן מַסְל"ת כְּמוֹ בְּאִיסוּרֵי דְּרַבְּנָן דְּזֶהוּ דְּוּוּקָא הֵתָם דְּאֵינוֹ גְּזֵל גְּמוּר אֲלֹא מְפָנִי דְּרַכִּי שְׁלוֹם כְּמוֹ דְּתַנּוּ יוֹנֵי שׁוּבָה יֵשׁ בְּהֵם גְּזֵל מְפָנִי דְּרַכִּי שְׁלוֹם וְכִינוּן דְּהַקְדִּילוּ חֻקִּים בְּזֶה דְּלִיכָא גְּזֵל גְּמוּר ע"כ דִּינוּ אֵף בְּמָמוֹן כְּמוֹ בְּאִיסוּרֵין עכ"ל הַשִּׁמ"ק: וְזֶה בְּרוּר דְּלֹא מְהִימְנֵי אֵף שְׁנִים וְהַגְדִּילוּ גַם בְּקִיּוֹם שׁוּבֵר דְּהוּי לְפִטוֹר וְהוּא דְּרַבְּנָן מְשׁוּם דְּג"ז דִּינוּ כְּמוֹ אֶפּוּקִי מְמוּנָא מְחֻזְקָתוֹ דְּדוּקָא הִיכָא דְּלֹא הוּי גְּזֵל גְּמוּר רַק ד"ש בְּזֶה הַשְׁוּוֹ לְאִיסוּרֵין וּלְפ"ז שְׁפִיר כְּתֵב הַמַּח"א דְּקָרוֹב וְנִתְרַחַק נְאָמֵן לְפִטוֹר מִשׁ"ה מְשׁוּם דְּדִינוּ בְּזֶה כְּמוֹ בְּאִיסוּרֵין דְּרַבְּנָן דְּספ"ב דְּכַתוּבוֹת דְּנֶאֱמָן.

דְּאֵף דְּהוּי בְּמָמוֹן מ"מ הָא לְדִידוֹן דְּקִי"ל דְּמַצִּיאַת חֲשׁוֹ אֵין בּוֹ גְּזֵל רַק מְפָנִי דְּרַכִּי שְׁלוֹם וְלֹא נְחַתִּינוּ לְנִכְסֵיוֹ ע"כ מְמִילָא מְהִימֵן קָרוֹב וְנִתְרַחַק כְּמוֹ בְּאִיסוּרֵין וְלִכְּן שְׁם בְּשְׁבוּעוֹת דְּקְאָמְרִי מֵאִי אִיכָא בֵּין דְּאוּרֵייתָא לְרַבְּנָן אִיכָא בֵּינֵיהוּ נִיחּוֹת לְנִכְסֵי' כּוֹ' א"כ מְמִילָא שְׁמַעְנֵנוּ מִזֶּה דְּכִינוּן דְּלֹא נְחַתִּינוּ לְנִכְסֵיוֹ בִּשׁ"ה לְכֵן מְמִילָא דִּינוּ כְּמוֹ אִיסוּרֵין דְּמְהִימֵן ע"א אֵף שְׁהִי תַחֲלָתוֹ בְּפִסְלוֹת לְפּוֹטְרוֹ וּלְבִסּוּף דְּשְׁקִיל וְטָרִי שְׁם הַגַּמ' אֲלִיכָא דר' יוֹסִי דְּאָמַר בְּדְרַבְּנָן נְמִי נְחַתִּינוּ לְנִכְסֵיוֹ דְּמֵאִי אִיכָא בֵּין דְּאוּרֵייתָא לְדְרַבְּנָן כּוֹ' לְכֵן לֹא קְאָמְרִי שְׁם לְהֵאִי נפ"מ דְּהָא לר' יוֹסִי דְּס"ל דְּבִשׁ"ה ג"כ נְחַתִּינוּ לְנִכְסֵיוֹ א"כ מְמִילָא קָרוֹב וְנִתְרַחַק לֹא מְהִימֵן לְפּוֹטְרוֹ מִן שׁ"ה דְּהָא דִּינוּ כְּמוֹ כָּל מָמוֹן דְּלֹא הִימְנוּהוּי לְהַעֲדוֹת דְּהוּי תַחֲלָתוֹ בְּפִסְלוֹת מְשׁוּם דְּזֶה שְׁאֵנִי מִן אִיסוּרֵין ע"כ א"ש דְּבֵר הַמַּח"א הַנֶּ"ל וְאֵינוֹ קָשָׁה עָלָיו מְהָא דְּשְׁבוּעוֹת לְפִי מֵאִי דְּקִי"ל דְּלֹא נְחַתִּינוּ לְנִכְסֵיוֹ בִּשׁ"ה וְעַפִּי"ז יֵשׁ לְתַרְץ שִׁיטַת הָרַמְבַּ"ן דְּהוּבָא בְּנִימוּק"י וּבְחִידוּשֵׁי הָרַ"ן רִישׁ ב"מ דְּס"ל דְּעַד מְסִייעוֹ אֵינוֹ פּוֹטֵר רַק מְשְׁבוּעַת הַתְּקַנָּה וְלֹא מְשְׁבוּעָה דְּאוּרֵייתָא א"כ יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת דְּאֶמְאִי לֹא קְאָמְרִי בְּשְׁבוּעוֹת ד' מ"א

הנ"ל להקד"מ נפ"מ בין שד"א לשבועה דרבנן אכן לפמש"כ א"ש די"ל דסברת הרמב"ן הוא ג"כ מה"ט דכינון דלא נחתינו לנכסי בשבועה דרבנן ע"כ דינו בזה כמו באיסורין דמהימן ע"א אבל מקונדם דהי"ס"ל להש"ס דגם בשבועות התקנה נחתינו לנכסיו א"כ לא מהימן ע"א במומנא דדינו כמו דאורייתא בזה ושייך בזה כמש"כ לעיל: וע"פ מש"כ יש ליישב קושיות הקצה"ח בסי' צ"ב ס"ק י' שהקשה אמאי לא אמרו בשבועות ד' מ"א נפ"מ בין שד"א לשד"ר במה דלא אמרינן מתוך שאיל"מ בשבועה דרבנן אכן ע"פ מש"כ אתי שפיר דהא י"ל עיקר הטעם דלא אמרינן מחושואיל"מ בשד"ר זהו משום דבדרבנן לא נחתינו לנכסיו וע"כ היכא שאי"ל מ'פטר ולכן לא אמרו האי נפ"מ משום דמעיקרא כשהקשו מאי אפא בין שד"א לשד"ר הי' ס"ל דגם בשד"ר נחתינו לנכסיו וע"כ ממילא לפ"ז אמרינן ג"כ בשד"ר מתוך שאיל"מ אבל בסוף דמסקינן דבדרבנן לא נחתינו לנכסיו ממילא לפ"ז הדין נותן דלא אמרינן בשבועה דרבנן מתוך שאיל"מ: וראיתי לטורי אכן סוף פ"ק דר"ה שפכת בד"ה הא אשה פשרה לה כו' באה"ד שם שפכת בזה"ל דאין ע"א מחוייבי לישבע אלא פשר ולא פסול ואשה כו' וה"ה לפוטרו משבועה אינו פוטר אלא פשר ולא פסול כו' ואף בפסולים מדרבנן ג"כ אינם פשרים לא לחייב שבועה ולא ליפטרן דכינן דע"א פוטר מקו"ח מדמחייב קאתי אמרינן דיו כמו שלחתייב אין פסול ואשה נאמן ה"ה לפטרן נמי אינו נאמן כו' עכ"ל הנצטרף לענייננו ועכ"ז אין סתירה מדבריו לדברי המח"א די"ל דאיהו קאי על שד"א אבל בש"ה י"ל דס"ל ג"כ כהמח"א הנ"ל וגם הא לא מייירי שם בתחלתו בפסלות ויש להאריך בכ"ז א"כ נתבאר דאין שום סתירה על המח"א דס"ל דקרוב ונתרחק פוטר מש"ה: העולה לנו מפל זה דהיכא דהוי רובא בצירוף עדים דהי' מתחלה בפסלות דמוציאין ממון עי"ז ולכמה פוסקים בעינן אחר גדול עמו מעיקרא ולשיטת הרמב"ם מהני זה אף בהיו שני עדים מתחלה בפסלות וכמש"כ האו"ת אף הכ"מ פתב להסתפק בזה ולפמש"כ לעיל בשיטת הרמב"ם זה אינו רק בדרבנן אכן נתבאר לעיל בשם רש"י בבכורות דמוכח דאף בדאורייתא היכא דרובא מסייע מהימן אף אם אינו בתו"ע.

משום די"ל דדוקא ברוב נשים בתולות ניסת דיש פאן ריעותא דאין לזה קול ע"כ לא מהימן להוציא מן היורשים רק משום הטעם פתובה דרבנן אבל היכא דלא איתרע י"ל דגם הרמב"ם מודה דמזכח ממשינה בכורות פמבואר ברש"י שם ואפוישי פלוגתא לא מפשינן ועי' בנתיבות סי' ס"ט ס"ק י"א וקצתתי וכ"ז אינו רק ביורשים כמו שנתבאר לעיל בארנקה אבל אם הבע"ד טוען ברי י"ל דגם רש"י מודה דאין מוציאין ממון עי"ז פנ"ל בארנקה.

ועוד נתבאר לנו בקונטרס הנ"ל דהיכא דע"א הי' קטן דשייך בזה ג"כ לדון נמצא א' מהם פסול לבטל עדות פולם ושאני אשה דהוי עם בפ"ע פנ"ל וגם נתבאר לנו דהנכון עם המתנה אפרים דקרוב ונתרחק פוטר מן שבועת ה'ספת: (שם ש"ף ס"ק ז') בענין תחלתו בפסלות מחמת פסול רשעות: הנה לעיל בסי' ל"ד סעי' כ"ט בש"ף ס"ק ל"ג הארכתי בזה הרבה ע"ש: (שם סי' י') הפתאים ביותר כו' וציין בבקיאור הגר"א זצ"ל ס"ק י"ט להא דב"ב ד' קנ"ה דשדי קשייתא דנתנו לו דין שוטה משום זה אלא משום מגילת אסתר דאמרו פינן דמסברי לי' וסבר יצא מחזקת שוטה וכן פתב התבואות שור ביו"ד סי' א' ס"ק מ"ו ראי' זו להוכיח דאף היכא דעביד פעם אחת דרף שטות יש לו דין שוטה

ולכאורה יש לדון בראי' זו דהא שם בב"ב אמרו שם דבעי שיהי' יודע בטיב משא ומתן כל שהוא פחות מכן עשרים ומבואר בכולי סוגיא שם ובטור ח"מ סי' רל"ה ד'יודע בטיב מו"מ היינו חריף ופקח כו' ואינו יודע בטיב מו"מ זהו אם אינו חריף אע"פ שאינו שוטה כו' והרשב"ם שם ד"ה וקא דרבא כו' פתב דהי' בתוקת יודע בטיב מו"מ ובד"ה אתא לקמ' דרבא כו' פתב פדי לחזור בו ולומר שאינו יודע בטיב מו"מ כו' לפ"ז אינו מוכח מהתם להוכיח דאף בעושה פעם א' דרף שטות יש לו דין שוטה וכן להוכיח משם דאף שאין עושה להנהי' סימני שטות דחגיגה ד' ד' ג"כ יש לו דין שוטה ודלא פשיטת ר' אביגדור ור"ש החולקים על הרמב"ם דהא י"ל דשא"ה דע"י דשדיקשניתא נפק לי' ממה שהי' מחזיקים לו בתוקת יודע בטיב מו"מ ואינו בשם חריף וחקם אבל, מ"מ י"ל דאין לו דין שוטה עי"ז.

ולכן א"ש דלא תקשה על שיטת ר"א ור"ש הנ"ל מהך סוגיא. ועי' באה"ע בבית יוסף סי' קכ"א אכן י"ל דהוכחתם מהך סוגיא זהו א"ש לפמש"כ התוס' בב"ב ד' קנ"ה ע"א ד"ה איתמר קטן כו' שפתבו למגרס גירסא אתריני שם דעיקר סברת רבא הי' להחזיקו בשוטה עי"ז משום דאל"כ לא נתבטל המכר משום דהגיע זמנו למפור כו' וגם פתבו שם בסה"ד להקשות על פי' הרשב"ם דכי בשביל שהי' יודע לספור זה הי' חשוב חכם יודע בטיב מו"מ כו' ע"כ שפיר הוכיחו פן וכן יש להוכיח פן לפמש"כ הנ"י בסוגיא הנ"ל לפרש הגמ' הנ"ל דלפירושו מיושב קושיות התוס' הנ"ל ובעיני זה פתב המהרי"ט ח' א"ה סי' י"ז להוכיח מהא דב"ב דכינן דמסברו לי' וסבר בעניני גיטין ומו"מ נפק לי' מחזקת שוטה ולפי' הרשב"ם הנ"ל אין זה הוכחה דהא לשיתתו מוכח לומר דהך דמסברו לי' וסבר דב"ב הי' מוכיחים מזה דהוא חכם ויודע כו' משום דהוי זה חכמה יתירה א"כ אין מדמין זה לנ"ד אף זה א"ש ג"כ לשיתת התוס' והנ"י ועי' בתורת גיטין סי' קכ"א ובמק"א יבואר כ"ז באריכות ב"ה: (שם סעי' י"ד) ברמ"א דבמקום שאין אנשים רגילים שם נשים נאמנים והוא מן תה"ד סי' שנ"ג שהביא ראי' לזה מהא דקידושין ד' ע"ג דנאמתי ח' לומר כו' והטעם הוא לפי שאין אנשים שם והובא זה בבבאור הגר"א זצ"ל ס"ק כ"ח בלשון סמך ע"ש ולדעתי יש לדון בזה והוא פי' באמת פן פתב הר"נ בקידושין שם דלכן החי' נאמנת שם לפי שע"פ הרוב א"א בלאו הכי והובא באה"ע סי' ד' בב"ש ס"ק סמך והקשה שם דהא בלא"ה נאמנת משום דהא פינו דליכא חזקה להכחישו נאמן ע"א פמבואר ביו"ד סי' קכ"ז ותי' לפי דאשה שאני וא"י מנלן כו' עכ"ל הב"ש אכן מצינו כה"ג בשמ"ק לכתובות ד' ע"ב בד"ה ומשמשתו נדה כו' דהביא בשם ראשונים דס"ל דאין נשים נאמנות בדאורייתא אלא בגדותה בלבד כו'.

אף דחו לזה השיטה משום דכל מקום שהאמינה תורה ע"א נשים נאמנות כמו איש ולא נחלק ביניהם ע"ש ובעיקר קושיות הב"ש הנ"ל יש לומר דלכן הוצרך הר"נ לומר הטעם דנאמנות החי' הוא מדרבנן משום דהא חזינו דעשו מעלה ביוחסין שלא להאמין ע"א אלא שני עדים דוקא פמבואר בכתובות פ"ב ועכ"ז נאמנת ח' אף ביוחסין לומר שזהו פהן כו' משום שע"פ הרוב א"א בענין אחר אבל מה"ת נאמנת בלא"ה וכן מצאתי בפני' הושע לקדושין ד' ע"ג שם ולפ"ז יש לומר דלכן הימנוה חז"ל לחי' לפי שאוקמוה אדאורייתא דהא מה"ת בלא"ה נאמנת וגם הא שם ליכא שום חזקה הסותרו ע"כ נאמנת מדרבנן אבל היכא דיש חזקה הסותרו וכש"כ חזקת ממונא דהוי חזקה אלימתא פידוע

לא מצינו דתהא נאמנת אשה אף מצד תקנת חז"ל כן יש לדון בעיקר ראיותו ומ"מ לדינא סמכינן על הגדתם כמש"כ הרמ"א: ועי' בש"ף ס"ק י': סימן לו (סעי' א') עדים רבים כו' בד"א בזמן שנתפנונו פולן להעיד אבל אם לא נתפנונו פולם להעיד תתקנים עדות בשאר כו' ואם הי' כל העדים פשרים אחד ששנתפנון להעיד ואחד שלא נתפנון להעיד וראה הדבר וכינון עדותו חותכין הדין ע"פ עדותו עכ"ל וזהו לשון הרמב"ם פ"ה ה"ע והטור שם וכתבו פולם בלא שום חולק דאף מי שלא נתפנון להעיד ג"כ מהני עדותו אכן יש להעיר בזה מן הא דכריתות ד' י"ב ע"ב אומר אפיי אם א"ל שנים יודע אתה בעדות פ' והוא אומר לא ידעתי פטור דאי בעי אומר לא נתפנונתי לעדות.

אלמא להדיא דמי שלא נתפנון להעיד אין בעדותו ממש אף שאומר פרי לי שהי' הדבר כן וכ"כ התוס' ישנים שם מפאן אומר רבי וכן דן הלכה למעשה דעדים ששמעו הדבר מפי בעלי מעשה אף לא נתפנונו להעיד ולא הובאו שם לשם עדות אין בעדותן פלוס אם באים אח"ז להעד בפני ב"ד עכ"ל וכ"כ בפסקי תוס' שם בזה"ל.

א"כ יש לתמוה על שיטת הרמב"ם והטורש"ע דהם סותרים לסוגיא מפורשת בכריתות וגם יש לתמוה הפוסקים איך לא הביאו לדברי התו"י הנ"ל ומצאתי בשער משפט ס"ק ג' שהעיר בזה וכן ראיתי בספר בית מאיר סי' מ"ב סעי' ד' שהביא בשם תשובת פ"מ ששמה בזה והאריף קצת ע"ש וכן מצאתי בביתאור הגר"א זצ"ל ס"ק ה' שכתב בקצרה בזה"ל ואם היו כו' ואחד שלא נתפנון כו' בכריתות י"ב ב' לא משמע כן ועי' תוס' שם ד"ה לא כו' עכ"ל: ענף א' והנה בעיקר הענין אם בעינו שייכוננו העדים בעת הראי' שיעידו לאח"ז יש להוכיח דאף דלא נתפנונו להעיד ג"כ עדותן פשרה מהא דאמרו בב"ב ד' קכ"ח ובעירכין ד' י"ח דעדות שהי' תחלתו בפסלות וסופו בכשרות פסול משום דכתיב והוא עד או ראה כו' בעינו שיהי' ראוי להעיד אז כמש"כ הרשב"ם שם.

והא במי שהי' קרוב ונתרחק או סומא ונתפתח וכהנה פיון דלא הי' חזי בעת ראי' לעדות. א"כ תיפוק לי' דהא לא נתפנון אז לעדות פיון דלא הי' מועיל אז עדותו וכש"כ לשיטת הש"ף בס"ל ל"ד ס"ק ל"ג דבמה דהי' בידו להכשיר א"ע לעדות דבזה מהני אף שהי' תחלתו בפסול וזהו ע"פ שיטת המרדכי דלכן בפסול נוגע פשר במסלק א"ע משום דהי' בידו זה וכמש"כ האו"ת שם ס"ק כ"ח.

א"כ עיקר מה דפסלו תחלתו בפסול וסופו בכשרות הוא היכא דלא הי' בידו מעולם להכשיר ע"א לעדות א"כ תיפוק לי' בלא"ה דמיפסל עדותו משום דהא לא נתפנון אז לעדות ואף בכשר מתחלה בעת הראי' ג"כ מיפסל מה"ט ודוחק לומר דמיירי בנתפנון אז להעיד אם יוכשר לאח"ז שיתפקח ותמות אשתו וכהנה ומוכח מזה דאף מי שלא נתפנון להעיד, ג"כ פשר להעיד אם לא הי' עליו אז פסול הגוף: שוב ראיתי דיש להוכיח דאם לא נתפנון להעיד בעת הראי' דלא מהני עדותו משום דלא דייק כ"כ דהא אמרו בכתובות ד' כ"ח דכולם אם היו כו' עבד ונשתחרר אינו נאמן משום דלא הנה דייק כו' ומטעם זה אפילו במידי דרבנן דמהני תחלתו בפסול כו' מ"מ משום טעם זה מיפסל ומוכח באמת מזה דשאני פל תחלתו בפסול דיש לומר דהנה דייק בעת ראיות העדות משום דמסיק אדעתה' לכינון אז לשם עדות דילמא יוכשר לאח"ז מאיזה ענין שיינלד לאח"ז משא"כ עבד ונשתחרר דבזה אינו מצוי כ"כ הכשירו לעדות אמרינו דלא דק פלל והני מילתא

דלא רמי עליו ולא אדעתיה וכמבןאך בסי ל"ה סעי' ז' ועיין בסמ"ע שם ס"ק י"ט ובש"ך שם ס"ק ז' מה שהביא שם בשם התוספתא ס"פ ה' דסנהדרין מזה א"כ ה"ה במי שלא נתפונן להעיד בעת הראי' דשייך בי' ג"כ ה"ט דלא הוה דניק והוא בכלל מילתא דלא רמי ולא אדעתיה: אכן יש להוכיח מהא דראש השנה ד' כ"ד ע"א דאמר אבבי ראינוהו מאלינו ושבנו לראותו מדעתנו ולא ראינוהו אין מעידין עליו מ"ט כו' אלמא דדוקא באמרן שבנו לראותו מדעתנו כדי להעיד עליו בזה אין מעידין עליו משום אימור פוביתא דעיבא חזי אבל בלא אמרו שבנו לראותו מדעתנו מהני עדותן מה דאמרו ראינוהו מאלינו בלא פוננה להעיד א"כ מוכח מזה דאף בלא פוננו להעיד ג"כ מהני עדותן וכ"כ הרמב"ם פ"ב ה' קדוש החודש ה"ו דאמרו ראינוהו בלא פוננה כו' ומוכח מזה דהא דאמרו בכתנות ד' כ"ח דעבד ונשתחרר אינו נאמן משום דלא דניק דאלמא דהיכא דלא דניק בעת הראי' שיעיד דלא מהני עדותו די"ל דשא"ה דיש עליו פסול הגוף דפסלתו התורה משום שהי' תחלתו בפסלות כו' רק בדרבנן האמינו לי' אכן היכא דלא דניק לא האמינו לו חז"ל ג"כ ומוקמינו לי' אדינא דמקפסל להעיד מן הדיו אבל היכא דאין עליו פסול הגוף מהני עדותן אף דלא נתפונן להעיד ולא אמרינו דלא הוי דניק ומה"ט אתי שפיר בכל עדי הזמה שאומרים עמנו הייתם להזימן ולפסול עדות הראשונים ולא אמרינו בזה דזה הוי מילתא דלא רמי כו' דלא נתפוננו אז להעיד ומוכח דגם זה מהני ומצאתי בטורי אבן לר"ה ד' כ"ד שהעיר שם ג"כ להוכיח מזה דאף שלא פוננו להעיד ג"כ מהני עדותן והקשהמזה על דברי התו"י בכריתות הנ"ל וכתב לעיין בחידושי על פרייתות.

לולי דברי התו"י הנ"ל הייתי אומר דכוננת ענף ב אכן הגמ' בכריתות דאמרו דאי בעי אומר לא נתפוננתי לעדות היינו דמצי אומר ששכחתי לפי דלא נתפוננתי לעדות משום דהא פתב הר"נ פ' כל הנשבעין גבי מי שנשבע בשקר לשבועת העדות דיכול לומר ששכחתי וכ"כ הסמ"ע בסי' צ"ב ס"ק ב' אף אם הי' בזמן קרוב אינו יכול לומר ששכחתי.

ונהו דוקא בנתפונן לעדות אבל בלא נתפונן לעדות י"ל דאף בזמן קרוב יכול לומר ששכחתי וכן לשיטת הרשב"א שהובא שם דס"ל דבכל גונוי אינו יכול לומר ששכחתי וכמש"כ הש"ך כ"ז בסי' ל"ד ס"ק ח' ובסי' צ"ב ס"ק א' ויש לומר דבלא נתפונן לעדות גם להרשב"א יכול לומר ששכחתי פן יש מקום לומר לולי דברי התו"י הנ"ל וכן מצאתי בתשובת מהרי"ט ח"א סי' י"ד דפשוט בעיניו פוננת הש"ס דיכול לומר ששכחתי והובא בשער המשפט סי' צ"ב ס"ק א': ועוד נלע"ד לומר בזה ע"פ מש"כ הגתיתבות בסי' ל"א ס"ק א' דלכן ע"א אינו נאמן משום דחיישינן בע"א דיאמר בנדמי ולכן המוכר בעת שהמקח יוצא מת"י נאמן היכא דלא קיבל דמים אלא מחד דמידכר דכיר נאמן כמש"כ רש"י בב"מ ד' ב' ובח"מ סי' רכ"ב.

וכ"כ הפני יהושע בגיטין ד' ב' ע"ב בתוס' ד"ה הוי דבר שבפירוהו כו' דלכן ע"א אינו נאמן דכיון דלית לי' שייכות בגונה לא דניק כ"כ ואמר בנדמי וכ"כ בתשובת מיימוני לספר משפטים סי' מ"ד דלכן שליש נאמן משום דמידק דניק ומידכר ולא אומר בנדמי וכ"כ הגתיתבות בסי' נ"ו ס"ק י"ח אבל בשני עדים לא חשדינו דיאמר בנדמי והאריה שם בזה וכן מצינו ברא"ש ליבמות פ' ט"ו סי' ג' דאף במלקמה דע"א אינו נאמן משום דחיישינן שיאמר בנדמי אבל בשני עדים לא חיישינן שיאמרו בנדמי וכ"כ הב"ש בסי'

י"ז ס"ק קנ"ג: וכינן דמצינו דבע"א יש לחוש ביותר משום חשש שיאמר בדרך משא"כ בשני עדים אין לחוש שיאמרו בדרך לכן יש לחלק פן דהא דכריתות ד' י"ב דאמרו לו יודע אתה בעדות פ' כו' דאמר אב"י דפטור דאי בעי אמר לא נתפוננתי לעדות דשם מירי בע"א דהא בשבועות ד' ל"ב אמר אב"י הכל מודים במשביע ע"א דר' אבא כו' דחייב ק"ש: ע"כ י"ל דכינן דמצינו דבע"א יש לחוש דיעיד בדרך ולכן אין ע"א נאמן לחייב ממון רק לחייב שבועה בזה גזרה התורה דיהי' מחייב שבועה ולכן י"ל דהיכא דלא נתפונן לעדות דבע"א יש לחוש ביותר דיאמר בדרך בכה"ג אבל בשני עדים פשרים דבהו חזינו דאף בשני עדים מעידין דמת במלקמה ומפולת דאף בלא אמרו קברנוהו ג"כ מותרת להנשא דאף דבע"א במלקמה חשו חז"ל שיאמר בדרך מ"מ כתבו דבתרי סהדי לא דייקינו ולא חיישינו לבודדמי וה"ה בשני עדים אף דלא פונו להעיד ג"כ אין לחוש לבודדמי רק בע"א בזה יש לחוש לבודדמי ביותר והתם בר"ה הא מירי בשני עדים שאמרו ראינוהו כו' וע"כ אף בלא נתפוננו לעדות לא חיישינו לבודדמי וא"ש דלא סתרי דברי אב"י דכריתות להברייתא דר"ה ד' כ"ד: ענף ג' והנה הפמ"א תמה על כל הפוסקים שלא הביאו הא דאב"י בכריתות פלל ודחו זה מהלכה.

וכן הרמב"ם לא הביא זה לפסק הלכה והלא דבר הוא ובדרך פלפול הייתי אומר והוא דהבית מאיר בסי' מ"ב הקשה דמאיזה טעם הוא דבלא נתפוננו להעיד לא יהא מהני עדותו אי משום דכתיב והוא עד דמשמע שמתפונן לשם עדות והא כתיב או ראה כו' ולענ"ד יש לומר דלכן אמרו בכריתות דאם לא נתפוננו לעדות לא מהני עדותן משום דהא אמרינו בסנהדרין ד' ל' דפלוגת ר' נתן ורבנן אי שומעין של זה היום כו' דפליגי באקושי הגדה לראי' דמר סבר מקשינו ומ"ס לא מקשינו והנה אם מקשינו הגדה לראי' יש לומר דה"ה דמקשינו ראי' להגדה ולכן כמו דבהגדה בעינו שיכוננו בעת הגדתן לשם עדות דאל"כ הא הוי כמו מסל"ת דזה לא מקרי עדות ה"ה בעת הראי' בעינו שיכוננו לשם עדות פן י"ל ע"פ הך הקיפא: ואף דאמרו התם בסנהדרין ד' ל' דר' נתן דס"ל שומעין דבריו של זה כו' דס"ל דלא מקשינו הגדה לראי' וקיי"ל כר"נ י"ל דז"א רק לרבנן דפליגי על ריב"ק פמבואר שם אבל לדין דקיי"ל כריב"ק שפיר י"ל דס"ל לדין הך הקיפא (ועיין בב"ק ד' ע"ד ע"ב רש"י ד"ה פי אתי ע"א מצטרף כו' ומה דנכתב שם בצידו וכ"כ הלבוש בסי' ל' סעי' ט' י' וכ"כ הפסך משנה בפ"ד ה"ע ה"א דמקשינו הגדה לראי' היכא דבראי' לא מצרפינו עדות מיוחדת דה"ה בהגדה מה"ט וכן י"ל לשיטת האו"ת דהא דקיי"ל לדינא דמצרפינו עדות מיוחדת אין זה רק מדרבנן כמש"כ האו"ת בסי' ל' ס"ק י"א להסתפק בזה די"ל דלפ"ז ה"ה במה דקיי"ל כר' נתן דשומעין דבריו של זה כו' דאין זה רק מדרבנן ג"כ אבל מה"ת מקשינו הגדה לראי' לדין ולכן שפיר יש לומר בטעמו דאב"י דס"ל בכריתות דאם לא נתפוננו לעדות לא מהני עדותן דזהו משום דס"ל להך הקיפא א"כ ה"ה דמקשינו ראי' להגדה ומקשינו עליון לתחתון ג"כ וכמש"כ לעיל בחידושי לסי' ל"ח ענף א' דמאן דס"ל אין הקיש למחצה ס"ל בנודאי דמקשינו עליון לתחתון [ועיין מזה בכריתות ד' כ"ב וברש"י שם].

והנה בזבחים ד' ס"ט בתוס' ד"ה וכי באיזו תורה כו' מוכח דס"ל לר"מ אין הקיש למחצה וכמו שהאריך בזה בספר גר תמיד על פרייתות ד' כ"ב מזה ולכן א"ש מה דאמר אב"י שם מודה ר"מ באומר ידעת בעדות והוא אומר לא ידעתי דפטור דאיבעי אמר לא

נתפוננתי דזהו ע"פ הך הַיְקִישׁ דַּאִין הַיְקִישׁ לְמַחְצָה ולפ"ז א"ש הָא דַּתְנִינְא בַּבְּרִינְתָא דר"ה ד' כ"ד דַּאֲרַף בְּלֵא נַתְפֹּנוּנוּ לְעֵדוּת ג"כ מְהֵנִי מְשׁוּם דִּי"ל דס"ל לְהַבְּרִינְתָא הַנְּלֵל דַּלָּא מְקַשְׁינָן רַאֲיִי לְהַגְדָּה אוּ דס"ל יֵשׁ הַיְקִישׁ לְמַחְצָה וְלִכְּוֹן אֲתִי שְׁפִיר הָא דַּלָּא הִבִּיאוּ הַפּוֹסְקִים לְהָא דַּאֲבִי דְכָרִיתוּת.

מְשׁוּם דִּישׁ לְדוּן לְכַאוּרָה בְּהָא דְכַתְבְּתִי לְדוּן הַיְקִישׁא רַאֲיִי לְהַגְדָּה בְּזֵה הָא יֵשׁ לּוֹמֵר דַּאִין דְּנִין אֲפֻשֶׁר מְשָׂאֵי אֲפֻשֶׁר וְהֵנָּה גַם זֶה הוּא פְּעִין אֲפֻשֶׁר מְשָׂאֵי אֲפֻשֶׁר דְּהָא הַגְדָּה לֹא שְׁיִיף פְּלֵל בְּלֵא נַתְפֹּנוּנוּ לְהַעֲיֵד דְּהָא אִין שְׁם עֵדוּת עֲלֵיהֶם אִם לֹא נַתְפֹּנוּנוּ לְהַעֲיֵד אֲכֹן מְצִינוּ לְאֲבִי דס"ל דְּנִין אֲפֻשֶׁר מְשָׂאֵי אֲפֻשֶׁר פְּמִבְּנֹאֵר בְּמַכּוּת ד' ה' דַּאֲמֵר אֲבִי נֹאֲמֵר רְשַׁע בְּחִיבֵי מַלְקוּת כּו' מַה לְהֵלֵן אִין מִיתָה לְמַחְצָה אַרְף פֶּאֵן אִין מַלְקוּת לְמַחְצָה וְהָא זֶהוּ דְּנִין אֲפֻשֶׁר מְשָׂאֵי אֲפֻשֶׁר וְאִפ"ה ס"ל לְאֲבִי דְּנִין וְעִינָן יְבַמּוּת ד' מ"ו בְּתוֹס' פִּן י"ל בְּהַךְ הַיְקִישׁא דְרַאֲיִי לְהַגְדָּה וְלִכְּוֹן ס"ל לְאֲבִי דְּבַלָּא נַתְפֹּנוּנוּ לְעֵדוּת בְּעַת הַרְאֲיִי אִין בְּעֵדוּתוֹ שׁוּם מְשׁוּ.

אֲכֹן מְצִינוּ שְׁם בְּמַכּוּת ד' ה' דְּרַבָּא ס"ל טַעַם אַחַר עַל הָא דַּאִין מְשַׁלְשִׁין בְּמַכּוּת וְכַתְבְּתִי בַּמְק"א טַעַמוֹ דס"ל לְרַבָּא אִין דְּנִין אֲפֻשֶׁר מְשָׂאֵי אֲפֻשֶׁר וְה"ה בְּהַקִּישׁ וְעִינָן בְּנֵדָה ד' ל"ז ע"ב תוּס' ד"ה ע"כ הַיְקִישׁא הַפְּתוּב כּו' וְכֹן י"ל לְדִינָא דַּאִין דְּנִין אֲפֻשֶׁר מְשָׂאֵי אֲפֻשֶׁר ע"כ לֹא שְׁיִיף לְדוּן הַךְ הַיְקִישׁא דְרַאֲיִי לְהַגְדָּה בְּזֵה מְשׁוּם דְּגַם זֶהוּ בְּכַלֵּל אִין דְּנִין אֲפֻשֶׁר מְשָׂאֵי אֲפֻשֶׁר וְע"כ אַרְף דַּלָּא נַתְפֹּנוּנוּ לְעֵדוּת בְּעַת רַאֲיִי ג"כ אִין סְבָרָא לְפִסְלֹן כ"ז דַּאִין לְנוּ רַאֲיִי מְקַרְאֵי דִּי"ל דְּגַם בְּזֵה שְׁיִיף לּוֹמֵר וְהוּא עַד וְעִינָן בְּרַמְב"ם הַל' אִיסוּרֵי בִּיאַה פ' י"ג ה' ו' מְזֵה וּמְנַחֲחוּת ד' פ"ב בְּתוֹס' וְקַצְרְתִי פִן י"ל בְּדַרְךָ פְּלַפּוּל בְּמַה שְׁהַשְׁמִיטוּ לְהָא דַּאֲבִי בְּכָרִיתוּת וְעַפ"ז יֵשׁ לְדוּן הַרְבֵּה בְּכּוּנוּת הַרְמ"ה דְּהוּבָא בְּסִי ל"ו בְּסַמ"ע ס"ק ד' וּבְש"ף ס"ק ו' אִי גִימָא מְקַשְׁינָן הַגְדָּה לְרַאֲיִי בְּכָל מִילֵי וְקַצְרְתִי: עֲנָף וּבַפְּשׁוּת גַּלְע"ד לּוֹמֵר בְּכּוּנוּת הַתו"י בְּכָרִיתוּת דס"ל לְחַלְקַ דְּוּקָא בְּבָאוּ אַחַר זְמַן לְהַעֲיֵד דְּבִזֵּה י"ל דְּבַלָּא נַתְפֹּנוּנוּ לְהַעֲיֵד לֹא מְהֵנִי עֵדוּתוֹ דִּישׁ לְחַיּוּשׁ דְּלָמָּא שְׁכַחוּ הָעֵנְיָן וְאוּמָרִים בְּדַמֵי לְהַיְקִיף וְלִכְּוֹן פְּתַבוּ הַתו"י שְׁם בְּלִשׁוֹנָם דַּאִין בְּעֵדוּתוֹן פְּלוּם אִם בָּאִים אַחַר זְמַן לְהַעֲיֵד בְּפִנֵי ב"ד אֲבָל אִם בָּאוּ לְהַעֲיֵד בְּזְמַן קְרוּב מִן רַאֲיִיתָם בְּזֵה לֹא חִיִּישְׁינָן שְׁיִשְׁכַּחוּ הָעֵנְיָן וְיַעֲזִידוּ לְהַיְקִיף וּכְעִין מַש"כ הַר"ן בְּשַׁבּוּעוֹת פ"ז עַל מְשָׁנָה שְׁפַנְגְּדוּ חֲשׂוּד עַל הַשְּׁבֻעָה לְחַלְקַ בְּזֵה בְּכָל עֵדוּת וּכְמַש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי צ"ב ס"ק א' וּבְסִי ל"ד ס"ק ח' וּכְמַש"כ לְעֵיל: וְהַעֲיָקֵר מַה שְׁנַלְע"ד בְּכּוּנוּת הַתו"י הַנְּלֵל וְהוּא בְּשׁוּם לֵב בְּלִשׁוֹנָם שְׁפַתְבוּ דְּעֵדִים שְׁשַׁמְעוּ הַדְּבָר מִפִּי בְּעֵלִימְעֻשָׁה אַךְ לֹא נַתְפֹּנוּנוּ לְהַעֲיֵד כּו' דְּלָמָּה פְּתַבוּ פִן דְּשַׁמְעוּ הַדְּבָר מִפִּי בְּעֵלִי מַעֲשָׂה וְלֹא פְּתַבוּ בְּקַצְרָה וְע"כ וְדַאִי דְּכּוּנוּתָם הוּא וּוּקָא בְּעֵדֵי שְׁמִיעַת הָעֵנְיָן מִן הַבַּע"ד אִז אֲמָרוּ דְּבַלָּא נַתְפֹּנוּנוּ לְהַעֲיֵד אִין בְּעֵדוּתוֹן מִשְׁ אֲבָל לְעוֹלָם י"ל דְּבַעֲדִים שְׁרָאוּ עֲצָם הַמַּעֲשָׂה דְּבִזֵּה אַרְף בְּלֵא נַתְפֹּנוּנוּ לְהַעֲיֵד גַּם הַתו"י מוֹדוּ דְּמַהֲנֵי.

אַךְ צְרִיף בִּיאוּר דְּמַפְנֵי מַה יִּשְׁתַּנָּה בְּזֵה עֵדֵי שְׁמִיעָה מִן עֵדֵי רַאֲיִי וְאִי דְּנִימָא דְּכִינּוּ דַּלָּא נַתְפֹּנוּנוּ לְהַעֲיֵד א"כ יְכוּל לּוֹמֵר מְשַׁטָּה אֲנִי בְּהַ זֶה בְּוּדַאִי אִין סְבָרָא לּוֹמֵר פִּן דְּהָא בִּין דַּאֲמֵר אַתָּם עֵדֵי אוּ דַּאֲמֵר עָרִי וְשַׁבְּכִי לִיהִוֵי עֲלָה סְהַדֵי פְּמִבְּנֹאֵר בְּסַנְהֶדְרִין ד' כ"ט א"כ אִינוּ יְכוּל לּוֹמֵר מְשַׁטָּה אֲנִי בְּהַ דַּה"ל לְהַנְתַּבְּעַ לְאִסוּקֵי אַדְעַתְיִי דְּלָמָּא מְכוּנוּנִים לְשֵׁם עֵדוּת וּכְעִין הָא דְּסִי פ"א סְעִי י"ג דַּאֲמָרִינוּן שְׁם דַּה"ל לְאִסוּקֵי אַדְעַתְיִי כּו': וְלִכְּוֹן נִרְאָה לִי

בכּוֹנְנֵתָם דְּהָא אָמְרוּ בְּסִנְהֶדְרִין ד' כ"ט דְּאָם בְּעַת שְׁתַּבְּעוּ הַתּוֹבָע וּא"ל מְנָה לִי בְּיַדְךָ הַשִּׁיב הַנְּתַבְּע לּוֹ הֵן ע"כ אַף דְּבַעַת שְׁאָמַר אַתְּמָם עַדִּי שְׁתַּק מ"מ חֲזִיב וְה"ה בְּהַחֲבִיא עֲדִים בְּכִילָה וּא"ל מְנָה לִי בְּיַדְךָ א"ל הֵן וּא"ל עָרִי וְשִׁכְבִי לְהוֹי סְהַדִּי עֲלֶיךָ וְשְׁתַּק דְּחֲזִיב כְּמִבְּנֵי אָרְךָ פֶּל זֶה בְּסִי פ"א סְעִי ז' וְסְעִי י"ג אֲבָל בְּשְׁתַּק מִתְחַלָּה וְעַד סוּף לֹא הָוִי הוֹדָאָה: וּמְצִינוּ בְּב"ק ד' צ"ג ע"א דְּיֵישׁ הֵן שְׁהוּא פְּלָאוּ וּפְיִרְשׁ רִש"י דְּאָם אָמַר בְּלִשׁוֹן תַּמִּי הָוִי הֵן פְּלָאוּ וְאָם אָמַר בְּלִשׁוֹן נִיחּוּתָא הָוִי הֵן הַמוֹעִיל וְעִי בְּתוֹס' שָׁם ד"ה ור' יוֹחֲנָן אָמַר יֵישׁ לֹא שְׁהוּא פְּהֵן כּו' וּבַח"מ ס'י תכ"א סְעִי י"ב בְּהַג"ה דְּאָף דַּא"ל הַנִּזְזִק הֵן אָנוּ דְּנִין שְׁבַתְמִי קָאָמַר כּו' וּכְעִין זֶה אָמְרוּ בְּסִנְהֶדְרִין ד' ס"א בְּמִסִּית לַעֲצֵמוּ וּא"ל הֵן כּו' וּמָר סָבַר מִסִּית לַעֲצֵמוּ לֹא שְׁמִיעַ לִי כּו' וְאִין דְּקָאָמַר אַחֻכִּי עֲלִי וְכֵן מְבֹרָךְ בְּאֶבְרָם הָעֶזְרָה ס'י כ"ז סְעִי ח' בַּח"מ ס"ק כ' בְּשֵׁם הַב"ח דְּדוֹנָקָא בְּמִדְבַר תְּחִלָּה עַל עֶסְקִי קְדוּשִׁי אֲבָל בְּאִינוּ מְדַבֵּר הָוִי סָפַק קְדוּשִׁין אַע"ג דְּאָמַר הֵן דְּיֵישׁ הֵן שְׁהוּא פְּלָאוּ וְעִין בְּב"ש שָׁם וּבַמִּק"א פְּתַבְתִּי לִיִּישׁב קְוִשִׁיּוֹת הַב"ש וְאִכְמ"ל וְכְעִין זֶה אִי בִירוּשְׁלַמִּי ב"ק ס"פ הַחֹבֵל ג"כ דְּיֵישׁ הֵן שְׁהוּא פְּלָאוּ וְעִין מְזָה בְּרַמְב"ם ה' עו"ג פ"ה ה' ה': וּלְפ"ז בְּרוּר בְּמָה דְּאָמְרוּ בְּסִי פ"א דְּאָם אָמַר הַנְּתַבְּע הֵן אַף דְּאָס"פ שְׁתַּק בְּעַת שְׁאָמַר עָרִי וְשִׁכְבִי כּו' אוֹ אַתְּמָם עַדִּי דְּהוֹי הוֹדָאָה דְּזֶה אִינוּ אֲלָא אִם אָמַר הֵן בְּלִשׁוֹן נִיחּוּתָא אֲבָל אִם אָמַר בְּלִשׁוֹן בְּתַמִּי נִוְדָאִי אִין זֶה נִחְשָׁב לְהוֹדָאָה וְלִכּוֹן צָרִיכִים הַב"ד לְדַקְדָּק בְּכ"ז הֵיטֵב וְלַחֲקוֹר וְלְדַרְוֵשׁ אֵת פִּי הָעֲדִים הַמְעִידִים אִם דְּקָדְקוּ הֵיטֵב בְּלִשׁוֹן הַנְּתַבְּע פִּי בְּדַבַּר קַל פְּזָה יְפוּל הַטְּעוֹת וּמְצוּי הַטְּעוֹת בּוּ בְּיֹתֵר וּבְזָה בְּעִין שְׁיָהִי הָעֲדִים מְכּוֹנְנִין לְהַעִיד מִשּׁוּם דְּאָם לֹא יָהִי מְכּוֹנְנִים לְהַעִיד יֵישׁ לְחוּשׁ דְּלָמָּא לֹא אִסְיָקוּ אֲדַעְתִּיָּהּ לְכוּיִן כ"כ לְהִיּוֹת יוֹדְעִים דְּאָמַר הַנְּתַבְּע הֵן בְּלִשׁוֹן נִיחּוּתָא דְּהָא יְכוּל לְהִיּוֹת דְּאָמַר הֵן בְּלִשׁוֹן בְּתַמִּי וְקָאָמְרִי הָעֲדִים בְּדַדְּמִי דְּסָבְרִי דְּאָמַר בְּלִשׁוֹן הֵן מְמַשׁ פִּי בְּשְׁמִיעַת דְּיַבּוּר זֶה יְכוּל לְהִיּוֹת טְעוֹת בְּאֶזְנֵי הַשּׁוֹמְעִים וְע"כ אִם טְעַן הַנְּתַבְּע דְּאָמַר הֵן בְּלִשׁוֹן בְּתַמִּי אִין יְכוּלִים לְהוֹצִיא מְמוֹן דְּיֵישׁ לְחוּשׁ דְּלָמָּא טְעוּ הָעֲדִים בְּכַה"ג פִּינּוּ דְּלֹא נִתְפּוֹנּוּ לְהַעִיד וּבְעַגְנִין פְּזָה פְּתַבּוּ הַתּו"י דְּעֲדִים שְׁשִׁמְעוּ מְפִי בַע"ד דְּאָם לֹא נִתְפּוֹנּוּ לְהַעִיד אִין בְּעֲדוּתָן מְמַשׁ וְהַש"ס שָׁם ג"כ מִיָּרִי בְּכַה"ג וְלִכּוֹן י"ל בְּהָא דְּסִי פ"א סְעִי י"ג בְּעֲדִים שְׁהִיּוּ בְּכִילָה וְשִׁמְעוּ מְמַנּוּ שַׁא"ל הֵן דְּאָם לֹא נִתְפּוֹנּוּ לְהַעִיד לֹא מְהַנִּי אִם יְטַעֲנוּ הַנְּתַבְּע דְּאָמַר זֶה בְּלִשׁוֹן בְּתַמִּי וְהָא דְּסִי פ"א סְעִי ט' דְּהוֹדָה בְּפִנֵּי עֲדִים בְּהו"ג וְחֲזִי לִי סְהַדִּי אַחֲרֵינִי כּו' פִּי אֲתִי עַדִּי רִאִי וּמִסְהַדִּי דְּאוּדִי קַמִּי הִנֵּךְ חֲזִיב וּמִשְׁמַע דְּאָף דְּלֹא נִתְפּוֹנּוּ לְהַעִיד ג"כ חֲזִיב וְלֹא מְהַנִּי לִי שׁוּם טְעֵנָה לְהַפְטֵר י"ל דְּמִיָּרִי הָתָם דְּהִי הוֹדָאָה בְּפִירוּשׁ מְמַנּוּ שְׁהוּא חֲזִיב לְפִלוּנִי דְּלֹא שְׁיָיִךְ לְדוּן כּוֹן אֲבָל הֵיכָא דְּלֹא אָמַר בְּפִירוּשׁ רַק אָנוּ בְּאִין לְחֲזִיבוּ מִשּׁוּם מָה שְׁאָמַר הֵן בְּזָה י"ל דְּאָף הַטּוּשׁו"ע הַנִּזְ"ל מוֹדוּ דְּאָם טוּעֵן שְׁאָמַר זֶה בְּלִשׁוֹן בְּתַמִּי וְהָעֲדִים לֹא נִתְפּוֹנּוּ לְהַעִיד דְּלֹא מְהַנִּי עֲדוּתָן בְּזָה לְכ"ע: עֲנָף ה' וְנִתְבָּאָר דְּהֵיכָא דְּהָעֲדִים רָאוּ עֲצָם הַמְעַשָּׂה וְהָעֲנִין דְּאָף דְּלֹא נִתְפּוֹנּוּ לְהַעִיד ג"כ מְהַנִּי עֲדוּתָן אַף לְהַתּו"י וְהָא דְּאָמְרוּ בְּשְׁבוּעוֹת ד' ל"ד דְּמְנָה מְנִיתִי לֵךְ בְּצַד עֲמוּד זֶה וּא"ל לֹא עֲבַרְתִּי בְּצַד עֲמוּד זֶה דְּלֹא הִנְחִזְק כְּפָרָן מִשּׁוּם דְּמִקְלָתָא דְּלֹא רַמִּי כּו' י"ל דְּזֶה אִינוּ רַק בְּבַע"ד אֲבָל בְּעֲדִים דְּמַעֲדִין בְּתוֹרַת עֲדוּת לֹא אָמְרִינוּ בְּהוּ מִקְלָתָא דְּלֹא רַמִּי כּו' פִּינּוּ דְּמַעֲדִין דְּבַרְרוּ לְהֵם שְׁרָאוּ הֵיטֵב וְכוּנּוּ אִזּוּ לְרֹאוֹת לְהָעֲנִין הַנְּעֲשָׂה בְּפִנֵּיהֶם עַל נְכוּן בְּזָה מְהַנִּי עֲדוּתָן אַף דְּלֹא נִתְפּוֹנּוּ לְהַעִיד וְכַמְש"כ הַרְמַב"ם פ"ה ה"ע ה' ה' דְּאֲחַד שְׁנַתְפּוֹנִין לְהַעִיד אוֹ שְׁלֹא נִתְפּוֹנִין לְהַעִיד הוֹאִיל וְרֹאָה הַדְּבַר וְכִינּוּן עֲדוּתוֹ וְהִי שָׁם הַתְּרָאָה חוֹתְכִין הַדִּין ע"פ פִּין

בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת בֵּין בַּד"נ וְכֵן הוּא לְשׁוֹן הַטּוֹשׁו"ע הַכָּא שֶׁפָּתְבוּ ג"כ דְּאֶחָד שְׁלֵא נִתְּפוּיָן לְהַעֲיֵד וְרָאָה הַדְּבָר וְכִינֵן עֲדוּתוֹ חוֹתְכִין הַדִּין ע"פ דְּמִשְׁמַע דְּהַעֲיָקָר תְּלוּי בָּאֵם מְעִידִים שֶׁפְּנוּנוּ הֵיטֵב לְרֵאוֹת אֶת הָעֲנָנִין: וְכֵן יֵשׁ לוֹמֵר בְּהָא דְּשְׁבוּעוֹת ד' מ"א דא"ל פְּרַעְתִּיהּ בְּפָנֵי פו"פ אֶתּוּ פו"פ וּא"ל לְהַד"ם וּמִסְקֵי עֲלֵה ג"כ דְּמִילְתָּא דְּלֵא רְמִיָּא עֲלֵיהּ לָאו אֲדַעְתִּיהּ וּפִי רִש"י וּש"פ דְּקָאֵי עַל הַלְוָה דג"כ יֵשׁ לְחַלְק דְּעִידִים הַמְעִידִים בְּתוֹרַת עֲדוּת שְׁאֵנִי פְּנ"ל אֲכֵן יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עֲדִינֵן מִן מַה שֶׁפָּתְבַּ"ם ה' טוֹעֵן פ"ו ה"ד מְנַה הַלְוִיתִיהּ א"ל וְהֵלֵא פְּרַעְתִּיהּ בְּפָנֵי פו"פ וּבָאוּ עִידִים וְאָמְרוּ לְהַד"ם לֹא הִנְחִיזְתָּם כְּפָרֵן שְׁאֵין הָעִידִים זוֹכְרִין אֶלֶּא דְּבָר שְׁהֵם עִידִים בִּי כו' וּפִי הַכ"מ שֶׁם דְּכִינֵן דְּלֵא יַחְדָּן לְעִידִים ע"כ י"ל אִף בְּעִידִים מִילְתָּא דְּלֵא רְמִיָּא כו' וְאֵינָם זוֹכְרִים וּכ"כ הַלַּח"מ שֶׁם ה' ה' וְהוּבָא כ"ז בַּח"מ ס"א ע' סַעִי ב' וּבִשְׁ"ף ס"ק ו' שֶׁהָאֲרִיף בְּזֵה וְהַעֲלֵה דְּלִדְיָא ג"כ הַלְכָה פְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם וְסִינְעֵתוֹ דְּמִפְרָשֵׁי לְהַד"ם דְּמִילְתָּא דְּלֵא רְמִיָּא כו' קָאֵי שֶׁם עַל הָעִידִים וְלָכֵן בְּלֵא הַזְמִינָם לְהַעֲד י"ל דְּאֵינֵן זוֹכְרִים א"כ מוֹכַח מְזֵה דַּה"ה בְּכָל עֲדוּת דְּלֵא נִתְּפוּנוּ לְהַעֲיֵד י"ל בְּזֵה מִילְתָּא דְּלֵא רְמִיָּא וְלֹא דִּינִיקֵי הָעִידִים הֵיטֵב וּמִשְׁמַע הָתָם דְּאִף דְּהָעִידִים מְעִידִים דִּיּוֹדְעִים בְּבִרּוּר שְׁלֵא פְּרַעְוּ בְּפָנֵיהֶם ג"כ אָמְרִינֵן דְּמִילְתָּא דְּלֵא רְמִיָּא וְאֵינָם זוֹכְרִים וְכַעֲיֵן סוּגְיָא דְּכַרִּיתוֹת הַגְּ"ל וְתַקְשָׁה דְּבַרֵי הַרְמַב"ם ה' טוֹעֵן הַגְּ"ל עַל מַש"כ הַרְמַב"ם בְּפ"ה הַלְכוֹת עֲדוּת הַלְכָה ה' פְּנ"ל.

וְיֵשׁ לְחַנֵּק דְּדוֹקָא הֵיכָא דְּמְעִידִין עַל אֵיזָה עֲנָן הַנְּעֻשָׂה בְּפָנֵיהֶם דְּאִף דְּלֵא פְּנוּנוּ לְהַעֲיֵד ג"כ מְהֵי סְהִדוּתִיהוּ בֵּינֵן דְּמְעִידִים דְּכִנּוּנוּ אֲזוּ לְרֵאוֹת הֵיטֵב אֶת הָעֲנָן הַנְּעֻשָׂה בְּפָנֵיהֶם וּכְמַש"כ לְעֵיל ע"פ לְשׁוֹן הַרְמַב"ם וְהַטּוֹשׁו"ע שֶׁפָּתְבוּ הוּאִיל וְכִינֵן עֲדוּתוֹ כו' אֲבָל בְּמְעִידִים דְּלֵא נְעֻשָׂה בְּפָנֵיהֶם הָעֲנָן שְׁאֲמֵר הַנְּטָעֵן בְּזֵה שְׁפִיר י"ל דְּכִינֵן דְּלֵא הַזְמִינֵן לְהַעֲד הָיִי זֶה בְּכָלֵל כָּל מִילְתָּא דְּלֵא רְמִיָּא כו' וְשִׁכְחוּ כָּל הָעֲנָן וּבְזֵה לֹא שְׁיִיף לוֹמֵר דְּהוּאִיל וְכִינֵן עֲדוּתוֹ שֶׁפָּתְבוּ הַרְמַב"ם וְהַטּוֹשׁו"ע פְּנ"ל דְּהָא לֹא הִיָּה לָהֶם עַל מַה לְכַוֵּן אֶלֶּא בְּמַעֲשֵׂה הַנְּעֻשָׂה בְּפָנֵיהֶם שְׁיִיף לוֹמֵר דְּכִנּוּנוּ הֵיטֵב לְרֵאוֹת אֶת הָעֲנָן וְע"כ יְכוּלִים לְהַעֲיֵד בְּתוֹרַת עֲדוּת ע"ז וְאֵם לֹא הִיָּה הַמְעֻשָׂה כֵּן לֹא הִיָּה מְעִידִים בְּהִיפּוּף וּבְשִׁקָּר רְחוּק לְגַמְרֵי וְלֹא חֲשָׁדִינֵן לְהוּ שְׁיִאמְרוּ וְיִטְעוּ כ"כ מִן הַהִיפּוּף אֶל הַהִיפּוּף ע"כ אִף דְּלֵא פְּנוּנוּ לְהַעֲיֵד ג"כ מְהֵי עֲדוּתָן אִם יֵאמְרוּ שֶׁכִּנּוּנוּ הֵיטֵב לְרֵאוֹת אֶת הָעֲנָן וְעַפ"ז א"ש בְּפְשִׁיטוֹת לְהָא דְּכַרִּיתוֹת דְּאָמְרוּ דְּאִי בְּעֵי אָמַר לֹא נִתְּפוּנוּמֵי לְעֲדוּת דְּכִנּוּנוֹתָם דְּאִי בְּעֵי אָמַר דְּלֵא רָאָה הֵיטֵב אֶת הָעֲנָן שְׁיִיָּהֵי יְכוּל לְהַעֲיֵד ע"ז בְּתו"ע דְּהָא בְּעֵינֵן שְׁיַעֲיֵד שְׁכִינֵן עֲדוּתוֹ כְּמַש"כ הַרְמַב"ם וְהַטּוֹש"ע וְלָכֵן אֵינָם סוֹתְרִים לְהַד"ם סוּגְיָא דְּכַרִּיתוֹת וּמַה שְׁלֵא הִבִּיא הַרְמַב"ם לְהַד"ם סוּגְיָא דְּכַרִּיתוֹת בַּא"ל יוֹדַע אֶתָּה כו' אַכְמ"ל בְּזֵה: וְעֲדִינֵן יֵשׁ לְהַעֲיֵד מִן הָא דַּח"מ ס"א כ"ט סַעִי ג' בַּהַג"ה וּבְסִי' ל' סַעִי ד' עַד שְׁמַעֲיֵד פְּלוּנֵי הִיָּה עֲמִי וְאוֹתוֹ פְּלוּנֵי אוֹמֵר לֹא רְאִיתִי וְלֹא הִיָּיתִי עֲמָךְ אֵין זֶה הַכְּחָשָׁה דְּאֵין עַד מְדַקְדָּק מִי עֲמוּ בְּשַׁעַת עֲדוּת וְהוּא מִן תְּשׁוּבַת הָרָא"ש אֶלְמָא דְּאִף בְּמַעֲיֵד עַל עֲנָן שְׁהִיָּה לְפָנֵי ג"כ אָמְרִינֵן בְּזֵה מִילְתָּא דְּלֵא רְמִיָּא כו' וְעִינֵן בְּבִיאור הַגְּ"א זַצ"ל סוּף ס"א כ"ט וְיֵשׁ לְחַלְק דְּשֵׁא"ה דְּזֵה הָעֲנָן שְׁמַעֲיֵד שְׁהִיָּה שֶׁם פ' בְּאוֹתוֹ מַעְמָד אֵין זֶה שׁוּם מִמֶּשׁ לְאֵיזָה עֲנָן כְּלָל כִּי מַה בְּכָף אִם הִיָּה פְּלוּנֵי שֶׁם אוֹ לֹא הִיָּה שֶׁם ע"כ ה"ל זֶה בְּכָלֵל מִיָּלִי דְּכַדִּי דְּלֵא דְּכִרִי אֵינְשֵׁי וְלָכֵן אִף דְּמִשְׁמַע שֶׁם דְּגַם בְּמַעֲיֵד שְׁיִוְדַע בְּרוּר שְׁפְלוּנֵי הִיָּה שֶׁם כְּמוֹ כָּל עֲדוּת שְׁמַעֲיֵד בְּתו"ע מ"מ בֵּינֵן דְּעֻצָּם הַדְּבָר אִם פְּלוּנֵי הִיָּה שֶׁם בְּאוֹתוֹ הַמַּעְמָד אֵין מְזֵה שׁוּם פְּנוֹעַל יוֹצֵא וְתוֹעֲלַת כְּלָל

ע"כ הוי זה בכלל מילי דכדי ולכן אף דמעיד שיהיה שם גם בזה ישלחוש לבדדמי אכל היכא דעצם הענין הוא דבר שיש בו ממש כמו התם גפי פרעון בפניהם בזה שפיר יש לחלק דשאני היכא דמעיד להקד"ם אבל היכא דמעיד על ענין איה שנעשה בפניהם בזה לא תלינו זה בהפלה דכל מילתא דלא רמיא כו' ובאמת לפי הא דסי' כ"ט הנ"ל בע"כ מוכח לומר דהא דאמרו בהזמה עמנו הייתם דפסלינו להעדים עפ"ז ולא אמרינו דדלמא לא דקדקו כ"כ בזה מי היה עמם כמו דאמרו התם דאין עד מדקדק מי עמו כו' משום די"ל דהא דהזמה מירי דאומרים העדים דהיה עמם באיזה עסק ממש שיהיה שם ודוקא בהא דסי' כ"ט דאמרו שם בלשון דאין עד מדקדק מי היה עמו בשעת עדות דזהו בכלל מילי דכדי כמו הא דסנהדרין ד' כ"ט ע"ב: משום שאומר שיהיה שם פ' שעמד שם בלא איזה עסק ע"כ בזה דוקא אמרינו דאין מדקדק כ"כ וי"ל דטעה ואמר בדדמי פן יש לחלק.

ועוד יש לחלק דשאני גפי הזמה דעכשוו שפאו להזמן הוי תועלת ממה שאומרים שיהיה עמם באותו יום ומסקי בזה שפיר אדעתיהו להעיד בדבר ברור משא"כ התם בהא דסי' כ"ט דאין מזה שום פועל יוצא גם עכשוו אם היה עמם אותו העד אז או לא והעיקר כמש"כ לעיל לחלק בזה ונדעתי מה דיש להעיר על מש"כ לעיל לחלק בין היכא דאומר להקד"ם ובין היכא דמעיד על עצם המעשה שיהיה להיפך מהא דשבועות ד' מ"ב דאמר רמי ב"ח הא אמרת כל מילתא דלא רמיא כו' וא"ל רבא קיצותא דתרעא כו' ויש לחלק דאין מזה סתירה על מש"כ לעיל ומחמת האריכות קצרותי גם יש לחלק בין הא דסי' כ"ט ובין עדי הזמה ע"פ הא שפכתתי לעיל לחלק בין ע"א ובין שני עדים בפשש שיעיד בדדמי וה"ה בכזה: (שם סעי' א') ברמ"א שטר שחתם עליו עד פסול ונתבטל כל העדות אם הפשרים זוכרים העדות כו' יכולים לחזור ולהעיד לפני הב"ד.

והט"ז הביא לדברי הסמ"ע בסי' מ"ה ס"ק ל"ד דבשטר יכולין הפשרים לחזור ולהעיד כו' ותמה עליו הט"ז וכן הש"ך בסי' מ"ה ס"ק כ"ד הקשה דהא קי"ל דהגדה בשטר פהגדה בב"ד דמי א"כ ה"ל פהגידו ביחד בב"ד דנפסלו פבר ואין מועיל הגדתם בע"פ שנית וכן תמה המל"מ ה' עדות פ"ה ה"ד ע"ש: והנראה לי דאפשר לדון בזה דהא שיטת הרמב"ם והובא לעיל סי' כ"ח סעי' י"ב דעדות בשטר אינו מועיל מה"ת רק מדברי סופרים וכמש"כ הסמ"ע שם והובא דברי הרמב"ם בטור שם ועיין בש"ך שם ס"ק י"ד ולפ"ז יש לדון דיכול המלנה לומר אי אפשרי בתקנת חכמים דתקנו דיהיה מועיל השטר א"כ לא היה מעולם ההגדה מהעדים דהא לא נצטרפו ביחד לפ"ז במה דחתמו על השטר וכה"ג פתב השיטה מקובצת בב"ק ד' ז' בשם הריב"א דהקשה דהא יכול המלנה לומר אי אפשרי בהק"ח דתקנו לטובתי לישקול בינונית ויקח זיבורית ותירץ דכיון דהתק"ח היה שלא תנעול דלת בפני לוויין א"כ הא היה התקנה לטובת הלנה ועוד תירץ משום דלהוציא לא אמרינו א"א בתק"ח ובשם הרב המאירי זצ"ל תירצו דהא מה"ת אינו מחוייב הלנה לשלם דוקא בזיבורית רק התורה נתנה לו רשות לפרוע במה שירצה כו' והתומים בסימן ק"ב ס"ק ג' פתב זה מסברא דנפשיה.

ובאמת פבר הקדמו הרב המאירי בזה וכן פתב המרדכי בכתובות פ' י"ג ובתשובת מיימוני ה' קנ"ז סי' י"ד ע"ש. א"כ לתירוץ המאירי הנ"ל חזינו דס"ל במה דאמרו דיכול לומר א"א בתק"ח דה"ה במה דתקנו שלא תנעול דלת בפני לויים יכול המלנה לומר אי

אָפּשׂי נאָף להוֹצִיא א"כ ה"ה י"ל בְּמָה דַתְקֵנוּ דִּיהֵינָה מְהֵנִי שְׁטָר מְדַרְבְּנָן מְשׁוּם שְׁלֵא תַנְעוּל דְלַת כּו' דִּיכּוּל הַמְלִינָה לּוֹמַר א"א בתק"ח אָף להוֹצִיא א"כ לפ"ז לא מְהֵנִי הַשְׁטָר פְּלַל דְלֵא נְחָשֵׁב לְהַגְדָּה פְּלַל וְכִינּוּן דְלֵא הָוֵי הַגְדָּה ע"כ מְהֵנִי עֲדוּתָן בַּע"פ שְׁיַעֲדוּ מִחֲדָשׁ אָדָּה לְפִי דְלֵא מְצִינּוּ לְהֵרָא"ש דַּס"ל בְּזָה פְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם ע"כ פְּתַב הַסַּמ"ע דְּזָהוּ דוֹחַק.

אָכֵן לְפִי שְׁיִטַּת הַרְמַב"ם שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן פְּנ"ל וְעֵינָן בַּח"מ ס' קע"א בְּבִיאֹר הַגְּר"א זצ"ל ס"ק יו"ד: וּלְפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּהָא דְכַתְּנֻבוֹת ד' י"ח ע"ב דְּאָמְרוּ פֶּל מְמִינָה פִּינּוּן שְׁהֵגִיד אִינּוּ חוֹזֵר וּמְגִיד מְשׁוּם דְּשְׁטָר הָוֵי פְּנִחְקָרָה עֲדוּתָן בַּב"ד וְכַמְבֹּאֵר בַּח"מ ס' מ"ו דִּי"ל בְּזָה דו"א רַק הֵיכָא דַע"י עֲדוּתָן בַּע"פ הָוֵי רִיעוּתָא לְהַמְלִינָה אָבֵל הֵיכָא דַע"י עֲדוּתָן דַּבַּע"פ הָוֵי טוֹבָה לְהַמְלִינָה אָז י"ל דָּאָם יֵאמֵר הַמְלִינָה א"א בתק"ח וְלִשְׁיִטַּת הַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר בַּסִּי' כ"ח וְלִשְׁיִטַּת הַסּוֹבָרִים דְּאָף לְהוֹצִיא אָמְרִינּוּ ג"כ א"א בתק"ח דִּיהֵינָה יְכוּלִין הָעֲדִים לְחֹזֵר וְלְהַעֲיִד בַּע"פ אָם הוּא בְּאִנּוּן דְּאִינָם עוֹשִׁין עֲצָמָן רְשָׁעִים וְיֵשׁ לְהַאֲרִיךָ בַּכ"ז, וְכ"ז הוּא לְשִׁיטַּת הַחוֹלְקִים עַל הַרְמַב"ם וְס"ל דְּבִרְאִיָּה לְחוּד לֹא נִצְטָרְפוּ רַק בְּעֵינָן רֵאִי וְהַגְדָּה ע"כ יְכוּלִין הַפְּשָׁרִים לְהַעֲיִד מִחֲדָשׁ בַּפ"ע: (שָׁם סַעִי ב') אָם הַעֲיִד קְרוֹב וְאִין הַרְחוּק יוֹדַע מְקוֹנְרַבְתּוֹ י"א דְּעֲדוּת הַרְחוּק פְּשָׁרָה וּמְחִיבּוֹ שְׁבוּעָה וּמוֹכַח מְזָה דְּהֵיכָא דְּהָוֵי בְּאִנּוּן דְּבָטֵל פֶּל הַעֲדוּת דְּאָז בָּטֵל אָף לְחִיבּוֹ שְׁבוּעָה וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַעֲיִר בְּזָה מִן הַתּוֹס' יְבָמוֹת ד' ק"א ד"ה מְרַעְנָא כּו' וּמִן תּוֹס' פְּתוּבוֹת ד' פ"ה ד"ה מְרַעְנָא כּו' שְׁפַתְבוּ בְּהָא דַּא"ל רְבָא לַר"פ אֵיכָא אִינְשׁ אַחֲרֵינָא בְּהַדִּי דְּמַר דַּצ"ל דַּר"פ הֵינָה קְרוֹבּוֹ שְׁל תּוֹבַע וְקָשָׁה דְּנִימָא בְּזָה נִמְצָא א' קו"פ דְּבָטֵל עֲדוּת הַב' אָף לְחִיבּוֹ שְׁבוּעָה וּמוֹכַח מְזָה דַּס"ל לְהַתּוֹס' דְּלֵא אָמְרִינּוּ זָה לְבַטֵּל עֲדוּת הַב' לְעַנְיָן שַׁד"א.

וְאָפְשָׁר דְּטַעְמָם ע"פ מַש"כ הַתּוֹס' בְּמַכּוֹת ד' ו' ד"ה א"ר יוֹסִי כּו' דַּבְּד"מ בְּשָׁנִים וְנִמְצָא א' קְרוֹב הַשְּׁנֵי אִינּוּ בָטֵל לְגַמְרֵי דְּחִיבּוֹ שְׁבוּעָה אֲלַמָּא דַּס"ל לְהַתּוֹס' דְּהַפְּלַל דְּנִמְצָא א' מְהֵם קו"פ אִינּוּ שְׁיָיָה לְבַטֵּל עֲדוּת הַב' לְחִיבּוֹ שַׁד"א אָבֵל בְּאַמַּת אִין סְבָרָא לּוֹמַר פֶּן וְכַוּוֹנַת הַתּוֹס' בְּמַכּוֹת הוּא דְּמִיָּרִי שָׁם בְּשִׁיטַת ר' יוֹסִי דַּס"ל בַּד"א בַּד"נ כּו' אָבֵל לַר' דַּס"ל שָׁם דְּאָף בַּד"מ אָמְרוּ פֶּן.

א"כ מְמִילָא פְּמוֹ דְּבַשְׁלִשָּׁה אָם נִמְצָא א' מְהֵם קו"פ בָּטֵל עֲדוּת הַשְּׁנֵים ה"ה בְּשָׁנִים אָם נִמְצָא א' קו"פ בָּטֵל עֲדוּת הַשְּׁנֵי וְהָא שְׁפַתְבוּ הַתּוֹס' בִּיבָמוֹת וְכַתְּנֻבוֹת הַנְּז"ל י"ל דְּמִיָּרִי בְּאִנּוּן דְּלֵא שְׁיָיָה לְמִיפְסֵל מְשׁוּם נִמְצָא א' קו"פ וְכַעֲיִן מַש"כ הַתּוֹס' בַּב"ב ד' מ"א ע"ב ד"ה נְחָלְקָה עֲדוּתָן כּו' דְּמִיָּרִי דְּאִתִּי לְמַחְזִי וְכַה"ג וְזָה מְוַכְרַח דְּהָא הֵרָא"ש פְּתַב ג"כ בְּכַתְּנֻבוֹת פ"ט ס' ו' דִּי"ל דַּר"פ קְרוֹב הֵינָה וְדַחֲהוּ מְטַעַם אַחַר א"כ תְּקַשָּׁה עַל הֵרָא"ש דְּהָא ה"ל נִמְצָא א' קו"פ וְהֵרָא"ש הָא ס"ל בְּמַכּוֹת פ"א ס' י"א דַּא' מְהֵם קו"פ מְבַטֵּל עֲדוּת הַשְּׁנֵי אָף לְחִיבּוֹ שַׁד"א וְע"כ מוֹכַח כַּמַּש"כ דְּאִין מְזָה רְאִיָּה פְּלַל וְלָכֵן בְּרוּר לְדִינָא דְּגַם עֲדוּת הַב' בָּטֵל מְשׁוּם נִמְצָא א' קו"פ וְאִינּוּ מְחִיבּוֹ שַׁד"א וְעֵינָן בְּפִנֵּי יְהוֹשֻׁעַ לְמַכּוֹת ד' ו' בְּתוֹס' ד"ה אַר"י כּו' וְכֵן מְצָאִי בְּהֵרִיטְב"א לְמַכּוֹת ד' ו' שְׁפַתְבוּ ג"כ דַּלְר"ע וְרַבִּי בָטֵל לְגַמְרֵי עֲדוּת הַרְחוּק אָף לְחִיבּוֹ שְׁבוּעָה אִינּוּ נִאָּמָן וְעֵינָן מְזָה בְּנו"ב בַּמ"ת ח' אַה"ע סִימָן ע"ו: (שָׁם סַעִי ב') הַאו"ת ס"ק י"א הַעֲלָה דְּאִשָּׁה שְׁרָאָתָה הַעֲדוּת עִם אָנְשִׁים לֹא דְּנִינּוּ בְּזָה נִמְצָא א' מְהֵם פְּסוּל לְבַטֵּל לְעֲדוּתָן וְעֵינָן לְעִיל בְּחִידוּשֵׁי לְסִי' ל"ה סַעִי ה' עֲנָף ז' וְעֲנָף ח' שְׁהַאֲרַכְתִּי בְּדַבְרֵי הַאו"ת הַנְּז"ל.

וכן במש"כ הנתיבות הקא בס"ק יו"ד דקטן אין מבטל עדות הכשרים העליתי שם דאינו ראיה מן אשה לקטן דשאני נשים דהוי עם בפ"ע פמבואר פ"עין זה בשב"ד ס"ב ולכן אם הנה ע"א קטן בתוכן ג"כ יש לדון נמצא א' מהם פסול לבטל עדות פולם סימן לו (שם סעי' ד') ראובן תבע לב' שהלנה להם וכפר אחד [והודה השני שהוא וחקירו חייבים אם אותו ממון לקחו בשותפות אינו נאמן על חבירו דנוגע בעדות הוא דרוצה שחקירו יפרע החצי והוא מבעה"ת שהביא ב"י שם וכן מבואר בסי' ע"ז סעי' ה' וכתב התנאים בסי' ל"ז ס"ק ל"ג ובאורים שם דאין פאן מיגו דלא הנה מודה רק שלנה נ' דהוא צריך שבוועה ועד המשבתע אין עד כדקיי"ל גבי הן הן שלוחיו והן הן עדיו ולפ"ז דנוקא בתובע פרי שיש עליו שבוועה אבל בטענו שפא אין עליו שבוועה ונהרי זו כמו גבי שלוחים דנאמן פנין דלא הוי נוגע בדבר דהא יש לו מיגו עכ"ל התנאים והנתיבות ס"ק ו' כתב על דברי התנאים הנ"ל דזה ליתא דנוקא בשליח שאיננו בע"ד פלל ואין הדבר נוגע לו פלל ויש לו מיגו דשוב אינו נוגע בעדותו נאמן מטעם עד אבל הקא דהוא העד והוא הבע"ד דאם לא ישלם השני הוא יתחייב לשלם להמלנה והשני מחוייב להחזיר לו מה שישלם לחבירו נמצא שאפשר שיהיה תובע וממילא שוב אינו נאמן אף במיגו דכיון שהוא תובע ובגדר מיגו להוציא ודנוקא במקום שאינו תובע לעצמו פלל נאמן מתורת עד פשיש לו מיגו ולא פשהו תובע ועיי' בסי' ע"ז ראיה לזה עכ"ל הנתיבות.

ענף א ול"נ לדון בזה הרבה ומתחלה אבאר במה שכתב [דזה הוי מיגו להוציא דנראה לי לדון דאף למאי דקיי"ל דאין אומרים מיגו להוציא עכ"ז זה דנוקא במיגו אבל היקא דשייך הפה שאסר בזה נאמן אף להוציא וראיה לזה מהא דב"ב ד' ל"ב בההוא דאמר לחבירו מאי בעית בהאי ארעא אמר מינה זבנתיה והא שטרא א"ל שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הוי לי ואירפס אמר רבה מה לו לשקר כו' א"ל רב יוסף אמאי סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא ופירש התוס' והפוסקים שם דס"ל לרב יוסף דאין נאמן במיגו דהוי מיגו להוציא וכיון דקרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת ע"כ אף דיושב הלוקח בהקרקע עכ"ז הוי מיגו להוציא רק אגן ס"ל דהלכתא פנותיה דרבה בארעא דזה מקרי מיגו להחזיק אבל רב יוסף ס"ל דזהו הוי מיגו להוציא ובכתובות ד' י"ז תנן מודה ר' הושע באומר לחבירו שזהו של אביה ולקחתי ממנו נאמן שהפה שאסר כו' ועיי' בתוס' שם בד"ה התם שור שחוט לפניה כו': ולכאורה קשה לרב יוסף דס"ל דאף דמחזיק הלוקח בקרקע מ"מ מיקרי מיגו להוציא לפי דמוציא מחזקת בעלים הראשונים א"כ אמאי מהימן הקא במיגו להוציא מן חזקת בעלים הראשונים וע"כ מוכח דשאני הקא דהוי הפה שאסר דזה עדיף ממנו ובזה מהימן אף להוציא ועיי' בב"ק ד' ע"ב ע"ב בתוס' ד"ה אין לה בו כו' שכתבו לחלק ג"כ בין הפה שאסר למיגו ובש"ך חו"מ סי' כ"ח ס"ק ז' והא שכתב התוס' בב"מ ד' ב' ע"א ד"ה וזה נוטל רביע כו' דלכן הימניה רבה במיגו להוציא משום דאפילו הוי שותק רק שלא הנה מודה שהוא מזוניף הנה נאמן כו' זה לא הוי בגדר הפה שאסר דהא הנה צריך לבוא לב"ד להראות זכותו עכ"פ משא"כ היקא דיש לו מיגו דהנה שותק ולא הנה צריך לבוא לב"ד פלל זה הוי בגדר הפה שאסר ובזה מהימן אף להוציא ובסי' ע"ז כתב הנתיבות להוכיח פדבריו מן הר"ן פ' הכותב בעובדא דההוא בקרא דתפס בע"ח תורא מיניה דבע"ח אמר מחיים תפיסנא ובקרא אמר לאחר מיתה תפיסיה דמהימן הבע"ח במיגו והקשה הר"ן שם דאמאי

לא אצריכיה שבוועה להכחיש הבקרא דהגוי פעד אַחד וי"ל פּינן דלפי דבְּרִי דאמר לאחר מיתה תפסיה הוא חייב לשלם ליתומים הוי ליה בע"ד כו' עכ"ל ה"ר"ן ומנה הוכיח הגתיות דינו דלכן אין השותף נאמן כע"א לפי דהוי לו בע"ד משום דהוי לו מיגו להוציא אב"ל פּבְּר פּתבתי דבנה דהוי ליה פּעין הפה שאסר דנהה מצי לישתוק ולא לילף לב"ד ע"כ פּכי האי גוונא מהימן אף להוציא ועיין פּרי"ף ב"ב פ"ג בּהא דשכונני גוונאי מש"כ שם וע"פ מש"כ י"ל בּדבְּרִי: ענף ב ונראה לפענ"ד לדון בּדבְּרִי ה"ר"ן באופן אחר בכוננתו והוא דלכאורה קשה בּמה שפּתב ה"ר"ן דהוי ליה הבקרא בע"ד דמה בּכה דה"ל בע"ד הא אילו לא הכחיש הבקרא להבע"ח דטוען מחיים תפסי לא הנה צריף לשלם א"כ מאיזה טעם יפסול לעדות דמה הנאת ממון יש להבקרא פי אם עכשיו דאי נימא לאח"מ תפסי אז הוי הנאת ממון להבקרא א"כ ינה מהימן לומר לאח"מ תפסיה ומה חשש משקר יש בנה אדרבה אי הוי שתיק הנה בנה זכותו יותר מאמירתו וי"ל לפי מה דמבואר ביבמות ד' מ"ו בּבא ואמר כו' בינו ובין עצמו דאין נאמן ליפסול בניו משום דלדבְּרִי כו' הוא ואין עדות כו' וכן פּתב התוס' בּכתובות ד' כ"ה ע"ב בד"ה הרי שאמר בני זה כו' דלכן אם אמר בני זה וכהן הוא לא מהימן משום דלדבְּרִי קרוב הוא ואין עדות לקרוב ואף ע"י מיגו לא מהימן כו' עכ"ל התוס' והוכיחו פן מהא דיבמות ה"ל: אלמא דמצינו דמפסל לעדות היא דלדבְּרִי דהגיד בתורת עדות הוי קרוב דאז מפסל ולא מהימן ואף דלא מהימנין ליה ואז אינו קרוב או דאינו כו' ועכ"ז פּינן דלדבְּרִי הוא פּסול מה"ת לעדות לא מהימנין ליה ואף דפּסול קרובה אינו מחשש משקר אלא מצד גזה"כ פּמבואר בב"ב ד' קנ"ט: א"כ ה"ה הקא דלדבְּרִי עדותו הוא קרוב מצד אדם קרוב אצל ממונו וכמבואר בסנהדרין ד' יו"ד והובא בראש מפות פ"א סי' י"ד ביאור סוגיא זו בּשם הראב"ד ע"ש ע"כ מפסל הבקרא לפי דעכשיו דמעיד דלאח"מ תפסי א"כ הוי הבקרא בע"ד ש'ל הבע"ח לתבוע תיקף ומיד מהבע"ח.

פּמו דמבואר בתשובת הרא"ש והובא בחו"מ סי' ע"ב בסמ"ע ס"ק ס"א ונה לשונו פּקיד שפּסר דבְּר ש'ל ראובן אצל שמעון ועיקבן שמעון בשביל ראובן יכול ראובן לתבוע להפּקיד והפּקיד יתבע לשמעון משום דאף דהחפץ אינו ש'ל הפּקיד עכ"ז פּינן דלקחון מרשות הפּקיד ה"ל הפּקיד בע"ד ש'ל שמעון לתבוע ממנו וכן מצינו בב"ב ד' ק"ח בתבועו שומר והודה דניפטר הגנב בהודאת שומר דהוי ליה בע"ד דיליקה לתבוע מהגנב ועיין בב"ב ד' נ"א דאם קיבל יחזיר לאשה כמש"כ הריב"ש בתשובה סי' נ' ובאה"ע סי' פ"ו דלמקום שנטל יחזיר ועיין בבית מאיר שם וה"ה בהאי בקרא דהוי ליה הבע"ד ש'ל בע"ח לתבוע ממנו דהבע"ח א"כ הנה הבקרא קרוב אצל ממונו לדבְּרִי ולכן לא מהימן דלדבְּרִי קרוב הוא ואין עדות לקרוב דהא הבקרא ה"ל שומר והוי פּמו תפסו מרשות שומר דכבר נתבאר דה"ל השומר בע"ד ש'ל התופס: ולפ"ז יש לחלק דשפיר פּתב האורים גבי שותפין דאם אין המלוג תובע דינו ש'ל השותף המודה פּמו ע"א דהא מבואר בחו"מ ריש סי' ל"ז בש"ף שם שפּתב בּשם הלבוש דפּסול נוגע ה"ל משום פּסול קרוב והש"ף והסמ"ע שם ס"ל דפּסול נוגע הוי משום משקר ולכן אינו מפסל רק לזכותו ולא לחובתו [וכה"ג מצינו בסנהדרין ד' כ"ח דמחלק רבינא שם בּהא דמעיד לאשתו ארוסה דנהו לאפוקי ולא לעיולי וע"ש ד' כ"ו ומצינו ביו"ד סי' רכ"ח סעי' ה' בּשם הירושלמי גדרים פ"ה דנוגע פּסול להתרת גדרים אף דקרוב פּשר להתרת גדרים ומנה יש להוכיח פּשיטת הסוברים

דנוגע פסול לעדות אשה אף דקרוב פשר נשם ועיין באה"ע סי' י"ז סעי' ג' מה שהביאו שם בשם מהריב"ל ובאחרונים שם ואכמ"ל] והנתיבות שם הכריע דהיכא דמעיד על ממונו ממש אז מיפסל אף לחובה משא"כ היכא דלא הוי רק נוגע בעלמא אז אינו מיפסל כי אם במעיד לזכותו ולא במעיד לחובתו ע"ש ומצינו בקידושין ד' מ"ג דאמרו דהני שלוחין מהימני להעיד במיגו דיקלו למימר אהדרינהו ללנה יכלו למימר פרענא למלנה וכתב הריטב"א בחידושו שם דאע"ג דאמרי' בעלמא שכל עד שאין נאמן מתוך עדותו אינו נאמן במיגו התם הוא פשאינו נאמן משום פסול אחר אבל הכא פשר לעדות אלא שאמרו אומר דנוגע בעדות הוא ובהא אמרינו דלאו נוגע בעדות הוא דהא אי בעי אמר אהדרינהו ללנה עכ"ל הריטב"א והא שפתיב הריטב"א דבעלמא היכא דאינו נאמן מתוך עדותו אינו נאמן אף ע"י מיגו מצינו פן בכתובות ד' כ"ה ע"ב בתוס' ובש"פ"א וריטב"א לכתובות שם שכתבו פולם פן על מה דאמרו התם במעיד שהוא בנו וכהן הוא אינו נאמן אע"ג דיש לו מיגו דאי בעי אמר אינו בנו משום דלדבריו קרוב הוא ואין עדות לקרוב והביאו פולם שם בשם הירושלמי לכתובות שם שכתבו דהדיא פן דאף ע"י מיגו לא מהימן היכא דבעי שיעידו בתורת עדות: וכיוצא בזה פתב הריטב"א לכתובות ד' י"ח שהקשה על מה דאמרו שם לרמי בר חמא דאנוסים היינו מחמת נפשות נאמנים אף בכתב ידם יוצא ממקום אחר והמשנה מירי באנוסים היינו מחמת ממון והקשה דהא נאמן במיגו דמחמת נפשות ותיקן דעד אינו נאמן היכא דיש פסול בעדותו אף ע"י מיגו ומה ששינוי ברישא באין כתב יוצא ממקום אחר נאמנים אף על אנוסים היינו מחמת ממון זהו רק היכא דשייך הפה שאסר הפה שהתיר דאי בעי הוא שתיק עכ"ל הריטב"א ועיין בתוס' כתובות ד' י"ח ע"ב בד"ה אינו נאמנים כו' דכתבו דליכא לאקשוני' דליהמניה במיגו דאי בעי אמרו פרוע משום דהני מיגו במקום עדים ועוד דחוזרים ומגידי הם וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ועוד דבשני עדים אין אומרים מיגו כו' והתירוץ האמצעי של התוס' הוא פועין תירוץ הריטב"א הנ"ל: דהיכא דהוי פסול על עדותו אז אינו נאמן אף ע"י מיגו.

עיין בכתובות ד' י"ט ע"ב בד"ה אם פתב ידם יוצא כו' ובב"ב ד' ל"א תוס' ד"ה וזו באה בפ"ע כו' דהקשו דנהמנינהו לבתראי במיגו כו' י"ל דשאני התם די"ל דזה לא מקרי פסול הגוף על עדותו דהוי עדיין ספק הכחשה ולא נתברר פסולן עליהם ויש להאריך בכ"ז ועיין בג"י א"כ חזינו דהיכא דיש לו מיגו לומר באופן אחר דאז לא מיפסל משום חשש משקר כמו בהני שלוחים דכיון דאית לי' מיגו דהוי מצי לומר אהדרינהו ללנה דמהימן לומר אהדרינהו למלנה פינו דאין פסול הגוף על עדותן רק היכא דיש פסול הגוף עליהם אז לא מהימני אף ע"י מיגו משא"כ בחשש נוגע דלא מיפסל רק משום חשש משקר ע"כ היכא דה"מ לומר באופן אחר אז לא מיפסל משום חשש משקר ולפ"ז ה"ה בשותף שהודה דלוי שניהם ביחד דמהימן על חבירו בתורת עדות דהא פסול קורבא לא שייך בזה לדון ולומר דאדם קרוב אצל ממונו כמש"כ בהאי בקרא דהא מבואר בהל' ערב דכ"ז דלא פרע הערב להמלנה אין להערב שום חיוב הגוף על הלנה לתבוע ממנו וכמש"כ התנאים בסי' קכ"ט ס"ק י"ז בשם כה"פ רק היכא דפרע הערב להמלנה יש לו חוב על הלנה ועיין בג"י פ"ה ב"מ בסוגיא ד' ע"א וה"ה בשותפין דדינים פערבים פמבואר בסי' ע"ז א"כ בעת שהעיד בב"ד ולא פרע עדיין להמלנה אין לו חוב על השותף הב' פלל ואין

יכול לתבוע פלל ממנו אז ולא מקרי בע"ד ש'לו פלל על פן אין עליו שם קרוב פלל דהא לא הוי קרוב אצל ממונו על הממון ש'מעיד רק שם נוגע עליו דרוצה דחבירו יפרע החצי פדי שלא יצטרף איהו לשלם פלו א"כ אין פסולו רק משום חשש נוגע ולא מיפסל אלא משום חשש משקר ולא משום פסול הגוף ע"כ היכא דהיה לפניו שני דרכים להגיד ולא הגיד כי אם לחובתו לא מיפסל משום חשש משקר פדמצינו בריטב"א לקידושין שם שכתב דלכן מהמני הני שלוחים פיון דהיה לפניהם שני דרכים להגיד כו' ואף דהכא שאני קצת דעכשיו פ'שמעיד יש לו הנאה מעדותו עכ"ז הא היה לו מיגו שלא להגיד פן א"כ אדרבה מעיד לחובתו ולא מיפסל משום חשש משקר משא"כ בהאי בקרא דיש לו פסול הגוף מצד קרוב אצל ממונו על הממון ש'מעיד דהא מצי עכשיו לתבוע מהבע"ח על התפיסה שתפס מרשותו ובזה לא מהימן אף ע"י מיגו כמש"כ הריטב"א והרשב"א והתוס' בכתובות ד' כ"ו פנ"ל: ואף לפמש"כ הריטב"א בכתובות ד' י"ח והובא לעיל דהיכא דשייך לומר הפה שאסר כו' ואי בעי שתיק אז מהימן אף היכא דיש פסול הגוף על עדותו א"כ לכאורה ה"ה בהאי בקרא דהוי מצי שתיק ולא להגיד פלל דיש לכאורה לדון דאף האי בקרא יהיה מהימן מהאי טעמא אבל ז"א דאינו דומה האי הפה שאסר לנדון הריטב"א דהא התם היה יכול להוציא לאורה ענין עדותו ג"כ וליפסל השטר ע"י הפה שאסר דאי בעי הוה שתיק ולא היה מקוים לשטר אף ע"כ מהימן משא"כ בהאי בקרא דאי שתיק לא היה מחייב לחבירו שבועה ולא יכול להוציא מחשבתו לחייב להבע"ח שבועה כ"א ע"י הגדתו ואין לנו תועלת מהאי הפה שאסר כי אם לסלק ממנו פסול נוגע בזה אמרינו שפיר פיון דלדבריו דמעיד הוא קרוב אצל ממונו על הממון ש'מעיד ע"כ מיפסל אף דלא שייך בזה חשש משקר כמו פל פסול קורבא משא"כ היכא דלא מיפסל רק מחשש נוגע ע"כ היכא דהוי מצי לסלק ממנו הנגיעה ע"י אופן אחר ע"כ לא שייך בזה חשש משקר פנ"ל ו'שפיר פתב התומים ואין עליו סתירה מהר"ן דבקרא הנ"ל: וכן ממה שכתב הר"ן בכתובות שם בהפכות גבי אבימי דהוי מסיק זוזי בי חוזאי שדרינהו ביז חמא כו' דאם הי' הדין שישלם השליח לא הוי מצי להיות כע"א מהאי טעמא ע"ש ג"כ יש לחלק דשא"ה דהוי השליח בע"ד של המלנה לתבוע ממנו פיון דלא מסר להמלנה המעות כ"א על חוב בשטר ולא על חוב אחר וכיון דלקחון מרשות השליח ע"כ הוי השליח בע"ד של המלנה לתבוע ממנו והוי פסול הגוף עליו מצד קרוב אצל ממונו פנ"ל ע"כ לא מהימן אף היכא דשייך הפה שאסר על נגיעת עדותו אף במה שכתב הנתיבות לדון בזה להסבא דזה הוי פ'עין מיגו להוציא אלמא דסבירא לי' דזה הוי פ'עין מיגו רק דכתב דזה הוי מיגו להוציא בזה שפיר פתבתי לעיל לדחות דהא מצינו דע"י הפה שאסר מהימן אף להוציא אף לפמש"כ לבאר דברי הר"ן ליתא דלא מהני בזה הפה שאסר פנ"ל: ועפ"ז יש לבאר פן לדברי הרא"ש בהפכות סי' ג' שכתב דלא הוי הבקרא כע"א לפי דחייב לשלם ליתומים פנונתו ג"כ פיון דהבקרא מחווייב לשלם ליתומים ויכול הבקרא לתבוע מהבע"ח הוי הבע"ח בע"ד של הבקרא ואדם קרוב אצל ממונו פנ"ל ויש להסביר כ"ז ביותר ביאור לפי המבואר בריש המפקיד דאם שילם השומר נעשה כמו שאמר לו לכשתגב ותרצה ותשלימני תהי' פ'רתי קנוי לה מעכשיו.

א"כ יכול להיות דאם ישלם הבקרא מחמת דפ'שע בשמירתו כמש"כ הרא"ש פנ"ל א"כ אגלאי למפרע דהוי האי תורא קנוי להבקרא למפרע בעת הגדת העדות והוי כמעיד על

ממונו ממש ואדם קרוב אצל ממונו ולכן לא מהימן [ועל בתישבת רמ"א סי' פ"ז ובספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' ענף ב' מה שאין פן בשותף דאף אחר שיפרע להמלנה פל החוב לא שיניף בזה לדון דהי' לו למפרע בעת עדותו חוב על הלנה הב' כ"א מאותו העת שינתחל הפרעון באותו העת יחול חיובו על הלנה א"כ בשעה שהעיד לא הי' דינו פקרוב רק כמו איש אחר שאינו קרוב אז בעת הגדת העדות ואף דיתנה קרוב לאחר הגדת העדות עכ"ז מהימן: הגה"ה וע"פ מש"כ לעיל דכל זמן דאין הערב פורע להמלנה אין לו אז חיוב הגוף על הלנה יש לתרץ עפ"ז להך דיעה המובא בחו"מ סי' ק"ל סעי' ב' דס"ל דאף ערב שאינו קבילן שיפנס בערבות מאליו ופרע מאליו חוזר וגובה מהמלנה דתמהו פולם על זה דהא הוי לי' כמו פורע חוב של חבירו דקיי"ל בשו"ע דפטור אכן לפ"ז יש לחלק דהא ידוע מה שפכתבו הפוסקים חד טעמא דפורע חוב של חבירו דמיפטור משום דכינן דפרע מעצמו מחלו א"כ זה לא שיניף רק בפרע מעצמו דהוי לי' מחילה בעת החיוב משא"כ היכא דניכנס בערבות עבורו מאליו אף דנימא דמחל אז עכ"ז הא קיי"ל במחילה קודם החיוב דלא מהני דהוי לו כמו דבר שלא בא לעולם כמבואר בתישבת הר"ן והובא בחו"מ ברמ"א בסי' ר"ט וכינן דאין לו חוב על הלנה רק לאחר דפרע א"כ הוי לי' פעין מחילה קודם החיוב דלא מהני והחולקים שם טעמם דס"ל כטעמא אחרניא שפכתבו הפוסקים בשם הירושלמי דיכול לומר מפניס הוינא לי' כו' ואכמ"ל בזה.

ע"כ הגה"ה. ענף ג' ועוד נראה לפענ"ד לדון מלתא חדתא בכוננת הר"ן דכתב דהאי בקרא דלא הוי כע"א משום דהוי לי' בע"ד והקשיתי עליו דאיזה חשש משקר יש פאן דהא אדרבה אי נימא דמשקר הוא באמת תפסי' מחיים א"כ אינו צריך לשלם כלל ולא הוי לי' אז שום נגיעה כלל.

והנראה לפענ"ד לדון בזה באופן אחר להסביר לדברי הר"ן הנ"ל ע"פ מש"כ הש"ך בחו"מ סוף סי' ל"ג דאף בממון בעינן עדות שאמה יכול להזימה ומה"ט באמרו העדים אינו יודע מן הדרישות וחקירות דבטלו עדותן והביא פן בשם הר"ן סוף פ"ב דכתובות והרא"ש פ' ז"ב משום דבעינן שיהי' ראוי לדרישה וחקירה ועי' מזה בנודע ביהודה מ"ק ח' אה"ע סי' ע"ב וסי' ע"ג ובאו"ת סי' הנ"ל מה שהשיגו על הש"ך ויש להוכיח בדברי הש"ך דס"ל דאף דלא בעי דרישה וחקירה בד"מ מ"מ ראוי לדרישה וחקירה בעינן דהא מבואר בתוספתא דשבועות פ"ג וז"ל ושמע להוציא את החרש או ראה להוציא את הסומא או ידע להוציא את השוטה אם לא יגיד ונשא עינו להוציא את האלם כו' ר' עקיבא אומר ודרשת וחקרת וכי יש דרישה לחרש כו' ומה דיני נפשות בדרישה וחקירה אף ד"מ בדרישה וחקירה כו' ע"ש ויש לעי' דהא ד"מ לא בעי דרישה וחקירה ואף ר"ע ס"ל פן כמבואר ביבמות בסופו דס"ל לר"ע דאין בודקין עדי נשים בדרישה וחקירה משום דכינן דאיכא פתובה למישקל פדיני ממונות דמא' וד"מ לא בעי דרישה וחקירה א"כ מאיזה טעם יפסל חרש לד"מ לעדות האידנא דלא בעינן דרישה וחקירה בד"מ ע"כ מוכח דאף דלא בעי בד"מ דו"מ מ"מ ראוי לדו"מ בעינן ולכן חרש דלאו בר דו"מ הוא ע"כ מיפסל ונפקא מיני' מהילפותא דיליף ר"ע דאף בנתחרש מיז אחר שהעיד בתו"ע ולא הי' פנאי לדורשו ולחקור דמיפסל ג"כ משום דלא הוי ראוי לדו"מ ומדסתמו משמע דאף בבב"ל שיניף ה"ט דלכן פסול חרש משום דאינו ראוי לדו"מ ועי' בחו"מ סי' ל"ה סעי' י"א בשם הרמב"ם ובתנאים שם ס"ק ז': הגה"ה ובירושלמי ר"ה פ"ג סוף הל' א'

זה לשונו ביומא דר' ברכ' אינשתתקון אמר לון שמעתון דא תקדש ירחא וארכינו
בראשיהו וקבלון אלמא דאלמין פשרין לעדות החדש וקשה הא מבואר בסי' ל"ה דאילם
הוי פסול הגוף פמבואר בקצוה"ח סי' מ"ו ס"ק י"ט בארנפה א"כ מהאי טעמא יפסל
לעדות החדש פמבואר בר"ה ד' כ"ב וברמב"ם ה"ל קידוש החדש פ"ב דכל הפסולים
לעדות מה"ת פסולים לעדות החדש אבל ז"א קשה כלל דשא"ה בירושלמי דהעיד
שקיידשו ב"ד את החדש ובזה לא בעינו שנים פמבואר בר"ה ד' כ"ב ע"ב וברמב"ם שם
פ"ג הל' י"ד דאף א' נאמן לומר שמעתי מפי ב"ד שקידשו החדש משום דהוי מילתא
דעבידא לגלוי' ע"כ מהימן בזה אפילו אילם ויש לעי' עפ"ז במה שכתב הרמב"ם שם
דע"א פשר נאמן עלי' וקצתי אף יש לדחות זה ההוכחה מהתוספתא וקצתי: ע"כ
הגה"ה.

וכיון דשיטת הש"ך דבעינא עדות הראוי לדו"ח ע"כ יש לדון דשפיר פתב הר"ן ביהאי
בקרא דמיפסל משום חשש משקר דנהי דבעת דהעיד דלאח"מ תפסי לא הי' אז בחשש
משקר דהא הוי מצוי לשתוק פנ"ל עכ"ז בתו' פדי דיבור לאחר עדותו אין לו שום מיגו
דאי בעי שתיק דהא הוי אז מיגו למפרע דלא אמרינו כדקי"ל והשבע חקירות הם יותר
מתכ"ד ע"כ בעת הדו"ח הוא בחשש משקר ונהי דקאמר פל הדו"ח: י"ל דבאמת אינו
יודע הדו"ח באיזה יום ובאיזה שעה פנ"ל.

והא דאמר דיודע מהדו"ח אז הוי נוגע פדי שלא יתחייב לשלם אחר דהודה פכר דלאח"מ
תפסי' ע"כ מקרי אינו ראוי לדו"ח פיון דלא מהימן אז ומיגו לא מהני פי אם בתו' פדי
דיבור פמבואר בש"ך חו"מ סי' מ"ז ס"ק ה' ובכללי מיגו בש"ך שם.

ועי' בש"ך חו"מ סי' קמ"ו ס"ק ט"ו ובתנאים שם ובשעה שהתחיל להעיד י"ל דלא אסיק
אדעת' אז דהב"ד ידרשו ויחקרו אותו דלאו פולי עלמא דינא גמירי וי"ל דטעו בזה
וכמבואר בש"ך חו"מ סי' מ"ב ס"ק כ"א וס"ק כ"ב וכן פתבתי בספרי באר יצחק ח'
אה"ע סי' ט"ז ענף א' וכן פתב התוס' בסנהדרין ד' ט' ע"ב ד"ה עדי האב נהרגין כו' דכלי
העדים לומר דלא ידעי דדין דחבר א"צ התראה אף לר' יוסי דס"ל דחבר א"צ התראה.

וכן מבואר בחו"מ סי' מ"ב בסמ"ע ס"ק י"ב בשם הגימורי יוסף דמשפחת מוקדם דמאן
דלא גמר דרב אסי לא מיפסל ונהדרים ארנפים ועי' בש"ך סי' ס"ו ס"ק נ"ו וה"ה בזה
פיון דמצינו פלוגתא בזה אי בעינו שיהי' העדים ראויין לדו"ח ע"כ י"ל דלא ידע מזה וגם
הא באמת לא בעינו דו"ח: ועוד י"ל פיון דלא הי' בשעת דו"ח עד פשר אלא נוגע בעדות
דהא אין לו עצה אחרת להפטר אחר שפכר הודה ביותר מתכ"ד דלאח"מ תפסי' ע"כ
אינו בתורת הזמה דהא עיקר חיובו ע"י הזמה הוא ע"י דו"ח וכיון דהי' בעת הדו"ח עד
פסול א"כ הא אין אדם נידון ע"פ עצמו בשלמא באומר בתו"ע והי' אז פשר לעדות
אמרינו הזמה מעלמא קאתי כמו בסנהדרין ד' כ"ח אבל לא היכא דהי' בשעת הדו"ח עד
פסול ומבואר בחו"מ סי' כ"ט בשם הרמב"ם ונהטור דעדים כ"ז דלא נחקרו עדותן בדו"ח
יכולים לחזור והוא מתוספתא פמבואר בתוס' סנהדרין ד' ל"ב ע"ב ד"ה היכי אמר להו
כו' ועי' בתוס' פתובות ד' ל"ג ד"ה וניתרו בהו כו' וכן פתב הריטב"א בכתובות ד' י"ח
א"כ כ"ז דלא גמרו עדותן בדו"ח אפתי יכולין לחזור מעדותן ולא נגמר עדותן עד אחר
פל הדו"ח ועי' בתוס' ב"ק ד' ע"ג ד"ה שהעידו בבת אחת כו' רק עכשיו דאין צריך דו"ח

בזה פתב הסמ"ע דאחר שהעידו אינם יכולין לחזור אכל מה"ת דבְּעֵי דו"ח יכול לחזור מעדותו א"כ בְּוֹדָאֵי פִּינּוֹן דְּמִקְרֵי נֹגַע בְּעַת הַדּו"ח ומה"ת אין ראוי לדו"ח וְהוּי עֵינָר גַּמְר עֵדוּתוֹ מֵה"ת בְּעַת שֶׁהוּא פְּסוּל וְנֹגַע ע"כ אין עדותו עדות: ולפ"ז בְּהַאי בְּקִרְא דְּכִינּוֹן דְּהוּדָה כְּבָר דְּלֵא"מ תְּפָסִי וְאִם לֹא יוֹעִיל בְּעֵדוּתוֹ לְגַבּוֹת מֵהַבְּע"ח יִצְטָרֵף לְשֶׁלֶם וְלִכּוֹן הָוִי נֹגַע בְּעַת הַדּו"ח וּמִקְרֵי אֵינּוּ רָאוּי לְדו"ח וְאֵין עֵדוּתוֹ עֵדוּת וְשִׁפִּיר כְּתַב הָר"ן וְהָרֵא"ש בְּהַאי בְּקִרְא דְּלֵא הָוִי כַע"א פִּינּוֹן דְּיִצְטָרֵף לְשֶׁלֶם לְאַחַר תְּכ"ד לְעֵדוּתוֹ וְאֵין לוֹ עֲצָה אַחֲרַת לְהַפְטֵר ע"כ הָוִי אֵינּוּ רָאוּי לְדו"ח וְזֶה מְעַכְבּ כַּמֶּש"כ הַש"ף לְהַר"ן וְהָרֵא"ש דְּס"ל דְּבְּעֵי רָאוּי לְדו"ח פְּנ"ל וְאֵתִי שִׁפִּיר בְּפִשְׁטוּת כָּל הַדְּבָרִים הַנ"ל וּלְפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּהַי דִּינָא שְׁכַתְּבִי הַתּוֹמִים בְּשׁוֹתֵף אִי יָכוֹל לְהַעִיד עַל חֲבִירוֹ דְּאֵף דְּנִתְבְּאָר דְּלִטְעַם הָא' שְׁכַתְּבִי בְּכּוֹנֶנֶת הָר"ן לֹא שִׁינֵי פִּן בְּשׁוֹתֵף אָבֵל לְפִי טַעַם ב' שְׁכַתְּבִי דְּלִכּוֹן לֹא הָוִי הַבְּקִרְא כַע"א לְפִי שְׁאֵינּוּ רָאוּי לְדו"ח א"כ טַעַם זֶה שִׁינֵי אֵף בְּשׁוֹתֵף דְּלֵאחֲרֵי שֶׁהָעִיד שֶׁהוּא וְשׁוֹתֵפוֹ לוֹ ק' מְנָה מִחֲבִירוֹ א"כ מִקְרֵי ג"כ אֵינּוּ רָאוּי לְעֵדוּת בְּעַת הַדּו"ח וּמִקְרֵי אֵינּוּ רָאוּי לְדו"ח: דְּלֵאחֲרֵי שֶׁהוּדָה עַל הַלְּוֹאֹת מְאָה מְנָה א"כ לְאַחַר כ"ד מִקְרֵי נֹגַע עַכ"פ דְּאֵף דְּפְסוּל קְרוּב אָבֵל מְמוֹנֵי לֹא שִׁינֵי בְּזֶה כְּמוֹ שְׁנִתְבְּאָר אָבֵל פְּסוּל נֹגַע יֵשׁ כָּאֵן דְּרוּצָה שִׁינֵי גַמְר עֵדוּתוֹ ע"פ דו"ח פְּנִיכּוֹן כְּדִי שְׁלֵא יִצְטָרֵף לְשֶׁלֶם מְשׁוּם עֲרֻבוֹת כָּל הַמְּאָה מְנָה דְּהָא לֹא מְצִי שׁוֹב לְחֹזֵר לְאַחֲרֵי כְּדִי דִּיבּוּר וְהוּדָתָּ בַע"ד כְּמֵאָה עֵדִים דְּמִי ע"כ מִקְרֵי אֵינּוּ רָאוּי לְדו"ח וְאֵינּוּ מוֹעִיל עֵדוּתוֹ: עֲנָף ד' וְאֵכְתִּי יֵשׁ לְדוֹן בְּזֶה לְפִי מֵה שְׁכַתְּבִי הַנּו"ב בַּמ"ק בְּסִי' ע"ב וְע"ג דְּכַתְּבִי לְהוֹכִיחַ דְּלֵא בְּעֵינּוּ בְּמִמּוֹן עֵדוּת שְׁאֵתָּה יָכוֹל לְהַזְקִימָה דֵאל"כ ע"א הָאֵיף מְחַיִּיב שְׁבוּעָה וְהָא אֵינּוּ בְּתוֹרַת הַזְמָה כְּמִבְּנֵי בַב"מ ד' ע"ש שֶׁהָאֵרִיף בְּזֶה: וּבְאַמַּת אֵין זֶה הוֹכְחָה לְפַמְש"כ הַתּוֹס' בְּמַפּוֹת ד' ב' בַּד"ה מְעִידִים אָנוּ כו' בְּתִי' הַב' דְּבְּעֵדוּת ב"ג פִּינּוֹן דְּלֵא קֵאִי עֲלֵיָהּוּ הָף מְלִתָּא וְעֵשִׂיתֶם כְּאֶשֶׁר זָמַם ע"כ לֹא בְּעֵינּוּ בְּהוּ עֵדוּת שְׁאֵתָּה יָכוֹל לְהַזְקִימָה א"כ ה"ה בַע"א פִּינּוֹן דְּלֵא קֵאִי עֲלֵיָהּי הָף מְלִתָּא דְּנֹעֲשִׂיתֶם כְּאֶשֶׁר זָמַם כְּמִבְּנֵי אֵרֵף בְּרַש"י מַפּוֹת ד' ה' מֵה שְׁנַיִם עַד שִׁיָּהִי שְׁנֵיהֶם זוֹמְמִים וְפִי' רַש"י דְּכַתִּיב עַד שֶׁקָּרַע הָעַד וְאָמַר מֵר כ"מ שְׁנֵי אֵמֵר עַד הָרִי כָּאֵן שְׁנַיִם וְכִינּוֹן דְּלֵא שִׁינֵי בַע"א תּוֹרַת הַזְמָה דְּלֵא קֵאִי עֲלֵיָהּ הָף קִרְא דְּנֹעֲשִׂיתֶם כְּאֶשֶׁר זָמַם לִכּוֹן לֹא בְּעֵי בַע"א הָף פְּרָטָא דִּיהֵי' יָכוֹל לְהַזְקִימָה וְגַם תִּירָץ א' שֶׁל הַתּוֹס' שָׁם ג"כ י"ל דְּמוּדָה בְּזֶה וְיֵשׁ לְהָאֵרִיף וְאֵכְמ"ל: ולפ"ז יֵשׁ לְדוֹן דְּלִכ"ע אֵף לְשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים דְּס"ל דְּבְּעֵי בְּמִמּוֹן עֵדוּת שְׁאֵתָּה יָכוֹל לְהַזְקִימָה וְגַם עֵדוּת הָרֵאֵוִי לְדו"ח.

מ"מ בַע"א פִּינּוֹן דְּאֵינּוּ בְּתוֹרַת הַזְמָה לְכו"ע וְלֹא בְּעֵינּוּ בַע"א עֵדוּת שְׁאֵתָּה יָכוֹל לְהַזְקִימָה לְכ"ע ע"כ אֶפְשֶׁר דְּלֵא בְּעֵי בַע"א שִׁיָּהִי' רָאוּי לְדו"ח וְלִכּוֹן אֵף בְּאָמַר אֵינִי יוֹדַע עַל הַדּו"ח אֶפְשֶׁר דְּגַם הַש"ף מוּדָה דְּבַע"א אֵינּוּ מְעַכְבּ זֶה וְלִכּוֹן קִשָּׁה לְדוֹן לְמַש"כ בְּכּוֹנֶנֶת הָר"ן בְּהַאי בְּקִרְא דְּהָא הָתָם אֵינִי בְּעַד אֶחָד אֵף בַּנ"ד בְּשְׁנֵי שׁוֹתֵפִין שֶׁהָעִידוֹ עַל הַשׁוֹתֵף ג' שְׁלוֹו פְּוֹלֶם בְּשׁוֹתֵפוֹת שִׁינֵי לְדוֹן כִּן דְּאֵינֶם נְאֻמִּים לְחַיִּיב הַשׁוֹתֵף ג' מְמוֹן דְּהָא בְּשְׁנֵי עֵדִים בְּעֵינּוּ לְשִׁיטַת הַש"ף שִׁיָּהִיו רָאוּיִם לְדו"ח א"כ בַּנ"ד אֵינֶם רָאוּיִם לְדו"ח מְשׁוּם גְּיָעָה פְּנ"ל: [אֵף בְּאַמַּת יֵשׁ לְדוֹן דְּגַם בַע"א כְּשֶׁאֵינּוּ רָאוּי לְדו"ח מִיְפְּסֵל עֵדוּתוֹ דְּהָא מְבֹנָאָר בְּרִי"ף וְרֵא"ש פ' ז"ב ס' ל"ב בְּשֵׁם הַיְרוּשְׁלָמִי דְּעֵדִים לֹא יֵהִי קְרוּבִים לְדִינֵינִים מְשׁוּם דְּבְּעֵינּוּ עֵדוּת שְׁאֵתָּה יָכוֹל לְהַזְקִימָה וְהוּבָא בַחו"מ ס' ל"ג סְעִי' י"ז אֵטוּ נִימָא דַע"א הַמְעִיד רִשָּׁאֵי לְהִיֹּת קְרוּב לְדִינֵינִים וּבְוֹדָאֵי מְדַסְתְּמוּ בְּזֶה מוֹכַח דְּאֵין סְבָרָא לֹאמַר כִּן וְכִן

לפי שיטת הסוברים דעך אינו נעשה דין הטעם הוא משום דהוי עדות שאאי"ל אטו
גימא דע"א המעיד יכול להיות דין על עדותו וע"כ מוכח דאמרין פנין דעיקר מה
דמחייב ע"א שבועה הוי משום הא דאמרו בשבועות ד' מ' דכ"מ ששנים מחייבים ממון
אחד מחייבו שבועה ע"כ מה דפסול בשני עדים אין סברא דע"א יהי' לו פח בעדותו יותר
משני עדים רק דין הנזמה לא מעכב בו פנין דלא שייך בע"א דין הנזמה כלל אבל עיקר
מלתא דדו"ח דמעכב בשני עדים וכן בעדים הקרובים לדנינים פנין דזה מעכב בשני
עדים ה"ה דזה מעכב גם בע"א פנין דכה"ג פסול אף בשני עדים ואינם מחייבים ממון
מכש"כ בע"א דאינו יכול לחייב שבועה דהא פללא אמרו דכ"מ דב' עדים מחייבים ממון
א' מחייבו שבועה ויש להאריך בזה ע"כ שפיר יש לדון למה שפכתתי פן בכוננת הר"ן
אף בשני שותפים המעידים על שותף ג' בנודאי יש לפסול מהאי טעמא לשיטת הש"ך
הנ"ל והא דנאמנים השוכרין להעיד על חזקה ג' שנים כמבואר בב"ב ד' כ"ט ובחור"מ סי'
ק"מ היכא דלא הי' יודע המערער אם דרו ביה דהתם לא שייך לדון דהוי עדים דאינם
ראויים לדו"ח דהא אם תאמינום על ג' שנים א"כ אינם צריכין לשלם כלל כמבואר בתוס'
שם ד' ל"ג סוף ד"ה ואי טעין כו': ולכאורה יש להעיר בהפך שפכתתי דבעיני עדות
שייך' ראוי לדו"ח וע"כ מופסל הבקרא משום דהוי לאחכ"ד משהודיה דלאח"מ תפסין
והוי מיגו למפרע דזה תליא בפלוגתא הפוסקים באה"ע סי' קנ"ב סעי' ו' ובסי' קמ"ו
בח"מ והובא בתומים פללי מיגו ס"ק ק"ט וס"ק ק"י ובהא דקודושין ד' מ"ב מיגו דיכלי
לומר אהדרינהו ללנה יכולין לומר פרענו למלנה לא שייך פן משום דאף אם לא יהיו
נאמנים בתו"ע לומר פרענו למלנה מ"מ לא יהיו חייבין לשלם להלנה משא"כ בהאי
בקרא דכיון דכבר הודיה דלאח"מ תפסין א"כ יש עליו חיוב לשלם אם לא יחזיר הבע"ח
פנין דלאחר כ"ד מייירי א"כ ה"ל מיגו למפרע פנ"ל ועי' לקמן סי' נ"ו סעי' א' ענף ה':
ענף ה' אף לכאורה יש להעיר מהא דכתובות ד' י"ח דאמרו אנוסים היינו מחמת ממון
אינם נאמנים משום דאין משים א"ע רשע וקשה דל"ל להגמ' לומר ה"ט הא בל"ז הדין
נותן דלא מהימני לומר אנוסים היינו מחמת ממון דהא מבואר בחור"מ סי' מ"ו סעי' ל"ז
באנוסים היינו מחמת ממון צריכים העדים לשלם א"כ לפ"ז העדים דמעידים אנוסים הא
הוי זה עדות דאינו ראוי לדו"ח דהא גם המה צריכים דו"ח מה"ת פמו כל עדות בע"פ
דהא יכול להיות דחתמו מחמת האונס ביום אחר שלא בזמן הפתוב בשטר ואחר שהעידו
על האונס הוו נוגעים בעדות דרוצים שיתקיים עדותן כדי שיפסל השטר ויפטר מלשלם
ואם לא ינפסל יתחייבו לשלם מחמת הודאתן והוו נוגעים בעדותן בעת הדו"ח פנ"ל אף
באמת אין זה סתירה למש"כ דהא התם נאמנים מחמת הפה שאסר דאי בעי שתקי ולא
הי' מקוים השטר ואף דמצד הדין אינם נאמנים משום פנין דהגיד שוב אינו חוזר ומגיד
כו' עכ"ז מצד מיגו הנ"ל נאמנים וכמש"כ התוס' שם בד"ה הרי אלו נאמנים א"כ מהאי
טעמא אף אם אומרים בפירוש דאינם יודעים השבע תקירות כלל אפ"ה נאמנים לומר
דאנוסים היו מחמת מיגו דאי בעי שתקי וכיון דעיקר עדותן עם הודאתן הוי בבת אחת
ולא ביותר מתכ"ד ע"כ לא שייך התם הפלל שפכתתי: אכן יש להקשות עדיין על הפלל
הנ"ל מהא דכתובות שם דאמרו בגמ' שם מעיקרא אמר רמב"ח לא שנו אלא באנוסים
מחמת ממון אבל אנוסים מחמת נפשות נאמנים אף בכת"י יוצא ממק"א אף רבא מקשה
לו פנין דהגיד כו' והא מבואר בחור"מ סי' שפ"ח סעי' ב' דאם אנסוהו להראות והראה

ה"ז פטור ואם יסרוהו ולא א"ל על מה וקראה ה"ז חייב: והתם מיירי באונס נפשות דהא מסיק שם דלא מקרי אונס אלא הפאת ויסורין אבל לא אונס ממון אלמא דאף בגרמי דאם לא אנסוהו להראות ממון חבירו רק הוא מעצמו לא הי' לו עצה האידך לפטור מהאונס נפשות כ"א ע"י מה שקראה על ממון חבירו דאז חייב לשלם אף דלא הוי אלא מצד דינא דגרמי ואף שהש"ך שם ס"ק כ"א תמה בזה על הטור דמגלן לו זה.

אבל באמת פבר מבואר פן בחידושי הרשב"א לב"ק ד' קי"ז לפרש פן מה דאמר רבא שם אם קראה בעצמו חייב דאשמעינן דאף דהוכרח להראות פדי להנצל מאונסו דאל"כ מאי קמ"ל מתניתין הוא ע"ש.

וגם הא הש"ך גופא מסיק שם דהיכא דניכרי הדברים שלא יסרוהו מתחלה בשביל ממון אז חייב בקראה ולפ"ז משפחת בחתמו העדים מחמת אונס נפשות דיהי' חייבין לשלם כגון באנס להעדים באונס נפשות ולא אמר להם על מה: וראו שאין להם עצה להפטור מהאונס רק ע"י שיחתמו בשקר על השטר וזהו מותר דכן מבואר בב"ק ד' ס' בתוס' ורא"ש שם דמותר להציל א"ע בענין סכנה ע"י ממון חבירו רק דמחוייב לשלם וכן פתב בחו"מ סי' שנ"ט ובסעי' ד' בסמ"ע שם א"כ הי' בהיתר להעדים לחתום בשקר פדי להנצל מאונס נפשות ועכ"ז חייבין לשלם פיון דהאונס לא הי' עליהם בשביל זה רק הם מעצמם עשו פן וזה דומה למש"כ הטור וקרא"א פנ"ל דאם לא אמר להם האנס על מה מיסרו וקראה מעצמו דחייב: ובפרט היכא דניכרי הדברים שלא יסרוהו בשביל ממון דהש"ך מודה דחייב: הגה"ה ובהא דמבואר בחו"מ סי' מ"ו דבאנוסים מחמת ממון חייבים לשלם יש להעיר דלפמש"כ הש"ך בס"י שפ"ח ס"ק כ"ב בשם פמה פוסקים דאף בגרמי ע"י אונס ממון פטור וחקק על הרמ"א דמבואר בס"י שפ"ח סעי' ב' שם דלא מקרי אונס אלא אונס נפשות אבל לא אונס ממון א"כ לפ"ז לא הי' לי' להש"ך לסתום הקא בס"י מ"ו ויש לחלק דשאני בעדות דאנוסים מחמת ממון דעברו בלאו דלא תענה דהא אסור להם מה"ת לחתום בשקר באונס ממון ע"כ סתם הש"ך בזה.

ע"כ הגה"ה: ולפ"ז קשה במה דמחלק רמב"ח שם בין אנוסים מחמת ממון ובין אנוסים מחמת נפשות דמשמע דמחמת נפשות לעולם נאמנים אף בכת"י יוצא ממ"א הא לפמש"כ משפחת להו גנונא דאף דהי' אנוסים מחמת נפשות לא יהי' נאמנים באם הי' אנוסים בה"ג דכתבתי לעיל דאנסו מחמת נפשות ולא אמר להם על מה.

רק הם מעצמם ראו שאין להם עצה להפטור מהאונס פי אם עד שיחתמו בשקר דבכה"ג לאחר שהעידו ע"ז פבר נתחייבו לשלם להלנה באם יהי' השטר כשר ובזה לא משווי נפש' רשיעי א"כ אמאי פשרים להעיד לרמב"ח הא לפי הפלל שפכתתי הוי זה עדות שאינו ראוי לדון פנ"ל ואפשר לומר לרמב"ח דס"ל פהנה תנאי ואמוראי דס"ל דלא דיינינן דד"ג ואף דרבא מקשה שם על רמב"ח מחמת פל פמינ' פיון שהגיד כו'.

ורבא הא ס"ל דדיינינן דד"ג פמבואר בב"ק ד' קי"ז לפי גירסת הש"ך בס"י שפ"ו י"ל דרבא עדיפא מינ' מקשה ועוד י"ל דהא רמב"ח קאי שם על מתניתין ומבואר שם לקמן דמתניתין אתי פרבנן ולא כר"מ דהא ר"מ ס"ל שם דאין נאמנים לפסלו אף באין כת"י יוצא ממק"א וכיון דמתניתין אתי פרבנן ורמב"ח קאי על המשנה שם ורבנן הא לית להו דדג"מ וע"כ פטורין מלשלם ולכן לא שייך בזה לדון פן: ענף ו ועכ"ז יש לדון בזה

להפלל הנ"ל אף לרבנן דהא מבואר בב"ב ד' כ"ב דאף דרבנן דלית להו דד"ג אפ"ה אסור לגרום היזק לכתחלה וכבר ביארתי במק"א להוכיח דאף לרבנן דלית להו דדג"מ היינו לענין להוציא בדיינים אבל חיוב לצי"ש מוטל עליו אף לרבנן וכיון דמצינו דבכה"ג שכתבתי דאליבא דר"מ מתייבם לשלם מצד דדג"מ ה"ה לרבנן דפליגי על ר"מ תיב בזה לצי"ש וכיון דתייב לצי"ש ע"כ שפיר מקרי נוגע בעדות דאף לפמש"כ התוס' בב"ב ד' מ"ג ד"ה מפני שמעמידה כו' דבשביל לא ניתא לי דתהוי תרעומות עלי לא ניפסל לעדות עכ"ז היכא דיש עליו חיוב לצי"ש שאני ועיין בש"ף סי' ל"ז ס"ק כ"א ובקצה"ח סי' ל"ז ס"ק ד' וגם זה מקרי נוגע בשביל הנאת ממון לפי שיטת הפוסקים דמהני תפיסה בכל חיוב לצי"ש כמבואר שיטת מהר"ם מרונטענבורג החדשים בסי' תכ"ה דהביא בשם האור זרוע בשם רש"י דס"ל בכל חיוב לצי"ש דאי תפס לא מפקינו מיני' וזהו דלא כשיטת הש"ף בריש סי' כ"ח:הגה"ה ועפ"ז אמרתי לתרץ דברי רש"י בב"ב ד' ל"ה ד"ה בסלע לקה דמתחבף הי' בסלע ולקה והקשו דלמה לא פ"י רש"י דבסלע לקה היינו דע"י מה שהי' רודף השור אחר שורו גרם לו דלקה בסלע.

ואמרתי לתרץ עפ"י מש"כ דהיכא דתייב לצי"ש מהני תפיסה לשיטת רש"י והנה מצינו בחו"מ סי' שפ"ו סעי' א' דהובא ברמ"א שם שיטת הגימורי יוסף דדוקא באדם תייב דדג"מ אבל בבהמה פטור אכן הש"ף שם ס"ק ה' הביא בשם הרמב"ן דס"ל דאף ע"י מעשה שורו תייב בדדג"מ ונפלענ"ד דכן הוא שיטת התוס' ב"ב ד' נ"ד ד"ה תמור דבור כו' דס"ל שם דאף בבור תייב על גרמי ע"ש ולכן לפ"ז אף היכא דלא הוי גרמי רק גרמא ע"י מעשה שורו דיש לומר דתייב לצי"ש.

ועיין ב"ב ד' מ"ח דהבאיש מריחו מקרי גרמא ע"ש. וע"כ הוכרח רש"י לפרש מתחבף הי' בסלע ולקה משום דאם הי' ע"י גרם שורו ונדאי הי' מועיל תפיסה בזה ובקאמת משמע במשנה שם דבזה לא מהני תפיסה לפי מסקנת הש"ס שם דהו' בבא דסיפא הוי הגזקין שנים כו' דמייירי בתפסי' ואפ"ה ברישא דאומר בסלע לקה דאף דמייירי בתפיס אפ"ה לא מהני וע"כ מוכח דהפ"י בסלע לקה דמתחבף הי' בסלע ולקה.

ע"כ הגה"ה: וכן הוא שיטת הראב"ד גבי אבק ריבית דמהני תפיסה הואיל ותייב לצי"ש והובא בטור יו"ד סי' קס"א א"כ לשיטת הסוברים דמהני תפיסה בחיוב לצי"ש י"ל דהוי נוגע בעדות בזה דאומרים אנוסים היינו מחמת נפשות וכה"ג שכתבתי לעיל דכיון דמוטל עליהם חיוב לצי"ש אף לרבנן דפליגי אדר"מ: דהא אפוי פלוגתא לא מפשינן דלר"מ הי' תייב עפ"י דין להוציא ממנו בדיינים ולרבנן יהיו אף פטור לצי"ש ואין זה סבא ומצינו בכללי מ'גו של הכנה"ג דהובא בתנאים כללי מ'גו ס"ק קכ"ה דלא מהני מ'גו היכא דאי טען טענה אחרת הי' מועיל תפיסת חבירו די"ל דאינו רוצה לטעון פן דמתירא שיתפוס ממנו חבירו וכ"כ הש"ף להדיא בסי' קכ"א ס"ק ס"א ע"ש ועיין בתוס' גיטין ד' ג' ע"ב סד"ה פתב בכת"י וכ"כ השמ"ק לב"מ ד' צ"ז ע"ב ד"ה ביום שהיתה שאולה כו' דלכן לא מהני מ'גו דאיני יודע דיתשנש שמהני תפיסה ויתפוס ממנו: ובקאמת נלפענ"ד להעיר בזה דמן התוס' פתובות ד' פ"ט ע"ב ד"ה יכול לומר גרשתיה כו' דכתבו שם וא"ת מה מ'גו הוא זה דאם יאמר לא גרשתיה יתתיב בשאר פסות ועכשיו דאומר פרעתי פוטר א"ע וי"ל דכשאמר לא גרשתיה פטור נמי משאר פסות דדמי לטענו

חִטִּים וְהוֹדָה לוֹ בְּשַׁעוֹרִים דְּקִי"ל דְּפֶטוֹר כְּמִבְּנֹאֵר בַּב"ק ד' ל"ה עכ"ל וְעֵינֵינוּ בִּאֵה"ע ס' ק' בַּב"ש שָׁם ס"ק ל"ט וְאֵי נִימָא פְּסֻבְרַת הַכְּנֵה ג' דְּהִיכָא דְמַהֲנֵי תְּפִיסָה לָא מְהַנֵּי הַמִּיגוֹ א"כ יֵשׁ לְדוֹן הֶתֶם דְּאֶפְתִּי תַקְשָׁה קְוִשְׁוֹת הַתּוֹס' הַנָּ"ל דָּאֵם יֵאמֵר לֹא גְרַשְׁתִּיהּ יְתַחֲזִיב בְּשַׁאֲר פְּסוּת וְאִף דְּהוּי פְּטַעְנוּ חֲטִים וְהוֹדָה בְּשַׁעוֹרִים הָא מְבִנֹאֵר בַּב"ק שָׁם דְּבִטְעֵנוּ חֲטִים וְהוֹדָה בְּשַׁעוֹרִים מְהַנֵּי תְּפִיסָה וְכֵן מְבִנֹאֵר בַּחו"מ ס' פ"ח וּמוֹכַח מְזַה לְכַאוּרָה דְּלֹא כַּכְנֵה ג' אָף י"ל לְטַעְמֵי אֲזִיל הַתּוֹס' דַּס"ל שָׁם בַּב"ק דְּדוֹקָא הִיכָא דִּישׁ לוֹ תְּבִיעָה עַל שְׁנֵי הַשְּׁנָרִים מְהַנֵּי תְּפִיסָה אָבֵל לֹא הִיכָא דִּישׁ לוֹ תְּבִיעָה עַל אֶחָד כּו' וְכַמְבֹּאֵר שִׁטָּה זוֹ בַּסִּי פ"ח וְעוֹד יֵשׁ לְדַחֲוֹת זֶה בְּכַמָּה אֲנָפִי וְקֶצְרַתִּי: וְכִינּוּ דְמַצִּינוּ דְחַשְׁשׁ תְּפִיסָה שְׂיִתְפֹּס מִמְּנוּ חֲבִירוֹ הוּי חַשְׁשׁ מְעַלְיָא א"כ לַפ"ז יֵשׁ לְדוֹן דְּהוּי ג"כ מְטַעֵם זֶה בְּשֵׁם פְּסוּל נּוֹגַע בְּעֵדוּת הִיכָא דְמַהֲנֵי תְּפִיסַת חֲבִירוֹ א"כ ה"ה בְּאַנוּסִים מְחַמַּת נְפְשׁוֹת דְּלֹא הִי לְהֵם עֲצָה לְפֶטוֹר מִהֶאֱנָס רַק ע"י שְׂיִתְתוּמוֹ בְּשַׁקֵּר דַּכֵּה ג' חֲזִיבִין לְצִי"ש לְכו"ע וּמְהַנֵּי תְּפִיסַת חֲבִירוֹ א"כ הוּי נּוֹגַע בְּעֵדוּת עַל זֶה וּמְקָרוֹ ג"כ אֵינוֹ רְאוּי לְדו"ח כְּנ"ל וּלְפ"ז תַּקְשָׁה עַל מַה דְּמַחְלֵק רַמב"ח בֵּין אֲנוּסִים מְחַמַּת מְמוֹן וּבֵין מְחַמַּת נְפְשׁוֹת דְּמִשְׁמַע דְּאַנוּסִים מְחַמַּת נְפְשׁוֹת לָא מְשַׁכַּחַת בִּי גְנוּנָא לְפִלּוּגֵי בִי וְהָא לְפַמְש"כ יֵשׁ לְחַלֵּק ג"כ בְּאַנוּסִים מְחַמַּת נְפְשׁוֹת גּוּפָא דָּאֵם הוּא בַּה"ג שְׂפַתְבְּתִי אֵינָם נְאֻמִּים אִף בְּאַנוּסִים מְחַמַּת נְפְשׁוֹת דְּהוּי אֵינוֹ רְאוּי לְדו"ח כְּנ"ל וּבְנוֹדָאֵי ג"ז נִיפְלַל בְּלִשׁוֹן אֲנוּסִים מְחַמַּת נְפְשׁוֹת וְע"כ מוֹכַח מְזַה דְּלִיתָא לְמַש"כ מְשׁוּם דַּג"ז מְקָרֵי רְאוּי לְדו"ח מְשׁוּם דְּלֹא שְׂיִיף בְּזֶה נּוֹגַע בְּעֵדוּת דְּכִינּוּ דְּבַעַת דְּבָא לַב"ד הִי יוֹדֵעַ אֲזֵי דְּהַב"ד יְדַרְנֵשׁוּ וְיַחְקְרוּ אוֹתוֹ א"כ מְסַתְמָא אֶסִּיק אֲדַעְתִּי אֲזֵי בְּעַת הַתְּחַלַּת הָעֵדוּת מְזַה וְאֲזֵי הִנֵּה לוֹ מִיגוֹ וְלֹא הִי אֲזֵי בְּחַשְׁשׁ מְשַׁקֵּר ע"כ מְהִימֵן מִהֵךְ טַעְמָא אִף עַל הַדו"ח וּמְקָרֵי עֵדוּת שְׂאֵתָה יְכוֹל לְהַזְנוּמָה וּלְפ"ז ה"ה בְּשׁוֹתְפָה הַמַּעֲיֵד עַל הַב' שְׁלוֹו בְּשׁוֹתְפוֹת אוֹ בְּהֵאֵי בְּקָרָא ג"כ לִיתָא לְהֵאֵי טַעְמָא בַּמַּש"כ לְעֵיל עַפ"י הַפְּלֵל מְחַדְּשׁ דְּהוּי אֵינוֹ רְאוּי לְדו"ח דְּהָא מוֹכַח דַּג"ז מְקָרֵי עֵדִינּוּ רְאוּי לְדו"ח אָף י"ל בְּעֵיָקֵר סְתִירַת הַפְּלֵל שְׂפַתְבְּתִי כְּנ"ל דְּאִף דְּהֵדִין נוֹתֵן דְּהִיכָא דְּחִיבֵי לַר"מ מְצַד דְּדַג"מ בְּזֶה חֲזִיבֵי לְרַבֵּן לְצִי"ש עַכ"ז י"ל דְּהִיכָא דְּהִי מוֹכַח לְעֵשׂוֹת כֵּן מְצַד אֲנוּסִים נְפְשׁוֹת דְּאִף דְּלַר"מ מְחַנְיָיב לְשַׁלֵּם מְצַד הַדִּין בְּמַצִּיל א"ע בְּמִמּוֹן חֲבִירוֹ עַכ"ז לְרַבֵּן פִּינּוּ דְּפֶטוֹר מְצַד הַדִּין רַק חִיּוּב לְצִי"ש מְחַמַּת הָעֵבֵרָה דְּעֵבֵר וִי"ל דְּבְזֶה דְּהִי מוֹכַח לְעֵשׂוֹת כֵּן מְחַמַּת אֲנוּסִים אֵין עֲלֵיו חִיּוּב לְצִי"ש וְע"כ אֵין עֵדִינּוּ בְּרוּר לְסַתּוֹר הַפְּלֵל שְׂפַתְבְּתִי.

וְעַכ"ז הַדְּעַת נוֹטָה בְּכּוֹנוֹת הַר"ן דְּכַתֵּב דְּהַבְּקָרָא לֹא הוּי כַּע"א כַּמַּש"כ לְעֵיל מְשׁוּם דְּלִפִּי דְּבָרֵי שְׂאֵמֵר לְאַח"מ תְּפֻסָּי הוּא חֲזִיב לְשַׁלֵּם לִיתוּמִים וְהוּי לִיהַ בַּע"ד וְכּוֹנוֹתוֹ דְּכִינּוּ דְּיִצְטָרֵף לְשַׁלֵּם לִיתוּמִים א"כ אַחַר שְׂשִׁילֵם הַבְּקָרָא אֲזֵי נִקְנָה הֵא תוֹרָא לְמַפְרַע לְהַבְּקָרָא כְּמִבְּנֹאֵר בְּרִישׁ הַמִּפְקִיד שְׂשׁוּמֵר שְׂשִׁילֵם נַעֲשָׂה כְּאוּמֵר לְכַשְׁתְּשִׁלִּמִי פְּרָתִי קְנוּי לָף מְעַכְשָׁיו וְנִמְצָא קְנוּי הַפְּרָה לְמַפְרַע לְהַשׁוּמֵר (זוֹלַת בְּגִבּוֹ הַב"ד בַּע"כ פִּינּוּ דְּאַטְרַחֲזִי לַב"ד לֹא קָנָה כְּמִבְּנֹאֵר בַּחו"מ רצ"ה בַּש"ף ס"ק ד') א"כ לְבַסּוּף פְּשִׁיִּשְׁלֵם הַבְּקָרָא לִיתְמִי אֲגֵלָאֵי לְמַפְרַע דְּבַעַת דְּהַעֲיֵד הַבְּקָרָא עַל הַבַּע"ח לְחִיבּוֹ שְׁבוּעָה הִי אֲזֵי קְנוּי הַפְּרָה לְהַבְּקָרָא בְּעַת עֵדוּתוֹ א"כ הַעֲיֵד עַל מְמוֹנוֹ מִמֶּשׁ דְּעַל הַמְמוֹן שְׁהַעֲיֵד הִי אֲזֵי קְרוֹב אֲצֵל מְמוֹנוֹ וְלָכֵן נִפְסַל לְהַעֲיֵד דְּלְדְּבָרֵי קְרוֹב הוּא וְאֵין עֵדוּת לְקְרוֹב וְאִף דְּמִבְּנֹאֵר בַּב"מ ד' ל"ד בְּשִׁילֵם הַשׁוּמֵר לְבָנִים מִהוּ וְלֹא אִיפְשָׁטָא בַּעֲלֵי זוֹ עַכ"ז י"ל דְּהֵאֵי בְּקָרָא נַעֲשָׂה שׁוּמֵר מְחַדְּשׁ לִיתְמִי בְּעַצְמָם לְאַח"מ אֲבִיהֶם וְעוֹד דְּהָא מְסַפִּיקָא דְּלֵמָּא גַּם בְּזֶה שְׂיִיף לֹאֵמֵר דְּהִי קְנוּי לֹא לְמַפְרַע א"כ

הוּי בְּסִפְקָא פְּסוּל קְרוּב וְאִין יָכוּל לְהַעֲיֵד לְהוֹצִיא וְגַם הָרָא"ש וְהַטּוֹר לֹא גָרְסִי הָתָם בְּב"מ
הָאֵיבְתִי דְשִׁילָם לְבָנִים מֵהוּ ע"ש וַיֵּשׁ לְהָאֲרִיָּה בְּכ"ז: וְכ"ז אֵינּוּ שְׂיִיָּה אֶלָּא בְּהַאי בְּקָרָא
מִשָּׂא"כ הַשְּׁנִיתָה הַמַּעֲיֵד עַל הַשְּׁנִי דְבָעַת דְּהַעֲיֵד עַל שְׁנִיתָהּ לֹא הִיא קְרוּב אֲזַי כִּי אִם לְאַחַר
שְׂיִשְׁלָם לְהַמְלִיחָה מִשּׁוּם עֲרָבוּת אֲזַי יִתְחַל חֵיבוּבָהּ עַל שְׁנִיתָהּ הַב' כַּמֶּש"כ הַתְּנָמִים בְּסִי' קכ"ט
ס"ק י"ד א"כ בְּאוֹתוֹ הַעֲתָה דְּהַעֲיֵד לֹא הִיא אֲזַי בְּשֵׁם קְרוּב רַק בְּשֵׁם נוֹגַע וְאִי דְמִבְּנָאָר
בְּחוּ"מ סִי' קל"א דְעָרַב מְצִי תְּבַע לְהַלְוָה לְהוֹצִיאָהּ מִעֲרָבוּת.

עכ"ז בְּזָה לֹא מְקָרִי קְרוּב לְמָמוֹנֵי דְהָא זֶה הַחֹב אֵינּוּ כִּי אִם מְצִיד דְמַצְנוּנָה פְּלֵ אָדָם לְהַצִּיל
חֲבִירוֹ שְׂלֵא יִגִיעַ לוֹ הֵיזְק מִמָּנוּ וְלָכֵן פִּינּוֹן דְּהִי' לוֹ אֲזַי מִיָּגוּ דְּאִי בְּעֵי שְׂתִיק בְּעַת דְּהַעֲיֵד
ע"כ לֹא מִיָּפְסֵל לְהַעֲיֵד דְּהָא פְּסוּל נוֹגַע אֵינּוּ רַק מִשּׁוּם חֲשֵׁשׁ מְשַׁקֵּר וְהִיכָא דְהִי' לְפָנָיו
דְּרָף אַחֲרֵת וְלִשְׁתּוּק וְהִי' לוֹ טוֹבָה בְּיוֹתֵר וְלֹא עֲשָׂה פֶן ע"כ אֵינּוּ בְּחֲשֵׁשׁ מְשַׁקֵּר וְלֹא מִיָּפְסֵל
מִשּׁוּם נוֹגַע וְכִבְרָ נְתַבְּאָר דְּהִיכָא דְהוּי מְצִי לְשְׁתּוּק וְהוּא בְּגֵדֵר הֶפֶה שְׁאָסֵר דְּבִזָּה מְהִימָן
אִי לְהוֹצִיא וְכִינּוֹן דְּעִיקָר רְאֵינִי הַנְּתִיבוּת עַל סְמָךְ הָר"ן דְּבִקְרָא וּבְאַמַּת זֶה אֵינּוּ דוֹמָה
לְנ"ד פְּנ"ל ע"כ הַדִּין נוֹתֵן כְּשִׁיטַת הַתְּנָמִים וְהַקְצָה"ח בְּסִי' ע"ז דְּהִיכָא דְּאֵינּוּ תוֹבַע בְּכָרִי
מְהִימָן הַשְּׁנִיתָה לְהַעֲיֵד עַל הַב' וְעכ"ז לְפַמֶּש"כ לְעִיל הַפְּלֵל מְחַנְדֵּשׁ דְּבַעֲיָנּוּ רְאוּי לְדו"ח
וּלפ"ז מִיָּפְסֵל הַשְּׁנִיתָה מִה"ט פְּנ"ל ע"כ לְכַאוּרָה קִשְׂיָה לְהוֹצִיא מִהַמְּחַזְק מָמוֹן רַק אִי תְּפַס
לֹא מִפְּקִינּוּ מִיָּגוּ אִי פִינּוֹן דְּכִבְרָ חֲלָקוֹ הָאֲחֵרוֹנִים עַל הַשְּׂ"ף דְּסוּף סִי' ל"ג וְהַעֲלוּ לְדִינָא
דְּלֹא בְּעִינּוּ בִזָּה"ז אִי רְאוּי לְדו"ח ע"כ הַעֲיָקֵר כַּמֶּש"כ לְעִיל בְּכַוְנַת הָר"ן וּלפ"ז הַדִּין
הוּא כְּשִׁיטַת הַתְּנָמִים וְהַקְצָה"ח הַנְּ"ל דְּמְהִימָן הַשְּׁנִיתָה לְהַעֲיֵד עַל הַב' אִם אֵינּוּ תוֹבַע בְּכָרִי
וּמִן הַתּוֹס' קִידוּשֵׁינּוּ ד' מ"ג ע"ב ד"ה וְהַשְּׂתָא כו' שְׁהַקְשׁוּ דְּהָא הוּי מִיָּגוּ דְּבִי תְּרִי וְלִשְׁיטַת
הַתְּנָמִים הַנְּ"ל א"ש אֶבֶל לְשִׁיטַת הַנְּתִיבוּת דְּאִי בְּמָקוֹם שְׂאֵינּוּ חֲזִיב ש"ה ג"כ לֹא הוּי עַד
א"כ אִין מָקוֹם לְקוֹן שְׂיִיָּתָם דְּמָה אֵיכְפַת לִי אִם חֲבִירוֹ יִכְחִישְׁנוּ דְּהָא הוּי נוֹגַע אִי לְפַמֶּש"כ
בְּסִי' ע"ז סְעִי' א' בְּחִידוּשֵׁי לְדוֹן בְּדְבָרֵי הַתּוֹס' דְּב"מ ד' פ' ע"א דס"ל פְּהַרְמ"א דְּבַפְקָדוֹן
לֹא אֲנַעֲשׂוּ עֲרָבִים א"ש וְגַם י"ל דְּהָא אֲמָרוּ בְּקִידוּשֵׁינּוּ שְׁם סְתָמָא וְכֵן בְּדִינֵי מָמוֹנוֹת דְּמִשְׁמַע
דְּאִי דְּחִלְקַת הַמַּעוֹת וְנָתַן לְכ"א מְחַצָּה דְּבַכָּה"ג לֹא שְׂיִיָּה עֲרָבוּת ע"כ לֹא הוּי נוֹגַע וְא"ש
קוֹשְׂיָתָם: (שְׁם סְעִי' י"א) רְאוּבֵן שְׂיֵשׁ לוֹ שְׁט"ח עַל שְׁמַעוֹן וּנְתַנּוּ לְלוּי בְּכו"מ וְהִזָּה
שְׁמַעוֹן א' מַעֲיָדִי הַמַּתְנָה פְּסוּל וּפִי' הַסְּמ"ע לְפִי שְׁמַעוֹן הוּא נוֹגַע בְּעֵדוֹת שְׂרוּצָה לְהַעֲיֵד
כְּדִי שְׂיִפְטֵר מִבַּע"ד שְׁהַשְּׁנִי נוֹחַ לוֹ כו', וְכ"כ הַטּוֹר וְהַמְּחַבֵּר בְּהַדְּיָא בְּסִי' ס"ו סְעִי' כ"ב
וְהַקְשָׁה הַנּו"ב בְּמ"ת ח' ח"מ סִי' יו"ד דְּלַפְמֶש"כ הַשְּׂ"ף בְּסִי' קכ"ג ס"ק כ"ד דְּלֹא אֲמָרִינּוּ
דְּהַעֲד מְחַשְׁבֵּי נוֹגַע בְּשִׁבִיל שְׂזָה נוֹחַ לוֹ אֶלָּא כְּשִׁהַעֲד צָרִיף לְהוֹצִיא מַעוֹת אֶבֶל כְּשִׁהַעֲד
חֲזִיב לְשַׁלֵּם אֵינּוּ חָשׁוּב נוֹגַע פִּינּוֹן שְׁהוּא מוֹחֲזֵק א"כ תְּקַשָּׁה מְזָה דְּהָא הִכָּא הוּי שְׁמַעוֹן
הַחֲזִיב מוֹחֲזֵק וְאִפ"ה פְּתַבּוּ דְּהוּי נוֹגַע בְּשִׁבִיל שְׂזָה נוֹחַ לוֹ עכ"ל וְכֵן תְּמָה הַשְּׁעַר הַמְּשַׁפֵּט
בְּסִי' ל"ז ס"ק ה' וְנִשְׂאָר בְּצ"ע אִי לֹא הִבִּיא שְׁפָכֵר הַקְּדִימוֹ הַנּו"ב בְּקוֹשְׂיָא זו': וְלַעֲנֵד
אֵינּוּ קִשְׂיָה דְּהָא מִבְּנָאָר בְּסִי' נ"ד שְׂ"ף ס"ק ד' בְּשֵׁם הָרַב הַמַּגִּיד דְּלָכֵן אִם תוֹבַע הַלְוָה
הַנְּיִיר מִהַשְּׁטֵר מִהַמְּלִיחָה דִּישְׁבַע הַמְּלִיחָה הִסְתָּ דַּע"ג דְּאִין נְיִירוֹ שֶׁל שְׁטֵר שְׁנֵה פְּרוּטָה
מ"מ מְחַמַּת רְאִי' שְׁבוּ אִי אַחַר שְׁפָתוֹב שׁוֹבֵר יִתֵּן לוֹ הַלְוָה יוֹתֵר מִפְּרוּטָה לְפִיכָף יִשְׁבַע
הִסְתָּ יַעו"ש בְּשְׂ"ף וּלפ"ז שְׁפִיר פְּתַבּוּ הִכָּא דְּשְׁמַעוֹן הוּי נוֹגַע לְפִי דְּגוּף הַנְּיִיר מִהַשְּׁטֵר
דְּהוּא ש"פ מְחַמַּת הַנְּיִיר הוּא ת"י הַמְּחַזְק וִי"ל דְּשְׁמַעוֹן הוּא נוֹגַע לְפִי דְּמִן רְאוּבֵן קִשְׂיָה
לוֹ לְהוֹצִיא הַנְּיִיר אֶבֶל כְּשִׁהַנְּיִיר שְׂיִיָּה לְלוּי אֲזַי קַל לוֹ לְהוֹצִיא הַנְּיִיר מִמָּנוּ וְשְׂיִיָּה שְׁפִיר

בְּזֶה לְדוֹן הַשְּׁנִי נֹחַ לוֹ כֹּה דָגַם בְּזֶה שִׁינָה לְהוֹצִיא מִהַמְּוֹחָזֵק וְכַמֵּשׁ"כ הַשְּׁ"ף וְע"כ אֵין מִזֶּה סְתִירָה עַל דְּבָרֵי הַשְּׁ"ף: וַיֵּשׁ לְהַסְבִּיר זֶה בְּיַתֵּר בִּיאוֹר דְּהָא מְבֹאֵר בְּשׁ"ף ס' נ"ד ס"ק ד' דָּאם טָעַן הַלְוִה שֶׁהַשְּׁטֵר אֶצְלַּת הַמְּלָנָה דְּהַדִּין הוּא דִּיפְרַע הַלְוִה וְאֵין הַלְוִה יוֹכֵל לְעַכֵּב הַמְּעוֹת עַד שִׁישְׁבַע הַמְּלָנָה דְּשְׂבוּעָה זֹו לֹא תְלוּי בְּפִרְעוֹן אֶלָּא תְּבִיעָה אַחֲרַת עַל שְׂוִי הַשְּׁטֵר וְמַה"ט אֵינוֹ נִשְׁבַּע הַמְּלָנָה רַק שְׂבוּעַת הַיִּסֵּת אֶלָּא אַחֵר שֶׁפִּרְעוֹ נִכְתַּב לוֹ שׁוֹבֵר ה"ז נִשְׁבַּע ע"ש בְּשׁ"ף וּלפ"ז שֶׁפִּיר ה"ל שֶׁמְעוֹן נֹוּגַע דְּרוּצָה יוֹתֵר דִּיקָנָ לְוִי בַע"ד שְׁלוֹ מְשׁוּם דְּלוּי נֹוּחַ לוֹ יוֹתֵר מִן רְאוּבֵן וְחוֹשֵׁשׁ שְׁמָא יִטְעוֹן רְאוּבֵן שֶׁנֶּאֱבַד מִמֶּנּוּ שְׁטֵרוֹ וַיִּצְטַרְף לְפִרְעוֹ לֹו ע"י פְּתִיבַת שׁוֹבֵר וְאֵף שַׁע"פ דִּין יֵהִי חֲזִיב רְאוּבֵן לְהִיּוֹת נִשְׁבַּע הַיִּסֵּת שְׁאֵין הַשְּׁטֵר בְּיָדוֹ עַכ"ז שְׁמָא לֹא יִרְצֶה לִישְׁבַע וְהוּא בַע"ד קָשָׁה נִגְדוֹ אֶבֶל לְוִי נֹוּחַ לוֹ יוֹתֵר וַיִּהְיֶה יְכוֹלֵת בְּיָדוֹ לְהַשְׁבִּיעַ לְלוּי בְּקַל וְגַם שִׁינָה בְּזֶה לֹוּמֵר דְּלוּי מְהִימֵן לֹו בְּשְׂבוּעָה וְרְאוּבֵן לֹא מְהִימֵן לֹו בְּשְׂבוּעָה וְכַמוֹ דְּאָמְרוּ בְּשׁוֹמֵר שְׁמֵסֵר לְשׁוֹמֵר וּמַשׁ"כ הַטּוֹר וְהַמְּחַבֵּר בְּלִשׁוֹנָם דַּה"ל שֶׁמְעוֹן נֹוּגַע בְּעַדוֹת דְּרוּצָה לְהַעֲיֵד כֵּן דְּלוּי נֹוּחַ לוֹ וְרוּצָה שִׁיפְטֵר מִבַּע"ד הַיִּינוּ דִּיפְטֵר מִבַּע"ד דְּלֹא יֵהִי ת"י הַשְּׁטֵר רְאִי דְּמַחֲמַת זֶה שְׁנָה פְּרוּטָה וְלֹא יִצְטַרְף לְשִׁמּוֹר שׁוֹבְרוֹ כַּמֵּשׁ"כ הַמ"מ וְהַשְּׁ"ף כַּנ"ל וְאֵתִי שֶׁפִּיר כ"ז וְעַפ"ז יֵשׁ לְתַרְץ מַה שֶׁהַקְּשָׁה הַשְּׁ"ף בְּסִי' ל"ט ס"ק ל"ט עַל מַשׁ"כ הַטּוֹר בְּשֵׁם הָרֵא"ש בְּשִׁיטַת הָרִי"ף גְּבִי הָא דְּאֲבִי דְּעַדִּיּוּ בַּחֲתוּמֵיּוֹ זָכִין לוֹ דְּאָמְרוּ בַּגְּמ' דְּבַעֲי מְטָא לִידוֹ דּו"א אֶלָּא בְּמַה דְּרוּצָה לְזַפּוֹת דְּבָר שְׁאֵינוֹ ת"י הַזּוֹכָה אֶבֶל בְּזוֹכָה דְּבָר שֶׁהוּא ת"י כְּבָר בְּזֶה אֶפְיָלוֹ לֹא יִגִּיעַ לִידוֹ הַשְּׁטֵר זוֹכָה וְלֹא בַּעֲי בְּזֶה מְטָא לִידָנָי וְהַקְּשָׁה הַשְּׁ"ף שֵׁם ע"ז מְהָא דַּב"מ ד' י"ג דְּאָמְרוּ אֶלָּא הָא דַּחֲנָן מְצָא גִיטֵי נְשִׁים וְשׁוֹבְרִים לֹא יִחְזִיר וְהָא אֲמַרְתָּ עַדִּיּוּ בַּחֲתוּמֵיּוֹ זָכִין לוֹ וּמַתְרֵץ ה"מ הִיכָא דְּמְטָא לִידָנָי כֹּה הָרִי דַּחֲנָן נְמִי שׁוֹבְרִים וְא"כ אַפְתִּי לֹא מַתְרַצָּא קוֹנְשִׁיא בְּשׁוֹבְרִין עַכ"ל הַשְּׁ"ף אֶבֶל לְפַמֵּשׁ"כ יֵשׁ לְתַרְץ קוֹנְשִׁיתוֹ וְהוּא דְּלַכְאוּרָה צְרִיף בִּיאוֹר גּוּף סְבַרַת הָרִי"ף בְּמַה שֶׁמְחַלֵּק בֵּין דְּבָר שֶׁהוּא ת"י הַזּוֹכָה וּבֵין דְּבָר שֶׁצְרִיף לְהוֹצִיא וּי"ל דְּטַעְמוֹ דְּזֶה הַעֲנָן דְּאָמְרוּ בַּגְּמ' דְּבַעֲי מְטָא לִידָנָי זֶהוּ מְצַד דְּנִסְתַּפְקוּ חו"ל בְּמַה דְּאָמְרוּ עַדִּיּוּ בַּחֲתוּמֵיּוֹ זָכִין לוֹ דְּזֶהוּ מְצַד אֲנַמְדָּנָא דְּאָמְדוּ חו"ל לְדַעְתּוֹ דְּהוּי כְּאֵלוֹ הַתְּנָה עִם הַעֲדִים דִּיזְכוּ עֵבּוֹר הַמְּלָנָה אֶלָּא דְּנִסְתַּפְקוּ בְּהַאֲנַמְדָּנָא שְׁלוֹ אִם לֹא הַרְשָׁה לָהֶם לְזַכּוֹת אֶלָּא כְּשִׁיחֵי' מְטָא לִידָנָי לֹאח"ז בְּרִשׁוֹתוֹ וַיִּדְיַעְתּוֹ אוֹ אֵף דְּלֹא יֵהִי מְטָא לִידָנָי לֹאח"ז ג"כ הַרְשָׁה לָהֶם לְזַכּוֹת וְכִינּוֹן דְּזֶהוּ סִפְק ע"כ דְּוָקָא הִיכָא שְׁבָאֵין לְהוֹצִיא בְּזֶה אָמְרוּ דְּבַעֲי מְטָא לִידָנָי אֶבֶל בְּמַה שֶׁתְּפּוֹס ת"י כְּבָר לֹא בַּעֲי בְּזֶה מְטָא לִידָנָי כִּינּוֹן דְּזֶהוּ סִפְק וְהַמְּמַע"ה וַיֵּשׁ לַעֲי' מִזֶּה בַּתְּשׁוּבַת הָרִשְׁבָּ"א דְּהוּבָא בַּמַּל"מ פ' ט"ו ה' טוֹעֵן בְּסִפְק בַּתְּנָאי וַיֵּשׁ לְחַלֵּק וּבְחֵי' לַב"מ הָאֲרַכְתִּי בְּזֶה בְּהוֹכְחוֹת וְקִצְרֵתִי כְּאֵן: וְלִפִּי מַה שֶׁנֶּתְבָּאֵר דְּגוּף הַנְּיָיר מִהַשְּׁט"ח הוּא ש"פ מַחֲמַת הָרֵאָנָי שְׂבוּ אֵף בְּכַתְּבוֹ שׁוֹבֵר כַּנ"ל בְּשֵׁם הַמ"מ וְהַשְּׁ"ף ס' נ"ד וּלפ"ז י"ל דְּלִכְּוֹן תְּנָן בְּמְצָא שׁוֹבְרִין דְּלֹא יִחְזִיר מְשׁוּם דְּהָא הַשׁוֹבֵר נִכְתַּב עַל הַשְּׁט"ח שֶׁהוּא ת"י הַמְּלָנָה וְכַעֲיֵן מַשׁ"כ הַשְּׁמ"ק לַב"מ שֵׁם ע"כ לֹא יִחְזִיר דְּהָא אִם יִחְזִיר לִידוֹ הַשׁוֹבֵר יֵהִי מוֹצִיא עַפ"ז גּוּף הַשְּׁט"ח מִהַמְּלָנָה וּבְאֲמַת ע"פ דִּין אֵינוֹ שִׁינָה לוֹ הַנְּיָיר מִהַשְּׁט"ח כִּינּוֹן דְּהָא דְּלֹא בַּעֲי מְטָא לִידָנָי בְּדְּבָר שֶׁהוּא ת"י הַזּוֹכָה זֶהוּ מְצַד סְפִיקָא דְּהַמְּמַע"ה א"כ ז"א שִׁינָה אֶלָּא בְּגוּף הַחֹב אֶבֶל לֹא לְהוֹצִיא גּוּף הַשְּׁט"ח דְּהָא הַמְּלָנָה הָנִי מְוֹחָזֵק בְּהַנְּיָיר דְּהוּי ת"י ע"כ לֹא יִחְזִיר לוֹ הַשׁוֹבֵר כְּדִי דְּלֹא יֵהִי תַקְלָה עִי"ז לְהוֹצִיא גּוּף הַנְּיָיר דְּהַשְּׁט"ח מִהַמְּלָנָה רַק לְעַנְיָן זְכוּיֹת גּוּף הַחֹב בְּזֶה שֶׁפִּיר כְּתַבוּ דְּזוֹכָה כִּינּוֹן דְּהוּי ת"י כְּבָר וְהַמְּמַע"ה: אֶבֶל לֹא לְהוֹצִיא הַנְּיָיר דְּהַשְּׁט"ח.

וניש להאריף בכ"ז: פל זה פתבתי פבר וכעת ראיתי דיש להוכיח דלא כמו שפתבתי לדון דמחמת דהגנייר של השט"ח הוא ת"י הלוקח ע"כ שייך בזה לומר השני נוח לי כו' והוא דהתוס' בב"מ ד' כ' ע"א ד"ה ש"מ איתא לדשמואל כו' פתבו להקשות שמה מקרה במעמד שלשון שאינה יכולה למחול ותימצו דליפא למיחש כו' אם אומרים שנתרצה הבעל או שתק א"כ מודה שהשובר שקר כו' וכ"כ הרא"ש בכתובות פ"ט סי' י' והר"נ והנ"י בב"מ שם ואי נימא כמש"כ דמחמת תפיסתו בהגנייר שייך בזה לומר השני נוח לי א"כ קשה על מה שפתבו התוס' והרא"ש דאם נתרצה הבעל או שתק א"כ מודה שהשובר שקר הא מבואר בב"ב ד' ל' ע"ב שהוא דא"ל לחברני מאי בעית כו' א"ל כו' ואמרת לי זיל זבין א"ל השני נוח לי כו' וכן פסקו בח"מ סי' קמ"ו סעי' י"ז ועי' בח"מ סי' ש"ו ס"ק י"ב מה שהביא בשם המרדכי בזה א"כ אי נימא דזה מקרי להוציא גוף הגנייר ושייך בזה לומר השני נוח לי א"כ אף דשתק ונתרצה על המכירה ג"כ אינו ראי' שהשובר הוא שקר דהא י"ל דלכן נתרצה על הגניין פדי שיהי' יכול להוציא מן הלוקח הגנייר והראשון קשה להוציא ממנו הגנייר וע"כ מוכח דס"ל להרא"ש והתוס' דמחמת הוצאות הגנייר מן התופסו זה לא מקרי להוציא רק ליפטר כיון דאף הממון הוא ת"י ע"כ לא שייך בזה פלל לומר השני נוח לו ומוכח מזה פסברת הנ"ב והשער המשפט ודלא כמו שפתבתי אכן לפי מה דהוכיחו הפוסקים מקושיות הרא"ש והתוס' הנ"ל דלכן לא חיישינן שמה מקרה במעמד ג' הפתובה משום דלא מהני מעמ"ג בכתובה וכמש"כ הרא"ש בב"מ פ"א סי' מ"ח והתוס' בב"ק ד' פ"ט ד"ה פל לגבי בעלה כו' ובב"מ ד' כ' בתירוץ ב' ועי' בש"ך סי' קכ"ו ס"ק א' ובתוס' גיטין ד' י"ג ד"ה תנהו לפלוני כו' א"כ לפ"ז אין הכרח לומר דזה מקרי כמו ליפטר וע"כ שפיר פתבתי לומר דיש לדון דכה"ג מקרי כמו להוציא ושייך שפיר השני נוח כו' ועי' בסי' כ"ח ש"ך ס"ק כ"ט שכתב דכיון דבאין להוציא גוף השטר מן יד היורש אין מקבלין עדות שלא בפני הבע"ד דזה חשוב כמו להוציא עכ"ל.

ונהו נוטה כמו שפתבתי: (שם סעי' י"ז) בש"ך (ס"ק כ"ט) בתוס' ב"ב ד' מ"ד דקדקו מדכתב הרשב"ם וכגון שמכר ראובן ללוי שלא באחריות דנראה משום דאי באחריות הוי שמעון נוגע בעדות דאע"ג דהוי יאוש ושינוי רשות מפיק שמעון מלוי כיון דאין שום הפסד ללוי שיחזור על ראובן עכ"ל.

והקשה הש"ך ע"ז משום דמה ענין אחריות לשינוי רשות ונדחק בכוננת הרשב"ם ענף א ולענ"ד נראה בכוננת הרשב"ם והוא די"ל דגם הרשב"ם ס"ל דאף דהוי באחריות ג"כ הוי שינוי רשות והא דכתב הרשב"ם שלא באחריות משום דבאחריות הוי נוגע בעדות הוא דהא אי' בח"מ סי' רנ"ט סעי' ה' דלפנים משורת הדין החיוב הוא להחזיר להבעלים אף דהי' יאוש באבדה ומה"ט נהיגי להחזיר פל גניבה אף לאחר יאוש ושינוי רשות וכמש"כ הקצה"ח מזה בסי' רנ"ט ס"ק ג' ע"ש.

וידוע שיטת המרדכי דיכולת הי' בידינו לכוף על לפנים משורת הדין והובא בח"מ סי' י"ב סעי' ב' ועי' באו"ת שם ומה"ט פתב בבבאור הגר"א זצ"ל סי' רנ"ט ס"ק ט"ו בשם המרדכי דלכן נהגו להחזיר אבדה אחר יאוש לפי דכייפינן על לפנים משורה"ד ע"ש: ולכן י"ל דמה"ט ס"ל להרשב"ם דבמוכר באחריות אף דהוי יאוש וש"ר הוי שמעון נוגע בעדות דכיון דאין הפסד ללוי שיחזור על ראובן וכמש"כ התוס' א"כ ממילא מחוייב לוי

הקונה להחזיר החפץ לשמעון משום לפנים משורת הדין פינו דמקרי אין לו פסידא בזה וכינון דיכולת ביד ב"ד לפעמים לכוף על זה להקשיט הנ"ל ע"כ ממילא הוי שמעון נוגע בעדות כדמצינו בחשש נוגע בעדות דאם ישנו במציאות איזה צד הנאה לו מהעדות אף בדרך רחוקה ונפלאה ה"ז לא יעיד כמבואר בסי' ל"ז סעי' כ"א לכן שפיר כתב הרשב"ם דאינו פשר לעדות רק במוכר שלא באחריות: ומה דהקשה הש"ך עוד דא"כ אף שלא באחריות תקשה הא אין לו הפסד שיחזור לו הנגזל דמי' כו' י"ל בזה דס"ל להרשב"ם דכינון דאמרו שם בסי' רנ"ט דאם בעל אבידה עשיר א"צ לעשות לפנים משוה"ד וע"כ י"ל דוקא היכא דיש לחוש דיפסיד הנגזל דמי החפץ דיכול להיות דהגזלן לא ירצה לשלם לו ע"כ בזה הוי כמו בעל החפץ עני ולכן מחוייב לעשות עמו לפנים משוה"ד פינו דלא יפסיד דהא גבי דידין לא הוחזק המוכר לגזלן אבל היכא דלא הוי הנפ"מ רק לענין גוף החפץ בזה דינו כמו עשיר פינו דיצטרף להחזיר הדמים להלוקח ודוקא בנצ"ב באשה מצינו דמשום שבח בית אבי תקנו דתשקול גוף החפצים כמבואר ביבמות ד' ס"ו ואף דלא משמע פן בח"מ שם מ"מ י"ל דהרשב"ם ס"ל לחלק בזה או די"ל בזה לפמש"כ האורים באו"ת סי' ל"ז ס"ק מ"ח דמייירי שם דאין החפץ שוה יותר מן הדמים שנותן ע"ש א"כ י"ל דמייירי ג"כ דהחפץ הוא מצוי מינו בשוק לקנות פמותו וכעין המבואר בסי' ע"ב סעי' ט"ו ועי' באו"ת שם ס"ק כ"ט ע"כ לא הוי נוגע בעדות בזה.

ולכן אף דמן דברי התוס' בכוננת הרשב"ם וכן מן הנ"י בב"ב שם משמע דס"ל כמש"כ הרמ"א בח"מ סי' שס"א סעי' ה' דבמכרו באחריות לא הוי שינוי רשות עכ"ז לפמש"כ אין זה מוכרח כ"כ בכוננת הרשב"ם די"ל כמו שפכתתי דהוי נוגע בעדות מה"ט וכעין זה אמרתי מכבר ליישב מה שהקשו התוס' בהאי סוגיא בב"ב ד' מ"ד ד"ה דוקא מכר כו' דהקשה הר"י לפי המבואר בירושלמי דיאוש מועיל לקרקע א"כ אמאי אינו מעיד במכר לו שדה הא לא הדרא לי' כו' ולפמש"כ לומר דשאני חשש נוגע בעדות דאף משום איזה ספק הנאת ממון דיכול להיות הוי נוגע פנ"ל א"כ י"ל בזה דהא מצינו שיטת הרמב"ם והובא בח"מ סי' קצ"ב ובסי' ער"ה דס"ל דע"י קנין אכילת פירות נקנה שדה המכורה אבל הפקר אינו נקנה עי"ז וכיוצא בזה איכא פמה גונוי דהיכא דהוי דעת אחרת מקנה קנה ומהפקר לא קנה ומיאוש הא הוי דינו כמו זוכה מהפקר ולפ"ז י"ל דאף דנימא דיאוש מועיל בקרקע מ"מ הוי נוגע דלמא לא עשה הלוקח דרכי הקנין דיהי' מועיל להיות זוכה מן יאוש והפקר אלא דעשה דרכי הקנין המועיל במקירה ומה דנשתמש הלוקח בהשדה לאחר דעשה ונתכונן לקנות הא זה הוי כמו עוד נכסי הפקר וסבור שהם שלו לא קנה כמבואר בסי' ער"ה וביבמות ד' נ"ב דהא לא פינו לקנות ועיקר פנונת הקנין הי' בעת דבא לזכות בתחלה בהשדה וכינון דאז הי' קנין דאינו מועיל בזוכה מן יאוש והפקר ע"כ ממילא חוזר לבעליו ועי' בב"ק ד' ס"ט תוס' ד"ה פל שקלטו כו' אבל במכר מטלטלין לא שייך כ"ז דהא פינו דהחפץ הוא ברשותו ממילא קני לי' תצירו א; שלא מדעתו ומתורץ קושיות התוס' הנ"ל גם י"ל בכ"ז ע"פ מש"כ הש"ך בח"מ סי' מ"ב ס"ק כ' וס"ק כ"ב דבמה דהוי פלוגתא י"ל דטעמי בזה וכמש"כ התוס' בב"מ ד' ט"ו ע"ב ד"ה ונתן לו כו' ובמק"א הארכתי בזה ע"כ פינו דמצינו פלוגתא בכ"ז ע"כ י"ל לכ"ע דהוי נוגע בעדות משום דטעמי בזה ובחידושי לב"ב הארכתי בכ"ז די"ל בזה ע"פ מש"כ התוס' בב"ק ד'

ס"ט אי יאוש הוי פמתנה להגזלן וקצרתיו: ענף ב וראיתי בספר משפנות יעקב ח' ח"מ ס' נ"ד שהביא לדברי הש"ך הג"ל והוכיח מן התוס' דב"ק ד' ס"ז ד"ה מעיקרא חולין והשתא הקדש כו' שכתבו דבקדשים שאין חייב באחריות לא הי' צריך לטעם זה דהא יש פאן שינוי רשות אלא בעי לאוקמי אפי' בחטאת ואשם כו' עכ"ל א"כ מוכח מן התוס' הג"ל דס"ל דבאחריות לא הי' שינוי רשות והעלה דברי הש"ך בצ"ע עכ"ל ותמהני עליו דאין זה דומה כלל לגידון דהש"ך הג"ל דהא חייב אחריות דקדשים הוא אף נגנב ונאבד ומתה משא"כ חייב אחריות במוכר לחבירו הא אינו חייב רק באחריות דאמי מחמתו אם יטרפו ממנו בע"ח וגזולה אבל לא בנגנב ונאבד ע"כ שפיר מקרי שינוי רשות.

משא"כ היכא דחייב בכל מיני אחריות אף אותן שינוולדו לאח"ז זה לא הוי שינוי רשות ויש להסביר זה ביתר ביאור דהא בחיוב אחריות דהמקדיש אם יגנב יכול המקדיש לתבוע מהגנב והוי בע"ד ש'לו כמו בב"ק ד' ע"ח וכמו כל שומר דהוי בע"ד של הגנב דיכול לתבוע ממנו כמבואר בב"ק ד' ק"ח דזהו משום דחייב באחריות וכיון דהוי עליו שם בע"ד על החפץ ע"כ לא מקרי שינוי רשות דהא עדיין שם בעליו על החפץ משא"כ במוכר לחבירו באחריות דאמי מחמתו ולא אחריות שינוולד לאחר המכירה דאם ירצה המוכר לאשתעי דינא עם הגנב מצי למימר לי' לאו בע"ד דידי את.

ע"כ לא הוי שם בעליו על החפץ והוי שינוי רשות כמש"כ הש"ך ואין מקום לתמיהת המשפנות יעקב כלל. ולכאורה יש להוכיח עדיין מן התוס' בב"ק הג"ל דהיכא דקיבל המוכר עליו כל האחריות שינוולד לאחר זה דבכה"ג לא הוי שינוי רשות דהא זה שפיר מוכח מן התוס' דכה"ג לא הוי ש"ר ואין להעיר בזה דהא כל גזלן המוכר הוי עליו שם בע"ד לתבוע מן הנוטלו משום חייב אחריות שיש עליו להשיב להגזלן וכמש"כ התוס' פועין זה בב"ק ד' ס"ט ע"א ד"ה כל שלקטו כו' דכל אדם אסור להחזיק בה מפני שהיא צריכה ליפטר מן הגזלן כו' ע"ש דזה אינו דיוקא במי שנוטלו בע"כ של הגזלן בזה פתבו דיש שם בע"ד להגזלן לתבוע החפץ משא"כ אם הגזלן מכר לאחר דבזה אם בא אחר ונטלו בע"כ של הלוקח ונדאי אין עליו שם בע"ד לתבוע ממנו כיון דמכר ברצונו ואסתלק לי' מהחפץ ע"כ אין זה דומה לחיוב אחריות דמקדיש וכיוצא בו כן י"ל בזה: וגם בזה יש לדון הרבה דהא לקמן ד' קי"ד מוקי הש"ס להך ברייתא דהגנב וגזלן שתממו והקדישו כו' באוקמתא קמיינתא דאמי כר"ש דס"ל סתם גניבה יאוש בעלים ועי' בתוס' בב"ק ד' ס"ז ד"ה הגנב והגזלן כו' א"כ להך אוקמתא דאמי כר"ש יש להסביר על נכון למש"כ התוס' שם דהיכא דחייב באחריות לא הוי ש"ר משום דהא ר"ש ס"ל גורם לממון כממון דמי ומה"ט ס"ל בקדשים שחייב באחריותו חייב כמבואר בב"ק ד' ע"א וד' צ"ח ופסחים ד' ו' ועי' בצ"צ סי' ה' והובא בקצה"ח סי' שפ"ו ס"ק ז' מה שכתבו לדון בהא דפסחים שם אי אמר ר"ש אף היכא דאי' בעיני' או לא והוכיח שם די"ל דאף באיתגהו בעיני' קאמר ר"ש דכממון דמי ואמרו בב"ק ד' ע"ו דגנב והקדיש אינו חייב ד' וה' לר"ש דכיון דס"ל דקדשים שחייב באחריותו ברשותי' דמרי' קיימי ע"כ לא נפק מרשות בעליו בהמכירה.

ע"כ י"ל מה"ט דלהך אוקמתא דאמי הברייתא כר"ש שפיר הוכרח הש"ס לומר דלכן הקדישן הקדש משום דה"ל שינוי השם מעיקרא חולין כו' דאלו מצד שינוי רשות י"ל

בְּזֶה כַּמֶּשֶׁ"כ הַתּוֹס' דְּכִינּוֹן דְּחֵיב בְּאַחֲרֵיּוֹת לֹא ה"ל ש"ר דְּהָא פִּינּוּן דְּאַתִּי כַּר"ש דְּגוֹרֵם לְמָמוֹן כְּמָמוֹן דְּמִי ע"כ לֹא נִפְק לִי מְרִשּׁוֹת הַבְּעָלִים עַדִּינּוּן לְגַמְרֵי וְלֹא ה"ל ש"ר אֲמָנָם לְדִינָא דְקִי"ל פְּרַבְנָן דְּגוֹרֵם לְמָמוֹן לָאוּ כְּמָמוֹן דְּמִי כְּמִבְּנֹאֵר בַּח"מ ס'י שְׁפ"ו וְש"ך ס"ק י' שְׁפִיר י"ל לְדָאָף הֵיכָא דְּחֵיב בְּאַחֲרֵיּוֹת ג"כ הָוֵי ש"ר שְׁיִקְנֵהוּ הַגָּבַב ע"י יְאוּשׁ וּש"ר וְע"כ אִין רֵאִי מֵהַתּוֹס' ב"ק הַנ"ל לְדִינָא: וְיֵשׁ לְבָאֵר זֶה בְּיִתֵּר בְּיִאוּר דְּהָא יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת בְּהָא דב"ק ד' ס"ז הַנ"ל דְּאַמְרוּ שָׁם דְּלִכְּוֹן תְּרוּמָתָן תְּרוּמָה מְשׁוּם דְּאִיפָּא שְׁיִנּוּי הַשָּׁם מְעַיקְרָא טִיבְלָא וְהַשְׁתָּא תְּרוּמָה כו' דְּקָשָׁה דְּאַמְאִי לֹא אָמְרוּ בְּזֶה דֵּה"ל שְׁיִנּוּי רִשּׁוֹת דְּהָא מְעַיְדָנָא דְּתַרְמוּ שְׁיִיךְ לְפַהֲנִים וְכַעֲיִן מִש"כ הַתּוֹס' שָׁם עַל קְדָשִׁים שְׁאִינּוּ חֵיב בְּאַחֲרֵיּוֹת דֵּה"ל ש"ר דְּמִשְׁמַע אָף בְּלֹא מְטָא לִיד הַגִּיזְבָּר וְעִי בְּתוֹס' שָׁם ד"ה מְעַיקְרָא טִיבְלָא כו' וּבְנִדְרִים ד' נ"ט וּבְהֵרָא"ש שָׁם וְקִצְרֵתִי וּמְצָאֵתִי בְּשִׁטָּה מְקוּבָצָת בב"ק שָׁם וּבְחִז' הַרְשָׁב"א שָׁם דְּהַעִירוּ בְּזֶה וּמָה דְּתִירְצוּ אִין זֶה בְּרוּר לְפַמֶּשׁ"כ הַתּוֹס' כַּנ"ל: וְכַש"כ לְפַמֶּשׁ"כ הַתּוֹס' בִּיבְמוֹת ד' צ"ג ע"א ד"ה קְנוּי' לָהּ מְעַכְשָׁיו כו' דְּבִתְרוּמָה אֲמַרִּינּוּ ג"כ אֲמִירָה לְגְבוּהַ כְּמִסִּירְתוֹ לְהַדְיוּט דְּמִי וְע"כ הַשְׁמ"ק שָׁם בְּתִי הַב' לֹא נִיחָא לִי בְּתִי קַמָּא דִּילָן פִּן י"ל וְקִצְרֵתִי: וְהַנְרָאָה לִי בְּעַיקְרָא קוֹשְׁיָא שֶׁל הַשְׁמ"ק וְהַרְשָׁב"א הַנ"ל דְּהָא אִי בב"ק ד' קי"ד דְּהָא בְּרִייתָא דְּגָבַב וּגְזֵלוֹן שְׁתַּרְמוּ וְהַקְדִּישׁוּ כו' דְּאַתִּי כְּרַבִּי לְאוּקִימָתָא בְּתַרְיִיתָא ע"ש:

וּמְצִינּוּ בְּפִסְחִים ד' מ"ח דס"ל רַבִּי הֶלְכָה כַּר"א דס"ל הוֹאִיל אִי בְּעִי מִיתְשַׁל וְהָוֵי מָמוֹנוֹ לְעֵבּוֹר עַל בַּל יֵרָאָה וְה"ה בְּשִׁאֲרֵי מִילֵי אֲמַרִּינּוּ הוֹאִיל אִי בְּעִי מִיתְשַׁל כְּמוֹ דְּהַקְשׁוּ הַתּוֹס' וְרַש"י שָׁם ד' מ"ו בד"ה הוֹאִיל אִי בְּעִי מִיתְשַׁל כו' דַּא"כ יִקְרָא שָׁם וְאַח"כ יֵאָפֵה מְטַעַם הוֹאִיל כו' וְכֵן הַקְשׁוּ הַתּוֹס' שָׁם לְקַמְּן ד"ה הוֹאִיל אִי בְּעִי מִיתְשַׁל כו' דְּאַמְאִי אִין יוֹצְאִין בְּמִצָּה מִע"ש נִימָא הוֹאִיל אִי בְּעִי מִיתְשַׁל וְנִחְשָׁב מִצְתָּכֶם כו' וְאַף דְּרַש"י שָׁם בְּפִסְחִים ד' מ"ח מְסִיק דְּלֹא פְּלִיגִי בְּהוֹאִיל אִי בְּעִי מִיתְשַׁל עַכ"ז הָא הֵרָא"ש וְהַאֲלָפְס כְּתַבוּ שָׁם דְּפְלִיגִי ר"א ור' יְהוֹשֻׁעַ אִי אֲמַרִּינּוּ הוֹאִיל אִי בְּעִי מִיתְשַׁל וְזֵהוּ דְּלֹא כְּהַשְׁאָגַת אַרִּי דְּהַעֲלָה בְּסִי ע"ז דְּלֹא אֲמַרִּינּוּ הוֹאִיל אִי בְּעִי מִיתְשַׁל רַק לְעַנְּן שְׁיַעֲבֹר עַל בַּל יֵרָאָה אֲבָל בְּסִפְרֵי בָּאֵר יִצְחָק ח' או"ח ס'י ב' עֲנָף א' הוֹכַחְתִּי דְּלֹא כְּהַשְׁאָגַת אַרִּי בְּזֶה וְלִכְּוֹן לְהָא אוּקִימָתָא דְּהָא בְּרִייתָא דְּגָבַב וּגְזֵלוֹן שְׁתַּרְמוּ אֲתִי כְּרַבִּי וְרַבִּי הָא ס"ל דְּאַמַּרִּינּוּ הוֹאִיל אִי בְּעִי מִיתְשַׁל וְכִינּוּ דְּאַמַּרִּינּוּ הוֹאִיל כו' וְהָוֵי מָמוֹנוֹ לְכָל מִילֵי כַּנ"ל.

ע"כ שְׁפִיר הֶקְרַח הַש"ס לומר דְּלִכְּוֹן תְּרוּמָתָן תְּרוּמָה מְשׁוּם דְּהָוֵי שְׁיִנּוּי הַשָּׁם דַּאל"כ אִינּוּ חָל הַתְּרוּמָה דְּהָא לֹא הָוֵי שְׁיִנּוּי רִשּׁוֹת פִּינּוּן דְּאַתִּי כְּרַבִּי דְּאַמַּר הוֹאִיל אִי בְּעִי מִיתְשַׁל וְהָוֵי מָמוֹנוֹ א"כ לֹא נִפְק מְרִשּׁוֹת הַבְּעָלִים וְהָוֵי עַדִּינּוּן מָמוֹנוֹ וְלֹא מְקַרִּי ש"ר כָּלֵל וְאַף שְׁפַתְבוּ הַתּוֹס' שָׁם בד"ה מְעַיקְרָא טִיבְלָא כו' דְּלֹא מְקַרִּי שְׁיִנּוּי הַחֹזֵר לְבְּרִייתוֹ ע"י שְׁאֵלָה פִּינּוּ דְּלֹא שְׁכִיחָא זֵהוּ דְּוָקֵא לְעַנְּן דְּלֹא יְהִי מְקַרִּי שְׁיִנּוּי הַחֹזֵר לְבְּרִייתוֹ אֲבָל לְעַנְּן מַה דְּאַמַּרִּינּוּ הוֹאִיל אִי בְּעִי מִיתְשַׁל וְהָוֵי מָמוֹנוֹ וְנִדְּאִי דְּאַמַּרִּינּוּ אָף דְּזֵהוּ לֹא שְׁכִיחָא דַּאל"כ אִיךְ אָמְרוּ כֵּן לְעַנְּן לְעֵבּוֹר עַל בַּל יֵרָאָה דְּהָא אָסוּר לוֹ לְהִיּוֹת נִשְׁאָל וְיַעֲבֹר עַל בַּל יֵרָאָה וְה"ה בְּשִׁאֲרֵי מִילֵי כַּנ"ל וְכ"ז בְּתְרוּמָה אֲבָל בְּהַקְדָּשׁ שְׁפִיר כְּתַבוּ הַתּוֹס' דְּבִקְרַבְנוֹת שְׁאִין חֵיב בְּאַחֲרֵיּוֹת הָוֵי ש"ר דְּאִין לומר בְּאוֹתוֹן דְּלֹא מְטוּ לִיד גִּיזְבָּר לְהוֹאִיל אִי בְּעִי מִיתְשַׁל כְּמוֹ בְּתְרוּמָה דַּז"א לְפַמֶּשׁ"כ הַתּוֹס' בְּפִסְחִים ד' מ"ו ע"ב ד"ה הוֹאִיל אִי בְּעִי מִיתְשַׁל כו' בְּחִי קַמָּא בְּשָׁם הַר"י דְּלִכְּוֹן אָמְרוּ אֲתָהּ רוֹאָה שֶׁל גְבוּהַ וְלֹא אֲמַרִּינּוּ הוֹאִיל אִי בְּעִי מִיתְשַׁל דְּשִׁאֲנֵי הַקְדָּשׁ דְּכָתִיב בְּהוּ לַד' וְע"כ לֹא אֲמַרִּינּוּ בִּי הוֹאִיל ע"ש.

ע"כ בהקדש שאין חייב באחריות ה"ל שפיר ש"ר אבל בתרומה דאמרין הואיל גבייהו כמו בחלה דאמרו בפסחים שם דאמרין הואיל לר"א ולרבי ומחמת הואיל חשוב לכם ומצאתם כמש"כ התוס' שם פנ"ל.

א"כ א"ש דלא אמרו בתרומה דה"ל ש"ר אלא מחמת דהוי שינוי השם וא"ש קושיות השמ"ק והרשב"א הנ"ל ועוד יש לדון בזה דלכן לא הוי בתרומה ש"ר דהא הוי טובת הנאה לבעלים וע"פ דברי הריטב"א בקידושין ד' נ"ט ושני טובת הנאה דקדשים המבואר בערכין ד' כ"ח וקצתו בכ"ז: ולפ"ז אתי שפיר דברי הש"ס בב"ק הנ"ל דאמרו תרומה הוי שינוי השם מעיקרא טיבלא והשתא תרומה הקדש מעיקרא חולין והשתא הקדש דהגמ' מהדר לתרוצי דיהי' א"ש הברייתא לשני אוקימתות דלקמן ד' קי"ד דלחד אוקימתא דהברייתא אתי כרבי א"כ לפ"ז לא מקרי תרומה ש"ר דהא רבי ס"ל דאמרין הואיל אי בעי מיתשל והוי עדיין ממונו ולא נפק לי' מרשות הבעלים לגמרי ע"כ אמרו דלכן הוי תרומה משום דה"ל שינוי השם ולחד אוקימתא דמוקי להברייתא כר"ש א"כ לר"ש דס"ל גורם לממון דמי ה"ל קדשים שחייב באחריות ברשות המקדיש עדיין דה"ל פממונו פנ"ל ולא מקרי ש"ר וכמש"כ התוס' ע"כ אמרו בזה דה"ל שינוי השם מעיקרא חולין והשתא הקדש א"כ נתבאר על נכון בעז"ה דאין ראי' מן התוס' הנ"ל לדינא לפי מה דקיי"ל ברבנן דר"ש דגורם לממון לאו פממון דמי וע"כ שפיר י"ל דאף אם המוכר קיבל אחריות שיינולד לאח"ז על חפץ הנמכר דמ"מ י"ל דה"ל שינוי רשות וכן הוצעת נוטה דאף דקיבל אחריות מ"מ הוי ש"ר ועי' ביו"ד סי' קס"ט סעי' כ"א ואין זה ענין לנ"ד ולכן שפיר פתב הש"ך דאף דקיבל אחריות מ"מ ה"ל ש"ר: ענף ג ומש"כ התוס' פנ"ל בב"ק ד' ס"ו ע"ב ד"ה ש"מ ד'אוש לא קני כו' דיש יאוש וש"ר באותן קרבנות דאין חייב באחריותו עכ"ל התוס' בזה ג"כ י"ל פועין מש"כ לעיל והוא דהא התוס' שם קאי על מה דמקשה אביי לרבה מהא דקרבנו ולא הגזול וכיין דלרבה דס"ל לקמן בב"ק ד' קי"ד דאף בידוע גמי מחלוקת דלרבנן לא מהני יאוש כלל בגזלן אלא לר"ש א"כ לרבה ונדאי דהו' ברייתא דקרבנו ולא הגזול אתי כר"ש דמהני יאוש אם יש ש"ר רק לקרבן מיפסל משום מצוה הבאה בעבירה כמש"כ התוס' שם וכיין דר"ש ס"ל דגורם לממון פממון דמי א"כ הא לא הוי ש"ר אם חייב באחריותו פנ"ל וע"כ הוכרחו התוס' לומר דמייירי בקרבנות דאין חייב באחריות וכן מש"כ לעיל דהסוגיא בב"ק ד' ס"ז דקאמרי עלה דגנב וגזלן שתתמו תרומתו תרומה דזהו משום שינוי השם ולא משום ש"ר דזהו כפי דיהי' א"ש להאוקמתא דלקמן ד' קי"ד אף דשם קאי לרבה דס"ל אף בידוע גמי מחלוקת הא במה דמקשה הכא מהא דהגנב והגזלן דתרומתו תרומה זה הקושיא הוא אף לרבה דהא מספקא לי' דשפא יאוש אינו קונה רק מדרבנן א"כ תקשה אמאי אמרו תרומתו תרומה דמשמע דמתר לסמוך על סמוך תרומה האלו ולאכול הא אין תרומה דרבנן מפקיע לטבל דאורייתא ע"כ שפיר פתבתי ועי' במהרש"ל שם דגרס לרבה אבל אין זה מוכרח ועי' בפ"י שם ובתוס' שם ד' ס"ז ע"ב: והנה לפמש"כ התוס' בפסחים ד' מ"ו ע"ב ד"ה הואיל אי בעי מיתשל כו' בשם הר"י בת"י הב' דאף בהקדש אמרין הואיל אי בעי מיתשל כ"ז דלא מטא לרשות גיזבר ע"ש א"כ לפ"ז יש לתרץ למה שהקשו התוס' הכא בב"ק ד' ס"ז דאמאי לא אמרו דלכן הקדישון הקדש משום דה"ל ש"ר ומזה הוכיחו דבחיוב אחריות לא ה"ל ש"ר אבל לפי מה דנתבאר יש ליישב זה והוא דהא כבר

נתבאר דלקמן ד' קי"ד מוקי לחד תי' דהברייתא אתי רבבי ורבי הא ס"ל דאמרינן הואיל אי בעי מיתשל פנ"ל ע"כ הקדש לא ה"ל ש"ר פנ"ל [ועפ"ז יש לדון הרבה בסוגיא דב"ק ד' ע"ו ע"א דקאמר אהקדש לחייב כו' ובתוס' שם ד"ה והשתא תורא דשמעון כו' וקצרתו בכ"ז].

וע"כ הוכרחו לומר דה"ל שינוי השם ולפ"ז אין שום הוכחה להוכיח להך מילתא סדמא דחידשו דבחיוב אחריות לא ה"ל ש"ר אף התוס' נחתו הקא לתי' קמא של הר"י בפסחים שם פנ"ל ועי' מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ח ענף ג': [ועוד נלע"ד לחלק דדוקא בהקדש דחייב באחריות בזה פתבו התוס' דלא הוי ש"ר משא"כ במכירה והוא דהא עיקר הטעם ד'אויש וש"ר קנה הלוקח הוא משום דבהיתירא אתי לידו וזכה מהפקר כמש"כ התוס' בסופה ד' ל' ע"ב ד"ה וקרקע א"נ כו' והרמב"ן במלחמות פ"ז ומה"ט ס"ל להרא"ש בב"ק פ"ז סי' ב' דאי נימא ד'אויש לחוד אינו קונה ע"כ אם קידש אשה בגזילה אחר 'אויש א"מ וטעמו דאף דהוי 'אויש וש"ר מ"מ פ"י דהא דקנהו ב'אויש וש"ר זהו משום דזוכה מהפקר א"כ הא אינו זוכה הבעל להחפץ רק האשה ונפית בי' א"כ לאו מידי קאזיב לה הבעל וע"כ א"מ ועי' בנתיבות סי' ס' שם"ח ומה"ט ס"ל לכ"פ דש"ר נאח"פ 'אויש לא מהני כמבואר בח"מ סי' שנ"ג משום דאתי לידו דהלוקח ב'אויש אכל מצינו להרמב"ם והמחבר באה"ע סי' כ"ח סעי' א' דכתבו דאם קידש אשה בגזל לאחר 'אויש מקודשת דאע"ג ד'אויש לחוד לא קני מ"מ פ"י דקנאתו משום 'אויש וש"ר אף הוא קנה אותה כמש"כ המ"מ פ"ה ה"א והוא בח"מ שם ס"ק ב' וב"ש ס"ק ד' וקידושי האשה וקנייתו ב'אין פאחד וכמש"כ הקצה"ח מזה בס"ג שנ"ג ס"ק א' והאבני מלואים לאה"ע סי' כ"ח ס"ק ד' ומה"ט ס"ל להרמב"ם דאף ש"ר נאח"פ 'אויש נמי קונה ועפ"ז יש לדון בנתיבות בע"כ דסי' שס"א סעי' ה' ועי' שם בפ"ק ס"ק ג' וי"ל דזה תלוי בהנהג' ב' טעמים וקצרתו: והנה התוס' הקא בב"ק דכתבו דאם הקדש דבר הגזול אחר 'אויש קנהו הקדש ע"י 'אויש וש"ר א"כ טעמם משום סברת הרב המ"מ דע"י 'אויש וש"ר קנהו הבעלים ע"כ אף דלא שייך לומר דהקדש קנהו מן הפקר עכ"ז נקנה להקדש לפי דע"י קנהו הבעלים וממילא חל הקדישם וקנין שלו וההקדש ב'אין פאחד פנ"ל ולפ"ז י"ל דמה שכתבו התוס' דבקדשים שחייב באחריות לא ה"ל ש"ר זהו דוקא בהקדש דכיון דהטעם דזוכה מן הפקר לא שייך בהקדש אלא עיקר הטעם הוא דע"י ההקדש קנהו הבעלים וב'אין פאחד הקנין וזכיות הקדש פנ"ל ע"כ שפיר י"ל דכיון דחייב באחריות לא ה"ל ש"ר לומר דקנהו הבעלים ע"י הקדשו דהא לא נפק לגמרי מרשות הבעלים וע"כ פ"י דהבעלים לא קנהו לכן ממילא לא חל הקדשו וכ"ז לא שייך רק בהקדש אכל בלוקח דכיון דהוי 'אויש וש"ר א"כ קנהו הלוקח משום דזכה מהפקר פנ"ל א"כ מה לו להלוקח דהמוכר חייב באחריות ולא נפק לי' עדיין מרשותו לגמרי דמ"מ הא הלוקח עשה קנין המועיל להיות זוכה מן 'אויש והפקר ובהיתירא אתי לידו וכיון דלא נתחייב בהשבה ע"כ ממילא זכה מן 'אויש ועי' בב"ק ד' ס"ו ע"א תוס' ד"ה הקא נמי כו' שכתבו דעיקר טעם ד'אויש לחוד אינו קונה לפי דב'אויש א"מ לידו ונתחייב בהשבה ולכן הדין נותן דאף במקר דבר הגזול וקניב אחריות ש'ינולד דמ"מ קנה הלוקח דזכה מהפקר ואין שום שייכות לבטל ע"י חיוב אחריות לזכיות הלוקח דזוכה מהפקר ואין שום ראי' מהתוס' לנ"ד וכעת מצאתי בספר פתח הבית בדין 'אויש ענף כ' שהוכיח ג"כ מן תוס' ב"ק הנ"ל

דבחיוב אחריות לא ה"ל ש"ר וכמש"כ המשפנות יעקב הנ"ל אבל העיקר הוא כמש"כ דאין ראי' פלל מן התוס' ועי' בתוס' ב"ק ד' ס"ט ד"ה פל שלקטו כו' אי גאוש הוי מתנה להגזלן ובנתיבות סי' שנ"ג ס"ק ג': הינצא לנו מפל זה דאף דהרמ"א בח"מ סי' שס"א סעי' ה' הביא שיטת הסוברים דבמכירה באחריות לא ה"ל ש"ר עכ"ז העיקר לדינא כמש"כ הש"ך הקא ובסי' שס"א ס"ק ב' ועי' בב"ש באה"ע סי' כ"ח ס"ק ג' דהא עיקר יסודם הוא על הרשפ"ם דב"ב וכבר נתבאר די"ל פוננה אחרת בהרשפ"ם הנ"ל ע"כ אין לנו לחדש פן מה שהוא נגד הסברא וגם אף אם קיבל אחריות לאח"ז ג"כ נתבאר דאין להוכיח זה מן תוס' דב"ק ד' ס"ז די"ל דלא פתבו פן רק אליבא דר"ש דס"ל דגורם לממון פממון דמי וכיון דלא נפק לי' לגמרי מרשותו ע"כ בזה י"ל דלא מקרי ש"ר ועוד נתבאר דיש לחלק בזה בין ש"ר דהקדש לש"ר דמכירה וע"כ לדין דקיי"ל פרבנן דר"ש דגורם לממון לאו פממון דמי ונדאי די"ל דגם אף דקיבל אחריות שינוולד דבמכירה הוי לי' ש"ר ואין לחלק בזה ודלא פהמשפנות יעקב והפתח הבית בזה.

(שם סעי' י"ח) בפ"ה ס"ק ל"ב דהעלה בדין סילוק עדים דה"ל ספיקא דדינא ואין להוציא ממון והרדב"ז ח"ב סי' תר"ו מסיק דאין לחלק בזה בין אפוקי ממזא ולעולם מהני סילוק והוכיח שם ממה דאמרו בב"ב ד' מ"ג דליסקי תרי כו' דהא קיי"ל כר' אבהו דשנים שדנו אין דיניהם דין וע"כ מוכח דהגמ' קאי על עדים: ובני היקר מוהר"ר צבי ג"י אמר בזה דאין קשה דהא הש"ס שקיל וטרי שם על מימרא דשמואל דאמר מעידין זל"ז ושמואל ס"ל שנים שדנו דיניהם דין ואף דלכתחלה אין לדון בשנים מ"מ בכה"ג דלא אפשר להשיג דינים בלא סילוק הוי זה כמו דיעבד וסגי בתרי דיסקו אף לכתחלה לדון וכן הקשה זה הפה"ר"ם לופלין שם אבל באמת אין זה קשה פלל וע"כ לדינא שפיר פתב הש"ך ד"כול המוחזק לומר קים לי דלא מהני סילוק בעדים.

(שם סעי' נ"ב) עכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל על תקנתם כו' פיון שקבלום עליהם וזהו מצד תקנת ציבור וכמש"כ התשובת הרא"ש והובא בתשובת דברי ריב"ב סי' קצ"ז ובבית יוסף פאן וכ"כ העיר שושן דמצד תקנת ציבור אתינן עלה וזה התקנה לא נתפשטה בכל המקומות פמבואר בתשובת מהרשד"ם סי' ט"ז דכתב לפסול שם עדים מבני העיר על טענותם להיחיד מפני שהם נוגעים כו' אף במדינתנו נתפשטה התקנה הלז וכמש"כ השו"ע ואפשר לומר דדינם פכל מידי דרבנן וכמו פל תקנת העיר שאינו נוגע בשביל איסור רק בשביל ממון דדינם פכל דרבנן ולא פדאורייתא וכמש"כ הט"ז פיו"ד סי' רכ"ח ס"ק מ"ב מזה וכ"כ הנתיבות בסי' ר"א דמנהג אינו רק פכל דרבנן וכמש"כ הב"י דהוי כמו שאמר נאמן עלי אבא הנה אין הפוננה דהוי כמו שאמר אותו היחיד פן דזה אינו דהא באומר נאמן עלי אבא יש פמה פרטים דדוקא לאתר שהעיד אין יכול לחזור אבל מקודם שהעיד חוזר בו פמבואר בסי' כ"ב וגם עיקר דבר זה אינו מועיל רק ביש להם תביעה זע"ז וכמש"כ התוס' בב"מ ד' ע"ד ע"א ד"ה הקא לאו פידו כו' והנתיבות סי' ע"א ס"ק ו' ביאר זה היטב ע"ש וגם לכמה פוסקים בעינן דיקבל פן בב"ד פמבואר בסי' כ"ב ש"ך ס"ק א' ולכן פשוט דכוננתם הוא דהוי פאלו הציבור קיבלום ואמרו נאמן עלינו אבא כו' והיחיד נגרר אחריהם כמו פכל תקנות העיר וכהנה: ולפ"ז יש לדון דהיקא דיש על היחיד חובות שחייב לאחרים ע"פ דין תורה כד"ת והציבור תובעים ממנו חוב ע"פ עדים קרובים ונוגעים דאפשר לדון דיהי' משפט קדימה לחובות של התובעים שזכותם

הוא מן התורה דקודמים לזכות הציבור דאינו רק מדרבנן וכמו שכתב פעין זה הנמוקי יוסף לב"מ סוף פ' המקבל גבי דין סידור בע"ח דאין נותנים לאשתו כו' משום דשעבוד של מלנה הוא מן התורה ומזונות האשה מדרבנן וכן יש לדון בכ"ז ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ט דחוב שהיא מה"ת קודם לחוב שהיא מדרבנן במטלטלי דעיקרו הוא משום מצוה וזה ידוע בכ"ד דמצוה מן התורה יש לה קדימה למצוה דרבנן והעירותי שם בדברי הרי"ף לכתובות ד' פ"ו דחוב קודם לכתובה דאמאי לא אמרו שם מה"ט דס"ל כתובה דרבנן ע"ש ועיין בירושלמי ריש פ"ה גיטין וקצרותי רק בחוב שידוע שהיו חייב כבר להם ונולד ספק פעת בהפרעון בזה י"ל דהוי פאלו קיבל ע"ע פן אז בעת ההלואה או בהתחלת העסק והתחייב בכל דיניהם וזכותם ועיין בנתיבות סי' ס"ו ס"ק ל"ד שכתב פעין זה אבל היכא דהיחיד צועק שאינו חייב להם כלל מעולם ולא הי' לו שום עסק כלל מעולם עמהם אף דגם בזה דנין ע"פ עדים מבני העיר מ"מ אפ"ש לומר דעיקר זכות הציבור אינו רק כדרבנן ונפ"מ לכמה מקלי ולכן היכא דהדין הוא דבייש כמה בע"ח דיתלקו פמבואר בסי' ק"ד היכא דאין לא' דין קדימה על חבירו דבכה"ג דנתבאר לעיל די"ל דחובות שחייב ע"פ דין תורה להם דין קדימה לחוב הציבור שאינו רק מתקנה בעלמא וכש"כ הוא מידי דתקנה מקל חוב דרבנן וכמש"כ פעין זה הבית מאיר בסי' ק"ב וכן בתשובת ר"ע איגר זצ"ל בפסקים סי' קל"ג דמה דמשתעבד מדינא קודם למה דמשתעבד מתקנה ע"ש אף דהתם מיירי בתקנת הגאונים וכש"כ בתקנת העיר והמדינה ועיין לקמן בחידושי לסי' מ"ה סעי' ה' ועיין ב"ד סי' צ"ד: וכן יש לדון לפ"ז בע"א מבני העיר לענין אי אמרינן מחייב שבועה ואיל"מ היכא דע"א הוא קרוב ונוגע דכיון דעיקרמילתא היא דנאמנים בני העיר והו' רק מדרבנן א"כ היא בשבועה דרבנן לא אמרינן מחושואיל"מ וכמבואר בסי' ע"ה סעי' י"ד וכעין זה בכתובות ד' י"ח בתוס' ד"ה ובכוכלי בפי כו' והובא בנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ל"ג שכתב להוכיח מזה דע"א בשטר כ"ז שהוא חי אף להרמב"ם נאמנים מה"ת ע"ש אכן באמת זה אינו לפי מש"כ לעיל בחידושי לסי' א' להוכיח דהיכא דגם שני עדים המעידים בזה אינם נאמנים רק מדרבנן דאז אף בעד א' דיינינן לומר מחושואיל"מ ושנייה בזה הפלל דכ"מ ששנייה מחייבין ממון א' מחייבו שבועה פיון דאין הריעותא מה"ת בעצם נאמנות דע"א.

וה"ה כמה דכשרים מן תקנת העיר להעיד דבזה אף בע"א דיינינן מתוך שאיל"מ ועפ"ז נסתר הוכחות הנו"ב הנ"ל וקצרותי והנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' כ' פתב כמה דמבואר לעיל בסי' ב' פלוגתת הפוסקים אם יש פח פנד טובי העיר כמה דאיכא רוןחא להאי ופסידא להאי דאף דבררו דמנהגם מפבר דיש להם פח זה מ"מ בדבר שהם עצמם נוגעים בדבר אינם נקראים טובי העיר בזה כו' עכ"ל ולכאורה יש להעיר בדבריו דהא קיי"ל דהאינדא דנין ומעידין מבני העיר אף שהם נוגעים בדבר פמבואר ה"כא בבית יוסף ובתשובות מזה אבל באמת אין זה קשה כלל דדוקא לדון ע"פ דין תורה וכפי חוקי הד"ת בזה נהגו דבני העיר יכולין לדון אף דהם נוגעים בדבר משא"כ כמה דנתנו פח לטובי העיר לתמן איזה חדשות פמבואר לעיל סי' ב' הטעם דטובי העיר כב"ד הגדול וכמש"כ המרדכי והובא בסמ"ע ס"ק יו"ד דכל שנתמנה על הציבור הוא פאביר באבירים ויפתח כו' ולכן אין פח לטובי העיר ג"כ היכא שהם נוגעים בדבר לתמן חדשות וזה שכתב הנו"ב שם בלשונו דהיכא דהם נוגעים אינם נקראים טובי העיר בזה ואטו טובי העיר פשרים לדון לעצמן

עכ"ל אלמא דדייק בלשונו דטובי העיר אינו נקראין אביל לדון בתורת ב"ד כפי חוקי פל
בתי דינו שפיר היו נוהגין בבב"ל דאף פשהם נוגעים מ"מ פשרים לדון בני עירן מצד
התקנה וכ"ז פשוט: סימן לח (סעי' ח') אפי' היו הראשונים מאה נאמנים שנים עליהם
בהקמה כו' והוא במפות ד' ה' ע"ב דיליף מהקישא דמקיש שנים לשלשה כו' אפי' מאה
כו' וכתב הרמב"ם א"ש דהא דאמרין בעלמא תרי פמאה מהכא הוא דנפקא לן וכ"כ
הרמב"ם ה' עדות פ' י"ח ה"ג דגם גבי הכחשה אין הולכין אחר הרוב וכן אי' ביומא ד'
פ"ג ושבועות ד' מ"ב ותמורה ד' כ"ז דגבי עדות תרי פמאה ונ"ל לבאר זה היטב ועפ"ז
יש לדון בזה דין מחודש: ענף א בב"ק ד' ע"ג גבי עד זומם חידוש כו' איכא בינייהו
דאסהידו בי' תרי לחד ותרי לחד וכפ' רש"י.

ובתוס' שם ד"ה דאסהידו תרי בחד כו' משמע לפי שיש ב' מזימים על כאו"א לא הוי
חידוש ותימא מה בכך הרי תרי פמאה הוי כו'. וכ"כ התוס' בסנהדרין ד' כ"ז ע"א ד"ה
דאסהידו תרי בחד ותרי בחד כו' דהא תרי פמאה כו' ומשום זה גרס ר"ת גירסא אחרת
ע"ש וכ"כ הרשב"א והשמ"ק בב"ק שם ונראה לי לתרץ קושיות התוס' הנ"ל והוא
דנסביר הענין דבדיינים אולינו בתר רובא הו דיני ממונות והו דיני נפשות ובד"נ
בעינו שיהיו המחייבים יתר על המזכים שנים ואלו גבי עדות אמרו תרי פמאה.

ואף די"ל דכ"ז הוא גזה"כ אף מ"מ ראיתי לבאר זה בסברא נכונה והוא דהפר"ח ליו"ד
סי' ק"י ס"ק י"ג פתב בשם המרדכי בפ"ק דחולין והמהרי"ק שורש קע"ג שהקשו דאמאי
אולינו בדיינים בתר רובא והא סנהדרין קבועין הו וכל קבוע כמעמ"ד ותיקצו דכיון
דהדיבור נפק מפומיהו ה"ל פכולהו ניידי ואין פאן קבוע ומשום הכי אולינו בתר רובא
עכ"ל ולדעתי יש לדון ע"ז התירוץ דהא היכא דנעקרו פולם ה"ל כמו קבוע כמש"כ
המג"א באו"ח סי' שכ"ט ס"ק ג' והפר"ח ליו"ד סי' ק"י ס"ק כ"ח והכא הא ניידי פולהו
דהדיבור פריש מקולהו ואפשר לחלק דזה הוי כמו נעקרו זה אח"ז דמבואר שם במג"א
ולא בבת אחת.

אף בלא"ה אין הבנה כ"כ לכ"ז: ולכן נ"ל לבאר דאין זה קשה פלל ע"פ מש"כ התוס'
בב"ק ד' כ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב דחילקו דלכן בדיינים אולינו
בתר רובא אף בממונא משום דהא דאין הולכין בממון אחר רוב זהו משום דאמרין
סמוך מיעוט לחזקת ממונא אבל בדיינים חשוב המיעוט כמי שאינו כו' והובא התוס'
הנ"ל באו"ח ובקצה"ח והסבר הענין פן הוא משום דבדיינים פינו דגזרה התורה למיזל
בתר רוב אם מחולקין בדין א"כ אף המיעוט החולקים על הרוב מחוייב לקבל את הדין
כפי שיגידו הרוב וגם מחוייבים לחתום על הפסק דין ולהסכים לדעת הרוב וכמבואר
בירושלמי סנהדרין פ"ג ה' יו"ד דאמר ר' יוחנן כופין את המחייב שיכתוב זכאי וכמש"כ
הפ"מ שם.

ע"כ נתבטל המיעוט לגמרי והוי כמאן דליתנהו להמיעוט פלל ומזה גמרינו בכל איסור
שנתערב ברוב היתר דנהפך האיסור להיתר כמש"כ הרא"ש פ"ז דחולין סי' ל"ז וביו"ד
סי' ק"ט גבי איסור שאינו ניכר דמה"ט לא שייך קבוע ואיקבע איסורא בתערובות ברוב
היתר ולכן אולינו בתר רוב בדיינים אף בממון משום דכיון דאולינו בתר רובא הוי כמו
דאין פאן מיעוט פלל לפנינו ולכן לא שייך בזה לומר סמוך מיעוטא לחזקת ממונא וע"כ

לא שׁיִיךָ לְדוֹן בְּדִינָיִם דְּקְבוּעַ כְּמַעַמ״ד מְשׁוּם דְּשִׁאֲנֵי בְּתַשְׁעָה חֲנוּיִוֹת דְּהַחֲנוּת דְּבִשְׁר
טְרִיפָה הוּא נִיפְר וְלֹא נִתְבַּטַּל בְּרוּב ע״כ פִּינֵן דְּאִיקְבַּע אִיסוּרָא לְנוּ הָוֵי כְּמוֹ קְבוּעַ וְכַמַּע״מ
מִשָּׂא״כ בְּדִינָיִם דְּהָוֵי כְּמוֹ שְׂאִין הַמֵּיְעוּט לְפָנֵינוּ וְלֹא הָוֵי שׁוּם קְבוּעַ פְּלִל פִּינֵן דְּאִזְלִינוּ
בְּתַר רֹב ע״כ לֹא שְׁיִיךָ בְּהוּ לְדוֹן קְבוּעַ פְּלִל וְאִפְשָׁר דְּזַהוּ פְּנוּנַת תִּירוּץ הַשְּׁנֵי שְׁהוּבָא
בְּפִר״ח לִיו״ד ס״י ק״י ס״ק י״ג בְּשֵׁם הַמְּרָדְכִי בַּעַל ס׳ פְּרִיתוֹת ע״שׁ: וְנִקְדִּים מַה שְׁהַקְשָׁה
הַפִּרְמ״ג בִּיו״ד ס״י ק״י ס״ק י״ד עַל הַרְמַב״ם דְּפִסְק וְנִתְכַּנְּנוּ לְזַה וְהָרַג זֶה פְּטוֹר א״כ הָאֵי
וְאָרְב לֹא אֲתִי לְדַרְשׁ זֶה א״כ מְנַלֵּן אֲלֵיבְּנִי לֹמַר דְּקְבוּעַ כְּמַעַמ״ד וְכַעֲיִן קְוִשְׁיוֹת הַתּוֹס׳
בְּכַתְּנֻבוֹת ד׳ ט״ו ד״ה פֶּרֶט לְזוֹרֵק אֲבָן כו׳ וּב״ק ד׳ מ״ד וּבְנִדְהָ ד׳ י״ח וְנִלְע״ד לֹמַר דְּהָא
חֲזִינוּ דְּגָבֵי עֵדוּת אֲמָרָה תּוֹרָה תְּרִי כְּמֵאָה וּבְאַמַּת ע״פ סְבָרָא יֵשׁ לֹמַר בְּזַה ג״כ דְּנִיזַל
בְּתַר רֹב וְכֵן מְצֵאֲתִי בְּנו״ב בְּמ״ת ח׳ אה״ע ס״י נ״ז שְׁפַתְב בְּשֵׁם הַרְמַב״ם דְּהָא דְּתְרִי
כְּמֵאָה זֶהוּ מְצַד גְּזַה״כ מְשׁוּם דְּמַצַּד הַסְּבָרָא יֵשׁ לְדוֹן דְּהַשְׁקָר הוּא בְּמֵיְעוּט וְלֹא בְּהֶרֶב
ע״שׁ אֲבָל לַעֲנ״ד יֵשׁ לְדוֹן וּלְחַלֵּק דְּשִׁאֲנֵי בְּדִינָיִם דְּאִזְלִינוּ בְּתַר רֹבָא מְשׁוּם דְּלֹא שְׁיִיךָ
בְּהוּ לְדוֹן קְבוּעַ כְּמַשׁ״כ לְתַרְץ קְוִשְׁיוֹת הַפִּר״ח הַנְּז״ל דְּהָא אֵין פֶּאֵן מֵיְעוּט פְּלִל לְפָנֵינוּ
מְשׁוּם דְּהָא הַמֵּיְעוּט מְחַנְיִיבִים לְקַיָּים אַחֲרֵי רַבִּים לְהַטוֹת מִשָּׂא״כ בְּעֵדוּת פִּינֵן דְּהַכְּחָשְׁתֶּם
הוּא בְּמַצִּיאוֹת אִיף הִי הַמַּעֲשֶׂה וְהַעֲנִין ע״כ לֹא שְׁיִיךָ לֹמַר דְּהַמֵּיְעוּט יֵהִי בְּטַל לְגַמְרֵי גְבִי
הֶרֶב דְּהָא פִּינֵן דְּאוּמְרִים דִּיּוֹדְעִים עַל עֲצָם הַמַּעֲשֶׂה אִיף הִי ע״כ לֹא שְׁיִיךָ בְּהֶם דִּיּוֹהִי
מְחַנְיִיבִים לְהַסְפִּים לְהֶרֶב פִּינֵן דְּאוּמְרִים שְׁיּוֹדְעִים דְּהִיּוּ הַמַּעֲשֶׂה בְּהִיפָּה וְהָוֵי הַמֵּיְעוּט
לְפָנֵינוּ ע״כ הָוֵי זֶה בְּגִדְר קְבוּעַ כְּפִי שְׁיִיבְאוּר וְהוּא דְּהִנֵּה הַרְמַב״ם פ״ח מְשַׁגְּלוֹת ה״ג כְּתַב
הָאוּכַל חֲתִיכָה וְע״א אוּמַר אֲכַלְתָּ חֵלֶב וְע״א אוּמַר לֹא אֲכַלְתָּ חֵלֶב הוּאִיל וְנִקְבַּע הָאִיסוּר
כו׳ ה״ז מְבִיא אֲשֶׁם תְּלוּי וְכַתַּב בְּהַשְׁגוֹת וְז״ל לֹא יִדְעֲתִי הָאִיף נִקְבַּע הָאִיסוּר בְּכֶאֵן אֵא״כ
מַעִיד הַעֵד חֲתִיכוֹת חֵלֶב שְׁהִיְתָה עִם הַשּׁוֹמֵן אֲכַלְתָּ וְהֶאֱחָד א׳ לֹא אֲכַלְתָּ אֲלֵא שְׁוֹמֵן עכ״ל
וְהַכ״מ כְּתַב שֵׁם דִּיּוֹתֵר נִרְאָה לֹמַר דְּשִׁפִּיר מְקַרֵי אִיקְבַּע הָאִיסוּר ע״פ ע״א אַע״פ שְׂאִין
שֵׁם אֲלֵא חֲתִיכָה א׳ עכ״ל וְעַפ״ז יֵשׁ לְהַעִיר בְּדַבְרֵי הַתּוֹס׳ כְּתוּבוֹת ד׳ כ״ב ד״ה בְּאֲשֶׁם
תְּלוּי כו׳ דְּאִיף דְּבַעֲי בְּחִיּוּב א״ת אִיקְבַּע אִיסוּרָא עכ״ז בְּתְרִי אֲמַרֵי מַת וְתְרִי אֲמַרֵי לֹא מַת
חֲיִיב א״ת מְשׁוּם דְּאִיקְבַּע אִיסוּרָא שְׁהִיְתָה בְּחֻזְקַת א״א אֵי גִימָא לֹא וְנִקְא בֵּא״ת אֲלֵא
בְּאִיסוּר א״ת עכ״ל הַתּוֹס׳ אֲבָל לְדַבְרֵי הַכ״מ י״ל דְּלִכְּן חֲיִיב א״ת בְּתְרִי אֲמַרֵי מַת אוּ
נִתְגַּרְשָׁה וּב׳ אַחֲרִים מְכַחֲשִׁים מְשׁוּם דְּכִיּוֹן דִּישׁ לְפָנֵינוּ עֵדִים הַמַּעֲיָדִים דְּהִיא קִיּוּמָא
בְּאִיסוּר א״א מְקַרֵי זֶה אִיקְבַּע אִיסוּרָא לְפִי דְּבְרֵי הַעֲדִים הַמַּעֲיָדִים כֵּן וְזַהוּ כַּשׁ״כ מִן ע״א
אוּמַר אֲכַל כו׳ וי״ל דְּגַם הַרְאָב״ד מוֹדָה בְּשְׁנֵי עֲדִים וּלְפִי דְּבְרֵי הַכ״מ הַנְּז״ל דְּמַה דְּעֵדִים
מַעֲיָדִים דְּהִיא אִיסוּרָה אִיף דְּהָוֵי בְּהַכְּחָשָׁה דְּמ״מ מְקַרֵי אִיקְבַּע אִיסוּרָא כְּמוֹ בַּע״א אוּמַר
אֲכַלְתָּ כו׳ ע״כ אֲתִי שְׁפִיר בְּסְבָרָא בְּמַה דְּאֲמָרָה תּוֹרָה בְּתְרִי כְּמֵאָה מְשׁוּם דְּעִיקָר הַעֲנִין
דְּקְבוּעַ כְּמַעַמ״ד דְּגִזְרָה תּוֹרָה זֶהוּ מְשׁוּם דְּאִיקְבַּע אִיסוּרָא פִּינֵן דְּנִיפְר הָאִיסוּר וְאִינוּ בְּטַל
וְדִנְקָא בְּלֹא נִיפְר הָאִיסוּר דְּנִתְבַּטַּל הָאִיסוּר בְּרוּב וְנִהַפְּהָ הָאִיסוּר לְהִתַּר ע״כ לֹא שְׁיִיךָ
בְּזַה לֹמַר קְבוּעַ דְּהָא אֵין פֶּאֵן מֵיְעוּט פְּלִל לְפָנֵינוּ [וּבְמַק״א דְּנִתִּי בְּזַה הַרְבֵּה לְשִׁיטַת
הַסּוּבְרִים בִּיו״ד ס״י ק״ט דְּבִיטוּל בְּרוּב לֹא נִהַפְּהָ אִיסוּר לְהִתַּר רַק מְצַד רֹב הַמְּבָרַר
וְאֲכַמ״ל אֲבָל הִיכָא דִּישׁ כַּת עֲדִים הָאוּמְרִים דִּיּוֹדְעִים אִיף הִי עֲצָם הַעֲנִין וְנִיפְר לְהֶם עֲצָם
הַעֲנִין ע״כ הָוֵי הַמֵּיְעוּט כְּמוֹ דְּאִתִּי לְפָנֵינוּ מִמִּילָא הָוֵי כְּמוֹ אִיקְבַּע אִיסוּרָא וְהָוֵי קְבוּעַ
כְּמַעַמ״מ וְא״שׁ הַסְּבָר הַעֲנִין מַה דְּחַלְקָה הַתּוֹרָה דְּגָבֵי דִּיּוֹנִין הוּלְכִין אַחַר הֶרֶב וְלֹא בְּעֵדִים

וְנָהוּ פְּנוּנַת הַגַּמַּל בְּתַמּוּרָה ד' כ"ז דְּדוֹקָא גְבִי עֲדוּת תְּרִי כְּמֵאָה אַבְל לְעַנְנֵי אֲנֻמְדָּא בְּתַר דְּיַעֲוֹת אֲזַלְיִנְן וְכֹן אֲמָרוּ בְּיוֹמָא ד' פ"ג אֶלְא גְבִי פִּיקוּחַ נְפִשׁוֹת שְׁאֲנִי כְּמֵש"כ הַתּוֹס' בְּיוֹמָא ד' פ"ה ד"ה וְלַפְקֻחַ הַגַּל] כו' וְקִצְרֵתִי: וּלפ"ז י"ל דְּנָהוּ שְׂיִטַּת הַרְמַב"ם דְּאַף דְּהָד דְּרָשָׁא וְאַרְב לֹו אֲתִי לְגַתְּפוּיָן לְזַה וְהַרְג זֶה דְּפִטּוֹר עכ"ז פֶּסֶק לְדִינָא דְקַבּוּעַ כְּמַעַמ"ד מְשׁוּם דְּהוֹכִיחַ זֶה מְהָא דְּגִזְרָה תּוֹרָה ע"פ הֵיִקְיָשָׁא דְשִׁנְיִים לְשִׁלְשָׁה עֲדִים דְּתַרִי כְּמֵאָה דְּהַטְעַם הוּא מְשׁוּם קְבוּעַ דְּאִי גִימָא דְּנָהוּ גִזְה"כ בְּלֹא טַעְמָא דַּא"כ אִיךָ מְפָקִינְן לְדְרוּשׁ קְבוּעַ מִן וְאַרְב לֹו דְלִמָּא זֶה גִזְה"כ הֵתֵם וּמְנַלְן לְהוֹכִיחַ לְקַבּוּעַ בְּכָל הַתּוֹרָה וְע"כ מוּכַח דְּלֹא אֲמָרִינְן כֹּן וְכִינְן דְּבִאֲמַת הַיָּוִי קְבוּעַ ע"כ מְמִילָא מוּכַח מְהֵתֵם עַל כָּל קְבוּעַ וְעִינֵן בְּשִׁמ"ק לְכַתְּנֻבוֹת ד' ט"ו וְהָא דְּהַש"ס בְּכַתְּנֻבוֹת וּב"ק נְקֻטוּ הַדְּרָשׁ עַל קְבוּעַ מִן וְאַרְב לֹו וְלֹא מְהָא דְּמִקְשִׁינְן שְׁנִיִּים כו' יֵשׁ לִי כְּמָה אוֹפְנִים לְדוּן בְּזַה וּבְקִצְרָה הוּא כֹן דְּבִסְנֵהֲדִרִין ד' ט"ו ע"ב בְּתוֹס' ד"ה אִימָא לְקַטְלָא כו' פְּתַבוּ הַתּוֹס' שְׁם בּוּזָה"ל וִי"ל דְּהֵתֵם בְּהֵמָה פְּתִיב בְּתַרְיָ לְאַקְשׁוּיִי בְּהֵמָה לְאִישׁ אַבְל הֵכָא פְּתִיב שׁוֹר בְּרִישָׁא וְנִהְרַב בְּעֵלִים כו' א"כ ס"ל לְהַתּוֹס' בְּדַרְכֵי הֵהִיקְשׁ דְּמִקְשִׁינְן שְׁנִי לְרֵאשׁוֹן אַבְל לֹא הֵרֵאשׁוֹן לְהַשְׁנִי וְעִינֵן בְּפִסְחִים ד' מ"ג תּוֹס' ד"ה סד"א כו' וְהַחוּת יֵאִיר בְּסִי ר"ג הַעִיר עַל כָּלֵל שְׁל הַתּוֹס' הַנְּ"ל מְהָא דְּמַכּוֹת ד' ה' דְּמִקְיֵשׁ שְׁנִיִּים לְשִׁלְשָׁה כו' וְכֹן מְהָא דְּקִיְדוּשִׁין ד' י"ד ע"ש וְכֹן יֵשׁ לְדוּן בְּזַה מְקִיְדוּשִׁין ד' ה' ע"א דְּפָרִיךְ נְקִישׁ נְמִי יִצְיָאָה לְהַנְיִי וְכֹן יֵשׁ לְהַעִיר בְּזַה מְשֵׁא"ד.

וְכַעֲיִן סְבַרְת הַתּוֹס' בְּסִנְהֵדִרִין הַנְּ"ל רֵאִיתִי לְהַצֵּל"ח בְּפִסְחִים דְּף כ"ח ע"ב ד"ה אֲמַר מַר כו' שְׁפַתְב ג"כ בְּהֵהִיקְשׁ דְּשָׁם לֹא תֵאכַל עָלְיוּ חֲמִץ שְׁבַעַת יָמִים תֵּאכַל עָלְיוּ מִצּוֹת דְּדְרָשִׁינְן רַק לְהַקִּישׁ מִצָּה לְחֲמִץ אַבְל לֹא לְהַקִּישׁ חֲמִץ דְּלַפְנֵיו לְמִצָּה דְּבַתְרֵי' וְכַתְב כֹּן בְּכּוֹנוֹת רַש"י שְׁם: וִי"ל דְּזַה תְּלִיָא בְּשִׁקְלָא וְטַרְיָא דְּזַבְחִים ד' מ"ח וְכַרִּיתוֹת ד' כ"ב אִם לְמַדִּין עָלְיוֹן מִן תַּחְתּוֹן אוֹ לֹא וְשִׂיטַת רַש"י שְׁם בְּכַרִּיתוֹת דְּהָא דְּאֲמָרוּ אִין הֵיקְשׁ לְמַחְצָה לֹא שְׁיִיךְ זֶה לְדוּן כֹּן בְּלִמְדוֹד זֶה מְזַה וְהַקְרָבֵן אֲהָרֹן בִּי"ג מְדוּת פְּתַב לְקַיִים הַגִּירְסָא דְּכַרִּיתוֹת שְׁם מְשׁוּם דְּגַם לְלַמְדוֹד זֶה מְזַה תְּלוֹי בְּהַפְלֵל אִי אִין הֵיקְשׁ לְמַחְצָה וְהִיד מְלֵאכִי כָּלֵל א' אוֹת ל' הַאֲרִיךְ בְּזַה וְעִינֵן בִּירוּשְׁלַמִי ב"מ פ"ה ה"א ב"מ מְזַה וְסִפְר הַפְּרִיתוֹת פְּתַב דִּישׁ מ"ד דס"ל יֵשׁ גִּז"ש וְהֵיקְשׁ לְמַחְצָה וְאַף דְּאֲמָרוּ דכ"ע אִין הֵיקְשׁ לְמַחְצָה הִינְנוּ תַּנְּאִי דְּהֵתֵם אַבְל אִיפָא תַּנְּאִי אַחֲרֵינִי דס"ל יֵשׁ הֵיקְשׁ לְמַחְצָה וְהוּבָא בְּבָאָר יַעֲקֹב כָּלֵל ל"ה וְהוֹכִיחַ כֹּן מְקוֹשְׁיּוֹת הַתּוֹס' בְּקִיְדוּשִׁין ד' ל"ו וְהוּבָא בְּנו"ב מ"ת ח' יו"ד ס' קצ"ה וְכַתְּבוּ דְּאַבְיִי ס"ל יֵשׁ גִּז"ש לְמַחְצָה וִי"ל דַּה"ה דס"ל יֵשׁ הֵיקְשׁ לְמַחְצָה וְכִינְן דְּלִשְׁיִטַת הַקְרָבֵן אֲהָרֹן דְּלַמְדוֹד זֶה מְזַה תְּלוֹי בְּהָד אִי אִין הֵיקְשׁ לְמַחְצָה ע"כ י"ל דְּמֵאֵן דס"ל יֵשׁ הֵיקְשׁ לְמַחְצָה י"ל דס"ל דֵּאִין לְלַמְדוֹד שׁוֹר מְבַעְעִים וְכַמֵּש"כ הַתּוֹס' בְּסִנְהֵדִרִין ד' ט"ו וְשָׁם קָאִי אֲלִיבָא דְּאַבְיִי וַא"ש דְּבַרִי הַתּוֹס' בְּסִנְהֵדִרִין וְכֹן הַאֲרִיךְ בְּזַה סִפְר גַּר תְּמִיד עַל פְּרִיתוֹת ד' כ"ב וְהִבִּיא שְׁם דְּבַרִי הַקְרָבֵן אֲהָרֹן הַנְּ"ל וְדְבַרִי הַפְּרִיתוֹת הַנְּ"ל וְהוֹכִיחַ דְּכַמָּה תַּנְּאִי ס"ל יֵשׁ הֵיקְשׁ וְגִז"ש לְמַחְצָה וְכֹן ר' יוֹסִי ס"ל יֵשׁ הֵיקְשׁ לְמַחְצָה ע"ש וְיֵשׁ לְדוּן הַרְבֵּה בְּכָל זֶה וַאֲכַמ"ל: וְכִינְן דְּנִתְבָּאָר דְּכַמָּה תַּנְּאִי ס"ל יֵשׁ הֵיקְשׁ לְמַחְצָה וְכֹן ס"ל ר' יוֹסִי וְכַנ"ל ע"כ מְמִילָא אִין לְלַמְדוֹד הֵרֵאשׁוֹן מִן הַשְׁנִי וְכַמֵּש"כ הַקְרָבֵן אֲהָרֹן וְהִיד מְלֵאכִי דְּזַה תְּלוֹי בְּהָד כָּלֵל הַנְּ"ל.

וְלָכֵן לְכַמֵּש"כ הַתּוֹס' בְּסִנְהֵדִרִין דֵּאִין לְהַקִּישׁ רֵאשׁוֹן לְשִׁנִי א"כ לַפ"ז לֹא ס"ל הַדְּרָשׁ דְּמַכּוֹת ד' ה' דְּמִקְיֵשׁ שְׁנִיִּים לְשִׁלְשָׁה מְשׁוּם דְּנָהוּ לְמ"ד דס"ל אִין הֵיקְשׁ לְמַחְצָה וְלַמְדִין זֶה

מזה אכל למאן דס"ל יש היקוש למחצה אין לנו להקיש שנים דכתיב ברישא לשלשה דכתיב אחריו כמש"כ התוס' בסנהדרין והצל"ח הג"ל.

ולכן יש לדון דארף דנקטו בגמ' למדרש קבוע פמע"מ מן וארב לו. עכ"ז י"ל דס"ל להש"ס למילף זה מן הא דתרי פמאה משום דמקשינן שנים לשלשה וע"כ הטעם משום קבוע אף פיון דזה הדרש דדרשו במשנה דמכות לא אתי זה לכ"ע פנ"ל ובפרט לפי מש"כ הגר תמיד דר' יוסי ס"ל דיש היקוש למחצה פנ"ל ובכתובות ד' ט"ו בשקלא וטריא דקבוע קאי שם על משנה דא"ר יוסי מעשה בתינוקות כו' ובקרונות של ציפורי כו' ולר' יוסי דלא ס"ל הדרש דמה שלשה כו' ע"כ נקטו ביותר הדרש לקבוע מן וארב לו ובאמת פיון דהא דמכות הוא משנה מפורשת והי' ידוע לכולם ע"כ לא נקטו רק להדרש וארב לו דזה לא הי' ידוע לכולם וממילא אמרינן קבוע פמע"מ לכ"ע דארף למ"ד דלא ס"ל היקוש דמקשינן שנים לשלשה דמ"מ ס"ל קבוע מן וארב לו ולהנהיג תנאי דס"ל וארב לו אתי לנתפון לזה כו' וכמו דס"ל להרמב"ם לדינא דמ"מ ס"ל דקבוע כמעמ"ד מן הקישא דמקשינן שנים לג' ותרי פמאה כדקיי"ל לדינא ומתורץ שיטת הרמב"ם במה דפסק קבוע כמעמ"ד וכן במה דפסק כר"ש בפ"ד ה' רוצח והראב"ד השיג עליו שם ועיין בשמ"ק פתובות ד' ט"ו.

ויש לדון בזבחים ד' ס"ט ע"ב וברמב"ם פ"ז ה' פסולי המוקדשין ה' ג' ואכמ"ל ויש לי עוד פמה דרכים בזה: ענף ב ונתבאר דהא דתרי פמאה זהו משום קבוע פמע"מ ולכן פיון דמבואר פיו"ד ס' ק"י בש"ף ס"ק כ"ג דקבוע חידוש הוא וכן מבואר בכמה דוכתי בס' הג"ל ע"כ ה"ה במה דאמרו תרי פמאה הוי זה גופא חידוש כמו כל קבוע דכיון דנתבאר דהא דתרי פמאה זהו משום קבוע ולכן פיון דקבוע גופא הוי חידוש ה"ה הא דתרי פמאה הוי זה ג"כ חידוש ולפ"ז מתורץ קושיות התוס' בב"ק וסנהדרין שהקשו על מה דקאמרי דאסהידו תרי בחד ותרי בחד דלפי הטעם דמפאן ולהבא נפסל משום דחידוש הוא בכה"ג נפסל למפרע והא תרי פמאה ומחמת זה גרס הר"ת גירסא אחרוני אכל לפמש"כ מתורץ שפיר זה משום דהא מה דאמרו תרי פמאה זהו גופא חידוש כמו כל קבוע דהוי חידוש במה דכמעמ"ד.

ע"כ בהזמה אם אסהידו תרי בחד מצד הסברא נאמנים הרוב על המעט לפסלן וע"כ פיון דבמה דנאמנים מן הדין על הראשונים זה לא הוי חידוש ולכן אמרו שפיר להא איפא בינייהו דאסהידו תרי בחד ותרי בחד גבי הזמה: וגם הא נתבאר לעיל בשם הנו"ב במ"ת ח' אה"ע ס' נ"ז דהביא בשם הרמב"ם דכתב דהא דתרי פמאה זהו גזה"כ ולולי הגזה"כ הי' אומרים בעדים המכחישים זל"ז דניזל בטר רובא דיותר שקיח דהמיעוט משקרים ולא לדון דהרוב דיעות הם משקרים ע"ש בנו"ב וקיצר בזה הנו"ב אכל לפמש"כ יבואר זה ביתר ביאור דמן דין קבוע אתינן עלה וע"כ הוי שפיר לחידוש הא דתרי פמאה ולכן היכא דאסהידו תרי בחד כו' לא הוי חידוש מה דבתראי נאמנים פיון דהוי רובא ויש שני עדים להזים על כל אחד ומתורץ שפיר קושיות התוס' בסנהדרין וב"ק.

ומטעם זה א"ש הא דס' ל"ז סעי' כ"ב דדבר התלוי במנהג אין אומרים בו תרי פמאה דכיון דזהו חידוש אין אומרים זה במה דלא בעינן בלי עדות כ"כ: ועפ"ז יש לדון מילתא חזתא בהא דאמרו תרי פמאה גבי הכחשה ונקדים להא דיו"ד ס' ק"י סעי' ט' דספק

טְרַיְפָה שְׁנֵת־עַרְב לֹא הָיוּ ס"ס מְשׁוּם דְּהָיוּ סָפֵק בְּגוּף סָפֵק בְּתַעְרוּבוֹת אוֹ מְשׁוּם דְּהִסְפֵּק הִרְאִישׁוֹן נֶאֱסַר מֵהַ"ת וְהַב"ש בַּאֲהַ"ע ס"י ב' ס"ק י"ד הִקְשָׁה בְּהַא דְּכַתְּוִיב ד' י"ד גְּבִי אֲלֻמְנַת עֵיטָה דְּמִבְּנָאָר שָׁם דְּזֵה הָיוּ סָפֵק סְפִיקָא מְעַלְיָא אֲלוּלֵי מְשׁוּם מְעַלַּת יוֹחֲסִין דְּגִנְרוּ בְּזֵה וְקִשְׁיָה הָא הָיוּ סָפֵק בְּגוּף סָפֵק בְּתַעְרוּבוֹת.

וְכַן הִקְשָׁה הַפְּנִי יְהוֹשֻׁעַ שָׁם וּבְקוֹנְטְרַס אַחְרוֹן בְּפְנֵי יְהוֹשֻׁעַ שָׁם הִבִּיא קוֹשְׁיָא זֶה בְּשֵׁם הַרְשָׁב"א שְׁהִקְשָׁה זֶה: וְנִלְע"ד לְתַרְזַן קוֹשְׁיָא זֶה דְּהָא סָפֵק רִאשׁוֹן הוּא שְׁמָא נִתְגַּרְשָׁה וְשְׁמָא לֹא נִתְגַּרְשָׁה דְּהִי סָפֵק קְרוֹב לוֹ סָפֵק קְרוֹב לָהּ וְאִם לֹא נִתְגַּרְשָׁה א"כ לֹא הָיוּ חָלָל כְּשִׁמְתַּת בְּעֵלָה אַח"ז כְּמִבְּנָאָר שָׁם בְּרַש"י וְהִנֵּה הַתּוֹס' בְּגִיטִין ד' ע"ח ע"ב ד"ה וְהָא א"א לְצַמְצֵם פְּתִיבוּ דְּבִסְפֵק קְרוֹב לוֹ קְרוֹב לָהּ דְּהָיוּ בְּשֵׁנֵי פְתִי עֲדִים הַמְּכַחֲשִׁים זַא"ז דִּי"ל בְּזֵה אוּקִי תְּרֵי לְהִדִּי תְּרֵי וְאוּקִי אַחְזָקַת א"א וְלֹא תְּהֵא מְגוֹרְשָׁת כָּלִל רַק כִּינּוּן דְּסְפִיקָא דְּרַבְּנָן ע"כ הָיוּ מְגוֹרְשָׁת וְא"מ וּלפ"ז א"ש שִׁיטַת הַרְשָׁב"א וְהַשׁו"ע דְּכַתְּבוּ דְּסָפֵק בְּגוּף וְסָפֵק בְּתַעְרוּבוֹת לֹא מְהַנִּי מְשׁוּם דְּהָא דְּנֻקָּא בְּאִסּוּר תּוֹרָה אֲמָרוּ כְּנֶמֶש"כ הַש"ך בִּי"ד סוּף ס' ק"י ס"ק ס"ב: אֲבָל בְּאִסּוּר מְדַרְבָּנָן בְּזֵה מְהַנִּי אִף סָפֵק בְּגוּף וְסָפֵק בְּתַעְרוּבָת וְכ"כ הַב"ש בְּסִי' ב' ס"ק י"ד דְּבְּאִסּוּר דְּרַבְּנָן מְהַנִּי אִף סָפֵק בְּגוּף סָפֵק בְּתַעְרוּבוֹת וְאִף דְּלֹא נוֹלְדוּ שְׁנֵי הַסְּפִיקוֹת בִּיחַד הָיוּ ס"ס מְעַלְיָא ע"כ הָיוּ ס"ש מְעַלְיָא גְּבִי אֲלֻמְנַת עֵיטָה כִּינּוּן דְּסָפֵק רִאשׁוֹן לֹא נֶאֱסַר רַק מְדַרְבָּנָן וּמִתְּנַחֲמֵי שְׁפִיר קוֹשְׁיֵיהֶם: וּלפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּאִשְׁה שְׁיֵשׁ עֲלֵי שְׁנֵי פְתִי עֲדִים הַמְּכַחֲשִׁים זַא"ז דְּכַתְּ אַחַת אוֹמְרַת דְּנִתְגַּרְשָׁה וְכַתְּ אַחְרַת מְכַחֲשָׁת וְאוֹמְרַת דְּלֹא נִתְגַּרְשָׁה וְהִיא בְּאִסּוּר א"א לְכַן הָיוּ סָפֵק א"א.

וְאַחַר זֶה נוֹלְדַת עָלְיוּ עוֹד סָפֵק שְׁנֵי כְּמוֹ בְּתַעְרוּבוֹת דְּשִׁינְיָה בְּהַ קְבוּעַ כְּמַע"מ וְכְמוֹ הָא דְּגִנְזִיר ד' י"ב בְּאִוְרָא לְשְׁלוּחוֹ צֵא וְקִדְשׁ לִי אִשְׁה דְּאִשְׁה הִדְרָא לְגִיחוּמָא וְהָיוּ קְבוּעַ כּו' אוֹ דְּנוֹלְדַת בְּהַ אַח"ז עוֹד סָפֵק אַחַר דְּאִין לְדוֹן בְּזֵה סָפֵק סְפִיקָא מְשׁוּם דְּהָא כִּינּוּן דְּסָפֵק רִאשׁוֹן נוֹלְדַת מְקוֹדֵם וְסָפֵק שְׁנֵי הוּא אַח"ז וְגַם הָיוּ סָפֵק בְּגוּף וְסָפֵק בְּתַעְרוּבָת וְע"כ לֹא הָיוּ זֶה ס"ס וְכְמוֹ הָא דִּי"ד ס' ק"י וְכֵן אִם יֵשׁ לְפָנֵינוּ עֲדִים הַרְבֵּה הַמְּעִידִים דְּנִתְגַּרְשָׁה וְעֲדִים מוֹעֲטִים מְעִידִים דְּלֹא נִתְגַּרְשָׁה וְכִינּוּן דְּתְּרֵי כְּמֵאָה א"כ כִּינּוּן דְּהָיוּ אִזְ בְּסָפֵק א"א וְע"כ אִם יְחוּל אַח"ז עוֹד סָפֵק בְּתַעְרוּבוֹת לֹא הָיוּ זֶה ס"ס וְכְמוֹ בְּתְּרֵי וְתְּרֵי הַמְּכַחֲשִׁים כְּנ"ל כֵּן י"ל לְכַאוּרָה בְּזֵה: אֲבָל לְפִי מַה שְׁנִתְבָּאָר דְּהָא דְּתְּרֵי כְּמֵאָה זֶה מִן דִּין קְבוּעַ כְּמַע"מ ד.

וְגַם הָא אִין זֶה רַק גְּזַה"כ הִיפּוּף הַסְּבָרָא וְכַמְש"כ הַנּו"ב כְּנ"ל ע"כ יֵשׁ לְדוֹן דְּכַה"ג הָיוּ ס"ס מְעַלְיָא לְפִי שִׁיטַת הַמְּחַבֵּר בִּי"ד ס' ק"י סְעִי ד' דְּפָסֵק בְּרוֹב חֲנוּיּוֹת מוֹכְרוֹת בְּשׂוֹר שְׁחוּטָה וּמִיְעוּט מוֹכְרוֹת בְּשׂוֹר גְּבִלָה לְקַח מֵאֲחַת מֵהֶן וְא"י מֵאִיזָה מֵהֶן לְקַח וְנִתְעַרְבָה בְּאַחְרוֹת בְּטֵלָה בְּרוֹב מְשׁוּם סָפֵק סְפִיקָא וְכַתְּבַת הַש"ך שָׁם ס"ק כ"ז דְּס"ל לְהַמְחַבֵּר כִּינּוּן דְּקְבוּעַ חִידוּשׁ הוּא ע"כ מְצַרְפִּינוּ זֶה לְס"ס לְהַקְלֵל אִף דְּלֹא נוֹלְדוּ ב' הַסְּפִיקוֹת בִּיחַד ע"ש.

א"כ לְפ"ז ה"ה בְּהַ דְּעֲדִים מְרוּבִים מְעִידִים דְּנִתְגַּרְשָׁה וּמוֹעֲטִים מְעִידִים דְּלֹא נִתְגַּרְשָׁה א"כ לּוֹלָא הַכָּלִל דְּקְבוּעַ כְּמַע"מ הַסְּבָרָא נוֹתְנַת דְּאִין עָלְיוּ סָפֵק א"א כָּלִל דְּנִיזֵל בְּתַר רֹב הַמְּעִידִים דְּמוֹתְרַת לְהַנְשֵׂא רַק לְפִי הַכָּלִל דְּקְבוּעַ ע"כ תְּרֵי כְּמֵאָה וְהָיוּ סָפֵק א"א א"כ עֵיקַר מַה דְּהָיוּ סָפֵק א"א אִין זֶה רַק מְצִד חִידוּשׁ וְע"כ שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן בְּכַה"ג ס"ס אִם נִתְעַרְבָה אַח"ז בְּתַעְרוּבוֹת כִּינּוּן דְּלֹא נֶאֱסַר מִתְּחִלָּה רַק מִפְּאַת קְבוּעַ וְחִידוּשׁ הוּא ע"כ אִין לָהּ בּוֹ אֲלֵא חִידוּשׁוֹ וּמְצַרְפִּינוּ זֶה לְס"ס כְּמוֹ בְּרוֹב חֲנוּיּוֹת הַנְּ"ל לְשִׁיטַת הַמְּחַבֵּר הַנְּ"ל

ובאמת לפי דעת הרמ"א דחולק שם על המחבר גם בכה"ג וס"ל דלא הוי זה ס"ס א"כ ה"ה בנ"ד יש להחמיר פינו דספק הראשון נאסר מה"ת פמבואר שם אכן לשיטת המחבר יש לדון להיתירא בנ"ד וע"כ אם יהי איזה היתר לפי דעת הרמ"א לשיטתו וכמו דהיו לי איזה עובדא בגט אחת דהי לי היתר לפי דברי הרמ"א ממקום אחר: אף לפי דברי המחבר בפלוגתתם בענין אחר לא הי לי היתר פי אם ה"ה ס"ס כה"ג והעליתי דכיון דלדברי המחבר יש לדון להיתירא בכה"ג ע"כ צרפתי זה לסניף להיתירא ואף דמן התוס' בב"ק ובסנהדרין הנ"ל לא נראה פן מ"מ יש לצרף כ"ז שהעליתי לסניף במקום שיש צדדין להיתירא ולצרפו לעוד ספק שני והארבתי בכ"ז במק"א וכאן לא באתי רק בקצרה להעיר להמענין בזה והמוסיף יוסיף בכ"ז ועפ"ז יש לדון בדברי התוס' יבמות ד' פ"ח והובא בפ"ה ח"מ סי' מ"ו ס"ק ס"ו ובדברי הנו"ב מ"ק ח' אה"ע סי' ס"ה וקצרתי ענף ג והיכא דיש שני פתי עדים המכחישים זא"ז דכת אחת אומרת דהיא ספק א"א ובאופן דלא מהני חזקת היתר ביה כמו שפיתבו הפוסקים דאם הוי ספיקא דדינא בהקדושין דלא שייך חזקה בזה דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין ואכמ"ל וע"כ אם אומרים דנתקדשה ע"י ספק קדושין בכה"ג הוי ספק א"א ולכן אם יש עדים אחרים המכחישים דלא הוי אף ספק א"א הוי זה ספק ספיקא מעליא וכן אם שני עדים מעידים דהחתיכה היא ודאי שומן וכת אחרת מכחישים דהיא ספק חלב ספק שומן וכה"ג י"ל דזה הוי ס"ס ולהיתר.

אף לכאורה י"ל דזה הוי ס"ס משם אהד דלא מהני לשיטת פמה פוסקים והא זה הוי הפל משם אהד: אף באמת י"ל דזה הוי ס"ס מעליא והוא דהרשב"א והריטב"א בקדושין ד' ע"ג בהא דאמר רבא ד"ת שתוקי פשר כו' דלמא אזלא איהי לגבין' וה"ל קבוע וממזר ודאי ולא ממזר ספק והקשו ל"ל למילף מקראי הא בלא"ה מותרת משום ס"ס ספק דלמא אזלי אינהו לגבה ואת"ל דאזלא איהי גבייהו אכתי ספק שפא לכשר נבעלה ותירצו דעיקר קרא אתי היכא דה"ל מחצה על מחצה עפ"ל וקשה הא זה הוי ס"ס משם א' וכן העיר הפני יהושע שם ולפמש"כ הפרמ"ג בכללי ס"ס ס"ק י"א להעיר דאפשר מה"ת הוי ס"ס מעליא אף מן שם אהד רק מדרבנן לא מהני א"כ לפ"ז אתי שפיר דברי הרשב"א והריטב"א הנ"ל דהקשו ל"ל למילף מקראי על הא דאמרו ד"ת שתוקי פשר.

וכן לפי מש"כ המנחת יעקב והכרו"פ דס"ס מש"א מהני ונדאי א"ש: והעיקר מה שנ"ל בזה ע"פ מש"כ החו"ד בכללי ס"ס בפ"ה ס"ק יו"ד בספק על ארי כו' וכן שארי אחרונים דכתבו בספק שפא התבואה ישנה משנה העברה ואת"ל משנה זו אפתי ספק דלמא נשרשה קודם לעומר וכן בספק איש וספק אשה וממי רגלים דר"פ האשה וכהנה רבות דדיינינו ס"ס משם א' ואינו מתהפך.

משום דספק ראשון הוא דלמא אין כאן ספק מיחוש פלל וקרוב להתיר יותר מספק ב' ואת"ל דיש כאן מקום ספק אכתי ספק דלמא אין כאן איסור פלל פמבואר כ"ז בכמה אחרונים ע"כ ה"ה בנידון הריטב"א הנ"ל דהא אין לדון בזה מקום ספק אלא אם נימא דאזלא איהי גבייהו משום דאם אזלי לגבה הא אז הוי רוב המברר דלכשר נבעלה וכ"ז דליכא מידי דמכחיש להרוב הוי רוב כמו עדים באיסורין ע"כ שפיר י"ל דלמא אין כאן מקום ספק פלל משום דאזלי אינהו לגבה וה"ל רוב המברר ואת"ל דיש מקום ליזת הספק להסתפק משום דאזלא איהי גבייהו אכתי ספק דלמא לכשר נבעלה.

ועפ"ז יש לתרץ קושיות הש"ך ביו"ד סי' קפ"ז ס"ק כ"ד וא"ש דברי הרשב"א וְהַרִיטְבָ"א הַגַּ"ל וְכַעֲיֵן זֶה מְצִינּוּ בְעִירוּבֵינּוּ ד' ו' שְׁפָתָיו בְּשֵׁם ה"ר שְׁמַעְיֵל דְּפָרוּץ פְּעוּמָד מוֹתֵר מְשׁוּם דַּה"ל ס"ס סְפָק שְׁמָא עוֹמֵד מְרוּבָה וְאַת"ל דְּלֹא נִפְיֵשׁ אֶפְתִּי סְפָק דְּלֹאָא שְׁוּוּ פִי הַדְּדִי מְשׁוּם דְּסְפָק מְחַצָּה סְפָק רַב ה"ל ס"ס מְעַלְיָא: וְכַעֲיֵן זֶה מְצִינּוּ בַב"ש סִי' ע"ז ס"ק י"ז גְּבִי מוֹרְדָת מְאִיס עָלֵי דְחַיִּיב הַבְּעַל בְּקַבּוּרָה מִן דִּין ס"ס סְפָק שְׁמָא הִלְכָה פְּהַרְמַב"ם דְּזַכְתָּה בְּנוֹדָי בְּנַצ"ב וְאַת"ל פְּהַחֻלְקִים דְּהַסְוִיָּא קְאִי בְּמְאִיס עָלֵי אֶפְתִּי סְפָק דְּלֹאָה זַכְתָּה מְדִינָא דְּש"ס וְאַע"ג דַּה"ל ס"ס מְשֵׁם א' ע"כ מוֹכַח דַּס"ל לַהַב"ש ג"כ דְּהִיכָא דִּישׁ לְדוֹן שְׁמָא הוּא בְּאַנְפֵן שְׁאִין שְׁם לִידַת הַסְפָּק לְפָנֵינוּ כְּלָל וְעוֹד סְפָק ב' דְּלֹאָה הוּי אֶפְתִּי סְפָק הַשְּׁקוּל לְנוּ ע"כ הוּי זֶה ס"ס מְעַלְיָא וְכַעֲיֵן זֶה פְּתָבוּ בְּקוֹנְטְרַס עֲגוּנוֹת לַאֲה"ע ס"ק ל"א בַּסִּי' י"ז בְּשֵׁם הַרְבּ בֶּן לֵב דְּבַעַד מְפִי עַד תְּלִינֵן לְהַקֵּל שְׁנָה שְׁהַגִּיד נִתְבָּרַר לוֹ שְׁהִי תוֹף ג' יָמִים וְהוּי סְפָק סְפִיקָא שְׁמָא הָעַד הִרְאִשׁוֹן נִתְבָּרַר לוֹ כֵּן וְאַף אַת"ל דְּלֹאָה נִתְבָּרַר לוֹ אֶפְתִּי סְפָק שְׁמָא הָאָמַת הוּא דְּמַת תוֹף ג' יָמִים וְהוּבָא זֶה בַּמַּל"מ פ' י"ג הַלְכוֹת גְּיָרוּשִׁין ה' כ"א ע"ש וְאַף דְּזֶה הוּי כְּמוֹ ס"ס מְשֵׁם א' וְגָרַע מִיָּנִי עַכ"ז לְפִי מַש"כ בְּשֵׁם הַרְשֵׁב"א וְהַרִיטְבָ"א א"ש כ"ז מְשׁוּם דְּגַם בְּזֶה יֵשׁ לְדוֹן שְׁמָא אִין לְפָנֵינוּ שׁוּם לִידַת סְפָק כְּלָל וְאַת"ל דְּהוּא בְּאַנְפֵן דִּישׁ בּוֹ לִידַת סְפָק אֶפְתִּי סְפָק הוּא שְׁמָא הוּא בְּאַנְפֵן דְּמוֹתֵרַת לְהַנְשֵׂא וְכָל כַּה"ג כֵּן הוּא וְהוּי רַב צְדָדִין לְהַתִּיר וְכְמוֹ שְׁפָתָב הַרְשֵׁב"א בְּקִידוּשִׁין שְׁם בְּלִשׁוֹן דְּהוּי רַבָּא וְעֵינֵן בַּט"ז יו"ד סִי' ט"ו ס"ק ב' וְאַכְמ"ל יוֹתֵר וְזֶהוּ כְּלָל חֲדָשׁ בְּעֵנִין ס"ס מַש"א: וְלְפִי זֶה הוּי ס"ס מְעַלְיָא בַּנ"ד דְּהָא סְפָק רִאִשׁוֹן הוּא שְׁמָא הָאָמַת כְּדַבְּרֵי הָעֵדִים הַמְעִידִים דְּאִין בּוֹ שׁוּם חֲשֵׁשׁ אִיסוּר כְּלָל וְהוּי נְדָאי הִיתֵר וְאַת"ל כְּדַבְּרֵי הָעֵדִים דִּישׁ בּוֹ חֲשֵׁשׁ וְלִידַת סְפָק מ"מ שְׁמָא הוּא כְּשֵׁר וְזֶה עֲדִיף מִמַּש"כ הַרְשֵׁב"א וְהַרִיטְבָ"א לְדוֹן ס"ס בְּסְפָק רַב סְפָק פְּלָגָא וְכַעֲיֵן דְּבַרֵי ר"י בֶּן לֵב הַגַּ"ל וְכַדְבְּרֵי הַב"ש בַּסִּי' ע"ז הַגַּ"ל דְּכַתְּבוּ לְדוֹן ס"ס סְפָק שְׁמָא הוּא נְדָאי וְסְפָק שְׁנֵי דְּאַף דְּהוּא סְפָק מ"מ דְּלֹאָה כְּשֵׁר: עֲנָף ד' אָף יֵשׁ לְסַתּוֹר לְכָל מַש"כ מְהָא דְּקִידוּשִׁין ד' ס"ו גְּבִי עֲוֹבְדָא דִּינָאי דְּאַמְרוּ ה"ד אִילִימָא תְּרֵי אֶמְרֵי אֲשַׁתְּבָאי וְתְרֵי אֶמְרֵי לֹא אֲשַׁתְּבָאי מְאִי חֲזוּת דְּסַמְכַת אֶהְיֵי סְמוּךְ אֶהְיֵי וְכַפִּי רַש"י וְתוֹס' שְׁם וְקִשָּׁה דְּהָא יֵשׁ לְדוֹן בְּזֶה סְפָק סְפִיקָא דְּהָא אָף לְהָעֵדִים הַמְעִידִים דְּנִשְׁבִּית אִינָה אִיסוּרָה רַק מְסַפִּיקָא וְהָא מַה"ת מוֹתֵרַת בְּנוֹדָי א"כ הוּי סְפָק דְּלֹאָה לֹא נִשְׁבִּית כְּלָל וְלֹא הוּי בְּהָ שׁוּם חֲלוּת וְלִידַת סְפָק כְּלָל וְאַת"ל דְּנִשְׁבִּית מ"מ שְׁמָא כְּשִׁירָה וְס"ס הָא מְהֵי וְאַף לְפִי מַה דְּגִזֵּר ר"ג בְּשֵׁם ר' יוֹחָנָן ב"ז בְּכַתּוּבוֹת ד' י"ד דְּאַלְמַנַת עִיסָה פְּסוּלָה לְכַהֲנָה דְּמְשׁוּם מְעַלַת יוֹחָסִין הַחֲמִירוּ אָף דְּאִיכָּא ס"ס ע"ש מ"מ הָא הָךְ עֲוֹבְדָא דִּינָאי דְּמַקְוֵדָם הַגְּזִירָה הִנֵּה דְּהִיָּה מְהֵי ס"ס וְקִשָּׁה אִיף מְקִשׁוּ בְּפִשְׁטוֹת כ"כ דְּמְאִי חֲזוּת כו' וְהָא י"ל כֵּן וּמְצָאֵתִי בְּפָנֵי יְהוֹשֻׁעַ בְּקִידוּשִׁין בְּסוּגְיָא זֹו שְׁהַקְשָׁה כֵּן אֲכֵן בְּאַמַת מוֹכַח מְסוּגְיָא זֹו דַּס"ל דְּכַה"ג לֹא הוּי ס"ס מְשׁוּם דְּזֶהוּ כְּמוֹ ס"ס מַש"א דְּלֹאָה מְהֵי וְדִלָּא כְּמוֹ שְׁפָתָבִתִּי אָף עֲדִינֵן תְּקִשָּׁה לְהַסוּבְּרִים דְּאַף ס"ס מַש"א מְהֵי: וְלָכֵן נִלְע"ד לומר בְּזֶה דְּשִׁאֲנֵי שְׁבוּנֵי דְּאַסְרוּ חַז"ל מְחַמַת רַב פְּרוּצִים בְּעִרְיוֹת כְּמִבְּנֹאֵר בְּכַתּוּבוֹת דָּף י"ג ע"ב ע"כ הוּי זֶה כְּמוֹ נְדָאי אִיסוּר וְע"כ לֹא מְצָרְפִינֵן זֶה לַס"ס וְרִאָיָה לְזֶה מְהָא דְּכַתּוּבוֹת ד' כ"ז דְּאַמְרֵי ר' זְכַרְיָה בֶּן הַקָּצֵב לֹא וְזֶה יָדִי כו' וְאַ"ל אִין אָדָם מְעִיד ע"י עֲצָמוּ וְהַקְשָׁה ר"ע אִיגָר זַצ"ל בְּדְרוּשׁ וְחַדוּשׁ לְכַתּוּבוֹת שְׁם דַּמ"ש מְשֻׁנִּים אוֹמְרִים מֵת וְשֻׁנִּים אוֹמְרִים לֹא מֵת דָּאָם נִסְתָּ לֹא מְעַדִי דְּלֹא תַצָּא וְנִשְׁאַר בַּצ"ע.

אָבֵל בְּאַמֶּת מוֹכַח מִזֶּה דְּשֹׂאנֵי אִיסוּר שְׁבוּיָהּ לְאַחַר דְּאָסְרוּ חו"ל דִּינוֹ כְּמוֹ וְדַאי אִיסוּר
מִפְּאַת הָרוֹב פְּרוּצִים כּו' וְלִכֵּן אֵינָם נֶאֱמָנִים הִבְע"ד בְּעֶצְמָם נֶגְדַּ הָרוֹב וְאֵף לְשִׁיטַת
הַרְשֵׁב"א דְּהוּבָא בְּפִנֵי יְהוֹשֻׁעַ לְכַתְּנוּבוֹת ד' כ"ב דְּאֵף בְּמָקוֹם חֲזָקָה נֶאֱמָן הִבְע"ד: מ"מ
בְּמָקוֹם רַבָּא אֵינוֹ נֶאֱמָן וּכְמַש"כ בְּסִפְרֵי ח' יו"ד ס' ט"ז: וְרַק הֵיכָא דְּלֹא הָוֵי בְּשֵׁם בַּע"ד
הִימְנוּהוּ חו"ל לַע"א וְאִשָּׁה וְקָרוֹב בְּשְׁבוּיָהּ וְלִכֵּן א"ש מַה דְּאָמְרוּ אֵין מְעִיד ע"י עֶצְמוֹ
בְּשְׁבוּיָהּ דְּעִשְׂאוּהוּ חו"ל כְּמוֹ אִיסוּר וְדַאי מִפְּאַת הָרוֹב: וְאֵף דְּמַה"ת לֹא נֶאֱסָרְתָּ שְׁבוּיָהּ
כָּלֵל רַק מְדַרְבְּנָן מ"מ מְצִינוּ כְּעֵין זֶה בְּהָא דְּגִיטִין ד' ג' ע"ב גְּבִי הָא דַּאי הָתָם אָבֵל הָכָא
דְּאִיתְחַזַּק אִיסוּרָא כּו' וְאֵף לר"מ דְּחִינֵישׁ לְמִיעוּטָא כּו' וְקִשָּׁה לְפִי שִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּאֵף
דְּבַר שְׁבַעְרוּנָה הֵיכָא דְּלֹא אִיתְחַזַּק אִיסוּרָא מְהֵימֵן ע"א עַל הַסֵּפֶק כִּינּוֹן דְּלֹא הָוֵי רַק סֵּפֶק
הַשְּׁקוּל א"כ מַאי מְקִשָּׁה הַגְּמָרָא לר"מ דְּחִינֵישׁ לְמִיעוּטָא וְהוֹכֵרַח לְתַרְזֵן סְתָם סִפְרֵי גְּמִירֵי
וְהָא בְּלֹא"ה אֵף דְּחִינֵישׁ לְמִיעוּטֵי מ"מ אֵינוֹ אֱלָא סֵּפֶק אִיסוּר מְדַרְבְּנָן דְּמַה"ת רֹב עֲדִיף
מְחֻזָּקָה רַק מְדַרְבְּנָן הָוֵי כְּמוֹ מְחַצָּה עַל מְחַצָּה א"כ הָא בְּמָקוֹם סֵּפֶק הַשְּׁקוּל הָא מְהֵימֵן
ע"א אֵף בְּעֶרְוָה לְשִׁי כְּמָה פּוֹסְקִים וְעֵינָן בְּמַהֲרֵי"ק ס' ע"ב וּבְש"ש שְׁמַעְתָּא ו' פ"ג
וּבְתַשׁוּבַת רַע"א ס' קכ"ד וּבְסִפְרֵי שְׁעַר הַמִּשְׁפָּט ס' ל"ג ס"ק א' מִזֶּה אָבֵל לֹא הִעִירוּ לְמַה
שְׁהִקְשִׁיתִי: אָבֵל בְּאַמֶּת אֵין זֶה קִשָּׁה כָּלֵל דְּאַחַר דְּתַקְנוּ חו"ל לְחַוֵּשׁ לְמִיעוּטֵי הָוֵי כְּמוֹ דְּלֹא
הָיָה לְנוּ מְעוּלָם רֹב רַק דְּהָוֵי כְּמוֹ פְּלִגָּא וּפְלִגָּא וּמִמִּילָא נִשְׁאַרְתָּ בְּחֻזְקָתָא א"א דְּהָא לֵיכָא
לְפָנֵינוּ שׁוּם דְּבַר הַמְּנַגְּדָה מִשׁוּם דְּהָא נִתְבַּטַּל הָרוֹב מִחֻזְקָתָא חו"ל דְּחֻשׁוֹ לְמִיעוּטָא
וּמְקִשָּׁה הַש"ס שְׁפִיר דְּהָא אֵין ע"א נֶאֱמָן בְּאַתְחַזַּק אִיסוּרָא כּו' א"כ מְצִינוּ כְּעֵין זֶה דְּאֵף
דְּמַה"ת מְוַתְרַת מ"מ אַחַר דְּתַקְנוּ חו"ל לְחַוֵּשׁ לְמִיעוּטָא דִּינוֹ כְּמוֹ אִיסוּר וְדַאי מִפְּאַת חֻזְקָתָא
אִיסוּרָא א"כ ה"ה בְּאִיסוּר שְׁבוּיָהּ דְּאָסְרוּ חו"ל דְּאֵף דְּמַה"ת הֵיא בְּחֻזְקָתָא הִתֵּר מ"מ לְאַחַר
דְּאָסְרוּהָ חו"ל מִפְּאַת רֹב פְּרוּצִים דִּינוֹ כְּמוֹ וְדַאי אִיסוּר מִשׁוּם הָרוֹב וְע"כ שְׁפִיר אָמְרוּ
אֵין אָדָם מְעִיד ע"י עֶצְמוֹ וְעֵינָן מִזֶּה בֹּא"ה ע"ס ז' ב"ש ס"ק ד' וּבְפִנֵי יְהוֹשֻׁעַ בְּכַתְּנוּבוֹת ד'
כ"ז בְּמִשְׁנֵה עִיר שְׁכַבְשׁוּיָהּ וְאֵין אָדָם נֶאֱמָן ע"י עֶצְמוֹ כּו': וְכִינּוֹן דְּמוֹכַח דְּשְׁבוּיָהּ לְאַחַר
דְּאָסְרוּהָ חו"ל הֵיא כְּמוֹ אִיסוּר וְדַאי מִן דִּין רֹב ע"כ אֲתֵי שְׁפִיר מַה דְּאָסְרוּ בְּשְׁבוּיָהּ אִם
תְּרֵי אָמְרֵי אֲשֶׁתְּבֹאִית וְתְרֵי אָמְרֵי לֹא אֲשֶׁתְּבֹאִית כְּמוֹ הָא דְּקִדּוּשֵׁין מִשׁוּם דְּלֹא שְׁיִיף הָתָם
לְדוֹן סֵּפֶק סְפִיקָא מִשׁוּם דָּאָם תִּאֲמִין לְהֵם דְּנִשְׁבִּית א"כ מְמִילָא אִיסוּרָה בְּתוֹרַת וְדַאי ע"כ
לֹא שְׁיִיף הָתָם לְדוֹן ס"ס וּמְתוֹרֵץ קוֹשְׁיֵי הַגְּז"ל וְכְעֵין זֶה מְצִינוּ בְּכַתְּנוּבוֹת ד' כ"ז גְּבִי לֹא
נִתְבַּאֲתֵי וְלֹא נִטְמָאֲתֵי דְּרָצוּ לֹמֵר דְּלֹא מְהֵימְנָא בְּמִיגוּ מִשׁוּם דְּהָוֵי מִיגוּ בְּמָקוֹם עֲדִים אֵף
דְּמִסְקֵי לְחַלְקָא דִּאֵין זֶה כְּמוֹ עֲדִים רַק חֲשָׁשָׁא ע"ש וְיֵשׁ לְהַעִיר מִשָּׁם עַל מִיגוּ בְּמָקוֹם רֹב
רַק דְּשֵׁא"ה דְּהָוֵי רַק רַבָּא מְדַרְבְּנָן עכ"פ מְצִינוּ דְּזֵהוּ חֲמִירָא מִן סֵּפֶק הַשְּׁקוּל וְכַנ"ל: עֲנָף
ה וְעוֹד י"ל ע"פ הָא דְּמְבֹאָר בִּי"ו"ד בְּש"ף בְּכַלְלֵי הַס"ס ס"ק י"ח בְּשֵׁם הַאו"ה בְּגִבְיֹנוֹת
דְּאָסְרוּ חו"ל בְּלֹא חוֹתָם מְחַשֵּׁשׁ חֲלִיפִין דְּהוֹחֲלִפוּ בְּגִבְיֹנוֹת הָאִיסוּרִים דְּזֵה לֹא הָוֵי ס"ס
דְּכִינּוֹן דְּחו"ל אָסְרוּ גְּבִינּוֹת מִשׁוּם חֲשָׁשׁ אִיסוּר תּוֹרָה ה"ל כְּמוֹ וְדַאי אִיסוּר וְלֹא אָמְרִינָן
בִּי סְפִיקָא דְּרַבְּנָן לְקוֹלָא וְכֵן אֵינוֹ מְצִטְרַף זֶה לְסֵפֶק סְפִיקָא וְכֵן הַעֲלָה הַפְּר"ח שָׁם וְהוּבָא
כ"ז בְּשֵׁעַר הַמִּלְכָּה ה' יו"ט פ"א ה' כ' שְׁהֶאֱרִיף בְּדַבְּרֵיהֶם ע"כ י"ל לַפ"ז דַּה"ה בְּמַה דְּאָסְרוּ
חו"ל לְאַשָּׁה שְׁנִשְׁבִּית מְפִנֵי חֲשָׁשׁ דְּנִבְעֵלָה ע"כ ה"ל כְּגוֹפוֹ שֶׁל אִיסוּר וְנִדְּאֵי [וּכְש"כ
שְׁבוּיָהּ דְּאָסְרוּ חו"ל מְפִנֵי רֹב פְּרוּצִים כּו' ע"כ הָוֵי זֶה כְּמוֹ וְנִדְּאֵי אִיסוּר מַה"ת וּמַה"ט
אֵינָה נֶאֱמָנָת לֹמֵר טְהוֹרָה אֲנִי אֵף לְפַמְש"כ רַבִּינוּ יוֹנָה וְהוּבָא בְּרֵא"ש פ"א כְּתוּבוֹת ס'י

י"ח דבאומרת נאנסתי נאמנת מ"מ נגד רוב פרוצים בעריות אינה נאמנת וכמש"כ
ההפלאה בק"א סי' ס"ח והש"ש שמעתא ב' פ' ט"ז לחלק ביניהם ע"ש וכעין מש"כ לעיל
ועפ"ז יש לדון בראיות הנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' ח' גבי חר"ג דאין הבעל מעיד לעצמו
מהא דאין מעיד לעצמו בשבויה ע"ש אבל לפמש"כ יש לחלק ביניהם וקצתתי [ולכן אינו
מצטרף הד ספק דאיסור שבויה לספק שני להיות ס"ס.

ונהו מוכרח דאל"כ תקשה דאמאי אמרו בתרי אמרי אשתבאי ותרי אמרי לא אשתבאי
דאסורה הא י"ל בזה ספק דרבנן לקולא פיו דעיקר איסור שבויה אינו רק דרבנן א"כ
לקולא מפעי לן למיזל אבל לפמש"כ ניחא משום דחזו"ל עשו זה פגופו של איסור ודאי
וכמו בגבינות הנ"ל ודברי האו"ה והש"ף ופר"ח הנ"ל הם מוכרחים מן הא דשבויה הנ"ל
והא דינש להעיר בדברי התוס' דקידושין ד' ס"ו ובדברי התוס' דב"ב ד' ל"ב דכתבו שם
דלכן בתרומה דרבנן בתרי ותרי אי פהו פשר או פסול מותר משום דרבנן אוקי אחזקת
היתר ולא אמרו בפשיטות דבתרומה דרבנן ספיקו לקולא י"ל דטעמם פיו דנולד הספק
עליו לגבי מילי דאורייתא ובהא דאורייתא ע"כ ה"ה במילי דרבנן ג"כ ספיקו
לחומרא ועיין בד"מ יו"ד סי' נ"ז ובש"ף סי' ק"י דיני ס"ס אות י"ט ובט"ז סי' ס"ו
ובתשובת רע"א זצ"ל סי' מ"ט ובש"ש שמעתא ג' פ' י"ח ושמעתא ד' פ"ג.

והא דציר דגים דיו"ד סי' פ"ג וביו"ד סי' פ"ו ש"ף ס"ק י"א בספק בשחיטה דהתרנגולת
אסורה והביצה מותרת משום ספק דרבנן לקולא שא"ה דהוי שני גופים ושני ענינים
נפרדים ואכמ"ל.

ואף דנתבאר דשבויה עשאוהו פגופו של איסור תורה מ"מ ז"א רק אם לא נולד ביה ענין
אחר להקל אבל אם נתהוה ביה ענין אחר להקל בזה הקילו בשבויה וכמו דמצינו
בכתובות ד' כ"ז גבי מחבואה דכתבו להקל כמש"כ הר"נ שם וכן בהא דאשה וקרוב
נאמנים בזה וכהנה רבות דאמרו דהקילו בשבויה.

משום דאם נולד ביה איזה ענין המסייע להקל בזה ראו חזו"ל להקל אבל אם לא נתהוה
ענין אחר אין זה מצטרף לס"ס וכן להיות ספק דרבנן להקל ועיין באה"ע סי' ז' בב"ש
ס"ק י"ח שכתב להקל בספיקא דדינא גבי שבויה והביא בשם המהרי"ק דכתב להחמיר
בזה ולפמש"כ מסתברים דברי המהרי"ק.

ונהו פשיטת יש שפסקו דהובא ברא"ש בכתובות פ"ב סי' ל"מ דגבי מחבואה ע"ש: ועוד
יש לדון דלכן לא כתבו להקל גבי תרי אמרי אשתבאי כו' משום ספק דרבנן לקולא דהא
פכתתי לעיל בשם הכ"מ פ"ח ה' שגגות דמה דע"א אומר אכלת חלב והב' מכחישו דזה
מקרי איקבע איסורא והארבתי בזה לעיל וכש"כ בשני עדים המכחישים וידוע מש"כ
הש"ף ביו"ד בכללי הס"ס ס"ק כ"א גבי חז בחד באיסור דרבנן שנתערב ונאכד א' מהם
דאין לדון בזה ספק דרבנן לקולא משום דהיכא דאיקבע איסורא שאני א"כ לפ"ז יש
לדון דה"ה באיסור דרבנן בתרי ותרי המכחישים זא"ז פיו דע"י הכחשת העדים לפנינו
מקרי בשם איקבע איסורא להיות חייב א"ת כמו בשני חתיכות וה"ה דאין להקל בכה"ג
משום ספק דרבנן לקולא משום דכה"ג ספיקו להחמיר וע"כ הוצרכו התוס' לדון בזה
להקל משום אוקי אחזקת היתר דרבנן ואכמ"ל יומר: ענף ו והנה הפני יהושע בקידושין
ד' ס"ו דהקשה על הא דתרי אמרי אשתבאי כו' דנידון בזה ס"ס להקל ותירץ דשא"ה

דְּדַנִּין עַל בִּתְּהָ וְאִין אַמְהָ לְפָנֵינוּ לְטַעוֹן בְּרִי לִי דְטְהוּרָה אֲנִי לְכוּ אִין דְּנִין ס"ס בְּזַה מִשָּׂא"כ
הֵיכָא דְהָאָם לְפָנֵינוּ וְאוֹמְרַת בְּרִי לִי דְטְהוּרָה אֲנִי שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן ס"ס לְהַקְלִי.

וְאַף שְׁפַתְבְּתִי לְעִיל דְּלֹא פְהִפְנִי יְהוּשָׁע מ"מ יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִן הָרָא"ש פְּתוּבוֹת פ"ב ס' לְמ"ד
דס"ל ג"כ כהפ"י וְהָא פְּתַב שָׁם בּוּזָה"ל גַּבִּי מִחְבּוּאָה מַצְלַת כּו' דְהֵכָא מִי יִזְמַר דְאַטְמִי כּו'
דְּרַב אֶלְפִּס פְּסִק לְקוּלָא כּו' שְׁמָא נְחֻבִית וְאֵת"ל לֹא נְחֻבִית שְׁמָא לֹא נְטַמְאֵת אֶלְמָא דְאַף
דְהֵתָם בְּעִיר שְׁפַכְשׁוּיָה פְּרָקוּם דְדִינָה פְּשׁוּבִיָּה וְכַמְבּוּאָר בַּאֵה"ע ס' ז' סְעִי יו"ד דְעִיר
שְׁבָאָה בְּמַצוֹר פֶּל הַנְּשִׁים שְׁבַתְּוֹכָה פְּסוּלוֹת פְּשׁוּבוֹיּוֹת כּו' וְאַדְרָבָּה י"ל דְּזָה חֲמִירָא מְשׁוּבִיָּה
דְּאֵלוּ הֵתָם בְּשׁוּבִיָּה שְׁיִיךְ לֹמַר מְנַוְלָה בְּאַפִּי שְׁבָאִי וְאֵלוּ בְּעִיר שְׁפַכְשׁוּיָה לֹא שְׁיִיךְ פֶּן
וְכַמְש"כ הַפ"י בְּכַתְּוּבוֹת ד' כ"ז ע"ב בְּגִמְרָא ד"ה וּמ"ש מְהֵהִיא מַעֲשֶׂה כּו' ע"ש וְאַפ"ה
פְּתַב הָרָא"ש שָׁם דְּלֹא נְאַסְרַת אֶלְמָא מְסַפִּיקָא א"כ מְדַבְּרִי הָרָא"ש הַנְּ"ל סִינְעֵתָא לְדַבְּרִי
הַפ"י הַנְּ"ל: וְהָא דִּי"ל דְּלִפִּי דְבַרְיָהֶם תְּשָׂאֵר קוֹשְׁיוֹת רַע"א זצ"ל דְאַמְאִי לֹא יִהְיֶה נְאַמֵּן
הַבְּעַל לְהַעֲיִד שְׁלֵא נְטַמְאֵת כְּמוֹ בְּשָׁנִים אוֹמְרִים מֵת וּשְׁנִים אוֹמְרִים לֹא מֵת דְאַם גִּיסַת לֹא
מַעֲדִיָּה לֹא תַצָּא וְכַמוֹ שְׁפַתְבְּתִי לְעִיל לְתַרְץ אִם לֹא פְּדַבְּרִי הַפ"י הַנְּ"ל גַּלְע"ד לְתַרְץ
קוֹשְׁיֵיתוֹ וְהוּא דִּי"ל דְּכִינּוֹן דְּבַתְרִי וְתַרִי דְהוּי סְפִק הַשְּׁקוּל אַף מַה דְּאִין מוֹצִיאִין זְהוּ מְשׁוּם
דְּאַדָּם נְאַמֵּן ע"ע א"כ ז"א שְׁיִיךְ רַק גַּבִּי הַבְּעַל וְהָאֵשֶׁה עַצְמָם דְאוֹמְרִים בְּרִי אֶבֶל מַה
נַעֲשֶׂה בְּהַבְּנִים שְׁיִוְלוּדוֹ לְהֵם הָא הַבְּנִים אֵינָם אוֹמְרִים בְּרִי לִי וְגַם לְמִי שְׁיִשָּׂא לְהֵם אִינוּ
יֹודַע הָאָמַת וְלֹא שְׁיִיךְ בְּזַה בְּרִי א"כ יִהְיֶה דִינָם פְּסִיק מְמַזְר פִּינוֹן דְהוּי סְפִק הַשְּׁקוּל וְאִין
סְבָרָא לְהַרְבּוֹת מְמַזְרִים וְכַעֲזִין מִש"כ הַתּוֹס' בַּב"ב ד' י"ג ד"ה כּוּפִין כּו'.

וְאַף לְמ"ד בְּכַתְּוּבוֹת ד' י"ג דְלְדַבְּרִי הַמְכַשִּׁיר בְּהָ מְכַשִּׁיר בְּבִתְהָ דְשֵׂא"ה דִּישׁ חֲזַקַת פְּשָׁרוֹת
דְאַמְהָ וְגוֹרְרַת אַחֲרֵי לְבַתְהָ לְהַכְשִׁירָה מִשָּׂא"כ הֵיכָא דְהוּי סְפִק הַשְּׁקוּל רַק דְאִין אֲנוּ
יְכוּלִים לְהַזְדַּק לְהוֹצִיאָה מִמְּנוּ מַחְמַת אֲמִירַתָּם בְּרִי לִי א"כ מְמִילָא עַל בְּנִיָּהֶם יֵשׁ עַלֵּיהֶם
דִּין סְפִק מְמַזְר: וְע"כ הַטַּעַם הוּא דְלִכְּוֹן בְּאוֹמְרַת בְּרִי לִי וְנִיסַת לֹא מַעֲדִי דְלֹא תַצָּא וְגַם
בְּנִיָּהֶם פְּשָׁרִים בְּקַהֲל דְזְהוּ מְטַעַם דְכִינּוֹן דְסְפִק מְמַזְר מְוֹתֵר רַק מְפָאֵת מַעֲלַת יוֹחֲסִין גְּזוּרֵי
בְּזַה כְּמַבּוּאָר בְּקִידוּשֵׁין ד' ע"ג ע"כ בְּכַה"ג דְעוֹמְדַת בְּהִיָּתֵר תַּחַת בְּעֵלָה לֹא גְזוּרֵי בְּהוֹנְלְדוֹת
דְלֹא שְׁיִיךְ בְּזַה מַעֲלַת יוֹחֲסִין וּז"א שְׁיִיךְ אֶלְמָא בְּסִפְק א"א אֶבֶל גַּבִּי אִיסוּר כְּהוֹנָה דִּישׁ
לְחוּשׁ עַל בְּנִיָּהֶם מְשׁוּם סְפִק חָלָל וְסְפִק חָלָל אִיסוּר מַה"ת וְדוּקָא בְּמַמְזוֹר אֲמָרוּ דְסְפִק
מְמַזְר מְוֹתֵר מַה"ת וְכַמְש"כ הַב"ש בְּסִי' ו' ס"ק ב' ע"כ בְּשׁוּבִיָּה דְגְזוּרֵי חַז"ל מְשׁוּם רֶבֶב
פְּרוּצִים אַף דְנִימָא פְּדַבְּרִי הָרָא"ש וְהַפ"י דְלֹא הוּי רַק אִיסוּר מְסַפִּק מ"מ פִּינוֹן דְדִינָם כְּמוֹ
סְפִק חָלָל וְכָל דְמַקּוֹן רַבְּנָן פְּעִין דְאוֹרְיִיתָא תַּקּוֹן לְכוּן הַחֲמִירוּ וְאַמְרוּ אִין אָדָם מַעֲדִי ע"י
עַצְמוֹ וְנִשְׂאָרַת בְּאִיסוּרָה פְּדִי שְׁלֵא לְהַרְבּוֹת חָלְלִים בְּכַהוֹנָה.

וְזְהוּ סְבַרַת הַחֲלִיּוּק מַה שְׁחַלְקוּ חַז"ל בְּזַה בְּשׁוּבִיָּה וְעִיר שְׁפַכְשׁוּיָה וְהַחֲמִירוּ בְּיוֹתֵר מִן
א"א בְּתַרִי וְתַרִי פֶּן יֵשׁ לְדוֹן בְּזַה וּמְתוֹרְץ קוֹשְׁיוֹת רַע"א זצ"ל: עַנְף ו וְנִרְאָה לַעֲנֵד
לְהוֹכִיחַ מִן יְרוּשְׁלַמִי דְכַתְּוּבוֹת פ"ב ה"ב דְלֹא כַהֲפ"י בְּזַה וְזָה לְשׁוֹן הִירוּשְׁלַמִי שָׁם שְׁנִים
אוֹמְרִים מֵת וּשְׁנִים אוֹמְרִים לֹא מֵת אָמַר ר' יוֹחָנָן דְאַם גִּיסַת לֹא תַצָּא וּבְשָׁנִים אוֹמְרִים
נִתְגַּרְשָׁה כּו' אִם גִּיסַת תַּצָּא כּו' מַה בֵּין מִיתָה לְגִירוּשֵׁין הַדְּעַת מְכַרְעַת לַעֲדִי מִיתָה שְׁאֵלוּ
יְבוּא הוּא מְכַחֵשׁ כּו' (וְזְהוּ פְּעִין מַה דְאַמְרוּ בְּש"ס דִּילן פְּתוּבוֹת דָּף כ"ב דְאַמַר רַבָּא רְאָה
ר' יוֹחָנָן דְבַרְיוֹ שָׁל ר' מְנַחֵם בְּמִיתָה וְלֹא בְּגִירוּשֵׁין) מְתַנִּיתָא פְּלִיגָא עַל ר' יוֹחָנָן שְׁנִים

אומרים נשפית והיא טהורה ושנים אומרים נשפית והיא טמאה אם ניסת לא תצא א"ר יוסי מאחר שאלו אומרים טהורה ואלו אומרים טמאה כמו שאלו אומרים נשפית ואלו אומרים לא נשפית ואנן חזין מפ"י עכ"ל הירושלמי וכוננת ר' יוסי לחלק דשאני ביה דמתניתא דשנים אומרים נשפית וטמאה כו' דלא תצא וסמכינו על ברי שאלהם משום דיש שם חזקת היתר המסייעם וכמו בשנים אומרים נשפית ושנים אומרים לא נשפית דסמכינו על ברי שאלהם וכמ"כ הפ"מ דגם הירושלמי מייירי בהכי כמו בש"ס דילן ואף דבש"ס דילן בקידושין ד' ס"ו בתרי אומרי אשתבאי ותרי אומרי לא אשתבאי אמרו דאסורה עכ"ז י"ל דשא"ה בירושלמי דמייירי באומרים שניהם ברי וגם ניסת דבכה"ג אין מוציאין: ולדברי הפני יהושע דס"ל דמה דאסרו חז"ל שבויה אינו נאסר רק מספיקא ומצטרף לס"ס והש"ס דהחמיר מייירי בולד של שבויה כמ"כ הפ"י אבל בהאשה עצמה האומרת ברי טהורה אני יש לדון בה ס"ס להקל א"כ תקשה איך מדמה הירושלמי להא דשנים אומרים טמאה ושנים אומרים טהורה דמותרת ולא תצא משום דהני עדים המכחישין הוי כמו דליתנהו כלל וסמכינו על חזקת היתר שאלהם וכמו בשנים אומרים נשפית ושנים אומרים לא נשפית דמותרת משום חזקת היתר וברי שאלה.

הא יש לחלק בפשיטות ביניהם דשאני בשנים אומרים נשפית ושנים אומרים לא נשפית דיש ה"מ ס"ס דלמא טהורה ואף למאן דפוסל באלמנת עיסה ולא מהני ס"ס דמעלה עשו בייחוסין פמבואר בכתובות דף י"ד עכ"ז ה"א אם ניסת לא תצא פמבואר באה"ע סי' ב' סעיף ה' והא הירושלמי מייירי בהאשה עצמה האומרת ברי לי דטהורה אני וניסת א"כ שייך ה"מ ס"ס של הפ"י והרא"ש ה"ל אבל בעדים אומרים טמאה וכת שנייה מכחישתם ואומרת טהורה דלא שייך ה"מ ס"ס מנלן להקל בזה אף בניסת ומוכח מן הירושלמי דס"ל כמו שפתי דשבויה ודאית אין לדון בזה שום ספק כלל משום דעשאווהו כגופו של איסור כ"ז דלא הוי ביה קולא אחריתי וכמו בגבינות דאו"ה דיו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס פנ"ל וע"כ ה"א דשנים אומרים נשפית ושנים אומרים לא נשפית דלא תצא הטעם הוא משום דסמכינו על ברי וחזקת היתר בזה א"כ שפיר מדמה ר' יוסי הך דשנים אומרים טמאה כו' להך דב' אומרים נשפית כו' ואתי שפיר דברי הירושלמי ומוכח מזה כמ"כ לעיל: נחזור לענינו דנתבאר הן מטעמא דידי והן לפי מש"כ הפ"י ליישב סוגיא דקידושין ד' ס"ו ה"ל דאין סתירה מהתם למה שפתי לזון ס"ס בשנים אומרים ודאי ושנים אומרים ספק דהוי ס"ש פנ"ל וכן מן דברי הפ"י מוכח דכה"ג ה"ל ס"ס מעליא משום דכ"ז הוי כמו ספק על כו' דאין אתה תוכל לדון ספק ב' אלא אם תדון אם הי' הריעותא פנ"ל וכן הוא סברת הרא"ש בכתובות פ"ב גבי מחבואה דכתב לדון ס"ס ספק דלמא נחבית ואת"ל דלא נחבית אפתי ספק דלמא לא נטמאתא דזה הוי ס"ס מש"א.

וע"כ הטעם הוא ג"כ כמו הך דספק על כו' פנ"ל: ולפ"ז יש לדון ביה דיו"ד סי' ל"ט סעיף ט"ז דע"א אמר שלא כסדרן ואחר מכחישו מעמידין בחזקת היתר דלפי טעם זה אינו שייך פן רק בשני עדים המכחישין אבל בשני פתי עדים המכחישין זא"ז דלא שייך להעמיד בחזקת היתר כמ"כ התוס' בקידושין ד' ס"ו וב"ב דף ל"ב דבדאורייתא לא מוקמינו בזה בחזקת היתר והוי ספיקא דרבנן ובמק"א פתי לזון הרבה בתרי ותרי במקום רוב [ועפ"ז יש לדון במש"כ הש"ך ביו"ד סי' ל"ז ס"ק כ"ד בשם ר"י בן הרא"ש

גבי שנים המכחישים זא"ז אם היה חוט בשר מקיף גבי בועה בשפולי נכתב שם להקל מטעם דבועה בשפולי הוא חומרת הגאון והבו דלא לוסקי עלה ועוד דאוקי תרי להדי תרי ואוקי אחזקת היתר כו' ויש להקשות ע"ז דהא אף דמוקי אחזקת היתר מה"ת עכ"ז הא הוי ספיקא דרבנן בדאורייתא כמש"כ התוס' והא אי נימא דדינו פמו דאורייתא לפי טעם שני דכתב ועוד כו' הא בכה"ג לא מהני חזקת היתר ואפשר לומר לפי מש"כ במק"א לדון דרוב מהני בתרי ותרי וכמש"כ רע"א זצ"ל ס"א קל"ז לדון בזה ע"ש.

ועיין בש"ש שמעתא ו' פ' כ"ב מזה ע"כ אפשר לדון פיון דרוב עדיף מחזקה ע"כ י"ל בתרי ותרי במקום רוב דאף מדרבנן לא החמירו בזה ולכן פיון דרוב בהמות פשוט הו ע"כ סמכו שם על חזקת היתר וכוונתם להרוב אף ז"א ברור וגם הא באמת מוכח מהתוס' דב"ב דף ל"ב גבי בן גרושה דהתם דאף רוב לא מהני עכ"פ מדרבנן במקום איסור דאורייתא וקצתו: ולפמש"כ לדון ס"ס בתרי אמרי ודאי פשר ותרי אמרי ספק פשר א"כ לפמש"כ הלבושי שרד בסי' ל"ט ס"ק ר"ו דכל סירכא אינו אלא ספק טריפה א"כ בלא הטעם דמוקמינן אחזקת היתר יש לדון בזה ס"ס פנ"ל.

אף דברי הלבושי שרד אינם מוכרחין כמש"כ שם בעצמו בשם פמה פוסקים דס"ל דסירכא ה"ל טריפה ודאית ע"ש ובלא"ה י"ל בזה הרבה וקצתו: ולכאורה יש להעיר בירושלמי שהובא לעיל בשנים אמרים נשבית וטמאה ושנים אמרים נשבית וטהורה דמותרת נאי נימא דתרי ותרי מוקמינן במקום רוב א"כ י"ל בזה דמוקמינן על רוב פרוצים כו' וש"א"ה בשנים אמרים נשבית ושנים אמרים לא נשבית נאי דמדה הירושלמי אותן להדי.

ומוכח מזה דרוב לא מהני בתרי ותרי ויש לדחות דשאני הך רוב פרוצים דאינו רק מדרבנן ואכמ"ל: ולפמש"כ יש לדון בהא דב"ק דף י"ז דלרבה פשיטא ליה דבתר מעיקרא אזלינן ולרבה מפעיא ליה ועיין בבעה"מ ובנ"י שם והובא בש"ך ח"מ סימן שפ"ו ס"ק כ"ז דהמע"ה ולפי מש"כ לדון ס"ס בכה"ג וכמש"כ הב"ש בסי' ע"ז ס"ק י"ז דהובא לעיל.

א"כ יש לדון שם ס"ס פנ"ל אף באמת הא קי"ל דאין מוציאין ממון בס"ס וכמש"כ הפ"י בכתובות ד' ט' בתוס' ד"ה אי למיתב כו' וש"א"ה דהבע"ד טוען ברי והמוחזק טוען שפא ועיין בק"א שם ובש"ש ש' א' פ' כ"ג רק הב"ש ס' דבס"ס מוציאין ממון וגם לדידיה יש לחלק ועיין בש"ך סי' רס"ז ס"ק ב' ולפ"ז יש לדון בשנים אמרים דהוא חייב בנדאי לחבירו ושנים אחרים מכחישים אותן ואמרים דהיה ספק חוב דלפמש"כ י"ל בזה דין ס"ס ולכן אם התובע טוען ברי והנתבע טוען שפא פיון דברי ושפא בצירוף לס"ס מוציאין ממון ע"כ יש לדון בכה"ג דמוציאין מן המוחזק ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ט': סימן לט בשעבודא דאורייתא (שם סעי' א') הש"ך בס"ק ב' האריף בענין שיעבודא דאורייתא וכן יש לי הרבה חידושים בענין שעבודא דאורייתא אף מפני רוב אריכות שיש לי בכ"ז בע"ה.

ע"כ לא באתי רק בקצרה כפי שיבואר בקונטרס הלז ויבואר שיטת רש"י פסחים ד' ל' השי"ך לענין שיעבודא דאורייתא וגם יבואר בעז"ה אם גובין לבע"ח מן הפקר או מן יאוש: הנה בפסחים ד' למ"ד ע"ב ברש"י ד"ה כ"ע לא פליגי אפי' לרבה דאמר מכאן

ולקבא גובה ועד עכשיו הי' ברשות לנה מודה הוא דאין מכירתו לאחרים מכירה ואין הקדושו הקדש שהרי ממנושפנין הם למלנה ואע"ג שהן שלו אינן ברשותו ונתמנא אמר פי יקדוש את ביתו מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו עכ"ל רש"י וחקידש לנו רש"י בדבריו המאירים דהא דמלנה בשטר טורף מלקוחות משום שיעבודא דאורייתא לשטת רבא וכמש"כ התוס' בגיטין ד' נ' ד"ה פינון דדינו מדאורייתא כו' והובא בש"י סי' ל"ט ס"ק ב'.

אף דס"ל מפאן ולהבא גובה משום דהשיעבוד עושהו לדבר שאינו ברשותו דאלו למאן דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא בלא"ה א"ש די"ל דהא זהו מצד תקנת חז"ל משום שלא תנעול דלת כו' ויש לדון בזה הרבה אבל למאן דס"ל ש"ד ומה"ת טורף ס"ל לרש"י דאף דש"ד מ"מ לא מצי טריף מלקוחות וכעין הא דמצינו בתוס' גיטין ד' מ' ע"ב בד"ה הקדש כו' דכתבו גבי קדושת הגוף דמפקיע משיעבוד דכיון דחל שעה א' תו לא פקע ע"ש וס"ל לרש"י דה"ה במכירה ללקוחות דכיון דזכה בהו אחר ונכנסו לרשות אחר תו לא מצי המלנה אף שיש לו שיעבוד להיות טורף מלקוחות אלא משום סברת רש"י דהא דטורף אם ש"ד דזהו משום דהשיעבוד שיש להמלנה על קרקעות של הלנה משנוי להמכירה של הלנה למכירת דבר שאינו ברשותו דהא כ"ז דהנה אצל המלנה ולא זכה בהו אחר הם משועבדים להמלנה וי"ל דרש"י הוכיח פן מן קושיות התוס' דגיטין ד' מ"ס ד"ה הקדש כו' דהקשו דאם שיעבוד עושהו לדבר דאינו ברשותו א"כ אף קדושת הגוף לא יחול דהא על דבר דאינו ברשותו אינו חל קדושת הגוף ואם השיעבוד אינו עושהו לדבר דאינו ברשותו א"כ אף קדושת דמים יחול כו' ותי' התוס' הי' גראה לרש"י לדונק ע"כ הוכיח מזה דהא דש"ד וטריף ממשעבדי מה"ת זהו משום דע"י שיעבוד נעשה כמו מכר לדבר דאינו ברשותו דאינו חל וע"כ טורף מלקוחות ומן הקדש דהא אף קדושת דמים לא חל על אינו ברשותו אבל הקדש הגוף דחל על דשלב"ל ואינו ברשותו וכמש"כ מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ד יע"ש ע"כ א"ש להא דקדושת הגוף מפקיע משיעבוד.

וכמש"כ הקצה"ח פן בשיטת רש"י הנ"ל בסי' קי"ז ס"ק ב' והסביר שם היטב דאף דאם פודה הלנה ומסלק להמלנה דחל המכירה זהו משום דהוי כמו שדה שמשכנת לכשאפדנה דקדושה משום דבידו לפדותה וגם תי' שם בטוב טעם למה שיש להקשות עלה מהא דב"ק ד' ס"ח וכמש"כ מזה בספרי שם: ועפ"י שיטת רש"י הנ"ל כתב הנתיבות בסי' ל"ז ס"ק י"ג לחלוק על האו"ת שכתב דבע"ח טורף מן דבר המיואש כמו שטורף מן הפקר וע"ז כתב הנתיבות דזה ליתא לפמש"כ רש"י הנ"ל בפסחים א"כ ביאוש דחל על דבר דאינו ברשותו דוקא ע"כ לא מצי טורף מדבר המיואש ושאני יאוש מהפקר ואדרבה יאוש אינו חל על דבר ברשותו עכ"ל בקצרה: ענף א ולפענ"ד יש לדון בזה הרבה ומתחלה נבאר מה דיש להקשות לשיטת רש"י דס"ל דאף דש"ד מ"מ לא מצי טריף מאותו דלא לונה בעצמו ואין עליו המצנה דפריעת בע"ח רק מצד דנעשה ע"י השיעבוד לדבר דאינו ברשותו ואינו חל המכירה א"כ ז"א שייך אלא במכירה ומתנה אבל בירושים בירוששה הבא מאליו דירושים אף לדבר דאינו ברשותו.

א"כ קשה איך גבינו מירושים אם ש"ד הא אין בכח שיעבוד לטרוף פי אם מצד דהוי דבר דאינו ברשותו א"כ בירוששה דלא שייך זה איך גובין מירושים פינון דמצד פריעת

בע"ח מצוה לא שינה בהו פיון דלא לוו בעצמם פמו דחזינו דלמ"ד שינעבודא לאו דאורייתא אינו גובה מיורשים: והנלע"ד בכוננת דברי רש"י הג"ל ע"פ מש"כ הסמ"ע בסי' ס"ו ס"ק נ"ה גבי מוכר שט"ח ומחלו דמחול: ושיטת ר"ת הוא לפי דשינעבוד הגוף אינו במכירה ונכסי דאינשי ערבין לי לכן אם פקע שינעבוד הגוף פקע שינעבוד נכסי והקשה דא"כ אמאי במת הלנה גבי מיורשיו ע"ש והאו"ת סי' ס"ו ס"ק מ"ג פתב ג"כ להקשות פו דהיכא דמת הלנה ונפלו נכסיו קמי יורשיו א"כ פקע שינעבוד הגוף וממילא פקע שינעבוד נכסי ותיגרין דגם במת הלנה גוף היורש משתעבד פמו הלנה עצמו ועליו מוטל לפרוע פמו על המוריש הלנה עכ"ל האו"ת והובא בנתיבות סי' ס"ו ס"ק כ"ד וכעין זה מבואר ברא"ש ב"ק פ"א סי' ו' דכתב דלכן בטלה מחלוקת משום דיתמי פרעא דאבוהון נינהו לפרוע חוב אביהו בשונה כו' והט"ז סי' קע"ה סעי' ד' הביאו בבבאיור יותר ע"ש ומצינו עוד פעין זה בב"מ ד' ט"ו ע"א דכתבו התוס' לחלק דשאני יורשים דאף דאין להם על מי לחזור מ"מ יורשים פרעני דאבוהון וגובה מהם שבח כו' והובא בש"ך סי' קט"ו ס"ק ל"ב בארובה אלמא דמצינו לחלק בין יורשים ללקוחות משום ה"ט וכעין סברת התנאים הג"ל וזהו סברת הגמ' ב"ק ד' קי"א דרשות יורש לאו פרשות לוקח ועיין בח"מ סי' קי"א סמ"ע ס"ק ל"א וכעין זה כתב המ"מ פ' כ"ב ה' מלנה ה' ט"ו ובח"מ סי' ק"ג סעי' ד' בסמ"ע ס"ק ו' לחלק בין לוקח ובין יורש ע"ש: א"כ לשיטת התנאים דלא ס"ל פעין חילוק הסמ"ע שם דמחלק דשאני היכא דפקע שינעבוד הגוף מצד פטור של המלנה פמו במחלו דאז פקע שינעבוד נכסי משא"כ היכא דפקע שינעבוד הגוף של הלנה מצד אחר פמו במת הלנה דמשום זה לא פקע שינעבוד נכסי יע"ש בסמ"ע אבל התנאים לא ניחא לי בסברא זו וכן נוטה הסברא פיון דאין לו שינעבוד הגוף עכ"פ יהיה מאיזה טעם ושיהיה א"כ ממילא פקע שינעבוד נכסי ע"כ י"ל דמשום ה"ט הכריח רש"י לחדש לנו דהא דטורף ממשעבדי זהו משום דהוי פמוכר דבר שאינו ברשותו משום דלכאורה קשה איהו מצי טרף מלקוחות הא על הלוקח אין לו שינעבוד הגוף ולא אתי עליו פי אם מצד שינעבוד נכסי א"כ הא קי"ל דהיכא דאין לו שינעבוד הגוף ממילא פקע שינעבוד נכסי ודווקא כ"ז שישנו הנכסים אצל הלנה ונפ"מ לענין בע"ח מוקדמים אז שפיר אי ש"ד יש להמוקדם דין קדימה משום ש"ד דהא פיון דעל הבועלים של הנכסים יש לו שינעבוד הגוף.

ע"כ אלים שינעבוד נכסי שלו אבל היכא דמכרו לאחר דאין לו על הלוקח שינעבוד הגוף ע"כ פיון דאין לו על הבועלים של הקרקע שינעבוד גופו א"כ פקע שינעבוד נכסי וקשה דמפני מה טרף ממשעבדי: ואף דנימא דגם זה לא מקרי פקע שינעבוד הגוף פיון דיש לו שינעבוד הגוף על הלנה שלו עכ"פ ואף דאין ברשות אחת דהא שינעבוד הגוף שלו הוא על הלנה ושינעבוד נכסי שלו הוא על קרקע שה"י לוקח מ"מ מצרפינו להו אהדדי אפ"ה תקשה היכא דמת הלנה ויש לו משעבדי דטורף מלקוחות הא פיון דמת הלנה ופקע שינעבוד גוף שלו כמש"כ התנאים וכש"כ היכא דאין לו יורשים א"כ תפקע שינעבוד נכסי שלו ומשום זה הוכרח רש"י לפרש דלכן טורף ממשעבדי דהשינעבוד עושהו לדבר דאינו ברשותו דהא כ"ז דהיו הנכסים אצל הלנה אז לא פקע שינעבוד גופו דיש לו על הלנה ממילא אלים שינעבוד נכסי שלו ונעשה בשעת המכירה דבר דאינו ברשותו וכפי שכתב רש"י שהרי ממושפנים הם אצל המלנה והיינו למאן דס"ל ש"ד: ולמאן דס"ל שינעבודא

לאו דאורייתא אין זה רק מדרבנן י"ל דתו"ל עשו משום שייעבודא דרבנן דיהיה זה פמוכר דבר דאינו ברשותו ולכן טורף ממשעבדי: ואין צריכים לטעם זה כ"א לגבות ממשעבדי דאז פקע שייעבוד נכסי היכא דמת הלנה פנ"ל אבל בגביות חוב מיורשים דלא פקע שייעבוד הגוף וכמש"כ האו"ת דכיון דיורשו ממילא מוטל עליהם שייעבוד הגוף כמו על אביהם ע"כ אין אנו צריכים בזה להטעם שפכתב רש"י דנעשה לדבר דאינו ברשותו רק בפשוטו טורף מיורשים דכיון דיש לו עליהם שייעבוד הגוף ממילא אלים שייעבוד נכסי שלו וטורף מהם.

א"כ נתבאר בעז"ה בהספד נכון ליישב דברי רש"י הנ"ל: וכ"ז הוא לשיטת האו"ת אבל לשיטת הסמ"ע הנ"ל אין מקום להספד הנ"ל וכשיטת הסמ"ע הנ"ל כ"כ הר"ן פ' הפותב על דברי הר"ת הנ"ל וז"ל ומיהו פשמת הלנה אע"פ דפקע שייעבוד גופו לא פקע שעבוד נכסי לפי דעיקר ערבותן של הנכסים זהו שכ"ז שלא יצא הלנה ידי חובו שיירד לנכסיו ויפרע מהם אבל כ"ז שנפקע מחמת המלנה אף שייעבודו של נכסים נפקע עכ"ל הר"ן ולדברי הר"ן הנ"ל פינון הסמ"ע במש"כ בקצרה דשאני במת הלנה דגובה מנכסיו דשם לא נפטר הלנה מחמת המלנה עכ"ל שוב ראיתי בקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו שהביא לדברי הר"ן הנ"ל וביארו היטב דזה דומה למת הלנה דגביו מן ערב וה"ה בנכסי דאינש ערבין ליה יע"ש ועפ"ז ברור הוא כמש"כ לעיל דמצרפין להדדי שייעבוד הגוף דיש לו על הלנה להשעבוד נכסי דיש לו על קרקעות של הלוקחים כמו בערב דיש לו שייעבוד הגוף על הלנה ממילא גובה מן הערב אף דאינן ברשות אחת: ובכתובות ד' צ"א ע"ב איתא ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ואתא שמעון ומכרה לראובן באחריות ואתא בע"ח דראובן וטרף מיניה דינא הוא דאזיל לשמעון ומפצי ליה א"ל רבא נהי דאחריות דעלמא קביל עליו אחריות דנפשיה מי קביל עליו ומודה רבא בראובן שיירש שדה מייעקב ומכרה לשמעון כו' דינא הוא דאזיל לשמעון ומפצי ליה מ"ט בע"ח דיעקב כבע"ח דעלמא דמי עכ"ל והובא בסי' רכ"ו בח"מ א"כ מבואר דחוב שעל היורש לא מקרי חוב דנפשיה פי אם כבע"ח דעלמא ולשיטת התנאים דכתב דיש לו שייעבוד הגוף על היורש כמו על הלנה עצמו.

ומה"ט לא פקע שייעבוד נכסי מן קרקע של היורש פנ"ל א"כ קשה דמפני מה אמרו בפסגיא דכתובות הנ"ל דבע"ח דיעקב כבע"ח דעלמא דמי וגם קרו ליה בשם בע"ח דיעקב. הא לסברת התנאים א"כ מקרי החוב של אביו יעקב בע"ח דראובן דהני בע"ח דנפשיה משום שייעבוד הגוף שיש לו על היורש א"כ מוכח מן סוגיא זו פשיטת הסמ"ע ונהר"ן דלא ס"ל פסברת התנאים אלא פתבו דבמת הלנה מקרי פקע שייעבוד הגוף והקשו דא"כ תפקע שייעבוד נכסי ומחלקי פנ"ל ואפשר לומר אף לשיטת התנאים דכיון דהשיעבוד הגוף דיש לו על היורש אינו מצד חוב שלו כ"א מצד דירש נכסי אביו ע"כ מקרי בע"ח דעלמא: וביותר נ"ל דאינו ראיה מהא דכתובות לדחות דברי האו"ת משום דשא"ה דמכר היורש השדה לאחר ואף דאתי השדה לאח"ז לרשותו מ"מ הא אפסקיה אחר ולכן אינו חייב היורש במכר רק משום מזיק שייעבודו פמבואר בסי' ק"ז ועדיין יש לומר דקשה הנכסים אצלו אז נשתעבד גופו משא"כ פשיצאה מרשות היורש פבר וקנה אותה מאחר פנ"ל וע"כ אינו קשה על האו"ת מהסוגיא דכתובות הנ"ל: אכן אף לשיטת הר"ן והסמ"ע מ"מ י"ל ולפרש לדברי רש"י בקצרה דס"ל לרש"י דדוקא בזה בהו איש

אחר שאינו הלנה ממש או יורשיו אז לא מהני אף אי ש"ד להיות טורף מלקוחות דכיון דזכה בהו אחר אין ממש בזכות שיעבודו להיות גובה מהם ונדקא אם הם אצל הלנה או אצל היורש דלא זכה בהו אחר אז אלים שיעבודו להוציא מן היורש דכיון דיורש פרעין דאבוה הוא כמש"כ לעיל בשם הרא"ש בב"ק פ"א סי' ו' ו'התוס' ב"מ ד' ט"ו א"כ לא יצא עדיין לרשות אחר פשהם אצל היורש ומה"ט קיי"ל דרשות יורש לאו פרשות לוקח ב"ק ד' קי"א אבל בזכה בהו אחר דכיון דיצאו לרשות אחר אין פח בזכות שיעבודו לטורף מן הלוקח כ"א מצד דנעשה המכירה למוכר דבר דאינו ברשותו וכמש"כ רש"י אמנם לפי שיטת האו"ת הג"ל יתיישב דברי רש"י ביותר ביאור פנ"ל: ענף ב ובעיקר דברי רש"י הג"ל נלפענ"ד להקשות דעדיין תקשה לפי הא דסוף ב"ב ובקדושין ד' י"ג דריש לקיש ס"ל שיעבודא דאורייתא ואף מלנה בע"פ טורף מן לקוחות מה"ת אף מדרבנן לא טריף משום פסידא דלקוחות א"כ קשה לפי המבואר בב"ק ד' ס"ח ע"ב דס"ל לר"ל דאדם מקדיש דבר דאינו ברשותו וכצנועין דאמרי פל הגלקט מזה יהא מחולל כו' א"כ תקשה לשיטת ריש לקיש דמצי מקנה דבר דאינו ברשותו.

א"כ איך מצי טריף מלקוחות אף דס"ל ש"ד דהא לשיטת רש"י אין פח וזכות בהשיעבוד נכסי להיות טורף ממשעבדילאחר שזכו בהם אחרים אלא משום דבר דאינו ברשותו אבל לר"ל דחל קננו על דבר דאינו ברשותו א"כ תקשה לשיטת ר"ל דאמאי טריף מלקוחות: ונלפענ"ד לתרץ עפ"י האמור בב"מ ד' ז' דאף בקרקע דאמרו דאדם מקנה אף דהוי אינו ברשותו מ"מ אם אינו יכול להוציא בדיינין אינו חל הקדישו ומכירתו א"כ ה"ה לר"ל דס"ל דעל אינו ברשותו חל ההקדש ומכירתו מ"מ מודה דהיכא דאינו יכול להוציא בדיינין אינו חל הקדישו.

ושא"ה בההוא דגב ונהקדיש או בכל הגלקט דאם הנה יודע מי הוא הלוקט או מי הוא הגב הא הנה יכול להוציא בדיינין דהא על עיקר החפץ והפירות אין לנו ספק דשל מי הנה ואם הנה ידוע לנו מקומן היכן הם הנה מבנרר לנו הפעלים שלהו.

ע"כ מקרי ממון שיכול להוציא בדיינין ולכן ס"ל לר"ל דיכול להקדישו אבל היכא דאין יכול להוציא בדיינין מודה ר"ל דאין יכול להקדישו לכן בשדה המשועבדת להמלנה דאינו יכול הלנה להפקיע מהמלנה את השיעבוד שמשועבד למלנה ע"כ מקרי מחמת זה ממון שאינו יכול להוציא בדיינין דהא אינו יכול הלנה לבטל ע"פ הדין את זכות השיעבוד שמשועבד להמלנה ע"כ גם ר"ל וצנועין מודו דטורף מלקוחות אי ש"ד וזה מוכרח בכוננת רש"י דאל"כ תקשה הא מיירינן בקרקעות דטורפן ממשעבדי ובקרקע אף דהוי אינו ברשותו מ"מ חל המכירה במבואר בב"מ גבי מסותא וע"כ מוכרח דכוננת רש"י הוא דהוי אינו ברשותו ואינו יכול להוציא בדיינין ובכה"ג לא מהני אף בקרקע וה"ה לר"ל וע"פ כ"ז יש להעיר במש"כ לעיל בסוף סי' א' בתפיסה בדררא דממונא אליבא דר"ל וקצרותי: ולכאורה יש לדון לפי המבואר בכתובות ד' נ"ט ע"ב בתוס' ד"ה קונמות קא אמרת כו' דהלנה יכול להפקיע א"ע בקונם את שיעבודו מהמלנה רק חז"ל אלמוה לשיעבודו דהבע"ח אבל מה"ת יכול הלנה להפקיע שיעבודו דהמלנה ע"י קונם ולחד שיטה המובא בח"מ סי' קי"ז בסופו דאף מדרבנן חל הקונם להפקיע השיעבוד של המלנה א"כ אפשר לכאורה לדון דמקרי אצל הלנה ממון שיכול להפקיע א"ע מן השיעבוד

שֶׁל הַמְלִינָה ע"פ קוֹנָם עַל הַמְלִינָה וְאֵף דְאָסוֹר לְהַלְוֶה לַעֲשׂוֹת פֶּן מ"מ הָא מְצִינּוּ אֵף בְּדָבָר
הָאָסוֹר לַעֲשׂוֹת דְּמַקְרִי בְּיָדוֹ לַעֲשׂוֹת פִּינּוֹן דָּאָם עֶבֶר וְעֵשָׂה מְהֵנִי פְדָמוּכַח בִּיבְמוֹת ד' צ"ב
דְּמוּכִיחַ הַש"ס דָּאִין קִידוּשִׁין תּוֹפְסִין בִּיבְמָה מְהָא דְתַנִּי הָאוּמֵר לְאִשָּׁה הַתְּקַדְשִׁי לִי לְאַחַר
שְׁיַחְלִיץ לָהּ יְבָמָה אֵינָה מְקַדְשֶׁת וְהָא י"ל דְּלִכְּוֹן אֵינָה מְקַדְשֶׁת מִשּׁוּם דְּהָא זֶה תְּלוּי בְּמָה
דְּהוּי דְּבָר שְׁפִידוֹ פְּמִבְּנָאָר בְּקִידוּשִׁין ד' ס"ב וְכִינּוֹן דִּיבְמָה לְשׁוּק הוּי בְּאִיסוֹר לָאו גַם
בְּקִידוּשִׁין לְחֻדְהָ פְּמִבְּנָאָר בִּיבְמוֹת ד' מ"ט בְּתוֹס' ד"ה אֵי פְּרַב אֵי פִּשְׁמוּאֵל כּו' וּמוּכַח מְזָה
דְּאֵף דְאָסוֹר מַה"ת מ"מ מַקְרִי דְּבָר שְׁפִידוֹ פִּינּוֹן דָּאָם עֶבֶר וְעֵשָׂה מְהֵנִי וּכְמַש"כ בְּאַרְנֹפֶה
מְזָה בְּסַפְרֵי בְּאָר יִצְחָק ח' או"ח ס' ט"ו עֲנָף ה' ע"ש וּלְפ"ז י"ל דְּמָה דְּמִשְׁוֹעָבֵד לְהַמְלִינָה
לֹא מַקְרִי מְמוֹן שְׁיָכוֹל לְהוֹצִיא הַמְלִינָה בְּדִין וְאֲדַרְבֵּהּ הָא בְּיַד הַלְוֶה לְאָסוֹר עָלָיו בְּקוֹנָם
א"כ הוּי לְגַבֵּי הַלְוֶה מְמוֹן שְׁיָכוֹל לְהַחְזִיק לַעֲצָמוֹ בְּדִין אִם יִרְצֶה לְאָסוֹר בְּקוֹנָם אֲכֹן בְּאַמַּת
זֶה אֵינּוּ דְנָה לֹא מַקְרִי בְּיָדוֹ דְּהָא אִם עֶבֶר וְעֵשָׂה הַקוֹנָם עַל הַמְלִינָה הִנֵּה כּוֹפִין וּמְשַׁמְתִּין
לִיה בְּבָבֶל עַד שְׁיִשְׁאֵל עַל גְּדָרוֹ כְּמַש"כ הַר"ן וְהוּבָא בְּסוּף ס' קי"ז ע"כ קְרִינּוֹן בִּיה מְמוֹן
שְׁאִינּוּ יָכוֹל לְהַפְקִיעַ בְּדִינָיִם פִּינּוֹן דְּהוּי כּוֹפִין לוֹ לְבַטֵּל מַעֲשָׂיו וְעֵינּוֹן בְּקִידוּשִׁין ד' י"ח
בְּתוֹס' ד"ה אָמַר אַבְיִי בַע"כ דְּאָב כּו' שְׁכַתְּבוּ הַתּוֹס' דְּמָה תּוֹעֵלַת בְּמַכִּירְתּוֹ מֵאַחַר דְּנִכּוּף
אוֹתוֹ לְפָדוּתוֹ כּו' ע"ש וְעֵינּוֹן בְּתוֹמִים ס' ל"ט סוּף ס"ק ב' שְׁפַתְּב דְּלִכְּוֹן בַּעֲבָדִים לֹא שְׁיִיךְ
ש"ד דְּקָלוּשׁ שְׁעַבּוּדוֹ לְפִי דְבִיד הַלְוֶה לְשַׁחֲרֵר הַעֲבָד וְשַׁחֲרוּר מִפְּקִיעַ מִשְׁעַבּוּד ע"ש.

וּלְפ"ז יֵשׁ לְדוֹן לְכֹאֲרָה בְּכָל שְׁעַבּוּד קַרְקַעוֹת גִּימָא פֶּן דְּהָא בְּיַד הַלְוֶה לְאָסוֹר בְּקוֹנָם עַל
הַמְלִינָה וּמִפְּקִיעַ מִן שְׁעַבּוּד בְּשִׁלְמָא בְּקַדְוִשְׁתַּת הַגּוּף דְּנִיָּאָסֵר לְכָל הָעוֹלָם פִּינּוֹן דִּיפְסִיד לַעֲצָמוֹ
לֹא שְׁיִיךְ פֶּן אֲבָל בְּקוֹנָם עַל הַמְלִינָה דְלֹא יֵאָסֵר הַלְוֶה וְשׁוּם אָדָם כִּי אִם הַמְלִינָה לְבַד שְׁפִיר
שְׁיִיךְ לוֹמֵר פִּינּוֹן דְּהוּי זֶה בְּיָדוֹ גִּימָא דְלֹא יַחֲוִל מַה"ט שׁוּם ש"ד וְאֵי דִילְוֶה הַמְלִינָה מֵאַחַר
עַל אוֹתוֹ שְׁיַעֲבּוּד אֲפַתִּי יָכוֹל לְאָסוֹר בְּקוֹנָם עַל אוֹתוֹ הָאִישׁ אֲכֹן לְפַמְש"כ גִּיחָא מִשׁוּם
דְּאִין זֶה מַקְרִי בְּיָדוֹ דְשִׂא"ה בְּשַׁחֲרוּר דְאַחַר דְּשַׁחֲרוּר לְהַעֲבָד אִין בְּיָדוֹ שׁוּב לְבַטֵּל שַׁחֲרוּרוֹ
מִשִּׂא"כ בְּקוֹנָם אֲפַתִּי יָכוֹלִין לְכּוֹפּוֹ לְמִשְׁאֵל עַל גְּדָרוֹ וְלִכְּוֹן אִין זֶה מַקְרִי בְּיָדוֹ: עֲנָף ג וְלַעֲיִל
הַבְּאֲתִי דְבָרֵי הַנְּתִיבוֹת ס' ל"ז ס"ק י"ג שְׁהִבִּיא בְּשֵׁם הַתּוֹמִים שֵׁם ס"ק י"ח שְׁפַתְּב דְּבַע"ח
יָכוֹל לְגַבּוֹת מִמֵּי שְׁזָכָה מִן יֵאוּשׁ וְהַנְּתִיבוֹת הַשִּׁיג עָלָיו ע"פ רַש"י פְּסָחִים הַנְּ"ל שְׁפַתְּב
דְּהָא דְטוֹרָף הוּי מִשׁוּם דְּנַעֲשָׂה דְבָר דְאֵינּוּ בְּרִשׁוֹתוֹ א"כ בְּיֵאוּשׁ דְּעִיקְרוֹ הוּא אִם הוּי אֵינּוּ
בְּרִשׁוֹתוֹ ע"כ אֵינּוּ גּוֹבָה מִן יֵאוּשׁ עַכ"ל הַנְּתִיבוֹת וּלְפַמְש"כ לַעֲיִל לְהַסְבִּיר דְּבָרֵי רַש"י
הַנְּ"ל דְנָהוּ ע"פ שִׁיטַת הַתּוֹמִים דְּהִיכָא דְנִתְבַּטֵּל שְׁיַעֲבּוּד הַגּוּף מֵאֵיזָה טַעַם שְׁיִהְיֶה נִתְבַּטֵּל
שְׁיַעֲבּוּד נְכֹסֵי א"כ הִיכָא דְמַת הַלְוֶה וּבָא הַמְלִינָה לְטָרוּף מְלוּקָח בְּזָה לֹא מְהֵנִי ש"ד לְהוֹצִיא
מִהַלּוּקָח וְע"כ הַנְּכַרְח רַש"י לוֹמֵר דְּמַצַּד דְּנַעֲשָׂה אֵינּוּ בְּרִשׁוֹתוֹ טְרִיף לִיה.

א"כ הִיכָא דְהַלְוֶה קִיָּים דִּישׁ לוֹ שְׁיַעֲבּוּד הַגּוּף עַל הַלְוֶה שְׁלוֹ אֲז לֹא פָקַע שְׁעַבּוּד נְכֹסֵי
וּמְצַרְפִּינּוֹ לְהוּ לְהַדְדִי וּכְמוֹ בְּעַרְב פְּנ"ל ע"כ אֵף בְּלֹא הַטַּעַם דְאֵינּוּ בְּרִשׁוֹתוֹ ג"כ טְרִיף
מְלוּקָחוֹת מַצַּד ש"ד וּמַה"ט טְרִיף אֵף מִמֵּי שְׁזָכָה מֵיֵאוּשׁ מַצַּד שְׁעַבּוּד נְכֹסֵי דְאֵלִים מַה"ת
וְשְׁפִיר פְּתַב הָאוּ"ת בְּהָד דִּינָא דְמַצִּי טְרִיף מֵיֵאוּשׁ וְהֵינּוּ אִם הַלְוֶה קִיָּים אֲמָנָם לְפַמְש"כ
לַעֲיִל בְּשִׁיטַת רַש"י ע"פ דְּבָרֵי הַר"ן וְהַסַּמ"ע דְּכַוְנַת רַש"י הוּא דְכִינּוֹן דְּזָכָה בְּהוּ אַחַר לֹא
מְהֵנִי ש"ד לְהִיּוֹת טוֹרָף מְמַנּוּ רַק מַצַּד דְּנַעֲשָׂה לֵאֵינּוּ בְּרִשׁוֹתוֹ ע"כ בְּיֵאוּשׁ דְלֹא שְׁיִיךְ טַעַם
זֶה לְכּוֹן לֹא מַצִּי טְרִיף מִמֵּי שְׁזָכָה מֵיֵאוּשׁ לְעוֹלָם וּכְמַש"כ הַנְּתִיבוֹת: וְלְכֹאֲרָה אֲפָשֵׁר לְדוֹן
דְּכְמוֹ דְאֵמְרִינּוּ דְאֵינּוּ מוֹכֵר לֵאֵינּוּ בְּרִשׁוֹתוֹ ה"ה דְאִין הַזּוֹכָה זוֹכָה בְּדָבָר דְאֵינּוּ בְּרִשׁוֹתוֹ

א"כ בנ"ד דמחמת שעבוד נכסי של המלנה נעשה לאינו ברשותו א"כ מה"ט לא מהגי זכיה בדבר שיש עליו שעבוד נכסי ולפ"ז ה"ה במה דנתיאשו הבעלים יהיה טורף מן הזוכה מה"ט ודלא פהגתיבות אכן ז"א דהא שיטת ריטב"א והובא בקצה"ח סי' ת"ה דאיסורי הנאה שלו הוא רק דלאו ברשותו קאי ע"ש ומה שהובא בקצה"ח שם פן בשם הרשב"א לסנפה הוא ט"ס וצ"ל הריטב"א בחי' לסנפה ד' ל"ה מה שהביא בשם הראב"ד והריטב"א השיג עליו וס"ל דאיסורי הנאה הוי שלו] והא דאין יכול למפן איסורי הנאה זהו משום דכיון דנאסר בהנאה מקרי אינו ברשותו וכמש"כ רש"י בב"ק ד' מ"ה בשור שנגמר דינו דלא מצי להקדישו משום דלאו ברשותו קאי וכמו בחמץ דאמרו דאינו ברשותו ונעשאו הפתוב כו' ולא אמרו דהוי אינו שלו רק דאינו ברשותו משום דמחמת איסור הנאה נעשה לדבר דאינו ברשותו ומבואר בראשונים דכמה פוסקים ס"ל דיכול לזפות באיסורי הנאה וכמו בעו"ג ד' מ"ב דלמא מגבה לה נהדר מבטל לה כו' וכמבואר בתשובת ריב"ש והובא בקצה"ח סי' ר' ס"ק ה' ובאבני מלואים סי' קמ"א ס"ק י"ג ועיין במג"א סי' תקפ"ו ובסי' תרמ"ט ס"ק כ' ובמחנה אפרים הל' זכיה מהפקר סי' ד' ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ד ואכמ"ל ובסנהדרין ד' פ' פתבו התוס' בד"ה בשור שלא נגמר דינו כו' באה"ד שם דהא דאמרו בב"ק ד' מ"ה בשור שנגמר דינו מקרו אינו מכור כו' דאין לו מקר והלוקח אינו יכול לזכות בו יותר משארי אדם כו' עכ"ל.

וכ"כ התוס' זבחים ד' ע"א ע"א ע"ש הרי שפכתו דאין הלוקח יכול לזכות יותר משארי אדם דמשמע הא פשארי אדם יש בו זכיה משום דיש זכיה באיסור הנאה אלמא דמצינו שיטת פוסקים הנ"ל דס"ל דאף דאין יכול למפן דבר הנאסר בהנאה דהוי פאינו ברשותו עכ"ז מהגי זכיה בהו דלא אמרינן דמה"ט לא יהיה מועיל זכיה ומוכח דאף במה דהוי אינו ברשותו ג"כ מועיל זכיה אלא דליתיה במכירה משום דהוי פאינו ברשותו ולכן שפיר פתב הגתיבות דאין טורף ממי שזכה מיאוש: ענף ד' ולפי שיטת רש"י דהא דטורף ממשעבדי זהו משום דהוי פמוכר דבר דאינו ברשותו א"כ יש לדון דדוקא בהפקר מדעת הבעלים טורף בשטר מן הזוכה בהפקר משום דכמו דאינו מוכר לדבר דאינו ברשותו ה"ה דאינו מפקיר לדבר דאינו ברשותו פמבואר בב"ק ד' ס"ט אבל בנכסי הגר לאחר מיתה היינו בגמים הקדמונים ובמדינות שניתן להם רשות מן הממשלה הרוממה לגייר אבל במדינתנו שאין אנו רשאים לגייר עפ"י חוקי אדונינו הקיר"ה ומצווים אנו לקיים פן וכדכתיב אני פי מלך שמור ע"כ לא משפחת כ"ז פלל בזה"ז דנעשה הפקר ממילא משום דאין לו בעלים נראה לפ"ז דאינו יכול לגבות אף מלנה בשטר ממנו פיון דהעיקר דבע"ח טורף ממשעבדי הוא לשיטת רש"י משום דהשעבוד מבטל לקניות הלוקח או למה שהפקיר מדעת א"כ ז"א שייך בהפקר דנכסי הגר דכיון דהוי הפקר ממילא ע"כ שפיר מועיל זכיה הזוכה אף דנעשה ע"י השעבוד לדבר דאינו ברשותו וכיון דזכה בו פבר שוב לא מצי טריף לי הבע"ח וכמש"כ פועין זה הגתיבות גבי יאוש פנ"ל: ולפ"ז יש לתרץ בפשיטות למה דהקשיתי במק"א על מה שפכתב ה"ט"ז לח"מ סי' רמ"ה סעיף יו"ד לחלוק על הסמ"ע דכתב דדוקא מלנה בשטר טורף מהפקר והט"ז ס"ל דאף מלנה בע"פ גובה מהפקר והקשיתי עליו מהא דמנחות ד' נ"א ע"ב דהובא שם משנה דשקלים דתנו אמר ר"ש שבעה דברים התקינו ב"ד כו' גר שמת והניח זבחים יש לו נסכים קרב משלו ואם לאו משל ציבור ופי' רש"י להכי נקט גר שאין לו יורשים דאי ישאל הוה מקרבי

יורשיו נסכיו ותוס' שם ד"ה יש לו נסכים כו' פתבו שהפרישם בחייו דלאחר מיתה הוי הפל הפקר עכ"ל והתוי"ט שקלים פ' י"א פתב דיורשים לא מחייבי רק בהניח אביהם נכסים כו' ועיין גיטין ד' ל' דאמרו ומי איפא יורשין דלא ירתי כו' והא דבישראל מחייבים יורשיו להביא נסכים משום דהוי מלנה הפתובה בתורה כמבואר בתמורה דף י"ד דמחייב באחריות הנסכים אע"פ שקרב הזבח ונליף זה מקראי וכן הוא במנחות ד' פ"א וגובין מן היורשין כמבואר בקידושין דף י"ג ל"ד ש"ד.

והארכתי במק"א לפרש זה אליבא דמ"ד שעבודא לאו דאורייתא עכ"פ מבואר הקא דאף מלנה הפתובה בתורה אינו גובה מהפקר. וע"כ הוצרכו לתקוני בגר שמת דאף דיש לו נכסים מ"מ הוי הפקר ויביאו הנסכים מן ציבור והוי מזה הסוגיא סייעתא לשיטת הסמ"ע דמלנה בע"פ אינו גובה מהפקר אכן תקשה מזה על הט"ז: אמנם לשיטת רש"י יש לחלק בפשיטות דשאני בהפקירו הבעלים מדעת פיו דע"י השעבוד נעשה זה לאינו ברשותו ולכן אין חל הפקירו וממילא קים ליה ברשות בעלים הראשונים הלויים ושפיר מצי טריף והא דאינו גובה למלנה בע"פ ממשעבדי זהו משום פסידא דלקוחות אבל בזוכה מהפקר דלא שייך פסידא ע"כ מוקמינן על ד"ת ל"מ"ד ש"ד ושאיני מקבלי מתנה דאי לאו דה"ל הנאה מיניה כו' הלכך דינם פלקוחות כמבואר בגיטין דף נ' ע"ב וח"מ ריש סי' קי"א אבל בזוכה בנכסי הגר לאח"מ דהוי הפקר דממילא וכיון דזכה בו הזוכה כבר ע"כ אין בכח השעבוד לבטל שוב הזכיה שלו ע"כ לא מצי טריף מהזוכה ולכן במנחות דמירי שם בגר שפיר פתבו התוס' ורש"י דנכסיו הם הפקר ולא גבינן מינייהו להחוב נסכים אבל בהפקר מדעת הבעלים דכיון דלא חל הפקירו מחמת השעבוד דנעשה לאינו ברשותו שפיר פתב הט"ז דאף מלנה בע"פ גובה מיניה: אבל אפתי תקשה ע"ז דהא מבואר בתוספתא פתובות סוף פ' יו"ד בזה"ל גר שמת ויצא עליו פתובת אשה ובע"ח גובין מהאחרון אין להן גובין משלפניו אין להם גובין משלפני פניו והובא תוספתא הלז בח"מ סי' רה"ע וכן פסקו בטור ושו"ע שם ולשיטת רש"י דעיקר טריפא הוא מצד דנעשה לאינו ברשותו.

א"כ קשה אמאי גובין מהפקר דממילא דהא בזה לא שייך סברת רש"י הנ"ל ואפשר לומר דרש"י סמך על מה דהוכחתי מהא דמנחות דף נ"א דמוכח מהתם דאינו גובה מהפקר דממילא. א"כ לא נקטינן פהתוספתא אבל זה דוחק לומר כן: וכן אפשר לומר דהתוספתא ס"ל כמ"ד שעבודא לאו דאורייתא כי יש בזה פלוגתא דתנאי בערכין דף ז' וכמש"כ במק"א: ועיין בכורות דף מ"ט א"כ ל"מ"ד שעבודא לאו דאורייתא הא דמלנה בשטר גובה הטעם משום געילת דלת מדרבנן א"כ לפ"ז אף בהפקר דממילא ג"כ גובין אף דלא שייך טעמא דרש"י הנ"ל אף ל"מ"ד דש"ד וכשיטת רבא בגיטין דף נ' הנוכח רש"י לפרש כן דהוי אינו ברשותו ע"י השעבוד וכן י"ל דר"ש דמנחות דף נ' הנ"ל דאמר דלא גובין לחוב מהפקר דממילא ג"כ טעמו דס"ל ש"ד ולהך מ"ד לא הנה מעולם תקחז"ל על טריפת משעבדי ע"כ היכא דלא שייך טעמו דרש"י הנ"ל דהא בהפקר דממילא אף דנעשה דבר דאינו ברשותו ע"י השעבוד מ"מ זכה הזוכה בו ולא מצי גבי מיניה כן י"ל לכאורה בכ"ז: אבל באמת ג"ז אינו מספיק לתרץ קושיותי מעל רש"י דאיהו יעלה על הדעת דל"מ"ד שעבודא לאו דאורייתא והנה עדיף לגבות מהפקר דממילא משא"כ ל"מ"ד ש"ד לא והנה טורף מהפקר דממילא והא כל דתקון רבנן כדאורייתא תקון ולא יותר

מדאורייתא פי אם היכא דמציינו בפירושי דעשו חזוק יותר משל תורה ועוד דנ"ל ברור דאף ל"ד שעבוד לאו דאורייתא מ"מ הא דטורף מצד תקחזו"ל אין זה רק מצד שעבודא דרבנן דכן הוא משמעות הלשון שעבודא לאו דאורייתא אבל מדרבנן משועבדים נכסיו [וכן הוא בשיטת אב"י אף דס"ל שעבודא לאו דאורייתא פבגיטין דף נ' בתוס' שם מ"מ ס"ל למפרע גובה וג"כ טעמו משום שעבודא דרבנן וע"כ למפרע גובה ובמק"א הארכתי בכ"ז ע"כ ג"כ י"ל אליבניה דמצד שעבוד דרבנן עושהו פדבר דאינו ברשותו וכשיטת רש"י ועיין בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' בשם הרשב"א דבשעבוד מפורש כ"ע מודו דש"ד.

ע"כ י"ל דחזו"ל עשו זה כמו דשעבדו בפ"א א"כ תשאר קושיותי מהתוספתא הנ"ל על שיטת רש"י. ענף ה' ומחומר הקושיא הנ"ל נלענ"ד לומר דבר מן הדש בעז"ה ע"פ מש"כ לעיל שני אופנים בכוננת רש"י הנ"ל א' ע"פ שיטת התנאים דכל היכא דאין לו שעבוד הגוף אף במת הלנה פקע שעבוד נכסיו רק יורש שאני.

ועוד פתבתי לפרש כוננת רש"י אף לשיטת הסמ"ע ונהר"ן דמ"מ הוכרח רש"י לפרש טעמו דטריפת לקוחות פן לפי דס"ל לרש"י דהיכא דזכה בו אחר אין פח בזכות השעבוד לטורף ע"כ פי' רש"י דטורף מצד דנעשה לדבר דאינו ברשותו כו' ונפ"מ בין שני אופנים הנ"ל דלפי' הא' הנ"ל א"כ במת הגר מיד פקע שעבוד הגוף וממילא פקע שעבוד נכסיו שלו אף מקודם דזכה בו אחר אבל לשיטת הנה"ך והסמ"ע דבמת הלנה לא מקרי פקע שעבוד הגוף פנ"ל וכן הוא העיקר א"כ לפ"ז מוכרח לומר בכוננת רש"י דכיון דזכה בו אחר אין פח להמלנה לטורף פנ"ל א"כ ז"א שייך רק אחר דזכה בו אחר בנכסיו הגר אבל מקודם דזכה בו אחר עדיין לא פקע שעבודו של המלנה מעל הנכסים ועוד דלפמש"כ במק"א לפרש לדברי הרשב"א דהובא בבית יוסף סי' ער"ה דאף מטלטלי דהפקר גובה הבע"ח וכתבתי טעמו ע"פ המשנה פתובות ד' פ"ד בהניח פירות תלושין דינתנו ליורשין לפי דבע"ח מחוסר גובינא ויורש אינו מחוסר גובינא והארכתי בכ"ז במק"א ע"כ פיון דבעת מיתת הגר לא זכה בו אחר בנכסיו א"כ משמעדי מיד נכסיו להבע"ח אף במטלטלי כמש"כ במק"א.

ע"כ אלים שעבודו דהבע"ח על נכסיו מקודם דזכה בו האחר ועכ"ז אין פח בזכות שעבודו לטורף מן מי שקדם וזכה בנכסיו הגר פיון דעיקר טריפת משעבדי הוא לשיטת רש"י מצד דנעשה דבר דאינו ברשותו א"כ בהפקר דממילא דלא שייך ה"ט ע"כ אין לו פח לטורף מהם אף מקודם דזכה בו הנה שעבוד להמלנה על הנכסים פנ"ל ועי"ז יבואר בעז"ה תירוץ נכון לשיטת רש"י פבר פתבתי לעיל דבזמן הזה לא שייך כ"ז דאין לנו רשות לגייר פלל והוא דהנה יש להעיר בגיטין דף נ' ע"ב דאיבעיא להו עלה דאין נפרעין ממשועבדים במקום בע"ח אם עבדו רבנן לתקנתא זו במתנה ופשוטו מבריייתא שכ"מ שאמר תנו ר' זוזי לפלוני ואחריו לפלוני גובין מאחרון דאף במתנה עבדו לתקנתא משום אי לאו דה"ל הנאה מיניה ומדחה הב"ע בע"ח ואבע"א דשוו פולהו להדדי אלמא דס"ל לסוגיות הש"ס להסתפק די"ל פן במתנה משום דאי לאו דה"ל הנאה כו' דה"ל פי פסידא דלקוחות ולפ"ז בזוכה מהפקר דלא שייך ה"ט דאי לאו דה"ל הנאה כו' אין בזה שום ספק פלל לומר דיגבה רק מהאחרון א"כ קשה על סוגיא זו מתוספתא דכתובות הנ"ל דתני בזוכה מן הפקר דבע"ח גובה מאחרון אלמא דאף היכא דלא שייך לומר דאי לאו

דה"ל הנאָה כו' ג"כ תקנו חז"ל דיגבה מאחרון ועוד יש להקשות דתפשוט מהך תוספתא דאף בהפקר אָמרו דגובה מהאחרון א"כ כש"כ במתנה דשייף לומר אי לאו דה"ל הנאָה כו' דנדאי גובה מהאחרון: אף לפי האוקימתא דגיטין שם דהב"ע בדשוו פּוֹלְהוּ לְהַדְדִי י"ל דה"ה הך תוספתא דכתובות פ' י' ה"ג"ל מייב"י ג"כ בשווי פּוֹלְהוּ וְהִיכָא דְשׁוּוּ פּוֹלְהוּ ונדאי גובין מהאחרון אף היכא דלא שייף אי לאו דה"ל הנאָה ועיקר הבעיא הוא באם לא הניח להאחרון אלא זיבורית אבל לאוקימתא קמיינתא דהש"ס שם דמדחה הב"ע בבע"ח א"כ זה הדחייה לא שייף על התוספתא דכתובות כמבואר שם ותקשה דאמאי לא פשוט זה מהתוספתא ה"ל ועיין ברא"ש גיטין שם דכתב דדוחק הוא להעמיד בשווי פּוֹלְהוּ לְהַדְדִי וכן שארי דחויים דהש"ס ע"ש א"כ ה"ה התוספתא דתני סתמא גובין מן האחרון משמע ג"כ אף דאין לאחרון רק זיבורית ג"כ אינו גובה מראשון אף דיש לו בינונית א"כ תקשה דה"ל להש"ס למפשט מהך תוספתא דבזה לא היה יכול למדחי בדחייה קמיינתא וגם הא חזינו דס"ל להש"ס שם דדוקא במתנה דשייף אי לאו דה"ל הנאָה כו' דינו כמכירה לגבי זה א"כ בהפקר דלא שייף פן לא תקנו פן א"כ תקשה ע"ז מהתוספתא ומוכח לפ"ז דהך תוספתא פתובות ה"ל לאו דסמכה הוא וכעין מש"כ הרא"ש פחולין פ"ב סי' ו' ע"ש וצ"ע רב בכ"ז: ענף ו והנלפענ"ד לתרץ כ"ז ע"פ מה די"ל דאף דמצד טריפת משעבדי אין פח וזכות להבע"ח לטרוף מן הזוכה בנכסי הגר לאח"מ פינו דכבר זכה בו אחר.

עכ"ז י"ל נהי דמצד שעבוד נכסי אין לו פח לטרוף דמיד דזכה בהו פקע שעבודו עכ"ז מחייב הזוכה לשלם לו מצד מזיק שעבודו דחייב כמבואר בח"מ סי' שפ"ו ש"ף ס"ק י"ב במשחרר עבדו דפסק הרמב"ם דחייב לשלם שהרי הפקיע שעבודו וגרם לו לאבד ממונו והראב"ד השיג עליו וס"ל דמזיק שעבודו פטור הואיל בדידיה קעביד אבל היכא דבבבריה קעביד מודה דחייב לשלם כמו דהאריף הש"ף שם בזה וכ"כ התומים בסי' ק"ז ס"ק ח' לחלק פן ולתרץ סתירת הרמב"ן והרשב"א והטור דשאני יורש שמכר מטלטלי דבדידיה קעביד.

ע"כ ס"ל דפטור משא"כ בע"ח מאחר דלאו בדידיה קעביד ס"ל דחייב ועיין בח"מ סי' ק"ז ובאה"ע סי' צ"ג ובסי' קי"ב ובח"מ סי' כ"ה בקצה"ח שם דהקשה על הא דאיתא שם בדיין דזיכה לזה ונטל משפוננו מזה והחזירו להלנה דחייב והא ה"ל מזיק שעבודו דפטור ולפמש"כ הש"ף בשם הראב"ד דהיכא דבבבריה קעביד מודה דחייב א"כ הא הדיין עבד בבבריה ולא היה שלו פלל מעולם ע"כ שפיר חייב ועיין בבית מאיר סי' צ"ג במה שהקשה שם מב"ק ד' י"ג דנגח והפקיר דפטור והא ה"ל מזיק שעבודו ובאמת אין זה קשה פלל וליראת אריכות קצרותי: ולפי זה יש לדון בכל זוכה בנכסי הגר לאח"מ דאף דאין זכות להבע"ח לטרוף מהזוכה משום דפקע זכות השעבוד פשוטה בהו אחר פנ"ל לשיטת רש"י עכ"ז י"ל דחייב הזוכה לשלם משום מזיק שעבודו של חבירו דהא מקודם דזכה בהו הזוכה היה להמלנה שעבוד על הנכסים וכמש"כ לעיל עפ"י שיטת הר"ן והסמ"ע דלא פקע שעבוד נכסי אף דמת הלנה רק בעת דזכה בהו הזוכה אז פקע שעבודו א"כ מקרי הזוכה כדין מזיק שעבודו של חבירו דחייב: ועיין בתשובת הרמב"ן סי' נו' והובא בקצרה במל"מ פ' י"ח ה' מלנה דין ה' שכתב בלנה דשעבד להמלנה מטלטלי אג"ק ומכר הלנה המטלטלי ואכלן הלוקח אין הלוקח חייב משום מזיק שעבודו

דְּהָא הוּא לֹא הִזִּיק רַק הַמוֹכֵר שְׁמַכְרֵן לְלוֹקֵחַ וּמוֹכֵחַ כֵּן מְהֵא דְעֵשָׂה שׁוּרוֹ אֶפּוֹתִיקַי וּמְכַרְן דְּאִין הִבַּע"ח גּוֹבָה מִמֶּנּוּ דִּיגְבָה מְדִין מִזִּיק שְׁעֵבוּדוֹ כּו' עכ"ל וְכַוֵּנְתוֹ שֶׁל הַרְמַבַּ"ם בְּרֵאשִׁיתוֹ דְּאִין דְּמַצֵּד שְׁעֵבוּדוֹ שְׁאֵצֶל חֲבִירוֹ לֹא מְצִי טְרוּף מִשׁוּם תַּקְחוּ"ל.

דמ"מ יתחייב בדין מזיק שעבודו דלא גרע מן אלו בא אחר והזיק לשור אפותיקי דחייב משום מזיק שעבודו אף היכא דלא שניף שעבודא דר' נתן כגון דהזיק ברצון הלנה וכמש"כ הש"ך בס"י שפ"ו ס"ק י"ב ע"ש א"כ הלוקח להשור יתחייב משום מזיק שעבודו ע"כ הוכיח מזה הרמב"ם דהלוקח לא מקרי מזיק שעבודו משום דהלנה דמכר הוא קעבד המעשה ולא הלוקח ובפרט להסוברין דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעי פוננת קנייה וכמש"כ הנ"מ וי"ס ב"ב דף מ"א בשם הרמב"ם ד"כ וכ"כ הרשב"א בח"י לגיטין ד' כ' א"כ אין הלוקח קעבד כלל פניו דאף בלא פוננתו חל הקנין של המוכר והוי כעין נרשעה הבא מאליו ויהיה איה שיהיה: עכ"פ חזינו בדברי הרמב"ם דס"ל דעל הלוקח אין שם מזיק שעבודו משום דזכירתו בא ע"י המוכר א"כ ז"א שניף רק בלוקח ומקבל מתנה משא"כ בזוכה בנכסי הגר דאין כאן דעת אחרת מקנה כלל רק עיקר הזכירה עושה הכל בעצמו.

לכן הוי הזוכה מזיק שעבודו דחייב וכמש"כ הרמב"ם הנ"ל. דכל לוקח חייב בדין מזיק שעבודו אלא דמחלק דשאני לוקח דזכירתו בא ע"י המוכר א"כ בזוכה מהפקר דנכסי הגר דאיהו קעבד כולו ע"כ הזוכה הוי מזיק שעבודו דחייב א"כ בין זוכה.

בנכסי הגר ובין לוקח כולו חייבים לשלם להבע"ח אף הם מטעמים חלוקים דאלו לוקח אף דאין בו משום מזיק שעבודו כמש"כ הרמב"ם עכ"ז חייב משום דמחמת השעבוד נעשה לאינו ברשותו ולא חל המכירה ובזוכה מנכסי הגר אף דלא שניף טעמו דרש"י הנ"ל בזה עכ"ז חייב לשלם מצד מזיק שעבודו.

ולפי זה גם בעשה שורו אפותיקי אף דלא גבי מהלוקח עכ"ז גבי בזה מן הזוכה בנכסי הגר משום דה"ל מזיק שעבודו: ענף ז ולפי זה מתורץ מה שהקשיתי על שיטת רש"י מהתוספתא דמבואר שם דהזוכה בנכסי הגר חייב לשלם להבע"ח דאף דלא שניף בזה סברת רש"י הנ"ל עכ"ז הא חייב משום מזיק שעבודו וכן מתורץ עפ"ז מה דהקשיתי לשאל בסוגיות הש"ס דגיטין ד' נ' במה דאיבעיא להו במתנה אם אחרון נפסד או מצי לגבות מהראשון והא מצי למפשט מהתוספתא דהפקר דאף דלא שניף התם אי לאו דה"ל הנאה כו' מ"מ אמרינן ביה אין נפרעין ממשועבדים במקום שיש ב"ח אבל לפמש"כ לשיטת רש"י יש לחלק דדוקא בלוקח ומקבל מתנה דהא דטרוף בע"ח מינייהו זהו משום דנתבטל המכירה והמתנה דהשעבוד עושהו לדבר דאינו ברשותו פשיטת רש"י.

ע"כ שפיר מצי טורף אף מלוקח ראשון דהא שעבודו הוא ביז הלוקח הראשון ג"כ דכל שדותיו של הלנה משועבדין להמלנה. אלא דחסו חז"ל משום פסידא דלקוחות דלא ליטרוף ממשעבדי במקום דיש ב"ח ע"כ איבעיא להש"ס אם גבי מתנה דלא שניף פסידא לא תקנו כן וע"כ מצי טריף ממקבל מתנה אף בהניח ב"ח דהא הקרקע של המקבל מתנה נשתעבד להמלנה ושניף טעם הלז או דלמא פניו דאי לאו דה"ל הנאה מיניה כו' ה"ל פלוקח: אבל בזוכה בנכסי הגר דאחר דזכה הזוכה פקע שעבודו של המלנה אליביה דשיטת רש"י פנ"ל ובזה לא שניף לומר כסברת רש"י לבטל הזכירה של הזוכה דהא הוי

הפקר דממילא: א"כ לא נתבטל זכיותו וקא דבע"ח גובה מהזוכה בנכסי הגר נתבאר דהוי משום מזיק שעבודו ע"כ היכא דהניח עוד נכסים ב"ח בעת שזכה הראשון ע"כ לא הוי בזה מזיק שעבודו דקא עדיין הניח לו מקום לגבות חובו ועל המותר נכסים שלא זכה בהו שום אדם יש להמלנה שעבוד נכסי ע"כ לא מקרי מזיק שעבודו ולכן לא גבו מהראשון אם הניח נכסים ב"ח דקא לא הזיק לשעבודו רק אחרון אחרון נפסד דקאחרון הוא המזיק שעבודו דלא הניח כלל מקום שעבוד להמלנה ע"כ מתוך מה דהקשיתי בסוגיא דגיטין ה"ל מן התוספתא ה"ל דקא אין דומים כלל להדדי ובזוכה מנכסי הגר אף מן דין תורה אינו נפרע מהזוכה במקום שהניח בע"ח משא"כ בלוקח ומקבל מתנה דמן דין תורה נפרע ממשעבדי במקום ב"ח אלא מצד תקון העולם תקנו דאין נפרעין כו' ע"כ איבעיא להו שפיר במקבלי מתנה אם תקנו פו ומתוך היטב קושיא אחת ע"י קושיא השניה מעל שיטת רש"י ה"ל ובאמת הוי מסוגיות הש"ס דגיטין ה"ל סייעתא רבתי לשיטת רש"י פסחים ה"ל דע"פ שיטת רש"י ה"ל א"ש מה דלא הזכירו בסוגיא ה"ל להתוספתא פתובות ה"ל.

ענף ח ועפ"ז יש לדון דהנכון עם הפוסקים דס"ל דאף מלנה בע"פ גבי מן הפקר משום די"ל דכיון דעד העת דזכה בהו הזוכה הנה משועבד נכסי הלנה לפי הסוברים ש"ד ע"כ מקרי הזוכה מזיק שעבודו וחיוב לשלם וכעין קושית הרמב"ן ה"ל על עשה שורו אפומיקי דהקשה דאף דלא גבו מהלוקח משום זכות שעבורו מ"מ יתחייב בתורת מזיק שעבודו ומתוך דהלוקח לא קעבד כלום רק המוכר דמכר לו א"כ זה לא שייך בזוכה מהפקר לא מבעיא בהפקר דנכסי הגר נדאי דהזוכה עבד פולו מילתא ואף בהפקר מדעת.

מ"מ כיון דקודם זכיותו הנה להמלנה שעבוד נכסי על הקרע אף לפי דזכה הזוכה אז פקע שעבודו א"כ הזוכה הוא המזיק שעבודו וחיוב לשלם ואף לשיטת רש"י בב"מ דף י"ב דהפקר ה"ל דעת אחרת מקנה וכמש"כ הש"ף בסי' רס"ח ס"ק ט' עכ"ז לא שייך בזה לדון כמש"כ לעיל לדון בלוקח ומקבל מתנה אליביה דשיטת הראב"ד והרשב"א גיטין דף כ' דבדעת אחרת מקנה לא בעי פנונת הקונה דקא בהפקר לא שייך פו וכמש"כ הנתיבות בסי' רע"ג ס"ק א' ואכמ"ל וע"כ הזוכה עבד לכולי מלתא והוי מזיק שעבודו פנ"ל ולכן לא תקנו חז"ל דלא לטרון מהזוכה אבל שארי לוקח ומקבל אינו חייב לשלם מצד מזיק שעבודו משום דהמוכר עבד לכולו הדייקא וכסברת הרמב"ן ה"ל בעשה שורו אפומיקי ע"כ תקנו חז"ל פו: ואפשר דזהו פנונת הרשב"א דהובא בקצה"ח סי' רמ"ה ס"ק ב' דאף מטלטלי דהפקר משתעבד וטרף מנייה הבע"ח ואף דמצד טריפת משעבדי לא שייך במטלטלי דקא לא תקנו חז"ל לטרון מטלטלי המשועבדים עכ"ז י"ל דשאני זוכה מן הפקר דכיון דקודם שזכה בהו הזוכה תקנו חז"ל דאף מטלטלי משתעבדי וכמש"כ במק"א ע"פ דברי הרשב"א להוכיח מהו משנה פתובות ד' פ"ד דהיכא דאין שום רשות אחרים על המטלטלי אז חל שעבוד של הבע"ח על מטלטלי ג"כ כמש"כ שם בארובה ע"כ מקרי הזוכה מזיק שעבודו וחיוב לשלם.

משא"כ בכל לוקח ומקבל מתנה וכסברת הרמב"ן ה"ל וקצרותי: ועפ"י זה אפשר לתרץ מה דהקשיתי לעיל על הסוברים דאף מלנה בע"פ גבי מהפקר דא"כ למה הוצרכו לתקוני בגר שמת דיביאו נכסים משל ציבור כמבואר בפמנחות ד' נ"א ובשקלים הא ה"ל מלנה

הפתובה בתורה וכמש"כ לעיל אכן לפמש"כ דעיקר החיוב בזוהר בנכסי הגר הוא משום מזיק שעבודו ולא משום טריפת משעבדי ע"כ יש לתרץ זה ע"פ מש"כ התוס' בב"מ ד' צ"ט ע"ב ד"ה פרט למזיק כו' דאף הקרן פטור לשלם במזיק הקדש רק מדרבנן חייב לשלם ועיין בתוס' מעילה ד' י"ט וב"ק ד' ז' א"כ י"ל פיון דמה"ת מ'פטר מזיק הקדש ע"כ התם בחוב נסכים דהוא של הקדש לא שייך לחייב את הזוהר משום מזיק שעבודו דהא ה"ל מזיק הקדש דמ'פטר ואף מדרבנן חייב מזיק הקדש י"ל דז"א אלא במזיק ממש אבל במזיק שעבודו דאף דחייב י"ל דאין זה אלא מדרבנן ועיין בהרמב"ם ה' חובל ומזיק פ"ז ה' י"א בהמ"מ שפתיב בשם הרמב"ן וש"פ דכתבו דלכן חייב מזיק שעבודו דכיון דקיי"ל דדיינינו דינא דגרמי ה"ה דמזיק שעבודו חייב ע"ש וכ"כ הבית יוסף לח"מ סי' ק"ד בשם הראשונים דכ"כ וכ"כ הב"ש באה"ע סי' צ"ג ס"ק ל"ט והפוסקים בח"מ סי' ק"ד תלו חיוב מזיק שעבודו בדינא דגרמי ע"כ י"ל דכמו דד"ג הוא מדרבנן לשיטת כ"פ דה"ה מזיק שעבודו ואף דהתוס' בגיטין ד' מ"א ע"א פתבו דאף למאן דפטר דד"ג מ"מ מחייב מזיק שעבודו עכ"ז י"ל דאינו רק מדרבנן ולכן בכה"ג אפשר דמ'פטר בהקדש פיון דאף מזיק גמור בהקדש אינו חייב אלא מדרבנן ע"כ בכה"ג לא תקנו לחייב בהקדש דה"ל פ'עין תשנתא לתשנתא ע"כ הוצרכו לתקוני בגר שמת דיביאו נסכיו משל ציבור ואף דר"ש ס"ל גורם לממון פממון דמי ור"ש אמר, התם בשקלים ומנחות להך דגר שמת כו' עכ"ז י"ל דד"ג שאני פמבנאר בתוס' ב"ק ד' ע"א ע"ב ובש"ף ח"מ סי' שפ"ו וברמב"ן בדד"ג שלו ועיין באבני מלואים סי' כ"ח ס"ק ס"ט דהביא שם להפוסקים דס"ל דר"ש לא דאין דד"ג: אכן מצינו בגיטין ד' נ"ג דהפ'הנים שפיגלו במקדש מזידין חייבין אף דהיזק שאינו נ'פך רק מדרבנן חייב אפ"ה תקנו לשלם אף בהקדש אף דמזיק הקדש פטור מה"ת ועיין בפני יהושע גיטין ד' נ"ג ע"א אף אפשר לומר בזה דאין לדמות תשנתא לתשנתא ואין לדמות גזירות חז"ל להדדי פידוע ל ועוד אפשר לומר דזה דומה להא דמנחות ד' נ"א גבי כה"ג שמת ולא מינו אחר תחתיו דמנחתו דאורייתא מדציבור והדר תקנו דליגבי מירושין פיון דחזו דקא פשעו בה אוקמוה אדאורייתא וי"ל דלכן פשעו בה דכיון דמה"ת הוא מדציבור ע"כ פשעו בה נסמכו על מה דמדאורייתא פטירי.

ולכן במי שלא הביא הנסכים ויש לו יורשים לא חשו דפשעי ולתקן להביא משל ציבור משום דכיון דמחוייבים מה"ת למ"ד ש"ד או דמלנה הפתובה בתורה כפתובה בשטר דמי ע"כ לא חשו לזה וכיון דמצינו בירושלים היכא דפטירי מה"ת דחשו בזה דפשעי.

כש"כ באחרים היכא דפטירי מה"ת משום מזיק בהקדש פטור דחשו דלמא פשעי ויסמכו על מה דמה"ת פטירי ע"כ תקנו בגר שאין לו יורשים להביא משל ציבור ונדקא בירוש ד"ל דס"ל מלנה הפתובה בתורה כפתובה בשטר דמיא פמבנאר בערכין ד' ז' ובבכורות ד' מ"ט דיש בזה פלוגתא דתנאי ע"כ במי שיש לו יורשים לא חשו לזה [ויש לעיין עפ"י זה בסוגיא דש"ד בסוף ב"ב ואכמ"ל] וגם למ"ד שעבודא לאו דאורייתא יש לחלק בפשיטות וקצרותי: וכ"ז במזיק הקדש דפטור מה"ת אבל בחוב הדיוט שפיר י"ל דאף דתקנו דחוב בע"פ אינו גובה מן לוקח ומקבל מתנה אף למאן דס"ל ש"ד דהפקיעו שעבודו פשזכה אחר בהקרקע וכמש"כ לעיל מ"מ בזוהר מהפקר דיש מקום לחייבו משום מזיק שעבודו של חבירו דהא קודם שזכה בו היה להמלנה שעבוד ע"ז ע"כ י"ל דלא פטרוהו משום חיוב מזיק דיש עליו רק בלוקח ומקבל מתנה דלא הוי עליו חיוב

מזיק שעבודו כמש"כ הרמב"ן פנ"ל בזה תקנו דאין גובין למלוה ע"פ ממנו אבל לא בזוזה מהפקר וגם למ"ד שעבודא לאו דאורייתא יש לדון פן דהא הוי עכ"פ שעבודא דרבנן וכמש"כ לעיל ועיין בקצה"ח סי' ק"ח ס"ק א' ואף שיש לי עוד מה להאריך בכ"ז רק לפי דכתבתי במק"א תירוץ מורנוח ביותר על קושיותי מהא דמנחות הנ"ל ע"כ קצרתי בכ"ז: ענף ט ובמה שכתבתי לעיל לחלק דשאני יורש מן הזוזה בנכסי הגר משום דירוש הוי פרעא דאבנה משא"כ בזוזה בנכסי הגר אין להעיר בכ"ז מן הא דעירובין ד' ע' ע"ב תוס' ד"ה ת"ש כו' דאין זה דמיון לנ"ד פלל וכמש"כ הריטב"א שם דעיקר הטעם הוא דהזוזה יש לו זכות בפעלים ראשונים בכל מה דהיה שייך להם.

ע"כ שפיר כתבתי לעיל. וכן מקרע מהא דקיי"ל רשות יורש לאו פרשות לוקח דמי כמבואר בב"ק ד' קי"א ובח"מ סי' שנ"ג וסי' שס"א וסי' שס"ב ואלו הזוזה בנכסי הגר ונדאי דהוי שיינוי רשות גבי גזילה לקנות ע"י יאוש ושינוי רשות ויש לי ראיות לזה אף קצרתי וכן לא שייך לדון בכל מש"כ לעיל עפ"י מש"כ התוס' בב"ק ד' ס"ט ע"א ד"ה פל שלקטו עניים כו' דיאוש הוי כמו מתנה להגזלן כו' ועיין בזה בנתיבות סי' שנ"ג ס"ק ג' דהא ביאוש דאבידה לא שייך זה וגם ביאוש דגזילה היכא דמהני מ"מ מצי טריף לי' הב"ח משום דהה מילתא דיאוש הוי מתנה להגזלן אין זה ענין לנ"ד כמבואר למבין: היצא לנו מכ"ז דלשיטת רש"י דפסחים ד' ל"א דנתבאר: דמצד שעבוד לא מצי טריף אף חוב בשטר מן נכסי הגר לאח"מ כי אם מצד מזיק שעבודו מצי טריף ולשיטת התוס' בגיטין ד' מ' ע"ב ד"ה הקדש חמץ כו' שכתבו בשם הר"י דלרבא דבע"ח מכאן ולהבא גובה הוי פל מכירת שדה המשועבדת דבר ברשותו כו' והא דטריף לי' בע"ח בחובו זהו משום עצם השעבודאליהם שעבודו לטרון מלקוחות אי ש"ד או שעבודא דרבנן במלוה בשטר א"כ זה בנודאי שייך פן אף בנכסי הגר לאח"מ דטריף לי' הבע"ח אף סוגיא דגיטין ד' נו"ן דאיבעי' להו אם עבדו רבנן לתקנתא דאין נפרעין ממשועבדים במקום ב"ח במתנה דאי לאו זה"ל הנאה כו' ולא הזכירו להה תוספתא דכתובות הנ"ל הוי מזה הוכחה נכונה לשיטת רש"י הנ"ל ואפשר דמזה הסוגיא הוכיח רש"י לסברתו דחידוש לנו: וע"פ כ"ז יש לסתור מש"כ הנתיבות דחידוש דביאוש דאבידה לא מצי בע"ח טריף פנ"ל דהא ז"א רק לשיטת רש"י פסחים הנ"ל אבל לשיטת התוס' גיטין ד' מ' הנ"ל דכתבו דכל שעבוד אינו מבטל קניות לוקח דאפתי הוי דבר ברשותו והא דטרף בע"ח בחובו הוי זה משום עצם השעבוד פנ"ל א"כ מה"ט מפעי לטרון אף מן הזוזה מן יאוש דאף דלא נתבטל זכיות הזוזה מ"מ אלים זכות הבע"ח ואף לשיטת רש"י הנ"ל ג"כ מוכח דאף בזכיות הזוזה מיאוש ג"כ טריף לי' הבע"ח כמו דמצינו דבע"ח גובה מנכסי הגר לאח"מ אף בזוזה בו אחר כמבואר בתוספתא ובטור שו"ע סוף סי' ער"ה וע"כ הטעם הוא משום מזיק שעבודו פנ"ל דאל"כ מה יענה רש"י בהה תוספתא הנ"ל א"כ מה"ט אף הזוזה ביאוש חייב משום מזיק שעבודו דהא איהו עבד לי' פלו מילתא וכמו בזוזה מן נכסי הגר וכש"כ הוא ביאוש דלפמש"כ לעיל בשם התנאים דכיון דבטל שעבוד הגוף אף מאיזה טעם שיהיה בטל שעבוד נכסי והסברתי עפ"ז ביותר לשיטת רש"י הנ"ל ע"כ ביאוש דלא נפק מרשות בפעלים עד דאתי לרשות זוזה וכמש"כ הנתיבות בסי' רס"ב.

א"כ עד דזוזה בו הזוזה עדיין הם קיימי ברשות הלנה וכיון דיש לו שעבוד הגוף על הלנה ע"כ ממילא יש לו שעבוד נכסי על קרקעות הלנה והפל ברשות אחד ואף לפמש"כ

בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג דביאוש נפק מרשות בעלים מיד כמו בהפקר ודלא כהנתיבות הנ"ל מ"מ הא פיון דיש לו שעבוד הגוף על הלנה ממילא יש לו שעבוד נכסי על מה דנתיאש דמצטרפים ביחד שעבוד הגוף שלו להשעבוד נכסי אף דאינם ברשות אחת והא דחידוש רש"י דמצד אינו ברשותו איתו עלי' היינו היכא דמת הלנה ואפ"ה טריף מהלוקח בזה הוצרה רש"י לחידוש דמן דין מוכר אינו ברשותו איתו עלי': אף באמת כבר נתבאר דאף עפ"י שיטת הר"ן והסמ"ע בסי' ס"ו פנ"ל ג"כ מוכח דאף היכא דמת הלנה ג"כ יהי מצוי טריף מן הזוכה מיאוש כמו דחזינו בנכסי הגר דהזוכה מחוייב לשלם להבע"ח משום מזיק שעבודו וכמש"כ לעיל בארנפה אף דלא שינה לומר דנעשה לדבר דאינו ברשותו ע"י השעבוד א"כ ה"ה ביאוש א"כ מוכח מפל הנ"ל דלא כהנתיבות אלא העיקר פהתומים דבע"ח טריף מן הזוכה מיאוש: כבר כתבתי לעיל דבמדינתנו לא משפחת הדין דזוכה בנכסי הגר כלל לפי דאנו מצונום לשמור כפי חוקי אדונינו הקיר"ה ודכתוב אני פי מלה שמור וכמש"כ במק"א לבאר זה ודינא דמלכותא דינא: סימן ב הנה עיקר פלוגתא אי שעבודא דאורייתא או לא זה אינו שינה רק אי לגבות מלקוחות או מיורשים אבל מינה דידן ודאי גובין ונחתינו לנכסיו מה"ת לכ"ע כמש"כ הרמב"ן בחי' סוף ב"ב דכיון דכופין לו בגופו לקיים מ"ע דפריעת בע"ח ע"כ נחתינו לנכסיו דעד שאתה פופהו בגופו פופהו בממונו כו' וכ"כ הר"ן בכתובות פ' יו"ד וכ"כ הרמב"ן בקידושין ד' י"ג ובכתובות ד' פ"ו ברמב"ן א וזהו פונת התוס' בב"ב ד' קע"ה ע"ב ד"ה ד"ת כו' דכתבו דמינה פשיטא דגבי כו' וכ"כ בשיטה מקוננת לכתובות ד' פ"ו וביאור למה שכתב רש"י בכתובות ד' פ"ו דמצות עשה דפריעת בע"ח הוא מן הן שלף צדק והשיגו עליו אלא דעיקר מ"ע הוא מן מה דכתוב יוציא אליה העבוט החוצה וזהו המקור למ"ע דפריעת בע"ח: ובתשובת הרדב"ז ח"ב סי' תר"י כתב דמ"ע דפריעת בע"ח הוא מן והשיב את הגזילה כו' והביא פן בשם הרמב"ם פ"ז ה' גניבה יע"ש ולא הביא לדברי הרמב"ן וש"פ הנ"ל דלא כתבו פן: ענה א ונהנה ביו"ד סי' קס"א סעי' ה' גבי ריבית קצוצה דקיי"ל דיוצאה בדמינים משום מ"ע וחי אחיה עמה דכופין ומפין אותו שיקיים מ"ע זו אבל אין יורדין לנכסיו וזהו מן מה שהובא בבית יוסף שם בשם הרשב"א והר"ן ובנ"י רפ"ה דב"מ לפי דברי ריבית ליכא שעבוד נכסי דהא לדידן אזהר רחמנא לבר' לא אזהר רחמנא ואם הי' שעבוד נכסי היו בניו משועבדים ג"כ אלמא דס"ל להר"ן והרשב"א והמחבר דהיכא דליכא שעבוד נכסי דלא נחתינו לנכסיו אלא דכופין לו שיקיים מ"ע זו אבל אין יורדין לנכסיו ולומר דעד שנקפהו בגופו תהא פופהו בממונו משום דאין פח לב"ד לירד לנכסיו ולהחליטו בע"כ להתובע.

א"כ ממילא ה"ה למ"ד דס"ל שעבודא לאו דאורייתא אין יורדין לנכסיו בכל חוב ותקשה מפל הפוסקים הנ"ל דכתבו דגם למ"ד שעבוד לאו דאורייתא נחתינו לנכסיו וגם הא אמרו בכמה דוכתי מינה אף מגלימא דעל כתפי' דשמעות הפשט הוא דירדין לנכסיו לכ"ע וסתי דברי הר"ן להדדי דהא הר"ן פ' יו"ד דכתובות פתב דלכ"ע נחתינו לנכסיו במ"ע דפריעת בע"ח פנ"ל ואלו ה"ה ברבית פתב הר"ן בחי' לב"מ רפ"ה דאין יורדין לנכסיו פנ"ל וזהו קושא חמורה ואחר שנתקשיתי בזה ראיתי להקצה"ח בשי' ל"ט סוף ס"ק א' שגשאר בצ"ע פן וגם העיר בזה מהא דקיי"ל בחוב צדקה דירדין לנכסיו והוכיח מזה דבצדקה איכא שעבוד נכסי יע"ש ויכר הקדימו המחנה אפרים ה' ריבית סי' א'

שְׁהַעֲלֶה לְהוֹכִיחַ מִכָּל זֶה דְּגַם גְּבִי רִיבִית יוֹרְדִין לְנִכְסָיו דְּזָהוּ בְּתוֹרַת כְּפִינִי לְגוֹפוֹ יַע"ש:
 וְלַעֲנִי ד' נִרְאֶה לְתַרְץ דְּבָרֵי הָרָאשׁוֹנִים וְהַמְחַבֵּר בִּי"ד דְּכָתְבוּ דְבָרֵיבִית אֵין יוֹרְדִין לְנִכְסָיו
 וְלֹא סְתָרֵי לְדְבָרֵיהֶם כָּלֵל וְהוּא כִּי הַסְּבָרָה נוֹתְנָת דְּלָמ"ד שְׁעַבּוּדָא לָאוּ דְאֹרִייתָא אֵין פִּתְחָא
 לַב"ד לְיִרְדָּ לְהַנְכָסִים דְּמִי נָתַן לָהֶם פִּתְחָא וְזָכוּת לְיָקוּחַ מִמּוֹן אַחֲרִים וְלְהַחֲלִיטוּ בַע"כ לְהַתּוֹבֵעַ
 וְהָא חֲפָץ בְּלֹא שׁוּמָא וְהַחֲלָטָה הוּא בְּגִזְלָא בְּיַד הַתּוֹפְסוֹ דְּמֵאֵן שָׁם לָךְ כְּמַבְנֵאָר בְּכַתְּנֻבוֹת ד'
 צ"ח וּבִתּוֹס' שָׁם ד"ה דְּאָמְרֵי לִי מֵאֵן שָׁם לָךְ כּו' שְׁאֵין אָדָם יָכוֹל לְזַפּוֹת בְּקַרְקַע חֲבִירֹו
 אִם לֹא יִחְזִיקוּהוּ בָּהּ ב"ד כּו' וְעֵינֵן בְּסִפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' ה"מ ס' ב' מְזִיָּה וּמִסְבָּרָא בְּלֹא
 רֵאִי מְוַכְרַחַת מֵאִיזָה דְּרִשָּׂא אֵין לָנוּ לֹמַר כֵּן אֲלֵא מִבְּעֵי לָן לֹמַר דַּהֲב"ד יִכְפוּהוּ עַד
 שְׁיִתְרַצֶּה לְשִׁלְמָא לְבַע"ח מְרַצוֹנוֹ וְכַעֲיִן הָא דב"ב ד' מ"ח דְּאָמְרוּ שֶׁם כּוֹפִין אוֹתוֹ עַד שְׁיֵאֵמַר
 רוּצָה אֲנִי וְאֵף דִּי"ל דַּשֵּׁא"ה דְּכַתִּיב לְרַצּוֹנוֹ מ"מ מִצַּד הַסְּבָרָא אֵין לָנוּ לֹמַר בְּלֹא הוֹכְחָה
 מִקְרָאֵי דִּיהִיָּה פִּתְחָא לַב"ד לְיִרְדָּ לְהַנְכָסִים בַּע"כ וְלָדוֹן בְּזָה לְהָא דֵאִי בְּגִיטִין ד' ל"ו דְּאָמַר
 ר' יִצְחָק מִנְיֵין שְׁהַפְקָר כּו' שְׁנַאָמַר כֵּל אֲשֶׁר לֹא יָבֵא כּו' וְכַמְבֹּאֵר בְּרַמְבַּ"ם ה' סְנֵהֲדָרִין
 פ' כ"ד ה' ו'.

זֶה אֵינוֹ שְׁיִיף רַק בְּמִקּוֹם אִיזָה מִיְגַדֵּר מִיְלִתָּא וְלַחֲזוֹק הַבְּדָק כּו' כְּמַבְנֵאָר שָׁם וְהָא ע"י
 הַפְקָר כּו' לֹא יִהִי יוֹצֵא הַבַּע"ח לְהַמְצִינָה דְּפָרִיעַת בַּע"ח דְּהָא הַבַּע"ח זוֹכֶה מִהַפְקָרָא וְדוֹחֵק
 לֹמַר דִּי"ל דְּאִחַר דִּיזְנָפָה מִהַפְקָר יִמְחֹל הַחֹזֵב לְהַנְתָּבַע וּמְחִילָה הָא מְהַנִּי ג"כ לְצִאֲתָא יְדֵי
 הַשְּׂבָה אֵף בְּגִזְלָה כְּמַבְנֵאָר בַּב"ק ד' ק"ג דז"א מִכְּפָה טְעָמִים: וַיֵּשׁ לִי כְּפָה דְרָכִים בְּזָה
 אֵף הָעֵיקָר מֵה שְׁנַלַּע"ד וְהוּא כִּי זֶה לְשׁוֹן הַרְמַבַּ"ן בַּח' סוּף ב"ב בַּד"ה הָא דְאָמַר רַבָּה
 אֵינוֹ גּוֹבֶה אֲלֵא מַב"ח הַכִּי פִּירוּשׁוֹ שְׁכּוֹפִין אוֹתוֹ לְקַיָּים מ"ע דְּפָרִיעַת בַּע"ח כּו' אֲלֵמָא
 לְרַבָּה אִפִּי מַב"ח שְׁעַבּוּדָא לָאוּ דְאֹרִייתָא אֲלֵא מְצָנָה אֵיכָא וְאֵיכָא דְקַשְׂיָא לִי וְמִי אֵיכָא
 לְמִימַר דְּמִדְאֹרִייתָא לֹא נִחְתִּינֵן לְנִכְסָיו וְהָא כְּתִיבֹו תְּשַׁלּוּמִין בְּתוֹרָה מֵיטֵב שְׁדָהוּ וּמֵיטֵב
 כְּרָמוֹ יְשַׁלֵּם חַיִּים שְׁנַיִם יְשַׁלֵּם שְׁלֹם הַמְּבַעֵיר אֶת הַבְּעֵינָה וְנָתַן בְּפִלִּילִים בְּכוּלָּהוּ
 אַבוֹת נְזָקִין וּבְאַרְבָּעָה שׁוּמְרִין תְּשַׁלּוּמִין כְּתִיבִי וְשְׁעַבּוּדָא לָאוּ דְאֹרִייתָא בְּנִזְקִין נְמִי
 אֵימַר בְּשִׁמְעִתִּין דְּהוּינָא יוֹרְשֵׁי בַּעַל הַבּוֹר חֵיבִין לְשַׁלֵּם וְלִדְיָדִי לֹא קַשְׂיָא דְאֵנִן הַכִּי
 קְאָמְרִינֵן כִּינֵן דְּפָרִיעַת בַּע"ח מְצָנָה מַה"ת וְכוֹפִין עַל מְצָנָתָא עֲשֵׂה אֵף אֲנִי יוֹרְדִין לְנִכְסָיו
 וּמְקַיָּיִמִין לוֹ מ"ע שְׁלוֹ בַּעַל כְּרָחוֹ כּו' ב"ד יוֹרְדִין לְמֵיטֵב שְׁלוֹ וּמְקַיָּיִמִין לוֹ מְצָנָתוֹ כּו' עכ"ל
 הַרְמַבַּ"ן וְחִזְינֵן דְּכַתֵּב הַרְמַבַּ"ן לְהוֹכִיחַ מִפְּשָׁטֵי דְקַרְאֵי לְהָא מִיְלִתָּא דְנִחְתִּינֵן לְנִכְסָיו אֵף
 אֵי שְׁעַבּוּדָא לָאוּ דְאֹרִייתָא וְעַפ"ז סְתֵר הַרְמַבַּ"ן לְמַה שְׁרַצָּה מִתְחַלָּה לְדוֹן דְּלָמ"ד שַׁל"ד
 לֹא נִיחָוּת לְנִכְסָיו דְּהָא כְּתִיבִי תְּשַׁלּוּמִין בְּתוֹרָה כּו' וְדַבְרֵי הַרְמַבַּ"ן הַנֶּ"ל צָרִיף בְּיָאוּר
 דְּמֵאִיזָה מְשַׁמְעוֹת מוֹכִיחַ מִקְרָאֵי הַנֶּ"ל דְּנִחְתִּינֵן לְנִכְסָיו וְאֲפָשֶׁר דְּכּוֹנְנָתוֹ הוּא ע"פ הָא דב"ב ק
 ד' ז' ע"א רְמִי לִי אֲבִי לְרַבָּא כְּתִיב מֵיטֵב שְׁדָהוּ יְשַׁלֵּם כּו' לֹא קַשְׂיָא כָּאֵן מִדְּעַתּוֹ כָּאֵן
 בַּע"כ כּו' דִּיקָא נְמִי דְכַתִּיב יְשַׁלֵּם בַּע"כ א"ל אֲבִי מִי כְּתִיב יְשׁוּלֵם יְשַׁלֵּם כְּתִיב מִדְּעַתּוֹ
 מִשְׁמַע וְרַשִׁי כְּתִיב שָׁם דַּבַּע"כ דְּאֲטַרְחֵן לַב"ד וְהַשְׁמ"ק שָׁם הַקְּשָׁה ע"ז וּפְרִישׁ דַּבַּע"כ
 הֵינֵנוּ מֵה דב"ד גּוֹבִין מִנְכָסָיו ע"ש.

וְהַתּוֹס' שָׁם בַּד"ה יְשַׁלֵּם מִדְּעַתּוֹ כּו' הַקְּשׁוֹ מֵהָא דְחֻלִּין ד' ק"ל דִּישַׁלֵּם בַּע"כ מִשְׁמַע כּו'
 וְלְכַאֲוֹרָה י"ל בְּזָה דְדוֹקָא אֲבִי ס"ל דִּישַׁלֵּם מִדְּעַתּוֹ אֲבָל רַבָּא לֹא ס"ל כֵּן וְרַבָּא הוּא
 דְּמַחְלֵק דְּכָאֵן בַּע"כ וְשָׁם בְּחֻלִּין ד' ק"ל רַבָּא הוּא דְקָאֵמַר תְּנָא תְּנִי יְשַׁלֵּם כּו' אֲבָל בְּאַמַּת
 שְׁפִיר הַקְּשׁוֹ הַתּוֹס' דְּהָא בַּב"ק שָׁם ע"ב דְּאָמְרוּ מ"מ קַשְׂיָא וְאָמַר רַבָּא כֵּל דִּיהִיָּב לִי

ממיטב כו' אלמא דרבא עצמו לא ניחא לי' בחילוק הג"ל לאחר דהקשה אב"י פן אף י"ל דרש"י בב"ק שם בד"ה ישולם כו' נתפנון לתרין לקושיות התוס' הג"ל והוא פי ז"ל רש"י ישולם משמע ע"י אחרים דב"ד יורדין לנכסיו דמזיק אבל ישלם משמע נמי מדעתו עכ"ל הרי דכתב רש"י דישלם משמע נמי מדעתו משום דע"ז מתורץ קושיות התוס' הג"ל ובחולין ד' ק"ל בתוס' שם די"ל דס"ל להש"ס דישלם משמע בע"כ ומשמע נמי מדעתו דישלם משמע דקאי על ב"ד דיראו להשתדל שישראלם לפי דהוא לשון גסתר.

ומדלא פתיב ישולם ע"כ משמע נמי מדעתו ולכן שפיר הקשו בחולין תנא תני ישלם כו' משום דיש בו משמעות על בע"כ ג"כ ונדוקא משלם אין הכרח משמעות על בע"כ וכמש"כ התוס' בב"מ ד' צ"א לתי' קמא ע"ש: וי"ל דס"ל להרמב"ן ג"כ פשיטת רש"י הג"ל דפשיטות הלשון דישלם משמע על בע"כ כמבואר בחולין ד' ק"ל וע"כ שפיר כתב הרמב"ן להוכיח מן מה דכתיב ישלם כמא זמני דנחתני לנכסיו וכן מן מה שהביא הרמב"ן שם ונתן בפלילים להוכיח מזה דנחתני לנכסיו הכנונה הוא דהא פלילים הוא לשון דייגים כמבואר במגילה ד' ט"ו ובסנהדרין ד' קי"א וכן נות הפסוק ונתן בפלילים הוא לאשמעינן דהנתינה הוא ע"י ב"ד היינו דיהי' יורדין לנכסיו דאל"כ מאי אשמעינן בזה דאלו לכופו שיכפוהו לקיים מ"ע זו אין אנו צריכים לזה דהא הדין פן הוא בכל מ"ע דמפין אותו ונהו ונקרב אל האלהים הוא לאשמעינן דבעי ב"ד סמוכין אבל בהו פלילים מהו ולכן שפיר הוכיח מזה הרמב"ן דזהו פשיטות הלשון דב"ד יורדין לנכסיו ובמכילתא פ' משפטים פרשה ח' דרשו לדרשא אחרת להו ונתן בפלילים ע"ש עכ"פ מצינו להרמב"ן דס"ל להוכיח מן פשיטה דקראי דב"ד יורדין לנכסיו לכ"ע אף למ"ד של"ד משום דגם זהו בכלל פפי': ענה ב ולכן לפי מה דנתבאר בשם הרמב"ן שכתב למילף מן פשטי' דקראי דב"ד יורדין לנכסיו ע"כ אתי שפיר לתרץ מה שהקשיתי על מש"כ הר"ן והרשב"א והמחבר ביו"ד גבי ריבית דאין יורדין לנכסיו אף דכופין ומפין לו שיקיים מ"ע וחי אחיף עמה פינן דליכא שעבוד נכסי דמ"ש זה מפל בע"ח למ"ד של"ד דמ"מ ס"ל דיורדין לנכסיו משום דיש לומר דבאמת מצד הסברא הוא דכ"ז דליכא ילפותא דיורדין לנכסיו דאין פח לב"ד רק לכופו שיראה בעצמו לקיים העשה ע"י מעשיו אבל מי נתן פח לב"ד שיהי' יכולת בידם להחליט ממון של הנתבע ולמסרו ליד התובע שיהיה יכול להשתמש בו בלא רשות הנתבע רק פינן דמצינו באמת מן ילפותא דקראי הג"ל שכתב הרמב"ן הג"ל דמוכח מזה דהתורה מסר דבר זה לב"ד דיש להם פח למיחת לנכסיו ע"כ ודאי דיורדין לנכסיו וי"ל דבאמת למ"ד ש"ד דהוכיח זה מהו ילפותא דנקט הרמב"ן דמצינו דיורדין לנכסיו דמזה מוכיח הו מ"ד דש"ד דאל"כ מאיזה פח יורדין ב"ד לנכסיו ומה דהוכיח הרשב"ם סוף ב"ב מן יוציא אליה העבוט כפר הקשו ע"ז התוס' והראשונים ועיין מזה בחי' פני הושע לח"מ סי' ל"ט ומאן דס"ל ש"ד אינו מחלק בין מלנה הפתובה בתורה או לא וכמש"כ הרמב"ן פנ"ל אבל מאן דס"ל של"ד טעמו דהא דגזרה התורה דב"ד יורדין לנכסיו דאין זה מצד שעבוד נכסי רק מצד פפי' דעד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו כמש"כ הר"ן והרמב"ן והריטב"א א"כ לדינא למאי דס"ל להרמב"ן דש"ד וכן ס"ל להריטב"א כמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' בשם וכן ס"ל להר"ן בכתובות בסוגיא דבע"ח מאוחר שגבה כו' שם ד' צ"ד דכתב שם ג"כ דקיי"ל לדינא דש"ד וכיון דס"ל דש"ד ע"כ שפיר י"ל דהיכא דלא הוי שעבוד נכסי כמו בחוב ריבית דבזה מוקמינן

אסבֿרא דאין פֿח לב"ד לירד להנֿכסֿים רק יִכּוֹלֶת בְּיָדָם לִכְפוֹתוֹ בְּהִכָּאוֹת שְׂיִקְיָיִם מ"ע וְחֵי
אַחִיָּה עֲמָה אָבֵל לֹא נִחְתִּינּוּ לְנִכְסֵי דְהָא לְהַךְ שְׂיִטָּה דס"ל ש"ד אין לָנוּ הוֹכְחָה דְאִמְרִינּוּ
עַד שְׁאֵתָה כּוֹפֵהוּ בְּגוּפוֹ כּוֹפֵהוּ בְּמָמוֹנוֹ אֵלָּא י"ל מְסַבְּרָא דכ"ז שְׂאִינוּ מְקַיָּיִם בְּעַצְמוֹ מ"ע
זוֹ דְלֹא נִתְקַיָּיִם מ"ע זוֹ ע"י מַה דב"ד יִרְדוּ לְנִכְסֵי וְגַם אֵין פֿח לָהֶם בְּזָה וְהָא דְמַצִּינוּ לְהִנְיָה
קִרְאֵי דב"ד יוֹרְדִין לְנִכְסֵי י"ל דְזָהוּ מְשׁוּם שְׁעָבוּד נִכְסֵי לְמַאֵן דס"ל ש"ד וע"כ בְּחֹב
רִיבִית דְּלִיפָא שְׁעָבוּד נִכְסֵי לֹא מַצִּינוּ דִּיהֵי פֿח לב"ד לִירְד לְנִכְסֵי אִף לְמ"ד דס"ל ש"ד
שְׁפִיר יֵשׁ לְהוֹכִיחַ לְדִידֵי דְאִף הֵיכָא דְלִיפָא שְׁעָבוּד נִכְסֵי יוֹרְדִין לְנִכְסֵי מִן הִנְיָה יִלְפוּתָא
מְקַרְאֵי דְכֶתֶב הֶרְמֵב"ן פנ"ל וּמְשׁוּם דִּין פְּפִינֵי דְעַד שְׁאֵתָה כּוֹפֵהוּ בְּגוּפוֹ כּוֹפֵהוּ בְּמָמוֹנוֹ:
אָבֵל לְדִינָא דס"ל ש"ד שְׁפִיר פְּתָבוּ דְבַחֲבוּב רִיבִית אֵין יוֹרְדִין לְנִכְסֵי דְלֹא מַצִּינוּ זָה מִן
אִיזָה הוֹכְחָה מְקַרְאֵי וּמְסַבְּרָא בְּעֵלְמָא אֵין לָנוּ לֹמַר כֵּן וְהֵי כְּמוֹ כָּל מ"ע דב"ד מְפִין לוֹ
שְׂיִקְיָיִם בְּמַעֲשֵׂה עַצְמוֹ לְהַעֲשֵׂה וְה"ה בְּמַצּוֹת עֲשֵׂה דְמָמוֹנָא דמ"ש: וְאִף דִּי"ל דְשְׂאֵנִי בְּזָה
לְפִי מַה דקיי"ל דְמַהְיֵי מַחִילָה בְּרִיבִית ג"כ עכ"ז מְנַלֵּן דִּישׁ פֿח לָהֶם לִירְד לְנִכְסֵי וְלָכֵן
שְׁפִיר פְּתָבוּ הַפּוֹסְקִים הַנְּ"ל דְאֵין יוֹרְדִין לְנִכְסֵי בְּרִיבִית: וְעוֹד נִלְע"ד לְחַלֵּק בֵּין חוֹב מְמוֹן
לְחוֹב רִיבִית דְהָא י"ל דְנוֹקָא בְּחוֹב נְזַקִּין דְכֶתִיב לְשׁוֹן יִשְׁלַם וְכֵן חוֹב הַלְוָאָה דְכֶתִיב יוֹצִיא
אֵלֶיךָ הָעֵבוֹט דְזָהוּ בְּלִשׁוֹן נִסְתָּר ע"כ הֶרְשׁוֹת בְּיַד ב"ד לְמַיְחָתָ לְנִכְסֵי דְהַתּוֹרָה מְסַרָּה דְבָר
זָה לְהַדְיָיִנִים שְׂיִרְאוּ שְׂיִשְׁלַם הַלְוָה וְהַנְּזַק אֶת חוֹבוֹ וְיִהְיֵי מְשׁוּלָּם הַחוֹב עכ"פ אָבֵל בְּמַצּוֹת
עֲשֵׂה דְרִיבִית דְכֶתִיב וְחֵי אַחִיָּה עֲמָה דְזָהוּ לְשׁוֹן נוֹכַח ע"כ הֵי זָה כְּמוֹ כָּל מ"ע דְמַצָּה
וְסוֹפָה וְלוֹלֵב וְכַה"ג דְאֵין פֿח לְהַב"ד לְהִיּוֹת יוֹרְד לְנִכְסֵי בַע"כ אִף הֵיכָא דַעִי"ז קְיָיִם
לְהַמְצוֹת עֲשֵׂה כְּדַמְשַׁפְּחַת לִי זָה בְּכַמָּה גְּנוּנֵי וְלְהַסּוֹבְרִין אֲנִסוּהוּ לְקִנּוֹת קְנֵי וְקַצְרֵתִי רַק
דְהֵיכּוֹלֶת בְּיַד ב"ד עַל כָּל מ"ע לְכוֹפּוֹ שְׂיִאמַר רוֹצֵה אֲנִי וְה"ה בַּמ"ע וְחֵי אַחִיָּה עֲמָה דְהֵי
לְשׁוֹן נוֹכַח הֵי מַצָּה מְשׁוּלָּת עַל כְּאוֹ"א בְּעַצְמוֹ שְׂיִקְיָיִם זָה דְנוֹקָא וְלָכֵן שְׁפִיר פְּתָב
הֶרִיטְב"א בְּקִידוּשֵׁין ד' י"ג ע"ב בְּזָה"ל דְעַד שְׁאֵתָה כּוֹפֵהוּ בְּגוּפוֹ כּוֹפֵהוּ בְּמָמוֹנוֹ פִּינּוּ
דְמַצָּה דְמָמוֹן הוּא עכ"ל הַפְּנוּנָה הוּא דְהַמַּצָּה דְמָמוֹן מְשׁוּלָּת עַל הַב"ד שְׂיִפְקָחוּ בְּזָה
לְהִיּוֹת יוֹרְד לְנִכְסֵי ג"כ וְכַמְש"כ וְזָהוּ פְּנוּנַת הֶרְמֵב"ן בַּח"י סוּף ב"ב דְכֶתֶב דְמֵן לְשׁוֹן
יִשְׁלַם מוֹכַח דְנִחְתִּינּוּ לְנִכְסֵי דְעִיקָר פְּנוּנַת הַתּוֹרָה בְּמָמוֹן הוּא שְׂיִרְאוּ שְׂיִהְיֵי הַמָּמוֹן בְּיַד
הַתּוֹבֵעַ וְיִהְיֵה מְשׁוּלָּק מְמוֹנוֹ עכ"פ הֵן מְפָאֵת מַעֲשֵׂה עַצְמוֹ וְהֵן מְפָאֵת מַעֲשֵׂה אַחֵרִים מְשֵׁא"כ
בְּכָל מ"ע בְּעִינֵי דִיקְיָיִם בְּעַצְמוֹ מְרַצּוֹנוֹ לְהַמְצוֹת עֲשֵׂה וְה"ה בְּרִיבִית דְכֶתִיב בְּלִשׁוֹן נוֹכַח
פנ"ל [וכש"כ לְשִׁיטַת הַגְּאוּנִים ז"ל דס"ל דְלֹא מַהְיֵי מַחִילָה בְּרִיבִית פְּמַבְּנָאָר שְׂיִטְתֶּם
בְּטוֹר יו"ד ס' ק"ס וְנִדְאֵי יֵשׁ לְדוֹן לְכָל מְש"כ מְשׁוּם דְאֵין לְחַלֵּק בֵּינֵיהֶם אִף אִף לְפִי
שְׂיִטַת הַחֹלְקִים בְּזָה מ"מ י"ל בְּקַצְרָה דְכִינּוּ דְנִכְתָּב בְּלִשׁוֹן נוֹכַח אֵין פֿח לב"ד עַל הַמָּמוֹן
רַק לְכְפוֹתוֹ שְׂיִקְיָיִם בְּעַצְמוֹ] אִף הָעִיקָר כַּמְש"כ מִתְחַלְּה לְתַרְץ זָה הַקְּנוּשְׂיָא שְׁל הַמַּח"א
וְהַקְּצָה"ח הַנְּ"ל: וְלְכַאוּרָה יֵשׁ מְקוֹם לֹמַר בְּחוֹב רִיבִית דְלָכֵן לֹא יִהְיֵה פֿח לִירְד לְנִכְסֵי
מְשׁוּם דְהָא מְבִנָּאָר בַּב"ק ד' פ"ד דְבִזָּה"ז דְלִיפָא סְמוּכִין אֵין דְנִין מְקִלְתָא דְלִית בִּי חֶסְרוֹן
פִּיס כְּמוֹ בְּנִשְׁת וְכַה"ג וְכַמְבִּנָּאָר בַּסִּי' א' וְכֵן חוֹב רִיבִית פִּינּוּ דָאֵם לֹא אֲסַרָּה הַתּוֹרָה לִיקַח
רִיבִית הֵי יְכוֹל הַמְּלָנָה לְהוֹצִיא הֶרִיבִית שְׂקַצִּץ אִף ע"י דְיִינִין וְכַמְבִּנָּאָר כַּה"ג בְּמַכּוֹת ד'
ג' דְמַעֲיָדְנֵי בְּאִישׁ פ' שְׁחִיב כו' ע"מ לִיתָן לוֹ מְפָאֵן עַד שְׁלִשִׁים יוֹם דְאוּמְדִין כְּפָה אָדָם
רוֹצֵה לִיתָן וְיִהְיֵי אֵלֶיךָ זֹז בְּיָדוֹ כו' וְעִינֵן מְזָה בַמִּל"מ פ"ז ה' מְלָנָה ה' י"א שְׁהִבִּיא בְּשֵׁם
תְּשׁוּבַת מִיָּמוֹנֵי בְּמַעֲשֵׂה בְּרִאוּבֵן שְׁהַשְׁפִּיר מְלַמֵּד לְבָנוּ כו' דְדָן ה"ר ר' אֶלְעָזָר דְחִיב לִיתָן

לו [הַרְיוֹחַ שֶׁהִי יָכוֹל לְהַרְוִיחַ בְּמַעֲוֹתָיו מֵאוֹתוֹ זְמַן כּוֹ' ע"ש וְעֵינַי בְּב"מ ד' ס"ב דְּאָמְרוּ
כָּל שְׂבִדְיֵינֵיהֶם מוֹצִיאִין מְלִנָּה לְמְלִנָּה כּוֹ' אֶלְמָא בְּתַבְיַעַת רַבִּית שְׁל הַמְּלִנָּה לְהַלְוָה הֵנָּה
בְּחֹב גָּמוֹר עַל הַלְוָה לִיתָן לְהַמְּלִנָּה רַק מִחֲמַת הָאִיסוּר שְׁאָסְרָה הַתּוֹרָה מְחֻוּיָּב הַמְּלִנָּה
לְהַחֲזִיר לְהַלְוָה הַרְיֵבִית שְׁלֵקַח מְהַלְוָה ע"כ י"ל דְּזָה הַחֹב רַיְבִית לְכַה"פ לֹא מְקַרִי חֶסֶד
פִּיס וְכִמוּ חֹב בְּנִשְׁת דָּאָף דְּעַכְשָׁיו חִיְיָבָה הַתּוֹרָה לִיתָן בְּנִשְׁת לְחַבְרִו מ"מ לֹא מְקַרִי
חֶסֶד פִּיס וְע"כ י"ל דַּע"ז אֵין פֶּח לְדִינָיִם בּוּזָה"ז לְדוֹן חֹב פְּזָה וְהָא דְּאָמְרוּ בְּחֹב רַיְבִית
דְּב"ד הָיוּ מְפִין לוֹ שְׁיִקְנִים מ"ע זֹו יֵשׁ לִי פֶמָּה דְּרַכִּים לִינִישׁב זֶה אָף בְּאַמַּת אֵין זֶה בְּמִשְׁמַע
מְפָל הָרֵאשׁוּנִים פִּי בְּאַמַּת אָף חֹב רַיְבִית הָיוּ פְּמוּ חֶסֶד פִּיס וְכִמוּ כָּל גְּזִילָה פְּדָאָמְרוּ
בְּרִישׁ פ"ה ל"ל לֹא בְּגִזְלָה לֹא בְּרַיְבִית פִּינוֹן דְּלֵקַח הָרַיְבִית בְּאִיסוּר הָיוּ אֲזִי כְּמוֹ גְּזִילָה פִּינוֹן
דְּהִי בְּעֵינָי אֶצֶל הַלְוָה וְאֵינוֹ דּוֹמָה לְחֹב בְּנִשְׁת דְּלֹא הִי בְּעֵינָי מְעוּלָם אֶצֶל הַתּוֹבַע וְע"כ
שְׁפִיר י"ל דְּדִינָם פְּמוּ כָּל חֹב גְּזִילָה דְּדִנָּין אָף בּוּזָה"ז וְכַמְבּוֹאֵר בְּסִי' א' סַעִי' ג' וּבְש"ף
שָׁם ס"ק ט' וְלִכֵּן הַתּוֹס' בְּסִנְהֶדְרִין ד' ג' ד"ה שְׁלֹא תִנְעוּל כּוֹ' דְּהַקְשׁוּ אֵיךְ דְּנִין דִּינֵי רַבִּית
וְהָא הַגְּזִלָּין וּמְלוֹי בְּרַיְבִית שְׁהַחֲזִירוּ אֵין מְקַבְּלִין מֵהֶם כּוֹ' אֲבָל זֶה לֹא הַקְשׁוּ דְּאֵיךְ דְּנִין
דִּינֵי רַיְבִית וְהָא הָיוּ מְיֻלָּתָא דְּלִית בִּי חֶסֶד פִּיס פְּנ"ל: וְע"כ מוֹכַח דַּס"ל ג"כ פִּינוֹן דְּלֵקַח
בְּעֵינָיו בְּאִיסוּר הָיוּ זֶה ג"כ בְּגִדְר חֶסֶד פִּיס וְלִכֵּן נִדְּחָה כָּל זֶה אָף הָעֵיקָר כַּמֶּשׁ"כ לְעֵיל:
וּבְעֵיקָר דְּבָרֵי הָרֵאשׁוּנִים הַנֶּ"ל שְׁפָתְבוּ דָּאָף לְמ"ד שְׁל"ד דְּנַחְתִּינָן לְנִכְסֵי בְּתוֹרַת כְּפִינָי
הֵנָּה מִן הָרֵא"שׁ כְּתוּבוֹת פ"ט סִי' י"ג מְשֻׁמַּע דְּלֹא ס"ל כֵּן דְּזו"ל שָׁם א"ל לר"פ לְדִידָךְ
דְּאָמַרְתָּ פְּרִיעַת בַּע"ח מְצָנָה אָמַר לֹא נִיחָא לִי כּוֹ' הִיכָא דְּאִית לִי לְלוּהָ לֹא קָא מִיבְעָא
לִי דְּפִשְׁיטָא דִּיּוֹרְדִין לְנִכְסֵי כּוֹ' וּר"פ גּוֹפְיָן הוּא דְּאָמַר מְלוּהָ בַּע"פ גּוֹבָה מִיּוֹרְשִׁין דַּש"ד
וְכִינוֹן דְּמִשְׁעָבְדֵי נִכְסֵי נַחְתִּינָן לְנִכְסֵי כּוֹ' עַכ"ל הָרֵא"שׁ הָרִי דַּס"ל לְהָרֵא"שׁ דְּזוֹקָא אֵי
ש"ד וּמִשְׁעָבְדֵי נִכְסֵי נַחְתִּינָן לְנִכְסֵי אֲבָל אִם לֹא מִשְׁעָבְדֵי נִכְסֵי לֹא נַחְתִּינָן לְנִכְסֵי וְלֹא
ס"ל לְשִׁיטַת הַרְמַב"ן וְהָרֵיטְב"א וְהָר"ג הַנֶּ"ל וְכֵן רֵאִיתִי בְּסִפְר רַבִּיד הַזֶּהָב פ' תַּצָּא עַל
פְּסוּק יוֹצִיא אֶלֶיךָ הָעֵבוֹט דְּכַתַּב הַבַּעַה"ת דְּהָיוּ מְפִין לוֹ וְלֹא נַחְתִּינָן לְנִכְסֵי אֵי שְׁל"ד ע"ש
וּבְאַמַּת גַּם הָר"ג בְּכַתְּוֹבוֹת פ"י כְּתַב בְּדִרְךָ אֶפְשָׁר דְּמַתוֹרַת כְּפִינָי יוֹרְדִין לְנִכְסֵי דְּעַד
שְׁאֵתָה כּוֹפְהוּ בְּגוֹפּוֹ כּוֹפְהוּ בְּמִזְנוֹ כּוֹ' אֶלְמָא דְּלֹא בְּרִירָא לִי הָךְ סְבָרָא כ"כ וְכֵן כְּתַב
בְּטוֹר ח"מ סִי' רַע"ח בְּשֵׁם הַרְשֵׁב"א סַעִי' י"א דְּלִמָּאן דַּס"ל שְׁל"ד לֹא נַחְתִּינָן לְנִכְסֵי רַק
כּוֹפִין לוֹ בְּשׁוֹטִים וְכ"כ הַשֵּׁמ"ק לְב"ב ד' קכ"ד ע"א בְּשֵׁם הַרְשֵׁב"א ע"ש שְׁפָתְבָן
בְּשִׁיטַת הָר"ר יוֹסֵף הַלּוֹי: עָנָף ג וַיֵּשׁ לְהַעֲרִיר בְּהָא דְּמְבּוֹאֵר בְּסִי' ק"א שְׁהוּבָא בְּפִית יוֹסֵף
שִׁיטַת הָר"ג וְהַרְמַב"ן דַּס"ל דְּאֵין בְּשִׁטְרוֹת דִּין גּוֹבְיָנָא דְּמִילֵי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדֵי רַק דְּכּוֹפֵף
רֵאשׁוּ לְגְדוּלֵי הַמּוֹרִים כּוֹ' וְהָר"ג פִּי"ג דְּכַתְּוֹבוֹת הוֹכִיחַ כֵּן מְהָא דְּב"ק דַּפ"ט וְכ"כ בְּחִי
הַרְשֵׁב"א לְב"ק ד' פ"ט דְּאֵין ב"ד יְכוּלִין לְהַגְּבוֹת שְׁטְרוֹת בַּע"כ מִשּׁוּם דְּהָיוּ מִילֵי וְלֹא
מִשְׁתַּעְבְּדֵי דַּל"כ אֲמַאי הָיוּ פְּגִיעַתָּה רַעָה הָא יְכוּלִין ב"ד לְהַגְּבוֹת וְלֹא תַהֲנֵה יְכוּלָה לְמַחְלוּ
כּוֹ' וְהוּבָא שְׁיטְתָם בְּש"ף סִי' ק"א ס"ק ג' ע"ש וְהָא חֲזִינוּ דְּלִכ"ע יְכוּלִין ב"ד לְכוֹנֵף לְהַלְוָה
עַצְמוֹ שְׁיִמְכּוֹר הַשְׁטְרוֹת שְׁיֵשׁ לוֹ לְאַחֲרִים וְלְהַגְּבוֹת לְהַמְּלִנָּה כְּדָפְרִיף הַש"ס בְּב"ק שָׁם
דְּתוֹבִין פְּתוּבָתָה בְּטוּבַת הַנָּאָה כּוֹ' ט"ה מִילֵי נִינְהוּ וּמִילֵי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדֵי אֶלְמָא לֹא מִילֵי
דְּמִזְדַּבְּנֵי בְּדִינָרֵי נִינְהוּ כּוֹ' אֶלְמָא דָּאָף דְּדִין שְׁעָבוּד לִיכָא עַל הַטּוּבַת הַנָּאָה מִשּׁוּם דְּהָיוּ
מִילֵי מ"מ יְכוּלִים לְכוֹנֵף לְהַלְוָה שְׁיִמְכּוֹר בַּט"ה מִשּׁוּם פְּרִיעַת בַּע"ח מְצָנָה וְכּוֹפִין לוֹ כְּמוֹ
עַל כָּל מ"ע וּלְפ"ז תַּקְשָׁה עַל מַש"כ הַרְמַב"ן וְהָר"ג בְּפִשְׁיטוֹת דְּב"ד אֵין יְכוּלִין לְמַכּוֹר

ולהגבות השטרות לפי דהוי אין גופו ממון ומילי לא משתעבדי ולכן אין בשטרות דין
 גנבינא והא פתב הרמב"ן והר"ן דאף למ"ד של"ד מ"מ נחתין לנכסיה בתורת פפניה
 א"כ ה"ה בשטרות אף דהוי מילי ולא משתעבדי מ"מ יכולים להגבותם בתורת פפניה
 ועד שאפה כופהו בגופו כופהו בממונו ותקשה על הרמב"ן והר"ן איך פתבו בפשיטות
 דהסברא נוטה דאין בשטרות דין גנבינא ומזה נראה להכריח פשיטת הסוברים דיכולים
 לגבות שטרות אף בע"כ של הלנה משום דיש בשטרות דין גנבינא וי"ל דמן דין [פפניה
 נגעו ביה: נראה לי לתרץ ע"פ מש"כ לעיל והוא דהא באמת קיי"ל דאף במטלטלי יורדין
 להם ומחליטין אותם להמלנה או למוכרן עבור הבע"ח וקשה הא מטלטלי לא משתעבדי
 ואין עליהם דין שעבוד כלל ומ"מ יורדין ב"ד להם א"כ לפמש"כ לעיל דהא מילתא
 דכתבו הראשונים הנ"ל לדון תורת פפניה במה שיורדין ב"ד לנכסיו אף אם לא
 משתעבדי דנה אינו רק למ"ד של"ד אבל למ"ד ש"ד אינו מוכרח כ"ז די"ל באמת דהיא
 דלא משתעבדי אין פת לב"ד לירד לנכסיו והא דנחתין לנכסיו פדמוכח מפשיטות דקראי
 שכתב הרמב"ן פנ"ל זהו משום תורת שעבוד נכסי א"כ לפ"ז היא דלא משתעבדי אין
 ב"ד יכולים לירד להם בע"כ ותקשה דאף יורדין ב"ד למטלטלין של הלנה הא אף למ"ד
 ש"ד אינו חל השעבוד רק על קרקעות ואפשר לומר בזה לפמש"כ הרשב"א והובא
 בקצה"ח סי' ל"ט וסי' צ"ה דמה"ת אף מטלטלי משתעבדי והא דמטלטלי לא משתעבדי
 אין זה רק מדרבנן וכן מצינו בסי' ק"ד סעי' א' דס"ל להמחבר דאף במטלטלין יש דין
 קדימה לבע"ח מוקדם נגד בע"ח מאוחר וכמש"כ הרמב"ן בתשובה והובא בסמ"ע שם
 ס"ק א' ע"ש: וי"ל דטעמם דאף דמטלטלי לא משתעבדי עכ"ז בכזה מוקמינן אדאורייתא
 ונדקא במקום טורפא ממשעבדי ומיתמי תקנו חז"ל דמטלטלי לא משתעבדי וכן מוכח
 מן שיטת הרשב"ם בב"ב ד' קע"ה ד"ה שעבודא דאורייתא דכתב דמן יוציא אליה העבוט
 נפקא.

וכ"כ רש"י בב"מ ד' ס"ז ע"ב ד"ה אין בע"ח גובה כו' והפני הושע בחי' על סי' ל"ט
 ביאר דברי הרשב"ם בטוב טעם ע"ש וכ"כ הלבוש בסי' ל"ט סעי' א' דמה"ת אף מטלטלי
 משתעבדי דמן יוציא אליה העבוט נפקא וזהו פשיטת הרשב"ם הנ"ל.

ובמק"א הארכתי בזה וע"כ י"ל דמה"ט נחתין לנכס אף במטלטלי אף דמטלטלי לא
 משתעבדי דכזה מוקמינן אדאורייתא אבל בשטרות פיון דמילי לא משתעבדי לכן שפיר
 ס"ל להנה ראשונים דאין בשטרות דין גנבינא דב"ד פן י"ל לכאורה בזה: אבל העיקר
 מה שנלע"ד ברור בזה דלכן במטלטלי יורדין ב"ד לנכסיו אף דנימא דאין תורת שעבוד
 על מטלטלי אף מה"ת כמש"כ במק"א משום דהא אמרינן בב"מ ד' קי"ג דשליח ב"ד
 ממשפנו והטעם הוא דהא קיי"ל דבע"ח קונה משפון וע"י שליח ב"ד ודאי דקני משפון
 ביותר כמש"כ הנ"מוקי יוסף בפ"ק דב"מ והובא בקצה"ח סי' ע"ב ס"ק ב' ועיקר הטעם
 מה די"ל דלא נחתין לנכסים היינו בשביל דליפא שעבוד נכסי למ"ד דס"ל של"ד ע"כ
 אין פת לב"ד להחליט החפץ להמלנה וכמש"כ לעיל אבל במטלטלי דקני משפון א"כ
 לאחר דהשליח ב"ד נוטל המשפון נקנה החפץ להמלנה בתורת בע"ח קני משפון ולאחר
 דקונה המשפון שפיר יכולים הב"ד להחליט ולהקנות לו המשפון דהא היא דאיפא
 שעבוד נכסי יכולים הב"ד לירד לנכסיו לכ"ע וכש"כ היא דקני לי בתורת בע"ח קונה
 משפון דודאי יכולים הב"ד להחליטו להבע"ח וי"ל דזהו פנונת רש"י בב"מ ד' ס"ז ע"ב

ד"ה אין בע"ח גובה כו' והא דשקלי וטרו הראשונים אי נחתינו לנכסיו למ"ד של"ד זה אינו רק בקרקעות דהא בקרקע לא שייך בע"ח קונה משכון כמש"כ התוס' בב"מ ד' ס"ז ע"ב ד"ה ושביעית משמטתה כו' וע"כ אין יכולת ביד ב"ד למיחת לקרקעות פינון דלא הוי שעבוד נכסי א"כ אין יכולת ביד ב"ד להחליט ולהקנות הקרקע להבע"ח וע"כ אין שום תועלת במה שיקחו הקרקעות מן הלנה אבל במטלטלי דקני משכון שפיר יכולים למשפנו ולהחליטו להמלנה וכן הוא פוננת הרא"ש בכתובות פ"ט ה' י"ג דכתב היכא דאית ליה נכסי כו' יורדין לנכסיו דכתיב לא תבא כו' אבל שלוח ב"ד נכנס ור"פ גופיה דאמר ש"ד וכיון דמשעבדי נכסיו נחתינו לנכסיו עכ"ל וי"ל דכוננתו דמתחלת דבריו דמייירי במטלטלין דהביא הא דב"מ דשלוח ב"ד נכנס א"כ בזה לכ"ע יורדין להגבותן להבע"ח פינון דקני משכון פבר ואח"ז קאי על קרקעות דיורדין להם ע"ז פתב דזה תליא אי ש"ד: ועכ"ז אתי שפיר מש"כ לעיל דהנכון עם הראשונים דס"ל דאין יורדין להנכסים בחוב ריבית פינון דלא הוי שעבוד נכסי ומטעם זה אף במטלטלין אין יורדין בחוב ריבית ולא שייך לומר ביה קונה משכון דלא מפעיא לפי מה שכתבתי בקונטרס בתפיסה בדררא דממונא דיש מקום לומר דלא אמרינו בע"ח קני משכון רק בחוב הלואה ודאי א"ש פל מש"כ ואף לדעת הראשונים דס"ל דאף בחוב שאינו הלואה ג"כ קני משכון ומה"ט אף בחוב נזקין ושכירות וכהנה ג"כ קני משכון.

מ"מ י"ל דהא הך מילתא דבע"ח קונה משכון זהו רק משום זכות שעבוד דיש להמלנה על המשכון וכמש"כ התוס' בב"ק ד' מ"ט ע"ב ד"ה משכוננו כו' דאין לו קנין בגוף המשכון רק שעבוד אלים כו' וכ"כ הגימוקי יוסף ובחז"י הרשב"א לב"ק שם וכ"כ המ"מ והובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ט: ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' ובש"ך סי' פ"ז ס"ק ד' ואכמ"ל וכיון דעיקר זכות דבע"ח קונה משכון אין זה רק בתורת שעבוד אף דהוי שעבוד אלימא מקרקעות ולכן פינון דבחוב ריבית לא משתעבדי נכסיו ע"כ לא שייך לדון בזה בע"ח קונה משכון וע"כ שפיר פתבו דבחוב ריבית אין יורדין לנכסיו ולא חילקו בין קרקע למטלטלי אבל היכא דשייך לדון בע"ח קני משכון שפיר יש לחלק בין קרקעי למטלטלי למ"ד של"ד רק משום תורת כפייה י"ל דנחתינו פנ"ל וכן יש לומר דמש"כ הר"ן בפ"י דכתובות פסוגיא דההוא גברא דשביק קטינא דארעא דלמ"ד דס"ל של"ד פל היכא דליתיה קמן אין יורדין לנכסיו אלא בדאימתא פופין לו בין בגופו ובין בממונו דמצנה דאורייתא היא כו' עכ"ל דז"א רק בקרקעי אבל במטלטלי י"ל דאף אם אינו לפנינו ממשכין אותו פינון דקני משכון ע"כ שפיר יכולין להחליטו ולמנכרו בתורת שעבוד אף עיקר דברי הר"ן הנ"ל תלוי בהא דמבואר בכתובות ד' פ"ח דאמר רב אחא דל"ש אלא פתובה אבל בע"ח לא וכמש"כ התוס' והרא"ש שם בשם ר"ח והובא בטור סי' ק"ו אבל לפי מה שפסק הרי"ף והרמב"ם והמחבר בסי' ק"ו פברא אמר ר"נ דאף בבע"ח נפרעין שלא בפניו א"כ ליתיה לדינא למש"כ הר"ן וגם הא מבואר בתוס' גיטין ד' נ' ד"ה פינון דדיניה כו' דר"נ ס"ל של"ד והובא בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' ועכ"ז ס"ל לר"נ דנפרעין שלא בפניו בבע"ח אף י"ל דשא"ה כמו דאמרו שם הטעם דשלא יהא כ"א נוטל כו' ומשמע דמן הדין אין גובין שלא בפניו אף דהוי שעבודא דרבנן לכ"ע כמש"כ במק"א ואכמ"ל וי"ל דכוננת הר"ן הוא דמה"ת אין יורדין שלא בפניו פינון דלא שייך כפייה בשלא בפניו אבל מדרבנן שפיר יורדין אף שלא בפניו אף למ"ד של"ד.

וכן י"ל במש"כ לעיל בַּשֵּׁם רִבִּיד הַזֶּהב שֶׁהֵבִיא בַּשֵּׁם בעה"ת דס"ל דְּלֹא נִחְתֵּינּוּ לְנִכְסֵי
פִּינּוּן דְּשֵׁל"ד דז"א אֶלְא מֵה"ת אֶבֶל מְדַרְבְּנּוּ שְׁפִיר יוֹרְדִין לְנִכְסֵי אִף הֵיכָא דְלֹא פְּפִינּוּ עַל
הַמ"ע וְכַמְש"כ הַב"י בְּסִי' ק"ו בַּשֵּׁם בעה"ת דְּמַסִּיק אֶבֶל הָרִי"ף פְּתַב דְּנִפְרָעִין שְׁלֵא בְּפִנּוּ
וְכ"כ הַרְמַב"ם עכ"ל וְכ"כ הַטּוֹר שָׁם בַּשֵּׁם בעה"ת וְסָפֵר בעה"ת אֵינוֹ ת"י (וְהָא דְאָמְרוּ
הַטַּעַם דְּנִפְרָעִין שְׁלֵא בְּפִנּוּ מִשּׁוּם שְׁלֵא יָהֵא כ"א נוֹטֵל כּו' דְּמִשְׁמַע דְּמֵן הַדִּין אֵין יוֹרְדִין
שְׁלֵא בְּפִנּוּ דְאֵין לוֹמַר דְּזֵהוּ מִשּׁוּם דַּר"נ ס"ל שֵׁל"ד פִּנ"ל דז"א דְּהָא רְבָא אָמַר זֵה שָׁם
בַּשֵּׁם ר"נ וְהָא מְבֹאָר בְּגִיטִין דְּף נ' בְּתוֹס' שָׁם דְּרְבָא ס"ל ש"ד וְכַמְש"כ הַש"ף בְּסִי' ל"ט
ס"ק ב' מְזֵה וְע"כ מוֹכַח דְּלִכְּנָן לֹולֵא הַתְּקַנָּה אֵין נִפְרָעִין שְׁלֵא בְּפִנּוּ דְּזֵהוּ מִטַּעַם דְּאָמַר
רְבָא בְּעַרְכִּין דְּף כ"ב דְּחִיּוּשֵׁינּוּ לְשׁוֹבֵר ע"ש] וְעֵינּוּ בַח"מ ס' קס"ד וּבְבֵית יוֹסֵף שָׁם גְּבִי
הַבֵּית וְהַעֲלִינָה וּבִירוּשָׁלַיִם פ' י' דב"מ וּבִירוּשָׁלַיִם פ"ז דְּשְׁבוּעוֹת וְאִכְמ"ל: עֲנָף ד נַחְזֵר
לְעַנְיָנּוּ דְנִתְבָּאָר דְּלִכְּנָן יוֹרְדִין לְמַטְלָטְלִין אִף .

דְּמַטְלָטְלִי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי וְכּוֹ אִף לְאַחַר דְּתַקְנּוּ הַגְּאוּנִים דְּמַטְלָטְלִי דִּיתְמִי מִשְׁתַּעְבְּדִי מ"מ
הָא בְּאֲמַת אֵין דִּין שְׁעָבוּד עֲלֵיהֶם כְּמְבֹאָר בְּסִי' ק"ד דְּאֵין דִּין קְדִימָה בְּמַטְלָטְלִין כְּדִקְיִי"ל
לְדִינָא רַק תְּקַנַּת הַגְּאוּנִים הִיָּה דְּכִינּוּ דְּבַחֲזֵי הֵיּוּ נִפְרָעִין מִמַּטְלָטְלִין דְּמַמְיִלָא מִחֲמַת נְעִילַת
דְּלַת יְהִיּוּ נִפְרָעִין אִף מִן יוֹרְשִׁים וְעֵינּוּ בְּסִי' ק"ז בְּסִי' ע"ס ק"ג' וּבַש"ף שָׁם ס"ק ב' וְכַמְש"כ
שָׁם בַּשֵּׁם הָרֵא"ש לְכַתְּנֻבוֹת וּבֵאוּ"ת שָׁם ס"ק ד' וְקִצְרֵתִי אִף דְּעֵיקַר הַטַּעַם הוּא מִשּׁוּם
בַּע"ח קוּנָה מִשְׁכּוֹן פִּנ"ל וְכּוֹ מְבֹאָר בְּסִי' צ"ז סְעִיף ט"ז דְּהַמְשָׁפֵן בַּב"ד אוֹ מְדַעַת הַלְּוָה
קוּנָה הַמְשָׁכּוֹן דָּאֵם מַת לֹא נַעֲשֶׂה מַטְלָטְלִי אֶצֶל בְּנֵי וְהָא דְּמַטְלָטְלִי דִּיתְמִי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי
זֵהוּ מִשּׁוּם דְּלֹא שְׁיִיף בַּע"ח קוּנָה מִשְׁכּוֹן כִּי אִם בְּחֵי הַלְּוָה אֶבֶל לֹא בְּמַת הַלְּוָה כִּי בִּיּוֹרְשִׁין
לֹא שְׁיִיף בַּע"ח קוּנָה מִשְׁכּוֹן וְזֵה פְּשׁוּט: וּלְפ"ז מְתוּרָץ מֵה שֶׁהַקְּשִׁיטִי עַל שִׁיטַת הַרְמַב"ן
וְהָר"ן וְהַרְשָׁפ"א דס"ל דְּמֵן הַדִּין שְׁטָרוֹת אֵינּוּ בְּנֵי גְּוִבְיָנָא וְאֵין יְכוּלַת בְּיַד ב"ד לְהַגְּבוֹת
שְׁטָרוֹת בַּע"כ שֶׁל הַלְּוָה מִשּׁוּם דְּהֵי מְלִי וְאֵין גּוֹפֵן מְמוֹן וְלֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי וְהַקְּשִׁיטִי
דְּלִשְׁיטוֹת הָר"ן וְהַרְמַב"ן דס"ל דְּאִף לְמ"ד שֵׁל"ד נִחְתֵּינּוּ לְנִכְסֵי בְּתוֹרַת כְּפִינָה א"כ ה"ה
בְּשְׁטָרוֹת פִּינּוּ דְּכְפִינּוּ לְהַמְזִיק שְׁיִמְכּוֹר הַשְׁטָרוֹת כְּמְבֹאָר בַּב"ק דְּף פ"ט גְּבִי כְּתוּבָה א"כ
ה"ה מֵה"ט יְהִיָּה יְכוּלַת בְּיַד ב"ד לְהַגְּבוֹת הַשְׁטָרוֹת בַּע"כ בְּתוֹרַת דִּין כְּפִינָה אֶבֶל לְפִי מֵה
שְׁנַתְבָּאָר א"ש וְהוּא דְּהָא חֲזִינּוּ דְּבַחוּב רִבִּית אֵין יוֹרְדִין לְנִכְסֵי פִינּוּ דְּלֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי
נִכְסֵי וְע"כ הַטַּעַם כַּמְש"כ דְּלִדְיָנָא דס"ל ש"ד אֵין לְנוּ הַכְּרַח דְּנִחְתֵּינּוּ לְנִכְסֵי בְּתוֹרַת
כְּפִינָה דְּמַנְלוֹן דִּיש כַּח לְנוּ בְּזֵה וְהָא נִחְתֵּינּוּ לְמַטְלָטְלִין אִף דְּלֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי זֵהוּ מִשּׁוּם
דְּלֹאֲחַר דְּמִשְׁכְּנוֹ נִקְנָה לוֹ בְּדִין בַּע"ח קוּנָה מִשְׁכּוֹן פִּנ"ל אֶבֶל בְּשְׁטָרוֹת דְּהֵי מְלִי וְאֵין
גּוֹפֵן מְמוֹן דְּלֹא שְׁיִיף בְּהוּ לְדוֹן בַּע"ח קוּנָה מִשְׁכּוֹן וְכְּמְבֹאָר בַּח"מ ס' ק"ד סְעִיף ג' דְּתַפְס
שְׁטָרוֹת לֹא הֵי כְּתַפְס מְמוֹן וַיְחַלְקוּ וְזֵהוּ מִטַּעַם דְּלֹא אָמְרִינּוּ בְּשְׁטָרוֹת קוּנָה מִשְׁכּוֹן דְּעֵיקַר
הַטַּעַם דְּתַפְסִית בַּע"ח לְמַטְלָטְלִין מְהֵי זֵהוּ מִשּׁוּם דְּקִנֵּי מִשְׁכּוֹן כַּמְש"כ הַקְּצָה"ח שָׁם.

וְכ"כ בְּבִיאוֹר הַגְּר"א זצ"ל שָׁם ס"ק כ"א ע"ש וְכָבֵר כְּתַבְתִּי לְעֵיל בַּשֵּׁם הַתּוֹס' וְהַרְשָׁפ"א
וְהַנ"י וְהַמ"מ דס"ל דְּהָא דְּבַע"ח קוּנָה מִשְׁכּוֹן זֵהוּ בְּתוֹרַת שְׁעָבוּד פִּנ"ל וְע"כ שְׁפִיר כְּתַבוּ
הַנְּף רֵאשׁוּנִים דְּכִינּוּ דְּמִלִּי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי וְאֵין גּוֹפֵן מְמוֹן ע"כ לֹא הֵי שְׁטָרוֹת בְּנֵי גְּוִבְיָנָא
וְהַפְּוֹנָה הוּא דְּכִינּוּ דְּהֵי מְלִי א"כ לֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי בְּתוֹרַת מִשְׁכּוֹן ע"כ אֵין יְכוּלַת בְּיַד ב"ד
לְהַגְּבוֹתוֹ וּבְאֲמַת גַּם לְשִׁיטַת הַש"ף דְּכַתְּב דְּבַע"ח קִנֵּי מִשְׁכּוֹן בְּגוֹף הַחֶפֶץ ג"כ לֹא שְׁיִיף
הֵי קִנֵּי בְּשְׁטָרוֹת וְהֵי כַּש"כ בְּזֵה וְהַפֵּל חֲדָא טַעְמָא הוּא דְּכִינּוּ דְּהֵי מְלִי וְלֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי

וגם הא מבואר בתוס' ב"מ דף ס"ז ע"ב ד"ה ושביעית משמטתה דדוקא משפון מטלטלי דתפיס ביה אמרו ביה דקונה משפון אבל קרקע לא ומה"ט אף שטרות פיון דלא הוי תפוס דהא קיי"ל דשט"ח לא הוי פגבוי ע"כ לא קני משפון בשטרות והא דכתובות דף פ"ה גבי ההיא איתתא דהוי מפקדי גבה מלוגא דשטרי דאם תפסה מחיים גובין אף מן יורשין וכן מבואר בסי' ס"ד הא מיירי התם לענין שיהיה יכול להחזיק גוף הנזיר וכמש"כ הש"ך בסי' ס"ד ס"ק א' אבל לא לגבותם משום דהוי אין גופן ממון ולא משתעבדי ועיין בסי' נ"ד ש"ך ס"ק ד' מש"כ שם בשם המ"מ וקצתתי: והאו"ת בסי' ק"א ס"ק ד' הביא ראיה דשטרות אית בהו דין גובינא מהא דכתובות ד' ק' ע"ב דלשטרות מוזבנינן בלא אכרזתא וכתבו התוס' שם בד"ה אלו דברים שאין מכריזין עליהם העבדים והשטרות ומטלטלין כו' א"נ דתפסן מחיים כו' אלמא דאית בשטרות דין גובינא עכ"ל ובאמת אין זה ראיה די"ל ג"כ שם דמיירי לענין שומא מה ששונה להחזיק הנזיר וכמו הא דכתובות ד' פ"ה וח"מ סי' ס"ד כנ"ל וכמבואר שם להדיא וזה מקרי גופו ממון ומשתעבדי שפיר לענין להחזיק שיווי גוף הנזיר דלא יהיה הלנה מחוייב לפרוע להמלוה שלו עד שיוחזר לו גוף הנזיר וכמבואר בסי' ס"ו ש"ך ס"ק ס"ך בשם הב"י בשם בעה"ת: גם י"ל דהא דכתובות הנ"ל מיירי בשעבד בפ"י שטרות וכמש"כ שם הריטב"א וידוע מש"כ הרשב"א לחלק דאף למ"ד של"ד מ"מ בשעבוד מפורש שאני וכמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' וה"ה י"ל למאן דס"ל דשטרות לאו בני גובינא משום דמילי לא משתעבדי היינו דלא משתעבדי ממילא אבל בשעבוד מפורש משתעבדי אף ז"א ברור לפי שיטת הרשב"א והובא בסי' ס"ו ש"ך ס"ק כ"ו דאף שעבדם לשטרות בפ"י לא מהני וי"ל דאזיל לטעמין דס"ל דלא הוי בני גובינא וזהו הפל משום חד טעמא משום דמילי לא משתעבדי ובאמת הש"ך דהכריע שם פשיטותהראשונים דס"ל דשטרות משתעבדי באגב י"ל דאזיל לטעמין דס"ל בסימן ק"א פשיטות גדולי המורים דשטרות בני גובינא והטעם הוא משום דמשתעבדי והעיקר כמש"כ מתחלה לחלק דלענין לקנות גוף הנזיר שאני ובאמת לפ"ז י"ל דהא דמבואר בסי' ק"ד סעי' ג' דתפס שטרות לא הוי כתפס ממון דז"א רק לענין לגבותם אבל לענין החזקת גוף הנזיר דינו כמו תפס ממון ואכמ"ל: ומה שהקשה האו"ת בסי' ק"א ס"ק ד' מהא דב"ק ד' י"ד דת"ר שנה פספס כו' ופרי"ך הגמ' עבדים ושטרות נמי אין להם אונאה כו' דמוכח מהתם דשטרות הוי בני גובינא וסיים דהוא ראי' מברעת הנה בזה אין לומר כמש"כ לעיל דמיירי לענין לקנות גוף הנזיר דא"כ לא שייך בזה לומר דנקנין בכסף ואין להם אונאה די"ל דדינם כמטלטלי בזה ועיין בש"ך סי' נ"ד ס"ק ד' וקצתתי אף העיקר מה דנ"ל לתרץ קושיות האו"ת הנ"ל והוא דהא נתבאר לעיל דלמ"ד של"ד דמוכח דהא דנחתינן לנכסיו זהו בתורת כפינ' אף לדניא לפי מה דס"ל ש"ד שפיר פתבו דשטרות לאו בני גובינא ואין ב"ד יורדין להגבות שטרות בע"כ משום דלמ"ד ש"ד אין לנו הוכחה דנחתינן לנכסיו בתורת דין כפינ' ולכן בשטרות פיון דלא משתעבדי ע"כ הדעת נותנת דלא הוי בני גובינא אבל למ"ד של"ד דהא דנחתינן לנכסיו אף בקרקעות זהו בתורת דין כפינ' א"כ מה"ט אף שטרות הוי בני גובינא בתורת כפינ' ולכן שפיר פרי"ך הש"ס בב"ק שם עבדים ושטרות כו' דתקשה מן ה"ך ת"ר על המ"ד דס"ל של"ד ודרי"ך הש"ס להקשות גם על המ"ד דלא הוי הלכתא פנותי' וכמש"כ הש"ך בסי' מ"ב ס"ק א' כה"ג ע"ש וכש"כ לפמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' דה"ך מ"ד דס"ל אין

גובין מן העבדים זהו משום דס"ל של"ד ע"ש בקצה"ח ויש"ש א"כ הך סוגיא דב"ק דפריה עבדים נמי וס"ל דאין גובין מן עבדים ס"ל של"ד.

ע"כ שפיר ס"ל דשטרות הוי בני גובינא אצל המזיק בחייו משום דיש למיחף להו בתורת פפינ' פנ"ל ומתורץ קושיות האו"ת: ענף ה ועדיין תקשה דלפי מש"כ בשיטות הרמב"ן והרשב"א והר"נ דס"ל דשטרות לאו בני גובינא נינהו דזהו למ"ד דס"ל ש"ד אבל למ"ד דס"ל של"ד נחתינן לשטרות ג"כ בתורת פפינ' פינו דאמרינן בב"ק ד' פ"ט דכופין להאשה למפור פתנתה משום דהוי מזילי דמוזבני בדינרי א"כ מצוה עליו לפרוע החוב א"כ ה"ה דהב"ד יורדין להשטרות בתורת גובינא א"כ תקשה לפמש"כ הרשב"א והר"נ דאם הי' דין גובינא בשטרות לא הי' מהני מחילה שלה דדוקא במקירה דהוי דרבנן בזה מצי למחול כמש"כ הר"י"ף פ' הכותב והובא בש"ף סי' ס"ו ס"ק א' א"כ לפ"ז תקשה על מ"ד דס"ל של"ד דאמאי אמרו באשה שחבלה דפגיעתה רעה הא מצינו להגבות בב"ד את הפתנה ואז לא תהי' יכולה למחול וכעין קושיות הש"ס והראשונים הנ"ל בסוגיא דב"ק ד' פ"ט ועיקר תירוץ הראשונים הנ"ל דשטרות לאו בני גובינא לא שייך פן למ"ד דס"ל של"ד דהא ב"ד מצינין למיחף להו בתורת פפינ' פנ"ל: ונלע"ד לומר דדוקא אם הא דב"ד יורדין לשטרות הי' זה בתורת שעבוד בזה שפיר ס"ל להנהיג ראשונים דלא מצית למחול אבל לאחר דמסקי לדון דשטרות לא משמעדי ע"כ אף דנימא דשייך תורת פפינ' על מ"ע דפריעת חוב בזה משום דעד שפופהו בגופו כופהו במקומו א"כ בזה שפיר מצית למחול משום סברת הש"ף דגובינא דב"ד לא עדיף ממכירה דהא אתינן עליו בתורת פפינ' וכמו דכופין לו למפור בעצמו וגובינא דב"ד הוי כמו דאם הוי כופין לו לומר רוצה אני על המכירה א"כ זה לא עדיף מן מכירתו בעצמו ושפיר מצית למחול אף אם הי' שעבוד על שטרות אז לא היתה יכולה למחול לאחר גובינא דב"ד דהא אינן באין ע"ז מצד המתחייב רק שזהו יכולת בידם מצד השעבוד ע"כ שפיר פתבו דלא היתה יכולה למחול: ונלע"ד להסביר היטב שיטת הרשב"א והר"נ דכתבו דלאחר גובינא דב"ד לא מצית למחול והוא דהש"ף בסי' ק"א ס"ק ג' השיג עליהם משום דגובינא דב"ד לא עדיף מן מכירה אבל לענ"ד נראה בזה לדון ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף א' דהבאתי שם בשם הגט פשוט סי' ק"כ ס"ק ה' והמקור חיים ה' פסח סי' תמ"ח ובתשובת הגאון רע"א זצ"ל סי' רכ"ב ובמח"א דהנה להם פח להפקיר אבל אין להם פח להקנות ולהעמידו ברשות אחר אם לא שזנקה בו בתורת קנין והבאתי שם למש"כ היש"ש ביבמות פ"י סי' י"ט דזה תלוי בפלוגמת ר' יצחק ור' אלעזר בגיטין ד' ל"ו דר' יצחק יליף זה מן פל אשר לא יבא לשלשת ימים כו' דלפ"ז אין להם פח להקנות לאחר כ"ז דלא זכה בו בתורת קנין אבל לר' אלעזר דיליף לי' זה מן אלה הנחלות אשר נחלו כו' מה אבות מנחילין אף ראשים מנחילין לכל מי שירצו דכיון דיליף מן נחלה דינו כמו יורש דזוכה בלא קנין עכ"ל ע"ש בספרי וכעין זה כתב המראה הפנים בירושלמי פאה פ"ה ה"א ד"ה א"ל ר' יוסא שמענו שיהא פטור ממעשרות כו' דלמאן דיליף לי' מן נחלות אינו פטור ממעשר אבל למאן דיליף מקרא דעזרא דהובא בירושלמי שם דינו כהפקר ופוטרי ממעשר כו' עכ"ל וכעת ראיתי בשמ"ק בב"ב ד' ק' ע"א ד"ה ור"א רבים במאי קנו כו' דכתב דהא דאמרינן הפקר ב"ד כו' שיש רשות לחבירו להחזיק בו ברשות ב"ד אבל אינו זוכה בדיבורם עד שיחזיק עכ"ל ובאמת

זה תלוי במש"כ: ולפ"ז י"ל ד'זה טעם ס'ברת הר"נ ו'הרשב"א ש'פ'תבו ד'אם הי' דין ג'ג'ב'ינא בש'ט'רות ד'לית' ב'מחילה משום ד'הא מ'צינו ב'מתנת שכ"מ ד'אינו יכול ל'מחול כ'מב'נא'ר כב"ב קמ"ז פ'ינן ד'יליף לי' מן ו'הע'ברתם א'ת נ'חלתו ד'ינו כ'מו י'ורש ד'זוכה מן ד'ין י'רושה ד'לית' ב'מחילה וכ'מש"כ ה'ש"ף ב'סי' ס"ו ס"ק א"י א'ף ד'אינו רק א'סמ'כתא ל'מתנת שכ"מ מה"ת כ'מב'נא'ר ש'ם כב"ב ע"א ב'תוס' ד"ה מ'ניין ל'מתנת שכ"מ כו' וכ'ש"כ ה'כא ד'נפק לי' מ'דרשא ג'מורה מן א'לה ה'נחלות א'שר נ'חלו כו' מ'ה א'בות מ'נחילין כו' ע"כ ד'ינם כ'מו נ'חלה ו'יש ל'הם ל'הנחיל ב'תורת י'רושה ה'יכא ד'יש ל'הם ז'כות ל'ירד ל'נכ'סיו ד'מה ש'זי'פה ה'תורה נ'לב"ד ד'רשות ו'יכולת ב'ינדם ל'ירד ל'הנכ'סים י'ש י'כולת ב'ינדם ל'הקנות ו'להנחיל א'ף אם לא י'נפה ב'דרכי ה'קנ'ן ו'דין ה'זוכה כ'מו י'ורש ו'לכן א'ף בש'ט'רות ל'ית' ב'מחילה ד'הני כ'מו י'ורש ד'אינו י'ורש יכול ל'מחול ח'לקו ש'ל י'ורש ח'בירו כ'נ"ל ב'מתנת שכ"מ ו'לא מ'בעיא ל'שיטת ה'סו'ברים ד'לכן מוכ'ר ש"ח מ'צי ל'מחול משום ד'הני מ'כירה מ'דרב'נן א"כ ו'דאי ג'ג'ב'ינא דב"ד ד'הני ה'קנ'אה מה"ת כ'נ"ל ו'דאי ל'א מ'צי ל'מחול ו'אף ל'פמש"כ ב'שם ר"ת ד'לכן מ'צי ל'מחול משום ד'ש'עבוד ה'גוף ל'ית' ב'מכירה ו'כ'מב'נא'ר כ"ז ב'ריש סי' ס"ו א'כל מ'ה ש'מג'בין ב"ד ה'ני כ'מו ז'וכה ב'ירושה ו'דאי ד'זכי ש'פיר א'ף בש'עבוד ה'גוף כ'מו כ'ל י'ורש [ו'ע'ינן ב'סי' רע"ו סע"ו ו' בהג"ה ואכמ"ל וע"כ ל'ית' ב'מחילה ל'כל ה'שיטות ו'ב'נודאי מ'ה ד'כתוב ב'תורה כ'פי' ע'דיפ'א מ'תקנ'ה כ'לליות ל'היות ק'רינן כ'הו נ'חלות מ'ה א'בות: א'ף ל'מאן ד'יליף ל'כח ב'ינד ב"ד מ'קרא ד'עזרא ש'פיר י"ל כ'מש"כ ה'ש"ף ד'לא ע'דיף מ'מכירת ה'בע"ד ו'אית' ב'מחילה משום ד'הא אין ל'הם כ'ח ל'הקנות ו'גם כ'תבתי ל'עיל ד"ל ד'מצד ה'פקדן לא ש'ינ' ה'יכא ד'מצ'נה ה'מתחייב ע'ל מ"ע ד'פריעת ח'וב ו'כ'ונת' ד'הא פ'ינן ד'הפקירו א"כ לא י'קני'ם ה'מצ'נה ו'הרמב"ם ה' ס'נהדרין פ' כ"ד ה' ו' ה'ביא ה'דרשא ד'ילפי מ'קרא ד'עזרא ע"ש ו'כן אי' ב'מ"ק ד' ט"ז ו'בש'קלים פ"א ה"ד ד'הוב'א ש'ם ה'ף ד'רשא ל'חוד א'כל ה'רשב"א ו'הר"נ ד'כתבו ד'ג'ב'ינא דב"ד ע'דיף מן מ'כירה י"ל ד'זה קאי ב'שיטת ה'מ"ד דס"ל ל'מילף מ'אלה ה'נחלות כו' ע"כ ה"ה ה'יכא ד'יש כ'ח לב"ד ל'מי'חת ל'נכ'סים מ'חמת ת'ורת ש'עבוד ד'יש י'כולת ב'ינדם ל'הקנות לו ש'י'ה' ז'וכה כ'מו ד'ין י'ורש ש'זוכה ב'נכ'סי ה'מורי'ש ב'לא ש'ום ק'נין: ו'א'פ'שר לו'מר ד'כ'וננת הר"נ ו'הרשב"א ש'הוכיחו מ'הא דב"ק ד'ש'ט'רות ל'או ב'ני ג'ג'ב'ינא דאל"כ ה"מ ב"ד ל'הג'בות ה'פתו'בה ו'אז לא ה'יתה י'כולה ל'מחול ד'כ'וננתם ד'תק'שה ל'ה'ף מ"ד ד'יליף מן א'לה ה'נחלות כו' ד'תק'שה א'ליב' ק'ונשא ה'נ"ל ע'ל ה'משנ'ה דב"ק ד'אמאי א'שה ש'חב'לה פ'גיע'תן ר'עה כו' ו'מ'ילא מ'וכח מ'זה ד'ש'ט'רות ל'או ב'ני ג'ג'ב'ינא ל'כ"ע ו'לדינ'א י"ל דס"ל ג"כ כ'שיטת ה'רמב"ם ד'הביא ה'ף ד'רשא ד'קרא ד'עזרא ו'כ'עת ראי'תי ב'ספ'ר ק'הלת י'עקב ש'ל מהרי"ט א'לג'זו ב'תוס'פות ד'רב'נן אות מ'ש'הביא ב'שם ה'ריטב"א ו'ב'שם רש"י ד'גיטין ד' ל"ו דס"ל לדינ'א כ'מ"ד ד'יליף ז'ה מן א'לה ה'נחלות כו' ו'לא ה'ביא ל'דברי הי'ש"ש ה'נ"ל ע"ש ול'פמש"כ י'ש ל'דון ב'דכ'ריו ה'רבה ו'ב'א'מתנ'אה מ'דברי הר"נ ו'הרשב"א דס"ל לדינ'א ד'אם ה'יו ש'ט'רות ב'ני ג'ג'ב'ינא ד'לית' ב'מחילה ו'ב'א'מת מ'וכח מ'הם דס"ל ל'עיק'ר כ'דרשא דר"א ד'יליף מ'אלה ה'נחלות ו'כן מ'צאתי ב'רשב"א ל'גיטין ד' ל"ו ו'ב'תשובת ריב"ש סי' שצ"ט דס"ל דקיי"ל לדינ'א ל'מילף מן נ'חלות כו'.

, וע"כ ל'ית' ב'מחילה ו'מתנ'רץ מ'ה ש'הק'שה ה'ש"ף ד'ג'ב'ינא דב"ד ל'א ע'דיף מן מ'כירה ד'ב'א'מת ע'דיפ'א ז'ה א'ף ז'ה תלוי אם י'ש ר'שות ל'הם ב'תורת ש'עבוד אז י"ל כ'ן א'כל אם הוא רק ב'תורת כ'פ'י' ד'מה לו אם כ'ופ'הו ב'גופו ש'יאמר ר'וצ'ה א'ני או כ'ופ'הו ב'ממו'נו א"כ אז

ונדאי לא עדיפא זה ממכירת הבע"ד בעצמו ולכן מתורץ על נכון מה שהקשיתי על שיטת הר"נ והרשב"א הג"ל דא"ש לכ"ע מה שאין ב"ד מגבין שטרות בקא דב"ק ד' פ"ט משום דלמאן דס"ל ש"ד א"כ לא הוי שטרות בני גוביינא משום דמילי לא משתעבדי ולמאן דס"ל של"ד הא איתן במחילה נתבאר על נכון שיטת הסוכרים דשטרות לאו בני גוביינא: ענף ו והנה הש"ך בסי' ק"א ס"ק ג' העלה דשטרות בני גוביינא ניהו וא"צ פתיכה ומסירה והלנה יכול למוחקן והנתיבות שם ס"ק ב' פתב דה"ה מלנה בע"פ הוי בני גוביינא ובר הקנאה בב"ד והקצה"ח סי' ק"א ס"ק ב' פתב לתמוה על הש"ך בנה דהא קרקע נדאי דהוי בני גוביינא ואפ"ה צריף אחלטתא מן ב"ד וכמש"כ הקצה"ח בסי' צ"ח ס"ק ג' בשם השמ"ק דב"מ ד' ל"ה עלה דאמרו שם מפי מטי אדרכתא לידן' א"כ בשטרות כ"ז שלא קנהו ע"פ דרכי הקנן לא קנה אותם עכ"ל הקצה"ח ודברי השמ"ק הג"ל הובא ג"כ בדברי האו"ת סי' ק"ג ס"ק ט"ו ועיין בסי' ק"ג במחבר סעי' ו' אכל לפמש"כ יש לדון בנה דהא למאן דיליף מקרא דיהושע מאלה הנחלות י"ל דהיכא דב"ד יש להם יכולת לירד לנכסים דינם כמו מי שמנחיל נחלה וזוכה בלא קנן ע"כ שפיר י"ל דשטרות א"צ כו"מ אם הם נגבין בתורת גוביינא בב"ד רק הש"ך ארפב"י אתרי ריקשי דלענן מחילה פתב דגוביינא לא עדיף ממכירה ויכול למחול ולענן קנן ס"ל דנקנן ע"י גוביינא בלא כו"מ וזהו מילתא דסתרי אהדדי לפמש"כ משום דלמאן דיליף מאלה הנחלות הדין נותן דא"י למחול פנ"ל רק למאן דיליף מקרא דעזרא שפיר י"ל דצריף הזוכה ע"י גוביינא לעשות קנן המועיל ולא מבעיא בשטרות דלא מהני הפקר בי פמבואר בסי' ס"ו סעי' ט' ובש"ך שם ס"ק כ"ח אלא אף בקרקע ג"כ צריף הזוכה לעשות בו קנן כמו כל הזוכה מהפקר וכן הא פתבתי לעיל דלא שייף תורת הפקר במה שמגבין לבע"ח דא"כ לא יהי מקיים מצות פריעת בע"ח: ובעיקר מילתא דכתבתי דלמאן דיליף מאלה הנחלות דלפ"ז א"צ הזוכה לעשות קנן דה"ה במה שמגבין לבע"ח: י"ל בנה דזהו דוקא למ"ד ש"ד דנחתינן לנכסיו בתורת שעבוד אבל למאן דס"ל של"ד דלא נחתינן לנכסיו רק בתורת דין כפיי' שייקיים המצנה א"כ לפ"ז י"ל דאף מה שמגבין לבע"ח צריף לעשות קנן המועיל דלא עדיף מן אלו נמן בעצמו להבע"ח דהא הב"ד באין מצידו ולפ"ז י"ל דהא דכתב השמ"ק לב"מ ד' ל"ה על מה דאמר רבא דאכיל פירי מפי מטי אדרכתא לידן' דאינו זוכה המלנה בלא החלטה וכנ"ל דזהו משום דהא רבא ס"ל של"ד פמבואר בב"ב ד' קע"ה אבל למאן דס"ל ש"ד שפיר י"ל דלמאן דפסק כר' אלעזר דיליף מאלה הנחלות וכמש"כ הקהלת יעקב אות מ"ס בשם הרשב"א בחי' לגיטין ד' ל"ו דיש להם פח לזכותו אף קודם שבא לידו וכן הוא שיטת רש"י והריטב"א כמש"כ שם ע"ש שפיר י"ל דזוכה הבע"ח אף בלא קנן ולפ"ז הוי נפ"מ רבמא בין מ"ד ש"ד ובין מ"ד של"ד אף בגבין' מינ' דהבע"ח עצמו לענן אי צריף לעשות בו קנן לאחר גוביינא אף י"ל פיון דשעבודא דרבנן לכ"ע ע"כ י"ל דזוכה בלא קנן עכ"פ מדרבנן: ולפ"ז הדין נותן דבמטלטלין דלא משתעבדי י"ל דלכ"ע צריף הבע"ח לזכות בו בתורת קנן פיון דאינו רק בתורת כפיי' פנ"ל אף לפמש"כ לעיל דיש לדון במטלטלין דין בע"ח קונה משפון לאחר דממשקנן ע"כ שפיר י"ל גם במטלטלין דא"צ הזוכה הבע"ח לעשות בו קנן משום דאתינן עלה בתורת גוביינא פנ"ל ולפ"ז בשטרות אף להנה דס"ל דהוי בני גוביינא הא פיון דלא שייף בהו לומר דין בע"ח קני משפון רק משום כפיי' וכנ"ל בארובה ע"כ

שפיר י"ל דאף לר"א דיליף מאלה הנחלות ג"כ יהיה צריף הזוכה לעשות קנן הנוהג בשטרות כו"מ וגם יהיה מהני מחילתו פנ"ל ובאמת צ"ע על מה שכתב הש"ך בסי' ק"א ס"ק ג' דגם אם אין הלנה בכאן שהלה למדינת הים דהוי שטרות בנ"י גובינא הא בזה לא שייך דין כפ"י וכמש"כ הר"נ פ"י דכתובות ואפשר דטעמו דכיון דתקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי א"כ ה"ה שטרות אף בחייו דהא לחד טעמא הא דמטלטלי דיתמי משתעבדי זהו משום דנהגו לכתוב מטלטלי וקרקעי וכמבואר בסי' ק"ז ובאה"ע סי' ק' ובב"ש ס"ק ב' ועיין באו"ת סי' ק"ז ס"ק ד' ולפ"ז ה"ה שטרות דאם שעבדו בפ"י משתעבדי וכמש"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק כ"ו וכיון דהוי בנ"י שעבוד שפיר יש לדון דלא יהי צריף הבע"ח לעשות בו קנן פנ"ל ואפשר דזהו טעמא דהרשב"א והרמב"ן דהכריעו להלכה פגדולי המורים דשטרות משתעבדי ומגבינו מהם דזהו לאחר דתקנו הגאונים דמטלטלי משתעבדי פנ"ל משום טעם דהוי ככתב בפ"י פנ"ל.

ועיין בש"ך סי' ס"ו ס"ק כ"ו מש"כ שם בשם הרשב"א ומה דיש לחלק בין שעבד בפ"י ובין לא שעבדו בפ"י אבל לדינא דגמ' דמטלטלי לא משתעבדי שפיר יש לדון דשטרות לאו בנ"י גובינא ניהו וכמש"כ לעיל בארנפה ואין בידי תשובת הרמב"ן והרשב"א דהובא בש"ך סי' ק"א ובאמת יש לדון במה דקיי"ל בסי' ק"ד דאין במטלטלין דין קדימה פלל הא האידנא לאחר תקנת הגאונים משתעבדי ואפשר דבמה שנוגע לאחרים לא תקנו זה והוי פאלו לא כתב שעבוד מטלטלי פלל ואכמ"ל ועיין בסי' ק"ד סמ"ע ס"ק א' מש"כ שם בשם תשובה להרמב"ן ובבית מאיר סי' צ"א סעי' י"א מש"כ שם בשם הריב"ש ובשיטת הרשב"א: ועדיין יש לדון בשטרות לפי הטעם שכתב הרא"ש בב"ק פ"א סי' י"ט ובכתובות פ"ו סי' ה' ובאה"ע סי' ק' וב"ש ס"ק ב' ובח"מ סי' ק"ז בסמ"ע ונש"ך שם ובסי' תי"ט דהא דגובין ממטלטלי דיתמי זהו משום דהאידנא עיקר משא ומתן שלנו הוא במטלטלין ע"ש א"כ לפ"ז יש לדון בשטרות דהא מבואר בסי' סמ"ך סעי' א' גבי תקנת השוק דמכירת שטרות לא שכיח ע"כ י"ל דבשטרות דלא שכיח משא ומתן בהו ע"כ לא שייך ה"ט זולת ממרמי שאני כמש"כ הש"ך בסי' נו"ן ס"ק ז' וכיון דלהך טעמא לא גובין משטרות בניתמי בתורת שומת שטרות ועיין בסי' ק"ז סעי' א' ש"ך ס"ק ג' אלא משום הטעם דנהגו לכתוב מטלטלי ומקרקעי פנ"ל א"כ יש לדון בחוב נזקין ונחלות דלא שייך בזה הטעם דהוי פאלו כתב מטלטלין וקרקע ועיקר הטעם בזה כמש"כ הרא"ש פ"ק דב"ק סי' י"ט לחלוק על ר' אפרים משום דבזה"ז הוי עיקר משא ומתן במטלטלי וע"כ סמך דעתו עליהם וכמש"כ בטור סי' תי"ט.

ע"כ בשטרות דלא שכיח המשא ומתן בהו י"ל דלא סמך דעתו עליהם כ"כ דכמו דלא שכיחא מכירה בהו פנ"ל פן מה"ט לא סמך דעתו עליהם השעבוד ואפשר לחלק ביניהם וקצאתי ועיין לקמן בענף ח"ת מזה: ענף ולפי מה שנתבאר לעיל דלמ"ד דס"ל ש"ד א"כ לא נחתינו לנכסיו רק היכא דהוי תורת שעבוד והיינו בקרקעות ובמטלטלין הטעם דירדין להגבותן לפי דאחר דממשפנין הם ניקנין להמלנה בדין בע"ח קונה משפון א"כ לפ"ז יש לדון בעבדים דקיי"ל אין גובין מן העבדים וכמבואר בסי' ק"ד סעי' ג' ובסי' קי"ז סעי' ה' דנזקא בעשהו אפותיקי גובין וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק י"ט דנזקא במילי דאורייתא דיני פקרקע ועיין בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' ובסי' שס"ג ס"ק ב' א"כ לפ"ז יש לדון דאף בבע"ח עצמו אין יורדין להגבות עבדיו כיון דאין עליהם דין שעבוד ודינם

בזה כמו מטלטלי וְהָא דְמִטְלָטְלִין נִחְתִּינָן לְהוּ לְהַגְבוּתָן זְהוּ מִשּׁוּם דְקָנִי מִשְׁכּוֹן א"כ הָא
בְעֵבְדִים הֵדִין נוֹתֵן דְלֵא שְׁיִיף בִּיהַ לְדוּן דְנִקְנָה בְתוֹרַת מִשְׁכּוֹן לְהַמְלִיחָה וְכִמוּ בְקַרְקַע
דְכְתָבוּ הַתּוֹס' ב"ב מ"ד ס"ז ע"ב ד"ה וּשְׁבִיעִית מְשַׁמְטָתָה כּו' דְלֵא קָנִי לִיהַ בְתוֹרַת בַּע"ח
קוּנְהַ מִשְׁכּוֹן וּא"כ ה"ה עֵבְדִים דְהִקְשׁוּ לְקַרְקַעוֹת וְגַם שְׁיִיף בְעֵבְדִים הַטַּעַם שְׁכַתְבוּ הַתּוֹס'
שֵׁם לֹמֵר דְהָא לֵא תְפִיס לִיהַ וְהָא דְכָתַב הַמְרָדְכִי בַּפ"ק דְסִנְהֶדְרִין בְּשֵׁם הַר"מ גְּבִי מְחִילָה
וְנִקְט מִשְׁכּוֹן בְּיָדוֹ דְלֵא בְעֵי קָנִין פְּדָאָמְרוּ בַּע"ע לִימָא לִיהַ בְּאִפִּי תְרִי זִיל אַף דַּהַע"ע הָוִי
כְּמוּ מִשְׁכּוֹן בְּיָדוֹ ע"ש אֶלְמָא דַּס"ל לְדַמּוֹת ע"ע לְמִשְׁכּוֹן י"ל דַּשֵּׂא"ה דְהָוִי ב"ח וְלֵא
אִיתְקַשׁ לְקַרְקַע פְּמִבְּנָאָר בְּקִידוּשֵׁין ד' ז' בַּתּוֹס' שֵׁם וְעֵינִין בְּסִי צ"ה בְּשֵׁ"ף שֵׁם וּבְאֶמְת
הַקְצָה"ח בְּסִי רַמ"א ס"ק ב' וְהַנְּתִיבוֹת שֵׁם ס"ק א' כְּתָבוּ לְחִלְקָא בֵּין מִשְׁכּוֹן מִטְלָטְלִין וּבֵין
ע"ע ע"ש וַעֲפ"ז יֵשׁ לְדוּן בְּהָא דְקִידוּשֵׁין ד' י"ט בַּתּוֹס' ד"ה בְּמִלְוָה שְׁיֵשׁ עָלָיו מִשְׁכּוֹן
מְקוּדָּשָׁתָא כּו' וּבְדַבְרֵי הַרְשָׁבָ"א וְהַרִיטְבָ"א בְּחִי שֵׁם וְקַצְרְתִּי וְכֵן רְאִיתִי בְּשַׁעַר הַמְּשַׁפֵּט
סִי רַמ"א ס"ק א' שְׁכַתְבָּתָא ע"פ הַר"נ בְּגִיטִין דַּע"ע דְמִי לְקַרְקַע דְלֵא קָנִי מִשְׁכּוֹן בִּיהַ ע"ש:
וּלְפ"ז י"ל דְבְעֵבְדִים אִין יוֹרְדִין לְהַגְבוּתָן לְבַע"ח רַק דְכּוֹפִין אֶת הַבַּע"ח שְׁיֵשְׁלָם וּיְקַיִם
מ"ע דְפָרִיעַת בַּע"ח אֶכְן י"ל לְפַמְש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי ל"ט ס"ק ב' דְהָא דְאִין גּוֹבִין מִן עֵבְדִים
זְהוּ שַׁל"ד דְהָוִי מִיְלִי דְרַבְּנָן וְלִכְּן עֵבְדִי כְּמִטְלָטְלִי גְבִי זְהוּ א"כ לְפ"ז י"ל דְלִכְּל הַשְּׁיִטוֹת
נִחְתִּינָן לְהַגְבוּתָא הַעֵבְדִים דְהָא לְמ"ד ש"ד הָוִי דִין הַעֵבְדִים כְּקַרְקַעוֹת וּמִשְׁתַּעֲבָדִי פִּינּוּ דְהָוִי
מִיְלִי דְאִוְרֵייתָא וְלְמ"ד שַׁל"ד דְהָוִי מִיְלִי דְרַבְּנָן וְעֵבְדִי כְּמִטְלָטְלִין הָא לְהַה מ"ד יוֹרְדִין
לְנִכְסִים בְּתוֹרַת כְּפִייהַ אַף כ"ז לְשִׁיטַת הַשְּׁ"ף בְּסִי ל"ט אֶבְל לְפַמְש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי ש"ס ג'
ס"ק ב' דַּאֲף אִי ש"ד ג"כ אִין גּוֹבִין מִעֵבְדִים מִשּׁוּם דְלֵא סְמָכָה דַּעֲתוֹ עָלֵיהֶן וְכֵן לְפַמְש"כ
הַקְצָה"ח בְּסִי ל"ט ס"ק א' הַטַּעַם דְהָא דְמִטְלָטְלִי לֵא מִשְׁתַּעֲבָדִי הָוִי זְהוּ דְרַבְּנָן ע"כ לְכ"ע
אִין גּוֹבִין מִעֵבְדִים בְּדִין שְׁעָבוּד וְכ"כ הַפ"י בְּכַתְּוֹבוֹת ד' פ"א בַּק"א וּבְב"ק ד' י"ב ע"ש.

א"כ לְפ"ז עֲדִינִן יֵשׁ לְדוּן דְלְמ"ד ש"ד דַּאֲף מִן הַלְוָה עֲצָמוּ אִין פַּח בְּיָד ב"ד לְהַגְבוּת
עֵבְדִים פִּינּוּ דְאִין עָלֵיהֶם תּוֹרַת שְׁעָבוּד עַכ"פ רַק מִצַּד מ"ע דְפָרִיעַת בַּע"ח וְהָא מִשּׁוּם הָף
מְצוּהַ אִין יְכוּלַת בְּיָד ב"ד לְמִיחַתָּ לְנִכְסִים וְכַמְש"כ לְעֵיל בְּטַעַם שִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְשְׁטָרוֹת
לֵאוּ בְנֵי גּוֹבֵינָא מִשּׁוּם דְלֵא שְׁיִיף בְּהוּ בַּע"ח קוּנְהַ מִשְׁכּוֹן וְה"ה בְּעֵבְדִים פִּינּוּ דְלֵא קָנִי
מִשְׁכּוֹן בְּעֵבְדִים וְעֵינִין בְּכַתְּוֹבוֹת ד' פ"ד ע"ב בְּהָא דְבִי נְשִׂאָה תְּפִיס אֶמְתָּא דִּיתְמִי כּו' וְלֵא
שְׁיִיף לְמִזְדִּין בְּזוּהַ מִמְנ"פ וְקַצְרְתִּי אֶכְן מְהָא דְב"ק ד' י"א ע"ב מוּכַח דְגַם בְּעֵבְדִים נִחְתִּינָן
לְהוּ לְהַגְבוּתָם מִן הַלְוָה בְּחֵי דְהָא אֶמְרוּ שֵׁם אֶמְרַ עוֹלָא א"ר אֶלְעָזָר גּוֹבִין מִעֵבְדִים א"ל
ר"נ לְעוֹלָא א"ר אֶלְעָזָר אֶפִּי מִיתְמִי לֵא מִינְיָה מִינְיָה אֶפִּי מְגַלִּימָא כּו' לְבַתֵּר דְנִפְק א"ל
עוֹלָא הָכִי אַר"א אֶפִּי מִיתְמִי דְחֻזִּין דְמִינְיָה גּוֹבִין וּמִשְׁמַע דִּיוֹרְדִין לְהֶם לְהַגְבוּתָן אַף דַּס"ל
דְאִין שְׁעָבוּד עַל הַעֵבְדִים לְגָבוּת מִיתְמִי.

וְדוּחַק לֹמֵר דְהָף מִינְיָה דְאֶמְרוּ הַפְּנוּנָה הוּא בְּתוֹרַת כְּפִייהַ לְדִידִיָה שְׁיִקְיִים הַמ"ע דְהָא
לְשׁוֹן גּוֹבִין מִשְׁמַע דְנִחְתִּינָן לְהוּ בְּדִין גּוֹבֵינָא וְגַם מִשְׁמַע דְמִינְיָה לֵא הָוִי שׁוּם נַפ"מ אִי
עֵבְדִים מִשְׁתַּעֲבָדִי רַק דְעִיקָר הַנַּפ"מ הוּא גְבִי יְתְמִי וְאֶפְשָׁר לֹמֵר דְהָא עִיקָר הַטַּעַם דְאִם
לִיכָא דִין שְׁעָבוּד דְאִין יוֹרְדִין לְנִכְסִים בְּתוֹרַת כְּפִייהַ זְהוּ מִשּׁוּם דְמִי נָתַן לְהֶם פַּח זְהוּ וְכַנ"ל
א"כ לְר' אֶלְעָזָר דְיִלִּיף בְּגִיטִין דְף ל"ו מִן אֶלְהַ הַנְּחָלוֹת כּו' אַף רְאִשִׁים מְנַחִילִין כּו' דְכַתְּבִיתִי
לְעֵיל דְלְפ"ז מוּכַח דְיֵשׁ פַּח לְהֶם לְהַקְנוֹת אַף בְּלֵא דְרַכִּי הַקָּנִין וְאִף דְכַתִּיב שֵׁם רְאִשִׁי
הָאָבוֹת הָא אֲנִן דְשְׁלִיחוֹתֵיהוּ דְקַמְאִי עֵבְדִין יֵשׁ לְנוּ ג"כ פַּח זְהוּ רַק לְמֵאן דְיִלִּיף מְקַרָּא

דְּעֻנְרָא י"ל דָּאִין לָנוּ פִּתְחָא בְּנֵה וְלָדוֹן דִּין הֶפְקֵר הָא פְּתַבְתִּי לְעִיל דְּעִי"ז לֹא יִתְקַיֵּם מ"ע דְּפָרִיעַת בַּע"ח וְשֵׁם בַּב"ק הָא מְיִירֵינוּ לִר' אֶלְעָזָר דְּאָמַר גּוֹבִין מְעַבְדִּים: אָבֵל זֶה אִינוּ דְּהָא י"ל דְּוָקָא הֵיכָא דְּיָשׁ רְשׁוּת לָנוּ לִירֵד לְהַנְכָסִים הֵן מִחֲמַת אֵיזָה חִיזוּק וְגִדְרָא פִּמּוּ הָא דְּגִיטִין ד' ל"ו אוּ הֵיכָא דְּהַתּוּרָה נְתִיבָה רְשׁוּת לְהֵם לִירֵד לְהַנְכָסִים בְּתוּרַת גְּוִבִינָא עֲבוּר בַּע"ח אִזּוּ י"ל דְּהַזְכוּת הַזֶּה הוּא לְהֵם בְּתוּרַת דִּין יְרוּשָׁה וְנִחְלָה אָבֵל פִּינוּ דְּאִינוּ דְּגִין דְּמַגְלוּ דְּיָשׁ לְהֵם זְכוּת לִירֵד לְהַנְכָסִים דְּמִי הַשְּׁלִיטָן בְּנֵה ע"כ אַף לְמֵאן דְּיִלְיָף מֵאֵלָה הַנְּחָלוֹת כּו' ג"כ אִין לְהֵם פִּתְחָא אִף הֶעֱיָקֵר מֵה דִּי"ל בְּנֵה דְּהָא שֵׁם אָמַר זֶה רַב נַחְמָן לְעוֹלָא וּמְבֹנָאָר בְּגִיטִין ד' נו"ן דְּרַב נַחְמָן ס"ל שְׁל"ד וְהוּבָא בְּש"ף ס' ל"ט ס"ק ב' וְאִף דְּעוֹלָא ס"ל ש"ד פְּמִבְּנָאָר בַּב"ב ד' קַע"ה עכ"ז י"ל דְּכִינוּ דְּאָמַר עוֹלָא בַּב"ק שֵׁם פִּן לִר"נ ע"כ מְיִירֵי בְּשִׁיטַת ר"נ דְּשְׁל"ד.

ע"כ שְׁפִיר אָמְרוּ שֵׁם דְּמִינֵיהּ גּוֹבִין הַעֲבָדִים בְּתוּרַת גְּוִבִינָא וּכְמַש"כ לְעִיל דְּלְמֵאן דַּס"ל שְׁל"ד מוֹכַח דְּנַחְתִּינָן לְנַכְסֵי בְּתוּרַת פְּפִיָּה וְיַדְעָתִי מַש"כ הַאו"ת בַּס"ל ל"ט ס"ק ב' לְהוֹכִיחַ דְּרַב נַחְמָן ס"ל ש"ד מְהָא דַּב"ב ד' כ"ה אָבֵל הֶעֱיָקֵר כְּמַש"כ הַתּוֹסְפוֹת בְּגִיטִין הַנִּזְכָּרִים וְכַמ"ל וּלְפ"ז אִין מְנָה סְתִירָה לְדְּבָרֵינוּ וְעַד דִּין י"ל דְּלְמֵאן דַּס"ל ש"ד דְּבַעֲבָדִים אִין יוֹרְדִין לְהֵם לְהַגְבוּתָן אֲלָא דִּיכְוֹלַת בְּיַדֵּינוּ לְכוּף לְהַלְוָה לְמוֹכְרוֹ וּלְתַתָּן לְהַבַּע"ח וְלְקַיֵּים מ"ע דְּפָרִיעַת בַּע"ח: וּמ"מ לְדִינָא הָאִיִּדְנָא גּוֹבִין מְמַטְלְטְלִי דִּינְתָמִי וּמִשְׁתַּעֲבָדִי וְנַחְתִּינָן לְהוּ לְהַגְבוּתָן לְהַבַּע"ח אִף דְּלֹא שִׁינָף פְּפִיָּה בְּהוּ אֲלָמָא דְּנַחְתִּינָן לְמַטְלְטְלִי אִף הֵיכָא דְּלִיכָא תוּרַת שְׁעָבוּד וְכֵן הָד דְּבַע"ח קוּנָה מְשָׁפוֹן לֹא שִׁינָף בְּיִוִּרְשִׁין וּמ"מ נַחְתִּינָן לְהוּ מִצַּד תַּקְנַת הַגְּאוּנִים א"כ ה"ה אִף בְּחֵי הַלְוָה נַחְתִּינָן לְהוּ מַה"ט וְלֹא יוֹגְרַע בְּחֵי הַלְוָה יוֹתֵר מִן אֵלוּ מֵת הַלְוָה וְהָא דַּס"ל ק"ד דָּאִין בְּמַטְלְטְלִי דִּין קְדִימָה כְּבָר פְּתַבְתִּי לְעִיל מְנָה וְע"כ ה"ה בְּעַבְדִּים יוֹרְדִין וּמַגְבִּינָן לְהוּ בְּתוּרַת גְּוִבִינָא הָאִיִּדְנָא לְאַחַר תַּקְנַת הַגְּאוּנִים וּכְמַש"כ לְעִיל בְּשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דָּאִין גְּוִבִינָא בְּשִׁטְרוֹת אִף מַה"ד מְקוֹדֵם תַּקְנַת הַגְּאוּנִים שְׁפִיר י"ל פְּנ"ל וּנְפ"מ לְכַמָּה עֲנִינִים וְעִינָן בַּב"ק ד' י"ד ע"ב וּבְכַתְּוֹבוֹת ד' ק' ע"ב בְּתוֹס' ד"ה אֵלוּ דְּבָרִים כּו'.

וּבַב"ב ד' קנ"ו גָּבִי הָא דְּבַעֲזִי שְׁמוּאֵל דְּאִקְנִי מַהוּ כּו' אָמַר רַב יוֹסֵף ת"ש וַחכ"א זֶה הִנֵּה פִּיקֻחַ מְפִי שְׂיָכוֹל לְמַשְׁפָּנוּ א"ל רַבָּא מִינֵיהּ קְאָמַר מִינֵיהּ אִפִּי מְגַלִּימָא כּו' דְּמִשְׁמַע דְּאִף אִי דְּאִקְנִי לֹא מִשְׁתַּעֲבָד מ"מ נַחְתִּינָן לְהוּ בַּע"ח עֲצָמוּ י"ל דְּהָא שֵׁם שְׁקִלִין וְטָרִינָן אֲלִיכָא דְּשְׁמוּאֵל וְשְׁמוּאֵל הָא ס"ל שְׁל"ד פְּמִבְּנָאָר בַּב"ב דָּף קַע"ה וְעִינָן בְּגִיטִין דָּף נ' בְּתוֹס' שֵׁם וּבְש"ף ס' ל"ט ס"ק ב' מַש"כ שֵׁם בְּשִׁיטַת רַבָּא וְעוֹד י"ל לְפַמַּש"כ הַתּוֹס' בְּכּוֹרוֹת דָּף מ"ט ע"ב ד"ה וְדִידֵיהּ אֲזִיל כּו' בַּסֵּה"ד גָּבִי נַכְסִים שְׁקִנָּה אַח"כ דְּכָל שְׁעָתָא וְשְׁעָתָא רַכִּיב עָלָיו חַיִּיב פְּדִינָן כּו' ע"כ י"ל דְּמַה"ת מִשְׁתַּעֲבָדִי אִף דְּאִקְנִי רַק דְּהָאִיִּבְעִיָּא הוּא לְעַנְיָן טָרִיפַת לְקוֹחוֹת וְעִינָן בַּס"ל קִי"א סְעִיף כ' וְש"ף שֵׁם ס"ק י"ד ע"כ לְכ"ע נַחְתִּינָן לְנַכְסִים דְּאִקְנִי בְּתוּרַת שְׁעָבוּד אִם הֵם אֲצֵל הַלְוָה בְּעֲצָמוּ וַאֲכַמ"ל: [עֲנָף ח וְהַנֵּה לְקַמְן ס' ע"ג סְעִיף ה' רְאוּבֵן נִשְׁבַּע שְׁלֹא לְמַפְנוֹר מְשָׁלוּ לְפָרוּעַ שׁוּם חוֹב כּו' אִם הַשְּׁבוּעָה קְדָמָה לְחוּב שְׁמַעוֹן כּו' וְכַתְּבִי הַש"ף שֵׁם ס"ק ט"ו פְּתַב הַב"ח מִיְהוּ נִרְאָה שַׁב"ד יֵשׁ לְהֵם רְשׁוּת לִירֵד לְנַכְסֵי וּלְהַגְבוּתָן מֵהֵם לְבַע"ח כּו' וְי"ל דְּזֶה תְּלוּי אִי ש"ד אוּ לֹא דָּאִי ש"ד דְּנַחְתִּינָן לְנַכְסֵי בְּתוּרַת שְׁעָבוּד ע"כ אִף דְּלֹא מְצִינָן לְמַכְפִּיָּה שְׁיָקִינָם מ"ע דְּפָרִיעַת בַּע"ח פִּינוּ דְּקְדָמָה הַשְּׁבוּעָה עכ"ז הָא שְׁעָבוּד נַכְסֵי לֹא פָקַע וְאִף דִּידוּעַ בָּאִם פָּקַע שְׁעָבוּד הַגּוֹף דְּפָקַע שְׁעָבוּד

נְכֹסֵי כַּמֶּשֶׁךְ הָרְאוּשׁוּנִים גָּבִי מוֹכֵר שֵׁט"ח וּמְחִלוֹ וְעֵינֵי בְּסִי' ס"ו סמ"ע ס"ק נ"ה וּבִקְצֵה"ח שֵׁם עכ"ז הָא בְּשִׁבּוּעָה אֶף דְּחֻלָּה מ"מ לֹא מְקַרֵי פִּקְעָה שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף דְּהָא יֵשׁ חֵיּוּב עַל הַלְוָה לְהַשְׁתַּדֵּל וְלִשְׁאוֹל עַל שְׁבֻעָתוֹ כְּדִי שְׂיִהְיֶה יָכוֹל לְקַיָּים מ"ע דְּפָרִיעַת בַּע"ח אֲבָל לְמ"ד שֶׁל"ד דְּהָא דְנִחְתִּינֵן לְנִכְסָיו זֶהוּ בְּתוֹרַת דִּין פְּפִיָּה כַּמֶּשֶׁךְ הָר"ן וְהָרִיטָב"א וְהַרְמַב"ן א"כ הֵיכָא דְחֻלָּה הַשְׁבֻּעָה לְבַטֵּל מ"ע דְּפָרִיעַת בַּע"ח וְאִין אָנוּ יָכוּלִים לְכוּפּוֹ לְקַיָּים מ"ע דְּפָרִיעַת בַּע"ח ע"כ ה"ה דְּאִין אָנוּ יָכוּלִים לְמַיְחָת לְהַנְכָסִים בְּתוֹרַת פְּפִיָּה.

וְלָכֵן פִּינֵן דְּהַשְׁ"ף הַכְרִיעַ בְּסִי' ל"ט ס"ק ב' דְּהָיִ סְפִיקָא דְּדִינָא אִי ש"ד אוֹ לֹא א"כ תְּקַשָּׁה דְּאִיָּה פְּתַב הַשְׁ"ף הֵכָא בְּפִשְׁיטוֹת דִּיּוֹרְדִין לְנִכְסָיו וּמוֹצִיאִין מֵהַמְּוִחָזֵק. וי"ל דְּבִאֲמַת אֶף לְמ"ד שֶׁל"ד יוֹרְדִין לְנִכְסָיו הֵכָא בְּתוֹרַת שְׁעֵבּוּד אֶף דְּלֹא שְׂיִיָּה דִּין פְּפִיָּה עַל הַמ"ע בַּנ"ד.

דְּהָא חֲזִינֵן דְּמֵן יוֹרְשִׁים גּוֹבִין אֶף לְמ"ד דְּשֶׁל"ד מִשּׁוּם דְּהָיִ שְׁעֵבּוּדָא דְּרַבְּנֵן לַכ"ע מִצַּד נְעִילַת דְּלַת כַּדְקִי"ל לְדִינָא דְּהַלְקָתָא דְּמַלְגָּה בַּע"פ גּוֹבָה מִיּוֹרְשִׁין וְהָא בְּיּוֹרְשִׁים דְּגּוֹבִין מֵהֶם אִין זֶה בְּתוֹרַת פְּפִיָּה דְּהָא הָיִ מְצֻנָה עַל הַיּוֹרְשִׁין לְפָרוּעַ חוּב אֲבִיָּהּ אִין אָנוּ כּוֹפִין לְהֶם מִשּׁוּם דְּהָיִ מ"ע שְׁמַתָּן שְׂכָרָה בְּצִיָּדָה כַּדְקִי"ל וְכֵן אֶף מִיְתוּמִים קְטָנִים קִי"ל דְּנִפְרָעִין מֵהֶם הֵיכָא דְּלֹא הָיִ חֲשַׁשׁ פְּרָעוֹן שְׁהוּא בַּא' מַג' דְּרָכִים שְׁגּוֹבִין מֵהֶם כְּמַבְּנֹאֵר בְּסִי' ק"ח וּבְעַרְכֵין דָּף כ"ב:.

וְאֶף מִמְטַלְטְלֵי גּוֹבִין מֵהֶם לְאַחַר תְּקִנַּת הַגְּאוּנִים] אֶף דְּלֹא בְּנִימְעָבֵד מְצֻנָה נִינְהוּ כְּמַבְּנֹאֵר שָׁם. וַע"כ אִין זֶה רַק בְּתוֹרַת שְׁעֵבּוּד נְכֹסֵי מְדַרְבְּנֵן וּמַה"ט אִיכָּא דִּין קְדִימָה לְבַע"ח מְוִקְדָּם נִגְדַּד בַּע"ח מְאַחַר בְּקַרְקָעוֹת כְּמַבְּנֹאֵר בְּסִי' ק"ד ע"כ ה"ה בְּשִׁבּוּעָה שְׁלֹא לְפָרוּעַ הַחוּב אִם קְדָמָה הַשְׁבֻּעָה לְהַחוּב דְּאֶף דְּלֹא שְׂיִיָּה לְגַבּוֹת הַנְּכָסִים בְּתוֹרַת דִּין פְּפִיָּה לְקַיָּים הַמְצֻנָה דַּמ"מ נִחְתִּינֵן לְהַנְכָסִים בְּתוֹרַת שְׁעֵבּוּד אֶף אִי נִימָא שֶׁל"ד.

רַק דְּמַלְקוּחוֹת אִין גּוֹבִין מִשּׁוּם פְּסִידָא דְּלְקוּחוֹת לְכֵן שְׁפִיר פְּתַב הַשְׁ"ף לְדִינָא כַּהַב"ח הֵכָא דִּיּוֹרְדִין לְהַנְכָסִים וַא"ש דְּבָרֵי הַשְׁ"ף: וְרֵאִיתִי לְהַא"ת בְּסִי' ע"ג ס"ק ז' שְׁפַתְבַּע עַל דְּבָרֵי הַב"ח וְהַשְׁ"ף הַנֶּזְ"ל דְּזֵהוּ דוֹקָא בְּקַרְקָעֵי אֲבָל בְּמַטְלְטְלֵי אִין יוֹרְדִין לְהַגְּבוֹתָן פִּינֵן דְּמַטְלְטְלֵי לֹא מְשַׁתְּעָבְדִי רַק דְּאָנוּ מַגְּבִינֵן לְמַטְלְטְלֵי פִינֵן דְּכוּפִין עַל מ"ע דְּפָרִיעַת בַּע"ח ע"כ בְּשִׁבּוּעָה הֵיכָא דְּחֻלָּה וְאִין בְּזָה דִּין פְּפִיָּה ע"כ אִין יוֹרְדִין לְגַבּוֹת מַמְטַלְטְלֵי בְּזָה כּו' עכ"ל הַא"ת בְּשִׁנּוּי לְשׁוֹן אֲבָל לְפַמְש"כ לְעִיל דְּבְּמַטְלְטְלִין דְּגּוֹבִין זֶהוּ מִשּׁוּם דְּלֹא אַחַר דְּמִשְׁפָּנִין וְנִקְנָה בְּתוֹרַת קְנִיּוֹת מְשָׁפוֹן לְהַבַּע"ח ע"כ שְׁפִיר גּוֹבִין מַמְטַלְטְלֵי א"כ ה"ה אֶף אִם נִשְׁבַּע וְחֻלָּה הַשְׁבֻּעָה דְּלֹא שְׂיִיָּה בְּזָה דִּין פְּפִיָּה מ"מ יָכוּלִים לְמַשְׁפֵּן מַטְלְטְלִין פִּינֵן דְּלֹא אַחַר זֶה יְהֵא נִקְנָה לְהַבַּע"ח בְּדִין בַּע"ח קוֹנָה מְשָׁפוֹן ע"כ מִמִּילָא מְצִינֵן לְהַגְּבוֹת לְהַבַּע"ח כִּי זֶהוּ שְׁעֵבּוּד אֲלִימָא מְקַרְקָעוֹת וְכַש"כ לְהַסּוּבְרִים דִּישׁ לוֹ קִנְיָן בְּגוֹף הַמְשָׁפוֹן וְכִבְרַת פְּתַבְתִּי לְעִיל דְּשְׁעֵבּוּד הַגּוֹף לֹא פִּקְעָה אֶף בְּנִשְׁבַּע וַע"כ וְדֹא שְׂיִיָּה בְּזָה לֹא מִרַחֵם דִּין בַּע"ח קוֹנָה מְשָׁפוֹן וְלָכֵן שְׁפִיר סָתַם הַשְׁ"ף וְהַב"ח וְכַתְּבוּ דִּיּוֹרְדִין לְהַנְכָסִים אֶף בְּנִשְׁבַּע וְלֹא חִילְקוּ בֵּין קַרְקַע לְמַטְלְטְלֵי וְהָא דְּכַתְּבוּ בְּסִי' ע"ג דְּחַל הַשְׁבֻּעָה מִיִּירֵי הֵיכָא דְּאִין אָנוּ יָכוּלִים לִירַד לְהַנְכָסִים מִחֲמַת דְּאִינֵן לְפָנֵינוּ רַק אָנוּ דְּנִין אִם לְכוּפּוֹ שְׂיִרְאָה מְקוּמָן אִיָּהּ הוּא וְכֵן לְפַמְש"כ לְעִיל דְּבִשְׁטָרוֹת וְעַבְדִּים לֹא שְׂיִיָּה קוֹנָה מְשָׁפוֹן א"כ י"ל דְּמִיִּירֵי בַּכַּה"ג: אֲכֵן לְפַמְש"כ לְעִיל דְּלָכֵן הָיִ שְׁטָרוֹת בְּנֵי גּוֹבִינָא וְכֵן עַבְדִּים דְּאֶף דְּלֹא שְׂיִיָּה בְּהוּ לְדוֹן בַּע"ח קוֹנָה מְשָׁפוֹן מ"מ הָאִיִּדְנָא לְאַחַר דְּתַקְנוּ הַגְּאוּנִים דְּמַטְלְטְלֵי דִּיְתַמִּי מְשַׁתְּעָבְדִי

ונחתינו להגבותו אף דלא שייך דין כפייה בזה דה"ה אף בתי הלנה הדין נותן דאף היכא דלא שייך לגבותו בתורת כפייה דמ"מ יכולין להגבותו בתורת שעבוד דאין סבא לומר דבתי הלנה יוגרע זכות המלנה ביותר מן אלו מת הלנה וגם ניזל בטר טעמא דהא פתב הרמב"ם סוף פ' י"א ה' מלנה ופ"ו ה' אישות דהא דגובין ממטלטלי דיתמי זהו לפי שפותבין מטלטלי ומקרקעי דאל"כ אין בכת תקנת אחרונים לחייב בה יתומים והובא בטור ח"מ סי' ק"ז ובטור אה"ע סי' ק' או מהטעם שכתב הרא"ש והרשב"א והר"ן דבזה"ז דעיקר עסקינו הוא במטלטלין ע"כ משתעבדי א"כ הא הנה טעמים שייכים אף בתי הלנה לומר דמשתעבדי מטלטלי ג"כ ולכן פיון דשטרות הוי בגי גובינא ובגי שעבוד בירשים כמבואר בבכורות דף נ"ב בתוס' והרא"ש שם ובח"מ סי' ק"ז ובסמ"ע ס"ק ה' מה"ט ה"ה משתעבדי אף בתי הלנה ולכן אף היכא דחלה השבועה ולא שייך דין כפייה בזה דמ"מ נחתינו אף לשטרות ועבדים בתורת שעבוד.

והנה לעיל כתבתי דיש לדון דהא דשטרות הוי בגי גובינא כפי הכרעת הש"ך בסי' ק"א דז"א רק בחוב שנעשה מדעת ורצון הלנה דשייך בזה לומר דהוי כאלו שעבד בפ' אכל בחוב נזקין ונחלות דנעשה החוב בע"כ של המזיק ולא שייך בזה לומר דהוי כאלו שעבד בפירוש למטלטלי וע"כ עיקר הטעם בזה דכיון דעיקר מסחר שלנו הוא במטלטלי ע"כ דינם כמקרקעי ולכן בשטרות פיון דמבואר בסי' ס' גבי תקנת השוק דלא שייך בהו משום דלא שכיח המסחר והמכירה בהו והטעם משום דלא ירצו לקנות ולגבות דהא כל שטרות הוי מחוסר גובינא ושמא יעני ויהיה אדם וכן שמא ימחול ועיין בש"ך ח"מ סי' נ' מה שמחלק בממרי ואכמ"ל א"כ מה"ט י"ל דלא סמכה דעתו על שעבוד השטרות אבל פעת ראיתי דזה אינו דהא פתב הבית יוסף בטור אה"ע סי' ק' בשם תשובת הרא"ש דכתב בזה"ל דהא דנא שרוב עסקינו ופרנסתנו בחובות והלאות הוויין פאשלי דמחונא ועיקר אסמכתיה עליהן כו' עכ"ל תשובת הרא"ש הרי דס"ל להרא"ש דגם להטעם דעיקר מסחר שלנו במטלטלי דשייך טעם זה אף בחובות ושטרות אף דכתב הרא"ש בתשובה והובא בטור ח"מ סי' ס' דלא שייך בשטרות תקנת השוק דלא שכיח אלמא דאין זה ענין לדון מזה לומר דלא סמכה דעתו על שטרות משום דאף דלא שכיח לקנותו עכ"ז סמכה דעת המלנה על החובות ולכן העיקר דאף בחוב נזקין ונחלות שייך לדון דין שעבוד גם על שטרות: ובעיקר דברינו מש"כ לדון דכיון דתקנו הגאונים פן במטלטלי דיתמי שיהיה תורת שעבוד עליהן כ"כ בחייו: כה"ג מבואר באה"ע סי' ק' דכתובה אינו נגבה רק ממקרקעי אף בחייו דקיי"ל דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה אף בחייו אף לאחר דתקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי דה"ה אף בתי הפעל ובאמת אין סבא לחלק ביניהם והא דסי' ק"ד דאין קדימה במטלטלין באמת יש לדון שם ע"פ מש"כ דכיון דכתב הרמב"ם דאין כח בתקנת הגאונים לחייב היתומים רק עיקר תקנתם היה לפי דכותבין מטלטלין ועיין בכ"מ ה' מלנה פ' י"א ה' י"א בשם הריב"ש או משום סברת הרא"ש והרשב"א והתוס' בכתובות דף ס"ז דעיקר מסחרנו הוא במטלטלין א"כ מה"ט יהיה דין קדימה במטלטלין ג"כ כיון דאיכא תורת שעבוד עליהן ועיין בסי' ק"ד בסמ"ע ס"ק א' שהביא בשם תשובה להרמב"ן דס"ל דיש דין קדימה לכתובה לאחר במטלטלין וכ"כ הע"ש ואין ת"י ספר הנ"ל ואפשר דטעמם ג"כ הוא דקאי האי דנא לאחר דתקנו הגאונים פן ויש לדון בזה טובא ואכמ"ל ועיין ברא"ש פתובות פ"ד סי' כ"ד

ובאה"ע סי' קי"א גבי פתובת בגין דיכרין במטלטלי דיתמי וקצת ראיית בבית יוסף בטור ח"מ סי' ק"ד סעיף ו' שהביא בשם תשובת הרמב"ן סי' ס"א שכתב דיש דין קדימה לכתחלה לבע"ח מוקדם נגד בע"ח מאחר אף במטלטלין משום דקיי"ל ש"ד כו' עכ"ל ונראה דטעמו דס"ל דמה"ת אף מטלטלי משתעבדי וכמש"כ הקצה"ח בסי' ל"ט בשם הרשב"א בחי' לב"ק דף י"ד ובחזק' לקדושין בסופו דמה"ת גם מטלטלי משתעבדי והא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי זהו משום דלא סמכה דעתו כו' עכ"ל ולכן פיון דהאידידא דמטלטלי במקרקעי משום דהוי פאשלי דקמחונא דעיקר מסחרינו הוא במטלטלי א"כ דינם במקרקעי וכמש"כ התוס' בבכורות ד' נ"ב בסד"ה ולא בראוי כו' בשם הר"ת דתקנת הגאונים הוי דאורייתא והובא בחי' פני יהושע לטור ח"מ סי' ל"ט ע"ש וכן מצאתי שכ"כ הפני יהושע לפתובות דף פ"א ע"ב בתוס' ד"ה ר"מ כו' ע"ש..

וכן פתב העיר שושן בסי' ק"ד סעיף א' בזה"ל כבר אמרנו דש"ד בין במקרקעי ובין במטלטלין לפיכך מדינא מי שיש עליו בע"ח הרבה פל מי שקדם הוא קודם לגבות בין במקרקעי ובין במטלטלי כו' וי"ל דטעמו ג"כ פנ"ל והנה הע"ש בסי' ק"ז סעיף א' פתב דלכן מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח משום דכתיב והאיש אשר אתה נושה יוציא אליה את העבוט.

דמשמע דוקא האיש בעצמו אשר אתה נושה בו הוא יוציא כו' כי מטלטלין משועבדים בחייו ולא ביורשיו כו' ודבריו מוקשין הם דהא פיון דהע"ש פתב בסי' ל"ט סעיף א' דהא דש"ד נפקא לן מהא דכתיב יוציא אליה העבוט וזהו כמש"כ הרשב"ם בב"ב דף קע"ה והנימוקי יוסף סוף ב"ב א"כ אי נימא לחלק בין חיי הלנה ובין יורשיו מה"ט דדוקא האיש עצמו פנ"ל א"כ מה"ט אף במקרקעי דיתמי לא יהיה יכול לגבות מהם אף למ"ד ש"ד.

ובאמת הא מבואר בכמה דוכתי דלמ"ד ש"ד גובין מיורשים ג"כ מה"ת ע"כ דבריו צ"ע ובמק"א פתבתי להוכיח מן הירושלמי פתובות פ"ט דהובא ברא"ש פתובות פ"ט סי' ב' דלכן ינתנו ליורשין ולא לבע"ח דזו תורה וזו אינה תורה אלמא דלגבות ממטלטלי הוא מה"ת שלא לגבות מהן וכ"כ הרמב"ם ה' מלנה פ' י"א ה"ז דהבא ליפרע מן היורש לא יפרע ממטלטלין כו' שהמטלטלין אינן תחת שעבוד בע"ח מה"ת עכ"ל ומזה הוא סייעתא למש"כ הע"ש לחלק בין חיי הלנה ובין יורשיו אף כבר נתבאר דדוחק לחלק ביניהם בזה ועיקר סברת הירושלמי והרמב"ם נראה דס"ל דאף בחייו אין משועבד מטלטלין מה"ת בתורת שעבוד ע"ט והנה בב"מ דף ס"ז ע"ב ברש"י ד"ה אין בע"ח גובה הימנה כו' אם מת המלנה ונפלה לפני בניו אין בע"ח גובה הימנה כו' ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח דבשלמא בעודו קיים גבי אף מגלימא דעל פתפיה שיהרי לו הלנה מעותיו ונשתעבד והתורה אמרה יבא שליח ב"ד ויפנס לביתו ויטול משכוננו דכתיב והאיש אשר אתה נושה בו כו' ואמרנו לקמן זה שליח ב"ד אבל היכא דמית בהדי יתמי מאי עבידתיה הרי לא לוו ממנו ואי ירתי קרקעות משתעבדי נכסיה מחיים ומחייב מדין ערב כו' וכי אוזפיה עליהו סמך אבל מטלטלי אפי' דין ערב ליכא דלאו עליהו סמך מלנה הואיל ביזו להצניען עכ"ל רש"י וכ"כ הנימוקי יוסף שם וחזינו דאף דכתבו דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לפי דלא סמכה דעתו עליהן וכמש"כ פן בכ"ד מ"מ בחיי

הלנה גובה מטלטלין בתורת שעבוד כמש"כ רש"י והנ"י שיקרי לו הלנה ונשתעבד כו' א"כ מזה ראיה למה שכתב הע"ש לחלק פן ע"פ דרשא דקרא דוהאי כו' בעצמו ואף דכתבו ג"כ הטעם דלא סמכה דעתו על שעבוד מטלטלין מ"מ גזה"כ דבחייו יהיה חל שעבוד על מטלטלין אבל באמת הא נתבאר לעיל דעיקר דברי הע"ש הנ"ל אינם פרושים כ"כ וכן יש לדון בדברי רש"י והנ"י מהא דכתב הנ"י והרשב"ם בסוף ב"ב דמאן דס"ל ש"ד טעמו דיליף מן יוציא אליה העבוט כו' והא מאן דס"ל ש"ד גובה מה"ת מיורשין ג"כ כמבואר שם פנ"ל ולא אמרינן שאני ביורש ע"פ גזה"כ הנ"ל.

וע"כ י"ל דכוננת רש"י והנ"י הקא בב"מ דלכן בחייו גובין מטלטלין לפי דנשתעבד גופו ואיכא מצוה עליו לקיים פריעת בע"ח וע"כ נחתינו לנכסיו בתורת פפייה וכמש"כ הרמב"ן והריטב"א והר"ן דעד שכופהו בגופו כופהו בממונו אבל גם זה אינו דהא שיטת רש"י בכתובות דף פ"ו ע"א דהא דפריעת בע"ח מצוה זהו מן הן צדק כו' וכ"כ הר"ן שם.

א"כ אמאי כתב הקא להפסוק יוציא אליה העבוט כו' והרמב"ן בסוף ב"ב כתב דמ"ע דפריעת בע"ח הוא מן יוציא את העבוט והשיג על שיטת רש"י ואפשר דעיקר כוננת רש"י הקא הוא למילף מן קרא דיוציא אליה העבוט דמזה נפקא ליה דנחתינו לנכסיו בתורת פפייה על המ"ע וכמש"כ לעיל כעין זה בכוננת הרמב"ן סוף [ב"ב דיליף זה מקראי אחרים: אבל גם זה אינו דהא רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע אמרו שם בב"מ דף ס"ז ה"ה דינא דמשפנתא באתרא דמסלקי אין בע"ח גובה הימנה וע"ז פי' רש"י והנ"י פנ"ל.

והא שיטת הגמוקי יוסף והרשב"ם בסוף ב"ב דמאן דס"ל ש"ד יליף זה מן הא דיוציא אליה העבוט פנ"ל והא שיטת הרי"ף בסוף ב"ב דר"פ ס"ל ש"ד וכ"כ הגמוקי יוסף שם ומסתמא ה"ה דס"ל פן רב הונא בריה דרב יהושע בכש"כ וכמבואר בערכין דף כ"ב וכמש"כ הראשונים והובא בש"ף סי' ל"ט ס"ק ב' בשיטת רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דערכין דף כ"ב ע"ש וכיון דס"ל לר"פ ורב הונא הנ"ל דש"ד וזה נפיק להו מן קרא דיוציא אליה העבוט א"כ מנלן למילף מזה הדרש דאף במטלטלין דלא סמכה דעתו על שעבודן דיהיה מצי הב"ד למיחת לנכסים בתורת פפייה והא י"ל דהאידידנא דלא סמכה דעתו על מטלטלין דלא נחתינו למטלטלי ואין זה ראיה מהפסוק הנ"ל: והא דיוציא העבוט י"ל דזהו משום דש"ד מה"ת אף מטלטלין פדמוכרח לומר בשיטת הרשב"ם והגמוקי יוסף סוף ב"ב פנ"ל: וכמש"כ הרשב"א פנ"ל: וע"כ העיקר בכוננת רש"י והנ"י בב"מ הנ"ל דכוננתם דלכן מיניה דידיה גובין אף מגלימא דעל כתיבא משום דכיון דגופו נשתעבד והתורה אמרה דשליח ב"ד נוטל משכוננו דכתיב יוציא אליה העבוט כו' אלמא דבשליח ב"ד דמשכנו אמרינן נדאי דבע"ח קונה משכונן וכמבואר בח"מ סי' צ"ז סעיף ט"ז.

ובהה פרשה דיוציא העבוט דכתיב שם וליה תהיה צדקה ועיין רש"י ב"מ דף פ"ב ע"א ד"ה אימור דא"ר יצחק במשכנו שלא בשעה הלואתו כו' ובשבועות דף מ"ד ע"א ברש"י שם ובגמוקי יוסף פ"ק דב"מ והובא בקצה"ח סי' ע"ב ס"ק ט' מזה ולכן כיון דמה דשליח ב"ד דמשכנו קונה משכונן הבע"ח בנדאי ע"כ שפיר גובין מן

הבע"ח מגלימא דעל פתפיה משום דכיון דקונה משכון ע"כ שפיר יכולין ב"ד למיחף לנכסיו וזהו דוקא בחיי הלנה אבל ביורשין פיון דלית ליה שעבוד הגוף על היורשין ע"כ לא שנייה בהו לומר בע"ח קני משכון ולכן פיון דלא סמכה דעתו על מטלטלין ואין לו עליהם שעבוד פלל וגם הא לא קני משכון בהו ע"כ אין גובין ממטלטלי דיתמי.

והא דכתב הרשב"ם והנ"י דמאן דס"ל ש"ד יליף ליה מן הא דיוציא אליה העבוט. י"ל דכוננתם ממה דכתיב העבוט בה"א וכמש"כ הפני יהושע בחי' על טור ח"מ סי' ל"ט [ובאמת מאן דס"ל של"ד לא דריש להאי ה"א וכמש"כ הפ"י שם בכוננת הרשב"ם בסוף ב"ב ד"ה לאו דאורייתא וקרא במשפנו שלא בשעת הלואתו כו] ובודאי אין לומר דלכן קני משכון משום דהיה לו שעבוד מעיקרא דהא חזינו דאף לדין דלא משתעבדי מטלטלין האידנא דמ"מ קני משכון וגם הא שיטת רש"י דבע"ח קני משכון קנין גמור כמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ט' ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ט ולפ"ז מוכח מן דברי רש"י והנ"י הג"ל כמש"כ דלכן גובין ממטלטלין משום דאחר דמשפנו קני ליה בע"ח בתורת משכון וכל דברי הם נקללין בדברי רש"י והנ"י הג"ל: ולכן העיקר כמש"כ דאף בנשבע וחלה השבועה דלא שנייה פפני' דמ"מ נחתינו לנכסיו אף במטלטלי פנ"ל ומכש"כ לאחר תקנת הגאונים הג"ל ואף בשטרות דלא שנייה בהו בע"ח קני משכון וכן בעבדים משום די"ל דתקנת הגאונים הוי פועין דאורייתא וכמש"כ התוס' בבכורות פנ"ל ולכאורה יש להעיר על מש"כ דיש לדון דבעבדים לא שנייה בע"ח קונה משכון דהא בכתובות ד' פ"ד ע"ב אי' דבי נשיאה תפוס אמתא דיתמי מסימטא כו' אלמא דשנייה תפיסה גם בעבדים אבל באמת אין זה ראי' דשאני התם דלאו מן דין משכון אתינו עלי' דהא התם מיירי בתפיסה לאחר מיתה דלא שנייה בזה לומר בע"ח קני משכון אבל בנ"ד דמיירינן לענין בע"ח קני משכון שפיר י"ל דכמו דבקרקע לא קני לי' בע"ח בתורת משכון ה"ה בעבדים וכמו דמבואר בח"מ סי' צ"ז סעי' ו' דבבתי רחיים של מים הם פקרקע ולא שנייה בי' משכון כו' והא מצינו גבי עבדים דאינו נגזלין כמו קרקעות דאינה נגזלת וכדיי"ל בסי' שס"ג וה"ה גבי משכון דכתיב גבי עבוט דקני משכון די"ל דמקשינו עבדים לקרקעות גם בזה ועיין בקונטרס הספיקות של אחי הקצה"ח פלל ח' ס"ק א' מה שהביא הא דב"מ ד' ק' דאמרו ולחזי ברשותא דמאן קנימא ושפחה דקנימא בסימטא ומש"כ שם בזה וגם יש לעיין מזה במש"כ הקצה"ח סי' פ"ח ס"ק ט' לדון במש"כ הרמב"ד והרמב"ן להוכיח מטבי עבדו כו' ועיין בח"מ סי' ק"ד סעי' ג' וסעי' ד' ובש"ך ס"ק יו"ד: ענה י והנה בהא דקיי"ל דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה אף מיני' פמבואר באה"ע ריש סי' ק' וכפי הכרעת המ"מ ברמב"ם ה' אישות פ' ט"ו ה' ה' אף דשעבוד הגוף איפא עליו לשלם ממטלטלין ג"כ כמש"כ ההפלאה בק"א ה' פתובות סי' ק' ס"ק א' ובסי' צ"ו ס"ק כ"ד ע"ש מ"מ לא נחתינו להמטלטלין ע"פ הטעמים שכתבתי לעיל משום די"ל דשאני פתובה דתקנו שלא לגבות רק מהקרקע כמש"כ הרמב"ם ה"א פ' ט"ו ה"ה והטעם הוא כמש"כ התוס' בכתובות ד' יו"ד ד"ה הואיל ותק"ח הוא כו' דתקנו פן פדי שלא יפרשו מהן בני אדם ובאמת אף להנה פוסקים דפסקו פתובה דאורייתא מ"מ ס"ל לדינא דמטלטלין לא משתעבדי לכתובה ומש"כ הפני יהושע בכתובות ד' פ"א ע"ב ד"ה דילמא ר"מ היא כו' דלמאן דס"ל פתובה מה"ת ס"ל דמטלטלי משתעבדי לכתובה ע"ש אין זה נכון לדינא ועיין בספר בני אהובה על הרמב"ן ה"א פ' ט"ו ה' ה' מזה ומנדרים ד' ס"ה

מוכח דגם אין כופין לגופו לשלם ממטלטלין בכתובה דאל"כ מאי פריה הש"ס התם ומהא דחבילה בקידושין ד' ס"ה אינו ראי' די"ל דשא"ה דאמרו הלשון לגבות כתובה מהחבילה דמשמע דיורדין לגובינא במטלטלין אבל מהא דנדרים דלא אמרו שם לשון גובינא שפיר מוכח דלא מבעיא דאין יורדין למטלטלין להגבותן אלא אף דאין כופין לגופו לקיים מצות פריעת חוב כתובה ממטלטלין וזהו מקנלי כתובה והטעם הוא פעין סברת התוס' פתובות ד' יו"ד ה"ל וי"ל דיש על הבעל חיובהגוף לשלם ממטלטלין כמש"כ ההפלאה פנ"ל אבל אינו בכפייה: וראיתי להמח"א ה' ריבית סי' א' שפתב דמן הרא"ש בב"מ פ"ט סי' מ"ו שהביא בשם הר"ת דמשום כופין לקיים מ"ע דפריעת בע"ח ממשפנין להלוה וכ"כ הטור בסי' צ"ז סעי' כ"ח וסעי' כ"ט בשם הר"ת דשליח ב"ד נכנס לביתו למשפנו ויפרע לזה חובו אלמא דמשום דכפי' נחתינן לנכסיו וזהו דלא פהסוכרים דברבית אין יורדין לנכסיו ע"ש אכן לפמש"כ אינו ראי' מהרא"ש בשם ר"ת די"ל דכוננתו הוא דמחמת כופין לקיים מ"ע ממשפנין לו ולכן אחר דנוטלו למשפון ממילא נקנה להמלוה בדין בע"ח קונה משפון וע"כ יכלת בידם להגבותו להמלוה פנ"ל וקרינו זה דמשפנו כדי ליפרע חובו משום דתיקף אחר דמשפנו הוא מוסרו לבע"ח ועיין בקצה"ח סי' צ"ז ס"ק ב' מש"כ בשם הנ"י ע"ש אבל ברבית דאין קונה בו משפון ולא יהיה יכלת בידי ב"ד לגבות ממטלטלין ולהחליטו ע"כ אף למשפן בלבד אין ממשפנין ולמסרו להתובע משום דכבר פתבתי בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' דהיכא דאין יכולין להחליטו אז אינו רשאי לעכבו בידו משום דחפץ בלא שומא והחלטה הוי גזל בידו ע"ש: ומש"כ המח"א שם להוכיח מהא דבצדקה יורדין לנכסיו.

והמגיה שם פתב לדחות דשאני בצדקה דהוי שיעבוד נכסי הנה פן פתב הקצה"ח בסי' ר"צ ס"ק ג' ובסי' ל"ט ס"ק א' בסופו והנתיבות בסי' ר"נ ס"ק ד' פתב ג"כ לדון פעין זה וכ"כ בסי' ר"צ ס"ק ח' והחזות דעת ליו"ד סי' קס"א ס"ק ו' פתב לחלק בחילוק אחר בין חוב צדקה לחוב רבית ע"ש.

אבל יש לדון בדבריו ולכן העיקר כמש"כ המגיה במח"א והקצה"ח ה"ל ולכן א"ש מה דבשבועה אין יורדין לנכסיו כמש"כ הריב"ש סי' ש"ק והסמ"ע סי' ר"ז ס"ק נ"ג משום דשבועה ליכא שיעבוד נכסי משא"כ בצדקה איכא שיעבוד נכסי: הינצא לנו דנתבאר דהנכון עם המחבר שפסק כהר"נ והרשב"א דחוב רבית אין יורדין לנכסיו וגם נתבאר היטב שיטת הראשונים דס"ל דמן הדין אין דין גובינא בשטרות ומ"מ לדינא העיקר כמש"כ הש"ך דיש דין גובינא בשטרות ואף בחוב נזקין וחבלות ג"כ הדין פן כמו שפתבתי לעיל בארובה וגם נתבאר דיש יסוד נכון למש"כ הש"ך דגובינא בשטרות א"צ פתיבה ומסירה אף לפ"ז יש לומר דלא מצוי הלנה למוחלו פנ"ל וזהו האידנא לאחר תקנת הגאונים וע"כ א"ש סוגיא דב"ק ד' פ"ט וגם י"ל בזה כמש"כ האו"ת בסי' ק"א סוף ס"ק ד' ע"ש ונתבאר ג"כ במש"כ הש"ך בשם הב"ח בסי' ע"ג ס"ק ט"ו גבי שבועה אף דחלה מ"מ יורדין גם למטלטלין בתורת בע"ק קני משפון דיהנה לאח"כ כשימשפנו והלנה לא יעבור על שבועתו דהא בעת דמשפנין לו לא קעבר על השבועה ואיהו לא נשבע אלא שלא יפרע בעצמו ולא ימכור לפרוע שום חוב ועוד טעם אחר נתבאר בזה והב"ד יעשו פן כדי שיעל ידי זה קיים ממילא הלנה מ"ע דפריעת בע"ח ועוד כמה ענינים מחודשים נתבארו ב"ה בקונטרס הלז: ובהא דמטלטלי לא משתעבדי נתבאר לעיל בשם כמה

פוסקים דמה"ת משתעבדי רק משום דלא סמכה דעתו הוי פאלו סילק א"ע משעבודם
ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ט כתבתי דזה אינו אלא בגדר סילוק משום דהא מחילה
בפי' לא הוי וכן לקמן סי' צ"ה יבואר זה בארנפה בחידושיי ב"ה ועפ"ז יש ליישב מה
שהקשו התוס' ביבמות ד' צ"ט ובכתובות ד' פ"א ובכורות ד' נ"א ע"ב בהא דס"ל לר"מ
מטלטלי משתעבדי לכתובה דאי נימא דגם ביתמי ס"ל דמשהעבדי א"כ הוי סברא הפוכה
כו' ומזה הוכיחו התוס' דהא דס"ל לר"מ מטלטלי משתעבדי היינו מיני' דוקא ונהסבר
הוא לחלק ע"פ מש"כ לעיל דשאני מיני' דבתורת פפיני' אתו עלה בתורת פריעת בע"ח
מזנה אבל שיטת הר"נ בנדרי' ד' ס"ה ונהשב"א בקידושי' ד' ס"ה דלא פהתוס' בזה
אלא דלר"מ מטלטלי דיתמי ג"כ משתעבדי בכתובה משא"כ בבע"ח ובאמת צריף ביאור
דמפני מה ישתנה כ"כ להיפך דין הפתובה מן דין בע"ח לר"מ והפני יהושע בכתובות ד'
פ"א פתב דזהו משום דס"ל לר"מ כתובה דאורייתא ומשום חינא ע"ש: ולענ"ד נראה
ביאור נכון במה דס"ל לר"מ מטלטלי דיתמי בכתובה משתעבדי משא"כ בבע"ח דהטעם
הוא משום דלפמש"כ דהא דליכא דין שעבוד במטלטלי זהו בגדר סילוק כמו דהי' פותב
לה דין ונדרי' אין לי על המטלטלין דכיון דאינו טורף למטלטלי ממשהעבדי משום דלית
לי קלא ע"כ הוי הסילוק כמו דכותב לה בעודה ארוסה דמהני כמש"כ התוס' בכתובות
ד' צ"ה ע"א ד"ה וכי כתבה לי' כו' והנה שיטת התוס' דלא מהני סילוק אלא בדרבנן אבל
בדבר תורה לא מהני סילוק והובא בקצה"ח סי' ר"ט ס"ק י"א וביאר שם דטעמם לפי
דזה ה"ל פועין מתנה על מש"כ בתורה דתנאו בטל ע"ש והתוס' בכתובות ד' נ"ו ד"ה ה"ז
מקודשת כו' פתבו דחוב מלנה לא הוי פתובה בתורה ומהני תנאי בזה לכ"ע אבל חוב
נזקין וכה"ג דה"ל מלנה הפתובה בתורה לא מהני תנאי בזה למאן דס"ל דארף בדבר
שבמזון לא מהני תנאי לבטל למש"כ בתורה.

אלא מחילה מהני לכ"ע בכל מקלי ע"ש בתוס' ולפ"ז י"ל דלר"מ דס"ל פתובה דאורייתא
וס"ל דמתנה על מש"כ בתורה תנאו בטל כמבואר בכתובות ד' נ"ו ובשא"ד א"כ י"ל
דזהו טעמא דר"מ דס"ל דמטלטלי דיתמי משתעבדי בכתובה משום דכיון דלדידי' דס"ל
מתנה על מש"כ בתורה תנאו בטל ולא מהני סילוק מגוף החוב ה"ה דלא מהני סילוק מן
שעבוד מטלטלי בחוב פתובה מה"ט ואין לחלק בין גוף החוב לזכות שעבוד מטלטלי בזה
והא דכתובות ד' צ"ה דכותבת ללוקח דו"ד אין לי עמך אף לר"מ כמבואר שם הא מיירי
שם בקנו מידו וזה הוי כמו דאמרו בכתובות ד' פ"ג דמגופה של קרקע קנו מידו ע"כ
מהני זה אף במלנה הפתובה בתורה.

אבל סילוק בלא קנין לא מהני לר"מ בחוב פתובה משא"כ בחוב מלנה דכמו דמהני סילוק
בגוף החוב היכא דהוי באופן המועיל דין סילוק כמבואר בסי' ר"ט ה"ה דמהני סילוק מן
שעבוד מטלטלי דמ"ש.

ע"כ גם ר"מ מודה דמטלטלי דיתמי בבע"ח לא משתעבדי ושאני חוב פתובה אבל לדין
דקיי"ל דמתנה על מש"כ בתורה בדבר של מזון מהני מה"ת לכן ס"ל דמטלטלי דיתמי
לא משתעבדי בכתובה משום דגם בזה שייך דין סילוק וה"ה מיני' ס"ל דלא משתעבדי
כמו שנתבאר לעיל טעמם בזה.

ומתוך שפיר קושיות התוס' הנ"ל ניש לי רוב אריכות דברים בכ"ז ובשיטות הר"נ גבי סילוק בדאורייתא דהובא בקצה"ח סי' ר"ט ואכמ"ל ובעיקר הדין דהא דמטלטלי לא משמעדי דכתבתי דזהו מן דין סילוק יבואר במק"א באריכות והחדושי דינים היוצאים מזה ועיין בהפלאה לפתובות ד' נ"ו ע"ב ובק"א: סימן ג ענף א הקצה"ח בסי' פ"ט ס"ק א' הביא בשם הש"ך בתקפו פהו שפתיב דכל הנשבעין ונוטלין כו' אם הנתבע אינו רוצה לשלם אין יורדין לנכסיו משום דה"ל כמו גזל מדבריהם וגזל מציאת חש"ו כו' אלא מותר לקרותו עבריין והשיג עליו הקצה"ח דהתם גבי מציאת חש"ו גוף הגזילה אינו אלא מדרבנן אבל הכא גוף הגזילה מדאורייתא כו' וכיין דחז"ל ראו להאמין הנוטל בשבועה כעין דאורייתא תקון ויורדין לנכסיו וכמה תקנות מדבריהם ויורדין לנכסיו כגון משיכה והגבהה כו' שהוא מדבריהם ויורדין לנכסיו כו' עכ"ל הגה פן פתבו התוס' בשבועות ד' מ"א ע"א ד"ה ולר' יוסי כו' דרבנן דס"ל דלא נחתין לנכסיו דז"א אלא בהיה גזילה דלא הני אלא מפני דרכי שלום אבל היכא דהני גזל גמור אף דהני מדבריהם יורדין לנכסיו א"כ לפ"ז נדאי הנכון עם הקצה"ח דבכל הנשבעין ונוטלין יורדין לנכסיו ולא הנה צריך הקצה"ח להאריך בזה: אמנם לפי מה דכתב הרמב"ם פ"ו ה' גזילה ה' ט"ז ובשו"ע ח"מ סי' ש"ע סעי' ז' דכל מי שיש בידו גזל מדבריהם אינו יוצא מידו בדיינין עכ"ל ונקטו לכלל דבכל גזל מדבריהם אינו יוצא בדיינים ומשמע דאף הנה דלא אמרו שם דהני רק מפני דרכי שלום בעלמא ומזה סייעתא לדברי התקפו פהו הנ"ל.

אף דיש לחלק דשאני התם דגוף הגזילה הוא מה"ת וכמש"כ הקצה"ח בתחלת דבריו ולפ"ז יש לדון באמת דמפני מה יורדין לנכסיו בכל קנינים שהם מדרבנן וכן בכתובות אשה למ"ד שהוא מדרבנן וכהנה רבות ות"ל מצאתי בתשובת הרדב"ז ח"א סימן תקי"ז שהביא דברי הרמב"ם הנ"ל ומוכיח ממנו דס"ל להרמב"ם דבכל גזל דרבנן לא נחתין לנכסיו וכן הביא שם עוד לפוסקים ראשונים דס"ל פן וכן פתיב הרדב"ז שם סי' תק"ג לבאר זה בארוכה אם נוהג זה בכל דבר שאינו אלא מדרבנן והעלה שם לחלק דבקנינים דרבנן כמו משיכה והגבהה וקנין סודר דאינו רק מדרבנן דהוא מדברי קבלה כו' וזהו מלתא חדתא דזהו סותר לכמה ראשונים ואכמ"ל] וכתובה אלא גדר הדברים הוא דכל הדברים אשר תקנו רבנן דלהני קנין אית להו דינא דאורייתא דעל סמך זה נושאים ונותנים כו' הילכך פל הנו"נ או קונה או מוכר או נושא אשה אדעתיהו דרבנן עושה וגמר ומקנה ולפיכך מוציאין מידו ויורדין לנכסיו פאלו הנה מדין תורה ממש אבל גבי גזל וגניבה ורפית כו' לא שייך ה"ט דמי שגזל כו' לאו אדעתיהו דרבנן קא עביד אלא אדרבה עובר הוא על דבריהם כו' עכ"ל הנחמד וכעין דבריו בכתובה פן ראיתי להפני יהושע שכ"כ גבי פתובה ובמק"א פתיבתי להעיר בזה מהא דטוען פ"פ בכתובות ד' יו"ד ובאה"ע סי' ס"ח: הרי למדנו מן הרדב"ז דס"ל פן לכלל דבכל גזל דרבנן אין מוציאין בדיינים רק משא ומתן ומכירה ומעמד שלשון וכתובה וכהנה שאני ומתחלה הזכיר שם הרדב"ז לדינא דגרמי ומכירת שטרות דהוא מדרבנן אף על דד"ג לא כתב טעם נכון בסוף לחלק דמ"ש זה מפל גזל דרבנן דהא גם בדד"ג יש לומר כמש"כ שם דמי שגזל לאו אדעתיהו דרבנן קעביד דאדרבה עובר על דבריהם וה"ה בדד"ג דמ"ש ובאמת לפ"ז הנה מוכח פשיטת הסוברים דד"ג דאורייתא והנה דס"ל דד"ג דרבנן הנה מוכח דס"ל פשיטת התוס' בשבועות דדוקא היכא דאמרו מפני ד"ש בלבד בזה אין מוציאין בדיינין

והדברים ארנפין והקצה"ח לא ראה את דברי הרדב"ז הנ"ל ועיין בסי' ע"ר ש"ף ס"ק א'.

וע"פ מש"כ יש לדון בכ"ז: ענף ב ועוד נלפ"ד לדון בכל חוב מדרבנן דהנה הכ"מ פ"ט ה' שמקשה ה' ט"ז פתב לדון דהה מילתא דאמרו בגיטין ד' ל"ו דפריה הגמ' מי איפא מידי דמדאורייתא לא משמטא כו' ותי' רבא הפקר כו' דז"א שייך רק להחזיק ממונא אבל לעיל שם דפריה ומי איפא מידי דמדאורייתא משמטא שביעית והתקין הלל דלא משמטא על זה לא תי' רבא פלל משום דלהוציא לא אמרינן הפקר כו' והנה לעיל בחידושיי בביאור ספק תקנה ענף ג' פתבתי לפרש על נכון להפלל שפתב הכ"מ הנ"ל דדוקא במה שתקנו חז"ל איזה חיוב וחוב דבזה לא שייך הפקר ב"ד כו' דהא חזינו דצריה עדיין גובינא והחלטה דב"ד.

אבל במה שתקנו חז"ל בגוף החפץ דשייך לו שפיר י"ל בזה הפקר ב"ד אף היכא דהוי להוציא כמו שהארכתי שם ואף אי נימא דלא נתכונן הכ"מ לזה מ"מ זהו ענין נכון בפ"ע כמו שהוכחתי שם.

ולפ"ז יש לדון בכל חוב דתקנו חז"ל דאף דנימא דיכולים ב"ד לכופו שיקיים כפי תקחז"ל ולא סגי ליה במה דאמרו בשבועות ד' מ"א על גזל דרבנן מפני ד"ש עד דמטי זמן נגדיה כו' ושבקינן ליה דאל"כ הוי נקטיה בכובסיה דנישפקיה לגלימיה כמו שפי' רש"י דאין לה מיחת לניכסיה עדיף מהאי מ"מ יש לומר דלא יהיה שייך בחוב מדרבנן דב"ד ירדו לנכסיו אלא דענשינן ליה ולא שבקינן ליה עד דיקיים בעצמו לתקנת חז"ל: והוא דהא לעיל פתבתי דמצינו בחוב ריבית דאין יכולים לירד לנכסיו רק כופין לו שיראה לקיים מצות עשה דיש ביה משום דליכא שעבוד נכסי ביה ודוקא היכא דאיפא שעבוד נכסי יכולים לירד לנכסיו או משום דין בע"ח קונה משכון או משום תורת דין כפיה כמש"כ הרמב"ן והר"ן והריטב"א פנ"ל בקונטרסי הקודם ולפ"ז יש לדון בכל חוב מדרבנן פנין דמה"ת פטור מלישתן לחבירו א"כ תקשה קושיות הגמרא דגיטין ד' ל"ו וקושיות הגמרא דיבמות ד' פ"ט דמי איפא מידי דמדאורייתא כו' ומדרבנן כו'.

וה"ה ה"ה ה"ה דמה"ת פטור א"כ היכי מותר להבע"ד התובעו ליתול את חפץ בעיניו של חבירו ולהשתמש בו לאוכלו ולמכרו והא"ל איסור גזילה מה"ת ואין יכולים חז"ל לעקור דבר מה"ת ע"י קום ועשה והא דאמרו בגיטין ויבמות שם דמשום הפקר ב"ד נגעו בה הא ז"א שייך היכא דהוי להוציא ומחוסר גובינא והחלטה דב"ד וע"כ י"ל דבכל חיוב מדרבנן דינו כמו חוב ריבית דמבואר דינו ביו"ד סי' קס"א סעי' ה' דב"ד הוי כופין כו' שיקיים מצות השבה אבל לא הוי יורדין לנכסיו אלמא דמצינו דהיה כפיה באופן שלא ירדו לנכסיו ה"ה י"ל בכל חוב דרבנן דכופין לו שיקיים להשיב החוב שהטילו עליו חז"ל אבל אין יורדין לנכסיו ובכה"ג לא שייך לומר דאיהו יעביר חבירו התובעו על איסור גזילה להשתמש בחפץ של חבירו משום דיל"ל דכיון דאמר רוצה אני אף דהוי ע"י כפיה מ"מ פנין דאמר רוצה אני שייך בזה מצוה לשמוע דברי חכמים ותלויה וזבין דב"ב ד' מ"ח אבל כ"ז דלא אמר רוצה אני הוי איסור גזילה מה"ת: ואף דהעונבר על תקנת חז"ל יכולים לכופו וליסרו על להבא שיקיים זה וכמש"כ הר"ן בכתובות פ"ד בסוגיא דמוציא ש"ר וברמב"ם ה' חמץ פ"ו ה' י"ב ועיין בירושלמי נזיר פ"ד ה"ג מפת

מַרְדּוֹת כּו' עכ"ז אין לָהֶם יְכוּלֵת לִירֵד לְנִכְסֵי מַחְמַת הָא דְלָא תְסוּר אִם לֹא הִיכָא דְשִׁינָה
הַפְקָר כּו' וּכְמוֹ דְאָמְרוּ בְּגִיטִין ד' ל"ו וּמִי אִיכָא מִיַּדִּי דְמִדְאֹרְיִיתָא לָא מְשַׁמְטַת שְׁבִיעֵית
וְתִקְנֵי רַבְּנָן דְתִשְׁמַט וּפִי רש"י וְנִמְצָא הֵלְוָה גְזֻלָּן עַל פִּיקָה אֵלמָא דְאָרְף דְלִכְאוּרָה הֵי
מְקוּם לֹמַר דְכּוּמוֹ דִּיש לָהֶם יְכוּלֵת לְכוּפּוֹ לְגוּפּוֹ שְׁיִקְיָיִם מְצֻנָת שְׁמִיקְטָה מְדַרְבְּנָן מַחְמַת לֹא
תְסוּר כֵּן יִהְיֶה יְכוּלֵת בְּיָדָם לִירֵד לְנִכְסֵי בְּתוּרַת כְּפִינָה דְמָה לִי שְׁכּוּפָהוּ בְּגוּפּוֹ וּמָה לִי
שְׁכּוּפָהוּ בְּמָמוֹנּוֹ כְּנ"ל וְאִפ"ה לֹא אָמְרוּ כֵּן בְּלָאוּ דְלָא תְסוּר וְלִכְּן מְקָשׁוּ בְּפִשְׁיטוֹת וְנִמְצָא
הֵלְוָה גְזֻלָּן ע"פ וְאָרְף דְהֵתָם אִינוּ בְּעִינָי דְהָא מִיַּיְרִי בְּהֵלְוָאָה כְּש"כ בְּחַפְזָא בְּעִינָי וְלִכְּן
הַנְּכַרְחַת הַש"ס לְתַרְזֵן דְמִשּׁוּם הַפְקָר כּו' נִגְעוּ בָּהּ א"כ ז"א שְׁיִינָה רַק לְהַחְזִיק אֲבָל לְאִפּוֹקִי
מְמוּנָא בְּתוּרַת חוּב פִּינּוֹ דְלָא שְׁיִינָה בִּיהַּ לְדוּן דִּין הַפְקָר כּו' ע"כ שְׁפִיר י"ל דְכ"ז דְלָא אָמַר
רוּצָה אֲנִי אִין יְכוּלֵת לִירֵד לְנִכְסֵי וְלִכְּן פְּרִיָּה מִי אִיכָא כּו' וְהַתְקִין הֵלֵל דְלָא מְשַׁמְטָא וְיִגְבוּ
בְּתוּרַת כְּמוֹ כָּל חוּב דְהָא לֹא הוּצִיא כּו' וְדוּקָא הִיכָא דְגוּף הַחַפְזָא שְׁיִינָה לְחַבְרִיּוֹ בְּזָה שְׁפִיר
י"ל הַפְקָר כּו' אָרְף לְאִפּוֹקִי מְמוּנָא וּכְמַש"כ שֶׁם בְּחִידוּשֵׁי הַנְּ"ל וְכֵן בְּחוּב כְּתוּבָה וּמַעְמַד
שְׁלִשְׁתָּן וּמְכִירַת שְׁטָרוֹת וְכֵן עֵיקָר דִּין שְׁטָר דְזָהוּ מְדַרְבְּנָן לְהַרְמַב"ם מ"מ יֵשׁ לָהֶם יְכוּלֵת
לִירֵד לְנִכְסֵי מִשּׁוּם דְהָא יֵשׁ לֹמַר בְּכ"ז סְבַרְת הַרְדָּב"ז הַנְּ"ל דְמָה דְנִעְשָׂה מְדַעְתּוֹ אָמְרִינָן
דְגַמַר וְהַקְנָה לְהַתְחַיֵּיב בְּאִנְפֵּן הַמוֹעִיל וְדִינֵינָן בּוֹ כְּמוֹ דִּין תוּרָה מְשִׁשׁ: וְז"א שְׁיִינָה רַק
בְּחוּב מְדַעְתּוֹ אֲבָל בְּמָה שְׁהִטִּילוּ עָלָיו חַז"ל אִינְהּ הַתְחַיֵּיבוּת שְׁלֹא מְדַעְתּוֹ וְרַצוּנוֹ כְּמוֹ
תְקַנְתָּ נִגְזֵל וְנִחְבָּל וְכַה"ג דְבְּזָה יֵשׁ לְדוּן דְכ"ז דְלָא אָמַר רוּצָה אֲנִי אִינָם יְכוּלִים הַב"ד
לִירֵד לְנִכְסֵי בַע"כ אָרְף בְּמַש"כ הַש"ף בְּתַקְפּוֹ פִּהֵן דְבִנְגְזֵל וְנִחְבָּל אִינָם יְכוּלִים לְכַפּוֹתוֹ
כ"כ אֵלָא מוֹתֵר לְקִירוֹתוֹ עֲבָרִינָן וּכְמוֹ מְצִיאַת חַש"ו בְּזָה שְׁפִיר הוֹכִיחַ הַקְצָה"ח דְזָה אִינוּ
אֲבָל לְעַנְיָן לִירֵד לְנִכְסֵי כ"ז דְלָא אָמַר רוּצָה אֲנִי שְׁפִיר יֵשׁ לְדוּן לְפִי דְבָרֵי הַכ"מ הַנְּ"ל
בְּשִׁי הַרְמַב"ם דְאִינָן יְכוּלִין לְמַיְחַת לְנִכְסֵי וְלִמְוֹכְרָן וְכֵן בַּדְּד"ג לְשִׁיטַת הַסּוּבְרִים דְאִינוּ
אֵלָא מְדַרְבְּנָן יֵשׁ לְדוּן כֵּן וְהָא דְב"ק ד' צ"ח דְכַפִּינָה רַבְּרָם לְרַב אֲשִׁי וְאִגְבִּי בִּיהַּ כִּי פְּשׁוּרָא
לְצַלְמָא י"ל דְהֵינּוּ כְּעִין כְּפִינָה לְגוּפּוֹ שְׁיִגְבִּהוּ מְנִכְסֵי וּכְמוֹ שְׁמַצִּינוּ כְּעִין זָה גְבִי חוּב רִיבִית
כְּנ"ל וְכֵן בְּמַטְמָא וּמְדַמְעָא דְהִיזְק שְׁאִינוּ נִיכָר אִינוּ אֵלָא מְדַרְבְּנָן ע"כ ג"כ י"ל דְכ"ז דְלָא
אָמַר רוּצָה אֲנִי אִינָם יְכוּלִין לִירֵד לְנִכְסֵי [אָרְף שֶׁם בְּלָאוּ הִכִּי יֵשׁ לֹמַר לְכ"ע כֵּן פִּינּוֹ
דְקִינָ"ל דְטוֹמָאָת טְהָרוֹת וְנִת לֹא קָנְסוּ בְּנוֹ אַחְרִיּוֹ כְּמַבּוֹאָר בְּגִיטִין ד' מ"ד וּבַח"מ ס'י
שַׁפ"ה ע"כ הֵינּוּ כְּמוֹ חוּב רִיבִית דְכָתַב הַר"ן וְהַנ"י בְּשֵׁם הַרְשֵׁב"א בְּרִישׁ פ"ה דְב"מ דְכִינּוֹן
דְאִין הַבְּנִים חֲזִיבִין לְהַחְזִיר חוּב רִיבִית ע"כ מוֹכַח דְלִיכָא בְּחוּב רִיבִית שְׁעָבוּד נִכְסֵי ע"ש
וְה"ה י"ל כֵּן בְּמַטְמָא וּמְדַמְעָא כּו' דְמַטְעֵם זָה מוֹכַח דְלִיכָא שְׁעָבוּד נִכְסֵי לְמַיְחַת לְנִכְסִים
וְהַדְּבָרִים אֲרֻנְפִין] וְכ"ז לְשִׁי הַכ"מ דְס"ל לְהַטְעֵם דְלִכְּן לֹא שְׁיִינָה תִי רַבָּא דְגִיטִין עַל לְעִיל
מִינְיָה מִשּׁוּם דְלָא שְׁיִינָה הַפְקָר כּו' לְהוּצִיא מְמוֹן אֲבָל לְשִׁי רש"י וְהַרְאָב"ד וְכֵן אָרְף הַתּוֹס'
שֶׁם הָא לֹא אָתוּ עֲלָהּ מִשּׁוּם סְבַרְת הַכ"מ ע"כ לְדִידְהוּ שְׁפִיר י"ל דְאָרְף אִי נִימָא דְד"ג
וְכַה"ג דְאִינוּ אֵלָא מְדַרְבְּנָן דִּיכוּלִין לְמַיְחַת וְלִגְבוּת מְנִכְסֵי בְּתוּרַת דִּין הַפְקָר כּו' וְיַדְעֵתִי
מָה דִיש מְקוּם לְפָרֵשׁ לְדְבָרֵי הַכ"מ כְּעִין מַש"כ הַתּוֹס' אֲבָל זָהוּ דוּחַק וּכְמַש"כ בְּחִידוּשֵׁי
לְעִיל כְּנ"ל: וְכֵן יֵשׁ לְדוּן בְּהָא דְנִגְזֵל נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל לְפַמַּש"כ הַש"ף לְקַמְן רִישׁ ס'י צ' דְזָה
אִינוּ אֵלָא קָנְסָא וְאִם מֵת הַגְזֻלָּן לֹא קָנְסוּ בְּנוֹ אַחְרִיּוֹ כְּמוֹ בְּמַטְמָא וּמְדַמְעָא מַשְׁא"כ בְּשִׁכְרִי
כּו' וְכַמְבּוֹאָר בְּפִירוּשְׁלָמִי שְׁבוּעוֹת פ"ז ה"א וְלְעִיל ס'י פ"ט סְעִי ב' וְשִׁיטַת הַסַּמ"ע לְקַמְנִסִי
שַׁפ"ה ס"ק ב' דְטִימָא טְהָרוֹת אָרְף בְּעַמַּד בְּדִין אִין קוֹנְסִין בְּנוֹ אַחְרִיּוֹ וְעִינָן בְּש"ף שֶׁם ס"ק

ג' דחולק עליו והאו"ת בסי' ק"ח ס"ק א' פתב ג"כ כהסמ"ע ובחידושי לסי' ק"ח הארכתי
בזה ולפ"ז יש לדון ולחלק בין שכיר לנגזל בזה ג"כ דבנגזל יש לומר דאף בסי' הגזלן
אין לו שעבוד נכסי למיחת לנכסיו אף דנשבע הנגזל וכמש"כ הר"נ והנ"י בשם הרשב"א
בריש פ"ה דב"מ דחוב ריבית פיון דאם מת אין גובין מיורשיו ע"כ ליכא דין שעבוד
נכסי ביה רק דהיו כופין אותו שיקיים מצות פריעת חובו וכן פסקו ביו"ד סימן קס"א
סעי' ה' פמו כן יש לדון בהא דנגזל נשבע ונוטל פיון דאף לאחר שבועתו אם מת הגזלן
אין גובין מבניו לפי שיטת הסמ"ע דאף עמד בדין לא מהני בזה ע"כ ה"ה מה"ט אף בחייו
אין יורדין לנכסיו אלא דכופין לו שיקיים פריעת חוב זה אבל בשכיר נשבע ונוטל דגובין
מיורשיו ע"כ ה"ה דיש לו שעבוד נכסי אף למיחת לנכסיו כן יש לדון ולחלק בין נגזל
ונחבל ובין שכיר ועיין ברמב"ם ה' חובל פ"ה ה' ד' שפתב קנס קנסו חכמים כו' שיהא
הנחבל נאמן ונשבע בנק"ח ונוטל כו' ובראב"ד ובמ"מ שם ואכמ"ל: סימן ד (שם סעי'
א') בפ"ד שם סוף ס"ק ב' העלה שם דאם ש"ד או לא זה הוי ספיקא דדינא: ענף א הגה
האו"ת בסי' ל"ט ס"ק ב' הוכיח דהעיקר לדינא דשעבודא דאורייתא דאל"כ תקשה
דהאיה גובין מלנה ע"פ מן יורשים לאחר שחלקו העזבונו שירשו מאביהם לפי מה דקיי"ל
דאחין שחלקו לקוחות הן ומה יענו כל בתי דינין בישראל וכן תקשה בהא דבכורות ד'
מ"ח גבי שני זכרים כו' בחלקו עד שלא נתנו החמשה סלעים דאמרינן דאם מלנה
הכתובה בתורה לאו פכתובה בשטר דמי וכן אחים שחלקו לקוחות הן דאינו גובה מהן
משום דמלנה בע"פ אינו גובה מלקוחות וכיין דקיי"ל דמלנה הכתובה בתורה לאו
פכתובה בשטר דמי וכן אחים שחלקו לקוחות הן א"כ תקשה על מש"כ הרמב"ם והטור
והמחבר ביו"ד סי' ש"ה סעי' כ"ו דאם מת האב קודם שפדאן גובין מהם ה' סלעים אף
אם חלקו כבר הנכסים וקשה הא דינו כמלנה בע"פ ואין גובין מלקוחות והוכיח מזה
דהעיקר הוא דש"ד ולכן פיון דהא דאין גובין למלנה בע"פ מלקוחות הוי משום פסידא
ובכה"ג הא לא שייך פסידא ע"ש.

ועיקר קושיא זו כבר הקשה זה התוי"ט בכורות פ"ח משנה ג' והמע"מ בכורות שם
והיש"ש בדיני ברירה והובא זה הקושיא בקצה"ח סי' ק"ח ס"ק א' והקצה"ח שם תירץ
דלכן גובין מן יורשים שחלקו אף במלנה בע"פ משום דהא יש להקשות כמה דמבואר
בבכורות שם דאי אחין שחלקו לקוחות הם פטורים היורשים הא ה"ל מזיק שעבודו
דחייב ולכן יורש שמכר נכסי אביו חייב לשלם פמבואר בסי' ק"ז סעי' ד' וע"כ מוכח
דשאני במתנות פהונה דמזיק פטור אבל בכל עזבונות שפיר י"ל דגובין למלנה בע"פ
מהם אף אחר שחלקו משום דחייבין מן דין מזיק שעבודו עכ"ל הקצה"ח: ובאמת עדיין
תירוצ הקצה"ח הנ"ל אינו ברור לפמש"כ התוס' חולין ד' קל"א ע"א ד"ה שאני התם
דקא משתרשי ליה דדוקא באכלו למתנות פהונה פטור די"ל הייתי משנה א"כ במכר
למתנות פהונה וקיבל הדמיסודאי דלשיטת התוס' מקרי זה משתרשי ליה דחייב במתנות
פהונה ג"כ א"כ עדיין תקשה קושית הקצה"ח הנ"ל בהא דבכורות ד' מ"ח דאמרו דאי
אחין שחלקו לקוחות הם אין גובין מהם למלנה בע"פ דהא קשה דיהיו חייבין משום
מזיק שעבודו והיכא דנטל דמים העלה הש"ך בסי' ק"ז ס"ק ח' דוודאי חייב במזיק
שעבודו משום דמשתרשי ליה והא התם סוגיא דבכורות קאי אליבא דר"מ ור"מ הא
ס"ל דינא דגרמי א"כ כש"כ דס"ל לר"מ לחייב מזיק שעבודו וכמש"כ התוספות גיטין

ד' מ"א ע"א ד"ה במזיק שעבודו כו' דמזיק שעבודו חמור ביותר מן דד"ג ע"ש וכן תקשה קושיות הקצה"ח עדיין עלה דפסקו הטור ושו"ע ביו"ד סי' ש"ה דאף אחר שחלקו נתחייבו נכסים וגובין ה' סלעים מהם דתקשה דהא לפמש"כ הקצה"ח דלכן פטורים משום דה"ל מזיק מתנות פהונה א"כ תקשה עדיין על פסק הטור ושו"ע ה"ל ועיין מזה בנתיבות בסי' ק"ז ובברית אברהם סי' ח' מזה: ולכן נלפענ"ד ליישב כל זה באופן אחר ומתחלה נראה ליישב מה שהקשו בהא דבכורות ה"ל דאם פלקוחות הם אין גובין מהם למלנה בע"פ דאמאי לא יהיו חייבים לאחר שחלקו מצד מזיק שעבודו והוא דהא מבואר בטור ושו"ע סוף סי' מ"ט דשני יוב"ש שלנה א' מהם מאחר ונמצא לא' מהם שדה שקנה מן יוב"ש השני או שהיו שותפים בו אין המלנה טורף מצד ממנ"פ כו' לפי שאין נכסי בע"ח משועבדים אלא מטעם ערב כו' וכיון שא"י לתבוע מהלנה עצמו ע"כ א"י לגבות מנכסיו וכן בערב לשני יוב"ש בין לשני מלוים בין למלנה א' פשם שא"י לתבוע מהן כו' א"י לתבוע מהערב ועיין בש"ך שם ס"ק י"ט וס"ק כ' ובאו"ת וקצה"ח ונתיבות שם [וכה"ג פתב הר"ת לפרש הטעם דלכן מוכר שט"ח ומחלו דמחול לפי דפקע שעבוד גופו ממילא פקע שעבוד נכסי והוא בש"ך סי' ס"ו ס"ק א'] אלמא דחזינו התם בסי' מ"ט דאף דבאמת הא יש לו שעבוד הגוף על הלנה על א' מהם ועכ"ז פיון דלא מצינו לגבות ע"י ב"ד מצד שעבוד הגוף ממילא פקע ליה שעבוד נכסי ולא דיינינו בזה דין ערבות ולקה דנכסי דבר אינש ערבין ליה אף דאיכא בזה ממנ"פ כמבואר שם אפ"ה אין גובין מן הנכסים: והנה במה דגובין מן יורשין אף דמת אביהם ופקע שעבוד הגוף.

פבר הרגיש בזה הסמ"ע בסי' ס"ו ס"ק נ"ה. והקצה"ח שם ס"ק כ"ו פתב בשם הר"נ בפ' הכותב דלכן במת הלנה גובין מירושיו דשאני התם דנתערבו הנכסים בעת שהיה הלנה קיים ע"כ לא פקע שעבוד נכסי ע"ש ובמק"א הארכתי בכ"ז והנה בכל חוב אף במלנה הפתובה בתורה כמו פדיון הבן וה"ה בחוב נזקין בעיני דיהיה שעבוד הגוף על הלנה ולכן אם אין אנו יכולין לכפות לגוף החייב משום תורת מזיק שעבודו לשלם מנכסים אחרים כדן כל חוב אז אין אנו גובין מנכסיו אף דאיכא למימר ממנ"פ וכמו הא דשני יוב"ש דבכורות ד' מ"ח גבי פדיון הבן ובהא דסי' מ"ט ה"ל ולכן במוכר שט"ח ומחלו פיון דפקע שעבוד הגוף פקע שעבוד נכסי והקצה"ח שם מחלק בין הא דמוכר שט"ח ובין יורשין ע"ש ולפי זה הדין נותן היכא דחייבין היורשים משום מזיק שעבודו דאין גובין מהם אלא היכא דיכולים הב"ד לכוף לגופן מצד שעבוד הגוף ובזה לא שייך סברת הקצה"ח בשם הר"ן ה"ל דכתב דכבר נתערבו הנכסים בעת שהיה הלנה קיים דהא עיקר החוב דמזיק שעבודו הוא משום חיוב חדש דעל היורשים דהזיקו שעבודו ולא משום חוב המוריש דהא לאחר שחלקו אי נימא דלקוחות הם אין גובין מהם אף בחוב שהיה על המוריש.

והא דגובין מן יורשים שחלקו אי נימא דהוי יורשים שא"ה דעיקרו הוא מצד חיוב המוריש דהיה להמלנה שעבוד הגוף על המוריש בעת שהיה חי ונתברר אז בשעתו השעבוד הגוף וכמש"כ הסמ"ע והקצה"ח פנ"ל אבל זה אינו שייך בחיוב יורשים משום מזיק שעבודו ולא מצינו לגבות מירושים לפי שהזיקו שעבודו רק היכא דידוע בנודאי דהזיקו שעבודו: ולכן היכא דנולד לנו ספק אם הזיקו שעבודו כמו בהא דאמרו מחצה יורשים ומחצה לקוחות דהא זה הוי משום ספק כמבואר שם ומספיקא תקנו חז"ל התם

דיהיה פמו מחצה יורשים ומחצה לקוחות כמש"כ התוס' שם בבכורות וב"ב ד' ס"ב אכל עיקר הענין אם הווי מזיק שעבודו הוי ספק שפא הווי יורשים.

א"כ אז לא הזיקו שעבודו פלל ויכולים לומר הרי שלף לפניה רק אי נימא דהווי לקוחות אז חייבים משום מזיק שעבודו ע"כ אין אנו יכולין לכוף לגופן לשלם מן נכסים אחרים של היורשים פדין מזיק שעבודו דהא מספיקא אין אנו יכולים לחייבם בזה.

דדלמא הווי יורשים ולא הזיקו מעולם לשעבודו ובזה לא שינה לומר דהא תקנו חז"ל מספיקא דיהיה מחצה לקוחות דהא במה דאמרו מחצה לקוחות זהו משום ספיקא דהממע"ה רק במה דגבו מן מחצה יורשים זהו מצד התקנה דראו חז"ל בזה הספק לעשות אותם כמחצה יורשים ולהוציא מהמחזק וגם י"ל דזהו לפי שיש חזקת שעבוד וחייב על הנכסים ואף דגם בזה קיי"ל הממע"ה עכ"ז ראו חז"ל התם לדון פן אכל במחצה לקוחות אפתי מידי ספיקא לא נפק דלמא הווי יורשים בכולו דשפא הלכה דיש בריה ואז לא הזיקו מעולם לשעבודו וכיון דמספיקא ליכא שעבוד הגוף עליהם ע"כ פקע שעבוד נכסי ואין יכולים לגבות מהם מצד מזיק שעבודו כ"א ממחצה יורשים דבזה לא בעינו שעבוד הגוף עליהם דהא כבר היה לו שעבוד הגוף על המוריש אכל במחצה לקוחות מצד חוב מזיק שעבודו דהוא חייב חדש על היורשים מצד מזיק פיון דליכא שעבוד הגוף עליהם ולשלם מנכסים אחרים שלהם ע"כ פקע שעבוד נכסי ממילא ולכן אין גובין מן המחצה לקוחות וזהו כש"כ מהה"ד יוב"ש דהא לא נתברר מעולם השעבוד הגוף בזה אף בינו וב"ע ומתוך קושיות האחרונים בסוגיא דבכורות ה"ל: ענף ב ועפ"ז יש לתרץ קושיות התוי"ט והיש"ש ומהמע"מ ה"ל שהקשו בהא דיו"ד סי' ש"ה דפקו דנתחייבו נכסים לאחר שחלקו וכן איה גובין בכל בתי דינים מיורשים שחלקו אף למלנה ע"פ והא הווי לקוחות ולפמש"כ א"ש משום דאפתי יש לדון במש"כ דבירשים שחלקו ליכא שעבוד הגוף עליהם מצד מזיק שעבודו פיון דמספקא לן דלמא הווי יורשים ולא הזיקו מעולם לשעבודו דהא כתב הש"ך בחו"מ סי' קכ"ו ס"ק ע"ח דהיכא דנעשה ערב ועל פיו פטרו להלנה והוי ספק אם יכול לחזור על הלנה דחייב הערב וליכא למימר פיון דהוי ספק אם יכול לחזור א"כ דלמא הלכה דיכול לחזור דלאו מידי חסרתיה דז"א פיון דמספיקא אינו יכול לחזור עליו א"כ הוי היזק בנודאי ולא דמי לשוחט דעשה ספק טריפה דפטור לשלם דלקמן סי' ש"ו סעי' ה' כו' ועוד י"ל דשא"ה דנתן לו רשות לשחוט כו' עכ"ל הש"ך א"כ לפ"ז ה"ה בהה"ד דמחצה לקוחות מספיקא דכיון דאינו יכול לטרוף עכ"פ מספק מהם א"כ הא הווי מזיק שעבודו בנודאי דהא אינו יכול לגבות עכ"פ מהנכסים: הגה"ה והש"ך ביו"ד סי' ד' ס"ק ה' כתב בזה"ל דאע"ג דלענין איסורא איכא פלוגתא מצי הנזק לומר דלמא קיי"ל כמאן דאוסר בהנאה מה תאמר דקיי"ל כהמכשיר א"כ קח לה היין כו' ועיין בנקה"כ שם ומוכח דס"ל להש"ך דבהזיקו בספק איסור דחייב לשלם פיון דעכ"פ מספיקא נאסר לו וע"כ מוכח דשאני בשוחט ברשות דעשה ספק טריפה דפטור כמש"כ הש"ך בח"מ סי' קכ"ו ס"ק ע"ח ה"ל וי"ל עוד דשא"ה בספק אי לצעורי מכוון דיכול לומר להמזיק אפה יודע האמת איה הנה מחשבתה אם לצעורי או לא וע"כ קח לה היין כו' ותמכרנו ומצד ממנ"פ אתי עלה דאם תאמר דפטור אפה משום דלצעורי כו' א"כ מטעם זה קח לה היין כו' וכמש"כ הש"ך שם משא"כ בשארי דוכתי דלא שינה פן אפטר דגם הש"ך ס"ל דפטור ואינו הקרם מהש"ך דיו"ד בזה ועפ"ז א"ש מה דיש להעיר

דאמאי בטבח אוןמן שקלקל פטור כמבואר בב"ק ד' צ"ט וקא מצינו בגיטין ד' נ"ג דלמ"ד
היזק שאינו ניכר שמיה היזק ופטור בשוגג כדי שיודיעו א"כ גם טבח אוןמן יהיה פטור
מטעם הנ"ל אכן באמת א"ש דקא יכול להודיעו שאסור לו לאכול מזה משום ספק טריפה
ועכ"ז יהיה פטור לשלם פינון דאינו רק ספק טריפה והארבתי בכ"ז במק"א ועיין בב"ק
ד' ק' תוס' ד"ה טימא כו' ובסנהדרין ד' ל"ג ע"ב ע"כ הגה"ה: ולענ"ד נראה לדון בעיקר
הך מלמא בהיזקו מצד ספיקא פנ"ל: דמש"כ הש"ה בח"מ סי' קכ"ו ס"ק ע"ח לחלק בזה
הוא דוחק וע"כ נראה לי לדון בזה מילתא חדתא והוא דעיקר המקור הוא מב"ק ד' צ"ט
גבי מגרומתא דאתי לקמ' דרב אמר פינון דהוי ספק טריפה ע"כ פטור השוחט לשלם
ולא מקרי מזיק והובא בט"ז יו"ד סי' י"ח ס"ק ח' והעלה שם הט"ז להוכיח דהיכא דהוי
ספק טריפה אינו משלם בעד ההיזק משום דקא לא הוי פרי היזיקא עכ"פ פינון דהוי
ספיקא במלמא אי הוי טריפה ועיין בנקה"כ שם: וי"ל בזה ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק
ח' אה"ע סי' ו' ענף י"ב לבאר דספק באיזה דין בגמ' דבזה לאחר חתימת הש"ס הוי זה
ספק חסרון ידיעה לכל העולם דקא ליכא להתברר זה הספק כלל האידנא משא"כ בספק
הנולד לאותו שהיו בזמן קודם חתימת הש"ס מקרי זה ספק חסרון ידיעה דקא י"ל דלמא
יבא אז איזה תנא או איזה אמורא ויכריע הדין איך הוא ע"ש ולפ"ז י"ל דשאני בההיא
מגרומתא דב"ק דקא בזמן הגמ' הי' יכול אז להתברר הך ספק מגרומתא אם הוא פשר
או טריפה ע"כ לא מקרי פרי היזיקא לפמש"כ הט"ז דלכן פטור בכזה משום דלא פרי
היזיקא פנ"ל.

ודלא כהנקה"כ שם. דקא אפתי י"ל דלמא יבא א' ויכריע ע"כ שפיר פטרו להשוחט
משא"כ בספק הנשאר בש"ס לספק דלאחר חתימת הש"ס ליכא להסתפק כלל דלמא
יבא א' ויכריע דקא פינון דנשאר בש"ס בספק אז לא מצי שום איש להכריע לאחר חתימת
הש"ס.

ע"כ י"ל דהאידנא מחוייב השוחט לשלם בעשה ספק טריפה כה"ג משום דזה מקרי פרי
היזיקא דקא לעולם לא יהי' מצי שום איש להכשירו וע"כ שפיר כתבו בח"מ סי' ש"ו
וע"ש בש"ה ס"ק יו"ד.

דבמה דנהגו להטריף בספק בשחיטה כמו ספק שהי' במיעוט בתרא וכה"ג דכיון דהוי
ספק חסרון ידיעה לכל העולם ע"כ הוי שם טריפה עליו דקא מספק אינו יכול לאוכלו
כלל בשום אופן ע"כ מקרי מזיק בנודאי פו נראה לי לדון בזה אף דלא משמע פו מן
האחרונים שם.

ולפ"ז י"ל בהא דמספקא להש"ס אם יורשים שחלקו הוו יורשים או לקוחות כמו הא
דבכורות דמחצה יורשים ומחצה לקוחות דבזמן התנאים ואמוראים דהי' יכול להתברר
הך ספיקא דדינא.

דקא באמת מצינו לכמה תנאי ואמוראי דס"ל יש ברירה ומה"ט ס"ל ד' יורשים הוו ועיין
בר"ן ר"פ השותפים ע"כ שפיר כתבתי לעיל דליכא בזה שעבוד הגוף עליו משום מזיק
שעבודו דקא אפשר לומר דלמא יבנרר הדין אז דהוו יורשים א"כ לא היזיקו מעולם
לשעבודי כלל דקא השעבוד עדיין קיים ומוטל על השדות ודומה למש"כ הגדולי תרומה
והתומים בסי' ק"ז ס"ק ח' והקצה"ח שם ס"ק ו' דבמכרו השדה לאלם דבחווב בשטר י"ל

דאינאם חייבים משום מזיק שעבודו ועיין בטור ח"מ סי' ק"ד סעי' ב' רק במקרה השדה והיא חוב בע"פ דבזה ע"פ דין פקע שעבודו ובזה חייב משום מזיק שעבודו כמש"כ האורים בסי' ק"ז ס"ק י"ח דבזה לכ"ע חייב לשלם ע"ש ובקצה"ח ס"ק ו' ויש לדון בזה הרבה ע"כ היכא דהוי ספק אם יורשים או הוי לקוחות דיש להסתפק דלמא לא פקע שעבודו ע"פ דין א"כ לא הוי ברי היזיקא דעדיין אפשר לומר דלמא יבא א' ויכריע הדין דהוי יורשים ולא פקע שעבוד נכסי ע"כ שפיר פתבתי לעיל לדון דכיון דלא מצי נחית לגופו לחייבו משום מזיק שעבודו לשלם מנכסים אחרים משום דהא יכול לומר דלמא הוי יורשים ולא פקע שעבוד נכסי ע"כ שפיר י"ל דכיון דליכא שעבוד הגוף בתורת ונדאי ממילא ליכא שעבוד נכסי אף דאיכא תורת ממנ"פ פנ"ל בשני יוב"ש הנ"ל: וכ"ז הוא בזמן מקודם חתימת הש"ס אמןם האינדנא אחר חתימת הש"ס דכיון דכבר נקבע לנו בספק דבאורייתא אין בריירה ואינו יכול לגבות מספיקא בשום אופן בעולם מן יורשים שחלקו דהא האינדנא אין שום חכם יכול להכריע זה הספק וע"כ הוי ברי היזיקא ולכן חייבין יורשים שחלקו משום מזיק שעבודו אף במתנת פהונה דהא הוי משתרשי לי' לפי התוס' בחולין ד' קל"א דחייב וכמש"כ הש"ך בסי' ק"ז ס"ק ח' דבנטל דמים חייבים היורשים במקרו משום מזיק שעבודו דהא ה"ל משתרשי לי' וכ"כ הנתיבות שם ולפ"ז הוי שעבוד הגוף על היורשים בנדאי משום מזיק שעבודו דכיון דא"י לגבות מספיקא בשום אופן בעולם וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק ע"ח כעין זה פנ"ל [ונעשה השעבוד של הבע"ח ע"י החלוקה למזון שאינו יכול להוציא בדיינין בשום אופן בעולם דכה"ג אף בקרקע מקרי אינו ברשותו פמבנאר בב"מ ד' ז"ן וגובין מן היורשים על פי דין משום דהוי זה חוב עצמם מצד מזיק דנתחייבו אז באותו שעה שחלקו וכיון דיש לו שעבוד הגוף עליהם ע"כ גובין שפיר אף למלנה בע"פ מיורשים שחלקו וה"ה בהא דיו"ד סי' ש"ה גבי מתנות פהונה דפסקו דנתחייבו נכסים אף אחר דחלקו משום דהוי משתרשי לי' דגם במתנות פהונה שייך פנ"ל ומתורץ קושיות האחרונים הנ"ל וא"ש פל זה אף אי נימא שעבודא לאו דאורייתא וע"כ אין הכרח מזה הקושיא להוכיח דש"ד וי"ל פה"ש דהוי ספיקא דדינא אי ש"ד או לא ובמק"א הארכתי בכ"ז ועיין לקמן בסי' מ"ט סעי' יו"ד מה שכתבתי שם עוד בענין השני לשעבודא דאורייתא וע"פ דבריהם יש ליישב דברי הרי"ף סוף ב"ב דמשום געילת דלת אוקמה עלדאורייתא דאל"כ לא הי' גובה מן יורשים שחלקו דהוי פלקוחות וכן י"ל בכ"ז ע"פ מש"כ הט"ז בח"מ סי' ק"ג סעי' י' בהג"ה וקצרתי הלכות הלואה סימן לט (סעי' א) אם יש עדי שקנו מידו כו' י"ל דהו' מילתא דאמרו סתם קנין לכתובה עומד זהו אם קנה לגוף החיוב בלא הקנין ע"כ אמרינן דיפ"כ של הקנין הוא שיכתבו לו אבל היכא דלא קנה לגוף החיוב בלא הקנין אז לא אמרינן סתם קנין לכתובה עומד ואפשר דזהו טעם שיטת הסוכרין לקמן סי' קכ"ט סעי' ו' דערב הנעשה בקנין אם לא כתב לי' שטר אינו גובה ממשעבדי והבית יוסף כתב שם טעם אחר אף יש לכלול להסבא שכתבתי בדברי הבית יוסף וי"ל דמירי שם בערב לאחר מתן מעות אכן מן התוס' ב"מ ד' ט"ו ע"א ד"ה כגון שקנו מידו דהקשו דא"כ אמאי קאמר אמליך הלא סתם קנין לכתובה עומד וי"ל כו' ועיין לקמן סי' סמ"ך ש"ך סוף ס"ק י"ב ואי נימא דהיכא דלא הי' יכול לחול החיוב עליו רק ע"י הקנין אז לא אמרינן סתם קנין לכתובה עומד א"כ אין מקום לפ"ז לקושיות התוס' דהתם דהא התם אין לו שבת

כ"ז דלא קנו מידו משום איסור ריבית לשיטת שמואל וא"כ הוי תועלת גדול מן הקנין
ואפ"ה הקשו התוס' דגימא סתם קנין כו' א"כ מוכח שלא לחלק בזה ואחר כתבי כ"ז
נזכרתי פי האו"ת בסי' קט"ז ס"ק ה' העיר בזה בשם הכה"ג בשם חכם א'.

(שם סעי' ב') ואע"פ שאמר להם כתבו וחתומו ותנו צריכים להמלך בו וכן הוא בכתובות
ד' ג"ה וקרא"ש שם הקשה מ"ש מן האומר תן חפץ זה לפלוני דלא צריף לאמלוכי בי'
ותי' דשאני הכא דאיכא רגלים לדבר שרוצה שימלכו בו מדלא הקנה מיד בקנין חליפין
ש"מ דאין דעתו להקנות לו מיד וירושלמי א"ל רב לחיני' ברי' פד אמרי לך הב מידי
לפלגיא אי אינש עשיר הוא אימלך בי' תניינות ואי אינש מספן הוא הב לי' מיד עכ"ל
קרא"ש והובא בנתיבות סי' ל"ט ס"ק ה' פירושו של קרא"ש הג"ל: ודברי קרא"ש הג"ל
צריף ביאור דסותר דבריו דמתחלה כתב בפשיטות דאומר תן חפץ לפלוני א"צ לאמלוכי
בי'.

ומיד אח"ז כתב בשם הירושלמי דרב אמר דימליכו בי' אלמא דצריף לאמלוכי בי' וסתרי
דבריו אהדדי וכן ראיתי להפלאה שם שהקשה פן על קרא"ש ומתוך זה כתב לחלק
דדוקא במתנה מועטת דה"ל מחוסר אמנה כדקיי"ל בזה כתב קרא"ש דתן חפץ א"צ
לאמלוכי בי' משא"כ רב לטעמי' דס"ל דברים אין בהם משום מחוסר אמנה כו' וע"כ
במתנה מרובה גם לדין צריף אמלוכי בי' עכ"ל אבל באמת זה דוחק דכה"ג ה"ל
לקרא"ש לפרושי וכן בפסקי קרא"ש שם כתב להלכה דאם אמר לשלוחו תן חפץ לפלוני
יכול לתנו לו מיד דמשמע אף במתנה מרובה: והנלע"ד בזה דבאמת הדין הוא דאף
במתנה מרובה אם אמר לשלוחו תן חפץ לפלוני א"צ לאמלוכי בי' משום דהא דכתב קרא"ש
בפשיטות דתן חפץ לפלוני א"צ לאמלוכי בו אינו הטעם משום דה"ל מחוסר אמנה
ומוקמינן לו על חזקת פשרות משום דיש להוכיח דלאו משום איסור חזרה דמחוסר
אמנה אמר זה אלא אף היכא דמותר לחזור בו פגון במתנה מרובה ג"כ לא חיישינן
לחזרה וא"צ אמלוכי בי' וראי' לזה מהא דגיטין ד' ס"ה האומר כתבו ותנו כו' הרי אלו
יכתבו ויתנו.

וכמבואר זה בכמה סוגיות ובשו"ע אה"ע סי' קמ"א אלמא דבכתבו ותנו גט לאשתו א"צ
אמלוכי בי' ובנודאי לא הוי שם הטעם משום מחוסר אמנה דאסור לחזור בו ומוקמינן
לו על חזקת פשרותו דזה אינו דהא כתיבת גט לאשתו נודאי דזהו כמו מתנה מרובה
כדמצינו באה"ע סי' קל"ד שכתבו פולם דבאנסוהו לגרש לא הוי כמו תלויה וזבין דאף
קיבל מעות עבור הגט לא מהני משום דכל הון יבוזו לו בעד אשתו החביבה עליו פגופו
ואין דמים לאשה כו' ובנודאי הוי זה כמתנה מרובה ואף בהבטיח לגרש אשתו מותר לו
לחזור בו ולא ה"ל מחוסר אמנה כלל [ועיין בקצה"ח סי' רכ"א ס"ק א' מש"כ שם על
הב"ש באה"ע סי' כ"ט ס"ק כ"א] ואפ"ה אמרו דא"צ לאמלוכי בו בגט אם אמר כתבו
ותנו גט לאשתי כמבואר בכמה סוגיות לכ"ע ועוד דאי גימא הטעם בכתבו ותנו גט
לאשתי לכן א"צ אמלוכי בו משום דה"ל מחוסר אמנה א"כ תקשה מכל המשניות
דמבואר דא"צ אמלוכי בו על רב דס"ל בב"מ ד' מ"ט דברים אין בו משום מחוסר אמנה
אף אין אנו צריכים לזה דנודאי כתיבת גט לאשתו ה"ל כמו מתנה מרובה וגם אמרו בזה
בגיטין ד' י"ח לא מקדים אינש פורענותא לנפשי' ובתוס' שם ד' י"ז ע"ב סד"ה עד שעת

גְּתִינָה כּו' וְהָא דְאָמְרוּ דְכָתְבוּ וּתְנוּ בְּגִט א"צ אַמְלוּכִי בּוּ הַטַּעַם הוּא מְשׁוּם דְחִזְרָה הָוֵי חֲשַׁשׁ רְחוּק דְאָף הֵיכָא דְמִתְרַחֵץ לְחִזְרוּר בּוּ מ"מ הָוֵי חִזְרָה חֲשַׁשׁ רְחוּק וּע"כ א"צ אַמְלוּכִי וְהָא דְכְתוּבוֹת דְכָתְבוּ וְחִתְמוּ צָרִיף אַמְלוּכִי בִי יֵשׁ לְחֻלְק עַפ"י סְבַרְת הָרָא"ש דְשֵׁא"ה דְמִדְלָא הַקְנָה בְּקִנְיָן חֲלִיפִין ע"כ רַגְלִים לְדַבֵּר שְׂרוּצָה שְׂיַמְלִיכוּ בּוּ מִשֵּׁא"כ בְּגִט אִשָּׁה דְלֹא שְׂיִיף פֶּן ע"כ א"צ אַמְלוּכִי בִי: וּלפ"ז יֵשׁ לְהַסְבִּיר דְבְרֵי הָרָא"ש הַנ"ל עַל נְכוּן דְמָה שְׂפִסְק הָרָא"ש בְּפִשְׁטוּת דְהָאֹמֵר תֵּן חֲפֵץ אֵין צָרִיף אַמְלוּכִי דְהוֹכִיחַ פֶּן מְהָא דְכָתְבוּ וּתְנוּ גִט לְאִשְׁתֵּי הַנ"ל וּע"כ הַטַּעַם דְהֵיכָא דְלֹא שְׂיִיף קִנְיָן חֲלִיפִין אַמְרִינֵין דֵּא"צ אַמְלוּכִי בּוּ א"כ ה"ה בְּאֹמֵר תֵּן חֲפֵץ לְפָלוּנִי דְלֹא שְׂיִיף הֵתֵם לֹמֵר דֵּה"ל לְהַקְנוֹת בְּקִנְיָן חֲלִיפִין וְכַמִּש"כ הַגְּתִיבוֹת פֶּאן דְדוֹקָא בְּאֹמֵר כְּתְבוּ וּתְנוּ דֵּה"ל שְׁנֵי שְׁלִיחוֹת ע"כ אַמְרִינֵין דֵּה"ל לְהַקְנוֹת בְּחִלְפִין מִשֵּׁא"כ בְּהוּן חֲפֵץ כּו' דֵּה"ל רַק שְׁלִיחוֹת עַל עֲנָן א' לֹא אַמְרִינֵין פֶּן יַעוּ"ש בְּגִתִּיבוֹת וְהָא דְקָאֵמֵר הָרָא"ש דְאֵם אָמֵר תֵּן חֲפֵץ כּו' מְסַבְרָא א"צ אַמְלוּכִי בּוּ וְאֵלוּ לְפִמִּש"כ הָא אֵין זֶה מְסַבְרָא אֵלָא פֶּן מוֹכַח מִפְּמָה מְשֻׁנְיוֹת עַכ"ז י"ל דְלִכְּוֹן קָאֵמֵר בְּלִשׁוֹן מְסַבְרָא מְשׁוּם דְאִפְתִּי יֵשׁ לְחֻלְק דְשֵׁאֲנִי גִט אִשָּׁה דְלֹא שְׂיִיף בִּי חֲלִיפִין כָּלֵל מִשֵּׁא"כ בְּתֵן חֲפֵץ דְשְׂיִיף בּוּ חֲלִיפִין אָף פִּינּוּן דִּי"ל דְכִינּוּן דְלֹא הָוֵי הַשְׁלִיחוֹת עַל שְׁנֵי עֲנִינִים וְכַמִּש"כ הַגְּתִיבוֹת פֶּנ"ל ע"כ לֹא מְחַלְקִינּוּ בִּינֵיהוּ וּמָה דְהַקְשִׁיתִי עַל הָרָא"ש דְאֵיף הֵבִיא אַח"ז הָף דִּירוּשְׁלָמִי וְהוּא בִּירוּשְׁלָמִי ב"מ פ"ד ה"ב דְרַב מִפְקִיד לְשִׁמְשֵׁי אֵימַת דְנִימֵר לָף תִּתֵּן מִתְנָה לְבִרְנָשׁ אֵין הָוֵה מְסַפֵּן הַב לִי מִיָּד וְאֵין עֲתִיר אֵימְלִיף בִּי תִנְיָנוֹת וּמְפִוֶּרֶשׁ לְהַדְיָא דְאָף בְּאֹמֵר תֵּן חֲפֵץ לְפָלוּנִי אֵם הַמְקַבֵּל הוּא עֲשִׂיר צָרִיף אַמְלוּכִי בִי וְכַמִּש"כ הַהִפְלָאָה וְכוּן הוֹבָא דְבְרֵי יְרוּשְׁלָמִי הַנ"ל בְּרִי"ף לְכְתוּבוֹת פֶּאן וְהִמְר"ם שְׂבַרִי"ף מוֹחֵק זֶה וּע"כ יֵשׁ לְתַמְוָה אֵיף פִּסְק הָרָא"ש שְׁם וּבְפִסְקֵי הָרָא"ש לְהֵיפָף מִן הַמְבִּנְאָר בִּירוּשְׁלָמִי וְהָא בְּמָה דְלֹא מְפִוֶּרֶשׁ בְּש"ס דִּילָן פִּסְקִינּוּ בִּירוּשְׁלָמִי וְנִלְע"ד בְּזֵה דִי"ל דְמָה דֵּה"ל רַב לְמִשְׁרְתוֹ דְאֵם עֲשִׂיר הוּא דִּימְלִיף בּוּ שְׁנִית אֵין זֶה מִן הַדִּין.

רַק זֶהוּ כְּמוֹ הָא דְמְבִנְאָר בַּח"מ ס' ל"ט סע' י"ג דְבָאֵם אָמֵר בְּפִירוּשׁ דְלֹא יִתְנוּ הַשְּׁטֵר עַד שְׂיִשְׁאֵלוּ אוֹתוֹ אֵם לִיתֵן דְלֹא יִתְנוּ הַשְּׁטֵר בְּלֹא דַעְתּוֹ אָף שֶׁהִי בְּקִנְיָן אֵלָא בְּסִתְמָא בְּלֹא הַתְנָה פֶּן אַז א"ש אַמְלוּכִי בּוּ אֵם הִי בְּקִנְיָן ע"כ רַב צִינָה לְמִשְׁרְתוֹ דְאֵם יֵאמֵר לוֹ לִיתֵן מִתְנָה דְלֹא יִתֵּן אֵם לֹא יִשְׁאֵן אוֹתוֹ שְׁנִית עַל זֶה וְחֲשַׁשׁ רַב לְטוֹבָתוֹ ע"כ הַזְהִירוּ לְהַשְׁלִיחַ בְּזֵה וְאֵז וְנִדְאֵי אֵין נוֹתְנִין בְּלֹא אַמְלוּכִי בּוּ וְעֵצָה טוֹבָה הִיָּה מְמַנּוּ שְׁלֹא יִצְטָרֵף בְּכָל פְּעַם לְהַתְנוֹת פֶּן בְּפִי כְּדִמְצִינּוּ פֶּן בְּכַמָּה דְוֹכְתִי בְּש"ס כְּמוֹ בְּהָא דְנִדְרִים ד' כ"ג וד' ע"ב ע"ב אֵבֵל אֵם לֹא הַתְנָה בְּפִירוּשׁ אַז הַדִּין הוּא שְׂיִתְנוּ לוֹ מִיָּד וְא"צ אֵימְלוּכִי בּוּ וּע"כ לֹא סִתְרִי דְבְרֵי הִירוּשְׁלָמִי לְדְבְרֵי הָרָא"ש כִּי הִירוּשְׁלָמִי לֹאֹ דִינָא קָאֵמֵר רַק עֵצָה טוֹבָה הָוֵי וְאִשְׁמוּעִינּוּ דְאֵם הוּא עֲשִׂיר יְמִלּוּךְ בּוּ וְאֵם הוּא עֲנִי נַעֲשֶׂה נִדְרָ וְלֹא יִצְטָרֵף לְשֵׁאוֹל לוֹ שְׁנִית וְדְבְרֵי הִירוּשְׁלָמִי הַנ"ל הֵבִיא הָרִי"ף וְהָרָא"ש בַּח"מ פ"ד ס' י"ב ע"ש וְזֶהוּ מוֹכַח בְּכַוְנַת הִירוּשְׁלָמִי דֵּאל"כ תְּקַשָּׁה עַל רַב מְהָא דְכָתְבוּ וּתְנוּ דְגִיטִין הַנ"ל וְעֵינּוּ בְּבִיאוֹר הַגְּרָא זצ"ל ס' רמ"ג ס"ק ב': וְלָכוּן לְדִינָא שְׂפִיר כְּתַב בְּפִסְקֵי הָרָא"ש בְּכְתוּבוֹת רִישׁ פ"ה דְאֵם אָמֵר לְשִׁלּוּחוֹ תֵּן חֲפֵץ לְפָלוּנִי יְכוֹל לְתַנּוּ לוֹ מִיָּד וְאֵין זֶה סוֹמֵר לְהִירוּשְׁלָמִי אֲמַנָּם בְּהַגְהוֹת מִיְיִמוּנֵי פ' י"א ה' מְלָנָה שְׂפִתְבַּעַל מִש"כ הַרְמַב"ם שְׁם ה"א דְהָאֹמֵר כְּתְבוּ וְחִתְמוּ צָרִיכִים לְהַמְלִיף בּוּ וְכַתְבַּת הַהַג"מ שְׁם הַטַּעַם דְמִדְלָא הַקְנָהוּ בְּקִנְיָן ש"מ דְאֵין דַּעְתּוֹ

להקנותו עד שימליכו בו ואח"ז הביא בשם ר"ת דכל מתנה צריף לקמלה שנית ונהביא ראי מירושלמי הג"ל דרב א"ל לחיאי ברי דאמליף בי תננינות.

והא דתקשה על הגמ' הג"ל מהא דכתבו ותנו דגט י"ל דס"ל דשאני מתנת ממון די"ל גם בזה דהי לו להקנות בחליפין ולא ס"ל להחילוק של הנתיבות בזה. ולפ"ז י"ל דהיכא דשולח מתנה לא מיני מטבעות דבזה אף ההג"מ מודה דא"צ לאמלוכי בו דהא לא שייף בזה לומר דה"ל להקנותו בחליפין דהא מטבע אינו נקנה בחליפין וע"כ בזה י"ל דג"כ ההג"מ מודה דא"צ אמלוכי בו דזה דומה ממש להא דכתבו ותנו דגט אשה פנ"ל ונדיין אפטר לומר דסברת ההגהות מימוני הוא משום דמוכח דדעתו הי' שימליף בו דאל"כ הי' לו לומר בפי' שיזכה בלשון המועיל על זכיי' כמו זכי וכה"ג משום דלשון תן לא הוי כזכי כמבואר בגיטין ד' י"ב וד' י"ג בתוס' שם בשם ר"ת וברא"ש ספ"ק דגיטין ובח"מ סי' קכ"ה מזה ועיין מזה גיטין ד' ס"ג ע"ב בשיטת רב ולכן מדלא אמר לשלוחו בלשון זכיי' גמורה מסתמא דעתו שימליף בו שנית פן י"ל בסברת הג"מ הג"ל ע"כ א"ש הא דכתבו ותנו דגט אשה דלא צריף אמלוכי בי משום דהתם לא שייף לומר פסבא זו ולפ"ז ה"ה בנתן מתנה מטבע לפלוני ג"כ י"ל כעין זה ע"כ לפ"ז אף במטבע צריף אמלוכי בי ונהי הך דין דאם אמר לשלוחו תן מתנה לפ' לספיקא דדינא אם צריף אמלוכי בו או לא דזהו פלוגתת הרא"ש והגהות מימוני: ובעיקר דברי הרא"ש הג"ל הי' מקום לחלק דשאני היכא דהחפץ הא כבר בעולם בעת שא"ל תן חפץ זה לפלוני בזה א"צ לאמלוכי בי משא"כ בכתבו ותנו אף מדלא חילק הרא"ש בזה מוכח דאינו סבא לחלק בזה ומזה הוכחתי בקונטרס א' בנידון הא דמבואר באה"ע סוף סי' ק"מ ובסי' קמ"א סעי' נ"ט דחשו שפא יבטל השליחות להולכה אף בדיעבד כתבו שם בשם תשובת גאוני בתראי ובתשובת הב"ח סי' ק"ב דבדיעבד במקום עיגון אף דלא נעשה רק שליח הולכה לא חשו לביטול הגט אכן באמר כתבו ותנו בזה ראיתי להשבות יעקב סי' קי"ד דהחמיר בזה וכתב לחלק דשאני במסר גט פתוב וחתום שמסר ליד שלוחו בזה לא חיישי לחזרה משא"כ באמר כתבו ותנו דהגט עדיין לא נגמר ע"כ יש לחוש טפי לביטולו יעו"ש.

אמנם מן הרא"ש דכתובות הג"ל מוכח דס"ל שלא לחלק ביניהם דאל"כ איף מדמה הרא"ש הך דכתבו ותנו דשט"ח להא דתן חפץ זה כו' והוכרח לחלק דשאני הא דכתבו ותנו דה"ל להקנותו בחליפין א"כ מוכח דלא פהחילוק של השבות יעקב הג"ל וע"כ יש מקום להקל בזה במקום עיגון גדול ובתשובה א' הארכתי בכ"ז והוכחתי דחזרה הוי חשש רחוק אף היכא דלא שייף חזקת פשרות וכמו קודם תקנת ר"ג הגזקן דגיטין ד' ל"ב ועיין בשו"ע אה"ע סי' קמ"א סעי' ס"ח והארכתי הרבה בהא שפכת הרא"ש ב"ק פ"ט סי' כ"א ובטור חו"מ סי' קכ"ב סעי' ב'.

ובאו"ת שם ס"ק א' ובהא דח"מ סי' קי"ב ש"ף ס"ק ב' ובסי' קע"ו סעי' ג' בהגה"ה ובסוגיא דקידושין ד' מ"ה מזה ואכמ"ל: (סעי' ד' בש"ף ס"ק י"ד) פתב ר' ירוחם הודאה בפני שנים] כו' אף זה אחר זה כו' והיינו פשאמר לכ"א פתובו כו' ויש לדון בזה דאמאי נאמנים בזה דהא יש לחוש שפא ע"א מהן משקר ואז ממילא לא מהני עדות הב' דאף אם היתה אמת שפאמר לא מהן פתובו אינו טורף ממשעבדי ואין לו דין שטר כמבואר בסי' נ"א בשטר בע"א כ"ז שלא אמר לשנים פתובו א"כ יוצא הממון ע"פ ע"א ודוקא היכא

די"ל דאם לא ישלם הממון אז שניהם משקרים בזה מצרפין עדות מיוחדת וכמש"כ סבא זו הקצה"ק בסי' פ"א ס"ק י"א גבי הודאה בע"א שתמה על הש"ך בסבא זו והנתיבות פתב שם להוכיח פהש"ך ממש"כ הר"נ גבי קידושין וא"כ מוכח דגזה"כ הוא כו' ע"ש ובראיתי מהר"נ השיג עליו במשובב נתיבות שם ובעיני סברת הנתיבות שכתב דגזה"כ הוא כו' י"ל דזה תלו בהא בסנהדרין ד' למ"ד ע"א דלישנא קמא ס"ל דלכן מצרפין עדות משום סבא דאמנה תרנוניהו מסהדי ואבע"א קרא והוא עד או ראה כו' א"כ ל"ק דמסבא הוא הא דמצרפין עדות ע"כ י"ל דדוקא אם נימא דיפטור לשלם דאז שניהם משקרים בזה הימני התורה לשני עדים אבל היכא דאף אם א' מהן משקר יהי פטור דאז י"ל דדינו כע"א ונסברת הקצה"ח הנ"ל אבל לאוקימתא דיליף מקרא שפיר י"ל גזה"כ בזה וכמש"כ הנתיבות ולכן פיון דלא הכריעו בין הני תרי לישני ע"כ מספיקא י"ל דלמא הלכה כל"ק דילפיון זה מסבא וכיון דאיפא לחלק פן ע"כ אין להוציא ממון ותליא במה דפליגי הפוסקים אם הלכתא כל"ב או לא ועיין בגט פשוט בכללים סי' ז' מזה: ויש להוכיח פהנתיבות דאף בכה"ג מצרפין עדות מהא דגיטין ד' ל"ג ע"ב גבי גט דאמר לקל א' בפ"ע פתובו דאם אמרינו כר' יהושע כו' דמצרפין עדות אף שלא ראו כ"א דגם בגט ובכה"ג מצרפין והא התם ג"כ יש לחוש דלמא רק ע"א מהן משקר ואז אף אם אמר לעד הב' פתובו הגט אין בו ממש פלל דהא גט בע"א לא מהני פלל וע"כ מוכח פסברת הנתיבות דגם כה"ג מצרפין משום דגזה"כ הוא ועיין באה"ע סי' קל"ג ב"ש ס"ק א' ובב"מ שם ומ"מ י"ל דהעיקר כמש"כ הקצה"ח דהא פל בכה"ג זהו דומה להא דב"ב ד' נ"ו דאמרו דע"א אומר בגבה וע"א אומר בכריסה דחצי עדות היא וכמש"כ הרמב"ם ה"ע, פ"ד ה"ז דכיון דהעד עצמו אינו יודע עצם הענין רק ע"י מה ששומע מן עד הב' דכה"ג לא מהני עדותו א"כ ה"ה בכל הני הא העד עצמו אינו יודע ואינו מועיל עדותו רק ע"י מה שמצרפין עדות הב' ע"כ אין ממש בעדותו ולכן נראה לי דהעיקר כהקצה"ח והא דגיטין בע"כ מוכרח לומר דמירי דאמר לקל עד בפ"ע בעת שא"ל פתובו הגט דכן אמר לעד השני שיכתוב הגט וכעין הא דסנהדרין ד' למ"ד ע"ב דאי שם דהדר אזיל א"ל לקמא האי מנה דאודי קמך כו' וע"כ הוי בזה שני עדים על פל חתימת העדים ובכה"ג ודאי מהני וכן י"ל במה שמבואר הכא בשטר שאמר לכ"א פתובו בפ"ע דהוי שטר גמור דמירי ג"כ כה"ג דאמר לכ"א דכן אמר להשני אבל אם לא אמר פן לא מהני עדותו משום חשש משקר בע"א וי"ל דמה דקוצר הש"ך בזה זהו משום דאזיל לטעמי דסי' פ"א ס"ק כ"ב וע"כ מוכח לומר דס"ל פסברת הנתיבות הנ"ל אבל באמת העיקר כהקצה"ח ועיין בנתיבות סי' נ"א ס"ק א' ובקצה"ח סי' למ"ד ס"ק ט' והדברים ארופים: (שם סעי' ז') פל שלא קנו מידו כו' אם לא היו קבועים ולא שלחו לו כו' אין פותבין כו' וכתב הסמ"ע ס"ק י"ט מפני שאינו מעלה ע"ד כו' והבא בש"ך ס"ק כ' וכתב דהיינו לדעת הרמב"ם והמחבר כו' אבל לרוב הפוסקים כו' בלא שלחו אחריו אין יכולים לכתוב אם לא פשמצוה הלנה לכתוב פיון דלא הוי מעב"ד עכ"ל ולשיטת הסמ"ע הוא דכל ב"ד אף בבא מעצמו ולא שלחו אחריו ג"כ יכולים לכתוב אף בלא צוואת הבע"ד ודוקא בעדים שייך מפיהם ולא מפי כתבם אבל לא בדיינים דלעולם שם ב"ד עליהם ולשיטת רוב פוסקים שהובא בש"ך שם אין שם ב"ד עליהם כ"ז דלא שלחו אחריו.

וְדִין עֲדִים עָלֵיהֶם וְע"כ אֵין יְכוּלִים לְכַתּוּב בְּלֹא צְנוּאָת בַּע"ד וְשִׁינָה בְּיָה ג"כ מִפִּיָּהֶם וְלֹא מִפִּי כְּתָבָם וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהַעִיר בְּזֶה מִהָא דְלִקְמָן ס' ע' ש"ך ס"ק כ"א שְׁכַתָּב עַל הָא דְמִבְּנֹאֵר שֶׁם בְּטוֹר וּמְחַבֵּר דָּאָם א"ל אַל תְּפָרְעֵנִי אֱלֹא בְּפָנֵי פְלוֹנִי וּפְלוֹנִי וְאֹמֵר לֹא אֶפְרָעָה אֱלֹא עַד שְׂיָבֵא פְלוֹנִי וּפְלוֹנִי אֵין שׁוּמְעִין לוֹ אֱלֹא פּוֹרְעוּ בַב"ד וְכוּתְבִין לוֹ שְׁפוֹרְעַ בְּפָנֵיהֶם: וְכַתָּב הַשְּׁ"ך הַשְּׁ"ך שֶׁם דְּלִהֲכִי נֶקֶט ב"ד לְפִי דְכוּתְבִין בַּע"כ וּמִשְׁמַע דְּכ"ע מוֹדוּ בְּזֶה.

וְכֹן לְקָמָן ס' פ"א סְעִיף ג' גַּבֵּי נְאֻמָּנוֹת דְּהוּבָא שֶׁם שְׂיִטַּת כְּמָה רֵאשׁוּנִים דַּס"ל דְּלִהוּדְאָה נְמִי פְסוּלִים אֱלֹא אִם הוּדָה בַב"ד מְהֵנִי מִשׁוּם דְּעַל ב"ד לֹא הִתְנָה פְּמִבְּנֹאֵר בְּטוֹר שֶׁם סְעִיף ח' וּבְש"ך ס"ק ח' וְנִרְאָה לְדוֹן דְּלִפִּי שְׂיִטַּת רֶחֱב פּוֹסְקִים שְׁהִבִּיא הַשְּׁ"ך דַּס"ל דָּאֵין שֶׁם ב"ד עָלֵיהֶם כ"ז שְׁלֹא שְׁלַחוּ אַחֲרֵיוּ רַק שֶׁם עֲדִים עָלֵיהֶם כ"ז שְׁלֹא נִתְחַיֵּיב ע"י מַעֲשֵׂה ב"ד כַּמֶּש"כ הַשְּׁ"ך הֶכָא וְעֵינִן בְּש"ך ס' ל"ט ס"ק י"ח וְס"ק כ"ה.

א"כ י"ל דַּלְפ"ז לֹא יִהְיֶה מוֹעִיל הוּדְאָה בַב"ד ג"כ בְּמִקּוּם נְאֻמָּנוֹת כְּבִי תְרִי וְדִינָם כְּמוֹ עֲדִים וְכֹן הִדִּין נוֹתֵן דָּאָה בְּפוֹרְעוּ בְּפָנֵי ב"ד לֹא יִהְיֶה יְכוּלִים לְכַתּוּב בַּע"כ פִּינּוּ דְלֹא הִיָּה ע"י שְׁלַחוּ אַחֲרֵיוּ אֱלֹא בָּא מַעֲצָמוּ לַב"ד פִּינּוּ דְלֹא הוּי מַעֲב"ד.

וְאֶפְשָׁר לוֹמַר פִּינּוּ דְטוֹעֵן שְׂאֵינּוּ רוּצָה לְפָרְעַ עַד שְׂיָבֹאוּ פְלוֹנִי וּפְלוֹנִי וְהַב"ד אוֹמְרִים לוֹ שְׂיָפְרַע בְּפָנֵיהֶם הוּי זֶה כְּמוֹ מַעֲב"ד דּוֹכְעִין מִש"כ הַשְּׁ"ך בְּסִי' ל"ט ס"ק י"ח וְס"ק כ"ה וְע"כ כּוּתְבִים בַּע"כ מִשׁוּם דְּשֶׁם ב"ד עָלֵיהֶם.

וְכֹן י"ל בְּהָא דְהוּדְאָה בַב"ד בְּמִקּוּם נְאֻמָּנוֹת שְׁכַתְּבוּ שֶׁם דְּזִהוּ תְקַנְתּוּ ע"ש בְּטוֹר בְּשֶׁם ה"ר יִשְׁעִיָּה: וַיֵּשׁ לְהַסְבִּיר זֶה בְּיִתְרַ בִּיאוֹר דְּזִהוּ דוּמָה לְהָא דַּב"ב ד' קַע"א דְאָמְרוּ דְמִי שְׁפָרַע מְקַצָּת חוּבוֹ דַּב"ד מְקַרְעִין הַשְּׁטֵר וְכוּתְבִין שְׁטֵר אַחַר מְזִמָּן רֵאשׁוֹן כּו' בְּשְׁלֵמָא בִּי דִינָא אֲלִימִי לְאֶפְקוּעֵי מְמוּנָא אֱלֹא עֲדִים כּו' חוּזְרִין וְעוֹשִׁין שְׁלִיחוּתָן וְכַה"ג אֵיתָא שֶׁם לְעִיל ד' קַס"ח גַּבֵּי מִי שְׁנַמְחַק כּו' בָּא לַב"ד כּו' וּמִשְׁמַע שֶׁם דְּבְּכָל גְּוּוּנֵי הוּי שֶׁם ב"ד עָלֵיהֶם אֱלֵמָא דְמַצִּינוּ דְתַקְנּוּ דִּיהָא פַּח ב"ד יָפָה בְּכָל גְּוּוּנֵי מִשׁוּם דַּל"כ יֵשׁ חֲשֵׁשׁ פְּסִידָא כְּמוֹ בְּנַמְחַק וּמִי שְׁפָרַע מְקַצָּת חוּבוֹ דַּה"ה בְּכָל מְקוּם דָּאֵין לוֹ עֲצָה אַחֲרַת כְּמוֹ בְּנַמְחַק בְּפָנֵי תְרִי אוֹ בַא"ל אַל תְּפָרְעֵנִי אֱלֹא בְּפָנֵי פו"פ וְכַה"ג דְּבָזָה מְהֵנִי ב"ד בְּכָל גְּוּוּנֵי וְהוּי שֶׁם ב"ד עָלֵיהֶם תְּמִיד וְעֵינִן בְּש"ך ס' ל"ט ס"ק י"ד מִש"כ בְּשֶׁם בַּע"ת גַּבֵּי מְקַבְּלֵי עֲדוּת.

וּבְנִתְיָבוֹת שֶׁם ס"ק ט' גַּבֵּי מְקַבְּלֵי עֲדוּת שְׁלֹא בְּפָנֵי הַלְוָה שְׁכּוּתְבִין שְׁהִיָּה שְׁלֹא בְּפָנֵי הַלְוָה וַי"ל דְּזִהוּ ג"כ מַה"ט: וְהִנֵּה שֶׁם בַּב"ב דָּף קַע"א דְאָמְרוּ דַּב"ד אֲלִימִי לְאֶפְקוּעֵי מְמוּנָא וּפִירְשׁ הַרְשָׁב"ם דְּזִהוּ מִשׁוּם הֶפְקֵר כּו' פְּדִנְפָקָא מְאֵלָה הַנְּחָלוֹת וְכ"כ הַסַּמ"ע בְּסִי' מ"א ס"ק ו' גַּבֵּי נְמַחַק ש"ט ח דְּבָא לַב"ד וְעוֹשִׁים לוֹ קִיוּם דְּזִהוּ מִשׁוּם הֶפְקֵר כּו' וְכַעֲיִן מִש"כ הַתּוֹס' בַּב"ב ד' קַס"ח ע"א ד"ה וְכָא לְפָנֵי ב"ד כּו' וַיֵּשׁ לְהַעִיר בְּזֶה לְפַמֶּש"כ הַכ"מ בַּפ"ט ה' שְׁמִיטָה ה' ט"ז דְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם שֶׁם הוּא דְלִהוּצִיא לֹא אֶמְרִינּוּ הֶפְקֵר כּו' וְלִכְּן אֵלוּ הִיָּה שְׁמִיטָה מַה"ת לֹא הָיוּ מְתַקְּנֵי לְהוּצִיא מִיָּדוּ ע"י הֶפְקֵר.

א"כ קִנְשָׁה הָא הֶכָא מִשְׁמַע דָּאָה לְהוּצִיא אֶמְרִינּוּ דְמִשׁוּם הֶפְקֵר כּו' תְּקַנּוּ לְתַקְנָתָם וְזִהוּ כְּשִׁיטַת רַש"י בְּגִיטִין דָּף ל"ו וְהִרְאָב"ד שֶׁם וְעֵינִן מְזָה לְעִיל בְּחִידוּשֵׁי בְּכָלֵל בִּיאוֹר סָפֵק תְּקַנְהָ עֲנָף ג' מְזָה וְאֶפְשָׁר לוֹמַר דְּכַוְנַת הַכ"מ דְּכַתָּב דְּלִהוּצִיא לֹא אֶמְרִינּוּ הֶפְקֵר כּו' דְּזִהוּ תְּלוּי בְּהַנְּדָה דְּרִשׁוֹת דְּגִיטִין דָּף ל"ו דְּחַד יְלִיף לִיה מִן יַחֲרָם כּו' וְחַד יְלִיף לִיה מְאֵלָה הַנְּחָלוֹת

וּכְבֵּר כְּתַבְתִּי בְּסִפְרֵי בָּאָר יִצְחָק ח' אה"ע סי' יו"ד עֲנָה א' בְּשֵׁם הַיֵּשׁ"ש לְחַלֵּק בֵּינֵיהֶם ע"ש.

ע"כ י"ל דְּבִדְיוֹק נִקְט הַרְשָׁב"ם ב"ב דְּזָהוּ מִשׁוּם הַפֶּקֶר פְּדִנְפָּקָא לֵן מְאֵלָה הַנְּחִלוֹת דְּלִפ"ז אָף לְהוֹצִיא שְׂיִיף הַפֶּקֶר כּו' אֲבָל הַרְמַב"ם דְּפָסֵק בְּהִלְכוֹת סְנֵהֲדָרִין פ' כ"ד כר' יִצְחָק דְּגִלְיָה מִן יְחָרֵם כּו' פְּמִבְּנֵי אָר בְּסִתְמָא דגמ' במ"ק דף ט"ז וּבְשִׁקְלִים פ"א ה"ד ע"ש ע"כ שְׁפִיר י"ל דְּלְהוֹצִיא לֹא שְׂיִיף פֶּן וְקִצְרְתִּי: וּמ"מ לְדִינָא הָא חֲזִינָן דְּגַם הַרְמַב"ם ה' מְלֻנָּה פ' כ"ג ה' ט"ו פָּסֵק דב"ד כּוֹתְבִין שְׁטֵר אַחַר מְזָמֵן רֵאשׁוֹן אֶלְמָא דע"כ מוֹכַח לְחַלֵּק בֵּינֵיהוּ דְדוֹקָא בְּדָרָה פְּלָל עַל חוֹב שְׁבִיעִית בְּזָה לֹא הָנִי מְתַקְנִי לְהוֹצִיא מִשׁוּם הַפֶּקֶר כּו' אֲבָל בְּמָקוֹם מְקַרָּה שְׁפִיר י"ל דְּמִשׁוּם הַפֶּקֶר כּו' תִּקְנֵנוּ פֶּן וְקִצְרְתִּי וְזָהוּ דוֹקָא בְּמָקוֹם פְּסִידָא אֲבָל בְּהוֹדָאָה בְּפָנֵי ב"ד כְּמוֹ הָא דסי' ל"ט הַנֵּ"ל שְׁפִיר י"ל דְּאִין דִּינָם כְּמוֹ ב"ד דְּהָא אִיהוּ מְתַחֲלָה גְּתַרְצָה שְׁלֵא יְהִיָּה לוֹ דִּין מְלֻנָּה בְּשְׁטֵר וְעִינָן בְּנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' נ"ח וּבְנִתִּיב"ת סי' ל"ו בס"ק ט' בְּמִש"כ שֶׁם בְּמָה דְּנִדְרָשׁ בְּדָבָר הַגָּט ע"ש.

וְעִינָן לְעִיל בְּחִידוּשֵׁי בְּכָלְלִי תְּפִיסָה בִּיאוֹר סָפֵק תִּקְנָה עֲנָה א' בְּהַגְה"ה מְזָה וְקִצְרְתִּי וְזָה בְּרוּר דְּבְמָה דְּמִבְּנֵי אָר לְקַמֵּן סי' פ"א סְעִיף כ"ב דְּבְהוֹדָאָה ב"ב דְּאִינוּ יָכוֹל לֹמַר מְשֻׁטָּה אֲנִי בָּהּ הֵן בְּהוֹדָה מְעַצְמוֹ לְשִׁיטַת כְּמָה פּוֹסְקִים וּלכ"ע בְּתַבְעוֹ וְהוֹדָה דְּבָנָה אָף דְּלֹא שְׁלַחוּ אַחֲרֵיו דִּינָם כְּמוֹ ב"ד דְּהָנִי הוֹדָאָה אִם הֵן קְבוּעִין בְּמָקוֹמָן וְכְמוֹ הָא דב"ק ד' ע"ה דְּאָמְרוּ שְׂאֲנִי ר' יְהוֹשֻׁעַ דְּשִׁלָּא ב"ב דְּהָנִי קָאִי וְלֹא נִחְשָׁב שֶׁם לְהוֹדָאָה וּכ"ז פְּשׁוּט: (סְעִי' י' ש"ו ס"ק ל') דְּהַדְּיִינָנִים נְאֻמְנִים לֹמַר שְׁלֵא אָמְרוּ לוֹ וַיֵּשׁ לְהַקְשׁוֹת מֵהָא דְּלִקְמָן סי' מ"ו סְעִיף כ"ה דְּאִין הַדְּיִינָנִים נְאֻמְנִים לֹמַר שְׁלֵא הָיוּ בְּיַחַד וְעָשׂוּ שְׁלֵא כְּדִין מִשׁוּם דְּאִין מְשִׁים א"ע רְשָׁע א"כ הֵכָא דְּבִלָּא אָמְרוּ לוֹ לֹא הָיוּ רְשָׁאִים לִיתֵּן הַפְּס"ד לְהַמְלִינָה וּמַה"ט בְּשִׁכְחוּ אִם אָמְרוּ לוֹ אָמְרִינוּ חֲזָקָה שְׁכַדִּין עָשׂוּ א"כ מְשֻׁנִּי נִפְשִׁיָּהוּ רְשָׁעִים וְאָף דְּיִינָנִים אִינוּ נְאֻמְנִים וַיֵּשׁ לִינְשֵׁב ע"פ מִש"כ הַשְּׁ"ף לְקַמֵּן בְּסִי' מ"ג ס"ק ט"ו בְּשֵׁם הַר"נ וְהַנִּי דָּאֵם פְּתָבוּ הַשְּׁטֵר לְלֻנָּה בְּלֹא מְלֻנָּה לֹא מְפָסְלִי מִשׁוּם דְּמֵאֵן דְּלֹא גָמִיר דִּינָא דְּרַב אִסִּי לֹא מְפָסְלִי.

וּכְעִין זָה כְּתַבְתִּי בְּסִפְרֵי בָּאָר יִצְחָק ח' אה"ע סי' ט"ז עֲנָה א'. וְכֵן מְצִינוּ אָף גַּבֵּי ב"ד דְּבְמָה דְּאִית בֵּיהּ פְּלוּגְתָּא מְצוּי בְּהוּ הַטְּעוֹת כְּמִבְּנֵי אָר בְּסִי' ל"ט סְעִיף י"ב דְּחִיִּישִׁינָן שְׁמָא טְעוּ דְּהוֹדָאָה בְּפָנֵי ב' הָנִי הוֹדָאָה מִשׁוּם דְּהָא שְׁמוּאֵל ס"ל פֶּן וְאָף גַּבֵּי הוֹדָאָה מְצִינוּ דְּס"ל לְאִיזָה פּוֹסֵק דְּאִין לְחַלֵּק בֵּינֵיהֶם כְּמִש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' ג' ס"ק ה' וְאָף דִּי"ל דְּשֵׁא"ה דְּחִתוּמִים בּוֹ רַק ב' כְּמִש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' ל"ט ס"ק ל"ו אֲבָל הֵיכָא דְּאִיכָּא וְדָאִי ב"ד קִי"ל דְּלִב"ד טוֹעִין לֹא חִיִּישִׁינָן עכ"ז י"ל דְּז"א אֶלְא כ"ז דְּלֹא אָמְרוּ בְּפִירוּשׁ פֶּן אֲבָל הֵיכָא דְּאִוְמְרִים הַדְּיִינָנִים דְּטְעוּ בְּמָה דְּאִית פְּלוּגְתָּא וְדָאִי נְאֻמְנִים אָף דְּנִימָא דְּזָה מְקַרִּי טְעוֹת שְׂאִינוּ מְצוּי דְּכִינֵן דְּבִדְיִינָנִים לֹא אָמְרִינוּ פִּינֵן שְׁהַגִּיד כּו' וְלָכֵן פִּינֵן דְּאִין מְשִׁים א"ע רְשָׁע מִשׁוּם דְּאִוְמַר דְּטְעָה ע"כ נְאֻמָּן וְהִנֵּה הֵכָא אִם לְכַתּוּב וְלִיתֵּן פְּס"ד אִם לֹא אָמְרוּ לְהַלְוָה יֵשׁ בְּזָה פְּלוּגְתָּא דְּלְשִׁיטַת הַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר דְּס"ל דְּמַעַב"ד כְּמֵאֵן דְּנִתְבַּר דְּמִי אָף בְּלֹא פְּתָבוּ פְּס"ד וְדָאִי דִּיכּוּלִּים לְכַתּוּב וְלִיתֵּן פְּס"ד אָף בְּלֹא אָמְרוּ לוֹ וְכְמִש"כ הַאֵו"ת בְּס"ק י"ט וְהָא דִּינָא אִינוּ רַק לְהַחֲזִיקִים ע"ז ע"כ שְׁפִיר נְאֻמְנִים לֹמַר דְּלֹא אָמְרוּ לוֹ וְטְעוּ מִשׁוּם דְּהִיָּה ס"ל כְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם וְלֹא ס"ל כְּהַחֲזִיקִים וְכִינֵן דְּלֹא מְשֻׁנִּי נִפְשִׁיָּהוּ רְשָׁעִים ע"כ נְאֻמְנִים הַדְּיִינָנִים.

אָבֵל לְקַמֵּן בְּסִי' מ"ו סְעִיף כ"ה אָף דְּגַם שָׁם יֵשׁ מִי שְׁמֵכְשִׁיר אָף דְּלֹא הָיוּ בְּמַעֲמַד א' מ"מ
הָא מֵיִירֵי שָׁם דָּאִין אוֹמְרִים דְּטַעוּ בְּזָה רַק אוֹמְרִים פְּשׁוּט דְּעָשׂוּ שְׁלֵא פְּדִין שְׁלֵא ע"י טַעוּת
וְכוּ מוֹרָה לְשׁוֹן הֶרֶם"א שָׁם שְׁפָתַב וְאִין הַדְּיִינִים נְאֻמִּין לֹמַר שְׁלֵא הָיוּ בְּיַחַד וְעָשׂוּ שְׁלֵא
כְּדִין דְּהָאָרִיף בְּלִשׁוֹנוֹ דְּמִשְׁמַע דְּקָאֵי עַל אֲמִירְתָּן שְׁאוֹמְרִים שְׁעָשׂוּ שְׁלֵא כְּדִין וְאִינֵן נוֹתְנִין
אֲמַתְלָא מְשׁוּם שְׁטַעוּ בְּזָה ע"כ שְׁפִיר אָמְרוּ דֵּא"נ מְשׁוּם דְּמִשְׁנׁוּי נְפִשְׁיָהּוּ רְשָׁעִים דֵּאל"כ
ה"ל לִישְׁנָא יִתִּירְתָּא בְּהֶרֶם"א וְלֹא סִתְרוּ דְּבָרֵי הֶרֶם"א דְּהִתְם לְדְּבָרֵי הַשְּׁ"ף דְּהִכָּא וְכוּ
מוֹכַח מִמֶּש"כ הֶרֶשְׁבֵּ"א בְּסִפְרָת"א סִי' ש"א דְּהָא דְּשׁוּם הַדְּיִינִים שְׁפָתָהּוּ שְׁתוּת לָא
מִשְׁפַּחַת רַק אִם הַדְּיִינִים עֲצָמֵן חוֹזְרִין וְאוֹמְרִים שְׁטַעוּ בְּהַשׁוּמָא אֲלֵמָא דְּכְדִיִּינִים לָא
אָמְרִין פִּינּוּן שְׁהִגִּיד כו' דֵּאל"כ קָשָׁה אִיף נְאֻמִּים לְחִזּוֹר הָא אִין זֶה טַעוּת הַמְּצוּי כְּמִבְּנוֹרָא
בְּסִי' כ"ט: (סְעִי' י"ג ש"ו ס"ק ל"ש) בְּד"ה וְאֵע"ג דְּהָרִי"ף וְהֶרֶם"ב"ם וְשָׂאָר פּוֹסְקִים פְּסָקוּ
דְּלֹא פְּאֲבִי כו' א"כ פְּשִׁטָּא דְּהַמְּוֹחֶזֶק יְכוּל לֹמַר קִים לִי פְּהִנֵּי רַבְּנוּתָא פְּגוּן בְּשׁוּבְרָא אִם
הָאִשָּׁה מוֹדָה פְּשִׁטָּא דְּמְצִי הַבְּעַל לֹמַר קִים לִי כִר"י וְסִינְעָתוֹ וְאֵע"ג דְּנִבְיָתָהּ לְכַתְּוִבְתָּהּ
קוּדָם שְׁמִסְרָה הַשׁוּבְרָא לִידּוֹ זְכָה הַבְּעַל כו' וְכ"כ הַשְּׁ"ף לְקַמֵּן דְּהַבְּעַל שְׁהוּא מְוֹחֶזֶק מְצִי
לֹמַר קִים לִי כְּרַבְּנוּתָא דְּפְסָקוּ פְּאֲבִי אָבֵל אִם לֹא הִגִּיעַ הַשׁוּבְרָא לִידּוֹ כו' עכ"ל הַשְּׁ"ף:
וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת ע"ז דְּהָא בְּב"מ דָּף כ' אָמְרוּ דְּאָמַר רַבָּא ש"מ אִיתָא לְדְּשְׁמוּאֵל
דְּהַמּוֹכֵר שְׁט"ח וּמְחַלּוֹ מְחוּל וְאֲבִי אָמַר אֲפִילוּ תִימָא לִיתָא לְדְּשְׁמוּאֵל כו' וְעוֹד שׁוּבְרָא
בְּזַמְנֵוּ טוֹרְף אֲבִי לְטַעְמָהּ דְּאָמַר עֲדִיו בְּחַתוּמִּיו זְכִין לוֹ עכ"ל הַגַּמ' א"כ לְמֵאֵי דְּקִי"ל
לְדִינָא כְּשִׁמוּאֵל דְּהַמּוֹכֵר שְׁט"ח וּמְחַלּוֹ מְחוּל א"כ אִם הָאִשָּׁה מוֹדָה וּמְצוּיָתָא לְמִסְנֵר הַשׁוּבְרָא
לְהַבְּעַל וְדֵאִי דְּזוֹכָה הַבְּעַל וְא"צ לִיתָן כָּלֵל לְהַקּוּנָה אָף דְּנִימָא דְּלֹא פְּאֲבִי דְּעֲדִיו בְּחַתוּמִּיו
זְכִין לוֹ דְּהָא אָף דְּלֹא זְכָה הַבְּעַל בְּהַשׁוּבְרָא בְּעַת דְּחַתְמוּ הַעֲדִים מ"מ יְכוּל לִיתָן גַּם מַעֲכָשׁוּי
דְּמַהֲנֵי מְצַד מְחִילָה כְּמוֹ דְּאָמַר רַבָּא בְּפִירוּשׁ פֶּן וְתִקְשָׁה עַל הַשְּׁ"ף דְּכַתְּבָא דְּאִם הָאִשָּׁה
מוֹדָה עַכְשָׁיו דְּמְצִי הַבְּעַל לֹמַר קִים לִי פְּאֲבִי כו' דְּהָא אִין אָנוּ צְרִיכִים לְזָה כָּלֵל וְהָא
שְׁפָתַב הָרֵא"ש וְהַטּוֹר דְּבְדָבָר שְׁהוּא ת"י כְּמוֹ בְּשׁוּבְרָא דְּזָכָה מְשַׁעַת חַתִּימָה אָף דְּלֹא בָּא
לִידּוֹ אֲתִי שְׁפִיר לְפִי דְּכִינּוּן דְּמֵיִרֵי דְּאִינָה מְצוּנָה עַכְשָׁיו לְמִסְנֵר לְהַבְּעַל וְלֹא מִטָּה לִידּוֹ
א"כ לֹא זְכָה הַבְּעַל עַכְשָׁיו מְצַד הָא דְּשְׁמוּאֵל דְּמוֹכֵר שְׁט"ח וּמְחַלּוֹ כו' וְע"כ אָתוּ עֲלָהּ
דְּמ"מ זְכָה הַבְּעַל מְשׁוּם הָא דְּאֲבִי דְּעֲדִיו בְּחַתוּמִּיו זְכִין לוֹ אָבֵל עַל הַשְּׁ"ף תִּקְשָׁה כְּנ"ל:
וְיֵשׁ לְתַרְץ דְּבָרֵי הַשְּׁ"ף הַנֶּ"ל דְּנִפְקָא מִינָהּ מְהָא דְּכַתְּבָא דְּיְכוּל הַבְּעַל לֹמַר קִים לִי פְּאֲבִי
לְהִיכָא דְּמְכָרָה הָאִשָּׁה לְהַפְתּוּבָה בְּמַעֲמַד שְׁלִשְׁתָּן לְהַסּוּבְרִים דְּגַם בְּכַתִּיבָה שְׁיִיף מַעֲמַד ג'
וְהָא שִׁיטָּת פְּמָה פּוֹסְקִים דְּבַמַּעַמ"ג אִינּוּ יְכוּל הַמּוֹכֵר לְמְחוּל כְּמִבְּנוֹרָא בְּסִי' ס"ו סְעִיף כ"ט
וּבְשְׁ"ף שָׁם וּבְסִי' קכ"ו שְׁ"ף ס"ק יו"ד שְׁפָתַב שָׁם דְּהַעֲיָקָר הוּא דְּלֹא מְצִי לֹמַר קִים לִי
כְּהִנְךָ הַסּוּבְרִין דְּבַמַּעַמ"ג יְכוּל לְמְחוּל א"כ בְּכַה"ג צְרִיכִים אָנוּ לֹמַר דְּעִיָקָר זְכוּת הַבְּעַל
הוּא מְצַד דְּיְכוּל לֹמַר קִים לִי פְּאֲבִי כו' מְשׁוּם דְּמְצַד מְחִילָה לֹא מְהִנֵּי בְּזָה וְאָף דְּלִפְמִש"כ
הַשְּׁ"ף בְּסִי' קכ"ו ס"ק א' דְּלֹא מְהִנֵּי מַעַמ"ג בְּכַתְּוִבָה א"כ לֹא שְׁיִיף לֹמַר פֶּן עכ"ז הָא הָוִי
נִפ"מ מְזָה לְכַמָּה אוֹפְנִים דְּמְצִינּוּ דְּלֹא מְהִנֵּי מְחִילָה בְּמוֹכֵר שְׁט"ח כְּגוֹן בְּהָא שְׁפָתָבוּ הַתּוֹס'
בְּב"ב דָּף קמ"ז ע"ב ד"ה הַמּוֹכֵר שְׁט"ח כו' בְּסֵה"ד דְּנִיחּוּשׁ דְּשְׁמָא הַכְּנִיסָה הַפְתּוּבָה לְבַעַל
דְּאִינָה יְכוּלָה לְמְחוּל דְּיָדוּ כְּיָדָה וּמוֹקְמֵי דְּמֵיִרֵי שְׁיָדוּעַ דְּלִית לָהּ בַּעַל ע"ש וְכַה"ג אִיפָא
כְּמָה גְּוֹנֵי דְּמִבְּנוֹרָא בְּסִי' ס"ו דְּלֹא מְהִנֵּי מְחִילָה וְלִכְּוֹן אָתוּ עֲלָהּ מְצַד דְּיֵאמַר קִים לִי פְּאֲבִי
כו' וְאֲתִי שְׁפִיר דְּבָרֵי הַשְּׁ"ף: וּמָה שְׁהַקְשָׁה הַשְּׁ"ף עַל הָרִי"ף כְּפִי מַש"כ הַטּוֹר בְּשָׁם

הרא"ש בכוננותו מהא דב"מ דף י"ג דאמרו בהא דתנו מצא שוכרים כו' ומתרצי ה"מ
במטא לידו הרי דאף בשוכרין בעינא מטא לידו פבר תרצתי זה לעיל בחידושיין לסי' ל"ז
סעי' י"א ע"ש: ולכאורה יש להעיר במה שהעלה הש"ך דמצוי לומר קים לי פאבני דעדיו
בחתומיו זכין לו הא לפמש"כ התוס' בב"מ דף כ' ד"ה שובר בזמנו טורף כו' דהא דאמר
אבני עדיו בחתומיו זכין לו אין זה רק מצד תקנת חז"ל א"כ לפי מה דקיי"ל דספק בתקנה
לא מהני תפיסה פמבואר בסי' צ' סעיף ד' גבי שכירו ולקיטו וכמש"כ המ"מ שם ובבאר
הגולה שם א"כ הכא דהוי ספק בעיקר התקנה דעדיו בחתומיו זכין לו הדין נותן דלא
יאה מהני קים לי בזה ואף דהכא מיירי הש"ך במה שמכרה הפתובה מ"מ הא העלה
הש"ך לדינא דמכירת שטרות מה"ת כמש"כ בסי' ס"ו ס"ק א' א"כ בא הבעל להוציא מן
זכות דאורייתא ע"י תקנת חז"ל ע"כ י"ל בזה דה"ל ספק תקנה דלא מהני אף י"ל
דלשיטת הסוכרים פתובה דרבנן יש לחלק בזה דהא ע"י הספק תקנה אינו בא להוציא
מן דאורייתא ועיין באה"ע סי' ס"ו ובסי' ס"ח ובש"ך ח"מ סי' פ"ב ס"ק י"ט ואפשר
דלכך נקט הש"ך הכא הך דינא דמצוי המוחזק לומר קים לי פאבני באשה שמכרה הפתובה
כו' ולא במוכר שט"ח דעלמא משום דנתפונן למש"כ לחלק דדוקא בפתובה דרבנן מצוי
לומר קים לי כן אף דהוי ספק בתקנה פנ"ל: אבל באמת אין זה קשה כלל דלא מבעיא
לפי מה שהעליתי לעיל בחידושיין בקונטרס הספיקות שלי דהיכא דהוי תפס ברשות
מהני תפיסה אף דהוי ספק בעיקר התקנה א"כ הכא דהוי הבעל תפס ברשות ודאי א"ש
מה דמהני תפיסתו וכן לפמש"כ שם דהיכא דהוי ספק בפלוגתא דרבנותא דאחר חתימת
הש"ס בזה מהני תפיסה אף דהוי ספק בתקנה יע"ש א"כ ה"ה הכא דהוי פלוגתא
דרבנותא אם הלכה פאבני או לא דנדאי מהני בזה תפיסה אף דהוי ספק בתקנה ועוד דהא
המהרש"א בב"מ דף כ' בתוס' ד"ה שובר בזמנו כו' פתב דלר"מ דס"ל ע"ח פרתי ודאי
עדיו בחתומיו זכין לו מדינא והתוס' דכתבו דתק"ח הוא זהו לאבני דס"ל עדי מסירה
פרתי ע"כ לדין דס"ל ע"ח פרתי וכמש"כ הש"ך בסי' נ"א ס"ק ט' דיש להסתפק דהלכה
כר"מ בשטרות ע"ש.

ע"כ ודאי דמהני תפיסתו לומר קים לי דעדיו בחתומיו זכין לו וזהו מה"ת לפי טענתו
קים לי דע"ח פרתי ע"כ לא מקרי זה ספק בתקנה כלל אף בעיקר דברי המהרש"א הנ"ל
יש לעיין וכמש"כ הפני יהושע לב"מ שם דאין דברי המהרש"א מוכרחין כ"כ ע"ש
והמהר"ם שי"ף לב"מ שם הביא ג"כ דברי המהרש"א הנ"ל: ונתבאר דזה לא מקרי ספק
בתקנה ושאיר פתב הש"ך דמהני תפיסת הבעל בזה ומה"ט ה"ה במוכר שט"ח דאם
השובר הוא עכשיו ת"י הלנה דג"כ מצוי למימר קים לי פאבני דעדיו בחתומיו זכין לו אף
במכר השט"ח באופן המועיל דליתיה במחילה דמ"מ מהני תפיסתו משום קים לי פאבני
והא דנקט הש"ך זה הדין בפתובה היינו משום דבגמ' נקטו הך דינא בשובר על פתובה
ואפשר דזהו בכלל מש"כ הש"ך בלשונו דה"ה בכל פי האי גוונא וזה ברור: וכל מש"כ
לעיל לדון בזה דהא המוכר שט"ח ומחלו מחול ולכן בלא"ה נאמנת לומר דנפרעת
הפתובה במיגו דאי בעי מחול זהו רק לפמש"כ הש"ך בלשונו כגון שהאשה מודה כו'.

וכ"כ רש"י בב"מ ד' י"ג ד"ה ושוכרין פרעון השטר וכ"כ רש"י בב"מ ד' י"ט ד"ה מצא
שובר שפתבה לבעלה התקבלתי כו' וכ"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק ל"ה בשם הנ"י וש"פ
דלאו מן דין מיגו אמינו אלא פיון דקא מודה דפרוע הוא כו' וכ"כ הש"ך שם ס"ק נ"ו

בארובה אכל באמת משפחת ה' דינא היכא דאינם אומרים הבעל והאשה שגפרעת הפתובה רק דמיירי בכתבה שובר שהחוב נתון לו במתנה בשטר זה וכמש"כ השיטה מקובצת בב"מ ד' כ' והובא בקצה"ח סי' ל"ט ס"ק ז' שכתב פן ולא באומרת בלשון מחילה והשטר אינו אלא לראיה דא"כ כ"ע מודו דמשעה שמחלה זכה אף דלא הגיע לידו השובר ומדברי השיטה מקובצת הנ"ל יש ללמוד דאם מוכר או נותן המלנה את השטר להלנה ע"י פתיבת שטר דאף דלא הנה מסירה להשטר חוב מ"מ קנהו הלנה ע"י פתיבה לחוד אף דבעינן בשטרות כו"מ זה אינו רק במקרו לאחר ולא במקרו ונתנו להלנה עצמו וכמו דמציינו בדבר הגזול דאף דאין מוכר דבר דאין ברשותו לאחר מ"מ להנגזל עצמו מהני מכירתו ועיין באה"ע סי' כ"ח בב"ש ס"ק ט"ז ובח"מ סי' רמ"ח בסוף בהג"ה ובמק"א הארכתי בזה] ועיין בח"מ סי' ס"ח סמ"ע ס"ק י"ד מש"כ על שטרי מחילות עכ"פ מציינו בשמ"ק דס"ל דבכתב המלנה שטר מתנה להלנה על השט"ח שלו דבהגיע השטר מתנה לידו זוכה הלנה להשטר חוב א"כ משפחת ליה שפיר ה' פלוגתת הראשונים אם הלכה פאביי דעדין בתומיו זכין לו וכן אם בעינן מטא לידו בשטרי מחילה פיון דהמקבל הוי מוחזק ולכן היכא דכתבה שובר בזה ולא נתנה לו עד עכשיו שמכרה הפתובה לאחר בזה שפיר י"ל דכיון אי נימא פהסוברים פאביי דעדין כו' וכן דהיכא דהוי מוחזק לא בעינן מטא לידו ע"כ זכה הבעל בגוף החוב (וזה א"ש ביותר לפמש"כ לעיל בחידושיי לסי' ל"ז סעי' י"א להסביר החילוק דמפני מה במה דהוי מוחזק לא בעי מטא לידו משום דזה הוי מצד ספק ומוקמינן בידי המוחזק ע"ש] אבל להסוברים דכ"ז דלא מטא לידו לא זכה לגוף השטר ע"כ חייב הבעל לשלם חובו להלוקח הפתובה או השט"ח ולא שייך לדון בזה המוכר שט"ח ומחלו דהא אינם אומרים כלל שגפרעו השט"ח והפתובה ע"כ לא שייך לדון בזה מיגו דאי בעיא מחלה ולכן שפיר משפחת ה' דינא שכתב הש"ך דהבעל שהוא מוחזק יכול לומר קים לי כו' ואף דהש"ך לא מייירי בכה"ג כדמשמע לשונו פנ"ל מ"מ זהו ענין בפ"ע לדון פן וזה פשוט: (שם סעי' י"ז) לנה שבא כו' אפי' נתברר שמדעתו נכתב יכול המלנה לחזור בו והרמב"ן וסייעתו חולקין והובא בש"ך ס"ק מ"ט וקוטב פלוגתת הרשב"א והרמב"ן הוא דאם נימא דמה דזוכה המלנה בשעבוד נכסי של הלנה אם זה חשוב בחליפין לקנות ע"י זה החיוב על המלנה להלוותו או בחליפי שעבוד אין דינו לקנותו בחליפין והאריכו בזה האו"ת והנתיבות: ולכאורה יש להוכיח פשיטת הרמב"ן והוא דהא מציינו [בהלכות שכירות פועלים דהתחלת המלאכה חשוב לקנן בפועלים כמש"כ הריב"ש והובא בש"ך סי' של"ג ס"ק י"ד אלא שפועל יכול לחזור בו משום לי עבדים ובקבלן אינו חוזר ע"ש וקשה היכן רמיזא מקור הקנן של התחלת המלאכה דמאיזה טעם? הנה נחשב לקנן אכן לשיטת הרמב"ן דס"ל דכיון דזכה המלנה בשעבוד נכסי של הלנה ע"כ נתחייב להלוות ע"י דין חליפין אתי שפיר דלכן התחלת המלאכה חשוב לקנן דהא מיך פשהתחיל הפועל לעשות נתחייב הבעה"ב בשכירות דהא שכירות נקנה בדבור וכיון דזכה הפועל את השעבוד והחיוב על הבעה"ב מיך נתחייב הפועל לעשות ע"פ דין תורת חליפין: אכן לפי הכרעת הש"ך פהרשב"א דס"ל דשעבוד לא חשוב בחליפין ע"כ באמת יש לדון הטעם דמפני מה יהנה התחלת פועלים חשוב לקנן ואפשר לומר בזה ע"פ המבואר בב"מ ד' צ"ט דהשואל קורדם בקע בו קנאו ופי' רש"י בקדושין ד' מ"ז דקנאו ע"י חזקה וזה צריך ביאור דהא

מטלטלי לא נקנה בחזקה וע"כ הפוננה הוא כמש"כ השמ"ק בב"מ שם דהקשה פיון דמשיכה אינו קונה לר"ה אמאי קני בהתחלת המלאכה ותי' דהא תסקנתא דרבנן מפני תיקון העולם שלא יהא אדם משאיל ומשפיר ואחר שיתחיל במלאכתו יחזור בו ויניח מלאכתו כו' עכ"ל השמ"ק וכן י"ל דהתחלת המלאכה בפועלים ג"כ הוא מתקנת חכמים מה"ט: והעיקר הוא דהתחלת המלאכה חשוב קנין מטעם אחר והוא דהא מציינו בב"מ ד' ע"ו ובח"מ סי' של"ג סעי' ד' דפועל חוזר בו ושמין לו מה שעשה כו' ובקבלן שמין לו מה שעתידי לעשות כו' וכתב הש"ך שם ס"ק כ"א בשם הטור דאם נתניקרה הרבה שצריך ליתן להפועלים יותר ממה שפסק עמו א"ל הפועל לשלם לו מכיסו פלוס כו' עכ"ל וזהו משום דהתחלת המלאכה לא חשוב לקנין בקבלן דאי הוי חשוב לקנין לא הנה מהני חזרתו אף בנתניקרה הרבה וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ד' וס"ק י"ד דבקבלן היכא דהוי קנין אינו יכול לחזור פלל וע"כ מוכח דהתחלת המלאכה לא חשוב קנין וקשה דמ"ש דין קבלן מן דין פועל דהא בפועל קיי"ל דהתחלת מלאכה חשוב קנין ונפ"מ היכא דחוזר משום יוקר דאינו חוזר כמש"כ הטור והרמ"א שם סעי' ד' וכן קיי"ל בח"מ סי' ר"צ סעי' כ"ג דאפטרופוס שהתחיל לעסוק בצרכי יתומים אינו חוזר כמבואר בתוספתא והטעם הוא משום דלא שייך בזה לי עבדים כו' דהא מצוה קא עביד וה"ל עבד ד' וכמש"כ הקצה"ח שם אלמא דהיכא דלא שייך דין חזרה נקנה ע"י התחלת מלאכה א"כ ממילא קבלן דאינו בדין חזרה מפני מה לא יהיה מועיל ביה התחלת המלאכה וראיתי במחנה אפרים ה' שכירות פועלים סי' ה' שהביא פלוגתת ראשונים אי התחלת מלאכה חשוב קנין בקבלן או לא ולשיטת הסוברים דהתחלת מלאכה חשוב קנין בקבלן האריך לפרש למה דאמרו בב"מ ד' ע"ו דבקבלן שמין מה שעתידי לעשות כו' ולא יותר ושיטת התוס' והגהות אשר"י דלא חשיב זה לקנין ונדחק לחלק בזה בין קבלן לפועל ובאמת פשוט הטור שו"ע משמע דבקבלן לא הוי התחלת מלאכה קנין וצריך ביאור מאיזה טעם ישמנה דין פועל מקבלן בזה ואי נימא דעיקר הדבר דהתחלת המלאכה הוי קנין משום דין חליפי שעבוד פנ"ל א"כ מפני מה ישמנה קבלן מן פועל בזה: והנ"ל בזה די"ל דהתחלת המלאכה חשוב לקנין בפועלים דזהו משום קנין חזקה דידיע שיטת הרמב"ם פ"א ה' מכירה ופ"ח ה' מכירה דקרקע נקנה באכילת פירות בתורת קנין חזקה והראב"ד ושו"פ חולקים וס"ל דדוקא הציע מצעות דגופו נהנה מקרקע זהו חזקה אבל לא פשנהנה מאכילת פירות והובא פלוגתא זו בסי' קצ"ב וסי' קצ"ו גבי עבד שעשה לרבו מלאכה שאינו בשמוש גופו כגון שתפר לו בגד וכיוצא דלשיטת הרמב"ם קנה להעבד בתורת קנין חזקה ולהחולקים עליו לא קנהו א"כ לדעת הרמב"ם בנודאי ניחא הא דהתחלת המלאכה חשוב קנין בפועל דהא פועל הנשכר לזמן דינו כמו עבד וקרקע שנקנה בחזקה כמבואר בסי' רכ"ז סעי' ל"ג בשם הרמב"ם דהשוכר הפועל לעשות עמו אין לו אונאה מפני שהוא פקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם אונאה וזה אינו אלא בפועל אבל קבלן דבידו לעשות ולגמור המלאכה אימת שירצה אין לו דין עבד כמש"כ המחר שם סעי' ל"ו דיש לו דין אונאה וע"כ פועל שפיר נקנה בהתחלת מלאכה בתורת קנין חזקה כמו עבד דנקנה בחזקה.

ונפ"מ אם חוזר בו משום יוקר דאינו חוזר פנ"ל וכה"ג ואף להסוברים דעבד וקרקע אינו נקנין באכילת פירות מ"מ הא זה אינו רק בקניות קרקע אבל בשכירות קרקע פיון

דעיקרו אינו רק זכייה בפירות ולשימוש בזה קנהו וכדרך תשמישו פן הוא דרך זכייתו כמו הא דב"ב ד' ק' בשביל פרמים דנקנה בהילוף וכמבואר בסי' קצ"ב וכמ"כ המהנה אפרים ה' שכירות סי' א' והקצה"ח סי' קנ"ג ס"ק ג' והנתיבות סי' קצ"ב ס"ק ו' וע"כ בהעמדת סולמות ונעיצת קורות ובמי גשמים דאם נשתמש בפניו ושתק קנהו לשי' כמה פוסקים בלא טענה וכמבואר בסי' קנ"ג: משום דדוקא בקניות גוף הקרקע ע"כ בעי שיהיה נהנה מן גוף הקרקע ובאכילת פירות אין מעשיו מוכיחין רק לענין הפירות.

ובקנין חזקה בעי שיהיה מעשיו מוכיחין לקנייה כמבואר בסי' ער"ה אבל אם אינו קונה רק הפירות קני באכילת פירות דהרי מעשיו מוכיחין לשם פד והארבתי בכ"ז במק"א: א"כ ה"ה בפועל דאין רצונו רק לקנותו בתורת שכירות וכמו פל זכות פירות בלבד ועיין בש"ך סי' של"ג ס"ק כ"ה דכתב דפועל אין גופו קנוי ואכמ"ל ע"כ לכ"ע קנהו ע"י התחלת מלאכה דהוי כמו אכילת פירות בהשימוש של הפועל דהא הוי כמו קרקע אבל קבלן דדינו כמו מטלטלין פנ"ל לענין אונאה וה"ה לענין קנין חזקה דלא נקנה בחזקה כמו מטלטלין וע"כ א"ש שיטת הסוברים ופשטות לשון המחבר בסי' של"ג דס"ל דקבלן שהתחיל לקצור ונתניקרו הפועלים ונזר בו דאין שוכר עליו פועלים אחרים רק מן מה שתפוס ביד הבעה"ב משום אומדנא דהקנהו למה שבידו כמ"כ הסמ"ע שם ס"ק כ"ה. אבל לא נחתינו לנכסי הפועל ממה שאינו תפוס בידו משום דלא קנהו להקבלן ע"י התחלת המלאכה דדינו כמטלטלי לקנין חזקה ואתי שפיר בלא שום דוחק דשפיר יש לחלק בין פועל לקבלן בזה.

ושיטת הריב"ש שהובא בש"ך סי' של"ג ס"ק י"ד דס"ל דקבלן נמי נקנה בהתחלת מלאכה וכן שיטת ש"פ דהובא במח"א שם דס"ל פן י"ל דטעמם דס"ל כשיטת הראשונים דהובא בבית יוסף סי' רכ"ז דפליגי על הרמב"ם וס"ל דקבלן נמי אין לו אונאה דדינו ג"כ כמו קרקע וטעמם י"ל דס"ל כשיטת רש"י דכן חורין איתקש ג"כ לקרקע והובא בח"מ סי' צ"ה בש"ך ס"ק י"ח ושיטת התוס' במגילה ד' כ"ג ובקידושין ד' ז' דב"ח לא איתקש לקרקע ועיין מזה בתה"ד סי' שי"ח דמשמע כמה דפועל דמי לעבד לפי דגופו קנוי כמו ע"ע משא"כ קבלן ע"כ יש לו אונאה ולכן לדינא להכרעת המחבר בסי' רכ"ז דקבלן יש לו אונאה דדינו כמטלטלי ע"כ הדין דקבלן אף בהתחיל במלאכתו חוזר בו רק שידו על התחונה אבל מפיו אינו משלם וכמ"כ הש"ך בסי' של"ג ס"ק כ"א בשם הטור והארבתי בכ"ז בקונטרס אחר ואכמ"ל: גם י"ל דשיטת הסוברים דגם בקבלן הוי התחלת המלאכה חשוב לקנין דטעמם דס"ל פועל שיטת הרמב"ם דהקא דשעבוד נכסי יש לו דין חליפין לקנות ע"י למה שהתחייב במחירו חבירו לו וכעין מש"כ לעיל הטעם דכיון דזכי לשעבוד נכסי של הבעה"ב בחיוב שכירות שמחייב הבעה"ב להפועל ע"כ ממילא זכה הבעה"ב בחיוב על הפועל אמןם לדינא לפי מה דהכריע הש"ך פהרש"פ"א דזכות שעבוד אין לו דין חליפין ע"כ העיקר כמ"כ לבאר הטעם דהתחלת המלאכה חשוב קנין בפועלים משום דין קנין חזקה וא"ש שיטת הרש"פ"א: סימן מ ביאור דין מה דמציינו בכמה דוכתי בש"ס בהתחייבות או בקנין ע"י בהאי הנאה גמר ומשעבד נפש' גמר ומקני' ונפ"מ לכמה דינים: ענף א איתא בקידושין ד' ז' הילך מנה ואקדש אני לך מקודשת באדם חשוב דבהיא הנאה דקא מקבל מתנה מנה גמרה ומקניא לי נפשה

וכן לענין ממונא וכתב שם הר"ן בשם הר"ח שכתב הילך מנה ויקנה לה נכסי דבהיהיא הנאה דמקבל מינן מחשבא ככלי דיהיב הקונה להמקנה וקונה בי בתורת חליפין אותן נכסים ולפ"ז אף מטלטלין קנה בה משום דהוה הנאה דאדם חשוב חשיבא לי פנותן דמים ובחליפין ולפיכך אשה ניקנית בה מדין דמים ומטלטלין מן דין חליפין קרקעות שהם ניקנין בשניהם מדין שניהם עכ"ל הר"ן.

ובחידושי הרמב"ן לקדושין שם הביא ג"כ דברי הר"ח הנ"ל שכתב דבהאי הנאה דאדם חשוב קונה בי בתורת חליפין להנכסים ואף מטלטלים קונה בה וכתב הרמב"ן ע"ז ואיני רואה בזה השמועה זכר לכלי וחליפין אלא למעות וכסף שקונין באשה ובקרקע כו' עכ"ל וכ"כ הריטב"א בקדושין שם דבהאי הנאה דאדם חשוב אין פאן קנין בתורת חליפין כלל אלא בתורת פסוף הוא כו' ואינו קונה במטלטלין כו' עכ"ל אלמא דהרמב"ן והריטב"א פליגי על הר"ן והר"ח וס"ל דהוה הנאה דאמרו אינו קונה במטלטלין רק בקרקע וקדושי אשה דבתורת פסוף הוא ולא בדין חליפין כיון דלא הוי פלי וגם הא קי"ל דפרי לא עבדי חליפין אף דאיפא הנאה וע"כ אין זה בתורת חליפין רק בתורת פסוף ובחידושי הרשב"א לקדושין שם כתב בשם הר"ח ו"ל דהוה הנאה דאדם חשוב דיהיב הקונה להמקנה קנה בו בתורת חליפין וע"כ אף במטלטלין קנה וכתב עליו הרמב"ן איני רואה בשמועה זו זכר לכלי וחליפין אלא לכסף דקונין באשה וקרקע ולא ירדתי לדעת רבינו גר"ו בקושיא זו דאטו באשה וקרקע הנאה זו פסוף ממש היא הנאה יש פאן פסוף אין פאן אלא פדי לקיים פוננת המקנה ונדעתו אינו רואין הנאתו פאלו יש לה ממש שיתקיים דעתו עליו והלכך לגבי אשה שהפסוף קונה בה אנו רואין אותה פאלו הוא פסוף ומתקדשת בו ובמטלטלין שאין הפסוף קונה בו פאלו הנאתו פלי וקבלו בחליפין והלכך בין קרקע בין מטלטלין נקנין בכך פדברי ר"ח עכ"ל והרשב"א הכריע כהר"ח ותיגרין קושיות הרמב"ן שהקשה דהא בחליפין בעי פלי משום דהוה הנאה חשובה דאמרו חז"ל דמתחשב בכך לעולם חשיבא כמו פלי ומהני אף במטלטלין: והנה הקצה"ח בסי' ק"צ סעי' ו' הביא מש"כ הר"ן בקדושין דכתב דהא דאדם חשוב מהני באומר לו הילך מנה ויהי' שדה שלי מכורה לה דה"ה במטלטלין קנה ג"כ מן דין חליפין ותמה הקצה"ח שם דהא בחליפין בעי דוקא קבלת פלי ולא מהני פירות אלמא דבעי דוקא שיקבל המקנה להפלי והא בהאי הנאה דאדם חשוב אין זה מקריא פלי א"כ לא עדיף מן פסוף דאינו קונה רק בקרקעי ובקדושי אשה ולא במטלטלין והעלה דהר"ן דכתב פן בשם ר"ח אזניל לטעמין דס"ל דלא ממעט מנעל אלא פירות שמרקיבים והולכים לאיבוד אכל שארי דברים שאין הולכין לאיבוד בכלל נעל הוא ומש"ה בע"ח עבדי חליפין וכמש"כ הר"ן ר"פ הזקה בשם ר"ח וכ"כ הב"י בסי' קצ"ה בשם ר"ח ומש"ה ס"ל לר"ח דה"ה הנאת אדם חשוב עבדי חליפין משום דבהנאת אדם חשוב מתחשב בכך לעולם.

וה"ל דוקיא דנעל אכל לדדין דס"ל דהא דבע"ח עבדי חליפין זהו משום דמקרי פלי דעושין בהם מלאכה פמבנאר בסי' קצ"ה ובתוס' קדושין ד' כ"ח א"כ י"ל דאף מה שאין הולך לאיבוד נמי לאו בכלל נעל הוא א"כ ה"ה הוה הנאה דאדם חשוב לאו פלי הוי ולא שייך בזה דין חליפין עכ"ל הקצה"ח והנתיבות כתב שם דהסוכרים דשנה בשנה אף בפרי בחליפין א"כ היכא דאינו מקבל שום מעות רק הנאה זו א"כ שנה בעיניו פל המעות ומהני לקנות בזה אף מטלטלין בתורת חליפין דהא לא מצינו שום חולק על הר"ן כו'

עכ"ל: ודברי הגתיבות תמוהים במש"כ דלא מצינו שום חולק על הר"ן דהא כבר נתבאר דהרמב"ן לקידושין וכן הריטב"א שם השיגו על הר"ח והעלו דלא כהר"ח אלא הדין הוא דבמטלטלין אינו קונה הך הנאה דאדם חשוב משום דלא שייך בזה דין חליפין כלל כו' וא"כ מצינו חולקים על שיטת הר"ן והר"ח ויש ליישב דברי הגתיבות ועל הקצה"ח יש לתמוה דכבר הרגישו הראשונים בקושיותו דהא בחליפין בעינין פלי וקרב"א תירץ זה משום דהי' פסיקא לחז"ל דהך הנאה חשוב בעיניו כמו פלי ותמהני עליהם דלא הביאו דברי הרמב"ן וקרב"א והריטב"א הנ"ל: והנה בב"ב ד' ק"ו איתא תניא האחין שחלקו פינון שעלה הגורל לא' מהם קנו פולם כו' אי מה להלן בקלפי ואו"ת כו' אמר רב אשי ביהיא הנאה דצייתי אהדדי גמרי ומקנני אהדדי ועיין בח"מ סי' קע"ג סעי' ב' דאם חלקו בגורל נתקיימה החלוקה לכולן בלא קנין אחרים ובתשובת הרא"ש חולק שם ועיין בפסקי הרא"ש פ' ז' בב"ב סי' ב' ופולפולא חריפתא שם ס"ק כ' שפכת דמשמע שם דקנה לגמרי וא"צ לדרכי הקניות ע"ש ואף שמבואר בב"ב ד' ג' גבי חלוקת השותפות דבעי קנין דהא מקשו שם וכי רצו מה הוי ליהדר בי' עכ"ז משום שהוא הנאה דצייתי אהדדי גמרי ומקנו וז"ל הרמב"ם שם ד"ה אמר רב אשי כו' היינו טעמא משום דגמרי בלב שלם ומקנו למי שעלה הגורל כו' דבהיא הנאה דצייתי אהדדי ונשמעין זל"ז לחלוק בגורל כו' גמרי ומקני אהדדי עכ"ל ועיקר הקנין הוי משום הך הנאה דצייתי אהדדי לחלוק בגורל גמרי ומקני אהדדי וקרב"א פתב שם עוד דבין במקרקעי ובין במטלטלי פינון שעלה הגורל לא' נתקיימה החלוקה דהא לא מפליג בגמ' בין קרקעי למטלטלי עכ"ל וכ"כ המ"מ פ"ב ה' שכנים ה' י"א דרש"י ז"ל פירש דל"ש במקרקעי ובין במטלטלי דסתמא אמרו קנו ולא חילקו ביניהם עכ"ל המ"מ: ולפי שיטת הרמב"ן והריטב"א דס"ל דהך הנאה דאדם חשוב דאף דאמרו בגמ' קידושין דכן לענין ממונא וסתמא אמרו עכ"ז פתבו דזה לא מהני רק במקרקעי וקדושי אשה ולא במטלטלי משום דהא תורת חליפין לא שייך בזה דהא בעינין פלי בחליפין אלא בתורת פסוף מהני זה א"כ ה"ה הכא גבי חלוקת השותפות דעיקר הקנין הוי משום האי הנאה דצייתי אהדדי משום דמחמת הגורל הא מקשו בגמ' אי מה להלן קלפי ואו"ת כו'.

וכיון דהאי הנאה לא הוי פלי א"כ לא שייך בזה דין חליפין אלא דינו כמו פסוף דזה לא מהני רק במקרקעי ולא במטלטלין ובנודאי אינו סברא לומר דשאני הך אגב דצייתי אהדדי בצירוף הגורל דזה עדיף מן שארי הנאות דמצינו בש"ס דהא פינון דמוכרח לומר דגורל לחוד אינו קונה בזה לולא הסברא דבהאי הנאה דצייתי אהדדי וכיון דעיקר האי הנאה לא שייך במטלטלין לקנותם א"כ ה"ה לא תועיל לקנות הכא בחלוקת השותפים במטלטלין והא דבעינין גורל היינו משום דס"ל להש"ס דהאי הנאה דצייתי אהדדי לא שייך רק בחלקו בגורל כפי' רשב"ם שם דכיון דנתרצו לחלק בגורל דהוי פתחלת א"י ע"כ חשוב החלוקה בעיניהם כפי' רשב"ם והרמב"ם שם ועיין בלח"מ שם פן הדעת נוטה בזה לשיטת הרמב"ן והריטב"א הנ"ל ודוחק לחלק ביניהם ומדחזינו להרשב"ם והמ"מ בשם רש"י דכתבו להוכיח דמדלא מפליג הש"ס בין מטלטלין למקרקעי בזה דמוכח מזה דגם במטלטלין הדין פן א"כ ה"ה בכל מקום היכא דמצינו בש"ס דאמרו דמשום שהוא הנאה כו' דזהו מן דין חליפין ומהני אף במטלטלין ולא מן דין פסוף לבד א"כ מוכח מדבריהם כשיטת הר"ן והר"ח וקרב"א דקדושין דהאי הנאה דאדם חשוב

מקרי חליפין וקונה אף מטלטליו והא גם התם שינוי לומר דמדלא מפליג הש"ס בין קרקע למטלטליו כנ"ל.

ולכאורה י"ל לפי מה דכתבו התוס' בפ' השוכר את הפועל ד' ע"א בד"ה רב אשי אומר כו' דרב אשי ס"ל כר"ל דמשיכה מפורש מה"ת פמבואר בבכורות רפ"ב רק להלכה קיי"ל פאמימר דפליג על רב אשי כו' וכן פתבו התוס' בב"מ ד' מ"ח ד"ה נתנה לסיטון כו' ובקידושין ד' כ"ח ובב"מ ד' מ"ו על מתניתין דכל הנעשה דמים באחר כו' החליף שור בפרה פיון שזכה כו' הניחא לרב ששת דא' פירי עבדי חליפין אלא לר"נ דא' פירי לא עבדי חליפין כו' ס"ל כ"ר יוחנן דד"ת מעות קונה כו' ולר"ל דאמר משיכה מפורשת הניחא אי ס"ל כר"ש אלא אי ס"ל כר"נ דא' פירי לא עבדי חליפין ומטבע לא קנה במאי מוקי לה ע"כ כר"ש ס"ל עכ"ל אלמא דר"ל מוכרח נספור דפירי עבדי חליפין דאל"כ תקשה עליו ממשנה דכל הנעשה דמים כו' וכפירוש רש"י בקידושין שם ועיין בתוס' שם ד"ה הכי קאמר פל הנישם כו' וכיון דרב אשי ס"ל כר"ל א"כ מוכח אליבא דס"ל כרב ששת דפירי עבדי חליפין ע"כ לפ"ז י"ל פיון דרב אשי הוא בעל המימרא דב"ב שם להא דאגב הנאה דצייתי מקני אהדדי א"כ אין להוכיח פלל משיטת רב אשי הנ"ל די"ל דדוקא לרב אשי דס"ל דפירי עבדי חליפין שפיר י"ל דהאי אגב הנאה נקניו בזה אף מטלטליו משום דהא לא גרע מן פירי כמש"כ הקצה"ח משא"כ לדידן דקיי"ל פירי לא עבדי חליפין עדיין יש לדון דהאי הנאה דצייתי אהדדי לא מהני לקנות מטלטליו משום דהא לא הוי כלי וכמש"כ רמב"ן והריטב"א: אבל זה ליתא דהא תלינא בברייתא להך דשנותפין שחלקו בגורל קנו פולם ומדלא מחלק בין קרקע למטלטליו מוכח דאף במטלטליו שינוי הך דינא וכמש"כ הרשב"ם ומ"מ א"כ תקשה מזה על מ"ד דס"ל דפירי לא עבדי חליפין ושפיר מוכח מזה פשיטת ה"ר"ן דאף במטלטלי שינוי הקנין דאגב הנאה כו' ואפשר לומר בזה לפי מה דקיי"ל בדאורייתא אין בריה ובדרבנן יש בריה משום ספיקא דרבנן ואחין שחלקו לקוחות הן משום דמספקא לן אי יש בריה ע"כ באחין שחלקו היכא דהוי החלוקה ע"י קנין פסוף אז נקניו אף מטלטליו משום דמה"ת מעות קונה אלא מדרבנן אינו נקניו וכיון דבדרבנן קיי"ל יש בריה א"כ אחר שחלקו בקנין המועיל מה"ת שפיר י"ל בזה דבדרבנן יש בריה ואמרינן הוברר מתחלה דכפי שחלקו עכשיו הוברר פן מתחלה דזהו פל אחד של אותן הבעלים דהשתא לדון פן על מעיקרא ושפיר מועיל החלוקה אף למטלטליו א"כ לכל השיטות ניחא הך דאחין שחלקו בגורל דלמ"ד מעות קונה מה"ת מהני במטלטליו משום יש בריה בדרבנן ועיין בגדרים ר"פ השנותפין וב"ק ד' נ"א ע"ב ובקידושין ד' י"ז תוס' ד"ה חליפין כו' ולמאן דס"ל משיכה מפורש מה"ת הא לדיד' מהני חליפין בפירי והך הנאה לא גרע מפירי ע"כ אין להוכיח מזה דהאי הנאה הוי כמו חליפין בכלי [אבל באמת זה ליתא דוודאי כ"ז דלא עשו קנין המועיל עפ"י דרכי הקנין בעת החלוקה אף דנתרצו לחלוק לא מהני החלוקה ויכולין לחזור בהן אף למ"ד יש בריה וכדמוכח בב"ב ד' ג' דמקשי הש"ס כי רצו מאי הוי להדרו בהו דמקשי בפשיטות לכ"ע אף למ"ד יש בריה ועוד דהא כתב ה"ר"ן ר"פ השנותפין נדרים ד' מ"ה דדבר השותפות יש לכל אחד חלקו בזה וחלק חבירו מושפך לו בשכירות ומבואר בסי' שט"ו בסמ"ע בשם הריב"ש דדבר המושפך לאחד לא מהני הקנין להמשפיר בלא דרכי הקנאה ועיין במחנה אפרים ה' שכירות סי' ט'.

ע"כ לא שנייה בזה דאחין שחלקו לומר דיש בריה וע"כ נתקיימה החלוקה. דהא אף דנימא יש בריה עכ"ז על חלק חבירו המושפר לו בזה לא שנייה בריה וזה לא נקנה בתורת קנין פסוף דהא מטלטלין אף בשכירות לא נקנה בפסוף וקא דסי' קצ"ח סעי' ו' דשכירות מטלטלין נקנה בפסוף הא מבואר במתנה אפרים הלכות מכירה קנין משיכה סי' יו"ד דהביא כמה פוסקים דס"ל דשכירות מטלטלי לא נקנה בפסוף ג"כ ועוד דהא עיקר טעם הסובר דשכירות מטלטלי נקנה בפסוף זהו משום דהגוף של המקנה וטרח ומצייל כו' משא"כ היכא דהגוף אינו של המקנה אז גם שכירות מטלטלי לא נקנה בפסוף ואכמ"ל: וע"כ מוכח דס"ל להש"ס מדלא מפליג בין מטלטלי למקרקעי דהאי אגב הנאה דאמרו חז"ל זה נחשב פחליפין וקונה למטלטלי ג"כ וכ"כ הנ"מ וי"ו ב"ב שם וז"ל האחין שחלקו בגורל דעת התוס' ורש"י ז"ל דלא דוקא במקרקעי אלא ה"ה במטלטלין דהאי הנאה חשוב כאלו משוף עכ"ל הנ"י הרי דס"ל להנ"י דאי לא היה חשוב כמשיכה רק בפסוף לא היה מהני במטלטלי ודלא כמש"כ לעיל דאף קנין פסוף היה סגי בחלוקת מטלטלין דז"א פנ"ל ומוכח מהנ"י דס"ל ג"כ דהאי הנאה דמצינו בש"ס מהני זה ג"כ במטלטלי דחשוב פקנין משיכה דהוי פחליפין כמש"כ הר"נ והר"ח והרשב"א פנ"ל וכבר נתבאר דאין סברא לומר דשאני בגורל דהוי פתחלת א"י ג"כ דהא האלפס והרא"ש לא הביאו שם הך טעמא דהוי פתחלת א"י וכן משמע בהרמב"ם פ"ב מהלכות שכנים ה' י"א וגם כיון דמשום ה"ט דתחלת א"י לא היה מהני פמבואר שם בגמרא א"כ עיקרו משום האי הנאה או משום צירוף ביחד ואי נימא דזה לא מהני במטלטלי א"כ ה"ה הקא ודחוק לחלק ביניהם וביותר דבתשובת מהרי"ק סי' קפ"א פתב בשם המרדכי וש"פ שכתבו להוכיח מהא דב"ב ד' ק"ו הנ"ל דשיתוף השותפין א"צ קנין משום דשנייה בזה אגב דציייתי אהדדי גמרי ומקני והובא דיעצה זו בסי' קע"ו סעי' ג' ועיין בש"פ שם ס"ק ו' ולא מחלקי דשא"ה דהוי ע"י גורל ביחד: אלא ונדאי ס"ל כמש"כ דאין לחלק ביניהם בסברא דחוקה.

ומוכח דס"ל דאף במטלטלי שנייה לדון האי אגב הנאה דציייתי אהדדי דהא התם מייירי במטלטלי ומוכח מזה דהאי הנאה דאמרו חז"ל דינו פחליפין ועיין בנתיבות סי' קע"ו ס"ק ג' והחולקים דפליגי בסי' קע"ו וס"ל דשותפין שנשתתפו בעי קנין טעמם משום דס"ל לחלק דהאי אגב הנאה דציייתי אהדדי לא שנייה רק בחלוקת השותפין בגורל דזהו דבר חשוב וכמש"כ לעיל: אבל היכא דלא שנייה פן לא מקרי האי הנאה לחשיבות בדין חליפין אבל היכא דהוי הנאה גמורה לא מצינו לפוסקים הנ"ל דייפלגו על זה: ענף ב ובב"מ ד' צ"ד מתנה ש"ש להיות פשואל כו' בההיא הנאה דקא נפק עליו קלא דאינש מהימנא הוא גמר ומשתעבד נפשיה וי"ל דהתם אתי שפיר אף להסוברים דהאי הנאה דמצינו בש"ס לא נחשב פחליפין רק בפסוף מ"מ הא התם דמייירי בהתחייבות ע"ע בזה מהני ע"י פסוף.

כמש"כ הר"ן פתובות ר"פ הנושא וז"ל דבדברים דעלמא א"א שיתחייב אלא בקבלת פסוף או בקנין כו' דהא בערב בעי קנין או מתן מעות ובההיא הנאה דקא מהימן ליה כו' ובהשובר ד' צ"ד גבי מתנה ש"ח להיות פשואל כו' בהאי הנאה דקא מהימן ליה עכ"ל ועי' בש"פ סי' מ' ס"ק ב': אף לפמש"כ התוס' ב"מ ד' נ"ח ד"ה אמר ר' יוחנן כו' בתירוץ הראשון שם וכן לפמש"כ הש"פ בסי' ס"ו ס"ק קכ"ט יש לחלק לפ"ד דשא"ה בשומרים

אף מהא דב"ב ד' קע"ג בערב דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה שפיר מוכח מהתם דהתחייבות על ידי כסף מועיל: וזה ברור דאף דמצינו לכמה פוסקים הנ"ל דס"ל דהאי הנאה דמצינו בש"ס דדינו כמו חליפין עכ"ז ז"א רק היכא דמצינו להדיא דאמרו חז"ל כן דהא איתא בהשוכר את הפועל ד' ס"ג דקאמר הגמרא שם על מה דתני בא עליה וא"כ כן נתן לה אתננה אסור דאמר ר"ח דמייירי באמר לה הפעלי לי בטלה זה ומקשו שם וכי א"ל מאי הוי והא מחסרא משיכה כו' ועיין בתוס' שם ד"ה בזונה כו' דכרשב"ל משני לה כו' ואי נימא דכל הנאה דינו כמו חליפין לקנות מטלטלין א"כ קשה דהא התם באתנן דנותן לה עבור הנאת הביאה וא"כ י"ל דכיון דהוי כמו חליפין א"כ יהיה קונה אף למטלטלי ובפירוש לפמש"כ הנתיבות דהיכא דלא מקבל שום תמורה עבור החפץ אז נחשב ההנאה כמו פירות שנה בשנה דשייך בזה דין חליפין להרבה פוסקים כנ"ל ועיין ברמב"ם פ"א ה' ברכות שכתב דכל האוכל דבר איסור בין בזדון בין בשגגה אינו מברך והראב"ד השיג עליו דלמה לא יברך פינן שנהנה והובא באו"ח סי' קצ"ו ובט"ז שם ובמג"א סי' ר"ד ס"ק כ' דהאוכל חלבים ועריות חייב שכן נהנה וכבר הארכתי במק"א דדוקא אכילת איסור בשוגג לא מחשב הנאה משום דאילו הוי ידע לא היה ניחא לו בזה אבל במזיד הא אהשיביה ועיין בסימן רל"ד וביו"ד סי' קי"ט וטעמא של הרמב"ם שכתב דאף באוכל במזיד אינו מברך י"ל דטעמיה משום דהוי מצנה הבאה בעבירה ועיין במתנה אפרים ה' נזקי ממון סי' ט' מזה א"כ ה"ה הך הנאת ביאה דבמזיד בא עליו אף דהוי הנאת איסור עכ"ז כמו דמבואר בש"ס התם דזה נחשב במקום כסף ה"ה דיהיה חשוב הך הנאה דיהיה במקום חליפין ויהיה קונה אף למטלטלי כמש"כ הראשונים הנ"ל גבי הנאת אדם חשוב ודוקא באכילת איסור בשוגג מצינו בסי' רל"ד וביו"ד סי' קי"ט דלא מיקשב הנאה והטעם הוא כמש"כ התוס' בכתובות ד' ל"ד בסד"ה ואי דלא מצי כו' דאנן סהדי דלא ניחא ליה באכילת איסור עכ"ל התוס' ולפ"ז תקשה דמאי מקשה הגמרא שם דהא מחסרה משיכה הא י"ל דקנתה האתנן בתורת חליפין כדין פירות שנה בשנה בעד הנאת הביאה שיש לו ועיין בכתובות ד' ק"א דתוספות פתובה יש לה משום דמתנה יחייב לה בחובת ביאה כפי רש"י שם] ואף לפמש"כ הקצה"ח דהנאת אדם חשוב דינו כמו פירות דאינו נעשה חליפין עכ"ז תקשה לפמש"כ התוס' שם דהאי קושיות הש"ס דמקשה הא מחסרה משיכה כו' דהך סוגיא אתי כרשב"ל כו' והנה בקידושין ד' כ"ח וב"מ ד' מ"ו על משנה דכל הנעשה דמים באחר כו' הניחא לר"ש דפירי עבדי חליפין אלא לר"נ דפירי לא עבדי חליפין כו' ע"כ כר"ש ס"ל ופי' רש"י שם דר"ל מוכרח לסבור דפירי עבדי חליפין ועיין בתוס' שם א"כ בהך סוגיא דהשוכר את הפועל דאתי כר"ל.

א"כ הא לר"ל דס"ל פירי עבדי חליפין אין פאן קושיא פלל משום דהאי הנאת ביאה דיש לו לא גרע מן פירי דדינו כמו חליפין דהא חליפי פירי מהני לרשב"ל א"כ אף לשיטת הקצה"ח קשה הך סוגיאוע"כ מוכח לומר דדוקא הנאת אדם חשוב דמתחשב בקפו לעולם וכמש"כ הקצה"ח ע"כ דומה לכלי לכמה פוסקים ולכה"פ כמו פירות משא"כ הנאת ביאה דאינו אלא לשעתו ע"כ לא שייך בזה דין חליפין פלל אף למ"ד פירי עבדי חליפין וזה דומה למטבע דאמרו בו דדעתיה אצורתא וצורתא עבידא דבטלה ע"כ לא נעשה חליפין ולא נקנה בחליפין כש"כ הך הנאת ביאה ע"כ גרע מן פירי וזה מוכרח דהא בכל כסף או הנאת מחילת מלנה איכא בזה הנאה ואפ"ה אין דינו בחליפין משום

דאין זעה הנאה נמשכת פנ"ל ודוקא היכא דמצינו דאמרו חז"ל בפ"א בהאי הנאה גמר ומקני
שאני אבל היכא דלא אמרו חז"ל בפ"א אין דינו רק ככסף כמו בהשוכר את הפועל וכל
זה פשוט: ענף א' ובקרושין ד' ט' אמר רב גידל אמר רב פמה אתה נותן לבנה כו' קנו
הן הן דברים הנקנים באמירה משום האי הנאה דמתחתינהו אהדדי גמרי ומקני ומשמע
דאף מטלטלין ניקנין עי"ז בתורת קנין ואי ניקמא דהאי הנאה דאמרו חז"ל לא הני רק
ככסף פשיטת הרמב"ן והריטב"א בקרושין ד' ז' א"כ אמאי נקנין מטלטלין בהאי הנאה
דמתחתינהו אהדדי דהא דינו ככסף ומטלטלין אינו נקנין ככסף.

ומוכח מזה דהיכא דמצינו בש"ס דאמרו בפירוש בהאי הנאה. דהני הנאה חשובה דזה
נחשב כחליפין וכשיטת הר"ן הנ"ל.

ודחוק לומר דכוננת הגמרא דניקנין באמירה בתורת התחייבות ולא בתורת קנין דזה
דחוק בלשון דאמרו קנו וניקנין ועיין בב"מ ד' מ"ח ע"ב הנהב קונה הכסף מחייב מבעי
ליה אף לפי מאי דקאמר רבא שם בכתובות ד' ק"ב על הא דרב גידל דמסתברא מלתא
דרב בבתו נערה דקא מטי הנאה לידיה כו' ופירש רש"י דכסף קדושין לאביה אלמא
דעיקרו אינו רק משום תורת כסף ואפ"ה אמר בלשון קנו וע"כ ז"א רק בתורת התחייבות
א"כ ה"ה לסוף דמסיק בהאי הנאה דמתחתינהו אהדדי ג"כ י"ל דאינו רק ככסף וקאי על
התחייבות ולא חשוב בתורת קנין: אף מלשון הרמב"ם ומה"ע סי' נ"א שכתבו האב
שפסק פמה אתה נותן לבנה כו' קנו אותן הדברים וכן לשון הגמ' בהאי הנאה דמתחתינהו
גמרי ומקני משמע דזהו בתורת קנין ולא בתורת התחייבות לכד דאל"כ ה"ל למימר
בלשון בהאי הנאה כו' גמרי ומשעבדי נפשיה כמו דאמרו בב"מ דף צ"ד וב"ב דף קע"ג
בהאי הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבדי נפשיה וקא אמרו בלשון גמר ומקני מוכח
דזהו בתורת קנין ג"כ ועיין בכתובות דף ק"ט תוס' ד"ה תשב עד שתלפין כו' והנה הא
דשטרי פסיקתא דפוסק מעות לחתנו דכתובות דף ק"ט ודף ק"ב בפוסק לזון בת אשתו
בעת הנשואין דמהני מדרב גידל ועיין בכתובות ד' נ"ג תוס' ד"ה השתא נמי כו' י"ל דאף
ע"י כסף הא מועיל התחייבות כמבואר בר"ן ר"פ הנושא ע"כ אף דנימא דהאי הנאה
דמתחתינהו אהדדי אינו רק כמו קנין כסף ג"כ יכול להתחייב ע"ז אבל בתורת קנין לקנות
גוף החפץ כמבואר בלשונם פנ"ל דמשמע דחל הקנין על גוף החפץ בזה שפיר יש לדון
דאם דינו ככסף א"כ מטלטלי דאינם נקנין ככסף לא יהיה נקנה עי"ז ובאמת בלשון
השו"ע הנ"ל משמע דכל דברים אף מטלטלין ניקנין ע"י אמירה זו ובתורת קנין:
ובירושלמי כתובות פ"ה ה"א ר' בא בר חייא בשם ר' יוחנן פמה אתה נותן לבנה פמה
אתה נותן לבתה פיון שקידשה זכה כו' ובלבד מן הנשואין הראשונים ואתיא פי הא
דאמר ר' חנינא המשיא את בנו בבית זכה בבית ובלבד מן הנשואין הראשונים תני ר'
אושעיא זכה במטלטלין ולא זכה בבית כו' וכ"כ בירושלמי ר"פ הנושא סוף ה"ב עלה
דהפקחין הנה כותבין כ"ז שאף עמי ותני עלה ובלבד מן הנשואין הראשונים ואתיא פי
הא דר"ח המשיא בנו בבית זכה בבית ובלבד מן הנשואין ראשונים עכ"ל אלמא
דהירושלמי ס"ל דהא המשיא בנו בבית זכה בבית זכה בבית זהו הפל משום דברים הנקנים
באמירה משום דמתמת אכילת פירות הא שיטת פמה פוסקים החולקים על הרמב"ם
וס"ל דלא קנה ודוקא הציע מצעות ועי' בסי' קצ"ב וסי' רה"ע סעיף ט"ו ומש"כ שם
בלשון י"א עלה דערך שולחן ואכמ"ל ונאף דכתבו התוס' בגיטין דף י"ד ובגמ' שם דהא

דהמשיא בנו בבית אין זה אלא תקנת חכמינו ז"ל ע"כ עיקר הטעם הוא דאמרו חז"ל דעתו דרוצה להקנות לו הבית.

ועיקר האומדנא הוי זה רק מצד תקחז"ל ושונייהו רבנן פהלקתא בלא טעמא אבל אי נימא דאף בהקנה לו בפירוש לא קנה ע"י דברים הנקנים באמירה א"כ אין סברא לקנות הקא פלל אלא עכשיו דאמרינו דנקנין באמירה אמדינו מדרבנן לדעתו דהוי פהקנה לו בפירוש אבל עיקר הקנין הוי משום דברים הנקנין באמירה וכה"ג כתבו התוס' בב"ב דף קמ"ד בד"ה פהלקתא בלא טעמא כו' דהטעם הוא פיון דהשיאו בביתו סברא הוא שנתנו לו ומצינו בירושלמי הנ"ל דר' אושעיא ס"ל דזכה במטלטלין ולא זכה בבית אלמא דע"י דברים הנקנין באמירה זוכה בגוף המטלטלי אף אנו ס"ל דזוכה גם בבית.

אלמא דמחמת דברים הנקנין באמירה קונה למטלטלי א"כ מוכח מכל זה דהאי הנאה דמצינו בש"ס בפירוש דינו פחליפין לקנות אף מטלטלי ולכן אף דנימא דקניות הבית דמי להציע מצעות מ"מ הא במטלטלי לא שייך פו: ויש לדון בעיקר מלתא דנא דהא בעל המימרא בש"ס דילן מזה הוא ר"ג אמר רב כמה אתה נותן כו' והתוס' בפ' השוכר את הפועל דף ע"א ע"ב ד"ה מידי הוא טעמא כו'.

כתבו מתחלה להוכיח מב"מ דף מ"ח דרב ס"ל פריש לקיש דמשיכה מפירש מה"ת ולפ"ז ס"ל לרב כר"ש דפירי עבדי חליפין כמבאר בקידושין דף כ"ח בפ' רש"י שם א"כ י"ל דרב לטעמיה דפירי עבדי חליפין ע"כ ס"ל דאגב הנאה דמתחתי קנו דהאי הנאה דינו כמו פירי עכ"פ אבל לדיון דקיי"ל פירי לא עבדי חליפין ע"כ האי הנאה דמתחתי פיון דלא הוי פלי וכמש"כ הרמב"ן פנ"ל ע"כ לא נקנו מטלטלי ע"י האי אמירה ואין הוכחה מרב לדיון אכן לפמש"כ התוס' שם במסקנא דרב ס"ל כר' יוחנן דד"ת מעות קונה ועיין בב"מ ד' מ"ח תוס' ד"ה נתנה לסיטון נסתר פל זה ונפיר הוכיחו הפוסקים לדינא מהא דאמר רב דקונה אף למטלטלין כדמשמע פנ"ל ע"כ ע"כ דהנה התוס' בכתובות דף ק"ב ע"א ד"ה אליבא דרב ננס כו' כתבו שם באה"ד ואין לתמוה היכי משתעבד בשטר הא אין מטלטלין נקנין בשטר די"ל הואיל וטרח למכתב בשטר גמר ומשעבד נפשיה שהרי אף באמירה בעלמא יש דברים שנקנים כדאמר בסמוך ועוד דשמעין לר' יוחנן בהנהב דף מ"ט הנותן מתנה מועטת לחבירו קנה אע"ג שלא הגיע לידו דגמר ומקני ה"נ מתוך שטרח לכתוב בשטר בכה"ג גמר ומקנה עכ"ל התוס' הרי דהתוספות יש להם שיטה אחרת כמה דמצינו דברים הנקנים באמירה דאמרו חז"ל דזהו משום דגמר ומשעבד נפשיה אף דלא הוי מן דרכי הקנין דהא ילפי מזה על התחייבות בשטר דאין מטלטלין נקנין בשטר מ"מ פיון דאמרו חז"ל דגמר ומשעבד נפשיה עי"ז ע"כ מהני זה בחיוב ע"כ ה"ה בהנאת חיתון דכיון דאמרו חז"ל דעתו בכ"ז דגמר ומקני בל"ש ע"כ חל הקנין עי"ז ונקנין להמקבל ומוכח מדבריהם דס"ל דלאו בכל דוכתי אמרו פו דהא מצינו דהתחייבות ע"י שטר מהני משום פיון דטרח אמרו דגמר ומשעבד נפשיה כמש"כ התוס' ואפ"ה בקנין מטלטלי ע"י שטר לא אמרו פו משום דזוקא היכא דמצינו דאמרו חז"ל פו בפירוש אז דנין פו: ומה דמוכח מדברי התוס' פתובות הנ"ל דהיכא דמצינו פעין דברים הנקנים באמירה דכיון דגמר ומקני מועיל אף דאין זה מדרכי הקנאה כה"ג מצינו בבכורות דף י"ח תוס' ד"ה אקנויי אקני ליה מקום בחצירו כו' דאפילו בלא

קננו קא דגמר ומשעבד נפשיה אי נמי כמה פעמים הרוצה פותח ונועל כדאמר תיזול איהי ותיחוד ותפתח וברשות בע"ב קא מחזיק עכ"ל התוס' שם ועיין בתוס' ב"ב דף נ"ג ד"ה נעל כו' ובסי' קצ"ב סעיף ג' אלמא דהתוס' בתירוץ קמא ס"ל דאף בלא דרכי הקננו מהני להקנות היכא דגמר ומקני דאמדו חז"ל א"כ ה"ה בהך דברים הנקנים באמירה ג"כ דאמדו חז"ל דאגב דמתחתי גמרי ומקני כו' י"ל פיון דרוצה להקנות בלב שלם ע"כ דינו פקננו גמור ובאמת דברי התוס' דבכורות הנ"ל צ"ע קצת דהיכאמצינו פן אכל לפמש"כ התוס' בכתובות פנ"ל גבי דברים הנקנים באמירה א"ש דברי התוס' דבכורות ולפ"ז ה"ה בהך הנאה דציייתי אהדדי דב"ב דף ק"ו ג"כ הוא מטעם זה אכל לפי תי' הב' של התוס' דבכורות דס"ל דהיכא דלא הוי דרכי הקננו לא מהני אף דגמר ומקני א"כ בהך דברים הנקנים באמירה לא מהני רק מצד דנחשב לקננו כמו חליפין ובאמת י"ל דהתוס' דילפי מן הך דברים הנקנים באמירה דה"ה בהתחייבות ע"י שטר ולא מחלקי דשאני הך דברים הנקנים באמירה דזה הוי פעין קננו חליפי פלי וכמו בהנאת אדם חשוב פנ"ל משום דס"ל להתוס' פסברת הרמב"ן והריטב"א דאגב הנאה כו' לא עדיף מן חליפי פירי ואפ"ה מצינו דנקנים אף מטלטלי בהך דברים הנקנים באמירה כמבואר בסתימת הש"ס דכמה אתה נותן כו' וע"כ מוכח מזה דשאני היכא דאמרו חז"ל דגמר ומקנה בלב שלם ע"כ מהני זה להקנות: ועיין באו"ח סי' תל"ד ט"ז ס"ק ו' שכתב שם גבי הא דשלוחו יכול לבטל החמץ דכיון דרוצה להפקיע א"ע מאיסור חמץ מסתמא נתן במתנה החמץ להשליח כדי שיוכל לבטל עכ"ל הט"ז והמקור חיים הקשה שם דכמה קנה השליח את החמץ ע"ש אכן לפי תי' א' דבתוס' בכורות הנ"ל יש לדון דה"ה בזה פיון דרוצה להפקיע מאיסור חמץ מסתמא גמר להקנות פעין מש"כ התוס' בשבת דף י"ח ד"ה דמפקרא כו' ובהשוכר את הפועל דף ע"א תוס' ד"ה רב אשי אמר כו' דאנו סהדי דגמר ומקנה כדי להפטר מבכורות כו' אף באמת ז"א דא"כ לא הוה צריך לדרכי הקנייה בבכור ובחמץ ובאמת אינו פן כמבואר שם: וע"כ הטעם דלא אמרינו פן רק היכא דאמרו חז"ל דגמר ומקנה אכל היכא דלא אמרו פן בפירוש אין לנו פת לומר פן ועיין בב"ב דף קע"ד דאבא לגבי בריה שעבד נפשיה ומבואר באה"ע סי' ק"ב סעיף ו' דאף בלא קננו ס"ל להראב"ד דמשעבד נפשיה.

ויש לחלק והדברים ארוכין ואפשר לומר דכוננת התוס' דבכורות בתי' קמא שכתבו דאף בלא קננו קני דכוננתם דכיון דאמרו שם אומדנא דאקנוניי מקני ליה בתצירו משום דניחא ליה דליתעביד מצוה בממוניה א"כ הוי זה כמו בהאי הנאה דאדם חשוב או כמו הנאת חיתון דגמר ומקנה משום דהך הנאה חשוב לכה"פ כמו פסף לד"ה א"כ הכא בבכורות דמייירי בקרקע דנקנה בכסף שפיר מועיל האי הנאה דאמדו חז"ל בזה משום דניחא ליה דליתעביד מצוה בממונו דגמר ומשעבד נפשיה (ולא שייך בזה לומר מצות לאו ליהנות ניתנו) וע"כ אף דלא עשה הרוצה שום קננו אחר בעצמו מ"מ קני בהאי הנאה.

א"כ אין ראיה מהתוס' הנ"ל. ועוד דגם התוס' דכתובות דכתבו דהא דדברים הנקנים באמירה הוי זה משום דגמר להקנות ומועיל אף דאינו מדרכי הקנייה משום דהתוס' ס"ל דאף מטבעות נקנין ע"י דברים הנקנים באמירה אגב הנאה דמתחתי כו' כדמשמע הלשון דכמה אתה נותן לבנה כף וכף כו' דמשמע הלשון דזה קאי על נידוניא.

וכמש"כ בהגהות מיימוני פ' כ"ג ה' אישות בשם בעל העיטור דאף מטבע ניקנה ע"י אמירה דמתחתי ע"ש ואי נימא דהאי הנאה דאיתחתי דינו כחליפין א"כ ה' מטבע אינו ניקנה בחליפין וע"כ הכריחו מזה התוס' דזהו משום דגמר ומקנה בלב שלם: והיא דאמרו חז"ל פ' א' ז' יכול לחול ההקנאה אף דלא הוי מדרכי ההקנאה משום דגמר ומקנה ובאמת י"ל דהתוס' ס"ל כסברת הר"ן והרשב"א דהנאות אדם חשוב הוי בחליפין משום דהוכיחו פ' משום נידוניא דמטבע ואפשר לומר דהא דס"ל לבעל העיטור חז"ל דגם מטבע ניקנה ע"י אמירה דאיתחתי אזל לטעמיה דס"ל לפי דהובא בשמו שם בהגהות מיימוני חז"ל דגם על דבר שלא בא לעולם חל מה דפוסקים המתחנים להחמין והפלה ע"ש אלמא דאלמוהי חז"ל להא דדברים הנקנים באמירה דגם על דבר שלא בא לעולם דאינו יכול להקנות ע"י דרכי ההקנאה מ"מ אלמוהי חז"ל דיוכל להקנות בפסיקתא אף בזה א"כ ה"ה ג' על מטבע חל מה"ט וכן ראיתי בריטב"א פתובות דף ק"ב ע"ב ד"ה גופא אמר רב גידל כו' כמה אתה נותן לבגד כו' דדעת הגאונים ז"ל דמהני הא דר"ג אף בפוסק ע"ע מטבע ודבר שאינו ברשותו שאינו נקנה בחליפין והא דר"ג פחויב דקנין וכל דמהני התם מהני הקא בדברים עכ"ל וכ"כ הריטב"א בקידושין דף ט' ע"ב ד"ה מיתביה אין כותבין שטר אירוסין כו' וסברא דרבנותא ז"ל דדברים הנקנים באמירה אינם נידונין כמתנה בקנין לחוד אלא פחויב בקנין דמהני אף לפוסק דשלב"ל ואינו ברשותו וחשבינו לו קנין חייב בהאי הנאה וניראין דבריהם עכ"ל.

ובאמת צ"ע על פסק המחבר באה"ע סי' נ"א דדברים הנקנים באמירה לא מהני אלא לדברים המצוי ברשותו וכמש"כ הרמב"ם פ"ו ה' זכיה ומתנה אבל לאינו ברשותו לא מהני אלא באמר בלשון חייב בפירוש כמש"כ הב"ש ש"ש ס"ק ד' דא"ף לא הביאו שיטת העיטור והריטב"א חז"ל דפליגי בזה ונפ"מ לענין תפיסה וכעת ראיתי בבניאר הגר"א זצ"ל ש"ס ק"ד' שהביא בקצרה שיטת העיטור חז"ל ע"ש וכוננת העיטור והריטב"א דס"ל דמהני אף לדשלב"ל ומטבע אף דלא אמר בפירוש בלשון חייב משום דשאני היכא דאמרו רבנן דגמר ומקני משום האי הנאה הוי זה פאלו אמר בפירוש בלשון חייב ע"ע משום דאנו סהדי דגמר ומשעבד נפשיה וכמש"כ הריטב"א בפירוש דהוי זה כמו קנין בחיוב ע"ע גם אפשר לומר דשיטת העיטור והריטב"א דס"ל דמשום תקחז"ל חל אף על מטבע ודשלב"ל.

ועיקר הקנין בהדי דברים הנקנים באמירה הוי מדרכי כמש"כ הריטב"א בקידושין דף ט' ע"ב באה"ד וז"ל דבשטרי פסיקתא לא אלמוהו רבנן אלא לגבי בע"ח כו' ע"ש וכן פתב הגו"ב במ"ק ח' ח"מ סי' כ"ח שפכת לדון דדברים הנקנים באמירה הוא מן תקנת חכמים ועיין במ"ת סי' מ"ב שפכת לחזק דדברים הנקנים באמירה הוא מתקחז"ל ע"ש ולפ"ז ליכא להוכיח פלל לנ"ד דשאני התם דתקנו חז"ל פ' א' דלא הוי מדרכי ההקנאה: ובעיקר דברי התוס' בכתובות דף ק"ב דהקשו דא"ף מועיל שטר על חייב מחדש ומזה הוציאו דכיון דטרח לכתוב בשטרא גמר ומשעבד נפשיה וכמו בדברים הנקנים באמירה וכן הוכיחו מהא דב"מ דף מ"ט דהא במתנה מועטת גמר ומקני אף דלא הוי קנין באמת יש לעיין בראייתם מהא דב"מ חז"ל דהא במתנה מועטת אמרו דאסור לחזור בו ואין רוח חכמים נוחה הימנו אבל מצד קנין לא מצינו בפירוש פמבואר שם בב"מ בכולא

סוגיא גפיי דבריי דייש בהם משום מחוסר אמונה דלא הוי רק איסור לחזור בו אבל קנין לא אמרו חז"ל ועיין ברש"י שם וגם לא מציינו שם דיהיו יכולים הב"ד לכוף ע"ז.

ובאמת מהא דב"מ דף מ"ט שם דקאמר הגמ' ומודה ר' יוחנן במתנה מועטת כו' ה"נ מסתברא דאמר ר"א אמר ר' יוחנן ישראל שאמר לכו לוי פור מעשר יש לה בידי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מק"א א"ב לא מצי מיהדר מש"ה רשאי כו' משמע מזה דייש קנין במתנה מועטת דאל"כ איך מצי לעשותו תרומת מעשר הא עדיין אינו שלו ולא זכה בו ואפשר דמזה הוכיחו התוס' בכתובות לדון דהאי מתנה מועטת ה"ל קנין בגוף הדבר אבל באמת פבר הקשה זה השמ"ק בב"מ שם ומתריץ דמייירי במפירי לוי ועוד תירוצים ע"ש ועיין בקצה"ח סי' ר"ד ס"ק ג' ובפתיח הפית דייגי ברינה סוף סי' ו' הקשה פן על הש"ס הנ"ל ומתריץ דשאני מעשר דייש לכל הלויים חלק בהם ע"ש ולא ראה דכבר הקדימו השמ"ק בזה והדברים ארוכים ועיקר קושית התוס' דהקשו איך מטלטלין ניקנים בשטר בחיוב ע"ע נ"ל לדון לפי שיטת רש"י בקידושין דף ז' דאף פן חורין הנקש לקרקעות ואף דשיטת התוס' שם דלא ברש"י אכן הש"ך בסי' צ"ה ס"ק י"ח הכריע ג"כ דאף בע"ח דינו פקרקע ועיין במגילה דף כ"ג: א"כ לפ"ז יש לדון דכמו דקרקע נקנה בשטר וה"ה שעבוד קרקע נקנה בשטר א"כ ה"ה חיוב על גופו בשטר מהני דהוי כמו שעבוד קרקע ואפשר לומר דהתוס' לשיטתם דס"ל דב"ח לא הנקש לקרקע ע"כ הקשו דהא מטלטלי לאו בני שטרא נינהו אבל לשיטת הש"ך ורש"י הנ"ל יש לישב קושיתם פן נחזור לענייננו דלשיטת הר"ן והרשב"א דהאי הנאה דמציינו בש"ס טעמו משום דחשוב פחליפין א"כ א"ש בדברים הנקנים באמירה דמהני משום דהנאת איחתווי הוי כמו חליפין וקונה אף מטלטלי ולשיטת התוס' בכתובות דף ק"ב הנ"ל מוכח דס"ל דאף דלא הוי התם מן דרכי הקנייה מ"מ מהני משום דגמר ומשעבד נפשיה ושיטת הרשב"א היא דמהני התם בתורת חיוב ע"ע וע"כ אף בדשלב"ל ומטבע ג"כ מהני דברים הנקנים באמירה פנ"ל ולפ"ז א"ש אף לשיטת הרמב"ן והרשב"א דס"ל בקידושין דהנאת אדם חשיב הוי בתורת פסוף.

מ"מ מהני בדברים הנקנים באמירה משום תורת חיוב דיכול לחייב א"ע בפסוף כמש"כ הר"ן ר"פ הנושא פנ"ל או כפי שפתיבתי לעיל בשם הרשב"א דס"ל דעיקר מלתא דדברים הנקנה באמירה הוי רק מדרבנן.

ולכך אינו קשה על הרמב"ן והרשב"א די"ל דהרשב"א לטעמיה פנ"ל אף מן תוס' פתובות הנ"ל מוכח שם דס"ל דזהו מה"ת. אף בטעמם קשה לומר דזהו משום תורת חיוב דא"כ מה ראיה מיייתי לחיוב ע"י שטר וע"כ מוכח כמש"כ לעיל בכוננתם גם יש מקום לפרש פוןנתם באופן אחר בהאי דברים הנקנים באמירה וקצאתי בכ"ז: ענף ה' ולפי מה דנתבאר בשם הרמב"ן והרשב"א דס"ל דהאי הנאה דאדם חשוב לא הוי קנין לקנות מטלטלין יש ליישב עפ"ז קושיות הט"ז סי' ל"ז סעי' ט"ז על הסמ"ע שכתב שם דניחא ליה דלא נקרייה גזלנא לא שייך גבי מטלטלי דלפ"ז בהא דב"מ ד' ט"ו ע"ב במכר שדה גזולה ולקחה מבועלים ראשונים דמה מכר ראשון לב' כו' וחד מ"ד ס"ל משום דניחא ליה דליקו בהימנותא וחד ס"ל משום פי הכי דלא ניקרייה גזלנא מאי בינייהו כו' ולהסמ"ע הנ"ל ה"מ הש"ס לומר דנפ"מ במטלטלי דמשום דניחא דליקו בהימנותיה

שׁינָה אף בַּמַּטְלָטְלִי ומִשׁוּם דָּלָא נִיקְרִינָה גְזֻלָּא לֹא שׁינָה פֶּן בַּמַּטְלָטְלִין והַקְצָה"ח ס"י ל"ז
ס"ק ח' פֿלְפֿל בְּיָשׁוּב קְוִשְׁיֹת הַט"ז הַנ"ל: אָבֵל בְּאַמַּת יֵשׁ לְדוּן בְּזָה דְּהָא הַגְּמָרָא מְקַשָּׁה
שָׁם מִפְּדֵי הָאֵי לֹוֹקֵם בְּמֵאֵי קִנְיֵי לְהָאֵי אַרְעָא בְּהָאֵי שְׁטָרָא הָא חֲסִפָּא בְּעֵלְמָא הוּא וּמְתַרְן
רְבָא תְּהֵא בְּמֵאֵמִינוּ בְּהָאֵי הַנְּאָה דְּקָא סְמָךְ עָלָיו טְרַח וּמִיִּתְיָה לִיה גָּמַר וּמְקַנֵּי לִיה אֵלְמָא
דְּעֵיקָר הַמְּכִירָה נִגְמַר מִשׁוּם הָאֵי הַנְּאָה כּו' וּלְשִׁיטַת הַרְמְב"ן וְהַרִיטְב"א דְּקִידּוּשִׁין דְּכַתְּבוּ
בְּהָאֵי הַנְּאָה דְּאָדָם חָשׁוּב דְּזָה לֹא מְהֵנִי אֵלְא בְּקִנְיִית קַרְקָעוֹת וְקִידּוּשֵׁי אִשָּׁה מִשׁוּם דְּיֵשׁ
בְּזָה קִנְיָן פְּסָף אָבֵל לֹא מְהֵנִי בַּמַּטְלָטְלִין מִשׁוּם דְּזָה לֹא מְקַרֵּי כְּלֵי א"כ ה"ה הָאֵי הַנְּאָה
דְּקָא סְמָךְ עָלֵיהּ דְּגָמַר וּמְקַנְיָה לִיה עֲבוּר זָה הָא לֹא מְהֵנִי הָאֵי הַנְּאָה פִּי אִם בְּקַרְקָע דְּנִיקְנָה
בְּכֶסֶף וְלֹא בַּמַּטְלָטְלִי דְּאִינוּ נִקְנָה בְּכֶסֶף.

ע"כ לֹא אָמְרוּ הָאֵי א"ב בַּמַּטְלָטְלִי מִשׁוּם דְּבַמַּטְלָטְלִין לֹא מְשַׁכַּחַת הָאֵי דִּינָא וּמְתַרְן
קְוִשְׁיֹת הַט"ז וְעַדִּינָן י"ל בְּזָה דְּאִם הֵמָּה מְוֹנְחִים בְּרִשׁוֹת הַלֹּוֹקֵם א"כ קִנְיָתָה לֹו חֲצָרוֹ בְּלֹא
שׁוּם מַעֲשֵׂה כָּלָל וְעֵינָן בְּתוֹס' שָׁם ד"ה הָאֵי שְׁטָרָא כּו' שְׁכַתְּבוּ דְּמִשְׁמַע מִשְׁעָה שְׁקִנְהָ הַגְּזֻלָּן
הוּא שָׁל לֹוֹקֵם אַע"פ שְׁלֹא עָשָׂה שׁוּם מַעֲשֵׂה.

אָבֵל בְּחֲצִירוֹ דְּקוֹנָה אַף שְׁלֹא מִדְּעַתּוֹ לֹא שׁינָה פֶּן א"כ שְׁפִיר הַקְּשָׁה הַט"ז: הַגְּה"ה גַּם יֵשׁ
לְדוּן בְּמוֹכֵר מַטְלָטְלִי גְזוּלִים וְטְרַח וְקִנְיָה דְּאֵף דְּהָנִי הָאֵי הַנְּאָה כְּמוֹ פְּסָף מ"מ הָא מְצִינוּ
בְּמִדְּי דְּלֹא שְׁכִיחַ דְּהַעֲמִידוּ עַל דִּין תוֹרָה דְּמַעוֹת קוֹנָה כְּמַבְוֹאֵר בַּב"מ ד' מ"ו וְה"ה גְּזוּלָּה
הָנִי לֹא שְׁכִיחַ אָבֵל בְּמוֹכֵר דְּשִׁלְב"ל לֹא שׁינָה זָה.

וְעֵינָן בַּע"ג ד' ע"א ע"ב תוֹס' ד"ה מִיִּדֵי הוּא טַעְמָא כּו' וְקַצְרִיתִי ע"כ הַגְּה"ה: אָמְנָם לְדִינָא
מְצִינוּ בְּסִי ר"ט סַע"י ה' גְּבִי מוֹכֵר דְּשִׁלְב"ל דְּאִם טְרַח הַמוֹכֵר וְקִנְיָה צְרִיף לְקִנְיָם מְקַחוּ כִּי
אֲדַעְתָּא דְּהָכִי טְרַח וְקִנְיָה כְּדֵי דְּלִיקוּ בְּהִימְנוּתוֹ וְזָהוּ גּוֹבַע מִן תַּה"ד ס"י ש"ף וְהוּבָא בַּט"ז
שָׁם שְׁכַתְּבַת פֶּן וּמִיִּרֵי שָׁם בְּקִנְיֹת מְרָגְלִיּוֹת.

אֵלְמָא דְּגַם בַּמַּטְלָטְלִין אָמְרִינוּ דְּטְרַח וְקִנְיָה כִּי הִיכִי דְּלִיקֵי בְּהִימְנוּתָא וְלִכּוֹן שְׁפִיר הַקְּשָׁה
הַט"ז בְּפִשְׁיטוֹת בְּסִי ל"ז פֶּן אָכֵן בְּעֵיקָר פְּסָק הַתַּה"ד וְהַט"ז וְהַרְמ"א דַּס"ל דְּאֵף בַּמַּטְלָטְלִי
שׁינָה לְהָאֵי דִּינָא וְאֵף הִיכָא דְּלֹא שׁינָה דְּקִנְיָה לִיה חֲצִירוֹ לְהַלֹּוֹקֵם וְכַמוֹ בְּמוֹכֵר דְּבָר שְׁלֹא
בְּרִשׁוֹתוֹ וְכַה"ג דַּמ"מ קִנְיֵי הַלֹּוֹקֵם דְּזָה צ"ע פִּינּוֹן דְּעֵיקָר הַקְּנִיָּה בְּהָא דְּטְרַח וְקִנְיֵי הָנִי מִשׁוּם
הָאֵי הַנְּאָה דְּסְמָךְ עָלָיו כְּמַבְוֹאֵר שָׁם וְהָא שִׁיטַת הַרְמְב"ן וְהַרִיטְב"א גְּבִי הָא דְּאָדָם חָשׁוּב
דְּהָאֵי הַנְּאָה לֹא עֲדִיף מִן פְּסָף דְּאִינוּ קוֹנָה בַּמַּטְלָטְלִי א"כ בְּמֵאֵי קִנְיֵי הָאֵי לֹוֹקֵם לְמַטְלָטְלִי
דְּהָא לֹא עֲדִיף הָאֵי הַנְּאָה דְּלִיקוּ בְּהִימְנוּתָהּ מִן הַנְּאָה דְּאָדָם חָשׁוּב וּמֵאִיזָה טַעַם גַּחְלֵק
בִּינֵיהֶם אַדְרָבָה יֵשׁ מְקוּם לֹוֹמַר דְּהָאֵי הַנְּאָה דְּאָדָם חָשׁוּב דְּמִתְחַשֵּׁב בְּכָף לְעוֹלָם כַּמִּש"כ
הַקְצָה"ח וְנִדְּאֵי עֲדִיפָא וְגַם לְהַכְרַעַת הַנְּתִיבוֹת בְּסִי ק"צ דְּכַתְּבַת דְּדוֹקָא הִיכָא דְּלֹא קִיבֵל
זוּזִי בְּעַד הַמְּכִירָה אִזְ נִחְשָׁב זָה הַנְּאָה כְּמוֹ פִּירוֹת שְׁנָה בְּשְׁנָה וּמְהֵנִי מִן דִּין חֲלִיפִין אָבֵל
הִיכָא דְּקִיבֵל מַעוֹת בְּעַד מְכִירָתוֹ אִזְ אִינוּ קוֹנָה בְּהָאֵי הַנְּאָה דְּאָדָם חָשׁוּב וְעֵינָן בְּנְתִיבוֹת
שָׁם דְּסִיִּים בְּלִשׁוֹנוֹ דַּמָּה"ט לֹא כְּתֵב הַמְּחַבֵּר בְּסִי ק"צ הַדִּין דְּאָדָם חָשׁוּב רַק בְּקַרְקָע וְלֹא
בַּמַּטְלָטְלִין ע"ש וְהָא חֲזִינוּ הִכָּא בְּסִי ר"ט דְּאֵף גְּבִי מַטְלָטְלִין ס"ל דְּמְהֵנִי הָאֵי הַנְּאָה דְּקָא
סְמָךְ עָלֵיהּ וְכַמְבּוֹאֵר בַּתַּה"ד שָׁם וַע"כ צ"ע בְּזָה.

וּבְאַמַּת יֵשׁ מְקוּם לֹוֹמַר דְּיִהְיָה יְכוֹל הַמוֹכֵר לֹוֹמַר קִים לִי כְּשִׁיטַת הַרְמְב"ן וְהַרִיטְב"א
דְּכַה"ג לֹא קִנְיֵי בַּמַּטְלָטְלִין אִם הַמוֹכֵר מְוֹחֲזֵק וְכַמוֹ כָּל סְפִיקָא דְּדִינָא וְאֶפְשָׁר לֹוֹמַר דְּהָא

דהכריע התה"ד וְהֵרֵם"א פֶּן מִשׁוּם דָּמֵן ב"ב ד' ק"ו גָּבִי הַאי הִנָּא דְצִיְיָתִי אֶהְדְּדִי בְּחִלּוֹקָתָהּ
הַשְׁוֹתָפוֹת מוֹכַח דְּאָף בְּמִטְלָטְלִין שְׁיִיף פֶּן כְּמוֹ דְכָתְבוּ שָׁם הִרְשָׁב"ם וְהַנְּי וְהַמ"מ וְכַנְּ"ל
דְּמִזָּה מוֹכַח דְּהַעֲיָקָר כְּהַסּוֹבְרִים דְּהִיכָא דְמַצִּינוּ בְּש"ס לְהַאי הִנָּא דְדִינוּ כְּמוֹ חֲלִיפִין
דְּקוּנָה אָף מִטְלָטְלִי וְאִפ"ה אִינוּ קָשָׁה קְוִשְׁוֹת הַט"ז בְּסִי' ל"ז עַל הַסַּמ"ע מִשׁוּם דְּבַלְא"ה
תְּקַשָּׁה דְּהָא ה"מ הַגְּמָרָא לֹאמַר נִפ"מ בֵּין מ"ד מִשׁוּם גִּיחָא לִיָּה דְלֵא לִיקְרִינָה גְזֻלְנָא וּבֵין
גִּיחָא לִיָּה דְלִיקוּ בְּהִימְנוּתִיהָ בְּמוֹכַר דְּשִׁלְב"ל וְכְמוֹ הָא דְתַה"ד וְהֵרֵם"א דְסִי' ר"ט הַנְּ"ל
דְּמִשׁוּם דְּלִיקוּ בְּהִימְנוּתִיהָ שְׁיִיף ג"כ בְּזָה וּמִשׁוּם גִּיחָא דְלֵא לִיקְרִינָה גְזֻלְנָא לֵא שְׁיִיף בְּזָה
וְע"כ מוֹכַח דְּבִאָמַת ה"מ הַש"ס לֹאמַר א"ב אֶחָרִינִי רַק דְּכֵן דְרַף הַש"ס בְּכ"ד וְאִין הֶכְרַח
לְקוֹשְׁוֹת הַט"ז הַנְּ"ל.

וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִן הַתּוֹס' דְּב"מ ד' ט"ז ד"ה הַאי שְׁטָרָא כּו' דְס"ל דְּהַאי הִנָּא דְסָמָף
עָלִיו דְּהַתָּם זָה נִחְשָׁב כְּחִלְפִין דְּהָא הַתּוֹס' הַקָּשׁוּ שָׁם וְא"ת וְהָא מְעוּתִיו דְּמִתְחַלָּה נִעְשׂוּ
עֵתָה מְכָר א"כ מֵאֵי מְקַשָּׁה הַגְּמָרָא בְּמֵאֵי קְנִי לְהַאי אֶרְעָא כּו' וִי"ל בְּאַתְרָא דְלֵא קְנִי
בְּכִסְפָּא א"נ כּו' עַכ"ל הַתּוֹס' וְשָׁם בְּרִש"י ד"ה גָּמַר וּמְקַנִּי כְּתִב דְּמְקַנִּי לִיָּה כְּשִׁלְקָחָהּ
מִבְּעָלִים הִרְאִשׁוּנִים וּלְפ"ז עֵינָר הַקְּנִינָה נִגְמָרַת בְּעַת שְׁקִנְיָהּ שְׁנִית מִהַנְּגֻז וּלְפ"ז מוֹכַח
דְּמִשׁוּם תּוֹרַת חֲלִיפִין נִגְעוּ בָּהּ דְּאֵי גִימָא דְהוּי רַק כְּפָלַת כְּסָף א"כ תְּקַשָּׁה עֲדִינּוּ דְבְּמֵאֵי
קְנִי לְאַרְעָא.

וּמָה דְּתִירְצוּ בְּהַאי הִנָּא כּו' הָא מִיָּרִי בְּאַתְרָא דְלֵא קְנִי בְּכִסְפָּא כְּתִי' א' שֶׁל הַתּוֹס' הִינּוּ
בְּמְקוֹם שְׁכוּתְבִין הַשְּׁטָר א"כ גַּם מִצַּד הַאי הִנָּא דְסָמָף עָלִיו לֵא תוֹעִיל פִּינּוּ דְהַשְּׁטָר הוּא
חִסְפָּא בְּעֵלְמָא.

וְע"כ מוֹכַח דְּהַתּוֹס' ס"ל דְּהַאי הִנָּא דִּינוּ כְּחִלְפִין וּבְחִלְפִין קוּנִין אָף בְּמְקוֹם שְׁכוּתְבִין
הַשְּׁטָר כְּמִבּוֹאָר בְּסִי' קצ"ה א"כ מוֹכַח מִן הַתּוֹס' כְּשִׁיטַת הַר"ן דְּהַאי הִנָּא דְאַמְרוּ בְּגְמָרָא
יֵשׁ לָהּ דִּין חֲלִיפִין וּלְפ"ז ה"ה מִטְלָטְלִין נִיקְנִין בְּהַאי הִנָּא ג"כ: אָף אֶפְשָׁר לֹאמַר דְּאִינוּ
רְאִיָּה מְשִׁיטַת הַתּוֹס' דְּהָא הַתּוֹס' שָׁם בְּד"ה בְּהֵיכָא הִנָּא כּו' כְּתְבוּ דְהוּי כְּאֵלוּ א"ל שְׁדָה
זוֹ קְנוֹי לָהּ לְכַשְׁאָקְחָנָה וּפִי' הַמְרַש"א וְהַמְר"מ וְהַמְר"ש דְּכַוְנַת הַתּוֹס' דְלֵא כְּפִי' רִש"י
דְּהַקְנִין חַל בְּעַת שְׁקִנְיָה מִן הַנְּגֻז אֵלָּא ס"ל לְהַתּוֹס' דְּבְעַת שְׁמִכְרָה לְהַלּוֹקֵם הוּי אֵז כְּאֵלוּ
הַתְּנָה עִמּוֹ שְׁדָה זוֹ קְנוֹיָה כְּשִׁאָקְחָנָה וְאָף דְּהוּי דְבָר שְׁאִינוּ בְּרִשׁוֹתוֹ אֵז עַכ"ז שֵׁא"ה מִשׁוּם
דְּסָמְכָה דְעָתוֹ פִּינּוּ דְהַשְּׁדָה הוּא בְּיַד הַלּוֹקֵם כְּבָר וְכ"כ הַפ"י שָׁם וְע"כ אִינוּ רְאִיָּה מִן הַתּוֹס'
דְּאָף דְּנִימָא דְהַאי הִנָּא אִין דִּינוּ כְּחִלְפִין מ"מ קְנִי שְׁפִיר בְּהַאי שְׁטָר דְּנוֹתָן לוֹ בְּעַת
הַמְכִירָה דְּהוּי כְּהַתְּנָה עִמּוֹ אֵז שְׁדָה זוֹ קְנוֹיָה כְּשִׁאָקְחָנָה וְעֵינָר הַקְּנִינָה הוּא ע"י הַשְּׁטָר
דְּנָתָן לוֹ מִתְחַלָּה וְנִדְחָה רְאִיָּה זוֹ: וְאֵי גִימָא כְּשִׁיטַת הַתּוֹס' הַנְּ"ל דְּהוּי כְּהַתְּנָה שְׁדָה זוֹ קְנוֹי
לָהּ כּו' וְזֵהוּ הַטַּעַם דְּחִזּוּר וּלְקַחְתָּהּ דְּשְׁיִיף לְהַלּוֹקֵם א"כ עַפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּהָךְ דִּין דְתַה"ד
וְהֵרֵם"א הַנְּ"ל בְּמוֹכַר דְבָר שְׁאִינוּ בְּרִשׁוֹתוֹ בְּמִטְלָטְלִין דְּכָתְבוּ דָּאם טָרַח הַמּוֹכֵר וְקָנָהּ
צָרִיף לְקַיָּים מְקוֹחוֹ דִּי"ל דְלֵא אֶמְרִינּוּ פֶּן רַק לְשִׁיטַת רִש"י הַנְּ"ל דְּבְעַת דְּלְקַחְתָּהּ מִבְּעָלִים
הִרְאִשׁוּנִים גָּמַר וּמְקַנִּי אֵז לְהַלּוֹקֵם א"כ זֵה הַטַּעַם שְׁיִיף אָף בְּזָה אֶבֶל לְשִׁיטַת הַתּוֹס' דְּעֵינָר
הַקְּנִינָה הוּא בְּשִׁבִיל בְּהַאי הִנָּא דְסָמָף עָלִיו הוּי כְּהַתְּנָה שְׁדָה זוֹ קְנוֹיָה כְּשִׁאָקְחָנָה וְאָף
דְּהוּי דְבָר שִׁלְב"ל.

עכ"ז פֿינן דִּסְמָכָה דַּעֲתִיָּה יְכוּל לְהַקְנוֹת בְּהַאי גִּוְנָא כַּמְש"כ הַמְהַרְשֵׁ"א וּמַהֲרַמ"ש הַגָּ"ל
א"כ ז"א שְׂיִיָּה רַק בְּקִנְיָן שְׂטָר פֿינן דַּעֲתִיָּה נִגְמַר בְּעַת שְׂקִנְיָה מִן הַגְּזֵל וְאִזּוּ הַשְּׂטָר
הוּא בְּעוֹלָם ע"כ מְהִי בְּזֵה קִנְיָן שְׂטָר וּכְמַש"כ הַתּוֹס' יְבָמוֹת ד' צ"ג וְקְדוּשֵׁין ד' ס"ג אָבֵל
בְּמַטְלָטְלִין אַף דְּהוּי קִנְיָן חֲלִיפִין בְּעַת שְׂקִנְיָה מ"מ הָא חֲלִיפִין לֹא ח"ז לֹא מְהִי פְּמִבְּנֹאֵר
שֵׁם וּכְמִבְּנֹאֵר בְּנִדְרִים ד' מ"ח וְקִנְיָן מְשִׁיכָה וְנִדְאֵי לֹא שְׂיִיָּה בְּזֵה פֿינן דַּבְּעַת הַמְכִּירָה הָיָה
דְּבָר דְּאִינוּ בְּרִשׁוֹתוֹ ע"כ אַף דִּסְמָכָה דַּעֲתִיָּה ג"כ בְּזֵה מְשׁוּם נִיחָא דְלִיקוּ בְּהִימְנוּתִיָּה עכ"ז
הָא פֿינן דַּעֲתִיָּה קִנְיָן נִגְמַר בְּעַת שְׂקִנְיָה הַמוֹכֵר וְאִזּוּ פִּסְקָה הַקִּנְיָן פֿינן דַּלְשִׁיטַת הַתּוֹס'
עִיקָר הַקִּנְיָן בְּזֵה מְשׁוּם דְּהוּי פְּהַתְנָה פְּשָׂאֲקֻחְנָה קְנוּיָה לָהּ אִם כֵּן לְשִׁיטַת הַתּוֹסְפוֹת יֵשׁ
לְעִינֵין הַרְבֵּה בְּהַךְ דַּהֲתַה"ד וְהַרְמָ"א הַגָּ"ל: וְאֶפְשָׁר לִזְמַר דְּגַם הַתּוֹס' מוֹדוֹ לְסִבְרַת רִש"י
הַגָּ"ל דְּמְשׁוּם הָאֵי הַנְּאָה דִּסְמָךְ עָלָיו גָּמַר וּמְקַנֵּי בְּעַת שְׂלִקְחָה שְׁנִית מִהַבְּעָלִים רַק שְׂאֵנִי
הֵתֵם כַּמְש"כ הַמְהַרְשֵׁ"א וּמַהֲרַמ"ש שֵׁם דְּלִיפָא לְמִימַר דַּבְּשַׁעַת קְנוּיָתוֹ מְגִזְלוֹ גָּמַר וּמְקַנֵּי
לְהַלּוֹקֵם בְּהַאי הַנְּאָה דְּלֹא קֹאֲמַר וְלֹא מִיִּדֵי דְהָא פְּכָר תְּבַעוּ לְדִין לְמֵאן דְּאִית לֵיהּ עַד דְּמִטָּא
אֲדַרְכְּתִיָּה לִידְוִיָּה כו' אֶלָּא דַּבְּ"ל פְּאֵלוֹ אָמַר לֵיהּ מְעִיקָרָא שְׂדָה זֵו קְנוּיָה לָהּ לְכַשְׂאֲקֻחְנָה
כו' ע"ש א"כ הִיכָא דְּלֹא תְּבַעוּ פְּלָל לְדִין שְׂיִיָּה שְׂפִיר הָאֵי הַנְּאָה דְּלֹא קֹאֲמַר לִי וְלֹא מִיִּדֵי
דְּהַאי הַנְּאָה חֲשׁוּב פְּחֲלִיפִין וְקַנֵּי שְׂפִיר בְּעַת קְנוּיָתוֹ דְּאִזּוּ הוּי פְּהַקְנָה לְלוֹקֵם בְּעַד הַנְּאָה זֵו
וּא"ש פִּסְקָה הַתַּה"ד אַף לְשִׁיטַת הַתּוֹס' דְּדוֹקָא הִיכָא דַּתְּבַעוּ לְדִין דְּלִיפָא לְמִימַר אִזּוּ בְּהַאי
הַנְּאָה דְּלֹא קֹאֲמַר לֵיהּ מִיִּדֵי וְאִזּוּ מְוַכְרַח לִזְמַר הַטַּעַם דַּבְּעַת הַמְכִּירָה הִרְאִשׁוּנָה הוּי אִזּוּ
פְּהַתְנָה עִמּוֹ פְּשָׂאֲקֻחְנָה כו' דְּהָא אִזּוּ סְמָךְ עָלָיו אָבֵל הִיכָא דַּשְׂתַּק וְלֹא תְּבַעוּ פְּלָל לְדִין שְׂיִיָּה
הָאֵי הַנְּאָה בְּעַת שְׂקִנְיָה הַמוֹכֵר מִן הַבְּעָלִים וְאִזּוּ גָּמַר וּמְקַנֵּי וְעַדִּין יֵשׁ לְדוֹן בְּזֵה הַרְבֵּה דְּהָא
ז"א מְוַכְרַח עַדִּין לְשִׁיטַת הַתּוֹס' פֿינן דִּי"ל דְּכּוֹנֵנֵת הַגְּמָרָא הוּא מְשׁוּם דְּהוּי פְּהַתְנָה פְּנ"ל
וּמְנַלְן לְחַדֵּשׁ לִזְמַר דַּבְּעַת הַקְּנוּיָה גָּמַר אִזּוּ וּמְקַנֵּי וְאֶפְשָׁר דְּזֵהוּ מְצַד הַסְּבָרָא פֿינן דְּמְצִינוּ
הָאֵי הַנְּאָה בְּגָמְרָא וּכְבָר נִתְבָּאֵר דְּהַאי הַנְּאָה חֲשׁוּב פְּחֲלִיפִין ע"ר מְמִילָא שְׂיִיָּה בְּזֵה לִזְמַר
דְּגָמַר וּמְקַנֵּי אִזּוּ לְמַטְלָטְלִין ג"כ וַיֵּשׁ לְהַאֲרִיף בְּזֵה הַרְבֵּה.

עָנְפוּ וְרִאִיתִי בְּחִידוּשֵׁי הַר"ן עַל ב"מ ד' ט"ז ד"ה מְפַדֵּי לוֹקֵם בְּמַאי קְנִי כו' שְׂפַתְב דְּבַהֲהִיא
הַנְּאָה כו' דַּהֲנְאָה זֵו שְׁהוּא מְחִזִּיקוּ בְּנֶאֱמָן וְסוּמָךְ עָלָיו חֲשׁוּבָה הִיא בְּעִינָיו וּמְקַנָּה אוֹתָהּ לוֹ
בְּה פְּאֵלוֹ נוֹתֵן דְּמִים כְּמוֹ בְּקִידוּשֵׁין דְּנִתְיָנָה בְּאֲדָם חֲשׁוּב מְקוֹדְשֵׁי דְּבַהֲהִיא הַנְּאָה דְּמְקַבֵּל
מִינְיָה גְּמָרָה וּמְקַנָּה נְפֻשָׁה כו' עכ"ל וְכ"כ הַגְּמִימָרְיָ יוֹסֵף בְּהַאי סוּגְיָא שֵׁם בְּהַאי הַנְּאָה
כו' פְּלוֹמַר דַּהֲנְאָה זֵו שְׁהוּא מְחִזִּיקוּ בְּנֶאֱמָן וְסוּמָךְ עָלָי חֲשׁוּבָה הִיא בְּעִינָיו פְּאֵלוֹ נוֹתֵן
דְּמִים כְּדֹאֲמַרִּין בְּקִידוּשֵׁין ד' ז' דְּנִתְיָנָה בְּאֲדָם חֲשׁוּב מְקוֹדְשֵׁי דְּבַהֲהִיא הַנְּאָה גְּמָרָה
וּמְקַנָּה נְפֻשָׁה כו' עכ"ל הַגְּמִי וּב"ה שְׂפַנוֹנְתִי לְדַעַת הִרְאִשׁוּנִים שְׂפַתְבוּ ג"כ לְדַמּוֹת הִיא
הַנְּאָה דְּקִסְמָךְ עָלָיו וּמֵאֲמִינוּ דַּב"מ הַגָּ"ל לְהַאי הַנְּאָה דְּאֲדָם חֲשׁוּב דְּקִדוּשֵׁין וְכַתְּבוּ ג"כ
דְּהוּי פְּאֵלוֹ נוֹתֵן דְּמִים אֶלְמָא דַּס"ל דְּזֵה הוּי כְּמוֹ קַבְּלַת כֶּסֶף וּלְפ"ז שְׂפִיר פְּתַבְתִּי לְעִיל
לְדוֹן דְּבְּמַטְלָטְלִי דְּלֹא נִיקְנָה בְּכֶסֶף לֹא שְׂיִיָּה לִזְמַר דִּיהָא נִיקְנָה לְלוֹקֵם בְּהַאי הַנְּאָה אַף
בְּאֲמַת לְדִינָא מְוַכְרַח לִזְמַר דְּלֹא דוֹקָא אָמְרוּ הִרְאִשׁוּנִים ז"ל דַּה"ל כְּמוֹ קַבְּלַת דְּמִים דְּהָא
לְהַדְיָא מְבֹאֵר בַּר"נ לְקִידוּשֵׁין דְּהַאי הַנְּאָה דְּאֲדָם חֲשׁוּב מְהִי פְּחֲלִיפִין וּמְהִי אַף
בְּמַטְלָטְלִין א"כ סְתָרֵי דְּבָרֵי הַר"ן אֶהְדְּדִי וְע"כ מוֹכַח דְּלֹא דוֹקָא פְּתַב הַר"ן הִכָּא כֵּן אֶלָּא
פֿינן דְּהָא מִיִּרְי בְּשַׁדָּה דְּנִיקְנָה בְּכֶסֶף ע"כ פְּתַב דַּה"ל כְּמוֹ קַבְּלַת דְּמִים דְּהָא אַף לְשִׁיטַת
הַר"ן דַּס"ל דַּהֲנְאָה דְּאֲדָם חֲשׁוּב ה"ל פְּחֲלִיפִין מ"מ מוֹדָה דַּה"ל כְּכֶסֶף ג"כ דַּאֲל"כ הָאִיף

מועיל בקידושי אשה ושם דהא אין אשה ניקנית בחליפין וע"כ מוכח דלכו"ע יש בזה קנן פסוף ג"כ וכמש"כ הרשב"א בקידושין ד' ז' פנ"ל.

וה"ה מה"ט במטלטלי דצריד לקנן חליפין מהני זה ג"כ כמו קנן חליפין: [ואפשר לומר לשיטת הגתיות בסי' ק"צ דכתב לחלק דשאני היכא דלא קיבל דמים כלל דאז ה"ל האי הנאה כמו פירי שנה בשנה דמועיל אף בקנן מטלטלי משא"כ היכא דקיבל זוי ג"כ אז לא מהני לקנות מטלטלי עי"ז ע"ש א"כ לפ"ז שפיר יש לחלק דשאני בקדושין ד' ז' גבי אדם חשוב דלא קיבל זוי כלל דעיקר הקנייה הוא רק בעד הנאה דקבלת אדם חשוב.

אז י"ל דה"ל כמו חליפי פירי שנה בשנה דמהני משא"כ הכא בב"מ דמירי דהמוכר הגזלן קיבל מעות מהלוקח א"כ אז לא ה"ל האי הנאה דמאמינו פי אם קבלת פסוף דלא שייך בזה לקנות ע"י המטלטלי וע"כ י"ל דבדקדוק כתב הר"ן פו ואין פאן סתירה לדברי הר"ן דקדושין הנ"ל ועיין בנתיבות שם שכתב דהר"ן ס"ל כר"ת דשנה בשנה קונה אף בפירות ויש לעיין מזה בחידושי הר"ן: אמנם לפמש"כ לעיל בשם הנ"י דב"ב ד' ק"ו בחלוקת האחין בגורל דמהני משום אגב דציייתי אהדדי ומהני אף במטלטלי דיש לו דין דקנן משיכה דהא התם לא הקנה לו העיקר בעד הנאה זו רק עיקר החלוקה הוא במה שחולקין וכ"א נוטל את חלקו רק ההיא הנאה מועיל שיהיה זה נחשב לקנן לקנות ע"י מה דציייתי אהדדי ואפ"ה כתב הנימוקי יוסף שם דזה מועיל בחלוקת מטלטלי ג"כ וע"כ מוכח דס"ל דהאי הנאה דאמרו חז"ל נחשב כחליפין א"כ לפ"ז מוכח לומר דבאמת גם הנ"י דב"מ ס"ל דזה נחשב כחליפין רק לפי דמירי בב"מ שם בקנן שדה דסגי בזה קנן פסוף ע"כ כתב דזה הוי פקנן פסוף ובאמת הוי כחליפין ג"כ כיון דמדמינן זה להא דקדושין דהנאה דאדם חשוב א"כ ממילא ידעינן זה: וכן ראיתי בש"ט מקובצת לב"מ שם שכתב בהאי סוגיא דב"מ שם בשם פמה ראשונים דהנאה דקסמיה עליה דומה להנאה דאדם חשוב ע"ש ובריטב"א דב"מ בהאי סוגיא ראיתי שכתב בזה"ל דבהאי הנאה דקסמיה עליו גמר ומקני ליה פי' בהאי דקסמיה עליו ה"ל שלוחו וכי קנאה מן הפעלים בשביל הלוקח קנאה דשלוחו הוא דאי נימא דלאו שלוחו הוא א"כ במאי קני ליה כו' מיהו לישאנא דהש"ס לא קנימא שפיר דהיכי אמר גמר ומקני ליה וי"ל בההוא הנאה דלא אמר ליה ולא מידי הוי ליה כחליפין וכסודר דאגב סודר מקני ליה כו' עכ"ל הריטב"א הרי להדיא ת"ל דהריטב"א ס"ל דהוה הנאה דמאמינו חשוב פסודר וע"כ מהני בנודאי זה אף במטלטלין ולעיל הבאתי דברי הריטב"א בקדושין ד' ז' שכתב דהנאה דאדם חשוב לא הוי רק פסוף ולא כחליפין אבל הכא בב"מ חזינו דהריטב"א חזר ביה וס"ל להדיא דהוה הנאה נחשב פסודר א"כ מזה הוי סייעתא לדינא לשיטת הר"ן דס"ל בקדושין דהאי הנאה דאדם חשוב כחליפין ע"כ שפיר כתבו התה"ד והרמ"א בסי' ר"ט גבי מטלטלין דמכר דבר דאינו ברשותו דטרח המוכר וקנה דשייך להלוקח משום דמוכח דרוך פוסקים ס"ל דהאי הנאה דמצינו בגמ' הוי כחליפין ובירושלמי תרומת פ' ו' משנה ג' המאכיל את פועליו תרומה כו' איתא שם ר' אבהו בשם ר"ש בן לקיש הא למה זה דומה למוכר חפץ לחבירו ונמצא שאינו שלו שהוא חייב להעמיד ליה מקחו כו' עכ"ל והר"ש שם כתב על הירושלמי הנ"ל ובפ"ק דב"מ ד' ט"ז לא משמע פן שיהא חייב להעמיד ליה מקחו כו' ושם יש לחלק בין מטלטלי לקרקעות כו' ע"ש ומדברי הר"ש הנ"ל משמע דהא דחזר ולקחה בב"מ שם אף דהפיר בה מירי דלא ס"ל כהתוס' והנ"י שם והרמ"א בסי' שע"ד

א"כ מוכח מהירושלמי דאף במטלטלין חייב להעמיד מקחו ואדרבה דקרקע אינו מחוייב והטעם אפשר הוא ע"פ סברת התוס' דב"מ ד' ס"ו דקניות קרקע חשוב כמו גזים לפי שאין אדם רגיל למכור קרקעותיו כלל וע"כ בקרקע לא סמכה דעתו שיקנה לו משא"כ במטלטלין דמצי לקנות שפיר סמכה דעתו בזה וס"ל לירושלמי דמוכר חפץ שאינו שלו ע"י קנין משיכה דאומדנא הוא דמתחייב א"ע לקנות המטלטלין עבור הלוקח אבל באמת אינו זה שייכות לנ"ד דשא"ה דמייירי בהתחייבות ולא בתורת קנייה והתחייבות בנודאי מועיל ע"י פספ"ג כמש"כ הר"ן ר"פ הנושא פנ"ל א"כ אפי' נימא דהירושלמי מייירי דלא הנה קנין חליפין ג"כ מחוייב להעמיד לו מקחו אם קיבל פספ"ג מהלוקח או אף דלא קיבל פספ"ג רק משום האי הנאה דסמיה עליו הוי זה פספ"ג וס"ל דראי הנאה הוי אף בהפיר בה וכמו דמוכח מהר"ש הנ"ל אף באמת מבואר בסי' ר"ט ובסי' רי"א דלא קיי"ל כולדינא ועיין מזה בתשובת רע"א סי' קל"ד וקצרתיו בכ"ז: ובדעתי הנה לחלק בין האי הנאה דסמיה עליו דב"מ ובין [הנאה דאדם חשוב דקדושין בסברא נכונה לחלק ביניהם אף כיון דמצינו בראשונים הנ"ל שפכתבו לדמותם להדדי ע"כ מנעתי א"ע מזה וקצרתיו: ענף ז ועוד י"ל בכ"ז דהנה השיטה מקובצת לב"מ ד' ט"ז פתב בשם הרשב"א דס"ל דהא דאמרו בגמ' במאמינו והקשה דאפתי במאי קני ותיירץ דמשום דמאמינו עשו שאינו זוכה כזוכה כמו בר"פ השוכר את הפועל בחנוני הרגיל אצלו דמקני לי דינר בכיסוי' עכ"ל הרשב"א ולשיטת הר"ן הכי מתרצינין בהיה הנאה דלא קאמר לי ולא מידי קא מקני לי דהנאה זו חשובה בעיניו כמו דנותן דמים כדאמרינו בקידושין דנתינה באדם חשוב מקודשת דבהיה הנאה גמרה ומקני' לי נפשה עכ"ל הש"מ ולכאורה יש לתמוה דהא הרשב"א גופא הכריע בקדושין פשיטת ר"ח דהנה הנאה דאדם חשוב ה"ל כחליפין ג"כ ומהני אף במטלטלין א"כ למה לי להרשב"א לומר בזה דעשו שאינו זוכה כזוכה ואפשר לומר דהרשב"א פתב פן לפמש"כ הרשב"א פשיטת רש"י בקדושין ד' ז' להסתפק דהנאה דאדם חשוב לא מהני בממונא רק בקדושין א"כ להנה שיטה תקשה סוגיא דהכא ע"כ הרשב"א דזרכו לפרש הסוגיות בש"ס לכל השיטות ע"כ הוכרח הכא לפרש דנגעו בו משום דעשו שאינו זוכה כזוכה ועיין בגיטין ד' ל' ע"א ברש"י ד"ה עשו את שאינו זוכה כו' דבמקומות הרבה מפני תקנה עשו פן כו' או י"ל דס"ל להרשב"א דשאני הנה הנאה דב"מ דגרע מן הנאת אדם חשוב דקדושין: ועוד פתב השיטה מקובצת לב"מ שם בשם הרא"ש וז"ל תהא במאמינו פי' מתמת שהאמינו טרח וקנה שדה מהנגזל בשליחות הלוקח וזוכה לו וגם זה יודע הנגזל ונתפונן לזכות להלוקח וניחא אף למ"ד בב"ק וכי מי הודיעו לבעל חטים שיקנה לבעל המעות כו' וכן פתב הש"מ בשם התוס' דהאי במאמינו הפוננה הוא דהנגזל עצמו לדעת פן מוכרה דגומר ומקנה ללוקח ואפילו למ"ד בהגזל מי הודיעו כו' הכא מודה שהוא יודע שזה מכרה והאמינו הלוקח וכמו שהודיעו גזלן שלצורך הלוקח לוקחה וכן פתב הריצב"ש בת"י השני דהיה הנאה דמאמינו גמר ומקני לי המעות שלוקח בהם עתה מן הנגזל וכיון דהמעות שלו לכו"ע קנה ואף למ"ד מי הודיעו כו' התם הוא שהמוכר אינו יודע אבל פאן שהוא יודע שמכרה לאחר ה"ה מקני למי שהמעות שלו עכ"ל הש"מ בקצרה וכ"כ שם הש"מ בשם הרא"ש הרי להדיא שיטות רבות בהסוגיא הנ"ל בשם פמה ראשונים דס"ל דהנה הנאה דמאמינו הוי כמו דקנה בשליחותו או משום דעשו שאינו זוכה כזוכה ולהריצב"ש מוכח דס"ל דאף על המעות חל ההקנאה

כמש"כ דהמעות שנותן להנגזל נעשה מעות של הלוקח ואפשר דזהו מטעם דהוי כמזנה להמוכר שיופה המעות בשביל הלוקח ועיין בח"מ סי' קפ"ג ובאה"ע סי' ק"כ ב"ש ס"ק ב' והדברים ארוכים וכ"כ המרדכי בב"מ שם בהאי סוגיא שכתב בזה"ל דמחמת ניקח לי דליקו בהימנותי נעשה הגזלן שלוחו של הלוקח וגם הש"מ הביא שם בשם הרמב"ן שכתב תהא במאמינו פלומר שלוקחה לצורכו של הלוקח וכ"כ הר"ח כו' ע"ש הרי להדיא דאף להרמב"ן דס"ל בקדושין ד' ז' דהנאה דאדם חשוב ה"ל לכה"פ ככסף אף לא פחליפין משום דלא ה"ל פלי עכ"ז פתב דהא דב"מ ד' ט"ז דאמרו בהאי הנאה דמאמינו דמחוייב ליתן השדה להלוקח והטעם הוא משום דקנה בשליחות הלוקח ולצורכו לוקחה מתחלה כמש"כ הש"מ בשם הרמב"ן ואף דבסוגיא דב"מ דמייירי בקרקע הי' מהני לקנות הקרקע בהאי הנאה אף דלא הוי פחליפין רק ככסף דהא קרקע נקנה בכסף ואפשר לומר דהא לפמש"כ התוס' בב"מ שם ד"ה האי שטרך בתי' א' דמייירי במקום דכותבין שטרך א"ש שיטת הרמב"ן.

אף גם זה אינו ברור דהא לפי מה דקיי"ל מלנה אינו קונה א"כ העיקר כתי' הב' של התוס' שם וכן להר"ח שם דכתב ג"כ דהאי הנאה ה"ל בתורת שליחות פנ"ל אף דהר"ח דהובא ברשב"א ובר"נ לקדושין ד' ז' ס"ל דהנאה דאדם חשוב הוי ככלי ואפ"ה הוכרח לכתוב הך הטעם דה"ל כשלוחו מוכח מזה דס"ל לחלק בין הנאה דאדם חשוב ובין האי הנאה דקא סמיך עליו דב"מ: ולפי זה לשיטתם הדין נותן בפשיטות דאף במטלטלין יהי שייך להלוקח דאף דנימא דהאי הנאה דסמיך עליו אינו רק ככסף מ"מ שייך להלוקח מהטעם דהא קנה לצורכו של הלוקח ובשליחותו קנה וזה הטעם שייך אף במטלטלין א"כ לכו"ע נתבאר דאף במטלטלין הדין פן ואף דלכל אהד יש טעם אחר ונה חולק על טעמו של זה עכ"ז הא פתבתי בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ז' פועין זה דהיכא דלכל השיטות בעיקר הדין מסכימים בהסכמ' א' אף דלכ"א יש לו טעם אחר עכ"ז סומכין ע"ז ועיין מזה שם ח' יו"ד סי' כ"ג א"כ ה"ה בנ"ד ושפיר כתב התה"ד והרמ"א בסו"ר ט"ג דבר דאינו ברשותו דאם טרח וקנה צריך לקיים מקחו משום דהא נתבאר דאף להרמב"ן דקדושין והריטב"א שם בקדושין דכתבו דהנאה דאדם חשוב לא ה"ל רק ככסף משום דלא הוי פלי עכ"ז מודו הך דאף במטלטלין שייך להלוקח משום ניקח דליקו בהימנותי אמרינן דמתחלה קנאה בשליחות הלוקח וכש"כ להריטב"א דב"מ דהובא לעיל דס"ל הך דהאי הנאה דסמיך עליו חשוב פחליפין וכמו דס"ל להרבה ראשונים בסוגיא דב"מ פנ"ל וכן לפי מש"כ עשו שאינו זוכה כזכה א"כ בנודאי אין שום ספק דשייך קנין זה אף במטלטלין בפשיטות.

ולרווחא דמלתא נראה להביא ראי' לזה מהא דמקשה הש"ס בב"מ ד' ט"ז על מה דאמר שם דחזר ולקחה מבועלים הראשונים מה מכר ראשון לשני כו' משום דניחא לי דליקו בהימנותי ומאמינו בהאי הנאה דסמיך עליו גמר ומקני לי דמתיב רב ששית מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר פלום ומתרח הך סמכה דעתה הך לא סמכה דעתה עכ"ל ועיין בשמ"ק שם דעיקר הקושיא של הגמ' הוא ממה שמתעלה מצודתי משום דמן מה שאירש מאבא הא לא טרח בה ודלא כפי' רש"י ע"ש ואי נימא דמטלטלין אינו נקנה משום האי הנאה דסמיך עליו משום דמטלטלין אינו נקנה בכסף הא מה שמתעלה מצודתי ה"ל מטלטלי' א"כ מאי מקשה הש"ס הא יש לחלק דשאני מה שמתעלה מצודתי דה"ל

מטלטלין א"כ הא אינו נקנה מטלטלין עי"ז אכל בקרקע דמיירי שם שפיר נקנה ע"י האי הנאה וה"ל ככסף.

ע"כ מוכח דס"ל להש"ס דהאי דינא שנייה ג"כ במטלטלין הנגזלין משום דה"ל כמו חליפי סודר או משום דקנאה בשליחות הלוקח א"כ הנה טעמים שנייכי ג"כ גבי מה שתעלה מצודתי משום דהא יכול לזכות לאחר ע"י תצירו ורשותו פמבואר בב"ב ד' פ"ה גבי ארבע מדות במוכרין דכחול לומר יזכה תצירי לפלוני וכן מבואר בגיטין ד' י"ג בתוס' ורא"ש שם גבי מעמד ג' ובסי' קכ"ה ע"כ במה שתעלה מצודתי שנייה לומר דזכה ע"י רשותו עבור תבירו מהפקר או משום דה"ל כמו חליפי סודר דכ"ז שנייה אף במטלטלין ושפיר מקשה הש"ס והוצרכו לחלק דשאני היכא דסמכה דעתה' כו': ובג' היקר פמהו צבי שיח' אמר לדחות ראי' זו דהא עיקר קושיות הקצה"ח על מש"כ הר"ן דהנאה דאדם חשוב ה"ל דין חליפין משום דהא בעינו פלי ואף פירי לא מהני בחליפין והה' הנאה לא עדיף מן פירי כמש"כ הקצה"ח בארנפה בסי' ק"צ ולפ"ז י"ל דלרב ששת דאמר פירי עבדי חליפין פמבואר בב"מ ד' מ"ו ובקידושין ד' כ"ח א"כ לר"ש שפיר י"ל דמהני הה' הנאה דאמרו חז"ל כמו פירי דקונה בתוס' חליפין אף במטלטלין ולפ"ז שפיר מתיב ר"ש בב"מ ד' ט"ז שם מן מה שתעלה מצודתי דאף דנימא דהה' הנאה לא הוי בחליפי פלי מ"מ לא גרע מן פירי וכמש"כ הקצה"ח א"כ אליב' דר"ש הא מועיל זה אף לקנות מטלטלין והא דמקשה ר"ש על רב דאמר הה' דינא דחזר וילקחה מבועלים הראשונים י"ל לפמש"כ התוס' בפ' השוכר את הפועל ד' ע"א ע"ב ד"ה מידי הוא טעמא כו' דרב סבר כרשב"ל ע"ש וכבר מבואר בב"מ ד' מ"ו ובקידושין ד' כ"ח דמאן דסבר כרשב"ל מוכרח לספור כר"ש דפירי עבדי חליפין א"כ שפיר מקשה ר"ש על רב ואף לפי מאי דמסקי התוס' שם דרב ס"ל כר' יוחנן עכ"ז י"ל בקצרה דר"ש דס"ל פיריעבדי חליפין מסתמא ס"ל דרב ג"כ ס"ל פנותה' וע"כ שפיר מתיב ר"ש על רב ועיין בב"מ ד' מ"ה בפלוגתא אם מטבע נעשה חליפין דפליגי בי' רב ולוי ולא קאמר הגמ' תסתיים כו' עכ"ל בגי' שיח' ובעיקר הענין יפה העיר בע"ה: אף לדינא אין זה פירכא דאף דבתחלה הקשה זה ר"ש בסוגיא שם אבל אח"ז שקלו וטרו בקושיא זו רב"ח ורבא ורב יוסף ואב"י ובבב"ב אין זה סברא לומר דכולהו אמוראי הנ"ל ס"ל דפירי עבדי חליפין וגם הא הרא"ש בב"מ פ"ד סי' ה' פתב דרבא ס"ל מסתמא פרב נחמן דפירי לא עבדי חליפין ע"ש וגם אין לומר דעיקר קושיותם על רב דאמר פן ולרב פיון דלא קאמר הגמ' בב"מ ד' מ"ה תסתיים בפלוגתתו עם לוי במטבע אי נעשה חליפין ג"כ אין זה הברע לומר דרב ס"ל פירי נעשה חליפין דהא התוס' בב"מ ד' מ"ה ע"ב ד"ה אין מטבע כו' דמטבע מקרי פלי לפי שראוי לשקול בו כו' וע"כ אין זה הברע פלל וכיון דשקלו וטרו בקושיא זו מן מה שתעלה מצודתי מוכח שפיר דאף במטלטלי איתא להאי דינא דחזר וילקחה מבועלים ראשונים דשנייה ללוקח ושפיר הוכחתי וגם הא נתבאר דלכל השיטות בטעם של כל אהד שנייה פן אף במטלטלי ע"כ שפיר פסקו התה"ד והרמ"א פן בסי' ר"ט ולא חילקו בין קרקע למטלטלי משום דבאמת אין לחלק ביניהם והא דסי' שע"ד דכתבו זה הדין במוכר שדה היינו משום דבגמ' הוזכר זה הדין בקרקע ע"כ כתבו פלשון הש"ס וזה ברור: ענף ח אמנם עדיין יש לעיין מטעם אחר בהה' דינא דמכר דבר דאינו ברשותו וטרח המוכר וקנה דכתבו דשנייה להלוקח והט"ז בסי' ר"ט פתב דזה מיירי היכא דלא הפיר בה הלוקח ע"ש והוא דהא

השמ"ק בב"מ שם בהאי סוגיא פתב בשם פמה ראשונים דפי' למאי דקאמר הש"ס שם לתרץ הקושיא מן מה שאירש מאבא כו' דהכא סמכה דעתה' והכא לא סמכה דעתה' דסברת הש"ס הוא דכיון דהשדה נגזנת פבר ממנו ואינו אצלו ע"כ סמכה דעתו של הלוקח דהא השדה הני ברשותו של הלוקח וזהו כפי' רש"י שם דמה שאירש מאבא לא סמכה דעתו שמה ימפור אביו נכסיו בחייו: וכן במה שתעלה מצודתי וכ"כ המהרש"א והמהר"ם שירי פסוגיא זו על תוס' ד"ה בההיא הנאה כו' דהכא סמכה דעתו טפי לפי דהשדה הוא בידי הלוקח כו' ע"ש ובאמת פבר הקדומו בזה הש"מ בשם הריטב"א וגליון תוס' ומהר"י פהו דכתבו דהכא סמכה דעתו טפי דבטוח דהנגזל יתראצה למוכרו פיון דהקרקע פבר נגזלה ואינו בידו או משום דהקרקע פבר הוא ברשות הלוקח ע"ש א"כ לפ"ז יש לעיין במוכר דבר דאינו ברשותו דסי' ר"ט ה"ל אף דטרח המוכר וקנה מ"מ פיון דלא שיה בזה הסברא ה"ל דהא התם לא הי' עדיין כלל החפץ ברשות הלוקח א"כ י"ל בזה דלא סמכה דעתו של הלוקח וע"כ אף דטרח וקנה מ"מ אין להלוקח זכות בזה דהא זה דומה למה שאירש מאבא ומה שתעלה מצודתי וכפירש רש"י ה"ל דלא בטוח הלוקח דלמא לא יתראצה הבועלים למוכרו וע"כ יש לדון דהיכא דהלוקח אינו תפוס דקשה להוציא מן המוכר דיכול לטעון המוכר קים לי פשיטת הפוסקים ה"ל דבזה לא שיה סמכה דעתו לפי דהחפץ הוא עדיין אינו ברשות הלוקח א"כ שיה בזה מי ימר דמזבין לי ניהלי' והוי כמו מה שאירש מאבא כו' ועיין בבאר הגולה סי' שע"ד סעי' ב' ס"ק ז' ע"ש ואפשר לומר דהתה"ד והרמ"א דכתבו פן בפשיטות דאף במוכר דבר דאינו ברשותו שיה פן משום דהרמ"א בסי' שע"ד סעי' ב' פתב דהך דינא דב"מ ד' ט"ז ה"ל אינו שיה רק בלא הפיר בה אכל בהפיר בה וקנאה לא קנה הלוקח וזהו מן המ"מ והנ"י והר"ב והבאר הגולה ציון שם דכ"כ התוס' בב"מ שם ובאמת יש לתמוה לפ"ז דא"כ מה מקשה הגמ' שם מן מה שתעלה מצודתי ומה שאירש מאבא והא התם הוי הפיר בה שאינו ברשותו א"כ לא שיה בזה הך דין כלל ומצאתי בשמ"ק שם דכתב בשם הרשב"א שפתב לפרש באמת דזהו פנונת הגמ' בתירוצו הכא סמכה דעתו כו' דלכן סמכה דעתו משום דהוי לא הפיר בה ושיה ניהא לי' כו' משא"כ מה שתעלה כו' ומה שאירש כו' דהפיר בה א"כ לא שיה ניהא לי' וע"כ לא סמכה דעתו ע"ש וכ"כ הר"ב בחידושו ל"ב מ"מ שם ולפ"ז ה"ה במוכר דבר דאינו ברשותו דכיון דשיה בי' ניהא דליקו בהימנותה'.

ע"כ שפיר אמרינן בזה ג"כ דטרח וקנה פדי להעמידו בידי הלוקח ושפיר פסקו התה"ד וברמ"א בסי' ר"ט אכל לפי פירוש רש"י שם דלא סמכה דעתו דאמרו בגמ' הפנונה משום מי ימר כו' וכמש"כ השמ"ק בשם הריטב"א וגליון תוס' ומהר"י פהו דשא"ה פבר שדה גזולה דהשדה הוא ת"י הלוקח פבר נגזלת פבר ממנו ולא מחלקי בין הפיר בה ללא הפיר בה א"כ מוכח באמת מדברייהם דאף בהפיר בה שיה לדון דטרח וקנה פדי להעמידו בידי הלוקח וכמש"כ הר"ש בפ"ו תרומות משנה ג' דהך סוגיא מייירי אף בהפיר בה וכ"כ בבבאור הגר"א זצ"ל בסי' שע"ג להוכיח פן מהרמב"ם דאף בהפיר בה שיה האי דינא דחזר ולקחה ע"ש ובמק"א פתבתי לדון הרבה בראיות הגר"א זצ"ל ה"ל: ובאמת יש לתמוה על הרמ"א דסתם בסי' שע"ד דבהפיר בה וקנאה לא קנה לוקח דהא יש פל הנה פוסקים החולקים וס"ל דאף בהפיר בה שיה לדון פן לפי מה דקיי"ל הטעם דלכן בחזר ולקחה שיה להלוקח משום דניהא לי' דליקו בהימנותה'.

א"כ זה הטעם שייך אף בהפיר בה וכמש"כ התוס' בשם ר"ת בב"מ ד' ס"ז גבי מוכר
דשלב"ל דאי תפיס לא מפקינא מיני' דזהו משום אןמדינא דניחא לי דליקו בהימנותי'
ואנן סהדי דאף אם היו יודע שיכול לחזור לא היה חוזר וכ"כ התוס' בב"ב ד' מ"א בשם
הר"ת אלמא דאף בהפיר בה פדהתם מ"מ שייך בי ניחא לי דליקו בהימנותי' וכן ראיתי
בשמ"ק ב"מ שם פריש הסוגיא דחזר וילקחה דכתב בזה"ל נראין דברי רבינו פיון דמיימי
לה הקא פתר הא דהפיר בה שאינו שלו: דסוגיא פולה אף בהפיר בה וילקחה י"ל בזה
ניחא דליקו בהימנותי' ולא לקרוי גזלנא פיון שזה נמן מעותיו על קרן הצבי לאמונתו
כו' וכן נראה דעת רש"י ז"ל לקמן כו' עכ"ל: ובאמת י"ל דאף דכתבו התוס' בב"מ ד'
ט"ו ע"ב ד"ה חזר וילקחה כו' דבלא הפיר בה מייירי כו' וכן פתב הנ"י דכולה הו סוגיא
מייירי בלא הפיר בה כו' י"ל דכונתם להו מ"ד דמשום ניחא לי דלא ניקריי' גזלנא אטו
עלה דבהפיר בה לא שייך לומר דלא ניקריי' גזלנא דהא ידע מזה אכל למ"ד משום ניחא
דליקו בהימנותי' אפשר דזה שייך אף בהפיר בה והא דלא קאמרי שם נפ"מ בזה.

פבר נתבאר דאין זה הכרח כלל ויש להאריך בזה אף דקצרתני לפי דהר"נ בחידושי
לב"מ והשמ"ק שם פתבו בשם פמה גאונים דס"ל דבהפיר בה לא שייך ניחא דלא
ליקרנייה גזלנא או דליקו בהימנותי' רק הביא שם פמה חולקים וס"ל דאף דהפיר בה
שייך ניחא דליקו בהימנותי' ולא לקרייה גזלנא פנ"ל ע"כ לא רציתי להאריך בזה ועכ"פ
בעיקר הדין דאם הו דחזר וילקחה שייך רק בלא הפיר בה או אף בהפיר בה זהו ספיקא
דברונותא וע"כ יש לדון דמהני תפיסה בזה כמו כל ספיקא דפלוגתא ועי' בסי' שע"ג
בביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ו' שפתב ג"כ בדעת הרמב"ם ושו"ע דמשמע מהם דלא מחלקי
בין הפיר בה ללא הפיר בה ע"ש ובמק"א הארכתני בזה: ולפ"ז פיון דמצינו פמה פוסקים
דס"ל דאף בהפיר בה שייך הו דינא דחזר וילקחה א"כ לפ"ז ליכא לפרושי בכוננת הגמ'
בתירוץ דהקא סמכה דעת' כו' פכוננת הרשב"א והר"ן דעיקר החילוק הוא בין הפיר
בה ללא הפיר בה דז"א לשיטת החולקים הנ"ל וע"כ עיקר פוננת הגמ' משום דהקא לא
סמכה דעתו משום מי יימר דישגי המוכר לדבר הנמכר משא"כ בשדה הנגזלת דיצאה
פבר מרשות המוכר ואינה ת"י ע"כ סמכה דעתו דישתדל לקנותו בנודאי פנ"ל א"כ כ"ז
אינו שייך רק בחפץ הנגזל ואינו פבר ת"י הבעלים משא"כ במכר דבר דאינו ברשותו
והחפץ הוא ת"י הבעלים א"כ שייך בזה הו מי יימר ולא סמכה דעתו ע"כ לא קנה הלוקח
וכמו מה שאירש כו' ומה שתעלה מצודתי דב"מ דלא קנה פנ"ל וע"כ הו דין דהתה"ד
והרמ"א זצ"ע וקשה להוציא מן המוחזק והט"ז בסי' ר"ט סעי' ה' האריך להעיר בדברי
התה"ד הנ"ל בקצרה אבל לא הביא לכל הנהפוסקים שפתבתי וע"כ צ"ע בזה גם יש
לדון בזה וילחלק בין יין סתם ליין זה ועיין בב"מ ד' ע"ג ובב"מ ד' ט"ז ע"ב מזה: ועיין
בנתיבות סי' ר"ט ס"ק ח' וס"ק ט' וקצרתני: ועיקר מלתא דנתבאר לעיל בארנפה דאף
במטלטלין שייך הו דחזר וילקחה משום הו הנאה דסמך עליו דחשוב פחליפין יש לדון
פן במכר מטלטלין הנגזלין דאינו ת"י המוכר וישפיר סמכה דעתו של הלוקח פנ"ל אף
היא דשייך בזה קנין חצירו של הלוקח ונדאי דקני הלוקח משום קנין חצר אלא אף
היא דלא שייך קנין חצר פגון בחצר שאינו משתמר וכה"ג בזה שייך לדון פל מש"כ
דשייך בזה קנין חליפין משום דהאי הנאה חשוב פחליפין פנ"ל: ועדיין יש לדון בזה
למש"כ הקצה"ח בסי' ל"ז ס"ק ח' דבמטלטלין הנגזלין לא שייך הו דין דחזר וילקחה

מִשׁוּם דָּאִין הַגְּזֵלָן יְכוּל לְקַנּוּתוֹ מִהַגְּזֵל לְפִי דְבַגְזוּלָה אִין הַבְּעָלִים יְכוּלִים לְהַקְנוֹתוֹ לְפִי
דְּאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ וְהִיא הֵיכָא דְלֹא הִפִּיר בְּהַ פִּינּוּ דְצָרִיף הַעֲמָדָה בְּדִין לֹא מְהַנִּי קִנְיָן שְׁל
הַגְּזֵל לְהַגְזֵל וְלֹא שְׂיִיף זֶה הַדִּין רַק בְּקַרְקַע עַב"ל הַקְצָה"ח שֵׁם ע"כ בְּמַטְלָטְלִין הַגְּזֵלִין
י"ל דְּלֹא שְׂיִיף בְּזֶה הַדִּין וְלִקְחָה אַף אִי גִימָא דְהַאי הַנְּאָה חֲשׁוּב פְּחֻלִּיפִין מִשׁוּם דְּהַא
פִּינּוּ דְאִין הַגְּזֵל יְכוּל לְהַקְנוֹתוֹ לְהַגְזֵל וְלֹא קִנְאָה הַגְּזֵל מְעוֹלָם ע"כ לֹא מְהַנִּי הַקְנָאת
הַגְּזֵל לְהַלּוּקָה ע"י הַאי הַנְּחָה דְכִינּוּ דְלֹא הָוִי שְׁל הַגְּזֵל דְּהַא לֹא זָכָה בְּהַ מְעוֹלָם מִמִּילָא
אִינוּ יְכוּל לְהַקְנוֹת לְהַלּוּקָה דַּה"ל פְּאַחַר לְגַבִּי זֶה אֲכַן לְשִׁיטַת הַרְמַב"ן וְהַר"ח וְהַמְרָדְכִי
וְהַר"א ש' וְשְׂאָרֵי רֵאשׁוּנִים דְּהוּבָא בְּשֵׁם"ק שֵׁם פִּנ"ל דְּכַתְּבוּ דְלָכוּ קִנְיָה לּוּקָה בְּחִזּוּר הַמּוֹכֵר
וְלִקְחָה מִבְּעָלִים הָרֵאשׁוּנִים מִשׁוּם דְּאֲמַרִּינּוּ דְּקִנְאָה בְּשְׁלִיחוּתוֹ וְכַוּנַת הַגַּמ' דְּמַה דְּאֲמַרוּ
גָּמַר וּמִקְנֵי לִי הִינּוּ בְּשָׁבִיל אֲנִימְדָּנָא זֹו נַעֲשֶׂה כְּאוּמַר בְּפִירוּשׁ דְּקוּנָה הַשְּׂדָה בְּשְׁלִיחוּת
הַלּוּקָה א"כ מַה"ט מוֹעִיל זֶה אַף בְּמַטְלָטְלִין גְּזוּלִין דְּהַא פְּתַב הַב"ש בְּשֵׁם שְׂאָרִית יוֹסֵף
בַּאֲה"ע ס' כ"ח ס"ק ט"ז דְּבְרִיצוּי שְׂנִיָּהֶם הִינּוּ הַגְּזֵל וְהַגְּזֵל יְכוּל לְהַקְנוֹת הַחֲפֵץ [לְמִי
שְׁהוּא ח"י] וְכֵן הוֹכַחְתִּי בַּמִּק"א דְּלְהַגְזֵל עֲצָמוּ יְכוּל לְהַקְנוֹת אִם הַחֲפֵץ הוּא ת"י וְהִיא
לְמִי שְׁתּוֹפֵס בְּיָדוֹ דְּבַר הַגְּזוּל פְּדֻמוּכַח בְּקַדוּשִׁין ד' י"ג דְּקַדְשָׁה בְּגֵזֵל מְקַדְשֵׁת בְּשְׂדִיף
מִשׁוּם דְּאַחֲזִילְתִּי אֶלְמָא דְּלְהַגְזֵל עֲצָמוּ יְכוּל לְהַקְנוֹתוֹ א"כ לִפ"ז שְׁפִיר חָל הַהַקְנָאָה שְׁל
הַגְּזֵל לְהַלּוּקָה דְּהַא זֶהוּ בְּרִיצוּי שְׂנִיָּהֶם וְהַלּוּקָה מְוַחֲזַק בְּיָדוֹ וְלְמִי שְׁתּוֹפֵס דְּבַר הַגְּזוּל יְכוּל
לְהַקְנוֹת לוֹ אַף הֵיכָא דְּאִין הַחֲפֵץ ת"י הַלּוּקָה וְכַה"ג אֶפְשָׁר דְּלֹא שְׂיִיף בְּזֶה הַדִּין שְׁל הַב"ש
הַנ"ל וִי"ל דְּבְּזֶה הַנְּכוּן עִם הַקְצָה"ח וְקַצְרִיתִי בַּכ"ז: וּבְעִיקָר שִׁיטַת הַפּוֹסְקִים הַנ"ל דַּס"ל
דְּלָכוּ שְׂיִיף הַשְּׂדָה לְהַלּוּקָה מִשׁוּם דְּאֲמַרִּינּוּ מַחֲמַת אֲנִימְדָּנָא דְּקִנְאָה עֲבוּר הַלּוּקָה מִשׁוּם
דְּיַדַע הַגְּזֵל דְּמְכַר לְאַחַר כַּמֶּש"כ הַש"מ בְּשֵׁם הָרֵאשׁוּנִים א"כ אֶפְשָׁר דְּלֹא שְׂיִיף הַאי דִּינָא
בַּסִּי שַׁע"ד וְסִי ר"ט רַק בְּיַדַע הַגְּזֵל דְּמְכַר הַגְּזֵל הַשְּׂדָה לְאַחַר דַּאֲל"כ י"ל בְּזֶה מִי הוֹדִיעַ
לְבַעַל חֲטִין שְׂיִינָה חֲטִים לְבַעַל מְעוֹת פְּמוּ בַּב"ק ד' ק"ב וּבְאַמַּת סְתָמוּ בְּזֶה הַפּוֹסְקִים בַּסִּי
הַנ"ל וְאֶפְשָׁר לְפִי מַה דְּקִי"ל בַּסִּי קַפ"ג דְּלֹא קִי"ל פְּהַ דְּמַחְפִּי עֲלָה בְּמַעְרָבָא דַּב"ק
הַנ"ל אֶלְא כַּר' יוֹחֲנָן שֵׁם נְעִינּוּ בַּהַקְצָה"ח סִי קַפ"ג ס"ק ג' דְּמַדְבְּרֵי הַפּוֹסְקִים מְבֹאָר דְּלֹא
קִי"ל בְּכַנִּי מַעְרָבָא אֶלְא כַּר"י דְּפִלִּיג וְס"ל דְּלֹא בְּעִי הוֹדְעָה פְּלָל ע"ש ע"כ שְׁפִיר סְתָמוּ
הַפּוֹסְקִים שֵׁם לְדִינָא בְּזֶה: עֲנָף ט וַעֲפ"י שִׁיטַת הַרְמַב"ן וְהַרִיטְב"א דְּקַדוּשִׁין ד' ז' דַּס"ל
דְּהַאי הַנְּאָה דְּאָדָם חֲשׁוּב לֹא ה"ל רַק פְּמוּ פְּסָף מִשׁוּם דְּלֹא הָוִי פְּלִי וְהַא דְּמְבֹאָר בְּתוֹסְפָתָא
דְּהַחֲלִיף קַרְקַע בְּקַרְקַע קוּנָה אִם הַחֲזִיק אַחַד בְּחֻלְקוֹ בְּתוֹרַת חֲלִיפִין אַף לְהַסְבְּרִין דְּאַף
פִּירִי שְׁנֵה בְּשׁוּה אִין בּוּ דִין חֲלִיפִין עִינּוּ מְזֶה בַּהַקְצָה"ח סִי ר"ג ס"ק נָא"ו וְלְשִׁיטַתְּם יֵשׁ
לְהוֹכִיחַ דְּהַתְּחִיבּוּת בְּחִיּוּב מַחְדָּשׁ ע"י קְבֻלַּת פְּסָף מוֹעִיל לְכוּ"ע אַף לְהַסְבְּרִים דְּשִׁטָּר לֹא
מְהַנִּי בְּחִיּוּב מַחְדָּשׁ פְּמְבֹאָר בַּסִּי מ' פְּלִגְמַת רֵאשׁוּנִים בְּזֶה דְּהַא בְּכַתְּבוּת ד' ק"ב אֲמַרוּ
בַּגַּמ' עֲלָה דְּהַפּוֹסֵק לְזוּן בַּת אֲשֶׁתוֹ דְּחִיב לְזוּנָה דְּמֵאִי לָאו כַּה"ג לֹא בְּשִׁטְרֵי פְּסִיקְתָא כּו'
וְהַא עִיקָר שְׂטְרֵי פְּסִיקְתָא דְּמְהַנִּי הָוִי מִשׁוּם הַאי הַנְּאָה דְּמַתְּחִנִּי אֶהְדְּדִי כּו' פְּמְבֹאָר שֵׁם.

וְהַא הַאי הַנְּאָה לֹא עֲדִיף מִן קְבֻלַּת פְּסָף פְּמוּ בְּאָדָם חֲשׁוּב וְאַפ"ה מוֹעִיל עַל הַהַתְּחִיבּוּת
וְע"כ מוֹכַח דַּע"י קְבֻלַּת פְּסָף יְכוּל לְהַתְּחִיבּוּ בְּחִיּוּב מַחְדָּשׁ וְגַם מוֹכַח דְּאַף לְמֵאן דַּס"ל
מְעוֹת אִינוּ קוּנָה פִּי אִם מְשִׁיכָה מַה"ת.

מ"מ זֶהוּ רַק בְּקִנְיָן אֲבָל הַתְּחִיבּוּת מוֹעִיל לְכ"ע ע"י קְבֻלַּת פְּסָף דְּהַא הַגַּמ' מוֹקִי שֵׁם לְהַא
דְּשִׁטְרֵי פְּסִיקְתָא אֶלְיָבָא דַּר"ל וְאַפ"ה מוֹעִיל שְׂטְרֵי פְּסִיקְתָא אַף דַּר"ל גּוֹפֵא ס"ל מְשִׁיכָה

מְפֹרֶשֶׁת מֵה"ת רַק זֶה יֵשׁ לְדַחֹת דִּי"ל דְּלִמָּאן דִּס"ל מְשִׁיכָה מְפֹרֶשֶׁת מֵה"ת מוֹכַח לְפָרֵשׁ
הַמְשִׁנֶּה דְּכָל הַנְּעֻשָׂה דְּמִים בְּאֶחָר כּו' דְּחִלְפֵי פִירֵי מְהֵנִי פְּמִבְּנָאָר בְּקִדּוּשֵׁין ד' כ"ח וּב"מ
ד' מ"ו לְפִירוּשׁ רִש"י שֵׁם וְכִנּו"ל ע"ב לר"ל י"ל דְּמְהֵנִי הָאֵי הִנָּאָה מִצַּד חִלְפִין דְּזֵה לֹא
גָרַע מִן פִּירֵי וּכְמִש"כ הַקְצָה"ח ס' ק"צ אֲבָל לְעוֹלָם לֹא מְהֵנִי פְּסָף עַל הַתְּחִיבוּת לְהֵךְ
מ"ד דִּס"ל מְעוֹת אֵינּוּ קוֹנֶה וּלְדִידָן דְּקִי"ל דְּפִירֵי לֹא עֲבָדִי חִלְפִין וּבְעֵינּוּ פְּלִי שְׁפִיר
מוֹעִיל הַתְּחִיבוּת ע"י פְּסָף מְשׁוּם דְּהָא קִי"ל ד"ת מְעוֹת קוֹנֶה וּמִן הַתּוֹס' פְּתוּבוֹת שֵׁם
ד"ה אֲלִיבָא דְּבִן גַּנֵּס כּו' דְּהִקְשׁוּ דְּאִמַּי מוֹעִיל הַתְּחִיבוּת בְּשִׁטְר וְהָא אֵין מְטַלְטְלִין נִיקְנִין
בְּשִׁטְר כּו' מְשִׁמַּע מְדַבְּרֵיהֶם דְּדִין חֵיבוּב וְקִנְיָן הַפֵּל שְׁנֵה וְאֵין לְחַלֵּק בֵּינֵיהֶם אֲמָנָם לְפִמְש"כ
הַתּוֹס' שֵׁם לְתַרְזֵן זֶה וּכְמוֹ שְׁהֶאֱרַכְתִּי לְעִיל עֲנָף ד' יֵשׁ לְדוֹן הַרְבֵּה בְּרָאָה זֹו אֵךְ בְּאַמַּת
אֵין אָנוּ צְרִיכִים לְרָאִיוֹת בְּזֵה דְּהָא פְּכָר מְבֹאָר בִּר"נ רִישׁ הַנְּיֻשָׂא לְהִדְיָא דְּהַתְּחִיבוּת ע"י
פְּסָף מוֹעִיל וּבְגִיטִין ד' י"ד אֵיתָא דְּבִהָאֵי הִנָּאָה דְּקָא מְשַׁתְּנָא בֵּין מְלָנָה יִשְׁנָה לְמְלָנָה
חֲדָשָׁה גְּמַר וּמְשַׁעְבַּד נְפְשֵׁיהּ י"ל דְּגַם זֶה מִן דִּין פְּסָף דְּמוֹעִיל עַל הַתְּחִיבוּת: אֲכֵן מַה דְּיֵשׁ
לְדוֹן דְּלִמָּא לֹא מוֹעִיל קַבְּלַת פְּסָף רַק בְּחֵיבוּב בְּלֹא שׁוּם תְּנָאֵי אֲבָל בְּהַתְּחִיבוּת בְּתָנָאֵי
דְּמְבֹאָר בְּש"ף ס' מ' ס"ק ד' דְּשִׁטְר ע"ת אֵינּוּ מוֹעִיל כְּמוֹ בְּשׁוּמְרִים וּבְעֶרְבַר וּמַה"ט תִּי
הַתְּנָמִים בְּסִי סְמ"ף ס"י י"ד קוֹשְׁיוֹת הַש"ף שֵׁם ס"ק כ"ו מְשׁוּם דְּהַתְּחִיבוּת עַל דְּשִׁלְב"ל
הָנִי פְּתָנָאֵי אִם יָבוֹא לְעוֹלָם ע"כ לֹא מְהֵנִי שִׁטְר בְּזֵה וּכ"כ הַתְּנָמִים ס' י"ב ס"ק ז' גְּבִי
פְּשָׁרָה דְּלֹא מְהֵנִי שִׁטְר בְּזֵה מְשׁוּם דְּהָנִי חֵיבוּב בְּתָנָאֵי ע"ש א"כ ה"ה אֲפֹשֶׁר לֹמַר דְּבַכָּה"ג
אֵךְ פְּסָף לֹא מְהֵנִי הֵיכָא דְּהִקְיָה חֵיבוּב בְּתָנָאֵי: אֲמָנָם מְב"ב ד' קע"ג בְּעֶרְבוּת דְּמַסִּיק הַש"ס
שֵׁם דְּמְהֵנִי מְשׁוּם הָאֵי הִנָּאָה דְּמְהִימָן לִיהַ גְּמַר וּמְשַׁעְבַּד נְפְשֵׁיהּ וְכֵן בְּב"מ ד' צ"ד בְּשׁוּמְרִין
דְּמְשׁוּם הָאֵי הִנָּאָה דְּמְהִימָן לִיהַ גְּמַר וּמְשַׁעְבַּד וּלְשִׁיטַת הַסּוּבְרִין דְּהָאֵי הִנָּאָה לֹא הָנִי
פְּחִלְפִין מְשׁוּם דְּלֹא הָנִי פְּנ"ל וְעַכ"ז מְהֵנִי הָאֵי הִנָּאָה לְהַתְּחִיב אֵךְ דְּהָנִי בְּתָנָאֵי פְּנ"ל
א"כ מוֹכַח דְּכִסְפָּה מוֹעִיל לְהַתְּחִיב אֵךְ ע"י תְּנָאֵי וְכֵן בְּהָא דְּסוּף ב"ב דְּעֶרְבַר דְּב"ד לֹא בְּעֵי
קִנְיָן מְשׁוּם הָאֵי הִנָּאָה כּו' מוֹכַח פְּנ"ל וְאֵךְ לְדִידָן דְּקִי"ל פִּירֵי לֹא עֲבָדִי חִלְפִין מ"מ קִי"ל
לְדִינָא פִּן וּמְהָא דְּשׁוּמְרִין נְתַבָּאָר לְעִיל דְּיֵשׁ לְדוֹן בְּזֵה וּלְחַלֵּק לְפ"ד הַתּוֹס' דְּב"מ ד' נ"ח
וְהַש"ף ס' ס"ו ס"ק קכ"ט: וְכֵן מוֹכַח מְהָא דִּירוּשְׁלָמִי פְּתוּבוֹת פ"ה ה' א' דְּאָמְרוּ שֵׁם
דְּהַתּוֹסְפֵת שְׁמוֹסִיף הַבְּעַל לְאִשְׁתּוֹ בְּפִסְק מִן הַנְּשׂוֹאִין רוּצָה הוּא לִיתָן פְּמָה בְּתַשְׁמִישָׁה
שְׁהוּא עֶרְבַר עַד כְּדִין פְּשַׁבְּעַל לִיהַ בְּעַל כּו' ע"ש וּלְעִיל נְתַבָּאָר בְּהָא דְּהַשׁוּכַר אֵת הַפּוֹעֵל
ד' ס"ג בְּהַבְּעָלִי לִי בְּטָלָה זֶה דְּדִינוֹ כְּמוֹ מְעוֹת מְשׁוּם דְּהַנָּאָת בִּיאָה אֵינּוּ דוֹמָה לְחִלְפִין
מְשׁוּם דְּזֵה דוֹמָה לְמַטְבַּע דְּצוֹרְתָא עֲבִיד דְּבְטָלָה וּבְזֵה כ"ע מוֹדוֹ וְאִפ"ה מוֹעִיל הַתְּחִיבוּת
עַל תּוֹסְפֵת פְּתוּבָה מְשׁוּם הַנָּאָת בִּיאָה כְּדִס"ד דְּהִירוּשְׁלָמִי א"כ מוֹכַח מְזָה דְּאֵךְ הַתְּחִיבוּת
עַל תְּנָאֵי ג"כ מְהֵנִי ע"י פְּסָף דְּהָא מְבֹאָר בְּרָא"ש ר"פ אע"פ דְּכָה"ג בְּעֵי קִנְיָן מְשׁוּם דְּאֵינּוּ
מְתַחֲחִיב מִיָּד רַק פְּשַׁתְּתָא לְמִן אוֹ תַתְּגַרֵּשׁ וְהוּבָא בְּתוֹמִים ס' סְמ"ף ס"ק י"ד וְאִפ"ה מוֹעִיל
ע"י פְּסָף דְּהָאֵי הַנָּאָת בִּיאָה לֹא עֲדִיף מִן פְּסָף וְעֵינּוּ בְּקִצָּה"ח ס' רמ"ג ס"ק ו' שְׁפַתְב
דְּכוּתְב בְּשַׁעַת נִישׂוֹאִין ה"ל כְּמוֹ שׁוּכַר שְׁפַחָה לְשַׁמְשׁוֹ וְיֵשׁ לְעֵינּוּ בְּזֵה: וּבְסִימָן ע"א סע'י
ט"ו בְּנָאָמְנוֹת בְּשִׁטְר לֹא מְהֵנִי כ"א דְּאָמַר פִּן בְּשַׁעַת הַלְוָאָה וְהַתְּנָמִים פְּתַב שֵׁם דְּבַכְתִּיבָה
מְשַׁתְּעַבַּד כְּמוֹ בְּחֵיבוּב בְּשִׁטְר אֲבָל בְּאַמַּת לְפִמְש"כ הַתְּנָמִים בְּסִי סְמ"ף וְהוּבָא לְעִיל
דְּבַתְּנָאֵי לֹא מְהֵנִי שִׁטְר רַק בְּקִנּוֹ מִיָּדוֹ א"כ ה"ה נְאָמְנוֹת דְּהָא הָנִי כְּמוֹ תְּנָאֵי אִם יֹאמַר
הַמְלָנָה יְהִיָּה מְהִימָן ע"כ שְׁפִיר פְּתַבוּ דְּלֹא מְהֵנִי שִׁטְר רַק בְּקִנּוֹ מִיָּדוֹ אוֹ בְּשַׁעַת

הלְנוֹאֵהוּכְמַשׁ"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' ע"א ס"ק ז' בִּאֵה"ד דְּנֶאֱמָנוּת הַגִּי כְּמוֹ מְחַיֵּב לִיתֵן לוֹ וְאִפ"ה בְּשִׁעַת הַלְנָאָה מְהֵנִי מְשׁוּם דְּבִשְׁעַת מַתָּן מְעוֹת גָּמַר וּמְשַׁעֲבֵד נְפִשְׁיָהּ אִף בְּלֹא קִנְיָן וְכַמְשׁ"כ הַגִּימּוּקֵי פ' זֶה בּוֹרֵר וְהוּבָא בְּשְׁ"ף שְׁם מְשׁוּם ע"י קַבְּלַת כְּסָף יָכוֹל לְהַתְחַיֵּב אִף בְּתַנְאֵי .

וְעֵינֵן בְּמַחְנֵה אֲפָרִים ה' מְכִירָה קִנְיָן מְשִׁיכָה וּמְעוֹת סִי' י"ד . שְׁכַתְּב בְּשֵׁם הַרְמַב"ן דָּאֵם קַבְּל הַמוֹכֵר כְּסָף וְנִתְחַיֵּב עַל דְּשֻׁלְב"ל דְּנִתְחַיֵּב בְּנִטְיִלַת הַדְּמִים וְעֵינֵן עוֹד בַּמַּח"א ה' מוֹכֵר דְּשֻׁלְב"ל סִי' ג' וְכִבֵּר כְּתַבְתִּי בְּשֵׁם הַתּוֹמִים סִי' ס' ס"ק י"ד דְּכַתְּב בְּהַתְחַיֵּבוֹת דְּשֻׁלְב"ל בְּעֵי קִנְיָה מִיָּדוֹ וּשְׁטָר לָא מְהֵנִי מְשׁוּם דְּשֻׁלְב"ל ה"ל כְּמוֹ ע"ת וְאִפ"ה ס"ל לְהַרְמַב"ן הַגִּי"ל דְּנִתְחַיֵּב ע"י קַבְּלַת כְּסָף .

אִף י"ל דְּהַרְמַב"ן לְטַעְמֵיהּ דְּהוּבָא בְּשְׁ"ף סִי' מ' ס"ק ד' דְּהַרְמַב"ן הוֹכִיחַ מְהָא דְּמַתְנָה שְׁ"ח כו' וּבְעֵי קִנְיָה מִיָּדוֹ וּמִדְּלָא מְהֵנִי אֲתָם עָדִי מוֹכַח מְזָה דְּלֹא מְהֵנִי רַק קִנְיָנוּ כו' אֲלַמָּא דְּהַרְמַב"ן אֵינּוּ מְחַלְק בֵּין חַיִּיב ע"ת אוֹ לֹא אֲלֵא הַשְּׁ"ף מְחַלְק שְׁם בֵּין חַיִּיב ע"י תַּנְאֵי אוֹ לֹא א"כ י"ל עֲדֵינֵן דְּלִדְיָנוּ דְּמַחְלְקִין בְּשְׁטָר כֵּן אֲפָשָׁר ע"י כְּסָף גַּם כֵּן אֲבָל מִן הַרְאִיּוֹת דְּלַעִיל שְׁפִיר מוֹכַח כֵּן: וּבְעֵינֵי קָר מְלִתָּא דְּכַתְּב הַשְּׁ"ף וְהַתּוֹמִים דְּחַיִּיב בְּשְׁטָר עַל תַּנְאֵי אֵינּוּ מוֹעִיל לְדַעְתֵּי זֶה בְּרוּר דְּתִלְיָא בְּפִלְגֻתָּתָהּ הַרְאִישׁוֹנִים בְּסִי' קכ"ט סעי' ד' בְּעָרְב בְּשְׁטָר בְּלֹא קִנְיָן דְּס"ל לְהַרְאֵב"ד וּש"פ דְּמוֹעִיל אִף בְּלֹא קִנְיָן וְהַרְמַב"ם ס"ל דְּאֵינּוּ מוֹעִיל בְּלֹא קִנְיָן וְכִבֵּר הָאֲרִיכוּ הַפּוֹסְקִים בְּהָא דְּכַתּוּבוֹת ד' ק"ב דְּמַקְשָׁה מִן עָרְב עַל פְּלִגְתָּתָהּ רִיו"ח וּר"ל שְׁם וְאֲכַמ"ל וּלפ"ז שְׁפִיר הַקְּשָׁה הַשְּׁ"ף בְּסִי' ס' ס"ק כ"ו עַל הַמְּחַבֵּר דְּכַתְּב בְּפִשְׁטוּת וְהוּא שְׁקִנְיָנוּ מִיָּדוֹ הָא אִף דְּהֵנִי כְּמוֹ ע"ת וְכַמְשׁ"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' מ' מ"מ הָא מְבִנְיָר בְּזֵה פְּלִגְתָּתָהּ רִאשׁוֹנִים בְּסִי' קכ"ט א"כ אֲמַאי סָתָם הֵקָא בְּסִי' סָמ"ף דְּבְעֵי קִנְיָנוּ מִיָּדוֹ וּנְפ"מ לְעַנְיָן תְּפִיסָה וּמְסוּלְקַת הַשְּׁגַת הַתּוֹמִים עַל הַשְּׁ"ף: וְעֵינֵן בְּטוֹר סִי' רמ"ג סעי' יו"ד שְׁכַתְּב בְּשֵׁם ר' יוֹנָה דְּמַחְיֵיב בְּאַחֲרִיּוֹת ע"י שְׁטָר וְה"ה ע"י קִנְיָן חֲזָקָה וְהוּבָא בְּסִי' רמ"ג בְּסַמ"ע ס"ק ט"ז וְאִף דְּחַיִּיב אַחֲרִיּוֹת הוּא עַל תַּנְאֵי אִם יִטְרְפוּ מִמֶּנּוּ מ"מ מְהֵנִי ע"י שְׁטָר מְשׁוּם דְּס"ל דְּגַם בְּתַנְאֵי מְהֵנִי שְׁטָר כְּמוֹ דְּנִתְבָּאָר דְּזֵהוּ פְּלִגְתָּתָהּ דְּרַבְּנוֹתָא וְע"פ מַש"כ א"ש בְּהָא דְּב"מ ד' ס"ו בְּכוּלֵי סוּגְיָא שְׁם דְּמוֹכַח דְּמְהֵנִי חַיִּיב אַחֲרִיּוֹת ע"ת אִף לְהַסוּבְרִים דְּבִשְׁטָר ע"ת לֹא מְהֵנִי וְדוֹחֵק לֹא מְהֵנִי דְּמִיָּרִי בְּקִנְיָן סוּדָר וְע"כ מוֹכַח דְּבְכֶסֶף מְהֵנִי לְכ"ע וְכֵן יֵשׁ לְהַעִיר בְּהָא דְּאִיזְהוּ נִשְׁךְ בְּפּוֹסֵק עַל הַפִּירוֹת וּשְׁא"ד וְקִצְרִתִּי וְהַאֲרַכְתִּי קֶצֶת בְּכ"ז לְפִי דְּרִאִיתִי בַּמַּח"א ה' מְלִנְה וְלִנְה דִּינֵי רִיבִית סִי' כ"ו שְׁכַתְּב בְּדָרְךָ פְּלָל דְּכֶסֶף אֵינּוּ יָכוֹל לְחַיֵּיב א"ע מְשׁוּם הָא דְּר"פ הַזְּהָב דְּמְשִׁיכַת הַכֶּסֶף דְּהֵנִי טִיבְעָא אֵינּוּ מְחַיֵּיב לְתַת מַה שְׁהַתְנָה עִמּוֹ וְתַמָּה בְּזֵה שְׁם ע"ש אֲכֵן לְפִי מַה דְּנִתְבָּאָר לִיתָא לְדִינוּ וּמַה שְׁהִבִּיא הַמַּח"א רִאִיָּה מְהָא דְּב"מ ד' מ"ה הַגִּי"ל דְּאֲמָרוּ שְׁם הַזְּהָב קוֹנָה אֶת הַכֶּסֶף וְהַכֶּסֶף אֵינּוּ קוֹנָה הַזְּהָב וּפְיָרְשׁוּ בְּגִמְרָא דְּהָא קוֹנָה ר"ל מְתַחַיֵּיב אֲלַמָּא דְּבְמְשִׁיכַת הַכֶּסֶף אֵינּוּ מְתַחַיֵּיב לְתַת לוֹ מַה שְׁהַתְנָה עִמּוֹ בְּאֲמַת אֵין זֶה רִאִיָּה פְּלָל דְּשְׁא"ה בְּב"מ דְּהָא לֹא אָמַר בְּפִירוּשׁ בְּלִשׁוֹן הַתְּחַיֵּיבוֹת ע"ע רַק דַּע"י מְשִׁיכַת הַפִּירֵי נִתְחַיֵּיב גְּבָרָא מְמִילָא כְּמוֹ דְּאֲמָרוּ בְּגַמ' שְׁם דְּנִתְחַיֵּיב גְּבָרָא מִיבְעָיָא לִיהּ וְכֵן הוּא בְּנִי שְׁם אֲבָל הֵיכָא דְּאָמַר בְּפִירוּשׁ בְּלִשׁוֹן הַתְּחַיֵּיבוֹת וְנִדְאֵי מְהֵנִי ע"י כְּסָף כְּנ"ל וְעֵינֵן בְּנִתְיִבוֹת סִי' ל"ט ס"ק י"ז וּבְסִי' ר"ג ס"ק ז' וְאֵין לְהַאֲרִיף יוֹתֵר: הֵינְצָא לְנוּ מְפָל מַה שְׁנִתְבָּאָר דְּהֵיכָא דְּאֲמָרוּ בְּש"ס לְהָא הַנְּאָה דְּגַמַּר וּמְקַנְהָ דְּוִנְדָאֵי דִּינוּ כְּכֶסֶף לְכַה"פ אִף אִם דִּינוּ כְּחִלְפִין פְּלִיגֵי בְּזֵה רַבְּנוֹתָא בְּקִדּוּשֵׁין ד' ז' גְּבִי הַנְּאָת אָדָם חֲשׁוּב וְאִף דְּמַצִּינוּ לְהַרִּיטְב"א דְּס"ל בְּב"מ ד' ט"ז גְּבִי הַנְּאָה דְּסִמְיָה עֲלֵיו דְּזֵה נִחְשָׁב

פחליפין פנ"ל וסותר שיטתו למש"כ ברית"א לקדושין שם פנ"ל עכ"ז הא מצינו להרבה ראשונים דהובא בשמ"ק בב"מ שם היינו הרמב"ן והרשב"א והר"ח והרא"ש והמרדכי והריצב"ש שהקשו פולם דאיה קני לארעא בהאי הנאה וכתבו פולם דכוננת הגמרא דמתמת דגמר ומקני הוי פקונה בשליחות הלוקח וכאומר זיל זבין לי דסי' קפ"ג משמע דאלו ע"י האי הנאה לבד לא היה קונה וגם הר"ח סותר שיטתו בזה מן מש"כ בקדושין שם פנ"ל ובנודאי לחלק בין הנושאים דוחק לחלק.

פדחזינו שם להרבה ראשונים דמדמין אותן להדדי פנ"ל וגם פינו דאמדו חנ"ל להאי הנאה ומוציאין ממון עי"ז מסתמא הוי הנאה גמורה א"כ אי נימא דהאי הנאה דאדם חשוב מחשב פחליפין א"כ מנלן להו לחלק ביניהם וע"כ מוכח דס"ל להראשונים הנ"ל דהאי הנאה לא חשוב פחליפין ואף דלכו"ע חשוב האי הנאה במקום פסוף עכ"ז שפיר הקשו התם דהא פתב שם השמ"ק על מה דמקשה גמרא שם האי לוקח במאי קני להאי ארעא כו' שבימי חכמי התלמוד לא היו קונים בפסוף פמבואר בב"ב ד' נ"ד דקאמר ישראל לא קנה עד דמטי שטרא לידו וזהו כמש"כ התוס' בד"ה האי שטרא בתירוץ קמא וא"כ ה"ה ע"י האי הנאה לא ניקנה הקרקע משום דהא בעי שטר וכינון דלא הוי פחליפין ע"כ שפיר הקשו וכתבו דטעם הקנין הוא משום דקנה בשליחותו פנ"ל ואף דמצינו להרשב"א והר"ח בקדושין ד' ז' דכתבו דהנאת אדם חשוב פחליפין ואפ"ה הקא בב"מ לא ס"ל פנ"ל בע"כ מוכח דס"ל לדינא דהאי הנאה לא חשוב פחליפין מדהקשו בפשיטות ולא כתבו דהיה פסיקא להש"ס דהו הנאה חשובה כמו הנאת אדם חשוב דקדושין וע"כ מוכח דס"ל לדינא דכינון דלא הוי פלי ע"כ אינו פחליפין וע"כ בהנאת אדם חשוב הוי ג"כ ספיקא דדינא אי קונה במטלטלין וכמש"כ הקצה"ח בסי' ק"צ: וקא דב"ב ד' ק"ו בע"כ מוכח דשא"ה פינו דהוי בצירוף גורל.

ודלא כמש"כ לעיל ואפ"ה שפיר פסקו התה"ד והרמ"א בסי' ר"ט במוכר דבר שאינו ברשותו אף במרגליות דאף דבמטלטלי אינו קונה פסוף מ"מ התם כ"ע מודו פינו דמתמת האי הנאה קונה בשליחותו דהוי כאמר זיל זבין לי פנ"ל אף מטעם אחר יש לעיין בהו דתה"ד והרמ"א הנ"ל היכא דהוי כמו יין זה ונחפץ ידוע דהא לא סמכה דעתיה פנ"ל והוי ספיקא דפלוגמא עדיין בזה וקשה להוציא מהמחזק פנ"ל בארופה וגם נתבאר דהתחייבות ע"י האי הנאה או ע"י פסוף אף בתנאי מהני ובהתחייבות ע"י שטר על תנאי יש בזה פלוגמא דרבנותא בסי' קכ"ט: סימן מא (שם סעי' ד' בש"ף ס"ק י"ט) הקשה על הרמב"ם והראב"ד מב"מ דף ז' דפריה הש"ס על ר' יוסי ומשמע דלרבנו ניחא במה דס"ל דגם בכתובה דהוי תו"ז אמרינו נפל איתרע א"כ כש"כ בחוב תו"ז: וילדעתי אינו קשה דהא בסוגיא שם קאמרי מתחלה אמר רבא ה"ק כו' דחיישינו לפרעון ור' יוסי ס"ל כו' ולא חיישינו לפרעון וע"ז מקשה הש"ס ולא חייש ר"י לפרעון והתניא כו' ומצינו בב"ב ד' ה' דרבא ס"ל דעביד דפרע תו"ז.

ואף לפמש"כ התוס' שם ד"ה פי היכי דלא ליטרדון כו' דמפרש ר"י טעם אחר כו' דלפ"ז מוכח דהיכא דלא הוי חוב ברור דמודה רבא דא"א פורע בתו"ז עכ"ז לפמש"כ התוס' שם מעיקרא בשם הר"י אין הכרח לזה ע"ש ובב"מ ד' ק"ב בתוס' שם וכן משמע קצת

בתוס' גיטין ד' ל"ד ע"ב ד"ה אין אלמנה נפרעת כו' דהקשו וקא לא ניתנה פתובה לגבות מחיים ואמר ר"ל בב"ב כו' ואמרינן התם הלכתא פנותיה אף מיתמי כו'.

א"כ משמע דלהנה דפליגי על ר"ל א"ש ואף דכתובה הוי חוב שאינו ברור מחיים אפ"ה יש מקום לומר דלדידהו ה"ה בחוב פתובה עביד דפרע תו"ז ע"כ י"ל בהא דמוכח בש"ס בב"מ דלרבנן ה"ה ניתא זהו דהא קאי התם אליבא דרבא דמייירי שם לעיל מינה ורבא פנין דס"ל דעביד דפרע בתו"ז ע"כ שפיר ס"ל לרבנן גם בעודה תחת בעלה דלא יחזיר אבל לדינא דקיי"ל כר"ל דא"א פורע תו"ז שפיר י"ל דלא אמרינן בזה נפל איתרע: ולאוקימתא קמייתי דשם דכולה ר' יוסי ואיפוד קמייתא.

דר' יוסי ס"ל עודה תחת בעלה יחזיר וכן לאוקימתא דרבינא דרבנן ס"ל דלא חיישינן לפרעון אלא לשתי כתובות ור' יוסי ס"ל חיישינן לפרעון וקא דקיי"ל כר' יוסי דחיישינן לפרעון אף דהוי יחידאה זהו משום דכן מוכח בסוגיא דלקמן וכמש"כ הריטב"א והנ"י והובא בש"ך סי' ס"ה ס"ק ל"ב ע"ש ולכן פנין דר' יוסי ס"ל עודה תחת בעלה יחזיר א"כ ה"ה בכל חוב תו"ז וי"ל דמנה הוכיח הרמב"ד לומר דה"ה בחוב תו"ז לא אמרינן נפל איתרע משום דס"ל שלא לחלק בין חוב תו"ז לחוב פתובה דלא ניתנה לגבות מחיים וכדמשמע בתוס' גיטין ה"ל ולאוקימתא דר"פ דב"מ שם דס"ל דלרבנן אף עודה תחת בעלה לא יחזיר י"ל ג"כ דר"פ אזיל לטעמיה דס"ל בב"ב ד' ה' פאפיי ורבא דעביד אינש דפרע תו"ז.

ע"כ אמרו בזה נפל איתרע אבל לדינא למאי דקיי"ל דא"א פורע בתו"ז שפיר י"ל דכמו דס"ל לר' יוסי בעודה תחת בעלה יחזיר דה"ה בכל חוב תו"ז ורבנן קא ס"ל בכל חוב דלא חיישי לפרעון אליבא דאוקימתא קמייתא ואוקימתא דרבינא פנ"ל ואנן קיי"ל כר' יוסי בזה כמש"כ הנ"י והריטב"א פנ"ל ועיין ברא"ש בב"ב ד' ה' סי' ט' ולכן א"ש מה דהוצרך הרמב"ם לכתוב דין זה בשם הוראת רבותיו משום דמן הש"ס דב"מ אינו הורח לזה כ"כ וברור: וכעין זה קשה לי דברי הנמוקי יוסף ב"ב פ"ג בעובדא דרבא בר שרשום שם ד' ל"ג דא"ל אפיי פי גדלי יתמי כו' וכתב הנ"י דאין לומר דהיה תו"ז דא"כ לא היה צריך שבועה וקשה הא אפיי לא ס"ל פלל הסזקה דתו"ז פמבנאר ב"ב ד' ה' פנ"ל אכן לפמש"כ לעיל בשם התוס' ב"ב שם ד"ה פי היכי כו' דמחלקי לחד תי' דבחוב שאינו ברור פגון על תנאי וכה"ג דבזה גם אפיי מודה דאינו נאמן בתו"ז ע"כ יש לפרש כ"כ לכוננת הנ"י ואינו קשה כ"כ וכן יש לתרץ עפ"ז למה שהקשה רע"א זצ"ל בדרוש וחדוש פתובות ד' כ"א על הריטב"א דהא יכול לכתוב על אמגילתא חוב באיזה תנאי וקצרת: סימן מב (שם סעי' ה') ה"ה פתוב ב' למעלה דבר אחד ולמטה דבר אחר ואפשר לקיימם מקיימים אותם וכתב הסמ"ע בס"ק יו"ד דאף בפ"י דוחק מקיימין משום דאין דרוה הבריות לחזור כו' והש"ך ס"ק ט' חולק ע"ז ולכאורה יש להוכיח פהש"ך מהא דקדושין ד' נ"ט גבי מעכשיו ולאחר ל' דמספקא אי הוי תנאי או חזרה הא מבעי לן ליישב דבריו ולומר דנתפגין לתנאי פדי דלא נאמר דחזר דהא אין דרוה ב"א לסתור דבריהם תכ"ד.

וכדמצינו בגיטין ד' פ"ח ע"א ברש"י ד"ה הרי את מלמטה ומותרת למעלה כו' דבתכ"ד ליבא למימר דנמלה וחזר בו ואי נימא כמש"כ הש"ך דפי' דוחק לא אמרינן א"כ י"ל דזה

הווי פיי דונק דא"ש ודונק לחלק בין שטר לבע"פ בזה: דמ"ש זיל בטר טעמא: אמנם י"ל בזה לפמ"ש רע"א זצ"ל בסי' ר"א די"ל במה דאמרו שם בקדושים ספק תנאה הא לא כפלי' לתנאו ותי' דלרב הוי ספק שפא תנאה ואז הדין דמקודשת לראשון מיד בלא שום תנאי דהא נתבטל תנאו משום דלא כפלי' לתנאו כד"ת ע"ש.

ע"כ פינו דבין פה ובין פה יבטל דיבור א' מדבריו דהא אף דנימא תנאה ג"כ יתבטל דיבור הב' משום דלא כפלי' לתנאו לכן אין מתרצין דבריו דהא עיקר מה דמתרצין הוי משום פדי שיקונימו דבריו ע"כ היכא שדיבור א' מן דבריו יתבטל לא שייך בזה הפלל הנ"ל אף האמת יורה דרכו דמוכח מסוגיא דקדושים הנ"ל דגם תנאי הוי עקירת דבריו הראשונים דהא כמה פוסקים ס"ל דאינו נאמנים העדים לומר תנאי הנה דברינו כשכת"י יוצא ממק"א פמבאר בסי' מ"ו וסי' פ"ב וגם למאן דס"ל דנאמנים העדים עכ"ז י"ל דמקרי קצת סתירה לדבריו הראשונים ועדים שאני ועיין בח"מ סי' כ"ט וסי' פ"ב אבל לשאר מילי מקרי זה עקירת דבריו הראשונים דעכ"פ הא נעקר מקצת מדבורו הראשון וע"כ טענת תנאי הוי טענה גרועה דאין נאמן לומר תנאי רק במקומו פידוע ע"כ לא מיישבין דבריו בתנאה דג"ז הוי עקירה ועל פן אין להוכיח מזה כשי' הש"ך ומש"כ מתחלה ע"פ סברת רע"א זצ"ל יש לפקפק עדיין דהא לא נתפנון להיות חוזר מדבריו ראשונים ונתפנון לתנאי ואף דנתבטל משום דלא כפלי' לתנאו מ"מ איהו נתפנון עכ"פ לתנאי ולא לתורה וע"כ העיקר כמש"כ להוכיח מזה דתנאי הוי חזרה וכמש"כ מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ד ענף ה' יע"ש ועיין ב"ק ד' ע"ג ה"ז תמורת עולה כו' אם לכה נתפנון מתחלה כו' וקצתתי והנתיבות ס"ק ב' הקשה דאמאי אם נכתב למטה מנה הולכין אחר התחנות הא אפ"ש לקיים שניהם שהללוהו מאתים ולא קיבל אחריות רק על מנה והוכיח מזה פשיטת הש"ך ע"ש ולענ"ד נראה דאינו קשה דהא עיקר הטעם דאם אפ"ש לקיים שניהם מקיימין משום דאין דרף הבריות לחזור כמש"כ הסמ"ע והש"ך ואם נימא דהלוהו מאתים ולא קיבל אחריות רק על מנה זהו ג"כ נגד האומדנא דהא קיי"ל אחריות ט"ס וטענות מוכר כמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק י"ד משום אומדנא דלא שדי זויי בכדי ומוציאין ממון מהמחזק ע"י אומדנא זו וע"כ אף אם נפרש דהלוהו מאתים ולא קיבל אחריות רק על מנה הא זה ג"כ אין דרף הבריות לעשות פן מדסמכין ע"ז להוציא ממון ועדיפא מן רובא דהא אין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ לא מפרשינן פן ואף דנימא דהוי ספק השקול מ"מ אין להוציא מן המחזק וע"כ נדחה ראיות הנתיבות.

(שם סעי' ט') בש"ך (ס"ק כ' וס"ק כ"א) שכתב דהיכא דליכא פלוגתא לא אמרינן דטעה בזה והיכא דאיכא פלוגתא י"ל דטעי בזה והא"ת ס"ק ל' הקשה ע"ז מהא דסי' ל"ט ע"ש והנה לעיל סי' י"ז סעיף י"ב בחידושיי פתבתי לתרץ זה והבאתי שם דכן מציינו בתוס' ב"מ דף ט"ו ובערכין דף ל' ובתוס' סנהדרין דף נ"ג ובכ"ד דמציינו כה"ג: ועיין בסי' מ"ג סמ"ע ס"ק י"ב וש"ך ס"ק ט"ז ובסי' ע"ה ש"ך ס"ק מ"ג אף באמת מציינו בב"ב דף ה' ע"ב דאמרו שא"ה דמי יימר דמסייבו לי רבנן אף דהתם הוי דין ברור במשנה דסמך לו פותל אחר כו' בלא פלוגתא פלל ואפ"ה אמרו זה לכלל דאינו נאמן לומר דידע הדין ופרעו אלא אמרינן דודאי טעו בזה ומוציאין מהמחזק ע"י סברא זו ומה"ט ילפינן בשא"ד דאמרינן להסברא דמי יימר דמסייבי לי רבנן כמש"כ הקצה"ח בסי' שע"ה ס"ק א'.

והנתיבות סי' ע"ב ס"ק ל"ג אלמא דמצינו דארף היכא דליכא פלוגתא פלל אמרינו דטעי ומזה נראה דעיקר החילוק הוא דארף במה דליכא פלוגתא מ"מ אם אין הדין פשוט כ"כ בסברא י"ל דטעי אף אם הוא דין פשוט אז אין לומר דטעי בזה כמש"כ הרמ"א בסי' קנ"ז סעיף י"א דאם קבע לו בננו קבוע נאמן וכן הוא הטעם דהיכא דאיכא פלוגתא א"כ ממילא אין זה דין פשוט כ"כ וע"כ י"ל דטעה בזה ובקדושין דף י"ג אמרו אטו נשי דינא גמירי ובגיטין דף כ"א דילמא גברא שאני וקצרותי: סימן מג (סעי' ז' ש"ף ס"ק י"א) גבי שט"ח מוקדם דאם פתב על השט"ח מקודם שנוראה פסולו בב"ד דשט"ח זה לא ניתן לטרוף כ"א מזמן שני אז פשר עכ"ל והקשה התנאים בס"ק ד' דלפ"ז מאי מקשה הש"ס בב"מ דף י"ז על הא דא"ר אסי א"ר יוחנן שט"ח שלנה ופרעו אינו חוזר ולנה בו שנמחל שיעבודו תיפוק ליה דה"ל מוקדם הא י"ל דנפ"מ אם פתב על השט"ח פנ"ל ומזה הקושיא הוכיח האו"ת דין מחודש יע"ש.

ולענ"ד יש לנישב משום דבסי' מ"ד סעיף ו' בשטר שיש בו מחק וגרר מאחוריו או ביני שיטי דכשר ויש פוסלים והש"ף בס"ק ט"ו ושם פתב דפסול דכיון דנולד ריעותא בשטר אין להוציא ממון יעו"ש ובסמ"ע שם ס"ק יו"ד בשם הרמב"ן והתנאים שם ס"ק ח' בשם הרשב"א דלא מפקינן שטר מחזקתו ולא מרעינן לשטרא עבורו יע"ש אף באמת העיקר כמש"כ הש"ף שם דהא קי"ל כל היכא דנולד ספק בהשטר אין להוציא ממון כדקי"ל שט"ח העומד לגבות לאו פגבוי דמי וכמו שהוכיחו הראשונים והובא בבבאיור הגר"א שם ס"ק י"ט מהא דב"מ דף ק"ג איבעי למכתב אגביה דשטרא אלמא דלא חיישינן לשמא ימחקנו משום דאם ימחוק יפסול השטר וכן יש להעיר בהא דכתובות דף נ"ו דמוקי בשוברתה מתוכה: אף כ"ז לדין דקי"ל שט"ח העומד לגבות לאו פגבוי דמי.

אבל לפי מה דס"ל לריו"ח בגיטין דף ל"ז דהא דשטר משמטנהו באין בו אחריות נכסים אבל בשט"ח שיש בו אחריות אינו משמט משום דשט"ח העומד לגבות פגבוי דמי וכן ס"ל לרב אסי שם דפסק דאינו משמט רק לבסוף חזר בו ר' יוחנן ואמר דלמא הדיא ב"ש היא כו' ובע"כ מוכח דמעיקרא דהיה ס"ל דכגבוי דמי היה מחלק דשאני פתובה דס"ל לב"ה בסוטה דף כ"ה דלאו פגבוי דמי משום דשאני פתובה דלא ניתנה לגבות מחיים וע"כ לאו פגבוי דמי משום דלא עמד מעולם בנודאי לגבות משא"כ שט"ח דהיה פבר חיובו ברור לגבות ע"כ מספק הני פגבוי ולא יצא מחזקתי.

ושאני הא דב"ב דף קנ"ז דהוי ספק אם עמד השטר לגבות מאותן נכסים פלל וכעין מש"כ התוס' בסוטה דף כ"ה ד"ה ב"ש אומרים כו' וכה"ג פתב התנאים בסי' ע"ה ס"ק כ"ב לחלק בין פתובה לבע"ח מה"ט יע"ש].

וכן מבואר בירושלמי פ' יו"ד דשביעית דריו"ח מפרש דהא דתנו שביעית משמטת מלנה בשטר דאתי כר"מ דס"ל אחריות לאו ט"ס יעו"ש ובתוס' גיטין שם ד"ה שטר כו' א"כ לפי מה דהיה ס"ל לריו"ח ור' אסי דשט"ח הני פגבוי א"כ לפ"ז שפיר י"ל דמחק אינו פוסל להשטר משום דלפ"ז שייך סברת הרשב"א ורמב"ן הנ"ל דלא מפקינא שטרא מחזקתו פניו דבכל ספק הנולד בשטר הני פגבוי לשיטתם: ולפ"ז שפיר פריך הש"ס בב"מ על ר' אסי ור' יוחנן והא את. הוא דאמרת משמיה דריו"ח אינו חוזר ולנה בו שפבר נמחל שיעבודו הא תיפוק ליה דה"ל מוקדם דאין לומר דנפ"מ אם יכתוב ע"ג

השטר או ביני שיטי דהא ז"א לריו"ח ור' אסי דס"ל פגבוי דמי א"כ עדיין לא יצאנו מידי חשש טריפת לקוחות שלא פדין דהא יכול למוחקו וכדמצינו כה"ג בב"ב דף קס"ד או מעילאי מחיק ליה ולא יפסל השטר לשיטת רב אסי דס"ל דכגבוי דמי וכן ס"ל לריו"ח מעיקרא מקודם דחזר בו ואמר וכי בשביל שאנו מדמין נעשה מעשה וגם הא אמר בסוף בלשון דלמא ההוא ב"ש הוא כו' וכן הוא בירושלמי שביעית שם ע"ש: וי"ל דקים להו דזה הנה מקודם דחזר בו ר' יוחנן [ויש להאריה בזה ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ריש ענף ד' מזה דבשט"ח ברור הוי פגבוי ע"כ י"ל דזהו טעמו של ר' יוחנן דס"ל בשמיטה דהוי פגבוי וזהו דלא כמש"כ לעיל אף ז"א ברור כ"כ וע"כ העיקר כמש"כ לעיל לחלק בין פתובה לשט"ח כפי הנצרך לענינינו ואכמ"ל ועיין בפ"ד ח"מ סי' קכ"ו ס"ק מ"ג מש"כ בשם מהר"א בן ששון בזה אכל לדינא לפי מה דמסיק הש"ך בסי' מ"ד דשטר שיש בו מחק פסול השטר משום דקיי"ל דלאו פגבוי דמי דאז אין לחוש דלמא ימחקנו דהא ינפסל השטר ע"כ שפיר כתב הש"ך דאם כתב על השטר מקודם שגראה פסולו בב"ד דשט"ח זה לא ניתן לגבות רק מזמן ב' דכשר ומתוך תמיהת התנאים וע"כ לדינא העיקר פה"ש"ך ועיין מזה לעיל סי' י"ב במש"כ שם: (שם סעי' י"ב ש"ך ס"ק י"ב) הקשה על הבית יוסף שכתב בשם בעה"ת דבמאן חזר עד דמטא זמנו לא טריף דהא זהו גמ' מפורשת כו' ונ"ל ליישב משום דלכאורה י"ל כיון דאנו דנין זה המחילה משום אומדנא דמסתמא מחלו להשעבוד או דמחלו בפירוש והא יש להסתפק דלמא לא הנה בלשון מחילה רק בלשון סילוק דו"ד אין לי על שדות המשועבדים עד זמ"פ וסילוק הא לא מהני כמבואר בכתובות דף צ"ה ע"ב דבלא קנו מידו לא מהני וכמש"כ התוס' שם ד"ה וכי כתבה כו' וכיון דנסתפקו אם הנה פוננתו או דיבורו בפירוש על לשון סילוק דלא מהני א"כ הא ידוע מה דאמרו בח"מ סי' ס"ה סעיף כ"ג דשטר א' מחול לה הקטן מחול משום דמי שפא לזכות בלשון מחילה הוא המוציא מיד הנותן אף דהוי מוחזק כמש"כ הסמ"ע וביאור הגר"א שם ונתיבות בכללי תפיסה ובסי' מ"ב ס"ק ח' א"כ ה"ה מספיקא לא יועיל ספק לשון מחילה אף י"ל דשא"ה בגמ' דס"ל כמ"ד שעבוד לאו דאורייתא פידוע שיטת ר"ן וכן בשיטת רבא אין הכרח כ"כ כמש"כ הש"ך בסי' ל"ט סוף ס"ק ב' וכיון דס"ל של"ד ע"כ בדרבנן שפיר אמרינן דמהני אף ספק מחילה ויש לו הרבה ראיות לזה אכן לדינא לפי מה דס"ל להבעה"ת והב"י דש"ד ה"א דזה דומה להא דסי' ס"ה הנ"ל ע"כ אשמועינן דגם לדינא קיי"ל כן והטעם הוא ע"פ הא דסי' מ"ב סעיף ט' ועפי"ז י"ל בדברי הנו"ב סי' י"א וקצרת: (שם סעי' י"ד) שטר שזמנו פתוב בשבת או ביו"ד בתשרי פשר ואין חוששין שפא מוקדם הוא כו' ונדקא בשטר מקנינים אבל אם אינו מקנינים על בעה"ש"ט להביא ראיה וזהו מן הטור בשם העיטור והאו"ת ס"ק י"ח כתב לפרש דנפ"מ דאף דעדים מצויין לקיימו מ"מ הב"ד אינם מנדקין לשטר כזה לקיימו הואיל ויש בו ריעותא כו' עכ"ל.

ענף א ונראה לפענ"ד להביא ראיה לדיון זה דבשטר כזה יש בו חשש זיוף יותר משאר שטרות מירושלמי שביעית פ' יו"ד על משנה פרוזבול המוקדם כו' וז"ל שטר שזמנו פתוב בשבת כו' ר' יהודה מכשיר ור' יוסי פוסל כו' ומסיק שם דטעמו דפוסל משום זיוף עכ"ל אלמא דבשטר כזה יש בו חשש זיוף וע"כ מייירי באופן שכתב התנאים דאל"כ הא בכל שטרות בעינן עדי קיום וע"כ מייירי ביש עדי קיום א"כ קשה מאי חשש זיוף יש בו

וע"כ מוכח כמש"כ התנאים דבשטר פנה תישינו ביותר לזיוף ואינם נזקקין לקיימו וזהו מקורו של העיטור הנ"ל: דהא במה דלא מפנרש בש"ס דילן קיי"ל פירוש למי וכן יש לפרש לירושלמי ע"פ מש"כ הש"ך בסי' ס"ט ס"ק י"ב בכוננת רב שרירא גאון דאין מקיימין שטר משני שטרות או משני כתובות היכא דצריד קיום מה"ת והקצה"ח סי' מ"ו ס"ק ח' פתב ביאורו משום דקיום ע"י דימוי הני כמו גדר סימנים וזהו אי סד"א אבל אי סד"ר לא מהני קיום.

רק היכא דא"צ קיום רק מדרבנן ולכן בכת"י דבעי קיום מה"ת לא מהני קיום ע"י דימוי ע"ש או כמו דמצינו בכתובות דף ל"ו דהאי שטר ריעא לא מגבינן ביה וכמבואר בסי' ס"ג דאע"פ שנתקנים השטר בחותמיו אין גובין בו וע"כ י"ל דכוננת הירושלמי דכיון דיש בו חשש זיוף משום חשש ריעותא ע"כ אף בנתקנים ע"י דימוי לא מהני כמש"כ הקצה"ח משום דבעי קיום מה"ת או אף ע"י הפרת החתימות כמבואר בסי' ס"ג לחד דיעה ע"ש ג"כ לא מהני משום הריעותא ועכ"פ מצינו בירושלמי דבשטר פנה יש בו חשש זיוף ביותר מכל שטרות וזהו סיוע להעיטור כיון דפליגי בזה לשיטת הירושלמי ר' יהודה ור' יוסי א"כ הא הלכה כר' יוסי כדקיי"ל.

וע"פ הירושלמי הנ"ל יש לתרץ למה שהקשה האו"ת בסי' קי"ב ס"ק א' עלה דב"ב דף קנ"ז דשמואל מספקא ליה אי דאקני משתעבד והקשו מהא דשט"ח מאן חרין פשרין ואי ס"ד דאקני לא משתעבד מאן חרין אמאי פשרין דאקני הוא הא מני ר"מ דאדם מקנה דשלב"ל והקשה התנאים דהא בב"ב דף קע"א איתא ת"ר שטר שזמנו כתוב בשבת כו' פשר דברי ר' יהודה ומסיק שם לפרש להברייתא בשט"ח מאן חרין וס"ל לר"י דכל שט"ח מאן חרין פשר א"כ תקשה נחוש שמה יטרון מדאקני ועל ר"י ליכא למימר דס"ל כר"מ דמקנה דשלב"ל דהא ר' יהודה הוא רבנן דפליגי על ר"מ ותקשה פנ"ל ונדחק ליישב ע"ש אבל לפי הירושלמי הנ"ל אינו קשה כלל והוא דהא בירושלמי שביעית שם איתא בזה"ל דהובא שם התוספתא דב"ב דף קע"א דבש"ס דילן וזהו שטר שזמנו כתוב בשבת או בעשרה בתשרי ר' יודא מכשיר ור' יוסי פוסל א"ל ר' יהודה מעשה בא לפניה בצפורי והכשרת א"ל אני לא הכשרתי ואם הכשרתי הכשרתי הפונה דהיום אני חוזר בי הוון בעין מימר מאן דאמר פסול משום מוקדם ומאן דאמר פשר משום מאן חרין פן הוא גירסת המפרש שם ואח"ז קאמרי שם אלא מ"ד פסול משום זיוף עכ"ל אלמא דלא גרס בירושלמי בהך תוספתא כמו גירסת ש"ס דילן בב"ב דגרס דא"ל רבי יוסי פשהכשרתי פנה הכשרתי ומזה הוכיח הש"ס דילן לומר דבאמת שטר שזמנו כתוב בשבת לכו"ע הוא פשר משום דניכר מתוכו שהוא מאן חרין רק דפליגי בשטר מאן חרין דעלמא אם פשר משום כיון דכותבין שובר א"כ נפיק מיניה חורבא אבל הירושלמי גרס דא"ל ר' יוסי ואם הכשרתי הכשרתי הפונה והיום אני חוזר בי ולפ"ז עיקר פלוגתתם בשטר שזמנו כתוב בשבת דלר' יהודה הוא פשר משום דתלינן בשטר מאן חרין ור' יוסי פוסל דס"ל דכיון דאיתרע האי שטר אמרינן דהוי מוקדם ואח"ז מסיק הירושלמי דלכן פסל ר' יוסי משום חשש זיוף דכיון דאיתרע וכמש"כ לעיל בשם העיטור והתנאים: וראיתי בתוספתא פ"א דמפות דגרסי שם ג"כ כגירסת הירושלמי בהאי ת"ר שטר שזמנו כתוב בשבת כו' וגרסי אם הכשרתי הכשרתי וזהו דלא כגירסת ש"ס דילן ולפ"ז אינו מוכרח כלל דר' יהודה ס"ל להכשיר שטר מאן חרין דילן דדוקא התם דזמנו כתוב בשבת א"כ מוכח מתוכו

האיחור ע"כ לא קשו שמה יטרון מן נכסים שקנה אחר זמן ההלואה אבל עדיין י"ל דשטר מאוחר דלא נזכר מתוכו האיחור דפסול משום חשש דיטרון מן לקוחות דאקני וע"כ אין מקום לקושית האו"ת הנ"ל: די"ל דלכן לא הקשו על שמואל מהא דר' יהודה בב"ב דף קע"א משום די"ל דשמואל ס"ל לפרש להך תוספתא בגירסת הירושלמי והתוספתא שלפנינו א"כ אין מקום לפ"ז ההוכחה הנ"ל משום דשאני התם דמוכח מתוכו האיחור והא דגירסי בש"ס דילן לקמן דף קע"א דפליגי במאוחר דעלמא היינו לפי המסקנא דב"ב דף קנ"ז דאקני משתעבד לכ"ע ומתנרץ קושיות האו"ת: ענף ב והנה התנאים פתב כמה פעמים לדון בכמה דוכתי [דיש לחוש בשט"ח הפא לפנינו שמה הוא שטר מאוחר והוי נפ"מ לכמה ענינים וכמש"כ בסי' מ"ח ס"ק ב'.

ובסי' פ"ה ס"ק ח' ובסי' ס"ה ס"ק י' שכתב לפלפל שם היכא דטען הלנה שהוא מאוחר אפשר דנאמן ולענ"ד מוכח דלא חיישינן בשום שטר שמה הוא שטר מאוחר דאל"כ תקשה בהא דב"ב דף קע"א הנ"ל דאמרו שם דמאן דס"ל כותבין שובר ס"ל דשטר מאוחר פסול משום דנפיק מיניה חורבא דאף דיהנה להלנה השובר עכ"ז כשיוציא המלנה השטר יהנה מהימן להוציא מהלנה וכמבואר בסי' נ"ד אלמא דלא מספקינן בשום שטר כלל שמה הוא שטר מאוחר ומוציאין מן הלנה ע"כ העיקר כמש"כ התנאים בסי' מ"ט ס"ק י"ג שכתב שם דמסתמא דמלתא לא חיישינן לשטר מאוחר הואיל ואנן לאחר לכתחלה אוקי לשטר בחזקתו דנכתב בזמנו עכ"ל והעיקר כדבריו דשם ואף דמצינו בסנהדרין דף ל"ב דשטר שזמנו פתוב בא' בשבת ובאו עדים ואמרו עמנו הייתם ביום פלוני שטר פשר ועדיו פשרין דחיישינן שמה אחרוהו וכתבוהו וכן מבואר בסי' ל"ד סעיף ט' דשא"ה כדי שלא להוציא העדים מחזקת פשרותם אבל בכ"מ לא חיישינן שמה הוא מאוחר אבל הדבר צריך טעם דאמאי לא מסתפקינן שמה הוא שטר מאוחר והממע"ה ולא שייך בזה לומר חזקה על עדים דעשו כהוגן כמו בשטר אמנה או שאומר קטן הנה דסי' פ"ב.

דהא פנין דכשר לכתוב שטר מאוחר אם פתוב בו דאקני ע"כ גם אם הנה מאוחר עבדי כהוגן ואין זה דומה למש"כ התוס' בגיטין דף י"ז דבכל גיטין אמרינן חזקה ביום שנכתב נמסר.

ובנדאי אין לומר פסברת התנאים דכיון דאין לאחר שום שטר לכתחלה ע"כ לא חיישינן למאוחר דהא במקום צורך מותר לאחר לכתחלה כמש"כ הש"ך בסי' מ"ג ס"ק ל"א וכמו הא דמבואר שם סעיף י"ט א"כ נחוש דלמא אתרמי פן והנה מותר לעשות פן לכתחלה ואי דנימא דלמיעוטא לא חיישינן הא קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב א"כ נחוש שמה הוי שטר מאוחר דהוא מן המיעוט ודוחק לומר דזה הוי מיעוט דאינו מצוי כלל: ואפשר לומר דלכן לא חיישינן התם בב"ב דף קע"א שמה הוי מאוחר וא"כ יהנה מועיל השובר משום דהא מבואר ברפ"ב פתובות שיטת הבעה"מ על מה דקאמרי שם פנין דרוב נשים בתולות ניסת פי לא אתו עדים מאי הוי.

דהך קושיא קאי גם לשמואל דס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב דהא היכא דהוי רוב בצירוף חזקת הגוף גם שמואל מודה דהולכין בממון אחר הרוב ולפ"ז י"ל דיש חזקת חיוב לפנינו בשטר שאנו דנין עליו ע"כ בהספק אם הוא שטר מאוחר דיש בזה עוד רוב

דסתם שטרות לא הוו מאוחרין ובצירוף חזקת חיוב א"כ מוציאים מהמחזק ע"כ ה"ה גבי חשש דלמא נכתב השובר אחר זמן השטר שאנו דנין עליו ע"כ מוציאים מהלנה דסמכינן על רוב חזקת חיוב ואף דע"כ חוב אהד איתרע חזקת חיובו ע"י השובר מ"מ הא ידוע בחזקות דאנו דנין על כ"א בפ"ע וה"ה בנ"ד בשטר דאנו דנין בו לפנינו פעת וכמו שכתבו התוס' בנדה דף י"ח ד"ה אחר הרוב כו' גבי ט' חנויות מוכרות בשר שחוטתה וא' מוכרת בשר נבלה דעל החתיכה דפריש אנו דנין עליו דיש בו חזקת איסור ולא אמרינן דהא יש כמה חתיכות פשרות שיצאו מחזקת איסור שלקחן וכמו ב' שבילין וב' פתי עדים והטעם משום דאנו דנין על כ"א שלפנינו בפ"ע ועיין בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' כ"ד מנה ואכמ"ל.

והרמב"ן במלחמות שם והתוס' ריש פ"ב דכתובות ד"ה פנין דרוב נשים כו' פתבו דלרב פריד ולא סבירא להו פשיטת הבעה"מ הנ"ל עכ"ז י"ל דבנ"ד אף הרמב"ן והתוס' מודים לזה משום דהא חזינו דחזקת חיוב עדיף מחזקת הגוף גבי זה דהא בכתובות דף י"ב כמה דמקשה הגמ' שם על מה דאמרו דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי דזהו דלא כמ"ד דס"ל דחזקת ממונא עדיף מן פרי ותירץ הגמ' דשא"ה משום דאיכא מיגו' א"נ משום דאיכא למימר אוקי אחזקה וקשה הא מצינו בב"ק דף קי"ח דמנה לי בינדה והלה אומר א"י אם החזרתי דחייב לשלם לד"ה משום דברי בצירוף חזקת חיוב עדיף מן מחזקת א"כ ה"ה ה"כ דאיכא פרי דידה בצירוף חזקת הגוף ודאי מוציאים ממון א"כ לסברת המקשה וגם להתיירץ דמשום מיגו קשה דמ"ש מהא דב"ק הנ"ל וע"כ מוכח מנה דס"ל להש"ס דחזקת חיוב עדיף מן אוקי אחזקת הגוף דהתם משום דהא אחזקת הגוף איתרע ליה עכשיו דלא נמצא לה בתולים משא"כ בחזקת חיוב אם מעמידים על חזקתו א"כ לא איתרע ליה כלל פעת.

ע"כ עדיף חזקת חיוב מחזקת הגוף ולפ"ז י"ל דה"ה לשיטת הרמב"ן והתוס' דס"ל ה"ה דרוב בצירוף חזקת הגוף אינו מוציא מהמחזק היינו דנקא התם דאתרע ליה החזקת הגוף לפנינו דהא נבעלה מכפר ואתרע החזקה עכשיו ע"כ לא מהני זה ע"י צירוף להרוב משא"כ חזקת חיוב של הנדון דכ"ז דלא ידעינן בודאי דאתרע ליה הני חזקה זו חזקה מעליא וכינון דמצינו דברי נשמה בצירוף חזקת חיוב מוציאים ממון כמו בא"י אם פרעתיך אף היכא דלא ה"ל למידע וכמו שהוכחתי במק"א מהא דח"מ סי' ע"ב סעיף י"ד א"כ ה"ה על ידי רוב חזקת חיוב דהא רנפא עדיף מן פרי וכמש"כ הפני יהושע רפ"ב דכתובות והא דמצינו בפ"ק דכתובות ד' י"ב לתירוצי הב' דשם דע"י פרי ואוקי אחזקת הגוף מוציאים ממון י"ל כמש"כ הרמב"ן שם לחלק דשא"ה דהוי חשש זנות בזה שפיר יש חזקת הגוף אף דאתרע לו עכשיו לפנינו משא"כ בחזקת הגוף דמבררת לנו דלא ניסת מעולם בזה ליכא חזקת הגוף משום דסתם נשים עומדות להנשא וכמש"כ הרמב"ן שם אבל בחזקת חיוב דמצינו דע"י פרי מוציאים לד"ה א"כ ה"ה דע"י רוב חזקת חיוב מוציאים ממון לד"ה ואף שכתבתי במק"א לדון ע"פ סברת הט"ז ביו"ד סי' שצ"ז בשם הטור דגם חשש פרעון הוי דבר העשוי להשתנות משום דהא מצונוה על פריעת בע"ח עכ"ז כ"ז דלא אתרע ליה החזקת חיוב הני חזקה מעליא משא"כ בחזקת הגוף דרפ"ב דכתובות דאתרע פעת לפנינו: ולפ"ז שפיר אמרינן בב"ב דף קע"א דיהנה יכול להוציא מהלנה ע"י השטר אף דיש ת"י הלנה שובר ולא מספקינו דלמא השטר מאוחר משום

דאיכא רוב דרוב שטרות לאו מאןחרים ניהו דהעדים לא יתומו עפ"י רוב לשטר מאןחר וגם צירוף חזקת חיוב של השטר הבא לפנינו פינו דהוי ספק בפרעון וע"י רוב וחזקת חיוב מוציאה מן המון לכ"ע ואפשר דזהו פוננת הגמ' דב"מ דף י"ז במה דאמרו שם המוציא שט"ח וכתוב זמנו בו ביום יחזירו לבעלים משום דלפריעה בת יומא לא חיישינן דלא שכיחי אינשי דפרעי ביומיה ואף דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ מוכח דשא"ה דהוי רוב בצירוף חזקת חיוב אף זה יש לדחות דמוכח בע"כ דשא"ה דהוי מיעוט שאינו מצוי פלל דאל"כ תקשה דהא קי"ל דאף בחזקה תו"ז פינו דנפל אתרע כמבואר שם דף ז' ובח"מ סי' מ"א וע"כ מוכח דהך דאמרו דלפריעה ב"י לא חיישינן זה עדיף ביותר.

וכן מה דמצינו בב"ב דף קנ"ז גבי חשש דיטרון בשטר מאןחר מנכסים דאקני מלקוחות ולא יתלו דשמא השטר הוא מאןחר משום דהא שיטת כמה פוסקים דמלתא דלא שכיחי לא טענינן ללקוחות א"כ הוי טענת הלקוחות כמו טענת שמא א"כ כברי של המלנה בצירוף רוב מוציאה עפ"י מהמחזק פנ"ל דברי בצירוף חזקה מוציאה כש"כ ברי בצירוף רוב דהא רבא עדיף מחזקה אף אפתי יש לדון לשיטת הסוברים דאף מלתא דלא שכיחא טענינן ליתמי כמבואר בסי' ק"ח אף לפמש"כ הנתובות סי' ס"ט ס"ק י"א דהיא דבעינן טענת ברי לכו"ע לא טענינן בתורת טענת ברי ליתמי ולקוחות א"ש כ"ז גם אפשר לומר בפשיטות בכ"ז דכינן דעדים חותמין מפני תיקון העולם ע"כ אין סברא לומר דיצטרף בירור אחר אימת נכתב השטר זולת השטר וכש"כ להסוברים דבעי מוכח מתוכו.

וע"כ סמכינן מדרבנן על זמן השטר כפי שנכתב בו ולא חיישינן פלל למאןחר: והעיקר בכ"ז דפשוט דלכן לא חיישינן שמא הוא שטר מאןחר לגבי אינה נפ"מ פנ"ל או לגבי הנפ"מ שכתב התנאים בכמה דוכתי משום דהא מצינו בפרק לפני אידיהן ד' י' דההוא שטרא דהוי פתיב ביה שית שנין יתירתא דאמר רב נחמן האי ספרא דוקנא פתביה ופ"י רש"י שם בד"ה אין מונין כו' דכינן דאיכא למתלי להנהך שית שנין בספרא דוקנא תלינן ביה ולא תלינן במחילת השעבוד שאין כל אדם עושה פן עכ"ל וכ"כ רש"י לעיל שם בד"ה ממאי כו' דלא ניחא לך למימר מאןחר הוא לפי שאין דרף למחול שעבודו שמא ימפור זה כל נכסיו בתוך זמן האחרון ויפסיד חובו עכ"ל וכ"כ הרא"ש שם פ"ק סי' ז' ועיין בריטב"א שם אלמא דמוכח דלכן לא מספקינן בשטר שמא הוא מאןחר משום דזה הוי בגדר מחילה דהא מוחל שעבודו כמש"כ רש"י ויפסיד חובו ובכל מחילה הא קי"ל דאינו נאמן לומר מחלת לי בלא מיגו משום דהוי טענה גרועה כמבואר בסי' ע"ה וסי' ע"ח וה"ה בחשש שטר מאןחר ג"כ הוי טענה גרועה ולא מספקינן שמא מאןחר כמו דלא מספקינן בכל חוב דשמא מחלו.

א"כ נתבאר דהעיקר דלא חיישינן פלל בשום מקום לשמא הוא שטר מאןחר ולא כמש"כ התנאים בכמה דוכתי לדון דיש לחוש שמא הוא שטר מאןחר לענין הנפ"מ שכתב שם וכן גבי הא דב"מ ד' י"ז דכתוב זמנו בו ביום דהעיקר הוא כמש"כ התנאים בסי' מ"ט ס"ק י"ג אף לא מטעמיה פנ"ל ועיין בנו"ב במ"ק ח' ח"מ סי' יו"ד מזה ולפמש"כ הנו"ב בסי' י"א א"ש ביותר מש"כ ענף ג' ודע דבמה שכתבתי לעיל עפ"י שיטת הפעל המאור דרוב וחזקה מוציאה מן המון דלכאורה יש לדון בזה לפמש"כ התוס' בכתובות ד' ע"ה ד"ה אבל הכא דליכא כו' בסוף הדיבור דחזקת הגוף חשיבא טפי מכל חזקות א"כ י"ל דדוקא

בְּרִישׁ פ"ב דְּכִתּוּבוֹת דְּאִיכָּא הֵתָם חֲזַקת הַגּוֹף בְּצִירוּף רֹב בְּזָה מְצִינוּ דְּמוֹצִיאִין מְמוֹן
מִהַמְּוֹחֶזֶק אָבֵל בְּחֻזְקָה דְּעֵלְמָא אֶפְשָׁר דְּגַם בְּצִירוּף הָרֹב לֹא מְהַנִּי לְהוֹצִיא מְמוֹן אֶבְרָן
בְּאַמַּת מוֹכַח בְּתוֹס' פְּתוּבוֹת ד' כ"ט ד"ה וְעַל הַכּוֹתִית כו' דְּאַף בְּרֹב וְחֻזְקָה דְּעֵלְמָא שְׂאִינוּ
חֲזַקת הַגּוֹף מוֹצִיאִין מְמוֹן דְּהָא פְּתָבוּ שָׁם לְהַקְשׁוֹת וּא"ת לְמ"ד פ"י יוֹחֲסִין דְּפָסוּל מְשׁוּם
דְּעֵבֶד וְשִׁפְחָה נְטֻמְעוּ בְּהֵן אִמְאֵי יֵשׁ לָהּ קִנְס גִּימָא לָהּ אִינְתִי רֵאִי דְּלָאוּ שִׁפְחָה אֶת וְשִׁקּוּל
לְשִׁמּוּאֵל דְּאָמַר אִין הוֹלְכִין בְּמְמוֹן אַחַר הָרֹב וְאַפְּלוּ לְרַב אִי אֲזִיל אִיהוּ גְּבַהּ ה"ל קְבוּעַ
וְכַמְע"מ דְּמִי וִי"ל דְּכָל אַחַת מוֹקְמִינָן לָהּ אַחְזַקת אֲבָהֶתָא שְׁהִי כו' וְכ"כ הַתּוֹס' בְּב"ק ד'
ל"ח ד"ה וְעַל כו' וְהַקְשׁוּ פִּן וְתִי דְּכָל חֲדָא מוֹקְמִינָן לָהּ בְּחֻזְקָת אֲבָהֶתָא שְׁהַשְׁפָּחוֹת נִתְעַרְבוּ
וְנִשְׂאוּ כו' אַע"ג דְּפָסְלוּ וְלֹא מוֹקִי בְּחֻזְקָת אֲבָהֶתָא מ"מ לְעַנְנִין קִנְס לֹא חֲשַׁבִּינוּ לְהוּ פְּשִׁפְחָה
שְׁלֵא יְהִי חוּטָא נְשִׁפְרַר עכ"ל וְאַף דְּאוּקִי אַחְזַקת לְבַד אִינוּ מוֹצִיא מְמוֹן עכ"ז ע"י צִירוּף
לְהָרֹב מוֹצִיאִין מְמוֹן וּבְנוּדָאִי פִּן הוּא פְּנוּנְתָם אֶלְמָא דְּאַף חֻזְקָה דְּלֹא הוּי חֻזְקָת הַגּוֹף ג'
חֲשׁוּב לְהַצְטָרֵף לְרֹב לְהוֹצִיא מְמוֹן וְאִין לֹא מְשִׁיב דְּשִׁא"ה דְּמְשׁוּם דְּלֹא יְהִיָּה חוּטָא נְשִׁפְרַר
אַמְרוּ פִּן דו"א דֵּא"כ אִין מְקוּם לְעִיקָר קְוִשְׁיוֹת הַתּוֹס' הַנְּ"ל וְע"כ כַּמְש"כ הַתּוֹס' פְּתוּבוֹת
ד' י"א ד"ה אֲבִי לֹא אָמַר כְּרַבָּא כו' וּבב"ק ד' ל"ט ד"ה שְׁלֵא יְהִי חוּטָא נְשִׁפְרַר כו' דְּהִיכָּא
דְּמִן הַדִּין לִית לָהּ קִנְס לֹא אָמְרוּ פִּן א"כ מוֹכַח מְזָה דְּאַף שִׁיטת הַתּוֹס' דְּרֹב וְחֻזְקָה ג"כ
מוֹצִיא מְמוֹן וְהָא שְׁפָתָבוּ הַתּוֹס' רפ"ב פְּתוּבוֹת דְּלְרַב פְּרִיָּה זְהוּ מְשׁוּם דַּס"ל פְּסֻכְרַת
הַרְמַב"ן שָׁם דְּכִינּוּן דְּסִתָּם נְשִׁיִם עוֹמְדוֹת לְהַנְּשֵׂא לֹא אֶלִימָא שָׁם הָאוּקִי הַחֻזְקָה הַנְּ"ל אָבֵל
הִיכָּא דְּלֹא שְׁיִיָּהּ פִּן גַּם אִינְהוּ מוֹדוּ לְשִׁיטת הַבַּעַה"מ: אֶף לְכַאוּרָה דְּבָרֵי הַתּוֹס' דְּכִתּוּבוֹת
הַנְּ"ל צְרִיָּה עֲדִינּוּן בְּיֹאֵר בַּמְש"כ שָׁם לְהַקְשׁוֹת דְּאַף לְרַב דְּהוֹלְכִין בְּמְמוֹן אַחַר הָרֹב אִי
דְּאִזֵּל לְגַבְהָ הוּי קְבוּעַ דְּכַמְע"מ ד' וְע"ז מְתַרְצִי דְּאוּקִי אַחְזַקת אֲבָהֶתָא וְהָא אוּקִי אַחְזַקת
לְבַד אִינוּ מוֹצִיא מְמוֹן לְד"ה אֶף לְרַב דְּשִׁאנִי רֹב דְּעֲדִיף מִן חֻזְקָה וְכַמּוּ בְּרפ"ב פְּתוּבוֹת
דְּבָרֵי וְכָרִי לֹא אָמַר ר"ג אֶף דְּאִיכָּא הֵתָם חֲזַקת הַגּוֹף וְע"כ פְּנוּנְתָם ע"י צִירוּף הָרֹב א"כ
עֲדִינּוּן לֹא מְתַרְצִי קְוִשְׁיֵינָם דְּהָא אִי אֲזִיל אִיהוּ גְּבַהּ ה"ל קְבוּעַ וּבְאַמַּת הַתּוֹס' בְּב"ק לֹא
הַזְפִּירוּ פְּלָל לְהֵאִי קְבוּעַ וִי"ל דַּס"ל לְהַתּוֹס' שָׁם בְּב"ק כַּמְש"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין ד' ס"ד וְנִזְרִיר
ד' י"ב גְּבִי אֹמַר לְשְׁלוּחוֹ צֹא וְקִדְשׁ לִי אִשָּׁה כו' דְּזָה אִינוּ קְבוּעַ גְּמוּר מְשׁוּם דְּדוֹקָא הִיכָּא
דְּנִיכָר הָאִיסוּר הוּי קְבוּעַ אָבֵל הֵתָם דְּלֹא נִיכָר הָאִיסוּר לֹא הוּי קְבוּעַ וְאַף הַרְמַב"ן וְש"פ
דַּס"ל הֵתָם דְּהוּי קְבוּעַ דְּאוּרְיִיתָא שִׁא"ה דְּהוּי נִיכָר הָאִיסוּר לְגַבִּי הַשְּׁלִיחַ וְאִכְמ"ל א"כ
ה"ה בְּהָא דְּעֵבֶד וְשִׁפְחָה נְטֻמְעוּ בְּהֵן ג"כ הָא אִינוּ נִיכָר הָאִיסוּר וְע"כ לֹא מְקַרִי קְבוּעַ
וְלפ"ז י"ל דְּגַם פְּנוּנַת הַתּוֹס' דְּכִתּוּבוֹת בַּמְש"כ דְּהוּי קְבוּעַ דַּג"כ פְּנוּנְתָם דְּהוּי קְבוּעַ
מְדַרְבְּנָן דְּלֹא גְרַע מְפָל בַּע"ח דְּהוּי קְבוּעַ דְּרַבְּנָן וְכִינּוּן דְּהוּי רַק קְבוּעַ דְּרַבְּנָן ע"כ שְׁפִיר
סְמִכִּינוּ בְּזָה עַל אוּקִי אַחְזַקת אֲבָהֶתָא בְּצִירוּף הָרֹב דְּהוּי רֹבָא מְעַלְיָא מַה"ת דְּמִן דִּין
תוֹרָה מוֹצִיאִין מְמוֹן עפ"ז א"כ שְׁיִיָּהּ בְּזָה ג"כ שְׁלֵא יְהִי חוּטָא לְשִׁפְרַר פִּינּוּן דְּמַה"ת אִית
לָהּ קִנְס כַּמְש"כ הַתּוֹס' בְּכִתּוּבוֹת בְּתִירוּצָם שָׁם דְּלְעַנְנִין קִנְס מוֹקְמִינָן אַחְזַקת אֲבָהֶתָא פְּדִי
שְׁלֵא יְהִיָּה חוּטָא נְשִׁפְרַר כו' עכ"ל הַרִי דְּבָקְוִשְׁיֵינָם לֹא אֶסִיקוּ אַדְעֻתִיָּהוּ לְסַבְּרָא שְׁלֵא
יְהִיָּה חוּטָא נְשִׁפְרַר וְע"כ הַקְשׁוּ שְׁפִיר דְּהוּי עכ"פ קְבוּעַ מְדַרְבְּנָן גַּם אֶלְקָבָא דְּרַב וּבְאַמַּת
לְפִי תִירוּצָם דְּתִירוּצוֹ דְּמְשׁוּם שְׁלֵא יְהִי חוּטָא נְשִׁפְרַר אֶתִי שְׁפִיר לְרַב מְשׁוּם דְּכִינּוּן דְּאִינוּ
רַק קְבוּעַ דְּרַבְּנָן ע"כ מוֹקִי עַל ד"ת וַיֵּשׁ לָהּ קִנְס.

רק לשמואל דס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב הנכרחו לחדש סכרא דאוקי אחזקת אבהתא ועכ"פ מוכח משיטת התוס' דרוב בצירוף חזקה מוציא ממון וכן נוטה הסכרא לפמש"כ התוס' דסנהדרין ד' ג' דברוב גמור אף בממון אזלינן בתר רוב וכן לפמש"כ התוס' בר"פ המניח דמשום סמוך מיעוטא לחזקה אתו עלה דאין הולכין בממון אחר הרוב א"כ פשיש רוב וחזקה דבכה"ג מקרי מעוטי דמיעוטא ואף ר"מ מודה דלא חייש למיעוטא ע"כ פיון דהוי רוב גמור לכו מהני אף בממון: [והנה הרמ"א בסי' של"ה פסק במלמד דספק אם ידע ללמוד מקודם דסמכינן על חזקה דהשתא דמאחר שיודע עכשיו מוקמינן אחזקה שידע כבר וזהו מן המרדכי פ' מי שמת שכתב שם דסמכינן על חזקה דהשתא בצירוף הרוב: דרוב המשפירים עצמם בחזקת שיודעים כו' ע"ש והובא בבבאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ט' ובש"ש שמעתא ג' פ' י"א אלמא דלדינא קיי"ל דרוב וחזקה מוציא מהמוחזק וכו"ל אף עדיין הדבר צ"ע דהא בסי' רנ"א מבואר דקיי"ל כר' יעקב דב"ב ד' קנ"ג וקדושין ד' ע"ט דאמר דהן אין מוציאין מידו בלא ראי' והמרדכי דפסק שם פן כתב משום דהלקתא כר"נ דאמר אם פריא הוא עליו להביא ראי' שהי' שכ"מ א"כ בע"כ מוכח לומר דשא"ה גבי מלמד דטוען פרי וצירוף רוב וחזקה דהשתא דמוציאין ממון עי"ז כמו בכתובות ד' י"ב דברי וחזקת הגוף מוציא ממון וזהו כש"כ מהתם.

א"נ דשאני במלמד משום דסיים המרדכי שם בזה"ל דכש"כ זה שהתנה מעיקרא ע"מ שידע ללמוד ומלתא דעבידא לגלוי לא משקרי אינשי כו' אבל בהא דסי' רנ"א לא שייך פן ואפתי יש להקשות לפי מאי דקיי"ל בסי' רנ"א כר' יעקב דאף אם פריא הוא עכשיו עכ"ז אינן מוציאין מידו בלא ראי' אלמא דרוב בצירוף חזקה דהשתא לא מהני להוציא ממון ותקשה על מש"כ דרוב וחזקה מהני להוציא ממון ויש לחלק דהא כתב המהרי"ט והובא בש"ש שמעתא ג' פ"ט דהעלה דחזקה דמעיקרא עדיפא מחזקה דהשתא א"כ שא"ה בסי' רנ"א דהוי חזקה דהשתא אבל חזקה דמעיקרא דעדיפא שפיר מוכח פנ"ל דבצירוף רוב מוציאין ממון והמקנה בקידושין ד' ע"טוהש"ש שמעתא ג' פ"ב הקשו ג"כ פן וכתבו לתרץ בתירוצא אחר ע"ש ע"כ אין סתירה להפליג הנ"ל: ועדיין יש להעיר בזה מהא דבכורות ד' מ"ט במשנה שם מת האב בתוך ל' בחזקת שלא נפדה אחר ל' בחזקת שנפדה עד שיאמרו לו שלא נפדה ופי' רש"י שם ד"ה עד שיאמרו לו דאמירה סגי' בלא עדות גמורה כו' דרובא דאינשי לא עבדי למפרע חובו מיד כו' אלמא דאף די' רוב דאינם פורעין מיד לאחר ל' וגם יש התם חזקת חיוב דלאחר ל' הא נתחייב האב א"כ הא לפמש"כ דרוב וחזקת חיוב מוציא מחזקת ממון א"כ אמאי אמרו בחזקת שנפדה אף בלא"ה תקשה על דברי רש"י הנ"ל דתקשה מהו משנה על רב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב דהא ממשנה זו מוכח דלא אזלינן בתר רוב בממון וגם אמאי לא הביאו הך משנה בב"ב ד' צ"ג גבי פלוגתא דרב ושמואל שם.

ע"כ מוכח דשא"ה בבכורות דכיון דטענינן ליורשים והוי כמו טענת פרי וכמש"כ הרא"ש ברפ"ב דכתובות ע"כ ה"ה התם גבי מת האב לאחר ל' דכיון דטוענין ליורש ה"ל כמו טענת פרי וברי בצירוף מוחזק עדיף מרוב לכו"ע ולפי"ז י"ל דמש"כ דרוב וחזקה מוציא מהמוחזק זהו בטוענים שניהם פרי או שניהם שפא אבל אם המוחזק טוען פרי והמוציא טוען שפא דהא להוציא לא טענינן ליורש כמבואר בסי' י"ב ש"ק ס"ק קמ"ב א"כ מעלת

מִן־חֶזֶק בְּצִירוֹף טַעֲנַת פְּרִי עֲדִיף מִן רוֹב וְאוֹקֵי אַחְזָקָה דְּטוֹעֵן שְׁמָא וְאִין מְזַה סְתִירָה לְמַשׁ"כ וְעֵינֵין בְּתוֹס' בְּכוֹרוֹת ד' כ' ד"ה ור' יְהוֹשֻׁעַ סָבַר כּו' שְׁפָתָבוּ לְחֻלְקָא שְׁמַא אֲלִיבָא דְרַב דְּשִׁאנֵי בֵּין מְמוֹן שְׁיֵישׁ לוֹ תוֹבְעִין לְמְמוֹן שְׁאִין לוֹ תוֹבְעִין א"כ א"ש בְּפִשְׁיטוֹת דְּאִין מְקוֹם לְקַנְשִׁיא הַגְּ"ל וְעֵינֵין לְעִיל בְּחִידוּשֵׁין לְסִימָן ל"ה סְעִיף ה' רִישׁ עֲנָף ב': וְעוֹד י"ל בְּזַה לְפַמַּשׁ"כ בְּסִי"ס ט בְּאַרְנֹפֶה לְבָאָר דְּבִיּוֹרְשֵׁים הַנוֹלָד סָפַק אִם גַּפְטָר אָבִיהֶם מֵהַחוּב אוֹ לֹא דֵיִשׁ מְקוֹם לֹמַר דְּלֹא מְקַרֵי חֲזָקָת חַיּוּב עַל הַיּוֹרְשִׁים דְּהָא אִם פָּרַע אָבִיהֶם א"כ לֹא חָל מְעוֹלָם חֲזָקָת חַיּוּב עַל הַיּוֹרְשִׁים וְכַמַּשׁ"כ הַבֵּית מֵאִיר סִי ק"ע"ח א"כ הֵכָא בְּמַת הָאָב אַחֵר ל' לֹא מְקַרֵי כָּלֵל חֲזָקָת חַיּוּב עַל הַיּוֹרְשִׁים דְּהָא אִם פָּדְהוּ אָבִיו א"כ לֹא הִי חָל מְעוֹלָם חֲזָקָת חַיּוּב עַל הַיּוֹרְשִׁים א"כ אִין מְקוֹם לְמַה שְׁהַקְשִׁיתִי כָּלֵל וְע"כ שְׁפִיר פְּתַבְתִּי לְזַה הַכָּלֵל מִשּׁוּם דְּאִין מְהַרְשִׁי הַגְּ"ל שׁוּם סְתִירָה ע"פ שְׁנֵי טַעֲמִים שְׁפָתָבְתִי וּבְאַמַּת מְוֹכְרָח לֹמַר דְּאִף רַב מוֹדָה דְּהִיכָא דְּמִן־חֶזֶק טוֹעֵן פְּרִי דְּאִז לֹא מְהַנִּי רוֹב לְהוֹצִיא מֵהַמְּוֹכְרָח אִם הַתּוֹבֵעַ טוֹעֵן שְׁמָא אִף לְרַב דְּאִל"כ תְּקַשָּׁה אִיף נְאַמֵּן כָּל שׁוֹמֵר לְטַעוֹן נְאַנְסוּ בְּשַׁד"א הָא לְרַב דְּהוֹלְכִין בְּמְמוֹן אַחֵר הָרוּב א"כ לֹא יֵהִי נְאַמֵּן נֶגֶד הָרוּב וְע"כ מוֹכַח דְּשַׁא"ה דְּטוֹעֵן פְּרִי וְהַתּוֹבֵעַ טוֹעֵן שְׁמָא וְעֵינֵין בְּהַפְלָאָה ד' פ"ה ע"ב וְה"ה בְּהַדְּבָכוֹרוֹת דְּטוֹעֵנִין לִיתְמִי אִף לְהַסּוֹבְרִים דְּלֹא טַעֲנִינֵן לְהוּ מְלִמְתָא דְּלֹא שְׁכִיחַ יֵשׁ עֲדִינֵין לְעֵינֵין בְּזַה וִי"ל כְּתִי הַב' שְׁפָתָבְתִי עכ"פ אִין מְזַה סְתִירָה כָּלֵל לְכָל מַשׁ"כ: (שְׁמַא סְעִי"כ"ג) רְאוּבֵן וְשְׁמַעוֹן כּו' נוֹתְנִים אוֹתָהּ לְרְאוּבֵן כּו' בְּגַשׁ"ע דְּהַגְּר"ע אִיגְר זצ"ל כְּתַב בְּשֵׁם הָרַא"ה דְּכֵן הִדִּין בְּמַלְוָה שְׁזַמְנוּ ה' בְּנִיסֵן טוֹרָף מְלוֹקָח שְׁזַמְנוּ בְּשִׁטְרָא שְׁלוֹ נִיסֵן סְתִמָּא וְכַתְּבַּ דְּזַה צ"ע דְּכֵינֵן דְּאִנּוּ דְּנִין עַל עֵיקַר הַשְּׁעָבוֹד א"י לְהוֹצִיא מִסְּפִיקָא מֵהַלּוֹקָח דְּהוּי מְוֹכְרָח וְכֵן פְּתַב הַנְּתִיבוֹת לְקַמֵּן בְּסִי"ס קי"ט ס"ק ד' דְּאִם הַלּוֹקָח מְוֹכְרָח אִין הַבַּע"ח יְכוּל לְהוֹצִיא מִמְּנוּ וְהִבִּיא רְאִי לְזַה מִתּוֹס' גִּיטִין ד' י"ז אָכֵן כְּשִׁאִין הַלּוֹקָח מְוֹכְרָח בְּהַשְּׁרָקַע שְׁלֹא הַחֲזִיק עֲדִינֵין בְּהַשְּׁרָקַע רַק שְׁקַנְאָה בְּק"ס אוֹ בְּשִׁטְרָא וְנוֹלָד סָפַק אִם לִיתְנוּ לְבַע"ח אוֹ לְלוֹקָח דְּנוֹתְנִין לְמִי שְׁיֵישׁ בּוֹ זְמַן בְּשִׁטְרָא שְׁעָבוֹדוֹ ע"ש וִי"ל דְּהַרְאָה מִיָּרִי ג"כ בְּכַה"ג דְּלֹא הַחֲזִיק הַלּוֹקָח עֲדִינֵין בְּהַשְּׁרָקַע וְכַמַּשׁ"כ הַנְּתִיבוֹת לְחֻלְקָא כֵּן בְּטוֹב טַעֲמֵם א"כ מִתְוַרְץ תְּמִיהַת רַע"א הַגְּ"ל וּבְעֵיקַר הַדְּבָרִים הַגְּ"ל הָאֲרַכְתִּי לְקַמֵּן בְּסִי"ס קי"ז סְעִי"ג וְהִבְאֵתִי שְׁמַא מַה דֵּיִשׁ לְהוֹכִיחַ בְּזַה מִן בְּכוֹרוֹת ד' מ"ט ע"ב רַשִׁי"ד וְהַבְּנֵה חֲמֵשׁ ב"ח פְּרִיק כּו' דְּסִיִּים רַשִׁי"ד דְּשְׁמָא שְׁעָבוֹד הַלְקוֹחוֹת קוֹדֵם לְלִדְתָא בְּנוֹ אֲלֵמָא דְּמִסְּפִיקָא אִין מוֹצִיאִין מִן הַלּוֹקָח וְכַתְּבְתִּי לְבָאָר שְׁמַא לְמַה הַנוֹכְרָח רַשִׁי"ד לְפָרֵשׁ כֵּן וְאִח"ז דְּחִיתִי רְאִי זוֹ שְׁמַא וְקַצְרִיתִי כְּעַתְּ בְּכ"ז שׁוּב רְאִיתִי דֵּיִשׁ לְהִבִּיא רְאִי לְשִׁיטַת הָרַא"ה דְּס"ל דְּאִף מִן הַלּוֹקָח דְּהוּי מְוֹכְרָח ג"כ מוֹצִיאִין וְהוּא דְּבַכְתּוּבוֹת ד' מ"ד בְּשִׁנֵּי שְׁטָרוֹת הַיּוֹצֵאִים זַא"ז בִּיטֵל שְׁנֵי אֵת הָרַאשׁוֹן וּפְלִיגִי רַפְרָם וְרַב אֲחָא וּנְפ"מ לְשַׁלּוּמֵי פְּרִי כּו' דְּאִי נִימָא אַנְדוּיִי אַנְדִּי לִי שְׁשִׁטְרָא הָרַאשׁוֹן הוּא שְׁקַר מְחַוֵּיב הַלּוֹקָח לְשַׁלֵּם הַפִּירוֹת שְׁאֲכַל לְהַמּוֹכֵר וְאִי נִימָא כְּרַב אֲחָא דְּאֲחֻלִּי אֲחֻלִּי אִין חֵיב הַלּוֹקָח לְשַׁלֵּם הַפִּירוֹת שְׁאֲכַל לְהַמּוֹכֵר וּפְסַק הַרְמְב"ם ה' זְכִינִי פ"ה ה' ט' דְּחֵיב הַלּוֹקָח לְהַחֲזִיר הַפִּירוֹת שְׁאֲכַל כּו' וְכַתְּבַּ מ"מ שְׁמַא מִשּׁוּם דְּהַשְּׁרָקַע בְּחֲזָקָת בְּעָלִים רַאשׁוֹנִים עוֹמְדָת פּוֹנְתוֹ דְּבָכֵל סְפִיקָא דְּדִינָא בְּהַשְּׁרָקַע קִי"ל דְּמוֹקְמִינֵן לְהַסְפֵּק בְּזַכוֹת חֲזָקָת בְּעָלִים הָרַאשׁוֹנִים אִף לְהוֹצִיא מִן הַמְּוֹכְרָח כְּמוֹ בְּב"מ ד' ק"ב גְּבִי שְׁנִים עֲשָׂר זְהוּבִים דִּינָר זְהָב לְחֻדְשׁ וְה"ה הֵכָא דְּמִסּוֹפְקִים אֲנַחְנוּ אִם יֵצֵא הַשְּׂדֵה כְּפָר מְרֻשׁוֹת נוֹתֵן אוֹ דְּלֹא יֵצֵא עַד עֶכְשָׁיו ע"כ מוֹקְמִינֵן הַשְּׁרָקַע בְּחֲזָקָת בְּעָלִים הָרַאשׁוֹנִים וְאוֹמְרִים שְׁשִׁטְרָא הָרַאשׁוֹן שְׁקַר הִי וּמוֹצִיאִין

הפירות שאכל הלוקח אף דעכשיו בנודאי יצאה השדה מרשות המוכר מ"מ בזמן הקודם שאנו מסופקים דיינינו בזה קרקע בחזקת בעלים עומדת אף להוציא מן המוןחזק ועיין בח"מ סי' ר"מ סעי' ב' ובבאר הגולה שם שכתבו ג"כ כמש"כ הרמב"ם והמ"מ הנ"ל א"כ ה"ה ה"ה בנ"ד שנסתפקנו אם מכר הל"ה השדה כבר מקודם של"ה ביום ה' ניסן או דמכר השדה לאחר זמן הנ"ל דיש לדון גם בכעין זה חזקת בעלים הראשונים על אותו הזמן שאנו מסופקים אם יצא השדה מרשות בעלים הראשונים מקודם ה' ניסן וע"כ דיינינו גם בזה קרקע בחזקת בעלים עומדת באותו שעה אף להוציא מן הלוקח המוןחזק ולכן אינו קשה כלל על דברי הרא"ה.

וכן ראיתי בשטה מקובצת לכתובות ד' צ"ד שהביא פן בשם הרא"ה וסיים דלכן מוקמינו לנכסים ביד הבע"ח דכתוב ה' בניסן משום שהקרקע בחזקת בעלים עומדת עד שיביא ראיה עכ"ל ונתפנוין הרא"ה ל"ל מש"כ ועיין ברא"ש פ"ד כתובות סי' ה' וקצרתי.

ועיין ב"ב ד' ס"א ע"ב תוס' ד"ה ארעמא תרתי כו' וב"מ ד' ק"ג ע"א תוס' ד"ה פרדיסי כו': (שם) לפיכך אם יכתבו הרשאה כו' הנה התוס' בכורות ד' מ"ט סד"ה ה"מ היכא דכפרין כו' פתבו בלשון דילמא היכא דשניהם לפנינו ומצוים לתת לאחד חייב להחזיר אף בלא הרשאה והש"ך ביו"ד סי' ש"ה ס"ק ל"ה כ"כ לדינא בשם המע"מ ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשה אחי הקצה"ח בקונטרס הספיקות בכלל א' סוף ס"ק ג' על הרי"ף במש"כ דחולקין הפל דהא מצי הגנב להדחות לכ"א דהרשאה לא מהני בקנס וכש"כ לשיטת הרי"ף כו' ע"ש אכן לפמש"כ בשם התוס' והש"ך י"ל דמייירי היכא דשניהם לפנינו דכה"ג מהני מן הדין אף בקנס ומתורץ קושיותו ובמק"א הארכתי בזה: (שם סעי' כ"ט) אם פתוב בשטר עד אחר פסח כו' ובאה"ע סי' קמ"ד סעי' ו' אמר פתבו ותנו גט אחר שנה פותבין עד לאחר חודש משנה שנייה כו' הרי שאחרו אחר הזמן שאמר ואח"כ פתבו ונתנו לה"ז ספק מגורשת:.

והב"ש הביא שם שיטת הרמב"ם דמה"ת הגט פשר אף באחרו הזמן אלא דמדרבנן פסול והובא בר"נ לגיטין ספ"ז והך פלוגתא שייך בדיני ממונות ונפ"מ רבבא לדינא דלשיטת הר"נ והמחבר באה"ע דה"ל ספק מגורשת ה"ה ה"ה בכ"א בשטר איזה תנאי שיעשה אחר שנה או אחר חודש או אחר פסח דאם איחר הדבר לאחר הזמן ה"ל ספק ותלוי במי הוא המוןחזק אבל לשיטת הרמב"ם דיכול לאחר אף אחר הזמן ואינו אלא פסול דרבנן ע"כ במזון מהני קיום התנאי אף באחרו אחר הזמן.

והב"ש בסי' קמ"ד ס"ק י"א כתב דה"ה באומר תנהו לה ביום פ' דאם הקדים אינו גט משום דאקדומי פורענות הוא אבל אם איחר הוי ספק להמחבר ודלא כהב"ח ש"ך. ד"כ. ד"כ. ד"כ. ד"כ.

והתורת גיטין שם הכריע דהעיקר להב"ח: סימן מד (שם סעי' א') בש"ך (ס"ק ד') כתב ב"י בשם הרשב"א דאפילו אמרו העדים דאנו פתבנושיטה אחרונה אין לו דין שטר דכל שאינו מוכח מתוך השטר אין לו דין שטר עכ"ל וכעין זה כתב המחבר לקמן סי' מ"ט סעי' ו' גבי ב' יוב"ש דאין אחר יכול להוציא עליהם שטר אא"כ באו עדי השטר עצמם כו' ואם עדים אחרים העידו יש לו דין מע"פ וכמש"כ המ"מ והובא בסמ"ע שם ס"ק ט"ז דכל שאינו מוכח מתוך השטר אין לו דין שטר ומה דיש להעיר ה"ה דעדי

השטר עצמם מעידין שלא הרחיקו שיטה אחרונה פבר העיר בנה האו"ת וזהו פשיטת התוס' דגיטין ד' כ"ד ע"ב ד"ה בע"מ ור"א היא כו' דכתבו דבעינן דיהי' מוכח מתוכו ושיטת הר"נ רפ"ג דגיטין דלא בעינן מוכח מתוכו אף לר"מ והובא פלוגתא זו בב"ש סי' קל"ו ס"ק ד' ואף דהמחבר לקמן סי' נ"א סעי' ז' פסק דע"מ פרת' וכו"א בשטרות וכ"כ הרמב"ן עכ"ז פתבו בהא דסי' מ"ט דבעינן דיהא מוכח מתוכו ומוכח מזה כמש"כ הב"ש בסי' קל"א ס"ק ג' דאף לר"א דע"מ פרת' מ"מ אם לא היו ע"מ רק ע"ח בנה בעינן אף לר"א דיהיה מוכח מתוכו ועיין בב"ש סי' קכ"ד ס"ק ג' וכ"כ הג"פ בסי' קכ"ד ס"ק ה' דבע"ח לחוד אם אינו מוכח מתוכו דהגט בטל אף לר"א כמו לר"מ וכתב זה מסבא דנפשי' לפרש כן פשיטת הרמב"ם ולפי מש"כ מוכח כן מן הרמב"ם והמחבר דסי' מ"ט: ועיין באו"ת סי' מ"ט ס"ק ח' בסופו: והב"ש בסי' קכ"ו ס"ק כ"ט פתב דהך דתשובת הרשב"א דכתב דאף באמרו העדים אנו חתמנו אין לו דין שטר דזהו בע"ח מעידים כן אבל ע"מ מהני ויש לדון בנה ע"פ מש"כ הש"ך בסי' נ"א ס"ק ט' בשם הרשב"א דאין הלכה כר"א בשטרות: ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ח' ענף ב' העלתי לבאר הטעם מש"כ דבעינן דיהיה מוכח מתוכו דזהו בגדר מאי דקיי"ל דבר ולא חצי דבר דאם שני עדים מעידים לפנינו ומחוסר עוד עדות זולתם פינו דבלא בירור זולתם אין ממש בדבריהם לכן אינם מצטרפין אהדדי וה"ה בשטר דסמכינן על ע"ח דחתימתם היא הגדתם וכמו שנקרה עדותן בב"ד ולא עדיפי מאלו הגידו עדותן בפיהם לפני ב"ד דאם לא הגידו על דבר שלם רק מחוסר עוד עדות זולתם דהתורה פסלם ולכן גם בשטר דמעידין דיוב"ש גירש וצריף עוד בירור זולתם אינהו יוב"ש גירש ולא נגמר מהם דבר שלם לכן פסולים פינו דמהגדתן לבד אינה מועלת עדותן ע"כ לא מהימני כו' ומה"ט א"ש דאמאי לא בעינן לר"א דיהא מוכח הפתובה מתוכו כמו דהקשה הנו"ב במ"ת סי' קי"ג דכיון דעיקר הסבא הוא משום דהוי חצי דבר א"כ ז"א רק בע"ח דזהו הגדתן בעת שחתמו על השטר לכן בעינן שיעידו על דבר שלם אבל בע"מ לר"א לא שייף זה דהא בעת שראוין רואין ענין שלם ובעת שמגידים מעידים ג"כ על דבר שלם לכן בכתיבה לא שייף פלל חצי דבר אבל בע"ח הא בעת שבא השטר לב"ד לא נגמר ענין שלם ע"פ והארבתי בספרי שם ע"פ שיטת הרשב"ם בב"ב ד' נ"ו בפירוש דבר ולא חצי דבר והובא בב"ק ד' ע' ע"ב בתוס' ד"ה למעוטי כו'.

ולפ"ז הדעת נותנת דאף לר"א דע"מ פרת' דמ"מ אם לא היו ע"מ רק ע"ח דבנה בעינן מוכח מתוכו אף לר"א פינו דמן עדותן שחתמו אינו יוצא ענין שלם בלתי עדות זולתם וע"ש בספרי מזה ושיטת הר"נ דלא בעי מוכח מתוכו דס"ל פינו דבעת ראיתן ראו דבר שלם ע"כ מקרי זה דבר שלם וכמש"כ בספרי שם: אכן עדיין יש לדון בנה די"ל דדוקא בגט שנולד הספק אינהו יוב"ש גירש ע"כ פשבאין עדים להעיד דזהו יוב"ש שגירש לכן שפיר פתבתי דזהו פעין חצי דבר לפי דאין שום תועלת פלל מעדותם שמעידים בע"פ לפנינו דזהו יוב"ש שגירש בלתי הגט עצמו אבל במה שנולד ספק לנו בהלואה מי מהן לזה וכשבאו עדים ומעידין בע"פ דזהו יוב"ש דלנה א"כ הא הוי תועלת מעדותן שבע"פ פעת לענין אם יהי' הוחזק כפרו על טענת להד"ם.

וכיון דעדים שבע"פ א"צ לעדי השטר ע"כ לא מקרי כה"ג חצי דבר כמבואר בב"ק ד' ע' ע"ב דאמרו פינו דעדי קידושין לא צריכי לעדי ביאה דבר קרינא בי' ועיין מזה בספרי

סי' ט' ולפ"ז יש לחלק ולדון דאף לשיטת התו' בגיטין ד' כ"ד דכתבו דלר"מ בעינן מוכח מתוכו די"ל דז"א רק בגט בשני יוב"ש דאין שום תועלת מעדותן בע"פ שמעידין כעת לפנינו אם לא יוכשר הגט ע"כ מקרי זה חצי דבר פנ"ל אבל בשטר דנולד לנו ספק מי מהם לנה דעכשיו דבאו העדים להעיד בע"פ הוי ג"כ תועלת מעדותם לענין אם טוען להקד"ם דנעשה הוחזק פפ"ר ע"פ עדותם לכן י"ל דבכה"ג גם התוס' מודו לשיטת הר"נ וסייעתו דלא בעינן פלל להך דמוכח מתוכו רק אם העדים מעידים עכשיו לפנינו דלא זנה ידם מתוך ידו של יוב"ש השני באותו יום שכתב השטר ובאופן דמוכח מזה דע"כ יוב"ש השני לנה המעות באותו יום כפי השטר בזה שפיר י"ל דאין ממש בעדותן משום דהוי חצי דבר פנין דאינו מוכח מתוך השטר א"כ אין שום ממש מהשטר זולת עדים אחרים וכן מן העדים אחרים אינו שום תועלת לנו וע"כ בכה"ג שפיר י"ל דפסלו השטר לפי דבעי מוכח מתוכו אבל אם עדים אחרים מעידים דראו דנה יוב"ש לנה מעות ממנו א"כ הוי תועלת מעדותן ע"כ י"ל דבכה"ג לא בעינן מוכח מתוכו אף לשיטת התוס' וראיתי באו"ת סי' מ"ט ס"ק ז' שכתב לחלק בין גיטין לשטרות והנתיבות שם ס"ק ח' בסופו השיג על האו"ת בזה וכתב דאין לחלק בין גט לשטר ע"ש אבל לפי מה שכתבתי שפיר יש לחלק בין גט לשטר בזה והא דמשמע מהרמב"ם והמחבר בסי' מ"ט דאף בבאו עדים אחרים להעיד דנהו יוב"ש דלנה באותו יום אין לו דין שטר י"ל דטעמם הוא פנין דמלנה בע"פ אינו טורף ממשעבדי משום פסיקא דלקוחות וכן הא דאינו נאמן לומר פרעתי במלנה בשטר זהו משום שטרא בידי מאי בעי ע"כ י"ל דכיון דאינו מוכח מתוכו ואין לו דין שטר בלא בירור זולתו ע"כ אפשר דבכה"ג לית לי קלא כ"כ ולא חששו הלכות להשטר וכן הלנה לא חששו והניח השטר בי"ד.

רק אם עדי השטר עצמם מעידים ע"ז אז יש לו דין שטר גמור פנין דבידם לכתוב כמש"כ התם ולכן אין לסתור מהא דסי' מ"ט למה שכתבתי בספרי בשיטת הרמב"ם דעיקר פסול דאינו מוכח מתוכו זהו משום דהוי חצי דבר אף מהתוס' דגיטין ד' כ"ד אינו מוכח פלל דיסברו להא דסי' מ"ט דיש לחלק בין גט לשטר בזה ועיין בר"נ פ' מי שהיו נשוי גבי ב' שטרות דכתב דאין הקול יוצא אלא מזמן דמוכח מתוכו וקצתתי: ובהך מילתא דשני יוב"ש דאין מוציאין שט"ח עליהם דיכול כ"א לדחותו ועכ"ז נראה לומר דמהני תפיסה בזה דהא מבואר בסי' מ"ב דבכל ספק בשטר מועיל תפיסה וה"ה בזה דנולד ספק לנו ע"פ השטר דאחד מהם לנה ע"כ לא גרע זה מכל ספק בשטר דמהני תפיסה וכן מצאתי להשער המשפט בסי' מ"ט ס"ק ב' שכתב ג"כ בקצרה פן ע"ש ולכאורה יש לדון בזה דלא יהא מועיל תפיסה בזה דא"כ יש לחוש לקנוניא דא' מהם יבקש עדים דכתבו שטר דיוב"ש לנה מעות מחבירו כדי שיהא תועלת מעדותן על תפיסה מן יוב"ש השני וכעין מש"כ הש"ך בסי' מ"ב ס"ק כ"ז גבי נכתב בשטר דאינו ונמחק דלא מהני תפיסה דאל"כ כ"א מחוק הסכום כו' אף באמת זה אינו דהא מצינו כה"ג בסי' מ"ט סעי' זי"ן דאם יש בי"ד שובר אין אחד מהם יכול לתובעו כו' ולא חיישינן לרמאות וקנוניא דיבקש מן יוב"ש א' דיתן לו שובר כדי להפקיע חובו מן יוב"ש דהשטר ת"י וע"כ מוכח דכיון דהעדים אסורים לחתום לכתחלה על שובר כזה אם לא פירשו אינה יוכ"ש הוא משום חששא זו ע"כ לא חיישינן בזה לערמה פנין דאין זה בי"דו כ"כ ונדקא התם בסי' מ"ב גבי דאינו ונמחק דבי"דו למחוק ע"כ חשו בזה פנ"ל: ובאמת י"ל בהא דסי' מ"ט גבי שובר

הנ"ל דמייירי בשובר בעדים אבל בשובר בחת"י הבע"ד שפיר יש לחוש לערמה ולא מהני להפקיע כלל ומה"ט לא חיישינו לערמה דיבקש לעדים דיתתמו על שטר דיוב"ש א' לנה מעות כדי דיועיל תפיסת המלנה מן יוב"ש השני די"ל בזה ג"כ פינו דהעדים אסורים לחתום על שטר בזה דיוב"ש לנה מעות אם לא פירשו איזה מהם לנה משום דיש להם לחוש שמה יבא תקלה מעדותם לענין תפיסה שלא פדין וכמש"כ התוס' בגיטין ד' ג' ע"ב ד"ה כתב בכת"י ואין עליו עדים כו' בסה"ד דחיישינו דתתפוס הפירות ותאמר שפבר נתגרשה מזמן הפתוב בו עכ"ל התוס' אלמא דמשום חשש תפיסה שלא פדין ג"כ יש לחוש ע"כ פינו דאסורים לחתום על שטר בזה משום האי חששא דתפיסה ע"כ לא חיישינו לזה פן יש לדון בזה: אכן לפמש"כ בספרי דאם לא כתבו איזה יוב"ש מהם הוא דהוי כמו חצי דבר משום דהי' להם לפרש איזה מהם הוא פי זהו דבר קל דהא אף אשה וקרוב מהימני בזה והוי כמש"כ הרשב"ם בפ"י חצי דבר דכיון דאפשר לראות דבר שלם כו' וכמש"כ בספרי שם בארנפה וע"כ י"ל דלא תועיל תפיסה בזה כלל פינו דהשטר הוי אינו מוכח מתוכו והוא פועל חצי דבר דאין ממש בעדותו כלל ודומה למש"כ הגתיות בכללי תפיסה ס"ק זי"ן דאם נולד ספק ע"פ עדים שלא ראו הדבר בשלימות לא נקרא ספק שיועיל תפיסה משום דהוי חצי דבר וכמש"כ הב"ש באה"ע סי' ל"מ"ד ס"ק ט' בשם הג"א דאם הי' ספק להעדים אם קרוב לו או לא אינו בזה חשש קידושין כו' וכן כתב הגתיות שם באם העדים אומרים שראו שאחד הלנה לחבירו מעות וא"י כמה דלא מהני תפיסה בזה כו' א"כ מה"ט בשטר שכתבו פי יוב"ש א' לנה מעות ולא פירשו איזהו מהם הוא די"ל דזה הוי חצי דבר ואף דבעת ראיות העדות ראו דבר שלם מ"מ הא בעת שבא השטר לב"ד דהוי אז הגדתם לא הוי אז רק חצי דבר כמש"כ בספרי שם בארנפה לבאר זה וע"כ י"ל דכיון דהיה להם לתקן ולכתוב בשטר מי מהם לנה ולא עשו פן הוי זה חצי דבר דאין ממש בעדותם כלל ולא מהני תפיסה בזה והא דמבואר בסי' מ"ט בשובר דאין שום א' מהן יכול לתובעו פנ"ל שא"ה פינו דהוי תפוס מעיקרא והוי כמו דבר שלם לענין זה או די"ל דנאמן במיגו דאי בעי אמר דפרעתי לשניכם וצויתם לכתוב שובר א' פמבואר התם סעי' ז' דזה מהני לדחות שניהם ואין זה בכלל מיגו מגברא לגברא וקצתתי ולכן יש לדון הרבה אם מועיל תפיסה בזה פינו דהוי אינו מוכח מתוכו עכ"פ ומ"מ י"ל דמהני תפיסה דכיון לו"מ קים לי פשיטת הר"נ וסייעתו דלא בעי מוכח מתוכו וזה לא מקרי חצי דבר: והיכא דנולד לנו ספק אם נקרא הלנה בשם שנכתב בשטר כגון [דהוא ממדינה אחרת וכה"ג וצריכים בירור ששמו כהו הוא כפי שנכתב בהשטר בזה ונדאי מהני השטר ולא אמרינו דמקרי אינו מוכח מתוכו משום דדוקא בנולד ספק מי מהם לנה המעות זה מקרי אינו מוכח מתוכו לפי דצריך בזה בירור ע"פ שני עדים וע"כ מחוסר מעשה ומקרי חצי דבר כמש"כ בספרי שם משא"כ היכא דצריכים להפיר שמו איך הוא נקרא במדה"י דבזה מהימן אף אשה וקרוב פמבואר בסי' מ"ט ובג"פ סי' ק"כ ס"ק י"ד וע"כ אף חוץ לב"ד מהימני ואין זה רק גילוי מילתא בעלמא ומקרי עדיין דבר שלם ומוכח מתוכו וכמו שהוכחתי בספרי שם ע"ש בענף ב': ולפמש"כ ביאור סברתם כמה דבעו דיהא מוכח מתוכו דזהו מפאת חצי דבר או בממון בשטר לענין דאינו טורף ממשעבדי דכיון דאינו מוכח מתוכו אין לו דין שטר משום דל"ל קלא פנ"ל א"כ זה אינו שייך רק בשטר בעדים.

אָבֵל אִם הִבְעֵד בְּעֲצָמוֹ חֲתוּם עָלָיו דָּאָף דָּאִינוּ מוֹכַח מִתּוֹכוֹ פְּגוּן בְּשִׁנֵּי יוֹב"ש וְחֲתָם בְּמִס"ק ע"י אַחַר פְּמִבְּנֹאָר בְּש"ף סי' מ"ה ס"ק ח' דְּזָה מְהֵנִי דְּהָא לֹא שְׁיִיף לְפִסּוּל שְׁם מְשׁוּם דְּהוּי חֲצִי דְּבַר דּו"א רַק בְּעֵדִים דְּכַתִּיב בְּהוּ ע"פ שְׁנֵי עֵדִים יָקוּם דְּבַר וּבְעֵינֵינוּ דְּבַר שְׁלָם וְעֵינֵינוּ בְּגִיטִין ד' ד' וּבְזָה יֵשׁ לְעֵינֵינוּ טוֹבָא וְקִצְרֵתִי אָבֵל בְּכַת"י דָּאִינוּ גּוֹבָה מִמְּשַׁעֲבָדֵי רַק מִב"ח לֹא בְּעֵינֵינוּ דִּיהָא מוֹכַח מִתּוֹכוֹ דְּהָא בְּזָה לֹא פְתִיב דְּבַר וְכַש"כ לְפִמְש"כ הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' מ"ב ס"ק א' בְּשֵׁם הַרְמֵב"ן דְּבִמְמוֹן לֹא בְּעֵינֵינוּ מוֹכַח מִתּוֹכוֹ ע"ש וְעֵיקָר דְּבַרֵי הַרְמֵב"ן הוּא בְּר"נ פ"ט דְּגִיטִין וְהוּבָא בְּדְרוּשׁ וְחֲדוּשׁ שְׁל רַע"א זצ"ל בְּמַעֲרָכָה י"ד ס"ק א' ע"ש.

וְעֵינֵינוּ מְזָה לְקַמְן בְּחִידוּשֵׁי לְסִי' מ"ה סְעִי ה' עֲנָף א': (שְׁם סְעִי ו') שְׁטָר שְׁיֵשׁ בּוֹ גָרַר מֵאַחֲרָיו אוֹ בִּינֵי שִׁיטֵי כּו' בְּשָׁר וַיֵּשׁ פּוֹסְלִים וְהַש"ף ס"ק ט"ו הִכְרִיעַ דְּפִסּוּל וְהַקְצָה"ח ס"ק א' פְּתַב דָּאָם נִמְצָא מְחַק מִתּוֹכוֹ לְאַחַר חֲתוּם שְׁטָרוֹת דְּכָשֵׁר מְשׁוּם מִיגוּ דְּגִיזוּ לִיהַ כְּמַש"כ הַסְּמ"ע בְּסִי' ס"ה ס"ק ע' בְּשׁוֹבֵר שְׁפָתוֹב לְמַטָּה מִהַשְׁטָר וְאַף שְׁהַש"ף הִשִּׁיג שְׁם עָלָיו מ"מ בְּמְחַק מוֹדָה וְכ"כ הַנְּתִיבוֹת דְּזָה פְּשׁוּט וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְדוֹן בְּדְבַרֵי הַסְּמ"ע וְהַקְצָה"ח הַנ"ל דְּהָא ה"ל מִיגוּ לְהוֹצִיא דְּלֹא אֶמְרִינֵנוּ וִי"ל דַּס"ל דְּכִינֵנוּ דְּבִשְׁטָרָא מְעַלְיָא מְסִייעַ לִיהַ אֶמְרִינֵנוּ מִיגוּ לְהוֹצִיא א"כ ה"ה בְּשׁוֹבֵר שְׁפָתוֹת הָעֵדִים מְקַרֵי הַשְׁטָר בְּשֵׁם שְׁטָרָא מְעַלְיָא דְּמְסִייעַ לִיהַ דְּאֶמְרִינֵנוּ מִיגוּ לְהוֹצִיא.

וּלְפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּשְׁטָר שְׁאִינוּ גּוֹבָה מִמְּשַׁעֲבָדֵי כְּמוֹ שְׁטָר שְׁאִין בּוֹ אַחֲרֵיּוֹת כְּמִבְּנֹאָר בְּסִי' ס"ט ש"ף ס"ק י"ד אוֹ פְּגוּן דְּמִבְּנֹאָר בְּסִי' ס"ח סְעִי א' דְּדַעַת הַמְּחַבֵּר שְׁם דָּאִינוּ גּוֹבָה רַק מִבְּנֵי חוּרִין וְכַמְש"כ הַש"ף שְׁם ס"ק ד' אוֹ כְּעֵין מַש"כ הַאוּ"ת בְּסִי' ס"ט ס"ק ה' בְּסוּפּוֹ וְהַנְּתִיבוֹת שְׁם ס"ק ד' דָּאִינוּ נֶאֱמָן לֹאמַר פְּרַעַתִּי אִף דָּאִינוּ גּוֹבָה מִמְּשַׁעֲבָדֵי אִם אֵין עֵדִים חֲתוּמִים רַק לְקִנְיִים הַחַת"י שְׁל הַלְוָה כְּמִבְּנֹאָר בְּסִי' ס"ט וְכֵן כָּל כַּה"ג דְּמִשְׁפַּחַת לִיהַ דָּאִינוּ יָכוֹל לֹאמַר פְּרַעַתִּי וְאִינוּ גּוֹבָה מִמְּשַׁעֲבָדֵי דְּבְזָה יֵשׁ לְדוֹן דָּאָם נִמְצָא מְחַק לְמַטָּה דְּפִסּוּל הַשְׁטָר וְלֹא שְׁיִיף לֹאמַר בְּזָה דִּיהָא נֶאֱמָן בְּמִיגוּ דְּגִיזוּ לִיהַ דְּהָא מִבְּנֹאָר בְּכַנְה"ג בְּכָלְי מִיגוּ ס"ק ח' בַּאוּ"ת דְּלִכְּן אֶמְרִינֵנוּ מִיגוּ לְהוֹצִיא בְּמִקּוּם שְׁטָר מְשׁוּם דְּהוּי פְּגִבּוּי דָּאָף דְּקִי"ל כְּבִית הַלֵּל דְּלֹא פְּגִבּוּי דְּמִי מ"מ לְגַבֵּי פְּמָה דְּבַרִים נְקִטִינֵנוּ דְּהוּי פְּגִבּוּי וְכַבֵּר פְּתַבְתִּי לְעֵיל בְּחִידוּשֵׁי לְסִי' י"ב וּבְסִי' נ"ד דַּש"ח שְׁאִין בּוֹ אַחֲרֵיּוֹת נְכָסִים דָּאָף ב"ש מוֹדָה דְּלֹא הוּי פְּגִבּוּי כְּמִבְּנֹאָר בְּגִיטִין ד' ל"ז ע"כ אִף הִיכָא דְּנְקִטִינֵנוּ לְדִינָא דְּהוּי פְּגִבּוּי דְּמ"מ אִם אֵין בּוֹ אַחֲרֵיּוֹת נְכָסִים לֹא הוּי פְּגִבּוּי כָּלָל וְע"כ הִיכָא דָּאִינוּ נֶאֱמָן אֶלָּא מִצַּד מִיגוּ וּמְשׁוּם שְׁטָרָא מְסִייעַ לִיהַ אֶמְרִינֵנוּ מִיגוּ לְהוֹצִיא א"כ ז"א רַק בְּשְׁטָר שְׁגוֹבִין מִמְּשַׁעֲבָדֵי אָבֵל בְּשְׁטָר שְׁאִינוּ גּוֹבָה רַק מִב"ח פִּינֵן דְּלֹא הוּי פְּגִבּוּי גַּם לְב"ש ע"כ לֹא מְהֵנִי מִיגוּ בְּזָה כָּלָל לְהוֹצִיא וְכֵן פְּתַב הַקְצָה"ח סִי' פ"ג ס"ק ד' וְמָה דְּהַקְשָׁה הַקְצָה"ח שְׁם ע"ז מְהָא דְּב"ב ד' קנ"ז וְנִשְׂאָר בְּקִנְיָא הַנָּה לְעֵיל בְּסִי' י"ב פְּתַבְתִּי לְתַרְץ זָה בְּטוֹב טַעַם ע"ש וְאַף דְּמֵן הַש"ף סִי' פ"ג ס"ק ט' בְּסוּפּוֹ נִרְאָה לְהִיפּוֹף אָבֵל בְּאַמְתַּת לְפִי הַטַּעַם שְׁל הַכְּנַה"ג הַנ"ל הָעֵיקָר כַּהַקְצָה"ח הַנ"ל בְּזָה וְכַמְש"כ הַסְּמ"ע בְּסִי' פ"ב ס"ק מ"ה: וְלְפִי זָה י"ל דְּבִשְׁטָר כְּזָה שְׁאִינוּ טוֹרֵף מִמְּשַׁעֲבָדֵי אִם נִמְצָא מְחַק מִתּוֹכוֹ לְאַחַר חֲתוּם שְׁטָרוֹת דִּי"ל דְּכִינֵנוּ דְּהוּי רִיעוּתָא בְּעֲצָם הַשְׁטָר וְעֵיקָר נֶאֱמָנוֹת הַמְּלוּהַ הוּא בְּמִיגוּ דָּאִי בְּעֵי גִיזוּ לִיהַ וְכִינֵנוּ דְּנִתְבָּאָר דְּבִשְׁטָר כְּזָה לֹא מְהֵנִי מִיגוּ מְשׁוּם דְּהוּי מִיגוּ לְהוֹצִיא וְלֹא שְׁיִיף בְּכַנְהַ לֹאמַר דְּבִשְׁטָרָא מְסִייעַ לִיהַ פִּינֵן דְּזָה לֹא הוּי פְּגִבּוּי וְע"כ לֹא מְהֵנִי מִיגוּ בְּזָה וְאֵין מוֹצִיאִין מִהַלְוָה וְאַף דְּהַאוּ"ת בְּכָלְי מִיגוּ ס"ק ח' פְּתַב טַעַם אַחַר עַל הָא דְּאֶמְרִינֵנוּ דְּבִשְׁטָרָא מְסִייעַ לִיהַ

אמרנו מיגו להוציא עכ"ז הא לכל הפחות הוי זה ספיקא דדינא שפא הטעם הוא ע"פ סברת הכנה ג דמשום דהוי פגבוי אתו עלה וע"כ בשטר פנה אין להוציא מן המוחזק וכמש"פ הקצה"ח עצמו בסי' פ"ג ס"ק ה' דבשטר דאין בו אחריות לא מהני ביה מיגו להוציא וע"כ כ"ז דלא תפס המלנה אין מוציאין מהלנה רק אם המלנה תפס יכול לומר קים לי פשיטת הש"ך בסוף סי' פ"ג דגם שטר דאינו גובה ממשעבדי מהני ביה מיגו להוציא והוי זה ספיקא דדינא והקצה"ח והנתיבות דכתבו בפשיטות הקא דנאמן במיגו דאי בעי גניז ליה קוצרו בנה והיה להקצה"ח לבאר דז"א רק בשט"ח דגבי ממשעבדי: ולכאורה יש לדון גם בשט"ח בעדים דנמצא מחק מתוכו לאחר חת"י העדים דיש לדון לכאורה דלא יהא מהני ביה מיגו דאי בעי גניז ליה לפמש"כ הגט פשוט לאה"ע סי' קכ"ד ס"ק ה' גבי דבר המזדייף דיש לחוש שפא אף אחר חתימת העדים פתב אינה תנאי מקודם דמסר לה הגט ע"ש.

וכעין הא דאמרנו בגיטין ד' כ"ב ע"ב גבי פתב ע"ג דבר המזדייף דחיישינן דילמא הנה ביה תנאה וזייפתיה ובח"מ סי' מ"ב סעי' א' ונש"ך ס"ק א' וס"ק ב' ובח"מ סי' מ"ד ש"ך ס"ק י"ד דחיישי' במחק דשפא היה כתוב תנאי ומחקו ובאמת שם מייירי דחיישי' שפא פתב תנאי מקודם חתימות העדים אבל הג"פ העלה דחיישי' גם דשפא היה כתוב תנאו אחר חתימת העדים ומחקו ובמה דחשש הג"פ שם אם נמצא חתף אחר חתימת העדים באמת זה אינו כמו דהשיג עליו התורת גיטין באה"ע שם ס"ק ב' מהא דב"ב ד' קס"ד דאמרו אי מתפאי גניז ליה ע"ש אבל בנמצא מחוק מתוכו לאחר חתימות העדים בנה שפיר י"ל כמש"כ הג"פ דחיישי' שפא היה כתוב תנאי אחר חתימת העדים ומחקו: ולקמן סי' פ"ב סעי' י"ב פתב המחבר דאם הודה דהשטר נעשה על תנאי אינו נאמן המלנה במיגו משום דהוי מיגו להוציא וכמש"כ הבעה"ת והובא בש"ך שם והטעם הוא דנה לא הוי בכלל מה דאמרו דבשטרא מעליא מסייעו אמרינו מיגו להוציא משום דכינן דנעשה על תנאי א"כ אם קיים הלנה להתנאי אז לא חנייל שעבודו כלל מעולם וכמש"כ הבעה"ת והובא בש"ך שם ס"ק כ"ט ובסמ"ע ס"ק מ"ה וכמש"כ הש"ך כעין זה בכללי מיגו ס"ק ט"ו ומה דכתב הש"ך שם ס"ק כ"ח דלא כהבעה"ת עיין שם בקצה"ח סי' פ"ב ס"ק ח' וכן בחידושי' לסי' פ"ב סעי' י"ב בארתי בטוב טעם דהעיקר כסברת הבעה"ת בנה ע"ש: א"כ לפ"ז יש לחוש אף בשט"ח בעדים אם נמצא מחק מתוכו לאחר חתימת העדים דשפא היה כתוב בו אינה תנאי מקודם דמסרו להמלנה וחתכו וע"כ לא שייך לומר בנה דהמלנה נאמן במיגו דאי בעי גניז ליה.

דהא זה הוי מיגו להוציא ולא שייך לומר בנה שטרא מסייע ליה דהא נתבאר בשם הבעה"ת והמחבר דס"ל דדוקא היכא דחיישינן לפרעון וכה"ג לאחר דאתחזק השטר פכר בחזקת חיוב בנה אמרו דהוי פגבוי לגבי הא דאמרי' מיגו להוציא אבל אם נולד ספק שפא לא היה לו חזקת שטר מעולם דכה"ג לא הוי פגבוי אף לבית שמאי ע"כ גם לגבי מיגו להוציא לא מהני זה וכמש"כ בחידושי' לקמן סימן פ"ב סעיף י"ב: ולכן לפמש"כ הר"מ בן חביב בספרו גט פשוט דחיישינן שפא פתב אינה תנאי מקודם דמסר השטר פנ"ל ע"כ אם נמצא מחק מתוכו לאחר חתום שטרות שפיר יש לחוש לאינה תנאי כיון דנמצא ריעותא דמחק וזהו כש"כ מנדון דבר המזדייף של הג"פ שם א"כ בכה"ג לא מהני מיגו דהוי מיגו להוציא כיון דלא שייך בנה לומר שטרא מסייע ליה פנ"ל ולכן

עדיין יש לדון לדינא במש"כ הקצה"ח דמהימן במיגו דאי בעי גיזו ליה והנתיבות פתב דזה פשוט וא"צ לפנים ובאמת אין זה ברור כ"כ לפי דברי הג"פ הג"ל אכן לפי מה דמשמע הקא במחבר דכתבו במקום שנהגו לכתוב פירעון מאחוריו כו' יש פוסלים וכמש"כ הטור סוף סי' מ"ה בשם תשובת הרא"ש דאם נהגו לכתוב פירעון ביני שיטי דחיישינן שמה היה פתוב פירעון ונמחק אלמא דדוקא לפירעון חיישינן אם נהגו לכתוב שם אבל לתנאי משמע דלא חיישינן לכ"ע רק אם נמצא מחק בתוך השטר בזה חשו לתנאי פמבואר בסי' מ"ד סעי' ה' ש"ק י"ד ע"ש וגם הא לפירעון אם נמצא מחק מאחוריו וביני שיטי רבו המכשירים פמבואר שם שיטת הרמב"ן והרשב"א דכתבו דלא מפקינן שטר מחזקתיה כיון דלא נמצא ריעותא בגוף השטר ע"ש וכמש"כ הסמ"ע ס"ק יו"ד בשם הרמב"ן דכתב לפי שהשטר מוחזק בידי המלוה וכאלו הממון שפתוב בו מוחזק בידו עכ"ל ואף דקיי"ל דשט"ח לא הוי פגבוי ע"כ טעמו הוא ע"פ מש"כ בחידושיי לעיל סי' י"ב די"ל דבשטר דלא נמצא בו ריעותא הוי פגבוי לכ"ע ע"ש: וכן ראיתי בתורת גיטין לאה"ע סי' קכ"ד ס"ק ב' שהשיג על הג"פ שם וכתב דהא בח"מ סי' מ"ד מבואר דשטר שנמצא בו מחק וגרר פשר ואף מאן דפסל הוא משום דהמנהג לכתוב פירעון שם אבל במחק וחתם שנמצא למטה נראה דלכ"ע פשר דאין שום אדם פותב זכותו למטה במקום שיכול בעהש"ט לחותכו עכ"ל התו"ג ע"כ מה"ט לא חיישינן שמה היה פתוב למטה איזה תנאי ואין זה מטענת מיגו שיש לו דאי בעי גיזו ליה דהא זה הוי כמו מיגו להוציא פנ"ל רק מטעם דאין דרף לכתוב שם תנאי וע"כ לדינא הנגי מספים לדברי הקצה"ח והנתיבות דבשטר בעדים לא חיישינן אף אם נמצא מחק למטה ובאמת לפי דברי התו"ג הג"ל יש לומר דה"ה מה"ט אין לנו לחוש אף היכא דלא גבי ממשעבדי אם נמצא מחק למטה משום דאין אנו צריכים בזה להאמינו במיגו דאי בעי גיזו ליה כמש"כ הקצה"ח והנתיבות רק דמצד דלא נהגו לכתוב פירעון למטה במקום שיכול בעהש"ט לחותכו וכמש"כ התו"ג הג"ל אף מ"מ כיון דהקצה"ח והנתיבות פתבו בזה הטעם דנאמן במיגו דאי בעי גיזו ליה ע"כ לפ"ז בשט"ח דלא גבי ממשעבדי לא שייך להאמינו במיגו דהוי מיגו להוציא כמש"כ הקצה"ח עצמו בסי' פ"ג לכן אין להוציא ממון בזה מהמוחזק אבל בשט"ח דגבי ממשעבדי הדין נותן דנאמן במיגו משום דבבש"ט פירעון הא הוי שטר א מסייעו ומשום חשש תנאי הא לא נהגו לכתוב תנאי שם ודוקא לפירעון אמרו דחיישינן אם נהגו לכתוב פירעון שם פמבואר הקא ועיין באו"ת באורים ס"ק י"ד: ואין לחלק דשאני הקא דהוי מיגו דבידו דהיה יכול לגיזו מקודם דהוחזק בב"ד וכמש"כ הר"נ בקידושיין פ' האומר בסוגיא דיש לי בנים נאמן לחלק דשאני היכא דהוי בידו דנאמן אף במקום חזקה משא"כ במיגו שהיה יכול לטעון כו' דזה אינו: דדוקא היכא דבידו לעשות פן גם עכשיו לפנינו זה מקרי בידו אבל היכא דאינו בידו לעשות פן עכשיו אף דהיה יכול לחותכו מקודם שהוחזק בב"ד גם זה בשם מיגו מקרי דהא היה מוכרח לטעון ולהכחיש להלנה ולומר דלא היה מעולם פתוב פן תחת השטר ע"כ הוי זה בכלל פל מיגו להוציא דלא אמרינן היכא דלא שייך לדון סברא שטר א מסייע ליה כמו בב"ד בשטר שאין בו אחריות פנ"ל ואף דהתוס' בב"מ ד' ב' ד"ה וזה נוטל כו' פתבו לחלק דהיכא דיש לו מיגו דאי בעי שתיק אמרינן מיגו להוציא רק מטעם אחר אמרו בב"ב ד' ל"ב דלא מהימן עכ"ז הא לשיטת הרמב"ם בפ"ה המשנה המובא בש"ק סוף סי' פ"ג וש"פ שם

ועיין בתוספות ב"ב ד' ל"ב וברא"ש שם מבואר דס"ל דאף בענין פנה אמרו שם הטעם דלא דיינינו מיגו להוציא ולכן שפיר פתבתי לדון דזה בכלל מיגו להוציא דלא אמרינו וזהו פשוט [ובעיקר הענין היכא דהוי ביזו פו עכשיו לפנינו אם זה עדיף מן מיגו בכל דוכתי יבואר במק"א ואכמ"ל ועיין בשער המלה סוף ה' מכירה] וכעין זה פתב הש"ך בסי' ס"ט ס"ק י"ז גבי חתימה חלק דאינו נאמן במיגו דאי בעי הוי פתב עליו משום דהוי בכלל מיגו להוציא דלא אמרינו משום דזה פשוט כמש"כ סימן מה (סעי' א) העדים חותמים למטה וכתב הקצה"ח ס"ק א' אם העדים חתמו תחלה על נייר חלק ואח"כ פתבו על חתימתו השטר פסול משום דבעיניו הפתיכה קודם לחתימה וכן מבואר בתוס' גיטין ד' ד"ה מודה ר"א במזוניף מתוכו כו' שפתבו זימנין דיתתמו תחילה וכתבו גט ע"ג חתימתו והתם ליכא עדות פלל דא"כ גם בשטרות היה לנו להצריך חתימה לשמה עכ"ל התוס' א"כ מבואר דאם קדמו החתימה לכתיבה לאו פלום הוא כו' עכ"ל הקצה"ח והביא לדברי הב"ח בתשובה סי' ד' שכ"כ ובאמת מצאתי פן בתשובת הב"ח הישנות סי' מ"ה שכתב פן בנידון ע"א שחתם שמו על נייר חלק ואח"כ פתבו שטר למעלה מחת"י העד ואחר כך חתם עד השני והעלה דפסול השטר על פי דברי התוספות דגיטין הנ"ל ע"ש: ענף א ולענ"ד יש לדון בזה הרבה והוא דהנה שיטת הרי"ף ביבמות פ"ג ב"ה דאמרו שם ד' ל"א ע"ב דלא תקנו זמן בקידושין דאי דזכירי כו' ואי לא זימנין דחזו מקתבא ומסדדי ורחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם והקשו התוספות וברא"ש שם ובכתובות ד' ד' ע"ז מפמה סוגיות והעלו דאם מעידים שפך ראו בחתימתו מהני משום דעדים החתומים בשטר נעשה כמו שנחקרה עדותו בב"ד כו' והרי"ף הקשה ג"כ והעלה דדוקא במקרו השטר להבע"ד בזה אמרו דהוי כמו שנחקרה עדותו בב"ד אבל כ"ז דהשטר יוצא מת"י העדים לא הוי כמו שנחקרה עדותו בב"ד ועיין בנ"י שם ומה דכתב הרמב"ן בזה והבית יוסף בח"מ סי' כ"ח הביא לדברי הרי"ף הנ"ל וכתב דלא כהנ"י והרמב"ן אלא דבכל שטר לא הוי כנחקרה עדותו בב"ד כ"ז דלא מסרו השטר להבע"ד וכן הביא הבית יוסף לדברי הרי"ף הנ"ל בח"מ סוף סי' מ"ו ס"ק ל"ז ומה"ט בשטר יוצא מת"י העדים אם אינם זוכרים העדות אין ממש בהשטר אבל לאחר שמסרו השטר להבע"ד אע"פ שאינם זוכרים העדות פשר השטר ובסי' מ"ו סעי' ל"ה כתב המחבר חתם בשטר עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו דאחרים מעידים אפילו לא ראוהו עד שנעשה חתנו ויש מי שאומר דה"ד בהשטר יוצא מת"י אחר אבל אם יוצא מת"י העדים לא עכ"ל וזהו ע"פ שיטת הרי"ף הנ"ל דס"ל דלא הוי כנחקרה עדותו בב"ד אלא בשעה שמסרו להבע"ד וכמש"כ הבית יוסף שם.

ועיין באו"ת ונתיבות שם. וחינוך דשיטת הרי"ף הוא דלא הוי כנחקרה עדותו בב"ד בשטר אלא מעת שפא השטר ליד הבע"ד אבל מקודם דמסרו השטר לא הוי אז כנחקרה עדותו בב"ד א"כ לפ"ז עיקר ההגדה של השטר לא הוי בעת שחתמו והשטר יוצא מת"י העדים ולכן י"ל דאף דחתמו על נייר חלק ואח"כ פתבו על חת"י את השטר דהוי שטר פשר דהא בעת עיקר הגדתם דהוי בעת דמסרו השטר להבע"ד הא אז פתוב מכבר למעלה מן חת"י.

וי"ל דהתוס' דכתבו בגיטין בשם הר"י דלא מהני שטר דנכתב לאח"כ דזהו משום דהתוס' בשם הר"י אצלו לשיטתם דס"ל דהוי כנחקרה עדותו מיז דחתמו והוי אז כמו דהגידו

בב"ד וע"כ אם חתמו על נייר חלק פיון דלא נכתב אז למעלה מח"י לא נחשב זה פנקקה עדותו ואין חתימתו חוזר ונייעור אבל לשיטת הרי"ף דבכל שטר לא הוי פנקקה עדותו בב"ד אלא לאחר דמסרו השטר להבע"ד הוי אז פנקקה עדותו וה"ה למ"ד דס"ל עדיו פנקתו זכין לו ומיד לאחר דנכתב השטר בחת"י זכו העדים עבור המלנה והוי אז כמו דנמסר להבע"ד והוי פנקקה עדותו אז וכיון דלשיטת הרי"ף לא הוי אז פנקקה עדותו מיד דחתמו אלא לאחר דמסרו להבע"ד או בזכו בשבילו דהוי אז פנקסר להבע"ד למ"ד דעדיו פנקתו זכין לו ע"כ ה"ה אף דחתמו על נייר חלק פיון דעיקר הגדתו הוי לאחר דמסרו להבע"ד ואז הא הוי פתוב למעלה מחת"י ונחשב שפיר להגדה בב"ד ולכן לשיטת הרי"ף אין מוכרח הך דינא: ועוד יש לדון בזה דהא פיון דכותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו וה"ה דכותבין שטר ללנה אע"פ שאין מלנה עמו אע"ג דבעת דחתמו על הגט והשטר לא הנה הגט וההלנואה אז פי אם לאחר דנמסר כ"ז ליד הבע"ד ומ"מ הוי שטר מעליא אלמא דאף דבעת דחתמו על השטר לא הוי הגדה מעליא פי אם לאחר דנמסר השטר ליד הבע"ד ומ"מ מהני ואז הא הוי פתוב למעלה מחת"י אף בזה י"ל דהא עיקר עדותו על הגט הוי דהבעל אמר פן לפניהם ונכתב לשמו ולשמה וכמש"כ הב"ש סי' ק"ל ס"ק י"ט והנתיבות סי' כ"ח ס"ק ז' א"כ חשוב אז זה להגדה בעת דחתמו וכן י"ל דזהו פוננת התוס' בב"מ ד' י"ב ע"ב ד"ה פותבין שטר ללנה כו' דכיון שהוא פותב חובתו לא שייך מחזי פשיקרא דזהו ג"כ פעין דברי הב"ש הנ"ל דה"ה בשטר עיקר עדותו הוי דהתחייב א"ע בשטר לפניהם ולכן מהני שטר בע"ח פשמוסר להמלנה אח"ז אבל לעולם י"ל דעיקר הגדתו הוי מיד בעת דחתמו ולכן שפיר י"ל דאם חתמו על נייר חלק אין ממש בהשטר וכמש"כ התוס' בגיטין והקצה"ח: ועוד יש לדון בזה ע"פ פלוגתת הראשונים דשיטת הרי"ף בגיטין פ' המגרש דלר"א דע"מ פרתו דסגי ג"כ בע"ח וכ"כ הרמב"ם והרמב"ן והר"נ שם ושיטת התוס' בגיטין ד' ד' ד"ה דקיי"ל הלכה כר"א דגיטין דלר"א לא מהני ע"ח וכן הוא שיטת הרא"ש בפ"ט דגיטין סי' ז' והובא פלוגתא זו באה"ע סי' קל"ג.

והר"נ בפ"ט דגיטין ביאר שם בטעמו של הרי"ף דלכן אף לר"א סגי בע"ח משום דע"ח ה"ל כע"מ שהרי הגט יוצא מת"י בעהש"ט בעדים הללו וידוע לנו שהבעל והלנה מסרו לו ונמצא פאלו הן עצמן מעידים על המסירה והובא דברי הר"נ הנ"ל בנתיבות סי' מ"ה ס"ק ג' וביאר לדברי הר"נ הנ"ל דהא ע"ח בשעת חתימה לא מעידין פלל דהא פותבין גט לאיש ושט"ח ללנה ועדיין ליכא מסירה ובשעת מסירה הוי אז פמגידין על המסירה והא דאמרי' עדים החתומים על השטר פאלו נחקקה עדותו בב"ד ע"כ לא הוי פנקקה עד שעת מסירה ובשעת מסירה הוי אז פמגידין על המסירה דאז נגמר הדבר דקודם מסירה עדיין לא נגמר הדבר ואין העדים מגידין מאומה שאין להם מה להגיד פלל וא"כ בשעת מסירה הוי בשעת ראיה והגדה כו' עכ"ל הנתיבות ומזה חידש הנתיבות שם דין מחודש גבי צירוף קרובים וכשרים בזה ע"ש.

ולכאורה י"ל דהר"נ אתי עלה מטעם דהוי כמו אנו סהדי דנמסר לה וכמש"כ הנתיבות בסי' כ"ח ס"ק ז' שכתב בזה"ל בכוננת הר"נ הנ"ל דע"ח הוי ע"מ או אנו סהדי כו' ולפ"ז יש לעיין במה דחידש הנתיבות בצירוף קרובים פנ"ל אבל באמת פשט דברי הר"נ הם כמש"כ הנתיבות בסי' מ"ה דהוי כמו דמעידים בעצמם על המסירה וכמש"כ הר"נ להדיא

ע"ש ועיין בקצה"ח סי' מ"ב ס"ק א' א"כ לשיטת הסוברים דע"ח מהני אף לר"א משום דהוי ע"מ וס"ל דהא דהוי פגחקה עדותן בב"ד הוי זה בשעת מסירת השטר והגט להבע"ד אבל מקודם דנמסר השטר והגט לא הוי אז פגחקה עדותן בב"ד משום דמה שפעידין שנכתב בצווי המתחייב ושטר זה ראוי לגרש או לקנות בזה א"צ הגדה בב"ד כמש"כ הנהתיבות בארנפה בסי' כ"ח ס"ק ז' ובסימן רמ"ד ס"ק ד' ובספרו תורת גיטין בחי' לגיטין ד' ס"ז בתוס' ד"ה אמרו לסופר כו' וכיין דעיקר הגדתו בשטר הוי בעת דנמסר להבע"ד דהוי אז כע"מ ע"כ י"ל דמה"ט מהני אף בקתמו על נגיר חלק דהא בעת עיקר הגדת עדותן שהוא בעת דנמסר להבע"ד הא אז כתוב למעלה מן חת"י ובמה שפעידין בעת החת"י דשטר זה נכתב בצווי המתחייב הא פיין דבזה לא בעינן הגדה בב"ד ע"כ לא בעינן בזה תורת עדות כ"כ ומהני בזה אף דקתמו על נגיר חלק וקא באיסורין פיין דא"צ הגדה בב"ד י"ל דאף בקתמו על נגיר חלק וכתבו אח"כ למעלה דמהני ולא מצינו דחידשו התוס' הך דינא אלא בגיטין ובממון דבעינן תורת עדות והגדה בב"ד וכה"ג לא הוי עדות פלל וכיין שכתב הנהתיבות שם דמה שפעידין בעת חת"י דשטר זה נכתב בצווי המתחייב א"צ הגדה בב"ד דהוי כמו איסורין ע"כ אפשר לומר דמטעם זה מהני עדותן ע"ז אף בקתמו על נגיר חלק: והתוס' דכתבו דאם קתמו על נגיר חלק לא מהני משום דלא הוי עדות פלל י"ל דזהו משום דאזלו לטעמיהו דס"ל דלא מהני ע"ח להיות במקום ע"מ אליבא דר"א כמש"כ התוס' בגיטין שם ד' ד' בד"ה דקיי"ל הלכה כר"א כו' ואף בשטרות י"ל פן אף לבסוף כתבו ומיהו יש לחלק כו' וכמש"כ התוס' בגיטין דף י"ד ע"ב ד"ה חספא בעלמא כו' להסתפק בזה ע"ש ולפ"ז ברור הוא דמה דאמרינן בכל שטר דהוי פגחקה עדותן בב"ד דזהו בעת דקתמו על השטר הוי אז עיקר הגדתו בב"ד ולכן פיין דבעת דקתמו על נגיר חלק ולא היה כתוב אז מלמעלה ע"כ לא הוי עדות פלל פיין דבעת דקתמו לא היה חשוב זה להגדה פלל אבל לשיטת הרי"ף וסייעתו הג"ל אין זה הכרח פלל ויש לומר דבאמת זהו פנונת הרי"ף במה שכתב ביבמות פ"ג דהובא לעיל דלא הוי פגחקה עדותן בב"ד רק אם יוצא מת"י הבע"ד כו' דזהו משום דאזיל לטעמו דפסק דע"ח הוי כמו ע"מ וכמש"כ הר"נ בכוננתו פנ"ל וכיין דעיקר הגמר עדותן הוי בעת דנמסר להבע"ד והוי אז כמו ע"מ ע"כ לא הוי פגחקה עדותן רק בעת דנמסר להבע"ד ודברי הרי"ף הג"ל הם שייכות להדדי והם הפל בסניגון אחד וקצרותי ולכן לדינא י"ל דאין הכרח מן התוס' להוכיח פן דלא יהיה שום חילק בזה פי י"ל דלשיטת הפוסקים דס"ל דע"ח הוי כמו ע"מ וכמו שהביא המחבר הך דעה בסתמא באה"ע סי' קל"ג ודעה החולקת ע"ז כתב בשם י"א ע"ש דלדברייהם אין הכרח להך דינא פיין דעיקר עדותן בב"ד הוי בעת דנמסר להבע"ד ואז הא כפר כתוב למעלה מן חת"י וכתוב זה שפיר לעדות גמורה אף בממונות ולכן י"ל דהך דינא הוי ספיקא דדינא: ענף ב ועוד יש לדון בזה ע"פ מה דכתב הרמב"ם והמחבר בסי' מ"ו סעי' י"ד דאם עדי השטר אינם זוכרים דבטל השטר וכתב הש"ך שם ס"ק ל"ב דאף לפי מש"כ בסי' כ"ח דשטר מהני מה"ת עכ"ז מסתברים דברי הרמב"ם דאם אין זוכרים העדות דבטל השטר והוי כמו מפי כתבם והנהתיבות שם ס"ק ט' ביאר דברי הרמב"ם והש"ך דס"ל דמה"ת לא הוי פגחקה עדותן בב"ד רק בשעה שבא השטר לב"ד וכמש"כ הרמ"א בתשובה סי' י"ב פעין זה ולכן פיין שאינן זוכרים העדות בעת שבא השטר לב"ד לכן אין ממש בהשטר

וכש"כ לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם דס"ל דְּשֵׁטֶר אֵינוֹ אֶלָּא מד"ס וְשִׁיטַת הַתּוֹס' דְּכָתְבוּ בְּכַתְבוֹת דָּף כ' בד"ה ור' יוֹחָנָן אָמַר כו' דאע"פ שָׁאִין זוֹכְרָה כָּלֵל מֵהֵנִי הַשֵּׁטֶר מִשּׁוֹם דְּהוּי כְּנֻחָקְרָה עֲדוּתָן בּב"ד כְּבָר.

וְעֵינֵן בִּיבְמוֹתַד' ל"א ע"ב ד"ה דְּחִזּוּ בְּכַתְבָּא כו' שְׁכַתְּבוּ שָׁם בְּשֵׁם הַר"י ג"כ כְּנ"ל וְזֶהוּ דְעָה שְׁנֵינִיָּה דְהוּבָא בְּסִי' מ"ו סְעִי' יו"ד בְּשֵׁם יֵשׁ חוֹלְקִים דס"ל דְּאָף דָּאִין זוֹכְרִים עֲנִין הַשֵּׁטֶר בְּעַת דְּבָא הַשֵּׁטֶר לִב"ד ג"כ כְּשֵׁר הַשֵּׁטֶר מִשּׁוֹם דס"ל דְּהָא דְּהוּי כָּל שֵׁטֶר כְּנֻחָקְרָה עֲדוּתָן בּב"ד דְּזֶהוּ מִשּׁוֹם דְּבְעַת דְּחַתְּמוּ הוּי אֲזַ כְּמוֹ דְּהִגִּידוּ עֲדוּתָן בּב"ד: וּלפ"ז יֵשׁ לְדוֹן דְּהַתּוֹס' בְּגִיטִין שְׁכַתְּבוּ בְּפִשְׁיטוֹת בְּלֹא שׁוֹם רְאָיָה דָּאִם חַתְּמוּ עַל גִּייר חֶלֶק בְּטַל הַשֵּׁטֶר דְּזֶהוּ מִשּׁוֹם דְּאֲזִיל הַר"י לְטַעְמוֹ דס"ל דְּהוּי כְּמוֹ דְּנֻחָקְרָה עֲדוּתָן בּב"ד בְּעַת שְׁחַתְּמוּ עַל הַשֵּׁטֶר וְאֲזַ עֵיקַר הַגְּדָתָן וְלִכּוֹן כִּינּוֹן דְּחַתְּמוּ עַל גִּייר חֶלֶק אֵין מִמֶּשׁ בְּעֲדוּתָן אֲבָל לְפִי שִׁיטַת הַרְמַב"ם וְסִינְעָתוֹ כְּמִש"כ הַשֵּׁטֶר דְּמִסְתַּבְּרִים דְּבְרִיָּהֶם דָּאִם אֵינּוּ זוֹכְרִים עֲדוּתָן דְּבְטַל הַשֵּׁטֶר מִשּׁוֹם דְּמָה דְּאָמְרוּ דְּהוּי כְּנֻחָקְרָה עֲדוּתָן בּב"ד הוּי בְּעַת דְּבָא הַשֵּׁטֶר לִב"ד וְלִכּוֹן י"ל דְּאָף דְּחַתְּמוּ עַל גִּייר חֶלֶק ג"כ מוֹעִיל עֲדוּתָן כִּינּוֹן דְּבְעַת דְּבָא הַשֵּׁטֶר לִב"ד הוּי אֲזַ הַגְּדָה מְעַלְיָא דְּהָא אֲזַ כְּבָר כְּתוּב לְמַעְלָה מִן חַת"י וְכִינּוֹן דְּעֵיקַר שֵׁטֶר דְּמוֹעִיל לְשִׁיטְתָם זֶהוּ כִּינּוֹן דְּהוּי שֵׁטֶר כְּנֻחָקְרָה עֲדוּתָן בְּעַת שְׁבָא לִב"ד וְע"כ מֵהֵנִי שֵׁטֶר זֶה עַל חַיִּיב וְכִינּוֹן וּבְגִט וְכֵה"ג וְלִכּוֹן לְשִׁיטָה זֹו אֵין הֶכְרַח לְדַבְּרֵי הַתּוֹס' הַנֶּ"ל וְיֵשׁ לְדוֹן דְּהַתּוֹס' דְּכַתְּבוּ כֹּן בְּפִשְׁיטוֹת הוּא רַק לְשִׁיטְתָם דס"ל דְּהוּי כְּנֻחָקְרָה עֲדוּתָן מִיַּד בְּעַת דְּחַתְּמוּ וְלוֹמַר דִּיהִנְיָה כְּנֻחָקְרָה עֲדוּתָן בּב"ד לֹאח"ז הָא לְשִׁיטְתָם לֹא מְצִינוּ דִּיאָמְרוּ כֹּן וְע"כ שְׁפִיר כְּתְבוּ כְּנ"ל אֲבָל לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם וְסִינְעָתוֹ אֵינוֹ הֶכְרַח לוֹמַר כֹּן: וְהִנֵּה הַב"ח בְּתִשּׁוּבָה סִי' מ"ה כְּתַב בְּגִידוֹן שְׁלוֹ דַע"א חַתְּמוּ עַל גִּייר חֶלֶק וְאח"ז כְּתְבוּ הַשֵּׁטֶר לְמַעְלָה מִחַת"י הַע"א וְאח"כ חַתְּמוּ עַד הַשְּׁנֵי דְּפָסוּל הַשֵּׁטֶר כְּמִש"כ הַתּוֹס' בְּשֵׁם הַר"י בְּגִיטִין דָּף ד' וְלוֹלֵא דְּבְרֵי הַב"ח יֵשׁ לְדוֹן בְּזֶה הַרְבֵּה וְהוּא דְּהַרְמ"א בְּסִי' מ"ו סְעִיף יו"ד כְּתַב דְּאָף לְשִׁיטַת הַסּוֹכְרִים דַא"צ שְׁיִזְכְּרוּ הַעֲדוּת דז"א רַק בְּשְׁנֵי עֲדִים אֲבָל בַע"א דְּחַתְּמוּ בְּשֵׁטֶר בְּעֵינֵן שְׁיִזְכְּרוּ הַעֲדוּת וְהַשֵּׁטֶר בְּסִי' מ"ו ס"ק ל"ג חוֹלֵק עַל הַרְמ"א וְהַעֲלָה דְּלֵהָ שִׁיטָה לֹא הוּי שׁוֹם נַפ"מ בֵּין ב' עֲדִים לַע"א ע"ש וְהַנְּתִיבוֹת בְּסִי' מ"ו ס"ק י"א כְּתַב לְבָאָר עַל נִכּוֹן לְדַבְּרֵי הַרְמ"א בְּמָה שְׁמַחֲלֵק בֵּין ע"א לִב' עֲדִים דְּהָא כְּתַב הַגְּהַת רְמ"א בְּסִי' מ"ו סְעִיף ל"ח דַע"א בְּשֵׁטֶר יָכוֹל לְחִזּוֹר בּוֹ וְהַטַּעַם כְּתַב הַסְמ"ע שָׁם ס"ק ק"ח דָּאִין ב"ד חוֹקְרִין עַל ע"א כ"ז דְּלֹא נִרְאָה הַשֵּׁטֶר בּב"ד כְּמִש"כ הַנְּתִיבוֹת שָׁם ס"ק כ"ו וּמִש"ה בְּעֵינֵן שְׁיִהִיָּה זוֹכֵר הַעֲדוּת בְּעַת שְׁבָא הַשֵּׁטֶר בּב"ד וְדוֹקָא בְּשְׁנֵי עֲדִים כְּשִׁחַתְּמוּ ס"ל לְהָ שִׁיטָה דְּהוּי כְּמוֹ דְּנֻחָקְרָה עֲדוּתָן מִיַּד כְּשִׁחַתְּמוּ שְׁנֵינֵיהֶם ע"ש: וּלפ"ז יֵשׁ לְדוֹן דְּאָף לְכַמִּש"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין דְּבַחַתְּמוּ עַל גִּייר חֶלֶק וְאח"כ נִכְתַּב לְמַעְלָה דָּאִין מִמֶּשׁ בְּעֲדוּתָן דְּזֶהוּ מִשּׁוֹם דְּאֲזִיל לְטַעְמִיָּהוּ דְּמָה"ת הוּי כָּל שֵׁטֶר כְּנֻחָקְרָה עֲדוּתָן מִיַּד דְּחַתְּמוּ שְׁנֵי הַעֲדִים עַל הַשֵּׁטֶר וְע"כ כִּינּוֹן דְּבְעַת דְּחַתְּמוּ הִנְיָה אֲזַ גִּייר חֶלֶק א"כ כִּינּוֹן דְּלֹא הוּי אֲזַ בְּעַת שְׁחַתְּמוּ כְּמוֹ דְּנֻחָקְרָה עֲדוּתָן בּב"ד ע"כ אֵין חַת"י חוֹזֵר וְנִיַּעוֹר דְּהָא לֹא מְצִינוּ לְשִׁיטְתָם לוֹמַר דִּיהָא לֹאח"ז כְּנֻחָקְרָה עֲדוּתָן בּב"ד וְכִינּוֹן דְּלֹא הִנְיָה מִמֶּשׁ בְּעֲדוּתָן מִיַּד שְׁחַתְּמוּ וְע"כ אֵין מִמֶּשׁ בְּהַשֵּׁטֶר אֲבָל בַע"א דְּלֹא הוּי כְּנֻחָקְרָה עֲדוּתָן מִיַּד בְּעַת שְׁחַתְּמוּ אֶלָּא בְּעַת שְׁבָא הַשֵּׁטֶר לִב"ד אֲזַ הוּי כְּנֻחָקְרָה עֲדוּתָן בּב"ד ע"כ שְׁפִיר י"ל דְּאָף הַתּוֹס' מוֹדוּ דַבַע"א שְׁחַתְּמוּ עַל גִּייר חֶלֶק וְאח"ז נִכְתַּב הַשֵּׁטֶר דִּיהִנְיָה דִּינוֹ כְּמוֹ שֵׁטֶר בַע"א כִּינּוֹן דְּבְעַת דְּבָא הַשֵּׁטֶר לִב"ד הוּי אֲזַ הַגְּדָה מְעַלְיָא וְאֵין לוֹמַר דַא"כ יִהְיֶה

פח השטר בע"א לדינו עדיף מן שטר של ב' עדים בזה דז"א דהא אןלינו פתר טעמא דכינן דע"א גרע פחו ויכול לחזור בו מקונדם דהעיד וכן אם אינו זוכר בעת דבא השטר לב"ד דפסול השטר ע"כ ממילא כינן דלא נחשב להגדה כלל בעת שחתם על השטר ע"כ מהני אף בחתם על נייר חלק אבל בשטר של ב' עדים ביחד כינן דאלים פתם דהוי כמו דהגידו עדותן בב"ד בעת שחתמו ע"כ ממילא אם חתמו על נייר חלק אין ממש בעדותן ולכן בהגידון של הב"ח דע"א חתם על נייר חלק אפשר לומר דלשיטת הרמ"א דמחלק בין ע"א לשני עדים דמה"ט אף בע"א דחתם על נייר חלק כינן דלא הוי ביה פנהקרה עדותן בב"ד אלא לאחר דחתם עד השני ג"כ ע"כ שפיר חשוב זה כהגדה גמורה בעת דחתם העד השני דאז פבר הי' כתוב למעלה.

ואף להתוס' פשר שטר כזה לפמש"כ הרמ"א פנ"ל לדינא כמו שכתבו התוס' בכתובית בתי' קמא והובא בש"ך שם: ולכאורה אפשר לומר דאי נימא כמש"כ הרמ"א דבע"א לא הוי פנהקרה עדותו בב"ד עד שעה שפא לב"ד דאלמא דמצינו דיש מקום לומר דאף היכא דלא הוי פנהקרה עדותו מיז בעת שחתם דעכ"ז הוי פנהקרה עדותו לאח"ז בעת שפא לב"ד דה"ה יש לדון פן בשטר שחתמו על נייר חלק שני עדים ואח"כ כתבו למעלה מחת"י שני העדים את השטר דג"כ לפ"ז יש להקשיר דאף דבשני עדים הוי פנהקרה עדותן מיז בעת שחתמו דמ"מ היכא דלא הוי פנהקרה עדותן מיז מ"מ לא גרע מן ע"א דאף דלא הוי פנהקרה עדותן מיז דמ"מ הוי פנהקרה עדותן לאח"ז ומש"כ לעיל בזה דאןלינו פתר טעמא הוא דוחק: ויש לומר דאף דנימא דגם בשטר בשני עדים היכא דלא הוי פנהקרה עדותן בב"ד מיז בעת שחתמו על נייר חלק דמ"מ לאחר דבא לב"ד הוי פנהקרה עדותן דלא גרע מן ע"א לפמש"כ הרמ"א לדון בע"א פן דמ"מ יש לפסול בחתמו שני עדים על נייר חלק משום חשש דהוי כמו מזוניף מתוכו דכתבו התוס' דפסול היכא דיש חשש דלמא אתי למסמך עליהו להשיאה או להוציא ממון ע"פ ואע"פ שדבר אמת אין לעשות פן אלא בעדים כשרים כמש"כ התוס' בגיטין דף ד' ולכן כינן דבשטר בשני עדים אע"פ שאין זוכרים פשר השטר לשיטת התוס' משום דהוי פנהקרה עדותן מיז בעת שחתמו ולכן כל מי שיראה פך פתוב בשטר יכול לבא לב"ד להעיד דהוי כמו דנהקרה עדותן בב"ד כמש"כ התוס' בכתובות דף כ' וביבמות דף ל"א ובאמת אם חתמו על נייר חלק דאז לא הוי פנהקרה עדותן מיז בעת שחתמו אלא אז הוי פנהקרה עדותן לאחר שפא השטר לב"ד וכמו בע"א דכינן דלא הוי פנהקרה עדותן מיז בעת שחתם ע"כ לא הוי פנהקרה עדותו רק לאחר שפא לב"ד ולכן מי שיראה פך פתוב בשטר בעדים יבא ויעיד ויהיו סומכין על עדותן משום דלא ידעו מן מה שחתמו על נייר חלק ובאמת כינן שחתמו על נייר חלק דלא הוי פנהקרה עדותן בב"ד מיז אלא לאחר דבא השטר לב"ד א"כ הוי בעת ראיתן להשטר כ"ז דלא פא השטר לב"ד כמו מפי פתבם דלא מהני וע"כ שפיר פתבו התוס' לפסול בחתמו על נייר חלק וכעין הא דיבמות דף ל"א דאמרו זמנין דחזו בכתבא ומסהדי והוי מפי פתבם וכן יש חשש שפא לא ינכרו העדות בעת דבא השטר לב"ד דבכל שטרות אף דאינם זוכרים העדות פשר השטר לשיטת התוס' משום דהוי פנהקרה עדותן מיז שחתמו וכינן דלא ידעו ממה שחתמו על נייר חלק מחמת ששכחו ענין השטר ע"כ יכול לבא לחשש תקלה לאח"ז.

וּכְעֵין מִשׁ"כ הֶר"ן בְּגִיטִין פ"ד עַל מִשְׁנֵה דְהִיָּה מִשְׁנֵה שְׁמוֹ וְשִׁמָּה דְחִיּוּשֵׁינָן דְּשָׂמָא לֹא ח"ז
נִשְׁפַּח הַדְּבָר ע"ש וְהַעֲיָקָר כַּמִּש"כ מִתְחַלְלָה לְהַחֲשֵׁשׁ דְּעַדִּים אַחֲרִים שְׁיִרְאוּ כְּפִי פְתוּב
בְּהַשְׁטָר דְּיִבּוּאוּ וְיַעֲיָדוּ כַּנ"ל: וְלִשְׁיִטַּת הֶרְמֵב"ם וְסִינְעָתוֹ דַּס"ל דְּלֹא הֲוֵי פְּנִחְקָרָה עֲדוּתָן
בב"ד בְּכָל שְׁטָר אֱלָא מַעַת שְׂבָא הַשְׁטָר לַב"ד וּמ"מ ס"ל דְּאִם עֲדִים אַחֲרִים מְעִידִים שְׂרָאוּ
כְּפִי פְתוּב בְּשְׁטָר סוּמְכִין עַל עֲדוּתָן כְּמִבְּנָאָר בַּב"ק דָּף צ"ח וְאַף דְּלֹא הֲוֵי פְּנִחְקָרָה עֲדוּתָן
עַד שְׁעָה שְׂבָא לַב"ד וְהַטְעַם הוּא דְכִינּוּן דְּהֲוֵי פְּנִחְקָרָה עֲדוּתָן בְּעַת שְׂבָא לַב"ד ע"כ תְּקַנּוּ
חז"ל דִּיהֵא לֹו דִּין שְׁטָר אַף מִקְּוָדִם דְּבָא הַשְׁטָר לַב"ד וְכַמִּש"כ הַנְּתִיבוֹת כְּעֵין זֶה בַּסִּי
מ"ו ס"ק ט' בְּמַתוֹ הָעֲדִים מִקְּוָדִם שְׂבָא הַשְׁטָר לַב"ד וְה"ה מַה"ט יֵשׁ לְדוּן כֹּן בְּחַתְמוֹ עַל
נִייר חֶלֶק דְּכִינּוּן דְּהֲוֵי פְּנִחְקָרָה עֲדוּתָן בְּעַת שְׂבָא לַב"ד ע"כ יֵשׁ לֹו דִּין שְׁטָר אַף מִקְּוָדִם
אַבְּל לְשִׁיטַּת הַתּוֹס' דְּלִדְיָהּ אֵינוֹ מוֹכְרָח לֹוּמַר כֹּן דְּהָא כִּינּוּן דַּס"ל דְּכָל שְׁטָר הֲוֵי פְּנִחְקָרָה
עֲדוּתָן מִיָּד בְּעַת שְׂחַתְמוֹ א"כ אֵינוֹ מוֹכְח לֹוּמַר כֹּן ע"כ שְׁפִיר פְּתַבּוּ לְפִסְוֹל לְשְׁטָר שְׂחַתְמוֹ
עַל נִייר חֶלֶק וְלִכְּוֹן לְדִינָא יֵשׁ לֹוּמַר דְּלִשְׁיִטַּת הֶרְמֵב"ם וְסִינְעָתוֹ אַף בְּחַתְמוֹ עַל נִייר חֶלֶק
יֵשׁ לֹו דִּין שְׁטָר וְכַש"כ בְּנִיזוֹן שֶׁל הַב"ח בַּע"א חֲתוּם עַל הַחֶלֶק דִּישׁ לְהַחֲשִׁיר לְפִי שִׁיטַּת
הֶרְמֵב"א בַּע"א בְּשְׁטָר דְּבַעֲזֵי שְׁיִזְפֹּר הָעֲדוּת אַף לְפַמִּש"כ הַשְׁטָר בַּסִּי מ"ו ס"ק ל"ג וּבַס"ק
ק"ט דְּלֹא פְּהֶרְמֵב"א וְהַעֲלָה דְּאִינְלֶחֶלֶק בֵּין ע"א לַב' עֲדִים ע"כ שְׁפִיר פְּתַבּוּ הַב"ח בְּנִיזוֹן
שְׁלוֹ וְאֵין מְחַלֵּק בֵּין ע"א לְשִׁנֵּי עֲדִים גַּם י"ל דַּהַב"ח אֲזִיל לְטַעְמוֹ דַּהַב"ח בְּטוֹר ח"מ סוֹף
ס' מ"ו פְּתַבּוּ דְּדוֹקָא הֶרְמֵב"ם לְשִׁיטַּתוֹ דַּס"ל דְּכָל שְׁטָר אֵינוֹ רַק מְדַרְבְּנָן ע"כ ס"ל דְּבַעֲזֵין
שְׁיִזְפֹּרוּ הָעֲדוּת וְלִדִּינָא דְקִי"ל דְּשְׁטָר הוּא מַה"ת ע"כ אַף בְּאֵינָם זוֹכְרִים הָעֲדוּת מְהִנֵּי
ע"ש וְלִכְּוֹן שְׁפִיר פְּתַבּוּ הַב"ח בְּתִשְׁבּוּבָה פְּשִׁיטַת הַתּוֹס' בְּגִיטִין דְּחַתְמוֹ עַל נִייר חֶלֶק לֹא מְהִנֵּי
אַבְּל לְפַמִּש"כ הַשְׁטָר בַּסִּי מ"ו ס"ק ל"ב דְּאַף לְדִינּוֹ דְקִי"ל דְּשְׁטָר הוּא מַה"ת מ"מ י"ל
דְּבִאֵינָם זוֹכְרִים פְּסוּל מַה"ט דְּנִתְבָּאָר ע"כ הֲוֵי זֶה סְפִיקָא דְּדִינָא: עֲנָף ג' וּבַעֲיָקָר הָעֲנָן
בְּחַתְמוֹ עַל נִייר חֶלֶק דְּכַתְּבוּ בְּשֵׁם הַתּוֹס' לְפִסְוֹל יֵשׁ לְעֵינָן בְּעִיָּקָר רְאֵינָתָם וְהוּא דְּהָא
מִבְּנָאָר בְּגִיטִין דָּף כ"ו וְכַתְּנִיבּוֹת דָּף כ"א בַּתּוֹס' שֶׁם וּבְדָף פ"ה דְּלֹא חִיּוּשֵׁינָן לְמַחְזֵי
כְּשִׁיקְרָא וְכֹן מִבְּנָאָר בַּח"מ ס' מ"ו סְעִיף כ"ד וּבַשְׁטָר ס"ק סְמ"א וּבַסִּי ל"ט סְעִיף י"ג
וְש"א ס"ק ל"ח דְּאַף בְּחַתְמֵיהָ לֹא חִיּוּשֵׁינָן לְמַחְזֵי כְּשִׁיקְרָא וְע"פ דִּין מוֹתְרִין הָעֲדִים לְכַתְּבוּ
שְׁטָר לְמַלְוָה וְיִהְיֶה בְּיָדָם עַד שְׂבָא הַלְוָה לְהַקְנוֹת מִמֶּנּוּ אַף דְּאֶסְרוּ מִטַּעַם דְּשָׂמָא יְפוּל
מִיָּדָם כו' אוּ מִשׁוּם דְּלְכַתְּחַלְלָה חִיּוּשֵׁינָן לְמַחְזֵי כְּשִׁיקְרָא וְעֵינָן בַּאו"ת שֶׁם.

וְהָא בְּכַתְּבוּ הָעֲדִים הַשְׁטָר וְחַתְמוֹ מִקְּוָדִם שְׂרָאוּ הַהַלְוָאָה הָא אַז בְּעַת שְׂחַתְמוֹ בְּנִדְאֵי אֵין
עֲדוּתָם חֲשׁוּב לְעֲדוּת פְּלִל וְעִיָּקָר חַתְמֵתָם וְעֲדוּתָם הוּא עַל מַה שְׁיִרְאוּ לְהַבָּא וּמ"מ כְּשֶׁר
מִן הַדִּין א"כ ה"ה בְּחַתְמוֹ עַל נִייר חֶלֶק דְּאַף דְּקוֹדִם שְׂפַתְבוּ הַשְׁטָר ע"ג לֹא יִהְיֶה מִמֶּשׁ
בְּעֲדוּתָם וְחַת"י דַּמ"מ כְּשִׁיחַתְמוֹ עַל הַסְּמָךְ שְׂיִכְתְּבוּ לֹא ח"ז לְמַעְלָה עַל חַת"י יֵשׁ לֹוּמַר
דְּהַשְׁטָר כְּשֶׁר וְע"פ סְבָרָא נִרְאֶה דִּיּוֹתֵר גְּרַע הִיכָא דְּלֹא רָאוּ עֵצָם עֲדוּתָן פְּלִל בְּעַת שְׂחַתְמוֹ
מִן הִיכָא דְּרָאוּ כְּבָר עֵצָם עֲדוּתָן רַק דְּלֹא פְּתַבּוּ לְמַעְלָה עֲדִינָן א"כ כְּמוֹ דְּמוֹתְרִין לְחַתְנוּם
עַל סְמָךְ דִּירְאוּ לֹא ח"ז עִיָּקָר הָעֲנָן כַּש"כ דְּמוֹתְרִין לְחַתְנוּם אִם רָאוּ כְּבָר הָעֲדוּת עַל סְמָךְ
דִּיכְתְּבוּ לֹא ח"ז לְמַעְלָה מִן חַת"י וְגַם הָא זֶהוּ דְּבָר שְׂבִינְדָם בְּעַת חַת"י לְכַתְּבוּ אַח"ז לְמַעְלָה
מִשָּׂא"כ בְּחַשְׁשׁ דְּמַחְזֵי כְּשִׁיקְרָא דְּאֵין בְּיָדָם מִקְּוָדִם שְׂרָאוּ אֶת הַהַלְוָאָה ע"כ הַדְּעַת נוֹתְנָת
דְּאַף בְּחַתְמוֹ עַל נִייר חֶלֶק מְלַמְטָה יִהְיֶה הַשְׁטָר כְּשֶׁר בְּנִכְתְּבָא אַח"ז לְמַעְלָה: וְהָא דְּכַתְּבוּ
הַתּוֹס' בְּגִיטִין דָּף ד' דְּבַחַתְמוֹ עַל נִייר חֶלֶק פְּסוּל בְּגִיטִין וּבַשְׁטָרוֹת יֵשׁ לֹוּמַר בְּכַוְנָתָם

דס"ל דְּשִׁינָה בְּזֶה הַחֲשֵׁשׁ דְּמַחְזֵי פְּשִׁיקְרָא דְּהָא פִּינּוּ דְּבַעַת שְׁחַתְמוּ לֹא הָיָה פְּתוּב לְמַעְלָה
א"כ הוּי שְׁקָר מִמָּה שְׁחַתְמוּ בְּתוֹרַת עֲדוּת פִּינּוּ דְּלֹא נִכְתַּב לְמַעְלָה וְלֹא מִחֲלָקֵי בֵּין שְׁאָר
מַחְזֵי פְּשִׁיקְרָא וּבֵין זֶה וְלִכּוֹן לְמֵאן דְּס"ל לְפִסְוֹל בְּכָל מַחְזֵי פְּשִׁיקְרָא שְׁפִיר יֵשׁ לְפִסְוֹל בְּזֶה
ג"כ וְלִדְיָנָא דְּקוּי"ל דְּלֹא חִיְיָשִׁינּוּ לְמַחְזֵי פְּשִׁיקְרָא יֵשׁ לֹאמֵר דְּבִשְׁטָרוֹת פְּשָׁר בְּחַתְמוּ עַל
נִייר חֲלָק עַל הַסְּמָךְ דִּיכְתָּבוּ אַח"ז וְלֹא הוּצִיאוּ מִת"י עַד לְאַחַר שְׁנַכְתַּב אָבֵל בְּגִיטִין י"ל
דְּפִסּוּל מִשׁוּם דְּהִיכָא דְּחַתְמוּ בְּשְׁקָר וְהוּי מַחְזֵי פְּשִׁיקְרָא בַּחַת"י י"ל דְּהִחְמִירוּ בְּגִיטִין
כְּדַמְצִינוּ כַּה"ג בְּתוֹס' גִּיטִין דָּף פ' ד"ה פִּי יְתִבִּיתוּ כו' שְׁפַתְבוּ בְּשֵׁם הַר"י לְחֲלָק דְּבִגְט
פְּסִלוּ הָיָה בְּמִזְרַח כו' מִשָּׂא"כ בְּשְׁטָרוֹת כו' וְהוּבָא בְּש"ף ס'י מ"ג ס"ק מ"א וְכ"כ הֵגֵט
פְּשׁוּט בְּסִי קכ"ז ס"ק כ' דִּישׁ מְקוֹם לְחֲלָק בֵּין גִּיטִין לְשְׁטָרוֹת בְּזֶה ע"ש וְעֵינָן בְּגִיטִין דָּף
כו' וְכַתְּנוּבוֹת דָּף פ"ה בְּמָה דְּאָמְרוּ וְלִיתָא מִדְּר"נ דָּר"נ אֶפְיִלוּ מְצָאוּ בְּאַשְׁפָּה כו' אָף דִּי"ל
דְּגַרְעֵי הִיכָא דְּהָיָה הַחַת"י בְּשְׁקָר וְהַג"פ כְּתַב שֵׁם בְּשֵׁם הָרִיב"ש דְּאִין כָּל הַשְּׁקָרִים דּוּמִין
זֶה לְזֶה עַכ"פ מְצִינוּ דְּבִגְטִין יֵשׁ לְהַחְמִיר יוֹתֵר מִבְּשְׁטָרוֹת: וְלִכּוֹן י"ל דְּהָא דְּכְתָבוּ הַתּוֹס'
בְּגִיטִין ד' ד' ד"ה מוֹדָה ר"א כו' לְפִסְוֹל בְּכְתָבוּ הֵגֵט עַל נִייר חֲלָק מִשׁוּם דְּלִיכָא עֲדוּת פְּלִל
י"ל דְּכּוֹנְנַתְּם דְּזֶהוּ מִשׁוּם דְּמַחְזֵי פְּשִׁיקְרָא פִּינּוּ דְּבַעַת שְׁחַתְמוּ לֹא הִי לְהֵם עַל מַה לְהַעֲיִד
וְחַתְמוּ שְׁקָר דְּבִגְטִין יֵשׁ לְפִסְוֹל יוֹתֵר מִבְּשְׁטָרוֹת כַּנ"ל וְיִמָּה שְׁפַתְבוּ דֹא"כ מִטַּעַם זֶה גַּם
בְּשְׁאָר שְׁטָרוֹת הָיוּ לָנוּ לְהַצְרִיף חַת"י לְשִׁמָּה יֵשׁ לֹאמֵר דְּכּוֹנְנַתְּם לְמֵאן דְּאָמַר לְפִסְוֹל
בְּשְׁטָרוֹת מִשׁוּם מַחְזֵי פְּשִׁיקְרָא דְּלִדְיָנָא תִּקְשָׁה דֹא"כ הָיָה לָנוּ לְהַצְרִיף חַתְיָמָה לְשִׁמָּה
אֲלִיבָי' וְכַה"ג מְצִינוּ בְּב"מ ד' י"ב ע"ב ד"ה כּוֹתְבִין שְׁטָר לְלִנְה כו' שְׁפַתְבוּ דְּלִיכָא לְמִיחָשׁ
לְמַחְזֵי פְּשִׁיקְרָא כְּמוֹ בְּאַשְׁרְתָא דְּדִינֵי דְּפִסְוֹלָה דְּהִכָּא פִּינּוּ שְׁהוּא כּוֹתְבָתוּ כו' אֲלֵמָּא
דְּמְצִינוּ דְּכְתָבוּ סְתָמָא דְּבַמַּחְזֵי פְּשִׁיקְרָא פְּסוּלָה אָף שְׁבָאָמַת אִין זֶה רַק לְחַד מ"ד וְכַה"ג
כְּתַב הַשְּׁ"ף בְּסִי רס"ח ס"ק ב' ע"ש וְכֵן מְצִינוּ בְּכ"ד וְעִי' בְּחֻלְיִן דָּף ק"ד תּוֹס' ד"ה וּמְנָא
תִּימָרָא כו' וּבְחַתְמוּ עַל נִייר חֲלָק לֹא שְׁיָיָה לֹאמֵר לְסַכְרַת הַתּוֹס' שְׁפַתְבוּ שֵׁם דְּכִינּוּ שְׁכּוֹתְבִין
חּוֹבְתוּ כו' דְּהָא לֹא נִכְתַּב פְּלוּם אִזְ בְּעַת חַת"י וְע"כ לְדִינָא י"ל דְּכִינּוּ דְּלֹא חִיְיָשִׁינּוּ בְּשְׁטָרוֹת
לְמַחְזֵי פְּשִׁיקְרָא לְכּוֹן ה"ה בְּחַתְמוּ עַל נִייר חֲלָק עַל הַסְּמָךְ שְׁיִכְתָּבוּ אַח"ז לְמַעְלָה וְלֹא יוּצִיאוּ
מִת"י הַנִּייר הַחֲלָק דֹא"כ בְּלֹא"ה יֵשׁ לְחַוֵּשׁ דְּלֵמָּא יִכְתּוּב אִיזָה זִיוָף וְשְׁקָר לְמַעְלָה מַחַת"י
כְּמִבְּנָאָר בְּכ"ד דִּי"ל דְּאִין זֶה פְּסוּל בְּדִיעְבַּד וְלִכּוֹן לְדִינָא אִין זֶה הַכְּרַח: וְלִכְאֹרְהָ יֵשׁ לֹאמֵר
דְּלִכּוֹן יֵשׁ לְפִסְוֹל בְּחַתְמוּ עַל נִייר חֲלָק מִשׁוּם דְּעִיקָר נְאֻמָּנוֹת עֲדוּת דְּהַתּוֹרָה הֶאֱמִינָה אוֹתָם
י"ל דְּזֶהוּ מִטַּעַם דְּכִינּוּ דֹא"כ הַעֲדִים הַעֲיָדוּ בְּשְׁקָר קָא עֲבָרוּ עַל לֹא דְּלֹא תַעֲנֶה וְעַל עֲשֵׂה
דְּמַדְבַּר שְׁקָר תִּרְחַק כַּמִּש"כ הַתּוֹס' בְּב"ב ד' צ"ד ד"ה הִכִּי הִשְׁתָּא כו' ע"כ אֶפְשָׁר לֹאמֵר
דְּדוּקָא אִם הַעֲיָדוּ עַל הַעֲבָר בְּפִיָּהּ וְיִצָּא הַשְּׁקָר מִפִּיָּהּ בְּעַת שְׁהַעֲיָדוּ ע"כ בְּזֶה לֹא חֲשַׁדִּינוּ
אוֹתָם שְׁיַעֲיָדוּ בְּשְׁקָר וְה"ה בְּעֲדוּת בְּשְׁטָר עַל מַה שְׁפַתְבוּ לְמַעְלָה מַחַת"י אָבֵל אִם חַתְמוּ
עַל נִייר חֲלָק דְּבַעַת דְּחַתְמוּ לֹא נִכְתַּב פְּלִל שׁוּם שְׁקָר לְמַעְלָה וְלִכּוֹן שְׁפִיר יֵשׁ לְחַוֵּשׁ דָּם
שְׁיִתְּנוּ רְשׁוּת לֹא לְכַתּוּב שְׁקָר לְמַעְלָה מַחַת"י פִּינּוּ דְּלֹא קַעֲבָדִי בְּדִיבּוּר דְּרַחֲמָנָא קָרִי
מַעֲשֵׂה כְּמִבְּנָאָר בְּב"ק ד' ה' וּבְכַה"ג אֶפְשָׁר לְמַחְשֵׁב אוֹתָם פִּינּוּ דְּהוּא אִיסוּר קַל בְּגִדְרָה
גְּרָמָא כְּמוֹ בְּשִׁלִּישׁ שְׁהַחְזִיר שְׁטָר לְהַמְלִינָה כַּמִּש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי נ"ה ס"ק ד' וְעֵינָן בְּשִׁבּוּעוֹת
ד' מ"ו תּוֹס' ד"ה אָבֵל שְׁבּוּעַת בִּיטוּי כו' וּבַח"מ ס'י צ"ב סְעִי' ב' שְׁמַחֲלָקִים בֵּין שְׁבּוּעָה
דְּלֵהָבָא דְּלֹא יִצָּא הַשְּׁקָר מִפִּי בְּעַת הַשְּׁבּוּעָה כֵּן י"ל בְּזֶה: אָבֵל גַּם מִטַּעַם זֶה אִין לְפִסְוֹל
דֹא"כ תִּקְשָׁה דֹאמָאי אָמְרוּ דְּלְמַחְזֵי פְּשִׁיקְרָא לֹא חִיְיָשִׁינּוּ וְע"כ מִן הַדִּין הָיוּ מוֹתָרִים עֲדִים

לכתוב ולחתום על הסמך דלהבא פמבואר בסי' ל"ט סעי' י"ג ובסי' מ"ו רק דפסלו שם
מחשש שמה יפול מיזם כמש"כ הש"ך שם והא בלא"ה יש לחוש דשמה יקילו באיסור
עדות שקר בזה האופן פינו דבעת דחתמו הי' על סמך דלהבא ולא שייך אז לומר דהעידו
בשקר ולכן יש לחוש דלמא אח"כ נתהפך מחשבתם ולא קעבדי פלום במה ששתקו אח"ז
ולא קרעו להכתב שכתבו מתחלה ואפ"ה חזינו דלא פסלו מה"ט דכיון שזו תנאים אח"ז
השטר חתום בחת"י בתורת עדות הוי זה עדות מעליא אף שלא שייך התם לומר הסברא
דיצא השקר מפיהם בעת עדותם וה"ה די"ל פו בחתמו על נגיר חלק פינו דהשטר הוא
ת"י העדים וכתבו אח"ז למעלה דאח"כ פשמוסרים השטר להבע"ד וכתוב אז למעלה
דנאמנים בתורת עדות בזה וגם הא באשרתא דדייני דכתבו וחתמו על סמך דלהבא ואף
מאן דפוסל אין זה רק משום דמחזי כשיקרא אלמא דאף דחתמו על סמך דלהבא יש להם
תורת עדות בזה וה"ה בנ"ד ולכן הב"ח והקצה"ח לא כתבו טעם זה והקצה"ח כתב דה"ה
בכת"י שזנחתם על נגיר חלק ונכתב אח"ז דאין בו ממש כמו בחת"י העדים ובאמת לפי
מש"כ יש לחלק בין עדים לכת"י המתחייב וחזינו דגם הקצה"ח לא נחת לטעם זה וכן
הב"ח כתב שם סברא אחרת בזה כפי שיבואר להלן: ענף ד ובאה"ע סי' קכ"ה סעי' ו'
כתבו בשם הרא"ש בתיקון פסול שאירע בגוף הגט דצריף לתקן קודם שיחתמו העדים
אף במה שאינו פסול מן הדין רק מפני חומרא בעלמא יכולין לתקן אף אחר שחתמו
כמש"כ הח"מ שם ומזה מוכח דלא מהני באם חתמו על נגיר חלק דאל"כ מה בכך שחתמו
תחלה דלא יאה אלא נגיר חלק אף באמת אינו ראי' מגיטין לשטרות כמש"כ לעיל
דבגיטין התמירו ביותר היכא דהוי חשש מחזי כשיקרא וכה"ג ובח"מ סי' מ"ה סעי' י"ד
בהרחיקו העדים שני שיטין מהשטר דאם מלאוהו בקרובים פשר נחד דעה ס"ל דאם
מלאוהו שלא מדעת הלנה פסול משום דשם פסול עליו כ"ז שלא מלאוהו ומה"ט באם
מלאוהו למחר פסול פמבואר שם סעי' ט"ו ועיין בסמ"ע שם ובש"ך ס"ק כ"ו דכתב
דכ"ע מודו בזה משום דהוי שם פסול עליו והא שייכול למלאות בלא דעת הלנה כו'
ולכאורה קשה דאף דמלאוהו בדעת הלנה דמ"מ פינו דיש עליו שם פסול בעת שחתמו
והי' רחוק ב' שיטין א"כ קשה דאמאי מהני במה שמלאוהו לאחר שחתמו והא חזינו
באה"ע סי' קכ"ה הנ"ל דלאחר שחתמו לא מהני תיקון לגוף הגט פינו שנפסל כבר:
ולפמש"כ לחלק בזה בין גיטין לשטרות אתי שפיר די"ל דדוקא בגט התמירו לתקן
מקודם חת"י העדים משא"כ בשטרות שפיר יכול לתקן אף אחר שחתמו ומה"ט יכול
למלאות בקרובים אבל זה אינו דהא אף בגט פשר למלאות בקרובים בהרחיק שני שיטין
פמבואר בגיטין ד' פ"ז וד' פ"ב ובתוספתא דגיטין סוף פ"ז גט שכתבו עליו חמשה עדים
ונמצאו הראשונים קרובים כו' ועיין בב"ב ד' קס"ב וגיטין ד' י"ח וקצתתי ובאמת יש
להוכיח ממה דכשר למלאות אף אחר שהרחיקו ב' שיטין דמוכח מזה כמש"כ הסמ"ע
בסי' מ"ה ס"ק ל"ו לחד שיטה דס"ל דאין שם פסול עליו בהרחיקו שני שיטין לפי מש"כ
הש"ך שם דכו"ע סבירי להו דשם לפסול עליו פמבואר שם סעי' ט"ו י"ל דהא דכתבו
באה"ע סי' קכ"ה דאחר שזנחתם אין הבעל יכול לתקן מאחר שזנחתם בפסול דקאי שם
בנראה לפני ב"ד לשיטת הסוברים דצריף ב"ד בגט א"כ הא אף בהרחיק ב' שיטין אם
נראה בב"ד אין לו תקנה פמבואר בסי' מ"ה סעי' י"ד אבל זה דוחק דמשמע שם דאף
בלא נראה בב"ד אין הבעל יכול לתקן הגט לאחר שזנחתם ולכן בע"כ מוכח לחלק דשאני

הרחיק ב' שיטין דאף דשם פסול עליו מ"מ פיון דאין זה תיקון בגוף כתב הגט ע"כ
הכשירו משא"כ היכא דצריף תיקון בגוף כתב הגט לכן לא מהני דהוי פמו הא דכתבו
התוס' דאם קדם הקתי' להכתיבה בגט לא מהני וכמש"כ ועפ"ז יש לדון במש"כ הש"ך
בסי' מ"ג ס"ק י"א: והב"ח בתשובה סי' מ"ה פתב הטעם דלכן לא מהני בכתמו על גייר
חלק כמש"כ התוס' משום דכתיב שדוה בפספ יקנו וכתוב בספר וחתום וקעד עדים
דמשמע דתחלה צריף לכתוב ואח"כ יחתמו עדים כו' עכ"ל ולפי טעמו יש לומר דה"ה
בכתי' המתחייב צריף לכתוב תחלה ואח"כ יחתום דהא בירמ' ל"ב פסוק מ"ד פירשו
המפרשים שם דכתוב בספר וחתום היינו דבעל השדה יחתום שמו ע"ש א"כ קאי זה על
כת"י.

אבל באמת זה אינו לפמש"כ התוס' בב"ב ד' ק"ס ד"ה שדוה בפספ יקנו כו' דכתוב בספר
זהו טופס וחתום זהו תנרף אכן עיקר טעמו של הב"ח אין זה ברור למדרש פסוקי מנפשי'
וגם לדבריו א"כ אם ביקש הלוקח שיכתבו השטר ויהי' ביד העדים עד שיבא המוכר
למפון דמבואר בסי' רל"ח בסמ"ע ס"ק ה' דאסור רק משום דמחזי פשיקרא וכמש"כ
המ"מ וכמו הא דסי' ל"ט סעי' י"ג פנ"ל הא לדברי הב"ח יש לדרוש פן מקראי דאין
להעדים לחתום עד אחר שיקנה השדה בפספ אבל לא לכתוב השטר על סמך דלהבא
דהא פתיב שדוה בפספ יקנו ואח"כ וכתוב בספר וחתום וקעד עדים וכתב אין זה הוכחה
מן הפסוק פמבואר בפשיטות וכ"ז פשוט: ולפמש"כ בסמ"ע בסי' מ"ח ס"ק א' דשטר
שנמחל שעבודו גבי מב"ח משום דשייף גם בזה לומר שטר א בדי מאי בעי א"כ לפ"ז
יש לומר דה"ה בשטר שחתמו על גייר חלק דמ"מ גבי מב"ח דהא בשטר שנמחל שעבודו
לא חתמו העדים על ההלואה הלז וכמו דמבואר בירושלמי בב"מ פ"א ה"ן טעם הלז
דלכן אינו גובה בשטר שנמחל שעבודו משום שלא חתמו העדים על הלואה השני' ומ"מ
גבי מב"ח לשיטת הסמ"ע א"כ ה"ה בכתמו העדים על גייר חלק על סמך פתיבה דלהבא
ובהלואה שהלנה לפנייהם כש"כ דמהני שייגבה מב"ח אבל לפי שיטת הש"ך דחולק וס"ל
דשטר שנמחל שעבודו אינו גובה מב"ח י"ל דה"ה בגייר חלק ואח"כ נכתב על חת"י
לפמש"כ הקצה"ח דפסול דמה"ט אף מב"ח אינו גובה ומ"מ אם מסר שטר פנה לפני
ע"מ יש לומר דגובה בו כמש"כ הרמ"א בסי' מ"ח בשטר שנמחל שעבודו ולפמש"כ
הש"ך שם ס"ק ה' דדוקא במסרו לפני עדי חתימה דאל"כ ה"ל מזוניף מתוכו י"ל דה"ה
בכתמו על גייר חלק דאם מסרו לפני ע"ח מהני השטר ועיין בקצה"ח סי' מ"ח ס"ק ו'
ובאו"ת ובנתיבות שם אף לפמש"כ הש"ך שם ס"ק ו' דלקמן העלה בסי' נ"א דהרבה
חולקין וס"ל דלא אמרינן ע"מ פתי בשטרות ע"כ לא מהני בזה ע"מ אף אם תפס מהני
[אף לפמש"כ הקצה"ח לפסול ג"כ בשטרות בכתמו על גייר חלק] אם נמסר לפני ע"מ
מע"ח כמש"כ הש"ך שם פנ"ל: והקצה"ח בריש סי' מ"ה פתב דלפמש"כ התוס' בריש
גיטין דחת"י עדים על החלק לא מהני דה"ה בכתי' שחתם ואח"כ פתב עליו דלא מהני
ובאמת לפמש"כ לעיל יש לחלק בזה בין עדים לחת"י הבע"ד ולקמן סי' ס"ט סעי' א'
כתב המחבר והטור בשם הרמב"ן שם דכשחתם שמו למעלה צריף שיהי' בכתי' דשמא
מצאו אחר כו' דמשמע מזה דלולי הטעם בפשש זיוף הי' מהני הכתי' אף דנכתב למעלה
רק חת"י ואח"כ נכתב בכתי' אחר דלא שייף בזה סברת הקצה"ח שכתב דאף דלא הי'
חת"י רק לוייתו ממך בכתי' מהני דהא זה לא שייף בכתי' אחר אף זה יש לדחות די"ל

דלכן נקטו הטעם דשׂמא מציאו אחר כו' להורות לנו הדין דאף אם הנה הכת"י מהאחר דלנה מנה ואח"ז חתם שמו למעלה דעכ"ז לא מהני ולא יעשה שטר פנה דשׂמא מציאו אחר כו' ולא יהא ממש בכת"י הלז אבל לעולם י"ל דאם חתם שמו כ"ז דלא נכתב למטה ולא למעלה מהחת"י דלא מהני וכמש"כ הקצה"ח וכן מןכרח לומר במש"כ הסמ"ע בסי' מ"ה ס"ק ב' דאין העדים חותמין למעלה משום חשש זיוף כו' דאף לפמש"כ הקצה"ח דע"פ דין לא מהני בכתמו על נגיר חלק דמ"מ צריף להטעם הלז אף היכא דהעדים חתמו למעלה לאחר שנקתב למטה השטר פנ"ל וכן מןכרח לומר במה דמבואר בגיטין ד' פ"ז ע"ב דחתמו עדים בראש הדף או מן הצד כו' דפסול וכתבו התוס' בב"ב ד' ק"ס ד"ה פשוט שכתבו עדין מאחוריו פסול דזהו משום שלא נעשה כתק"ח כו' והובא בש"ף סי' מ"ה ס"ק א' ג"כ י"ל דזהו אף אם העדים כתבו הגט מלמטה ואח"ז חתמו למעלה או מן הצד דמ"מ פסול לפי שלא נעשה כתק"ח: ועכ"ז לדינא נראה לי דבכת"י אף שחתם על נגיר חלק ואח"ז כתבו מלמעלה דמהני הכת"י וכמש"כ הש"ף בסי' מ"ח ס"ק ב' גבי כת"י שנמחל שעבודו דמהני וכמש"כ הע"ש והסמ"ע והטעם הוא דכיון שמודה שפסרו בינו לבינו מהני דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכמש"כ התוס' בגיטין ד' ד' כו' ואף דהקצה"ח בסי' מ"ח ס"ק ג' חלק על הש"ף שם והכריע כהב"ח דגם בכת"י דנמחל שעבודו אינו חוזר ולנה בו מ"מ העיקר הוא כמש"כ הש"ף וכן פסק הגת"י בסי' מ"ח וכן פתב האו"ת לדינא שם א"כ הא התם בנמחל שעבודו לא חתם הלנה מעולם על הלואה השני' ואפ"ה מהני הכת"י.

א"כ ה"ה בכת"י שחתם על נגיר חלק על סמך דלהבא שיכתוב אח"ז ג"כ מהני מה"ט שכתב הש"ף בכת"י דנמחל שעבודו ועיין בקצה"ח סי' מ"ח ס"ק ה' שכתב ג"כ כמש"כ בר"ש סי' מ"ה לפסול בכת"י שחתם על החלק אבל העיקר כמש"כ האו"ת בסי' ס"ט דמהני: ומה שהקשה הקצה"ח מגט מקנשר י"ל בנה דגם בגט מקנשר חותמים העדים מאחוריו לאחר שנקתב פולו מפנים בקשריו ועיין ברע"ב בב"ב פ' יו"ד מ"א ובלא"ה י"ל דגם בגט אין פסולו רק מדברבנן לאחר דתקנו שיחתמו עדין מתוכו ע"כ צריף שיהי' פתוב למעלה בעת חת"י ובמקנשר דתקנו שיחתמו מאחוריו לא איכפת לנו בנה אף אין זה במשמע בדברי התוס' בגיטין שם והעיקר כמש"כ מתחלה העולה לנו מפל זה דבשטר שחתמו העדים על נגיר חלק דיש מקום לדון דלכמה שיטות ראשונים אינו מוכח דפסול שטר פנה וכש"כ בשטר בע"א דחתם על החלק ואח"ז כתבו למעלה וחתם העד השני אח"ז דבנה יש להקשיר ביותר וע"כ אפשר לדון דמהני תפיסה בנה וכש"כ בנמסר לפני ע"מ בעדים החתומים בשטר דנודאי מהני בנה תפיסה ובכת"י שחתם על נגיר חלק וכתב אח"ז למעלה דנודאי מועיל כת"י פנה: (ב) (סעי' ה') מקום שנהגו שהסופר חותם ע"פ העד כו'.

ש"ף ס"ק ח' וה"ה לנה המציב בכת"י כו' ובנה נראה דאפילו לא קבלו בני העיר מנהג זה מהני כו' משא"כ הקא שמתחייב הוא עצמו בכף עכ"ל והקצה"ח ס"ק ב' פתב לחלק דבשטר ראי' מהני חת"י הבע"ד במס"ק אבל פבא להתחייב בחיוב מחדש כשמצונה לאחר לחתום לא שייף בנה משום שליחות כו' עכ"ל והגת"י ב' פתב דגם פבא להתחייב א"ע שייף שליחות ע"ש: ענף א ובאמת דברי הקצה"ח שכתב דלא שייף שליחות בנה צריף ביאור דהא מצינו גם בגט דכותב הסופר לשמה בשליחות הבעל כמבואר באה"ע

סי' ק"כ: וְאִם הֵיכָא דְהַבְעֵל אֵין יָכוֹל לְכַתּוּב ג"כ מְהֵינִי שְׁלִיחוֹתוֹ לְהַסְפֵּר שְׂיִכְתוּב וְלֹא אֲמַרִּין בְּזַה לְהַדְּפֵי כְּלָלָא דְאֲמַרוּ דְּמִי אֵיכָא מִיָּדֵי דְאִיהוּ לֹא מְצִי עֵבֵיד וְשְׁלִיחַ מְצִי מְשׁוּי כְּמוֹ דְּנִזְרִי ד' י"ב וְכִבֵּר הַעִיר בְּזַה הַבֵּית מֵאִיר בֵּאֵה"ע סי' קי"ט דְּהַקְשָׁה לְהַסְבָּרִים דְּצָרִיף שְׁלִיחוֹת לְכַתִּיבַת הַגֵּט דְּהָא מִי שְׁאִינוּ יָכוֹל לְאַמְן יָדֵיו בְּשׁוּם אֲנָפִן וּבְשׁוּם אוֹת כְּגוֹן גִּידָם דַּמ"ש מְפָהֵן זְמַן דַּב"ק כו' עכ"ל הַב"מ: וְכִבֵּר כְּתָבוּ פֶּן הַתּוֹס' יִשְׁנִים בְּעִירוּבֵין ד' י"ג ע"א בַּתּוֹס' ד"ה אֲבָל תּוֹרָה כו' וְעֵינֵן מְזַה בְּדוֹרֵשׁ לְצִיּוֹן דְּרוּשׁ י"ג מְזַה עכ"פ מְצִינוּ דְּאִף מִי שְׁאִינוּ יָכוֹל לְכַתּוּב אַפ"ה עוֹשֶׂה שְׁלִיחַ לְכַתּוּב הַגֵּט א"כ ה"ה אִף מִי שְׁאִינוּ יָכוֹל לְכַתּוּב יְהֵא יָכוֹל לְעֲשׂוֹת שְׁלִיחַ לְחַתּוּם בְּשְׁלִיחוֹתוֹ עַל שְׁטַר חַיִּיב וּבְעֵיקַר דְּבָרֵי הַתּוֹ"י וְהַב"מ וְהַדּוֹרֵשׁ לְצִיּוֹן הַגָּ"ל יֵשׁ לְהַאַרְיָה וְאִכ"מ: וְהַנִּלְע"ד בְּעֵיקַר סְבָרַת הַקְצָה"ח הַגָּ"ל שְׁפַתְבַּ דְּלֹא שְׁיָיְה שְׁלִיחוֹת בְּזַה דִּי"ל דְּזַהוּ מְשׁוּם סְבָרַת שְׂיִטַּת הַסּוֹבְרִים דְּכָל שְׁטַר שְׁאִינוּ מוֹכַח מֵתוֹכוֹ אֵין לוֹ דִּין שְׁטַר כִּיּוֹן שְׁצָרִיף בְּיָרוּר זוּלְתוֹ כְּגוֹן בְּשָׁנֵי יוֹב"ש דְּגִיטִין ד' כ"ד בַּתּוֹס' ד"ה בְּעֵדֵי מְסִירָה כו' דְּכַתְּבוּ דַּלְר"מ בְּעֵינֵן מוֹכַח מֵתוֹכוֹ וְבַח"מ סי' מ"ט סַע"י ז' בְּשָׁנֵי יוֹב"ש דְּכִיּוֹן דְּמִן הַשְׁטַר אֵינוּ מוֹכַח וּמְבַנְרֵר מִי מְהֵן לְזַה הַמְעַוֹת וְכִיּוֹן דְּצָרִיף בְּיָרוּר זוּלְתַּת הַשְׁטַר אֵין לוֹ דִּין שְׁטַר וְכֵן הוּא בְּשָׁ"ף סי' מ"ד ס"ק ד' בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת רַשְׁבֵּ"א גַּבֵּי שְׂיִטָּה אַחְרוּנָה וְכֵן הוּא בְּכַתְּבוּ ע"ד הַמְזַדְּיָה דְּאִם לֵיכָא עֵדֵי מְסִירָה אִף אִם יְבוֹאוּ עֵדֵי חֲתִימָה לְהַעִיד שְׁלֵא זַיְיָ ג"כ לֹא מְהֵינִי כַּמְש"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין ד' כ"ב ד"ה מֵאֵן חֲכָמִים ר"א כו' וְמַה"ט פְּתַב הַקְצָה"ח בְּסִי' מ"ב ס"ק א' לְחַזֵּק לְדַבְרֵי הַבַּ"ח שְׁפַתְבַּ דְּבַשְׁטַר אַקְנִיטָא דְּנִכְתַּב ע"ד הַמְזַדְּיָה אִם לֵיכָא ע"מ רַק ע"ח דְּפָסוּל.

וְהַשְׁ"ף וְהַסַּמ"ע לֹא כְּתָבוּ פֶּן נִכְתַּב הַקְצָה"ח דְּלִכְּן פָּסוּל מְשׁוּם דְּכִיּוֹן דְּלֹא הָיִי מוֹכַח מֵתוֹכוֹ וְהָיִי כְּמוֹ דְּלֹא הָיָה עֵדִים חֲתוּמִים בּוֹ וּנְתַנּוּ כַּת"י אַחַר אִף דְּמוֹדָה שְׁמָסְרוּ לֹא מְהֵינִי כְּמוֹ דְּהַאַרְיָה שְׁם הַקְצָה"ח וְה"ה בְּאִינוּ כַּת"י מְמַשׁ רַק חֲתָם בַּמַּס"ק ע"י שְׁלוּחֵהוּ דְּכִיּוֹן דְּבַעֲיָנוּ עֵדִים דְּיַעֲיָדוּ דְּצִיּוֹה לְשְׁלוּחֵהוּ לְחַתּוּם בַּמַּס"ק עַבּוּרוֹ א"כ הָא לֹא הָיִי מוֹכַח מֵתוֹכוֹ וְזַהוּ דוּמָה מְמַשׁ לְהָא דְּשָׁנֵי יוֹב"ש דְּכִיּוֹן דְּלֹא הָיִי מוֹכַח מֵתוֹף הַשְׁטַר אִם לֹא יְבוֹאוּ עֵדִים לְהַעִיד דְּזַהוּ יוֹב"ש דְּחֲתָמוּ הַעֵדִים עַבּוּרוֹ דְּמַקְרִי אֵינוּ מוֹכַח מֵתוֹכוֹ פְּנ"ל א"כ ה"ה בְּזַה דַּכ"ז דְּלֹא יְבוֹאוּ עֵדִים לְהַעִיד דְּצִיּוֹה לְשְׁלוּחֵהוּ לְחַתּוּם לֹא הָיִי מוֹכַח מֵתוֹף חַת"י הָאֲחַר דְּלָזַה מְעוֹת מֵהַמְלָנָה ע"כ אֵין לוֹ דִּין שְׁטַר כְּלָל וְלֹא מְהֵינִי הוֹדְאַת בַּע"ד בְּזַה וְנִזְקָא בְּחַתּוּם בְּעֲצָמוֹ אִף דְּבַעֲיָנוּ קִיּוּם חַת"י מ"מ הָא לָזַה סְגִי קִיּוּם חַת"י ע"י דְּמוּי וְאִף לְשִׂיטַת רַב שְׁרִירָא גְּאוֹן הַמּוֹבָא בְּסִי' ס"ט שְׁ"ף ס"ק י"ב וּבְסִי' מ"ו בְּשָׁ"ף ס"ק יו"ד ע"ש מ"מ ע"י הַפְּרַת חַת"י בַּטְב"ע מְקִימִין ע"כ זַה נִקְרָא שְׁפִיר מוֹכַח מֵתוֹכוֹ כִּיּוֹן דַּא"צ עכ"פ עֵדִים שְׂיַעֲיָדוּ עַל גּוּף הָעֵנָן אֲבָל אִם חֲתָם בַּמַּס"ק דְּבַעֲיָנוּ שְׂיַעֲיָדוּ עַל גּוּף הָעֵנָן שְׂצִיּוֹה לוֹ לְחַתּוּם זַה נִדְּאִי לֹא מַקְרִי מוֹכַח מֵתוֹכוֹ וְע"כ אֵין לוֹ דִּין שְׁטַר וְלִכְּן אֵינוּ מוֹעִיל רַק מְחַמַּת הַמְנַהֵג: דַּכ"ז הוּא לְפַמַּשׁ"כ הַקְצָה"ח בְּסִי' מ"ב אֲבָל לְפַמַּשׁ"כ הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' מ"ב ס"ק א' דְּלֹא כַּהַקְצָה"ח מְשׁוּם דְּהַבֵּיא דְּבָרֵי הַרְמְב"ן גַּבֵּי ב' שְׁטָרוֹת הַיּוֹצֵאִין בְּיוֹם א' דְּכַתְּבַ דְּבַמְמוֹן כִּיּוֹן דְּאֵיכָא הוֹדְאַת בַּע"ד מְהֵינִי מְסִירָתוֹ כְּעֵדִים וְלֹא בְּעֵינֵן מוֹכַח מֵתוֹכוֹ ע"ש ע"כ שְׁפִיר כְּתַב הַנְּתִיבוֹת הָכָא דְּמְהֵינִי חַיִּיב מְחַדָּשׁ ע"י אַחַר דְּחֲתָם בְּשְׁלִיחוֹתוֹ מְשׁוּם דְּהָא בְּמָמוֹן לֹא בְּעֵינָא מוֹכַח מֵתוֹכוֹ וַיֵּשׁ לוֹ שְׁפִיר תּוֹרַת שְׁטַר וְדַבְרֵי הַרְמְב"ן הַגָּ"ל הוֹבָא בְּדְרוּשׁ וְחַדוּשׁ שְׁלֵ הַגְּאוֹן ר"ע אֵיגָר זַצ"ל בְּמַעְרְכָה י"ד ס"ק א' ע"ש וְעֵיקַר דְּבָרֵי הַרְמְב"ן הוֹבָא בְּר"נ פ"ט דְּגִיטִין: וְעוֹד יֵשׁ לוֹמַר בְּזַה לְפַמַּשׁ"כ בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' אַה"ע סי' ח'

עָנָף ב' הַסֵּפֶר הָעֵנָף לַמֶּשֶׁךְ דְּבַעֲיָנָן מוֹכַח מֵתוֹכוֹ דְּאִין זֶה גִזְהָ"כ אֵלָּא זֶהוּ מִשּׁוֹם דְּהוּי דְּבַר וְלֹא חֲצֵי דְּבַר וְכִינּוֹן דְּבַעֲיָנָן עֲדִים לְהַשְׁטֵר מְקַרֵי הַשְׁטֵר בְּגִדְרָה חֲצֵי דְּבַר כְּמוֹ דְּהֶאֱרַכְתִּי שָׁם.

א"כ ז"א שְׁיִיךְ רַק בְּשֵׁטֶר בַּע"ח אֲבָל בַּכַּת"י אַף דְּלֹא הוּי מוֹכַח מֵתוֹכוֹ ג"כ מְהֵנִי דְּהָא בְּהוֹדָאת בַּע"ד לֹא בְּעֵינָן דְּבַר שְׁלָם וְע"כ שְׁפִיר י"ל דְּמֵהֵנִי חַת"י ע"י שְׁלוּחֹהוּ וְשְׁפִיר כְּתַב הַנְּתִיבוֹת וְעַפ"ז אֲתִי שְׁפִיר מִש"כ הַמְּחַבֵּר בְּסִי' מ"ג סַעִי' א' וְהַשְׁ"ף שָׁם ס"ק ב' דְּבַשְׁטֵר שְׁאִין בּוֹ זְמַן וְנִקְנָה אַחַר שְׁרָאוֹ הָעֲדִים הַשְׁטֵר טוֹרֵף מֵהֶם וְלֹא הַזְּפִיר שָׁם לְהַף שְׁיִטַּת הַפּוֹסְקִים דְּבַעֲיָנָן מוֹכַח מֵתוֹכוֹ בְּכָל שְׁטֵר וְגַט וְעֵינָן בְּאֵה"ע סִי' קל"ו ב"ש ס"ק ד' שְׁהִיבֵי אֲשֵׁם שְׁיִטַּת הַתּוֹס' וְהוּר"נ דְּפְלִיגִי בְּזֶה אֲבָל לַפְּמִש"כ א"ש דְּכִינּוֹן דְּעֵינָר הַטַּעַם דְּמוֹכַח מֵתוֹכוֹ הוּא מִשּׁוֹם דְּהוּי חֲצֵי דְּבַר וְע"כ הֵתֵם בְּשֵׁטֶר שְׁאִין בּוֹ זְמַן דְּהוּי עַכ"פ תּוֹעֵלַת מִן הַשְׁטֵר לְגַבּוֹת מְבַנֵּי חוֹרִין עַכ"פ ע"כ לֹא שְׁיִיךְ לומר דְּהַשְׁטֵר הוּי חֲצֵי דְּבַר דְּהָא שְׁיִטַּת הָאֵלֶּפֶס שְׁהוּבֵא בְּב"ק ד' ע' וְשְׁיִטַּת הַרְשָׁבָ"א בְּב"ב ד' נ"ו בְּתוֹס' ד"ה אֵלָּא לְמַעוּטֵי שְׁנִיִּם כּו' דְּעֵינָר מִלְּתֵא דְּחֲצֵי דְּבַר תְּלוּי בְּמָה שְׁאִין שׁוֹם תּוֹעֵלַת מֵהֶם זוּלַּת עֲדִים הַשְּׁנִיִּים וְע"כ הֵכָא בְּשֵׁטֶר דְּהוּי תּוֹעֵלַת עַכ"פ כְּנ"ל מְמַנּוֹ ע"כ לֹא בְּעֵינָן בְּזֶה מוֹכַח מֵתוֹכוֹ כְּלָל לַכ"ע וְעֵינָן בְּאו"ת סִי' מ"ג ס"ק א' וְקִצְרֵתִי בְּכ"ז וְלַעֲיִל סִי' מ"ד סַעִי' א' כְּתַבְתִּי ג"כ מִזֶּה: וְהַעֲיָר מַה שֶׁנ"ל בְּזֶה לְדוֹן דְּלֹא מְהֵנִי חַיִּיב בַּחַת"י ע"י שְׁלוּחֹהוּ ע"פ סְבֵרַת הַנְּתִיבוֹת שְׁכַתְּבָה בְּקִצְרָה בְּסוּף ס"ק ב' דִּי"ל דְּלֹא מְהֵנִי דְּכִינּוֹן דְּאִין רְאִיָּה מִן הַשְׁטֵר ע"כ לֹא שָׁם שְׁטֵר עָלָיו וְכַמֶּשֶׁךְ הַתּוֹמִים בְּסִי' ס"ח ס"ק ח' בְּבִיאוֹר דְּבַרֵי הַתּוֹס' גִּיטִין ד' יו"ד ע"ב ד"ה חֲסָפָא בְּעֵלְמָא הוּא כּו' וְדַבְּרֵי הָאו"ת הַנְּ"ל הוּבָא ג"כ בְּנְתִיבוֹת סִי' ל"ו ס"ק יו"ד בְּתִשּׁוּבָה אַרְבָּעָה שְׁלֹשׁ שָׁם וְזֶה לְשׁוֹנוֹ בְּד"ה לְכֹן נִרְאָה דְּהַגֵּט דְּפָסוּל בְּלֹא עֲדִים כּו' דְּהַתּוֹס' גִּיטִין ד' יו"ד וְכַפְּלֵי הָאו"ת סִי' ס"ח דְּאַף בְּמִמּוֹן בְּשֵׁטֶר קִנְיָה אִם כְּתַב שְׁדֵי מְכוּרָה לָהּ וְאִין שָׁם ע"ח וְע"מ וְכַת"י אַף שְׁהַנּוֹתָן מוֹדָה שְׁמִסְרוֹ לְיָדוֹ דְּלֹא פְלוּם הוּא דְּאַף דְּבְמִמּוֹן מְהֵנִי הוֹדָאת בַּע"ד לֹא קִנֵּי בְּשֵׁטֶר זֶה שְׁאִין לוֹ דִּין שְׁטֵר כְּלָל דְּלֹא חָשׁוּב שְׁטֵר רַק כְּשֵׁישׁ רְאִיָּה מְמַנּוֹ כּו' עַכ"ל וְכֵן רְאִיתִי בְּס' מְקוֹר חַיִּים עַל ה' פָּסַח סִי' תַּמ"ח שְׁכַתְּבָה בְּסוּף ס"ק ט' וְזֶה לְשׁוֹנוֹ וְהֵנָּה אִם הַשְּׁלִיחַ מְכַר בֵּיתוֹ שֶׁל הַמְּשַׁלַּח בְּשֵׁטֶר מְכִירָה וְאִג"ק מְכַר הַחֲמִץ וְהַשְּׁלִיחַ חֲתָם עֲצָמוֹ בְּשֵׁטֶר מְכַר יֵישׁ לְהַסְתַּפֵּק בֵּינּוֹן דְּהַקְרָקַע אִין נִקְנָה רַק בְּשֵׁטֶר וְשְׁטֵר בְּלֹא ע"ח וְע"מ וּבְלֹא חַת"י שֶׁל הַמּוֹכֵר לֹא שְׁטֵר הוּא כְּלָל דְּלֹא שְׁטֵר רְאִיָּה הוּא כְּלָל וְחַת"י שֶׁל הַשְּׁלִיחַ לֹא מְשׁוּנֵי שְׁטֵרָא כְּלָל דְּהָא לֹא שְׁטֵר רְאִיָּה הוּא נִגְדַּת הַמְּשַׁלַּח וְכָל שְׁטֵר שְׁאִין רְאִיָּה מֵתוֹךְ הַשְׁטֵר לֹא מְהֵנִי לְקִנּוּת בּוֹ כְּמִבְּנֵי בְּתוֹס' גִּיטִין ד' יו"ד ד"ה חֲסָפָא וְעֵינָן תּוֹמִים סִי' ס"ח ס"ק ח' אוֹ דִּי"ל בֵּינּוֹן דְּאִם הֵיָּה עֲדִים שְׁעֵשְׂאוֹ שְׁלִיחַ לְמַכּוֹר קְרָקַעוֹ כּו' אֵיבְרָא נִרְאָה דְּלֹא מְהֵנִי חַת"י הַשְּׁלִיחַ דְּכָל שְׁאִינוֹ מוֹכַח הַרְאִיָּה מֵתוֹךְ הַשְׁטֵר וּבְעֵינָן עֲדִים דִּיעֵידוֹ שְׁזֵהוּ שְׁלוּחֹהוּ הַרְאִיָּה שְׁבַשְׁטֵר לֹא נִקְרָא רְאִיָּה כְּלָל וְחֲסָפָא בְּעֵלְמָא הוּא תַּדַּע דְּהָא בְּגַט דְּכַתְּבָה בַּכַּת"י דְּכָשֵׁר מֵה"ת בְּלֹא ע"ח וְע"מ וְלֹא אֵינְשֵׁתְמִיט שׁוֹם פּוֹסֵק לְכַתּוּב דְּאִם עֲשָׂה שְׁלִיחַ לְגַרְשׁ שְׁיִהְיֶה הַגֵּט פָּשֵׁר בַּכַּת"י הַשְּׁלִיחַ בְּלֹא ע"ח וְע"מ אֵלָּא וְדֹאֵי כְּדַכְתִּיבְנָא עַכ"ל הַמַּק"ח: וְהֵם דְּבַרֵי טַעַם וְאִין זֶה שְׁיִיךְ לְמַה דְּכַתְּבוּ בְּשֵׁם הַרְמַב"ן דְּבְמִמּוֹן לֹא בְּעֵינָן מוֹכַח מֵתוֹכוֹ בֵּינּוֹן דְּהוֹדָאת בַּע"ד כְּמֵאָה עֲדִים וְכַמֶּשֶׁךְ הַתּוֹס' גִּיטִין ד' ד' כְּעֵין זֶה בְּד"ה דְּקִי"ל ה' כַּר"א כּו' דְּז"א רַק אִם יֵישׁ ע"ח אוֹ חַת"י עַכ"פ אֲבָל אִם עֲצָם חֲתִימַת הַבַּע"ד אִינוֹ רַק ע"י צִירוּף עֲדִים דִּיעֵידוֹ דְּעֵשְׂאוֹ לְשְׁלִיחַ זֶה לֹא הִי שָׁם שְׁטֵר עָלָיו

פָּלַל וְהָיָה בַחַת"י בַּמַּס"ק פִּינּוֹן דְּלֵא הָיָה בְּרוּר לְנוּ דְזוּ הִיא חַת"י רַק ע"י עֲדִים וְהוֹדְעָתוּ
ע"כ הָיָה פְּמוֹ דָּאִין עֲלֵיו עֲדִים וַחַת"י דְּנֹדָאִי אִין מִפְּשֵׁט בְּהַשְׁטָר וַכַּמְש"כ הַה"מ פִּי"א ה'
מְכִירָה ה' ט"ו דָּאֵם הָיָה כַת"י אַחַר וַנְתַנּוּ בֵּינוּ לְבֵינוּ וְנָדָאִי לָאוּ פְלוּם הוּא וְהוּבָא בְּשֵׁ"ף
סִי' מ' ס"ק ה' בַּד"ה וְרָאָה בְּרוּרָה לְדַבְרֵי הַמַּש"כ הַרְבּ הַמַּגִּיד כּו' וְכֵן הוּבָא דְבַרֵי הַמַּמ"מ
הַנְּ"ל בַּקְצָה"ח סִי' מ"ב ס"ק א' ע"ש וַיֵּשׁ לֹמַר דְּזֵהוּ פְּנוּנַת הַקְצָה"ח הָכָא שְׁפַתְבּ דְּלֵא
מְהַיָּ חִיּוּבוֹ ע"י מַה דְּמַצְנוּהָ לְשְׁלוּחוֹ לְחַתָּוּם דָּאִין שְׁיָנָה בְּזָה דֵּינִי שְׁלִיחוֹת דְּנִתְפְּנוּן לְדַבְרֵי
הַמְקוֹר חֲתִים הַנְּ"ל וְכֵן בְּסִפְרוֹ מְשׁוּבָב נְתִיבוֹת סִי' מ"ה פְּתַב ג"כ לְהוֹכִיחַ פֶּן מִן גֵּט דְּלֵא
מְצִינוּ דְּיָהִיָּה מוֹעִיל חַת"י ע"י שְׁלוּחוֹ ע"ש וְזֵהוּ פְּעִין דְּבַרֵי הַמַּק"ח הַנְּ"ל וְכִיּוֹן דַּע"פ דִּין
אִינוּ מוֹעִיל שְׁטָר קִנְיָן אִם אִינוּ חַת"י שֶׁל הַבַּע"ד רַק ע"י שְׁלוּחוֹ פְּנ"ל אֶלָּא מְצַד מְנַהֵג
מְהַיָּ לְכֵן אִין זֶה מוֹעִיל רַק בְּעִנְיָן מְמוֹן אֶבְל בְּמַקּוֹם אִיסוּר פְּמוֹ בְּמְכִירַת חֲמִץ שְׁפִיר פְּתַב
הַמַּק"ח דְּלֵא מְהַיָּ חַת"י שְׁלוּחוֹ וְה"ה אִם חֲתָם בַּמַּס"ק בְּשֵׁם הַמּוֹכֵר דְּהָא פְּתַב הַנְּתִיבוֹת
בְּסִי' ר"א דְּמְנַהֵג שְׁנֵהֲגוּ הַסּוֹחְרִים לֹא חֲשָׁבִינוּ אוֹתוֹ רַק פְּקַנְיָן דְּרַבְּנָן וַיְדוּעַ מַש"כ
הַפּוֹסְקִים וְהַתּוֹס' בְּסוֹפָה ר"פ לִילְבַּ הַגְּזוּל דְּקִנְיָן דְּרַבְּנָן לֹא מְהַיָּ בְּדַבְרֵי שְׁהוּא מַה"ת וְעִיּוֹן
בְּמַקּוֹר חֲתִים לְסִי' תַּמ"ח וּבַקְצָה"ח סִי' קצ"ד וּבַאֲה"ע סִי' כ"ח וּבַחֲתָם סוֹפֵר ח' יו"ד סִי'
שִׁי"ד וּבְמַחְנָה אֶפְרַיִם ה' מְכִירָה קִנְיָן מְשִׁיכָה סִי' ח' וְסִי' ט' וּבְכַנְסַת יְחֻזְקָאֵל סִי' י"ד
וּאֲכַמ"ל ע"כ שְׁפִיר י"ל דְּהִיכָא דְּנוֹגַע הַקִּנְיָן לְעִנְיָן אִיסוּר מַה"ת דְּבָזָה לֹא מוֹעִיל חַת"י
בַּמַּס"ק ע"י שְׁלוּחוֹ פִּינּוֹן דָּאִינוּ מוֹעִיל ע"פ דִּין רַק מַחְמַת הַמְּנַהֵג: עֲנָף ב וּלְפ"ז יֵשׁ לְדוֹן
בְּהַנְּדָף שְׁטָרֵי עֵיסְקָא הַנוֹהֲגוֹת בֵּינֵינוּ אוֹ הַנְּדָף שְׁטָרֵי בְּהִיתָר זְקוּקִים דְּהִיתָר זֶה הוּא מַחְמַת
הוֹדְעָת הַלְּוָה וַכַּמְש"כ הַקְצָה"ח בְּסִי' קצ"ד וּמִשׁוּם אוֹדִיתָא דְּמְהַיָּ אַף בְּאִיסוּרֵין נִגְעוּ בָּהּ.

וַכַּמְש"כ הִיכָא דְּנוֹתָן הַשְׁטָר עֵיסְקָא לְאַחַר שְׁהַלְּוָה כְּבָר דְּזֵהוּ רַק מְפָאֵת אוֹדִיתָא שְׁהוֹדָה
בְּשְׁטָר עַל הַעֵיסְקָא א"כ יֵשׁ לְדוֹן דָּאֵם אִינוּ חֲתוּם הַבַּע"ד בְּעִצְמוֹ רַק חֲתָם ע"י מַס"ק
לְאַחַר שְׁחַתְּמוּ עֲבוּרוֹ דְּבָזָה יֵשׁ לְדוֹן פִּינּוֹן דְּמִן הַדִּין אִינוּ מוֹעִיל שְׁטָר כְּזֵה פְּמוֹ שְׁנִתְבְּאָר רַק
מְפָאֵת הַמְּנַהֵג מְהַיָּ זֶה דְּזֵה אִינוּ רַק פְּמוֹ קִנְיָן דְּרַבְּנָן ע"כ בְּמַקּוֹם אִיסוּר רִיבִית קְצוּצָה
קֹשֶׁה לְסַמְּוֵה עַל הִיתָר זְקוּקִים וְהִיתָר עֵיסְקָא בְּזֵה רַק אִם חֲתָמוּ עֲדִים לְקִנְיָן הַעֲנִיָּן אִז
דִּינוּ כְּשְׁטָר גָּמוּר וְכֵן אִם נִמְסָר לְפָנֵי ע"מ ג"כ מְהַיָּ כְּפִי שְׁפָסַק הַמַּחְבֵּר בְּסִי' נ"א סַע"י ז'
לַע"מ פְּרַתִּי וּבְאַמַּת לְפִי מַה שְׁפָסַק הַשְּׁ"ף שְׁמֵ ס"ק ט' וּבְסִי' מ' ס"ק ט' וּבְסִי' מ"ב ס"ק
ב' וְסִי' מ"ח ס"ק ו' דְּזֵה הָיָה סְפִיקָא דְּדִינָא אִם ע"מ פְּרַתִּי א"כ הָיָה סְפִיקָא דְּאוֹרִינְיָתָא
בְּמַקּוֹם אִיסוּר רִיבִית מַה"ת וּמְבַעֲי לֵן לְהַחְמִיר וְגַם אִם הָעֲדִים לֹא נִתְיַחְדּוּ שְׁיָהִיָּה עֲדִי
מְסִירָה ג"כ לֹא מְהַיָּ זֶה לְכ"ע כַּמְש"כ הַרְשָׁב"א וְהוּבָא בְּאוֹ"ת סִי' מ' ס"ק ג' ע"ש א"כ
הִיכָא דְּלֵא הָיָה ע"ח רַק לְקִנְיָן הַחַת"י שְׁהִיָּה בַּמַּס"ק אֶבְל אִינָם יוֹדְעִים פְּלַל מִן עֲצָם
הָעֲנִיָּן שֶׁל הַתְּחִיבוֹת דְּכַה"ג אִין דִּינוּ כְּשְׁטָר בְּעֲדִים פְּמַבְּנָאָר בְּסִי' ס"ט סַע"י ג' ע"כ יֵשׁ
לְדוֹן דְּבָזָה יָהִיָּה אִיסוּר לְקַבֵּל הַרְבִּית: וּמ"מ י"ל בְּזֵה דְּשְׁפִיר נְהָגוּ לְהַתִּיר בְּזֵה וְלְסַמְּוֵה עַל
הִיתָר עֵיסְקָא וְזְקוּקִים אַף דָּאִינוּ חֲתוּם בְּעִצְמוֹ רַק בַּמַּס"ק דְּהָא הַקְצָה"ח הָכָא פְּתַב לְחַלֵּק
דְּבִשְׁטָר רָאָה מְהַיָּ חַת"י הַבַּע"ד אַף ע"י מַס"ק רַק דְּלֹא בִּיאָר זֶה וּלְדַעְתִּי נִרְאָה דְּנֹדָאִי
מְהַיָּ הוֹדְעָת בַּע"ד ע"י חֲתִימָתוֹ בַּמַּס"ק לְהִיּוֹת נְחָשֵׁב לְרָאָה דְּהָא הוֹדְעָת בַּע"ד ע"י
שְׁלוּחוֹ מְהַיָּ פְּמַבְּנָאָר בְּסִי' פ"א סַע"י י"ד וּבְשֵׁ"ף שְׁמֵ ס"ק מ' וְכִיּוֹן דְּהוֹדְעָת בַּע"ד בְּכַתְּב
מְהַיָּ וְאִינוּ יָכוֹל לֹמַר בְּזֵה מְשֻׁטָּה וְשֵׁלָא לְהַשְׁבִּיעַ פְּמַבְּנָאָר בְּסִי' פ"א סַע"י י"ז לְפִי
דְּבַדְבוּרָא עֲבִיד אִינְשׁ דְּמַקְרִי וְאָמַר כַּמְש"כ בְּתִשׁוּבַת הָרָא"ש שְׁמֵ: וְזֵהוּ ע"פ הַמְּבֹאָר

ב"ד סי' קפ"ה וקס"א' דכתבו לומר דלא מהני אמתלא רק במקום דיבור אבל במעשה לא מהני אמתלא ובנודאי אין לחלק בזה בין אם עשה המעשה בעצמו או דאם עשה המעשה ע"י שלוחו דלא חילקו בזה [ועיין פ"עין זה בקידושין ד' נ"ט גבי לא אתי דבור ומבטל מעשה ובגיטין ד' ל"ב בתוס' ד"ה ה"ה דתם דבור ודבור כו' דשקלו וטרו בכתיבת הגט ונחיתתו ונחשב למעשה אף דלא פתב בעצמו רק ע"י הסופר והעדים דמ"ש ואף דיש לחלק קצת בנ"ד מ"מ ז"א סב"א ג"כ] ולכן אף אם חתם במס"ק ע"י שלוחו דהודה דחייב לחבירו נחשב זה ג"כ לראיה ולהודאה גמורה דלא יהיה יכול לומר האמתלא דמשטה וכה"ג וכינון דלא אמרינו בזה משטה ע"כ ממילא נחשב זה לקנין אודיתא אף דלא היה בפני עדים וכמש"כ הנתיבות בסי' מ' סוף ס"ק א' דלא כהקצה"ח דשם: ולכן שפיר פתב הקצה"ח לחלק דבשטר ראיה מהני חת"י ע"י שלוחו משום ה"ט ולפ"ז אתי שפיר מה שנהגו להתיר איסור ריבית בשטר בהיתר עיסקא או בהיתר זקוקים אף דלא חתם הבע"ד עצמו רק במס"ק משום דמהני הודאתו בזה אבל בשטר התחייבות בחת"י ע"י שלוחו לא מהני כמש"כ הקצה"ח וכמש"כ המק"ח ע"פ סב"ת התוס' בגיטין ד' יו"ד ד"ה חספא כו' וכמש"כ האו"ת בסי' ס"ח ביאור פונותם פנ"ל ומ"מ עדיין יש לחלק בין שטר קנין לשטר חייב מחדש והוא דהא התוס' בכתובות ד' ק"ב ד"ה אליבא דכוונתם כו' פתבו בהטעם דמהני חייב מחדש בשטר דזהו דאף דמטלטלין אינו נקנין בשטר מ"מ מהני משום דהואיל וטרח ליתן בשטר גמר ומשעבד נפשיה ע"ש א"כ חזינו דבאמת מצד הדין לא היה מועיל שים חייב ע"י שטר רק דמהני משום דטרח ליתן בשטר כו' א"כ מטעם זה ה"ה אף אם לא חתם בעצמו רק ע"י שלוחו ג"כ י"ל ה"ט דהואיל וטרח לצוות לשלוחו לכתוב דגמר ומשעבד נפשיה וכמו דנתבאר לעיל בכל מקום דאמרו לחשיבות המעשה משום דטרח דאין סב"א לחלק בין עשה המעשה בעצמו ובין עשה ע"י שלוחו דשלוחו טרח בזה והא דכתב המ"מ הנ"ל גבי התחייבות דאם מסר לו כת"י של אחר בינו לבינו לא מהני היינו בלא נכתב בשליחותו אבל בנכתב בשליחות מהני והתוס' דגיטין ד' יו"ד הנ"ל הא מייירי בשטר קנין אבל בחייב שפיר י"ל דמהני ואפשר דזהו פונות הש"ך דכתב דבמתחייב א"ע מהני אף ע"י שלוחו דטעמו פנ"ל אבל בשטר על קנין י"ל דמודה דלא מהני וכמו דנתבאר ע"פ סב"ת התוס' דגיטין וכמש"כ המק"ח בבב"א פנ"ל: ובטעמו של הקצה"ח דכתב דלא מהני חייב במס"ק י"ל דאף דכתבו התוס' דהא דמהני חייב בשטר דזהו משום דטרח לכתוב בשטר כו' דמ"מ בעיניו דין שטר המועיל ע"פ דין אבל אם אין בו דין שטר המועיל ע"פ דין לא מהני החייב אף דנימא בזה דטרח כו' דאין בו חשיבות כ"כ פנ"ל בסב"ת: ולפי שיטת הקצה"ח הנ"ל דלא מהני חייב במס"ק ע"פ דין רק מצד המנהג וכבר נתבאר דז"א רק פמו תקנת חז"ל כמש"כ הנתיבות בסי' ר"א ועיין באו"ח סי' תמ"ח במג"א ס"ק ד' במש"כ דכל דבר שנהגו הסוחרים לקנות בו דקונה גם במכירת חמץ והקשה על המ"ב מהא דבכורות רפ"ב דמשמע דעיקר מילתא תלוי בקנין המועיל ע"פ דין תורה והמק"ח סי' תמ"ח ס"ק ה' פתב לתרץ זה ע"ש ולענ"ד נראה לתרץ קושיות המג"א הנ"ל ע"פ מש"כ היש"ש בב"ק פ"ה סי' ל"ו גבי מה דפריי הגמ' בב"ק דף נ"ב עלה דהמזכר ע"ד לחבירו פיון שפסר לו משפוכית קנה ה"ד אי במשיכה כו' דקשה דלמא פונותם הוא דזהו קנין מצד

מנהג כמו דאָמרו בב"מ האי סמטותא קני ות' דא"כ ה"ל לומר בקצרה דכל מה שנהגו הסוחרים לקנות בו דקנה ולא הנה לו לפירוש משפוכית ומפתח כו' עכ"ל היש"ש.

ולפ"ז מתורץ קושיות המג"א על המ"ב די"ל דלכן לא מוקי הש"ס בבכורות שם דכוננתם במה שאמרו שנתן מעות כו' דזהו מצד מנהג דנהגו לקנות בו דא"כ ה"ל לומר בקצרה דכל מה שנהגו לקנות בו דקני וכמש"כ היש"ש ולכן שפיר מקשה הש"ס ותיקצו דזהו קננו ע"פ דין תורה ולכן לדינא שפיר י"ל דכל מה שנהגו הסוחרים לקנות בו דהוי קננו המועיל אף במה שהוא מה"ת וכמש"כ המ"ב ואין הכרח להוכיח מסוגיא דבכורות הנ"ל דבדאורייתא לא מהני קננו שהוא מצד מנהג כמש"כ המק"ח שם אלא י"ל דאף בדאורייתא מהני מה שנהגו הסוחרים: וזהו יסוד גדול למה שפתיב הפנסת יחזקאל סי' י"ד להתיר בכור ע"פ קננו סמטותא ובמק"א הארכתי בזה: אכן לפי מש"כ המק"ח והנתיבות דקננו מצד מנהג אינו חשוב לקננו מה"ת וכמש"כ המח"א ה' מכירה קננו משיכה סי' ט' בשם הרמב"ן ע"ש.

וכש"כ בחיוב דאינו רק מדרבנן וכמש"כ במק"א לחלק בזה בין קננו דרבנן לחיוב דרבנן א"כ אי נימא דחיוב בשטר ע"י מס"ק אינו מועיל מה"ת רק מצד מנהג כמש"כ הקצה"ח לפ"ז י"ל אם באו לב"ד לגבות מן הלזה בשני שטרות בשני בע"ד ששטר אחד חתם בחת"י ע"י מס"ק ועדים לא העידו רק לקניי חת"י במס"ק ובגוף הענין אינם יודעים דשטר זה אינו מועיל רק מצד מנהג פנ"ל ובשטר הב' הוא בעדים חתומים בו המועיל ע"פ ד"ת ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ט פתבתי לדון דבשני בע"ח אם באין לגבות ממטלטלי דאין בזה שעבוד נכסי רק משום מצנת פריעת בע"ח דהדין הוא דמקדמינו להחוב דמצנוה ע"פ ד"ת נגד החוב דאינו רק מדרבנן משום דדאורייתא קודם לדרבנן בכ"ד וכמש"כ הצ"ח ברכות ד' נ"א משום דמה שהוא מה"ת מקרי מקודש נגד דרבנן ע"ש ועיינומה בח"מ סי' צ"ז סעיף כ"ד ובסמ"ע ס"ק נ"ז ובחידושי לעיל סי' נ"ז סעיף כ"ב: א"כ לפ"ז הדין נותן דלבעה"ח דשטר שלו הוא באופן המועיל ע"פ ד"ת דיש לו קדימה במטלטלין נגד בעה"ח דאין לו זכות רק מצד חת"י במס"ק דאינו רק מצד מנהג דאינו רק מדרבנן רק בשטר ראיה פבר נתבאר דאף ע"י מס"ק מועיל מה"ת אבל בשטר חיוב מקדש דאינו רק מצד מנהג שפיר הדין נותן דמקדמינו לבע"ח השני אכן לפמש"כ לבאר שיטת הש"ך דכתב דבחיוב בחת"י הבע"ד מהני ע"י שלוחו מה"ת לכן הדין נותן דשניהם שוין ויחלקו כפי סידור בע"ח וקצרתי בכ"ז: העולה לנו מכל מה דנתבאר דאף לפמש"כ הש"ך דמהני חיוב בחת"י בע"ד ע"י שלוחו ע"פ דין דנה אינו רק בשטר חיוב אבל בקננו ע"י שטר במס"ק י"ל דגם הש"ך מודה דלא מהני ע"פ דין רק מצד מנהג וכמש"כ המק"ח לדינא וגם נתבאר דשפיר נהגו היתר ע"פ שט"ח בחת"י במס"ק ליקח ריבית אם הוא בהיתר עיסקא וכה"ג משום דבין שטר ראיה ובין שטר חיוב מהני זה ע"פ דין וכמש"כ הש"ך ועוד כמה ענינים נתבארו בקונטרס הל"ז: (ג) (שם סעיף ו') אם הרחיקו שני שיטין פסול ובאה"ע סי' ק"ל סעיף א' פתיב הרמ"א בשם הרמב"ם וש"פ דמכשירין גט כזה ע"י ע"מ והב"ש ס"ק ג' פתיב דלכן בח"מ סי' מ"ה דכתבו דאם הרחיקו ב' שיטין פסול ולא חילקו בין אם ע"מ לפנינו משום דשאני שטרות דבעי למען יעמדו ימים רבים ולפ"ז יש לדון לפמש"כ הש"ך בס"י מ"ב ס"ק א' דהוי ספיקא דדינא דשמא הלכה כהר"ח דפסק כו' יוחנן דגם בשטרות פשר לאלתר בנקתב ע"ד המזדניף ע"י ע"מ

א"כ להֵך דַעַה דס"ל דגַם בְּהֶרְחִיקוּ שְׁנֵי שְׁיִטִין כְּשֶׁר בַּע"מ וּכְמוֹ בְּנִכְתָּב ע"ד הַמְזַדְדִיף
א"כ מְהֵנִי תְּפִיסָה דִּיכּוּל לּוֹמַר קִים לִי ג"כ כְּהַר"ח דְּמַכְשִׁיר בְּשִׁטְרוֹת ג"כ לְאַלְתֵּר וְאַף
דְּהוּי סְפִיקָא הַמְּנַגְדָּתוֹ סְפִיקָא שְׁמָא הֶלְכָה כְּשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּגַם בַּע"מ פְּסוּל בְּהֶרְחִיקוּ
ב' שְׁיִטִין אַף בְּגַט וּא"ת דְּבַגְט כְּשֶׁר בְּזָה אַפְתִּי סְפִיקָא שְׁמָא הֶלְכָה כְּהַחֲלֻקִים עַל הַר"ח
וּס"ל דְּבִשְׁטְרוֹת פְּסוּל אַף לְאַלְתֵּר וּכְמַש"כ הַמְּחַבֵּר בַּח"מ ס' מ"ב סְעִיף א' עַכ"ז בַּס"ס
דְּדִינָא אִין לְהוֹצִיא מִן הַמְּוִחָזֵק ע"י תְּפִיסָה כְּמַש"כ הָרַא"ש בַּב"ק פ"ב ס' ב': וְלֵהֵך שְׁיִטָּה
דס"ל לְהַכְשִׁיר בְּשִׁטְר שְׁהֶרְחִיקוּ ב' שְׁיִטִין ע"י ע"מ לְאַלְתֵּר כְּנ"ל יֵשׁ לּוֹמַר דָּאֵם מְלֹאוּהוּ
בְּקָרוּבִים אַף שְׁלֹא בְיוֹם שְׁנִכְתָּב דְּמִבְּנֹאֵר לְקַמְן סְעִיף ט"ו דְּפְסוּל דַּמ"מ אֵם הוּא קוֹנְדָם
עֲשָׂרָה יָמִים דְּזָהוּ שְׁיַעוֹר דְּלֹאֲלֵתֵר כְּמִבְּנֹאֵר בְּגִיטִין דָּף כ"ב דְּאִז מִיכְשֶׁר הַשְּׁטֵר אַף לְאַחַר
עֲשָׂרָה יָמִים דְּלֹא שְׁיַיְךָ בְּזָה לּוֹמַר דַּה"ל מְוִקְדָם כִּינּוּן שְׁהֵיָה עֲלֵיו שֵׁם פְּסוּל בְּעַת שְׁנִכְתָּב
דַּז"א דְּהָא הֵיָה כְּשֶׁר לְאַלְתֵּר וְלָכֵן כִּינּוּן דְּתִיקְנוּ אֵת הַשְּׁטֵר שְׁלֹא יַחוּל עֲלֵיו שֵׁם פְּסוּל לְאַחַר
עֲשָׂרָה יָמִים כִּינּוּן דְּמְלֹאוּהוּ בְּקָרוּבִים קוֹנְדָם עֲשָׂרָה יָמִים ע"כ לְהֵך דַּעַה אַף לְאַחַר עֲשָׂרָה
יָמִים כְּשֶׁר הַשְּׁטֵר וַע"כ מְהֵנִי גַם בְּזָה תְּפִיסָה וְה"ה בְּשִׁטְר אַקְנִייתָא מְהֵנִי תְּפִיסָה אֵם
הֶרְחִיקוּ ב' שְׁיִטִין דְּהָא שְׁטֵר אַקְנִייתָא כְּשֶׁר בְּנִכְתָּב ע"ד הַמְזַדְדִיף א"כ ה"ה בְּהֶרְחִיקוּ ב'
שְׁיִטִין לְהֵך דַּעַה כְּשֶׁר בַּע"מ: (ד) וְשֵׁם סַעִי' ז') דְּהָא דְּאֶמְרִינּוּ הֶרְחִיקוּ ב' שְׁיִטִין פְּסוּל
הֵינּוּ כו' אֲבָל אִינוּ יְכוּל לְטַעוֹן לְהַד"ם שְׁ"ף ס"ק י"ד אַף דְּבְמִוְקְדָם פְּסוּל לְגַמְרִי וְיְכוּל
לּוֹמַר לְהַד"ם מ"מ שֵׁא"ה דְּנִיחָנָה עֲדוּת זֹו לְהַכְשִׁיר בְּמְלֹאוּהוּ בְּקָרוּבִים וְקִשָּׁה דְּהָא אַף
בְּמִוְקְדָם מְהֵנִי אֵם כְּתַב עַל הַשְּׁטֵר דְּלֹא נִיחָנָה לְטָרוּף אֲלֵא מְזַמְן זֶה כְּמַש"כ הַשְּׁ"ף בַּסִּי
מ"ג שְׁ"ף ס"ק י"א:.

אַפְשָׁר דַּס"ל לְחַלֵּק דְּמִוְקְדָם גְּרַע כִּינּוּן שְׁנִיחָתָם בְּשִׁקֵּר וַע"כ אַף דִּיכּוּל לְתַקַּן בְּמְלֹאוּהוּ
בְּקָרוּבִים מ"מ פְּסוּל חַז"ל אֲבָל בְּהֶרְחִיקוּ ב' שְׁיִטִין לֹא הֵיָה עַדִּינּוּ שׁוּם שְׁקֵר רַק דְּפְסוּלוֹ
מְשׁוּם שְׁיְכוּלִים לְזַיְיפוּ לָכֵן מְהֵנִי בְּזָה הַטַּעַם לְפִי דְּנִיחָנָה לְהַכְשִׁיר בְּמְלֹאוּהוּ כו' וּבְאַמַּת
ה"ר יוֹנָה ס"ל דְּאַף בְּמִוְקְדָמִין אֶמְרִינּוּ דְּאִינוּ יְכוּל לְטַעוֹן לְהַד"ם לְפִי דִיכּוּל לְמַלְאוּת
בְּקָרוּבִים כְּמִבְּנֹאֵר בְּטוֹר ס' מ"ה סְעִיף ז' וְהוּבָא בַּשְּׁ"ף ס' מ"ג ס"ק י"ב: וְעוֹד י"ל וְלַחֲלֻקִים
דְּהָא בְּמַש"כ הַשְּׁ"ף לְעֵיל גַּבִּי מְוִקְדָם דָּאֵם כְּתַב עַל הַשְּׁטֵר דְּלֹא נִיחָנָה לְטָרוּף אֲלֵא מְזַמְן
זֶה כְּשֶׁר נִרְאָה לְדוֹן בְּזָה דְּאִינוּ מִיכְשֶׁר הַשְּׁטֵר אֲלֵא בְּכַתְּבוּ עֲלֵיו מְדַעַת הַלְוָה כַּדַּס"ל לְיֵשׁ
אוּמְרִים כֵּן בְּשִׁטְר שְׁהֶרְחִיקוּ ב' שְׁיִטִין לְקַמְן ס' מ"ה סְעִיף י"ד כְּמַש"כ ה"ר יוֹנָה שֵׁם
הַטַּעַם דְּלֹא נִשְׁתַּעֲבַד הַלְוָה בְּאוּתוֹ שְׁטֵר וְיֵשׁ לְדוֹן דְּאַף לְפַמַּש"כ הַמְּחַבֵּר בַּסִּי מ"ה סְעִיף
י"ד בְּדַעַה קְמִייתָא דְּהוּבָא בְּסַתָּם דַּס"ל דְּאַף שְׁמְלֹאוּהוּ שְׁלֹא מְדַעַת הַלְוָה כְּשֶׁר מ"מ י"ל
דַּז"א רַק בְּהֶרְחִיקוּ ב' שְׁיִטִין דִּי"ל דְּאַף בְּסַתָּא כ"ז שְׁלֹא שְׁמַעְנוּ מִהַלְוָה שְׁמוּחָה בְּזָה
מְסַתָּא מְסַפִּים שְׁמְלֹאוּהוּ בְּקָרוּבִים וְיִהֵיָה שְׁטֵר כְּשֶׁר דַּל"כ הָא יִהֵיָה יְכוּל לְזַיְיפוּ וְלַכְתָּוֵב
חֻבָּה עַל הַלְוָה לָכֵן הָאֵמְדָנָא הוּא דְּזָהוּ טוֹבָתוֹ שֶׁל הַלְוָה וּמְסַפִּים לְזָה וְאַפְשָׁר דְּזָהוּ כְּוִנְנַת
הַשְּׁ"ף בַּסִּי מ"ה ס"ק כ"ו שְׁכַתְּבֵת דְּלָכֵן כְּשֶׁר אַף בְּלֹא דַעַת הַלְוָה דְּהוּי כְּאֵלוּ הֶרְשָׁהוּ
לְעֲשׂוֹת דִּי"ל דְּכְוִנְנַתוֹ ג"כ לְמַש"כ וּלְפ"ז י"ל דְּבִשְׁטֵר מְוִקְדָם דְּעִיקֵר הַחֲשָׁשׁ הוּא דִּיגִיעַ
פְּסִידָא לְלִקְוֹחוֹת ע"כ לֹא הוּי זֶה טוֹבָתוֹ שֶׁל הַלְוָה כ"כ דְּלֹא אֵיכְפַת לִיהָ בְּמָה שְׁיִגְבָּה
מְלִקְוֹחוֹת שְׁלֹא כְּדִין וְכַעֲזִין מַש"כ הַשְּׁ"ף בַּסִּי ע"ח ס"ק י"ד ע"ש וְלָכֵן הַדִּין נוֹתֵן דְּבִשְׁטֵר
מְוִקְדָם דְּכַתְּבֵת עֲלֵיו דְּלֹא נִיחָנָה לְטָרוּף אֲלֵא מְזַמְן ב' דְּאִינוּ כְּשֶׁר אֲלֵא בְּנִכְתָּב מְדַעַת הַלְוָה
לכ"ע וְהַשְּׁ"ף קוֹצֵר בְּזָה: וּלְפ"ז י"ל דְּלָכֵן ס"ל לְהַשְּׁ"ף לְפְסוּל שְׁטֵר מְוִקְדָם לְגַמְרִי אַף

לטענות להקד"ם משום דס"ל לפוסקים הללו דדוקא בהרחיקו ב"ש דלדינא העיקר פדיעה קמיינתא דהובא בסתמא בלא י"א דאף במלאוהו שלא מדעת הלנה פשר לכן הוי דבר שבידו דהא צריה לדעת הלנה לכן לא אמרינן בנה הסברא דיכול לכתוב עליו דלא ניתן לטרוף כו' ובאמת ה"ר יונה עצמו דכתב ה"ט דראוי להיות פשר אם מלאוהו בקרובים ומה"ט אינו יכול לומר להקד"ם ס"ל דאף היכא דלא הוי דבר בידו ג"כ אמרינן סברא זו דהא איהו ס"ל דגם בהרחיקו ב"ש צריה דעת הלנה אבל בשיטת החולקים עליו שפיר י"ל דס"ל לחלק דזהו תלוי אם הוי בידו בלבד בלא דעת הלנה או לא ולכן כתבו דבשטר מוקדם יכול לומר להקד"ם וא"ש דלא יהיה מוקשה דברי הש"ך הנ"ל כ"כ: ובמש"כ לקמן סעיף י"ד דאף במלאוהו שלא מדעת הלנה פשר הנה לפמש"כ הש"ך שם ס"ק כ"ו הטעם דכיון שמשטר בידו פאלו הרשהו לעשות א"כ זה אינו שייך רק כ"ז דאינו מוחה אבל אם הלנה מוחה אינו יכול למלאות בע"כ של הלנה דהא הלנה מבטל הרשאהו וכש"כ לפמש"כ דמצד אומדנא אתינן עלה דכיון דזהו טובתו של הלנה מסתמא מסכים לזה וע"כ נדאי אינו יכול למלאות השטר בע"כ של הלנה פן הוא נכון לדינא: סימן מו (א) (סעי' א) המוציא שט"ח על חבירו כ"ז שלא נתקיים כו' או פתבתי ללות ועדיין לא לוייתי כו' ה"ז נאמן ופי' הב"י דזהו טענת ממני נפל ואתה מצאתיו והאו"ת תמה דהא באה"ע סי' קנ"ב סעיף י' גבי גט שלא נתקיים רק ע"פ הבעל וטוען ממני נפל ואתה מצאתיו דאינו נאמן אף דיש לו מיגו וכן פסק הרמב"ם פ' י"ב ה' גירושין ה"ג וגם דברי הרמב"ם סתרי למש"כ הרמב"ם פ' י"ד ה' מלנה ה' ה' כמש"כ המחבר הקא ואף אם נימא אינה חילוק בין גט לשטר אפתי תקשה דמגלן להרמב"ם כ"ז: והנתיבות ס"ק א' פתב דשאני גט דזהיר בי' מנפילה דשא תמצאנו ותנשא שלא בפנינו משום דהא בגט אין טוענין מזוהר ויכולה להנשא בלא קיום כו' עכ"ל וזה אינו מספיק לתרץ רק דברי הרמב"ם אבל דברי המחבר לא מספיק לתרץ עפ"ז דהא פתב המחבר באה"ע סי' קמ"ב סעי' א' דהאידין אף בא"י צ"ל בפ"נ ובפ"נ וכמש"כ הר"נ בשם הרמב"ן פריש גיטין א"כ גם בא"י אינה יכולה להנשא בלא קיום בזה"ז ותקשה עדיין דברי המחבר וגם דברי הרמב"ם קשה לתרץ ע"פ חילוקו דהא דוקא בא"י יכולה להנשא בגט בלא קיום והא הרמב"ם סתם בזה בפ' י"ב ה"ג ומשמע דאף בח"ל הדין פן וידעתי מה דיש לדחוק בזה: ונראה לענ"ד לתרץ כ"ז ע"פ מה דאמרינן בב"מ ד' ק"י דפליגי אמוראי דרב יהודה ס"ל דמלנה נאמן לומר אבד שטרו במיגו דלקוחה ורב זביד ורב עזריא פליגו וס"ל דאינו נאמן במיגו משום דכיון דלגוביינא קאי מזהיר זהיר בי' וע"כ הוי נפילה טענה גרוע ואינו נאמן אף במיגו ובח"מ סי' ק"נ סעיף זי"ן פסקו פרב יהודה דנאמן לומר אבד במיגו וכ"כ הרמב"ם ה' שכירות פ"ז ה"ו ועיין בסמ"ע ובש"ך סוף סי' ק"ל שהביאו שם פלוגתת הפוסקים בזה ע"ש ולא הביאו ראי' ברורה למש"כ הרמב"ם והרי"ף שם דהלכה פרב יהודה ולי נראה דטעמם דהוכיחו פן דנאמן לומר אבד שטרי במיגו אף דלנפילה לא חיישינן משום דמיזנהר זהיר בי' מ"מ ע"י מיגו נאמן והוא דהא אי' בב"ב ד' ל"ב ע"ב שהוא דא"ל לחברי' הב לי מאה זוזי כו' מיהו שטרא מעליא ה"ל ואירכס אמר רבה מה לי לשקר כו' א"ל רב יוסף כו' אלמא דס"ל להך סוגיא דאף דנפל הוי טענה גרוע והתם הוי ג"כ שטר דגוביינא ואפ"ה מהימן במיגו ורב יוסף דפליג הא טעמו כמש"כ הרשב"ם

והתוס' שם ומזה הוכיחו הראשונים דאף בנפילה דהוי מידוי דלא שכיח משום דמיזנהר זיהיר בי פמבואר ביבמות ד' קט"ז וב"ב ד' קע"ב: ואפ"ה אם יש לו מיגו מהימן לומר דנפל ממנו השטר: וי"ל דמזה הוכיח הרמב"ם והמחבר הכא גבי טענת פתבתי ללות ולא לויתי דנפל ממני דנאמן במיגו דמיזנהר משום דהא חזינו דנאמן לומר נפל ממני במיגו ואין לחלק דשאני נפילה דייחיד מן נפילה דרבים דהא רבה לא ס"ל לחלק בזה וכמש"כ הש"ך בסי' ס"ט ס"ק ט"ז להשיג שם על הסמ"ע ע"ש.

וכן פתב הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' נ"א להקשות על החכ"צ דמחלק בין שאלה דייחיד לשאלה דרבים דהא חזינו דרבה אינו מחלק פלל ביניהם דאל"כ מנלן לרבה שם בב"ב להוכיח פן ביהא דההוא שטר דהוי פתוב בי' אני לויתי ממך מנה להא דהם יכולין להוציא על אחרים ע"ש בנו"ב וכיון דקיי"ל דהלכתא כרבה דאינו מחלק ביניהם ע"כ ממילא מוכח דאין לחלק בין הא דב"מ ד' ק"י וב"ב ד' ל"ב הנ"ל דשא"ה דלא נמצא עכשיו השטר כלל לפנינו משא"כ ביהא דכתבתי ללות ולא לויתי דנמצא עכשיו השטר לפנינו דזה אינו דהא פינו דלא ס"ל לחלק בין נפילה דייחיד לנפילה דרבים ע"כ אין סברא לחלק בזה דהא מה שנמצא אין זהו ענין גרוע דהא מצוי הוא דהתפצים שנאבדו דהם נמצאים דמי שרואה אותן מגביהן ועיקר הטעם הוא דכיון דמיזנהר זיהיר בי' ע"כ הוי נפילה טענה גרוע ולכן ממילא אין לחלק בין היכא דנמצא עכשיו ובין היכא דהם אבודים ג"כ עכשיו וזה פשוט: וכ"ז הוא בשטר דמוכח דאף דנפילה לא שכיח משום דמיזנהר בי' אפ"ה אם יש לו מיגו מהימן וגם י"ל דאף הנך דפליגי בב"מ ד' ק"י בשטר דלגוביינא קאי דלא מהימן במיגו עכ"ז מודו הכא בטענת הלנה דנפל ממני דנאמן במיגו משום דלא שייך בי' לומר דקאי לגוביינא אבל בגט אשה דכתב הרמב"ם והמחבר דלא מהימן לומר נפל ממני במיגו דמיזנהר דיש לומר דהוכיח פן מהא דגיטין ד' ס"ד דבעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין דס"ל לרב הונא בעל נאמן ור"ח ס"ל שליש נאמן וכתב הרשב"א בחי' שם דהא דנקט בעל אומר לפקדון דזהו להורות דדוקא באומר לפקדון ס"ל לרב הונא דבעל נאמן אבל באומר הבעל נפל ממני ומצאתו אף רב הונא מודה דאינו נאמן משום דלנפילה לא חיישינן כו' ע"ש ובאמת לפמש"כ הש"ך בסי' נ"ו ס"ק ה' דבאם הכחיש להשליש אז אינו נאמן אף לר"ח ומפרש דהא דבעל אומר לפקדון דמיירי באומר הבעל לפקדון על תנאי כך וכך כו' ולפ"ז אינו מוכרח דברי הרשב"א הנ"ל אבל לפי שיטת הראשונים דס"ל דאף אם הכחישו להשליש לגמרי מ"מ השליש נאמן וכמו שפסק המחבר בסי' נ"ו סעי' א' לפ"ז מוכרחים הם דברי הרשב"א דאל"כ למה נקטו בלשונם דבעל אומר לפקדון דוקא אלמא דחזינו להרשב"א דס"ל להוכיח ממה דנקטו בעל אומר לפקדון כו' דדוקא באומר לפקדון ס"ל לרב הונא דבעל נאמן אבל באומר הבעל נפל ממני ומצאתו גם לרב הונא אין הבעל נאמן משום דלנפילה לא חיישינן ולא אמרינן דיהי' מהימן לומר נפל ממני במיגו דלפקדון דהבעל נאמן לרב הונא וע"כ מוכח מזה דבגט הוי נפילה טענה גרוע ביותר דאף היכא דיש לו מיגו לא מהימן וע"כ מוכח דשאני שט"ח מגט משום דהא בגיטין ד' י"ז ע"ב בתוס' ד"ה עד שעת נתינה כו' פתבו התוס' להקשות דאמאי כותבין גט לאיש ניהוש שמה? תן לה בצנעה לאח"כ פדי לחפות עלי' ותירצו דמסתמא אחר הפתיכה? תן לה הגט דלא מקדים פורענותא לנפש' כו' וכ"כ הר"ן והרשב"א בחי' שם דמסתמא תיכף אחר פתיבת הגט? תן לה או לשלוחה

כו' ולפ"ז יש לחלק בפשיטות דמה"ט הוי נפילה בגט דטוען הבעל ממני נפל לטענה גרוע משום דהא לא משהי גבי הגט זמן רב ובזמן מועט לא חיישינן לנפילה דמזקה זיהיר בי ביותר משא"כ בשט"ח הן בנפל מהמלנה והן בנפל מהלנה דטוען פתבתי ללות ולא לוייתי הוי חשש ביותר משום דכיון דרגיל להשהות אצלו זמן רב ע"כ יכול להיות דנפל ממנו ומוכח פן מן הש"ס פנ"ל וא"ש פסק הרמב"ם והמחבר.

ועיין בבאר הגולה אה"ע סי' קנ"ב ס"ק ק' וצ"ב: ולפמש"כ א"ש: ובעיקר קושיות האחרונים על סברת הח"צ דכתב להקל ולחלק בין שאלה דיחיד לשאלה דרבים דהא קי"ל פרבה דב"ב ד' קע"ב דע"כ ס"ל דאין לחלק בזה דאל"כ מנלן לי להוכיח מהא דשני יוב"ש כו' נלע"ד לומר דהנכון הוא פסברת החכ"צ דאיהו יתרמי שישאיל חפצו למי שיש לו ס"א פמותו.

ובאמת צריך להבין סברת רבה דמוכיח מהא דשני יוב"ש הא סברא טובא ומעלייתא איפא לחלק ביניהם כמו דמחלק שם אבני באמת דשאני נפילה דיחיד כו' והנ"ל דסברת רבה הוא פן דס"ל דגם בשני יוב"ש דהחזקו י"ל דמקרי כמו נפילה דרבים דהא פיון דשכיח למצא לאבידות ומי שישאיל את השטר ורואה שכתוב בשטר שחייב מנה ליוב"ש וכיון דהחזקו ב' יוב"ש ויודע שהשטר יש בו שווי קצת ליוב"ש השני וע"כ חיישינן לקנוניא שהמוציא השטר ימסור השטר ליוב"ש השני ובשביל זה ישגי איזה הנאה ממנו משא"כ בנידון החכ"צ בשאלה דיחיד דכיון דלא שייך בי לומר דיגיע לו איזה הנאה ממה שישאיל דוקא החפץ למי שיש לו ס"א פמותו והוי כמו מידי דממילא ואמרינן שפיר בזה דאיהו יתרמי שישאיל החפץ למי שיש לו ס"א פמותו ואבני ס"ל דהו שני יוב"ש מקרי נפילה דיחיד דלא ס"ל חילוק הנ"ל: ועפ"ז יש לומר דזהו סברת הסמ"ע בסי' ס"ט ס"ק י"ב דאינו נאמן לומר נפל ממני הכת"י במקומו דפרעתי משום דס"ל דשאני נפילה דיחיד וכמש"כ האו"ת שם ובסי' נו"ן ס"ק ד' ובאמת תקשה עליו ג"כ דהא חזינו דרבה לא ס"ל לחלק בין נפילה דיחיד כו' אכן לפמש"כ א"ש די"ל דכיון דיכול לטעון פרעתי על הכת"י משום דלא חשש להניח שטר פזה בידי המלנה ואין זה חשוב בעיניהם כ"כ.

ע"כ י"ל דזה מקרי שפיר נפילה דיחיד דאיהו יתרמו שישאיל אותו המלנה שכתוב בשטר משום דלא שייך לומר בזה כמש"כ לעיל דיכול להיות שמשא"כ איש אחר וראה שם המלנה הפתוב בשטר ומסר לו כדי שישגי איזה מחיר מעות ממנו עבור זה דז"א דהא הכת"י פיון דיכול לומר פרעתי ע"כ לא שנה פלום ולא הוי שום בר דמים וכדמצינו בכתובות ד' כ"א דכתבו כמה ראשונים שם דלשיטת הסוברים דיכול לומר פרעתי על הכת"י דיכול לחתום על מגילתא ולא הוי בי שום חשש כלל ועיין ברא"ש ובק"נ ובחידושי רע"א וצ"ל שם בשם הריטב"א וקצתתי ועיין בסי' ל"ט בסמ"ע ס"ק כ"ז ובש"ך ס"ק כ"ז וכיון דזה לא הוי בר דמים כלל ע"כ לא שייך לומר שעשה זה בכוננה ולמסור הכת"י להמלנה הפתוב בו כדי שישגי איזה מחיר עבור זה פיון דלא שני מידי ולא שדי אינש זוזי בכדי וע"כ לא חשדינן לי שישמור זה הכת"י לו ואין אדם חוטא כו' משא"כ בהו דשני יוב"ש שפיר י"ל דישתדל בכוננה למסור זה השטר ליוב"ש השני וכן בהא דסי' מ"ו דהוי שטר שאינו יכול לומר פרעתי אף שלא נתקיים עדיין מ"מ י"ל דמקרי כמו נפילה דרבים ג"כ מטעם זה דשכיח להשיג מעות עבור זה משום דשני מידי

על ראי' אם ישיג קיום וְלא סְתרי דְבְרֵי הַסַּמ"ע לְהַפְּדוּ דְסִי מ"ו הַנְּל: (ב) (שָׁם סְעִי ג') פִּיצַד הוּא הַקִּיּוּם בְּאִים עַדִי הַשְּׁטֵר וּמַעֲיָדִי לַפְּנֵי ג' אִפִּי הַדְּיוֹטוֹת כּו' וְכַתֵּב הַאוֹת בְּאוֹרִים ס"ק ו' דְּהֵנָּה ג' הֵם בְּאִנְפֵּן שְׁפִשְׁרִים לְדוֹן דִּינֵי מְמוֹנוֹת פְּדִלְעִיל ה' דִּינֵינִים דְּאִין הַבְּדֵל בְּזֶה בֵּין קִיּוּם לְשִׁאֲרֵי דִינִים עַכ"ל וּלְפ"ז בְּעֵינֵן דִּיהֵנ' בְּהוּ חַד דְּגַמִּיר פְּמִבְּנֹאֵר בְּסִנְהֶדְרִין ד' ג' וְלַעֲיִל סִי ג' סְעִי א' אֲכֹן מְצִאתִי בַּמְהַרִּי"ט ח' ח"מ סִי מ"ו שְׁכַתֵּב מִלְּתֵא חֲדָתֵא וְז"ל גַּבִּי הוֹדְאָה בַב"ד דְּמַהֲנֵי אַף שְׁלִשְׁתֹּן הַדְּיוֹטוֹת דְּלִית בְּהוּ חַד דְּגַמִּיר וְהָא דְרִישׁ סִנְהֶדְרִין דֵּא"א דְּלִית בְּהוּ חַד דְּגַמִּיר הֵינְנוּ לְעֵנֵן שְׁיִתְקַיְיְמוּ דִּינֵיהֶם כּו' אֲבָל לְעֵנֵן הוֹדְאָה כּו' כָּל ג' מִהַשּׁוּק יֵשׁ לָהֶם תּוֹרַת ב"ד כּו' דְּכָל מִקְלֵי דְלֵא תְּלִי בְּשִׁקוּל הַדְּעַת אַע"ג דְּלֵא גַמִּירִי מִקְרִי ב"ד שְׁהֵרִי לְעֵנֵן קִיּוּם שְׁטֵרוֹת כָּל ג' מִן הַשּׁוּק יֵשׁ לָהֶם תּוֹרַת ב"ד פִּינֹן דְּלֵהֵיא מִקְלֵתֵא יוֹדְעִים מִקְלֵי דְקִיּוּם אוֹ לְדַמּוֹת הַחֲתִימָה זֶה לְזֶה וְכֹן לְקַבּוּלֵי סְהַדִּי כּו' וְתַנּוּן פ' מְצֻנֹת חֲלִיצָה אֲפִילוּ שְׁלִשְׁתֹּן הַדְּיוֹטוֹת כּו' וְכַתְּבוּ הַתּוֹס' שָׁם אֲבָל בְּשִׁאֲרֵי דְבְרִים א"צ שְׁיִהִיו בְּקִיָּאִים בְּהֶם כּו' וְעוֹד רֵאִי מְהָא דִּישׁ נוֹחֲלִין ג' שְׁנֹכְנָסוּ לְבַקֵּר הַחוּלָה רְצוּ עוֹשִׁין דִּין וּבְלִילָה אִין עוֹשִׁין דִּין אֲלֵמָא כָּל ג' דְּקַבְּלִינְהוּ יֵשׁ לָהֶם תּוֹרַת ב"ד כּו' עַכ"ל הַמְהַרִּי"ט הֵרִי דַס"ל לְהַמְהַרִּי"ט דְּבְקִיּוּם שְׁטֵרוֹת לֵא בְּעֵינֵן דִּיהֵנ' חַד דְּגַמִּיר אַף מַה דְּמִשְׁמַע מְמַנּוּ דַס"ל כֹּן גַּבִּי קַבְּלַת עֲדוֹת הַנֶּה לְעִיל סִי כ"ח סְעִי כ"א מְבִנְאֵר לְהִיפָּךְ מְדַבְּרִין וְכֹן הוּא בְּנִימוּקֵי יוֹסֵף לַב"ק פ' הַגּוֹזֵל בְּתֵרָא בְּשֵׁם תְּשׁוּבָה לְהֵרִי"ף שָׁם אַף בְּקִיּוּם שְׁטֵרוֹת י"ל דְּהִקְיֵלוּ בְּזֶה כְּדִמְצִינוּ שְׁאֲרֵי קוֹלוֹת בְּזֶה וְכֹן גַּבִּי יַחֲד מְמַחֵה לְקַמֵּן סְעִי ד' בְּרַמ"א וְעֵינֵן שָׁם בְּש"ף ס"ק ח' וְאֵף דְּמַצִּינוּ בַב"ב ד' מ' תּוֹס' ד"ה קִיּוּם שְׁטֵרוֹת כּו' דְּבְקִיּוּם שְׁטֵרוֹת בְּעִי ג' אַף לְשִׁמּוּאֵל וּר"נ כּו', וְכ"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּבוֹת ד' כ"ב וּבְשֵׁא"ד.

עַכ"ז י"ל דְּשִׁאֲנֵי קִיּוּם שְׁטֵרוֹת בְּזֶה וְעֵינֵן לְעִיל סִי ג' שְׁ"ף ס"ק ה' וְכַעַת מְצִאתִי בַאוֹת סִי פ"א ס"ק ס"ה וְנִתְיַבּוֹת שָׁם ס"ק ל"ג דְּהִבִּיאוּ בְּקַצְרָה גַּבִּי הוֹדְאָה לְדְבְרֵי הַמְהַרִּי"ט הַנְּל: וְהַאוֹת סְתֵר שְׁיִטְתּוֹ לְמַש"כ הֵכָא וְכֹן מְצִאתִי בְּקַצְרָה ח' סִי ע"ט ס"ק זִי"ן שְׁהִבִּיאוּ לְדְבְרֵי מְהַרִּי"ט הַנְּל וְלַעֲיִל בְּחִידוֹשֵׁי לְסִי ג' סְעִי א' פְּתַבְּתִי הַרְבֵּה מַה דִּישׁ לְדוֹן בְּדְבְרֵי הַמְהַרִּי"ט הַנְּל: וְלִמְדֵנוּ מְדַבְּרֵי הַמְהַרִּי"ט בְּהָא דְּמִבְּנֹאֵר בַב"ב ד' קִי"ג שְׁלִשָּׁה שְׁנֹכְנָסוּ לְבַקֵּר הַחוּלָה רְצוּ עוֹשִׁין דִּין דְּאֵף דְּלִית בְּהוּ חַד דְּגַמִּיר ג"כ עוֹשִׁין דִּין וְזֶהוּ מִקְלֵתֵא חֲדָתֵא: וּבְאַמַּת מְדַבְּרֵי הַתּוֹס' בַב"ב ד' קִי"ג ע"ב ד"ה אֲנִרְעָה כָּל הַפְּרָשָׁה פְּוֵלָה כּו' מִשְׁמַע דְּלֵא ס"ל כֹּן וְכֹן מְדַבְּרֵי הָרֵא"ש שָׁם ע"ש וְקַצְרֵתִי מִשּׁוּם דְּהַדְּעַת נוֹטָה דִּיהָא בְּעֵינֵן הֵכָא ג"כ ב"ד גַּמִּירִי דְּהָא דְּנִין לְהַסְפִּיקוֹת הַנּוֹלָד בְּהַצְנוּאָה פְּמִבְּנֹאֵר שָׁם וּבְטוֹר ח"מ רִישׁ סִי רנ"ג וְלֵא שְׁיִיךְ הַתָּם הַטַּעַם שֶׁל הַמְהַרִּי"ט שְׁכַתֵּב בְּקִיּוּם וְהוֹדְאָה וְכֹן יֵשׁ לְדוֹן בְּמָה שְׁכַתֵּב הַשְּׁ"ף לְעִיל סִי כ"ב ס"ק א' בְּשֵׁם הַג"א דְּהָא דְּקִיבֵל עָלָיו קְרוּב וּפְסוּל דְּמַהֲנֵי דְּזֶה אִינוּ רַק פְּשִׁקִּיבֵל עָלָיו בַב"ד אֲבָל חוּץ לַב"ד לֵא מְהֵנִי ע"ש.

דְּלְדְבְרֵי הַמְהַרִּי"ט הַנְּל יֵשׁ לְדוֹן אַף בְּזֶה פִּינֹן דְּהַב"ד לֵא עֲבָדִי הֵכָא פְּלוּם ע"כ סְגִי בְּזֶה אַף שְׁלִשָּׁה הַדְּיוֹטוֹת דְּלֵא גַמִּירִי מִשּׁוּם דְּדִינָם הוּא פְּמוֹ אוֹדִיתָא פְּנ"ל וְכֹן יֵשׁ לְדוֹן בְּהָא דְסִי ע' סְעִי ד' אִם אָמַר לוֹ אֵל תִּפְרַעֲנִי אֲלֵא בְּפָנֵי פו"פ כּו' אֲלֵא פּוֹרְעוּ בְּפָנֵי ב"ד וְכוּתְבִין כּו' וְעֵינֵן שְׁ"ף ס"ק כ"א וְכֹן הוּא שָׁם סִי ע"א שְׁ"ף ס"ק ח' דְּלְדְבְרֵי הַמְהַרִּי"ט הַנְּל מְהֵנִי שָׁם אַף ב"ד שְׁלִשָּׁה דְּלֵא גַמִּירִי אַף חַד מִינְיָהוּ וְזִיל בְּתֵר טַעְמָא: וּבְמַש"כ הַשְּׁ"ף לְקַמֵּן ס"ק ח' דִּיחִיד מְמַחֵה לֵא מְהֵנִי לְקִיּוּם שְׁטֵר אֲלֵא מַצֵּד הַמְנַהֵג הַנֶּה רֵאִיתִי בְּהַרְדְּב"ז ח"א סִי ש"ס ח' דְּהַעֲלָה דַע"פ דִּין לֵא מְהֵנִי קִיּוּם שְׁלוֹ אֲלֵא נְהַגוּ כֹן וְזֶהוּ מְנַהֵג בְּטַעוֹת וְלֵא

הוקבע ע"פ ותיקין ולכן אם לא הי' הקיום בפני הבע"ד ומערער עכשיו לא מהני קיום של התוס' ושיבה נרב העיר ע"ש ועיין לקמן בפ"ד סוף סי' מ"ו: ביאור דין אם טוען הלנה מונויף אם צריף קיום מן התורה או לא: (ג) ענף א בסימן מ"ו סעי' ד' סמ"ע ס"ק ט' בשם הגמרא דקידושין דאם טען הלנה מונויף צריף קיום מה"ת והש"ף שם חלק ע"ז והוכיח מריש גיטין ד' ג' דאף אי אתי בעל ומערער לא משגחינן בי' משום ד"ת פנחקה בב"ד דמי אלמא דאף בטוען מונויף א"צ קיום מה"ת ונפ"מ מזה בכמה קולות דמצינו דהקילו בקיום שטרות משום דהוי רק מדרבנן אבל אם הוי מה"ת לא מקלינן בזה ועיין בפ"ד שם ס"ק יו"ד והב"ש סי' קמ"ב ס"ק ב' פתב לתרץ זה ע"פ מה דיש לחלק דהיכא דהעיד העד מקודם ערעור הבעל ואז הוי כאלו נתקנים ע"פ ב' עדות תו אף דאתי בעל ומערער לא משגחינן וכ"כ המח"א ה' גירושין פ"ז דין ב' על דברי הרמב"ם שם לחלק פן יעו"ש ולענ"ד נראה להביא ראיה לזה החילוק מן מש"כ התוס' גיטין ד' ב' ע"ב סוף ד"ה ואם יש עליו עוררים כו'.

דהיכא דאיתרע בנפילה והלנה טוען מונויף אין לגבות אפילו ימצא עדי קיום דחיישינן שפא זיופי זניף כו' אבל אי ליכא לנה קמן והמלנה מצא עדי קיום מחזירים לו ואי הדר אתי לנה וטען מונויף נראה דתו לא מהימן פינו דהחזוק בהיתר עכ"ל התוס' וכ"כ התוס' בב"מ ד' י"ג ע"ב ד"ה הא קאמר כו' באה"ד שם (וזהו פועין הא דיו"ד סי' י"ח סעי' י"ג הואיל ויצא בהיתר יע"ש).

וכדברי הרמב"ם פ"ט ה' נזירות ופ"ט ה' סנהדרין והוא מירושלמי פ"ח בנזיר ועיין בכתובות ד' כ"ו ע"ב תוס' ד"ה אנו אחתינן כו' מש"כ שם בשם ר' יצחק ב"ר ברוף לחלק [נקצרת] אלמא דמצינו פועין זה לחלק בין טען טענת מונויף לאחר שהחזוק לנו השט"ח בחזקת פשר או מקודם דהחזוק בטוב וה"ה דיש לחלק בזה כמש"כ הב"ש והמח"א פנ"ל: ומצינו בתוס' כתובות ד' כ"ח ד"ה קיום שטרות דרבנן שפתבו בשם הר"י דהיכא שהלנה מודה שפתבו וטוען פרוע בזה קיום הוא מדרבנן ומשמע דבטוען מונויף הקיום מדאורייתא וראיתי בהפלאה שם שכתב דיש פאן תמיה רבתי דסתרי דברי הר"י להדדי דאלו לעיל ד' י"ט ד"ה מודה בשטר כו' כתבו בשם הר"י דרבנן אצרכו קיום פי טען מונויף הרי דס"ל להר"י שם דאף בטענת מונויף לא פועי קיום רק מדרבנן יעו"ש ובאמת מצינו פן בתוס' כתובות ד' צ"ב ד"ה דינא הוא כו' שכתב שם באה"ד דתקנו רבנן קיום נגד טענת מונויף דאמר הלנה קים לי בגנוי'.

אף בזה י"ל דהא מצינו בכ"ד דסתרי דברי התוספות אהדדי אבל מה דתמה ההפלאה בסתירת דברי הר"י דסתרי אהדדי שפיר תמה: והנלע"ד בזה משום דזה ברור דמה דאמרו בכולי ש"ס דשטר הוי פנחקה עדותן בב"ד משום דמירבת לזיופי דזה הוי כמו רובא דרוב אינשי לא נחשדו לזה אלא היכא דטוען מונויף אז לא מהני רובא משום דהא קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב וע"כ אם טוען מונויף בזה קיום הוא מה"ת אלא היכא דטוען פרוע לא מהימן מה"ת במיגו מונויף משום דהוי מיגו דאי פועי טעין טענה דלא שכיח משום דהוי רובא לכה"פ פנ"ל וזה לא אמרינן וכמש"כ התוס' כתובות ד' י"ח ד"ה מחמת נפשות כו' דמיגו דאנוסים מחמת נפשות לא אמרי' משום דלא שכיח ועיין בפ"ד בקללי מיגו ס"ק כ"ב ובאו"ת פללי מיגו ס"ק מ"ו מזה ואכמ"ל וע"כ בטענת פרוע

א"צ קיום רק מדרבנן וכן בטורף מלקוחות ונתמי א"צ קיום רק מדרבנן דהא ס"ל לכ"פ דמידי דלא שכיח לא טענינן לנתמי ולקוחות כמבואר בב"ב ד' ע' וח"מ סי' ק"ח וכיון דע"פ הרוב הוי טענת מזוניף מידי דלא שכיח וע"כ לא טענינן להם מה"ת טענת מזוניף והוי טענתם טענת שפא ואף להפוסקים דס"ל דטענינן להו אף מידי דלא שכיח עכ"ז הא פתב הגתיות בסי' ס"ט ס"ק י"א דאף לשיטת הסוברים פן עכ"ז לא טענינן להו מידי דלא שכיח בתורת טענת פרי רק בתורת טענת שפא טענינן להו וז"א שניף רק היכא דמהני טענת שפא אבל היכא דבעי טענת פרי אזי לא טענינן להו מידי דל"ש יעו"ש בנתיות ולכן בבא המלנה לגבות מיתמי ולקוחות ושללא בפניו לא בעי קיום רק מדרבנן משום דהא המלנה טוען פרי ובצירוף רובא דלא חציפי לזיפי מוציאין עי"ז מחזקת ממונא פועין הא דכתובות ד' י"ב דהיכא דאיכא טענת פרי בצירוף אוקי אחזקה מוציא מהמחזק כש"כ רוב בצירוף טענת פרי דמוציא ממחזק עי"ז וכעין זה פתב הפני יהושע פתובות ד' ט"ז בתוס' ד"ה פיון דרוב נשים כו' דהיכא דאיכא רוב וחזקה דמוציא מהמחזק מכש"כ מן פרי ואוקי אחזקה יעו"ש ורוב עדיף מן חזקה ע"כ ונדאי מוציאין ממון ע"י פרי ורובא: וע"פ מש"כ בשם הגתיות דלכ"ע לא טענינן לנתמי ולקוחות טענה דל"ש בתורת טענת פרי רק בתורת טענת שפא: יש לפרש עפי"ז הסוגיא דכתובות רפ"ב דמקשה הגמרא כי לא אתו עדים מאי הוי וקא רוב נשים בתולות נישאות ופלי התוספות דלרב פריף והבעה"מ פלי דלכו"ע פריף משום דרוב וחזקה מוציא ממונא ולולי דבריהם י"ל דכוננת הגמ' להקשות לכ"ע דהא לעיל נשם בסוגיא זו אמרו דעד פאן לא קאמר ר"ג אלא בכרי ושפא אבל בכרי וכרי לא אמר ר"ג ופלי הרא"ש נשם דטענת יורשים מקרי טענת פרי משום דטענינן להו וע"ז מקשה הש"ס דהא פיון דרוב נשים בתולות ניסת א"כ פיון דמקרי טענתם מידי דלא שכיח ובכה"ג לא טענינן להו בתורת טענת פרי רק בתורת שפא א"כ בכה"ג הא לר"ג מוציאין מהיורשים אף בלא ראיה משום דהא ע"פ פרי בצירוף רוב מוציא מהמחזק וזהו פנונת ריש סוגיא הגמ' דאמרו ודקארי לה מאי קארי לה פיון דרוב נשים בתולת נישאת פכרי ושפא וזהו ג"כ מה"ט פיון דלא טענינן להו מידי דל"ש ע"כ הוי טענת יורשים כטענת שפא וע"כ מוציא מהם ע"פ פרי ואוקי אחזקה או פרי ורובא.

נחזור לענינינו דדוקא בטורף מיתמי וכהנה בזה א"צ השטר לקיום מה"ת משום דה"ל רובא בצירוף פרי ושפא. אבל בטוען מזוניף פיון דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ צריף קיום מה"ת ולכן התוס' בכתובות ד' כ"ח שפיר פתבו לדינא דאם טוען מזוניף צריף קיום מה"ת משום דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב אלא במודה בשטר שפתבו בזה א"צ קיום רק מדרבנן פנ"ל אבל לעיל ד' י"ט דמייירי התם הר"י אליבא דרב כמבואר נשם דרב אמר נשם להו מודה בשטר שפתבו דא"צ לקיימו ורב הא ס"ל הולכין בממון אחר הרוב וע"כ אליבא דרב שפיר פתבו דאף בטוען מזוניף א"צ קיום מה"ת ואתי שפיר דלא סתרי דברי הר"י הגמ' למהדדי: הגה"ה וראיתי באו"ת בכללי מגו ס"ק מ"ו שהקשה במאי דאמרינן מודה בשטר שפתבו צריף לקיימו והא ה"ל מגו בטענה דל"ש דלא אמרינן אבל לפמש"כ י"ל דזהו באמת הטעם דס"ל להתוס' בכתובות ד' כ"ח דהא דמודה בשטר שפתבו דצריף לקיימו לא הוי רק מדרבנן דזהו ג"כ מפאת דטענת מזוניף הוי טענה דלא שכיחא ע"כ א"צ לקיימו רק מדרבנן והא שהקשו התוס' בכתובות ד' י"ט

בד"ה מודה בְּשֵׁטֶר כּו' דמ"ד דס"ל דא"צ לְקַיְמוּ הָא י"ל מִיגוּ דְמַזְנוּיָא כּו' י"ל דְכַנּוּנְתָם פִּינּוּ דְחַזְנוּ דְרַבְּנָן תַּקְנוּ לְקַיְמֵי שֵׁטֶר אַף בְּבֵא לְטָרוּף מְלַקּוּחוֹת וַיִּתְמִי וְאַף דְהֵתָם אִי אֲמַרִּין דְהָי טַעֲנַת מְזוּיָא טַעֲנָה דל"ש א"כ הָא טַעֲנָה דל"ש לָא טַעֲנִין לִיתְמִי בְּתוֹרַת טַעֲנַת בְּרִי פנ"ל וע"כ מוכח דְאֶחָר דְתַקְנוּ חַז"ל דְצָרִיף לְקַיְמֵי דִינוּ פְּאֵלוּ הָי טַעֲנַת מְזוּיָא טַעֲנָה דְשְׂכִיחָא ע"כ שְׁפִיר הִקְשׁוּ דְהָא הָי עכ"פ מִיגוּ וע"ז תִּי פִינּוּ דמַה"ת א"צ קִיּוּם כּו' ע"כ לָא מְהִימֵן בְּמִיגוּ וְקַצְרִיתִי..

ע"כ הגה"ה. אֲכַן עֲדִינּוּ יֵשׁ לְעִינּוּ בְּדַבְּרֵי הַתּוֹס' ב"ב ד' קכ"ח ע"ב ד"ה נְשַׁבַּע וְגוּבָה כּו' שְׁפָתְבוּ שָׁם ג"כ בְּשֵׁם הַר"י דְכִי טַעַן מְזוּיָא א"צ קִיּוּם מַה"ת וְשָׁם לָא שְׁיָיְדָה לְתַרְזַן כ"כ וע"כ הֶעֱיָקֵר בְּזָה כַּמֶּש"כ הַש"ף בְּסִי' מ"ו ס"ק ט' הַנ"ל בְּכַנּוּנַת הַתּוֹס' פְּתוּבוֹת ד' כ"ח הַנ"ל שְׁפָתְבוּ בְּסֵה"ד וּמִיָּהוּ בְּרִישׁ גְּיֻטִּין מוֹכַח כּו' דְכָתַב הַש"ף דְהַתּוֹס' קָאִי גַם עַל תִּי קָמָא שְׁפָתְבוּ שָׁם בְּשֵׁם הַר"י דְמַגִּיטִין מוֹכַח דְאַף בְּטוּעוֹן מְזוּיָא א"צ קִיּוּם מַה"ת וִי"ל דְגַם זֶהוּ מִדְּבַרֵי הַר"י שָׁם וע"כ לָא סְתָרִי דְבַרֵי הַר"י לְהַדְדִי דִי"ל דַּהֲר"י חֲזַר בּוּ לְסוּף: עֲנָף בּ וּמִסְקַנַת הַש"ף דְאַף בְּטוּעוֹן מְזוּיָא א"צ קִיּוּם רַק מְדַרְבְּנָן וְכַמֶּש"כ הַמַּהֲרִי"ק בְּסִי' ע"ד: וְהַטַּעַם הוּא דְאַף דְאִין הוֹלְכִין בְּמִמוֹן אַחַר הֶרֶב אַף הֵכָא שְׁאֵנִי דְהָי מִיעוּט שְׁאֵינּוּ מְצוּי שְׁיִזְנוּיָא שְׁטָרוּ דְלָא חֲצִיף אִינְשׁ ע"ז וּבְמִיעוּט דְמִיעוּטָא ס"ל לְהַפּוֹסְקִים דְמַהֲנִי אַף בְּמִמוֹן מְשׁוּם דְבְּזָה לָא שְׁיָיְדָה לְוֹמֵר סְמוּךְ מִיעוּטָא לְחֻזְקַת מְמוּנָא וע"פ סְבָרַת הַתּוֹס' בַּר"פ ג' דב"ק וְכַעֲיֵן מַש"כ הַתּוֹס' בְּסִי' הַדְרִין ד' ג' ע"ב דְבָרִיב אֵלִים אֲזַלִּין בְּתַר רַבָּא אַף בְּמִמוּנָא אֲכַן הַב"ש בְּסִי' קמ"א ס"ק ע' הוֹכִיחַ מְהַרְמַב"ם וְשׁו"ע שָׁם סְעִי' נ"ג דְכָתְבוּ דָאֵם בָּא הַבַּעַל וְעַרְעַר שְׁהַגֵּט מְזוּיָא תַּצָּא וְהוֹלֵד מְזוּר וְאִינָה מְגוֹרְשַׁת אֶלְמָא דְבְּטוּעוֹן מְזוּיָא צָרִיף קִיּוּם מַה"ת דַּל"כ אֲמַאי הָי מְזוּר וְנָדָאִי וְא"מ בְּנוּדָאִי וְהוֹכִיחַ מְזָה דס"ל פְּשִׁיטַת הַגַּמ' הַנ"ל וְהָיָה הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' מ"ו ס"ק ה' הֵבִיא דְבַרֵי הַב"ש הַנ"ל וְכָתַב לְתַרְזַן דַּשֵּׁא"ה דְמִיָּרִי שָׁם בְּלֹא נוֹדְעוּ הָעֵדִים הַחֲתוּמִים עַל הַגֵּט מִי הֵם וְעִיקָר הַטַּעַם דַּא"צ קִיּוּם מַה"ת מְשׁוּם דְעֵבִיד לְגִלוּיִי אֲבָל הֵיכָא שְׁלֹא נוֹדְעוּ עֲדִיו א"כ לָא הָי עֵבִיד לְגִלוּיִי וּבַכַּה"ג בְּעִי קִיּוּם מַה"ת וּבְכַפִּי פְתַבּוּ שָׁם הַרְמַב"ם וְטו' שְׁלֹא נוֹדְעוּ הָעֵדִים כָּלֵל וְכ"כ הַפְּנִי יְהוֹשֻׁעַ בְּכַתְּבוֹת ד' כ"ח וְאַף שְׁיָיְדָה פְתַבּ הַנְּתִיבוֹת בְּסְבָרְתוֹ אֲבָל עֲדִינּוּ קֶשֶׁה דַּא"כ אַף בְּלֹא עַרְעוֹר הַבַּעַל ג"כ תְּהֵי אֶסוּרָה לְהַנְשֵׂא דְהָא עִיקָר מַה דְמַקְלִינּוּ בְּאַרְזַן יִשְׂרָאֵל דַּא"צ לְוֹמֵר בַּפ"נ מְשׁוּם דְסְמַכִּינּוּ עַל הָא דד"ת א"צ קִיּוּם אֲבָל כַּה"ג שְׁלֹא נוֹדְעוּ הָעֵדִים דְאַף מַה"ת צָרִיף קִיּוּם א"כ אַף בְּלֹא עַרְעוֹר הַבַּעַל תְּהֵי אֶסוּרָה לְהַנְשֵׂא מַה"ת: וְאַפְשָׁר לְוֹמֵר דְאַף בְּלֹא נוֹדְעוּ הָעֵדִים שְׁיָיְדָה בְּזָה רַב אֲנָשִׁים אִינָם חֲשׁוּדִים לְזִינָף כְּזָה ג"כ אֲבָל מִיעוּט יֵשׁ דְחֲשׁוּדִים ע"ז ע"כ כ"ז דְלָא אֲתִי בַּעַל וּמְעַרְעַר סְמַכִּינּוּ עַל הָא רַבָּא אַף בְּבַעַל מְעַרְעַר דִּישׁ בְּרִי בְּצִירוּף חֻזְקַת א"א כַּמֶּש"כ הַרְבַּה מ"מ שָׁם עֲדִיפָא מְרַבָּא וְכַמוֹ דְאַמְרוּ בְּכַתְּבוֹת ד' י"ג דְמֵאֵן דְמְכָשֵׁר מְכָשִׁיר אַף בְּרֹב פְּסוּלִים וְכַמֶּש"כ הָרָא"ש בְּכַתְּבוֹת ד' ט' בְּשֵׁם רַבִּינוּ יוֹנָה דְבִאֲוִמְרַת נְאַנְסְתִי נְאַמְנָה מַה"ט וְאַף דְהַשְׁלִיחַ אוֹמֵר דְהַבַּעַל נִתְּן לוֹ גֵּט זֶה עכ"ז הָא קִי"ל דְהַבְּרִי שְׁל הַבַּע"ד עֲדִיף מִהַבְּרִי שְׁל הָאֶחָר פְּמַבְּנֹאָר בַּב"ב דָּף קל"ה וּבְתוֹס' פְּתוּבוֹת ד' ע"ו ד"ה רִישָׁא מְנָה לְאַבָּא בְּיָדָה כּו' וְכַדְמוּכַח בְּתוֹס' פְּתוּבוֹת ד' י"ב ע"ב ד"ה רַב הוֹנָא כּו' דְאַף בְּרִי שְׁל עַד פְּשֵׁר מְקַרִי כְּמוֹ בְּרִי שְׁל אַחַר שְׁאֵינּוּ בַע"ד וְגַרְע מִינְיָה יַעו"ש: אֲבָל בְּנוֹדְעוּ הָעֵדִים מִי הֵמָּה אֲז א"צ קִיּוּם מַה"ת אַף בְּבַעַל מְעַרְעַר מְשׁוּם דְאֲז הָי מִיעוּט דְמִיעוּטָא וּבְמִיעוּט שְׁאֵינּוּ מְצוּי לָא שְׁיָיְדָה כ"ז כָּלֵל וְא"ש תִּי הַנְּתִיבוֹת אֲבָל

אפתי תקשה דמה יענה הנתיבות במה שהקשה הב"ש בסי' קמ"ב סעי' א' ס"ק ה' והוכיח מדברי הטור והרא"ש שם דס"ל דאם הבעל מערער מזונין הוא דבזה צריך קיום מה"ת ושם בדברי המחבר לא נזכר כלל דמירי שם בלא נודעו העדים מי הם אף בסי' קמ"א סעי' נ"ג מבואר שם דלא נודעו עדיו כלל אבל הקא לא נזכר כלל מזה וכן תקשה מהרמב"ם פ' י"ב ה"ג ה' ג' הוציאה גט ואמרה גרשני בעלי בזה ובא הבעל וערער מזונין הוא דאם לא נתקנים אינה מגורשת אבל פסלה נפשה מכהונה דשונתיה חתיכה דאיסורא דמשמע מזה דא"מ בנודאי אלא מצד חד"א אסורה לכהונה וכמו דמקשה התנאים מזה על הש"ך ושם ג"כ לא נזכר כלל דמירי בלא נודעו העדים כמש"כ הנתיבות.

ולתני הנתיבות צריך לדחוק דשם ג"כ מירי בלא נודעו העדים וסמוך על מש"כ בפ"ז ה"ג ה"ב אבל עדיין תקשה דכיון דמוכח דאף בלא נודעו העדים יש בזה רוב דלא חשידי ע"ז פנ"ל דאל"כ אף בלא אחי ומערער ג"כ ניהוש לזה פנ"ל אלא לעיל פתבתי דשאני ברי של הבע"ד מן ברי של אחר ושם ה' מירי בברי של השליח ע"כ שפיר פתבתי לעיל אבל הקא ה' מירי דהאשה אומרת ברי גרשני בעלי בגט זה א"כ יש לפנינו ברי של בע"ד נגד ברי של הבעל א"כ הוי ברי וברי והוי לכה"פ ספק השקול ואיכא רוב נגד חזקת א"א ורוב עדיף מחזקה א"כ תקשה אמאי כתב הרמב"ם דאינה מגורשת בנודאי ה' לכה"פ הוי ספק השקול אף אי נימא סמוך מיעוטא לחזקה וג"כ ה' סמוך מיעוט כו' אינו אלא מדרבנן ועיין באה"ע סי' קנ"ב סעיף יו"ד מזה: ואפשר להעיר בזה מלתא חזקתא לפי המבואר בכללי מיגו של הכנה"ג והובא באו"ת סעי' ה' דמיגו להוציא מחזקת א"א לא אמרינן רק ה'ה שאסר שאני אבל החזקה א"א לא מהני מיגו לבטל לחזקת א"א ויש להסביר זה ע"פ מש"כ הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל ו' סוף אות י"א דכמו דלא מהני רוב להוציא מחזקת ממונא ה"ה דלא מהני להוציא מחזקת מרא קמא דשקולים ה'ה יעו"ש ובקצה"ח סי' פ"ב ס"ק י"ג ובש"ש שמעמ"ד פ' כ"ד מזה והדברים ארונין ואכמ"ל בכ"ז א"כ ה"ה י"ל דכמו דלא מהני מיגו להוציא מהמחזק ה"ה דלא מהני מיגו להוציא מן בעל חזקת מ"ק וה"ה בעל באשתו הנקנית לו דיש להבעל ע"ז בשם מ"ק ע"כ לא מהני מיגו להוציא מחזקתו וכן ראיתי בחידושי רשב"א לקדושין ד' ס"ד דאף דמה שבידו עדיף מן מיגו עכ"ז לא מהני זה נגד חזקת א"א והובא בתורת גיטין פ"ו גיטין בסוגיא דשליש ד' ס"ד וכתב שם התו"ג דמיגו נודאי דלא מהני להוציא מחזקת א"א וה' דא' רב הונא בגיטין ד' ס"ד שא"ה כו' עכ"ל חו"ג ועוד פתב שם התו"ג דלכן מיגו לא מהני להוציא מחזקת א"א דה' דבר בערונה ילפינן דבר דבר ממון וכיון דלא מהני מיגו להוציא ממון נודאי דלא מהני בדבר שבערונה יעו"ש בתו"ג: וכבר פתבתי במק"א לדון דמיגו ורובא דין א' להם ושניהם אינם יכולים להוציא ממון מהמחזק וה'ה שפתבו התוס' בב"ב ד' צ"ב ד"ה ואמאי לימא הלך אחר רוב נשים בתולות נישאות כו' דמיגו במקום רוב מהני שא"ה דהוי רוב ומחזק ביהודא ואכמ"ל ולפ"ז י"ל דה"ה רוב לא מהני להוציא מחזקת א"א היכא דהחזקה א"א לפנינו דכמו דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מהמחזק ה"ה דלא מהני רוב להוציא מחזקת א"א דגם בזה שייך סברת התורת גיטין ה"ל דה' גמרינן דבר דבר ממון וילפינן ע"פ ה' גז"ש גם על רובא דלא מהני בערונה להוציא מחזקת א"א וה'ה דמשאל"ס שאני דהוי מיעוט שאינו מצוי לשיטת פמה פוסקים וגם במה דשקל וטרי הריב"ש בתשובה סי' שע"ט וסי' ש"פ וכן הפוסקים בסי' י"ז סעי'

כ"ט גבי הנה דאין מעידין דאם ניסת דתצא דאם סמכינן על הך רנבא דיש שם ולא אתו
עלה מטעם דכתבתי דלא מהני רוב להוציא מחזקת א"א י"ל דגם אינהו מודו לכל מש"כ
רק שא"ה בספק שפא מת הבעל א"כ לא הוי שום בע"ד לפנינו לומר דהיא עומדת
בחזקתו דהא ע"ז גופא אנו דנין ובחזקת יורשיו לא שייך בזה ע"כ שפיר מהני שם רנבא
אלא מצד דהוי התם תרי חזקות כמש"כ הריב"ש שם החמירו שם יעו"ש אבל בספק
בגירושין דהבעל בפנינו שפיר יש לדון דלא מהני רנבא בזה להוציא מן חזקת א"א
דילפינו דבר דבר ממון וע"כ שפיר י"ל דלכן במערער הבעל ואומר שמזניף הגט שאני
דכינן דאיפא פרי וברי מוקמינן על חזקת א"א ורוב לא מהני להוציא מחזקת א"א וע"כ
הוי אינה מגורשת בנודאי וכ"ז דלא אתי הבעל ומערער סמכינן על מה דהאשה אומרת
גרשני בעלי בגט זה משום דהא פרי בצירוף רוב מהני אף להוציא ממון פנ"ל ה"ה דמהני
זה להוציא מחזקת א"א אבל בבעל מערער דהוי פרי וברי אז לא מהני רוב כלל להוציא
מחזקת א"א וע"כ א"מ בנודאי וא"ש כ"ז ועיין בש"ש ש"ד פ"ח דהעלה דגם בד"נ לא
מהני רנבא ומתריץ שם סוגיות הסותרות ועיין במ"מ פ' ט"ו ה' איסורי ביאה ה' כ"ז: אף
עיקר סברת הגתיות קשה להעמיס זה בדברי הרמב"ם פ' י"ב ה"ג ובשו"ע סי' קמ"ב
סעי' א' פנ"ל דהא שם לא נזכר כלל דמירי בלא נודעו העדים כמש"כ בפ"ז ה"ג וע"כ
עדיין תקשה משם על דברי הש"ך דהעלה דאף בטוען מזניף א"צ קיום מה"ת משום
דזה עדיף מרנבא ולכן מוציאין ממון א"כ קשה אמאי אמרו אינה מגורשת: ענף ג' ולכן
נראה לפענ"ד לתרץ זה בהקדם מש"כ התשב"ץ ח"א בסי' פ"א עד סי' פ"ה בדעת
הרמב"ם דע"א נאמן במיתה מה"ת משום דעביד לגלויי ואין יכול להשמיט משא"כ בעד
מפי עד דאם יבא בעלה יכול להשמיט ולהעזיז דשמע מפי זה ע"כ אינו נאמן מה"ת וכ"כ
הנו"ב בסי' ל"ג וע"פ דברי הרמב"ם ס"פ י"ג ה"ג דעיקר נאמנות העד משום דאפשר
לעמוד על בוריה ואין העד יכול להשמיט אם אין הדבר אמת כו' אבל בעמפ"ע דכח
להשמיט לא מהימן וכדמצינו בבכורות דף ל"ו לחלק בין אית ליה לאשתמוטי יע"ש
ולפ"ז י"ל פנין דעיקר הטעם הא דאמרינן דלא חצף אינש לזיופי שטרא משום דעביד
לגלויי שקרו ולא יהיה יכול להשמיט כשיבנר הדבר א"כ זה לא שייך רק בשט"ח משום
דהא המלנה בפנינו ואומר דראה בעת שחתמו העדים על השט"ח דאם יאמר שלא ראה
חתימת העדים רק הלנה מסר לו השט"ח חתום בחת"י העדים והאמין להלנה זהו טענה
גרוע כדאמרינן בב"מ דף ל"ה דמלנה לא מהימן להלנה משום דמקימין בהלנה וסלף
בוגדים ישדם.

ע"כ אם יבנר שזהו אינו פתב העדים אז יותפס שקרן וזייפן והוי בע"ד בפנינו ובכה"ג
שפיר אמרו דלא חצף לזניף שטרא מה"ט ובירוש שהוציא שט"ח שפא ברשות
המוריש י"ל לכאורה דזה הוי כמו דאין בע"ד בפנינו פנין דכחל לתלות השקר והזיוף
במורישו וכמש"כ הש"ך לחלק דבנמצא בשוק לא שייך הך פללא משום דאין בע"ד
בפנינו ואפשר דגם בזה שייך לומר דהוי כמו בע"ד לפנינו דחוס על פבוד אביו: אבל
בגט אשה דהאשה אומרת גרשני בעלי בגט זה דמירי הרמב"ם בפ' י"ב ה' גירושין דלא
ראתה בעת שחתמו על הגט רק אומרת גרשני בעלי בגט זה כמבאר שם ברמב"ם להדיא
וכן הא דאה"ע סי' קמ"ב סעיף א' דכתבו שם דהשליח לא ראה כתיבתו וחתימתו אלא
אומר דהבעל מסר לו גט זה ובאמת ע"פ דין יכולה לסמוך על בעלה בזה דהא באתיזה

בי תרי דריש גיטין פתבו שם התוס' והרא"ש דיכולים ליתן לה משום דמבואר בירושלמי דהבעל אינו חשוד לקלקלה [ובמק"א פתבתי מה דיש להעיר בזה במש"כ הרמב"ם בפ' י"ב ה"ג ה' ה' בבעל שאמר גרשתי אינו נאמן דחיישינן שמהא בגט פסול גירשה ומכונן לקלקלה והובא באה"ע סי' קנ"ב בב"ש ש"ש ק"ג' והארכתי בזה במק"א] א"כ מצינו דע"פ דין פמו היכא דשנים מעידין דעשאן הבעל לשלוחים דבזה יכולין למסור לה והוי גט פשר.

וסמכינן על הא דהבעל אינו חשוד לקלקלה ואף אי אתי בעל ומערער לומר דמזניף הוא אינו נאמן פמבואר שיטת הרמב"ם והובא באה"ע סי' קמ"ב סעיף י"ח יע"ש וה"ה היכא דהאשה יודעת בעצמה שהבעל מסר הגט זה לה לגירושין דנדאי יכולה לסמוך ע"ז ולהנשא משום ה"ט דהבעל אינו חשוד לקלקלה וע"כ בזה י"ל דצריף מה"ת קיום היכא דהבעל מערער ואומר מזניף הוא דבזה לא הוי הך חזקה דלא חצריף אינש לזיופי כ"כ לסברא אלימתא פמו בקל דוכתי דהא בזה י"ל פיון דיכולה לאשתמוטי ולומר ולהעזיז דאף פשיבנר דמזניף הוא עכ"ז יכולה לומר דהיא לא פשעה דסמכה על בעלה דמסר לה גט זה חתום והיא לא ידעה פלל מהזיוף וכיון דיכולה להעזיז ולהכחישו ע"כ יכולה לאשתמוטי ולא שייף בזה הפלל דלא חצריף לזיופי דהא בזה לא יבנר שורה לעולם והא דלא אמרינן בזה לחזקה דאין אשה מעיזה כבר כתב בזה הלח"מ סוף פ"ז ה"ג דכיון דגט יוצא מת"י לא שייף זה הפלל או מטעם דכתבו הפוסקים דכיון דהתחילה להעזיז שלא בפניו לא שייף בזה להך חזקה דאינה מעיזה וכ"כ המח"א סוף פ"ז ה"ג פסקרת הלח"מ ה"ג ועיין בכתובות דף כ"ב ע"ב מזה ובב"מ דף י"ח ע"ב ד"ה אין הבעל כו': וזה דומה להך דעד מפי עד דמיתה דלא שייף בזה מדעל"ג פיון דיכול להעזיז ולהכחישו ולומר דאשה אמרת לי זה השקר ואין עלי אשמה פלל וה"ה בהך זיוף שטר יכולה לומר דאשה הבעל עשית השקר והזיוף פדי לקלקלני ואני סמכתי עליך ומה אני יכול לעשות בזה פיון דהדין דיכולים לסמוך על הבעל פנ"ל וע"כ לא שייף בזה הפלל דלא חצריף לזיופי ושם ברמב"ם פי"ב ה"ג מייירי הרמב"ם באמרה האשה גרשני בעלי בגט פמבואר שם וכן באה"ע סי' קמ"ב סעיף א' בשליח שהביא מבואר שם דהשליח לא עמד בעת פתיבתו וחתמתו וכן הרמב"ם בפ"ז ה"ג ה' א' מייירי שם להדיא דהשליח לא ראה פתיבתו וחתמתו אלא הבעל נתן לו גט זה וסמוך על הבעל ע"כ בזה שפיר מהני ערעור הבעל דכה"ג לא שייף כ"כ הך חזקה דלא חצריף לזיופי פמו בשט"ח דהתם פיון דאין המלנה מאמין להלנה פנ"ל ע"כ ודאי ראה בעצמו חתמתם לכן הוי בזה מיעוט שאינו מצוי פלל לזניף בשקר משום דהתם אם יבנר הזיוף יחזק בשקרו וזניפן ולא יהנה יכול לאשתמוטי פלל משא"כ בגט פיון דיכולה להכחישו וכן השליח יכול להכחישו ע"כ הוי בזה מיעוט המצוי [וכמש"כ לעיל לפי תי' הנתיבות בארנפה ולכן כ"ז דאינו מערער סמכינן על הברי של השליח או של האשה בצירוף רובא פנ"ל אבל בבעל מערער דהוי ברי וברי לא מהני רובא לחוד להוציא מחזקת א"א פנ"ל בארנפה פיון דלא שייף בזה כ"כ הך חזקה דלא חצריף כו' דכיון דיכולים לאשתמוטי ע"כ בזה מהני ערעור הבעל וצריף קיום מה"ת ובשט"ח אף בטוען המלנה דסמוך על הלנה והאמינו ג"כ שייף הך חזקה דלא חצריף לזיופי משום דהוי טענה גרוע דהא אין דרך להאמין להלנה ע"כ יהנה ויחזק לכל לזניפן משא"כ בגט פנ"ל דהא יכול לסמוך עליו משום חזקה דלא חשוד

לקלקלה ומתנרץ שפיר קושיות הב"ש והאו"ת מעל הש"ף ולא היה בהעלם דבר דברי הרמב"ם והטושו"ע דאה"ע מהש"ף: וע"פ דברי הגמ"ר והכרעת הב"ש דבטוען מזוניף צריף קיום מה"ת יש מקום לתרץ מה שמבואר בכתובות דף כ' דאמר ר' אסי אין מקימים השטר אלא משטר שקרא עליו ערעור והחזק בב"ד ופי' רש"י דאי לא קרא עליו ערעור חיישינן דלמא הוא גופו מזוניף הוא נכן פסק הרמב"ם והובא בח"מ סי' מ"ו סעיף ז' דמקימים השטר משטר שקרא עליו ערעור והחזק בב"ד וי"א דאף לא קרא ערער מקימין כו' והש"ף ס"ק כ"ה פתב דנדאי תימא הוא לומר דקיום לא מהני מטעם שמא לא דקדקו הב"ד בקיומו וע"כ העלה דכוננת רש"י והרמב"ם והרי"ף היכא דאין מכירים הקיום דחיישינן דלמא ההוא גופיה מזוניף ולפענ"ד נראה דכוננת רש"י והרמב"ם והטו"ע הוא דהא עיקר מה דמקימין השטר ע"י דימוי החתימות זהו מצד מה שהקילו חז"ל בקיום שטרות דאינו רק מדרבנן וכמש"כ הקצה"ח סי' מ"ו ס"ק ח' דזה לא הוי רק בגדר סימנין לצורת אות פ' דומה לצורת אות פ' והא אין מוציאין ממון ע"י סימנין אלא מצד קולת חז"ל בקיום שטרות נגעו בה יעו"ש ע"כ י"ל דדוקא היכא דהפתב שמקימין ע"י את השטר שאנו דנין עליו הוי מקימין בתורת קיום גמור דמהני אף מה"ת.

בזה הקילו חז"ל לומר דמקימין ע"י את השטר שדנין עליו אבל היכא דהשטר שאנו מקימין ע"י איהו גופא אנו מסופקין עליו אם הוא מקימין מה"ת. או רק מצד מה שהקילו חז"ל בקיום ע"כ דיו במה שאיהו גופיה הוי מקימין אבל לא מהני למילף מיניה ולהוכיח ממנו להשטר שאנו דנין עליו כעת דהוי תרי קולי וכדמצינו כעין זה בנדה ד' ס"ז תוס' ד"ה משום סרף בתה כו' בסה"ד דכתבו שם דתרי קולי לא אשפחו דשרי הש"ס הרחקת חפיפה וסרף בתה עכ"ל וה"ה די"ל בנ"ד פיון דעיקר השטר שאנו מקימין ממנו אינו ברור לנו אם הוא מקימין באופן המועיל מה"ת או רק מדרבנן ע"כ אין אנו מקימין ע"י לשטר אחר כ"א בקרא עליו ערעור והחזק בב"ד ובקרא עליו וטען מזוניף אז צריף קיום מה"ת כשיטת הגמ"ר והב"ש וכיון דהחזק בב"ד מסתמא היה הקיום באופן המועיל מה"ת דאל"כ לא היה הב"ד מקימין וכותבין הקיום על השטר וכיון דאז צריף קיום מה"ת ע"כ הקילו חז"ל לקיים ממנו שטר אחר אבל לא קרא עליו ערעור חיישינן שמא הוא גופיה מזוניף פיון דלא היה הקיום באופן דמהני מה"ת רק אפשר דלא היה מועיל רק מדרבנן ולכן פיון דהצריכו חז"ל לקיום שטרות ע"פ דין ע"כ לא מקלינן לקיים ממנו לשטר אחר דזה גופא אינו רק מצד קולת חז"ל: וגם יש בזה תרי מיעוטי לומר דסמכין אהדדי תרי מיעוטי והוי פלגא ופלגא וכמש"כ הר"נ בחולין פ' א"ט ד' ס"ג לתרץ קושיות התוס' שם ד"ה ודילמא דעוף טמא ניהו כו', וכתב הר"ן שם לתרץ לקושיות התוס' דכיון דיש מיעוט טריפות ומיעוט טמאות א"כ מצרפינן הנה תרי מיעוטי והוי פלגא ופלגא יעו"ש בר"נ וכן מצינו בברכות דף נ"ג דה"ל מיעוטא לכשפים ומיעוט לגמר הפלים אשתכח רובא דלאו לריחא עביד כו' וב"ב דף צ"ג תוס' ד"ה איכא למימר מקמה כו' ויש להאריך בפרט זה ואכמ"ל ואף דיש לחלק דנ"ד שאני פיון דיצא אותו השטר שנתקנים כבר בתורת שטר פשר והוי כמו הא דלעיל דהחזק בהיתר עכ"ז היכא דלא מצינו פן בפירוש אין לנו לומר פן ולהוציא ממון עי"ז ויש לומר דלזה נתפנין הש"ס הכא בפירוש לומר ולא שמועין הך דינא דאין מקימין השטר אלא משטר שקרא עליו ערעור חיינו שטען מזוניף דאז הוי הקיום דמהני מה"ת.

ע"כ אז הקולו חז"ל למינים ע"י לשטר אחר ובאם לא ידוע שיהיה הקיום מועיל מה"ת לא סמכו חז"ל למינים ממנו לשטר אחר כנלע"ד לולי דברי הש"ך וא"ש סוגיות הש"ס בפי רש"י והרמב"ם והרי"ף: ולדינא פינו שנתפרר לעיל תי' מורנוח בעז"ה על קושפית הב"ש מעל הש"ך.

ע"כ העיקר לדינא כמו שהעלה הש"ך והמהרי"ק להוכיח מפמה פוסקים דס"ל דאף בטוען מזוניף א"צ קיום רק מדרבנן וממילא מקלינן ביה בקולת חז"ל בקיום שטרות בכל דוכתא ואין לחלק ביניהם וכמו שהכריע האו"ת והנתיבות וכן הוא עיקר לדינא: ד (שם סעי' ד') בש"ך (ס"ק ט' בסופו) דשטר שמצאו בשוק צריף קיום מה"ת דמה דאין ביד שום אדם לא שייף לומר לא חשיד לזיופי כו' ויש להסביר זה היטב לפמש"כ הפני יהושע בגיטין דף ג' ד"ה בדין הוא דבקיום כו' דעיקר הטעם דמה"ת לא בעי קיום משום דלא חציף אינש לזיופי כמש"כ רש"י דזהו משום דה"ל כמילתא דעבידא לגלויי כו', וכ"כ הפני יהושע בכתובות דף כ"ח ע"ש: וכבר הקדימו התוס' בכתובות דף צ"ב ע"ב ד"ה דינא הוא דאזיל כו' וכתבו שם דאף גזלן מוחזק שהוציא שטר א"צ קיום כו' דאע"פ שהוא חשוד על הממון מ"מ מירתת לכתוב שטר מזוניף פן יפירו ב"ד זיופו עכ"ל התוס' וזהו פועל סברת הפ"י הג"ל ועיין באו"ת סי' מ"ט ס"ק ד' באורים שכתב בשם הריב"ש לחלק בין הא דאמרינן דמילתא דעביד לגלויי לא מהני בממון דלפעמים מהני זה אף בממון דלאו כל הענינים שוין וכש"כ בזיוף דמירתת טפי וזה אינו שייף אף ביוצא מת"י אדם אבל בנמצא השטר בשוק דלא הוי שום בע"ד לפנינו ולא שייף לומר בזה מלתא דעביד לגלויי כו' וכן מירתת לא שייף בזה ע"כ צריף קיום מה"ת וזה פשוט: וכן יש לדון בזה ע"פ מש"כ התוס' בב"ב דף נ"ב ע"ב ד"ה דברים העשויים כו' דהא דאמרינן אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן דז"א אלא היכא דדיינינן באדם מבנרר אבל באדם שאינו מבנרר לפנינו שפיר יש לנו לחוש שפא גנבו משום דכמה גנבים יש בעולם כו' וכ"כ התוס' בב"מ דף קט"ז ד"ה והא רבא כו' דכמה גנבי איכא בשוקא וכ"כ התוס' בשבועות ד' מ"ו ד"ה וספרא דאגדתא כו' ומה"ט יש לומר דה"ה הטעם שכתבו דלא חשיד לזיופי דהא זה לא שייף בנמצא בשוק משום דהא כמה חשודים וזייפנים איכא בעולם וע"כ בעינן בזה קיום מה"ת ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ה' ענף ז' הארכתי בזה הרבה ע"ש: וע"פ דברי התוס' הג"ל פתבתי בקונטרס עגונות שלי לדון במה שכתב החמדת שלמה סי' מ"ג להסתפק אם הא דאזלינן בתר קרוב דאף במקום דאיכא חזקה הסותרו ג"כ אזלינן בתר קרוב משום דקרוב עדיפא מן חזקה או דחזקה עדיפא מן קרוב ונשאר בצ"ע ע"ש ואנכי הוכחתי כבר דקרוב עדיפא מחזקה מהא דשקלים פ"ז מ"א מעות שנמצאו קרוב לחולין חולין קרוב למע"ש מע"ש מחצה למחצה מע"ש זה הפלל הולכין אחר הקרוב להקל מחצה למחצה להחמיר וחוזינן דקרוב למע"ש הוי מע"ש ודאי ונפ"מ אי אכלו בטומאה ובאנינות דלוקה וקשה דהא יש להמעות חזקת חולין דמעיקרא דהמעות הנה חולין מקודם שנתחללו על המע"ש ויש לנו חזקה המבררת לנו להיפוך נגד הקרוב ואף כה"ג י"ל אוקי אחזקה ראשונה וכמש"כ התוס' בגדה דף י"ח ע"א ד"ה אחר הרוב כו' דגבי ט' חנויות דכולן מוכרות בשר שחוטטה ואחת מוכרות גבלה דהלה אחר הרוב דיש התם חזקת איסור על החתיכה דאנו דנין ואפ"ה הולכין אחר הרוב והתם הא יש ג"כ בשר בשר אפ"ה דיינינן על החתיכה שנולד הספק לומר אוקי אחזקה דמעיקרא

וּכְמוֹ בַּשָּׁנִי שְׁבִילֵי דָאָף בְּבֵת אַחַת טְהוּרִין מֵה"ת כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּפִסְחִים דָּף י' א"כ
תִּקְשָׁה פִּינּוֹן דְּשִׁינָף כַּה"ג ג"כ אוֹקֵי אַחְזָקָה דֵּא"כ אִמְאֵי הָוֵי מַע"ש וְדָאֵי וַע"כ מוֹכַח מִזֶּה
דְּקָרוֹב עֲדִיפָא מִן חֲזָקָה דְּמַעֲיָקְרָא וְכֵן מוֹכַח מִש"כ הַפּוֹסְקִים בִּי"ד ס'י' ג' דְּבִשְׁר הַנִּמְצָא
קָרוֹב לְבֵית יִשְׂרָאֵל דְּמִנְתָּר וְהָא יֵשׁ בְּזֵה חֲזָקָת אֵינָה זְבוּחָה עַל־הַחֲתִיכָת בְּשִׁר שְׁאֲנוּ דְנִין
אִפ"ה סְמִכִּינּוֹ לְהַקְל עַל הַקָּרוֹב אֲלֵמָּא דְקָרוֹב עֲדִיפָא מִן חֲזָקָה דְּמַעֲיָקְרָא: וּבְאַמַּת יֵשׁ
לְהוֹכִיחַ פֶּן מְהָא דְמִבְּנָאָר בְּקָרָא דְהָעִיר הַקָּרוֹבָה מְבִיאָה ע"ע וְהַטַּעַם מְבִנְאָר בַּב"ב דָּף
כ"ג דְּלִכְּנ עִיר הַקָּרוֹבָה מְבִיאָה ע"ע מִשׁוּם דְּהַקָּרוֹב מְבַרְרַת לָנוּ דְהִינָה הַרוּצָח מִן עִיר
הַקָּרוֹבָה וְהִנֵּה הֵיכָא דְמַפְרִינְ אֲנַחְנוּ לְכָל אֲנָשֵׁי הָעִיר הַקָּרוֹבָה דִּישׁ לְהֵם חֲזָקָת פְּשָׁרוֹת
קִשָּׁה דְאִמְאֵי מְבִיאָה ע"ע הָא לְפִי מַה דְּמִבְּנָאָר בְּתוֹס' ב"ב וּב"מ וּשְׁבוּעוֹת הַנָּ"ל דְּהָא
דְּאַחְזוּקֵי אֵינְשֵׁי בְּגַנְבֵי לֹא מְחֻזְקִינְ אִין זֶה רַק אִם אָנוּ דְנִין עַל אֲנָשִׁים הִידוּעִים לָנוּ אֲבָל
בְּאוֹתוֹן שְׁאִין מְבִנְרִין לְפָנֵינוּ אֲמָרִין הַרְבֵּה גְנָבִים יֵשׁ בְּעוֹלָם וְכֵן פְּתַבְתִּי לְעִיל גְּבִי הָא
דְּאֲמָרִין דְּלֹא חֲשִׁידֵי לְזַיְיָף הַשְּׁטֵר דו"א רַק בְּבַע"ד לְפָנֵינוּ אֲבָל בְּנִמְצָא שְׁטֵר בְּשׁוּק
אֲמָרִין הַרְבֵּה זַיְיָפִים אֵיכָּא בְּעוֹלָם א"כ לַפ"ז אִם יֵשׁ לְהָעִיר הַקָּרוֹבָה חֲזָקָת פְּשָׁרוֹת פְּגוֹן
דְּאָנוּ מְפִרִים אֶת פְּוֹלָם לֹא יְבִיאוּ ע"ע מִשׁוּם דְּהָא חֲזָקָת פְּשָׁרוֹת דִּישׁ עַל כֹּאו"א עֲדִיפָא
מִן קָרוֹב.

וְהַחֲזָקָה מְבַרְרַת לָנוּ דְהַרוּצָח אֵינוּ מְהָעִיר הַקָּרוֹבָה אֲלֵא אֵינָה אִישׁ שְׁאִינוּ יְדוּעַ לָנוּ דְפָרִישׁ
מַעֲלָמָא וְלֹא שְׁיָיָף לֹאמַר בְּזֵה אוֹקֵי אַחְזָקָת פְּשָׁרוֹת דְּהָא פְּמָה רוּצָחִים יֵשְׁנוּ בְּעוֹלָם וְכַנ"ל
וְגַם הָא בַּשָּׁנִי שְׁבִילֵי מוֹקְמִינְ עַל הַחֲזָקָה אִף דְּמִמִּילָא סוֹמֵר לְחֲזָקָה ב' הָרִי דְמוֹכַח דְקָרוֹב
עֲדִיפָא מִן אוֹקֵי אַחְזָקָה אִף בְּחֲזָקָת פְּשָׁרוֹת דְהָוֵי חֲזָקָה אֲלִימָתָא וְכַש"כ מִשְׁאַרֵי חֲזָקוֹת
כַּמֶּש"כ בַּמִּק"א וְלִכְּנ א"ש הָא דְהָעִיר הַקָּרוֹבָה מְבִיאָה ע"ע מִשׁוּם דְקָרוֹב מְבַרְרַת לָנוּ
דְהַרוּצָח הוּא מְעִיר הַקָּרוֹבָה אִף דְזֵהוּ מְנַגֵּד לְחֲזָקָת פְּשָׁרוֹת.

וְלִכְּנ הַש"ס בְּחֻלְיוֹ דָּף י' דְשָׁקֵלִי וְטָרִי מְנַלְו דְאֲזִלִּין בְּתַר חֲזָקָה וְלֹא יִלְפִינּוּ מִן קָרוֹב
דְּכַתִּיב בְּקָרָאֵי מִשׁוּם דְקָרוֹב עֲדִיפָא וְהָא דְלֹא יִלְיָף לְרוֹב מִן קָרוֹב הָעִיר בְּזֵה הַחֲמִלַת
שְׁלֵמָה בְּהַקְדַּמַת סְפָרוֹ וּבְחִידוּשֵׁי בַמִּק"א תַּרְצָתִי זֶה הֵיטֵב וְאִכְמ"ל וַע"פ"ז יֵשׁ לִינִישׁב דְּבָרֵי
הַרְבֵּמְב"ם פ"ו ה' מַע"ש ה' י"א וְהִלְכָה י"ב וּכְבָר הָעִיר הַצֵּל"ח בְּפִסְחִים דָּף ז' ע"א וְקִצְרָתִי:
וּמַה"ט פְּתַבְתִּי בְּחִידוּשֵׁי בַב"ב דָּף כ"ד דִּישׁ מְקוֹם לֹאמַר דְּהָא דְרוֹב וְקָרוֹב הוֹלְכִין אַחַר
הָרוֹב דְזֵהוּ רַק מַה"ת אֲבָל מְדַרְבְּנּוּ י"ל דְכָמוֹ דְאֲמָרִין מְדַרְבְּנּוּ סְמוּךְ מִיעוּט לְחֲזָקָה
וְכַמְבְּנָאָר בִּיבְמוֹת דָּף קי"ט בְּרִי"ף וּבְרַמְב"ם וּבְרֵא"ש שְׁם וּבְכַוּרוֹת דָּף כ' ע"ב ד"ה
חֵלֶב פּוֹטֵר כו' וּבִי"ד ס'י' ש"ט"ז כַּש"כ דְאֲמָרִין מְדַרְבְּנּוּ סְמוּךְ מִיעוּטָא לְקוֹרְפָא לְהַחְמִיר
וְתַרצָתִי הֵיטֵב כָּל הַמְקוֹמוֹת דִּישׁ לְהוֹכִיחַ לְהִיפָּף וְכֵן תַּרצָתִי עַפ"ז לְהַרְבֵּמְב"ם פ"ט ה' רוּצָח
דְּלֹא הִבִּיא לְהָא דַב"ב דָּף כ"ג דְמוֹקֵי בִּישׁוּבָת בֵּין הָהָרִים דְתַמְהוּ בְּזֵה הַמְפָרְשִׁים וְיַדְעָתִי
מַה דִּי"ל בְּזֵה הָא דְאִין דְנִין דְבָרֵי סוֹפְרִים מִן ד"ס וְעִינִין בַּב"ק דָּף פ' ע"ב תוֹס' ד"ה אוֹמַר
כו' וְעוֹשָׂה כו' וְקִצְרָתִי: וַע"פ כ"ז הַעֲלִיתִי תַקְנָה גְּדוּלָה בְּתַקְנַת עֲגוּנוֹת דְהֵיכָא דְנִמְצָא מַת
סְמוּךְ וְקָרוֹב לְמְקוֹם שְׁנֵאֲבַד מִשְׁם וְהוּא בְּאִנְפוֹן דְלִיכָא בִּיהַ לְדוֹן כָּל דְפָרִישׁ מְרוֹבָא דְעֵלְמָא
פָּרִישׁ פְּגוֹן שְׁנֵמְצָא בּוֹ ס'י' אֲמָצְעֵי שְׁפַתְבְּתִי בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' אה"ע ס'י' ו' דַּבְכָה"ג
לִיכָא בְּזֵה רְוּבָא דְעֵלְמָא דָּאִף אֵי סִימְנִין דְרַבְּנּוּ מ"מ לֹא הָוֵי רַק סְפַק הַשְּׁקוּל מִשׁוּם דְרוֹב
אִין לְהֵם ס"א פְּמוֹתוֹ כְּמוֹ שְׁהֶאֱרַכְתִּי שְׁם וְאִף דְאִפְתִּי אֵיכָּא חֲזָקָת א"א עַכ"ז הָא לְפִי מַה
דְּנַתְבָּאָר דְקָרוֹב עֲדִיפָא מִן חֲזָקָה ע"כ מְהֵנִי זֶה לְהַקְל בַּנ"ד וּכְבָר פְּתַב הַנּו"ב בַּמ"ק ח'

אה"ע סי' מ"ג דחזקת א"א ונחזקת חי לא נחשב רק לחד חזקה ע"ש וכן היכא דהוי ספק רוב דעלמא ג"כ יש לדון דמהני קורבא כמש"כ התורת גיטין סי' קל"ב סעיף ד' להוכיח דרוב שאינו ידוע אינו מגרע הקורבא וגם הארכתי לבאר די"ל דאף דרבנן התמירו לחוש למיעוט ולא לסמוך על הרוב לבד מה די"ל דאין דנין תקנת חז"ל מהדדי י"ל עוד דהא במה דאמרו בב"מ דף כ"ז אי סימנין דאורייתא מהדרינן גט אשה בסימנין דכתב הפני יהושע להעיר דאמאי לא מתמרינן מדרבנן כמו במשאל"ס אף הטעם הוא דכיון דכתוב מפנרש בתורה לא התמירו חז"ל בזה וכמש"כ הט"ז ביו"ד סי' קי"ז ושאני רוב דלא מפנרש בתורה כ"כ משום דאחרי רבים כו' י"ל דזהו רק ברוב דאיתא קמן פמבואר בחולין דף י"א א"כ בקרוב דמפנרש בתורה ומוכח משם דאף במקום חזקה סמכינן על קרוב ע"כ אין לנו להתמיר אף בערנה והארכתי בכ"ז במק"א וזהו תועלת גדול בתק"ע אף לפי שאין פאן מקומו ע"כ פאתי פעת בקצרה: והקצה"ח סי' רס"ב ס"ק ב' הקשה עלה דר"פ ר' ישמעאל דף נ' דבמקורבות אסורות וקרא רוב וקרוב אולינן בתר רוב ונשאיר בצ"ע אכן מזה יהיה סייעתא למש"כ לעיל דקרוב עדיפא מחזקה וע"כ באיסורין יש לנו להתמיר מדרבנן ולומר סמוך מיעוטא לקורבא וה"ל פלגא ופלגא כמש"כ לעיל ולכן א"ש מה דאמרו שם דבמקורבות אסורות משום דאסורות מדרבנן משום סמוך מיעוט כו' ואף דיש התם חזקת היתר ורוב עכ"ז אמרו סמוך כו' ובמק"א הארכתי בכ"ז הרבה וגם היכא דהוי רובא דאיתא קמן ואכמ"ל ומה שהקשה הקצה"ח שם על הא דב"מ דף כ"ה יבואר לקמן בחי' לסי' ס"ה סעי' יו"ד ענף ב': (ה) (שם סעי' ה') מקיימין השטר אפילו שלא בפני בע"ד כו' והב"י בשם תשובת הרשב"א פתב הטעם דלא על מנה שבשטר הם מעידים פי אם על חת"י כו' והאו"ת ס"ק ה' פתב בשם פני שמואל דכתב דלפ"ז היכא דעדי השטר בעצמם מעידים על חת"י דאין מקיימין שלא בפני בע"ד משום דעל מנה שבשטר הם מעידים והשיג עליו האו"ת דלא מצינו חילוק זה בשום מחבר אבל באמת הנה מצאתי בשיטה מקובצת לב"ק ד' קי"ב ע"ב ד"ה אמר רבא הלכתא מקיימין כו' דהביא בשם הרמ"ה דכתב לפרש דהא דמקיימן שלא בפני בע"ד זהו רק במקיימין השטר שלא מפי עדים החתומים דעל כת"י הם מעידים אבל במקיימין השטר ע"פ עדים החתומין דכיון דעל מנה שבשטר הם מעידין לכן אין מקיימין ע"פ שלא בפני הבע"ד עכ"ל הרמ"ה לכן לדינא אין להוציא ממון ע"י קיום עדי השטר דהעידו שלא בפני הבע"ד דהא לפי טעם זה שפיר יש לדון ולחלק פן והי' בהעלם דבר דברי השמ"ק הנ"ל מן האו"ת ועפ"ז יש ליישב מה שהקשה המל"מ ה' מלנה פ' י"ז ה' ח' על מש"כ הה"מ שם בשם הרב אבן מג"ש ז"ל בהא דיוורש קטן שהוציא שט"ח ויצא עליו שובר לאח"מ דאין קורעין השטר שפא מונייהו השובר ולפיכך לא הוציאו פחיי אביו דאף שאומרים העדים אנו חתמנוהו אין מקיימין השובר לפי שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד והקשה המל"מ דהא קי"ל דמקיימין השטר אף שלא בפני בע"ד אכן לפמש"כ בשם הרמ"ה דס"ל דקיום ע"י עדי השטר אין מקיימין שלא בפני בע"ד משום דעל מנה שבשטר הם מעידין אתי שפיר דברי הרב אבן מג"ש הנ"ל משום די"ל דס"ל כשיטת הרמ"ה הנ"ל ולכן אין מקיימין השובר ע"י עדי החתומים עליו וכן י"ל במש"כ הנ"י בב"ב בסוגיא דשם ד' ז' בשם הרשב"א ג"כ דכתב דאין מקיימין השובר ע"י עדי חתימה משום דאזיל הרשב"א לשיטתו שכתב בחידושו לב"ק ד' קי"ב בחד טעמא דמקיימין שלא בפני בע"ד

משום דעל כתיב מעידין ולכן אם עדי השובר בעצמן מקיימין חתי"י דלא שייך טעם זה ע"כ אין מקיימין השובר בכה"ג וגם י"ל דאף להטעם שכתבו הרשב"א וש"פ דלכן מקיימין השטר שלא בפני הבע"ד משום דד"ת כמו שפסקה עדותן בב"ד דבכה"ג דאיתליד לנו ריעותא בהשובר דלא הוציאו בחיי אביו כמבואר בב"ב ד' ז' י"ל דבזה בעינן קיום מה"ת דהא עיקר הטעם דאמרו ד"ת כמו שפסקה עדותן בב"ד משום דרוב אנשים לא חשודים לזינף ואף דאין הולכין בממון אחר הרוב אף זה הוי רוב אלים דמהני אף בממון כמבואר בכ"ד והא דויע מה דכתבו הפוסקים ביו"ד סי' נו"ן דאף דרוב בהמות פשרות מ"מ היכא דאיתרע לא אזלינן בתר רבא משום דבמה דנולד ריעותא ליפא רבא בהו כמו מים בראש וכה"ג וכמו הא דכתובות ד' ט"ז דרוב בתולות ניסת יש לה קול וזו הואיל ואין לה קול איתרע רבא וכמש"כ התבואות שור ריש ה' טריפות מזה.

וה"ה בהה דקיום שטרות יש לדון ג"כ דהיכא דהוי ריעותא לא דיינינן הוה רבא וע"כ בכה"ג צריף קיום מה"ת ולכן אין מקיימין זה שלא בפני הבע"ד ומתנרץ שפיר קושיות המל"מ: (שם סעי' ז') בש"ף (ס"ק י"ז) חולק על הרמ"א וס"ל דלא מהני עדי קיום בכתב ועיין לעיל סי' כ"ח סעי' ט"ו בחידושיי ענף ב' מה שהוכחתי שם פשיטת הש"ף דלא מהני עדות בכתב אף בקיום שטרות: (ו) (שם סעי' י"ג) בש"ף (ס"ק ל"ח) אבל אם העיד ראשונה ה חי עצמו הוי אידך יתר שהוא פנטול כו' ולענ"ד יש לדון לפמש"כ האו"ת בסי' למ"ד ס"ק י"א די"ל דהא דמצטרפין עדות מיוחדת הוי זה רק מדרבנן משום נעילת דלת א"כ הך עדותן של העד החי שמעיד יחידי על כתי"י הוי זה עדות מיוחדת ע"כ יכול המלנה לומר אי אפשר בתקנת חכמים דהכשירו עדות מיוחדת והוי כמו דלא העיד כלל מעולם ולכן שפיר מהני מה דלכתוב חתי"י אחספא או מה דיעידו שני עדים ביחד על חתימת החי ואז שפיר יהי יכול החי להעיד עם עוד אחר ביחד על חתימת המת וכבר פתבתי במק"א דיש כמה פוסקים דפליגי וס"ל דאף להוציא אמרינן א"א בתק"ח ולכן יש לדון דמהני תפיסת המלנה בזה ולטעון קים לי כן ואפשר לחלק קצת דשאני הך דהא המלנה בעצמו הביא מתחלה העד החי לב"ד להעיד על חתי"י והי' ניחא לי' בהה תקנתא ע"כ אפשר דלא שייך כן ושאני הא דאיני ניוזנות ואיני עושה דעל הימים הבאים לאח"ז לא הי' גלוי דעת ממנה דניחא לה וגם לא קא עבדה מעשה וקצרתי ועיין במשאת בנימן סי' נ"א מש"כ שם בעדות מיוחדת הרבה.

וכוננת האו"ת דכתב דהא דעדות מיוחדת הוי רק מדרבנן הוא רק לדין דקיי"ל הלואה אחר הלואה והודאה אחר הודאה מצרפין אבל לר' יהושע ב"ק בעצמו נדאי דס"ל דגם מה"ת מועלת עדותן כמבואר בסנהדרין ד' ל' ע"א דאמרו בזה אבע"א קרא ואבע"א סברא ומה דהוכיח האו"ת שם כן מהא דגיטין ד' ל"ג" הנה הפסך משנה פ"ד ה' עדות ה"ב הקשה כן בשם הסמ"ג וכן הקשה הרשב"א בחידושייו לגיטין שם והובא בפני יהושע שם שהאריף בזה והא דמפות ד' ו' דאמר רב נחמן עדות מיוחדת פשיטה בדיני ממונות דכתיב לא יומת כו' אבל בד"מ פשיטה לכאורה משמע מזה דס"ל לר"נ דגם מה"ת פשיטה עדות מיוחדת ודלא כהאו"ת אבל באמת אין זה סותר לדברי האו"ת משום די"ל דהא דמפות קאי בעדות מיוחדת שראו מעשה אחת רק לא ראו העדים זה את זה וכמש"כ הריטב"א בחידושייו למפות ד' ו' אבל אם לא ראו המעשה כאחת אפתי י"ל דאף דמהני עדותן לדין מ"מ ז"א רק מדרבנן ולא מה"ת ובנ"ד דמעיד החי בעצמו על כתי"י אף דעל

מְנַה שְׁבִשְׁטֵר הוּא מְעִיד מ"מ הָא עֲדוּתוֹ וְעֲדוּת הַשְּׁנִים עַל חַת"י עַד הַשְּׁנִי הֵם שְׁנֵי מַעֲשִׂיּוֹת וְעֵינֵינִים חֲלוּקִים זֶה מִזֶּה וְהָיָה כְּמוֹ כָּל הַוְדָאָה אַחַר הַוְדָאָה דְהָיָה מְדַרְבְּנָן לְהַאוּ"ת.

וְגַם מֵה דְקִי"ל שׁוֹמְעִין דְּבִרְיוֹ שָׁל זֶה הַיּוֹם כּו' י"ל דְּלִשְׁיטַת הַאוּ"ת הַגָּ"ל אֵין זֶה ג"כ רַק מְדַרְבְּנָן וְעֵינֵין בְּכ"מ פ"ד ה"א וְקִצְרְתִּי] וְע"כ שְׁפִיר כְּתַבְתִּי דְּגַם זֶהוּ כְּמוֹ כָּל עֲדוּת מְיֻחָדָת לִשְׁיטַת הַאוּ"ת הַגָּ"ל דְּאֵין זֶה רַק מְדַרְבְּנָן.

וּבְעֵין זֶה מְצֵאתִי בַאוּ"ת ס' לְמ"ד בְּאוּרִים ס"ק י"ח שְׁפַתְב דִּיכּוֹל הַמְלָנָה לֹמַר א"א בְּתַק"ח שְׁהַכְשִׁירוּ עֲדוּת מְיֻחָדָת לְטוֹבַת הַמְלָנָה ע"ש וְרֵאִיתִי בְּסִפְר בֵּית יְהוּדָה ס' לְמ"ד סְעִי ו' שְׁהַקְשָׁה עַל הַאוּ"ת דַּס"ל דְּזֶהוּ תַק"ח מְשׁוּם גְּעִילַת דָּלַת מְהָא דְסְעִי ח' דְּגַם בְּפִרְעוֹן דְּהוּא לְטוֹבַת הַלָּנָה הַכְשִׁירוּ עֲדוּת מְיֻחָדָת.

אַבְל בְּאַמַּת אֵין זֶה קְשָׁה כָּלֵל דְּהָא פֶּן מְצִינוּ בְּסִנְהֶדְרִין ד' ג' דְּאָמְרוּ דְּלֹא בְּעִי דו"ח וְכֵן דְּנִין בְּבָבֶל אַף דְּלִיפָא סְמוּכִין מְשׁוּם גְּעִילַת דָּלַת וְאַפ"ה הָא גַם הֵיכָא דְּהָיָה טוֹבַת הַלָּנָה דְּנִין פֶּן מְשׁוּם דְּלֹא חִילְקוּ חַז"ל בְּתַקְנָתָם וְעֵינֵין בְּתוֹס' שָׁם ד"ה שְׁלֹא תִנְעוּל כּו' וְכֵן מֵה דְּמְצִינוּ לְרַמְב"ם שְׁהַכְשִׁיר עֲדוּת בְּשִׁטְר מְשׁוּם גְּעִילַת דָּלַת וְלֹא חִילְקוּ חַז"ל בְּזֶה וּמַה"ט א"ש מֵה דְּמְצִינוּ דְּעֲדוּת מְיֻחָדָת מְהֵנִי אַף לְפִסְלוֹ מְעֲדוּת כְּמִבְּנָאָר בְּס' ל"ד סְעִי כ"ז וְסְעִי כ"ח.

וְעֵינֵין ב"ב ד' ל"ב וְכַתְּנוּבוֹת ד' כ"ו מִזֶּה וְסִנְהֶדְרִין ד' כ"ז: וּבְעֵינֵיקָר דְּבִרְי הַרְמ"א דְּכַתְּב וְכ"ש אִם הָיָה עֲדִים לְקַיִים חֲתִימַת הַחֵי דְּמִשְׁמַע דְּבְעֵינֵין שְׁנֵי עֲדִים אַחֲרִים הַמְקַיִימִין חַת"י הַחֵי אַבְל ע"א בְּצִירוֹף הַחֵי עֲצָמוֹ עַל חַת"י לֹא מְהֵנִי אַכֵּן הַנְּיֻמִּיקִי יוֹסֵף פ' חֲזַקַת הַבְּתִימִים בְּסִנְגִיָּא דְּשָׁם ד' נ"ז כְּתַב בְּזֶה"ל אָמַר הַמְּחַבֵּר כּו' מִיְהוּ אִם בָּא אַחַד מִן הַשּׁוֹק וְהַעִיד עַל חֲתִימַת הַחֵי וְאַח"כּ בָּא הַחֵי וְהַעִיד עַל עֲצָמוֹ מְצִטְרָף הוּא אִם אַחַר שְׁבִשְׁטֵר עַל חֲתִימַת הַמַּת דְּהַשְׁתָּא לִיפָא כּו' עכ"ל.

אַלְמָא דְּאָף ע"א מִן הַשּׁוֹק כְּשֶׁהַעִיד מִתְחַלָּה מְצִטְרָף הַחֵי עֲמוֹ לְהַעִיד עַל חַת"י וְאַח"ז מְהֵנִי עֲדוּתוֹ עִם אַחַר לְהַעִיד עַל חַת"י הַמַּת מְשׁוּם דְּלֹא מְקַרִי זֶה נִיכּוּי רִיבְעָא דְּמֻמּוֹנָא מְשׁוּם דְּהָא א"צ לְעֲדוּת הַחֵי רַק עַל רִיבְעָא פִּינּוֹן דִּישׁ עוֹד עֲמוֹ ע"א שְׁמַעִיד עַל חַת"י הַחֵי וְאַפְשָׁר דְּגַם הַרְמ"א מוֹדֵה לְזֶה מְשׁוּם דְּהָא כְּתַב הָרַא"ש בְּפ"א דְּב"מ ס' ג' דְּלִשׁוֹן עֲדִים הוּא לֹא דוֹקָא ע"ש וְכַש"כ הֵכָא דִּי"ל דְּהָא עַד הַחֵי הוּא בְּכָלֵל הָיָה עֲדִים דְּנִקְט הַרְמ"א וְכֵן הוּא בְּרוּר לְדִינָא וְאַח"ז רֵאִיתִי בְּדַרְכֵי מִשָּׁה ס"ק ד' שְׁהִבִּיא בְּשֵׁם הַנַּי"ד דְּה"ה אִם הָיָה עֲדִים לְקַיִים חֲתִימַת הַחֵי אַלְמָא דְּגָרִיס בְּדַרְכֵי הַנַּי"ש שְׁלֹא כְּמוֹ דְּכַתּוּב בְּנ"י שְׁלִפְנֵינוּ וְכֵן רֵאִיתִי בְּעֵין מְשֻׁפֵּט שָׁם שְׁהֵנִיחַ בְּצ"ע אַכֵּן הָעֵינֵיקָר כְּמַש"כ: וְעֵינֵין בְּתִשְׁבוּבַת הַרְמ"א דְּהוּבָא לְקַמֵּן בְּשִׁטְרָף סוּף ס' מ"ו: (ז) (שָׁם סְעִי י"ג) שְׁנֵי שְׁחַתוּמִים עַל הַשְּׁטֵר כּו' שֵׁא"כ יְצֵאוּ שְׁלִשְׁת רְבִיעֵי הַמְּמוֹן כּו' בִּירוּשְׁלָמִי ר"ה פ"ב ה"א וּבִירוּשְׁלָמִי כְּתוּבוֹת פ"ב ה"ד אִיתָא בְּזֶה"ל הִ' אַחַד מְפִיר כְּתַב יְדוֹ וְכַת"י שְׁל חֲבִירוֹ וְאַחַר אֵין אָדָם מְפִירוֹ וְחֲבִירוֹ מְפִירוֹ חֲבִירוֹ מֵהוּ שְׁיִצְטָרֵף עִם אַחַר מִן הַשּׁוֹק לְהַעִיד עָלָיו כּו' אֵין הוּא וְאַחַר מְצִטְרָפִין עַל חֲתִימַת הָעֵד הַשְּׁנִי כּו' אִם אַתָּה אוֹמֵר פֶּן נִמְצָאת כָּל הָעֲדוּת מְתַקְיָמַת בְּע"א א"ר יוֹדֵן וְנֵאוֹת אֵלוֹ שְׁנֵי שְׁיִצְאוּ מְעִיר שְׁרוּבָה עו"ג כְּגוֹן הָדָא סוּסִיתָא אַחַד הַכָּל מְפִירִים אוֹתוֹ וְאַחַד אֵין אָדָם מְפִירוֹ חֲבִירוֹ מֵהוּ שְׁיִעֲשֶׂה כְּאַחַד מִן הַשּׁוֹק לְהַעִיד עָלָיו אִם אוֹמֵר אֵת פֶּן לֹא נִמְצָאת כָּל הָעֲדוּת מְתַקְיָמַת בְּע"א וְכָא נִמְצָאת כָּל הָעֲדוּת מְתַקְיָמַת בְּע"א עכ"ל הִירוּשְׁלָמִי

והשיירי קרפן שם הקשה מן הא דכתובות ד' כ"א דאמר רב שלשה שישיבו לקיים השטר וקרא ערער על א' מהן עד שלא חתמו מעידין עליו משמע דמצטרף לאחר שהעיד עליו וצ"ע עכ"ל הש"ק ולענ"ד נראה דאינו קשה משום דיש לחלק בין דינינים לעדים היכא דאינו פסול הגוף כמו דמצינו בהא דמפיקה ולא מפי כתבם וכה"ג דדינינים פשר אף מפי הכתב וכה"ג ה"ה י"ל בהא דשלשה רביעי ממון יוצא ע"פ ע"א פיון דילפינו זה מהא דכתיב על פי שני עדים יקום דבר חצי דבר על פי זה וחצי דבר על פי זה וזה אינו רק בעדים אבל דינינים לא איכפת לנו בזה וע"כ התם בכתובות גבי ג' שישיבו לקיים השטר דשפיר יכולין להעיד עליו ולהצטרף לדינינים אבל לענין להעיד על השני שהוא פשר ולהצטרף עמו להעיד ביחד ס"ל להירושלמי דאף דהם שני ענינים נפרדים מ"מ פיון דעסוקים אז בענין קיום השטר וכהנה דגם זהו מיפסל משום נפק נכי רבועא דממונא אפומא דחד סהדא.

וענין בגיטין ד' יו"ד ע"ב תוס' ד"ה אי לאו כו' וזהו מקלמא חדתא שלא העירו מזה הפוסקים פלל וע"כ ראיתי להביא לדברי הירושלמי הנ"ל פי למדנו מזה דין מחודש דהיכא דבאו שנים להעיד על איזה ענין ביחד וגם אנו צריכים לעדות על הכשר עד השני דכיון דאנו דנין אז על ענין עדותו שבאו להעיד לפנינו דאין ע"א מן שני עדים הנ"ל מצטרף עם אחר להעיד על הכשר עד השני ולהצטרף לאח"ז להעיד עמו על ענין שאנו דנין עליו דאף דהם שני ענינים נפרדים מ"מ גם זהו בכלל נפק נכי רבועא דממונא פנ"ל ומיפסל אף היכא דלא הוי בחשש נוגע כמבואר בירושלמי: (ח) (שם סעי' י"ד) אם אין מפירים כו' או הדיין בעצמו ואחר עמו מעיד על כת"י אינו מועיל דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי העד מעיד על מנה שבשטר והדיין מעיד על חתימת העדים והוא מן כתובות ד' כ"א ולכאורה קשה דהא פיון דהדיין מעיד שבפנינו נתקיים השטר א"כ הוי כמעיד שראה עדות שנתקרה עדותו בב"ד וכמש"כ התוס' בכתובות ד' כ' ע"א ד"ה ור' יוחנן כו' גבי שורף שטר של חברו ואם עדים מעידין שראוהו מקוניים הוי פאלו מעידין שראו עדות שנתקרה עדותו בב"ד ומ"ש זה מן הודאה אחר הלואה דמצטרפין אע"ג דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי: ומצאתי בתשובת מהרי"ט ח' אה"ע סי' ט' שהקשה פן והעלה דהא דאמרו עד ודיין אינו מצטרפין והדיוקא לקיים השטר משום שעבודא דאית בי' למטרף ממשעבדי אבל למגבי מבני חרי מצטרפין אבל באמת משמע מפל הפוסקים דאף לענין מלנה בע"פ לא מצטרפין להו וכמש"כ האו"ת בס"ק י"ח וע"כ מוכח דאינו דומה להודאה אחר הלואה דהתם פירונייהו אמנה קא מסהדי אבל הכא גבי קיום שטר הנה העד המעיד על כת"י מעיד על מנה שבשטר והדיין מעיד על קיום העדים אף דממילא חייב המנה לפי דברי הדיין מ"מ עיקר עדותו אינו רק על חת"י העדים ולפ"ז אפשר לדון היכא דע"א מעיד על הלנאת מנה והדיין מעיד שנתקבל עדות מפי שנים לפניו ולפני עוד שני דינינים שצטרפו עמו בקב"ע דהוא חייב מנה להתובע דכה"ג פיון דעדוהו של הדיין הוא ג"כ על גוף המנה שנתקבל עדות לפניהם דבזה י"ל דמצטרפין העד והדיין ועיקר הד' מימרא דעד ודיין אינו מצטרפין נאמרה בכתובות רק גבי קיום שטרות פן י"ל לכאורה בזה: אבל באמת זה אינו דהא לעיל סי' למ"ד סעי' י"ב בטור ושו"ע שם כתבו זה הדין דעד ודיין אינו מצטרפין גם גבי כל מקלי דעדוהו ולאו דוקא גבי קיום שטרות לבד וכן מבואר ברמב"ם ה' עדות פ"ד ה' ו' כתב זה לכלל בכל עדות

דַּעַד עִם הַדְּיִין אֵינֶן מְצַטְרְפִין וְעֵינֵן לְעֵיל סִי לְמַ"ד בִּסְמ"ע ס"ק ל"ז וּבִבְאֵר הַגּוֹלָה שֵׁם ס"ק ו' דָּאָם ע"א מְעִיד עַל הַלְּוָאָה זֶה וְדִיִּין א' מְעִיד שְׁבִמּוֹשֵׁב ב"ד שֶׁל ג' כּו' הַעִידוּ שְׁנֵי עֵדִים עַל הַלְּוָאָה זֶה אֵינֶן מְצַטְרְפִין כּו' ע"ש אֶלְמָא דְלָאוּ דְּוָקָא גְּבִי קִיּוּם שְׁטָרוֹת אָמְרוּ כֵּן דַּה"ה בְּכָל עֲוִינֵי עֵדוֹת וּמוּכָח מִדְּבָרֵיהֶם דְּלֹא כַהֲמַהֲרִי"ט הַגְּ"ל אָף מ"מ טַעְמָא בְּעֵי דַמ"ש מִן הוֹדָאָה אַחַר הַלְּוָאָה וּבַעֲז"ה הָאִיר ה' אֶת עֵינֵי וּמְצָאֵתִי בְּשִׁטָּה מְקוּבָצָת לְכַתְּנֻבוֹת ד' כ"א ע"א עֲלָה דַּעַד וְדִיִּין כּו' שְׁפַתְּ בְּשֵׁם הַרְשָׁב"א וְנ"ל וְרַבֵּינוּ אֶלְפָּסִי וְנ"ל בַּב"ב פ' יו"ד פִּירֵשׁ עַל הָא דַּעַד וְדִיִּין מְצַטְרְפִין דְּהוּא עַד שְׁהַעִיד שְׁרָאָה הַהַלְּוָאָה וְדִיִּין הַעִיד שְׁנַתְּחִיב בַּב"ד ע"פ עֵדִים אֵינֶן מְצַטְרְפִין לְפִי דְסִהְדָא מְסַהִיד עַל הַהַלְּוָאָה וְדִיִּינָא לֹא מְסַהִיד אֶלָּא שְׁנַתְּחִיב בַּב"ד אֶבְל אֵינּוּ יוֹדַע אִם נִתְחַיֵּב בְּאַמְתָּ אוֹ בְּשִׁקָּר וְלֹא דְמִי לְהוֹדָאָה אַחַר הַלְּוָאָה דְּהֵתֵם תְּרַנְיָהּוּ בְּקוּשְׁטָא קָא מְסַהִיד הָא דְחֻזָּא שְׁהַלְּוָה לּוֹ מְנָה וְהָאִי דְחֻזָּא דְאֹדִי לִי קַמִּי בְּהֵיא מְנָה אֶבְל הָכָא דְלִמָּא הֲנִי דְאֶסְהִידוּ עֲלֵיו בַּב"ד שְׁקָרָא קָא מְסַהִיד וְדִיִּינָא מְאִי דְשָׁמַע קָא מְסַהִיד ע"כ אֵין מְצַטְרְפִין וְכֵן קִי"ל עַכ"ל הַשִּׁמ"ק א"כ מְצִינּוּ ת"ל שְׁהַשִּׁמ"ק בְּשֵׁם הַרְשָׁב"א הַקְּשָׁה כֵּן עַל הָרִי"ף בַּב"ב מְשׁוּם דְעַל הַסְּוִגְיָא דְכַתְּנֻבוֹת ד' כ"א לֹא הִנֵּה קְשָׁה כ"כ מְשׁוּם דְיֵישׁ לְחַלְקֵי דְשְׁאֵנֵי קִיּוּם שְׁטָרוֹת כַּמֶּש"כ לְעֵיל אֶבְל הָרִי"ף דְּהִבִּיא כֵּן אָף עַל שְׁאָרֵי מִילֵי דְעֵדוֹת לְכֵן הַקְּשָׁה כֵּן וּמְחַלְקֵי כַּנ"ל: וְהַדְּבָר צָרִיךְ בִּיאֹר עֲדִינֵן דְּמִפְּנֵי מַה לֹא יִצְטְרְפוּ הָא גַּם הַדְּיִין מְעִיד עַל דְּבָר בְּרוּר דְאֵין לְנוּ דְבָר בְּרוּר יוֹתֵר מִן שְׁנֵי עֵדִים דַּע"פ שְׁנַיִם עֵדִים יְקוּם דְּבָר וְהַגְּ"ל הַסְּפָר הָעֵנִין כֵּף הוּא דְּהָא אָמְרִינֵן בְּכַתְּנֻבוֹת ד' כ"א וּב"ב ד' נ"ז דְּהִיכָא דְקָא נִפְיָק נְכִי רַבְעָא דְמָמוֹנָא אַפּוּם דְחַד לֹא מְהַנִּי עֵדוּתוֹ מְשׁוּם דְבְּעֵינֵן ע"פ שְׁנֵי עֵדִים יְקוּם דְּבָר וְיִהְיֶה חֲצִי דְבָר ע"פ שֶׁל זֶה וְחֲצִי דְבָר ע"פ שֶׁל זֶה כַּמֶּש"כ רִש"י וְהַרְשָׁב"ם שֵׁם וַע"כ מַה"ט פְּסָלוּ עֵדוֹת הִיכָא דְמְאִי דְקָא מְסַהִיד סִהְדָא לֹא מְסַהִיד דִּיִּינָא.

מְשׁוּם דְּהָא הָעֵד מְעִיד שְׁרָאָה בְּעַצְמוֹ כֹּל הָעֵנִין ע"פ מַה שְׁלֹוּה בְּפָנָיו אוֹ מַה שְׁהוֹדָה הַבַּע"ד עַצְמוֹ בְּפָנָיו אֶבְל עֵדוֹת הַדְּיִין אֵינּוּ רַק מַה שְׁיִוָּדַע ע"פ בִּירוּר מִן הָעֵדִים א"כ הָא מְצִינּוּ בַּב"ב מ' ד' ג' ע"ב דְאָמְרוּ דְיֵישׁ מְעַלָּה בְּהוֹדָאָת פִּיּו יוֹתֵר מִן עֵדִים דְפִּיּו אֵינּוּ בְּהַכְּחָשָׁה וְהַזְמָה אֶבְל עֵדִים שְׁיִשְׁנֵן בְּהַכְּחָשָׁה וְהַזְמָה אֵינֶן חֲשׁוּבִים כ"כ כְּמוֹ מְעַלְת פִּיּו לְגַבֵּי מַה דְאָמְרוּ הֵתֵם.

ע"כ י"ל דַּה"ה לְגַבֵּי צִירוּף הָעֵד וְדִיִּין פִּיּוּ דְהָעֵד מְעִיד מַה שְׁיִוָּדַע ע"פ הוֹדָאָת פִּיּו א"כ הֲנִי זֶה בִּירוּר יוֹתֵר מִן עֵדוּתוֹ שֶׁל הַדְּיִין דְּהָא הַבִּירוּר שְׁיִוָּדַע לְהַדְּיִין הוּא ע"פ עֵדוֹת דְיִשְׁנֵן בְּהַכְּחָשָׁה וְהַזְמָה מְשֵׁא"כ בִּירוּר שְׁמַעִיד הָעֵד ע"פ הוֹדָאָת פִּיּו דְאֵינּוּ בְּהַכְּחָשָׁה וְהַזְמָה הוּא בִירוּר בְּיוֹתֵר וְכַש"כ אִם מְעִיד שְׁרָאָה עֶצֶם הַהַלְּוָאָה וְאֵין זֶה מְקַרִי חֲצִי דְבָר ע"פ עֵדוֹת שֶׁל זֶה כּו' רַק עֵדוּתוֹ שֶׁל הָעֵד הַמְעִיד עַל כַּת"י דְּהוּא עַל מְנָה בְּשִׁטָּר הֲנִי זֶה בְּשֵׁם יוֹתֵר מְחֲצִי דְבָר לְגַבֵּי עֵדוּתוֹ שֶׁל הַדְּיִין וּבְאַמְתָּ בְּעֵינֵן דְיִהִיּוּ שְׁוִוִּים בְּעֵדוּתָן כֹּל אֶחָד לְעֵדוּתוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ בְּלֹא שׁוּם הוֹסְפָה וְגִרְעוֹן כִּי כֵן גְּזָרָה הַתּוֹרָה ע"פ שְׁנַיִם יְקוּם דְבָר כּו'.

וַע"כ פְּסָלוּ הִיכָא דְמְאִי דְמְסַהִיד סִהְדָא לֹא מְסַהִיד דִּיִּינָא וּמַה"ט אֵינֶן מְצַטְרְפִין כֵּן יֵישׁ לְהַסְבִּיר הָעֵנִין הַלְּזֵוּ וְכֵן הוּא פְּנוּנַת הַרְשָׁב"א וְהַשִּׁמ"ק הַגְּ"ל: וְהִנֵּה רְאִיתִי בְּסִפְר בֵּית יַעֲקֹב עַל כַּתְּנֻבוֹת מַהְגָּאוֹן מְלִיסָא שְׁכַתְּבָה לְהַקְּשׁוֹת כֵּן עַל הָא דְכַתְּנֻבוֹת ד' כ"א דְמִפְּנֵי מַה אָמְרוּ עַד וְדִיִּין אֵינֶן מְצַטְרְפִין דַּמ"ש מִן הוֹדָאָה אַחַר הַלְּוָאָה וְהִבִּיא לְמַש"כ הַשִּׁמ"ק כַּנ"ל בְּכַתְּנֻבוֹת שֵׁם וְסִיָּים וּלְפ"ז גַּם בְּהַלְּוָאָה עַד רְאִיוֹת הַהַלְּוָאָה עִם עַד שְׁרָאָה חֲקִירַת הָעֵדִים

בב"ד אינו מצטרפין וצ"ע עכ"ל אבל באמת אין זה צ"ע כלל דהא פן מבואר להדיא בסי' למ"ד בטושב"ע ובמב"ם ובברי"ף לב"ב פ' יו"ד על פל מילי דעדות א"כ ה"ה אחר המעיד על קבלת עדות בב"ד דמ"ש דין המעיד על קב"ע בב"ד דלא מצטרף מה"ט וה"ה אחר ולכן אין בזה שום ספק כלל ובנודאי לא מצטרף העד שראה הקב"ע בב"ד להעד שראה ההלואה או להודאת פיו כנ"ל וכן יש לדון מה"ט היכא דע"א מעיד על איזה חוב שאחז חייב לחבירו ויודעים שלא פרע לו לפי שלא נזהר מתוך ידו כו' והעד השני מעיד על חוב הלואה שחבירו לזמ"פ ועכשיו הוא בתוך זמנו ולפי עדותו א"כ ממילא חייב הנתבע לשלם להתובע משום חזקה אין אדם פורע בתו"ז.

ועיין בסי' ע"ה סעי' י"ג אבל במכחיש להע"א על ההלואה ועל התו"ז בנודאי לא שייך בזה מחושואיל"מ ואם יצרכו הנה שני עדים להדיא והא חייב לשלם אכן לפמש"כ טעם הדבר ע"פ סברת הרשב"א דכיון דאין הדיין יודע עצם הענין רק ע"פ עדותו של העדים ע"כ אין בכחו להצטרף לעוד ע"א לפי דאפשר דתרונויהו שקרא קא מסהדי וכתבתי לבאר דמטעם זה לא קרינו בהו ע"פ שני עדים יקום דבר דיהי' חצי דבר ע"פ של זה כו' כינו דאין הבירור של שניהם שקולין זה כמו זה וכינו דאמרו דמה דהדיין יודע ע"פ עדותו של שני עדים דאף דאין לנו בירור יותר מן שני עדים ואפ"ה כינו דלא ראו ושמעו מפי הבע"ד לא מצטרף להעד דראה בעצמו כנ"ל כש"כ למה דאינו יודע העד השני רק ע"פ בירור החזקה דתו"ז וכה"ג דנודאי לא מצטרפין אותו להעד שראה ושמע מן הבע"ד דהא פתבו התוס' בב"ב ד' ה' ע"ב ד"ה מי אמרינו במקום חזקה כו' דעדים עדיפי מן חזקה כו' וכן הוא פשוט בלא ראי'.

א"כ נודאי דאמרינו בזה ג"כ מאי דמסהיד סה"ד לא מסהיד יד דיינא והפל הוא מה"ט וכן י"ל לשיטת הרמב"ם דהובא בסי' נ"א סעי' ב' דע"א בשטר וטען פרעתי ה"ל טענה גרועה משום דגם בי' שייך חזקה דשטרא בידי כו'.

א"כ אם מכחיש לעיקר עדותו של ע"א מה שחתם על השטר דאם לא הי' רק ע"א הי' נשבע להכחיש העד ולכן יש לדון אם עד אחד מעיד על חוב הלואה ויודע שלא פרע לו החוב מפאת ידיעתו שלא נזהר ידו כו' ועד הב' הוא ע"פ עדות השטר כנ"ל די"ל דלא מצטרפין להו מה"ט לחייב את הלנה כשטוען פרעתי ועיין בב"ב ד' קס"ה גבי ע"א בכתב וע"א בע"פ כו' ובירושלמי פ"ב דכתובות וקצרת'.

כללו ש"ד דעדות מיוחדת דאף דקיי"ל דמצרפינו מ"מ בעינן דלא יהי' עדות של ע"א אלימא ביותר מן עדות השני כלל: (ט) (שם סעי' ל"ז) שנים החתומים כו' בש"ף ס"ק ק"א וה"ה בשטר ששנים אומרים פרוע ושנים אומרים אינו פרוע לא מגבינו בי' ולא קרעינו לי' עכ"ל והסמ"ע לקמן סי' ע"א ס"ק ד' ס"ל דבשנים אומרים פרוע כו' דמוקמינו עדים כמאן דליתנהו ומוקמינו השטר על חזקתו וגובין בו והש"ף שם ס"ק ב' כתב דאין סברא לומר פן כלל ומה דיש להעיר ע"ז מן הא דסי' ע"א סעיף ה' ובאו"ת שם ס"ק ו' ע' בקצה"ח ס"ק ה' ובגתיבות שם ס"ק ט': ענף א והאו"ת בסי' נ"ח ס"ק ה' כתב בשם הפר"ח בשנים מכחישים בפרעון השטר דהשטר בחזקתו וגובין בו והשיג עליו האו"ת מן מש"כ התוס' בכתובות ד' כ' ד"ה ואוקי ממונא כו' בשם הרשב"א דכתב לפרש דקאי על שובר דחתומים בו שני עדים ושנים אומרים פסולים היו דה"ל תרי נגד תרי ופטור

הלנה ולא אמרינו דהשטר בתוקתו אלא הממע"הוה"ה בשני פתי עדים המכחישינו
בפרעון דהממע"ה עכ"ל האו"ת ולענ"ד יש לחלק והוא פי עיקר סברת הפר"ח הוא דכמו
דקיי"ל בשני פתי עדים המכחישינו זא"ז דמוקמינו על תוקתו הראשונה וה"ה בהך תוקה
דשטרא בידי מאי בעי דישנו לפנינו וע"כ שפיר כתב הפר"ח דמוקמינו השטר בתוקתו
וגובין בו אבל בשובר שת"י הלנה דהא אי נימא דעדי השובר הם פשרים א"כ ליתא פלל
לתוקה דשטרא בידי מאי בעי דמה הי' יכול הלנה לעשות דהא קיי"ל פותבין שובר
ומחוייב הלנה לפרוע חובו אם אומר המלנה אבד שטרי ויכתוב לו שובר פמבואר בסי'
נ"ד ולדברי הלנה דהם עדים פשרים וסמך עליהם דהא לא הי' יודע דיבואו עדים
להכחישם ע"כ לא שייך בזה התוקה דשטרא בידי מאי בעי ולכן הממע"ה משא"כ בעדים
בע"פ המכחישים זא"ז בפרעון דהא אף לדברי העדים דמעידים על פרעון השטר מ"מ
לא נתבטלה התוקה דשטרא בידי מאי בעי דהא אף לדברי הלנה דפרעו לפני העדים מ"מ
הא לא הי' לו להניח השטר ת"י המלנה וה"ל לחוש דלקמא מיימי סהדי ויילכו למדינת הים
וכמש"כ במק"א דאף בטוען הלנה פרעתיך לפני עדים והלכו למדינת הים או מתו דפשוט
דאינו נאמן הלנה אם יש שטר ת"י המלנה משום דה"ל ליקח שובר ולא לסמוך על עדי
בע"פ דאל"כ אבטילא לי התוקה דשטרא בידי מאי בעי דלעולם יהי נאמן הלנה פן ועיין
בסי' ע' ש"ק י"ד גבי א"ל אל תפרעני אלא בפני פו"פ כו' וע"כ שפיר אמרו דבשני
פתי עדים המכחישינו בפרעון השטר אמרינו אוקי סהדי פמאן דליתנהו וסמכינו על
התוקה דשטרא בידי מאי בעי ואינו ראי' מן הרשב"א שהובא בתוס' לפתובות ובהגהות
אשרי שם דפליגי על שיטת הפר"ח והסמ"ע בזה: ולשיטת הש"ך דס"ל דבשני פתי עדים
המכחישינו זא"ז בפרעון השטר דלא מגבינו ס"ל לחלק דשאני בכל אוקי אחתה מן תוקה
דשטרא בידי מאי בעי דהוי תוקה המבררת מצד הוכחה ונאנו סהדי וע"כ לא עדיפא מן
אלו באו עוד עדים לסייען דהא תרי פמאה וכמש"כ תוס' סברא זו בב"ב ד' ל"א ובב"ק
ד' ע"ב גבי מיגו בשני עדים ע"ש: ושאני בכל אוקי אחתה ואינו מדרך בירור רק דכן
גזרה התורה דכל ספק נניח הדבר כמקדמ' ע"כ גם בתרי ותרי אמרינו אוקמי על תוקה
הראשונה וכן כתב ר"ע איגר בתשובה בפסקים סי' קל"ו וסי' קל"ז לבאר זה ומה"ט
ה"ה בתוקה תו"ז דלא מהני בשני פתי עדים המכחישים ע"ש ולקמן בחידושיי' לסי' פ"ז
סעי' ו' ש"ק ט"ו הארכתי בכל זה הרבה והנה לפמש"כ לעיל בחידושיי' לסי' ל"ח
לבאר דלכן תרי פמאה משום דהוי כמו קבוע פמחצה על מחצה כמש"כ שם בארובה.

ע"כ יש לחלק גבי כל הנה פמו תוקה תו"ז ותוקה דשטרא בידי כו' וכן להמיגו שפתבו
התוס' בב"ב וב"ק פנ"ל דבזה לא שייך כ"כ לדון קבוע פמע"מ. די"ל דאמרינו אוקי
סהדי להדי סהדי וסמכינו על כל הנה המבררות לנו ואפשר דמטעם זה כתבו התוס' שם
תירווצים אחרים: ומש"כ הש"ך הך דכן משמע ברשב"א שהביא ב"י סוף סי' כ"ט וס"ס
מ"ו באמת אין זה משמעות פלל לנ"ד דשם מייירי בנולד הספק אם הי' תנאי בהמכירה
או לא דלא שייך התם לדון לתוקה המבררת דיהי' מועיל להוציא ממון מהמחזק אבל
בספק פרעון השטר דיש תוקה דשטרא בידי כו' עדיין י"ל דאמרינו הנה סהדי פמו
דליתנהו וסמכינו על התוקה המבררת דלא פרע משום שטרא בידי מאי בעי דמוציאין
ע"י זה ממון מהמחזק: ולשיטת הסוברין בסי' פ"ב סעי' ח' גבי שבועת השבע לי על
השטר דהוציא חשוד דכיון דאינו יכול לישבע דמעכבת הפרעון יש לדון מטעם אחר

בנ"ד דיהיה פטור הלנה והוא דלקמן סי' פ"ז בש"ה ס"ק ט"ו בשני פתי עדים המכחישין זא"ז אמרינן סלק עדותן כמו דליתנהו והיכא דהיה חייב שבועה בלא עדותן השתא נמי משתבע הך שבועה ולענ"ד יש לדון בזה דאין הב"ד מניחין לו לישבע אף אם ירצה לישבע דהא פיון דיש לפנינו תרי ותרי המכחישין אהדדי ולפי דברי פת אחת המעידין דחייב החוב לתבירו פת א"כ לפי דבריהם ישבע לשקר ויעבור על איסור מה"ת ואף דאומר ברי לי דהנני נשבע באמת מ"מ פיון דנולד ספק להב"ד ע"י הכחשת פתי עדות אין להב"ד להניחו לישבע וזה דומה להא דכתנבות ד' כ"ב שנים אומרים מת או נתגרשה ושנים אומרים לא מת ונתגרשה דלא תינשא ואם נשאת לא תצא אלמא דלכתחלה אסורה להנשא אף למי שאומר ברי לי שמת והא דאמרו שם בפסוקא משום דרב אסי כו' כתב הרמב"ם א"ש דדוקא בע"א אומר מת כו' בעינן לדרב אסי אכל לעיל מיניה בשני פתי עדים מכחישין לא הקשו א"ה אפי' לכתחלה נמי משום דהתם ע"פ דין אסורה להנשא: וכן נודאי אין הטעם התם משום דיש לחוש דהעידו פו בשביל שישאנה דהא אם לא היה תרי ותרי המכחישין היה מותר לישאנה אף לכתחלה משום דתרי לא חשידי כמש"כ התוס' והרמב"ם א"ש ועיין שם בתוס' ד"ה הפא עליה.

אלמא דהיכא דנולד ספק להב"ד אין מניחין לו לעשות במקום דהוי חשש ספק איסור תורה רק בדיעבד אם ניסת לא תצא ע"כ י"ל דה"ה במקום ספק שבועת שקר דהב"ד מוחין בידו ואין רשאים להשביעו בנ"ד ויהיה באמת פטור מן השבועה אף בשד"א וגם התובע לא יהיה יכול לישבע וליטול כמו בחשוד ועיין סי' צ"ב סעיף ז' דהא גם בדידיה שייך טעם הנ"ל פיון דשני פתי עדים מכחישין זא"ז נולד הספק לנו פן ואין לחלק בין ספק איסור א"א ובין ספק שבועת שקר דהא מאוד החמירו בשבועת שקר ביותר מכל עבירות שבתורה כמבואר בשבועות ד' ל"ט ע"כ יש לדון בזה דלא ישבע פלל פן י"ל לולי דברי הש"ה דשם ענף ב ולפ"ז י"ל היכא דעדים מכחישין לעדים אחרים בפרעון השטר דאם טען הלנה השבע לי דאין גובין בו פלל דהא המלנה לא ישבע שאינו פרוע פיון דהוי ספק איסור דאורייתא ואין הב"ד משביעין לו פיון דשני פתי עדים המכחישין זא"ז בזה ואף דהוא רוצה לישבע רק דאין הב"ד נותנין לו שבועה מ"מ הא גם גבי חשוד פיון דאין הב"ד משביעין אותו ס"ל להך שיטה דזה מעכב הפרעון ואף דלדינא קי"ל דלא פנותייהו כמבואר בסי' פ"ב סעי' ח' עכ"ז הא בחוב פתובה הכריע הש"ה שם דבחשוד השבועה דאשתבע לי מעכב הפרעון וכ"כ הט"ז באה"ע סי' צ"ו והובא שם בב"ש ס"ק כ"ה א"כ בחוב פתובה דמכחישין שני פתי עדים בפרעון שפיר יש לדון דאין גובין מטעם זה ואף בלא טען השבע לי יש לדון פן דהא מצינו בסי' נ"ט סעי' א' גבי טען המלנה על שטר דא"י אם פרעו דאינו גובה משום דכיון דאינו נשבע כמש"כ הבעה"ת והובא בבאר הגולה שם ועיין באו"ת בסי' נ"ט מזה ולא פתבו דמירי בטען השבע לי וזהו משום די"ל דאף דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה כמש"כ הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' מ"מ גבי חשוד דהשבועה מעכב הפרעון א"כ שפיר יש לומר דיהא מהימן במיגו דטען השבע לי והיה פטור מן החוב וזה מקרי מיגו לאפטורי ממון פן י"ל בכ"ז אף לא כן משמע בסי' פ"ב סעי' ח' באחרונים שם דמשמע דדוקא בטען השבע לי אמרו דחשוד אינו גובה בשטרו להך שיטה וכן מבואר ברמב"ם פ"ב ה' טוען ה' ה' ועיין במל"מ שם.

אכן בטען השבע לי שפיר י"ל כן בחוב פתובה פנ"ל והא דקיי"ל דלא כבן ננס כמבואר בס"א צ"א אין זה ענין לנ"ד דהא כ"א בפ"ע נשבע ע"ש וכ"ז הוא לולי דברי הש"ך בס"י פ"ז ס"ק ט"ו אבל באמת לפי מש"כ הש"ך שם דבתרי ותרי המכחישים זא"ז דחייב לישבע וכן פתבו האחרונים שם לדינא א"כ מוכח דס"ל לחלק בין הא דשנים אומרים מת ונתגרשה כו' לנ"ד ובאמת מוכח דאין לחלק דשא"ה דאסתזק איסורא דא"א דהא כן מבואר התם בכתובות ד' כ"ב ובאה"ע סי' מ"ז דגם גבי שנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה אמרו דלא תנשא ואם נשאת לא מעדי' לא תצא אלמא דאף היכא דלא אסתזק איסורא ואדרבה יש חזקת היתר אפ"ה פיון דאמרו דתרי ותרי ספיקא דרבנן ע"כ לא תנשא לכתחלה וגם בתרי ותרי אי נתגרשה או מת הא פתבו התוס' שם דלא הוי חזקה איסורא דדייקא ומינסבא מרעא לחזקת א"א ונדעתי שיטת הרשב"א בזה והובא בפנייהו"ש שם אכן הא מצינו כן בנתקדשה פנ"ל וע"כ מוכח דס"ל להש"ך לחלק דשאני מקילי דאישות בזה והחמירו שם ביותר וכמש"כ פ"עין זה הר"ן לכתובות פ"ב על סוגיא דשם ד' כ"ו.

דכתב לחלק דבתרי ותרי מוקמינו על חזקה רק באישות החמירו חו"ל והובא שיטתו בבית יוסף אה"ע סי' ג' וכ"כ הב"ח שם והב"ש בס"י מ"ז ס"ק ב' וכן י"ל טעם זה במה דהחמירו דלא תנשא לכתחלה דלא דנו כן רק במקילי דאישות וכיון דלא מצינו כן בשאר איסורים ע"כ אין לנו להחמיר שם ואין דנין ד"ס מן דברי סופרים וגם הא יש לחלק דשאני בתביעת ממון דיש לו על חבירו דאם לא יצטרך לישבע יהיה לו פסידא לפי דבריו: ע"כ חייבוהו שבועה ולא החמירו כמו התם בשנים אומרים נתקדשה כו' משום דזה הוי כמו דייעבד דהתם דאם ניסת לא תצא.

ולפ"ז אין לנו לחדש פנ"ל בתרי ותרי המכחישים זא"ז בפרעון השטר ולכן העיקר כמש"כ הטעם דלכן לא מגבינו משום דלא יכול לסייע החזקה דשטרא בידי כו' יותר מן אלו באו עוד עדים וכמש"כ התוס' וכמש"כ רע"א זצ"ל בתשובה פנ"ל וע"כ אין להוציא ממון מהמחזק בזה: גם יש מקום לחלק דלכן החמירו בתרי ותרי בנשש איסור א"א ואמרו דלא תנשא לכתחלה משום דהוי בזה נשש מרבה ממזרים בישראל ועיין בתוס' ב"ב ד' י"ג ד"ה כופין כו' ואף דאם ניסת לא תצא וגם הבנים פשרים לבא בקהל משום דמהני אמירת ברי שלקח על הון לדות לכ"ע משום דספק ממזר מותר בקהל מה"ת ולא שייך בזה מעלת יוחסין פיון דאם ניסת לא תצא אבל לכתחלה החמירו בזה מטעם הנ"ל וכן הא פתבו התוס' בכתובות ד' ב' ע"א סוף ד"ה שאם היה לו טענת בתולים כו' לחד תירוץ דהיכא דהוי נשש שלא תשב באיסור פל ימיו חשו ביותר וכן פתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף א' בהגה דיש לחלק דהיכא דהוי נשש איסור על פל ביאה וביאה שאני ע"ש ע"כ יש לחלק דלכן החמירו התם ואמרו דלא תנשא לכתחלה משא"כ בנשש שבועת שקר דלא שייך כן ע"כ לא החמירו שם ואמרו דיכול לישבע פיון דאומר ברי לי שהאמת אתי ע"כ נותנין לו שבועה בזה: (י) (שם סעי' ל"ק) אבל אם אמרו שהיו אנוסין מחמת ממון כו' ואע"פ שאינם נאמנים לבטל השטר כו' וחייבים לשלם ללנה ההפסד שבא לו מפז חתימתם וזהו מדברי הרא"ש כמבואר שם דחייבין משום דינא דגרמי ויש להעיר בזה לפי מה דכתב הש"ך בס"י שפ"ח ס"ק כ"ב על מה

דְּכַתְּבֵהּ הֶרֶם"א שֶׁמֶּדָּה דְּהָא דְּהֶרְאָה מְמוֹן חֲבִירוֹ פְּטוֹר בְּאַנְסוּוּהוּ דְּאִין זֶה אֵלֵּא בְּהֶפְאוֹת וְיִסוּרִין אַבְּל לֹא אֲנִס מְמוֹן.

וּע"ז פְּתַב הַשֵּׁי"ף שִׁיטַת פְּמָה פּוֹסְקִים דַּס"ל דְּאַף בְּאַנְסֵי מְמוֹן פְּטוֹר וְיִכּוֹל לֹמַר קִים לִי פְּנוּמִיָּהוּ וְלִכְאוּרָה י"ל דְּזֶה הַלּוֹי בְּפִלּוּגְמַת הֶרְאִשׁוּנִים אִי דַד"ג דְּאוּרְיִיתָא אוּ דְרַבְּנָן דְּאִי דַד"ג מַה"ת וְהָא דְּפְטוֹר בְּהֶרְאָה מְחַמַּת אֲנִס זֶהוּ מְשׁוּם סְבֵרַת הֶרֶם"ב"ן דְּהוּבָא בְּשֵׁי"ף ס' שִׁפ"ו ס"ק א' דְּכַתְּבֵהּ דְּאַקִּילוּ רַבְּנָן בְּדִיבּוּרָא וְלֹא עֲשׂוּ פְּרָצוֹן וּכ"כ הַשֵּׁי"ף שֶׁמֶּס"ק ו' בְּשִׁמּוֹ וּע"כ דְּנֻקָא בְּאַנְסֵי מְחַמַּת יִסוּרִין פְּטוֹרוֹהוּ וְלֹא בְּאַנְסֵי מְמוֹן אַכּוֹן לְפִי שִׁיטַת הַפּוֹסְקִים דַּד"ג אִינוּ אֵלֵּא דְרַבְּנָן ע"כ י"ל דְּלִכּוֹן פְּטוֹר אַף בְּהֶרְאָה מְחַמַּת אֲנִס מְמוֹן ג"כ אַבְּל בְּאַמַּת זֶה אִינוּ דְּהָא שִׁיטַת הֶרֶם"ב"ן דַּד"ג הוּא מַה"ת וְאַפ"ה הָא עֵינְקֵר שִׁיטַת הַסּוּבְרִין דְּהֶרְאָה מְחַמַּת אֲנִס מְמוֹן פְּטוֹר הוּא שִׁיטַת הֶרֶם"ב"ן כַּמֶּש"כ הַשֵּׁי"ף בְּשִׁמּוֹ בְּסִי' שִׁפ"ח ס"ק כ"ב ע"ש ע"כ לִיתָא לְמֶש"כ ע"כ פ' מְצִינוּ לְהַשֵּׁי"ף דַּס"ל דְּיִכּוֹל לֹמַר קִים לִי דְּפְטוֹר אַף בְּאַנְסֵי מְמוֹן א"כ לַפ"ז יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת דְּאִיךָ סְתָם הֶכָּא הַשֵּׁי"ף וְלֹא הִבִּיא כָּלֵל לְשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים הַנֶּזְ"ל דְּפְטוֹרִים הָעֵדִים לְשִׁלְּמֵם אַף בְּאַנְסוּסִים מְחַמַּת מְמוֹן: וְאַפְּשָׁר לֹמַר פִּינּוֹן דְּעֵינְקֵר יִסּוּדוֹ שֶׁל הַשֵּׁי"ף דְּכַתְּבֵהּ בְּסִי' שִׁפ"ח דְּהֶרְאָה ע"י אֲנִסֵי מְמוֹן פְּטוֹר הוּא לְפִי דְּהֶרֶם"ב"ן ס"ל פֶּן וְהָא שִׁיטַת הֶרֶם"ב"ן דְּדוּקָא בְּגִרְמִי ע"י דְּבוּרָא בְּזֶה אֲקִילוּ רַבְּנָן וְאַמְרוּ דְּלֹא עֲשׂוּ בּוֹ אֲנִסֵי פְּרָצוֹן אַבְּל בְּשׁוּרְף שְׁטָרוֹת פִּינּוֹן דְּהוּי ע"י מְעַשָּׂה ע"כ חֲזִיב אַף ע"י אֲנִסֵי כַּמֶּש"כ הַשֵּׁי"ף בְּשֶׁם הֶרֶם"ב"ן בְּסִי' שִׁפ"ו ס"ק ו' ע"כ י"ל דַּמַּה"ט סְתָם הַשֵּׁי"ף הֶכָּא דְּעֵדִים שְׁחַתְּמוּ עַל הַשְּׁטָר בְּשִׁקָּר חֲזִיבִין לְשִׁלְּמֵם מְשׁוּם דְּהָא מְעַשָּׂה קָא עֲבָדִי בְּמַה שְׁחַתְּמוּ בְּשִׁקָּר וּמְסָרוּ הַשְּׁטָר לְהַמְלִיחָה וּלְפִי שִׁיטַת הֶרֶם"ב"ן עֲצָמוּ דְּאַף דַּס"ל דְּגַם ע"י אֲנִסֵי מְמוֹן פְּטוֹר מ"מ הָא לְדִידִיָּה חֲזִיב מְטַעַם אַחַר פִּינּוֹן דְּקָא עֲבִיד מְעַשָּׂה ע"כ סְתָם הַשֵּׁי"ף וְהִסְכִּים דְּחֲזִיבִין לְשִׁלְּמֵם וְגַם הָא י"ל בְּזֶה סְפִיקָא סְפִיקָא שְׁמָא הַלְכָּה דְּאַנְסֵי מְמוֹן לֹא מְהַנִּי לְפִנְטָרֵם וְאַת"ל דְּמַהַנִּי אֲנִסֵי מְמוֹן לְפְטוֹר אַכְתִּי סְפִיקָא שְׁמָא הַלְכָּה כְּשִׁיטַת הֶרֶם"ב"ן דְּהִיכָּא דְּקָא עֲבִיד מְעַשָּׂה חֲזִיב אַף ע"י אֲנִסֵי אַף גַּם זֶה אִינוּ מְסַפִּיק לְתַרְזֵן קוּשְׁיָא זֹו דְּהָא שִׁיטַת הַשֵּׁי"ף בְּתַקְפוֹ פֶּהֵן ס' קי"ד דְּאִין מוֹצִיאִין מְמוֹן ע"י ס"ס.

וְכֹן הָעֵלָה בְּתַקְפוֹ פֶּהֵן ס"ק ע"ב דְּבִפְלוּגְמַת דְּרַבְּנוֹתָא מְצִי לְמִימַר קִים לִי בְּהָא כְּהָא פּוֹסֵק וְלֹא קִים לִי כְּנוּמִיָּה בְּהָא וּכ"כ הַשֵּׁי"ף בְּסִי' כ"ה ס"ק י"ט ע"כ אִין לְחַלְקֵי בְּזֶה וְאַפְּשָׁר דְּשִׁאֲנִי הֶכָּא דְּקָא עֲבָרוּ עַל אִסוּר דְּאוּרְיִיתָא לַכ"ע וְחַתְּמוּ בְּשִׁקָּר ע"כ אַף לְשִׁיטַת הַשֵּׁי"ף דַּס"ל בְּסִי' שִׁפ"ו דְּאַף שׁוּרְף שְׁטָרוֹת בְּאַנְסֵי פְּטוֹר הֵינּוּ מְשׁוּם דַּס"ל דְּעֵינְקֵר חִיּוּב דַּד"ג אִינוּ אֵלֵּא מְדַרְבְּנָן וְאַפְּשָׁר דְּאַף לְכַתְּחִלָּה ס"ל דְּאִינוּ אֵלֵּא מְדַרְבְּנָן ע"כ ס"ל דְּאַף דַּד"ג ע"י מְעַשָּׂה ג"כ פְּטוֹר אַבְּל בְּמַה דְּחַתְּמוּ בְּשִׁקָּר וְקָא עֲבָרוּ עַל אִסוּר דְּאוּרְיִיתָא וְהוּא אִסוּר חֲמוּר ע"כ אַף בְּמִקּוּם אֲנִסֵי חֲזִיבִין וְלִכּוֹן סְתָם הַשֵּׁי"ף הֶכָּא בְּזֶה: (יא) (סְעִי ל"ח) בְּשֵׁי"ף ס"ק קי"ט הִבִּיא בְּסוּפּוֹ לְתִשׁוּבַת הֶרֶם"א כו' וְהַשִּׁיג הַשֵּׁי"ף עָלָיו.

וְהָאוּ"ת וְהַקְצָה"ח תִּיְרָצוּ זֶה אַף בְּמַה שְׁהַשִּׁיג הַשֵּׁי"ף עַל הַפֶּן הַג' שֶׁל הֶרֶם"א לֹא תִיְרָצוּ זֶה וּל"נ דְּכּוֹנוּת הֶרֶם"א הוּא דְּמִיְיָרִי שֶׁמֶּדְּהָעֵד שְׁמַעִי הַמְעִיד אִיךָ שְׁבַפְּנָנו חֲתָם עַד א' לְפָנֵינוּ בְּתַחֲלַת הַשְּׁטָר דְּאִינוּ מְעִיד עַל עֲצָם הָעֵד מִי הוּא ע"כ פִּינּוֹן דְּאִינוּ מְפִירוּ יֵשׁ לְחַוֵּשׁ שְׁמָא הִנֵּה קְרוּב אוּ פְּסוּל וְחַתְּמוּ בְּשִׁקָּר וּבְזִיוִף עַל שֶׁמֶּכַּמ"ר אַבְּרָהָם ב"ר יִצְחָק שְׁלִיט וְכִדְמַצִּינוּ בְּהָא דִּיבְמוֹת ד' קכ"ב דְּמִקְשׁוּ דְּלִמָּא צָרָה הִיא וְכֵן פְּתַב הֶרֶם"ב"ש בְּתִשׁוּבָה דְּכֹן

יש לחוש שפא הנה מן הפסולים לעדות והוכא באה"ע סי' י"ז בב"ש ס"ק ל"ח ובמה"צ על אה"ע ס"ק ל"ד וס"ק מ"ו וה"ה הכא יש לחוש שפא הנה עד פסול ונוגע בעדות וז"ל קתימת כמ"ר אברהם כו' וכה"ג מצינו בב"ב ד' נ"ב ע"ב בתוס' ד"ה דברים כו' וב"מ ד' קט"ז ושבועות ד' מ"ו דבמי שאינו מבנרר לפנינו שפיר יש לחושדו שגנב ולא שייך ביה לומר אחזקי בגנבי לא מחזקינו משום דכמה גנבי איפא בשוקא ולכן שפיר יש מקום להסתפק עדיין דלמא חתם אחר בשקר ובזיוף קתימת כמ"ר אברהם הנ"ל ע"כ שפיר הוצרך הרמ"א לדון בזה ע"פ סברת התוס' דגיטין ד' יו"ד דסמכינן על הסברא דאי לא דהיה חבר לא מחתים ליה משמיה וה"ה הכא י"ל דאי לא דהיה עד נכון לא הנה מחתים ליה משמיה וע"כ פיון שזוכר שחתם לפניו ע"כ סמכינן מסתמא דהיה פשר לעדות וזהו מדן קדק בדברי הרמ"א דכתב בלשונו דה"ה לענין קיום שטרות דרבנן והוא מעיד שחתם לאחר העד דסמכינן דאי לא דעד הראשון נכון הוא כו'.

הרי דהיה מקום להסתפק דלמא לא הנה עד נכון וא"ש דברי הרמ"א: ובעיקר דברי התוס' דגיטין ד' יו"ד הנ"ל שפכתבו דבבשש דרבנן סמכינן אף דמתקנים השטר אפומא דחד א"כ לפ"ז יש לנו לדון גבי קיום הגט דכיון דאין חותמין אלא זה בפני זה דיתקנים הגט על סהדווא דעד השני וכן בקיום השטר אם יעידו על חת"י כה"ג ג"כ יהיה סגי מה"ט פיון דקיום שטרות דרבנן כמש"כ הרמ"א לדמות הא דקיום שטרות דרבנן להא דגיטין הנ"ל ובאמת זה אינו דהא מבואר בכ"ד דבעינן גבי קיום השטר והגט שני עדים על כל חתימה ונחתימה וע"כ מוכח דאין לדמות תקנת חז"ל להדדי והעיקר מה שנ"ל בזה דכוננת התוס' בגיטין שפכתבו דבבשש דרבנן סמכינן ע"פ סהדווא דחד דהטעם הוא משום דהוי התם פעין מילתא דעביד לגלויי דהא התם הוי הספק אם הוי העד חבר או לא הוי חבר וזהו עביד להגלות ובמילתא דעביד לגלויי הא מהימן ע"א והא שפכתבו התוס' הטעם דלכן נאמן שם משום שפשר להעיד מה"ת י"ל בזה דיהנה מזה סייעתא למש"כ הקצה"ח בסי' מ"ט ס"ק ב' דבדאורייתא אין חילוק בדיני ממונות בין מילתא דעביד לגלויי או לא רק במה דהוי מדרבנן בזה שפיר יש לחלק ולדון דבמילתא דעביד לגלויי נאמן ע"א ע"ש ולכן שפיר כתבו התוס' דכיון דמה"ת פשר להעיד ע"כ סמכינן בזה ע"פ ע"א פיון דהוי דבר העשוי להגלות משא"כ בקיום שטרות דלא הוי בגדר עביד לגלויי ולא שייך ביה לומר מילתא דעביד לגלויי לא משקרי ביה אינשי ע"כ בעינן ב' עדים על כל חתי' ונחתימה וכעין זה כתב בחדושי הרשב"א לגיטין ד' יו"ד שם לומר דלכן סמכינן על חד סהדא שם משום דזהו פעין גילוי מילתא דיבמות ד' ל"ט דאף אשה וקרוב מהימני אף שכתב פן הרשב"א שם אלקבא דר"א דלא הכשיר אלא בדאחזוק כו' ומהתוס' י"ל דס"ל פן אף בדלא אחזוק וע"כ אין אנו צריכים לדחוק ולחלק בין תק"ח אלא פשוט דכוננת התוס' הוא משום מדעל"ג כו' והרמ"א בתשובה דמדמה קיום שטרות להא דגיטין עיקר פנונתו דכמו דבהא דגיטין סמכינן על עדותו דאף דאינו מעיד בפירוש דהיה חבר מ"מ משום הך סברא דאי לא דהיה חבר לא מחתים ליה משמיה סמכינן ע"ז ומהני זה פמו סהדווא דע"א דהא להעדאת ע"א אנו צריכים עכ"פ אף דנימא דהוי מדעל"ג א"כ ה"ה גבי קיום שטרות דמהני זה הסברא דאי לא דהיה עד פשר ונכון לא הנה מחתים לי' משמיה דהוי זה פמו העדאת ע"א ועיין לקמן סי' ס"ו ש"ך ס"ק ע"א: סימן מז (א) (שם סעי' א') מלנה שאמר על שטרן שהוא אמנה או פרוע אם חייב לאחרים

כו' והחוק השטר בב"ד אינו נאמן ש"ק ו' והרמב"ן והמ"מ חולקין ע"ז וס"ל דאפי' ת"י אינו נאמן במיגו דאין אומרים מיגו במקום חזקה זו כו' ולענין הלכה אע"ג דקיי"ל דמה שהוא ת"י הוא בחזקת שלו כמו שהעליתי בסי' צ"ט מ"מ היינו דוקא בממון או במטלטלין כו' משא"כ הכא נהי דהשטר ת"י מ"מ המעות אינן ת"י כו' ולכן נראה דהוי ספיקא דדינא עכ"ל הש"ך וכ"כ הש"ך בסי' צ"ט ס"ק ו' ע"ש ענף א' ולענ"ד נראה להסביר שיטת הסוברים דגם בשטר דהוי ת"י דיינינו להיך חזקה ולא מהימן במיגו נגד חזקה דת"י שלו לפי דהא לעיל בחידושיי סי' י"ב פתבתי דיש לדון דשט"ח ברור דלא נולד בו ריעותא אמרינן בו לכ"ע שט"ח העומד לגבות פגבוי דמי ע"פ מש"כ התוס' בסוטה ד' כ"ה ע"ב ד"ה בית הלל סברי שטר כו' ע"כ הכא בשטר דהוא ת"י המלנה דכיון דקודם דאמר על שטרו דהוא אמנה או פרוע ולא הנה עליו שום ריעותא פלל א"כ החוק השטר לבו בחזקת שטר מעליא והוי אז המלנה כמו דתופס הממון ביזו דהא הוי פגבוי כ"ז דלא נולד עליו ריעותא ואף גבי מה שאומר אמנה שייך פן דמה שכתבו התוס' בסוטה ד' כ"ה ד"ה בש"א כו' דהיכא דהוי ספק אם עמד השטר לגבות אז לב"ש יחלקו ע"ש זה אינו רק אם נולד ריעותא על השטר אבל כ"ז דלא נולד בו ריעותא לא שייך פן וע"כ שפיר פתבו דגם הכא יש לדון דלא מהימן במיגו נגד החזקה דת"י הוא שלו דהא כ"ז דלא אמר פן הנה שייך לדון בנה להחזקה דת"י הוא שלו וע"י אמירתו והמיגו שלו רוצה לעקור להחזקה הנ"ל וכיון דא מהני מיגו במקום חזקה זו כמו בסי' צ"ט ה"ה הכא לא מהימן במיגו לעקור ולהוציא מהחזקה זו וכש"כ למה שהעליתי לקמן בסי' ס"ב וסי' צ"ט דההסבר שיטת הפוסקים דלא אמרינן מיגו במקום חזקה דת"י כו' הוא משום דלא אמרינן מיגו להוציא ממון מהתופסו כמש"פ שם בארנפה א"כ ה"ה ה"ט שייך פן בשטר שתופסו המלנה דאינו נאמן במיגו משום דהוי כמו מיגו להוציא מחזקת השעבוד של בע"ח שלו: ובעיקר מילתא אי שייך גם בשטרות החזקה דמה דת"י הוא שלו ולא מהימן במיגו יש לומר דנה תלוי בפלוגמת הראשונים דהובא לקמן סי' ק"ח סעי' ח' אם השטר יוצא מת"י א' מן האחין ואומר פרוע דנאמן במיגו דאי רוצה הנה שורפו ויש מי שאומר דאינו נאמן אלא על חלקו וזהו שיטת הרא"ש דלא מהימנינן ליה במינו לבטל השטר אלא גבי שליש דהימניה ולכאורה צריך ביאור דמפני מה לא יהא מהימן במיגו וכמו כל מיגו דבש"ס וראיתי להא"ת שם ס"ק ט' דהקשה פן ותיירץ דטעמו הוא דחזקה דשטרא בידי מאי בעי הוי חזקה אלימתא דלא מהני מיגו נגדו ושאיני הא דמודה בשטר שכתבו דצריך לקיימו כו' אבל באמת לא נהירא לי זה לומר פן דהא חזינו דחזקה תו"ז עדיפא משטר דהא חזקה תו"ז פוטר משבועה ואלו שטר אינו פוטר משבועה וכמש"כ התוס' פעין זה בב"ב ד' ה' ד"ה מי אמרינן במקום חזקה מה לי לשקר כו' יע"ש ולכן פינו דמיגו במקום חזקה תו"ז זמנו איבעיא דלא איפשיטא בב"ב ד' ה' ומספיקא אין מוציאין ממון פמבואר בח"מ סי' ע"ח ה"ה דמהני מיגו במקום חזקה דשטרא בידי מאי בעי ועיין בסי' ק"ח ש"ך ס"ק ז' וכתוס' פתובות ד' י"ט ד"ה מודה בשטר שכתבו כו' ויש להאריך בכ"ז: והנראה לי דכוננת הרא"ש הוא דלכן אינו נאמן אחד מן האחין לומר פרוע על חלק שותפיו לפי דס"ל דגם בשטר שייך לדון חזקה מה דת"י הוא שלו וכמו שכתבתי לבאר זה דכיון דלא נולד באמת ריעותא על עצם השטר ע"כ הוי פגבוי ומה דתופס א' מן השותפין הוי כמו דתופסין בו פל שותפיו פדאמרינן בב"מ ד' קט"ז דשותפין לא קפדי

אֶהְדִּי וּמַה"ט פֶּתַח הַנְּתִיבוֹת בְּסִי קַע"ט ס"ק ב' דִּישׁ לומר דְּשׁוֹתֵף אֵינוֹ נֶאֱמָן עַל חֶלֶק חֲבִירוֹ בְּמִיגוֹ מִשׁוּם דְּהוּי כְּמוֹ מִיגוֹ לְהוֹצִיא ע"פ פִּירֵשׁ רַש"י ב"ב מ"מ שָׁם ע"ש וי"ל דְּמַה"ט אֵינוֹ נֶאֱמָן א' מִן הָאֲחִין לומר פְּרוּעַ עַל חֶלֶק חֲבִירוֹ וְאֵין לְחֶלֶק בֵּין שׁוֹתֵפִין שְׁנִשְׁתַּתְּפוּ מִדַּעְתָּן וּבֵין אֲחִין שְׁנִעֲשׂוּ שׁוֹתֵפִין מִמִּילָא וְגַם לֹא מִחֻלְקִינָן דְּשִׂא"ה דְּאומר א' מִהָאֲחִין דְּאמר לוֹ אָבִיו דְּפְרוּעַ הוּא א"כ לֹא נִשְׁתַּתְּפוּ מֵעוֹלָם דִּישׁ לִי רְאִיוֹת דְּלֹא לְחֶלֶק בְּזַה וְכֵן רְאִיתִי בְּנִתְיבוֹת סִי ק"ח ס"ק ג' שְׁפֶתַח בְּכַוְנָתוֹ דְּלֶכֶן אֵין נֶאֱמָן א' מִהָאֲחִין לומר פְּרוּעַ בְּמִיגוֹ מִשׁוּם דְּהוּי מִיגוֹ בְּמִקוֹם חֻזְקָה רַק שְׁפֶתַח בְּן בְּקֶצֶרָה: עֲנָף ב' וַיֵּשׁ לְהַעֲרִיר לִפְנֵי מַמָּה שְׁפֶתַח הָרֵא"ש בְּפִסְקִי לְכַתְּוֹבוֹת פ"ב ס' ט' ע"ל מַה דְּאָמְרוּ דְּאומר אֲמָנָה אֵינוֹ נֶאֱמָן דְּלֶכֶן לֹא מִהֵימָן בְּמִיגוֹ דְּאִי בְּעֵי קִלְתִּיהָ מִשׁוּם דְּמִיגְרִי דְּאִתְחַזַּק ב"ב ד' אֶלְמָא דס"ל לְהָרֵא"ש ג"כ כְּשִׂיטַת הַמְּחַבֵּר וְהַפּוֹסְקִים בְּסִי מ"ז דְּבִשְׁטָרוֹת לֹא שִׁינְיָה הַחֻזְקָה דְּמַה דַּת"י שְׁלוֹ דַּל"כ הָא לֹא שִׁינְיָה מִיגוֹ בְּזַה וְתַקְשָׁה מִן הָרֵא"ש בְּתִשׁוּבָה דְּסִי ק"ח הַגְּזָל שְׁפֶתַח דְּאֵין נֶאֱמָן א' מִן הָאֲחִין מִשׁוּם חֻזְקָה הַגְּזָל דְּשִׁינְיָה בְּן אָף בְּשְׁטָרוֹת וַיֵּשׁ לְחֶלֶק דס"ל לְהָרֵא"ש דְּדוֹקָא בְּאֲחִין שְׁהוּ שׁוֹתֵפִין דְּכִינּוֹן דְּקוֹדֵם שְׁאָמַר פְּרוּעַ הוֹחֲזִיק לְנוּ הַשְּׁטֵר שִׁיּוּצָא מַת"י א' מִהֵם בְּחֻזְקַת שׁוֹתֵפּוֹת וְשִׁינְיָה בְּזַה לומר שׁוֹתֵפִין לֹא קִפְדִּי כו' וַיֵּד שׁוֹתֵפּוֹ כִּינְדִי כָּל שׁוֹתֵפִין וְלֶכֶן אֵי אֲמִירְתוֹ פְּרוּעַ רוּצָה לְעַקוֹר מִהַחֻזְקָה דַּת"י שְׁלוֹ וְלֶכֶן הוּי זֶה כְּמוֹ מִיגוֹ לְהוֹצִיא דְּלֹא מִהֵימָן מִשִּׂא"כ גַּבִּי בַע"ח אָף דְּמוּכָח דס"ל לְהָרֵא"ש גַּם בְּשְׁטָרוֹת לְהָה חֻזְקָה דַּת"י שְׁלוֹ כַּנ"ל מ"מ י"ל דס"ל לְהָרֵא"ש דְּאָף בְּמִטְלָטְלִין נֶאֱמָן הַלְוָה לֵאמֹר שֶׁל אֲחֵרִים הוּא בְּמִיגוֹ כְּמִבְּאָר בְּסִי צ"ט סַע"י א' בְּרַמ"א דִּישׁ חוֹלְקִין וס"ל דְּנֶאֱמָן הַלְוָה בְּמִיגוֹ וְנִרְשָׁם שָׁם בְּן בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הָרֵא"ש וְאָף שְׁהַשְּׁ"ף שָׁם חוֹלְקִין וס"ל דְּאֵין רְאִיהָ מִתְּשׁוּבַת הָרֵא"ש בְּזַה.

עכ"ז לִפְמַשׁ"כ מוּכָח דְּהָרֵא"ש ס"ל דְּבַע"ח לֹא מִהֵי חֻזְקָה זוֹ לְדַחוֹת לְהַמִּיגוֹ וּבְקַל יֵשׁ לְחֶלֶק בֵּין שׁוֹתֵף לְבַע"ח וְקִצְרֵתִי: וּבִשְׁ"ף תְּקַפּוּ פֶהֶן סִי ק"ל הַעֲלָה דְּהִיכָא דִּישׁ לְחֲבִירוֹ שְׁטֵר דְּאֵין בְּעֵצָם הַשְּׁטֵר שׁוּם סְפֵק וְרִיעוּתָא רַק הַסְּפֵק הוּא מִצַּד אֲחֵר דְּלֹא מִהֵי בְּזַה תְּפִיסָה מִשׁוּם דְּכִינּוֹן דְּלֹא הוּי בְּעֵצָם הַשְּׁטֵר שׁוּם סְפֵק הוּי כְּגַבּוּי יַע"ש וְדוֹקָא בְּנוֹלַד רִיעוּתָא עַל עֵצָם הַשְּׁטֵר לֹא הוּי כְּגַבּוּי וְעִינֵין בִּשְׁ"ף סִי קכ"ו ס"ק מ"ג.

וי"ל דְּמַה"ט ס"ל לְהַשְּׁ"ף בְּסִי פ"ח ס"ק מ"ח דְּלֹא מִהֵי מִיגוֹ לְאוּרוּעֵי שְׁטֵרָא וְטַעֲמוֹ דְּכִינּוֹן דְּבַעֲצָם הַשְּׁטֵר לֹא נוֹלַד בּוֹ רִיעוּתָא ע"כ הוּי כְּגַבּוּי וּמִמִּילָא הוּי הַמִּיגוֹ נִגְדוּ כְּמוֹ מִיגוֹ לְהוֹצִיא דְּלֹא אֲמִירְתוֹ וְלֶכֶן שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן דְּבִשְׁטֵר שְׁאוּמֵר אֲמָנָה אוֹ פְּרוּעַ דְּאָף דִּישׁ לוֹ מִיגוֹ דַּמ"מ הוּי זֶה סְפִיקָא דְּדִינָא כְּמוֹ דְּהַעֲלָה הַשְּׁ"ף הֵכָא בְּסִי מ"ז מִשׁוּם דִּישׁ לומר דְּנִכְוֹנִים הֵם שִׂיטַת הַסּוֹבְרִים דְּגַם בְּשְׁטֵר שִׁינְיָה חֻזְקָה דְּמַה דַּת"י הוּא שְׁלוֹ וְהַאו"ת בְּס"ק ו' פֶּתַח לְהַכְרִיעַ מִסְבָּרָא דְּבִשְׁטָרוֹת לֹא שִׁינְיָה לְדוֹן הַחֻזְקָה דְּמַה דַּת"י הוּא שְׁלוֹ וְע"כ ס"ל דְּנֶאֱמָן הַמְּלִיגָה בְּמִיגוֹ וְחוֹלְקַת עַל הַשְּׁ"ף דְּכַתְּבִדְנָה הוּי סְפִיקָא דְּדִינָא וּבְאֲמַת י"ל דְּהַאו"ת לְטַעֲמִי אֲזִיל דְּבַכְלָלִי תְּפִיסָה ס"ק ק"ל חוֹלְקַת עַל הַשְּׁ"ף בְּתַקְפּוּ פֶהֶן וס"ל דְּאָף דִּישׁ לְחֲבִירוֹ עָלָיו שְׁטֵר מ"מ מִהֵי תְּפִיסָתוֹ מִשׁוּם דְּקִי"ל דְּשִׁט"ח לֹא הוּי כְּגַבּוּי וְע"כ ס"ל הֵכָא דְּבִשְׁטָרוֹת דְּאֵין גּוֹפֵן מְמוֹן לֹא שִׁינְיָה לְהַחֲזִיק הַגְּזָל וְכֵן בְּהָא דְּסִי פ"ח סַע"י כ"ח בְּאוּרִים ס"ק נ"ה פֶּתַח לְתַרְץ קוֹשְׁיוֹת הַשְּׁ"ף שָׁם ע"פ מַה דְּלֹא אֲמִירְתוֹ מִיגוֹ מְמוֹן לְמְמוֹן וְלֶכֶן שְׁפִיר י"ל דְּאֲמִירְתוֹ מִיגוֹ לְאוּרוּעֵי שְׁטֵר וְדִלָּא כְּמַש"כ לְעֵיל בְּשֵׁם הַשְּׁ"ף וְעִינֵין בְּכָלִלִי מִיגוֹ מְכַנֵּה ג"ס ק"צ אָבֵל לְפִי מַש"כ בְּשֵׁם הַשְּׁ"ף בְּתַקְפּוּ פֶהֶן וְכַמְש"כ הַנְּתִיבוֹת בְּכָלִלִי

תפיסה ס"ק י"ד לתרין להש"ף שם ע"ש שפיר י"ל דנכונים הם בסברא שיטת הסוכרים דגם בשטרות שייך לדון להחזקה דת"י הוי שילו ולא מהימן במיגו נגדו וע"כ שפיר הוי זה ספיקא דדינא כמש"כ הש"ף הקא ועיין בקצה"ח סי' י"ב ס"ק א' ומא דמחילה ונקט שטרך דמהני מחילה אין ראי' לנ"ד וקצרתו ולכן מהני תפיסת המלנה השני מן הלנה אלא כ"ז דלא תפס אין מוציאין משום דזה הוי ספיקא דדינא: ובלא"ה הא שיטת האו"ת בסי' צ"ט דמהני מיגו נגד חזקה דת"י הוי שילו ולכאורה יש לדון דאף אם תפס המלנה השני מן הלנה לא יהי' מועיל תפיסתו לומר קים לי פהסוכרין דלא מהני מיגו נגד חזקה אף בשטרות משום דהא הוי ספק ספיקא דפולגתא המסייע להלנה ספק א' פולגתת הפוסקים דסי' צ"ט בעיקר מילתא אי אמרינו מיגו במקום חזקה זו כמו דפליגי בזה לדינא הש"ף והאו"ת.

ספק ב' דאת"ל דהדין הוא דלא מהני מיגו בזה עכ"ז ספק הוא שפא בשטרות לא שייך פלל לחזקה זו ולא מיבעיא למש"כ הב"ש באה"ע סי' ע"ז ס"ק י"ז דע"פ ס"ס מוציאין ממון יע"ש. ואף להחולקים עליו עכ"ז י"ל דבתפס שלא ברשות כ"ע מודים דמוציאין ע"י ס"ס דלא שייך בזה לומר אין הולכין בממון אחר הרוב דהא חזקה היכא דבהיתרא אתי לידן' קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב כמש"כ התוס' בכתובות ד' ט"ו ע"ב ד"ה להחזיר לו כו' וכן מוכח מהא בכתובות ד' י"ג ע"ב בתוס' ד"ה פשיטא מי ידעינו אבוי מנו כו' דאף בתפס לא מהני כמו בקידושין ד' ע"ה ע"ש ונ"ל הטעם הוא משום דהא איכא בזה רובא דעלמא דקפריש מרובא ולא מאותו שאנו דנין עליו ואף דשמואל ס"ל דאין הולכין אחר הרוב אפ"ה לא מהני בזה מוחזקות שילו דהוי פועין דררא דממונא הנולד לנו ספק משום דכיון דלא בא לידו המעות ע"פ רשות הבועלים סמכינן בזה על הרוב אף להוציא ואמרו בזה פשיטא א"כ ה"ה בס"ס דהוי כמו רובא פן יש לדון לכאורה אבל באמת ז"א לדינא לפמש"כ הרא"ש בב"ק פ"ב סי' ב' דאף במקום דהוי ס"ס מ"מ מהני תפיסתו ע"ש ובקצה"ח בקונטרס הספיקות פלל ו' ס"ק ט' מזה והטעם נ"ל פשוט דכמו דקיי"ל בכללי תפיסה ס"ק קכ"ג קכ"ד דמצוי לתפוס ולומר קים לי כמעוט פוסקים אף דהרבים חולקים עליו ועיין בכללים של הג"פ ונ"ל דזהו משום דהא עיקר הטעם דמהני תפיסה ע"י טענת קים לי הוי זה משום דחשוב טענת, קים לי כמו דטוען פרי לי כמבואר כ"ז בהפוסקים.

א"כ הא פרי עדיף מן הרוב וכמש"כ מזה לדון בספרי ח' יו"ד סי' ט"ז ע"ש וה"ה במקום ס"ס דפולגתא מהני תפיסתו מה"ט משא"כ היכא דלא הוי ספיקא דדינא שפיר י"ל דלא מהני תפיסתו במקום רוב וס"ס וקצרתו בפלל הנ"ל הינצא לנו לדינא דאם תפס המלנה השני מן הלנה מהני תפיסתו משום דהוי זה ספיקא דדינא כמש"כ הש"ף ואין להוציא ממנו: (שם סעי' א') מלנה שאמר על שטרך שהיא אמנה או פרוע אינו נאמן כו' ואם אחר שאמר אמנה פרוע לבע"ח ובא לגבות מהלנה רואים אם פשפא בע"ח לגבות מזה השטר אמר אמנה לא הנה פנונתו אלא לדחות בע"ח כו' ומקורו הוא מן הרא"ש פתובות פ"ב סי' ט' בשם הראב"ד ור' יונה: ענף א ויש להקשות ע"ז מהא דב"ב דף קל"ה ע"א על הא דזה אח' אינו נאמן ומקשו בגמ' ואידך מאי קאמרי כו' אלא דקא אמרי לאו אהונא הוא אימא סיפא נפלו לו נכסים במקום אחר ירשו אחיו עמו הא אמרי לאו אהונא הוא וכן מבואר בח"מ סי' ר"פ סעיף ד' וקשה דהא כמו דאמרינו הקא דאם אומר דלא הנה פנונתו

לומר דא"כ בְּהָא דסי' מ"ז ג"כ הָיָה יָכוֹל לומר כֵּן שְׁאִינוּ יוֹדְעֵי אִם הַשְּׁטֵר פְּרוּעַ אוֹ לֹא דְהַדִּין הוּא דְאִין גּוֹבִין בְּשְׁטֵר זֶה כְּמִבְּנָאָר בְּסִי' נ"ט מְשׁוּם דְּהַבְּרִי שְׁל הַלְוָה בְּצִירֻף חֲזָקָתָא מְמוּנָא עֲדִיפָא מִן הַשְּׁטֵר וְאִף דְּהַבְּע"ח שְׁל הַמְּלָנָה דְּטוֹעֵנִים ג"כ תְּמִיד בְּטַעֲנַת שְׁמָא עַל עֲצָם הַשְּׁטֵר אִין זֶה מְגַרְע חֲזָקָתָא הַשְּׁטֵר מְשׁוּם דְּהַשְּׁמָא שְׁלָהֶם הוּא לֹא ה"ל לְמִידְעָא וְכַמְש"כ מְזָה בְּסִי' נ"ט בְּחִידוּשֵׁי וּבִשְׁ"ף ס' קכ"ב ס"ק י"ז בְּשֵׁם הַמְּבִי"ט אוֹ מְשׁוּם דְּיֵישׁ לומר בְּזָה ג"כ דְּטוֹעֵנִין לְהוּ אִף כ"ז אִינוּ שְׁיִיף אֲלָא אִם הַמְּלָנָה הָרֵאשׁוֹן אוֹמֵר בְּרִי עַל הַשְּׁטֵר שְׁלוֹ אֲבָל אִם אוֹמֵר שְׁמָא א"כ כְּמוֹ דְּאִם אוֹמֵר הַמְּלָנָה עַל שְׁטֵרוֹ בְּבְרִי דְּהוּא פְּרוּעַ דְּאִם הָיָה נֶאֱמָר אִין גּוֹבִין ע"י הַשְּׁטֵר ה"ה דְּאִם אוֹמֵר שְׁמָא כִּינֵן דְּאִם תְּאֲמִינוּ בְּמָה דְּאוֹמֵר דְּאִינוּ יוֹדְעֵי אִם הוּא פְּרוּעַ ג"כ הַדִּין נוֹתֵן דְּאִין מְגַבִּין לְהַבְּע"ח מְשֻׁטֵר זֶה דְּהָא כִּינֵן דְּאִיהוּ ה"ל לְמִידְעָא לְכֵן טַעֲנַת שְׁמָא שְׁלוֹ מְגַרְע זְכוּת הַשְּׁטֵר וְאֲפֹשֶׁר לומר בְּזָה דְּהָא בְּסִי' מ"ז הַגְּ"ל מִיִּירִי בְּאוֹמֵר אֲמָנָה דְּנִקָּא לְפַמְש"כ הַאוּ"ת לְהַסְתַּפֵּק דְּאִם שְׁיִיף זֶה הַדִּין בְּאוֹמֵר פְּרוּעַ וְעִינֵן בְּאוּ"ת ס' מ"ז ס"ק ד' וְלִקְמָן יְבִנְאָר זֶה הֵיטֵב ע"כ בְּאֲמָנָה אֲפֹשֶׁר דְּאִף אִם יֹאמֵר הַמְּלָנָה אִינִי יוֹדְעַ אִם הוּא אֲמָנָה גּוֹבָה וְנִדְּנָא בְּפִרְעוֹן דְּהַשְּׁטֵר עוֹמֵד לְקָה אִז אִם אוֹמֵר הַמְּלָנָה אִינִי יוֹדְעַ אִינוּ גּוֹבָה בּוֹ כַּמְש"כ כְּעִין זֶה הַשְּׁ"ף בְּסִי' קכ"ב ס"ק י"ז ע"ש וְהַעֲיָקֵר מַה דְּיֵישׁ לְחַלְקֵי דְּשֵׁא"ה בְּאוֹמֵר אִינִי יוֹדְעַ אִם הוּא אֲחִיו דְּזֵהוּ לֹא הָנִי שְׁמָא גְּרוּעַ דְּהָא לֹא ה"ל לְמִידְעָא וְכַמְש"כ הַתּוֹס' בְּב"ב דָּף קל"ה ע"כ שְׁפִיר יֵישׁ לומר לְסַבְּרַת הַגְּתִיבוֹת דְּכַתְּבֵי דְּהָא הָיָה יָכוֹל לומר אִינִי יוֹדְעַ מְשֵׁא"כ בְּהָא דְּסִי' מ"ז דֵּה"ל לְהַמְּלָנָה לְמִידְעָא אִם הוּא פְּרוּעַ אוֹ אֲמָנָה אוֹ לֹא ע"כ לֹא שְׁיִיף לומר דְּהָיָה יָכוֹל לומר אִינִי יוֹדְעַ מְשׁוּם דְּזֵהוּ טַעֲנָה גְּרוּעַ וְכַעֲיֵן זֶה מְצִינוּ בְּתוֹס' ב"מ דָּף צ"ז ע"ב ד"ה רַב הוֹנָא כּו' בְּסֵה"ד שְׁפַתְבוּ דְּאִין אָדָם טוֹעֵן בְּרִצּוֹן אִינִי יוֹדְעַ וְהָתָם ג"כ מִיִּירִי הֵיכָא דֵּה"ל לְמִידְעָא וּלְפ"ז א"ש דְּבְרֵי הַגְּתִיבוֹת בְּתִירוּצוֹ בְּפִשְׁיטוֹת אֲכֵן בְּאֲמַת הָא מְצִינוּ לְהַר"ן פ"ז דְּשְׁבוּעוֹת וְהוּבָא בְּש"ף ח"מ ס' ע"ה ס"ק נ"ו דְּכַתְּבֵי דְּמִיגוֹ דְּאִי בְּעֵי אֲמָרִי יוֹרְשִׁים אִין אָנוּ יוֹדְעִים לֹא מִיגוֹ הָנִי אֲלַמָּא דְּאִף דְּבִיּוֹרְשִׁים הָנִי אִינוּ יוֹדְעֵי שְׁלָהֶם בְּאִנְפֵּן דְּלֹא ה"ל לְמִידְעָא אֲפ"ה כְּתִבֵי דְּזֵה לֹא הָנִי מִיגוֹ אֲלַמָּא דְּגַם הֵיכָא דְּלֹא ה"ל לְמִידְעָא ג"כ אֲמָרִינֵן דְּאִינוּ טוֹעֵן בְּרִצּוֹן א"י וְעִינֵן בְּאוּ"ת בְּכִלְלֵי מִיגוֹ ס"ק ק"ל לְכֵן עֲדִינֵן יֵישׁ לְפַקְפַק עַל תִּירוּץ הַגְּתִיבוֹת בְּמַש"כ דֵּה"ל לומר אִינוּ יוֹדְעֵי אִם הוּא אֲחִיו וּבְאֲמַת הָא הַגְּתִיבוֹת כְּתִבֵי זֶה בְּלִשׁוֹן וְאֲפֹשֶׁר לומר כּו' אֲלַמָּא דְּלֹא הָיָה בְּרִירָא לִיהֵי הַסְּבָרָא הַגְּ"ל אֲכֵן אֲפֹשֶׁר לְחַלְקֵי דְּשֵׁאנִי בְּעַנְיֵן מִיגוֹ דְּמְצִינוּ דַּע"י אִינְזָה סִיבָה וּבְסַבְּרָא מוּעָטָא מְדַחֲינֵן לְהַמִּיגוֹ כַּמְש"כ הַשְּׁ"ף בְּכִלְלֵי מִיגוֹ ס"ק ל"ב ע"ש: וּבְסוּגְיָא דְּב"ב דָּף קל"ה דְּקִאָּמְרִי אִימָא סִיפָא כּו' הָא אֲמָרִי לֹא אֲחִינוּא הוּא וּמְשַׁנִּי ל"צ דְּקָא אֲמָרִי אִין אָנוּ יוֹדְעִין אֲמַר רַבָּא זֵאת אוֹמְרַת מְנָה לִי בְּיָדָהּ וְהִלָּה אוֹמֵר א"י פְּטוֹר אֲבִי אֲמַר כּו' דְּמִשְׁמַע מְזָה דְּמַעֲיָקֵרָא פְּשֵׁהקְשׁוּ הָא אֲמָרִי לֹא אֲחִינוּא הוּא הָיָה ס"ל לְהַש"ס דְּאִם אֲמָרִי אִין אָנוּ יוֹדְעִין לֹא הָיָה יָכוֹל לְדַחֲתוֹ מִיִּירוּשָׁתוֹ מְשׁוּם דְּהָא אִיפָא טַעֲנַת בְּרִי שְׁל אֲחִיו רַק לְבַסּוּף מְסַקִּינֵן זֵאת אוֹמְרַת כּו' וְאֲבִי אֲמַר כּו' א"כ לְפ"ז תְּקַשָּׁה עֲדִינֵן לְקוּשְׁיָא זֹו דְּהָא הָיָה יָכוֹל לומר דְּלֹא הוֹדָה כֵּן רַק כְּדִי לְדַחֲתוֹ לְאֲחִיו מִיִּירוּשָׁתוֹ וְלָכֵן אִף תִּירוּץ הַגְּתִיבוֹת אִינוּ מְסַפִּיק לְתַרְץ קוּשְׁיָא זֹו וְלַעֲנ"ד אֲפֹשֶׁר לְחַלְקֵי בְּקִצְרָה דְּשֵׁאנִי בְּבַע"ח דְּמַהִימֵן לומר דְּעֵשָׂה כֵּן כְּדִי לְדַחֲתוֹ דְּהָא כְּעִין זֶה מְצִינוּ בְּש"ס בְּכַמְהָ דְּוֹכְתִי דְּאֲמָרוּ דְּאֲשַׁתְּמוּטִי קָא מְשַׁתְּמִיט עַד דֵּה"ל זֹוּזִי וּפְרַעֲנָא לִיהֵי וְאִף בְּרָאוּ הַמְּעוֹת בְּיָדוֹ אֲמָרִינֵן אֲשַׁתְּמוּטִי כַּמְש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' ע"ה ס"ק י"ד.

ע"כ שפיר מהימן דנתפנוין לךחות לבע"ח וקא משתמיט ממנו פעת אכל בקא דאומר דנתפנוין לךחות ללוי מירושת יעקב וליטול לעצמו הא בזה פינו דלא שייק לומר אשתמוטי ע"כ לא מהני אמתלא זו ובהא דב"ב דף מ"ג פ"ג פתבתי לעיל לתרץ דאינו קשה לקושיות הט"ז ונדעתי מה דיש להעיר בזה דהא בעת דהקשו פינו דמסהיד דלוי כו' לא הוי גזע מהסברא דהיה יכול להעיד דהאי ארעא לאו דיהודה כו' ומ"מ זה יש לךחות דאינו קשה כ"כ וקצרותי: ענף ב ועוד גלע"ד לדון בכ"ז וממילא יתורץ לקושיות הט"ז והנתיבות הנ"ל והוא דהא יש להעיר במה דאמרו הכא דאם אומר המלנה שנתפנוין לךחות לבע"ח ובאמת אינו אמנה דמהימן לסתור להודאתו שהודה מתחלה דהוא אמנה ומציא מן הלנה המוןזק אף דצועק ואומר דהאמת הוא דהוי שטר אמנה או פרוע והא מצינו בב"ב דף ל"ה גבי שני שוורים תם ומועד קטן וגדול וכן בטענו חטים והודה בשעורים דפטור ומ"מ אם תפס מהני וכמבואר בח"מ סי' פ"ח סעיף י"ב גבי טענו חטים והודה בשעורים דס"ל להרבה פוסקים דפטור משום דחשוב כאלו הודה התובע שאינו חייב לו שעורים ומה"ט אף אם יש עדים על השעורים פטור וכן אף ביודע הנתבע שחייב לו שעורים פטור לשלם לו כמבואר כ"ז שם וזהו פועין הא דסי' ע"ה סעיף י"א ומ"מ אם תפס מהני ולהרבה פוסקים אף בתפס לאחר הודאתו מהני תפיסתו ואף בתבעו חטים הלוייתו בשעה פלוני והלה אומר שעורים היה דה"ל הודאה גמורה וכמו בקא דב"ב בשני שוורים דמ"מ מהני תפיסה והטעם הוא משום דיתן אמתלא דכוננתו היה כדי להרויח וכמש"כ הש"ך שם ס"ק כ"ב והנתיבות שם ס"ק ה' דכתב דהוי כמו שגולד לנו ספק בהודאתו אם היה הודאה גמורה או דנתפנוין להרויח ולכן מהני תפיסה בזה כמו בכל ספק הגולד להב"ד אבל כ"ז דלא תפס לא מהני האמתלא שלו דיתן דנתפנוין להרויח אף דאיכא עדים והודאת הנתבע המסייעין לו שחייב שעורים להתובע: והנה במה דאמרו בקא בסי' מ"ז דמצי לומר דלא עשה פן רק כדי לךחות לבע"ח שלו דזהו ג"כ פועין מה דאמרו התם דנתפנוין להרויח וליטול לעצמו ומהימנינו ליה אף להוציא מן הלנה ע"י אמתלא זו אף דבאמת הא לא הועיל פלוס במה שאמר דהשטר הוא אמנה ופרוע כדי לךחות לבע"ח שלו דהא לא מהימנינו ליה בזה ע"פ דין ומ"מ מהני אמתלא זו משום דטעה וסבר דגזיע לו אינה תועלת ממה שאומר אמנה לךחות להבע"ח.

א"כ מה"ט יש לומר דה"ה בהך דטענו חטים והודה בשעורים דפטור דהא יהיה יכול ליתן אמתלא זו דטעה וסבר דיהיה לו אינה ריוח ממה שיתבע חטים וכן בקא דשני שוורים פינו דאיכא עדים דא' מהם נגח לשורו א"כ יש להעיר דאמאי פאן מהני האמתלא זו שייאמר דנתפנוין להרויח ולךחות להבע"ח שלו ולהוציא מהלנה ואמאי לא מהני התם אמתלא זו ואי דנימא דשאני פאן דהשטר מסייעו וכמש"כ הט"ז בסי' ל"ז הא התם ג"כ הוי סיוע גדולה מן השטר דנ"ד דהא שם יש עדים והודאת הנתבע שחייב לו שעורים ועדים הא עדיפי מן שטר כמש"כ התוס' פועין זה בב"ב דף ה' ד"ה מי אמרינו במקום חזקה כו' דעדים עדיפי מחזקה תוך זמנו א"כ הסברא נוטה דגם התם יהיה מהימן לומר דלכן לא תבע השעורים דסמך על סיוע מן העדים והודאת הנתבע אם הודה מקודם דתבעו להחטים דמגיע ממנו השעורים ואפ"ה הא חזינו דלא מהימן בזה כל זמן דלא הוי תפוס ומוןזק ועיין בש"ך סי' פ"ח ס"ק ט"ז.

ועוד דָּהָא הָתָם בְּסִי פ"ח הַנָּ"ל לֹא הִיָּה הוֹדָאָה בְּפִירוּשׁ שְׁאִינוּ חֵיב לֹו הַשְּׁעוּרִים רַק דְּהוּי הוֹדָאָה מִתּוֹךְ הַשְּׁתִּיקָה וּכְמַש"כ הַנְּתִיבוֹת שָׁם ס' פ"ח ס"ק ד' וּס"ק ה' לְחַלֵּק דְּשִׁאֲנֵי הוֹדָאָה הַבָּאָה מִפֶּחַ שְׁתִּיקָה ע"ש וְאִפְ"ה כ"ז דְּלֹא תִפְסֵי אִין מוֹצִיאִין אַף דִּיתָן אֲמַתְלָא הַזֹּאת א"כ כש"כ הָכָא דְאֹמֵר אֲמִנָּה וּפְרוּע בְּפִירוּשׁ ג"כ הַדִּין נוֹתֵן לְכַאוּרָה דְּלֹא יִהְיֶה יְכוּל לְהוֹצִיא מִהַלְוָה אַף דְּהַשְּׁטֵר מְסִיעֵו וּבְאֲמַת בְּמַש"כ הַנְּתִיבוֹת שָׁם דְּדוֹקָא בְּהוֹדָאָה הָבָא מִפֶּחַ שְׁתִּיקָה דְּיִינְיָנֵן לְהוֹדָאָה זֹו דְּעָשָׂה כֹּן כְּדֵי לְהַרְוִיחַ אֲבָל בְּהוֹדָאָה גְּמוּרָה לֹא דְנִינָן כֹּן דִּישׁ לְהַעִיר בְּזֶה מַמָּה דְּמַצִּינוּ הָכָא בְּסִי מ"ז דְּאִיךְ דְּאֹמֵר בְּפִירוּשׁ דְּהַשְּׁטֵר הוּא אֲמִנָּה וּפְרוּע דִּמ"מ מְהִימְנִין לִיה דְּאֹמֵר כֹּן כְּדֵי לְדַחוֹת לְהַבַּע"ח שְׁלוֹ וְנִתְפַּוּיֵן לְהַרְוִיחַ כְּנ"ל א"כ צָרִיךְ בְּיֹאזֵר דְּמַפְנֵי מַה יִּשְׁוֹנָה הֵךְ דִּין דְּסִי מ"ז מֵן הָא דְּסִי פ"ח הַנָּ"ל וּלְפַמַּש"כ לְעִיל לְדוֹן לְהַסְבֵּרָא דְּשִׁינְיָךְ הָכָא דְּאֲשַׁתְּמוּטִי קָא מְשַׁתְּמִיט לְדַחוֹת לְהַבַּע"ח שְׁלוֹ כְּעַת ע"כ יֵשׁ לֹוּמֵר דִּמָּה"ט עֲדִיפָא הֵךְ אֲמַתְלָא הָכָא שְׁאֹמֵר דְּאֹמֵר כֹּן כְּדֵי לְדַחוֹת לְבַע"ח שְׁלוֹ וְלָכֹן מְהִימְנִין לִיה בְּזֶה אַף לְהוֹצִיא מִשְׁא"כ הָתָם בְּסִי פ"ח דְּלֹא שְׁיִיךְ בְּזֶה אֲשַׁתְּמוּטִי ע"כ כ"ז דְּלֹא הוּי מְוַחֲזָק לֹא מְהִימְנִין לִיה בְּזֶה לְהוֹצִיא מִהַמְּוַחֲזָק כֹּן יֵשׁ לְחַלֵּק בְּזֶה אַף לְפִי הַנְּרָאָה מִהַנְּתִיבוֹת דְּסִי ר"פ דְּלֹא נִיחָא לִיה בְּחִילוֹק הַנָּ"ל לָכֹן עֲדִינָן יֵשׁ לְעִינָן בְּזֶה וְיִדְעָתִי מַה דִּישׁ מְקוֹם לֹוּמֵר עוֹד בְּזֶה דְּשִׁאֲנֵי בְּהָא דְּסִי מ"ז דִּישׁ לֹוּמֵר דְּטַעֲנֵי וְסָבֵר דִּיהִיָּה מְהִימָן לֹוּמֵר אֲמִנָּה וּפְרוּע אַף שְׁזָהוּ אִינוּ ע"פ דִּין כְּדְּמַצִּינוּ כְּעִין זֶה בְּשִׁינְיָךְ ח"מ ס' מ"ב ס"ק כ' וּס"ק כ"א כְּעִין זֶה וְכֹה"ג כְּתֵב הַסְּמ"ע בְּסִי מ"ג ס"ק י"ב וְכ"כ הַשְּׁ"ךְ בְּח"מ ס' ע"ה ס"ק ס"ג יע"ש וּבְסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' אה"ע ס' ט"ז סוֹף עֲנָף א' מְזָה וְאִכְמ"ל בְּזֶה מִשְׁא"כ הָתָם גְּבִי תְּבַעו חֲטִימִים דְּזָהוּ טַעְנָה גְּרוּע דְּאִיךְ יַעֲלָה עַל הַדְּעַת דִּיהִיָּה מְהִימָן לְהוֹצִיא חֲטִימִים מִהַמְּוַחֲזָק וְע"כ לֹא מְהִימָן לֹוּמֵר דְּעָשָׂה כֹּן כְּדֵי לְהַרְוִיחַ וְכֹן יֵשׁ לְחַלֵּק בְּשִׁאֲרֵי אֲנָפִי בִּינְיָהֶם אַף בְּאֲמַת עֵיקָר מְטַרְתִּינוּ הוּא לְהוֹכִיחַ דַּע"כ"פ מְצִינוּ בְּשִׁ"ס דָּאֵם הוּי מְוַחֲזָק מְהִימָן לֹוּמֵר עַל הַהוֹדָאָה שְׁלוֹ דְּעָשָׂה כֹּן כְּדֵי לְהַרְוִיחַ אַף דְּלֹא הוֹעִיל כְּלוּם בְּאִיזָה תוֹעֲלַת לְהַרְוִיחַ מְזָה וְאַף דְּאֹמְרוּ הָתָם דְּהוּי כְּהוֹדָה שְׁאִינוּ חֵיב שְׁעוּרִים וּמַה דְּמַחֲלֵק הַנְּתִיבוֹת שָׁם בְּסִי פ"ח דְּהָתָם הוּי הוֹדָאָה דְּמוּכָח מִפֶּחַ שְׁתִּיקָה אִין זֶה בְּרוּר וּכְמַש"כ לְעִיל: א"כ לְמַדְנֹו מְהָא דְּב"ק דָּף ל"ה וְח"מ ס' פ"ח דְּהִיכָא דְּהוּי מְוַחֲזָק מְהִימָן לֹוּמֵר עַל הַהוֹדָאָה שְׁהוֹדָה מְקוֹדָם דְּעָשָׂה כֹּן כְּדֵי לְהַרְוִיחַ ע"פ הַטְּעוֹת דְּטַעֲנֵי בְּזֶה וְהִיָּה סְבוּר דִּיגִיעַ לֹו אִיזָה תוֹעֲלַת אַף שְׁזָהוּ אִינוּ ע"פ דִּין א"כ לִפ"ז יֵשׁ לֹוּמֵר דְּאֲתִי שְׁפִיר מִשְׁ"כ הָרָא"ש וְהַמְּחַבֵּר הָכָא דָּאֵם אֹמֵר הָאֲמַתְלָא זֹו דְּהִיָּה כְּנֻנְתּוֹ לְדַחוֹת לְהַבַּע"ח שְׁלוֹ דְּמְהִימָן בְּזֶה דְּהָא כְּתַבְתִּי לְעִיל בְּסִי מ"ז בְּחִידוּשֵׁי דְּשְׁטֵר דְּלֹא נוֹלַד בּוּ רִיעוּתָא הֵנּוּ הַשְּׁט"ח כְּגַבּוּי מַה"ט כְּתַבְתִּי דַּא"ש שִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּבַשְּׁטֵר ג"כ שְׁיִיךְ לֹוּמֵר דְּלֹא מְהִימָן בְּמִיגוּ דְּאִי בְּעֵי קַלְתִּיָּה מִשּׁוּם דְּהוּי מִיגוּ בְּמִקוֹם חֲזָקָה דַּת"י הוּי שְׁלוֹ מִשּׁוּם דְּכִינָן דְּלֹא נוֹלַד בּוּ רִיעוּתָא בְּעַצָּם רַק ע"י אֲמִירְתּוֹ לָכֹן הוּי הַשְּׁטֵר כְּגַבּוּי א"כ ה"ה בְּמָה דְּנוֹתָן כְּעַת אֲמַתְלָא דְּהִיָּה כְּנֻנְתּוֹ לְדַחוֹת לְהַבַּע"ח שְׁלוֹ דָּאֵם תְּאֲמִינוּ בְּזֶה וְהוּי כְּמוֹ דְּלֹא אָמַר מְעוֹלָם דְּשְׁטֵרוֹ הוּא פְּסוּל ע"כ הוּי מְמִילָא כְּגַבּוּי וּמְוַחֲזָק וְכִינָן דְּמַצִּינוּ בְּהָא דְּסִי פ"ח הִיכָא דְּהוּי מְוַחֲזָק דְּמַהֲנֵי אֲמַתְלָא שְׁלוֹ לְהַחֲזִיק הַמְּמוֹן ת"י וְאֲמַרִּינוּ דְּהִיָּה כְּנֻנְתּוֹ לְהַרְוִיחַ ע"כ אֲתִי שְׁפִיר מַה דְּכְתַבּוּ הָכָא דְּנֶאֱמָן לְגַבּוֹת בַּשְּׁטֵרוֹ מֵן הַלְוָה מִשּׁוּם דְּגַם בְּזֶה הוּי כְּנֻנְתּוֹ כְּנ"ל וְאַף דְּשִׁיטַת הָרָא"ש בְּסַפ"ג דְּב"ק וְהוּבָא בְּטוֹר ח"מ ס' פ"ח וּבְשִׁינְיָךְ ס' פ"ח ס"ק כ"א דְּבַתְּבַעו חֲטִימִים וְהוֹדָה בְּשְׁעוּרִים לֹא מְהִימָן תְּפִיסָה לְהַשְּׁעוּרִים כִּי אִם בְּשִׁנְיָ שְׁוֹרִים דְּהִיָּה הַתְּבִיעָה עַל שְׁנִיָּהֶם ע"ש עכ"ז הָא

יש לחלק בין הא דסי' מ"ז להא דסי' פ"ח וכמש"כ מזה לעיל ולפ"ז יש לתרץ בפשיטות למה שהקשה הט"ז מהא דב"ב דף מ"ג ומהא דב"ב דף קל"ה וח"מ סי' ר"פ דהתם הא לא הוי מוחזק כלל ודוקא בהא דסי' מ"ז דהוי כמו מוחזק משום השט"ח דהוי פגבוי פנ"ל לכן מהימן בזה: ענף ג שוב ראיתי דזה אינו ברור כ"כ במה שפתי דע"פ פת השטר הוי פגבוי דהא פנין דעכשיו נולד הספק ע"י הודאתו דהודה דהשטר הוי אמנה ופרוע אם השטר הוא פשר או לא והאמתלא דאומר לפנינו פעת פועלת דיהיה כמו ספק בדרךא דממונא דכ"ז דלא תפס הדין הוא דהממע"ה כמו דחוינן בהא דתבעו חטים והודה בשעורים א"כ י"ל דזה הוי כמו דנולד הריעותא בעצם השטר דלא הוי בזה פגבוי וכמבואר בסי' מ"ו ש"ף ס"ק ק"א גבי תרי ותרי המכחישים אם השטר הוא פרוע דלא מגבינן ביה ע"ש ושאיני במה שפתי לעיל גבי מה דאין המלנה נאמן במיגו משום דהוי מיגו במקום חזקה דת"י שלו דהתם פנין דקודם דאמר דשטרו הוא אמנה הוחזק לנו בשטר מעליא וע"י המיגו רוצה לעקור מהחזקה זו ולכן פנין דנימא דלא מהימן במיגו נגד חזקה זו א"כ הא לא איתרע כלל מעולם השט"ח והוי כמו דלא נולד בו ריעותא כלל מעולם ולכן שפיר פתי דהוי פגבוי לגביה משא"כ ה"א דמיד שפרע להמלנה שלו נולד לנו ספק בעצם השטר מקודם דאומר האמתלא הזאת לפנינו ע"כ הוי זה כמו דנולד ריעותא בעצם השטר ואף דאומר האמתלא מיד דפרע להמלנה שלו ג"כ יש לדון דהוי זה כמו דאיכא ריעותא בהשטר וקצתתי ע"כ אינו מספיק למש"כ לתרץ להקושיא על זה מהא דב"ב ד' מ"ג וח"מ סי' ל"ז ומהא דב"ב ד' קל"ה וח"מ סי' ר"פ דהא אף בהא דסי' מ"ז מקרי להוציא ממון מחזקת הלנה ואפ"ה מהימנין ליה לכן תקשה עדיין כ"ז דבאמת לא שייך בזה לדון דהוי השטר פגבוי ונדעתי מה די"ל בזה דאף מיד דפרע להבע"ח ארינן מעצמינו להאמתלא זו דלא הנה פוננתו לדחות להבע"ח שלו כדמשמע לשון הטור והמחבר בזה אבל כל זה אינו ברור כ"כ לדעתי וקצתתי: לכן נראה לי להסביר כל זה ביתר ביאור וע"פ כל מה דנתבאר ובהקדם דברי הרא"ש דפ"ב דכתובות סי' ט' וזה לשונו והיכא דפרע לבע"ח אחר שאמר שטר אמנה הוא ובא לגבות מהלנה כתב הראב"ד דגבי ליה מיניה פנין דמעיקרא לא הימניה לגבי אחרים דארינן לאשתמוטי מינייהו הוא דקאמר לגבי לנה נמי לא תפסינן ליה בהכי דהא אי לא פרע לאחרים מדידיה הוי מפקינן מיניה דלנה ויהיבנא ליה השתא דפרע להו מדידיה גבי מיניה דלנה דלא גרע מאחרים וה"ר יונה הנה אומר דאם תבע בע"ק בב"ד לגבות משטר זה ובא המלנה ואמר אמנה יש לדון בזה פדברי הרב שלא אמר פן אלא לדחות לבע"ח אבל אם אמר המלנה בלא תביעת בע"ח נראה דלגבי עצמו מהימן עכ"ל הרא"ש.

ופשיטות דברי הרא"ש משמע דשיטת הראב"ד הוא דאף אם אמר מעצמו פן בלא תביעת בע"ח ג"כ גובה ע"י השטר משום דמצי לומר האמתלא שאמר פן פדי לדחות להבע"ח וה"ר יונה מחלק בזה ודברי הראב"ד הנ"ל הובא בהרב המ"מ פ"ב ה' מלנה ה' ו' שפתי ג"כ פנ"ל משום דלא גרע משמעון דאם לא פרע לשמעון משלו היו מוציאין מן לוי ונותנין לו ג"כ עתה שפרעו משלו גובה מהלנה עד כאן בחדישי הרשב"א ז"ל עכ"ל המ"מ: הרי להדיא דהראב"ד דממנו יוצא עיקר ה' דינא דאמר דלכן גובה המלנה הראשון מן הלנה משום דיש להמלנה זכות של הבע"ח ולא גרע מדידהו וכיון דלגבי דידהו לא הנה נאמן לגרע זכותם לכן יש להמלנה הא' כל הזכות שהיה שייך להבע"ח

כמש"כ פן להקדיא ואף דלגבי עצמו ודאי מהימן לגרע זכותו דהא הודאת בע"ד פמאח עדים דמי מ"מ י"ל דגם טעמו של הראב"ד הוא משום דאמרינן דאמר פן פדי לךחות לבע"ח נשלו וכמש"כ ה"ר יונה אף דר' יונה ס"ל דלא דיינינן פן רק היכא דאמר פן בעת שפא בע"ח לגבות משטר זה והראב"ד ס"ל דלעולם אמרינן דנאמן לומר דנתפנין להרויח ולךחות לבע"ח.

ועיקר סברתו של הראב"ד דכתב הטעם דיש לו פל הזכות שהיה שניף לבע"ח ולא גרע מדידהו זהו לפי דבאמת הדין נותן דלא יהיה מהני אמתלא זו להוציא מהלנה ובפרט היכא דאמר פן בלא תביעת בע"ח כפי שיטת הראב"ד ובאמת הא יש להוכיח מהא דב"ב דף מ"ג וז"ל וב"ב דף קל"ה דלא מהני אמתלא זו להוציא ממון וע"כ פתב לחלק דשאני התם באמת דיש לו פל הזכות שהיה שניף להבע"ח אף עדיין זה גופא צריף ביאור דמאיזה טעם יהיה שניף לו הזכות שהיה שניף להבע"ח דהא שאני איהו לגבי עצמו דהודה שהשטר הוא אמנה ומהימן לגבי עצמו ואף דלגבי האחרים לא היה מהימן לגרע זכותו מ"מ במה קנה מהם זכות שהיה שניף להם וזהו דחוק מאוד בסברא וגם הא אף דהיה מקנה לו זכותו מ"מ הא מהימן על דבר ששלו ולכן זה צריף ביאור רב: ונראה לע"ד להסביר פנונת הראב"ד על נכון והוא די"ל דנתפנין לתרץ לפה שיש להוכיח להקפף מהא דב"ב ד' קל"ה וד' מ"ג דמוכח שם דאינו יכול לומר אמתלא פנה לסתור להודאתו וכמש"כ לעיל ובאמת הא שם הועיל בהודאתו להרויח לעצמו ע"פ דין ואלו הכא הא לא הועיל פלל ע"י הודאתו לךחות להבע"ח רק דטעה בנה וכמש"כ לעיל ואפ"ה אמרו הכא דיכול לסתור להודאתו וגם הא בב"ב ד' קל"ה יש הודאת אחיו דלוי הוא אחיו והוי זה סיוע לגביה ואפ"ה אינו יכול לומר דעשה פן פדי להרויח א"כ תקשה פנ"ל.

ולכן אמר הראב"ד דשאני הכא דכיון דאם לא פרע משלו היה שניף זכות השטר לבע"ח מצד שעבוד דר' נתן משום דרחמנא שוויי' להלנה לבע"ד ששלו וכמש"כ הקצה"ח בס' פ"ו ע"פ מה דכתיב ונתן לאשר אשם לו וזהו סברת הט"ז באה"ע ס' צ"ו והובא בב"ש שם ס"ק כ"א שכתב דאם מחל המלנה השני להלנה השני מהני מחילתו לפי דגוף החוב שניף להמלנה הב' מה"ת ואף דהב"ש לא הספיק לדברי הט"ז הנ"ל מ"מ הא לפמש"כ בשם הקצה"ח פנ"ל נראה דהנכון הוא עם הט"ז ועיין בחידושיי לקמן ס' פ"ו: וכיון דמחמת שעבודא דר' נתן היה שניף עצם החוב להמלנה השני לכן פינו דלא מהימן המלנה לומר על שטרן דהוא פרוע ולהיות חב לאחרים וע"כ הוי זכות השטר שיש לו בהחוב פדין שט"ח ברור דאין בו שום ריעותא פלל על השט"ח וכבר נתבאר דשט"ח דאין בו שום ריעותא הוי דינו כגבוי כמש"כ לעיל בארנפה ועיין בקצה"ח ס' י"ב מש"כ בשם הכנה"ג מזה: א"כ זכות השטר דהיה שניף להמלנה השני משום דר"ל דהוי פאלו הוא ששלו ע"כ הוי כגבוי דהא לגביה אין שום ריעותא על השטר והוי פמאן דגביה פבר ע"פ הפלל הנ"ל ע"כ גם אם פרע מעצמו להמלנה הב' דהדין נותן דאותו הזכות דהיה שניף להמלנה השני דהוי גבי' פמאן דגביי' פבר דנה הזכות שניף ג"כ להמלנה הראשון דהשט"ח פתוב על שמו והוי גם זכותו בהשטר פמו דגביי' פבר: וכעין זה מציינו בח"מ ס' ק"ל סעי' ג' גבי ערב שפרע להמלנה דאם יש עדים על הפרעון לא בעינן שיכתוב לו התקבלתי וכמש"כ שם הסמ"ע ס"ק י"ד והש"ף ס"ק ט' דכיון דיש לו עדים דפרע להמלנה והשט"ח דהמלנה פידו העמידוהו במקום המלנה ע"ש ע"כ ה"ה הכא פינו

דהשט"ח פתוב על שמו לכן אף הט"ז דחולק שם על הסמ"ע דמודה בזה דאף שלא פתב לו התקבלתי מ"מ האומדנא הוא דכיון דפרע מעצמו להבע"ח שלו ונעשה עמו טובה ע"כ הוי כמו דהקנה כל הזכות שהיה שייך לו דהקנו להמלנה הראשון וכמו התם גבי ערב דמצד אומדנא נגעו שם ולכן כיון דלגבי המלנה השני הוי השטר כמו דגבוי משום דהא לדידן לא עשה ופעל אמירת המלנה על שטרן דהוא אמנה שום ריעותא על שטרן דהא לא מהימן לגרע זכותו ששייך לו מצד דר"נ ובשטר דלא נולד ריעותא הא פגבוי דמי א"כ אתחזק לנו אז אף בשעת אמירתו על שטרן דהוא אמנה דה"ה בתקנת שטר מעליא וכגבוי לפנינו ע"כ ממילא שייך אותו הזכות להמלנה הראשון דהוי גבי' ג"כ פגבוי ואף באומר אמנה שייך לומר דהוי פגבוי דמה שכתבו התוס' בסוטה ד' כ"ה ד"ה בש"א כו' לחלק אליבא דב"ש דהיא דהוי ספק אם עמד כלל לגבות מן הנכסים דבזה לא הוי פגבוי רק לדון דחולקין אין זה רק בשטר שנולד בו ריעותא אבל בשטר שלא נולד בו ריעותא כמו בנ"ד דלא מהימן כלל להפסיד לתבירו ע"כ הוי גם בזה פגבוי דהא אתחזק לנו בשטרא מעליא: ולכן לפ"ז אתי שפיר מש"כ דגובהו משום דאמרינן דנתפנין לדחות להבע"ח ונתפנין להרויח וכמו בתבועו חטים והודה בשעורים דפטור לשיטת הרבה פוסקים משום דהוי פהודה כו' ומ"מ אם הוא מוחזק מהני אמתלא שלו דנתפנין להרויח אף דבאמת לא הרויח כלל ה"ה בנ"ד דמחמת דאלים לי' זכותו בהשטר דהוי כמו מוחזק וגבוי ע"כ מאמינים לו על האמתלא שנותן דעשה פן פדי להרויח ולדחות להבע"ח שלו וכבר נתבאר דאף החולקים שם בתבועו חטים כו' דלא מהני תפיסת שעורים די"ל דמודו בנ"ד ואפוי פלוגתא לא מפשינן וראי' לזה מן הטור דסי' פ"ח והר"ש שם וקצתתי וכן לפמש"כ הרמ"א בסי' פ"ח סעי' י"ב בשם יש אומרים דדוקא תפס קודם שתבעו לדין כו' י"ל דמודה בזה ע"פ מש"כ האורים שם ס"ק כ"ז דזהו משום דבעי תפיסה קודם שנולד הספק וה"ה הכא דהוי תפס מקודם לידת הספק מחמת דהוי פגבוי וכן להטעם שכתב הטור שם בשם יש מחלקים דלכן בעינן דוקא תפס מקודם שתבעו לדין דיכול לומר לכן לא תבעתי לפי שהייתי מוחזק בהם וכ"כ הסמ"ע שם ס"ק כ"ז הא זה הטעם אפטר לדון פן בנ"ד דהא חזינו התם דכתבו דהוי פאלו הודה שאינו חייב שעורים ומה"ט אף אם יש עדים שחייב שעורים הוי פאלו הודה ובאמת הש"ך סי' פ"ח סוף ס"ק ט"ז הקשה דנימא ג"כ בזה דיכול לומר לכן לא תבעתי שעורים לפי שסמכתי על העדים ע"ש אף הא חזינו מהראשונים שם דלא ס"ל פן אלא דוקא אם הוי מוחזק יכול לומר פן א"כ ה"ה בנ"ד אפטר דיכול לומר דסמכתי על המוחזקות שלי שיש לי זכות ע"י השטר דהוי פגבוי ע"כ אמרתי דהוא שטר אמנה: ונעדיין יש לפקפק בזה דהא לא שייך לומר דלכן אמרתי דהשטר הוא אמנה ופרוע לפי דסמכתי על המוחזקות דיש לי ע"י זכות השטר דהא נתבאר דעיקר מה דאמרינן הכא דהוי פגבו זהו לפי דאינו נאמן להפסיד לאחרים וכיון דנתפנין לדחות להבע"ח ולכן אמר אמנה א"כ לא שייך לומר דסמך על המוחזקות שלו דהא לפי מה דטעי וסבר דיבריהו מהבע"ח שלו א"כ הא לא הוי פגבוי גבי' ובלא"ה לא שייך לומר בזה דסמך על המוחזקות בזה דהא לאו כ"ע דינא גמירי וכן לא שייך לומר בזה דסמך על שטרן דיוצא מת"י דהא גם התם בסי' פ"ח דמירי אף ביש עדים אפ"ה פסק המחבר דהוי פהודה שאינו חייב לו שעורים ולא ס"ל סברת הש"ך שם ולכן העיקר כמש"כ לעיל דאתו עלה מטעם מוחזקות דכיון דהוי פגבוי ע"כ נאמן לומר דעשה

כן פדי להרויח ולדחות לבע"ח אבל אם לא הנה דינו כמו מוחזק אין סבא לומר דיהני נאמן על אמתלא זו ולהוציא מהמוחזק וכדמצינו גבי תבעו חטים והודה בשעורים וכן בשני שנונים דב"ק דאם לא הי' תפוס לא מהני תפיסתו אף בתפס אף בטר הודאתו דהטעם בזה דמהני תפיסה לשיטת הרבה פוסקים משום דהוי ספיקא אם עשה פדי להרויח או לא ה"ה בנ"ד דכיון דנתבאר דדינו פמוחזק ע"כ נאמן בזה על האמתלא זו וכבר נתבאר דאף לשיטת הרא"ש דספ"ג דב"ק וכן לשיטת הסוברים שם דעיקר הטעם דמהני תפיסה בשעורים משום דיכול לומר דסמכתי על המוחזקות שלי פנ"ל עכ"ז י"ל דמודו בנ"ד וכשיטת הסוברים פן בקא דטענו חטים כו' ואפוישי פלוגתא ביניהם לא מפשינו פנ"ל וקצתתי: ענף ד נתבאר על נכון פוננת הראב"ד במש"כ דלא גרע מאחרים וס"ל דמה"ט אף באמר פן בלא תביעת בע"ח ג"כ מהני אמתלא זו ור' יונה ס"ל דלא מהני אמתלא זו רק אם אמר פן בעת שתבעו בע"ח אבל באמר פן בלא תביעת בע"ח אינו נאמן משום דבזה לא הוי שום לידת ספק כלל לפינו דמוכח מזה דאמר פן לאמתת הענין אבל בעיקר מה דמהימן על האמתלא הנ"ל אם אמר פן בעת שתבעו בע"ח גם לה"ר יונה יש לומר דגם איהו אמר פן משום סברת הראב"ד הנ"ל דהם דברי טעם כפי מה דנתבאר בעז"ה גם באמת יש מקום לומר לולי דברי הבית יוסף בפשטות דגם הראב"ד מירי דאמר פן בעת שתבעו בע"ח וה"ר יונה מפרש לדבריו אף אין זה צורך לענינינו כ"כ וקצתתי ועדיין יש לדון בדברי הטור והמחבר הכא שכתבו בלשונם דרואין אם פשא בע"ח לגבות מזה השטר אמר שהוא שטר אמנה אז נדאי לא הי' פוננתו אלא לדחות בע"ח כו' דמשמע מזה דס"ל דמהימן על אמתלא זו בתורת נדאי ולא בתורת ספיקא אף לדברי הרא"ש והראב"ד ור' יונה הנ"ל שפיר יש לפרש דאתו עלה מטעם דהוי פמוחזק מחמת זכות השטר דהוי פגבוי לגבי המלוה הב' פנ"ל אבל מדברי הטור והמחבר משמע דלא כמש"כ שוב ראיתי דגם מלשון הטור והמחבר אף שכתבו בלשון נדאי דמ"מ אין לסתור לדברינו דהא מצינו בח"מ סי' פ"ח סעי' י"ב במחבר שם שכתב בזה הלשון דנוקא כשא"ל חטים הלוייתו ביום פלוני ובשעה פ' והלנה אומר שעורים היו דאם איתא כו' אלא נדאי הודה שלא הלנה לו שעורים כו' ואם תפס אין מוציאין מידו השעורים הג"ה וי"א דנוקא אם תפס קודם שתבעו לדין כו' הרי להדני' דהמחבר אף דס"ל דמהני תפיסת השעורים אף בטר שעמד בדין דאף דלא שייך בזה הטעם שכתב הטור והסמ"ע דיכול לומר דלכן לא תבעתי השעורים מפני שהייתי מוחזק בהם דמ"מ מהני תפיסתו משום דיכול לומר דלא נתפונתי רק פדי להרויח משום דזה הוי כמו ספק הודאה פמבואר שם בש"ך ובנתיבות ועכ"ז כתב המחבר בלשונו דנדאי הודה שלא הלנהו שעורים אלמא דהו' לישנא דנדאי הוא לאו דנוקא אלא פינו דהנתבע הוא מוחזק אמרינו אז דהוי כמו נדאי הודה שלא הלנהו שעורים משום דהחזקת ממונא מפררת לנו בזה אף דכתבתי לעיל בשם הנתיבות סי' ל"ד דחזקת ממונא לא הוי חזקה המברת לנו מ"מ אין זה הקרח כ"כ לב"ד.

עכ"פ מצינו דאף במה דלא מהני אלא משום דהוי מוחזק עכ"ז אמרו בלשון נדאי הודה כו' וה"ה די"ל בקא דסי' מ"ז דאף דהעיקר הוא פנ"ל מה דמהימן לומר דלא הודה רק פדי להרויח ולדחות בע"ח דמ"מ שייך בזה לשון נדאי פינו דהוי מוחזק ע"י שטרו דהוי פגבוי דכיון דעכשיו דהוי מוחזק מהימנינו לי' ע"כ שפיר אמרו בזה לשון נדאי דלא הנה

כּוֹנְנָתוֹ אֶלָּא לְדַחוֹת בַּע"ח: וְלִכְּנֵן אֵינן לְסִתּוֹר לְדַבְרֵינוּ מִן לְשׁוֹן הַטּוֹר וְהַמְחַבֵּר הַנִּזְכָּר: וּלְפ"ז אֵינּוּ קִשְׁיָה מְהֵא דב"ב ד' מ"ג דְּקִאָמְרִי פִּינּוּ דְאַסְהִיד דְלֹוּי הִיא הִיכִי מְצִי מְפִיק לֵה וּכְמוֹ דְהִקְשָׁה הַט"ז בְּסִי' ל"ז וְכֵן לְמָה דְהִקְשִׁיתִי מִן ב"ב ד' קל"ה דָּאָם אָמַר אֵינן זֶה אַחֵי לֹא יִטּוֹל בְּנִכְסֵי לֹוּי וּכְמוֹ דְהִקְשָׁה הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' ר"פ: דְּהָא לֹא מְצִינוּ דְיִהְיֶה מְהִימֵן בְּאַמְתְּלָא זֶה רַק הִיכָא דְהֹוּי מְוַחֲזָק כְּמוֹ בנ"ד דְּהֹוּי מְוַחֲזָק מִחֲמַת זְכוּת הַשְּׁטֵר דְּהֹוּי פְּגֻבּוּי א"כ הֵתָם בב"ב ד' מ"ג פִּינּוּ דְלֹא הֹוּי מְוַחֲזָק לֹא מְהִימֵן אַמְתְּלָא זֶה כְּלָל וְאַף תְּפִיסָה לֹא מְהִימֵן הֵתָם דְּמִינְרֵי בְּשִׁדָּה פִּדְיוֹעַ וְכֵן הָא דב"ב ד' קל"ה וּח"מ ס' ר"פ דְּכִינּוּ דְּהֹוּי עכ"פ סָפֵק מִחֲמַת הוֹדְאַתּוֹ דְּהוֹדָה דָּאֵינן לֹוּי אַחֵיו ע"כ מְמִילָא אֵינּוּ נוֹטֵל בְּנִכְסֵי לֹוּי כַּמְש"כ הַקְצֵה"ח פְּעִין זֶה בְּסִי' ר"פ ס"ק א' דְּתִירֵד לְקִנְיֹוֹת הַמַּל"מ פ"ד ה' נְחִלוֹת דְּהִקְשָׁה אַמְאֵי לֹא יִטּוֹל בְּנִכְסֵי לֹוּי דְּהָא יֵשׁ הוֹדְאַת רְאוּבֵן שְׁיֵשׁ לְשִׁמְעוֹן חֶלֶק בְּנִכְסֵי לֹוּי וְתִירֵץ דְּכִינּוּ דְּאַחַד מְהֵם וְדָאֵי יוֹרֵשׁ וְהַשְּׁנֵי סָפֵק אֵינן סָפֵק מוֹצִיא מִיַּדִּי וְדָאֵי עכ"ל הַקְצֵה"ח וְכ"כ הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' פ"ח סוֹף ס"ק ד' דְּזֶה דוֹמָה לְהָא דִּיבְמוֹת ד' ל"ח גְּבִי סָפֵק וְיָבָם וְעִינּוּ בְּנִתְיבוֹת סִי' ר"פ ס"ק ג' מְזַה לְכֵן מַה"ט אַף דְּנוֹלֵד לְנוּ סָפֵק בְּהוֹדְאַתּוֹ אִם עָשָׂה כֵּן כְּדִי לְהַרְוִיחַ וְלְדַחוֹתוֹ מִיְרוֹשָׁתוֹ אוֹ לֹא דמ"מ אֵינן סָפִיקוּ מוֹצִיא מִיַּדִּי וְדָאֵי וְלִכְּנֵן אֵינּוּ נוֹטֵל בְּנִכְסֵי לֹוּי כְּלָל וּא"ש כ"ז בְּפִשְׁיטוֹת וְאֵינן אָנוּ צְרִיכִין לְדַחֲוִי בְּסִבְרוֹת בְּעֵלְמָא בְּלֹא שׁוּם מְקוֹר וְהוֹכְחָה לְזֶה רַק הָעֵיקָר כְּמוֹ דְּנִתְבָּאָר בַּעז"ה: הַגְה"ה וְע"פ כָּל זֶה יֵשׁ לְתִרֵץ מַה שְׁהִקְשָׁה ר"ע אֵיגְר זצ"ל בְּחֶלֶק חֲשׁוּבוֹתֵינוּ בְּהַקְדָּמָתוֹ בְּהָא דב"ק ד' ק"ז אָמַר ר"ש הַט"ט ג' בְּפִקְדוֹן פִּינּוּ שְׁשַׁלַּח בּוּ יָד פִּטּוֹר וְהָא הַשׁוֹמֵר נִשְׁבַּע שְׁלֹא שַׁלַּח בּוּ יָד וְנִגְנָבָה וְכָאוּ עֲדִים שְׁהַפְקָדוֹן בְּבֵיתוֹ וְשַׁלַּח בּוּ יָד מְקוֹדֵם א"כ כְּמוֹ דְּאָמְרִינּוּ בְּשַׁבּוּעוֹת בְּאוֹמַר לְהַד"ם וְכָאוּ עֲדִים דְּלֹהֵה וּפְרַע דְּאָמְרִינּוּ כָּל הָאוֹמַר לֹא לְוִיתִי כְּאוֹמַר לֹא פְרַעֲתִי דְּמִי ה"נ נִימָא דְלַעֲנֵן שְׁהַפְקָדוֹן בְּבֵיתוֹ שׁוֹמְעִין לְהַעֲדִים וְלַעֲנֵן מַה שְׁאָמְרוּ הָעֲדִים שְׁשַׁלַּח יָד מְקוֹדֵם לְפִטּוֹר מְפָל נִימָא דְּהֹוּי הוֹדְאַת בַּע"ד שְׁלֹא שַׁלַּח בּוּ יָד.

וּבְהַשְׁמָטוֹת בְּסוֹף סְפָרוֹ תִּירֵץ זֶה עַל פִּי דְּבָרֵי הָרִיטְב"א לְשַׁבּוּעוֹת ע"ש: וְלַעֲנֵד נִרְאָה לְתִרֵץ זֶה ע"פ מַה דְּנִתְבָּאָר בְּהָא דְּסִי' פ"ח גְּבִי טְעֵנוּ חֲטִים וְהוֹדָה בְּשַׁעוֹרִים דְּאַף דְּהֹוּי כְּמוֹ דְּהוֹדָה הַתּוֹבַע שְׁאֵינּוּ חֲיִיב לוֹ שְׁעוֹרִים דמ"מ אִם תְּפַס מוֹעֲלַת הָאֲמְתְּלָא שְׁלוֹ דְּעָשָׂה כֵּן כְּדִי לְהַרְוִיחַ דְּסִבְרָה דִּישְׁיַג אֵיזָה תּוֹעֲלַת מְתַבִּיעָתוֹ שְׁיִתְבַּעֲנוּ חֲטִים כְּנ"ל ה"ה יֵשׁ לוֹמַר בְּמָה דְּהוֹדָה שְׁלֹא שַׁלַּח בּוּ יָד דְּעָשָׂה כֵּן כְּדִי לְהַרְוִיחַ וְכַש"כ הוּא דְּהָא בְּמָה דְּאָמַר שְׁלֹא שַׁלַּח יָד הַרְוִיחַ אִזְ בְּאַמְתָּ ע"י טְעֵנָתוֹ אִם לֹא הִיוּ בָּאֵין עֲדִים לְהַכְחִישׁוֹ שְׁהַפְקָדוֹן בְּבֵיתוֹ וְע"כ י"ל בְּזֶה דְּאַף לְהַחֲלִיקִין שְׁם בְּסִי' פ"ח וְס"ל דָּאָם לֹא תְּבַעוּ שְׁנִיָּהֵם לֹא מְהִימֵן תְּפִיסַת הַשְּׁעוֹרִין דְּשֵׁא"ה דְּהָא בְּאַמְתָּ לֹא הַרְוִיחַ כְּלוּם מְטַעֲנָתוֹ דְּתַבַּע חֲטִים אַבְּל בְּמָה דְּטַעֲנָן שְׁלֹא שַׁלַּח יָד הָא הַרְוִיחַ אִזְ בְּאַמְתָּ ע"כ לְכ"ע י"ל דְּמְהִימֵן אַמְתְּלָא שְׁלוֹ לְהַפְטֵר.

וּמַה שְׁכַתְּבַת הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' פ"ח ס"ק ד' וְס"ק ה' דְּלֹא דִּינִינּוּ כֵּן רַק בְּהוֹדְאַת הַבָּא מִתּוֹדֵד שְׁתִּיקָה ע"ש הָא לְפִי מַה דְּנִתְבָּאָר בְּהָא דְּסִי' מ"ז דְּאָמַר דְּשְׁטֵרוֹ הוּא פְּסוּל דמ"מ אִם אוֹמַר דְּעָשָׂה כֵּן כְּדִי לְהַרְוִיחַ וְלְדַחוֹת לְבַע"ח דְּמְהִימֵן מִחֲמַת דְּהֹוּי כְּמוֹחֲזָק כְּנ"ל אַף דְּבְּאַמְתָּ לֹא הַרְוִיחַ כְּלוּם דְּהָא אֵינּוּ נֶאֱמָן לְחַוֵּב לְבַע"ח רַק דְּטַעֲנֵי וְסִבְרָה דְּיִהְיֶה נֶאֱמָן כַּש"כ הִיכָא דְּהַרְוִיחַ בְּאַמְתָּ אִזְ ע"י טְעֵנָתוֹ דְּטַעֲנָן שְׁלֹא שַׁלַּח בּוּ יָד דְּנִפְטֵר אִזְ ע"י טְעֵנָתוֹ נִגְנָבָה אִם לֹא הִיָּה בָּאֵין עֲדִים לְהַכְחִישׁוֹ וְדָאֵי מְהִימֵן אַמְתְּלָא שְׁלוֹ לְהִיּוֹת פִּטּוֹר פִּינּוּ דְּהֹוּי מְוַחֲזָק: וְאַף הִיכָא דְּמִשִּׁים א"ע רְשַׁע כְּמוֹ הַבָּא דְּנִשְׁבַּע שְׁלֹא שַׁלַּח יָד ג"כ מוֹעֲלַת טְעֵנָתוֹ לְהַפְטֵר כְּדְּמְצִינוּ פְּעִין זֶה

ביו"ד סי' קס"ט ו"ש"ק ע"ש שכתב בשם העט"ז דכתב דאע"ג דמשני נפשיה רשיעא
חזקה דמונא עדיפא ע"ש וגם הא בלא"ה התם באו עדים והכחישוהו למה דנשבע
דנגנבה ע"כ שפיר מועלת אמתלא שלו דעשה פן פדי להרויח ומהימן בזה פיון דהוי
מוחזק משא"כ בהא דאומר לא לוייתי דאין לו ריוח יותר מן אם הנה אומר פרעתי ע"כ
חשוב זה להודאה דכל האומר לא לוייתי פאומר לא פרעתי דמי והא דאם אמר על פקדון
שבידו להקד"ם דכתב הסמ"ע בסי' ע"ה ס"ק נ"ה והש"ך שם ס"ק פ' בשם הראשונים
דכתבו בזה ג"כ דכל האומר על פקדון להקד"ם הוי פאומר לא נאנסו לכאורה יש לעיין
לפ"ז דהא הרויח מטענתו דטוען להקד"ם דא"צ ליטבע שד"א ואלו הנה טוען נאנסו הנה
צריף ליטבע שד"א אף באמת אין זה חשוב ריוח כ"כ דהא אלו הנה נאנס הנה יכול
ליטבע באמת דנאנסו ועפ"ז יש לדון בסוגיא דב"מ ד' ה' ע"ב וכן מוכח ממש"כ הש"ך
בח"מ סי' ק"א ס"ק ה' דאף אם רוצה לשלם להבע"ח בקרקע צריף ליטבע שאין לו
מעות והקצה"ח שם ס"ק ו' פתב דא"צ ליטבע לפי דפרישי אינשי משבועת אמת א"כ הוי
זה כמו פסידא ובמקום פסידא הא מצי מסלק לבע"ח בקרקע עכ"ל הקצה"ח אכל שיטת
הראשונים שהביא הש"ך שם דס"ל דאף דמסלקו בקרקע צ"ש.

י"ל דטעמם משום דס"ל דשבועה באמת לא מקרי פסידא ויש לדון בזה ע"ס מש"כ הר"נ
ר"פ כל הנשבעין בסוגיא דשכיר דכמה אינשי פרישי משבועת אמת ויש לחלק וקציתי
א"כ מתורץ קושיות רע"א זצ"ל הנ"ל ע"כ הגה"ה: וכל מה שכתבתי לעיל בכל הקונטרס
הלז דאמרינו דלא הנה פנונתו אלא לדחות בע"ח דזהו דוקא פשוטען האמתלא הזאת
הנה מלבד דזה פשוט בסברא הנה פן משמע באו"ת באורים ס"ק יו"ד שכתב בזה"ל
דאין הלנה חייב לפרוע אם לא שטען אח"כ בתחבולה הודתי ודינו כמש"כ המחבר
דרואים פיצד הנה הודאתו כו' עכ"ל הרי דכתב ג"כ דבעי דישטעון פה בפירוש וכה"ג
אמרו בסי' פ"א גבי טענת משטה דבעי שישטעון פן בפ"י ודוקא בטענת השבועה אמרו
דטענינו לי וכן אמרו בח"מ סי' קמ"ו סעי' י"ז גבי אמתלא דשני נוח לי והראשון קשה
הימנו דבעי שיאמר פן בפ"י וכ"כ הט"ז בסי' קכ"ט סעי' ה': וכ"כ הט"ז בח"מ סי' ל"ז
סעי' י"ז דבעי אמירתו לזה: ענה ה נעתה נשובה ונראה במה דמבואר לקמן סי' צ"ט דאם
טען הלנה על המטלטלין שת"י דשל אחרים הן דאינו נאמן ואם אח"כ פרע לבע"ח וטוען
דמה דהודיתי מתחלה הוא מחמת דרציתי לדחות להבע"ח וכמו בהא דסי' מ"ז הנה
לפמש"כ הט"ז בסי' ל"ז סעי' י"ז דהא דמהימן לומר דאמרת פן פדי לדחות בע"ח זהו
פיון ששט"ח בידו ע"כ הסברא נוטה דלא נפרע עדיין כו' וכבר כתבתי לעיל בכוננת
הט"ז דלכן שאני בהא דב"ב ד' מ"ג דאף דיש לשמעון עדים שהיא שדה שלו מ"מ אין
זה הוי הוכחה משום דהא חזקת ממונא לא הוי חזקה המבררת ודוקא הוכחת השטר
מבררת לנו להאמינו בזה א"כ לפ"ז יש לומר דהתם בסי' צ"ט אינו נאמן לומר שאמרת
פן פדי לדחות בע"ח דהא התם אינו לפנינו שטר המסייעו אף דיש חזקת ממונא המסייעו
עכ"ז הא לשיטת הט"ז מוכח דחזקת ממונא לא הוי הוכחה בזה פנ"ל א"כ לפי שיטת
הט"ז הדין הוא דאינו נאמן לומר דשלי הוא לאחר דפרע לבע"ח משום דשאני התם מן
הא דסי' מ"ז דיש שטר לפנינו: וכ"ז לשיטת הט"ז אכל לפי מש"כ לבאר עיקר מילתא
דנא דהא דנאמן לומר שטר אמנה ופרוע זהו משום דהוי השטר כגבוי ומוחזק אכל אם
לא הנה מוחזק אינו נאמן והוכחתי פן מהא דב"ב ד' קל"ה ומה דכתב הנתיבות בסי' ר"פ

דְּהִיָּה יְכוּל לֵאמֹר אֵינִי יוֹדֵעַ אִם הוּא אָחִיו הֵא דְחִיתִי זֶה ע"פ מִש"כ הִר"נ דְּמִיגוֹ דֵּא"י לְאוּ
מִיגוֹ מִשׁוּם דְּאִינוּ טוֹעֵן בְּרִצּוֹן א"י ע"כ אֵין סְבָרָא לֹאמֵר דֵּה"ל לֹאמֵר אֵינִי יוֹדֵעַ, וְע"כ
הֶעֱיָקֵר כִּמְש"כ לְחִלְקֵי דְעֵיָקֵר הִטְעַם הוּא מִשׁוּם דְּהוּי מְוַחֲזֵק ע"כ יֵשׁ לְדוֹן דְּאֶחָר שְׁפָרַע
הַלְוָה לִהְבַּע"ח אִם הַלְוָה מְוַחֲזֵק עֲדִינֵין בְּהַמְטִילֵין נְאֻמֵּן לֹאמֵר דְּאֶמֶר פִּן פְּדִי לְדַחֲוֹת בַּע"ח
וְלִהְרוּיַח נְתַפְוֹנְתִי וְכִמוּ בְּהָא דְטַעֲנוּ חֲטִיִּים וְהוֹדָה בְּשַׁעוֹרִים דְּפִטוֹר דְּמַהֲנִי תְּפִסָּה לְשִׁיטַת
הַרְבָּה פּוֹסְקִים בְּסִי' פ"ח פְּנ"ל אָבֵל אִם עֶבֶר הַלְוָה וְמִסֵּר הַחֲפִיץ לְהֶאֱחָר שְׁאֶמֶר פִּי הַחֲפִיץ
שְׁיִיף לוֹ בְּזֶה הַדִּין נוֹטָה דְּאִין נְאֻמֵּן הַלְוָה לְהוֹצִיא הַחֲפִיץ מִהַמְוַחֲזֵק וְכִמוּ בְּהָא דְב"ב ד'
קל"ה דְּאִם אָמַר אֵין זֶה אָחִי אֵינוּ נוֹטֵל פְּנ"ל: אָמַנְם יֵשׁ לְהוֹכִיחַ דְּלֹא כְּמוּ שְׁפַתְבְּתִי מְהָא
דְּכַתְבֵּי הַרְבַּ הַמַּגִּיד פ"א ה' מְלִנְהָ ה"ד עַל מַה שְׁהַקְשָׁה דְּלִמָּא אֵינוּ נְאֻמֵּן הַלְוָה בְּמִיגוֹ דְּאִי
בְּעֵי הָיָה נוֹתָנָם בְּמַתְנָה וְתִירֵץ דְּאִם הָיָה נוֹתֵן בְּמַתְנָה לֹא הִי' מְחַוְיָיב לְהַחְזִירָן לוֹ וְאִם
טוֹעֵן שָׁל רְאוּבֵן הֵם אִם אֵינוּ אָמַת מְחַוְיָיב רְאוּבֵן לְצִאת יְדֵי שְׁמִיִם לְהַנִּיחָם אוֹ לְהַחְזִירָם
לְהַלְוָה וְלִפְיָקֵף זֹאת הִטְעָנָה טוֹבָה יוֹתֵר מִן הָאֲחֵרַת עַכ"ל הַמ"מ וְהוּבָא דְּבָרֵי הַמ"מ הַגְּ"ל
בְּש"ף ס' צ"ט ס"ק ה' הָרִי לְהַדְיָא דְּס"ל לְהַמ"מ דַּע"פ דִּין אֵינוּ נְאֻמֵּן לֹאמֵר שְׁלִי הוּא
וְשִׁנְתַּפְוִין לְדַחֲוֹת בַּע"ח אִף אִם הוּי מְוַחֲזֵק אֲלָא לְצִאת יְדֵי שְׁמִיִם הָיָה מְחַוְיָיב רְאוּבֵן
לְהַנִּיחָם אֲצֵל הַלְוָה אִם יוֹדֵעַ הָאֲמַת דְּהוּא שְׁלֵהַלְוָה א"כ מוּכַח מְזָה כְּשִׁיטַת הַט"ז דְּכַתְבֵּי
דְּעֵיָקֵר הַסְּבָרָא דְּנְאֻמֵּן לֹאמֵר דְּאֶמֶר אָמְנָה פְּדִי לְדַחֲוֹת בַּע"ח מִשׁוּם דְּהָא הוּכַחַת הַשְּׁטֵר
מְסִייעוּ וְע"כ הָתָם בְּסִי' צ"ט דְּאִין לְפָנֵינוּ הוּכַחַת הַשְּׁטֵר ע"כ אֵינוּ נְאֻמֵּן בְּאֲמַתְלָא זֹו וְיִהְיֶה
מְזָה סִייעָתָא לְהַט"ז וְדִלָּא כְּמוּ שְׁפַתְבְּתִי: אִף גַּם מְזָה אֵינוּ רֵאִי פְּלֵל דְּהָא מְצִינוּ פִּן בְּתוּס'
וְהֵרָא"ש פְּתוּבוֹת פ"ב ס' ט' שְׁפַתְבוּ דְּלָכֵן אֵינוּ נְאֻמֵּן לֹאמֵר אָמְנָה בְּמִיגוֹ דְּאִי בְּעֵי מְחִיל
מִשׁוּם דְּאִין דַּעְתוֹ לְהַפְסִיד חוּבוֹ וּבְמַה שְׁאוּמֵר אָמְנָה לֹא יִפְסִיד מִיָּדִי שְׁיִוְדַע שְׁהַלְוָה אֵינוּ
גְּזָלָן וְלֹא יַעֲכַב מְעוֹתָיו וְהוּבָא זֶה בְּסִי' ע"כ מ"ז ס"ק א' וּבְש"ף שְׁם ס"ק ז' וּבְסִי' צ"ט
שְׁ"ף ס"ק ה' ע"ש הָרִי דְּגַם בְּאֶמֶר אָמְנָה פְּתוּבוּ ג"כ דְּהַלְוָה אֵינוּ גְּזָלָן וְלֹא יַעֲכַב מְעוֹתָיו
דְּמִשְׁמַע מְזָה אִם הַלְוָה יַחְפִּיץ לְכַפֹּר הַמְּעוֹת יִהְיֶה יְכוּל ע"פ דִּין אִף מְחַמַּת שְׁהַלְוָה אֵינוּ
גְּזָלָן וְלֹא יַעֲכַב מְעוֹת שְׁלֵ אַחֲרִים ת"י ע"כ בְּטוּחַ בְּהַלְוָה שְׁלֵא יִגְזַלְנוּ וְיִהְיֶה יוֹצֵא יְדֵי שְׁמִיִם
אִף דַּע"פ דִּין אֵינוּ יְכוּל לְכוּפּוֹ לְגִבּוֹת מְמַנּוּ הַמְּעוֹת וְקָשָׁה הָא בְּאוּמֵר עַל שְׁטֵרוֹ דְּהוּא
אָמְנָה נְאֻמֵּן לֹאמֵר הָאֲמַתְלָא דְּאֶמֶר פִּן פְּדִי לְדַחֲוֹת בַּע"ח כִּמְש"כ הֵרָא"ש שְׁם וּמוֹצִיא ע"פ
דִּין מִן הַלְוָה א"כ קָשָׁה דְּלָמָּה לְהוּ לֹאמֵר דְּבִטּוּחַ בְּהַלְוָה דְּלֹא יַעֲכַב מְעוֹתָיו הָא אִף אִם
רְצָה לְעַכַּב לֹא יִהְיֶה בִּיכוּלְתוֹ ע"פ דִּין לְעַכַּב הַמְּעוֹת א"כ קָשָׁה עַל מִש"כ הַתּוּס' וְהֵרָא"ש
בְּלִשׁוֹנָם דְּהַלְוָה לֹא יַעֲכַב הַמְּעוֹת וְהָא יוֹתֵר עֲדִיף לֹאמֵר דַּע"פ דִּין יִהְיֶה בִּיכוּלְתוֹ לְגִבּוֹתוֹ:
וְע"כ מוּכַח מְזָה דְּבְּאֲמַת אֵין מְזָה רְאִיָּה פְּלֵל דִּישׁ לֹאמֵר דְּנִקְטוּ הַתּוּס' וְהֵרָא"ש בְּלִשׁוֹנָם
לֹאמֵר דְּהַלְוָה אֵינוּ גְּזָלָן וְלֹא יַעֲכַב הַמְּעוֹת לְהוֹרוֹת לְנוּ דְּאִף הִיכָא דְּאֶמֶר הַמְּלָנָה עַל שְׁטֵרוֹ
דְּהוּא אָמְנָה בְּלֹא תְּבִיעַת בַּע"ח דְּמְבוֹאָר שְׁם בְּרָא"ש וּבַח"מ ס' מ"ז דְּנְאֻמֵּן לְגַבִּי עֲצָמוּ
א"כ הָא בְּזֶה אֵינוּ יְכוּל לְהוֹצִיא ע"פ דִּין מִהַלְוָה וְהָיָה מְקוּם לֹאמֵר דְּאִם אָמַר אָמְנָה בְּלֹא
תְּבִיעַת בַּע"ח דִּיִּהְיֶה נְאֻמֵּן גַּם לְגַבִּי בַּע"ח בְּמִיגוֹ דְּאִי בְּעֵי מְחִיל דְּלֹא שְׁיִיף בְּזֶה לֹאמֵר
דְּרוּצָה לְהוֹצִיא מִהַלְוָה לְעֲצָמוּ לְאַחַר זְמַן ע"פ מַה דִּיתֵן אֲמַתְלָא דְּאֶמֶר פִּן פְּדִי לְדַחֲוֹת
בַּע"ח דְּהָא בְּכַה"ג לֹא יִהְיֶה מְהִימָן ע"פ דִּין לְתַפְנוֹעַ מִהַלְוָה וְע"כ אָמְרוּ הִטְעַם דְּלָכֵן אֵין
נְאֻמֵּן בְּמִיגוֹ דְּאִי בְּעֵי מְחִיל מִשׁוּם דְּבִטּוּחַ בְּהַלְוָה דִּירְצָה לְצִאת יְדֵי שְׁמִיִם וְלֹא יִגְזַלְנוּ מִשׁוּם
דְּאִף דַּע"פ דִּין נְאֻמֵּן הַלְוָה לֹאמֵר פְּרוּעַ וְנְאֻמֵּן לְאַחַר שְׁהוֹדָה הַמְּלָנָה ע"ז בְּלֹא תְּבִיעַת

בע"ח מ"מ ע"פ חיוב להיות יוצא ידי שמים יהיה הלנה מתחייב ואף דאמרינן דהודאת המלנה על שטרן דהוא אמנה הני הודאה גמורה פשאמר פן בלא תביעת בע"ח מ"מ חייב הלנה לצי"ש לשלם להמלנה אם יודע בעצמו דחייב לו והא דאמרינן בסי' ע"ה סעי' י"א בתרי הודאות דסתרי אהדדי פטור דהוי פאלו מחל לו וכ"כ בסי' פ"ח סעי' י"ב ע"ש עכ"ז ה"א דאומר המלנה האמתלא דאמר פן כדי לדחות בע"ח אף דע"פ דין לא מהימן מחמת שואמר פן בלא תביעת המלנה מ"מ יהיה חייב הלנה לצי"ש בזה ועיין בסמ"ע סי' ע"ה ס"ק כ"ח.

ולפ"ז אתי שפיר דאינו ראי' מן הרב המ"מ הנ"ל לסתור למה שפכתבנו לדון דאם הוא מןחוק בהתפ"ץ יהיה יכול לעכבו ת"י ע"י האמתלא דאמר פן כדי לדחות בע"ח משום די"ל גם בכוננת המ"מ פ"עין מה דמוכח לומר בכוננת הרא"ש והתוס' פתובות הנ"ל דכתבו פן כדי להורות לנו הדין אף אם אמר פן בלא תביעת בע"ח.

וה"ה יש לומר פן בה"ד דין דאמר הלנה דזהו חפ"ץ של אחר דאינו נאמן דבזה ג"כ יש לחלק כמו דכתבו ברא"ש פתובות ובסי' מ"ז פנ"ל דאם אמר אמנה בלא תביעת בע"ח דנאמן גבי עצמו וכמו כן באומר דזהו של פלוני דאם אמר פן בלא תביעת המלנה נראה דמהימן בנודאי גבי עצמו וע"כ הוי אמינא דאם אמר זהו חפ"ץ של פלוני דיהיה מהימן במיגו דאי פ"עיה נותן במתנה דבזה אין לומר דאינו רוצה להפסיד דהא גם עכשיו מפסיד לעצמו דהא לא יהיה נאמן באמתלא זאת אם אמר פן בלא תביעת המלנה וע"כ הורו לנו ה"ד דין דאף בכה"ג לא מהימן במיגו דאי פ"עיה נותן משום דהא עכ"פ יהיה האחר חייב לצי"ש להניחן בידו פנ"ל ולכן אין מן המ"מ הנ"ל ראי' לסתור למה שפכתבנו דמה שכתב המ"מ שמתחייב להניחן הפוננה הוא פנ"ל ומה שכתב המ"מ שם דמתחייב לצי"ש להניחם או להחזירם לו הנה בלהחזירן ודאי אתי שפיר למה שפכתבנו דלהוציא ודאי אינו נאמן ע"י האמתלא לומר דאמר פן כדי לדחות בע"ח רק לצי"ש שאני פנ"ל ולכן י"ל ג"כ דלכן כתב דמתחייב לצי"ש כדי דיהיה א"ש אף במקסר החפ"ץ להאחר דאף דבכה"ג אינו נאמן ע"פ דין להוציא ממנו מ"מ אינו נאמן ע"י המיגו משום דהא יש לו חיוב עליו לצי"ש עכ"פ ולכן אינו שום סתירה פלל מן המ"מ למה שפכתבנו: ענ"ו והסמ"ע ס"ק א' הביא פן בשם העיר שושן והובא בש"ד ס"ק ז' וראיתי בעיר שושן סי' מ"ז סעי' א' שכתב בזה"ל דאין לומר להאמינו שהוא אמנה או פרוע במיגו דאי פ"עיה מחיל לי שאין דעתו למחול ולהפסיד חובו פירש שאם היה מוחלו לא היה יכול לגבותו לעולם אבל אם הי' טוען אמנה או פרוע יש לו דרך שיכול לחזור ולתבוע שטר זה כמ"ש בסוף סעיף זה וה"ל מיגו גרוע עכ"ל הע"ש.

וחזינו דהע"ש כתב לפירש דלכן אין זה מיגו משום שיפסיד חובו ע"פ דין אבל באומר אמנה ופרוע לא יפסיד חובו ע"פ דין ויהיה יכול לתבוע ע"פ דין א"כ לפ"ז באומר אמנה ופרוע שלא בעת תביעת בע"ח דהדין הוא דלגבי עצמו מהימן ולגבי בע"ח לא מהימן כמש"כ הרא"ש בכתובות שם ותקשה עדיין בזה דיהיה מהימן במיגו דמחיל לי ובזה אין לתרץ דאינו רוצה להפסיד חובו ע"פ דין דהא גם עכשיו יפסיד חובו שלא יהיה יכול לתבוע חובו בב"ד וע"כ העיקר כמש"כ מתחילה דכוננת הרא"ש והתוס' הוא דאף היכא דאינו יכול לתבוע חובו בב"ד ג"כ אין לו מיגו זו לפי דהא עכ"פ יהיה חייב הלנה לצי"ש

וע"פ דין לפי האמת דיודע בעצמו דאין השטר אמנה ופרוע וכמ"מ הנ"ל גבי הא דטען הלנה דנהו חפץ של אחר דלא מהני מיגו דמתנה לפי דיהא מחוייב לצי"ש פנ"ל: וכן מוכרח בלא"ה דאי נימא דכוננת הרא"ש הוא כמ"ש כה"ש דלכן אין זה מיגו משום דעכשיו דאומר אמנה ופרוע יהיה יכול לתבוע ע"פ דין פנ"ל א"כ תקשה על המחבר דפסק לדינא כמ"ש הרא"ש דאף דאמר אמנה יכול לחזור ולתבוע מהלנה כמ"ש הרא"ש בכתובות שם דכן מסתבר כמ"ש הר"ר יונה ע"ש הא יש לדון בזה דיוקא הרא"ש לטעמי' דהקשה בכתובות שם דיהא נאמן אמנה ופרוע במיגו דמחיל ותיגרץ דאין בדעתו למחול להפסיד חובו א"כ לפי פירושו הע"ש הנ"ל מוכח מזה דאף דאמר אמנה יהיה יכול לתבוע ע"פ דין בב"ד כמ"ש כה"ש פנ"ל לכן שפיר פתב הרא"ש להכריע פן לפי דהא מוכח פן מן הגמ' אבל לפמ"ש המחבר בסי' פ"ו דבדק' נתן לא מהני מחילה א"כ ליתא פלל לקושיות הרא"ש הנ"ל שהקשה דיהא מהימן במיגו דאי בעי מחיל וכמ"ש הש"ך בסי' מ"ז ס"ק ז' והסמ"ע ס"ק א' וכיון דאין הוכחה להך דין דכתבו דמהימן לומר דאמר אמנה כדי לדחות בע"ח א"כ מנלן להטור והמחבר לפסוק הך דינא דכתב הרא"ש הנ"ל.

ובאמת פן הקשיתי כבר אבל לפמ"ש דעיקר פוננת הרא"ש והתוס' הוא דאף אם יפסיד חובו שלא יהיה יכול לתבע בב"ד ג"כ לא הוי מיגו משום דיהיה עליו חייב לצאת חובתו ע"פ דין לפי שיודע האמת וכנ"ל א"כ הא גם לשיטת הרא"ש לא הוי שום הוכחה לזה מן הגמ' וע"כ הא דפסק הרא"ש ור' יונה פן טעמם דס"ל פן מסבא ע"כ שפיר פתבו הטור והמחבר פן לדינא וגם הא נתבאר יסוד לזה מהא דטענו חטים והודה בשעורים דמהני תפיסה פנ"ל ואף לשיטת הרא"ש ספ"ג דב"ק והטור סי' פ"ח ג"כ הא נתבאר דבכה"ג י"ל דכ"ע מודו וגם הא פשוטות הרא"ש והתוס' הוא פמו שכתבתי ודלא כפירושו הע"ש וע"כ שפיר פתבתי בכוננתם הינצא לנו מפל זה דאף בהא דסי' צ"ט באמר הלנה דנהו חפץ של אחר דאם פרע אח"כ להבע"ח ואמר דהיה פוננתו לדחות לבע"ח דכ"ז דהחפץ בידי הלנה נאמן לומר דהיה פוננתו פן אבל במקסר החפץ להאחר אינו נאמן להוציא ממנו וכן בהא דסי' מ"ז דנאמן לומר אמתלא זו הטעם הוא לפי דהוי מוחזק ע"י השטר דהוי כגבוי ע"כ אפ"ש לדון דאם תפס הלנה מהמלנה לאחר שפרעו ונקרע השטר דכיון דנתבטלה שטר כבר ע"כ יהיה מועיל תפיסת הלנה ועיין תוס' גיטין ד' ל"ז ע"א ד"ה אלא מעתה כו' וכן יש לדון בהא דסי' ר"פ באומר אין זה אחי דאינו נוטל בנכסי לוי דמ"מ יש לומר דיהיה מועיל תפיסה אם יתפוס שמעון ויטעון דלא הודיתי פן אלא דנתפוננתי להרויח ולדחותו מיבןשותו וכמו דמצינו בטענו חטים והודה בשעורים דמהני תפיסה לכמה פוסקים אף בתר ההודאה משום דיאמר דהיה פוננתי להרויח אף דהתם באמת הא לא הרויח פלל רק דטעי וסבר דיהא ממ"ש בטענתו דתובע החטים.

כש"כ הכא דהיה רינח באמת מקודם שמת לוי ונפלו לו נכסים במקום אחר דהא ע"י טענתו דאין זה אחי הנה מדחהו ע"פ דין מיבןשות אביו ודאי דמהני אמתלא זו אם הוי מוחזק ולכן י"ל דאף לפי שיטת הרא"ש בהא דספ"ג דב"ק גבי טענו חטים כו' דס"ל דלא מהני תפיסה בתביעת חטים וכן לפי שיטת הפוסקים בהא דסי' פ"ח סעי' י"ב דלא מהני תפיסה בתר הודאתו אלא א"כ תפס מקודם הודאתו ג"כ י"ל דמודו בנ"ד פנ"ל וע"כ יש לומר דמועיל תפיסת שמעון אם יאמר אמתלא זו: ובלא"ה יש לדון לפמ"ש כה"ש הקצה"ח בסי' פ"ח ס"ק ט' דלכן מהני תפיסה בתבעו חטים והודה בשעורים משום

דבתרי הודאות דסתרי מהני תפיסה ע"כ ה"ה בהנהגת תרי הודאות דזה אומר אין זה אחי וזה אומר אחי אף בזה יש לדון לפמש"כ הקצה"ח בסי' ר"פ ס"ק א' דדינו פמו הא דספק ונדאי דאין ספק מוציא מידי ונדאי וכן לפמש"כ הנהגות בסי' ר"פ ס"ק ג' ע"ש אף לפמש"כ ד"כ"ל ליתן אמתלא זו שפיר יש לומר דמהני תפיסה בזה ונהגות בסי' פ"ח סוף ס"ק ד' פתב דלא מהני תפיסה ה"תם באומר אין זה אחי ע"ש אף י"ל דלטעמין אגיל דהא פתב בסי' ר"פ ס"ק ג' דלכן לא מהני אמתלא זו ה"תם לפי דהא ה"ה יכול לומר איני יודע אם הוא אחי ע"כ פתב דלא מהני תפיסה ה"תם אבל לפי מה שנתבאר לעיל דז"א סברא וקמו דהוכחתי מן הא דב"ב ד' קל"ה ובאמת הא אין אדם טוען בפרצון איני יודע כמש"כ הר"נ בשבועות פ"ז פנ"ל ע"כ שפיר י"ל ד"כ"ל לטעון אמתלא זו ומהימן אם ה"ה תפוס פ"ה ד"ש ג"כ הודאת ראובן לפנינו דלוי הוא אחי פ"ה ד"ה כ"ז וגם יש לדון בהא דסי' מ"ז דבשטר דאין בו אחריות פ"ה דלא גבי ממשעבדי דאין דינו פגבוי פמבןאר בגיטין ד' ל"ז דבזה לא יהי נאמן על אמתלא זו לפמש"כ דעיקר הטעם הוא דה"ה פגבוי ולכן מקרי מוחזק דאין מוציאין ממנו אבל היכא דלא מקרי מוחזק אין להוציא ע"י האמתלא זו א"כ בשט"ח דאין בו אחריות דלא ה"ה פגבוי וכמש"כ לעיל בחדושי לסי' י"ב ענף ה' ובסי' מ"ד סעי' ו' ע"כ הדין נותן דאינו נאמן ע"פ אמתלא זו להוציא מן הלנה וכש"כ במלנה ע"פ בתו"ז וכה"ג דהא פתבו התוס' בגיטין ד' ל"ז ד"ה שטר שיש בו כו' דדוקא בשטר אמרו דה"ה פגבוי אבל בלא שטר לא ה"ה פגבוי לב"ש.

א"כ ה"ה וכש"כ לד"ה דבמלנה בע"פ לא ה"ה פגבוי פלל ע"כ ה"ה בנ"ד י"ל דאין מוציאין מן הלנה: (נ) (שם) ואם אחר שאמר שטר אמנה פ"ה לבע"ח וכן לגבות כו' הנה האו"ת ס"ק ד' נסתפק בטען פרוע אם מצי לתבוע אח"כ מהלנה ובפרט אי הלנה טוען פרוע כו' ואי נסתפק על סברא להוציא ממון מספק כו' עכ"ל האו"ת וקעין זה הובא שיטת ראשונים בבית יוסף סי' מ"ז דס"ל לחלק דוקא באומר אמנה אינו נאמן לחוב לאחרים אבל באומר פרוע פ"ה דלפרעון עומד נאמן יע"ש ועיין ברמב"ם פ"א ה' מלנה ה"ד במל"מ שם.

אכן הקרן נתנאל בהרא"ש פ"ב דכתובות ס"ק כ"ד פתב דה"ה באמר פרוע הוא נאמן לומר דאמר פ"ה פדי לדחות בע"ח והא דנקטו באמנה רבותא קמ"ל דאע"ג דעולה הוא מ"מ אם אמר בלא תביעת בע"ד נאמן לומר אמנה וכ"כ הב"ח בטור בד"ה ואם לאחר שאמר אמנה פרע כו' ונ"ל הא דלא נקט ה"ל פרוע נראה דאשמעינן רבותא דאע"ג דאמנה עולה היא כו' אפ"ה פשהמלנה מעצמו אמר אמנה אינו גובה כו' עכ"ל הב"ח: וכן משמע בסמ"ע ס"ק ה' שכתב ובהפותר דינו כמ"ש אח"ז דרואים אם פשבא בע"ח לגבות מזה השטר כו' והא זה קאי על מה שאמר המחבר שם לעיל מינה שאמר אמנה או פרוע ע"ש וכן נראה מהט"ז בסי' ל"ז סעי' י"ז שכתב דשא"ה דכ"ה ששט"ח פ"ה דהסברא נוטה דלא נפרע עדיין כו' הרי דס"ל להט"ז ג"כ דזה קאי גם באמר פרוע וכן מוכח מן מש"כ הע"ש בסי' מ"ז סעי' א' ונ"ל דלכן אינו נאמן אמנה או פרוע במיגו דמחיל לי שאין בדעתו להפסיד חובו פירוש שאם ה"ה מוחלו לא ה"ה יכול לגבותו כו' אבל אם טען אמנה או פרוע יש לו דרך ש"כ"ל לחוב לאח"כ לתבוע שטר זה כמש"כ סוף סעי' זה כו' עכ"ל העיר שושן הרי להדיא דהע"ש ס"ל דאף בטען פרוע יכול לגבות בב"ד אם יאמר שלא אמר פ"ה רק פדי לדחות בע"ח וכ"כ הע"ש שם להדיא בסוף הסעי' הנ"ל ונ"ל אם לאחר שאמר

אָמְנָה אוּ פְרוּעַ לְבַע"ח כּו' רוֹאִין אַם כְּשָׁפָא לְגַבּוֹת מְזַה הַשְּׁטֵר אָמַר אָמְנָה אוּ פְרוּעַ
הוּא אַז וּדְאִי לֹא הִיָּה פְנוּנְתוֹ אֲלֵא לְדַחּוֹת בַּע"ח כּו' הָרִי לְהִדְיָא דְהַע"ש ס"ל דְּאִין לְחַלֵּק
בִּינֵיהֶם: וְעֵיקַר קְוִשְׁיָתָם דְּלָמָּה נִקְטוּ בְּזַה עַל אֲמִירַת אָמְנָה כְּמוֹ שְׁהַקְשָׁה הַק"נ וְהַב"ח
וְהַאוו"ת פְּנ"ל אִינוּ קִשְׁיָה לְפַמֵּשׁ כִּי לְעִיל דְּעֵיקַר הַטַּעַם דְּנִצְאָמֵן לוֹמַר דְּאָמַר פֶּן כְּדִי לְדַחּוֹת
בַּע"ח מְשׁוּם דְּבָזָה אָמְרִינֵן דְּהוּי פְּגָבוּי דְּהָא לְגַבֵּי הַמְּלָנָה הַשְּׁנִי דְּלֹא נוֹלַד לְגַבֵּי שׁוּם
רִיעוּתָא כְּלָל עַל הַשְּׁטֵר דְּהוּי פְּגָבוּי וְמַה"ט יֵשׁ לְהַמְּלָנָה הָא' ג"כ זְכוּתוֹ וְכַמֵּשׁ כִּי לְעִיל
וּמְבֹנָאָר בְּתוֹס' סוּטָה ד' כ"ה ד"ה בַּש"א כּו' דְּאָף לַב"ש דַּס"ל דְּכָל שְׁטֵר הוּי פְּגָבוּי וְנוֹטֵל
הַכֵּל דְּאִין זֶה רַק בַּשְּׁטֵר שְׁהִיָּה כְּבָר בְּחֻזְקַת שְׁטֵר מְעַלְיָא וְנוֹלַד סְפֵק עַל אַח"ז אֲבָל אַם
אִינוּ דְּנִין אַם עֵמֵד מְעוּלָם לְגַבּוֹת אִין זֶה פְּגָבוּי לְגַמְרִי אַף לַב"ש ע"ש וְכִינֵן דְּעֵיקַר הַטַּעַם
דְּיָכוֹל לְחַזְרוֹר וּלְגַבּוֹת בּוּ זֶהוּ מְשׁוּם דְּהוּי פְּגָבוּי א"כ ה"א דְּזֵהוּ דְּנִקָּא בְּטוּעוֹן פְּרוּעַ דְּעֵמֵד
הַשְּׁטֵר כְּבָר לְגַבּוֹת מְאוּתָן נְכֻסִים בְּזַה אָמְרִינֵן דְּבַשְׁטֵר דְּאִין בּוּ רִיעוּתָא הוּי פְּגָבוּי לַכ"ע
אֲבָל בְּטַעַן אָמְנָה דְּעַכְשָׁיו נוֹלַד הַסְּפֵק אַם עֵמֵד כְּלָל מְעוּלָם הַשְּׁטֵר לְגַבּוֹת מְאוּתָן נְכֻסִים
דְּהוּי אָמִינָא דְּלֹא הוּי בְּזַה פְּגָבוּי ע"כ נִקְטוּ זֶה בְּאָמְנָה דְּהוּי רְבוּתָא דְּאָף בְּאָמְנָה מ"מ פִּינּוּן
דְּלֹא נוֹלַד בּוּ רִיעוּתָא כְּלָל דְּבַכָּה"ג הוּי פְּגָבוּי לַכ"ע פִּינּוּן דְּהַחֻזְקָא לְנוּ כְּבָר הַשְּׁטֵר בְּחֻזְקַת
שְׁטֵרָא מְעַלְיָא וְכַנ"ל וּמְתוּרָץ בְּפִשְׁטוּת קְוִשְׁיָתָם הַנ"ל: וּמַש"כ הַאוו"ת דְּכַבְּטַעַן פְּרוּעַ
מְסַתְּבַר דְּאִין לְהוֹצִיא מְמוֹן מְסַפִּיקָא הָא כְּבָר כְּתַבְתִּי דְּעֵיקַר הַסְּבָרָא שֶׁל הָרֵא"ש וּר' יוֹנָה
הוּא לְפִי דַּס"ל ג"כ פְּסַבְּרַת הָרֵאָב"ד דְּנִשְׁם דְּיֵשׁ לוֹ זְכוּת שֶׁל הַמְּלָנָה הַב' דְּלֹא גָרַע מְמַנּוּ
וְכַמֵּשׁ כִּי לְפָרְשׁוּ דְּהוּי בְּזַה פְּגָבוּי א"כ הוּי כַּש"כ בְּטַעַן פְּרוּעַ מִן טַעַן אָמְנָה דְּהָא בְּפָרוּעַ
מְסַתְּבַר לוֹמַר בְּיֹתֵר דְּהוּי פְּגָבוּי פְּנ"ל ע"כ שְׁפִיר יְכוּלִין לְהוֹצִיא מִן הַלְּנָה וּלְכַן וּדְאִי
לְדִינָא נִקְטִינּוּ דְּהָא דִּינָא אָמְרִינּוּ פֶּן אַף בְּטַעַן פְּרוּעַ וְכַמֵּשׁ כִּי הַע"ש וְהַב"ח וְהַסְּמ"ע וְהַט"ז
וְהַקְּרָבָן נִתְנָאֵל וְדִלֵּא כְּהַאוו"ת: סִימָן מַח (א) (סמ"ע סק"א וְש"ך סק"ב) שְׁטֵר שְׁנַמְחַל
שְׁעַבּוּדוֹ דַּעַת הַסְּמ"ע דְּגַבֵּי מִן בְּנֵי חוּרִין וְהַש"ך חוֹלֵק בְּזַה וְכַעֲיִן זֶה מְבֹנָאָר פְּלִגְמַת
הַפּוֹסְקִים בְּסִי"מ"ג שְׁטֵר מְוַקְדָּם דְּפָסוּל אִי מְצִי גַבֵּי מִן בְּנֵי חוּרִין וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְדוֹן בְּזַה
לְפִי שִׁיטַת הָאֲלָפֵס דְּהוּבָא בְּתוֹס' כְּתוּבָת ד' כ"א ד"ה הוֹצִיא עָלָיו כַּת"י כּו' דְּלֹא אָמְרִינּוּ
שְׁטֵרָא בְּיַדֵּי מְאִי בְּעֵי אֲלֵא בַּשְּׁטֵר דְּגוּבָה מְמַשְׁעָבְדִי כּו', וְכ"כ הָרַמְבַּ"ן ס"פ גִּט פְּשׁוּט
דְּבַכְת"י דְּכִינּוּן דְּלֹא גַבֵּי מְמַשְׁעָבְדִי יְכוּל לְטַעוֹן פְּרַעְתִּי וְהוּבָא שִׁיטָה זוּ בְּסִי"ט ס"ט סְעִי"ב
וּבַש"ך שֶׁם ס"ק י"ד ע"ש: א"כ לַפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בַּשְּׁטֵר מְוַקְדָּם וּבַשְּׁטֵר שְׁנַמְחַל שְׁעַבּוּדוֹ
דְּכִינּוּן דְּלֹא גַבֵּי מְמַשְׁעָבְדִי ע"כ יְכוּל לְטַעוֹן פְּרַעְתִּי אֲכַן לְפַמֵּשׁ כִּי הַש"ך שֶׁם לְחַלֵּק דְּשִׂאנִי
שְׁטֵר שְׁיֵשׁ בּוּ עֵדִים דְּאָף דְּאִין בּוּ אַחֲרִיּוֹת מ"מ אִינוּ יְכוּל לְטַעוֹן פְּרַעְתִּי מְשׁוּם דַּעַכ"פ
שֶׁם שְׁטֵר עָלָיו ע"ש ע"כ ה"ה בְּזַה פִּינּוּן דַּעַכ"פ עֵדִים חֲתוּמִים עָלָיו לְכַן ס"ל דְּאִינוּ יְכוּל
לוֹמַר פְּרַעְתִּי וְזֶה פְּשׁוּט: (ב) (שֶׁם ס"ק הַנ"ל) ד"ה עוֹד כְּתַב בְּסַמ"ע וַיִּמְיָהוּ גִרְאָה
דְּהִינּוּ דְּנִקָּא שְׁחוּזָר וְלָנָה בּוּ בְּיוֹם כּו' וּמִיָּרִי שְׁהַלְּנָהוּ בְּעֵדִים דַּא"כ אִינוּ קוֹדֵם לְמַלְנָה
בַּע"פ דַּכְת"י אַף מְוַקְדָּמַת לֹא מְהַנִּי דְּחִיּוּשֵׁינּוּ לְקַבּוּנָא כּו' עַכ"ל: וְכ"כ הַש"ך בְּסִי"מ"ג
ס"ק ח' וְהַקְצָה ח בְּסִי"ט ס"ק א' הוֹכִיחַ מִן הַתוֹס' גִּיטִין ד' ג' ע"ב ד"ה כְּתַב בַּכְת"י כּו'
שְׁכַתְּבוּ בְּסֵה"ד דְּחִיּוּשֵׁינּוּ דְּתַתְּפוּס הַפִּירוֹת וְתֹאמַר שְׁכַבְּרַתְּנָא שְׁהָא מְזַמֵּן הַכְּתוּב בּוּ עַכ"ל
אֲלֵמָא דְּמַהַנִּי תְּפִסָּה בַּכְת"י ע"ש בַּקְצָה"ח.

וְלַעֲנֵי דְּנִרְאָה לְחַלֵּק דְּיֵשׁ לוֹמַר דְּבַכְת"י לֹא מְהַנִּי תְּפִסָּה מְשׁוּם דְּכִינּוּן דְּטַעַנַת חוֹב יֵשׁ לִי
בְּיַדְּךָ הוּי טַעֲנָה גְרוּעַ ע"כ לֹא מְהַנִּי תְּפִסָּה. מַשֵּׂא"כ הֵתָם בְּגִידוֹן הַתוֹס' גִּיטִין דְּהָא מִן

התורה אין הבעל אוכל פירות רק מתקנת תו"ל והוי כמו ספק בתקנה ולכן מהני תפיסת האשה.

וכעין זה מצינו בח"מ סי' קע"ה סעי' מ"ה גבי מצרנות דאם הוי ספק אין הלוקח מסתלק כו' לפיכך אם טען הלוקח ואמר גזלן אתה כו' או שוכר כו' צריך בעל המצר להביא ראיה ע"ש בפ"ד ס"ק מ"ב והנה מצד ספק בתקנה לא שייך לדון בזה לפי מש"כ בקונטרס התפיסה בחידושים שלי דלא דייגינן ספק תקנה להקל רק אם הוי ספק בעיקר התקנה אבל בנולד הספק בגידון שאינו בעיקר התקנה דינו ככל הספיקות ואפ"ה אמרינן התם גבי ספק שמה גזלן או שוכר וממשפן דאין מוציאין מן הלוקח ובאמת הא זה הוי ספק גרוע דהא באמת הדין הוא בקרקע דאם ידוע בעדים שיודעים שהיה הקרקע בחזקתו אפילו יום אחד מוציאין מהמחזק בה כמבואר בסי' ק"מ סעי' א' אם לא החזיק בה שני חזקה: אלמא דלא דייגינן זה לספק כלל ואפ"ה במצרנות פיון דהוי ספק בהתקנה עכ"פ לכן אמרו דאין מוציאין מהמחזק ע"פ ד"ת: לכן ה"ה יש לומר דמה"ט מהני תפיסת האשה בהפירות אף דבאמת הוי זה ספק גרוע מ"מ מהני תפיסתה פיון דמה"ט שייך לה בנודאי זכות הפירות וכה"ג פתבתי בחידושיי סי' ס"ד דלכן באם הוי חוב ידוע בעדים מהני טענתו דבמשכון בא לידי אף דמשכון הוי בעצם טענה גרוע בכ"ד דמ"מ פיון דמה"ט אף מטלטלי משתעבדי וגובה מיתמי ג"כ לכן מהני תפיסתו אף דהוי טענה גרוע יע"ש.

וה"ה בנ"ד משא"כ בתפיסת הבע"ח ע"י כת"י דאם הכת"י הוא בקנוניא אז אף מה"ט אינו נוטל לכן לא מהני תפיסה בטענה וספק גרוע כן יש לחלק בזה: סימן מט (א) (סעי' ג') דבהפירת הלנה נאמן אף אשה וקרוב: וכ"כ הטור והנמוקי יוסף והרא"ש בב"ב ד' קס"ז והמ"מ פ' כ"ד ה' מלנה ה"ד וראייתם מהא דיבמות ד' ל"ט דאף אשה וקרוב נאמנים גבי הפירת אחי המת דהוי מילתא דעביד לגלוי וכ"כ הבאר הגולה ס"ק ו': ולענ"ד נראה דה"ה אף קטן שהוא מכיר ונבון נאמן בהפירת הלנה דהא פתב הרמב"ם בפ"ד ה' יבום ה' ל"א דאפילו אשה או עבד או קטן שהוא מכיר ונבון נאמנים לומר זה פלוני אחי פלוני וזו היא יבמתו וחולצין על פיהם משא"כ בשארי עדות של תורה בין בעדות ממון בין עדות איסור שנה דבר העשוי להגלות ואפשר לידע אמתת הדבר שלא מפיהו פענן שבארנו בסוף ה' גרושין כו' עכ"ל וכ"כ השו"ע אה"ע סי' קנ"ז סעי' ב' ובסי' קס"ט סעי' ח' ולפ"ז ה"ה בהפירת הלנה נאמן קטן שהוא חכם ונבון בזה דהא זה נלמד מהא דיבמות ד' ל"ט כמש"כ הראשונים הנ"ל וכיון דהתם נאמן קטן חכם הנה דנאמן קטן נכון על הפירת הלנה ועיין בג"פ סי' ק"כ ס"ק י"ד וס"ק ט"ו מזה הענין: ובקונטרסי לעגונא אחת פתבתי להוכיח מן הרמב"ם ושו"ע אה"ע הנ"ל פדברי הט"ז באה"ע סי' י"ז סעי' י"ג והב"ש שם ס"ק ל"ד דקטן שיש לו דעת והגיע לעונת הפעוטות דנאמן אף במכוין להעיד וכמש"כ הטור שם.

והוכחתי פדברי מהא שפתב הרמב"ם והשו"ע דקטן נאמן בהפירת אחי המת אם יש לו דעת לפי שנה עביד לגלוי ודבר העשוי להגלות בארנו בהלכות גרושין בסוף וכמש"כ לעיל לשון הרמב"ם וכיון דהרמב"ם מדמה הא דהפירת אחי המת להא דסוף ה' גרושין דמייירי שם בעדות מיתה דזהו הכל מצד עביד לגלוי א"כ מוכח מזה דכמו דנאמן קטן

חכם ונבון על עדות אחי המת כמו כן נאמן הקטן חכם על עדות מיתת בעלה דהא הרמב"ן
מדמה אותן להדדי ועיין בהמ"מ סוף ה' גירושין והנה בתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל סי'
צ"ב כתב לדון דעד מפי עד לא יהא נאמן בהפרכת אחי המת אף דנאמן בעדות מיתה
והשיג על הב"ש סי' קנ"ז ס"ק ב' משום דשאני עדות מיתה דשיני' בי' דייקא ומינסבא
ומתוך חומר כו' ע"ש א"כ כש"כ במה דמצינו דנאמן בהפרכת אחי המת כמו קטן חכם
כש"כ דנאמן על עדות מיתה ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ח' ענף ב' בד"ה וידוע
שיטת התשב"ץ והנו"ב כו' מש"כ שם א"כ מוכח מן שיטת הרמב"ם והשו"ע דסי' קס"ט
פשיטת הט"ז בשם הטור דקטן שיש לו דעת נאמן בעדות מיתה ועיין בנו"ב ובבית מאיר
בסי' י"ז ובחמדת שלמה ח' אה"ע סי' י"ג.

וראיתי בספר קהלת יעקב מהגאון מליסא זצ"ל על אה"ע סי' י"ז סעי' י"ג שתמה שם
על הט"ז בזה אבל באמת העיקר כמש"כ הט"ז פנ"ל ובקונטרסי הארכתי בכ"ז: (ב) שם
סעי' ז') היו שנים בעיר אחת שם כ"א מהם יוב"ש כו' ולא אחר יכול להוציא שט"ח
עליהם כו' הנה לעיל סי' מ"ד סעי' א' הארכתי קצת בזה וכתבתי דמהני תפיסה בזה ואין
העדים רשאים לחתום לכתחילה על שטר בזה ע"ש: (ג) (שם) ואם יש בידו שובר מא'
מהם אין שום א' יכול לתבוע כו' ומיהו אם יכתבו הרשאה יגבה א' מהם והאו"ת
והקצה"ח והנתיבות כתבו לדון בזה לפמש"כ התוס' בב"ב ד' ל"ה ע"ב ד"ה אין מוציאין
כו' דאפילו כתבו הרשאה הואיל ורשעים הם אין נזקקין להם א"כ ה"ה הקא פיון דא'
מהם הוא רמאי ע"כ לא יועיל הרשאה בזה פיון דע"פ דין לא מהני הקנאה בממון שאין
יכול להוציאו בדינין ועיקר הרשאה אינו אלא תקנת חז"ל ובכה"ג לא תקנו והאריכו
בזה ובאמת הא רב אשי פליג שם ואמר דשמ' גזלן וכן קיי"ל לדינא פרב אשי פמבואר
בסי' קל"ט סעי' ב' והעיקר מה דנ"ל בזה והוא דיש לחלק דהא לכאורה יש להקשות על
מה דקיי"ל פרב אשי דאם בא שלישי וחספה בלא טענה מוציאין מידו דהא כתבו בסי'
קמ"ו סעי' ט' דאין מוציאין מן המחזיק בלא טענה עד שיביא המערער עדים שהוא שולו
אבל אינו קשה דדוקא פשהחפץ הגיע כבר ליד המחזיק מקודם דטען המערער ברי דהוא
שולו בזה אין מוציאין ממנו בלא עדים דיש לו דין מוחזק כעין כל חזקת ממונא דלא מהני
טענת ברי להוציא כדקיי"ל אבל התם בסי' קל"ט דטענו ברי מקודם דהגיע החפץ
להשלישי ובעת דטענו ברי לא הנה אז חזקת ממונא המנגדתו והנה נאמן אז ע"פ טענת
ברי וכמש"כ בחי' הרמב"ן לב"ב ד' ל"ד דהיכא דליכא חזקה דממונא ברי ושמא ברי
עדיף וכ"כ הש"ך בסי' צ"א ס"ק י"ב וכ"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ד' ע"ש
ע"כ אף לאחר דחספה השלישי ג"כ מוציאין ממנו ע"פ טענת ברי דהחזוק לנו מקודם:
ונ"ל השיטה מקובצת בב"ב ד' ל"ה ע"ב ד"ה אמרי נהרדעי אם בא א' והחזיק בה בלא
טענה כו' וטעמיהו דנהרדעי דכיון שאין עדים שהחזיק א' מהם וכ"א מכחיש חבירו
בטענת ברי אין פאן שום ראי' שתהא לא' מהם הילכף אם בא א' והחזיק בה אע"פ
שעושה שלא כדיון אין מוציאין מידו דה"ל ממון שאין לו תובעין וכמו שיורד לשדה אחת
שלא יודע של מי השדה שאין ב"ד נזקקים להוציא מידו דשמא שדה של הפקר היא ועוד
דאם יוציאונה מידו שמא יש נזק לבעל השדה כו' ולא דמי להא דירוד לנכסי רטושין כו'
עכ"ל השמ"ק הרי להדיא דכתב בטעמיהו דנהרדעי דלכו אין מוציאין מהשלישי משום
דכיון דמכחישין זה את זה בטענת ברי שלהן א"כ הוי כמו דאין להם טענת ברי כלל והא

נתבאר דטעמו דרב אשי דס"ל דמוציאין ממנו הוא משום דס"ל דבכעין זה אמרינו ברי ושמא ברי עדיף אבל נהרדעי ס"ל דכיון דמכחישין זא"ז נחשב זה כמו דלא היה טענת ברי כלל לפנינו ולכן אין מוציאין מהשלישי דהוי כמו דטענו שמא ולפ"ז י"ל דזהו ג"כ פוננת התוס' שפכתבוהואיל דהם רשעים אין נזקקין להם פוננתם ג"כ פועין סברת השמ"ק דכיון דהם רשעים לא נחשב טענתם לטענת ברי כלל הואיל והם מכחישין אהדדי אבל הקא שהלנה מודה דחייב לאחד מהם ונדאי או ביש עדים ע"ז ונדאי דמהני הרשאה בזה אף לשיטת נהרדעי: וראיה לזה דהא התוס' בכורות ד' מ"ט ד"ה ה"מ היכא [כו' פתבו בסה"ד דהיכא דשניהם לפנינו ומצוים לתת לא' מהם א"צ הרשאה ואף שפכתבו בלשון דילמא מ"מ הא הש"ך ביו"ד סי' ש"ה ס"ק ל"ה כ"כ לדינא בשם המע"מ ועיין בתוס' חגיגה ד' י"ח ד"ה פאן באכילה וכ"כ במק"א דבכה"ג מהני מן הדין אף בלא תק"ח ולפי דברי הקצה"ח בפוננת התוס' דב"ב ה"ג"ל דכיון דעיקר הרשאה הוא מתק"ח ע"כ לא תקנו בכה"ג דהם רשעים ולפ"ז הדין נותן דהיכא דשניהם לפנינו דיהיו יכולים להוציא אף בכה"ג פיון דזהו מן הדין ובאמת הא בלשון דאמרו בב"ב אמרי נהרדעי אם בא א' והחזיק אין מוציאין מידו דמשמע דאין מוציאין ממנו בשום אופן כלל אף בבאו שניהם לפנינו וע"כ מוכח כמש"כ דטעמם הוא משום דבכה"ג אין ממש בטענת ברי שלהם ולכן בנ"ד י"ל דמודו דמהני הרשאה: (ד) (שם סעי' י') שני יוב"ש שלנה א' מהם מאחד ונמצא לא' מהם שדה שקנה מן יוב"ש השני או שהיו שותפים בו אין המלנה טורף מצד כו' לפי שאין נכסי בע"ח משועבדים אלא מטעם הערב כו' וכיון שא"י לתפוע מהלנה עצמו ע"כ אין לגבות מנכסי כו' ועיין בש"ך שם ס"ק י"ט וס"ק כ' ובאו"ת והקצה"ח ונתיבות שם: ענף א' והנה האו"ת שם ס"ק י"ט הביא בשם הגי"ת דהרגיש דלמה השמיט הרמב"ם הך דינא דמבואר בבכורות ד' מ"ח להדיא והעיקר הוא משום דס"ל להרמב"ם דהא דאמרינו נכסי דב"ג ערבין לו ולא יתבע ערב תחלה היינו אי שעבודא לאו דאורייתא כו' אבל להרמב"ם דס"ל ש"ד לא דיינינו פן וע"כ יפה עשה הרמב"ם שהשמיט הך דינא כו' עכ"ל האו"ת ובאמת לפמש"כ התוס' גיטין ד' נו"ן ע"א ד"ה פיון דדיני כו' דרבא ס"ל שעבודא דאורייתא וכ"כ הריטב"א והובא בש"ך ח"מ סי' ל"ט ס"ק ב' ואפ"ה אמר רבא בבכורות ד' מ"ח להך דינא דמפדי נכסי דבר אינש ערבין לי מי איכא מידי דלדידי לא מצוי תבע כו' וכן בב"ב ד' קע"ד אמר רבא פועין זה אלמא דאף דס"ל ש"ד מ"מ אמר דנכסי דאינש ערבין לי וכמש"כ רש"י בקידושין ד' י"ג ע"ב ד"ה לאו דאורייתא כו' דהא דש"ד זהו מצד דנכסי דאינש ערבין לי ומשתעבדים מדין ערב כו' ע"ש א"כ מוכח מזה דלא פהתומים דאף אי ש"ד מ"מ זהו מצד נכסי דבר אינש ערבין כו' ועיין בב"ב ד' קע"ד וברמב"ם ה' מלנה פ' כ"ב ה"א וקצרת: והנלע"ד בעיקר הך מילתא דבכורות מ"ח והא דסי' מ"ט ה"ג"ל דאמרו דלכן אינו תובע מהנכסים לפי דנכסי דאינש ערבאין לי והיכא דלא מצוי לתפוע מגופו ע"כ לא מצוי לגבות מנכסיו הן במלנה בשטר ממשעבדי הן במלנה בע"פ מב"ח משדה שותפות כמו הא דבכורות ה"ג"ל דזהו פועין סברת הר"ת דהובא בש"ך סי' ס"ו ס"ק א' דכתב דאף דמכירת שטרות מה"ת מ"מ מהני מחילת המוכר שט"ח משום דשני שעבודים איכא א' שעבוד נכסי ב' שעבוד הגוף וכיון דמחלו ופקע שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד נכסי וזהו ג"כ מה"ט דהא דבכורות והא דס"ס מ"ט ה"ג"ל דכיון דנכסי דאינש ערבין לי ע"כ היכא דלא מצוי תבע

לגופו ממילא לא תבע לנכסיו ואפשר דלכן ס"ל להרמב"ם מכירת שטרות דרבנן כמבואר בסי' ס"ו שיטתו משום דהוכיח פן דאל"כ מפני מה מהני מחילת המוכר פהוכחות התוס' והפוסקים בזה דאין לומר פסברת הר"ת הנ"ל דהא הרמב"ם לא הביא להא דבכורות ד' מ"ח הנ"ל וע"כ מוכח דס"ל פסברת האו"ת דכיון דש"ד לא פקע שעבוד נכסי אף דליכא שעבוד הגוף ע"כ מוכח דלא כהר"ת בזה וקא דמוכר שט"ח ומחלו דמחול ע"כ זהו משום מכירת שטרות דרבנן: ועפ"ז יש לתרץ על נכון פנונת הרי"ף סוף ב"ב דכתב במה שהקשו בסתירת ר"פ דקידושין על ר"פ דב"ב דקידושין ד' י"ג א' ר"פ מלנה בע"פ גובה מיורשים משום ש"ד ובב"ב א' משום שלא תנעול כו' ות' הרי"ף משום דמחמת שלא תנעול דלת אוקמה רבנן אדאורייתא והש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' תמה ע"ז בשם הריטב"א ותוס' רי"ד דל"ל לטעם על מה דאוקמוה אדאורייתא אכן לפי מה דנתבאר דהיכא דפקע שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד נכסי ולפ"ז יש לדון במה דקיי"ל דגובין מיורשים דקשה הא כיון דמת הלנה ופקע שעבוד הגוף ממילא יפקע שעבוד נכסי וכן הקשה הסמ"ע בסי' ס"ו ס"ק נ"ה והקצה"ח שם ס"ק כ"ו.

והביא בשם הר"ן פ' הפותב דלכן במת הלנה גובין מיורשיו משום דשא"ה דנתערבו הנכסים בעת שהיה הלנה קיים ע"כ לא פקע שעבוד נכסי ושאני היכא דנפקע מחמת המלנה אז אף שעבוד נכסים נפקע ע"ש.

והאו"ת בסי' ס"ו ס"ק מ"ג הקשה ג"כ קושיא זו ותירץ דאף כשמת הלנה וזוכה היורש בנכסים אז אף עליו מוטל לפרוע ויש עליו שעבוד הגוף כמו על אביו, וכ"כ הגתיות בסי' ס"ו ס"ק כ"ד ולענ"ד יש להוכיח דעל יורש ליכא שעבוד הגוף מהא דכתובות ד' צ"ב דאיתא שם ראובן שירש שדה מייעקב ומכרה לשמעון שלא באחריות ואתא שמעון ומכרה לראובן באחריות ואתא בע"ח דיעקב וטרף מראובן דינא הוא דאגיל שמעון ומפצי ליה מ"ט בעל חוב דיעקב כבע"ח דעלמא דמי.

ופי' רש"י דלא אמרינן דראובן פרע' דאבנה הוא ואחריות דראובן לא קיבל עליו שמעון עכ"ל רש"י אלמא דאמרינן דעל יורש ליכא שעבוד גופי' דאם כהאו"ת דגם על יורש מוטל שעבוד על גופו א"כ קשה דמפני מה אמרו דבע"ח דיעקב כבע"ח דעלמא דמי כפי' רש"י והא כיון דעל היורש מוטל שעבוד על גופו כמו על אביו א"כ תיכף כשנפלו הנכסים לפני היורש משמעבד גופו ג"כ והוי בע"ח דילי' ואפשר לחלק דדוקא כשלא מכר השדה אז הוי שעבוד על גוף היורש משא"כ כשמכרה אז פקע שעבוד גופו דלא נשמעבד גופו אלא כשהשדה אצלו וע"כ במלנה בע"פ כשמכר היורש חייב רק משום מזיק שעבודו כמבואר בסי' ק"ז אבל לא משום חוב עצמו והתם בכתובות הא מייירי במכר השדה לאחר ואחר שיצתה מרשותו חזר וקנה השדה וכיון דאפסקי' אחר ע"כ פקע שעבוד הגוף שהיה על היורש ולכן אמרו דבע"ח דיעקב כבע"ח דעלמא דמי.

ואינו קשה מזה הסוגיא על האו"ת: ומ"מ עדיין תקשה על סברת האו"ת הנ"ל מהך דכתובות דמבואר שם דאף דאין לו שעבוד הגוף על היורש: מחמת דיצאה מרשות היורש ואפסקי' אחר פנ"ל ואפ"ה גובין מלקוחות מצד דמשועבד למלנה וכן מוכח ממה דחזינו דמלנה טורף שדה המשועבדת מלקוחות אף היכא דמת הלנה ואין לו שום שעבוד הגוף כלל על שום ב"א אפ"ה גובה מצד שעבוד מלקוחות דהא בלוקח לא שייך סברת

האו"ת לומר דמשתעבד גוף הלוקח ונדקא ב'יורש שיניך סברת האו"ת משום דהוי פ'רע' דאבנה א"כ מוכח מזה דגובין מהנכסים אף היכא דאין לו שעבוד הגוף כלל ודלא כהאו"ת בזה ותקשה באמת לפי המבואר בבכורות ד' מ"ח דהיכא דאין לו שעבוד הגוף דפקע שעבוד נכסי ומכל זה הוכיח הרי"ף דבאמת הא דגובין מ'יורשין אף אי ש"ד מ"מ אינו רק מדרבנן משום נעילת דלת וכן היכא דגובין מלקוחות אם מת הלנה ג"כ זהו רק מצד תקחו"ל.

ולכן א"ש מה דא' ר"פ בקידושין מלנה בע"פ גובה מ'יורשין משום ש"ד ובב"ב א' משום נעילת דלת די"ל דזהו משום דאוקמוה בזה אדאורייתא היינו פ'ינן דמה"ת זכה המלנה בשעבוד שהיה לו בעת שהיה הלנה קיים דהיה לו אז שעבוד הגוף עליו.

וממילא היה לו אז זכות מצד שעבוד נכסי מה"ת וע"כ תקנו חז"ל דאף במת הלנה לא ינפקע זכות שעבוד נכסי שהיה לו מכבר בהנכסים פ' י"ל בכוננת הרי"ף ומת'רץ קנשיות הש"ף ה"ל: אף במה דגובין מלקוחות אם מת הלנה י"ל דזהו מה"ת ע"פ סברת רש"י בפסחים ד' ל"מ"ד שכתב דהא דגובין מן לקוחות זהו משום דע"י השעבוד נעשה המכירה לדבר דאינו ברשותו כמש"כ לעיל בקונטרס בארנקה בסימן ל"ט ע"ש ולפ"ז יש ליישב דברי האו"ת ה"ל על נכון משום דס"ל דמלקוחות גבי מצד דהשעבוד עושהו לדבר דאינו ברשותו לשיטת רש"י פסחים ה"ל דהא יורש לירושא ממילא אף דהוי אינו ברשותו עכ"ז פ'ינן דיש לו שעבוד הגוף על היורש גובין ממנו אמנם לפמש"כ התוס' גיטין ד' מ' ע"ב ד"ה הקדוש כו' דמוכח דלא ס"ל פשיטת רש"י ה"ל ע"כ מוכח דלא כסברת האו"ת ה"ל: אלא כסברת הר"נ דאף דפקע שיעבוד הגוף פשמת הלנה אפ"ה לא פקע שעבוד נכסי או כמש"כ לשיטת הרי"ף דבאמת אין זה רק מדרבנן: גם יש לומר בכוננת הרי"ף דסוף ב"ב ה"ל דאף דש"ד מ"מ עפ"י דין תורה אין גובין מ'יורש עפ"י שיטת הרמב"ן דהובא בשבועות ברא"ש פ"ה סי' ג' דכתב דעכשיו דתקנו חז"ל דאין גובין ממשעבדי במלנה בע"פ דלאו שעבוד קרקעות מקרי ע"ש ע"כ הוצרך הטעם דלכן גובין מ'יורשים במלנה בע"פ משום דאוקמוה אדאורייתא ובמק"א הארכתי בזה ועיין לעיל סי' ל"ט סי' ד' בש"ד בסופו: ענף ב ובאמת יש לדון הרבה לפמש"כ הר"נ בפ' הכותב ה"ל דלכן ב'יורשין גובין מהם אף דמת הלנה וליכא שום שעבוד הגוף עכ"ז פ'ינן דלא מ'פקע שעבוד הגוף מחמת פטור של המלנה לכן לא פקע שעבוד נכסי דהא הנכסים נתערכו כבר לפי שעיקר ערבותן של הנכסים הוא בענן זה כו' וכמש"כ הקצה"ח בסי' ס"ו ס"ק כ"ו לבאר פ' זה א"כ לפ"ז תקשה בהא דסוף סי' מ"ט ה"ל ובהא דבכורות ד' מ"ח ה"ל דיוב"ש שהיה להם שדה בשותפות דאין גובין מהם לפי דנכסי דאינש ערבין לו וכינן דא"י לילה לגופו כו' והא ב'יורש ג"כ ליכא שעבוד הגוף כלל ואפ"ה לא פקע שעבוד נכסי א"כ ה"ה בהא דב' יוב"ש יגבה מן שעבוד נכסי היינו מן שדה שנותפות שלהם אף לפמש"כ ע"פ סברת האו"ת דלכן גובין מ'יורש לפי דנשתעבד גופו והא דגובין מן לקוחות אף במת הלנה כבר נתבאר טעם נכון דאינו קשה מזה על סברת האו"ת עפ"י שיטת רש"י בפסחים א"כ לפ"ז י"ל באמת דזהו כלל ברור דהיכא דלא שיניך שעבוד הגוף ינפקע שעבוד נכסי ולעולם בעינן דבעת דגובה מן שעבוד נכסי דיהיה לו שעבוד הגוף.

ע"כ א"ש בפשיטות הא דבכורות וכן הא דס"ס מ"ט וכן לפמש"כ בפשיטת הרי"ף דסוף ב"ב די"ל דבאמת הא דגובין מירוש אין זה רק מדרבנן אף אי נימא ש"ד י"ל דהתקנה לא הנה רק במת הלנה משום דאל"כ ילקה הדין דזהו דבר המצוי ומשום שלא תנעול דלת עשו פן משא"כ ב' יוב"ש דלא שכיח דיקתבו שטר ולא ישלשו השמות בשני יוב"ש ע"כ לא תקנו פן התם וכעין זה כתב ר' אפרים והובא ברא"ש ב"ק פ"א סי' י"ט לחלק פנה בין מידי דשכיח ולבין מידי דל"ש ע"ש וא"ש הפל בפשיטות דאינו קשה אבל לפשיטת הר"נ תקשה דמ"ש ב' יוב"ש מן הא דמת הירוש דגובין מהשעבוד נכסי אף דליכא שעבוד הגוף: ואין לחלק דשאני בהא דמת הירוש דהא בחיי הלנה הנה לו שעבוד הגוף ע"כ אף דעכשוו פשמת פקע לו מ"מ פיון דבעת שהנה לו שעבוד הגוף מחיים זכה אז בהשעבוד נכסי.

וע"כ אף לאחר מיתתו לא מיפקע זכותו ושזכה פבר משא"כ גבי ב' יוב"ש דלא נתברר מעולם זכותו דז"א דהא גבי יוב"ש ג"כ הא בעת ההלנאה הנה ידוע ומבונר לנו אז השעבוד הגוף על אינה יוב"ש הוא מוטל רק לאחר ההלנאה נולד לנו הספק ואף דתיקף לאחר ההלנאה נולד הספק לאינה יוב"ש הלנה עכ"ז הא גם במת הלנה תיקף לאחר ההלנאה מ"מ גובין מירוש ואף דמת בתוך זמ"פ פידוע א"כ מ"ש ב' יוב"ש פנה: ובאמת לולי דברי הטור ושו"ע יש מקום לומר בהא דבכורות דף מ"ח ה"ג"ל דס"ל לר' ירמיה בשני יוב"ש שהיו בעיר א' דגובה משדה שנתפוח שלקה ורבא מקשה ליה מפדי נכסי דבר אינש כו' די"ל דבאמת גם רבא מודה בשני יוב"ש דכיון דבעת ההלנאה הנה מבונר אז בעת ההלנאה על מי מהם מוטל שעבוד הגוף ע"כ לא מיפקע שעבוד נכסי דזכה פבר [וכש"כ אם הנה הלנאה בשטר ומתו העדים לאחר ההלנאה דזה דומה למת הלנה דגובין מירוש ועיין בח"מ סי' מ"ט סעי' זי"ן ובש"ף שם ס"ק י"א דאלים שעבודו ביותר דהא אז הנה זה ממון דיכול להוציא בדינין אף ממשעבדי] אלא קושיות רבא שם קאי עלה דאמרו שם מעיקרא גבי זכרים דאם מת האב בתוך ל' יום דלא נתברר מעולם לנו על מי חל השעבוד הגוף של חוב הפדיון ומ"מ ס"ל שם להש"ס מעיקרא דגובה מהם כשלא חלקו וכמו בשני יוב"ש כו' ע"ז שפיר מקשה ליה רבא דמפדי נכסי דאינש ערבין ליה דהא התם דלא נתברר מעולם על מי הוא מוטל השעבוד הגוף ע"כ ליכא פנה שעבוד נכסי.

ואין זה דומה למת הלנה דגובין מירושיו דהא שם נתברר בחיי הלנה דהנה לו שעבוד הגוף עכ"פ וכנ"ל אבל לעולם י"ל גבי ב' יוב"ש דכיון דבעת ההלנאה הנה מבונר השעבוד הגוף דגם רבא מודה דגובין מן שדה שנתפוח שלקה פן י"ל בכ"ז לולי דברי הטור ע"ס מ"ט: שוב ראיתי דזה אינו קשה כלל די"ל דשאני במת הלנה דגובין מן יורשים משום דהא בעת ההלנאה הנה לו שעבוד הגוף אז ממילא זכה אז בשעבוד נכסי ולא פקע זכותו מה שזכה פבר בשעבוד נכסי בעת שהנה לו זכות מבונר לשעבוד גופו על הלנה בעת שהנה הלנה חי ובנה שנייה לומר דהנכסים נתערבו אז וזה דומה למה דגובין מן ערב אף דמת הלנה וכמש"כ הקצה"ח פועין זה בסי' ס"ו ס"ק כ"ו להסביר סברת הר"נ משום דאדעתא דהכי נתערבו הערב והנכסים אבל בהא דבכורות דף מ"ח ה"ג"ל בשני יוב"ש ששלקחו שדה בשנתפוח דהא בעת ההלנאה לא הנה להם השדה שנתפוח כדמשמע מן לשון הגמ' דאמרו בלשון ששלקחו שדה בשנתפוח ולא נקטו בלשון שהנה

להם שְׁדָה בְּשׁוֹתְפוֹת דְּמִשְׁמַע מִזֶּה שְׁלִקְחוּ הַשְּׁדָה אַחַר עַת הַלְנוּאָה: וי"ל דְּוִנְקָא בְּזָה שְׁפִיר אָמַר רַבָּא דְּמַפְדֵי נְכָסֵי דְּבַר אֵינְשׁ עֲרַבִין לִיה כּו' מִשׁוּם דְּבְזָה לֹא שְׁיִיף לֹאמַר דְּזָכָה כְּבַר בְּשַׁעְבוּד נְכָסֵי אַף דְּכָתַב דְּאַקְנֵי וְגַם דְּהָא מַה"ת מִשְׁתַּעְבֵּד נְכָסֵי אַף לְאַחַר הַלְנוּאָה כַּמֶּש"כ הַתּוֹסֵף בְּכוֹרוֹת דָּף מ"ט ע"ב ד"ה וְדִידֵיהָ אֶזְגַּל כּו' בַּסֵּה"ד שָׁם עַכ"ז אֵינּוּ גּוֹבֵה בְּזָה מִשׁוּם דְּהָא בַּכָּה"ג לֹא זָכָה מֵעוֹלָם בְּשַׁעְבוּד שְׁדָה שְׁוֹתְפוֹת פִּינּוֹן דְּקִנּוּ שְׁדָה בְּשׁוֹתְפוֹת לְאַחַר הַהַלְנוּאָה וְאִזּוּ נּוֹלַד לְנוּ סַפְקָא מִי הוּא הַלְנוּה וְכִינּוֹן דְּבַעַת שְׁקִנּוּ הַשְּׁדָה לֹא נִתְפַּרַר אִזּוּ הַשַּׁעְבוּד גּוֹפּוּ ע"כ פִּקְעַ שַׁעְבוּד נְכָסֵי מִמִּילָא וְכֵן בִּיּוֹב"ש שְׁקִנְהָ שְׁדָה מִן יוֹב"ש הַב' לְאַחַר הַהַלְנוּאָה דְּכִינּוֹן דְּאִזּוּ נּוֹלַד הַסַּפְקָא מִי מִהֶם הוּא הַלְנוּה ע"כ פִּקְעַ שַׁעְבוּד נְכָסֵי דְּלֹא שְׁיִיף בְּזָה לֹאמַר דְּאִדְעָתָא דְּהִכִּי נִתְעַרְבוּ הַנְּכָסִים אֲבָל אִם הִיָּה לְהֶם שְׁדָה בְּשׁוֹתְפוֹת בַּעַת הַהַלְנוּאָה דְּכִינּוֹן דְּבַעַת הַהַלְנוּאָה יָדוּעַ מִי הוּא הַלְנוּה וְכַש"כ בְּהַלְנוּאָה בְּשַׁטְרַ וּבַעֲדִים רַק דְּאַח"כ מִתּוּ הַעֲדִים וְכַה"ג דְּהִיָּה לוֹ אִזּוּ שַׁעְבוּד הַגּוֹף מְעַלְיָא עַל הַלְנוּה בְּבִירֹר וְיָכוֹל לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ אִזּוּ בְּדִינֵינּוּן אַף דְּאַחַר הַהַלְנוּאָה נּוֹלַד הַסַּפְקָא לְנוּ מִי מִהֶם הוּא הַלְנוּה עַכ"ז דּוּמָה זֶה לְהָא דְּמַת הַלְנוּה תִּיָּקַף לְאַחַר הַהַלְנוּאָה אַף בְּתוֹף זמ"פ דמ"מ גּוֹבִין מִהִיּוֹרְשִׁים בְּנֻדָּאֵי פִּינּוֹן דְּהִיָּה לוֹ שַׁעְבוּד הַגּוֹף בְּחִיּוֹ וְאִדְעָתָא דְּהִכִּי נִתְעַרְבוּ הַנְּכָסִים בַּעַת הַהַלְנוּאָה וְכַמֶּש"כ הַקְצָה"ח שָׁם פְּנ"ל וְה"ה בְּהַף דְּשִׁנֵי יוֹב"ש דְּבַעַת הַהַלְנוּאָה שְׁהִיָּה לְהֶם אִזּוּ שְׁדָה שְׁוֹתְפוֹת דְּנִתְעַרְבוּ הַנְּכָסִים הָאֵלוּ אִזּוּ וְזָכָה אִזּוּ בְּשַׁעְבוּד נְכָסֵי ע"כ אַף לְאַח"ז דְּנּוֹלַד הַסַּפְקָא מִי מִהֶם הוּא הַלְנוּה עַכ"ז פִּינּוֹן שְׁזָכָה כְּבַר הוּא בְּחֻזְקָתוֹ וְלֹא פִּקְעַ שׁוֹב לְאַח"ז: וְכֵן בְּהָא דְּבְכוֹרוֹת דָּף מ"ח גְּבִי שְׁנֵי זְכָרִים שְׁמַת אֲבֵיהֶם תוֹף לְמ"ד דְּבִלְא חֻלְקוּ הַנְּכָסִים רְצוּ לֹאמַר דְּגוֹבֵה מִצַּד מִמֶּנּוּ"פ.

וע"ז שְׁפִיר מִקְשָׁה רַבָּא דְּמַפְדֵי נְכָסֵי דְּבַר אֵינְשׁ עֲרַבִין לִיה כּו' דְּהָא הֵתָם דְּלֹא נִתְפַּרַר מֵעוֹלָם שַׁעְבוּד הַגּוֹף עַל מִי הוּא ע"כ לֹא זָכָה מֵעוֹלָם בְּשַׁעְבוּד נְכָסֵי וְע"ז שְׁפִיר מִקְשָׁה רַבָּא פִּן אֲבָל בְּשִׁנֵי יוֹב"ש דְּאִם הִיָּה לְהֶם שְׁדָה שְׁוֹתְפוֹת בַּעַת הַהַלְנוּאָה שְׁפִיר י"ל דְּכַה"ג גַּם רַבָּא מוֹדָה לר' ירמיה דס"ל דְּגוֹבֵה מִן שְׁדָה שְׁוֹתְפוֹת דְּזֶה דּוּמָה לְהָא דְּמַת הַלְנוּה דְּגוֹבִין מִיּוֹרְשִׁים כַּמֶּש"כ הַר"ן וּבְאַמְתַּבְטוּש"ע סוֹף ס' מ"ט נְקֻטוּ בְּלִשׁוֹנָם גְּבִי ב' יוֹב"ש כּו' שְׁהִיּוּ שְׁוֹתְפוֹת בְּשְׁדָה כּו' וְאִדְרַבָּה מִשְׁמַע מִלִּשׁוֹנָם קִצַּת דְּקֹאֵי עַל הִיּוּ שְׁוֹתְפוֹת מְכַבֵּר דְּהָא זֶה לִשׁוֹנָם שְׁנֵי יוֹב"ש כּו' וְנִמְצָא לֹא מִהֶם שְׁדָה שְׁקִנְהָ מִיּוֹב"ש הַב' אוֹ שְׁהִיּוּ שְׁוֹתְפוֹת בּוֹ כּו' דְּמִתְחַלְהָ נְקֻטוּ בְּלִשׁוֹן שְׁקִנְהָ וְאַח"ז נְקֻטוּ בְּלִשׁוֹן שְׁהִיָּה כּו' וְאַף דְּזֶה אֵין הֶכְרַח כ"כ לְהוֹכִיחַ מִלִּשׁוֹנָם פִּן מ"מ מְדַסְתָּמוּ בְּזָה מִשְׁמַע קִצַּת דְּלֹא מְחַלְקֵי בְּזָה וְעַכ"ז לְפִי מַה דְּנִתְפַּאֵר דְּעִתֵי נוֹטָה דְּהָף דִּינָא דַס"ס מ"ט לֹא שְׁיִיף רַק בְּקִנּוּ שְׁדָה בְּשׁוֹתְפוֹת פְּמִבְּנֹאֵר בְּלִשׁוֹן הַש"ס בְּכוֹרוֹת דְּאַמְרוּ בַּזֶּה"ל שְׁנֵי יוֹב"ש כּו' וְלִקְחוּ שְׁדָה בְּשׁוֹתְפוֹת.

דְּמִשְׁמַע מִזֶּה דְּקֹאֵי בְּקִנּוּ שְׁדָה לְאַחַר הַהַלְנוּאָה דְּבַעַת דְּבָא לוֹ זְכוּת שַׁעְבוּד נְכָסֵי אֵין לוֹ אִזּוּ זְכוּת שַׁעְבוּד הַגּוֹף לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ בְּדִינֵינּוּן דּוּמָיָא דְּמִיָּירֵי הֵתָם בְּשִׁנֵי זְכָרִים דְּלֹא נִתְפַּרַר מֵעוֹלָם שַׁעְבוּד הַגּוֹף פְּנ"ל אֲבָל אִם הִיָּה לְהֶם שְׁדָה בְּשׁוֹתְפוֹת בַּעַת הַהַלְנוּאָה י"ל דְּגוֹבֵה מִהֶם מִצַּד מִמֶּנּוּ"פ וי"ל דֵּהַטוּשׁוּ"ע קִיָּצְרוּ בְּלִשׁוֹנָם בְּזָה וְאַף אִם לֹא נִתְפַּוְנוּ לְזֶה מ"מ לְשִׁיטַת הַר"ן הַנ"ל שְׁפִיר יֵשׁ לְחַלְקָא פִּן: וְע"פ פֶּל זֶה יֵשׁ לְדוֹן הַרְבֵּה בַּמֶּש"כ שָׁם הַטוּשׁוּ"ע בְּהָא דַס"ס מ"ט דְּנִמְצָא שְׁהַעֲרַב לְב' יוֹב"ש כּו' פֶּשֶׁם שֵׁא"י לְתַבְּנֹעַ מִהֶן כְּף א"י לְתַבְּנֹעַ מִהַעֲרַב וְע"פ מִש"כ הַבְּאֵר הַגּוֹלָה שָׁם ס"ק לְמ"ד דְּפִי דְּמִיָּירֵי בְּלֹא הַנְּפִירוּ בַּעַת הַהַלְנוּאָה כּו' וְיֵשׁ לְחַלְקָא לְפ"ז דְּשֵׁאֲנֵי הִיָּכָא דְּמַת הַלְנוּה דְּגוֹבִין מִן הַעֲרַב וְכֵן יֵשׁ לְדוֹן הַרְבֵּה לְפִי מַה דְּנִתְפַּאֵר בַּמֶּש"כ הַש"ף בַּס"ס מ"ט ס"ק כ' דִּיּוֹב"ש שַׁעֲרַב בְּעַד יוֹב"ש דְּאֵינּוּ יָכוֹל לְתַבְּנֹעַ

ממנו ויש להאריך בכ"ז אף דנימא דאין זה במשמעות הטושו"ע לחלק בין קנו שדה שנתפוח לבין הנה להם שדה שנתפוח בעת הלואה ועכ"ז לפי שיטת הר"נ כתובות הנ"ל שפיר יש לדון דאם הנה הלואה בעדים ואח"ז מתו העדים וכה"ג ונולד אח"ז ספק מי מהם הוא הלנה דבנה י"ל דגובה משדה שנתפוח שלקה שנהיה להם בעת ההלואה.

כיון דבעת הלואה הנה שעבוד הגוף ידוע באופן שהנה יכול להוציא ממנו בדין דכה"ג כיון שזכה כבר לשעבוד נכסי דלא פקע שוב: ענף ג ויש להוכיח עוד כהר"נ בנה מהא דכתובות דף מ"ח דמי שנשתטה ב"ד יורדין לנכסיו ונגין ומפרנסין אשתו וב"ב וד"א ושיטת הרמב"ם ה"א פ' י"ב ה' י"ז דעד שש שנים זגין אותם משום דיותר משש אינו מחוייב לזונן והא שוטה כיון דפטור מכל המצות ודאי ליפא עליו שום שעבוד הגוף כלל ואפ"ה יורדין לנכסיו בתורת שעבוד נכסי וע"כ מוכח דכיון דנשא אשתו בעת שהנה שפוי דנשתעבד אז במזונות אשתו וכן במזונות בניו דכתב הר"נ ספ"ה דכתובות דמן דין מזונות אמם נגעו בה דכחד גופא ניהו והובא בח"מ לאה"ע סי' ע"א ס"ק א' ע"כ כיון דנשתעבד גופו וזכה הבע"ח בשעבוד נכסים.

ממילא לא פקע שוב וא"ש אבל לפי סברת האו"ת דס"ל דלכן במת הלנה גובה מהיורש משום דנשתעבד גוף היורש אבל אם לא הנה נשתעבד גוף היורש לא הנה יכול לגבות מן היורש. א"כ תקשה דאיך מצי לגבות למזונות אשתו עכשיו דנשתטה.

וע"כ מוכח מזה פשיטת הר"נ דכתב דלאחר שנשתעבד גופו כבר לא בעינן שוב לשעבוד גופו אלא כשחלו דנפטור הגוף מחמת המלנה בנה נפקע שעבוד נכסי ועיין בפ"ה ח"מ סי' ע"ב ס"ק קס"ב שכתב בשם הרשב"א בתשובה שכתב דחייב מזונות הבת שפכל יום ויום הבא הוא מחוייב ועומד למפרע מעת שקיבל ההתחייבות על עצמו ויש להאריך בנה טובא ולחלק בין חייב דפוסק ע"ע ויבין חייב מזונות דתנאי ב"ד וכמבואר באה"ע סי' צ"ג סעיף כ"ב ב"ש ס"ק מ"א: ומ"מ יש לדחות זה ההוכחה דאף אי נימא דבתורת שעבוד נכסי לא מצינן לגבות בנשתטה עכ"ז א"ש הא דאמרו התם בנשתטה דיורדין לנכסיו ונגין אשתו וב"ב וד"א.

דזהו בתורת אןמדנא דאנן סהדי דמסתמא ניקח ליה וכמש"כ הטור באה"ע סי' ע"א והובא בח"מ שם ס"ק ו' ומה"ט אף ביותר מבני שש זגין אותם כדס"ל להטוש"ע שם ואף דקיי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש עכ"ז שא"ה דהוי מתנה שלא מדעת דעדיפא מן יאוש שלא מדעת וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' שנ"ח ס"ק א' ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' ענף ה' וע"כ אין הכרח מזה לדחות סברת האו"ת הנ"ל ועיין ביבמות דף מ"ד תוס' ד"ה פל שאינו כו' ובשיבת ציון סי' ד' בשם הפרמ"ג וקצרתני: וראיתי בנתיבות סי' ל"ט ס"ק ב' שכתב במי שנשתטה לאחר ההלואה דאי ש"ד יורדין לנכסיו בתורת שעבוד נכסי ובאמת יש לדון בדבריו לפמש"כ האו"ת דאין גובין מיורש אלא משום דנשתעבד גוף היורש אלא דבשביל מה דנשתעבד גוף הלנה בעת שהנה חי לא מהני זה לגבות מיורשיו אלא משום דיש לו שעבוד הגוף על היורש א"כ מה"ט לא ינהי יכול לגבות פעת דנשתטה ופקע שעבוד גופו פעת דממילא יפקע שעבוד נכסי אכן לפי דבאמת העיקר לדינא כמש"כ הר"נ וכמש"כ הקצה"ח בסי' ס"ו דלכן במת הלנה גובין מן הנכסים לפי דהא הנכסים נתערבו אז וכמש"כ לעיל להסביר זה דכיון דזכה להשעבוד

נכסי בעת ההלואה דהיה אז שעבוד גופו אלימא להוציא ממנו בדייגין א"כ ה"ה בנשטטה לאחר ההלואה דכיון דזכה כבר להשעבוד נכסי הוא בכתובתו ויפה פתב הנתיבות וקא דיבמות דף קי"ג דהיה חרש דרב מלכי אנסבא איתתא וכתב לה ארבע מאה זוזי מנכסיו ואמר רבא אלו רצה שפחה לשמשו כו' אין זה ענין לנ"ד דזהו מצד אומדנא פדאמרו קתם אלו רצה שפחה כו' וגם מצד תק"ח פיון דתקנו גישואין לחרש ועיין באה"ע סי' ס"ז סעיף יו"ד: וע"פ פל מש"כ י"ל דמזה הוכיח הרמב"ם דלא הביא להא דבכורות דף מ"ח די"ל דס"ל דכיון דחזינו בקידושין דף י"ג ובסוף ב"ב דאי ש"ד גובין מיורשין מה"ת דתקשה דהא פקע שעבוד הגוף פיון שמת הלנה ויכונשיות הר"נ והאו"ת הג"ל: ומזה הוכיח דבאמת לא בעינו לשעבוד הגוף כלל ודלא פהסוגיא דבכורות הג"ל ולא ס"ל לחלק למש"כ לעיל לחלק לשיטת הר"נ מהא דבכורות פנ"ל וע"כ השמיט הרמב"ם זה ועיין בגיטין דף נ' תוס' ד"ה פיון ופסחים דף ס"א ויש לי עוד לדון בשיטת הרמב"ם ע"פ הא דכתובות דף מ"ח דמי שנשטטה כו' שהבאתי לעיל ורבא דבכורות דף מ"ח הג"ל אזיל לטעמיה דס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש ע"כ לדידיה א"ש הא דכתובות הג"ל דמשום מתנה שלא מדעת דהוי מתנה נגדו פה ולא פליג על הא דכתובות דאמרו מי שנשטטה כו' וכשיטת התוס' דב"מ דף כ"ב דמדמין זה ליאוש שלא מדעת וי"ל דאזיל לשיטתו אף אין רצוני להאריף יותר בכ"ז: נחזור לעניינינו דנתבאר דלשיטת הר"נ דכתובות דלכן במת הלנה גובין מן היורשים משום דכיון דהיה לו שעבוד הגוף על הלנה נתערבו הנכסים אז ולא מיפקע ביותר ע"כ נראה לפ"ז לדון בהא דשני יוב"ש דס"ס מ"ט הג"ל דדוקא כשנולד הספק מי הוא החייב ומשועבד גופו בעת שחל זכות השעבוד נכסי אז אמרו דנכסי דבר אינש ערבין לו כו' וכמו הא דבכורות דף מ"ח בשני זכרים שלא נודע מי מהם הוא הבכור.

וכמו כן בשני יוב"ש שלקחו שדה שותפות דמדלא נקטו שם בגמ' בלשון שהיה להם שדה שותפות א"כ משמע דדוקא בלקחו שדה שותפות היינו אחר ההלואה בזה אמרו להך דנכסי דבר אינש ערבין ליה דהא בעת שחל זכות שעבוד נכסי נולד אז הספק מי הוא החייב אבל אם בעת שחל זכות שעבוד נכסי אז לא נולד שום ספק מי היא החייב כמו בשני יוב"ש אם היה מבורר בעת ההלואה מי הוא החייב ואח"ז מתו העדים ונאבד השטר וכה"ג ויהיה להם בעת ההלואה לשדה שותפות.

ע"כ בזה י"ל פיון דזכה זכות שעבוד הגוף בעת שהלונה לו ויהיה מבורר זכותו אז באופן שהיה יכול להוציא בדין מן גוף הלנה ע"כ אז ממילא זכה אז בהשעבוד נכסי על הנכסים בשדה שותפות שלהם.

ואף דאח"ז נולד ספק מי הוא החייב עכ"ז הא זה דומה למת הלנה דגובין מיורשים דאף דפקע עכשיו שעבוד הגוף מ"מ פיון דכבר נתערבו הנכסים זכה ולא פקע זכותו ה"ה בזה ובנדאי אין סברא לחלק דשאני ביורש דידוע לכל על מי היה לו שעבוד הגוף בחיי הלנה משא"כ בנ"ד נולד הספק דעל מי היה לו שעבוד הגוף מכבר דז"א סברא לחלק דהא פכ"פ עכשיו אין לו שעבוד הגוף כשמת הלנה וע"כ מוכח דלא איכפת לן במה דעכשיו אין לו שעבוד הגוף רק העיקר תלוי באם היה לו מתחלה פנ"ל א"כ ה"ה ביוב"ש דידוע דבעת ההלואה היה לו שעבוד הגוף מבורר פנ"ל: וכבר נתבאר דגם מן לשון הטוש"ע

דְּכַתְּבוּ בְּלִשׁוֹן שְׁהִיָּה לָהֶם שְׂדֵה שְׁוֹתְפוֹת אִין הֶכְרַח דְּלֹא יִסְבְּרוּ כִּן דִּי"ל דְּקִינְצָרוּ בְּלִשׁוֹנָם וְהָא שְׁפַתְבוּ שֵׁם דְּנִמְצָא שְׁהֶעֱרַב לְב' יוֹב"ש כּו' פֶּשֶׁם שֵׁא"י לְתַבְּנֵעַ מִקָּהּ כְּפָ א"י לְתַבְּנֵעַ מִקָּהֶעֱרַב הָא פְּתַב הַבָּאָר הַגּוֹלָה שֵׁם ס"ק לְמִ"ד דְּפִי דְּמִינְרִי בְּלֹא הֶנְפְּרוּ בְּעַת הַהִלְוָאָה כּו' א"כ הָא לֹא נוֹדַע לְהֶעֱרַב מְעוֹלָם מִי הוּא הַלְוָה וְכַגּוֹן דְּלוּוֹ ע"י שְׁלִיחַ וְכַה"ג וְלָכֵן אִין זֵה דוֹמָה לְהָא דְּמַת הַלְוָה דְּגוֹבִין מִן הֶעֱרַב.

דְּהָא בְּלֹא הֶנְפְּרוּ בְּעַת הַהִלְוָאָה א"כ נוֹלַד הַסְּפֵק בְּזֵה בְּעַת הַהִלְוָאָה מִי הוּא הַחֲזִיב. ע"כ י"ל דְּבַנ"ד שְׁנַתְּבָאָר גַּם הַטּוֹשׁו"ע מוֹדוּ לְמַש"כ דְּבַכְה"ג גּוֹבִין מִן שְׂדֵה שְׁוֹתְפוֹת וּמַש"כ הַשְּׂ"ךְ בַּס"ק כ' דִּיּוֹב"ש שְׁעֶרַב בְּעַד יוֹב"ש הַב' דֹּא"י לְתַבְּנֵעַ מִמְּנוּ כְּכַר תְּמָהוּ הַאו"ת וְהַקְּצָה"ח וְהַנְּתִיבוֹת עַל הַשְּׂ"ךְ בְּזֵה וּע"כ אִין לְסַתְּוֹר מְזֵה לְכָל מַה שְׁנַתְּבָאָר וּבְנוֹדַי הֶעֱיָקֵר כַּמַּש"כ הַר"ן בְּכַתְּוֹבוֹת וְדִלֹא כַּהַאו"ת וּע"כ יִצָּא לָנוּ דִּין מְחֻנְדָּשׁ דְּאִם הִיָּה מְבֻנְרָר בְּעַת הַהִלְוָאָה מִי הוּא הַחֲזִיב וְהִיָּה יְכוֹל לְהוֹצִיא אֲזֵי מִן שְׁעֵבּוּד גּוֹפּוּ דְּדִינְיָן רַק אַח"כ נוֹלַד סְפֵק מִי הוּא הַחֲזִיב דְּאוֹתָן הַנְּכָסִים שְׁהִיָּה לָהֶם בְּשְׁוֹתְפוֹת בְּעַת הַהִלְוָאָה דְּגוֹבָה מִקָּהּ מְשׁוּם מִמְּנ"פ וְלֹא דְּיִנְיָן בְּזֵה לְהָא דְּמְבֻנְרָר בְּכַוֹרוֹת וּס"ס מ"ט הַנְּ"ל: עֲנָךְ דּוּנְלַע"ד לְכַרְר ע"פ הַסְּבָרָא דְּהֶעֱיָקֵר כַּהַר"ן דְּמַש"כ הַאו"ת בַּס"י ס"ו ס"ק מ"ג דְּמַת הַלְוָה כְּשִׁיּוֹרֵשׁ זוֹכֵה נְכָסִים אִף הוּא מְשַׁתְּעֵבֵד כְּמוֹ לְוָה עֲצֻמוֹ וְעֲלִיו מוֹטֵל לְפָרוּעַ כְּמוֹ עַל אֲבִיו הַלְוָה עַכ"ל הַאו"ת דְּזֵהוּ דְּנַחֲק בְּסְבָרָא דְּאִיזָה שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף יְחוּל עַל הַיּוֹרֵשׁ וְאִי דְּנִימָא דְּמְשׁוּם מְצוּהָ עַל הַיּוֹרֵשִׁים לְפָרוּעַ חוֹב אֲבִיהֶם נִגְעוּ בְּזֵה וְאִין כּוֹפִין בְּזֵה מ"מ מְהַנִּי זֵה הַמְּצוּהָ לְהִיּוֹת נִחְשָׁב כְּשְׁעֵבּוּד הַגּוֹף דְּלֹא יִפְקַע שְׁעֵבּוּד נְכָסִי בְּזֵה וְכַש"כ לְשִׁיטַת הַרְמַב"ן דְּהוּבָא בַּס"י ק"ז דַּס"ל דְּהַבְּרִירָה בְּיַד ב"ד לְכוֹפֵן עַל מְצוּהָ דְּמִןטֵל עַל הַיּוֹרֵשִׁים לְפָרוּעַ חוֹב אֲבִיהֶן וְדֹאִי א"ש דְּלֹא פְּקַע שְׁעֵבּוּד נְכָסִי בְּמַה דְּמַת הַלְוָה אֲבָל מַה יַעֲנֵה הַאו"ת בְּמַה דְּמְבֻנְרָר בַּח"מ ס"י ק"ח בְּטוֹר שֵׁם וְהוּבָא בַּסַּמ"ע ס"ק מ"ב דְּכַמוּכַר שְׂדֵה בְּאַחֲרִיּוֹת לִיפָא שׁוּם מְצוּהָ עַל הַיּוֹרֵשִׁין לְפָרוּעַ חוֹב אֲבִיהֶן אִף דִּירְשׁוּ מְטַלְטְלִין מְשׁוּם דְּעֵבֵיד אִינְשׁ דְּזַבִּין לִיּוֹמָא וְכִן פְּתַבְתִּי בְּסְפָרִי בְּאַר יִצְחָק ח' ח"מ ס"י ב' דְּכַעֲיָן זֵה מְבֻנְרָר בִּירוּשְׁלַמִי חֲגִיגָה סוּף ה"א גְּבִי חוֹב עוֹלַת רְאִיָּה יַעו"ש א"כ תְּקַשָּׁה דְּאִיָּה גּוֹבִין חוֹב כְּזֵה מִן יוֹרֵשִׁים הָא בְּזֵה לִיפָא מְצוּהָ עַל הַיּוֹרֵשִׁים לְפָרוּעַ חוֹב אֲבִיהֶם בְּחוֹב כְּזֵה וְכִינּוּן דְּפְקַע שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף מִמִּילָא פְּקַע שְׁעֵבּוּד נְכָסִי כְּקוֹשְׁיֵיהֶם וּבִיּוֹתֵר תְּקַשָּׁה מְהָא דְּקִי"ל בְּעֶרְכִין דָּךְ כ"ב דְּהִיכָא דְּחֲזִיב מוֹדָה וְכַה"ג גּוֹבִין מִן יְתוּמִים קְטַנִּים וְכִן פְּסְקוּ בַּח"מ ס"י ק"ח וְסִי' ק"י וְקַשָּׁה הָא בִּיתוּמִים קְטַנִּים דְּלֹאוּ בְּנֵי מְיַעֲבֵד מְצוּהָ נִינְהוּ וְדֹאִי דְּלִיפָא שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף עֲלֵיהֶם כְּלָל דְּאִיָּה גּוֹבִין מִיתוּמִים קְטַנִּים הָא פִּינּוּן דְּפְקַע שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף לְאַחַר דְּמַת הַלְוָה דְּיִפְקַע מִמִּילָא שְׁעֵבּוּד נְכָסִי: וּבְאַמַּת אֲפִשֶׁר לוֹמַר דְּזֵהוּ טַעַם דְּאָמַר ר"פ בְּעֶרְכִין ד' כ"ב דְּלָכֵן אִין גּוֹבִין מִן יְתוּמִים קְטַנִּים דְּלֹאוּ בְּנֵי מְיַעֲבֵד מְצוּהָ הָנִי וְשִׁיטַת הַרְמַב"ן וְהַרִיטְב"א לְהוֹכִיחַ מְזֵה דַּס"ל לַר"פ שְׁעֵבּוּדָא לֹאוּ דְּאוֹרִייתָא וְהוּבָא בְּש"י ס"י ל"ט ס"ק ב'.

אֲבָל לְפִי מַה שְׁנַתְּבָאָר דְּבְּכָל גְּבִיּוֹת חוֹב בְּעִינָן שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף כְּנ"ל ע"כ י"ל דְּזֵהוּ סְבָרַת ר"פ מְשׁוּם דַּס"ל כְּסְבָרַת הַאו"ת דְּהָא דְּגּוֹבִין מִן יוֹרֵשׁ זֵהוּ מְשׁוּם דְּמִןטֵל עַל הַיּוֹרֵשׁ שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף אֲבָל ז"א רַק בְּגְדוּלִים דִּישׁ עֲלֵיהֶם מְצוּהָ לְפָרוּעַ חוֹב אֲבִיהֶם וְכַנ"ל.

אֲבָל בְּקְטַנִּים דְּלֹאוּ בְּנֵי מְיַעֲבֵד מְצוּהָ נִינְהוּ וְאִין לוֹ שׁוּם שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף עֲלֵיהֶם ע"כ מִמִּילָא פְּקַע שְׁעֵבּוּד נְכָסִי אִף דַּס"ל ש"ד כִּן י"ל בְּשִׁיטַת ר"פ אִף בְּקִטְוִן בְּעַת מִיתַת הָאָב וְהַגְּדִיל

אח"ז שאני אכל לדינא לפי מה דקיי"ל דבשלשה דרכים גובין מיתומים קטנים אף דלאו בני מעיבד מצוה ניהו וממילא ליכא שעבוד הגוף עליהם ופקע שעבוד נכסי ואפ"ה גובין מיתומים קטנים היכא דליכא חשש צררי ובזה הסבירא מחולק ר"פ עם רב הונא בריה דרב יהושע בערכין ושם ומוכח מזה כסברת הר"נ דלא איכפת לן במה דפקע עכשיו שעבוד הגוף אלא עיקר תלוי אם הנה לו שעבוד הגוף בעת ההלואה: ונדעתי מה די"ל בזה דשאני בקטן דהא אתי לכלל גדלות ואז יחול עליו שעבוד הגוף בתורת מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהם פנ"ל וכדמצינו כה"ג בב"מ דף ע"ב דזוכין לקטן מה"ט דהא אתי לכלל שליחות וע"כ לא מקרי בזה פקע שעבוד הגוף כו' ולפ"ז ה"ה י"ל פן במש"כ לעיל לדון בגשתטה לאחר הלואה דהא פקע ליה שעבוד הגוף די"ל בזה דלא מקרי פקע ליה שעבוד הגוף דהא אם יתפקח וישתפה יחול עליו שעבוד הגוף וכמש"כ התוס' גיטין דף כ"ב ד"ה הא לאו בני דיעה כו' דמה"ט מקרי חו"ש בני פרייתות ונהו סברת הרמב"ם דס"ל זכין לחרש ושוטה והובא בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' ענף ה' ועיין בש"יבת ציון סי' ד' אכל באמת לא שנייה כל הנ"ל בנ"ד דהא פנין דעכשיו ליכא שעבוד הגוף ממילא ליכא שעבוד נכסי ובזה לא מהני ראוי לאח"ז ועיין בזבחים דף צ"ט ע"א דקטן מקרי אינו ראוי לחיטוי ולא אמרינן דהא אתי לכלל גדלות ויהיה ראוי לחיטוי וע"כ העיקר כמש"כ הר"נ ועיין בח"מ סי' ק"ו סעיף א' בהגה"ה מש"כ בשם הריב"ש] ובהא דשני יוב"ש דבכורות מ"ח הנ"ל אף די"ל ה"ה פמו בהא דיבמות דף מ"א דהספיקות חולצות כו' משום דמקרי ראוי ליבום אם יבא אלי' ויאמר כו' והא גם בשני יוב"ש י"ל אם יבא אלי' ויאמר מי מהן הוא החייב דסמכין עליו במזון פדאמרו בכ"ד והא מנח עד שייבא אליהו ואפ"ה מקרי פקע שעבוד הגוף כו' משום דהאמת הוא דדוקא בענין עולה ליבום דנו פן ע"י הא דאם יבא אלי' ויאמר כו' אכל לא בנ"ד דבעי לשעבוד הגוף פעת לא מהני זה הסבירא וקצרתי ועיין בח"מ סי' רל"ה סעיף ט"ו בקטן שלנה לצורף מזונות כו' ובב"ק דף ל"ט שור של חש"ו שנגח ב"ד מעמידין כו' וזהו מדרבנן מפני תיקון העולם כמבואר שם.

ענף ה' ולכאורה י"ל בהא דס"ס מ"ט הנ"ל ביוב"ש שקנה מן יוב"ש דאמרו דאינו גובה משום ממנ"פ די"ל טעם אחר בזה דשא"ה לפמש"כ האו"ת בסי' מ"ט ס"ק כ"א די"ל הטעם בזה לפי דהשטר לא הוי מוכח מתוכו איזה יוב"ש הוא הלנה וע"כ אינו טורף ממשעבדי יעו"ש.

וכן במה דמבואר שם דאינו גובה מן שדה שנתפוט נלע"ד לומר בזה ע"פ מש"כ הנתיבות בסי' נ"ח ס"ק ד' דהקשה להך דעה דס"ל ה"ה בס"י נ"ח דאינו יכול לתפוס מן השליח פנין דיפסיד השליח מכיסו דא"כ תקשה בהא דבכורות ד' מ"ח דאמרו מעיקרא גבי יוב"ש דגובה מן שדה שנתפוט דהא עי"ז יגיע פסידא לשנתפו: אכל י"ל דשא"ה שהיא קרקע ויש בו תורת שעבוד ע"כ מה בכך דיפסיד שנתפו דהא יכול לומר דאני נוטל שעבודי דיש לי על השדה רק בהא דסי' נ"ח דהוי מטלטלין דאין לו על זה שום שעבוד בזה דנו פן ולפ"ז י"ל דלכן אינו גובה משום ממנ"פ מן שדה שנתפוט דשא"ה דהא פנין יגיע פסידא לשנתף הב'.

ע"כ אינו גובה מן שְׂדֵה שְׁנוֹתָפוֹת בְּשֹׁטֵר דְּאִינוּ טוֹרְף מְמַשְׁעָבְדֵי כְּמוֹ הָא דְשִׁנֵי יוֹב"ש פִּינּוּ דְלֹא הָנִי מוֹכַח מֵתוֹכוֹ א"כ לִפ"ז נִסְתֵּר כֹּל מִש"כ לְהַעִיר ע"פ דְּבָרֵי הַר"ן הַגָּ' לְבִקְאָה דְּבִכּוּרוֹת וּס"ס מ"ט הַגָּ' ל': אֲבָל בְּאֵמֶת זֶה אִינוּ דְּהָא בְּאֵמֶת אִינוּ סְבָרָא לֹאמַר כֵּן בְּטַעֲמָא דְּהָדֵךְ מִלְתָּא דְּהָא לְהַדְיָא אֲמָרוּ שְׁם בְּבִכּוּרוֹת טַעַם אַחַר בְּזָה דְּמִשּׁוּם דְּנִכְסֵי דְּבַר אִינְשׁ עֲרַבִין עָלְיוֹ אֲתוּ עָלָה דְּמִשּׁוּם כְּמוֹ דְּאִינוּ יָכוֹל לְתַבְּנֹעַ מִהֲלִנְהָ כֶּף א"י לְתַבְּנֹעַ מִהַעֲרַב.

וְעוֹד דְּהָא הֵתֵם בְּבִכּוּרוֹת גַּבֵּי שְׁנֵי זְכָרִים דְּהָנִי מְלוּהַ הַפְּתוּבָה בַּתּוֹרָה לֹא שְׁיָנִידֵךְ הֵתֵם לֹאמַר הַטַּעַם דְּלֹא הָנִי מוֹכַח מֵתוֹכוֹ וְכִמוֹ דְּמִצְאָתִי בְּנִתְיָבוֹת סִי' מ"ט ס"ק כ"א דְּתַמָּה כְּזֶה עַל הָאוּ"ת ע"ש ע"כ עֵינֵךְ הַטַּעַם שְׁם הוּא דְּלִפִּי דְּאִינוּ יָכוֹל לְתַבְּנֹעַ מִן הַלְוָה בְּדִינֵינִים ע"כ פִּקְעָה שְׁעָבֹד נִכְסֵי כַּנ"ל וְעוֹד דְּהָא מוֹכַח מְסוּגֵיָא דְּבִכּוּרוֹת שְׁם דְּמָה דְּאָמַר ר' יִרְמְיָה שְׁם בְּשִׁנֵי יוֹב"ש וְלִקְחוּ שְׂדֵה בְּשְׁנוֹתָפוֹת דְּבַע"ח גוֹבָה מִמֶּנּוּ פ' דָּאָף בְּמִלְוָה בַּע"פ ס"ל כֵּן דְּהָא שְׁם קְאָמְרֵי מְעִיקְרָא דְּמִית הָאָב אֵימַת דְּמִית לְאַחַר ל' כִּי חִלְקוּ פְּטוּרִין וְהָא אֲשַׁתְּעַבְדֵי נִכְסֵי כו' וּע"ז א"ר יִרְמְיָה זֹאת אוֹמְרַת שְׁנֵי יוֹב"ש כו'.

וּבְתוֹסְפוֹת שְׁם ד"ה וְהָא אֲשַׁתְּעַבְדֵי לְהוּ נִכְסֵי כו' כְּתִבּוּ דְּקִסְבְּרָה שְׁתָּא אַחֲזִין שְׁחִלְקוּ יוֹרְשֵׁין הֵן וּמִלְוָה בַּע"פ גוֹבָה מִן יוֹרְשֵׁין כו' אֲלֵמָא דָּאָף דְּהִיָּה ס"ל ל'ר' יִרְמְיָה דְּמִלְוָה הַפְּתוּבָה בַּתּוֹרָה לֹא כְּתוּבָה בְּשֹׁטֵר מ"מ ס"ל דְּגוֹבָה מִן שְׂדֵה שְׁנוֹתָפוֹת וְאָף דִּיהִיָּה פְּסִידָא ע"י זֶה לְשְׁנוֹתָפוֹ כְּמוֹ שְׁהַקְשָׁה הַנְּתִיבוֹת מ"מ לֹא אֵיכְפַת לָן בְּזָה וְלָכֵן ס"ל ל'ר' יִרְמְיָה דְּגוֹבָה מִן שְׂדֵה שְׁנוֹתָפוֹת וְאָף דַּס"ל לֹא כְּתוּבָה בְּשֹׁטֵר דְּמִי מ"מ ס"ל דְּגוֹבָה מִשּׁוּם דְּלֹא בְּעִינֵן בְּזָה לְשֹׁטֵר דְּנִקָּא ע"כ נִסְתֵּר מֵהַ שְׂרָצִיתִי לֹאמַר דְּדוֹנָקָא בְּמָה דְּבְּעִינֵן לְמִלְוָה בְּשֹׁטֵר ע"כ אֲמָרוּ דְּאִינוּ גוֹבָה מִן שְׂדֵה שְׁנוֹתָפוֹת דְּהָא מוֹכַח דָּאָף בְּמִלְוָה בַּע"פ גוֹבִין מִן שְׂדֵה שְׁנוֹתָפוֹת וְאִפ"ה חֲזִינֵן דְּאֲמָרוּ שְׁם דְּלֹא כַּר' יִרְמְיָה וְאִינוּ גוֹבָה מִשּׁוּם דְּנִכְסֵי דְּאִינְשׁ עֲרַבִין לִיהַ כו' אֲלֵמָא דָּאָף הֵיכָא דְּלֹא בְּעִינֵן לְדוֹן שֹׁטֵר מ"מ אֲמָרוּ דְּאִינוּ גוֹבָה בְּזָה ע"כ שְׁפִיר כְּתִבְתִּי לְהַעִיר בַּכ"ז ע"פ דְּבָרֵי הַר"ן מִשּׁוּם דְּמוֹכַח דְּעֵינֵךְ הַטַּעַם הוּא דְּכִינּוּן דְּאִינוּ יָכוֹל לְכוּף לְשְׁעָבֹד גּוֹפּוֹ בַּב"ד ע"כ פִּקְעָה שְׁעָבֹד נִכְסֵי וּכְפִשְׁטוֹת הַגְּמָרָא וְהַשּׁו"ע כַּנ"ל: וּבְאֵמֶת תִּקְשָׁה מְזָה עַל הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' נ"ח ס"ק ד' הַגָּ' ל' שְׁכַתְבֵי דְּלָכֵן רָצוּ לֹאמַר בְּהָא דְּבִכּוּרוֹת דְּגוֹבָה מִן שְׂדֵה שְׁנוֹתָפוֹת מִשּׁוּם דְּהָנִי מְלוּהַ בְּשֹׁטֵר כו' דְּהָא חֲזִינֵן לְפַמְש"כ הַתּוֹס' שְׁם ד"ה וְהָא אֲשַׁתְּעַבְדֵי כו' דְּהִיָּה ס"ל לְהַש"ס שְׁם מְעִיקְרָא ג"כ דְּמִלְוָה הַפְּתוּבָה בַּתּוֹרָה לֹא כְּתוּבָה בְּשֹׁטֵר דְּמִי וְאִפ"ה אֲמָרוּ דְּגוֹבָה מִן שְׂדֵה שְׁנוֹתָפוֹת וְאִפְשָׁר לֹאמַר בְּזָה דְּהָא עֵינֵךְ קוֹנְשִׁיּוֹת הַנְּתִיבוֹת שְׁם הוּא לְהַדְיָה שִׁטָּה דַּס"ל בְּסִי' נ"ח דְּאִינוּ יָכוֹל לְתַפְּנֵס מְמוֹן הַשְּׁלִיחַ אִם יִצְטָרֵךְ לְשַׁלֵּם כו' וּי"ל דְּשִׁיטַת הַתּוֹסְפוֹת בְּבִכּוּרוֹת הַגָּ' ל' דַּס"ל כְּדַעָה שְׁנִיָּיה דְּהוּבָא שְׁם דַּס"ל דְּבִכְלֵ גּוֹנֵי יָכוֹל לְתַפְּנֵס מִן הַשְּׁלִיחַ וּבְכַרְט לְפַמְש"כ הָאוּ"ת שְׁם ס"ק ב' דְּהַתּוֹס' ס"ל כְּדַעָה ב' הַגָּ' ל' ע"ש וְלְהַדְיָה שִׁטָּה דַּס"ל דְּאִינוּ יָכוֹל לְתַפְּנֵס אִם יִהְיֶה פְּסִידָא לְחַבְרֹו י"ל בְּאֵמֶת כַּמְש"כ הַנְּתִיבוֹת הַגָּ' ל' דְּשִׁטָּה דְּהָנִי מְלוּהַ בְּשֹׁטֵר ע"כ אָף אִם יִהְיֶה פְּסִידָא לְשַׁתְּפּוֹ ג"כ גוֹבָה וּי"ל דַּס"ל כַּמְש"כ הַתּוֹס' בְּבִכּוּרוֹת שְׁם ד"ה הַגָּ' ל' עַל מַה שְׁאֲמָרוּ שְׁם וְהָא אֲשַׁתְּעַבְדוּ לְהוּ נִכְסֵי כו' בְּתִירְזֵן הַב' דְּקִסְבְּרָה מְלוּהַ הַפְּתוּבָה בַּתּוֹרָה כְּתוּבָה בְּשֹׁטֵר דְּמִי וְלָכֵן שְׁפִיר כְּתִבֵי הַנְּתִיבוֹת בְּזָה: עֲנָף וּבְעֵינֵךְ הַדְיָה סוּגֵיָא דְּבִכּוּרוֹת ד' מ"ח דְּאֲמָרוּ בְּהָדֵךְ דְּשִׁנֵי יוֹב"ש דְּאִינוּ גוֹבָה מִן שְׂדֵה שְׁנוֹתָפוֹת מִשּׁוּם דְּנִכְסֵי דְּאִינְשׁ עֲרַבִין לוֹ וְהוּבָא בְּס"ס מ"ט כַּנ"ל לְוִלֵי דְּבָרֵי הָרַאשׁוֹנִים הַגָּ' ל' נִלְע"ד לְדוֹן מִלְתָּא חֲדָתָא וְהוּא דְּבְּעֵינֵךְ הַדִּין אִם גוֹבָה מִן שְׂדֵה שְׁנוֹתָפוֹת שְׁלֵהֶם מִצַּד מִמֶּנּוּ פ' יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת דָּאִיךְ יָכוֹל לְתַפְּנֵס מִן הַשְּׁנוֹתָפוֹת וְהָא יִגִּיעַ מְזָה

פְּסִידָא לְשׁוֹתֵף הַב' דְּאִינוּ חַיִּיב וְהָא לְחַד דִּיעָה בְּסִי נ"ח סְעִי א' דַּס"ל גַּבֵּי סְטְרָאֵי דְאַחַר
דְּחַיִּיב הַשְּׁלִיחַ לְשֵׁלֵם לֹא יוּכַל הַמְּלָנָה לְעַפְבֹּן א"כ קֶשְׁשָׁה דְהָא פִּי שְׁקִיל בַּע"ח הַמְּחַצָּה א"כ
הַמְּחַצָּה הַב' יִחְלְקוּ הַשְּׁוֹתֵפִים בִּיגִיָּהֶם וְהָרִי נְפִסִיד הָאחַר שְׁאִין חַיִּיב לְהַבְעֵ"ח וְאִיךָ יְכוּל
הַבְעֵ"ח לְהַזִּיק בְּתַפְסִיתוֹ וְכַמְש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי קַע"ו ס"ק מ"ח וְכֵן הַקֶּשְׁשָׁה הַנְּתִיבוֹת בְּסִי
נ"ח ס"ק ד' וְמָה דִּישׁ לְדוֹן בְּמָה דְתִי שְׁם פְּכָר פְּתַבְתִּי לְעֵיל מְזָה.

וּבְעֵיקָר הֵךְ פְּלֻגְתָּת רֵאשׁוּנִים אִי יְכוּל לְתַפְּסֵם מִן הַשְּׁלִיחַ אִף דִּיגִיעַ לוֹ פְּסִידָא נִלְע"ד
לְזַמְר דְּזָה תְּלוֹי בְּמָה דְּפִלְיָגִי תַנְּאִי אִי גֹרֵם לְמָמוֹן פְּמָמוֹן דְּמִי אִו לֹא מְשׁוּם דְּמַצַּד דְּדִינִינִן
דִּינָא דְגָרְמִי לֹא שְׁיִיךְ בְּזָה דְהָא הִיכָא דְאִין פְּוֹנְתוֹ לְהַזִּיק ס"ל ל"כ פ' דְּאִינוּ חַיִּיב בְּדַד"ג
פְּמִבְּנָאָר בְּסִי ס"ו וְסִי שְׁפ"ו מְשׁוּם דַּד"ג הָרִי מְדַרְבְּנִן וְלֹא תִקְנוּ בְּזָה פִּידוּעַ אִף לְמ"ד
דַּס"ל גֹּרֵם לְמָמוֹן פְּמָמוֹן דְּמִי בְּזָה שְׁפִיר י"ל דְּאִינוּ יְכוּל לְתַפְּסֵם מִן הַשְּׁלִיחַ פִּינִן דִּינְפִסִיד
וְיִצְטָרֵף לְשֵׁלֵם וְאִף דְּאִין חַפְּזָא שְׁלוֹ מ"מ פִּינִן דְּגֹרֵם לוֹ פְּסִידָא זָה מְקַרִי גֹרֵם לְמָמוֹן
דְּכְמָמוֹן דְּמִי [וְעֵינִן פְּסָחִים ד' ו' בְּמָה דְאַמְרוּ דַּס"א הוֹאִיל וְכִי אִיתִיָּה דְהַדְר בְּעֵינִיָּה כו'
וּבְקַצָּה"ח סִי שְׁפ"ו ס"ק ז'] וְהָרִי כְּמוֹ דְתוֹפְסֵם מָמוֹן שֶׁל הַשְּׁלִיחַ פִּינִן דִּיחֵיָּה לוֹ פְּסִידָא ע"י
תַּפְּסִיתוֹ אֲבָל לְפִי מָה דְקִי"ל דְּגֹרֵם לְמָמוֹן לֹא פְּמָמוֹן דְּמִי פְּמִבְּנָאָר בְּסִי שְׁפ"ו בְּשְׁ"ף
ס"ק יו"ד שְׁפִיר י"ל דִּיכּוּל לְתַפְּסֵם מִן הַשְּׁלִיחַ וְאִף דְּמַטְלִטְלִי לֹא בְּנִי שְׁעֵבּוּד הָרִי עַכ"ז
מָה לוֹ בְּכָף דִּינְפִסִיד הַשְּׁלִיחַ מְפִיסוֹ וְלִפ"ז הַנְּכֹון עִם הַאו"ת בְּסִי נ"ח סְעִי א' דְהַכְרִיעַ
לְהַלְכָה דְהַעֲיָקָר פְּהָךְ דִּיעָה דַּס"ל שְׁם דִּיכּוּל לְתַפְּסֵם וְלִפ"ז יֵשׁ לְדוֹן דַּה"ה בְּהָךְ שְׁנֵי יוֹב"ש
דְאַמְרוּ בְּגִמְרָא בְּכּוֹרוֹת דְּמַצִּי גַבֵּי מִן שְׁדָה שְׁוֹתֵפּוֹת בְּדִין מִמֵּנ"פ רַק דְרָבָא מְקַשָּׁה לוֹ
וְהָא נְכָסֵי דְבַר אִינְשׁ עֲרַבִין לוֹ י"ל דְּזָה תְּלוֹי בְּהָךְ מְלֵתָא דְאִי גֹרֵם לְמָמוֹן פְּמָמוֹן דְּמִי
אִינוּ יְכוּל לְגַבּוֹת שְׁדָה שְׁוֹתֵפּוֹת מִן הַשְּׁוֹתֵפִים דְהָא אִף דְּנִימָא דְמַצַּד מִמֵּנ"פ אֲתִי עֲלָה עַכ"ז
פִּינִן דִּיחֵיָּה עִי"ז פְּסִידָא לְשׁוֹתֵף הַב' וְכִינִן דִּיד שְׁנֵיָּהֶם שׁוֹלְטָת כְּעַת קוֹדֵם הַחֲלֻקָּה בְּשְׁדָה
שְׁוֹתֵפּוֹת וְכָפִי מַש"כ הַר"נ בְּנִדְרִים ר"פ הַשְּׁוֹתֵפִין דְחֵלֵק חֲבִירוֹ הוּא כְּמוֹ שְׁמֹנְשָׁפֵר לְשׁוֹתֵף
הַב' ע"כ פִּינִן דְּגֹבָה מִן הַשְּׁוֹתֵפּוֹת שְׁלֵהֶם הָרִי זָה כְּמוֹ דְלוֹקֵחַ חַפְּזָא מִן בֵּית הַשׁוֹמֵר דְאַף
דְאִין חַפְּזָא שְׁלוֹ מ"מ פִּינִן דְּגֹרֵם לְמָמוֹן פְּמָמוֹן דְּמִי הָרִי זָה כְּמוֹ מְמוֹנֵי מַמְשׁ א"כ הָא
תוֹפְסֵם מָמוֹן שֶׁל אַחֲרֵים דְלֹא הָוּוּ בַּע"ח שְׁלוֹ וַא"י לְתַפְּסֵם.

וְע"כ אִינוּ יְכוּל לְגַבּוֹת בְּהָא דְשְׁדָה שְׁוֹתֵפּוֹת רַק מַצַּד שְׁעֵבּוּד נְכָסֵי יְכוּל לְגַבּוֹת וְלוֹמַר
לְחַבִּירוֹ דְמָה אִיכְפַת לִי דְתַפְּסִיד הָא אֲנִי נוֹטֵל שְׁעֵבּוּדִי וּמ"מ הָא לֹא הָרִי פְּמָמוֹן מְמַשׁ לְעַנְיָן
דִּיִצְטָרֵף דוֹקָא בְּזָה לְמַלְנָה בְּשִׁטְר דוֹקָא.

וְכַש"כ לְפַמְש"כ הַתּוֹס' בְּכּוֹרוֹת שְׁם בַּד"ה וְהָא אֲשַׁמְעֵבְד לְהוֹ נְכָסֵי כו' בְּתִי הַב' דְקַסְבַּר
מְלָנָה הַפְּתוּבָה בְּתוֹרָה בְּכּוֹרוֹת בְּשִׁטְר דְּמִי א"כ הָא הָרִי זָה מְלָנָה בְּשִׁטְר וְשְׁיִיךְ בְּיוֹתֵר
לְתַרְז פְּנ"ל וְכַמְש"כ הַנְּתִיבוֹת שְׁם לְתַרְז זָה וְלַחֲלֵק דְשַׁא"ה בְּכּוֹרוֹת דְהָרִי מְלָנָה בְּשִׁטְר
וְטוֹרָף מַצַּד שְׁעֵבּוּד פְּנ"ל: וְהֵיכָא בְּב"ק ד' ע"א אִי דַר"מ ס"ל כַּר"ש דְּגֹרֵם לְמָמוֹן פְּמָמוֹן
דְּמִי וְעֵינִן בְּתוֹס' שְׁם ד"ה וְס"ל לַר"מ כַּר"ש וְסוּגִיָּא דְכּוֹרוֹת הַנְּ"ל קֵאִי אֲלִיבָא דַּר"מ
ע"ש ע"כ לַר"מ לֹא מְצִי תְּבַע לְהָךְ שְׁדָה שְׁוֹתֵפּוֹת אֲלֵא מַצַּד שְׁעֵבּוּד נְכָסֵי פִינִן דְּגֹרֵם
לְמָמוֹן פְּמָמוֹן דְּמִי ע"כ אֲמָרוּ בְּזָה שְׁפִיר דְנְכָסֵי דְאִינְשׁ עֲרַבִין לִיהַ כו' דְכִינִן דְעֵיקָר שְׁעֵבּוּד
נְכָסֵי הוּא מַצַּד עֲרַבוֹת וְכַמְש"כ רַש"י בְּקִידוּשֵׁין ד' י"ג.

ע"כ לא מצי גבי מן שדה שנתפחות פינון דס"ל גורם לממון כממון דמי ולפי הך מ"ד הא נתבאר דס"ל דאינו יכול לתפוס מן השלית בהא דסי' נ"ח פינון דיוגורם לו פסידא לכו פינון דנקסי דאינש ערבין לו.

והיכא דפקע שעבוד הגוף פקע שעבוד נכסי פינון דעיקר זכות שעבוד נכסי הוא ע"פ דין ערבות כפי' רש"י בקידושין ה"ל וכינון דאין לו זכות בתורת שעבוד נכסי ע"כ אינו יכול לגבות לשדה שנתפחות כמו דאינו יכול לתפוס להך מ"ד בהא דסי' נ"ח משום דמטלטלי לאו בני שעבוד הוי ועיקר זכות תפיסתו אינו רק מצד שעבוד דיש לו על הקרקע ע"כ שפיר אמר רבא דכינון דנקסי דאינשי ערבין לו ופקע שעבוד הגוף ע"כ ממילא פקע שעבוד נכסי ואינו גובה מן שדה שנתפחות אף דהוי ממנ"פ: וכ"ז הוא לר"מ דס"ל גורם לממון כממון דמי אבל לדידן דס"ל דלאו כממון דמי דנתבאר דהעיקר הוא דיכול לתפוס מן השלית בהא דסי' נ"ח.

אף דמייירי התם במטלטלי דלאו בני שעבוד הוי דמה לו בכך דינפסיד השלית מכיסו ולפ"ז ה"ה בהך שדה שנתפחות בשני יוב"ש דאף דפקע שעבוד נכסי מ"מ יכול לגבות מצד ממנ"פ דהא א' מהם הוא חייב בנודאי וכמש"כ רש"י בכורות שם ואומר להם אתם בין שניכם תתפשו כפי' רש"י שם דכינון דא' מהם חייב בנודאי לקיים מצוה דפריעת בע"ח ע"כ יכול לכוף למי שהוא החייב שיקיים המצוה וגובה ממנ"פ ואף דמגיע עי"ז פסידא לאחר עכ"ז הא אנו ס"ל דלאו כממון דמי וע"כ מצי תפיס בהא דסי' נ"ח להמטלטלי בתורת פריעת בע"ח מצוה דהא בתורת שעבוד לא שייך על מטלטלי.

וה"ה בהך שדה שנתפחות וכינון דלא אתינן עלה בתורת שעבוד לכו לא שייך בזה הך פללא דנקסי דאינש ערבין ליה כו' וכ"ז הוא להיפך מן מש"כ התנאים דהא דאמרו להך נכסי דאינש ערבין ליה כו' זהו לא שייך למאן דס"ל ש"ד אכן לפמש"כ הוא אדרבה להיפך פי למ"ד ש"ד אינו זה רק מתורת ערבות וע"כ היכא דליכא שעבוד הגוף מבנרר אז פקע שעבוד נכסי אכן ז"א שייך רק היכא דבעינו דנקא תורת שעבוד נכסי משום דבתורת פריעת בע"ח מצוה לא שייך בזה וכנ"ל ע"כ אמרו פן אבל היכא דיכולין לירד להנכסים אף אם ליכא תורת שעבוד נכסי אלא משום פריעת בע"ח מצוה לבד אז אף אם לא מבנרר השעבוד הגוף מ"מ גובין בתורת ממנ"פ ונהא דב"ב ד' קע"ד והרמב"ם פ' כ"ב ה' מלנה ה' א' אין זה סתירה לכל מש"כ להמענין ברשב"ם ב"ב ד' קע"ד ד"ה וקיי"ל לא יתבע מהערב תחלה כו' וקצרת: ולפ"ז י"ל דלדינא לא קיי"ל פהך סוגיא דבכורות משום דלדידן גורם לממון לאו כממון דמי ויכול לתפוס אף במטלטלי דלאו בני שעבוד הוי מן השלית אף דינפסיד מכיסו א"כ ה"ה מה"ט הדין נותן דגובה מהך שדה שנתפחות בשני יוב"ש דסי' מ"ט ה"ל דאף דלא שייך ערבות בזה משום דפקע שעבוד הגוף ופקע שעבוד נכסי וכפי' רש"י דקידושין ד' י"ג דנקסי דאינש ערבין לו זהו משום ש"ד כנ"ל.

עכ"ז הא תורת פריעת בע"ח מצוה שייך בזה וגובה מצד ממנ"פ דהא א' מהם חייב בנודאי וכופהו על קיום מצוה ואומר להם אתם תתפשו פנ"ל ועפ"ז יש ליישב קושיות האו"ת דאמאי השמיט הרמב"ם להך דבכורות משום די"ל דהך סוגיא דבכורות דאמר רבא דאינו גובה מן שדה שנתפחות בשני יוב"ש דז"א רק לר"מ אבל לדידן דלאו כממון דמי י"ל דגובה מן שדה שנתפחות וסמך הרמב"ם בזה על מה דפסק הרמב"ם פ' י"א ה'

בפורים בַּמַּת הָאֵב תוֹךְ לְמַ"ד דְּנִתְחַיְיְבוּ נְכָסִים מְשׁוּם דְּגוּבָה מְהֵם מִצַּד מִמֵּנִי פ: וע"כ א"ש
מה דְּפֶסֶק דְּנִתְחַיְיְבוּ נְכָסִים וְהָא דְּפֶסֶק הֶרֶמְב"ם שֵׁם דָּאָרְף בְּחִלְקוֹ גּוּבָה מְהֵם זֶה עֲדִינֵן צ"ע
אָרְף דְּהָא בְּלֹא ה' קָשָׁה בְּזֶה פְּקֻנְשֵׁיּוֹת הִישׁ"ש וְהַתּוּי"ט בְּכּוּרוֹת שֵׁם וְהַמַּע"מ שֵׁם וְהוּבָא
בְּתַנּוּמֵי סִי' ל"ט וּבִמְק"א תְּרַצְתִּי זֶה הֵיטֵב וּע"כ לְדִינָא לְפִי הִכְרַעַת הַאוּ"ת בְּסִי' ג' סֵעִי
א' דְּהַעֲיָקָר פְּדֻעָה ב' שֵׁם דִּיכּוּל לְתַפְנוֹס מִן הַשְּׁלִיחַ אָרְף דִּינְפִסִיד מִפִּיסוֹ ע"כ י"ל דֵּה"ה בְּהַרְף
דִּס"ס מ"ט דִּיכּוּל לְגַבּוֹת מִן שְׂדֵה שְׁוֹתְפּוֹת בְּשִׁנֵי יוֹב"ש דָּאָרְף דְּפָקַע שְׁעַבּוּד נְכָסֵי פְנ"ל
מ"מ הָא תּוֹרַת פְּרִיעֵת בַּע"ח מְצֻנָה שְׁיָיָה בְּזֶה.

ולכה"פ הָיִי זֶה סְפִיקָא דְּדִינָא מְשׁוּם דְּמִן הַסּוּגְיָא בְּכּוּרוֹת אֵין רְאָיָה לְדִינָא פְנ"ל: עֲנָף ז'
וְיֵשׁ לְהַעֲיִר לְכַאוּרָה בְּמֵאֵי דְקִי"ל בְּכָל סְפִיקָא דְּרַבּוֹנוֹתָא אוֹ בְּסַפֵּק בְּשִׁטְר דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה
בְּמַטְלִטְלֵי פְּמַבְנוֹרָר בְּסִי' מ"ב אוֹ בְּסְפִיקָא דְּתַרִי אָמְרֵי פְּרוּעַ וְתַרִי אָמְרֵי אֵינּוּ פְּרוּעַ פְּמַבְנוֹרָר
בְּרֵא"ש פ"ב דְּכְתוּבּוֹת סִי' י"ג וְאָרְף דְּשִׁטַּת מְהַרְשֵׁ"ל בִּישׁ"ש בְּב"ק פ"ב סִי' ה' וּבִמְהַרְרֵי"ט
דְּלֹא מְהַנֵּי תְּפִיסָה פִּי אִם בְּטוֹעֵן עַל גּוּף הַדְּבָר דֵּהוּא שְׁלוֹ וְלֹא בְּסַפֵּק חוּב פְּכָר סְתָרוֹ
הָאֲתָרוּנִים אֵת דְּבַרְיָהֶם וּכְמַש"כ הַשְּׁ"ף בְּסַפֵּר תְּקַפּוֹ פֶּהֶן בְּס"ק ק"ח עַד ס"ק קי"ב
וּבְקַצָּה"ח קְנוֹטְרַס הַסְּפִיקוֹת סִי' ט' וְקָשָׁה דְּאֵמֵאֵי מוֹעִיל תְּפִיסָה בְּזֶה הָא פִּינּוֹן דְּאֵינּוּ יְכוּל
לְכוּרְף לְגוּף הַלְוָה לְשִׁלְמֵם הַחֹב מְשׁוּם דֵּהַמַּמַּע"ה.

א"כ הָא נְכָסֵי דְּבַר אֵינְשׁ עֲרַבִין לִיהֵ כּו' פְּמוֹ בְּהָא דְּשִׁנֵי יוֹב"ש דָּאָרְף דְּעַל הַנְּכָסִים שְׁלִקְחוּ
בְּשׁוֹתְפּוֹת יֵשׁ פְּאֵן שְׁעַבּוּד נְכָסֵי בְּנוֹדָאֵי מְשׁוּם מִמֵּנִי פ' וְעַל א' מְהֵם יֵשׁ לוֹ וְנוֹדָאֵי שְׁעַבּוּד
הַגּוּף עֲלֵיו וְאֵפ"ה אָמְרוּ בְּזֶה דְּאֵינּוּ יוֹרֵד לְנְכָסֵיו דְּנְכָסֵי דְּבַר נֵשׁ עֲרַבְאִין לִיהֵ וְכִינּוֹן דְּאֵינּוּ
יוֹרֵד לְגוּפוֹ ע"י ב"ד לְכוּפּוֹ מְשׁוּם סְפִיקָא ע"כ פְּקַע שְׁעַבּוּד נְכָסֵי, א"כ ה"ה בְּסַפֵּק בְּשִׁטְר
וְכַוְנָתִיָּה דְּכִינּוֹן דְּגוּפוֹ מִיְפִטְר מְשׁוּם סְפִיקָא א"כ קָא פְּקַע שְׁעַבּוּד נְכָסֵי וְאֵמֵאֵי מוֹעִיל תְּפִיסָה
דְּנֵהֵי דְּאָמְרֵי הַמַּמַּע"ה: כ"ז הָא תְּפִיסָתוֹ מְסַפֵּק אֵינּוּ מְבַרֵר עַל שְׁעַבּוּד הַגּוּף שֶׁל הַלְוָה
וְיָדוּעַ מַש"כ הַפּוֹסְקִים דְּתְּפִיסָה וּמִן חֲזָקוֹת בְּמִזְמוֹן דּו"א חֲזָקָה הַמְּבַרְרַת רַק מְשׁוּם דְּאֵין
אֵנּוּ יְכוּלִין לְהוֹצִיא מִהַמְּחֻזָּק וּבְנוֹדָאֵי אֵינּוּ מְבַרְרַת עַל שְׁעַבּוּד גּוּפוֹ פִּינּוֹן דְּאֵינּוּ מְחֻזָּק בִּי
וְכִינּוֹן דְּאֵין אֵנּוּ יְכוּלִין לְכַפּוֹתוֹ לְהַלְוָה בְּב"ד יִהְיֶה מְאִיזָה טַעַם שְׁיִהְיֶה א"כ מְמִילָא פְּקַע
שְׁעַבּוּד נְכָסֵי וְגַם הֵיכָא דְּטוֹעֵן בְּרִי לִי קָשָׁה ג"כ דְּאֵמֵאֵי מוֹעִיל תְּפִיסָה הָא בְּהַרְף דְּשִׁנֵי
יוֹב"ש מִיְרִי ג"כ בְּטוֹעֵן הַמְּלָוָה בְּרִי מִי הוּא הַחֲזִיב וְאֵפ"ה אָמְרוּ דְּכִינּוֹן דְּאֵינּוּ יְכוּל לְכוּרְף
לְגוּף הַלְוָה פְּקַע שְׁעַבּוּד נְכָסֵי א"כ ה"ה בְּתַפְס וְטוֹעֵן בְּרִי דְּהָא מַה בְּכָרְף דְּאָמְרֵינוּ בְּזֶה עֲבִיד
אֵינְשׁ דִּינָא לְנַפְשִׁיָּה אֵפ"ה פִּינּוֹן דְּאֵינּוּ יְכוּל לִילָף לְגוּף הַלְוָה לְכַפּוֹתוֹ א"כ פְּקַע שְׁעַבּוּד
נְכָסֵי וּמ"ש: וְיָדַעְתִּי דִּישׁ לְחַלֵּק דְּשִׁאֲנֵי הֵיכָא דְּתַפְס וְטוֹעֵן בְּרִי דָּאָז ע"י הַתְּפִיסָה נְתַבְרַר
לְנוֹ מִי הוּא הַחֲזִיב מִשָּׂא"כ בְּשִׁנֵי יוֹב"ש דָּאָרְף בְּעַת דְּגוּבָה מ"מ אֵינּוּ מְבַרְרַר לְנוֹ מִי הוּא
הַחֲזִיב וְאֵינּוּ יוֹדַע מְמִי הוּא גּוּבָה מִשָּׂא"כ בְּתַפְס בְּסַפֵּק דְּאָמְרֵינוּ דְּמַחְמַת דְּהָיִי מְחֻזָּק
הַמַּמַּע"ה וְאָמְרֵינוּ דְּהַלְוָה הוּא הַחֲזִיב אֲבָל כ"ז דּוֹחַק דְּהָא עַפ"ע פִּינּוֹן דְּלֹא גְבִינּוֹ ע"י ב"ד
מְגוּפּוֹ וּכְמַש"כ לְעִיל וְכִינּוֹן דְּחֻזְקַת מְמוּנָא לֹא הָיִי חֲזָקָה הַמְּבַרְרַת א"כ שְׁיָיָה גַם בְּזֶה לְדוֹן
נְכָסֵי דְּב"ג עֲרַבִין לִיהֵ כּו' פְּמוֹ בְּהָא דְּבְּכּוּרוֹת וְעִינֵן בַּח"מ סִי' קכ"ט סְעִיף ח' וְכֵן יֵשׁ לְדוֹן
בְּהָא דְּב"ק ספ"ג גְּבִי הָיִי הַנִּיזְקִין שְׁנַיִם וְהַמִּזְקִין שְׁנַיִם כּו' וּמוֹעֵד אֵת הַקְּטָן הַמַּמַּע"ה
דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה אָרְף דְּהָיִי פְּמוֹ טַעַנּוֹ חֲטִיִּים וְהוּדָה בְּשְׁעוֹרִים וּמְבַרְרַר בַּח"מ סִי' פ"ח דְּלְכַמָּה
פּוֹסְקִים הַטַּעַם דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה מְשׁוּם דְּהָיִי סְפִיקָא בְּזֶה אִם הָיִי מְחִילָה אוֹ הוּדָאָה גְּמוּרָה
אוֹ לֹא אֲלֵמָא דְּלֹא אָמְרֵינוּ דְּלוֹ יִהְיֶה דְּמוֹעֵד הַזִּיק מ"מ הָא פִּינּוֹן דְּלֹא מְצוֹ לִירֵד לְגוּף הַמִּזְקֵי

משום ספיקא דלמא הנה מחילה גמורה ופקע שעבוד נכסי ומ"מ מועיל תפיסה אף דבמועד הזיק ליפא אלא שעבוד נכסי א"כ קשה פנ"ל וקושיותי הוא בתורת כש"כ דהא שם בבכורות הא מייירי בקרקע דיש בזה שעבוד נכסי ואפ"ה אמרו בזה להך פלגא דנכסי דבר אינש ערבין ליה כו' כש"כ בתופס חפץ בספיקא דדינא דהא במטלטלין ליפא שעבוד נכסי כש"כ דשייך לדון פן ובהא דמהני תפיסה שלא בעדים וכה"ג לא שייך להקשות פן.

משום דהא מיגו הוי מצד בירור הדבר והוי פנתברר דיש לו שעבוד הגוף עליו וכמש"כ פועין זה הנתיבות בסי' קכ"ט ס"ק ו' דתפס שלא בעדים מן הערב מהני משום דמיגו בעדים דמי.

וע"כ לא שייך בזה פלג הנ"ל אכן מספיקא דדינא דמהני תפיסה מצד ספק תקשה פנ"ל. ובאמת יהיה מזה סייעתא לכאורה לשיטת היש"ש והמהרי"ט דס"ל בקל ספיקא דדינא לא מהני תפיסה באינו טוען על גוף הדבר אלא טוען בספק חוב משום דאף דאמרו עביד אינש דינא לנפשיה בקל ספיקא מ"מ פיון דלא מצו לירד לגופו משום ספק א"כ פקע שעבוד הגוף ומילא פקע שעבוד נכסי כמו בשני יוב"ש.

וע"כ לא מהני תפיסה בתפס חפץ עבור חובו ונהא דספ"ג דב"ק דמועיל תפיסה י"ל בזה טעמים אחרים ואינו ראיה לנ"ד מהא דספ"ג דב"ק ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ד' ובמק"א הארכתי בזה ונהא דשבועות דף מ"ח שאני פיון דעיקר השבועה לא הוי אלא מדרבנן פן יש לומר בכוננת היש"ש והמהרי"ט ויש לדון בכ"ז ע"פ מש"כ לעיל לחלק דהיכא דנתברר בעת הלואה שאני אם היה הנכסים אז פנ"ל בארנפה: אף עיקר הקושיא הנ"ל גלע"ד לבאר זה בפשיטות דאינו קשה פלג עפמש"כ לעיל והוא די"ל דשאני תפיסה דמועיל משום עביד דינא לנפשיה וכופין על פריעת בע"ח מצנה ע"פ ב"ד אף במטלטלי דלאו בני שעבוד הוי א"כ ה"ה בספיקא יכול הבע"ד בעצמו לתפוס וכופה לחבירו על קיום המצנה פיון דאמרינן קים ליה דחבירו חייב ואף דלא שייך בזה שעבוד הגוף מ"מ כופה ליה על קיום המצנה ונהא דאמרו בבכורות להך פלגא דמפדי נכסי דאינש ערבין ליה שא"ה דהא פבר הקשה הנתיבות סי' נ"ח בס"ק ד' דאייך אמר ר' ירמיה שם בבכורות דיכול לגבות מיוב"ש שלקחו בשותפות הא פיון דהמותר יחלקו ביניהם שני יוב"ש א"כ מפסיד לחבירו דאינו החייב ודומה להא דסי' נ"ח דס"ל לחד דעה שם בסעף א' דכיון דהשליח ישלם ע"כ חייב המלנה להחזיר להשליח ואינו יכול לתפוס עבור חוב סטראי ע"ש.

וע"כ מוכח לומר דשא"ה בבכורות דהוי קרקע ובקרקע שעבדה לו התורה או חז"ל א"כ יכול המלנה לומר אני נוטל שעבודי ומה לי בכך דחבירו נפסד ע"י הא אני נוטל שעבודי משא"כ התם בסי' נ"ח דהוי מטלטלי דלאו בני שעבוד הוי ע"כ אינו יכול לתפוס היכא דמגיע פסידא לאחרים ובקדושין דף י"ג פי' רש"י על מאן דס"ל שעבודא דאורייתא דס"ל נכסי דאינש ערבין ליה ע"ש משום דלא שייך שעבוד נכסי אלא מצד ערבות ונהיכא דלא שייך ערבות אז לא שייך שעבוד נכסי ע"כ אינו גובה היכא דהוי פסידא לאחרים כמו הא דסי' נ"ח אבל היכא דלא הוי פסידא לאחרים אז שפיר יכול לתפוס מצד פשיה על קיום המצנה דפריעת בע"ח מצנה אף היכא דלא שייך נכסי דאינש ערבין ליה דליפא

שעבוד הגוף מ"מ יכול לתפוס ולטעון קים לי דחבירו חייב לקיים המצוה וכוף ע"י תפיסתו ועיין בנתיבות סי' ג' סוף ס"ק א' וקצתתי משום דהוה פלגא דאמרו בבכורות לא שנייה רק היכא דאמי עלה רק מן דין שעבוד נכסי וזהו היפך ממש"כ התנאים בסי' מ"ט הנ"ל דנכסי דבר אינש ערבין אינו מצד ש"ד דז"א כמו שנתבאר לעיל לתרץ ע"פ זה שיטת הרמב"ם דפסק בהא דבכורות דף מ"ח דנתחייבו נכסים כמו שהארכתי לעיל בזה וי"ל דהרמב"ם הוכיח פן ממה דמצינו דמהני תפיסה בספיקא דדינא אף בספק חוב דאם תפס חפץ אין מוציאין ממנו וכמו שנתבאר לעיל: ענף ח ועוד יש לדון במה דהקשיתי לעיל דמפני מה מהני תפיסה בכל ספק עבור חוב דז"א קשה כלל דהא קיי"ל בע"ח קונה משכון ומבואר בש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' דקני ליה קנן גמור לקדש האשה וכמש"כ התוס' וש"פ א"כ י"ל דדוקא בשעבוד נכסי דאף דש"ד מ"מ הא אינו רק שעבוד בעלמא וע"כ אמרו בזה נכסי דב"נ ערבין ליה וכינן דלא מצי לירד לגופו ע"כ פקע שעבוד נכסי משא"כ בהא דקיי"ל בע"ח קני משכון דיש לו קנן בגוף המשכון ע"כ אף היכא דלא מצי לכוף להלנה עכ"ז לא פקע זכותו שיש לו בהמשכון ועוד דהא מבואר בח"מ סי' ס"ו סעיף ל"ד וסעיף ח' במקר חוב ויש לו משכון דלא מהני מחילתו והטעם דמוכר שט"ח ומחלו מחול כתבו משום דכינן דפקע שעבוד הגוף פקע שעבוד נכסי ועכ"ז היכא דיש לו משכון לא אמרו פן אלא אמרו דאינו מועיל מחילתו ואף במשכון קרקע מצינו שם סעי' ל"ד דאינו יכול למחול כמש"כ הקצה"ח והנתיבות שם אלמא דשעבוד שיש לו בזכות המשכון עדיף טפי ואף במשכון בשעת הלואה ס"ל שם דאינו יכול למחול ואף דאינו קונה משכון כי אם שלא בשעת הלואה לכמה פוסקים מ"מ לעגנן מחילה אמרו דאף במשכון בשעת הלואה אינו יכול למחול והנתיבות בריש סי' ע"ב וסי' ס"ו ס"ק י"ב כתב להסביר זה משום דיש לו קנן במשכון לעגנן זה דאמרינן ביה למפרע הוא גובה לכו"ע ע"ש וכן הוא שיטת בעה"מ בפסחים פ"ב בסוגיא דחמץ שהרהינו לישאל וכן מצאתי בריטב"א קידושין דף ח' ויהיה מאיזה טעם שיהיה דכינן דמצינו במשכון דקנה לו וע"כ אף דמחלו ופקע שעבוד גופו מ"מ לא פקע זכותו שיש לו במשכון ע"כ שפיר מועיל תפיסה בספיקא דדינא דכינן דהוא מוחזק ועביד דינא לנפשו אמרינן הממע"ה שהלנה הוא החייב וממילא קנה להחפץ בתורת קונה משכון אף דקא פקע שעבוד גופו מספיקא ולכן מועיל תפיסה בספיקא דדינא או בתרי ותרי ושפיר כתבו הפוסקים לדינא והא דמצינו בקידושין דף ח' בא"ל הילך משכון על מנה שאינו מחוייב דמנה אין פאן משכון אין פאן ופי' הרא"ש שם דכינן דנכסי דבר אינש ערבין ליה וע"כ במאי דאינו מחוייב לא קנה להמשכון אלמא דגם במשכון ס"ל להנה פוסקים דשייך בו טעמא דבכורות דנכסי דאינש ערבין ליה וכינן דלא מצי תבע מגופו פקע שעבודו מהמשכון ז"א קשה כלל דשאני היכא דחייב לו מכפר דכינן דקנה להמשכון שלא בשעת הלואתו ע"כ אף בשעת הלואתו יש לו קצת קנן בהמשכון וכמש"כ התוס' והש"ך בח"מ סימן ע"ב ס"ק ט'.

ואף במשכון קרקע משום דלמפרע גובה מעת דנתחייב לו ועיין בנתיבות סי' ס"ו ס"ק י"ב אבל היכא דאין חייב כלל לא שייך בו לומר דקני משכון או למפרע גובה ע"כ לא קני כלל להשעבוד ואמרינן מנה אין פאן משכון אין פאן דלא היה מחוייב לעולם כלל ובאמת י"ל במה דמצינו שם בקידושין דעת הרשב"א דס"ל בהא דמנה אין פאן

משכונ אין פאן דאָינז יכול לחזור מהמתנה רק התם בקידושי אשה לא מהני משום דהוי אגיד גביה והובא שיטתם באה"ע סי' כ"ט ובקצה"ח סוף סי' ל"ט וסי' ק"צ בארנקה ע"ש ובאמת תסוב עליהם קושיות הרא"ש מהא דבכורות דאמרו נכסי דבר אינש ערבין ליה כו' וכינן דאין לו שעבוד הגוף ממילא לא נכה בשעבוד נכסי וי"ל דטעמם דס"ל להנהיג פוסקים דקמו דחזינן במוכר שט"ח וינש לו משכונ דאין יכול למחול ואף במשכונ קרקע דלא קנה לו מדר' יצחק אלמא דשעבוד המשכונ דמנח תחת ידו אלים טפי ולא פקע אף היכא דפקע שעבוד הגוף א"כ ה"ה בהא דמנה אין פאן משכונ אין פאן דאף דלא קנה להחוב מ"מ קני לשעבוד המשכונ כיון דתפס ליה וילפי מה דכתבו התוס' ב"ק דף מ"ט ד"ה משכונו של ישראל ביד כו' דהא דבע"ח קני משכונ מ"מ אין לו אלא שעבוד עליו כו' ולפ"ז מוכח דבאמת אף היכא דאין לו אלא שעבוד נכסי מ"מ לא פקע זכותו אף היכא דפקע שעבוד הגוף כמו במשכונ שלא בעת הלואתו דס"ל דלא הוי אלא שעבוד.

ועכ"ז מהני תפיסה כמו בהא דס"פ המניח הנ"ל ולכן י"ל דהרמב"ם הוכיח מזה דאף היכא דפקע שעבוד הגוף כמו בשני זכרים דבכורות מ"מ לא פקע שעבוד נכסי כמש"כ פ' י"א ה' בפורים והובא בטור יו"ד סי' ש"ה די"ל דסמך על הא דמצינו דמהני תפיסה בספק על חוב דמוכח מזה דאף היכא דפקע מספיקא שעבוד הגוף מ"מ לא פקע שעבוד נכסי ולא מחלק דשאני משכונ משום דהא שיטת התוס' דאף דבע"ח קני משכונ מ"מ אין זה רק שעבוד בעלמא כנ"ל ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' וס"ק קמ"ט דחולק על התוס' הנ"ל וס"ל דיש לו קנין בגופו של משכונ ועיין בסי' ע"ב ש"ך ס"ק ק"ט בסופו וגם י"ל דאף לפמש"כ התוס' בב"ק הנ"ל מ"מ י"ל כמש"כ לעיל דשאני משכונ דלא בעינן שעבוד הגוף כלל כי יש לחלק.

אף בשיטת הרמב"ם שפיר י"ל דס"ל כמש"כ בעת וקצרת: וכש"כ לפמש"כ במק"א לדון די"ל דבע"ח קני משכונ לא שייך בחוב גזקין א"כ ממילא מוכח לפ"ז מהא דס"פ המניח דמהני תפיסה התם בהיו המזיקין שנים כו' דלא פקע שעבוד נכסי אף היכא דליכא שעבוד הגוף משום ספיקא ועיין בש"ך סוף סי' מ"ט דאף ביוב"ש דערב בעד יוב"ש הב' ג"כ לא גבינן אף דאיכא ממנ"פ והערב בעצמו יודע דהב' הוא החייב אפ"ה אמרינן בזה ג"כ הך פללא דכינן דלא גבי מהלנה ע"י ב"ד ע"כ לא גבינן מהערב וה"ה מן נכסי דב"נ כו' ועיין בקצה"ח ותנאים ונתיבות שם וע"כ ה"ה בתפס בספיקא דדינא וכה"ג דאף דנימא דהוי כמו הערב בעצמו דידוע דהלנה הוא החייב: אפ"ה כיון דלא מצי לירד להגוף הלנה ע"י ב"ד לא מצי גבי מנכסיו אף דתופס וטוען קים לי ושאני תפיסה שלא בעדים דמיגו מצד בירור הדבר הוא ולא משום ספיקא] ומדאמרינן דמהני תפיסה בספיקא מוכח דלא פקע שעבוד נכסי בזה וי"ל דמזה ג"כ יליף הרמב"ם שלא הביא להך דרבא דבכורות הנ"ל משום דכינן דמוכח מהא דב"ק ובשארי דוכתי דמהני תפיסה בספיקא משום דשעבוד נכסי לא פקע אף היכא דאין יכול לכוף לגופו ולהוציא ממנו כו' ועיין ב"ד פנ"ל וינש עוד לדון בזה ולומר דרבא דבכורות הנ"ל אגיל לטעמיה דס"ל בב"מ דף ק' דבבב"ר וב"ר לא אמר כו' פי עפ"ז יש לדון הרבה בסוגיא דב"ק דף ל"ה ע"ש וקצרת: ונתבאר הרבה טעמים עפ"י יסודות נכונות לבאר שיטת הרמב"ם במה דהשמיט להא דשני יוב"ש שלקחו שדה כו' דבכורות הנ"ל ואתי שפיר פסק הרמב"ם דפסק בהא דבכורות בשני זכרים כו' דנתחייבו נכסים כנ"ל ולכן הך דינא דס"ס מ"ט הנ"ל הוי זה ספיקא דדינא

וכמש"כ התנאים ג"כ ע"ש וגם נתבאר לנו דין מחודש ביהא דסוף סי' מ"ט הנ"ל דאמרו בשני יוב"ש שלקחו שדה בשותפות דאינו גובה דאם היה להם שדה שותפות בעת שהיה ידוע ומבורר מי מהם הוא החייב אף דאח"כ נולד הספק מי מהם הוא החייב עכ"ז פיון דהיה להם השדה שותפות בעת שהיה ידוע פנ"ל דנדאי גובה מן השדה שותפות כמו שנתבאר לעיל בארובה וגם עוד הרבה ענינים נתבאר בקונטרס הלז: סימן' (א) (ש"ף ס"ק ז') במי שקנה ממרני פרוע דשייך בזה תקנת השוק וכן הכריע התנאים והנתיבות שם ולכאורה קשה ממש"כ הש"ף סי' שנ"ו ס"ק ד' דאם בא דבר הגנוב להבעלים א"צ לשלם ללוקח מעותיו כו' דלא שייך ביה תקנת השוק פיון שהיא עתה ביד בעלים הראשונים כו' א"כ קשה דהא ה"א בקנה ממרני פרוע דהוי הלנה מן חזק מעיקרא א"כ אף לפמש"כ הנתיבות בסי' שנ"ו ס"ק א' דמיירי שם היכא דלא היה מעולם החפץ ברשות הלוקח א"כ הא ה"א ג"כ לא היה מעולם המעות ביד הלוקח א"כ תקשה פנ"ל ולכאורה י"ל בזה לפמש"כ הט"ז באה"ע סי' נ"ג ובס"י ע"ז ובב"ש שם גבי נדוניות חתנים דממך"ם הוי פגבוי א"כ ה"ה בנ"ד מטעם זה הוי כמו דבא פבר מעות הלנה ליד הלוקח אבל ז"א דהא פבר נתבאר לעיל בסי' י"ב בחידושיי דממך"ם לא הוי פגבוי רק בנדוניות חתנים עיי"ש וגם פיון דנתברר דהוי הממך"ם פרוע מקודם א"כ לא שייך ביה לומר דהוי פגבוי וקשה פנ"ל וי"ל דכוננת הש"ף הוא אם הלנה רוצה להוציא גוף הממך"ם מן הלוקח דלא יהיה ת"י הלוקח שטר ראיה עליו וכמש"כ המ"מ והובא בסי' נ"ד ש"ף ס"ק ד' א"כ הא בגוף השטר דהוי הלוקח מן חזק נדאי אין הלנה יכול להוציא גוף הנזיר עד שימתן לו מעותיו מפני תקנת השוק אבל אם אין הלנה רוצה להוציא גוף הנזיר מן הלוקח אז נדאי א"צ הלנה לשלם להלוקח מפני תקנת השוק וכן הוא בכל חייב תקנת השוק דכ"ז דאין תובע החפץ להוציא נדאי אין חייב על הבעלים לשלם להלוקח מפני תקנת השוק.

רק במוציא החפץ לעצמו אז חייב מפני תק"ה וה"ה ה"א וכו' פשוט ומצאתי בקצה"ח שהעיר בזה אבל העיקר כמש"כ סימן נא (א) (סעי' ב') הוציא עליו שט"ח בעד אחד וטען הלנה פרעתי ה"ז מחוייב שבועה ואיל"מ טען ואמר ישבע לי שלא פרעתי ה"ז נשבע כו' וי"א שגם אם טען פרעתי נאמן ודעה קפיייתא הנ"ל הוא דעת הרמב"ם פ' י"ד ה' מלנה: ענף א ולכאורה יש להעיר בזה לפמש"כ התוס' בכתובות ד' י"ח ע"ב ד"ה ובכולי בעי דלודי כו' בזה"ל ואין לומר דמה"ת חשוד נמי אשבועתא ומדרבנן הוא דאמרינן דלא חשוד כו' דהא גבי נסכא ד"ר אבא משמע דאי א' לא חטפי היה נשבע כו' והתם הוי שד"א דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאיל"מ כו' וכ"כ התוס' בב"מ ד' ג' ע"ב ד"ה בכולי בעי כו' ועיקר הפלל שכתבו דבשבועה דרבנן לא אמרינן מחושואיל"מ הוא בח"מ סי' ע"ה סעי' י"ד ע"ש אף מהתם אינו מוכח רק היכא דעיקר השבועה הוא מדרבנן אבל היכא דעיקר השבועה הוי מה"ת אף מאיזה טעם לא היינו יכולים לחייב שבועה להלנה מעיקרא אלא לאח"ז מצד תקחז"ל יכולים אנו לחייבו שבועה ובזה יש לומר מסבא דכיון דעיקר השבועה מה"ת ע"כ שפיר אמרינן בזה מחושואיל"מ אבל מהתוס' הנ"ל מוכח דאף בכזה מ"מ פיון דמה"ת לא היה חייב שבועה משום מגו דחשוד אממונא ע"כ אף דרבנן פשראו דתמירא להם שבועה ותקנו שבועה על החשודים מ"מ אין דינו פשבועה דאורייתא אלא פשבועה דרבנן דלא אמרינן מחושואיל"מ כ"ז מוכח

מהתוס' הנ"ל: ולפי זה יש לדון לשיטת הרמב"ם והמחבר לעיל סי' כ"ח סעי' י"ב דעדות
בשטר אינו רק מדרבנן משום שלא תנעול דלת ע"כ מבטיח לן לומר דע"א בשטר אינו
מחייב משום מחושואיל"מ דהא התם גבי הך נידון שפתיבו התוס' פנ"ל הא מה"ת מהימן
הע"א לחייב שד"א אלא מחמת הסברה דמגו דחשוד אמונא כו' אין אנו יכולין לחייב
שבועה ולכן אף דאח"ז דיכולין להשביעו מחמת תקחז"ל דראו דחמירא להם שבועה
ותקנו שבועה על החשודים כמש"כ התוס' בלשונם מ"מ לא דייגינן בי' מחושואיל"מ
א"כ ה"ה או כש"כ ביה עדות בשטר דמה"ת לא מהימן כלל ע"א וכן ב' עדים אלא עיקר
נאמנותו הוא רק מדרבנן וע"כ פיון דמה"ת אינו יכול לחייב שד"א ע"כ הדין נותן דלא
דייגינן בי' מחושואיל"מ כמו ביה ביה נידון של התוס' דכיון דלא היה חייב מה"ת עכ"פ
להשבועה לא דייגינן מתוה כו' א"כ ה"ה ביה דשטר בע"א ובנודאי דחוק לסלק דשאני
הכא דהוי התקנה משום שלא תנעול דלת כו' וע"כ לא מחלקינן בזה לומר דשאני דרבנן
דזהו דחוק באמת לומר פן ועיין באו"ת סי' כ"ח ס"ק ט"ז דכתב בשיטת הרמב"ם דשטר
הוי מדרבנן דזהו במתו העדים אבל אם העדים חיים פשר השטר מה"ת ע"ש ומ"מ גם
לפ"ז לא א"ש דהא משמע הכא בדבריהם דכתבו הוציא עליו שט"ח בע"א ה"ז
מחושואיל"מ: ולא פתבו דמיירי בהעד חי דמשמע דאף במת העד ג"כ אמרינן
מחושואיל"מ א"כ מוכח מהרמב"ם והמחבר הנ"ל דלא ס"ל להך כלל של התוס' הנ"ל
וכעת מצאתי להנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ל"ג ובמ"ת ח' ח"מ סי' ה' שהעיר בזה ג"כ:
ואפשר לומר בזה דהא מצינו בכולי ש"ס דאמרו להקל בקיום שטרות משום דמה"ת הוי
שטר פנחקה עדותן בב"ד ואף דלהרמב"ם אינו מועיל שטר כלל מה"ת רק מדרבנן
אפ"ה לאסר דתקנו דיהיה מועיל שטר מדרבנן עצמוהו כמו דאורייתא ממש וע"כ אין
מזה ראי' דלא ס"ל פהתוס' הנ"ל משום דהא מצינו דאלמוהי חז"ל לתקנתם דתקנו
להכשיר השטר משום נעילת דלת ועיין במהרי"ק סי' י"ז והובא בקצה"ח סי' מ"ו ס"ק
ה' וע"כ אינו ראי' מזה לסתור כלל של התוס' הנ"ל: אף עיקר דברי התוס' בסברתם
צריף עיון ועיין מזה לקמן בחידושי לח"מ סי' ע"ה סעי' י"ג וכן בחידושי לעיל לסי' מזה:
ענף ב' והנה אחי הפנחס הרב הג' חו"ב בחז"ת כו' מוה' אברהם אהרן זצ"ל אמר להוכיח
מן הא דכתבו הרמב"ם והמחבר הכא בהוציא עליו שט"ח בע"א דה"ל מחושואיל"מ טען
ישבע לי ה"ז נשבע דמוכח מזה דהכלל שפתיבו הפוסקים דהיכא דאין שנים מחייבין
ממון אלא ע"י שבועה דלא אמרינן בזה מתוה כו' דז"א רק אם עיקרו הוא מדרבנן אבל
היכא דמה"ת נוטל בל"ש רק דהשבועה הוא מדרבנן בזה אמרינן מתוה כו' עכ"ל ויפה
כתב ודפח"ח: והנה הנתיבות בסי' ע"ה ס"ק ט' פתב על מש"כ הש"ף שם ס"ק מ"ב
דבמקומות אם יש ע"א על הקיום ה"ל מחושואיל"מ והקשה הנתיבות דא"כ בשטר בשני
עדים אף בלא נאמנות פיון שאינו נאמן לומר פרוע רק במיגו דמזוניף יהי' סגי בע"א על
הקיום ותירץ ע"פ מש"כ הש"ף שם ס"ק מ"ז דהיכא דאין ב' מחייבין ממון אלא ע"י
שבועת התובע דבזה לא אמרינן מחושואיל"מ דלפ"ז בשטר דאם טוען אשתבע לי הא
צ"ש וע"כ לא דייגינן בזה מחושואיל"מ ולכן בעי שני עדים על קיום משא"כ בממך"ם
דיש בו נאמנות דלא היה צריף המלנה לישבע בזה שפיר כתב הש"ף דה"ל מחושואיל"מ
עכ"ל הנתיבות ותמהני עליו דהא מבואר להדיא הכא גבי שטר בע"א דכתבו הרמב"ם
והמחבר דחייב משום מחושואיל"מ אף דצריף בעהש"ט לישבע בטען אשתבע לי אלמא

דמוכה דבשבוועות אשטבע לי לא דיינינן להך פללא ואף דבשנים הנה צ"ש בהשבע לי
עכ"ז גבי ע"א אמרינן מתוך כו' א"כ עדיין תקשה על הש"ך דסי' ע"ה הג"ל פקושיות
הנתיבות דלפ"ז יהיה סגי ע"א על קיום שטרות והא דמבואר הךא בשם יש אומרים דאם
טען פרעתי נאמן בשבוועה הא טעמם הוא כמש"כ הש"ך הךא בס"ק ג' דכיון דאינו אלא
שטר בע"א לא חשש להניחו בידו כו' ולענ"ד נראה לתרץ קושיות הנתיבות הג"ל והוא
דהא מבואר ברא"ש פ"ה דשבוועות סי' ג' בשם הרמב"ן דלכך משביעין לכל מודה במקצת
אף בדאית לי קרקע ולא אמרינן בזה הא אין נשבעין על שעבוד קרקעות משום דכיון
דתקנו חז"ל דלא יהיה טורף ממשעבדי למלנה בע"פ לאו שעבוד קרקעות מקרי וכן
קיי"ל לדנא פמבואר בסי' פ"ח בסמ"ע ס"ק נ"ג ובש"ך ס"ק נו"ן ועיין מזה בפני יהושע
בב"מ ד' ד' ע"ב: והנה לקמן סי' ק"ו וש"ך ס"ק ו' הביא בשם המבי"ט דכתב דבמודה
הלנה על השטר שלא נתקיים דגובין ממשעבדי וכמש"כ התוס' בב"מ ד' ע"ב והובא
בש"ך שם והש"ך השיג עליו שם ובאמת יש להוכיח כהמבי"ט גם מן התוס' שכת ד'
ע"ח ע"ב ד"ה ת"ק סבר מודה בשטר שכתבו צריף לקיימו כו' שכתבו אי נמי לטרף
ממשעבדי אם יודה הלנה שאינו מזניף עכ"ל התוס' אלמא דס"ל כהמבי"ט דמהני הודאת
הלנה על שטר שאינו מקניים לטרף ממשעבדי: ולפ"ז יש לדון דלשיטת המבי"ט הג"ל
אתי שפיר מה דמבואר בכולי ש"ס דבעינן שני עדים על קיום שטרות משום דע"א לא
מהני בזה מצד מחשואיל"מ דהא ה"ל כפירות שעבוד קרקעות דהא אם יהיה מודה הלנה
על השטר יהיה טורף ממשעבדי לשיטת המבי"ט וכמש"כ התוס' וב"מ פנ"ל ע"כ מקרי
זה שפיר כפירת שעבוד קרקעות משום דהא אם היה מודה על השטר יהיה בו שעבוד
קרקעות והוי כמו דתובע קרקע מתבירו והוא כופר דאין נשבעין ע"ז וע"כ בעינן ב'
עדים על קיום שטר משום דלא דיינינן מחשואיל"מ על קרקע דהא אין נשבעין על
קרקעות אבל הש"ך הא מייירי בממך"ם שחתום עליו הבע"ד לבדו דאין בו דין טריפות
משעבדי פלל כ"ז שאין לו שטר חתום בשני עדים ע"כ לא מקרי זה כפירת שעבוד
קרקעות ושפיר דנו בזה למחשואיל"מ.

והא דמבואר בירושלמי לכתובות פ"ב ה' ד' דר' מנא בעא ע"א בכתב מהו לזוקקו
לשבוועה כו' לכן צריכא כשהיו שנים מצאו לקיים כת"י של ראשון ולא מצאו לקיים
כת"י של שני אלמא דאף אם יש ת"י המלנה שטר בחת"י שני עדים ואם מקיימין חת"י
א' מהם י"ל דחייב שבוועה להכחיש העד ולא אמרינן דה"ל כפירות שעבוד קרקעות
פנ"ל י"ל דמייירי הירושלמי באופן דלית לי קרקע פלל וכעין מש"כ התוס' בב"מ ד' ד'
ע"ב ד"ה אין נשבעין כו' והובא בסי' פ"ח בטור ובש"ך שם ס"ק נו"ן א"כ א"ש כ"ז אף
כ"ז הוא לשיטת המבי"ט אבל לפמש"כ הש"ך בסי' ק"ו להשיג על המבי"ט והעלה בשם
פמה פוסקים דס"ל דאף במודה הלנה שכתב עכ"ז אין אנו גובין מלקוחות כ"ז שלא
נתקיים כדן לפ"ז עדיין תקשה לפמש"כ הש"ך גבי ממך"ם דדיינינן בי' מתוך כו' דא"כ
אמאי אמרו בכולי ש"ס והפוסקים דבעינן שני עדים על קיום שטרות יהיה סגי ע"א על
קיום מצד דיהנה מחשואיל"מ: ואפשר לומר בזה דאף דנימא דע"י הודאת הלנה אינו
טורף ממשעבדי מ"מ יש לדון מילתא חדתא בזה דדוקא לענין דיהנה טורף ע"י השטר
מן זמן הנכתב בשטר בזה שפיר אמרו דאין הלנה נאמן ע"י הודאתו להיות חב לאחרני
כדקיי"ל דבמקום דחב לאחרים לא מהני הודאת בע"ד אבל לענין דיהנה טורף ע"פ

השטר מן עת הודעתו בב"ד יש לדון דנאמן על מעכשיו דהא בידו ליתן שטר פדין על טריפת משעבדי מהיום ולהבא ומצינו כה"ג בב"ב ד' קל"ד דאם אמר גרשתי את אשתי דאינו נאמן למפרע אבל מפאן ולהבא נאמן וכמש"כ הב"ש בס' קנ"ב ס"ק א' דפסקו כמ"ד שם דפלגינן דברו ולפ"ז ה"ה גבי הודאת הלנה על שטר דת"י המלנה שלא נתקנים פדין דאף דאינו נאמן ליפרע על זמן דנכתב השטר משום דאינו בידו על למפרע אבל על מפאן ולהבא מן עת ההודאה בב"ד ונדאי דנאמן מפאן ולהבא משום דהוי בידו ליתן שטר פדין שטרון ממשעבדי מהיום וכעין זה מצינו בב"מ ד' י"ז ע"א דהמוצא שט"ח בשוק וכתב זמנו בו ביום דאם חייב מודה מתזירין והטעם הוא משום דמאותו יום ולהבא הוי בידו ומיהמן ועיין בתוס' שם ד"ה רב פהנא אמר פשחייב מודה כו' ובס' ס"ה סעי' ז' ועיין בח"מ סי' ע"א ש"ך ס"ק מ"ב מה שהביא בשם פמה ראשונים דס"ל דהיכא דקדם הנאמנות בשטר ללקוחות מהני והחולקים שם טעמם דלענין שבועה החמירו משום חשש קנוניא אבל לעפב הפרעון לא מצינו בכה"ג.

ובנדאי מהימן על מפאן ולהבא וכעין זה מצינו בס' ס"א סעי' ז': וכיין דמהימן על מפאן ולהבא על שטרו דיהנה טורף מן עת ההודאה בב"ד ממשעבדי דבכה"ג לא חיישינן לקנוניא וכמו הא דב"מ ד' י"ז הנ"ל לכן י"ל דאם המלנה תובע בשטר דתתומים עליו שני עדים רק דלא נתקיימו דינש לדון בכה"ג הוי זה בשם פפירת שעבוד קרקעות והוא דהא שיטת התוס' והרא"ש בכל מודה במקצת דאם יש לו קרקע מקרי זה שעבוד קרקעות אף אנו קיי"ל פהרמב"ן דס"ל דכיין דאין טורפין במלנה בע"פ מן משעבדי ע"כ אין זה מקרי שעבוד קרקעות א"כ זה אינו שייך אלא במלנה בע"פ דאף אם יודה מ"מ לא יטורף ממשעבדי אף מפאן ולהבא ואף ההודאה בב"ד חשוב במלנה בשטר עכ"ז הא מבואר בס' ל"ט סעי' ט' ובש"ך שם ס"ק כ"ד ובס' ע"ט ובש"ך שם דלא הוי במלנה בשטר רק בשלחו אחריו וכה"ג ע"ש א"כ היכא דלא הוי ההודאה באופן זה דאז אין ההודאה בב"ד חשוב במלנה בשטר לטורף ממשעבדי ע"כ אין זה מקרי שעבוד קרקעות ונשבעין ע"ז: אכן באם יש להתובע שטר בשני עדים דאם יודה הלנה אז יהיה מצי טריף ממשעבדי מן עת ההודאה דהא מפאן ולהבא מהימן משום דאין זה מקרי חב לאחרים פנ"ל ע"כ שפיר מקרי זה פפירת שעבוד קרקעות דהא אם יהיה מודה יהיה מהימן על טריפת משעבדי מפאן ולהבא א"כ הוי זה כמו אם טענו קרקע וכפר דאין נשבעין ע"ז ועיין בש"ך סי' פ"ז ס"ק ו' דשטר דהתם מייירי בענין שאין טורף ממשעבדי ע"ש: אבל בנ"ד דיהנה מצי לטורף ממשעבדי ע"י השטר מן עת ההודאה שפיר י"ל דזה מקרי שעבוד קרקעות ואין דנין דין שבועה פלל בזה וע"כ א"ש מה דבעינן שני עדים על קיום שטרות משום דע"י קיום ע"א לא מהני משום דלא שייך בזה מחושואיל"מ פלל לפי דאין דנין שבועה פלל בזה דה"ל פפירות שעבוד קרקעות וא"ש כ"ז בפשיטות אף לפי שיטת הש"ך בס' ק"ו דחולק על המבי"ט פן יש לדון בזה לכאורה: ענף ג' אבל באמת זה אינו דהא מבואר בס' פ"ח סעי' כ"ח גבי הודאה בשטר דמקרי שעבוד קרקעות דבמה דברים אמורים בשטר שיכול לקיימו אבל אם אינו יכול לקיימו ה"ה בהודאה ע"פ ונשבע כו' וכ"כ הטור שם בשם הרמב"ן ע"ש הרי להדיא דלא כמש"כ דאי נימא כמו דנתבאר דכיין דההודאה בב"ד מהני לטורף ממשעבדי ע"פ השטר שאינו מקנינים מן עת ההודאה

א"כ קִשָּׁה דְאֵמַאי אָמְרוּ שֶׁם דְשִׁטְר שְׂאִינוּ מְקַוְיִים דְלֵא מְקַרֵי שְׁעֵבּוּד קַרְקָעוֹת וְע"כ מוֹכַח
דְלֵא כַמְש"כ וְהַטְעָם הוּא דְאָף דְמַהֲיָמֵן מְפָאן וְלַהֲבֵא.

מ"מ יֵשׁ לוֹמַר דְהֵדִין הוּא דַכָּה"ג לֵא מְקַרֵי שְׁעֵבּוּד קַרְקָעוֹת דְכִינּוּן דְלֵא מְהֵימֵן עַל טְרִיפֵת
מְשַׁעְבְּדֵי לְמַפְרַע מִן עֵת שְׁנֹכְתֵב הַשְׁטֵר וְכַמְש"כ הַשְׁט"ף בְּסִי' ק"ו ס"ק ו' בְּשֵׁם הַרְמַב"ן
וְהַמְחַבֵּר וְהַרְמַב"ם וְש"פ דַס"ל דַע"י הוֹדָאֵת הַלְוָה אֵין גּוֹבִין מְשַׁעְבְּדֵי א"כ יֵשׁ לְדוֹן בְּזָה
דַמַה"ט אָף מְזָמֵן דְהֵאִידְנָא אֵינוּ גּוֹבֵה מְשַׁעְבְּדֵי מְשׁוּם דְשִׁינְךָ בְּזָה גְזִירָה שְׂמָא יִגְבֵה מְזָמֵן
רֵאשׁוֹן כְּמוֹ בְהָא דב"מ ד' ע"ב גְבִי שַׁט"ח מְוַקְדָם דְאָמְרוּ דְלִכּוֹן לֵא גְבִי מְזָמֵן ב' מְשׁוּם
גְזִירָה שְׂמָא יִגְבֵה מְזָמֵן רֵאשׁוֹן וְעֵינֵן בְּש"ף ס' נ"ב ס"ק א' וְאֵי דִיכְתָבוּ עֲלֵיו שַׁט"ח זָה
לֵא נִימֵן לְגַבּוֹת אֲלֵא מְזָמֵן ב' הָא פִינּוּ דְנִרְאָה פְּסוּלוֹ בב"ד אֵין לוֹ תַקְנָה כְּמִבְּנֹאֵר בְּסִי'
מ"ג: אָף זָה יֵשׁ לְדַחּוֹת דַשַׁא"ה בְּשִׁטְר מְוַקְדָם שְׁיִיךָ שְׁפִיר הַגְזִירָה שְׂמָא יִגְבֵה מְזָמֵן רֵאשׁוֹן
מְשׁוּם דְיֵשׁ לְחֹוֹשׁ דְלֵמָא לֵא יִנּוֹדַע לְהַלְקוֹחוֹת שְׁהוּא מְוַקְדָם וְלִכּוֹן פִינּוּ שְׁהוּא שְׁטֵר מְקַוְיִים
שְׁפִיר יֵשׁ לְחֹוֹשׁ שְׂמָא יִגְבֵה מְזָמֵן רֵאשׁוֹן אֲבָל בַשַׁט"ח שְׂאִינוּ יָכוֹל לְהַתְקַיֵים פִינּוּ דְלִיכָּא
בִי חֲשַׁשׁ תַקְלָה דְהָא כְּשִׁיבָא לְגַבּוֹת מְשַׁעְבְּדֵי יֵאמְרוּ לוֹ קֵיִים שְׁטֵרָךְ וְרַק מְזָמֵן ב' דְמַהֲנִי
הוֹדָאֵת הַלְוָה עַל מְפָאן וְלַהֲבֵא מְצִי גְבִי אֲבָל עַל לְמַפְרַע לֵא יְהִיָה שׁוּם חֲשַׁשׁ תַקְלָה בְּעוֹלָם
וְע"כ לֵא שְׁיִיךָ בְּזָה הַגְזִירָה הַנְּ"ל וְעֵינֵן בב"ק ד' לַמ"ד ע"ב תוֹס' ד"ה וְחַכ"א גּוֹבֵה אֵת
הַקְרָן כו' וְע"כ לִיְתָא לַמְש"כ וְלִכּוֹן עֲדֵינֵן יֵשׁ לְהַעִיר בְּמַה דְמִבְּנֹאֵר דְסִי' פ"ח סַעִי' כ"ח
דַשַׁט"ח שְׂאִינוּ יָכוֹל לְקֵיִמוֹ לֵא מְקַרֵי שְׁעֵבּוּד קַרְקָעוֹת: דְהָא יֵשׁ לְדוֹן פִינּוּ דְיִהִיָה מוֹעִיל
הוֹדָאֵתוֹ לְטָרוֹף מְשַׁעְבְּדֵי מְפָאן וְלַהֲבֵא א"כ יְהִיָה מְקַרֵי כְפִירַת שְׁעֵבּוּד קַרְקָעוֹת: וְע"כ
נְלַפְעַנ"ד לוֹמַר טַעַם אַחַר דְלִכּוֹן לֵא מְקַרֵי שַׁט"ח שְׂאִינוּ יָכוֹל לְקֵיִמוֹ בְשֵׁם שְׁעֵבּוּד קַרְקָעוֹת
לְפִי דְהָא מִבְּנֹאֵר בְּכַתְּנֻבוֹת ד' צ"ג הֵיּוּ פּוֹלֵן יוֹצְאוֹת בְּשַׁעָה אַחַת חוֹלְקוֹת בְּשָׁנָה וְהַתּוֹס'
שָׁם ד' צ"ד ד"ה שְׁטֵרוֹת כו' כְּתָבוּ הַטְעָם מְשׁוּם דְאֵין הַשְׁעֵבּוּד חָל אֲלֵא מְאוֹתָהּ שַׁעָה
שְׁמוֹכִיחַ מִתּוֹף הַשְׁטֵר שְׁהַתְחִיל הַשְׁעֵבּוּד דְהֵינּוּ מְמַחְרַת יוֹם שְׁנֹכְתֵב כו' וְכ"כ הַר"ן שָׁם.

וְאָמְרוּ שָׁם בְּכַתְּנֻבוֹת אֵטוּ בִירוּשָׁלַיִם יִתְבַיֵן דְכַתְּבִינּוּ שְׁעוֹת. וְכֵן מִבְּנֹאֵר בַח"מ ס' ק"ד
וְעֵינֵן בְּתוֹס' כְּתוֹבוֹת ד' צ"ד ד"ה לִימָא רַב דְאָמַר כַר"מ כו' מַש"כ שָׁם בְּשֵׁם הַר"ת וּלְפ"ז
נִרְאָה בְּרוּר דָאֵם הַלְוָה מוֹדָה עַל הַשְׁטֵר דְאֵינוּ מְקַוְיִים דְאֵינוּ יָכוֹל לְטָרוֹף מְשַׁעְבְּדֵי רַק
מִיּוֹם הַמְּחַרַת שְׁל הַהוֹדָאָה דְהָא לֵא עֲדִיכָּא הוֹדָאֵתוֹ עַל מְפָאן וְלַהֲבֵא מִן אֵלוּ יִתֵן שַׁט"ח
חֲדָשׁ בְּעַת הַהוֹדָאָה: דְהָא לְדִידוֹן דְאֵין כּוֹתְבִין שְׁעוֹת לֵא מִתְחִיל הַשְׁעֵבּוּד אֲלֵא מְמַחְרַת יוֹם
שְׁנֹכְתֵב בּוֹ ע"כ לֵא מְקַרֵי בְּעַת הַהוֹדָאָה שְׁעֵבּוּד קַרְקָעוֹת דְהָא לֵא יְהִיָה מִתְחִיל שְׁעֵבּוּד רַק
מִן יוֹם מְחַר וְכִינּוּן דְבְּעַת הַהוֹדָאָה לֵא הֵנִי אֲזִ שְׁעֵבּוּד קַרְקָעוֹת ע"כ נְשַׁבְּעִין ע"ז דְהָא בְּתַר
שְׁעַת הוֹדָאֵתוֹ אֲזִלִינּוּ פִידוּעַ וְאֵי דְנִימָא דְשְׂאֵנִי בַשַׁט"ח שְׂאִינוּ מְקַוְיִים שְׁנֹכְתֵב מְקוֹדָם דְלְפִי
הוֹדָאֵתוֹ שְׁהַשַׁט"ח הוּא שְׁטֵר כְּשֵׁר א"כ מְמִילָא טוֹרְף מִיָּד מִן עֵת הוֹדָאֵתוֹ וְיֵשׁ לוֹ מִיָּד זְכוּת
שְׁעֵבּוּד קַרְקָעוֹת עַל הַקַרְקָעוֹת שְׁל הַלְוָה לְטָרוֹף מְשַׁעְבְּדֵי דְהָא לְדַבְרֵי הַלְוָה הִיָה חָל
הַשְׁעֵבּוּד כְּכַר מִן עֵת שְׁנֹכְתֵב הַשְׁטֵר וְעַל מְפָאן וְלַהֲבֵא נְאָמֵן מְשׁוּם דְהֵנִי בְּיָדוֹ לְכַתְּבֵי
שַׁט"ח חֲדָשׁ מִיָּד בְּעַת הַהוֹדָאָה וְלְכַתְּבֵי שְׁעוֹת גַּם ז"א דְהָא פִינּוּ דְעֵינֵקֵר נְאָמְנוֹתוֹ דְהַלְוָה
בְּמְפָאן וְלַהֲבֵא הוּא מְשׁוּם דְבְּיָדוֹ לִיְתֵן לוֹ שַׁט"ח חֲדָשׁ בּוֹ בִיּוֹם א"כ הָא עַל עֵת הַהוֹדָאָה
מִיָּד לֵא שְׁיִיךָ לוֹמַר בְּיָדוֹ הַנְּ"ל דְהָא יְשַׁהֵה זְמַן מַה בְּכַתְּיבַת הַשְׁטֵר וּבְתוֹף כְּףָּ מְקוֹדָם זְמַן
הַרְאוּי לְשִׁהוֹת בְּכַתְּיבַת הַשְׁטֵר לֵא שְׁיִיךָ מִיָּגוּ וּבְיָדוֹ הַנְּ"ל ע"כ פִינּוּ דְאֵינוּ נְאָמֵן רַק מְשׁוּם
מִיָּגוּ וְכִינּוּן דְבְּתוֹף זְמַן שְׁצָרִיךָ לְשִׁהוֹת וְלְכַתְּבֵי שְׁטֵר לֵא יְהִי טוֹרְף מְשַׁעְבְּדֵי דְהָא צָרִיךָ

לְשֵׁהוּת זְמַן בְּכַדִּי שִׁיעֲשֶׂה שֵׁט"ח אַחֲרָא"כ בְּעַת שִׁיעֲצָתָהּ הַהוֹדָאָה מִן פִּיּוּ לֹא הִיא אֲזַ בְּשֵׁם
שְׁעֵבוּד קַרְקָעוֹת ע"כ שְׁפִיר נְשַׁבְּעִין ע"ז וְאִין לֹמַר דִּישׁ לֹא מִיגֹו דְהִיָּה מְכִין ת"י שֵׁט"ח
פְּתוּב וְחֲתוּם דו"א דְזָה הָוִי פְּעִין מִיגֹו דְלִמְפָרַע דְלֹא אֲמַרִּינֵן וְעִיקָר נְאֻמָּנוֹתוֹ מְשׁוּם מִיגֹו
הוּא עַל מְפָאן וְלִהְבָּא א"כ הָא צְרִיף לְשֵׁהוּת זְמַן קֶצֶת עכ"פ לְזָה וְאִי דִימְסוֹר אוֹתוֹ שְׁטַר
שְׁאָנוּ דְנִין עָלֵיו בְּפָנֵי עַדִּי מְסִירָה הָא זָה לֹא מְהַנִּי אִי נִימָא דְהוּא בְּחֻשׁ מְזוּנִיף מְשׁוּם
דְהָא הָוִי מְזוּנִיף מִתּוֹכוֹ וְעִינֵן בֵּאֵה"ע ס' ק"ל ב"ש ס"ק כ"ח .

עָנָף ד וּלְפִי מַה דְנִתְבָּאָר לְכוּ אַף בְּהוֹדָה בּב"ד עַל הַמְקַצָּת [ע"י מַה דְשָׁלְחוּ אַחֲרֵיו וְכַה"ג
דְמִבְּנֹאָר בְּסִי' ל"ט וּבְסִי' ע"ט דְבְּזָה הָוִי הַהוֹדָאָה פְּמִלְנָה בְּשְׁטַר לְטָרוֹף מְמַשְׁעָבְדִי דְכַתְבִּיתִי
לְעִיל דִּישׁ לֹמַר בְּזָה דָאָף לְשִׁיטַת הָרַמְבַּ"ן דס"ל דְכִינֵן דְאִינוּ טוֹרָף מְמַשְׁעָבְדִי לֹא הָוִי
שְׁעֵבוּד קַרְקָעוֹת פְּמִבְּנֹאָר בְּרֵא"ש פ"ה דְשָׁבוּעוֹת וּבְסִי' פ"ח פנ"ל דְכִינֵן דְבַכַּה"ג טָרִיף
מְמַשְׁעָבְדִי א"כ הָוִי זָה הוֹדָאָת שְׁעֵבוּד קַרְקָעוֹת וּבַכַּה"ג אֲפָשָׁר דְמוֹדָה הָרַמְבַּ"ן לְשִׁיטַת
הַתּוֹס' וְהֵרֵא"ש דָאָם יֵשׁ לֹא קַרְקָע אִין נְשַׁבְּעִין אֲבָל בְּאֻמַּת זָהוּ דִּןחֻק דְהָא סְתָמוּ בְּסִי' פ"ח
וְלֹא חִיָּלְקוּ בְּזָה וְע"כ נִרְאָה לִי לֹמַר דְלְשִׁיטַת הָרַמְבַּ"ן הַחוֹלֵק עַל הָרֵא"ש דְגַם בַּכַּה"ג
לֹא מְקַרִּי הוֹדָאוֹת שְׁעֵבוּד קַרְקָעוֹת דְהָא שִׁיטַת הָרַמְבַּ"ן וְש"פ פְּכִי שְׁהוּבָא בְּסִי' ע"ט בּס"ך
ס"ק כ"ט דְכַתְבִּי דְהָא דְמַעֲשֶׂה ב"ד פְּמָאן דְכַתִּיב דְמִי הִיָּנוּ פְּמָאן דֹּא' פְּתוּבוּ דְמִי וְעִיקָר
הַטַּעַם דְמַעֲשֶׂה ב"ד טוֹרָף מְמַשְׁעָבְדִי הוּא דְנוֹקָא אִם פְּתָבוּ הַפְּסֵק דִּין אַף לְפִי דְהוּא מַעֲשֶׂה
ב"ד ע"כ כּוֹתְבִין אַף בְּלֹא צוּוּיָיו שֶׁל הַמַּתְחַיֵּיב אֲבָל אִם לֹא פְּתָבוּ ב"ד אֵת הַשְּׁטַר אֲזַ אִינוּ
טוֹרָף מְמַשְׁעָבְדִי ע"ש בְּש"ף שְׁהֵאָרִיף בְּזָה א"כ לִפ"ז הַדִּין נוֹתֵן דְהוֹדָאָה בּב"ד לֹא יִהְיֶה
נִקְרָא שְׁעֵבוּד קַרְקָעוֹת מְשׁוּם דְהָא תִּיָּכָף וּמִיָּד בְּעַת הוֹדָאָתוֹ לֹא מְצִי טָרִיף מְמַשְׁעָבְדִי רַק
לְאַחַר שְׁיִכְתְּבוּ הַשְּׁטַר בְּכַתִּיבַת שְׁעוֹת דַּמ"ש א"כ בְּתוֹף זְמַן בְּכַדִּי שְׁיִכְתְּבוּ הַפְּס"ד לֹא
מְצִי טָרִיף מְמַשְׁעָבְדִי ע"כ בְּעַת שִׁיעֲצָתָהּ הַהוֹדָאָה מִן פִּיּוּ לֹא הִיָּה אֲזַ בְּשֵׁם שְׁעֵבוּד קַרְקָעוֹת
פנ"ל וְע"כ חִיָּיב אַף בַּכַּה"ג שֵׁד"א לְדִינֵן דְקִי"ל לְשִׁיטַת הָרַמְבַּ"ן וְכַמְש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי'
פ"ח ס"ק נו"ן וְלֹא מְחַלְקִי פְּלֵל בְּזָה וְעִינֵן בּב"ב ד' קע"ה תּוֹס' ד"ה לֹא מִן הַיּוֹרְשִׁים כּו'
בַּמְש"כ שֵׁם הַטַּעַם דְעֵמֵד בְּדִין גְּבִי מְמַשְׁעָבְדִי וְאִף לְשִׁיטַת הָרַמְבַּ"ם וְהַמְחַבֵּר בְּסִי' ע"ט
סְעִיף י"ב וְכַמְש"כ הַשְּׁ"ף שֵׁם ס"ק כ"ט דס"ל דְהָא דְמַעֲשֶׂה ב"ד פְּכַתְּנֹבָה בְּשְׁטַר דְמִי
דְזָהוּ אַף דְלֹא נִכְתַּב הַפְּסֵק דִּין מ"מ י"ל דו"א רַק לְאַחַר דְחִיָּבוּהוּ ב"ד וְאֲמָרוּ לֹא צֵא תֵּן
לֹא דָאָז נִפְקָ קְלָא אֲבָל בְּעַת הוֹדָאָתוֹ מְקוֹדֵם דְאֲמָרוּ לֹא חִיָּיב אֲתָה לִיתֵּן לֹא אִין לֹא אֲזַ זְכוּת
לְטָרוֹף מְמַשְׁעָבְדִי וְלֹא הָוִי אֲזַ פְּכַתְּנֹבָה בְּשְׁטַר ע"כ בְּעַת הוֹדָאָתוֹ לֹא הָוִי אֲזַ הוֹדָאָת שְׁעֵבוּד
קַרְקָעוֹת וְכַנ"ל וְשִׁאֲנִי מַעֲשֶׂה ב"ד הַפְּכַתְּנֹבָה מְפָכָר דְזָהוּ מְקַרִּי שְׁעֵבוּד קַרְקָעוֹת וְעִינֵן
בַּקְצָה"ח ס' קי"ט ס"ק א': וְלִכֵּן לְפִי מַה דְנִתְבָּאָר דְלְדִינֵן דְקִי"ל פְּהָרַמְבַּ"ן דְהִיָּכָא דְאִינוּ
טוֹרָף מְמַשְׁעָבְדִי לֹא מְקַרִּי שְׁעֵבוּד קַרְקָעוֹת וְמַה"ט בְּאִם תּוֹבַע בְּשְׁטַר דְאִינוּ מְקוֹנִיִּים דָאָף
דְלְדַבְּרִי הַמְלָנָה דְהַשְּׁטַר הוּא פֶּשֶׁר א"כ יֵשׁ בּוּ זְכוּת טְרִיפַת מְשַׁעָבְדִי לְדַבְּרֵיו וְעכ"ז פִּינֵן
דְהַב"ד לֹא יִטְרוּפוּ ע"י הַשְּׁטַר מְמַשְׁעָבְדִי מְחַמַּת דְהַב"ד אִינָם מְאֻמִּינִים לֹא ע"כ לֹא הָוִי
שְׁעֵבוּד קַרְקָעוֹת וְכַמְבֹּאָר בְּסִי' פ"ח סְעִי' כ"ח ע"כ הַדִּין נוֹתֵן לִפ"ז דְיִהְיֶה סְגִי ע"א עַל
קִיּוּם שְׁטָרוֹת דְהָא זָה לֹא הָוִי שְׁעֵבוּד קַרְקָעוֹת פִּינֵן דְאִינוּ טוֹרָף ע"י ע"א עַל הַקִּיּוּם א"כ
הָא הָוִי הַלְנָה מְחוּשׁוּאִיל"מ וְאִין לֹמַר דְשִׁאֲנִי תְּבִיעָה בַּע"פ דְבְּזָה שְׁפִיר קִי"ל פְּהָרַמְבַּ"ן
דְהָא אַף יִהְיֶה הָאֻמַּת עִם הַמְלָנָה מ"מ הָא לְאַחַר דְתִקְנֵנוּ חז"ל דְמְלָנָה בַּע"פ אִינוּ גּוֹבָה
מְמַשְׁעָבְדִי ע"כ אִינוּ בְּכַלֵּל שְׁעֵבוּד קַרְקָעוֹת אֲבָל גְּבִי שֵׁט"ח דְאִינוּ מְקוֹנִיִּים הָא אִם יִהְיֶה

הַאֲמַת כְּפִי עֲדוֹת הַע"א שֶׁהוּא שְׁטָר מְקוּנָיִם א"כ לִפ"ז יֵשׁ לוֹמֵר דְּזוֹה מְקָרִי שְׁעָבוֹד
קִרְקָעוֹת דּו"א דְּהָא חֲזִינָן בְּהַךְ דְּסִי' פ"ח סע"א כ"ח דְּבִשְׁט"ח דְּאִינוּ מְקוּנָיִם ה"ה כְּהוֹדָאָה
בַּע"פ וְנִשְׁבַּע כּו' וְכַמִּש"כ שֶׁם הַטּוֹר בְּשֵׁם הַרְמַב"ן פֶּן אֵלְמָא דְּאַף דְּהֵתָם הָא דְּאִינוּ גּוֹבָה
מִמְשַׁעְבְּדֵי הָיִי מְשׁוּם דְּאִין אָנוּ מְאֲמִינִים לְהַמְלִינָה עַכ"ל וְאָמְרוּ דְּזוֹה אִינוּ בְּכָלֵל שְׁעָבוֹד
קִרְקָעוֹת פִּינּוֹן דַּע"כ"פ לֹא מְצִי טְרִיף מִמְשַׁעְבְּדֵי מְחַמַּת דְּאִין אָנוּ מְאֲמִינִים לוֹ וְכ"כ הַטּוֹר
בְּסִי' פ"ח שֶׁם בְּמוֹדָה הַלְוָה שְׁקִיָּה קִנְיָן לְפָנֵי עֲדִים אִף דְּאִין הָעֲדִים לְפָנֵינוּ דְּהָיִי כְּתַבִּיעָה
בַּע"פ וְאַף דְּלְדַבְּרֵי הַלְוָה מְצִי טְרִיף מִמְשַׁעְבְּדֵי אִף מְחַמַּת דְּאִין אָנוּ מְאֲמִינִים לוֹ לֹא מְקָרִי
שְׁעָבוֹד קִרְקָעוֹת א"כ ה"ה גְּבִי הָא דְּיֵשׁ לוֹ רַק ע"א עַל הַקִּיּוּם לֹא מְקָרִי שְׁעָבוֹד קִרְקָעוֹת
מַה"ט פְּנ"ל וְלָכֵן יֵשׁ לָנוּ לוֹמֵר דַּע"א עַל הַקִּיּוּם יִהְיֶה מְהֵנִי לְגַבּוֹת מִן הַלְוָה בְּעַצְמוֹ אֵלְמָא
לְגַבּוֹת מִיּוֹרְשִׁים לֹא מְהֵנִי ע"א עַל הַקִּיּוּם מְשׁוּם דְּהָא כְּתִיב שְׁבֹנַעַת ד' תְּהִיָּה בֵּין שְׁנֵיהֶם
וְלֹא בֵּין הַיּוֹרְשִׁים וּמַה"ט אִף דְּכְתוּב בְּשְׁטָר מְטַלְטְלִין אַג"ק דְּלֹא הָיִי שְׁעָבוֹד קִרְקָעוֹת אִם
רוֹצֶה לְגַבּוֹת מִן הַמְטַלְטְלִין שְׁקִנּוּ הַלְקוּחוֹת דַּג"כ אִינוּ גּוֹבָה מֵהֶם מְשׁוּם מַה"ט דְּשְׁבֹנַעַת
ד' בֵּין שְׁנֵיהֶם וְלֹא בֵּין הַלְקוּחוֹת אֲבָל מִן הַלְוָה בְּעַצְמוֹ שְׁפִיר י"ל לְכַאוּרָה דְּיִהְיֶה מְהֵנִי
קִיּוּם שְׁטָר ע"י ע"א וּבְאֲמַת הָא מְצִינוּ בְּכַמָּה דְּוֹכְתֵי דְּלֹא מְהֵנִי כָּלֵל ע"א עַל הַקִּיּוּם אִף
לְגַבּוֹת מְהַמְלִינָה עַצְמוֹ א"כ תְּקַשָּׁה עֲדִינּוּ דְּנִימָא בְּזוֹה מַחוּשׁוּאִיל"מ בְּשַׁלְמָא לְשִׁיטַת הַתּוֹס' וְהָרָא
ש"ד דְּס"ל דָּאִם יֵשׁ לוֹ קִרְקָע מְקָרִי שְׁעָבוֹד קִרְקָעוֹת אִף בְּתַבִּיעָה בַּע"פ פְּנ"ל שְׁפִיר
י"ל דְּבְאֲמַת הֵיכָא דְּלִית לִי קִרְקָע אִז גּוֹבִין מִמְּנוּ עַצְמוֹ ע"י קִיּוּם ע"א מְשׁוּם דַּה"ל
מַחוּשׁוּאִיל"מ וְהָא דְּבַעֲיָנָן ב' עֲדִים מִיָּרִי בְּיֵשׁ לוֹ קִרְקָע ע"כ לֹא שְׁיִיף בְּזוֹה מַחוּשׁוּאִיל"מ
אֲבָל לְשִׁיטַת הַרְמַב"ן הַנְּ"ל כְּדַקִּי"ל וְכַמִּש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' פ"ח ס"ק נו"ן וּבְתַשׁוּבַת
מְהַר"ם מְלוּבָלִין סִי' ג' א"כ שְׁפִיר שְׁיִיף בְּזוֹה לוֹמֵר דַּה"ל מַחוּשׁוּאִיל"מ וְעוֹד י"ל דְּאַף
לְשִׁיטַת הָרָא ש"ד הַנְּ"ל תְּקַשָּׁה לְפַמִּש"כ הָרָא ש"ר רפ"ב דְּכְתוּבּוֹת סִי' א' דְּהָאִיִּדְנָא דְּתַקְנּוּ
הַגְּאוּנִים דְּמְטַלְטְלֵי מְשַׁעְבְּדֵי שְׁפִיר נִשְׁבַּעִין אִף דְּהָיִי שְׁעָבוֹד קִרְקָע א"כ עֲדִינּוּ תְּקַשָּׁה
דְּבַזוֹה"ז יֵשׁ לָנוּ לְדוֹן דְּיִהְיֶה סְגִי קִיּוּם בַּע"א עַל הַשְּׁטָר מְשׁוּם דְּהָיִי מַחוּשׁוּאִיל"מ אִף הֵיכָא
דְּיֵשׁ לוֹ קִרְקָע וְעִינּוּ בְּרַמְב"ם ה' אִישׁוֹת פ' טז ה' כ"ה וּבְרַאב"ד שֶׁם וּבַמ"מ וּבַלַּח"מ שֶׁם
וּבִירוּשְׁלַמִי רפ"ב דְּכְתוּבּוֹת וּבַמְרָאָה הַפְּנִים שֶׁם ד"ה כָּל עֲמָא מוֹדֵי שְׁהוּא חֲזִיב לָהּ מְנָה
כו' וְאַחַר כּוֹתְבֵי כָּל זֶה מְצַאֲתֵי בַקְצָה"ח סִי' ל"ט ס"ק ו' שְׁנִסְתַּפֵּק בְּעַמְד בְּדִין דְּגְבִי
מִמְשַׁעְבְּדֵי אִי גְבִי מִמְחַרְתּוֹ אוֹ מִיָּד: וְהַנְּתִיבוֹת סִי' ל"ט ס"ק יו"ד הַכְרִיעַ דְּלֹא גְבִי רַק מִיּוֹם
הַמְחַרְתָּ וְהַדְּבָרִים אַרְנֹפִין: עֲנָף ה' וְהַעֲיָקָר מַה שְׁנַלְע"ד בְּהַטְעַם דְּלֹא סְגִי בְּעֲדוֹת ע"א עַל
הַקִּיּוּם דִּי"ל בְּזוֹה ע"פ מִש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' רצ"ו ס"ק ג' עַל מַה דְּאָמְרוּ דָּאִם טוֹעֵן הַחֲזוּרְתִי
עַל שְׁטָר פְּקִדוֹן דְּנֶאֱמָן בְּמִיגוֹ דְּנֶאֱנָסוּ וְצ"ש דְּהָךְ שְׁבֹעָה אִינוּ מַה"ת וְע"כ לֹא דְּיִינְיָנָן בְּזוֹה
כְּדִין שְׁד"א לְעַנְיָן נְחַתִּינוּ לְנִכְסֵי וְלְעַנְיָן הַיְפּוֹף וְתַמָּה הָאו"ת בְּכָלֵלִי מִיגוֹ ס"ק קי"ב ע"ז
וְהַנְּתִיבוֹת בְּסִי' רצ"ו ס"ק א' כְּתִב לִיִּשְׁב דְּבָרֵי הַשְּׁ"ף דְּהָךְ מִיגוֹ דְּנֶאֱנָסוּ אִינוּ כְּשֶׁאֲרֵי מִיגוֹ
רַק עֲיָקָר הַטְעַם הוּא דְּכִינּוּן דְּבִידוֹ לְהִיּוֹת טוֹעֵן נֶאֱנָסוּ שׁוֹב לֹא נִזְהַר לְיַקְח שְׁטָרוֹ דְּסַמָּךְ עַל
טַעֲנַת נֶאֱנָסוּ דְּבִידוֹ לוֹמֵר לְעוֹלָם וְכַה"ג כְּתִב הַסַּמ"ע בְּסִי' מ"ו ס"ק ב' גְּבִי הָא דְּנֶאֱמָן
לוֹמֵר פְּרַעְתִּי בְּמִיגוֹ דְּמִזְנוּיָיף דִּיכּוֹל לוֹמֵר הַנְּחַתִּי בִידוֹ לְפִי שְׁסַמְכְתִי דָּאִם יִתְבַּעֲנִי אִימָא
מְזוּיָיף הוּא עַכ"ל וְכ"כ הַנְּתִיבוֹת בְּכָלֵלִי מִיגוֹ ס"ק י"ד וְכ"כ הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' פ"ח ס"ק ט'
וְכ"כ הָאו"ת בְּסִי' פ"ז ס"ק ט' וְהַנְּתִיבוֹת שֶׁם ס"ק ז'.

וּכְבֵּר הַקְדִּימָם בְּזֶה הַרְשָׁפָם ב"ב ד' ע' ד"ה וּלְיִטְעֻמְיָהּ אֱלוֹ א"ל נֶאֱנָסוּ כ' בִּזְה"ל דְּנִפְקָד
נְמִי לֹא הָיָה חֵינֵשׁ לְשִׁטְרָא מְשׁוּם דְּהָיָה מְצִי לְמִפְטָר נִפְשֵׁי בְּטַעֲנַת אֲנָסוּ כו' וּכ"כ הַגְּמִימֵי
יוֹסֵף בְּסוּגְיָא הַגְּ"ל שְׁם הָרִי דְּמַצִּינוּ דְּאַף בְּמָקוֹם דְּהָיָה צָרִיךְ לִישְׁבַּע שְׂד"א אַפְ"ה יָכוֹל
לוֹמַר דְּלֹא חָשַׁשׁ לְהַגִּיחַ הַשְׁט"ח בְּיַד חֲבִירוֹ וְע"כ לֹא שְׁיִיךְ בְּזֶה שִׁטְרָא בְּיַדֵּי כו' וְכֵן
בַּשְׁט"ח בְּלֹא קִיּוּם דְּאַף דִּי"ל דְּלִפִּי דְּבָרֵי דְּמוֹדָה דְּהַשְׁט"ח אֵינּוּ מְזוּנְיָהּ א"כ ה"ל לְחוּשׁ
שְׂמָא יִמְצָא עַדִּי קִיּוּם וְכַעֲיִן סְבָרַת הַתּוֹסֵס בְּכַתּוּבוֹת ד' י"ט ד"ה מוֹדָה בְּשִׁטְרָא שְׁפָתְבוּ כו'
ע"ש.

מ"מ הָא מְצִינוּ בַּסְמ"ע ס' מ"ו ס"ק ב' הַגְּ"ל דְּאַף בַּשְׁט"ח בְּלֹא קִיּוּם אָמְרִינוּ ג"כ הָךְ
סְבָרָא וְאַף דְּהָא הָיָה נִשְׁבַּע שְׁבוּעוֹת שְׁקָר בְּטַעֲנַת אֲנָסוּ אוּ מְזוּנְיָהּ עכ"ז י"ל דְּסַמָּךְ ע"ז
וְנִרְאִיתִי לְהַגְתִּיבוֹת בַּסִּי' ק"ח ס"ק א' שְׁפָתְבוּ דְּאֵין לוֹמַר דְּסַמָּךְ עַל טַעֲנַת אֲנָסוּ מְשׁוּם דְּהָא
יִשְׁבַּע שְׁקָר רַק עֵינְקָר הַטַּעַם הוּא לְפִי דְּיָכוֹל לְטַעוֹן הַחֲזוֹרְתִי דְּנֶאֱמָן בְּמִיגוּ דְּנֶאֱנָסוּ עכ"ל
הַגְּמִיבוֹת אַבְל בְּאַמְתִּי אֵינּוּ כֵּן דְּהָא מְבֹרָךְ לְהַדְיָא בְּרִשְׁפָם ב"ב ד' ע' וּבְגִמְיָהּ יוֹסֵף שְׁם
דְּכַתְבוּ דִּי"ל דְּסַמָּךְ עַל טַעֲנַת נֶאֱנָסוּ וְלִכְּן לֹא חָשׁ לְשִׁטְרוֹ כו' וּכְמַש"כ ג"כ הַסְמ"ע בַּסִּי'
מ"ו ס"ק ב' דִּי"ל דְּסַמָּךְ דָּאִם יִתְבַּע מְמַנּוּ אֵימָא מְזוּנְיָהּ כו' הָרִי דְּלֹא פְּהַגְתִּיבוֹת: וּלְפ"ז
י"ל דְּמַה"ט לֹא סָגִי ע"א עַל קִיּוּם שְׁטָר בְּב' עֲדִים: דְּהָא עֵינְקָר הַטַּעַם דְּהָיָה מְחוּשׁוּאִיל"מ
ע"י ע"א הוּא לְפִי דְּטַעֲנַת פְּרַעְתִּי לֹא הָיָה טַעֲנַת עַצְמוֹ מְשׁוּם דְּשִׁטְרָא בְּיַדֵּי מְאִי בְּעִי וְכִיּוֹן
דְּאֵינּוּ נֶאֱמָן רַק ע"י מִיגוּ דְּמְזוּנְיָהּ ע"כ ה"ל מְחוּשׁוּאִיל"מ אַבְל לְפִי מַה דְּנִתְבָּאָר דְּהִיכָא
דְּלֹא הָיָה חִיּוּב מְמוֹן ע"י הַשְׁטָר רַק חִיּוּב שְׂד"א בְּזֶה לֹא שְׁיִיךְ הַחֲזוֹקָה דְּשִׁטְרָא בְּיַדֵּי מְאִי
בְּעִי וּכְמַש"כ הַרְשָׁפָם וְהַגְּ"י גַּבִּי טַעֲנַת נֶאֱנָסוּ דְּכִיּוֹן דְּה"מ לְמִפְטָר נִפְשֵׁי בְּטַעֲנַת אֲנָסוּ
כו' פנ"ל ע"כ הִיכָא דְּאֵין לוֹ רַק ע"א עַל הַקִּיּוּם כִּיּוֹן דְּה"מ לְמִפְטָר נִפְשֵׁי בְּטַעֲנַת מְזוּנְיָהּ
וּלְהַכְחִישׁוֹ וְהָיָה מְהִימָן בַּשְׂד"א ע"כ לֹא חָשַׁשׁ לְהַגִּיחַ הַשְׁטָר בְּיַדוֹ וְלֹא שְׁיִיךְ לוֹמַר בְּזֶה
שִׁטְרָא בְּיַדֵּי כו' וְהָיָה טַעֲנַת פְּרַעְתִּי טַעֲנַת עַצְמָה בְּטַעֲנָה מְעַלְיָתָא ע"כ בְּעִינּוּ ב' עֲדִים עַל
קִיּוּם שְׁטָרוֹת אַבְל גַּבִּי מְמַר"ם בַּחַת"י הַבַּע"ד אִם יֵשׁ ע"א עַל הַקִּיּוּם דְּכַתְבוּ הַשְׁ"ךְ דְּה"ל
מְחוּשׁוּאִיל"מ הָא מֵיִרִי בְּכַתּוּב בּוֹ נֶאֱמָנוֹת כְּמַש"כ הַשְׁ"ךְ שְׁם דְּלֹא נֶאֱמָן לוֹמַר פְּרַעְתִּי
אִם אֵין לוֹ מִיגוּ אֱלָא מְצַד מִיגוּ נֶאֱמָן אַף בְּמָקוֹם נֶאֱמָנוֹת וְעֵינּוּ בַּשְׁ"ךְ ס' ע"א ס"ק ד'
מַש"כ שְׁם בְּשֵׁם הַסְמ"ע דַּס"ל דְּמִיגוּ נֶגְדַּת נֶאֱמָנוֹת סְתָם מְהִינִי וְהַשְׁ"ךְ מְחַלֵּק דְּשִׁאֲנִי מִיגוּ
בְּעֵינְקָר נֶאֱמָנוֹת ע"ש] וְע"כ כִּיּוֹן דְּאֵינּוּ נֶאֱמָן בְּטַעֲנַת עַצְמוֹ רַק ע"י מִיגוּ ה"ל
מְחוּשׁוּאִיל"מ: מַשֵּׂא"כ בַּשְׁטָר בְּלֹא נֶאֱמָנוֹת דְּבַכָּה"ג י"ל דְּהָיָה פְּרַעְתִּי טַעֲנָה מְעַלְיָתָא דְּלֹא
שְׁיִיךְ בְּזֶה לוֹמַר שִׁטְרָא בְּיַדֵּי כו' ע"כ לֹא שְׁיִיךְ בְּזֶה מְחוּשׁוּאִיל"מ וְאַפְשָׁר לוֹמַר בְּזֶה דְּיִהְיֶה
צָרִיךְ שְׁבוּעָה בְּנִק"ח כְּמוֹ בְּהַחֲזוֹרְתִי בְּמִיגוּ דְּנֶאֱנָסוּ כְּמַש"כ הַשְׁ"ךְ דְּזֶהוּ מְדַרְבְּנָן פנ"ל.

אוּ אַפְשָׁר דְּאֵין לְמַדִּין תַּקְנָה מְתַקְנָה דְּאֵין כָּל תַּקְנָנוֹת שְׁוֹת. וְאַפְשָׁר לוֹמַר דְּזֶהוּ סְבָרַת
הַיֵּשׁ אוֹמְרִים דְּהוּבָא הָכָא בַּסִּי' נ"א סַעִי' ב' דַּס"ל דְּנֶאֱמָן לוֹמַר פְּרַעְתִּי בַּשְׁטָר בַּע"א
וּכְמַש"כ הַשְׁ"ךְ בַּסִּי' ג' בְּשֵׁם הַרְשָׁפָם דְּכִיּוֹן דְּאֵינּוּ אֱלָא בַּע"א לֹא חָשַׁשׁ לְהַגִּיחַ בְּיַדוֹ וִי"ל
דְּזֶהוּ ג"כ כְּוֹנְנָתָם דְּכִיּוֹן דְּיָכוֹל לִישְׁבַּע כְּפִגְדוֹ וּלְהַכְחִישׁוֹ ע"כ לֹא חָשַׁשׁ לְהַגִּיחַ בְּיַדוֹ וְעֵינּוּ
בַּח"מ ס' קמ"ו סַעִי' ג' גַּבִּי מְחַאָּה בַּע"א וִי"ל דְּאַף לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם דַּס"ל בַּשְׁטָר בַּע"א
דְּשְׁיִיךְ בּוֹ ג"כ לוֹמַר שִׁטְרָא בְּיַדֵּי כו' דְּשִׁאֲנִי הַתָּם דְּהָא נִימְן בְּתַחֲלָה בְּיַד הַמְלִיָּה לְהִיּוֹת
לְרֵאָזִי בְּיַדוֹ ע"כ לֹא שְׁיִיךְ בְּזֶה לוֹמַר כ"כ דְּלֹא חָשַׁשׁ לְהַגִּיחַ הַשְׁטָר בְּיַדוֹ וְדוֹקָא גַּבִּי כַּת"י
בַּסִּי' ס"ט סַעִי' ב' דַּס"ל לְהַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר דְּנֶאֱמָן לוֹמַר פְּרַעְתִּי מְשׁוּם דְּלֹא חָשַׁשׁ לְהַגִּיחַ

בְּיָדוֹ שֶׁאֵל דִּי לְדַגְנִיתָן לְכַתְּחִלָּה בְּיָדוֹ לְהִיּוֹת לְרֵאָאִי שְׂלֵא יְהִיָּה יְכוּל לְטַעוֹן לְהַדְּרָם וְיִהְיֶה מְוַחֲזָק בְּפָרֹן אֲבָל גַּבֵּי שְׂטֵר בַּעֲלֵי דְלֵא שְׂיִיָּהּ כּוּן.

ע"כ ס"ל לְהַרְמַבְּ"ם וְהַמְחַבֵּר דְּאִינוּ נְאָמֵן לּוֹמֵר פְּרַעְתִּי וְעֵינֵי בַב"ב ד' ה' תּוֹס' ד"ה אֵילִימָא דַּא"ל פְּרַעְתִּיָּה אֲבָל בְּשְׂטֵר שְׂל ב' עֵדִים דְּלֵא נְתַקְנִים רַק ע"י ע"א בְּזַה שְׂפִיר י"ל דְּלֵא חָשַׁשׁ לְהַגִּיחַ הַשְׂטֵר בְּיָדוֹ דְּסַמָּה עַל מַה דְּאִין לּוֹ ב' עֵדִים לְקַנְיִים הַשְׂטֵר וּמַה דְּנִיתָן בְּתַחֲלָה לְרֵאָאִי י"ל דְּהָא לֹא יָדְעוּ אֲזֵי דְלֵא יִשְׂיַג עֲדֵי קִיּוּם לֹא ח"ז וְע"כ לַכ"ע י"ל הָּהּ סְבָרָא שְׂפַתְבְּתִי.

וּא"ש כ"ז וי"ל דְּלְזַה נְתַפְנוּן הַשְׂטֵרָה בְּסִי ע"ה ס"ק מ"ב דְּסִינִים שְׂם וְעֵינֵי לְעֵיל סִי נ"א סְעִי ב': וְעֵדֵינֵי יֵשׁ לּוֹמֵר בְּזַה לְפַמְש"כ הַתּוֹס' בַב"ב ד' ל"ד בַּד"ה הָּוֵי מְחַנְיָב שְׂבוּעָה כּוּן דְּכַתְּבַת הַר"י דְּלְכּוֹן ה"ל מַחוּשׁוּאֵיל"מ גַּבֵּי נְסָקָא דַּר' אֲבָא וְלֹא מְהִימֵן לּוֹמֵר דִּידִי חֲטָפִי בְּמִיָּגוֹ דְּלְהַדְּרָם כְּמוֹ בְּהַחֲזָרְתִּי בְּמִיָּגוֹ דְּנֶאֱנָסוּ מִשּׁוּם דְּאִינוּ יְכוּל לְהַעֲיֹז פְּנֵי נְגָדוֹ וְלִשְׂבַע ע"ש.

לפ"ז י"ל דְּלִיתָא לְמַש"כ לְדַמּוּת זֶה לְהָא דְּהַחֲזָרְתִּי בְּמִיָּגוֹ דְּנֶאֱנָסוּ דִּי לְדַשֵּׁא"ה דְּלֵא הָּוֵי הַעֲזָה נְגָד הַעֵד מִשֵּׁא"כ בְּהָּהּ דַּע"א עַל הַקִּיּוּם לֹא ה"ל לְהַגִּיחַ הַשְׂטֵר חַבְדָּה חַבְדָּה וְלְסַמָּה עַל מַה דְּיִהְיֶה יְכוּל לְיִשְׂבַע נְגָד הַע"א דַּז"א דְּלֵא ה"ל לְסַמָּה ע"ז וְלְהַעֲיֹז פְּנֵי נְגָד הַעֵד א' וְלְהַכְחִישׁוּ וְלִשְׂבַע נְגָדוֹ א"כ לְשִׂיטַת הַר"י הַנְּ"ל נְסָתַר כֹּל מַש"כ לְדַמּוּת זֶה לְהָא דְּהַחֲזָרְתִּי בְּמִיָּגוֹ דְּנֶאֱנָסוּ לְפִירוּשׁ הַרְשָׁב"ם וְהַנְּ"ל.

וְגַם מּוֹכַח מִן הַתּוֹס' הַנְּ"ל דְּלֵא ס"ל לְסַבְּרַת הַרְשָׁב"ם וְהַנְּ"י דְּלְדַבְּרֵיהֶם אֵין מְקוּם כָּלֵל לְמַה שְׂהַקְשׁוּ הַתּוֹס' שְׂם מִן הָּא דְּמְהִימֵן הַחֲזָרְתִּי בְּמִיָּגוֹ דְּנֶאֱנָסוּ דְּהָא י"ל דְּשִׁאֲנֵי הֵתָם דְּלְכּוֹן לֹא חָשַׁשׁ לְהַגִּיחַ הַשְׂטֵר בְּיָדוֹ דְּסַמָּה דְּיִהְיֶה לּוֹ לְעוֹלָם הַמִּיָּגוֹ דְּנֶאֱנָסוּ א"כ הָּוֵי טַעֲנַת הַחֲזָרְתִּי טַעֲנַת עֲצָמוֹ מִשֵּׁא"כ טַעֲנַת דִּידִי חֲטָפִי.

א"כ מּוֹכַח דְּלֵא ס"ל לְהַתּוֹס' לְסַבְּרַת הַרְשָׁב"ם וְהַנְּ"י הַנְּ"ל אֲכַן לְפַמְש"כ הַתּוֹס' שְׂם בַב"ב בְּשֵׁם הַרִיב"ם לְתַרְצַן דְּלְכּוֹן לֹא מְהִימֵן דִּידִי חֲטָפִי בְּמִיָּגוֹ דְּלְהַדְּרָם מִשּׁוּם דַּע"א כ"ז דְּלֵא נִשְׁבַּע נְגָדוֹ הָּוֵי כְּשֵׁנִים וְהוּבָא בְּשְׂטֵרָה סִי ע"ה ס"ק מ"ג א"כ לַפ"ז שְׂפִיר י"ל דְּלְכּוֹן לֹא מְהִימֵן ע"א עַל קִיּוּם מִשּׁוּם דְּלֵא שְׂיִיָּהּ בְּזַה שְׂטֵרָא בְּיָדֵי כּוּן דִּיכּוּל לּוֹמֵר דְּסַמְכְּתִי עַל מַה דְּבִידִי לְהִיּוֹת נִשְׁבַּע נְגָדוֹ וְהָּוֵי פְּרַעְתִּי בְּזַה טַעֲנַת עֲצָמָה דַּאָּף דַּע"א כ"ז דְּאִין נִשְׁבַּע נְגָדוֹ דִּינוֹ כְּשֵׁנִים מ"מ הָּא בְּיָדוֹ עַכ"פ לְהִיּוֹת נִשְׁבַּע כְּנֶגְדוֹ וְדוּמָה זֶה לְמַה שְׂכַתְּבַת הַרְשָׁב"ם וְהַנְּ"י הַנְּ"ל גַּבֵּי טַעֲנַת נֶאֱנָסוּ וְגַם י"ל בְּזַה לְכַאוּרָה לְאִמּוֹר דְּלְכּוֹן לֹא מְהִימֵן קִיּוּם עַפ"י ע"א מִשּׁוּם דְּהָא לְמ"ד דְּפִלִּיג עַל ר' אֲבָא בְּנֶסְקָא דַּר' אֲבָא וְס"ל דְּלֵא מְחַיְיָבִין מִשּׁוּם מַחוּשׁוּאֵיל"מ כְּמִבּוֹאָר בְּשְׂבוּעוֹת ד' מ"ז.

א"כ לְהָּהּ מ"ד נְדָאֵי לֹא מְהִימֵן קִיּוּם ע"י ע"א וְכַבֵּר כְּתַבְתִּי בְּסַפְרֵי בָּאָר יִצְחָק ח' אַה"ע סִי ט"ז סוּף עֲנָף א' דְּבְמִקּוּם דְּאִיכָּא פְּלוּגְתָּא י"ל דְּטַעָה בְּזַה וְכְמוֹ שְׂהוּכִיחוּ הַתּוֹס' בַב"ב מ' ד' ט"ו ד"ה וְנָתַן לּוֹ כּוּן וּבְסַנְהֶדְרִין ד' נ"ג דְּבַחְיָבֵי פְּרִיתוֹת לְכוּ"ע לֹא תְּפָסִי קִידוּשֵׁין דַּא"ל"כ לֹא שְׂיִיָּהּ לּוֹמֵר אֲדָם יוֹדַע דְּאִין קִידוּשֵׁין תּוֹפְסִין כּוּן וְאָּף דְּלֵא קִי"ל כּוּן יְהוֹשֻׁעַ לְדִינָא מ"מ י"ל דְּטַעָה בְּזַה.

וכה"ג מבואר בח"מ סי' מ"ב בש"ף ס"ק מ"ב דהיכא דאיכא פלוגתא י"ל דטעה בזה אף דלא קיי"ל כה"ד לדינא עיי"ש וְהֵאָרְכְתִי בְּזֶה הַפְּלֵל בַּמִּקְדָּשׁ: ולפ"ז י"ל דלכן לא מהני קיום ע"י ע"א משום דלא שייך בזה שטרך בדידי כו' די"ל דלכן לא חשש ליקח שטרך דאפשר דלא ידע מן מה דקיי"ל דאמרין מחושואיל"מ וְהֵי בְּזֶה טַעֲנַת פְּרַעְתִּי טַעֲנָה מְעַלְיָתָא אֲפִי בְּלֹא מִיגוּ מִשָּׂא"כ בְּמִמְרָם בְּנִאֲמֹנֹת דְּאִינוּ נֶאֱמָן בְּלֹא מִיגוּ מִחֲמַת הַנְּאֻמָּנוֹת וְלִכְּנֹן לֹא מְהִי מִיגוּ דְּמִזְנֵינָהּ מִשּׁוּם דְּהֵי מַחֲשׂוּאִיל"מ אֲבָל בְּשֵׁטֶר בְּלֹא נֶאֱמֹנֹת ע"י קיום דע"א י"ל בזה פועין סברת הגמ' בב"ב ד' ה' דאמרו שם מי יזמר דמחייבי לי רבנן וה"ה בזה י"ל דלא ידע דמחייבי ליה ע"י מחושואיל"מ ואפשר דזהו טעם הסוכרים ה"כא בסי' נ"א דלא מהני שטרך בעד אחד דיש די"ל בזה ג"כ להאי טעמא שכתבתי אף יש לחלק בזה דשאני היכא דנקבע פבר להלכה בש"ס דהאינדנא לאחר חתימת הש"ס לא שייך לומר כן היכא דלא מצינו בפירוש דאמרו לזה הפלל וגם יש להוכיח דלא כמש"כ דהא מצינו בכמה דוכתי היכא דהוי פלוגתא דרבנותא אם השטר פשר או לא דדנין דמהני תפיסה בזה כמבואר בסי' מ"ב דהא לפמש"כ י"ל דיהיה נאמן לומר פרעתי בכה"ג משום די"ל בזה לה"ה סברא דמי יזמר דמחייבי לי רבנן דטעה בזה וע"כ לא חשש להניח שטרך ומדלא אמרין כן מוכח דלא כמש"כ: ולשיטת הר"י דב"ב ה"ל דכתב דלא מהימן במיגו דלא חטפי משום דאינו יכול להעזי פניו נגד העד פנ"ל י"ל דס"ל כמש"כ התוס' בב"מ ד' ד' דלא משפחת מודה במקצת רק היכא דאין לו קרקע משום דס"ל דהיכא דיש לו קרקע אז מקרי שעבוד קרקעות.

ע"כ ה"ה בהא דאמרו בגמ' דבעינן שני עדים על קיום שטרות ואף מן הלנה עצמו לא גבינן ע"י קיום ע"א די"ל דמייירי היכא דאית לי קרקע דמקרי שעבוד קרקעות וע"כ לא שייך בזה לדון מחושואיל"מ ולשיטת הרמב"ן כדקיי"ל דאם לא מצי גבי משעבדי לא מקרי שעבוד קרקעות י"ל דלכן לא מהני ע"א כפי הטעם שנתבאר על פי שיטת הרשב"ם והנ"י דבכה"ג לא שייך חזקה דשטרך בדידי כו' דסמך על מה דיהי' מהימן בשבועה פנ"ל ועיין בחידושי הרמב"ן לב"ב ד' ל"ד מש"כ שם בהא נספא דר' אבא: ענף ו ועוד יש לומר בטעם הדבר דלכן בעינן שני עדים לקיים השטר דהא מבואר בסי' ס"ט סעי' ב' שיטת הרמב"ם והמחבר וש"פ דס"ל דיכול לומר פרעתי בכת"י.

והטעם הוא לפי דאינו גובה ממשעבדי לכן לא שייך בזה לומר שטרך בידו כו' וכמש"כ התוס' בכתובות ד' כ"א ד"ה הוציא עליו כת"י כו' [והתוס' שם כתבו דהר"י ס"ל דאינו נאמן לומר פרעתי על כת"י אב"ל הרא"ש בכתובות פ"ב סי' י"ז כתב בשם הר"י דס"ל דיכול לומר פרעתי על כתב יד וזהו שייך לענגיגו וקצרותי] וכ"כ הש"ף בסי' ס"ט ס"ק י"ד בשם הרמב"ן וש"פ שכתבו ג"כ ה"ט והא דשטר פקדון דאינו נאמן לומר החזרתי בלא מיגו דנאנסו אף דאינו גובה ממשעבדי הטעם הוא דלכן לא גבי ממשעבדי משום ה"ט דיכול לטעון החזרתי במיגו דנאנסו ועוד טעם אחר עיי"ש בש"ף וביאמת יש לדון דמש"כ הש"ף דהיה יכול לגבות ממשעבדי בשטר פקדון זולת לפי דנאמן החזרתי כו' די"ל דזה אינו שייך רק לשיטת התוס' בב"ב ד' ע' דס"ל דאין טוענים ליתמי נאנסו וה"ה ללקוחות ע"כ שפיר היה מצי גבי מלקוחות.

אָבֵל לְשִׁיטת הָרִי"ף וְהַרְמַב"ן וְכַפִּי שֶׁהִכְרִיעַ הַשֵּׁ"ף בְּסִי' ק"ח ס"ק ח' דְּטוֹעֲנִים לִיְתֵמִי
נֶאֱנָסוּ א"כ וְנֹדָאֵי לֹא הָיָה מְצִי גְבִי מְלֻקּוֹחוֹת בְּשֹׁטֵר פִּקְדוֹן אַף בְּלֹא טַעֲנַת הַחֲזָרְתִּי בְּמִיגוּ
דְּנֶאֱנָסוּ וּלפ"ז שְׁפִיר הַקְּשָׁה הַרְשָׁב"א עַל טַעַם שְׁכַתֵּב הַרְמַב"ן כְּמִבְּנֹאֵר בְּשֵׁ"ף סִי' ס"ט
ס"ק י"ד עִי"ש אַף בְּאַמַּת י"ל בְּזָה כְּפִי טַעַם הָאֲחֵר שְׁכַתֵּב הַשֵּׁ"ף שֵׁם לְחֻלְק בֵּין שֹׁטֵר
פִּקְדוֹן וּבֵין כַּת"י וְכ"כ הַשֵּׁ"ף בְּסִי' ס"ח ס"ק ג' הַטַּעַם דְּכִינּוֹן דְּלֹא גְבִי מִמְשַׁעֲבָדִי יְכוּל
לוֹמַר פְּרַעְתִּי עִי"ש: וּלפ"ז י"ל דְּלֻכְנָן לֹא מְהַנִּי ע"א עַל קִיּוּם דְּאֵף דְּבְּמִיגוּ דְּמִזְנִיף אֵין
לְהֶאֱמִינוּ דַּה"ל מַחוּשׁוּאִיל"מ עכ"ז י"ל דְּבְּזָה הָנִי טַעֲנַת פְּרַעְתִּי טַעֲנַת עֲצָמוֹ לְפִי דִּי"ל
דְּלֻכְנָן לֹא חָשַׁשׁ וְהַנִּיחַ הַשֹּׁטֵר בְּיָדוֹ לְפִי דְּאֵינוּ יְכוּל לְטָרוּף בְּשֹׁטֵר כְּזֶה מִמְשַׁעֲבָדִי דְּהָא
בְּמָקוֹם שְׁעָבוּד קַרְקָעוֹת לֹא אֶמְרִינָן מַחוּשׁוּאִיל"מ וְגַם אַף מִן יוֹרְשִׁים אֵין גּוֹבִין בְּכֶזֶה
מִשׁוּם דְּשְׁבוּעַת ה' תְּהִיָּה בֵּין שְׁנֵיהֶם וְלֹא בֵּין הַיּוֹרְשִׁים וְכִינּוֹן דְּאֵין גּוֹבִין בְּשֹׁטֵר כְּזֶה
מִמְשַׁעֲבָדִי ע"כ י"ל דְּלֻכְנָן הַנִּיחַ הַשֹּׁטֵר בְּיָדוֹ לְפִי דְּיַדְעַ דְּאֵין לוֹ עֲדֵי קִיּוּם רַק קִיּוּם ע"י
ע"א וְכַעֲיִן סְבָרַת הַסַּמ"ע בְּסִי' מ"ו ס"ק ב' וְכִינּוֹן דַּכָּה"ג אֵינוּ טוֹרֵף מִמְשַׁעֲבָדִי ע"כ לֹא
חָשַׁשׁ לָזֶה: וְאַף לְפִי שִׁיטַת הַסּוֹבָרִים דְּאֵין נֶאֱמָן לוֹמַר פְּרַעְתִּי עַל כַּת"י י"ל דְּשִׁאֲנִי זֶה
דְּהָא נִימְן בְּתַחֲלָה לְרֵאָיָה בְּיָדוֹ א"כ הָא סְמָכוּ ע"ז הַרְאָיָה מִן הַכַּת"י.

ע"כ אַף דְּאֵינוּ טוֹרֵף מִמְשַׁעֲבָדִי מ"מ ס"ל דְּשִׁיף בְּזָה שֹׁטֵרָא בְּיָדֵי מֵאֵי בְּעֵי מִשְׁא"כ בַּנ"ד
דְּהָא בְּתַחֲלָה כְּשִׁנְיָתָן לוֹ הַשֹּׁטֵר לְהִיּוֹת לְרֵאָיָה בְּיָדוֹ לֹא הָיוּ יוֹדְעִים אֲזַי שְׁלֹא יִמְצָא לֹא ח"ז
רַק ע"א עַל הַקִּיּוּם ע"כ בְּזָה י"ל דַּכ"ע מוֹדוֹ לָזֶה הַסְּבָרָא וְגַם יֵשׁ לְחֻלְק עוֹד דְּשִׁאֲנִי כַּת"י
דִּיגְבָה עכ"פ מִן הַיּוֹרְשִׁים ע"כ שִׁיף בְּזָה לוֹמַר שֹׁטֵרָא בְּיָדֵי כו' מִשְׁא"כ בַּנ"ד דְּלֹא יִגְבָּה
בְּכֶזֶה מִהַיּוֹרְשִׁים מִשׁוּם שְׁבוּעַת ד' בֵּין שְׁנֵיהֶם וְלֹא בֵּין הַיּוֹרְשִׁים ע"כ י"ל דְּזֶה לֹא חָשׁוּב
כְּלָל לְשֹׁטֵרָא לוֹמַר דְּלֹא הָיָה לוֹ לְהַנִּיחַ הַשֹּׁטֵר הַלְזוֹ בְּיָדוֹ וִי"ל דְּסַמָּךְ בְּזָה עַל הָא דְּאֶמְרוּ
בַּכ"ד דְּלֹא יַעֲזִי פְּנֵיו נֶגְדַת הַלְוָה] וְמַה"ט י"ל דְּאֵף לְשִׁי הַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר דַּס"ל בְּשֹׁטֵר
בַּע"א דְּאֵינוּ נֶאֱמָן לוֹמַר פְּרַעְתִּי וְשִׁיף בְּזָה לְהַחֲזִיקָה דְּשֹׁטֵרָא בְּיָדֵי כו' דַּשֵּׁ"ה דְּנִימְן
לְכַתְּחֻלָּה לְרֵאָיָה בְּיָדוֹ וְכַנ"ל אָבֵל בַּנ"ד דְּלֹא שִׁיף כֵּן י"ל דַּכ"ע מוֹדוֹ בְּזָה וְאֶפְשׁוּי פְּלוּגְתָא
לֹא מִפְּשִׁינָן וְע"כ הָנִי פְּרַעְתִּי בַּכָּה"ג טַעֲנַת עֲצָמָה כְּנ"ל לְכֵן שְׁפִיר כְּתֵב הַשֵּׁ"ף דַּה"ל
מַחוּשׁוּאִיל"מ: וְרֵאִיתִי בְּפָנָי הַוֹשֵׁעַ לְכַתְּבוֹת ד' י"ט ע"א ד"ה א"ל ר"נ כו' שְׁכַתֵּב לְדוֹן
אִם מְהַנִּי קִיּוּם ע"י ע"א וְכֵן הַהִפְלָאָה שֵׁם ד"ה אֶלָּא טַעֲמָא דר"מ כו' כְּתֵב ג"כ לְהַעֲזִיר
בְּזָה וְהַעֲלָה הַטַּעַם דְּלֻכְנָן לֹא מְהַנִּי ע"א עַל הַקִּיּוּם מִשׁוּם דַּה"ל שְׁעָבוּד קַרְקָעוֹת עִי"ש.

אָכֵן לְפַמְש"כ לְעֵיל לֹא שִׁיף בְּזָה לְדוֹן דְּזֶהוּ שְׁעָבוּד קַרְקָעוֹת לְכֵן הַעֲזִיקָר כְּהַטְעָמִים
שְׁכַתְּבִתִּי לְעֵיל לְדוֹן דְּלֹא שִׁיף בְּזָה לְדוֹן מַחוּ"ש וְאֵיל"מ כְּלָל וְע"כ הַעֲזִיקָר כַּמְש"כ דְּאֵף
הֵיכָא דְּאֵין לְהַלְוָה רַק מְטַלְטְלֵי ג"כ לֹא מְהַנִּי קִיּוּם ע"י ע"א כְּלָל לְגַבּוֹת אַף מִינְיָה.

וְכֵן נִתְבָּאֵר דְּהָא דְּמִבְּנֹאֵר בְּסִי' פ"ח סַעִי' כ"ח וּבְשֵׁ"ף ס"ק נו"ן דְּהוֹדָאָה בְּמִקְצַת מַחֲזִיבּוֹ
שַׁד"א אַף דְּאֵית לִיהַּ קַרְקַע דְּזֶהוּ אַף דְּהָיָה הַהוֹדָאָה ע"י קַבְעוֹ דְּנֹכְתָא וְשְׁלַחוֹ אַחֲרֵיו
כְּמִבְּנֹאֵר בְּסִי' ע"ט וְסִי' ל"ט דְּגוֹבָה מִמְשַׁעֲבָדִי וְהָנִי כְּמִלְוָה בְּשֹׁטֵר דַּעכ"ז חֲזִיב שַׁד"א
מִשׁוּם דְּזֶה לֹא מִקְרִי שְׁעָבוּד קַרְקַע וְשִׁאֲנִי מַעֲשָׂה ב"ד דִּינֵשׁ לוֹ מְכַבֵּר זֶה הָנִי שְׁעָבוּד קַרְקַע.

וְגַם נִתְבָּאֵר דְּמוֹכַח מְהַר דַּסִּי' נ"א הַנ"ל דְּהָא כְּלָלָא דְּאֶמְרוּ בַּכ"ד דְּהֵיכָא דְּאֵין שְׁנֵים
מַחֲזִיבִין מְמוֹן רַק ע"י שְׁבוּעָה דְּבְּזָה לֹא אֶמְרִי מַחוּשׁוּאִיל"מ דְּזֶהוּ דְּנֹקָא הֵיכָא דַּמַּה"ת
אֵינוּ נוֹטֵל אַף בְּשְׁבוּעָה אָבֵל הֵיכָא דַּמַּה"ת נוֹטֵל בְּלֹא שְׁבוּעָה רַק דְּרַבְּנָן חֲזִיבוּהוּ שְׁבוּעָה

דבכה"ג אַמְרִי בְּזֶה דָּאף ע"י ע"א חָיִיב מְשׁוּם מְחַוְיָיב שְׁבוּעָה וְאִינוּ יָכוֹל לִישָׁבַע מְשַׁלֵּם
וְגַם נִתְפָּאָר לְדוֹן בְּהַפְלֵל שְׁפָתָבו דְּבַמְקוֹם שְׁבוּעָה דְרַבְּנָנוּ לֹא אַמְרִינוּ מְחַוְיָיב שְׁבוּעָה וְאִינוּ
יָכוֹל לִישָׁבַע מְשַׁלֵּם דְּהִיכָא דְעֵיקָר הַשְׁבוּעָה הוּא מֵה"ת רַק מִצַּד אַחַר הוּא דְרַבְּנָנוּ דְיִישׁ
לְדוֹן וּלְחַלֵּק בְּזֶה.

(ב) (שָׁם סַע"י ו') שְׁטָר שְׁנַמְסָר בְּפָנֵי עֵדִים גּוֹבִין מְשַׁוְעַבְדֵי כּו' סַמ"ע ס"ק י"ד דָּאם
חַתוּמִּים בּוּ עֵדִים א"צ עֵדֵי מְסִירָה וּבִאֵה"ע ס' קל"ג מְבֹאָר פְּלִיגְתָּת הַאֲלָפְסֵי עִם הָרָא"ש
וּש"פ דְּלִר"א דַס"ל ע"מ פְּרָתֵי אָם סְגִי בַע"ח לְבַד אוּ לֹא וְשִׁיטַת הַאֲלָפְסֵי שָׁם וּכְפִי מַש"כ
הַר"נ בְּכּוֹנְנָתוֹ דְּגַם ע"ח מְהַנִּי מִצַּד דְּהָוִי ג"כ פְּמוֹ ע"מ פִּינּוֹן דְּיוֹצֵא מֵת"י ע"ש א"כ לַפ"ז
בְּנוֹדָאֵי בְּשִׁטְרוֹת אָף לְשִׁיטַת הַמְּחַבֵּר דְּפִסְק הַלְכָה כַר"א בְּשִׁטְרוֹת דַּמ"מ מְהַנִּי ע"ח ג"כ
אָף לְשִׁיטַת הָרָא"ש וּש"פ שָׁם דַס"ל דְּלִר"א לֹא מְהַנִּי ע"ח אָם לֹא הִיָּה ע"מ רַק מְטַעַם
דְּאַמְרִינוּ דְּמִסְתַּמָּא נְמָסָר בַּע"מ אָבֵל בְּיָדוּעַ שְׁלֵא הִיָּה ע"מ לֹא מְהַנִּי ע"א א"כ י"ל דַּה"ה
בְּשִׁטְרוֹת לֹא מְהַנִּי ע"ח בְּלֹא ע"מ וְהִנֵּה הָרָא"ש בְּגִיטִין פ"ט ס' ז' פְּתַב בּוּזַה"ל וְכֵן הִילְכְתָּא
בֵּין בְּשִׁטְרֵי מְכָר וּמִתְנָה וּבֵין בְּשִׁטְרֵי הַלְוָאוֹת בְּעֵינָנוּ עֵדֵי מְסִירָה וְהַקְרָבּוֹ נִתְנָאֵל שָׁם ס"ק
מ"ג פְּתַב לְהוֹכִיחַ דְּבְשִׁטְרוֹת לֹא בְּעֵינָנוּ ע"מ אָם הִיָּה ע"ח וְכַמְש"כ הַתּוֹס' לְעֵיל ד' ד' דַּה"ה
דְּקִי"ל הַלְכָה כַר"א בְּגִיטִין כּו' בַּסַּה"ד דְּלַעֲנִין מְמוֹן דְּמְהַנִּי הוֹדְאַת בַּע"ד סְגִי בַע"ח כּו'
וְגַם לֹא הִזְכִּיר בְּשׁוּם פּוֹסֵק בְּשִׁם הָרָא"ש דְּבְעֵינָנוּ ע"מ וְטַעוֹת סוֹפֵר הוּא בְּרָא"ש וְצ"ל
וּבֵין בְּשִׁטְרֵי הַלְוָאוֹת מְהַנִּי ע"מ דְּלֹא כַת"ש עַכ"ל וְכ"כ הַתְּפָאָרַת שְׁמוּאֵל שָׁם ס"ק ח'
לְדִינָא דְּבְשִׁטְרוֹת סְגִי בַע"ח לְבַד.

אָף בְּהָרָא"ש ב"ב פ' יו"ד ס' ז' פְּתַב שָׁם דְּלִר"א שְׁטָר הַבָּא לְפָנֵינוּ וְעֵדִים חַתוּמִּים בּוּ
אֵע"פ שְׁאִין אָנוּ יוֹדְעִין שְׁנַמְסָר בְּפָנֵיהֶם אֵלָא שְׁאָנוּ תּוֹלִין פִּינּוֹן שְׁשִׁנִּיהֶם חַתוּמִּין עָלֵינוּ גַם
נְמָסָר בְּפָנֵיהֶם עַכ"ל הָרָא"ש הָרִי דְחִזִּינוּ דַס"ל לְהָרָא"ש דְּלִר"א גַם בְּשִׁטְרוֹת אָם לֹא הִיָּה
רַק ע"ח דְּלֹא מְהַנִּי אָם יָדוּעַ דְּלֹא הִיָּה ע"מ שָׁם הָרִי הוּא דְלֹא כַהֲק"נ וְהַת"ש בְּשִׁיטַת
הָרָא"ש וּבְאַמְתָּת גַם הַתּוֹס' בְּגִיטִין ד' ד' מְסַתְּפִין בְּזֶה דְּהָא פְּתַבוּ דְרַגִּיל ר"ת לּוֹמֵר דָּאָף
שְׁטָר לֹא מְהַנִּי לִר"א אָם לֹא נְמָסָר בְּפָנֵי עֵדִים רַק לְבַסּוֹף פְּתַבוּ בְּלִשׁוֹן מִיָּהוּ יִישׁ לְחַלֵּק כּו'
וְכֵן הַתּוֹס' בְּגִיטִין ד' יו"ד דַּה"ה חֲסַפָּא בְּעַלְמָא כּו' פְּתַבוּ בְּלִשׁוֹנָם דְּאַפִּי אָם נֹאמֵר שְׁשִׁטְר
מִתְנָה שְׁחַתְמוּ בּוּ פֶּשֶׁר לְקַנּוֹת בְּלֹא ע"מ כּו' הָרִי דְמְסַתְּפִין בְּזֶה וְלֹא הִיָּה בְּרוּר לְהוּ דְיִהְיֶה
סְגִי ע"ח לְבַד אֵלִיבָא דִר"א וְיִישׁ לְהֶאָרִיף בַּכ"ז: וּמ"מ לְדִינָא פִינּוֹן דְּהַמְחַבֵּר בִּאֵה"ע ס' ס'
קל"ג הִבִּיא דְעָה רֵאשׁוֹנָה בְּסַתָּם דַּע"ח סְגִי אָף בְּלֹא ע"מ אָף אֵלִיבָא דִר"א וְדַעָה שְׁנִינָה
הוֹבָא שָׁם בְּשִׁם יִישׁ אוֹמְרִים ע"כ וְנוֹדָאֵי לְדִינָא הָעֵיקָר פְּהַסוּבְרִים דַּע"ח סְגִי אָף בְּגִיטִין
וְכַש"כ בְּשִׁטְרוֹת אֵלִיבָא דִר"א דִי"ל כְּעֵין סְבַרְתָּ הַתּוֹס' דְּגִיטִין דְּבְמָמוֹן דְּמְהַנִּי הוֹדְאַת
בַּע"ד מְהַנִּי ע"ח לְבַד לַכ"ע וְלָכֵן לֹא אִישְׁתַּמִּיט שׁוּם פּוֹסֵק לּוֹמֵר דְּצָרִיכִים ע"מ ג"כ
וְלַעֲשׂוֹת מְזָה סְפִיקָא דְּדִינָא וְלָכֵן בְּרוּר וּפְשׁוּט דַּבַּע"ח א"צ ע"מ פְּלֵל וְעֵינָן בְּש"ף ס' ס'
מ"ב ס"ק ב' שְׁהִבִּיא דְּבָרֵי הַתּוֹס' דְּגִיטִין ד' ד' וְדָף י' הַנ"ל: (ג) (בְּש"ף ס"ק ט') הַעֲלָה
דְּהָוִי סְפִיקָא דְּדִינָא שְׁמָא הַלְכָה כַר"מ דְּבַעֲזֵי ע"ח דּוֹקָא וְלֹא מְהַנִּי ע"מ וְגַם הִבִּיא שָׁם
מַש"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין ד' ג' ע"ב דַּה"ה וְגוֹבָה מְשַׁוְעַבְדֵי כּו' בְּשִׁם הַר"ח דְּכַתְּבַּ דְּלֹא מְגַבִּינוּ
בַּע"מ אֵלָא מַב"ח כּו' דְּמוֹכַח מְזָה דְּבְשִׁטְרוֹת לֹא מְהַנִּי ע"מ וְסוֹתֵר שִׁיטְתוֹ לַמַּש"כ בְּש"ף
ס' מ"ב ס"ק א' דִּיּוֹתֵר מְסַתְּבֵר לְהַכְרִיעַ דְּהַלְכָה כַרְיו"ח דְּמְכָשֵׁר אָף בְּשִׁטְרוֹת שְׁנַכְתַּב עַל
דְּבָר שְׁיָכוֹל לְהַזְדַּיִף אָם הַע"מ הֵם לְפָנֵינוּ וְנִזְהוּ שִׁיטַת ר"ח פְּמְבֹאָר שָׁם וְע"כ מוֹכַח מְזָה

דבאמת שיטת הר"ח הוא דע"מ פרתית ולכן פסק שם כר' יוחנן דגם בשטרות פשר ע"ג יכול להזדייף ומה דפסק דאין גובה ממשעבדי בע"מ זהו לפי דס"ל דכל ע"מ אפי' לר"א אין גובה ממשעבדי דל"ל קלא אם אינם חתומים בתוכו ואפשר דהש"ף דכתב פן לדינא לעיל בסי' מ"ב זהו לפי מה דמספקא לן דלמא הלכה דע"מ פרתית ומנהי תפיסה בזה ואף דהוי ספק ספיקא דדינא ספק א' שפא הלכה דע"מ לא מהני ואת"ל דמהני אפתי ספק שפא הלכה כמאן דפוסל בשטרות הנכתב ע"ד המזדייף כמבואר בגיטין ד' כ"ב משום דבעי למען יעמדו ימים רבים אף לר"א דע"מ פרתית.

עכ"ז הא מהני תפיסה אף דהוי נגד ס"ס כמבואר ברא"ש ב"ק פ"ב סי' ב' וא"ש דברי הש"ף אף במש"כ פן בשם הר"ח יש להקשות פנ"ל ואחר פותבי זה ראיתי בספר משכנות יעקב ח' ח"מ סי' י"ט שהעיר ג"כ פנ"ל על הש"ף בזה: וכעת ראיתי בגט פשוט לאה"ע סי' כ"ד ס"ק ו' שתמה פן על הרי"ף דפסק דבשטרות אין הלכה כר"א דא"כ אמאי הוצרך הרי"ף לומר כפרק ב' דגיטין דבשטרות לא מהני בנכתב ע"ד המזדייף הא בלא"ה לא שייך פן בשטרות ות' שם ע"ש ולפ"ז א"ש בפשיטות דברי הש"ף הנ"ל ובאמת הא הש"ף בסי' מ"ב ס"ק ב' הביא שם דשיטת הרבה פוסקים דאין הלכה כר"א בשטרות וכמו שכתבתי לקמן ס"ס נ"א עכ"ל הש"ף הרי דהש"ף עצמו העיר מזה שם בסי' מ"ב ולכן לפמש"כ בשם הג"פ א"ש: סימן נב (א) (סעי' א') שטר שיש בו ריבית כו' אבל אם פלל הקרן עם הרבית פסול מפני שיבא לגבות הריבית והרמב"ן חולק בזה לפי דבהקרן לא קעביד איסורא כו' והקשה בשער משפט ע"ז מהא דכתובות ד' פ"ז פוחתת לא תפרע אלא בשבועה היתה פתובה אלה זוז כו' והיא אומרת אינה אלא מנה כו' באומרת אמנה היתה בינו לבינה וקשה דניחוש שפא יבא לגבות בו פולו והשטר פסול וחספא בעלמא ולא מהני מיגו בזה כמבואר שם ומוכח מזה פשיטת הרמב"ן דלא גזרו היתירא אטו איסורא ונדחק ליישב ובאמת לשיטת המחבר דס"ל בסימן מ"ג סעי' ז' דשט"ח מוקדם גבי מבני חורין דטעמם דמ"מ דינו כשטר לענין דאינו נאמן לומר פרעתי אינו קשה דהא אף דהשטר פסול בכלל הקרן והרבית מ"מ מב"ח גבי אכל לשיטת הר"י דס"ל בתוס' ב"ק ד' למ"ד ע"ב ד"ה וחכ"א כו' דבלא פלל מירי התם.

וס"ל דשט"ח מוקדם אינו גובה מב"ח כמש"כ התוס' בב"ק ד' קנ"ז ע"ב ד"ה המוקדמים כו' וכן הוא שיטת הרמ"א בסי' מ"ג שם ואפ"ה סתם הכא פהמחבר תקשה פנ"ל: ונלע"ד לחלק ע"פ מש"כ הש"ף לקמן סי' נ"ה ס"ק ה' דהיכא דיצטרף שבועה אם יפרע ממשעבדי דבזה לא גזרו היתירא אטו איסורא ע"ש ולפ"ז יש לחלק דשאני התם בכתובות דמירי באמנה והא מבואר לקמן סי' קי"ד סעי' ד' דאם טורף מלקוחות צריף ליטבע שלא נפרע וכולל בשבועתו שאין זה שטר אמנה כו' ומשמע מזה דעל חשש מוקדם וריבית א"צ ליטבע בכולל.

והטעם הוא פשוט דהא אין מגלגלין טענת ספק אלא א"כ ברגלים לדבר כמבואר בסי' צ"ד א"כ לפ"ז א"ש מה דלא הזכירו התם שיכלול שלא הנה שטר של ריבית או מוקדם לפי דזהו חשש רחוק דהא במוקדם וריבית העדים נפסלים ואף לשיטת הסוברים דבריבית לא נפסלו העדים מ"מ אם ידעו העדים שיש בו ריבית וכללו הקרן והריבית ביחד בזה נפסלים העדים לכ"ע כמש"כ הט"ז ליו"ד סי' קס"א ס"ק זי"ן וכמש"כ שם

החיות דעת ס"ק י"א לפ"רש לכוננת הט"ז ע"כ הוי חשש ריבית ומקדם חשש רחוק דאוקי להעדים על חזקת פשרות דלא נפסלו ואי דנימא לחוש שפ"מ לא ידעו העדים מן המוקדם והריבית זהו ג"כ חשש רחוק וע"כ לא הצריכו שבועה אף בתורת ג"ש והתם לא שייך לומר דטוענין להו בזה דהא אף הנתבע עצמו אינו יכול להשביעו על חשש מוקדם וריבית משא"כ בחשש אמת דהעדים לא נפסלו לעדות אם חתמו על שטר אמתה כמש"כ הקצה"ח בסי' ל"ה ס"ק ד' ודלא כהאו"ת בסי' מ"ו ע"ש: וכיון דאם חתמו העדים על שטר אמתה אינם נפסלים לעדות וע"כ אף דאסורים לחתום על שטר אמתה מ"מ הא ה"מ עדיין בחזקת פשרות לכן הוי חשש אמתה אינו חשש רחוק ומגלגלין ואף דעכ"פ רגלים לדבר לא הוי מ"מ י"ל דלהוציא שאני כמש"כ לחלק פ"עין זה הש"ך בסי' קמ"ו ס"ק ה' ע"ש ואכמ"ל: ועיין בש"ך סי' נ"ה ס"ק ה' שפ"ת בזה"ל ונאפילו את"ל דמצד גלגול יכול להשביע על מוקדם וריבית כו' ובאמת הא מוכח מן הטור והמחבר בסי' קי"ד הנ"ל דא"צ שבועה אף מצד ג"ש רק על אמתה ולא במוקדם וריבית כו"ל ולכן אתי שפיר מה דלא גזרו באמתה במקצת הך גזירה משום דכיון דצריך שבועה לכן לא חששו משא"כ בריבית דא"צ שבועה ע"כ חששו שפ"מ יגבה פ"ל ממשעבדי והעיקר מה שנלע"ד בזה דאין זה קשה כלל דהריטב"א לפתובות ד' פ"ז ע"ב והשמ"ק שם פ"ת בזה"ל על מה דאמרו שם באומרת אמתה היתה בינו לבינה פי' כי בפני העדים נתחייב פראוי בכל הפתוב בשטר אלא שהיה הסכמה בינה לבינה שלא תגבה אלא פ"ד וכך ושטר פ"ה פ"ה הוא אפילו לנכסים משועבדים לגמרי שהרי נשתעבד פראוי בכל הפתוב בו עכ"ל הריטב"א והשמ"ק הרי דכתבו להדיא דהשטר פ"ה לגבות בו לכל הס"ה הפתוב בו ממשעבדי ואף דהיה אמתה במקצתו ע"כ מוכח דשאני אמתה זה מכל אמתה דמבואר בש"ס דבכל אמתה הוא שהאמינו שלא יתבענו אא"כ מלוהו כפי' רש"י בכתובות ד' י"ט רק אם לא ילוהו לא יהיו לו דין שטר רק דהימנ' בזה שיגיד האמת אבל הכא מייירי דהתחייב בפירוש אלא וזו באם שירצה לגבות פ"ל אף ממשעבדי ויגיד שמייע לו אלא וזו שאז יהיה מחוייב באמת מעכשיו לכל ס"ה הפתוב בשטר וכמש"כ הטור באה"ע סי' צ"ו גבי פוחתת שנתחייב בקנין אלא וזו רק דהאמינה שלא תתבע אלא ה' מאות וזו משום דכיון דהיה התחייבות בתנאי באם שיגיד שהלוהו אז יהיה מחוייב מעכשיו ע"כ בפ"עין קנין לזה וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' מ' ס"ק ד' דלא מהני שטר בזה וזהו דומה להא דאמרו בגיטין ד' ס"ד גבי שלישי דהימני אף אם יגיד בשקר שהיה לגירושין אז אמרינן דסתמא נתרצה מעכשיו שיהיה לגירושין כ"ז שלא יבואו עדים להכחישו רק גבי סתם אמתה דבש"ס לא אמרינן דהאמינו לגמרי אף אם יאמר בשקר כמו בשלישי משום דהא לא אמרינן פ"ה רק בשלישי שאינו נוגע במבואר בסי' נ"ו אבל בבע"ד עצמו לא אמרינן פ"ה דאין לה נוגע גדול מזה ועיין בנתיבות סי' נ"ז ס"ק ב' ובסי' מ"ו אבל היכא דהתנה בפירוש פ"ה שאני דהא באמת התחייב מעכשיו על כל האופנים רק דהאמינו דסתמא יגיד האמת אבל אם יאמר השקר אזההתחייב מעכשיו דיהא לו דין שטר אף לגבות פ"ל ממשעבדי וזהו פ"ה דלא יפסול השטר משום גזירה דלמא יגבה פ"ל: וזהו פ"ה רש"י בכתובות שם שפ"ת בד"ה באומרת אמתה כו' ששטר נכתב ונחתם פהג"ן כו' והאמין פי' שלא אתבענו אלא מנה עכ"ל דבעצם השטר אין בו שום פסול כלל אף מחמת הגזירה דקנסו היתירא אטו איסורא שפ"מ יבא לגבות פ"ל משום דאם ירצה לגבות פ"ל אז יגבה

פְּדִין רַק עֶכְשָׁיו שֶׁהוּדָה בַּב"ד דָּאִינוּ אֶלָּא ע"ס מְחַצָּה מִהַשְּׁטָר אֲזַי בְּאַמַּת אִינוּ חַיִּיב רַק כְּפִי סֵף שֶׁהוּדָה הַמְלִנָּה וְעֶכְשָׁיו שֶׁהוּדָה פֶּן בַּב"ד אֲזַי יְכוּלִין בַּב"ד לְכַתּוּב עַל הַשְּׁטָר דָּאִינוּ בְּאַמַּת רַק עַל סֵף ה' מֵאוֹת זֹז וְלִכְּן לֹא מְקַרִי זֶה דְנִרְאָה פְּסוּלוֹ בַּב"ד דְּהָא בְּאַמַּת אִם הָיָה רוּצָה לְגַבּוֹת פְּלוֹ מִמְשַׁעְבְּדֵי הָיָה גּוֹבְהוּ פְּדִין מִקְּוֹדֵם דְּהוּדָה פֶּן וְאַחַר שֶׁהוּדָה הָא אֲזַי הָיָה זֶה כְּמוֹ אִם פָּרְעוּ בַּב"ד מְחַצָּה מִהַחֹב דְּלִכ"ע יֵשׁ לְמְחַצָּה הַשְּׁנֵינִיָּה דִּין שְׁטָר אַף לְפִמַּשׁ"כ הֲרֵא"ש בְּנִדְרִים ד' כ"ז לְגִזּוֹר אַף אִם פָּרְעוּ מְחַצָּה וְכַמֶּשׁ"כ הַשְּׁ"ף לְקַמֵּן סִי' ג' בְּשִׁמּוֹ דַּמ"מ אִם פָּרְעוּ בַּב"ד יְכוּלִין לְכַתּוּב פֶּן ע"ג הַשְּׁטָר אוֹ בְּשׁוֹבֵר וַיֵּשׁ לְהַמְחַצָּה הַשְּׁנֵינִיָּה דִּין שְׁטָר וְכַמְבֻּנָּאָר בְּסִי' ג' ד': וְהָא דְאֵיבְעֵי לְהוּ בְּכַתּוּבוֹת ד' פ"ז גְּבִי פּוֹחֲתַת אִם צְרִיכָה לְשׁוֹבְעָה הַיָּינוּ פִּינּוֹן דְּעֶכְשָׁיו דְּהוּדִית הָאַמַּת שְׁאִינוּ לָהּ רַק מְחַצָּה בְּהַשְּׁטָר ע"כ שְׁפִיר חֲיִינְשֵׁינוּ דְלִמָּא הָיָה פְּלוֹ עַל אֲמָנָה דְּמַבְּנָאָר בְּש"ס דְּלֹא נִיתָן לוֹ לְרֵאָנִי רַק אִם יֹאמֵר הָאַמַּת וְכַמֶּשׁ"כ לְפִמַּשׁ"כ הַמְהַרְשָׁ"א בְּתוֹס' ד"ה א"ד פּוֹגְמַת כּו' דְּעִיקָר הַסְּפֵק הוּא בְּפּוֹחֲתַת דְּלִמָּא הִיא פּוֹגְמַת וְאֵינְרֹמִי קְמַעְרָמָא לּוֹמֵר פּוֹחֲתַת ע"ש וְהָא דִירוּשְׁלָמִי בְּכַתּוּבוֹת פ"ט שְׁם דְּשִׁקְלוּ וְטָרוּ אִם פּוֹחֲתַת בַּע"א צ"ש.

י"ל דְּהָא הִירוּשְׁלָמִי לֹא הִבִּיא שְׁם פְּלָל לְמֵאִי דְאֶמְרִינּוּ בְּש"ס דִּילָן לְהַקְשׁוֹת וְהָא הִיא שְׁטָרָא חֲסֵפָא בְּעֵלְמָא כּו' וְכַמֶּשׁ"כ בְּחִידוּשֵׁי לַח"מ לְקַמֵּן סִי' פ"ד מְזַה וְגַם י"ל דְּהָא כ"ז הוּא אִם לֹא יְבַנְרֵר פֶּן ע"י עֲדִים פְּנ"ל בְּשִׁלִּישׁ.

ע"כ בַּע"א י"ל דְּכִינּוֹן דְּנִאָמֵן לְשׁוֹבְעָה וְכ"ז דְּלֹא נִשְׁבַּע נִגְדוֹ דִּינוֹ כְּשֵׁנִים ע"כ שְׁפִיר אֵיבְעֵינָא לְהוּ פֶּן. אוֹ דִּי"ל דְּבְאַמַּת הִירוּשְׁלָמִי לֹא קָאִי עַל פּוֹחֲתַת דְּבְרֵינִיתָא דְשָׁם וְקַצְרִיתִי: וּלְפ"ז מְתַנַּחֵץ בְּפִשְׁטוֹת קוֹשְׁיוֹת הַשְּׁעָר מִשְׁפֵּט הַנְּ"ל וִי"ל דְּהֲרִיטְב"א וְהַשְּׁמ"ק נִתְפָּנּוֹנוּ ג"כ לְתַרְצֵי לְקוֹשְׁיָא הַנְּ"ל וְע"כ פְּתַבּוּ פֶּן וְלִכְּן לְדִינָא שְׁפִיר יֵשׁ לּוֹמֵר דְּגִזְרִינּוּ שְׁלֹא יִגְבָּהּ אַף סֵף שְׁחֵיב בְּאַמַּת מִשׁוּם גְּזִירָה דִּיגְבָּהּ פְּלוֹ מִמְשַׁעְבְּדֵי וְכַמֶּשׁ"כ הַתוֹס' וְהֲרֵא"ש וְכַמֶּשׁ"כ הֲרֵא"ש בְּנִדְרִים ד' כ"ז וְהוֹבָא בְּש"ף סִי' ג' ה' ס"ק ה': (ב) (שְׁם שְׁ"ף ס"ק א') דְּעֲדִים לֹא נִפְסְלוּ בְּחִתְמוֹ עַל שְׁטָר שְׁל רִיבִית מִשׁוּם דְּלֹא תְשִׁימוֹן לֹא מִשְׁמַע לְאִינְשֵׁי אֶלָּא בְּמִלְּנָה וְלָנָה וְהִנֵּה הַט"ז לִיּוֹ"ד סִי' קס"א ס"ק זי"ן פְּתַב דְּהַעֲדִים פְּסוּלִים וְהַשְּׁ"ף הֲכָא הַשְּׁיָג עָלָיו וְכַמֶּשׁ"כ בְּנִקְה"כ שְׁם אֶבֶל בְּאַמַּת א"ש דְּבְרֵי הַט"ז דְּכּוֹנְנָתוֹ בְּאִם פְּלָלוּ הַקְּרָן וְהֲרִיבִית בְּיַחַד וְנִדְעוּ מְזַה דְּאֲזוּ נִפְסְלִים לְעֲדוֹת מִשׁוּם דְּהָיָה כְּמוֹ מְקוֹדֵם דְּנִפְסְלִים כַּמֶּשׁ"כ הַתוֹס' בַּב"ב ד' צ"ד ע"ב ד"ה הָכִי הַשְּׁתָּא כּו' וְה"ה בְּזַה וְכ"כ הַתוֹס' לְהַדְיָא לְחִלְקָא פֶּן בַּב"ק ד' לְמ"ד וְכַמֶּשׁ"כ ע"ב ד"ה שְׁטָר שְׁיֵשׁ בּוֹ רִיבִית כּו' דֵּינֵשׁ מְקוּם לּוֹמֵר דְּהִיכָא דְּכָלְלוּ בְּיַחַד פִּינּוֹן דִּיּוּכְלָא לְבֵא לִידֵי גּוֹבִינְיָא יְהִיוּ פְּסוּלִים בְּיֹתֵר מִן אִם הָיָה מְפֻנְרֵשׁ הֲרִיבִית ע"ש.

וְכַעַת מְצֵאֵי בְּחִוּוֹת דְּעַת סִי' קס"א ס"ק י"א דְּפִירֵשׁ פֶּן לְכּוֹנְנַת הַט"ז הַנְּ"ל וְרֵאִיתִי בְּסִפְרָא תְּפֻאֲרַת לְמִנְשָׁה לִיּוֹ"ד סִי' קס"א שְׁתַּמָּה ג"כ עַל הַט"ז פְּנ"ל אֶבֶל בְּאַמַּת אִין זֶה קִשָּׁה פְּנ"ל וְכַמֶּשׁ"כ הַחוּו"ד שֶׁהַט"ז בְּדָף הָאֶחָד פְּתַב בְּקַצְרָה פֶּן וּלְפ"ז לְדִינָא בְּרוּר הוּא אִם פְּלָלוּ בְּיַחַד הַקְּרָן וְהֲרִיבִית וְנִדְעוּ מְזַה דְּאֲזוּ פְּסוּלִים הַעֲדִים לְעֲדוֹת: סִימָן נג (א) (סְעִי' א) מִי שְׁיֵשׁ לוֹ שְׁטָר בְּמִנְהָ וְאִמֵּר עֲשׂוּ לִי שְׁנֵימִם מְחַמְשִׁים אִין שׁוּמְעִין לוֹ אֶלָּא מְרַצוֹן הַלְּנָה: בְּש"ף ס"ק ב' וִי"ל דְּאֵיךְ מְדַעַת שְׁנֵינִים נִיחֻוּשׁ לְקוֹנֵינָא כּו' א"נ פִּינּוֹן דְּמִסְתַּמָּא אִין הַמְלִנָּה יוֹדַע כּו' וְלֹא חֲיִינְשֵׁינוּ לְקוֹנֵינָא אֶלָּא הִיכָא דְאֵינְרַע בְּנִפְלָה כּו' וְכֵן הַקְּשָׁה הַצ"צ בְּסִי' ט"ו

ע"ש והאו"ת בסי' ק"ד ס"ק יו"ד הביא לדברי הש"ך והצ"צ הנ"ל ולמש"כ הב"א בתשובה ע"ש ועיקר תירוץ של הש"ך הנ"ל אינו מספיק לתרץ זה דהא שיטת הש"ך בסי' ע"ט ס"ק ל"ד דהיכא דיכול לומר פרעתי חיישינן לקנוניא אף אם לא איתרע וכ"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק כ"ד ובסי' ק"ו ס"ק ו' וכש"כ ב"מ דכותבין לכתחלה ונדאי דחיישינן לקנוניא פמבואר בב"מ י"ב דמקשה הגמרא על הא דכותבין שטר ללנה כו' דניחוש שמה ללות בניסן כו' אף דהתם הא לא איתרע בנפילה וכוונתיה ועיין בש"ך סי' ס"ט ס"ק ו' ובנתיבות שם: ולענ"ד יש ליישב זה דבאמת לא חיישינן לקנוניא ולגביה שלא פדין רק היכא דאף בדיעבד יהיה הגביה שלא פדין ע"כ בזה יש לחוש אבל בחשש שני מלווין הנכתבו ביום אחד בבאו לגבות מקרקעות או אף בנכתבו בשני זמנים הפאים לגבות ממטלטלין דכיון דאם עבר וגבה א' מהם פולו מה שגבה גבה פמבואר בסי' ק"ד סעי' ח' ע"כ פיון דדיעבד אף אם יגבה שני חלקים אף אם היה בשטר אחד יהיה שניו ע"פ דין לו ועיקר החשש הוא על לכתחלה ע"כ בכה"ג לא מציינו דחשו חז"ל בזה לקנוניא ולטרפא שלא פדין וכיוצא בזה כתב הבית יוסף ביו"ד סי' ב' ועיין בט"ז יו"ד סי' צ"א ס"ק א' מזה: והעיקר מה שנלע"ד בזה דהא מבואר בתוס' ב"מ דף כ' ע"א ד"ה ש"מ איתא לדשמואל כו' דעיקר החשש הוא להיכא דשמה יפסיד לגמרי אבל היכא דלא יפסיד לגמרי פגון דאותו החוב שהיה להם על הבעל יהיה להם על האשה כו' בזה לא חיישינן דהוי זה פועל שני ספיקות יעו"ש ולפ"ז ה"ה הכא ג"כ דהא מייירי באינו ידוע אם יש עליו עוד בע"ח א"כ הוי שני חששות חשש א' דלמא אין פאן בע"ח אחר ואת"ל דיש עוד בע"ח אחר אפתי הא לא יפסיד לגמרי דהא שמה ישלם לו הלנה וע"כ בכה"ג לא חיישינן והנה הסמ"ע והש"ך לקמן סי' ס"ה סעי' ז' הקשו שם דניחוש שמה יש עליו עוד בע"ח ונדחקו ליישב ובאמת לפי דברי התוס' הנ"ל אתי שפיר שם.

וכן יש לתרץ קושיות הש"ך הנ"ל ע"פ מש"כ הנתיבות בסי' ס"ה ס"ק י"ד בשם השמ"ק דכתב דלמניעת טורפא לא חיישינן וה"ה הכא הא לא הוי רק מניעת טורפא וע"כ שפיר כותבין שני שטרות אם נתרצה הלנה וכן הוא נכון לדינא: סימן נד (א) (סעי' ג' בש"ך ס"ק ח') כתב בתשובת מהר"א בן ששון שובר מוקדם פשר כו' וכתב הש"ך דהוא מילתא דפשיטא והאו"ת ס"ק ב' תמה בזה דהא אמרו בב"מ ד' כ במצא שובר דלמא פתוב ליתן בניסן כו' ומשני ש"מ איתא לשמואל כו' והקשו התוס' דלמא מקרה במעמ"ג ותירצו דכתובה ליתא במעמ"ג.

א"כ שט"ח דאיתא במעמ"ג ניחוש שמה מקר השט"ח במעמ"ג וע"י השובר מוקדם מפקיע פח הלוקח שלא פדין א"כ מבעי להיות פסול שובר המוקדם ונשאר בתמיה רבתי ולענ"ד נראה דאינו קשה דהא מבואר לקמן סי' ס"ה סעי' י"ח דמצא שובר בשוק בזמן שהמלנה מודה יחזיר ללנה א"כ תקשה ניחוש שמה מקר השט"ח במעמ"ג דליתא במחילה וע"כ מוכח מזה דלדינא קיי"ל כמו דכתבו התוס' בב"מ ד' כ' ד"ה ש"מ איתא לשמואל כו' דלכן לא חיישינן שמה מקרה במעמ"ג לפי דהא אם ליכא עדים על המכירה יכפרו המכירה ואי דאיכא עדים נשיילינהו היכי הוה אם אומרים שנתרצה או שתק א"כ מודה שהשובר שקר ואם מודה א"כ השובר נעשה קודם המכירה ואינהו דאפסידו אנפשייהו עכ"ל התוס' בתי' א' וכ"כ הר"נ והנ"י בב"מ שם וכ"כ הרא"ש בכתובות פ"ט סי' יו"ד.

וכ"כ התוס' בגיטין ד' י"ג ע"ב ד"ה תנהו לפלוני כו' ולפ"ז כמו דבמקצא שובר בשוק יחזירו ולא חיישינו שפא הוא מוקדם דזהו משום ה"ט דכתבו א"כ מה"ט פשר גם שובר מוקדם ולא חיישינו שפא יטרון מלקוחות שקנו השטר דהא פיון דאיפא עדים על המכירה א"כ אמרינו דנישילינהו אם נתרצה בהמכירה א"ב מסתמא השובר שקר ואם מיחה אז א"כ אמרינו דהאמת הוא דפרעו מקודם המכירה רק דהשובר נכתב אח"ז על זמן המוקדם ועיין בפלפולא חריפתא ב"מ פ"א ס"ק א' שכתב דלכן הרא"ש שם לא ניחא ליה בת"י זה משום דיכולים לומר דלא איכפת לנו במוחאתו: אף הא אף לפי מה דתירצו שם הרא"ש והתוס' דלכן לא חיישי' שפא מכרה הפתובה במעמ"ג משום דלא תקנו מעמ"ג בכתובה הא מסקי התוס' שם בב"מ דהא דלא חיישינו שפא מכרה הפתובה אחר הגירושין במעמ"ג כי אחר הגירושין מסתמא מכרה בידים יקרים וכשיוציא שוברו שקדם היא צריכה לשלם ולא תרויח פלום בקנוניא כו' אבל הכא דאינו אלא חששא בעלמא שפא לא מכרה ואפילו מכרה שפא לא יפסידו הלקוחות כי אינו מוציא מהם אלא חוב שהיה להם על הבעל יהיה להם על האשה כו' עכ"ל התוס' א"כ לפ"ז ה"ה מה"ט א"ש דמקצא שובר דמחזירין אף דבשטר שייך מעמ"ג משום דהא מסתמא מכרה בידים יקרים כמש"כ התוס' על מכירת פתובה לאחר גירושין וע"כ שייך בזה סברתם הנ"ל דלשני חששות לא חיישינו לכן א"ש מה דהכשירו שובר מוקדם משום דגם בזה שייך לומר דהוי שני חששות שפא לא מכרה ואף דמכרה אפתי י"ל דאותו חוב שהיה להם על הלנה יהיה להם על המלנה וע"כ לא חיישינו בזה לקנוניא ועיין ב"ב ד' מ"ו ע"ב דאית ליה ארעא אחריתי.

רשפ"ם שם משום דשני חששות לא חייש כו' וזהו ג"כ פועל זה וקצרתי: ומה"ט אתי שפיר מה דהקשה האו"ת דניחוש שפא פבר לנה מאחרים וע"י השובר יהיה חב לאחרים וכבר הקשה זה הסמ"ע בסי' ס"ה ס"ק נ"ח והש"ך שם ס"ק מ"ט אבל באמת אין זה קשה כלל לפי מה שנתבאר בשם התוס' דב"מ הנ"ל דלא חיישינו לחוב שאינו ידוע מטעם דהוי שני חששות פנ"ל ולכן הנכון לדינא דבדיעבד אם הקדימו השובר דכשר: (ב) (שם סעי' הנ"ל) ש שובר שנתב סתם מבטל כל שטר כו' וכ"כ לקמן סעיף ה' אם פתוב בשובר דינרים סתם מבטל כל שטר כו' וכתב האו"ת בס"ק ו' בשם תשובת הרא"ש בלנה שיש לו פתב בקבלת הרבית באופן שחייב לנפות וא"י פמה דהמלנה גובה ואינו דומה לשובר דהכא הוי בדין זה גובה וזה גובה וכ"כ הנהתיבות ולא פתבו הטעם בזה ולכאורה י"ל דיהיה מועיל מוחזקות הלנה מטעם תפיסה בדררא דממונא וכיון דאנו ידעינו דהמלנה חייב ללנה רק דאינו ידוע פמה אין לה דררא דממונא יותר מזה וכמש"כ התוס' בב"מ ד' ק' ד"ה דמי עבד גדול כו' והובא בקצה"ח סי' ע"ב ס"ק כ"ה אף פבר מבואר בש"ך בתקפו פהו ס"ק ק"ל ביאור דין זה דכיון דיש לו שטר על חבירו ה"ל פגבוי פיון דלא נולד ריעותא וספק בעצם השטר וע"כ אף דאירע ספק בענין אחר מקרי המלנה מוחזק בשטרו ע"ש ועיין מזה בש"ך ח"מ סי' קכ"ו ס"ק מ"ג והסבר ענין הנה פבר מבואר בארובה בחידושיי לעיל סי' י"ב ובסי' מ"ז דשטר שאין בו ריעותא הוי פגבוי ואכמ"ל: ולפ"ז יש לומר דין מוחזק דבכת"י בנאמנות שיש לו על חבירו והלנה יש לו ספק חוב פנה על המלנה דבזה יהיה יכול הלנה להחזיק החוב ת"י ע"פ דין תפיסה בדררא דממונא ובזה לא שייך לומר דהוי הכת"י פגבוי דהא בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז

עָנָף ד' פְּתַבְתִּי דשט"ח שְׁאִינוּ גוֹבָה מְשַׁעְבְּדֵי אִינוּ פְּגִבּוּי וְכֹן רְאִיתִי לְהַקְצֵה"ח סִי פ"ג
ס"ק ה' שְׁפַתְבּ פֶּן וְהַקְשָׁה ע"ז מְהָא דב"ב ד' קנ"ז דְּמוּכַח הֵתָם דְּאַף בְּשִׁטְר דְּאִינוּ גוֹבָה
מְשַׁעְבְּדֵי הָוֵי פְּגִבּוּי וְנִדְחָק לִיִּשְׁב זֶה אֶכֶן לְעִיל בְּחִידוּשֵׁי לְסִי י"ב עָנָף ה' פְּתַבְתִּי לְתַרְזַן
זֶה וְלָכֵן שְׁפִיר פְּתַבְתִּי בְּסִפְרֵי דשט"ח דְּלֹא גָבִי מְשַׁעְבְּדֵי אִינוּ פְּגִבּוּי וּלְפ"ז יְכוּל הַלְלוּ
לְהַחְזִיק הַחֹב ת"י ע"פ הַסְּפֵק הַנּוֹלָד לָנוּ עַל פְּמוֹת הַחֹב שְׁיִשׁ לְהַלְלוּ עַל הַמְּלִנָּה וְהָדָּ
דְּתִשׁוּבַת הָרֵא"ש לֹא קָאֵי רַק בְּחֹב בְּשִׁטְר דְּחַתוּמִּים בּוּ ב' עֵדִים דְּגָבִי מְשַׁעְבְּדֵי וְכֹן הוּא
נְכוּן לְדִינָא: וְעַפ"ז יֵשׁ לְתַרְדֵּי מַה שְׁהוּבָא בְּט"ז לְקַמֵּן סִי פ"ד סְעִי א' דְּכַתְב ב"י בְּשֵׁם
בַּעַה"ח דְּפּוֹגֵם בַּע"פ נְשַׁבְּע הִיִּסְת וְנִפְטֵר וְכַתְב הַב"ח לְפָרְשׁוּ דְּדוֹקָא בְּשִׁטְר בְּעֵדִים הָוֵי
לִיָּה דִין שְׁטֵר וְנִשְׁבְּע וְנוֹטֵל אֲבָל בַּכַּת"י דְּאִין טוֹרָף מְשַׁעְבְּדֵי אִין בְּזָה פּוֹגֵם שְׁטֵר לְהִיּוֹת
נְשַׁבְּע וְנוֹטֵל הַמּוֹתֵר אֲלֵא לָנוּה נְשַׁבְּע הִיִּסְת וְנִפְטֵר אַף לְהַסּוּבְרִים דַּבַּכַּת"י אִינוּ נְאָמֵן לוֹמֵר
פְּרַעְתִּי מ"מ לְעַנְיָן זֶה לֹא הָוֵי בְּשִׁטְר וְכַתְב הַט"ז דְּדַבְּרִי תְּמוּהִים הֵם דַּמ"ש ע"ש: אֲבָל
לְפַמְש"כ א"ש פְּנוּנַת הַב"ח וְהוּא דְּהַרְבַּ הַמ"מ ה' מְלִנָּה פ' י"ד ה"א פְּתַב בְּפּוֹגֵם תּו"ז
אֲבָטְלָא לִיָּה הַחֲזָקָה דְּתו"ז שְׁהָרֵי פְּרַע כּו' וְהוּבָא בַּסְמ"ע סִי פ"ד ס"ק ז' וְהַמְל"מ שָׁם
פְּתַב לְדוּן בְּדַבְּרֵי הַמ"מ שָׁם דְּקִשְׂיָא לִיָּה פּוֹגֵם שְׁטֵרוּ אֲמַאי נְשַׁבְּע וְנוֹטֵל הָא אֲבָטֵל לִיָּה
חֲזָקָה דְּשְׁטֵרָא בְּיָדֵי מַאי בְּעֵי דְּהָא פְּמוּ דְּאֲבָטֵל תּו"ז ה"נ אֲיָבָטֵל לִיָּה חֲזָקָה דְּשְׁטֵרָא בְּיָדֵי
כו' וּבְחִידוּשֵׁי סִי נ"ח עָנָף ה' הַעֲלִיתִי דְּפּוֹגֵם שְׁטֵרוּ בְּעֵדִים לֹא אֵיתְרַע לִיָּה הַחֲזָקָה דְּשְׁטֵרָא
בְּיָדֵי כּו' רַק דְּפּוֹגֵם שְׁטֵרוּ ע"פ הוֹדְאָתוּ בְּאַמַּת אֵיתְרַע לִיָּה הַחֲזָקָה דְּשְׁטֵרָא בְּיָדֵי כּו' וְכַעֲיִן
מַש"כ הַתּוֹס' בַּב"ב ד' מ"ה ד"ה נְתָנָה לוֹ כּו' דְּכִינּוּן דְּאֵיתְרַע לִיָּה חֲזָקָה דְּאִין שְׁכִיר מְשַׁהָא
שְׁכָרוּ דְּהָרֵי שְׁיָהָא אַחַת ע"כ אֵיתְרַע לִיָּה בְּכִנּוּלוֹ וְהָא דְּפּוֹגֵם שְׁטֵרוּ נְשַׁבְּע וְנוֹטֵל הַטַּעַם הוּא
דְּהָא יֵשׁ לוֹ מִיָּגוּ דְּאֵי בְּעֵי פְּפֵר לְמַה דְּפָגֵם וְאַף דְּמִיָּגוּ לְהוֹצִיא לֹא אֲמַרִינּוּ עַכ"ז הָא בְּשְׁטֵרָא
מְסִיָּע לִיָּה אֲמַרִינּוּ מִיָּגוּ לְהוֹצִיא פְּמוּ בְּסִטְרָאֵי דְּסִי נ"ח וְהַטַּעַם הוּא דְּהָוֵי פְּגִבּוּי כַּמַּש"כ
הַכְּנַה"ג בְּכַלְלֵי מִיָּגוּ ס"ק ח' וּבַאוּ"ת שָׁם וּלְפ"ז הַדִּין נוֹתֵן דּוּ"א רַק בְּשִׁטְר דְּגָבִי מְשַׁעְבְּדֵי
דְּבָזָה הָוֵי פְּגִבּוּי ע"כ מְהֵנִי בְּזָה מִיָּגוּ אֲבָל בַּכַּת"י בְּלֹא עֵדִים דְּלֹא גָבִי מְשַׁעְבְּדֵי דְּאִין דִּינוּ
פְּגִבּוּי ע"כ הַדִּין נוֹתֵן דָּאָם פּוֹגֵם עָלָיו דְּלֹא יִהְיֶה יְכוּל לִיִּטּוֹל אַף לְהַסּוּבְרִים דְּאִין נְאָמֵן
לוֹמֵר פְּרַעְתִּי עַל כַּת"י וְכַה"ג.

דְּהָא ע"פ טַעֲנַת עֲצָמוּ אֲבָטְלָא לִיָּה חֲזָקָה דְּשְׁטֵרָא בְּיָדֵי מַאי בְּעֵי בְּפּוֹגֵם רַק עֵיקָר נְאָמְנָתוּ
הוּא מְצַד הַמִּיָּגוּ וְכִינּוּן דְּלֹא הָוֵי זֶה פְּגִבּוּי ע"כ מְקַרִּי זֶה מִיָּגוּ לְהוֹצִיא דְּלֹא אֲמַרִּי וְע"כ
שְׁפִיר פְּתַב הַב"ח דְּפּוֹגֵם לְהַכַּת"י אַף לְהַסּוּבְרִים דְּאִין נְאָמֵן לוֹמֵר פְּרַעְתִּי עַל כַּת"י דַּמ"מ
בְּפּוֹגֵם אִינוּ נוֹטֵל פְּלָל וְיָפָה פְּתַב פֶּן הַב"ח בְּכִנּוּנַת הַבַּעַה"ת דְּמְצִינוּ לְהַבַּעַה"ת דַּס"ל דְּלֹא
אֲמַרִּי מִיָּגוּ לְהוֹצִיא פְּמִבְּנֹאָר בְּסִי פ"ב שְׁ"ף ס"ק כ"ח בְּשֵׁם בַּעַה"ת ע"ש: וְמַה דְּהַקְשָׁה
הַט"ז דְּהָא הַבַּעַה"ת ס"ל דְּיְכוּל לְטַעוֹן פְּרַעְתִּי עַל כַּת"י.

י"ל בְּזָה דַּנְפ"מ מְזָה לְהִיכָא דְּהָוֵי אֲנִמְדָּנָא לְפִי רְאוּת עֵינֵי הַדִּינּוּן כַּמַּש"כ הַרְמ"א בְּסִי ס"ט
וְהַט"ז הָכָא ע"ש וְמַה דְּיֵשׁ לוֹמֵר בְּזָה דְּלָכֵן פְּרַע הַלְלוּהּ מְקַצְתוּ פְּדֵי דִּיתְרַע גְּבִיָּה הַחֲזָקָה
דְּשְׁטֵרָא בְּיָדֵי כּו' וְאֵינְרוּמֵי קָא מְעָרִים בְּזָה פְּכָר פְּתַבְתִּי מְזָה בְּחִידוּשֵׁי שָׁם וְאֲכַמ"ל
וּמְתוֹרְזַן תְּמִיּהַת הַט"ז עַל הַב"ח וְלְדִינָא יֵשׁ לְהַאָרִיף בַּכ"ז הַרְבֵּה וְעֵינֵין בְּשְׁ"ף סִי פ"ב
ס"ק ל"ט מַש"כ בְּשֵׁם הַבַּעַה"ת.

סימן נה (א) (סעי' ב') בש' (ס"ק ה' חולק על הרא"ש דס"ל בפשט פרוע מקצתו דאף
מחצה שלא נפרע אינו גובה ממשעבדי משום גזירה משום דלדינא אינו פן אלא דגבי
המחצה ממשעבדי ומה דיש להעיר בזה מהא דפוחתת דכתובות ד' פ"ז פ"ב פתבתי לעיל
בסי' נ"ב מזה הרבה ע"ש וכן מצאתי בתשובת רדב"ז ח"א סי' שנ"ו שפסק ג"כ פהש"ף
דגובה מחצה השנייה שלא נפרע ממשעבדי ולא קנסין ליה בזה ע"ש וכן מוכח ממה
דקיי"ל בכתובות ד' פ"ז ובח"מ סי' פ"ד דפוגם שטרו נשבע ונוטל ואי נימא דגזרינו בזה
למחצה שלא נפרע משום חשש שיפרע למחצה שנפרע א"כ לפי שיטת הסוברים לפסול
בשטר מוקדם דאף מב"ח אינו גובה כמבואר בסי' מ"ג סעי' ז' וכמש"כ הש"ף ע"ש ס"ק
י"ב..

א"כ ה"ה בזה נפסל השטר ולא שייך לומר דנאמן במיגו דהא פיון דהשטר הוי חספא
בעלמא א"כ הוי מיגו להוציא כמבואר בכתובות שם דמקשה הגמרא בפוחתת האי שטרא
חספא בעלמא ובח"מ סי' פ"ג ובש"ף ע"ש ומוכח מזה דלא גזרו בזה פיון דהשטר נכתב
כדין אף על שי' הרא"ש אין להקשות די"ל דהא הרא"ש בב"מ פ"ה סי' נ"ח הביא לשני
שיטות אם פשר לגבות מב"ח או לא ולא הכריע שם וכמש"כ הב"י בסי' מ"ג ע"כ י"ל
דהרא"ש בפ"י לנדרים דכתב פן הוא לשיטת הסוברים דכשר לגבות מב"ח וע"כ אינו
קשה עליו מהא דפוגם שטרו אכל לפידקיי"ל לדינא בסי' מ"ג דפסול אף לב"ח א"כ
מוכח דלא גזרו בזה ועיין ש"ף סוף סי' פ"ג וזה דאמרו בכתובות ד' פ"ז דזה מקרי
שעבוד קרקעות ואין נשבעין ע"ז שד"א אף דנימא כמש"כ הרא"ש לנדרים דגזרו בזה
דאינו גובה ממשעבדי מ"מ הא שיטת הרא"ש בשבועות פ"ה ה' ג' דגם מלנה ע"פ מקרי
שעבוד קרקעות ודלא פשיטת הרמב"ן שם ולשיטת הרמב"ן דשם דס"ל דכינן דאינו
גובה ממשעבדי לא מקרי שעבוד קרקעות הא הרמב"ן ס"ל אף בשטר שיש בו ריבית
דלא גזרינו היתירא אטו איסורא כמבואר בסי' נ"ב וע"כ א"ש לכל השיטות וגם י"ל
דהא התם קאי בכתובה ובמקום שאין כותבין כתובה כמבואר לעיל ד' ט"ז בזה לא שייך
לגזור דדוקא בשטר שייך לומר דפסלו לשטר בזה אף אין אנו צריכים לזה דשפיר י"ל
פנ"ל וגם י"ל דלכן אמרו שם דאין נשבעין משום שעבוד קרקעות דהא ההודאה של
המלנה שנפרע מחצה מקרי זה הודאת ש"ק דלולי הודאתו היתה גובהו פולו ממשעבדי
וזהו פועל מש"כ רש"י בב"מ ד' ד' ע"ב ד"ה אי נמי כו' כף אין הודאתו מביא לידי שבועה
כו' וזה פשוט ועיין במל"מ ה' מלנה פ' י"ד ה"ז מש"כ בשם פתב ידו להרדב"ז סימן
קע"א: סימן נו (א) (סעי' א' ש"ף ס"ק ה') [ד"ה והשתא אתי נמי שפיר הא דלא האמינו
הרא"ש כו' ועוד דאל"כ ה"ל להרא"ש לפסוק דישבע המלנה שבועה נגד העד שלא מחל
לו דאע"פ שאין הלנה יודע כו' דנוגע בעדות הוא פיון שהוא מכחישו ותובע השליש
עצמו כו' עכ"ל הש"ף: והנתיבות ס"ק ד' ביאר דברי הש"ף דאף פשהשטר ביז לוי נאומר
שרוצה ליתן בדין ג"כ לא מהני עדותו משום דגם בזה צריך שבועה על פפירתו דממון
גמור הוא כופר לו וע"כ הוי עד הצריך שבועה דלא הוי עד כו' ע"ש בנתיבות: ענף א
ולענ"ד נראה פי יש לדון בזה דאם השטר מוכן בידו לפני הב"ד ומשלישו ת"י הב"ד
דאין העד צריך שביעה בנידון זה דהא כתבו דאין לוי נאמן פיון דאין דינו כשליש להיות
נאמן משום דראובן המלנה מכחישו וע"כ הדין הוא דיחזירו השטר לראובן רק אנו דנין
אם יהיה חייב המלנה שבועה להכחיש את העד ולא יתנו לו רק אחר שבועה שלו א"כ

לפ"ז יש לומר דלוי השליש שפיר נפטר מיד מן תביעת המלוה לשטרו ממנו פיון דהוא
כבר ביד ב"ד והשבה ליד ב"ד ג"כ הוי השבה לא מפעיא לפמש"כ האו"ת בסי' ע"ד ס"ק
ג' דגם בחוב הלואה מהני הפרעון להב"ד מן הדין ואף לפמש"כ המהרש"ך והובא בש"ך
שם דהוא בתורת תקנה ועיין בב"ש סי' קמ"ג ס"ק יו"ד מזה ובמק"א בארתי זה בארנה
רק זה אינו רק פשהמלוה אינו בכאן ומוסר המעות ליד הב"ד אבל אם התובעו בפנינו
רק דמעפבו ת"י הב"ד עד שישבע להכחישו בזה הדין נותן דמיד שמוסר השליש
להפקדון להב"ד דנפטר מן חוב השבת הפקדון שהיה מוטל עליו דהא יכול לומר לו הרי
שלה לפניה ונדוקא היכא דע"י פשיעתו לא יתנו לו הב"ד בזה אמרו בב"ק ד' מ"ה
אתפשטיה לתוראי בידי דלא יכילנא לאשתעווי דינא בהדין וכמש"כ התוס' שם אבל
בנ"ד הא לאחר שישבע יתנו לו מיד ונהרי סמיני' ביזו ויכול לישבע מיד ולהכחישו ללוי
העד ולקטלו ובמה דמחייבו לוי העד שבועה למלנה זה לא הוי תביעת ממון דהא אמרו
בשבועות ד' ל"ב ע"א דחייב שבועה שמטילין על הגתבע אין זה נקרא רק גורם לממון
ולאו כממון דמי וגם שם הא פירש רש"י דלכן נקרא גורם לממון משום דרוב בני אדם
אין נשבעין לשקר והיה משלם אבל בנ"ד דהשליש אומר לו דהא לדבריה שאתה
מכחישני ואומר שאתה לא מחלת לו א"כ לדבריה שהאמת אתה א"כ תוכל אתה לשבע
באמת והשבע וטול ואין לה עלי כפירת ממון וביודאי מקרי זה להשבה מעליא ונהרי
שלה לפניה וע"כ ודאי אינו חייב לוי שבועה נגד המלוה והוי עד מעליא לאחר שנפטר
כבר מחוב השבת הפקדון שהיה מוטל עליו עד הנה ונדוקא היכא שלפי עדותו לא יתנו לו
הב"ד בזה שפיר אמרו דזה מקרי עד שצריה שבועה דאין עליו שם עד כלל וכמש"כ
הש"ך לקמן ס"ק כ' דאחר שיצא שלישותו מת"י וחקירו תובעו שמסר השלישות שלא
פדיו דהוי עד הצריה שבועה ולא הוי עד ע"ש וכן הא דהביא הש"ך בס"ק ה' הנ"ל בד"ה
וגם הדין הראשון שכתבו הבעה"ת כו' וכן בד"ה וכן מצאתי בתשובת מהר"ם כו' שכתבו
כמה ראשונים שם דאם הבע"ד מכחישו להשליש דחייב השליש לישבע זה מיירי באופן
דאינו מוכן ביזו להשיבו להתובעו וגם היכא דאית להשליש מיגו דנאמן ע"י מיגו ליתן
ליד בע"ד השני ואז שפיר חייב שבועה לבע"ד התובעו דאתה חייב לי ולא השבת לידי
אבל הכא פיון דאחר דאמרו דאינו נאמן לוי להפסיד להמלוה ומיגו לא שייך כאן פיון
שהלנה אינו יודע האמת אם מחלו או לא וע"כ לאחר שישבע יומסר לו השטר בנדאי
הוי השבה מעליא כשמשלישו ת"י הב"ד ונפטר מחוב השבת הפקדון שאומר לו הש"ל
ועיין בנתיבות בסי' ע"ו בהקדמה ובסי' הנ"ל ס"ק ה' דבפקדון מהני השבה ליד ב"ד.

ואף פשאין משליש ביד הב"ד רק שהוא ביזו ומוכן ליתן לו לאחר שישבע ג"כ הדין
נותן דהוי השבה מעליא אם אומר פן בפני התובעו דהשבע וטול כפי דבריה: והנה אם
אומר המלוה אין אני חפץ לישבע ולקטול רק תהיה תביעתי כמו כל תביעות שהדין הוא
דהנתבע נשבע היתת כמבואר כה"ג בסי' פ"ז סעיף י"ב דשומעין לו א"כ לפ"ז אפשר
לדון הכא ג"כ דאם המלוה אומר אין אני חפץ לישבע בנק"ח ולקטול רק אתה השליש
תשבע שפכדריה פן הוא גם בזה יש לדון אם חייב השליש שבועה כמו כל בע"ד הא
יכול לומר לו פיון דבידה לישבע ולקטול א"כ אפשר דכה"ג ג"כ מקרי השבה מעליא
להיות מקפטר מן השבת הפקדון שלא להיות עליו שם בע"ד רק בתורת דין עד עליו
ואפשר לדון בזה לפמש"כ הר"נ בסוגיא דקצוצה בשבועות דאיכא למיחש בכדי חיי

דאיכא אינשי דפרשי משבועה ואפילו בקושטא לא בעי אשתבועי ע"ש וכעין זה אמרו בירושלמי שבועות פ"ו ה' ה' בזה"ל הקדא מילתא אמרה בין זכאי בין חייב לשבועה לא תיעול עכ"ל ופי' הפגי משה שצריף לשמור א"ע מהשבועה ואפי' פסבור שהוא זכאי ואמת הוא כו' וע"כ אפשר לדון לפ"ז דכיון דאינו רוצה לישוב אף שבועת אמת ע"כ הוי זה קפידא מעליא ולא מקרי זה השבה במה שאינו יכול ליטלו רק אחר שישבע בנק"ח ויטול והוי עדיין בשם בע"ד וצריף שבועה וע"כ אין עליו שם עד פלל וחיוב השליש לישוב פן י"ל לכאורה בזה: אף גם זה אינו ברור כ"כ ואף בנ"ד לפמש"כ הש"ף והתשובת הרא"ש הנ"ל דמייירי באין המלנה אומר א"א בזכותי אלא כתבו דיתחזיר השטר להמלנה משום דמייירי דאין חפץ לבטל זכותו להיות נשבע ונוטל ע"כ שפיר הוי זה השבה מעליא במה שהוא מוכן בידו לפני התובע בב"ד כיון דבידו להיות נשבע ונוטל ולכן מיפטר מחובו והוי עד מעליא וכש"כ היכא דכבר נתן השטר ליד המלנה דאח"ז בנדאי מחייבו השליש שבועה להכחישו כמו פל עד פשר דהא אינו צריף שבועה פלל [ועיין בסי' קכ"א ש"ף ס"ק נ"ב דחד דעה ס"ל בכל עד הצריף שבועה דאם פטרו משבועה הוי עד פשר ודיעה החולקת ע"ז כמבואר בסי' ק"מ סעיף ט' טעמו דמפגי הטובה שעשה שהחזיר להן הפעות מעידין לו מה שאינו כמש"כ הסמ"ע שם וכעין זה כתב הש"ף בסי' קכ"א ס"ק נ"ב ע"ש אלמא דהיכא דלא שייף סברא זו שפיר פשר להיות עד היכא דא"צ שבועה עכ"פ עכשיו וה"ה בנ"ד וקצרת] אף אף היכא דלא נתן לידו עדיין רק שהוא מוכן בידו לפני ב"ד והתובע ג"כ הדין נותן דאינו נוטלו בלא שבועה להכחיש העד.

ולכאורה יש לדון בזה היכא דאין הלנה בפנינו פעת רק המלנה והשליש הם פעת לפני הב"ד שבאים לדון. וכיון דמבואר לקמן סי' פ"ז סעיף כ"ג ש"ף ס"ק מ"ז דהעיר שם מן הא דאה"ע דאלמנה צריכה לישובע לכתחלה בפני היתומים וצ"ע והאו"ת שם פתב לחלק דהיכא דהוי נשבע ונוטל אף שהתובע טוען שמא ג"כ צריף לישובע בפני התובע א"כ ה"ה בנ"ד אף דבידו להיות נשבע ונוטל עכ"ז הא עכשיו דאין הלנה בפנינו לא יתנו לו השבועה עד שיבא הלנה וישבע בפניו אף דאין הלנה יודע רק ע"פ העד ע"כ כיון שיהיה מעופב השטר ת"י הב"ד עד שיבא הלנה ואם יתעפב זה איזה ימים הוי זה כמו הא דסי' ע"ג סעיף ב' דאם הלנה והמלנה מחולקים רק בהזמ"פ דגם בזה נותנין שבועה על כפירתו וכמש"כ הקצה"ח שם ס"ק ב' לבאר זה היטב דאף אם אינו שנה שיעור ש"פ ג"כ חייב שבועה בזה ע"ש לכן ה"ה בנ"ד כיון דאין ביד המלנה להיות נשבע ונוטל מיד רק לאחר איזה זמן כשיבא הלנה לעמוד בעת שבועת המלנה ע"כ צריף השליש לישובע מיד על כפירתו דהא המלנה תובע ממנו שיתן לו השטר מיד ולכן מקרי עד הצריף שבועה ולא נחשב לעד פן י"ל לכאורה בזה: אבל גם זה אינו דהא מה דאנו דנין לשיטת האו"ת דלכתחלה אין נותנין לו השבועה רק לאחר שיהיה הלנה בפנינו ויבא בעל השור ויעמוד כו' דזהו מפני שאנו חשין לטובת הלנה וכיון דבנ"ד יגיע מזה ריעותא להלנה דהא ע"י מה דאנו מחמירין לכתחלה להיות נשבע בפני הבע"ד יהיה מיפסל העד מן שם עד ויחול עליו שם בע"ד להיות חייב שבועה והוי ע"ז עד הצריף שבועה ולא יהיה יכול לחייבו שבועה להמלנה ע"כ יותר טוב להלנה שיהיה יכול המלנה לישובע מיד פדי שיהיה זה חשוב להשבה מעליא ויהיה נפטר מן חוב השבת הפקדון וע"כ יהיה יכול לחייב שבועה

להמלנה פן נלע"ד לולא דברי הש"ך: ענף ב ומה שהקשה הש"ך דאמאי לא פתב הרא"ש
שיהיה חייב המלנה שבועה להכחיש להעד ומזה הוכיח הש"ך דאין יכול לחייב שבועה
משום דהוי בע"ד אכן לפמש"כ דאין עליו שם בע"ד ע"כ נלע"ד לומר דלכן לא חייבו
שבועה להמלנה דהא שיטת הכ"מ והובא בש"ך סי' פ"ד ס"ק ז' דהא דע"א לא יפרע
אלא שבועה אין זה רק בטוענו ברי וע"כ הכא דהלנה טוען שמה ע"כ אינו חייב המלנה
שבועה ואף לפמש"כ הש"ך שם להשיג על הכ"מ מ"מ יש לומר דדוקא בטענת פרעון
בזה אמרו דנשבע להכחיש את העד וליתול פדי להפיס דעתו כו' אבל בטענת מחילה
דהוי טענה גרוע לא חייבוהו חז"ל שבועה להכחיש העד כמו דמציינו כה"ג בח"מ סי'
פ"ב סעיף י"א לחד דיעה דכתבו דמחילה הוי כמו טענת אמה ורבית דלא תקנו ביה
שבועת אשתבע לי דלא פרעתיך וכמש"כ המ"מ פ' י"ד ה' מלנה ה' ג' ראיה לכל זה
מדנקט ר"פ שבועת אשתבע לי רק בטענת פרעון משמע דוקא בטענת פרעון אמר פן
עכ"ל כמו כן יש להוכיח ממה דנקט המשנה בכתובות דף פ"ז ובשבועות דף מ"ה ע"א
מעידה שהיא פרועה כו' דמשמע דוקא בע"א מעיד על הפרעון בזה תקנו שבועה להפיס
דעתו אבל בטענות גרועות כמו אמה ורבית ומחילה להד' דיעה בזה לא תקנו שבועה
ומה"ט אמרו שם דפוחתת תפרע שלא בשבועה משום דלא תקנו פן אלא על טענת פרעון
ועיין בבבאור הגר"א זצ"ל לח"מ סי' פ"ב ס"ק כ"ט מזה וה"ה י"ל פן על שבועת המשנה
דע"א: והא דמציינו בכ"מ פ' כ"ד ה' אישות שכתב בע"א אומר שזינתה דאין מחייב
שבועה משום דאין הבעל טוען ברי ומשמע דבטוען ברי שזינתה הנה מחייבו שבועה
ע"פ העד ג"כ היינו משום דהא מבואר התם דאם ראה בעצמו שזינתה ג"כ משביעה כמו
על כל טענת פרעון בשטר דס"ל דטענות זנות הוי כמו טענת פרעון לזה ובאמה כבר
הקשה המ"מ שם ע"ז והובא באה"ע סי' קט"ו בח"מ ס"ק ל"מ"ד ובב"ש ס"ק ל"ב דטענת
זנות דומה לטענת אמה וריבית וכ"כ בסי' ס"ח לאה"ע בב"ש ס"ק כ"א וע"כ שפיר יש
לדון דע"א אינו יכול להשביעו במה שאינו דומה לטענת פרעון וכמו שבועת אשתבע
לי ורק החילוק ביניהם דשבועת אשתבע לי אי לא טען לא טענינו ליה כמבואר בשבועות
דף מ"א דאמרו מה בין זה לפוגם שטרו כו' וידוע דשבועת ע"א ליתול לא אמרו להפיל
דכל מקום ששנים מחייבין ממון א' מחייבו שבועה וכמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ד ס"ק ד'
משום דהא לא בא אלא להפיס דעתו של בעה"ב כמש"כ שם בשם הג"מ פ' י"א לשבועות
ע"ש ולכן פיון דאף אם טען בעה"ב עצמו אשתבע לי דלא מחלת לי לא הנה צריף לישבע
ע"כ אף היכא דע"א מעיד שמחלו ג"כ אינו נשבע פדי להפיס דעתו של בעה"ב משום
דמפנייס ועומד הבעה"ב בזה פן י"ל בכ"ז ועפ"ז יש לדון הרבה במש"כ הרא"ש
בשבועות פ"ו סי' י"ט בשם ר"ת דכתב דהתם מיירי באומר שטר אמה ושטר פסים כו'
וכן במה שאמרו בירושלמי כתובות פ"ט ה"ז דע"א מעיד שהיא פוחתת דר' ירמיה בעי
אם צריכה שבועה בזה או לא ושקלו וטרי שם אמוראי בזה ע"ש ולקמן בחדושיי לסי'
פ"ד סעיף ה' יבואר כ"ז ביקור ביאור ב"ה: ענף ג' ולכן י"ל דהכא בתשובת הרא"ש דאנו
דנין אם מחל המלנה להחוב ע"כ י"ל דבכה"ג אינו חייב שבועה להכחיש הע"א אבל אם
היה אומר השליש דפרעו החוב.

שפיר יש לדון דחייב המצנה שבועה להכחישו ואין זה מקרי עד הצריף שבועה משום
דלא הוי בשם בע"ד פיון דנפטר כבר מחובו ע"י השלשתו ת"י הב"ד פיון דהנה ביד

המלנה להיות נשבע ונוטל אבל אם יש עד אחר המעיד על מחילתו או על הפרעון של החוב הלז והשליש מעיד ג"כ כן ואנו דנין אם מצטרף השליש להעד האחר דיהיה דינם כשנים להחזיר את השטר להלנה בזה נדאי אמרינן דהשליש ה"ל בע"ד ואינו מצטרף עם אחר להחזיר השטר להלנה ולפטור אותו משום דהא השליש יתנה צריף שבועה על מה שיהיה תובעו המלנה להחזיר לו שטרו ובמה שהשלישו ליד הב"ד לא נפטר מן חוב השבת הפקדון דהא המלנה תובעו כי אתפשטיה להחפץ שלי בידי מאן דלא מצינו לאשתעוויי דינא ביה וע"י פשיעתה דאתה מעיד בשקר לא היה בידי מעולם לקחתו מן הב"ד וכמו הא דב"ק דף מ"ה דאתפשטיה לתנראי כו' וכמש"כ התוס' שם דמה דע"י פשיעתו לא יתנו לו הב"ד.

אין זה השבה אף בפקדון ולא שייך למימר דהא לא יהיה צריף שבועה לפי דהעד השני יהיה לו עד מסייע לקוטרו מן השבועה דהא באה"ע סי' ל"ה סעיף ב' גבי הא דהן הן שלוחיו הן הן עדיו כו' דקדושין דף מ"ג פתב שם הח"מ בס"ק ג' והב"ש ס"ק ה' דכמו דאם העד צריף שבועה אינו נאמן משום דכתיב ע"פ שני עדים וכשאינו נאמן בלא שבועה אין שם עד עליו ה"ה היכא שאינו נאמן בלא שבועה רק לפי דעד המסייע פוטרו ע"כ אין לו דין עד פשר עכ"ל א"כ ה"ה הכא פיון דלולי סיוע דהעד השני היה צריף שבועה ע"כ אין שם עד עליו בזה פיון דלפי דברי התובעו לא היה מיפטור מחובו לעולם ואינו מצטרף להעד השני ובאמת נלע"ד לדון בהא דמבואר בס"ק מ"מ סעיף ט' דמהני עדות השוכרים על מה שדרו שלשה שנים כדי דיהיה מהני חזקת הלוקח וזהו היכא ששכירות הבית עדיין בידם ואומרים שיתנו למי שיזכה בדין וכן הוא בס"ק ל"ז סעיף י"ב וכמו דאמרו בב"ב דף כ"ט דנקיטי אגר ביתא כו' והא יש להקשות ע"ז דהא הוי השוכרים בשם בע"ד פיון דהוי עד.

הצריף שבועה דהא המערער תובעם ואומר להם הרי אתם ידעתם שלא דרתם שלשה שנים שלקמות בהבית שלי א"כ ממילא אתם חייבים לשלם לי חוב שכירות הבית ומה שהם משלתישם ת"י הב"ד זה לא הוי השבה ופרעון להיות מיפטרו מחוב שכירות שהיו מחוייבים דהא הוי פרעון והשבה באופן דלא היה יכול המערער לקחתו מעולם וכבר נתבאר דהשבה ליד הב"ד ע"י פשיעתו לא היה יכול לקחתו מעולם אין זה מקרי השבה אף בפקדון וכש"כ בחוב שכירות וכו' ג דאינו בעיניו וכמש"כ הגת"יב"ת בס"ק ע"ו לחלק בין חוב הלואה דאינו בעיני' לחוב השבת פקדון דהוי בעיני' לענין השבה ליד הב"ד לומר הש"ל ע"ש והא זה ברור דאחר שהעידו השוכרים על ג' שנים שלקמות שדרו בו ונתנו השכירות בהשלשה ת"י הב"ד שיתנו למי שיזכה בדין ואח"ז נתברר דהם פסולים לעדות בנדאי הדין נותן שחייבים השוכרים לשלם שנית להמערער כפי משך השכירות שנתברר שדרו שם.

דהא לא קיים מצות פריעת בע"ח כולל במה שמסרו המעות ליד הב"ד פיון דלא היה יכול ליטלו מעולם כולל מן יד הב"ד וע"כ ה"ה עכשיו אף דלא נתברר שהם פסולי עדות רק הם בחזקת פשרות מ"מ אינם ראויים להיות עדים משום דהווי עד הצריף שבועה דהא המערער תובעם שהם בע"ד שלו ולא פרעו להחוב שהיו חייבים לו ולכן צריכים שבועה וממילא אינם בני עדות כולל וע"כ מוכח דהא דכתבו כל הפוסקים והטור וש"ע דאם

נקיטי אגר ביתא נאמנים להעיד אף דהאידינא תקנו פבר שבועת היסת משום דמייירי היכא דאין המערער טוען ברי להשוכרים שיודעים בעצמם שלא דרו שם שלש שנים שלקמות ואף שטוען ברי פי לא מכרתי מעולם הבית להלוקח מ"מ כ"ז שאינו טוען אתם ידעתם שחוב השכירות שייך לי אינם חייבים שבועה פיון דזה לא ה"ל למידע פידוע כלל זה בכמה דוכתי וע"כ לא מקרי בשם עד הצריף שבועה ולכן נאמנים להעיד על חזקתו ועיין בב"ב דף כ"ט תוס' ד"ה אמר מר זוטרא אי טעין ואמר כו' ובפני הרשב"ם שם ומש"כ הרא"ש בב"ב פ"ג סי' ב' והטור בסי' ק"מ סעיף ח' דאם יוסיף לטעון ראיתו שישא בפלילות אחר שישנו השכנים לא הוי חזקה אא"כ יביא עדים שיאמרו שזכרנו ממנו הבית ודרנו בו ביום ובלילה כו' י"ל דמייירי דאינו טוען ברי על השוכרים רק על המחזיק בעצמו וע"כ מהני עדות השוכרים שיעידו ששכרו ודרו בו ג"ש דעי"ז מועיל חזקה שלו אבל באמת אם היה טוען על השוכרים ג"כ טענת ברי שלא דרו שלש שנים שלקמות ג"כ אינם פשרים לעדות אף היכא דשכירות הבית בינדם: ענף ד ונלע"ד לומר דזהו פנונת הרמב"ם פ' י"ב ה' טוען ה"ב טען בעל החצר ואמר שפא לא שכן ביה ביום ובלילה כו' ה"ז טענה כו' אפילו באו עדים ואמרו לנו שכר ואנו דרנו ביום ובלילה וטען בעל השדה ואמר יביאו עדים שדרו ביום ובלילה צריכין אלו השוכרים להביא ראיה שדרו ביה תמיד שזה הדבר תלוי בהן כו' ופי' הרב המ"מ דאף אם עדיין השכירות בינדם חשוכין נוגעין וע"ז השיג הראב"ד וכתב דדוקא בנתנו לו השכר אינם נאמנים אבל בנקיטי אגר ביתא בינדם נאמנים ובאמת פן כתב הרמב"ם פ' ט"ו ה' עדות ה' ה' לחלק דאם אגר ביתם בינדם מעידין לו וכמבואר בגמ' להדיא וע"כ דברי הרמב"ם תמוהים מאוד ועיין בלח"מ והש"ך סי' ק"מ ס"ק ז' הביא ג"כ דברי הרמב"ם הנ"ל ונדחק במה דסתם הרמב"ם: אבל לפמש"כ אתי שפיר דברי הרמב"ם והוא די"ל דזהו פנונת הרמב"ם במש"כ טען בעל השדה יביאו עדים שדרו ביום ובלילה היינו שטוען ברי על השוכרים שלא דרו בלילה או ביום וע"כ אומר שביאו השוכרים עדות לזה פי הם בע"ד שלו ותובעם השכירות ומקרי עד הצריף שבועה וע"כ צריכין השוכרין להביא ראיה שדרו ביה תמיד לפי שזה הדבר תלוי בהן כו' היינו דהם הוי בע"ד שלו וע"כ אף דנקיטי אגר ביתא בינדם דהא לא כתב לפרש הכא דמייירי בנתנו השכירות ליד המחזיק משום דאף בלא נתנו ג"כ אינם בני עדות משום דהווי עד הצריף שבועה והוי בע"ד שלו ותובע את השוכרים וע"כ נקט הרמב"ם בלשון רבים דכתב יביאו עדים כו' וכן בלשון דצריכים השוכרים להביא ראיה שדרו ביה תמיד כו' משום דהם בע"ד שלו וכמש"כ שזה הדבר תלוי בהן כו' וגם י"ל דאף בטען המערער על השוכרים שהיה כמה פעמים שם ולא מצאם אף דיכול להיות דבאותן פעמים יצאו לעסקיהם וכמש"כ הש"ך כה"ג בסי' ק"מ בס"ק ז' עכ"ז גם זה י"ל דהוי כמו טענת ברי לחייב להשוכרים שבועה פעין הא דסי' ע"ה סעיף י"ז דאף ברגלים לדבר משביעין היסת על טענת שפא אבל לקמן פ' ט"ו ה"ע דמייירי באינו טוען פן על השוכרים ע"כ פיון דא"צ שבועה הוי עליהם שם עד היכא דנקיטי אגר ביתא בינדם וכמבואר בגמ' ועיין בב"ב דף כ"ט תוס' ד"ה הני נוגעין כו' ובשבועות דף מ"ה תוס' ד"ה בעדים כו' ובש"ך סי' רכ"ב ס"ק ב' מזה ואתי שפיר דברי הרמב"ם על נכון ב"ה ועיין לקמן סי' רכ"ב ש"ך ס"ק ב': ועפ"ז יש לדון במה שראיתי בחוקי משפט אות סמ"ך שכתב מצאתי פתוב בשם פנקס ארצות דהמתחיל והגומר יחלוקו בשונה כו' והבועלים

יניחו השדכנות בב"ד ואח"כ נאמנים הם לומר מי המתחיל ומי הגומר ומי האמצעי ויגידו בחרם כו' ואם שני הצדדים הם פסולים להעיד אין נאמנים כ"א בשבועה כו' עכ"ל.

ולכאורה יש לומר דהם פשרים לעדות מן הדין כ"ז שדמי השדכנות בידי המחנותנים וכמו
הא דב"ב דף כ"ט גבי עדות השוכרים אם נקיטי אגר ביתא ביגדא אכל לפמש"כ דגם
בעדות השוכרים אם המערער טוען פרי עליהם שיודעים כי השכירות חייבים לו והוי
עד הצריף שבועה דאינם נאמנים כה"ג וכמו שכתב הש"ך והא גבי שליש דאם הפעלים
מכחישים לו אינו נאמן בתורת עדות אף דמוכן ביגדו השטר לפני הב"ד וכמש"כ הנתיבות
בס"ק ד' פנ"ל אף שקיצר בזה מאוד ע"כ ה"ה והא גבי שוכר שדכנות דהשדכנים תובעים
מהמחנותנים ואומרים דהם בע"ד שלהם כי לא פרעו להם חוב השדכנות ואומרים כי
המחנותנים יודעים מזה בעצמם מי היה המתחיל ומי היה הגומר והוי כמו כל התביעות
דתובע לבע"ד דאתה יודע שאתה חייב לי ובמה דמשיבים ליד הב"ד אינם מקיימין עי"ז
השבת החוב פיון דלא היו יכולים הפעלים לישלון ע"י פשיעת הבע"ד המחנותנים
שאומרים בשקר ולכן צריכים המחנותנים לישבע והוי עד הצריף שבועה ואין עליהם
שם עד כלל רק כמו כל בע"ד ואינם נאמנים בתורת עדות כלל מן הדין ויש לומר דמה
שכתבו דיניחו השדכנות בידי הב"ד כו' דזהו בתורת תקנה דתקנו פן בשדכנות דאם לא
כן לא יכולים לקרר מי הוא השדכן האמיתי וכעין הא דח"מ סי' ל"ה סעי' י"ד בהג"ה
שם בשם תקנת קדמונים ע"ש ומה"ט פתבו הכא דיגידו בחרם אף דאין עושין פן בכל
עדות רק במקום צורך אם נראה לב"ד להשביע להעדים יכולין להשביע פמבואר בסי'
כ"ח סעיף ב' וכן פתבו הכא דאם המחנותנים הם פסולים להעיד אינם נאמנים כ"א
בשבועה וזה אינו רק משום תקנה כמו כן י"ל במה דכתבו דישלישו ויגידו בחרם כו'
ולכן זה אינו רק בחוב שדכנות דמצינו דתיקנו פן התם אכל בשארי ענינים פאלו פיון
דלא מצינו דתקנו פן מוקמינו על דין תורה דאין הפעלים נאמנין לומר למי הם חייבין
אם הבע"ד תובעין ממנו בטענת פרי כי אתה יודע שאתה חייב לי ותיבין הפעלים שבועה
והוי עד הצריף שבועה ולא הוי עד וע"כ אף אם משלישין הפעות ת"י הב"ד ג"כ אינו
נאמנין בתורת עדות והפוסקים בסי' ק"מ גבי עדות השוכרים קיצרו בזה ודברי הנתיבות
הכא בס"ק ד' במש"כ לחלק מפני מה השוכרים נאמנין אם נקיטי אגר ביתא ביגדא ומפני
מה הכא בהשטר הוא מוכן ת"י השליש אינו נאמן אין דבריו ברורין דהא אדרבה חוב
שכירות דאינו בעיניה לא שייך ביה לומר הש"ל ביותר מן פקדון וכמש"כ הנתיבות
בעצמו בסי' ע"ו ובהקדמתו שם ואפשר דנתפנין למש"כ דשא"ה בשוכרים דאין תובעם
המערער בטענת פרי כי אתם יודעים מן החוב שאתם חייבין לי וכמש"כ לעיל בארובה
וינהיה אף שיהיה בכוננת דבריו דהעיקר הוא כמו שכתבתי לבאר כ"ז היטב ב"ה וגם
נתבאר דלולי דברי הש"ך הייתי אומר דהשליש שאומר שהמלנה מחל לחובו אף דאינו
נאמן להחזיר השטר להלנה פיון דהמלנה מכחישו והלנה אינו יודע כלל דמ"מ י"ל
דמחייב שבועה להמלנה להכחיש את העד היינו השליש וכש"כ באומר שפרוע השטר
פנ"ל פן הנה מקום לדון לולי דברי הש"ך: ענף ה' שוב ראיתי דיש לומר דהנכון עם
הש"ך דכתב דאין השליש נאמן לחייב שבועה להמלנה משום דהוי עד הצריף שבועה
ואף דעכשו דהוא ע"א דאינו נאמן להחזיר השטר להלנה אלא דמחייב להחזיר השטר
להמלנה אחר שישבע המלנה והוי השבה מעליא במה שמשלישו ת"י הב"ד פנ"ל עכ"ז

י"ל דאינו יכול לחייבו שבועה משום דהא אם יבא עוד ע"א להצטרף עם השליש ויעיד
שהוא יודע ג"כ דמחלו דבזה נתבאר לעיל דנדאי אינו מצטרף השליש עם עד האחר
להיות פשנים משום דאז יהיה דינו כבע"ד דהוי עד הצריף שבועה פיון דלא קיים השבת
הפקדון לפי דלא היה יכול המלוה ליטלו מעולם פנ"ל וע"כ מה"ט יש לדון דגם תורת
דין ע"א אין עליו ואינו יכול לחייבו שבועה פשהוא יחידי כמו שיבאר והוא ונקדים
לדברי הש"ף בסי' ל"ג ס"ק ט"ז דהעלה דאף דדיני ממונות א"צ דו"ס מ"מ אם חקרו
ואמר א' מהו איני יודע דעדותן בטלה משום דלא הוי עדות שאפה יכול להזימה והנו"ב
במ"ק ח' אה"ע סי' ע"ב הקשה ע"ז מהא דע"א מחייב שבועה והא בזה הוי עדות שאאי"ל
לפי דיכול לומר לחייבו שבועה באתי והצריף בזה וכ"כ הטורי אבן בר"ה ד'ב"ג ע"ב
ד"ה ומכניסין אכן באמת אין זה קשה דהא פתבו התוס' במכות ד' ב' ד"ה מעידין אנו
שהוא ב"ג וב"ח כו' בתי השני דכיון דלא פתיב פאשר זמם בעדות ב"ג וב"ח ע"כ לא
בעינו ביה עדות שאפה יכול להזימה ע"ש ה"ה יש לומר פן בעדות של ע"א דכיון דאינו
בתורת הזמה פלל ע"כ לא בעינו בי' עדות שאפה יכול להזימה פלל ובמק"א הארכתי
בזה ולפ"ז יש לומר דאף לשיטת הש"ף דס"ל דאם אומר א' מן העדים איני יודע
להתקירות דעדותן בטלה דמ"מ י"ל דמוזה בעדות ע"א לענו לחייבו שבועה דאף דאומר
איני יודע להשבע תקירות דמ"מ נאמן לחייבו שד"א דהא נתבאר דבע"א לא בעינו פלל
דיהיה עדות שאפה יכול להזימה פן י"ל לכאורה: אמנם יש לדון דכיון דבשני עדים לא
מהני עדות דאינו ראוי לדו"ס ע"כ ה"ה בעדות דע"א ג"כ לא מהני עדות דאינו ראוי
לדו"ס והוא דמצינו בשבועות ד' מ' דאמרו בדרף פללא דכ"מ ששנים מחייבין ממון א'
מחייבו שבועה וברא"ש שם פ"ו סי' ה' ובר"נ שם נקטו לה' פללא למילף מנייה דאף
בתובע טוען שפא משביעין ע"פ ע"א וכדקיי"ל פן בסי' ע"ה סעי' כ"ג ש"ף ס"ק פ' ויש
לומר כמו דילפי מן ה' פללא דכ"מ ששנים מחייבין ממון כו' דאף בתובע טוען שפא כו'
דה"ה דאמרינו ע"פ ה' פללא דוקא במקום ששנים מחייבין ממון אחד מחייבו שבועה
דכיון דיש לו פח להע"א לאצטרופי לשנים לחייב ממון ע"כ יש לו פח לע"א לחייב
שבועה אבל היכא דלא חזי לאצטרופי לשנים אז אין לו פח אף לחייב שבועה וכה"ג
מצינו ביומא ד' ע"ד דלכן חצי שיעור אסור מה"ת משום דחזי לאצטרופי וכעין זה הוא
בגיטין ד' כ' דלכן פתבו על העלה של זית פשר משום דחזי לאצטרופי אלמא דמצינו
מעלת דחזי לאצטרופי כ"א פפי מה דשייף לענו שלו: ולא מבעיא למאי דקיי"ל דמצרפין
עדות מיוחדת ואף למאן דס"ל דלא מצרפין עדות מיוחדת א"כ פל ע"א עכשיו דמעיד
יחידי אינו ראוי להצטרף לעוד ע"א להיות חשוב פשנים להוציא ממון עכ"ז הא בשעה
דהעיד היה ראוי להצטרף אז לעוד ע"א אם היה בא להעיד אז ומקרי גם זה בשם חזי
לאצטרופי ועיין בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ט"ו ענף ו' מש"כ בענו עקירה והנחה
לחלק דלא שייף התם חזי לאצטרופי לפי דלא מקרי חזי לאצטרופי לענו להבא רק
לענו עבר ועכ"ז אין זה שייכות לנ"ד דמ"מ יש לדון דמנלן לחייב שבועה ע"פ ע"א
היכא דלא היה חזי מעולם לאצטרופי לעוד ע"א להיות פשנים פן י"ל למ"ד דאין מצרפין
עדות מיוחדת ולדין דקיי"ל דמצרפין עדות מיוחדת מה"ת שפיר י"ל דהיכא דלא חזי
לאצטרופי להבא ג"כ אין נאמן לחייב שבועה דמנלן זה להוכיח פן מדעתנו ועיין בשאגת
אריה סוף סי' פ"א מש"כ בח"ש דבל יראה: וסעד לדברינו הוא מן מש"כ הרמב"ם ה'

עדות פ"ה ה"ג בזה"ל דכ"מ שע"א מועיל אשה ופסול כ"כ מעידיים חוץ מע"א של שבועה שאין מחייבין שבועה אלא בעדות פשר הראויה להצטרף עם אחר ונתחייב זה הנשבע ממון ע"פ עכ"ל הרמב"ם וכתב הכ"מ איני יודע מהיכן הוציא רבינו דין זה אם לא מדאמרין לקל עון ולקל חטאת אינו קם אבל קם הוא לשבועה משמע דבראוי לעדות עון וחטאת בצירוף אחר עסקינן עכ"ל הכ"מ הרי להדיא דמה שכתבנו מתחילה מסבא מצאתי פן מפורש בהרמב"ם ב"ה שכתב לכלל דע"א אינו יכול לחייב שבועה רק היכא דראוי להצטרף עם אחר להוציא ממון ממנו ודוחק לומר דדוקא בפסול הגוף כתב הרמב"ם פן דהא סתם דבריו וכתב שאין מחייבין שבועה אלא בעדות פשר הראויה להצטרף כו' אלמא דס"ל זה לכלל גמור וכמש"כ הכ"מ לבאר זה וכמש"כ לעיל לדון פן ע"פ סבא ובעין זה ראיתי בטורי אבן לר"ה ד' כ"ב ע"א בד"ה הא אשה פשרה כו' שכתב דלכן אשה פסולה לחייב שבועה משום דכתיב לא יקום ע"א לקל עון דמשמע אבל ב' יקומו וכיון דאין אשה מצטרפת לב"ע לא קמה נמי לשבועה בתורת ע"א עכ"ל ובאמת פבר הקדימו הרמב"ם והכ"מ פנ"ל: ונתבאר דבעינן בע"א דמחייב שבועה דיהא ראוי לחייב ממון על פי שנים דהא הך לקל עון ולקל חטאת להיות חבירו נענש על ידו לא עונש גוף ולא עונש ממון אבל קם לשבועה ספרי עכ"ל רש"י וכ"כ הכ"מ פ"ה ה' עדות ה' א' ועיין שם בהג"ה בצידו וראיתי בספרי פ' שופטים אות קפ"ח על פסוק לא יקום ע"א באיש שכתבו אין לי אלא לדיני נפשות לדיני ממונות מנין ת"ל לכל עון לקרבנות מנין ת"ל לכל חטאת כו' ולפ"ז י"ל דלא בעינן עדות הראוי לדו"ח בע"א כמו דלא בעינן עדות הראוי לדו"ח בקרבנות אף לקמן שם בספרי אמרו ר' יוסי אומר לעון אינו קם אבל קם הוא לשבועה א"כ שפיר יש לנו לומר דגם בעדות ע"א לחיוב שבועה אין מחייבין שבועה רק היכא דראוי לחייב ממון ע"פ צירוף שנים כמש"כ הרמב"ם והכ"מ וע"כ כמו דס"ל להש"ף דבעינן עדות הראוי לדו"ח בשני עדים לחייבו ממון דה"ה גם בע"א לחייב שבועה אין יכול לחייבו רק בידוע כל שבע דו"ח ובאינו יודע הדו"ח דאינו ראוי לחייבו עון הנינו ממון ע"פ ב' לכן אינו ראוי לחייבו שבועה כנלע"ד לדון בכ"ז ומצאתי בנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' ע"ו שהביא פעין זה לדברי הרמב"ם פ"א מטוען: ועכשיו דאתינן להכי לכן יש לנו לומר במה שכתבתי לעיל בנידון תשובת הרא"ש דהכא שהשליש מעיד דהמלנה מחל לחובו דכתב הש"ף דכיון דהוי בע"ד הצריך שבועה ע"כ אינו מחייבו שבועה וע"ז כתבתי לדון דהא עכשיו דאינו אלא ע"א ואינו נאמן רק לחייב שבועה ע"כ ממילא א"צ שבועת בע"ד כמו שהארבתי לעיל ועכשיו ראיתי דיש לומר דהנכון עם סברת הש"ף דאינו יכול לחייבו שבועה כיון דאינו ראוי השליש להצטרף עם עוד ע"א להיות פשנים להוציא השטר ולהחזירו להלנה.

דהא פבר נתבאר דבעדות שנים לא יהיה מצטרף השליש משום דאז מיפסל משום דהוי עד הצריך שבועה וכלל הוא דע"פ שנים עדים שנאמנים ע"פ דיבורם אבל היכא דאינו נאמן רק ע"פ שבועה או ע"י עד המסייע דפוטרו משבועה פסלה אותו התורה וכמש"כ הח"מ והב"ש באה"ע סי' ל"ה פנ"ל ע"כ אפשר דזה הוי כמו פסול הגוף [ועיין באה"ע סי' ל"ה בב"ש ס"ק ה' מש"כ בשם הר"נ דאינה מקודשת מה"ת] וכיון דאינו ראוי להצטרף להיות פשנים ע"כ מה"ט אינו יכול לחייבו שבועה משום דיש עליו שם פסול

דְּהוּי בַע"ד וְצָרִיף שְׁבוּעָה אִם הִיָּה מְצַטְרֵף לְעַד שְׁנֵי ע"כ אִף דְּעַכְשָׁיו דְּמַעֲיֵד יְחִידֵי דַא"צ שְׁבוּעָה מ"מ מִיְפֹסֶל לְעֵדוּת דְּמַנְלָן מְדַעְתִּינוּ לְחַיִּיב שְׁבוּעָה ע"י עֵדוּת פְּנֵה הָא עכ"פ מְקַרֵי עַד שְׁאִינוּ רְאוּי לְצָרוּף שְׁנֵי וְיִהְיֶה מְאִיזָה טַעַם שְׁיִהְיֶה הָא עכ"פ אִינוּ מְצַטְרֵף לְעַד שְׁנֵי וְע"כ הַנְּכוּן עִם סְבֵרַת הַש"ף וְאִף דְּנִימָא דְהַש"ף לֹא נִתְכַּוֵּן לְזֶה מ"מ עֲגוּן בַּפ"ע הוּא וְרְאוּי לְאַנְמָרְן לְהַדְּבָרִים הַנ"ל ב"ה: (ב) (שָׁם סַעִי' ג') בַּש"ף (ס"ק כ') דְּהַעֲלָה שָׁם דְּבִאִין שְׁלִישוּתוֹ יוֹצֵא מַת"י ה"ה פְּשָׁאָר פֶּל אָדָם וְצָרִיף שְׁבוּעָה עכ"ל אֲבָל לְעֲגוּן לְהַחְזִיק ת"י נְאָמָן לומר דְּהַשְׁלִיש מְסָרוּ לְשָׁם פֶּה וְאִין מוֹצִיאִין מִמֶּנּוּ רַק שְׁבוּעָה צָרִיף כְּמוֹ שְׁבִינְאָר הַנְּתִיבוֹת לְכוּנוֹת הַש"ף אֲבָל הַאו"ת חוֹלֵק עַל הַש"ף וְהַעֲלָה דְפֶטוּר מַש"ה ע"ש וְיֵשׁ לְהַקְשׁוֹת מִן הָא דְלִקְמָן ס'י קפ"ה סַעִי' ה' רְאוּבֵן אוֹמֵר בְּמֵאָה אֲמַרְתִּי לָךְ לְמַכְרוֹ וְהַסְרָסוּר אוֹמֵר בְּחַמְשִׁים אֲמַרְתָּ לִי כו' נִשְׁבַּע הִקְסַת שְׁעֵשָׂה שְׁלִיחוּתוֹ וְאִם יָדַע הַלּוֹקֵחַ שְׁחַפֵּץ זֶה שֶׁל רְאוּבֵן וְזֶה הַמוֹכֵר לוֹ סְרָסוּר הוּא יִחְזִיר הַחַפֵּץ לְבַעֲלִים כו' וְזֶהוּ לְשׁוֹן הַרְמַב"ם פ"ב ה' שְׁלֹחִין ה' ו' וְהַרְאָב"ד חוֹלֵק שָׁם ע"ז וְכַתְּבֵי דְלֹא יִחְזִיר וְזֶהוּ שֵׁיטַת יֵשׁ אוֹמְרִים דְּהַבִּיא הַרְמ"א שָׁם וְהַכ"מ שָׁם וְהַב"י שָׁם כְּתָבוּ דְבִשְׁבִיל טַעְנָה הַחְלוּשָׁה שְׁפַתְבִּי הַרְאָב"ד נִפְסִיד לְמוֹכֵר וְטַעְמוֹ שֶׁל הַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר הוּא דְכִיּוֹן דִּישׁ חֲזַקַת מְרָא קָמָא בְּצָרוּף טַעְנַת בְּרִי וְהַמְקַבֵּל טוֹעֵן שְׁמָא ע"כ מוֹצִיאִין מִהַמְקַבֵּל וְטַעְמוֹ שֶׁל הַרְאָב"ד הוּא כַּמֶּש"כ הַסַּמ"ע שָׁם דִּיכוֹל הַלּוֹקֵחַ לומר דְּמִסְתַּמָּא הַתְּנָה עִמּוֹ בֵּין לְתִיקוּן בֵּין לְעוֹנוֹת וְקָשָׁה דְּהָא יֵשׁ לומר דִּיהִיּוּ לְהַסְרָסוּר דִּין שְׁלִישׁ דְּנִימָן אִף בְּאִין שְׁלִישוּתוֹ יוֹצֵא מַת"י וַא"צ הַמְקַבֵּל לְהַחְזִירוֹ לְהַנּוֹתֵן וְאִף כְּשֵׁאִין הַמְקַבֵּל יוֹדַע ג"כ מִהֵימֵן הַשְׁלִישׁ כְּמוֹ שְׁהַעֲלָה הַש"ף בְּסִי' נ"ו ס"ק ה' וְגַם אִם הַנּוֹתֵן מְכַחֵישׁ וְאוֹמֵר לְפַקְדוֹן ס"ל לְהַרְבֵּה פּוֹסְקִים דְּנִימָן הַשְׁלִישׁ כַּמֶּש"כ הַמְחַבֵּר בְּסִי' נ"ו סַעִי' א' וְהַסַּמ"ע שָׁם ס"ק ז' וְכַמֶּש"כ פֶּאן בְּמוֹדָה עֲגוּן הַשְׁלִישוּת דְּנָתַן בְּיַד הַסְרָסוּר לְמוֹכְרוֹ דְּבִזָּה לְכ"ע נְאָמָן א"כ תִּקְשָׁה דְאִמְאֵי כְּתָבוּ הַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר דְּהַלּוֹקֵחַ צָרִיף לְהַחְזִיר הַחַפֵּץ וְאִפְשָׁר לומר דְּזֶהוּ טַעְמוֹ שֶׁל הַרְאָב"ד דְּהַשִּׁיג עַל הַרְמַב"ם וְס"ל דַּא"צ לְהַחְזִיר מִשּׁוּם דִּישׁ לוֹ דִּין שְׁלִישׁ וְזֶהוּ סְבֵרַת הַטוֹר שְׁהַכְרִיעַ שָׁם כְּהַרְאָב"ד אֲבָל עַל שֵׁיטַת הַרְמַב"ם וְהַש"ף עַתְּקָשָׁה וְהָא שְׁכְּתָבוּ שָׁם דְּנִשְׁבַּע הַסְרָסוּר שְׁבוּעַת הַתּוֹרָה יֵשׁ לומר בְּזֶה דְאִף לְפַמַּש"כ הַאו"ת בְּסִי' נ"ו ס"ק י"ב דַּא"צ הַשְׁלִישׁ לִישְׁבַע הֵינּוּ דְּוָקָא שְׁבוּעַת הִקְסַת אֲבָל שְׁבוּעַת הַתּוֹרָה נִשְׁבַּע מִשּׁוּם דְּחֻזְקָה שְׁלִיחַ עוֹשֶׂה שְׁלִיחוּתוֹ אִינוּ פּוֹטֵר מִשְׁבוּעַת הַתּוֹרָה א"כ ה"ה פֶּאן אֲבָל בַּמֶּש"כ הַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר דָּאם כְּפָר נָתַן הַחַמְשִׁים נִשְׁבַּע הִקְסַת מְזָה הוּא סִייעָתָא לְדַבְרֵי הַש"ף דְּהִקָּא אֲכַן מַש"כ דִּיחְזִיר הַחַפֵּץ לְבַעֲלִים תִּקְשָׁה כַּנ"ל וְהַש"ף הִקָּא רְמִז לְסִי' קפ"ה סַעִי' ה' אֲבָל לֹא כְּתָב לְבָאָר זֶה וּמְצִאתִי בְּשַׁעַר הַמְשַׁפֵּט ס"ק ג' שְׁהַעֲרִיר לְתַמּוּנָה כֵּן וְהַעֲלָה דְצָרִיף יָשׁוּב וְכֵן מְצִאתִי בְּנִתְיבוֹת סִי' קפ"ה ס"ק ו' שְׁתַּמָּה בְּזֶה וְנִדְחַק לִינִישׁב ע"ש: עֲנָף א וּמְחוּמָר הַקְּוֹשִׁיא הִלְז נְרָאָה לִי לְדוּן.

בְּזֶה וְהוּא דְּהָא עֵיקָר נְאָמְנוֹת הַשְׁלִישׁ הוּא מִשּׁוּם דְּהִקְפִּנְי' וְה"ל כְּאוֹמֵר נְאָמָן עָלֵי אַבְא כַּמֶּש"כ הַסַּמ"ע ס"ק ב' וְכָל הַרְאִישׁוּנִים וְה"ל כְּמוֹ דְאָמַר לוֹ בְּפִי דִיְהָא נְאָמָן הַשְׁלִישׁ בְּכָל מַה שְׁיִאמֵר אַע"פ שְׁיִהָא מְשַׁקֵּר וְכַמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין ד' ס"ד ד"ה שְׁלִישׁ נְאָמָן כו' וְכ"כ הַר"ן שָׁם דְּאִמְרִינוּ דְּמַשְׁעָה שְׁנַמְסֵר לְהַשְׁלִישׁ גְּמַר וְהַקְנָה שְׁכָל מַה שְׁיִרְצָה שְׁלִישׁ יַעֲשֶׂה אֲפִילוּ יִשְׁקֵר כו' וְעֵינֵן בְּתַשׁוּבַת ר"ע אִיגָר זצ"ל בְּהַשְׁמָטוֹת לְסִי' ב'.

וְיֵשׁ לְדוּן בְּמָה דְאָמְרוּ דְּהוּי אֲנוּמְדָא כְּמוֹ דַּא"ל בְּפִירוּשׁ דִּיהִיּוּ נְאָמָן אִף אִם יִשְׁקֵר דְּהָא זֶה הוּא כְּעִין אֲסַמְכָתָא כְּמוֹ כָּל אִם יְהִיּוּ כְּפֶה בְּשַׁלְמָא נְאָמְנוֹת כְּבִי תְרִי שְׁנוֹתֵן הַלּוּנָה לְהַמְלִינָה

פינון דבְּעֵי קִנְיָן א"כ הָא קִנְיָן מְסַלֵּק אֶסְמִכְתָּא שְׂאִינוּ גְמוּרָה כ"כ וְכֵן בְּשַׁעַת הַלְוָאָה אָבָל הַנְּאֻמָּנוֹת שְׁנוּתָן לְהַשְׁלִישׁ דְּלֵא הָיוּ קִנְיָן בְּזָה יֵשׁ לְדוֹן דֵּה"ל אֶסְמִכְתָּא רַק בְּנְאֻמָּנוֹת שְׁנוּתָן הַלְוָה לְהַמְלִיחָה שְׂיִיף בְּזָה ג"כ לֹאמַר בְּהַד הַנְּאֻמָּה דְּהַיְמָנִי הַמְלִיחָה לְהַלְוָה דְּגָמַר וּמִשְׁעָבֵד נַפְשֵׁי כְּמוֹ דְאָמְרוּ בְּן בְּזָה גַבֵּי עָרַב כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ: וְהַנְּהָ מְצִינֵי בְּבֵית יוֹסֵף לְטוֹר ח"מ ס' ר"ז סְעִי י"ח שְׂהֵבִיא שְׂיִטַת הַתּוֹס' דְּמָה שְׂאִינוּ בְּדָרְךָ קִנְס לֵא הָיוּ אֶסְמִכְתָּא וְכ"כ שְׂאָרֵי פּוֹסְקִים א"כ לִפ"ז א"ש הֵכָא דְהָא אִין זָה בְּדָרְךָ קִנְס אָבָל שְׂיִטַת הַרְמַב"ם הוּא דְאָרְף שְׂלֵא בְּדָרְךָ קִנְס ג"כ הָיוּ אֶסְמִכְתָּא כְּמִש"כ בְּרִישׁ פ' י"א ה' מְכִירָה וְהוּבָא בְּפִתְחַ הַבֵּית דִּין אֶסְמִכְתָּא ס' כ"ב עֲנַף ז' שְׂבִיָּאָר זָה בְּאַרְנוּפָה ע"ש א"כ לִפ"ז יֵשׁ לֹאמַר בְּכָל נְאֻמָּנוֹת הַשְׁלִישׁ דְּלֵא יְהָא עֲדִיף מִן אָמַר לֹו בְּפִירוּשׁ דִּיהָא נְאָמֵן אָרְף אִם יִשְׁקַר וְה"ל כְּכָל תְּנָאֵי הַתְּלוּי בְּיַד אַחְרִים שְׂאִינוּ בְּיַד הַמוֹכֵר וְכְמוֹ שְׂפִתְבַּ הַרְמַ"א בְּסִי ר"ז סְעִי י"ג בְּזָה דֵּה"ל אֶסְמִכְתָּא אָרְף הָא מְצִינֵי לְהַרְמַב"ם דְּכְתַב בְּפִרְקָא י"א ה' מְכִירָה ה' ג' שְׂפִתְבַּ הַמוֹכֵר בֵּית לְחַבְרֹו ע"מ שְׂיִלְךָ כֹּו וְהַחֲזִיק בְּבֵית ה"ז קִנְהָ אָבָל אִם הַתְּנָה וְא"ל אִם תִּלְךָ כֹּו וְהַלְךָ עִמּוֹ כֹּו אִע"פ שְׂהַחֲזִיק בְּבֵית אַחַר שְׂקִיִּים הַתְּנָאֵי לֵא קִנְהָ שְׂזָו הִיא אֶסְמִכְתָּא עַכ"ל וְהַמ"מ בִּיָּאָר זָה דְטַעְמֹו דְכְמוֹ שְׂאָמְרוּ דְבְּמַעֲשֵׂי קִנְהָ א"כ ה"ה כְּשֵׁהוּא מַחֲזִיקוּ מַעֲתָה וְהִלֵּא חֲזַקָה זֹו מַעֲשֵׂי הוּא מַחֲזִיק בֹּו וְדַבְרֵי הַרְמַב"ם הַנ"ל הוּבָא בְּטוֹר ס' ר"ז סְעִי י"ד וּבְשׁו"ע ס' ר"ז סְעִי ב' בְּקַצְרָה וְהַבֵּית יוֹסֵף בִּיָּאָר דְּבָרֵי דְעֵיִקֵּר הַחֲזִילוּק הוּא בְּאִם עֲשֵׂה קִנְיָן חֲזַקָה מִיָּד לֵא ה"ל אֶסְמִכְתָּא אָבָל בְּלֵא עֲשֵׂה אִיזָה קִנְיָן מִיָּד אֵלֵא אַחַר דְּקִיִּים תְּנָאוּ הַלְךָ וְהַחֲזִיק בְּזָה ה"ל כְּמוֹ אֶסְמִכְתָּא וְהוּבָא בְּסִי ר"ז ס"ק ו' שְׂהָאָרִיף בְּזָה גַם י"ל דְעֵיִקֵּר הַחֲזִילוּק הוּא בֵּין עַל מְנַת וּבֵּין לְשׁוֹן אִם דַּע"מ ה"ל כְּמוֹ מַעֲשֵׂי קִנְיָן וְאִם לֵא ה"ל כְּמוֹ מַעֲשֵׂי קִנְיָן וְעֵיִקֵּר הַחֲזִילוּק הוּא מְבֹנָאָר בְּלְשׁוֹן הַרְמַב"ם שְׁם ה"ג לְחַלְקַ בֵּין לְשׁוֹן ע"מ לְלְשׁוֹן אִם וְכֵן מְצִינֵי בְּבִיָּאָר הַגָּר"א זצ"ל בַּח"מ ס' ר"ז ס"ק ה' שְׂפִתְבַּ כֵּן בְּכַוֵּנַת הַרְמַב"ם: וְעֵיִקֵּר הָעֲנִין הוּא דְבַמָּה שְׂאִינוּ אֶסְמִכְתָּא גְמוּרָה דְמַהֲנֵי מַעֲשֵׂי קִנְיָן וְה"ה ע"מ כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ בְּסִי ר"ז סְעִי י"ד בְּהַגְהוֹת רַמ"א וְדוּקָא בְּמָה שְׂהוּא דְרָךְ קִנְס לֵא אָמְרֵי כְּמַעֲשֵׂי דְמִי וְכ"כ הַנְּתִיבוֹת בְּסִי ר"ז ס"ק י"ז דְבַתְּנָאִים שְׂאִינוּ קוֹנְס א"ע מְהַנֵּי מַעֲשֵׂי קִנְיָן וְה"ה ע"מ לְכ"ע וְלִפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּעֵיִקֵּר נְאֻמָּנוֹת הַשְׁלִישׁ דְּלֵא יְהָא עֲדִיף מִן א"ל בְּפִירוּשׁ דִּיהָא נְאָמֵן אָרְף אִם יִשְׁקַר דְהָא ה"ל אֶסְמִכְתָּא רַק דִּישׁ לֹאמַר דֵּה"ל כְּמוֹ דַּא"ל בְּלְשׁוֹן עַל מְנַת אוּ מַעֲשֵׂי קִנְיָן: יְהָיו שְׂיִיף הַחֲפִץ לְחַבְרֹו אִם יֹאמֵר הַשְׁלִישׁ כֵּן וְגַם ה"ל כְּמוֹ דְהַחֲזִיקוּ מִיָּד בְּנִכְסֵי דְזָהוּ מְסַלֵּק אֶסְמִכְתָּא שְׂאִינוּ בְּדָרְךָ קִנְס וְכִינּוּ דְהַיְמָנִי מְסַתְמָא עֲשֵׂהוּ לְהִיּוֹת שְׂלִישׁ שְׂיִהָיו מוֹעִיל אֲמִירָתוֹ ע"פ דִּין דְשְׂיִיף בְּזָה לֹאמַר אִין אָדָם עוֹשֵׂה עֲנִין שְׂיִהָיָה לְבַטְלָה וְכְמוֹ שְׂאָמְדוּ חו"ל בְּזָה וְע"כ ה"ל כְּמוֹ דַּא"ל לְהַשְׁלִישׁ לְהִיּוֹת זֹכָה לְחַבְרֹו הַבַּע"ד שְׁלוֹ מִיָּד ע"מ שְׂיִאמַר הַשְׁלִישׁ אָרְף שְׂיִשְׁקַר בְּזָה וְכַעֲיִן זָה אִיתָא בְּרַשְׁבִּי"א בְּתְּשׁוּבַת תּוֹלְדַת אָדָם ס' צ"ט דְהֵבִיא בְּשֵׁם חוֹלְקַ דְס"ל דְשְׂלִישׁ הָיוּ כְּאוֹמַר לֹו זְכִי וְנָא לְהַרְשֵׁב"א דְחוֹלְקַ שְׁם וְס"ל דַּאִין הַשְׁלִישׁ זֹכָה עַד שְׂיִאמַר בְּפִי זְכָה מ"מ בְּזָה אָרְף הַרְשֵׁב"א מוֹדָה דָּאִם אָמַר הַשְׁלִישׁ עֲכָשְׂוּ שְׂאָמְרוּ לֹו בְּעַת הַהַשְׁלֵשָׁה זְכָה לְהַצְדִּיק אִין ה"ל כְּמוֹ דְהַתְּנֹו בְּפִי עִמּוֹ שְׂיִזְכָּה לְאִיזָה צַד אָרְף אִם יִשְׁקַר וְכְמוֹ דַּא"ל בְּפִירוּשׁ זְכָה מַעֲשֵׂי קִנְיָן לְחַבְרֹו ע"מ אִם יֹאמֵר הַשְׁלִישׁ כֵּן אָרְף שְׂיִהָיו בְּשִׁקְרָה וְלִכֵּן לֵא ה"ל אֶסְמִכְתָּא בְּכָל מָה דְאָמְרוּ שְׂלִישׁ נְאָמֵן: וְכ"ז לֵא שְׂיִיף רַק בְּשְׂלִישׁ הַנְּעֻשָׂה בֵּין שְׁנֵי בַּע"ד יְדוּעִים שְׂהַשְׁלִישׁוּ בְּיָדוֹ אוּ אָרְף בְּמַכְחִישׁ הַשְׁלִישׁ לְחַד שְׂיִטָּה פִּינוּן דְאָמְרוּ אָרְף בְּזָה הַכָּלָל דְהַיְמָנִי וּמְסַתְמָא ה"ל כְּמוֹ דַּא"ל בְּפִי שְׂיִזְכָּה בְּשִׁבִיל בַּע"ד הַשְׁנֵי

אָבֵל בָּהָא דס"י קפ"ה בַּסְרְסוֹר שְׁעֵשָׂה אוֹתוֹ הַמוֹכֵר לְשָׁלִיחַ לְמַפְנֵי הַחֶפֶץ לְכָל מִי שְׁיִזְדָּמֵן וְיִרְצָה לִיתֵן סָף זֶה א"כ בְּזָה לֹא שְׁיִיךְ לְדוֹן דַּה"ל כְּמוֹ דַּא"ל זֶכֶה לְמִי שְׁיִתֵּן לֵךְ סָף בְּזָה דְהָא בְּזָה לֹא מְהַנִּי לְזָפוֹת עֵבּוּרוֹ מְעַכְשָׁיו דְהָא קִי"ל אֵין בְּרִירָה וְה"ל כְּמוֹ עַל מִי שְׁיִעֲלָה מִכֶּם רֵאשׁוֹן לִירוּשָׁלַיִם וְלֵאזְנָה שְׁתַּצָּא בְּפִתַח תְּחִילָה וְכִמוֹ הָא דְלְכָל הַמוֹצִיאֵי דס"י ס"א וְהָא דְכָל מִי שְׁיִגִיעַ מְצִאתִי לִידוֹ ה"ה לֹו בְּמִתְנָה דְשִׁאֲגַת אַרְי' ס' צ"ב וְס' צ"ג דְכִינּוֹן דְאֵין בְּרִירָה בְּמָה דְהָנִי מְעַכְשָׁיו ע"כ לֹא מְהַנִּי ע"ש וְה"ה בְּמָה דְנִתְבָּאָר בַּנ"ד דְכְּעִינּוֹן מְעַכְשָׁיו דְכִינּוֹן דְאֵין בְּרִירָה ע"כ מְמִילָא הָנִי אֶסְמַכְתָּא בְּמָה שְׁאָמַר לֹו זֶכֶה עֵבּוּר מִי שְׁיִרְצָה לִיתֵן נוֹן זִוּוֹ אִם תֵּאמַר בְּשִׁקְרָא שְׁנִתְרַצָּה לְמַפְנֵי אַף בְּחַמְשִׁים זִוּוֹ דְכִינּוֹן דְלֹא מְהַנִּי זְכִינּוֹתוֹ מְעַכְשָׁיו עֵבּוּרוֹ מְשׁוּם דְאֵין בְּרִירָה ע"כ אַף דְמִיָּרִי עַכְשָׁיו שְׁפָכְרָא מְסַר הַסְרְסוֹר בְּיָדוֹ מ"מ הָא נִתְבָּאָר דְבְּכִזָּה לֹא מְהַנִּי מַה דְהִתְחַזֵּיק לְאַחַר זְמַן פִּינּוֹן דְמִתְחִילָה לֹא הִתְחַזֵּיק בְּהָא מִיָּד וְהִיכָא דְלֹא הָיָה כְּמוֹ מְעַכְשָׁיו הָנִי זֶה כְּמוֹ כָּל אֶסְמַכְתָּא דְלֹא קָנָה וְגַם אֶמְדָּנָא לֹא שְׁיִיךְ בְּזָה לֹו מֵר דְאֵלוֹ הָיָה הֵתֵם בְּעַת שְׁהִתְחַזֵּיק בְּהָא הָיָה מִתְרַצָּה לִיתֵן לֹו דְהָא אִיתָא בַּב"מ ד' ס"ה ע"ב שְׁחִילְקוֹ הֵתֵם זְבִינֵי הָכָא הַלְנָאָה וְכִתְבוּ הַתּוֹס' שֵׁם ד"ה הֵתֵם זְבִינֵי כו' דְכִינּוֹן דְהָנִי מִתְחִילָה הַמְכִירָה בְּדָרְךָ אֶסְמַכְתָּא ע"כ לֹא שְׁיִיךְ הֵתֵם לֹו מֵר אֲנִי סְהַדִּי דְנִיחָא לִי דְלִיקוֹ בְּהִימְנוּתִי כו' וְה"ה הָכָא בַּסְרְסוֹר דְנִעְשָׂה הַשְׁלִיחוֹת שְׁלֵא בְּאִנְפֵּן דְהָיָה אֶסְמַכְתָּא פִּינּוֹן דְלֹא נִעְשָׂה הַקְנָנִי מְשִׁיכָה מִיָּד בְּעַת שְׁנָתֵן לֹו הַחֶפֶץ ע"מ זֶה ע"כ לֹא קָנָה הַלּוֹקֵם לְהַחֶפֶץ מְשׁוּם דַּה"ל אֶסְמַכְתָּא וְלָכֵן לֹא שְׁיִיךְ הֵתֵם דִּין שְׁלִישׁ נְאֻמָּן עָנָף ב וּלפ"ז א"ש בְּמָה שְׁפָתַב הָרַמְבַּ"ם וְהַמְחַבֵּר בְּס' קפ"ה גְּבִי סְרְסוֹר דְאִם הַלּוֹקֵם יוֹדֵעַ שְׁחֶפֶץ זֶה שֶׁל רְאוּבֵן דִּיחְזִיר לֹו מְשׁוּם דְלֹא שְׁיִיךְ הֵתֵם לְהַסְרְסוֹר דִּין שְׁלִישׁ פִּינּוֹן דְלֹא נִעְשָׂה הֵתֵם זְכִי גְמוּרָה שְׁיִהִי מוֹעִיל מִיָּד בְּעַת שֵׁא"ל כֵּן וְה"ל אֶסְמַכְתָּא וּבְאֻמַּת י"ל בְּשִׁיטַת הָרַאָב"ד וְהָרַמְבַּ"א שֵׁם וְהַטּוֹר דְכִתְבוּ דְאֵין הַסְרְסוֹר נְאֻמָּן לְהַפְסִיד לְהַלּוֹקֵם דְטַעֲמָם דַּס"ל דְאֵין בְּזָה שְׁיִיךְ דִּין שְׁלִישׁ מְשׁוּם דִּי"ל אַף בְּזָה לְסִבְרַת הַנְּתִיבוֹת שְׁפָתַב בְּס' נ"ו ס"ק ד' בְּאַרְנוֹפָה בְּכָלל הָא דְשְׁלִישׁ נְאֻמָּן דַּה"ל כְּמוֹ דַּא"ל קְנִי ע"מ לְהַקְנוֹת דְהַשְׁלִישׁ קְנָהוּ ע"מ לְהַקְנוֹת לְמִי שְׁהִרְשָׁהוּ הַבְּעָלִים וּלפ"ז אַף הָכָא בַּסְרְסוֹר דְלֹא שְׁיִיךְ הַכְּאֵלֹוֹמֵר דְזֶכֶה לְמִי שְׁיִרְצָה לִיתֵן חַמְשִׁים זִוּוֹ ע"מ שְׁיֵאמַר הַשְׁלִישׁ כֵּן כֵּן מְשׁוּם דְאֵין בְּרִירָה מ"מ הָא זֶכֶהוּ הַשְׁלִישׁ הוּא הַסְרְסוֹר מִיָּד ע"מ לְהַקְנוֹתוֹ לְאַח"ז וְה"ל כְּמוֹ הִתְחַזֵּיק בְּהָא מִיָּד פְּנ"ל וְאֵין אֲנִי צְרִיכִים לֹו מֵר בְּטַעֲם שִׁיטַת הַפּוֹסְקִים הַנְּ"ל דְזָהוּ מְשׁוּם דַּה"ל כְּמוֹ שְׁהִתְנָה עִמּוֹ בֵּין לְתִיקוֹן וּבֵין לְעוֹנוֹת כַּמֶּש"כ הַסֵּמ"ע שֵׁם אֱלָא י"ל דְזָהוּ הַפֶּל חֲדָא הִיא אַף אֶפְתִּי נַפ"מ מְזָה לְעוֹנֵן שְׁבוּעַת הַסְרְסוֹר דְבְּזָה לֹא פְּלִיג הָרַאָב"ד שֵׁם רַק עַל שְׁבוּעַת הַתּוֹרָה פְּלִיג שֵׁם לְפִי שְׁאִינוֹ טוֹעֲנֵנוּ דְכָר מְסוּנִים כְּמִבְּנוֹרָא שֵׁם.

וְלָכֵן הָעֵינְקֵר דְאֵין הָרַאָב"ד ס"ל כַּמֶּש"כ וְקִצְרִיתִי וְהָא דְשְׁלִישׁ הַנִּעְשָׂה ע"י שְׁלִיחַ דְמִבְּנוֹרָא לְקַמֵּן סַעִי ו' דְמִהִימֵן אֵין זֶה סְתִירָה עַל מַה שְׁפָתַבְתִּי דַּשֵּׁא"ה דִּי"ל פִּינּוֹן דַּה"ל הֵתֵם בַּע"ד יְדוּעַ מִן צַד הַשְּׁנִי ע"כ ה"ל גַּם הֵתֵם הָא אֶמְדָּנָא כְּמוֹ בְּכָל שְׁלִישׁ נְאֻמָּן דַּה"ל כְּמוֹ דַּא"ל שְׁיִזְכָּה עֵבּוּר בַּע"ד הַשְּׁנִי מְעַכְשָׁיו ע"מ אִם יִתְרַצָּה הַשְּׁלִישׁ לְקַבֵּל זֶה הַהַשְׁלִישָׁה וַיֵּאמַר כֵּן אַף בְּשִׁקְרָא דַּא"ל כֵּן הָא תְּבַטֵּל עוֹנֵן שְׁלִישׁוֹתוֹ שְׁמוֹסֵר לֹו לְמִסְוֹר לְהַשְׁלִישׁ וְעֵינֵן בְּנִתְיָבוֹת ס"ק י"ח וַיֵּשׁ לְדוֹן בְּדְבָרָיו וְגַם הָא פָּתַב הַטּוֹר בְּשֵׁם הָרַמְבַּ"ן שֵׁם דְלָכֵן שְׁלִישׁ הַנִּעְשָׂה ע"י שְׁלִיחַ מְהַנִּי מְשׁוּם דְהַשְׁלִיחַ נְאֻמָּן בְּמִיָּגוֹ דַּה"ל אוֹמֵר הַשְּׁלִישׁ בְּיָדִי ע"ת כְּפֹה וְכֹה וְהוּבָא לְקַמֵּן בְּשִׁ"ף ס"ק כ"ט א"כ הָא מִיָּגוֹ לֹא שְׁיִיךְ רַק הִיכָא דִּישׁ לְפָנֵינוּ שְׁנֵי בַּע"ד יְדוּעִים

דהי' יכול לומר דנעשה שלישי ביניהם אבל הכא גבי סרסור דמכר החפץ לאיש א' שידוע לכל שאין לו שום עסק וענגן פלל עם המוכר ע"כ לא שייך התם הך מיגו דהי' אומר דנעשה שלישי בין המוכר והלוקח ע"כ אינו נאמן הסרסור: ואפתי יש לדון בעיקר הדבר שפכתתי דלכן לא שייך התם גבי סרסור לומר דה"ל כמו דא"ל זכה למי שיתן לה חמשים זוז ע"מ כו' משום דכינון דקיי"ל אין, ברירה כו' דהא פינון דמספקא לו אי יש ברירה או אין ברירה וע"כ בדאורייתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה.

א"כ הכא ששהסרסור מסר פבר החפץ להלוקח וה"ל עכשיו הלוקח מוחזק בהחפץ והא שיטת הרמב"ם והמחבר דתפיסה מהני בכל ספיקא דדינא א"כ ממילא יכול הלוקח לומר קים לי דיש ברירה וממילא מהני זכיות הסרסור עבורו מיד בעת שנמסר החפץ לידו וה"ל כמו כל שלישי דנאמן ותקשה עדיין דמפני מה פתבו גבי סרסור דאין לו דין כמו שלישי אכן לשיטת היש"ש בב"ק פ"ה בדיני ברירה דהעלה דהא דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה היינו בין לחומרא בין לקולא ומה"ט פסק הרמב"ם אחין שחלקו מחזירין זל"ז ביובל והא שכתב הרמב"ם גבי איזה שארצה אגרא ה"ז ספק מגורשת הוא טעות סופר כו' אתי שפיר לכל מש"כ משום דלא מהני תפיסת הלוקח בזה לטעון קים לי דיש ברירה דהא לדבריו לא שייך לומר פן וכן י"ל לפ"ז גם לסברת התוס' שכתבו בב"ב ד' ס"ב ע"ב ד"ה איתמר כו' דמצינו לפעמים דפסקו חז"ל דלא נימא הממע"ה כו' וה"ה י"ל הכא פינון דמצינו דאמרו חז"ל אחין שחלקו מחזירין זל"ז ביובל ולא מהני תפיסתו לומר קים לי דיש ברירה אף דיש סוברים דאף בקרקע מהני תפיסה בספיקא דדינא וגם דנימא דהוה מילתא דאין ברירה בדאורייתא ה"ל זה משום ספיקא דדינא ודלא כהיש"ש בזה.

מ"מ פינון דתקנו חז"ל נאמרו דמחזירין זל"ז ביובל ולא מהני בהוה ספיקא דדינא מה דהוי מוחזק ה"ה בכל מילתא דיהי' ספיקא דדינא בהוה מילתא אי יש ברירה או לא דאנו דנין דלא מהני תפיסתו בזה אלא מוקמינו על חזקת מרא קמא פן י"ל להסוברים שלא לחלק בספיקא דדינא בתפיסה בקרקע בין תפיסה במטלטלטלין ואכמ"ל בזה: אכן באמת קשה לדון פן דבעיקר דברי היש"ש פבר חלקו עליו הפוסקים והעלו דמשום ספיקא איתנו עלה אי יש ברירה או לא פמבןאך באה"ע סי' קל"א סעי' ד' וב"ש שם ס"ק ד' בשם הר"ב והכ"מ וכמו שביאר זה הפני יהושע לגיטין ד' כ"ה להשיג על היש"ש בכ"ז ומה שכתב היש"ש מהא דמחזירין ביובל עיין מזה בגט פשוט סי' קכ"ב ס"ק ח' ובשער המלה ה' גירושין פ"ג ואכמ"ל מכל זה וע"כ עדיין יש להעיר על מה שפכתתי דהא יש לומר דיהא מועיל תפיסת הלוקח ולומר קים לי דיש ברירה פנ"ל ומ"מ ראיתי דעדיין אין לסתור לכל היסוד שפכתתי והוא דיש לדון בזה למה דאמרו בקידושין ד' ס"ד גבי קדשתי את בתי הגדולה כו' דכולן מותרות וכן הא דעד פני פסח דאינו אסור רק עד שיגיע כדקיי"ל פן והטעם הוא משום דלא מחית נפש' לספיקא ופי' רש"י שם במשנה ד"ה פולן מותרות דלא מחית אינש למימר מילתא דליתי בי' לידי שאילה לחכמים כו' וע"כ מה"ט יש לומר פן בנ"ד דלכן לא אמרינו בהוה דסרסור דסי' קפ"ה דה"ל שם ג"כ ואומדנא דנתרצה המוכר שיזכה הסרסור עבור מי שימכור לו חפץ זה בסוף הזמן ע"מ שיאמר הסרסור פן משום דהא אף אם הי' מתנה בפירוש פן הוי זה ספיקא דדינא אי מהני זכיותו מעכשיו עבורו דדלמא הלכה דאין ברירה מעכשיו כו' וע"כ הוי זה דבר וענגן דליתי בי' לידי שאילה לחכמים כמש"כ רש"י פנ"ל וע"כ מסתמא לא נחית אינש לזה האומדנא דלא

יהי דבר ברור רק ספיקא וכעין זה כתב הנתיבות בסי' ר"ל ס"ק ה' ובכללי תפיסה י"א וע"כ לא שייך ה' אומדנא דאמרו בכל שליש נאמן שם בה' נידון דסרסור הנ"ל ולכן שפיר פתבתי לחלק דשאני נידון דהסרסור כנ"ל משום דכל זמן דלא אמר בפירושו שיזכה למי שימכור לו לאחר זמן ע"מ שיאמר פן אין לנו לדון לאומדנא דיהיו כמו שאמר כפי' פן משום דיש לנו סברא לומר דלא מחית נפשי' לספיקא וגם ה"ל משום זה הסברא כמו כל ספק אומדנא במה דנסתפקנו אם הי' אומדנא שלו פן או לא כמבואר באריכות זה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד וקצתתי בכ"ז: ענף ג' ומן מה דמצינו בגיטין ד' ס"ד אף גבי שליח להולכה לה' סברא דנאמן משום דהימני' ועיין בתוס' שם י"ל דשאני התם בעניני גיטין דלא שייך התם כלל לדין אסמכתא כמבואר בבית יוסף לח"מ סי' ר"ז סעי' י"ח שהביא פן בשם הראשונים שפיתבו דבגיטין וקדושין אין שייך אסמכתא כלל וביארו שם טעם הדבר היטב ועיין ברא"ש פ"א דגיטין סי' ב' ובאה"ע סי' קמ"א סעי' י"א בב"ש שם ובפני יהושע לגיטין ד' ס"ד על תוס' ד"ה בעל נאמן כו' מה שהביא שם לדברי הרא"ש הנ"ל ואכמ"ל: והנני לכתוב פאן מה שאמרתי כבר לתרץ קושיות ר' עקיבא איגר זצ"ל בהשקטה לסי' ב' במש"כ התוס' והר"ן בסוגיא דשליש נאמן דהימני' אף אם משקר ויהיו למפרע לגרושין וקשה הא בדאורייתא אין ברירה ולו? הא דאמר כפי' להשליש אם תרצה אחר הזמן שיהיו לגרושין? הא מעכשיו לגרושין ג"כ לא מהני כמו בע"מ שירצה אבא כו' ונשאר בצ"ע ונהיה לפי שיטת הסוכרין לדינא בעל מנת שירצה אבא דכיון דעשוי להתברר בשעה ראשונה דלא שייך לדון בזה אין ברירה וכמו דהובא שיטה זו בהר"ן לגיטין ר"פ כל הגט וכמש"כ היש"ש לב"ק פ"ה בפ"ב דיני ברירה דע"מ שירצה אבא אם רצה האב מקודשת משום שעומד להתברר או ירצה או לא ירצה וה"ל כאלו הוכרר בשעת בעילה שירצה אבא ועיין ביומא ד' נ"ו בתוס' ולפי שיטת הפוסקים הנ"ל א"ש במה דאמרו גבי שליש דנתנו ע"מ שירצה השליש לומר אף בשקר אבל לפי שיטת הסוכרים דגם בע"מ שירצה אבא דיינינו לומר דלא הוי קדושין ונדאי משום דגם בזה אין ברירה [ועיין בשאגת ארי' סי' צ"ג מזה תקשה קושיות הגאון הנ"ל: והנלע"ד בזה והוא דהא קי"ל דאין ברירה בדאורייתא משום דהוי ספיקא דדינא אי יש ברירה או לא כמש"כ לעיל אם היו תנאי מפורש בעת שנתן הגט בידי השליש שנתנו בתנאי שאם יאמר השליש אף בשקר שניתן לו הגט עבורה שיזכה עבורה מעכשיו אם יאמר השליש פן ה"ל ספק א"א משום ספיקא דדינא אם יש ברירה או אין ברירה וידוע מש"כ הפוסקים דהיכא דה"ל ספיקא דדינא דלא שייך בזה דין אתחזק איסורא דא"א משום דבספיקא דדינא אין מעמידין על אוקי אתחזקה כמש"כ המל"מ פ"ב ה"א הלכות טומאת צרעת והתבואות שור לסי' כ"ט והפנסת הגדולה שהובא בתשובת ר"ע איגר זצ"ל בפסקים סי' ל"ז וכ"כ הפרמ"ג ליו"ד סי' כ"ג בש"ף אות ח' והטעם הוא דבשביל החזקה לא ישתנה הדין וע"כבנ"ד ה"ל ספק השקול בלא שום חזקת איסור כיון דה"ל ספיקא דדינא: ונהיה מה דאמרו להאומדנא בהא דשליש נאמן משום דהימני' וה"ל כמו דאמר לו בפירושו שיהיה גט מעכשיו באם שירצה השליש לומר אף בשקר שניתן לו הגט עבורה עיקר הטעם הוא דלכן אמרו פן אף במקום איסור דא"א משום דאנן סהדי דהיתה פוננתו פן כדי שלא תצא תקלה מן ת"י במה שמסר הגט בידי השליש שהיה יכול למסור להאשה וע"כ מחמת חשש תקלה שהי' יכול לצאת על ידו מסתמא עשה פן כדי

שלא תצא תקלה ממנו וכעין מה דמצינו בעירובין ד' ל"ב ובתוס' שבת ד' ד' ע"א ד"ה וכי אומרים לאדם חטא כו' ולכן אף היכא דלא יתקון פל הקשש תקלה מ"מ פל מה דיכול לעשות ולתקן עושה וע"כ אף דנימא דלמא קי"ל אין ברירה ולא מהני תנאו הלז להתירה מן איסור דא"א לגמרי מ"מ אהני מעשיו שלא תהיה א"א ונדאי רק ספק א"א ואמדינו לי' מחמת חזקת פשרותו דכל מה דהיה יכול לעשות ולתקן מסתמא עשה ואמרינו גם כן להך אומדנא דתנאי הנ"ל כדי דלא תהיה באיסור א"א ונדאית: ועוד והוא העיקר דהא מצינו בב"ב ד' ה' גבי הא דסמך לו פותל אחר אע"פ שלא נתן עליו את התקרה מגלגלין עליו את הפל והטעם הוא דלא עביד דפרע משום מי יימר דמחייבי לי רבנו ומוציאין ממון ואינו נאמן לומר פי ידעתי את הדין הנשנה במשנה בלא שום חולק דסמך לו פותל אחר מגלגלין את הפל וע"כ פרעתי ומוכח מזה דזהו ככל גמור דמה דאינו פשוט ע"פ שכל האנושי דאינו נאמן לומר ידעתי וזהו ככל חזקות והוכחות גמורות דמוציאין על ידיהם מן חזקת ממונא אף דאין הולכין בממונא אחר הרוב אף די"ל דשא"ה דהוי עליו חזקת חיוב ג"כ וע"כ בצירוף הסברא דמי יימר דמחייבי לי רבנו דזהו בגדר רובא וה"ל רוב וחזקת חיוב דמוציאין ע"י מן המוחזק אבל עכ"פ מוכח דהך סברא דמי יימר דמחייבי לי רבנו ה"ל לכה"פ כמו פל רובא: וכן מצינו בהה"מ להרמב"ם הל' גזילה פ' יו"ד ה' י"א שכתב אם טען בעל השדה ואמר נתתי והיורד אמר לא נטלתי דהיורד נאמן ומוציאין ממון וכתב הה"מ טעמו דזהו דומה להא דב"ב ד' ה' בחזקת שלא נתן משום מי יימר דמחייבי לי רבנו וכ"כ בח"מ סי' שע"ה סעי' ט' ובבאר הגולה שם ס"ק סמ"ך וכעין זה הוא בח"מ סי' פ"ב סעי' י"ח בהג"ה דראה בידו וטען אז כו' שאינו ראוי להחזיר לפי אותו הטענה כו' דאנו סהדי שלא החזירם כו' והטעם הוא ג"כ משום מי יימר דמחייבי לי רבנו כמש"כ הנתיבות שם ס"ק ל"ג ודוקא במה דהוי חיוב שלו פשוט לכל מסברא בזה נאמן לומר ידעתי החיוב ופרעתי כמש"כ הנתיבות יוסף בב"ב בהך סוגיא דסמך לו פותל כו' דאם קבע לו בגני קבוע אז חיובו פשוט ולא שייך ביה מי יימר כו' וכמבואר בח"מ סי' קנ"ז סעי' י"א ועיין בקצה"ח שם ס"ק י"ב ולכן יש לדון להך פלל במה דאמרו בהא דשליש נאמן משום דהימני' והוי אומדנא כמו דא"ל בפירוש שיחול הענין מעכשיו ע"מ שיאמר פן לאח"ז דגם בגט אשה אף דיש לדון בזה אין ברירה וה"ל ספיקא דאורייתא ולחומרא: מ"מ הא הך מילתא דאמרו אין ברירה אין דבר זה פשוט לכל ע"פ שכל האנושי ובפרט דמצינו פלוגתא דתנאי אי יש ברירה או לא וגם האידנא לאחר חתימת הש"ס דאמרו בדאורייתא אין ברירה מ"מ הא מצינו בזה פלוגתא דרבנותא אם אמרינו יש ברירה בע"מ שירצה אבא או לא פנ"ל וידוע מש"כ התוס' בסנהדרין ד' נ"ג ד"ה הא לית לי' כו' דהא דאמרו אדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו ונתן לשם מתנה דזהו דוקא במה דאין שום תנא חולק בזה ולולי זה היינו מוציאין ממון וכעין מש"כ הש"ך בח"מ סי' מ"ב ס"ק כ' וס"ק כ"ב דבמה דיש דעה חולקת אף דלא קי"ל בפשיטות כהך שיטה מ"מ י"ל דהנחתן טעה בזה וכעין זה אמרו בגיטין ד' נ"ה דטעי בדר' ירמ' וביבמות ד' כ"ט ע"א רש"י ד"ה דמגמר גמירי לה אינשי כו' אבל ערוה דנעשו צרות דר"ש לאו כ"ע גמירי והדברים ארוכים: ולכן הך מילתא דאמרו דע"מ שירצה כו' דדיינינו גם בזה אין ברירה לחד שיטה דזהו כש"כ מן הא דסמך לו פותל אחר אף דהתם לא הוי שום פלוגתא דתנאי בזה פלל ומ"מ אמרינו לכלל

ברור דכיון דאין חיובו פשוט כ"כ לכל אינו נאמן לומר ידעתי הדין ופרעתי כש"כ בהך מילתא דהוי כמו ע"מ שיירצה כו' דמצינו באמת גם פלוגתא דרבנותא לאחר חתימת הש"ס דס"ל דזה מהני משום דיש ברירה בהך גוונא בנודאי אמרינו בזה הך פלגא דכיון דאין זה דבר פשוט כ"כ לכל דמסתמא לא ידע אף להסתפק בזה פלל ובנודאי הנה אומדנא שלו אף בזה דנותן לו הגט ע"מ שיירצה כו' ואף לפמש"כ לעיל דיש מקום לומר בכעין זה להא דלא מחית נפש' לספיקא מ"מ י"ל דזה אינו שינה במה דמצינו פלוגתא דרבנותא לאחר חתימת הש"ס גבי ע"מ שיירצה אבא דכיון דעומד להתברר בנודאי כו' ע"כ לא שינה בע"מ וכל דיני תנאים בזה לדון הך דלא מחית נפש' לספיקא משום די"ל דלא הנה לו שום לידת הספק פלל בזה דטעה וסבר לי' בפשיטות דבזה לא שינה פלל לדין אין ברירה בפרט דהסברא פשוטה פן הוא ע"כ נדאי זהו בכלל מי ימר דבב"ב ד' ה' הנ"ל ואף דנימא דזהו סותר למש"כ לעיל מ"מ הנני כותב פאן למה שצריה לענינו פעת.

ועוד יש לחלק בין הא דלעיל ובין הך נ"ד דעסיקנא בי' רק הוכרחתי לקצור: [ונתבאר דזהו אומדנא ברירה בהך מילתא דשליש אומר לגירושין דנתן לו הגט שיחול מעכשיו ע"מ שיאמר פן השליש לאח"ז אף שיהנה בשקר וכיון דאמינו להכי א"כ ממילא ה"ל הך איתתא בספק איסור א"א דלא אמתחוק איסורא משום דלפי האמת דה"ל ספיקא דדינא אי דיינינו בזה אין ברירה או יש ברירה משום הך פלוגתא דרבנותא פנ"ל וגם בעיקר מילתא דאורייתא אין ברירה ה"ל ספיקא דדינא ולפ"ז יש לתרץ לקושית רע"א הנ"ל במה שהקשה על הא דשליש נאמן דהא בדאורייתא אין ברירה והוא דעיקר הטעם שהוצרכו התוס' והר"נ וש"פ לומר דלכן שלישי נאמן משום דהוי כמו שהתנה שאף אם יהיה משקר יהיה הגט חל מעכשיו הוא משום דבלא טעם זה אין הדין נותן להאמין להשליש היכא דאין לו מיגו עכשיו משום דבאמתחוק איסורא דא"א אין ע"א נאמן משום דאין דבר ערוה פחות משנים וידוע מש"כ בתשובת מוהרי"ק סי' ע"ב דזוקא באמתחוק איסורא דא"א בזה אמרו דאין דבר ערוה פחות משנים אבל היכא דאין לפנינו חזקת איסורא בזה אף ע"א מהימן והובא דברי המהרי"ק הנ"ל בפ"ג שמתא שמתא ו' פ"ג בארובה ובספר שער המשפט סי' ל"ג ס"ק א' שהאריה בכ"ז ובפתח הבית סי' יו"ד ענף ג' וגם במזון שאין א' מהם מוחזק בו יש לדון ג"כ דע"א יהיה מהימן ע"ש: וכן כתב בתשובת רע"א זצ"ל בפסקים סי' קכ"ג בשם הר"נ קדושין ד' רל"ד שכתב דזוקא להוציא מחזקתו אין ע"א נאמן ומה שהקשה שם בסתירת דברי הר"נ בזה פתבתי במק"א לתרץ זה: וכיון דנתבאר דבספיקא דדינא אין מעמידין על חזקה משום דלא ישמנה הדין בשביל החזקה פנ"ל בארובה ע"כ בהך מילתא דשליש נאמן פיון דה"ל הך איתתא בספק איסור א"א בלא חזקת איסור המבשרת לנו בהך ספק דדינא הכולד לנו על האשה שאנו דנין עליה וה"ל כמו כל ספק השקול דבזה אף ע"א מהימן בדבר שבפירוה ג"כ ולכן אתי שפיר מה שהאמינו להשליש משום הסברא שכתבו דה"ל כמו דהתנה שיחול הגט מעכשיו אף אם יאמר בשקר ומתורץ על נכון קושית הגאון רע"א הנ"ל ושיטת הסוברים דאף היכא דלא אמתחוק איסור ג"כ אין ע"א נאמן בדבר ערוה י"ל דס"ל כשיטת הסוברים בע"מ שיירצה אבא דאמרינו בזה יש ברירה פיון דהוי עומד להתברר בנודאי כו' ובשליש בענין ממונא י"ל ג"כ פנ"ל, דהא היכא דאין אחד מהם מוחזק יש ג"כ מקום לומר דעד אחד נאמן פנ"ל בדבר ערוה כמש"כ הפוסקים הנ"ל וגם י"ל הטעם בממונא דלכן שלישי

נאמן משום דאף דקיי"ל אין בריכה פקושת הגאון רע"א זצ"ל הנ"ל מ"מ הא מהני תפיסה בזה כמו כל ספיקא דדינא ובפלוגתא דרבנותא וע"כ דייגינן אף כ"ז שהושהוא ביד השליש ולא מסרו לשום צד מן הבע"ד גם בזה להך מילתא דספק ממונא לקולא וכמו דאמרו בגיטין ד' ס"ג ע"ב גבי מה דמספקא לרב אי הולך פנכי כו' דאם בא לחזור אינו חוזר מיד השליח משום דספק ממונא לקולא ואף תפיסת השליח מהני בזה כמו דפי' רש"י שם וכמש"כ במק"א לבאר זה היטב פיון דעשה לו לשליח בנידון זה וכמו כן בשליש מהני תפיסתו עבור מי שרוצה לתפוס עבורו ולא שייך ע"ז כלל קושיות הגאון הנ"ל רק עיקר קושיות הגאון הנ"ל תסוב רק על הא דאמרו שלישי נאמן בגט אשה דלא שייך כל זה אף לכמש"כ לעיל מתוך גם בגט אשה למה שהקשה הגאון רע"א זצ"ל פנ"ל: נחזור לענינו דנתבאר בהא דסרסור דסי' קפ"ה דאין לו דין של שלישי ודלא כמש"כ השער המשפט והנתיבות: ענף ד ועכשיו נבוא לבאר למש"כ הש"ך דשליש שהוציא שלישותו מת"י שצריך שבועה אם הבע"ד מכחישו ואומר שמסר שלא כדין והאו"ת תמה עליו דכיון דבעוד שהיו השלישות בידו היו מהימן בלא שבועה וכי בשביל שמסר שלא בב"ד יתחייב שבועה והא היו יכול למסרו לפני הב"ד כו' ולענד"ל להסביר דברי הש"ך על נכון והוא דלכאורה יש לומר בכל נאמנות השליש דאמרו דנאמן משום דהימני' דזהו דומה לנאמנות שנותן הלנה להמלנה דמ"מ יכול הלנה להשביע להמלנה לאחר הפרעון כמו דמבואר בסמ"ע ע"א סעי' ה' רק בכתב לעולם שאני אם פן ה"ה בנאמנות השליש גם פן אפטר לדון דאף במסר השליש לשלישותו בפני ב"ד ג"כ יתנה חייב השליש לישבע לאחר שהוציא מת"י אף באמת הא מצינו דנאמנות השליש עדיפא מן נאמנות הבע"ד בזה כי יש לחלק ביניהם והוא דהא מצינו גבי נאמנות המלנה דאם בא לגבות שלא בפני הלנה לא מועיל הנאמנות כלל כמבואר בסי' ע"א סעי' כ' ואלו בנאמנות השליש אף במסר להשלישות שלא בפני הבע"ד השני ג"כ נאמן במסרו לפני הב"ד משום דה"ל כמו נאמן עלי אפא רק לכתחילה י"ל דבעינו שייגיד ענין שלישותו בפני שני הבע"ד כמו בהא דנאמן עלי אפא דבעינו שייגיד עדותו בפני הבע"ד וכמש"כ החכ"צ בתשובה סי' ס"א אף בשלחו אחריו ולא בא כמו דמקבלין עדות פשרים בזה כמבואר בסי' כ"ח ה"ה דמקבלין עדות השליש ולהך דנאמן עלי אפא בזה רק אם היינו מדמין זה לנאמנות שנותן הלנה להמלנה הנה עיכוב בדבר כמו בהא דנפרע שלא בפניו פנ"ל וע"כ מוכח מפל זה דנאמנות השליש אין לדמותו כלל לנאמנות של המלנה: ואפתי י"ל פיון דכתבו הפוסקים דנאמנותו של השליש הוא כמו נאמן עלי אפא כמש"כ הבעה"ת והסמ"ע ס"ק ב' וכיון דבנאמן עלי אפא בעינו שייגיד עדותו בב"ד כמבואר בסי' כ"ב ה"ה בנאמנות השליש בעינו דייגיד בב"ד וכמש"כ הנתיבות ס"ק י"ט ועיקר הטעם דאמרו בשליש נאמן משום דהימני' זהו דוקא דהימניה באם שייגיד פן בב"ד אבל באם אמר לשלישותו בעת שהוציא מת"י לפני עדים י"ל דע"פ דין אינו נאמן בעדותו מצד עצמו משום דלא הימני' בכה"ג והא דמצינו באמת בהא דשליש נאמן דאף פשאומר פן חוץ לב"ד ג"כ מהימן כמבואר לקמן סעי' ו' בהג"ה דקודם שיוציאו מידו יאמר פן לפני עדים כו' וכמבואר בגיטין ד' ס"ד ובתוס' ד"ה תינח בפנינו אמרה כו' דסגי בעדים שראוהו בידו שלם יש לומר דעיקר נאמנות שלו חוץ לב"ד זהו משום מיגו דהנה בידו להעיד פן בפני ב"ד.

ואף דמבואר בקידושין ד' ס"ב דזהו לאו בידו דמי ימר דמנדקקי לי תלתא מ"מ הא
פתבתי בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' ענף ב' לחלק בזה ואף שמן התוס' בסוטה ד'
כ"ה ד"ה לאו פגבוי כו' לא משמע פן ע"ש מ"מ מן התוס' בב"ק ד' ל"ו ע"א ד"ה שור
שנגח כו' משמע דס"ל דגם זה מקרי בידו דכתבו שיש בידו להביא עדים לאלתר כו'
ועיין בתוס' גיטין ד' כ"ג ע"ב ד"ה אין העבד כו' ואכמ"ל בכ"ז והא דאין נאמנין כל שני
עדים אם העידו חוץ לב"ד במיגו דהיה בידם להעיד בפני ב"ד י"ל דאין זה חשוב למיגו
כמש"כ התוס' בכ"ד דלא אמרינן מיגו בשנים וה"ה אף בזה שנייה לומר פן פינן דצריף
להספמת חבירו בזה ושאני מיגו דאי בעי שתקי וכש"כ לפמש"כ הריטב"א בכתובות ד'
י"ח ובכתובות ד' כ"ה דעדים אין נאמנים אף שיש להם מיגו דרחמנא פסלי דלא יהיו
נאמנים רק בתורת עדות עצמן וכמש"כ מזה לעיל בחידושי לסי' ל"ז סעי' ד' ענף ב' מזה
ע"ש: וכ"ז אינו רק בעדים אבל בשליש דיש לו כמו דין בע"ד שפיר יש לומר דלכן נאמן
בשהעיד חוץ לב"ד משום דהי' בידו להעיד פן בב"ד וכמו כל בע"ד וכה"ג דנאמן במיגו.

פינן דאין זה מיגו להוציא דהא אנו דנין על החפץ שמונח ת"י השליש וכן בשטר דהא
בשטרא מסייע לו אמרו מיגו להוציא וגם הא אנו דנין על גוף השט"ח למי הוא שנייה
וכיין דעיקר נאמנותו של השליש פשמעיד חוץ לב"ד הוא משום מיגו ע"כ ממילא יש
לדון דיהא השליש חייב שבועה אם הכחישוהו שמסרו שלא כדין דהא פינן דאינו נאמן
מצד עצמו רק משום מיגו ה"ל כמו דקיי"ל דבע"ד אינו נאמן במיגו לאפטורי משבועת
היסת.

כמש"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק קכ"ה. וה"ה השליש במה שבע"ד תובעו שפעשה שלא כדין
פינן דעיקר נאמנות שלו הוא רק משום מיגו ולא משום נאמנותו מצד עצמו וע"כ דינו
כמו כל בע"ד דהיכא דאינו נאמן רק ע"י מיגו דצריף לישבע ש"ה וה"ה שלישי ולכן אינו
תמוהין כ"כ דברי הש"ך במש"כ דהשליש חייב ש"ה אם מסרו שלא בב"ד ולפ"ז אף
אם מסרו לפני עדים ג"כ חייב ש"ה ודלא כמש"כ האו"ת דבמסרו לפני עדים ג"כ אין
סברא דיהיה חייב ש"ה וה"ה במסרו שלא בפני עדים דלפמש"כ אין דבריו מוכרחין
כ"כ: ועפ"ז יש לתרץ למה שהקשה הסמ"ע לקמן ס"ק כ"ו והש"ך לקמן ס"ק ל"א על
מש"כ הרמ"א לקמן סעי' ו' על השטר שהי' מושלש ת"י השליש שקודם שיוציא את
השטר מידו למסור להמלנה יאמר לפני עדים אפני ההשלישה והוא סותר למש"כ ה"כא
דאין לו ליתן השלישות אלא בפני ב"ד ונדחקו ליישב אכן לפמש"כ אתי שפיר והוא
די"ל דלכן הצריכו ה"כא שיתן בפני ב"ד כדי שלא יתחייב השליש שבועה כמש"כ וזה
לא שנייה רק בחפץ המושלש אבל לקמן סעי' ו' דמייירי בשטר המושלש דבזה לא שנייה
לחייב את השליש שבועה דהא אם הלנה יתבע להשליש על מה שהחזיר השטר להמלנה
שלא כדין לא יהיה חייב שבועה דהא הביא הש"ך בסי' נ"ה ס"ק ד' בשם המשאית בנימין
שכתב דשליש שהחזיר למלנה הוי גרמא ופטור וכל מה שיהיה פטור אין נותנין שבועה
על זה פינן שאין מחייבין ממון על הודאתו פמבואר בסי' פ"ז והא שכתב הש"ך לעיל
ס"ק ה' בנידון תשובת הרא"ש בשליש שהחזיר השטר להמלנה דאם יתבענו הלנה
שהחזיר השטר שלא כדין דיהי' חייב שבועה כבר העיר בזה הנתיבות לעיל ס"ק ד' ע"ש
וכיין דלא יהיה חייב השליש שבועה ע"כ סגי במה שימסור השטר להמלנה לפני עדים
ויתנו פתוב וסתום כל זה וא"ש סתירת דברי השו"ע הנ"ל: ונתבאר דאין להזניח דברי

הש"ף דהכא שפכת דהשליש חייב שבועה אם יתבענו שיהחזיר שלא כדין ומנהי תפיסת הבע"ד בזה כפי מש"כ האו"ת בסי' פ"ז ס"ק כ"ד בשם הרדב"ז דמנהי תפיסה במקום חייב שבועת הדין ולכן יכול הבע"ד לומר קים לי פשיטת הש"ף דהשליש חייב ש"ה: (ג) (שם סעי' ו) שלישי הנעשה ע"י שליח כו' יעשה שלישי מה שא"ל השליח והש"ף בס"ק כ"ט פתב בשם הטור והרמב"ן דהשליח היה נאמן בשעה שיצא השטר והמשפון מת"י במיגו כו' ולדעת הרא"ש צ"ל דמייגרי דיש להשליח מיגו כו' עכ"ל ואף דבעת דיצא השטר והמשפון מת"י השליח ליד השליש לא היה זה בפני ב"ד מ"מ מהימן השליש אף שהגיד על השלישות מחוץ לב"ד וכמבואר שם לקמן סעי' הנ"ל בהגהת הרמ"א שפכת דקודם שיוציאנו מידו יאמר לפני עדים כו' ענה א' ולכאורה צריך עיון בזה דמגלן להו דשליש יהיה מהימן אף חוץ לב"ד דהא יש מקום לומר בזה דשליש לא מהימן בהגיד אופן שלישותו חוץ לב"ד.

וכעין סברת הנתיבות שם ס"ק י"ט דכמו דבנאמן עלי אבא צריך שיאמר לפני ב"ד דבעדות חוץ לב"ד לאו הגדה הוא דהוי כעד מפי עד וכן הדין בשליש דלא עדיף מעדים דלא חשוב הגדתו רק בב"ד ע"י ש בנתיבות אף באמת מוכח בגיטין ד' ס"ד דשליש מהימן אף כשיגיד שלישותו חוץ לב"ד דז"ל הגמרא שם תנו האשה שאמרה התקבל כו' ואמאי ליהמניה לשליש מי קא נפיק גיטא מתותי ידיו כו' תונח אמרה קיבל ל"ל כו' וכתבו התוס' שם בד"ה תינח בפנינו אמרה כו' אלא בפנינו קיבל ל"ל נהי דלא סגי כו' מ"מ ל"ל בפנינו קיבל לא היה צריך אלא לעדים שראוהו בידו שלם.

ולקמן שם תוס' ד"ה ר"א היא כו' כתבו ולכך לא סגי שראוהו בידו שלם כו' אלמא דאם ראו העדים בידו שלם אף דעכשיו נקרע הגט מ"מ פינון דהעדים ראו בידו שלם והיה אז מהימן בדין שלישי ע"כ מהני זה אף דנקרע עכשיו אלמא דמבואר בפירוש דאף דלא מסר השלישית לפני ב"ד רק לפני עדים ג"כ מהימן בדין שלישי א"כ שפיר מוכח מן סוגיא הנ"ל דשליש נאמן אף חוץ לב"ד: ובהא דשליש הנעשה ע"י שליח דכתבו דיעשה השליש מה שא"ל השליח דאין דאין להשליח דין שלישי כשמכחישין לו מ"מ פינון דיש להשליח מיגו בעת דמסר להשליש ע"כ מהימן וכמש"כ הש"ף פנ"ל ולכאורה יש להעיר בזה לפי מש"כ הסמ"ע בסי' קל"ג ס"ק ח' דמיגו חוץ לב"ד לא מהני וכמש"כ התנאים בסי' ע"ב ס"ק ל"ה ובסי' קמ"ו ס"ק י"ד דא"כ אמאי מהימן השליש ע"י מיגו בעת שמוסר להשליש שלא בפני ב"ד הא פינון דעיקר נאמנותו הוא ע"י מיגו וכינון דמיגו חוץ לב"ד לא מהני א"כ לא מהימן השליש ע"י מיגו בעת דמוסר השלישות להשליש בשלמא היכא דיש לו תורת שלישי דאף דעיקר נאמנותו הוא ע"י מיגו דהיה בידו לעשות פן למפרע כמו דהעלה הש"ף.

עכ"ז אחר דהאמינו לשליש משום מיגו דהיה בידו ואמרו בזה הטעם דהימניה ע"כ ממילא מהימן אף חוץ לב"ד אבל היכא דאין לו תורת שלישי פגון במכחיש הבע"ד להשליח דאינו נאמן בתורת שלישי אף עיקר נאמנותו הוא מחמת המיגו דהיה לו בעת דמסר להשליש וכמש"כ הש"ף פנ"ל א"כ אי נימא דמיגו חוץ לב"ד לא מהני תקשה דאמאי יעשה השליש מה שא"ל השליח: ומוכח מזה כמש"כ הש"ף בסי' ע"ב ס"ק צ"א דדוקא היכא דצריך שבועה בנק"ח אמרינו דלא מהני מיגו חוץ לב"ד לפי דהפל תלוי

בשעת שבוועתו שייפסקו לו הב"ד כמו שהאריך שם הש"ך בזה ועיין בסי' קל"ג ש"ך
ס"ק ה' מזה: אבל היכא דלא שייך סברא זו מהני מיגו אף חוץ לב"ד וכן מוכח מן הא
דח"מ סי' שמ"ח סעיף ז' בהגהת הרמ"א דאם שמעון יש לו טענה נגד לוי דהיה נאמן
ע"י מיגו וכמבואר שם בטור בשם תשובת הרא"ש ואף דבעת דבא החפץ ליד ראובן מן
יד שמעון לא היה זה בפני ב"ד כמבואר שם.

עכ"ז היה נאמן שמעון ע"י מיגו א"כ מוכח מן כ"ז דמיגו חוץ לב"ד מהני וכן יש לדון
בסוגיא דב"ב דף קכ"ז דאמר נכיר למה לי אף יש לדחות זה דשא"ה דהוי בידו ליתן
במתנה באמת גם היום.

וכן בהא דאמרו דנאמן משום מיגו דבידו לגרשה ועיין בר"נ פ' האומר גבי ההיא דנשבית
ופדיתיה כו' ובשער המלך סוף ה' מכירה ועיין בנתיבות סי' קמ"ו ס"ק י"ז דכתב לחלוק
על האו"ת והעלה בהא דא"א הייתי וגרושה אני ונשביתי וטהורה אני ויליף זה מן את
בתי נתתי כו' דבכל הנה נדאי מהני אף חוץ לב"ד והטעם הוא דשאני היכא דהוי הפה
שאסור הוא הפה שהתיר כו' עכ"ל ויש לדון הרבה בכ"ז וקצתתי ועיין למש"כ לעיל בסי'
הנ"ל סעיף ג' ענף ד' ועיין בש"ך סי' צ"ט ס"ק ה' ובסי' מ"ז ענף ב' ולכאורה יש להעיר
עפ"ז בהא דב"ב דף ל"ט ע"ב דתני בר קפרא ערער וחסור וערער אם מחמת טענה
הראשונה ערער אין לו חזקה וא"ל יש לו חזקה והטעם הוא פיון דהודה דמחאתו
הראשונה היתה בשקר א"כ הא היה חזקה בלא מחאה ואין מוציאין השדה מן הלוקח
המחזיק וכן קיי"ל לדינא בסי' קמ"ו סעיף ז' ויש להקשות דיהיה מהימן המערער על
מחאה השניה דמשפנתא באה לידו במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה דירד
להשדה בגזלות כמו דמיקחה בראשונה וכמו דמצינו בסי' ע"ט סעיף ט' דהיכא ששתי
הטענות באות לפוטרו מהימן במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה וכמבואר ג"כ
בסי' פ' ובטור שם ואין לומר דזה מקרי להוציא דז"א דהא כה"ג מצינו בב"ב ד' ל"ה
ע"ב בתוס' ד"ה ואי דלי ליה כו' שהקשו דיהיה מהימן המערער במיגו דלפירות הורדתיו
אלמא דזה לא מקרי מיגו להוציא משום דקרקע בחזקת בעלים עומדת כמש"כ האו"ת
בכללי מיגו ס"ק ט' והנתיבות בכללי מיגו ס"ק ה' ובאמת התוס' בב"מ ד' ק"ו ד"ה א"ל
רבינא כו' פתבו שם בתי' הג' דכה"ג מקרי להוציא פיון שאכל שני חזקה א"כ לפ"ז א"ש
מה דאמרו דאם לא חזר וערער מחמת טענה הראשונה דיש לו חזקה משום דלא מהימן
במיגו דזה מקרי מיגו להוציא: וכן לפמש"כ התוס' שם בתי' קמא דלכן אינו נאמן בגזל
הוא בידו במיגו דמשפנתא משום דזה הוי מיגו במקום עדים דאנו סהדי דאם היה בא
בגזל בידו לא היה שותק אלא היה מוחה עכ"ל ע"כ י"ל דלכן אם אינו מערער מחמת
טענה הראשונה אינו נאמן לומר במשפנתא במיגו דגזלות משום דכיון דידוע דהחזיק
ג' שנים בלא מחאה דמשפונא ע"כ דנין בזה אנו סהדי ולא מהימן במיגו: ולפ"ז יש לדון
דה"ה בכל שני חזקה דאם הודה המערער שהחזיק המחזיק שלש שנים רק שטוען
המערער שלא מכרו מעולם ולא מיקחה לי דאינו נאמן המערער במיגו דאי בעי לא היה
מודה לו על חזקתו ג"ש משום דזה מקרי מיגו להוציא להך תי' ג' או להך תירוץא קמא
של התוס' דזה מקרי מיגו במקום עדים משום אנו סהדי כו' והנה האו"ת בסי' קמ"ה ס"ק
ה' פתב בזה הדין בפשיטות דנאמן המערער במיגו משום דחזקת מ"ק מסייעו ע"ש
ותמהני עליו איך לא הביא לדברי התוס' הנ"ל דכתבו בהנהך תירוץים להיפך ובאמת מהך

דב"ב ד' ל"ט ה"ל דאם קור ונערער שלא מחמת טענה הראשונה דהדין עם המחזיק מוכח מזה דלא מהימן המערער במיגו פנין דהודה על שני חזקה ושלא מיחה בו וכ"כ השמ"ק בב"מ שם בשם הרא"ש פפי תירוץ של התוס' ה"ל וע"כ אין להוציא הקרקע מרשות המחזיק ודלא כמש"כ האו"ת ואף בקרקע מהני תפיסה בפלוגתא דרבנן: אכן כ"ז לתירוץ קמא ותירוץ שלישי של התוס' ב"מ ה"ל: אבל לפמש"כ התוס' בתירוץ אמצעי שם דלכן אינו נאמן המערער לומר בגזלנות ירד במיגו דמשפנתא משום שסבור להוציא גם הפירות שאכל א"כ נראה דס"ל דזה לא מקרי מיגו להוציא וכפי סברת התנאים ה"ל וגם ס"ל דזה לא מקרי מיגו במקום עדים א"כ תקשה ע"ז מהא דב"ב דאם ערער שלא מחמת טענה הראשונה דיש לו חזקה היינו שטען בתחלה בגזלנות ובסוף טען במשפנתא כמש"כ הרשב"ם וכן משמע פשט הגמ' דסתמו דאם שלא מחמת טענה ראשונה בכל גונו יש לו חזקה וקשה דיהנה נאמן במשפנתא במיגו דגזלנות דבזה לא שייך סברת התוס' ה"ל אכן אי ניא דמיגו חוץ לב"ד לא מהני א"ש דלכן אינו מהימן בעת שמיחה בשלשה שנים אחרונים לפני עדים דבמשפנתא ע"י מיגו דאי בעי היה עומד בדבריו הראשונים על גזלנות משום דמיגו חוץ לב"ד לא מהני וכמש"כ האו"ת בסי' ע"ב ס"ק ל"ה ובסי' קמ"ו ס"ק י"ד דמיגו חוץ לב"ד לא מהני וכמש"כ הסמ"ע בסי' קל"ג ס"ק ח' פנ"ל וזה דערער וקור ונערער מיירי במיחה לפני עדים כמש"כ הרשב"ם שם וי"ל דלזה נתפנין הרשב"ם ולכן י"ל במה דפסק האו"ת בסי' קמ"ה ס"ק ה' דנאמן המערער במיגו דאינו קשה עליו מהא דב"ב ה"ל ע"פ סברת האו"ת בסי' ע"ב ס"ק ל"ה ובסי' קמ"ו ה"ל ולשיטתו א"ש: א"כ יהנה מוכח לפי תירוץ אמצעי של התוס' ב"מ ה"ל דהדין הוא דמיגו חוץ לב"ד לא מהני דאל"כ תקשה מהא דב"ב ה"ל אף י"ל דגם מזה אינו הכרח להוכיח פן משום די"ל דלכן אינו נאמן על ערעורו האחרון במיגו דאי בעי היה עומד בדבריו הראשונים דהנה הנתיבות בסי' ע"ב ס"ק ל"ד פתב בשם הריב"ש דהא דיכול לשנות הטענות מפטור לפטור דלא שייך מיגו בזה משום דכשפא לסתור דבריו הראשונים לא מהני מיגו והא דיכול לשנות מפטור לפטור הטעם הוא דכל פטור אינו מדקדק כ"כ בדבריו ולא בדיוק אמרן וכ"כ הנתיבות בסי' ע"ט ס"ק ד'.

א"כ לפ"ז י"ל דדוקא היכא דהוי מוחזק ממש בזה אמרי' דלפטור א"ע אינו מדקדק כ"כ מפני שסומך על המוחזקות שלו וכמש"כ הפוסקים פ"ח בתבועו חטים והודה בשעורים דאם היה תפוס יכול לומר לכן לא תבעתי השעורים לפי שהייתי מוחזק בהם אבל הקא במה שתובע המערער את הקרקע מן המחזיק דהא המחזיק מוחזק בהקרקע אף דמיגו להוציא לא דיינינו בזה היינו לפי דיש להמערער חזקת מ"ק אבל מוחזק ממש לא מקרי המערער דהא עכשיו השדה הוא ברשות המחזיק ע"כ אין זה מקרי לפטור א"ע ולא שייך בזה הסברא דאמרו דכל פטור אינו מדקדק וע"כ לא שייך דין מיגו בזה לסתור דבריו הראשונים וכמש"כ הריב"ש והכנה"ג בכללי מיגו סי' קל"ג ולכן נדחה הוכחתי ה"ל וע"כ לדינא שפיר נקטינו דמיגו חוץ לב"ד מהני פנ"ל: סימן נז (א) (ש"ף ס"ק ט) אלא ע"י הדחק וכ"ש אם לא היו יוצאין פלל כו' ודלא פנראה מהב"י שרשב"ם ס"ל דבעי שלא יהיה יוצא פלל ולענ"ד נראה פי עיקרו הוא מן המ"מ פ' י"ד ה' מלנה שפתב דאם היה מפיר בהם שאינו יוצאין רק ע"י הדחק לא היה מקבלם משום דס"ל דביוצא ע"י הדחק אינו יכול לסלק להמלנה בע"כ דהמ"מ אזיל לטעמיה דכתב בפ"ו ה' מכירה

ה'ו דמעות הרעות שאינן יוצאין רק ע"י הדחק דינו פמטלטלין גבי מעות היפות ודלא כמש"כ הרמב"ם שם ועיקר פלוגתא זו הוא בח"מ סי' ר"ג סעיף ח' דהמחבר פסק שם פשיטת הרמב"ם דדוקא פסלתו מדינה מקרי פירא אבל אם יוצאין ע"י הדחק שם מטבע עליהן אף נגד מעות היפות והרמ"א פסק שם פשיטת המ"מ דאם יוצאין ע"י הדחק שם מטלטלין עליהן לפ"ז יש לדון דאם נימא פשיטת הרמב"ם דאף דאין יוצאין רק ע"י הדחק שם מטבע עליו עדיין לכן הדין נותן דיכול הלנה לסלק להמלנה בע"כ אף במעות שיוצאין ע"י הדחק אבל לפשיטת המ"מ וכפי שהכריע הרמ"א שם דביוצא ע"י הדחק נקרא בשם מטלטלין ע"כ הדין נותן לפ"ז דאין יכול לסלק להמלנה במעות שאינן יוצאין להדיא כיון דבע"ח דיני בזווי משום דזווי יתב זווי שקל [וכש"כ לפמש"כ הנתיבות בסי' ק"ז ס"ק ד' דבע"ח דינו בזווי מה"ת ואכמ"ל] אבל לפשיטת הרמב"ם הנ"ל יש לדון דאף ביוצא ע"י הדחק יכול לסלק בע"כ של המלנה כיון דשם מטבע עליו עדיין והא שכתב הרמב"ם ה' מלנה פ' י"ד ה' ח' החרתי לה מפני שלא הנה טובות י"ל דכוננתו שלא הנה יוצאים פלל ודלא כמש"כ המחבר כאן ולפ"ז י"ל דלכן כתב הרשב"ם דבעינו שלא הנה יוצא פלל כמש"כ הב"י בכוננתו.

משום דס"ל להרשב"ם פשיטת הרמב"ם דשם מטבע עליו עדיין אף אם לא היו יוצאים רק ע"י הדחק ולכן יש לדון בדברי המחבר דפסק כאן דביוצא ע"י הדחק אינו יכול לסלקו דהא פסק לקמן בסי' ר"ג פהרמב"ם פנ"ל פן נ"ל לולי דברייהם: ובב"ק ד' ל"ז גבי חנו בישא תקע כו' ה"ל זוזא מקא כו' וניהביה ניהליה דמשמע דאף דאינו יוצא בהוצאה רק ע"י הדחק יכול לסלק להבע"ח י"ל דהנה מתרצה בכף ובחז' הרשב"א לב"ק שם משמע דמחוייב ע"פ דין לקבלן משום דמקרי נפש רעה כו' אף אין זה מוכרח כ"כ בכוננתו] ולפמש"כ לעיל דלפשיטת המ"מ הנ"ל הדין נותן דכיון דאינו יוצאין בהוצאה להדיא שם מטלטלין עליהן ואינו יכול לסלק עי"ז בע"כ וכ"כ המ"מ שם בשם הרשב"א דדינו כפירא א"כ תקשה דהא כיון דהך זוזא מפא לא הנה יוצא רק ע"י הדחק א"כ לא הנה מחוייב לקבלו.

ואפשר לחלק דשאני ב"ח דדינו בזווי ע"כ היכא דאינו יוצא בהוצאה להדיא דשם מטלטלין עליו פנ"ל לכן אין הלנה יכול לסלק בהו להמלנה משא"כ התם גבי חנו בישא תקע ליה דהא חבלות אין דינו בכסף ויכול לסלק אף במטלטלין ע"כ יכול לסלק אף ביוצאין רק ע"י הדחק דהא לא גריעי מן מטלטלין שוב ראיתי דז"א דהא הך עובדא דחנו בישא הנה לפני רב הונא והא רב הונא אית ליה או פסך או מיטב פמבנאר בב"ק ד' ט' וע"כ מוכח דמייירי הך עובדא דחנו בישא בלית ליה פסך כמו דמוקי לעיל שם וה"ה בב"ח י"ל דאם לית ליה מעות אחרים יכול לסלק אף ביוצאין ע"י הדחק אף היכא דיש לו מעות דמחוייב לסלק בזווי משום זווי יתב כו' פמבנאר בב"ב ד' - קכ"ד וב"ק ד' מ"ג אז י"ל כיון דפשיטת המ"מ והרשב"א והרמ"א לדינא דשם מטלטלין עליהן גבי מעות היפות וע"כ בע"ח דדינו בזווי אם יש לו מעות דאינו יכול לסלק בהו משום דהוי כמו מין אחר גבי המטבע שהלנהו ולא קרינו בהו זווי יתב זוי שקל: ובקדושין ד' ח' מוכח דאף היכא דלא שייך לומר זווי יתב כו' ג"כ אין שם מטבע עליו אם יוצאין ע"י הדחק דהא אמרו שם בקידשה במנה דאם נפק ע"י הדחק דיחליף וכתב הר"ן דחייב להחליף והובא בב"ש סי' כ"ט ס"ק כ' וז"ל הריטב"א שם דנפק ע"י הדחק פ"א אע"ג דמנה חשיב

קמ"ל דגם בזה אמרינן טרוד הוא בעסקיו ונשבע שכיר ונוטל עכ"ל וכן ראיתי ברש"א שם שכתב פן לפרש לירושלמי הג"ל אלמא דקאי בטענת פרעון וכן פל הסוגיא מוכח שם דמיירי בטענת פרעון וע"ז ס"יג היירושלמי הנה משכונ בידו נוטל בלא שבועה והבעה"ת שער מ"ט ח"ב כתב דאם מחולקים בפרעון במשכון דינו כמו בשטר דאינו נאמן לומר פרעתי משום דמצי אמר משכונה בידי מאי בעי כמו בשטר דאמרו שטרך בידי מאי בעי והובא בנתיבות סי' ע"ב ס"ק ל"ז וס"ק נ"א ונהו פוננת הירושלמי הנה משכון בידו ולא קאמר בלשון הנה טליתו או חפצו בידו רק אמר בלשון משכון משום דמודה דנתנו למשכון ע"כ אינו נאמן לומר פרעתי משום דמצי אמר משכונה בידי מאי בעי כמו בשטר דא"צ לשבע בלא טען השבע לי ולא מבעיא אם יש עדים שהוא משכון רק דמחולקים בפרעון ודאי דינו כמו בשטר ואף כשהלנה מודה דנתן את החפץ להמלנה בתורת משכון ג"כ לא שייך להאמין להחייב במיגו דהנה כופר החוב דאז הנה צריך התובע לשבע בנק"ח דהא שכיר נשבע ונוטל וה"ה עכשיו דמודה שהוא למשכון הנה נאמן במיגו לחייב להתובע שבועה משום דהא כתב הב"ש סי' צ"ו ס"ק ח' בשם תשובת הר"ף דמיגו לחייבי שבועה לא אמרינן.

ואשמעו עינן הירושלמי הך דינא שכתב הבעה"ת הג"ל ג"כ וכן הוכחתי כבר מהא דח"מ סי' פ"ב סעיף י' בטען הלנה כתבתי ללוות ולא לנה או אמנה וריבית דא"צ המלנה שבועה או מחילה לחד דעה דאין נאמן לחייב שבועה להמלנה במיגו דהנה טוען פרעתי דאז הנה צריך לשבע בטען השבע לי אלמא דלא אמרינן מיגו לחייבי שבועה ויש להאריך ואכ"מ ולכן נקט הירושלמי בלשון הנה משכון בידו כו' ולא נקטו הנה טליתו בידו להורות פנ"ל דמיירי בנתן לו במשכון ושייך בו לומר משכונה בידי מאי בעי א"כ מתורץ מה דהקשו מירושלמי על הגאונים הג"ל ונשפיר י"ל דהיכא דאינו מודה הלנה דניתן למשכון או במחולקים בעיקר הסף ההלואה בזה י"ל דצריך לשבע ומן הירושלמי הג"ל סייעתא להבעה"ת: ועוד י"ל דהא מבואר ברא"ש פ"ז דשבועות והרש"א והר"נ שם דהביאו ראיה לזה מהא דב"ק דף קי"ד המפיר פליו וספריו בידי אחר ישבע כמה הוציא ויטול ולא מהימן במיגו דממה לקחתי משום דהוי מיגו לאפטורי משבועה רק הרש"א הביא שם בשם יש מי שכתבו לדחות ראיה זו ע"פ ירושלמי בב"ק שם דתקנת חכמים הוא התם פדי שלא הנה בע"ב מטפלים עם גנבים אף שיטת רוב הראשונים שם דכיון דבש"ס דילן לא הוזכר סברא זו ע"כ פשט המשנה משמע דלכן ישבע כמה הוציא משום דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה לכן י"ל דהירושלמי דקאמר הנה משכון בידו נוטל בלא אזיל לטעמי' דמפרש בב"ק טעמא של משנה זו משום שלא יהי' בע"ב מטפלים עם גנבים משום דס"ל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה אבל אגן לא ס"ל פן פנ"ל: ולפי מה דנסתפק הג"ת והובא בכללי מיגו של האו"ת ס"ק קי"ח דנסתפק לומר דאפשר דאמרינן מיגו לחייבי שבועה וכש"כ להסוברים דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה יש מקום לפרש ירושלמי הג"ל בכוננה אחרת ואינו קשה על הגאונים הג"ל והוא דבאמת הוא דוחק מש"כ בשמם לפרש מאי דקאמר הירושלמי מתחלה שם הקדים לו שפרו נוטל בשבועה ולכן נראה לי לפרש באופן אחר והוא דהא קיי"ל בב"ב ד' ה' דאם טען פרעתי בתוך זמנו וכעת הוא לאחר זמנו דאיבעיא דלא אפשטא אם מהימן במיגו נגד חזקה ומבואר בסי' ע"ח סעי' ה' דהלנה פטור ואי תפס לא מפקינן וזה ברור דהא דאמרינן בב"מ ד'

ק"ב שְׁכִיר בְּזַמְנוֹ נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל דַּעְבֵּיד דְּפָרַע בְּיוֹמָא דְּמִשְׁלַם זְמַנּוֹ הֵינּוּ בְּטוּעֵן פְּרַעְתִּי
לְאַחַר דְּנִתְחַיֵּיב שְׁכִירוֹתוֹ פְּגוֹן דְּנִתְנָהּ לוֹ בְּחֻצֵי הַיּוֹם וְנִתְחַיֵּיב אֲזַי מִיַּד הַשְׁכִּירוֹת דְּהָא דְּאִין
שְׁכִירוֹת מִשְׁתַּלְּמַת אֲלָא בְּסוּף הָא גַּם זֶה בְּסוּף מְקָרִי כְּמַבְנֹאֲרַ ב"מ ד' ק"ג שָׁם.

רק דְּאִינוּ עוֹבְרַ עַל בַּל תִּלִּין עַד שְׁקִיעַת הַחַמָּה כְּמַבְנֹאֲרַ ב"מ ד' קי"ב וּב"ח מ"ס'י של"ט
סְעִיף מ' וְעֵינֵן בְּקִצָּה"ח ס'י פ"ט ס"ק ב' בְּשֵׁם הַשֶּׁמֶשׁ"ק אֲבָל כָּל זְמַן דְּלֹא נָתַן לַהֲבַע"ב
טְלִיתוֹ אֲזַי אִינוּ נֶאֱמָן לֹאמַר פְּרַעְתִּי מִשּׁוֹם דְּמְקָרִי תוֹף זְמַנּוֹ וְה"ה הִיכָא דְּאִין הַחֲפִיץ בְּיַד
הָאֲנָמֵן רַק דְּלֹא גָמַר שְׁכִירוֹתוֹ מְקָרִי תוֹף זְמַנּוֹ דְּהָא אִין שְׁכִירוֹת מִשְׁתַּלְּמַת אֲלָא בְּסוּף
כַּמְש"כ הַתּוֹס' ב"ב"ק דָּף צ"ט ד"ה אֲלָא בְּמֵאֵי מְקַדְּשָׁה וּד"ה וְאִיב"א וְכַמְש"כ הַשְּׁ"ף
ב"ח מ"ס'י כ"ו ס"ק ע"ו ע"ש: וְעֵינֵן בְּקִצָּה"ח ס'י ע"ב ס"ק כ"ג: וְהַשְּׁ"ף ס'י ע"ח ס"ק
ט"ז הִבִּיא בְּשֵׁם פְּמָה פּוֹסְקִים דַּס"ל דְּאָף בְּיוֹמָא דְּמִשְׁלַם זְמַנּוֹ נֶאֱמָן בְּמִיגוֹ לֹאמַר פְּרַעְתִּי
בְּתוֹ"ז וְדָלָא כְּשִׁיטַת הַתּוֹס' ב"ב"ב דָּף ה' וְזֵה פְּנוּנַת הַיְרוּשְׁלָמִי הַקְּדִים לוֹ שְׁכָרוֹ הֵינּוּ
דְּטוּעֵן פְּרַעְתִּי בְּתוֹ"ז נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל וְלֹא אֲמָרִינֵן דְּהָא אִינוּ נֶאֱמָן לֹאמַר פְּרַעְתִּי תוֹ"ז מִשּׁוֹם
חֲזָקָה אִין אָדָם פּוֹרַע תוֹ"ז ע"כ אֲשַׁמְעִינֵן דְּנֶאֱמָן בְּמִיגוֹ דְּאִי בְּעֵי הִיָּה אֹמַר פְּרַעְתִּי בְּמִשְׁלַם
זְמַנּוֹ דְּאֲזַי הִיָּה צְרִיף הַשְּׁכִיר לְשַׁבַּע וְלִיטָּוֵל ע"כ מְהִימֵן בְּמִיגוֹ כְּדִקְיִי"ל דְּאָם הוּא מְוַחֲזָק
נֶאֱמָן בְּמִיגוֹ וְאָף דַּהֲנַפ"מ הוּא רַק לְעֵנֵן שְׁבוּעָה דְּהָא בְּלֹא"ה שְׁכִיר נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל ע"כ"ז
מְהִימֵן בְּמִיגוֹ לְחַיֵּיב שְׁבוּעָה לְהַשְּׁכִיר כְּנ"ל וְסִיִּים הַיְרוּשְׁלָמִי ע"ז הִיָּה מִשְׁכּוֹן בְּיַדוֹ נוֹטֵל
בְּלֹא שְׁבוּעָה וְקָאֵי עַל מַה שְּׁאֲמַר לְעֵיל שָׁם בְּטוּעֵן הַקְּדִים לוֹ שְׁכָרוֹ הֵינּוּ בְּטוּעֵן פְּרַעְתִּי
תוֹף זְמַנּוֹ דְּאָם הָאֲנָמֵן מְוַחֲזָק אֲזַי יְכוּל לֹאמַר קִים לִי דְּלֹא מְהִימֵן בְּמִיגוֹ נֶגֶד חֲזָקָה כְּמַבְנֹאֲרַ
בְּסִי" ע"ח וְהָא דְּנֶקֶט בְּלִשׁוֹן הִיָּה מִשְׁכּוֹן בְּיַדוֹ אִין זֶה דְּקִדּוּק כְּדִחְזִינֵן לְשִׁיטַת הַרְאִשׁוֹנִים
דְּפִירְשׁוּ לְהַיְרוּשְׁלָמִי דַּס"ל דְּנֶאֱמָן כְּדִי דְּמִי בְּמִינּוֹ.

וּבְזֵה א"צ דְּנֹקָא בְּנִיטָן לְמִשְׁכּוֹן דְּהָא בְּכָל מַה דְּתַפְס בְּלֹא סְהַדִּי כְּמוֹ בְּעֵיזֵי דְּאֲכָלִי חֲנוּשָׁלָא
מְהִימֵן כְּדִי דְּמִי בְּמִיגוֹ אֲלָמָא דְּלֹא דְּנֹקָא נֶקֶט בְּלִשׁוֹן מִשְׁכּוֹן א"כ ה"ה לְפַמְש"כ דְּהַטְעַם
הוּא דְּכִינֵן דְּהָאֲנָמֵן מְוַחֲזָק יְכוּל לְטַעוֹן קִים לִי דְּאִינוּ נֶאֱמָן לֹאמַר פְּרַעְתִּי תוֹף זְמַנּוֹ אָף
בְּמִיגוֹ וְאִינוּ קָשָׁה קְוָשִׁיט הַרְאִשׁוֹנִים מְהַיְרוּשְׁלָמִי וְהַבּוּחַר יְבַחֵר.

עָנָף ב וּמַה דְּהַקְּשׁוּ הַרְאִשׁוֹנִים עַל שִׁיטַת הַגְּאוּנִים הַנְּ"ל מְבַרְיִיתָא דְּב"ב דָּף מ"ה דְּהִיָּה
טְלִיתִי בְּיַדוֹ כ"ז שְׁהַטְלִית בְּיַד הָאֲנָמֵן עַל בַּעַה"ב לְהַבִּיא רְאָיָה דְּמִשְׁמַע דַּא"צ שְׁבוּעָה
כַּמְש"כ הַרְשָׁב"א בְּחִידוּשֵׁי לְשְׁבוּעוֹת וְהַרְמַב"ן בְּסוּף שְׁבוּעוֹת בְּמִלְחָמוֹת וְהַנְּ"י ב"ב
בְּסוּגְיָא דְּאִין לֹאמַר פְּנוּנַת הַבְּרִייתָא דַּהֲמַמְע"ה וְאָם לֹא יְבִיא רְאָיָה יִשְׁבַּע הָאֲנָמֵן
וְיִטָּוֵל: דַּא"כ תְּקַשָּׁה הֵינּוּ סִפָּא דְּקַתְּנִי נִתְנָה בְּזַמְנוֹ נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל א"כ תְּקַשָּׁה עַל הַגְּאוּנִים
מְהַבְּרִייתָא הַנְּ"ל וְנִלְע"ד לְתַרְץ דְּהָא הַרִי"ף בְּכַתְּוֹבוֹת פ"ט בְּסוּגְיָא בְּעַד א' מְעִיד שְׁהוּא
פְּרוּעַ דְּאֲמַר ר"פ אִי פִיקַח הוּא מִיִּיתִי לִיִּדִי שְׁבוּעָה דְּאוֹרִייתָא כְּתַב הַרִי"ף לְפָרֵשׁ נַפ"מ
בְּאָם תְּפָסָה דְּבִשְׁבוּעָה דְּרַבְּנֵן לֹא מְפָקִינֵן מִיָּנָה וּבְדְאוֹרִייתָא מְפָקִינֵן מִיָּנָה וְהַר"ן שָׁם כְּתַב
דְּאָף דְּלֹא מְפָקִינֵן מִכ"מ עֲבָדִינֵן לִיהַ כְּמוֹ בְּכָל גְּזֵל דְּרַבְּנֵן וְהוּבָא זֶה ב"ח מ"ס'י פ"ב סְעִיף
ה' בְּש"ף ס"ק י"ז וּבְסִי" פ"ז סְעִי" יו"ד וּבַאֲה"ע ס'י צ"ו סְעִיף י"א וּב"ח מ"ש"ק ס"ק כ"ו
וְהַשְּׁ"ף ס'י פ"ז ס"ק כ"ה כְּתַב דְּזֵהוּ דְּנֹקָא בְּאוֹתָן דְּמֵן הַדִּין הִיּוּ נוֹטְלִים בְּלֹא שְׁבוּעָה אֲבָל
בְּשְׁכִיר וְנֶגְזֵל דְּמֵן הַדִּין אִין נוֹטְלִים רַק מִשּׁוֹם תְּקַחז"ל וְהֵם לֹא הֶאֱמִינוּהוּ אֲלָא בְּשְׁבוּעָה
ע"כ אָם תְּפָס וְאִינוּ רוּצָה לְשַׁבַּע מְפָקִינֵן מִיָּנָה וּלְפ"ז יֵשׁ לְפָרֵשׁ לְהַבְּרִייתָא דְּקַתְּנִי

הממע"ה כמו דחזינו בלשון הרי"ף והמחבר שפתבו בקצרה דאי תפס לא מפקינו כמו
בכל גזל דרבנו ולא פתבו דענשינו ליה רק הר"ן והש"ף פתבו פנ"ל פו יש לפרש
להברייתא דאמרו הממע"ה דהפנונה דמי שפא להוציא צריד ראיה ואם לא יביא ראיה
אינו יכול להוציא ממנו דאף דלא ירצה לשבע שבועת המשכון ג"כ לא נחתינו לנכסיו
כמו בכל נשבעין ונוטלין היכא דמן הדין א"צ שבועה דהא מהימן במיגו רק תקנו שבועה
דהוי אפוקי ממונא מחבריה כמש"כ הרא"ש והר"ן א"כ כמו דבכל שבועת המשנה אם
תפס ואינו רוצה לשבע לא מפקינו מיניה ה"ה גם בשבועת המשכון דינו כמו גזל דרבנו
ואין מוציאין ממנו כמו דסמך הרי"ף והמחבר בסתימות לשונם בזה על הפשיטות פנ"ל
רק דהר"ן והש"ף פתבו פנ"ל ובסיפא דנתנה בזמנו נשבע ונוטל פיון דמן הדין אינו נוטל
אף בשבועה רק מצד תקנת חז"ל בזה אם אינו רוצה לשבע מוציאין ממנו אף אם תפס
דבזה השבועה מעכב הפרעון פנ"ל ולכן קתני בזה נשבע ונוטל דבלא שבועה אינו יכול
לטול כלל.

ומתורץ קושיות הראשונים על הגאונים הנ"ל מהברייתא: אף עדיין י"ל בתירוץ
לפמש"כ הר"ן בכתובות שם דהא דכתב הרי"ף אי תפס לא מפקינו זהו רק בתפס מעות
אבל בתפס מטלטלין מפקינו מיניה כו' וכן מבואר באה"ע סי' צ"ו סעיף י"א ובש"ף
ובסמ"ע סי' פ"ז א"כ בתפס משכון ואינו רוצה לשבע הדין נותן דמפקינו מיניה דהא הוי
מטלטלין אכן לפמש"כ במק"א דז"א רק בזה"ז דאין לנו ב"ד סמוכים כמו שהארכתי
במק"א אבל בזמן דאיכא ב"ד סמוכין דדנין מה"ת אף תפס מטלטלין לא מפקינו מיניה
ע"כ בזמן הברייתא דהיה אז ב"ד סמוכים שפיר לא מפקינו אף בתפס מטלטלין וכש"כ
לפי מה שהעלה הקצה"ח סי' פ"ז ס"ק י"ג דאף בתפס מטלטלין לא מפקינו.

א"כ בנודאי אתי שפיר למש"כ: ועפ"ז יש מקום לתרץ שיטת הרי"ף בב"ב בסוגיא דאמן
דף מ"ו דפסק דלא מהני מיגו באמן אף דליכא עדי ראיה והקשו כל הראשונים עליו
מהברייתא הנ"ל דקתני שם כ"ז שהטלית בידי האמן על בעה"ב להביא ראיה ומבואר
בש"ס שם ד' מ"ו דמתיב רבא לסיועי לרבה מהברייתא דנותן טליתו לאמן דהמע"ה
כו' דאמן מהימן מיגו דאי בעי אמר לקוחה בידי כו' דלא ראה אלמא דמהימן במיגו ועיין
ברמב"ן לחידושו שם: ולענ"ד נראה לתרץ משום דשיטת הרי"ף הוא דלכן אמן לא
מהימן במיגו משום דמקרי מיגו להוציא דהפלי בחזקת בעלים עומד כמש"כ התנאים סי'
קל"ד ס"ק א' והא דמבואר בברייתא דמהימן האמן י"ל הטעם דלכן מהימן אם הטלית
בידו לפי המבואר בח"מ סי' ע"ב וש"ף ס"ק ק"ט בשם הרשב"א דפסק אם יש עדים
שממשכון בידי החפץ ומחולקים המלוה והלוה בהסד דאין מוציאין מהמלוה פיון דבע"ח
קונה משכון מקרי המלוה מוחזק ושאני הא דאמן משום דבאמן לא שייך בע"ח קונה
משכון דלאו בתורת משכון אתאי לידו ע"ש: ובאה"ע סי' כ"ח סעי' ט"ו מבואר דלא
פירש"א אלא גם באמן ס"ל לכמה פוסקים דקני משכון ע"ש לכן י"ל דהא דמהימן
אמן בטלית בידי פיון דעיקר מלתא דאמן אין לו חזקה משום דאמרינו דניתן לו בתורת
אומנות א"כ הוי כמו שיש לו עדים בדבר שבתורת משכון אתי לידו דקני לו עכ"פ אף
אין אנו יודעים סד הקציעה ע"כ מהימן כמו הא דסי' ע"ב סעי' כ"ג פנ"ל: אכן יש לחלק
דשאני היכא דלא נתן רק בתורת משכון א"כ על קצת אנו יודעים דמגיע לו לכל הפחות
סד מה דהא בפרעון ליכא לאסתפוקי על משכון כמש"כ לעיל בשם בעה"ת דעל משכון

שִׁינָה ג"כ לומר מִשְׁכּוֹנָה בְּיַד מַאי בְּעֵי כְּמוֹ בְּשִׁטְר וְכִינּוֹן דִּישׁ לוֹ קִנְיָן בְּמִשְׁכּוֹן בְּנוּדָאֵי רַק דְּלֹא יִדְעִינּוּ עַל כְּפֹה לְכַן אֵין מוֹצִיאִין מִהַמְלִיחָה גַם יֵשׁ לְדַמּוּת זֶה לְהָא דְּמִבְּנוּדָאֵר בְּב"מ ד' ק' שִׁפְתָּבוּ הַתּוֹס' שֵׁם ד"ה וְלַחֲזִי בְּרִשׁוּתָא דְּמֵאן קִיָּמָא כּו' דְּבְדַרְרָא דְּמִמוּנָא וְיֵשׁ סְפֵק לְב"ד בְּלֹא טַעֲנוּתִיהֶם אֵין מוֹצִיאִין מִהַלּוּקַח דְּתַפְס וְטוֹעֵן בְּרִי ע"ש וְדַרְרָא דְּמִמוּנָא מְקַרִי בְּיֵשׁ לוֹ עֲדִים שְׂמַגִּיעַ לוֹ רַק אֵין יוֹדְעִים אִם דְּמִי עֶבֶד גְּדוּל אוֹ דְּמִי עֶבֶד קֶטַן עֵינִין בְּתוֹס' שֵׁם ד"ה דְּמִי עֶבֶד וּבְכֻלְיִ תְּפִיסָה שְׁל אַחֲרוּנִים בְּדַרְרָא דְּמִמוּנָא וּבְקַצָּה"ח וּנְתִיבוֹת סִי ע"ב וְסִי פ"ח ע"כ ה"ה הִיכָא דִּיְדְעִינּוּ דְּמַגִּיעַ לוֹ אִיזָה סָף רַק אֵין יוֹדְעִים סָף הַקְּצִיצָה מְקַרִי דַרְרָא דְּמִמוּנָא וְכִינּוֹן דְּקִנְיָ מִשְׁכּוֹן הֵוִי כְּמוֹ טַעֲנַת לוֹקַח עַל גּוֹף הַדְּבָר דְּכַתְבַּת הַתְּנַמִּים בְּכֻלְיִ תְּפִיסָה דְּהִיכָא דְּטוֹעֵן עַל גּוֹף הַדְּבָר שֶׁהוּא שְׁלוֹ מוֹעִיל תְּפִיסָה וְה"ה בְּע"ח דְּקִנְיָ מִשְׁכּוֹן מְקַרִי ג"כ טוֹעֵן עַל גּוֹף הַדְּבָר שֶׁהוּא שְׁלוֹ מוֹעִיל תְּפִיסָה וְכַפְסֵק הַרְשָׁפָא הַנְּ"ל אָף י"ל דְּזֶה אֵינוֹ שִׁינָה אֲלֵא הִיכָא דְּאָנּוּ סְהָדִי דְּמַגִּיעַ לוֹ אִיזָה חוּב מְקַצָּת בְּנוּדָאֵי וְאֵין יוֹדְעִים כְּפֹה מְקַרִי זֶה שְׁפִיר דַרְרָא דְּמִמוּנָא אֲבָל בְּאֲנָן אָף דְּקִנְיָ מִשְׁכּוֹן כְּשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים בַּאֲה"ע: עכ"ז מְהִימֵן לומר פְּרַעְתִּי דְּהָא לֹא שִׁינָה בְּזֶה לומר מִשְׁכּוֹנָה בְּיַד מַאי בְּעֵי כִּינּוֹן דְּלֹא נָתַן לוֹ עֶבֶר מִשְׁכּוֹן כִּי אִם לְאֻמְנוֹת וְאָף דְּמִמְלִיאָ קִנְיָ לוֹ בְּתוֹרַת מִשְׁכּוֹן כ"ז דְּלֹא פְּרַע כְּנ"ל מ"מ דְּכִינּוֹן דִּיכּוֹל לְטַעוֹן פְּרַעְתִּי ע"כ אָף הִיכָא דְּלֹא טַעֵן פְּרַעְתִּי לֹא מְקַרִי זֶה דַרְרָא דְּמִמוּנָא כִּינּוֹן דְּלֹא נוֹלַד הַסְּפֵק בְּלֹא טַעֲנוּתִיהֶם דְּהָא בְּאֲמַת יְכוּל לְטַעוֹן פְּרַעְתִּי רַק מִשׁוּם דְּלֹא טַעֵן פְּרַעְתִּי נוֹלַד לָנוּ הַסְּפֵק רַק ע"פ טַעֲנוּתִיהֶם אֲמַנְם בְּאֲמַת י"ל דְּגַם אֲנָן לֹא מְהִימֵן לומר פְּרַעְתִּי מִשׁוּם דְּכ"ז דְּטְלִיתוֹ בְּיָדוֹ דוֹמָה זֶה לְחוּב תוֹף זְמַנּוֹ דְּקִי"ל דְּאֵינוֹ נְאָמֵן לומר פְּרַעְתִּי דְּהָא שְׁכִירוֹת אֵינוֹ מְשַׁלְּמַת אֲלֵא לְבִסוּף.

וְסוּף מְקַרִי בְּעַת שְׁמוּסֵר טְלִיתוֹ בְּחֻזְרָה לְהַבְעָה"ב כְּמַש"כ הַתּוֹס' בְּב"ק ד' צ"ט וּבַח"מ סִי קכ"ו וּבְשִׁ"ף ס"ק ע"ו ע"כ כִּינּוֹן דְּאָנּוּ סְהָדִי דְּבְתוֹרַת אֲנָמְנוֹת אֲתֵאֵי לִידּוֹ וּמַגִּיעַ לוֹ אִיזָה סָף שְׁכִירוֹת בְּנוּדָאֵי דְּהָא לֹא עֶבֶיד דְּפָרַע בְּגוֹ זְמַנּוֹ רַק דְּלֹא יִדְעִינּוּ כְּפֹה סָף הַקְּצִיצָה לְכַן דִּין אֲנָן כְּמוֹ בְּמִשְׁכּוֹן דָּאִם יִדְעִינּוּ דְּמַגִּיעַ לוֹ אִיזָה סָף רַק לֹא יִדְעִינּוּ כְּפֹה דְּמוֹעִיל תְּפִיסָתוֹ דְּכִינּוֹן דְּקִנְיָ מִשְׁכּוֹן בְּמְקַצָּת מְקַרִי מְוַחֲזַק גַּם עַל הַמּוֹתֵר דְּנִסְתַּפְקֵנוּ אוֹ מִשׁוּם דַרְרָא דְּמִמוּנָא כְּנ"ל וְיֵשׁ לְסַמְנָה שְׁנֵי הַטַּעֲמִים בְּיַחַד ע"כ אֲמָרוּ בְּפִרְיָתָא שֵׁם דְּהַמְמַע"ה וְלֹא מִשׁוּם מִיגוֹ: וְהָא דְּמִבְּנוּדָאֵר בְּב"ב שֵׁם דְּמוֹתֵיב רְבָא לְסִיּוּעֵי לְרַבָּה וְתִיּוּבְתָא דְּאַבְיִי כְּמַש"כ הַרְשָׁפָא שֵׁם מְבַרְיָתָא דְּנָתַן טְלִיתוֹ לְאֲנָן דְּהַמְמַע"ה דְּמִשׁוּם מִיגוֹ אֲתֵינּוּ עֲלֵה הֵינּוּ דְּהָא רְבָא ס"ל בְּב"ב ד' ה' דְּעֶבֶיד אֵינְשׁ דְּפָרַע בְּגוֹ זְמַנּוֹ וְנָאֲמֵן לומר פְּרַעְתִּי בְּתוֹף זְמַנּוֹ וְכִן ס"ל לְאַבְיִי בְּב"ב ד' ה' ע"כ הֵוִי תִיּוּבְתָא לְאַבְיִי וּלְפ"ז הָא אֲנָן בְּתוֹף זְמַן שְׁכִירוֹתוֹ ג"כ יְכוּל לְטַעוֹן פְּרַעְתִּי כְּמוֹ כָּל חוּב תוֹף זְמַנּוֹ וְכַמְש"כ הַשִּׁ"ף לְדַמּוּת כְּפֵעִין זֶה בְּסִימָן קכ"ו ס"ק ע"ו וְעֵינִין בְּקַצָּה"ח שֵׁם וְיֵשׁ לְהֶאָרִיף בְּעִיָּקֵר דְּבָרֵי הַשִּׁ"ף הַנְּ"ל: א"כ לְשִׁיטַת רְבָא הַנְּ"ל אֵין סְבָרָא לומר דְּלְכַן הַמְמַע"ה מִשׁוּם דְּהֵוִי דַרְרָא דְּמִמוּנָא כִּינּוֹן דְּמַגִּיעַ לוֹ מְקַצָּת בְּנוּדָאֵי וְגַם קִנְיָ לוֹ מְקַצָּת בְּהַמְשְׁכּוֹן ע"כ מְקַרִי מְוַחֲזַק בְּהַמּוֹתֵר דְּזֶה אֵינוֹ שִׁינָה אֲלֵיבָא דְּרַבָּא אֲלֵא בְּמִשְׁכּוֹן דְּנָתַן לִידּוֹ רַק בְּתוֹרַת מִשְׁכּוֹן דְּלֹא מְהִימֵן לומר פְּרַעְתִּי כְּמוֹ בְּשִׁטְר דְּמִשְׁכּוֹנָה בְּיַד מַאי בְּעֵי מִשָּׂא"כ הִיכָא דְּנָתַן לוֹ בְּתוֹרַת אֲנָמְנוֹת לֹא שִׁינָה בְּזֶה לומר מִשְׁכּוֹנָה בְּיַד מַאי בְּעֵי.

דְּהָא לֹא נָתַן לּוֹ עֲבוּר מִשְׁכּוֹן כִּי אִם מְשׁוּם אֲנֻמְנוּת וְאַף דְּמַמְיָלָא קְנִי מִשְׁכּוֹן כְּמוֹ שְׁפָסַק
הֶרְמִיא בֵּאדָה ע בְּסִי' כ"ח פְּנ"ל עכ"ז מִשְׁכּוֹנָה בְּיַדֵּי מַאי בְּעֵי לֹא שִׁינָה בְּזָה וּכְעֵין דְּאָמְרוּ
בב"מ ד' ק"ג ע"א דְּשִׁטְר לְגִבְרֵינָא קָאֵי אֵינוּ נְאָמֵן לֹומֵר פְּרַעְתִּי.

משא"כ הֵיכָא דִּי"ל דְּנִכְתַּב הַשְׁטֵר לְעַנְנֵן אַחַר ע"ש וְכֵה"ג פְּתַב הֶרִיב"ש סִי' שְׁמ"ה וְהוּבָא
בְּקִצְרָה בֵּאדָה ע סִי' נ"א ס"ק ה': וְאַף דְּהָיִ תוּף זְמַנּוֹ ג"כ נְאָמֵן לֹומֵר פְּרַעְתִּי אֲלִיבָא דְרָבָא.
וְעֵינֵן בְּתוֹס' ב"ב ד' ה' ד"ה פִּי הֵיכָא דְלֹא לְטָרְדֵן כו' וּבְתוֹס' ב"מ ד' ק"ב ד"ה בְּחֻזְקַת
שְׁלֹא נִפְדָּה כו' אָכֵן לְתִירוּץ קָמָא שְׁל הַתּוֹס' שָׁם א"ש לְמַש"כ בְּשִׁיטַת הֶרִי"ף וְעֵינֵן
בְּשִׁמ"ק וּבְרִיטְב"א שָׁם וַיֵּשׁ לְהֶאָרִיף בְּכ"ז] לְכֹן לְרָבָא אֵין זֶה מְקַרִי דְרָרָא דְמֻמוּנָא וְגַם
אֵינוּ דוֹמָה לְמִשְׁכּוֹן דְּסִי' ע"ב בְּשֵׁם הַרְשָׁב"א הַנֵּ"ל ע"כ לְשִׁיטַת רָבָא וְאַבְיֵי מוּכַח דְּהָא
דְּתַנִּי הַמוּצִיא מִחֲבִירוֹ עָלָיו לְהִבִּיא רָאָה אֵין זֶה אֲלֵא מְשׁוּם מִיגוֹ: וְהָא דְלֹא חָשׁ רַבָּה
לְסִבְרַת הָאֲלָפֵס דְּס"ל דְּאָנֻן מְקַרִי מִיגוֹ לְהוּצִיא כְּסִבְרַת הַתּוֹמִים הַנֵּ"ל י"ל דְּרַבָּה לְטַעֲמִיהּ
אֲזִיל דְּס"ל דְּמַהִימֵן בְּמִיגוֹ אָף לְהוּצִיא כְּמִבְּנֹאֵר בְּב"ב ד' ל"ב אָכֵל לְדִידֵן דְּקִי"ל הֶתֶם
הַלְכְּתָא פְּרַב יוֹסֵף דְלֹא מַהִימֵן בְּמִיגוֹ לְהוּצִיא וְכִינּוֹ דְּאָנֻן עַל טְלִיתוֹ מְקַרִי לְהוּצִיא ע"כ
שְׁפִיר פְּסַק הָאֲלָפֵס דְלֹא מַהִימֵן וְאֵינוּ קָשָׁה מִהַבְּרִייתָא הַנֵּ"ל לְדִידֵן דְּקִי"ל אֵין אָדָם
פוֹרַע בְּתוּף זְמַנּוֹ א"כ דוֹמָה לְמִשְׁכּוֹן שְׁפַתַּב הַרְשָׁב"א דְּמְקַרִי הַמְלִינָה מְוַחֲזַק וְהֶרִי"ף הוֹכִיחַ
כֹּן מִן קְוִשִׁית הַתּוֹס' בְּב"ב ד' מ"ה ד"ה אֵי הָכִי כו' בְּשִׁלְמָא לְדִידֵי לִית לֵיהּ מִיגוֹ כו' וְכַמ"ש
הַמְהַרְשָׁ"א שָׁם בְּשֵׁם הֶרְמֵב"ן ע"ש וְהָא דְּבַעַה"ב מוֹדָה דְּקִצְרָלוֹ א' וְלֹא פְּרַע שְׁאֵנִי זֶה
דְּהָא יֵשׁ לּוֹ מִיגוֹ דְּפְרַעְתִּי אֲלִיבָא דְרָבָא [וּבַמַּק"א פְּתַבְתִּי דְּהֵיכָא דְּחֻזְקַת מ"ק מְסִיעֵע לְכ"ע
אָמְרִי מִיגוֹ לְהוּצִיא] וּלְפ"ז א"ש שִׁיטַת הֶרִי"ף עַל נְכוּן: וּלְפַמְש"כ יֵשׁ לְתַרְץ קְוִשִׁית
הַרְשָׁב"א דְּהַקְשָׁה עַל הַף דִּינָא שְׁפַתַּב דְּהַמְלִינָה נְקָרָא מְוַחֲזַק בְּהַמְשָׁכּוֹן דְּאֵמַאי אָמְרוּ בְּב"ב
שָׁם נָתַן טְלִיתוֹ לְאָנֻן דְּרַק מְשׁוּם מִיגוֹ אָתוּ עָלָה.

וּמִזָּה הוֹכִיחַ דְּבָאָנֻן לֹא שִׁינָה קְנִי מִשְׁכּוֹן וּבְאָמַת לְפִי הַמְּבֹנָר בֵּאדָה ע סִי' כ"ח דְּגַם בְּאָנֻן
אָמְרוּ קוּנָה מִשְׁכּוֹן תְּקַשָּׁה קְוִשִׁית הַרְשָׁב"א הַנֵּ"ל כְּמוֹ שְׁתַּמָּה הַתּוֹמִים בְּסִי' ע"ב ס"ק מ'
אָכֵל לְפַמְש"כ נִיחָא בְּפְשִׁיטוֹת לְחֻלְק דְּשְׁאֵנִי הֶתֶם בְּב"ב דְּרָבָא הוּא הַמוֹתִיב לְסִיעֵעוֹ לְרַבָּה
וּלְשִׁיטַת רָבָא דְּס"ל דְּנְאָמֵן לֹומֵר פְּרַעְתִּי בְּתוּף זְמַנּוֹ יֵשׁ לְחֻלְק בְּפְשִׁיטוֹת בֵּין הַף דְּאָנֻן
לְהָא דְּמִשְׁכּוֹן שְׁפַתַּב הַרְשָׁב"א וְכַנֵּ"ל וְאֵינוּ קָשָׁה עַל כָּל מָה שְׁפַתַּבְתִּי לְפָרֵשׁ הַבְּרִייתָא
דְּלִכְּן הַמְמַע"ה בְּנָתַן טְלִיתוֹ לְאָנֻן מְשׁוּם דְּהָיִ פְּאֵלוֹ יֵשׁ עֲדִים דְּמִשְׁכּוֹן בְּיָדוֹ וְאֵינָם יוֹדְעִים
עַל כְּפָה דְּהָא מְבֹנָר בְּש"ף בְּסִי' ע"ב בְּשֵׁם הֶרְאִשׁוּנִים דְּבְזָה צָרִיף שְׁבוּעַת הַמְשָׁנָה בְּנַק"ח
וְהֵאִיף קְתַנִּי בְּבְרִייתָא הַמְמַע"ה דְּבְזָה י"ל כְּפִי שְׁפַתַּבְתִּי לְעִיל לְתַרְץ קְוִשִׁית הֶרְאִשׁוּנִים
עַל הַגְּאוּנִים דְּהַצְרִיכוּ שְׁבוּעָה בְּנַק"ח בְּמִשְׁכּוֹן.

מְשׁוּם דִּי"ל דְּהַמְמַע"ה הֵינּוּ דְּאֵין אָנוּ מוּצִיאִים מִמְּנוּ הַחֲפִץ מְשׁוּם דְּבְשְׁבוּעָה דְּרַבְּנֵן לֹא
נְחַתִּינּוּ לְנַכְסִיו וּמוֹקְמִי אד"ת דְּמַהִימֵן בְּמִיגוֹ: ה"ה דִּי"ל כֹּן בְּמָה שְׁפַתַּבְתִּי דְּנְאָמֵן הָאָנֻן
מְשׁוּם סִבְרַת הַרְשָׁב"א בְּמִשְׁכּוֹן דְּגַם בְּזָה מוֹקְמִי אד"ת וְאֵין מוּצִיאִין פְּנ"ל וַא"ש כ"ז.

וְעֵינֵן בְּקִצְרָה ע סִי' ע"ב ס"ק כ"ה שְׁפַתַּב לְדוֹן ג"כ הֶתֶם דְּמְשׁוּם דְּרָרָא דְּמֻמוּנָא אָתוּ עָלָה
אָכֵל לֹא נְחִית כָּלֵל לְכָל מָה שְׁפַתַּבְתִּי בְּעוֹז"ה ע"ש וְהַעֲיָקֵר כַּמְש"כ: עָנָף ג וְהִנֵּה הַנְּחִיבוֹת
סִי' פ"ט ס"ק י"א פְּתַב לְתַרְץ קְוִשִׁית הֶרְאִשׁוּנִים וְהַשְׁ"ף שָׁם עַל הַגְּאוּנִים דְּמְצָרְכִי לְשַׁבַּע
בְּנַק"ח עַל מִשְׁכּוֹן מִהַבְּרִייתָא דְּנוֹתַן טְלִיתוֹ לְאָנֻן דְּהַמְמַע"ה וְתַרְץ דְּלִפִּי מָה דְּמַסִּיק

התנאים בסי' ע"ב דלא פהש"ף שם ס"ק ס"ז דס"ל דאף בטוען שפא צריף המלוה לשבע והתנאים חולק על הש"ף וס"ל דבטוען שפא א"צ לשבע ע"כ באופן דס"ל להברייתא כר' יהודה דאף בקציצה טרוד בפועליו והני הבע"ב טוען שפא וכיון דעיקר טעם הגאונים הנ"ל דצריף לשבע משום דמקרי מגו לאפוקי ממונא וכיון דבברי ושפא אמרי' מיגו להוציא פמבואר בכללי מגו ע"כ א"צ שבועה בזה עכ"ל ולענ"ד דבריו תמוהים דהא מבואר ברא"ש פ"ז דשבועות והרשב"א בחידושו לשבועות והר"נ שם דהביאו הגאונים ראיה מהא דב"ק דף קי"ד המכיר פליו וספריו ביד אחר ישבע פמה הוציא ויטול ולא מהימן במיגו דממה לקחתי לאפטורי משבועה.

רק הרשב"א הביא שם בשם יש מי שכתבו לדחות ראיה זו ע"פ ירושלמי בב"ק שם דתק"ח הוא פדי שלא יהיה בע"ב מטפלים עם גנבים אלמא דאף דהתם טוען הבע"ב שפא אפ"ה צריף הלוקח לשבע פמה הוציא ויטול וכן הביאו הגאונים שם להנהו עזי דאכלו חושל דצריף לשבע בנק"ח אף דהתם הבעלים טוענים שפא ואינם יודעים פמה הזיקו ונהו מקור יסודם דצריף לשבע בנק"ח על כל משפון רק שיטת הראב"ד המובא בש"ף סי' ע"ב ס"ק ע' שכתב לחלק דשאני בעזי דאכלי חושל דהתם לכן מחוייב לשבע בנק"ח משום דהני פעין מיגו דהעצה אבל הגאונים הוכיחו מפל הנ"ל דמשום שבועת המשפון אתו עלה אלמא דס"ל בעיקרא דהה מלתא דאף בתובע טוען שפא אמרו לשבע בנק"ח.

משום דכיון דמקרי אפוקי ממונא ע"כ דינו כמו כל הנשבעין ונוטלין דאינו זוכה רק בשבועה ואלו מצד מיגו להוציא אמרינו בכתובות ד' י"ב דאף היכא דשפא דהמחזיק לא הני שפא גרוע דלא ה"ל למידע כמו התם בטוענת משארסתני נאנסתי דהבעל לא ה"ל למידע אפ"ה נאמנת במיגו להוציא כמש"כ הש"ף בריש כ"מ אלמא דאף היכא דאמרינו מיגו להוציא אפ"ה אינו פוטר מן שבועת המשפון כדהוכחתי דאף בברי ושפא חייב שבועת המשפון: ובאמת התנאים סי' ע"ב ס"ק ל' דחלק שם על הש"ף כתב בזה"ל דלכן בתובע טוען שפא ס"ל דא"צ לשבע משום דה"ל ללנה לידע פמה לנה וכיון דלא ידע גרע טענתו ושאני בהנהו עזי דאכלי חושל דלא ה"ל למידע ע"ש בתנאים אלמא דהתנאים הרגיש בזה רק ס"ל לחלק דהיכא דה"ל למידע ולא ידע שאני דריע טענתו אבל היכא דלא ה"ל למידע גם התנאים מודה דצריף לשבע פנ"ל א"כ התם באופן המחולק עם בע"ב דהבע"ב צונח וטוען ברי על הקציצה ורק אנו מסופקים משום דטרוד בפועליו ע"כ בנודאי אף דנימא דמקרי טענתו טוען שפא עכ"ז בנודאי לא מקרי טענה גרוע דה"ל למידע.

דהא הוא טוען באמת ברי לי ודקדקתי בחשבונני רק אנו לא מהימנינו ליה א"כ כה"ג לא שייף לומר דריע טענתו דמה הנה יכול לעשות יותר ולא פשע פלל א"כ צריף שבועה כמו בכל שבועת המשפון בטוען שפא להגאונים הנ"ל היכא דלא ריע טענתו דהלנה ובע"כ מוכח דאף דברי ושפא אמרי' מיגו להוציא עכ"ז שאני שבועת המשפון דתקנו חז"ל דכיון דמקרי אפוקי ממונא קצת ע"כ צריף שבועה בנק"ח ועוד ראיה לזה דהא חזינו פמה שיטות ראשונים דס"ל דאמרינו מיגו להוציא כמו שהביא הרמ"א שיטתם בסי' פ"ב סע' י"ב והש"ף בסי' פ"ג ס"ק ט' הביא שיטת הרשב"א והרמב"ן דס"ל

דאָמרינן מיגו להוציא וסינים שם דהוי ספיקא דדינא ואין בידו להכריע בין אבות העולם ואי תפס לא מפקינן ע"ש ועיין בש"ך בכללי מיגו ס"ק י"ד בסופו ואפ"ה הכריע הש"ך להלקה בסי' ע"ב ובסי' פ"ט ובסי' קמ"ט דבעל המשפון צריף לשבע בנק"ח אף דיש לו מיגו משום דהוי מיגו לאפוקי ממונא דהא בעל המשפון הוי מוחזק ועכ"ז לא נסתפקו דיהיה יכול לומר קים לי דאמרינן מיגו לאפוקי ממונא א"כ לא יצטרף לשבע אלמא דלא אמרינן פן וגם הרמב"ן והרשב"א אף דס"ל דאמרינן מיגו להוציא ואפ"ה פתב הרשב"א דהרמב"ן במלקחיות בשבועות פהגאונים דצריף בעל המשפון לשבע בנק"ח והובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק ע' אלמא דשבועות הגאונים הנ"ל לא תלוי כלל בהא דלא אמרינן מיגו להוציא דאף דנימא דאמרינן מיגו להוציא ג"כ צריף לשבע דכן תקנו חז"ל משום דהוי מיגו לאפוקי ממונא קצת א"כ ה"ה אף בברי ושמא דאף דאמרינן בזה מיגו להוציא אפ"ה צריף לשבע כמו שהוכחתי ושפיר הקשו הראשונים והש"ך על הגאונים מהברייתא דאנמן ואין מספיק תירוצ הגתיבות בזה וכעת מצאתי בהרדב"ז ח"א סי' נ"ב שכתב בחד תירוצ פצין תירוצ הגתיבות הנ"ל ע"ש אכן לדינא העיקר כמש"כ בשם הראשונים הנ"ל: ולפמש"כ לעיל יש לתרץ למש"כ בעל המאור בב"מ ד' ו' בהא דחיישינן שמא מלנה ישנה כו' דשיטת בעל המאור שם שאין יכול להחזיק בפקדון של חבירו במיגו והקשה שם ע"ז מהא דהנהו עזי דאכלי חושלא כו' וכן הקשה מהא דתניא אנמן אומר שנים קצצת לי כו' דכל זמן שהטלית ביד אנמן על בעה"ב להביא ראיה אלמא דמהימן להחזיק תחת ידו במיגו ותי' שם אכן לפמש"כ י"ל דהא עיקר סברתו דלכן אינו נאמן במיגו להחזיק משום דהוי כמו מיגו להוציא דהא גוף החפץ הוא של חבירו א"כ י"ל דדוקא בטוענים שניהם ברי לא נאמן במיגו אבל בעזי דאכלי חושלא דהמזיק טוען שמא וכן בהא דאנמן הא מוקמינן התם כר"י דאף בקציצה טרוד בפועלים דהוי ברי ושמא דאמרינן בזה מיגו להוציא ע"כ מהימן להחזיק החפץ ת"י במיגו וא"ש קושית בעל המאור ועיין במלקחיות שם ובעיקר קושית בעל המאור שם דהא יכול לטעון דהחפץ של חבירו רק מגיע לי חוב עליו ויש לתרץ ע"פ מש"כ התוס' בריש ב"מ דף ב' דלכן לא מהימן באומר חצי שלי במיגו דכולה שלי משום דמקרי מיגו להוציא דבבבחי השני מוחזק זה כמו זה ע"ש.

וקצרתיו בכ"ז: וע"פ מש"כ לעיל הוכחתי כבר בפלוגמת האחרונים באיני יודע אם פרעתי דחייב דהיא דלא ה"ל למידע ס"ל לכמה פוסקים דפטור ובאמת מוכח מהתוס' שבועות ד' מ"ה ד"ה וניתב ליה בל"ש דכתבו דהו"ל איני יודע אם החזרתי ע"כ ניתב ליה בל"ש והא התם דצנוח הבעה"ב ברי לי דפרעתי רק לפי דאנן מסופקין שמא טרוד בפועליו מקרי איני יודע אם החזרתי וחיוב א"כ מוכח מזה דאף בלא הו"ל למידע חייב באיני יודע אם פרעתי וכדמוכח בח"מ סי' ע"ב סעי' י"ד דכתבו דהו"ל הלנה פהלותני ואיני יודע אם החזרתי וכמבואר ב"מ ד' פ"א דישבע ויטול מעותיו אף דהתם ג"כ לא ה"ל למידע אם נאנס המשפון ביד המלנה ואכמ"ל: ענף ד נחזור לעניננו לפי מה שנקטו כל הפוסקים לכלל גמור הך פסק הגאונים הנ"ל דצריף לשבע בנק"ח על משפון דאף דמהימן במיגו דלא מקרי מיגו להוציא ודלא פשיטת בעל המאור הנ"ל עכ"ז פיון דיש בו קצת אפוקי ממונא הצריכו לשבע א"כ ה"ה באם טוען סטראי דנאמן במיגו להד"מ לגבות בשטרו אף דהוי מיגו להוציא מן הלנה דהוי מוחזק מ"מ מהימן הלנה משום שטרא

מסייע ליה כמש"כ התוס' בב"ב ד' ל"ב ד"ה והלכתא וכו' וכיון דהוי מוציא גמור ע"כ צריף לשבע אף דלא טען השבע לי וכשיטת הסמ"ע דהא חזינו בגיטין ד' ל"ז דשביעית משמטת מלנה בשטר כדקיי"ל בסי' ס"ז משום דשטר העומד לגבות לאו פגבוי דמי וכב"ה ואלו במלנה על המשפון אינו משמט פמבואר שם ומבואר בתנאים בכללי מיגו ס"ק ח' בשם הכנה"ג דלכן בשטרא מסייע ליה אמרינו מיגו להוציא משום דהוי פגבוי לגבי זה דלא יהיה מקרי מיגו להוציא ע"ש ובקצה"ח סי' פ"ג ס"ק ה' וראיתי בנו"ב מ"ת חלק ח"מ סי' ל"ב מש"כ שם מסברא דנפשיה דבשטר דאין בו ספק אם הוא פרוע לכ"ע הוי פגבוי ובאמת פבר פתב פנה התוספות בסוטה ד' כ"ה ד"ה ב"ה סברי כו' כמש"כ בספרי באר יצחק חלק אה"ע סי' ט"ז ענף ד' ובמק"א הארכתי בזה] וכיון דמשפון מקרי מוחזק ביותר משטר דהא גם בשמטה אינו משמט במשפון.

ואפ"ה גבי שבועת המשפון תקנו לישבע אף דינש ליה מיגו משום דמקרי לאפוקי ממונא קצת כש"כ בשטר דאף דינש לו מגו מ"מ פיון דמקרי אפוקי ממונא ביותר דהא משמט בשטר ונדאי מחויב לישבע בנק"ח משום שבועת המשפון דתקנו דצריף לישבע משום דבא להוציא קצת ע"כ מחויב לישבע אף דינש לו מיגו: והש"ך דס"ל דא"צ לישבע בטענת סטראי פי אם בטוען השבע לי יש לומר דמחלק דשאני הו' שבועת הגאונים דמחולקים הבע"ד בסוף הלנואה ויש בזה חזקת פטור משא"כ היכא דמחולקים בפרעון המלנה והלנה יש לאוקמי בחזקת חיוב ע"כ י"ל דבכה"ג לא תקנו הגאונים לישבע פן י"ל בסברת הש"ך.

רק הסמ"ע י"ל דס"ל פיון דעיקר הטעם בהו' שבועת הגאונים הו"ל הוא משום דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינו ואף להסוברים דאמרי' מיגו לאפטורי משבועה עכ"ז במה דמקרי אפוקי ממונא לא אמרי' מיגו לאפטורי משבועה לכ"ע א"כ הנהו טעמים שייכי ג"כ אף במחולקים בפרעון דמאי שנא ואזלינו בטר טעמא: ואפשר לדון באמת לפמש"כ הסמ"ע בסי' ע"ב סעי' כ"ז ס"ק פ"ז דדוקא במחולקים בהלנואה תקנו לישבע בנק"ח משא"כ היכא דמודה ליה על ההלנואה רק דמחולקים בהפחת של המשפון לא תקנו בזה לישבע ולפ"ז י"ל דה"ה היכא דמחולקים בפרעון ג"כ לא תקנו לישבע א"כ שפיר פתב הש"ך בסי' נ"ח גבי סטראי דא"צ לישבע פי אם בטען השבע לי.

אבל לפמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קכ"א דגם היכא דמחולקים בפרעון צריף המלנה לישבע בנק"ח ע"ש. א"כ ה"ה בטענת סטראי אף דהוי בטענת פרעון ג"כ צריף לישבע בנק"ח וגם לשיטת הסמ"ע הו"ל שם ג"כ יש לחלק ע"פ מש"כ הנתיבות שם ס"ק ל"ז דרק היכא דיזעינו דנתן לו החפץ בתורת משפון דשייף בזה לומר משכונף בידי מאי בעי כמו בשטר בזה א"צ לישבע כמש"כ לעיל בשם בעה"ת כ"ז דלא טען השבע לי משום דנאמן בטענת עצמו בלא מיגו משא"כ היכא דלא מהימן רק ע"י מיגו אז דינו כמו כל שבועת המשפון וכמש"כ הש"ך גופא בס"ק קכ"א בסי' ע"ב פנ"ל ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ו ובתנאים שם ונתיבות ס"ק נ"א וקצתתי ולכן העיקר לדעתי דבטענת סטראי אף דלא טען השבע לי ג"כ צריף לישבע בנק"ח ואין מוציאין מהלנה בל"ש וכפסק הסמ"ע: ומה דהוכיח הש"ך בסי' נ"ח שם מן הרמב"ן דכתב דא"צ לישבע בטוען סטראי רק בטענת השבע לי לפמש"כ אין זה הכרח כלל דהא מבואר בחידושי הרמב"ן לב"ב ד' ל"ב דהקשה על הסוברים דלא אמרינו מיגו להוציא מהא דסטראי דכתובות וכעין

קונשטית התוס' שם ותירץ דשא"ה דעיקר מחלוקת דהמלנה והלנה הוא על המעות דפרע
פבר אם הוא עבד או עבד חוב אחר או עבד חוב של השטר ע"כ לא מקרי מיגו להוציא פיו
דאין אנו דנין אלא על המנה שפרעו אע"ג דממילא מהני לגבות חוב של השטר עכ"ז לא
מקרי מיגו להוציא כ"א מיגו להקזיק ע"ש פ"רמב"ן אלמא דשיטת הרמב"ן דטענת סטראי
לא מקרי אפוקי ממונא כ"א לאוקמי ממונא ע"כ ס"ל להרמב"ן שיהביא הש"ך דא"צ
לשבע בלא טענת השבע לי משום דאינו דומה לשבועת המשפוח דהא אין אנו דנין רק
על המנה דקיבל לפרעון וזה דומה לתפס מעות דמבנאר בסי' ע"ב סעי' י"ז דאין צריך
לשבע וכש"כ היכא דקיבל פבר המנה לפרעון דלא מקרי אפוקי ממונא לשיטת הרמב"ן
הנ"ל משא"כ לשיטת התוס' וש"פ דכתבו דלכן מהימן סטראי במיגו משום דשטרא
מסייע ליה וכמו דפי' הכנה"ג משום דלגבי זה מקרי פגבוי א"כ ממילא צריך לשבע כמו
במשפוח פיון דמקרי אפוקי ממונא ואף לשיטת התנאים בכללי מיגו ס"ק ח' דכתב דלכן
היכא דשטרא מסייע לי' אמרינן מיגו להוציא משום דחזקה שטרא בידי מאי בעי מסייע
לי': ג"כ י"ל לחייב שבועה דהא פבר הוכחתי לעיל דאף היכא דאמרי' מיגו להוציא כמו
בברי' ושטרא ומיגו אפ"ה חייב שבועה על המשפוח פיון דאינו נאמן ע"י ברי' ושטרא לחוד
פי' אם בצירוף המיגו וכיון דעיקר מה דמוציאין ממון הוא ע"י מיגו ע"כ תקנו שבועת
המשפוח פיון דהוי אפוקי ממונא א"כ ה"ה אף היכא דמוציאין הממון ע"י המיגו בצירוף
סברת חזקה דשטרא בידי מאי בעי לשיטת האו"ת הנ"ל פיון דעל שטרא בידי מאי בעי
לא סמכינן כ"א בצירוף המיגו ע"כ דומה למש"כ דמיגו וצירוף ברי' ושטרא חייב שבועה
וכש"כ לשיטת כנה"ג והקצה"ח הנ"ל דמשום דהוי פגבוי אתו עלה א"כ גילף מכש"כ
ממשפוח פנ"ל לענין שמיעה ואין מוציאין מהלנה בל"ש.

ענף ה ועפ"י פל מה שנתבאר יש להעיר במש"כ המשנה למלך הל' מלנה פי"ד הל' א'
שכתב לדון בדברי המ"מ שם שכתב בפוגם שטרו בתוך זמנו דאיבטל לגביה חזקה אין
אדם פורע תו"ז פיון דהלה מודה דנפרע מקצתו וכתב המ"מ שם אם פסקו של ה"ה
לחייב שבועה למלנה ניחא ואם לפוטרו במלנה ע"פ בשבועתו קשיא לי פוגם שטרו
אמאי נשבע ונוטל הא איבטל חזקה שטרא בידי מאי בעי דהא כמו דאיבטל חזקה אין
אדם פורע תוך זמנו הכי נמי איבטל שטרא בידי מאי בעי דהא פורע ולא כתב שובר
ואפשר לדחות דהתם גוף הפרעון מבטל החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דהא פורע אבל
גבי פוגם אפשר דפרע אדעתא דלכתוב שובר ונטרפה השעיה מאיזה סבה ולא כתב עכ"ל
המל"מ ועיקר הוכחתו אין הכרח כלל לכאורה דאי קאי בפוגם בעדים הא בנה לא איתרע
חזקה דשטרא בידי מאי בעי דהא חזינו דלא פורע כ"א בעדים והא דאמרו בהפותר ד'
פ"ז בפוגם בעדים די"ל דחייב שבועה דלמא אתרמי לז"א רק גבי חיוב שבועה
משא"כ לבטולי לשטרא ונדאי לא אמרינן משום זה לבטל חזקה זו דהא י"ל דלכן לא
חשש לכתוב שובר משום דהיה הפרעון לפני העדים.

ואי נימא דכוננת המל"מ להוכיח מפוגם שטרו ע"י הודאת המלנה ג"כ אינו הוכחה דהא
י"ל דהא כל פוגם שטרא יש להמלנה מיגו ואפ"ה חייב שבועה כמש"כ התוס' בכתובות
שם ד"ה דמפרע לא דניק כו' דמקרי מיגו בדדמי א"כ ז"א שייך רק לחייבו שבועה
משא"כ אחר דרמו רבנן עליה דמלנה שבועה פי' היכא דנידוק שפיר מהימן במיגו ולא
מקרי מיגו להוציא פיון דשטרא מסייע לו פנ"ל ע"כ לכאורה אין הכרח לדברי המל"מ

הג"ל כ"כ אף י"ל דשפיר הוכיח המל"מ פן מפוגם שטרא בעדים דהמלנה נשבע ונוטל דהא מבןאר בשבועות ד' מ"א בא"ל אל תפרעני אלא בעדים דאם אומר פרעתי לפני פלוני ופלוני ומתו או הלכו למדה"י דנאמן ועיין בח"מ סי' ע' סעי' ג' ובש"ף שם ס"ק י"ד שיטת הפוסקים דפליגי בזה וס"ל דאינו נאמן משום דה"ל לכתוב שובר ע"ש אבל במי דחזינו דפורע בעדים ואינו חושש דלמא מייתי סהדי או ילכו למדה"י א"כ יהיה נאמן הלנהלומר פרעתי כולו לפני עדים ומתו או הלכו למדה"י ובאמת אף בזה המלנה נשבע ונוטל דהא לא מצינו חילוק בזה ושפיר הוכיח המל"מ דחזקה שטרה בידי מאי בעי לא אבטל אף דפרע מקצת בסהדי משום די"ל דנטרפה השעה ולא כתב שובר.

אבל באמת אמרינו דלא היה פורע בפני עדים בע"פ משום חשש דלמא מייתי ועיין בש"ף סוף סי' פ"ב במה שמשגיג שם על הבעה"ת: ולפמש"כ לעיל הסברא מכרעת כסברת המל"מ הג"ל. דאף דפרע מקצת לא אבטל חזקה דשטרא בידי מאי בעי דאל"כ תקשה בסוגיא דכתובות ד' פ"ז דשקיל וטרי הגמרא בטעמא דפוגמת למה צריכה לשבע והוצרה רבא למימר משום דפרע דייק דמפרע לא דייקי הא בפשיטות הוי מצינו למימר דלכן צריף לשבע בפוגם שטרא דהא כיון דמודה המלנה דנפרע מקצתו א"כ איבטל לו חזקה דשטרא בידי מאי בעי כמש"כ המ"מ הג"ל דהא חזינו דהלנה אינו חושש להשטר המנוח ביז המלנה ומיהימן להמלנה א"כ מן הדין לא היה המלנה מהימן על הפותר כמש"כ המל"מ בתחלה רק דעיקר נאמנות המלנה הוא משום מיגו דאי בעי היה כופר המחצה פרעון ואף דמיגו להוציא לא אמרינו מ"מ היכא דשטרא מסייע ליה אמרי' מיגו להוציא וכבר נתבאר בסטרא דנאמן המלנה במיגו צריף לשבע כעין שבועת המשכון ושבועת המשכון מקרי שבועת המשנה כמו דהקשו הראשונים מהברייתא דנתן טליתו לאמן פנ"ל וכמש"כ הש"ף סימן קמ"ט ס"ק כ"ד ע"ש א"כ מה"ט חייב לשבע בפוגם שטרו: ואף דבפוגם בעדים לא שייף ה"ט דהא התם לא איתרעי כ"כ לחזקה דשטרא בידי מאי בעי פנ"ל עכ"ז הא התם בגמ' לאחר דמסיק רבא לטעמו דמפרע לא דייק איבעיא להו פוגם בעדים מהו ומבןאר ברא"ש כתובות דבעיא דלא איפשיטא הוא ונפ"מ דאי תפס ואינו רוצה לשבע אין דינו כגזל דרבנן משום דספק בשבועה יכול לומר קים לי ועיין בתנאים סי' פד ס"ק ב' ואי נימא דפוגם בעדים אין דינו כפוגם להתחייב שבועה רק מיירי הפל בפוגם מעצמו א"כ למה הוצרה רבא לומר טעמא דמפרע לא דייק דהא לא הוצרה לומר זה הטעם רק בפוגם בעדים דאי בפוגם ומודה בעצמו תיפוק ליה דחייב שבועה כעין שבועת המשכון ובאמת משמע דאף דידע הש"ס ממימרא דרבא עכ"ז איבעיא להו בפוגם בעדים דהא אחר מימרא דרבא הוקבע בעיא זו א"כ קשה כיון דמתחלה מוכח דס"ל לרבא דאף פוגם בעדים צ"ש ואיף תיכף אח"ז נסתפקו בזה ודחוק לומר דרבא גופא מספקא ליה ולכן קאמר טעמו וכן קשה במאי דאיבעיא להו בפוגמת פחות מש"פ דכיון דדק פולי האי קושטא קאמר דהא אף דנימא דדק מ"מ יהיה צ"ש משום כעין שבועת המשכון כיון דאינו נאמן אלא ע"י מיגו ודחוק לומר דכוננת האיבעיא זו בפוגמת בעדים פחות מש"פ.

דהא בפוגמת בעדים לא שייף כ"כ לומר כיון דדק פולי האי כו' ומפל הלין מוכח כסברת המל"מ דבשטר לא איתרע ליה חזקה דשטרא בידי מאי בעי דיכול לומר דנטרפה השעה ולא כתב שובר וע"כ מהימן על מחצה שטרו ע"י טענת עצמו משום דגם בזה שייף חזקה

דְּשִׁטְרָא בְּיַדֵּי מַאי בְּעֵי וּע"כ א"צ שְׁבוּעָה אַף פּוּגָם מְעַצְמוּ בְּלֹא עֵדִים כ"א מְשׁוּם דְּמִפְּרַע לֹא דְיִיָּק וְגַם י"ל דְּלִכּוּן פְּרַע לִיָּה בְּלֹא שׁוֹבֵר כְּדֵי לְשׁוּנְיָה רִיעוּתָא לְחֻזְקָה דְּשִׁטְרָא בְּיַדֵּי מַאי בְּעֵי וְאִיעָרוּמֵי קָא מְעָרִים הֵלְוָה בְּזָה: וּעפ"ז יֵשׁ לִיָּשֵׁב דְּבָרֵי הָאֱלֹפְסֵי פ' הַפּוֹתֵב דְּכַתֵּב בְּמִסְקֵנָת הַש"ס דְּאַף פּוּגְמַת בְּעֵדִים צ"ש וְהַנּוּ"ב בַּמ"ת חֲלָק ח"מ ס' כ' פְּתַב לְתַמּוּנָה דְּאַיְדֵי פְּתַב דְּפּוּגְמַת בְּעֵדִים צ"ש בְּנוּדָאֵי וְהָא לֹא אִיפְשִׁיטָא הֵךְ אִיבְעֵיָא בַּגַּמ' וְהָא דְקֶאָמְרֵי לֹא מְבַעֵי הֵינּוּ דְלִיבָא לְמִפְשִׁט וְגַם הָרָא"ש פְּתַב שָׁם דְּלֹא אִיפְשִׁטָא אַכּוּן לְפַמֵּשׁ כ"י לְדְכּוֹנוּת הָרִי"ף זֶהוּ לְמַאי דְקֶאָמְרַר רַבָּא בְּטַעֲמָא דְהֵךְ פּוּגְמַת מְשׁוּם דְּמִפְּרַע לֹא דְיִיָּק וְתִיפּוּק לִיָּה דְבִלֹּא"ה צ"ש מְשׁוּם פִּינּוּן דְעֵיקָר נְאֻמְנוּתוּ הוּא מְשׁוּם מִיָּגוּ אִי נִימָא דְלֹא כַהֲמַל"מ מְשׁוּם דְאִיבְטַל חֻזְקָה דְשִׁטְרָא בְּיַדֵּי מַאי בְּעֵי אִם פְּרַע מְקַצַּת בְּלֹא עֵדִים.

א"כ ל"ל לְרַבָּא לְמִימַר דְּמִפְּרַע לֹא דְיִיָּק דְהָא בִּלֹּא"ה צ"ש פְּנ"ל דְהָא מְבִנְיָא בַּר"פ כֹּל הַנְּשִׁבְעִין דְּרַבָּא דְפָרִיף לְרַמֵּי ב"ח שָׁם ס"ל בְּכָל ש"ש דְחֵיב אַף דְלֹא אֶפְקִיד בְּשִׁטְרָא מְשׁוּם דַּס"ל מִיָּגוּ לְאַפְטוּרֵי מְשׁוּבְעָה לֹא אָמְרִינוּ.

א"כ בְּנוּדָאֵי חֵיבֵי שְׁבוּעָה בְּזָה כְּעֵין שְׁבוּעַת הַמְּשֻׁכּוֹן דְעֵיקָרוּ הוּא מְשׁוּם מִיָּגוּ לְאַפְטוּרֵי מְשׁוּבְעָה דְלֹא אָמְרִינוּ כְּמִבְּנוּדָאֵר בְּרֵאשׁוֹנִים וְכִסִּי ע"ב וּמְדִקְאָמְרַר רַבָּא טַעֲמָא דְמִפְּרַע לֹא דְיִיָּק מוּכַח דַּס"ל לְרַבָּא דְאַף פּוּגְמַת בְּעֵדִים צ"ש וּבְעֵדִים אֵלִים מְחַצְהָ הַשְּׁנִיָּה שְׁל הַשִּׁטְרָא מְשׁוּם חֻזְקָה דְשִׁטְרָא בְּיַדֵּי מַאי בְּעֵי פְּנ"ל וְא"ש דְּבָרֵי הָאֱלֹפְסֵי: וּעכ"ז זֶהוּ דוֹחַק לְהַעֲמִיס כּוֹן בְּלִשׁוֹן הָרִי"ף דְעֵדִינּוּ לֹא אֲתֵי שְׁפִיר מִש"כ הָרִי"ף דְּמִסְקֵנָת הַגַּמ' כו' וַיֵּשׁ לְפַלְפֵּל בְּזָה הַרְבֵּה אַף הָעֵיקָר מַה שְׁנִרְאָה לִי בְּכּוֹנוּת הָרִי"ף בַּמִּש"כ דְּמִסְקֵנָת הַגַּמ' דְאַף פּוּגְמַת בְּעֵדִים צ"ש.

דְּנִרְאָה הַטַּעַם שְׁל הָרִי"ף מְשׁוּם דְהָא אִיבְעֵיָא שָׁם לְהַש"ס בְּפּוּגְמַת בְּעֵדִים אִם אָמְרִינוּ דְאִם אֵיתָא דְפְרַע בְּעֵדִים הָנִי פְרַע אִו דְלִמָּא אֲתֵרְמִי דִי"ל דְזָה תְלוּי בְּמַה דְמְבִנְיָא בְּשְׁבוּעוֹת דְף מ"א דְחַד מ"ד ס"ל הַמְלָנָה אֵת חֲבִירוּ בְּעֵדִים צָרִיף לְפִנְרַעוּ בְּעֵדִים וְאַנּוּ קִי"ל דַּא"צ לְפִנְרַעוּ בְּעֵדִים וְהַטַּעַם דַּמ"ד דַּס"ל צָרִיף לְפִנְרַעוּ בְּעֵדִים מְשׁוּם דַּס"ל דְכִינוּן דְחֻזְיָנוּ דְלֹא הִימְנִיָּה הַמְלָנָה כ"א בְּסִהְדֵי לְכּוֹן לֹא הִנָּה לְהַלְוָה לְהַאֲמִין לְהַמְלָנָה ג"כ וְעֵינּוּ בְּב"ב דְף ה' תוּס' ד"ה אֱלִימָא דְאָמְרַר פְּרַעֲתִיף בְּזַמְנֵנוּ כו' וּמְצִינוּ בְּב"ב דְף ל"ה דְלִנָּה מְהִימַן לְמַלְוָה וּמַלְוָה לֹא מְהִימַן לְלִנָּה מְשׁוּם דְבְּמַלְוָה שְׁיָיְדֵי לֹאמַר תְּנוּמַת יִשְׂרָאֵל תְּנַחֵם א"כ לְמ"ד דְצָרִיף לְפִנְרַעוּ בְּעֵדִים מְשׁוּם דְלֹא תְלִינוּ דְאֲתֵרְמוּנֵי אֲתֵרְמֵי אִז עֵדִים בְּאוּתוּ הָעַת מְהַלְוָנָה כִּי אִם דְאָמְרִינוּ דְהַזְמִינָם בְּמַכְנוּן לְהַעֲדִים.

ע"כ שְׁפִיר יֵשׁ לְהַסְתַּפֵּק דְזָהוּ אֶפְשָׁר דְנוּקָא בְּמַלְוָה דְלֹא מְהִימַן לְהַלְוָה בְּדִינָה שְׁפִיר י"ל פִּינּוּן דְרֵאָה הַלְוָה דְהַמְלָנָה הַשְּׁתַּדֵּל כְּבָר שְׁיָהִי עֵדִים דְנוּקָא וְלֹא הִימְנִיָּה לְהַלְוָה בְּלֹא עֵדִים ע"כ לֹא הִנָּה לְהַלְוָה שׁוּב לְהַאֲמִין לְהַמְלָנָה לְפִרְוַע בְּלֹא עֵדִים מִשָּׂא"כ הַלְוָה דְדַרְכּוֹ לְהַאֲמִין לְהַמְלָנָה בְּיוֹתֵר ע"כ אֶפְשָׁר לְתַלוּת דְהָא דְפְרַע בְּאַפִּי סִהְדֵי דְאֲתֵרְמוּנֵי אֲתֵרְמֵי ע"כ שְׁפִיר אִיבְעֵי לְהוּ בְּכַתּוּבוֹת פּוּגְמַת בְּעֵדִים מַהוּ וי"ל דְהָא מְצִינוּ בְּשְׁבוּעוֹת דְף מ"א דְרַב פְּפִי מְשֻׁמָּה דְרַבָּא אָמַר הַלְכְּתָא הַמְלָנָה לְחֲבִירוּ בְּעֵדִים צָרִיף לְפִנְרַעוּ בְּעֵדִים ע"כ הֵכָא בְּכַתּוּבוֹת בְּתַר דְאָמַר רַבָּא דְמִפְּרַע לֹא דְיִיָּק שְׁפִיר מְבַעֵי לְהוּ אֱלִיבָא דְמַאן דַּס"ל בְּשִׁיטַת רַבָּא דְצָרִיף לְפִנְרַעוּ בְּעֵדִים אֲבָל לְפִי מַה דְקִי"ל בְּשְׁבוּעוֹת הַתָּם דְהַלְכָה דַּא"צ לְפִנְרַעוּ בְּעֵדִים ע"כ גִּילָף מַכַּש"כ פִּינּוּן דְחֻזְיָנוּ דְמַלְוָה אִין דַּרְכּוֹ לְהַאֲמִין לְהַלְוָה אַפ"ה תְּלִינוּ

באתרמוני אתרמי כש"כ בהלנה דנרפו להאמין ביותר להמלנה ודאי יש לתלות
דאתרמוני אתרמי ע"כ שפיר פתב הרי"ף דלמסקנא אף בפוגמת בעדים צ"ש וכוונתו לפי
מסקנת הגמ' בשבועות דא"צ לפורעו בעדים וא"ש דברי הרי"ף: ענף ו ובעיקר דברי
המל"מ ה' מלנה פ' י"ד ה' א' שנסתפק בתזקה תו"ז היכא דפרע מקצת אם איתרע ליה
על המותר התזקה דתו"ז וכ"כ המל"מ פ' ט"ו ה' מלנה ה"א דאם א"ל אל תפרעני אלא
בעדים ופרע מקצתו בינו לבינו והמלנה מודה דאיתרע ליה תזקה דאנן סהדי דלא פרעיה
אלא בעדים וכן פתבו רבנותא בתו"ז ונתפרר שפרע קצתו בגו זמנו דאיבטל ליה תזקה
דתו"ז שהרי פרע קצתו בגו זמנו כו' עכ"ל המל"מ וטעמו דאף דמייירי במודה ג"כ ואפ"ה
לא מהימן במיגו משום דהוי מיגו להוציא דהא קאי במלנה ע"פ דליכא תזקה דשטר
מסייע ליה בזה ועיין בש"ף בבללי מיגו ס"ק ט"ו.

ונלע"ד להוכיח פדבריו בזה מן התוס' דב"ב ד' מ"ה ד"ה נתנה ליה כו' שהקשו אמאי
לאח"ז הממע"ה ה"ל למימר נשבע ונוטל פדמפרש בפ' פל הנשבעין דתזקה דאין שכיר
משקה שכרו ואין בעה"ב עובר בבל תלין והכא הרי שקה שכר ובעה"ב עבר דמודה
שקצץ לו אחת ועדיין חייב ליה כו' ואין לתרץ פגון שאומר ברשותה השקיתי דלא עבר
בבל תלין דמ"מ תזקה דאין שכיר משקה שכרו ליכא דהרי שיקה אחת ודחוק לומר דמאי
דחזינו דשיקה ויקה ומאי דלא חזינו דלא שיקה לא שיקה עכ"ל התוס' וכ"כ התוס'
בשבועות דף מ"ו ד"ה לא קצצתי לה אלא אחת כו' וקשה דאמאי בעבר זמנו הממע"ה
דהכא הרי השקה והרי עבר עכ"ל אלמא דס"ל להתוס' להקשות בפשיטות דכיון דאיתרע
במקצת התזקה ממילא איתרע המותר ג"כ ולא אמרינו במאי דאיתרע איתרע ובמה דלא
איתרע לא איתרע אלא כיון דאיתרע גביה תזקה דאין שכיר משקה שכרו ותזקה דאין
בעה"ב עובר בבל תלין איתרע ג"כ אף המותר וה"ה בא"ל אל תפרעני אלא בעדים או
תזקה דתו"ז דכיון דחזינו דלא שיקה ביה תזקה זו ממילא איתרע ג"כ הפחצה הב' ועיין
ביו"ד בבללי טריפות בתזקה דאיתרע ובתזקה דשטר בדי מאי בעי יש לחלק כמו דכתב
המל"מ] גם יש לדין בזה דאפשר דאערומי קא מערים הלנה דלכן פרע מקצת פדי דיתרע
גבי תזקה דשטר בדי מאי בעי ולפ"ז במה דמבואר בח"מ סי' פ"ד סעיף ב' דפוגם
בתו"ז יפרע שלא בשבועה ועיין בסמ"ע ופ"ד שם ולפי דברי התוס' הנ"ל יש לדון
פדברי המ"מ דכתב דאיתרע התזקה דתו"ז דיהא צריף עכ"פ לישבע בפוגם שטרו בתו"ז
ודאין מוציאין מהלנה עד שישבע המלנה וקצרתו בכ"ז וכעת מצאתי במחנה אפרים ה'
מלנה דיני גביית סי' ז' שהביא ג"כ בקצרה להתוס' דב"ב הנ"ל: ועפ"י מה שנתבאר לעיל
דהיכא דאינו נאמן בשטרו רק מצד מיגו דצריף שבועה וכשיטת הסמ"ע ארונוקנא ליישב
עפ"ז קושיא עצומה שהקשה הרמב"ן בחי' לב"ב דף ל"ב לשיטתו דס"ל דאמרינו מיגו
להוציא והא דב"ב שם מייירי בכתובה דאינה מקונימת דאין ב"ד נזקקין לקנימו אבל
בשטר מקוניים סמכינן על מיגו אף להוציא א"כ קשה דמה הקשה הגמ' בכתובות דף פ"ז
ע"ב על הא דתניא פוחתת תפרע שלא בשבועה במאי גביא בהאי שטרא האי שטרא
חספא בעלמא וקשה הא י"ל דמייירי בכתובה מקונימת ומהימנא במיגו ע"ש ברמב"ן
שנדחק ליישב זה והובא בתנאים בבללי מיגו ס"ק א' ועיין בש"ף סי' פ"ג מזה אבל לפי
מה דכתבתי להוכיח דבשטר דאינו נאמן רק ע"י מיגו צריף לישבע מכש"כ ממשפון
דקיי"ל פהגאונים דצ"ש משום דמקרי אפוקי ממונא וכנ"ל א"כ בפוחתת דהאי שטרא

חספא בעלמא ועיקר נאמנותה רק ע"י מיגו ע"כ היתה צריכה שבועה בפוחתת א"כ קשה אמאי תנא בברייתא שם בפוחתת תפרע שלא בשבועה דהא באמת צריכה שבועה פיון דהשטר הוא חספא בעלמא ואינה נאמנת אלא ע"י מיגו וע"כ הוצרך הגמ' לאוקמי באומרת אמנה הנה ביני לבינו א"כ מתוך עפ"י שיטת הגאונים הנ"ל כפי דקיי"ל בסי' ע"ב לקושית הרמב"ן הנ"ל ועיין בתוס' פתובות שם ד"ה האי שטרך כו' ועיין באו"ת סי' פ"ד ס"ק י"א שהשיג על הסמ"ע שם בס"ק י"א שכתב דבאומר אמנה הנה ביני לבינו דמהימן מצד מיגו והשיג עליו האו"ת משום דבאומר אמנה הנה ביני לבינו מהימן מצד טענת עצמו ואפשר דהרמב"ן שהקשה פן על הא דכתובות דף פ"ז הנ"ל הקשה פן לשיטת החולקים על הגאונים הנ"ל אבל לדין דקיי"ל פהגאונים הנ"ל דאף כשהמשכון הוא ת"י המלוה ג"כ צריך המלוה לישבע א"כ שפיר פתבתי לדינא לתרץ קושיותו הנ"ל ועיין ברמב"ן פ"ז דשבועות במלקמות שם ולפ"ז יצא לנו דין מחודש בהא דמבואר בסי' פ"ד בש"ך ס"ק ה' גבי פוחת שטרו דאם העדים טעו כו' דאינו נאמן המלוה במיגו משום דהוי מיגו להוציא.

והעלה הש"ך שם דאם המלוה תפס מהלוה לא מפקינו מיניה. משום דהוי ספיקא דדינא עכ"ז ודאי חייב המלוה שבועה בנק"ח וכמו פל שבועת המשכון לפי מה דקיי"ל פהגאונים הנ"ל גביה תפיסה בלא עדים דאף דמהימן במיגו דלהד"מ או במיגו דהחזרתי וכה"ג אפ"ה תקנו חז"ל שבועה א"כ ה"ה בהאי מיגו דאי בעי אמר שטרך מעליא הוא דנדאי ג"כ צריך שבועה לפי מה דקיי"ל פנ"ל והא דסתם הש"ך בזה י"ל דסמך בזה על רוב פשיטותו כי זה פשוט: הינצא לנו מקל זה דלפי מה דקיי"ל כשיטת הגאונים דבעל המשכון צריך שבועה וה"ה בשטר דטען סטראי דארף דנאמן המלוה במיגו מ"מ צריך המלוה שבועה אף בלא טענת השבע לי וכמש"כ הסמ"ע ואף דהסמ"ע לא כתב ה"ט י"ל דהסמ"ע אזיל לטעמיה דס"ל בסי' ע"ב דדוקא במקולקים בעיקר הלואה בזה צ"ש משא"כ במקולקים בפחת המשכון פנ"ל וי"ל דס"ל דה"ה היכא דמחולקים בפרעון א"צ שבועה אבל לשיטת הש"ך דפליג שם פנ"ל שפיר י"ל דצ"ש בנ"ד אף בלא טענת השבע לי ואין מוציאין מהלוה בלא שבועה וגם יש להעמיס פן בכוננת הסמ"ע ועוד יצא לנו דין מחודש מקל מה שנתבאר דשבועת הגאונים על בעל המשכון דצריך לשבע אף אם הלנה טוען שמא והמלוה דתופס המשכון טוען ברי אפ"ה חייב שבועה בנק"ח ודלא כמש"כ הנתיבות בס"ס פ"ט פנ"ל אכן היכא דה"ל להלוה למידע וטוען שמא בזה א"צ המלוה דטוען ברי לישבע וכמש"כ האו"ת ונתבאר בעז"ה על נכון שיטת הגאונים הנ"ל וגם נתבאר על נכון שיטת הרי"ף בסוגיא דאמן בב"ב ושיטת הרי"ף בכתובות בסוגיא דפוגמת ועוד כמה חידושי דינים נתבארו בעז"ה על נכון: (ב) (סעי' ב) טען הלנה הלא פרעתיך בפני פלוני ופ' כו' הג"ה וי"א דאין השטר בטל לגמרי ואם תפס לא מפקינו וכן נ"ל עיקר עכ"ל ונראה לי להוכיח דגם שיטת רש"י בכתובות פהך שיטה והוא דבכתובות דף פ"ח איתא אי פיקח הוא כו' אפתי יכולה לומר ב' פתובות הנאי אלא אר"א דמודע להו ופי' רש"י בד"ה דמודע להו כו' תו לא מצי למימר ב' פתובות הוו דמילתא דלא שכיחא ואף דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא עכ"ז שאני היכא דהוי מיגו שאינו מצוי ועיין בסנהדרין דף ג' ע"ב תוס' ד"ה דיני ממונות כו' ולכאורה קשה דל"ל לרש"י לומר דלא שכיח ב' פתובות בלא"ה הא אינו נאמן לומר סטראי בפרעו בעדים וה"ה

בע"א דכ"ז דלא נשבע נגדו דינו כמו ב' עדים לכן נראה לי להוכיח מזה דרש"י ס"ל כשיטות הסוברים דפרעון בעדים לא איתרע לגמרי ומהני תפיסה ע"כ פאן דפרע לה והוי האשה מוחזקת היתה יכולה לומר דקבלתי על חוב פרעון לכתובה אחרת ע"כ הוכרח רש"י לומר הטעם דזהו משום דלא נשכח ב' כתובות ע"כ אף שהיא מוחזקת אינה נאמנת פיון דהודיע להעדים מזה מקודם פרעון השני והוי סייעתא מן שיטת רש"י לשיטת הסוברים הנ"ל וכמו שפסק הרמ"א דכן הוא העיקר..

ומה שהקשה הגת"י בס"ק ד' מבכורות עיין לעיל בהקדושי לסי' מ"ט סעיף י' שבארתי זה היטב: סימן נט (א) (סעי' א') מלנה שהוציא שט"ח וטוען הלנה שהוא פרוע והמלנה אומר שפא אינו גובה בו: ענף א והסמ"ע שם פתב דכיון דהלנה טוען פרי והמלנה שפא אוקי ממנוא בחזקת מריה משום דברי בצירוף חזקת ממנוא עדיף מחזקה דשטרא בידי מאי בעי.

והקצה"ח הביא ראיה לזה מכתובות דף פ"ז בפוגמת דרמו עליו שבועה משום דמיפרע לא דייק כו' אלמא דאי לא דייק והוי טוען שפא אין דינו ליטול וע"כ מוכח דבטוען שפא לא מהני השטר עכ"ל והגת"י דחה ראיה זו משום דשא"ה דמודה המלנה דמקצתו פרוע ואינו יודע כמה איתרע שטרא דאינו גובה בו אף אם הלנה מסופק ואילו היכא דמספקא להמלנה חי הוי פרעון כלל אזי אם הלנה מסופק גובה בו כו' עכ"ל הגת"י.

אבל באמת הנכון עם הקצה"ח דלדברי הגת"י ל"ל להש"ס לומר שם בכתובות דפרע דייק דמיפרע לא דייק. הא אף אם נימא דגם הלנה לא דייק ג"כ אינו גובה בו אם נימא דמיפרע לא דייק דהא היכא דקיבל מקצת פרעון וא"י כמה אז אף שניהם טוענים שפא אינו גובה לפמש"כ הגת"י א"כ ל"ל להש"ס לומר דפרע דייק וכו' אין סברא לומר דנקטו פן פדי דיהיה טענת הלנה טענת פרי דאל"כ הא אין נשבעין על טענת שפא דז"א דנדאי אף דנימא דפרע לא דייק מ"מ פיון דצונח וטוען פרי פרעתי כולו ודאי נשבעין על טענתו דאין זה מקרי טענת שפא וזה פשוט] וע"כ מוכח מזה דאף היכא דמסופק כמה קיבל בהפרעון מ"מ אם שניהם טוענים שפא גובה בו כמבואר בסי' פ"ב וסי' נ"ט וסי' ע"ה דכיון דמבואר שם דאם טוענים שניהם שפא לא מבטלינן שטרא מספק א"כ ה"ה בשניהם מודים דהיה פרעון רק דאינם יודעים כמה ג"כ גובה בו וע"כ הוכרח הש"ס לומר דפרע דייק דמיפרע לא דייק ואז אינו גובה בו עד דרמו עליה שבועה פי היכי דלידוק משום דאף היכא דקיבל פרעון במקצת מ"מ לא איתרע חזקת השטר דשטרא בידי מאי בעי כמבואר במל"מ פ' י"ד ה' מלנה ה' א' והובא בקצה"ח סי' פ"ד ס"ק א' וע"כ בשניהם טוענים שפא היה גובה בו משום דגם בזה שייך חזקת שטרא בידי מאי בעי אף אם הלנה טוען פרי פרוע והמלנה טוען שפא אז אינו גובה בו א"כ שפיר מוכיח מסוגיא דפוגמת דברי של הלנה עם חזקת ממנוא עדיף מחזקה דשטרא בידי מאי בעי א"כ ה"ה היכא דהמלנה מסופק אם היה כלל פרעון דג"כ הדיון כן ושפיר הוכיח הקצה"ח וכן מוכח מן מש"כ התוס' בכתובות שם בד"ה דמיפרע לא דייק כו' דבלא פוגם לא אמרינו דלא דייק.

משמע דאם היה שייך לא דייק לא היה נוטל אף בספק אם קיבל פלום: וכעת ראיתי בבבאיור הגר"א זצ"ל סי' פ"ב סעיף ב' ס"ק י"ג שפתב שם על מש"כ המהפך דאף אם

המלנה אומר שְמָא גוּבָה בּוּ אַם הִלְנָה טוֹעֵן שְמָא וּע"ז כְּתַב בְּבִיאור הַגְרָ"א שְׁם דְּזָהוּ כַּמְש"כ בְּכַתְּוֹבוֹת דְּפָרַע דִּינִיק עַכ"ל אֶלְמָא דְּבִיאור הַגְרָ"א זַצ"ל נִתְּפוּן לַמְש"כ לְהוֹכִיחַ מְדַנְקֵטוּ בִּשְׁ"ס דְּפָרַע דִּינִיק דַּל"ל זֶה דְּהָא אַף אַם דְּפָרַע לֹא דִינִיק מ"מ אַם דְּמִפְרַע לֹא דִינִיק אִינוּ גוּבָה בּוּ וּע"כ מוֹכַח דְּדוֹנָא מְשׁוּם דְּפָרַע דִּינִיק נִתְּבַטַּל הַשְּׁטֵר אַם הַמְלָנָה לֹא דִינִיק אֶלְמָא דְּגַם הַגְרָ"א זַצ"ל ס"ל דְּאַף דְּמִסְנִפְקִים שְׁנִיָּהֶם כְּמָה הָיָה הַפִּירְעוֹן דַּמ"מ גוּבָה הַמּוֹתֵר מַה שְׁלֹא הָיָה פִּירְעוֹן וְנֹדַאי וְכַנ"ל וְכֵן מוֹכַח בְּתַשׁוּבַת הַרְשֵׁב"א ס' תַּתְקַע"ז וְס' אֶלְפ' מ"א דְּכַתְּבַת דְּהִיכָא דְּמַלְנָה א"י כְּמָה הָיָה הַפִּירְעוֹן וְהִלְנָה טוֹעֵן בְּרִי פְרַעְתִּי פְּלוּ דְּפִטוֹר דְּמִשְׁמַע דְּאִם הָיָה הִלְנָה טוֹעֵן שְמָא הָיָה חַיִּיב אֶלְמָא דְּלֹא כְּהַנְּתִיבוֹת בְּזָה: וְכֵן] בְּחֻזְקָה תו"ז מְבֹאָר בְּס' ע"ח ס"מ ע"כ ב' דְּבַתּוֹבַע טוֹעֵן שְמָא לֹא מְהַי חֻזְקָה דַּתו"ז וְהַשְּׁ"ף שְׁם ס"ק א' כְּתַב דְּבִיּוֹרְשִׁים הַטּוֹעֲנִים שְמָא מְהַי חֻזְקָה דַּתו"ז וְהַתּוֹמִים שְׁם ס"ק א' כְּתַב לְחַלֵּק דְּשְׁאֵנִי יוֹרְשִׁים דְּלֹא ה"ל לְמִידַע ע"כ גְּבִינָן.

מִשָּׂא"כ בְּמַלְנָה טוֹעֵן שְמָא דַּה"ל לְמִידַע ע"כ אֵינְתֵרַע טַעְנָתוֹ וְאִינוּ גוּבָה בּוּ ע"ש וּבְאַמַּת כֵּן מוֹכַח לֹא מְרַב גְּבִי שְׁטֵר דְּהָא קִי"ל דִּיּוֹרְשִׁים גוּבִין מִהִלְנָה אַף דְּטוֹעֲנִים שְמָא וְכַמְבֹּאָר בְּטוֹר ס' פ"ב סְעִיף ז' וְדִלָּא פְּרַב שֵׁר שְׁלוֹם הַמּוֹבָא שְׁם ע"ש וְהָא קִי"ל דְּלֵהוּצִיא לֹא טַעְנִינָן כַּמְש"כ הַשְּׁ"ף ס' ע"ב ס"ק קמ"ב וּע"כ מוֹכַח דְּהַטַּעַם הוּא דְּכִינָן דְּלֹא ה"ל לְמִידַע שְׁאֵנִי וְכֵן מוֹכַח בְּהָא דְּכַתְּוֹבוֹת דַּף י"ט בְּאֹמֵר אֶמְנָה אוּ פְרוּע אִינוּ נֶאֱמָן בְּמַקּוֹם דְּחַב לְאַחֲרִים וְגוּבָה הַמְלָנָה מְדַר"נ כְּמְבֹאָר בְּס' מ"ז וְס' פ"ו וְאַף דְּהַמְלָנָה הַשְּׁנִי הוּא טוֹעֵן שְמָא וְהִלְנָה טוֹעֵן בְּרִי פְרוּע מ"מ לֹא אֶמְרִינָן דְּהַבְּרִי וּמְחַזְקֵי מְבַטַּל לְחֻזְקָה דְּשְׁטֵרָא בְּיַדִּי וּע"כ הַטַּעַם מְשׁוּם דְּכִינָן דְּלֹא ה"ל לְמִידַע שְׁאֵנִי וְכֵן כְּתַב הַשְּׁ"ף בְּס' קכ"ב ס"ק ט"ז בְּשֵׁם הַמְבִי"ט ס' רי"ג דְּהִיכָא דְּלֹא ה"ל לְמִידַע אִז אַף בְּהַמְלָנָה טוֹעֵן שְמָא מ"מ גְּבִינָן וּבְאַמַּת כֵּן כְּתַב הַטּוֹר בְּס' נ"ט שְׁכַתְּבַת בְּהַדְּרָא דִּינָא בְּזָה"ל מְלָנָה שְׁהוּצִיא שְׁט"ח וְאֹמֵר א"י וְהִלְנָה אֹמֵר פְרוּע אִינוּ גוּבָה בּוּ שְׁהָיָה לִיָּה לִידַע בְּשְׁטֵרוֹ אַם הוּא פְרוּע אוּ לֹא וְכִינָן שְׁאִינוּ יוֹדַע אִין לוֹ עֲלִיו פְלוּם עַכ"ל הֵרִי לְהַדְּרָא דְּהַטַּעַם הוּא מְשׁוּם דַּה"ל לְמִידַע ע"כ אִינוּ גוּבָה בְּטוֹעֵן הַמְלָנָה סְפַק אֶבְל הִיכָא דְּלֹא ה"ל לְמִידַע גוּבָה אַף בְּטוֹעֵן שְמָא וּב"ה שְׁמַצְאֵתִי כְּעַת בְּמַבִּי"ט ס' רי"ג הַנְּ"ל שְׁהוֹכִיחַ ג"כ מִן הַטּוֹר הַנְּ"ל דְּהִיכָא דְּלֹא ה"ל לְמִידַע לֹא אֶמְרִינָן הַדְּרָא דְּס' וּלְפ"ז לֹא הַנְּצָרָה הַשְּׁ"ף בְּס' ע"ח ס"ק א' לְהוֹכִיחַ בְּרִאיוֹת דְּאַף בְּטוֹעֲנִים הַיּוֹרְשִׁים שְמָא שְׁיָיָה חֻזְקָה דַּתו"ז דְּהָא פִּינָן דַּתו"ז עֲדִיפָא מְשְׁטֵר לְגַבִּי שְׁבוּעָה וְכַה"ג וְכִינָן דְּבִשְׁטֵר אַף בְּטוֹעֲנִים שְמָא מ"מ פִּינָן דְּלֹא ה"ל לְמִידַע גוּבִין כַּש"כ בְּחֻזְקָה דַּתו"ז: עֲנָף ב בְּס' נ"ט כְּתַב מַעֲשָׂה בָּא יָדוּ בְּלָנָה שְׁטַעֲנָן יֵשׁ לִי בְּיָדָה פְּנָגְדוֹ וְהַמְלָנָה אֶמֵר א"י וּפְסַק פִּינָן דְּטַעֲנַת יֵשׁ לִי בְּיָדָה הוּי טַעֲנָה גְרוּע וְאִינוּ נֶאֱמָן אֶלְא בְּמִיגוֹ וְהָכָא לֹא שְׁיָיָה מִיגוֹ כו' וְכִינָן דְּזָה גוּבָה וְזָה גוּבָה לֹא נִתְּבַטַּל הַשְּׁטֵר וְדוֹנָא בְּסַפְקָא בְּפְרַעוֹן דְּלַפְרַעוֹן עוֹמֵד ע"כ בְּאֹמֵר שְמָא אִינוּ גוּבָה בּוּ אֶבְל בְּסַפְקָא בְּחֹב דִּישׁ לִי בְּיָדָה גוּבָה בְּשְׁטֵרוֹ וְכֵן הַעֲלָה הַנְּתִיבוֹת: וְלַעֲנָ"ד יֵשׁ לְדוֹן בְּזָה הַרְבֵּה וְהוּא דְּאַף דְּהַסְבְּרָא שְׁכַתְּבוּ דְּשְׁאֵנִי פְרַעוֹן דְּלַפְרַעוֹן עוֹמֵד בְּאַמַּת פְּלִשׁוֹן זֶה כְּתַב הַשְּׁ"ף ס' קכ"ב ס"ק ט"ז בְּהָא דְּס' נ"ט הַנְּ"ל דְּשְׁאֵנִי הֵתֵם דְּלַפְרַעוֹן עוֹמֵד ע"ש אֶבְל בְּאַמַּת י"ל דַּה"ה בְּטַעֲנַת יֵשׁ לִי בְּיָדָה ג"כ הַדִּין כֵּן וְהוּא דְּהָא חֻזְקָה דְּבְטַעֲנַת יֵשׁ לִי בְּיָדָה דְּאַף דְּהוּי טַעֲנָה גְרוּע מ"מ מְהִימָן בְּמִיגוֹ כְּמְבֹאָר בְּס' ע"ה וְס' ע"ב וּבְכַמָּה סוּגְיוֹת וְעִינָן ב"מ דַּף ו' בְּבַעֲה"מ וּמְלַחְמוֹת שְׁם וְאַף אַם תְּפַס הַמְלָנָה מִן הִלְנָה ע"י תְּפִיסָה בְּעַדִּים וְדַאי מוֹצִיאִין מִהַמְלָנָה מְשׁוּם דְּאִין שׁוּם סְפַק פְּלָל וְכַוְנָדַי נֶאֱמָן

הלנה לומר יש לי בנדף ע"י מיגו ובחזקה תוך זמנו אף דהוי חזקה אלימתא יותר משטר מ"מ אם טוען המלנה שפא אינו גובה וכהכרעת הפוסקים בסי' ע"ח פנ"ל ובנדאי חזקה תו"ז היא בתוקפה ביותר מן טענת יש לי בנדף דקיי"ל דהוי טענה גרוע דהא בחזקה תו"ז איבעיא להש"ס בב"ב ד' ה' אי מהימן במיגו נגד חזקה ולא איפשיטא ומה"ט קיי"ל בסי' ע"ח דבמיגו נגד חזקה מהני תפיסת המלנה לומר קים לי דלא מהימן הלנה במיגו נגד חזקה כמש"כ הש"ף סי' ע"ח ס"ק י"ט ואלו בטענת יש לי בנדף מהימן הלנה במיגו בבירור ולא מהני תפיסת המלנה פנ"ל אלמא דטענת פרעתי בתוך זמנו הוא גרוע ביותר מן טענת יש לי בנדף ומ"מ חזינן דבחזקה תו"ז אם טוען המלנה שפא אינו גובה וכמש"כ הסמ"ע והאו"ת והנתיבות בסי' ע"ח.

ואף דבחזקה תו"ז זכות המלנה חזק ביותר והוי חשש פרעון בחשש רחוק ומ"מ אם טוען שפא איתרע טענת המלנה ולא מהני ב' החזקה תו"ז כש"כ בטענת יש לי בנדף של הלנה דזכות המלנה מחמת דהוי טענה גרוע אין זה אלים כ"כ משום דהא חזינן דלא הוי חשש רחוק כ"כ דהא מהימן הלנה במיגו בנדאי פנ"ל ונדאי דהדין נותן דאף דטענת יש לי בנדף לא מהימן רק במיגו מ"מ אם המלנה טוען שפא איתרע זכות המלנה ע"פ טענות פרי של הלנה עם מוחזקות שלו דגם בזה שייך הטעם של הסמ"ע שפכת גבי מלנה אומר ספק בשטר שפא פרוע: ומה שפכת הנתיבות בזה דכיון דזה גובה וזה גובה ע"כ בטר הכי הוי המלנה פאומר איני יודע אם נתחייבתי דפטור: תמיהני עליו איך סותר שיטתו למש"כ בעצמו בסי' ע"ה ס"ק ה' על מש"כ הש"ף שם בספק פרעון קודם להלנאה דאם המלנה מסופק אינו גובה והקשה ע"ז הקצ"ח שם דכיון דזה גובה כו' הוי המלנה כא"י א"נ וע"ז פתב הנתיבות דכיון דטוען יש לי בנדף עושה הלנה זאת לפרעון ואינו בכלל זה גובה כו' עכ"ל וכן נלע"ד בדבריו דהא לפי הכרעת הש"ף בסי' ק"א ס"ק ג' פגדולי המורים דשטרות בני גובינא ניהו א"כ יכול להגבותו בגוף החוב שטוען שמגיע ממנו כמש"כ הר"ן בפ"ב דכתובות על סוגיא דשנים שהוציאו שט"ח זה על זה דסוף כתובות והובא בש"ף שם ואף דבע"ח דינו בזווי אם אית לי מ"מ הא כתבו התוס' בכתובות ד' צ"ב ע"א ד"ה אי פוקח הוא כו' דבמקום דאית להלנה פסידא יכול להגבותו אף קרקע כו' וה"ה בנ"ד דאין לה פסידא גדולה מזה להלנה אם לא יהיה יכול להגבותו בהחוב שלו שותב המלנה וע"כ נדאי יכול להגבותו בהחוב לעשות זה לפרעון ושפיר פתב הנתיבות שם אף עדיין יש קצת לדון בזה לפמש"כ הש"ף שם לתרץ קושיות הר"ן בשנים שהוציאו שט"ח זע"ז דאמאי אינו יכול להגבותו בהחוב שלו ות"י הש"ף משום דאם מגבהו בפרעון מחוייב לשלם המותר משום דאינו יכול לסלקו רק בשומא פפי שיווי למפור החוב לאחר ע"ש: ועיין סי' ס"ה סעי' ט"ו ברמ"א שם.

א"כ ה"ה הכא פנין דעיקר הפטור של הלנה דעושה את החוב שלו לפרעון א"כ אינו יכול לסלקו רק פפי השומא של החוב למפור לאחר והמותר עדיין מחוייב לשלם להמלנה ואינו נפטר רק פפי שיווי החוב ע"פ שומא למפור לאחר.

א"כ לפ"ז ה"ה בהך נידון דסי' נ"ט ג"כ פנין דכיל להלנה לעשות לפרעון את החוב שותב המלנה א"כ הוי הלנה פאומר פרעתי והמלנה אומר שפא דהדין הוא דאינו גובה בו רקלפמש"כ יש עדיין לדון דהמותר מה שישאר החוב על הלנה מן מה ששנה חובו

שעל המלנה ע"פ שומא זה מחוייב הלנה לשלם פנ"ל אבל שיווי חובו בשומא נפטר א"כ הנתיבות סותר שיטתו בזה.

וראיתי במשובב נתיבות סי' ע"ה ס"ק ה' שהשיג על הנתיבות שם במש"כ דהלנה טוען יש לי בידה עושה זה לפרעון כו' והשיג עליו דהא עיקר הטעם הוי משום דכינן דיש לי בידה אינו נאמן רק במיגו דפרעתי ע"כ פל היכא דהלנה טוען שומא וליכא מיגו צריף לשלם דהא בתו"ז דאינו נאמן לומר פרעתי אינו נאמן לומר יש לי בידה פנגדו כו' עכ"ל ולפ"ד במשובב שפיר פסק בקצה"ח בסי' נ"ט דאם מלנה טוען שומא על החוב דתובע הלנה ממנו דגובה משום דהלנה האומר יש לי בידה הוי זה טענה גרוע ואינו יכול לעשותו לפרעון אבל הנתיבות סותר שיטתו פנ"ל אף לפמש"כ לעיל דאף דחוב יש לי בידה הוי טענה גרוע וכמש"כ הקצה"ח מ"מ הא פרעון בתו"ז הוי טענה גרוע ביותר כמו שנתבאר לעיל ומ"מ היכא דטוען שומא אינו גובה וכמש"כ האו"ת והסמ"ע והנתיבות וגם הקצה"ח גופא נסתפק בחזקה תו"ז בטענת שומא.

א"כ כש"כ בטענת יש לי בידה ודאי אין מוציאין מהלנה פינו דטוען פרי ולפ"ז אף היתרונ מה שעולה חוב שבשטר על שיווי חובו שתובע מה ששנה חובו ע"פ מכירה ג"כ אינו גובה בו ודלא כמש"כ לעיל משום דהא בטענת יש לי בידה היכא דמהימן מנכין לו שנה בשנה פמבואר בסי' ע"ב סעיף י"ז בהגה"ה דהיכא דיכול לטעון על מה שת"י יכול לשבע סתם שאינו חייב לו פלל וה"ה הכא פינו דהוי מוחזק וטוען פרי דנאמן ואין להוציא ממון ממנו ממילא מנכין לו על חוב שבשטר שנה בשנה ופטור לגמרי ועיין באה"ע סי' צ"ו חלקת מחוקק ס"ק י"ב מש"כ בשם הר"נ דממון הגזילה עולה לפרעון השטר ענה ג ונידון מש"כ לעיל בשם הש"ך סי' ע"ה ס"ק כ"ז דאם יש לו חוב ברור על הלנה ומסופקים שניהם בחוב אחר אם מגיע מהמלוה להלוה דאם שניהם טוענים ספק אינו גובה והקצה"ח השיג ע"ז והנתיבות חזק דברי הש"ך.

ולכאורה יש להוכיח פסברת הקצה"ח מהא דסי' של"ז סעיף יו"ד דפועל העושה בגפן זה לא יאכל בגפן אחר וזהו בעיא דלא איפשטיא ואם אכל לא מפקין מיניה ולא מנכין משכרו פמבואר ברא"ש בב"מ פ"ז סי' יו"ד ועיין בט"ז שם ובאו"ת פללי תפיסה סי' כ"ג עד סי' מ"ג מה שהביא בשם הש"ך בתקפו פהו דתמהו ע"ז דהא בספיקא דדינא מהני תפיסה וכש"כ בזה דהוי כמו תפס קודם לידת הספק ובהיתר תפס ואמאי לא מנכין משכרו ע"ש ולשיטת הש"ך ה"ל יש להקשות עוד ביותר דהא אף אם נימא דתפיסה לא מהני בספיקא דדינא מ"מ הא לא גרע זה הספק מן היכא דמסופקים שניהם באיזה חוב מצד איזה ספק שנולד להם אף שאינו בספק בדין ולא דררא דממונא דאי נימא דאם נולד להם איזה ספק בחוב אחר אינו גובה את החוב הברור וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק כ"ז ה"ל א"כ ה"ה הכא מה"ט לא יגבה השכירות פינו דמסופקים שניהם אם חייב הפועל להחזיר אכילת גפן האחר אבל לפמש"כ הקצה"ח פנ"ל א"ש משום דאמרינן בזה ג"כ זה גובה כו' וקושיותם מהא דספיקא דדינא דמהני תפיסה זה יש ליישב בקל לשיטת הרא"ש פמבואר שם ואין פאן מקומו: אף י"ל בזה דהא נתבאר לעיל דעיקר סברת הש"ך הוא משום דמגביהו לחוב האחר בתורת פרעון והוי כמו דטוענים ספק בפרעון דאינו גובה וכתבתי לעיל לבאר משום דאף דבע"ח דינו בזווי מ"מ פינו דהוי מקום

פְּסִידָא מַגְבִּיהוּ מַה שְׂיִרְצָה וּכְמַש"כ הַתּוֹס' פְּתוּבוֹת ד' צ"ב וְהַטְעַם הוּא מְשׁוּם דְּקָא דְּבַע"ח דִּינוּ בְּזוּזֵי אֵינוּ זֶה רַק מְדַרְבְּנָן וְכַמְבֹּאֲרַר בְּסַמ"ע ס' ק"צ ס"ק י"א בַּאֲה"ד שֶׁם וּדְלֵא פְּהִנְתִּיבוֹת ס' ק"ז ס"ק ד' וְע"כ שְׁפִיר יָכוֹל לְהַגְבֹּתוֹ בְּהַחֹב שְׁתוּבָע מְמַנּוּ מְשׁוּם דְּשִׁטְרוֹת בְּנֵי גְּוִבְיִנָא גִינְהוּ וְכַפְסֵק הַמְחַבֵּר בְּסִי' ק"א וְהַשֵּׁ"ף שֶׁם אָבֵל בְּפוּעֵל דְּדִינוּ מַה"ת בְּזוּזֵי וְאַף אִם לִית לֵיהּ זוּזֵי א"ל זֵיל טָרַח וּבִינן וְאַיִתִּי זוּזֵי פְּמִבְּנֹאֲרַר בְּב"מ ד' קי"ח וּבְכ"ד וְע"ש בְּרַש"י וּבְרַע"ב בְּמַשְׁנֵה דְּמַשְׁמַע דְּמַה"ת חֲזִיב לִיתָן לּוּ זוּזֵי.

וְעִי' בְּשַׁמ"ק שֶׁם וְאִכְמ"ל בְּזֵה וְע"כ אֵינוּ יָכוֹל לְסַלְקוּ בְּעַד הַחֹב שְׁכִירוֹת ע"י גְּוִבְיִנָא בְּהַחֹב שְׁתוּבָע מְהַפּוּעֵל בְּמַה שְׁאָכַל בְּגִפְן אַחַר מְשׁוּם דְּקָא מְחַנְיִיב לְסַלְקוּ בְּמַעוֹת וְע"כ שְׁפִיר י"ל בְּזֵה דְּכִינּוּן דְּזֵה גּוּבָה וְזֵה גּוּבָה ע"כ שְׁיִיף הֵתָם שְׁפִיר סְבֵרַת הַקְצָה"ח הַנְּ"ל מַשְׂא"כ בְּסִי' ע"ה דְּמִיָּרִי בְּחֹב שְׁאֵינוּ מְשִׁכִּירוֹת פּוּעֵל ע"כ שְׁפִיר פְּתַב הַשֵּׁ"ף שֶׁם דְּמַסְפִּיקָא אֵינוּ גּוּבָה כְּנ"ל וְלִפ"ז יֵצֵא לָנוּ דִּין מְחַנְדֵּשׁ דְּאִם הַחֹב בְּרוּר הוּא חֹב מְשִׁפִּירַת פּוּעֵל וּמְסוּפָקִים בְּפִרְעוֹן בְּאִיזָה חֹב דְּבָזָה אִף הַשֵּׁ"ף מוֹדָה דְּגּוּבָה הַחֹב הַבְּרוּר דְּהוּא מִן שְׁכִירוֹת פּוּעֵל כְּנ"ל: וּבְטוּעֵן הַלְוָה מְחַלְתָּ לִי וְהַמְלָנָה טוּעֵן שְׁמָא אִף דְּמַחִילָה הָיִי טַעֲנָה גְּרוּעַ וְלֵא מְהִימָן רַק ע"י מִיָּגוּ פְּמִבְּנֹאֲרַר בְּסִי' ע"ה סַעִי' ז' וְסִי' ע"ח מ"מ לְפַמְש"כ לְעִיל הַסְּבָרָא נוֹתְנָת דְּגַם בְּזֵה מְהִימָן הַלְוָה בְּטַעֲנָת בְּרִי בְּצִירוּף מְחַנְדֵּשׁ וְשִׁיף גַם בְּזֵה מַש"כ לְעִיל עַל טַעֲנָת יֵשׁ לִי בְּיָדָה כְּנ"ל דְּקָא בְּחֻזְקָה תו"ז הָיִי חֲשַׁשׁ פְּרַעוֹן חֲשַׁשׁ רְחוּק בְּיוֹתֵר מִן טַעֲנָת מַחִילָה דְּקָא מַחִילָה נְאָמָן ע"י מִיָּגוּ בְּנוֹדָאִי וּבְחֻזְקָה תו"ז נְסַתְפָּקוּ אִם מְהִימָן ע"י מִיָּגוּ כְּנ"ל וְכִינּוּן דְּבְחֻזְקָה תו"ז אִם הַמְלָנָה טוּעֵן שְׁמָא אֵינוּ גּוּבָה וּמְהִימָנִינוּ לְהַלְוָה הָאוּמֵר בְּרִי בְּצִירוּף מְחַנְדֵּשׁ כַּש"כ בְּטַעֲנָת מַחִילָה דְּנְאָמָן בְּנוֹדָאִי ע"י מִיָּגוּ מְשׁוּם דְּלֵא הָיִי חֲשַׁשׁ רְחוּק כ"כ ע"כ וְנוֹדָאִי נְאָמָן הַלְוָה מְשׁוּם בְּרִי שְׁלוּ בְּצִירוּף מְחַנְדֵּשׁ וְכֵן מְשַׁמַּע מְהַלְשׁוֹן דְּכַתְּבוּ בַּאֲה"ע ס' צ"ו סַעִי' ב' דְּאִשְׁהָ צְרִיכָה לְשַׁבַּע שְׁלֵא מְחַלָּה פְּתוּבָתָה וְכַמְבֹּאֲרַר בְּרַמְבַּ"ם ה' אִישׁוֹת פ"ט וְכֵן תְּשַׁבַּע שְׁלֵא בְּזָבְזָה מְשִׁלוּ פְּמִבְּנֹאֲרַר שֶׁם וְכֵן מְבֹאֲרַר בַּח"מ ס' קי"ד סַעִי' ד' דְּהַטּוּרָף מְלַקּוּחוֹת צְרִיף לְשַׁבַּע שְׁלֵא מְחַלוּ ע"ש וּמְשַׁמַּע מַכ"ז דְּדוֹקָא בְּטוּעֵן וְנוֹדָאִי שְׁלֵא מְחַלוּ וְנִשְׁבַּע ג"כ שְׁלֵא מְחַלוּ דְּזֵהוּ בְּלִשׁוֹן וְנוֹדָאִי דְּאָמַר בְּרִי דְּלֵא הִיָּה מַחִילָה דְּמַשְׁמַע דְּאִם מְסַפָּקָא לוּ עַל מַחִילָה אֵינוּ גּוּבָה וְכֵן אִם מְסַפָּקָא לְהַאֲשָׁה עַל הַבְּזוּזֵי מְשִׁלוּ אִינְהָ גּוּבָה וְע"כ צְרִיכָה לְשַׁבַּע בְּלִשׁוֹן וְנוֹדָאִי שְׁלֵא מְחַלָּה וְלֵא בְּזָבְזָה דְּהַבְּזוּזֵי הָיִי כְּמוֹ טַעֲנָת יֵשׁ לִי בְּיָדָה פְּמִבְּנֹאֲרַר אֲלָמָא דְּמַסְפִּיקָא בְּכ"ז אֵינוּ גּוּבָה מִן יוֹרְשִׁים וּמְלַקּוּחוֹת כְּמוֹ בְּבַעַל דְּבָר עֲצָמוּ מְשׁוּם דְּקָא דְּטַעֲנִינוּ לִיתְמִי וְלַקּוּחוֹת הָיִי כְּמוֹ טַעֲנָת בְּרִי פְּמִבְּנֹאֲרַר רַפ"ב בְּכַתְּבוֹת אֲלָמָא דְּאִם הַתּוּבָע טוּעֵן שְׁמָא בְּכָל הַנְּ"ל אֵינוּ גּוּבָה אִם הַלְוָה טוּעֵן בְּרִי: הִינְצֵא לָנוּ מִפְּלֵ זֶה דְּבִשְׁטֵר דְּטוּעֵנִים שְׁנִיָּהִם שְׁמָא אִף בְּכַמְהָ הִיָּה הַפְּרַעוֹן ג"כ גּוּבָה כְּמוֹ בְּנְסַתְפָּקוּ שְׁנִיָּהִם אִם הִיָּה כָּלֵל פְּרַעוֹן וְדֵלֵא פְּהִנְתִּיבוֹת וְהִיכָא דְּטוּעֵן הַלְוָה יֵשׁ לִי בְּיָדָה אוּ טַעֲנָת מַחִילָה וְהַמְלָנָה אוֹמֵר סָפֵק ג"כ אֵינוּ גּוּבָה וְכֵן בְּסָפֵק פְּרַעוֹן קוֹדֵם לְהַלְוָאָה דְּסִי' ע"ה דְּאִם הוּא מְחֹב שְׁכִירוֹת פּוּעֵל הַמְגִיעַ בְּנוֹדָאִי וְהַסְּפֵק הוּא בְּפִרְעוֹן ע"ז מְשׁוּם סָפֵק אִינְהָ חֹב מְקוֹדֵם וּמְסוּפָקִים שְׁנִיָּהִם בְּזֵה דְּבָזָה אִף הַשֵּׁ"ף מוֹדָה דְּגּוּבָה הַחֹב שְׁלֵא שְׁכִירוֹת פּוּעֵל וְכַנ"ל וְגַם נִתְבָּאֲרַר דְּעִיקָר הָיִי מִקְלָתָא דְּסִי' נ"ט בְּטוּעֵן שְׁמָא עַל הַשִּׁטְרַר דְּאֵינוּ גּוּבָה בּוּ הוּא רַק אִם ה"ל לְמִידַע.

אָבֵל הִיכָא דְּלֵא ה"ל לְהַמְלָנָה לְמִידַע בְּזֵה גּוּבָה אִף בְּטוּעֵן הַמְלָנָה שְׁמָא: (ב) (שֶׁם סַעִי' א') מְלָנָה שְׁהוּצִיא שְׁטֵר וְאוֹמֵר א"י אֵינוּ גּוּבָה בּוּ בְּשִׁ"ף שֶׁם ס"ק ב' לְשׁוֹן הַטּוּר צְרִיף

להחזיר השטר להלנה כו': וכ"כ הבעה"ת כו': ובאמת כ"כ הרשב"א בתשובה סי' תתקע"ז וסי' אלף מ"א גבי משכון או שטר דהמלנה טוען שפא צריף להחזיר להלנה המשכון וכן בשטר משום דאין יכול לתבוע מספק בנכסי ראובן ואין לו על המשכון רק שעבוד בעלמא וכן בשטר כו' עכ"ל והובא זה בסי' ע"ב סעי' כ"ד וסעי' י"ד בהגה"ה ובש"ף שם סוף ס"ק ק"ט ועיקר טעמם משום דהלנה מקרי מוחזק אף בעת דהמשכון והשטר הוא ת"י המלנה וע"כ שייף גם בזה הטעם של הסמ"ע משום דברי ומוחזק עדיף משטר: ולענ"ד נראה לדון דז"א רק להסוברין דמלנה אין לו זכות על השטר רק בתורת משכון ושעבוד ועיין בסי' ס"ו בש"ף ס"ק ע"ו וס"ק נ"ט מזה אבל להסוברין דזכות שיש למלנה בהגנייר דינו פקנן הגוף דגוף הגנייר קנוי למלנה עד שיפרע לו דה"ל כמו מתנה ע"מ להחזיר וכמש"כ הקצה"ח לבאר שיטה זו בסי' ס"ו ס"ק כ"ז וכינן דזכותו של המלנה הוי פקנן בגוף הגניירא"כ לא שייף בזה טעמו דהרשב"א דכתב דאין לו רק שעבוד פנ"ל.

דקא אי נימא דלא נפרע דמי השטר א"כ קנוי הגוף להמלנה וכינן דהוי ספק אי פרעו או לא א"כ הוי זה פכל תנאי דאמרינן דבקים ועשה מוקמינן לו אחזקתו דלא קיים התנאי וכש"כ פיון דהמלנה מוחזק בשטרו והיכא דהוי מוחזק גמור אז אף בטוען שפא אין מוציאין ממנו א"כ ה"ה בזה פיון דהמלנה הוי מוחזק בגוף השטר אין להוציא ממנו גוף הגנייר אף לפמש"כ הש"ף הטעם דלכו צריף להחזיר השטר להלנה דשפא ימות ויגבו בו היורשים וכה"ג ע"כ צריף להחזיר הגנייר א"כ זה הטעם שייף אף להסוברין דגוף הגנייר שייף להמלנה דמ"מ עדיין שייף חשש זה אבל אם רוצה לקרוע גוף הגנייר או לכתוב שובר ע"ג ואין אנו דנין רק לעכב גוף הגנייר בלבד בזה שפיר יש לדון דא"צ להחזיר הגנייר לשיטת הסוברים פנ"ל ואפשר דמה"ט פתב הש"ף טעם הלז פדי דלכ"ע יתנה צריף להחזיר השטר ולפ"ז צ"ע לפמש"כ הקצה"ח בסי' ס"ו סוף ס"ק כ"ז דשיטת הרשב"א בחי' דמלנה יש לו קנן בהגנייר ע"ש.

ואפ"ה כתב הרשב"א בתשובה פנ"ל דצריף להחזיר שטרא להלנה בטוען א"י כמו דצריף להחזיר המשכון להלנה משום דאין לו רק שעבוד בעלמא והא לפמש"כ הרשב"א גופא בחי' לא מקרי זכותו בשם שעבוד אלא דהוי קנן בגוף הגנייר פנ"ל.

ונהי דצריף להחזיר השטר מטעם של הש"ף דלמא ימות פנ"ל אבל הרשב"א דלא פתב טעם זה פמבואר שם רק דכתב הטעם דאין לו רק שעבוד בעלמא א"כ ע"כ מוכח דלא ס"ל להרשב"א בתשובה שם למש"כ הקצה"ח בשם חי' הרשב"א פנ"ל: ואפשר לומר דאף אם נימא דגוף הגנייר קנוי להמלנה במתנה על מנת להחזיר מ"מ פשהמלנה טוען שפא צריף להחזיר גוף הגנייר להלנה משום דיש להוכיח דחזקת מרא קמא בצירוף ברי ושפא מוציא מהמוחזק מהא דסי' קפ"ה סעי' ה' דאם ראובן אומר במאה אמרתי למוכרו והסרסור אומר בתמשים כו' דאם ידע לוקח שהחפץ הוא של ראובן יחזיר החפץ לבעלים כו' וע"כ הטעם דאף דהלוקח הוא מוחזק בעת מ"מ פיון דטוען שפא.

דמה דהסרסור אומר ברי הוי זה ברי של אחר דלא מהני פמבואר בב"ב ד' קל"ה ותוס' פתובות ד' ע"ו וכינן דהמוכר אומר ברי ובצירוף חזקת מ"ק ע"כ מוציא מהלוקח דהוי מוחזק ואף דהתם הוי שפא של הלוקח לא ה"ל למידע מ"מ מהני ברי בצירוף חזקת מ"ק

כש"כ היכא דהוי שְׁמָא גְרוּע דה"ל לְמִידַע וְנוֹדַאי דְחֻזְקַת מ"ק בְּצִירוּף בְּרִי מוֹצִיא מֵהַמְּוֹחָזֵק וְכִינּוּן דְגוּף הַנְּיָיר הָוֵי שְׁל הַלְוָה רַק דְנִתְּוּ בְּמִתְּנָה ע"מ לְהַחְזִיר וְאִי נִימָא דְפָרַע כְּבָר מִמִּילָא קֵאֵי גוּף הַנְּיָיר בְּחֻזְקַת מ"ק הֵינּוּ לְהַלְוָה כְּמוֹ בְּכָל מְכִירָה וּמִתְּנָה עַל תְּנָאי דִּישׁ בְּזָה חֻזְקַת מ"ק לְהַמּוֹכֵר וּלְהַנּוֹתוֹן כְּמִשׁ"כ הַמַּל"מ פ' ט"ו ה' טוּעֵן מ"ק וְעֵינּוּן בַּמְהַרִּי"ט ס' קנ"ב וּבַח"מ ס' קצ"א וּבְסִי' רל"ב ש"ף ס"ק ב' א"כ פִּינּוּ דִּישׁ לְהַלְוָה מַעֲלַת בְּרִי וְחֻזְקַת מ"ק ע"כ מוֹצִיא מֵהַמְּוֹחָזֵק אַף גוּף הַנְּיָיר דָּאָף דְרוּצָה לְכַתּוּב שׁוֹבֵר ע"ג מ"מ צָרִיף לְהַחְזִיר גוּף הַנְּיָיר לְהַלְוָה וּא"ש פֶּסֶק הַטּוֹר ל"כ ע' וְאִי הֵיכָא דְלֹא שְׁיָיָף בְּזָה הַטַּעַם שְׁל הַש"ף אַפ"ה צָרִיף לְהַחְזִיר גוּף הַנְּיָיר לְהַלְוָה: וְכִש"כ לְפַמֵּשׁ"כ בַּמַּק"א לְדוֹן דְחֻזְקַת מ"ק דּוֹמָה לְחֻזְקַת מְמוֹנָא דְבַב"מ ד' ק' אִיתָא בְּמִשְׁנֵה הַלּוֹקֵחַ אוֹמֵר גְּדוּל לְקַחְתִּי וְהִלָּה אוֹמֵר א"י זָכָה בְּגְדוּל וְהִקְשׁוּ הָרֵאשׁוּנִים הַר"ן וְהַנ"י וְהַש"מ מ"ק שְׁם דְתַקְשָׁה מְזָה לְמֵאֵן דַּס"ל בְּרִי וְשְׁמָא חֻזְקַת מְמוֹן עֲדִיף וְאִמָּאי זָכָה בְּגְדוּל וְהוֹכִיחוּ מְזָה דְמִיָּירִי בְּעַסְק שְׁבוּעָה דְגַם בְּגִלְגוּל אֲמָרִינּוּן מַחְשׁוּאִיל"מ וּבְשִׁטָּה מְקוּבָצָת לְב"מ שְׁם כְּתַב בְּשֵׁם הָרֵאָב"ד לְתַרְזֵן זָה דִּי"ל דְכִינּוּן דְמוֹקְמִינּוּ דְמִיָּירִי בְּעוֹמְדַת בְּסִימְטָא א"כ בְּרִי וְשְׁמָא עֲדִיפָא מִחֻזְקַת מ"ק וְדוֹקָא בְּמוֹחָזֵק מִמֵּשׁ ס"ל דְחֻזְקַת מְמוֹנָא עֲדִיף אֲבָל בְּחֻזְקַת מ"ק בְּרִי עֲדִיף אַף לַר"נ ע"ש וּבְחִידוּשֵׁי הָרַמְבַּ"ן לְב"ב ד' ל"ד כְּתַב דָּאָף בְּמַקּוֹם חֻזְקַת מ"ק יְהִיבִינּוּ לְבַעַל חֻזְקַת מ"ק אַף דְתוֹבַע טוּעֵן בְּרִי וְאִיהוּ טוּעֵן שְׁמָא מְשׁוּם דְחֻזְקַת מ"ק דּוֹמָה לְמוֹחָזֵק מִמֵּשׁ וְכִן פֶּסֶק הַטּוֹש"ע בְּסִי' רכ"ג וְסִי' שַׁצ"ט דָּאָף דְעוֹמֵד בְּאַגַּם יְהִיבִינּוּ לְבַעַל חֻזְקַת מ"ק אַף דְתוֹבַע טוּעֵן בְּרִי וְהַבַּעַל חֻזְקַת מ"ק טוּעֵן שְׁמָא מְשׁוּם דַּס"ל לְדִינָא דְכְּמוֹ דַּס"ל לַר"נ דְחֻזְקַת מְמוֹנָא עֲדִיף מִן בְּרִי ה"ה בְּחֻזְקַת מ"ק וְאִי דְבַש"ס לֹא מְצִינּוּ רַק בְּמוֹחָזֵק מִמֵּשׁ.

מ"מ ס"ל לְדִינָא דַּה"ה בְּמַקּוֹם חֻזְקַת מ"ק אֲמָרִינּוּן כִּן וְאִין לְחַלֵּק בִּינֵיהֶם רַק בְּדִרְרָא דְמְמוֹנָא אֲלִיפָא דְסוּמְכוּס מְחַלְקִינּוּ בִּין מוֹחָזֵק לְחֻזְקַת מ"ק כְּמַבְרָאָר בַּב"מ דָּף ק' וְעֵינּוּן בְּתוֹס' שְׁם ד"ה הָא מְנִי כו' וְכִינּוּן דְחֻזְקַת מ"ק דּוֹמָה לְמוֹחָזֵק אַף דָּאִין מוֹצִיאִין ע"י חֻזְקַת מ"ק לְבַד מְמוֹחָזֵק מְשׁוּם דְמִסְפֵּק אִין מוֹצִיאִין מְשׁוּם מְאִי אֲוִלְמָא כו' ע"כ בְּנוֹדַאי הַדִּין נוֹתֵן דָּאֵם יֵשׁ לְהַבַּעַל חֻזְקַת מ"ק מַעֲלַת בְּרִי דְמוֹצִיא מִן הַמְּוֹחָזֵק מְשׁוּם דְמוֹקְמִינּוּ חֻזְקַת מ"ק נֶגֶד הַמְּוֹחָזֵק וְהוּי כְּמֵאֵן דְלִיתְנָהוּ כְּלָל וּמִמִּילָא נוֹתְנִין לְהַטּוּעֵן בְּרִי מְשׁוּם דְהֵיכָא דְלֹא הָוֵי מַעֲלַת מוֹחָזֵק אִז ל"כ ע' אֲמָרִינּוּן בְּרִי עֲדִיף כְּמִשׁ"כ הַש"ף בְּסִי' צ"א ס"ק י"ב וְעֵינּוּן בַּב"מ ד' ק' תוֹס' ד"ה הָא מְנִי כו' שְׁכַתְּבוּ דְחֻזְקַת מ"ק חֲשִׁיבָא טְפִי וּבַמַּק"א הָאֲרַכְתִּי בַּכ"ז וְעוֹד דְהָא אֲמָרִינּוּן בְּכַתְּבוֹת ד' י"ב דְהֵיכָא דְאִיפָא אוֹקִי אַחְזָקָה אִז אֲמָרִינּוּן ל"כ ע' בְּרִי וְשְׁמָא בְּרִי עֲדִיף א"כ ה"ה בְּמַקּוֹם דְאִיפָא חֻזְקַת מ"ק דַּע"י צִירוּף בְּרִי וְשְׁמָא מוֹצִיאִין מֵהַמְּוֹחָזֵק ע"כ ל"כ ע' הַדִּין הוּא דְמְחַוֵּב לְהַחְזִיר גוּף הַנְּיָיר לְהַלְוָה וְהָא דְב"מ ד' כ' בְּמִצָּא שְׁטֵר וְא"י מַה טִּיבוּ יְהִיָּה מוֹנָח כו' דְכַתְּבוּ הַגְּאוּנִים דְמִיָּירִי בְּאוֹמֵר הַמְּלָנָה א"י הָא כְּתַב הַנְּתִיבוֹת דְמִיָּירִי בְּמַת הַלְוָה ע"ש: וְאִין טוּעֵנִין לְיֹרֵשׁ לְהוֹצִיא כְּפִדוּעַ ע"כ עֲדִינּוּן י"ל דָּאֵם הַלְוָה חֵי וְאוֹמֵר בְּרִי מְחַזִּירִין גוּף הַנְּיָיר לְהַלְוָה: אַף אֲפִשֵׁר לֹאֵר דָּאָף דְנִתְּבָאָר דְחֻזְקַת מ"ק בְּצִירוּף בְּרִי מוֹצִיא מִמְּוֹחָזֵק מ"מ שְׁאֵנִי הֵכָא דְחֻזְקַת דְשְׁטֵרָא בְּנִדִי כו' מְסִיעַ לְמַלְוָה הַמְּוֹחָזֵק אַף מִש"כ הוּא עֲנִין נְכוּן בַּפ"ע דְבְּרִי עִם חֻזְקַת מ"ק עֲדִיף מְמוֹחָזֵק וְאִין לְהַעִיר בַּכ"ז מְהָא דְמוֹצִיאִין מֵהַמְּוֹחָזֵק דְבָרִים הַעֲשׂוּיִם לְהַשְׂאִיל כו' דִּי"ל דְשִׂא"ה דְמַקְרִי הַבַּעַל חֻזְקַת מ"ק בְּשֵׁם מוֹחָזֵק וְכִמִּשׁ"כ הַתְּנָמִים סִי' צ' ס"ק ז' דְדְבָרִים הַעֲשׂוּיִם לְהַשְׂאִיל עוֹמְדִים בְּחֻזְקַת בַּעֲלֵיהֶן יַע"ש וּבַמַּק"א הָאֲרַכְתִּי בְּזָה.

אף ממש"כ הרשפ"א בתשובה והטור פנ"ל מוכח דס"ל דהלכה מקרי מוחזק גם בגוף הנזיר אף דיש חזקה דשטר א בנדי מאי בעי וע"כ הטעם פנ"ל דהא פבר פתבתי בשם הקצה"ח דכתב בשם הרשפ"א דמלנה יש לו קנין בגוף הנזיר פנ"ל ומוכח דס"ל דחזקה מ"ק עם פרי עדיף ממוחזק וחזקה דשטר א בנדי מאי בעי ויש להאריך בכ"ז ועיין באו"ת סי' נ"ט ס"ק ב' מה שהביא בשם בעה"ת והר"י ברצלוני: סימן ס (א) (סעי' א) ש"ף (ס"ק ה' בשם הרשד"ם סי' קפ"ט) אשה שולתה ונשאת גובה מן בעלה ולא שייך בזה תקנת השוק עכ"ל וכה"ג פתב"ג פתב"ש באה"ע סי' צ"א ס"ק י"ז משום דבבעל לא שייך תיקון העולם וראיתי בהרשד"ם שם שפתב הטעם דלכן גובין מהבעל דכל שיש ספק בהתקנה אין לנו להניח ד"ת הודאי ולעולם יד התקנה על התחונה כו' עכ"ל: ויש לעיין בזה דהא בח"מ סי' קי"ב סעי' ה' הובא בש"ף שם ס"ק ו' שיטת הרי"ף דס"ל דאשה שולתה ונשאת דבעל לוקח הוי ואין גובין ממנו והעלה הש"ף שם דזהו לפי דהוי ספיקא דדינא אי בעל לוקח או יורש פמבואר בב"ב ד' קל"ט ע"כ מספיקא אין מוציאין מהבעל ולכן אי תפס מלנה לא מפקינן מיניה והא שיטת הרי"ף דשעבונא דאורייתא והובא בש"ף סי' ל"ט ס"ק ב' א"כ מה"ת טורף למלנה בע"פ ממשעבדי אלא משום תקנת חז"ל אינו טורף למלנה בע"פ ממשעבדי ומ"מ בנולד ספק אם בעל לוקח או יורש אין גובין ממנו ולא דיינינן בזה להפיל דספק תקנה לקולא ולא מהני בזה מוחזקות פמבואר בח"מ סי' צ' סעיף ד' גבי שכירו ולקיטו שכתב המ"מ דלא מהני תפיסה בזה ובאמת לכאורה קשה דאמאי אינו גובה מהבעל מספיקא והא ה"ל ספק תקנה דמוקמינן על דין תורה.

ולעיל בחידושיי בקונטרס ספק תקנה העליתי דדוקא אם בא לגבות בתורת חוב בזה לא מהני תפיסה בספק תקנה אבל אם הספק הוא שפא גוף החפץ הוא שולו בזה מהני תפיסה אף בספק תקנה וכן פתבתי שם די"ל דאם תפיס ברשות מהני אף בספק תקנה והוכחתי שם פן בראיות ע"ש לכן לפ"ז אתי שפיר דברי הרי"ף שכתב דמספיקא אין גובין מהבעל אף דס"ל ש"ד משום דהא ספק זה הוא שפא גוף החפץ שייך להבעל והוי תפוס ברשות ואדרבה הבע"ח שפא לגבות ממנו הוא מחוסר גוביינא ובלא ב"ד לא מצי לגבות להקרקע דמאן שם לה וע"כ בכה"ג מהני מוחזקות דהבעל אף דהוי ספק בתקנת חז"ל ומזה הוא ראיה ברורה ג"כ למש"כ בקונטרסי שם ולפ"ז ה"ה בכתבו מטלטלי אג"ק הדין נותן דלא יגבה מהבעל דאף דהוי ספק שפא בעל יורש הוי דמ"מ פיון דהבעל הוי מוחזק ותפוס ברשות דבכה"ג אף בספק תקנה אין מוציאין ממנו ולכן ה"ה טעמא שכתב הרשד"ם יש לעיין בזה וכן יש לדון עפ"ז במש"כ האו"ת סוף ס"ק א' גבי ב"ח מוקדם ה"בא לגבות מן ב"ח מאוחר דכיון דהוי ספק בתקנה מוקמינן על ד"ת ולפמש"כ י"ל דבכה"ג אף בספק תקנה אין מוציאין מהמוחזק וכש"כ בספק פלוגתא דרבנותא וכמש"כ שם בקונטרסי אכן לפמש"כ בקונטרסי שם לחלק בין ספק תקנה הנולד בתר חתימת הש"ס דבזה לא מהני תפיסה ומוחזקות שולו בכל גונוי ע"ש.

ע"כ שפיר י"ל ה"בא בתקנת השוק דתקנו אחר חתימת הש"ס דבזה לא מהני מוחזקות שול הבעל פלל פיון דהוי ספק שפא יש לו דין יורש משום דהא לפי דינא דגמרא הנה גובה ממנו אף אם דינו פלוקח אף משום תקנת השוק דתקנו הגאונים אז אם דינו פלוקח אינו גובה וע"כ במקום ספק שפא דינו פירוש שפיר גובין מהבעל ולכן שפיר פתב הרשד"ם וכעין זה פתב הטור והש"ף ס"ק ד' דאם אין מבואר המנהג אין לזוז מן דין

תורה: והמהרשד"ם פתב שם עוד שני טעמים דאין גובין מהבעל די"ל דוקא בלוקח דאפשר לגבות ממק"א בזה עשו תקנת השוק משא"כ בבעל אי נימא דאינו גובה ממנו א"כ אין להבע"ח שום מקום לגבות כלל ובכה"ג לא עשו לתקנת השוק ועוד דא"כ כל אשה פנויה שתינת חוב תנשא ויאכלו היא ובעלה משא"כ בלוקח דמה ירויח הלוקח מאחר שנותן מעותיו כו' עכ"ל ושני טעמים הללו אין מספיקין לשיטת הש"ך לקמן ס"ק ח' שכתב דלכן אף בנתן במתנה ופרע בחובו לבע"ח מאוחר אין גובין מהם לפי דמחמת תקנת השוק הוי כמאן דלא פתיב שעבוד מטלטלי אג"ק לענין טריפא וכ"כ הש"ך לקמן סי' קכ"ו ס"ק ק"ה דהוי כמאן דלא פתיב מטלטלי אג"ק לענין טריפא א"כ הוה חזינו דאף בנתן במתנה ופרע בחובו דאף דלא שייך התם תקנת השוק ג"כ אין גובין משום דהוי כמו דלא נכתב מטלטלי אג"ק כלל ע"כ מה"ט אף דנימא דגבי בעל לא שייך תקנת השוק מ"מ הדין נותן דלא יגבה ממנו מה"ט דהוי כמו דלא פתיב שעבוד מטלטלי אג"ק לענין טריפא אכן לפמש"כ לעיל הטעם דה"ל ספק תקנה ע"כ שפיר פתב הש"ך דאם ניסת לבעל דגובין ממנו משום דהא מה דאמרו דה"ל כמאן דלא פתיב זהו רק מצד תקנת הגאונים ע"כ במקום ספק שמה דינו פירוש ה"ל ספק תקנה ומוקמינן על ד"ת וכן י"ל בזה לפמש"כ הש"ך בסי' קי"ב ס"ק ו' דהא דאמרו דבעל פלוקח גבי בע"ח זהו לפי דהמלנה אפסיד אנפשיה דלא ה"ל להלוות בלא שטר ע"ש ע"כ היכא דכתב שטר בשעבוד מטלטלי אג"ק דלא שייך לומר דאפסיד אנפשיה דמה הנה יכול לעשות יותר לכן לא עשאוהו בזה פלוקח וגובין ממנו: אף עיקר סברת הש"ך שכתב דהוי כמאן דלא פתיב מטלטלי אג"ק יש לתמוה עליו דהא חזינו דלענין שטרות דנו להו מטלטלי אג"ק אף לענין טריפא וכן תמה האו"ת בס"ק א' אף בזה י"ל דדוקא לענין מטלטלי אמרו דהוי כמו דלא פתיב ולא לגבי שטרות אכן גם ז"א דהא חזינו דאף גבי מטלטלי בנתן כל נכסיו ולא שייך לעצמו פלום פיון דלהברית עשה לא שייך בו תקנת השוק כמש"כ הסמ"ע ס"ק ו' והנתיבות ס"ק א' ע"ש אלמא דמצינו דגם לענין מטלטלי הוי כמאן דכתיב ע"כ העיקר בזה כמש"כ האו"ת דהוי כמאן דכתיב מטלטלי אג"ק ופשוט: ולפי דברי הרשד"ם שכתב לחלק דדוקא היכא דיש מקום לגבות ממק"א בזה עשו תקנת השוק משא"כ בבעל דאין לו מקום אחר ממה להגבות לבע"ח לא עשו תקנת השוק א"כ לפ"ז יש לדון לכאורה באם הנה ידוע להקונה שאין להבע"ח המוכר שום מקום ממה להגבות חובו ובאופן שהמעות שמקבל ממנו לא נשאר לו מזה פלום במה לסלק לבע"ח וכן בנתן במתנה וכה"ג דאפשר לומר דבזה לא תקנו לתקנת השוק דדוקא היכא דיש להסתפק דלמא יש לו איזה נכסים באיזה מקום ואין אדם יודע מטמונית של חבירו ע"כ בכה"ג עשו לתקנת השוק משום דאל"כ אין שום אדם יכול לקנות חפץ מחבירו דאין לה אדם שאין עליו חוב וכתובת אשתו וזהו רק במי שיש לו מזה פלום בבע"ח שעת שקנה המטלטלי דאולי לא הפסיד להמלנה אז דלמא הניח לו מקום לגבות בעת שקנה אבל היכא דידוע להקונה והמקבל דאין להלנה שום דבר כלל כגון ששמעו מן הלנה מקודם שיצא החפץ מת"י דאין לו חפץ ומעות זולת החפץ שמוכר ונותן פעת והא נאמן על שלו וכה"ג דידוע לו דלא הניח מקום לגבות ממנו דיש לומר פיון דבעת דנכה בהחפץ לא הנה לו ממה להגבות לבע"ח ע"כ בכה"ג לא עשו תקנת השוק וזה דומה לתקנת השוק דסי' שנ"ו דאם ידע הלוקח דהוה דבר הגנוב דלא עשו בזה תקנת השוק וכה"ג פתב הרא"ש בשבועות פ"ה סי' ג' שכתב

בְּהָא דַּמַּע"פ אֵינוּ גּוֹבֵה מִמְשַׁעְבְּדֵי דְזוּהוּ אִם הַלּוּקָח לֹא יָדַע מִהַחֹב וְאַף דְלֹא קִי"ל כֵּן וְכַמְבֹּאֵר בְּסִי קי"ג סַע"א א' וְבְסִי קי"ז סַע"א ג' וְבִטּוֹר שָׁם מ"מ י"ל גְּבִי הֵךְ תַּקְנַת הַשּׁוּק דְאִם יָדַע מִהַחֹב וְגַם יָדַע אִזּוּ בְּעַת שְׂזוּכָה בְּהַחֲפֵץ דְאֵין לְהַמְלִיחָה שׁוּם מְקוֹם לְגַבּוֹת חוֹבוֹ דְבַכָּה"ג לֹא עָשׂוּ תַּקְנַת הַשּׁוּק וְכַעֲיִן סְבַרְתָּ הַרְשַׁד"ם הַנְּ"ל: וְאַף דִּישׁ לְחַלֵּק דְשִׂאֲנֵי בְּבַעַל דְלֹא יִהְיֶה שׁוּם מְקוֹם לְגַבּוֹת מְמַנָּה מִשָּׂא"כ בְּנ"ד דִּיכּוֹל לְהִיּוֹת דִּיתַעֲשֹׁר לֹא ח"ז אָךְ זֶה אֵינוּ דְהָא פְתָבוּ הַתּוֹס' בְּב"ב ד' מ"ה ע"א וּבַח"מ ס' ל"ז סַע"א יו"ד דְשִׂמָּא יִתַעֲשֹׁר הָוֵי מִיָּדֵי דְלֹא שְׂכִיחַ וְכֵן הוּא בְּגִיטִין ד' לְמ"ד עֲשִׂירוֹת לֹא שְׂכִיחָא וְע"כ י"ל דְבַכָּה"ג גּוֹבִין מִהַמְקַבֵּל לַפְמַש"כ הַרְשַׁד"ם כְּנ"ל.

אָךְ לַפְמַש"כ הַשְּׂ"ךְ דְכָמָאן דְלֹא פְתִיב דְמִי לְטְרִיפָא ע"כ גַּם בְּכָה"ג אֵין גּוֹבִין אָכֵן לְפִי מַש"כ לְעֵיל דְהַעֲיָקָר הוּא כְּהַאו"ת דְלֹא ס"ל סְבַרְתָּ הַשְּׂ"ךְ הַנְּ"ל ע"כ יֵשׁ מְקוֹם לּוֹמַר דְבַכָּה"ג גּוֹבֵה מִן הַמְקַבֵּל וְעֵינֵן בְּב"מ ד' כ' ע"א בְּתוֹס' ד"ה ש"מ א' לְדַשְׁמוּאֵל כּו' בְּסַה"ד וְקִצְרֵתִי: אָכֵן בְּאַמַּת מוֹכַח דְאַף אִם יָדוּעַ לְהַמְקַבֵּל דְלֹא הֵנִיחַ מְקוֹם לְגַבּוֹת כָּלֵל דְגַם בְּכָה"ג עָשׂוּ תַּקְנַת הַשּׁוּק דְהָא פְתָב הַטּוֹר בְּסִי צ"ט וְהַמְחַבֵּר הֵקָא סוּף סַעֲיָא א' דְאִם נָתַן כָּל נְכָסָיו לֹא וְלֹא שְׂיִיר לְעֲצָמוֹ כְּלוּם פִּינֵן דְמוֹכַח דְעָשָׂה לְהַבְרִיחַ וְגַם לֹא שְׂכִיחַ וְכַמַּש"כ הַנְּתִיבוֹת בְּס"ק א' ע"כ לֹא שְׂיִיר בְּזֶה תַּקְנַת הַשּׁוּק: דְמַשְׁמַע דְהִיכָא דְלֹא שְׂיִיר טַעַם הַנְּ"ל דְעָשׂוּ בְּזֶה תַּקְנַת הַשּׁוּק.

דַּא"כ ה"ל לּוֹמַר בְּקִצְרָה הַטַּעַם דְכֵינֵן דְלֹא הֵנִיחַ מְקוֹם לְגַבּוֹת פִּינֵן דְנָתַן כָּל נְכָסָיו לּוֹ ע"כ לֹא תַקְנּוּ בְּזֶה וּמְדַכְתְּבוּ טַעַם אַחַר מוֹכַח דְאַף אִם לֹא הֵנִיחַ מְקוֹם לְגַבּוֹת כָּלֵל דְגַם בְּזֶה עָשׂוּ תַּקְנַת הַשּׁוּק וְאֵין לּוֹמַר דְנַפ"מ הִיכָא דְלֹא יָדַע מִהַחֹב דּו"א דְהָא בְּמַטְלֵטְלֵי אַג"ק אִיפָא קְלָא אָךְ בְּנָתַן בְּמַתְנָה חֲפֵץ א' וְיָדוּעַ דְלֹא הֵנִיחַ לְעֲצָמוֹ כָּלֵל בְּזֶה י"ל דְלֹא שְׂיִיר תַּק"ה דְהָא הָוֵי זֶה כְּמוֹ נָתַן כָּל נְכָסָיו וְלֹא שְׂיִיר לְעֲצָמוֹ דְלֹא תַקְנּוּ בּוֹ תַק"ה אָכֵל בְּמַכְר אָךְ בְּאִנְפֵן דְלֹא נִשְׂאָרוּ לּוֹ מִהַמְעוֹת שְׂקִיבֵל כְּנ"ל בְּזֶה שְׂיִיר ג"כ תַּק"ה וְאֵין גּוֹבִין מְמַנּוּ וְאֵינוּ דוֹמָה לְתַק"ה דְסִי שְׁנ"ו דְהָא חֲזִינֵן שָׁם דְבְּמַתְנָה לֹא תַקְנּוּ לְתַק"ה דְהַתָּם וְאֵלוֹ הֵקָא תַקְנּוּ אָךְ בְּמַתְנָה ע"כ אֵינוּ דוֹמָה לְיָדַע שְׂהוּא גְנוּב דְהַתָּם וְכֵן מוֹכַח מִהָא דְסִי ל"ז סַע"א ט"ז דְרַאוּבֵן שְׂמַכְר פְּרָה יְכוֹל רַאוּבֵן לְהַעֲיִד כּו' בּוּזָה"ז אִפִּי שְׂעַבְד אַג"ק כּו' וְלֹא חֲיִיִּשִׁינֵן שְׂהָא הִיָּה בְּאִנְפֵן הַלְזוּ וְהָוֵי נוֹגַע בְּעֵדוֹת לְהַעֲמִיד בְּפִנֵי בַע"ח וּמוֹכַח מְזַה דְבְּכָל גְּוֹנֵי אֵינוּ גּוֹבֵה וְע"כ מוֹכַח לְחַלֵּק בֵּין הָא דְהַרְשַׁד"ם הַנְּ"ל וּבֵין גִּידוֹן זֶה וְכַעֲיִן מַש"כ לְעֵיל: (ב) (שָׁם סַע"א א') שְׂ"ךְ א' ס"ק ו' עֵינֵן מַש"כ לְקַמֵּן ס"ס קכ"ו דְאַפִּילוּ בָּא אַחַר הַמְכִירָה לִיד זֶה הַבַּע"ח שְׂשַׁעְבַּד לּוֹ מְטַלְטְלֵי אַג"ק צְרִירָה לְהַחֲזִיר לְהַלּוּקָח וּלְהַמְקַבֵּל מַתְנָה פִּינֵן שְׂפַכְרָ קָנָה אוֹתָם עַכ"ל וּלְקַמֵּן סִי שְׁנ"ו שְׂ"ךְ א' ס"ק ד' פְתָב עֵינֵן מַש"כ לְעֵיל סִי קכ"ו וְתַלְמִיד לְכָאן שְׂאִם בָּא דְבָר הַגְּנוּב אַחַר שְׂנַמְכַר לְבַעֲלִים א"צ לְשַׁלֵּם לְלוּקָח מְעוֹתָיו דְלֹא שְׂיִיר בְּיָה תַק"ה פִּינֵן שְׂהוּא עֲתָה בְּיַד בְּעָלִים הָרַאשׁוּנִים וְאַף שְׂשָׁם חַלְקִיתֵיעֲלִיו מ"מ פָּאן מוֹדִינָא עַכ"ל.

וְהַטַּעַם הוּא כַּמַּש"כ הַשְּׂ"ךְ סוּף סִי קכ"ו לְחַלֵּק דְשִׂאֲנֵי בְּתַק"ה דְבַע"ח לְפִי דְהָוֵי כְּמוֹ דְלֹא פְתִיב מְטַלְטְלֵי אַג"ק לְעֵנֵן מְטַלְטְלֵי כּו' וְכּוֹנֵנֵת הַשְּׂ"ךְ שָׁם בְּמַש"כ לְעֵנֵן מְטַלְטְלֵי דְנִתְפּוּיֵן לְתַרְץ לְמָה שְׂהַקְשָׁה הַאו"ת הֵקָא ס"ק א' עַל סְבַרְתָּ הַשְּׂ"ךְ בְּזֶה דְהָא חֲזִינֵן דְבִשְׂטָרוֹת טוֹרְפִין וְלֹא אֲמַרִינֵן דְהָוֵי כְּמוֹ דְלֹא פְתִיב וְע"ז תִּי הַשְּׂ"ךְ בְּמָה שְׂפַתְב דְהָוֵי כְּלָא פְתִיב

לעגנו מטלטלי דדוקא לעגנו שטרות הוי פמו דכתיב אבל במטלטלי פיון דאם מוכר אינו טורף ממשעבדי ע"כ לא אלים שעבודו להיות טורף ממשעבדי משום דלא סמכה דעתו עליהם כ"כ וגם י"ל דליכא קלא כ"כ בזה אבל בשטרות דטורפן מלקוחות שפיר סמכה דעתו עליהם ונפק עליהם קלא ואלים שעבודן ביותר [ויש להאריך בזה: אכן לפמש"כ לעיל להוכיח כהאו"ת בזה דאף לעגנו מטלטלי הוי פמו דכתיב דהא חזינו אם נתן פל נכסיו לא דגובין ממנו ע"י שעבוד מטלטלי אג"ק ולא אמרינו דהוי פמו דלא פתיב וע"כ מוכח דאף דאם מוכר אינו גובה מלקוחות מ"מ סמכה דעתו עליהן ולא גרע שעבוד מטלטלי אג"ק מן אם פתיב לו מטלטלין וקרקע דאף דאינו גובה ממשעבדי מ"מ יש לו עליהם תורת שעבוד בבא לגבות מיתומים לדינא דגמ' פמבואר בסימן ק"ז ובאו"ת שם ס"ק ג' ולכן פיון דשעבד מטלטלי אג"ק איפא קלא בשעת הלואה אף כה"ג ולכן העיקר כהאו"ת דאף דאין גובין מלקוחות מ"מ הוי פמו דכתיב להיכא דלא שייך תק"ה.

ולפ"ז יש לנו לדון לפי מש"כ הש"ך דגבי תק"ה דסי' שנו"ו דאם בא דבר הגנוב לבעלים דא"צ לשלם ללוקח מעותיו וסברתו הוא די"ל דתקחז"ל לא ה"ה רק שלא להוציא מן הלוקח אבל אם הבעלים הם תפוסים בזה לא ה"ה תקחז"ל להטיל חיוב על הבעלים לשלם לו מעותיו מצד תק"ה דמבואר במשנה א"כ כ"כ יש לדון בהק"ה דשעבוד מטלטלי אג"ק דתקנו הגאונים דלא ה"ה תקנתם רק שלא להוציא מן הלוקח אבל אם הבע"ח תפוס דבזה לא תקחז"ל לבטל זכות שעבודו ואין להוציא ממנו: וכן פתיב הב"ש בסי' ק' ס"ק ט' דאם פתיב לה מטלטלי אג"ק ועדיין בידיה המטלטלין והוא מוכר או נתן לאחר א"צ ליתן להם ובכה"ג לא שייך תק"ה פיון דעדיין בידיה המטלטלין עכ"ל הב"ש הרי להדיא פדברי וחולק על הש"ך וטעמו י"ל דס"ל כמש"כ פיון דהעיקר דלא אמרינו דהוי פמו דלא פתיב פנ"ל וראיתי להנתיבות בסי' שנו"ו ס"ק א' שפתיב בכוננת הש"ך דשם דמייירי בלא הגיע החפץ להלוקח מעולם רק שקנהו בק"ס אבל אם הגיע כבר החפץ להבעלים בזה לא מהני תפיסה ליפטר ממה שחייבו חז"ל לשלם מפני תק"ה עכ"ל הנתיבות ובאמת י"ל דלזה נתפגין הב"ש ג"כ במש"כ פיון דעדיין בידיה המטלטלין ולא פתיב בקצרה פיון דבידיה המטלטלין אלא פתיב שני פעמים בלשון דעדיין בידיה המטלטלין ע"ש הרי דנתפגין הב"ש ג"כ לומר דדוקא אם החפץ לא הגיע מעולם להלוקח בידי בזה מהני תפיסה אבל אם הגיע כבר ליד הלוקח פיון דזכה כבר בהחפץ ע"כ לא מהני תפיסה בזה להפטר ממה שתקנו חז"ל והגאונים וגם יש להסביר זה החילוק ע"פ מה די"ל דדוקא פשלא בא מעולם לרשות הלוקח דזהו מידוי דלא שכיח ע"כ לא שייך בזה תק"ה וכמש"כ המהר"ם אלשיך והובא באו"ת פאן ס"ק ה' באורים שפתיב פעין זה דאם מוכר המטלטלין בקנין מעמ"ג שיהיו החפצים בידי אחר כו' הואיל ולא שכיח לא תקנו בו תק"ה ע"ש: ולענ"ד יש לומר טעם נכון דמועיל תפיסה בהא דסי' שנו"ו בתק"ה דגנב והוא דהא בידיע שהוא גנוב לא תקנו בו תק"ה וע"כ יש להסתפק דלמא ידע הלוקח שזהו גנוב אצל המוכר וכדמצינו בסי' ס"ו סעיף ט"ו דהקונה שט"ח ומת הלנה נשבע הלוקח שלא אמר לו המוכר פלום שהוא שטר פרוע וכמש"כ הש"ך שם ס"ק מ"ט דיש להסתפק שפא אמר לו המוכר שהוא שטר פרוע אף כשהלנה חי א"צ לישבע דהא אין טוען ודאי שפרע למוכר ואין נשבעין על טענת ספק ע"כ ה"ה בקנה חפץ הגנוב ג"כ יש להסתפק דלמא אמר לו המוכר דזהו חפץ גנוב אצלו פמו התם בקנה שט"ח פרוע דחיישינו שפא אמר לו המוכר דזהו

שְׁטַר פְּרוּע אַף דְּזַהוּ לְחַרְפָּה לֹו מ"מ חִיּוּשֵׁינָן לְזַה וְה"ה בנ"ד יֵשׁ לְחוּשׁ לְזַה וְהָא דְאִין כּוּלָּל הַלּוּקַח בְּשׁוּבָעָתוֹ הַמְּבֹאָר בּב"ק דָּף קי"ד וּבַח"מ ס'י שְׁנ"ו סְעִיף ה' דְּכַמָּה נֶתָן וְיִטְוֹל וְלֹא פְתָבוּ שֵׁם דִּישְׁבַּע בְּכוּלָּל שְׁלֹא יָדַע שֶׁהוּא גְנוּב י"ל בְּזַה דְּהָא אִין מְגַלְגְּלִין טַעֲנַת סָפֵק אַא"כ יֵשׁ רַגְלִים לְדַבֵּר כְּמְבֹאָר בְּס'י צ"ד סְעִיף ב' וְלָכֵן פִּינּוֹן דְּאִין טוֹעֵן שְׂיָדַע שֶׁהוּא גְנוּב ע"כ אִין לְהַשְׁבִּיעוֹ וּכְמַש"כ הַש"ף פְּעִין זֶה בְּהָא דְס'י ס"ו ס"ק מ"ט דְּכִשְׁהֲלִנָּה ח'י א"צ לִישְׁבַּע הַלּוּקַח דְּהָא אִין טוֹעֵן וְדָאִי שְׁפָרַע לְמוֹכֵר אֲבָל לְעִנְיָן שְׂיָהִיָּה פְטוּר לְשֵׁלֶם הַחוּב שֶׁהִטִּילֹו חו"ל עָלָיו מִפְּנֵי תַק"ה שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן וְלִהְסַתְּפֵק דְּלִמָּא יָדַע הַלּוּקַח שְׂזַהוּ גְנוּב אֲצֵל הַמוֹכֵר א"כ פְּטוּר מִשׁוּם אִינִי יוֹדַע אִם נִתְחַיִּיבְתִּי וְלָכֵן שְׁפִיר כְּתַב הַש"ף דְּאִם בָּא דְבָר הַגְּנוּב לְהַבְעֵלִים א"צ לְשֵׁלֶם לְהַלּוּקַח וְאִף אִם הִגִּיעַ כְּבָר הַחֲפִיץ לְיַד הַלּוּקַח וְזָכָה בּוֹ כְּבָר אַפ"ה אִין מוֹצִיאִין מִהַבְעֵלִים פִּינּוֹן דְּגוּף הַחֲפִיץ שְׂיָיָה לְהֵם רַק דְּהַסְפֵּק הוּא אִם מְנוּטָל עָלֵיהֶם חַיִּיב לְשֵׁלֶם מִשׁוּם תַק"ה אוֹ לֹא.

ע"כ פְּטוּרִים מִסָּפֵק דְּהָנִי כְּמוֹ א"י א"נ פֶּן יֵשׁ לְדוֹן בְּזַה וְדִלָּא כְּהַנְתִּיבוֹת וְאִף שְׂנִימָא דְקִשָּׁה לְהַעֲמִיס זֶה בְּכוּנוֹת הַש"ף מ"מ יֵשׁ לוֹמֵר פֶּן לְדִינָא וְגַם י"ל פֶּן בְּכוּנוֹת הַש"ף וְלָכֵן אִף דְּבַתַק"ה דְס'י ס' ס"ל לְהַש"ף דְּלֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה מ"מ שְׂאֵנִי בְּהָא דְס'י שְׁנ"ו פְּנ"ל: וְלַפְמַש"כ לְעִיל דְּבַנְתָּן חֲפִיץ בְּמַתְנָה דְּאִם לֹא הִנִּיחַ לְעַצְמוֹ כְּלָל דְּזַהוּ דוֹמָה לְהָא דְּמְבֹאָר הֵכָא דְּאִם נֶתָן בְּמַתְנָה כָּל נְכֻסָיו וְלֹא שְׂיָיָר לְעַצְמוֹ כְּלָל דְּהַדִּין הוּא דְּבַכָּה"ג לֹא עָשׂוּ תַק"ה.

א"כ לַפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּנֶתָן בְּמַתְנָה חֲפִיץ א' אִם אִין מְבֹנָר שְׂמָא הִנִּיחַ אֲצֵלוֹ עוֹד אִיזָה חֲפִיץ אוֹ לֹא הִנִּיחַ לְעַצְמוֹ כְּלָל דְּאִזּוֹ יֵשׁ לְהַסְתְּפֵק שְׂמָא לֹא הִנִּיחַ לְעַצְמוֹ כְּלָל א"כ לֹא עָשׂוּ בַכָּה"ג תַק"ה וְע"כ בַּכָּה"ג אֲפֻשֵׁר לְדוֹן דְּאִם בָּא הַחֲפִיץ לְיַד הַמְּלִנָּה דְּאִין מוֹצִיאִין מִמְּנוּ ג"כ מַה"ט וְלָכֵן אִף שְׂזָכָה כְּבָר הַלּוּקַח בְּהַחֲפִיץ שְׂהִיָּה כְּבָר בְּיָדוֹ מ"מ אִין מוֹצִיאִין מִהַמְּלִנָּה וְאִין לְהַקְשׁוֹת לַפְמַש"כ לְעִיל דְּבַסָּפֵק תַקְנַת הַגְּאוּנִים בְּהַדִּין תַק"ה דְּאִף בְּתַפְס בְּרִשׁוֹת וְגַם גּוּף הַחֲפִיץ שְׂיָיָה לֹו דְּמ"מ לֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּסָפֵק וּמוֹקְמִינָן עַל דִּין תוֹרָה וּכְמַש"כ לְעִיל בְּש"ף ס"ק ה' בְּמַש"כ בְּשֵׁם הַרְשָׁד"ם א"כ לַפ"ז יֵשׁ לוֹמֵר פֶּן בְּכָל נוֹתָן בְּמַתְנָה דְּלֹא יוֹצִיאֵו מִמְּנוּ מִשׁוּם תַק"ה דְּהָא יֵשׁ לְהַסְתְּפֵק תְּמִיד דְּלִמָּא לֹא הִנִּיחַ אִזּוֹ לְעַצְמוֹ כְּלוּם דְּהַדִּין הוּא דְּלֹא עָשׂוּ בְּזַה תַק"ה דִּי"ל בְּזַה דְּכִינּוֹן דְּאִם נִימָא פֶּן א"כ נִתְבַּטַּל תְּמִיד לְתַק"ה דְּלְעוֹלָם יֵשׁ לְהַסְתְּפֵק בְּזַה ע"כ לֹא עָשׂוּ זֶה לְסְפִיקָא אֲבָל אִם הַבְעֵלִים הֵם תְּפּוּסִים שְׂאֵנִי גַם י"ל דְּבַכָּה"ג עָשׂוּ דִּיהִיָּה סְפִיקוֹ כְּדִין כָּל סָפֵק תַקְנַת חו"ל דִּיהִיָּה מוֹעִיל בּוֹ תְּפִיסָה אִם הוּא תְּפּוּס בְּרִשׁוֹת וְגַם טוֹעֵן עַל גּוּף הַדְּבָר דְּהוּא שְׁלוֹ פְּנ"ל וְע"כ אִין מוֹצִיאִין מִהַמְּקַבֵּל מַתְנָה אֲבָל אִם הַבְעֵלִים הֵם מְנוּחָזְקִים אִזּוֹ אִין מוֹצִיאִין מֵהֶם מִשׁוּם סְפִיקָא דְּשְׂמָא לֹא הִנִּיחַ אִזּוֹ לְעַצְמוֹ כְּלוּם דְּאִין בּוֹ תַק"ה כְּלָל: וּמ"מ פִּינּוֹן דְּהַש"ף כְּתַב הֵכָא דְּאִף בְּכָא לְיַד הַבַּע"ח צָרִיף לְהַחֲזִיר לְהַלּוּקַח אוֹ לְהַמְקַבֵּל מַתְנָה כּוֹ דְּאִלְמָא דְּאִף בְּמַקְבֵּל מַתְנָה ס"ל דְּצָרִיף לְהַחֲזִיר לֹו מִשׁוּם דְס"ל דְּלֹא מְסַפְקִינָן כְּלָל בְּזַה וְלוֹמֵר דְּלִמָּא לֹא הִנִּיחַ לְעַצְמוֹ כְּלָל דְּכ"ז שְׂאִינוּ מְבֹנָר פֶּן אִין לָנוּ לְעֵשׂוֹת סָפֵק זֶה מְעַצְמִינוּ פִּינּוֹן דְּזַהוּ מִיָּדִי דְּלֹא שְׂכִיחַ דִּיהִיָּה שְׂבִיבַת נְפִשָׁיָה עֲרִטִילָאִי וְאִין זֶה שְׂיָיָה לְמָה, דְקִי"ל אִין הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרוּב פִּינּוֹן דְּגַם חֲזַקַת מ"ק מְסִיעֵו לְהַלּוּקַח דְּהָא הַבַּע"ח צָרִיף גְּנוּבִינָא וְאַחֲלָטָא וְגַם הָא קִי"ל בְּכָל סָפֵק דְּרָרָא דְּמָוּנָא אִם אִין טוֹעֵן בְּרִי לֹא מְהַנִּי בּוֹ תְּפִיסָה כְּמְבֹאָר בְּב"מ דָּף ק' בְּתוּס' שֵׁם וּבְכָלִי תְּפִיסָה שְׁל הַאו"ת וְהַנְתִּיבוֹת וּמַכַּש"כ בְּתוּפְסוֹ עֲבוּר חוּב דְּכ"ז דְּלֹא הִנְחִיל לֹו אִין שְׂיָיָה גּוּף הַחֲפִיץ לְהַמְלִנָּה ע"כ לֹא מְהַנִּי בְּזַה תְּפִיסַת הַמְּלִנָּה וְאִף דִּישׁ לְחַלֵּק דְּשְׂאֵנִי בְּזַה פִּינּוֹן

דמה"ת שנייה החפץ להמלנה מ"מ אין לחלק בזה וגם הא מטלטלי אג"ק הוא מדרבנן
לכ"פ וקצרותי פן הוא שיטת הש"ך ונאף דמציינו להב"ש באה"ע סי' ק' דס"ל דלא פהש"ך
בזה פנ"ל מ"מ הא משמע מלשונו דדוקא אם לא הגיע מעולם החפץ להלוקח לידו בזה
ס"ל דמהני תפיסת הבע"ח.

אבל אם הגיע כבר ליד הלוקח כה"ג לא מהני תפיסת הבע"ח. וכעין חילוק של הנתיבות
בסי' שנו"ו רק קצת בטעם אחר פנ"ל.

לכן דעתי מסקמת דדוקא כ"ז דלא זכה הלוקח לידו בזה אין מוציאין מהמלנה פיון די"ל
בכה"ג דהוי ג"כ מידי דלא שכיח דאין אדם עשוי לקנות חפץ אם הוא אינו ת"י עדיין
ולא עשותק"ה בזה אכן אם היה כבר ת"י הלוקח אז לא מהני תפיסת המלנה ואלו בתק"ה
דסי' שנו"ו י"ל דבכל גונו מועיל תפיסת הבעלים וכפשוטו לשון הש"ך וכש"כ לפמש"כ
להסביר זה פנ"ל פן נ"ל נכון לדינא (ג) (שם סעי' ו') המחייב עצמו בדשלב"ל חייב
כו'.

נשאלתי במה דקיי"ל אין מקנה דבר שאין בו ממש פמבואר בסי' רי"ב אם מהני בזה
לשון חיוב על גופו וכן במה דכתב הרמ"א בסי' ר"ג סעיף א' דטובת הנאה לאו ממון
ואין נקנה בחליפין ואג"ק ועיין בש"ך שם ס"ק א' וזהו משום דטובת הנאה הוי דבר
שאין בו ממש כמש"כ הרמ"א בח"מ סי' רע"ו סעיף ו' דאין היורשין יורשין דבר שאין
בו ממש וכן טובת הנאה שאינו ממון ע"ש בש"ך אם מהני בזה חייב ע"ע פמו בדשלב"ל
או דגרע וראיתי בספר פתח הבית סי' ל"ח ענף א' שנסתפק בזה והביא פן בשם פרח
מט"א ח"א סי' ד' שחקר בזה וכן לענין הקדש אם חל על דבר שאין בו ממש ע"ש:
ולענ"ד נראה לדון בזה ונקדים למש"כ השאגת אריה סי' ע"ז דהעלה שם דאין מהני
ביטול והפקר לטובת הנאה דאין ממון והוי פמו דבר שאין בו ממש וזהו פועל שיטת
הרמ"א הנ"ל ודלא כמש"כ הש"ך בסי' ר"ג ס"ק א' והמקור חיים על ה"פ סי' תל"א פתב
להשיג על הש"א בזה מהא דערכין דף כ"ח ודף כ"ט דיכול להקדיש ולהחרימ לטובת
הנאה שיש לו בקדשים א"כ ה"ה דיכול להפקיר ולבטל דקנין הנתפס בדבור פמו הקדש
והפקר וביטול ודאי דמועיל בט"ה ודוקא אג"ק לא מהני בט"ה כו' ע"ש: אבל כבר
הקדימו המהרי"ט בתשובה ח"ב סי' ה' והעלה דטובת הנאה לא הוי ממון והוי דבר דלית
ביה ממשא ולא נקנה בחליפין ואגב והא דערכין דמחרים את קדשיו כו' אלמא דחל
ההקדש על טובת הנאה התם מפיק ליה מקרא כו' ור' ישמעאל דרש פתוב אחד אומר
תקדיש כו' אדרבה דוק מינה דאי לאו קרא לא היה ההקדש חל עליהם אע"פ שיש לו
בהם טובת הנאה וכ"ת גילף מינה הקדש שאני עכ"ל המהרי"ט א"כ לפמש"כ המהרי"ט
נדחה בפשיטות קושיות המק"ח הנ"ל אכן תמהני על המהרי"ט והמק"ח דהא אין התחלה
פלל לקושיותם מהא דערכין דהא בתמורה דף ל"ב איתא ומי אמר עולא הכי והאמר
עולא המתפס עולה לב"ה אין לו בה אלא עיפוב גיזברין ומשני מדרבנן וקרא אסמכתא
בעלמא ועיקר קרא למעילה אתא כפי' וגירסת רש"י שם.

א"כ לפי שיטת רש"י דהא דחל ההקדש על טובת הנאה אין זה רק מדרבנן ע"כ ודאי אין
מקום פלל לקושיות המק"ח על הש"א דהא באמת י"ל דמה"ת לכן אינו חל ההקדש על
טובת הנאה משום דהוי דבר שאין בו ממש וכמש"כ הש"א והא דמחרים קדשיו הא אין

זה רק מדברבנו: וי"ל דהך עולא דתמורה אזיל לטעמיה דס"ל בקדושים דף נ"ח דט"ה לא הוי ממון וקצרתוי וע"כ שפיר כתב הש"א דלא מצי מפקיר לטובת הנאה משום דהוי דבר שאין בו ממש: והתוס' בתמורה שם ד"ה והאמר עולא כו' הקשו על פי רש"י הנ"ל והעלו דהא דמצינו דמקדיש לטובת הנאה ע"פ ילפותא מקרא אף בתרמי פהגים דהיה ס"ד דחל על גוף הבהמה דאם לא פן על מה יחול חרם הפהו דלא דמי לבדק הבית שאם אמר הרי עלי מנה לב"ה חייב דאמירה לגבוה פמסירה להדיוט אבל חרמי פהגים נדאי אם אמר הרי עלי מנה לתרמי פהגים אם ירצה יחזור בו דאמירה להדיוט לאו פלום היא כו' ומשני מדברבנו פלומר מדאורייתא אינו חל כלל על גוף הבהמה כו' ועיקר קרא אתא לומר שחל על ההקדש לכה"פ להתחייב מטעם חוב עכ"ל התוס' [ועיין בתוס' יבמות דף צ"ג ע"א ד"ה קנויה לה מעכשיו כו' שכתבו שם דלכן בפירות ערוגה לא בעי מעכשיו לפי שאמירתו לגבוה פמסירתו להדיוט דמי אלמא דס"ל דגם בתרומה שייך אמירה לגבוה כו' ואלו הלא בתרמי פהגים פתבו דלא שייך לומר פן ויש לחלק דשאני תרומה דחל על גוף החפץ כמש"כ התוס' הלא ועיין בערכין דף כ"ט ת"ר חרמי פהגים כ"ז שהם בבית בעלים כו' וקצרתוי אלמא דס"ל להתוס' לפירש דלכן חל הקדש או חרמי פהגים על טובת הנאה משום דהוי כמו דאמר זה בלשון התחייב ע"ע דהיה מהני א"כ מה"ט אף אם לא אמר בלשון חייב בפירוש ג"כ מהני ע"פ ילפותא מקרא דה"ל פאלו אמר ליה בלשון המועיל ע"פ דין ועיין בגדרים דף כ"ט ע"ב פ"ר ד"ה הלא שאני כו': ומה"ט אף בתרמי פהגים ג"כ חל על טובת הנאה אף דדינו כמו אמירה להדיוט וכמש"כ התוס' דכיון דלא נתפס ליה גוף החפץ ע"כ עיקר הטעם הוא דלכן חל על ט"ה לפי שדינו כמו אם אמר וקיבל ע"ע בלשון חייב והתחייבות דהיה מועיל אף על טובת הנאה אף דנימא דאין לו דין ממון והוי כמו דבר שאין לו ממש מ"מ התחייבות הנה מהני ע"כ אמרה התורה דאף היכא דלא קיבל ליה בפירוש בלשון התחייבות ג"כ מהני וגם לתי' הב' שכתבו התוס' בתמורה שם בשם הר"י דמחלק דבתרמי פהגים אינו חל רק מדברבנו ובבדק הבית חל מה"ט ג"כ י"ל פ"עין חילוק התוס' דעיקר הטעם הוא לפי דבהקדש לב"ה הוי כמו דאמר ליה בלשון חייב אע"ג דלא אמר ליה פן בפירוש בלשון חייב ובתרמי פהגים לא גזרה התורה פן דיהנה כמו לשון חייב או די"ל דאף אם אמר ליה בפירוש בלשון חייב ע"ע לא מהני פיון דלא היה קנין רק אמירה בעלמא דכ"ז דלא נתפס ליה גוף החפץ ה"ל כמו חייב להדיוט דלא קנהו אם לא היה ע"פ דרכי הקנין להתחייבות א"כ לפי ביאור דברי התוס' הנ"ל נדאי דא"ש דברי הש"א שכתב דאינו חל הפקר על ט"ה דהוי כמו דבר שאין בו ממש דשאני הקדש לט"ה דה"ל כמו דא"ל בלשון חייב ע"ע משא"כ בהפקר דלא שייך ע"ז לומר לשון חייב ע"כ נכונים הם דברי הש"א ואין שום מקום לקושיות המהרי"ט והמק"ח הנ"ל: וכל השיטות הנ"ל הובאו במל"מ ה' ערכין פ"ו ה' יו"ד דמסיק שם דיש שלש מחלוקות בדבר לרש"י ליכא הקדש עילוי אף מתפיס לב"ה רק מדברבנו ולרבינו והתוס' אף חרמי פהגים הוא מה"ט ולר"י במתפיס לב"ה הוי מה"ט אבל במתפיס לתרמי פהגים אינו רק מדברבנו ע"ש במל"מ ולפ"ז למדנו מן דברי התוס' הנ"ל דמהני התחייבות על טובת הנאה אף דאין בו דין ממון ומה"ט אינו חל מה"ט על גוף הבהמה כמש"כ התוס' משום דלמ"ד דיש לו דין ממון הוי פאלו יש לו זכות בגוף החפץ וכמש"כ המקור חיים בסי' תל"א שם ומ"מ חל עליו ההקדש וחרמי פהגים מה"ט לשיטת

התוס' וְהַרְמַב"ם וְנָהוּ מְשׁוּם דַּה"ל כְּמוֹ דַּא"ל בְּלִשׁוֹן הַתְּחִיבּוּת ע"ע דְּמִשְׁמַע מִן הַתּוֹס' דַּאִם א"ל בְּלִשׁוֹן חַיּוּב בְּזָה לֹא בְּעֵינֵי יַלְפוּתָא מְקַרָּא רַק עֵינְקָר הַיְלָפוּתָא הוּא דַּאֲף דְלֹא א"ל בְּפִירוּשׁ בְּלִשׁוֹן חַיּוּב ג"כ מְהַנִּי דְזָהוּ מִטַּעַם כְּמוֹ דַּא"ל בְּלִשׁוֹן חוּב וְגַם אֲף בְּחֶרְמֵי כְּהֵנִים דַּה"ל כְּמוֹ אֲמִירָה לְהַדְיוּט כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' כ"ז דְלֹא נִתְפָּס לִיה גּוּף הַחֶפֶץ פְּנ"ל וְאַפ"ה מְהַנִּי בְּיָה לִשׁוֹן חַיּוּב ע"ע כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' וּמְצִינּוּ בְּשִׁבּוּעוֹת דָּף כ"ו ע"ב בְּתוֹס' ד"ה מְשׁוּם דְּהוֹנָא תְּרוּמָה כּו' שְׁפָתָבו דְּתְרוּמָה הָנִי חוּל אֲצַל קַדְשִׁים כּו' שְׁפָתָב הַמְהַרְש"א שֶׁם דְּתְרוּמָה הָנִי חוּל וְגַמְרִינֵן שְׁפִיר חוּל מִמֶּשׁ מִיְנָה כּו' א"כ ה"ה דְּנֻדַּי יֵשׁ לְמִילָף הַדְיוּט מִן חֶרְמֵי כְּהֵנִים דְּכְמוֹ דְּמְהַנִּי הֵתָם חַיּוּב ע"ע ה"ה דְּמְהַנִּי חַיּוּב בְּהַדְיוּט וְנֻדְקָא בְּקַדְשִׁים אֲמָרוּ בְּשִׁבּוּעוֹת דָּף כ"ו חוּלִין מְקַדְשִׁים לֹא גַמְרִינֵן וְנָהוּ כְּעֵין סְבֵרַת הַמַּהֲרִי"ט הַנָּ"ל וְגַם הָא נִתְבָּאָר דְּמְהַקְדֵּשׁ ג"כ שְׁפִיר מְצִינּוּ לְמִילָף מְשׁוּם דְּמִשְׁמַע מִהַתּוֹס' דְּמִן הַטַּעַם דַּה"ל כְּמוֹ חוּב ע"ע לְזָה לֹא בְּעֵינֵי יַלְפוּתָא מְקַרָּא פְּנ"ל א"כ נִתְבָּאָר דְּמוּכַח מִן הַתּוֹס' הַנָּ"ל דְּבִלְשׁוֹן חַיּוּב ע"ע מְהַנִּי אֲף בְּטוֹבַת הַנְּאָה אֲף דְּנִימָא דַּאִין לוֹ דִּין מְמוֹן וְה"ל כְּמוֹ דְּבָר שְׁאִין בּוֹ מִמֶּשׁ כַּמֶּש"כ הַמַּהֲרִי"ט וְהַרְמַב"א וְהַש"א הַנָּ"ל דַּמ"מ בְּלִשׁוֹן חַיּוּב מְהַנִּי וְעֵינֵי בַב"ק דָּף ל"ו תּוֹס' ד"ה יַד עֲנִיִּים כּו' שְׁפָתָבו בְּלִשׁוֹנָם שְׁמַתְחִיבֵיב מִטַּעַם נֶדֶר וְהִכָּא פָּתָבו לְהַתְחִיבֵיב מִטַּעַם חוּב גַּם יְהִיָּה מוּכַח מִן הַתּוֹס' הַנָּ"ל דְּהַתְחִיבּוּת עַל גּוּפוֹ מְהַנִּי מַה"ת וְלֹא כַּמֶּש"כ הַפְּתַח הַבֵּית בְּסִי ל"ח עֲנָף א' דַּמַּה"ת לֹא מְהַנִּי חַיּוּב ע"ע בַּדְּשִׁלְב"ל ע"ש דְּהָא חֲזִינֵן דַּאֲף בְּמַה דְלֹא הָנִי דִּין מְמוֹן מ"מ מְהַנִּי חַיּוּב מַה"ת וְה"ה בַּדְּשִׁלְב"ל.

רק לענין שיחול השעבוד על הנכסים זהו אינו רק מדרבנן כמש"כ הקצה"ח בסי' ס' ס"ק ה' כמו בשעבוד דאקני אבל על גופו נדאי דמועילמה"ת וכדמשמע פשט דברי התוס' וְהַרְמַב"ש ר"פ אע"פ ע"ש וְזָה פְּשׁוּט וּכ"ז לְשִׁיטַת הַרְמַב"א וְהַמַּהֲרִי"ט וְהַש"א אֲבָל לַפְּמֶש"כ הַמַּחֲנֶה אֲפָרִים הַלְכוֹת טוֹבַת הַנְּאָה סִי א' דְּטוֹבַת הַנְּאָה אֲף דְלֹא הָנִי דְּבָר שְׁיֵשׁ בּוֹ מְמוֹן מ"מ דְּבָר שְׁאִין בּוֹ מִמֶּשׁ לֹא הָנִי ע"ש ע"כ לַפ"ז אִין לְהוֹכִיחַ מְהָא דְּתַמּוּרָה הַנָּ"ל רַק עַל חַיּוּב לַט"ה אֲבָל לְדָבָר שְׁאִין בּוֹ מִמֶּשׁ לֹא שְׁמַעְנוּ וַיֵּשׁ לְהַאָרִיף בַּכ"ז: (ד) (שם סעי' ו') וְאִם אִין הַדְּבָר יָדוּעַ שְׁהִיָּה בְּרִשׁוּתוֹ עַל הַתּוֹבֵעַ לְהַבִּיא רְאִיָּה וּלְקַמֵּן סִי קִי"ב סעי' ג' פְּלִיגֵי בְּזָה הַרְבֵּה רַאשׁוֹנֵי וּס"ל דְּחֻזְקָה דְּכָאן נִמְצָא הָנִי חֻזְקָה אֲלִימָתָא וּמוֹצִיאִין עִי"ז מִהַמּוֹחֲזֵק וְהִכָּא הַכְרִיעַ הַשּׁו"ע וְכֵן לְקַמֵּן סִי קִי"ב דְלֹא כְּהַגְאוּנִים שֶׁם וְכַמֶּש"כ הַשּׁו"ע וְלַעֲיִל סִי מ"ב סעי' י"ד כְּתָבוּ בָּא לְגַבּוֹת מְעוֹת הַמְּקוֹם שְׁיִצָּא בּוֹ הַשְּׁטָר וְטַעַן הַלְנָה כּו' מִיָּהוּ אִם הַבִּיא הַלְנָה רְאִיָּה שְׁהִיָּה דְרִין תַּחֲלָה בְּמְקוֹם שְׁהַמְטַבֵּעַ פְּחוּתָה נּוֹתֵן לוֹ הַפְּחוּת וּמְבֹאָר בַּהֲר"נ ס"פ בְּתָרָא דְּכַתּוּבּוֹת דְּטַעְמוֹ שֶׁל דְּבָר דְּאֲמָרוּ הוֹצִיאָו בְּבָבֶל כּו' מְשׁוּם דְּאִנּוּ אוּמְרִים דְּמִסְתַּמָּא הִיָּה דָּר מִתַּחֲלָה בְּאוּתוֹ הָעִיר שְׁדָר כְּעַת וּמוּכַח מְזָה דְּסַמְכִינֵן עַל חֻזְקָה דְּהַשְׁתָּא דְּכָאן נִמְצָא כּו' אֲף לְהוֹצִיא מְמוֹן אֲף אִם הַלְנָה טוֹעֵן בְּרִי שְׁהִיָּה דָּר מִתַּחֲלָה בַּמֶּק"א עַכ"ז לֹא מְהִימְנִינֵן לִיה אֲף לְהַחֲזִיק מְמוֹנָא ת"י אֲלִמָּא דַּס"ל לְהַשּׁו"ע וְהַרְמַב"ם דְּסַמְכִינֵן עַל חֻזְקָה דְּהַשְׁתָּא אֲף לְהוֹצִיא מְמוֹן וְתַקְשָׁה סְתִירַת הַשּׁו"ע אֲהַדְדִּי: וְאַפְשָׁר לְחַלֵּק דְּשִׁאֲנֵי הֵתָם דְלֹא שְׁכִיחַ שְׁיַעֲקוּר דִּירְתוֹ מְמָקוֹם זֶה לְמַק"א וְלֹא יָדְעוּ מְזָה שְׁכַנְיָו וְכַהֲנָה וְהָנִי זֶה כְּמוֹ רַבָּא וּבְצִירוּף חֻזְקָה דְּהַשְׁתָּא מוֹצִיאִין מְמוֹן כַּמֶּש"כ הַרְמַב"א בְּמַלְמַד שְׁיֹדַע עַכְשָׁיו וְנִסְתַּפְקוּ אִם יָדַע מַעֲיָקְרָא דְּמוֹצִיאִין מְמוֹן עַל סַמָּה חֻזְקָה דְּהַשְׁתָּא כְּמִבְּנוֹרָא בַּח"מ סִי שַׁל"ה וְכַמֶּש"כ הַש"ש שְׁמַעְתָּא ג' פ' י"א וּפ' י"ב כְּעֵין זֶה וְהָא דַּב"ב ד' כ"ט דְּכָתָבוּ שֶׁם דָּאי טַעַן הַמְּעַרְעֵר שְׁיִצָּא הַמַּחֲזִיק מִן הַדִּירָה בְּלִילָה טַעַנְתּוּ טַעַנְתּוּ שְׁאֲנֵי הֵתָם

דיכול להיות שְמֻצוֹי שֵׁם לַעֲקוֹר דִּירְתוֹ בְּמִכּוּנֵי כְּדֵי שְׁלֵא יַעֲשֶׂה הַמְעַרְעֵר מְחָאָה עַל חֻזְקָתוֹ
ג' שְׁנִים אֲבָל הֵיכָא דְלִיכָא רַק חֻזְקָה דְהַשְׁתָּא לֹא מְהַנִּי זֶה לְהוֹצִיא מְמוֹן וְעֵינֵי מְזַה בַּח"מ
ס' רנ"א סע' ב' דְפִסְקוּ כר' יַעֲקֹב: וְכֵן יֵשׁ לְהַעֲרִיר מְזַה בַּח"מ ס' רט"ז סע' ח' דָּאָם
הַמוֹכֵר אוֹמֵר שֶׁהִגְדִּילוֹ וְהַלּוֹקֵם אוֹמֵר שְׁלֵא הִגְדִּילוֹ עַל הַלּוֹקֵם לְהֵבִיא רֵא' וְזֶהוּ שִׁטַּת
הַרְמְבִין אֲבָל הַרְשֵׁב"א שֶׁהוּבָא בַּח"מ פ' כ"ד ה' מְכִירָה ה' ה' חוֹלֵק ע"ז וס"ל דְמַחְמַת
חֻזְקָה דְהַשְׁתָּא דְכָאֵן נִמְצָא סְמִינֵן לְאוּקְמֵי בְּיַד הַלּוֹקֵם וּכ"כ הַנ"י בְּשִׁמוֹ בַּפ"ה לַב"ב אֲבָל
הַרְמְבִין לֹא ס"ל פֶּן מְשׁוּם דַּס"ל דְלֹא מְהַנִּי חֻזְקָה דְהַשְׁתָּא לְהוֹצִיא מְחֻזְקַת בְּעֵלִים
רֵאשׁוֹנִים גַּם יֵשׁ לְחַלֵּק דְשֵׁא"ה דִּישׁ חֻזְקָה דְמַעֲיָקְרָא הַסּוֹתְרַת לְחֻזְקָה דְהַשְׁתָּא וְנִימָא
הַשְׁתָּא הוּא דְהִגְדִּילוֹ וְלֹא מַעֲיָקְרָא וְעֵינֵי בַקְצָה"ח ס' קי"ב ס"ק ו' וְאִכְמ"ל: סִימָן סֵא (א)
(סע' ד') שְׁטֵר שְׁכָתוּב בּוֹ שְׁיֻכַּל כָּל הַמוֹצִיאֵי לְגַבּוֹת בּוֹ כּו' הִנֵּה לְקַמֵּן רִישׁ ס' ס"ו
הַאֲרַכְתִּי בְּעֵינֵי זֶה ע"ש: ב) (שֵׁם סע' ה') כָּל דְבָר שֶׁנִּהְיֶה לְכַתְּוֹב הֵן נְאֻמָּנוֹת הֵן כְּתוּבָה
בְּשׁוּקָא כּו' כָּל מִי שֶׁמְקַנֵּה בְּסוּדָר לְכַתְּוֹב שְׁטֵר דַּעֲתוֹ שִׁיכְתְּבוּ כְּמִנְהַג הַמְדִינָה כּו'.

הַג"ה הָאֵי מָאֵן דְמַקְבֵּל לְמַכְתָּב שְׁטֵרָא כּו' אֲבָל תְּנָאִים כְּגוֹן נְאֻמָּנוֹת בְּהַלְוָאָה אוֹ בְּטוּל
מוֹדַעָא בְּמַתְנָה לֹא חֻשְׁבִּינֵן עַד דְמַפְרָשֵׁי בְּשְׁטֵרָא עַכ"ל וְהַש"ך ס"ק ט' פְּתַב דְכּוֹנְנַת
הַרְמ"א הוּא בְּאִין יְדוּעַ שֶׁהַלְוָה יְדַע שְׁנוֹהֲגִים לְכַתְּוֹב נְאֻמָּנוֹת בְּכָל הַשְׁטֵרוֹת וְלִכְּנֵן א"ש
דְלֹא סְתָרֵי דְבָרֵי הַרְמ"א לְמַש"כ הַמְחַבֵּר וְכָל הַרֵאשׁוֹנִים ע"ש וְהַא"וֹת פְּתַב חִילּוֹק אַחַר
לְתַרְצַן דְבָרֵי הַרְמ"א ור' יְרוּחָם ע"ש וּמְשַׁמַּע מְדַבְרֵיהֶם דַּס"ל דָּאָם יְדַע שֶׁנִּהְיֶה לְכַתְּוֹב פֶּן
בְּכָל הַשְׁטֵרוֹת דָּאֵז אַף בְּטוּל מוֹדַעָא בְּמַתְנָה דִּינִינֵן דְכְּכָתוּב דְמִי: עֲנָף א וְלִדְעָתִי יֵשׁ
לְהַסְתַּפֵּק בְּזֶה וְהוּא דִּי"ל דְהָא דְמַצִּינוּ בַּב"מ ד' ק"ד דר"מ הִנֵּה דוֹרֵשׁ לְשׁוֹן הַדְּיוּט דֵּאֵע"פ
שְׁלֵא נִכְתָּב כְּנֻכְתָּב דְמִי וְכֵן שְׁאָרֵי תְנָאִים דְמוֹנֵה הֶתֶם הִנֵּה לֹא מַצִּינוּ פֶּן רַק הֵיכָא שְׁעִיקָר
הַעֲנִין מִן הַהִתְחַיְיְבוּת וְהַמְכִירָה וְכֵה"ג הוּא הַפֶּל מְרַצוֹנוֹ הַטּוֹב ע"כ בְּזֶה אֶמְרוּ דֵּאֵע"ג דְלֹא
נִכְתָּב כְּנֻכְתָּב דְמִי אֲבָל לֹא בְּמַתְנָה שְׁמֵסֵר מוֹדַעָא שְׁאִינוּ רוֹצֵה לִיתֵּן לוֹ הַמַּתְנָה בְּאֻמַּת וְלֹא
מְבַעֵי לְשִׁיטַת הַרְשֵׁב"ם וְהַתּוֹס' בַּב"ב ד' מ' ע"ב דְפִירְשׁוּ לְמָה דְאֶמְרוּ שֵׁם אֵי דְגִיטָא
וּמַתְנָתָא גִּילּוּי מִיִּלְתָּא בְּעֵלְמָא הִינֵנוּ שְׁמִסְתָּמָא נְאֻמָּס כּו' וְהָא דְהַקְשָׁה הַקְצָה"ח עֲלֵיו בְּסִי
ר"ה כְּבָר כְּתַבְתִּי לְתַרְצַן זֶה בְּסַפְרֵי בָּאֵר יִצְחָק ח' אַה"ע ס' ט"ז עֲנָף ב' וְכִינֵן דְנִאֻמָּן לוֹמֵר
שְׁנַאֲנָס וְהָא דְנוֹתֵן לוֹ הַמַּתְנָה זֶהוּ מְשׁוּם אֵיזָה עֲנִין שְׁמוֹן־רַח פֶּן א"כ בְּנוֹדָאֵי אִין סְבָרָא
לוֹמֵר בְּזֶה דָּאָם נִהְיֶה בְּנֵי הַמְדִינָה לְכַתְּוֹב בְּטוּל מוֹדַעָא בְּמַתְנָה דְמַסְתָּמָא מְסַפִּים ג"כ לְזֶה
דְהָא אֲדַרְבֵּה יֵשׁ לָנוּ לוֹמֵר דַּכ"ז דְלֹא אֶמְרֵי בְּפִיו בְּפִירוּשׁ שְׁמַבְטֵל מוֹדַעוֹת דְבְּאֻמַּת אִינוּ
רוֹצֵה לְבַטֵּל הַמוֹדַעוֹת כִּינֵן שְׁעוֹשָׂה כָּל זֶה רַק בְּאֻנָּס וְכַעֲיֵן זֶה מַצִּינוּ בַּח"מ ס' רל"ו סע' י
ד' דָּאָם קִנְיָאָה מִתְחַלְקָה כּו' וְאַח"כ מְהַבְּעֵלִים מְקַחוּ בְּטֵל עַד שִׁיכְתְּוֹב לוֹ אַחֲרֵי־וֹת אֲבָל שְׁטֵר
לְבַד לֹא מְהַנִּי אֶלְמָא דְלֹא אֶמְרִינֵן בְּזֶה אַחֲרֵי־וֹת ט"ס אַף דְהַתּוֹס' בְּגִיטִין ד' נ"ח ד"ה אֲבָל
בְּשְׁטֵר כּו' כְּתוּבוֹ דְדוּקָא שְׁמוּאֵל לְשִׁיטָתוֹ דְאַחֲרֵי־וֹת לָאו ט"ס בְּשְׁטֵרֵי מְקַח כּו' וּכ"כ הַתּוֹס'
בַּב"ב ד' מ"ז ע"ב.

אֲבָל הַפּוֹסְקִים ס"ל לְדִינָא דְאַף דְקִי"ל אַחֲרֵי־וֹת ט"ס מ"מ הֵיכָא דְבַעֲיֵינֵן הוֹכְחָה לְהוֹכִיחַ
עִי"ז דְלֹא הִנֵּה זֶה בְּאֻנָּס וּמְכַר מְרַצוֹנוֹ הַטּוֹב אִין לָנוּ שׁוּם הוֹכְחָה מְזַה דְאַפְתִּי י"ל דַּעֲשֶׂה
הַפֶּל בְּאֻנָּס וְעֵינֵי בְּרֵא"ש גִּיטִין פ"ה ס' ט"ז וּבִלְח"מ ה' טוֹעֵן פ' י"ד ה"ב וּבְסִי' רל"ו
וְקַצְרֵתִי: וְאַף לְשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים הַחוֹלְקִים עַל פִּירוּשׁ הַרְשֵׁב"ם וס"ל דְמוֹדַעָא בְּמַתְנָה אַף
בְּלֵא שׁוּם אֻנָּס כָּלֵל ג"כ מְהַנִּי לְבַטֵּל הַמַּתְנָה מ"מ יֵשׁ מְקוֹם לְדוֹן דַּכ"ז דְלֹא אֶמְרֵי בְּפִיו

בפירוש דמבטל להמודעות דאפשר לומר דבדעתו הראשונה הוא גם עכשיו ולומר שחזר בו זהו לא שכיח כדמצינו בכמה דוכתי דאמרו דלא חיישינן לחזרה ושינוי דעתו ועיין בח"מ סי' מ"ב ש"ך ס"ק ט' שהביא מש"כ הסמ"ע דאין דרך הבריות לחזור בדבריהם תכ"ד והש"ך פתב דארף שהם מרוחקים ג"כ חזרה ל"ש ועיין בסנהדרין ד' ס"א אי דיבורא מילתא או לאו מילתא וי"ל דחזר בו ויש לחלק וכש"כ היכא דעשה מעשה וכתב המודעא בכתב דיש לנו לומר דלא חזר בו מדלא קרע וביטל להפתב מודעא שת"י וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ד' להעיר בכל ביטול מודעא דהא מדלא חזיר וקרע להמודעא שת"י א"כ איכא הוכחה שלא ביטלו בל"ש וכתבתי לחלק שם בזה ובין מחילה ונקט שטרא ע"ש.

וכ"ז הוא בביטול מודעא בפירוש אבל לדון בזה דכל שנהגו בני המדינה לכתוב בטול מודעות כו' נדאי הדעת נוטה דיש לנו לחלק בזה ע"פ מש"כ לדון להסברא הנ"ל: ועוד יש לדון בזה ע"פ מה דקיי"ל בגיטין ד' ל"ד דגלוי דעתא בגיטין לאו מילתא היא והטעם הוא דארף דהוי התם אומדנא דמוכחי דאל"כ לא הוי פליג רבא בזה והא דברים שבלב לא הוי דברים ועכ"ז ס"ל לאבני דלאו מילתא היא משום דדוקא דיבור מבטל דיבור אבל אומדנא פנין דלא דיבר בפירוש לא אלים לבטל לדיבור ראשון שקדמו ועיין באה"ע סי' קל"ד ב"ש ס"ק א' אבל הב"ח שם פתב לחלק דדוקא גלוי דעתא דאחר הדיבור לא מצי לבטל להדיבור שקדמו אבל ג"ד דקודם דיבורו מהני ג"כ.

אף מה שהביא שם הוכחה לזה מהא דב"ב ד' מ' דאמרו אי דגיטא ומתנתא גלוי מילתא בעלמא כו' זה אינו הוכחה פפי מש"כ בתשובת גאוני בתראי סי' נ"ב ועיין בתשובת מהר"ש בדיני מודעא מזה וכ"כ התורת גיטין סוף סי' קמ"א דדוקא ג"ד בגיטין דאחר הדיבור לא מהני לבטל להדיבור הראשון שקדמו משא"כ בג"ד שקודם הדיבור ע"ש וכ"ז אכמ"ל: ולפ"ז יש לדון בבטול מודעות במתנה דכל זמן דלא כתבו בפירוש רק דאתינן עלה משום דבר שנהגו במדינה לכתוב דמשום זה לא מצינו לבטל להמודעא שעשה מקודם.

והוא דהא עיקר ענין מה שאמרו דדבר שנהגו לכתוב ה"ל כאלו נכתב זהו מצד אומדנא דהא זה הוי דברים שבלב כל זמן דלא אמר פן בפיו בפירוש רק משום אומדנא דמוכחא אתינן עלה דכיון דנהגו פולם לכתוב והוא שתק מסתמא נתרצה לזה כ"ז דלאמיתה בפירוש וכיון דאין פח באומדנא לבטל דיבורו הראשון ע"כ לא מהני בזה מה שנהגו פולם לכתוב ולבטל עי"ז מה שדיבר מקודם דבאמת אינו מסכים להמתנה שלו שיתן לאח"ז ועושה זה מחמת איזה סיבה ואף דבעת המתנה הנה דיבור ממנו שנותן לו המתנה מ"מ הא דיבר מקודם דאינו מסכים לזה ומה"ט בלא ביטול מודעא לא מהני מתנתו שאחר המודעא וכש"כ לשיתת הרשב"ם דב"ב דעושה כ"ז מחמת האונס פנ"ל ובפרט היכא דעשה המודעא בכתב והוא מונח ת"י פנ"ל די"ל בזה לא אתי אומדנא לבטל מעשה פנ"ל: והא דב"ב ד' מ' דאמרו גבי מתנתא טמירתא דארף סתמא חיישינן רק מצד שנהגו לכתוב כתבו בשוקא מהני המתנה כמש"כ התוס' והרא"ש וש"פ שם וכ"כ השו"ע הקא.

שא"ה דהא באמת לא ראינו ממנו שום הוכחה שאינו רוצה ליתן לו המתנה בל"ש רק מדלא אמרו בפירוש כתבו בשוקא מזה גופא אנו מוכיחין שאינו נותן לו המתנה בלב

שְׁלֵם אֲבָל מְשׁוּם מֵה שְׁנֵהֲגוּ לְכַתּוּב כְּתָבוּ בְּשׁוּקָא א"כ מְמִילָא לִיפָא שׁוּם הוֹכְחָה שְׁאִינוּ מִתְּנָה בל"ש אֲבָל בְּמוֹדְעָא דְרָאִינוּ בְּפִירוּשׁ שְׁאוּמֵר שְׁאִינוּ נוֹתֵן לוֹ הַמִּתְּנָה בל"ש ע"כ יֵשׁ לְדוֹן דְּלֹא מְהַיְבֵי בְּזָה לְסִמּוּךְ עַל מֵה שְׁנֵהֲגוּ לְכַתּוּב בְּטוּל מוֹדְעוֹת כֵּן יֵשׁ לְדוֹן וּלְהַסְתַּמֵּק בְּזָה לוּלֵי דְבִרְיָהֶם.

עֲנָף ב וְעֵתָה נִבְאָר בְּעֲנִין נְאֻמָּנוֹת שְׁפָתָבוּ כְּוָלָם דְּסִמְכִינוּ עַל מֵה שְׁנֵהֲגוּ לְכַתּוּב נְאֻמָּנוֹת וְהוּא דְּהָא פָּתַב הַשׁו"ע בְּסִי' ע' סֵעִי' ב' דְּלֹא מְהַיְבֵי נְאֻמָּנוֹת אֲלָא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה אֲבָל לְאַחַר הַלְוָאָה וְלֹא קִנּוּ מִיְגִיָּה לֹא מִשְׁתַּעֲבָד וְאִף בְּנְאֻמָּנוֹת סִתָּם ס"ל לְהַשׁו"ע כֵּן וְהַש"ף הִכְרִיעַ שֵׁם ס"ק ז' דְּלֹא כִּהַשׁו"ע אֲלָא נְאֻמָּנוֹת סִתָּם לֹא בְּעֵי קִנְיָן אִף לְאַחַר הַלְוָאָה אֲבָל הַתְּנָמִים הִכְרִיעַ דְּאִף נְאֻמָּנוֹת סִתָּם יָכוֹל הַלְוָה לְחַזֵּר בּוֹ מִקְּוָדָם שְׁאֵמֵר הַמְלָנָה בְּב"ד אֲכֹן בְּכַתֵּב נְאֻמָּנוֹת בְּשִׁטְר אִף שְׁלֹא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה וּבְלֹא קִנְיָן מ"מ מְהַיְבֵי וְכַמֵּש"כ הַאו"ת בְּסִי' ע"א ס"ק ט' וּבְאֻמָּת יֵשׁ לְדוֹן בְּזָה לְפַמֵּש"כ הַש"ף בְּסִי' מ' ס"ק ד' דְּבַחֲיוּב בְּשִׁטְר ע"פ תְּנָאֵי לֹא מְהַיְבֵי א"כ לִפ"ז י"ל דַּה"ה בְּכַתֵּב נְאֻמָּנוֹת דְּזָהוּ ג"כ כְּעֵין תְּנָאֵי שְׁאֵם יֹאמֵר הַמְלָנָה שְׁלֹא נִפְרַע יִהְיֶה נְאֻמָּן ע"כ לִפ"ז לֹא מְהַיְבֵי נְאֻמָּנוֹת בְּשִׁטְר אִף עֵינֵי קָלָל הַש"ף הַג"ל אִינוּ בְּרוּר כ"כ לִכ"ע דְּהָא לְפִי שִׁיטַת הַר"ן דְּהוּבָא בְּש"ף שֵׁם מוּכַח דַּס"ל דְּאִף חֲיוּב בְּשִׁטְר בְּתַנָּאֵי ג"כ מְהַיְבֵי לִפ"ד הַסּוּבְרִין דְּמְהַיְבֵי חֲיוּב ע"י שִׁטְר וְכ"כ הַסֵּמ"ע בְּסִי' י"ב ס"ק י"ח דְּמְהַיְבֵי חֲיוּב בְּתַנָּאֵי אִף בְּשִׁטְר וְכֵן נִרְאָה מִן דְּבִרֵי הַש"ף בְּסִי' סֵמ"ף ס"ק כ"ו וְעֵינֵין בַּאו"ת שֵׁם וְכֵן מוּכַח לְפִי שִׁיטַת הַסּוּבְרִים דְּעֵרֵב שְׁלֹא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה ג"כ מִשְׁתַּעֲבָד אִם כְּתֵב חֲיוּב הָעֵרֵבוֹת בְּשִׁטְר כְּמִבְּנָאָר שִׁיטְתָם בְּסִי' קכ"ט סֵעִי' ד' אִף דְּזָה גְרַע מְכַל חֲיוּב בְּתַנָּאֵי דְּהוּי כְּמוֹ אִסְמִכְתָּא וְאִפ"ה מִשְׁתַּעֲבָד בְּשִׁטְר וְכֵן י"ל דְּאִף הַחֹלְקִים שֵׁם מוֹדוֹ לְזָה וּבְמִק"א הָאֲרִכְתִּי בְּזָה: וְכֵינּוּ דְּנִתְבְּאָר בְּשֵׁם הַאו"ת דְּנְאֻמָּנוֹת בְּכַתֵּב מְהַיְבֵי ג"כ א"כ לִפ"ז יֵשׁ לְדוֹן דַּה"ה אִף בְּלֹא כְּתֵב נְאֻמָּנוֹת בְּשִׁטְר מ"מ כֵּינּוּ שְׁנֵהֲגוּ לְכַתּוּב דְּאִף שְׁלֹא נִכְתֵּב כְּכַתֵּב דְּמִי דַּמְה"ט מְהַיְבֵי זֶה אִף שְׁלֹא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה אֲבָל בְּאֻמָּת י"ל דַּכַּה"ג לֹא מְהַיְבֵי הַנְּאֻמָּנוֹת דְּנֵהִי דְּאִמְרוּ דְּכָל דְּבָר שְׁנֵהֲגוּ לְכַתּוּב הָיוּ כְּכַתֵּב וּמַה"ט הִיָּה דוֹרֵשׁ לְשׁוֹן הַדְּיוֹט הֵינּוּ דְּמִשׁוּם דְּנֵהֲגוּ כֵּן וְהוּא צָוָה לְכַתּוּב שִׁטְר סִתְמָא מְסִתְמָא נִתְרַצָּה לְכָל מֵה שְׁנֵהֲגוּ לְכַתּוּב וְהוּי אֲוּמְדָנָא דְּמוּכַחֵי כְּמוֹ דְּאוּמֵר בְּפִירוּשׁ בְּפִי לְהַתְחַיֵּיב א"ע בְּזָה וְלִכֵּן הִיכָא דְּהִיָּה בְּשַׁעַת הַלְוָאָה אוֹ בְּעַת מְכִירָה וְנִישׁוּאִין וְכַה"ג דְּאִז מְצִי לְהַתְחַיֵּיב וּמְהַיְבֵי חֲיוּבוֹ אִם הִיָּה אוּמֵר כֵּן בְּפִירוּשׁ ה"ה מַה"ט בְּמַה שְׁנֵהֲגוּ כְּוָלָם לְכַתּוּב כֵּן דְּהוּי מְשׁוּם זֶה אֲוּמְדָנָא כְּמוֹ דְּאִמֵר כֵּן בְּפִירוּשׁ לְכֵן מְהַיְבֵי זֶה לְחַיֵּיבוֹ מְשׁוּם זֶה אֲבָל הִיכָא דְּלֹא הִיָּה בְּשַׁעַת הַלְוָאָה וְגַם בְּלֹא קִנְיָן אֲלָא דְּצָוָה לְכַתּוּב שִׁטְר לְאַחַר הַהַלְוָאָה דְּעֵינֵי חֲיוּב הוּא רַק ע"י הַשִּׁטְר בְּזָה יֵשׁ לְדוֹן דְּאִף דְּנֵהֲגוּ לְכַתּוּב נְאֻמָּנוֹת מ"מ כֵּינּוּ דְּלֹא כְּתֵב בְּפִירוּשׁ בְּשִׁטְר שְׁמַתְחַיֵּיב עַל זֶה רַק דְּאִנּוּ דְּנִין לְחַיֵּיבוֹ מְשׁוּם שְׁנֵהֲגוּ לְכַתּוּב ע"כ הַדְּעַת נוֹטָה דְּכָל זְמַן שְׁלֹא כְּתֵב כֵּן בְּפִירוּשׁ אִין לוֹ דִּין שִׁטְר וְהוּי כְּמוֹ דְּהַתְנָה כְּמָה עֲנִינִים בַּע"פ וְלֹא כְּתֵב כְּוָלָן דְּוּדָאֵי מֵה שְׁלֹא כְּתֵב כֵּן בְּפִי בְּשִׁטְר אִין לְזָה דִּין שִׁטְר שְׁיִוְעִיל לְחַיֵּיבוֹ דְּאֲוּמְדָנָא אִינוּ מוֹעִיל רַק דְּהוּי כְּאֵלוֹ דְּיִבֵר כֵּן בְּפִירוּשׁ אֲבָל דְּהִיָּה מוֹעִיל כֵּן בְּתוֹרַת שִׁטְר כֵּינּוּ דְּלֹא כְּתוּב כֵּן בְּפִירוּשׁ ע"כ הוּי דְּבִרִים שִׁבַע"פ וּמְצִי לְחַזֵּר בּוֹ וְכֵן יֵשׁ לוֹמֵר בְּשִׁטְרֵי עֲנִינִים דְּאִף דְּנֵהֲגוּ לְכַתּוּב מ"מ כָּל זְמַן דְּלֹא כְּתֵב כֵּן בְּפִירוּשׁ בְּשִׁטְר אִין לוֹ דִּין שִׁטְר וְע"כ אִם לֹא הִיָּה הַשִּׁטְר בְּשַׁעַת הַהַלְוָאָה אִינוּ מוֹעִיל לְחַיֵּיבוֹ מְשׁוּם זֶה.

וגם הא פתבו התוס' בכתובות ד' ק"ב ד"ה אליבא דבן ננס כו' דעיקר הטעם דמהני שטר זהו משום דהואיל וטרח לכתוב בשטר גמר ומשעבד נפשו ע"ש. ע"כ היכא דלא פתב פן בפירוש בהשטר דלא טרח לכתוב ע"כ לא חל שעבודו אף דנהגו לכתוב וכעין זה ראיתי בשער המשפט סי' ל"ט ס"ק א' גבי אחריות במתנה דכ"ז דלא פתבו בפ"א אין לו דין אחריות אף שנתנו: ולפ"ז יש לומר דזהו פנונת הרמ"א היכא שכתב דנאמנות בהלואה או בטול מודעא במתנה לא חשבינו עד דמפרישי.

וכ"כ רבינו ירוחם נ"ד ח"א וכו"כ הב"י בס"י ע"א בשם רבינו האי דהש"ף פתב לפרש דמייירי בלא ידע הלנה מן המנהג כו' אכן לפמש"כ כ"כ יש לפרש דשפיר פתבו להך דבטול מודעא במתנה דלא דיינינו ביה דהוי פאלו נכתב וכמש"כ לעיל דבטול מודעא לא הוי פאלו נכתב משום דלא אתי אומדנא ומבטל לדבורו הראשון ומש"כ פן על נאמנות י"ל דמייירי על שטר הנכתב שלא בשעת הלואה דכוונתם דמשום דנהגו לכתוב לא הוי כמפורש בהשטר דיהנה לו דין שטר המועיל לחיבו בתורת שטר וכמש"כ ואף דקיצרו מ"מ יש לומר פן פדי שלא יהיו תמוהים דבריהם כ"כ ואף דלא הוי מטעם א' הך דבטול מודעא במתנה והך דנאמנות לפמש"כ מ"מ שפיר יש לומר פן ואף דנימא דלא נתפוננו לזה מ"מ לדינא יש לדון לענין בפ"ע כמש"כ: ועיין בנתימקי לב"ב פ"ה ד' קצ"ג גבי הא דלצור ולצור והמחבר דמייירי בקנין כמש"כ כל מי שמקנה בסודר כו' ע"כ ס"ל דמהני הך דנהגו לכתוב כו' אף שלא בשעת הלואה וסתם שפיר בזה.

גם יש מקום לומר דדוקא בעשו קנין סודר בזה אמרו דכל שנהגו לכתוב כו' משום דהא אמרו בכ"ד דקנין הוא הוכחה דבעין יפה כו' אבל באמת מסוגיא דב"מ ד' ק"ד מוכח דאף בלא הוכחה דקנין סודר אמרו פן וקצתתי ולכן העיקר כמש"כ לעיל: ענף ג והאו"ת ס"ק ג' הקשה על הא דאמרו בב"מ ד' י"ג דר' מאיר ס"ל דלא אמרינו אחריות ט"ס דהא ר"מ ס"ל דדורשין לשון הדיוט והא רוב וממש כל שטרות פותבין בו אחריות א"כ אף שלא פתב בפירוש יהנה פנכתב ומזה הוכיח דדוקא פשידעינו שקיבל קנין סתם בזה אמרו דה"ל פנכתב דמסתמא הנה דעתו אף על נאמנות אבל בלא ידעין אם קיבל קנין סתם בזה אמרינו פנין דלא פתוב בפירוש נאמנות בשטר דנדאי נתפרש שלא יהנה בו נאמנות פנין דהוי ריעותא בשטר וכן הכריע הנתיבות לדינא נעדיין יש להקשות על דברי האו"ת במש"כ לתרץ קושיותו הנ"ל דהא אמרו שם בב"מ בפסוגיא הנ"ל דאמר שמואל שבת שפר ושעבוד צריך לימלא והא לפמש"כ האו"ת דהנה מנהגם לכתוב אחריות בכל השטרות א"כ למה ליה לאמלוכי ביה דהא ממילא כ"ז דלא התנו בפירוש שלא יהנה מחוייב באחריות יהנה יכול הסופר לכתוב אחריות משום מה שנהגו לכתוב וכן תקשה במה דאמרו שם דאבוה בר איהי זבין עליתא מאחתיה כו' א"ל פתבה לך אחריות א"ל לא הא אף דלא פתבה אחריות בפ"א מ"מ כ"ז דלא התנו להיפך יהנה לו חיוב אחריות פנ"ל ואפשר לומר לפי מה דמסקי בש"ס שם לחלק דשאני מקח וממכר דעביד דזבין ארעא ליומא ע"כ אפשר דמטעם זה לא הנה דרפם לכתוב אחריות בכל שטרי מו"מ רק בהלואות היו פותבין בפ"א משום דשנייה בזה יותר לא שדי זויי בכדי וא"ש דברי האו"ת: אכן לפמש"כ לעיל דאף דאמרינו דמה דנהגו לכתוב הוי פנכתב מ"מ אין לו תורת דין שטר רק דין בע"פ יש לו ולכן פנין דמלוה בע"פ לא טריף ממשעבדי רק שטר טורי מן משעבדי וכיין דס"ל לר"מ אחריות לאו ט"ס ע"כ דינו כמו בע"פ וכמש"כ רש"י בב"מ

ד' י"ג ד"ה אינו גובה כו' דשטרך דלא שיעבד ליה נכסים לאו שטרך הוא וה"ל כמלנה בע"פ כו' וגם יש להסביר זה ביתר ביאור דכיון דעיקר הטעם דמלנה בע"פ אינו טורף מן משעבדי משום דליכא קלא דהא משמע בב"מ ד' ק"ד דרק הני תנאי דמונה שם בפירוש דס"ל לדרוש לשון הדיוט דיש תנאים אחרים דלא ס"ל פן פליגי עליהו ומצינו בסנהדרין ד' נ"ג בתוס' ד"ה הא לית ליה קדושין כו' דדוקא במה דלא פליגי בה שנייה לומר אדם יודע כו' וכ"כ התוס' בב"מ ד' ט"ו ע"ב ד"ה ונתן לו לשם מתנה כו' וכן אמרו בגיטין ד' נ"ה דטעי בדר' ירמיה וכן פתב הש"ך סי' מ"ב ס"ק כ' וס"ק כ"ב וכ"כ הש"ך בסי' מ"ג ס"ק ט"ז וכהנה רבות ולכן שפיר יש לומר בטעמו דר"מ דס"ל אחריות לאו ט"ס דכיון דלא כתוב בפירוש לא יהיה קלא בזה ויסברו דלא דרשינו לשון הדיוט ושנייה עדיין בזה פסידא דלקוחות וה"ל כמו כל מלנה בע"פ דלא טריף ממשעבדי מה"ט: רק רבנן דס"ל אחריות ט"ס ס"ל דמטעם זה הוי פשוט לכל דה"ל כמו דכתוב אחריות בפ"י ויש לו שפיר דין שטרך והא דא"ל אמליה וכתוב שכתא אף דשבח אינו גובה ממשעבדי עכ"ז י"ל בזה כמש"כ לעיל בדברי האו"ת: והנה מש"כ האו"ת דאחריות כותבין הרוב או כל ממש כו'.

משמע ממנו דגם מה שנהגו הרוב לכתוב דזה ג"כ הוא בכלל מה שנהגו לכתוב כו' ובאמת י"ל בזה דכיון דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב כמו ברוב לרד"א זב"ב ד' צ"ב דכתב הרשב"ם שם פיון דרנבא לאו פלוס לא הנה לו למוכר לפרש כו' וכן בר"פ המניח גבי רנבא קרו לחביתא כו' אלמא דלא אמרינו פיון דרנבא כו' א"כ הנה למוכר לפרש כו' ועכ"ז אמרינו דהלוקח הנה לו לפרש ומדלא פירש הפסיד דלא הנה לו לסמוך על הרוב פיון דאין הולכין בממון אחר הרוב: א"כ ה"ה במה שנהגו הרוב עדיין י"ל דלא נתרצה המוכר או הלנה על סמוך הרוב ולכן לא פירש אלא שמתק רק המלנה או הלוקח הנה לו לפרש בפירוש שיתחייב לו בנאמנות וכה"ג וע"כ נדאי הא דכתבו דמה שנהגו לכתוב הפנונה הוא שפולם כותבין פן וכמש"כ הריטב"א שהובא בבית יוסף סי' ע"א סעי' כ"ה שפכת דנאמנות ובטול מודעות נוהג בכל השטרות כו' אלמא דבעינו דוקא שיהיו פולם כותבין פן וגם הא פתבו בלשונם דבר שנהגו לכתוב כו' ומנהג הוא עדיף מן הרוב כדקיי"ל דמיגו במקום מנהג לא אמרינו ומיגו במקום רנבא מהני כמבואר בכללי מיגו של האו"ת משום דמנהג הוא מה שנהגו פולם: ענף ד אכן מצינו לקמן סי' רי"ח סעיף י"ט בטור ומחבר שכתבו בזה"ל כל אלו הדברים במקום שאין שם מנהג אבל במקום שיש מנהג הלך אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום וכן הוא לשון הרמב"ם ס"פ כ"ח ה' מכירה ולעיל סי' רט"ו סעיף ז' ולקמן סי' ר"כ סעיף ט"ו פתבו בקיצור דבמקום שיש מנהג הולך אחר המנהג ולא פתבו בפירוש דאזלינו אחר הרוב אבל הקא בסי' רי"ח פתבו בפירוש דהולכין אחר הרוב ולפ"ז מוכח דהיכא דתלוי במנהג דאזלינו בזה פתר הרוב ג"כ ומשמע אף לאפוקי ממונא אבל באמת תקשה דהא מצינו בר"פ המניח גבי פדא חביתא דאף מה דנסתפקנו במשמעות לשונו לא אזלינו פתר רנבא לברר הספק שיש לנו בכוננת הלשון שלו [ועיין בב"ב דף ס"א גבי בית ובירה ולקמן דף ע"ז גבי צמד וברך] ועיקר הטעם הוא פיון דרנבא לאו פלוס הוא בממון כמש"כ הרשב"ם בב"ב דף צ"ב ד"ה לשחיתה מכרתיו לך כו' דמה"ט לא הנה לו למוכר לפרש כו' א"כ קשה דאמאי סתמו הקא וכתבו דהולכין אחר רוב אנשי המקום ומשמע דאף להוציא

ממון אמרינו פן דאלו להחזיק ממון אף היכא דליכא רנבא רק פלגא ופלגא הא הממע"ה וגם משמע דאף היכא דליכא הודעת דמים הולכין אחר הרוב להוציא ותקשה דמ"ש זה מהא דרנבא קרי לחביתא חביתא ומיעוטא קרי לכדא חביתא ושאר מילי דאין הולכין אחר הרוב להוציא ועיין בסוגיא דסבלונות ברמב"ן ור"נ ובש"ש ש"ד פ"ו: וכעין זה יש להעיר במה דמבואר בסי' של"א סעי' א' בהג"ה לא הנה מנהג בעיר אבל רוב אנשי העיר באו ממקום שיש שם מנהג אולינו בטר מנהג העיר שפאו משם כו' והוא מן הנ"י ר"פ הפועלים והא פיון דלא אולינו בטר רוב להוציא ממון א"כ איך סתמו התם וכתבו דאולינו בטר רוב ומשמע אף להוציא ודחוק לומר דמיידי התם היכא דהוי רוב מעליא דהמיעוט הוי מיעוט שאינו מצוי כמו מיעוט דמיעוטא דכה"ג אף בממון אולינו בטר הרוב ע"פ דברי התוס' בסנהדרין ד' ג' ע"ב ד"ה דיני ממונות לא כ"ש כו' ועיין בקונטרס הספיקות של הקצה"ח פלל ו' ובש"ש שמעתא ו' ז' ח'.

והנראה לי בזה דדוקא היכא דהמיעוט ידוע לנו ג"כ: אמרינו אין הולכין בממון אחר הרוב ואולינו בטר מיעוט ג"כ להחזיק ממונא כמו דאמרו בב"ב דף כ"ז דרנבא קרו לכדא פדא כו' ואיכא נמי דקרו לחביתא פדא כו' וכעין זה בב"ב דף ס"א דרנבא קרי לבית כו' ואיכא נמי כו' וכן הוא שם דף ע"ז ע"ב גבי פקר צמד אבל היכא דלא נתברר לנו המיעוט אם יש פאן מיעוט פלל והרוב ידוע ונתברר לנו דכה"ג אף בממון הולכין אחר הרוב דלא מהני המיעוט לאסתכוכי ביה רק היכא דהוי מיעוט ידוע לנו אבל כ"ז דלא נתברר לנו המיעוט אז אלים ליה הרוב אף בממונא וגם יש לומר דאף דנתברר לנו אח"ז דיש מיעוט הסותר להרוב עכ"ז פיון דלא הנה ידוע לו בעת המכירה מן המיעוט בזה אמרינו דכיון דשתק מסתמא נתפזין אדעתא דמנהג שידוע שהרוב נהגו פן דאין לומר דנתפזין אדעת המיעוט דהא לא הנה ידוע לו המיעוט: וגם י"ל דכ"ז דלא הנה ידוע לו אם הוי מיעוט המצוי אף דהנה ידוע לו דיש מיעוט הסותר להרוב מ"מ הא פיון דמיעוט שאינו מצוי פלל דזה אף בממון אלימא ליה הרוב ע"כ כ"ז דלא הנה ידוע לו אם הוא מיעוט המצוי ע"כ הנה לו להמוכר לפרש ומדלא פירש מסתמא נתפזין אדעת הרוב אף דנתברר אח"ז דהוא מיעוט המצוי וזהו פנונת הרמב"ם ס"פ כ"ח ה' מכירה שפכת בזה"ל וכן פל הדברים האלו במקום שאין שם מנהג כו' אבל במקום שיש מנהג הלך אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום הידועים להם דכוננתו במש"כ הידועים להם היינו דהרוב הנה ידוע לו והמיעוט לא הנה ידוע לו דאז סמכינן על הרוב אף להוציא דה"ל לפרושי וכן הוא לשון הטור שפכת ג"כ הלך אחר לשון רוב אנשי המקום הידוע להם דכוננתו ג"כ פנ"ל דהרוב ידוע להם אבל המיעוט אינו ידוע להם: אף באמת אין זה הקרח בכוננתם די"ל דלא נתפזנו למעט דהמיעוט אינו ידוע להם אלא פנונתם הוא למש"כ התוס' בב"ב דף ז' ד"ה והוא דקרו ליה בית כור כו' ומ"מ אף שאין זה הקרח בכוננתם מ"מ שפיר י"ל כמש"כ ונהג ראיתי בשיטה מקובצת לב"מ דף ק"ד בד"ה והוא דמתקרי בית פור כו' שפכת בשם ה"ר יהונתן שפכת לפרש שפן שם השדה בפי פל בני המדינה עכ"ל ויש לומר דנתפזין ג"כ למש"כ דדוקא אם פל בני המדינה קורין לו בית כור כו' אבל אם אין פולם קורין לו בית כור רק הרוב קורין לו בית כור דבזה אין הולכין בממון אחר הרוב להוציא הממון מהלוקח וכן הוא משמעות לשון הגמ' בב"ב דף למ"ד ע"א דקאמרי פיון דכ"ע קרו ליה דבי בר סיסין ע"ש ברשב"ם אבל מזה אין הקרח כ"כ פדמצינו לשון זה

בְּקִדּוּשֵׁי דָף ע"ט ע"ב דכ"ע בְּחֻזְקַת בְּרִיאִים קִיָּמוּ כו' וְהָתָם אֵין זֶה רַק בְּגִדְרֵי רַבָּא וְעֵינֵין בְּתַשׁוּבַת הָר"ן שְׁהוּבָא בַש"ש שְׁמַעְתָּא ג' פ' י"א ופ' י"ב אָבֵל בְּכַוֵּנַת הַטּוֹשׁו"ע וְהַרְמַב"ם דְּכַתְּבוּ דָאָף רַב מְהֵנֵי בְּדָבָר הַתְּלוּי בְּמִנְהַג שְׁפִיר יֵשׁ לוֹמַר כַּמֶּש"כ דְּדוֹקָא אִם לֹא הָיָה יָדוּעַ הַמְיָעוּט אִז מְהֵנֵי הָרַב אָבֵל בְּיָדוּעַ הַמְיָעוּט בְּעַת הַמְכִירָה לֹא מְהֵנֵי הָרַב וְאָף דְּאָמְרוּ בַח"מ ס' מ"ג סְעִיף כ"ח דְּכָל זְמַן הַפְּתוּב בַּשְּׁטָר דְּנִין אוֹתוֹ פְּמוּ בְּנִדְרִים עַכ"ז לְעַנְיָן זֶה אֵינּוּ דוֹמָה לְנִדְרִים דְּהָא בְּנִדְרִים סְמְכִינּוּ עַל הָרַב דְּאִם רַב אֲנָשֵׁי הַמְקוּם קוֹרִין לְבָשָׂר מְלִיחַ שֶׁל קִדְשִׁים בְּשָׂר מְלִיחַ סְתָם אֵינּוּ נֶאֱמָר אָף שֶׁהוּא ת"ח פְּמַבְנָאָר בִּיּו"ד ס' ר"ח סְעִיף א' אָבֵל בְּמִמּוֹן לֹא סְמְכִינּוּ עַל הָרַב לְהוֹצִיא מִמּוֹן וְעֵינֵין סוּף ס' ס"א וּבִיאֹר הַגְּר"א זצ"ל שֶׁם ס"ק ל"ט וְכֵן י"ל בְּהַד מִקְלָתָא דְּדָבָר שְׁנֵהֲגוּ לְכַתְּבֵי דְּדוֹקָא בְּמָה שְׁנֵהֲגוּ פְּוִלָם לְכַתְּבוּ אָמְרוּ דְּהוּי פְּנִכְתָּב כַּמֶּש"כ הַרְמַב"ם פ' ט"ז ה"א פְּכָר נִהְגוּ בְּכָל הַמְקוּמוֹת שְׁיִכְתְּבוּ בְּכַתְּבוּבָה כו' אָבֵל רַב לֹא מְהֵנֵי בְּזֶה אֵלָא הֵיכָא דְּלֹא יָדַע בְּעַת פְּתִיבַת הַשְּׁטָר מִן הַמְיָעוּט בְּזֶה אָמְרִינּוּ דְּהָיָה לוֹ לְפָרֵשׁ דְּלֹא מִתְחַיֵּיב א"ע אֲדַעְתָּא דְּרַב פִּינּוּ דְּיָדַע דְּיֵשׁ רַב דְּנִהְגוּ לְכַתְּבוּ.

וְכַמוֹ הָא דְּסִי רִי"ח הַנֶּ"ל וְעֵינֵין בַּשְּׁטָר סוּף ס' מ"ב שְׁפַתְב דִּי"ל לֹא יָדַעְתִּי שְׁנוּהֲגִין פֶּן בְּכָל הַשְּׁטָרוֹת דְּמִשְׁמַע דְּדוֹקָא פֶּל וְלֹא רַב וְכ"כ הַשְּׁטָר הָכָא וְכֵן לְקַמְן ס' ע"א ס"ק ל"ג דְּדוֹקָא פְּשֵׁהֲלֵנָה יָדַע שְׁנֵהֲגוּ לְכַתְּבוּ פֶּן בְּכָל הַשְּׁטָרוֹת וּמ"מ י"ל כַּמֶּש"כ דְּהֵיכָא דְּיָדַע מִן הָרַב אָבֵל מִן הַמְיָעוּט לֹא יָדַע דְּזֵהוּ הוּי פְּמוּ פֶּל כַּנְלַע"ד: עָנָף הַ נְהַנְתִּיבוֹת ס' ל"ט ס"ק א' פְּתַב דְּבַהוּדָאָה בְּקַנְיָן לֹא אָמְרִינּוּ אַחֲרֵי טְעוּת סוּפֵר דְּלֹאֲחַר הַלְנָאָה לֹא שְׁיָיָד לֹמַר לֹא שְׂדֵי זוּזֵי בְּכָדֵי ע"ש וּמ"מ גְּרָאָה לִי דְּחַיִּיב בְּאַחֲרֵי מִשּׁוּם דְּבָר שְׁנֵהֲגוּ לְכַתְּבוּ דַּה"ל פְּנִכְתָּב וְכַמוֹ שְׁפַתְב הַאו"ת בְּסִי ס"א [וְהַנְתִּיבוֹת הָכָא הַכְרִיעַ כְּהַאו"ת] דְּאַחֲרֵי הוּא דְּבָר שְׁנֵהֲגוּ לְכַתְּבוּ פְּנ"ל רַק אֲפָשָׁר דְּמִיָּרֵי בְּלֹא יָדַעִינּוּ עַכְשָׁיו שְׁפָא הַשְּׁטָר לְפָנֵינוּ אִם הִתְנוּ בְּפִירוּשׁ בְּלֹא אַחֲרֵי וּלְשִׁיטָתוֹ אֲזִיל אָכֵן לְפַמֶּש"כ לְעֵיל לְתַרְץ קוֹשְׁיַת הַאו"ת בְּמָה דְּס"ל לר"מ אַחֲרֵי לָאו ט"ס דְּטַעְמֵוּ מִשּׁוּם דְּס"ל דְּמָה שְׁנֵהֲגוּ לְכַתְּבוּ דָאָף דְּהוּי פְּנִכְתָּב מ"מ אֵין לוֹ דִּין שְׁטָר רַק חוּב בַּע"פ וּלפ"ז אֵינּוּ מְוַכְרַח הָד פְּלֵלָא שֶׁל הַאו"ת וִי"ל דָאָף דְּבָא עַכְשָׁיו הַשְּׁטָר לְפָנֵינוּ וְלֹא נִזְכָּר בּוֹ פְּתוּב אַחֲרֵי בְּפִירוּשׁ דְּגַם בְּזֶה דְּיִינְיָן לֹמַר דְּכָל דְּבָר שְׁנֵהֲגוּ לְכַתְּבוּ הוּי פְּנִכְתָּב וּלפ"ז אָף בַּשְּׁטָר הוּדָאָה בְּקַנְיָן שְׁלֹא בְּשַׁעַת הַלְנָאָה אָף דְּלֹא שְׁיָיָד בְּזֶה לֹמַר לֹא שְׂדֵי זוּזֵי בְּכָדֵי מ"מ חַיִּיב בְּאַחֲרֵי אָף לְעַנְיָן לְגַבּוֹת מְשַׁעְבְּדֵי וְלֹא שְׁיָיָד בְּזֶה לֹמַר דְּהָא אֵין לָזֶה דִּין שְׁטָר דְּהָא בְּקַנְיָן אָף דְּלֹא נִכְתָּב בְּפִירוּשׁ ג"כ יֵשׁ לוֹ דִּין שְׁטָר כְּדַקִּי"ל דְּעַדִּי קַנְיָן טְרִיף מְשַׁעְבְּדֵי אָף דְּלֹא נִכְתָּב פְּלֵל כְּמוֹ שְׁהַכְרִיעַ הַשְּׁטָר בְּסִי מ"ג ס"ק ל"ה וְדִלָּא פְּהָרָא"ש וְהַטּוֹר וּבְאַמַּת יֵשׁ לֹמַר דָאָף לר"מ דְּס"ל אַחֲרֵי לָאו ט"ס דְּמ"מ פְּשֵׁהֲלֵנָה קַנְיָן אִז אָף ר"מ מוֹדָה דְּגַבֵּי מְשַׁעְבְּדֵי דְּהָא לֹא שְׁיָיָד בְּזֶה לֹמַר לְהַטְעֵם שְׁפַתְבְּתֵי דַּה"ל כְּמוֹ מְלֵנָה ע"פ דְּהָא קַנְיָן טְרִיף מְשַׁעְבְּדֵי אָף בְּלֹא שְׁטָר: שׁוּב רְאִיתִי דְּעֵיקָר סְבֵרַת הַאו"ת שְׁפַתְב דְּלָכֵן ס"ל לר"מ אַחֲרֵי לָאו ט"ס מִשּׁוּם דְּכִינּוּ דְּשִׁנְיָה מִמִּנְהַג וְלֹא פְּתַב בְּפִירוּשׁ מְסַתְמָא הִתְנָה דְּלֹא יִחַוְיָיב בְּאַחֲרֵי דְּכֵן פְּתַב הָרָא"ש בְּב"ב פ"ג ס' ל"ח בְּשֵׁם ה"ר יוֹנָה ז"ל דְּמוֹכָר שְׁזֵהוּ בְּעַדִּים גּוֹבָה מְשַׁעְבְּדֵי אִפִּי לֹא פִּירֵשׁ אַחֲרֵי כו' וּמ"ד דְּס"ל אַחֲרֵי לָאו ט"ס מִשּׁוּם פְּשֵׁנְזִק לְשְׁטָר וְלֹא פִּירֵשׁ לוֹ אַחֲרֵי אִמּוֹר פֶּה הָיָה הַתְּנָאֵי בִּינְיָהֶם עַכ"ל וְכ"כ הַשְּׁמ"ק שֶׁם וְעֵינֵין בְּסִי קט"ז בְּטוֹר וְש"ף שֶׁם וְחַזִּינּוּ דְּכָבֵר הַקְּדִימוּ ה"ר יוֹנָה וְהָרָא"ש לְסְבֵרַת הַאו"ת הַנֶּ"ל וּלפ"ז אָף בַּשְּׁטָר

בַּקִּינָה ג"כ לר"מ אַחֲרֵי לָאו ט"ס מִשׁוּם ה"ט וי"ל דְּמַה"ט אַף בְּנִתְבָּרָר ע"פ עֲדִים דְּלֹא הִתְנוּ בְּעַת פְּתִיבַת הַשְּׁטָר פֶּן מ"מ פִּינֵן דְּלֹא נִזְכָּר בְּפִירוּשׁ פְּתוּב בַּשְּׁטָר פֶּן אֵין לַשְּׁטָר הִזָּה קָלָא דְּהָא הִלְקוּחוֹת סָבְרוּ דְּכִינֵן דְּלֹא פְּתוּב בְּפִירוּשׁ מְסַתְמָא הִתְנָה לְהִיפָּדָה וְלָכֵן א"ש בְּפִיטוּת מַה דְּהִקְשָׁה הָאו"ת דְּהָא ר"מ הִזָּה דוֹרֵשׁ לְשׁוֹן הַדְּיוּט וְאַמַּאי ס"ל אַחֲרֵי לָאו ט"ס: אַף הָאו"ת פְּתוּב פֶּן מְסַבְרָא דְּנִפְשִׁיָּה אָבָל בְּאַמַּת כָּבֵר פְּתוּבוּ הִרְאִישׁוּנִים ז"ל פֶּן: אָכֵן עֲדִינֵן תְּקִשָּׁה בְּמַה דַּס"ל לְשִׁמּוּאָל שְׁבַח וְשִׁעְבוּד צָרִיף לְיַמְלִיף בְּב"מ דָּף י"ד וְכֵן אָמְרוּ שָׁם דָּף ט"ו דַּא"ל לְשִׁמּוּאָל אִמְלִיף וּכְתוּב שְׁנִפְרָא שְׁבַחָא וּפְרִי דְּהָא פִּינֵן דְּנִהְגוּ לְכַתְּבָא זָה א"כ ה"ל לְהַסְפִּיר לְכַתְּבָא כ"ז אַף בְּלֹא הִמְלִכְתּוּ עִם הַבְּעָלִים וּמַש"כ לְעִיל דְּאַפְשָׁר לִזְמַר דְּבִשְׁטָרֵי מו"מ פִּינֵן דְּעֵבִיד דְּזַבִּין לְיוֹמָא ע"כ לֹא נִהְגוּ לְכַתְּבָא פֶּן בְּכָל הַשְּׁטָרוֹת רְאִיתִי דְּזָה אֵינוֹ לְפַמַּש"כ הָרֵא"ש בְּב"מ פ"א ס' ל"ח בְּמַה דְּאָמַר שְׁמּוּאָל בַּע"ח גּוֹבָה שְׁבַח וְאָמַר רַבָּא תַּדְעָה שְׁפָדָה פּוֹתֵב מוֹכֵר לְלוֹקָח כּו' אֶלָּא מַעֲתָה מִתְּנָה דְּלֹא פְּתִיב בְּהַהִי כּו' אָבָל בְּמִכָּר שְׁנִהְגוּ לְכַתְּבָא בּוּ שְׁמִקְבָּל עָלֵיו אַחֲרֵי לָאו פְּתוּב נְמִי אַחֲרֵי לָאו ט"ס הוּא בֵּין בְּקָרְן בֵּין בְּשִׁבְחָא בְּכָל יְפוּי פִּתְחֵי שְׁנִהְגוּ לְכַתְּבָא כּו' עַכ"ל הָרֵא"ש וְכ"כ הַנ"י ש"ס וְכ"כ הַש"מ ק' שָׁם בְּשֵׁם הַרְשָׁב"א דְּלְשִׁמּוּאָל דַּס"ל אַחֲרֵי לָאו ט"ס מִיִּירֵי הֵתֵם בְּכַתְּבָא בְּפִירוּשׁ פֶּן אָבָל לְדִידֵן אַחֲרֵי לָאו ט"ס הוּא בֵּין בְּשִׁטְרֵי הַלְוָאָה בֵּין בְּשִׁטְרֵי מו"מ אַע"ג דְּלֹא פְּתוּב לִיהַ דְּכִינֵן דְּהוֹרְגָלוּ לְכַתְּבָא פֶּן הַמוֹכֵר ע"ד פֶּן הוּא מוֹכֵר וְלוֹקָח ע"ד פֶּן הוּא לוֹקָח כּו' עַכ"ל הַרְשָׁב"א.

הָרֵי לְהַדְיָא דְּכַתְּבוּ דְּאַף בְּשִׁטְרֵי מו"מ הִזָּה מְנַהֲגָם לְכַתְּבָא אַחֲרֵי לָאו וְהָא דְּהוֹכְרָחוּ לְכַתְּבָא פֶּן י"ל מִשׁוּם דַּס"ל דְּלֹא שְׁיִיף הַסְבָּרָא דְּלֹא שְׁדִי זְוִי בְּכַדִּי עַל חֵיבוֹב אַחֲרֵי לָאו דְּשִׁבְחָא ע"כ פְּתוּבוּ דְּעִיקָר הַטַּעַם דְּחֵיבֵיב הַמוֹכֵר בְּאַחֲרֵי לָאו הַשְּׁבַח זָהוּ מִשׁוּם דְּכִינֵן דְּנִהְגוּ לְכַתְּבָא ה"ל פְּנִיכְתָּב עַכ"פ חֲזוּנֵן דְּאַף בְּשִׁטְרֵי מו"מ נִהְגוּ לְכַתְּבָא אַחֲרֵי לָאו וְאַפ"ה א"ל שְׁמּוּאָל אִמְלִיף וְכַתְּבוּב שְׁבַחָא וְכֵן שְׁעִבּוּד צָרִיף לְיַמְלִיף וְקָשָׁה הָא ה"ל דְּבָר שְׁנִהְגוּ לְכַתְּבָא כּו'.

וְכֵן תְּקִשָּׁה בְּהַךְ עֲבֻדָּא דְּב"מ דָּף י"ד דַּא"ל פְּתִיבָה לְךָ אַחֲרֵי לָאו לֹא פְּנ"ל: וְהַעִיקָר מַה דַּנ"ל בְּזָה דְּטַעְמוֹ דְּשִׁמּוּאָל הוּא דַּס"ל בְּזָה דְּלֹא כַר"מ דְּהִזָּה דוֹרֵשׁ לְשׁוֹן הַדְּיוּט וְס"ל לְשִׁמּוּאָל דְּרַבְּנֵן פְּלִיגֵי עָלֵיו בְּזָה וְאַף דְּרֵאִיתִי בְּכִסְפֵי מְשֻׁנָּה ה' שְׁגָגוֹת פ' יו"ד ה"ו שְׁפַתְּב דְּהָא דַּס"ל ל' יְהוּדָה אָדָם מְבִיא קָרְבָן עֲשִׂיר עַל אֲשֶׁתּוֹ כּו' דְּלִיכָא מֵאֵן דְּפְלִיג עָלֵיהּ וְכֵן פְּתוּב הָר"ן בְּנִדְרִים דָּף ל"ה ע"ב ד"ה הָכִי גָרַס דְּתַנְיָא אָדָם מְבִיא קָרְבָן עֲשִׂיר כּו' אָבָל בְּאַמַּת הָא מְבִיאָר בְּנִזִּיר דָּף כ"ד ע"א דְּרַבְּנֵן פְּלִיגֵי עַל ר' יְהוּדָה בְּזָה וְע"ש בְּכָל הַסְּוָגָא וְכֵן פְּתוּב בְּגִלְיוֹן הַש"ס לְנִדְרִים דָּף ל"ה לְהַעִיר בְּזָה ע"כ יֵשׁ לִזְמַר פִּינֵן דְּאָמְרוּ בְּב"מ דָּף ק"ד דַּר' יְהוּדָה הִזָּה דוֹרֵשׁ לְשׁוֹן הַדְּיוּט דַּס"ל אָדָם מְבִיא קָרְבָן עֲשִׂיר עַל אֲשֶׁתּוֹ כּו' וְלָכֵן פִּינֵן דְּרַבְּנֵן פְּלִיגֵי עַל ר' יְהוּדָה וְס"ל דַּאֵין מְבִיא קָרְבָן עַל אֲשֶׁתּוֹ מְסַתְמָא טַעְמָם דַּס"ל דַּאֵין דוֹרְשִׁין לְשׁוֹן הַדְּיוּט פְּדַמְשָׁמַע פְּשָׁטוֹת הַסְּוָגָא דְּב"מ שָׁם.

ע"כ י"ל דְּשִׁמּוּאָל דַּא"ל אִמְלִיף וְכַתְּבוּב כּו' ס"ל פְּרַבְּנֵן דַּר' יְהוּדָה הַנ"ל דַּאֵין דוֹרְשִׁין לְשׁוֹן הַדְּיוּט: [א"כ לְדִידֵן דַּס"ל אַחֲרֵי לָאו ט"ס אַף בְּמו"מ וְכֵן שְׁבַח אַף דְּבְזָה לֹא שְׁיִיף הַטַּעַם דְּלֹא שְׁדִי זְוִי בְּכַדִּי פְּנ"ל וְעִיקָר הַטַּעַם הוּא מִשׁוּם שְׁנִהְגוּ לְכַתְּבָא כ"ז וּמִשְׁמַע הֵתֵם דְּאַף דְּבָא עֲכָשִׁיו הַשְּׁטָר מו"מ לְפִנְיָנוּ וְלֹא יְדַעִינֵן אִם הִתְנוּ לְהִיפָּדָה ג"כ יֵשׁ לוֹ דִּין אַחֲרֵי לָאו שְׁבַחָא וְכַה"ג.

א"כ מוכח מזה דה"ה בכל מה דאמרו דכל דבר שנהגו לכתוב אף דלא נכתב ה"ל פנכתב דאף דלא ידעינן ושמא התנו להיפך עכ"ז אמרינן דה"ל פנכתב וזה לא הוי שום ריעותא מה דהשמיטו הסופרים ולא כתבו פן בפירוש וכן מוכח מפשט הסוגיא דב"מ ד' ק"ד בכל הנה דקחשב התם דה"ה בלא עכשיו השטר לפנינו ואין כתוב מפניו בהשטר דג"כ ה"ל פנכתב וכן מוכח מכל הראשונים דהובא בסי' מ"ב בש"ך שם דלא מחלקים בזה פלל וס"ל דאף דלא ידעינן ושמא התנו להיפך בעת שנכתב השטר אפ"ה אמרי' להכלל הנה"ל דה"ל פנכתב: הן גבי נאמנות והן גבי פתובה בשוקא והן גבי מטלטלין דיתמי ע"ש ונדעתי מה די"ל דשאני גבי אחריות דשבתא דכיון דגוף האחריות על קרן דמי המכירה דשייך בזה לא שדי זויי בכדי דזה נדאי ט"ס דה"ה בכל מה דשייך לענין חיוב אחריות דה"ל ט"ס ולא הוי ריעותא מה דהשמיטו הסופר אבל באמת פשט הענין הוא כמש"כ דאתו עלה מפאת מה שנהגו לכתוב כו' וע"כ העיקר לדעתי כדס"ל להש"ך שלא לחלק בחילוק האו"ת והנתיבות הנה"ל דאף דהשמיטו הסופר ג"כ ה"ל פנכתב הינצא לנו דאף דלא נמצא כתוב בפירוש עכשיו שפא השטר לפנינו ג"כ ה"ל פנכתב אם ידע הלנה או המוכר שכותבין פן בכל השטרות אבל רוב לא מהני בזה אם הנה ידוע המיעוט אז בעת שנכתב השטר.

וכן נתבאר דבהודאה בקנין שכתבו העדים השטר ולא כתבו אחריות בפירוש דאף דלא שייך בזה לא שדי זויי בכדי כמש"כ הנתיבות בריש סי' ל"ט: עכ"ז אמרינן אף בזה אחריות ט"ס משום דבר שנהגו לכתוב: אבל בשטר בלא קנין הנכתב שלא בשעת הלואה אינו גובה ממשעבדי משום דהה"ל מילתא דדבר שנהגו לכתוב דה"ל פנכתב אין לו דין שטר רק כמו בע"פ פנ"ל וכן נתבאר לעיל בבטול מודעא במתנה דלשיטת הרשב"ם בב"ב דף מ' דכתב דמודעא במתנה דמהני היינו משום דנדאי אנוס הוא וכ"כ התוס' בב"ב דף מ' ע"א ד"ה אמאן דלא ציינת כו' ולפי שיטתם יש לומר דלא אמרינן בזה דה"ל פנכתב וזה פשוט דבמכירה באונס דבמסר מודעא דבטל המכירה דאף דנהגו לכתוב בטולמודעא בכל שטרי מכירה דבזה לא אמרינן דה"ל פנכתב: (ג) (שם סעי' ט"ז) יש מי שאומר שתנאי שאדם מתנה עם חברו אין הולכים אחר לשון הפתוב אלא אחר הפנונה והוא מן דברי ר' ירוחם שהובא בבית יוסף וכתב הסמ"ע וכן הדין בנדרים כמש"כ ביו"ד סי' רי"ח והבאור הגר"א זצ"ל ס"ק ל"ט פתב דכן מציינו בב"ק ד' פ' ע"א ובנדרים ד' ס"ג ע"ב ולשון השטרות פדין לשון נדרים ובסי' רי"ח סעי' א' מייירי היכא דניכר פנונתו מתוך הענין שבגללן נשבע ונדר דהולכין אחר הפנונה אף דלא הנה אומדנא דמוכח מפאת עצמו ויש לתמוה על זה דהא מבואר שם ביו"ד סי' רי"ח סעי' א' בהג"ה בשם הריב"ש דכ"ז נוקא בנודר בינו לבין עצמו אבל בנודר לחבירו פל לשון הנדר פולל הולכין אחריו אם לא באומדנא דמוכח הרי להדיא דמחלקין בין נדרים ובין היכא שהוא בינו לבין חברו א"כ קשה איך כתבו הקא דאין הולכין אחר לשון השטר אלא אחר הפנונה הא שם מבואר להיפך וכן ראיתי בספר מראות הצובאות על אה"ע בלקוטיו בסוף הספר שהעלה בצ"ע דברי המחבר דהקא דזהו סותר להה"ד דיו"ד ע"ש: וכן יש להעיר בראיות הגר"א זצ"ל דהא בב"ק ונדרים שם מייירי בנודר בינו וב"ע א"כ מזה אין להוכיח על הענין שבינו ובין חברו אף מה שציין הבאור הגר"א זצ"ל להא דקידושין ד' סמ"ך ע"ב תנא לא נתפונה כו' א"ש דהא שם מייירי ג"כ בעסק קידושין שבינו ובין האשה ובראיות

הגדר"א זצ"ל מהא דב"ק ד' פ' דקפצה ונשבעת דכל מי שיבא איני מחזירתו הנה בתשובת הגהות מיימוני ה' שבועות ונדריים סי' ד' כתב לדמות הא דב"ק הג"ל לשטר מברחת ולהא דזבין ולא אצטריף ליה זוני ולהא דר"ש בן מנסיא דב"ב ד' קמ"ו דמשום אןמדינא דמוכח אתו עליה ע"ש: ענף א והנלע"ד בזה דהנה עיקר החילוק שמחלק הריב"ש בסי' קצ"ה בין נודר בינו לבין עצמו ובין בינו לבין חבירו הוא ע"פ מש"כ שם הריב"ש בשם הרמב"ן בחי' בפרק יש נוהלין ד' קכ"ו דבגדר שנודר בינו לבין עצמו לא בעינן תנאי כפול ולא שיהא אפשר לקיים ע"י שליח ושאר דקדוקי התנאי רק בתנאי שבין אדם לחבירו בעי לכל דיני תנאי.

פוננתו דכמו דלא מצי תנאי שלא הנה כדיני תנאי לעקור למעשה הקנין או מעשה החיוב שנעשה בינו ובין חבירו אף דאם נזול בטר פוננת הענין הא חזינו פוננתו דלא עשה זה רק משום התנאי אפ"ה לא מהני פוננתו לעקור להמעשה ה"ה דמה"ט לא אזלינן בטר פוננתו מן גלל הענין שבגללן עשה זה הקנין או החיוב ולעקור להמעשה שעשה.

רק בגדר שבינו ובין עצמו דכמו דלא בעי לדיני תנאי ורק מה שמוכח מן פוננתו מהני לעקור לדבורו משום דזהו בגדר אחי דבור ומבטל דבור ע"כ מה"ט אזלינן ביה בטר מה דחזינו מן מה שבגללן נדר ונשבע ולעקור להגדר ושבועה וכן פסק הרמ"א לקמן ביו"ד סי' ר"כ סעי' ט"ו דבנדריים לא בעינן למשפטי תנאים משום דלא גרע דבורו מן פוננת הנודר כדלעיל סי' רי"ח כו' ונתפנין הרמ"א להך דברי הריב"ש הג"ל: ודברי הרמב"ן בב"ב הג"ל הובא בפני יהושע בגיטין ד' ע"ה ובכתובות ד' ע"ד שפיאר זה היטב והובא בתשובת ר"ע איגר זצ"ל סי' מ"ח שכתב פן בשם הש"יטה מקובצת בנזיר אף זהו דלא פשיטת התוס' כפי מש"כ שם הפ"י ורע"א ע"ש.

אף לפי מש"כ ההפלאה לכתובות ד' נ"ו ע"א בתוס' ד"ה ה"ז מקודשת כו' בד"ה ואור"י דאי לא דילפינן כו' בכוננת התוס' דנזיר ד' י"א אין הכרח לדבריהם בכוננת התוס' דנזיר הג"ל ומה שיש לדון לפי דברי הרמב"ן דבנדריים לא בעינן תנאי כפול דהא בנדריים ד' י"א אמרו גבי לחולין שאוכל לה דלר"מ דבעי ת"כ לא מיתסר שם אלקא דגם לר"מ בנדריים בעי ת"כ הנה זה הקשה הרמב"ן במלחמות פ"ב דביצה וחולק בטוב טעם ע"ש ועיין מכל זה בספר בשמים ראש סי' ר"ד שהאריף בזה והדברים ארנפים ואכמ"ל אף בעיקר הדבר שכתב הרמב"ן שבנדריים לא בעינן לדיני תנאי לאו כ"ע ס"ל פן וכמש"כ הרמב"ן בב"ב שם פן בשם יש אומרים וכן כ' השמ"ק בנזיר בשם יש אומרים אלקא דלאו כ"ע ס"ל פן וכן כתב בחדושי רע"א זצ"ל ביו"ד סי' ר"כ ס"ק ו' על מש"כ הרמ"א שם דלא בעינן תנאי כפול בנדריים דהמיימוני בהפלאה סי' ד' לא ס"ל הכי ע"ש: ולפ"ז י"ל בעיקר דברי הרמ"א דיו"ד סי' רי"ח הג"ל שכתב לחלק בין נודר בינו ובין עצמו לבין נודר בינו ובין חבירו בזה דמוכח לנו פוננתו ממה שבגללן נדר דכיון דהריב"ש והרמ"א ס"ל לדמות זה למה דמחלקים בין נדרים ובין מה שבינו לחבירו בהא דבעינן תנאי כפול בכל הענינים זולת נדרים שבינו ובין עצמו פנ"ל ע"כ אפשר לומר דלהפוסקים דס"ל דגם בגדר שבינו ובין עצמו בעינן תנאי כפול וכל דיני תנאי ע"כ שפיר יש לדמות ולמילף לכל דיני ממונות שבינו לחבירו דגם במה דהוי זכות לחבירו ג"כ יש לנו למיזל בטר פוננתו ממה דרואין להענין שבגללן עשה זה החיוב או הקנין דהא לדידהו

לא מצינו חילוק פלל בין נדר בינו וב"ע למה שבינו ובין חבירו וע"כ יש לומר דזהו פוננת יש מי שאומר הקא בח"מ שפכתבו דגם בשטר שבינו ובין חבירו אין הולכים אחר לשון הפתוב אלא אחר הפוננה דלכן אמרו זה בלשון יש מי שאומר משום דלאו כ"ע ס"ל פן אלא זהו רק לשיתת הסוכרים דגם בנדרים בעינו תנאי פפול ע"כ להך שיטה י"ל דילפינו זה שפיר מהא דנדרים דאזלינו בהו בטר פוננת הענין ממה שרואין שבגללן נדר כמבואר ביו"ד סי' רי"ח.

וה"ה במה דהני הענין לזכות חבירו דג"כ אין הולכים אחר לשון הפתוב אלא אחר הפוננה ממה דבגללן עשה הענין של השטר פן י"ל בזה: אף אין דעתי נוחה עדיין מזה דתקשה דלמה פתב הרמ"א ביו"ד בפשיטות דבינו ובין חבירו אין הולכין בטר הפוננה אלא אחר משמעות הלשון ומשמע דכ"ע מודו בזה.

וכן בזה דיו"ד סי' ר"כ סעיף ט"ו לא הביא הרמ"א שם ליש אומרים דבנדר בעי ג"כ תנאי פפול ולכן אין זה מספיק עדיין לתרץ קושיא החמורה הנ"ל ולולי דברי הסמ"ע ובאיור הגר"א זצ"ל הנה מקום לומר דכוננת השו"ע הקא במש"כ דאין הולכין אחר לשון השטר אלא אחר הפוננה דזה קאי אם הנה אומדנא דמוכח ואף דבאומדנא דמוכח כ"ע ס"ל דמהני כמש"כ התוס' והרא"ש בקידושין ד' מ"ט וכתובות ד' צ"ז ובשא"ד ובח"מ סי' ר"ז סעי' ד' עכ"ז שייך בזה לשון יש מי שאומר לפמש"כ הסמ"ע בכמה דוכתי דבדבר שאינו מפונש כ"כ דרכו לכתוב בלשון יש מי שאומר והנה במה דס"ל להתוס' והרא"ש וש"פ לומר דבמקום אומדנא דמוכח מהני אף לבטל להמכירה וכה"ג הא לשיתת הגהות אלפסי דהובא בח"מ סי' ר"ז סעי' ד' ברמ"א בלשון וי"א דבמתנה דברים שבלב מהני והוציא פן מהא דמתנת שכ"מ ומברחת כמו שפכתב בבאיור הגר"א זצ"ל שם ס"ק י"ד ע"ש: א"כ להך שיטה יש מקום לומר דאומדנא דמוכח לא מהני רק במתנה וע"כ שייך שפיר לשון יש מי שאומר אף באומדנא דמוכח ועיין בגיטין ד' ל"ב בתוס' ד"ה מהו דתימא אגלאי כו' ובתוס' ב"ב ד' קמ"ו ד"ה מאן תנא דאזיל בטר אומדנא כו' אף פל זה הוא דוחק לתרץ עפ"ז דברי השו"ע דסתי אהדדי: ענף ב והעיקר מה שנלע"ד בזה ע"פ מה שפכתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף ד' וענף ה' בענין ספק אומדנא דהני דברים שבלב ולא מהני כמש"כ שם בשם הרא"ש וש"פ וזה אינו רק אם אנו דנין אם הנה אומדנא על איזה תנאי וכה"ג דזה מקרי עקירת הענין ע"כ בכה"ג לא מצי לעקור להמעשה שנעשה בפנינו אבל היכא שנעשה איזה תנאי לפנינו בנודאי אף אנו דנין על פירוש התנאי איהו הוא כמו בהאומדנא דלא פתב לה רק ע"מ לקונסה ונסתפקנו אם בעינו ביאה דוקא וה"ה חופה ראיה לביאה או דאפשר דסגי בחופת גדה ג"כ וכן בזה דכתובות ד' ע"ג במומין ונדרים שנמצאו באשה דאמרו שם האי תנא מספקא ליה כו' דהוכחתי שם מזה דהיכא דהנה תנאי נדאי רק דנולד לנו ספק בכוננת התנאי כמו התם דהנה אומדנא דהתנה ע"מ שאין עלי' מומין ונדרים רק דמסופקים אם היתה פוננתו רק על מום דאזילנית ונדר שבינו לבינה כמו נטולה מן היהודים דוקא או דהיתה פוננתו בהתנאי על פל מומין ונדרים דאמרו שם דאין לה פתובה רקצריכה גט משום ספק איסור לחומרא וכן בנכנסה לחופה דלא חזיא לביאה דכתובות ריש פ"ה ברא"ש סי' ו' דמספקא שמה היתה פוננתו לחופה דחזי לביאה דוקא דאין לה פתובה דהוא הכל מן ה"ט כמש"כ שם בארובה ושאיני בזה דש"מ שהקדיש פל נכסיו דהני ספק אם הנה אומדנא בעיקר התנאי

דיחזור אם עמד דלא מהני ספק אומדנא לעקור ולסתור למה שאמר בפיו משום דגם תנאי מקרי סתירה ועקירה לדבריו כמש"כ שם: ולפ"ז אתי שפיר דברי השו"ע דלא סתרי אהדדי והוא דהא ביו"ד סי' רי"ח מייירי התם בקהל שקבלו זקן א' לסופר ועמו נער א' ועכשיו נסתלק הזקן ונולד ספק אם שייכולים הקהל לסלק להנער מחמת שגוראה מהענין שלא קבלו הנער רק מחמת הזקן וע"ז העלה הריב"ש שם דאין הולכין אחר הפנונה רק במה שאין לו שום שייכות עם חבירו אבל בנותן מתנה לחבירו דבזה פיון דיש זכות לחבירו מצד דהא דברי הקהל א"צ קנין פיזוע] ע"כ לא מבטלינו לזכות חבירו דזהו הוי כמו שקמב הרמב"ן דתנאי שאינו פפול לא מהני לבטל למעשה משא"כ בנודר בינו ובין עצמו וה"ה הכא דהוי ג"כ מה"ט דלא אתי מה שמוכיחין מן פנונת הענין שבגללו נעשה הענין לסתור להמעשה שנעשה פנ"ל וזהו הכל רק היכא דאנחנו מסופקים בעיקר התנאי אם נעשה הענין על תנאי שלא יהיה הנער רק אם יהיה הזקן או לא יהיה על תנאי ודברי הריב"ש הנ"ל בקצרה הובא ביו"ד בט"ז שם ובכה"ג דוקא אין הולכין אחר הפנונה רק אחר משמעות ופשטות הלשון ועיין בט"ז ביו"ד ס"ק ג' מזה: והנה הכא בח"מ הא פתבו הב"י בשם ר' ירוחם וכן השו"ע בזה הלשון פלל גדול הוא בדינו בכל תנאי שאדם מתנה עם חבירו אין הולכים אחר לשון הפתוב אלא אחר הפנונה עכ"ל הרי דכתבו פן רק בתנאי שמתנה עם חבירו ולא פתבו בקיצור שבשטרות אין הולכין אחר לשון הפתוב אלא אחר הפנונה וזה צריך ביאור אבל לפמש"כ מדוקדק שפיר לשונם הזהב והוא דהא בבבאור הגר"א זצ"ל שם ציין על זה קידושין דף ס"א ע"ב תנא לא נתפוננה והוא דהא מייירי התם בקידוש האשה ע"מ שאראף בית פור עפר דאם הראה שאינו שלו אף דהוי ליה באריסות או בשכירות אינה מקודשת משום דלא נתפוננה אלא לראות משלו והא שם לא שייך לומר דזה הוי אומדנא דמוכח משום דהא לא הוי זה הוכחה מצד עצמו ודוקא בשכ"מ שקמב פל נכסיו וכן שטר מברחת והא דר"ש בן מנסאי בכתב פל נכסיו לאחר ואח"כ בא בנו כו' וכה"ג דבכ"ז שייך אומדנא דמוכח מצד טבע דלא שבק אינש ערטילאי כו' וכן לא שביק לבנו כו' אבל הכא בקידושין גבי ע"מ שאראף כו' הא לא שייך לדון אומדנא רק עיקר הענין במה שאין הולכין אחר לשון המשמעות אלא אחר הפנונה מצד דהא סיבת הקידושין שנתקדשה חזינו דעיקר רצונה היה באופן שיהיה לו קרקע וע"כ הפנונה היתה שיהיה לו משלו דאל"כ מה תועלת יהיה לה מן קרקע שאינו שלו ואתי שפיר ראיות הגר"א זצ"ל הנ"ל: והנה הא התם היה תנאי בנדאי דקידשה ע"מ שאראף כו' רק דנולד לנו ספק בפירוש התנאי איך היתה פנונתו.

בזה שפיר אמרו דהולכין אחר הפנונה בפירוש התנאי ולא אזלינו בזה בטר משמעות הלשון וכמו שקמבתי פעין זה בהא דספק אומדנא דהיכא דהיה תנאי בנדאי אז מפני ספק אומדנא אף שיעקור משום זה המעשה ביותר וזהו מדוקדק בכוננת המחבר ור' ירוחם דכתבו דבתנאי שמתנה עם חבירו אין לילך בו אחר לשון הפתוב אלא אחר הפנונה דזה משמע דתנאי היה בנדאי רק דאנו מסופקים בו מצד פנונתו מתוך סיבת הענין שעשה התנאי דבזה שפיר קאמרי דאין הולכין אחר המשמעות הלשון אלא אחר הפנונה אף דע"י זה יתבטל הענין מ"מ פיון דהיה תנאי עכ"פ שאני משא"כ בהא דיו"ד סי' רי"ח דאם גיזל בטר משמעות הלשון אין כאן שום תנאי פלל לפנינו ע"כ אין הולכין אחר הפנונה להוסיף איזה תנאי וכה"ג פיון דזהו סותר להמעשה שנעשה ע"י קנין או חיוב:

פָּלְלוּ שֶׁל דָּבָר הוּא כֵּן דֵּהִיכָא דִּישׁ שְׁנֵי מִשְׁמָעוֹת בְּכַוֵּנָת הַלְשׁוֹן וְהַשְׁטֵר וְדֹאֵי דְאֶזְלִינוּ בְּזֵה בְּתַר הַמְּוֹחֶזֶק וְכַמְבֹּאֵר בְּסִי מ"ב וּבִט"ז בִּיּו"ד סִי רִי"ח ס"ק ב' וּבְכִזְזָה אֲמָרוּ בַח"מ סִי מ"ג סְעִיף כ"ח דְּכָל זְמַן הַפְּתוּב בַּשְׁטֵר פְּגוּן עַד הַפֶּסַח כּו' דְּנִין פְּמוּ בְּנִדְרִים וְאֶדְרָבָה בְּמִמּוֹן שְׁאֵנִי מְנִדְרִים הִיכָא דְסוּתָר פִּירוּשׁוֹ לְהֶרֶב פְּמוּ דַב"ק ר"פ הַמְּנִיחַ בְּרוּב קוּרִין לְחֻבִּיתָא חֻבִּיתָא וּמִיעוּט קוּרִין לְכַדָּא חֻבִּיתָא דְכִינּוּ דְאִין הוּלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר הֶרֶב [מִשָּׂא"כ בְּנִדְרִים פְּמִבְּוֹאֵר בִּיּו"ד סִי ר"ח סְעִיף א' דָּאם קוּרִין לְבִשְׁר מְלִיחַ שֶׁל קִדְשִׁים בִּשְׁר מְלִיחַ סֶתֶם כּו' אִינוּ נֶאֱמָן נֶגֶד הֶרֶב וְעִינּוּ בְּעִבּוּדַת גְּרִשׁוּנֵי סִי ג' מְזָה יָכוֹל לְפָרֵשׁ דְּבָרָיו וְלוֹמַר הֲנִי מִן הַמִּיעוּט דִּהָא לְהַף מִיעוּטָא אִין בְּזֵה שׁוּם נֶגֶד לְהַמְשָׁמְעוֹת הַלְשׁוֹן אֲבָל הִיכָא דְמִשְׁמָעוֹת וּפְשׁוּטוֹת הַלְשׁוֹן הוּא נֶגֶד הַפְּנוּנָה שְׁנִרְאָה מִתּוֹף סִיבַת הָעֵנִין שְׁנַעֲשֶׂה ע"י זֶה הָעֵנִין אֲף שְׁאִינוּ סוּתָר לְשׁוֹנוֹ לְגַמְרֵי לְהַפְּנוּנָה אֲף בְּנִדְרִים אִין הוּלְכִין אַחַר הַפְּנוּנָה וּכְמִש"כ הַט"ז בִּיּו"ד סִי רִי"ח ס"ק ג' וְעִינּוּ בְּסִפְרָא עֲצִי לְבוּנָה שְׁם בְּזֵה הַדִּין כֵּן בְּאִם שְׁנִיזַל בְּתַר פְּנוּנַת הָעֵנִין יִתְנוּסַף אִיזָה תְּנָאֵי וּבְאִם שְׁנִיזַל אַחַר לְשׁוֹן הַמְשָׁמְעוֹת לֹא יִהִי הַתְּנָאֵי פְּלֵל ע"כ יֵשׁ לָנוּ לְמִיזַל אַחַר הַלְשׁוֹן פְּמִבְּוֹאֵר בִּיּו"ד סִי רִי"ח בְּמָה שְׁבִינוּ וּבִין חֻבִּירוֹ וְלֹא עֶקְרִינוּ לְמִשְׁמָעוֹת הַלְשׁוֹן לְסוּתָר אוֹתוֹ אֲבָל בְּאִם הִי תְּנָאֵי בְּנוּדָאֵי לְפָנֵינוּ רַק אִם נִיזַל בְּתַר מִשְׁמָעוֹת הַלְשׁוֹן שֶׁל הַתְּנָאֵי יִקְרִינֵם הָעֵנִין וְאִם נִיזַל בְּתַר הַפְּנוּנָה יִתְבַטֵּל הָעֵנִין אֲזִי הוּלְכִין אַחַר מָה שְׁנִרְאָה פְּנוּנָתוֹ מִתּוֹף הָעֵנִין שְׁבִגְלָלוּ עֲשֶׂה אֶת הַתְּנָאֵי וְא"ש פְּסָקֵי הַשׁו"ע וּכ"א עַל מְקוּמוֹ יָבֵא עַל גְּכוּן.

וְעִינּוּ בַח"מ סִי מ"ב סְעִיף ה' בְּסִמ"ע ס"ק יו"ד וּבִשְׁ"ף ס"ק ט' וְקִצְרִיתִי וְעִינּוּ בְּסִפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' אַה"ע סִי יו"ד עֲנָף ה' מִש"כ שְׁם בְּהָא דְקִידּוּשֵׁין ר"פ הָאוּמָר גְּבִי מַעֲכָשֵׁין וְלֹאֲחַר ל' יוֹם כּו' דְּתְנָאֵי גְרַע מִן פִּי דְחֻסָּק ע"ש וְכַעֲיִן זֶה פְּתַב הַגְּיָמוּקֵי יוֹסֵף בְּב"מ פ"ה עַל הָא דְבָנֵי רַב עִילִישׁ דְּנִפְקַ עֲלֵייהוּ שְׁטָרָא דְהִנָּה פְּתוּב בִּיהַּ פִּלְגָא בְּאַגְרָא וּבְהַפְּסֻד כּו' (וְהוּא בְּב"מ דָּף ס"ח דְּאֲף דְאֶמְרִינוּ יָד בַּעֲהַש"ט עַל הַתְּחֻתוּנָה עַכ"ז בְּמִקּוּם שְׁאִין לְשׁוֹן הַשְׁטֵר מְסַפִּיק לְזֵה רַק צְרִיף לְהוֹסִיף עַל הַלְשׁוֹן דִּיטוּל תְּרֵי תִילְתֵי בְּאַגְרָא לֹא מְפָרְשִׁינוּ כֵּן רַק מִשׁוּם אִיסוּרָא לְאִינְשֵׁי לֹא סָפִי דְזֵהוּ אֲוֹמְדָנָא דְמוֹכַח ע"כ מְפָרְשִׁינוּ שְׁפִיר דִּיטוּל תְּרֵי תִילְתֵי אֲגַר פְּדֹאֲמָרוּ שְׁם בְּגַמ': עֲנָף ג' וְאַחַר פְּתַבֵּי פֵל זֶה הִגִּיעַ לִידֵי סִפְרָא רַבִּינוּ יְרוּחָם וְרֵאִיתִי בְּמִישְׁרֵים נְתִיב כ"ג חֲלֵק יו"ד שְׁפָתַב בּוּזָה"ל פְּתַב הַרְשָׁב"א בְּתִשׁוּבָה אַע"פ שְׁפָתַב לָהּ בְּמִתְנָה לְחוּד שְׁתַּגְּבָה הָאִשָּׁה בֵּין בְּחִיּוֹ בֵּין בְּמוֹתוֹ וְדֹאֵי יִרְאָה שְׁאִין נִזְקָקִין לְדִינָא וְאִין מְגַבִּין אוֹתָהּ בְּחִי הַבַּעַל פְּלֵל דְּלֹא פְּתַב לָהּ רַק לְהִיוֹת קִיּוּם וְחִזּוּק שְׁלֹא יוֹצִיאָנָה בְּאַחַת הַקְּלוֹת וְשְׁתַּבְּטַח נִפְשָׁהּ בּוֹ לֹא שְׁיִכְתוּב לָהּ הַיּוֹם וְתַגְּבָה לְמַחֵר וּכְלָל גְּדוּל בִּיזְדִּינוּ בְּכָל תְּנָאֵי שְׁאֲדָם מִתְנָה עִם חֻבִּירוֹ שְׁאִין לְהַלְף אַחַר לְשׁוֹן הַפְּתוּב אֲלֵא אַחַר הַפְּנוּנָה לְבַד וְרֵאִיָּה דַע"מ שְׁאֲרָאָף מְאִתֵּם זִוּ דְּהֵאִישׁ מְקַדֵּשׁ דְּלֹא נִתְפְּנוּנָה זֹאת אֲלֵא לְרֵאוֹת מְשָׁלוֹ אוֹ בֵּית כּוֹר עֶפְרָא וְכֵן פְּסָקוֹ שְׁמָה בְּקִדּוּשֵׁין דַּע"ג דְּקִנּוּ מִיָּנִיָּה גִלְף אַחַר הַפְּנוּנָה וְכֵן פְּסָק הַרְמָב"ם ז"ל וְכֵן בְּמִתְנָת שְׁכ"מ שְׁאִם עֲמַד חוּזַר תְּשׁוּבָה לְגֵאוּן מִתְנָה לְחוּד אִם יֵשׁ בָּהּ תְּנָאֵי שְׁתַּגְּבָה מִחִיִּים נִגְבִּית מִחִיִּים אַא"כ הִנֵּה הַמְּנַהֵג שְׁלֹא תַגְּבָה מִחִיִּים וְהַמְּנַהֵג שְׁיִהְיֶה שְׂרוּב הַקְּהֵל יִתְעַצְצוּ עִם זִקְנֵי הַקְּהֵל וְיַעֲשׂוּ תַקְנָה כּו' וּמָה שְׁפָתַבְתִּי לְמַעֲלָה מְהַרְשָׁב"א חוּלְקַ עַל זֶה זוּלְתֵי אִם הִנֵּה הַמְּנַהֵג בְּיָמָיו כֵּף אֲבָל הוּא לֹא פְּתַב וְלֹא תִלָּה הַדְּבָר בְּמִנְהֵג כּו' עַכ"ל ר' יְרוּחָם וְהַעֲתִיקֵי כָּל לְשׁוֹנוֹ הַנִּצְרָף לְעֵנִינוּ: [וְחִזּוּן דַּר' יְרוּחָם הִבִּיא לְרֵאִיָּה מְהָא דְקִידּוּשֵׁין דָּף ס' ע"ב פַּנ"ל וְסִיָּים בְּרֵאִיָּה ע"ז מְהָא דְמִתְנָת שְׁכ"מ שְׁאִם עֲמַד חוּזַר.

הרי דקאי ר' ירוחם שם במה שכתב דגלף אחר הפנונה דזהו באומדנא דמוכח כמו שהוכיח ע"ז ממתנת שכ"מ דזהו מקור לכל אומדנות פמבונאר בתוס' וקרא"ש וש"פ בכ"ד ואף דנימא דעיקר פנונת ר' ירוחם במה שהוכיח מהא דמתנת שכ"מ שאם עמד חוזר אף אם הנה בקנין ולא מחלקינן דשאני קנין וכמבונאר בב"ב דף קנ"ב ובח"מ סי' ר"נ סעיף י"ג וסעיף י"ד: דה"ה במתנה שנתן לאשתו דאף דקנו מיניה אפ"ה אינה יכולה לגבות כ"ז דלא נתגרשה כמש"כ שם לעיל עכ"ז מוכח דס"ל לר' ירוחם דהך מילתא דכתב שם דאע"ג דכתוב בפטר מתנה שתגבה בין בחיים ובשלום ובין במוות דזהו אומדנא דמוכח דלא נתפנון שתגבה מייד דאל"כ אינה הוכחה הוא מן הא דמתנת שכ"מ דלא מחלקינן בין אם הנה בקנין או לא הא יש לחלק דשאני מתנת שכ"מ דהוי אומדנא דמוכחא משא"כ הך דלא הוי אומדנא דמוכחא רק מצד פנונת הענין אתו עלה וע"כ מוכח דעיקר פנונת ר' ירוחם שם דס"ל דלכו אע"ג דכתב לה שתגבה המתנה בין בחייו כו' דמ"מ אינו גובה כ"ז דלא נתגרשה משום דזהו ג"כ הוי אומדא דמוכחא וכן מה שכתב שם פלל גדול הוא בידינו בכל תנאי שאין להלך אלא אחר הפנונה.

דכוננתו ג"כ היכא דהוי אומדנא דמוכח וכו' בהא דקידושין דף ס' ע"ב בע"מ שאראף כו' דלא נתפנונה כו' דזה ג"כ מקרי אומדנא דמוכח: ולפ"ז אתי שפיר בפשיטות מש"כ המחבר הך דאין לילך אחר לשון הכתוב אלא אחר הפנונה דקאי ג"כ היכא דהוי אומדנא דמוכח דזה מהני אע"ג דהוי בממונות שפינו ובין חבירו וכמש"כ ביו"ד סי' ר"י"ח דבאומדנא דמוכח שאני אף עדיין תקשה דלמה כתב המחבר בלשון יש מי שאומר וכמש"כ לעיל ומש"כ לעיל בזה הוא דוחק: ולכן נראה לי להעיר בזה מילתא חדתא והוא דיש להבין במה שכתב ר' ירוחם בשם תשובה לגאון דכתב דאם פתוב בפטר מתנה שתגבה בין מחיים דנגבית מחיים אף מקודם שנתגרשה דכיון דזה הוי אומדנא דמוכח דלא נתפנון שתגבה מייד א"כ הא באומדנא דמוכח במתנה כ"ע מודו דמהני פמבונאר בח"מ סי' ר"ז סעיף ד' ע"ש בבבאור הגר"א זצ"ל ס"ק י"ד וילחד דעה דבמתנה דברים שבלב הוי דברים אע"ג דס"ל דלא מהני אומדנא במכירה עכ"ז מתנה שאני פדמוכח זה מפמה דוכתי דבמתנה ודאי מהני אומדנא דמוכחא וידעתי מה די"ל דס"ל להך תשובה לגאון דזה לא מקרי אומדנא דמוכח ובהו גופא פליגי הרשב"א עם תשובה לגאון הנ"ל אם זה הוי אומדנא דמוכח דלא נתפנון שתגבה מייד או לא אבל אין דעתי נוחה מזה:.

ולכן נראה לענ"ד לומר דעיקר פלוגתת הרשב"א עם תשובה לגאון הנ"ל הוא בזה דהא מצינו בח"מ סי' ט"ו סעיף ה' דהאינדנא אין דנין הדינים דדנו בזמן הש"ס ע"פ אומד דעת הדיין וע"פ אומד המת וכ"כ המחבר בסי' רצ"ז וכ"כ הטור וזהו מן דברי הרי"ף בכתובות ד' פ"ה בשם גאון וכ"כ הרמב"ם וקרא"ש שם אלמא דחזינו להגאונים הראשונים דנעלו את הדלת לנו שלא נידון ע"פ אומד דעתנו כלל ולפ"ז יש לדון כה"ג במה דקיי"ל דאומדנא דמוכח מהני ואזלינן בתריה דאפשר לומר דזה אינו אלא באומדנא דמצינו בש"ס בפירוש כמו הא דמתנת שכ"מ בכנולה ובהא דר"ש בן מנסיא דאם הנה בנו קיים כו' ובזבין למיסק לארעא דישאל ופטר מברחת וכה"ג דכיון דאמדו חז"ל להך אומדנא ע"כ יש לנו לדון ג"כ פן אבל באומדנא דלא מצינו בש"ס בפירוש וכמו הך נידון של ר' ירוחם וקרא"ש דנתן מתנה לאשתו דכתבו לדון בזה אומדנא שלא נתן לה שתגבה מייד זה האומדנא לא מצינו בש"ס בפירוש דהא מה דאמרו לא ניתנה פתובה לגבות מחיים

זֶהוּ מִצַּד מְדַרְשׁ פְּתוּבָה וּכְמַשׁ"כ הַבֵּית יוֹסֵף בְּשֵׁם הַמִּיֻּשְׁרִים וְהוּבָא בַּאֲה"ע סִי' צ"ג
דְּמַסְפֵּר פְּתוּבָה נְלִמּוּד שְׁכוּלְלִין נְדוּנָא וְתוֹסֶפֶת יַחַד ע"ש וְכִינּוּן דְּלֹא מְצִינּוּ זֶה הָאֲמֻדָּנָא
בְּפִירוּשׁ ע"כ יֵשׁ לָנוּ לְדוֹן דָּאִין אָנוּ דְּנִין לְאֲמֻדָּנָא דְּלֹא נִזְכָּר בְּש"ס בְּפִירוּשׁ וְהָא דְּשׁוּדָא
דְּדִינֵי דְּב"ב דָּף ל"ה וּבַח"מ סִי' ר"מ הָא נִזְכָּר זֶה בְּש"ס וְגַם הָא לֹא הָוֵי הוֹצֵאת מִמּוֹן
מִמְּוֻחָזֵק וְכַעֲיִן זֶה פְּתַב הַרְשָׁבָא וְהוּבָא בְּבֵית יוֹסֵף בַּח"מ סִי' ס"א דְּהָא מְקִלְתָּא דְּאָמְרוּ
דְּמָה דְּלֹא צָרִיךְ לְטְפוּנֵי מְקִלְתָּא אֲתָא דָּאִין לָנוּ פַּח לְדוֹן מְעַצְמֵנוּ אֲלֵא בְּמָה שְׁאָמְרוּ חו"ל
בְּפִירוּשׁ וְכַה"ג מְבֹאָר בְּכָלְלִי מִיגוּ גְּבִי מִיגוּ בְּש"ף ס"ק ל"ב ע"ש וְכֵן בְּמִיגוּ בְּמִקּוֹם
חֻזְקָה דָּאִין לְדַמּוֹת מְדַעְתָּנוּ הַחֻזְקוֹת זֶה לְזֶה וְע"כ בְּמִקּוֹם שְׁאִינּוּ מְפֹרֵשׁ אֲזַלִּינּוּ בְּתַר
הַמְּוֻחָזֵק וְה"ה בְּאֲמֻדָּנוֹת דְּהָא מְצִינּוּ פְּמָה חִילּוּקֵי דִּינִים בִּינֵיהֶם כְּמַשׁ"כ הַתּוֹסֶ' בְּכַתְּוֹבוֹת
דָּף צ"ז ד"ה זַבִּין וְלֹא אִיצְטְרִיךְ לִיה זְוִי כו' וְכ"כ הָרֵא"ש שְׁם וּבְקַדּוּשׁוֹן דָּף מ"ט וּבַח"מ
סִי' ר"ז ע"כ אִין לָנוּ לְדוֹן אֲמֻדָּנוֹת מְעַצְמֵנוּ וְכַעֲיִן זֶה פְּתַבוּ בְּדִין סָפֵק סְפִיקָא דָּאִין לָנוּ
פַּח לְדוֹן מְעַצְמֵנוּ כִּי אִם בְּמִקּוֹם הַמְּפֹרֵשׁ וְהַדּוּמָה לְהֵן כְּמְבֹאָר בְּכָלְלִי ס"ס שְׁל הַשְּׁ"ף
ס"ק ל"ו וְעֵינּוּ בְּכוּ"פ וּבַחִי"ד שְׁם:

עֲנָף ד' וּלְפ"ז יֵשׁ לְדוֹן דְּזֶהוּ שִׁיטַת תְּשׁוּבָה לְגֵאוֹן דְּס"ל דְּמַתְּנָה שְׁנָתָן לְאֲשֵׁתוֹ נִגְבֵּית מַחֲיִים
כִּינּוּן דְּלֹא מְצִינּוּ אֲמֻדָּנָא זֶה בְּש"ס בְּפִירוּשׁ וְע"כ אִין אָנוּ דְּנִין מְעַצְמֵנוּ לְאֲמֻדָּנָא זֶה וְאָף
דְּהֵתָם בְּסִי' ט"ו וּבְסִי' רצ"ז מִיִּירֵי בְּבָאִין לְהוֹצִיא מִן הַמְּוֻחָזֵק ע"י אֲנֻמָּד דְּעֵתוֹ שְׁל הַדִּינּוֹן
וְאֲנֻמָּד הַמֵּת וְכֵן בְּקִים לִיה בְּגוּיָה כו' וְהָא הָא מִיִּירֵי בְּכַעַל שְׁהוּא מְוֻחָזֵק וְאִפ"ה פְּתַבוּ
דְּגוּבִין הַמַּתְּנָה בְּחֵייו וּמוֹצִיאִין מִהַמְּוֻחָזֵק ע"כ"ז יֵשׁ לְחַלֵּק בְּזֶה לְפַמַּשׁ"כ בְּסִפְרֵי בָּאֵר יִצְחָק
ח' אה"ע סִי' יו"ד עֲנָף ד' וְעֲנָף ה' וְעֲנָף ו' וּבְסִי' י"א שְׁם דָּאִם נוֹלֵד לָנוּ סָפֵק בְּאֲמֻדָּנָא אִיךְ
הָיָה פְּנוּנְתוֹ דְּזֶה מְקַרֵי דְּבָרִים שְׁבַלְב פִּינּוּ דְּלֹא הָוֵי מוֹכַחָא מַחֲמַת הַסָּפֵק שְׁנוּלֵד לָנוּ וְע"כ
הָוֵי זֶה כְּמוֹ אֲמֻדָּנָא דְּלֹא מוֹכַחָא דְּלֹא מְהַנִּי מְשׁוּם דְּמְקַרֵי דְּבָרִים שְׁבַלְב ע"ש וְלָכֵן יֵשׁ
לוֹמֵר בְּטַעְמוֹ שְׁל הַגֵּאוֹן דְּס"ל דְּמַתְּנָה שְׁנָתָן לְאֲשֵׁתוֹ נִגְבֵּית מַחֲיִים מְשׁוּם דָּאִין לָנוּ לְדוֹן
אֲמֻדָּנָא זֶה פִּינּוּ דְּלֹא נִזְכָּר זֶה הָאֲמֻדָּנָא בְּש"ס וּמְמִילָא פִּינּוּ דָּאִין אָנוּ דְּנִין לְאֲמֻדָּנָא זֶה
ע"כ הָוֵי זֶה אֲמֻדָּנָא שְׁאִינָה בְּרוּרָה וּמוֹכַחַת לְכָל וְהָוֵי זֶה כְּמוֹ כָּל סָפֵק אֲמֻדָּנָא דְּהָוֵי כְּמוֹ
דְּבָרִים שְׁבַלְב דְּלֹא מְהַנִּי וְע"כ מְמִילָא מוֹצִיאִין מִמֵּנוּ אָף דְּהָוֵי מְוֻחָזֵק וְזֶה אִינּוּ רַק בְּמָה
שְׁאָנוּ מְסוּפְקִים בְּכּוֹנוּנְתוֹ וּבְמַחֲשָׁבְתוֹ אִיךְ הָיָה ע"כ אִין אָנוּ מְבַטְלִינּוּ מְשׁוּם דְּבָרִים שְׁבַלְב
לְמָה שְׁאָמְרַם בְּפִירוּשׁ כְּמוֹ שְׁכַתְּבֵתִי שְׁם בְּסִפְרֵי: אָבֵל בְּהָא דְּסִי' ט"ו דְּהָוֵי הַסָּפֵק לָנוּ
אִיךְ הִי הַמַּעֲשָׂה וְע"י אֲנֻמָּד דְּעֵת הַדִּינּוֹן וְאֲנֻמָּד דְּעֵת הַמֵּת אָנוּ מוֹכִיחִין אִיךְ הָיָה הַמַּעֲשָׂה
וְע"כ שְׁפִיר דְּנִין הָאֲמֻדָּנָא לְהַחֲזִיק מְמוּנָא מְשׁוּם דְּהַמְמַע"ה רַק לְהוֹצִיא אִין לָנוּ פַּח מְשׁוּם
דָּאִין אָנוּ יְכוּלִין לְעַמּוֹד עַל דְּעַתֵּינוּ כ"כ בְּזֶה פֵּן הוּא פְּנוּנַת תְּשׁוּבָה לְגֵאוֹן דְּס"ל דְּבַעַל
שְׁנָתָן מַתְּנָה לְאֲשֵׁתוֹ נִגְבֵּית אָף כ"ז שְׁלֹא נִתְגַּרְשָׁה וְשִׁיטַת הַרְשָׁבָא דְּס"ל דְּאִינָה נִגְבֵּית
זֶהוּ מְשׁוּם דְּס"ל דְּאָף אֲמֻדָּנָא דְּלֹא נִזְכָּרָה בְּש"ס ג"כ יֵשׁ לָנוּ לְדוֹן מְעַצְמֵנוּ וְשְׁאִנֵי הָא
דְּסִי' ט"ו דָּאִין אָנוּ דְּנִין מְשׁוּם דְּהָא הֵתָם הָוֵי זֶה הָאֲנֻמָּד בְּפִרְט אוֹתוֹ הָאִישׁ אִיךְ הָיָה דְּעֵתוֹ
ע"פ אֲנֻמָּד דְּעֵת הַדִּינּוֹן ע"כ זֶה אִין אָנוּ יְכוּלִין אָבֵל הֵכָא בְּמַתְּנָה שְׁנָתָן הַבַּעַל לְאֲשֵׁתוֹ דְּהָוֵי
זֶה אֲמֻדָּנָא בְּכָל הָעוֹלָם דְּנֻדָּאֵי אִין דְּרָף הַבַּעַל לִיתָן מַתְּנָה לְאֲשֵׁתוֹ שְׁתוּכַל לְגַבּוֹת מִמֵּנוּ
מִיָּד וְהָוֵי זֶה אֲמֻדָּנָא בְּהַפְּלֵל וּלְכָל ע"כ ס"ל לְהַרְשָׁבָא וְר' יְרוּחָם דָּאִינוּ דְּנִין לְאֲמֻדָּנָא זֶה
נְאִינָה גְּבוּבִית מְהַבַּעַל וְזֶהוּ פְּנוּנַת ר' יְרוּחָם שְׁם בְּמַשׁ"כ דְּכָלְלִי גְּדוּל הוּא בְּיַדֵּינוּ בְּכָל תְּנָאֵי
שְׁאָדָם מַתְּנָה עִם שְׁאִין לְהַלָּף אַחַר לְשׁוֹן הַפְּתוּבָא אֲלֵא אַחַר הַכּוֹנוּנָה דְּזֶה קָאֵי הַפֵּל לְהִיכָא

דהי' אַנְמֵדְנָא דְמוֹכְחָא מְשׁוּם דַּס"ל דְאִין לְחַלְק בֵּין אַנְמֵדְנָא דְמַצִּינוּ בְּש"ס וּבֵין אַנְמֵדְנָא דְאִינוּ אֹמְדִין מְדַעְתָּנוּ עַל הַכּוֹלָל בְּנֵי אָדָם שְׁכֵן דְעֵתָן וְהַכּוֹלָל תְּדָא הִיא: וְכֵן מְוֹכְרַע זֶה בְּלֵא"ה דְהָא אִין לְפָרֵשׁ דְרַבִּינוּ יְרוּחָם שְׁם קָאֵי לְהִיכָא דְנִיפָר פְּנוּנְתוֹ מִתּוֹף הָעֵנִין וְכַמִּש"כ הַמְרָאוֹת הַצּוֹבְאוֹת בְּשֵׁם הַסַּמ"ע לְדַמּוֹת זֶה לְהָא דְנִדְרִים בִּיּו"ד ס' רי"ח דְזֶה אִינוּ דְהָא שְׁם בִּיּו"ד מִיַּרְי בְּהִיגָה טְעוֹן מַשָּׂא כו' וְהִיגָה רִיחוּ קָשָׁה אוּ שְׁנַצְטַעַר בְּלִבִּישְׁתוֹ כו' וְכֵן בְּעוֹבְדָא דְהַרִיב"ש שְׁהוּבָא שְׁם בַּט"ז ס"ק ב' דַּע"י בְּקָשָׁת הַמְבַקֵּשׁ קַבְּלוּ לְסוֹפֵר זְקוֹן אֶחָד עִם הַנְּעַר כו', וְכֵן בְּהָא דְנִדְרִים ד' ס"ג ע"ב דְהִיגָה מְסַרְב מְחַבְּרֵי שְׂיֵאכֵל אֶצְלוּ וְאָמַר קוֹנָם לְבִיתָהּ כו' טִיפַת צוּגָן כו' וְשֵׁם הִיגָה הָעֵנִין נִיפָר מִתּוֹף מַעֲשֵׂיו שְׁבַגְלָלָן נִשְׁבַּע וְנִדְרַי אִיף הִיגָה פְּנוּנְתוֹ אֶבֶל בְּהַעֲבֹדָא דר' יְרוּחָם דְמִיַּרְי בְּבַעַל שְׁנָתָן מִתְּנָה לְאִשְׁתּוֹ וְכַתֵּב בֵּין בְּחִיּוֹ כו' וְשֵׁם לֹא הִיגָה הָעֵנִין נִיפָר מִתּוֹף מַעֲשֵׂיו שְׁעֵשָׂה בְּגִלְלוֹן וְלִתְלוֹת לְכּוֹנְנָתוֹ מְשׁוּם זֶה אֶלָּא הָא שְׁם הִיגָה מִתְּנָה מִמְּנוּ לְאִשְׁתּוֹ בְּלֹא שׁוּם עֵנִין מִתְחַלְהָ א"כ לִיכָא לְפָרוּשֵׁי וְלְדַמּוֹת זֶה לְהָא דִּיּו"ד הַנְּ"ל וַע"כ לֹא הִבִּיא ר' יְרוּחָם שְׁם לְהָא דְנִדְרִים: וְלָכֵן מוֹכַח דְעִיקָר טְעַמּוֹ דר' יְרוּחָם שְׁם מְשׁוּם דַּס"ל דְזֶה הִי ג"כ אַנְמֵדְנָא דְמוֹכְחָא וְכַלְל אַנְמֵדְנוֹת דְמוֹכְחֵי דְמַצִּינוּ בְּש"ס וְהָא דַּח"מ ס' רכ"ה סְעִיף ג' שְׁפַתְב שְׁם דַּה"ה לְכָל תְּנַאי מְמוֹן שְׂאוּמְדִין דַּעַת הַמְתְּנָה כו' אֶלָּא דְבָרִים הִידוּעֵין שְׁבַגְלָלָן הִיגָה הַתְּנַאי כו' וְהוּא מְהַרְמֵב"ם שֵׁא"ה דְמִיַּרְי בְּמָה שְׂאִינוּ מְצוּי דִּישְׁלִזְהָ מְקוֹר מְהַש"ס כְּמַבְרֹאָר בְּגִיטִין ד' ע"ג ע"כ אִין זֶה עֵנִין לַנ"ד: עֵנִיף הַ וְלִפִּי מַה שְׁנַתְּבָאָר דְהַמִּישְׁרִים שְׁם מִיַּרְי בְּאַנְמֵדְנָא דְמוֹכְחָא ע"כ אֶתִּי שְׁפִיר עַל נְכוּן לְמַש"כ הַמְחַבֵּר הָכָא בְּלִשׁוֹן יֵשׁ מִי שְׂאוּמֵר דְאִין הוֹלְכִין אַחַר לִשׁוֹן הַכְּתוּב אֶלָּא אַחַר הַפְּנוּנָה דְזֶהוּ ג"כ הִיכָא דְהִיגָה אַנְמֵדְנָא דְמוֹכְחָא עַל פְּנוּנְתוֹ אִיף הִיגָה וְאַשְׁמַעִינוּ דַּאִף הִיכָא דְלֹא הִיגָה אַנְמֵדְנוֹת דְאַמְרוּ בְּש"ס בְּפִירוּשׁ רַק דְאִינוּ מוֹכִיחִין פֶּן מְדַעְתָּנוּ לְאַנְמֵדְנָא זֹו דְזֶה ג"כ מְהַנִּי וּמְדוֹקְדֵק לַפ"ז שְׁפִיר לִשׁוֹן יֵשׁ מִי שְׂאוּמֵר מְשׁוּם דְהָא לֹא כ"ע ס"ל פֶּן דְהָא שִׁיטַת תְּשׁוּבָה לְגֵאוֹן דְהוּבָא בְּמִישְׁרִים שְׁם חוֹלֵק ע"ז וס"ל דְמִתְנָה שְׁנָתָן לְאִשְׁתּוֹ נִגְבִּית מַחֲיִים וְטַעַמּוֹ דַּס"ל דְאִין לָנוּ פַת לְדוֹן אַנְמֵדְנָא מְדַעְתָּנוּ אִף הַמְחַבֵּר הַכְּרִיעַ כְּשִׁיטַת הַרְשָׁב"א דְחוֹלֵק ע"ז וְלָכֵן לֹא הִבִּיא בְּבֵית יוֹסֵף רַק שִׁיטַת הַרְשָׁב"א הַנְּ"ל ע"כ שְׁפִיר נִקַּט לִיהַ בְּלִשׁוֹן יֵשׁ מִי שְׂאוּמֵר כו' וְלָכֵן לֹא הִיגָה שׁוּם סְתִירָה עַל זֶה מְהָא דִּיּו"ד ס' רי"ח דְהָא שְׁם לֹא הִיגָה אַנְמֵדְנָא דְמוֹכְחָא כְּמַבְרֹאָר שְׁם: אִף עֲדִיין צָרִיף בִּיאוֹר וְהוּא דְבֵאָה"ע ס' צ"ג סְעִי א' דְכְּתוּבָה וּנְדוּיָנָא אִין נִגְבִּים אֶלָּא כְּשִׁתְּתֵאלְמֵן וְתַתְּגַרְשׁ וְכַתֵּב ע"ז הַרְמ"א דָּאֵם כְּתֵב לֵה מִתְּנוֹת הֵם נִגְבִּים מַחֲיִים כו' בְּמִישְׁרִים בְּשֵׁם גֵּאוֹן וְדִלָּא כְּהַרְשָׁב"א עכ"ל הַרִי לְהַדִּיא דְהַכְּרַעַת הַרְמ"א בְּפִלְוִגְתַת הַרְשָׁב"א עִם הַגֵּאוֹן שְׁהוּבָא בְּמִישְׁרִים שְׁם כְּשִׁיטַת הַגֵּאוֹן וְהוּבָא בְּדַרְכֵי מִשָּׁה שְׁם וְלִכְאוּרָה קָשָׁה דְהָא בְּמִישְׁרִים שְׁם כְּתֵב בְּשֵׁם תְּשׁוּבָה לְגֵאוֹן בּוּזָה"ל מִתְּנָה לְחוּד אִם יֵשׁ בָּהּ תְּנַאי שְׁתַּגְּבָה מַחֲיִים נִגְבִּית מַחֲיִים הַרִי לְהַדִּיא דְדוֹקָא בְּכַתֵּב בְּפִירוּשׁ שְׁתַּגְּבָה מַחֲיִים אִמְרוּ פֶּן נִגְם ע"ז חוֹלֵק הַרְשָׁב"א כְּמַבְרֹאָר שְׁם וּמִשְׁמַע דָּאֵם לֹא כְּתֵב פֶּן בְּפִי דָּגַם תְּשׁוּבָה לְגֵאוֹן הַנְּ"ל ס"ל דְלֹא נִגְבִּית מַחֲיִים וְאֵלוּ הַרְמ"א הָכָא כְּתֵב סְתֵמָא דְמִתְּנוֹת הֵם נִגְבִּית מַחֲיִים.

וּמִשְׁמַע דַּאִף דְלֹא כְּתֵב בְּפִירוּשׁ דְתַגְּבָה מַחֲיִים גַּם פֶּן הֵם נִגְבִּים מַחֲיִים וְזֶה צ"ע דְמַנְלוֹן לְהַרְמ"א זֶה וְאִף דִּי"ל דַּס"ל לְהַרְמ"א מְסַבְּרָא דְלִשִׁיטַת הַגֵּאוֹן הַנְּ"ל ה"ה אִף דְלֹא כְּתֵב פֶּן בְּפִירוּשׁ ג"כ הֵם נִגְבִּים מַחֲיִים עכ"ז קָשָׁה מַנְלוֹן לוֹ זֶה וּבְפִרְט דְהָא מִשְׁמַעוֹת הַלִּשׁוֹן בְּתַשׁוּבָה לְגֵאוֹן הַנְּ"ל מִשְׁמַע דְדוֹקָא בְּכַתֵּב בְּפִי שְׁתַּגְּבָה מַחֲיִים ס"ל פֶּן וַע"כ זֶה צָרִיף

ביאור ויבואר זה במק"א כי אכ"מ: עכ"פ חזינון דהרמ"א הכריע בפלוגתת הרשב"א עם הגאון פשיטת תשובה לגאון וכבר כתבתי לעיל דעיקר פלוגתתם הוא אם אזלינו בטר אומדנא שאומדין אנחנו מדעתנו וכוונת המחבר בח"מ דהכריע פשיטת הרשב"א דאין הולכין אחר לשון הפתוב אלא אחר הפנונה זהו משום דס"ל דאף אומדנא שמדעתנו ג"כ מהני א"כ תקשה סתירת השו"ע אהדדי דהא ה"א בח"מ לא הביא הרמ"א פלל לשיטה החולקת על הרשב"א אף בשם י"א פלל ומשמע דס"ל פהמחבר דפסק פהרשב"א ואלו באה"ע פסק פשיטת תשובה לגאון ודלא פהרשב"א וע"כ לכאורה נדחה לכל מש"כ אף אפ"ש לומר דגם שיטת תשובה לגאון ס"ל דאזלינו גם אחר אומדנא שלנו ג"כ אף דס"ל דבמתנה שנתן לאשתו ליפא אומדנא דמוכח כ"כ ולכן הכריע פשיטת תשובה לגאון אבל הי"א דאיפא אומדנא ברורה אף שלא נזכר בש"ס ג"כ מהני ולכן שפיר כתב המחבר וכן סתם הרמ"א ה"א דאין הולכין אחר לשון הפתוב אלא אחר הפנונה היינו אף במה דהוי האומדנא שאומדין אנחנו מדעתנו ואפ"ה אתי שפיר מש"כ המחבר ה"א בלשון יש מי שאומר לפי הפלל הידוע דמה שאינו פתוב בפירוש שייך ע"ז לשון יש מי שאומר כמש"כ הסמ"ע בכ"ד וע"כ פ"ן דיש מקום לומר ולחלק דלא תהא מועיל אומדנא שלנו כמו דמצינו בה"א דס"י ט"ו וכנ"ל ע"כ שייך שפיר ע"ז לשון יש מי שאומר וע"כ לדינא שפיר י"ל דבפלוגתת הרשב"א עם התשובה לגאון הנ"ל הלכתא פהתשובה לגאון הנ"ל וכמש"כ הרמ"א באה"ע משום דזה לא הוי אומדנא ברורה ומוכחת אבל הי"א דהוי אומדנא מעליא אף שאינו מפורש בש"ס פדומה לזה מ"מ מהני וכמש"כ המחבר ה"א ור"ש הפל על נכון וכן מצינו בתשובת הרא"ש והובא בטור ח"מ סי' ס"ה סעי' כ"א ובקצרה במחבר שם סעיף י"ז דדינינון אומדנות המוכחות לפי דעתנו ע"ש: ענף ו ועוד י"ל דאף לפמש"כ לעיל דפלוגתת הרשב"א עם התשובה לגאון דפליגי אם מהני האומדנא שלנו או לא מהני כנ"ל בארנפה עכ"ז א"ש מש"כ המחבר ה"א וכן סתם הרמ"א דיש מי שאומר דאין הולכין רק אחר הפנונה.

ולמש"כ הרמ"א לדינא באה"ע סי' צ"ג סעי' א' דמתנה שנתן הפעל לאשתו נגבית מחיים ודלא פהרשב"א והוא דהא בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף ד' וענף ה' וענף ו' ויבסי' י"א שם דספק אומדנא הוי דברים שפלב ולא מהני פלל וכמש"כ הרא"ש בב"ב פ"ט סי' כ"ג גבי איבעיא דהקדיש נכסיו דכיון דסלקא בתיקו אין מבטלין למה שהקדיש בפיו בפירוש וכמו שהארכת שם בזה ע"ש א"כ לפ"ז יש לדון דה"ה בה"ה פלוגתא דהרשב"א עם תשובה לגאון הנ"ל דפליגי אם מהני אומדנא שלנו או לא דכיון דהוי ספיקא דדינא אם מהני אומדנא שלנו או לא ע"כ דומה זה להא דהקדיש נכסיו דכיון דהוי איבעיא דלא איפשטא דלא מצי לחזור משום דתנאי הוי עקירה למה שאמר בפיו וכמש"כ שם בארנפה וה"ה במה דפליגי הרשב"א עם התשובה לגאון בכתב מתנה לאשתו אם נגבית מחיים או לא דהא בפיו ה"ה מתנה בפירוש רק דנולד לנו ספק אם ה"ה רק על תנאי פשתתאלמן ותתגרש או כדן כל חוב שהברירה בינך בעה"ש לתבוע כ"ז שירצה א"כ הוי זה ספיקא דדינא באומדנא במחשבתו ע"כ הוי זה פ"עין פל ספק אומדנא דלא מהני לבטל למה שאמר בפיו בפירוש דהא תנאי הוי ג"כ עקירה כמש"כ שם בספרי ולפ"ז אתי שפיר מה דפסק הרמ"א באה"ע דמתנות הם נגבים מחיים משום דכיון דהוי ספיקא דפלוגתא ע"כ הדין פן אבל ה"א דח"מ דכתב המחבר בלשונו דכל תנאי

שמתנה עם חבירו אין לילה אחר לשון הכתוב אלא אחר הפנונה וכבר כתבתי לעיל דיש לדקדק דלמה כתבו בזה"ל ולא כתבו בקיצור והעליתי לעיל ע"פ מש"כ בספרי שם דאם היה תנאי בנודאי רק דנסתפקנו בפירושו התנאי דזה לא הוי כעין ספק אומדנא משום דכה"ג לא מקרי דברים שבלב הסותר למה שאמר בפיו וכמו שהארכתי שם וע"כ י"ל דמה"ט אם נולד ספק דפלוניתא ה"ל בהתנאי שאמר לפנינו היינו דיש לנו אומדנא שאומדן אנו מדעתנו בכוננת התנאי דזה תלוי בהך פלוגתא של הרשב"א עם התשובה לגאון אם מהני אומדנא שלנו או לא וגם י"ל דאף להך שיטה דס"ל דלא מהני אומדנא שלנו דזהו רק בספק לנו בעיקר התנאי אבל אם היה תנאי בנודאי רק דנולד אומדנא בפירושו התנאי דעכ"פ הוי ככל הספיקות דתלוי מי הוא המוחזק דהממע"ה ולכן כתב המחבר הכא דבתנאי כו' אין הולכין אחר לשון הכתוב כו', וכתב זה בלשון יש מי שאומר משום דזה הוי ספיקא דפלוגתא של הרשב"א עם התשובה לגאון אם מהני אומדנא שלנו או לא וכיון דנקט ליה בלשון יש מי שאומר ה"ל ככל ספק דפלוניתא דהממע"ה ותלוי מי הוא המוחזק ולכן אינו סותר הא דאה"ע להך דהכא ואף דבלשון המישורים בעצמו במש"כ שם ג"כ בזה"ל דכל תנאי שאדם מתנה כו' אין לפרש פונתו דקאי דוקא אם נולד הספק באומדנא בפ"י של התנאי דהא שם מייירי בנולד ספק בעיקר חלות התנאי אם היה רק המתנה פשתתאלמן ותתגרש כו' או דלא היה תנאי ה"ל עכ"ז לשון המחבר שפיר יש לפרש דנתפנין לכל מש"כ.

וא"ש דלא סתרי דברי המחבר והרמ"א אהדדי: ענף ז שוב ראיתי דכל מש"כ אינו שייך רק לשיטת הרא"ש בב"ב פ"ט סי' כ"ג אבל לשיטת המחבר והרמ"א בח"מ סי' ר"נ סעי' ג' שפסקו לשיטת הרמב"ם דס"ל בהך איבעיא דהקדוש נכסיו דאין מוציאין ממנו ובספרי שם בארתי לשיטתם דס"ל דספק בדין מה שנולד בהאומדנא דינו ככל ספיקות וע"ש ע"כ ליכא לפרושי לכוננת הרמ"א דאה"ע סי' צ"ג דהא דפסק דמתנות הם נגבים מחייבו דזהו משום דספק אומדנא אינו מבטל כו' דהא זה הוי ספיקא דדינא א"כ לא שייך כ"ז כלל ובפרט דהא הוכחתי במק"א מן פלוגתת רש"י והר"ת בנדוניות חתנים דכתובות ד' מ"ז ובאה"ע סי' נ"ג דדוקא באיבעיא דנשאר בש"ס לתיקו בזה י"ל לשיטת הרא"ש דזה מקרי ספק אומדנא ולא מהני כלל משא"כ בספיקא דפלוגתא דרבנותא דאחר חתימת הש"ס י"ל דזה הוי ספק מעליא ואמרינן בזה הממע"ה א"כ הא נ"ד הוי פלוגתא דרבנותא זהו הרשב"א עם תשובה לגאון ה"ל אם מהני אומדנא בזה"ל או לא א"כ לפ"ז הדין נותן דאי נימא דלא הוי הכרעת הדין בזה לשיטת התשובה לגאון ה"ל א"כ הא היה הדין נותן לומר גם בזה בדין כל פלוגתא דרבנותא דהממע"ה ומדלא כתב הרמ"א באה"ע פן א"כ מוכח מזה דס"ל לעיקר דהדין הוא לשיטת תשובה לגאון החולק על הרשב"א וכמו שפרשם שם דזהו במישורים בשם גאון ודלא כהרשב"א ע"ש.

ע"כ נסתר לכל מש"כ והעיקר כמש"כ לעיל בזה הסתירה ועיין בתה"ד סי' שכ"א דכתב לדמות הך פלוגתת דנדוניות חתנים להך ספק אומדנא דהקדוש נכסיו שכתב הרא"ש פן אכן העיקר כמש"כ בחידושיי לעיל בקונטרס תפיסה ע"י שליח בסי' ב' מזה בענף ב' ואכ"מ: ועוד יש לתרץ בסתירת דברי המחבר דהכא והרמ"א באה"ע ע"פ מש"כ המל"מ פ' ט"ו ה' טוען והובא בקצה"ח סי' מ"ב ס"ק ב' בשם מההראנ"ח דס"ל דאם נולד הספק בזמ"פ דדינינו בזה פיון דלחזרה קאי בסוף ע"כ מקרי המלנה מוחזק והביא פן שם בשם

התוס' דב"ב ד' ס"א ד"ה ארעמא תרתי כו' בשואל חפץ הואיל וסופו לחזור לבעליו הוי המשאיל מןחוק אף הקצה"ח והנתיבות שם מחלקים בין חפץ דהקרא בעיניה ובין מעות דלא הקרא בעיניה אכן המהראנ"ח אינו מחלק בזה ולפ"ז י"ל דלכן פתב הרמ"א דמתנות נגבים בחיי הבעל משום דס"ל ג"כ דעיקר פלוגתת הרשב"א ותשובה לגאון הנ"ל הוא אם אזלינו בטר אומדנא שלנו או לא כמש"כ לעיל ואפ"ה מוציאין מהבעל אף דהוי מןחוק משום דשאני זה הספק דלא הוי רק הספק בזמ"פ אימת ישלם אבל הא עומד לפרעון ולחזרה דהא אף אם מוציאין מיד מהבעל עכ"ז אין לה רשות למפור זה החפץ וכן הפירות אינה אוכלת רק ימכרו וילקח בהם קרקע והוא אוכל הפירות וכמבואר באה"ע סי' פ"ה סעי' ז' גבי מתנה שנתן הבעל לאשתו א"כ לא הוי עיקר הנפ"מ בזה רק כשמתאלמן ותתגרש ואם תמות בחייו יעמוד בנודאי ברשות הבעל ויהיה שייך לו ע"כ אין זה מקרי הוצאת ממון מהבעל אם תמות בחייו דהא אז יחזור לו ע"פ דין רק אם מתאלמן ותתגרש אז הוי נפ"מ ממה שגובין בחיי הבעל מיד ולכן שפיר שייך לדון בזה לסברת מהראנ"ח דכיון דעומד לפרעון ולחזרה כשמתאלמן ותתגרש רק דאנו דנין אם נגבית מיד או בסוף בעת שהתאלמן ותתגרש ע"כ הוי האשה בשם מןחוקת והדין נותן שיפרע לה מיד אף דלא הוי זה בנודאי אלא ספיקא דדינא וכמש"כ התוס' בב"ב ד' ס"א דלכן א' ר"נ קרקע בחזקת בעלי בהא דשנים עשר זהב דינר זהב לחודש דהטעם הוא כיון דסופו לחזור להבעלים כו' וה"ה בנ"ד ולכן פסק הרמ"א באה"ע סי' צ"ג דמתנות נגבים מיד ואף שגורשם שם דזהו מהמישירים בשם גאון ודלא פהרשב"א מ"מ י"ל כמו שכתבתי וקצתתי ומה יהיה סייעתא לשיטת המהראנ"ח דאינו מחלק בין חפץ דהקרא בעיניה להלואת מעות דלא הקרא בעיניה אבל היכא דלא שייך לדון פן עדיין י"ל כמש"כ לעיל דס"ל להמחבר דזהו ספיקא דדינא אם הלכה פהרשב"א או פשיטת תשובה לגאון הנ"ל וע"כ שפיר פתב המחבר הכא בלשון יש מי שאומר דהולכין אחר הפנונה משום דזה הוי ספיקא דפלוגתא אם מהני אומדנא שלנו ותלוי זה במןחוקות וכמו פל ספק דפלוגתא ומתורץ שפיר דברי השו"ע על נכון: אכן לפי מה דהקריעו האחרונים בסי' מ"ב דלא כהמהראנ"ח ע"כ העיקר כפי מש"כ לעיל דמוכח דס"ל להרמ"א באה"ע דאין שום ספק פלל לדיון דהעיקר לדינא פשיטת המישירים בשם גאון ודלא פהרשב"א וכפי שגורשם שם וע"כ מוציאין ממון אף בחייו והא דסתם הרמ"א הכא בח"מ פהמחבר דאין הולכין אחר לשון הפתוב אלא אחר הפנונה בע"כ מוכח דס"ל להרמ"א דבאומדנא מעליא אף שלא מצינו הדומה לו מקור מן הש"ס דגם זה מהני ושא"ה באה"ע דלא הוי זה חשוב לאומדנא דמוכח דיהיה רצונו במתנה שלו שתוכל לגבות מיד וכמש"כ לעיל משום דאי נימא דהוי זה ספיקא דפלוגתא בלא הכרעה א"כ היה הדין נותן דלא תגבה מהבעל מיד דהא אין מוציאין מהמןחוק בספק בדין: ולפ"ז הא לא מצינו שום ספק פלוגתא בזה וכיון דחזינו דהרשב"א ס"ל דיכולים אנו לדון אומדנא מדעתנו ולא אשכחן פלוגתא בזה פלל ע"כ הדין נותן דגם אומדנא מעליא הנראה לפי דעתנו ג"כ מהני וכמש"כ המחבר הכא ומש"כ בלשון יש מי שאומר אין זה הכרח פלל לומר דפליגי בזה פידוע וכמש"כ לעיל אף צריכים לעיין היטב בזה ולמצא ראיה לזה האומדנא מן הש"ס הדומה לזה או מן הראשונים וכ"ז אם הוי אומדנא דמוכח אבל אם ליכא אומדנא דמוכח רק שגראה פן מתוך פנונת הענין שבגללן נעשה עיקר הענין שפינו וביין חבירו זה לא

מְהֵנִי וְכַמְבֹּנָר בִּיּוֹ"ד סִי רִי"ח וְאֵף סְפִיקָא דְדִינָא לֹא הָוִי בְּזֵה דְהָא נִתְבָּאָר דְדַבְרֵי הַמְחַבֵּר
דְהֵכָא לֹא מֵיִרֵי רַק בְּאִנְדְּנָא דְמוֹכְחָא: וְכ"ז הוּא בְּאֵם שְׁנוּלֵד לְנוּ סְפֵק בְּעֵיקָר הַתְנָאִי
וְכַוְנָתִיה דְהָוִי סְתִירָה לְמַה שְּׂאֲמַר בְּפִיּו בְּפִירוּשׁ אֲבָל אִם הָיָה תְנָאִי בְּנוּדָאִי בְּזֵה יֵשׁ לֹדְמֵר
דְמֵהֵנִי מַה שְּׂמוּכַח לְנוּ מִתּוֹךְ פְּנוּנַת הָעֲנָן לְבָרַר פְּנוּנַת הַתְנָאִי כְּמוֹ שְׁנִתְבָּאָר לְעֵיל אִדּוּ זְהוּ
דְנָקָא בְּאֵם שְׂאִינּוּ סוּתֵר כ"כ לְמַה שְּׂאֲמַר בְּלִשׁוֹנוֹ בְּפִירוּשׁ רַק שְׂאִינּוּ פִן לְפִי מִשְׁמַעוֹת
פְּשׁוּטוֹת הַלְשׁוֹן אֲבָל אִם סוּתֵר מִמֶּשׁ לְמַה שְּׂאֲמַר בְּלִשׁוֹנוֹ בְּזֵה אִינּוּ הוֹלְכִין אַחֵר פְּנוּנַת
הָעֲנָן וְכַמְש"כ הַט"ז בִּיּוֹ"ד סִי רִי"ח ס"ק ג' דְבַסּוּתֵר לְגַמְרֵי אֵף בְּנִדְרִים לֹא אֲזַלִּינּוּ אַחֵר
הַפְּנוּנָה אִם סוּתֵר לְגַמְרֵי לְלִשׁוֹנוֹ וְע"ש בְּנִקְדוּת הַפְּסָף: עֲנָף ח הֵנָּה בְּטוֹר ח"מ סִי שפ"ח
סְעִי ו' הִבִּיא בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הָרָא"ש רַחֵל שְׂטוּעָנַת אֵת רְאוּבֵן כו' וְהַפְסִידָה הַרְבֵּה וְקָצַת
בִּירְרָה בְּעֵדִים וְקָצַת בְּהוֹכְחוֹת כו' תְּשׁוּבָה מַה שְּׂתוּכַל לְבָרַר בְּעֵדִים שְׁהַפְסִידָה יִפְרַע לָהּ
כו' וּבְהוֹכְחוֹת אִין נִרְאָה לְחֵיבּוֹ וְלֹאֲפוּקִי מְמוּנָא עַכ"ל וְדַבְרֵי הַטוֹר וְתְשׁוּבַת אָבִיו הָרָא"ש
הַנְּ"ל הוֹבָא בְּשִׁלְטֵי גְבוּרִים ס"פ הַכּוֹנֵס וְהַקְשָׁה ע"ז דְהָא בְּרָא"ש פ' הַכּוֹנֵס סִי ט"ז פְּתַב
דְלַעֲנֵן אֲפוּקִי מְמוּנָא מִן הַמְזִיק אֲזַלִּינּוּ בְּתֵר אֲנִמְדָּנָא א"כ ה"ה בְּהוֹכְחָה טוֹבָא וְצ"ע עַכ"ל
וְכַן הַקְשָׁה הַב"ח בְּסִי שפ"ח הַנְּ"ל עַל תְּשׁוּבַת הָרָא"ש הַנְּ"ל בְּמַש"כ דְלֹא מְפָקִינּוּ מְמוּנָא
בְּהוֹכְחוֹת דְהָא אִיהוּ בְּעֲצָמוֹ פְּתַב ס"פ הַכּוֹנֵס כַּנְּ"ל.

וְהַעֲלָה לְחֵלֶק כְּפִי דְלֹא תִקְשָׁה דִידִיָּה אֲדִידִיָּה דְהֵכָא מֵיִרֵי בְּאִנְדְּנָא דְלֹא מוֹכְחָא וּבַס"פ
הַכּוֹנֵס מֵיִרֵי בְּאִנְדְּנָא דְמוֹכְחֵי וּבְמַחְנֵה אֲפָרִים בְּחִדּוּשֵׁיו סְבִיבוֹת הָרִי"ף וּמְפָרְשֵׁיו לְב"ק
פ' הַכּוֹנֵס הִבִּיא לְדַבְרֵי הַשְּׁלֵטִי הַגְּבוּרִים מַה שְּׂהַקְשָׁה עַל תְּשׁוּבַת הָרָא"ש הַנְּ"ל וְעֵינֵן שְׂמ
מַש"כ לְחֵלֶק בְּזֵה: וְלִדְעָתִי אִין זֶה קֶשֶׁה פְּלֵל דְהָא הָרָא"ש ס"פ הַכּוֹנֵס קָאִי הֵתֵם עַל מַה
דְקָא אֲמָרוּ בְּסוּגֵיָא טָעֵן כְּסָא דְכַסְפָּא בְּבִירָה מֵאִי א"ל חֲזִינָא אִי אִינְשׁ אֲמִיד הוּא דְאִית
לֵיה כו' מִשְׁתַּבַּע וְשָׁקִיל כו' וְהַקְשָׁה הָרָא"ש ע"ז מְעוּבָדָא דְאָרִיסָא דְבַר זִירָא דְמַסִּיק ר'
חֲזִיָּא שְׂיַחְזִירוּ לְכַנֵּי דְאָרִיסִיָּה דְבַר זִירָא אַע"ג דְלֹא הָיָה אֲמִיד וּמְחַלֵּק דְשִׂא"ה דְאָרִיסִיָּה
דְבַר זִירָא הַפְּקִיד הַפְּקִדוֹן וְכַדִּי לְאַחְזוּקִי מְמוּנָא בְּחֻזְקַת הַמְּפָקִיד אֲמָרוּ אָדָם עֲשׂוֹי שְׁלֹא
לְהַשְׁבִּיעַ אֲבָל לְעֲנֵן אֲפוּקִי מְמוּנָא מִן הַמְזִיק אֲזַלִּינּוּ בְּתֵר אֲנִמְדָּנָא עַכ"ל הָרָא"ש וְכַוְנָתוֹ
דְדוּקָא גְבִי כְּסָא דְכַסְפָּא בְּבִירָה דְאֵף דְתַקְנּוּ לְתַקְנַת נִגְזָל גְבִי אַשׁ עַכ"ז הִיכָא דְלֹא הָוִי
אֲמִיד דְאִית לֵיה כו' בְּזֵה לֹא תַקְנּוּ לְתַקְנַתֵּם לְהוֹצִיא מְמוֹן מִשׁוּם דְסְמִכִּינּוּ עַל הָאֲנִמְדָּנָא
כְּפִי לְהַחְזִיק הַמְמוֹן בְּרִשׁוֹת הַמְּוַחְזָק אֲבָל גְבִי אָרִיסִיָּה דְבַר זִירָא דְכִינּוּ דְהַפְּקִיד הַפְּקִדוֹן
הָוִי כְּמוֹ דְכַנֵּי אָרִיסִיָּה הֵם מְוַחְזָקִים מִשׁוּם דְרִשׁוֹת הַנְּפָקֵד פְּרִשׁוֹת הַמְּפָקִיד נִחְשָׁב לְכַמָּה
מִיָּלִי כְּמוֹ דְכַתֵּב הָרָא"ש בְּפְסָחִים פ"א סִי ד' בְּשֵׁם ה"ר יוֹנָה ז"ל כו' וְקָרִינָא בֵּיה בֵּיתוֹ
כו' וְעֵינֵן בְּאו"ח סִי ת"מ סְעִי ד' וּבַט"ז שְׂמ וּבַב"ק ד' ע' בְּתוֹס' ד"ה לֹא פְתַבִּינּוּ אוֹרְכָתָא
כו' וּבַח"מ סִי קפ"ט בַּט"ז מַש"כ בְּשֵׁם הַרְשֵׁב"ם בַּב"ב ד' פ"ה וְקָצַרְתִּי פְלָלוּ שְׁל דְבַר
דְהִיכָא דְהָוִי מְוַחְזָק בְּזֵה אֵף דְלֹא הָוִי אֲמִיד ג"כ אִין מוֹצִיאִין מְחֻזְקָתוֹ אֲבָל הִיכָא דְבָאֵנוּ
לְהוֹצִיא בְּזֵה אֲזַלִּינּוּ בְּתֵר אֲנִמְדָּנָא דְכִוּוּן דְלֹא הוֹיָאֲמִיד לֹא מְפָקִינּוּ מִן הַמְּוַחְזָק דְעֵיקָר
מִיָּלִתָּא דְנָא הָוִי כְּמוֹ סְפִיקָא מַה דְלֹא הָוִי אֲמִיד וְלָכֵן דֵּיִינִינּוּ בְּזֵה הַמַּמְע"ה: וְהֵנָּה מִתּוֹךְ
קוּשְׁיֵיתֵם נִרְאָה שְׁהִבִּינוּ בְּכּוֹנְנַת הָרָא"ש שְׁפַתֵּב דְלֹאֲפוּקִי מְמוּנָא אֲזַלִּינּוּ בְּתֵר אֲנִמְדָּנָא
דְהֵינֵנוּ דְמוֹצִיאִין הַמְמוֹן ע"פ אֲנִמְדָּנָא וְלָכֵן הַקְשׁוּ פִן וְנִדְחָקוּ לְחֵלֶק אֲבָל בְּאַמַּת לֹא כֵן הוּא
פְּנוּנַת הָרָא"ש אֲלֵא פְּנוּנַתוֹ דְלֹאֲפוּקִי מְמוּנָא אֲזַלִּינּוּ בְּתֵר אֲנִמְדָּנָא שְׁלֹא לְהוֹצִיא מִן הַמְּוַחְזָק
אֲבָל לְהוֹצִיא גַם הָרָא"ש ס"ל דְלֹא סְמִכִּינּוּ עַל אֲנִמְדָּנָא וְלָכֵן שְׁפִיר פְּתַב הָרָא"ש בְּתְשׁוּבָה

דע"פ הוכחות לא מפקינן ממונא מן המזיק ועיין בח"מ סי' צ' ש"ך ס"ק י"ד ולכן תמהני על גדולי הפוסקים הללו בזה: ומש"כ הב"ח לחלק בין אומדנא דמוכח ובין אומדנא דלא מוכח זהו ענין בפ"ע דכן מוכח ומבואר בכ"ד לחלק פן אף מקוששיתם בסתירת דברי הרא"ש אהדדי אין הכרח להוכיח פנ"ל ובאמת לפמש"כ לעיל דיש מקום לומר דאומדנא דלא מצינו בש"ס פ"עין זה אין לנו פח להוכיח מדעתנו להוציא ממון יש לומר דאף בהוכחות מוכיחות ג"כ פתב הרא"ש בתשובה דלא מפקינן ממונא מן המזיק כ"ז שלא יבזרר בעדים משום דמייגרי בהוכחות שאין להם מקור מן הש"ס ואף שפתבתי לעיל בשם תשובת הרא"ש דהובא בטור ח"מ סי' ס"ה סעי' כ"א דאף באומדנות מוכיחות ע"פ דעתנו ג"כ מוציאין ממונא.

עכ"ז י"ל דשא"ה דאתחזק חיובא דהא שם מייגרי בספק הנולד בפרעון ע"כ י"ל בזה דאף אומדנות מוכיחות לפי דעתנו לכל הפחות לא גרע מרנבא דלא שכיח הפרעון בכה"ג ואף דאין הולכין בממון אחר הרוב מ"מ הא ברוב וחקת חיוב ביחד מוציאין ממון פמבואר בבעל המאור ריש פ"ב דכתובות ואף הרמב"ן במלחמות שם י"ל דמודה בזה כמש"כ במק"א אבל הכא בתשובת הרא"ש דהובא בטור סי' שפ"ח דהוי ספק בעיקר החיוב אם הזיקו בכה"ג שפיר יש מקום לומר דאף באומדנות המוכיחות לפי דעתנו ג"כ אין מוציאין ממון פנ"ל ולכן סתם הרא"ש בזה ולא פתב דמייגרי באומדנות דאין מוכיחות לפי דעתנו ותשובת הרא"ש דהובא בסי' צ"ט סעי' כ' וכ"א בטור הא שם הם אומדנות דנאמר פ"עין זה בגמרא ע"ש: (ד) ענף א בב"י סוף סי' ס"א הביא בשם הרשב"א בתשובה שפתב בקמה דמצינו דאמרו דכל מילתא דלא צריף לטפויי קאתי דאין פח בידינו לדון בדמיונות אלא מקום שאמרו אמרו במקום שלא אמרו אין פח בידינו לדון בו והביא ראיה לדבר עכ"ל וראיתי בשו"ת הרשב"א תולדות האדם סי' ע"ר שהביא ראיה לזה מהא דב"ב ד' ס"ט ע"ב דא' רב יהודה האי מאן דמוזבין ארעא צריף למכתב קני לף דיקליו ותאלין כו' דשופרא דשטרא הוא ע"ש ובתשובת הרדב"ז ח"א סי' פ"ז הביא בשם הר"נ דתירץ לקושיא זו משום דדוקא בא"ל הלוקח בזה אמרינן לשופרא דשטרא קא מכנין ושם בב"ב לישנא הנ"ל הוא לאו דוקא א"נ כו' אבל אם א"ל המוכר לעולם י"ל דאמרינן לטפויי קאתי והרדב"ז בעצמו פתב לתרץ זה די"ל דשם בב"ב ליכא מה לטפויי ומייגרי שלא הנה בשדה מחיצת הקנים של בית רובע ולא חרוב המורכב וסדן השקמה כו' א"כ לפי דברי הר"נ והרדב"ז הנ"ל אין מקום להוכחת הרשב"א הנ"ל והמהרי"ק בתשובה סי' יו"ד וסי' י"ב פתב בתורת פלל דאף אנו מעצמנו דייגינן דכל מילתא דלא צריף לטפויי קא אתי פמו הא דב"ב דף קל"ח דדייקי לישנא יתירא דכראוי לו ואף דקאמרי שם הא מני ר' עקיבא היא כו' הא פסק האלפס שם שפן הלכה והרשב"ם פתב שם דאף רבנן מודו דכל לישנא יתירא לטפויי קאתי והא דקאמר ה"מ ר"ע לאו דוקא כו' עכ"ל המהרי"ק ולא הביא לדברי הרשב"א הנ"ל והוכחתו מהא דב"ב דף ס"ט הנ"ל וי"ל דיהנה ס"ל בזה כמש"כ הר"נ והרדב"ז פנ"ל ועיין בבית יוסף סי' רי"ד סוף סעיף י"ג מש"כ שם בשם הרשב"א בתשובה על השנות בשטר מלת לעולם: ואפשר לומר בזה דמהרי"ק דס"ל דדרשינן מעצמנו בכל מקום דמילתא יתירא לטפויי קאתי משום דס"ל כמש"כ הרשב"ם בב"ב דף קל"ח דהא דקאמרי שם ה"מ ר"ע דלאו דוקא דה"ה לרבנן כו' וכמש"כ המהרי"ק שם אבל באמת הא מוכח בערכין דף י"ט דרק ר"ע ס"ל

פן אָבֿל רַבֿנן דר"ע ס"ל דְּלֵא דְרָשִׁינן דְּלִטְפוּי קֵאֲתִי דְּהָא אָמְרוּ שְׁם דְּרַב יְהוּדָה אָמַר דְּמֵלֵא קוּמְתִי עָלֵי גוּתָן שְׂרָבִיט הַנְּכַפֿף וּמְקִשּׁוּ עָלָיו מֵהֵתוֹסְפֵתָא דְתַנִּי מֵלֵא קוּמְתִי עָלֵי גוּתָן שְׂרָבִיט שְׂאִינוּ נְכַפֿף וּמְתַרְצִי הוּא דְאָמַר כר"ע כו' דְּמִשְׁמַע דְּהֵתוֹסְפֵתָא דְלֵא דִּינִיק לִישְׁנָא יְתִירָה ס"ל פְּרַבְנָן דר"ע וּבְאֲמַת הַתּוֹס' בְּעֶרְכִין שְׁם ד"ה הוּא דְאָמַר כר"ע כו' הִקְשׁוּ בְּתִימָא דְהֵבְרֵיָתָא מֵאֵן תַּנְיָא דְעַד פֿאַן לֵא פְּלִיגִי אֲלֵא דמ"ס מוֹכֵר בְּעִין יָפָה מוֹכֵר כו' וְאִינוּ צְרִיף לְרַבְנָן הֵיתוּר לְשׁוֹן אָבֿל הֵיכָא דְצְרִיף הֵיתוּר מוֹדוּ רַבְנָן דְּמַהֲנִי א"כ פְּרִיָתָא פֿמֵאֵן תְּרַמְנִיָה עכ"ל הַתּוֹס': וּנְלַע"ד לִישְׁב קוּשְׁיָא חֲמוּרָה הַנְּ"ל ע"פ מַה שְׁנִשְׁאַלְתִּי מִפְּכָר בְּגִידוֹן הָא דקיי"ל בח"מ סי' רי"ד דְּמוֹכֵר בְּעִין יָפָה מוֹכֵר וְיִשׁ לְהִלּוּקֵחַ דְרָף אִם יָכוֹל הַמוֹכֵר לִיתָן לוֹ אַף דְרָף מִן הַצַּד דְּהוּי דְרָף עֲקֻלְתוֹן אוּ דְמַחְוִיב לִיתָן לוֹ דְרָף הַקְּרוּב בְּיוֹתֵר כְּמוֹ שְׁהִיָה מְקוֹדֵם בְּעַת שְׁהִיָה לְמוֹכֵר וּבְאֲמַת הָאֲחֵרוֹנִים סְתֻמוּ בְּזָה וְעִינִין בַּע"ג דָּף מ"ח ע"ב ד"ה אֵי דְלִיכָא דְרַכָּא אֲחֵרִינָא כו' שְׁפִתְבוּ פִי קֶצֶר כְּזָה דְאֵי בְּעִינֵן לְמִימַר אַף אֲרוּף יוֹתֵר א"כ אֵין לְדַבֵּר סוּף אַף אֵין זָה עֲנִין כ"כ לנ"ד וְלְכַאֲרָה יֵשׁ לוֹמַר דְּלִפִּי מַה דְרָצוּ לוֹמַר מְעִיקְרָא בב"ב דָּף ס"ד דְּלִכְּן יֵשׁ לוֹ דְרָף לְפִי דְלֵא יִפְרַח בְּאֹיֵר וּכְמַש"כ הַתּוֹס' שְׁם בַּד"ה מֵמֵאֵי כו' דְּלֵהֵף טַעְמָא אַף בְּגוּתָן דְרָף עֲקֻלְתוֹן ג"כ סְגִי פִינָן דַּעכ"פ אֵינוּ פּוֹרַח בְּאֹיֵר א"כ אַף לְמֵאֵי דְמַסְקִינָן דְּעִיקַר הַטַּעַם הוּא מְשׁוּם מוֹכֵר בְּעִין יָפָה מוֹכֵר ג"כ י"ל דְּלֵא הֵדֵר בְּזָה מְזָה וְיָכוֹל לִיתָן דְרָף עֲקֻלְתוֹן דְּלֵא שְׁיִיף בְּזָה עֵין יָפָה כ"כ פִּינָן דִּישׁ לוֹ עכ"פ דְרָף.

וכה"ג מְצִינּוּ בִּיבְמוֹת דָּף מ"ב תּוֹס' ד"ה סְתֵם מְעוֹנְבֵרַת כו' שְׁפִתְבוּ שְׁם דְאֵינוּ חוֹזֵר אֲלֵא מֵהַטַּעַם בְּלַבַּד וּכ"כ הַתּוֹס' בְּכַתּוּבּוֹת דָּף ס' ע"ב ד"ה וְהִילְכְּתָא מֵת מוֹתֵר כו' ע"ש אַף יֵשׁ לְחַלֵּק בֵּין הָא דִּיבְמוֹת לְהָא דנ"ד: וְאֵי נִימָא דִּיכּוֹל לִיתָן לוֹ אַף דְרָף עֲקֻלְתוֹן יֵשׁ מְקוֹם לִישְׁב עפ"ז לְקוּשְׁיּוֹת הַתּוֹס' בְּעֶרְכִין הַנְּ"ל מְשׁוּם דְּהִיָה מוֹכֵחַ לְהַש"ס דְרַבְנָן ס"ל דְּלֵא דְרָשִׁינן יְתוּר לְשׁוֹן דְּהָא אָמְרוּ שְׁם דְּמוּדָה ר"ע בְּזִמְנָן שֵׁא"ל חוּץ מֵאֵלוּ כו' דְּפִשְׁטוֹת הַלְשׁוֹן מִשְׁמַע דְּהֵיכָא דְאָמַר חוּץ מֵאֵלוּ דְמוּדָה ר"ע לְרַבְנָן וְלֵא פְּלִיגִי פְּלֵל בְּכַה"ג וּבְאֲמַת הָא אֵי נִימָא דְרַבְנָן דְרָשִׁי ג"כ יְתוּר לְשׁוֹן א"כ יְהִיָה פְּלוּגְתָא בְּזָה ג"כ בֵּין ר"ע לְרַבְנָן דְּלַר"ע דְּבֵלֵא יְתוּר לְשׁוֹן אֵין לוֹ דְרָף פְּלֵל מַהֲנִי הֵיתוּר לְשׁוֹן לִיתָן לוֹ דְרָף אַף יָכוֹל לִיתָן לוֹ דְרָף עֲקֻלְתוֹן וְלְרַבְנָן דְגַם בְּלֵא יְתוּר לְשׁוֹן יֵשׁ לוֹ דְרָף רַק דִּינְצָא חוּבְתוֹ ע"פ מַה דִּיתָן לוֹ דְרָף עֲקֻלְתוֹן א"כ מַהֲנִי הֵיתוּר לְשׁוֹן דְּמַחְוִיב לִיתָן לוֹ דְרָף הַקְּרוּבָה בְּיוֹתֵר וּמְדַקְאֲמֵרִי וּמוּדָה ר"ע דְּפִשְׁטוֹת הַלְשׁוֹן מִשְׁמַע דְּבְאָמַר לוֹ חוּץ מֵאֵלוּ לֵא פְּלִיגִי פְּלֵל ר"ע וְחַכְמִים דְּדוֹחֵק לְפָרֵשׁ דְאֵינוּ מוּדָה רַק לְמֵאֵי דס"ל לְרַבְנָן בְּלֵא אָמַר חוּץ מֵאֵלוּ א"כ מוֹכֵחַ מְזָה דְרַבְנָן ס"ל ג"כ דְשׁוּה הוּא הֵיכָא דְאָמַר חוּץ מֵאֵלוּ לְהֵיכָא דְלֵא אָמַר וְיָכוֹל לִיתָן לוֹ דְרָף עֲקֻלְתוֹן ג"כ מְשׁוּם דְרַבְנָן לֵא דְרָשִׁי יְתוּר לִישְׁנָא וּלפ"ז יְהִיָה מוֹכֵחַ מְזָה הַסּוּגְיָא דְעֶרְכִין דִּיכּוֹל לִיתָן לוֹ דְרָף עֲקֻלְתוֹן ג"כ וּמְתוּרְץ קוּשְׁיָא חֲמוּרָה שְׁל הַתּוֹס' הַנְּ"ל: וְכִינּוּן דְּמוֹכֵחַ בְּסוּגְיָא דְעֶרְכִין הַנְּ"ל דס"ל דְרַבְנָן דר"ע לֵא דְרָשִׁי יְתוּר לְשׁוֹן ע"כ אַף דקיי"ל כר"ע מ"מ י"ל בְּזָה דְאֵפּוֹשִׁי פְּלוּגְתָא לֵא מְפָשִׁינָן בֵּין ר"ע לְרַבְנָן דִּי"ל דְּהֵיכָא דְלֵא אָמְרוּ בְּפִירוּשׁ בְּזָה לְמַדְרֵשׁ יְתוּר לְשׁוֹן לר"ע דְּבְזָה אֵין לָנוּ פִּתְ מַעְצָמְנוּ לְדוֹן פֿן וְלִכְּן שְׁפִיר פֿתַב הַרְשָׁב"א פֿן וְכֵן מִשְׁמַע מִתְּשׁוּבַת הַרְשָׁב"א שְׁם דְרַק ר"ע דְרֵשׁ יְתוּר לְשׁוֹן וְלֵא לְרַבְנָן וּבְאֲמַת פֿן מִשְׁמַע פִּשְׁטוֹת הַש"ס בְּעֶרְכִין הַנְּ"ל וּבְנִזִיר דָּף ז' ע"ב דְאָמְרוּ דְרַב ס"ל כר"ע כו' וּלפ"ז א"צ לְדַחֲוִקֵי בַב"ב דָּף קל"ח דְּלֵאוּ דוֹקָא קְאָמְרִי שְׁם וּכְמַש"כ הַרְשָׁב"ם וְהַמְהַרִּי"ק פְּנ"ל

אָלאַ די"ל דֶּהש"ס ס"ל דֶּרפֿן דר"ע פֿליגי בְּזֶה וס"ל דְּלֵא דְרָשִׁי יתור לִישָׁנָא וּלְדִינָא
הָאָרְכָתִי בַמֶּק"א בְּעֵינֵיךָ הָעֵנִן אַם יְכוּל לִיתֵן לוֹ דְרָף עֲקֻלָּתוֹן אוֹ לֵא ע"פ הָא דב"ב דָּף
צ"ט ע"ב בְּמִשְׁנֵה דְמִי שְׁיֵשׁ לוֹ גִּינָה לְפָנִים מְגִינָתוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ כו' נִתְּנוּ לוֹ דְרָף מִן הַצַּד
מִדַּעַת שְׁגִיחָם כו' וּבְמִש"כ הַתּוֹי"ט שָׁם וְהוֹכַחְתִּי דְמַחְוִיב לְתַת לוֹ דְרָף הַקְרוּבָה וְגַם יֵשׁ
לְדוֹן עַפ"ז בְּהָא דִירוּשְׁלָמִי ב"ב פ"ב ה"ג דְּחַד בְּרַ נֶשׁ זָבִין פֿל דְרַתְיָה שְׁיִיר בְּהַ חַד
מִסְטוּבָא כו' וְגַם יֵשׁ לְחַלֵּק בֵּין הֵיכָא דִישׁ לוֹ הַדְרָף מִחֲמַת יתור הַלְשׁוֹן וּבֵין הֵיכָא דֶהֲדְרָף
הוּא מִחֲמַת מוֹכֵר בְּעֵין יָפָה מוֹכֵר אָף אַכְמ"ל בְּזֶה וְלָכֵן קִצְרַתִּי פַעַת בַּכ"ז עֲנָף ב וְנִרְאָה
לִי לְהוֹכִיחַ פְּהַרְשֶׁב"א דְלֵאוּ בַכ"מ דְרָשִׁינִן יתורָא דְלִישָׁנָא אָלֵא הֵיכָא דְמַצִּינוּ בְּפִירוּשׁ
דְּדָרְשׁוּ בַש"ס ל"י דְבִירוּשְׁלָמִי נָזִיר פ"א ה"ג א"י מִתְּנִיתָא פְּלִיגָא עַל רַב לֵא נְחָלְקוּ ר"י
וּר"ע עַל הָאוּמֵר הַרְיֵנִי נָזִיר שְׁלֵשִׁים יוֹם וְיּוֹם א' שְׁאִינוּ נָזִיר אָלֵא אַחַת וְעַל מַה נְחָלְקוּ עַל
הָאוּמֵר הַרְיֵנִי נָזִיר שְׁלֵשִׁים יוֹם וְעוֹד יוֹם א' שַׁר"י אוּמֵר נָזִיר שְׁתֵּים וּר' עֲקִיבָא אוּמֵר נָזִיר
אַחַת וּבַש"ס דִּילָן בְּנָזִיר ד' ז' ע"ב אָמְרוּ דְאָמַר רַב בְּאָמַר שְׁלֵשִׁים יוֹם וְיּוֹם א' נָזִיר שְׁתֵּים
מִשׁוּם דְרַב ס"ל כר"ע דְּדָרְשֵׁי לִישָׁנָא יתִירָה כו' וּלפ"ז תִּקְשָׁה עַל הִירוּשְׁלָמִי הַנ"ל דְאָמְרוּ
דַּר"ע אָמַר נָזִיר אַחַת הָא פִּינּוֹן דַּס"ל לר"ע דְּדָרְשִׁינִן יתור לִשׁוֹן א"כ אַמַּאי ס"ל דַּה"ל
נָזִיר אַחַת וְתִקְשָׁה מִן ר"ע דְּמִשְׁנֵה ב"ב הַנ"ל עַל הַף מִתְּנִיתָא דֶהוּבָא בִירוּשְׁלָמִי נָזִיר הַנ"ל
אָכֵן לְפִי הַמְּבֹנָאָר בְּרִשְׁב"א דְלֵאוּ בְּכָל מְקוֹם דְרָשִׁינִן יתור לִשׁוֹן אָלֵא הֵיכָא דְמַצִּינוּ דְאָמַר
בְּפִירוּשׁ פֿן בַּגְמ' מִפְּנֵי שְׁהִיָּה נִרְאָה שָׁם לְחַז"ל לְמַדְרֵשׁ יתור לִשׁוֹן פְּמוּ בְּהָא דב"ב דָּף
ס"ג וְדָף ס"ד וְדָף ע' וְדָף קל"ח וּבְנָזִיר דָּף ז' וְעַרְכִּין דָּף י"ט הַנ"ל ע"כ י"ל דַּמַּה"ט ס"ל
לְהַבְרִייתָא דִירוּשְׁלָמִי הַנ"ל דְלֵא דְרַשׁ לִיָּה ר"ע שָׁם יתור לִשׁוֹן דְכִינּוֹן דְלֵאוּ פֿלְלָא הוּא
לְמַדְרֵשׁ פֿן בְּכָל דְּוֹכְחִי ע"כ י"ל שָׁם ג"כ פְּנ"ל וְש"ס דִּילָן דְנָזִיר ס"ל דְגַם הֵכָא בְּנָזִיר ג"כ
הִיָּה נִרְאָה לוֹ לְמַדְרֵשׁ שָׁם יתור לִשׁוֹן וְיִהְיֶה רְאִיָּה מִירוּשְׁלָמִי הַנ"ל לְהַף פֿלְלָא שֶׁל
הַרְשֶׁב"א וְעֵינֵין בְּנָזִיר דָּף ה' ע"ב תּוֹס' ד"ה תַּנּוּ הַרְיֵנִי נָזִיר שְׁלֵשִׁים יוֹם כו' וּבַח"מ ס'י
שַׁט"ז סְעִיף ג' רְאוּבֵן שְׁמִשְׁפָּן בֵּיתוֹ לְזִמְן וְהַתְּנָה שְׁאַחַר הַזִּמְן יִהְיֶה רְשׁוּת לְדוֹר הוּא
וְסִייעָתוֹ כו' יֵשׁ מִי שְׁאוּמֵר שְׁאָפְנִי בְּלֵא הַתְּנָאי רִשְׁאֵי לְהַשְׁפִּיר אוֹ לְמַשְׁכֵּן וּמִפְּנֵי הַתְּנָאי
רִשְׁאֵי לְהַשְׁפִּיר וְלְהַשְׁפִּין אָף לְמִי שְׁיֵשׁ לוֹ סִיעָה גְדוּלָה מְסִיעָתוֹ עַכ"ל הַמְּחַבֵּר וּבְבִיאוֹר
הַגָּר"א זצ"ל שָׁם ס"ק יו"ד פֿתַב כַּמִּש"כ בַּב"ב קַל"ח ע"ב אֶלְמָא פִּינּוֹן דְלֵא צָרִיף וְקִאָמַר
לְטַפּוּיִי קִאָתִי כו' עַכ"ל וְזֶהוּ כְּשִׁיטַת הַמַּהֲרִי"ק וְהַרְדָּב"ז הַנ"ל דְאָף בְּמְקוֹם שְׁלֵא מַצִּינוּ
בְּפִירוּשׁ בַּש"ס פֿן ג"כ דְרָשִׁינִן יתור לִשׁוֹן וְאָפְשֵׁר דְלָכֵן פֿתְּבוּ בְּלִשׁוֹן יֵשׁ מִי שְׁאוּמֵר
דְּמִשְׁמַע דְלֵאוּ כ"ע מוֹדוֹ בְּזֶה דְזֶהוּ ע"פ פְּלֹגְמַת הַרְשֶׁב"א וְהַמַּהֲרִי"ק וְהַרְדָּב"ז
הַנ"ל אָכֵן עֲדִינּוּ תִקְשָׁה לְפִי הַמְּבֹנָאָר בְּבֵית יוֹסֵף לַח"מ ס'י שַׁט"ו בְּשֵׁם הַרְשֶׁב"א דְכַתַּב
פֿן וְעֵינֵיךָ הַמְּקוֹר דֶּהָא דַּס"י שַׁט"ז הַנ"ל הוּא מִן הַרְשֶׁב"א דֶהוּבָא בַב"י וּכ"כ הַב"י בְּשֵׁם
הַרְשֶׁב"א לְעֵיל בַּח"מ סוּף ס'י ע"ב א"כ תִּקְשָׁה דְבָרֵי הַרְשֶׁב"א הַנ"ל לְהַדְדִי דֶּהָא הַרְשֶׁב"א
עֲצָמוֹ ס"ל דְלֵא דְרָשִׁינִן מְעַצְמֵנוּ פֿן לְהַף יתור לִשׁוֹן וּמַצִּאתִי בְּתַשׁוּבַת מַהֲרִי"ט ס'י קִי"ט
שְׁהַקְשָׁה פֿן בְּסַתִּירַת הַרְשֶׁב"א אֶהְדְּדִי וְכַתַּב לְחַלֵּק בֵּינֵיהֶם וְכֵן הוּבָא דְבָרֵי הַמַּהֲרִי"ט הַנ"ל
בְּקִצְרָה בְּסִפֵּר קִהֲלַת יַעֲקֹב מְעַנָּה לִשׁוֹן ח"ג לִשׁוֹן בְּנֵי אָדָם אוֹת ל' ס'י רַס"א שְׁהִבִּיא
בְּקִצְרָה לְדְבָרֵי הַמַּהֲרִי"ט הַנ"ל וְעֵינֵין בַּח"מ ס'י רִי"ב סְעִיף א' בְּרַמ"א וּבְבִיאוֹר הַגָּר"א
זצ"ל ס"ק ד' דְזֶהוּ מִן הָא דב"ב דָּף קַל"ו ע"ש וְהַמַּהֲרֵשׁד"ם ח"מ ס'י ר"מ הָעֵלָה דְלֵא
דְרָשִׁינִן יתור לִשׁוֹן הֵיכָא דְסוֹתֵר לְמָה שְׁלִמְעָלָה ע"ש וְעֵינֵין בַּמַּל"מ ה' מְכִירָה פ' כ"ד ה'

ט"ו מזה ובמהרי"ט סי' ק"כ וסי' פ"א ויש להאריך בכ"ז: וראיתי בתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל סוף סי' קנ"ב שכתב בשם הרשב"א דהובא בב"י סי' ס"א דלא דרשינו מעצמנו: תור לשון אלא במקום שאמרו בפירושו וצ"ע לעיין במהריב"ל ח"א וח"ב סי' י"ד ע"ש ותמהני איה לא הנפיר לדברי המהרי"ק ונהרדב"ז והרשד"ם הנ"ל דמשמע דס"ל למדרש אף מעצמנו להך תור לשון דלטפוני קאתי פנ"ל והנו"ב במ"ק ח' ח"מ סי' ג' העלה בהך מילתא אי דרשינו מעצמנו: תור לשון הוי ספיקא דדינא וע"כ אין אנו יכולין להוציא ממון בזה אבל להחזיק ממנוא מספיקא יכולין אנו למדרש: תור לשון לפי דהרשב"א עצמו לא הכריע בזה רק אומר שאין אנו יכולין לדמות כו' ע"ש וכן ראיתי בשו"ת פנסת יחזקאל סי' ק"א שהעלה דדוקא להוציא ס"ל להרשב"א דאין לנו פח למדרש לישנא יתירא לאטפוני פי אם המבוארים בגמ' אבל למחזק דרשינו לאטפוני ע"ש וכן העיקר לענ"ד וספר מהריב"ל ומוהרש"ך והכנה"ג אינו ת"י פעת.

ועיין בחי' הר"נ לב"מ ד' ק"ד ובנ"י שם מש"כ בשם הרמב"ן לפרש הא דהיה דורש לשון הדיוט דשם דזהו לאטפוני מילתא באם אינו ענין ועיין בב"ב ד' ס"ג ובגמ' יוסף בסוגיא דשם שוב ראיתי די"ל דעיקר הך מילתא אי דרשינו לישנא יתירא דזהו פלוגתא דתנאי בב"מ ד' פ"ו ע"ה דמעשה בר' יוחנן בן מתאי כו' דה"ק ואם פסק להן מזונות ריבה להן ומעשה נמי כו' ופי' רש"י דכיין דלא צריף לאתנויי ואתני מזוני יתירי קאמר ומבואר שם במשנה דרשב"ג ס"ל הפל פמנהג המדינה ופי' הטור בסי' של"א סעי' ב' דת"ק ס"ל דאהני לישנא יתירא ורשב"ג ס"ל דלא אהני לישנא יתירא לאטפוני א"כ מצינו פלוגתא דתנאי בזה אי דרשינו לאטפוני או לא ולפ"ז א"ש לתרץ לקושיות התוס' ערכין ד' י"ט ד"ה הוא דא' כר"ע כו' דהקשו דברייטא פמאן די"ל דהברייטא ס"ל פרב"ג דלא דרש לישנא יתירא וקא דנקטו שם דא' כר"ע ולא נקטו להך דב"מ דת"ק דרב"ג אין זה קשה דהא הנה צריף להאריך ולומר דה"ק ואם פסק כו' כמו דאמרו בב"מ וע"כ נקט בקצרה כר"ע ולפ"ז מוכח מהא דפסקו בח"מ סי' של"א סעי' ב' דהלכה פרב"ג וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ד' דלא דרשינו לישנא יתירא משום דכתב הטור והב"י שם דהלכה פרב"ג א"כ מוכח מזה דלא דרשינו לישנא יתירא.

ותמהני על הפוסקים דלא העירו מזה פלל במה שדנו אי דרשינו לישנא יתירא וקצת שיצא לאור דברי הט"ז החתשים ראיתי בט"ז סי' של"א ס"ב דהקשה דמפני מה קי"ל פרב"ג דלא דרשינו לישנא יתירא וזהו סותר למש"כ הרשב"א והובא לעיל סי' שט"ז ותירץ דטעמא דרב"ג דע"כ לא נתפנין לאטפוני דאל"כ הא אין לדבר סוף מה תהיה ההוספה והיה לו לפרש אלא ודאי לא נתפנין להוסיף עכ"ל א"כ מוכח מזה פלל חדש למאי דקי"ל פרב"ג משום דהלכה פרב"ג במשנתנו דהיכא די"ל אין לדבר סוף וכמש"כ הט"ז דבכה"ג לא דרשינו לישנא יתירא לאטפוני ולקמן סי' ע"א סעיף ה' סמ"ע ס"ק י"ב פתב גבי נאמנות דאף דלא פתב לעולם ג"כ פטור משבועה אחר הפרעון דהא ל"ל לכתוב שיהא נאמן בלא שבועה כו' והש"ך ס"ק ט"ו פתב דבלא פתב לעולם י"ל דלשופרא דשטר פתב לו פן וע"כ חייב שבועה לאחר הפרעון והט"ז שם פתב ג"כ דבלא פתב לעולם חייב שבועה לאחר הפרעון משום דלא סמכינן על תור לשון והביא ראיה מהא דב"ב דף ס"ט דכתבינן דקלים כו' וכ"כ בתשובת הרשב"א דלא מהני יתיר לשון בשטר שאפשר שכתבו משום פוי השטר כו' עכ"ל הט"ז ולפמ"ש"כ לעיל יש לומר

דבאמת זה תלוי בפלוגתת הפוסקים הנ"ל אי דרשינן לישנא יתירא לאטפויי מעצמנו או לא וכיון דנתבאר דלהחזיק דרשינן לישנא יתירא ע"כ י"ל דבזה דהוי ספק שבוועה לאחר הפרעון דהוי המלנה מוחזק כיון דמקודם הפרעון אינו יכול להשביעו בנדאי ע"כ ממילא הוי המלנה מוחזק ואין לחייבו שבוועה מספק וכמש"כ הב"ש בס"י צ"ו ס"ק ח' ג"כ דבמקום ספק פלוגתא בשבוועה אחר הפרעון אוקמינן אדינא ופטור משבוועה וזהו כמש"כ הש"ך בס"י פ"ז ס"ק יו"ד ע"ש ויכול המלנה לומר קים לי כהסמ"ע דאף דלא פתב לעולם ג"כ מיפטור המלנה משבוועה אחר הפרעון: ובב"ב דף ע"ח ע"א המוכר החמור לא מכר פליו כו' מחלוקת בשק ודסקיא כו' והא קמ"ל אע"ג דא"ל חמור וכליו שק ודסקיא וכומגי לא קני עכ"ל הגמ' ופי' הרשב"ם דלא אהני האי יתור לשון לטפויי שק ודסקיא והנימוקי יוסף בסוגיא הנ"ל הקשה דאמאי לא דרשינן הך יתור לשון פמו דאמר ר"ע בזמן שאמר חוץ מאלו שא"צ ליקח לו דרף וכתב לחלק ביניהם וע"פ דבריו יש לדון לקמן בב"ב דף קל"ח אכן לשיטת הרשב"א דס"ל דלא דרשינן יתור לשון מעצמנו כי אם היכא דאמרו בפירוש ע"כ אחי שפיר בפשיטות הכא בב"ב דאף דא"ל חמור וכליו לא אהני יתור לשון למקני שק ודסקיא משום דלאו בכ"מ אמרינן זה הפלל ויהיה מזה הסוגיא סייעתא לשיטת הרשב"א הנ"ל וגם לפמש"כ הנ"י הדבר בענין לחלק בין הא דא"ל חוץ מאלו כו' חזינו דהיכא דיש איזה חילוק קצת דלא לדרוש מעצמנו הפלל דיתור לשון לטפויי אתא וכן מצאתי בספר פתונת פסים על הנ"י שם שהעיר בזה והנה הנימוקי יוסף בב"ב פ"ח דף כ"ו ע"ב פתב גבי מעשיו כיון דהוי יתור לשון דרשינן מעצמנו כו'.

וחלק בין הא דב"ב דף ס"ט דאם פתב דקלין ותאלין כו' והביתוסף בח"מ סי' רמ"ח סעיף ב' הביא בשם הר"ן דמחלק דדוקא בהא דחוץ מאלו דרשינן יתור לשון משום בחזקת בעלים הראשונים כו' ולפ"ז יש להעיר עליו מהא דב"ב דף קל"ח דאמרו דכראוי לו נוטלן ונוטל חובו משום דר"ע דריש יתור לשון כו' וכעין זה הוא בערכין דף י"ט ודברי הר"ן הנ"ל הם כמש"כ הרדב"ז בח"א סי' פ"ז בשם הר"ן פנ"ל ולפ"ז ג"כ אין לנו לדרוש יתור לשון בכל גונוי היכא דאינו דומה להך דחוץ מאלו כו' לפי חילוק של הר"ן והנ"י הנ"ל: סימן סב (א) ש"ך (ס"ק ו') העלה שם דאינה נאמנת לומר דנתנו לי במתנה על מנת שלא יהא לבעלי רשות במיגו דאי בעיא אמה אתה נתת לי במתנה משום דה"ל מיגו במקום חזקה כו' והב"ש באה"ע סי' פ"ה ס"ק ל"ד וס"ק כ"ט הביא לדברי הש"ך הנ"ל והשיג עליו דהא מיגו במקום חזקה איבעיא דלא איפשיטא הוא בב"ב דף ה' א"כ מספיקא אין מוציאין מינה כשיש לה מיגו ע"ש ובאמת הש"ך לשיטתו דכה"ג פסק הש"ך לקמן סי' צ"ט ס"ק ו' דמה"ט אין הלנה נאמן לומר דשל אחרים הוא במיגו משום דה"ל מיגו במקום חזקה דמה דת"י הוא שלו ע"ש משום דס"ל דזה הוי חזקה אלימתא ואין מדמין החזקות זו לזו וכמש"כ הש"ך בכללי מיגו ס"ק יו"ד דלכך לא אמרינן מיגו במקום חזקה דת"י הם שלו בהא דסי' צ"ט משום דאין מדמין החזקות להדדי ע"ש: ענף א' והנה בעיקר דברי הש"ך דסי' צ"ט וקרמ"א דשם סעיף א' שפתב ג"כ דלכך אינו נאמן במיגו משום דה"ל מיגו במקום חזקה דמה שת"י הם בחזקת שהוא שלו יש להקשות ע"ז מהא דב"ב דף ל"ד ובשבוועות דף מ"ז גבי נסכא דר' אבא דאמר אין חטפי ודידי חטפי דחייב משום משואול"מ כמש"כ התוס' שם אבל אם לא היה דין מחשוואיל"מ היה נאמן לומר אין חטפי ודידי חטפי במיגו דלא חטפתי כמש"כ הרשב"ם

שם וש"פ וכ"כ הר"נ בפ"ז דשבועות דהא דלא מהימן לומר דידי חטפי במיגו דהתנורת
משום דגזלן אינו נאמן לומר התנורת או דמיירי בדאיפא עדי ראה והובא בפ"ה סי' ע"ה
ס"ק מ"ג ובסמ"ע שם וכ"כ הרמב"ן והרשב"א והמ"מ והרמ"ה ור' ירוחם והש"ך שם
אלמא דנאמן לומר דידי הוא במיגו אף דהוי זה נגד תנקה דמה דת"י הוא שלו דהא דכיון
דהודה דחטף מרשות חבירו א"כ הא יש בזה תנקה דמה דהיה ת"י רשות חבירו הנגזל
הוא שלו ולא של החוטף ומ"מ מהימן במיגו ותקשה מפל זה על שיטת הרמ"א והש"ך
בסי' צ"ט וכן תקשה על מש"כ שם בסי' צ"ט פן בשם הרב המגיד בפ"א דמלוה דין ד'
שכתב דאין הלנה נאמן לומר במיגו דשל אחרים הוא משום דה"ל מיגו במקום תנקה
דת"י הם שלו וכ"כ הרמב"ן והרשב"א כמש"כ הש"ך בסי' צ"ט בשמם.

וקא שיטת הרמב"ן והרשב"א והרב המ"מ פ"ד ה' טוען ה"ח דמהימן לומר דידי חטפי
במיגו דהתנורת: וע"כ מוכח מפל זה דעיקר ההסבר בזה דאמרו להתנקה דת"י הוא שלו
דלא מהני מיגו נגדו דנהו כעין הא דלא אמרינן מיגו להוציא משום דהא כל נכסי הלנה
משועבדים להבע"ח וטוענין להבע"ח כמו דטוענין ללוקח ומה"ט צריך הסרסור שבוועה
אף דטוענים הבע"ח שפא וכמש"כ הש"ך בסי' צ"ט ס"ק י"ג והא"ו"ת שם ס"ק ד' ונהו
משום דהמחזיקות של הלנה הוי כמו דהבע"ח הם עצמם מחזיקים דכל הזכות שיש
להלנה שייך הפל להבע"ח ולכן אינו נאמן להוציא מחזקת שפא הבע"ח אף ע"י
מיגו משום דה"ל כעין מיגו להוציא דלא אמרינן פיון דטוענין להבע"ח וה"ל כמו ברי
וברי דלא אמרינן מיגו להוציא וכמש"כ הרא"ש ברפ"ב דכתובות דמה דטוענים ליו"רש
ה"ל כמו טענת ברי ואף דהש"ך כתב פן בסי' צ"ט בשם הרמב"ן והרשב"א וקא הש"ך
בסי' פ"ג ס"ק ז' הביא בשם הרמב"ן והרשב"א דס"ל דאמרינן מיגו להוציא וכמש"כ
המ"מ בשמם פ' י"ד ה' מלוה ה' ו' עכ"ז הא מבואר בא"ו"ת בכללי מיגו סוף ס"ק ג'
דהרמב"ן גופא מסתפק אי אמרינן מיגו להוציא וכמש"כ הש"ך בב"מ דף ב' דלא החליט
את הדין נגד התוס' וסייעתם וכן כתב הרשב"א בתשובה ח"ג סי' שנ"ג דהסברא נוטה
דלא אמרינן מיגו לאפוקי ממון כו' ולא הכריע הדבר ע"כ שפיר י"ל דמה"ט הרמב"ן
מסתפק בדבר לומר דלא נאמן הלנה לומר של אחרים הוא במיגו משום דה"ל מיגו
במקום תנקה כו' וכמש"כ המ"מ פ"א ה' מלוה ה"ד דהרמב"ן מסתפק בזה ע"ש וכן
הרשב"א דגריר בטר שיטת הרמב"ן ע"כ מספיקא אין מוציאין מחזקת הבע"ח ולכן
היכא דהוי מחזק ותופסו לעצמו כמו בהא דאמר דידי חטפי דנאמן במיגו משום דמקרי
מיגו להתזיק משא"כ בהא דסי' צ"ט דאין הלנה תופסו לעצמו ובתורת שליחות הא לא
מהני תפיסה עבור אחר דה"ל כמו תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים פמבואר בכללי
תפיסה וע"כ לא ה"ל זה כמו מיגו להתזיק ועיין בסמ"ע סי' רצ"ו ס"ק א' מזה וקא דב"ב
דף נ"א בתוס' ד"ה קבל מן האשה כו' דנאמנת במיגו דאי בעיא שקלא ויהבה ליה אין זה
ענין לנ"ד וקצרתי ועיין בנתיבות סי' נ"ו ס"ק י"ח וס"ק כ' ובסי' ס"ב ס"ק ט' ובסי' ק"ח
ס"ק ג': ועפ"ז תרצתי במק"א לקושיות הנו"ב באה"ע סי' ל"ז וסי' מ"ג דאמאי חיישינן
לשאלה גבי איסור דא"א ולא אמרינן להו תנקה דמה שהיה לבוש בהן בחייו היה שלו
כו' ע"ש אבל למש"כ א"ש קושיותו דכיון דתנקה דכל מה שיש ת"י האדם הוא שלו הוא
משמע חזקת ממון ואינה תנקה המבכרת פידוע וא"כ ל"מ במקום איסור א"א פידוע
וקצרתי ולפ"ז י"ל דז"א שייך רק בהא דסי' צ"ט דהלנה אינו תופסם לעצמו רק עבור

אחרים ע"כ לא מהימן במיגו דה"ל כעין מיגו להוציא מחזקת הבע"ח כנ"ל: אבל באשה דתופסת החפץ לעצמה שפיר יש לומר דנאמנת במיגו אף דהוי נגד חזקה דהא זהו דומה לקא דנספא דר' אבא דמהימן לומר דידי חטפי במיגו דהחזרתי כנ"ל משום דעכשיו דהוא מוחזק וחזקת ממונא מסייעו מהימן במיגו א"כ ה"ה באשה דתופסת בראשותה עכשיו נאמנת במיגו ובנדאי מה דתופסת בידה לא הוי זה כמו יד הבעל וכמש"כ הב"ש שם וכן מצינו בגיטין דף ע"ז ע"ב דאמרו ידה גופיה מי קניא ליה ובתוס' שם ד"ה ידה גופיה כו' ולכן העיקר בזה כהב"ש ואף דמן דברי הש"ך בכללי מיגו ס"ק יו"ד לא משמע כמו שכתבתי דהא פתב לחלק דלכן לא אמרינו מיגו במקום חזקה דת"י הוא שילו בהא דסי' צ"ט משום שאין החזקות דומות זו לזו ושאני בהה מיגו במקום חזקה דב"ב דף ה' עכ"ז העיקר בזה כמש"כ דהטעם הוא דה"ל כעין גדר מיגו לאפוקי ממונא כנ"ל דאל"כ תקשה מהא דנספא דר' אבא: ענף ב ועוד י"ל בזה דלא תקשה מהא דנספא דר' אבא על מש"כ הראשונים דלא אמרינו מיגו במקום חזקה דת"י הוא שילו והוא דבעיקר קושיות הש"ך בכללי מיגו ס"ק יו"ד דהקשה כנ"ל דהא זהו לא נפשט בב"ב אי אמרינו מיגו במקום חזקה והוא דיש לחלק בקצרה והוא דהא בעיקר מה דאיבעיא להו בב"ב אי אמרינו מיגו במקום חזקה ע"כ מוכח דעיקר הטעם מה דיש מקום לומר דאמרינו מיגו במקום חזקה דתו"ז זהו משום מעלת מוחזקות של הלנה בצירוף המיגו ביחד דאל"כ נדאי אין סברא לומר דמיגו יהיה אלימא מחזקה דתו"ז הא כיון דמיגו להוציא לא אמרינו אלמא דמעלת מוחזק עדיפא ממעלת מיגו א"כ כיון דחזינו דמעלת חזקה תו"ז עדיפא ממעלת מוחזקות של הלנה דהא ע"י מעלת חזקה תו"ז מוציאין מן המוחזק ואינו נאמן הלנה לומר דפרע תו"ז א"כ כש"כ דתהא מעלת חזקה תו"ז עדיפא ממעלת המיגו וע"כ מוכח דעיקר מקום הספק דיהא מיגו עדיפא ממעלת חזקה דתו"ז זהו משום דיש להלנה שני מעלות היינו מעלת המיגו ובצירוף מעלת מוחזקות שילו ובשניהם ביחד יש מקום להסתפק דלמא עדיפא כחיהו מן חזקה דתו"ז וזהו פשוט.

ולפ"ז מתורץ בפשיטות קושיות הש"ך ה"ל דלכן לא מהימן הלנה של אחרים הוא במיגו נגד חזקה דת"י הוא שילו משום דשאני בהא דב"ב דף ה' דהוי להלנה שני מעלות ביחד מעלת מוחזקות שילו ובצירוף מיגו בזה שפיר יש לומר דזה עדיפא מחזקה תו"ז אבל בהא דסי' צ"ט דלא שייך בזה מעלת מוחזקות דהא אין הלנה תופסם לעצמו רק דתופסם בשביל אחרים ע"י טענתו וכבר נתבאר דלא מהני מוחזקות שילו עבור אחר דאינו תופסן ואין בזה רק מעלת מיגו לחודיה ע"כ שפיר אמרו דלא מהני מיגו של הלנה במקום חזקה דת"י הוא שילו משום דהיכא דליפא מעלת מוחזקות רק מעלת מיגו לבד בזה נדאי חזקה עדיפא מן מעלת המיגו כנ"ל וא"צ אנו לדחוקי בזה כמש"כ הש"ך דאין פל החזקות דומות אלא א"ש בפשיטות הא דסי' צ"ט: ולפ"ז מתורץ בפשיטות מה שהקשיתי מהא דמהימן לומר דידי חטפי במיגו כו' משום דשא"ה דהא יש לו מעלת מוחזקות ג"כ בעת דיש לו מעלת המיגו ביחד וע"כ אלו שני המעלות ביחד י"ל דזהו עדיפא מן חזקה דת"י הוא שילו ושיטת הפוסקים דס"ל בהא דסי' מ"ז ויש"ך ס"ק ו' דבשטר אמנה נאמן במיגו משום דלא שייך בזה מעלת מוחזק דהא שטרות דתופסו אין גופו ממון וכ"כ הש"ך בס' צ"ט ס"ק ו' ביאר שיטת הראשונים בזה נדאי דא"ש לפמש"כ לעיל ובאמת שיטת הראשונים דהובאו בש"ך שם דסבירא ליה דאף בשטר אמנה אינו נאמן אף דיש לו מיגו

דקלפניה משום דגם זה ה"ל מיגו במקום תזקה דת"י הם שלו אלמא דאף היכא דלא שניף מעלת מוחזק מ"מ דיינינו להחזקה דת"י הני שלו זה צריף ביאור דמאיזה טעם אמרו בזה להך תזקה דת"י הוא שלו דהא אינו תופס גוף הממון ת"י וכמש"כ הש"ך: והנראה לי בכוננת הנה ראשונים דטעמם הוא דס"ל לסברת הב"ח דכתב בסי' י"ב והובא בש"ך ס"ק י"ז דלכן בנקט שטר לא מהני מחילה משום דשטר העומד לגבות פגבוי דמי והש"ך השיג שם ע"ז ולעיל סי' י"ב פתבתי בחידושיי לזון בזה ע"פ מש"כ התוס' בסוטה דף כ"ה ע"ב דאם לא נולד ריעותא בהשט"ח אז הני פגבוי אף לבית הלל ומה"ט א"ש מה שכתבו הפוסקים בכללי תפיסה והובא בקצרה בנתיבות ס"ק י"ד דאם יש לחבירו שטר לא מקרי זה שבידו המעות למוחזק לתופסו בשביל ספיקא דדינא ממק"א וכמש"כ הש"ך בתקפו פהו סי' ק"ל ע"ש דזהו ג"כ ע"פ סברת התוס' דסוטה דכיון דלא נולד ריעותא על השט"ח ה"ל פגבוי ועיין בסי' קכ"ו ש"ך ס"ק מ"ג מה שהביא בשם מהר"א בן ששון דכתב דכיון דיש לחבירו שט"ח עליו ה"ל פגבוי ולא מצי האי למימר קים לי כו' והש"ך השיג שם עליו דשא"ה דכיון דנולד עכשיו ספק אם השטר פרוע כו' ע"כ לאו פגבוי דמי ע"ש וה"ה י"ל הקא בטעם שיטת הסוברים דבשטר אמנה שניף ג"כ ה"ט דתזקה דת"י הוא שלו משום דס"ל דכיון דבלא אמירתו שהשטר הוא פרוע לא נולד לנו שום ספק על השטר והוחזק לנו השט"ח דתופס המלנה דהוי כמו דתופס המלנה להממון משום דבשט"ח כ"ז דלא נולד בו ריעותא הני פגבוי וע"כ שפיר אמרו דלא מהימן המלנה במיגו משום דכיון דבלא המיגו הני כמו דתופס להממון משום דהני פגבוי וע"כ שפיר לא מהימנינו להמלנה במיגו דהוי נגד תזקה דת"י כו' אבל היכא דלא הני מוחזק גמור כ"ע מודו דלא שניף ביה הך תזקה דת"י הני שלו פנ"ל וגם הא הכריע הש"ך שם פהסוברים דע"י תפיסת השטר לא הני תופס להממון ולא דיינינו ביה להך תזקה הנ"ל כלל והעיקר הוא כמו שכתב משום דהך תזקה עיקרו משום תפיסת הלנה להחפץ אבל היכא דלא ה"ל תפוס גמור בזה מהימן במיגו נגד התזקה הנ"ל: ולפי מה דנתבאר הנכון הוא כמש"כ הב"ש הקא דהאשה נאמנת במיגו אף דהוי נגד התזקה משום דכיון דתופסת החפץ לעצמה א"כ הא הני בזה מעלת מיגו ומוחזק ביחד דכה"ג מהימנא במיגו כמו בהא דנספא דר' אבא או כמש"כ לעיל דעיקרו הוא משום דהוי מיגו להוציא ע"כ באשה התופסת לעצמה ודאי דנאמנת במיגו ואין הכרח מן הב"ש דיפלוג על מש"כ הש"ך בסי' צ"ט משום דלדינא י"ל כמש"כ הש"ך בסי' צ"ט להכריע פהפוסקים דלא מהימן הלנה במיגו משום דה"ל מיגו במקום תזקה ושאיני הקא בהא דסי' ס"ב ואה"ע סי' פ"ה הנ"ל ולכן העיקר לדינא כמש"כ הב"ש פנ"ל: ענף ג' והש"ך הקא בסי' ס"ב ס"ק ו' באה"ד בד"ה וכתב הבעה"ת כו' הביא למה דהקשה באה"ד דהא הני מיגו דהענה והשיג עליו הש"ך דהא אמרינו מיגו דהענה וכבר תי' זה היטב הב"ש באה"ע סי' פ"ה ס"ק למ"ד ע"פ מש"כ המ"מ דנאמנותה הוא משום תזקה דא"י להעניז בפני בעלה וע"כ בכה"ג שפיר לא מהימנינו במיגו דהוי הענה גמורה ע"ש בב"ש ועיין בפני הושע בק"א פתובות פ"א ד' יו"ד ע"א ד"ה בהא דאר"נ כו' ועפ"ז יש לזון בדברי התוס' יבמות ד' קט"ז ע"ב ד"ה באותה שעה כו' ובמהרש"א שם וראיתי בתשובת רעק"א זצ"ל סי' ק"ל בד"ה ואף ללישנא ב' דכתובות כו' שהביא לדברי הש"ך דסי' ס"ב הנ"ל וכתב לתרץ לדברי הג"ת הנ"ל ע"פ סברת הב"ש הנ"ל ולא הביא לדברי הב"ש הנ"ל שכתב הקדמו בזה: ועוד

נלע"ד לתרץ לדברי הג"ת הנ"ל במה שכתב דלכן אינה נאמנת לומר דנתנו לי ע"מ שלא
יהא לבעלי רשות בהן ע"י מיגו דאתה נתתי לי משום דה"ל מיגו דהעצה משום די"ל דאף
דנימא דהך חזקה דת"י הם ש"ל לא הוי רק כמו פל חזקות דמהני מיגו נגדו וכמש"כ
הב"ש דלא פהש"ף הנ"ל דמ"מ בצירוף דהוי מיגו דהעצה ג"כ וגם הא הוי עכ"פ מיגו
נגד חזקה דבשני הריעותות ביחד לא אמרינן מיגו פדמוכח פן מהא דב"ב ד' ה' בתוס'
ד"ה וקא בזמנו כו' דכתבו התוס' דלא אמרינן מיגו דפרעתיך היום משום דלא חציף
למימר פרעתיך היום אבל רגיל הוא לומר פרעתיך אתמול ושכחתי עכ"ל התוס' והובא
זה בש"ף סי' ע"ח ס"ק ט"ז שכ"כ הרא"ש והראב"ד והאו"ת בסי' ע"ח ס"ק ח' ביאר זה
היטב דאע"ג דאמרינן מיגו דהעצה כמש"כ התוס' בכ"ד עכ"ז שאני הכא דהוי גם מיגו
במקום חזקה דאף דאמרינן מיגו במקום חזקה עכ"ז ע"י צירוף מה דהוי מיגו דהעצה ג"כ
לכן לא מהני מיגו בזה וכ"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק ע"ז ונהביא שם לדברי המהרי"ט
בזה ע"ש: ולפ"ז י"ל דזהו פוננת הג"ת במש"כ דלכן לא אמרינן מיגו דנתתי לי במתנה
משום דהוי מיגו דהעצה דכוננתו דאף דאמרינן מיגו דהעצה מ"מ פיון דזה הוי מיגו נגד
חזקה כמש"כ הש"ף דאף דמשום מיגו נגד חזקה לחודיה הא העיקר כמש"כ הב"ש
דאמרינן פנ"ל מ"מ ע"י צירוף למה דהוי זה מיגו דהעצה ודאי לא אמרינן וי"ל דאף
החולקים על שיטת התוס' בב"ב שם כמו שהובא זה בש"ף סי' ע"ח ס"ק ט"ז דמודו לזה
רק דס"ל דשאני התם דלא הוי זה מיגו דהעצה כ"כ דמה לי אם אומר פרעתיך בתו"ז או
דאומר פרעתיך היום ולא ס"ל לסברת התוס' בזה אבל היכא דה"ל העצה שפיר י"ל
דמודו להפלל של התוס' נאטי שפיר דברי הג"ת וזהו פלל מחודש ועפ"ז יוצא לנו דין
חדש במה דהעלה האו"ת בסי' צ"ט ס"ק ד' דלא פהש"ף אלא דנאמן הלנה לומר של
אחרים הוא במיגו אף דהוי נגד חזקה מה דת"י הוא ש"ל ע"ש דמ"מ יש לומר דהיכא
דהמלנה ראה את החפצים ת"י הלנה דאף דלא הנה עדי ראה דהנה יכול הלנה לטעון
להד"ם או החזרתי דמ"מ אין הלנה נאמן לומר של אחרים הוא במיגו דלהד"ם או החזרתי
משום דהא הוי עכ"פ מיגו דהעצה ג"כ וגם הא הוי מיגו במקום חזקה ג"כ אף דכ"א
לחודיה לא הנה מבטל להמיגו מ"מ ע"י צירוף שניהם ביחד נתבטל זכות מיגו ש"ל ועי"ז
יש מקום לתרץ מה שהקשה הש"ף בסי' צ"ט ס"ק ו' בסתירת הפוסקים בזה אי מהימן
הלנה לומר של אחרים הוא או לא ע"ש אבל לפי מש"כ א"ש די"ל דהנה פוסקים דכתבו
דלא מהימן מיירי בכה"ג דנתבאר ועיין בשער המלך פ"ז ה' אישות ה' יו"ד מש"כ שם
לדון דמפני מה לא אמרינן למיגו דגברשתני והעלה משום דהוי העצה יתירה: ואחר פתבי
פל זה ראיתי בהפלאה פתובות בק"א סי' פ"ה סעיף ט"ו שכתב לדחות לדברי הב"ש שם
ע"פ הא דסי' צ"ט דאינו נאמן לומר של אחרים במיגו משום דה"ל מיגו במקום חזקה
דת"י הם ש"ל אבל לפי מה שכתבתי הנכון עם הב"ש ואינו ראיה מהא דסי' צ"ט ולכן
אתי שפיר מה שהביא הב"ש לקמן באה"ע סי' ק' ס"ק ה' לדברי הרשב"א והש"ף דסי'
צ"ט דאין נאמן לומר של אחרים הוא במיגו משום דה"ל מיגו במקום חזקה יע"ש ואינם
סותרים דברי הב"ש הנ"ל למש"כ הב"ש בסי' פ"ה משום דמוכח כמו שכתבתי דאין זה
שייכות להא דסי' צ"ט וכמש"כ לחלק: סימן ג' (א) (סעי' א') המוציא שט"ח וקאו שנים
ואמרו ממנו [שאל לזיף שטר זה אין גובין בו אא"כ עדי השטר מעידין שראו ההלואה
כו' וכתב הסמ"ע ס"ק ה' דאף אם אינו יודעין שאותו הלואה הנה מלנה בשטר כו'

מִצְטַרְפִּים זֶה לָזֶה וּכ"כ הַב"י וְהַב"ח וְהַש"ף הַשֵּׁיג ע"ז וְהַנְּתִיבוֹת ס"ק ב' הַבֵּיא רְאִיָּה לְהַסְמ"ע וְהַב"י מֵהָא דְכִתְּנוּבוֹת דָּף ל"ו דְּהִיוּצְאָת מְשׁוּם ש"ר אֵין לָהּ קִנְס וּפְתוּי דְזֵהוּ בְּאִתּוֹ סְהַדֵּי וְאַמְרוּ לְדִידֵן תְּבַעְתִּינְהוּ בְּאִסְוֹרָא כּו' וְלֹא נִקְט הַש"ס רַק לְפִנְטְרָה מִקְנָס וּפְתוּי וְלֹא נִקְט הָד דִּינָא נִגְדַּל לְהַפְסִידָה פְּתִיבְתָּהּ וְנָהִי דָאָם טָעֵן בְּלֹא"ה מְהִימֵן פְּמִבְּנֹאֵר בְּכִתְּנוּבוֹת ד' ט' מ"מ אֵי אֶתּוֹ סְהַדֵּי וְאַמְרוּ דְּתְּבַעְתִּינְהוּ אַחַר נִישׁוּאֵין נְחִזִיקָה בְּזוּנָה וְנִפְסִיד לָהּ פְּתִיבְתָּהּ וְלֹא אֲשַׁתְּמִיט שׁוּם פּוֹסֵק לְכִתְּנוֹב זֶה לְעֵנִין פְּתִיבְתָּהּ וּמוֹכַח מְזָה דָאָם אֲתִחְזֹק בְּחֹב לֹא מְרַעִינוּ לְשִׁטְרָא כּו' וְלְכֹאֲרָה הִיא רְאִיָּה בְּרוּרָה וְלַעֲנִי"ד נִרְאָה לְדַחֹת זֶה מְשׁוּם דִּישׁ לֹמֵר דְּשֹׁאֲנֵי הָתָם דְּהָא הָאֲשֵׁה טוּעֵנָת בְּרִי לִי דְלֹא נִבְעֵלְתִי וְהַבְּעֵל טוּעֵן שְׁמָא נִבְעֵלְתָּ לְאַחַר הַנִּישׁוּאֵין א"כ הָא ה"ל הַבְּעֵל כְּמוֹ דְּאֹמֵר אֵינִי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּיךָ דְקִי"ל דְּחִיִּיב ע"פ בְּרִי שְׁל הַתּוֹבֵעַ בְּצִירוּף חֲזָקָת חֵיב וְאִם הֵנִי בְּמָקוֹם דְּלֹא ה"ל לְמִידַע ג"כ קִי"ל דְּחִיִּיב פְּדִמוֹכַח בְּסִי' ע"ב סֵעִי י"ד וּבִמְק"א הָאֲרַכְתִּי עַפ"ז בְּדְבָרֵי הַמֶּל"מ וְהַאֲוִ"ת דְּסִי' ע"ה ס"ק כ"ב וְאִכְמ"ל וְעֵינֵן בְּתוֹס' פְּתִיבְתָּהּ ד' ט' ע"ב ד"ה אֵי לְמִיתַב לָהּ כּו' וּבַאוּ"ת שְׁם וּבְנִתִיבוֹת סִי' ע"ה ס"ק ה'.

וְאִף לְפִי הַסּוֹבְרִים דְּבְּמָקוֹם דְּלֹא ה"ל לְמִידַע פְּטוֹר אִף א"י א"פ מ"מ הָא עַכ"פ אֵינֹו מוֹכַח מֵהָתָם רַק בְּמָקוֹם בְּרִי וְשְׁמָא וְצִירוּף חֲזָקָת חֵיב דְּבִזְהָ לֹא מְרַעִינוּ לְשִׁטְרָא וְעַדִּין יֵשׁ לֹמֵר דְּהִיכָא דֵה"ל בְּרִי וּבְרִי כְּמוֹ בַנ"ד דְּהִלָּנָה טוּעֵן בְּרִי לִי דְּמִזְנוּיָךְ הוּא דְּבַכָּה"ג עַדִּין יֵשׁ לֹמֵר דְּאִיפָּא חֲזָקָת חֵיבָא דְּמ"מ מְרַעִינוּ לְשִׁטְרָא וְיִכּוֹל לְטָעוֹן פְּרַעְתִּי כְּמוֹ בְּכָל מְלָנָה ע"פ וְכְמוֹ הָא דְר"פ ב' דְּכִתְּנוּבוֹת דְּאַמְרוּ עַד כָּאֵן לֹא קָאָמַר ר"ג הָתָם אֵלֹא בְּבָרִי וְשְׁמָא אֲבָל בְּבָרִי וּבְרִי לֹא אָמַר וְה"ה יֵשׁ לְחַלְקַן בְּנ"ד וְע"כ נִדְחָה רְאִיָּוֹת הַנְּתִיבוֹת.

וְלַעֲנִי"ד יֵשׁ לְהַסְבִּיר עֲצָם הַסְּבָרָא שְׁל הַבֵּית יוֹסֵף וְהַסְּמ"ע בְּמַש"כ דָּאָם אִיפָּא חֲזָקָת חֵיב לֹא מְרַעִינוּ לְשִׁטְרָא דֵאֲע"ג דַּע"י אֹוֹקֵי אַחְזָקָת חֵיב לְבַד אֵין מוֹצִיאֵין מְמוֹן עַכ"ז יֵשׁ לֹמֵר דְּטָעֵמִינְהוּ הוּא ע"פ מַש"כ בְּחִידוּשֵׁי לַח"מ לְעֵיל סִי' מ"ג סֵעִי י"ד דְּהִיכָא דְּאִיפָּא רִנְבָא וְחֲזָקָת חֵיב בְּיַחַד דַּע"י זֶה מוֹצִיאֵין מְמוֹן וְכַמְש"כ הַבְּעָה"מ בְּרַפ"ב דְּכִתְּנוּבוֹת וְהַתּוּ"י שְׁם הַתּוֹס' בְּכִתְּנוּבוֹת ד' כ"ט ד"ה וְעַל דַּע"י רִנְבָא וְאֹוֹקֵי אַחְזָקָה מוֹצִיאֵין מְמוֹן יַעו"ש.

ע"כ י"ל דְּמַה"ט אִם יֵשׁ עַדִּי הַלְּנֹאָה לֹא מְרַעִינוּ לְשִׁטְרָא מְשׁוּם דְּהָא הָד חֲשַׁשָּׂא דְּאַמְרוּ בַּש"ס דְּכִינֹון דְּמַהֲדָר אֲזִיּוּפָא אֹוֹמֵר זִיּוּפֵי זִיּוּפֵי וְנִיף זֶה הֵנִי רַק אֵי חִיּוּשֵׁינֵן לְמִיעוּטָא דְּהָא ע"פ רִנְבָא לֹא שְׂכִיחַ דִּיּוּפֵי כ"כ דִּיּוּפֵי יְכוּלִין לְקַיָּמוֹ וְלֹא יִהְיֶה נִיפְרָה הַזִּיּוּפֵי רַק לְפִי דָאֵין הוֹלְכִין בְּמְמוֹן אַחַר הָרִנְבָא ע"כ חִיּוּשֵׁינֵן בְּכִזְזָה וְלִכּוֹן הִיכָא דְּהֵנִי חֲזָקָת חֵיב וְהֵנִי אֲזִי רִנְבָא וְחֲזָקָה דַּע"ז בְּיַחַד מְפָקִינוּ מְמוֹנָא מְחֻזְקָתוֹ וְא"ש דְּבָרֵיהֶם וְהִנֵּה מְצִינוּ כְּמוֹ דְּאַמְרוּ הִכָּא דְּאֹמֵר זִיּוּפֵי זִיּוּפֵי דְּכַעֲרֵין זֶה אֲמָרוּ בְּכִתְּנוּבוֹת ד' כ' דְּבִיּוּצָא הַשְּׁטָרוֹת מִתַּחַת יְדֵי עֲצָמוֹ לֹא דְּלָמָּא זִיּוּפֵי מְזִיּוּפֵי וְהוּבָא לְעֵיל בַּח"מ סִי' מ"ו סֵעִי ז' וּבַש"ף שְׁם ס"ק כ"ד וּמִשְׁמַע דְּהָתָם אִף אִם אִיפָּא עַדִּי הַלְּנֹאָה לֹא מְהַנִּי דְּדוֹנָא הִכָּא פְּתַבּוּ כֵּן וְהַטָּעַם פְּשׁוּט דְּהָא לְעֵיל דְּמִיּוּרֵי בַּשְּׁטָרוֹת יוֹצֵאֵין מִתַּחַת יְדוֹ דִּיכּוֹל לְזִיּוּפֵי בְּקַל ע"כ לֹא מְהַנִּי בְּזֶה חֲזָקָת חֵיב אֲבָל הִכָּא דְּהָא עַכ"פ אִיפָּא רִנְבָא דָאֵין יְכוּלִין לְזִיּוּפֵי כְּנ"ל וְע"כ ע"י צִירוּף חֲזָקָה וְרִנְבָא מוֹצִיאֵין מְמוֹן וְזֶה פְּשׁוּט וְלְכֹאֲרָה יֵשׁ לְדוֹן דְּלַפְמַש"כ הַתּוֹס' בְּכִתְּנוּבוֹת ד' כ' ע"א ד"ה דְּקִלְמָא זִיּוּפֵי זִיּוּפֵי כּו' דְּאֹמֵר ר"ת דָּאָם מְפִירִין הַעֲדִים חַת"י הַעֲדִים בְּטַב"ע דְּלֹא חֲשׁוּ בְּזֶה לְזִיּוּפֵי וְדוֹנָא בְּמִפְרִין הַחֲתִימָה ע"י דִּימוּי בְּזֶה אֲמָרוּ בְּגַמ' דְּלָמָּא זִיּוּפֵי זִיּוּפֵי וְהוּבָא זֶה לְעֵיל בַּש"ף סִי'

מ"ו ס"ק כ"ד דלפ"ז יש לדון דה"ה ה"קא דאמרינן לחוש דלמא זיופי זניף די"ל דז"א רב במפירין החתימה ע"י דימוי דבזוה חיישינן לזיוף אבל במפירין ע"י טב"ע אף ע"י עדים אחרים כמו ה"תם דלא חילקו בין הפ"ת עדי הש"ט או ע"י הפ"ת עדים אחרים ויש לדון פ"ן ע"י כש"כ דה"ה חזינן דה"ה דסי' מ"ו ה"ל ה"ה ח"שש ביותר לזיוף מן ה"ה דסי' ס"ג דה"ה לעיל לא מהני פ"ל אף אם ה"ה עדי הל"ה פ"ל ואלו ה"ה כמ"ש"כ ה"ה והס"מ"ע.

וגם ה"ה שיטת ה"ה ש בשבועות וה"ה באו"ת ה"ה ס"ק ב' דס"ל דה"ה ש"טרא ריע"א דכתובות ד"ל ד"ל מגבינן ב"ה דמ"מ אם ת"פס מה"ה ואלו לעיל ב"ה דסי' מ"ו ה"ל ה"ה ה"ה אף ת"פסה לא מה"ה כדמשמע ה"תם אלמ"ה דה"תם ה"ה ח"שש זיוף ביותר מן ה"ה ואל"ה מה"ה הפ"ת החתימה ע"י טב"ע אף ע"י עדים אחרים א"כ ה"ה וכש"כ ה"ה: ועכ"ז אף דלכאורה יש לדון פ"ן לולי דברי הראשונים ב"ה עכ"ז פ"ן דכתבו ה"ה ב"שם הר"מ"ם דדוקא אם עדי הש"ט ב"עצמם מעידים על ח"ת"י ב"ה גובין בו וגם ע"ז פ"ליגי הר"ה פוסקים וכן הר"נ אף דלעיל ד' כ' ה"ה דבמפירין ע"י טב"ע לא חיישינן לזיוף ואלו ה"ה ס"ל להר"נ דאף ע"י הפ"ת עדי הש"ט לא מה"ה אלמ"ה דס"ל ד"ש לחלק דשאני ה"ה דש"טות יוצאין ת"י עצמו דכ"ן דב"עצמם לא נולד בו ריעותא רק ה"ה דח"ש ש"ם לש"מא זניף הט"עם ה"ה דכ"ן דהש"טות יוצאין ת"י ע"כ לא חיישינן ש"ם רק ש"מא זניף ב"אנפ"ן ש"ה"ה מ"קני"ם רק ע"י דימוי דה"ה יכול לעשות הזיוף ע"י הדימוי מן ש"טות דת"י א"כ ע"ז אינו יכול לעשות הזיוף ש"ה"ה מ"קני"ם ע"י טב"ע ע"כ לא ח"ש ש"ם ב"ה.

א"כ ה"ה דעיקר הח"שש ה"ה דכ"ן דנולד בו ריעותא דה"ה מה"ה אחר זיוף ע"כ ח"ש ש"מא זניף כ"כ ש"ה"ה יכול לקנימו ג"כ ע"י הפ"ת בטב"ע רק אם עדי הש"ט עצמם מעידים על ח"ת"י ב"ה פ"ליגי הראשונים וע"כ ה"ה עיקר כמ"ש"כ הראשונים דאם עדים אחרים מפירין ע"י טב"ע דמשמע דכ"ע ס"ל ד"ה לא מה"ה ב"ה וגם ה"ה דכתובות ד' כ' ה"ל פ"תבו ה"ה ר"ה"ה א והש"מ"ק ש"ם דלא מה"ה ה"תם אף ע"י הפ"ת העדים עצמם ע"י טב"ע ע"פ ה"ה דב"ב ד' קס"ז וכמ"ש"כ הר"נ ה"ה ב"סוגיא דכתובות ד' ל"ו.

וגם יש לדון ב"ה ע"פ שיטת הר"מ"ם דה"ה בסי' מ"ו סעי' ז' ובש"ף ש"ם ס"ק כ"ג וכן מצינו ב"ה"ה יוסף ב"ב פ"א על מה דמב"ן ב"סוגיא ש"ם ד' ז' ב"ה"ה ש"טרא ד"ת"מי דנ"פ ע"ה"ה ת"ב"ה דלא מגבינן משום דה"ה ריעותא דלא הוציאו ב"ה"ה א"ב"ה"ה דה"ה ב"שם הר"ש"ף"א דא"פילו נתקיים בחותמיו מ"פ העדים ג"כ חיישינן ש"מא זניפו וכמו ה"ה דב"ב ד' קס"ז דא"ל אין ח"ת"י דידי כו' וה"ה בח"מ ס' ק"ח בש"ף"ה ס"ק ל"א אלמ"ה דמצינו דבמקום ריעותא ה"ה"ה לח"ז"ל דח"ש לזיוף א"פילו ה"ה דה"ה ע"מון מ"קני"מין הש"ט: סימן סד (א) ה"ה ו"ע"פ ש"אין לו מ"גו כו' דלא פ"ש מי ש"אמר דלא יוכל לומר למש"פון ת"פסתי א"ל ב"דוע ש"ח"יב לו מא"ה ש"אין לו מ"גו עכ"ל הר"מ"א והס"מ"ע וה"ה"ה ה"ה"ה דה"ה עיקר פ"ש מי ש"אמר ה"ל דלא יכול לומר למש"פון ת"פסתי אם אין לו מ"גו א"ל ב"דוע ש"ח"יב לו ולכ"ה"ה צ"ה"ה ב"אור ד"ה"ה אם ידוע ש"ח"יב לו דמ"ה"ה ט"עם י"ה"ה מה"ה"ה לומר ד"ה"ה ח"פ"ן ל"דו ב"תורת מש"פון דכ"ן דט"ענת מש"פון לא מה"ה"ה ל"ה ב"לא מ"גו א"כ מ"ש"ם א"ל ידוע ש"ח"יב לו ו"ה"ה"ה נ"ת"ן ד"ה"ה יכול לג"ה"ה"ה: וה"ה"ה ב"ה לפ"ש"כ הר"ש"ף"א סוף ק"דו"שין דמ"ה"ת א"ה מ"טל"ה"ה מ"ש"ע"ב"די א"ל דמ"חמת ד"ל ס"מ"ה ד"ע"תו ה"ל פ"אלו מ"חל הש"ע"ב"ד וכמ"ש"כ ה"ה"ה"ה בסי' ל"ט ס"ק ב' ו"ל"כ"ן אם ידוע ש"ח"יב לו נ"א"מ

לומר למשפון בא לידי דהא עיקר מעלת המשפון הוא משום דיש לו שעבוד אלים על המשפון וכמש"כ התוס' בב"ק ד' מ"ט ע"ב ד"ה משפוןו של כו' והובא בש"ף סי' ע"ב ס"ק קמ"ט ואף לדעת הסוברים דבע"ח קונה משפון הוי קנין גמור מ"מ הא במה דאנו דנין פעת הוא העיקר אם יהיה יכול לגבותו מפניו אם מת ואם נימא דיש לו שעבוד ע"ז אז ממילא גבי מיתמי.

ע"כ אדרבה מוקמינן על חזקתו הראשונה דלא מחל לשעבודו שיש לו על זה החפץ דהא כ"ז דלא מחל לשעבודו בפ"א או מצד אומדנא היה משועבד לו מה"ת וע"כ אוקי אחרת זכות שעבוד שהיה לו מעיקרא ועדיין יש לדון בזה ע"פ מש"כ במק"א דהא דמטלטלי לא משתעבדי הוי זה בגדר סילוק א"כ לפ"ז הא לא זכה בהשעבוד של החפץ מעולם א"כ לא שייך לדון בזה חזקת שעבוד דמעיקרא וכן יש לדון אם טוען דלמשפון תפסתיו לאחר ההלואה דהא בעת ההלואה דכבר נמחל לשעבודו ממטלטלין ע"כ לא שייך בזה לדון להחזקה דמעיקרא של חזקת השעבוד הנ"ל ומ"מ יש לומר עדיין בזה לפמש"כ הקצה"ח בסי' צ"ה ס"ק ג' דהא דמטלטלי לא משתעבדי יש לו דין כמו פל מדי דרבנן ע"ש ובמק"א הארכתי בזה ולפ"ז י"ל דלכן מהימן לומר למשפון תפסתיו וגובה מהחפץ אף דמת הלנה משום דכינן דמה"ת הא גם מטלטלי משתעבדי ורק מדרבנן אינו גובה כמש"כ הקצה"ח פנ"ל וע"כ הא אף דיהיה ספק אם יש לו שעבוד על החפץ או לא דמ"מ כינן שיהא מוחזק עכ"פ דמספק נעמידנו על דין תורה בזה דיש לו זכות השעבוד על החפץ ולכן אם ידוע דחייב לו מהימן: גם י"ל בפשטות דהא דלא מהימן לומר טענת משפון רק ע"י מיגו הוי הטעם משום דכינן דמחולקים בעיקר ההלואה וידוע דחוב יש לי בידך הוי טענה גרוע ע"כ ממילא אינו נאמן לומר למשפון בא לידי ע"פ טענת עצמו רק ע"י מיגו אבל אם הוי חוב ידוע אז לא הוי טענת משפון טענה גרוע אף יש לדון בזה ע"פ פלוגתת הסמ"ע והש"ף בסי' ע"ב סעי' כ"ז דהסמ"ע שם ס"ק פ"ז ס"ל דדוקא במחולקים בעיקר ההלואה צריך לישבע בנק"ח והש"ף ס"ק קכ"א חולק בזה וקצתתי וכ"ז פשוט: סימן סה (א) (סעי' ז) וכן אם יש ללנה ב"ח שפסיקין לשעבוד החוב אם חייב מודה יחזיר וכתב הסמ"ע דלא חיישינן שפא חייב לאחרים כו' והש"ף ס"ק כ"ב תמה ע"ז דהא חיישינן ללקוחות אע"פ שאינם ידועים לנו ונדחק לתרץ זה.

אבל באמת תמיהני עליו בזה לפמש"כ התוס' בב"מ ד' כ' ע"א ד"ה ש"מ איתא לדשמואל כו' דלכן גבי ערב לאשה בכתובה ורוצה לגרשה חיישינן לקנוניא אע"ג שיתחייב לפרוע הפל להערב כו' לא דמי דהתם מפסיד הערב מיד וחיישינן לקנוניא אבל הכא דאינו אלא חששא בעלמא שפא לא מקרה ואפ"י מקרה שפא לא יפסידו הלקוחות דחוב שהיה להם על הפעל יהיה להם על האשה וגבי חייב מודה דחיישינן לקנוניא לפי שיוציא מיד מן הלקוחות ועוד יש לחוש משום לקוחות שלא באחריות שיפסידו לגמרי עכ"ל התוס' וכן נותן התוס' הוא דלא חיישינן אלא היכא דאיכא לוקח ידוע או ללוקח שלא באחריות שיפסיד לגמרי אבל היכא דאיכא ספק לקוחות באחריות דהוי תרי ספיקי ספק א' שפא ליכא לוקח כלל ואת"ל איכא הא לא יפסידו לגמרי דהא יהיה לו חוב על המוכר מחמת חוב אחריות ע"כ לא חיישינן בזה.

ע"כ א"ש בְּזֶה דְּלִכּוֹן פֶּתַח הַמַּחְסֵר דָּאם יֵשׁ ב"ח אִם חַיִּיב מוֹדָה יַחְזִיר וְלֹא חַיִּישִׁינוּן לִב"ח
שְׂאִינוּ יָדוּעַ מִשּׁוּם דְּהָא הָיִי סִפְקָא אִם יֵשׁ עוֹד ב"ח וְאִיכָא אֵינְהָ ב"ח הָא יִהְיֶה לוֹ הַחוּב
בְּתַקְפוֹ עַל הַלְוָה ע"כ לֹא חַיִּישִׁינוּן בְּזֶה וְעֵיקַר הַחֲשָׁשׁ הוּא לְסִפְקָא לְקוֹחוֹת שְׂלֵא בְּאַחֲרֵי
שְׂיַפְסִידוּ לְגַמְרֵי וְכַמְש"כ הַתּוֹס' לְהַדְיָא וְע"כ לְדִינָא אִם חַיִּיב מוֹדָה יַחְזִיר אִם יֵשׁ ב"ח
הַמְסַפִּיקִין לְשַׁעְבוּד הַחוּב אִף בְּלֹא הַכְרִיזוּ וּבְלֹא תַקְנַת הָעִיר שְׂיִנְקָתְבוּ כָּל הַשְׂט"ח בְּפִנְקָס
הַסּוֹפֵר וְדִלָּא כַמְש"כ הַשְׂ"ף בְּזֶה וְעַיִן בַּב"ב דָּף מ"ו ע"ב רַשְׁב"ם ד"ה אֲרַעָא אַחֲרֵי
כו': (ב) (שם) סמ"ע (ס"ק כ"ב) דְּהַקְשָׁה לְמָה בְּעֵינֵינוּ הַנֶּפֶק וְתִי וְהַשְׂ"ף ס"ק כ"ג תַּמָּה
עָלֵינוּ וְאֶפְשָׁר בְּכּוֹנוֹת הַסּמ"ע דְּבִאֲמַת בְּפִתּוּב זְמַנּוּ בּוֹ בְּיוֹם הוּא חֲשָׁשׁ רַחוּק לַחוּשׁ לְקוֹנוּיָא
מִשּׁוּם פְּשִׁיטֵי דְסִפְרָא מִשּׁוּם דְּרַנְבָּא דְאֵינְשֵׁי לָא עָבְדִי הָכִי אֲלָא מַכ"מ מְעוּטֵי אֵיכָא
דְאַתְרָמִי דִּיעֲשׂוּ פֶן וְכִינוּ דְבַמְמוֹן אֵין הוֹלְכִין אַחַר הָרוּב ע"כ לֹא יַחְזִירוּ אֲלָא בְּכַתּוּב בּוֹ
הַנֶּפֶק דָּאז הָיִי חֲזַקת חַיּוּבָא מִשּׁוּם דְּמַלְוָה מְקַיִם שְׁטָרוֹ כו' וּבְרוּב וְחֻזְקָה מוֹצִיאִין מְמוֹן
כַּמְש"כ הַבְּעָה"מ בְּרִישׁ פ"ב דְּכַתּוּבוֹת וְכַמּוֹ שְׁהַאֲרַכְתִּי בַמַּק"א לְבָאָר זֶה דְגַם הִרְמַבְ"ן
הַחוּלֵק שָׁם מוֹדָה לְזֶה וְכַמְבִּנְאָר בְּתוֹסְפוֹת פְּתוּבוֹת ד' כ"ט ע"א ד"ה וְעַל כו' ע"כ א"ש
לְפַמְש"כ הַסּמ"ע וְקַצְרֵתִי בְּזֶה: (ג) סעי' י' בְּש"ף (ס"ק ל"א) באה"ד בד"ה תָּנּוּן בַּסּפ"ק
] דְּמַצִּיעָא מְצָא בְּחַפְסִיסָה אוֹ בְּדִלוּסְקָמָא כַּב' וְא"כ קָשָׁה א' דְּהָא קְאָמַר בְּתַר הָכִי כו' וּמַש"כ
הִרְא"ש שְׁטָרֵי מְכָרִיז וְהִלָּה גוֹתֵן סִי בְּמַנְיָן וְתַכְרִיף וְאֶגְוֹדָה הֵינּוּ פְּדִי שְׂיִוְכַל לִיתֵן סִי
בְּמַנְיָן כו' עכ"ל וְעוֹד קָשָׁה עַל הִרְא"ש דְּבַר"פ אֵלּוּ מְצִיאוֹת דְּמַסְפָּקָא לִיהֵ לְהַש"ס אֵי מַנְיָן
הָיִי סִי וְלֹא מְצִי לְאוֹכוֹ חַי מִשּׁוּם מַתְנֵי כַּמְש"כ הַתּוֹס' שָׁם דָּף כ"ה ע"א ד"ה ש"מ מַנְיָן
הָיִי סִי אֲמַאי לֹא מוֹכִיחַ מִהֶכָּא מְדַקְתָּנִי שְׁלִשָׁה כו' עכ"ל הַשְׂ"ף.

עָנָף א וְהַמְגִיָּה בַּט"ז שָׁם סוּף סִי ס"ה פֶּתַח לְתַמּוּהָ עַל הַשְׂ"ף בְּזֶה בְּזֶה"ל תַּמְהָתִי עַל פֶּה
קְדוּשׁ יֵאמַר דְּבַר כְּזֶה וְרָאוּ עֵינָיו ז"ל חֲצִי דִּיבּוּר רֵאשׁוֹן וְלֹא חֲצִי הָאֲחֵרוֹן שְׂפָתְבוּ הַתּוֹס'
דְּמַצִּי לְמַדְחֵי דְּמַנְיָן וְחַרְוֹזוֹת הָיִי סִימָן וְה"נ אֵיכָא לְמִימַר דְּמַנְיָן וְכַרִּיכָה הָיִי סִי וּמָה עָנָן
שְׂמִיטָה כו' עכ"ל: וְלַעֲנֵד י"ל דְּהַשְׂ"ף ס"ל דְּהַעֲיָקָר כַּתִּי א' שְׁל הַתּוֹס' שָׁם דְּתִירְצוּ
דְּבִאֲמַת יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִהַבְּרִייתָא דְּקַתְנֵי מְצָא שְׁנַיִם שְׁנַיִם חַיִּיב דְּמַנְיָן הָיִי סִי אֲלָא דְרוּצָה
לְהוֹכִיחַ מִמַּתְנֵיתִין כו' וְכֵן פֶּתַח הַר"נ וְהַנְיִי שָׁם פְּהָד תִּי א' שְׁל הַתּוֹס' הַנְיִי לְמִשּׁוּם דְּלַתְנִי
הַב' שְׁל הַתּוֹס' דְּכַתְבוּ שָׁם דִּי"ל דְּמַנְיָן וְחַרְוֹזָא הָיִי סִימָן דְּאִינּוּ מוֹעִיל גַּפְרֵד מוֹעִיל
מְחַנְפֵּר א"כ תַּקְשָׁה בְּמָה דְּקַאֲמְרֵי בְּסוּגְיָא דַּב"מ ד' כ"ה שָׁם עָלָה דְּצַבּוּרֵי פִירוֹת וְצַבּוּרֵי
מְעוֹת חַיִּיב לְהַכְרִיז ש"מ מַנְיָן הָיִי סִי תְנֵי צַבּוּר פִירוֹת ש"מ מְקוּם הָיִי סִי תְנֵי צַבּוּרֵי
פִירוֹת וְאֲמַאי לֹא אֲמַרִּינוּ דְּשִׁאֲנֵי הֶכָּא דְּהָיִי סִי מַנְיָן וְסִי מְקוּם בְּיַחַד וְלַעוֹלָם מַנְיָן לְחוּדְיָ
אוֹ מְקוּם לְחוּדְיָ י"ל דְּלֹא הָיִי סִי וְע"כ מוֹכַח מִהַד סוּגְיָא דַּס"ל בְּפִשְׁטוֹת דְּשְׁנֵי סִימָנִים
גְּרוּעִים לֹא מְצַטְרְפִי לְהִיּוֹת סִי אֲמַצְעֵי וְלִכּוֹן הַקְשָׁה הַשְׂ"ף בְּפִשְׁטוֹת פֶּן עַל הִרְא"ש וּמִזֶּה
הָיִי סִינְעֵתָא לְמַש"כ הִרְמ"א בַּאֲה"ע סִי י"ז סעי' כ"ד דְּלֹא מְצַטְרְפִי כְּמָה סִימָנִים אֲמַצְעִים
לְהִיּוֹת סִי מוֹבָהֵק.

ע"ש בַּח"מ וּב"ש בְּשֵׁם הַמ"ב: אֲכֵן בְּקוֹנוֹטְרָסִי לְתַק"ע הַעֲלִיתִי כְּפָר תִּי נִכּוֹן לְקוֹנְשִׁיא זוֹ
וְע"כ הַנְיִי לְהַעֲתִיקוּ פֶּאן וְזֶהוּ ע"ד מַש"כ הַפּמ"א וְהַבְּגָדִי פְּהוֹנָה סִי י"א וְהַעֲה"ג דְּשְׁנֵי
סִי גְרוּעִים מְצַטְרְפִים לְהִיּוֹת נִחְשָׁב לְסִי אֲמַצְעֵי הֵינּוּ הֵיכָא דְּמַהֲנֵי ס"א כְּמוֹ בַּמְשַׁאֲל"ס
וְכַהֲנָה וְחֻלְקוֹ ע"ז הָאֲחֵרוֹנִים בְּתַשׁוּבוֹתֵיהֶם גַּלְע"ד לְהוֹכִיחַ פְּדַבְרֵי הַפּמ"א וְהַב"כ מִן
מַש"כ הַתּוֹס' בַּב"מ ד' כ"ה ע"א ד"ה ש"מ מַנְיָן הָיִי סִימָן כו' וְלַעֲלִיל גְּמִי דְּקַתְנֵי אֲבָל מְצָא

שנים חייב ולא קאמר ש"מ מנין הוי סי דבריינתא הוא כו' א"נ מצי למידחי דמנין וחרוזא הוי סי עכ"ל התוס' אלקא דס"ל להתוס' דשני סי גרועים מצטרפים להיות סי אמצעי אף דכ"א בפ"ע לא הוי ס"א דחרוזא לא הוי ס"א רק סי גרוע כמש"כ התוס' ב"מ ד' כ"ג ע"ב ד"ה מחרוזות של דגים כו' ובחולין ד' צ"ה ע"ב ד"ה בחרוזים כו'.

דדוקא לענין בשר שנתעלם סמכין על סי דחרוזים. וא"כ מוכח מזה פסברת הפמ"א ואף לתי קמא של התוס' דב"מ שם והר"נ והנ"י ושמ"ק לב"מ ד' כ"ג דכתבו דה"מ לאוכוחי מהא דמצא ב' ב' חייב דמנין הוי סי ולא פתבו לחלק כתי' הב' של התוס' דס"ל דמנין וחרוזא הוי סי י"ל דגם אינהו מודו לסברת התוס' בתי' הב' דשני סי גרועים מצטרפי לס"א אלא דז"א רק היכא דהוי לכל הפחות סי גרוע כמו חרוזים דמצינו דנחשב לסי קצת גבי בשנמ"ה פנ"ל אבל שם בבריינתא דב"מ ד' כ"ד קתני שם ג"כ בדי מחטין וצינוריות דשנים חייב וס"ל דבדי מחטין לא הוי אף סי גרוע ע"כ שפיר פתבו דה"מ לאוכוחי מהו בריינתא דמנין הוי סי אבל היכא דהוי שני סי גרועים גם הם מודים לסברת התוס' בתי' הב' דשני סי גרועים מצטרפי להיות ס"א וכן מצינו בתשובה להרמב"ם והובא בתשובת מהר"ם אלשקר סי' ס"ז שכתב להתיר על שמו ושם עירו וצירוף שני סי גרועים דהיה בינוני הקומה וזקינו שחזר וכן כתב בשמו המהרח"ש בק"ע ד' ל' ע"ד ועיין במראות הצובאות סעי' י"חד' נ"ג וי"ל דטעם הרמב"ם הוא משום דס"ל דשני סי גרועים מצטרפי להיות ס"א וע"כ מהני זה לשמו ושם עירו דהא ס"א עדיף מן שם אביו וכמש"כ הנו"ב במ"ת ס"ס נ"ה וממש"כ בשם הרמב"ם הוא ראיה ברורה לדברי הנו"ב וכן י"ל דזהו פוננת הרמב"ם והמחבר באה"ע סי' י"ז סעי' י"ז דכתבו דמהני סי' מנין וסי' מקום יציאה ונהליכה והם נושאים כף וכה ואף דהוי כ"ז סי' גרועים אפ"ה מצרפין כ"ז לסי' מנין משום דמקום יציאה ונהליכה חשוב לחד סי' גרוע וסי' דנושאים כף וכה לסי' גרוע ב' והוי ב' סי' גרועים לס"א וע"י סי' מנין הוי שני ס"א דמהני זה לכמה פוסקים והוא מהא דיבמות ד' קכ"ב ובמק"א פתבתי לדון בזה ע"פ שיטת המבי"ט דנמצא על הדרך שהלך ואכמ"ל ועיין במ"ר קרח פ' י"ח ובמדרש תנחומא וילקוט שם שכתבו בזה"ל מי גנב פליק א"ל אותו בן טובים בעל קומה ושיניו נאות ושלערו שחזר וחוטמו נאה משנתן סימניו ידעו מי הוא אף כן אע"פ שסתמן כו' וזהו סי' גרועים וע"י צירוף חשוכין לסי' ואף דאין למדין מן הדרוש ובפרט במה שהוא משל עכ"ז סמך קצת הוי ונהיה גוף הספר פמ"א וב"כ אינן ת"י רק ראיתי לתשובת אחרונים שהביאו פן בשמם וכ"ז הוא יסוד גדול ב"ה לתק"ע: אמן יש להקשות על כ"ז מהא דב"מ ד' כ"ה צבורי פירות חייב דמוכח הש"ס מזה ש"מ מנין הוי סי' הא י"ל דלכן צבורי פירות מכריז משום דסי' מנין וסי' מקום ביחד מצרפין להיות ס"א אבל כ"א בפ"ע לא הוי ס"א א"כ מוכח מסוגיא זו דמה דאינו מועיל נפרד אינו מועיל מחובר וכמש"כ הח"מ באה"ע סי' י"ז ס"ק נ"ה: ענף ב' ומחומר הקושיא הנ"ל נלע"ד בהקדמם מה שהקשה הקצה"ח סי' רס"ב ס"ק ב' בהא דתני בב"מ ד' כ"ה מצא דבר שאין בו סי' בצד דבר שיש בו סי' דבא בעל הסי' ונטל שלו זכה בדבר שאין בו סי' וכן פסקו בשו"ע שם דמצא פירות סמוך לכלי דהיכא דאיכא למיתלי שפפל מן הכלי מחזירין למי שנותן סי' בהפלי משום דנמצא הפירות קרוב להפלי.

הא קיי"ל דרוב וקרוב הלה אחר הרוב אף בקורבא דמוכחא א"כ אמאי לא אזלינן בתר רובא דאינו של בעל הפלי רק פריש מן רובא דעלמא עכ"ל הקצה"ח: ולענ"ד נראה לתרץ דהא לא גרע הך נמצא סמוך להפלי מן סי' מקום דק"ל דהוי סי' כמו בנמצא אחר הגפה או הגדר דהוי מקום סי' משום דאמרין דאיך אתרמי דאבד אחר באותו מקום ונדוע מש"כ הט"ז באה"ע סי' י"ז דסי' מקום אף באין מצמצם המקום ג"כ הוי סי'א ובמצמצם המקום הוי סי'מ: א"כ ה"ה בנמצא סמוך להפלי שלו דהוי בזה ג"כ סי' מקום דאיך אתרמי דיאבד האחר אלו הפירות סמוך להפלי של אחר ע"כ מחזירין הפירות לבעל הפלי דהוי ה"כא סי' מקום ולא מצד קורבא לבד אלא מצד סי' מקום: ועוד נלע"ד לתרץ קושיות הקצה"ח הנ"ל ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ד' דלפי מה שפיתבו התוס' בב"מ ד' כ"ב ע"ב ד"ה אי דליכא סי' כו' דלמשקר לא חיישי' ובנודאי נאבד חפץ פנה ממנו רק דחיישינו דכי היכי דהוא אבד חפץ פנה דכוּן יכול להיות דאדם אחר איבד חפץ פנה כו' וכיון דנפילה לא שכיח מצד דרובא דאינשי מזהר זהירי א"כ יש נגד רובא דעלמא הרוב דלא שכיח בהו נפילה רק אותו האיש העומד לפנינו ואומר שאבד חפץ פנה ע"כ ביותר יש לתלות דאותו החפץ שנמצא הוא שנאבד לפי דיש רוב נגד רוב ולכן סמכינן על קרוב פיון דאוקי רוב נגד רוב והוי כמו דליתנהו להנה רובא דמהני קרוב היכא דליכא רוב לסותרו ומתורץ קושיות הקצה"ח ומה שהקשה הקצה"ח מהא דר"פ ר' ישמעאל עיין לעיל בחי' לסי' מ"ו סעי' ד'.

ולפ"ז פיון דמוכח מן הא דב"מ ד' כ"ה מברייתא דמצא פירות סמוך לכלי מחזירין הפירות לבעל הפלי יהיה מאיזה טעם שיהיה או מצד סי' מקום או מצד סי' קורבא פנ"ל א"כ תקשה מברייתא זו על רבה דס"ל בב"מ ד' כ"ב דמקום לא הוי סימן.

דהא סי' מקום לא גרע מן מצא פירות סמוך לפלי דשני הטעמים הנ"ל שייך ג"כ בכל סי' מקום. לא מפעי אי נימא דלכן מחזירין לבעל הפלי מצד סי' מקום דנודאי שייך פן בעיקר סי' מקום ואף להטעם הב' הנ"ל דזהו משום סי' קורבא ג"כ שייך פן בזה דגומן סי' מקום דכיון דלמשקר לא חיישינו ובנודאי נאבד ממנו פירות במקום פלוני רק דחיישינו שמה נאבד מן אחר ג"כ פירות פנה במקום זה א"כ אי אזלינן בתר קורבא אין לה קרוב יותר מזה ואדרבה קרוב פנה עדיף לפמש"כ הסמ"ע בח"מ סי' רנ"ט ס"ק ו' וזהו שיטת הרמב"ן פ' לא יחפור ועיין באה"ע סי' י"ז ב"ש ס"ק נ"ו בשם הרמב"ן והובא ביו"ד סי' קכ"ט וביו"ד סי' א' בכרו"פ ות"ש שם ובסי' ס"ג ואכמ"ל ע"כ היכא די"ל דזהו אותו הפירות שנאבדו וזהו שנמצא דנודאי דיינינו בזה קורבא לתלות דזהו שנאבד במקום הזה ולא לתלות דפריש מרוב דעלמא [ובמק"א הארכתי עפ"ז בענין קבר שאבד הוא שנמצא ואכמ"ל] א"כ תקשה מזה הברייתא דתני דמחזירין הפירות שנמצאו סמוך לפלי לבעל הפלי על מאן דס"ל מקום לא הוי סי' לכן נלע"ד לומר בטעמו דמ"ד דמקום לא הוי סי' ע"פ מה שמבואר בב"מ ד' כ"ב למאי דקיי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש דכל מה דאמרו דה"ה של המוצאו דמייירי דידע והרגיש בנפילתו מקודם שבאו ליד המוצא פגון אותן דאגב דיקירי או אגב דחשיבי מידע ידעי בהו וכמבואר כ"ז בסי' ר"ס בטור שם: ובש"ף שם ס"ק ל"א דלכן פריכות קטנות בר"ה דאין בהם סי' מקום לפי שמתגלגלים ברגלי אדם דהוי שלו ולא הוי יאוש שלא מדעת משום דמסתמא הניחום בעליהם שם להקל ממשאם ושכחום ונתניאשו מיד פיון שאין להם סי' בחפץ ולא במקום

כו' וכמש"כ הטור והרא"ש שם ע"ש וְהָא דְקִי"ל מְקוּם הָיָי סִימָן מִיָּרֵי בְּמִצָּא דְרָף הַיְנוּחַ
וּבְמְקוּם הַמְשַׁתְּמָר קֶצֶת דְּאֵלוּ בְּדָרְף נְפִילָה לֹא הָיָי מְקוּם סִי פִינּוּ דְאֵינוּ יוֹדֵעַ בְּאֵיזָה מְקוּם
נִפְלוּ וְכַמְבֹּאֵר כ"ז ב"ב מ"ד כ"ג אֶלָּא בְּדָרְף הַיְנוּחַ אָמְרִי שְׁעָמַד לְפּוּשׁ וְהַיְחִיחַ שָׁם
וְשִׁפְחוּם שָׁם כַּמֶּש"כ הַתּוֹסֵף ד' כ"א ד"ה אֵלוּ מְצִיאוֹת כו'.

וְהָרָא"ש שָׁם וְכִינּוּ דְהָיָי דְרָף הַיְנוּחַ רַק מִצַּד שְׂכָחָה גְרָמָה לוֹ שְׁנִשְׁאָרוּ בְּמְקוּם שְׁאִינוּ
מְשַׁתְּמָר לְגַמְרֵי וְכַמֶּש"כ הָרָא"ש פ"ב ד"ב מ"מ סִי ח' דְּבְמְקוּם שְׁאִינוּ מְשַׁתְּמָר כָּלֵל פְּגוֹן
פְּרִיכוֹת ב"ר"ה דְּאֵין בָּהֶם סִי מְקוּם דְּמִנְשַׁתְּפִי אַף וְדָאֵי הַיְנוּחַ נוֹטֵלֵן כִּינּוּ שְׁשִׁכְחוּן שָׁמָּה
וְכ"כ הַתּוֹסֵף ב"ב מ"ד ד' כ"ה ד"ה וְאֵם נָטַל כו' וְכַבֵּר נִתְבָּאֵר ד"ז מִיָּרֵי בְּנִזְכָּר מְקוּדָם שְׁבָאוּ
לִיד הַמוֹצָא דַּא"ל כ"כ בַּלֵּא"ה הָא הָיָי יָאוּשׁ שְׁלֵא מְדַעַת וְכִינּוּ דְנִזְכָּר מִיָּד מְקוּדָם שְׁבָאוּ לִיד
הַמוֹצָא ע"פ הַסְּבָרָא דְאָמְרוּ דְמִסְתַּמָּא שְׁכַחוּם וְנִתְיָאֲשׁוּ מִיָּד א"כ אֵי נִימָא דְבַעַת דְּנִזְכָּר
מִן הַחֲפֵץ יָדַע אֲזַּז מְקוּמָם א"כ ה"ל לִילְיָהּ וְלִיְטוּלָה אֶת הַחֲפֵץ מֵאוֹתוֹ הַמְקוּם פִּינּוּ דְהָיָי מְקוּם
שְׁאִינוּ מְשַׁתְּמָר לְגַמְרֵי וְע"כ מוֹכַח דְבַעַת דְּנִזְכָּר מִן אֲבִיחַת הַחֲפֵץ דְהַיְחִיחוּ בְּאֵיזָה מְקוּם
נִשְׁכַּח מִמֶּנּוּ ג"כ הַמְקוּם שְׁהוֹנְחוּ שָׁם ע"כ י"ל דְלִכְנָן ס"ל לְחַד מ"ד דְּמְקוּם לֹא הָיָי סִי
דְכִינּוּ דְמִיָּד דְנִזְכָּר מֵאֲבִיחַת הַחֲפֵץ נִשְׁכַּח אֲזַּז מְקוּמָן ג"כ: א"כ מִסְתַּמָּא נִתְיָאֲשׁוּ מִיָּד פִּינּוּ
שְׁאִין לוֹ סִי בְּהַחֲפֵץ וְלֹא בְּהַמְקוּם פִּינּוּ דְשִׁכְחוּ מְקוּמוֹ אֲזַּז ע"כ נִתְיָאֲשׁוּ מִיָּד כֵּן הוּא טַעַם
הַמ"ד דְּמְקוּם לֹא הָיָי סִי: וּמֵאֵן דַּס"ל מְקוּם הָיָי סִי כַּדְקִי"ל טַעַמוֹ דִּי"ל דְבַעַת שְׁנִזְכָּר
מִהַחֲפֵץ עוֹלָה עַל רַעֲיוֹנוֹ אֲזַּז לְזַכָּר לְאֵט לְאֵט מְקוּם הַחֲפֵץ.

כְּמוֹ שְׁמַצִּינוּ ב"ח מ"מ סִי כ"ט בְּעַדִּים שְׁאָמְרוּ אֵינָם זוֹכְרִים עִתָּה דִיכוֹלִים אַח"כ לֹמַר נִזְכָּרְנוּ
וְכַמוֹ ב"ח מ"מ סִי ע"ה וְסִי ע"ט בְּבַע"ד שְׁיִכּוֹל לֹמַר נִזְכָּרְתִּי וְכַמוֹ דְּמִבְּנִיחָר בְּסִי נ"ט דְּזָהוּ
מְצוּי קֶצֶת דְּמִתְחַלְלָה שְׂכַח וְאֵח"ז נִזְכָּר אֲזַּז דִּי"ל הַטַּעַם דְלִכְנָן הָיָי מְקוּם סִי דִי"ל דְאָף דְלֹא
שְׂכַח מְקוּמוֹ מ"מ אוֹלֵי אֵיזָה סִיבָּה קָרָה לוֹ שְׁלֵא יוֹכַל אֲזַּז תִּיכְף לִילְיָהּ לִיְטוּלָה וְסָמָּךְ עַל סִי
מְקוּמוֹ שְׁיֵשׁ לוֹ וְלֹא הָיָי אֲבִיחַת מְדַעַת וְכַעֲיֵן זֶה מְבֹאֵר בְּרָא"ש ב"ב מ"פ סִי ח' בְּזוֹה"ל
דִּי"ל שְׁהַבְעֵלִים הַיְחִיחוּם שָׁם לְפִי שְׁעָה לְשׁוּב לְקַחְתּוֹ וּבְמְקָרָה לֹא יָכְלוּ לְקַחְתּוֹ מִיָּד כו'
עכ"ל אַף מֵאֵן דַּס"ל מְקוּם לֹא הָיָי סִי ס"ל דְכִינּוּ דְהָיָי מְקוּם דְאֵינוּ מְשַׁתְּמָר לְגַמְרֵי שְׁפִיר
י"ל דַּה"ל לְחַזוֹר וְלִיְטוּלָה מִיָּד דְנִזְכָּר וְלֹא לְסָמוּךְ עַל הַסִּי מְקוּם.

וְגַם הַסְּבָרָא נוֹתְנָת דְכִינּוּ דְשִׁכַּח אֲזַּז הַמְקוּם נִתְיָאֲשׁוּ אֲזַּז דְלֹא יָכוֹל לְסָמוּךְ עַל מַה שְׁיִזְכָּר
הַמְקוּם לְאֵט לְאֵט דְזָהוּ אֵינוּ מְצוּי כ"כ. וְלֹא עֲלָה עַל רַעֲיוֹנוֹ שְׁיִזְכָּר א"ע וְע"כ מִתְיָאֲשׁוּ
אֲזַּז מִיָּד שְׁנִזְכָּר וְאֵין לוֹ סִי בְּחֲפֵץ וְלֹא בְּמְקוּם וְע"כ אֵינוּ מְחַנְיֵיב הַמוֹצָא לְהַכְרִיזָא אִם
יֵשׁ סִי מְקוּם מְשׁוּם דְנִדְאֵי אֵינוּ יוֹדֵעַ סִי הַמְקוּם מְדָלָא בְּאֵ מִיָּד לִיְטוּלָה מְקוּמוֹ: וְלִפ"ז
אֵינוּ קָשָׁה עַל הַמ"ד דְּמְקוּם לֹא הָיָי סִי מְהָא דְתַנִּינּוּ מִחֲזִירֵין פִּירוֹת סָמוּךְ לְהַפְלִי דִי"ל
דְבִאֲמַת סִי מְקוּם הָיָי ס"א ל"כ ע"כ מְשׁוּם דְלֹא שְׁכִיחַ דִּיתְרַמִּי שְׁיָאֲבַד אַחַר חֲפָצוֹ סָמוּךְ לְכִלֵּי
שֶׁל חֲבִירוֹ אוֹ מִצַּד קְוֹרְבָא כַּנ"ל וְהָתָם לֹא שְׁיָיָהּ הָאֵי סְבָרָא דְלָמָּה לֹא בְּאֵ לִיְטוּלָה הַחֲפֵץ
מִיָּד שְׁנִזְכָּר מִן אֲבִיחַת הַחֲפֵץ דְהָא מְקוּם הָאֲבִיחַת אֵינוּ יוֹדֵעַ לוֹ גַּם הַיּוֹם רַק שְׁיִזְכָּר שְׁחֲפָצוֹ
מִן־כִּלֵּי פ' אוֹ סָמוּךְ לְהַפְלִי ע"כ זֶה הָיָי ס"א ל"כ ע"כ מְשׁוּם סִי מְקוּם שֶׁל הַנְּחַת אֲבִיחַת
דְבָזָה שְׁיָיָהּ לֹמַר דְהָיָה לוֹ לְחַזוֹר וְלִיְטוּלָה אֶת הַחֲפֵץ מְקוּמוֹ וּמְדָלָא בְּאֵ מִיָּד מוֹכַח דְאֵינוּ
יוֹדֵעַ מְקוּמוֹ וְנִתְיָאֲשׁוּ מִיָּד ע"כ ס"ל דְּמְקוּם לֹא הָיָי סִי וּמִתְנַרְץ קוֹנְשִׁיחֵי הַנְּל: עַנְיָה ג' אַף
לְכַאוּרָה יֵשׁ לְסַתְּרָה לְכָל מֶש"כ מִן גַּמ' מְפִרְשֵׁת ב"ב מ"ד דָּף כ"ג ע"ב דְאָמַר רַב מְרִי מ"ט

אמרו רבנו מקום לא הוי סי' דא"ל פי היכי דאיתרמי לדידהו האי מקום איתרמי לחברו
האי מקום אלמא דמפנרש טעם אחר על מ"ד דמקום לא הוי סי': וי"ל דאין מזה סתירה
פלל לדבריו ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ג' במש"כ הט"ז באה"ע
סי' י"ז דמקום מצומצם הוי סימן מובהק ונדקא במקום שאינו מצומצם פליגי אמוראי
אי הוי ס"א או לא והקשיתי עליו מהא דב"מ דף כ"ג הג"ל בא"ד אמר רב מרי מ"ט אמרו
רבנו מקום לא הוי ס"מ כו'.

ופי' רש"י נפ"מ אף בכינון מקום מושבה מסויינים לא הוי סי' אלמא דאף בצמצום מקומה
ס"ל לחד מ"ד דלא הוי סי' ותרצתי שם ע"פ מש"כ השמ"ק שם בפשיטת רש"י בכוננתו
משום דקשה איהו אמר רב מרי בפשיטות דמ"ט אמרו רבנו מקום לא הוי סי' הא באמת
פליגי אמוראי בזה וגם הא קיי"ל דמקום הוי סי' וע"כ מוכח דרב מרי קאי על מה דאמרו
שם מקודם דברקתא דנהרא לכ"ע לא הוי סי' מקום ובל"ק מפרש רב מרי מ"ט אמרו
רבנו דברקתא דנהרא לא הוי סי' כו' וע"ז אמרו א"ד אמר רב מרי מ"ט אמרו רבנו מקום
לא הוי סי' כו' וקאי ג"כ על רקתא דנהרא רק דנפ"מ אי כינון מקום מושבה מסויינים דל"ק
ס"ל דכה"ג הוי סי' אף ברקתא דנהרא ול"ב ס"ל דאף כה"ג לא הוי סי' ברקתא דנהרא
ולפ"ז א"ש מה שלא כתב רש"י דנפ"מ בסי' מקום באינו רקתא דנהרא אבל לפמש"כ
א"ש והארבתי בכ"ז בספרי שם והטעם דשאני רקתא דנהרא לפי דהפל מניחים שם
חביותיהם ע"כ אף מקום מצומצם לא הוי סי' להו"א א"ד: וי"ל דרב מרי ס"ל באמת
כדקיי"ל מקום הוי סי' משום דאמרינו דמה דלא בא מיד דנזכר מן אבידתו ליטול החפץ
ממקומו משום דאיזה סיבה קרה לו שלא יהיה יכול לילה ליטול מיד וסמך על הסי' מקום
דיש לו ולא נתייאש פנ"ל ל"מ"ד דמקום הוי סי' ולפ"ז מיבעי לן לומר דאם כינון מושבה
מסויינים יהיה סי' אף ברקתא דנהרא ע"ז הוכרח רב מרי לומר הטעם דלא הוי סי' משום
דכי היכי דאיתרמי כו' דברקתא דנהרא שיהו ה"ט אף בצמצום המקום ולעולם ס"ל לרב
מרי אף בא"ד פמו דס"ל לרב מרי בל"ק דמקום הוי סי' רק ברקתא דנהרא שאני אבל
מאן דס"ל מקום לא הוי סי' טעמו משום דכיין דלא בא מיד דנזכר ליטול החפץ ממקומו
דמסתמא שכתח מקומו ונתייאש ואין זה סתירה פלל לכל מש"כ בטעם מ"ד דמקום לא
הוי סי': וע"פ מש"כ בטעמו דמ"ד דמקום לא הוי סי' יש לתרץ עפ"ז מה דיש להקשות
לפי דברי הט"ז הג"ל דבמקום מצומצם לכ"ע הוי מקום סי' דא"כ קשה בהא דב"מ דף
כ"ה ע"א עלה דצבורי פירות ומעות חייב להכריז דמוכית הש"ס ש"מ מקום הוי סי'.

הא י"ל דאין זה הוכחה דאפשר דלכן חייב להכריז דלמא יתן האובד סי' מקום בצמצום
דזה הוי סי' לכ"ע ומגלן להש"ס להוכיח כמ"ד דמקום הוי סי' דהא פלוגתיהו הוא בלא
צמצום מקומו אכן לפמש"כ א"ש דהא באמת זה מוכח לכ"ע דסי' מקום באמת אף בלא
צמצום מקומו הוי סי' פנ"ל להוכיח מהא דמצא פירות סמוך לפלי אף דעיקר הטעם
דמ"ד מקום לא הוי סי' משום דכיין דלא בא ליטול החפץ מיד שזנכר מאבידתו מזה
מוכח דנשפח מפנו מקומו ונתייאש אז כיין דאין לו סי' בחפץ ובמקום א"כ ה"ט שיהו
אף בצמצום מקום באבידה ואלא מהני לפ"ז אף צמצום המקום באבידה רק בעגונא
בהפרת בעלה וכה"ג שפיר י"ל כמש"כ הט"ז דצמצום המקום הוי ס"מ ולכן שפיר מוכיח
הש"ס מהא דצבור פירות דש"מ מקום הוי ס"מ: ענף ד' נעדיין יש להקשות בהא דב"מ
דף כ"ג ע"ב בל"ק דרב מרי דאמר מ"ט אמרו רבנו רקתא דנהרא לא הוי סי' כו' דלפי'

רש"י שם מוכח דבצמצום מקום הוי סי' לל"ק דרב מרי אף ברקתא דנהרא פנ"ל בארנפה
א"כ קשה דאמאי אמרו שם דלכן מצא חביות יין ושמן הרי אלו שלו ברקתא דנהרא
דלא הוי מקום סי' וקא מ"מ יהיה חייב להכריז דלמא יתן האובד סי' מקום בצמצום
מקומו דזהו חשוב לסי' אף ברקתא דנהרא ואמאי הוי שלו בשלמא בקא דאמרו שם
מקודם להוכיח מהא דמצא חביות כו' דאי ס"ד מקום הוי סי' לכרוז מקום כו' אינו קשה
דקא עדיין יש להקשות דאף אי נימא דמקום לא הוי סי' מ"מ יהיה חייב להכריז שמה
יתן האובד סי' בצמצום המקום דזהו סי' לכ"ע כמש"כ הט"ז פנ"ל די"ל כמש"כ מקודם
לתרץ עפמש"כ בסוגיא דדף כ"ה דמוכח הש"ס שם מצבורי פירות דמקום הוי סי'
וכמש"כ לעיל בארנפה לתרץ זה פן י"ל בזה אבל עדיין תקשה בקא דברקתא דנהרא
דבצמצום מקום הוי סי' לל"ק דרב מרי כפי' רש"י א"כ תקשה דאמאי הרי אלו שלו דקא
יש לו להכריז דלמא יבא א' ויתן סי' בצמצום מקום דהוי סי': ואפשר לומר דקא עיקר
החשש הוא בהינות שמה עמד לפוש ושכחון שם כפי' התוס' והרא"ש ר"פ א"מ פנ"ל
דאלו בנפילה בלא"ה לא הוי מקום סי' פנ"ל ע"כ לא שכיח ביה דיצמצום מקומו ממש
דקא בעת שהניחו לפוש לא היה מעלה אז על דעתו דיהיה צריך לאח"ז להסימן.

ע"כ לא דקדק אז בעת הנחתו על צמצום המקום ע"כ לא חשו להכריז משום זה הסי' רק
אם אינרע דיודע הסי' בצמצום המקום מהני אף ברקתא דנהרא ויש להאריך בכ"ז: ולפ"ז
מתורץ מה שהקשיתי לעיל דף כ"ה דמוכח הש"ס מצבורי פירות דש"מ מנין כו' תני
צבור פירות.

ש"מ מקום הוי סי'. קא י"ל דשניהם ביחד סי' מנין וסי' מקום מהני ביחד.

אבל כ"א בפ"ע לא מהני ומאי מוכיח הש"ס: אבל לפמש"כ א"ש דשפיר מוכיח הש"ס
ש"מ מנין הוי סי' דאי נימא דשא"ה דהוי מנין בצירוף סי' מקום א"כ תקשה דל"ל למתני
צבורי פירות דקא אף צבור פירות דליכא סי' מנין ג"כ חייב להכריז משום סי' מקום
פיין דסי' מקום בעצם מהני אף שהוא לבדו ג"כ הוי סי' מעליא דלא גרע מן פירות סמוך
לפלי פנ"ל.

רק עיקר הסברא דמ"ד דמקום לא הוי סי' טעמו משום דכיון דלא בא מיד ליטול החפץ
ממקומו מוכח דשכח מקומו בעת שנזכר מאבידתו מקודם שבא ליד המוצא א"כ הוי
יאוש ואם נימא דידע המקום אף לא חזר ליטול ממקומו א"כ הוי כמו פל אבידה מדעת
פיין דלא הוי מקום הפשתמר ועיין בסי' רס"א סעיף ד' ובש"ף שם ס"ק ג' ובסי' ר"ס
סעיף יו"ד בהגהת רמ"א שם ובש"ף שם: ולפ"ז ממילא לא מהני אף ע"י צירוף סי' מנין
וסי' מקום ביחד פיין דאי נימא דמנין בלבד לא הוי סי' רק ע"י צירוף לסי' מקום ביחד
א"כ ממילא לא יהיה מועיל שניהם ביחד דקא גם בזה שייך ה"ט דכיון דלא חזר ליטלו
ממקומו בעת שנזכר מאבידתו מוכח דנתניאש דנשפח ממנו סי' מקום איה הוא ועל סי'
מנין לא שייך לומר דסמוך עליו פיין דמנין לחוד לא מהני אלא בצירוף סי' מקום וכיון
דשכח לסי' מקום א"כ לא יחזירו לו ע"י סי' מנין לחוד ונתניאש בנדאי [ועיין בתוס'
סנהדרין ד' נ"ג ע"א ד"ה קא כו'.

וב"מ ד' ט"ו ע"ב ד"ה ונתן לו כו' ובערכין ד' ל' ד"ה דלמא אינה מכורה כו' ובש"ף ח"מ
סי' מ"ב ס"ק כ"ב ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז סוף ענף א' ובח"מ סי' ר"ס סעיף

זיי"ן וקצרתיו בכ"ז]. ואמאי חייב להכריז דהא לפ"ז לא מהני אף צבורי פירות אף דיש
סי' מנינוסיל' מקום ביחד וכיון דחזינו דצבורי פירות מחזירין ומוציאין מהמוצא א"כ מוכח
דסי' מנינו לחוד מהני דאי נימא דוקא ע"י צירוף סי' מקום משום דתלינו דמה דלא חזר
ליטלו ממקומו הידוע לו הנה מחמת איזה מקרה או דאף דנשפח המקום ממנו הנה עולה
על רעיונו דיראה לזכור מקומו לאט לאט וכמו שפירשתי לעיל בטעמו דהמ"ד דמקום
הוי סי' א"כ לפ"ז מבעי להיות מועיל אף צבור פירות דליכא סי' מנינו בי' מ"מ חייב
להכריז דהא סי' מקום שייך בי' ומקום הוי סי' בעצם דלא גרע מן פירות סמוך לכלי
כנ"ל וכיון דלא תני במשנה צבור פירות רק צבורי פירות מוכח דצבורי פירות דמחזירין
הוי משום סי' מנינו לחוד משום דמקום לא הוי סי' מהו טעמא דכתבתי דמוכח דנתתיאש
מדלא חזר מיד ליטלו ממקומו אם הנה נזכר מהמקום כנ"ל: ולכן שפיר אמרו דאי תנו
צבורי פירות דש"מ מנינו הוי סי' רק דמדתהו תני צבור פירות וזיל הכא קמדתהי ליה
ומתורץ קושיותי הג"ל בעז"ה על נכון.

ע"כ אינו סתירה מזה הסוגיא כלל על מש"כ התוס' שם בתי' הב' די"ל דמנינו וחרוזה הוי
סי' אבל כ"א בפ"ע י"ל דלא מהני וע"כ יש לסמוך ע"ז להקל בתקנת עגונות פדברי
הפמ"א דשני סי' גרועים מצטרפי להיות כמו ס"א ולא פדברי האחרונים בתשובותיהם
דסתרו דבריו בפשיטות [וגוף דברי הפמ"א לא ראיתי פי אינו ת"י רק ראיתי פדברי
האחרונים דהביאו דבריו ואחרי פתבי כ"ז ראיתי בחידושי ר' עקיבא איגר זצ"ל
לחידושי על ב"מ בסוגיא זו ד' כ"ה דהקשה פן על דברי התוס' הג"ל ונשאר בצע"ג
אבל לפמ"ש כ"א ש"ב בעז"ה: ענף ולכאורה יש להעיר במש"כ התוס' די"ל דמנינו וחרוזה
הוי סי' א"כ תקשה על מש"כ התוס' בב"מ דף כ"ד ע"א ד"ה אבל שנים חייב כו' ומתניתין
דקתני מחרוזות של דגים ה"ה שלו כו' א"נ מייירי דרף הינוח וליכא אלא מחרוזת א' כו'
ועיין במהרש"א שם ועיין לעיל דף כ"א תוס' ד"ה אלו מציאות כו' א"כ תקשה אמאי
מחרוזות דגים ה"ה שלו אף דליכא אלא מחרוזת א' מ"מ הא יש שם סי' חרוזה וסי' מקום
ביחד כיון דהוי דרף הינוח ושניהם ביחד הא מצטרפי.

וכבר כתבתי לעיל די"ל דאף תי' הא' של התוס' ב"מ דף כ"ה ד"ה ש"מ מנינו הוי סי' מודו
בזה דמצרפין שני סי' גרועים כנ"ל ואפשר לומר דשאני מחרוזות דגים דלא הוי אף סי'
גרוע כלל ודוקא מחרוזת של בשר הוי לכל הפחות סי' גרוע פדמצינו דסמכינו ע"ז גבי
בשר שנתעלם וכמש"כ התוס' ב"מ דף כ"ג ע"ב ד"ה מחרוזות כו' ובחולין דף צ"ה בתוס'
שם וכן מחרוזות קרדומות הוי סי' גרוע ובזה פתבו התוס' דמנינו וחרוזה הוי סי' משא"כ
מחרוזת של דגים דמצוי דגים בחרוזות ע"כ לא הוי סי' גרוע ג"כ ע"כ בחרוזת של דגים
לא מצרפין סי' חרוזה עם סי' מקום ולכן שפיר פתבו התוס' במחרוזת דגים דלמ"ד סי'
מקום לא הוי סי' כלל מייירי מתניתין בדרף הינוח ואפ"ה לא מהני סי' חרוזה בסי' מקום
כלל וכמש"כ התוס' ב"מ דף כ"א ד"ה א"מ וכעין זה כתב הנו"ב בסי' נ"א דארוך וגוין
סתמא לא הוי אף בגדר סי' גרוע כלל רק מייירי שם בארוך וגוין הרבה: וכבר כתב פן
התה"ד בכתביו סי' קס"א] ולכן התוס' ב"מ דף כ"ג ד"ה מחרוזות כו' שבהיאו בשם
התוספתא דה"ה מחרוזות של בשר הקשו אח"ז והא אמרו בפ"ג ה' בשר בחרוזים הוי
סי' ולא הקשו מיד על מחרוזת דגים ה"ה שלו דתנו במתניתין מהא דחולין משום דהיייתי
מחלק כמש"כ דשאני דגים במחרוזות דשכיח משא"כ בשר בחרוזת לא שכיח ע"כ דוקא

אחר דהביאו התוספתא דמחרוזא בְּשֵׁר ה"ה שְׁלוּ הַקְשׁוּ מְהָא דְחֻלְיִין וּכ"ז פְּשׁוּט: וע"פ מש"כ דְּשִׁיטַת הַתּוֹסֵף ב"מ דף כ"ה דְּשִׁנֵּי ס' גְּרוּעִים מְצַטְרְפִים לְהִיּוֹת ס' אֲמַצְעֵי א"כ מִזֶּה יִהְיֶה סִיּוּמָא לְשִׁיטַת הַמְּשָׁאָת בְּנִימִין בְּס' ס"ג דְּהַעֲלָה דְּשִׁנֵּי ס"א מְצַטְרְפִים לְהִיּוֹת ס' מְוִבָּהּ דְּאִינוּ מוֹעִיל גְּפָרְד מוֹעִיל מְחֻנְפָר אִף בְּמִש"כ הַמ"ב שֶׁם דְּשִׁנֵּי ס' גְּרוּעִים אִינֵם מְצַטְרְפִים לְהִיּוֹת ס"א בְּזֶה הָעֵינְקָר כְּמִש"כ הַפּמ"א פּנ"ל פִּינּוּ דְּהוּי סִיּוּמָא לְדְבָרֵי מִן הַתּוֹסֵף דב"מ הַנ"ל אִף הָעוֹמֵד לְנֶגֶד זֶה הוּא שִׁיטַת הָרֵא"ש בְּתִשׁוּבָה כָּלֵל נ"א ס' א' וע"כ הֵיכָא דְּלְשִׁיטַת הָרֵא"ש יֵשׁ הָיִתָּר אַחַר אֲזוּ יֵשׁ לְסַמְנָה עַל סְבֵרַת הַפּמ"א [ובמק"א הָאֲרַכְתִּי הַרְבֵּה בְּזֶה בְּסוּגְיָא דְּפְרִידוֹת דְּחֻלְיִין דָּף ע"ט וּכְמִש"כ בְּתִשׁוּבַת גְּבַעַת שְׁאוּל ס' א' ובנו"ב ח' אה"ע במ"ת ס' ס"ו וּמָה שֶׁהֵבִיא שֶׁם דְּבָרֵי הַר"נ וּפִי רִש"י וְאֲכַמ"ל] וּבְאֲמַת י"ל דָּאָף דְּנִימָא דְּתִי א' שֶׁל הַתּוֹסֵף ב"מ דף כ"ה הַנ"ל דְּס"ל דְּשִׁנֵּי ס' גְּרוּעִים לֹא מְצַטְרְפִי לְהִיּוֹת ס"א מ"מ מוֹדוּ דְּשִׁנֵּי ס"א מְצַטְרְפִים לְהַחֲשֵׁב ס"מ דְּאִין לְנוּ לְהַרְבּוֹת בְּמַחְלָקַת בֵּין הַנָּךְ שְׁנֵי תִירוּצִים דְּהַתּוֹסֵף: וְגַם פֶּן מוּכַח מְהָא דְּכַתְּנֻבוֹת דָּף פ"ה ע"ב גְּבִי הֵהוּא גְּבָרָא דְּאִפְקִיד שֶׁב מְרַגְנִימָא דְּצִינְרֵי בְּסִדְנָא כו' וְעוֹד הָא קִיָּהִיב סִימְנָא וּפִי רִש"י בד"ה סִימְנָא דְּאָמַר בְּסִדְנָא הֵם צְרוּרוֹת וְהֵם שְׁבַע עַכ"ל מִשְׁמַע מְמַנּוּ דְּמִנְיָן לְבַד לֹא הוּי ס"מ אֲלָא ס"א דְּזֶה לֹא מְהַנִּי הֵתֵם כְּמִבְּנֹאָר בַּח"מ ס' רצ"ז ע"כ פִּי רִש"י שֶׁם דְּזֶה הוּי ס"מ פִּינּוּ דְּאָמַר בְּסִדְנָא הֵם צְרוּרוֹת וְהוּי ס' מְקוּם וּס' מִנְיָן בְּיַחַד וּס"ל לְרִש"י דָּאָף דְּכ"א בַּפ"ע לֹא מְהַנִּי אַפ"ה שְׁנֵי הֵם בְּיַחַד מְצַטְרְפִי לְהִיּוֹת ס"מ וְעִינּוּ בַּב"ש ס' י"ז ס"ק נ"ה וּבַט"ז שֶׁם וּמִש"כ שֶׁם בְּשֶׁם הַח"מ דְּמִדְּיִיק מִן רִש"י יְבָמוֹת דָּף קכ"ב דְּס"ל מִנְיָן לְבַדוּ הוּי ס"מ וְאֲכַמ"ל וְכַעַת מְצָאֵתִי בְּהַפְּלָאָה לְכַתְּנֻבוֹת שֶׁם שְׁכ"כ וְאִף דְּהַתּוֹסֵף בְּכַתְּנֻבוֹת שֶׁם הַקְשׁוּ עַל רִש"י בְּזֶה מְהָא דִּיבְמוֹת דָּף קט"ו דְּמִשְׁמַע דְּכַה"ג לֹא הוּי ס' כְּפָר דְּחָה זֶה הַמְּגִינֵי שְׁלֵמָה בְּטוֹב טַעַם ע"פ מִש"כ הַתּוֹסֵף בִּיבְמוֹת שֶׁם דְּמִינְרֵי שֶׁם בְּמִדָּה דְּדָרָף בְּנֵי אֲדָם לְהַצְנִיעַ בְּמִדָּה זֹו וְע"כ הָאָא פְּשִׁיטָא פִּינּוּ דְּאִין דָּרָף ב"א לְהַפְּקִיד סָף בְּזֶה דְּנֹקָא וְגַם בְּסִדְנָא אִין דָּרָף לְהַצְנִיעַ מְרַגְלִיּוֹת ע"כ הוּי ס' מִשְׁא"כ שְׁנוּמְשָׁמִין דָּרָף לְהַצְנִיעַ בְּחִבּוּיּוֹת עַכ"ל הַמְּג"ש: וְכַבֵּר כְּתַבְתִּי בְּמַק"א לְהוֹכִיחַ כְּשִׁיטַת הַמ"ב דְּשִׁנֵּי ס' אֲמַצְעִים הוּי ס' מְוִבָּהּ מְהָא דְּפ' אִין מְעַמִּידִין דָּף מ' דְּרַב הוּנָא אָמַר עַד שְׁתֵּהָא רֵאשׁ וְשִׁדְרָה גִּיפָר וּר"נ אָמַר אוּ רֵאשׁ אוּ שִׁדְרָה וְלְכַאוּרָה קִשְׁהָ עַל רַב הוּנָא דְּלָמָּה לִיָּה רֵאשׁ וְשִׁדְרָה הָא פִּינּוּ דְּאֲמַרִּינּוּ שֶׁם בְּדָף ל"ט ע"א דְּלִיכָא דָּג טָמָא דְּאִית לִיָּה שִׁדְרָה א"כ יִהְיֶה סְגִי בְּחַד ס' וְדוּחַק לֹאמַר דְּרַב הוּנָא פְּלִיג ע"ז וּס"ל דְּאִיכָא דָּג טָמָא דְּאִית לִיָּה שִׁדְרָה דְּהָא זֶה הוּי פְּלוּגְתָא בְּמִצִּיאוֹת וְיִדְעֵתִי מָה דְּמִצִּינוּ פְּלוּגְתָא דְּתַנְאֵי בַּב"מ דָּף כ"ח וּיְבָמוֹת דָּף ק"כ בְּשׁוּמָא כו' אֲבָל אִין זֶה עֲנִין לַנ"ד] לְכֹן נִרְאֶה לִי דְּרַב הוּנָא ס"ל דְּרֵאשׁ אוּ שִׁדְרָה לֹא הוּי ס"מ אֲלָא ס"א וְכִמוּ דְּאֲמַרִּינּוּ בְּכָל ס' אֲמַצְעֵי דְּלָמָּא אֲתַרְמִי פְּמוֹתוֹ וְכִמוּ דְּאִיתָא בְּחֻלְיִין בְּסוּגְיָא דְּפְרִידוֹת דְּמוּכַח מְהֵתֵם דְּאִף בְּאִיסוּרִין לֹא סְמְכִינּוּ עַל סִימְנִין אֲלָא אִי סִימְנִין דְּאוּרִייתָא פְּדוּכַח מִן פִּי רִש"י שֶׁם דְּפִי דְּהַש"ס מוּכִיחַ הֵתֵם מְהָא דְּסְמְכִינּוּ עַל ס' בְּפְרִידוֹת דְּמוּכַח מִזֶּה דְּסִימְנִים דְּאוּרִייתָא בְּמָה דְּאִיבְעִיא לְהוּי בַּב"מ דָּף כ"ז וְהָא דִּי"ל דְּלָמָּא הֵתֵם דְּנֹקָא הוּא מְשׁוּם דִּישׁ שְׁנֵי סִימְנִים כְּפָר הָעִירוּ מִזֶּה הָאֲחֻרוּנִים וְתִירְצוּ הֵיטֵב וּמָה דִּישׁ לְהַקְשׁוֹת לַפ"ז דְּאִיךְ כְּתָבוּ הַטּוֹר וְשׁו"ע לְסַמְנָה לְהַקְלַל עַל ס' בְּפְרִידוֹת כְּפָר תִּירְצֵתִי זֶה הֵיטֵב בְּסִפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' אה"ע ס' ו' עֲנָף י"ב ע"ש וּכ"ז הוּא דְּלֹא כְּמִש"כ בְּסִפְרֵי שֶׁם עֲנָף א' דְּבְּאִיסוּרִין סְמְכִינּוּ עַל סִימְנִין אִף אִם סִימְנִין לֹא דְּאוּרִייתָא וּכְמִש"כ

הָאָבֶן עוֹזֵר מִתְחַלֵּה וּשְׁאָרֵי אַחֲרוֹנִים מְשׁוּם דְּמַצְאָתִי בְּהַרִיטְבָּ"א לִב"מ פ"ב בְּהַשְׁמָטוֹת דס"ל דְּגַם בְּאִיסוּרֵינָן לֹא סְמִינָן עַל סְמִינָן אִי סִימְנִין לָאוּ דְאִוְרֵייתָא אֶלָּא בְּעֵינָן סִי מוֹבָהקָה כְּמוֹ בְּגִט וְעִיגוֹנָא וְדַבְרֵי הַרִיטְבָּ"א הֲנָ"ל הוּבָא בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' אה"ע ס' ו' עֲנָף ח' ע"ש: ולפ"ז אֲתִי שְׁפִיר הָא דס"ל לְרַב הוּנָא דְבְּעֵינָן רֵאשׁ וְשִׁדְרָה מְשׁוּם דְּחָדָא מִיְנִינְיָהּ לֹא הָוִי ס"מ רַק ס"א וְזֵה לֹא מְהַנִּי בְּאִיסוּרֵינָן ג"כ אִי נִימָא דְסִימְנִין לָאוּ דְאִוְרֵייתָא אֶבְל ע"י ס' רֵאשׁ וְשִׁדְרָה בְּיַחַד הָוִי ס"מ ור"נ ס"ל דְּשִׁדְרָה לְחוּד סְגִי טַעְמוֹ מְשׁוּם דְּרֵאשׁ אוֹ שִׁדְרָה הָוִי ס"מ א"כ לפ"ז יִהְיֶה מוֹכַח לְמֵאִי דְקִי"ל הֵתָם כְּרַב הוּנָא דְבְּעֵי רֵאשׁ וְשִׁדְרָה וְאִף דְּסַתְמָא דְגַמ' שְׁם לְעֵיל דָּף ל"ט ע"א אָמְרוּ בְּפִשְׁטוֹת דְּדָג טְמֵא לִית לֵיהּ חוּט הַשְׁדְרָה כְּנ"ל וְעכ"ז הִצְרִיכוּ לְשַׁנְיָי הַסִּימְנִים הֲנָ"ל א"כ מוֹכַח מְזֵה כְּשִׁיטַת הַנו"ב בְּשֵׁם הַרֵא"מ דְּשַׁנְיָי ס"א הָוִי ס"מ כָּל זֶה כְּתַבְתִּי מִכְּפָר.

אֲכַן רֵאִיתִי בְּהַר"ן שְׁם שְׁפַתְבּ בְּטַעְמֵיהָ דְרַב הוּנָא דְבְּעֵי רֵאשׁ וְשִׁדְרָה מְשׁוּם דס"ל דְּדָג טְמֵא יֵשׁ לוֹ רֵאשׁ אוֹ שִׁדְרָה אֶבְל אִין בִּיָּה שְׁנֵי הַסִּימְנִים הִלְלוּ בְּיַחַד וְרַב נַחְמָן ס"ל דְּגַם רֵאשׁ אוֹ שִׁדְרָה אִין לְדָג טְמֵא וְהָד סוּגְיָא דָּף ל"ט דְּדָג טְמֵא לִית לֵיהּ חוּט הַשְׁדְרָה אֶזְלָא לר"נ וְגַם הִבִּיא שְׁם בְּשֵׁם הַרֵאָב"ד דִּישׁ לוֹ שִׁטָּה אַחֲרַת בְּזֵה ע"ש.

א"כ לפ"ז נִדְחָה מֵהַ שְׁהוֹכַחְתִּי מֵהָד סוּגְיָא אֲכַן י"ל דְּהַר"ן לְשִׁיטְתוֹ דְּכַתְבּ בְּחִידוּשָׁיו לְחַוְלִין דָּף ע"ט גַּבִּי פְרִידוֹת דְּהוֹכִיחוּ שְׁם דְסִימְנִין דְאִוְרֵייתָא דְשֵׁנֵי שְׁם דְּהַנָּה ס' הָוִי בְּטַבְעָה ע"כ עֲדִיפִי ע"ש לְכַן ס"ל דְּהַ"ה הָד ס' דְרֵאשׁ אוֹ שִׁדְרָה אִף חַד מִיְנִינְיָהּ הָוִי ס"מ כִּינּוּן דְּהָוִי בְּטַבְעָה הַבְּרִיאָה וְע"כ פִּי כֹן גַּבִּי רֵאשׁ וְשִׁדְרָה אֶבְל לְפִירֵשׁ רש"י שְׁם בְּחַוְלִין דְּכַתְבּ בְּכּוֹנוֹת הַש"ס הֵתָם דְּמוֹכַח מֵהָא דְפְרִידוֹת דְּהַ"ה בְּאַבְיָדָה וְגַט הָוִי ס' דְאִוְרֵייתָא.

וְאִינוּ מְחַלְקִין בֵּין מַה שְׁהוּא בְּטַבְעָה לְבִין סִימְן שְׁאִינוּ בְּטַבְעָה ע"כ לפ"ז אֲתִי שְׁפִיר לְכָל מַש"כ וְקַצְרֵתִי בְּכ"ז וְעֵינָן בְּרֵא"ש פ' א"מ דָּף מ' וְכַעַת מַצְאָתִי בְּהַרִיטְבָּ"א פ' א"מ דָּף מ' שְׁם שְׁפַתְבּ ג"כ לְפִרְשׁ הָא דְרַב הוּנָא דס"ל רֵאשׁ וְשִׁדְרָה כְּמַש"כ הַר"ן כְּנ"ל וְעֵינָן בְּפִר"ח וְכַרו"פ לִי"ד ס' פ"ג: וְכֹן יֵשׁ לְהַעִיר מְזֵה בְּמַש"כ הַתּוֹס' בִּיבְמוֹת דָּף ק"ב ד"ה אָמַר רַבָּא כו' בְּתִי הַג' דְּחִשְׁבִּי פִּיס וְטַבְעָת ס"מ דְּאֶפְשָׁר לֹאמַר דְּכּוֹנוֹתָם הוּא דְהַמ"ד דס"ל ס' דְרַבְּנָן יְפָרֵשׁ לְהָא דְמַצְאוּ קְשׁוּר בְּכִיס וְאֶרְנָקִי דְזֵהוּ פִּיס וְאֶרְנָקִי בְּיַחַד מְשׁוּם דְּשַׁנְיָי ס"א הָוִי ס"מ וְמ"ד דס"ל ס' דְאִוְרֵייתָא יְפָרֵשׁ לְהָא דְמַצְאוּ קְשׁוּר בְּכִיס וְאֶרְנָקִי הֵינּוּ פִּיס אוֹ אֶרְנָקִי דְהָוִי וְא"ו הַמְחַלְקִין אִף י"ל דְשֵׁא"ה דְהָוִי כְּמוֹ צְמִצּוּם מְקוּם דְּהַפִּיס מְוַנַּח בְּתוֹךְ אֶרְנָקִי וְהָוִי כְּמוֹ נִקְבּ בְּצַד אוֹת פ' וּבב"מ דָּף כ"ז הַגִּירְסָא מַצְאוּ קְשׁוּר בְּכִיס אוֹ בְּאֶרְנָקִי אִף בִּיבְמוֹת וְגִיטִין הַגִּירְסָא בְּכִיס וְאֶרְנָקִי ע"ש וְכָל מַש"כ הוּא מְוַכְרַח מְשׁוּם דְּלֹא שְׁנִינְיָהּ לֹאמַר דְּיָהוּי פְּלִיגִי בְּסִבְרוֹת הַפּוֹכוֹת אִם הָוִי פִּיס וְאֶרְנָקִי ס"מ אוֹ לֹא אֲכַן מְצִינוּ כְּעֵין זֶה בְּשׁוּמָא דְחַד ס"ל דְּהָוִי ס"מ וְחַד מ"ד ס"ל דְּלֹא הָוִי ס"מ וְקַצְרֵתִי: הִינְצָא לְנוּ מְכָל מַה שְׁנִתְבָּאָר דְּדַבְרֵי הַפּמ"א וּשְׁאָרֵי אַחֲרוֹנִים דס"ל דְּמַצְרְפִינוּ הַרְבֵּה ס' גְּרוּעִים לְהִיּוֹת חֲשׁוּבִים לַס"א דִּישׁ לְדַבְרֵיהֶם יְסוּד מִן הַתּוֹס' דב"מ הֲנָ"ל וְכַעַין זֶה מַצְאָתִי בְּהַשְׁוֹבַת מְהַר"ם מְלוֹבְלִין סוּף ס' נ"ז דְּצִירוּף שְׁם סִימְנִים גְּרוּעִים.

וּבְיֹתֵר מְבִנְיָר כֹּן בְּתַשׁוּבַת מְהַר"ם אֶלְשֶׁקֶר ס' ס"ז בְּשֵׁם הַרְמַב"ם בְּתַשׁוּבָה וְהוּבָא לְעֵיל ע"כ אִין לְהַזְנִיחַ דְּבַרֵי הַפּמ"א וְסִינְעָתוֹ. וְלְכַן הִיכָא דִּישׁ לְשִׁיטַת הַרֵא"ש הֵימַר מַצְד אַחַר כְּמוֹ שְׁיִבְנָאָר ע"כ יֵשׁ לְנוּ לְסַמְּוֹךְ בְּזֵה עַל דְּבַרֵי הַפּוֹסְקִים דְּהַנָּה ס' גְּרוּעִים חֲשׁוּבִים לַס"א

ולכן היכא דמהני ס"א מועיל בזה הרבה סי' גרועים וקא דינש לסתור זה מהא דב"מ דף כ"ה פבר נתפאר בעז"ה דאין זה קשה כנלע"ד: ענף ו והנני להעתיק פאן מש"כ פבר בקונטרס א'.

נידן עגונה אחת אשר בעלה היה יוצא מדעתו ר"ל ונאבד האישה הנ"ל זמן רב ואח"כ נמצא סמוך להדרף שהלך ולא הפירוהו היטב כד"ת ונמצא שהיה לבוש בקמיע שהיה עליו שנתן לו רופא מןמחה לרפואתו לחולי בלבול המוח שהיה לו והיו הרבה סימנים גרועים עליו היינו גדול בקומה הרבה שער זקנו קצר ודק מראה שערוותיו היה געל גם מצאו סביב טיבורו הרבה שערות שהיה מקיפות שם סביב כמו שהיה כל זה להאישה הנאבד הנ"ל ועל הקמיע שהיה סביב צנארו נמצא פתוב בתוך הקמיע שמו ושם אמו משה בן שרה וכל תנאר פניו פבר נשחת ונשאלתי אם להתייר מכללי העיגון גם פתבו אשר ע"פ החקירה והדרישה נתברר להם עפ"י מןמחין שדרפן של קמיעת הללו הוא לרפואה לחולי טירוף הדעת ובלבול המוח ר"ל ונתר הדברים יבוארו בתשובה זו וזה מה שהשבתתי פי לכאורה אין מקום להתייר ע"פ הפרת הבגדים וכהנה דהא ידוע מש"כ הנו"ב במ"ק סי' נ"א באמצע התשובה בד"ה וכבר הארכתי בתשובה הקודמת להוכיח דעת מהר"ל מפראג כו' דבשוטה לא שייך לסמוך על הפרת הבגדים דהא יש לחוש לאבידה מדעתו ואיזהו שוטה המאבד כו' וע"כ בנ"ד דהיה שוטה קשה לסמוך על הפרת בגדיו ונחפציו: ועכ"ז יש לדון להיתירא בנ"ד והוא דהא נמצאו בגופו הרבה סי' גרועים והפמ"א ח"ג סי' ב' פתב לדון דשני סי' גרועים ביחד הני סי' אמצעי וכבר הוכחתי פדבריו מן תוס' ב"מ דף כ"ה ואף לפמ"ש"כ הנו"ב בסי' נ"א דארוך וגוי סתמא לא הוי אף בגדר סי' גרוע וכ"כ התה"ד סי' קס"א עכ"ז בנ"ד דאמרו דהיה גדול בקומה הרבה זה הוי סי' גרוע עכ"פ וכן שארי סי' גרועים שלו דקעין זה פתב הרמב"ם בתשובה והוא בתשובת מהר"ם אלשיקר סי' ס"ז דצירף שני סי' גרועים בינוני בקומה זקנו שחור ע"ש וכש"כ בנ"ד דהיה טב"ע בגופו דלכה"פ נחשב זה לסי' גרוע לכ"ע.

ע"כ לשיטת החכם צבי דס"ל דע"י ס"א בגופו לא חיישינו לשאלה משום דהוי שאלה דייחיד ע"כ יש להקל בנ"ד וכן לפי מה דהעלה הנו"ב במ"ק סי' נ"א דאם יש ס"א בגופו אף בשוטה לא חיישינו דנאבד ממונו מטעם אחר ע"ש ובעיקר דברי החכ"צ והנו"ב הנ"ל הארכתי הרבה וגם יש לדון דארבעה ונחמשה סי' גרועים ביחד הוי ס"א מצד מנין דהוי ס"א: ועוד יש לדון בנ"ד פיון דנתברר דסגולת הקמיע שהיה סביב צנארו היא לרפואה למי שיש לו טירוף הדעת מן בלבול המוח שיש לו פראשו ע"כ אף דלא הפירו היטב להקמיע דהיא הקמיע עצמה שהיתה על האישה שאנו דנין עליו מ"מ יש להקל ע"פ הא דאיתא בקדושין דף ע"ט ע"ב עד פאן לא אמר ר"כ התם דכ"ע בחזקת פריאים קיימי מאן דקא מפיק נפשיה מחזקה עליו לאתויי ראיה ומ"ד החולק שם י"ל דטעמו משום דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ממון ועיין בח"מ סי' רנ"א.

והנה זה ברור דאם א' מכר איזה חפץ לחבירו או דהזיק לחבירו ומת דנדאי אינם נאמנים היורשים לומר שהיה שוטה ושוטה שהזיק פטור וכן אין מעשיו פלוס ויבנדאי עליהם להביא ראיה וכ"ז דלא הביאו ראיה דכשהוא שוטה זבין או הזיק ודאי דמוציאין מהם ועיין בכתובות דף כ' גבי פר שטיא וכעין זה איתא בב"ב דף קנ"ה ע"ב בפחות מן

עֲשָׂרִים דְּזַבִּין נְכֶסֶיו דְּאָמְרוּ לוֹ קְרוּבֵיו זֵיל אָכוּל תַּמְרֵי שְׂדֵי קַשְׁיָתָא כּו' דְּאָז הָיוּ יְכוּלִים לְבַטֵּל הַמְכִירָה אֲבָל כ"ז דְּלֹא נִתְבָּרַר לֹא חָשׂוּ כָּלֵל שְׂמָא הָיָה שׁוּטָה.

וְנִדְעָתִי דִּישׁ לְחַלֵּק מִן הַתָּם לנ"ד אַךְ בְּלֹא זֶה מְוַכְרַח הוּא פִּן מִפְּמָה דְּזוּכְתִי וּע"כ הַטַּעַם הוּא דְּאָרְף דְּאִין הוּלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרֹב לְהוֹצִיא מִהַמְּוַחָזֵק עכ"ז בְּחֻשׁ שְׂמָא הָיָה שׁוּטָה דְּזֵה הָנִי מִיַּעוּט דְּמִיַּעוּטָא לֹא חִיָּשִׁינָן לְזֵה וְהָא בְּסִי מְוַבְהַק אִין מוֹצִיאִין מָמוֹן כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּחֻלִּין דָּרְף צ"ו ע"א וְעֵינָן מְזָה בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ס' ו' וְאִפְ"ה לְחוּשׁ שְׂמָא הָיָה שׁוּטָה לֹא חִיָּשִׁינָן כ"ז דְּלֹא נִתְבָּרַר וּמוֹצִיאִין מִהַמְּוַחָזֵק אַךְ הֵיכָא דְּלֹא נִתְבָּרַר לָנוּ חֻזְקַת הַגּוֹרְף שְׁלוֹ וְקַצְרֵתִי] לְכֹן פִּינָן דְּסַמְכִינָן עַל ס' מְוַבְהַק לְהַתִּיר א"א כַּש"כ דְּסַמְכִינָן לְהַתִּיר א"א ע"פ הַסְּבָרָא דְּלֹא חִיָּשִׁינָן דְּלִמָּא אַתְרָמִי אִישׁ אַחַר דְּהָיָה לוֹ ג"כ טְרוּרָה הַדְּעַת כְּמוֹ אוֹתוֹ הָאִישׁ שְׂאָנּוּ דְּנִין עָלָיו וְלִבְשׁ אוֹתוֹ הַקְּמִיעַ וְגַם הָיָה שְׂמוֹ וְשֵׁם אִמּוֹ כְּפִי אוֹתוֹ הַשֵּׁם שְׂפָתוֹב בְּהַקְּמִיעַ דְּלָזָה לֹא חִיָּשִׁינָן כ"ז דְּלֹא נִתְבָּרַר וְזֵה עֲדִיף מִן ס"מ וּעפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּכַמָּה תְּשׁוּבוֹת אַחֲרוֹנִים שְׁלֹא הִעִירוּ מְזָה: וְעוֹד דְּהָא בְּקוֹנְטְרַס עֲגוּנוֹת לֹאֵה"ע ס' י"ז ס"ק קי"ח הוּבָא בְּשֵׁם תְּשׁוּבוֹת בֵּית יוֹסֵף דְּסִי חוּלְהָ לֹא הָנִי ס' כָּלֵל אַךְ כ"ז הֵיכָא דְּלֹא הִזְכִּירוּ אֵיכוֹת הַחֻלִּי בְּפִרְטוֹת אֲבָל אִם הִזְכִּירוּ אֵיכוֹת הַחֻלִּי אִיךְ הָיָה בְּזֵה יֵשׁ לוֹמֵר דְּהָנִי ס' אֲמַצְעֵי כְּמוֹ שְׂרָאִיתִי בְּתְשׁוּבוֹת חֻזְקַת שְׁלֵמָה ס' ל"ו אַךְ שְׂקִינְצַר בְּזֵה ע"ש וְלָכֵן י"ל בנ"ד דְּזֵה הָנִי ס"א דְּהָא מְבֹנָאָר בְּסִי י"ז סעי' כ"ד בְּרַמ"א דְּרוּשֵׁם בְּגוֹרְף אוּ בֵּא' מְאָבְרִיו הָנִי ס"מ וְהֵב"ש כְּתִב שֵׁם דְּזֵהוּ דְּנוֹקָא בְּצַמְצָם מְקוּמוֹ וְהֵמ"ב בְּסִי ס"ג כְּתִב דְּרוּשֵׁם אַךְ דְּלֹא צַמְצָם הַמְּקוּם הָנִי ס"א וְכֹן מְבֹנָאָר בְּתְשׁוּבוֹת גְּאוּנֵי בְּתֵרָאֵי ס' כ"ה וְאִדְרָבָה צִינְד לְהַקְּל דְּרוּשֵׁם יְהִיָּה ס"מ אִם הוּא רֹנְשֵׁם גְּדוּל שְׁנִקְרָא שִׁינּוּי כַּמֶּש"כ הֵרָא"ש דָּאֵם יֵשׁ לוֹ שִׁינּוּי בֵּא' מְאָבְרִיו הָנִי ס' ע"ש אֲבָל זֶה בְּרוּר עכ"פ דְּרוּשֵׁם הָנִי ס' אֲמַצְעֵי לְכַה"פ אַךְ דְּלֹא צַמְצָמוּ מְקוּמוֹ א"כ לִפ"ז ה"ה בְּסִי חוּלִי בְּפִרְטוֹת בְּאִינְזָה אֲבָר הוּא הַחֻלִּי זֵה לֹא גָרַע מִן רֹנְשֵׁם בְּחוּץ דְּזֵה הָנִי כְּמוֹ ס' אֲמַצְעֵי לְכַה"פ א"כ כַּש"כ חוּלִי בְּפִרְטוֹת כַּנ"ל דְּהָנִי כְּמוֹ רֹנְשֵׁם דְּמָה לִי אִם הָרֹנְשֵׁם הוּא מְבַחוּץ אוּ דְּהָנִי הָרֹנְשֵׁם מְבַפְּנִים א"כ ה"ה בנ"ד בְּלָבוּל הַמְּוֹחַ שְׁלוֹ דְּהָנִי זֵה כַּש"כ מִן רֹנְשֵׁם בְּחוּץ וְזֵה הָנִי שִׁינּוּי גְּדוּל בְּגוּפּוֹ דְּנוֹדָאֵי הָנִי זֵה ס' אֲמַצְעֵי דְּלֹא גָרַע מִן רֹנְשֵׁם כְּנִלְע"ד בְּכ"ז וְהוּא מִקְלָתָא חֻזְקַתָּא: ע"כ יֵשׁ בנ"ד לְכַה"פ שְׁנֵי ס"א א' הָךְ ס' הַחֻלִּי בְּפִרְטוֹת בְּאוֹתוֹ אֲבָר הוּא כְּמוֹ בנ"ד ע"י בְּלָבוּל הַמְּוֹחַ כַּנ"ל.

וְעוֹד הִנְדָּה חֻמְשָׁה ס' גְּרוּעִים דִּישׁ לְצַרְפֵּן לְסִי גְּרוּעִים הִלְלוּ דִּיִּהִיו חֻשׁוּבִים לְסִי אֲמַצְעִים וְהֵיכָא דִּישׁ שְׁנֵי ס"א הָא הָעֵלּוּ הַפּוֹסְקִים לְהַקְּל דְּזֵה הָנִי כְּמוֹ ס' מְוַבְהַק כְּמוֹ שְׂהָאֲרַכְתִּי בְּכ"ז בְּמַק"א וְכ"ז הוּא אַךְ אִם לֹא נִתְבָּרַר ע"י הַפְּרָה הֵיטֵב לְהַקְּמִיעַ שְׂזָהוּ שְׂהִיָּה לְבוּשׁ בּוֹ אוֹתוֹ הָאִישׁ שְׂאָנּוּ דְּנִין עָלָיו אֲבָל אִם נִתְבָּרַר ע"י הַפְּרָה בְּטַב"ע כַּד"ת דְּזֵהוּ אוֹתוֹ הַקְּמִיעַ שְׁלוֹ וְנוֹדָאֵי יֵשׁ לָנוּ לְהַקְּל בְּפִשְׁיטוֹת ע"פ מַש"כ בְּתְשׁוּבוֹת מֵהֵרִי"ט ח"א ס' קל"ט דְּבִנְמָצָא קְמִיעַ אֲצֵלוֹ לֹא חִיָּשִׁינָן לְשִׂאֲלָה מְשׁוּם דְּלֹא מְהַנִּי לִיָּה לְאִידָךְ מִיַּדִּי פִּינָן שְׂהִיָּה כְּתוּבָה עַל שְׂמוֹ שֶׁל זֵה וְהֵיכָא דְּמִזְכִּיר שְׂמוֹ וְשֵׁם אִמּוֹ אִינּוּ מוֹעִיל אֲלָא לְשֵׁם הָאִישׁ הַהוּא כּו' וּמְזַקְדִּין לְכַתּוּב שֵׁם אִמּוֹ לְפִי שְׂהִיָּה וְנוֹדָאֵי טְפִי מְהָאָב וְכִיצַד יוֹעִיל לְאַחֲרִים הֵילְכָךְ לִיתִּיָּה בְּשִׂאֲלָה עכ"ל הַמֵּהֵרִי"ט וְהוּבָא בְּקַצְרָה בְּבֵאָר הֵיטֵב ס' י"ז ס"ק ע"א וּמִשְׁמַע מְמַנּוּ דְּאָרְף אִם יְהִיָּה שְׂמוֹ וְשֵׁם אִמּוֹ כְּשֵׁם שְׂפָתוֹב בְּהַקְּמִיעַ בְּשְׂמוֹ וְשֵׁם אִמּוֹ דְּג"כ אִינּוּ מוֹעִיל אוֹתוֹ הַקְּמִיעַ לְאִישׁ אַחַר כָּלֵל אַךְ אִם לֹא נִתְבָּרַר ע"י הַפְּרָה הֵיטֵב דְּזֵהוּ אוֹתוֹ הַקְּמִיעַ שֶׁל אוֹתוֹ הָאִישׁ שְׂאָנּוּ דְּנִין עָלָיו ג"כ יֵשׁ לְהַקְּל עַל פִּי מַה שְׂנַתְבָּאָר אַךְ הָעוֹמֵד

לנגד היתר זה הוא מה דס"ל להרא"ש בתשובה פלל נ"א סי' א' שפכתב ונגידון מה ששעידו
שקהיה בינוני פניו אדנמים עיניו שחורים דזהו סימנים גרועים ואף אם סי' דאורייתא
מ"מ לא מצטרפי הנה סי' גרועים ולא הוי בגדר סי' אמצעי אלמא דס"ל להרא"ש דהרבה
סימנים גרועים אינם חשובים לס"א פלל וכ"כ המ"ב בסי' ס"ג וכ"כ הב"ש ס"ק ע' לכן
אף דנתבאר דדברי הפמ"א הנה"ל יש לו מקום ויסוד ע"פ דברי התוס' דב"מ ד' כ"ה הנה"ל
עכ"ז לשיטת הרא"ש ננעלו יסודות ההיתר הנה"ל מ"מ הא לשיטת הרא"ש יש היתר
מורנוח בעז"ה בפשיטות בנ"ד דהא שיטת הרא"ש פלל נ"א והמהרי"ק דסמכינו להקל
על שמו ושם אביו אף דלא הזכירו שם עירו והוא בסי' י"ז סעי' י"ח ברמ"א.

א"כ בנ"ד דמצאו פתוב בהקמיע שמו ושם אמו ע"כ אין לנו לחוש שמה היה שיטה אחר
דשמו ושם אמו פשם שקהיה להנגידון הנה"ל: וע"כ יש להקל לשיטת הרא"ש בפשיטות
ומש"כ הח"מ שם ס"ק ל"ח והב"ש ס"ק ס' דדוקא אם יש רגלים לדבר דהנה"ל לאותו
המקום ונה מת סמוך לעיר זו בזה סמכינו להקל כו' א"כ ה"ה בנ"ד דידוע דהנה"ל על אותו
הדבר כו' ע"כ יש להקל בנודאי לשי' הרא"ש אף להחולקים על הרא"ש וס"ל דלא מהני
שמו ושם אביו בלא שם עירו מ"מ יש להקל בנ"ד ע"פ צירוף פל הנה"ל וכמש"כ
הפמ"א וכפי שפכתתי לחזק דבריו ע"פ דברי התוס' ב"מ הנה"ל וגם הא העלה הרמ"א
שם דאם יש אומדנות והוכחות שזה הוא דיש להקל וכ"כ הב"ש ס"ק סמ"ך בשם
המהרשד"ם ע"כ בנודאי בנ"ד דיש הרבה אומדנות דיש לסמוך להקל לכ"ע אף אם נימא
דלא כהפמ"א הנה"ל וכן יש מקום לדון דהא שמו ושם אמו חשוב לכ"ע לס"א לכה"פ
ע"פ מש"כ התוס' בב"מ ד' כ' ד"ה איסורא מממונא כו' דמה"ת לא חיישינן לשני יוב"ש
ע"כ י"ל דשמו ושם אביו הוי לכ"ע לכה"פ כמו ס"א.

והדברים ארופין ועיין בנו"ב במ"ת סי' סמ"ך. לכן י"ל דהנה"ל ביחד היינו שמו ושם אמו
וסי' טירוף הדעת פנ"ל הוי שני ס"א אף בלא הצטרפות הנה"ל סי' גרועים הנה"ל וכן יש
לצרף שיטת הסוברים להתיר ע"פ טב"ע בגופו אף בלא הפרת פניו ועיין בסעיף כ"ה
וב"ש ס"ק ע"ז והארכתי הרבה בכל הפרטים הנה"ל אף לפי שאין פאן מקומו לכן לא
פכתתי רק בקצרה.

פדי להעיר לב המעיין בזה והארכתי הרבה בנגידון זה בשיטת המבי"ט ובענין קצור
שנאבד כו' וכן בענין קורבא דמוכחא אף לפי שאכ"מ לכן קצרתי בכ"ז: ענה וכן יש
להעיר ע"פ מה שנתבאר לתרץ מה דיש להקשות על הפמ"א וחזקתי את דבריו דהנה
מעשים בכל יום אשר כמה עגונות אין להם שום מקום להתירן מן פבלי העיגון רק ע"י
מה דשולחין ממרחק את הפאס של בעליהן שמתו במדינות רחוקות מהם ועוד איזה
סימנים גרועים ע"י הפרימעטעס שלו כפי שכתובים בהפאס דיש בזה מקום לדון להקל
דהא ידוע שיטת האחרונים דהפאס נקרא מידי דלא שכיח לשאולי כמש"כ הנו"ב במ"ת
סי' מ"ו והנה רוב פוסקים ס"ל דבמידי דלא שכיח לשאולי לא חיישינן לשאלה.

וכן פתב השיטה מקובצת בב"מ ד' כ"ז ע"ב בשם הרשב"א דכתב בזה"ל מהא דאמרי'
פיס וארנקי וטבעת לא מושלי שמעינן דמעידין עלליהו ואפי' למ"ד סימנין לאו דאורייתא
מהדרינן ג"כ עלליהו ולא חיישינן לשאלה פלל בכל פי הא וסמכינו עלליהו לאהדורי גט
אשה וה"ה לעדי מיתה הרשב"א עכ"ל השיטה מקובצת הרי להדיא דהרשב"א ס"ל דאף

למ"ד סי' דרבנן מ"מ מהני מידי דלא שכיח דמושלי וכן מוכח מן התוס' יבמות ד' ק"ך ע"א ד"ה אמר רבא כו' לשני תירוצי בתראי של התוס' שם ע"ש וזהו דלא פהבית יוסף דכתב להחמיר בזה וכן הכריע הב"ש לדינא אף בנ"ד יש להקל אף לשי' הבית יוסף לפי מאי דהוכחתי במק"א דאף לפי מה שהחמיר הבית יוסף במידי דלא שכיח דמושלי אין זה רק מדרבנן כמש"כ הנו"ב במ"ק סי' ל"ז ובמ"ת סי' מ"ו ע"כ אם יש ס"א בגופו אז אף להב"י יש להקל ולומר דברבנן מהני ס"א ועוד דהא פבר פתבתי בספרי באר יצחק סי' ו' דהא דנסתפקנו דלמא סי' דרבנן זהו לפי דיש לנו לומר דפריש מן רובא דעלמא ע"כ היכא דיש לנו רוב אחר הסותר להו רובא דעלמא מבעי לן לסמוך על סי' אף למ"ד דהוי מדרבנן א"כ בנ"ד דהוי מידי דלא שכיח דמושלי דלכה"פ יש בי' רוב הסותר להו רובא דעלמא והו' רוב דלא שכיח דמושלי מבררת לנו דזהו של אותו האישי שאנו דנין עליו והוי ספק השקול ע"י הנהג' רוב הסותרים זל"ז ע"כ היכא דיש ס"א ממילא סמכינן עליו לכ"ע והארכת' בזה בחידושי במה שהקשו בש"ס על הא דמצאו קשור בכיס כו' נחוש לשאלה ובמה שהקשה הב"ש מלקמן סי' קל"ב: וכן הארכת' בדברי הב"י הנ"ל ע"פ שיטת החכ"צ דאם יש ס"א בגופו אז אף הב"י מודה דלא חיישינן לשאלה דיחיד במידי דלא שכיח דמושלי ובארתי דאם יש ס"א בגופו דזה מוכח אף להב"י דלא חיישינן לשאלה במידי דלא שכיח דמושלי.

ולכן א"ש מה דמחזירין חמור בעדי אןפך אף למ"ד סי' דרבנן משום דמיירי היכא דיש ס"א בחמור דאז הוי שאלה דיחיד ולא חיישינן בזה לכ"ע במידי דלא שכיח כו' ואכמ"ל בכ"ז ולכן לפי מה דנתבאר דצירוף פמה סי' גרועים מועילים להצטרף לסי' אמצעי ע"כ בנ"ד דיש הרבה סי' גרועים דדינם פמו ס"א לכן בכה"ג לכ"ע סמכינן על הכרת הפאס דהוי מידי דלא שכיח דמושלי אף דתלוי לפי ראות עיני המורה אם הם חשויים לכה"פ להיות נקראים סי' גרועים עכ"פ וכל זה הוא אם הפרימעטעס הכתוב בפאס הידוע שנימתן לו הוא לכה"פ בשם סימנים גרועים אז נוכל לצרפם להיות חשוב לסי' אמצעי וכמש"כ פיעין זה הנו"ב בסי' נ"א וכבר הקדימו התה"ד בפסקיו בסי' קס"א פל זה השבתי להרבנים ששאלו ממני בנידון בזה דדעתי מסכמת להקל באופן אם יספיקם כת"ר ועוד רב גדול א' להיתרא: ענה ח ומדי עסקי בכתיבת ספרי פעת נשאלתי ע"ד עגונא אחת אשר בעלה נסע ממנה לאיזה עיר הרחוקה לבקש רפואתו לפי שהיה חולה ומת שם וכתבו בהגב"ע סימנים גרועים בתנאר פניו היינו פניו שקועים וחוטמו בולט ביותר שער זקנו קצר ודק ובולט להלאה מפניו מראה שערותיו קצת צהוב נוטה לשחור עיניו רוקים פכרתי קרחה בראשו שמו דוד והיה מוכר פירות בשוק בעירו חותנו היה סנדלר וגם אמר המנוח הנ"ל שאשתו נתנה לו בק"ק קישענאוו מקודם הפרדו ממנה לגסיעתו לק"ק אדעס לבקש רפואתו סף וששה רו"כ ונשאלתי ע"ד העגונא הנ"ל אם יש להיתרה ולכאורה ננעלו דלתי ההיתר בזו דהא אין לנו ס"מ ואף ס"א רק פל אלו הם סי' גרועים דהא לא ביארו איכות החולי בפרטות וזהו סי' גרוע כמש"כ בק"ע לאה"ע סי' י"ז ס"ק קי"ח בשם הב"י וכן סי' קרחה בראשו זהו שכיח בהרבה ב"א כמש"כ הנו"ב במ"ת סי' ס"א וכן סי' אומנות חותנו שהיה סנדלר וכן עסקו שהיה מוכר פירות בשוק כמש"כ החמדת שלמה סי' כ"ז מזה ע"ש.

ועיין בתשובת גאוני בתראי סי' כ"ה שפתיב לדון בשם כמה תשובות דאומנות הוי סי' חשוב ונהעיר מזה על הא דיבמות ד' קכ"א ע"ב ווי ליה לפרשא זריזא כו' אמנם העיקר הוא דכ"ז תלוי אם האומנות הוא מידי דלא שכיח ובנ"ד הא הם אומנות ועסקים דשכיחי ע"כ קשה להקל בכ"ז אם לא אחר התקירה והדרישה היטב בבאלניצע שיהיה שם אולי נכתב שם שם עירו וכינוייו ואיכות החולי שלו וכה"ג: והעליתי להקתירא בעז"ה ע"פ מש"כ הפמ"א והעה"ג והפגדי פהונה דמצרפינו כמה סימנים גרועים ביחד להיות נחשב לס"א והנה בנ"ד דיש הרבה סי' גרועים ונדאי דלהך שיטת האחרונים הנ"ל יש לתקן לכה"פ לס"א והנה בשמו ושם אביו דעת הרא"ש להקל וכן הוא דעת המהרי"ק והרמ"א בסי' י"ז סעי' י"ח פתיב להקל אם יש אומנות לזה וכן הביא הב"ש שם ס"ק סמ"ה בשם הרשד"ם להקל בשמו ושם אביו והנה שמו וס"א עדיף מן שמו ושם אביו כמש"כ הנו"ב במ"ת סי' נ"ה.

וע"כ בנ"ד דכל הנה סי' גרועים חשובים כמו ס"א א"כ בשמו וצירוף ס"א ויש אומנות הרבה וגם דיוע שיהיה לעיר שמת שם ע"כ יש להקל בזה וכמש"כ הח"מ שם ס"ק ל"ח והב"ש ס"ק סמ"ה ע"ש: ועדיין יש לפקפק בזה דהא עיקר יסוד ההיתר הנה הוא ע"פ שיטת הרא"ש דס"ל להקל בשמו ושם אביו והא שיטת הרא"ש פלל נ"א סי' א' דלא מצרפינו סי' גרועים פלל א"כ לשיטת הרא"ש ננעלו דלתי ההיתר בזה אף אפשר לומר דבנ"ד דיש הרבה סי' גרועים דגם הרא"ש מודה דנחשבים ביחד לסימן אמצעי כמו סי' מגן דאיך יתרי מספר רב סימנים גרועים בזה ביחד באיש אחד וביותר יש לדון בנ"ד ס"א מה שאמר הפנוח דאשתו נתנה לו קודם הפרדו ממנה לאדעס ששה ר"כ וכן אומרת האשה העגונא דהאמת הוא פן שנתנה לו ששה ר"כ בעת נסיעתו לאדעס א"כ יש בזה סי' מגן דהוי ס"א כמו פל סי' מגן כמבואר בפ"ב דב"מ ועיין ב"ש ס"ק נ"ה א"כ יש בנ"ד אף לשי' הרא"ש הך סי' מגן והוי שמו וסי' מגן דהוי ס"א דזהו כש"כ מן שמו ושם אביו דמהני לשיטת הרא"ש וכן אף להחולקים על שיטת הרא"ש וס"ל דלא מהני שמו ושם אביו מ"מ יש לדון היתר בנ"ד ע"פ שיטת האחרונים הנ"ל דמצרפינו כמה סימנים גרועים להיות חשוב כמו ס"א וכן הך סי' מגן של נתינת ששה ר"כ הנ"ל מקודם נסיעתו ממנה ושני ס"א הוי ס"מ לשיטת הרבה פוסקים כנ"ל.

וכן יש לדון היתר ע"פ מש"כ הרמב"ם בתשובה והובא בתשובת מהר"ם אלשקר סי' ס"ז דשמו ושם עירו ע"י צירוף סי' גרועים שיהיה בינוני בקומה וזקנו שחור ע"ש והנה ס"א עדיף מן שם עירו דהא בס"א אם ניסת לא תצא לשיטת כמה פוסקים ועיין ב"ש ס"ק ע' ושם עירו לא מהני לכ"ע בלא חיפוש באותו העיר ולכן פינו דיש בנ"ד שמו וס"א של נתינת ששה ר"כ הנ"ל דזהו כמו פל סי' מגן ולכן כמו דבשמו ושם עירו ע"י צירוף סי' גרועים מותרת לשי' הרמב"ם הנ"ל וגם לא מצינו חולקים על הרמב"ם בזה דה"ה שמו וס"א ע"י צירוף כמה סי' גרועים דמהני וכש"כ בנ"ד דיש הרבה סימנים גרועים כנ"ל: וגם יש לדון בנ"ד צד היתר ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' דהא דאמרינו סי' דרבנן זהו משום דאמרי' פל דפריש מרוב דעלמא קא פריש ולא זהו שאנו דנין עליו ע"כ מאי חזית דאזלת בתר רוב דלא שכיח בהו סי' בזה דלמא ניזיל בתר רובא דעלמא המברר לנו דלא זהו האיש שאנו דנין עליו והוי ספק השקול ובפרט במקום חזקת א"א ולפ"ז היכא דלא שייך רובא דעלמא הסותרו בזה שפיר יש לנו למיזל ולסמוך

על ס"א: א"כ בנ"ד דהיה חולה ואיתא בקדושין ד' ע"ט ע"ב דאם טוען שכ"מ הייתי
דכ"ע בְּחֻזְקַת בְּרִיאִים קָיָמִי מֵאֵן דְּקָא מְפִיק נְפִשְׁיָה מְחֻזְקָה עֲלֵיו הִרְאָיָה וְעֵינֵין בַּח"מ ס'י
רנ"א וְלִכְּן פִּינּוּ דְרַבּוּבָא דְעֵלְמָא הֵם בְּרִיאִים וְנָה הִנְמַצָּא הוּא חוֹלָה ע"כ אֵין לְהַחְזִיקוּ
דְפָרִישׁ מִרַבּוּבָא דְעֵלְמָא אֲלֵא יֵשׁ לָנוּ לּוֹמַר בְּיוֹתֵר דְזָהוּ הָאִישׁ שְׂאֵנּוּ דְנִין עֲלֵיו שְׂדוּעַ דְהִיָּה
חוֹלָה וְכִינּוּ דְהִנְהוּ רַבִּי הֵם סוֹתְרִים אֶהְדְּדִי ע"כ יֵשׁ לָנוּ לְמִיזֵל וְלִסְמוּךְ עַל ס"א וְלִכְּן פִּינּוּ
דְיֵשׁ בְּנֵי לַכַּה"פ ס"א ע"כ יֵשׁ לָנוּ לְצַרְף גַּם זֶה לְסַנְיָף לְהִתִּירָא וְעֵינֵין בַּש"ש שְׂמַעְתָּא ג'
פִּי"א וּמִש"כ בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הַר"ן וְיִרְאוּ לְחַקּוֹר הֵיטֵב אֲצֵל הָאִשָּׁה אַחַר כָּל הַסִּימָנִים
גְּרוּעִים וְעַל גְּתִינַת שְׂשָׁה רו"כ וְאֵם יְדוּעַ שְׂשׁוּסַע לְמַקּוּם שְׂמַת שָׁם.

פִּי בַהֲגַב"ע שָׁל כַּת"ר לֹא נִתְבָּרַר זֶה הֵיטֵב וְאֵם יְהִי מְכוּוֹנִין דְבָרֵי הָאִשָּׁה וְכַנ"ל אַז דְעַתִּי
מִסְפָּמַת לְהַתִּירָה לְהַנְשָׂא וְיוֹשִׁיב ב"ד שָׁל שְׂלֵשָׁה וְיִתִּירוֹהָ אָף כ"ז הוּא בְּאִפְּנֵי שְׂיִסְפִים
עוֹד רַב גְּדוּל א' וּמְפוֹרְסֵם לְהִתִּירָא: וְהִנֵּה בְּכָל הָעֲנִינִים הַנ"ל יֵשׁ לִי רוּב אַרְיִכוֹת דְבָרִים
בְּכָל פָּרְט וּפָרְט ב"ה אָף לְפִי שְׂאֵין כָּאֵן מְקוּמוֹ ע"כ לֹא פְתַבְתִּי רַק בְּקִצְרָה וְהַעֲיָקֵר הוּא
פִּי הַנְּי לְהוֹדִיעַ פִּי דְבָרֵי הָאֲחֻרוֹנִים הַנ"ל יֵשׁ לָהֶם מְקוּם וְאֵין לְהַזְנִיחַ דְבָרֵיהֶם וְזֶהוּ תוֹעֵלַת
גְּדוּל בְּתַקְנַת עֲגוּנוֹת בַּעו"ה וְהַמוֹסִיף יוֹסִיף: (ד) (שָׁם סַעִי י"ג) ש"ף (ס"ק ל"ג) תְּמָה
עַל הַטּוֹר דְּפִסְק בְּמַצָּא שְׂטֵר שְׁחָרוּר אִם הָאֲדוּן מוֹרָה יִחְזוּרְנוּ וְצָרִיף לְהַבִּיא רְאָיָה שְׂהַגִיעַ
לְיָדוֹ מְזֵמֵן הַפְּתוּב בּוֹ דְהָא לְמֵאֵי דַס"ל עֲדִיו בְּחַתוּמָיו זְכִין לוֹ וְזִכּוֹת הוּא כּו' א"כ זְכוּ
עֲבוּרוֹ לְמַפְרַע מַעַת הַחַתִּימָה וְכֵן תְּמָהוּ הַב"י וְהַב"ח: וּבְסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' ח"מ ס'י א'
פְתַבְתִּי לְתַרְץ זֶה ע"פ מַה דְקִי"ל לְדִינָא דְשְׁלִיחַ הוֹלְכָה בְּגִט אֵינּוּ יָכוֹל לְהִיּוֹת שְׁלִיחַ
לְקַבְּלָה דְלֹא חֲזָרָה שְׁלִיחוֹת אֲצֵל הַבַּעַל כְּמִבְּנָאָר בְּגִיטִין ד' ס"ג וְהַטַּעַם מְבוֹאָר בְּהַרִיטְב"א
שָׁם דְזֶה הָיִי כְמוֹ טְלִי גִיטָף מַע"ג קַרְקַע וְכֵן בְּשְׁחָרוּר לֹא מְהַנִּי טְלִי גִיטָף מַע"ג קַרְקַע
כַּמִּש"כ הַרִיטְב"א בְּקַדוּשֵׁין ד' כ"ג וְע"כ לֹא שְׂיָיֵף הָף מִקְלָתָא דְעֲדִיו בְּחַתוּמָיו זְכִין לוֹ אֲלֵא
בְשְׂטֵרֵי מְמוּנָא דְאָף טְלִי מִן ע"ג קַרְקַע כְּשֵׁר בְּהוּ אֲבָל לֹא בְּגִיטִין וְשְׁחָרוּר וְהָף סוּגְיָא
דַב"מ ד' י"ט אֲזַלָּא לְמֵאֵן דַס"ל דְאָף דְלֹא חֲזָרָה שְׁלִיחוֹת כּו' ג"כ מוֹעִיל בְּגִט ע"ש בְּסַפְרֵי
וַא"ש דְבָרֵי הַטּוֹר וּבְעֵינֵיקֵר מִקְלָתָא אֵי לֹא מְהַנִּי טְלִי גִיטָף מַע"ג קַרְקַע בְּשְׁחָרוּר הָאֲרַכְתִּי
בְּזָה בְּקוּוּנְטֵרַס אֲחַד וַאֲכַמ"ל (ה) (שָׁם סַעִי ט"ז) הַמְחַזִּיר שְׂטֵר שְׂמֵן הַדִּין לֹא הִיָּה לוֹ
לְהַחְזִירוֹ יֵשׁ מִי שְׂאוּמֵר שְׂגוּבִין בּוֹ וִי"א שְׂאֵין גּוּבִין בּוֹ כּו' וְשִׂטָּה קַמְיִתָּא הוּא שִׂטַּת
הַרְמַב"ם וְהַשְׂמ"ק לַב"מ ד' י"ב הַבִּיא בְּשֵׁם הַרְשָׁב"א שְׂהַקְשָׁה עֲלֵיו מְהָא דַב"מ ד' י"ב
ע"ב דְאָמְרוּ א"ה כָּל שְׂטֵרֵי דְאָתוּ לְקַמֵּן גִּיחוּשׁ לְהוּ וּמִשְׁנֵי כָּל שְׂטֵרֵי לֹא רִיעֵי הַנְּי רִיעֵי
וְהָא לְשִׁי הַרְמַב"ם דַס"ל דְאֵם הַשְׂטֵר יוֹצֵא מִת"י הַמְלָנָה גּוּבִין בּוֹ א"כ אֵינּוּ קָשָׁה כָּלֵל
מְכָל שְׂטֵרֵי דְהָא הֵם יוֹצְאִים מִן ת"י הַמְלָנָה וְל"ל לִימָא הַנְּי לֹא רִיעֵי עַכ"ל וְהוּבָא זֶה
בְּבִיאוֹר הַגָּר"א זַצ"ל ס"ק נו"ן: וְנִרְאָה לִינְשָׁב דְבָרֵי הַרְמַב"ם וְהוּא דִי"ל דְסַבְּרָתוֹ הוּא
דְאֵם הַשְׂטֵר בִּיד הַמְלָנָה דְגוּבִין בּוֹ זֶהוּ מְשׁוּם דְהָא מְצִינּוּ בְּכַמְהָ דְוַכְתִּי דְאָמְרוּ דַשְׂט"ח הָיִי
כְּגַבּוּי כַּמִּש"כ הַכְּנָה ג' וְהוּבָא בְּקַצָּה ח' ס'י י"ב ס"ק א' וְמַה"ט מְצִינּוּ בַח"מ ס'י מ"ד סַעִי
ו' דְבִשְׂטֵר שְׂיֵשׁ בּוֹ מְחַק וְגֵרֵר דְכְּשֵׁר וְכַתֵּב הַסַּמ"ע שָׁם ס"ק י' בְּשֵׁם הַרְמַב"ן דְהַטַּעַם הוּא
לְפִי שְׂהַשְׂטֵר מוֹחֻזֵק בִּיד הַמְלָנָה וְכַאֲלוֹ הַמְמוֹן שְׂפָתוֹב בּוֹ מוֹחֻזֵק בִּידוֹ ע"ש וְאָף דְקִי"ל
דַשְׂט"ח לֹא הָיִי כְּגַבּוּי וְכַבִּית הַלֵּל מ"מ הִיכָא דְלֹא הָיִי רִיעוּתָא גְמוּרָה ס"ל דְהָיִי כְּגַבּוּי
וְמַה"ט י"ל דְזָהוּ שִׂטַּת הַרְמַב"ם הִכָּא דַס"ל דְאֵם הַשְׂטֵר הוּא ת"י הַמְלָנָה דְגוּבִין בּוֹ מְשׁוּם
דְכַזָּה דִינִינּוּ דְהָיִי הַשְׂט"ח כְּגַבּוּי וְהוֹכִיחַ כֵּן הַרְמַב"ם מְמַה דְאָמְרוּ לֹא יִחְזוּר וְכַמִּש"כ

המ"מ סוף ה' גזילה: והנה מצינו בסוטה ד' כ"ה בתוס' ד"ה בש"א נוטלת פתובתה כו' שכתבו לחלק אליבא דב"ש דדוקא היכא שעמדו הנכסים כבר בתזקת שעבוד להבע"ח רק דמספקא לן אם יצאו מחזקת שעבודן בזה ס"ל לב"ש דהוי פגבוי אבל אם מספקא לן מעיקרא אם היה מעולם שעבוד עליהם בזה לא הוי פגבוי ע"ש וכעין זה מבואר בש"ד סי' פ"ב ס"ק כ"ט בשם בעה"ת דבשט"ח על תנאי לא מקרי שטרך מעליא להאמינו במיגו להוציא ע"ש.

וכ"כ הש"ד בכללי מיגו ס"ק י"ד לחלק דדוקא בשטרך מעליא דהיה כבר חוב ברור רק דנולד ספק לאחר הלואה בזה מהימן להוציא אבל בשט"ח דמספקא לן ע"פ התנאי בעיקר החוב בזה לא מהימן במיגו להוציא וכ"כ הקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק ח' לבאר זה היטב ע"ש: ולפ"ז מתורץ בפשיטות גושיות השמ"ק הנ"ל דהא בריש הסוגיא שם גבי מצא שט"ח דלא יחזיר אמרו מתחלה הטעם משום שפא פתב ללוות בניסן ולא לנה עד תשרי ואתי למטרף לקוחות שלא כדיון א"כ בחשש זה הא לא היה מעולם חזקת שעבוד בנודאי על הנכסים שנקנו הקוחות מן ניסן עד תשרי וכיון דהוי ספק מעיקרא אם היה לו שעבוד על הנכסים ע"כ לא שייך בזה לדון דהוי פגבוי ומה"ט שפיר מקשה הש"ס על זה דאי הכי פל שטרי דאתו לקמן גיחוש להו משום דבזה החשש לא מהני השטר אף אם השטר יוצא מן ת"י דהא לא שייך לדון בזה דהוי פגבוי ולכן מחלקי דשאני פל שטרי דלא ריעי והני ריעי אבל לבסוף דמסיק הש"ס אליבא דאב"י דאיקרי וכתב לא חיישינן והא דמצא שט"ח דלא יחזיר הטעם הוא משום דחיישינן לפרעון ולקנוגיא ולפ"ז פיון דהיה לו חזקת שעבוד ודאי על הנכסים רק דנולד הספק דשפא יצאו ע"י פרעון מן שעבודן דהיה עליהם כבר שפיר יש לדון בזה דהוי פגבוי ולכן אם השטר יוצא מת"י המלנה גובין בו ואף דהרמב"ם פסק בפ' כ"ג ה' מלנה כרב אסי דאין כותבין שטר ללנה רק בשטר הקנאה מ"מ הא הרמב"ם לא נקט הטעם דא"ר אסי דחיישינן לאיקרי וכתב אלא פתב הטעם דלא יחזיר משום חשש פרעון פמבואר ברמב"ם ה' גזילה פ' י"ח ה"א ע"ש ועיין במל"מ שם ובקצה"ח סי' מ"ג ס"ק ה' וקצרתיו:.

ואף דלפי מש"כ המ"מ להוכיח פן מן לשון דלא יחזיר דנקטו א"כ תקשה זה על מה דרצו לומר מעיקרא הטעם דשפא פתב ללוות בניסן כו' מ"מ ז"א קשה כ"כ ולכן שפיר י"ל בטעמו דכתב פן משום דס"ל דבחשש פרעון הוי השט"ח פגבוי ומחזק בהמזון פיון דהשטר יוצא מן ת"י המלנה ע"כ שפיר ס"ל להרמב"ם דגובין בו וא"ש: כ"ז פתבתי מכבר וקצת ראיתי דזה אינו דהא מבואר ברמב"ם ה' גזילה פ' י"ח ה"ב דגם חיישינן בשטר שנמצא לשפא פתב ללוות ולא לנה ע"ש ואפ"ה פתב בסוף הפרק לכללא דכ"מ שאמרו לא יחזיר דאם החזיר ה"ה פשרים על פן נסתר פל מש"כ: והעיקר מה שנ"ל לתרץ דברי הרמב"ם הוא ע"פ מש"כ המרדכי בהגהות מרדכי פ' אלמנה ניוזנית והובא בשב שמתא שמתא א' פ' כ"ד דכתב דהיכא דיש רובא אז דיינינן דשטר הוי פגבוי וכמש"כ שם הש"ש להסביר זה ומשמע מן המרדכי דאף היכא דמספקא לן בעיקר החיוב פמו הא דיבמות ד' ס"ה ניסת למי שאין לו בנים תצא שלא בכתובה הא משני אית לה פתובה מה"ט אף דהוי ספק בעיקר החיוב והובא בקצרה באה"ע סי' קנ"ד בב"ש ס"ק ל"ד ע"ש ומה שהעיר הש"ש שם דלפ"ז שייך גושיות הש"ס רפ"ב דכתובות גם לרב וחלק דשא"ה בנידון דהמרדכי ובאמת י"ל דהא מצינו בלא"ה שיטת הבעה"מ שם

דפירש דהש"ס מקשה פן לכ"ע וה"ה די"ל פן אליבא דשי' המרדכי דהש"ס מקשה פן לכ"ע דקא בכתובה מהני רוב לכ"ע: וזה אתי שפיר ביותר לפמש"כ התוס' בגיטין ד' ל"ז ע"א ד"ה שטר שיש בו אחריות דדוקא בשטר שיהי' לדון דהוי פגבוי ולפ"ז י"ל דשפיר פריה הש"ס ברפ"ב דכתובות דכי לא אתו עדים מאי הוי פנין דרוב נשים בתולות ניסת רק אליבא דרב כמש"כ התוס' שם אבל לשמואל אינו קשה כ"כ לפי מה דמוקי רב פפא שם ע"ב דמייירי מתניתין במקום שאין כותבין כתובה א"כ לא שיהי' בזה לדון דהוי פגבוי פנין דליבא שטר ע"כ לא מהני רובא בזה לשמואל ויש להאריה בזה כי מן המרדכי שם משמע דארף באין כותבין כתובה ג"כ דיינינן במקום רוב דהוי פגבוי וכן משמע בשבועות ד' ל"ז בתוס' ד"ה ואין מביאין כו' וקצרת: ולפ"ז א"ש שיטת הרמב"ם דפסק דאם החזיר השטר שנמצא דגובין בו די"ל דזהו מטעמא שפכת הרמב"ם בסוף ה' גזילה דהרי הוא בחזקתו ואין חוששין לו וזהו משום סברת המרדכי דהיכא דאיכא רובא המסייעו אז הוי השט"ח פגבוי ולכן ה"ה בחשש דכתב ללנות ולא לנה לאחר דמסיק הש"ס בב"מ ד' י"ב ע"ב דכל שטרי לא ריעי והני ריעי ופי' השמ"ק דזהו לפי דלא שכיחא רק היכא דריעי חיישינן אף למידי דלא שכיחא וע"כ שפיר ס"ל להרמב"ם דאם החזיר ה"ה פשרין לגבות בו משום דבמקום רובא דמסייעו דיינינן דהוי השט"ח פגבוי ומוציאין הממון עי"ז אבל מקודם דמסיק הש"ס פן והקשה א"ה פל שטרי דאתי לקמן גיחוש להו לשמא כתב ללנות כו' והיה ס"ל אז דזה הוי חשש מעליא לחוש בכל השטרות שמא כתב ללנות ולא לנה א"כ לפ"ז לא מהני אף אם היה מוחזק בהשטר ושפיר פריה פן אבל לבסוף דמסיק פנ"ל שפיר י"ל דאם הם ת"י המלנה גובין בו ובאמת ה"מ הש"ס למיפריה מעיקרא דאמאי נקטו במשנה לשון דלא יחזיר לפמש"כ ה"מ להוכיח מזה כשי' הרמב"ם די"ל דעדיפא מיניה מקשה.

ואף דס"ל להרמב"ם דאם החזירו גובין בו מ"מ כ"ז שלא החזירו אין גובין בו אף במקום חזקה תו"ז משום דאיתרע וכן לרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב מ"מ במקום ריעותא זו תקנו חז"ל דלא להוציא מהמוחזק ויש לדון בזה טובא: והוא דיש להעיר לשיטת הרמב"ם דס"ל דבשטר שנפל דאיתרע דאם החזירו גובין בו אלמא דזה לא הוי ריעותא גדולה כ"כ להיות מרע לשטר היוצא מן ת"י המלנה ואלו גבי חזקה תו"ז ס"ל להרמב"ם דע"י מה שנפל השטר מרעין להחזקה תו"ז אף אם יש עדים אחרים על התו"ז פמבואר הפל בארובה בש"ף סוף סי' מ"א וקשה דהא חזקה תו"ז עדיפא משטר לגבי פמה מקלי פגון לפטור משבועת יתומים וכה"ג ואלו בשטר אף דיוצא מת"י המלנה אינו פוטר משבועה וקשה דמ"ש דעדיפא בזה אם השטר יוצא מת"י המלנה מן חזקה תו"ז דאין גובין בו.

אף לפמש"כ א"ש והוא די"ל דהוי ריעותא דנפל איתרע משוניה זה לספק וע"כ אינו גובה אף בחזקה תו"ז אבל אם השטר יוצא מת"י המלנה פנין דהוי פגבוי פנ"ל ע"כ גובין בו וגם הא נתבאר לעיל דדוקא בשטר יוצא ת"י אמרו דהוי פגבוי ולפ"ז י"ל דיהנה מועיל תפיסה בכל שטר שנפל אף יש לחלק דכיון דנולד הספק לב"ד שאני וכעין מש"כ הנתיבות בסי' ס"ה ס"ק כ"ה ע"ש והנה הראב"ד החליף שיטתו בזה מן הרמב"ם דאלו בחזקה תו"ז פסק דלא איתרע ליה החזקה תו"ז ע"י מה דנפל השטר פמבואר בארובה בש"ף סוף סי' מ"א ואלו פאן סוף ה' גזילה פסק לחלוק על הרמב"ם ואף דהחזירו

להמלנה אין גובין בו וכ"ז הוא להקפד מן הרמב"ם בכל הנ"ל ויש לי מה להאריך בכל זה וקצרותי: והנתיבות ס"ק כ"ה פתב לחלק דהיכא דהיה השטר שנפל לפני ב"ד כ"ע מודו דאין גובין בו אף דהוא ביד המלנה משום שנראה פסולו בב"ד ע"ש ויש להעיר בזה מהא דב"מ ד' ז' דנפל ליד דיין לא יוציא עולמית ופריה הגמ' מ"ש ליד דיין ולפ"ד הא י"ל דזהו פנונת התנא דאם נפל ליד דיין ונראה פסולו בב"ד שוב לא יוציאנו המלנה עולמית אף שהוא בידו משום דזה גרע ביותר ומוכח מזה דאין לחלק ביניהם.

(ו) (שם סעי' י"ח) המוצא שובר בזמן שהמלנה מודה יחזיר ללנה אינו מודה לא יתנו לא לזה ולא לנה ואם גובין בשטר או לא זה מבואר באה"ע סי' ק"י בח"מ ס"ק ו' גבי שובר הנמצא דלא יתנו כו' דהפנתוהו בחזקתה וטורפת הלקוחות הואיל ואי תרע השובר כו' וכ"כ הב"ש שם.

וכ"כ בתשובת פני יהושע ח"א סי' ז' ומפרש פן דעת רבו הסמ"ע ע"ש אכן בתשובת משפנות יעקב סי' כ"ט הביא בשם הפרישה לאה"ע סי' ק"י דכתב דאין גובין בשטר זה וגם דעת הסמ"ע פן הוא וכן הוא דעת הש"ך והט"ז ועפ"ז תירץ המשפנות יעקב לקושיות התוס' והרא"ש בב"מ דף כ' דאמרו ש"מ איתא לדשמואל כו' דמאי מיגו איפא הא אי תמחול תצטרף לשלם מן דד"ג כל החוב אבל אי נימא דאין גובין בשטר זה אינו קשה זה פלל דהא אינה חייבת לשלם מן דד"ג אם תמחול דהא בלא"ה לא היה יכול הלוקח לגבות הפנתוהו משום שיש שובר לפנינו כו'.

ע"ש במשפנות יעקב ובאמת יש להוכיח מהתוס' והרא"ש וכל הראשונים שהקשו פן פמבואר באריכות בש"ך וסי' ס"ו ולא פתבו לתרץ פן מוכח דס"ל דגובין בשטר זה משום דהריעותא הוא בהשובר ולא בהשטר ותקשה מזה על הסוברים דאין גובין בהשטרונלע"ד לדון דאינו ראיה מהתוס' וכל הראשונים משום דהא הש"ס בב"מ שם מייירי דהשובר נכתב בעודה תחת בעלה כמו דקאמרי שם וליחוש דלמא פתבה ליתן מניסן ועד תשרי ואזלא זבנת לכתובה בטובת הנאה כו' וכיין דנכתב השובר מקודם שנתגרשה לכן יש לחלק דדוקא בשטר דעיקר מה שגובין בו הוא משום חזקת שטר בדי מאי בעי וע"כ פיון שנמצא שובר בשוק פיון דיש להסתפק דלמא נפל השובר מן הלנה ממילא ליתא לחזקה דשטר בדי כו' די"ל דלכן לא קרע להשטר משום דסמך על השובר וגם הא קיי"ל פותבין שובר אבל בחוב פנתוהו דהוי תו"ז פמבואר בסוף סי' מ"א ולא עביד אינש דפרע גו זמניה ואף לאבני ורבא דשקלי וטרי בב"מ דף כ' שם בזה ג"כ מודו דבחוב פנתוהו על תנאי אם ימות בחייה או תתגרש דאינו פורע תו"ז אף לדידהו דס"ל עביד דפרע תו"ז.

פעין מש"כ התוס' בב"ב דף ה' ע"ב ד"ה פי היכי כו' ע"ש. ולכן פיון דאיפא חזקה דתו"ז המבררת לנו דלא פרע תו"ז דמזה מוכח דהשובר נפל מהאשה משום דכיון דלא פרע תו"ז ע"כ זהו הוכחה דהשובר לא יצא מת"י הבעל וגובין בהפנתוהו פיון דזמן פתיבת השובר הוא מקודם שנתגרשה דהוי בתו"ז ונשפיר הקשו התוס' וכל הראשונים פנ"ל דמאי מיגו הוא הא י"ל דמתגרשת למחול כדי שלא תצטרף לשלם כל דמי החוב מדד"ג אבל בשטר שפיר י"ל דאין גובין בשטר מחמת שובר הנמצא ואינו ראיה מהתוס' והראשונים הנ"ל לדחות דברי הפרישה והט"ז ושאר פוסקים דס"ל דאין גובין בו.

ולפ"ז י"ל דגם מן החלקת מחוקק והב"ש דכתבו דגובין בהפתיכה אינו ראיה כ"כ דאפשר דקאי ג"כ דבריהם על שובר הנכתב בעודה תחת בעלה כמו דמירי בגמ' פנ"ל ולכן בחוב תו"ז שאני אבל בשט"ח שאינו בתו"ז שפיר י"ל דגם אינהו מודו דאין גובין בו וכן נ"ל להכריע לדינא ובאמת לשיטת הרמב"ם דס"ל בשטר שגפול דאם הוזירו להמלנה דגובין בו אף דאיתרע גוף השטר א"כ לפ"ז כש"כ בשובר דגפול פיון דאין הריעותא בגוף השטר דנדאי גובין בו פיון דהשטר יוצא ת"י המלנה אבל הא רבו החולקים על שיטת הרמב"ם פמבואר בסי' ט"ז ולכן אם לא היתה חוב תו"ז אין גובין בשטר אם נמצא שובר בשוק אבל בחוב תו"ז שפיר גובין פדמוכח מההוס' והרא"ש וכל הראשונים הנ"ל: ומה דהוכיח המשפנות יעקב פן מהא דב"מ דף כ' ע"ב דאמרו סמפון היצא מת"י המלנה הוא כמשחק כו'.

הנה לפמש"כ הפני יהושע שם נסתר ראיה זו ע"ש: בית יוסף ריש סימן סו (א) בית יוסף ריש סי' ס"ו אות נא"ו כ' בשם תשובות הרמב"ן סי' רכ"ג שנסתפק על רבית הפתוב בשטר אם אפשר לזכותו במקר או במתנה לפי שהוא פמלנה ע"פ מפני שלא נתחייב בכנלו משעת פתיבת השטר ודקדק פן מפ' י"נ עכ"ל והש"ך ס"ק ב' פתב ואם יוכל למפור הרבית שבשטר עיין לקמן סעיף ל"ב ס"ק ק"ג מ"ש בזה עכ"ל וזה לשון הש"ך לקמן ס"ק ק"ז על מש"כ הרמ"א שם דצריך לשלם אף הרבית דדברי הרב צ"ע דנהי שפתב הב"י בשם הרשב"א כו' מ"מ הרי הרשב"א אבתשובה אחרת נסתפק אם יכול למפור כלל הרבית והוא בתשובת הרמב"ן כו' וגם באמת נראה ראיה הרשב"א נכונה מן י"נ דף קכ"ד דמוכח התם דרבית כ"ז שלא נגבה לאו דיליה ולהכי אפי' רבנו דאמרי בכור נוטל פ"ש במלנה אינו נוטל ברבית כו' עכ"ל הש"ך: ענף א ולענ"ד נראה דהנכון פפי שפתב הרמ"א דחל מכירת הרבית והוא דלקמן סי' ע"ב סעיף מ' ש"ך ס"ק קס"ב הביא השו"ב הרשב"א בשנים שהלוו דיש להראשון דין קדימה אף לגבות הרבית מזמן השטר לפי שמשעת פתיבת השטר חייב עצמו בכל הרבית שיעשו מעותיו וכמו במזונות בת אשתו דניזונית ממשעבדי כו' וצן פסק המחבר לקמן סי' ק"ד סעיף ט"ו ומשמע דיש לו דין חוב בשטר וגובה אף ממשעבדי כמו במזונות הבת ולכן אף דהביא הש"ך בסי' ק"ד ס"ק כ' שיטת החולקים דס"ל דאין דין קדימה למלנה ע"פ מ"מ סתם התם כמש"כ המחבר דיש דין קדימה לחוב הרבית משום דיש לו דין מלנה בשטר והוי כמו התחייבות מעכשיו על הרבית שיעלה מעת פתיבת השטר עד זמן סילוק החוב ולכן שפיר יכול למכרו לחוב הרבית כמו שמוכר לכל חוב בשטר ולכאורה אפשר לומר דכיון דלא הוי חוב ברור בעת שמוכר חוב הרבית להלוקח דדלמא יסלק החוב מייד א"כ יש לומר דזה מקרי ממון שאינו יכול להוציא דדינין דאינו חל המכירה.

אף זה אינו דלא מפעי אם מוכר כל חוב השטר דנדאי שייך הריוח להלוקח משום דמעותיו השפיעו וכמש"כ האו"ת בסי' ס"ו ס"ק נ"ז דהרבית שיעלה אחר שנמכר השט"ח שייך להלוקח משום דקרנו של הלוקח השביית ע"ש אף אם לא מכר רק חוב הרבית בלבד מה שיעלה ג"כ נמכר ע"י מסירת השטר וכתובה פיון דהוי חוב מעכשיו למה שיעלה עד זמן סילוק החוב א"כ הוי כמו מוכר שדה ונפץ שאינו מבורר בעת מכירתו שהוא שולו וכמבואר לקמן סי' רמ"ח סעיף ז' ברמ"א ראובן שנתן מתנה ללוי והתנה עמו איזה תנאי ואם יעבור התנאי יהיה הנכסים של שמעון מעכשיו ואח"כ נתן שמעון כל

זכות שישיש לו ללוי במתנה מעכשיו כו' זכה בנכסיו מפח שמעון טור בשם תשובת הרא"ש
עכ"ל ועיין בסי' רי"א סעיף ז' בהג"ה אלמא דאף דבעת שנתן שמעון ללוי לא היה פרו
אז דהשדה שינה לו מ"מ פיון דלאחר דעבר לוי על התנאי א"כ נתברר למפרע שהשדה
שינה לשמעון ע"כ חל מתנת שמעון ומקרי שפיר ממון שיכול להוציא בדינין וכן
מבואר בפסחים דף ל"א אב"י אמר למפרע גובה ולכן אם זבין מלנה פיון דמטי זמניה
ולא פריק ברשותיה הוי קאי ושפיר זבין ולא אמרינו פיון דהיה ביד הלנה לסלוקי א"כ
הוי מכירת המלנה כמו דמכר לממון שא"י להוציא בדינין וע"כ מוכח דלא אמרינו פו
פיון דנתברר עכשיו למפרע דהוי שלו ע"כ שפיר חל מכירתו למפרע ורבי דפליג שם
טעמו דכינו דבדו לסלוקי בזווי ע"כ אין לו קנין הגוף בהשדה כלל אבל היכא דהיה
להמוכר קנין הגוף ע"י איזה תנאי אף שלא נתברר בעת שמכר השדה לאחר מ"מ אם
לבסוף נתברר על למפרע דשפיר חל מכירתו הראשונה: ובמק"א פתבתי להעיר בזה
מהא דכתובות ד' נ"ח ע"ב ופליגא דר"ל כו' מתוך שיכול לקנפה למע"י נעשה כאומר
יקדשו ידיו ומשמע דאם יכולה לומר א"נ וא"ע אינו חל הקדש דיקדשו ידיו משום דהוי
כמו מקדיש דשלב"ל אלמא דלא אמרינו דכינו דלא אמרה א"נ וא"ע א"כ אגלאי מילתא
למפרע דהיה של הבעל בעת שהקדיש וכמו הו' דפסחים ד' ל"א ה"ל ומצאתי בהריטב"א
לכתובות שם שהעיר בזה ותיירץ דאם נימא דיכולה לומר א"נ וא"ע א"כ אין להבעל
שעבוד אלימא כמו קנין בגוף ידיו של האשה ע"כ אינו חל הקדשו אבל לר"ל הוי
שעבודו של הבעל פלוקח ובעיקר דברי הריטב"א הארכתי במק"א וכן הארכתי בדברי
הפמ"א סי' מ"ו מזה בקונטרס א' מן שעבודא דאורייתא שיש לי ובדברי הריטב"א בב"מ
ספ"ד בחידושים השינה לפרק הזהב ד' ל"ז ובהא דערכין ד' ל"א דחלוט לשני ומה שיש
לחלק בין תנאי דקום נעשה לתנאי דשב ואל תעשה והנה באה"ע סי' צ' בב"ש ס"ק ל"ט
הקשה על מש"כ הרמ"א דנתאלמנה או נתגרשה מקרה קיים לנ"מ שלה דהא מי איכא
מידי דהשתא לא קדוש ולקמי' קדוש וה"ל כמו מוכר שאינו ברשותו ונשאר בצ"ע
ובאמת אין זה קשה לפמ"ש"כ לעיל דאמרינו אגלאי למפרע דהיה שלו בעת המכירה
וחל מכירתו וכמש"כ התוס' בכתובות ד' נ"ט ד"ה שדה זו כו' דיכולה למכור נ"מ
כשתאלמן או תתגרש ושאני קונם ע"ש וכמו דאמרו בב"ק ד' פ"ט דמוכרת נ"מ וכתובה
בטובת הנאה שיש לה אם ימות או שתתגרש ואין לחלק בין מוכרת בט"ה למוכרת מידי
וכמו שכתב ההפלאה בק"א סי' צ' ס"ק כ"א וראיתי בפני יהושע לב"ק ד' פ"ט ד"ה
ולטעמיה נהי נמי כו' שכתב לדון דלא תהיה מצוי למזבן נ"מ פיון דהשתא לא קדוש כמו
הא דכתובות ד' נ"ט ע"ש ובאמת הנכון עם כל הפוסקים דס"ל דחל מכירתה לנ"מ בט"ה
כדמוכח מן הסוגיא דב"ק שם וכן כל מוכרת פתובה שיש לה על הבעל בחייו האלא
נתברר החיוב שלו עד שתתאלמן ותתגרש ומ"מ חל המכירה שלה בחיי הבעל אף שלא
במשפון ובשבועה מדחזינו דמצי מחלה לחוב פתובה שמכרה וע"כ תמוהים דברי הפ"י
ואכמ"ל ונדקא .

גבי מעמ"ג אמרו דאינו חל בכתובה מה"ט: נחזור לענינו דשפיר חל מכירת חוב הרבית
שעלה עד זמן מכירת השטר משום דיש דין שטר לחוב רבית שהרי נשתעבד מעת פתיבת
השטר על הרבית שיעלה לאחר זה ואף להרבית שיעלה לאחר המכירה אם לא מכר רק
הרבית בלבד ג"כ חל מכירתו לאחר שעלה הרבית כ"ז שלא סילק החוב משום דנתברר

למפרע דבעת המכירה מכר שלו ושפיר חניל קנין כו"מ על השטר מן חוב הרבית כמו
 כל מוכרת פתובה בחיי הבעל אף דלא נתברר הגבייה בבירור וכמש"כ התוס' בגיטין דף
 י"ג וב"מ דף כ' והובא בש"ה סי' קכ"ו ס"ק א' גבי מעמ"ג דלא תקנו בכתובה מה"ט ולא
 אמרו פן רק במעמ"ג דהוי הלכתא בלא טעמא ולכן שפיר כתב הרשב"א בתשובה ח"ג
 סי' ס"ו דיכול למפור חוב הרבית בשטר כמו כל מכירת שט"ח ואם מחלו משלם: ענף
 ב והנה הרמב"ן הביא ראיה דאין דין שטר לחוב הרבית מהא דב"ב דף קכ"ד דשלחו
 מתם דכור נוטל במלנה ולא ברבית אליבא דרבנן אלמא דלא אמרינן בחוב הרבית
 דנשפתעבד מעכשיו מעת פתיבת השטר דאל"כ אמאי מקרי ראוי ויש לחלק לפי שיטת
 הבעה"מ וש"פ דהובא בבית יוסף סי' רמ"ח דס"ל בהא דב"ב דף קכ"ה גבי נכסי לסבתא
 דאמר מסתבר טעמא דבני מערבא דאי קדים סבתא ונבנא זבינא זבינא דהו טעם אף אם
 מאתריה פמעכשיו אפ"ה הוי ראוי פיון דאז קדים ונבנא כו' א"כ חזינו גבי ענין ראוי
 דאינו בירושא גבי הבעל ובכור דאף דנתברר עכשיו למפרע דהיה שלו בחייו מ"מ פיון
 דלא היה אז דבר בבירור דלא מקרי מוחזק עכ"פ ע"כ א"ש בפשיטות מה דאמרו דחוב
 הרבית מקרי ראוי דאף דהוי חוב מעכשיו למה שיעלה הרבית לאח"ז ואיתני' במכירה
 מ"מ אינו מוחזק כמו דחזינו בזכותו ע"י איזה תנאי דאף דלא נתברר בעת המכירה מ"מ
 חל מכירתו פנ"ל ומ"מ לענין ראוי לא מקרי מוחזק פנ"ל ע"כ אין ראיה מוכרחת מהא
 דב"ב לנ"ד ואף לשיטת הרמב"ן החולק שם על הבעה"מ והובא בקצה"ח סי' רמ"ח ס"ק
 י"ב ובסי' ער"ח ס"ק ט"ו ולפ"ז שפיר הוכיח הרמב"ן פן לשיטתו מ"מ יש לחלק בין הא
 דב"ב להא דמכירת חוב רבית בשטר.

והוא דהנה השיטה מקובצת שם בב"ב דף קכ"ד ע"ב פתב בד"ה שלחו מתם בכור נוטל
 פ"ש במלנה ולא ברבית לרבנן משום דמלנה כמאן דגבייה דמי אכל רבית אפ"ה נתחייב
 הרבית בחיי האב מ"מ לא שקיל משום דכי אמרינן כמאן דגבייה דמי ה"מ בקרן גופיה
 דכי פרע ליה ממונא דשקל מיניה הוא דפרע ליה אכל ברבית דכי פרע ליה שבחא בעלמא
 הוא דפרע ליה ולא ממונא דשקל מיניה ליכא למימר ביה כמאן דגבוי דמי אלא ה"ל
 שבחא דלא אתי לידיה מחיים כו' ועוד י"ל דמייירי באבק רבית דכיון דאין מוציאין
 בדדינן ה"ל ראוי עכ"ל וכ"כ הרשב"ם שם בד"ה אכל לא ברבית דעיקר הטעם דשקיל
 פ"ש במלנה בשטר דהוי כמאן דגבוי דמי להד"מ דזנה אינו רק בהקרן דשקיל מעות
 שיהלנהו וה"ל כמו משפון כו' אכל ברבית דלא היה שלו מעולם לא ה"ל כגבוי כו' עכ"ל
 וכן אמרו שם להדיא בש"ס פיון דנקט שטרא כמאן דגבייה דמי וכעין מש"כ התוס' בגיטין
 דף ל"ז ד"ה שטר כו' דאליה טפי אם מפניך שעבוד בשטר ובמק"א הארכתי בסוגיא זו
 במש"כ לדון דבשט"ח ברור אמרינן גם לבית הלל דכגבוי דמי ואכמ"ל: ולפ"ז י"ל
 דשפיר כתב הרשב"א וכמו שפסק המחבר בסי' ק"ד וכן סתם הש"ה שם לדינא דאף
 בחוב רבית בשטר לו דין קדימה משום דה"ל כמו מלנה בשטר דהתחייב א"ע מעכשיו
 לכל הרבית שיעלה ומה"ט נמכר כמו כל חוב בשטר ואפ"ה אינו נוטל פ"ש ברבית משום
 דאף דאמרינן דהתחייב מעכשיו בעת פתיבת השטר פנ"ל מ"מ הא לא הוי כגבוי גבי
 רבית וכש"כ לפי הקונטרס דלכן גבו מעות יש לו משום דמעות יחייב ומעות שקיל ועיין
 בתוס' שם ד"ה גבו מעות כו' א"כ ברבית דלא שקל מיניה פלום ע"כ הוי ראוי לכ"ע ולא
 הוי כגבוי וכעין זה מצינו באה"ע סי' ק' סעיף ב' בח"מ ס"ק י"ט דמלנה שירש הבעל

ממורישו פֿינן דלא הִיזָה בְּיָדוֹ מְעוֹלָם מְקַרֵי רָאוּי ע"כ י"ל דְּשֵׁאנִי מְכִירַת רַבִּית בְּשֵׁטֶר פֿינן דְּחֻזִּינן דָּאָף דְּקִי"ל דְּשֵׁט"ח לָא הָוִי פְּגָבוּי נְאָף שֵׁט"ח פְּרוּר לָא הָוִי פְּגָבוּי וּכְמַש"כ לְעִיל בְּחִדוּשֵׁי לְסִי י"ב וְאִפ"ה יָכוֹל לְמַפְנֵר חוּב בְּשֵׁטֶר לְכַה"פ לְכ"ע מְדַרְבְּנֵן וְכֵן הָא חֻזִּינן דְּגַם כֵּת"י נְמַפְר בְּכו"מ פְּמַבְנָאָר בְּתַשׁוּבַת הַרְשָׁבָ"א וְהוּבָא לְקַמְן סְעִי ו' וְהָא כֵּת"י דְּאִינוּ גוּבָה מְמַשְׁעָבְדִי לָא הָוִי פְּגָבוּי פְּלָל וּכְמַש"כ הַקְצָה"ח בְּסִי פ"ג ס"ק ה' וְאִפ"ה נְמַפְר אֲלָמָא דְּמְכִירַת שְׁטָרוֹת הוּא לָאו מְטַעַם דְּהָוִי פְּגָבוּי ע"כ י"ל דְּשֵׁפִיר פְּתַב הַרְשָׁבָ"א פְּנ"ל וְכֵן הַרְמ"א דָּאָף חוּב רַבִּית נְמַפְר פֿינן דְּדִינוּ פְּמוּ פֶל חוּב בְּשֵׁטֶר אָף לְגַבּוֹת מְמַשְׁעָבְדִי מְשׁוּם דְּאִמְרִינן דְּהַתְחַיֵּיב בְּעַת פְּתִיבְתוּ לְכָל מַה שְׁיַעֲלֶה וְכַעֲיֵן הָא דְּסִי ס"א סְעִיף ז' ע"ש וְאָף דְּבַר־רַבִּית לָא הָוִי פְּגָבוּי פְּלָל מ"מ נְמַפְר מְשׁוּם דְּשֵׁאנִי יִרְנֹשֶׁת בְּכוּר דְּתַלוּי אִי הָוִי פְּגָבוּי וְרַבִּית לָא הָוִי פְּגָבוּי מְשֵׁא"כ גְּבִי מְכִירָה דְּלֵא בְּעֵינָן פְּגָבוּי פְּלָל וְלְקַמְן בְּחִי לְסְעִיף א' בְּסוּף קוֹנְטְרָסִי הַגְּדוֹל פְּתַבְתִּי דְּלוּלִי דְּבַר־י הָרֵאשׁוֹנִים הִיזָה מְקוּם לֹאמֵר דְּכֵת"י אִינוּ נְמַפְר פֿינן דְּלֵא הָוִי פְּגָבוּי פְּלָל וְהֶאֱרַכְתִּי שָׁם בְּזָה.

וְהַבְּיָאוּר הַגְּר"א זצ"ל לְקַמְן סְעִיף ו' ס"ק כ"ג פְּתַב לְהוֹכִיחַ דְּכֵת"י ג"כ נְקַנָּה בְּכו"מ מְהָא דְּשֵׁטֶר מְתַנָּה נְקַנָּה בְּכו"מ אָף שְׁאִינוּ גוּבָה מְמַשְׁעָבְדִי וַיֵּשׁ לְחַלְקַּל דְּשֵׁאנִי שְׁטֵר מְתַנָּה דְּלֵא נְקַרָא מִיְלִי כ"כ מְשׁוּם דְּגוּף הַשְּׂדֵה שְׁיִיף לֹא מְשֵׁא"כ שְׁעָבוּד דְּכ"ז דְּאִינוּ גוּבָה מְמַשְׁעָבְדִי י"ל דְּמְקַרֵי מִיְלִי בְּעֵלְמָא וְלֵא חַל בּוּ קִנְיָן אָף מְסוּגֵיָא דְּב"ב דְּרָף ק"ע מְשַׁמַּע דְּלֵא מְחַלְקִינן פֶּן וְקַצְרְתִּי וְאִפְשָׁר לֹאמֵר דְּהַרְמַב"ן לְטַעֲמֵיהּ דְּהַקְצָה"ח בְּסִי י"ב הַבִּיא בְּשֵׁם הַכְּנֵה"ג שְׁשִׁיטַת הַרְמַב"ן הוּא דְּלַכְמָה עֲנִינִים הָוִי הַשְּׁטֵר פְּגָבוּי וְכֵן פְּתַב הַסַּמ"ע בְּסִי מ"ד ס"ק יו"ד בְּשֵׁם הַרְמַב"ן דְּלִפִּי דְּהָוִי פְּאֵלוּ הַמְמוֹן שְׁפַתּוּב בְּשֵׁטֶר פְּמוּ דְּהָוִי מוֹחֲזֵק ע"ש: אֲלָמָא דְּס"ל לְהַרְמַב"ן דְּלַכְמָה מִיְלִי הָוִי הַשֵּׁט"ח פְּגָבוּי ע"כ י"ל דְּמַה דְּחֻזִּינן דְּמַהֲנֵי מְכִירַת הַשֵּׁט"ח בְּכו"מ מְשׁוּם דְּכִינן דְּהָוִי קֶצֶת פְּגָבוּי ע"כ תְּקַנּוּ חו"ל מְכִירַת שְׁטָרוֹת וּכְמַש"כ הַשְּׂדֵה סוּף ס"ק א' בְּשֵׁם הַרְמַב"ן דְּמְכִירַת שְׁטָרוֹת מְדַרְבְּנֵן וְכֵן אָף בְּכֵת"י שְׁאִינוּ גוּבָה מְמַשְׁעָבְדִי ס"ל לְהַשְּׂדֵה ג"כ שְׁלֵא לְחַלְקַּל בִּינוּ לְשֵׁטֶר גְּמוּר גְּבִי מִיְגוּ לְהוֹצִיא הִיכָא דְּשֵׁטֶרָא מְסִייעַ לִיָּה פְּמַבְנָאָר בְּסוּף סִי פ"ג בְּשֵׁ"ף שָׁם וְכֵן הוּא שְׁיִטַת הַרִיטְב"א בְּגִיטִין דְּרָף ל"ז בְּשֵׁם ר"פ דְּגַם שְׁטֵר שְׁאִין בּוּ אַחֲרִיּוֹת הָוִי פְּגָבוּי וְשֵׁאנִי שְׁמִיטָה ע"ש ע"כ י"ל דְּלָכֵן אָף כֵּת"י נְמַפְר מְשׁוּם דְּהָוִי קֶצֶת פְּגָבוּי וְכַבֵּר פְּתַבְתִּי לְקַמְן דָּאָם הָוִי פְּגָבוּי דְּנִתְפָּס בּוּ הַקִּנְיָן בְּיוֹתֵר וְע"כ שְׁפִיר הוֹכִיחַ הַרְמַב"ן מְהָא דְּב"ב דְּכִינן דְּרַבִּית לָא הָוִי פְּגָבוּי ע"כ י"ל וְלְהַסְתַּפֵּק דְּרַבִּית אִינוּ בְּמְכִירָה פֶּן י"ל לְכֹאדְרָה בְּשִׁיטַת הַרְמַב"ן אָף אִין זָה בְּמַשְׁמַעוֹת דְּבַרְיוֹ אֲכֹן הָעֵינְקֵר כְּמַש"כ הַקְצָה"ח וְכִמוּ שְׁהַכְרִיעַ הַרִיטְב"א בְּגִיטִין שָׁם דְּבֹאִין בּוּ אַחֲרִיּוֹת לָא הָוִי פְּגָבוּי וְאִפ"ה חֻזִּינן דְּכֵת"י ג"כ נְמַפְר אָף דְּלֵא הָוִי פְּגָבוּי וְכֵן הוּא הַכְּרַעַת הַפּוֹסְקִים דְּכָל שֵׁט"ח לָא הָוִי פְּגָבוּי וּכְמַש"כ הַשְּׂדֵה בְּסִי י"ב.

בְּע"כ מוֹכַח דְּהָא דְּשֵׁט"ח נְמַפְר אִינוּ מְשׁוּם דְּהָוִי פְּגָבוּי וְע"כ שְׁפִיר פָּסַק הַרְמ"א דָּאָף חוּב רַבִּית נְמַפְר וּכְמַש"כ הַרְשָׁבָ"א בְּח"ג סִי ס"ו בְּפְשִׁיטוֹת דְּחוּב רַבִּית נְמַפְר פְּמוּ הַקְּרָן וּכְמַש"כ הַרְשָׁבָ"א בְּתַשׁוּבָה דְּהוּבָא לְקַמְן בְּשֵׁ"ף ס"ק קס"ב דְּמַתְחַיֵּיב מְעַכְשָׁיו עַל פֶּל מַה שְׁיַעֲלֶה הַרְבִּית פְּמוּ בְּמִזְוֹנוֹת הַבַּת וְאִין סְפִיקוּ שְׁל הַרְמַב"ן מוֹצִיא מְדִי וְדֵאִי שְׁל הַרְשָׁבָ"א בְּמַה שְׁפַתְתָּם וְגַם הַרְמַב"ן פְּתַב בְּלִשׁוֹן דְּכֵן יֵשׁ לְדַקְדַּק מְהָא דְּב"ב מְשׁוּם דְּאִין זָה רֵאזָה מוֹכְרַחַת כ"כ וְכַש"כ לְפַמַּש"כ הַשֵּׁמ"ק בְּב"ב דִּי"ל דְּמִיְרִי בְּאַבְקַר רַבִּית פְּנ"ל: עֲנָף ג' אָף הָעֵינְקֵר כְּמַש"כ הַרְשָׁבָ"ם וְהַשֵּׁמ"ק הַטַּעַם דְּלָכֵן אִינוּ נוֹטֵל פ"ש בְּרַבִּית מְשׁוּם דְּלֵאָו פְּגָבוּי

דמי משום דלפמש"כ שם דעוד י"ל דמייגרי באבב רבית א"כ הא ה"מ הש"ס שם לומר
דלא פליגי הך מימרא דאינו נוטל פ"ש ברבית על הא דתני דנוטל פ"ש ברבית משום
דקתם מייגרי ברבית דרף היתר דמוציאין בדייגים ונהך מימרא מייגרי באבב רבית פיון
דאין מוציאין בדייגין כו' ומן הרשב"ם והשמ"ק שפכתבו לפרש ה"ט דאינו נוטל פ"ש
ברבית משום דהא פרע ליה מה דלא שקיל מיניה ולכן לא הוי פגבוי דמשמע מדבריהם
דס"ל ג"כ דחוב רבית ה"ל דין מלנה בשטר דאי ניקא דס"ל דאין לו רק דין חוב בע"פ
א"כ הא ה"מ לומר בפשיטות דלכן אינו נוטל פ"ש ברבית משום דהא יש לו דין מלנה
בע"פ ואינו נוטל פ"ש רק במלנה בשטר כמו דאמרו בש"ס שם פיון דנקט שטרא כמאן
דגביה דמי וכמש"כ התוס' בגיטין דף ל"ז וכמו דמשמע פשט הלשון שט"ח העומד לגבות
פגבוי דמי וכיון דחזינו דהוצרכו לפרש בטעם דאמאי לא הוי פגבוי ברבית א"כ מוכח
דאף רבית יש לו דין שטר לכל דיניו רק שא"ה פנ"ל: ובב"מ דף ס"ב ע"א אמרו מאי
קום ועשה לקרנע שטרא אי קסבר שטר העומד לגבות פגבוי דמי כו' ופ"י רש"י פגבוי
דמי שהרי שיעבד לו קרקעותיו על הקרן ועל הרבית א"כ מוכח מזה דאף רבית יש לו
דין שטר דאל"כ הא לא שייך בדין מלנה בע"פ לומר דהוי פגבוי פנ"ל ומדקרי ליה שט"ח
העומד לגבות משמע דיש לרבית ג"כ דין שטר וכמש"כ הרשב"א והרמ"א וכן יש להעיר
מהך סוגיא על מש"כ לעיל בשם הרשב"ם והשמ"ק דב"ב דכתבו דלכן אינו נוטל פ"ש
ברבית משום דברבית לא הוי פגבוי והא ה"מ בב"מ משמע דאם שט"ח הוי פגבוי דה"ה
חוב רבית ג"כ הוי פגבוי וכן יש להעיר על מש"כ השמ"ק בתי' ב' דרבית פיון דהוי
מילתא דאין מוציאין בדייגין ע"כ לא הוי פגבוי והא ה"מ אמרו דאי שט"ח פגבוי דמי
דה"ה ברבית דאיסורא ג"כ הוי פגבוי אף זה אינו קשה די"ל דבאמת רק אותו מ"ד דס"ל
בב"ב דאינו נוטל פ"ש ברבית טעמו דברבית לא הוי פגבוי משום הנהך טעמים הנ"ל אבל
הך סוגיא דב"מ ס"ל דגם ברבית אף דלא שקל ממנו דמי ג"כ הוי פגבוי וכדמצינו גבי
פתופה דס"ל לב"ש ג"כ דהוי פגבוי אף דלא שייך ביה לומר דשקל דמי ואף דהוי
באיסורא מ"מ ס"ל להך סוגיא דב"מ די"ל דהוי פגבוי וכוננת הגמ' שם דאי קסבר כו'
היינו דנימא דאף בחוב רבית קסבר פן מ"מ קשה והא עבדי איסורייהו אבל באמת אין
זה מוכרח כ"כ ואחר דמסיק לעולם קסבר דלאו פגבוי דמי י"ל דבאמת טעמו משום דהוי
חוב רבית וגם דהוי באיסור ע"כ לא הוי פגבוי ובאמת לשון דאמרו שם שטר העומד
לגבות הוא מוקשה בסכרא דהא פיון דהוי איסורא א"כ לא נקרא בשם עומד לגבות ועיין
בב"ב דף ל' ע"ב תו' ד"ה דמשעת פתיבה כו' ומזה מוכח כמש"כ לקמן דמייגרי בזקף
וכלל הרבית והקרן א"כ שפיר יכול לבא לגוביינא משום דלא ידעו שיש בו רבית אף
מן מה דאמרו שם אי קסבר שטר העומד לגבות כו' ואי לאו פגבוי כו' לעולם קסבר שטר
העומד כו' דמשמע דזה ה"ה פשוט להש"ס דגם בחוב רבית שייך למקרי ליה בשם שטר'
א"כ מוכח מזה כמש"כ הרשב"א והרמ"א דגם רבית יש לו דין שטר דנמכר בכ"מ:
ואפשר לומר דמייגרי בזקף הרבית בשטר במלנה ואז ה"ל פגבוי פמבואר בב"מ דף ע"ב
ע"א ובש"ף סי' ס"ו ס"ק ק"ז ולפ"ז ה"מ הש"ס לאוקמי שם בב"ב דהא דתני בכור נוטל
פ"ש ברבית דמייגרי בזקף הרבית בשטר אף י"ל דא"כ פשיטא דהא דינו כמו מלנה וע"כ
אין זה ראיה מכרעת כ"כ והבית יוסף ביו"ד סי' קס"ט הביא ג"כ דברי הרמב"ן דנסתפק
אם נמכר רבית פנ"ל והביא בשם התה"ד דאם זקף עליו במלנה חשוב פקרו ויכול

להקנותו כמו דין שטרות אף נתבאר דאף בלא זקף הרבית ג"כ נמכר הרבית כמו פל מלנה בשטר וכמו שפסק הרשב"א והרמ"א ונלא מבעיא אם מכר הרבית ששעלה עליו עד זמן המכירה ואף במכר הרבית ששעלה אחר המכירה סף פה נכה ולא מכר הקרן דמ"מ נמכר ואף דלא הנה מבונר החוב של הרבית ששעלה אח"ז דהא הנה ביד הלנה לסלקו להחוב מקודם ששעלה הרבית מ"מ נמכר כמו בהא דפסחים דף ל"א דאי למפרע גובה מהני מכירת המלנה וכמש"כ לעיל ועיין באה"ע סי' מ' סעיף ג' ב"ש ס"ק ז' ואכמ"ל ועיין בהגהות רע"א ו"ל ס"ק א' דיכול למפור חצי השטר.

וכ"ז הוא באם הנה הרבית באופן המבואר ביו"ד סי' קנ"ט או בהיתר זקוקים הגהוגים אבל אם הנה היתר הרבית ע"פ היתר עסקא בזה י"ל דאינו נמכר הרבית ששעלה עד זמן המכירה וכפי שפתב בתשובת שבות יעקב ח"ב סי' קפ"ג דאף דחוב רבית גובה ממשעבדי מ"מ הרבית שהוא ע"פ היתר עסקא פנין שאם נשבע לא הרנוחתי יפטר ועיקר חיוב הרבית הוא מן מה שהרוויח חלק פלגא פקדון שלו ואין חל חוב הרבית מזמן השטר רק בכל יום ויום בעת שהרויח ע"כ אינו גובה ממשעבדי וכעת אין ת"י ספר שבו"י והנה המהרי"ט ח' יו"ד סי' כ"א העלה דעסקא שהוא פלגא פקדון אינו נקנה בכו"מ ע"פ דברי הטור בסי' ס"ו סעיף י"ד שהביא בשם ה"ר ישעיה כו' אבל הרא"ש ו"ל כתב שאין נקנה אלא שטר של קנייה כו' א"כ בשטר של עסקא לד"ה אין בו דין מכירה שהרי אפילו קנין ושעבוד אין שם ונלא מהני ליה שטרא אף לראיה דמצי לומר החזרתי כו' והובא בקצרה דברי המהרי"ט הנ"ל בקצה ח"א סי' ס"ו ס"ק ל"ה ובנתיבות ס"ק ל"ח: ובאמת יש לדון בעיקר דברי המהרי"ט הנ"ל דהא גם כת"י אף שייכול לומר פרעתי ואינו גובה ממשעבדי אפ"ה נקנה בכו"מ כמש"כ הרשב"א בתשובה ח"א סי' תתקפ"ד וסי' אלף ל"ח דכת"י נקנה בכו"מ אף שייכול לומר פרעתי ואינו גובה ממשעבדי וכמש"כ המחבר בסעיף ו' ובאמת צריך ביאור דמפני מה נקנה כת"י בכו"מ פנין דאינו גובה ממשעבדי וע"כ הטעם הוא דמפני תיקון העולם הוא כמש"כ הסמ"ע בס"ק ל"ח והנתיבות ס"ק כ"ג א"כ מה"ט ינה מועיל כו"מ אף בפלגא פקדון וכמו דמצינו בגיטין דף י"ג גבי מעמ"ג דתקנו בפקדון מפני תקנת התגרין ואפשר נחלק דשאני כת"י במלנה דאין לו קנין אחר ע"כ תקנו בו כו"מ וכמש"כ הסמ"ע ס"ק כ"ג משא"כ פקדון דיכול להקנותו באג"ק גם ז"א ברור דהא חזינו דחלק פלגא מלנה מן עסקא דנקנה באג"ק כמש"כ הקצה ח' והנתיבות ואפ"ה תקנו בו כו"מ דמועיל כמש"כ המהרי"ט והקצה ח' שם א"כ ה"ה דיהנה מועיל כו"מ גם בפלגא פקדון וקנין חליפין הא לא שייך ביה דהא מטבע אינו נקנה בחליפין וכן מצינו לחד דעה דס"ל דאף מלנה נקנה באג"ק פמבואר לקמן סעיף כ"ו ברמ"א וכן משמע פשט לשון הרשב"א ח"א סי' תתקפ"ד וסי' אלף ל"ח דאף שטר פקדון נקנה בכו"מ ע"ש ואפשר לומר דכוננת הרשב"א שם במכר לגוף הפקדון ונלא מיירי במכר לשטר פקדון אף דכוננתו להוכיח כמו דמוכר לפקדון אף די"ל החזרתי דה"ה בכת"י אף דנאמן לומר פרעתי ומ"מ פנין דכתב המהרי"ט דפלגא פקדון אינו נקנה בכו"מ בודאי הדין פן אף י"ל דזהו בפלגא פקדון דהנה בזמן הקודם דהנה יכול לומר החזרתי ונאנסו וגם אינו גובה ממשעבדי כמש"כ הרשב"א סי' א' ל"ז והש"ך סי' ס"ט ס"ק י"ד ע"כ אינו נמכר בכו"מ כמש"כ המהרי"ט טעמו פנ"ל: אבל בעסקא שלנו דהדין הוא דאף בפלגא פקדון חייב לשלם לעולם כ"ז שלא יברר ע"פ עדים שנאנסו

פי כן הנה תיקון מהר"ם ז"ל בשטר עיסקא דילן דנדאי גובה ממשעבדי אם חתומים על השטר ב' עדים וכן אינו נאמן לומר החרתי ועיין בנתיבות סי' ס"ט ס"ק ט' בדברי הט"ז שם ודאי דנמכר בכו"מ משום דיש בו שעבוד נכסי ומועיל לראיה וגם המהרי"ט מודה בזה.

ענף ד ולכאורה אפטר לומר פיון דעיקר החיוב בפלגא פקדון שלנו לשלם כ"ז שלא יברר בשני עדים שנאנסו הוא משום דמתנה ש"ש להיות פשוטל כמש"כ הפוסקים א"כ הא שיטת פמה פוסקים דס"ל לדינא דנכסי שומר משתעבדו מעת אונסין ולא מעת משיכה פמבואר בסי' שמ"א בשם הרמב"ן והרשב"א והרא"ש והנ"י דפסקו כל"ב דר"פ דכתובות דף ל"ד ולפ"ז אתי שפיר בפשיטות מה דכתב המהרי"ט דפלגא פקדון אינו נקנה בכו"מ וכתבתי לעיל דמ"ש ממלנה בכת"י.

אבל באמת א"ש דשאני מלנה דיש לו שעבוד הגוף על הלנה מיז משא"כ פקדון דלא נשתעבדו נכסי השומר עד שעת אונסין ע"כ הא בעת פתיבת השטר לא הנה לו אז שום שעבוד הגוף וחיוב על הנפקד ע"כ לא מהני ביה כו"מ פן יש לחלק בפשיטות ועפ"ז יש להעיר בדברי הש"ך סוף סי' ל"ט ס"ק מ"ט במה שמדמה דין שומרים שיכולים לחזור אף שנשתעבדו נכסי השואל על אונסין דה"ה בהלואה ובאמת יש לחלק ביניהם דשאני חוב שומרים דלא נשתעבדו רק מעת אונסין משא"כ חוב הלואה וכן מצאתי באו"ת שם שהעיר בזה ולפ"ז י"ל דה"ה בשטר עיסקא דידן דאף דאינו נאמן לומר נאנסו מ"מ עיקר חיוב שלו הוא רק מעת אונסין אם לא יברר בעדים א"כ הא בעת פתיבת השטר לא הנה לו אז חיוב הגוף על המקבל עיסקא מפלגא פקדון ע"כ עדיין יש לדון דלא נקנה בכו"מ משום דאין לו דין שטר אבל באמת ז"א דנדאי אין סברא לומר פן בשטר עיסקא דידן דא"כ הנה הדין דלא יגבה לפלגא פקדון מיורשים כמו דאמרו בהניח להם פרה שאולה דכתובות דף ל"ד דאם מתה אין חייבין באונסה אף דהניח אחריות נכסים משום דמפשיעה אשתעבד ובאמת הא גובין בשטר עיסקא דידן אף מיורשין וממשעבדי שקנו הנכסים תיכף אחר קבלת העיסקא משום דאם לא פן יונעל דלת בפני הלויין דמי ירצה להלוות על שטר עיסקא דידן דלמא ימות ולא יוכל לגבות מיורשין וממשעבדי לפלגא פקדון וע"כ מוכח דאמרינן דחל החיוב עליו מעת קבלת העיסקא דהתחייב א"ע מעכשיו בכל חיוב אונסין כ"ז שלא יברר בעדים וכבר פתבתי בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ג' דבכל חיוב על תנאי דהוי כמו דאמר מעכשיו ונדקא בחיוב שומרים דהתורה חייבו בזה י"ל דנכסי שומר מפשיעה נשתעבד ולא מעכשיו ע"ש.

וכש"כ בנ"ד דהוי בתנאי דשב ואל תעשה כ"ז שלא יברר בעדים שנאנסו הנה חייב בכל חיוב שפעולם ודאי דהוי כמו דאמר מעכשיו וכן הוא האומדנא דאל"כ לא הנה יכול לגבות מיורשין וינעל הדלת כו' וע"כ הוי החיוב מעכשיו ולכן שפיר נקנה שטר עיסקא דידן בכו"מ ואם יכתב לכל המוכ"ז נקנה במסירה לבד וגובה ממשעבדי אם עדים חתומים בו ואם אין עדים ג"כ נקנה בכו"מ כמו פל כת"י ודינו כמו פל שטר חיוב דהנה חל החיוב עליו בעת שנכתב השטר אף י"ל דכ"ז אינו רק אם אינו בעיניה אבל אם הוא בעיניה י"ל דלא שנייה כ"ז לפמש"כ הקצה"ח בסי' ש"מ וסי' פ"ו בשם פמה פוסקים דאף אי נימא דממשיכה אשתעבד מ"מ כ"ז שהוא בעין אין עליו חיוב ע"ש ע"כ י"ל דכה"ג

לא נתפס ביה קנן כו"מ אכן אם אינו בעינו עכשיו שפיר י"ל דנתפס ביה קנן כו"מ משום דכיון דאינו מחזיר להפליגא פקדון בעיניה הוי למפרע חוב עליו מעת פתיבת השטר וכבר פתבתי לעיל דאף מה דלא נתפרר בעת המכירה מ"מ אם לבסוף איגלאי למפרע דחל ביה דיני מכירתו וגם בבעין יש לדון הרבה ולדברי הקצה"ח הנ"ל נראה לי דהתקנה בזה דיקנהו הפליגא פקדון באגב קרקע ואת השטר בכו"מ דאז נקנה לו הפליגא פקדון דאם הוא בעיניו בעת ההקנאה א"כ נקנה אג"ק ואם אינו בעיניו בעת ההקנאה דטוען נאנסו מפבר דעיקר החיוב הוא משום מתנה ש"ח להיות פשואל להתחייב באונסין כ"ז שלא יברר בעדים וכמש"כ הגתיות בסי"ט ס"ק ט'.

א"כ לזה מהני קנן כו"מ כמש"כ: אף י"ל דז"א רק הקרן דדינו פמלנה בשטר אבל הרבית שעלה עד המכירה פינו דכתב השבו"י דאין חיובו מעכשיו רק בכל יום ויום עולה השבח מן פלגא פקדון וע"כ אינו גובה ממשעבדי ומה"ט י"ל דלא נקנה בכו"מ ואין דינו רק פמלנה בע"פ דלא שייך בו קנן כו"מ רק הריוח שעולה מן הפלגא מלנה שייך להלוקח משום דמעוטיו השביחו לאחר המכירה אם הקנהו הקרן אבל לא במה שעלה קבר מקודם המכירה ודינו כמו קנה דשב"ל עם לא בא לעולם דקיי"ל דקנה מחצה וע"כ אף דלא חל הקנן על הרבית מ"מ חל הקנן על כל הקרן.

אף לפי המבואר בח"מ סי' רט"ז סעי' ה' שיטת הרמב"ם גבי קרקע ודקלים דאם אין נותן לו הדקלים יכול הלוקח לחזור לכן בלא ידע הלוקח שאין לו דיכול לחזור ולומר במקח שלם אני רוצה פמבואר בסי' קפ"ב סעי' ח' וכמש"כ הגתיות שם ס"ק ח' א"כ ה"ה פאן אם המוכר חוזר ממכירת הריוח שעד המכירה דיכול הלוקח לחזור ממכירת הקרן ולומר למקח שלם של הקרן והרבית אני רוצה ולא שייך בזה לומר דהא ידע הלוקח דלא נתפס הקנן של הרבית וע"כ חל הקנן של הקרן ואף להרמב"ם והשו"ע שם בסי' רט"ז הנ"ל משום די"ל בזה דלאו כ"ע דינא גמירי ובפרט דיש מקום לומר דיהיה נתפס הקנן גם על הרבית פדין כל שטר שנקנה בכו"מ כמו שיבואר וכיון די"ל פן ע"כ שפיר יכול לומר דטעה הלוקח בזה הדין היכא דהוי מוחזק וכמש"כ הש"ך כה"ג בסי' מ"ב ס"ק כ' וס"ק כ"ב וכמש"כ במק"א להאריף בזה.

אף כ"ז לפמש"כ השבו"י אבל לענ"ד נראה לדון דשפיר נקנה אף הריוח מהעסקא ע"י כו"מ משום דדינו כמו כל חיוב בשטר והוא דבשו"ת טור האבן סי' מ"ה העלה דאף בשטרי עסקא דידן דאם נשבע המקבל לא הרנוחתי פטור מ"מ אם מת גובין מיורשים ולא טענינו להו שמא היה אביהן טוען לא הרנוחתי משום דכן היתה התקנה דכ"ז דלא נשבע לא הרנוחתי דיהיה חייב בהריוח פפי שקצבו וכיון דגובין מיורשים אף הרבית שעלה בחיי האב א"כ חזינו דהוי פאלו התחייב א"ע בפ"י בעת פתיבת השטר על כל הרבית שיעלה אם לא ישבע לא הרנוחתי דאם לא היה החיוב אז בעת פתיבת השטר א"כ אמאי גובין מיורשים וזהו כש"כ מהא דהג"ח פרה שאילה דאם לא אשמעבד נכסי מעת שאלה אין גובין מיורשים ומוכח ממה שנהגו לגבות מיורשים דאמרינו דהתחייב א"ע בעת פתיבת השטר על כל מה שיעלם הריוח כ"ז דלא ישבע ומה"ט י"ל דגם גובין מן משעבדי משום התחייבות וכמו שכתב הרשב"א במזונות הבת דגובין ממשעבדי מה"ט ואין לומר דה"ל דבר שאין לו קצבה ז"א דהא מבואר בסי' סמ"א סעי' ב' בש"ך

ס"ק י"א דאם לא נתן קצבה לשנים מקרי דבר קצוב וכן כמה שפיך הלנה לישיבע שלא
הרויח כ"כ פפי קצבתם ג"כ מקרי דבר קצוב וגובה ממשעבדי וכמבואר בסי' ס"א
וכמש"כ הנתיבות שם ס"ק יו"ד לתרץ קנשינת האו"ת ס"ק ה' דמה דהוי פיך הלנה מקרי
קצוב וגובה ממשעבדי כש"כ בנ"ד דאם יהיה הלנה שב ואל תעשה ולא ישבע לא
הרנוחתי יהיה חייב לשלם הרנוח פפי קצבתם ע"כ שפיר מקרי דבר קצוב וגובה
ממשעבדי משום שהתחייב א"ע בעת פתיבת השטר על כל מה שיעלה הרנוח כמו בהא
דסי' ס"א סעי' ז' ה"ל: וכיון דהוי התחייבות מעכשיו בעת פתיבת השטר על כל מה
שיעלה הרנוח ע"כ נקנה בכ"מ אף הרבית שעלה מקודם המכירה ולא מפעי היכא
שגובה ממשעבדי ואף היכא שאינו גובה ממשעבדי אם אינו חתומין בו ב' עדים ג"כ
נקנה כמו כל כת"י פנ"ל א"כ נתבאר דלא מפעי הרבית שאינו ע"פ היתר עיסקא כמו
ע"פ היתר זקוקים וכהנה ואף הרבית ע"פ עיסקא ג"כ נקנה בכ"מ: ענה ה וראיתי בחתם
סופר על ח"מ סי' קל"ו שכתב בשטר פיס על היתומים דטענינו להו דלמא היה טוען
אביהם לא הרנוחתי ופטורים לשלם מה שעלה בחיי אביהם ומשמע דקאי האי דנא לאחר
תקנת מהר"ם ז"ל וזהו דלא כמש"כ בשו"ת טור האבן ה"ל אבל ראיתי בספר עצי
לבונה ליו"ד סי' קע"ז סעי' ל"א שכתב ג"כ כמו שכתב הטור האבן ה"ל דהתקנה של
מהר"ם ז"ל היה דכ"ז דלא ישבע לא הרנוחתי יהיה חייב לשלם הרבית פפי השוואתם
ומה"ט אינו יכול להטיל קב"ח ולא להפך השבועה על המלנה וזהו הפל בדברי הטור
האבן ה"ל ובהיא פן בשם השל"ה ונחפשי ומצאתי פן בשל"ה ד' צ"ה ע"ב שכתב
להדיא דאינו נאמן על הרנוח עד שישבע בנק"ח לא הרנוחתי ואף דע"פ דין היה מקום
לומר דלא יצטרף לישיבע בנק"ח רק הוסת ואם אינו טוענו ברי יהיה סגי בקב"ח מ"מ
תקנו הכא דיהיה חייב שבועה בנק"ח משום מתנה ש"ח להיות פשואל כו' עכ"ל וכוננתו
למה דמבואר בסי' צ"ג סעי' ד' דיש חולקים דמקבל עיסקא א"צ לישיבע אם נותנים לו
שכר עמלו וכמש"כ התוס' בשבועות ד' מ"ח ע"ב ועכ"ז בעיסקא דידן מחייב לישיבע
בנק"ח מחמת התקנה שהתחייב א"ע בזה וכ"כ הנתיבות בסי' צ"ג ס"ק ג' דנוהגין
בעיסקא דידן להשביע פשוטען לא הרנוחתי וכבר הקדימו השל"ה: והנה בעיקר ראיתי
העצי לבונה מן השל"ה אין זה מוכרח כ"כ די"ל דאף דהוי פאלו התנה להתחייב מעכשיו
על השוואת הרנוח באם לא ישבע בנק"ח שלא הרנוחתי מ"מ י"ל דז"א רק אם לא ירצה
לישיבע ובחיי אב"ל לאחר מותו עדיין י"ל דאין יכולין לחייב ליורשיו משום דאונסא לא
חייבי רחמנא ולכן עדיין י"ל כמש"כ החתם סופר ובאמת יש להאריך בזה הפרשואכמ"ל
אף זה שפיר מוכח מן דברי השל"ה דהוי כמו דהתחייב א"ע מעכשיו לשלם אם לא ישבע
בנק"ח שלא הרנוחתי דאל"כ קשה דאף יכולין אנחנו לחייבו לשלם פפי השוואתם אף
דאינו רוצה לישיבע הא יכול לחזור מן ההתחייבות שלו כמו בכל קני לאחר ל' יום אם
לא אמר מעכשיו פמבואר בקדושין ד' נ"ט ויבמות ד' צ"ג ובכ"ד א"כ אף יכולין לחייבו
לשלם פפי ההשוואה אם לא ישבע בנק"ח וזה יכול לחזור בתוך פך מקודם שיסייבוהו
הב"ד וע"כ מוכח דהוי כמו דהתנה בפ"י מעכשיו בעת פתיבת השטר להתחייב פפי סך
השוואתם ליתן הרנוח עד זמ"פ אם לא ירצה לישיבע בנק"ח לא הרנוחתי ועיין בח"מ סי'
ס"ו סעי' ל"ה ובית מאיר סי' ס"ו סעי' א': וכיון דהוי כמו כל התחייבות מעכשיו ע"כ
שפיר יכולין להקנות גם הרנוח ע"י כו"מ כמו כל חוב בשטר וכת"י אף דאינו גובה

ממשעבדי פנ"ל וכש"כ הך חוב הרבית דנראה לפ"ז דגובה ממשעבדי אם נתברר לבסוף דאינו רוצה לישבע ודומה להא דסי' ס"א סעי' ז' בשמעון שנתחייב מעכשיו בתנאי כו' דגובה ממשעבד ומקרי דבר קצוב כמש"כ הנתיבות שם משום דהוי ביד הלנה לעשותו קצוב פנ"ל ולא שייך לומר בזה טוענין ללקוחות כיון דחזינו עכשיו דאינו רוצה לישבע שלא הרנוחתי א"כ ממילא מחוייב למפרע לשלם כפי השוואתם עד זמ"פ והוי חיוב ברור על הלקוחות וגם היכא דאינו גובה ממשעבדי ג"כ נקנה בכו"מ כמו כת"י פיון דהוי חיוב מעכשיו ואינו דומה לפקדון דאינו נקנה השטר פקדון ע"י כו"מ משום דלא אשתעבד נכסי מן עת הפקדון רק מן עידן פשיעה וכשיטות כמה פוסקים פנ"ל ובאמת לשיטת הסוברים דנכסי שומר ממשיכה אשתעבד כמבואר בסי' שמ"א יש לעיין בזה עדיין אבל בחוב הרבית דהוי כמו כל חיוב מעכשיו ונדאי דחל בו הקנין ע"י כו"מ כמו כל חוב אף בכת"י ואף דבעת דהקנהו להחוב הרבית עדיין לא נתברר החיוב בבירור ודלמא ישבע לא הרנוחתי אם יגיע הזמ"פ מ"מ עכשיו שהגיע זמ"פ ולא נשבע איגלאי למפרע שהיה מחוייב בסוף קצבתם מן עת פתיבת השטר וכבר פתבתי לעיל שיכול למפורך כל מידי אף דלא נתברר כ"כ החיוב בעת המכירה מקודם שנתברר קיום התנאי וכמו הא דפסחים ד' ל"א וכן כל חוב פתובה שהוא בתנאי אם תתאלמן ותתגרש וכש"כ זה דהתם בפסחים הנה בידו לסלק בזווי והנה הכא אינו בידו לפטור א"ע רק עד שישבע שלא הרנוחתי ודלמא אינו יכול לישבע זה באמת וידוע מש"כ התוס' בזבחים ד' ל"ד ע"ב ד"ה פל שפידו כו' דמה דאסור למעט אין זה קרוי בידו וכש"כ איסור דאורייתא ובשבעת שקר ועיין בשבועות ד' ל"ב ע"א רש"י ד"ה והאמר אפיי כו' דרוב ב"א אין נשבעין לשקר כו' ולכן מהני מכירתו לחוב רבית שהוא ע"פ היתר עיסקא וכש"כ לחוב רבית שהוא כעין הא דיו"ד סי' קנ"ט וכן רבית שהוא ע"פ היתר זקוקים בכל הנה מהני מכירתו ע"פ כו"מ.

וינדעתי מה דיש להעיר בכ"ז ע"פ דברי המג"א בסי' תמ"א ס"ק ג' מש"כ בשם הר"ן אבל במנחות ד' ק"ב אמרינן הואיל אי בעי פריק וקצרת ויעיין בספרי באר יצחק ח"א סי' ב' ענף ב'. ואחר פתבי כ"ז ראיתי בספר שו"ת טור האבן סי' ו' שהביא בשם הגאון מו"ה זלמן מרגליות זצ"ל מבראד שכתב ג"כ דכיון דיש קצבה לעיקר הרבית אע"ג שאין קצבה לשנים מ"מ מקרי קצוב כו' והטור האבן חולק עליו אבל לא העיר במש"כ לעיל לדמות זה להא דח"מ סי' ס"א סעי' ז' דכיון דהוי ביד הלנה לעשותו קצוב דגובה ממשעבדי כמש"כ הנתיבות שם וה"ה בהרבית שעד זמ"פ דאף דנימא דהא יכול המקבל עיסקא לחזור בתו"ז וכמבואר בסי' קע"ו מ"מ הא יצטרף לבא לחשבון ולישבע שלא הרויח כ"כ וכמש"כ הנתיבות בסי' ע"ד ס"ק ד' א"כ הא נתבאר לעיל דזה אינו קרוי בידו משום דלמא לא ירצה לישבע בשקר והא זה בנודאי בידו שלא לסלק החוב בתו"ז ולישבע א"כ יהיה הרבית עד זמ"פ חשיב דבר קצוב וגובה ממשעבדי והוי כש"כ מהא דסי' ס"א דהתם הוי בידו ע"פ קום ועשה כש"כ בנ"ד דהוי בידו ע"פ שב ואל תעשה: וכן ראיתי שם בספר טור האבן הנ"ל שכתב דאף דנימא דהרבית חל מעכשיו אם יהיו כף מ"מ אינו במכירה דהוי כמו כל מוכר דשלב"ל דלא קנה ע"ש אבל באמת זה אינו וכמש"כ לעיל להעיר מהא דסי' רמ"ח סעי' ז' מש"כ הרמ"א בשם תשובת הרא"ש ד"כ"ל למפור השדה אף מקודם שנעשה התנאי ע"י קום ועשה ולא מקרי דשלב"ל וכן מהא

דפסחים ד' ל"א וה"ה בנ"ד דעכשיו שנתברר דלא סילק לו הוי למפרע חיוב ברור על
הרבית עד עת הסילוק החוב וְלֹא מְקַרֵי דשלב"ל ומהני מכירתו וכן בַּיְתֵר דְּבָרָיו יֵשׁ לְדוֹן
הַרְבֵּה לַפֶּמֶשׁ"כ לְעֵיל: עָנָף וְהִנֵּה עֵינֵךְ סִפְּיָקוֹ שֶׁל הַרְמַב"ן הִנְ"ל הוּא רַק אִם יָכוֹל לְמַפְרֹךְ
חֹב הַרְבִּית אֲבָל חֹב הַקָּרָן שֶׁל א"י בְּנֵדָאֵי מְהֵנִי מְכִירְתוֹ וְכֵן פְּסָקוּ בְּסִי' ס"ו סע"א ד'
דְּשֻׁטֵר חֹב שֶׁל א"י נִקְנָה בְּכו"מ וְכֵן מְבִנְאָר לְקַמְן סְעִיף ל"ב וְהוּבָא זֶה בְּנו"ב בְּמ"ת ח'
ח"מ ס' מ"ה שְׁפָתַי בְּפִשְׁטוֹת דְּאָף שִׁט"ח שֶׁל א"י נִקְנָה בְּכו"מ ע"ש אֲכָן הַש"ף בִּיּו"ד
ס' קס"ט ס"ק ס"א פְּתַב וּבְחֻבּוֹת שֶׁל אֲשֵׁרָאֵי פִי שִׁט"ח שְׁיֵשׁ לוֹ מֵא"י וְה"ה אִם חֵיִיב
לוֹ בַע"פ עַכ"ל הַש"ף א"כ מְבִנְאָר לְהִדְיָא דְס"ל לְהַש"ף דְּשִׁט"ח שֶׁל א"י אֵינּוּ נִקְנָה
בְּכו"מ וְכֵן נִרְאֶה מִן מַש"כ הַש"ף בִּיּו"ד ס' קע"ג ס"ק ח' בְּשֵׁם הַגְּהוֹת אֲשֵׁר"י דְּבַעֲיָנּוּ
שְׁיִזְנֶה הַקּוֹנָה בְּמַעַמ"ג וְאִם יֵשׁ לוֹ שְׁטֵר עָלָיו כו' וְאִם הִלְנָה הוּא א"י יֵאמֵר הַמּוֹכֵר לְלוֹקַח
כו' מִשְׁמַע מְזָה דְלֹא מְהֵנִי בִּיהַ כו"מ בְּשֻׁטֵר וְטַעַמָּם הוּא מְשׁוּם דְס"ל כְּשִׁיטַת הַמְּרָדְכֵי
וְהַגְּהוֹת מִיְיָמוֹנֵי וּמְהַר"ם דְּהוּבָאוּ בְּסִי' רנ"ג סע"א כ' דְּכַתְּבוּ לְדוֹן כֵּן גְּבִי מִתְּנַת שְׁכ"מ דְלֹא
נִקְנָה מְשׁוּם דְלֹא סְמָכָה דְעַתְלֵי אָף עֵינֵךְ דְּבָרֵי הַש"ף בִּיּו"ד סְתָרֵי לְמַה שְׁפָתַם הַש"ף הֵכָא
דְּאָף חֹב שֶׁל א"י נִקְנָה ע"י כו"מ: וְאֲפֹשֶׁר לוֹמַר דְּכֹנֶנְתַּ הַש"ף בִּיּו"ד הוּא דְּאָף דְּגַם שְׁטֵר
שֶׁל א"י נִקְנָה בְּכו"מ מ"מ הֵתָם גְּבִי אִיסוּר רְבִית לֹא מְהֵנִי קִנְיָן כו"מ דְּהָא לְשִׁיטַת כְּמָה
פּוֹסְקִים הוּא דְּקִנְיָן כו"מ אֵינּוּ רַק דְּרַבְּנָן וְכַמַּש"כ הַש"ף הֵכָא בְּשֵׁם הַב"י וְעֵינֵי לְקַמְן סע"א
כ"ה וְש"ף ס"ק פ"ה: וְע"כ לֹא מְהֵנִי כו"מ גְּבִי אִיסוּר רְבִית אֲבָל בְּאַמַּת ז"א דְּהָא מְצִינּוּ
דְּאָף קִנְיָן דְּרַבְּנָן מְהֵנִי גְּבִי אִיסוּר רְבִית כְּמְבִנְאָר בְּב"מ ד' ע"א דְּאָמַר רַבִּינָא דְּזַכְּיָה
מְדַרְבְּנָן אֵית לֵיהּ וְע"כ מְוֹתֵר אִם הֶעֱמִידוּ אֲצִלוּ וְכַמַּש"כ הַש"מ קְשָׁם וְהִרִיב"ש בְּסִי' ש"ה
לְתַרְצֵי קְוִשְׁיַת הַרְמַב"ן שְׁהַקְשָׁה דְּאִיף הַקְּלִי לִיקַח רְבִית בְּשִׁבִיל זַכְּיָה מְדַרְבְּנָן דְּאֵינּוּ
מוֹעִיל מַה"ת לְוִלֵי דְּבָרֵיהֶם הֵייתִי אוֹמֵר לְתַרְצֵי קְוִשְׁיַת הַרְמַב"ן הִנְ"ל וְהוּא דְּהָא מְבִנְאָר
בִּיבְמוֹת ד' צ' ת"ש בְּטָלוּ כו' וְהוֹכִיחוּ מְזָה כַּמ"ד דִּיכּוֹלִין חֲזו"ל לְעַקּוֹר דְּבָר מַה"ת אָף
בְּקוּם וְעֵשָׂה וְנְדָחוּ מְשׁוּם דְּכָל דְּמַקְדֵּשׁ אֲדַעְתָּא דְּרַבְּנָן וְא"ל רַבִּינָא לְרַב אֲשֵׁי הִתִּינַח דְּמַדְּיֵשׁ
בְּכִסְפָּא קְדִישׁ בְּבִיבְיָה כו' וְכֵן הוּא בְּגִיטִין ד' ל"ג א"כ מוֹכַח מְזָה דְּרַבִּינָא הִיָּה ס"ל לְהוֹכִיחַ
מְשָׁם דִּיכּוֹלִין חֲזו"ל לְעַקּוֹר דְּבָר מַה"ת ע"כ שְׁפִיר אָמַר רַבִּינָא בְּב"מ דְּכִינּוּ דְּזַכְּיָה מְדַרְבְּנָן
אֵית לֵיהּ ע"כ הַוְתֵּרָה שָׁם אִיסוּר רְבִית מְשׁוּם דְּאִזְגִּיל לְשִׁיטְתֵיהּ דִּיכּוֹלִין חֲזו"ל לְעַקּוֹר
לְאִיסוּר דְּאוֹרִייתָא אָף בְּקוּם וְעֵשָׂה וַיֵּשׁ לְהַאֲרִיף בְּזָה: אֲבָל בְּאַמַּת הַעֵינֵךְ כְּדָבְרֵי
הַרְאִשׁוֹנִים הִנְ"ל דְּאָף ע"י קִנְיָן דְּרַבְּנָן הַוְתֵּרָה אִיסוּר רְבִית וְכַמַּש"כ הַפְּנ"י בְּב"מ דָּף ע"א
בְּגַמ"ד ה"ה רַבִּינָא אָמַר כו' וְכֵן מוֹכַח מִמַּש"כ הַש"ף בִּיּו"ד ס' קע"ג ס"ק ח' בְּשֵׁם הַגְּהוֹת
אֲשֵׁר"י דְּגַם קִנְיָן מַעַמ"ג מְהֵנִי גְּבִי אִיסוּר רְבִית ע"ש וְכֵן מוֹכַח מְכָל קִנְיָן כו"מ וְע"י בְּאו"ת
ס' ס"ו ס"ק ג' וְנִתְיָבוֹת ס"ק ג' וְכֵן מוֹכַח מְכָה דְּוֹכְתֵי.

וּבְאַמַּת הַש"ף וְהַב"י בִּיּו"ד ס' קע"ג קְצָרוּ בְּדָבְרֵי הַגְּהוֹת אֲשֵׁר"י דְּרֵאִיתִי בְּהַגְּהוֹת אֲשֵׁר"י
ב"מ פ"ה ד' ס"ה בְּרֵא"ש ס' כ"א שְׁפָתַי בּוּזָה"ל וְאִם הִלְנָה הוּא כו' וְהוּא מְלֹנָה בַע"פ
וְאָמַר שְׁמַעוֹן לְלוֹי הַקּוֹנָה אֲנִי מוֹחֵל כו' אֲלֵמָא דְּקֵאֵי רַק עַל מְלֹנָה בַע"פ אֲבָל בְּמְלֹנָה
בְּשֻׁטֵר מְהֵנִי גַם גְּבִי א"י בְּכו"מ כְּמוֹ דְּקָאָמַר שָׁם לְעֵיל.

וְע"כ הַעֵינֵךְ כַּמַּש"כ הַנּו"ב לְהַכְרִיעַ לְדִינָא דְכ"ע ס"ל דְּנִקְנָה גַם חֹב כְּזָה בְּכו"מ מְשׁוּם
דְּאֵינּוּ לְדַמּוֹת זֶה לְהָא דְח"מ ס' רנ"ג דְּמִיְיָרֵי שָׁם בְּמִתְנַת שְׁכ"מ דְּהָא שָׁם ס"ל לְהַדְּ שִׁיטָה
דְּגַם בְּמְלֹנָה שְׁיֵשׁ לוֹ מְשָׁכוֹן אֵינּוּ נִקְנָה בְּמִתְנַת שְׁכ"מ מְשׁוּם דְלֹא קִנְיָ מְשָׁכוֹן כְּמְבִנְאָר

בפסחים ד' ל"א ואלו הקא ביו"ד סי' קס"ט סעי' י"ח פתבו דחוב שיש לו משפון נקנה ע"י משיכת המשפון ולהתיר עי"ז איסור רבית אלמא דמוכח דשאני גבי מתנת שכ"מ דעיקרו הוא משום שלא תטרון דעתו ע"כ תקנו דיהיה מועיל אמירתו וכיון די"ל דלא סמכה דעתו דהנותן ע"כ י"ל דאמר פן כמו מקלי דקדי דאמרו בכ"ד גבי אמירה בעלמא אבל היכא דמקנה לתבירו ע"י מעשה הקנן אין לנו לומר דלא סמכה דעתו כ"כ בזה: וכן היה מקום לדון בזה לפמש"כ הר"ח בב"מ ד' נ"ו בתוס' ד"ה יצאו שטרות כו' דלכן מהני מכירת שטרות משום דש"ד ולפמש"כ הבשמים ראש להעיר דגבי א"י לא אמרי' ש"ד.

ויש לדון מזה בפסחים ד' ל"א: ועיין מזה באו"ת סי' פ"ו ס"ק י"ג והעיקר דגם בדיניה אמרינן ש"ד ואכמ"ל וגם הא פבר נתבאר דאף כת"י דאין בו שום שעבוד נכסי פלל דמ"מ נמכר ע"י כו"מ א"כ ה"ה אף שט"ח דידיה אף דנימא דלא נשתעבדו נכסיו דמ"מ נמכר שט"ח ש"ד ע"י כו"מ ומצאתי בחזו"ת דעת ליו"ד סי' קס"ט ס"ק ל"ט שהעיר בקצרה בסתירת דברי הש"ך ה"ל: קונטרס הלז הוא בענין מכירת שטרות אי מה"ת או מדרבנן וגם יבואר בו על נכון הא דמהני שטר לכול המוציא פמבואר בסי' ס"א: (ב) (סעי' א') בש"ך (ס"ק א' האריה בענין מש"כ [הראשונים לדון אי מכירת שטרות מה"ת או מדרבנן ועיקר דבר זה הוא מהתוס' בב"ב ד' ע"ו ד"ה קני לך איהו כו' וב"מ ד' נ"ו ד"ה יצאו שטרות כו' וכתובות ד' פ"ה ד"ה המוכר שט"ח כו' והר"ן בכתובות פ"ט והרמב"ן בב"ב ד' ע"ז ושאר ראשונים שהקשו דל"ל למעוטי שטרות מאונאה אי נימא מכירת שטרות דרבנן ע"ש ובאמת י"ל בפשיטות דקאי המיעוט על שטרות דנכתב בהם לכול המוציא דמכירתן הם מה"ת לכ"ע וכמש"כ התנאים באמת פן לתרץ קושיות התוס' ה"ל בסי' ס"ו ס"ק א' וכ"כ הנתובות שם ס"ק א' ולפי"ז יש להקשות באמת דלמה הוצרכו התוס' לדחוקי בתי' אחרים הא יש לתרץ בפשיטות פן דהא גם בזמן הגמרא מצינו פן בב"ב ד' קע"ב וגיטין ד' י"ג.

ואפשר דס"ל להתוס' פשיטת הרמב"ן דהובא בהר"ן גיטין פ"א גבי משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מתמתך דזה לא מהני מה"ת משום דאין ברירה וה"ה בממירמי לכול המוציא אינו מועיל רק מדרבנן משום אין ברירה וכמש"כ הקצה"ח סי' ס"א ס"ק ג' מזה ועיין עוד בקצה"ח שם שכתב בשם המהרי"ט דכתב דהא דחל שעבוד לכול המוציא אף דקי"ל אין ברירה משום דהא מצינו ד יכול לשעבד דאקני אף דאין מקנה דבר שלא פא לעולם משום דשעבוד שאני ושעבוד לרבנן דר"מ הני כמו קנן לר"מ א"כ ה"ה היכא דמתחייב לאדם דאינו מבונר פיון דהגוף ישנו בעולם א"כ דומה להתקדשי לאחר כו' דכתבו התוס' דכיון דהגוף איתא בעולם ס"ל לר"מ דמהני הקנאתו וה"ה שעבוד לרבנן ע"ש בקצה"ח ועיקר הך מילתא דשעבוד מועיל לרבנן כמו קנן לר"מ זהו רק מדרבנן כמש"כ הרשב"ם בב"ב ד' קנ"ז א"כ ה"ה הך מילתא ד יכול להשתעבד לכול המוציא דכיון דאין ברירה אין זה רק מדרבנן.

ע"כ הקשו התוס' שפיר דלמה צריך למעוטי שטרות דאי בכל המוציא הא לא מהני מה"ת לפי מאי דקי"ל דאין ברירה ולפי"ז יהיה מוכח דהתוס' ס"ל דהא דלכל המוציא דמהני אין זה רק מדרבנן: ענף א ולפי דיש לדון הרבה בעיקר דברי המהרי"ט ה"ל ע"כ

גלע"ד ליישב דברי התוס' הנ"ל באופן אחר והוא דאף דנימא פהסוכרים לדינא דמה"ת
חל לשעבוד לכל המוציא מ"מ לאו כ"ע מודו בזה ושפיר הקשו התוס' והוא דבקדושין ד'
ה' אמרו מנין דאשה מתקדשת בשטר ודין הוא מה פספ שאין מוציא מכניס שטר שמוציא
אינו דין שמכניס מה לכסף שכן פודין בו הקדש ומע"ש תאמר בשטר שאין פודין בו
הקדש ומע"ש דכתיב ונתן הפסוף וגו' ופי' רש"י שטר שאין פודין בו כו' אם פתב לגזבר
שטר על מעות פדיון כו' ועיין ברשב"א שם שהקשה על פי' רש"י ופי' באופן אחר ויש
להקשות הא מצי לדון קו"ח משטרות שיש לו על אחרים דמקדשין בו האשה ואין פודין
הקדש ומע"ש כמבואר בבכורות ד' נ"א דבעי גופו ממון ובקדושין ד' כ"ז ועיין ברש"י
פאן ולקמן ד' כ"ז ובכורות שם וכעין זה הקשו התוס', שם ד"ה שפן פודין בו דנימא
קו"ח מקרקעות דאין מוציא אות אפ"ה מכניסות ואין פודין בו הקדש ומה דתירצו התוס'
בזה הא לא שייך זה התירוץ על הא דשטרות הניחא להסוכרין דמכירת שטרות אינו רק
מדרבנן א"ש דהא התם קנימינן בקו"ח דאורייתא למיגמר על קידושי אשה בשטר ע"כ
לא מצי למילף זה מהא דקנייות שטרות דאינו רק דרבנן אבל להסוכרין דמכירת שטרות
הוא מה"ת תקשה דהא המ"ל בקו"ח במה דמתקדשת מה"ת בשטרות דיש לו על אחרים
כנ"ל ואפשר לומר דהא לקמן ד' מ"ח ס"ל לרבנן דר"מ בקידושה בשט"ח שיש לו על
אחרים דאינה מקודשת משום דלא סמכה דעתה דלמא אגזיל ומחיל א"כ לפ"ז לא מצי
למיגמר בקו"ח משטרות דאינן מוציא אות ואפ"ה מכניסות משום דהא שטרות אליבא
דרבנן דר"מ אינן מכניסות ואכתי יש להקשות דהא בקידושה בממרי הנכתב לכל
המוציא דקיי"ל דאינו יכול למחול במקרו ואלו קידש אשה בשטר זה היא מקודשת פיון
דלא שייך בזה הטעם דלא סמכה דעתה דאגזיל ומחיל כמבואר בח"מ סי' ק"צ בש"ך ס"ק
א' ואלו לפדות בממ"מ להקדש ולמע"ש בנודאי אין פודין דהא ג"ז מקרי אין גופו ממון
כמש"כ הש"ך שם א"כ תקשה דהא הוי מצי למיגמר בקו"ח דאשה מתקדשת בשטר
מהא דאשה מתקדשת בממרות אף דאינן מוציא אות וגם הא אין פודין בהם הקדש ומע"ש
ולמה להש"ס להדחות להאי קו"ח ולמיגמר מדרשא אחרת וזהו קושיא חמורה: על פן
נראה לי מלתא חזתא בעיקר הך מילתא דלכל המוציא דקיי"ל דמהני אף מה"ת משום
דהא פבר הקשו הפוסקים דהאי חל לכל המוציא וזהו ברירה והנתיבות בסימן ס"א
ס"ק ג' תירץ זה בטוב טעם עפ"י הפלל שהאריף שם דדוקא היכא דרוצה שיחול הענין
מעכשיו אז אמרינן פיון דעכשיו אינו מבנרר אלא לאח"ז שיתברר על פן אמרו בזה אין
ברירה משא"כ היכא דבשעה שהנברר הדבר ראוי לחול הקנין ואז הוי דבר מבנרר ע"כ
בזה כו"ע ס"ל דיש ברירה וכיון דיכול להקנות שיהיה הקנין חל פשיבנרר כמש"כ
המהרי"ט ע"כ ממילא יכול להקנות ג"כ שיהיה הקנין חל מעכשיו וכמו בדשלב"ל לר"מ
דס"ל אדם מקנה דשלב"ל דמה"ט יכול להקנות ג"כ בקנין מעכשיו כמש"כ התוס'
ביבמות ד' צ"ג ולכן שפיר פסק הרא"ש דיכול לשעבד עצמו לכל מי שמוציאו אף
מעכשיו פיון דיכול לשעבד עכשיו פשיבנרר עכ"ל הנתיבות ועיקר הפלל הזה הוא מן
התוס' ב"ק ד' ס"ט בסוגיא דכל המתלקט וכל הנלקט וכפי דהאריף בכלל זה השאגת
אריה בסי' צ"ב וסי' צ"ג ע"ש וכעין זה מצאתי בתולדות אדם להרשב"א סימן פ"ב וידוע
פלוגמת ריו"ח וריש לקיש בכתובות ד' ק"ב אם יכול להתחייב א"ע בחיוב מחדש בשטר
דריו"ח ס"ל דמהני כדקיי"ל בסי' מ' ור"ל ס"ל דלא מהני א"כ לפ"ז יש לדון דלא מהני

לכל המוציאו אליבא דר"ל משום דהא עיקר השעבוד ניקנה ע"י השטר דנכתב בו לכל המוציאו וכינן דלר"ל אינו מועיל התחייבות מחדש ע"י שטר ע"כ אינו יכול לחול שעבודו דמחייב א"ע לכל המוציאו ואין לומר דהא משפחת שעבוד לכל המוציאו ע"י קננו חליפין ז"א דהא פינו דקיי"ל אין בריירה ועיקר הטעם דחל הא דכל המוציאו זהו משום דמצי להתחייב לכשיבנרר כמש"כ הגתיות וע"כ חל מעכשיו פנ"ל ואלו בקננו חליפין הא קיי"ל דלא מהני קננו לאח"ז פמבנאר בנדריים ד' מ"ח דההיא שעמא הדר סודר למריה וביבמות ד' צ"ג בתוס' ד"ה קנויה לה מעכשיו כו' ובח"מ סוף סי' קצ"א וסי' קצ"ה אלא קננו שטר וקננו פסר מועיל אף לאח"ז וכסף אף היכי דנתאפלו המעות בתורת קננו מהני פמבנאר בקדושין ד' נ"ט וביבמות בתוס' שם ובשטר בעי דיהיה בעולם לאח"ז פמבנאר שם הכל בארובה ועיין בנדריים ד' כ"ט בר"ן שם מה שהביא בשם הרשב"א לחלק בין קננו פסר דלא בעי מעכשיו לקננו חזקה ע"ש: וכינן דעיקר טעמא דהך מלתא דמועיל לכל המוציאו אף דאין בריירה זהו משום דמצי לחול לאח"ז כשיבנרר פנ"ל א"כ הא בקננו חליפין לא שינוי זה פינו דאין קננו לאח"ז ועיקר קננו לא מצי לחול אלא באמר מעכשיו וכינן דמעכשיו לא מועיל לכל המוציאו משום דאין בריירה ע"כ לא חל פלל שעבודו לכל המוציאו ע"י קננו חליפין אלא ע"י התחייבות בשטר [או ע"י קננו פסר כפי שיבאר] וע"י שטר הא לר"ל דס"ל בכתובות דלא מצי להתחייב בחיוב מחדש ע"י שטר ונדאי דלא מצי להתחייב ע"י השטר שיהיה מחוייב לכל המוציאו ע"כ לא מהני התחייבות שלו ע"י השטר לכל המוציאו אליבא דר"ל: ענף ב ובקננו פסר שמקבל הלנה המעות מהמלנה ועי"ז משעבד א"ע הלנה לכל המוציאו יש לדון דע"י קבלת הפסר לידו מצי הלנה להתחייב דהא מבנאר בר"נ פתובות ר"פ הנושא ד"ה היכי דמי אי דאמר להו אתם עדי כו' שכתב בזה"ל דבדברים בעלמא אי אפשר שיתחייב אלא ע"י קבלת פסר או בקננו או בשטר כו' עכ"ל א"כ לפ"ז יש לדון דמצי להתחייב לכל המוציאו ע"י קבלת פסר דמקבל הלנה מהמלנה ואף דהמוציא עכשיו השטר לא נתן מעות שלו עכ"ז הא מבנאר בקדושין ד' ז' דמהני הילך מנה והתקדשי לפלוני מן דין עבד פנעני וכן לענן ממונא פמבנאר בח"מ ריש סי' ק"צ והא דמבנאר שם דבעי שיאמר לו אח"ז שדך קנויה לי ע"ש בקצה"ח מזה א"כ י"ל דשפיר מצי להתחייב אף אליבא דר"ל בקבלת הפסר לידו דע"י זה יהיה מחוייב לכל המוציאו משום דהא ע"י פסר מצי להתחייב אף לאח"ז ולא מקרי מלנה היכא דנתאפלו המעות בתורת קננו פמבנאר ביבמות ד' צ"ג בתוס' שם ובקדושין ד' נ"ט ובח"מ סוף סי' קצ"א: וע"כ בקיבל הפסר ואמר לו שדי קנויה לה לאח"ז ונתאפלו המעות מיד דקנויה לו לאח"ז משום דנתאפלו המעות בתורת קננו ע"כ אין דינו פמלנה.

ע"כ שפיר יש לדון דמהני התחייבות לכל המוציאו אף אליבא דר"ל ע"י קבלת הפסר ליד הלנה וכן מצאתי בריטב"א גיטין ד' י"ג גבי משתעבדנא לכל מאן דאתי מחמתך דחל הקננו על התחייבות שלו מן דין פסר דנתאפלו בתורת חיוב ע"ש: אבל לדינא יש לסתור זה עפ"י הא דבכורות ד' מ"ט בפודה בנו בתוף ל' לאסר ל' ואיתנהו המעות בנו פדוי כי פליגי לאסר ל' ונתאפלו המעות רב אמר בנו פדוי מידי דהוה אקידושי אשה כו' ושמואל אמר לה התם ביזו לקדשה מעכשיו הכא אין ביזו לפדותו מעכשיו כו' והלכתא פנותיה דשמואל.

ובי"ד סי' ש"ה מבואר דס"ל לכמה פוסקים הלכה כשמואל אלמא דהיכא דלא הוי בידו לעשות פן מעכשיו אינו מועיל אף אח"ז משום דכה"ג מקרי זה בשם מלנה ונדוקא היכא דמהני מעשיו מעכשיו אז אין זה בשם מלנה אלא אמרינן דזה מקרי נתאפלו המעות בתורת קנין וקדושים דאין זה בשם מלנה ודינו כמו פס"ק גמור א"כ ה"ה יש לדון בהתחייבות לכל המוציא פיו דלא מהני זה במעכשיו משום דאין ברירה אלא עיקר הטעם הוא משום דמצי לחול לאח"ז כשיבחר א"כ בקנין פס"ק היכא דלא הוי בעיניה לאח"ז רק בתורת מלנה דלהוצאה ניתנה דאז לא מהני לאח"ז אף דיבחר אז משום דאין זה קנין פס"ק רק תורת מלנה על זה ומלנה אינו קונה וע"כ לא מצי לחול התחייבות לכל המוציא אלא ע"י שטר א"כ הא לריש לקיש שטר לא מהני על התחייבות מחדש וכן פס"ק הלואה לפי מה דנתבאר בבכורות ד' מ"ט דהלכה כשמואל: ואף דיש לי לדון הרבה בכל ה"ל בארנפה עכ"ז פיו דאבאר בעז"ה טעם אחר דלא מצי להתחייב לכל המוציא אליבא דר"ל ע"כ לא הארכתי בזה רק אבאר טעם אחר והוא דנלע"ד להוכיח דאף דכתב הר"נ דמועיל התחייבות ע"י פס"ק עכ"ז נלע"ד דז"א רק לר' יוחנן דס"ל ד"ת מעות קונות רק רבנן עקרו לקנין מעות ע"כ היכא דלא שייך נשפ"ו חטיף ס"ל לכמה פוסקים בזה דמעות קנו כמו בשכירות מטלטלין כמבואר בסי' קצ"ח וע"כ אף בחיוב ע"ע דלא שייך בזה נשפ"ו חטיף בנודאי מעות קונות ואפשר דבזה אף להחולקים בשכירות מטלטלין מודו דהתחייבות מועיל ע"י פס"ק והדברים ארנפים אבל לר"ל דס"ל דמעות אינן קונות מה"ת פל"א א"כ י"ל דאליביה לא יהיה מועיל התחייבות ע"י פס"ק דהא התוס' בכתובות ד' ק"ב ד"ה אליבא דבן ננס כו' הקשו באה"ד על ר' יוחנן דס"ל דמועיל התחייבות בשטר והא אין מטלטלין נקנין בשטר ותירצו דהואיל וטרח לכתוב בשטרא גמר ומשעבד נפשו כו' עכ"ל ובמק"א הארכתי בד' התוס' ה"ל אלמא דהתוס' מדמין התחייבות על מטלטלין להקנינים הנוהגים במטלטלים ולכן הקשו והא אין מטלטלין נקנין בשטר ולא חלקו דשאני התחייבות דחל על גופו א"כ לפ"ז ה"ה בהתחייבות ע"י פס"ק דכמו דאין נקנין מטלטלין אליבא דר"ל ע"י פס"ק.

דמה"ט אינו מועיל התחייבות ש"ל על איזה ענין ע"י קבלת פס"ק משום דהתחייבות דינו כמו מטלטלין דאינן נקנין בפס"ק אליבא דר"ל ומה"ט ס"ל לר"ל דלא מהני התחייבות בשטר משום דס"ל דהתחייבות הוי כמו מטלטלין וכבר כתבתי במק"א דהתוס' דהקשו דהא אין מטלטלין נקנין בשטר אזלי לשיטתיהו דס"ל בקדושים ד' ז' דבן חורין לא אתקש לקרקע ע"כ ס"ל דהתחייבות על גופו הוי כמו מטלטלין ואכמ"ל עכ"פ חזינן דר"ל דס"ל דהתחייבות בשטר לא מהני ע"כ טעמו דס"ל דכיון דבן חורין לא אתקש לקרקע וה"ל גופו כמו מטלטלין דאינן נקנין בשטר א"כ ה"ה מה"ט אינו חל התחייבות על גופו ע"י פס"ק אליבא דר"ל דס"ל ג"כ מעות אינן קונות: ענף ג וראיה לזה דלר"ל כמו דס"ל דלא מהני התחייבות בשטר דה"ה דלא מהני התחייבות ע"י פס"ק לדידיה דס"ל דמעות אינן קונות דהא בקדושים דף ה' דהובא לעיל דפריף הש"ס מה לכסף שפן פודין בו הקדש ומע"ש דלקאורה קשה דהא הוי מצי הש"ס למפרך דמה לכסף שפן קונין ע"י מטלטלין ג"כ משא"כ בשטר דאין קונין ע"י למטלטלין.

דאלו להאי פירכא דפריף הש"ס מה לכסף שפן פודין בו הקדש פרכי התוס' והא מצינן למיגרמר מקרקעות כו' אבל להאי פירכא דמה לכסף שפן קונין בו מטלטלין לא שייך

פּירכַת הַתּוֹס' פֶּלֶל וּע"כ מוֹכַח דְּהַש"ס קָאֵי אֶלְיָבָא דַר"ל דַס"ל דַמַה"ת מְעוֹת אֵינֵן קוֹנוֹת
ע"כ לֹא מְצִי לְמִיפְרָה דְמַה לְכֶסֶף שְׁפֵן קוֹנִין בּוֹ מְטַלְטְלִין לְכּוֹן מְהֵרָה הַש"ס לְמִיפְרָה דְמַה
לְכֶסֶף שְׁפוּדִין בּוֹ הֶקְדָּשׁ א"כ בַע"כ מוֹכַח דְּהַי סוּגְיָא דְקַדוּשִׁין קָאֵי לַר"ל וְכּוֹן מְצִי
לְהַמְקַנָּה שָׁם שְׁכ"כ דְּהַסּוּגְיָא קָאֵי לַר"ל ע"ש וְאַפְתִּי תַקְשָׁה דְּהַי הָיִי מְצִי הַש"ס עֲדִינֵן
לְמִיפְרָה לַר"ל לְהַפְיָרְכָא דְמַה לְכֶסֶף שְׁפֵן מְצִי לְהַתְחַיֵּיב ע"י פְּסָף בְּחִיּוּב מְחַדָּשׁ מִשָּׂא"כ
בְּשִׁטָּר דָּאִין מוֹעִיל ע"י הַתְחַיֵּיבוֹת מְחַדָּשׁ לַר"ל דְּפִלִיג עַל ר' יוֹחָנָן בְּכַתְּבוֹת וּמְדַחְזִינֵן
דְּהַש"ס לֹא פְּרִיָּה לְפִירְכָא זֹו מוֹכַח דְּגַם ע"י פְּסָף אֵינּוּ מוֹעִיל הַתְחַיֵּיבוֹת לַר"ל ע"כ הֶוֹכְרַח
הַש"ס לְמִיפְרָה דְמַה לְכֶסֶף שְׁפוּדִין כּו'.

א"כ מוֹכַח מְזַה דַר"ל כְּמוֹ דַס"ל דְּלֹא מְהַי חִיּוּב בְּשִׁטָּר דַה"ה ע"י פְּסָף לֹא מְהַי חִיּוּב
מְחַדָּשׁ וְהָא דְלִנְה שְׁלֹוה מְעוֹת דְנִכְסֵי הַלְוָה נִשְׁתַּעְבְּדוּ לְהַמְלוּה שָׂא"ה דְרַחֲמָנָא שְׁעַבְדִּיה
לְגוֹפּוֹ וְנִכְסֵי פְּדִי לְקַיִים מ"ע דְּפְרִיעַת בַע"ח מְצִי וְכַש"כ לַר"ל דַס"ל שְׁעַבְדָּא דְאַרְיִיָּתָא
כְּמַבְנוֹאָר בְּקַדוּשִׁין דְּף י"ג וְסוּף ב"ב אֶבְל בְּחִיּוּב מְחַדָּשׁ הֵיכָא דְלֹא שְׁיָיָה לַמ"ע דְּפְרִיעַת
בַע"ח מְצִי בְּזַה ס"ל לַר"ל דְּלֹא חָל חִיּוּבוֹ אָף ע"י קְבֻלַּת פְּסָף כִּינֵן דַמַה"ת אֶלְיָבָיָה מְעוֹת
אֵינֵן קוֹנוֹת.

וְהָא דְאַמְרוּ בְּכַתְּבוֹת דְּף ק"ב דַר"ל מְתַרְץ לְהָא דְרִישׁ פְּרָק הַנוּשָׂא בְּפוּסֶק לְזוֹן בַּת אֲשֵׁתוֹ
דְּחַיֵּיב לְזוּנָה דְמִיָּרִי בְּשִׁטָּרִי פְּסִיקָתָא דְמִשּׁוּם בְּהָא הַנָּאָה דְמַתְחַתְּנִי גְמַר וּמִקְנֵי אָף דְכֶסֶף
לֹא מְהַי לַר"ל עכ"ז שָׂא"ה מִשּׁוּם דְּהֵיכָא דְשְׁיָיָה בְּהָא הַנָּאָה י"ל דַס"ל לַר"ל דְּזַה הָיִי
כְּמוֹ חֲלִיפִין דְּאָף דְגַבִּי הַנָּאָת אָדָם חָשׁוּב דְקַדוּשִׁין דְּף ז' כְּתַבּוּ הַפּוּסְקִים בְּסִי' ק"צ דְּזַה לֹא
הָיִי כְּמוֹ פְּלִי רַק כְּמוֹ פִּירִי מִשּׁוּם דְּלֹא הָיִי דְבָר הַמְתַקְיִים כְּעִין פְּלִי וְכַמִּש"כ הַר"ן בְּקַדוּשִׁין
שָׁם וְהוּבָא בַקְצָה"ח שָׁם עכ"ז הָא לַר"ל מוֹכַח דַס"ל דְּאָף פִּירִי עֲבָדִי חֲלִיפִין כְּמַבְנוֹאָר
בְּקַדוּשִׁין דְּף כ"ח וּב"מ דְּף מ"ו דְאַמְרוּ שָׁם דַר"ל דַס"ל מְשִׁיכָה מְפִירְשֵׁת מַה"ת הַגִּיחָא
אֵי ס"ל כְּרַב שְׁשֵׁת דְפִירִי עֲבָדִי חֲלִיפִין כּו' ע"כ כַר"ש ס"ל וְעִינֵן בְּפִי רַש"י דְלְפִירוּשׁוֹ
מוֹכַח דְּגַם לְפִי הַאָמַת וְהַמְסַקְנָא אָמְרוּ שָׁם דַר"ל ס"ל דְפִירִי עֲבָדִי חֲלִיפִין וְאָף לְפִי הַתּוֹס'
שָׁם דְפִירְשׁוּ דְהַסּוּגְיָא דְהַתָּם קָאֵי לְמַאי דַס"ד מְעַקְרָא ע"ש עכ"ז י"ל דְּהַתּוֹס' יְהִיּוּ סוּבְרִין
כְּשִׁיטַת כְּמַה רֵאשׁוּנִים דְכְתָבוּ שָׁם גַבִּי הַנָּאָת אָדָם חָשִׁיב דְהֵיכָא דְאַמְרוּ בְּהָא הַנָּאָה ה"ל
כְּמוֹ חֲלִיפִי פְּלִי וְעִינֵן בְּרֵא"ש פ"ד דַב"מ ס' א' שְׁכַתְּבַת לְהַדְיָא דְרִישׁ לְקִישׁ ס"ל דְפִירִי
עֲבָדִי חֲלִיפִין ע"ש וּבַמִּק"א הַאָרְכָתִי בַכ"ז ע"כ שְׁפִיר י"ל דַר"ל אֵינּוּ יָכוֹל לְהַתְחַיֵּיב
בְּחִיּוּב מְחַדָּשׁ יוֹתֵר מִן הַחִיּוּב שְׁמוֹטְל עֲלָיו דְחַיֵּיבִיהָ רַחֲמָנָא ע"י קְבֻלַּת הַפְּסָף רַק הֵיכָא
דְּהַחִיּוּב הוּא לְהַמְלוּה בְּעַצְמוֹ שְׂאֵנִי מִשָּׂא"כ הֵיכָא דְהַתְחַיֵּיבוֹת הוּא לְכָל הַמוֹצִיאֵו אָף
לְאִישׁ שְׂאֵינּוּ הַמְלוּה בְּעַצְמוֹ דְאֵינּוּ מְשׁוֹנְעָבֵד לוֹ פֶּלֶל ע"כ אֵינּוּ מוֹעִיל הַתְחַיֵּיבוֹת ע"י פְּסָף
לַר"ל: וּלְפ"ז מְתוּרְץ מַה שְׁהַקְשִׁיתִי לְעִיל בְּסוּגְיָא דְקַדוּשִׁין דְּף ה' דְאַמַאי לֹא פְּרִיָּה הַש"ס
דְּהָא אֵיכָא לְמִיגְמַר קַדוּשִׁי אִשָּׁה בְּשִׁטָּר מְקו"ח מְהָא דְאַשָּׁה מְתַקְדָּשֵׁת ע"י גְּתִינַת שְׁטָר
לְכָל הַמוֹצִיאֵו לִיָּדָה בְּתוֹרַת קִנְיָן פְּסָף דְּהָא כִּינֵן דְּלֹא מְצִי לְמַחּוּל א"כ אִשָּׁה מְתַקְדָּשֵׁת בּוֹ
וְאֵינּוּ פוּדִין בּוֹ הֶקְדָּשׁ וּמַע"ש דִּי"ל כִּינֵן דְּעַיקָר סוּגְיַת הַש"ס דְאַמְרוּ מַה לְכֶסֶף שְׁפֵן פוּדִין
בּוֹ הֶקְדָּשׁ וּמַע"ש קָאֵי אֶלְיָבָא דַר"ל דְאַלוּ לַר' יוֹחָנָן הָא יֵשׁ לְמִיפְרָה מַה לְכֶסֶף שְׁפֵן קוֹנִין
בּוֹ מְטַלְטְלִי מִשָּׂא"כ בְּשִׁטָּר דָּאִין קוֹנִין ע"י לְמַטְלְטְלִי וְאָף בְּמִמְר"ם שְׁיֵשׁ לוֹ עַל אַחֲרִים
ג"כ קוֹנִין ע"י לְמַטְלְטְלִי אֶלְיָבָא דַרְיו"ח כְּמוֹ כָּל פְּסָף וְהָא דְהַוָּצְרָה הַש"ס לְמִיפְרָה מַה
לְכֶסֶף שְׁפֵן פוּדִין בּוֹ הֶקְדָּשׁ וּמַע"ש הִינּוּ מִשּׁוּם דְקָאֵי לַר"ל וְכַנ"ל וְאַלוּ לַר"ל כִּינֵן

דנתבאר אליבניה דר"ל דהתחייבות ע"י שטר לא מהני וגם התחייבות ע"י פסוף לא מהני לר"ל ע"כ יש לדון אליבניה דר"ל לדינא דס"ל דלא מהני התחייבות לכל המוציא משום דכינן דקיי"ל אין ברירה מסתמא ס"ל לר"ל פן וקא דס"ל לר"ל דקנן פירות לאו קנן הגוף דמי לא תקשה קושיות הש"ס דסוף השולח דלא משפחת חד בר חד דמיינתי בפורים כו' די"ל בזה כמו דתירצו התוס' שם בתירוץ הב' אליבא דידן דקיי"ל אין ברירה וקנן פירות לאו קנן הגוף משום דדוקא ר' יוחנן אית ליה מחזירין זה לזה בייבול כו' ובמק"א עשיתי סמוכין לזה דר"ל ס"ל אין ברירה ואכמ"ל: וכינן דר"ל ס"ל אין ברירה ע"כ אינו חל חיובו לכל המוציא אלא מצד סברת הנתיבות משום דחל פשיבנר פנ"ל ע"כ חל מעכשיו וקנן חליפין לא מהני על אח"ז דהדר סודר למריה וע"כ אינו רק ע"י התחייבות בשטר דזה מהני על אח"ז ג"כ.

אבל ז"א לר"ל דס"ל דשטר אינו מועיל על חיוב מחדש בשטר וע"י קנן פסוף הא נתבאר דלר"ל אינו מועיל חיוב מחדש ע"י קנן פסוף כ"א על עצם החיוב דחייב דחייב רחמנא וכעין זה אבל על חיוב יתר על מה דחייב רחמנא כמו הא דלכל המוציא דהא מה"ת אינו משועבד רק להמלנה שלנה ממנו ולא לכל המוציא א"כ עיקר חיובו דנתחייב לכל המוציא אין זה מצד חיוב העצם דרחמנא חייב רחמנא רק זהו יתרון על חיובו דמחייב וה"ל פועל חיוב מחדש דאינו יכול להתחייב ע"י קבלת פסוף אליבא דר"ל: ועוד י"ל בקצרה וכמש"כ לעיל בענף ב' דהאי סוגיא דקדושין ס"ל כדס"ל לשמואל בבכורות דף מ"ט דהובא לעיל דפודה בנו בתוך ל' יום פיון דאינו יכול לפדותו מעכשיו ע"כ דומה זה למלנה ועיין ביו"ד סי' ש"ה סעיף ג' ואין זה דומה לנתאפלו המעות קדושין בתוך ל' יום כמבואר שם וכמה פוסקים ס"ל שם פשמואל לדינא א"כ ה"ה בהתחייבות לכל המוציא פיון דאינו חל מעכשיו משום אין ברירה ע"כ לא מצי לחול לאח"ז משום דאז דינו כמו מלנה ואין זה כמו נתאפלו המעות בתורת קנן דהא לאח"ז נעשה מלנה דאינו קונה וה"ה דלא מצי להתחייב בחיוב מחדש ע"י מלנה ולא מהני בתורת פסוף וכן בשטר לר"ל וי"ל דר"ל ס"ל בזה פשמואל ומפל הלין טעמי אינו מועיל התחייבות לכל המוציא אליבניה דר"ל ולכן בסוגיא דקדושין דקאי אליבניה דר"ל דהא לר"י יש פירכא אחריתא דמה לכסף דמועיל לקנות אף מטלטלי ועיקר פירכת הש"ס דמה לכסף שכן פודין בו הקדש ומע"ש אינו רק אליבניה דר"ל פנ"ל וכינן דנתבאר דלר"ל אינו מועיל התחייבות לכל המוציא מה"ת וע"כ לא מצי למילף מן ממרמות דיש לו על אחרים דמקדשין בו האשה משום דהא לר"ל אינו מועיל זה פלל ובשטרות דיש לו על אחרים הא ס"ל לרבנן דאין מקדשין בו האשה משום דלא סמכה דעתה דאזיל ומחיל כמבואר לקמן דף מ"ח פנ"ל א"כ נתבאר דמוכח מן האי סוגיא דקדושין הנ"ל דלר"ל לא מהני התחייבות לכל המוציא פלל ואף דלשמואל י"ל לפמש"כ התוס' ביצה דף ל"ז בד"ה ושמואל אמר כו' דבתולה בדעת אחרים אית לשמואל ברירה וכ"כ התוס' בכ"ד א"כ אליבא דשמואל מהני לכל המוציא מה"ת דהא זה הני תולה בדעת אחרים ויש ברירה בזה אכן לר"ל מוכח מסוגיא דקדושין דף ה' הנ"ל דאף תולה בדעת אחרים לית ליה ברירה וע"כ א"ש פל מש"כ: ענף ד ולפי פל מה דנתבאר י"ל דבאמת לדינא גם התוס' מצי ס"ל פשיטות הרא"ש והמחבר וש"פ דמועיל בשטר הנכתב לכל המוציא ומשמע דגם מה"ת מועיל אף ז"א רק לדין דקיי"ל כר' יוחנן דהתחייבות מחדש מועיל ע"י שטר [או דס"ל דמה"ת

מעוֹת קוֹנוֹת אֶף לְפִי מַה דְּנִתְבָּאָר ע"פ הָא דְּכֹרוֹת דְּרַף מ"ט דְּבִגְמ' דִּילֵן גְּרָסִי הִלְכָה כְּשִׁמוּאֵל דְּהִיכָא דָּאִין בְּיָדוֹ לְפָדוֹתוֹ מֵעֲכָשְׁוֹ אִין זֶה דוֹמֵה לְנִתְאָפְלוֹ הַמְעוֹת בְּתוֹרַת קִידוּשִׁין וְכַנ"ל וּמַה"ט ס"ל לְכַמָּה פּוֹסְקִים דְּהִלְכָה כְּשִׁמוּאֵל כַּנ"ל.

א"כ נִסְתַּר זֶה דַּע"כ לַפ"ז מוֹכַח לוֹמַר דְּהִתְחַיְיְבוּת לְכָל הַמוֹצִיאֵי אִינוּ רַק ע"י שְׁטָר כַּנ"ל [וְאִז פִּינּוֹן דִּיכּוֹל לְחוּל הִתְחַיְיְבוּת פְּשִׁיבְנֵר לְאִח"ז הַמוֹצִיא לְשְׁטָר זֶה ע"כ מְמִילָא מַה"ט חָל אֶף מֵעֲכָשְׁוֹ. וְכַמֵּש"כ הִנְתִּיבוֹת לְדַמּוֹת זֶה לְדַשְׁלַב"ל דַּר"מ דָּאֵם אָמַר מֵעֲכָשְׁוֹ דָּאִינוּ יְכוּל לְחַזְרָא לַר"מ אֶף מְקוֹנָדָם דְּבָא לְעוֹלָם אָבְל לַר"ל דַּס"ל דָּאִינוּ יְכוּל לְהִתְחַיְיב ע"י שְׁטָר בְּחַיִּיב מְחַדָּשׁ דְּמוֹכַח מֵהַאי סוּגְיָא דְּקִידוּשִׁין דְּרַף ה' דַּמַּה"ט אִינוּ מוֹעִיל אֲלִיבְיָה הִתְחַיְיְבוּת לְכָל הַמוֹצִיאֵי כָּלָל:] וְלִכְּן שְׁפִיר הִקְשׁוּ הַתּוֹס' דַּל"ל קָרָא לְמַעוֹטֵי שְׁטָרוֹת מְאוּנָאָה הָא בַּלֵּא"ה מְכִירַת שְׁטָרוֹת דְּרַבְּנָן וְאִי דְּנִימָא דְּקָאֵי עַל שְׁטָרוֹת דְּנִתְבָּבוּ לְכָל הַמוֹצִיאֵי כְּמוֹ דְּתִרְצֵי הַתְּנַמִּים וְהִנְתִּיבוֹת בַּסִּי' ס"ו.

הָא אֲפִתִּי תִקְשָׁה אֲלִיבָא דַּר"ל דְּמַה יַעֲנֵה בְּפִירוּקָא דְּהָךְ קוּשְׁיָא דַּל"ל קָרָא לְמַעוֹטֵי לְשְׁטָרוֹת מְאוּנָאָה דְּהָא מְבִנְיָא בַּב"מ דְּרַף נ"ו דַּת"ר כִּי תִמְכְּרוּ מִמְכָּר לְעַמִּיתָהּ אוֹ קָנָה מִיָּד עַמִּיתָהּ דְּבַר הַנִּקְנָה מִיָּד לִיד יִצְאוּ קַרְקָעוֹת כּו' יִצְאוּ עֲבָדִים שְׁהוּקְשׁוּ לְקַרְקָעוֹת יִצְאוּ שְׁטָרוֹת דְּכִתִּיב כִּי תִמְכְּרוּ מִמְכָּר שְׁגוּפּוֹ מְכוֹר וְגוֹפּוֹ קְנוֹי יִצְאוּ שְׁטָרוֹת כּו' וְאִין עוֹמְדִים אֲלָא לְרֵאִיָּה כּו' הֲרִי דְּמִמְכָּר אֲתִי לְמַעוֹטֵי שְׁטָרוֹת מְאוּנָאָה וּבְנִדָּאֵי אִין סְבָרָא לוֹמַר דְּרִישׁ לְקִישׁ יִתְרַץ דְּהַבְרִייתָא הַנ"ל אֲתִי כְּמֵאן דַּס"ל יֵשׁ בְּרִירָה וְאֲתִי לְמַעוֹטֵי עַל שְׁטָרוֹת דְּנִתְבָּבִין לְכָל הַמוֹצִיאֵי דְּמוֹעִיל לְהָךְ מ"ד מְשוּם דְּהָא ס"ל יֵשׁ בְּרִירָה אָבְל לַר"ל בְּעַצְמוֹ דַּס"ל אִין בְּרִירָה וְלֹא מְהַנִּי מַה"ת אֶף דְּנִתְבָּבוּ לְכָל הַמוֹצִיאֵי וּבְעֵיקָר מְכִירַת שְׁטָרוֹת אִינוּ רַק דְּרַבְּנָן דַּז"א דַּא"כ מִמְכָּר ל"ל אֲלִיבְיָה דַּר"ל.

וּמַה"ט מִיָּאֲנוּ הַתּוֹס' בְּתִי הַר"ג כְּתוּבָת דַּתִּי לְקוּשְׁיַת הַתּוֹס' הַנ"ל דְּהִקְשׁוּ דַּל"ל לְמַעוֹטֵי שְׁטָרוֹת מְאוּנָאָה וְהַר"ג תִּי דְּבִאָמַת מַה"ת א"צ לְמַעוֹטֵי לְשְׁטָרוֹת וְעֵיקָר הִקְרָא אֲתִי לְקַרְקָעוֹת אָבְל הַתּוֹס' לֹא נִיחָא לְהוּ בְּתִי זֶה מְשוּם דַּא"כ מִמְכָּר ל"ל דְּהָא קַרְקָע אֲתַמְעֵטִי מְקָרָא דִּיד עַמִּיתָהּ כּו' וְשְׁטָרוֹת נִפְקָא לְהוּ מִן מִמְכָּר כַּנ"ל אֲלַמָּא דְּבַעֲי מִיעוֹט מְקָרָא עַל שְׁטָרוֹת.

וְשְׁפִיר הִקְשׁוּ הַתּוֹס' דַּל"ל לְמַעוֹטֵי שְׁטָרוֹת מְאוּנָאָה אִי נִימָא מְכִירַת שְׁטָרוֹת דְּרַבְּנָן דָּאִין לוֹמַר עַל מְמַרְמוֹת שְׁנִתְבָּבוּ לְכָל הַמוֹצִיאֵי דְּאֲפִתִּי תִקְשָׁה לְרִישׁ לְקִישׁ דְּאֲלִיבְיָה לֹא מְהַנִּי הִתְחַיְיְבוּת לְכָל מוֹצִיאֵי כַּנ"ל דְּמַה יַעֲנֵה בְּהָךְ קוּשְׁיָא כַּנ"ל וְע"כ הַנְּצָרְכוּ הַתּוֹס' לְהַדָּר עַל תִּי אֲחֵרִים וְאֲתִיָּא עַל נְכוֹן דְּבַרִּי הַתּוֹס' וְאִין הִכְרַח מֵהַתּוֹס' דִּיפְלָגוּ עַל מַש"כ הָרָא"ש וְהַמְחַבֵּר דְּמַהַנִּי לְכָל הַמוֹצִיאֵי: וְאֶף דְּמֵן הַתּוֹס' ב"מ דְּרַף נ"ו ע"ב ד"ה וְהַאי בְּיוֹמִיָּה מְכִירָה כּו' שְׁכָתְבוּ דְּמִמְכָּר מִיִּתְרָא דְּכִתִּיב גְּבִי אוּנָאָה אֲתִי לְרַבּוֹת שְׁכִירוֹת עַכ"ז הִיש"ש לַב"ק פ"ד ס' ל"ג וְהַתּוֹרַת חַיִּים כְּתוּבוּ דְּפִשְׁט הַסּוּגְיָא מְשַׁמַּע דְּלֹא מִיִּתְרָא דְּרִישׁ לְרַבּוֹת שְׁכִירוֹת וְכ"כ הַשְּׁמ"ק וְהַנִּימוּקֵי יוֹסֵף ע"ש וְע"כ שְׁפִיר כְּתִבְתִּי וְיָדוּעַ דָּאִין לְהִקְשׁוֹת דְּבַרִּי תוֹס' אֲהַדְּדִי כַּמֵּש"כ הִיש"ש וְקִצְרִיתִי: וְעַפ"ז יֵשׁ לְתַרְצֵי מַה שְׁהִקְשָׁה הַתְּנַמִּים בַּסִּי' ס"ו ס"ק א' עַל מַש"כ הַתּוֹס' בַּב"מ דְּרַף נ"ו ד"ה יִצְאוּ שְׁטָרוֹת כּו' בְּשֵׁם הַר"ח שְׁכָתְבוּ לְתַרְצֵי לְהָךְ דִּיִצְאוּ שְׁטָרוֹת דְּבִאָמַת מְכִירַת שְׁטָרוֹת דְּאוּרִייתָא לְפִי דְּחָל הַמְכִירָה עַל שְׁעִבּוּד קַרְקָעוֹת דְּמִשְׁנַעְבָּד מַה"ת כּו' וְהִקְשָׁה הַתְּנַמִּים דְּהָא אֲפִתִּי תִקְשָׁה לְמֵאן דַּס"ל שְׁעִבּוּדָא לֹא

דאָרײַטא ע"ש ובאַמַת י"ל דהר"ח יספור פֿשיטת הרשב"א דשעבוד מפורש כ"ע מודו דש"ד אַמנם לפמש"כ מתנרץ על נכון בפשיטות קושניית האו"ת דהא בלא"ה י"ל דאָתי למעוטי שטרות דנכתבו לְכָל המוציאו דבְּזָה חל המכירה מה"ת רק דעיקר קושנייתם לריש לקיש דס"ל דלא מהני לְכָל המוציאו פנ"ל וע"ז הןכרחו התוס' לתרץ דכיון דש"ד ע"כ חל המכירה מה"ת ולר"ל הא מצינו בב"ב דף קע"ה ובקדושין דף י"ג דש"ד א"כ לריש לקיש שפיר תי' הר"ח דכיון דש"ד ע"כ מכירת שטרות מה"ת ולאמוראי דס"ל שעבודא לאו דאורייתא הא לדידהו י"ל דס"ל כדקיי"ל לדינא דהתחייבות בשטר מהני ע"כ שפיר הוצרך למעוטי שטרות מאונאה היכא דנכתבו לְכָל המוציאו דאז חל המכירה מה"ת אף למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ולשמואל דס"ל בבכורות דף מ"ט גבי פודה בנו בתוך ל' דאין בנו פדוי משום דאינו דומה לנהאכלו המעות בתורת קידושין פנ"ל ועיין בקדושין דף נ"ט א"כ בהא דלכל המוציאו ה"ל כמו מלנה כמו שנתבאר לעיל דלפ"ז לא מצי להתחייב לאח"ז להמוציאו וכמש"כ הגתיות פנ"ל וגם מצינו לשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא פמבנאר בקדושין דף י"ג וסוף ב"ב אפ"ה י"ל דשמואל ס"ל כר' יוחנן דכתובות דף ק"ב דהתחייבות בשטר מהני וכדקיי"ל לדינא או לפמש"כ לעיל ע"פ דברי התוס' ביצה דף ל"ז ע"ב בד"ה ושמואל כו' דבתולה בדעת אחרים אית לשמואל ברירה א"כ מפל הלין טעמי מהני לשמואל לְכָל המוציאו מה"ת וכנ"ל ולר"ל הא ס"ל ש"ד וע"ז שפיר תי' הר"ח וא"ש דברי התוס' ומתנרץ קושניית התנאים: אף באמַת כ"ז הוא לפלפולא אַבל באמַת פשוט בעיני דקושניית התנאים הנ"ל בלא"ה אינו קשה פלל די"ל דהר"ח ג"כ ס"ל כמש"כ התוס' שם מתחלה דאף דמכירת שטרות מדרבנן עכ"ז משפחת אונאה בשטרות מה"ת כמש"כ שם.

רק הר"ח פתב פן לדינא דלדין דש"ד הדין הוא דמכירת שטרות מה"ת נגזפרתי נראיתי פעת באו"ת סי' ס"ו ס"ק א' שפתב דלכן לא תירצו התוס' דמייירי בנכתבו לְכָל המוציאו משום דס"ל להתוס' פהרמב"ן דלא מהני לְכָל המוציאו מה"ת לדין דאין ברירה ע"ש.

אַבל לפמש"כ אין הַכרח לְזָה פלל נאפּושי פּלוגתא לא מפשינן די"ל דהתוס' ס"ל כדקיי"ל לדינא דמהני לְכָל המוציאו מה"ת פנ"ל ועיין בש"ף סי' רס"ח ס"ק ב' ובתנאים בכללי מִיגו ס"ק ק"ד ובש"ד דדרך התוס' להקשות לחד מ"ד דאף דלא קיי"ל פּוּתְנִי ע"ש: ענף ה בגיטין פ"ק בפסגיא דמשמעבדנא לך ולכל מאן דאָתי מחמתך פתב דאף דקיי"ל אין ברירה עכ"ז שאני בזה פינון דִּיכוּל להשתעבד לְכָל העולם בזה אחר זה והבא בקצה"ח סי' ס"א.

לפ"ז יש לעיין עדיין אליביה דהר"ן דלמה הוצרך לתרוצי בפ' הכותב דאין להוכיח מהא דא' יצאו שטרות דאין בהם אונאה דמכירת שטרות מה"ת משום דז"א רק אגב אורחא דעיקר קרא אָתי למעוטי קרקעות ועבדים וְהָא דִּיצָאוּ שְטָרוֹת זָהוּ עֶכְשָׁיו דִּתְקַנּוּ חו"ל דחל מכירה בשטרות מדרבנן ע"ש הא המ"ל דנפ"מ בנכתבו לְכָל המוציאו וכמש"כ התנאים דהא זה מועיל להר"ן אליבין דכ"ע נאפשר לומר דכתב פן להורות דאף לשיטת הרמב"ן דהביא שם בגיטין דלכל המוציאו אינו מועיל רק מדרבנן אפ"ה אין להוכיח מהא דיצאו שטרות כו' די"ל דאגב אורחא כו': ובאמַת לשיטת הר"ן דכתב דלכל המוציאו מהני מה"ת לכ"ע א"כ תקשה בהא דקדושין ד' ה' הנ"ל דה"מ להוכיח בקו"ח דשטר

מכניס מקו"ח משטרות הנכתבים לכל המוציאו דמקדשין בו האשה מה"ת ואפ"ה אין פודין בו הקדש ומע"ש וכן"ל דמש"כ לעיל לתרץ זה לא שניקד פן רק לפי תי' הנתיבות הנ"ל אבל לשיטת הר"ן הנ"ל תקשה עדיין וכ"כ הנ"מ ויקי יוסף והובא בקצה"ח שם בסי"א ותקשה פנ"ל ואפשר לומר בזה דהא באמת קשה בפסגיא דקדושין שם דה"מ למילף בקו"ח מן קרקעות דאין פודין בו הקדש ואפ"ה מכניסות ואין מוציאות כש"כ שטר שמוציא דמכניס וכמו דהקשו התוס' שם ומה דתירצו התוס' שם דמה לקרקע שקונין מטלטלי אגפן פבר פתבתי בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ד' דזה התי' לא שניקד רק אי נימא דאג"ק הוי מה"ת דלשיטת התוס' ב"ק דף י"ב והרא"ש שם דכתבו דאג"ק הוא דרבנן וערים בצורות הוי אסמכתא והובא בפ"ה סי' שס"ג: א"כ ליתא לתי' התוס' הנ"ל דמדרבנן אין זה פירקא על קו"ח דאורייתא וכעין מש"כ התוס' בחולין ד' קל"ו ע"ב ד"ה בפני כו' דבשביל דרבנן אין לבטל גז"ש וע"כ מוכח לשיטת הראשונים הנ"ל דיהיה ס"ל לתרץ על קושניית התוס' בקדושין דגילף מקרקעות כו' כמו דכתב הריטב"א בקדושין בפסגיא זו דהקשה ג"כ פקושניית התוס' הנ"ל ותירץ דכיון דשם פסגיה מהני לפדות הקדש ומע"ש ע"כ א"א לגמור מקרקעות ע"ש וכעין זה מצינו בזבחים רפ"ב דשם יושב פריד רק הש"ס מסתפק שם בזה.

אבל בפסגיא דקדושין מצינו למימר דס"ל דשם פסגיה שאני פיון דמצינו בפסגיה היכא דהוי מטלטלין דפודה בו הקדש ע"כ א"א לגמור מן קרקע וכמש"כ הריטב"א א"כ מה"ט לא גליף מן שטרות הנכתבים לכל המוציאו אף דנימא דהוי מה"ת לכ"ע פטעם של הר"ן והנ"י משום דשאני פסגיה דשם פסגיה מהני למע"ש ונהקדש א"כ י"ל דהר"ן והנ"י יסברו כתי' הריטב"א הנ"ל ולכן אין להקשות אליבייהו פן ובאמת לשיטת התוס' דס"ל להקשות מקרקעות ולא ס"ל תי' הריטב"א הנ"ל ולדידהו יש להקשות עדיין מן הא דמפרמות פנ"ל וע"כ הוכרחתי לתרץ לשיטת התוספות הנ"ל על פי סברת הנתיבות וא"ש דברי התוס' בפשיטות: והתנאים בסי"א ס"ו ס"ק א' הקשה להסוברין מכירת שטרות מדרבנן דאמאי איצטריך קרא למעט לשטרות דאין פודין בו את הבכור פמבואר בבכורות ד' נ"א.

הא בלא"ה לא קנהו הפהן מה"ת ותמה על התוס' דלא הרגישו בזה ובאמת פבר הקדמו התוס' בשבועות ד' ד' ע"ב ד"ה יצאו שטרות כו' דהרגישו בזה ובאמת יש להקשות פן ביותר לפי תי' הר"ן בפ' הכותב דהא דאמרו יצאו שטרות כו' אין זה רק אגב דנקט לקרקעות ועבדים כו' וכן"ל דמה יענה בהא דבכורות ד' נ"א דס"ל לרבי לדרוש פריבוי ומיעוט ולא ממעט רק לשטרות לחודא דתקשה לפ"ז אי נימא מכירת שטרות אינו רק דרבנן: והעיקר מה דנלע"ד בזה משום דעיקר סברת הפוסקים דמכירת שטרות אינו מה"ת משום דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו וכמש"כ התוס' בב"ב ד' ע"ז ד"ה קני לך איהו כו' וכ"כ ש"פ א"כ למאן דס"ל אדם מקנה דשלב"ל מהני מכירת שטרות מה"ת ואף דקצה"ח סתר זה בסי"א ס"ו ס"ק כ"ו משום דהא אף לר"מ דמקנה דשלב"ל עכ"ז מקודם דבא לעולם מודה דחוזר פמבואר בב"מ ד' ס"ה א"כ לא נגמרה המכירה מקודם דבא לרשותו ע"ש בקצה"ח עכ"ז י"ל דז"א רק לשיטת התוס' יבמות ד' צ"ג וקדושין ד' ס"ג אבל לשיטת הרשב"א בקדושין ד' ס"ג בשם הרמב"ן דס"ל דהיכא דאמר מעכשיו ס"ל לר"מ דאינו יכול לחזור אף מקודם דבא לעולם וכן הוא שיטת הר"ן בחידושיו

לגיטין ד' מ"ה א"כ לפ"ז יש לדון דהיכא דאמר בלשון מעכשיו דהקנה השטרות מעכשיו דאז חל הקנין בהו מה"ת פמו בכל דשלב"ל לשיטה הג"ל א"כ ה"ה לרבי דס"ל בקדושין ד' ס"ב דאדם מקנה דשלב"ל ע"כ לשיטתו שפיר מועיל מכירה מה"ת דמשפחת בלשון מעכשיו פנ"ל.

וי"ל דהתוס' דשבועות דלא פתבו פן י"ל דהקשו פן לרבנן דדרשי בכלל ופרט שם או דהתוס' אזלי לטעמיהו דס"ל ביבמות ד' צ"ג ובקדושין ד' ס"ג דלא ס"ל פשיטת הרשב"א ונה"ר"ן הג"ל אכל להר"ן שפיר י"ל דלרבנן דדרשי בכלל ופרט הא דאמרו יצאו שטרות אין זה רק אגב אורחא פתרוץ הר"ן הג"ל וקא דרבי דדרשי רק למעט שטרות לחודא שפיר י"ל דר' לטעמין דמקנה דשלב"ל ובמעכשיו אינו חוזר פנ"ל וכן הוא באמת כתי' הר"ן הג"ל בכ"מ הל' מכירה פ"ו הל' י"ב שכתב שם דהעיקר פתרוץ הר"ן הג"ל: ועפ"ז יש ליישב למה שהקשה רע"א זצ"ל בסימן קל"ה על הרשב"א ונהריטב"א בחידושו לקדושין ד' נ"ד ע"ב דאמרו שם הקא במאי עסקינן דיהיב לנטע רבעי כשהוא סמדר דאז אין שם רבעי עליו ודלא כר' יוסי והקשו דכיון דמוקי כר"מ דמעשר ממון גבוה לוקמי בלא הגיע לסמדר דהא ר"מ ס"ל אדם מקנה דשלב"ל ומצי אתי אף כר' יוסי דס"ל סמדר מקרי פירי ותמה עליהם רע"א זצ"ל שם דהא לר"מ לא מהני רק אם בפשה שייבוא לעולם יהי ברשותו להקנותו כו' אבל הקא דלעולם אינו ברשותו דקודם שהוא סמדר מקרי לא פא לעולם וכשיבוא לעולם וניהי סמדר יהי ממון גבוה בזה גם לר"מ לא מהני כו' ונשאר בצע"ג: אמנם לפי דברי הרשב"א גופא דכתב בקדושין ס"ג דדשלב"ל לר"מ היכא דאמר מעכשיו דינו פמו בבא לעולם לרבנן ואינו חוזר ולפ"ז נראה דאם אמר מעכשיו אז אף בנכסים שנפלו לו בעת שהוא גוסס ג"כ מועיל הקנאתו אליבא דר"מ ואינו חוזר וכן ראיתי להשעה"מ פ' י"ג הל' מכירה הל' ה' שהאריך בדברי הרשב"א וסיים דאם אמר מעכשיו אף בחזר או מת מקודם דבא לעולם אינו חוזר לר"מ.

וקא דב"ב ד' קכ"ז דאמרו בנכסים שנפלו לו בעת שהוא גוסס לא מצי להקנות לר"מ היינו משום דהא התם אפטר דאינו רוצה ליתן במתנה מהיום דלמא יצטרף למכור לצרכו וכה"ג: וע"כ פוננת הגמ' דיהא מהימן לומר בכור הוא במיגו דאי בעי יהיב במתנה מהיום אם לא אחזור בו עד לאק"מ ע"כ דינו פמו באומר לכשיבואו לעולם דכל שמת המזפה בתוך כך אין מתנתו מתנה ע"ש בשער המלך ולכן שפיר פתבו הרשב"א ונהריטב"א לומר דה"מ לאוקמי כר' יוסי ומ"מ מצי יהיב מקודם דנעשה סמדר היינו דיהיב לו במעכשיו דאז חל מיד מתנתו אף בנכסים שנפלו בעת שהוא גוסס או מת מקודם פנ"ל ושפיר פתבו הרשב"א ונהריטב"א ואזלי לטעמיהו ועיין בב"ב ד' ע"ט בתוס' ד"ה אימור דשמעינן כו' בסה"ד דהקשו איהו יכול להקדיש המים שיהיה בבורו דאיהו יכול להקדיש דבר שלעולם לא יזפה בו כו' והדברים ארוכין ואכמ"ל ענף ו ובההו מילתא אי מכירת שטרות מה"ת נראה לע"ד לדון מלתא חדתא והוא די"ל דלביית שמאי דס"ל שטר העומד לגבות פגבוי דמי ופי' רש"י בסוטה ד' כ"ה ובשבועות ד' מ"ח דלב"ש הנכסים בחזקת בעל השטר עומדין וכאלו גבוי עומד כו' והם באים להוציא ממנה כו' וכ"כ רש"י בגיטין ד' ל"ז ד"ה אינו משמש דכגבוי דמי וכמו דהקרקעות בחזקת המלנה הן וגבויות ממש ואין פאן חוב וכ"כ רש"י ביבמות ד' ל"ח ד"ה פגבוי דמי גדול פח השטר וכמו שמוחזק בנכסים ולא אמרינן הא מחוסר גוביינא כו' עכ"ל אלמא דאי נימא פגבוי דמי אין עליו

שם חוב פלל ולא מקרי מחוסר גבוינא פלל וע"כ בכל ספק הנולד בעיקר החוב מקרי המלנה מוחזק ומה"ט אינו משמט לב"ש והנה עיקר הטעם מאן דס"ל מכירת שטרות דרבנן זהו כמש"כ התוס' בב"ב ד' ע"ז דכינן דהקרקעות אינן ברשותו של המלנה ע"כ אינו יכול להקנותן פמבואר בפסחים ד' ל"א וכו"כ הנ"י בב"ב פ"ה שם אלמא דעיקר הטעם משום דחוב הלואה מקרי דבר שאינו ברשותו א"כ ז"א שיניף אלא למאן דס"ל דלאו פגבוי דמי ומקרי מילי אבל לב"ש דס"ל פגבוי דמי ואין פאן חוב פלל א"כ הוי כמו דהנכסים הוי פבר ברשותו דהמלנה והוי כמו דגבה פבר את חובו וכמו היכא דגבה פבר חובו דחל המכירה בהחפץ מה"ת א"כ ה"ה אף דלא גבה פינן דהוא ברשותו דהמלנה מועיל מכירתו מה"ת דזה לא מקרי מילי ועיין בח"מ סי' ס"ו סעי' ח' וסעי' ל' דשיטת הגאונים בשטר משפונא אף שיכול לסלקו מ"מ פתיבה קניא בלא מסירה ואינו יכול למחול ומועיל בזה המכירה מה"ת כמש"כ הראשונים ועיין שם באו"ת ונתיבות ואף דבמשפון קרקע היכא שיכול לסלקו משמט פמבואר בגיטין ד' ל"ז א"כ כש"כ דלה"מ"ד ונדאי חל המכירה מה"ת אם עשה קנין המועיל והא דאמרו בסי' ס"ו גבי משפונא קרקע דבעי שיחזיק בהקרקע היינו משום דבלא החזיק לא הוי קנין המועיל אבל היכא דעשה קנין המועיל כמו קנין פסוף או קנין אודייתא וק"ס כמש"כ הקצה"ח בסי' קצ"ד זה הוי קנין מה"ת אף בלא החזיק בהקרקע וע"כ אם הוי פגבוי משפחת שפיר קנין המועיל מה"ת: ועיין בש"פ סי' סמ"ה ס"ק ל"ב ובקצה"ח שם ואכמ"ל וכו' י"ב סעי' ח' דכתב הסמ"ע שם דבנקט שטרא לא מהני מחילה בלא קנין משום דכגבוי דמי ואע"ג דאנן קיי"ל דלא כב"ש וכמש"כ הש"פ שם אפ"ה שא"ה משום שכ' הקצה"ח שם בשם בעל כנה"ג דבספק לכו לא הוי פגבוי אבל בשטר ברור הוי פגבוי ע"ש ובאמת פבר הקדימו התוס' בסוטה ד' כ"ה ע"ב ד"ה ב"ה אומרים לאו פגבוי דמי כו' דשאני הקא דשעבוד עצמו של פתובה עומד בספק לא קנימא ארעא לגבוינא בזה אמרי ב"ה דלאו פגבוי דמי כו' ע"ש ומשמע מדברי התוס' דשטר שאין בו ספק כ"ע מודו פינן דלגבוינא קאי דכגבוי דמי ואפשר בזה להסביר שיטת הסוברים דכל שטר מקרי הילף פמבואר בסי' פ"ח סעי' כ"ח ובש"פ שם ס"ק מ"ט בשם הב"י ע"ש.

דאפשר דטעמם הוא דכינן דהוי חוב ברור הוי פגבוי ולא מקרי מחוסר גבוינא ולכן הוי הילף: ובזה ניחא מש"כ הש"פ לחלק דהא דנראה מדברי רש"י פ"ק דב"מ דשטר לא הוי הילף היינו באינו מודה אבל במודה נראה כהב"י דהוי הילף כו' ולפמש"כ ניחא להסביר זה החילוק של הש"פ משום דבאינו מודה דאז לא הוי חוב ברור ע"כ לא הוי פגבוי משא"כ במודה אז הוי פגבוי לכ"ע ולפ"ז יש לחלק דאף דנימא דכל דבר שאינו יכול לכפור לא מקרי הילף עכ"ז שטר שאני דהוי פגבוי ולא פנראה מהפוסקים שם דלא חילקו בזה ועיין בתוס' גיטין ד' ל"ז ע"א ד"ה שטר שיש בו אחריות כו' דאלימ טפי פשפופרש השעבוד בפירוש בשטר אז הוי פגבוי ע"כ שטר שאני גבי הילף דבזה פינן דמודה הוי פגבוי לכ"ע: [ולפ"ז יש לדון דבשטר ברור פינן דהוי פגבוי גם לדידן פנ"ל ע"כ מכירת שטרות בהו הוי מה"ת וכן הא דאיצטריך שטרות למעוטי מאונאה ג"כ הוא היכא דהוי החוב ברור דבזה מועיל מכירתו מה"ת לשיטת התוס' בסוטה והכנה"ג ה"ל.

וּלְכַאוֹרָה יֵשׁ לִיִּישׁב עַפ"ז מַה דִּישׁ לְהַקְשׁוֹת בְּסוּגֵי דְשְׁבוּעוֹת ד' ל"ז וּב"ק ד' קי"ז דס"ל
לר"א קַרְקַע נִגְזְלָת וְלֹא מִיַּעֲטָה הַתּוֹרָה רַק שְׁטָרוֹת לְחֻדָּא א"כ קִשָּׁה לַפְּמִש"כ הַתּוֹס'
בב"ק ד' ע"ט ד"ה אוּ שְׁהוֹצִיאוּ כו'.

דְּאִין לְחַלֵּק בֵּין קְנִיּוֹת גָּנֵב דְּאִינוּ רַק לְהַתְחַיֵּיב בְּאַנְסִין לְשֹׁאֲרֵי קְנִיּוֹת וּכ"כ הַמַּל"מ פ"ב
מֵהַל' גְּנֵיבָה, ה' ט"ז א"כ לַפ"ז לְמָה צְרִיךְ לְמַעוּטֵי דְשְׁטָרוֹת אֵינָן נִגְזְלִים אִי נִימָא דְקְנִיּוֹת
שְׁטָרוֹת אִינוּ רַק מְדַבְּרֵן א"כ אֵין חָל קִנְיָן גְּזִילָה עֲלֵיהוּ כְּלָל לְקִנּוּתָם לְהַתְחַיֵּיב בְּאַנְסִין
וְלְמָה לִי לְמַעוּטֵי שְׁטָרוֹת מִגְזִילָה מֵה"ת וּבִזְהָ לֹא שְׁיִיךְ תִּירוּץ הַר"ן דְּכַתֵּב דְּאַגַּב גְּרָא
נְקֻטֵי לְשְׁטָרוֹת דְּהָא לר"א לֹא נִתְמַעַט רַק שְׁטָרוֹת לְחֻדָּא וְעֵינָן בְּתוֹס' פְּתוּבוֹת ד' ל"א
ע"ב ד"ה וּבֵרָה רַגְמֵי קִנּוּ כו' בְּשֵׁם הַר"י כו' וּבַע"ג ד' ע"א ד"ה וְאִי ס"ד מְשִׁיכָה וּבַד"ה
וּמֵאִי לֹא נִתֵּן כַּנ"ל.

וּבב"מ ד' צ"ט תוֹס' ד"ה פִּינּוֹן שְׁיִצְתָּה כו' וְהַדְּבָרִים אַרְנָפִין. וְעֵינָן מְזָה בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק
ח' או"ח ס"ד ד' עָנָף ג' מְזָה.

וּלְפַמִּש"כ אֶפְשָׁר לֹמַר דְּאַף דַּבְּב"ק ד' קי"ז גְּרָסִינָן ר' אֶלְעָזָר בְּלֹא יו"ד עכ"ז הָעֵינָקָר
כְּדָגְרָסִינָן בְּשְׁבוּעוֹת ד' ל"ז ר' אֶלְיָעֶזֶר בִּיּו"ד דס"ל דְּקַרְקַע נִגְזְלָת וְלֹא מִיַּעֲט רַק שְׁטָרוֹת
כְּמִבְּנָאָר בְּסוּפָה ד' ל"א בְּתוֹס' ד"ה אִי קַרְקַע נִגְזְלָת דר' אֶלְיָעֶזֶר בִּיּו"ד ס"ל פֶּן ע"ש וְיִדּוּע
דר' אֶלְיָעֶזֶר שְׁמוּתֵי הוּא וּמִתְלַמֵּידי ב"ש הוּא כְּמִבְּנָאָר בְּשִׁבְתָּ ר"פ ר"א דְּמִילָה בְּתוֹס'
וּבְנִדָּה ד' ז' וְכֵן מִבְּנָאָר בְּבִיצָה ד' ל' בְּתוֹס' ד"ה וְאוֹמַר מִכָּאן אֲנִי נוֹטֵל כו' מִקִּשָּׁה
בִּירוּשְׁלַמֵי מְחַלְפֵי שִׁטְתֵּיהוּ דב"ש קְאָמַר דְּלֹא יִטּוּל אַא"כ נִעְנַע וְהָכָא קְאָמַר ר"א
דְּבִאֲמִירָה סְגִי דְּהָא ר"א שְׁמוּתֵי הוּא כו' אֶלְמָא דר"א גְּרִיר בְּתַר שִׁטַּת ב"ש ע"כ שְׁפִיר
נִיחָא הָא דר"א ס"ל לְמַעַט שְׁטָרוֹת לְחֻדָּא.

מִשּׁוּם דר"א דס"ל כב"ש דְּשְׁטָר כְּגַבּוּי דְּמִי יָכוֹל לְמַפְּוֹר הַשֵּׁט"ח מֵה"ת וְחָל הַקְנִיָן עֲלֵיהֶם
מֵה"ת וְזֶה לֹא מִקְרִי מְקִלֵי בְּמִלֵי לֹא מִקְנֵי כְּמִבְּנָאָר בב"ב ד' ע"ז דְּהָא זֶהוּ כְּמוֹ גּוֹף הַחֲפֵץ
מִמֶּשׁ בְּיָדוֹ ע"כ הַנְּצָרָה הַתּוֹרָה לְמַעוּטֵי שְׁטָרוֹת פִּינּוֹן דְּאִין גּוֹפּוֹ מְמוֹן אֵינָן נִגְזְלִים דְּאַף
דְּהוּי כְּגַבּוּי אַפ"ה מִקְרִי אֵין גּוֹפּוֹ מְמוֹן אֶבֶל לוֹלֵי הַמְּיַעוּט הָיוּ נִגְזְלִין כְּמוֹ כָּל חֲפֵץ פִּינּוֹן
דְּהוּי כְּגַבּוּי כַּנ"ל.

וּעַפ"ז יֵשׁ לְתַרְץ קְוִשְׁיַת הַתּוֹס' שְׁבוּעוֹת ד' ל"ז ד"ה מִיַּעֲט שְׁטָרוֹת כו' וְכֵן יֵשׁ לְדוֹן בְּזֶה
בב"ק ד' ס"ב תוֹס' ד"ה יִצְאוּשְׁטָרוֹת וּבַד' נ"ד בְּתוֹס' ד"ה חֲמוּר דְּבוּר כו' וּבב"מ ד' ד'
ע"ב תוֹס' ד"ה אֵין נִשְׁפָּעִין כו' פֶּן יֵשׁ לֹמַר לְכַאוֹרָה: אֶכְּן בְּאַמַּת ז"א דְּאַף דְּנִימָא דְּהוּי
כְּגַבּוּי עכ"ז לֹא שְׁיִיךְ פֶּן בְּגִזְלָה דְּהָא אַף דְּהוּי כְּגַבּוּי עכ"ז הָא אֵין גּוֹף הַחֹב וְהַחֲפֵץ פְּרוּךְ
בְּשְׁטָר רַק הַסְּכָרָא הוּי דְּלִכְּוֹן הוּי כְּגַבּוּי מִשּׁוּם דְּכִינּוֹן דִּישׁ לוֹ שְׁטָר עוֹמְדִים הַנְּכָסִים בְּחֻזְקָת
בְּעַל הַשְּׁטָר כַּפִּי רַש"י בְּסוּטָה ד' כ"ה ע"ש וְהוּי כְּמוֹ הָא דב"ק ד' מ"ט דְּהָא בְּאַרְעָא לֹא
אַחֲזִיק כו' וְאֵין זֶה שְׁיִיךְ רַק בְּמַכִּירָה דְּכִינּוֹן דְּהוּי כְּגַבּוּי וְהַנְּכָסִים הֵם בְּחֻזְקָת בְּעַל הַשְּׁטָר
א"כ שְׁפִיר חָל הַמַּכִּירָה מֵה"ת דְּהוּי כְּמוֹכֵר חֲפֵצוֹ אַף דְּנִשְׁאַר הַחֲפֵץ ת"י הַמוֹכֵר מ"מ אִם
עָשָׂה קִנְיָן הַמוֹעִיל יָכוֹל לְמַפְּוֹר וְעֵינָן בְּקִדּוּשֵׁין דַּף י"ט תוֹס' ד"ה בְּמִלְוָה שְׁיֵשׁ עָלָיו מִשְׁכּוֹן
כו' דְּאַפִּי אֵין מִחֲזִיר לָהּ הַמִּשְׁכּוֹן כו'.

ובאה"ע סי' כ"ח סעיף י"א אבל בגזילה דאף דגזל השטר מ"מ גוף החוב אינו ביד הגזלן וכן במשפון בהא דסי' ס"ו הנ"ל הא בעינן דיחזיק בקרקע כנ"ל וע"כ שפיר הקשיתי בספרי שם. והעיקר כמש"כ לתרץ בספרי שם יע"ש אף באמת ג"כ בעיקר מילתא דאם בחוב ברור הוי כגבוי גם זה אינו לדינא כמש"כ בחידושי לסי' י"ב וקצרתי: ענף ובימי טל ילדותי אמתתי בכ"ז בדרך פלפול לתרץ מה שהקשה התומים בריש סי' ס"ו על התוס' בב"מ דף נ"ו ע"ב ד"ה יצאו שטרות כו' שפתבו בשם הר"ח פהן דמכירת שטרות הוי מה"ת משום דש"ד ומועיל מכירתו מה"ת ומ"כ אמרו שם יצאו שטרות כו' והקשה דמה יענה הר"ח לשמואל ולשארי אמוראים דס"ל שעבודא לאו דאורייתא וכמו שהארכתי בזה לעיל: ואפשר לומר בזה לפי המבואר בתוס' סוטה דף כ"ה ד"ה לאו כגבוי דמי כו' שפתבו דלא שינו לומר בזה כל העומד ליקצור כקצור דמי וכל העומד לגזול כגזול דמי כו' משום דמי יימר דמזדקק לו תלתא כמבואר בקדושין דף ס"ב דזהו לאו בידו כו' עכ"ל ובספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' ענף ב' הקשיתי מהא דשבת דף מ"ו דזה מקרי בידו דאי לא מזדקק ליה חכם מזדקקין ליה ג' הדיוטות ותיבתי שם שני תירוצים ותירץ הב' דשם נדחה עפ"י דברי התוס' דהכא דאי נימא דשאני התם דקשים כספחת כו' א"כ ה"א דמצנה לשפוט אפ"ה אמרו בזה מי יימר דמזדקק ליה תלתא ומוכח מזה כתי' הראשון שכתבתי שם דשאני בהתר נדר דסגי בגמיר קצת והנה בקדושין שם אמרו בהתקדשי לי לאחר כו' צריך שלשה משפט כתיב ביה מי יימר דמזדקק לו תלתא משמע דהיכא דא"צ שלשה אז חשוב שפיר בידו ונדקא בתלתא אמרו מי יימר דמזדקק לו תלתא אבל פחות משלשה משמע דזה מקרי דבר בידו ולא הוי כמחוסר מעשה גבי דשלב"ל: וכן מצינו בתוס' נזיר דף י"ב ד"ה באשה שאין לה בת כו' דכתבו פן גבי שליחות בדשלב"ל דמה דבידו לא מקרי דשלב"ל אף דמחוסר מעשה ומה דהקשו התוס' בסופו שם מהא דיבמות דף נ"ז דבעי התם פתוב גט ליבמתו מהו והא התם בידו לבוא עליה ולגרשה אע"כ דמה דמחוסר מעשה אינו קרוי בידו.

נלע"ד לחלק עפמש"כ בספרי ח' או"ח סי' ט"ו ענף ה' בשם התוס' דזבחים ד' ל"ד ע"ב ד"ה פל שפי'דו כו' דכתבד ענבים מרובים מן עליו אין זה קרוי בידו משום דאסור למעט ודבר האסור מדרבנן אין זה מקרי בידו א"כ ה"ה ביבמתו דאסור לבא עליו בלא מאמר מדרבנן אין זה מקרי בידו כ"כ לכן איבעיא להו התם ביבמות אם זהו בכלל בידו פיון דמה"ת אינו אסור לבא עליו או דלמא פיון דמדרבנן אסור לבא בלא מאמר מדרבנן ע"כ אין זה בידו ועיין בלוח השמטות בספרי על דף ל"ז שציניתי שם בזה הענין בזה"ל ועיין ברא"ש שכתב גבי פתב גט ליבמתו כו' ורמזתי לזה הפנונה ובתשובת רע"א סוף סי' קמ"א שפלפל בדבר המחוסר מעשה אי מקרי בידו ע"ש ועיין בכתובות דף נ"ט גבי שדה שמשפנתי לעשר שנים דבידו לפדותה ע"כ לא הוי דשלב"ל ויש לחלק קצת והדברים ארוכים: ולפ"ז יש לדון למאן דס"ל בסנהדרין דף ג' פרב אחא דד"ת חד כשר ולא בעי סמוך ויחיד מומחה וכדשמואל דס"ל שנים שדנו דיניהם דין א"כ י"ל דכל שט"ח הוי כגבוי פיון דזה מקרי בידו לגבות ע"פ דין א' אף שאינו מומחה ונדקא היכא דבעי חכם אמרו בשבת דף מ"ו דזה מקרי לאו בידו דמי יימר דמזדקק ליה חכם משא"כ היכא דלא בעי חכם כדמוכח בהא דקדושין דאמרו פיון דצריך ג' מי יימר דמזדקק ליה תלתא ומשמע דחד מקרי בידו ולפ"ז להרמב"ם דפסק דענבים העומדות ליבצר כבצורות דמיא

והובא בסי' צ"ה בפ"ד בארנפה שם ס"ק ט' א"כ ה"ה בשט"ח העומד לגבות לפירוש התוס' בסוטה דמדמין כ"ז להדדי וחילקו דשאני שט"ח דבעי ב"ד שלשה ומי יימר דמדדקק ליה תלתא א"כ מה"ת דחד פשר לרב אהא ולשמואל יש לדון דמה"ת הוי פל שט"ח פגבוי וחל המכירה בשטרות מה"ת פיון דאי נימא דהוי פגבוי א"כ אין פאן חוב פלל כמש"כ לעיל בארנפה רק האידנא דתקנו חז"ל דבעי שלשה ואף לשמואל בעי לכתחלה ג' רק בדיעבד אמרו שנים שדנו דיניהם דין ע"כ אינו יכול למכור שום שט"ח מה"ת פיון דעכשיו לאחר תקחו"ל דבעינו תלתא אינו ביזו לגבות משום דהי מי יימר כו' אלא חז"ל תקנו מכירת שטרות אבל בזמן התורה דחד פשר אז הנה חל המכירה בשטרות מה"ת משום דזה הוי ביזו ולכן לב"ה דס"ל לאו פגבוי דמי טעמו דהא עכשיו לאחר תקחו"ל דבעי שלשה הוי דבר דאינו ביזו ומקרי שפיר אינו ברשותו: ולפ"ז יש לתרץ קושיות התנאים הנ"ל על תי' ר"ח פהן הנ"ל משום דלפמש"כ ניחא בפשיטות די"ל דבאמת לשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא פמבואר בקדושין דף י"ג וסוף ב"ב: וכן ס"ל לר"נ בגיטין דף נ' עכ"ז פיון דס"ל לשמואל שנים שדנו דיניהם דין וכן ס"ל לרב נחמן פמבואר בב"ב דף מ' וסנהדרין דף ה' ודף ג' בתוס' שם וכתובות דף כ"ב א"כ מה"ת חד פשר והוי פל חוב פגבוי מה"ת א"כ הוי דבר ברשותו לכן אמרו שפיר בפרייתא בב"מ למילף מכלל ופרט דיצאו שטרות דאין בהם אונאה משום דמה"ת חל המכירה בשטרות דכל חוב הוי דבר ברשותו פיון דחד פשר לדון ואף דמה"ת לא הוי הקרקעות משועבד ויכול הלנה למפור נכסיו לאחר ולא אמרינו דהא ביזו של הלנה למוכרן משום די"ל בזה כמש"כ התוס' בזבחים דף ל"ד דמה דאסור לו לעשות ולמעט הענבים לא מקרי ביזו א"כ ה"ה היכא דמצננה הלנה על עשה דפריעת בע"ח ואסור לו להפקיע מצות עשה ביזים וכיון דאסור לו למפור נכסיו ע"כ מקרי זה אינו ביזו] ואף דמבואר בגיטין דף ל"ז דדוקא בשט"ח שיש בו אחריות נכסים אמרו ב"ש דהוי פגבוי וכ"כ רש"י בסוטה דף כ"ה דלכן ס"ל לב"ש דשט"ח דהוי פגבוי משום דשיעבד לו נכסיו בשט"ח ע"כ הוי המלנה מוחזק כו' עכ"ז י"ל דהא ב"ש מייירי בזה"ז דבעי תלתא בפגביות חוב והוי מי יימר דמדדקקי לו תלתא והא דס"ל לב"ש דהוי פגבוי ע"כ טעמא משום דמשועבד לו נכסים בשטר ויכול לטרון מלקוחות ע"כ הוי פגבוי לב"ש אבל מה"ת למאן דס"ל חד פשר והוי דבר שביזו לגבותו שפיר י"ל דמה"ת הוי פגבוי אף היכא דלא מצוי טריף מלקוחות למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא פיון דהוי ביזו דהמלנה וכמו פירות העומדים לקצור דקצורות דמי פשיטת הרמב"ם וי"ל דתנא דברייתא דב"מ שם ס"ל ג"כ פהתנא דעומד לקצור פקצור דמי ועיקר קושיות התוס' דהקשו אי מכירת שטרות דרבנן דל"ל למעוטי שטרות אין זה רק לרבא דס"ל בריש סנהדרין דמה"ת חד אינו פשר ושנים שדנו אין דיניהם דין וכן ס"ל לר' יוחנן ור"ל פמבואר בתוס' סנהדרין דף ב' ד"ה ד"ה כו' בשם הירושלמי דאמרו שם דר' יוחנן ור"ל ס"ל שנים שדנו אין דיניהם דין ולפ"ז הוי שפיר החילוק פדכתבו התוס' בסוטה דלאו פגבוי דמי משום דלא הוי ביזו דמי יימר דמדדקקי תלתא.

וגם מה"ת אין זה ביזו לגבותו משום דבעי ג' מה"ת ג"כ והוי פל חוב דבר דאין ברשותו א"כ גם מה"ת אינו מועיל מכירה בשטרות ושפיר הקשו התוס' דעליהם תקשה ל"ל לתנא למילף מן פרט וכלל למעט שטרות תפוק ליה בלא"ה אין חל דין מכירה בשטרות

מעולם וע"ז שפיר תי' הר"ח פהן דכין דש"ד ע"כ מהני המכירה בשטרות מה"ת וקא
מצינו לר"ל ור' יוחנן בקדושין דף י"ג דש"ד וכן לרבא בגיטין דף נ' בתוס' שם ובש"ף
סי' ל"ט סוף ס"ק ב'.

ע"כ לדידהו שפיר מהני מכירה בשטרות אף מה"ת ומתוך שפיר דברי התוס' על נכון
דלכל השיטות א"שמה דיליף תנא דברייתא מכלל ופרט דיצאו שטרות פנ"ל וכ"ז הוא
דך פלפול נחזור לענינו דנתבאר דהתוס' והפוסקים דהקשו על הא דל"ל למעוטי
שטרות ולא תירצו דקאי על לכל המוציא דשפיר הקשו וכן"ל בארנפה ובאמת י"ל דגם
התוס' ס"ל דשטר לכל המוציא מהני מה"ת ג"כ וכן נתבאר לעיל ביאור סוגיא דקדושין
דף ה' על נכון: ולכאורה י"ל דאינו מועיל מכירת שטרות רק בשטר דטורף ממשעבדי
דהוי פגבוי לכמה מקלי פנ"ל דבשט"ק דלא נולד בו ספק הוי פגבוי וכמו דאמרו גבי
מחילה ונקט שטרא וגבי מיגו להוציא בשטרא מסייע ליה א"כ בשט"ח שאין בו אחריות
נכסים וכש"כ בכת"י לכאורה י"ל דלא יכול למפור דהא לא הוי פגבוי פמבואר בגיטין
דף ל"ז וכמש"כ במק"א וכן לשיטת ר"ח דב"מ דף נ"ו דעיקר מכירת שטרות הוא משום
דש"ד א"כ היכא דלא מצי טריף ממשעבדי לא שייך פן וכמבואר בסוף סי' פ"ח סעיף
כ"ט וש"ף ס"ק נ' ולא שייך בזה לומר קני לך כל שעבודיה דאית ביה דהא שעבוד הגוף
אינו במכירה ועיין בש"ף לקמן ס"ק מ"ו אכל באמת ז"א דהא להדיא מבואר לקמן סעיף
ו' דאף כת"י איתיה במכירה כמש"כ הרשב"א בתשובה.

וכן מוכרח באמת לשיטת הפוסקים דהוכיחו מב"מ דף נ"ו דיצאו שטרות דגם מה"ת
איתא במכירה ותקשה למאן דס"ל של"ד וע"כ מוכח דאף היכא דאין בו שעבוד נכסי
ג"כ איתא במכירה: (שם סעיף א') בש"ף (ס"ק ב') כתב הריטב"א כו' אמירתו לגבוה
פמסירה להדיוט וכן הדין בהקדש לעניים כו' ובשטרות הוי פכתיבה ומסירה כו' עכ"ל
והקשו האחרונים מהא דיו"ד סי' רנ"ח סעי' ו' המקדיש שט"ח צריף כו"מ פמו בהדיוט:
ול"נ דאינו קשה דהא נפ"מ מן קנין כו"מ לענין דאינו יכול לשאוג על הקדישו כמש"כ
הש"ף בח"מ סי' רנ"ה ס"ק ו' דדוקא אם לא נעשה מעשה הקנין בזה אמרו דיש שאלה
בהקדש דאתי דיבור ומבטל דיבור אכל אם נעשה מעשה הקנין אינו יכול לשאול דלא
גרע פח הקדש מכח הדיוט עכ"ל הש"ף.

ועפ"ז יש לתרץ קושיות התוס' בקדושין דף כ"ט ד"ה משכו במאמים כו' דתיפוק ליה
משעם דאמירה לגבוה פמסירה להדיוט כו' וכ"כ התוס' בב"ב דף קל"ג ובאמת י"ל דנפ"מ
מן קנין משיכה שלא יהיה יכול למשאל על הקדישו וכן מצאתי במקנה שם בקדושין
שכתב לתרץ פן לקושיות התוס' והרמב"ן והר"ן ע"ש וכ"כ בתוס' רעק"א זצ"ל בקדושין
פ"א משנה ו' תוס' יו"ט ד"ה אמירתו כו' ועפ"ז אתי שפיר מה שאמרו בב"מ דף נ"ח גבי
השוכר הפועל לשמור הפרה אחריות שבת עליו ומוקי לה בקנו מידו והקשה הקצה"ח
בסי' ש"א ס"ק ב' דל"ל קנין הא אמירה לגבוה כו' ולעיל בחידושי לסי' כ"ו תירצתי זה
היטב ע"ש אכן באמת א"ש בפשיטות דנפ"מ לענין דאינו יכול לשאול אם היה קנין [וכן
יש לדון בקושיות הקצה"ח הנ"ל ע"פ מש"כ התוס' בקדושין דף כ"ט ד"ה משכו כו'
וב"ב דף קל"ג כו' וקצרותי] ולכן יש לומר דהא דאמרו ביו"ד דהמקדיש שט"ח צריף
כו"מ דנפ"מ לענין דלא יהיה יכול למשאל על הקדישו: והוא דהא מצינו בח"מ סי' קכ"ב

סעיף א' דבלא הרשעה כד"ת בדרכי הקנן אין גובין מהחייב דיכול לומר שמה מת או ביטל שליחותו וכתב הסמ"ע שם ס"ק ג' דאע"ג דלא תישיבין למיתה מ"מ בממון דבין אדם לתבירו מי ימחה בידו שיחוש בזה פדי שלא יבא לידי הפסד עכ"ל והטעם הוא דשאני חזקת ממונא דאין הולכין בממון אחר הרוב וכש"כ אחר אוקי אחזקה להוציא ממון דהא רוב עדיף מחזקה ע"כ אף דינש חזקת חי וחזקה שלא ביטל שליחותו מ"מ אין לסמוך ע"ז ולהוציא מחזקת ממונא ע"כ יכול לומר הנתבע לאו בע"ד דידי את דשמה ביטל השליחות וה"ה יש לדון פן בהקדוש שט"ח דאף דשיניף ביה לומר אמירה לגבוה כמסירה להדיוט וקנהו ההקדוש מ"מ פיו דבידו למשאל על הקדוש וכמו דאמרו ביבמות דף פ"ח דבידו לאיתשולי עלי וכמ"כ בחי' הרשב"א שם לנישב דלא תקשה ע"ז מקדושין דף ס"ב דלאו בידו דמי ימר דמזדקקי ליה תלתא ע"ש וכמ"כ הראשונים גבי הא דא"ר הונא שכ"מ שהקדוש נאמר מנה לפלוני בדי כו' דערכין דף כ"ג דאמאי לא יהיה נאמן במיגו דאי בעי מיתשל על הקדוש והוא בח"מ סי' רנ"ה ש"ק ו' שפיתבו דהא דרב הונא מייירי באופן דלא מצי לאתשולי אבל היכא דמצי לאתשולי שפיר נאמן במיגו דאי בעי מיתשל משום דזה מקרי בידו לאתשולי פנ"ל ולפ"ז יש לדון במי שהקדוש שט"ח בלא פתיבה דאף דהשטר הוא ביד הגיזבר מ"מ אינו יכול לתבוע מן הלנה דיכול לומר דלמא מיתשל הפלנה על הקדוש פיו דבידו למיתשל.

וכמ"כ התוס' בגיטין דף ל"ג ד"ה ואפקעינהו רבנן כו' דינש לחוש בנזיר שהיה שותה זין דילמא ישאל על נזירותו וה"ל התראת ספק רק דמוקמינן על חזקתו דלא ישאל כמו שהיה עד הנה וזהו רק בגדר כמו כל אוקי אחזקה דלא מפקינן מהמחזק ע"י אוקי אחזקה ורובא דהא אין הולכין בממון אחר הרוב פנ"ל ע"כ שפיר יש לו להמחזק לטעון דלמא שאל על הקדוש וממילא אין הגיזבר בע"ד שאלו ויכול לומר לו לאו בע"ד דידי את ועיין לקמן סעיף י"א אף אם הוא באופן שנתברר לנו שנעשה באופן דלא מצי שאיל על הקדוש או היכא שהוא לפנינו וחזינו דלא שאיל על הקדוש אז שפיר אמרינן גם במקדוש שט"ח דהוי כמסירה להדיוט דמצי הגיזבר לתבוע להחייב משום דקנהו ההקדוש אבל היכא דמצי מיתשל על הקדוש ואין הבעלים בפנינו שפיר יש לחוש לטובת החייב דילמא מיתשל על הקדוש ואין מוציאין ממנו כ"ז דלא נתן להקדוש ע"י כו"מ ולכן שפיר אמרו פיו"ד דהמקדוש שט"ח צריף כו"מ לענין דלא מצי לתבוע מן החייב כ"ז דלא יהיה כו"מ משום דאין לו פח לתבוע ממנו ולהוציא ממון מהמחזק ואשמעינן מילתא רבתא דנא אבל היכא דליכא חשש שאלה שפיר אמרינן דהמקדוש שט"ח דיינינן ביה אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט ומצי לתבוע ג"כ מן החייב ולא יכול לומר לו לאו בע"ד דידי את ואתי שפיר דאינו קשה מן הא דיו"ד על דברי הש"ף דהכא: ומ"מ לדינא יש להעיר בזה לפמש"כ התוס' בב"ק דף ס"ז ע"א ד"ה מעיקרא טיבלא כו' דשינוי החזר לבריתו ע"י שאלה לא שכיחא אלמא דס"ל להתוס' דאף דאמרינן דמצי למיתשל על הקדוש ותרומה מ"מ מקרי זה מילתא דלא שכיחא.

ובפרט למאי דמבואר פיו"ד סי' ר"ג סעיף ג' דנדרי הקדוש מצנה לקנימן ולא ישאל עליהם אלא מדוחק וכמ"כ הרמב"ם סוף נדרים וליף ליה מהא דנדרי לה' אשלם ע"כ הוי זה מילתא דלא שכיחא להיות משאל על נדרו והקדוש ונהי זה רובא וחזקה דלא נעשה דבר המחודש דשאלה והא שיטת הבעה"מ בריש פ"ב דכתובות דהו רוב נשים

בתולדות ניסת מהני לכ"ע לאפוקי ממונא משום דהוי רוב ואוקי אחזקה ביחד ואף הרמב"ן
 במלחמות שם והתוס' שם דפליגי על הבעה"מ שם מ"מ י"ל דמודו הקא ושאי התם
 דחזקת הגוף עומדת להשתנות דמנימא להנשא ע"ש וע"כ הוי חשש דשמא מיתשל על
 הקדישו הוא חשש רחוק ומוציאין שפיר מן המוחזק אף במק"א פתבתי לחלק דשא"ה
 ברפ"ב דכתובות דהוי חזקה דגופא ומבואר בכתובות דף ע"ה בתוס' שם דחזקת הגוף
 הוי חזקה מעליא ביותר מפל אוקי אחזקה ואכמ"ל ביותר והא דגב ונהקדיש דחייב ד'
 וה' פמבואר בב"ק דף ע"ו דמה לי מקרו להדיוט כו' ולא אמרינן שמא הנה מיתשל על
 הקדישו להיות פטור מן ד' וה' י"ל דמנירי באופן דלא חיישינן דמיתשל על הקדישו
 וכעין מש"כ הראשונים על הא דאמר רב הונא מנה לפלוני בשכ"מ שהקדיש נכסיו פנ"ל
 אבל היכא דהוא באופן דמצי למיתשל שפיר חיישינן וגם הא חזקת מרא קמא מסייע
 לזה דלא יצתה מרשות בעלים הראשונים פינו דבשאלה נעקר למפרע אף לא כן משמע
 ביבמות דף פ"ח דקרינן בהקדש אתחזק איסורא ואין ע"א נאמן דשאלו הבעלים עליו
 רק הבעלים עצמן משום דבידם לאתשולי: וכן יש להעיר בהא דב"ב דף קמ"ח הקדיש
 נכסיו וחילק נכסיו לעניים דלאח"מ ודאי חל פמבואר בסי' ר"נ ונהקדש דינו דין חולין
 יש לו פמבואר סי' רי"ב והא יש לנו לומר דילמא איתשילו בעלים עלה קודם מותו ואף
 דשאלה בהקדש לא שכיחא מ"מ הא אין הולכין במזון אחר הרוב פנ"ל וכן יש להעיר
 בערכין דף כ' האומר ערכו ודמיו של פלוני ומת דשקיל וטריאי יתנו יורשין ועיין
 בקדושין דף י"ג ופסחים דף ס"א ולא מספקינן דלמא איתשילו עלה ולפמש"כ במק"א
 דרוב וחסות חייב מוציא ממון מהמוחזק כמו בא"י א"פ דחזקת חיוב וברי עדיף ממעלת
 מוחזק א"כ ה"ה רוב וחסות חיוב ביחד דהא רוב עדיף ממעלת ברי ועיין ברפ"ב
 פתובות א"כ התם בנזיר ומעריף בעת דנזיר ונהעריף הנה עליו אז חזקת חיוב ואף דע"י
 שאלה נעקר למפרע מ"מ הא מקרי חזקת איסורא פדמוכח ביבמות דף פ"ח ועדיין יש
 להעיר בכל הנ"ל לשיטת הפוסקים דטענינן ליורשים מילתא דלא שכיחא וכן טענינן
 להו החזרתי דהנה אביהם נאמן במיגו דנאנסו פמבואר בב"ב דף ע' ובסי' ק"ח וסי' רצ"ז
 וסי' ס"ט ש"ף ס"ק כ"ו א"כ ה"ה הקא פינו דאביהו הנה נאמן לומר דאיתשל עלה דבידו
 לאתשולי פמבואר ביבמות דף פ"ח א"כ ה"ה ניטעון להו דילמא איתשל עלה ונהנה אביהם
 טוען פן ועיין בהקדושי לקמן סי' ס"ט סע"ף ה' שהבאתי שם דברי הגהיבות שם ס"ק
 י"א [וע"כ מוכח דמנירי היכא דלא מספקינן בחשש שאלה ועיין באו"ח סי' קנ"ג סע"ף
 י"ט ובח"מ סי' רי"ב וסי' רנ"ב ותשובת רמ"א סי' מ"ח ותשובת רע"א סי' קמ"ו וקצרת':
 ד) (שם סע"א א) ש"ף (ס"ק יו"ד) דהעלה לדינא דשטר הנכתב לכל מי שמוציאו אינו
 נקנה בחליפין ודלא כהתה"ד בסי' של"א ונהנתיבות שם ס"ק ט' הכריע להלכה דשטר
 פנה נקנה בחליפין לבד דדינו כשאר מטלטלין וכן פסק התוס'ים.

ולענ"ד דהנכון עם הש"ף דהא אמרינן בב"מ ד' מ"ה דמטבע אינו נעשה חליפין משום
 דדעתיה אצורתא ועבידא דבטלה ופי' רש"י בד"ה משום דדעתיה אצורתא כו' שאין
 המטבע חשוב אלא ע"י צורה שבו ועבידא דבטלה שהמלה פוסלה וגוזר לצור צורה
 אחרת הלכך ה"ל כדבר שאינו מסוים ושלם ולקמן ממעטים שאינו מסוים מדכתיב נעל
 עכ"ל ובחידושי הר"ן על ב"מ שם בד"ה משום דדעתיה אצורתא כו' הביא פי' רש"י
 הנ"ל דה"ל דבר שאינו מסוים וכתב הר"ן והאי טעמא לא סגי אלא לאין נעשה חליפין

ואפֿשֿר דר"פ לטעמיה דס"ל מעיקרא דנקנה בתליפין ומיהו למסקנא קשה למה אינו נקנה שהרי אף דבר שאינו מסוּגֵי נקנה בתליפין אלא ה"פ צוֹרְתָא עבידא דבטלה וה"ל פאותיות שאין גופן ממון ומ"ה אינו נעשה תליפין ולא נקנה בתליפין ולפ"ז ה"ט לבתר דהדר ביה ר"פ כו' עכ"ל הר"נ וזה לשון הגומוקי יוסף שם וצוֹרְתָא עבידא דבטלה שהמלה פוסלה וגוזר לצור צורה אחרת וכיון דעבידא דבטלה לית בה ממשא וה"ל פאותיות שאין גופן ממון ומש"ה אינו נעשה תליפין ואינו נקנה בתליפין פדלקמן עכ"ל הנ"י וזה לשון השמ"ק בב"מ שם בשם הרשב"א והא דאמרי' משום דדעתיה אצוֹרְתָא כו' פירש"י משום דה"ל דבר שאינו מסוּגֵי ואיפא למידק דא"כ מה טעם אינו נקנה דאפי' דבר שאינו מסוּגֵי נקנה בתליפין כו' ויש לפרש צוֹרְתָא עבידא דבטלה וה"ל פדבר שאין גופו ממון דומיא דאותיות ומש"ה אינו נעשה תליפין ואין נקנה בתליפין וה"ט לבתר דהדר ביה ר"פ איתמר כו' וממעטינן ליה שפיר מבניה לומר פדבר שקונין ביה שגופו ממון כו' וכיון דעביד דבטלה לית ביה ממשא עכ"ל השמ"ק בשם הרשב"א אלמא דכל הראשונים הנ"ל פתבו דעיקר הטעם דאין מטבע נקנה בתליפין משום דה"ל פאותיות שאין גופן ממון ומה"ט ה"ל פדבר שאין בו ממש וכמש"כ השמ"ק בב"מ ד' מ"ו בשם הרא"ש בד"ה אלא ש"מ דאין מטבע נקנה בתליפין ש"מ כו' דלא דמי דפירות ממעטים מדכתיב נעלו אכל נקנים כו' ומטבע ה"ט דלא נקנה כו' דצורה ה"ל פדבר שאין בו ממש כו' ואין קנין סודר נתפס בו כו' עכ"ל: ואף שכתבו פולם דמטבע ה"ל פאותיות שאין גופן ממון.

באמת אין שנה מטבע לאותיות ממש דהא שטרות אין להם אונאה מטעם שאין גופם ממון ואלו מטבע יש להם אונאה פמבואר בב"מ דף נ"ב ובח"מ סי' רכ"ז וכן אי' בשו"מרים וע"כ אין זה רק לקנין תליפין ראו חז"ל להשוות מטבע לאותיות בזה.

וכ"כ הסמ"ע בסי' ר"ג ס"ק ד' דלכן מטבע אין נקנה בתליפין משום דה"ל פאותיות שאינן קנין ובבית יוסף לח"מ סי' קצ"ה סעי' יו"ד עלה דאין קונין פמטבע הביא שם לדברי הר"נ הנ"ל דמטבע ה"ל פאותיות שאין גופן ממון וע"כ אין נקנה בתליפין וגם הביא שם לפי רש"י שכתב דה"ל דבר שאינו מסוּגֵי וכבר נתבאר בשם הראשונים די"ל דגם רש"י ס"ל לה"ט דה"ל פאותיות רק מעיקרא דהיה ס"ל לר"פ דמטבע נקנה בתליפין רק דאינו נעשה תליפין פכת הטעם דה"ל דבר שאינו מסוּגֵי ולסוף דמסיק דאין נקנה בתליפין גם רש"י י"ל דמודה לה"ט דאל"כ הא אף דבר שאינו מסוּגֵי נקנה בתליפין וכן הלבוש בסי' קצ"ה סעי' ב' פכת מתחלה דלכן מטבע אין קונין בה ואינה נקנית בתליפין משום דכל הקונה דעתו שיהא לו קיים פה ומטבע הא לא יהא לה קיים שהמלה רגיל לפוסלה ועוד דצוֹרְתָא דעבידא דבטלה הוי פדבר שאין בו ממש וכמו אותיות שאין גופן ממון כו' אף באמת הנה"ב טעמים הם פמעט לחד טעמא נחשבו: ואפֿשֿר דטעם הראשון הוא לשי' רש"י וטעם ב' הוא לשיטת הר"נ והנ"י הנ"ל אף פבר נתבאר דאין הדרת מרש"י דיפלוג על הטעם של הראשונים הנ"ל: וכיון דעיקר הטעם דאין מטבע נקנה בתליפין משום דה"ל פאותיות ואין גופן ממון א"כ הא מי נתלה במי ואדרבה הא אותיות ה"ל באמת אין גופם ממון לענין אונאה ושו"מרים וכה"ג ואף שטרות לכל המוציאיו מקרי אין גופן ממון פמבואר בש"י סי' ק"ץ ס"ק א' שכתב דה"ט דאין גופם ממון שייך נמי פמקומות יעו"ש וכמש"כ פקונטרס א' פארנפה מזה לקמן בסי' ס"ו

סעי' ל"ח ואלו מטבע הא"ל דינו לכל מילי פגופן ממון פנ"ל ורק לענין חליפין השוו זה לאותיות פנ"ל א"כ פינון דעיקר הטעם דמטבע אינו נקנה בחליפין משום דדינו בזה פאותיות ואין גופן ממון א"כ כש"כ ממרמות אף שנקתב לכל המוציא עכ"ז פינון דה"ל אין גופם ממון הדין הוא דאין נקנין בחליפין ואף שנקנין במסירה לבד עכ"ז הא גם מטבע נקנה במשיכה ועכ"ז גבי חליפין דינם פאין גופם ממון ואין נקנין בחליפין וכמש"כ הש"ך לה"ט שם ס"ק יו"ד בד"ה ועוד קשה לי על הרב כו' אף שפתב בקצרה.

והא דמשמע ברשפ"ם ב"ב ד' ק"נ דשטרות נקנין ע"י חליפין י"ל דהרשפ"ם ס"ל להטעם ראשון שכתב הלבוש הנ"ל דלכו אין מטבע נקנה בחליפין משום דמקרי דבר שאינו קנימא. ואפשר דזהו כעין סברת רש"י בב"מ שם ורשפ"ם גריר בתר שיטת רש"י וקנינו] אבל שטרות ס"ל דמקרי דבר של קנימא פינון דעומדים לראיה ואף דלאחר דיקבל החוב אינו שנה השטר כלל עכ"ז הא אז יהיה לו התמורה מזה ולכן ס"ל דזה עדיף ממטבע פינון דעל שטרות לא שייך לומר דהמלה בפסלנו דהא לעולם הם לראיה וזהו טעם של התוס' ב"ק ד' י"ד ע"ב ד"ה עבדים ושטרות כו' שכתבו בצ"ע אי שטרות נקנים ע"י חליפין אכן לפי מה שנתבאר דרוב הראשונים ס"ל לעיקר הטעם וכן רש"י י"ל דס"ל פן למסקנא במטבע דלא נקנה בחליפין משום דדיקמהו לאותיות וה"ל אין גופו ממון בזה א"כ כש"כ שטרות ממרמות דה"ל אין גופו ממון לכל מילי ודאי דגרע ממטבע ולא נקנה בחליפין וכש"כ לפי מה דהעלה הקצה"ח בסי' ק"ד ס"ק ז' ובסי' ס"ד ס"ק א' והנתיבות בסי' ק"ד ס"ק ד' דממרמות אף דניקנין במשיכה לבד מ"מ בעי דעת אחרת מקנה והנתיבות סי' ס"ד ס"ק א' סותר שיטתו בזה ואכמ"ל] א"כ חזינו דממרמות גרע ממטבעות דהא במטבע לא בעי דעת אחרת מקנה ומ"מ לא מקני ע"י חליפין כש"כ בממרמות דבעי דעת אחרת מקנה דגרע משאר מטלטלי ונדחה עפ"ז למש"כ הנתיבות בסי' ס"ו ס"ק ט' ובס"ק י"ג דכינון דדינו כשאר מטלטלי ע"כ נקנה בחליפין דהא באמת אינו שנה למטלטלי וע"כ נראה לדינא העיקר פה"ש"ך דשטרות הנכתבין לכל המוציא אינו נקנין ע"י חליפין ולכאורה יש מקום לדון לפי הכרעת הנתיבות והאו"ת דשטרות פאלו נקנין בחליפין א"כ לפ"ז יש מקום לומר בהנהגה בילעטין הנוהגים האידנא יהיו נקנים בחליפין משום דהא הוי שטרי ראיה וכמו פל שטרי ראיה ואפשר לחלק וכש"כ למאי דכתבתי במק"א דדינו כמטבע גמורה אף אין להאריה בכ"ז לפי מה דנתבאר דאף ממרמות אינו נקנים בחליפין א"כ כש"כ דהבילעטין אינם נקנים בחליפין דדינם כמטבע גמורה לכל מילי וכמו שיבאר כ"ז לקמן בסי' ס"ו סעי' ל"ח בעז"ה: (ה) (שם סעי' ט') לפיכך הזוכה בשטר הפקר אינו קונה מלנה הפתובה בו פינון שאין דעת אחרת מקנה ולענין אי הנזיר עצמו הוא של הזוכה תלוי בהא דמבואר בב"ק ד' מ"ט ובח"מ סי' ער"ה סעי' י"א בפ"ך שם ס"ק ד' והכא משמע דהפקר לא הוי דעת אחרים מקנה ואלו לקמן סי' רס"ח ש"ך ס"ק ט' הביא לשיטת רש"י והנ"י בב"מ ד' י"ב דגרסי ואפקריה ודלא כמש"כ התוס' שם משום דס"ל לרש"י וסייעתו דהפקר חשוב כדעת אחרת מקנה א"כ לפ"ז יש לדון ה"כ דהזוכה בשטר הפקר יקנה החוב פינון דהוי כדעת אחרת מקנה אף דתקשה על שיטת הפוסקים הנ"ל מהא דגיטין ד' ל"ט דמוכח שם דאף מפקיר מדעתו לעבדים קטנים כל הקודם בהם זכה כמבואר לקמן סי' רע"ג סעי' ו' וקשה דאמאי לא יקנה הקטן א"ע כמו בכל דעת אחרת מקנה דזוכה הקטן כמבואר בסי' רמ"ג סעי' ט"ו

וכן מצאתי בנתיבות סי' רע"ג ס"ק א' שהקשה פן והוכיח מזה הקושיא דאף לשיטת רש"י דס"ל בב"מ ד' י"ב דהפקר הוי כמו דעת אחרת מקנה אין זה רק גבי הא דב"מ ד' י"ב דכיון דמשומר לדעת המפקיר סגי ומקרי חצר המשומר אבל לגבי שאר ענינים דתלוי בדעת אחרת מקנה גם רש"י מודה דהפקר לא חשוב בדעת אחרת מקנה עכ"ל הנתיבות ולפ"ז א"ש הקא דסתם הש"ך וכל הפוסקים דזה לא חשוב לדעת אחרת מקנה: אכן ראיתי במל"מ ה' מכירה פ' כ"ט ה' י"א שפתב לדון בקטן אם זוהי מן הפקר מדעת הבעלים דזה תלוי בפלוגתת רש"י ותוס' בגירסתם בב"מ ד' י"ב דלשיטת רש"י דהפקר חשוב בדעת אחרת מקנה שם דה"ה דנחשב זה לדעת אחרת מקנה דיופה הקטן כמו דזוהי במתנה אף מה"ת לשיטת פמה פוסקים ע"ש ולפ"ז תקשה לשיטת רש"י מהא דהמפקיר עבדיו דקטנים כל הקודם זכה דאמאי אינם זוכים א"ע: ונראה לע"ד לתרץ קושית הנתיבות הנ"ל דהא שיטת רש"י בגיטין ד' ל"ט במפקיר עבדו דצריה ג"ש וכ"ז דלא פפו לרבוי ליתן ג"ש דאסור העבד בשפחה וב"ח והובא בתוס' שם ד' מ' ד"ה אותו העבד כו' ומסקי התוס' דאין לו תקנה בב"ח אבל בשפחה שרי והקצה"ח בסי' רל"ה כתב בס"ק ד' בשם המ"מ ובשיטת הרמב"ם והרשב"א דהא דקטן זוהי בדעת אחרת מקנה זהו משום זכייה דזכין לקטן.

ע"כ נ"ל לדון דאף דקיי"ל זכות הוא לעבד שיצא לחירות וכש"כ בקטן דלא טעם טעמא דאיסורא כמבואר בכתובות ד' י"א ובתוס' גיטין ד' י"ג עכ"ז ז"א רק היכא דנגמר שחרורו דמותר בב"ח אבל היכא דכ"ז דלא נתנו לו שטר שחרור אסור בב"ח ובשפחה י"ל דזה לא מקרי זכות ואף דיכולין לכפותו בב"ד להאדון ליתן לו שטר שחרור מ"מ הא זה לא הוי בידו ומקרי מחוסר מעשה ומי ימר דמזדקקי ליה תלתא כמש"כ התוס' בסוטה ד' כ"ה ד"ה לאו כגבוי כו'.

ומוכח ה"תם דבכל מילי אף דבר מצוה ג"כ אמרו פן כמו בקדושין ד' ס"ב ובמק"א הארכתי בזה ושייך בזה לדון ג"כ דאמר אין הב"ד מזומן כמבואר בב"ב ד' מ' דכתבין מודעא על מאן דלא ציית דינא מה"ט ומה"ט אמרו דאשראי ספק אתי וכמש"כ הט"ז בח"מ סי' קס"ג סעי' ג' משום דאין ביד הב"ד לשבר מתלעות עולה.

והבעה"ת ע"ש: לכן שפיר אמרו במפקיר עבדים קטנים דכל הקודם זכה ואינן זוכין א"ע משום דהא כ"ז דלא נגמר שחרורו אסור בב"ח ושפחה אף פשיגדיל כ"ז דלא פפו לרבוי לשחררו בג"ש. ע"כ לא דיינינן ביה הך דדעת אחרת מקנה לקטן דעיקרו הוא משום זכין לקטן והא פיון דיאסר בשפחה וב"ח ואין לו תקנה א"כ לא מקרי זכות רק בגדולים זכו א"ע משום דהא מייירי בידעו מזה ההפקר וכמש"כ המקנה בקדושין ד' כ"ב ע"ב דגם בגדולים היכא דלא ידעו מן ההפקר לא קנו א"ע אבל לא כן בקטן דצריכין לזכייה ואין שייך בזה דין זכייה וכעין מש"כ התוס' בגיטין ד' ט' ע"א ד"ה שווי למוליה כו' דאי אסור בב"ח ושפחה נחשב עיגון וכמש"כ הפ"י שם דאין זה מקרי זכות לעבד שיצא לחירות פיון דמיתסר בב"ח ע"ש וכש"כ לפמש"כ התוס' בכתובות ד' י"א ד"ה מטבילין כו' דאם לא הוי זכייה גמורה אין זכין וכעין זה כתב הש"ך בס"י ס"ו ס"ק סמ"ך בשם הב"י לקטן בנודאי יש לדון דכיון דמיתסר בב"ח ושפחה דאין זה זכות גמור ע"כ אינן קונין א"ע מההפקר אף דהוי דעת אחרת מקנה דעיקר טעמו הוי משום זכייה ולשיטת רש"י דגיטין

ד' מ' דאָסור בב"ח וְשִׁפְחָה שִׁפִּיר א"ש אף לְשִׁיטת רש"י דס"ל דְּהִפְקָר חָשׁוּב לְדַעַת
אַחֲרַת מִקְנֵה מִשׁוּם דְּלִשְׁיטתוֹ אִינוּ קִנְיָה מְהֵא דְהִמְפְּקִיר עֲבָדָיו פּנ"ל וְלִשְׁיטת הַתּוֹס'ס'
דְּגִיטִין דס"ל דְּמוֹתָר בְּשִׁפְחָה הָא לְשִׁיטת הַתּוֹס'ס' בּב"מ ד' י"ב דְּהִפְקָר לֹא הוּי נִחָשׁב לְדַעַת
אַחֲרַת מִקְנֵה בְּנוֹדָאֵי א"ש הָא דְהִמְפְּקִיר עֲבָדָיו דְּקִטְנִים כָּל הַקּוֹדֵם זָכָה בָּהֶם וּמִתּוֹרֵץ
קוֹשְׁיֵית הַנְּתִיבוֹת הַנ"ל עַל נִכּוֹן: וּלפ"ז שִׁפִּיר יֵשׁ לְדוֹן דְּלִשְׁיטת רש"י וְסִייעָתוֹ דס"ל
בּב"מ דְּהִפְקָר הוּי פְּדַעַת אַחֲרַת מִקְנֵה דה"ה הֵכָא בְּמִפְּקִיר שִׁטְר דְּזָכָה הַזּוֹכָה לַהֲשִׁט"ח
וּכְמוֹ שְׁנִרְאָה מֵהַמַּל"מ דְּאִינוּ מְחַלֵּק כַּמֶּש"כ הַנְּתִיבוֹת בְּסִי רַע"ג לְחַלֵּק פּנ"ל וּמִקְוִשְׁיֵית
הַנְּתִיבוֹת הָא נִתְבָּאָר דְּאִין הִכְרַח לְהוֹכִיחַ פְּדָבְרָיו וְכֵן רְאִיתִי בְּקִצָּה"ח הֵכָא בְּס"ק י"ב
שְׁכַתְבַּת בְּקִצָּרָה דְּלִשְׁיטת רש"י בּב"מ יֵשׁ לְדוֹן דְּזָכָה בַּהֲשִׁט"ח מְהִפְּקִיר פִּינּוֹן דְּהוּי דַּעַת
אַחֲרַת מִקְנֵה גַם בְּהִפְקָר וְלִכֵּן אִם הַזּוֹכָה אִינוּ רוֹצֵה לְהַחֲזִיר הַשִּׁט"ח לְבַעֲלָיו לֹא מִפְּקִינּוּ
מִיָּגִיחַ דִּיכּוֹל לֹמַר קִים לִי כַּשִּׁי רש"י עכ"ל אָף מַה שְׁנִרְאָה מֵהַקִּצָּה"ח דְּלִשְׁיטת הַטּוֹשׁוֹ"ע
מְחַנְיֵיב הַזּוֹכָה לְהַחֲזִיר הַנִּיָּיר בְּזָה יֵשׁ לְדוֹן לְפַמֶּש"כ הַש"ף לְעֵיל ס"ק ו' בְּשֵׁם הַרִיטְב"א
דְּבַמְתָּנָה קִנְיָה הַנִּיָּיר אָף בְּמִסַּר וְלֹא פְּתַב וּבְאִמַּת יֵשׁ לְהַעִיר ע"ז מְהֵא דְסִי עַר"ה סַעִי י"א
דְּהַמְחִזִּיק בְּשִׁטְר כּו' וּבַמֶּש"כ הַש"ף שֵׁם ס"ק ג' וְס"ק ד' ע"ש אָף דַּנְפ"מ מְזָה לְמַש"כ
הַש"ף לְעֵיל שֵׁם גְּבִי מְתָנָה בְּמִסַּר וְלֹא פְּתַב דְּמְחַנְיֵיב לְהִרְאוֹת הַשִּׁטְר בּב"ד לְזַכּוֹתוֹ שֶׁל
הַמַּלְוֵה וְעֵינּוֹן לְקַמֵּן בְּש"ף ס"ק סְמ"ף מִש"כ בְּשֵׁם בַּעַה"ת א"כ פִּינּוֹן דְּהוּי סְפִיקָא דְּדִינָא
שְׁמָא הִלְכָה כַּשִּׁי רש"י וְסִייעָתוֹ דְּהִפְקָר מְקַרִי דַּעַת אַחֲרַת מִקְנֵה א"כ אִין כּוֹפִין לוֹ
לְהִרְאוֹת הַשִּׁטְר דִּיכּוֹל לֹמַר קִים לִי כְּשִׁיטת רש"י וְסִייעָתוֹ וְכֵן אִם תְּפַס מִן הַלְוֵה לֹא
מִפְּקִינּוּ מִיָּגִיחַ מִשׁוּם דה"ל כְּמוֹ כָּל סְפִיקָא דְּדִינָא וּכַמֶּש"כ הַמַּל"מ פּנ"ל: (ו) (שֵׁם סַעִי
ט"ו) הַקּוֹנֵה מֵהַמַּלְוֵה שִׁט"ח כּו' וְכֵן אִם הַלְוֵה קִיָּים וְטוֹעֵן שְׁהוּא פְּרוּעַ וְאִין בּוֹ נְאֻמָּנוֹת
אִם הַמוֹכֵר קִיָּים יִשְׁבַּע וְגוֹבָה הַלּוֹקֵחַ כּו' אֲבָל אִם יֵשׁ בּוֹ נְאֻמָּנוֹת א"צ לְשַׁבַּע וּכַמֶּש"כ
הַש"ף ס"ק נ"ב: עֲנָף א וַיֵּשׁ לְהַעִיר ע"ז מְהֵא דְכַתְּנוּבוֹת ד' פ"ו ע"ב פְּתַב לָהּ נִדְרַר וְשָׁבוּעָה
אִין לִי עָלֶיךָ א"י לְהַשְׁבִּיעָה אֲבָל מִשְׁבִּיעַ אֶת יוֹרְשָׁיו וְהַבָּאִים בְּרִשׁוּתָהּ וּפִי רש"י אִם
מְכָרָה פְּתוּבָתָהּ וְנִתְגַּרְשָׁה וּמִתָּהּ וְהַלְקוּחוֹת תּוֹבְעִין אוֹתוֹ נִשְׁפָּעִין שְׁבוּעַת הַיּוֹרְשִׁין וְכַתְב
הֵרָא"ש שֵׁם סִי י"ח דְּמִשְׁמַע מְדַבְּרֵי רש"י שְׁאִם הִיא חִיָּה שְׁאִין הַלְקוּחוֹת גּוֹבִין עַד
שְׁתִּשְׁבַּע הִיא בְּעַצְמָהּ וְאִם אִינָה רוֹצֵה לְיִשְׁבַּע יִפְסִידוּ הַלְקוּחוֹת עכ"ל וּכ"כ הַר"ן בְּשֵׁם
הַרְמַב"ן וּכ"כ הַרְשֵׁב"א וְכֵן פְּתַב הַטּוֹר וְהַשׁו"ע בַּאֵה"ע סִי צ"ח סַעִי א' גְּבִי פְּטָרָה בְּעֵלָהּ
מִשְׁבוּעָה כּו' דָּאִם הִיא קִיָּיִמַת לֹא יִגְבּוּ הַלְקוּחוֹת אִא"כ תִּשְׁבַּע הִיא כּו' אֲלֵמָא דָּאָף בְּפְטָרָה
מִשְׁבוּעָה מ"מ אִם מְכָרָה אִינּוּן גּוֹבִין הַלְקוּחוֹת אֲלֵא אִם תִּשְׁבַּע הִיא בְּעַצְמָהּ וְלֹא מְהִי בְּזָה
הַפְּטוֹר א"כ זֶהוּ סוֹתֵר לְדַבְּרֵי הַטּוֹר בַּח"מ הֵכָא בְּסַעִי י"ד וּלְדַבְּרֵי הַמְּחַבֵּר הַנ"ל בַּח"מ
שְׁכַתְבוּ בְּפִשְׁיטוֹת בְּלֹא חוֹלֵק כָּלֵל דְּדוֹקָא בָּאִין בּוֹ נְאֻמָּנוֹת אִזִּי אִינָם גּוֹבִין הַלְקוּחוֹת אִא"כ
יִשְׁבַּע הַמוֹכֵר אֲבָל בִּישׁ בּוֹ נְאֻמָּנוֹת אִזִּי גּוֹבִין אָף בְּלֹא שְׁבוּעַת הַמוֹכֵר וּמִשְׁמַע דָּאָף
הַלְקוּחוֹת אִינּוּן נִשְׁפָּעִין מִשׁוּם דְּנְאֻמָּנוֹת מוֹעִיל אִם הַמוֹכֵר קִיָּים אָף לְאַחַר שְׁמִכַּר פִּינּוֹן
שְׁאוּמֵר שְׁלֹא נִפְרַע וְעֵינּוֹן בְּש"ף ס"ק מ"ט א"כ סְתָרֵי דְּבָרֵי הַטּוֹר הַשׁו"ע אֵאָדְדִי וּבְאִמַּת
בַּשְׁמ"ק לְכַתְּנוּבוֹת ד' פ"ו מְבוֹנָר שֵׁם כְּמָה שִׁיטוֹת רֵאשׁוּנִים דְּפִי לְדַבְּרֵי רש"י דְּכַתְּנוּבוֹת
הַנ"ל דְּכַתְבַּת אִם מְכָרָה פְּתוּבָתָהּ וּמִתָּהּ.

דָּאִם הִיא חִיָּה אִזִּי פְּטוֹרִין מִשְׁבוּעָה פִּינּוֹן שְׁהֵאִמְיָנָה ע"ש וְלִכֵּן י"ל דְּשִׁיטת הַטּוֹר וְהַשׁו"ע
בַּח"מ דְּכַתְבוּ דְּנְאֻמָּנוֹת מְהִי אָף בְּמִכַּר שִׁטְרוֹ דס"ל כְּשִׁיטת הַרֵאשׁוּנִים דְּפִי בְּכּוֹנוֹת רש"י

דְּכַתְּנֻבוֹת דְּלֹא פְהָרָא"ש וְהַר"ן: אֲבָל תִּקְשָׁה סְתִירַת דְּבָרֵי הַטּוֹר וְהַשּׁו"ע אֶהְדָּדִי וְגַם תִּקְשָׁה עַל הַבֵּית יוֹסֵף בַּח"מ ס"ו ס"ו ס"ו י"ד שֶׁפֶתַח עַל דְּבָרֵי הַטּוֹר הַגָּ'ל דְּזֵהוּ מִדְּבָרֵי הָרָא"ש פ' הַפּוֹתֵב דְּכַתְּבַב בְּכּוֹנֵנַת רַש"י שָׁם פּנ"ל וְלָמַד מִשָּׁם רַבֵּינוּ לְמוֹכֵר שֵׁט"ח עַכ"ל הַב"י וְקִשָּׁה דְּהָאֲדַרְבָּה מִהֵתָם הוּא סְתִירָה לְדְבָרֵי הַטּוֹר שֶׁפֶתַח דְּוָקָא בְּאִין בּוּ נְאֻמְנוֹת וְע"כ זֵהוּ תְּמִיךְ רַבְתִּי: וּבְאֵמַת סְבַרְתָּ הָרָא"ש וְהַר"ן דַּס"ל דְּאֵף בְּפִטְרָה דַּמ"מ בְּמִכְרָה לְאַחַר לֹא מְהַיְ בִּזְהַ הַפְטוֹר צ"ע סְבַרְתּוּ בִּזְהַ דְּמֵאִיזָה טַעַם הוּא דְּהָא הָאֲמִינוּ וְעוֹמֵד בְּפִנְיֵנוּ וְאוֹמֵר שְׁלֵא נִפְרַע וּכְבָר הָאֲמִינוּ וְכֵן רֵאִיתִי בַּב"ח וְהוּבָא בַּב"ש ס"ו צ"ח ס"ק ד' דַּס"ל פֶּן וְהַב"ש נִדְחַק שָׁם בְּטַעַם סְבַרְתָּ הָרָא"ש הַגָּ'ל וְיִישׁ לְהֶאֱרִיךְ הַרְבֵּה בְּדְבָרֵי הַב"ש הַגָּ'ל: אֲכֵן לַעֲנִיד נִרְאָה לְהַסְבִּיר דְּבָרֵי הָרָא"ש הַגָּ'ל עַל נְכוֹן וְהוּא דְּהָא מְצִינוּ בַּח"מ ס"ו ע"א סַע"י י"ג בְּנְאֻמְנוֹת דָּאֵם הַנְּחֻזַק הַמְּלֻנָה לְפַכְרָן בְּטַל הַנְּאֻמְנוֹת אֵף בְּכוֹפֵר מִמְּלֻנָה דְּכָשֵׁר לְעֵדוֹת מ"מ מְבַטְלִינָן נְאֻמְנוֹת עִי"ז וְכֵן מְצִינוּ שָׁם סַע"י כ' דְּאִין נְאֻמְנוֹת מוֹעִיל בְּנִפְרַע שְׁלֵא בְּפִנְיֵנוּ מִשּׁוּם דִּי"ל דְּלִמָּא לֹא נִתֵּן לוֹ נְאֻמְנוֹת אֲלָא מִשּׁוּם דְּסַמָּךְ דְּלֹא יַעֲיִז וְגַדוּ אֲבָל שְׁלֵא בְּפִנְיֵנוּ דִּיכּוֹל לְהַעֲיִז לֹא הָאֲמִינוּ וְעֵינָן בְּשֵׁ"ף שָׁם ס"ק מ"ד אֲלִמָּא דְּמְצִינוּ הֵיכָא דִּישׁ לְתַלוֹת אִיזָה טַעַם וְסַבְרָא עַל הַנְּאֻמְנוֹת דְּנִתְּנוּ דְּתַלְיָנָן לּוֹמֵר דְּוָקָא בִּזְהַ הָאֲמִינוּ וּלְפ"ז י"ל ה"ה בִּזְהַ דְּוָקָא אִם יָבֵא בְּעַצְמוֹ הַמְּלֻנָה לְגַבּוֹת עִם הַשֵּׁט"ח בִּזְהַ הָאֲמִינוּ דְּסַמָּךְ עָלֵינוּ דְּלֹא יַעֲבֹר עַל לָאו דְּגִזְלָה דְּבִטּוּס הוּא בּוּ דְּחִמּוֹר לוֹ אִיסוֹר גְּזֵל ע"כ הָאֲמִינוּ אֲבָל בְּמִכְרַת הַמְּלֻנָה שֵׁט"ח לְאַחַר אֵף לְשֵׁט"ח פְּרוּעַ בִּזְהַ אִין הַמְּלֻנָה עוֹבֵר עַל לָאו דְּגִזְלָה כִּינּוּן שְׂאִין נוֹטְלוּ לִידּוֹ הַמְּעוֹת מִהַלְנָה אֲלָא הַחַיּוֹב עַל הַמְּלֻנָה הוּא מִצַּד דִּינָא דְּגֵרְמִי וְגַם יִישׁ לְדַמּוֹת זֵה לְהָא דְּשִׁלִּישׁ שְׁהַחֲזִיר שְׁטֵר פְּרוּעַ לְמַלְנָה דְּכַתְּבַב הַשֵּׁ"ף בַּסִּי' נ"ה ס"ק ד' דְּמִקְרִי גֵרְמָא וְלֹא גֵרְמִי וְאֵף דְּנִימָא לְחַלְקֵי דְּשְׂאֵנִי הֵיכָא דְּהַלּוֹקֵס שֵׁט"ח אִינוּ יוֹדַע הָאֲמַת אִם נִפְרַע שֵׁט"ח זֵה וְקִנְהוּ בְּחֻזְקַת שְׁהַלְנָה חֲזִיב וְהוּי פְּרִי הַיְזִיקָא וְכַעֲיִן סְבַרְתָּ הַתּוֹס' בַּב"ח ד' ע"ט ע"א ד"ה נִתְּנוּ לְבַכּוֹרוֹת בְּנוֹ כו' גַּבִּי הָא דְּאִין שֵׁל"ע דְּהֵיכָא דְּאִין יוֹדַע הַשְּׁלִיט מִהַעֲבִירָה לֹא שְׂיִיף בִּזְהַ אִי בְּעֵי לֹא עֲבִיד יַעו"ש וּבַח"מ ס"ו שֵׁמ"ח אֵף לְהַטַּעַם שֶׁפֶתַח הַקְּצָה"ח בַּסִּי' נ"ה עָלָה דְּשִׁלִּישׁ שְׁהַחֲזִיר שְׁטֵר לְהַמְּלֻנָה דְּפִטּוֹר מִשּׁוּם דַּה"ל כְּמוֹ שׁוֹכֵר עֲדִי שְׁקֵר דְּפִטּוֹר א"כ ה"ט שְׂיִיף אֵף בַּב"ד וְקִצְרַתִּי: וְאֵף דְּנִימָא דְּחֲזִיב הַמּוֹכֵר מִצַּד דַּד"ג.

עַכ"ז הָא ז"א בְּתוֹרַת אִיסוֹר גְּזֵל רַק בְּתוֹרַת מִזִּיק וְגַם רַבּוּ הַסּוֹבְרִין דַּד"ג אִינוּ אֲלָא מְדַרְבְּנָן כַּמֶּש"כ הַשֵּׁ"ף בַּסִּי' שַׁפ"ו. ע"כ שֶׁפִּיר יִישׁ לְחַלְקֵי דְּוָקָא הֵיכָא שְׁהַמְּלֻנָה יִגְבֶּה לְעַצְמוֹ דְּאִזִּי יַעֲבֹר עַל אִיסוֹר גְּזֵל כְּשִׁיגְבֶּה בַּשֵּׁט"ח פְּרוּעַ ע"כ אִינוּ חָשׁוּד בְּעֵינָיו לְעַבְרָן עַל אִיסוֹר חִמּוֹר כִּזְהַ וְלִכֵּן הָאֲמִינוּ אֲבָל אִם לֹא יִגְבֶּה לְעַצְמוֹ רַק מְסַר וּמְכַר שֵׁט"ח פְּרוּעַ לְאַחַר דְּלֹא עֵבֵר עַל אִיסוֹר גְּזֵל רַק חֲזִיב מִצַּד דַּד"ג: י"ל דְּנִחְשָׁד הוּא בְּעֵינָיו לְעַבְרָן עַל אִיסוֹר קַל כִּזְהַ וְכִידוּעַ מַה שְׂאֲמָרוּ בַּכ"ד חָשׁוּד עַל הַקַּל אִינוּ חָשׁוּד עַל חִמּוֹר וְאֵף דִּישׁ לְדוֹן בְּמוֹכֵר שֵׁט"ח פְּרוּעַ לְאַחַר דְּעוֹבֵר עַל אִיסוֹר גְּזֵל מִצַּד דְּלוֹקֵס מְמַנּוּ מְעוֹת בְּעֵרְמָה וְכַמוֹ כֵּל מוֹכֵר מִיַּד דְּהוּי מִק"ט דְּזֵה מִקְרִי גְזֵלָן עַל הַמְּעוֹת הַקְּנִיָּה דְּלוֹקֵס מְחַבְּרֵי כְּדִמְצִינוּ בְּקִדּוּשֵׁי ד' נ"ו גַּבִּי הַמְּקַדֵּשׁ בְּעֵרְלָה וְכַלֵּאֵי הַפְּרָם מְכַרְוּ וְקִדְּשׁ בְּדַמִּיהוּ וְקוֹדֶשֶׁת וְאִי בִּירוּשְׁלַמִּי שָׁם זֹאת אוֹמְרַת שְׂמִקְדָּשֵׁינוּ בְּגִזְלָה וְהוּבָא בְּרָא"ש שָׁם ס"ו ל"א [אֵף הָרָא"ש פְּתַב דִּי"ל דְּהַנִּי מְעוֹת לָאו גְזֵל הֵם בְּיָדוֹ כִּי בְּתוֹרַת מְקַח בָּאוּ לִידּוֹ וְעֵינָן בַּאֵה"ע ס"ו כ"ח סַע"י כ"ב דָּאֵם עֵבֵר וּמְכַר אִיסוֹרֵי הַנְּאָה וְקִדְּשׁ בְּדַמִּיהֶם וְלֹא יַדַע הַלּוֹקֵס שְׁהֵם א"ה וְקִדְּשׁ הוּי סְפִק מְקוֹדֶשֶׁת וְכַמֶּש"כ הַב"ש שָׁם ס"ק נ"ט] אֵף עֲדִינָן יִישׁ לְחוּשׁ שְׂמָא

מכר השט"ח בְּחֻקֵי פְרוּעַ לְאַחַר וְהַלּוּקֵחַ יָדַע מִזֶּה שֶׁהוּא שֵׁט"ח פְּרוּעַ וְאִזּוּ לֹא הָיָה גִזְלוֹן
עַל הַמַּעוֹת שֶׁנּוֹטֵל מֵהַלּוּקֵחַ דִּהְיָי פֶּמּוֹ לּוֹקֵחַ שְׂדֵה וְהַפִּיר בָּהּ שֶׁהִיא גִזְלוּלָה כִּיְדוּעַ.

ע"כ לא מהני הנאמנות אם מכר השט"ח לאחר די"ל עדיין דילמא לא הטעה כלל להלוקח
ולא הוי גזלן כלל רק עבר על איסור מזיק מדד"ג דאינו אלא מדרבנן וע"כ שפיר י"ל
דנחשד הוא בעיניו על איסור קל כנה ואדעתא דהכי לא האמינו: וא"ש סברת הרא"ש
והר"נ והטור והשו"ע דכתבו פולם דאף בפטרה משבועה לא מהני במקרה פתובה
לאחר פינו די"ל ולתלות איזה עילה וסברא דאדעתא דהכי לא האמינו ומתורץ קושיות
הב"ח הנ"ל: ענף ב ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשיתי בסתירת דברי הטור והשו"ע דח"מ
לקא דאה"ע והוא דקא ידוע מש"כ התוס' גיטין ד' ל"ד ע"ב ד"ה אין אלמנה כו' דלכן
בכתובה חיישינן אף בתו"ז משום דהוי בתנאי ב"ד מתפיס צררי אף בתו"ז כדאמרו
בכתובות ד' ק"ב וידוע דצררי הוא משפון ולא פרעון וכמש"כ הרא"ש בב"ב פ"ק סי' ט'
ובלא"ה אין לנו לחוש בכתובה לפרעון דקא אסור לשהות עם אשתו בלא פתובה וכעין
סברת התוס' בב"ב ד' פ"ט ע"א ד"ה כל לגבי בעלה כו' וכמש"כ הב"ש סי' צ"ו ס"ק י"א
גבי שבועה שלא מחלה דהפוננה הוא מה"ט שפא מחלה על תנאי ועיין בב"ש סי' צ"ו
ח"ק א' ובתוס' בב"ב ד' קנ"ח וכתובות ד' נ"ה ע"א רש"י ד"ה מטלטלי ואיתנהו בעינייהו
כו': וידוע מש"כ הקצה"ח סי' ע"ב ס"ק ל"ג וס"ק ח' דמשפון אינו לפרעון רק זה גובה
החוב וזה גובה המשפון ולכן כ"ז דלא עשאו למשפון לפרעון על החוב לא מיבטל החוב
רק בעשאו לפרעון שאני ועיין בנתיבות סי' ע"ב ס"ק יו"ד וס"ק ל"ז וס"ק מ"ה מזה
ובסי' ע"ה ס"ק ה' ובסי' כ"ד ס"ק א' וקא דאה"ע סי' צ"ו בח"מ ס"ק י"ב מש"כ שם
בשם הר"נ מיירי התם אם הנתבע עושה זה לפרעון אבל כ"ז דאינו עושה לפרעון אמרינן
זה גובה כו' וקצרתי ונלע"ד לדון במוכר שטר חוב פרוע לאחר אף בידיע הלוקח שהוא
פרוע ולא הוי גזלן על מעות המכירה שקיבל ממנו פינון שהפיר בה כנ"ל.

עכ"ז יש לדון דהוי גזלן ועבר על איסור גזל במה שמסר השט"ח לאחר דקא גוף הנזיר
הוי של הלנה רק הנזיר הוא למשפון ת"י המלנה או דהוי במתנה ע"מ להחזיר להלנה
כשיפרע לו כל דמי השטר וכמש"כ בארנפה מזה בשיטת הראשונים בקצה"ח סי' ס"ו
ס"ק כ"ז ובש"א שם א"כ לאחר שיפרע פולו להמלנה ומחוייב להחזיר ליד הלנה ע"כ
אם מוכר המלנה שט"ח פרוע לאחר עבר על איסור גזל במה שניטל הנזיר דהוי חפץ
מופקד ת"י של אחר ונוטלו ומוסרו לאחר ועובר על לאו דגזל וגוף הנזיר אף דאינו ש"פ
מ"מ הוי ש"פ גבי הלנה מחמת הראי' שבו כמש"כ המ"מ והובא בש"א סי' נ"ד ס"ק ד'
ואף דהתם מיירי בכותב לו שובר וכש"כ היכא דליכא שובר ת"י הלנה ודאי דמקרי
הנזיר ש"פ ויותר ע"כ ודאי דעבר המלנה על גזל וזה אינו רק במוכר שט"ח פרוע פולו
אבל בכתובה דעיקר החשש הוי שפא התפיסה צררי דנהו רק כמשפון אבל גוף חוב
הפתובה לא פקע והוא בתוקפו רק דיש לדון בזה לזה גובה וזה גובה וכמש"כ הקצה"ח
וכ"ז דאינו עושה לפרעון הוי חוב הפתובה בתקפו ע"כ במוכרת פתובה לאחריים אף
דהתפיסה צררי מ"מ לא קעברה על איסור גזל משום דקא יכולה למפון חוב פתובה
לכל מי שתמצה פינו דגוף החוב לא מיפקע והוא בתקפו רק דזה גובה חוב הפתובה וזה
גובה חוב המשפון אבל כ"ז דלא הגבהו להמשפון בתורת פרעון על החוב חוב פתובה
הוי בתקפו ולכן לא קעברה על איסור גזל במה שמוכרת הנזיר לאחר: ולפ"ז יש לחלק

ויליישב סתירת הטור ושו"ע מאה"ע להא דח"מ די"ל דס"ל להטור ושו"ע דדוקא
בכתובה דיש לחוש לתפיסת צררי משום דהוי בתנאי ב"ד פמו דאמרו בכתובות ד' ק"ב
דבתנאי ב"ד אומר צררי אתפסינהו ע"כ יש לחוש שפא מכרה חוב פתובה לאחר
דהודיעה להלוקח דהתפיסה צררי דליפא בזה חשש גזל על מה דלקחה מעות המכירה
ממנו.

משום דאם לא הודיעה לו על תפיסת צררי יש לומר ולענין בזה דהוי גם בזה חשש גזל
וניש לדון בזה וקצרתי ולא קעברה על איסור גזל על מה שמוכרת הנגיר לאחר דהא
אפתי שייך הנגיר לה במתנה ע"מ להחזיר כ"ז דלא עביד לפרעון על הצררי שבידה ואף
דאח"כ פשטמגבה לה בתורת פרעון את הצררי שבידה ונפטר מהחוב פמבואר בסעי' ט"ז
ובש"ף ס"ק ס"ב בסי' ס"ו א"כ לא קיימה להתנאי שפחוניבת להחזיר לו הנגיר מ"מ
בעת המכירה לא קעברה על איסור גזל דאז הי' שייך הנגיר לה ולא חמיר לאינשי איסור
זה וכעין דמצינו בפוסקים לחלק בין שבועה דלהבא לשעבר דבעת שנשבעה לא יצאה
אז השבועה מפיו לשקר וכה"ג פתב הטורי אבן לר"ה דף כ' כ"ח ע"ב ד"ה ה"ה עובר
על בל תוסיף כו' באה"ד וי"ל דכיון דבשעת שחיטה כדין שחט שהיו עליו שם קדשים
אע"ג דע"י השאלה נעשה חולין למפרע ל"ל בה דחולין בעזרה ממילא הוי כו' עכ"ל
ובאמת יש לדון ולחלק בכ"ז וענין ברא"ש פ"ג לטובה סי' ל"ד אף בקצרה הוא כיון
דבשעת דעבדה מעשה דמסרה חפץ של אחר לאחרים היינו גוף הנגיר דאז לא הי' גזלן
ע"ז אף דאח"כ נעשית גזלן למפרע מ"מ הא אח"ז לא קעבדה גזל בידים וזה לא חמירא
לאינשי כ"כ ויותר א"ש כ"ז להסביר דהנגיר הוא למשכון על החוב וכמש"כ לעיל
בשם הקצה"ח: ע"כ גבי כתובה שפיר יש לחוש ולומר דלמא סברה דבכה"ג ליפא איסור
גזל בזה וגם לפי הדין נראה דלא קעברה על איסור גזל ע"כ שפיר י"ל בזה דלא פטרה
רק פשתמגבה בעצמה דאז כיון שעושה לפרעון את הצררי שבידה א"כ קעברה על גזל
מה שלוקחת מעות הפרעון שנית ע"כ לא היתה חשודה בעיניו על גזל ולכן האמינה
ופטרה משבועה ולכן ס"ל להרא"ש בכוננת רש"י דאם היא בחייה א"צ לשבע אבל
בשט"ח דלא מצינו בי' חשש תפיסת צררי רק חשש פרעון א"כ אף במקרה החוב לאחר
ג"כ שייך בזה איסור גזל דקעבר המוכר על גזל במה שנוטל חפץ של אחר ומוסרו לאחר
החפץ שהיה בפקדון אצלו והוי כעין גזל ממש ומה לי אם הוא גזלן על סף רב או על
פחות מזה ע"כ גם בזה שייך הנאמנות דהאמינו דגם בזה שייך לדון הסברא דכיון דלא
נחשד בעיניו לגזלן וע"כ האמינו דגם עכשיו שייך זה הטעם להאמינו מטעם זה ולכן
שפיר פסק הטור והשו"ע הקא בח"מ דנאמנות מהני אף במקרה השט"ח לאחר ולא סתרי
אהדדי ולפ"ז יש לדון הרבה בטוען הלוח שלא פרע כולו רק מחצה וכהנה דאז י"ל דלא
הוי גזלן על הנגיר כ"כ דלא מהני הנאמנות בזה אם מכר השט"ח לאחר וקצרתי] ומתורץ
תמיה רבתי הנ"ל: ואף שראיתי בהר"נ לכתובות פ"ט ד' פ"ו שכתב דאף במלנה אמרינו
דלא מהני הפטור במקרה לאחרים יעו"ש עכ"ז י"ל דהטור והשו"ע ס"ל לחלק ביניהם
כנ"ל וראיתי בהריטב"א בכתובות ד' פ"ו ובשמ"ק שם שכתבו בשם הראשונים שכתבו
בכוננת רש"י דלכן צריכה לשבע במקרה אף שפטרה משום שלא פטרה אלא פשהיא
באה לגבות בעצמה או ע"י שלוחה אבל לא לגבי לקוחות שלה להיות פמוה כו' עכ"ל
וי"ל דנתפוננו להסברא שכתבתי להסביר זה רק דנקטו בקיצור: ואחר כתבי זה ראיתי

בספר שער המשפט שהקשה ג"כ בסתירת דברי הטור ושו"ע מאה"ע לח"מ ונשארו בצ"ע.

וכן הבית מאיר בסי' צ"ח הקשה פן וגם הקשה על גוף הסברא דלמה לא יהיה נאמן המוכר ע"פ נאמנות דנתנו אף במקרה לאחר ויש לפלפל הרבה בדבריו שם וכן מצאתי בספר בית יעקב על אה"ע סי' צ"ח סעי' א' שהקשה בסתירת הטור והשו"ע הנ"ל: וכתב לחלק בין לשון נאמנות דזה מהני אף במקרה לאחר.

ובין לשון נדר ושבועה אין לי עליה ועוד חילוקים ע"ש ולפ"ז יש לדון ג"כ אף במלנה אם לא היה בלשון נאמנות רק בלשון אין לי עליה שבועה דבזה אף במלנה יכול לומר קים לי פהחילוק של הבית יעקב הנ"ל דאם המוכר חי אם לא נשבע לא יכול הלוקח להוציא מהלנה.

ולפי מה דבארתי דלא סתרי דברי השו"ע והטור להדדי. ע"כ יש לדון אם הלנה טוען פרעתי מחצה וכה"ג ומודה דלא פרע פנלו דבזה י"ל אף דהאמין להמלנה מ"מ במקרה שט"ח לאחר דלא יגבה א"א ישבע המוכר משום דבזה לא שייך לסברא שכתבתי לומר דכינן דאסור למכור שט"ח פרוע אף בהודיע להלוקח משום איסור גזל על גוף הנגזר פנ"ל דהא ז"א שייך רק באם נפרע פנלו דאז אסור לעכב השטר אצלו אף בשביל פשיטי דספרא כמבואר בסי' נ"ז סעי' א' ועיין בפ"ה שם ס"ק ד' מה שהביא בשם התוס' דכתובות ד' י"ט אבל אם נ"ח קצתו מן סף החוב בנה העלה הש"ה שם ס"ק ו' דמותר להשהות שט"ח למשפון עבור סף מועט דנ"ח לו מן החוב ע"ש ע"כ י"ל דהא כה"ג לא ה"ל גזלן אם מכר השט"ח לאחר והודיעו מזה דהא עדיין הני הנגזר למשפון ת"י ע"כ עדיין י"ל דבכה"ג לא האמינו ולא מהני הנאמנות בכזה לפוטרו משבועה ואין מוציאין ממון בזה בלא שבועה אף דנתן נאמנות להמלנה ואם אמר לשון אין לי עליה שבועה בזה י"ל דיכול לומר קים לי דא"צ לשלם בל"ש אף דאמר הלנה פרעתי פנלו וכעין סברת הבית יעקב הנ"ל: (ז) (שם סעי' כ"ג) בפלוגתא אם יורש יכול למחול במוכר שט"ח לעצמו דחד דעה ס"ל דלעצמו יכול למחול והקשה הנתיבות בס"ק ל"ג בשם מקשין העולם ע"ז מהא דב"ק ד' פ"ט דאמר רב אידי בר אבין תנינא לתקנת אושא מעידים אנו בפלוני שגורש אשתו ונתן כתובתה ישנמו טובת הנאה כו' ואי ס"ד ליתא לתק"א אמאי ירשנה בעלה תיזבין כתובתה לגמרי והא להסוברין הנ"ל אף אם ליתא לתק"א לא מצי לזבין לגמרי דהא אם מתה אז הבעל הוא יורש שילה וימחול ויפסידו ולא יצטרף לשלם לדעה זו: והנלע"ד לתרץ קושיא זו בפשיטות דהא באמת הש"ס דחי שם לראיה זו דאם אמרו בנ"מ יאמרו בנצ"ב אלא רב אידי הי' ס"ל לדמות נצ"ב לנ"מ וע"כ מוכח דטעמו דס"ל כדמצינו ביבמות ד' ס"ו גבי אצטלא דמותא דשקליה יתמי ופרסוה אמיתנא דאמר רבא קניי' מיתנא א"ל נאתאי ברי' דרב יוסף ברי' דרבא לרב פהנא והא א' רבא אר"נ הלכה כרב יהודה דהדין עמה בנצ"ב א"ל מי לא מודה ר"י דמחוסר גובינא כו' אלמא דמצינו לחד מ"ד דהי' ס"ל דלר"י דהדין עמה לומר פלי אני נוטלת דלכן אם פרסוה היורשים להחפץ של נצ"ב אינם יכולים לאסור משום דהוי כמו דגוף החפץ שייך להאשה.

רק הגמ' שם דחי לזה משום דגם זה מקרי מחוסר גוביינא וכיון דמחוסר גוביינא ברשותו קאי ע"ש וזהו סברת רב אידי בר אבין בב"ק שהוכיח לתק"א דאי ס"ד ליתא לתק"א תובנו פתנפתה לגמרי דנכסי צ"ב שנה לנ"מ דכיון דהדין עמה הוי זה כמו שהיה גוף החפץ שייך להאשה בנ"מ ומדמה שפיר נצ"ב לנ"מ: והש"ס דחי לי משום דאם אמרו בנ"מ יאמרו בנצ"ב וזהו פמסקנת הגמ' ביבמות דשאני נצ"ב דמחוסר גוביינא: אבל לסברת רב אידי ב"א דמדמה נצ"ב לנ"מ א"כ לא שייך פלל דין דמוכר שט"ח ומחלו במכירת נצ"ב דהא דוקא במוכר שט"ח ומחלו כו' הטעם משום דמכירת שטרות דרבנן או משום דשעבוד הגוף דאינו במכירה וכמש"כ התוס' בב"ב ד' קמ"ח וד' ע"ו ובח"מ ריש סי' ס"ו וזה דוקא במכירת שטרות דאין למלנה כ"א שעבוד בעלמא משא"כ היכא דמכר חפץ לתבירו פינו דגוף החפץ שייך לתבירו וא"צ גוביינא דב"ד בנודאי לא שייך מחילת המוכר בזה.

ע"כ למאי דס"ד דרב אידי דנצ"ב דומה לנ"מ לכן לא שייך פלל מחילת המוכר או יורשיו בזה פינו דהוי מכירה מעליא מה"ת לגוף החפץ דנצ"ב ודומה למוכרת נ"מ דנודאי אין יכול הבעל למחול אי נימא דליתא לתקנת אושא ועיין בתוס' שם ד"ה אמר רב אידי כו' שכתבו דעיקר ראית הש"ס התם דע"כ בנצ"ב ג"כ אינם משלמין רק כפי ט"ה דאל"כ ה"ל לתנא למתני חיוב ביותר בקיבוי תשלומין א"כ מוכח מזה דאף אם הנצ"ב הוא בעיניו ג"כ לא מצית מזבנא לגמרי ושפיר מוכיח רב אידי מזה לתקנת אושא ועיין בכתובות ד' פ"ג תוס' ד"ה וקסבר כו' דנכסי מלוג לא שכיח ונצ"ב שכיח וקצרתי ואפ"י הוא דדחה לי ומחלק בין נ"מ לנצ"ב משום דבאמת מכירת נצ"ב אף בעינא דומה למכירת שט"ח דהא מקרי מחוסר גוביינא כדאמרו ביבמות שם במסקנא.

וע"כ אינו קשה קושניית העולם הנ"ל פלל וכן מוכח ברא"ש לב"ק פ"ח סי' ט' ובח"מ סי' תכ"ד סעי' ט' ובטור שם דבמכרה נ"מ ונצ"ב אינה יכולה למחול הרי כמש"כ ופשוט: ומה דתי' הנתיבות שם לקושניא זו דהא אין פס וזכות להבעל למחול דהא מבואר בב"ב ד' קכ"ה גפי' ירושת בכור דמלנה שעמו פלגי א"כ על מחצה נצ"ב דינו דאין יורש אשתו משום דהוי ראוי ע"ש בנתיבות.

ובאמת זה אינו לפמש"כ ההפלאה פתובות ד' מ"ז ע"ב ד"ה אמר רבא האי תנא כו' דהא דתקנו קבורתה תחת פתנפתה היינו דהי' התקנה דבעל יורש לנצ"ב פולו דלא הוי ראוי המחצה הב' ע"ש ודברי ההפלאה מוכרחים המה א"כ עדיין תקשה קושניית העולם הנ"ל דיהיו יכול למחול לכל הנצ"ב מצד תקנה דתקנו דירש לכל הנצ"ב: דאל"כ תקשה איך יורש לנצ"ב פולו וע"כ מוכח פדברי ההפלאה הנ"ל וכן מוכח מן הא דכתובות ד' מ"ז דכתב לה פירות כו' ובתוס' שם ד"ה פתב לה פירות כו' דהביאו בשם הספרי בפסק מעות לבתו ומתה כו' דדנו בזה דין ירושת הבעל ותקשה דהא ה"ל ראוי וע"כ מוכח כמש"כ ההפלאה פנ"ל דנצ"ב לא שייך לומר דה"ל ראוי דאף דהוי ראוי עכ"ז יורשה בעלה וכמבואר באה"ע סי' צ' בב"ש ס"ק ט' ועיין בח"מ שם ס"ק ח' ובתשובת חוות יאיר סי' קכ"ב פתב ג"כ כעין סברת הנתיבות הנ"ל דאף בהכניסה לו בנצ"ב ה"ל ראוי דאינו יורשה ע"ש אבל העיקר בזה כמש"כ ההפלאה פתובות הנ"ל ושם ע"א ודלא פהפני יהושע שם ע"ש וע"כ העיקר כמש"כ לתרץ קושניית העולם הנ"ל ויש לי עוד מה לדון

עפ"ז בְּדַבְרֵי הַתּוֹי"ט לַב"ק פ"ח מְשַׁנֵּה ד' ד"ה נִתְגַּרְשָׁה הָאִשָּׁה כּו' וּבַתּוֹס' רַע"א זצ"ל
שֵׁם ס"ק ע' וּבַעֲיָקָר דְּבַרֵי רַע"א זצ"ל הַגְּ"ל יֵשׁ לְדוֹן עַפ"י דְּבַרֵי הַפְּנִי יְהוֹשֻׁעַ לַב"ק דָּף
פ"ט ע"א ד"ה וְלִיטְעַמְיָה כּו' וְקַצְרֵתִי: (ח) (שֵׁם סַעִי כ"ה) בַּשָּׁ"ף (ס"ק פ"ה) וְהַקְצָה"ח
ס"ק ל"ב הוֹכִיחַ לְהַיְקָף מַב"ק ד' צ"ו גַּבֵּי הַשְּׂבִיחַ כּו' וְלַעֲנֵ"ד נִרְאָה פְּהַשָּׁ"ף מַב"מ ד' ע"א
ע"ב דְּאָמַר רַבִּינָא נְהִי דְשְׁלִיחוֹת כּו' לִית לִי זְכִינִי מְדַרְבְּנָן אִית לִי מִיָּדֵי דְהוּי אַקְטָן כּו'
אַלְמָא דְאָף דְזְכִינִי אִינוּ רַק מְדַרְבְּנָן מ"מ תְּקִנּוּ פֶן לְכָל וְהָא דַב"ק ד' צ"ו הַגְּ"ל יֵשׁ לְחַלֵּק
דְשִׁאֲנֵי הֵיכָא דְהוּי לְתַקְנַת הַתְּגָרִין וּמִסְחָרוֹר מִשְׁא"כ גַּבֵּי הָא דַב"ק גַּבֵּי הַשְּׂבִיחַ כּו' דְאִין זָה
עֶסֶק מִסְחָרוֹר פְּלֵל זָה לֹא תְקִנּוּ לְכָל.

אוּ דִישׁ לְחַלֵּק בְּכ"ז ע"פ סְבָרַת הַנְּתִיבוֹת דְשֵׁם ס"ק ל"ה ע"ש. עַכ"פ מְהָא דַב"מ הוּי
סִינְעֵתָא לְהַשָּׁ"ף דְהָא מְצִינּוּ דְבַמְהָ דְתַקְנּוּ רַבְּנָן דִישׁ דִּין זְכִינִי אָף בְּמִיָּדֵי דְלֹא הוּי בַר
שְׁלִיחוֹת דְזָהוּ תְקִנָּה לְכָל וְה"ה בְּהַעֲנִינִים הַדּוּמִין לְזָה: (ט) (שֵׁם סַעִי ל"ד) בְּמוֹכַר שֵׁט"ח
וְהָיָה הַלְוָה עָנִי בַשְּׁעֵת מְכִירָה ה"ה בְּכָלֵל אֲוֹנָא וְאִין לְשִׁטְרוֹת אֲוֹנָא כּו' וְזָהוּ בַטּוֹר בְּשֵׁם
בַעַה"ת וְהַקְשָׁה הַשָּׁ"ף בַּס"ק קי"ג מְהָא דַסִּי קכ"ו סַעִי יו"ד בְּהַמְחָהוּ בְּמַעֲמַד שְׁלִשְׁתָּן
וְנִמְצָא הַלְוָה עָנִי חוּזַר וְגוֹבָה מְרַאוּבָן מְפָנִי שְׁהַטְעָהוּ כּו' וּמְקוּרוֹ הוּא בִירוּשְׁלָמִי קְדוּשִׁין
פ"ג ה"ד גַּבֵּי מַעַמ"ג דְהָדָא דְאֵתָּ אָמַר בְּלֹא עֲשׂוֹ הַעֲרָמָה אֲבָל עֲשׂוֹ הַעֲרָמָה חֲזִיב כּו' וְהוּבָא
בְרִיף פ' הַמְקַבֵּל וְהַשָּׁ"ף בַּסִּי קכ"ו ס"ק מ"ג הֵבִיא בְשֵׁם כְּמָה רַאשׁוֹנִים בְּכַוֵּנַת הִירוּשְׁלָמִי
הַגְּ"ל א"כ לְפִי מָה דְכָתְבוּ בַסִּי ס"ו דְנִמְצָא עָנִי ה"ז בְּכָלֵל אֲוֹנָא וְאִין לְשִׁטְרוֹת אֲוֹנָא
א"כ אֲמַאי פְתַבוּ הֵתָם בַּסִּי קכ"ו ה"ז חוּזַר וְהַשָּׁ"ף הֵבִיא בְשֵׁם בַעַה"ת שְׁדַחַק לְחַלֵּק בְּזָה
וְהַקְצָה"ח בַּסִּי קכ"ו ס"ק ט' הַקְשָׁה פֶן בְּסִתִּירַת הַשׁו"ע הַגְּ"ל וְהָאֲרִיף שֵׁם בְּזָה: עָנָף א
וְהִנֵּה לְשׁוֹן הַמְחַבֵּר דַּסִּי קכ"ו סַעִי יו"ד דְאָמְרוּ דַה"ז חוּזַר מְפָנִי שְׁהַטְעָהוּ דְמִשְׁמַע מְזָה
דְמִיָּרִי בְּיַדַע הַמְחַבֵּר שְׁהוּא עָנִי רַק דְהַטְעָהוּ וּכְמַש"כ הַסַּמ"ע שֵׁם ס"ק כ"ו וְכֵן הַבִּיאֹר
הַגְּר"א זצ"ל שֵׁם ס"ק כ"ח פְתַב פֶן בְּפִירוּשׁ בְּכַוֵּנַת יְרוּשְׁלָמִי וְהַשׁו"ע דְמִיָּרִי בְּיַדַע
הַמְחַבֵּר שְׁהוּא עָנִי וְהַמְקַבֵּל לֹא יַדַע וְלָכֵן פְתַבוּ שֵׁם מְפָנִי שְׁהַטְעָהוּ אֲבָל בְּלֹא יַדַעוּ שְׁנִיָּהֶם
אִינוּ חוּזַר ע"ש רַק הַשָּׁ"ף בַּסִּי קכ"ו ס"ק מ"ג פְתַב בְּכַוֵּנַת הַשׁו"ע שֵׁם דְקָאִי גַם אָף בְּלֹא
יַדַע הַנּוֹתֵן שְׁהוּא עָנִי דַג"כ חוּזַר דְהוּי מַק"ט וְהָאֲרִיף שֵׁם בְּזָה אֲבָל לְפַמַּש"כ הַסַּמ"ע
וְהַבִּיאֹר הַגְּר"א זצ"ל הַגְּ"ל בְּכַוֵּנַת הַשׁו"ע יֵשׁ לִינְשַׁב דְלֹא תְקַשָּׁה סְתִירַת הַשׁו"ע אֲהַדְדִי
דְאָף דְבַסִּי ס"ו מִשְׁמַע דְאָף בְּיַדַע הַמוֹכַר שְׁהוּא עָנִי אֲמַרִינָן ג"כ דְאִין לְשִׁטְרוֹת אֲוֹנָא
מְדַסְתָּמוּ שֵׁם.

עַכ"ז יֵשׁ לְחַלֵּק ע"פ מַש"כ הַר"ן בְּתַשׁוּ' סִי מ"ד וְהוּבָא בַסִּי רַל"ה סַעִי א' בַח"מ
בְּפַעוּטוֹת שְׁמַכְרוּ בְּנִכְסִים מוֹעֲטִים דְלֹא מְהַנִּי מְכִירָתָם מִשׁוּם דְכִינּוּן שְׁעֲשׂוֹ שְׁלֹא פַהוּגָן
א"כ בְּמָקוֹם אִסּוּרָא לֹא תְקִנּוּ רַבְּנָן וְהוּבָא בַמַּל"מ פ"ט ה' זְכִינִי ה"י וְלָכֵן י"ל בְּזָה מִשׁוּם
דְבִאֲמַת סְבָרַת הִירוּשְׁלָמִי דְבַהִיּוּ עֲרָמָה ה"ז חוּזַר.

צָרִיף בִּיאֹר וְהָלֹא מְצִינּוּ בְּאֲוֹנָא קַרְקָעוֹת וּשְׁטְרוֹת וְכָל הַנְּהָ דְמִיָּעֲטָן הַתּוֹרָה בַּגּוֹזָה"כ
מְאֻנָּא דְאָף דְמִוְזָהָר עֲלִיהוֹן בְּלֹא דְלֹא תוֹנוּ עַכ"ז גְּזָרָה הַתּוֹרָה בְּהוּ דְלֹא יִתְבַטֵּל הַמְקַח
א"כ מ"ש הֵכָא בַמַּעַמ"ג.

אֲבָל לְפ"ד פְּלַל הַר"ן הַגְּ"ל א"ש מִשׁוּם דְשִׁא"ה בַּמַּעַמ"ג דְעֵיקְרוּ רַק תְּקַנְתָּא דְרַבְּנָן דְהָא
אִינוּ יְכוּל לְמַפּוֹר חוּב בַּע"פ מְדְאוּרִיָּתָ' פְּלֵל רַק מְדַרְבְּנָן וְכִינּוּן דְמִוְזָהָר מַה"ת שְׁלֹא לְהוֹנוֹת

ואי גימא דהמכירה קיים א"כ יעבור המוכר על לאו דאורייתא ועיין ברמב"ן על התורה פ' ב'הר על פ' לא תונו כו' שכתב דעובר על הלואו זה אף בקרקעות ועיין בספר ארעא דרבנן אות א' ס"ק נ"ג.

ע"כ במקום איסורא לא תקנו רבנן לתקנת מעמ"ש: ולכן בעשו הערמה בטל הקנין דמעמ"ג משום דבמקום איסורא לא תקנו רבנן וזהו דנקא במקור במעמ"ש דסי' קכ"ו דאינו רק מדרבנן אבל הכא דמייירי במוכר שט"ח דס"ל לכמה פוסקים דמכירת שטרות דאורייתא פמבואר בסי' ס"ו ש"ף ס"ק א' וכן נראה דעת המחבר בסעי' כ"ה שם ובש"ף שם ס"ק פ"ה א"כ בזה אף במקום איסורא חל הקנין אף בינדע המוכר שהוא עני ובאמת להסוברים דמכירת שטרות דרבנן י"ל דהא דמעטת התורה לשטרות מאונאה זהו רק היכא דלא ידע המוכר מהאונאה.

אבל בינדע מהאונאה דעבר על איסור י"ל ג"כ בזה דבמקום איסורא לא תקנו רבנן ובטל המכירה ונגידון הפרט דכל מה דאמר רחמנא לא תעבוד אי עביד לא מהני לא שייף בזה וקצרותי גם לדון בזה אי אפשי בתק"ח לא שייף בזה ולפ"ז מתורץ סתירת השו"ע דלא סתרי אהדדי לפי שיטת הסמ"ע והגר"א זצ"ל ה"ל ועובדא דהר"נ ה"ל דמייירי בקטנים שהגיעו לעונת הפעוטות דהא מצד חינוף מוזהרין הקטנים שלא לעבור על איסור וכן משמע מלשון הר"נ שם שכתב הואיל ועשו שלא פהוגן ועיין באו"ח סי' שמ"ג סעי' א' מזה ואף דהא דאמרו אי עביד לא מהני זהו אף בשוגג כדמוכח בתמורה ד' ה' אבל הפלל של הר"נ ה"ל זהו רק במזיד כן י"ל: ועיקר דברי הר"נ ה"ל הובא במל"מ פ"ט הל' זכיי' הל' יו"ד גבי מש"כ הרמב"ם שם בשכ"מ שצינה ליתן מתנה במקום האסור אין שומעין לו פמבואר בח"מ סי' רנ"ו סעי' ג' שזהו כמו שצונה לעבור עבירה מנכסיו והמל"מ הקשה שם מן הא דב"ב ד' קל"ז דאמר מודה רשב"ג דאם נתנם במתנת שכ"מ לא קנה במקום אחריו משום דמתנת שכ"מ אין קונה אלא לאח"מ ויכר קדמה אחריו ולדברי הר"נ דס"ל דמתנתא במקום איסור לא תקנו רבנן ה"ל להגמ' לומר דלכן מתנת שכ"מ לא קנה במקום אחריו משום דהא מתנת שכ"מ אינו אלא מדרבנן ובכה"ג דעביד איסור שמכר במקום אחריו לפלוני לא תקנו רבנן כו' עכ"ל המל"מ והשער המלה כתב לתרץ זה משום די"ל דהגמ' נותן טעם להורות דאף במתנת פריא שהיא כשכ"מ במהיום ולאח"מ כמש"כ הרשב"ם שם ג"כ אינו מפקיע זכות אחריו והתם הא הוי קנין מה"ת עכ"ל השעה"מ ואפתי יש להקשות ע"ז מהא דכתובות ד' צ"ה נכסי לה ואחריו לפלוני ועמדה וניסת דבעל לוקח הוי ואין לאחריה במקום בעל פלוני והא דב"ב דלוקח הוי לא הוי רק מדרבנן הן מצד תקנת אושא והן על הפירות וא"כ הא במקום אחריו דהוי איסורא כמש"כ המל"מ והשעה"מ פנ"ל א"כ תקשה האיה קנה הבעל הא במקום איסורא לא תקנו רבנן ועיין בכתובות שם דאמר מי קאמר תנשא ניסת קאמר משום דלכתחלה אסורה להנשא ועיין בב"ב סוף פ' יש נוחלין בתוס' שם אף לפמש"כ המל"מ שם לחלק דשאני באחריה לפלוני דהא בינדע של המקבל מתנה הראשון להפקיע זכותו ע"י מתנת פריא לכן בכה"ג שייף ג"כ תקנתא דרבנן להפקיע זכותו של אחריו ניחא הא דכתובות ג"כ משום דהא גם התם י"ל דהא בינדע האשה להקנות להבעל ע"י קנין דאורייתא לכן ממילא חל תקנתא דרבנן א"כ סברת המל"מ ה"ל מוכח כן מן הא דכתובות ה"ל דהא בזה לא יספיק תירץ של השעה"מ ה"ל וידעתי מה דיש לומר בזה דזה מייירי היכא דלא

יְדַעַה מִן הָאִסוּר וּעֲפֵמֶשׁ" כ לַעֲלִיל דְּהִיכָא דְלֹא יָדַע מִן הָאוֹנָאָה לֹא אָמְרוּ בְּזָה לְהַפְלִיל שְׁל
הַר"ן הֵנ"ל אֲכַן בְּאַמַּת הָא מוֹכַח מִן הַמַּל"מ וְהַשְׁעָה"מ הֵנ"ל מְדַבְרֵיהֶם נֶשֶׁם וּבִיּוֹתֵר מִמָּה
שְׁהוֹכִיחַ הַמַּל"מ שֶׁמִּן הַתּוֹסֵ' ב"מ ד' כ' דְּמוֹכַח מִזֶּה דֹס"ל דְּאָף בְּשׁוּגַג שְׁיִיף הֵךְ פֶּלֶל שְׁל
הַר"ן הֵנ"ל וְכֵן הַדַּעַת נוֹטָה מִשׁוּם דְּהָא שׁוּגַג צְרִיף כְּפָרָה א"כ מוֹכַח מִזֶּה דְלֹא כְּמָה
שְׁכַתוּב לַעֲלִיל בְּזָה עֲנָף ב וְאַפְשֵׁר לְחַלֵּק דְּשִׁאֲנֵי הֶתֶם בְּכַתְּוֹבוֹת דְּהָא פִּינּוֹן [דְּנִיסַת כְּבָר
א"כ הָא פִּינּוֹן דְלֹא נִתְבַּטְּלָה מַעֲשֵׂה הַנְּשׂוֹאִין ע"כ מִמִּילָא בְּלֹא שׁוּם קִנְיָן פֶּלֶל זָכָה הַבְּעַל
וַי"ל דְּדוֹקָא הִיכָא דְהָאִסוּר נַעֲשֵׂה ע"י מַעֲשֵׂה וְקִנְיָן בְּזָה כְּתַבוּ דְבְּמָקוֹם אִסוּרָא לֹא תִקְנוּ
וּכְמוֹ כֵן בַּמַּש"כ הֶרְמֵב"ם גְּבִי מִתְּנַת שַׁכ"מ בְּמָקוֹם הָאִסוּר דְּהָא ע"י דִּיבּוּרוֹ נַעֲשֵׂה זֶה
עַכ"פּ מִשֵּׂא"כ הִיכָא דְזוֹכָה מִמִּילָא בְּלֹא שׁוּם דִּיבּוּר וְקִנְיָן פֶּלֶל רַק מִמִּילָא ע"כ לֹא שְׁיִיף
בְּזָה פֶּלֶל שְׁל הַר"ן הֵנ"ל: וְרִאֲיָה לְזֶה מִנְּדָרִים ד' פ"ח הַמְּדִיר הַנָּאָה מִחֲתָנוּ וְרוֹצֵה לְתַת
לְבַתּוֹ מַעוֹת אוֹמֵר לֵה הִרֵי הַמַּעוֹת הָאֵלוּ נְתוּנִין לֵה בְּמַתְּנָה ע"מ שְׁאִין לְבַעֲלָהּ רְשׁוֹת בְּהֶם
מִשׁוּם דְּהָא קָא מְהַנֵּה לְחַתָּנוּ דְזוֹכָה בְּנִכְסֵי אִשְׁתּוֹ וְקִשָּׁה לְשִׁיטַת הַר"ן הֵנ"ל דְּבְּמָקוֹם
אִסוּרָא לֹא תִקְנוּ רַבְּנָן א"כ הָא מַה דְּבַעַל זוֹכָה בְּנִכְסֵי אִשְׁתּוֹ אִין זֶה רַק מְדַרְבָּנּוּ וְכִיּוֹן
דְּאִסוּר לוֹ לְהַנּוֹת מִחֲתָנוּ א"כ הָא בְּמָקוֹם אִסוּרָא לֹא תִקְנוּ רַבְּנָן וְתִקְשָׁה עַל הַפְּלִיל שְׁל
הַר"ן הֵנ"ל וְגַם הָא הֵוִי הֶתֶם אִסוּר דְּאוֹרְיִיתָא וְהַשְׁעָה"מ שֶׁמִּן כְּתַב לְחַלֵּק דְּהִיכָא דִּישׁ
אִסוּר מַה"ת אֲז אֵף הִיכָא דְּבִידּוֹ לַעֲשׂוֹת קִנְיָן מַה"ת ג"כ אִינוּ חַל קִנְיָן דְּרַבְּנָן מִשׁוּם דְּלֹא
תִקְנוּ בְּכַגּוֹן זֶה וַא"כ תִּקְשָׁה מִנְּדָרִים הֵנ"ל פּנ"ל וַע"כ מוֹכַח לְחַלֵּק דְּכִיּוֹן דְּהָא דְּבַעַל זוֹכָה
בְּנִכְסֵי אִשְׁתּוֹ הֵוִי זֶה בְּלֹא שׁוּם קִנְיָן וְדִיבּוּר רַק זוֹכָה מִמִּילָא וְאִין בְּזָה מַעֲשֵׂה וְדִיבּוּר שְׁל
אִסוּר דִּיהִיּוּ עַפ"ז הַקִּנְיָן רַק מִמִּילָא קָא זְכִי דְּבָזָה אֵף דְּהֵוִי מְקוֹם אִסוּרָא עַכ"ז תִּקְנוּ
רַבְּנָן גַּם בְּכַה"ג וְזֶהוּ בְּגִדָר מַה דְּמַצִּינוּ פְּעִין זֶה בְּרִישׁ תְּמוּרָה גְּבִי אִי עֶבֶיד לֹא מְהַנִּי
דְּבַצּוֹרֵם אֲנָזוֹן בְּכוֹר וְכַה"ג דְּהֵוִי מִמִּילָא ג"כ בְּלֹא מַעֲשֵׂה דְּבָזָה לֹא שְׁיִיף אִי עֶבֶיד לֹא מְהַנִּי
דְּהָא לֹא נַעֲשֵׂה מַעֲשֵׂה שְׁלֹא כַהוֹנֵן דְּנִימָא בְּזָה דְּכִיּוֹן דַּעֲשׂוֹ שְׁלֹא כַהוֹנֵן וְכַמַּש"כ הַר"ן
בְּתַשׁוּבָה וְהֶרְמֵ"א בְּסִי רַל"ה בְּלִשׁוֹן הוֹאִיל וְעֲשׂוֹ שְׁלֹא כַהוֹנֵן ע"ש ע"כ בְּבַעַל בְּנִכְסֵי
אִשְׁתּוֹ דְּזוֹכָה מִמִּילָא בְּלֹא שׁוּם מַעֲשֵׂה וְדִיבּוּר דְּלֹא שְׁיִיף לוֹמֵר הוֹאִיל וְעֲשֵׂה שְׁלֹא כַהוֹנֵן
כַּנ"ל ע"כ אֵף בְּמָקוֹם אִסוּר תִּקְנוּ רַבְּנָן וְלִכֵּן שְׁפִיר אָמְרוּ בְּנְדָרִים דְּהַמְּדִיר הַנָּאָה מִחֲתָנוּ
צְרִיף שְׁיִאמֵר ע"מ שְׁאִין לְבַעֲלָהּ כו' מִשׁוּם דְּבַעַל דִּישׁ לוֹ הַזְּכוֹת בְּנִכְסֵי אִשְׁתּוֹ הוּא מִמִּילָא
ע"י מַה דְּזִכְּוּ לוֹ חַז"ל א"כ אֵף בְּמָקוֹם דְּאִסוּרָא ג"כ זוֹכָה וַע"כ א"ש הָא דְּכַתְּוֹבוֹת בְּנִכְסֵי
לֵה וְאַחֲרֵי לְפָלוּנֵי וְעַמְדָה וְנִיסַת דְּבַעַל לוֹקַח הֵוִי דָּאֵף דְּהֵוִי בְּמָקוֹם אִסוּר וְכַמַּש"כ
הַמַּל"מ וַע"כ"ז בְּזְכוֹת שְׁיִישׁ לְהַבְּעַל בְּנִכְסֵי אִשְׁתּוֹ זוֹכָה מִמִּילָא אֵף בְּמָקוֹם אִסוּר כְּדַמוֹכַח
מְהָא דְּנְדָרִים כַּנ"ל וַע"כ לַפְּמַש"כ הַשְׁעָר הַמְּלָךְ לְתַרְץ לְהָא דַב"ב הֵנ"ל א"כ א"ש דְּאִינוּ
קִשָּׁה מְהָא דְּכַתְּוֹבוֹת הֵנ"ל: אֵף עֲדִיין יֵישׁ לְהַקְשׁוֹת עַל הָא דְּנְדָרִים הֵנ"ל דְּהַמְּדִיר הַנָּאָה
מִחֲתָנוּ וְרוֹצֵה לְתַת לְבַתּוֹ מַתְּנָה צְרִיף שְׁיִאמֵר ע"מ שְׁאִין לְבַעֲלָהּ רְשׁוֹת בְּהֶם מִשׁוּם דַּא"ל"כ
הִרֵי זוֹכָה הַבְּעַל וְנִהְיָה מֵאִסוּר קוֹנָם הָא אָמְרִינוּ בְּבָא מְצִיעָא ד' צ"ו ע"ב בַּעַל בְּנִכְסֵי
אִשְׁתּוֹ מִי מַעַל לְמַעוֹל בַּעַל דְּהַתִּירָא נִיחָא לִי דְּלִיקְנֵי אִסוּרָא לֹא נִיחָא לִי דְּלִיקְנֵי כו' כִּי
עֶבְדֵי רַבְּנָן תִּקְנָתָא בְּהַתִּירָא בְּאִסוּרָא לֹא עֶבֶיד תִּקְנָתָא אֲלָמָא דְּבְּמָקוֹם אִסוּר אִינוּ זוֹכָה
הַבְּעַל ג"כ מִשׁוּם דְּלֹא תִקְנוּ זֶה בְּמָקוֹם אִסוּר א"כ ה"ה הָא בְּמַדִּיר הַנָּאָה מִחֲתָנוּ דְּחַתָּנוּ
יַעֲבֹר עַל אִסוּר קוֹנָם א"כ הָא בְּמָקוֹם אִסוּר לֹא תִקְנוּ חַז"ל דִּיהִיּוּ לְהַבְּעַל זְכוֹת בְּנִכְסֵי
אִשְׁתּוֹ וּבְנוּדָאֵי אִין לְחַלֵּק דְּשִׁאֲנֵי הֶתֶם בַּב"מ דְּהֵוִי אִסוּר מַעֲלִיָה דְּהָא בְּגִדָר ג"כ יֵישׁ בּוֹ

איסור מעילה פמבואר בנדריים ד' ל"ה ובלא"ה דוחק לחלק בזה ועיין בתוס' ב"מ ד' צ"ו תוס' ד"ה אמר רבא מאן גמעל כו' ומן הא דב"מ הוי סייעתא לדברי הר"נ הג"ל: ואפשר לומר דכוננת הגמ' בזה שאמרו פי עביד תקנתא בהיתירא באיסורא לא עביד תקנתא הפנויה דמה דהוי היתירא גבי האשה ויש לה זכות בו שינה זה הזכות להבעל אבל מה דהוי איסור לגבי האשה כמו התם דמנירי במעות הקדש אין זה נקרא בשם זכות פלל לומר דיןזה בי' הבעל דהא עיקר התקנה לא הוי רק על זכות האשה דיןזה בי' הבעל אכן מה דהוי היתר לגבי האשה אף דהוי איסור גבי הבעל זוכה בי' הבעל פנין דהוי ממילא בלא שום מעשה פלל ע"כ בהא דהמדיר הנאה מתתנו דהוי היתר לגבי האשה אף דאסור להבעל עכ"ז זוכה בו הבעל מצד תקחז"ל.

והא דאמרו בב"מ שם דאיסורא לא ניחא לי' דליקני לא שינה פן בהא דהמדיר הנאה הג"ל משום דז"א אלא בגדר סילוק כמו כותב לה דין ודברים אין לי עליה ולא מהני סילוק רק בדבר שאינו ברשותה ובעודה ארוסה אבל בדבר שברשותה ועודה נשואה לא מהני סילוק פמבואר ר"פ הכותב ובאה"ע סי' צ"ב ע"כ בהא דב"מ דמנירי בהקדש דאין לה זכות בו פלל ע"כ מהני מה דלא ניחא לי' דליקני משא"כ במדיר הנאה מתתנו דבמתנה דנתן לכתו הרי הוא זוכה מיד והוי דבר ברשותה ע"כ לא מהני סילוק בנשואה ובלשון מתנה המועיל לא שינה בזה דהא אסור להנות מאיסורי הנאה וכן אסור ליתן במתנה וא"ש כ"ז: ענף ג ועפ"י דברי הר"נ הג"ל יש להעיר לשיטת הסוברים בח"מ סי' ק"ד בסמ"ע ס"ק ל"ב בשם הטור דנכסי לה ואחריה לפלוני דיכולים להב"ח של הראשון לגבות ממנו ע"פ ב"ד וקשה לפמש"כ המל"מ הג"ל דאחריה לפלוני מקרי במקום איסור א"כ לפמש"כ הרשב"א והר"ן בגיטין פ' המגרש דבזמן דליפא סמוכים רק שליחותיהו דקמאי עבדינו אין זה רק מדרבנן והויא בנתיבות סי' א' א"כ איך יכולין ב"ד ע"פ תקנתא מדרבנן לירד לנכסים היכא דשינה אחריה לפלוני הא הוי במקום איסור.

וביב"ד אין להם יכולת בצד היתר לירד לנכסים הללו. א"כ לא שינה בזה תירוץ המל"מ דשם אכן לשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' ק"ד וסי' רמ"ח דאין ב"ד יכולים לירד לנכסים דשינה אחריה לפלוני יש לומר דטעמם הוא באמת משום סברת הר"נ הג"ל וכמש"כ הסמ"ע קצת בזה בסי' רמ"ח ס"ק י"ז ע"ש: ולולי דברי המל"מ והשעה"מ הג"ל הייתי אומר דאינו קשה פלל מהא דב"ב ד' קל"ז ומפל הג"ל משום דהא מבואר בב"ב שם דדוקא המשיא עצה למפנר בנכסים דאחריה לפלוני מקרי רשע אבל המוכר עצמו לא מקרי רשע רק דלכתחלה אסור לעשות פן כמש"כ הרשב"ם שם והסמ"ע סי' רמ"ח ס"ק י"א וכן כתב התוס' בסוטה ד' כ"א בד"ה אבני אמר כו' דהמוכר עצמו לא מקרי רשע דלא חמיר איסורי שקהי השליטו על הגוף והפירות עשות פרוצונו כו' ואלו בכל עובר של תקחז"ל מצינו דמקרי רשע פמבואר בנדה ד' י"ב וביבמות ד' כ' אבל במוכר נכסים דאחריה לפלוני אמרו דהמוכר עצמו לא מקרי רשע אלמא דלא החמירו חז"ל כ"כ באיסור זה אלא לכתחלה בעלמא משום דלא חמור איסורא כ"כ ע"כ יש לחלק דדוקא בשארי תקנת חז"ל אמרו הך פללא דבמקום איסורא לא תקנו רבנן אבל במוכר נכסים דאחריה לפלוני דקילא איסורי לא אמרינן פן א"כ אין הכרח למש"כ המל"מ שם להוכיח דהיכא דיכול לעשות האיסור בקנין דאורייתא לא אמרו להך פללא באיסור דרבנן וכמש"כ השעה"מ: אכן באמת זה אינו דהא מבואר בתשובת הר"ן סי' מ"ד הג"ל

דלכן ביתומים וְשִׁמְרוּ בְּנִכְסֵי מוֹעֲטִים דְּהִגִּיעוּ לְעֹנֹת הַפְּעוּטוֹת דְּמִכְרָן בְּטֵל מְשׁוּם דְּהָא אָמְרוּ בְּסוּטָה ד' כ"א הִיכִי דְּמִי רְשַׁע עָרוּם זֶה הַמְּשִׂיא עֲצָה לְמִכְרָן בְּנִכְסֵי מוֹעֲטִים כּו' ע"ש א"כ זֶה הַדְּיוּק שֶׁפְּתָבוּ הַתּוֹס' וְהַרְשָׁפִים וְהַסְמ"ע פּנ"ל עַל הָא דְּהַמּוֹכֵר בְּנִכְסֵי בְּאַחֲרֵיהּ לְפָלוּנִי מְדַאֲמָרוּ זֶה הַמְּשִׂיא עֲצָה כּו' מְשַׁמַּע דְּהַמּוֹכֵר עֲצָמוּ לָא מְקַרֵי רְשַׁע פּנ"ל.

כְּמוֹ כֵּן יֵשׁ לְדַיָּיק עַל הָא דְּהַמְּשִׂיא עֲצָה לְמִכְרָן בְּנִכְסֵי מוֹעֲטִים דְּמְשַׁמַּע דְּהַמּוֹכֵר עֲצָמוּ לָא מְקַרֵי רְשַׁע בְּמִכְרָן בְּנִכְסֵי מוֹעֲטִים מְשׁוּם דְּהָא הַגּוֹף הוּא שְׁל הַיּוֹרְשִׁים וְאַפ"ה פְּתַב הַר"ן דְּמְקַרֵי עֲשֵׂה שְׁלֵא פְּהוֹנָן וְלֹא תִקְנוּ רַבָּנָן כַּה"ג וְגַם הָא הוּי הֵתָם בְּקִטְנִים אַף דְּהִגִּיעוּ לְעֹנֹת הַפְּעוּטוֹת מ"מ הָא לֹא שְׁיִיף לְקָרוֹתָם רְשַׁע וְעַכ"ז פִּינּוּ דְּהַמְּעֵשֶׂה הוּא שְׁלֵא פְּהוֹנָן עַכ"פ ע"כ לֹא תִקְנוּ רַבָּנָן בְּכַה"ג לְכֵן שְׁפִיר הוֹכִיחוּ הַמַּל"מ מְהָא דְּאַחֲרֵיהּ לְפָלוּנִי וְכֵן הַשְׁעָה"מ שֶׁמְהָא דְּכַתְבַּת פֶּל נְכָסִיו לְאַחַד דְּמַהֲנֵי בְּזָה מִתְּנַת שְׁכ"מ דְּמוֹכַח מְזָה דְּהִיכָא דְּבִידּוֹ לְעֵשׂוֹת פֶּן ע"י קִנְיָן דְּאוֹרֵייתָא שְׁפִיר מְהֵנִי אַף ע"י קִנְיָן דְּרַבָּנָן הִיכָא דְּלֹא הוּי אֶלֶּא אִיסוּר דְּרַבָּנָן ע"ש וְהַנְּכוֹן עִמָּם בְּזָה וְהָא דְּב"ב ד' קל"ח שְׁכ"מ שְׁאָמַר תְּנוּ ר' זִוּ לְבַע"ח אִין זֶה עֲנִינָן לַנ"ד כְּמִבְּנָאָר בְּנ"י שֶׁמְ וּבַח"מ ס' רנ"ג גּוֹבְגִיטִין ד' נ"ט אָמְרוּ דְּקִטְוֹן שְׁהִגִּיעַ לְעֹנֹת הַפְּעוּטוֹת דָּאָם הוּי אוֹנָאָה עַד שְׁתּוֹת מְקַחוּ מְקַחוּ וְכֵן מְבִנְאָר בְּס' רל"ה וּלְפַמְש"כ הַמְּחַבֵּר בְּס' רכ"ז ס' ע' ו' בְּשֵׁם הַטּוֹר דְּכַתְבַּת בְּשֵׁם הָרֵא"ש לְהַסְתַּפֵּק אִם מוֹתֵר לְהוֹנוֹת אֶת חֲבִירוֹ בְּפָחוֹת מִשְׁתּוֹת ע"ש א"כ אִם נִימָא דְּבְּמִקּוּם אִיסוּר לֹא תִקְנוּ רַבָּנָן א"כ יֵשׁ לְדוֹן דָּאָף בְּפָחוֹת מִשְׁתּוֹת אִם נִתְאַנָּה דְּכִינּוּ דִּישׁ פָּאָן אִיסוּר מַה"ת א"כ הָא בְּמִקּוּם אִיסוּר לֹא תִקְנוּ רַבָּנָן וִיחָא הַמְּקַח בְּטֵל לְפִי סְבֵרַת הַר"ן הַנ"ל וְאַפְּשָׁר לְחַלֵּק דְּהֵתָם מִיִּירֵי בְּלֹא אִינְהוּ בְּמִתְּפִינָן רַק דְּאִירַע דְּנִתְאַנָּה דְּרַף מְקַח וּמְמַכֵּר: וְכֵן יֵשׁ לְהַעִיר בְּמַה דְּקִי"ל דָּאִין דְּנִין בְּשֵׁבֶת וְאִם עֵבֵר וְדִן דִּינוֹ דִּין וְהָא מַה דְּנִין בְּזִמְן דְּלִיכָא סְמוּכִים לֹא הוּי רַק מְדְרַבָּנָן מְשׁוּם דְּבַעֲיִנָן סְמוּכִים מַה"ת אֶלְמָא דָּאָף בְּמִקּוּם אִיסוּרָא שְׁיִיף תְּקַח"ל וְיֵשׁ לְחַלֵּק דְּשֵׁא"ה דְּהָא מַה דְּאָסְרוּ לְדוֹן בְּשֵׁבֶת זֶהוּ מְשׁוּם שְׁמָא יְכַתּוּב וְלִכֵּן אַף דְּיִתְבַּטֵּל הַדִּין מ"מ עֲבָדוּ אִיסוּרָא ע"כ לֹא שְׁיִיף בְּזָה סְבֵרַת הַר"ן הַנ"ל וְכַמְש"כ הַחוּ"ד וְהַנְּתִיבוֹת בְּס' ר"ח בְּשֵׁם הַמַּהֲרִ"ט לְעַנְיָן אִי עֲבִיד לָא מְהֵנִי וְה"ה בְּזָה.

וּמַה שְׁהַקְשָׁה הַמַּל"מ שֶׁמְ ע"ז מִן הַתּוֹס' ב"מ ד' כ' ד"ה שׁוֹבֵר כּו' דְּמוֹכַח מְדְבַרְיָהּ שְׁפְּתָבוּ דְּעַדְיוֹ בְּחִתּוּמֵי זְכִין לוֹ מַעַת הַחֲתִימָה אַף אִם בָּא עַל שְׁפָחָה בְּנִתִּיָּים א"כ מוֹכַח מְדְבַרְיָהּ דָּאָף בְּמִקּוּם אִיסוּרָא עֲבָדוּ רַבָּנָן לְתַקְנָתָא וְדִלֹא כַּהַר"ן יֵשׁ לְדַחוֹת רְאִייתוֹ מְשׁוּם דְּהֵתָם בַּעַת שְׁחַתְמוּ הַעֲדִים וְזָכוּ בְּשֵׁבֶל הַעֲבָד לֹא הִיָּה אִז שׁוּם אִיסוּר פְּלֵל רַק אַח"ז דְּבָא הַעֲבָד עַל הַשְׁפָּחָה בְּנִתִּיָּים אֲבָל בַּעַת שְׁחַתְמוּ לֹא הִיָּה אִז שׁוּם אִיסוּר פְּלֵל בְּעוֹלָם וְאַף דְּלֹא אָמְרִינָן עַדְיוֹ בְּחִתּוּמֵי זְכִין לוֹ רַק בְּמִטָּא לִידּוֹ לְאַח"ז מ"מ הָא בַּעַת דְּמִטָּא לִידּוֹ אָמְרִינָן דְּזָכוּ עֲבוּרוֹ לְמַפְרַע בַּעַת שְׁחַתְמוּ וְהָא בַּעַת שְׁחַתְמוּ לֹא הִיָּה אִז שׁוּם אִיסוּר פְּלֵל וּמַה דִּישׁ לוֹמַר בְּזָה דְּמִשְׁחָרַר עוֹבֵר בַּעֲשֵׂה הָא מְשַׁכַּחַת כְּמַה גּוֹנֵי דְּיִהְיֶה הַשְׁחָרִיר דְּרַף הִתֵּר פִּידוּעַ וְעִינָן בַּקְצָה"ח ס' קפ"ב ס' ק"ב וְקַצְרֵתִי וּמִן הַתּוֹס' ב"ק דף ע"ט ד"ה תִּקְנוּ מְשִׁיכָה כּו' שְׁפְּתָבוּ שֶׁמְ דְּמְשִׁיכָה קוֹנָה בְּשֵׁאֲלָה מַה"ת דַּל"כ הֵאִיף חֲבִירוֹ מוֹתֵר לְבַקַּע בּוֹ לְכַתְחֵל' כּו' וּמְדַלֵּא פְּתָבוּ לְהוֹכִיחַ פֶּן עַפ"י סְבֵרַת הַר"ן הַנ"ל דָּאָם לֹא הִיָּה מְהֵנִי אֶלֶּא מְדְרַבָּנָן א"כ אִיף תִּקְנוּ פֶּן בְּמִקּוּם אִיסוּר מוֹכַח לְכַאוּרָה דְּלֹא ס' ל' כְּסְבֵרַת הַר"ן הַנ"ל אַף י"ל דְּשֵׁא"ה דְּהוּי מִיָּדִי דְּמִמִּילָא דְּמִתְחַלֵּל הַקְדָּשׁ ע"י פּנ"ל וְעוֹד יֵשׁ לְחַלֵּק וְעִינָן בַּמַּח"א הַלְכוֹת מְשִׁיכָה ס' ב' מְזָה וְכֵן יֵשׁ לְהַעִיר בַּמַּש"כ הַתּוֹס' ב"ב ד' קמ"ז וְכַתּוּבוֹת ד' פ"ו בְּקִטְוֹן שְׁהִגִּיעַ לְעֹנֹת

הפעוטות אם מחל לשט"ח שמכר דמחול ובקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ט מזה וקצרת: ומוכח מן המל"מ והשעה"מ ה"ל בשיטת הר"נ ה"ל דאף בשוגג במקום איסור ג"כ דיינינו להך פללא דבמקום איסורא לא תקנו רבנן דאל"כ מה הקשו מהא דב"ב ד' קל"ז הא י"ל דנפ"מ מן הטעם דאמרו שם להיכא דעבר בשוגג ומוכח דס"ל דלא כמש"כ לעיל לחלק בזה בין מזיד ובין שוגג וכן מוכח מן מש"כ הר"נ בתשובה שם גבי קטנים דהא לא שייך כ"כ מזיד גבייהו ואפ"ה פתב בזה להך פללא דבמקום איסורא לא תקנו רבנן.

ועכ"ז שפיר כתבתי לעיל לדון דאם לא ידע הממחה שהוא עני דלא אמרינו בזה להך פללא משום דשאני שוגג דצריך פפרה משא"כ ה"תם דלא ידע שהוא עני י"ל דה"ל פמו אונס משום דאין אדם יודע מטמוניות כו'.

וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' קכ"ט ס"ק ח' כה"ג ע"ש אבל עיקר הפלל של הר"נ ה"ל נדאי דשייך זה אף במקום איסור בשוגג דכיון דצריך פפרה אף בשוגג דרבנן ודלא כמש"כ הנתיבות בסי' רל"ד וכמו שהארבתי בזה בקונטרס אחד ע"כ בנדאי שייך גם בזה הפלל של הר"נ ה"ל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן שיהיה נכשל באיסור ע"י תקחז"ל משום דגם כה"ג מקרי מכשול וה"ה בקטן שהגיע לחינוך פמבואר באו"ח סוף סי' שמ"ג וכמש"כ המג"א שם דמקרי תקלה גם בקטן א"כ נתבאר לנו לדינא בהפלל של הר"נ ה"ל דזה אינו שייך אלא במידי דהוי במעשה או בדיבור עכ"פ אבל מידי דממילא לא דיינינו להפלל של הר"נ ה"ל וגם נתבאר דהיכא דאף דנתבטל הענין מ"מ יהי נשאר האיסור במקומו דלא אמרינו בזה להפלל של הר"נ ה"ל: ועוד פמה ענינים מחודשים נתבארו בעז"ה: והנה לפמש"כ הנתיבות בסי' רל"ה ס"ק ב' לחלק דדוקא בקטן דמכירתו מכירה עיקרו משום פדי חיי בזה אמרו דלא תקנו שיהיה א"ע בדבר איסור אבל אין למדין מזה למק"א: א"כ לפי דבריו יש לסתור לכל מש"כ אבל מן המל"מ והשעה"מ פ"ט הל' זכיה מוכח דס"ל דאין לחלק ביניהם פלל וכן הדעת נוטה שלא לחלק פן דהא אף במכר יותר מפדי חיי מהני מכירתו משום לא פלוג כמש"כ שם ע"כ העיקר פדבריהם: (י) (שם סעי' ל"ח) המוכר שט"ח לחבירו אין בו דין אונאה כו' (וסעי' נ"ט) שטרות אין נשבעין עליהם וכן אין נוהג בהם דין שמירה וזה זמן פביר שנשאלתי בהנהגה בילעטין (הנקראים אסיגנאציעס) הנהוגים האדנא אם נוהג בהם דין שומרים ודין אונאה דאם דינם פמטבע או פשטרות וזה אשר השבתי פבר בזה.

ענף א והנראה לפענ"ד בזה לפי מה דנתבאר לעיל בריש סי' ס"ו פחידושיי שם פמה שכתבו התוס' והפוסקים להקשות בכמה דוכתי על הסוברים דמכירת שטרות מדרבנן דלמה ליה קרא למילף דיצאו שטרות מן אונאה הא בלא"ה אין חל מכירה בשטרות דהוה כחול להדר אחר תירוצים אחרים לפי שלא היו יכולים לתרץ באופן אחר כמש"כ לעיל שם ואי נימא דהנהגה בילעטין דינם כשטרות דאין גופן ממון א"כ אין מקום לקושיות הראשונים ה"ל דהא י"ל בפשיטות דהתורה הוצרכה למעוטי להנהגה בילעטין דדינם כשטרות ועיין פתנבות דף יו"ד דכתב קרא כו' וכיון דנהיגי גי גפן ע"פ דינא דמלכותא בנדאי המה ניקנין מה"ת כדקיי"ל דינא דמלכותא דינא ודין אמת ומשפט צדק הוא פמבואר בגיטין דף י' דאמר שמואל דינא דמלכותא דינא ומבואר ברא"ש שם דגם האיבע"א דתני חוץ מפגיטי נשים מודה בזה וכש"כ בתקון המטבעות וזה הוא טובתנו

וכמש"כ הש"ך ביו"ד סי' קס"ה דלכ"ע דינא דמלכותא דינא ועיין בש"ך בח"מ סי' ע"ג
ס"ק ל"ט ובנדאי בכל מילי הדין הוא דדינא דמלכותא דינא דמצוניים אנו לשמור את
מצות המלך.

ועדיפי מממרות אף דנימא דממרות אינו נקנין מה"ת פנ"ל. ולכן פינו דתיקון המלך
על הגוף בילעטין שיהיו יוצאים בהוצאה ומי שממאנו מליקח יחוייב ראשו למלכות וגם
תיקון שיהיה בהם הקנינים וזה הוא טובתנו ע"כ בנדאי קנאן הקונה מה"ת: וע"כ מוכח
דדוקא שט"ח אף בנכתב לכל המוכ"ז פינו דמחוסר גוביינא וגם גישום כל שט"ח לפי
שיווי אלמות הבע"ד כמבואר בסי' ס"ה גבי שנים אדוקים בשטר כו' דיתלקו מה שיהא
גישום שיווי החוב לפי עניות ולפי אלמותו כמבואר שם סעיף ט"ו ובסמ"ע ס"ק מ"ט
וכן הוא בסי' קע"ה ש"ך ס"ק ט' משא"כ בהנהגה בילעטין דאין דינם פתוב רק מטבע
גמורה בכל המדינות שלו בלי שום גירעון כלל והא בהנהגה בילעטין אין עולה עליהם שום
פ"צ משום דדינם כמטבע גמורה וגם יש עוד סברא לחלק בין שטרות להנהגה בילעטין
דהא שטר לאחר שנפרע לא חזי פלוס רק לצור ע"פ צלוחיתו וכה"ג משא"כ בהבילעטין
דאף לאחר שקיבל התמורה עבורם מהקאנאציאייסטוא עכ"ז מחירם לעולם עומדת בכ"מ
שהם מנזחים ויכולים ליתן אותם לאחרים ע"כ לעולם שם מטבע עליו אף י"ל בזה דהם
כממרות דחוזר ולנה בו כמבואר סי' מ"ח ס"ק ב' וכן הוא לשון הש"ס ב"מ דף נ"ו
יצאו שטרות שאינו אלא לראיה וכן מבואר בירושלמי לב"ק פ"ז ה"א בזה הלשון יצאו
שטרות שאין לה בהם אלא ראיה עכ"ל הירושלמי וכן הוא בשבועות דף ל"ז ברש"י
ד"ה מיעט שטרות שאין גופן ממון שאינו אלא לראיות שבהן עכ"ל אלמא דשט"ח עיקרו
הוא רק לראיה ולכן אם נאבד השט"ח מחוייב הלנה לשלם אם מביא המלנה ראיה
שנאבד ונשרף דבנדאי מחוייב הלנה לשלם להמלנה משא"כ בהבילעטין דאף שמביא
ראיה שנאבד ונשרף אצלו מ"מ אינו נוטל פלוס פידוע ודינם כמטבעות דאם נאבדו אינו
נוטל פלוס ועיין רש"י ב"ק דף ס"ב ד"ה אין גופן ממון אלא גורמין לגבות ממון עכ"ל
א"כ הנהגה מטבעות אינו לגוביינא אלא הם בעצמם הוי מטבעות ואף דהם אינו שווין
בעצמותן הלא הא כמה מטבעות איכא דאין שוין בעצמותן לפי ערה טבען והיוצא
בהוצאה ואפ"ה פינו דתיקון המלך לקבלן ולהוציאם במדינתו דינם כמטבע גמורה לכל
מילי א"כ ה"ה אם הם על נזיר דמ"ש: וגם הא אינם מחוסרים גוביינא ואין עליהם שום
חוב כלל ולא שיהי' בזה סברת רש"י דב"ק הנ"ל: וכן מצינו בב"מ דף מ"ז דס"ל לר'
דוסא דמחללין מעשר שני על אסימון וכן ס"ל לר' ישמעאל שם למילף מן וצרת הפסך
בידך לרבות כל דבר הנצטרך ביד נאמרו שם דר' דוסא ור' ישמעאל אמרו דבר א' אף
ר"ע ס"ל וצרת לרבות כל דבר שיש עליו צורה ואין מחלל מע"ש על אסימון ומבואר
בר"ש במע"ש פ"א משנה ב' דאסימון מקרי מטבע שאין עליו צורה או מטבע של עץ
ויש עליו צורה הוי בכלל אסימון דמחללין מע"ש אליבא דר' דוסא ור"י וזהו בכלל דבר
הנצטרך ביד רק ר"ע ס"ל דבעי דבר חשוב דוקא וכה"ג פתבו התוס' בעירובין ד' ל"א
ד"ה שפדאו ע"ג אסימון כו' בסה"ד דאסימון מקרי לכל דבר שאינו עשוי פהלקתו או
של כסף ואין עליו צורה או של עץ ויש עליו צורה עכ"ל וכ"כ התוס' בב"מ ד' מ"ד
בד"ה אסימון כו' וכ"כ השמ"ק בב"מ שם בשם הרמב"א והרמב"ן וזה ברור דגם ר'
דוסא ור' ישמעאל מודו דאין מחללין על שטרות דהא כ"ע מודו בזה.

וְעֵינַי בְּקִדּוּשֵׁי ד' כ"ז בְּרַש"י ד"ה שְׁטַר אֵין פּוּדִין בּוּ הַקִּדּוּשׁ וּמַע"ש וּבְכֹרֹת ד' נ"א וּב"מ דָּף ד' ע"ב תּוּס' ד"ה אֵין נִשְׁבְּעִין כּו"ן וְאַפ"ה ס"ל לר"ד וּר"י דְעַל מִטְבַּע שֶׁל עֵץ כִּינּוּן דִּישׁ עָלָיו צוּרָה מְחַלְלִין מַע"ש וּמִשְׁמַע דְּאֵין שׁוֹיִן בְּעַצְמוֹתָן אַפ"ה אִם יוֹצְאִין בְּהוֹצָאָה וְיֵשׁ עָלֵהֶן צוּרוֹת מְחַלְלִין עָלֵיהֶם אַף דְּאֵינּוּ חֲשׁוּבִין וְהָא דְמִבְּנוֹאָר בְּכֹרֹת ד' נ"א בְּרַש"י ד"ה מִיַּעַט שְׁטָרוֹת דְּלֹא חֲשִׁיבִי מִיַּדִּי עַכ"ל רַש"י אֶלְמָא דְּגַם שְׁטָרוֹת עֵינָר הִטְעַם דְּאֵין פּוּדִין בְּהֶם מִשׁוּם דְּאֵינּוּ חֲשׁוּבִין וְכִינּוּן דַּס"ל לר"ד וּר"י דְּמְחַלְלִין מַע"ש עַל אֲסִימוֹן שֶׁל עֵץ אַף דְּאֵינּוּ חֲשׁוּב א"כ מ"ש שְׁטָרוֹת י"ל דְּשִׁאֲנֵי שְׁטָרוֹת דְּהָא רַש"י בְּמִתְק לְשׁוֹנוֹ פֶּתַב דְּלֹא חֲשִׁיבִי מִיַּדִּי.

וְזִהוּ כְּמוֹ דְּלֹא חֲשׁוּבִין כָּלֵל מִשְׁא"כ מִטְבְּעוֹת אַף דְּאֵינּוּ חֲשׁוּבִין כ"כ כְּמוֹ מִטְבַּע שֶׁל עֵץ וְכַה"ג אַפ"ה מְקַרִי חֲשִׁיבִי קֶצֶת כִּינּוּן דְּתִיקוֹן הַמְּלֵךְ לְקַבְּלָם וּמִי שְׁלֹא יִקְבְּלוּ יַחְוִיב רֵאשׁוּ לְמַלְכוּת וְדַאי דְּשֵׁם מִטְבַּע עָלָיו לְכָל דְּבָר רַק לר"ע דַּס"ל דְּבַעֲי דְּבָר חֲשׁוּב דְּוָקָא לְחַלְל עָלֵיהֶם מַע"ש י"ל דַּה"ה בְּזֵה דַּנ"ד ג"כ אֶפְשָׁר דְּלֹא מְחַלְלִין עָלָיו מַע"ש וְדִינָם כְּמוֹ מִטְבַּע שֶׁל עֵץ דְּאֵין עַצְמוֹתָן שְׁוֶה כ"כ וְלֹא הוּי שֵׁם מִטְבַּע עָלָיו לְגַבֵּי מַע"ש דְּיִלִּיף מִן וְצָרְתָּ הַכֶּסֶף דְּבַעֲי דְּבָר שְׁיֵשׁ עָלָיו צוּרָה דִּיהִיָּה דְּבָר חֲשׁוּב כְּנ"ל מִשְׁא"כ לְכָל הָעֲנִינִים וְדַאי דְּמְקַרִי גּוּפוֹ מְמוֹן וְגַם הוּי לְכָל דְּבָר שֵׁם מִטְבַּע עָלָיו אַף לר"ע וְעֵינַי ב"ב מ"ד בְּמִשְׁנֵה גַבֵּי אֲסִימוֹן קוּנָה מִטְבַּע וּבְגֻמְרָא שֵׁם: וְכֹן מְבֹנָאָר בְּעִירוּבֵין ד' ל"א ע"ב וּבְכֹרֹת ד' מ"ז וְשַׁבְּת ד' קכ"ח וּפְסוּחִים דָּף ל"ה דְּאָמְרוּ עַל הָא וְלֹא בַּמַּע"ש וְהַקִּדּוּשׁ שְׁלֹא נִפְדּוּ דְּמַעֲשָׂר שְׁפָדְאוּ ע"ג אֲסִימוֹן וְרַחֲמָנָא אָמַר וְצָרְתָּ הַכֶּסֶף בִּיָּדָה כֶּסֶף שְׁיֵשׁ עָלָיו צוּרָה הַקִּדּוּשׁ שְׁחִילּוֹ ע"ג קַרְקַע דְּכַתִּיב וְנָתַן הַכֶּסֶף כּו' אֶלְמָא דְּהַקִּדּוּשׁ מְתַחַלְל ע"ג אֲסִימוֹן שֶׁל עֵץ אַף דְּאֵין פּוּדִין בּוּ מַע"ש אֶלְיָבִיָּה דַּר"ע דְּהָא הֵךְ דְּרַשׁ דְּכֶסֶף שְׁיֵשׁ עָלָיו צוּרָה זֵהוּ דְּרַשָּׁא דַּר"ע וְאַף דְּאֵין הַקִּדּוּשׁ מְתַחַלְל עַל שְׁטָרוֹת לַכ"ע: אַפ"ה עַל מִטְבַּע שֶׁל עֵץ אַף דְּאֵינּוּ חֲשׁוּב כ"כ וְאֵינּוּ שְׁוֶה בְּעַצְמוֹתוֹ מ"מ כִּינּוּן דִּיּוֹצָא בְּהוֹצָאָה ע"פ פְּקוּדַת הַמְּלֵךְ מְקַרִי גּוּפוֹ מְמוֹן א"כ ה"ה מִטְבַּע שֶׁל גִּיּוֹר דַּמ"ש שֶׁל עֵץ וּמ"ש שֶׁל גִּיּוֹר כִּינּוּן דִּיּוֹצָא בְּהוֹצָאָה עַכ"פ אִם כִּי יַעֲשֵׂי דִישׁ מְקוֹם לְחַלְק בִּינֵיהֶם עַכ"ז עֵינָר כְּנֻנְתִּי הוּא לְהוֹכִיחַ דְּמַצִּינוּ דְּאֵין חֲשׁוּב בְּעַצְמוֹתוֹ כ"כ אַפ"ה שֵׁם מִטְבַּע עָלָיו כִּינּוּן דִּיּוֹצָא בְּהוֹצָאָה: עֲנָף ב וּבִיּוֹתֵר יֵשׁ לְהוֹכִיחַ כֹּן לַפְּמַש"כ לְעִיל בְּחִידוּשֵׁי רֵישׁ ס' ס"ו לְפָרֵשׁ לְהַסְגִּיא דְּקִדּוּשֵׁין ד' ה' עַל נִכּוֹן בְּמַה דְּקָאֲמְרִי הֵתָם מַה לְכֶסֶף שְׁפּוּדִין בּוּ הַקִּדּוּשׁ דְּהָא אֵיכָא לְמִפְרָךְ ע"ז דְּנִיגְמַר מִשְׁטָרוֹת דְּלְכָל הַמוֹצִיאֵי דִישׁ לוֹ עַל אַחֲרִים דְּמַצִּי לְקִדּוּשׁ ע"י לְאִשָּׁה מִשׁוּם דְּלֹא מַצִּי לְמַהוּל וְכַמֶּש"כ הַש"ף בְּרִישׁ ס' ק"ז וְלֹא מַצִּי לְפָדוּת בּוּ לְהַקִּדּוּשׁ וּמַע"ש מִשׁוּם דְּאֵין גּוּפוֹ מְמוֹן וְכַמּוֹ דְּהַקִּשׁוּ הַתּוֹס' שֵׁם דְּנִגְמַר מְקַרְקַע וְתִי הַתּוֹס' לֹא שְׁיָךְ בְּזֵה וְתִיבְרַצְתִּי הִיטִיב לְעִיל שֵׁם בְּאַרְנוֹפָה א"כ לַפ"ז יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מֵהָאֵי סוּגִיא דְּאַסִּיגְנָא צִיַּעַס מְקַרִי גּוּפוֹ מְמוֹן וְאֵין דִּינָם כְּשְׁטָרוֹת וּפּוּדִין בְּהֶם הַקִּדּוּשׁ דַּל"כ הָא אַכְתִּי אֵיכָא לְמִילָף דְּשְׁטַר יְהִיָּה מְכַנִּיס בְּקו"ח מִן אֲסִיגְנָא צִיַּעַס דְּמְכַנִּיס וּמְקִדְשֵׁין בּוּ הָאִשָּׁה דְּהָא קְנָתָה מַה"ת מִשׁוּם דִּינָא דְּמַלְכוּתָא כְּנ"ל וְאֵין מוֹצִיאוֹת וְלִיכָא לְמִפְרָךְ שְׁכֵן פּוּדִין בּוּ הַקִּדּוּשׁ דְּהָא אֵי נִימָא דְּמְקַרִי אֵינּוּ גּוּפָן מְמוֹן וְדִינָם כְּמוֹ שְׁטָרוֹת א"כ אֵין פּוּדִין בְּהוּ הַקִּדּוּשׁ וְע"כ מוֹכַח דְּמְקַרִי גּוּפוֹ מְמוֹן וּפּוּדִין בּוּ הַקִּדּוּשׁ וְאֵיכָא לְמִפְרָךְ בְּזֵה מַה לְהִנָּךְ שְׁכֵן פּוּדִין בּוּ לְהַקִּדּוּשׁ וְע"כ שְׁפִיר דְּחוּ בַּש"ס הֵתָם לְהָאֵי קו"ח וְהוֹצְרָכוּ לְמִילָף קִידּוּשֵׁי שְׁטַר מִן וְיִצְאָה וְהִיָּתָה.

ומוכח מסוגיא זו דאסיגנאציעס פודין בו הקדש דהני גופו ממון ואין דינם פשטות וע"כ ה"ה לענין אונאה ודיני שומרים דינם כממון גמור דנוהג בהם כל הנה דינם כמו כממון גמור: ויש לפלפל עפ"ז בדברי התוס' בב"ק ד' ס"ב ד"ה יצאו שטרות כו' ובתוס' ב"ק ד' נ"ד ד"ה חמור דבור כו' ובשבעות ד' ל"ז ד"ה מיעט שטרות כו' וקצתתי וראיתי במהרי"ק סי' קי"ח שכתב להוכיח מקושטות התוס' הנה"ל דהקשו דל"ל למעוטי שטרות מאונאה דמוכח מזה דאף בנתן פספ"ג אינו קונה לשטרות דאל"כ ה"מ התוס' לתרוצי דמייירי בקניו פספ"ג ע"ש.

ובאמת ראיות המהרי"ק אינו ברור כ"כ משום די"ל דהתוס' הקשו פן לריש לקיש דס"ל דמעוטי אינו קונה מה"ת דתקשה אלביה דלמה צריף למעט לשטרות וכעין מש"כ לעיל שם ודבר התוס' להקשות בסתם בכ"ז אף דלא יהיה קושיותם רק לחד מ"ד וכנ"ל.

ובאמת לריו"ח דקיי"ל פנותיה דמעוטי קונה ד"ת י"ל דשטרות נקנו בכסף מה"ת ונדקא ע"י קנין כו"מ דאין ראיתו נקנית ונמשכת בזה לא הוי רק מדרבנן ועיין בפני יהושע לקדושין דף מ"ז ועיין בב"ק ד' י"ד תוס' ד"ה עבדים ושטרות כו' ואפשר דכוננת המהרי"ק בזה ע"פ הא דב"מ ד' מ"ז דר"ש ס"ל בנדאי דמעוטי קונה ודלא כר"ל א"כ י"ל דהברייתא דיצאו שטרות ס"ל כר"ש וה"מ התוס' לאוקמי פן ושפיר הוכיח המהרי"ק פנ"ל.

אבל לפמש"כ לעיל דמן ממכר דמיותר להורות דיצאו שטרות וכמש"כ התוס' והשמ"ק פנ"ל ע"כ אין עדיין הכרח לדברי המהרי"ק הנה"ל וקצתתי: ואחר כתבי פל זה יצא לאור ספר חתם סופר על ח' יו"ד וראיתי שם בסי' קל"ד שנסתפק בבאנקינטא והעלה להוכיח דדינם כממון גמור ע"ש אף דתמוהים לי קצת דבריו במש"כ שם בד"ה והנה לפ"ז אין ספק אצלי דהני בילעטין הנה פספ"ג גמור אפי' לקדש בו אשה והני שפיר דומיא דעפרון וא"כ הוי ממילא פספ"ג לפדות הקדש ומע"ש דאלת"ה בקדושין ד' ה' ע"א דבעי למילף שטר בקו"ח מה פספ"ג שאינו מוציא ומכניס שטר שמוציא אינו דין שמכניס ופריף מה לכסף שפודין בו הקדש ומע"ש כו' ואם איתא לימא שטרא דמלכותא יוכיח פעין בילעטין שמקדשין בו ואין פודין בו אף אני אביא שטר קדושין שיקדשו בו אע"פ שאין פודין בו וע"כ מוכח דפודין בו עכ"ל הנה לפי דבריו יש להקשות עדיין פעין קושטיא זו דהא גם בשטרות הנכתב בו לכל המוציא ג"כ מקדשין בו האשה פיון דלא מצי למחול כמבואר סי' ס"ו ומקודשת עי"ז וכמש"כ הש"ף ריש סי' ק"ץ ואפ"ה אין פודין ע"י ממרמות את הקדשות פיון דאין גופן ממון א"כ תקשה עדיין פעין קושטת חתם סופר הנה"ל דמה פריף הש"ס מה לכסף שפן פודין בו הקדש הא י"ל עדיין ממרמות הנכתבין לכל המוציא יוכיחו דאין פודין בהם ואפ"ה מקדשין אף אני אביא שטר קדושין שמקדשין בו אע"פ שאין פודין בו: א"כ לא הועיל עדיין חתם סופר בתירוץו פלל ונדחה הוכחתו לפי דעדיין קושטתו במקומה עומדת אבל לפמש"כ בקונטרס הקודם לעיל ריש סי' ס"ו ליישב סוגיית הש"ס דקדושין על נכון א"ש הוכחה הנה"ל דמוכח דאסיגנאציעס פודין בו הקדשות ודינם כממון גמור: וגם מה דנראה מדברי חתם סופר דאחר דמסיק שם לתרץ דברי הרמב"ם דס"ל דמלנה קונה במקר ואין מקדשין בו האשה משום דבעי דומיא דעפרון ואח"ז כתב ולפ"ז בהנה"ל בילעטין מקדשין בו האשה דהני שפיר דומיא דעפרון

אין זעהרור כ"כ פידוע וגם אינו פותב כ"ז רק מסברא דנפשיה וביותר ה"ל להביא סוגיא דקדושין ד' מ"ח בקדשה בשט"ח דאחרים דס"ל לר"מ דמקודשת נחכמים דס"ל אינה מקודשת טעמייהו משום דלא סמכה דעתה.

דלמא אזיל ומחיל א"כ בהנהך בילעטין דלא שניף לומר אזיל ומחיל בנודאי מקודשת ובאמת מה"ט גם בשטרות הנכתבין לכל המוציא או דאין גופן ממון ג"כ מקדשין בהם האשה פנ"ל ובש"ף ריש סי' ק"צ' סוף דבר דברי החתם סופר תמוהים בזה עכ"פ חזינו דס"ל להחתם סופר ג"כ לדינא דהנהך בילעטין דינם כממון גמור גם מש"כ החתם סופר שם דגם מע"ש מחללין על בילעטין לדעתיה זה אינו ברור כ"כ וכמש"כ לעיל לדין דקיי"ל כר"ע דב"מ ד' מ"ז ועיין ברמב"ם ה' מע"ש פ"ד הל' ט' שכתב אין פודין מעשר אלא בכסף מפותח שיש עליו צורה אף בר"ש מע"ש פ"א משנה ב' משמע פהחתם סופר ע"ש ואין להאריך בכ"ז לפי שאין נוגע לענינו כ"כ אף דנימא דאין פודין בהם מע"ש אפ"ה שפיר דחי להאי קו"ח בקדושין שם ולא גמרי מהאי אסיגנאציעס משום דעדיין יש למיפרה מה להנהך שפן פודין בו הקדש דהא הקדש פודין בהם משום דמקרי גופו ממון ואלו בשטר שכותב הגזבר להפודה הקדש כפי' רשפ"א בחידושיו שם או לפי רש"י דכותב שטר על מעות פדיון אינו פדוי אלא דכסף עדיפא משטר ולכן דחו להאי קו"ח שפיר.

והא דאמרו שם שפן פודין בו הקדש ומע"ש האי מע"ש לאו דווקא וזהו מוכרח דאל"כ תקשי דנגמר משנה כסף דאינו חשוב כמו לטרא כסף דאף לר' דוסא אין מחללין מע"ש כמש"כ הר"ש במע"ש פ"א משנה ב' ע"ש: ענף ג ועוד ראיתי בחתם סופר שם שכתב בשם הרב השואל שרצה לומר דשטרות הנכתבין לכל המוציא דינם כממון גמור ועדיפי משטרות הואיל וכל המוציא גובה ממנו והחתם סופר השיג עליו מסברא דנפשיה והוכיח מדחזינו בכל בתי דינים דפוסקין על שטרות פאלו הנהוגות בזמננו כל דיני שטר ע"ש בחתם סופר ובאמת לדברי הרב השואל הנה מתורץ מה דהקשיתי על התוס' והראשונים דהקשו דל"ל למעוטי שטרות מאונאה הא מכירת שטרות דרבנן והא י"ל בפשיטות דקאי המיעוט על שטרות דנכתבו לכל המוציא דמכירתן הוי מה"ת וכמש"כ התנאים בסי' ס"ו ס"ק א' אכן לפי דברי הרב השואל א"ש משום דעל ממרמות לא שניף למעוטי משום דאין גופן ממון דהא מקרי גופו ממון כמו כל מטלטלין ולא מצי קאי עללייהו האי מיעוט לכן הקשו התוס' שפיר וכעין סברת הרב הנ"ל יש למצא סמך לזה מהא דמבואר בח"מ סי' ק"ד סעי' ג' בהגה"ה בשם ר"י דתפס שטרות לא הוי כתפס מעות ויחלוקו.

וכתבו הראשונים שם והובא בסמ"ע שם ס"ק יו"ד הטעם משום דכיון דיכול המלוה הראשון למחול ונשאר שעבוד הגוף אצלו ע"כ לא הוי כתפס מעות וכ"כ ביאור הגר"א דצ"ל שם ס"ק כ' דמשום דצריך פתיבה ומסירה ע"כ לא מהני תפיסתו ע"ש.

ולפ"ז נראה בממרום דא"צ פתיבה ומסירה וגם אינו יכול למחול דזה הוי כתפס ממון א"כ י"ל דמקרי גופו ממון מה"ט לכאורה: אבל באמת נראה עיקר דלא כהרב השואל הנ"ל והוא דאי נימא דממרמות כיון דא"צ כו"מ ואינו יכול למחול ה"ל גופו ממון וה"ל כמו תפס ממון א"כ תקשה למה דמצינו בב"מ ד' כ' דאמר אבני אפילו תימא ליתא

לדשמואל דאמר המוכר שט"ח ומחלו מחול כו' אלמא דס"ל לאב"י בכל מוכר שט"ח די"ל דאינו יכול למחול וכן מצינו בקדושין דף מ"ח דאמרו דמר לית ליה דשמואל כו' א"כ לדידהו בכל מכירת שטרות אינו יכול למחול וכן מצינו בב"ב ד' ע"ז ובקדושין ד' מ"ז דר' ס"ל אותיות נקנות במסירה וא"צ פתיבה ואפ"ה מצינו בשבועות דף ד' ובכורות דף נ"א דר' ס"ל אין פודין בכור בשטרות ופירש רש"י שראינו למעטן יותר מן הפל שאינו ממון חלמא דאף דס"ל לר' דא"צ פתיבה רק די במסירה וגם הא לאב"י ואינו דס"ל דליתא לשמואל וס"ל דאינו יכול למחול ואפ"ה ס"ל לרבי דשטרות מקרי אין גופו ממון וגם מצינו לאב"י גופא דס"ל שטרות נקנות במסירה לחוד כמש"כ התוס' בב"ב ד' ע"ו בד"ה א' רב פפא כו' וכתבו לחד סברא דאף אמירה א"ל לרבי דס"ל דנקנה במסירה לבד וכן ס"ל לאב"י דאין הכרח לשמואל דהמוכר שט"ח ומחלו מחול א"כ תקשה אליביה דאמאי קרינו לשטרות אין גופו ממון ומ"ש מן ממרמות ובנודאי דין מסירה בממרמות הוי כמו פל מסירה בשטרות דבעי דעת אחרת מקנה וכמש"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק כ"ה דאף בשטר לכל המוציא בעי מסירה ודעת אחרת מקנה וכ"כ הקצה"ח סי' ס"ד ס"ק א' וסי' ק"ד ס"ק ז' א"כ דין שטרות אינו חלוק ממרמות אליביה דרבי ולאב"י ואפ"ה מקרי שטרות אין גופן ממון וע"כ מוכח דגם היכא דאינו יכול למחול וגם א"צ פתיבה מ"מ קרינו אין גופו ממון א"כ ה"ה בנכתב לכל המוציא ג"כ מקרי אין גופו ממון וכמש"כ החתם סופר להשיג על הרב השואל אף שהחתם סופר כתב פן מסברא דנפשיה.

ולפמש"כ מוכח פן בראיה זו וגם הסברא נוטה פן דעכ"פ אין גופו ממון ושייך גם בהו לומר דהם רק לראיה פנ"ל נהם גורמין לגבות ממין כפי רש"י ב"ק ד' ס"ב ואין לחלק דשאני שטר לכל המוציא דלא מהני שובר כמש"כ הש"ך סי' נו"ן ס"ק ז' דז"א דהא הכרעת התומים והאחרונים שם דגם בשטר לכל המוציא מהני שובר ועוד דהא אף לדעת הש"ך שם הא העלה הנתיבות שם דלכן שאני שטר לכל המוציא דלא מהני שובר משום דאינו יכול למחול ע"כ מצד תקנות לקוחות לא מהני שובר כמש"כ הנתיבות שם בארנפה א"כ ה"ה דשייך זה הטעם בכל השטרות למאן דס"ל דאינו יכול למחול במקור לחבירו ואפ"ה חזינו דכל שטרות הוי אין גופן ממון וה"ה בשטר לכל המוציא ושאני פתבתי להוכיח פן: שוב ראיתי דאפשר לדחות ראיה זו דהא מבואר בב"ב דף קע"ג דאב"י ס"ל דאף דאותיות נקנה במסירה מ"מ צריך להביא ראיה שקנה השט"ח ורבא ס"ל א"צ להביא ראיה.

א"כ מצינו גם אליביה דאב"י חילוק גדול בין שטרות לממרמות דהא שטרות גרע דצריך להביא ראיה שקנה משא"כ בממרמות דנודאי א"צ להביא ראיה כמבואר בסי' נו"ן וסי' ס"ו ולרבא דס"ל שם דא"צ להביא ראיה אם נקנה במסירה עכ"ז הא לרבא מצינו חילוק אחר בפשטות בין שטרות לממרמות דהא ס"ל לרבא בב"ב ד' כ' כשמואל דמוכר שט"ח ומחלו מחול ואלו בממרמות אינו מחול ולאב"י דס"ל שם דאין הכרח לדשמואל: הא מצינו אליביה חילוק אחר בקמה שהצריך להביא ראיה אף למאן דנקנות במסירה א"כ נדחה ראיתי הנ"ל משום דעדיין יש לחלק בין שטרות לממרמות פנ"ל: ועכ"ז אף דעדיין יש לחלק ביניהם ונדחה ראיתי הנ"ל: עכ"ז הנכון בנודאי בפשיטות כמו שהעלה החתם סופר להשיג על הרב השואל הנ"ל דנודאי גם ממרמות הוי אין גופן ממון וכמבואר בש"ך סי' ק"צ ס"ק א' באה"ד שכתב שם בזה"ל ואע"ג דשטרות אימעטו מקראי

משבועה ואונאה ושאר דברים מטעם אין גופן ממון וה"ט שייך נמי בממרות מ"מ לענין קדושין ומקח וממכר לא שייך ה"ט אלא תלוי בכיין דאית לה הנאה גמרי ומשעבדי נפשיהו עכ"ל הש"ך וכ"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק יו"ד באה"ד ע"ש.

הרי שנעלם מהם הש"ך הנ"ל וס"ל להש"ך בפשיטות דגם ממרות הוי אין גופן ממון דבונדאי פיון דאמרו בש"ס דיצאו שטרות דאינו עומדין אלא לראיה שבהם דזה שייך ג"כ בממרות ומה דיש להקשות דלמה לא תירצו התוס' והפוסקים על קושיותם דמייירי בממרות כבר כתבתי לתרץ זה בריש סי' ס"ו ואף דנתבאר דממרות דינם ככל שטר זהו דוקא בזה לפי שעיקר השטר אינו רק לראי' וכן מש"כ הנו"ב במ"ק ח' ח"מ סי' ל"ד באובליגאטצייאון דדינים ככל שטר זה אינו דומה לאסיגנאצייעס דיוצא טבען בתורת מטבע ע"פ פקודת המלך בכל המדינות וכמו כל מטבע ומחוייב כ"א לקבלו דנדאי דינו כמו כל מטבע וכמש"כ החתם סופר בסי' קל"ד וכל זה ברור ופשוט: ויש להעיר מזה ג"כ בדברי הרא"ש ב"מ ד' פ"ה סי' א' שכתב דבשטרות לא שייך למעוטי גבי ריבית דלא שייך ריבית אלא בהלונאה ולפרוע אחר במקומו אבל באלה לא שייך ריבית אלא שכירות מקרי רי' כו' עכ"ל וכיין דאסיגנאצייעס דינים כממון גמור פנ"ל ע"כ לא שייך בהם לומר דדינים פשטרות גבי ריבית דז"א משום דדינים ככל ממון גמור גבי איסור ריבית דאל"כ הא משפחת פו בהו אף באמת אין מקום מזה להוכיח פו דבלא"ה דברי הרא"ש תמוה מאד כמו דתמה הבית יוסף ביו"ד סי' קס"א והט"ז שם ס"ק א' ואכמ"ל אף כבר נתבאר בשארי ראיות דדין הבילעטין כמו ממון גמור לכל מילי: ועיין בחתם סופר ח' יו"ד סי' ש"ד שכתב ג"כ דד"ד הוא מה"ת דלא כהב"ש וזהו כמש"כ לעיל וכל מי שיבא לעיין בסי' הלז יעיין ג"כ במש"כ בריש סי' ס"ו במה שהארבתי לדון הרבה בענין שטרות הנכתבין לכל המוציאו ובסוגיא דקדושין דף ה' מזה פי יש לזה שייכות למה שכתבתי לדון בהנהך בילעטין בסי' הנ"ל פי בעת שעיינתי בענין הלז נתחדש לי אז למה שכתבתי בריש סי' ס"ו ומחמת פי הנה קונטרס בארובה לכן חלקתיים לשני סימנים פדרכי פדי שלא ילאה הקורא: (יא) (שם סעי' ל"ט) ש"ך (ס"ק קכ"ד) הביא שיטת הראב"ד דכתב בפ"ה ה' טוען הלכה ו' גבי שטרות דאיתמעטי משבועת השומרים דשבועה שאינה ברשותו נשבע ופי' הש"ך שם טעמו דמשבועה דיש לה רגלים לדבר לא פטרתו התורה והביא שם בשם הב"ח שהקשה בסי' צ"ה על הראב"ד הנ"ל מהא דב"מ ד' נ"ח דפרי"ך הש"ס על הא דתני שם דבהקדשות אינו נשבע מהא דבני העיר ששלחו שקליהו ונגנבו או שאבדו נשבעין לגזברין כו' ולשיטת הראב"ד הנ"ל אינו קשה די"ל דמייירי התי' דנשבעין שאינה ברשותם ותי' הש"ך דבע"כ מייירי דנשבע שלא פשע מדקתני ונגנבו או שאבדו אלקא דמייירי דידוע דאינו ברשותו רק דהספק הוא שמא ע"י פשיעה נגנב ונאבד דאל"כ ה"ל למיתני ואומרים שנגנבו או נאבדו עכ"ל: ענה א אבל באמת תירצו דחוק דהא איתא בב"מ ד' ל"ד המלנה על המשכון ואבד המשכון כו' שמא יוציא את המשכון כו' ואי איתא לדרב הונא פיון דמשתבע שאינו ברשותו היכי מצי מפיק לה אלא א' רב יוסף שיש עדים שנגנבה סוף סוף מהיכא מיתני לה כו' ואפיי אומר גזירה כו' רב אשי אומר זה נשבע שאינו ברשותו וזה נשבע כו' אלקא דכולי אמוראי זולת רב יוסף ס"ל דחייב מלנה התי' לשבע שבועה שאינה ברשותו ולא מפרשי שיש עדים שנגנבה ואף דתני ואבד המשכון ולא בלשון דאומר דאבד המשכון מ"מ מפרשינו

דאָמער דאָבד המלשכּוֹן וכמש"כ התוס' בב"מ ד' ל"ג ד"ה נגנבה כו' דהנפקד אומר שנגנבה כו' א"כ ה"ה פאן י"ל פן דארף דתנן נגנבו או שאבדו היינו דאומרים שאבדו או שנגנבו וע"כ תירוצו של הש"ך אינו מספיק לתרץ קושית הב"ח הנ"ל וכן הקשה הט"ז בסי' צ"ה סעי' ט' ע"ש והמגיה תירץ שם כתירוצו הש"ך הנ"ל ע"פ דברי רש"י דב"מ ד' נ"ח הנ"ל אבל לפמש"כ אין תירוצו עולה יפה פנ"ל: ונ"ל לתרץ קושית הב"ח הנ"ל ע"פ הא דב"מ ד' נא"ו דמקשינן דנימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועה ומשני דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא ואב"י אמר שפא ספק מלוה ישנה יש לו עליו מלוה איתא בחזרה שבוועה ליתא בחזרה והאלפס פסק פאב"י וכן פסקו בסי' צ"ב וכמש"כ הנ"י והרא"ש ולפ"ז יש לדון דבהקדש אינו שייך כלל שבוועה שאינו ברשותו דכיון דעיקר הטעם הוא משום שפא מלוה ישנה יש לו עליו וממון איתא בחזרה והטעם הוא דממון איתא בחזרה משום דלאו דגזל הוי לאו הניתק לעשה דעשה והשיב את הגזילה אבל בגזל ממון הקדש קיי"ל דלוקה משום דמועל בהקדש לוקה ולא מהני חזרה דלא הוי לאו הניתק לעשה ועיקר מלתא דמעילה היינו היכא דלא נהנה ולא פגם דחייב היכא דמוציא מרשות הקדש לרשותו דהדיוט ונראה דה"ה באם הפקידו תחת יד אחד ממון הקדש וכפר הנפקד דדינו ג"כ כמו גזל מהקדש דמעל דהא אמרינן בב"ק ד' ע' דאמטלטלין דכפרה לא פתבינן הרשאה משום דהוי אינו ברשות הבעלים וכמו גזילה ע"ש בתוס' ומה"ט כופר בפקדון חייב באונסין א"כ פינון דכפר המטלטלין דהקדש דהפקידו אצלו כשתבעו ממנו הגזברים הוי כמו מוציא מרשות הקדש לרשות הדיוט והמל"מ פ"א הל' מעילה ה"ג כתב דמה דיש מעילה בשוגג יש אזהרה במזיד וכ"כ המקנה בקדושין דף נ"ד ע"ב ד"ה וכי מאחר דארף בהוצאה במזיד מרשות הקדש איכא חיוב מלקות ואכמ"ל נארף די"ל דהוי לאו דאין בו מעשה כמש"כ האו"ת סי' ל"ד סוף ס"ק ג' בכופר בפקדון מ"מ איסור מעילה יש ולא ניתקן בחזרה: א"כ לפ"ז לא שייך שבוועה דאינו ברשותו בהקדש דהא עיקר הטעם דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא משום דאמרינן ספק מלוה ישנה יש לו עליו וממונא איתא בחזרה אבל בהקדש לא שייך זה נארף דספק מלוה שייך ג"כ בהקדש דיוכל להיות דהגזברים קנו ממנו שום דבר ולא פרעו לו מ"מ קשה דא"כ ישבע ג"כ מספק דא"ל ממון איתא בחזרה שבוועה ליתא בחזרה דהא בגזל ממון הקדש ג"כ ליתא בחזרה ע"כ אף לשיטת הראב"ד דס"ל דנשבעין שבוועה דאינו ברשותו דמזה לא מיעטה התורה.

עכ"ז לא כתב פן רק בשטרות ועבדים וכה"ג והראב"ד פ"ה ה' טוען קאי על שטרות אבל לא בהקדש דבהקדש לא שייך זה כלל והא דהוצרף התורה למעט הקדשות משבוועת השומרים י"ל דהתורה הצריכה למעט על שבוועה דלא פשעתי דפשיעה לא הוי מועל בהקדש ועיין בסי' רצ"ד ובנתיבות שם שכתב דארף להסוברים דשבוועה שלא פשעתי הוי בתורת גלגול עכ"ז ז"א רק בחשש פשיעה דמקודם הגניבה אבל בחשש פשיעה בעת האבידה זה הוי שבוועה דאורייתא ע"ש.

או די"ל בזה כמש"כ התוס' בב"מ ד' ה' ד"ה דחשוד אממונא כו' וביותר לפמש"כ התוס' בב"ק ד' ק"ח ד"ה ותרי כפולי כו' דחשוד על השבוועה אינו פסול רק מדרבנן ע"ש וע"כ מיושב קושית הב"ח והש"ך הנ"ל: ענף ב וע"פ מה שנתבאר דמשום מלוה ישנה משבעינן לי דקיי"ל פאב"י פנ"ל הנה בימי טל ילדותי אמרתי ליישב עפ"ז להמחבר בסי' צ"ה סעי' ד' שכתב שם שטר מסרתי לה וזה טוען להד"ם פטור אף משבוועת הדיסט והקשו

שם על המחבר הנ"ל דהא הרמב"ם פסק דנשבעין שבועת היסות על שטרות ודוקא שד"א אין נשבעין בשטרות וכן בקרקע פסקו דנשבעין שבועת היסות א"כ קשה דמ"ש שטרות ע"ש בסמ"ע ונ"ש: והנלע"ד לתרץ בהקדמם מש"כ הבעה"מ בב"מ ד' ו' עלה דאב"י דמשום מלנה ישנה משבעין ליה דא"כ יתבע את חובו ולטעון דתופס החפץ עבור חובו דנאמן במיגו ול"ל למימר דגוף החפץ הוא שלו והרמב"ן והנ"מ יוסף והר"ן בחידושי שם תירצו לקושיתו דהבעה"מ הנ"ל די"ל דעיניו נתן בגוף הטלית דרוצה בגוף החפץ דלא תחמוד בלא דמי משמע להו ע"ש וזה ברור דקיי"ל שטרות אינן נקנין אלא בכתיבה ומסירה ואם טען הלוקח פתיכה הנה לי ואבד דעת הרמב"ם דנאמן לומר פן ולגבות מהלנה אם אינו טוען מי יאמר שכתב ומסר לה או אם טוען דבאגב הקניית לי נאמן בכל גונו לגבות מן הלנה וכמבואר בסי' ס"ו סעי' י"א ובגמתיבות סי' ס"ו סעי' י"א בחידושים שם ס"ק למ"ד שכתב לפי שיטת הרמב"ם דלא בעי פתיכה באגב נאמן לומר פן אף לענין תביעה וכ"כ האו"ת שם דנאמן לומר במתנת שכ"מ אף לתבוע מהלנה פניו דאין ריעותא דכתיבה בידו ע"ש אבל שיטת רוב פוסקים החולקים שם וס"ל דאינו נאמן פלל פניו דאין גופו ממון ע"כ אין תפיסתו ראיה פלל ועיין בפ"ש: ולכאורה יש לדון דלא יצטרף לשבע שבועת היסות בכופר על שטרות דהא י"ל בזה דנימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ואין לומר ספק מלנה כו' דא"כ תקשה דיתבע חובו ויודה לחבירו על גוף השט"ח דיהיה נאמן לתפוס את השט"מ במיגו כמבואר בפרק הכותב ד' פ"ה גבי מלוגא דשטרא ובח"מ סי' ס"ד ואין לומר דרוצה בגוף השט"ח כדי דיהיה חייב לו בשם עבד לנה כמש"כ כה"ג הבעה"ת והובא בפ"ש: סי' ס"ו ס"ק קי"ג די"ל דניחא ליה דליהוי אידך עבד לנה דידיה ע"ש ועיין בסי' פ"ה בפשיט' הבעה"מ דהובא בפ"ש: שם דכתב די"ל דלנה מפלוגי מחמת דזה גובה וזה גובה ולפ"ז י"ל גם הכא דניחא ליה בגוף השט"ח משום ה"ט אבל ז"א לשיטת רוב פוסקים דס"ל דאין נאמן לומר פתיכה הנה לי ואבד ועיקר זכותו אינו רק לענין דיהיה יכול לתפוס את השטר ת"י דזהו רק למשכון על החוב שיש לו על המלנה וכמו במלוגא דשטרי פנ"ל א"כ קשה דיתבעחובו דיהא נאמן במיגו פנ"ל.

אבל גוף השט"ח יודה לחבירו ול"ל לשקר כ"כ ודחוק לומר דשאני שט"ח בזה מן חפץ בעינו ע"כ דדוקא הרמב"ם לטעמיה דס"ל דנאמן גם לתבוע מהלנה ע"כ שפיר י"ל גם בזה ספק מלנה אבל לשיטת המחבר דהביא בסי' ס"ו סעיף י"א שיטת החולקים על הרמב"ם ומספיקא דפלוגתא אין מוציאין מהלנה ע"כ שפיר פסק דפטור מש"ה משום קושית הבעה"מ הנ"ל ושאני שטרות מקרקעות בזה ואף לפמש"כ הגמתיבות סי' צ"ב ס"ק ב' די"ל דגולד לו ספק בגוף החפץ עכ"ז הא התומים שם לא ס"ל פן ולכן מיושב שפיר קושיתם.

(יב) (שם סעי' מ') בפ"ש: (ס"ק קכ"ו) באה"ד בד"ה גם ראיתי בתוס' פ' הנהב ד' נ"ז ע"ב שכתבו להוכיח דאף פשיעה פטור בשטרות והקדשות מדפריף לקמן מן השוכר את הפועל ולא משני כשפשע כו' דזה לאו ראיה הוא דא"כ רישא דקתני אין נותנים לו שכר שבת אין אחריות שבת עליו הא ש"ח מיהא הוי ויהיה חייב בפשיעה כו' עכ"ל הש"ש: ול"ן לתרץ דברי התוס' ע"פ המבואר בח"מ סי' רצ"א סעי' כ"ו דשומר שפסד לשומר חייב ואם דרף הבצלים להפקיד כו' הרי השומר פטור והוא שלא ימעט שמירתו אבל אם

מִיעֵט שְׁמִירְתוֹ הָרִי פּוֹשֵׁעַ הוּא הָרָאוּשׁוֹן וּמְשַׁלֵּם אַע"פ שִׁשְׁאָל אוֹ שְׂכָר בְּבַעֲלִים וְהוּא מִן הָרַמְבַּ"ם פִּי"א הַל' שְׁכִירוֹת הַל' ד' שִׁפְתָב ג"כ בּוֹזֵה"ל דָּאָם מִיעֵט שְׁמִירְתוֹ חֲזִיב אַף בְּמִסְרֵי לְמִי שֶׁהַבְּעָלִים רְגִילִים לְהַפְקִיד אֶצְלוֹ מְשׁוּם דְּהוּי פּוֹשֵׁעַ אַע"פ שִׁשְׁאָל אוֹ שְׂכָר בְּבַעֲלִים כּו', וְכַתֵּב הַכ"מ שֵׁם דָּאָע"ג דְּפְשִׁיעָה בְּבַעֲלִים פְּטוֹר הֵינּוּ פְּשִׁיעָה וְלֹא שְׂמֵרָה אֲבָל אִם הִזִּיקָה בְּיָדִים פְּשִׁיטָא דְחֲזִיב: וּמְסָרָה לְאַחַר וּמִיעֵט שְׁמִירְתוֹ חֲזִיב כְּמִזִּיק בְּיָדִים כּו' עַכ"ל הַכ"מ וְהוּבָא בְּבֵאֵר הַגּוֹלָה ס"ק ר' וְעֵינֵן בְּשִׁ"ף שֵׁם ס"ק מ"ו מ"ו מ"ו מ"ו כְּשֵׁם רַש"י: וּלְפ"ז שְׁפִיר הוֹכִיחוּ הַתּוֹס' דָּאָם נִימָא דְפְשִׁיעָה חֲזִיב בְּכָל הֵנָּה דְמִיעֵטֵן הַתּוֹרָה מִן דִּין שׁוֹמְרִים א"כ הָא הָרִי מְצִי הַש"ס לְאוֹקְמִי לְהָא דְתַנִּי אַחֲרֵי שְׁבַת עָלְיוֹ דְמִיָּרִי בְּמִסְרָן לְש"ח דְּהָא הָרִי מִיעֵט בְּשְׁמִירְתוֹן וְאִם אַחֲרֵי שְׁבַת עָלְיוֹ דְּדִינוֹ כַּש"ש: וְאַף דָּאָם נִגְנְבוּ וְנִאֲבְדוּ פְּטוֹר מְלֻשָׁלָם מ"מ פִּינּוֹן דְּלַכְתַּחְלָה מְחֻנְיָב לְהִיּוֹת יוֹשֵׁב וּמְשַׁמֵּר כְּדִין ש"ש א"כ הָא הָרִי מִיעֵט בְּשְׁמִירְתוֹן כְּדִין שְׂכָר בְּבַעֲלִים שִׁפְתָבוּ דְּהוּי מִיעֵט בְּשְׁמִירְתוֹן דְּחֲזִיב מְשׁוּם דְּהוּי כְּמוֹ מִזִּיק בְּיָדִים אַף דְּפְטוֹר בְּשְׂכָר בְּבַעֲלִים עַל פְּשִׁיעָה מ"מ מַה דְּמִסְרָן לְאַחַר גְּרַע מִן פְּשִׁיעָה וְכַמְש"כ הָרַמְבַּ"ם וְהַכ"מ א"כ ה"ה בְּהֵנָּה דְמִיעֵטֵן הַתּוֹרָה מִן חֲזִיב שׁוֹמְרִין דְּמ"מ בְּזֵה דְמִסְרָן לְאַחַר חֲזִיב מְשׁוּם דְּהוּי פּוֹשֵׁעַ דְּהָא לְכַתַּחְלָה מְחֻנְיָב לְהִיּוֹת יוֹשֵׁב וּמְשַׁמֵּר כְּדִין ש"ש וְהוּי מִיעֵט בְּשְׁמִירְתוֹ פְּנ"ל וְע"כ אִם מְסָרָן לְש"ח אַף דְּהוּי רְגִילִים הַבְּעָלִים לְהַפְקִיד אֶצְלוֹ מ"מ הָרִי פְּשִׁיעָה וְאִם אֵין אַחֲרֵי שְׁבַת עָלְיוֹ פְּטוֹר מְשׁוּם דְּאִזּוֹ לֹא הָרִי מִיעֵט בְּשְׁמִירְתוֹ [וְעֵינֵן בְּנִתְיָבוֹת סִי' ש"א ס"ק ב' וְקַצְרֵתִי].

וּמִדְּפָרְיָהּ הַש"ס בְּפְשִׁיטוֹת מִן הַשׁוֹכֵר אֶת הַפּוֹעֵל כּו' וְלֹא מְשַׁנֵּי דְמִיָּרִי בְּכַה"ג מוֹכַח דַּס"ל לְהַש"ס דְּגַם מִן פְּשִׁיעָה נִתְמַעְטוּ וְאַף דַּס"ל לְהָרַמְבַּ"ם וְהַמְחַבֵּר דָּאָע"פ שִׁשְׁאָל וְשְׂכָר בְּבַעֲלִים דְּפְטוֹר גַּם מִפְּשִׁיעָה דְּהָא קִי"ל פְּשִׁיעָה בְּבַעֲלִים פְּטוֹר וּמ"מ ס"ל דָּאָם מִיעֵט שְׁמִירְתוֹ דְּחֲזִיב מְשׁוּם דְּהוּי כְּמוֹ מִזִּיק וְכַמְש"כ הַכ"מ.

י"ל דַּס"ל לְהַתּוֹס' בְּזֵה דְלֹא כְּהָרַמְבַּ"ם אֲלָא ס"ל דְּדִינוֹ רַק כְּמוֹ פְּשִׁיעָה וְלֹא כְּמִזִּיק [וְעֵינֵן בְּשִׁ"ף סִי' רַצ"א ס"ק מ"ו וּבְסִי' ס"ו בְּשִׁ"ף ס"ק קכ"ז וּבְסִי' ש"א בְּשִׁ"ף ס"ק ד'] וְס"ל לְהַתּוֹס' דְּכִינּוֹן דְּפְשִׁיעָה פְּטוֹר בְּשִׁטְרוֹת דַּה"ה גַּם כַּה"ג פְּטוֹר וְע"כ א"ש מַה דְּמִקְשָׁה הַש"ס מִן הָא דְּהַשׁוֹכֵר אֶת הַפּוֹעֵל כּו'.

וּבְאֲמַת יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל שִׁיטַת הָרַמְבַּ"ם דַּס"ל דְּפְשִׁיעָה חֲזִיב בְּכָל הֵנָּה דְמִיעֵט הַתּוֹרָה מִן דִּין שׁוֹמְרִים דְּתַקְשָׁה דְּמֵאֵי פְּרִיָּהּ הַש"ס שֵׁם מַהָא דְּשׁוֹכֵר אֶת הַפּוֹעֵל כּו'. הָא י"ל דְּמִיָּרִי בְּכַה"ג דְּמִיעֵט בְּשְׁמִירְתוֹן וְאִם אַחֲרֵי שְׁבַת עָלְיוֹ חֲזִיב בְּכַה"ג מְשׁוּם דְּהוּי פְּשִׁיעָה וְאִם אֵין אַחֲרֵי שְׁבַת עָלְיוֹ פְּטוֹר מְשׁוּם דְּהָא לֹא מִיעֵט בְּשְׁמִירָה וְכַש"כ לְשִׁיטַת הָרַמְבַּ"ם דַּס"ל דְּזֵה גְרַע מִן פְּשִׁיעָה וְחֲזִיב בְּכַה"ג אַף בְּבַעֲלִים א"כ תַּקְשָׁה בְּיֹתֵר דְּמֵאֵי פְּרִיָּהּ הַש"ס מְהַשׁוֹכֵר אֶת הַפּוֹעֵל כּו' הָא ה"מ לְאוֹקְמִי כְּהָאֵי גִּוְנָא: וִי"ל דְּבְאֲמַת עֵינֵן מְלִתָּא דְּפִסְק הָרַמְבַּ"ם דְּבְמִיעֵט שְׁמִירְתוֹ הָרִי פּוֹשֵׁעַ דְּזֵה תְלוּי בְּפִלְגֻמַּת אֲמוֹרָאֵי דְּב"מ ד' ל"ו דְּרַב ס"ל שֵׁם שׁוֹמֵר שְׁמִירְתוֹ לְשׁוֹמֵר דְּפְטוֹר אַף אִם גְּרַע לְשְׁמִירְתוֹ מְשׁוּם דְּהָא מְסָר לְכֹן דַּעַת וְרִי"ח פְּלִיג ע"ז וְס"ל דְּחֲזִיב מְשׁוּם אֵין רְצוֹנֵי שְׁיָהָא פְּקוּדוֹנֵי בְּיַד אַחַר וְעֵינֵן בְּתוֹס' ד"ה רַב אָמַר פְּטוֹר כּו'.

וּלְקַמֵּן ד' צ"ג תּוֹס' ד"ה אֵי הָכִי אֲמֵאֵי פְּטוֹר כּו' שִׁפְתָבוּ וּמַהָא דְּאָמַר רַב דְּשׁוֹמֵר שְׂכָר שְׁמִירְתוֹ לְשׁוֹמֵר חֲנָם פְּטוֹר כּו' א"כ י"ל דְּלַרְב וְנִדְאֵי אַף אִם מִיעֵט בְּשְׁמִירָה לֹא הָרִי פְּשִׁיעָה

דְּהָא מְסַר לְבָן דַּעַת וְעֵינָן בְּב"ק ד' י"א וְאִי בְּשֵׁבֶת דָּף מ' דְּרַבָּה בְּכָל מִילֵי עֶבֶיד פְּרַב רַבִּינָה לְחַוְמָרָא וְנִדְוַע דְּחַוְמָרָא בְּמָמוֹן הָוֵי דָּאִין מוֹצִיאִין מִן הַמְּוֹחָזֵק וְכֵינָן דְּלַרְב וְנִדְאִי אָף אִם מְיַעֲט בְּשִׁמְרִיהָ פְּטוּר וְלֹא הָוֵי פְּשִׁיעָה א"כ מְסַתְּמָא ס"ל כֹּן לְרַבָּה תַּלְמִידוֹ דָּאִין לְהוֹצִיא מָמוֹן וּלְחַזְיָבוּ מְשׁוּם פְּשִׁיעָה וְעֵינָן בְּסוּפָה רפ"א בְּרַא"ש וּבִר"נ פְּעִין זֶה וְשִׁטַּת אִיפֵּא דְאָמַר שָׁם בְּרִי"ף דְּאָף בְּמָה דְלֹא פְּלִיגֵי רַב וְשְׂמוּאֵל אֲמַרִּינָן דְּרַבָּה עֶבֶיד פְּרַב לְחַוְמָרָא א"כ הֵכָא בְּב"מ ד' נ"ח דְרַמֵי לִיהָ רַב יוֹסֵף ב"ח לְרַבָּה הֵךְ קוּשְׁיָא מִן הַשׁוֹכֵר אֵת הַפּוֹעֵל כּו' ע"כ שְׁפִיר הִקְשׁוּ וְלֹא תִי דְמַיְירִי בְּמִיעֵט לְשִׁמְרִיהָ דְּהָא לְרַבָּה דִּס"ל פְּרַב א"כ הָא כּה"ג לֹא הָוֵי פְּשִׁיעָה פְּלִל דְּהָא מְסַר לְבָן דַּעַת וְע"כ שְׁפִיר הִקְשׁוּ לוֹ וְאַשְׁתִּיק רַבָּה וְא"ל מִיָּדִי שְׁמִיעַ לָךְ בְּהָא וְהוֹכְרַחוּ לְתַרְזַן בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ אֲבָל לְדִינָא דְלֹא קִי"ל פְּרַב הֵתָם בְּב"מ שְׁפִיר פְּסַק הֶרְמֵב"ם דְּבְמִיעֵט שְׁמִירָה הָוֵי פְּשִׁיעָה.

וְאָף דְּרַב חֲסָדָא אָמַר שָׁם בְּב"מ ד' ל"ו דְּהָא דְרַב לָאו בְּפִי אִיתְמַר כּו' עכ"ז הָא אֲבִי אָמַר שָׁם דְּלִטְעָמִיהָ דְרַב אָף ש"ש שְׁמַסַר לְש"ח פְּטוּר כּו' א"כ ס"ל לְאֲבִי דְרַב אָמַר כֹּן לְהֵךְ מְיַלְתָּא וְדִלֹא כִר"ח א"כ מְסַתְּמָא ס"ל כֹּן לְרַבָּה רַבּוֹ דְאֲבִי וְכַמְש"כ הַתּוֹס' בְּשֵׁבֶת ד' מ"א ע"ב בְּד"ה מִיָּחָם שְׁפִינָה כּו' דְּמְסַתְּמָא אֲבִי כְּרַבָּה רַבִּינָה ס"ל ע"ש וּבְעֵיקַר הַכָּלל הִנֵּה יֵשׁ לְדוֹן הַרְבָּה וְאִכְמ"ל] ע"כ שְׁפִיר הִקְשׁוּ לְרַבָּה מֵהֵךְ דְּהַשׁוֹכֵר אֵת הַפּוֹעֵל כְּנ"ל וְא"ש שִׁטַּת הֶרְמֵב"ם וְעכ"ז מִש"כ לְעֵיל לְתַרְזַן דְּבְרֵי הַתּוֹס' א"ש מְשׁוּם דְּהָא אָמְרוּ בְּב"מ שָׁם ד' נ"ח דְּכֹן אֲרִי"ח בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ.

אֲלָמָא דְגַם לְרִי"ח הִנֵּה קָשָׁה כֹּן וְהָא לְרִי"ח דִּס"ל בְּב"מ ד' ל"ו דְּשׁוֹמֵר שְׁמַסַר לְשׁוֹמֵר חֲזִיב וְלֹא מְבַעֲיָא ש"ש שְׁמַסַר לְש"ח דְּגָרַע לְשִׁמְרִתּוֹ כּו' וּפְלִיג שָׁם עַל רַב וְכֹן ס"ל לְרִי"ח בִּירוּשְׁלַמֵי לְקַדוּשֵׁין פ"א ה' ד' דְּשׁוֹמֵר שְׁמַסַר לְשׁוֹמֵר חֲזִיב א"כ עֲדִינָן תַּקְשָׁה דְל"ל לְרִי"ח לְאוּקְמֵי בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ הָא י"ל דְּמַיְירִי בְּמִיעֵט שְׁמִירַתּוֹ דְּהָוֵי פְּשִׁיעָה לְדִינָהּ וּמְדַלָּא אוּקְמֵי כֹן שְׁפִיר הוֹכִיחוּ הַתּוֹס' דְּגַם פְּשִׁיעָה פְּטוּר בְּשִׁטְרוֹת וְהַקְדָּשׁוֹת כְּנ"ל: וּבְשִׁטַּת הֶרְמֵב"ם אֲפֻשָׁר לֹמַר דְּכַוְנַת הַגַּמ' דְּאָמְרוּ וְכֹן א"ר יוֹחָנָן בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ דְלֹא עַל הָאִי מְלִתָּא דְּהַקְשׁוּ מִן הַשׁוֹכֵר אֵת הַפּוֹעֵל אָמַר כֹּן רִי"ח אֲלָא בְּאַמְתָּא א"ר יוֹחָנָן כֹּן בְּב"ב ד' ג' עַל מַה דְּמַקְשָׁה הַש"ס שָׁם כִּי רָצוּ מֵאֵי הָוֵי כּו' א"ר יוֹחָנָן בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ וְעֵיקַר כְּוַנַּת הַגַּמ' שָׁם לְהוֹכִיחַ דָּאִין לֹמַר דְּדוֹחֵק לְאוּקְמֵי דְמַיְירִי בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ וּבְאַמְתָּא חֲזִינָן דְּהִנֵּה דוֹחֵק לְהַש"ס לְאוּקְמֵי דְמַיְירִי בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ וְהִיכָא דִּישׁ לוֹ תִּירוּץ אַחַר אֵינוֹ מְשַׁנֵּי דְמַיְירִי בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ דְּהָא הֶרִיטְב"א בְּחִי' לְב"מ שָׁם הִקְשָׁה דְלָמָּה לֹא מְשַׁנֵּי הַגַּמ' לְהָא דְקִנּוּ מִיָּדוֹ עַל הָא דְּהַקְשׁוּ שָׁם בְּגַמ' לְעֵיל מִן בְּנֵי הָעִיר כּו' וְעֵינָן בְּמַרְדְּכֵי פ' הַזֵּהָב בְּשָׁם הַר"מ כּו'.

אֲלָמָא דְּהַאמְתָּא הוּא דְּהִיכָא דְּהִנֵּה לְהֵם תִּירוּץ אַחַר רָאוּ לְהַדַּר אַחַר תִּי אַחַר וּמַה"ט אָמְרוּ שָׁם דְּרַבָּה אֲשִׁתִּיק וְא"ל מִיָּדִי שְׁמִיעַ לָךְ בְּהָא אֲלָמָא דְלֹא הִנֵּה רוּצָה כ"כ לֹמַר דְּמַיְירִי בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ אָף דְּזָהוּ דְרַב פְּשׁוּט מְשׁוּם דְּהִנֵּה לוֹ דוֹחֵק לְאוּקְמֵי בְּכַה"ג דֹּא"כ אִיף סְתָם הַתַּנָּא בְּזָה וְע"ז י"ל דֹּא"ל רַב יוֹסֵף ב"ח לְתַרְזַן דֹּא"ר ש"ש בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ וְכֹן א' רִי"ח בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ הַכְּוַנָּה דְּמַצִּינוּ דְלֹא הִנֵּה דוֹחֵק לְרִי"ח לְאוּקְמֵי בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ אָף דְּתַנּוּ סְתְמָא שָׁם בְּב"ב.

א"כ ה"ה הֵכָא י"ל דְּאָף דְּסְתָם הַתַּנָּא מ"מ יֵשׁ לְפָרֵשׁ דְּקֵאֵי בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ וְנִקְטוּ לְשׁוֹן קְצָרָה וְעֵינָן ב"מ ד' צ"ד דְּאָמַר שְׂמוּאֵל בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ וּלְעֵיל ד' ט"ו כֹּן י"ל לְכַאוּרָה בְּזָה: אֲבָל

בְּאֵמֶת אֵין זֶה בְּמִשְׁמְעוֹת הַסּוֹגֵיָא וְעוֹד יֵישׁ לְדוֹן בְּזֶה דְּהִנֵּה בְּעִיקְרֵהּ הֵךְ מִלְתָּא דְאֶמְרוּ בְּקִנּוּ מִיָּדוּ תְּמָה הַאוּ"ת בְּסִי" ס"ו ס"ק ע"א דְאִיךְ מִשְׁפַּחַת לִי בְּהַקְדָּשׁ דִּין חֲלִיפִין דְּהָא ה"ל מוֹעֵל בְּהַקְדָּשׁ ע"ש וּבְאֵמֶת נִרְאֶה לִי בְּזֶה ע"ש מִש"כ הַקְצָה"ח בְּסִי"ג ס"ק ה' וּבְסִי" קצ"ה ס"ק ט' דִּישׁ לְדוֹן בְּדִין קִנְיָן חֲלִיפִין דְּקִנְיָה בְּתוֹרַת עֶבֶד פְּנֻעֵי פְּמוֹ בְּקִדּוּשֵׁין ד' ח' ע"ש א"כ עפ"ז נִיחָא גְּוִשְׁיַת הַאוּ"ת הַנִּזְ"ל מִשׁוּם דְּלֹא ה"ל דִּין מוֹעֵל בְּהַקְדָּשׁ בְּהֵךְ קִנּוּ מִיָּנִיָּה מִשׁוּם דִּי"ל דְּאֶחָרִים נִתְּנוּ לוֹ הַסּוֹדֵר פְּדִי שְׂיִתְחַיֵּיב לְהַקְדָּשׁ וּמִהֲנִי זֶה בְּתוֹרַת עֶבֶד פְּנֻעֵי וּמִיָּנֻשׁ בְּגוֹשְׁיַת הַאוּ"ת הַנִּזְ"ל וְיֵישׁ לִי לְהַאֲרִיךְ בְּזֶה וְכֵן מְצִאתִי בַקְצָה"ח סוֹף סִי" ס"ו שְׂכ"כ וּלְפ"ז אֵינוֹ רְאִיָּה לְזֶה כ"כ מְהֵא דְב"ב דִּי"ל דְּלִכְּנֵן לֹא הֵיָּה רּוֹצִים כ"כ לְאוּקְמִי בְּקִנּוּ מִיָּדוּ מִשׁוּם דְּאֶפְשָׁר פְּסֻכְרַת הַאוּ"ת הַנִּזְ"ל [וְע"פ מִש"כ הַשֵּׁ"ךְ לְקַמְן בְּסִי" ס"ו ס"ק קכ"ח לְוֹמֵר דְּקִנּוּ מִיָּדוּ לֹא מְהִנִּי עַל חַיּוּב שְׁבוּעָה פִּי אִם עַל חַיּוּב תְּשְׁלוּמִין א"ש לְמָה שְׁהַקְשָׁה הַרִיטְבֵּ"א פְּנ"ל מִשׁוּם דִּי"ל דְּלַעֲיִל דְּמִיָּנִי בְּחַיּוּב שְׁבוּעָה ע"כ לֹא מְשַׁנֵּי בְּקִנּוּ מִיָּדוּ מִשׁוּם דְּלֹא מְהִנִּי קִנְיָן עַל חַיּוּב שְׁבוּעָה רַק הֵכָא דְּמִיָּנִי בְּחַיּוּב תְּשְׁלוּמִין ע"ז שְׁפִיר מְהִנִּי קִנּוּ מִיָּדוּ] וְעוֹד דְּהָא בְּב"ב שֵׁם אֶמְרוּ אֶמֶר רַב אֲסִי אֶמֶר רַב יוֹחֲנָן בְּקִנּוּ מִיָּדוּ וְאֵלוּ הֵכָא בְּב"ב לֹא הִזְכִּירוּ לְהָא דְאֶמֶר רַב אֲסִי אֶלָּא אֶמְרוּ וְכֵן א"ר יוֹחֲנָן אֵךְ אֵין לְהַאֲרִיךְ בְּכ"ז פִּי בְּאֵמֶת בְּלֹא"ה אֵין סְבָרָא לְפָרֵשׁ בְּכּוֹנֵנַת הַסּוֹגֵיָא דְנִתְּפֻנְנוּ לְהָא דְרִיו"ח דְּב"ב וְע"כ שְׁפִיר פְּתָבוּ הַתּוֹס' לְהוֹכִיחַ דְּמִיָּעֲטֵן הַתּוֹרָה אֵךְ מִן פְּשִׁיעָה מְדָלָא מוֹקִי הַס' בְּכַה"ג וּמִתּוֹרַץ גְּוִשְׁיַת הַשֵּׁ"ךְ מֵעַל הַתּוֹס' הַנִּזְ"ל: אֵךְ הַשֵּׁ"ךְ לְשִׁיטָתוֹ דְּס"ל בְּסִי" רצ"א ס"ק מ"ו דְאֵךְ מִיָּעֵט שְׁמִירְתּוֹ לֹא מְקַרֵּי פְּשִׁיעָה פִּינּוּ שְׁמֹסֵר לְבָן דַּעַת ע"כ שְׁפִיר דְּחָה פְּאֵן לְרֵאֲיַת הַתּוֹס' הַנִּזְ"ל וְעֵינֵן בְּב"ב ד' ל"ו בְּתוֹס' שֵׁם וְקִצְרֵתִי: סִימָן סז (א) (שֵׁם סְעִי יו"ד) הַמְלָנָה אֵת חֲבִירוֹ וְקִבַּע זְמַן לְעֶשֶׂר שָׁנִים כּו' אֵינָה מִשְׁמַטָּת: וְלַחַד לִישְׁנָא בְּמַכּוֹת דָּף ג' מִשְׁמַטָּת.

וְהַקְשָׁה הַקְצָה"ח בְּס"ק ג' תִּיפּוֹק לִיָּה פְּשִׁיעָה לְעֶשֶׂר שָׁנִים הִרִי הַתְּחַיֵּיב א"ע לְפָרוּעַ לְעֶשֶׂר שָׁנִים וְלֹא גָרַע מִתְּנָאֵי ע"מ שְׁלֹא תְּשַׁמְטֵנִי שְׁבִיעִית דְאֵין בּוֹ מִשׁוּם מִתְּנָה עִמְש"כ בְּתוֹרָה מִשׁוּם דִּיכּוֹל לְחַיֵּיב עֲצָמוֹ בְּדָבָר שְׁבִיבָמוֹן וְאֵךְ בְּכַתֵּב בְּשִׁטְר בְּלִשׁוֹן פְּקֻדוֹן מְהִנִּי מְכַש"כ זֶה שְׁחַיֵּיב א"ע לְעֶשֶׂר שָׁנִים וְנִדְחַק לִישְׁבֵּי זֶה: וְלַעֲנ"ד אֵין זֶה קִנְיָה דְּהָא אֵינוֹ מוֹכַח מִן מָה שְׁקִבַּע זְמַן לְפָרוּעַ לוֹ לְעֶשֶׂר שָׁנִים דְּמִתְחַיֵּיב א"ע שְׁלֹא תְּשַׁמְטֵנִי שְׁבִיעִית דְּהָא יְכוֹל הַלְנָה לְוֹמֵר דְאֵךְ דְּהַתְּחַיֵּיבִיתִי לְפָרוּעַ לְאַחַר עֶשֶׂר שָׁנִים מ"מ לֹא נִתְּפֻנְנִיתִי לְעֶקְוֵר לְשְׁבִיעִית דְּהָא בִּיד הַמְלָנָה לְהַשְׁתַּדֵּל שְׁיִנְצַל מִן שְׁמִיטַת שְׁבִיעִית לֹא מְבַעֲיָא בְּחֹב בְּשִׁטְר דִּיכּוֹל לְמֹסֵר שְׁטְרוֹתֵיו לְב"ד דְּמוֹסֵר שְׁטְרוֹתֵיו לְב"ד אֵינוֹ מְשַׁמֵּט מַה"ת כְּמִש"כ הַתּוֹס' בְּמַכּוֹת ד' ג' בְּד"ה הַמוֹסֵר שְׁטְרוֹתֵיו לְב"ד כו'.

וְעֵינֵן בְּגִיטִין ד' ל"ו תּוֹס' ד"ה מִי אֵיפָא מִיָּדִי כּו' וְאֵךְ בְּחֹב בְּע"פ הָא מְהִנִּי פְּרוֹזְבוּל עַכ"פ מְדַרְבְּנָן לְהַנְצִיל מִן שְׁבִיעִית שְׁלֹא יִפְקִיעֵנוּ שְׁבִיעִית וְנִהוּ בִּיד הַמְלָנָה לְכַתּוּב פְּרוֹזְבוּל וְמַה"ט נֶאֱמָן לְוֹמֵר פְּרוֹזְבוּל הִנֵּה לִי וְאֶבֶד דְּזָהוּ דְּבָר בִּידוֹ וְכַמִּש"כ הַסִּמ"ע.

ע"כ אֵין בְּזֶה שׁוּם הַתְּחַיֵּיבוֹת שְׁלֹא תְּשַׁמְטֵנוּ שְׁבִיעִית וְהָא דְּכַתֵּב בְּלִשׁוֹן פְּקֻדוֹן אֵינוֹ מְשַׁמֵּט שִׂא"ה דְּהִנֵּי פְּמוֹ אוֹדִיתָא דְּזֶה מְהִנִּי אֵךְ בְּאִסּוּרִין וְכַמִּש"כ הַקְצָה"ח בְּסִי" קצ"ד: וְהָא דְּמִבִּיא הַקְצָה"ח לִירוּשְׁלָמִי שְׁבִיעִית דְּקִאֲמֵרִי הַמְלָנָה ע"מ שְׁלֹא תְּשַׁמְטֵנוּ שְׁבִיעִית אֵין שְׁבִיעִית מְשַׁמֵּטוֹ וְהַתְּנִינָן נוֹתְנִים מְכָאן וְעַד עֶשֶׂר שָׁנִים וְיֵישׁ עֶשֶׂר שָׁנִים בְּלֹא שְׁמִיטָה בְּכּוֹתֵב פְּרוֹזְבוּל וּמִבִּיא שֵׁם פִּי הַפ"מ וְדַחְהוּ וּמְפָרֵשׁ לִי בְּפִי אַחַר.

בְּאֵמֶת פֶּן פִּי' הַפ"מ עֲצָמוּ בְּשִׁבְעֵית פ' יו"ד ה"א אֶלָּא בְּמִכּוֹת פ"א פִּירֵשׁ בְּאִנְפֵּן אַחַר כְּמוֹ שֶׁהוּבָא בְּקִצָּה"ח אַף בְּאֵמֶת אֵין רְאִיָּה מִן הִירוּשְׁלָמִי כָּלֵל דִּי"ל לְבִסְפוּף דְּמִסְיֵק הִירוּשְׁלָמִי בְּכוֹתֵב פְּרוֹזֵבּוּל י"ל דְּמַה"ט לָא מְקַרִּי זֶה כְּמוֹ הִתְחַיְיְבוּת לְשֵׁלֵם שְׁלֵא יִשְׁמִיטְנוּ שְׁבִיעֵית דִּי"ל דְּהָא בְּיַד הַמְּלָנָה לְכַתְּנָב לֹו פְּרוֹזֵבּוּל וְע"כ אֵין רְאִיָּה מִירוּשְׁלָמִי כָּלֵל לְדַבְּרֵי הַקִּצָּה"ח: וְעפ"ז אֶתִּי שְׁפִיר דְּבָרֵי הַרְדָּב"ז דְּהוּבָא בְּתוֹמִים ס' ס"ז ס"ק כ"ו שְׁכַתְּב לְשִׁיטַת הָרָא"ש דְּכָל שְׁנַת שְׁבִיעֵית אֵין יָכוֹל לְתוֹבְעוֹ בְּב"ד וְלָכֵן אֵין כּוֹתְבִין פְּרוֹזֵבּוּל אֶבְל בְּחוּב הַנְּעֻשָׂה בְּשִׁבְעֵית כּוֹתְבִין פְּרוֹזֵבּוּל אַף בְּשִׁבְעֵית וּבְזוֹ הָרָא"ש מוֹדָה וְתַמָּה הַתּוֹמִים דְּמ"ש אֶכְּן לְפִי סְבָרָא זֹו א"ש מִשּׁוּם דְּהָא בְּחוּב הַנְּעֻשָׂה בְּשִׁבְעֵית וְקַיְבֵּל הַלָּנָה לְשֵׁלֵם לֹו שְׁיִיָּדָּה בְּזֶה סְבָרַת הַקִּצָּה"ח הַנְּ"ל דְּהוּי כְּמוֹ הִתְחַיְיְבוּת שֶׁהִתְחַיְיַב הַלָּנָה שְׁלֵא תִשְׁמִיטְנוּ שְׁבִיעֵית.

וּבְזֶה לֹא שְׁיִיָּדָּה לְזוּמַר מִש"כ לְעֵיל דְּהָא אֵי נִימָא דְּמִשְׁמִטָּה: א"כ אֵינוּ יָכוֹל לְכַתְּנָב פְּרוֹזֵבּוּל כָּל שְׁנַת הַשְּׁבִיעֵית לְשִׁיטַת הָרָא"ש הַנְּ"ל פִּינּוּ דְּאֵינוּ יָכוֹל לְתַבְּנֹעַ בְּב"ד וְלָכֵן פִּינּוּ דְּהִתְחַיְיַב א"ע לְפָרוּעַ הָנוּי זֶה כְּאֵלוֹ הַתְּנָה שְׁלֵא תִשְׁמִיטְנוּ שְׁבִיעֵית וְכִינּוּן דִּיכוֹל לְתַבְּנֹעַ חוּבוֹ מִמִּילָא מְהֵנִי פְּרוֹזֵבּוּל וְהָא דְּצָרִיךְ פְּרוֹזֵבּוּל אַף דְּהוּי כְּאֵלוֹ הַתְּנָה מ"מ הָא אַף לְשִׁיטַת הָרָא"ש יִשׁ כַּח וְזָכוּת אֵלִימְתָא בְּסוּף שְׁבִיעֵית יוֹתֵר מִן כָּל שְׁנַת שְׁבִיעֵית דְּהָא עֵיקַר שְׁבִיעֵית אֵינָה מִשְׁמִטָּה אֶלָּא בְּסוּפָה וּנְפ"מ אַף לְשִׁיטַת הָרָא"ש דְּבְּכָל שְׁנַת שְׁבִיעֵית א"צ לְזוּמַר מִשְׁמִטָּה אֵנִי וּבְסוּף שְׁבִיעֵית צ"ל מִשְׁמִטָּה אֵנִי ע"כ י"ל דְּאַף דְּהוּי כְּמוֹ הַתְּנָה דְּלֹא תִשְׁמִיטְנוּ שְׁבִיעֵית.

מ"מ הָא אֵינוּ מוֹכַח מִמְּנוּ דְּעֵיקַר לְשְׁבִיעֵית רַק עַל כָּל הַשְּׁנָה וְלֹא עַל סוּף שְׁבִיעֵית דְּכִינּוּן דִּישׁ לֹו אַז כַּח יִתִּירְתָא י"ל דְּלֹא נִתְּפָנִין לְעוֹקְרוֹ ע"כ בְּעֵינֵין לְכַתְּנָב פְּרוֹזֵבּוּל אֶבְל כְּתִיבַת פְּרוֹזֵבּוּל מְהֵנִי אַף לְשִׁיטַת הָרָא"ש בְּאֵם הִיָּתָה הַהִלָּנָה בְּשְׁנַת שְׁבִיעֵית עֲצָמָה וּא"ש כָּל זֶה: (ב) (שֵׁם סְעִיף ל"ג) נְאָמְן אֲדָם לְזוּמַר פְּרוֹזֵבּוּל הִיָּה לִי וְאֲבָד וְאָמְרוּ הַטַּעַם דְּלֹא שְׁבַק הִיָּתִירָא וְאֶכְיֵל אִיסוּרָא וְהַקְּשָׁה הַשְּׁעַר הַמְּשָׁפֵט תִּפּוּק לִיָּה בְּלֹא"ה דִּיהִיָּה חֲזִיב הַלָּנָה מִשּׁוּם אֵינִי יוֹדַע אִם פְּרַעַתִּיָּה ע"ש.

וּלְדַעַתִּי אֵין זֶה קֶשֶׁה דְּעֵיקַר הַטַּעַם בֹּא"י א"פ דְּחֲזִיב מִשּׁוּם דְּמוֹקְמִינּוּ עַל חֲזָקָה דְּלֹא נְעֻשָׂה דְּבַר מְחֻדָּשׁ הֵן מְעֻשָׂה הַפְּרָעוֹן וְהֵן הַמְּחִילָה וְכַה"ג אֶבְל הִכָּא אֲדַרְבֵּה יִשׁ לָנוּ לְזוּמַר חֲזָקָה לְהִקְפֹּד דְּלֹא נְעֻשָׂה מְעֻשָׂה הַפְּרוֹזֵבּוּל ע"כ אֵין זֶה דוּמָה לֹא"י א"פ וְכָל הַטוֹעֵן דְּבַר מְחֻדָּשׁ עָלָיו לְהִבִּיא רְאִיָּה מִשּׁוּם דְּאוּקִי אַחְזָקָה דְּלֹא נְעֻשָׂה זֶה וְזֶה פְּשוּט וּבְדַבְּרֵי הַרְמְב"ם דְּכַתְּב טַעַם דְּנְאָמְן לְזוּמַר פְּרוֹזֵבּוּל הִיָּה לִי וְאֲבָד מִשּׁוּם דְּמֵן הַסְּפָנָה כו' כְּתַבְתִּי בְּמִק"א לְבָאָר זֶה הֵיטֵב וְהוּא בְּחִידוּשֵׁי לְעֵיל ס' ל"ד סְעִי כ"ט עֲנָף ו' בַּהֲג"ה ע"ש וְאֶכְתְּנָב כְּפִי בְּקִצָּרָה: מַה שֶׁהַקְּשׁוֹ עַל הַרְמְב"ם פ"ט ה'ל' שְׁמִיטָה דְּכַתְּב דְּלָכֵן נְאָמְן לְזוּמַר פְּרוֹזֵבּוּל הִיָּה לִי וְאֲבָד מִשּׁוּם סְפָנָה וְלֹא נִקַּט הַטַּעַם דְּאָמַר ר"נ בְּגִיטִין דָּף ל"ז דְּלֹא שְׁבַק הִיָּתִירָא כו' וְכַמְש"כ הַסְּמ"ע דְּהוּי בְּיָדוֹ כו' הִנֵּה שְׁם כְּתַבְתִּי תִירוּץ לְזֶה דִּי"ל דְּר"נ לְטַעְמִיָּה דְּס"ל בְּגִיטִין ד' ל"ג דְּסָגִי בְּשִׁנֵּי דִּינִינִים לְפְרוֹזֵבּוּל ע"כ הוּי בְּיָדוֹ מִשָּׂא"כ אֵי נִימָא דְּהִלְכָה כְּרַב שְׁשֵׁת דְּבָעֵי שְׁלֵשָׁה דִּינִינִים לְפְרוֹזֵבּוּל וּבְדַבְּרֵי הַרְמְב"ם אֵין הַכְּרַע כ"כ אֵיךְ דְּעַתּוֹ בְּזֶה כַּמְש"כ הַבֵּית יוֹסֵף ע"כ י"ל דְּזֶה לֹא הוּי דְּבַר שְׁבִיָּדוֹ כ"כ מִשּׁוּם דְּמִי יִימַר דְּמִזְדַּקְקִי לִיָּה תְּלַתָּא כְּמִבְּנוֹאָר בְּקוּדוּשִׁין ד' ס"ב וּבְתוֹס' סוּטָה ד' כ"ה ע"ב וּמִשְׁמַע דְּדוֹקָא הִיכָא דְּבָעֵי תְּלַתָּא אֲמַרִּינּוּ מִי יִימַר דְּמִזְדַּקְקִי כו' וִי"ל דְּהַרְמְב"ם ס"ל דְּבָעֵינּוּ שְׁלֵשָׁה ע"כ לֹא כְּתַב הַטַּעַם דְּלֹא שְׁבַק הִיָּתִירָא מִשּׁוּם דְּאֵין זֶה בְּיָדוֹ כ"כ ע"כ כְּתַב הַרְמְב"ם הַטַּעַם דְּמֵן הַסְּפָנָה כו' וְעפ"ז יִשׁ

לְיִשָּׁב קְוֹשֵׁית רַע"א זצ"ל בְּגִלְיוֹן הַמְשָׁנִיּוֹת לְמִכּוֹת פ"א מְשָׁנָה א' בְּמַעֲיָדִין עַל פ' שְׁחִיב
מִפְּאֵן עַד לְמ"ד יוֹם כּו' שֶׁהַקְּשָׁה דְלָמָּה צָרִיךְ הַש"ס לְאוֹקְמֵי בְּמַלְנָה עַל הַמְשָׁכּוֹן הָא
בְּלֹא"ה בְּיַד הַמַּלְנָה לְכַתּוֹב פְּרוֹזְבוֹל כּו' ע"ש וּלְפַמֵּשׁ"כ י"ל דְּהַךְ סוּגְיָא ס"ל דְּבַעֲי תְּלַתָּא
וְאִין זֶה כ"כ בְּיָדוֹ פְּנ"ל וְנָה הַסִּפֵּק הוּא שְׁנוֹה לְהַלְנָה בְּיוֹתֵר מִן הָאוֹמְדִין כְּמָה אָדָם כּו'
דְּקַתְנֵי בְּמִשְׁנָה וְע"כ הַנְּכַרְח הַתְּרַצֵּן לְאוֹקְמֵי בְּמַלְנָה עַל הַמְשָׁכּוֹן וּמוֹסֵר כּו' וְעִינֵן פִּי רִש"י
וְתוֹס' שָׁם וּבְגִיטִין ד' ל"ב ע"ב תוֹס' ד"ה וּר"נ כּו' מִש"כ בְּשִׁיטַת רַבָּא וְקַצְרֵתִי: סִימָן סח
(א) (סעי' א) שְׁטֵר שְׁפֵתָב כּו' וְכֵן צָרִיכִים שְׁיַעֲיָדוּ עַל כּו' הַג"ה וי"א דְּסֵתָם כּו' וְזֶהוּ
פְּלוֹגְמַת הַרְמַב"ם וְהָרֵא"ש כִּמְש"כ הַסִּמ"ע ס"ק ה' וְהַג"ה בְּב"ב ד' מ"ה ע"א מְכַרִּיז רַבָּא
כו' אֲמִימָר אֲמַר אֶפִּילוּ כּו' וּבְתוֹס' ד"ה דִּינָא הוּא כּו' וְקִי"ל פְּאֲמִימָר כְּמִבְּנוֹאֵר בַּח"מ ס'י
רַכ"ה סעי' ב'.

א"כ מִשְׁמַע מְזָה כְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר הֵכָא וְעִינֵן בְּבֹאֵר הַגּוֹלָה שָׁם ס'י רַכ"ה וְכֵן
מְצִינּוּ בְּגִיטִין ד' כ"ח ע"ב דְּאֲמַר רַבִּיּוֹסֶף לֹא שָׁנוּ כּו' א"ל אֲבִי כּו' א"ל פִּי שְׁקִלִי כּו'
וְכִש"כ לְאִיפָא דְּאֲמַרִי שָׁם דְּאֲמַר רַב יוֹסֶף לֹא שָׁנוּ כּו' וְהַרְמַב"ם פִּסְקָא שָׁם כְּלִישְׁנָא בְּתֵרָא
כִּמְש"כ הַב"ש בְּסִי קמ"א ס"ק ק"ט וְעִינֵן בַּאֵה"ע ס'י י"ז וּמִן כ"ז הָיִי סִייעֵתָא לְשִׁיטַת
הַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר הֵכָא: אֲכֵן לְפַמֵּשׁ"כ הָרֵא"ש בְּגִיטִין פ"א ס'י יו"ד לְחֻלְקָא בֵּין דִּין וּבֵין
עֲדוּת אֲתֵי שְׁפִיר דְּאִינוּ קְשָׁה מְכַל זֶה עַל שִׁיטַת הָרֵא"ש הַג"ל: וַיֵּשׁ לְהֵאָרִיךְ בְּכ"ז אֲדָּךְ לְפִי
שְׁבַזְמַנִּינוּ אִין מְקוּם לְחוּשׁ לְנָה פְּלָל וְכ"ז אִינוּ רַק בְּזַמְנִים הַקּוֹדְמִים פְּיָדוּעַ ע"כ קַצְרֵתִי:
סִימָן סט (א) (סעי' ה') הוֹצִיא כְּתָב יָדוֹ עַל יוֹרְשֵׁיו אָנוּ טוֹעֲנִים לְהֵם שֶׁהוּא פְּרוּעַ כּו' סִמ"ע
שָׁם ס"ק י"ז וְאֲף כְּתוּב בְּשִׁטְר נְאֻמָּנוֹת סֵתָם לֹא מְהַנִּי הַנְּאֻמָּנוֹת לְגַבֵּי יוֹרְשִׁים אִם לֹא
שְׁנֹכְתָב נְאֻמָּנוֹת גַּם נִגְדַּד יוֹרְשֵׁיו כּו' וְכ"כ הַש"ף שָׁם ס"ק כ"ד אֲבָל הַט"ז שָׁם חֻלְקָא עַל
הַסִּמ"ע וְהַעֲלָה דְּאֲף בְּנְאֻמָּנוֹת סֵתָם גּוֹבִיִן בְּשִׁבּוּעָה מִיּוֹרְשִׁים פִּינּוֹן דְּאֲבִיָּהוֹן לֹא הִיָּה נְאֻמָּן
לְטַעוֹן פְּרַעֲתֵי כּו' וְהַנְּתִיבוֹת שָׁם ס"ק ח' כְּתָב לְהַכְרִיעַ כְּדַעַת הַט"ז וְהַטַּעַם דְּכִינּוֹן דְּאִינוּ
מִנִּיחַ שְׁטֵר פְּזָה בְּיַד הַמַּלְנָה דִּין שְׁטֵר גְּמוּר יֵשׁ לוֹ וְשִׁינֵי בְּזָה שְׁטֵרָא בְּיָדֵי מַאי בְּעֵי ע"ש:
עָנְף א וְלִדְעָתִי יֵשׁ לְדוֹן בְּזָה מִטַּעַם אַחַר דְּגַבֵּי בְּזָה מִיּוֹרְשִׁים דְּהָא קִי"ל דְּאוֹמַר אִינִי יוֹדַע
אִם פְּרַעֲתֵי חֲזִיב לְשַׁלֵּם וְהִיכָא דְּלֹא הָיִי לְהַלְנָה לְמִידַע וְטַעַן אִינִי יוֹדַע אִם פְּרַעֲתֵי יֵשׁ בְּזָה
פְּלוֹגְמַת דְּרַבּוֹנוֹתָא אִם חֲזִיב אוֹ פְּטוּר כְּמִבְּנוֹאֵר כ"ז בְּמַל"מ פ' ד' הַל' שְׁאֵלָה וּפְקוּדוֹן וּפ' י"א
הַל' מְכִירָה וּבַאו"ת ס'י ע"ה ס"ק כ"ב וּבְאֻמַּת מוֹכַח בְּסִי ע"ב סעי' י"ד בְּטוּר וּבִשְׁו"ע
שָׁם דְּאֲף הִיכָא דְּלֹא ה"ל לְמִידַע חֲזִיב דְּהָא כְּתָבוּ שָׁם הִיכָא דְּהַמַּלְנָה טוֹעֵן דְּנֶאֱבַד הַמְשָׁכּוֹן
בְּאֹנָס חֲזִיב הַלְנָה לְשַׁלֵּם מִשּׁוּם דַּה"ל כְּאוֹמַר אִינִי יוֹדַע אִם הִחְזַרְתִּי שְׁהַרִי א"י אִם נֶאֱבַד
בְּפִשְׁעָה אוֹ בְּאֹנָס כּו' וְהֵתָם ה"ל הַלְנָה כְּמוֹ לֹא ה"ל לְמִידַע וְלֹא פִּשְׁעַת פְּלָל וּמ"מ חֲזִיב
אֲלֵמָא דְּאֲף בְּלֹא ה"ל לְמִידַע חֲזִיב כְּאוֹמַר א"י אִם פְּרַעֲתֵי וַיֵּשׁ לְהֵאָרִיךְ בְּזָה הַרְבֵּה אֲדָּךְ לֹא
כְּאֵתִי בְּעַנְגּוֹן זֶה רַק בְּקַצְרָה לְפִי שְׁיֵשׁ לִי לְהֵאָרִיךְ בְּזָה בְּשִׁאֲרֵי עֲנִינִים וְהַג"ה מְבֹנָאֵר בַּאו"ת
שָׁם בְּשֵׁם בַּעַה"ת דְּכְתָב דְּלָכֵן בְּיּוֹרֵשׁ הָאוֹמַר א"י אִם פְּרַעוּ אֲבִיו דְּפְטוּר כְּמִבְּנוֹאֵר בְּסִי
ע"ה סעי' ט"ז מִשּׁוּם דְּלֹא ה"ל לְמִידַע וְלֹא פִּשְׁעַת ע"כ מִיפְּטוּר וּלְשִׁיטַת הַסּוֹבָרִים דְּאֲף בְּלֹא
ה"ל לְמִידַע חֲזִיב הַלְנָה הָא דְּיּוֹרֵשׁ פְּטוּר כְּאוֹמַר א"י אִם פְּרַע אֲבִיָּהֶם הַטַּעַם הוּא מִשּׁוּם
דְּטַעֲנִין לְיּוֹרֵשׁ וְה"ל כְּטַעֲנַת בְּרִי וְכִמְש"כ הָרֵא"ש רַפ"ב דְּכְתוּבוֹת עַל מַה דְּאֲמָרוּ הֵתָם
אֲבָל הֵכָא בְּרִי וּבְרִי כּו'.

ועיין בתומים שם מה שפלפל בזה ע"פ דברי הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"א גבי מחוייב שבועה ואיל"מ דיורשים פטורים בפלוגת הרמב"ם והתוס' ר"פ שור שנגח כו' ולפ"ז יש לדון בה דין דנכתב נאמנות רק נגד הלנה ולא נגד יורשים דיהיו חייבים היורשים משום דה"ל כמו אינו יודע אם פרעתי דחייב אף במקום דלא ה"ל למידע לשיטת הסוברים דחייב אף בלא הל"ל דהא דפטורים יורשים באינם יודעים אם פרע אביהם זהו משום דטענינו להו טענת אביהם דהיה נאמן לטעון פרעתי ויש להם זכות וכח אביהם ע"כ היכא דאביהם לא היה נאמן לומר פרעתי משום הנאמנות א"כ לא היה מעולם זכות לאביהם לטעון פרעתי ע"כ ממילא חייבין היורשים אף דלא נכתב נאמנות נגדם משום דהא ה"ל א"י אם פרעתי דחייב לכמה פוסקים אף במקום דלא ה"ל למידע פן יש לדון לשיטת הסוברים דחייב אף במקום דלא ה"ל למידע: שוב ראיתי דמש"כ תליא בפלוגת התוס' ורש"י בשבועות ד' מ"א ע"א ד"ה וכי מה בין זה לפוגם שטרו כו'.

והוא דהתוס' הקשו על מה דקאמר התם דאי טען לשתבע לי חייב בעה"ש לשבע והקשו מה בין זה לפוגם שטרו והקשה התוס' דתקשה להו אמתיניתין דהבא לפרע מנכסי תומים לא יפרע אלא בשבועה וטעמא משום דאי היה אבנהו קיים הוי טען אישתבע לי אלמא מצי משבע ליה ומיהו נראה דטעמא לאו משום הכי הוא דאפילו לא מצי אבנהו טעין טענינו ליתמי דפרק הכותב אמרינו כתב לאשתו נקי נדר נקי שבועה לא תפרע אלא בשבועה אלמא עבוד רבנן תקנתא ליתמי במקום שאין האב יכול להשביע עכ"ל אבל שיטת רש"י בגיטין ד' נ' ע"א ד"ה לשבועה וז"ל דלכו הבא לפרע מיתומים צריך שבועה משום דטענינו דאי הוי אבנהו קיים הוי טען ואמר אישתבע לי הנה צריך שבועה פמבואר בשבועות ד' מ"א והשתא אנו טענינו בשביל יתמי ואף גדולים נמי עכ"ל וכ"כ רש"י בכתובות ד' פ"ז ד"ה מנכסים משועבדים כו' דלכו מיתומים ולקוחות צריך שבועה משום דטענינו להו טענת אביהו א"כ ס"ל לרש"י דלא פהתוס' הנ"ל.

וכ"כ הרע"ב והר"ן בכתובות שם ולשיטת רש"י והר"ן והרע"ב הנ"ל תקשה הוכחת התוס' בשבועות הנ"ל דאמאי בנקי נדר נקי שבועה חייבת לשבע ליתומים והא התם לא היה יכול להשביעה ואפ"ה יורשיו משביעין אותה אלמא דהשבועה הוא מצד עצמה ולא מצד דטענינו להו: וראיתי בפני יהושע פתובות ד' פ"ז ד"ה מנכסים משועבדים ומנכסי תומים כו' שהקשה פן על שיטת רש"י והביא בשם נתיבות המשפט הראשון ד' רצ"ו דתירץ שיטת רש"י די"ל דגם בנקי נדר נקי שבועה דיורשיו משביעין אותה זהו ג"כ משום דטענינו להו טענת אביהם דלמא אי היה אבנהו קיים היה טוען פרעתי ואישתבע לי ואף דאביהם לא היה יכול להשביעה זהו רק משום הפטור והנאמנות אבל לולי הנאמנות והפטור היה יכול להשביעה מצד טענה עצמיות וע"כ שפיר טענינו ליורשים לומר אישתבע לי וסיים הפ"י והדברים ראויים למי שאמרן עכ"ל א"כ בנ"ד ג"כ י"ל דאף דנכתב נאמנות נגד הלנה והיה הלנה מחוייב לשלם עכ"ז גם בזה טענינו ליורשיו דהכת"י הוא פרוע ואילו היה אבנהו קיים הוי טען פרעתי ע"כ ה"ל פטוענים ברי פרעתי ואף דאבנהו לא היה נאמן לומר פרעתי מצד הנאמנות עכ"ז הא לשיטת רש"י גם בכה"ג טענינו ליורשים משום דכיון דלולי הנאמנות היה יכול לטעון פרעתי ע"כ גם בזה טענינו ליורשים והוי כמו טענת ברי ופטורים היורשים אבל לשיטת התוס' דס"ל דלא שניך בכה"ג טענינו ליורשים פיון דעכ"פ אביהו לא היה יכול למטען כו' והנה מאיזה טעם

שִׁיחָה ע"כ בנ"ד יש לחייב ליוֹרְשִׁים מְשׁוּם א"י אם פְּרָעַתִּיהָ לְשִׁיטוֹת הַסּוֹבְרִים דְּבָלָא הָוִי לוֹ לְמִידַע חַיִּיב בֵּא"י אִם פְּרָעַתִּי.

וְעֵינִן הֵיטֵב בַּט"ז הַנ"ל וּבְעֵיקָר שִׁיטַת רַש"י וְהַתּוֹס' הַנ"ל יֵשׁ לְהַאַרְיָה הַרְבֵּה. עֲנָף ב' אֲמַנָּם בְּעֵיקָר מְלִתָּא דְנָא יֵשׁ לְעֵינִן הַרְבֵּה וְנִקְדִּים מִתְחַלְהָ הָא דְסוֹטָה ד' ל"א בְּמִשְׁנֵה דְמִי שְׁקִינָא לְאַשְׁתּוֹ וְנִסְתְּרָה כּו' אָמַר ע"א אֲנִי רְאִיתִי שְׁנִטְמָאָה לָא הִיְתָה שׁוֹתָה וְאַף עָבַד וְשִׁפְחָה נְאֻמִּין אַף לְפִנְסָלָה מִפְתּוּבְתָה חֲמוּתָה וְצָרְתָה וּיְבִמְתָה הָרִי אֵלּוּ נְאֻמִּנוֹת וְלֹא לְפִנְסָלָה מִפְתּוּבְתָה אֵלָא שְׁלֵא תִשְׁתָּה.

וּבִירוּשְׁלָמִי שָׁם ה"ב אֵיתָא פְּלֻגְתָּת ר"ע וּר"ט דר"ט אֹמַר ע"א נְאֻמִּן לְטַמְאוּתָה וְאִין נְאֻמִּן לְהַפְסִיד פְּתוּבְתָה וּר"ע אֹמַר כְּשֵׁם שַׁע"א נְאֻמִּן לְטַמְאוּתָה פִּן נְאֻמִּן לְהַפְסִיד פְּתוּבְתָה חֲזַר ר"ע לְהִיּוֹת שׁוֹנָה כּר"ט וְכֵן לְקַמֵּן שָׁם ה' ד' אִי בִירוּשְׁלָמִי רַב אָדָא בַר אֲחִינֵן אָמַר ע"א נְאֻמִּן לְטַמְאוּתָה וְאִין ע"א נְאֻמִּן לְהַפְסִיד פְּתוּבְתָה כּו' וְקֻשְׁיָה בַכ"ז הָא פִּינּוֹן דְקִינָא לָהּ וְנִסְתְּרָה וְנִאֲסְרָה לְבַעֲלָהּ א"כ מִמִּילָא הַפְסִידָה פְּתוּבְתָה כְּמוֹ דַּס"ל לְבֵית הַלֵּל לְעִיל ד' כ"ה גַּבִּי מִתּוֹ בְּעִלְיָהּ עַד שְׁלֵא שְׁתּוֹ דְמִתּוֹף שְׁלֵא שׁוֹתוֹת אֵינּוּ נוֹטְלוֹת פְּתוּבָה דְשִׁטְרָא לָא הָוִי כְּגַבּוּי א"כ הוּא הַדִּין הַכָּא דְכִינּוֹן דִּישׁ ע"א הַמְעִיד דְנִטְמָאָה וּמַה"ט אֵינָה שׁוֹתָה.

א"כ פִּינּוֹן דְאֵינָה יְכוּלָה לְבַרֵּר הִיתִירָא א"כ תְּפִסִּיד פְּתוּבְתָה מְסַפִּיקָא דְקִנּוּי וְסִתְרָה דְהַתּוּרָה עֲשָׂאוֹ לְסַפֵּק וְעֵינִן בְּתוֹס' סוֹטָה ד' כ"ה ע"ב ד"ה ב"ה אֹמְרִים כּו' וְתִקְשָׁה פְּנ"ל וְלְקַמֵּן יְבוֹאֵר דְקִנּוּשִׁיא זֹו מְצֵאתִי כְּעַת בְּסַפֵּר בֵּית מֵאִיר.

אִף אֲכַתְּוֵב בְּזָה כְּפִי שְׁכַתְּבִיתִי כְּכַר טָרַם מְצֵאתִי בְּסַפֵּר הַנ"ל: וְאַפְשָׁר לֹמַר בְּזָה לְכַמְש"כ הַתּוֹס' בַּב"מ ד' ק' דְבִדְרָרָא דְמְמוּנָא מְהַנִּי תְּפִיסָה כְּשִׁטּוּעֵן טַעֲנַת בְּרִי אִף הַתּוֹמִים בְּכֻלְיָ תְּפִיסָה הַעֲלָה דְדוֹקָא בְּטוּעֵן עַל גּוּף הַחִפְצִי שֶׁהוּא שְׁלוֹ בְּזָה מְהַנִּי תְּפִיסָה אֲבָל בְּתוֹפְס חִפְצִי עֲבוּר חוּבוֹ בְּזָה לָא מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּדְרָרָא דְמְמוּנָא וְכֵן הַעֲלָה הַנְּתִיבוֹת בְּכֻלְיָ תְּפִיסָה סַעִי ז' אֲבָל אֲנִי לְעַצְמִי כְּתַבִּיתִי בַמִּק"א לְדַחוֹת הוֹכַחְתֵּהוּתּוֹמִים מִן סַפ"ג דַּב"ק וְהַעֲלִיתִי דְאַף בְּסַפֵּק הַנּוֹלָד ע"פ דְרָרָא דְמְמוּנָא אִף בְּתוֹפְס עֲבוּר חוּב ג"כ מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּטוּעֵן בְּרִי א"כ לַפ"ז י"ל דְאַף לְבֵית הַלֵּל דַּס"ל בְּמִתּוֹ בְּעִלְיָהּ עַד שְׁלֵא שְׁתּוֹ דְאַבְדּוֹ פְּתוּבָה עַכ"ז אִם תְּפִסָּה מְהַנִּי מְשׁוּם דְכִינּוֹן דְהַתּוּרָה עֲשָׂאוֹ לְסַפֵּק מְצַד רַגְלִים לְדַבֵּר דְקִנּוּי וְסִתְרָה אִין לָהּ דְרָרָא דְמְמוּנָא יוֹתֵר מְזָה דְהָא נּוֹלָד הַסַּפֵּק לַב"ד אִף בְּלֹא טַעֲנוּתִיהּ כְּפִי הַתּוֹס' ע"כ הִנֵּה מוֹעִיל תְּפִיסָה הֵיכָא שְׁאוּמְרַת בְּרִי לִי שְׁלֵא נִטְמָאָה וְיֵשׁ לָהּ זְכוּת פְּתוּבָה עֲדִינּוֹ לְעַנְיֵן תְּפִיסָה ע"כ אֲמָרוּ שְׁפִיר לְעַנְיֵן זְכוּתָה שְׁיֵשׁ לָהּ בְּתִפְסָה.

דְלָזָה לָא נְאֻמִּין הֵנָּה חֲמֵשׁ נְשִׁים אוֹ ע"א לר"ט וּר"ע מְשׁוּם דְאֵינּוּ יְכוּלִין לְגַרְוֵע זְכוּתָה שְׁיֵשׁ לָהּ בְּתִפְסָה פִּן יֵשׁ לְפָרֵשׁ לְהַמְשִׁנָּה וּלְפ"ז יֵשׁ מְזָה סִייעָתָא לְמָה דְהַעֲלִיתִי בַמִּק"א לְדוֹן דְאַף בְּדְרָרָא דְמְמוּנָא בְּתוֹפְס עֲבוּר חוּב מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּטוּעֵן בְּרִי וְדִלָּא פְּהַתּוּמִים וְנְתִיבוֹת אִף יֵשׁ לְחַלֵּק דְשֵׁא"ה דְהָוִי חֲזַקְתָּ חַיִּיב עַל הַבַּעַל בְּחוּב פְּתוּבָה וְהֵיכָא דִישׁ חֲזַקְתָּ חַיִּיב אֲזִי שְׁפִיר מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּדְרָרָא דְמְמוּנָא אֲבָל הֵיכָא נּוֹלָד סַפֵּק בְּעֵיקָר הַחַיִּיב אֲזִי שְׁפִיר י"ל דְלָא מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּתוֹפְס עֲבוּר חוּב וְכַמְש"כ הַאוּ"ת וְאַף שְׁהַתּוֹס' בְּסוֹטָה ד' כ"ה ד"ה ב"ה אֹמְרִים כּו' פְּתַבּוּ דְאַף לְמ"ד בְּרִי עֲדִיף לָא מְקַרִּי בְּזָה טַעֲנַת בְּרִי וְעַכ"ז י"ל דְלְעַנְיֵן תְּפִיסָה דְבְּעֵי טַעֲנַת בְּרִי מְקַרִּי גַם בְּזָה טַעֲנַת בְּרִי: הַגַּה"ה וְיֵשׁ לְהַעִיר לְסוּמְכוּס דַּס"ל בְּכָל מְמוֹן הַמְּוֹטֵל בְּסַפֵּק חוֹלְקִין בְּכָל דְרָרָא דְמְמוּנָא וְגַם בְּמִוֹחֲזֵק בְּטוּעֵן שְׁמָא

כמש"כ התוס' בב"מ ד' ק': א"כ אמאי אמרו ב"ה בקה דמתו בעליהן עד שלא שיתו דמתו
שלא שותות לא נוטלות פתובה וקא הוי לה ליטול פלגא דקא לפמש"כ ה"ל זה דררא
דממונא וחולקין לסומכוס ואפשר דסומכוס יפרש להך דב"ה דכוננתם דאינו נוטלות כל
הפתובה רק פלגא נוטלות ועיין בב"ב דף קנ"ז וקנ"ח גבי נפל הבית עליו כו' דב"ה
אומרים נכסים בחזקתן כו': ולא יחלקו כב"ש וי"ל דאפשר דמיירי בב"ב וברי ועיין
ב"מ דף ק' תוס' ד"ה קא מני כו' אף גם ז"א מספיק עדיין לתרץ כ"ז ועיין ביבמות דף
ל"ח ב"ב פלגא הסוגיא וקצתתי בכ"ז לפי שאין פאן מקומו ע"כ הגה"ה ומהא דירושלמי דסוטה
דהבאתי לעיל בשם ר"ע ור"ט יש מזה סייעתא למה שכתב רש"י בב"מ ד' ל"ז בד"ה
אר"ע מודה אני בזה דאע"פ שאני משל ב"ש ואומר בשארי נפילות יחלקו בזו מודה
אני לב"ה שהנכסים בחזקתן כו' עכ"ל אלמא דס"ל לרש"י דר"ע ס"ל כב"ש דס"ל שטר
העומד לגבות פגבוי דמי דקא בב"ב ד' קנ"ז גבי נפל הבית עליו ועל אביו והיתה עליו
פתובה אשה ובע"ח כו' דב"ש ס"ל יחלקו ובה"א נכסים בחזקתן ופי' רש"י והתוס'
בסוטה ד' כ"ה טעמו דב"ש משום דשטר העומד לגבות פגבוי דמי פמבואר ביבמות ד'
ל"ח ע"ש וכיין דכתב רש"י דר"ע סבירא לי' בכל נפילות דהתם כב"ש א"כ ס"ל דכגבוי
דמי פנ"ל והשמ"ק בב"מ שם פתב להקשות על רש"י בזה וכתב בשם הרא"ש דדוקא
בהך דהתם הוא דס"ל לר"ע כב"ש עיין שם וגם תירץ תי' אחר ועיין בתוס' שם ובב"ב
ד' קנ"ח בתוס' ד"ה אמר ר' עקיבא כו' דהקשו ג"כ על רש"י בזה וכן מצינו לר"ט ברכות
ד' י"א דאמר והטיתי לקרות פדברי ב"ש א"כ י"ל דר"ע ור"ט ס"ל כב"ש דס"ל שטר
העומד לגבות פגבוי דמי ע"כ שפיר אמרו דאין ע"א נאמן להפסיד פתובה משום דס"ל
כב"ש דכתובה דמי פגבוי וע"כ נוטלת פתובה ויש להאריך בזה אף מה דהקשיתי במשנה
דסוטה הנ"ל תקשה עדיין.

אף לפמש"כ לעיל דמהני תפיסה בזה א"ש כ"ז: אכן ברמב"ם הל' סוטה פ"א הל' ט"ו
כתב דחמש נשים נאמנות להעיד דנטמאה לאוסרה ושללא להשקותה אבל לא להפסידה
מפתובה אלא נוטלת פתובה ויוצאה ע"כ לשון הרמב"ם אלמא דהרמב"ם מפרש
דנוטלת פתובה ומוציאה מהבעל א"כ תקשה עדיין קושיא זו דאמאי נוטלת הפתובה וקא
קיי"ל בבית הלל דלא הוי פגבוי ומספיקא אינה נוטלת את הפתובה.

וע"כ נלע"ד לדון בזה והוא דלכן נוטלת את הפתובה אף דהוי בתר קינזי וסתירה ונולד
לנו ספק אי זינתה או לא עכ"ז פיון דהוי חזקת חיוב פתובה על הבעל בעת שנשארה ובתר
הכי נולד לנו ספק אם זינתה ומיפטר הבעל או לא א"כ ה"ל כאומר א"י אם פרעתי
דהיכא דהתובע טוען ברי חייב הלנה לשלם וה"ה הקא טענת האשה ברי לי שלא זינתה
ובצירוף חזקת חיוב ע"כ חייב הבעל לשלם הפתובה ואף שכתבו התוס' בסוטה ד' כ"ה
ד"ה ב"ה אומרים או שותות כו' באה"ד שם דכיון דהתורה עצאו לספק ע"כ אינה יכולה
לטעון טענת ברי וע"כ אף למ"ד ברי ושמא ברי עדיף עכ"ז מודה הקא דאינה נוטלת
הפתובה כו' י"ל דזהו דוקא לענין מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם נתחייבתי אבל
היכא דהוי פמו איני יודע אם פרעתי אז אף בכה"ג מקרי זה ג"כ טענת ברי ונוטלת
הפתובה משום א"י אם פרעתי ואף דהבעל לא ה"ל למידע עכ"ז באמת מוכח מזה דאף
היכא דלא ה"ל למידע ג"כ חייב היכא דנולד הספק בפטור: וקא דמתו בעליהן עד שלא
שיתו דפטורים הירשים.

יש לומר דשאני התם לפמש"כ הקצה"ח בסי' ל"ט ס"ק ה' דהיכא דנולד הספק שפא פרעו מקנדם דקנו הלכות הקרקע דאז אין דינו של הלכות כמו א"י אם פרעתי רק כמו א"י אם נתחייבתי משום דאם נימא דהלנה פרעו מקנדם דקנו הלכות הקרקע דאז לא הוי מעולם שום חזקת חיוב פלל על הלכות ע"כ הוי דינם כמו א"י אם נתחייבתי ופטורים ע"ש בקצה"ח ולפ"ז יש לדון ביורשים היכא דנולד הספק שפא פרע או נפטר מורישן מאיזה טעם מן החוב א"כ אי נימא פן ע"כ לא הוי מעולם שום חזקת חיוב על היורשים והוי היורשים כמו א"י אם נתחייבתי ופטורים דלא הוי דינם פאומר א"י אם פרעתי.

משום דלא הנה עליהם חזקת חיוב בנודאי אף עדיין יש לומר בעיקר סברת הקצה"ח הנ"ל דהא על הנכסים הי' עליהם שעבוד פבר בנודאי וכינו דהיו הנכסים משועבדים פבר ע"כ היכא דנולד ספק אי פקע השעבוד נכסי אי לא.

א"כ הוי דינם ג"כ כמו א"י אם פרעתי משום פרי של הבע"ד בצירוף החזקת חיוב שהנה מוטל על הנכסים וכן מצאתי בנתיבות סי' ל"ט ס"ק יו"ד להשיג על הקצה"ח משום דהא הספק הוא אם יצאו משעבודם שהיו על הנכסים או לא ע"ש: אף יש להסביר זה ביותר ביאור דהא הר"נ פ' הכותב והסמ"ע סי' ס"ו ס"ק נ"ה כתבו בהא דא' שמואל המוכר שט"ח ומחלו דמחול ושיטת ר"ת הוא לפי דהיכא דליכא שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד נכסי והקשו דא"כ במת הלנה אמאי גבי מיתמי ותירצו שם זה אבל האו"ת שם ס"ק מ"ג פתב בזה מלתא דמסתבר משום דבמת הלנה ונכו יורשיו בנכסים אז אף גוף היורש משועבד כמו הלנה בעצמו ועליו מוטל לפרוע חוב אביו כו' עכ"ל האו"ת וכ"כ הנתיבות בסי' ק"ז ס"ק ט' וכעין זה הסברא מבואר ברא"ש בב"ק פ"א סי' ו' דכתב דלכן בטלה מחלוקת משום דיתמי פרעא דאבנהון ניהו לפרוע חוב אביהן בשנה כו' והט"ז בח"מ סי' קע"ה סעי' ד' הביא לדברי הרא"ש הנ"ל בבואור יותר ומצינו עוד פועין זה בב"מ ד' ט"ו ע"א ובש"ד דכתבו התוס' לחלק גבי ב"ח גובה השבח דשאני יורשים דאין להם על מי לחזור מ"מ יורש פרע' דאבנהוין וגבי מינייהו שבח והובא בש"ך ח"מ סי' קט"ו ס"ק ל"ב בארובה: ובמק"א ביארתי כ"ז בארובה לחלק בין יורש ללקוחות ובסוגיות הש"ס פתובות ד' צ"ב ואכמ"ל: ונחנין דשיטת התנאים דלכן גבי בע"ח מיורשים משום דאף דמת הלנה ופקע שעבוד גופו מ"מ לכן גבינין מינייהו משום דמיקטל שעבוד הגוף על היורשים.

ע"כ היכא דנסתפקנו דלמא מיפטר המוריש באיזה פטור ואי נימא דמיפטר המוריש א"כ אז לא הנה חל מעולם שום שעבוד הגוף על היתומים וליכא בזה חזקת חיובא פלל נאדרבה יש לדון בזה חזקת פטור עליהם לשיטת רש"י דס"ל מחזיקין מאיסור לאיסור אף באיסור אחר: א"כ ה"ה מן פטור לפטור אחר מחזיקין אף בשם פטור אחר.

ואף לשיטת התוס' החולק על רש"י בזה עכ"ז חזקת חיוב ליכא עליהם וכינון דלא נתברר מעולם חזקת חיוב ושעבוד הגוף על היורשין בזה ע"כ אף דעל הנכסים הנה מוטל מפבר שעבוד נכסי מ"מ פיון דלא הנה בנודאי שעבוד על גופם ע"כ לא מציינו לירד לנכסיהם מצד חזקת שעבוד נכסי דהא פיון דמספיקא אין לנו שעבוד הגוף ע"כ ממילא אין לנו שעבוד נכסי פלל דהא הממע"ה וקשיטת התנאים הנ"ל: ולפ"ז יש לומר שפיר דלכן

במתו בעליהן עד שלא שיתו דס"ל לבית הלל דאינו נוטלות הפתובה דאר דנתפאר בהן משנה דחמש נשים הנ"ל דזה הוי פאומר א"י אם פרעתי ונוטלת הפתובה אבל ז"א רק לגבי הבעל בעצמו אבל גבי היורשים דאי נימא דזינתה א"כ לא הנה מעולם שום שעבוד הגוף עליהם.

וכיון דלא נתברר בנודאי מעולם חזקת שעבוד הגוף על היורשים ע"כ אף דיש חזקת שעבוד נכסי על הנכסים עכ"ז אין גובין מן היורשים וע"כ אינה נוטלות הפתובה היכא דנולד ספק אי זינתה או לא אבל בחיי הבעל דהנה עליו פבר חזקת חיוב הגוף ע"כ חייב בפתובה משום א"י אם החזרתי פיון דטוענת פרי וע"כ ניחא דברי התוס' בסוטה ד' כ"ה דהקשו דתהא נאמנת משום פרי ושפא פרי עדיף להך מ"ד דס"ל פן ולא הקשו דהא הוי לי א"י אם פרעתי וכמו דהקשה התומים בסי' ע"ה ס"ק כ"ב אבל לפמש"כ ניחא משום דלגבי היורשים לא הוי זה בדין א"י אם פרעתי פנ"ל ומתנרץ מה דהקשיתי על שיטת הרמב"ם הלכות סוטה דכתב דנוטלת הפתובה בהנה חמש נשים הנ"ל: ואחר פתבי כ"ז מפבר הגיע לידי ספר בית מאיר וראיתי באה"ע סי' קע"ח סעיף ט"ו שהקשה על הא דמבואר שם בחמש נשים דאינו נאמנות להפסיד פתובה והקשה ע"ז מהא דמתו בעליהן עד שלא שיתו וחילק כמש"כ לחלק ע"פ סברת הקצה"ח דשאני פירושם דלא הנה עליהם מעולם חזקת חיוב בנודאי רק שפתב פן בקצרה ולא הרגיש כמה דיש לדון בזה דהא נשפתבדו פבר הנכסים וספק לנו אם יצאו מן שעבודם וכמש"כ הגתיות הנ"ל אבל אנכי בארתי זה בטוב טעם בעז"ה פנ"ל וגם אשתמיט מהבית מאיר הנ"ל דברי הרמב"ם ה' סוטה שפתב דנוטלת הפתובה ויוצאת ע"ש: ענף ג' ועדיין יש להעיר ולהקשות דהא בשו"ע אה"ע סימן קע"ח סעיף ט"ו ובטור שם דכתבו זה הדין דחמש נשים אינו נאמנות להפסיד פתובה רק נאמנות לאנסרה וקשה דהא בזמן דליכא מי המאריים לשותות א"כ הדין בזה וכמו המבואר בסוטה דף כ"ג ע"ב דארוסה ושומרת יבם אינו שותות ואינו נוטלות הפתובה וכתבו התוס' שם ד"ה ושומרת יבם כו' בשם ירושלמי דכיון דגרמה והכניסה א"ע להיות נאסרת על בעלה א"כ אבדה פתובה אף לב"ש ושאני במתו בעליהן דהיתה יכולה להבדק ע"י שתייה ע"כ ס"ל לב"ש דלא אבדה פתובה.

ועיין ביבמות ד' ל"ח בתוס' ד"ה בש"א כו' ובתוס' סוטה דף ל"א ד"ה מי שקניא לה כו' בסה"ד שם שכתבו בזה"ל ומאחר שהיא גרמה שתיאסר עליו ואין יכולה לשותות הוי פארוסה וש"י כו' ע"ש וחזינו דהיכא דלא היתה יכולה להבדק בעת שנסתרה אז דינה פועקרת ע"ד דאבדה הפתובה אף לב"ש דס"ל פגבוי דמי א"כ ה"ה בזה"ז דאינה שותת בנודאי אחר דנסתרה א"כ אבדה הפתובה אף דנימא דדינה כמו א"י אם פרעתי דהא פיון דגרמה להיות נאסרת ע"י פשיעתה לבעלה א"כ מטעם זה אין לה פתובה בזה"ז א"כ קשה דאמאי נקטו בשו"ע ובטור זה הדין דחמש נשים דאינו נאמנות להפסיד הפתובה דהא בזה"ז נדאי אין לה פתובה פמבואר שם סעי' א' וכן לפמש"כ לעיל דיש לפרש ג"כ דנפ"מ לענין תפיסה כמו דררא דממונא גם זה ליתא בזה"ז פיון דגרמה בפשיעה להיות נאסרת לבעלה א"כ ממילא גם תפיסה לא מהני כמו פל עוקרת ע"ד וזה גרע יותר פיון דנסתרה באופן דאסורה לבעלה ותקשה פן על מה דכתבו בטור ושולחן ערוך להך דינא דאינם נאמנות להפסיד הפתובה.

והנראה לפענ"ד בכ"ז בהקדמ קושית הב"ש באה"ע סי' קע"ח ס"ק י"א שהקשה על מה דכתבו השו"ע שם בא"ע"א ונהי'יד שנטמאה מאותו שקינא לה תצא והקשה דהא בזה"ז נאסרה עליו אחר הקינוי וסתירה בלא עדות העד ונשאר בצ"ע וראיתי בספר תפארת ישראל על משניות סוף נשים שפתב לתרץ לקושית הב"ש הנ"ל דמן קינוי וסתירה לחוד אין כופין לגרשה אבל משום העד כופין לגרשה עכ"ל אבל באמת זה ליתא לפי המבואר בב"ש סי' י"א ס"ק א' שהביא בשם ר' ירוחם שפתב לחלק פן וכתב עליו הב"ש שם דבאמת אינו פן והטעם פיון דהתורה אסרה עליו בתר קינוי וסתירה כמבואר בסוטה ד' כ"ח בנדאי כופין אותו לגרשה אף בלא עדות העד ע"ש: ולענ"ד נראה לדון דנפ"מ גם האידנא בזה"ז מן עדות העד דנטמאה לגבי הא דיבמות ד' י"א דמבואר שם דצרת סוטה טומאה פתיב בה פעריות וסוטה וצרתה פטורות מחליצה ויבום וכן הוא בירושלמי יבמות פ' י' הל' א' וזה אינו אלא בסוטה ונדאית אבל ספק סוטה כמו בקינוי וסתירה חולצת ולא מתייבמת והתוס' שם ד"ה צרת סוטה אסורה כו' כתבו דאף דאמרו בסוטה ד' כ"ח דנטמאה דאסרה הפתוב זהו בתר קינוי וסתירה.

עכ"ז לא אסר הפתוב רק מספיקא בעלמא דלמא נבעלה ולהחמיר עשה הפתוב סוטה כנדאי ולא להקל לפוטרה בלא חליצה וכ"כ הרא"ש ביבמות שם סי' ד' דדוקא סוטה ונדאי דכתיב בה טומאה בשם לאו בזה אמרו דטומאה פתיב בה פעריות אבל ספק טומאה דלא נאסרה רק משום עשה ונטמאה לא אמרו בזה דטומאה דכתיב יהיה פעריות ע"ש וכן מבואר בסי' קע"ג סעי' י"א בטור ושו"ע שם דפסקו דזינתה ונדאי פטורה מחליצה ויבום אבל ספק סוטה כמו בקינוי וסתירה צריכה חליצה רק הרמ"א שם פתב דעת הראב"ד דאף זינתה ונדאי צריכה חליצה.

אבל המחבר שם לא הביא פל' שיטה זו רק פתב פנ"ל ולפ"ז י"ל דלכן פתב הטור והמחבר בסי' קע"ח דאם בא"ע"א ונהי'יד דנטמאה דנאסרה עליו ואינה שותה דנפ"מ מזה בזה"ז ג"כ אם נפלה לפניו ליבום דאם לא נאסרה עליו רק מספק היתה צריכה חליצה היא וצרתה או חולצת או מתייבמת אבל עכשיו דהעיד ע"א דנטמאה פיון דהתורה הימניה לע"א בתר קינוי וסתירה ואינה שותה כדיליף מקראי דנעזד אין בה כמבואר בסוטה דף ל"א ע"ב א"כ הוי זה כסוטה ונדאית וע"כ פטורה מחליצה ויבום א"כ הוי נפ"מ רבתא גם בזה"ז מזה.

ועוד יש לדון נפ"מ בזה דהא מצינו באה"ע סי' קט"ז סעי' ב' דחייבי עשה אף דלא הפיר בה דינה פחייבי לאוין שהפיר בה דיש לה עיקר פתובה ובחייבי לאוין שלא הפיר בה אין לה פתובה משום דחייבי עשה דאיסור קל הוא אפילו לא הפיר בה דינה כהפיר וכמש"כ הב"ש ס"ק ו' וא"כ היכא דגרשה בעלה אחר שנסתרה דאז אין קינויו מחול כמבואר בסוטה ד' כ"ה ושו"ע סי' קע"ח סעי' י"ב ועיין מזה בירושלמי ספ"ב דסוטה והיכא דלא ידע הבעל מן הסתירה עד לאחר שגרשה והסתירה אז אי נימא דאינה רק ספק סוטה א"כ דינה כמו חייבי עשה מן ונטמאה כמש"כ התוס' והרא"ש ביבמות ד' י"א וסוטה ד' כ"ח והמ"מ פ' י"א מהלכות גרושין דין י"ד כמש"כ המל"מ פ' א' ה' אישות ה' ח' א"כ יש לה פתובה אף דלא הפיר בה אבל היכא דע"א מעיד דנטמאה אז נאסרה משום סוטה ונדאית ונאסרה בלאו עליו וכמש"כ הרא"ש והתוס' שם.

א"כ אז דינה כמו חייבי לאוין שלא הפיר בה דאין לה פתובה. א"כ הוי נפ"מ גם בזה"ז ועיין בסוטה ד' י"ח תוס' ד"ה מהו שיתנה כו': וביני הרב הגדול מו"ה צבי שייחה אמר דזולת כ"ז אינו יודע מאי הרעישו בקושיותם דהקשו דל"ל להשו"ע לכתוב זה הדין דע"א נאמן בזמן דליפא מי המאריים הא בלא"ה נאסרה עליו משום קינוי וסתירה דהא חזינו דהיכא דהוי סוטה ודאית נאסרה עליו בלאו ולוקה אבל היכא דאינו רק בספק סוטה אז אינו לוקה משום דלא הוי רק איסור עשה פנ"ל ע"כ הוי נפ"מ גם האידנא לענין פסולי עדות אם מיפסל לעדות דבעינן דוקא פסולי מלקות פמבואר בסי' ל"ד וכמש"כ הש"ך נפ"מ פ"ה ביו"ד סי' ט"ז ס"ק י"ז א"כ היכא דנאמן העד לומר דנטמאה אז לוקה ומיפסל לעדות בודאי אם בא עליה הבעל דהוי חייבי לאוין בודאי ומתורץ קושיותם בפשיטות עכ"ל ויפה פתב:.

ולפ"ז אתי שפיר מש"כ בשו"ע בהא דחמש נשים דאינו נאמנות להפסיד פתובה משום חשש משקר הואיל ושונאות אותה כמש"כ רש"י בסוטה דף ל"א משום דיש נפ"מ מזה דאז נוכיח מזה דאינה רק בספק סוטה ולא פדין חייבי לאוין ודאי.

וכמש"כ המל"מ בהל' סוטה פ"א הל' ט"ו בהגה"ה שם דהא דחמשנשים דנאמנות לאנסרה לא שתהיה אסורה עליו בודאי רק דינה כספק סוטה ואם בא עליה אינו לוקה עכ"ל א"כ הוצרך השו"ע לכתוב היכא דיש לה פתובה והיכא דאין לה פתובה.

דאם אין לה פתובה אז ממילא דינה כמו סוטה ודאית א"כ ממילא פסול לעדות אם עבר ובא עליה או דפטורה מחליצה פנ"ל או דהוי פחייבי לאוין שלא הפיר בה דאין לה פתובה אבל היכא דלא הפסידה פתובה אז דינה כמו ספק סוטה כיון דלא מהימן העד לגמרי ונפ"מ לכל הנ"ל א"כ ניחא בפשיטות מה דהובא כ"ז בטור ושו"ע ובאמת בזמן דליפא מי המאריים אין לה פתובה בכל הנ"ל דכ"ז קאי בזמן הש"ס דהיו מי המאריים לבדוק אותה ונפ"מ לכל הנ"ל ענף ד נחזור לענינו דנתבאר דלשיטת הרמב"ם דכתב בהל' סוטה בהנהגה חמש נשים דאינו נאמנות להפסיד פתובה דנוטלת פתובה ויוצאה דע"כ מוכח דאף היכא דלא ה"ל למידע חייב בא"י אם פרעתי דהא הטעם דאינו נאמנות להפסיד פתובה זהו משום דה"ל הבעל א"י אם פרעתי פנ"ל.

וממילא מוכח עוד לפ"ז דבירושלים לא שייך לחייבם משום א"י אם פרעתי כמו דנתבאר בארובה להוכיח מהא דמתו בעליהן עד שלא שיתו וכמו שמצאתי פעת בבית מאיר פנ"ל וכ"ז מוכח לשיטת הרמב"ם אבל מן הבעה"ת דהובא בתנאים סי' ע"ה ס"ק כ"ב שהקשה דאמאי בירושלים דאמריים אין אנו יודעים אם פרע אבינו פטורים דמ"ש מקל א"י אם פרעתי דחייב ותירץ דשאני בירושלים דלא ה"ל למידע כו' א"כ כיון דס"ל להבעה"ת דבכל א"י אם פרעתי פטור היכא דלא ה"ל למידע א"כ לשיטתו ליכא לתרץ להך משנה דסוטה דחמש נשים דלכו אינו נאמנות להפסיד פתובה דזהו משום א"י אם פרעתי דהא ס"ל דהיכא דלא ה"ל למידע פטור אף בא"י אם פרעתי וע"כ מוכח לשיטת הבעה"ת דכוננת המשנה הנ"ל הוא דנפ"מ לענין זכותה דיש לה דמהני תפיסה כמו בכל דררא דממונא פנ"ל דלכו אמרו דאינו נאמנות להפסיד זכותה דיש לה בכתובה לענין תפיסה א"כ יהיה מוכח משיטת בעה"ת דבכל דררא דממונא מהני תפיסה אף בתופס [עבור חובו וכנ"ל ודלא כהאו"ת: ולפ"ז אין לנו הוכחה לומר דגבי ירושלים לא שייך לחייב

משום א"י אם פְּרַעְתִּי משום דְּלֹא הָיָה עֲלֵיהֶם מְעוֹלָם חֲזָקָת חַיִּיב בְּנֻדָּא פּנ"ל דְּהָא לְשִׁיטָּת הַבַּעֲהָ"ת הַנ"ל דס"ל לְפִטוֹר הֵיכָא דְּלֹא הִל"ל בַּא"י א"פ לִיכָּא לְמִימַר דְּהָא דְּחַמְשׁ נְשִׁים כּו' הַטַּעַם הוּא מְשׁוּם א"י א"פ דְּהָא הַבַּעַל לֹא הִל"ל לְמִידַע א"כ לֹא שְׁיִיף זֶה וְע"כ מוֹכַח פּנ"ל דְּהַפְּנוּנָה הוּא לְעַנְגָּן תְּפִיסָה א"כ מְמִילָא אִין לָנוּ הוֹכְחָה לְזֶה וּלְחַדָּשׁ דְּבִיּוֹרְשִׁים לֹא שְׁיִיף לְחַיִּיב מְשׁוּם זֶה פִּינּוֹן דָּאִין לָהֶם חֲזָקָת חַיִּיב פְּלֵל מְעוֹלָם וְע"כ פְּתַב הַבַּעֲהָ"ת טַעַם אַחַר לְפִטוֹר לִיּוֹרְשִׁים דְּאָמְרוּ אִין אָנוּ יוֹדְעִים אִם פְּרַע אַבְיָהֶם מְשׁוּם דְּלֹא הִל"ל לְמִידַע אָבֵל אִם הָיָה הַדִּין דְּאָף בְּלֹא הִל"ל לְמִידַע בַּא"י אִם פְּרַעְתִּי הוּא חַיִּיב מְמִילָא הַדִּין נוֹתֵן דְּאָף בִּיּוֹרְשִׁים יְהִי חַיִּיבִים כְּמוֹ פֶּל א"י א"פ וּכְקוֹנְשִׁיּוֹת הַבַּעֲהָ"ת הַנ"ל דְּלֹא ס"ל לְהַחֲלוּק שְׁפַתְבְּתִי דְּשִׂאנִי יוֹרְשִׁים וְאֶפְשָׁר דְּהַבַּעֲהָ"ת ס"ל פְּסַבְּרַת הַר"נ וְהַסְמַ"ע דְּהוּבָא לְעִיל שְׁהַקְשׁוּ בְּכָל יוֹרֵשׁ דְּחַיִּיב וְהָא אִין לְהַבַּעֲהָ"ת שְׁעַבּוּד הַגּוֹף פִּינּוֹן דְּמַת הַלְוָה וּמְמִילָא פְּקַע שְׁעַבּוּד נְכָסִי וְתִרְצוּ דְּמְשׁוּם שְׁעַבּוּד הַגּוֹף שְׁהֵי לֹא עַל הַמּוֹרִישׁ ע"כ גְּבִי מִן יוֹרְשִׁים מְצַד שְׁעַבּוּד נְכָסִי דְּנִתְעַרְבוּ הַנְּכָסִים פְּדִין עָרַב ע"ש א"כ לִפ"ז י"ל דְּגַם בִּיּוֹרְשִׁים שְׁיִיף לְחַיִּיב בְּאִינָם יוֹדְעִים אִם פְּרַע אַבְיָהֶם מְשׁוּם דְּהָא עֵיקַר מַאי דְּגַבִּינּוּ מִיּוֹרֵשׁ אָף דְּלִיכָּא שְׁעַבּוּד הַגּוֹף עֲלֵיהֶם.

עכ"ז גְּבִינּוֹן מִהֶם מְשׁוּם שְׁעַבּוּד נְכָסִי וְכִינּוֹן דְּבַחְיָיו שְׁלַ הַמּוֹרִישׁ נְשִׁתְעַבְדוּ אִזּוּ הַנְּכָסִים וּמְמִילָא גְּבִינּוֹן מַה"ט גַּם מִיּוֹרֵשׁ פִּינּוֹן דְּהוּטַל שְׁעַבּוּד עַל הַנְּכָסִים בְּחַיָּיו ע"כ בְּהַסְפֵּק שְׁמַא יֵצֵאוּ מִשְׁעַבּוּדֵם דִּינָם כְּמוֹ פֶּל א"י אִם פְּרַעְתִּי דְּחַיִּיב מְשׁוּם בְּרִי וְחֲזָקָת שְׁעַבּוּד נְכָסִי דְּהֵיָה מְוֹטַל כְּבָר עַל הַנְּכָסִים וְכַמֶּש"כ לְעִיל בְּאַרְנוּפָה ע"כ הַוּכְרַח הַבַּעֲהָ"ת לְחַלֵּק דְּלַכּוֹן אִין גּוֹבִין מִיּוֹרֵשׁ מְשׁוּם דְּשִׂאנִי הֵיכָא דְּלֹא הִל"ל לְמִידַע: אָמַנְם לְשִׁיטָּת הַרְמַב"ם דס"ל בְּהָא דְּחַמְשׁ נְשִׁים דָּאִינּוּ נְאֻמָּנוֹת לְהַפְסִיד פְּתוּבָה וְנוֹטְלַת הַפְּתוּבָה דְּנִתְבְּאָר דִּלְפ"ז מוֹכַח דס"ל דְּאָף הֵיכָא דְּלֹא הִל"ל חַיִּיב בַּא"י אִם פְּרַעְתִּי.

ולפ"ז בע"כ מוֹכַח לְחַלֵּק דְּלַכּוֹן בְּמַתוּ בְּעֲלֵיהֶן כּו' פְּטוּרִין הִיּוֹרְשִׁים מְשׁוּם דְּבִיּוֹרְשִׁים לֹא שְׁיִיף לְחַיִּיב מְשׁוּם א"י אִם פְּרַעְתִּי דס"ל פְּסַבְּרַת הַתּוֹמִים דסי' ס"ו ס"ק מ"ג שְׁפַתְבְּתִי לְעִיל בְּשִׂמּוֹ דְּלַכּוֹן גְּבִינּוֹן מִיּוֹרְשִׁים דְּכִינּוֹן דְּמַת הַמּוֹרִישׁ הוּטַל שְׁעַבּוּד הַגּוֹף עַל הִיּוֹרְשִׁים וְע"כ לֹא שְׁיִיף בְּזֶה לֹאמַר דְּכִינּוֹן דְּפַקַע שְׁעַבּוּד הַגּוֹף פְּקַע שְׁעַבּוּד נְכָסִי כְּשִׁיטָּת הַר"ת א"כ בַּא"י אִם פְּרַע אַבְיָהֶם דְּמַסְפִּיקָא לֹא נִתְבְּרַר מְעוֹלָם שְׁהֵיָה עֲלֵיהֶם שְׁעַבּוּד הַגּוֹף בְּנֻדָּא ע"כ לֹא מְהַנִּי בְּזֶה חֲזָקָת שְׁעַבּוּד נְכָסִי פִּינּוֹן דְּעֵיקָרוּ הָנִי מְשׁוּם שְׁעַבּוּד גּוֹפֵן וְיָדוּע בְּכַמְהָ דוֹכְתִי דְּמַה שְׁיֵשׁ חֲזָקָה עַל עַנְגָּן אַחַד דָּאִין מְחַזְקִין מְחַזְקָה זֹו עַל עַנְגָּן אַחַר שְׁאִין בּוֹ הַחֲזָקָה וְעִינּוֹן בַּא"ה"ע סי' ל"ה ב"ש ס"ק ל' וּבְכַתְּנוּבוֹת ד' ע"ו בְּתוֹס' שְׁם וּבִיּוֹ"ד סי' ק"י בְּחַצֵּי צֶלַע שְׁפִירֵשׁ מְקוֹנָם שְׁנוּדַע הַתְּעַרְבוּבוֹת וְחַצֵּי הַב' פִּירֵשׁ אַח"ז.

וְעִינּוֹן בַּש"ש שְׁמַעְתָּא ד' פ"ג וּפ"ד וּבְפֶרֶט דְּעַל הָעֵיקַר לִיכָּא לְהַחֲזוּקָה וְקַצְרִתִּי בַכ"ז] וְהַשְׁעַבּוּד גּוֹפֵם הָנִי סְפֵק מְעוֹלָם מְעִיקָרָא אִם נִתְחַיִּיבוּ פְּלֵל דְּשְׁמַא פְּרַע אַבְיָהֶם א"כ הִיּוּ פְּטוּרִים מְעִיקָרָא מְחַמַת פְּרַעוֹן אוּ מְחַמַת פְּטוּר אַחַר דְּזִינְתָהּ וְכַה"ג וְע"כ לֹא שְׁיִיף לְחַיִּיב לְהִיּוֹרְשִׁים מְשׁוּם הָדָא"י אִם פְּרַעְתִּי פְּלֵל וְאֶפְשָׁר בְּעֵיקַר הַסְבָּרָא דְּהַרְמַב"ם מְחַיִּיב אָף בְּלֹא הִל"ל לְמִידַע בַּא"י אִם פְּרַעְתִּי דְּאֻזִּיל לְטַעְמָה דס"ל פֶּן גְּבִי מְחַזְקִיב שְׁבוּעָה וְאִיל"מ לְחַיִּיב אָף בְּלֹא הִל"ל לְמִידַע וְדִלָּא כְּשִׁיטָּת הַרְאָב"ד וְהַתּוֹסְפוֹת וְס"ל לְהַרְמַב"ם דְּשִׂאנִי יוֹרְשִׁים דְּפִטוּרִי מְשׁוּם דְּטַעְנִינּוּ לְהוּ מַה דְּהֵיָה אַבְיָהֶם יְכוּל לְטַעוֹן וְכַמְבָּאָר בַּש"ף סי'

ע"ב ס"ק נ"א ואכמ"ל: ע"כ היכא דבאנו לחייב להיורשים משום א"י אם פרעתי יש לדון דלכל השיטות אין לחייבם משום דהא לשיטת בעה"ת ונדאי פטירי משום דלא ה"ל למידע פנ"ל ולשיטת הרמב"ם דס"ל דהא דחמש נשים דנוטלות פתובה זהו משום א"י אם פרעתי אף דלא ה"ל להבעל למידע פנ"ל א"כ הא לפ"ז מוכח מהא דמתו בעליהן עד שלא שיתו דביורשים לא שייך לחייב משום א"י אם פרעתי דכיון דלא נתברר עליהם שעבוד הגוף מספיקא ממילא אין אנו יכולים לירד לנכסי שלהם אף דהנכסים נשתעבדו כבר בחיי המוריש פנ"ל לסברת התנאים סי' ס"ו פנ"ל וע"כ לכל השיטות פטורים היורשים בכתב יד שלא נכתב הנאמנות רק נגד הלנה ולא נגד היורשים כיון דמצד הנאמנות לא שייך בהו כיון דלא נכתב נגדם ולא מפעיא לשיטת רש"י בכתובות ד' פ"ז דלפי מש"כ הפני יהושע שם בשם הנתיבות דגם בנקי נדר שייך לטעון ליתמי אף דאיהו לא הי' נאמן כיון דזולת הנאמנות הי' נאמן לטעון פן רק מצד הנאמנות גרע טענתו על פן גבי יורשים דלא קאי הנאמנות נגדם טענינו להו אם פן ה"ה בנ"ד שייך לומר דטענינו ליתמי כיון דאביהם הי' נאמן מצ"ע לטעון פרעתי על פתיבת ידי לולי הנאמנות פנ"ל ואף לשיטת התוספות בשבועות דף מ"א ד"ה וכי מה בין זה כו' דגם בכה"ג לא טענינו ליתמי כיון דעכ"פ אביהם לא הי' יכול לטעון פרעתי מצד הנאמנות: עכ"ז אף אם לא נטעון להו ג"כ אינם חייבים דהא גם מצד א"י אם פרעתי לא נתחייבו היורשים כמו דנתבאר בארנקה ע"פ הוכחת המשניות דסוטה הנ"ל: ענף ה' ועדיין יש להעיר בפרט הזה שפתיבתי לדון לשיטת הרמב"ם דביורשים לא שייך לחייב היכא דהוי ספק בהפטור בחיי אביהן דהא בסי' פ"ט סעי' ב' בהגה"ה בשם הרשב"א גבי שכיר נשבע ונוטל דאם מת הבעה"ב השכיר נשבע ונוטל מירושלמי שבועות פ"ז ה"א ונ"ל פשיטא אם מת הבעה"ב השכיר נשבע לירושלמי אלא במת השכיר איבעיא להו אם יורשיו נשבעין כו' והא עיקר תקנתא דשכיר נשבע ונוטל תקנו משום דבעה"ב טרוד בפועלו ומשום כדי חיו כמבואר בשבועות ד' מ"ה ובתוס' שם ד"ה ונתיב לי' בלא שבועה כו' שפתיבו דמשום דטרוד בפועלו הוי טענת הבעה"ב כמו א"י אם התנתי דחייב ע"ש: א"כ לפ"ז תקשה לשיטת הרמב"ם דנתבאר דגבי יורשים לא שייך לחייבם משום ספק בפרעון א"כ תקשה איך אמרו בירושלמי דפשיטא דאם מת הבעה"ב השכיר נשבע ונוטל דהא ביורשים.

לא שייך לחייבם משום א"י א"פ וכיון דאף היכא דטען אביהם בפירוש דאינו יודע אם פרעתי כל זמן דלא נתחייב בדין הדין נותן לפמש"כ דלא גבי מירושלמי [ועיין בסוף סי' ס"ט בקצה"ח שם ס"ק ז' גבי מחוייב שבועה ואיל"מ ובסוף סי' פ"ד בסמ"ע וסי' ק"ח גבי אין אדם מוריש שבועה אם עמד בדין כבר ובאמת היכא דנתחייב אביהם בדין יש לדון לפ"ז דגבינו מירושלמי] א"כ כיון דעיקר תקנתא תקנו משום דבעה"ב טרוד בפועלו א"כ הא ביורשים לא שייך ה"ט ותקשה ע"ז הפלל מירושלמי.

ועיין בב"מ ד' קי"ב ע"ב תוס' ד"ה טרוד בפועלו שפתיבו דלכן חייב משום דהוי הבעה"ב איני יודע אם פרעתי וכו' ולכאורה יש לומר דאפשר דהירושלמי ס"ל כמ"ד דמנה לי בידך והלה אמר א"י אם נתחייבתי דברי ושמא ברי עדיף ע"כ אף דנאמר דטענת היורשים בשמא פרע אביהן ה"ל כאומר א"י אם נתחייבתי עכ"ז להך מ"ד הא ברי עדיף מחזקת ממונא וגם בלא ה"ל למידע איכא חד מ"ד דברי עדיף כמבואר בתוס' בכמה

דוכתי ולומר דטענינו לירושלים לא שייך בזה פיון דאביהם בעצמו לא הוה נאמן לומר דפרע להשפיר ע"כ גבי מירושלים ג"כ אכל גם זה ליתא דהא סתם ירושלמי ר' יוחנן ור' יוחנן מצינו דס"ל ברי ושמא חזקת ממון עדיף פמבואר בב"ק ד' קי"ח וירושלמי בב"ק פ' יו"ד הלכה ז ועוד דאי נימא דלאו כ"ע מודו בזה א"כ לא שייך לומר בזה לשון פשיטא פדקאמר בירושלמי דפשיטא דהשפיר נשבע ונוטל מירושלמי הבעה"ב וכמבואר בתוס' גיטין ד' ע"ב ע"ב ד"ה אמר רב הונא כו' דלא שייך פשיטא היכא דלאו כ"ע מודו בזה וכ"כ בשא"ד א"כ תקשה על הרמב"ם מירושלמי שבועות הנ"ל ואפשר לומר דהא לפי שיטת הר"נ בשבועות ר"פ כל הנשבעין דהא דמחייבין להבעה"ב משום טרוד בפועליו אין זה משום א"י אם פרעתי רק משום תקנתא בעלמא ע"ש.

א"כ א"ש כ"ז אף גם לשיטת התוס' יש ליישב זה דהא חזינו ביה תקנתא דשכיר נשבע ונוטל דאף היכא דלא שייך ה"ט דבעה"ב טרוד בפועליו ג"כ תקנו דשכיר נשבע ונוטל משום לא פלוג בתקנתם פמבואר בתוס' שבועות שם ד"ה בעה"ב טרוד בפועליו דלא פלוג בין פועל א' ליש לו פועלים הרבה וכמש"כ התורת חיים שם על דברי התוס' הנ"ל וכ"כ התוס' בב"מ ד' קי"ב ד"ה טרוד בפועליו ואף לירושלמי דקאמר שם בזה"ל דמפני שעסקיו של בעה"ב מרובה עכ"ז הא אף היכא דאין להבע"ב עסקים רבים ג"כ תקנו לתקנתם ולא מחלקי בזה בע"כ מוכח דתקנו תקנתם בלא פלוג א"כ כש"כ היכא דבעה"ב חייב משום טרוד בפועליו אז אף בירושלים אף דלא שייך בהו לחייבם משום זה דהא א"י א"פ לא שייך בהו עכ"ז חייבים משום לא פלוג חז"ל בתקנתם: וכן מוכח מהא דאמרו שם דלר' יהודה אף בקציצה השכיר נשבע ונוטל וזהו דוקא במודה במקצת כדס"ל לר"י שם: והטעם כמש"כ התוס' שם ד' מ"ה ד"ה אפילו קצץ נמי כו' משום דבמודה במקצת ה"ל מחוייב שבועה ואיל"מ וע"כ אף דלר"י לא הוי זה כנודאי שכח רק פספק שוכח כמש"כ התוס' שם ד"ה וגיבת לי כו' א"כ אף משום א"י אם החזרתי לא שייך לחייב בפספק שוכח אף בחלוקים בפרעון אבל משום מחוייב שבועה ואיל"מ שייך אף בפספק שוכח פיון דעכ"פ אינו יכול לשבע ועיין בתוס' בב"מ ד"ה ד"ה שפנגדו קאמינא כו' בשני תירוצים שבתוס' שם גבי חשוד שפנגדו נשבע כו' ואכמ"ל: ולפ"ז יש לדון לפי שיטת הרא"ש והתוס' המובא בח"מ סי' פ"ח בסמ"ע ס"ק נ"ג ובש"ך שם ס"ק נ' דס"ל דאף במלנה ע"פ אינו חייב לשבע במודה במקצת רק היכא דאין לו קרקע דאל"כ הא אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות ולפ"ז לכאורה הדין נותן דלר"י דס"ל דלכן תקנו דשכיר נשבע ונוטל משום דבעה"ב טרוד בפועליו וה"ל מחוייב שבועה ואיל"מ א"כ היכא דאית לי קרקע מפעי לומר דלא יהיה שכיר נשבע ונוטל דהא משום מחוייב שבועה ואיל"מ לא שייך בזה פיון דאין נשבעים על קרקעות וכוונדאי אין סברא לומר פן אליבא דר"י בשכיר דלא מצינו פלל לסלק פן אליביה: וכן מוכח מהא דמקשה בשבועות שם אי הכי אף קצץ נמי אלמא תנא אנן אומר שמים קצצת לי והלה אומר לא קצצתי לה אלא א' הממע"ה וכן לקמן שם ד' מ"ו ע"א מקשה הגמ' ואלא הא דתני רבה בר שמואל קצץ הממע"ה מני לא ר"י ולא רבנן וקשה הא י"ל דמייירי הברייתא בדאית להבעה"ב קרקע א"כ לפ"ז לא שייך לחייב בקציצה פיון דעיקר החיוב הוי בזה משום מחשואיל"מ ומה"ט בעי הודאה במקצת דוקא וכמש"כ התוס' שם הטעם בזה: וכיון דהיכא דאית לי קרקע לא דיינינו דין מחוייב שבועה לכן מיפטר וכן מצינו בב"מ

ד' ט"ו דמתרץ רב יוסף שם גבי שבת דמייירי בגיש לו קרקע א"כ כמו כן הוי מצי לתרץ דהברייתא דקצץ הממע"ה דמייירי בגיש לו קרקע וע"כ מוכח מפל זה דאף דעיקר הטעם בקציצה לר"י דנשבע ונוטל הוי משום מחוייב שבוועה ואיל"מ.

עכ"ז ה"ה גם היכא דלא שייך מחושואיל"מ ג"כ תקנו לתקנה זו משום לא פלוג וכש"כ בירושלים פנין דהוי מצי לגבות פבר מן הבעה"ב בתיביו [ועפמש"כ אליבא דר"י דס"ל משואיל"מ יש לדון עפ"ז הרבה פסוגיא דשבועות ד' מ"ז ובב"מ ד' צ"ז בתוס' שם ואכמ"ל ועיין בר"נ פסוגיא דקציצה דר"י דמתייב במודה במקצת דאף בהתזיר ההודאה וא"ל הילך ג"כ מחייב ר"י וע"כ לא נדחה למש"כ אליבא דהרמב"ם דבירושלים לא שייך לחייב משום א"י א"פ וכדמוכח מהמשנה דסוטה הנ"ל א"כ נתבאר דהנכון כמש"כ הש"ך והסמ"ע בשם הגהות מיימוני והטור דס"ל דאין גובין מהירושלים אם לא נכתב הנאמנות בכת"י נגד הירושלים: ענף ו ועכשיו נבוא לבאר עיקר פלוגתת הש"ך בס"ק כ"ד וסמ"ע ס"ק י"ז עם הט"ז סעי' ה' דהש"ך והסמ"ע ס"ל דאין גובין בכת"י אם לא נכתב הנאמנות נגד הירושלים אף דנכתב נאמנות נגדו וטעמם משום דלא שייך בזה שטרא בידוי מאי בעי די"ל דכיון דאינו גובה ממשעבדי לא חשש להניח בידו וגם אוילי שכח הנאמנות כמש"כ המיימוני בס' משפטים סי' ל"ח רק מהלנה גובה מחמת הנאמנות א"כ נגד הירושלים דלא נכתב נאמנות נגדם אין גובין מהם.

והט"ז ס"ל דגם בזה שייך לומר שטרא בידוי מאי בעי והנתיבות בסי' ס"ט ס"ק ח' הוכיח כהט"ז מהא דמבבא רב במחבר סי' ס"ט סעי' ב' בזה"ל דכת"י בנאמנות אינו נאמן לומר פרעתי שאילו פרעו לא הי' מניחו בידו פנין שיש בו נאמנות כו' אלמא דגם בכת"י בנאמנות שייך הטעם דשטרא בידוי מאי בעי.

א"כ מטעם זה גובין ג"כ מירושלים משום דאילו פרע אביהם לא הנה מניח בידו עכ"ל הנתיבות ובאמת זה קשה מאוד על שיטת הש"ך והסמ"ע הנ"ל דכיון דגם בכת"י בנאמנות שייך הטעם דשטרא בידוי מאי בעי א"כ ממילא גובין גם מירושלים מה"ט: ועוד דל"ל להשו"ע לכתוב ה"ט וע"כ זהו פדי להורות דגם מירושלים גובין וכשיטת הט"ז דאילו מיני' דידי' גובין אף בלא ה"ט משום הנאמנות דהא אף במלנה ע"פ מהני נאמנות וכמש"כ שם ביאור הגר"א זצ"ל ס"ק י"ח ע"ש: והנלע"ד לתרץ דברי הש"ך והסמ"ע דהא מצינו בערכין ד' כ"ב בהא דאין נזקקין ליתומים קטנים אמר רבא משום שובר דשפא הי' לאביהם שובר ועיין בב"ב ד' קס"ט בהא דשובר אצל לקוחות כו' ולפ"ז אפשר לומר למאי דקיי"ל כותבין שובר דהא דגובין בשטר מירושלים גדולים וְלא חיישינן דלמא טען המלנה אבד שטרי וכתבו שובר ואינם יודעים הירושלים מקום השובר איה הוא ואפשר דהוא מהטעם דאמרינן דאם הנה פורע אביהם ע"י שובר הנה פקיד בצנואָתו להם מקום השובר היכן הוא פמבואר פעין זה בב"ב ד' ע' ע"ב גבי שטר עסקא דאם איתא דפרע' מימר הוי אמר ובח"מ סי' ע"ח ש"ך ס"ק י"ד ועיין בש"ך סי' שמ"א ס"ק נא"ו ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"א בסופו ע"כ אפשר דמה"ט גובין מירושלים גדולים וְלא חיישינן שפא הי' שובר לאביהם וְלא ידעי מקומו משום דאם איתא דפרע' הוי פקיד להירושלים מקום השובר היכן הוא ומה"ט גובין בשטר גם מלקוחות והא דכתב הש"ך בס"י ע"ח ס"ק י"ד לחלק בין לקוחות לירושלים היינורק לענין חיוב שבוועה

וקצרתתי ע"כ י"ל דז"א שנייה רק היכא דחושש דבלא השובר יהיה יכול המלנה לגבות מן היורשים אבל בכת"י בלא נאמנות פיון דלא יהיה יכול לגבות מן היורשים ע"כ לא חשש לצוות ולשומר עבוד היורשים פיון דבלא השובר ג"כ לא מצוי גבי מהיורשים פן יש להסביר דברי הסמ"ע והש"ך דלא תקשה עליהם כ"כ מן השו"ע מפני שהנ"ל אף לפ"ז יש צדיקין לדון דבמת פתאום מאי איכא למימר ועיין בתנאים סי' ע"ח ס"ק נא"ו וע"כ מוכח דלכן לא חיישינו לשובר משום דאמרינו דבנודאי היו היורשים גדולים מוצאים מקום השובר.

ועוד דאפתי תקשה דלמה פתבו בשו"ע הטעם דאילו פתבו לא היה מניחו בידו דלאינה תועלת פתבו פן וע"כ פדי דייגבה מהיורשים א"כ צדיקין הוכחת הנתיבות במקומה: והעיקר לפענ"ד בזה די"ל נפ"מ אחריתי בזה והוא דהא קי"ל דבטוען סטראי נאמן במיגו דלהד"מ כמבואר בכתובות ד' פ"ה ובסי' נ"ח ואף דהוי מיגו להוציא עכ"ז היכא דשטרא מסייע לי אמרינו מיגו להוציא והטעם מבואר באו"ת בכללי מיגו ס"ק ח' שני טעמים בזה חד טעם משום דלגבי זה אמרו דכגבוי דמי ועוד טעם משום דמסייע לי חזקה דשטרא בידי מאי בעי ואף דחזקה דשטרא בידי מאי בעי לא מהני התם בעצם דדוקא משום מיגו נאמן המלנה כמבואר התם.

עכ"ז מהני קצת הך חזקה דשטרא בידי מאי בעי להצטרף עם המיגו דיהיה נאמן אף להוציא א"כ היכא דטוען סטרא בפירעון בלא סהדי ויש להמלנה כת"י בנאמנות דמצד טענת עצמו בלא מיגו אינו נאמן לטוען טענת סטראי כמבואר בסי' נ"ח ובש"ך ס"ק י"א דאף בכת"י בנאמנות סתם אם פתבו בסהדי איתרע שטרא רק בפירעו בלא סהדי נאמן מצד מיגו וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ב' דהא איכא ריעותא בפנינו פיון דמוזיה דנפרע רק מצד מיגו נאמן והא דא"צ שבוועה בנאמנות זהו משום דיש להמלנה מיגו: ולא שנייה בזה לומר מיגו לאפטורי משבוועה לא אמרינו דהא פתב הסמ"ע בסי' רצ"ו ס"ק א' בטעם הסוברין דלא אמרינו מיגו לאפטורי משבוועה משום דדוקא מיגו לאפטורי ממון אמרינו דקשה להוציא ממון מבעליו אבל שבוועה דאין בזה הוצאת ממון לא אמרינו מיגו ע"ש וכיון דעיקר הטעם להסמ"ע הא דלא אמרי' מיגו לאפטורי משבוועה הוא משום דבשבוועה אין מסייע לו הפוזקות כ"כ ולכן היכא דמהימן ע"י המיגו אף להוציא מהפוזקות כמו היכא דשטרא מסייע ליה אזי הדין נותן דיהיה מהימן אף לאפטורי משבוועה בזה וכש"כ לפמש"כ בכללי מיגו שלי לבאר היטב סברת הסוברין דלא אמרי' מיגו לאפטורי משבוועה והעליתי שם דלמ"ד דאמרי' מיגו להוציא דלדידה אמרינו ג"כ מיגו לאפטורי משבוועה ע"ש א"כ לפ"ז נדאי הדין נותן היכא דמהימן להוציא כמו בנ"ד דנדאי מהימן במיגו לאפטורי משבוועה וע"כ שפיר פתבתי דבייש בו נאמנות מהימן בלא שבוועה משום מיגו פנ"ל ויש לעיין מזה במש"כ לעיל סי' נ"ח וקצרתתי: ובכת"י דאינו גובה מלקוחות לא שנייה בו הטעם דאמרו משום דכגבוי דמי דהא מבואר בגיטין דף ל"ז דשטר שאין בו אחריות נכסים גם לב"ש לא הוי כגבוי א"כ ה"ה לדיון היכא דאמרינו דהוי כגבוי אלא מצד דיש קצת הוכחה לזה משום שטרא בידי מאי בעי לכן אמרינו מיגו להוציא אם הכת"י בנאמנות מסייע ליה ע"כ אם לא היה שנייה בכת"י בנאמנות הסברא דשטרא בידי מאי בעי לא היה נאמן המלנה לומר סטראי במיגו דלהד"מ משום דהוי מיגו להוציא ומצד טענת עצמו לא מהימן לומר סטראי דדוקא כשאומר להד"מ בזה קאי הנאמנות

אָבֵל פֿשְׁמוּדָה שְׁנִפְרַע רַק דְּטוֹעֵן סְטְרַאי בְּזֵה לֹא שְׂיִיף הַנְּאָמְנוֹת סֶתֶם וְלִכֵּן הֵיכָא דְפִרְעוּ בְּסִדְדֵי לֹא מְהִימֵן לומר סְטְרַאי אַף בְּנְאָמְנוֹת סֶתֶם כַּמֶּשׁ"כ הַשִּׁי"ף הַגָּ"ל.

מִשׁוּם דְּאִיתְרַע הַשְּׁטֵר אָבֵל לְפִי מַה דְּאָמְרוּ דְשְׂיִיף בַּכ"י בְּנְאָמְנוֹת הַחֲזָקָה דְשְׁטֵרָא בְּיַדֵי מַאי בְּעֵי דְאֵלוּ פִרְעוּ לֹא הָיָה מְנִיחוּ בְּיָדוֹ ע"כ מְסִינֵע בְּזֵה הֵךְ חֲזָקָה וְאָמְרִינּוּ בְּזֵה מִיגוּ לְהוֹצִיא א"כ הָיָה נַפ"מ מְהִטְעֵם שְׁפִתְבוּ דְאֵילוּ פִרְעוּ לֹא הָיָה מְנִיחוּ בְּיָדוֹ לְגַבֵי הֵךְ מִקְלָתָא אָבֵל בְּאָמַת י"ל דְלֹא שְׂיִיף בַּכַּת"י בְּנְאָמְנוֹת הֵךְ חֲזָקָה דְשְׁטֵרָא בְּיַדֵי מַאי בְּעֵי לְהוֹצִיא מִיּוֹרְשִׁים רַק דְהָיָה תוֹעֵלֶת מְהֵךְ חֲזָקָה קֶצֶת לְגַבֵי סְטְרַאי וְכַמוֹ דְבְּסְטְרַאי דְלֹא מְהַנִּי שְׁם כ"כ הֵךְ חֲזָקָה דְשְׁטֵרָא בְּיַדֵי כו' דְהָא לֹא מְהִימֵן אִם לֹא הָיָה לוֹ מִיגוּ דְלֵהד"מ פְּנ"ל רַק מְהַנִּי קֶצֶת לְצִירוּף לֵה מִיגוּ הַגָּ"ל וְה"ה בַּכַּת"י בְּנְאָמְנוֹת וְזֵה מְנִיחוּ דְהָא הַטּוֹר שְׁם פֶּתֵב כֵּן גַּבֵי כַּת"י בְּנְאָמְנוֹת עָלָיו וְעַל יוֹרְשָׁיו וְסִינִים דְאֵילוּ פִרְעוּ לֹא הָיָה מְנִיחוּ בְּיָדוֹ פְּנ"ל וְהָא בְּנְאָמְנוֹת עַל יוֹרְשָׁיו לֹא בְּעֵינָן לֵה"ט דְהָא אַף בְּמִלְנָה ע"פ מְהַנִּי נְאָמְנוֹת א"כ אַף לְהוֹכַחַת הַנְּתִיבוֹת תְּקֻשָׁה לְשׁוֹן הַטּוֹר אָבֵל לְפַמֶּשׁ"כ א"ש דְגַם הַטּוֹר נִתְפָּוֶן לְעַנְיָן סְטְרַאי פְּנ"ל וּמִתּוֹרְץ קוֹשְׁיַת הַנְּתִיבוֹת: וְע"כ לְדִינָא אֵין לְהוֹצִיא מְהִיּוֹרְשִׁים וְכַמֶּשׁ"כ הַגְּהוֹת מִיְיִמוּנֵי וְהַטּוֹר וְכַמוֹ שְׁפִסְק הַסִּמ"ע וְהַשִּׁי"ף פְּנ"ל וְגַם נִתְבָּאָר עַל נִכּוֹן דְלִקְל הַשְׂיִטוֹת אֵין לְחַיִּיב לְיּוֹרְשִׁים מִשׁוּם אֵינִי יוֹדֵעַ אִם פִּרְעֵתִי רַק דְזֵהוּ ע"פ טְעָמִים חֲלִיקִים פְּנ"ל דְלִשְׂיַטַּת הַבַּעַה"ת פְּטוֹרִים הִיּוֹרְשִׁים מִשׁוּם דְלֹא ה"ל לְמִידַע וּלְשִׂיטַת הַרְמַב"ם נִתְבָּאָר דְלִכּוֹן פְּטוֹרִים מִשׁוּם דְהָיָה זֵה פְּאֹמֵר אֵינִי יוֹדֵעַ א"כ דְסִפְק הוּא אִם נִתְחַיִּיבוּ בְּשַׁעֲבוּד גּוּפִם פְּנ"ל וְנַפ"מ מְכַל זֵה דְאֵף הֵיכָא דְלֹא שְׂיִיף לומר טוֹעֵנִין לְיּוֹרְשִׁין טַעֲנַת אַבִּיהֶם דְהָיָה יָכוֹל לומר פִּרְעֵתִי וְכַנ"ל אַפ"ה אֵין מְחַיִּיבִים לְהִיּוֹרְשִׁים מִשׁוּם אֵינִי יוֹדֵעַ אִם פִּרְעֵתִי פְּנ"ל כֹּל זֵה פֶּתֵבִי מְכַבֵּר: עֲנָף ז' שׁוּב רְאִיתִי דִישׁ לְעֵינֵי עֲדִינֵי בַטּוֹר ח"מ מְזֵה וְהוּא דְהַטּוֹר בְּסִי' ע"ה סַעִי' י"ט פֶּתֵב בּוֹזֵה"ל דְאִם תִּבְעֵ לְיּוֹרֶשׁ וְאָמֵר אֵינִי יוֹדֵעַ שְׂאָבִי חַיִּיב לֵה וְאֵינִי יוֹדֵעַ אִם פִּרְעֵה אוֹ לֹא פְטוֹר פִּינּוֹן שְׂאֵם הָיָה קֵיִים הָיָה יָכוֹל לומר פִּרְעֵתִי אֲנִי נְמִי טַעֲנִינּוּ לִיָּה שְׂאָבִי פִרְעַע וְכַתֵּב הַב"י שְׁם דְכֵן פֶּתֵב הַבַּעַה"ת: וְהוּבָא זֵה בְשׁו"ע סִי' ע"ה סַעִי' ט"ז בְּקֶצֶרָה דְבִיּוֹרְשִׁים אֵין לְחַיִּיבֶם אַף בְּטוֹעֵנִים א"י א"פ ע"ש וּבְבָאָר הַגּוֹלָה שְׁם ס"ק צ' שְׁפִתְבּוּ דַּכ"כ הַבַּעַה"ת הָרִי מְבֹאָר לְהַדְיָא בַטּוֹר דְבִיּוֹרְשִׁים דְפְטוֹרֵי בַא"י אִם פִּרְעַע אַבִּיהֶן דְהַטְעֵם הוּא מִשׁוּם דְטוֹעֵנִין לְיּוֹרְשִׁים.

וְהָיָה זֵה פְּמוֹ טַעֲנַת בְּרִי וְכַמֶּשׁ"כ הָרֵא"ש בְּרַפ"ב דְכֶתְוִבוֹת אָבֵל הֵיכָא דְלֹא שְׂיִיף לְדוֹן דְטוֹעֵנִין לְיּוֹרֶשׁ פְּגוֹן הֵיכָא דְאָבִיהֶם ג"כ לֹא הָיָה יוֹדֵעַ דְבְּזֵה חַיִּיבִין יוֹרְשִׁים פְּמוֹ כֹּל א"י א"פ וְאֵף דְלֹא ה"ל לְמִידַע א"כ מוֹכַח מִן הַטּוֹר דַּס"ל דְאֵף בְּלֹא ה"ל לְמִידַע חַיִּיב בַּא"י אִם פִּרְעֵתִי וְגַם מוֹכַח מִן הַטּוֹר דַּס"ל דְאֵף בְּיּוֹרֶשׁ שְׂיִיף לְדוֹן לְחֻזְקַת חַיִּיב וְשַׁעֲבוּד עַל הַנְּכָסִים שְׂיִרְשׁוּ וְדִלֹא כַמֶּשׁ"כ לְעֵיל לְדוֹן לְשִׂיט' הַרְמַב"ם דְבִיּוֹרֶשׁ לֹא שְׂיִיף חֻזְקַת חַיִּיב עַל גּוּפִם וְגַם יִסְתְּרוּ דְבְרֵי הַבַּעַה"ת אֶהְדְּדִי דְהָא לְעֵיל הַבֵּאתִי בְּשֵׁם בַּעַה"ת דְהוּבָא בַאו"ת סִי' ע"ה ס"ק כ"ב דְיּוֹרְשִׁים דְפְטִירֵי בַא"י א"פ זֵהוּ מִשׁוּם דְלֹא ה"ל לְמִידַע וְהֵכָא פֶּתֵבוּ בְּשִׁמּוֹ דְפְטִירֵי מִשׁוּם דְטוֹעֵנִין לְיּוֹרֶשׁ וְיֵשׁ לְיִישָׁב וְאִכְמ"ל וְגוֹף סֶפֶר בַּעַה"ת אֵינּוּ ת"י [וְכ"ז הוּא הֵיכָא דְלֹא עֲמַד אַבִּיהֶם בְּדִין דְבְּעֲמַד בְּדִין וְדַאי דְנִתְחַיִּיבוּ נְכָסִים לַכ"ע: וְלַפ"ז יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל הַטּוֹר בְּזֵה מִן הָא דְסוֹטָה ד' כ"ה בְּמִתּוֹ בְּעֵלְיָהֶן עַד שְׁלֹא שָׁתוּ דַּס"ל לַב"ה דְאֵינּוּ נוֹטְלוֹת הַכְּתוּבָה וְקֻשָׁה דִּיהִי חַיִּיבִין הִיּוֹרְשִׁים מִשׁוּם א"י אִם פִּרְעֵתִי דְהָא אַף הֵיכָא דְלֹא ה"ל לְמִידַע ג"כ ס"ל לְהַטּוֹר דְדִינֵינּוּ לְחַיִּיב בַּא"י אִם פִּרְעֵתִי וְגַם הָא ס"ל דְגַם

בְּיִוְרֵשׁ שִׁינָה לְדוֹן לְחֻזְקַת חַיִּיב וְשִׁעְבוּד עַל הַנְּכָסִים דְּנִתְעַרְבוּ כְּבָר וְטוֹעֲנִין לְיִוְרֵשׁ לֹא שִׁינָה בְּזַה דְּהָא גַם אֲבִיָּהֶם לֹא הָיָה יוֹדֵעַ מַזְה אִם זִינְתָה אוֹ לֹא וּי"ל דַּס"ל לְהַטּוֹר דְּשֵׁא"ה בְּסוּטָה דִּי"ל בְּזַה פְּסֻכְרַת הַתּוֹס' בְּסוּטָה דָּף כ"ה ד"ה ב"ה אוֹמְרִים כּו' דְּמֵאַחַר דְּהַתּוֹרָה עֲשָׂאָה סְפֵק עַד שִׁתְּשֻׁתָּה אֵינָה יְכוּלָה לְטַעוֹן טַעֲנַת בְּרִי א"כ מַה"ט לֹא מְהַיְבִי בְּרִי שְׁלָה לְחַיִּיבָם מִשׁוּם א"י א"פ וְהָא דְאָמְרוּ בְּחֻמְשׁ נְשִׁים בְּסוּטָה דְאִינְן נְאָמְנוֹת לְהַפְסִיד כְּתוּבָה וְכַנ"ל בְּאַרְבָּעָה י"ל דְּכּוֹנְנָתָם הוּא לְעַנְיָן תְּפִיסָה וְכַמֵּשׁ"כ לְעֵיל וְאָף דְּהַבְּרִי שְׁלָה לֹא הָוִי בְּרִי לְעַנְיָן א"י א"פ כַּנ"ל עַכ"ז י"ל דְּדוֹקָא לְעַנְיָן הוֹצֵאת מְמוּנָא מִן הַמְּוֹחֶזֶק גַּבִּי זֶה לֹא נִחְשָׁב לְטַעֲנַת בְּרִי אֲבָל לְעַנְיָן תְּפִיסָה בְּדִרְרָא דְמְמוּנָא דְבְּעֵי טַעֲנַת בְּרִי זֶה ג"כ חֲשׁוּב כְּמוֹ טַעֲנַת בְּרִי לְהַחְזִיק הַתְּפִיסָה מַה שִׁתְּפֹס כּוּ י"ל בְּזַה וְכַש"כ דְאָתִי שְׁפִיר לְפַמֵּשׁ"כ הַאוּ"ת בְּסִי' ע"ה ס"ק כ"ב לְחַלֵּק דְּהֵתָם גַּבִּי מִתּוֹ בְּעֵלְיָהֶן לֹא מְקַרִי זֶה כְּמוֹ א"י א"פ מִשׁוּם דְּכִינּוֹן דְּכְתוּבָה לֹא נִיטְמָן לְגַבּוֹת מַחֲזִיִּים וְלֹא הָיָה בְּרוּרֵחַ חַיִּיבוֹ מְעוּלָם ע"כ לֹא שִׁינָה בְּזַה חֻזְקַת חַיִּיבָא כ"כ יַעוֹ"ש בַּאוּ"ת וַיֵּשׁ לְהַאַרְיָה בְּזַה: אֲמַנְם זֶה אֵינּוּ לְפִי מַה דְּכָתַב הַטּוֹר בַּא"ה ע' סִי' ק' ע"ח בְּזַה"ל גַּבִּי נְשִׁים שִׁשׁוּנָאוֹת זֹאת זֹאת מְעִידוֹת לֹא מְשַׁבְּחָה וְנְאָמְנוֹת לֹא מְרַחֵם לְאֻסְרָה עַל בְּעֵלָה אֲבָל לֹא לְהַפְסִיד כְּתוּבָתָה אֲבָל נוֹטְלָת כְּתוּבָתָה וְיוֹצֵאָה עַכ"ל הַטּוֹר הָרִי לְהַדְיָא דַּס"ל לְהַטּוֹר גַּבִּי חֻמְשׁ נְשִׁים דְּמוֹצִיאִין הַכְּתוּבָה מִהַבְּעַל א"כ לֹא שִׁינָה לֹא מְרַחֵם כְּמוֹ הַטּוֹר דְּכּוֹנְנָתוֹ לְעַנְיָן זְכוּת שִׁישׁ לָה ע"י תְּפִיסָה כַּנ"ל.

דְּהָא כְּתַב לְהַדְיָא דְּמוֹצִיאִין הַכְּתוּבָה מִהַבְּעַל (וְקָאִי עַל זְמַן הַבֵּית דָּאלוֹ הָאִידְנָא וְדָאִי כִּינּוֹן דְּנְאָסְרָה עֲלֵיו וְאִין לָה שׁוּם עֲצָה לְבָרַר דְּהִיא טְהוּרָה וְנִדְאִי הַפְּסִידָה כְּתוּבָתָה דְּגִרְמָה לְהִיּוֹת נְאָסְרַת עֲלֵיו כַּנ"ל) א"כ עַדִּינּוֹ תִּקְשָׁה לְפִי מַה דַּס"ל לְהַטּוֹר בְּהָךְ חֻמְשׁ נְשִׁים דְּנוֹטְלוֹת הַכְּתוּבָה וְע"כ הַטַּעַם הוּא מִשׁוּם דַּס"ל לְהַטּוֹר בְּסוּטָה דְּזַה ה"ל כַּא"י א"פ דַּג"ז ה"ל כְּעֵין חֻזְקַת חַיִּיב וְדִלָּא כַּהַאוּ"ת הַנ"ל א"כ קִשָּׁה דְּמַפְנִי מַה בְּמִתּוֹ בְּעֵלְיָהֶן עַד שְׁלֵא שְׁתּוֹ אִינּוֹן נוֹטְלוֹת הַכְּתוּבָה הָא לְשִׁיטַת הַטּוֹר דַּס"ל בַּח"מ סִימָן ע"ה כַּנ"ל דְּאָף בְּיִוְרֵשׁ שִׁינָה לְחַיִּיב מִשׁוּם א"י א"פ רַק דְּפִטְרִי מִשׁוּם דְּטוֹעֲנִין לְיִוְרֵשׁ.

א"כ הָכָא בְּמִתּוֹ בְּעֵלְיָהֶן דְּלֹא שִׁינָה לֹא מְרַחֵם לֹא מְשַׁבְּחָה לְהוֹ דְּהָא אֲנִי יְדַעִינּוּ דְּהַבְּעַל עֲצָמוֹ ג"כ לֹא הָיָה יוֹדֵעַ אִם נְטַמְאָה. א"כ יְהִי חַיִּיבִין הַיִּוְרֵשִׁים מִשׁוּם א"י א"פ וְכַנ"ל.

וְכַעַת מְצָאִי בְּתוֹס' רַעַק"א זַצ"ל עַל מְשַׁנּוֹת בְּסוּטָה פ"ו מְשַׁנָּה ב' שֶׁהַקְּשָׁה בְּזַה לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם אֲבָל לֹא הִבִּיא לְדַבְּרֵי הַטּוֹר הַנ"ל וּבְאֵמַת שִׁיטַת הַרְמַב"ם יֵשׁ לְיִישָׁב בְּפִשְׁיִטוֹת וְכַמֵּשׁ"כ לְעֵיל אָף עֵינָה קוֹנְשִׁיא זֹאת הוּא רַק לְשִׁיטַת הַטּוֹר כַּנ"ל וְהָיָה בְּהַעֲלָם דְּבָר דְּבָרִי הַטּוֹר הַנ"ל מִן הַבֵּית מֵאִיר בְּסִי' ק' ע"ח: אֲבָל בְּאֵמַת אֵינּוּ קִשָּׁה עַל שִׁיטַת הַטּוֹר ג"כ מְהָא דְּמִתּוֹ בְּעֵלְיָהֶן דְּאִין נוֹטְלוֹת כְּתוּבָה דִּי"ל דְּגַם הֵתָם שִׁינָה לֹא מְרַחֵם לֹא מְשַׁבְּחָה לְיִוְרֵשׁ דְּהָא זֶה פְּשׁוּט דָּאִם הַבְּעַל טוֹעֵן עֲלֵיהָ דְּהִיא הוֹדִית בְּפִנּוּי דְּזִינְתָה בְּרִצּוֹן דְּאִז אֲבָדָה כְּתוּבָתָה אִם הָיָה הָאֵמַת דְּהוֹדִית ע"ז: כְּמִבְּנֹאֵר בְּנִדְרִים ד' צ"א וְכַש"כ לְאַחַר קִינּוּי וְסִתְרָה כְּמִבְּנֹאֵר בְּסוּטָה ד' ו' ע"א בְּתוֹס' ד"ה הָאוּמְרַת טְמָאָה כּו' בְּשֵׁם הַיְרוּשְׁלָמִי וְלִכְּן אִם אוֹמֵר הַבְּעַל דְּהִיא הוֹדִית בְּפִנּוּי דְּנְטַמְאָה וְדָאִי דְּאִין לָה כְּתוּבָה וְנְאָמְן הַבְּעַל בְּזַה כִּינּוֹן דְּשִׁט"ח לֹא כְּגַבּוּי דְּמִי כְּבִית הַלֵּל וְלְאַחַר דְּנוֹלֵד סְפֵק בְּקִינּוּי וְסִתְרָה אִם זִינְתָה דְּדוֹקָא בְּטוֹעֵן הַבְּעַל שְׁמָא כְּמוֹ בְּהָא דְּחֻמְשׁ נְשִׁים נוֹטְלוֹת הַכְּתוּבָה וְמוֹצִיאִין מִהַבְּעַל מִשׁוּם דַּס"ל כַּא"י א"פ וְהִיא אוֹמְרַת בְּרִי לִי דְּלֹא נְטַמְאָתִי: וְאָף דַּס"ל הַבְּעַל בְּשְׁמָא טוֹב דְּלֹא ה"ל לְמִידַע מ"מ

הא לשית הטור אף כה"ג שייך לחייב בא"י א"פ רק כתב לפטור ליורשים משום טוענין
להו אבל אם טוען הבעל פרי לי דהודית בעצמה בפני דזינתה אז נאמן ואין מוציאין
הכתובה ממנו דה"ל פרי וברי ומה לי פרי שיודע עצם הענין או פרי מחמת הודאת
הבע"ד הכל שקולים הם וענין בח"מ סי' ע"ה סעי' י"ז ובאו"ת סי' ע"ה ס"ק ח' וכיון
דעיקר מלתא דטוענין ליורש זהו משום דכל מה דהיה אפטר להמוריש לטוען טוענין
ליורש דלמא הנה טועין פן א"כ ה"ה הו טענה דדלמא הנה טוען הבעל דהיא הודית בפניו
דזינתה דטוענין ליורש דאין לחלק ביניהם ע"כ א"ש דברי הטור ואינו קשה עליו מהא
דחמש נשים ומהא דמתו בעליהן כו' ולפ"ז נדחה למש"כ לעיל לדון דמן הרמב"ם מוכח
דס"ל דביורשים לא שייך לחייבם משום א"י א"פ די"ל בזה ג"כ כמש"כ לשית הטור
פנ"ל: וכיון דשית הטור בח"מ סי' ע"ה דאף גבי יורשים שייך לדון להו א"י א"פ
לחייבם אף דפטורים משום דטוענין ליורש וכן משמע לשון המחבר בסי' ס"ט סעי' ה'
הנ"ל שכתב בהוציא כת"י הלנה על יורשיו דאנו טוענין להם שהוא פרוע וכ"כ הטור
שם סעי' י"ג בזה"ל וכמש"כ הט"ז להוכיח פן מלשון המחבר והבעה"ת הנ"ל א"כ לפ"ז
הדין נותן אם נכתב נאמנות נגדו דאז לא הנה יכול אביהם לטוען פרעתי דיהיו חייבין
היורשים משום א"י אם פרעתי וטוענין ליורש לא שייך בזה פיון דאביהם עצמו לא הנה
נאמן ותקשה מזה על מש"כ הש"ך בסי' ס"ט ס"ק כ"ד דמלשון הטור בסי' ס"ט דכתב
ואם כתב בכתי נאמנות שהאמינו עליו ועל יורשיו כו' דמשמע דאם לא נכתב נאמנות
נגד יורשיו אינו גובה מיורשים דהא לשית הטור חייבים היורשין משום א"י אם פרעתי
ומוכח מזה כמש"ב הט"ז דכתב בכוננת הטור דהיינו לגבות מיתמי בלא שבועה.

אכן לפמש"כ לעיל בשם נתיבות המשפט הראשון דהובא בפנ"י לכתובות ד' פ"ז לתרין
שית רש"י דגם בנתן נאמנות נגד הלנה שייך לדון דטוענין פיון דבלא הנאמנות הנה
נאמן מצד עצמו פנ"ל בארנפה ע"כ יש עדיין לומר בזה דמשום א"י אם פרעתי אין לחייב
להיורשים אף לשית הטור משום דגם כה"ג שייך לדון טוענין ליורש וע"כ שפיר כתב
הטור דדוקא בנתן נאמנות עליו ועל יורשיו משום דבלא נאמנות על יורשיו טוענין
ליורש פמו בכל א"י א"פ לשית הטור פנ"ל ונכונים דברי הש"ך: הינצא לנו מפל מה
דנתבאר דבכת"י שכתב נאמנות עליו ולא על יורשיו אין מוציאין מן היורשים אם לא
עמד אביהם בדין ודלא פהנתיבות פיון דנדחה ראיתו אכן אם תפס המלנה יכול לומר
קים לי כה"ט"ז וגם לשית הש"ך מכ"מ אפטר לומר דיכול לומר קים לי פשית הטור
דס"ל לחייב ליורשים ג"כ משום א"י אם פרעתי וכיון דעיקר הפטור של היורשים הוי
משום טוענין ליורש א"כ כה"ג דיש בו נאמנות להמלנה נגד הלנה דלא הוי מצי אביהם
לטוען פרעתי ע"כ לא טוענין כה"ג ליורש ואף דלשית רש"י לפמש"כ הנתיבות
המשפט הראשון לחזק דבריו דכה"ג ג"כ שייך לומר טוענין ליורש פנ"ל עכ"ז פשפס
מצי לומר קים לי פשית התוס' דשבועות ד' מ"א דס"ל דכה"ג לא שייך לטוען ליורש
פנ"ל.

אף בזה יש לדון דהא איפא ספק ספיקא דדינא המסייע לבעל חזקת בעלים הראשונים
שיש על החפץ שתפס. א"כ לפ"ז אפטר לומר דלא מהני התפיסה לשית הש"ך וקצרתי
בזה לפי דלדינא בלא"ה מהני תפיסה דיכול לומר קים לי כה"ט"ז דס"ל דגובין כה"ג
מיורשים וענין ב"ק פ"ב ברא"ש סי' ב': וגם נתבאר דמוכח מן הטור סי' ע"ה דגם

בְּיִוְרָשִׁים שִׁינָה לְחִיבָם מְשׁוּם א"י א"פ וְדָלָא כַּמְש"כ לְעִיל וְכַהֲבִית מְאִיר לְהַחֲלִיט
דְּבִיּוּרָשִׁים לֹא שִׁינָה אִינִי יוֹדֵעַ אִם פְּרַעְתִּי דְּהָא מְבִנְיָא בְּטוֹר לְהִיפָּה וְהַטְעַם דְּהָא עַל
הַנְּכָסִים דִּינִינִן וְהַנְּכָסִים הָא נְתַחֲיָבוּ כְּבָר בְּחִי אַבִּיהֶם וְסָפֵק אִי יֵצְאוּ מִן שְׁעֵבוּדָם וְאַף
שְׁכַתְבִּתִּי לְעִיל לְפָרֵשׁ דְּלִפִּי מַה שְׁכַתְבִּי הַתְּנֻמִּים סִי ס"ו ס"ק מ"ג יֵשׁ מְקוֹם לְדַבְרֵי הַב"מ
בְּזָה אֲבָל פִּינֵן דְּהַעֲלִיתִי לְעִיל בְּסִי מ"ט דְּהַעֲיָקָר הוּא כַּמְש"כ הַר"נ לְכַתְּנוּבוֹת וְהַסְמ"ע
בְּסִי ס"ו דְּבִיּוּרָשׁ לִיכָא שְׁעֵבוּד הַגּוֹף עֲלֵיהֶם רַק לְפִי דְהִי שְׁעֵבוּד הַגּוֹף עַל אַבִּיהֶם ע"כ
גּוֹבֵינן מְהֵם לְכֵן לִפ"ז שִׁינָה גַם בְּיִוְרָשִׁים דִּין אִינִי יוֹדֵעַ אִם פְּרַעְתִּי כַּנ"ל אִף דְּפִטְרִי מְשׁוּם
דְּטוֹעֲנִין לְהוּ כַּמְש"כ הַטּוֹר א"כ לִפ"ז הִיכָא דְלֹא שִׁינָה לֹא מְשׁוּם דְּטוֹעֲנִין אִזּוּ הַיּוֹרָשִׁים חִיבִין
אִף לְפִי מַה שְׁכַתְבִּתִּי לְעִיל בְּשֵׁם בַּעַה"ת הַטְעַם דְּפִטְרִי מְשׁוּם דְּלֹא הָוִי לִי לְמִידַע פְּטוֹרִים
אִף בַּכַּה"ג א"כ הָוִי זֶה ג"כ סְפִיקָא דְּדִינָא דְּאֶפְשָׁר דְּהַלְכָה דְּפִטְרִי מְשׁוּם דְּלֹא הָוִי לִי
לְמִידַע א"כ אִף הִיכָא דְּלֹא הָיָה אַבִּיהֶם נֶאֱמָן מ"מ הַיּוֹרָשִׁים פְּטוֹרִים מַה"ט דְּלֹא הָוִי לִי
לְמִידַע וְכֹל זֶה כָּל זְמַן דְּלֹא נְתַחֲיָיב אַבִּיהֶם בְּדִין וְעֵינִן מְזָה בַּקְצָה"ח סִי ע"ה ס"ק ט"ז:
(ב) (שָׁם סַעִי ה') הוֹצִיא כַּת"י הַלְוָה כו' אִם הוּא תוֹךְ הַזְּמַן כו' הוֹאִיל וּמוֹדִים שְׁהוּא כַּת"י
אַבִּיהֶם גּוֹבָה מְהֵם וְהַשְׁ"ף בְּס"ק כ"ו הַקְּשָׁה דְּלִמְאֵן דְּס"ל דְּאִף מְלִתָּא דְּלֹא שְׁכִיחַ טוֹעֲנִין
לִיתְמִי א"כ ה"ה בְּזָה אִין גּוֹבֵינן מִיתְמִי עֲנָף א וְהָיָה הַנְּתִיבוֹת בְּס"ק י"א תִּירָץ זֶה בְּטוֹב
טַעַם דְּאִף לְהַסְוִרִים דְּטוֹעֲנִין לִיתְמִי נֶאֱמָסוּ מ"מ לֹא טוֹעֲנִין לְהוּ בְּטַעֲנַת פְּרִי פִינֵן דְּהָוִי
מְלִתָּא דְּל"ש ע"כ הִיכָא דְּאִף טַעֲנַת שְׁמָא מְהֵנִי בְּזָה טוֹעֲנִין לְהוּ אִף בְּמְלִתָּא דְּל"ש: אֲבָל
הִיכָא דְּבַעֲיָנִן דְּנֻקָּא טַעֲנַת פְּרִי בְּזָה לֹא טוֹעֲנִין לְהוּ בְּמְלִתָּא דְּל"ש וְע"כ שְׁפִיר פְּסֵק הַמְּחַבֵּר
הִכָּא לְדִינָא עַכ"ל הַנְּתִיבוֹת וְיָפָה כַּתְּבִי אִף שְׁקִיצָר בְּזָה: וְלִי נִרְאָה לְהַסְבִּיר דְּבָרֵינוּ בְּיַתֵּר
בְּיִאוֹר וְלַחֲלֹק דְּשִׁאֲנִי גַבִּי נֶאֱמָסוּ דְּהֵתֵם אִף טַעֲנַת שְׁמָא מְהֵנִי דְּאִף דְּנִימָא דְּהָוִי פְּאִינִי יוֹדֵעַ
אִם פְּרַעְתִּי מְשׁוּם חֲזַקְתָּ חִיּוּב דְּאִיכָּא עַל הַנְּפִקָּד וְכַמוֹ שְׁהַעֲלָה הַשְׁ"ף בְּסִי רַצ"א ס"ק מ"ד
דְּכָל סְפֵק הַנּוֹלָד בְּפִקְדוֹן ה"ל פְּאִינִי יוֹדֵעַ אִם הַחֲזַרְתִּי ע"ש עַכ"ז הָא פִּינֵן דְּהַמְּפִקִיד אִינוּ
תּוֹבַע בְּכָרִי וְאִינוּ יוֹדֵעַ אִם לֹא נֶאֱמָסוּ אוֹ לֹא ע"כ אַרְבַּא"י אִם הַחֲזַרְתִּי פְּטוֹר פִּינֵן דְּשִׁנִּיהֶם
טוֹעֲנִין שְׁמָא וְעַפ"ז יֵשׁ לְתַרְץ לְמַה שְׁמְבִנְיָא בַּח"מ סִי שִׁס"א סַעִי זִי"ן דְּכַתְּבִי הַמְּחַבֵּר
שָׁם בְּגִזְל וּמַת וְהוֹרִישׁ לְכַנְיָו כו' דָּאִם אֶמְרוּ הַגְּדוֹלִים יוֹדְעִים אָנוּ שְׁעֵשָׂה אַבִּינוּ חֲשׁוֹבֵן
עִמָּה כו' נֶאֱמָנִים וְכַתְּבִי הַסְמ"ע שָׁם דְּנֻקָּא בְּאֶמְרוּ הַגְּדוֹלִים בְּרִי כו' אֲבָל בְּטוֹעֲנִים שְׁמָא
הַחֲזִיר לָהּ לֹא טוֹעֲנִין לְהוּ וְסַתֵּם הַמְּחַבֵּר כֵּן וְהַשְׁ"ף שָׁם הִבִּיא שִׁיטַת הַרְמַב"ן דְּחֹלֵק בְּזָה
וּס"ל דְּטוֹעֲנִין אִף בְּזָה כְּמוֹ דְּס"ל בְּכָל טַעֲנָה דְּל"ש.

וּבְאַמַּת י"ל דְּלִכְּן סַתֵּם הַמְּחַבֵּר הֵתֵם אִף דְּבְסִי ק"ח הִבִּיא פְּלוּגְתָּא בְּזָה עַכ"ז י"ל דְּשִׁא"ה
בְּגִזְלֵן דְּהַנְּגִזְל תּוֹבַעוּ פְּרִי שְׁלֹא הַחֲזִיר לוֹ וְכִינֵן דִּישׁ חִיּוּב גְּזִילָה עַל הַגְּזֵלֵן ע"כ אִף טַעֲנַת
שְׁמָא לֹא מְהֵנִי הֵתֵם דְּהָא ה"ל יוֹרָשִׁין כְּכֹל א"י אִם פְּרַעְתִּי דְּחִיבִין וְלֹא מְהֵנִי הֵתֵם אֲלֹא
טַעֲנַת פְּרִי וְכִינֵן דְּהָוִי ל"ש לֹא טוֹעֲנִין לְהוּ וְא"ש דְּבָרֵי הַמְּחַבֵּר דְּסִי שִׁס"א: וְעַכ"ז י"ל
לְשִׁיטַת הַרְמַב"ן וְש"פ דְּהִבִּיא הַשְׁ"ף בְּסִי שִׁס"א דְּס"ל דְּטוֹעֲנִין לְהוּ הַחֲזַרְתִּי אִף דְּהָוִי
שָׁם מְלִתָּא דְּלֹא שְׁכִיחַ מְשׁוּם דְּהָא יְדוּעַ שִׁיטַת הַמ"ל מ דְּהוּבָא בְּאו"ת וּבְנִתִּיבוֹת סִי ע"ה
דְּבְמִקוֹם דְּלֹא ה"ל לְמִידַע אִזּוּ אִף א"י אִם הַחֲזַרְתִּי פְּטוֹר ע"כ בְּיִוְרָשִׁים אִם נְטַעוֹן לְהוּ
טַעֲנַת שְׁמָא הַחֲזִיר אַבִּיהֶן ג"כ פְּטִירִי דְּהָא אִינְהוּ לֹא ה"ל לְמִידַע ע"כ שְׁפִיר כַּתְּבִי הַרְמַב"ן
דְּטוֹעֲנִין לְהוּ אִף מִיָּדִי דְּל"ש דְּשְׁמָא הַחֲזִיר הַגְּזִילָה וְכַמְש"כ לְפַמְש"כ בַּח"י לַח"מ סִי ס"ט
לְעִיל דִּישׁ מְקוֹם לֹא מְרִי דַּא"י אִם הַחֲזִיר אַבִּיהֶם לֹא מְקַרִי חֲזַקְתָּ חִיּוּב גַּבִּי יְתְמִי.

משום דהא אם נימא דהחזיר אביהם א"כ לא נתחייבו היורשים מעולם והווי היורשים לעולם בְּחֻקְתָּ פְּטוּר. ע"כ שפיר מהני התם אף בטענת שְׁמָא וְלִכְּוֹן אִין ראי' מן הרמב"ן וש"פ ה"ל לסתור סברת הנתיבות ולעולם י"ל דכ"ע ס"ל דלא טענינו ליורשים בדין טע"ב במידי דל"ש ונראה לענ"ד להוכיח פסברת הנתיבות ה"ל מן ירושלמי פתובות פ"ב הלכה א' על המשנה שם האשה שנתארמלה או שנתגרשה היא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר אלמנה נשאתיך אם יש עדים שיצתה בהינומא וראשה פרוע פתובתה מאתים ומקשה הירושלמי שם וק"ש לומר שְׁמָא מְנַפְתָּ עֵץ הִיא אָמַר ר' יוחנן לא קשו על דבר שאינו מצוי אלמא דלכּוֹן לֹא חֵיִשִּׁינּוּ שְׁמָא הִיא מְנַפְתָּ עֵץ מְשׁוּם דְּאִינוּ מְצוּי ומוציאין מן היתומים מאתים וקשה דאם נימא כשיטת הרמב"ן דטוענין ליתמי אף דבר שאינו מצוי א"כ אף דמוכת עץ הוי דבר שאינו מצוי מ"מ נטעון עבורם וקשה מזה על שיטת הרמב"ן וש"פ דס"ל דאף מידי דל"ש טוענין עבורם ואין לומר דס"ל להירושלמי דהולכין בממון אחר הרוב דז"א דהא מבןאָר בירושלמי שם ריש ה"א דהקשה דניזול בתר רוב נשים בתולות ניסות ומתרץ זאת אומרת שלא הלכו בממון אחר הרוב וכן איתא בירושלמי לב"ק ריש פ' שור שנגח את הפרה יעו"ש וע"כ מוכח דסברת הירושלמי הוא משום דלא טענינו ליתמי מידי דל"ש וקשה על שיטת הראשונים דס"ל דטוענין להו מידי דל"ש בשלמא בנתגרשה וטוען אלמנה נשאתיך אם יצתה בהינומא פתובתה מאתים משום דהחזיק בפך דאומר אלמנה נשאתיך דהא אינו טוען מוכ"ע בבב"ב ויהיכא דטוען הבעל שְׁמָא מוכ"ע מוציאין מאתים ע"פ טענת האשה ברי בצירוף חזקת הגוף כמבואר בכתובות ד' י"ב דהיא אומרת משארסתני נאנסתי אבל בנתארמלה דטוענין ליורש והוי טענתיהו פטענת ברי כמבואר בכתובות רפ"ב ד' ט"ז דקאמרי אבל קא בבב"ב וברי כו' וכפ"י הרא"ש שם ע"ש א"כ קשה דלטעון עבורם שְׁמָא הִיא טוען אביהם ברי דהיא מוכ"ע א"כ נחשב טענתיהו פטענת ברי ואין מוציאין מהם מאתים ואין לומר דשאני מוכ"ע דהוי מידי דלא שכיח פלל.

דזה אינו דהא באמת קשה מן הירושלמי ה"ל דקאמרי דמוב"ע לא שכיח על מש"כ התוס' בכתובות ד' ט' ע"א ד"ה ואבע"א כו' דהקשו דהא איכא ס"ס שְׁמָא מוכ"ע ושְׁמָא באונס או שְׁמָא אין תחתיו ואין לומר דמוכ"ע לא שכיח דהא אמרינו לקמן ד' ל"ו דשכיח כו' עכ"ל וקשה עליהם מן הירושלמי ה"ל דאמרו בפירוש דמוכ"ע אינו מצוי ועיין בכתובות שם ד' ט' ע"ב ד"ה אי למיתב לה כו' דכתבו בשם ר"י דמוכ"ע לא שכיח: וראיתי בהפלאה שם שכתב דאף דכתבו התוס' להוכיח דמוכ"ע שכיח מ"מ הא אנו רואין דרוב בתולות יש להן בתולים אף דהוי זה רוב גרוע כו' והאריף בזה ותמהני על ההפלאה דה"ל להביא לירושלמי מפורש ה"ל דאמרו דמוכ"ע לא שכיח ובאמת פכר קדמוהו הרשב"א בחי' והריטב"א שם והר"נ שם ולקמן ד' ל"ו להעיר מן הירושלמי ה"ל וכן השיטה מקובצת שם ד' ל"ו וכתבו דהפ"י פולקו חבוטי כו' הנינו דמפיק עלי' קלא דהיא מוכ"ע ובדליכא קלא ניקר דאינה מוכ"ע יע"ש.

וע"כ הוי זה באונס דיש לה קול ואפ"ה מצרפינו לס"ס כמש"כ התוס' שם דזה הוי רוב גרוע וה"ה במה דאמרו מוכ"ע ל"ש דמ"מ מצרפינו זה לספק ספיקא כמש"כ התוס' ה"ל להדיא דמוכ"ע שכיח אלמא דהף מילתא דאמרו מוכ"ע ל"ש אין זה רוב גמור אלא רוב גרוע ולכּוֹן מְצַרְפִּינוּ זֶה לִס"ס וְאִפ"ה אָמְרוּ בִּירוּשְׁלַמִי דְּלִכּוֹן מוֹצִיאִין פְּתוּבָה מְאִתֵּימ וְלֹא

חַיִּישֵׁינוּ שְׁמָא הִיא מוּכ"ע מְשׁוּם דְּמוּכ"ע לֹא שְׂכִיחַ וְלֹא טְעֵנִינוּ לְהִתְוֹמִים בְּזֵה אֲלֵמָא דְּאַף בְּרוּב גְּרוּעַ ג"כ מְקַרֵי מְלֵתָא דַּל"ש וְלֹא טְעֵנִינוּ לִיְתֵמִי א"כ תְּקַשָּׁה מְזֵה עַל שֵׁיטַת הֶרֶמְבֵּ"ן וּש"פ דַּס"ל דְּאַף מְלֵתָא דַּל"ש טוֹעֵנִין לִיְתֵמִי וּבְנוּדַאי אֵין סְבָרָא לֹאמַר דְּהֶרֶמְבֵּ"ן יִסְבֹּר בְּזֵה דְּלֹא פְּהֵתוּס' וְהָרָאוּנוּיִם הֵנָּה דַּס"ל דַּס"ל דְּמוּכ"ע מְקַרֵי שְׂכִיחַ קֶצֶת אֲלֵא ס"ל דְּזֵהוּ לֹא שְׂכִיחַ כָּלֵל דְּזֵה הָוֵי פְּלוּגְמָא רְחוּקָה בְּמִצִּיאוֹת ע"כ קֶשֶׁה לֹאמַר כֵּן וְתִקְשָׁה כֵּן: עֲנָף ב וְלָכֵן נִרְאָה לְפַעַנ"ד לְהוֹכִיחַ מִירוּשְׁלָמִי הֵנָּה לְפִסְכַּרְתַּת הַנְּתִיבוֹת הֵנָּה לְדֵהִיכָא דְּבַעֵי טַעֲנַת בְּרִי דְּנֹקָא אֲבָל טַעֲנַת שְׁמָא לֹא מְהַנִּי דְּבַזָּה כ"ע ס"ל דְּלֹא טְעֵנִינוּ לִיְתֵמִי מְלֵתָא דַּל"ש בְּתוֹרַת טַעֲנַת בְּרִי וְלָכֵן הֵתֵם בְּטוֹעֵנַת בְּתוּלָה נְשִׂאוֹתָנִי דְּאַם טוֹעֵן הִבְעֵל שְׁמָא נְאֻמְנַת לְהוֹצִיא מְאֵתִים מְשׁוּם בְּרִי וְחִזְקַת הַגּוֹף כְּמִבְּנוֹאָר בְּכַתְּנוּבוֹת ד' י"ב רַק בְּטוֹעֵן הִבְעֵל בְּרִי דְּהִיחָה מוּכ"ע אֵין מוֹצִיאֵין מִמֶּנּוּ ע"כ בִּיְתֵמִי כִּינּוּ דְּאֵין טוֹעֵנִין עֲבוּרֵם בְּתוֹרַת טַעֲנַת בְּרִי דְּהִיחָה מוּכ"ע מְשׁוּם דְּהָוֵי לֹא שְׂכִיחַ לָכֵן מוֹצִיאֵין מֵהֵם מְאֵתִים א"כ מוֹכַח מְזֵה פִּסְכַּרְתַּת הַנְּתִיבוֹת: וְעַדִּין יֵשׁ לְהַעִיר דְּאַף דְּנִימָא דְּבְּתוֹרַת טַעֲנַת בְּרִי לֹא טְעֵנִינוּ לִיְתֵמִי מְלֵתָא דַּל"ש עכ"ז כִּינּוּ דַּס"ל לְהֶרֶמְבֵּ"ן בְּתוֹרַת טַעֲנַת שְׁמָא טְעֵנִינוּ לִיְתֵמִי אַף בְּמִיָּדֵי דַּל"ש א"כ תְּקַשָּׁה לְפִי מַה דְּאֵיחָא שְׂמַם בְּכַתְּנוּבוֹת ד' ט"ז טַעֲמָא דְּאֵיכָא עֵדִים הָא לִיכָא עֵדִים בַּעַל מְהִימָן לִימָא דְּלֹא כַּר"ג כו' וְכִינּוּ דְּרַצּוֹ מְקוּדָם לֹאמַר דְּאַתִּי הָוֵי מְשִׁנָּה כַּר' יְהוֹשֻׁעַ א"כ תְּקַשָּׁה אֲמַאי מוֹצִיאֵין כְּתוּבָה מְאֵתִים אִם יִצְתָה בְּהִינּוּמָא וְרִאשָׁה פְּרוּעַ הָא יֵשׁ לְחַוֵּשׁ שְׁמָא הִיא מוּכ"ע כְּקוֹשְׁיֵית הִירוּשְׁלָמִי וּבְזֵה אֵין לֹאמַר כַּתִּי הִירוּשְׁלָמִי דְּכִינּוּ דְּהָוֵי דְּבָר שְׂאִינוּ מְצוּי לֹא חַיִּישֵׁינוּ דְּאַכְתִּי תְּקַשָּׁה דְּנִטְעוֹן בְּתוֹרַת טַעֲנַת שְׁמָא הִיחָה מוּכ"ע דְּבַזָּה ג"כ אֵין מוֹצִיאֵין אַף אִם טוֹעֵנַת הָאשָׁה בְּרִי דְּהִיחָה בְּתוּלָה וְלַר' יְהוֹשֻׁעַ דַּס"ל לְעֵיל ד' י"ב דְּאַף בְּטוֹעֵנַת מְשִׂאֲרֵסְתֵי נְאֻמְתֵי אֵינָה נְאֻמְנַת לְהוֹצִיא וְדוּקָא ר"ג ס"ל הֵתֵם דְּבָרֵי בְּצִירוּף חִזְקַת הַגּוֹף מוֹצִיא מְאֵתִים אֲבָל לֹא לַר' יְהוֹשֻׁעַ א"כ לְפִי מַה דְּהָוֵי ס"ל הַש"ס שְׂמַם מְעִיקְרָא דְּהָוֵי מְתַנִּיתִין אֲתִי כַּר' יְהוֹשֻׁעַ א"כ תְּקַשָּׁה עַדִּין דְּנִיחַוֵּשׁ שְׁמָא הִיא מוּכ"ע וְאֵין לֹאמַר דְּהִיכָא דְּהָוֵי רְנָבָא בְּצִירוּף בְּרִי אַף ר' יְהוֹשֻׁעַ מוֹדָה דְּנְאֻמְנַת לְהוֹצִיא מְמוֹן דְּרוּב עַדִּיף מְחֻזְקָה דְּזֵה אֵינוּ דְּהָא שְׂמַם בְּכַתְּנוּבוֹת ד' ט"ז הֵנָּה לְאֶמְרוּ דַּקְס"ד לֹאמַר דְּרוּב נְשִׁים בְּתוּלוֹת נִיסוֹת כְּבָרֵי וְשְׁמָא דְּמִי.

וְלֹא מְהַנִּי לַר' יְהוֹשֻׁעַ אַף אִם הָוֵי רֹב וְחִזְקָה א"כ כַּש"ב דְּרוּב וּבְרִי לֹא מְהַנִּי לַר' יְהוֹשֻׁעַ דְּהָא כְּתַב הַפ"י בַּרפ"ב דְּכַתְּנוּבוֹת דְּרוּב וְחִזְקָה עַדִּיף מִן רֹב וּבְרִי א"כ תְּקַשָּׁה כֵּן: וִי"ל דְּגַם בַּקְס"ד דְּהֵתֵם הֵיךְ יוֹדַע דְּהָוֵי רֹב נְשִׁים בְּתוּלוֹת נִיסוֹת לֹא הָוֵי רֹב גְּמוּר מְשׁוּם דִּישׁ נִגְדוּ הָרוּב דְּנִיסוֹת בְּתוּלָה יֵשׁ לָהּ קוּל כְּמִסְקַנַּת הַש"ס שְׂמַם רַק דְּהָוֵי ס"ל כִּינּוּ דְּהָוֵי רֹב נְשִׁים בְּתוּלוֹת נִיסוֹת עַדִּיכָא מִן רֹב בְּתוּלוֹת יֵשׁ לָהֶן קוּל וְכַמְש"כ הַתּוּס' בְּכַתְּנוּבוֹת ד' ט"ז ע"ב וּב"ב ד' צ"ב ע"ב הָוֵי ס"ד דְּזֵה הֵיךְ כְּמוֹ בְּרִי וְשְׁמָא אֲבָל רֹב גְּמוּר י"ל דְּמְהַנִּי אַף לַר' יְהוֹשֻׁעַ בְּצִירוּף בְּרִי לְהוֹצִיא מְמוֹן ע"כ לֹא חֲשׂוֹ שְׁמָא הִיא מוּכ"ע אַף לַר' יְהוֹשֻׁעַ כֵּן י"ל לְכַאוּרָה וְהָא דַּר' יְהוֹשֻׁעַ פּוֹסֵל אַף בְּרוּב כְּשֵׁרִים כְּמִבְּנוֹאָר בְּכַתְּנוּבוֹת ד' י"ג י"ל דְּזֵהוּ רַק מְשׁוּם מַעֲלַת יוֹחֲסִין אֲבָל בְּאַמְתָּה זֵה אֵינוּ לְפִי מַה דְּנִתְבָּאָר לְעֵיל דְּמְצַרְפִּינוּ שְׁמָא מוּכ"ע לַס"ס וְכַמְש"כ הַתּוּס' כֵּן לְהַקְשׁוֹת בְּסוּגְיָא וְרִאוּ כְּהָר שַׁד"פ מְשׁוּם דְּהָוֵי רְנָבָא דְּאֵינָם מוּכ"ע לֹא הָוֵי רֹב גְּמוּר וְהָוֵי כְּעֵין חִזְקָה דְּדוּקָא רֹב גְּמוּר עַדִּיף מִן חִזְקָה וְכַמְש"כ הַתּוּס' שְׂמַם בְּסוּגְיָא דַּפ"פ ע"כ וְנִדַּאי לֹא מְהַנִּי זֵה לַר"י כְּמוֹ דְּבָרֵי בְּצִירוּף חִזְקָה לֹא מְהַנִּי לַר' יְהוֹשֻׁעַ וְשְׁקוּלִים הֵם רֹב שְׂאִינוּ גְּמוּר וְחִזְקָה א"כ תְּקַשָּׁה לְפִי קַס"ד דְּמְתַנִּיתִין אֲתִי כַּר'

יהושע דאמאי מוציאין ממון מהם הא יש לחוש שמא היא מוכ"ע א"כ לא מהני יצתה בהינומא ואפשר לומר דלפי קס"ד דמתניתין אתי כר' יהושע הנה ס"ל דמתניתין אתי כר"מ דמוכ"ע פתובתה מאתים וכמו דאמרו בירושלמי מקודם דמסיק לומר דמוכ"ע ל"ש וזה מוכרח בלא"ה וקצרת.

ואחר פתבי כ"ז הגיע לידי ירושלמי עם פ"א שירי קרבן וראיתי שהקשה בירושלמי פתובות פ"ב ה"א ה"ל על שיטת הרמב"ן והפוסקים דס"ל דמידי דל"ש ג"כ טענינן ליתמי דהא להדיא מבואר בירושלמי דל"ח לדבר שאינו מצוי ונשאר בצ"ע אבל לפמש"כ להוכיח מירושלמי ה"ל פסברת הנתיבות ה"ל אינו קשה פלל על שיטת הרמב"ן והרי"ף ופ"פ וא"ש הפל: ענף ג פל זה פתבתי פבר להוכיח מירושלמי ה"ל פסברת הנתיבות וכעת נלע"ד לתרץ באופן אחר לקושיות שירי קרבן ה"ל והוא די"ל דאף דנימא כשיטת הרי"ף והרמב"ן דאף מידי דל"ש טענינן ליתמי מ"מ אתי שפיר מה דקאמרי שם בירושלמי דלא חשו שמא היא מוכ"ע משום דהוי דבר שאינו מצוי דכוננה אחרת היא דהא בפתובות ד' ט"ז ע"א דמקשה הש"ס דניגול פתר רוב נשים בתולות ניסות ופי' התוס' דלרב פריד והבעה"מ פתב שם דלכ"ע פריד משום דברוב ונזקה מוציאין ממון כו' והרמב"ן במלחמות שם השיג עליו משום דזה לא מקרי חזקת הגוף לפי דכל אשה עומדת להנשא וגם שמא נכנסה לחופה ולא נבעלה אבל במק"א ה"ל ב"ב דלכ"ע א"כ אחר הרוב היכא דהוי רוב ונזקה מעליא והביא פו בשם הירושלמי רפ"ב דפתובות ע"ש א"כ אף הרמב"ן החולק על הבעה"מ ברפ"ב דפתובות מ"מ מודה דרוב ונזקה מוציא ממון וש"א"ה ברפ"ב דפתובות דחזקת בתולה דלא ניסת עומדת להשתנות דכל הבתולות עומדות להנשא וגם שמא נכנסה לחופה ולא נבעלה דלא נשתנית גופה כדקאמר התם אבל במק"א מודה הרמב"ן דרוב ונזקה מוציא ממון וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' נ"א ענף זי"ן: וכן מבואר בהא דאיתא בפתובות ד' יו"ד האומר פ"פ מצאתי נאמן מ"ט חכמים תקנו כו' והקשה הרמב"ן והובא בשמ"ק שם וברשפ"א ובריטב"א ובר"נ שם דל"ל לומר טעם אחר הלא פשוט דאין מוציאין ממון מספיקא דה"ל א"י א"נ ותיירץ הרמב"ן דהא ה"ל רובא ונזקה הגוף דלא נשתנית גופה וכן מבואר בירושלמי רפ"ב דפתובות דכזה מוציאין ממון ע"כ אמרו הטעם דנזקה אין אדם טורח כו' עכ"ל והר"נ הביא פו בסוף בשם הרשפ"א שם וראיתי בדרוש וחי' דרע"א זצ"ל לכתובות ד' י' שהקשה על מש"כ הר"נ בשם הרמב"ן דהקשה פו וטרח לתרץ ותמה הגאון ה"ל על הרמב"ן דהא לקמן רפ"ב סתר הרמב"ן דברי הר"נ מהטעם דליכא חזקת הגוף כו' א"כ הכא דאיכא חזקה שפיר י"ל דהוי רוב ונזקה ומוציאין ממון ונשאר בצ"ע עכ"ל רע"א ובראמת אין זה קשה פלל דהא להדיא מבואר בשמ"ק שתיירץ פו בשם הרמב"ן בעצמו ע"ש אלמא מבואר להדיא דהרמב"ן ס"ל דרוב ונזקה מוציא ממון ע"כ י"ל דזהו פנונת הירושלמי דקאמרי דל"ח שמא מוכ"ע משום דהוי אינו מצוי דזהו משום רוב ונזקה הגוף דלא נעשית מוכ"ע ולא נאבדו בתוליה ולא נשתנית גופה ובכה"ג מוציאין ממון אף בברי וברי דהא אינו עומדות להיות מוכ"ע ואפשר דמאי דקאמר הרמב"ן דכו הוא בירושלמי רפ"ב דפתובות פנ"ל בשמ"ק ורשפ"א ה"ל דנתפוננו לירושלמי ה"ל ג"כ.

ע"כ אינו קשה פלל מן הירושלמי הנ"ל על שיטת הרמב"ן וקרי"ף דס"ל דטענינו נאנסו ליתמי משום דהא לשיטת הרמב"ן עצמו דס"ל דרוב נחזקה מוציא ממונא ע"כ אינו ראיה מירושלמי הנ"ל פלל דאף דנימא דטוענין ליתומים מידי דל"ש עכ"ז הא גם בכרי וברי מוציאין ממון ע"י רוב נחזקה ומתנרץ קושניית השגרי קרבן הנ"ל ולפ"ז נסתר הוכחתי מן ירושלמי הנ"ל שהבאתי להוכיח מזה פסברת הנתיבות דהיכא דבעי טענת פרי לא טענינו ליתמי לכ"ע במידי דל"ש די"ל דטעמא דירושלמי הוא משום רוב נחזקה פנ"ל: ועדיין יש להוכיח פסברת הנתיבות הנ"ל מירושלמי הנ"ל לפמש"כ הש"ף בסי' ק"ח ס"ק ח' בשם הב"י דהר"ן ס"ל פשיטת הרמב"ן וקרי"ף דאף מידי דנ"ש טוענין ליתמי ואלו בסוגיא דפ"פ בכתובות ד' יו"ד פתב הר"ן לתרץ קושניית הרמב"ן הנ"ל דלכך בעי לחזקה א"א טורח בסעודה כו' משום דאל"כ תהיה קלה בעיניו דכל אדם יאמר פן להפסיד פתובת אשתו ומה הועילו חכמים בתקנתם כו' אלמא דס"ל להר"ן עצמו דלולי זה היה נאמן הבעל מה"ת לומר פ"פ מצאתי אף דאיפא רוב נחזקה אלמא דס"ל דרוב נחזקה אינו מוציא ממון וע"כ הוצרך לתרץ פנ"ל א"כ לפ"ז תקשה דאמאי קאמר בירושלמי דל"ח למוכ"ע משום דהוי אינו מצוי דהא ס"ל טוענין ליתמי אף בל"ש ומוכח מזה פסברת הנתיבות הנ"ל ונתבאר דהעיקר לדינא פהנתיבות וכמו שכתב המחבר דמוציאין מהירושלים: הגה"ה ולפמש"כ פסברת הנתיבות הנ"ל דהיכא דבעי טענת פרי כ"ע ס"ל דלא טענינו ליתמי דבר דל"ש יש ליישב סוגיית הש"ס ברפ"ב דכתובות דף ט"ז דמקשה הש"ס שם פנין דרוב נשים בתולות כי לא אתו עדים מאי הוי ופי' התוס' דלרב פריה והבעה"מ כתב שם דלכ"ע פריה פנ"ל ובאמת י"ל בפשיטות דלכ"ע פריה לפי מה דקאמר שם לעיל דמתניתין אתי כר"ג משום דבכרי ובכרי לא אמר וכפ' הרא"ש שם דטוענין ליתמי הוי פטענת פרי ולפ"ז י"ל דשפיר מקשה הש"ס ע"ז דכינון דרוב נשים בתולות ניסות א"כ אי נימא דניסת אלמנה הא זה הוי מידי דל"ש ולא טענינו ליתמי בזה לכ"ע פנין דבעי טענת פרי פנ"ל וקרי"ף זה פמו פרי ושמא ולא אתי מתניתין כר"ג ע"כ שפיר מקשה הש"ס פן דלפ"ז מוכח דמתניתין אתי כר' יהושע ויש להאריך בזה ובסוגיית הש"ס דב"ב דף צ"ב דמקשה הש"ס שם אליבא דרב וכן יש לדון בזה לשיטת הבעה"מ ועיין בב"ב ד' צ"ב ע"ב תוס' ד"ה נאמאי לימא כו' וי"ל דאליבא דרב קיימי כו' וקצרתי בכ"ז ע"כ הגה"ה: (ג) (שם סעי' ה') הוציא כת"י הלנה על יורשיו כו' ופטורים משבועת היורשים כו' הג"ה ודלא פיש חולקים דיורשי הלנה צריכין ליטבע כו' וכתב הסמ"ע בס"ק י"ח והש"ף ס"ק כ"ה דאין היורשים צריכין ליטבע אלא ליטול בשטר בשבועה שלא פקדנו כו' אבל להפטר פטורים כו' ולכאורה יש להוכיח פשיטת הסוכרים דאף להחזיק ג"כ צריכים היורשים ליטבע דהא איתא בשבועות דף מ"ח דהא דתניא שיהבן גובה בשבועת יורשים אתי כב"ש דשט"ח הוי פגבוי אלמא דאף דהוי פגבוי וקרי היורשים מוחזקים עכ"ז צריכין היורשים ליטבע שבועת יורשים אף באמת זה אינו ראי' פלל די"ל דשא"ה דאף דהוי פגבוי עכ"ז פנין דיכולים לסלק להיורשים בזוזי ולהוציא מהם השעבוד שת"י ע"כ שייך בזה סברת הש"ף דלקמן סי' ע"ב ס"ק קמ"ה שכתב על הא דמבואר שם דאף דהמשכון הוא ת"י היורשים חייבין היורשים ליטבע שבועה היורשין שלא פקדנו כו' דכינון דבאו ליפרע מן המשכון חשוב ליטול ולא להחזיק כו' וכעין מש"כ הגאונים על שבועת המשכון משום דלאו אגופיה דהמשכון קא טען כו'

והובא לעיל בפ"ד סי' ע"ב ס"ק ס"ט וכ"כ הסמ"ע סי' ע"ב ס"ק נו"ן ובפ"ד ש"ס ס"ק ע"ב דאף לשיטת הרא"ש דס"ל דא"צ היו"שים לישבע אלא פשפאין להוציא עכ"ז גבי משכון צריכים לישבע פנ"ל והא מיי"ר ה"ם בשבועת המשנה כמבואר שם בשבועות דמיי"ר בשבועת יתומים וכן הא דסי' ע"ב ה"ל הא מיי"ר ה"ם בשבועות דטען אשתבע לי כמש"כ הפ"ד בסי' ע"ב ס"ק קמ"ו והטעם הוא משום דמקרי מוציא קצת והקא בסי' ס"ט הא מיי"ר לענין שבועת היסוד דאין נשבעין היו"שים משום דהוי מוחזק גמור והוי להפטר ממש וכ"ז פשוט וראיתי בהרדב"ז ח"א סי' תנ"ה שכתב מקלתא סדמא בזה דהיקא דטוען פרי דאז משביעין להיו"שים שבועת היו"שים ועיקר פלוגתא הראשונים בזה אינו רק בטוען התובע שפ"ע ע"ש ואין זה במשמע דברי השו"ע הקא ויש להאריך בדבריו: סימן ע (א) (סעי' ג) א"ל אל תפרעני אלא בעדים בין שא"ל בשעת הלואה בין שא"ל אחר שהלואה צריכה לפורעו בעדים והש"ך ס"ק ט' הביא שיטת הרא"ש והטור דס"ל דשלא בשעת הלואה בעינן שיקבל עליו הלנה בפ"י ולא סגי בשתיקתו כו' והקריע פהרמב"ם דאף בשתק מהני אף לאחר ההלואה והתנאים ס"ק ג' העלה דאם הלנה לזמן ובמשלם זמנו א"ל המלנה או פרע לי תיקף או אל תפרעני אלא בעדים כ"ע מודו דה"ל כמו בעת הלואה וא"י למחות הלנה וסגי לפרוע בעדים והוכיח פן מן הרא"ש בב"מ פ"א סי' מ"ד שכתב גבי טוען אחר מעב"ד בכתובה דלא שייך למימר מה הועילו חכמים בתקנתם דמצי לאתרויי ביה בשעת גירושין אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' כו' וקשה דאין מהני ההתראה הא יכול למחות וע"כ מוכח דא"י למחות בזה עכ"ל האו"ת: ולענ"ד נראה לדון דאין זה מוכרח בכוננת הרא"ש לפמש"כ החלקת מחוקק באה"ע סי' קי"ט סעי' ו' ס"ק ה' ד"ל דגם הרא"ש ס"ל כמש"כ הרשב"א דאינו רשאי לגרש לאשתו אם אין לו לפרוע פתובתה והרא"ש בתשובה מיי"ר במקום שחייבת לקבל גט שפ"א בטענת מום גדול כו' עכ"ל הח"מ ועיין בב"ש ש"ס ס"ק ו' וכ"כ הג"ט פשוט בסי' קי"ט דתשובת הרא"ש לא פליג על הרשב"א דס"ל דאינו רשאי לגרשה אם אין לו לפרוע הפתובה ע"ש ולפ"ז י"ל דבחוב שהגיע זמ"פ אף דא"ל או פרע לי תיקף או אל תפרעני אלא בעדים דאם לא קיבל עליו הלנה בפ"י דלא מהני שתיקתו בזה משום דגם בזה שייך לומר סברת הרא"ש שכתב בשבועות פ"ו סי' י"א והובא בטור סעי' ד' דכיון דהימניה מעיקרא לא חשש השתא להשיבו ושאני הא דב"מ בהרא"ש ש"ס דמיי"ר שם בגט דהא כיון דאינו פורע לה הפתובה בעת הגט א"כ מצית ע"פ דין לעכב הגירושין דהא אינו רשאי לגרשה אם אין לו לפרוע פתובתה פנ"ל אלא דנתרצית לקבל הגט אף דאינו פורע הפתובה וכיון דתלוי ברצונה ע"כ מצית להטיל תנאי שלא יפרע לה אלא בעדים והבעל מחוייב לקבל תנאי זה ואינו רשאי למחות משום דאם ימחה הא יכלת בידה לעכב שלא לקבל הגט בע"כ כ"ז שאין לו לפרוע הפתובה ולכן שפיר יכולה להטיל תנאי בזה אבל בע"ח אף דהגיע זמ"פ כיון דאין לו מה לפרוע ואנוס הוא ורחמנא פטריה בזה ממצוה דפריעת בע"ח ע"כ אין המלנה יכול להטיל על הלנה להתנאי דאל יפרענו אלא בפני עדים אא"כ קיבל עליו בפ"י לשיטת הרא"ש והטור ולשיטת הרמב"ם וסייעתו עכ"פ בעינן דישתוק ולא ימחה בפירוש ואין ראיה לזה מן דברי הרא"ש ה"ל: והיקא דתובע המלנה להלנה בכלות זמ"פ וטוען אין לי ומבקש המלנה שימתן לו הלנה וועקסיל פדי שיהיה בטוח ביותר זה הדין מבואר בהרדב"ז ח"א סי' קט"ז שהביא בשם תשובת הרמב"ם בזה שכתב שיכול המלנה

לכופו שִׁיחֻזק חֹבוּ בְּדִינֵיהֶם כּו' וְהִרְדְּבִי כִּי פָתַח לְחַלֵּק דָּאֵם הַמְּלִנָּה הוּא הוֹלֵךְ בְּדֶרֶךְ טוֹבִים וְשִׁפְנָגְדוּ אֵלֶם וַיֵּשׁ לְחוּשׁ שְׁמָא לֹא צִיִּית דִּינָא בְּכַה"ג פּוֹתְבִים וְשִׁטְר בְּדִינֵיהֶם וַיִּכְרְרוּ בּוֹ שְׁזָהוּ הַחֹב בְּעֵצְמוֹ שְׁנִכְתַּב עֲלָיו כְּבָר כּו' וְאֵם הַמְּלִנָּה הוּא אֵלֶם אֵין שׁוֹמְעִין לוֹ פֶּלֶל כּו' ע"ש וְגַם יֵשׁ לְדוֹן בְּזָה ע"פ דְּבָרֵי הַתּוֹס' דב"ק דף פ"ט ע"ב סד"ה פל לגבי בעלה ודאי מְחַלָּה כּו' שְׁכַתְּבוּ שֵׁם בְּזָה"ל דָּאֵם אֵין לָהּ אֵין מְשׁוֹנְעָבְדִים לְגִינְזָק לַעֲשׂוֹת לוֹ קִיּוּמִים עכ"ל הַתּוֹס' וְכ"כ הַגְּיּוּמִקִּי יוֹסֵף שֵׁם וְזָהוּ מִטְעַם דְּכִינּוֹן דָּאֵין לוֹ מָה לְשַׁלֵּם א"כ מִיִּפְטֹר מִמְצָנָה דְּפָרִיעַת בַּע"ח פִּינּוֹן דָּאֵנוֹס הוּא וְאֵין לְהַמְּלִנָּה חֵיּוּב עַל הַלְּנָה לַעֲשׂוֹת לוֹ קִיּוּמִים וּבְטוּחוֹת וַיֵּשׁ לְהַאֲרִיף בְּכ"ז וְלַחֲלֵק בֵּינֵיהֶם וְהָעִיקָר כְּמוֹ שְׁכַתְּבוּ הִרְדְּבִי כִּי פנ"ל: (ב) (שם סעי' ד') וְאֵם מוֹדָה שְׁלֹא פָּרְעוּ אֵלָּא שְׁאָמַר לֹא אֶפְרָעָה עַד שְׁיָבוֹא פו"פ וְאֶפְרָעָה בְּפָנֵיהֶם אֵין שׁוֹמְעִין לוֹ אֵלָּא פּוֹרְעוּ בְּפָנֵי ב"ד כּו' וְהַקְּשָׁה הָאוּ"ת ס"ק ח' דְּהָא מְצִי לִיקָח שׁוֹבֵר בְּכַת"י הַמְּלִנָּה עֵצְמוֹ וְאֵז לִיכָּא שׁוּם חֲשֵׁשׁ וְהַנְּתִיבוֹת ס"ק ד' פָּתַח דָּאֵם רוּצָה לִיתָן שׁוֹבֵר בְּכַת"י הַמְּלִנָּה דָּאֵז א"צ לִילֵף עִמּוֹ לַהֲב"ד ע"ש: וְלַעֲנִיד נִרְאָה לְתַרְזֵן קוֹנְשִׁינֵי הָאוּ"ת דִּישׁ לְדוֹן דְּלֹא מְהַיָּי כַת"י הַמְּלִנָּה לְשׁוֹבֵר מְשׁוּם דְּהָא בְּמָקוֹם דְּחָב לְאַחֲרִים אֵינוֹ נֶאֱמָן הַמְּלִנָּה לוֹמַר פָּרוּעַ הוּא כְּמִבְּנָאָר בְּסִי' מ"ז וְמַה"ט ה"ה בְּנִתָּן הַמְּלִנָּה שׁוֹבֵר בְּכַת"י ג"כ יֵשׁ לְדוֹן דָּאֵינוֹ נֶאֱמָן בְּמָקוֹם דְּחָב לְאַחֲרִים כְּה"ג בְּש"ף סִי' נ' ס"ק ז' בַּאֲה"ד שֵׁם דְּאִיכָּא לְמִיחֵשׁ שְׁמָא פָּתַח הַשׁוֹבֵר עֲכָשְׁיוֹ וְהַקְּדִים הַזְּמַן וְאֵינוֹ נֶאֱמָן בְּמָקוֹם דְּחָב לְאַחֲרִים וְכ"כ הַש"ף כְּה"ג בְּסִי' מ"ז ס"ק ב' בַּד"ה עוֹד פָּתַח בְּסַמ"ע וַיִּנְל וְמִיָּהוּ נִרְאָה דְּהֵינּוּ דְּנוֹקָא כּו' וְלִכּוֹן שְׁפִיר יָכוֹל הַלְּנָה לוֹמַר לֹא אֶפְרָעָה ע"פ שׁוֹבֵר בְּכַת"י לְפִי דִישׁ לְחוּשׁ שְׁמָא יָבֵא מְלָנָה שְׁלָף לִיִּפְרַע מִמְּנֵי מִצַּד שְׁדַר"נ וַיִּטְעוֹן פִּינּוֹן דָּאֵין נֶאֱמָן לוֹמַר פְּרָעָתִי כ"ז דְּלֹא בָּאוּ עֲדִים דְּפָרַע בְּפָנֵיהֶם ע"כ לֹא מְהַיָּי שׁוֹבֵר בְּכַת"י לְהִיּוֹת חָב לְאַחֲרִים וּמְצִי לְהִיּוֹת נִלְקָה לְשַׁלֵּם לְהַמְּלִנָּה שֶׁל הַמְּלִנָּה שְׁלוֹ ע"י שְׁדַר"נ וְכַה"ג פָּתַח הָאוּ"ת בְּסִי' ע"א סַעִי' ד' בְּאוּרִים ס"ק י"ז בְּמַש"כ שֵׁם דְּעוֹשִׁין שׁוֹבֵר בְּכַת"י שֶׁל הַמְּלִנָּה וְאֵף לְפַמְש"כ הַשְּׁעַר הַמְּשַׁפֵּט בְּסִי' מ"ז ס"ק ב' דְּמְהַיָּי שׁוֹבֵר בְּכַת"י הַמְּלִנָּה אֵף בְּמָקוֹם דְּחָב לְאַחֲרִים דְּלֹא שִׁינָּה בְּכַה"ג שְׁטָרָא בְּיָדֵי מַאי בְּעֵי ע"ש מ"מ יֵשׁ לְחוּשׁ דְּלָמָּא יִטְעוֹן הַמְּלִנָּה שֶׁל הַמְּלִנָּה שְׁלוֹ טַעֲנַת בְּרִי דִּיּוֹדַע דְּהַקְּדִים הַזְּמַן שֶׁל הַשׁוֹבֵר לְאַחַר דְּנִתְּבָרַר לוֹ מִן הַחֹב דַּר"נ וַיִּצְטָרֵף לִישְׁבַע נִגְדוֹ וּבְאֶמַת הָא פָּמָה אֵינְשֵׁי פְרָשֵׁי מִן שְׁבוּעַת אֶמַת ג"כ כְּמַש"כ הַר"נ בְּרִישׁ פ"ז דְּשְׁבוּעוֹת ע"כ לֹא מְהַיָּי שׁוֹבֵר בְּכַת"י וְאֵף דְּלָנָה מְהַיָּי כַת"י הַמְּלִנָּה ע"י מָה דִּירְאָה לְעֲדִים אֶת הַכַּת"י מִיָּד שְׁנִכְתַּב וְכַמַּש"כ הָאוּ"ת בְּסִי' ע"א ס"ק י"ז וְהַנְּתִיבוֹת סִי' ע"א בְּחִידוּשִׁים ס"ק יו"ד ע"ש עכ"ז הָא טוֹרַח זָה ל"ל יוֹתֵר טוֹב לְפָרוּעַ בְּפָנֵי ב"ד וְגַם י"ל בְּכ"ז דְּלָמָּא יִהְיֶה דִּינּוֹ דִּישְׁטָעָה וַיִּפְסֹק דְּלֹא כְּהַשְּׁעַר הַמְּשַׁפֵּט בְּזָה וְכַמַּש"כ הָאוּ"ת בְּס"ק ח' דְּלָמָּא יִטְעָה הַדִּינּוֹ וַיִּפְסֹק פְּהַרִי"ף ע"ש וּבְהָא דְּפּוֹרְעוֹ בְּב"ד סְגִי בְּזָה אֵף ג' הַדִּיּוֹטוֹת כְּפַמְש"כ הַמַּהֲרִי"ט ח' ח"מ סִי' מ"ו ע"ש: (סַעִי' ו') הַשְּׁטָר שְׁלֹא נִתָּן לִיכְתַּב אֵין לוֹ דִּין שְׁטָר דִּין זָה יָבוֹאָר לְקַמּוֹן בְּחִידוּשֵׁי בְּסִי' ק"ו שְׁ"ף סַק"ו ע"ש: סִימָן עֵא א (סַעִי' א') סַמ"ע (ס"ק ג') בְּשֵׁם הָרָא"ש דְּנֶאֱמָנוֹת סַתָּם מְהַיָּי נִגְדַע"א כּו' וְכַמַּש"כ הָרָא"ש בְּכַתְּבוֹת פ"ט סִי' ו' וְהַש"ף ס"ק ב' הַכְרִיעַ לְהַלְכָה דְּנֶאֱמָנוֹת סַתָּם לֹא מְהַיָּי נִגְדַע"א ע"א וְהַתְּנָמִים ס"ק א' פָּתַח דְּהָא דְּבָרֵי ר"ח הֵם דְּבָרֵי קַבְלָה ע"כ הָעִיקָר דְּבְמִלְּנָה בְּשִׁטְר פְּטוֹר מְשֻׁבְּעָה וְכַמַּש"כ הַר"ח ע"ש וְעֵינּוּ מְזָה בַּאֲה"ע סִי' קַמ"ד בְּב"ש ס"ק י"ד: וְהַמְּהַיָּי עֲלֵיהֶם אֵיף לֹא הִבִּיאוּ לְדְּבָרֵי הַתּוֹס' בְּיָבְמוֹת ד' ק"א ע"ב ד"ה מְרַעְנָא שְׁטָרָא כּו' דְּהִבִּיאוּ דְּבָרֵי ר"ח הַנְּ"ל שְׁכַתְּבוּ דְּמִיָּרִי בְּכַתְּבוּ

נאמנות בפשט וכתבו בשם הר"י דמפרש לדברי הר"ח הג"ל דר"ל דכתב שיהא נאמן בלא שבועה אפי' פרו בע"א ופוגם ונפרע שלא בפניו דהיה צריך שבועה אי לא דכתב ליה הכי וכה"ג מיירי הקא עכ"ל התוס' ופשט דברי התוס' נראה דכוננתם דמיירי בכתב בפ"י שיהא נאמן בלא שבועה דאז הדין הוא דאף בע"א או נפרע שלא בפניו או פוגם אז א"צ שבועה משום דמן היתור לשון אמרינו דנתפנון לפנטרו מכל שבועות או דפשט הלשון בל"ש משמע על כל עניני שבועה ועיין במש"כ הרא"ש בכתובות פ"ט סי' י"ח מה שהביא שם בשם הראב"ד והר"ח א"כ חזינן דס"ל להר"י בכוננת הר"ח דיש לחלק דדוקא בכתב בפירוש דנאמן בל"ש כה"ג מהני לפטור משבועה במקום ע"א אבל בכוננות סתם בזה אף הר"ח מודה דלא מהני הנאמנות נגד ע"א א"כ אין ראיה מן הר"ח דיהיה מועיל נאמנות סתם במקום ע"א כ"ז דלא פירש בפירוש דיהא מהימן בל"ש וע"כ העיקר לדינא כמש"כ הש"ך דהכריע דנאמנות סתם לא מהני נגד ע"א ומש"כ האו"ת דדברי הר"ח הם דברי קבלה באמת מן הרא"ש נראה דס"ל בכוננת הר"ח דאף נאמנות סתם אף דלא התנה בפ"י בל"ש ג"כ מהני נגד ע"א אבל מן הר"י דכתב בכוננת הר"ח כנ"ל מוכח כמש"כ הש"ך וע"כ אין להוציא ממון בלא שבועה דהעיקר כמש"כ הש"ך דנאמנות סתם לא מהני נגד ע"א אף אם פירש דיהא נאמן בל"ש אז נאמנות נגד ע"א בל"ש ויש לנו יסוד לסמוך על תוס' דיבמות בשם הר"י הג"ל ומהפסקי תוס' קיצר בזה ועיין בפ"י לקמן סי' ע"א ס"ק ט"ו דכתב בשם בעה"ת דאף דנאמנות סתם לא מהני נגד ע"א כ"ז בכתב שיהא נאמן בלא שום שבועה נאמן נגד ע"א אכן לפמש"כ מוכח מתוס' יבמות הג"ל דאף דכתב בקיצור דיהיה נאמן בל"ש ג"כ נאמן נגד ע"א ועיין בר"נ פ' הכותב: ולמדנו מדברי התוס' יבמות הג"ל עוד דפוגם שטרו לא מהני נאמנות סתם לפנטרו משבועה אלא אם כתב בפירוש דיהא נאמן בל"ש אז א"צ שבועה בפוגם שטרו וזהו דלא כמבואר לקמן סי' פ"ד סעי' א' ובטור שם וי"ל דהתוס' ס"ל פשיטת איפא דאמרי דהובא בבית יוסף בסי' פ"ד בשם בעה"ת דכתב בשם דס"ל דפוגם שטרו צ"ש אף בכתב בו נאמנות סתם א"כ מוכח מן התוס' הג"ל דס"ל פשיטת איפא דאמרי הג"ל וקא דאמרו בכתובות ד' פ"ז דאם כתב לה שבועה אין לי עליה דפטורה מן שבועת פוגמת אין זה קשה על שיטת א"ד הג"ל: משום דיש לחלק דשאני היקא דכתב בפירוש אין לי שבועה עליה כמו דמחלקי התוס' הג"ל בזה ולכאורה יש להעיר ע"ז מהא דשבועות ד' מ"א דאמרו שם מה בין זה לפוגם שטרו הא יש לחלק ביניהם אם כתוב בפשט נאמנות דאז בלא פוגם א"צ לישבע אבל בפוגם צריך לישבע [וקא דהקשו דהא הוי נפ"מ לתו"ז א"ש דהא ר"פ ס"ל בב"ב ד' ה' דעביד דפרע תו"ז] אף לפמש"כ הט"ז בסי' פ"ד על מש"כ הטור סעי' ג' בשם רב האי ליישב שיטת הסוברים דפוגם אף בתו"ז צ"ש דכוננת הגמרא הוא דאמאי לא תנינן לה שבועה דאשתבע לי אם לא היה תו"ז ע"ש א"כ ה"ה י"ל הך תירוץ על הך שיטה הג"ל דכוננת הגמרא להקשות דה"ל למתני הך שבועה דאשתבע לי אם אין בו נאמנות וגם י"ל דבאמת עיקר סברתם הוא לחלק דשאני פוגם דלא מהני נאמנות משום דחמור השבועה בזה דהא אף אם לא טען חייב לישבע וע"כ אמרינו דלא נתן לו הנאמנות אלא על שבועת אשתבע לי דקיל מן פוגם ע"כ בעת שהקשה לו מה בין זה לפוגם שטרו א"כ הא אז לא ידע שיש איזה חילוק ביניהם ע"כ מסתברא דקאי הנאמנות גם על פוגם ולא לחלק ביניהם ואינו קשה כ"ז וקצרותי: עוד מוכח מן התוס'

יְבָמוֹת הֵנּוּ"ל דְּבִנְפָרַע שְׁלֵא בְּפָנָיו צ"ש בְּנֶאֱמָנוֹת סֶתֶם אֵלֶּא אִם פֶּתַב בְּפִירוֹשׁ בל"ש אַז א"צ שְׁבוּעָה בְּזֶה וְעֵינֵי מִזֶּה לְקַמֵּן ס' ע"א סעי' כ' וּבִשְׁ"ף שָׁם ס"ק מ"ד ועפ"ז א"ש הָא דְּמִבְּנֹאֵר בִּאֵה"ע ס' צ"ח סעי' א' דָּאִם פֶּתַב נָדָר וְשְׁבוּעָה אֵין לִי עָלֶיךָ אֵינוֹ יָכוֹל לְהִשְׁבִּיעַ שׁוּם שְׁבוּעָה כּו' וְהב"ש ס"ק ג' בִּיָּאֵר דָּאִף שְׁבוּעָה שְׁלֵא בְּפָנָיו וְכֵן שְׁבוּעַת ע"א פְּטוּרָה וַיֵּשׁ לֹאמַר דְּמַחְלָק בֵּין זֶה לְנֶאֱמָנוֹת סֶתֶם דְּלֵא מְהֵנִי בְּנֶפְרַע שְׁלֵא בְּפָנָיו כִּמְש"כ הַמְּחַבֵּר לְקַמֵּן סעי' כ' וְכֵן בְּשְׁבוּעַת ע"א פנ"ל אֲבָל אִם פֶּתַב בְּפִירוֹשׁ שְׁבוּעָה אֵין לִי עָלֶיךָ אַז אֵינוֹ יָכוֹל לְהִשְׁבִּיעַ שׁוּם שְׁבוּעָה וַיִּסּוּד חִילּוּק זֶה הוּא ע"פ דְּבָרֵי הַתּוֹס' יְבָמוֹת הֵנּוּ"ל וְתַמְהֵנִי עַל הָאֲחֻרָנִים דְּלֵא הִבִּיאוּ לְדְבָרֵי תוֹס' הֵנּוּ"ל: וְהַעֲיָקָר לְדִינָא כִּמְש"כ הַשְּׁ"ף דְּבִסְתָם נֶאֱמָנוֹת חֲזִיב שְׁבוּעָה נֶגְדַּ ע"א וּכ"כ הֶרְדְּב"ז חֲלָק ד' ס' קפ"ב ע"ש.

אֲכֵן אִם פֶּתַב בְּפִירוֹשׁ בְּלֵא שְׁבוּעָה אַז א"צ שְׁבוּעָה נֶגְדַּ ע"א וְכֵן בְּנֶפְרַע שְׁלֵא בְּפָנָיו אִם פֶּתַב בְּפִירוֹשׁ בל"ש פְּטוּר מִשְׁבוּעָה כְּמִבְּנֹאֵר בִּאֵה"ע רִישׁ ס' צ"ח בב"ש פנ"ל: וְרִאֲיִתִּי בְּהִגָּהוֹת אֲשֶׁר"י לְשְׁבוּעוֹת פ"ו ס' יו"ד שְׁפֶתַב בּוֹזֵה"ל וְכַתֵּב ר' בְּרוּךְ ה"מ בְּשֵׁטֶר שְׁאֵין בּוֹ נֶאֱמָנוֹת אֲבָל בְּשֵׁטֶר שְׁיֵשׁ בּוֹ נֶאֱמָנוֹת אִף פּוֹגֵם גְּבִי בְּלֵא שְׁבוּעָה וְאֵינוֹ יוֹדֵעַ מֵהוּ שְׁטֵר שְׁיֵשׁ בּוֹ נֶאֱמָנוֹת עכ"ל וְדְבָרָיו תְּמוּהִים דְּמִי לֹא יָדַע מֵהוּ נֶאֱמָנוֹת וְהָא מְקוּרוֹ הוּא בְּשְׁבוּעוֹת ד' מ"ב אֲבָל לְפִמְש"כ בְּשָׁם תוֹס' יְבָמוֹת הֵנּוּ"ל א"ש פְּנוּנַת הַג"א מִשׁוּם דֵּהֲג"א מְסַתְּפָק אִם פְּנוּנַת ר' בְּרוּךְ הוּא בְּכַתֵּב נֶאֱמָנוֹת סֶתֶם אוֹ דְּכַוְנָתוֹ דְּדוּקָא בְּכַתֵּב בְּפִירוֹשׁ דִּיהָא נֶאֱמָן בל"ש כִּמְש"כ הַר"י בְּכַוְנַת הַר"ח הֵנּוּ"ל בִּיְבָמוֹת אַז פְּטוּר בְּפּוֹגֵם בל"ש אֲבָל בְּנֶאֱמָנוֹת סֶתֶם אֲפֻשֶׁר לֹאמַר דְּצָרִיךְ שְׁבוּעָה אִף בְּפּוֹגֵם וְכִמְש"כ בְּכַוְנַת הַתּוֹס' הֵנּוּ"ל וְנִהוּ שְׁקֵאֵמַר דִּא"י עַל אֵיזָה שְׁטֵר שְׁיֵשׁ בּוֹ נֶאֱמָנוֹת מִיָּרֵי הַר' בְּרוּךְ: (ב) (סעי' ב') הָא דְּמְהֵנִי נֶאֱמָנוֹת בְּלֵא קִנְיָן דְּנוֹקָא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה כּו' וְהַשְּׁ"ף הַעֲלָה דְּנֶאֱמָנוֹת סֶתֶם א"ל קִנְיָן וּבִאֵה"ע ס' צ"ח סעי' א' פֶּתַב נָדָר וְשְׁבוּעָה אֵין לִי כּו' וְכַתְּבוּ שָׁם הַח"מ וְהַב"ש בְּשָׁם הַרִיטְב"א וְהַנ"י דְּלֵאוּ דְּנוֹקָא פֶּתַב דֵּה"ה אָמַר דְּכָל שֶׁהוּא פְּטוּר אוֹ מַחֲזִילָה בְּאֲמִירָה בְּעֵלְמָא סְגִי וּכ"כ הַר"ב בְּכַתְּבוֹת פ"ט וְהֵנָּה לְפִמְש"כ הַמְּחַבֵּר הֵכָא דָּאִף סֶתֶם נֶאֱמָנוֹת צָרִיךְ קִנְיָן שְׁלֵא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה א"כ לֹא הִיָּה לֵהַח"מ וְהַב"ש לְסִתְנוּם וְלְכַתּוּב כ"כ עַל דְּבָרֵי הַמְּחַבֵּר שָׁם בִּאֵה"ע דְּלֵאוּ דְּנוֹקָא פֶּתַב דֵּה"ה אָמַר וְהַנ"י דְּכַתֵּב ל"ד פֶּתַב י"ל דְּאֲזִיל לְטַעְמִי דַּס"ל דְּנֶאֱמָנוֹת סֶתֶם א"צ קִנְיָן אִף שְׁלֵא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה כִּמְש"כ הַשְּׁ"ף הֵכָא בְּשָׁם הַנ"י וְכַעֲיֵן זֶה רִאֲיִתִּי בְּפָנֵי יְהוֹשֻׁעַ פְּתוּבוֹת ד' פ"ו וּבְהַפְלָאָה שָׁם שְׁפַתְבוּ דֵּהָא דְּאָמְרוּ דֵּה"ה אָמַר לֵה סְגִי דִּזְהוּ רַק לְשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּנֶאֱמָנוֹת סֶתֶם א"צ קִנְיָן ע"ש וּלְפ"ז לְפִי מַה דְּכַתֵּב הַאו"ת לְדִינָא דְּלֵא כְּהַשְּׁ"ף דָּאִף נֶאֱמָנוֹת סֶתֶם צָרִיךְ קִנְיָן וְקוֹדֵם שְׁאָמַר הַמְּלִנָה בְּב"ד מְצִי הַלְוָה לְחֻזְרָא בּוֹ א"כ לְפ"ז י"ל דֵּה"ה בְּלֵא פֶּתַב רַק אָמַר שְׁבוּעָה אֵין לִי עָלֶיךָ דְּשְׁלֵא בְּשַׁעַת הַלְוָאָה לֹא מְהֵנִי בְּלֵא קִנְיָן: אֲבָל בְּאֲמַת יֵשׁ לְהוֹכִיחַ דְּלֵא כֹהֲפ"י וְהַהַפְלָאָה דָּאִף הַסּוֹבְרִים דְּנֶאֱמָנוֹת סֶתֶם צָרִיךְ קִנְיָן מ"מ מוֹדוּ בְּאָמַר שְׁבוּעָה אֵין לִי עָלֶיךָ דָּאִף בַּע"פ מְהֵנִי כְּמוֹ כָּל מַחֲזִילָה א"צ קִנְיָן דֵּהָא שִׁיטַת הַר"ב הוּא דָּאִף נֶאֱמָנוֹת סֶתֶם צָרִיךְ קִנְיָן כִּמְש"כ הַקְּצֵה"ח הֵכָא בַּס"ק ב' בְּשָׁם הַר"ב וְאִפ"ה פֶּתַב הַר"ב בְּכַתְּבוֹת דְּאָמַר ג"כ סְגִי לְפּוֹטְרָה מִשְׁבוּעָה וּמוֹכַח דְּמַחְלָק דְּדוּקָא לְשׁוֹן נֶאֱמָנוֹת צָרִיךְ קִנְיָן אֲבָל לְשׁוֹן שְׁבוּעָה אֵין לִי עָלֶיךָ הַנִּי כְּמוֹ כָּל פְּטוּר וּמַחֲזִילָה דִּא"צ קִנְיָן וְלָכֵן שְׁפִיר פֶּתְבוּ הַח"מ וְהַב"ש בִּאֵה"ע כֵּן וְסִבְרַת הַחִילּוּק בִּינֵיהֶם הוּא פְּשוּט וְכַבֵּר פֶּתְבִיתִי לְעֵיל בְּשָׁם הַב"ש בִּאֵה"ע ס' צ"ח ס"ק ג' דְּבִאָמַר בְּפִירוֹשׁ שְׁבוּעָה אֵין לִי עָלֶיךָ א"י לְהִשְׁבִּיעַ שׁוּם שְׁבוּעָה כּו' וְכֵן י"ל לְעַנְיָן מַה דְּאָמְרוּ בַּס' ע"א

סעי' י"ג שטר שיש בו נאמנות ונמצא המלוה כפרן בטל הנאמנות די"ל דז"א אלא בלשון נאמנות דכה"ג לא הימני' אבל באמר בפירושו שבועה אין לי עליה דמהני מן דין מחילה ופטור מעיקרא מן חיוב שבועה.

דאף אם נמצא כפרן בדבר אחר ג"כ פטור מן השבועה כ"ז דלא הזכיר לשון נאמנות ג"כ: (ג) (שם סעי' י"ט) בע"ח מוקדם צריך לישבע להמאןחר כו' וכ"כ בס"פ סעי' פ"ב סעי' ב': וכתב שם הסמ"ע דדין ב"ח מאןחר קדין לקוחות וכ"כ בס"פ ק"ד סעי' י"א ומשמע דאף דלא טען המאןחר השבע לי צריך שבועה: ענף א ויש להקשות דהא מבואר שיטת רש"י בכתובות ד' צ"ג במשנה שם הראשונה נשבעת לשניה כו' ופי' רש"י אם שניה טוענת השבע לי כו' וכ"כ הרע"ב במשנה שם וכ"כ הר"נ והריטב"א שם במשנה בשם רש"י דבע"ח אין נשבע להמאןחר בלא טענת השבע לי משום דס"ל דחוב אין דינו כמשעבדי דאלו היה לו דין משעבדי א"כ הא ללקוחות נשבעין אף בלא טענו השבע לי א"כ קשה דהיה להפוסקים בשו"ע להביא הך שיטת רש"י והר"נ והרע"ב הנ"ל לכל הפחות בשם יש אומרים דאין בע"ח נשבע לבע"ח מאןחר אם אינו טוען השבע לי משום דס"ל דאין בע"ח כמשעבדי דהא לא זכה עדיין הבע"ח בגוף השדה המשועבדת לו ושאינו לוקח דגוף השדה הוא כפרת"י והוי מןחוק גמור א"כ אמאי פתבו פולם בפשיטות לחייב שבועה אף בלא טענת השבע לי והנלע"ד בזה די"ל דזה תלוי בפלוגתא דשעבודא דאורייתא או לא דאי ש"ד שפיר י"ל דבע"ח דין משעבדי יש לו פיון דטורף מה"ת בזכות שעבודו דזכותה לו התורה משא"כ אי שעבודא לאו דאורייתא אז בע"ח אין לו דין משעבדי ואינו צריך לישבע בלא טען השבע לי כמו בבע"ד עצמו א"כ י"ל דהמחבר והרמב"ם דס"ל שעבודא דאורייתא ע"כ פתבו דמשפיעין לבע"ח המוקדם אף בלא טען השבע לי דדינו כמו לוקח פיון דזכה בשעבודו מה"ת משא"כ רש"י דזכר לפירוש המשנה דיהא אתי ככ"ע דאל"כ תקשה על אמוראי מן המשנה דהא למ"ד דס"ל שעבודא לאו דאורייתא אין לבע"ח קדין לוקח א"כ תקשה אמאי ראשונה נשבעת לשניה ע"כ פי' רש"י דמירי בטענה השבע לי וא"ש המשנה לכ"ע על נכון: והנה לכאורה יש להקשות על שיטת רש"י דפי' דראשונה נשבעת לשניה היינו משום טענת השבע לי א"כ קשה מאי אשמעינן ר"פ בשבועות ד' מ"א דאי טען השבע לי משבעינולי' והקשו שם בגמ' ע"ז מה בין זה לפוגם שטרו הא לשיטת רש"י כפר מוכח זה מהמשנה דראשונה נשבעת לב' פנ"ל.

ולפמש"כ ניקא די"ל דרב פפא לשיטתו דס"ל ש"ד כשיטת הרי"ף והובא בש"פ סי' ל"ט דהא דאמר ר"פ בב"ב שלא תנעול דלת היינו דלכן אוקמוה אדאורייתא וס"ל ש"ד כמבואר בקדושין דר"פ ס"ל ש"ד ובפרט בכתובה דהוי מלוה פתובה בתורה א"כ לשיטת ר"פ אינו מוכרח מהמשנה הנ"ל דהא דראשונה נשבעת לב' י"ל דזהו משום דיש לו דין משעבדי פנ"ל ע"כ נשבע אף בלא טען השבע לי רק ר"פ חידש זה הדין דאם טען השבע לי כו' וע"ז הקשו לו מפוגם שטרו משום דעל המשנה הנ"ל אינו קשה מה בין זה לפוגם כו' משום דשא"ה דמן דין משעבדי נגעו בו אכן אפתי תקשה על מש"כ רש"י בכתובות ד' פ"ז דהא דנשבעין ליתומים ולקוחות היינו משום דטענינן להו טענת השבע לי דהוי מצי הלנה לטעון א"כ תקשה עדיין מאי קמ"ל ר"פ בשבועות אף כפר העיר זה התוס' בשבועות ד' מ"א ד"ה וכי מה בין זה לפוגם כו' ולפ"ז אינו קשה מה שלא הביא המחבר

לשיטת רש"י דבְּעֵי דִּיטְעוֹן הַשְּׁבַע לִי דְהָא הַמְּחַבֵּר ס"ל ש"ד א"כ דִּינוּ מְשַׁעְבְּדֵי וְעַפ"ז יֵשׁ לְתַרְץ מַה שְּׁהַקְשִׁיתִי עַל מִש"כ הַש"ך בְּסִי קט"ו ס"ק י"ב דְהָא דְגוּבָה הַלּוֹקֵחַ תְּצִי שְׂבַח זֶהוּ מְשׁוּם שְׁגוּבָהוּ עַל הַקְּרָן דְכִינּוּן דְאִין גּוּבָה הַשְּׁבַח מְשַׁעְבְּדֵי אִינוּ יָכוּל לְגַבּוֹת הַשְּׁבַח עֲבוּר חַיִּיב אַחֲרֵי כֵן מִצַּד חוֹב הַשְּׁבַח דְהָא בַּע"ח דִּין מְשַׁעְבְּדֵי יֵשׁ לוֹ וְע"כ אִינוּ נוֹטֵל הַשְּׁבַח בְּמָקוֹם הַבַּע"ח אֲלָא עַל קְרָנוּ שְׂקִיל לְחֻצֵי שְׂבַח וּמֵאֵי דְאִית' בְּש"ס חוּזַר וְגוּבָה הַקְּרָן מְשַׁעְבְּדֵי הֵינּוּ קְרָן פְּחוֹת חֻצֵי שְׂבַח כּו' ע"ש בְּש"ך וְיֵשׁ לְהַקְשׁוֹת ע"ז מְהָא דב"ב ד' קנ"ז דא"י שֵׁם לָנָה וְלָנָה וְקָנָה דְשִׁלְחוּ מִתָּם רֵאשׁוֹן קָנָה וְרַב הוּנָא אָמַר יְחַלְקוּ כּו' מֵיִתְיָבִי הָרִי שְׂפִיכַר שְׂדָה וְהַשְּׁבִיחָה וְכֵן בַּע"ח וְטָרְפָה כּו' וְאֵת הַשְּׁבַח מִב"ח וְאֵם אֵי חֻצֵי שְׂבַח מִבְּעֵי לִי וְלִדְבָרֵי הַש"ך אִינוּ קָשָׁה קוֹשְׁיָתָהּ הַגַּמ' הַנ"ל דְהָא פִּינּוּן דְמַה דְגוּבָה חֻצֵי שְׂבַח הוּא בְּשִׁבִיל חַיִּיב הַקְּרָן כְּמִש"כ הַש"ך דְהָא דְגִיבָה הַקְּרָן הֵינּוּ פְּחוֹת מִחֻצֵי שְׂבַח א"כ בְּעַד הַשְּׁבַח הָא לֹא קִיבַל עַדִּינּוּ הַלּוֹקֵחַ כְּלוּם ע"כ טוֹרְף כֹּל הַשְּׁבַח מִב"ח דְהָא עַדִּינּוּ חַיִּיב לִי בְּעַד כֹּל הַשְּׁבַח א"כ קָשָׁה עַל הַש"ך הַנ"ל: אֲכַן לְפִי מַה שְׁנִתְבָּאָר לְעִיל דְהָא דְבַע"ח דִּין מְשַׁעְבְּדֵי יֵשׁ לוֹ זֶהוּ אִם ש"ד פְּנ"ל א"כ מִש"כ הַגְּבִי שְׂבַח דְאִינוּ נוֹטֵל עֲבוּר חוֹב הַשְּׁבַח כִּי אִם עַל קְרָנוּ מְשׁוּם דְהָא הַבַּע"ח יֵשׁ לוֹ דִּין מְשַׁעְבְּדֵי וְאִין גּוּבִין לְשְׂבַח מְשַׁעְבְּדֵי דּו"א אֲלָא לְמֵאֵן דַּס"ל ש"ד וְאִף בְּדִאקְנֵי שְׂיִיךְ ש"ד כְּמִש"כ הַתּוֹס' בְּכוֹרוֹת דָּף מ"ט סד"ה וְדִידִי אֲזִיל וְטָרְף כּו' אֲבָל לְמֵאֵן דַּס"ל שְׁעַבּוּדָא לֹא דְאוֹרֵייתָא לֹא מְקַרֵי הַבַּע"ח מְשַׁעְבְּדֵי א"כ שְׁפִיר מְצִי גְבִי אֵת חֻצֵי הַשְּׁבַח בְּעַד הַשְּׁבַח דְהָא אִין דִּין מְשַׁעְבְּדֵי לְהַבַּע"ח: וְכִמִּש"כ רש"י בְּכַתּוּבוֹת הַנ"ל דְבַע"ח אִין לוֹ דִּין מְשַׁעְבְּדֵי פְּנ"ל גְּבִי שְׂבוּעַת מְשַׁעְבְּדֵי וְה"ה גְּבִי טָרְפָתָהּ לְקוֹחוֹת וּמְצִינּוּ לְרַב דַּס"ל בְּסוּף ב"ב וּבְקַדְוִשִׁין ד' י"ג דְשְׁעַבּוּדָא לֹא דְאוֹרֵייתָא וְרַב הוּנָא תַלְמִיד דְרַב וּמְקַשְׁינּוּ מִן רַב עֲלֵיו פְּמִבְּנֵי אֲרָא בְּשַׁבְתָּ ד' קכ"ח א"כ ס"ל לְרַב הוּנָא כְּרַב רַבִּי דְשְׁעַבּוּדָא לֹא דְאוֹרֵייתָא וְשֵׁם בְּב"ב אָמַר רַב הוּנָא יְחַלְקוּ גְבִי לָנָה וְלָנָה וְקָנָה א"כ שְׁפִיר הַקְשׁוּ עֲלֵיו מְהָא דְגוּבָה הַקְּרָן מְשַׁעְבְּדֵי וְהַשְּׁבַח מִב"ח: דְהָא לְרַב הוּנָא דַּס"ל שְׁעַבּוּדָא לֹא דְאוֹרֵייתָא שְׁפִיר דְהַבְּרֵייתָא דְגוּבָה הַקְּרָן מְשַׁעְבְּדֵי הֵינּוּ כֹּל הַקְּרָן מְשׁוּם דְהַשְּׁבַח שְׂגָבָה זֶהוּ בְּשִׁבִיל חוֹב אַחֲרֵי כֵן עֲבוּר שְׂבָחוּ דְהָא לֹא מְקַרֵי הַבַּע"ח לְרַב הוּנָא בְּשֵׁם מְשַׁעְבְּדֵי א"כ שְׁפִיר שְׂקִיל הַשְּׁבַח בְּשִׁבִיל חוֹב אַחֲרֵי כֵן הַשְּׁבַח וְא"ש הַבְּרֵייתָא בְּפִשְׁטוּת וְלֹא צְרִיכִין אֲנִי לְדַחְוִקֵי כְּמִש"כ הַש"ך דְהָא דְתַנּוּ דְגוּבָה הַקְּרָן לִישְׁנָא קְטִיעַ דְגוּבָה הַקְּרָן פְּחוֹת הַשְּׁבַח דְהָא לְרַב הוּנָא א"צ לְדַחְוִקֵי כֹּן א"כ לְרַב הוּנָא דָּאֵמַר יְחַלְקוּ שְׁפִיר הַקְשָׁה הַש"ס דְאֵמֵא גְבִי כְּלוּ שְׂבַח הָא כְּבָר שְׂקִיל בְּשְׂבַח וּמַה דְשְׂקִיל כְּבָר הַשְּׁבַח זֶהוּ בְּשִׁבִיל חוֹב שְׂבָחוּ כְּדִי דִישְׁאָר לוֹ חוֹב כֹּל הַקְּרָן לְגַבּוֹת מְשַׁעְבְּדֵי וְע"ז מְתַרְץ הַגַּמ' מֵאֵי גּוּבָה נְמִי חֻצֵי שְׂבַח אֲבָל לְמֵאֵי דְמַסִּיק הַש"ך בְּסִי ל"ט בְּסַפִּיקָא דְדִינָא אֵי ש"ד אוֹ לֹא א"כ מְסַפִּיקָא לֹא מְצִי שְׂקִיל כֹּל הַקְּרָן מְשַׁעְבְּדֵי דִיכּוּלִּים הַלְקוּחוֹת לּוֹמַר לוֹ לְנַפּוֹת אֵת חֻצֵי הַשְּׁבַח שְׁנִטֵּל עֲבוּר חוֹב קְרָנוּ מְשׁוּם דְלֵמָּא שְׁעַבּוּדָא דְאוֹרֵייתָא וְלֹא הִנֵּה יָכוּל לִישְׁטוֹל אֵת הַשְּׁבַח כִּי אִם בְּשִׁבִיל חוֹב הַקְּרָן וְלֹא בְּשִׁבִיל חַיִּיב אַחֲרֵי כֵן דְשְׂבַח דְהָא אִין טוֹרְף מְשַׁעְבְּדֵי לְחוּב שְׂבַח וּמְתַרְץ מַה שְּׁהַקְשִׁיתִי עַל הַש"ך: וְעַיִן דְבָרֵי הַש"ך שְׂפַתְבּוּ בְּפִשְׁטוּת דְחוּב יֵשׁ לוֹ דִּין מְשַׁעְבְּדֵים זֶה תְּלוּי בְּפִלּוּגְמַת הַפּוֹסְקִים הַמּוּבָא בְּסִי ק"ד סע"י י"ג דְמַלְוָה בְּשִׁטְר וּמַלְוָה ע"פ מְוַקְדָּמַת דְהַמְחַבֵּר פְּסַק שֵׁם דְמַלְוָה ע"פ קוּדְמַת וְהוּא שִׁיטַת רַב הָאֵי וְהַש"ך הֵבִיא פּוֹסְקִים הַחוּלְקִים בְּזֶה הֵינּוּ הָרִי"ף וּש"פ וְהוּא מִן הַר"נ ר"פ מִי שְׁהִנֵּה נְשׁוּי א"כ לְשִׁיטַת הַמְחַבֵּר וְהַפּוֹסְקִים דְפְּסַקוּ דְמַלְוָה ע"פ קוּדְמַת

למלנה בשטר ואף דמלנה ע"פ אינו גובה מן משעבדי בע"כ מוכרח לומר דס"ל להמחבר דאין לב"ח דין משעבדי א"כ י"ל דלא פהש"ף וגבי השבח בעד חיוב אחריות שבחו דהא הבע"ח אין לו דין משעבדי ולפי זה צ"ע דברי המחבר דסתיי אהדדי דלגבי שבועה במקדמ הפא לגבות ס"ל להמחבר דב"ח דין משעבדי יש לו וצריף שבועה כמו בלקוחות ואלו במלנה ע"פ דאינו גובה ממשעבדי ס"ל דב"ח אין לו דין משעבדי ומלנה ע"פ מוקדם למלנה בשטר אבל יש לחלק דשאני גבי מלנה בע"פ המוקדמת למלנה בשטר דקודמת למלנה בשטר משום דהא אמרו פן למאן דס"ל ש"ד א"כ עיקר הזכות דמלנה בשטר טורף ממשעבדי להך מ"ד זהו משום דש"ד א"כ מה"ט הך יש אותו הזכות ג"כ למלנה בע"פ משום דש"ד.

ע"כ פסקו דמלנה בע"פ מוקדמת משא"כ גבי שבועה דעיקר חשש הוא דלמא נפרע א"כ פקע שעבודו ע"כ מחנניב ליטבע היכא שמדחה לבע"ח אחרים וע"כ פסקו דמלנה המוקדם חייב ליטבע אף בלא טענת השבע לי פן יש לחלק: ענף ב ובעיקר דברי רש"י דכתב דראשונה נשבעת לב' זהו משום דטענה השבע לי וכתבתי לעיל דזהו דלא כפסק השו"ע בסי' קי"א סעי' ז' שכתב דבע"ח מוקדם צריף ליטבע שלא נפרע פדיון טורף שיקרי טורף מהשני.

וכ"כ בסי' ע"א וסי' פ"ב וסי' ק"ד דכתבו דאף בלא טענת השבע לי חייב בע"ח המוקדם ליטבע נלע"ד לדון די"ל דלדינא גם רש"י מודה לזה והוא דשם בכתובות ד' צ"ג מבואר בגמ' דת"ק וכן ננס פליגי אם תקנו ביתומים גדולים לתקנתא דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה ות"ק ס"ל דהרביעית נפרעת שלא בשבועה משום דס"ל דבגדולים א"צ ליטבע וכמש"כ רש"י במשנה שם ושיטת רש"י בכתובות ד' פ"ז דהך שבועה דיתומים ולקוחות עיקרו לפי דטענינו להו מה דהוי מצי הבע"ק לטעון טענת השבע לי וכ"כ הר"נ בכתובות פ' הכותב שם וכ"כ הרע"ב שם.

וכ"כ הרשב"ם והנ"י בב"ב ד' ע' ע"ב ד"ה נשפע וגובה דמצד טענינו להו חייב לשבע בנפרע מיתומים ואף דהתוס' בשבועות ד' מ"א ד"ה וכי מה בין זה לפוגם שטרו כו' הוכיחו ממה דמצינו דאף היכא דפטרנה משבועה ג"כ יורשיו יכולים להשביעה א"כ מוכח מזה דלא משום טענינו אתינו עלה ע"ש אף הפ"י בכתובות שם הביא בשם נתיבות המשפט שכתב לתרץ דברי רש"י דבאמת עיקר השבועה דיתומים זהו רק משום טענינו ועכ"ז אף היכא דפטרנה משבועה מחנניבת לשבע נגד יתומים משום דשניף גם בזה הך טענה פינון דאיהו ה"מ להשביעה רק דפטרנה א"כ לגבי יורשין דלא פטרנה שפיר משביעין לה משום טענינו וע"ש בפ"י ונלע"ד לחזק דברי רש"י דהוכיח פן מהא דגיטין ד' נו"ן דאיבעיא להו בהא דאין נפרעין מיתומים אלא מזיבורית אם עבדו תקנתא אף לגדולים או לא וא' ת"ש מן הא דאב"י קשישא במה דנפרעין מיתמי בשבועה אף גדולים בכלל ונחו דלמא ה"מ לענין שבועה דגדול במילי דאבוה קטן הוא ופי' רש"י דכיון דעיקר הא דמשביעין בבא ליפרע מיתמי זהו משום דטענינו דאפוהון ה"מ לטעון השבע לי ולהך מלתא אף גדולים נמי עכ"ל רש"י א"כ חזינו להדיא בסוגיא זו דהש"ס מחלק בין תקנתא דזיבורית לשבועה דשאני שבועה דמשום טענינו אתי עלה ולפ"ז תקשה דאמאי אמרו במשנה כתובות ד' פ"ו בפטרנה משבועה מחנניבת לשבע נגד היתומים.

ומזה הוכיח רש"י דאף דעיקר שבועת היתומים הוי משום טוענין מ"מ היכא דפטרך תשבע נגד יורשים ע"פ סברת הנתיבות הנ"ל ואף למסקנת הגמ' דגיטין ושם דמסקינן דיתומים שאמרו אף גדולים בין לשבועה בין לזיבורית אין לנו הכרח דחזרו ממה דאמרו מתחלה דשבועה הוי משום טוענין להו פנ"ל: ולשיטת התוס' דס"ל דלאו משום טוענין אתינן על הא דישבע להיתומים לכאורה קשה מסוגיא דגיטין הנ"ל ואפשר לומר דס"ל להתוס' דזהו רק להוי אמנא שם דרצו לומר דלענין שבועה שאני מן תקנת זיבורית אבל למאי דמסקו שם דלכל מילי אף גדולים בכלל א"כ ה"ה לגבי שבועה הוי ג"כ תקנה מצד עצמו לחוס אף על יתומים גדולים דישבעו אף היכא דלא שיניך לומר טוענין פגון אף היכא דפטרך ואפתי הקשה לשיטת התוס' דמתחלה דרצו בש"ס לחלק דשאני שבועה דלכך גדולים בכלל לאבני קשישא משום דטוענין להו כמו שאמרו דגדול במילי דאבוה קטן הוא א"כ תקשה מה יענו בהמשנה דכתובות ד' פ"ו דמבואר שם דאף בפטרך משבועה תשבע ליורשיו לפי מה דהוכיחו התוס' מזה דלא שיניך בזה לומר דמשום טוענין אתו עלה פנין דאבוהן לא מצי למטען ותקשה לפי ה"א דסוגיא דגיטין מהו משנה דהא לפ"ז אין מקום לחלק בין שבועה לזיבורית ודוחק לומר דבאמת היכא דפטרך משבועה מחלקינן בין קטנים לגדולים אף לאבני קשישא משום דהתם לאו מצד טוענין אתי עלה רק מצד דבקטנים חשו ביותר עליהם.

והא דאבני קשישא דלא מחלק מייירי בלא פטרך ובזה אף גדולים בכלל משום טוענין וכמו דאמרו מעיקרא שם בה"א. דז"א סברא פלל דהא אבני קשישא א' סתמא דיתומים שאמרו אף גדולים במשמע וע"ז אמרו דלמא ה"מ לשבועה אלמא דלשבועה לא מחלקינן פלל בין קטנים לגדולים דאל"כ הא מצילו גם בשבועה לחלק ביניהם וע"כ מזה הסוגיא הוי סייעתא לשיטת רש"י וכסברת נתיבות המשפט שהובא בפנ"י הנ"ל ועיין בתוס' פתובות ד' צ"ד ד"ה שנמצאת אחת מהן כו': ענף ג ובאמת יש לעיין בשיטת הת"ק דלא ס"ל דאבני קשישא אלא דוקא לקטנים תקנו דתשבע וקשה אטו פליג על פל מה דקיי"ל בכלהו ש"ס דטוענין ליורשים כמבואר בב"ב ד' כ"ג ובנודאי אף לגדולים טוענין ויש לחלק דס"ל לת"ק דשאני שבועה לפמש"כ התוס' בכתובות ד' ל"ו ד"ה דהחרישית והשוטה דלא טוענין להוציא ממונא וכמש"כ הש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ב דלא טוענין ליורשים רק להחזיק ולא להוציא ע"ש ועיין בסמ"ע סי' רצ"ו ס"ק א' שכתב דדוקא להחזיק ממונא מועיל מיגו משא"כ לאפטורי משבועה לא אמרי' מיגו משום דבשבועה אין זה הוצאת ממונא כ"כ ע"כ לא מקרי בזה מוחזק כ"כ וע"ש בש"ך אלמא דשבועה לא מקרי מוחזק כמו בממונא דאף דאם לא ישבע יצטרך לשלם מ"מ פנין דיכול להפטר בשבועתו לא מקרי בשם מוחזק דלא שיניך לומר בזה דחזקת ממונא מסייעתו דהא אין זה מנגד לחזקת ממונא פנין דיכול להפטר בשבועתו וכן קיי"ל דמיגו לחייב שבועה לא אמרי' כמש"כ הב"ש סי' צ"ו ס"ק ח' וזהו ג"כ מהו טעמא דכיון דיכול חבירו לשבע וליטול ע"כ לא דיינינן ליה בשם מוחזק בזה ולחייב לחבירו שבועה דהא בינד חבירו להוציא ממנו בשבועה עכ"פ כן הוא לשיטת הסמ"ע דסי' רצ"ו ויש להאריך בזה בדברי הש"ך דשם.

עכ"פ חזינו דשבועה לא מקרי כ"כ מוחזק רק לענין ספיקא דפלוגתא בחיוב שבועה שאני וי"ל דאף לת"ק דבן ננס דמודה בכל טוענין ליורש דאף גדולים בכלל אלא דס"ל לחלק דשאני שבועה דכיון דלא מסייע בזה המוחזקות כ"כ ע"כ לא טוענין ליורש בזה

לת"ק כי אם בקטנים ומשעבדי טוענין אף לשבועה משום דחסו עליהם בזה: א"כ המשנה דת"ק דס"ל דבגדולים לא טענינו להשביע יתנה מאיזה טעם שיהיה ע"כ ה"ה בבע"ח הטורף מבע"ח מאןחרים לא טענינו עבורם להשביע כמו דחזינו לת"ק דס"ל דהך טוענין גבי שבועה אינו דומה לכל טוענין לירוש משום דשא"ה דהוי להחזיק ממון ממש כנ"ל: ולפ"ז תקשה מפני מה ראשונה נשבעה לשניה אליבא דת"ק דב"נ הא ס"ל לת"ק דלא טוענין גבי בע"ח לענין שבועה כנ"ל.

ע"כ פירש רש"י במשנה דמירוי בטענה השבע לי והא רש"י קאי התם לפירש דברי ת"ק ע"ש משא"כ לדניא דקיי"ל דאף גדולים הנה בכלל שבועה ולשיטת רש"י הטעם הוא דלכן משבעינו ביתומים משום דטענין להו וכמש"כ רש"י בכתובות ד' פ"ז אלמא דאף בשבועה טענינו וכאפיי קשישא א"כ מה"ט אף בבע"ח מוקדם טענינו לבע"ח מאןחר דהא מבואר בח"מ סי' צ"ט דגם לבע"ח טענינו כמו לירוש ולקוחות כמש"כ הש"ך שם ס"ק י"ג דבע"ח דין יורש ולוקח יש לו וצריך הסרסור או בעל החפץ לשבע אף בטענת שפא ע"ש אלמא דגם לשבועה טענינו לבע"ח כמו בירוש א"כ מה"ט אף בלא טענת השבע לי צריך בע"ח מוקדם לשבע משום דטוענין להמאןחר וכמו ביתומים מן יתומים דלא יפרעו אלא בשבועה כמבואר בשבועות ד' מ"ז משום דטוענין עבור מי שטורפין ממנו וה"ה לבע"ח מאןחרין דמפסדי שעבודייהו טוענין עבורם ומשביעין אף בלא טענת השבע לי.

וא"ש פסק השו"ע אף לשיטת רש"י הנ"ל דאין לנו הכרח מרש"י דיפלוג על זה ולפ"ז י"ל פסקי השו"ע דסתרי למש"כ בשו"ע סי' ק"ד גבי מלוה בשטר ומלוה ע"פ מוקדמת דפסק המחבר בסי' ק"ד סעי' י"ג דמלוה ע"פ קודמת משום דס"ל דבע"ח אין דינו כמשעבדי וכמש"כ לעיל די"ל דהא דמחויב שבועה לבע"ח הבא לטרוף גבי בע"ח מאןחר דלאו משום משעבדי אתינן עלה אלא משום דטוענין עבורם אף לא יתכן כי אם לשיטת רש"י דנתבאר לעיל בשם הפנ"י בשם הנתיבות דס"ל דאף בפטרו משבועה שנייה הסבירא דטוענין משא"כ לשיטת התוס' דס"ל דהיכא דפטרו משבועה לא טענין בזה והא שיטת המחבר דאף בפטור משבועה צריך בע"ח המוקדם לשבע א"כ לא יתכן לשיטת התוס' לומר דמשום טענין אתו עלה וע"כ הטעם הוא דמשום שבועת משעבדי אתו עלה וע"כ צריך לומר בסתירת המחבר בזה כמש"כ לעיל ואחר כתבי כ"ז ראיתי בתוס' יו"ט בכתובות פ' יו"ד על משנה מי שהיה נשוי ד' נשים הראשונה נשבעת לשניה דכתב שם הברטנורא ג"כ דמירוי בטענו השבע לי והקשה התוי"ט דהא פיון דדינא כמו גפרעת מנכסים משועבדים א"כ תשבע אפילו לא טענו השבע לי עכ"ל והפ"י כתובות דף צ"ג דמשנה שם פתב לדחות דברי התוי"ט ע"ש והעיקר כמש"כ בעז"ה: והבית שמואל סי' צ"ו ס"ק כ"ד וס"ק ל"ג פתב דרש"י פליג עם הרמב"ם והטור דהמה ס"ל דבע"ח נשבע שלא בטענה נרש"י ס"ל דאינו נשבע רק בטענה השבע לי ע"ש בב"ש: אכן לפמש"כ י"ל דלא פליגי משום דלמסקנת הש"ס דקיי"ל כאפיי קשישא דטענינו אף לגדולים א"כ ה"ה לבע"ח טוענין ונשבע הא' אף שלא בטענת השבע לי ואף היכא דפטר הלנה להמלוה משבועה ג"כ צ"ש נגד בע"ח מאןחר רק לשיטת התוס' בשבועות זהו משום שבועת משעבדי דלאו משום טוענין אתו עלה ולשיט' רש"י משום טוענים אתו עלה ואף בפטרה

שייף לשיטת רש"י לחייב שבועה משום דגם בזה שייף טוענין וכמש"כ הפגי יהושע בשם נתיבות משפט פנ"ל וכן יש לומר בדברי הר"נ שם ע"ש.

אף עדיין יש לדון במש"כ הרב עובדיה ברטנורה במשנה פתובות דף צ"ג ה"ל דראשונה נשבעת לב' בטענה השבע לי ובדבריו ליפא למימר כמש"כ לשיטת רש"י דהא הביא שם אוקימתא ראשונה דבגמ' דמוקי בנמצאת שדה א' שאינו שלו ובבע"ח מאן חר מה שגבה גבה פליגי ולא הביא לאוקימתא בתרייתא דפליגי בדאפיי קשישא רק פתב טעם אחר דאין אחרונה נשבעת א"כ לדידהו ליפא לפרושי כמש"כ לשיטת רש"י א"כ עדיין מוכח מן הרע"ב דפליג על הרמב"ם והטור וס"ל דבלא טענה השבע לי אין להשביע לבע"ח מוקדם.

רק בשיטת רש"י והריטב"א והר"נ י"ל כמש"כ: אכן לפמש"כ לעיל דדוקא אם שעבודא דאורייתא שייף לומר דמחוייב לשבע מצד שבועת משעבדי וע"כ אף בלא טענה חייבת לשבע רק למ"ד שעבודא לאו דאורייתא י"ל דב"ח אין דינו כמשעבדי פניו דעיקר שעבודו לא אלים מה"ת רק מדרבנן וע"כ אינו חייב לשבע נגד הבע"ח פניו דעיקר השבועה ג"כ אינו רק מדרבנן א"כ הוי פועין תשנתא לתשנתא דלא עבדינו ושם באוקימתא ראשונה פתב הר"נ הטעם דמאן דסובר שעבודא לאו דאורייתא ס"ל בע"ח מאן חר מה שגבה גבה ע"ש ובמק"א הארכתי בזה די"ל דלמאי דקיי"ל ב"ח מאן חר מה שגבה לאגבה א"כ מוכח מזה דשעבודא דאורייתא ואכמ"ל ע"כ לכן ננס דסובר מה שגבה גבה וטעמו משום שעבודא לאו דאורייתא כמש"כ הר"נ א"כ אין דין בע"ח כמשעבדי לכן הוכרח הרע"ב לומר דמייירי דטענה השבע לי דאל"כ תקשה לכן ננס דאמאי ראשונה נשבעת אכל לדינא דש"ד ולכה"פ ספיקא הוי פמבואר בסי' ל"ט בש"ף שם שפיר יש לדון לדינא דאין להוציא בלא שבועה אף דלא טען השבע לי ונתבאר דלדינא שפיר פסקו בשו"ע דב"ח חייב לשבע אף בלא טענת השבע לי משום דכ"ע מודו בזה (ד) (סעי' כ"א) מלנה שהאמין ללנה מועיל נמי גבי יורשים כו' והקשה הט"ז הא י"ל דלא האמינו אלא בפניו כו' ולענ"ד נראה הטעם דלכן אם מת המלנה אין גובין יורשיו משום דהא מבואר לעיל סי' נ"ט דבמלנה טוען שמא על שטר דאינו גובה משום דמעלת פרי ומחזק של הלנה עדיפא מן חזקה דשטרא בידי כו' ולפ"ז יש לדון בכל יורש שתובע ע"פ השטר של אביהם והא אין טוענין פרי א"כ הוי הלנה מחזק ומעלת פרי אף י"ל דכיון דטוענין ליורש ע"כ הוי זה פמו מעלת פרי פמבואר ברפ"ב דכתובות פרא"ש שם.

ואף דאין טוענין להוציא כמש"כ הש"ף בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב מ"מ י"ל דכה"ג לא מקרי להוציא כ"כ כמש"כ הפוסקים גבי שטרא מסייע ליה דאמרינן מיגו להוציא משום דשטר הוי קצת פגבוי ואף בשט"ח שאין בו אחריות נכסים ג"כ ס"ל להש"ף סוף סי' פ"ג דמהני מיגו להוציא בשטר פנה ומש"כ הקצה"ח שם במק"א הארכתי בזה ועיין בקצה"ח סי' י"ב ס"ק א' מש"כ בשם הרמב"ן: ולכן הקא במלנה שהאמין ללנה דלא הנה המלנה יכול לגבות מהלנה ע"כ גם יורשיו אין גובין פניו דלא שייף טוענין בכה"ג דהא גם אביהן לא הנה יכול לגבות מהלנה עצמו פן י"ל בזה ומטעם זה לא הקשה הסמ"ע פן הקא רק למפן ס"ק מ"ה הקשה הסמ"ע פועין זה אכן לפמש"כ לעיל בחידושי לסי' נ"ט דהיקא דשמא

שָׁל הַמְלִנָּה ה"ל בְּמָקוֹם דָּלָא ה"ל לְמִידְעָא אִז לֹא שְׁיִיף הָד דִּין דְּסִי' נ"ט הַנְּ"ל ע"כ פִּינּוֹן דְּשָׂמָא דִּיּוֹרֶשׁ ה"ל לָא ה"ל לְמִידְעָא לְכֹן שְׁפִיר הַקְּשָׁה הַט"ז הֶכָּא: וּבְעֵיקָר קְוִשְׁיַת הַסְּמ"ע לְקַמֵּן ס"ק מ"ה עַל מַש"כ הַמְּחַבֵּר בְּסַעֲי' כ"ב וְהַטּוֹר בְּשֵׁם הָרָא"ש דָּאֵם הִבִּיאוּ עֲדִים שְׂאֵבֵיהֶם אָמַר שְׁהוּא פְּרוּעָא דָּאִין גּוּבָה וְהָא י"ל דָּלָא הֶאֱמִינוּ אֱלָא בְּפִנּוֹנוּ כו' לְדַעְתֵּי אִין זֶה קְשָׁה דְּהָא הָרָא"ש בְּכַתְּנֻבוֹת פ"ט סִימָן כ"ח דְּמַהֲנֵי הַפְּטוֹר אִף שְׁלֹא בְּפִנּוֹנוּ וְהוּבָא זֶה לְעִיל בְּש"ף ס"ק מ"ד א"כ י"ל דְּהָרָא"ש לְשִׁיטְתוֹ אֲזִיגֵל דָּלָא ס"ל לְחַלְקָא בֵּין בְּפִנּוֹנוּ לְשְׁלֹא בְּפִנּוֹנוּ וְע"כ שְׁפִיר פְּתַב הָרָא"ש הֶכָּא דָּאֵם הִבִּיאוּ עֲדִים שְׂאֵמַר שְׁהוּא פְּרוּעָא אִינוּ גּוּבָה וְכֹן הַמְּחַבֵּר שְׁהִבִּיא פְּאֵן דַּעַת הָרָא"ש שְׁפִיר פְּתַב כֹּן בְּשִׁיטְתוֹ וְגַם לְעִיל סַעֲי' כ' פְּתַבּוּ פִּן בְּשֵׁם י"א ע"ש.

אִף לַפְּמַש"כ לְעִיל בְּחִידוּשֵׁי לְסִי' ע"א סַעֲי' א' לְחַלְקָא בֵּין לְשׁוֹן פְּטוֹר מְשֻׁבְּעָה בְּפִי' וּבֵין נְאֻמָּנוֹת כְּמוֹ דְּכַתְּבֵי שְׁם מְהָא דֹּאֵה"ע סִי' צ"ח לְהוֹכִיחַ פֶּן ע"כ יֵשׁ לְהַעִיר בְּעֵיקָר רְאִינִית הַשְּׁ"ף לְעִיל ס"ק מ"ד מַה שְׁהוֹכִיחַ מִן הָרָא"ש בְּפִסְקֵי דָּלָא כַּמַּש"כ הַשּׁוֹ"ע שְׁם מְשׁוּם דִּישׁ לְחַלְקָא בֵּין נְאֻמָּנוֹת דְּכ' הַמְּחַבֵּר שְׁם וּבֵין ל' פְּטוֹר שְׁבֻעָה דְּמִבְּנֵי בְּרָא"ש שְׁם ע"כ לַפ"ז שְׁפִיר הַקְּשָׁה הַסְּמ"ע הֶכָּא: סִימָן עב (א) (סַעֲי' א) בְּש"ף (ס"ק ט') שְׁהָאֵרִיף בְּדִין ב"ח קוּנָה מְשֻׁכּוֹן הִנֵּה לְעִיל בְּקוּנָטְרַס הַתְּפִיסָה שְׁלֵי בְּסִי' ב' בְּעֵנִין תְּפִיסָה בְּדִרְרָא דְּמִמּוֹנָא הָאֵרְכֵתִי הֶרְבֵּה מַה דִּישׁ לְדוֹן דְּבַחֻב שְׁאִינוּ דְּרִיף הַלְּנָאָה דְּכִמוּ שְׁאִין מְסֻדְרִין בַּחֻב כְּזֶה לְשִׁיטַת יֵשׁ מִי שְׂאֹמַר לְקַמֵּן סִי' צ"ז סַעֲי' כ"ט דֵּה"ה דָּאִין ב"ח קוּנָה מְשֻׁכּוֹן בַּחֻב כְּזֶה וְעַפ"ז יֵשׁ לְיִישֵׁב לְקוּשְׁיַת הַרְמַב"ן שְׁהוּבָא בְּש"ף ס"ק הַנְּ"ל מְהָא דְּב"ק ר"פ דו"ה דְּאָמְרוּ דָּאֵם תְּפִסוּ נִזְקָא נַעֲשָׂה ש"ש לְנִזְקִין דְּאֵלְמָא דָּאִין ב"ח קוּנָה מְשֻׁכּוֹן לְהַתְּחַיֵּיב בְּאֲוֹנְסִין אֲכֹן לַפְּמַש"כ שְׁם א"ש מְשׁוּם דְּשֵׁא"ה דְּהִנֵּי חוּב נִזְקִין וְלֹא הִנֵּי חוּב הַלְּנָאָה וְע"ש וְכֹן יֵשׁ לְדוֹן עַפ"ז בְּדַבְּרֵי הַשְּׁ"ף דְּסִי' ת"א ס"ק ד' ע"ש (שְׁם סַעֲי' ב') בְּש"ף (ס"ק י"א) דְּאִף בְּמַלְנָה צְרִיף לְמַשְׁכּוֹן ה"ל ש"ש מְשׁוּם פְּרוּטָה דְּרַב יוֹסֵף וּפִי' רַש"י דְּהַמְּלִנָּה צְרִיף לְהַשְׁתַּמֵּשׁ וּלְפַחוֹת מִן הַחֻב בְּנִכְיִיתָא כְּמִבְּנֵי בְּב"מ ד' פ"ב ע"ב וּבְשֻׁבְּעוֹת ד' מ"ד.

וְהַנְּתִיבוֹת ס"ק ח' פְּתַב דְּכ"ז הוּא בְּלֹא הַתְּנָה דְּאִז מְשַׁלֵּם כָּל שְׁכָרוֹ הִנֵּי מְצוּהָ אֲכָל אִם הַתְּנָה בְּנִכְיִיתָא שְׁאִינוּ נוֹתֵן רַק דְּבָר מוּעָט בְּשְׁכָרוֹ וְיֵשׁ לוֹ לְמַלְנָה הַנְּאָה בְּשֻׁכְרַת הַלְּנָאָתוֹ לִיכָא בִּי מְשׁוּם מְצוּהָ רַק שְׁהוּא חֵיִיב מְטַעַם שׁוֹכֵר וּנְפ"מ בֵּין שׁוֹכֵר וּבֵין הָד כו' עכ"ל: וְלַעֲנ"ד נִרְאֵה לֹאֵר דְּאִף בְּכַה"ג ה"ל ש"ש מְשׁוּם מְצוּהָ מְשׁוּם דִּישׁ לְהוֹכִיחַ דְּאִף הִיכָּא דִּישׁ לְהַמְּלִנָּה הַנְּאָה מְהַשְׁכָּר שְׁנוּטֵל דְּג"כ מְקַרֵּי מְצוּהָ קַעֲבִיד דְּהָא אִי בְּפִסְחִים ד' קי"ב בְּמָה דְּצוּנָה ר"ע לְרַשְׁב"י דְּמוּנָה שְׁם מְצוּהָ וְגוּף גְּדוּל אוֹכֵל פִּירוֹת וְלֹא שְׁכָר וּפְיִרְשׁ רַש"י וְהַרְשָׁב"ם דָּאֵם תְּרַצָּה לְעֵשׂוֹת מְצוּהָ וְגַם תְּשַׁתְּפֵר בָּהּ הַלּוּנָה מְעוֹת לְחַבְּרִיף עַל קַרְקַע לְאֲכוּל פִּירוֹת בְּנִכְיִיתָא בְּזוּל שְׁתַּנְּפָה לוֹ דְּבָר מוּעָט מִן הַדְּמִים כְּמִשְׁכַּנְתָּא דְּסוּרָא וְהִינּוּ רִינַח גְּדוּל וְגַם מְצוּהָ הִיא שְׁיֵשׁ לְלִנָּה שְׁכָר רִינַח שְׁצָרִיף לְמְעוֹת לְסַחֲוֵרָה עכ"ל רַש"י וְהַרְשָׁב"ם וְעֵינִן בְּחִידוּשֵׁי אֲגָדוֹת בְּמַהֲרַש"א שְׁם הִרִי לְהַדְּיָא דְּגַם בְּמַלְנָה עַל מְשֻׁכּוֹן בְּנִכְיִיתָא בְּזוּל ג"כ מְקַרֵּי מְצוּהָ א"כ מוּכַח מְזָה דְּגַם בְּנִכְיִיתָא בְּזוּל הִנֵּי ש"ש מְשׁוּם פְּרוּטָה דְּרַב יוֹסֵף מְשׁוּם דְּזֶה ג"כ הִנֵּי מְצוּהָ וְדִלָּא כְּהַנְּתִיבוֹת וְיֵשׁ לֹאֵר בְּזֶה דְּר"ע דְּב"מ ד' פ"ב וּשְׁבֻעוֹת ד' מ"ד דְּס"ל שְׁם דְּאִף בְּמַלְנָה צְרִיף לְמַשְׁכּוֹן ה"ל מְצוּהָ וּפְלִיג עַל ר"א.

די"ל דְּזַהוּ מְשׁוּם דְּאַזְזִיל לְטַעְמֵי דַס"ל לר"ע בְּפִסְחִים דְּגַם בְּכַה"ג מְקַרֵי מְצוּה פּנ"ל: (ג) (שָׁם סַעִי ב') בְּנִתְיָבוֹת ס"ק ח' הִבְיָא דְבָרֵי הַט"ז סַעִיף מ' בְּמִכְר בְּהִקְפָּה בְּזַבִּינָא מְצִיעָא וְקַיְבֵל מִשְׁכּוֹן דַּה"ל ש"ש וְחֹלְקַ עֲלֵיו מְשׁוּם דְּאַיְנוּ ש"פ רַק דְּחִיב מְשׁוּם הִנְאָה דְתַפְס לִי אַזְזִי וְיֵישׁ לְהַעִיר עֲלֵיהֶם מְהָא וְשָׁכְתַב הַש"ף בַּס"ק ט"ז בְּשֵׁם הַטּוֹר וְהָרָא ש"ד דַּס"ל דְּאַף הִלְנְהוּ פִירוֹת לָא ה"ל ש"ש וְכַת"ק דַּר"י וְכֵן מוֹכַח מִלְשׁוֹן הַש"ס בַּב"מ ד' פ"ב דְּאַמְרוּ דַּלְת"ק לָא שְׁנֵי לִי וְהָא אָמְרוּ בִירוּשְׁלָמִי ב"מ פ"ו ה' ה' דְלָכֵן ס"ל לַר"י בְּהִלְנְהוּ פִירוֹת ה"ל ש"ש מְשׁוּם רוּצָה אָדָם לִיתָן כַּמָּה וְלִמְפָּנֵר פִירוֹתָיו ע"י מִשְׁכּוֹן אֱלֵמָא דְזַה מְקַרֵי הִנְאָת ש"פ וְאַפ"ה ס"ל לַת"ק דְלָא ה"ל ש"ש וּבְנוּדָאי אֵין סְבָרָא לֹמַר דְפִלְגִי בְּמְצִיאוֹת.

וע"כ מוֹכַח דְטַעְמֵם מְשׁוּם דַּי"ל פְּסָבֵרַת הַש"ף ס"ק כ"א דְהִיכָא דְאַיִן הִרְיַח בָּא לֹו מְחַמַּת שְׁמִירַת הַמִּשְׁכּוֹן וְגַם ה"ל סְפַק רִינַח דְאַיְנוּ ש"ש וְה"ה י"ל הִכָּא נְעוּד י"ל דְטַעְמֵם דְאַף דְאַמְרוּ אָדָם רוּצָה כו' מ"מ אֵין זֶה רַק בְּגֵדֵר רַב וּמִיעוּט יֵישׁ דְלָא אֵיכְפַת לְהוּ לִיתָן ש"פ בְּעַד זֶה וְר"י ס"ל פְּתַנָּא דַס"ל הוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר רַב וְת"ק ס"ל דְאַיִן הוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר רַב וְיָכוֹל לֹמַר דְאַיִן מְהַמְיַעוּט דְלָא נִחְשָׁב לְהוּ לְהִנְאָה ש"פ [ועפ"ז יֵישׁ לְהַעִיר בְּהָא דַב"ב ד' ד' דַּר' יוֹסִי ס"ל מְגַלְגְּלִין הַפֵּל דַּר"י לְטַעְמֵי דַס"ל בַּב"ב ד' צ"ג דְהוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר רַב אִף פִּינּוֹן דְשְׁמוּאֵל פְּסַק שָׁם הִלְכָה כַר"י וְשְׁמוּאֵל הָא ס"ל אֵין הוֹלְכִין אַחַר רַב וּמְסַתְמָא לָא תְלִי שָׁם בְּזַה וְקַצְרִיתִי] וְכַעֲיִן זֶה פְּתַבּוּ הַתּוֹס' שָׁם ד"ה דְמִי קְנִים בְּזוֹל וּב"ק ד' כ' דְאַמְר לְדִידִי סְגִי בְּנִטְרָא בַר זֹזָא וּלפ"ז י"ל דְשַׁא"ה בְּנִדְרִים דְאַמְרוּ דְזַבִּינָא מְצִיעָא ה"ל הִנְאָת שְׁנֵיהֶם גְּבִי אִיסוּר נִדֵּר מְשׁוּם דְבְּאַיסוּר הָא מְהֵנִי רַבָּא מְשַׁא"כ לְחִיבּוּ בְּדִין ש"ש דְאַיִן מוֹצִיאִין מִמּוֹן ע"י רַבָּא וּבִקְצָרָה הָא חֲזִינָא דְפִירוֹת ה"ל זְבִינָא דְרָמִי עַל אַפִּי מְדַאמְרוּ רוּצָה לִיתָן כו' וְאַפ"ה לָא ה"ל ש"ש וְה"ה בְּנִדּוֹן הַט"ז: וְיֵישׁ לְיִישׁב מְשׁוּם דַּי"ל דְטַעְמָא דַּת"ק דַּס"ל דְהִלְנְהוּ פִירוֹת לָא ה"ל ש"ש מְשׁוּם דְשַׁא"ה דְעַדִּין לָא יֵצֵא מִחֲשַׁשׁ דְדַרְכּוֹן לְהַרְקִיב דְהָא הִלְנָה פִירוֹת יָכוֹל לְשַׁלֵּם ג"כ בְּפִירוֹת דְהָא הִדִּין הוּא דְמָה שְׁלָנָה אוֹתוֹ הַמִּין מְשַׁלֵּם כְּמוֹ בְּבַע"ח דְזוּזִי? הַבּ זוּזִי שְׁקַל וְלָכֵן אִף דְאַמְרוּ בִירוּשְׁלָמִי דְרוּצָה אָדָם לִיתָן כַּמָּה וְלִמְפָּנֵר פִירוֹתָיו הִינּוּ דְדוֹקָא בְּמִכְרָה דְהָא בְּמוֹכֵר סְחוּרָה מְחַנְיָיב לְשַׁלֵּם בְּמַעוֹת כְּמִבְּנוֹאֵר בַּסִּי ק"א סַעִי ו' דְעַל רִינַח וְנוֹדָאי יִתָּן ש"פ מְשַׁא"כ בְּהִלְנְהוּ פִירוֹת דַּה"ל סְפַק עַדִּין וְלָא יֵצֵא עַדִּין מִחֲשַׁשׁ הַנ"ל ע"כ ס"ל לַת"ק דְלָא ה"ל ש"ש וְלָכֵן נִקְטוּ לְשׁוֹן לְמִפְּנֵי דִיהָ א"ש גַּם לַת"ק אֲבָל בְּמוֹכֵר זְבִינָא מְצִיעָא דַּה"ל רִינַח וְנוֹדָאי דְהָא לָא יוֹכַל לֹמַר הַש"ל וְכֵן לְסַלְקוּ בְּשָׁנָה כְּסָף כְּמִבְּנוֹאֵר פּנ"ל דִּינוּ בְּמוֹכֵר סְחוּרָה וְאַף לְפַמְש"כ הַט"ז שָׁם בַּסִּי ק"א דְמוֹכֵר סְחוּרָה דִּינוּ רַק כְּבַע"ח רַק אִם יֵישׁ לֹו מְעוֹת חִיב לְשַׁלְּמֵן מ"מ הָא יֵשִׁיג עִי"ז חִיב הַגּוֹף עַל הִלְנָה דְאַם יִהְיִי לֹו מְעוֹת יִהְיִי מְחַנְיָיב לְשַׁלְּמֵן ע"כ שְׁפִיר פְּתַב הִכָּא לְחִיבּוּ בְּדִין ש"ש וְכַש"כ לְפַמְש"כ הַשְׁעַר אֲפָרִים סִי ק"כ ב' דְלָא כְּהַש"ף דְבַהִלְנָה פִירוֹת ה"ל ש"ש וְאַיִן ת"י סְפַר הַנ"ל וְכַעֲת מְצִיאִתִי בַאו"ת בְּאוּרִים ס"ק י"ח שְׁהַקְשָׁה בְּקַצְרָה כֵּן עַל הַט"ז הַנ"ל: וְהַעֲיָקֵר כַּמְש"כ פּנ"ל מ"מ אֵין לְהוֹצִיא מִמּוֹן בְּזַה וְכַמְש"כ הַאו"ת וְעַיִן בְּקַצְרָה ח"ס סִי ק"א וְקַצְרִיתִי: (ד) (שָׁם סַעִי ג') הַמְלָנָה עַל הַמִּשְׁכּוֹן וְחֲזַר הַמְלָנָה וְהַפְקִידוּ לְלָנָה וְנִגְנַב וְנִאָבַד חִיב הַמְלָנָה כו' סַמ"ע ס"ק י"ז דְהִלְנָה אֵינּוּ אֱלָא ש"ח דְהַמְלָנָה וּפְטוֹר מְגַנְיָבָה כו' וְהַש"ף ס"ק כ"ה הַעֲלָה דְהִיכָא שְׁנָתָן דְבָר לַש"ש לְשַׁמּוֹר וְחֲזַר הַש"ש וְהַפְקִידוּ בְּיַד הַבַּע"ד וְנִגְנַב וְנִאָבַד אֲצִלוּ לַכ"ע חִיב הַש"ש וּמְקוּרוֹ הוּא בְּמִדְכִי ב"מ אֲבָל

מפשיעה פטור הש"ש והבע"ד חייב בפשיעה: ענף א ולכאורה יש להקשות דאמאי חייב הבע"ד בפשיעה הא זה הוי פשיעה בבבועלים דהא מוטל חיוב על הש"ש לשומר מגניבה א"כ הוי זה שמירה בבבועלים דפטור ובאמת אין זה קשה כלל דיש לומר דדוקא היכא דמוטל על השומר להיות יושב ומשמר לגוף החפץ בזה אמרו דה"ל שמירה בבבועלים כמבואר בב"מ ד' פ"א ובב"ב ד' מ"ג אבל הכא פיון דמפטור השומר להיות יושב ומשמר לגוף החפץ דהא חזר והפקידו ליד הבע"ד ואין מוטל עליו חיוב רק לשלם ממון אם יוגנב ויאבד א"כ ה"ל כמו כל חיוב ממון דיש להשומר על הבבועלים דע"י זה לא ה"ל שמירה בבבועלים ואין זה דומה להשקניג מ"א דה"ל טרחא בגופו וכן פתב הנתיבות בסי' ש"ה ס"ק ג' שהקשה זה ותירץ פנ"ל ועוד תירץ דהא השומר אינו בעלים של החפץ ודמי להא דסי' שמ"ו סעי' י"ז בהג"ה עכ"ל ובזה התירוצ' יש לעיין לשיטת הסוברים דבע"ח קונה משכון בקנין גמור וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ט' א"כ אפשר דמה"ט מקרי בבועלים של החפץ וה"ל שמירה בבבועלים ומכש"כ במשכון שלא בשעת הלואתו ועיין בב"ק ד' מ"ט תוס' ד"ה משפונ' כו' ובש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ט ולכן אין זה דומה לחפץ שאול דלא מקרי בבועלים ועיין בנתיבות סי' כ"ה ס"ק א' במש"כ שם לחלק בין משכון שלא בשעת הלואתו לבין מזיק שעבודו מה"ט: ובעיקר הך דינא יש להוכיח פן מהא דב"מ ד' ל"ה ע"ב דפעמים שהבבועלים משלמין פמה פירות להשוכר בראובן ושוכר פרה משמעון וחזר שמעון ושאלה כו' דשמעון השואל על תשעים יום נעשה שואל להתחייב באונסין אע"ג דהא יש לו חיוב גניבה על ראובן ושוכרה למאה יום ומה"ט פתב רש"י שם דישבע ראובן שמתה פדרפה ואז פטר משום דאל"כ ה"ל מחוייב פדין שוכר בגניבה משום דלא מיפטר מחיובו המוטל עליו ועיין במהר"ם שי"ף על רש"י וכן מבואר בירושלמי ב"מ פ"ג ה"ב דאם שאלו בעלים משוכר ומתה פדרפה דישבע השוכר שמתה פדרפה והשואל משלם לשוכר ולכן מה שהעירו מהה"ר"ם שי"ף והפני יהושע שם על דברי רש"י במש"כ דישבע השוכר שמתה פדרפה דבאמת פן מבואר בירושלמי ועיין בפני משה שם א"כ מוכח מזה דכה"ג לא ה"ל דין שמירה בבבועלים דכיון דא"צ להיות יושב ומשמר לגוף החפץ אף דיש לו חיוב תשלומי גניבה על השוכר דמ"מ לא ה"ל דין שמירה בבבועלים וכמש"כ הנתיבות פנ"ל וגם סברת תירוצ' הב' של הנתיבות שייך פן התם דהא גוף החפץ אינו שלו רק שוכר בידו ודמי להא דסי' שמ"ו סעי' י"ז בהג"ה פנ"ל אף יש לומר דתירוצ' הב' של הנתיבות לא שייך התם דהא עיקר הסברא שפתבו בסי' שמ"ו הנ"ל דכיון דאין גוף החפץ שלו רק שאול בידו דלא ה"ל דין שמירה בבבועלים זה נובע מסוגיית הגמ' בב"מ ד' צ"ו ע"ב גבי דאגרה פרה ונהדר נסבה דאליבא דרבנן דשואל משלם לשוכר מקרי שאילה בבבועלים רק לר' יוסי דמשלם לבבועלים הראשונים אין זה דין שאילה בבבועלים וכמבואר זה בשמ"ק לב"מ ד' ל"ה בארופה דהא למי שהוא משלם וה"ל שומר שלו אינו עמו במלאכתו ולכן לדינא לפי מה דקיי"ל כר' יוסי שפיר פסקו בסי' שמ"ו סעי' י"ז בהג"ה דכיון דאין הגוף שלו רק שאול בידו אין זה שמירה בבבועלים אבל לרבנן דס"ל דהשואל משלם לשוכר דכיון דהשוכר ה"ל בע"ד דידי' ולכן אם השוכר משועבד למלאכה להשואל מקרי זה שאילה בבבועלים ופטור והא האי סוגיא דאמרו דפעמים שהבבועלים משלמין פמה פרות להשוכר קאי זה אליבא דרבנן ע"כ שייך בזה שפיר דין שמירה בבבועלים פיון דלמי שהוא משלם היינו להשוכר ה"ל השוכר עמו

במלאכתו דמחוייב בגניבה פדין השוכר ועיין בפ"ק סי' שמ"ו ס"ק י"ב ולכן תירוץ הב' של הגתיות הג"ל לא שייך ה"תם: ולכן בע"כ הטעם ה"תם כמש"כ הגתיות בתירוץ א' פנ"ל אכן לשיטת רש"י וסייעתו דב"מ ד' פ"א דהובא בסי' ש"ה סעי' ו' דס"ל השאילגני ואשאילך לא ה"ל שמירה בבבועלים והטעם הוא דמה ששומר הוא רק לטובת עצמו פיון שצריך להשתמש בהחפץ השאול לו וכמש"כ הגתיות בסי' ש"ה ס"ק ב' ע"ש וה"ה דשייך ה"ט גבי שוכר דאף שחייב בגניבה דמ"מ פיון ששומר לטובת עצמו שצריך להשתמש בהחפץ השכור וכמו שכתבו גבי חפץ השאול פנ"ל משום דאין פאן בבועלים של חפץ במלאכתו של שומר כפי' רש"י בב"מ שם וזהו כמש"כ הגתיות פנ"ל א"כ להך שיטה אין הכרח פלל להוכיח מהא דב"מ לנ"ד: אבל לשיטת החולקים על רש"י בזה וס"ל דהשאילגני ואשאילך ה"ל שמירה בבבועלים פמבואר בסי' ש"ה שם.

שפיר יש להוכיח מסוגיא דב"מ הג"ל כפי תירוץ א' של הגתיות הג"ל: וכעת שייצא לאורה דברי הט"ז על סי' רצ"א מצאתי וראיתי בהט"ז שם סעי' כ"ג שכתב שם נשאלתי באחד שנתן לחבירו חפץ למכור בתנאותו וקצץ לו שכרו ואח"כ הלה המקבל מן התנות ונאבד החפץ וטען המקבל בפעוה שהלקתי מהתנות אמרתי לה תשמור לי תנותי ואמרתי הן והנותן פופר שלא קיבל שמירה טען המקבל לפי דבריה אתה מודה שלא שמרת פלל וכיון שלפי טענותי אתה ש"ח שלי נמצאת חייב בפשיעה וכיון שאני מוחזק אני נשבע ואפסור והשפתי דהמקבל חייב דאף לפ"ד פטור הנותן אע"ג דהוי ש"ח מ"מ הוי שמירה בבבועלים כו' פי באותה פעוה שקיבל עליו להיות ש"ח הוי פכר משונעבד לו המקבל שהוא ש"ש שלו כו' מש"ה ה"ה שאילה בבבועלים ופטור אף מפשיעה עכ"ל הט"ז ולמדנו מדברי הט"ז דס"ל דמה שהיה הש"ש מחוייב בגניבה הוי זה כמו שמירה בבבועלים וזהו דלא פמבואר ה"כא ולא ס"ל פסברת הגתיות הג"ל וזהו סותר להך דסעי' ג' הג"ל ובאמת לכאורה יש להקשות על הט"ז מהא דסי' שמ"ו סעי' י"ז שהביא הגתיות דכיון דאין החפץ שלו רק שאול פידו ע"כ אין זה שמירה בבבועלים א"כ ה"ה פנידון דהט"ז ה"ה ש"ש אין לו זכות פגוף החפץ רק שהוא ש"ש עליו א"כ אין זה מקרי בבבועלים ויש לומר דס"ל להט"ז לחלק דשאני בהא דסי' שמ"ו דכיון דאין גוף החפץ שייך לה ע"כ מחוייב לשלם להבועלים של השוכר פדאמרו בב"מ ד' צ"ו דלר' יוסי דס"ל תחזור לבבועלים הראשונים אין זה שמירה בבבועלים פיון דאין הבועלים של השוכר במלאכת השואל אבל פנידון דהט"ז דהש"ש תובע מן הש"ח חוב פשיעה שמוטל עליו בזה שפיר אמרינו פיון דהש"ש משונעבד להש"ח בחוב גניבה ע"כ פטור הש"ח נגד הש"ש ואין הש"ש יכול לתבוע מן הש"ח דהא לגבי איהו ה"ל שמירה בבבועלים ולכן אינו קשה מזה על הט"ז: ותיזין דהט"ז ס"ל דמה שהש"ש מחוייב בגניבה עושהו לדין שמירה בבבועלים וסותר להך דה"כא ותקשה על הט"ז מסוגיא דב"מ ד' ל"ה הג"ל ובאמת הסברא נותנת דלא פהט"ז בזה דהא פיון דהרשהו לבבועל התנות שילך מן התנות ואין להש"ח עליו רק חוב גניבה פתשלומי ממון א"כ מאיזה טעם יהיה זה חשוב לדין שמירה בבבועלים דהא חוב שיש לא' על חבירו ונדאי לא הוי משום זה פדין שמירה בבבועלים.

ואפסור לומר דס"ל להט"ז דכיון דבחיוב ש"ש דמוטל עליו יש בזה שני חיובים חיוב תשלומי ממון אם יגנב ויאבד וחיוב טרחת גופו פיותר מן מה שמוטל הטרחא על ש"ח פמבואר בב"מ ד' צ"ג ולהשתדל להציל פרועים ומקלות בפשכר וכהנה וכמבואר בסי'

ש"ג ע"כ י"ל דשפיר כתב הט"ז דזה מקורי שמירה בבבועלים דאע"ג דעל דין ש"ח מפשיעה קיבל ע"ע לשמור מ"מ מן דין טרחת גופו מה שמנטל על הש"ש לא פטרו להמקבל וע"כ מקורי זה שמירה בבבועלים: ענף ב אכל עדיין תקשה על הט"ז מהא דב"מ ד' ל"ה הנ"ל והנלע"ד בזה והוא דהא יש לדון במה דמבואר ברש"י ב"מ שם ד' ל"ה גבי פעמים שהבבועלים משלמין כו' דישבע ראובן השוכר שמתה פדרפה ושמעון השואל משלם לשוכר דמשמע ממנו דאם נגנבה ונאבדה דמחוייב השוכר לשלם לשמעון משום דאף דמסרה להבבועלים בתורת שאלה דמ"מ לא מיפטור ראובן מן חיוב גניבה שמנטל עליו ויש לדון בזה לפי מה דמבואר בסי' ע"ב סעי' למ"ד ובש"ף שם ס"ק קל"ד דבשומר שפסד לשומר דאם רגילים הבבועלים להפקיד אצלו דלשיטת הרמב"ם וסייעתו דסי' רצ"א דפטור השומר הראשון אף אם פשע הב' ואין לו לשלם משום דכיון דמסר למי שרגילים הבבועלים להפקיד אצלו נסתלקו מן חיוב שמירה ופטירי א"כ לפ"ז ה"ה הכא וכש"כ הוא דכיון דמסר ראובן השוכר הפרה לשמעון הבבועלים בתורת שאלה דזהו עדיף מן מי שרגילים הבבועלים להפקיד אצלו כמבואר למענין: וע"כ י"ל דבאמת מוכח מרש"י דס"ל פשיטת הראשונים דס"ל דאף דמסר למי שרגילים הבבועלים להפקיד אצלו דמ"מ לא מיפטור מן חיוב שומרים שמנטל עליו כפי דיני התורה לכאו"א וע"כ חייב ראובן השוכר בגניבה ואבדה ג"כ ועיקר פלוגתת הפוסקים בזה הוא בסי' רצ"א סעי' כ"ד וענין בסמ"ע סי' ע"ב ס"ק צ"ו ולכן אף ששמעון השואל חייב באונסין ובגניבה מ"מ לא פקע חיוב גניבה מן ראובן השוכר כן הוא לשיטת רש"י דשם ובאמת י"ל דלשיטת הסוברים דאם מסר למי שרגילים הבבועלים להפקיד אצלו דמיפטור השומר הראשון דזה הוי פהשבה גמורה דה"ה בהא דאמרו פעמים שהבבועלים משלמין כו' דבאמת מיפטור ראובן השוכר לגמרי מפל דיני שומרין שהיה מוטל עליו עד הנה ולכן אף אם לא ישבע ראובן שמתה פדרפה ג"כ מיפטור ואף שכתבתי לעיל בשם הירושלמי דב"מ פ"ג ה' ב' דאמרו בזה ג"כ דישבע השוכר שמתה פדרפה והשואל משלם לשוכר עכ"ז י"ל דלא גרסי כן שם וכמש"כ הפ"מ שם דזהו מיותר ע"ש: ולפ"ז א"ש דאינו קשה על הט"ז הנ"ל מהא דב"מ ד' ל"ה הנ"ל והוא דהא לשיטת הסוברים דאם מסר למי שרגילים להפקיד אצלו דמיפטור א"כ כיון דראובן השוכר בעת דמסרה בתורת שאלה לשמעון מיפטור מפל דיני שומרין דהיו עליו ע"כ אין מזה שום קושיא פלל על הט"ז דהא זה לא הוי שום שמירה בבבועלים פלל דהא בעת שקיבל שמעון הפרה בתורת שאלה אז לא נשאר שום חיוב שומרין לו על ראובן ושאני נידון דהט"ז דלא קבלו הבבועלים ע"ע רק חיוב פשיעה אכל חיוב גניבה נשאר לו על הש"ש ע"כ שפיר הוי זה שמירה בבבועלים: ועיקר הקושיא על הט"ז תסוב רק לפמש"כ רש"י שם דישבע ראובן שמתה פדרפה דמשמע דאם נגנבה ונאבדה דחייב ראובן השוכר בזה משום דס"ל פשיטת הסוברים לחייב במסר למי שרגילים כנ"ל והא כפר כתבתי לעיל דלשיטת רש"י בב"מ ד' פ"א בהשאלני ואשאלה לא ה"ל שמירה בבבועלים משום דאין כאן בעלים של חפץ במלאכתו של שומר וכמש"כ הגתיות להסביר זה בסי' ש"ה ס"ק ב' דמה ששומרו הוא רק לטובת עצמו א"כ ה"ה שוכר לא ה"ל שמירה בבבועלים דהא מה ששומרו הוא לטובת עצמו שצריך להחפץ להשתמש בו ואף שהכא הא חזר השוכר והשאלה היום להבבועלים א"כ הא אינו צריך פעת להשתמש בהחפץ עכ"ז הא כיון דבעת שקיבל ע"ע החיוב בגניבה ואבדה בעת ששכרה הא היתה אז עיקר

כּוֹנְנָתוֹ לְהַנְאֹתוֹ וְגַם הָא לְאַחַר פְּלוֹת תּוֹשָׁעִים יוֹם מִן הַשְּׂאֵלָה יִשְׁתַּמֵּשׁ בָּהּ בְּזָכוֹת שְׂכִירוֹתוֹ
עֲשֶׂה יָמִים כְּמִבְּרֵאשִׁית וְעַכְשָׁיו וְעַכְשָׁיו וְעַכְשָׁיו וְעַכְשָׁיו וְעַכְשָׁיו וְעַכְשָׁיו וְעַכְשָׁיו וְעַכְשָׁיו וְעַכְשָׁיו וְעַכְשָׁיו
בְּבַעֲלִים כָּלֵל כְּמוֹ בְּהַשְׂאֵלָה וְאַשְׂאֵלָה דְאָמְרוּ סְתָמָא דְלֵא ה"ל שְׂמִירָה בְּבַעֲלִים אִף הֵיכָא
דְעַכְשָׁיו א"צ הַשְּׂאֵל לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּהַחֲפֵץ רַק כִּינּוּן דְבַעֲתָ שְׂהַתְחַיֵּיב א"ע בְּשְׂמִירָה הֵיכָא אִז
כּוֹנְנָתוֹ לְהַנְאֹתוֹ כּו' א"כ לְשִׁיטַת רַש"י בְּהַשְׂאֵלָה וְאַשְׂאֵלָה דְלֵא ה"ל שְׂמִירָה בְּבַעֲלִים
וְדַאי אֵינּוּ קָשָׁה מְהֵרָה עַל הַט"ז: [וְלִשְׁיטַת הַרְמַב"ם וְסִייעָתוֹ דַּס"ל דְהַשְׂאֵלָה וְאַשְׂאֵלָה
ה"ל שְׂמִירָה בְּבַעֲלִים א"כ ה"ה בְּשׁוֹכֵר ה"ל שְׂמִירָה בְּבַעֲלִים דְתַקְשָׁה עַל הַט"ז כְּפִנ"ל הָא
גַּם לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם אֵינּוּ קָשָׁה עַל הַט"ז לְפִי מַה דְנִתְבָּאָר דְלִשְׁיטַת הַרְמַב"ם דַּס"ל בְּמִסַּר
לְמִי שְׂרָגִילִים לְהַפְקִיד אֶצְלוֹ דְפִטְרִי וְכַמְש"כ הַש"ף בְּסִי' ע"ב ס"ק קל"ד בְּשִׁיטַת
הַרְמַב"ם דְהוּבָא בְּסִי' רצ"א סע'א כ"ד.

א"כ הָא לְפ"ז לִיכָא הֵתָם כָּלֵל דִּין שְׂמִירָה בְּבַעֲלִים דְהָא פְקַע חַיִּיב שְׂמִירָה לְגַמְרֵי מִן
רְאוּבֵן הַשׁוֹכֵר בְּעַת שְׂמִירָה לְשִׁמְעוֹן בְּשְׂאֵלָה וְעַלְוֵי עֲלִינִי לְשִׁמְרָתוֹ לְכֹן לְכָל הַשְּׂמִירָה
אֵינּוּ קָשָׁה מְהֵרָה דב"מ עַל הַט"ז הַנ"ל וְא"ש דְבַרֵי הַט"ז: וְבַעֲיָקָר הַרְאָנִי שְׂהַבְּאֵתִי לְעִיל
לְהוֹכִיחַ מְהֵרָה דב"מ ד' ל"ה הַנ"ל דְכָתַב רַש"י דִּישָׁבַע רְאוּבֵן שְׂמִירָה כְּדַרְפָּה: דְמוֹכַח מְזָה
דְאֵם נִגְנְבָה חַיִּיב רְאוּבֵן הַשׁוֹכֵר אִף דְמִסְרָה לְהַבְּעִים בְּתוֹרַת שְׂאֵלָה דלפ"ז מוֹכַח דַּס"ל
לְרַש"י דְאִף בְּמִסְרָה לְמִי שְׂרָגִילִים לְהַפְקִיד אֶצְלוֹ דְחַיִּיב אִם פָּשַׁע הַב' מִשׁוּם דְלֵא מִפְטָר
מִן חַיִּיב שְׂמִירָה שְׁלוֹ כְּפִנ"ל דִּישׁ לְדַחוֹת זֶה הַרְאָנִי דִּי"ל דְזֶה תְלוּי בְּפִלְגֹשֶׁת ר' יוֹסִי וְרַבִּנּוּן
בְּשׁוֹאֵל אִם מְשַׁלֵּם לְשׁוֹכֵר אוֹ דְתַחֲזוֹר לְבַעֲלִים הַרְאָשׁוֹנִים דְאֵם נִימָא כַר' יוֹסִי כְדַקִּי"ל
כְּוֹנְנָתִי דְהַשׁוֹמֵר הַב' נַעֲשֶׂה שׁוֹמֵר שֶׁל בְּעֵלִים הַרְאָשׁוֹנִים אִז שְׂפִיר י"ל דְמִיפְטָר הַשׁוֹמֵר
הַא' כְּשִׁמְרָה לְמִי שְׂרָגִילִים הַבְּעֵלִים לְהַפְקִיד אֶצְלוֹ מִשׁוּם דְזֶה הָיִי כְּהַשְׁבָּה לִיד הַבְּעֵלִים
מִשׁוּם אֲנִימְדָנָא דְאֵנּוּ סְהַדֵי דְנִיחָא לְהַבְּעֵלִים בְּזָה כִּינּוּן דְרַגִּילִים לְהַפְקִיד אֶצְלוֹ וְעֵינֵן בְּש"ף
סִי' ש"מ"ב ס"ק א' דְהָא הַשׁוֹמֵר הַב' נַעֲשֶׂה שׁוֹמֵר שֶׁל הַבְּעֵלִים וְע"כ שְׂפִיר כְּתָבוּ דְמִיפְטָר
שׁוֹמֵר א' בְּמָה שְׂמִירָה לְמִי שְׂרָגִילִים לְהַפְקִיד כִּינּוּן דְקִי"ל כַר' יוֹסִי אֲבָל הַסְּגִיָּא דְפַעְמִים
שְׂהַבְּעֵלִים מְשַׁלְמִין כְּמָה פְרוֹת לְשׁוֹכֵר דְקָאִי אֲלִיכָא דְרַבִּנּוּן דַּס"ל דְשׁוֹאֵל מְשַׁלֵּם לְשׁוֹכֵר
וְלֵא נַעֲשֶׂה שׁוֹמֵר שֶׁל הַבְּעֵלִים רַק שֶׁל הַשׁוֹמֵר הַא' ע"כ י"ל דְשְׂפִיר כְּתָב רַש"י דְלֵא
מִיפְטָר הַשׁוֹכֵר מִן חַיִּיב ש"ש שְׂמִירָה עֲלֵיו כִּינּוּן דְלְמִי שְׂמִירָה לֵא נַעֲשֶׂה שׁוֹמֵר שֶׁל
הַבְּעֵלִים וְה"ל כְּמִי שְׂמִירָה לְאַחַר שְׂאֵינּוּ שְׁלוּחוֹ שֶׁל הַבְּעֵלִים וְלֵא ה"ל כְּהַשְׁבָּה לִיד
הַבְּעֵלִים אֲלֵא לַר' יוֹסִי דְנַעֲשֶׂה שׁוֹמֵר שֶׁל הַבְּעֵלִים ה"ל כְּמוֹ שְׂמִירָה לְשְׁלוּחוֹ שֶׁל הַבְּעֵלִים
וְע"כ אֵינּוּ רְאָיָה מִמַּש"כ רַש"י הַנ"ל דְלֵא ס"ל לְשִׁיטַת הַרְאָשׁוֹנִים דַּס"ל לְדִינָא דְמִיפְטָר
כְּשִׁמְרָה לְמִי שְׂרָגִילִים הַבְּעֵלִים לְהַפְקִיד דִּי"ל דְגַם רַש"י ס"ל כְּשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים הַנ"ל
לְדִינָא רַק רַש"י קָאִי שֶׁם לְרַבִּנּוּן וְלְדִידְהוּ שְׂפִיר י"ל דְלֵא מִיפְטָר כַּנ' וּמ"מ שְׂפִיר י"ל
כַּמַּש"כ לְעִיל לִינְשָׁב דְלֵא תַקְשָׁה מְזָה הַסְּגִיָּא עַל הַט"ז הַנ"ל דְבַמַּש"כ אַח"ז לְדַחוֹת זֶה
אֵינּוּ זֶה מְוַכַּח כ"כ וְקַצְרֵתִי וְע"כ פ' לְמַדְנֵנוּ מְדַבְרֵי הַט"ז הַנ"ל דַּה"ה בְּהַדְּדִינָא דְאֵם חֲזוֹר
הַש"ש וְהַפְקִידוֹ בִּיד בְּעֵלֵיו דְפִטְרוּ הַבַּע"ד מִן חַיִּיב פְּשִׁיעָה מִשׁוּם פְּשִׁיעָה בְּבַעֲלִים וְדֵלֵא
כַּמַּש"כ הַסְּמ"ע וְהַש"ף וְלָכֵן הָיִי זֶה סְפִיקָא דְדִינָא וּמַהֲנֵי תְפִיסָה בְּזָה: עֲנָף ג' וְאַפְשָׁר לְוֹמֵר
דְאֵינּוּ סְתִירָה לְזֶה מִן דְבַרֵי הַט"ז הַנ"ל ע"פ מַש"כ בְּחִידוּשֵׁי לְקַמְן סִי' ע"ד סע'א ג' בְּהָא
דְמִבְּנָאָר בְּסִי' רצ"ג דְשׁוֹמֵר אֵינּוּ חוֹזֵר בְּתוֹ"ז דְזֶהוּ דְוָקָא אִם הֵיכָא קִנְיָן מְשִׁיכָה אֲבָל אִם
לֵא הֵיכָא מְשִׁיכָה רַק סִילוּק שְׂמִירָה דְאִף לְהַסְוִבְרִים דְשׁוֹמְרִים חַיִּיבִים ע"פ מַה שְׂנַסְתְּלִקוּ

הבְּעָלִים מְשִׁמְרֵתָן דַּמ"מ מְצִי חוֹזֵר אַף בְּתוֹ"ז בְּפָנֵי הַבְּעָלִים וְלֹא לְהִיּוֹת שׁוֹב שׁוֹמֵר וְהֶאֱרַכְתִּי שָׁם בְּזֶה וְעִיָּקֵר הֵךְ דִּינָא דַּש"ש שֶׁהִפְקִיד בְּיַד בְּעָלָיו דְּאֶמְרֵינָן דְּהַבְּעָלִים חֲזִיבִין בְּפִשְׁעָה וְלֹא אֶמְרֵי דְהִגְוֵי פִשְׁעָה בְּבָעָלִים זֶהוּ מִשׁוֹם דְּכִינּוֹן דְּקִיבְלוּ הַבְּעָלִים ע"ע דִּין שְׁמִירָה וּמְמִילָא נְפֻטֵר הַשׁוֹמֵר מִן דִּין לְהִיּוֹת יוֹשֵׁב וּמְשַׁמֵּר וְאִין עַל הַשׁוֹמֵר רַק חֵיּוֹב מְמוֹן לְשֵׁלֵם אִם יִגְנַב פְּנ"ל וּלפ"ז הִיכָא דְהַבְּעָלִים יְכוּלִים לְחַזֵּר מִן חֵיּוֹב שְׁמִירָה שְׁקִיבְלוּ ע"ע אַף בְּתוֹ"ז.

וְכִינּוֹן דְּלֹאֲחַר שְׁיַחְזֹר בּוּ אַז מְמִילָא יְהִיָּה מְחַוְיָיב הַש"ש לְשַׁמֵּר הַחֶפֶץ דְּהָא לֹא פֻטְרוּ בְּפִי אֱלָא כ"ז שְׁמוֹטְל חֵיּוֹב שְׁמִירָה עַל הַבְּעָלִים אַז מְמִילָא מִיְפֻטֵר הַש"ש מִן גּוּף הַשְׁמִירָה אֲבָל אִם יְהִיָּה מְצִי לְחַזֵּר בּוּ אַז יְהִיָּה נִשְׂאָר חֵיּוֹב עַל הַש"ש לְשַׁמֵּר גּוּף הַחֶפֶץ: וּלפ"ז יֵשׁ לְחַלֵּק בֵּין נִדְוֹן שְׁל הַט"ז הַנ"ל דְּהָא בְּעוֹבְדָא דַּהַט"ז זֶהָא בְּדִין חֵיּוֹב הַש"ש בְּמָה שְׁנָתָן לֹו חֶפְצוֹ בְּחִנּוּת לְשַׁמֵּר הִיָּה זֶה בְּדִין מְשִׁיכָה דְּהָא חֲצִירוֹ שְׁל בְּעַל הַחִנּוּת קוֹנֵה לֹו לְהַתְחַיֵּיב בְּדִין הַש"ש בְּדִין קִנְיָן חֲצֵר וְאִינוּ יְכוּל לְחַזֵּר בְּתוֹ"ז אֲבָל חֵיּוֹב שְׁמִירָה שְׁל הַבְּעָלִים מִן הַחֶפֶץ בְּעַת שְׁהִלָּךְ בְּעַל הַחִנּוּת לְשׁוֹק הָא עִיָּקֵר חֵיּוֹב שְׁמִירָה שְׁל הַבְּעָלִים מִן הַחֶפֶץ אִינוּ חָל עָלָיו רַק מִן דִּין סִילּוּק שְׁמִירָה שְׁל בְּעַל הַחִנּוּת דְּהָא לֹא הִיָּה מְשִׁיכָה וְחֲצֵר בְּזֶה דְּהָא הַחִנּוּת אִין שְׁל הַש"ח וְעִיָּין בַּט"ז סִי' קפ"ט וּלְקַמָּן בַּח"י לְסִימָן ע"ג סַע"י י"ט אַף לְהַפּוֹסְקִים דְּבִנְסִתְלָקוּ מְשִׁמְרָה מְחַיֵּיב לְשׁוֹמֵר שְׁפִיר יֵשׁ לְחַיֵּיב לְהַש"ח לְאַחַר שְׁנִסְתְּלָקוּ הַבְּעָלִים מְשִׁמְרֵתָן וְאַף דְּהַש"ח בְּסִי' רצ"א הַכְרִיעַ דְּהַעִיָּקֵר פְּשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים דְּבַעֲיָנָן מְשִׁיכָה מ"מ י"ל דַּהַט"ז ס"ל דְּהִגְוֵי סְפִיקָא דְּפִלְגֻגְמָא דְּרַבְּנֹוֹתָא וְהִיָּה יְכוּל בְּעַל הַחִנּוּת הַש"ש לְזַמֵּר קִים לִי פְּשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּנִסְתְּלָקוּ מְשִׁמְרָה מְחַיֵּיב לְשׁוֹמֵר ע"כ אֲתִי עֲלֵה מְצַד דְּהִגְוֵי פִשְׁעָה בְּבָעָלִים וּפְטוּר מִן חֵיּוֹב פִּשְׁעָה בְּנֹדָאֵי וְע"כ מְמִילָא חֲזִיב הַש"ש אַף בְּפִשְׁעָה: וּבִיָּאוּר הַדְּבָרִים דְּלָכּוֹן מְקַרִי זֶה פִּשְׁעָה בְּבָעָלִים לְפִי דְּהָא מְצִינּוּ בְּדִין שׁוֹמְרִים בְּבָעָלִים דְּאַף בְּעַת שְׁאִין עוֹשֶׂה מְלֹאכְתּוֹ מ"מ פִּינּוֹן שְׁיֵשׁ לְהַשׁוֹמֵר חֵיּוֹב עַל הַבְּעָלִים אִם יִרְצוּ שְׁיַעֲשׂוּ הַבְּעָלִים אִיזָה מְלֹאכָה יְהִיו מְחַוְיָיבִים לְעֲשׂוֹת דְּזֶה מְקַרִי שְׁאִילָה בְּבָעָלִים פְּמִבְּנֹוֹר בְּסִי' שַׁמ"ו סַע"י י"ב דְּהִרַב לְתַלְמִידוֹ אִם צָרִיךְ לְלַמּוֹד עִמָּהֶם בַּכ"מ שְׁיִרְצוּ מְקַרִי נִשְׂאָל לְהֵם אַף שְׁלֹא בְּשַׁעַת הַלִּימּוּד פְּמִבְּנֹוֹר בַּכ"מ דַּף צ"ז ע"א וְכֵן מְבִנְיָר שָׁם סַע"י י"ב כַּה"ג וְכֵן בְּאַשְׁה לְבַעֲלָה הִגְוֵי שְׁאִילָה בְּבָעָלִים אַף בְּשַׁעַת שְׁאִינָה עוֹסְקַת בְּמִלֹאכְתּוֹ פְּמִבְּנֹוֹר שָׁם סַע"י ט"ז ע"כ יֵשׁ לְדוֹן מַה"ט דַּהַש"ש מְקַרִי מְשׁוֹנְעָבֵד לְמִלֹאכָה לְהַש"ח דְּהָא הַבְּרִירָה בְּיַד הַש"ח לְחַזֵּר בּוּ כ"ז שְׁיִרְצָה וְלְשַׁלּוֹחַ לְהַגִּיד לֹו שְׁיִבֵּא לְשַׁמֵּר אֶת הַחֶפֶץ לְפִי שְׁאִינוּ רוֹצֶה לְהִיּוֹת שׁוֹב שׁוֹמֵר דְּהָא הַבְּרִירָה בְּיַד לְחַזֵּר בּוּ כָּל זְמַן שְׁיִרְצָה וְאַז יְהִיָּה מְשׁוֹנְעָבֵד הַש"ש לְבֵא וְלְשַׁמֵּר הַחֶפֶץ לְפִי דְּהָא הַש"ש נַעֲשֶׂה שׁוֹמֵר ע"פ קִנְיָן מְשִׁיכָה וְאִינוּ יְכוּל לְחַזֵּר בּוּ פְּנ"ל וְהָא מְשַׁמֵּעַ שָׁם דְּאַף בְּאַיְנָה לְפָנָיו מ"מ פִּינּוֹן שְׁאִם יִרְצָה יְכוּל לְשַׁלּוֹחַ לְהַ שְׁתֵּבֵא לְמִלֹאכְתּוֹ ע"כ מְקַרִי מְשׁוֹנְעָבֵד לֹו וְה"ה בְּזֶה לְכֵן שְׁפִיר פְּתַב הַט"ז דְּזֶה מְקַרִי שְׁאִילָה בְּבָעָלִים פִּינּוֹן דִּישׁ לֹו חֵיּוֹב מְלֹאכָה לְשַׁמֵּר הַחֶפֶץ מְגַנְיָבָה אִם יִרְצָה הַש"ח וְיַחְזֹר בּוּ מִן חֵיּוֹב שְׁמִירָה שְׁלֹו וְחֵיּוֹב גְּנִיבָה נֹדָאֵי מְקַרִי שְׁמִירָה בְּבָעָלִים כַּמַּח"א וְהוּבָא בְּנִתְיָבוֹת סִימָן רצ"א סַע"י כ"ד ס"ק כ"ג לְפִי דַּהַש"ש מְחַוְיָיב לְהִיּוֹת יוֹשֵׁב וּמְשַׁמֵּר ע"ש אֲבָל הִכָּא דְּמִיָּרִי דַּהַש"ש הִפְקִיד בְּיַד בְּעָלָיו דְּהִגְוֵי קִנְיָן מְשִׁיכָה וְחֲצִירוֹ פִּינּוֹן דְּקִיבְלוּ הַחֶפֶץ לְרִשְׁוֹתוֹ ע"כ אִינוּ חוֹזֵר בּוּ עַל הַזְמַן שְׁקִיבְלוּ לְשַׁמֵּר וּמְמִילָא נְפֻטֵר הַש"ש לְהִיּוֹת יוֹשֵׁב וּמְשַׁמֵּר וְאִין בְּיַד לְהַטִּיל שׁוֹם חֵיּוֹב עַל הַש"ש לְהִיּוֹת יוֹשֵׁב וּמְשַׁמֵּר רַק דִּין תְּשְׁלוּמִין ע"כ

אין זה מקרי שמירה בבעלים ולכן אינו סותר דברי הט"ז להך דינא דהכא: וינדעתי מה דינא לדון במש"כ דכיון דגוף החפץ הוא של הש"ח ע"כ בכה"ג מהני לכ"ע חיוב קבלת שמירה אף שלא היה משיכה וכן יש לדון במש"כ פיון דהרשות בידו לחזור ע"כ מקרי שמירה בבעלים די"ל דזה אינו דומה להך דסי' שמ"ו דהא חזרה מילתא אחריתי וגם אפשר דהוי מחוסר אמנה אם יחזור בו בנ"ד פיון דאין דינו פפועל וגם י"ל בזה לפמש"כ הסמ"ע בסי' שמ"ו ס"ק כ"ו גבי אשה ע"ש עכ"ז העיקר כמש"כ פיון דמייירינן בחיוב שמירה שהתחייב א"ע נגד הש"ש ונעשה שומר שלו ע"כ ממילא בעינו משיכה בזה וכ"ז דלא משך דינו כמו סילוק שמירה באחר דנתבאר דחוזר בו בתו"ז ואף דזהו מצד חזרה מ"מ פיון דבידו לחזור עכ"פ ולהטיל חיוב מלאכה על הש"ש הוי שאילה בבעלים ולכן שפיר י"ל דאין סותר דברי הט"ז לנ"ד דהכא.

ויש להאריך בכל זה וכן נלע"ד לדינא כפי מש"כ: (ה) (שם סעי' ד') המלנה על המשכון ונתן לו רשות להשתמש בו ונאנס אפשר שאפילו בנתינת רשות בלבד הוי שואל וחיוב וזהו מהרשב"א דסיים דה"ל כדמי אבידה והובא בש"ך ס"ק ל"א וכתב דלחיוב אונסין אין לחייבו משום דהא בדמי אבידה ג"כ יש פוסקים דלא הוי רק ש"ש ושאר טעמים אבל בגניבה נאבידה ודאי חייב דלא גרע מדמי אבידה כו': ולענ"ד יש לדון בזה דהא עיקר הטעם בדמי אבידה דה"ל ש"ש לכ"ע זהו משום היתר שימוש וכן במפקיד מעות מותרין דב"מ ד' מ"ג דה"ל ש"ש לכ"ע היינו משום היתר שימוש דינא לו זכות דאי בעי משתמש בהו ע"כ האי הנאה חשיבה לי' כפרוטה לכה"פ ואמדינן לדעתיה דמתחייב בדין ש"ש ככל ש"ש ועיין בסי' ש"ג ש"ך ס"ק א'.

א"כ ה"א במלנה על המשכון דאף דנתן לו רשות להשתמש מ"מ ה"א יש בזה איסור רבית כמבואר ביו"ד סי' קע"ב סעי' א' דבמשכנתא בלא נכייטא אסור להשתמש משום איסור רבית רק בספרים שיטת המהרי"ל והאגודה דמותר אף בלא נכייטא דהוי לצורך מצוה אבל שיטת הרשב"א דהובא בט"ז שם ס"ק ג' דר"ק היא ועיין מזה לעיל סעי' א' ובלא התנה בפשעת הלואה אף דלא הוי ר"ק מ"מ ה"א ה"א א"ר מדרבנן וכיון דאסור להמלנה להשתמש עכ"פ אף דאינו רק מדרבנן א"כ זה לא מקרי היתר שימוש ומה לי אם אסור לו להשתמש משום איסור גזל או משום איסור רבית ולכאורה י"ל דטעמיהו הוא ע"פ ה"א דאמרינן בקדושין ד' נ"ח דאמרו דגונב טבלו משלם לו דמי טבלו משום דיכול לומר אנה פטרנא בחטא א' כדשמואל כו' ואף דמדרבנן צריך ליתן פדי נתינה ושיעור הפרשה מ"מ יכול לומר דלא הייתי חושש לתקנת חז"ל ה"ה ה"א פיון דהוי בידו להשתמש ולעבור על איסור דרבנן ע"כ מקרי זה זכות לחייבו בדין ש"ש לכה"פ.

אבל באמת ז"א סברא כלל דהא מצינו גבי קדושי אשה דאם קידשה באיסור הנאה דרבנן אינה מקודשת ולכמה פוסקים אף בתרתי דרבנן א"מ ולכמה פוסקים בתרתי דרבנן מקודשת אבל בחזקת דרבנן כ"ע ס"ל דא"מ משום דזה לא מקרי ש"פ פיון דאסור לה עכ"פ להשתמש וכמבואר כ"ז באה"ע סי' כ"ח סעי' כ"א וב"ש ס"ק נ"א וס"ק נ"ב א"כ ה"ה ה"א אין היתר שימוש מה"ת מקרי ש"פ לחייבו בדין ש"ש פיון דאסור עכ"פ מדרבנן משום איסור רבית וכש"כ הוא נ"ד מהא דקדושי אשה דהא התם קבלה האשה זה ע"ד להתקדש ומ"מ פיון דחז"ל אסרוה בהנאה אין זה מקרי ש"פ כש"כ ה"א בדין

חיוב ש"ש דהא לא התחייב בפ"ל להיות חייב בדין ש"ש רק אנו באין לחייבו מצד אנומנדא דכל השומרים ע"כ הא אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן ובנודאי לא ניחא להמלנה להשתמש בהמשכון משום איסור רבית דרבנן ולא נחשוד שום איש דינעבור במזיד על איסור דרבנן בקום ועשה ח"ו והא דקדושין הנ"ל שאני דכינן דהוי כפר ממון שלו ע"כ מה"ט דיש לו זכות לומר דאי פטר נפשיה בחטה א' ע"כ מקרי בע"ד להיות יכול לתפוע דמי טבלו וגם הא הוי התם שב ואל תעשה דלא הנה נותן להפקו רק חטה א' ובמק"א פתבתי לבאר הא דקדושין ביהד ביאור דאין ראי' משם לנ"ד ואכמ"ל בזה: וע"כ הדעת נוטה דהיכא דיש איסור רבית אף מדרבנן דלא מבעיא דלא נעשה שואל ואף ש"ש לא הוי פינן דזה לא מקרי היתר שימוש ואין דומה לדמי אבידה ומעות מותרין הנ"ל דמותר לו להשתמש ע"כ נחשב זה לשווי פרוטה לכה"פ לחייבו בדין ש"ש ואפשר לומר לחלק דשאני הכא דכינן דנתן לו רשות כפר להשתמש וכינן דשתק המלנה מסתמא נתרצה אז וממילא קנהו להחפץ בתורת שאלה כמו כל שואל דקונה חפץ השואל לו על זמן ששאלו ע"כ פינן דכפר קנהו ממילא מותר להמלנה להשתמש בו כמו כל א"ר דא"צ להחזירו רק לצי"ש כמבואר ביו"ד סי' קס"א אבל גם ז"א דהא אינו דומה עכ"פ לדמי אבידה והרשב"א כתב לדמות זה לדמי אבידה וגם הא אף דשתק בעת שא"ל להשתמש אין זה אנומנדא דנתרצה המלנה דהא יש לנו לומר אחזוקי ברשיעי לא מחזקינן ולא נתרצה המלנה לזה לעבור בקום ועשה על איסור דרבנן וכמו דאמרו בזה ביו"ד סי' קס"ו סעי' א' גבי א"ל הלנה דור בחצרי דמחמת דחזקה דלא עביד איסורא דרבית דרבנן אמרינן דהנה פנונתו בשכר וכמש"כ החו"ד שם ס"ק ב' וה"ה הכא אף דהלנה נתרצה מ"מ הא אין לנו לדון פן על המלנה ובפרט בא"ר דאין עובר רק המלנה ולא הלנה כמבואר ביו"ד סי' ק"ס סעי' א' ולכן י"ל דדוקא במלנה על משכון ספרים וכהנה דלא הוי איסור רבית לחד דיעה ע"כ בזה שפיר יש לדון לדמות לדמי אבידהאו משום סברת הש"ך דכינן דנתן לו רשות להשתמש והמלנה שתק ה"ל דין שואל אבל היכא דיש בזה איסור רבית להשתמש שפיר יש לדון כמש"כ פן נ"ל לולי דבריהם שסתמו בזה וכעין זה ראיתי במ"מ פ"ד ה' מלנה הל' יו"ד ע"ש: ובמי שהפקיד חפץ אצל חבירו ואח"כ נתן לו רשות להשתמש העלה הש"ך דה"ל דין שואל פינן דנתן לו בפירוש הנה לדעת יש לדון בזה דהא יכול המלנה לומר דלא נתרצה מעולם להשתמש בהחפץ משום דאינו רוצה במתנה דשואנא מתנות יחנה כמו דאמרו בזה בב"ב ד' י"ג ובח"מ סי' קע"א וזה דומה להא דב"ב ד' קל"ח דשתק ולבסוף צנוח דכ"ע ס"ל דקני ופי' הרשב"ם דכינן דקיבל בשתיקה נתרצה כו'.

פי פליגי שזיכה לו ע"י אחר נשתק ולבסוף צנוח דת"ק ס"ל מדשתיק קנינהו כו' ורשב"ג ס"ל הוכיח סופו על תחלתו והאי דשתק דסבר פי לא מטו לידי מאי אצנוח ולדינא קי"ל דהוי ספיקא דדינא בזה לענין אם קדם אחר ונזה דאין מוציאין מידו שפא קנה וה"ל דין הפקר ואם קדמו הבצלים הראשונים ותפסו אין מוציאין מידם כמבואר בס' רמ"ה סעי' י"א וכעין זה איתא ביו"ד סי' ד' ובאה"ע סי' ל"ט סעי' ה' במקנה שהשיג על הח"מ ס"ק ט' ע"ש והיכא דהיה החפץ בידו כפר בתורת פקדון שי"ך ג"כ לדון הך פלוגתא דאי אמרינן הוכיח סופו על תחלתו ה"ה דאמרינן הכא דאף דשתק בעת דאמר דנתן לו החפץ במתנה מ"מ פינן דצנוח לאח"ז אמרי' גם בזה הוכיח סופו על תחילתו פינן דלא הנה גלוי

דעת ממנו שנתרצה לזה ונדקא בקיבל בשתיקה כמש"כ הרשב"ם דהיה גלוי דעת ממנו על הריצוי בזה כ"ע מודו דלא אמרו הוכיח סופו כו' אבל היכא דהיה פבר ת"י בפקדון ג"כ י"ל הו סברא דאמרו בגמרא פי לא מטו לידי כו' דהא הוא בידו בפקדון מכבר ודומה להא דקדושין דף י"ג דאי אתי ליגדה בתורת פקדון ה"ל כמו שתיקה דלאחר מתן מעות דלאו פלום הוא דאי שדי ומיתבדי חייב באחריות.

והתבואות שור ליי"ד סי' ד' ס"ק ה' פתב דבזיפה ע"י אחר ולסוף צונח משמע מסתימות הגמרא ופוסקים דכ"ז שלא באתה המתנה לידו ובבואה לידו אפי' למחר וליומא אחרא צונח אמרינן הוכיח סופו על תחלתו כו'.

ובשמלה חדשה שם פתב דלא ביארו לנו רבותינו גבול בזה כו' ע"כ יש לדין דה"ה הכא דשמת בעת שנתן לו הלנה רשות להשתמש דאם צונח עכשיו וטוען בפנינו שלא נתרצה מעולם להשתמש די"ל הוכיח סופו כו' וגם יש לומר דאף לת"ק דס"ל דלא אמרינן הוכיח סופו ועבדים אוכלין בתרומה היינו משום דיש בזה רוב דאם שותקין דנתרצו אבל במקום דאין הולכין אחר הרוב להוציא מן מוחזק מעיקרא גם ת"ק מודה דנאמן להחזיק ממון ת"י.

וידקא לענין אם קדם אחר ונכה אין מוציאין ממנו משום דנכה מהפקר להת"ק פנ"ל אבל לענין להוציא מהמוחזק לחייבו באונסין פדין שואל י"ל דגם ת"ק מודה דנאמן לפטור א"ע ולבה"פ ה"ל ספיקא כמו הא דסי' רמ"ה ואפשר לומר דזהו פוננת המחבר הכא דכתב דאפשר דאפילו בנתינת רשות הוי שואל דהספק הוא בזה ג"כ אי אמרינן הוכיח סופו כו' או לא אף בלשון הרשב"א לא משמע פן ומ"מ זהו ענין בפ"ע לכל הדברים שפתבתי לדמות זה להא דזיפה ולסוף צונח ואין לחלק בזה בין מתנה גמורה ובין הא דרשות על שימוש המשכון דגם זהו בכלל מתנה יחשב בכרט במטלטלי הנפקחין ע"י השימוש: ונתבאר דבמלוג על המשכון דנתן לו רשות להשתמש דהכא דיש איסור רבית בהשימוש די"ל דאף דין ש"ש אין לו לשיטת הסוברים דמלוג על המשכון הוי ש"ח אף בספרים וכהנה פיון דמותר להשתמש הוי ש"ש בונדאי משום היתר השימוש אבל בנפקד שהרשהו המפקיד להשתמש בונדאי ה"ל ש"ש משום היתר השימוש כדמי אבידה דהוי ש"ש לכ"ע אבל לחיוב אונסין י"ל דאין להוציא ממנו אף בתפס הלנה יכול לומר קים לי כהש"ף דה"ל שואל: (ז) (שם סעי' י"ד) ללנה שאמר למלוג על משכון פרעתיך [כף וכף והמלוג אומר אמת שפרעתיך אבל א"י כמה הלנה נאמן כו' ואם ע"א מעיד שלא כדברי הלנה נשבע הלנה ונוטל המשכון כו' וכתב הש"ף ס"ק נ"ט דנשבע הלנה שבועת המשנה פעין נשבעין ונוטלין כו' והתומים הקשה דהא אין לו על המשכון רק שעבוד וא"כ תובע המלוג להלנה ע"פ העד וחיוב שד"א והנתיבות תירץ דכיון דהלנה תובע להמלוג להחזיר לו משכונו הוי כנשבע ונוטל כו' והרי הלנה נשבע כמו להוציא השעבוד מתחת יד חבירו והוי כנשבע ונוטל עכ"ל וכן הדעת נוטה דכיון דאין הלנה יכול להוציא החפץ מיד המלוג עד שישיבע הלנה הוי כמו נשבע ונוטל דאין חייב שבועה מה"ת אלא מדרבנן: ועפ"ז יש לתרץ קושניית הקצה"ח בכוונתו הספיקות פלל ב' ס"ק יו"ד על שיטת הראב"ד דס"ל דאף דמודה בקנס פטור מ"מ בפלגא נזקא קנסא דאף דאין

יכולין לחייבו ע"י הודאתו מ"מ אם תפס הניזק מהני הודאתו דאין מוציאין ממנו מה שתפס והובא בש"ך ח"מ סי' ת' ס"ק י"ג שפכתב פן בשם המ"מ.

וע"ז הקשה הקצה"ח שם דא"כ מה מקשה הגמרא בב"ק דף מ"א על הא דאמר ר"א אין דיני אלא פשהמית ע"פ בעלים או ע"פ ע"א ומקשו ע"פ בעלים מודה בקנס הוא ומשגי פופרא פפרה והא אין זה קשה דהא משפחת לה בשתפס איך דלא פפרה הודאתו ומהני תפיסתו לכן פתיב בעל השור נקי מחצי פופר ונשאר בצ"ע: אבל לפי דברי הש"ך ה"ל יש ליישב והוא דהתוס' בב"ק שם ד"ה מודה בקנס כו' פתבו דהוי מצי הש"ס למפריה פן על ע"א דאין סברא לומר שלא יחשוב מרשיע עצמו פשמודה ואין רוצה ליחשבע כו' אלא הפשוט יותר נקט וכה"ג פתבו התוס' בב"ק ד' מ"ו ד"ה דאפילו ניזק אומר פרי כו' ועוד י"ל דעל קנס לא יהא מחוייב שבועה גדולה מן הודאת עצמו דמודה בקנס פטור עכ"ל התוספות ובאמת פן מבואר בירושלמי שבועות פ' ו' הלכה א' בזה הלשון ונהרי שנים מחייבין אותו קנס שנייא היא שאין נשבעין בקנס וקאי זה על מה דקאמר שם לעיל פל מקום ששנים מחייבין אותו ממון ע"א ונקקו לשבועה וכן הקשה שם בירושלמי ונהרי שנים מחייבין אותו קרקע ומשגי שנייא היא שאין נשבעין בקרקעות ועיין בתוס' שבועות ד' מ' ד"ה דכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון כו' שפכתבו לאו דוקא דהא איפא פפירת קרקעות ובאמת פבר הקדימם הירושלמי בזה והירושלמי ה"ל הובא פרא"ש לשבועות פ"ו סי' ה' ובר"נ בשבועות פ' ו' שם וברש"ב"א לחידושי שבועות דף מ' ועיין בש"ך ח"מ סי' צ"ה ס"ק א' מזה: ולפ"ז ע"כ קושית הגמרא בב"ק ד' מ"א ה"ל דמקשה ע"פ בעלים מודה בקנס הוא הא פמו כן יש להקשות על מה דאמר ר"א שם אין דינו אלא כו' או ע"פ ע"א כו' דהא ע"א לא שייך פכל בקנס פינן דעיקר פעולת ע"א הוא לחייב שבועה ובאמת הא אין אנו יכולין לחייב שבועה בקנס פנ"ל פינן דהודאתו פפרתו וע"כ לא מצי הש"ס לתרץ דר"א מייגרי היכא דתפסו הבעלים דמהני תפיסתו ע"י הודאתו לשיטת הראב"ד ה"ל דאפתי תקשה על מה דאמר ר"א אין דינו אלא כו' או ע"פ ע"א כו' דהא עיקר מלתא תועלת דע"א הוו משום חייב שבועה דע"א מחייבי שד"א הא היכא דתפס התובע אז אין חייב הלנה שד"א משום דהוי נשבע ונוטל וכ"ז דלא ישבע המזיק להכחיש הע"א לא יוציאו התפיסה מהניזק א"כ מקרי המזיק נשבע ונוטל ובכה"ג אין חייב שד"א רק שבועה דרבנן וכמש"ב הש"ך ה"ל ור"א קאי התם על קרא בעל השור נקי דכתיב בתורה ומה"ת אינו חייב המזיק שבועה בזה פינן דהוי נשבע ונוטל וע"כ ממילא מוציא המזיק התפיסה מהתופסו בלא שבועה ואחר שיוציא ממילא דינו פמו פל קנסות דהודאתו פפרתו ואין נשבעין ע"ז וע"כ הוכרח הגמרא לתרץ תי' אחר דיהנה אתי שפיר ג"כ מה דאמר ר"א שם ע"פ עד אחד: ואף דבמה דמקשה הש"ס בלשון ע"פ בעלים מודה בקנס הוא כו' ה"מ לאוקמי דמייגרי בתפס מ"מ פינן דמה דאמר ר"א ע"פ ע"א לא יתורץ בזה ע"כ הוכרח הש"ס לתרץ הפל פתי אחר דיהיו מתורצים שגי הקושיות פסיגנון אחד דכן הוא דרף הש"ס וכמש"כ התוס' בגיטין דף ע"ז ע"א ד"ה והתניא האומר לתבירו כו' דה"מ לשנויי כו' אלא משום דפרק הפותב אצטריף לשנויי הכי משגי נמי הקא פן עכ"ל ונ"ד כש"כ מהתם פמבואר בפשיטות א"כ מתורץ קושית הקצה"ח ה"ל ומוכח לדינא לפ"ז פשיטת הש"ך דאינו חייב הלנה רק שבועת המשנה: הגה"ה וע"פ שיטת הראב"ד והמ"מ ספ"ט ה' נ"מ ה"ל דס"ל דבמודה בקנס בחצי ניזק דתם מהני

תפיסה פנ"ל יש ליישב מה שהקשו פולם עלה דב"ק ד' י"ד דמודה בקנס ואח"כ באו
עדים בח"נ דפטור והא לא מחייב א"ע בכלום פמבנאר בב"ק ד' ע"ה אכן לפי שיטת
הראב"ד א"ש די"ל דהא פנין דמהני תפיסה ע"פ הודאתו א"כ י"ל דזה מקרי מחייב א"ע
לענין תפיסה ועשיתי סמוכין לזה מהא דמבנאר פרמב"ם הל' עדות פ' כ"א הל' ד' ובכ"מ
שם דאם העידו העדים איזה ענין דיהא מועיל תפיסה וניזומו דמשלמין משום דהא
תפיסה הוא דבר קל לתפוס יעו"ש וכה"ג פתב הש"ך בח"מ סי' קכ"א ס"ק ס"א גבי מיגו
כעין זה וכה"ג פתבו התוס' גיטין דף ג' ע"ב סד"ה פתב ועיין באו"ת בכללי מיגו ס"ק
קכ"ה ואכמ"ל וכ"כ השמ"ק לב"מ דף צ"ז ע"ב ד"ה ביום שהיתה שאולה כו' אכן באמת
עיקר קושיא זו אינו קשה כלל דהא שפיר משפחת ליה הודאה בפ"נ דמחייב א"ע והוא
דהא פתב הרא"ש פ"ב לב"ק סימן ג' בהא דספ"ק שם דאמרו כלבא דאכל אימרי לא
מגיבנו בבבל דזהו אפחת מיתה שפחתו קאי אכל דמי הנאתו משלם בנודאי ע"ש א"כ
משפחת ליה שפיר דהודה על כלבא דאכל אימרי דזהו קנסא ומחייב א"ע לשלם דמי
הנאתו פנ"ל ואכמ"ל ע"כ הגה"ה: ובני היקר מו"ה צבי הירש שיחיה אמר בזה דהא
דב"ק יש לתרץ עפ"ז אף לשיטת התנאים משום דדוקא בב"ח דאין לו רק שעבוד וב"ח
מפאן ולהבא גובה בזה פתב התנאים דמקרי הלנה נשבע ולא משלם דשבועת הלנה הני
שד"א משא"כ גבי תם לר"ע דס"ל יחלט השור והתם קמיירי לר"ע דהקשה פן לר"א.

נדאי דמקרי המזיק נשבע ונוטל משום דאי חייב המזיק שד"א א"כ כ"ז דלא נשבע
להוציא יכול הניזק לתופסו וכדין טוען על גוף החפץ דהוא שלו ועיין בב"ק ד' ל"ג תוס'
ד"ה איפא בינייהו כו' ובשיטת הרמב"ם המובא בח"מ סי' ת"ז ובקצה"ח שם.

ע"כ לכ"ע מקרי המזיק נשבע ונוטל ואין חייב שד"א ומתורץ קושית הקצה"ח הנ"ל
אף להתנאים עכ"ל בני שיחיה ויפה פתב: ויש לעיין בזה הרבה וקצרת: (ח) (שם סעי'
ט"ו) ש"ך (ס"ק ס"א) דכתב דמוכח מזה דמחוייב נשבעה וא"י לישבע שיש לו ע"א
מסייעו דאינו פוטר מנשבעה וחייב לשלם כו' ודלא כדמשמע לכאורה בב"י לעיל סי'
כ"ח ס"ב ע"ש עכ"ל הש"ך וכן הקשה הט"ז על הב"י הנ"ל בס"י כ"ח: ובאמת י"ל דגם
הב"י מודה דמי שמחוייב נשבעה וא"י לישבע דאין עד מסייע פוטר ושאני התם דהא
הב"י מיירי שם בחשוד שנתחייב שד"א דהדין הוא דכנגדו נשבע ונוטל ויש להחשוד עד
מסייעו דבזה שפיר פתב הב"י דפוטר משום דהא התוס' בב"מ ד' ה' ע"א ד"ה שפנגדו
קאמינא כו' פתבו בתירוץ שני שם דחשוד פנין דהוא אומר דרוצה לישבע אם נניחנו
ע"כ לא דיינינו בו מתוך שאיל"מ אלא מצד תקנתא נגעו בה דאמרו דחשוד כנגדו נשבע
ונוטל א"כ פנין דבחשוד לא שייך מחושואיל"מ דהא צועק וטוען ברי כו' ע"כ שפיר פתב
הבית יוסף דע"א פוטר אכל במי שהוא מחושואיל"מ מן התורה ונדאי דאין ע"א פוטר
וכמש"כ הרא"ש בב"מ ואפשר דלכן פתב הש"ך בלשון לכאורה פנ"ל משום דנתפגין
דיש לחלק כמש"כ: ולכאורה יש לחלק דדוקא פנעשה מחושואיל"מ בחיוב ע"י ב"ד
דחייבוהו לשלם אחר דעמד בדין בזה שפיר יש לומר דע"א אינו יכול לפטור למי
שנתחייב מזהו אכל כ"ז דלא עמד בדין יש לומר דבכה"ג פנין דאתי העד להעיד מקודם
דחייבוהו ב"ד דכה"ג מהני ע"א ג"כ לפוטרו שלא יחול עליו חיוב ע"י מה שיהיה מחוייב
נשבעה ואיל"מ לאח"ז.

וכש"כ בְּמִי שֶׁנֶּעֱשָׂה מַחוּשׁוּאֵיל"מ ע"י ע"א וְקוֹדֵם דְּחִיבֻוּהוּ ב"ד לִישָׁבַע אוֹ לְשַׁלֵּם בְּאֵד
עַד לְהַכְחִישׁ לַע"א דְּבַכְה"ג וְדַאי דִּי"ל דְּמַהְגֵּי עֲדוּתוֹ שֶׁל עַד הַשְּׁנִי לְפוֹטְרוֹ מִשׁוּם דְּהָא
פְּתַב הִר"נ וְהַנ"י בְּרִישׁ פ"א דב"מ דְּשָׁבוּעָה הֵבֵא ע"י ע"א יָכוֹל הַשְּׁנִי לְפוֹטְרוֹ מִשׁוּם
דְּמִשְׁנֵי סְהַדוּתָי דְּרֵאשׁוֹן כְּמֵאן דְּלִיתְנָהוּ כו' וְהוּבָא בְּש"ף ס' פ"ז ס"ק ט"ו א"כ לְפִי טַעַם
זֶה אִף דְּהָנִי מַחוּשׁוּאֵיל"מ ע"י עַד הֵרֵאשׁוֹן מ"מ פִּינֵן שְׂפָא עַד הַשְּׁנִי מִקוֹדֵם דְּחִיבֻוּהוּ ב"ד
לְשַׁלֵּם שְׁפִיר יָכוֹל לְפוֹטְרוֹ מִשׁוּם דְּמִשְׁנֵי סְהַדוּתָי דְּעַד קָמָא כְּמֵאן דְּלִיתְנָי וְהָנִי כְּמוֹ דְּבָאוּ
בְּבַת אַחַת אִף לְאַחַר דְּחִיבֻוּהוּ ב"ד מִשׁוּם מִתּוּף שְׂאִיל"מ בְּזָה שְׁפִיר י"ל דְּאִין עַד הַשְּׁנִי
נֶאֱמָן דְּהָא בְּזָה לֹא שְׁנִי סְבַרְתָּ הִר"נ וְהַנ"י שֶׁם מַה שְׂפַתְבוּ דְּכִינֵן דְּעֲדִינֵן לֹא נִשְׁבַּע וְהָנִי
מִחְסָר מַעֲשָׂה ע"כ הָנִי כְּמוֹ דְּבָאוּ בְּבַת אַחַת כו' דְּזָה אִינוּ שְׁנִי רַק בְּחִיבּ שְׁבוּעָה אֲבָל
בְּחִיבּ מְמוֹן ע"י מַה דְּהָנִי מַחוּשׁוּאֵיל"מ פִּינֵן דְּאַחַר דְּחִיבֻוּהוּ ב"ד א"כ לֹא הָנִי מִחְסָר
מַעֲשָׂה כָּלָל ע"כ שְׁפִיר י"ל בְּזָה דְּהֵרֵאשׁוֹן נֶאֱמָן כְּשֵׁנִים וְאִין הַשְּׁנִי פוֹטְרוֹ אִף לְטַעַם שֶׁל
הִר"נ וְהַנ"י הֵנ"ל אֲבָל כ"ז דְּלֹא חִיבֻוּהוּ ב"ד שְׁפִיר י"ל דְּיָכוֹל עַד הַשְּׁנִי לְפוֹטְרוֹ אִף אִם
הָיָה מַחוּשׁוּאֵיל"מ ע"י עַד הֵרֵאשׁוֹן כֵּן יֵשׁ לְדוֹן וּלְחַלְקַבְּ בְּזָה בֵּין עֲמֵד בְּדִין וּבֵין לֹא עֲמֵד
בְּדִין וּכְעֵין חִילּוּק הֵנ"ל פְּתַב הַנְּתִיבוֹת בְּסִי ס"ט ס"ק י"ג לְחַלְקַבְּ גַּבֵּי מוֹדָה בְּמַקְצַת שְׁלֹא
נִשְׁבַּע עֲדִינֵן וּמַת מִקוֹדֵם שֶׁנִּשְׁבַּע דָּאִם לֹא עֲמֵד בְּדִין פְּטוּרִים הַיּוֹרְשִׁים אֲבָל בְּעֲמֵד בְּדִין
שְׂאִנֵּי וְכַדְמַצִּינוּ בְּקִנְס דְּלֹא נִעֲשָׂה מְמוֹן עַד גְּמַר דִּין בְּב"ק פ' מְרֻבָּה וְעֵינֵן בְּסִי ק"ח ס"מ ע
ס"ק לְמ"ד וּבְנִתִּיבוֹת שֶׁם ס"ק ד' וְעֵינֵן בְּאו"ת ס' פ"ז ס"ק ו': וְרֵאִיתִי בְּקִצָּה"ח ס' פ"ז
ס"ק ט' דְּכַתְּבַתְּ לְהַכְרִיעַ דְּאִף בְּמַחוּשׁוּאֵיל"מ עַד מְסִיעַ פוֹטְרוֹ וְהָא דְּכַתְּבַתְּ הֵרֵאשׁוֹן דְּלָכֵן אִין
שׁוֹמֵר ב' פוֹטְרַתְּ לְשׁוֹמֵר רֵאשׁוֹן מִשׁוּם דְּאִינוּ קָם לְמְמוֹן הֵינֵנוּ מִשׁוּם דְּשׁוֹמֵר שְׁמֵסֵר לְשׁוֹמֵר
דְּחִיבּ הַטַּעַם הוּא מִשׁוּם א"י א"פ אֲבָל לֹא מִשׁוּם אִיל"מ וְהוֹכִיחַ כֵּן מֵהָא דְּס"ל לְרַב
דְּשׁוֹמֵר שְׁמֵסֵר לְשׁוֹמֵר חִיבּ וְהָא רַב ס"ל דְּלֹא אָמְרִי מַחוּשׁוּאֵיל"מ כו' עכ"ל: וְלַעֲנֵד
נִרְאָה לּוֹמֵר בְּזָה וְהוּא דְּכַוֵּנָת הַקִּצָּה"ח הוּא לְמַה דְּמִבְּנֹאֵר בְּפ' הַמִּפְקִיד ד' ל"ו ד' ר"ח
הָא דְּרַב לָאו בְּפִי אִתְּמַר כו' וְלֹא הָיָא כו' מִשְׁמַע דְּר"ח ס"ל דִּי"ל דְּרַב ס"ל שׁוֹמֵר שְׁמֵסֵר
לְשׁוֹמֵר חִיבּ וְהוֹכִיחַ מְזָה דַּע"כ אִין הַטַּעַם מִשׁוּם אִיל"מ דְּהָא רַב לֹא ס"ל מִתּוּף שְׂאִיל"מ
אֲבָל בְּאַמַּת אִין זֶה רֵאִי כָּלָל דִּי"ל דְּאוּלַּי ס"ל לְרַב הַטַּעַם דְּאָמְרוּ שֶׁם לְרִיו"ח מִשׁוּם אִין
רְצוֹנֵי שְׁיִהְיָה פְּקוּדוֹנֵי בִּיד אַחַר וּלְפִי טַעַם זֶה הָנִי כְּאֵלוּ הַזִּיק בְּיָדִים כְּמִבְּנֹאֵר שֶׁם בְּתוֹס'
ד"ה אִין רְצוֹנֵי שְׁיִהְיָה כו' וּבְב"ק ד' י"א תוֹס' ד"ה אֵת מֵהִימְנַת לִי כו' רַק לְדִידֵן דְּקִי"ל
דְּאִין לְחִיבּוֹ מִשׁוּם אִין רְצוֹנֵי אֲלֵא מִשׁוּם אֵת מֵהִימְנַת לִי כו' שְׁפִיר י"ל דְּעֵיקַר חִיבּוֹ
הוּא מִשׁוּם מַחוּשׁוּאֵיל"מ כְּדִקִּי"ל וְהָא רַבָּא אָמַר טַעַם זֶה שֶׁם בְּב"מ וּב"ק וְרַבָּא ס"ל
מַחוּשׁוּאֵיל"מ כְּמִבְּנֹאֵר בְּב"מ ד' צ"ח: וְעוֹד נ"ל לּוֹמֵר מִקְלָתָא חֲדָתָא דְּהָא קִי"ל דְּנֶאֱנָסוּ
לֹא שְׁכִיחַ וְכֵן גְּנִיבָה וְאַבְיָדָה לֹא שְׁכִיחַ כְּמַש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי קכ"א ס"ק ס"א וּכ"כ הַאו"ת
בְּסִי ק"ח ס"ק ה' דְּשְׁנִיָּהֶם לֹא שְׁכִיחַ וְאִין לְחַלְקַבְּ בֵּין נֶאֱנָסוּ לְנִגְנְבוּ בְּזָה וְדִלָּא כְּהַכְּנֵה"ג
ע"ש וּלְפ"ז יֵשׁ לְהַעֲרִיר לְרַב דְּס"ל הוֹלְכִין בְּמְמוֹן אַחַר הָרוּב דְּאֵמַאי מֵהִימֵן כָּל שׁוֹמֵר לּוֹמֵר
נֶאֱנָסוּ וְהָא פִּינֵן דְּנֶאֱנָסוּ לֹא שְׁכִיחַ א"כ אִיכָּא רַבָּא הַמְּסִיעַ לְהַמִּפְקִיד דְּמִסְתַּמָּא פִּשְׁעָה
וּי"ל דְּשֵׁא"ה דְּטוֹעֵן הַשׁוֹמֵר בְּרִי לִי דְּנֶאֱנָסוּ וְה"ל בְּרִי וּמְוַחֲזָק בְּיַחַד דְּזָה עֲדִיף מִן רַבָּא
וְדוֹקָא בְּשְׁנִיָּהֶם טוֹעֵנִים בְּרִי אוֹ שְׂמָא בְּזָה ס"ל לְרַב דְּהוֹלְכִין בְּמְמוֹן אַחַר הָרוּב וּלְפ"ז י"ל
דְּלָכֵן יֵשׁ מְקוֹם לּוֹמֵר דְּס"ל לְרַב שׁוֹמֵר שְׁמֵסֵר לְשׁוֹמֵר חִיבּ מִשׁוּם אֵת מֵהִימְנַת לִי בְּשָׁבוּעָה
כו' דְּלְרַב דְּס"ל הוֹלְכִין בְּמְמוֹן אַחַר הָרוּב ע"כ חִיבּ שׁוֹמֵר הֵרֵאשׁוֹן מִשׁוּם דְּהָא רוּב מְסִיעַ

להתובע דלא נאנס ונגנב משום דל"ש וכיון דשומר הראשון טוען שפא ומה דטוען שומר הב' נאנסו הא ה"ל שומר הראשון טוען פרי ע"פ אחר דלא מהני פמבואר בב"ב ד' קל"ה ובתוס' פתובות ד' ע"ו ד"ה רישא מנה לאפא בידה כו' וכן קי"ל לדינא דבעינו דוקא פרי של הבע"ד עצמו ע"כ לשיטת רב דהולכין בממון אחר הרוב ודאי א"ש מה דס"ל לרב שומר שפסר לשומר חייב וע"כ אין הכרח להוכיח הקצה"ח הנ"ל: .

ובעיקר הך מלתא נלע"ד דכן מוכח מן מש"כ המחבר בסי' ע"ב סעי' למ"ד דשומר שפסר לשומר חייב משום מתוך שאיל"מ דהא פתב שם בזה"ל גם צריף לישבע שאינו ברשותו ושנאנסו כו' ולוי אינו יכול לפנותו פי יאמר לא מהימן לי לוי הילכף ה"ל שמעון מחושואיל"מ כו' וכ"כ הטור שם סעי' כ"ד הרי להדיא דס"ל להטושו"ע דחייב שומר שפסר לשומר הוא משום מחושואיל"מ ונפיר פתב פן הש"ף בסי' רצ"א ס"ק מ"ד משום דדברי הטושו"ע הנ"ל מבואר פן להדיא וכן הוא פשט דברי הרא"ש בב"מ פ"א סי' ג' וכמש"כ הרמב"ן ריש ב"מ ודלא כהקצה"ח וכן יש להוכיח מהא דס"ל לרבא בב"מ ד' ל"ו וב"ק ד' י"א דשומר שפסר לשומר חייב משום את מהימנת לי כו' ואי נימא פשיטת הפוסקים דחייבו הוא משום א"י א"פ קשה לפי מה דס"ל לרבא בב"ב ד' קל"ה להוכיח מנה לי בידה ונהלה אומר א"י פטור מהא דאמר זה אחי: ואפ"י ס"ל לחלק דשאני התם דכמנה לאחר בידה דמי אבל רבא לא ס"ל לחלק בין פרי של הבע"ד עצמו או ע"פ פרי של אחר ובתוס' פתובות ד' ע"ו ד"ה רישא מנה לאפא כו' משמע דאין לחלק בזה בין פרי של נוגע או פרי שאינו של נוגע יע"ש א"כ לפ"ז י"ל דלשיטת רבא דס"ל דאף פרי של אחר הוי כמו פרי של הבע"ד א"כ לפ"ז אין לחייבו משום א"י א"פ דהא פנין דשומר ב' טוען נאנסו ה"ל השומר הראשון כמו דטוען פרי לי ע"פ פרי של שומר ב' ולכן אין לחייבו משום א"י א"פ ובפרט דהא הוי להחזיק ממונא לעצמו ע"כ יש להוכיח מזה דעיקר חייב שומר שפסר לשומר הוא משום מחושואיל"מ וכ"ז הוא לפי גירסת ש"ס דילן בב"ב ד' קל"ה דגרסי רבא אכל לפי המבואר בתוס' גיטין ד' כ"ו ד"ה התם דצ"ל רבה נדחה ראיה זו ואכמ"ל ונהעיקר הוא כמש"כ הש"ף דבמחויב שבועה ואיל"מ אין עד מסייע פוטר: (ט) (שם סעי' ה') אבל בזמן שהלנה נשבע כו' לא נציל המלנה לעולם מלישבע שאינו ברשותו כו' דשפא יוציא את המשכון כו' ואם יש ע"א המעיד דנשרף המשכון אצל המלנה לכאורה יש לומר דמ"מ יש לחוש שפא יוציא את המשכון דאף דע"א מסייע פוטר מן שבועה כדקיי"ל מ"מ הא בחשש זה לא מהני ע"א וכמו בכל ממון דלא מהני ע"א רק לענין שבועה: אכן באמת מוכח מן הא דב"מ ד' ל"ה דע"א מסייע בכה"ג ליפא חשש דשפא יוציא את המשכון דהא הש"ס פריף התם ואם איתא לדרב הונא פנין דמשתבע מלנה שאינה ברשותו היכי מצי מפיק ליה ומשני שיש עדים שנשרפה ומקשה א"ה מהיכא מיייתי לה כו' והא הוי מצי לתרוצי בפשיטות דמייירי שיש ע"א שנשרפה דכיון דע"א מסייע פוטר מן השבועה א"כ אין צריף המלנה לישבע שבועה שאינה ברשותו ומ"מ יש לחוש שפא יוציא את המשכון כו' וע"כ אמרו דלשתבע מלנה כו' וזהו פנין מה שכתבו התוס' שם ד"ה תהא במאמינו כו' ברישא לא מצי לאוקמי במאמינו כו' משום דאי ה"מ לאוקמי במאמינו הוי א"ש דכיון דהמלנה פטור לישבע שאינה ברשותו ע"כ שפיר יש לחוש שפא יוציא את המשכון כו' ולכן אמרו דלשתבע מלנה כו' וכמו כן יש לומר אם ע"א מסייעו ולמה הוכרחו לאשכוחי גוונא אחרניי אע"כ

מוכח מן הדין סוגיא דאם יש ע"א מסייע להמלנה שנושרפה וכה"ג דבנה אין לנו לחוש
שפא יוציא את המשפון לפי דע"א נאמן על החשש הנה כמו דקיי"ל דע"א נאמן באיסורין
ה"ה בנה וכש"כ לשיתת הר"ח דהחשש הוא דנראה כמו שבועה לבטלה והוי זה כמו פל
איסורין דע"א נאמן בנה ונדקא להבעלים דהם בע"ד לא הימנוהו חז"ל משום חשש שפא
יוציא את המשפון כו' אבל בע"א מעיד פן לא תקנו חז"ל לחוש חשש הלז ועי' סוף סי'
ע"ה וכן יש לעיין בפ"ה פ"אן ס"ק ס"ב וס"ק ס"ג וקצרותי: י) (שם סעיף לג) דין טוען
על המשפון צריף לישבע בנק"ח: [הנה לעיל בסי' נ"ח סעי' א' הארכתי הרבה בענין
שבועת הגאונים הנ"ל והעליתי שם דאף היכא דאמרין מיגו להוציא עכ"ז חייב בעל
המשפון לישבע בנק"ח ודלא כמש"כ הגתיות בסי' פ"ט ס"ק י"א ולכן אף אם הלנה
טוען שפא ובעל המשפון טוען ברי צריף שבועה אף דבכה"ג מהני מיגו להוציא כמבואר
אף אם הלנה טוען שפא היכא דה"ל להלנה למידע בנה א"צ המלנה לישבע וכמש"כ
האוו"ת ובעיקר דבריהם שכתבו דלכן חייב לישבע בנק"ח משום לאו אגופיה דמשפון
קא טען כו' ומקרי כמו נוטל קצת סמך לזה מהא דמכות ד' ג' מעידין אנו שחייב מכאן
עד שלשים יום כו' אומדין כמה אדם כו' ומוקי ליה בגמרא במלנה על המשפון והקשה
בני הנחמד מו"ה צבי שיחנה לשיטת הנ"י דהובא במל"מ הל' עדות פ' פ"א ה"ד דאף
במזון אמרינו פאשר זמם ולא פאשר עשה א"כ הכא דמיירי במלנה על המשפון ה"ל
פאשר עשה ולא שיניף בנה דין הנמה ע"כ קושניית בני שיחנה אבל באמת אין זה קשה
משום דכיון דצריף שומא בב"ד ושיניף בנה לדון מי יימר דמנדקקי ליה תלתא לשומו
ולתחילטו החפץ כמבואר בקדושין דף ס"ב ובתוס' סוטה ד' כ"ה ע"ב דלכן לאו פגבוי
דמי כו' ע"כ לא מקרי פאשר עשה אף כ"ז לפי שיטת הש"ף בסי' ע"ג ס"ק מ' דשומת
משפון צריף ב"ד מןחזין אבל לפמש"כ המחבר שם דסגי ג' הדיוטות וכפמש"כ האוו"ת
והקצה"ח שם דשאני משפון דב"ח קונה משפון ע"כ סגי הדיוטות והיכא דסגי ג' הדיוטות
מקרי ביזו כמבואר בשבת ד' מ"ו א"כ נסתר זה וכן אין לומר בנה דכיון דזמ"פ לפי
דברי העדים הוא לאתר שלשים יום ע"כ אין ביזו עכשיו לשומו משום דהא ידוע מש"כ
המל"מ פ"ו הל' אישות דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה דמי דזמן ממילא קאתי אף
לדברי הגאונים הנ"ל א"ש בפשיטות דכיון דלאו אגופיה דמשפון קטען וביז הלנה לסלקו
בשא"ד ע"כ לא מקרי מוחזק גמור ומקרי קצת כמו נוטל ע"כ לא קרינו בנה פאשר עשה
וקצרותי בכ"ז: אף עיקר הקושניא הנ"ל אינו קשה לשיטת הסוברין דאף מה שינתר על
המשפון אינו משמט כמבואר בסי' ס"ז סעי' י"ב וגם א"ש לכ"ע דהא שמואל ס"ל
בירושלמי שביעית דאפי' הלנהו על המחט אינו משמט והובא ברא"ש גיטין פ"ד סי' י"ז
ולכן כיון דהה"ס סוגיא דמפות קאי לשמואל ע"ש ע"כ א"ש מה דלא מקרי פאשר עשה
משום דבחוב שהוא יתר על המשפון לא הוי המלנה מוחזק ועיין לקמן בחידושי לס'י
ע"ג סעי' ד': בקונטרס הלז יבואר דין דברים העשויים להשאיל ולהשפיר אם אינו בעין
לפנינו: (יא) (שם סעי' י"ח) באורים ותומים ס"ק פ"ז באורים כתב להסתפק בדברים
העשויים להשאיל ולהשפיר דקיי"ל דמוציאין מן המוחזק דאם זהו נוקא להוציא גוף
החפץ אבל אם החפץ אינו ברשותו רק דאנו דנין על הפעות כגון דהזיק המוחזק את גוף
החפץ של דברים העשויים להשאיל כו' אם חייב המוחזק לשלם אם הזיק ושפר את
החפץ הלז ויש עדי ראה או בעדי פקדון וראה או אפשר דמעלת דברים העשויים

להשאיל או עדי פקדון וראה אינו רק להוציא גוף החפץ אבל לא לחייבו דמים והוכיח כן מן תשובת הרשב"א דהובא בב"י מן ה"ח ובסמ"ע סי' ע"ב ס"ק ס"ב דס"ל דאין לראובן טענה על שמעון שמסר הספרים ללוי ואולי יש לחלק בין דברים העשויים להשאיל ולהשפיר לעדי פקדון וצ"ע עכ"ל האורים בשינוי לשון קצת: ודברי האו"ת הג"ל הובא בנתיבות סי' ע"ב בחדושים ס"ק ס"ה וז"ל ולענ"ד נראה דאין תיב להחזיר הדמים וראיה מהרשב"א שהביא הב"י מן ה"ח וכן אם נשרף החפץ אף שהיו עדי פקדון וראה והוא טוען שלקח ממנו אינו יכול להוציא הדמים רק כל זמן שהחפץ בעין לא הוי מוחזק והוא של תובע עכ"ל הנתיבות וכן נותו דאף דנשרף בפשיעתו או דהזיקו בידים מכל מקום פטור דאי בהזיקו באונס בלא"ה פטור דהא מיירי בפקדון ודבר העשוי להשפיר דפטור מאונסין והטעם דפטור משום דדברים העשויים להשאיל ולהשפיר או עדי פקדון וראה לא מהני רק להוציא גוף החפץ משום דברשות חזקת הבטלים קאי אבל אם אין החפץ לפנינו רק אנו דנין על המעות מזה אין מוציאים מן המוחזק כשטוען שלקחו ממנו והוכחתו מהרשב"א הקדימו בזה האו"ת שם כנ"ל ולפי שזה צריך עיון רב פאשר יבואר בע"ה ע"כ ראיתי לבאר זה בארובה ענף א ומתחלה נבאר מה שיש לדון בעיקר ראית האו"ת והנתיבות הג"ל מהרשב"א.

ונה לשון הרשב"א חלק ג' סי' ע"ה ראובן תובע משמעון ספרים שהפקיד בידו והשיב שמעון שלא הפקיד בידו רק מסר בידו ספרים שימשפן אותם ויפרע לבע"ח ויעשה מהם חפצו כו'. תשובה כו' ועל הספרים ג"כ אפי' תדונו אותם כדברים העשויים להשאיל ולהשפיר הם אינן עכשיו ביד שמעון וא"כ אין לו תביעה עליו בגופן של ספרים ומי שהלנה עליהם ושהם בידו עכשיו ג"כ אינו יכולת לו להוציאם עד שיפרע לו כל מה שהלנה עליהם משום תקנת השוק כו' עכ"ל הרשב"א ועיקר ראיתו מן מש"כ הרשב"א דאין לראובן טענה על שמעון פלל ואף דמי המעות שהוכרח לפרוע למי שהם בידו משום תקנת השוק דמבואר בסי' שנו"ו סעי' ב' דהבטלים נותנים ללוקח דמים משום תק"ה והבטלים חוזרים ועושים דין עם הגנב כו' ומ"מ הכא אינו חוזר על שמעון לתבוע ממנו את הדמים שנתן משום תק"ה וע"כ מוכח דדוקא להוציא גוף החפץ מוציאים משום חזקת מרא קמא דגוף החפץ עומד ברשות הבטלים משא"כ להוציא ממון אחר מרשות המוחזק אין מוציאים דבזה לא מהני מה שהם עשויים להשאיל ולהשפיר או בעדי פקדון זהו קוטב ראיתם:.

אבל לפענ"ד יש לחלק דשאני התם והוא דכבר כתבתי במק"א ביאור שיטת הסוברים בסי' צ' סעיף י"א דאף טוען גנובים דינו פטוען שאולים ומהימן במיגו דשאולים וזהו שיטת התוס' דשבועות ד' מ"ו והחולקים ס"ל דאינו נאמן במיגו דשאולים טעמיהו משום דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן כמש"כ הרא"ש והובא בש"ך שם ס"ק כ"ב דמשמע דהיכא דמוחזק בגנב נאמן במיגו ואף דהוי מיגו להוציא מסיק הש"ך שם טעם מפני מה לא הוי מיגו להוציא וכ"כ בסוף סי' קל"ג והאו"ת שם כתב טעם אחר בזה אבל לענ"ד נראה טעם אחר פשוט מפני מה ס"ל להתוס' בתי קמא בב"ב ד' נ"ב ובשבועות ד' מ"ו דלא הוי מיגו להוציא וכן שיטת הסוברים הג"ל משום דבכללי מיגו של הכנה"ג ס"ק י"א כתב דמיגו להוציא בברי ושפא אמרינן וכמו כן היכא דחזקה מסייע למיגו אמרינן אף להוציא עכ"ל ויש להוכיח מן מש"כ הרמב"ן בחי' לב"ב ד' ל"ד דגם במקום חזקת

מָרָא קמָא בְּבָרִי וְשָׁמָא לָא אָמְרִינְוּ בְּרִי עֲדִיר מְשׁוּם דְּחֻזְקָת מָרָא קמָא עֲדִיר מִן בְּרִי וְכֹן פֻּסַק הַטּוֹר סִי רַכ"ג וְסִי שַׁצ"ט וְכִינּוּן דְּבָרִי וְשָׁמָא אָמְרִינְוּ מִיגֹוּ לְהוֹצִיא אַף הִיכָא דְלָא ה"ל לְמִידְעָה וְכִמוּ בְּכַתְּבוֹת ד' י"ב דְּטוֹעֲנוֹת מְשָׁאֲרִסְתַּנִּי נְאַנְסְתִּי דְנֶאֱמַנְתָּ מִה"ט כַּמֶּש"כ הַשְׁ"ף בְּאוֹת א' בַּכ"מ א"כ כַּש"כ הִיכָא דִּישׁ לְבַעַל הַמִּיגֹוּ חֻזְקָת מ"ק וְנֹדַאי דְנֶאֱמַן בְּמִיגֹוּ אַף דְהוּי לְהוֹצִיא מַכַּש"כ בְּבָרִי וְשָׁמָא דְאָמְרִינְוּ מִיגֹוּ לְהוֹצִיא וְעֵינִן בַּב"מ ד' ק' תוֹס' ד"ה קָא מְנִי סוּמְכוֹס כו' דְּכַתְּבוּ שָׁם דְּחֻזְקָת מ"ק חֲשִׁיבָא טְפִי עַכ"ל וּבְזֵה מְתַנְרֵץ מִש"כ הַתּוֹס' ב"מ ד' ו' ד"ה אֲגַרְת לִי בְּלֹא סְהַדִּי כו' וְאִינוּ נְאַמְן בְּמִיגֹוּ דְאִי בְּעֵי אָמַר תְּקַפְהָ מְמַנִּי דְמִיגֹוּ בְּמָקוֹם עֲדִים הָיִי עַכ"ל וְקִשְׁהָ תִּפּוֹק לִי דֵּה"ל מִיגֹוּ לְהוֹצִיא כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' ב"מ ד' ב' בְּפִשְׁיטוֹת וְעֵינִן ב"מ ד' קט"ז ד"ה וְהָא רַבָּא כו' וְכ"כ הֶרְמִ"א בְּסִי קל"ח סְעִי ח' דָּאִם אָמַר שְׂכַרְתִּיהָ בְּפִנֵּי פ' ופ' וְהִלְכוּ לַמִּדְהָ"י נְאַמְן בְּמִיגֹוּ שְׁהִיָּה אוֹמַר חֲטָפְהָ מְמַנִּי וְקִשְׁהָ קָא ה"ל מִיגֹוּ לְהוֹצִיא אֲבָל לַפֶּמֶש"כ אֲתִי שְׁפִיר דְשִׁא"ה דְהָא מִיִּירִי דְאָתוּ לְקַמְנִי ב"ד כְּשִׁתְּפִסּוּ תַרְנוּנִיהוּ וְא"ל זִילוּ פְּלוּגוּ א"כ אֲתַחֲזֹק הַטְּלִית לְנוּ בְּחֻזְקָת שְׁנִיָּהֶם וְהוּי כֹּאוּ"א עַל פְּלָגָא בְּשֵׁם חֻזְקָת מָרָא קמָא וְע"כ נְאַמְן בְּמִיגֹוּ לְהוֹצִיא פִּינּוּן דְּחֻזְקָת מָרָא קמָא מְסִייעַ לִי וּבַמֶּק"א הָאֲרַכְתִּי בְּזֵה: וְעוֹבְדָא דְהַרְשָׁב"א בְּתַשׁוּבָה הַנ"ל הָא מִיִּירִי בְּרֹאוּבֵן תוֹבַע מְשַׁמְעוֹן סְפָרִים שְׁהַפְקִיד בְּיָדוֹ כַּנ"ל וְלֹא מִיִּירִי בְּתוֹבַע מְשַׁמְעוֹן סְפָרִים שְׁהַשְׁאִילוּ רַק תוֹבַע הַפְּקִדוֹן וְזֵה בְּרוּר דָּאִם א' תוֹבַע מְחַבְּירוֹ חֲפֵץ וְאוֹמַר דְּהִיָּה בְּפִקְדוֹן ת"י חַבְּירוֹ וְאִין לוֹ עֲדִי פִקְדוֹן וְנֹדַאי אִינוּ נְאַמְן מְשׁוּם דְלָא תְּלִינּוּ בְּפִקְדוֹן בְּדִלְכָא עֲדִי פִקְדוֹן לְפִנֵּינוּ רַק תְּלִינּוּ בְּשִׂאלָה בְּדַבְּרִים עֲשׂוּיִין לְהַשְׁאִיל וְלְהַשְׁפִּיר ע"כ הִיכָא דְלֹא טְעֵן שְׂאוּלִים הֵם רַק פִּקְדוֹן אֲזִי אִינוּ מוֹעִיל טְעֵנְתוּ מַצַּד עֲצָמוֹ רַק יֵשׁ לְהֶאֱמִינוּ ע"י מִיגֹוּ.

פְּמוֹ דַס"ל לְחַד שִׁיטָה דְנֶאֱמַן לוֹמַר גְּנוּבִים בְּמִיגֹוּ דְשְׂאוּלִים הִיכָא דְלֹא שְׁיָהּ חֻזְקָה דְאֲחֻזְקִי אִינְשֵׁי בְּגֻנְבֵי כו' וְכַמֶּש"כ ג"כ הַרְשָׁב"א בַּחֲזִי לְשְׂבוּעוֹת ד' מ"ו וְהַר"נ שָׁם וּמָה דִישׁ לְדוֹן דֵּה"ל מִיגֹוּ לְהוֹצִיא כְּבָר נִתְבָּאָר טְעֵמָם דְשִׁא"ה דְּחֻזְקָת מ"ק מְסִייעַ לִי כַּנ"ל וְהַאוּ"ת בְּסִי צ' ס"ק ז' וְס"ק ט' כְּתַב בְּקִצְרָה דְלָכוּן לָא מְקַרִּי מִיגֹוּ לְהוֹצִיא הוֹאִיל דְהוּי עֲשׂוּי לְהַשְׁאִיל א"כ עוֹמֵד הַחֲפֵץ בְּרִשׁוֹת בְּעֵלְיוֹ ע"ש אֲבָל מִש"כ הוּא הַעֵינְקָר וְאֶפְשָׁר פְּוֹנְתָה הַאוּ"ת ג"כ לְכָל מִש"כ: עַכ"פ בֵּין לְטַעֲמָא דִידִי וּבֵין לְסִבְרַת הַאוּ"ת אִינוּ שְׁיָהּ לְהֶאֱמִינוּ בְּמִיגֹוּ לְהוֹצִיא רַק כ"ז שְׁהַחֲפֵץ עוֹמֵד לְפִנֵּינוּ בְּעֵינֵי בְּרִשׁוֹת הַתּוֹפְסוֹ בְּזֵה שְׁיָהּ לוֹמַר הוֹאִיל וְחֻזְקָת מ"ק מְסִייעַ לְתוֹבַע אוֹ פְּסִבְרַת הַאוּ"ת דְּעוֹמֵד הַחֲפֵץ בְּרִשׁוֹת בְּעֵלְיוֹ וְע"כ לָא הָיִי מִיגֹוּ לְהוֹצִיא אֲבָל הִיכָא דְאִין הַחֲפֵץ בְּעֵינֵי בְּרִשׁוֹתוֹ רַק תוֹבַע מְמַנּוּ הַדְּמִים שְׁהִזִּיק וְכֵה"ג אֲזִי וְנֹדַאי מְקַרִּי מִיגֹוּ לְהוֹצִיא פִּינּוּן דְאִין אֲנוּ דְנִין עַל גּוּף הַחֲפֵץ רַק עַל דְּמִיָּהֶם וְהַנְּתַבַּע הָיִי מְוַחֲזָק בְּשִׁלּוֹ ע"כ מְקַרִּי מִיגֹוּ לְהוֹצִיא וְלֹא מְהִימֵן בְּמִיגֹוּ דְשְׂאוּלִים כְּשִׁטּוֹעֵן פִּקְדוֹן לְהוֹצִיא הַדְּמִים מְמוֹחֲזָק אֲבָל אִם טוֹעֵן שְׂאוּלִים אֲזִי שְׁפִיר י"ל דְּמְהִימֵן אַף עַל הַדְּמִים פְּמוֹ שְׁיָבְנָאָר הַסְּבָרָא בְּזֵה לְקַמְן וְאַף דְּכַתְּבִי הַשְׁ"ף בְּסִי פ"ג ס"ק ז' דְּהַחֻלְקִין דַּס"ל דְּאָמְרִינְוּ מִיגֹוּ לְהוֹצִיא הֵם הֶרְמִב"ן וְהַרְשָׁב"א וְכַמֶּש"כ הַמ"מ וְהַרִיב"ש: עַכ"פ הָא מְבִנְאָר בַּאוּ"ת בְּכִלְלֵי מִיגֹוּ סוּף ס"ק ג' דְּהַרְמִב"ן גּוּפָא מְסַתְּפִק בְּזֵה אִי אָמְרִינְוּ מִיגֹוּ לְהוֹצִיא וְכַמֶּש"כ הַשְׁיטָה מְקוּבָצָת לַב"מ ד' ב' וְלֹא הֶחְלִיט אֶת הַדִּין נֶגְדַּת הַתּוֹס' וְסִייעָתָם וְכֹן רֵאִיתִי שָׁם וְכֹן כְּתַב הַרְשָׁב"א בְּתַשׁוּבָה חֲלָק ג' סִי שַׁנ"ג דְּהַסְּבָרָא נוֹטָה דְלֹא אָמְרִינְוּ מִיגֹוּ לְאֶפְוִקִי מְמוֹנָא דְדִיו לוֹמַר מִיגֹוּ לְהַחֲזִיק הַמְּמוֹן בְּרִשׁוֹתוֹ וְלֹא הַכְּרִיעַ הַדְּבָר ע"ש ע"כ שְׁפִיר י"ל דְּהַרְשָׁב"א ס"ל דְאִין לְהוֹצִיא מְמוֹן ע"י מִיגֹוּ מְשׁוּם דְהָא גְרִיר בְּתַר שִׁיטָת

הַרְמַב"ן דג"כ לא הִחְלִיט הַדִּין פּנ"ל וּמִסְפִּיקָא אֵין מוֹצִיאִין מְמוּנָא וּע"כ שְׁפִיר פְּתַב הַרְשָׁב"א בְּתִשְׁבֻּבָה הַנִּלְכָּח דְּכִינּוּן דְּאֵין אָנוּ דְּנִין עַל גּוּף הַסְּפָרִים ע"כ אֵין מוֹצִיאִין הַדְּמִים מִמְּנוּ א"כ נִתְבָּאֵר דְּאֵין רֵאִי מִהַרְשָׁב"א וְאָף שִׁבְסִמ"ע ס"י ע"ב ס"ק ס"ב דְּהִבִּיא תְּשׁוּבַת הַרְשָׁב"א הַנִּלְכָּח לֹא פְּתַב בְּרֵאוּבֵן תּוֹבֵעַ סְפָרִים שְׁהַפְּקִידוּ רַק פְּתַב סְתָמָא.

עכ"ז הָא מְקוּרוּ מִתְּשׁוּבַת רְשָׁב"א הַנִּלְכָּח וְשֵׁם פְּתוּב כַּמֶּש"כ לְעִיל וּע"כ נִדְּחָה רְאֵינְתָם בְּזֵה: עֲנָף עֲנָף ב וּלְעַנ"ד יֵשׁ לְדוּן בְּזֵה טוֹבָא וְהוּא דְּלִכְאוּרָה יֵשׁ לְעֵינֵין בְּעֵיקַר הַךְ מִלְתָּא דְּדָבָר הַעֲשׂוּי לְהַשְׁאִיל וּלְהַשְׁפִּיר דְּמוֹצִיאִין מִהַמְּוֹחֶזֶק דְּהָא זֵה יָדוּעַ דְּחֻזְקַת מְרָא קָמָא אֵין בְּכַחוּ כְּמוֹ חֻזְקַת מְמוּנָא דְּהָא בַּב"מ ד' ק' אֵיתָא שֵׁם דְּהָא דַּס"ל לְסוּמְכוּס מְמוֹן הַמְּוֹטֵל בְּסִפְק חוֹלְקִין אֵין זֵה רַק בְּקִינְמָא בְּאַגַּם דְּאֵינוּ רַק חֻזְקַת מְרָא קָמָא.

אַבְל בְּמִוֹחֶזֶק גְּמוּר מוֹדָה סוּמְכוּס דַּהֲמַמְע"ה וְעֵינֵין בְּתוּס' שֵׁם ד"ה הָא מְנִי סוּמְכוּס כּו' אֲלֵמָא דְּיֵשׁ חִילּוּק בֵּין חֻזְקַת מ"ק לְמִוֹחֶזֶק גְּמוּר וְדוּחַק לְחַלְק דְּשִׁאֲנֵי הֵיכָא דְּהָנִי ב' מַעְלוֹת בְּיַחַד כְּמוֹ חֻזְקַת מ"ק בְּצִירּוּף מִוֹחֶזֶק דּו"א דְּהָא בְּלוֹחַז מִוֹחֶזֶק ג"כ ס"ל לְסוּמְכוּס דַּהֲמַמְע"ה וְעֵינֵין בַּש"ש שְׁמַעְתָּא ד' פ' כ"ד דְּכַתְּב לְחַלְק דְּדוּחָא נֶגְד מִוֹחֶזֶק מִמֶּשׁ לֹא מְהַנִּי רֹב אַבְל בְּחֻזְקַת מְרָא קָמָא מְהַנִּי רֹב וְעֵינֵין מְזֵה בְּטוּרֵי אַבְן לְמַגִּילָה בְּאַבְנֵי מְלוּאִים ד' ג' ע"ב ד"ה נִידוּן כְּכַפֵּר שְׁהַקְשָׁה בְּכָל בֵּית בְּבִתֵי עָרֵי חוּמָה שְׁאָנוּ דְּנִין בַּא"י וְלֹא חֵינְשִׁינּוּ שְׁמָא קָדָם יִשְׁיבְתוּן לְחוּמָתוֹן מְשׁוּם דְּהוֹלְכִין אַחַר הָרֹב כּו' וְאַכְתִּי קָשָׁה הָא קִי"ל כְּשִׁמוּאֵל דְּאֵין הוֹלְכִין בְּמְמוֹן אַחַר הָרֹב כּו' וִי"ל דַּה"מ דְּאֵין הוֹלְכִין בְּמְמוֹן אַחַר הָרֹב הֵיכָא שְׁהוּא מִוֹחֶזֶק כּו' וְאֵע"ג דְּקִי"ל קַרְקַע בְּחֻזְקַת בְּעֵלִים עוֹמְדַת כּו' עכ"ל הַט"א וְגַם עֵינֵין בַּקְצָה ח' בְּקוֹנְטֵרַס הַסְּפִיקוֹת כְּלָל ו' ס' י"א עכ"פ חֻזְנֵין דְּחֻזְקַת מְמוּנָא עֲדִיפָא מִן חֻזְקַת מ"ק וּבַמִּק"א הַעִירוּתֵי בַּכ"ז מִן מֶש"כ הָרֵא"ש פ"ב דְּקִדּוּשֵׁין ס' ח' בְּמָה שְׁאָמְרוּ שֵׁם וּמוֹדָה רַב שְׁאָם מִתָּה אֵינוּ יוֹרְשָׁה כּו'.

וְכַתְּב הָרֵא"ש שֵׁם לְדוּן לְהַךְ מִלְתָּא דְּאֵין הוֹלְכִין בְּמְמוֹן אַחַר הָרֹב ע"ש אֲלֵמָא דַּס"ל לְהָרֵא"ש דְּאָף הֵיכָא דְּלֹא הָנִי מִוֹחֶזֶק מִמֶּשׁ רַק כְּעֵין חֻזְקַת מ"ק מ"מ ס"ל לְהָרֵא"ש דְּאָם אֵין הוֹלְכִין בְּמְמוֹן אַחַר הָרֹב גַּם הָתָם לֹא מְהַנִּי רֹבָא וְדִלָּא כַּהֲש"ש הַנִּלְכָּח וְזֵהוּ דְּלֹא כַּהֲקָצָה ח' בַּס' ר"פ ס"ק ב' ע"ש וְהַדְּבָרִים אַרְבָּעִים כִּי יֵשׁ לְדוּן בַּכ"ז הַרְבֵּה וּלְחַלְק בִּינֵיהֶם: וְעוֹד מְצִינוּ שֵׁם בַּב"מ ד' ק' בְּמִשְׁנֵה שֵׁם זֵה אוֹמֵר גְּדוּל לְקַחְתִּי וְהִלָּה אוֹמֵר א"י זָכָה בְּגְדוּל וְהַקְשָׁה בַּשִּׁמ"ק שֵׁם דְּתַקְשָׁה מְזֵה עַל מ"ד דַּס"ל חֻזְקַת מְמוּנָא עֲדִיף מִן בְּרֵי וְשְׁמָא וְתִי הָרֵאָב"ד דְּכִינּוּן דְּמִיִּרֵי בְּקִינְמָא בְּאַגַּם א"כ אֵינוּ מִוֹחֶזֶק גְּמוּר רַק חֻזְקַת מ"ק וְנֶגְד חֻזְקַת מ"ק כ"ע מוֹדוּ דְּבְרֵי עֲדִיף ע"ש אֲלֵמָא דְּחֻזְקַת מ"ק אֵינוּ דוּמָה לְמִוֹחֶזֶק מִמֶּשׁ וְרַק הַרְמַב"ן בַּח' לַב"ב דָּף ל"ד פְּתַב דְּגַם בְּמִקוּם חֻזְקַת מ"ק לֹא אֲמַרִּינוּ בְּרֵי עֲדִיף.

וְהוֹכִיחוּ מְזֵה הַנ"י וְר"נ לַב"מ שֵׁם דְּהָךְ מִשְׁנֵה מִיִּרֵי לְהַךְ מ"ד דַּס"ל חֻזְקַת מְמוּנָא עֲדִיף מִן בְּרֵי וְשְׁמָא דִּיפְרַשׁ הַמִּשְׁנֵה הַנִּלְכָּח דְּמִיִּרֵי בְּמִקוּם עֶסֶק שְׁבוּעָה וְטוֹעֵן עַל הַגְּלָגוּלִים א"י דַּה"ל מְחֻנְיֵיב שְׁבוּעָתוֹאִיל"מ דְּמוּכָח לַפ"ז דְּגַם בְּגִלְגוּל שְׁבוּעָה אֲמַרִּינוּ מְחֻנְיֵיב שְׁבוּעָה וְאֵיל"מ וְהוּבָא זֵה בַּח"מ ס' ע"ה סַע"י ט"ו ע"ש וְאָף דְּלְהַךְ שִׁטָּה מוּכָח דְּחֻזְקַת מ"ק דִּינוּ כְּמוֹ חֻזְקַת מְמוּנָא דַּא"כ אֵין מְקוּם לְקוֹשְׁיֵיהֶם כְּלָל דְּהָא י"ל כַּמֶּש"כ הָרֵאָב"ד וְכַנ"ל מ"מ גַּם לְדִידְהוּ חֻזְקַת מ"ק לֹא עֲדִיפָא מִחֻזְקַת מְמוֹן וְעֵינֵין בְּתוּס' פְּתוּבוֹת ד' ע"ו ד"ה עַל בְּעַל הַחֲמוּר כּו' שְׁפָתָבוּ דְּבַהֲךְ פְּלוּגְתָא דְּמוּכָר שׁוּר וְנִמְצָא נֶגְחָן דַּס"ל לְשְׁמוּאֵל דְּאֵין

המעוות חוזרין דלא מוקמינן בקזקת מ"ק אף דרנבא מסייע ליה אלא מוקמינן בינד
המנוחק: ולפ"ז תקשה דאמאי מוציאין בדברים העשויים להשאיל כו' מן המנוחק הא
קזקת מ"ק אין בכחה כמו המנוחק ממש ואף אם נימא דשקולים המה מ"מ מספיקא אין
מוציאין מהמנוחק דהממע"ה וכמו בכל ספיקא דדינא וכו"ג אין מוציאין מהמנוחק אף
דיש קזקת מ"ק לחבירו ואף לשיטת הסוברים דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא מ"מ
בתפס ברשות מהני וכש"כ בטוען ברי לכ"ע מהני תפיסה בספיקא דדינא או בדררא
דממונא אף דיש קזקת מ"ק לחבירו כמבואר בדיני תפיסה א"כ מ"ש דברים העשויים
להשפיר וכן בעדי פקדון וראיה: וע"כ מוכח דלכו מוציאין מהמנוחק עי"ז משום דהא זה
ברור ופשוט דאם בא א' ותפס מחבירו ואומר דידי חטפי דאינו נאמן אף אם אין החפץ
בעיניה ברשות התופסו משום דדינינו ליה לגזלן גמור כ"ז דלא נולד שום ספק בפנינו
וע"כ אף אם ליפא עדי ראה מ"מ אי נימא דהגזלן צריף להחזיר בעדים ואינו נאמן לומר
החזרתי כמש"כ המ"מ והובא בסי' ע"ה ש"ף ס"ק מ"ג רק החולקים ס"ל דנאמן לומר
החזרתי כמש"כ הר"נ פ"ז דשבועות וכמבואר בסי' שס"א אבל אם אינו נאמן החזרתי
נחתינו לנכסיו וגובין אף אם אין החפץ בעיניו לפנינו אלמא דאף במקום דליפא קזקת
מ"מ מ"מ נחתינו לנכסיו ואין מאמינים לו משום דהוי טענה גרוע מה שאומר דקנאו כפר
מהבעלים וכו"ג וכמו בחוב יש לי בינך דהוי טענה גרוע ואף אם תפס מוציאין מידו
וה"ה אתה מכרת לי הוי טענה גרוע ואינו נאמן אף דהוי תפוס ומנוחק ומוציאין מידו
א"כ ה"ה בדברים העשויים להשאיל ולהשפיר או בעדי פקדון וראיה דאף דהוי התופסו
מנוחק וכמש"כ התוס' ב"ב ד' נ"ב ד"ה דברים העשויין כו'.

ובשבועות ד' מ"ו ובב"מ ד' קט"ז בתוס' נשם במה דהקשו על משנה דב"ק המפיר פליו
וספריו בינד אחר ויצא נשם גניבה דישבע כמה הוציא ויטול דל"ל לשם גניבה הא יהנה
מהימן במיגו בהשאלתיו לה ותיקצו בת"י הב' בשם מורי הר"ד דה"ל מיגו להוציא כו'
אלמא דאף בדברים העשויים להשאיל מקרי התופסו בשם מנוחק גמור ואף התי' הא'
יודה לזה כמו דכתבתי לעיל דשא"ה משום דקזקת מ"ק מסייע ליה ומיגו במקום קזקת
מ"ק מהני אף להוציא ובאמת ראיתי באו"ת סי' צ' ס"ק ז' וס"ק ט' שכתב דהתוס' בתירוץ
א' ס"ל דבדברים העשויים להשאיל ברשות בעלים עומד וע"כ לא מקרי מיגו להוציא
ע"ש ועיין בש"ף סוף סי' קל"ג אבל העיקר כמש"כ לעיל ועיין בש"ף סימן צ' ס"ק כ"ב
מזה: עס"ת לתי' הב' של התוס' הנ"ל מוכח בנודאי דאף בדברים העשויין להשאיל מקרי
התופסו מנוחק גמור ומ"מ חזינו בדברים העשויין להשאיל מוציאין מן התופסו בע"כ
הטעם משום דאמרינו דמכירה הוי טענה גרוע ולא מהימן רק היכא דיש לו מיגו או היכא
דלא הוי דברים העשויין להשאיל ולהשפיר וליפא עדי פקדון אז הוי תפיסתו מוכחת
עליו משא"כ בעשוי להשאיל או בעדי פקדון דלא הוי תפיסתו מוכחת עליו בזה הוי
מכירה טענה גרוע ולא מהימן לומר לקוח וכינון דאתינו להכי א"כ ה"ה אף היכא דליתנהו
בעיניו בינד הלוקח ג"כ מוציאין ממון מצד טעם הנ"ל דהא אף היכא דאיתנהו בעיניו ויש
קזקת מ"ק אין בכח קזקת מ"ק בעצם להוציא מן המנוחק רק העיקר הוא משום סברא
שנתבאר א"כ אף היכא דליתא בעיניו שיהי' ג"כ סברא זו וע"כ הדין נותן דאף היכא
דאינו בעין לפנינו מוציאין מהלוקח ואינו נאמן לומר לקוח משום דהוי טענה גרוע כנ"ל:
ובאה"ע סי' צ' סעי' י"ד בהגה"ה דאם משפן הבעל בגדי אשתו ואמר פי ברשותה עשה

נאמן בשבועה כמבואר בתשובת הרשב"א ח"א סי' תתקל"ז והח"מ ס"ק מ"ו פתב שם דגוף החפץ אם הלוקח לפנינו ודאי דמוציאה מהם רק אם אין הלוקח לפנינו ותובעת המעות מהבעל בזה מהימן הבעל לפטור א"ע כו' ע"ש והב"ש שם ס"ק מ"ט פתב דאף גוף החפצים להוציא אינה נאמנת ע"ש אבל הדעת נוטה כהח"מ משום דהא בדברים העשויים להשאיל ולהשפיר מוציאים מהמחזיק לפי דאין שייך התם תפיסתו מוכחת עליו ע"כ אינו נאמן לומר לקוח וה"ה בבגדי אשתו דהם ת"י הבעל וברשותו ולא שייך בזה לומר תפיסתו מוכחת עליו ע"כ אינו נאמן לומר ברשותה השפין כמו דברים העשויים להשאיל ולא שייך בזה לומר אחזוקי אינשי בגנבי כו' דהא מבואר בש"ך ס"ק מ"ג ס"ק י"ג דהעיקר פדעת הראב"ד דאם אינו אומר אותו פלוני גנבם רק השאלתי ומכרם לה זה לא הוי גניבה ולא פשיטת הרמב"ם דשם ע"ש א"כ ה"ה הכא פיון דבא לרשותו דרף היתר לא מקרי גניבה והדין נותן דמהימנה לומר דשלא ברשותה השפין ומוציאה גוף החפץ מהלוקח או מהמלנה ושפיר פתב הח"מ בזה עכ"פ מצינו להח"מ דס"ל דכוננת הרשב"א דאף דמהימנה להוציא גוף החפצים עכ"ז לא מהימנא לתבוע המעות מהבעל וזה פשיטת האו"ת והנתיבות הנ"ל דס"ל בשם הרשב"א דבדברים העשויים להשאיל ולהשפיר אינו נאמן לתבוע המעות היכא דאין אנו דנין על גוף החפצים והוי סייעתא לדבריהם: אבל גם מזה אינו מוכח משום דז"ל הרשב"א בתשובה ח' א' סי' תתקל"ז דנאמן הבעל לומר דברשותה השפין א"נ שלא ברשותה ונתתי לה המעות כו' ע"ש א"כ י"ל דלכן נאמן על הדמים לומר ברשותה השפין משום דנאמן במיגו דהחזרתי לה המעות וכמש"כ הרשב"א בפירוש בלשון א"נ פנ"ל משום דאף דהוי עדי ראה על החפצים שהם בידי הלוקח והלנה מ"מ על המעות שתובעת מהבעל לא שייך עדי ראה דנאמן במיגו דהחזרתי ונתתי לה המעות אבל היכא דלא שייך מיגו עדיין י"ל כמש"כ דאף המעות יכולין לתבוע ממנו ולפ"ז י"ל דגם בעיקר ראית האו"ת ונתיבות הנ"ל מהרשב"א סי' ע"ה הנ"ל י"ל דאינו מוכרח כלל זולת ממש"כ לעיל משום דהא התם יש לשמעון מיגו דהחזרתי לה המעות שלותי על ספרים שלה דלית עבורה והחזרתי לה כפר המעות או יכול לומר דהספרים הגיע לרשות המלנה מידה ולא מידי כלל וכיון דאית ליה מיגו ע"כ נאמן על המעות שתובעין ממנו פיון דאין לו תביעה עליו בגופן של ספרים.

ונוקא להוציא גוף הספרים שייך לומר דע"י עדי ראה מוציאים פיון דאין לו מיגו דהחזרתי עליהן משא"כ אם תובע רק המעות שייך שפיר מיגו פנ"ל אבל היכא דלא שייך מיגו י"ל כמש"כ להסביר דאף להחזיק המעות אינו נאמן בדברים העשויים להשאיל ולהשפיר ענף ג ובשבועות ד' ל"ד איתא מנה מגייתך בפני פו"פ [ועדים רואים אותו מבחוץ והלה טוען אין שקלי ודידי שקלי מהימן והובא זה בסי' ע"ט סעי' ד' ע"ש ומיירי שם בתובע מנה הלויתיה בפני פו"פ והלה משיב אמת שקבלתי ממה מנה אבל במתנה ה"ה או בפרעון חוב נאמן.

וקשה מ"ש מן דברים העשויים להשאיל ולהשפיר דתלינן בתורת שאילה אתו לידו א"כ מטבע נמי נימא דבתורת הלנאה אתי לידו ומצאתי בקצה"ח סי' ע"ט ס"ק ב' שהקשו פן ות' דשאני בחפץ דהדרא בעיני' להכי בדברים העשויים להשאיל ולהשפיר מוקי לו בחזקת מ"ק אבל הלנאה דה"ל להוצאה לא שייך לומר בחזקת בעלים הראשונים דהא מחזקת בעלים הראשונים ודאי יצאה ואינו תובע ממנו אלא הדמים א"כ נאמן המקבל

לומר מתנה או בפרעון חוב עכ"ל הקצה"ח ולפ"ז הוי מזה סייעתא לדברי האו"ת והנתיבות דלא מהני הא דהוי דברים העשויים להשאיל ולהשפיר רק היכא דאנו דנין על גוף התפצים דיש שם חזקת מ"ק אבל היכא דאין אנו דנין רק על המעות לא שייך פן דכללא הוא דהיכא דאין אנו דנין רק על דמיהן ולא על גוף התפצים בזה לא שייך לומר הך דינא דדברים העשויים להשאיל כו' וכדבריהם: אבל באמת אין מוכרח דברי הקצה"ח משום דלא מפעיא לשיטת הרמב"ם דס"ל דדברים העשויים להשאיל הוא כו' פלים שפתחלתן נעשו להשאיל ולהשפיר כפי המבואר בסי' ע"ב סעיף י"ט בנדאי לא שייך פן במעות דהא מעות לא מקרי עשייתן להשאיל ואף לשיטת הר"ף ור"ת דס"ל דדברים העשויים להשאיל ולהשפיר הוי היכא דרגיל בעה"ח עם השואל והפל תלוי באהבתהאיש ומנהג המקום גם לשיטתם אינו קשה די"ל דאף דרגיל להשאיל תפציו היינו היכא דהדרא בעיניה וכתבואר החילוק בין שאלה דהדרא בעיניה להלואה דלא הדרא בעיניה בר"פ השואל שבת ד' קמ"ח ע"ש אבל בהלואה י"ל דמקפיד ואינו רגיל להלוותם ע"כ לא קרינו במעות הך דין דדברים העשויים להשאיל כו' וע"כ אין מזה ג"כ הכרח לדברי האו"ת והנתיבות הנ"ל: ובב"ב דף מ"ה איתא דרבה ס"ל דהא דאמן אין לו חזקה ל"ש אלא שמשר לו בעדים אבל מסר שלא בעדים כו' והתוס' שם ד"ה אבל מסר כו' הקשו א"כ אף אחר נמי אם יש עדים דאמי לידו בתורת פקדון ותי' דמייירי במסר לפני עדים סתמא ולא פירש בפניהם אם בתורת מקר או בתורת פקדון ולהכי אמן אין לו חזקה דכינן דלא פירש מסתמא לתקנו מסר לו כו' עכ"ל ויש ע"כ תוס' ד"ה המפקיד אצל חברו כו' כתבו שם דיהיה מהימן במיגו דנאנסו בשבועה ע"ש באה"ד ואי נימא דבדברים העשויים להשאיל כו' אין מוציאין אם אינם בעין לפנינו כשיטת התנאים.

א"כ ה"ה באמן דמ"ש והפל חזא הוא ובגדר אחד הם וזיל בתר טעמא ועיין במש"כ התוס' שם בד"ה אבל מסר לו שלא בעדים כו' בסה"ד ע"ש ולפ"ז באמן אף דהוי ש"ש פיון דתלינן דבאומנות אמת לידו פדתנן פל האמןנין ש"ש הם.

מ"מ הא פיון בדברים העשויים להשאיל אם אינו בעיניה אף שהזיקו בידיים מ"מ פטור מלשלם פיון דאינו בעיניה כשיטתם. ע"כ אף באמן דאין לו חזקה הדין נותן ג"כ דז"א רק כשהם בעיניה ולא כשאין בעיניה דמ"ש פנ"ל א"כ לפ"ז לא יצטרך לישבע דנאנסו דהא אף אם יודה דפשע אין מוציאין ממנו פיון דאינו בעיניה בפנינו ולא יצטרך לישבע פלל דנאנסו דהא פיון דטוען דשלו הוא החפץ במכירה אין מוציאין החפץ אם אינו בעיניה בפנינו וע"כ מוכח מזה דלא כשיטת האו"ת ונתיבות אלא בכל גונו אמרו דאין לו חזקה בין אם הוא בעיניה או דאינו בעיניה לפנינו וה"ה בדברים העשויים להשאיל וזהו סייעתא למה שכתבתי: ואפשר לחלק דשאני באמן דאין לו חזקה לשיטת רבה דפי' התוס' דמייירי במסר סתמא וכינן דלא פירש לפני העדים אם הוא בתורת מכירה או בפקדון דתלינן מסתמא לתקנו מסר לו דבזה מה"ט אף אם אין החפץ לפנינו ג"כ מוציאין ממנו פדיון ש"ש ובשבועה דנאנסו דוקא משום דיש לנו הוכחה גדולה דמדלא פירש בפניהם מסתמא לתקנו מסר לו אבל לדיון דקיי"ל אמן אין לו חזקה אף בדלא מסר בעדים עדיין יש לומר לשיטת האו"ת ונתיבות דאף באמן אם אין החפץ לפנינו אין מוציאין מצד כש"כ מן דברים העשויים להשאיל דכתבו התוס' והרשב"ם שם לחלק לשיטת רבה בין אמן לדברים העשויים להשאיל דאמן גרע מן דברים העשויים להשאיל

וכמש"כ התוס' ב"ב דף מ"ו ד"ה אָבֵל מְסַר כּו' א"כ הָיָה כּש"כ אָנֹכִי דְאֵינָן מוֹצִיאִין פְּשָׁאִין הַחֲפֵץ לְפָנֵינוּ לְשִׁיטָתָם וְאֵין סְתִירָה מִזֶּה לְדַבְרֵיהֶם.

עָנַף ד נְכַעַת נלע"ד להוכיח פְּשִׁיטת האו"ת וְהִנְתִּיבוֹת. וְהוּא דְבִגְיָטִין דָּף כ' ע"ב בְּעֵי רַמִּי בַר חֲמָא הָיוּ מוֹחֲזָקִים בְּעֶבֶד שֶׁהוּא שָׁלוּ וְה"ה יוֹצֵא מֵת"י מֵהוּ מִי אֶמְרִי אֶקְנוּנִי אֶקְנִי לֵה אוּ דְלָמָּא הוּא מְנַפְשִׁיהָ עֵינִיל כּו' ת"ש דאר"ל הגוֹדְרוֹת אֵין לָהֶם חֲזָקָה וְעֵינִין בְּתוֹס' שָׁם ד"ה ת"ש דאר"ל הגוֹדְרוֹת כּו' וּפְסָק הֶרְמֵב"ם ה"ג פ"ד וְהוּבָא בְּשׁו"ע אה"ע סי' קכ"ד סעי' נא"ו דה"ה סְפֵק מְגוֹרְשָׁת וּכ"כ הַטּוֹר בְּסִי הַנְּ"ל בְּשֵׁם הַרְמ"ה וְהַב"י פְּתַב שָׁם עַל מִש"כ הֶרְמֵב"ם וְהַטּוֹר דְּסִפְק מְגוֹרְשָׁת הָיָא וְטַעְמָא פִּינּוּ דְבִגְמָרָא פְּשִׁטִּין לֵה מְדַאֲמַר ר"ל הַגּוֹדְרוֹת אֵין לָהֶם חֲזָקָה א"כ מְסַפְקָא לָן אִם הֵם עֲדִינִין שָׁל בְּעַל רֵאשׁוֹן אוּ אִם הֵם שָׁל מִי שְׁנַמְצָאוּ בְּיָדוֹ וְאֵע"ג דְּמִשׁוּם דְּאֵין לָהֶם חֲזָקָה מְפָקִינָן לֵהוּ מִיַּד הַשְּׂנִי וְיִהְיִינָן לְרֵאשׁוֹן מ"מ לְעַנְנָן גָּט אִשָּׁה מִיַּדִּי סְפִיקָא לֹא נִפְקָא עַכ"ל הַב"י וְעֲדִינִין קָשָׁה דְכִינּוּ דְסִמְכִינָן עַל הָא דְגוֹדְרוֹת אֵין לָהֶם חֲזָקָה וּמְפָקִינָן מִיַּד הַמְּוֹחֲזָק בַּע"כ מוֹכַח דִּישׁ לָן הוֹכְחָה גְדוּלָּה בְּמָה דְמוֹצִיאִין מִן הַמְּוֹחֲזָק וְאֵין דְּאֵין הוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר הָרוּב וְיִהְיִי אֵין מִן הַמְּוֹחֲזָק בַּע"כ מוֹכַח דְּהָיָה לָן הוֹכְחָה גְדוּלָּה בְּמָה דְמוֹצִיאִין מִשׁוּם דְּהָיָה מְלִתָּא דְאַמְרוּ הַגּוֹדְרוֹת אֵין לָהֶם חֲזָקָה זֶהוּ הוֹכְחָה רַבְתָּא וְכִינּוּ דְמוֹצִיאִין מִמּוֹן עֵי"ז מִכְש"כ דְּמַבְעֵי לְהִיּוֹת מוֹעִיל לְסִמּוּךְ ע"ז בְּמָקוֹם אִיסוּרָא וּכְמִש"כ הַתּוֹס' ב"ב מ"ד כ' ד"ה אִיסוּרָא מְמִמוֹנָא כּו' פְּעִין זֶה אֵלָּא דְמַצַּד חֲנוּמְרַת חו"ל כְּמוֹ בְּמִים שָׁאֵין לָהֶם סוּף נִגְעוּ בָּהּ כְּמִש"כ הַתּוֹס' שָׁם וְא"כ תִּקְשָׁה דְמַפְנֵי מָה אֶמְרוּ בְּזֶה דְהָיָה סְפֵק מְגוֹרְשָׁת וְהָא כָּלֵל יָדוּעַ לָנוּ כְּמִש"כ הֶרְמֵב"ם בַּה"ג דְּכָל מָקוֹם דְּנִקְטוּ הֵגֵט בְּטַל הָיָה בְּטַל מִן הַתּוֹרָה וּכ"מ דְּנִקְטוּ בְּלִשׁוֹנָם הֵגֵט פְּסוּל לֹא הָיָה רַק חוּמְרָא מְדַרְבְּנָן.

אָבֵל בְּמָקוֹם דְּנִקְטוּ בְּלִשׁוֹנָם סְפֵק מְגוֹרְשָׁת מְשַׁמַּע דְּהָיָה סְפֵק מִן הַתּוֹרָה וְא"כ הַבָּא עָלֶיהָ לֹא נִפְסַל לְעֻדוֹת בְּנוֹדָי מֵה"ת אֵלָּא פְּדִין מִי שְׁעוֹבֵר עַל סְפֵק אִיסוּר דְּאוֹרְיִיתָא וְעֵינִין בִּי"ד סי' ט"ז בְּשָׁ"ף סוּף ס"ק י"ז וּבְחִזְדוּשֵׁי ר"ע אֵינְיָר זצ"ל ס"ק ג' ע"ש וְגַם הַבָּא עָלֶיהָ אֵינוֹ בְּמִיתָה בְּמִזִּיד וּבְקַרְבָּן בְּשׁוֹגֵג וְגַם הָיָה נִפ"מ לְעַנְנָן יְרוּשָׁת הַבְּעַל וְעֵינִין בַּה"ע סי' צ' סעי' ה' וְסַעֲי נא"ו וְב"ש שָׁם ס"ק כ' וְקָשָׁה דְאַמָּאי הָיָה סְפֵק מְגוֹרְשָׁת: אָכֵן לְשִׁיטַת הַאו"ת וְהִנְתִּיבוֹת דְכְּתוּבוּ דְבַדְבָּרִים הָעֲשׂוּיִם לְהַשְׁאִיל כּו' דְמוֹצִיאִין מִן הַמְּוֹחֲזָק ז"א רַק בָּאֵם הֵם בְּעֵינִיָּה וְלֹא כְּשִׂיאָנָם בְּעֵינִיָּה לְפָנֵינוּ וְע"כ טַעְמָם מִשׁוּם דְּהָא דְמְפָקִינָן הָיָה הַטַּעַם מִשׁוּם חֲזָקַת מ"ק וּכְמִש"כ הַתּוֹנְמִים בְּסִי צ' ס"ק ז' וְס"ק ט' דְּדְבָרִים הָעֲשׂוּיִם לְהַשְׁאִיל עוֹמְדִים הַחֲפֵצִים בְּרִשׁוֹת הַבְּעָלִים אִף שֶׁהָמָּה ת"י הַמְּוֹחֲזָק בָּהֶם וְא"כ י"ל דְּלִכְּוֹן לֹא מְהִי זֶה רַק לְעַנְנָן אִפוּקִי מְמוֹנָא אָבֵל לֹא לְעַנְנָן אִיסוּר א"א מִשׁוּם דְּהָא פְּתַב הַקְצָה"ח בְּקוֹנְטְרָס הַסְּפִיקוֹת כָּלֵל א' לְדוֹן דְּחֲזָקַת מְרָא קָמָא הָיָה מְעִין חֲזָקַת מְמוֹנָא וְעֵיקַר מְלִתָּא דְּחֲזָקַת מְמוֹנָא לֹא הָיָה מְצַד חֲזָקָה הַמְּבַרְרַת רַק מִשׁוּם שָׁאֵין אָנוּ יְכוּלִין לְהוֹצִיא מִן הַמְּוֹחֲזָק בְּלֹא רְאִיָּה ע"ש וּכ"כ הִנְתִּיבוֹת סִי ל"ד ס"ק ט"ו וְעֵינִין מִזֶּה בְּסִפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' יו"ד סי' י"ח ע"ש: ע"כ אֵין מוֹעִיל זֶה הַסְּבָרָא בְּמָקוֹם אִיסוּרָא וְהָיָה שְׁפִיר סְפֵק מְגוֹרְשָׁת וְהָיָה מְלִתָּא דְּגוֹדְרוֹת אֵין לָהֶם חֲזָקָה וְכִן הָיָה מְלִתָּא דְּדְבָרִים הָעֲשׂוּיִם לְהַשְׁאִיל הָיָה הַכֵּל בְּחֻד טַעְמָא וּכְמִש"כ הַתּוֹס' בְּשְׁבוּעוֹת דָּף מ"ו ד"ה בְּקוֹנְטְרָס גְּרִסִּין וְלֹא אֶמְרוּ אֵלָּא בְּדְבָרִים הָעֲשׂוּיִם לְהַשְׁאִיל כּו' שְׁכְּתוּבוּ לְדַמּוּתָם לְהַדִּי ע"ש מִשׁוּם דְּהָיָה הַכֵּל מְחַד טַעְמָא דְּהִיכָא דִּישׁ לְתַלּוֹת דְּעֵינִילִי מְנַפְשִׁיָּהוּ אוּ דְבָאוּ לִידּוֹ בְּתוֹרַת שְׁאֵלָה וְלֹא בְּתוֹרַת מְכִירָה אֶתּוֹ לִידּוֹ אֵז מוֹצִיאִין

מְרֻשּׁוֹת הַתּוֹפְסֵן מֵה"ט: הַגַּה"ה וְרֵאִיתִי בְּתוֹמִים סִי' ע"ב ס"ק ל"ח דְּחֹלֵק עַל הַשֵּׁ"ךְ וּס"ל דְּבִגְדוּרוֹת לֹא מְהַנִּי מִיגוֹ וּמוֹצִיאִין מִהַתּוֹפְסֵן אַף דְּאִית לִיה מִיגוֹ ע"ש.

וּתְמוּהֵין דְּבִרְיוֹ דְּהָא בְּשׁוּבוֹעוֹת דְּף מ"ו בְּאַלְפֵס שְׁם פְּתַב בְּשַׁעַר הָעֵשִׁירִי אִם רְאוּהוּ שְׁנִטְלָן מְרֻשּׁוֹת חֲבִירוֹ שְׁלֵא בְּפִנְיוֹ וְאָמַר לְקוּחִין הֵם בְּיַדִּי אֵינּוּ נֶאֱמָן כּו' דְּאִי לֹא תִימָא הֵכִי קִשְׁיָא דְּהָא דר"ל דְּאָמַר הַגּוֹדְרוֹת אֵין לְהֵם חֲזָקָה כּו' אֶלָּא מְדַאֲמַר הַגּוֹדְרוֹת אֵין לְהֵם חֲזָקָה שְׁמַעִינּוּ דְּמֵאֵן דְּתַפִּיס מִיַּדִּי מְרֻשּׁוֹתָא דְּחֲבֵרִי קַמִּי סְהַדִּי דְּלֹאוּ בְּאַפִּי חֲבֵרִי וְאָמַר לְקוּחַ בְּיַדִּי אֵינּוּ נֶאֱמָן כּו' עכ"ל אֶלְמָא דְּטַעֲמָא דְּגוֹדְרוֹת הֵנּוּ מִשּׁוּם דְּזָהוּ כְּמוֹ נְטִל שְׁלֵא בְּפִנְיוֹ וְאֵלוּ בְּנִטְלָן שְׁלֵא בְּפִנְיֵי חֲבִירוֹ וְדִאִי מְהַנִּי מִיגוֹ וּכְמַש"כ הַר"נ פ' פ' כָּל הַנְּשַׁבְּעִין עַל הָא דְּנִסְכָּא דר' אַבָּא וּב"י ס' צ' וּבַח"מ ס' ע"ה וּסִי' ש"ס א"א כ"ה ה"ה בְּגוֹדְרוֹת וּע"כ תְּמוּהֵין דְּבִרְיֵי הָאוּ"ת וְהַעֲיָקָר כְּמַש"כ הַשֵּׁ"ךְ בְּסִי' ע"ב וּסִי' ש"ס א"א כ"ה ה"ה בְּגוֹדְרוֹת הֵנּוּ כְּמוֹ דְּבִרְיֵי הָעֵשׂוּיִם לְהַשְׁאִיל דְּאֵין מוֹצִיאִין רַק בְּדִאִיפָּא עַדִּי רְאָה כּו' וְדִלָּא פְּהַתּוּמִים ע"כ הַגַּה"ה:.

וּלפ"ז מוֹכַח דְּלֹא כְּמַש"כ מִתְחַלְּהָ לְדוּן דְּאָף הֵיכָא דְּלֹא הֵנּוּ בְּעֵינְיָה ג"כ מוֹצִיאִין בְּדְבָרִים הָעֵשׂוּיִם לְהַשְׁאִיל מִשּׁוּם דְּהֵנּוּ טַעֲנָה גְרוּעַ מִפְּאֵת עֲצָמוּ כְּמוֹ חוֹב יֵשׁ לִי בְּיַדְךָ וְכַה"ג וְדֵינוּ כְּמוֹ נְטִל מִחֲבִירוֹ שְׁלֵא בְּפִנְיוֹ דְּלֹא מְהִימְנִין לִיה לֹאמַר דִּידִי חֲטָפִי דְּלִפִּי זֶה מְבַעֵי לְהִיּוֹת דְּבִגְט פְּתוּב עַל יְדוֹ שֶׁל עֶבֶד דְּאֵינָהּ מְגוֹרְשֵׁת כְּלָל בְּנִדְאִי וּכְמוֹ אִם בָּא אֶחָד וְתַפִּס מְרֻשּׁוֹת חֲבִירוֹ שְׁלֵא בְּפִנְיוֹ וְקוּדְשׁ לְאַשְׁהָ דְּנִדְאִי אַף אִם אוֹמַר דִּידִי חֲטָפִי אֵין חֲלִין לְהַקְדִּישׁן כְּלָל דְּהֵנּוּ כְּמוֹ קוּדְשָׁהּ בְּגִזְלָא דַּא"מ כְּלָל מְקוּדָם יְאוּשׁ וְה"ה הֵכָא בְּגִט וּע"כ מוֹכַח מִכ"ז דְּעֵינְקָר כְּשִׁיטַת הָאוּ"ת דְּאֵין מוֹצִיאִין בְּעֵשׂוּיִם לְהַשְׁאִיל רַק פְּשָׁהֵם בְּעֵינְיָה וְהַטַּעַם הוּא מִשּׁוּם חֲזָקַת מְרָא קַמָּא דְּהֵנּוּ מִצַּד מְוַחֲזָק וְלֹא מִטַּעַם חֲזָקַת הַמְּבַרְרָת וּע"כ הֵנּוּ אִם סְפַק מְגוֹרְשֵׁת וְזָהוּ סִיּוּעָתָא לְדְבָרֵיהֶם וְהַגְּהוֹת אִשְׁר"י לְגִיטִין ד' כ' פְּתַב שְׁם דְּהַרְמַב"ם פְּתַב דְּהִיא סְפַק מְגוֹרְשֵׁת אֶבֶל הַגְּהוֹת אִשְׁר"י חוֹלֵק וּס"ל דְּאֵינָהּ מְגוֹרְשֵׁת כְּלָל עכ"ל וְאַפְשָׁר דְּהַגְּהוֹת אִשְׁר"י ס"ל כְּעֵין מַש"כ מִתְחַלְּהָ דְּבַכ"ז אַף דְּאֵינָם בְּעֵינְיָה מ"מ מוֹצִיאִין מִשּׁוּם דְּהֵנּוּ טַעֲנָה גְרוּעַ בְּעֲצָם וְלֹא מְהִימְנִין לִיה עַל מְכִירָה ע"כ גַּם גְּבִי גִט אֵינָהּ מְגוֹרְשֵׁת כְּלָל אֶבֶל מִן פְּסַק הַרְמַב"ם וְהַטוּר וְהַשּׁו"ע דְּפָסְקוּ דְּהֵנּוּ סְפַק מְגוֹרְשֵׁת שְׁפִיר מוֹכַח מִזֶּה כְּהָאוּ"ת: וּבָאֵה"ע ס' י"ז בְּחֻלְקַת מְחֻזָּק ס"ק מ"ב פְּתַב דְּאָף בְּכִיסוּאֲרַנְקִי דְּלֹא מוֹשְׁלִי אֵינְשֵׁי מ"מ חִיּוּשֵׁינָן לְמְכִירָה ע"ש וּבַמְק"א פְּתַבְתִּי לְפִלְפֵל בְּדְבָרֵינוּ אִם הֵנּוּ חֲשֵׁשׁ מַה"ת אוֹ לֹא וּבְבִיאוּר הַסּוּגְיָא דְּב"מ וּיְבָמוֹת וְאִכְמ"ל אֶבֶל הַקְּשִׁיתִי עַל הַח"מ הַנֶּ"ל דְּהָא פִּינּוּ דְּחֻזִּינּוּ דְּבְדְבָרִים הָעֵשׂוּיִם לְהַשְׁאִיל מוֹצִיאִין מִן הַמְּוַחֲזָק מִשּׁוּם דְּמְכִירָה הֵנּוּ טַעֲנָה גְרוּעַ לְהוֹצִיא הַחֲפִץ מִחֲזָקַת מ"ק אֶלָּא הֵיכָא דְּשִׁינְיָה לֹאמַר תְּפִיסְתוּ מוֹכַחַת עֲלֵינוּ אֵין מוֹצִיאִין אֶבֶל הֵיכָא דְּלֹא הֵנּוּ הוֹכְחָה לְפִנְיָנוּ אִזְ הֵנּוּ מְכִירָה חֲשֵׁשׁ רְחוּק א"כ ה"ה בְּעֵגוּנָה דְּכִינּוּ דְּלֹא הֵנּוּ לְנוּ הוֹכְחָה עַל מְכִירָה ע"כ מְבַעֵי לֹאמַר דְּלֹא חִיּוּשֵׁינָן לְמְכִירָה וְעֵינּוּ בְּשִׁמ"ק ב"מ ד' כ"ח דְּכַתְּבַת דְּלֹא חִיּוּשֵׁינָן לְמְכִירָה בְּאַבְיָדָה וְקַצְרֵתִי אֶבֶל לְפִי מַה דְּנִתְבָּאֵר בְּשֵׁם הַרְמַב"ם וְהַטוּר שו"ע דְּפָסְקוּ גְבִי גִט בְּגוֹדְרוֹת דְּאָף דְּאֵין לְהֵם חֲזָקָה עכ"ז הֵנּוּ סְפַק מְגוֹרְשֵׁת מִשּׁוּם דְּאָף דְּמְכִירָה הֵנּוּ חֲשֵׁשׁ רְחוּק וּמוֹצִיאִין מִמּוֹן ע"י חֲזָקַת מ"מ מ"מ בְּמְקוּם אִיסוּר דַּא"א לֹא סְמִכִּינּוּ עַל כְּלָל זֶה א"כ ה"ה בְּהִתְרַעְיוּתָא לֹא סְמִכִּינּוּ ע"ז וְכַש"כ הוּא דְּלִהְקַל שְׁאֵנִי מִשּׁוּם דְּכ"ז הוּא רַק מִצַּד חֲזָקַת מִמּוֹן דְּזָה לֹא מְהַנִּי בְּאִיסוּרָא וְכֵן יֵשׁ לְהַעֲיִר בְּזָה ע"פ מַש"כ הַתּוֹסֵ' פְּתוּבוֹת ד' ע"ו ד"ה רִישָׁא מְנָה לְאַבָּא בְּיַדְךָ כּו' בְּסוּה"ד דְּלֹא מְהַנִּי חֲזָקָה דְּאַשְׁהָ לְגְבִי הָאֵב וְכַה"ג פְּתַב הַרְמַב"ן וְהוּבָא בְּר"נ גִּיטִין ד' ס"ד עַל הָא דְּאֹמַר לְשְׁלוּחֵי צָא וְקוּדְשׁ לִי אֲשָׁה

דלא מהני חזקת הקרובות להאחרת והובא בב"ש סי' ל"ה ס"ק ל' וה"ה הכא י"ל דלא מהני חזקת מ"ק לברר רק על גוף החפץ להוציאו אבל להוכיח ממנו דנהו האיש שאנו דנין עליו י"ל דלא מהני חזקת מ"ק לברר זה וא"ש דברי הסלקת מחוקק הנ"ל ובתשובה א' הארכתי בכ"ז.

היוצא לנו מכ"ז דמזה יהיה סייעתא לשיטת האו"ת והנתיבות. ענף ה' שבתי וראיתי דהעיקר כמש"כ מתחלה דאף היכא דאין החפץ בעיניה לפנינו ג"כ מוציאים בדברים העשויים להשאיל או בעדי פקדון וראה מן המבואר בהגהות אשר"י ס"פ המקבל ותשובת מהר"מ מרנטענבורג סי' שט"ז ותשובת מימוני לספר משפטים סי' ל"ב בשם ר"י דאם ראוהו בידו בעדים חפץ העשוי להשאיל ותבעו מה טיבו אצלה וטען אתה מכרת לי או טענה אחרת פיוצא בו וראוי לעכבו ואין ראוי להחזיר לו לפי אותה טענה נראה לי דחשיב ראה ואין לו מקו שישכיל לומר החזרתי לה שאפילו טען בפירוש החזרתי לה אינו נאמן כו' עכ"ל וכ"ז הובא בח"מ סי' ע"ב סעי' י"ח בהגה"ה ונ"ל דלא בעינן שראו העדים בידו כו' אלא שראו קודם לכן בידו וטען אז שהן מכורין בידו או טענה אחרת שאינו ראויין להחזיר לפי אותה טענה דמעשה אין לו מקו שישכיל לומר החזרתי דאנו סהדי דלא החזירנו כו' ועיין בש"ך שם.

ויש להקשות ע"ז דאפתי יהיה מהימן במיגו דנאנסו דאף דאנו סהדי דלא החזירנו מ"מ אם יטעון נאנסו יהיה מהימן בשבועה א"כ יש לו מיגו דנאנסו ומצאתי זה הקושא בקצה"ח סי' קל"ג ס"ק ה' שהקשה פן ותירץ דכינו דקרינו בזה עדים וראה ואלא מהימן בטענתו א"כ מחזיקין לו בדין כופר בפקדון דחייב באונסין עכ"ל הקצה"ח ואי נימא דעיקר הך מלתא דדברים העשויים להשאיל אינו מועיל רק באם הם בעיני' ולא פשיאנן בעיני' א"כ אפתי תקשה על כל הראשונים הנ"ל דאף דלא מהימן לומר החזרתי דאנו סהדי דלא החזירנו מ"מ יהיה מהימן במיגו דנאנסו ואין לומר דה"ל כופר בפקדון דחייב באונסין דהא לפי דבריו דטוען לקוח הוא בדין רק דאין מאמינים לו א"כ אם יטעון נאנסו ולקוח בידו ביחד שתי הטענות הנ"ל אז לא יצטרף לשלם מצד כופר בפקדון דחייב באונסין משום דהא אם אינו בעיני' אין מוציאים מידו בדברים העשויים להשאיל כו' ואם יטעון נאנסו ולא יהיו בעיני' אז יפטר לשלם א"כ אף דהחזרתי אינו נאמן משום אנו סהדי דלא החזירנו מ"מ נאנסו נאמן ויהיה מהימן לומר לקוח במיגו דנאנסו בצירוף טענת לקוח.

כדמצינו כעין זה בשבועות ד' מ"ה דאם שכרו שלא בעדים נאמן לומר דנתתי לה שכרך במיגו דלא שכרתי מעולם והקצה"ח והנתיבות בסי' פ"ט ס"ק ד' כתבו לבאר זה משום דאם לא שכרו נאמן לומר פרעתיך אם ירד שלא ברשות לשדה חבירו ע"כ נאמן לומר פרעתי במיגו דלא שכרתיך ופרעתיך ע"ש וזהו מוכרח בבירור הסוגיא והפוסקים כמבואר שם ויש לי עוד הרבה ראיות לדון כעין מיגו הנ"ל: ולפ"ז תקשה דיהיה מהימן לומר לקוח במיגו דנאנסו ולקוח ביחד ויפטר ע"פ שתי הטענות כנ"ל וע"כ יהיה מהימן לומר לקוח בלבד במיגו כנ"ל וע"כ מוכח דהדין הוא דאף היכא דלא הוי בעיני' ג"כ מוציאים בדברים העשויים להשאיל.

וע"כ אין לו מיגו דנאנסו משום דיהיה חייב באונסין פדין כופר בפקדון וכמש"כ הקצה"ח פנ"ל דאף דלא הוי בעיניה ג"כ מוציאין ממוןחזק ודלא פהתומים והנתיבות ואף שפתיבתי לעיל להוכיח דעיקר טעמא דהך מלתא דדברים העשויים להשאיל וגודרות דמוציאין הוי משום חזקת מ"ק דהוי מעין חזקת וממונא פנ"ל והא דמוציאין ממוןחזק הטעם כמש"כ האו"ת בסי' צ' ס"ק ז' וס"ק ט' בדברים העשויים להשאיל אמרו דמאן דתופס לא מקרי מוןחזק ועומדים ברשות הבועלים.

וע"כ מוציאין ע"י חזקת מ"ק בדברים העשויים להשאיל וגודרות ודלא כמש"כ לעיל דזה הוי כמו חוב יש לי בידך דהוי טענה גרוע דהא נתבאר דז"א פדמוכח מהא דגט פתוב על ידו של עבד וע"כ מוכח דזה הטעם בע"כ שייך אף היכא דלא הוי בעיני דמה לי הן ומה לי דמיהן דהא גם דמיהן נגררין בתר חזקת מ"ק כדמצינו פעין זה בהא דקרקע בחזקת בעלים עומדת דאף אם אכל פירות קרקע מוציאין מהמוןחזק משום דנגררין בתר הקרקע כמו בב"מ ד' ק"ב וד' ק"י דאף שכירות קרקע מוציאין מהשוכר משום בחזקת בעלים עומדת ואף בספיקא דינא דלא שייך בו חזקה לכבר בספק בדין פיזוע כמו שאמרו אטו בשביל החזקה ישמנה הדין.

ומ"מ דיינינו להוציא גם הפירות שאכל משום קרקע בחזקת בעלים עומדת דזה הוי רק מצד מוןחזק ואף על הפירות שאכל דיינינו כן וכבר פתיבתי דמוןחזק לאו מצד חזקה המבשרת אתו עלה ואף פירות קרקע נגררין בתר קרקע.

יכ"כ התוס' ב"ב ד' ל"ג ד"ה לסוף אנדי כו' ובח"מ סי' קל"ט סעי' ד' וסמ"ע ס"ק ח' ופ"ד ס"ק ה' ע"ש וכעין זה י"ל בהך מלתא דדבר העשוי להשאיל כו' דאף היכא דאין אנו דנין רק על דמיהם משום דלא הוי בעיניה מ"מ שייך גם בזה חזקת מרא קמא דכיון דאם הנה בעין הוי מוציאין ע"י חזקת מ"ק ממילא ה"ה דמיהן דינו כמו אם הנה בעיניה לגבי זה דהא אמתחזק החפץ ברשות הבעלים הראשונים ואין סברא לחלק בזה ויש להאריך בכ"ז ביתר ביאור רק מפני האריכות קצתתי: והעיקר דמוכח מפל הראשונים והשו"ע בהגה"ה הנ"ל דאף אם אינו בעיניה לפנינו מ"מ מוציאין ממנו בדברים העשויים להשאיל ולהשפיר או בעדי פקדון וגודרות בדאיכ' עדי ראה ג"כ אף אם אינו בעיני מ"מ מוציאין ודלא כהאו"ת והנתיבות בזה: (יב) (שם סעי' כ"ו) מי שיש בידו משכון ודחקו לפדותו וא"ל יהא המשכון שלך לא קני: והש"ד ס"ק קי"ד הקשה בסתירת השו"ע דבסי' של"ו פסק דאם הוא ברשות פועל א"י לחזור בו והנלע"ד לחלק ביניהם די"ל דעיקר הטעם דאמרו דלא קני דחויי קא מדחי לי דאף דהפועל הוי מוןחזק מ"מ פיון דהבעה"ב אומר ברי לי שהיתה פנונתי לדחויי ולא להקנות בל"ש א"כ הוי מעלת ברי וחזקת מרא קמא על החפץ המסייע להבעה"ב דע"ז ביחד מוציאין מהמוןחזק כשטוען שמה פמבואר פעין זה בסי' קפ"ה סעי' ד' דראובן אומר במאה אמרתי למןכרו כו' דאם ידע הלוקח שזה החפץ של ראובן דיתחזר החפץ לבעלים אף דהסרסור אומר בחמשים א"ל למןכרו ולא אמרינו בזה חזקת ממונא עדיף משום דע"י ברי בצירוף חזקת מ"ק מוציאין מהמוןחזק וכעין זה פתב הנמוקי יוסף בב"מ פ"י ולפ"ז י"ל דשאני פועל דיש חזקה אחרת הסותרת להך חזקת מ"ק דהא בפועל פשתובע שקרו וא"ל יהא המשכון שלך יש לומר דנתפיון להקנותו בל"ש דאל"כ הא יהנה עובר בבל תלין מיז וכמו דאמרו

בשבועות ד' מ"ה וב"מ ד' קי"ב חזקה אין בעה"ב עובר בבל תלין וכיון דהחזקה דאין בעה"ב עובר על בל תלין סותרת להך אוקי אחזקת מ"ק ע"כ אין פח במעלת ברי בלבד להוציא מן המוחזק ולכן פסקו גבי פועל דאם הוא בראשות פועל א"י לחזור בו.

משא"כ ה"כא בבע"ח דליכא ביה חזקה הנ"ל ע"כ שפיר מוציאין ע"י ברי ואוקי אחזקת מ"ק מן המוחזק וא"ש פסקי השו"ע דלא סתרי אהדדי ומצאתי בתוס' יו"ט בב"מ פ' יו"ד משנהה' בד"ה משקבל עליו כו' דכתב ג"כ בקצרה דשאני פועל דמסתמא גמר ומקני שלא יעבור בבל תלין ות"ל שנתפונתי לדבריו.

וכן יש להעיר בזה ע"פ מש"כ הגמיוקי יוסף סוף ב"מ על משנה מי שהיה פותלו כו' שסברא היא שלא יהיה קנוי לזה מה שהוא של חבירו עד שינדע הדבר שגמר בלבו להקנותו כו' עכ"ל הנ"י ובאמת י"ל בזה לפמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד בארנפה לבאר שיטת הראשונים דספק אומדנא במחשבתו מקרי דברים שבלב ולא מבטלינן למה שאמר בפיו בפ"י ע"ש א"כ ה"ה ה"כא פיון דאמר בפיו שמקנה לו המשכון ע"כ כ"ז שאינו מבותר לנו שהיה במחשבתו לדחותו אף שנולד לנו ספק בזה מ"מ הני הקנאה מעליא משום דגם בזה י"ל דלא אתי ספק אומדנא במחשבתו לבטל למה שאמר בפיו וע"כ מוכח דמה שאמרו שם די"ל דהיתה פנונתו להדחותו היינו משום דזה הני הוכחה ברורה לנו דנתפונן להדחותו מדחזינו דלא הקנהו המשכון עד אחר דתבעו ממנו דמוכח מזה דלא הית' פנונתו רק להדחותו [ועיין בספרי שם מה שפתיחתי לדון בהא דאמרו דחיישינן שפא לא ימסרם יפה לציבור ולפ"ז ה"ה מקום לחלק בין פועל לבע"ח משום דבפועל פיון דכ"ז דלא תבעו אינו עובר ע"כ אין לנו הוכחה זו די"ל דלכן לא הקנהו עד עת התביעה משום דהא לא עבר בבל תלין אז ועכשיו שתבעו ועבר בבל תלין ע"כ הקנהו כדי שלא יעבור אבל בבע"ח הא על מצוה דפריעת בע"ח הוא מצונו אף מקודם דתבעו כמש"כ הנתיבות בסי' ק"ד ס"ק א' להשיג על הקצה"ח שם ע"כ שפיר יש לנו הוכחה זו דהני פמו דנתברר לנו דהיה במחשבתו לדחותו ולא להקנאה גמורה מדלא הקנהו מקודם פן י"ל לכאורה אכן לפמש"כ בסי' ט' דיש להוכיח בבל בע"ח דכ"ז דלא תבעו אינו עובר פמו בפועל ע"כ נדחה זה החילוק והעיקר כמש"כ לעיל גם י"ל דשאני ה"כא דמייירי בדחקו לפדותו כמש"כ המחבר משא"כ התם בסי' של"ו דלא הוזכר שם דחקו לפדותו והרדב"ז ח"א סי' כ"ב הכריע לדינא כמש"כ השו"ע ה"כא דאם דחקו לפדותו לא קני ואם לא דחקו וכש"כ קודם ז"פ דקני וכן אם קנו מידו קנה ע"ש: יג) (שם סעי' כ"ז) ש"ך (ס"ק קט"ו) העלה דאם טוען המפקיד ברי אינו חייב שבועת שומרים ונלע"ד להוכיח פן מהא דשבועות ד' מ"ז אמר רבא דתני ר' אמי שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים ה"ד כו' אלא לאו דא"ל מנה לאבא בידך וא"ל חמשין ידענא כו' וקשה דהא האי קרא דשבועת ה' תהיה בין שניהם פתיב בפרשה דש"ש בשבועת שומרים א"כ יותר ה"ל להש"ס לומר דרחמנא מייירי בשבועת שומרים מענינא דקרא שטען השומר איני יודע אם נאנסו דחייב משום מחושואיל"מ ולא בין היורשים דאם אינם יודעים אם פשע אביהם דפטורים ול"ל להש"ס לפרש דקאי על שבועת מודה במקצת אכן לפי שיטת הש"ך דבטוען המפקיד ברי ליכא ש"ש וע"כ עיקר חיוב ש"ש מייירי רק בטוען התובע שפא והט"ז בסי' צ"ב על הטור סעי' י"א כתב דאם התובע טוען שפא לא דייגינן בי' דין מחושואיל"מ וכ"כ הט"ז בסי' ע"ה ולפ"ז א"ש מה דלא אמרו

דְּהַה נְשׁוּבַעַת הַ קָּאִי עַל שׁ״ש מְשׁוּם דְּלֵא מְשַׁפְּחַת בַּשׁ״ש לֹמֵר מַחֲשׁוּאִיל״מ דָּאָם טַעַן
הַמְּפָקִיד בְּרִי הָא אֵינוֹ חֲזִיב כְּלָל לִישְׁבַע כַּמְשׁ״כ הַשׁ״ף וּבְטוֹעַן שְׁמָא הָא שְׁיִטַּת הַט״ז
דְּבַתוֹבַע טוֹעַן שְׁמָא לֵא דִּינִינִן מַחֲשׁוּאִיל״מ כְּלָל וְע״כ אֹקְמִי דְּמִינִרִי בְּחַמְשִׁין יְדַעְנָא כּו'
וְיִהְיֶה מְזַה סִינְעָתָא לְשִׁיטַּת הַשׁ״ף וְהַט״ז הַנְּז״ל: אַכֵּן עֵיקַר דְּבָרֵי הַט״ז הַנְּז״ל הַשְּׁיֵג עָלֵיו
הַקְּצָה״ח בְּסִי ע״ה ס״ק ט' וְלִקְמֵן בְּסִי צ״ב סַעִי ח' הָאֲרַכְתִּי בְּדְבָרֵי הַט״ז וְהַקְּצָה״ח הַנְּז״ל
וְכֹן יֵשׁ לְדוֹן אַף לְשִׁיטַּת הַשׁ״ף הַנְּז״ל ע״פ מַשׁ״כ הַשׁ״ף בְּסִי צ״ב ס״ק י״ב בַּמַּשׁ״כ
הַמְּחַבֵּר שָׁם לְפִיכְהָ אִם טַעַן כּו' בְּפָנֵי שְׁלַח בּוּ יָד אִו פִּשְׁעֵי כּו' וְע״כ עֲדִינֵן תְּקֻשָּׁה פֶּן עֲלֶה
דְּשׁוּבַעוֹת הַנְּז״ל וְע״כ נִלְע״ד לְתַרְץ קִנְשִׁיא הַנְּז״ל בְּאִנְפֵּן אַחַר וְהוּא דְּמִבְּנָאָר בְּתוֹס' ב״מ
ד' צ״ז ד״ה פְּגוֹן שְׁיֵשׁ עֶסֶק שְׁבֻעָה בִּינִיָּהֶם כּו' בְּשֵׁם ר״ת דר' יוֹסִי דַס״ל יַחְלֹקוּ ס״ל ג״כ
מַחֲשׁוּאִיל״מ וְכ״כ הַתּוֹס' בְּב״ב ד' ל״ד וְשׁוּבַעוֹת ד' מ״ז וְהָרֵא״ש בְּשׁוּבַעוֹת שָׁם סִי ז'
דְּעֵיקַר טַעַמּוֹ דר״י דַס״ל יַחְלֹקוּ מְשׁוּם דְּכִינּוֹן דְּאֵינוֹ יָכוֹל הַנְּתַבַּע לִישְׁבַע ע״כ מְשַׁלֵּם הַחֲצִי
וּס״ל לר״י ג״כ מֵתוּף כּו' וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת לְמֵאֵן דַס״ל הוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר הָרֹב
דְּאִמַּאי מְהִימֵן הַשׁוֹמֵר לֹמֵר נֶאֱנָסוּ וּפְטוּר וְהָא הָרֹב מְכַחֲשׁוּ פִינּוֹן דְּנֶאֱנָסוּ לֵא שְׁכִיחַ
כְּמִבְּנָאָר בְּב״ב ד' ע' וּבַשֵּׁא״ד וְהַט״ל לְמִיזַל בְּתַר הָרֹב וְיִהְיֶה חֲזִיב אַבְּל בְּאִמַּת אֵינוֹ קָשָׁה
מְשׁוּם דְּדוֹקָא בְּשִׁנְיָהֶם טוֹעֲנִים שְׁמָא אִו טוֹעֲנִים בְּרִי כְּמוֹ דְּהָא דְּב״ב ד' צ״ב וּרְפ״ב
דְּכַתּוּבּוֹת בְּזַה ס״ל לְרַב דְּהוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר הָרֹב אַבְּל הֵיכָא דְּהַמְּוֹחֲזֵק טוֹעַן בְּרִי וְהַתּוֹבַע
טוֹעַן שְׁמָא בְּזַה אֵלִים לִי בְּרִי בְּצִירוּף חֲזַקַת מְמוּנָא וְעַדִּיף מִן הָרֹב וְע״כ נֶאֱמַן הַשׁוֹמֵר
לֹמֵר נֶאֱנָסוּ פִינּוֹן דְּהַתּוֹבַע טוֹעַן שְׁמָא וְעִינֵן בְּהַפְּלָאָה לְכַתּוּבּוֹת ד' פ״ה ע״ב מְזַה וּבְאִמַּת
י״ל לְהַמ״ד דְּהוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר הָרֹב דָּאָם הַמְּפָקִיד טוֹעַן בְּרִי דִּיהִיָּה חֲזִיב הַשׁוֹמֵר בְּטוֹעַן
נֶאֱנָסוּ הֵיכָא דְּאֵין לוֹ מִיגּוֹ דְּלֶהֱדַם וְהַחֲזוּרְתִּי: וְאִיתָא בְּב״ב ד' צ״ג דר' יוֹסִי ס״ל הוֹלְכִין
בְּמִמּוֹן אַחַר הָרֹב וְכ״כ הַתּוֹס' בִּיבְמוֹת ד' ס״ז ד״ה אֵין חוֹשְׁשִׁין כּו' בְּסַה״ד וּלְפ״ז מְוַכְרַח
רְבָא לְאוֹקְמִי לְקַרָּא דְּשׁוּבַעַת ה' תִּהְיֶה כּו' עַל מו״מ בְּחַמְשִׁין יְדַעְנָא מְשׁוּם דְּאֵי נִימָא
דְּהַקְּרָא אֵינִירִי עַל שְׁבֻעַת שׁוֹמְרִים בְּטוֹעַן אֵינִי יוֹדַע אִם נֶאֱנָסוּ דְּמִינִרִי מְזַה הַקְּרָא דְּהָא
פְּרָשָׁה יִשְׁנִי בַשׁ״ש א״כ תְּקֻשָּׁה דַל״ל לְחִיבּוֹ מְשׁוּם מֵתוּף כּו' הָא בְּלֵא״ה חֲזִיב בְּזַה לְמֵאֵן
דַס״ל הוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר הָרֹב דְּכִינּוֹן דְּאֵינוֹ יוֹדַע הַנְּתַבַּע וְלִיכָּא בְּרִי מְמַנּוֹ לְהַכְחִישׁ הָרֹב:
א״כ מְמִילָא חֲזִיב מְשׁוּם הָרֹב דְּנֶאֱנָסוּ לֵא שְׁכִיחַ דְּמוֹצִיאִין ע״י זַה מְהַמְּוֹחֲזֵק אַף בְּלֵא חִיּוּב
שְׁבֻעָה וּל״ל הַקְּרָא דְּשׁוּבַעַת ה' כּו' לְחִיבּוֹ מְשׁוּם מַחֲשׁוּאִיל״מ וְרְבָא מְהַדַּר לְפָרֵשׁ הַף
קְרָא דְּשׁוּבַעַת ה' תִּהְיֶה כּו' דִּיהָא אֲתִי הֵילְפוּתָא לְכ״ע אַף לר' יוֹסִי דְּאִית לִי מֵתוּף כּו'
וְע״כ פִּירֵשׁ דְּקָאִי עַל שְׁבֻעַת מו״מ וְהָא דְּמַצִּינוּ בְּב״ב ד' ל״ו דַס״ל לְרַב דְּשׁוֹמֵר שְׁמֵסֵר
לְשׁוֹמֵר פְּטוּר אַף בַּשׁ״ש אַף דַס״ל לְרַב הוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר הָרֹב שֵׁא״ה דְּהָא הַשׁוֹמֵר
הַב' אוֹמֵר בְּרִי שְׁנֶאֱנָסוּ וּמְצַרְפִּינוּ בְּרִי שְׁל חֲבִירוֹ לְחֲזַקַת מְמוֹן שְׁל הַשׁוֹמֵר הָרֵאשׁוֹן וְאַף
לְמֵאֵן דַס״ל בְּב״ב ד' קל״ה דְּהַבְּרִי שְׁל אַחַר לֵא מְהַנִּי י״ל דְּהֵינּוּ דוֹקָא לְהוֹצִיא מִן הַמְּוֹחֲזֵק
אַבְּל לְהַחֲזִיק י״ל דְּלֵא מְחַלְקִינוּ אֲלִיבָא דְּרַב פִּינּוֹן דְּלֵא ס״ל לְהַסְבְּרָא דְּאִתְּ מְהִימְנַת לִי הָאִי
לֵא מְהִימֵן לִי ע״כ ס״ל דְּשׁוֹמֵר שְׁמֵסֵר לְשׁוֹמֵר פְּטוּר: וְאַף לְשִׁיטַת הָרֵאשׁוֹנִים וְחַד תִּירוּץ
בְּתוֹס' שָׁם דַס״ל דר' יוֹסִי דְּאֵמֵר יַחְלֹקוּ לִית לִיהָ מֵתוּף כּו' עַכ״ז א״ש לְכָל מַשׁ״כ מְשׁוּם
דְּבְשׁוּבַעוֹת ד' מ״ה גְּרָסִי בְּמִשְׁנֵה שָׁם הֵיוּ שְׁנִיָּהֶם חֲשׁוּדִים חֲזַרְהָ שְׁבֻעָה לְמִקּוּמָה דְּבָרִי
ר' יוֹסִי רַמ״א יַחְלֹקוּ וּבְגַמְּ לְקַמֵּן ד' מ״ז אֶמְרוּ דַא״ל רְבָא לר״נ הֵיכָא תְּנִן הֵינּוּ אִם רִי״א
יַחְלֹקוּ אוֹ ר״י אוֹמֵר חֲזַרְהָ שְׁבֻעָה א״ל לֵא יְדַעְנָא כּו' אִיתְּמַר אֶמֶר רַב יוֹסֵף בַּר כּו' ר״י

אומר יחלקו כו' אלמא דרבא נסתפק מעיקרא אם ר"י ס"ל חזרה שבועה למחויב וס"ל להך מתוך כו' או לא וע"כ הוכרח רבא לאוקמי להא דשבועת ה' תהיה כו' דקאי על שבועת מו"מ דאי נימא דקאי בשבועת ש"ש דא"י אם נאנסו א"כ תקשה אי נימא דס"ל לר"י חזרה שבועה למחויב דזהו מוכח מקרא דשבועת ה' דהא לשיטתו בלא"ה חייב כל ש"ש האומר א"י אם נאנסו משום רוב דהא ס"ל הולכין במזון אחר הרוב פנ"ל וע"כ הוכרח רבא לאוקמי הך קרא בחמשיני ידענא כו'.

כדי דיהיה אתי שפיר הילפותא לכ"ע דס"ל להך מתוך כו' ומתנרץ שפיר מה שהקשיתי ומצאתי בפני יהושע בב"מ ד' צ"ז דהקשה פן נכתב ג"כ מסברא דנפשי' כמש"כ הט"ז פנ"ל. אף לא הביא לדברי הט"ז שהקדימו וכתב ג"כ סברא זו דבטוענו שמה לא אמרינו מחושואיל"מ אכן בעיקר דברי הט"ז הנ"ל הארכתי הרבה לקמן סי' צ"ב סעי' ח' וכן יש להעיר ע"ז מכל שומר שמסר לשומר דחייב להרבה פוסקים משום מחושואיל"מ ותיבצתי שם דברי הט"ז על נכון בע"ה: [ובעיקר דברי הש"ך דבטענת פרי ליפא חיוב ש"ש יש להעיר עליו מן התוס' ב"מ ד' צ"ז ע"ב ד"ה השוכר אומר שכורה מטה והלה אומר א"י פטור שפיתבו דאע"ג דבכל ש"ש כו' ה"א שאין יודע אם מטה השאולה אין להשביעו מספק כו' ועוד דה"א אפילו משאיל אומר פרי אמרינו דאינו נשבע אלא ע"י גלגול עכ"ל התוס' ומשמע מדברי התוס' דדוקא ה"א דאין זה בכלל חיוב ש"ש כמש"כ שם התוס' לעיל מינה בזה אף משאיל אומר פרי אינו נשבע אלא ע"י גלגולאבל בעיקר חיוב ש"ש בטענת נאנסו משמע דס"ל להתוס' דחייב ש"ש אף בטענת פרי של התובע והוי סייעתא מדברי התוס' הנ"ל לשיטת האו"ת והנתיבות דהכריעו דלא פה"ש"ך דאף בטוענו פרי חייב ש"ש אכן מן דברי הריטב"א לב"מ ד' א"ז ע"ב ד"ה השוכר אומר שכורה מטה כו' משמע דס"ל ג"כ כמש"כ הש"ך דזה לשון הריטב"א שם דשבועת שומרים דחייבתו תורה זהו לפי דבעל הבהמה לא יוכל לדעת ויכול זה לכפור במה שירצה ולא יתבייש ממנו כו' משמע מזה דה"א דאם המפקיד טוען פרי אינו נשבע דהא ה"א לא שייך ה"ט ויש לדחות זה קצת וקצתתי והביאור הגר"א זצ"ל ס"ק קל"א פתב ג"כ כמש"כ הש"ך דבטוענו פרי אין לחייב ש"ש וע"כ אין להזניח שיטת הש"ך וה"ל ספיקא דדינא: (יד) (שם סעי' כ"ח) מלנה אומר סלע הלוייתיה כו' ולנה אומר מכרתי לה בג' דינרים ולא נתת לי המעות ותובע אותו בזה שניהם נשבעין היסת כו' והקשה האו"ת בס"ק מ"ד דלמה לא ישבע המלנה בנק"ח כמו כל שבועת המשכון פיון דלאו אגופא דמשכון טען ומתירץ דמירי דנאבד המשכון כו' ועוד פיון דהלנה מודה שמכרו רק דתובעו דמיו א"כ אין לו תביעה בגוף החפץ כו' ואף דהמלנה מכחישו מ"מ אזלינן בתר הודאת הנתבע כמבואר בכמה מקומות דבשתי הודאות המכחישין אזלינן בתר המוחזק אף בעיקר דבריו בתירוץ השני יש לדון לפי מש"כ החלקת מחוקק באה"ע סי' ק"כ ס"ק ה' דבמכר חפץ ולא קבע זמ"פ דאם אינו משלם לו הוי החפץ גזול בידו וכ"כ הנתיבות בסי' צ"א ס"ק ט' ובסי' ק"ץ ס"ק ז' בשם הש"טה מקונצצת והרי"ף ע"ש א"כ לפ"ז יש לדון ה"א דיהיה חייב המלנה לישבע בנק"ח דהא אינו רשאי להשתמש בהחפץ בלא שומת ב"ד והחלטתם דאף דהלנה הודה דמכר לו מ"מ פיון דאומר דלא נתן לו המעות א"כ לפי דברי הלנה הוי החפץ גזול בידו אם לא הנה קביעות זמ"פ פיון דלא שילם לו ואינו רשאי להשתמש בלא שומא ע"כ אפשר לדון דגם כה"ג חייב לישבע שבועת המשכון בנק"ח

וְדוֹקָא תַּפְס מְעוֹת דַּא"צ שׁוּמְא א"צ לִישְׁבַע בִּנְק"ח וּלְפ"ז מוֹכַח כַּמְש"כ הַאוּ"ת בְּתִי א' דְּמִיָּירִי דְּנִאָבְד הַמְשָׁפּוֹן וְכֵן מוֹכַח מְלִשׁוֹן הַמְחַבֵּר שֶׁשׁ שְׁכַתְּבָה הִי שְׁנֵה אוֹ דְּכּוֹנְנָתוֹ בְּתִי הַשְּׁנִי דְּהוֹדָאֵת הַלְּוָה הֵיזָה עַל מְכִירָה שְׁהוֹקְבַע זַמ"פ דְּאָז אַף דְּלֹא שְׁיָלַם לְזַמ"פ לֹא הָוִי גְזַל בְּיָדוֹ וְרִשְׁאֵי לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּהַחֲפָז בְּלֹא שׁוּמְא ע"כ א"צ שְׁבוּעָה בִּנְק"ח וּבְעֵיקָר דְּבָרֵי הַחֲלָקָת מְחוּקָק וְהַנְּתִיבוֹת הַנְּ"ל הָאֲרַכְתִּי לְקַמְן סִי צ"ו סְעִי ו' עָנַף א' וְהַבֵּאתִי שֶׁשׁ סוּגְיָא דְּב"ק ד' ק"ו לְהוֹכִיחַ פְּדֻבְרֵיהֶם וְאִכְמ"ל: (טו) (שֶׁשׁ סְעִי ל') רְאוּבוֹ מְשָׁפּוֹן מְשָׁפּוֹן בְּיָד שְׁמַעוֹן וְהִלֵּף שְׁמַעוֹן וּמְשָׁפּוֹנוֹ לְלוֹי כּו' נִמְצָא שְׁמַעוֹן מוֹדָה מְקַצֵּת וְצָרִיף לִישְׁבַע שְׁלֹא הֵיזָה שְׁנֵה אֲלֵא ג' דִּינָרִים כּו' וְזֶה אִי אֶפְשָׁר לוֹ לִישְׁבַע פִּינּוֹן שְׁלֹא נֶאֱנַס בְּיָדוֹ וְלוֹי אֵינּוּ יְכוֹל לְפִנוּטְרוֹ בְּשְׁבוּעָתוֹ שְׁנֶאֱנַס פִּי יֹאמֵר לֹא מְהִימֵן לִי לְוִי הִילְכֵף ה"ל שְׁמַעוֹן מְחֻנְיָב שְׁבוּעָה וְאִיל"מ כּו' וְכ"כ הַטּוֹר שֶׁסְעִיף כ"ד וְהַשְּׁ"ף ס"ק קכ"ט פִּירֵשׁ דְּלֹא קָאִי אֲלֵא עַל הַדִּינָר הַא' אֲבָל מַה שְׁאֹמֵר שְׁלֹא הֵיזָה שְׁנֵה רַק ג' דִּינָרִים יִשְׁבַע שְׁד"א שְׁפָן הוּא וּפְטוֹר כּו' עַכ"ל הַשְּׁ"ף: עָנַף א' וְלִמְדָנוּ מְדָבְרֵי הַטּוֹר, וְשׁו"ע הַנְּ"ל דְּהָא דְקִי"ל שׁוּמְרָא שְׁמָסֵר לְשׁוּמְרָא חֲזִיב זֶהוּ מִשׁוּם מְחֻנְיָב שְׁבוּעָה וְאִיל"מ וְכַמְש"כ הָרַמְבַּ"ן בְּמִלְחָמוֹת רַפ"א דְּב"מ וּבְרֵא"ש פ"א דְּב"מ ס' ג' וְעֵינּוּ מִזֶּה לְקַמְן סִי רַצ"א בְּשׁו"ף ס"ק מ"ד: וְזֶהוּ דְּלֹא כְּמוֹ שְׁהַכְרִיעַ הַקְּצָה"ח בְּסִי פ"ז ס"ק ט' וְתַמְהַנִּי עֲלֵיהֶם אִיף לֹא הֵעִירוּ בְּזֶה מִן דְּבָרֵי הַטּוֹר וְשׁו"ע מְפָרֵשׁ הַנְּ"ל: וְעוֹד לְמַדְנוּ מִן דְּבָרֵי הַטּוֹר וְשׁו"ע הַנְּ"ל דְּכַתְּבוּ דִישְׁבַע שְׁמַעוֹן שְׁד"א פְּדִין מוֹדָה מְקַצֵּת וְטַעְמָם דְּאֵף דְּלֹא הוֹדָה עַל הַחֲיוֹב דִּינָר הַשְּׁלִישִׁי אֲלֵא דְחֲזִיב דִּינָר הַשְּׁלִישִׁי מִשׁוּם מְחֻנְיָב שְׁבוּעָה וְאִיל"מ פְּדִין שׁוּמְרָא שְׁמָסֵר לְשׁוּמְרָא כְּמוֹ שְׁכַתְּבוּ בְּפִירוּשׁ מ"מ חֲזִיב שְׁד"א עַל דִּינָר הָרְבִיעִי מִשׁוּם דְּכִינּוֹן דְּהַב"ד הֵם מְחֻנְיָבִים לוֹ דִּינָר הַשְּׁלִישִׁי מִשׁוּם מְחֻנְיָב שְׁבוּעָה וְאִיל"מ ה"ל כְּמוֹ הַעֲדָאֵת עֲדִים דְּר"ח וּלְפ"ז יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל מַה שְׁהַכְרִיעַ הַשְּׁ"ף לְקַמְן סִי פ"ז ס"ק י"ב דְּמַה דְּמְחֻנְיָבִין לוֹ מִשׁוּם מְחֻנְיָב שְׁבוּעָה וְאִיל"מ אֵינּוּ זֶה כְּמוֹ הַעֲדָאֵת עֲדִים דְּר"ח וְכֵן פֶּסֶק הָרַמְבַּ"ם ה"ל גְּזִילָה פ"ד ה"ל ט"ז שְׁהִבִּיא שֶׁשׁ שִׁטַּת הַסּוּבְרִין דְּמַה דְּחֲזִיב מִצַּד מְחֻנְיָב שְׁבוּעָה וְאִיל"מ הָוִי זֶה כְּמוֹ הַעֲדָאֵת עֲדִים דְּר"ח לְחֲזִיבוֹ שְׁד"א עַל הַשְּׁאָר אֲבָל הָרַמְבַּ"ם פֶּתַח לְהַכְרִיעַ דָּאֵין זֶה מְחֻנְיָבוֹ שְׁד"א עַל הַמּוֹתֵר רַק הִיָּסֵת וְכ"כ הַטּוֹר בְּסִי שׁו"ס ד' סְעִי ו' וְכ"כ הַמְחַבֵּר לְקַמְן סִי שׁו"ס ד' סְעִי ו' וְעֵינּוּ בְּסַמ"ע שֶׁשׁ ס"ק ו' א"כ תְּקַשֶּׁה מְפָנִי מַה פְּתָבוּ הֵכָא בְּפִשְׁטוֹת בְּלֹא שׁוּם חִילּוּק כְּלָל דִישְׁבַע שְׁד"א עַל דִּינָר הָרְבִיעִי מִשׁוּם שְׁבוּעָת מוֹדָה בְּמַקְצֵת וְאֵין לֹא מְרַחֵם דְּמְחֻנְיָבִין לוֹ הֵכָא שְׁד"א זֶהוּ מִשׁוּם גְּלוּל שְׁבוּעָה עַל מַה דֵּה"ל מְחֻנְיָב שְׁבוּעָה וְאִיל"מ עַל הַדִּינָר הַשְּׁלִישִׁי דְּזֶה אֵינּוּ דְּהָא מְבֹאָר בְּסִי ע"ה סְעִי ט"ו דָּאֵם ה"ל מְחֻנְיָב שְׁבוּעָה וְאִיל"מ עַל הַעֵיקָר תְּבִיעָה דְּלֹא נִתְחַזְּיָב שְׁד"א כְּלָל עַל הַג"ש.

וְגַם הֵיזָה אֹמְרִים שֶׁשׁ מוֹדוֹ לְזֶה כְּמוֹ שְׁכַתְּבַה הַסַּמ"ע שֶׁשׁ ס"ק מ' וְהַשְּׁ"ף שֶׁשׁ ס"ק נ"ב וְעוֹד דַּא"כ ה"ה בְּהָא דְּסִי שׁו"ס ד' נִימָא פִּן וְע"כ הַעֵיקָר הוּא דְּמַה דְּחֲזִיב כְּאֵן שְׁד"א עַל דִּינָר הָרְבִיעִי זֶהוּ מִשׁוּם דֵּה"ל כְּעֵין מוֹדָה בְּמַקְצֵת כַּמְש"כ בְּפִירוּשׁ דְּנִמְצָא שְׁמַעוֹן מוֹדָה מְקַצֵּת כּו' וְהַטַּעַם הוּא דֵּה"ל הַעֲדָאֵת עֲדִים דְּר"ח וְתַקְשֶׁה כְּנ"ל וּבַמְק"א פְּתַבְתִּי לְתַרְזֵן זֶה: וּמִן דְּבָרֵי הַשְּׁ"ף דְּכַתְּבַה הֵכָא בְּס"ק קכ"ט דָּאֵם טוֹעֵן בְּרִי שְׁלֹא הֵיזָה שְׁנֵה אֲלֵא ג' דִּינָרִים דִישְׁבַע שְׁד"א וְאֵם טוֹעֵן שְׁמָא לֹא הֵיזָה שְׁנֵה רַק ג' דִּינָרִים ה"ל מְחֻנְיָב שְׁבוּעָה וְאִיל"מ עַל דִּינָר דְּמִיָּירִי דְּס"ל דְּגַם בְּהַעֲדָאֵת עֲדִים דְּר"ח אֲמַרִּינּוּ דֵּה"ל מְחֻנְיָב שְׁבוּעָה וְאִיל"מ עַל הַמּוֹתֵר וְדָלֵא כַּמְש"כ הַבְּשָׁמִים רֹאשׁ בְּסִי י"ז לְדוֹן דְּבַהַעֲדָאֵת עֲדִים דְּר"ח לֹא

ה"ל מחויב שבועה ואיל"מ פנין דגמרינן מג"ש דע"א אף יש לומר דהש"ף לשיטתו אגזיל דהא פסק בסי' ע"ה ס"ק נ"א דגם בגלגול שבועה אמרינן מחשוואינ"מ ולקמן סי' ע"ה סעי' ד' הארכתי בזה: ענף ב' כל זה פתבתי פכר וכעת ראיתי לתרץ למה שהקשיתי לעיל לתמוה על הש"ף והמחבר דס"ל דמשום מחויב שבועה ואיל"מ על חמשים זוז לא נעשה זה כמו העדאת עדים לחיבו שד"א על השאך שפופר א"כ תמוה דאמאי פתבו הקא דמשום דהוי מחויב שבועה ואיל"מ על דינר הג' משום שומר שמסר לשומר דלכן חייב שד"א על דינר הרביעי וכעת ראיתי ב"ה לתרץ זה בפשיטות והוא דהנה לעיל בחידושי לסי' למ"ד סעי' ה' פתבתי לדון די"ל דטעם הסוברין דמה דנתחייב בב"ד ע"י מה דהוי מחויב שבועה ואיל"מ דאין זה מחייבו שד"א על השאך דזהו פסקרת הט"ז בסי' ל' סעי' ה' דלכן עדות מיוחדת אינן מחייבין שד"א על השאך משום דלא שייך בזה קו"ח דר"ח דמה פיו שאין מחייבו קנס כו' עדים שמחייבין אותו קנס כו' דהא עדות מיוחדת אינן מחייבין קנס ע"כ בעדות מיוחדת דלא שייך הקו"ח הלז ע"כ אינן מחייבין שד"א ע"ז והקצה"ח בסי' ל' תמה על הט"ז דהא גם ע"י עדות מיוחדת מחייבין קנס פמבואר בב"ק ד' ע"ד והעלה מזה פשיטת הפוסקים והש"ף ש'לא לחלק בזה בין עדות מיוחדת כו' ולכן א"ש בזה דב"מ ד' ד' דהקשו התוס' בד"ה ר"ח כר"מ ס"ל כו' דנימא הקו"ח אם הביאהו לידי מיתה לא יביאו לידי שבועה והשמ"ק שם תי' באופן אחר ע"ש אף לפי דעות מיוחדת אינן מחייבין מיתה ע"כ יותר טוב למילף מן חיוב קנס דלפ"ז אף עדים ע"י צירוף ג"כ מחייבין שד"א על השאך דהא בקנס גם ע"י עדות מיוחדת מחייבין לו: ולפ"ז פתבתי שם לפרש טעם הסוברין דמה דנתחייב משום משואיל"מ דאין זה פהעדאת עדים דר"ח דטעמם דכיון דלא שייך מחויב שבועה ואיל"מ בקנס לחיבו כמש"כ התוס' בב"ק ד' מ"ו ד"ה דאפי' גיזק כו' משום דלא יחא זה עדיפא מן הודאת בע"ד דאין מחייבו קנס וכעין המבואר בירושלמי שבועות פ"ו הל' א' דאין נשבעין על הקנס וכמש"כ התוס' בב"ק ד' מ"א ד"ה מודה בקנס כו' ע"כ לא שייך בזה הך ילפותא דר"ח וכן הא חיוב מיתה ג"כ לא שייך ע"י מחויב שבועה ואיל"מ ע"כ פטור בזה מן שד"א על השאך: והנה הש"ף סי' רצ"א ס"ק מ"ד כתב להקשות על שיטת הסוברין דלכן שומר שמסר לשומר חייב משום דה"ל א"י א"פ משום דכבר נתחייב השומר בשעבוד נכסי [כמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ט' בשם הנ"י ובסי' רצ"א ובסי' ש"מ]: והא גם בא"י א"פ אינו חייב רק אם תובע טוען פרי אכל בתובע טוענו שמא אינו חייב אף בא"י א"פ א"כ בשומר שמסר לשומר דגם המפקיד אינו טוענו בכרי שפשע א"כ לא שייך בזה לחיבו משום א"י א"פ וכן הקשה המל"מ פ"ד הל' שאלה הל' א' ויש לומר דשאני היכא דשמא דהתובע הוא אינו שמא גרוע משום דלא ה"ל למידע ע"כ בכה"ג אף בתובעו שמא מחייבין לו משום חזקת חיוב לבד וכמש"כ הקצה"ח שם.

אף גם זה אינו ברור ולכן נראה לי לומר בטעמם ע"פ מה דקיי"ל דנאנסו לא שכיח פמבואר בב"ב דף ע' ובח"מ סי' ק"ח וכו' הש"ף בסי' קכ"א ס"ק ס"א דגם גניבה ואבידה לא שכיח ועיין בכללי מגו להש"ף ס"ק כ"ב מה שהעיר מהא דר"פ המפקיד ולפ"ז י"ל דלכן פתבו לחייב בשומר שמסר לשומר משום א"י א"פ אף בתובע טוען שמא משום דהא יש בזה רובא המסייע להתובע דע"פ רוב לא שכיח אונסין וכן גניבה ואבידה ואף דקיי"ל אין הולכין במזון אחר הרוב מ"מ הא מציינו בכתובות ד' ט"ז ע"א דאמרו דכיון

דרוב נשים בתולות ניסות ה"ל כמו ברי ושמא ואף דבמסקנא אמרו שם דה"ל התם כמו ברי וברי שאני התם דהך רוב נשים בתולות ניסות לא ה"ל רוב מעליא משום דרוב הנסיסת בתולה יש לה קול כו' אבל היכא דה"ל רוב מעליא שפיר יש לדון דע"י הרוב ה"ל טענת התובע כמו ברי ושמא ולכן היכא דה"ל חזקת חיוב כמו דס"ל לשיטת כמה פוסקים דבכל שומרים ה"ל חזקת חיוב ע"כ שפיר כתבו לחייבו בשומר שמסר לשומר משום דה"ל פועין א"י א"פ משום דרוב אין בהם אונסין וכן גניבה ואבידה וכש"כ לשיטת הבעה"מ דס"ל ברפ"ב דכתובות דכל רוב וחזקה מוציא מן המוחזק ודאי א"ש רק י"ל דגם טעם של בעה"מ הוא ע"פ הסברא שכתבתי דרוב משוי לטענת התובע כמו מעלת ברי ושמא [וכן בשואל ומסר לשלוחו וספק אי מתה מחמת מלאכה דהא מתה מחמת מלאכה לא שכיח פלל כמש"כ הש"ך בכללי מיגו ס"ק כ"ב] וכן יש לדון בזה אף ע"פ שיטת הרמב"ן במלחמות שם וכמש"כ התוס' בכתובות דף ט"ז ד"ה פיון דרוב כו' ובמק"א הארכתי בכ"ז ואכ"מ: ושיטת הסוברים בחיוב שומר שמסר לשומר דזהו משום מחויב שבועה ואיל"מ ולא משום א"י א"פ משום דס"ל דאין זה מקרי בשם חזקת חיוב כמבואר שם אבל רבא ודאי מקרי ע"פ מש"כ דנאנסו לא שכיח וכן גניבה ואבידה ולפ"ז יש לדון מילתא חדתא דדוקא כל מחויב שבועה ואיל"מ דאין שם רבא המסייע להתובע בזה שפיר י"ל דאין אנו דנין בזה לחייבו שד"א על השאר משום הא דר"ח דכיון דלא שייך בכזה חיוב קנס וכן חיוב מיתה ע"כ פיון דלא שייך ביה הקו"ח דר"ח לכן אינו מחייבו שד"א על השאר אבל כמה שאנו מחייבין לו בשומר שמסר לשומר משום מחויב שבועה ואיל"מ דאף דחיוב זה לא שייך בקנס פנ"ל.

משום דליכא שבועה בקנס וכן הא אין הולכין בממון אחר הרוב משום דחזקת ממון אלים לן טובא מ"מ יש לנו מקום לחייבו שד"א על השאר דהא פיון דיש בזה רבא דלא שכיח אונסין וכן גניבה והא קיי"ל דבדיני נפשות אזלינן בתר רבא כמבואר בסנהדרין דף ס"ט ועיין בתשובת רע"א סי' ק"ז] ובתוס' סנהדרין דף ג' ע"ב ד"ה דיני ממונות כו' ועיין בשב שמתתא שמעתא ד' פ"ח ואכמ"ל א"כ לפ"ז שייך הך ילפותא דיליף ר"ח בקו"ח על העדאת עדים לחייבו שד"א ג"כ היכא דיש בזה מחויב שבועה ואיל"מ בצירוף הרוב והוא דהא עיקרו מה דיליף ר"ח בקו"ח מן פיו הוא פן דמה פיו שאין מחייבו קנס מחייבו שבועה כו' הפנונה הוא פן דהא חזינו דמה דנתחייב ע"י הודאתו אין זה חיוב אלים כ"כ דהא חזינו דאינו מחייבו בקנס ע"י פיו ומ"מ מחייבו שבועה כש"כ עדים שמשחייבין קנס ואליםא חיוב דילהו כש"כ שישחייבו לו שד"א: ולפ"ז יש לומר ג"כ להך קו"ח הלז להיכא דהוי מחויב שבועה ואיל"מ בצירוף רבא דהא ביה חיוב ממון שאנו מחייבין לו ע"י זה הוא ג"כ חיוב אלימא טפי מן פיו דהא באמת יש לנו בזה גם רבא המבררת לנו לאמת הענין דהדין הוא עם התובע ומה דנתברר לנו ע"י מעלת הרוב הא זהו מהני גם לחייבו מיתה פנ"ל רק בממון דחזקת ממוןא אלימא טפי אין לנו פח לדון להוציא ממון ע"י סמך הרוב אבל היכא דהוי מתוך שאיל"מ דבזה גזרה התורה דלא אלימא לן בכזה לחזקת ממוןא ומוציאין מהמוחזק ע"י מה דהוי מחויב שבועה ואינ"מ ממילא נתברר לנו הך חיובא טפי משום אנו סהדי דיש לנו לברר ע"י מעלת הרוב דזהו חשוב ג"כ לחייבו מיתה ע"פ הרוב ע"כ שפיר יש לנו לחייבו שד"א על השאר ע"י מה דהוי מחויב שבועה ואיל"מ בצירוף מעלת הרוב משום דאף דלא שייך בזה הקו"ח מחייב

קנס עכ"ז שנייה בזה הילפותא מן חיוב מיתה דמה פיו שאין מחייבו מיתה ולא אלים פיו לחייבו מיתה מ"מ מחייבו שבועה.

הנה הך מחויב שבועה ואיל"מ בצירוף הרוב המסייע לו דמה דאנו מחייבין לו על ידי זה להחמשים וזו היא חיוב אלים ומבנרר היטב לנו דהא כה"ג אנו מחייבין מיתה ג"כ משום הרוב לבד א"כ כש"כ דיש לנו פת לחייבו שד"א על השאָר משום חיוב זה דהוי כמו העדאת עדים דר"ח ולכן שפיר פתבו הקא הטור וש"ע והש"ך לחייבו שד"א ע"י מה דהוי מחויב שבועה ואיל"מ על דינר השלישי דחייב שד"א על דינר הרביעי משום דהוי זה חשוב ג"כ כמו כל העדאת עדים דר"ח ובעדות מיוחדת יש לנו לחייבו שד"א על השאָר משום דאף דלא מהני זה בחיוב מיתה מ"מ שנייה בזה הקו"ח מן חיוב קנס כמש"כ הקצה"ח בסי' ל' והיכא דהוי מחויב שבועה ואיל"מ בצירוף רובא דאף דזה לא מהני בחיוב קנס מ"מ הא מהני זה לחייבו מיתה משום רובא לבד ע"כ שנייה בכזה הילפותא מן חיוב מיתה פנ"ל אכל היכא דליכא רובא לסייע להתובע רק דאנו מחייבין לו משום מחויב שבועה ואיל"מ לבד בזה אין אנו מחייבין לו שד"א על השאָר כמו דמבואר בסי' שס"ד וסי' פ"ז ובודאי אין לחלק דשאני היכא כא דלא נתחייב ע"פ דין מחויב שבועה ואיל"מ מצד טענתו אלא ע"י העד הבא לאח"ז משא"כ היכא דנתחייב מתוך טענתו כמו בשומר שמסר לשומר דמיד דבא לב"ד דנסתפק אי נגנב או נאנסו דחייב משום מחויב שבועה ואיל"מ מיד דז"א דמ"ש הא עיקר החיוב הוי הפל משום מחויב שבועה ואיל"מ וגם הא מבואר בתוס' ב"ב ד' ל"ד ד"ה הוי מחויב שבועה כו' דיש מקום לומר דהך מחויב שבועה ואיל"מ דנסכא דר' אבא הוא אלימא ביותר מכל מחויב שבועה ואיל"מ ועיין בש"ך סי' ע"ה ס"ק מ"ג: וע"כ העיקר כמש"כ והנה בחידושי לס"י פ"ז סעי' ה' פתבתי להעיר בסתירת דברי השו"ע הנ"ל והעליתי שם בקצרה לחלק דשאני היכא דהוי רובא בצירוף למה דהוי מחויב שבועה ואיל"מ דהוי זה כמו אנו סהדי אף להרמב"ם והשו"ע בסי' שס"ד והוי זה כמו בא"י א"פ דכתב הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י"ג דכיון דהב"ד מחייבין לו עי"ז הוי זה כמו אנו סהדי וכמו העדאת עדים דר"ח לחייבו שד"א על המותר וה"ה היכא דהוי רובא לצרפו משום דהרוב מבנרר לנו עיקר הענין והארכתי שם בזה אכן לפי מש"כ כעת אתי שפיר בעז"ה להסביר כל זה על נכון: ולפ"ז יש לדון במש"כ הש"ך הקא בס"ק כ"ז דהא דנקטו התם דטוען דנאנסו מיד לוי בטענת שפא דה"ה נגנב ונאבד לשיטת הי"א דמלנה על המשכון ה"ל ש"ח אכן לפמש"כ יש לומר דלכ"ע נקטו דוקא נאנסו משום דלא שכיחא משא"כ נגנבו ונאבדו דשכיח וכמש"כ הכנה"ג והובא בתומים סי' ק"ח ס"ק ה' דכתב בשם מחברים דגניבה נאבדה שכיח ודוקא אנוס לא שכיח לפ"ז י"ל דוקא נאנסו דה"ל רובא דלא שכיח ע"כ על ידי צירוף למה דהוי מחויב שבועה ואיל"מ בזה שפיר אנו דנין דנהו כמו העדאת עדים דר"ח אכל נגנב ונאבד כיון דשכיחא וליכא רובא בזה ועיקר חיובו הוא רק משום מחויב שבועה ואיל"מ לבד ע"כ אין זה מחייבו שד"א על השאָר דזה דומה להא דסי' שס"ד הנ"ל ואפשר לומר דהש"ך לשיטתו דכתב בסי' קכ"א ס"ק ס"א דגניבה נאבדה ג"כ לא שכיח כדמשמע ר"פ המפקיד ע"ש.

ע"כ שפיר פתב הש"ך הקא דה"ה בטענת נגנבו כו' היוצא לנו דין מחודש דאף דבמה דהוי מחויב שבועה ואיל"מ לא הוי כמו העדאת עדים דר"ח עכ"ז היכא דרובא מסייעו

להתובע דָּהוּ חָשׁוּב כְּמוֹ הַעֲדָאת עֲדִים דר"ח לְחַיְיבוּ שד"א על השָׂאָר וְגַם לְמַדְנוּ מִן דְּבָרֵי הַשּׁו"ע דְּכָתְבוּ לְהַדְיָא דְשׁוֹמֵר שְׁמֵסֵר לְשׁוֹמֵר חַיִּיב מִשׁוּם אֵיל"מ דְּכָל שׁוֹמֵר שְׁמֵסֵר לְשׁוֹמֵר חַיִּיב מִשׁוּם מְחַוֵּיב שְׁבוּעָה כּו' וְלֹא מִשׁוּם א"י א"פ: (טז) (שָׁם סְעִיף ל') שְׁ"ף (ס"ק קל"ג) וְנִפְטֵר שְׁמַעוֹן אֲבָל אֵין רְאוּבוֹן חַיִּיב לְשַׁלֵּם מֵה שְׁלֹנָה ע"פ שְׁבוּעַת לְוֵי כּו' בֵּינָן שְׁאֵין שְׁמַעוֹן טוֹעֵן בְּרֵי כ"כ הַב"ח כּו' וְגַם ע"פ שְׁבוּעַת לְוֵי צ"ע דִּיל דְּחַיִּיב רְאוּבוֹן לְשַׁלֵּם כּו' וְהָאו"ת ס"ק קי"ט בְּאוּרִים פֶּתַח דְּכִינּוֹן דְּשְׁמַעוֹן נִפְטֵר מִשְׁמִירַת הַמְּשָׁכּוֹן מִמִּילָא חַיִּיב רְאוּבוֹן לְשַׁלֵּם כָּל מֵה שְׁהִלְוֵהוּ וְלִרְב פְּשִׁיטָתוֹ לֹא פִתְבוּ הַשּׁו"ע כּו' וְלֹא יִדְעָתִי מֵה קִצַּת מְקוֹם סִפְק הֵיזָה לְש"ף בְּזָה דְּכָתַב צ"ע עכ"ל: עֲנָף א וְלַעֲנֵנ"ד נִרְאָה לְהִיפָךְ וְהַעֲיָקֵר כְּהַב"ח דְּכִינּוֹן דְּאֵין שְׁמַעוֹן טוֹעֵן בְּרֵי לִי שְׁנֶאֱנַס ע"כ אֵינוּ יְכוּל לְהוֹצִיא מִן הַלְוָה דְּהָא לְעִיל סְעִי"ד אֲמָרוּ אִם הַמְּלָנָה טוֹעֵן שְׁנֶאֱבַד בְּאֶנְס וְתוֹבַע דְּמִי חוּבוֹ יִשְׁבַּע הַמְּלָנָה כּו' וְגוֹבָה חוּבוֹ מֵהַלְוָה שְׁהָרִי אֵין הַלְוָה יוֹדֵעַ וְה"ל פְּהַלְוִיתָנִי וְא"י אִם הִחְזַרְתִּי לָךְ וְכ"כ הַטּוֹר שָׁם אֲלָמָא דְּעֵיָקֵר חַיִּיב הַלְוָה אִם הַמְּלָנָה טוֹעֵן שְׁנֶאֱנַס הֵוֵי מִשׁוּם א"י א"פ וְהָא מוֹכַח לְקַמָּן סִי"ע"ה בְּש"ף ס"ק ל"ה דס"ל דְּבִטּוֹעֵנוּ בְּסִפְק ע"פ הַעֲד לֹא הֵוֵי כְּמוֹ בְּרֵי לְחַיִּיב הַלְוָה מִשׁוּם א"י א"פ מִשׁוּם דְּבַעֲיָנָן בְּזָה דְּנֻקָא בְּרֵי ע"פ בע"ד דְּנֻקָא וְכֵן מוֹכַח בְּתוֹס' פְּתוּבוֹת ד' י"ב ע"ב ד"ה רַב הוֹנָא כּו' דְּכָתְבוּ דְּמֵאן דְּאֵית לֵיהּ בְּרֵי וְשָׁמָּא בְּרֵי עֲדִיף דִּיפְרָשׁ לְהַךְ שְׁבוּעַת ד' כּו' דְּמֵיָרִי דְּתוֹבַע ע"פ הַעֲד כּו' אֲלָמָא דְּהַבְּרֵי ע"פ אַחַר לֹא מְקָרִי בְּרֵי לְהוֹצִיא מִמּוֹן וְכ"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּבוֹת ד' ע"ו ע"א ד"ה רִישָׁא מְנָה לְאַבָּא בִּינְדָה כּו' דְּכָתַב רַבִּינוּ יִצְחָק לְפָרֵשׁ הַפְּנוּנָה ע"פ הָא דב"ב ד' קל"ה דְּאֲמָרוּ שֶׁא"ה דְּכַמְנָה לְאַחַר בִּינְדָה דְּהַבְּרֵי ע"פ אַחַר לֹא הֵוֵי נִחְשָׁב לְבָרִי וּבְמִק"א פְּתַבְתִּי לְבָאָר בְּאַרְנוֹפָה דְּאָף דְּמִשְׁמַע בב"ב שָׁם דְּרָבָא לֹא מְחַלֵּק בֵּין בְּרֵי שְׁלַב ע"ד וּבֵין בְּרֵי שְׁלַב אַחַר רַק אַבְיֵי מְחַלֵּק בְּזָה וְאַבְיֵי וְרָבָא הִלְכָה כְּרָבָא עכ"ז הָא הַעֲיָקֵר הוּא דְּגֵרְסִינָן שָׁם בב"ב רַבָּה וְכַמְש"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין ד' כ"ו ד"ה הִתָּם כּו' וְהָרֵא"ש בב"מ פ"א ס' מ"ט ע"ש: וְכֵן יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִן שְׁבוּעוֹת ד' מ"ו ע"ב דְּאֲמַר רַבָּא אִפִּי שׁוֹמֵר נִשְׁבָּע כּו' בְּעֵי ר"פ שְׁכִירוֹ וְלִקְיִטוֹ מֵהוּ וְהִנֵּה הָא דְּשׁוֹמֵר נִשְׁבָּע וְנוֹטֵל הַבַּעֲה"ב ע"פ שְׁבוּעָתוֹ הָא זָה הֵוֵי כְּמוֹ בְּרֵי שְׁלַב הַבַּע"ד לְפִי דְּהַשּׁוֹמֵר הֵוֵי כְּמוֹ הַבַּע"ד עַל הַחֲפֵץ שְׁהֵיזָה בְּשִׁמְרֵיהּ אֲצִלוּ וְכַדְמַצִּינוּ בב"ק ד' ק"ח ע"ב תְּבַעוּ שׁוֹמֵר וְהוֹדָה כּו' אִם בְּאֲמַת נִשְׁבָּע נִפְטֵר הַגָּנֵב בְּהוֹדָאת שׁוֹמֵר וְכַפְּלֵי רִש"י דְּתַבִּיעָתוֹ תַּבִּיעָה כּו' וְכַמְש"כ הַסְּמ"ע סִי"ע"כ ס"ק ס"א בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הָרֵא"ש דְּרְאוּבוֹן תוֹבַע הַפְּקִיד וְהַפְּקִיד תוֹבַע לְשְׁמַעוֹן.

ע"כ שְׁפִיר אֲמָרוּ דְּהַשּׁוֹמֵר נִשְׁבָּע וְע"פ טַעֲנָתוֹ נוֹטֵל הַגָּזֵל מִן הַגָּזֵל וְאֲשַׁתּוֹ שְׁל שׁוֹמֵר דְּהֵוֵי כְּגוֹפוֹ ע"כ נִחְשָׁבַת כְּמוֹ טַעֲנַת הַשּׁוֹמֵר אֲבָל בְּרֵי ע"פ שְׁכִירוֹ וְלִקְיִטוֹ בֵּינָן דְּהֵוֵי כְּמוֹ בְּרֵי שְׁלַב אַחַר בְּזָה אֵיבְעֵיָא לְהוֹ אִם נוֹטֵל ע"פ שְׁבוּעָתוֹ דְּאֲפִשְׁר דְּגַם בְּזָה שְׁיֵיף לֹמֵר לְהַךְ דִּין תְּקַנְתָּ גָּזֵל דֹּאל"כ לֹא שְׁבַקְתָּ חַיִּי דְּעֵיָקֵרוּ נִתְקַן מִשׁוּם זָה אוֹ אֲפִשְׁר דְּבְּזָה מוֹקְמִינָן עַל הַדִּין דְּלֹא מְהַנִּי בְּרֵי שְׁלַב אַחַר אָף דְּהֵוֵי שְׁכִירוֹ וְלִקְיִטוֹ א"כ מוֹכַח מִן רַבָּא עֲצָמוֹ דס"ל לְחַלֵּק בֵּין בְּרֵי שְׁלַב הַבַּע"ד וּבֵין בְּרֵי שְׁלַב הַשּׁוֹמֵר הֵוֵי ג"כ כְּמוֹ בְּרֵי שְׁלַב הַבַּע"ד כְּנ"ל אֲבָל בְּרֵי שְׁלַב אַחַר לֹא מְהַנִּי וְכִינּוֹן דְּמַצִּינוּ לְרַבָּא דס"ל ג"כ לְחַלֵּק בְּזָה אָף דְּנִימָא דְּלֹא חוֹלֵק בְּזָה רַק גַּבִּי תְּקַנְתָּ גָּזֵל דְּהֵוֵי רַק מְדַרְבְּנָן מ"מ הָא חֲזִינָן דס"ל עכ"פ לְחַלֵּק בְּזָה א"כ תְּקַשָּׁה דְּאֵיף מוֹכִיחַ רַבָּא בב"ב ד' קל"ה דְּזֹאת אוֹמְרַת מְנָה לִי בִּינְדָה כּו' וְהָא יֵשׁ לְחַלֵּק כְּמוֹ דְּמַחְלֵק אַבְיֵי שָׁם דְּשִׁאֲנֵי בְּרֵי שְׁלַב אַחַר כּו' בֵּינָן דְּאֵי הוּא ס"ל ג"כ לְחַלֵּק בְּכָזָה עכ"פ וְע"כ מוֹכַח דְּשָׁם בב"ב גְּרָסִינָן רַבָּה דס"ל דְּאֵין לְחַלֵּק בֵּין בְּרֵי שְׁלַב הַבַּע"ד לְבָרִי שְׁלַב אַחַר

אָבֵל רָבָא ס"ל בְּזָה ג"כ פְּסָבְרַת הַחִילּוּק שֶׁל אַבְיֵי וְאַכְמ"ל: וְכִינּוּן דְּנִתְבָּאָר דְּהַבְּרֵי ע"פ אַחַר לֹא הָוֵי בְּרֵי רַק לְתַבְיַעַת גּוּף הַחֶפֶץ ע"פ טַעֲנַת הַשׁוֹמֵר זֶה חָשׁוּב כְּמוֹ בְּרֵי שֶׁל הַבַּע"ד לְפִי דְהַשׁוֹמֵר הָוֵי כְּמוֹ בַּע"ד עַל גּוּף הַחֶפֶץ שֶׁהָיָה בְּשִׁמְרָה ת"י.

וְכַש"כ לְפִי הַמְבּוֹנָאָר בַּב"מ ר"פ הַמְּפָקִיד דְּנִעְשָׂה כְּמוֹ שֶׁאָמַר כְּשֶׁתְּשַׁלְּמֵנִי פְּרָתֵי קְנוֹי לְךָ מְעַכְשָׁיו וְכַמְש"כ מְזָה בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' או"ח ס' א' עֲנָף ב' ע"פ הַרְמ"א בְּתַשׁוּבָה ס' פ"ז יַעו"ש: אִי אֵין אָנוּ צָרִיכִים לְזֶה כָּלֵל דְּהָא אַף הֵיכָא דְלֹא שְׁיָיָה כּוּן ג"כ הָוֵי הַשׁוֹמֵר בַּע"ד עַל גּוּף הַחֶפֶץ שֶׁהָיָה בְּרִשׁוּתוֹ אָבֵל ז"א רַק עַל תְּבִיעַת גּוּף הַחֶפֶץ מִשָּׂא"כ עַל תְּבִיעַת הַחֹב דְּחַיִּיב רְאוּבֵן לְשִׁמְעוֹן מְקַרֵי גַבִּי זֶה לֹוֵי הַשׁוֹמֵר כְּמוֹ בְּרֵי שֶׁל אַחַר דְּהָא אֵין לֹו שׁוּם שְׁיָיְכוּת לְהַחֹב דְּחַיִּיב רְאוּבֵן לְשִׁמְעוֹן וְה"ל אַחַר לְגַבִּי תְּבִיעַת שִׁמְעוֹן מְרָאוּבֵן וְכִינּוּן דְּעֵיקָר הַחֵיּוּב מֵה דְּחַיִּיב הַלְוָה ע"פ טַעֲנַת הַמְּלָנָה דְּנֶאֱמַר הַמְּשַׁכּוֹן ה"ל זֶה מִשׁוּם א"י אִם הַחֲזוּרְתִי כַּמְש"כ הַט"ו פנ"ל א"כ ז"א שְׁיָיָה רַק אִם הַמְּלָנָה טוֹעֵן בְּרֵי שְׁנֶאֱמַר אָבֵל אִם אֵין טוֹעֵן בְּרֵי ע"פ עֲצָמוֹ שְׁנֶאֱמַר רַק ע"פ בְּרֵי שֶׁל לֹוֵי הַשׁוֹמֵר הָא זֶה לֹא הָוֵי חָשׁוּב לַבַּע"ד עֲצָמוֹ ע"כ הָוֵי זֶה כְּמוֹ בְּרֵי שֶׁל אַחַר דְּלֹא מְהַיֵּי לְחַיִּיב הַלְוָה מִשׁוּם א"י א"פ וְלָכֵן הַנְּכוּן עִם הַב"ח בְּזֶה שֶׁכְּתֹב דְּכִינּוּן דָּאֵין שִׁמְעוֹן טוֹעֵן בְּרֵי ע"כ אֵין רְאוּבֵן חַיִּיב לְשֶׁלֵּם: עֲנָף ב' וְאֶפְשָׁר דְּהַש"ף דְּכְתֹב זֶה בַּצ"ע טַעֲמוֹ הוּא דְּהָא הַעֲלָה הַש"ף לְעֵיל ס' ע"ב ס"ק י"ד דְּהָא דְּכְתֹב הַט"ו בְּסַעֲרָף י"ד לְחַיִּיב הַלְוָה מִשׁוּם א"י א"פ דְּמִיָּרֵי בְּדֵאִית לְהַלְוָה מִיָּגוֹ אָבֵל אִם אֵין מִיָּגוֹ לְהַלְוָה נִשְׁבַּע הַמְּלָנָה וְנוֹטֵל אַף הֵיכָא דְלֹא ה"ל כְּמוֹ א"י א"פ וְכ"כ שָׁם ס"ק קכ"ו וְהַנְּתִיבוֹת ס"ק יו"ד בְּיָאָר זֶה הֵיטֵב וְתִי שָׁם לְקוֹשְׁיַת הַאו"ת שֶׁהַכְּרִיעַ עֵיקָר כַּהֲסַמ"ע: מִשׁוּם דְּטַעֲנַת הַלְוָה ה"ל כְּמוֹ יֵשׁ לִי בְּיָדְךָ דְּהָוֵי טַעֲנָה גְרוּעַ וְה"ה בְּטַעֲנַת מְכָרְתָּ דְּהָוֵי טַעֲנָה גְרוּעַ דְּאַחְזוּקֵי בְּגַבִּי כו' וְכֵן טַעֲנַת פְּשַׁעְתָּ הָוֵי טַעֲנָה גְרוּעַ דְּהָא מַה"ט ס"ל לְהַמְחַבֵּר דַּא"צ הַשׁוֹמֵר לִישְׁבַע כְּשֵׁי שְׁעִידִים שְׁנֶאֱמַר שֶׁלֹּא פְּשַׁע כו' ע"כ שֶׁפִּיר כְּתֹב הַש"ף הֵכָא בַּצ"ע דִּי"ל דְּחַיִּיב הַלְוָה לְשֶׁלֵּם אַף דְּלֹא הָוֵי תְּבִיעַת בַּע"ד ע"פ בְּרֵי שֶׁלֹו דַּמ"מ י"ל גַּם בְּזֶה דְּכִינּוּן דְּטַעֲנַת הַלְוָה הָוֵי כְּמוֹ יֵשׁ לִי בְּיָדְךָ דְּהָוֵי טַעֲנָה גְרוּעַ ע"כ אַף דְּהַמְּלָנָה מְסוֹפֵק בְּזֶה ג"כ מ"מ אֵין הַלְוָה יְכוּל לְעַכֵּב ת"י הַחֹב עֲבוּר סְפֵק חוֹב שְׁיֵשׁ לֹו עַל הַמְּלָנָה וְכ"ז לְפִי שְׁיִטַת הַש"ף שָׁם אָבֵל לְפַמְש"כ הַאו"ת לְעֵיל ס' ע"ב ס"ק ט' דְּהַעֲיָקָר כַּהֲסַמ"ע שָׁם וְכֵן הַב"ח ס"ל ג"כ כַּהֲסַמ"ע וְעֵיקָר חֵיּוּב הַלְוָה בְּהָא דְּסַעֲרָף י"ד הָוֵי מִשׁוּם א"י א"פ אָבֵל הֵיכָא דְּלֹא הָוֵי לִיָּה כְּמוֹ א"י א"פ פְּטוּר הַלְוָה וְכֵן הַדְּעַת נֹתְנָת דְּהָא יְכוּל לְעַשׂוֹת מִן סְפֵק חוֹב שְׁיֵשׁ לֹו עַל הַמְּלָנָה שְׁיָהֵי לְפָרְעוֹן עֲבוּר חוֹבוֹ וְהָא אֵינוֹ חַיִּיב בְּמִקּוּם סְפֵק פְּרַעוֹן רַק אִם הַמְּלָנָה תּוֹבַע בְּבָרֵי וְהַלְוָה שָׁמָּא וְע"כ אִם הָוֵי בְּרֵי שֶׁל אַחַר דְּלֹא מְצִינּוֹ לְחַיִּיבוֹ מִשׁוּם א"י א"פ בְּזֶה הַדִּין נֹתֵן דָּאֵין מוֹצִיאֵין מֵהַלְוָה וּמִש"כ הַנְּתִיבוֹת דְּכִינּוּן דְּשְׁיִטַת הַמְּחַבֵּר הוּא דַּא"צ הַשׁוֹמֵר לִישְׁבַע שֶׁלֹּא פְּשַׁע ע"כ הָוֵי זֶה טַעֲנָה גְרוּעַ הָא זֶה הַסְּבָרָא לֹא שְׁיָיָה רַק אִם יֵשׁ עֲדִים שְׁאֵינוֹ בְּרִשׁוּתוֹ אָבֵל אִם צָרִיף לִישְׁבַע שְׁאֵינוֹ בְּרִשׁוּתוֹ דְּזֶהוּ עֵיקָר ש"ש לַכ"ע מִשׁוּם דְּהָוֵי כְּעֵין רְגָלִים לְדַבֵּר דְּהַחֶפֶץ הוּא בְּרִשׁוּתוֹ וּמַה"ט ס"ל לְהַרְאָב"ד דָּאָף עַל שְׁטָרוֹת וְכִינּוּצָא צָרִיף לִישְׁבַע ש"ש שְׁאֵינוֹ בְּרִשׁוּתוֹ וְהוּבָא בְּסִי' ס'וֹ שְׁ"ף ס"ק קכ"ד ע"כ הֵיכָא דְּמְסַפְקָא לָן אוֹלֵי הַחֶפֶץ הוּא בְּרִשׁוּתוֹ וְדָאֵי דְּזֶה לֹא הָוֵי טַעֲנָה גְרוּעַ וְלֹא שְׁיָיָה בְּזֶה סְבָרַת הַנְּתִיבוֹת הַנ"ל לָכֵן בְּהָא דַּנ"ד דְּכְתֹב הַמְּחַבֵּר דִּישְׁבַע לֹוֵי שְׁאֵינוֹ בְּרִשׁוּתוֹ וְשְׁנֶאֱמַר מְמַנּוֹ אֶלְמָא דְּמְסַפְקָא לָן גַּם אוֹלֵי הַחֶפֶץ הוּא בְּרִשׁוּתוֹ ע"כ בְּזֶה הַנְּכוּן עִם הַב"ח דָּאֵין מוֹצִיאֵין מֵהַלְוָה ע"פ שְׁבוּעַת לֹוֵי דְּנָהֵי דְּלֹוֵי הַשׁוֹמֵר נֶאֱמָן לְהִיּוֹת נְפֻטָר אָבֵל הָא אֵינוֹ נֶאֱמָן

להיות נוטל המלנה ע"פ שבוועתו: וכן יש לדון בזה בהא דלעיל סעי' י"ד הנ"ל דמבואר
שם דישיבע המלנה שאינו ברשותו ונאנס וגובה חובו משום דה"ל כא"י כו' דכיון דמייירי
באופן דמסופקים אולי לא נאבד כלל החפץ והוא ברשותו ע"כ לא מציינו לחייב הלנה
רק משום א"י א"פ ולא שייך בכנה סברת הנתיבות הנ"ל שכתב לחייבו משום דהוי
טענה גרוע ובאמת פשט דברי הטור והמחבר שם משמע דאם לא היו מציינו לחייבו
משום א"י א"פ הוא פטור הלנה ואף דהתורה הימניה להמלנה להיות נשבע ונפטור על
דמי המשכון שהיה ת"י וכן הא הימניה הלנה להמלנה דהא שנה המשכון יותר מדמי חובו
כמבואר שם וכמו הא דב"מ ד' ל"ה דלנה מקיים במלנה תומת ישרים תנחם ואפ"ה אם
לא היה הסברא דחייב משום א"י א"פ לא היה חייב הלנה אף דהמלנה נשבע שנאנס א"כ
הא פינו דהמלנה אין לו טענת פרי שלו אף דלוי נשבע שנאנס וגם דרף ראונו להפקיד
פקדונותיו ביד לוי דמ"מ פינו דלא מציינו בזה לחייבו משום א"י א"פ כנ"ל הדין נותן
דאין מוציאין מהלנה ע"פ שבוועת לוי השומר וע"כ העיקר לדינא בזה כהב"ח ודלא
כהאו"ת ובאמת האו"ת סתר שיטתו בזה לפמש"כ: וראיתי בספר שער המשפט בסי'
ע"ב ס"ק כ"ט שהביא לדברי הש"ך בשם הב"ח ומה שנסתפק הש"ך בזה והביא בשם
בעה"ת שער מ"ט ח"ג שכתב להדיא דאם המלוה מסר המשכון לאשתו והיא טוענת שלא
פשעה נשבעת והבעל נוטל ע"פ שבוועת אשתו הרי להדיא דאף דאין הבעל טוען פרי רק
ע"פ פרי של אשתו ג"כ נוטל מהלנה אם תשבע האשה א"כ ה"ה לכל מי שדרף הבעלים
להפקיד אצלו עכ"ל הש"מ ולענ"ד נראה דאין מזה הוכחה לדחות לדברי הב"ח משום
דשאני אשתו בזה מן אחר דהא מציינו בשבוועת ד' מ"ו דאמר רבא אפי' שומר נשבע
אפי' אשתו של שומר נשבעת בעי ר"פ שכירו ולקיטו מאי וכן פסקו בח"מ סי' צ'
וברמב"ם וטור שם אלמא דאף דאחר היה ברור להם דלא מהני טענת פרי שלו אף
דנשבע רק בשכירו ולקיטו איבעיא להו אבל באשתו של שומר היה ברור להם דנוטל
ע"פ שבוועתה דכיון דכבר נתבאר לעיל דהשומר ה"ל בע"ד על גוף החפץ דהיה ת"י
וברשותו ע"כ ממילא ה"ה אשתו של שומר ה"ל כמו טענת הבע"ד עצמו ונוטל ע"פ
שבוועתה אף דהתם אין זה רק מדרבנן משום תקנת נגזל נשבע ונוטל מ"מ דינו של אשתו
כמו הבע"ד ממש לכל דיניו א"כ כש"כ היכא דמהני טענתו להיות נוטל מה"ת ודאי
דמהני ה"ה טענתו ע"י אשתו ואף דיש מקום לומר דשא"ה דזהו גופא הוי מצד התקנה
דאל"כ לא שבתת חיי כו' עכ"ז הא כמו דמציינו שם עכ"פ חילוק בין אשתו לאחר ה"ה
דיש ממילא לחלק פן בנ"ד: לכן אין הכרח מן הבעה"ת לדחות לדברי הב"ח הנ"ל פי יש
לומר דדוקא באשתו של הבע"ד כתב הבעה"ת פן אבל באחר ס"ל ג"כ כמש"כ הב"ח
דאין נוטל ע"פ שבוועת לוי פינו שאין שמעון טוען פרי ובמק"א פתבתי לדון בכ"ז ע"פ
מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ה' די"ל דלכן לא מהני פרי של אחר דזהו
משום דאינו רשאי לסמוך על פרי של אחר פינו דהוא בעצמו אינו יודע יע"ש ע"כ היכא
דמהימן האחר להבע"ד כעין הא דיו"ד סי' קכ"ז ובאה"ע סי' קט"ו וכמו הא דכתנבות ד'
פ"ה דקים לי בגונה כו' בזה י"ל דמהני אף פרי של האחר היכא דמהימן להבע"ד להיות
נוטל ע"פ פרי של האחר וקצרתי בכ"ז לפי דלדינא אין זה ברור כ"כ והעיקר דינא
פדברי הב"ח הנ"ל: (יז) (שם סעי' ל' בהג"ה) ואם פשע לוי ואין לו לשלם חייב שמעון
לשלם לראובן אע"ג שראובן רגיל להפקיד אצל לוי עכ"ל וכתב הסמ"ע בס"ק צ"ו דאף

לדעת הרמב"ן דס"ל בבנו או באשתו הפושעים הם חייבים ולא הבעל כו' מודו בזה דמסרו ללוי דהוא איש אחר לגמרי כו' והש"ך ס"ק קל"ד העלה דלרמב"ם והמחבר ה"ה הקא פטור וכ"כ הבית יוסף.

והט"ז פסק כהסמ"ע: ולפענ"ד נראה להזכיר שלא לחלק ביניהם והוא דבב"מ ד' ל"ו ע"ב אמרי נהרדעי דיקא נמי דקתני או שמסרן לבנו ובתו הקטנים חייב הא לבנו ובתו הגדולים פטור מכלל דלאחרים ל"ש גדולים חייב כו' והתוס' ד"ה דא"כ ליתני קטנים סתמא הקשו לרב כו' ואי נימא פשיטת הסמ"ע והט"ז שחילקו בין בנו ואשתו ובין איש אחר לגמרי דבבנו אף אם נדאי פשעו עכ"ז פטור שומר הראשון לפשיטת הרמב"ם משא"כ במסרן לאחר אף אם רגילים הבעלים להפקיד אצלו ג"כ חייב השומר הראשון אם פשע השומר השני בנודאי א"כ אין שום הוכחה ממאי דלא קתני קטנים סתמא די"ל דאשמעינן התנא זה הדין עצמו דאם מסרן לבניו הגדולים מיפטר בכל גונוני אף דפשעו בנודאי משא"כ באחר אם פשע השני אז חייב שומר הראשון אף אם רגילים הבעלים להפקיד אצלו ומדהזכירו פן בש"ס מוכח פהש"ך דאין לחלק ביניהם ואי נימא פשיטת הרמב"ן דבבנו ואשתו פטור הראשון אף אם נודאי פשעו דלפ"ז ה"ה באחר אם רגילים הבעלים להפקיד אצלו דפטור השומר הראשון וה"ה לרב דס"ל שומר שמסר לשומר פטור משום דהא מסר לכו דעת דאף אם ידוע דהשני פשע והעני ואין לו מה לשלם דמ"מ פטור שומר הראשון משום דמצי אמר גברא אשלמית לך בתריקאי וכמש"כ פן להדיא הר"נ בחי' לב"מ ד' ל"ו ד"ה איתמר שומר שמסר לשומר רב א' פטור וכו' וכ"כ הנקימקי יוסף שם להדיא לפשיטת רב וה"ה לדין אם רגילים הבעלים להפקיד אצל השני וכ"כ השמ"ק שם וע"כ לדין העיקר כמש"כ הש"ך שלא לחלק ביניהם דלרמב"ם וסייעתו דה"ה הקא פטור הראשון אף אם פשע השני בנודאי וכ"כ הר"נ והנ"י בסוגיא דשומר שמסר לשומר דב"מ ד' ל"ו והביאו פן בשם הרמב"ן דאף ברגילים הבעלים להפקיד אצלו אם פשע השני דפטור השומר הראשון ועיין במל"מ פ"ד הל' שאלה הל' ח' שהביא לדברי הסמ"ע והש"ך הנ"ל והארי' בזה ולבסוף הביא לדברי המ"מ בפ"א ה' שכירות והנ"י דאין לחלק ביניהם וע"כ אין מוציאין מהמוחזק וראיתי בנתיבות סי' רצ"א ס"ק כ"ג שכתב על הא דמבואר שם סעי' כ"ד בשומר שמסר לשומר הרגילים להפקיד אצלו דאם אין להשומר השני מה לשלם די"א דפטור הראשון דז"א רק בש"ש וש"ח אבל בשואל שמסר לשואל אחר שרגיל להשאיל לו דחייב הראשון לשלם כשאין להשני לשלם כו' עכ"ל והנה מן התוס' ב"ק ד' ק"ד ע"א ד"ה הכי קא"ל אינש מהימנא הוא כו' מוכח דס"ל שלא לחלק פן דהא הקשו שם בתימא אמאי חייב הוא מן הדין באחריות אונס הדרה ונהא אין יכול לומר אין רצוני שיהא פקדוני בינד אחר פיון דתפיס לי באינש מהימנא כו' עכ"ל התוס' ונהא להנתיבות דס"ל דהיכא דחייב באונסין לא שני' דה דינא דיהא פטור במסר למי שרגילים הבעלים להפקיד אצלו א"כ הא התם בב"ק דמירי בגזלן ובשואל דחייבין באונסין א"כ לדברי הנתיבות אין התחלה כלל לקושיות התוס' ומדהקשו פן והוכרחו לתרץ בגונוני אחרוני מוכח דאין לחלק בזה בין שואל ובין ש"ש וש"ח אף עיקר דברי התוס' הנ"ל צריכים ביאור דהא ש"ש שמסר לש"ח אף ברגילים להפקיד אצלו דחייב גניבה שאין חייב השני דזה מןטל על הראשון בגרועי גרועי לשמירתו כמבואר בכ"ד א"כ התם אף דה"ל אינש מהימנא להבעלים מ"מ הא

אינו אלא ש"ח ולכן כל חיוב גניבה ואונסין מוטל רק על הראשון וא"ש מה דחייב הראשון באחריות אונסין וע"כ קושיותם צריף ביאור ובאמת פן ראיתי בחידושי הרשב"א לב"ק ד' ק"ד שפתיב פן לתרץ קושיות התוס' הג"ל ע"פ מה שפתיבתי ות"ל שפוננתי לדבריו והש"ף בסי' ככ"א ס"ק י"א הביא לדברי התוס' הג"ל ולא העיר בכל מש"כ ולדברי הרשב"א הג"ל וגם מן הש"ף שם משמע דלא פהנתיבות בסי' רצ"א הג"ל דהא קאי שם על הלנה דחייב באונסין וראיתי להנתיבות בסי' ככ"א ס"ק ה' שפתיב דט"ס הלנה וצ"ל הנפקד כו' ואזיל לשיטתו בסי' רצ"א הג"ל ובאמת יש לדון בזה טובא ואכמ"ל: (יח) (שם סעי' ל"ב) אם הוא מסופק אם נאבדו המשכונות מקודם שפאו המעות ליד לוי הלנה אין מוציאין המעות מיד לוי: ענף א והקצה"ה הקשה דכיון דקיי"ל זה גובה וזה גובה וטענת יש לי בידך הוי טענה גרוע ואינו נאמן רק במיגו וכיון דטוען הלנה ספק ליפא מיגו והוי המלנה פאינו יודע אם נתחייבתי ותי' הקצה"ח דמש"ה אין מוציאין מהלנה לפי דהוי דררא דממונא ובזה מהני תפיסה כו' עכ"ל ועיין בנתיבות שהשיג עליו וכן יש לדון לשיטת הרמ"א דס"ל בכ"מ דספיקא דדינא לא מועיל תפיסה וה"ה בדררא דממונא כמש"כ הקצה"ח סי' רכ"ג.

א"כ לא אתי שפיר תירוצו של הקצה"ח לשיטת הרמ"א אכן יש לחלק דהיא דתפיס ברשות כמו הכא ע"כ אף הרמ"א מודה דמהני תפיסתו אף בטוען שפא ולענ"ד נראה לתרץ קושיות הקצה"ח ע"פ המבואר בס"פ המדיר ובח"מ סי' רכ"ד וסי' רל"ב סעי' י"א דכל הנולד ספק ברשותו עליו להביא רא' ואף אם לא נתן הדמים מוציאין ממנו והנה בסי' רכ"ד הג"ל העליתי בקונטרסי באריכות להכריע פהנתיבות שם בחידושים ס"ק ב' דל"ד פשמת דה"ה בנאבד נמי דינא הכי דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו להביא רא' והבאתי הרבה ראיות לזה ודלא כהקצה"ח שם והוכחתי לדינא בספק נגנב מקודם מכירה דלא מבטלינו להקנין ותייב הלוקח לשלם דמי המכירה: והתוס' בחולין ד' נ"א ובגדה ד' ג"ח פתבו דבספק אי נולד הפתם מקודם השאלה ופטור לכבסו או אח"כ ותייב לכבסו דגם בזה שייך לדון הפלל דכל הנולד ספק ברשותו אלא דחילקו דשאני שאלה ממכירה בזה דהא אף בעת שהוא שאל אצל אחר עומד החפץ ברשות בעלים הראשונים וע"כ לא שייך בזה דברשות שואלה נמצאת ולא ברשות בעלת חלוק ועוד דדוקא לקיים המכירה אמרינו הכי כו' ואין לנו לבטל המעשה הזה כו' כמש"כ התוס' בחולין [נדברי התוס' בגדה בת' הב' הוא צע"ג] א"כ כל זה לא שייך רק בחפץ השאול משום דהא אף בעת שהוא שאל עומד החפץ ברשות בעליו וכדקיי"ל דאף חפץ השאול או שכור מקרי ברשות הבעלים ויכולים בעליו להקדישו ולמכרו כמבואר בסי' רי"א ובקצה"ח שם וע"כ לא שייך בשאלה לדון להך פללא דכל הנולד ספק ברשותו עליו להביא רא' דעיקרו הוא משום דאין מחזיקין מרשות לרשות וכיון דהוא עדיין ברשות המשאיל לענין הקנאה לאחר וכה"ג ע"כ לא דיינינו בזה להפלל הג"ל אבל בבע"ח דקונה משכון דאי נימא דקני המשכון מצד דרחמנא אקני לי' ואף בשעת הלנואתו ס"ל לכמה ראשונים דקני משכון ואף הש"ף ריש סי' ע"ב ס"ל דקני לכמה מילי ע"ש א"כ אין המשכון עומד ברשות בעליו וכמבואר במרדכי ב"ב ס"פ המוכר את הספינה דמה שנגד החוב אינו יכול להקדיש המשכון שביד חבירו ועל המותר ממה שנגד החוב הוא פלוגתא הפוסקים ביו"ד סי' רנ"ח ובח"מ סי' רי"א: ובחידושי לח"מ סי' רי"א העליתי לחלק בין משכון מטלטלי

למשפנתא מקרקעי בזה והבאתי שם דברי ההפלאה והפ"י בכתובות ד' נ"ט על תוס' ד"ה שדה זו שמשפנתי כו' שהקשו על התוס' שם שהקשו עלה דמשמע שם דבעודה ממשפנת אינו יכול להקדיש מהא דב"מ ד' ע"ג דרב מרי משפן לי א"י האי ביתא אגיל זבגני לרבא כו' והקשו הא יש לחלק דשאני התם פמבואר בפסחים ד' ל"א דלא קני משפון כו' וע"ש ובאמת אין זה קשה כלל לפמש"כ התוס' בב"מ ד' ס"ז ע"ב ד"ה ושביעית משמטתו כו' דשאני מטלטלי דקני משפון כו' אבל קרקע לא עכ"ל והתם בכתובות ד' נ"ט הא מייירי בשדה דלא קני כלל להמשפון ושפיר הקשו התוס' ואחר פתבי זה מצאתי בפני יהושע לק"א לכתובות ד' נ"ט שהרגיש בזה ועפ"ז פתבתי במש"כ הרמ"א ביו"ד סי' רנ"ח סעיף זי"ן בשם המרדכי בזה"ל אם יש לו משפון ביד חבירו אינו יכול להקדיש כו' דלשון ביד חבירו אתי למעוטי לא"י כמש"כ התוס' שבת ד' ק"נ ע"א ד"ה אומר אדם לחבירו כו' משום דכיון דלא קני משפון ע"כ מהני הקדישו לגוף החפץ אף למה שנגד החוב אם פדאו מהמלנה אף היכא דקני משפון אז לא חל הקדישו מה שנגד החוב דהוי כמו דאינו ברשותו והארבתי בכ"ז במק"א ואכ"מ: נחזור לענינו דכיון דמשפון מקרי אינו ברשותו דהבעלים הראשונים ויצא מרשותו ע"כ שפיר יש לדון במשפון להכליל דכל שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה וגם לתי' הב' דכתבו התוס' בחולין דדוקא לקיים המכר אמרינו הכי ולא מבטלין למעשה הקני' כו' זה שייך ג"כ במשפון אם נולד ספק שמא נגב מקודם דקני להמשפון ואז לא הוי קנין כלל או לאחר דקני להמשפון והוי קני' גמורה וכמש"כ המחנה אפרים הל' זכ"י מהפקר סי' ט' דהא דבע"ח קני משפון הוי קני' גמורה וכמש"כ רש"י פסחים ד' ל"א ע"ש: ע"כ שפיר יש לדון בזה ג"כ דאין מבטלין מעשה הקני' ואין מחזיקין מרשות לרשות כיון דבע"ח קני משפון דינו בזה כמו כל קניות חפצים וע"כ שפיר פסקו בשו"ע דאם מסופקין אם נגב המשפון מקודם הלואה המעות דאין מוציאין המעות מהלנה משום דכלל דכל הנולד ספק ברשותו שייך ג"כ בזה ומחזיקין דנאבד אחר דקני להמשפון אלא היכא דטען המלנה ברי דנאבד מקודם דבאו המעות להלנה אז חייב הלנה לשלם להמלנה פמבואר שם משום דכבר ביארתי במק"א דהיכא דהבע"ד טוען ברי לא דיינינו בזה להכליל דכל הנולד ספק ברשותו וכמש"כ ג"כ הפני יהושע לקדושין ד' ע"ט: אכן לשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' רכ"ד דכתבו דהוה פללא דהמחליף פרה כו' וכאן נמצא פאן הנה לא שייך אלא אם מת החמור ברשות הלוקח דהוי רשות אחר אבל היכא דמת באותו הרשות דמתחלה לא שייך כלל זה א"כ נסתר כל מש"כ לדון בכ"ז משום פאן נמצא כו' דהא הכא הנה נתינת המשפון מקודם שהגיע המעות ליד הלנה דאז נדאי לא קני לי' בתורת בע"ח קני משפון וכיון דלא נתינה החפץ לאח"ז ברשות אחר אלא הפל ברשות א' עומד א"כ לשיטתם לא שייך בזה הפלל דכאן נמצא כו': ועכ"ז שפיר פתבתי כל זה דהא שיטת הרמ"א בסי' רכ"ד פשיטת הרא"ש והטור דס"ל דאף היכא דהוי הפל ברשות אחת ג"כ דיינינו להוה פללא דכאן נמצא כו' ולא מבטלינו למעשה הקני'.

ע"כ א"ש לכל השיטות דהא לשיטת המחבר דס"ל פשיטת הרמב"ם דמהני תפיסה בכל ספיקא דדינא פידוע שיטתם א"כ ה"ה גבי דררא דממונא וכמש"כ הקצה"ח פנ"ל ובגונדאי יפה פסק המחבר ועיקר קושיותי הנה דלמה סתם הרמ"א הכא פהמחבר כיון דשיטתו בכ"ז דלא מהני תפיסה בספיקא א"כ ה"ה בדררא דממונא פנ"ל וע"ז שפיר תירצתי

דְּהָא לְשִׁיטַת הָרַא"שׁ וְהַטּוֹר דַּס"ל דְּלֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּכָל סְפִיקָא עַכ"ז מוֹדוּ בְּזֵה מְטַעַם
אַחַר דְּהָא לְשִׁיטַתְּ דַּס"ל דְּהָא דְּכָאן נִמְצָא כּו' לֹא תְּלִי כְּלָל בְּאַיִנָּה רְשׁוּת פְּמִבְּנֹאָר שִׁיטַתְּ
בְּסִי רַכ"ד בְּהַרְמָ"א שְׁם ע"כ שְׁפִיר סַתָּם הַרְמָ"א בְּזֵה וַא"שׁ לַכ"ע לַכ"א מְטַעַם אַחַר
וּמְתוּרָץ קוֹשְׁיַת הַקְּצֵה"ח: עֲנָף ב וְעַכְשָׁיו נִבְּאָר דְּבְרֵי הַתּוֹס' נִדָּה ד' נ"ח ד"ה וּלְעֲנִן דִּינָא
תְּנִן כּו' דְּהַקְּשׁוּ אַמַּאי דְּקִאָמְרֵי בְּבְרִיָּתָא שְׁם בְּדָקָה חֲלוּקָה וְהַשְׁאִילְתוּ לַחֲבֵרְתָּהּ דְּחֲבֵרְתָּהּ
תּוֹלָה בְּהָ וְאַיִנָּה חֲזִיבַת לְכַבְּסוֹ וְהָא אִי בְּכַתְּבוֹת ד' ע"ו כְּל הַנּוֹלָד סָפֵק בְּרְשׁוּתוֹ עָלְיוֹ
לְהִבִּיא רַאִי וְתִי מְשׁוּם שְׁאַצֵּל הַשְּׁנִי הוּא בְּתוֹרַת שְׁאַלָּה לֹא מְקַרִי נוֹלָד בְּרְשׁוּתוֹ וְעוֹד
תִּיְרָצוּ דִּי"ל דְּהַתָּם קִאָמְר שְׁאֵם יִרְצָה לְהוֹצִיא יְבִיא רַאִי אֲבָל הֵכָא לֹא תַתְּחַיִּיב הָאֲחֵרוֹנָה
לְכַבְּסוֹ עַכ"ל וְתִי הֵב' הוּא תְּמוּהָ דְּהָא מְסַקְנַת הַש"ס בְּכַתְּבוֹת ד' ע"ו דְּמוֹצִיאִין מִהַטְּבַח
דְּמִי הַמְּכִירָה אֶף דְּהִיָּה מְוַחֲזָק א"כ קִשָּׁה אַמַּאי קִאָמְרֵי דְּלֹא תַתְּחַיִּיב לְכַבְּסוֹ וּמְצַאֲתִי בְּסִדְרֵי
טְהָרָה שְׁהַנִּיחַ בַּצ"ע דְּבְרֵי הַתּוֹס' הַנ"ל: וּמְחַמַּת חוֹמֶר הַקּוֹשְׁיָא נִלְע"ד לְבָאָר דְּבְרֵי הַתּוֹס'
שְׁלֹא יִהְיוּ סוֹתְרִים סוּגְיָא מְפִנְרֶשֶׁת כ"כ וְהוּא דְּהָא הַשְּׁמ"ק לְכַתְּבוֹת ד' ע"ו וְהַרִיב"ש
בְּתְּשׁוּבָה סִי שַׁע"ג וּבְחִידוּשָׁיו פִּינְרָשׁוּ דְּעֵיקָר הַטַּעַם דְּכָל הַנּוֹלָד סָפֵק בְּרְשׁוּתוֹ עָלְיוֹ לְהִבִּיא
רַאִי זְהוּ לְפִי שְׁמִסְפֵּק בָּא לְבַטֵּל לְהַקְּנִן שְׁאָנוּ מְוַחֲזָקִים בְּקִיּוּמוֹ כּו' וְכַמְש"כ הַתּוֹס' חוֹלִין
ד' נ"א בְּתִי הָא דְּשְׁם וְכַתְּבוֹ שְׁם דְּמַה"ט א"ש הָא דְּנִדָּה דְּלֹא הִיָּה מְעַשָּׂה הַמְּכִירָה רַק
שְׁאַלָּה דְּזֵה לֹא הָיָה מְעַשָּׂה כ"כ ע"ש אֲבָל הֵכָא בְּנִדָּה דְּלֹא תִיְרָצוּ הַתּוֹס' פֶּן מְשׁוּם דַּס"ל
לְהַתּוֹס' הֵכָא בְּנִדָּה דְּגַם הֵכָא בְּהַשְׁאִילָה חֲלוּקָה כּו' י"ל פֶּן דְּכִינּוֹן דְּהַחֲזוֹק עֲנִן שְׁאַלָּה בְּכָל
הַחֲזִיבִים ע"כ אִין לְבוֹ לְבַטֵּל הַשְׁאַלָּה מְסַפֵּק וְחִיבִי בְּכָל חֲזִיבִי אַחֲרִיּוֹת פְּמוֹ הַתָּם בְּכַתְּבוֹת
דְּכִינּוֹן דְּאִתְּחַזֵּק חֲזִיבִי פְּתוּבָה אוֹ חֲזִיבִי דְּמִי הַמְּכִירָה עַל הַטְּבַח מוֹצִיאִין מִהַחֲזוֹק וְה"ה
בְּהָ דְּהַשְׁאִילָה חֲלוּקָה אֲכַן בְּתִי הֵב' בְּנִדָּה ס"ל לְהַתּוֹס' לְחַלֵּק ע"פ שִׁיטוֹת הָרַאשׁוֹנִים
וְהוּבָא בַח"מ סִי רַצ"א אִי כָּל שׁוֹמֵר מְקַרִי אִינִי יוֹדֵעַ אִם הַחֲזוֹרְתִי אוֹ דְּהוּי כַּא"י א"נ
וְשִׁיטַת הַתּוֹס' הַעֲלָה הַקְּצֵה"ח סִי ש"מ ס"ק ד' בַּמִּשְׁכָּח הַתּוֹס' ב"מ ד' צ"ז דְּאֶף בְּפָרָה א'
שְׁאִינוּ יוֹדֵעַ אִם מִתָּה בְּעֵינֵן שְׁאַלָּה אוֹ בְּעַת שְׁכוּרָה דְּהוּי פְּאִינוּ יוֹדֵעַ אִם נִתְּחַיִּיבְתִי וּבִיאֹר
הַקְּצֵה"ח שְׁם דַּס"ל לְהַתּוֹס' פְּשִׁיטַת הַרִיטְבָ"א דְּהוּבָא בַשְּׁמ"ק לַב"מ ד' צ"ז דְּכָל שׁוֹמֵר
הָיָה כַּא"י א"נ אֶף לְמ"ד דְּנִכְסֵי שׁוֹמֵר מְעִיֵּד מְשִׁיכָה נִשְׁתַּעֲבַד מְשׁוּם דַּכ"ז דְּלֹא נִתְּפָרַר
הַחֲזִיבִי הָיָה בְּחֻזְקַת פְּטוֹר וְרַק כ"ז שְׁאָנוּ דְּנִין עַל הַחֲפֵץ בְּעֵינֵי מְקַרִי חֻזְקַת חֲזִיבָא אֲבָל עַל
מַה שְׁאִינוּ בְּעֵינֵן אִינוּ בְּחֻזְקַת חֲזִיבָא ע"ש: וּלְפ"ז יֵשׁ לְחַלֵּק דְּדוֹקָא בְּטַבַּח שְׁנַתְּחַיִּיב בְּדְּמִי
הַמְּכִירָה בְּעַת שְׁקִנְיָה הַבְּהֵמָה אוֹ הַבְּעַל שְׁנַתְּחַיִּיב בְּהַפְּתוּבָה בְּעַת שְׁפִנְס לְאַשְׁתּוֹ בְּזֵה דְּנִין
לְהַפְּלִל דְּכָל הַנּוֹלָד סָפֵק בְּרְשׁוּתוֹ כּו' מְשׁוּם דְּהוּי פְּמוֹ דְּאִתְּחַזֵּק חֲזִיבָא עָלְיוֹ דְּהָא בְּעַת
שְׁקִנְיָה אוֹ שְׁנִשְׁאָה הַחֲזוֹק אִז לְפִנְיָנו חֻזְקַת חֲזִיבִי עָלְיוֹ בְּמַה שְׁנַתְּחַיִּיב אִז ע"כ אִין אָנוּ
מְבַטְלִין ע"י סָפֵק לְמַה שְׁהַחֲזוֹק לְבוֹ פֶּן פִּינּוֹן דִּישׁ לְתַלּוֹת הַרִיעוּתָא מִצַּד סִיבַת הַרְשׁוּת
שְׁנַמְצָא בּוֹ מְשׁוּם פְּאֵן נִמְצָא כּו' [וּמְצִינוּ בְּכַמָּה פּוֹסְקִים דַּס"ל דְּהִיכָא דְּהוּי פְּאִינוּ יוֹדֵעַ אִם
פְּרַעְתִּי אֶף בְּשִׁנְיָהֶם טוֹעֲנִים שְׁמָא לֹא מְצִי לְטַעוֹן קִים לִי וּמוֹצִיאִין הַמְּמוֹן מִמֶּנּוּ וְכַמְש"כ
הַמְּל"מ פ"א הֵל טוֹעֵן דִּין ט' וּבַקְּצֵה"ח סִי ש"מ סוּף ס"ק ד' בְּשֵׁם הַרַאנ"ח ע"ש וְכ"כ
הַנְּתִיבוֹת סִי ש"מ א"ס"ק ז' בְּשֵׁם הַאוּ"ת דַּא"ע"ג דְּבִשְׁנִיָּהֶם טוֹעֲנִים שְׁמָא פְּטוֹר אֶף בְּסָפֵק
פְּרַעוֹן אֲבָל הִיכָא דְּהוּי דְּרָרָא דְּמְמוֹנָא חֲזִיבִי אֶף בְּסָפֵק פְּרַעוֹן ע"ש וְאִכְמ"ל בַּכ"ז וְה"ה
בַּנ"ד דְּהוּי פְּעִין דְּרָרָא דְּמְמוֹנָא הִיכָא שְׁנּוֹלָד סָפֵק אִם נְטָרְפָה אוֹ נּוֹלָד הַפְּתָם מְעִיקְרָא אוֹ
לֵאח"ז וְכַמוֹ הָא דְּהַמְּחַלִּף פְּרָה בְּחַמּוֹר דַּב"מ ד' ק' דְּהַסְפֵּק אִי יִלְדָה מְקוֹדָם אוֹ אַח"ז דְּהוּי

דָּרָא דְמִמוֹנָא אָבֵל בְּחֵיב שׁוֹמְרִים לְעֵינֵי פִיבּוּס הַפְּתָם דְּעַד עַת שְׁנַמְצָא הַפְּתָם הֵיךְ עוֹמֵד
בְּחֻזְקַת פְּטוּר דְּהָא שֵׁיטַת הַתּוֹס' פּנ"ל דְּכָל שׁוֹמֵר הָיִי כַּא"י א"נ וְהָיִי חֵיב בְּפִיבּוּס הַפְּתָם
עָלְיוּ כְּמוֹ חֵיב חֲדָשׁ ע"כ לֹא דָּנִין בְּזֵה לְהַפְּלִל דְּכָל הַנּוֹלָד סָפֵק בְּרִשְׁוֹתוֹ כּו' מִשּׁוּם דְּכָלֵל
זֶה לֹא שֵׁינָהּ רַק הֵיכָא דְאִתְחַזַּק חֵיב עָלְיוּ וְאָנוּ דָּנִין אִם יָכוֹל לִפְטֹר וְלִצְאָת מִן חֻזְקַת
חֵיב בְּזֵה דָּנִין לְכָלֵל הֵלְזוּ דַּא"י לְהוֹצִיא מִחֻזְקַת חֵיב אָבֵל לְעֵינֵי שֵׁיטַתְחֵיב בְּחֵיב חֲדָשׁ
לְהִבָּא כְּמוֹ לְכַבֵּס הַפְּתָם בְּזֵה לֹא שֵׁינָהּ פְּלֵל הַנְּ"ל דְּאִדְרָבָה בְּחֻזְקַת פְּטוּרָא קָאִי וְעוֹמֵד
וּמוֹקְמִינֵן לִי בְּחֻזְקַת פְּטוּר: וּמָה שֶׁפְּתָבוּ הַתּוֹס' דְּהֵתָם קָאֵמֵר שְׂאָם יִרְצָה לְהוֹצִיא יָבִיא
רַאִי פּוֹנוֹתָם שֵׁיִרְצָה לְהוֹצִיא א"ע מִחֻזְקַת חֵיב שְׁמוֹטְל עָלְיוּ.

דְּהָא לֹא קָאֵמֵרִי שֵׁיִוְצִיא מִחֻבְרֵירוּ רַק לְהוֹצִיא סְתָמָא ע"כ י"ל דְּכּוֹנוֹתָם הוּא לְהוֹצִיא מִחֻזְקַת
חֵיב וְכֵן מִש"כ הַתּוֹס' אָבֵל הֵכָא לֹא הִתְחַיֵּיב הָאֲחֵרוּנָה לְכַבֵּסוּ דְמִשְׁמַע דְּטַעְמָם מִשּׁוּם
דְּהָיִי חֵיב לְהִבָּא וְנִקְטִי לְשׁוֹן תְּתַחֲזִיב דְּזֵהוּ לְשׁוֹן לְהִבָּא וְלֹא נִקְטוּ בְּלִשְׁוֹנָם דְּהֵכָא אֵינָהּ
חֵיבָת לְכַבֵּסוּ אֲלֵא נִקְטוּ בְּלִשְׁוֹן תְּתַחֲזִיב דְּזֵה מוֹרָה דְּכּוֹנוֹתָם דְּכֵינֵן דְּהָיִי חֵיב לְהִבָּא ע"כ
אֵינּוּ חֵיב בְּזֵה מִשּׁוּם דְּקָאִי בְּחֻזְקַת פְּטוּר וַא"ש פּוֹנוֹת הַתּוֹס' שְׂלֵא יְהִי מוֹקְשִׁין כ"כ
וּבְעֵיקָר פֶּל הָעֵינֵי הַנְּ"ל הָאֲרַכְתִּי בְּמַק"א וְכָאֵן לֹא בָּאֵתִי רַק בְּקֶצֶרָה: וְהָא דְכִתְּנִיבּוֹת ד'
ע"ו ע"ב דְּמִקְשָׁה הַגַּמ' עַל הַפְּלִל דְּכָל הַנּוֹלָד סָפֵק בְּרִשְׁוֹתוֹ עָלְיוּ הֵרָאָה מְהָא דְּמַחֲט שְׁנַמְצָא
בְּבֵית הַפּוֹסוֹת כּו' לֹא הֵנְגִלְד פִּי הַמַּפָּה הַמוֹצִיא מִחֻבְרֵירוּ עָלְיוּ הֵרָאָה: וְאִי דְלֹא יְהִיב טַבַּח
דְּמִי בְּעַל הַבְּהֵמָה בְּעֵי לְאֵתוּנֵי רַאִי וּמִפִּיק וְאֵמַאי סְפִיקָא בְּרִשְׁוֹת טַבַּח אִתְּיָלִיד כּו' וּמַאי
פְּסִיקָא כּו' וְלֹא מְשַׁנֵּי דְהַפּוֹנוֹה דְהַמוֹצִיא כּו' הֵינּוּ שְׁמִי שְׁמוֹצִיא מִחֻזְקַת חֵיבָא וְכְמוֹ
שְׁפִירְשֵׁתִי לְכּוֹנוֹת הַתּוֹס' דְּנִגְדָה פּנ"ל דְּזֵה אֵינּוּ דְהָא קְתַנֵּי הֵתָם הַמוֹצִיא מִחֻבְרֵירוּ עָלְיוּ
הֵרָאָה דְּזֵהוּ בְּמִשְׁמַע דְּהַמוֹצִיא מִחֻבְרֵירוּ הַמּוֹחֲזֵק צְרִיף לְהִבָּא רַאִי וְשִׁפִּיר מִקְשָׁה הַגַּמ'
אָבֵל לְשׁוֹן הַתּוֹס' בְּנִגְדָה הוּא שְׂאָם יִרְצָה לְהוֹצִיא יָבִיא רַאִי שְׁפִיר יֵשׁ לְפָרֵשׁ שֵׁיִוְצִיא
מִחֻזְקַת חֵיבָא לְהַפְּטֹר פּנ"ל: וְכֵן מְצָאֵתִי לְהַמְרָדְכִי בְּכִתְּנִיבּוֹת פ' הַמְדִיר דְּכֵתֵב ג"כ כַּמִּש"כ
הַתּוֹס' בְּנִגְדָה בְּתִי הַב' הַנְּ"ל וְשֵׁם פְּתוּב בּוֹה"ל שְׂאָם יִרְצָה הַשְּׁנִי לְהוֹצִיא מִן הֵרָאִישׁוֹן יֵאֵמֵר
הַמּוֹם וְהַטְרִיפּוֹת נוֹלָד בְּרִשְׁוֹתָהּ אָבֵל לְהִתְחַיֵּיב הַב' לֹא מִתּוֹס' נִגְדָה עַכ"ל וּי"ל ג"כ פְּעִין
מִש"כ לְפָרֵשׁ לְהַתּוֹס' נִגְדָה הַנְּ"ל וְלָכֵן קָאֵמֵר בְּלִשְׁוֹן לְהִתְחַיֵּיב בּוֹ דְּזֵה לְשׁוֹן לְהִבָּא וְע"פ
פֶּל מִש"כ יֵשׁ לְתַרְץ לְמָה דְיֵשׁ לְהַקְשׁוֹת בִּיבְמוֹת ד' ס"ה ע"א בְּתוֹס' ד"ה נִשְׂאֵת לְמִי
שְׂאִין לוֹ בְּנִים כּו' דְּכִתְּבוּ דְלַעֲנִין מְמוֹן מוֹדָה ר' דְּלֹא הָיִי חֻזְקָה עַד דְּאִתְחַזַּק ג' זִמְנֵי וְקָשָׁה
מִן הָא דב"מ ד' ק"ו ע"ב דְּפַעַם רֵאשׁוֹנָה וּשְׁנִיָּה זוֹרְעָה וְכַרְבִּי דְּבַתְרֵי זִמְנֵי הָיִי חֻזְקָה
אֲלֵמָא דְאָף בְּמִמוֹן ס"ל לְרַבִּי פִּן אָכֵן לְפִי מָה דְנִתְבָּאֵר יֵשׁ לְחַלֵּק בִּינֵיהֶם וְקִצְרֵתִי בַכ"ז:
(יט) (שָׁם סְעִיף ל"ה) שְׁ"ף (ס"ק קמ"ג) בְּמִשְׁכּוֹן שֵׁת"י יוֹרְשִׁים דָּאִם אֵין טוֹעֲנִין וְדַאי
הַדִּין עִם הַלְוָה דְהַמְלִינָה עַל הַמְשָׁכּוֹן אֵין לוֹ עָלְיוּ רַק שְׁעָבוּד בְּעֲלֵמָא וְאֵינּוּ יָכוֹל לְהוֹצִיא
בְּטַעֲנַת סָפֵק וְכ"כ הַשְּׁ"ף לְקַמֵּן ס"ק קמ"ו וְהַתְּנָמִים חוֹלֵק עַל הַשְּׁ"ף וְהַכְרִיעַ דְּהַעֲיָקָר
כַּהֲסַמ"ע דְאָף בְּטוֹעֲנִים סָפֵק אֵין לְהוֹצִיא מְהָם דַּא"ל"כ לֹא שְׁבַקְתָּ חֵי דְמִי שְׁהֵינִי מְשָׁכְנוֹת
א"צ לְשַׁלֵּם רַק פ"א וְהַנְּתִיבוֹת ס"ק נו"ן כְּתֵב לְתַרְץ קוֹשְׁיָתוֹ וְהוּא דִי"ל דְלַעֲנִין לְהַחֲזִיק
גוּף הַמְשָׁכּוֹן ת"י עַד שֵׁיפְרַע לְהֵם זֶה וְדַאי יָכוֹלִין לְתַפְּנֹס אָבֵל לְעֵינֵי לְגַבּוֹת מְגוּפוֹ שְׁל
מְשָׁכּוֹן זֶה הָיִי כְּמוֹ לְהוֹצִיא וְלֹא מְגַבִּינֵן לְהוֹ מְגוּפוֹ שְׁל חֲפִץ וְכַמִּש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי ע"ב
ס"ק ע"א ע"ש: וְלַדְעָתִי י"ל לְכַאֲוָרָה דְהַנְּכּוֹן עִם הַסַּמ"ע וְהַאו"ת ע"פ מִש"כ בְּסִפְרֵי בָּאֵר
צְחָק ח' ח"מ ס' ב' דְהֵיכָא דַאִין יְכוֹלֵת בְּיָדוֹ לְגַבּוֹת מִן הַחֲפִץ ע"פ גְּבוּבֵינָא דב"ד בְּשׁוּם

אנפן בעולם דאז אינו יכול לעפב הגוף החפץ ת"י משום איסור גזל ולפ"ז י"ל דדוקא היכא דאינו רוצה המלנה לישבע בנק"ח דכתב הר"נ דאינו גובה מגוף החפץ אלא יכול להחזיק החפץ ת"י בשבועת הקיסת כמש"כ הש"ך בשמו בסי' ע"ב ס"ק ע"א הנ"ל התם הא ביד המלנה לישבע ולטול ע"כ לא שייך בזה כלל הנ"ל אבל ביתומים שטוענים שמהא הא לאחר דטענו שמהא בפני הב"ד אין יכולת בידם לזכות ולגבות מן גוף החפץ משום אנפן בעולם כלל ולכן פינו דאין יכולת בידם משום אנפן בעולם לגבות מן גוף החפץ ע"כ הדין נותן דאין יכולין אף לתפוס ולעפב גוף החפץ ת"י משום דהוי איסור גזל וכמו הפלל שכתבתי בספרי שם פנ"ל.

וע"כ תקשה עדיין קושיות התנאים הנ"ל דא"כ מי שהניח משכונות א"צ לשלם כו' וכה"ג פתב הרשב"א בתשובה סי' תתקל"ט ע"ש: והחילוק של הנתיות אינו ברור לפמש"כ בספרי פנ"ל: אף יש לחלק דשאני היכא דשייך לומר ביה דין בע"ח קונה משכון.

ע"כ אף היכא דלא משפחת ביה דין גוביינא דב"ד בשום אנפן מ"מ יכול לתפוס ולהחזיק את החפץ ת"י דלא שייך בזה לומר דהוי באיסור גזל פינו דהא קונה משכון והוי כמו דגוף החפץ הוא שלו ומה"ט אמרו בפסחים גבי חמץ דאם קני משכון לא קעבר על כל יראה ולא אמרינו בזה חמץ מפקיע מידי שעבוד וכמבואר בפסחים ד' ל"א ע"ש משום דהוי כמו קנין קצת להמלנה וכן מציינו גבי קונה משכון בכמה ענינים משום דאין זה בתורת שעבוד בעלמא ע"כ בנ"ד פינו דטוענין להיורש להחזיק גוף החפץ ת"י לכן דוקא לגבות מגוף החפץ בזה לא טענינו להו משום דזה הוי כמו להוציא דלא טענינו אבל להחזיק לגוף החפץ ת"י עד שיפדנו הלנה דזה מקרי כמו להחזיק דטענינו בזה ע"כ שפיר טענינו להו דהיה החפץ בתורת משכון ע"ס רב פפי שיווי החפץ דאינו יכול להוציא גוף החפץ מהם ולא שייך בזה הפלל שכתבתי בספרי פנ"ל דהא בתפס לאח"מ מהיורש דמירי שם בספרי לא שייך בזה לומר בע"ח קני משכון פינו דמת הלנה פבר ע"כ שפיר פתבתי שם וע"כ לדינא י"ל כמש"כ הנתיות דאף לפמש"כ הש"ך מ"מ יכול היורש לתפוס ולהחזיק החפץ ת"י ואין זה סתירה למש"כ בספרי שם ועפ"ז יש לדון במש"כ לעיל בחי' לסי' א' סעיף א': אף לפ"ז יש לדון במש"כ הש"ך לעיל ס"ק ע"ב שכתב בשם הסמ"ע והב"י דכתבו דאפילו מת הלנה ואח"כ מת מלנה נפרעין יתומיו ממה שהוה ח"י ומיהו צריכים היורשים לישבע שלא פקדנו כו' אף בלא טען השבע לי כו' עכ"ל הש"ך וכ"כ הש"ך בסי' ק"ח ס"ק כ"ה ע"ש והא מירי בע"כ באין טוענים פרי בכמה הוא ממושפן ת"י דאם טוענין פרי בכמה הוא ממושפן ת"י הא לא שייך בזה שבועת שלא פקדנו כו' ובנדאי אין לומר דקאי על שבועה בפרעון דהא בחשש פרעון א"צ לישבע א"א טוען אשתבע לי משום דאביהן עצמו לא היה צריך לישבע אלא פשוטען אשתבע לי וכמש"כ הש"ך שם וכן לקמן ס"ק קמ"ו וקשה לפי שיטת הש"ך דבטוענים היורשים שמהא בכמה הוא ממושפן ת"י דאינם גובין מן המשכון אלא יכולים להחזיק ת"י עד שיפרע לו וכמש"כ הנתיות בכוננתו פנ"ל א"כ הא גם אביהם לא היה צריך לישבע בנק"ח פשאנו רוצה ליפרע מהמשכון רק להחזיק כמבואר לעיל בש"ך ס"ק ע"א בשם הר"נ ולא היה צריך רק הקיסת א"כ ממילא פטורים היורשים מן שבועה דלא פקדנו דהא להחזיק פטורים היורשים מן שבועה דלא פקדנו וכדקיי"ל בס"ס ס"ט וכמש"כ הש"ך פאן דלא תקנו שבועת יורשים אלא פשאים להוציא כו' ובאמת הש"ך בס"ק קמ"ו פתב

בוזה"ל דְּצָרִיכִים לְיִשְׁבַע שֶׁהוּא מְמַנְשֵׁן בְּיַד אַבְיָהֶם בְּמֵאָה אַע"פ שֶׁלֹּא טָעַן אֲשֶׁתְּבַע לְפִי מִשׁ"כ בִּס"ק קמ"ג דְּמִיָּרִי בְּטוֹעֲנִים בְּרִי עַכ"ל הַש"ך דְּמִשְׁמַע מְמַנּוּ דָּאִם אֵין טוֹעֲנִים בְּרִי לֹא מִשְׁפַּחַת לְהַשְׁבֹּעָה שֶׁלֹּא פְקֻדְנוּ בְּזֶה וְזֶהוּ בְּאֵמַת כְּשִׁיטְתוֹ וְכַנ"ל אֲבָל לְעֵיל בְּש"ך הַג"ל דְּכַתֵּב דְּגַם בְּסִפְק בְּכִמָּה הוּא מְמַנְשֵׁן יִשְׁבְּעוּ הַיּוֹרְשִׁים שֶׁלֹּא פְקֻדְנוּ וְלִכֵּן אַף בְּלֹא טָעַן אֲשֶׁתְּבַע לִי ג"כ חֲיִיבִים שְׁבֹעָה מִשׁוּם דְּזֶהוּ שְׁבֹעַת הַמִּשְׁפּוֹן א"כ תִּקְוָה דְּלֹא יִצְטָרְכוּ לְיִשְׁבַע אִי גִימָא דְּאִינָם יְכוּלִים לְגַבּוֹת מְגוּפוֹ שֶׁל הַמִּשְׁפּוֹן בְּטוֹעֲנִים שְׁמָא דְּלִפ"ז א"צ שְׁבֹעָה וְכַדִּין כָּל לִפְטֵר דְּאִינָם חֲיִיבִים הַיּוֹרְשִׁים לְיִשְׁבַע הִסָּת כַּדְקִי"ל א"כ מוֹכַח מִמִּש"כ הַש"ך שֶׁם דְּהַעֲיָקֵר לְדִינָא דִּיּוֹרְשִׁים יְכוּלִים לְגַבּוֹת מִן הַמִּשְׁפּוֹן אַף בְּטוֹעֲנִים שְׁמָא וְלִכֵּן פְתִיבוּ דַצ"ש שֶׁלֹּא פְקֻדְנוּ מִשׁוּם דְּזֶה מִקְרִי כְּמוֹ לִטְוֹל וְכַמִּש"כ הַש"ך ס"ק ע"א פֶּן בְּטַעַם שְׁבֹעַת הַגְּאוּנִים עַל הַמִּשְׁפּוֹן א"כ מוֹכַח מְפָל זֶה דְּאַף הַש"ך עֲצָמוּ ס"ל פֶּן לְדִינָא דִּיּוֹרְשִׁים יְכוּלִים לְגַבּוֹת מְגוּפֵי הַחֲפֵץ אַף בְּטוֹעֲנִים שְׁמָא וּבְאֵמַת הַש"ך בִּס"ק קמ"ג כְּתִב בְּלִשׁוֹן דְּלִכְאוּרָה הַדִּין עִם הַלְוָה כּו' וְסִיִּים בַּצ"ע אֲלֵמָא דְּזֶה גּוּפָא לֹא בְּרִירָא לִיהֵ לְהַש"ך.

ע"כ הַעֲיָקֵר לְדִינָא כַּמִּש"כ הַאו"ת דְּאַף בְּטוֹעֲנִים שְׁמָא יְכוּלִים הַיּוֹרְשִׁים לְגַבּוֹת מִן גּוּף הַמִּשְׁפּוֹן: (כ) (שָׁם סְעִיף ל"ח) וַיֵּשׁ מִי שְׁאוּמֵר דַּה"ה לְמַעוֹת שֶׁהַלְוָה כּו' וְנִפְלוּ הַמַּעוֹת כּו' וּמִצָּאֵם כּו' יַחֲזִיר כּו' וְתִמְהוּ כּו' וְהָא מְלוּה לְהוֹצָאָה גִּיתְנָה כּו'.

וּבְסִפְרֵי בְּאַר יִצְחָק ח' י"ד ס' כ"ג עֲנָף זִי"ן פְּתִיבִי לְתַרְץ קוֹשְׁיֵינָם וְהוּא דְּהַיִּשׁ יֵשׁ מִי שְׁאוּמֵר ס"ל כְּשִׁיטְתָה הַרְמַב"ן דְּכַתֵּב דְּאַף מִתְנָה דְּלִיכָא חֲסֵרוֹן כְּסָפָא אֵינָה נִקְנָה בְּמִשְׁיכָה לְמֵאֵן דִּס"ל דְּמִשְׁיכָה אֵינָה קוֹנָה ע"כ י"ל פִּינּוּ דְּמִי שֶׁלְוָה הַמַּעוֹת לֹא בֵר קִנְיָן ע"י מִשְׁיכָה ע"כ ה"ה אַף מַעוֹת הַלְוָאָה בְּעֵינָה ג"כ לֹא קִנְהוּ ע"י מִשְׁיכָה וְלִכֵּן שְׁפִיר כְּתִב דִּיַּחֲזִיר כּו' וְהַאֲרַכְתִּי שָׁם בְּזֶה: (כא) (שָׁם סְעִיף מ"ם) שְׁ"ך (ס"ק קס"ב באה"ד) הִבִּיא בְּשֵׁם הַרְשָׁב"א שְׁכַתֵּב גְּבִי חַיִּיב מְזוֹנוֹת בְּפוֹסֵק לְזוֹן בֵּת אֲשֶׁתּוֹ דַּאֲע"ג דְּחַיִּיב מְזוֹנוֹת נִתְחַיִּיב בְּהֵם כָּל יוֹם בְּיוֹמוֹ מ"מ חַל הַשְׁעָבוּד עָלָיו מִשְׁעָה שְׁקִיבֵל ע"ע הַמְזוֹנוֹת כּו' וְהֵנָּה בַּאֲה"ע ס' צ"ג סְעִיף כ"ב הַנִּיחַ נְשִׁים רַבּוֹת אַע"פ שֶׁנִּשְׁאָאֵן זֹו אַחַר זֹו גִּיזוֹנוֹת בְּשָׁנָה שְׁאִין קְדִימָה בְּמְזוֹנוֹת וְהוּא מִן הַרְמַב"ם פ' י"ח ה"ל אִישׁוֹת ה"ל י"ד.

וְהַרְאָב"ד כְּתִב שָׁם דְּאַף גִּיזוֹנִית מִן הַקְּרַקַע לְפִי שְׁאִין חַיִּיב מְזוֹנוֹת אֲלֵא לְאַח"מ וְה"ל כְּלוּה וְלוּה וְאַח"כ קִנְיָה דִּיַּחֲלוֹקוּ וְעֵינּוּ בַּמ"מ שָׁם וְהוּבָא שָׁם בַּב"ש ס"ק מ"א וְכֵן מְוַכְרַח לְפַמִּש"כ הַמַּחֲבֵר בַּח"מ ס' ק"ד דְּאַף מְלוּה בַּע"פ יֵשׁ לוֹ קְדִימָה לְמַלְוָה הַמְּאֻחֲרַת א"כ ה"ה חֲיִיב מְזוֹנוֹת אֲלֵמָנָה אַף דַּאִין טוֹרֵף מְמַשְׁעָבְדִי מ"מ יִהְיֶה לוֹ קְדִימָה וְאַפ"ה חֲזִינּוּ דַּאִין לְזֶה קְדִימָה וְע"כ הַטַּעַם הוּא כַּנ"ל א"כ זֶה סוֹמֵר לְמִש"כ הַש"ך הֵכָא בְּשֵׁם הַרְשָׁב"א דְּחַיִּיב מְזוֹנוֹת חַל עָלָיו לְמַפְרַע מִן עֵת שְׁנַתְחַיִּיב בְּהֵם אַף יֵשׁ לְחַלֵּק דְּשְׁאֵנֵי חוּב מְזוֹנוֹת בְּמָה שְׁפוֹסֵק ע"ע וּבֵין חוּב מְזוֹנוֹת מַה דְּחֲיִיבוּהוּ חו"ל וְהַדְּבָרִים אַרְנוֹפִין וְקִצְרֵתִי וְעֵינּוּ לְעֵיל בַּח' לְרִישׁ ס' ס"ו בְּבֵית יוֹסֵף: (כב) (שָׁם סְעִיף מ"א) מִשְׁכּוֹנוֹ שֶׁל כּו' וְהַפְקִידוֹ רְאוּבֵן כּו' יֵשׁ לְהַסְתַּמֵּק כּו'.

וְהַש"ך ס"ק קס"ג כְּתִב דַּאִין בְּזֶה סִפְק כָּלֵל וְעֵינּוּ לְקַמֵּן בְּחִזְיוֹשֵׁי לְסִי ע"ג סְעִיף י"ט בְּרִישׁ קוֹנְטְרָסִי שָׁם שְׁבַאֲרֵתִי מְקוֹם הַסִּפְק הַגְּנ"ל עַל נְכוּן ע"פ דְּבָרֵי הַט"ז לְקַמֵּן ס' קפ"ט דְּמְקוֹם שְׁמוֹנָח הַפְּקֻדוֹן יֵשׁ לוֹ דִּין חֲצִירוֹ שֶׁל הַמַּפְקִיד וְכַש"כ לְשִׁיטַת הַמַּחֲבֵר לְקַמֵּן ס' קצ"ב כְּהַרְמַב"ם דְּקַרְקַע נִקְנָה ע"י שְׁמִיּוּשׁ: א"כ ה"ה הֵכָא יֵשׁ מְקוֹם לֹא מֵר דַּע"י שְׁמִיּוּשׁ

שמשמשמש המפקיד ע"י מה דמונח שם חפץ שלו דנקנה בשאלה מקום של הנפקד להמפקיד פסברת הט"ז וע"כ אינו יכול הנפקד לזכות ע"י תצירו פן יש מקום לומר ולהסתפק בזה אכן לדינא העליתי שם דלא פהט"ז בזה וע"כ העיקר כמש"כ הש"ך הכא דזכה בו הנפקד וכבר הוכיח הקצה"ח בסי' קפ"ט מקדושין ד' מ"ז דלא פהט"ז: וכן יש להוכיח מהא דב"ב ד' פ"ה דברשות המןפקדים לא קנה עד שיקבל הנפקד עליו לזכות ע"י תצירו להאחר וכמבואר בסי' קכ"ה ובסי' ר' הרי דלא אמרינן לכללא דרשות הנפקד פרשות המפקיד דאי נימא דהנפקד אינו יכול לזכות לעצמו א"כ מה"ט לא יהיה יכול לזכות לאחר וקצרתי: סימן עג (א) (סעיף ד') אם היה מלנה בשטר או על המשכון וטען המלנה שלא קבע לו זמן או שהיום סוף זמן שקבע ישבע המלנה היסת כו' והש"ך ס"ק יו"ד הקשה דהא במלנה על המשכון חייב שבועה בנק"ח כו': ולענ"ד נראה דשפיר פסקו דאינו חייב רק היסת במלנה על המשכון דהא במה שמחולקים אם לא קבע לו זמן פלל או שהיום סוף זמן שקבע לו והלנה טוען פי קבע לו זמן על זמן המאחר א"כ לפי דברי הלנה הני זה כמו טענת מחילה דקיי"ל דהוי טענה גרוע ואינו נאמן רק ע"י מיגו וה"ה בטענת הלנה דהרויח לו זמן דהוי זה כמו טענת מחילה דמה לי אם טוען מחלת לי עיקר החוב או דמחל לו הזמן דכל זה הוי טענה גרוע דהא אין שיעור לזה וכל מחילה בשווי פרוטה הוי טענה גרוע וע"כ א"צ המלנה לישבע בנק"ח כשטוען דלא הרויח לו הזמן פלל דזהו כמו דטען דלא מחל פלל מעולם והוי טענתו טענה מעולה ביותר מן טענת הלנה ולא שייך להאמין להלנה במיגו דאי הוי כפר לי' עיקר החוב דהיה חייב המלנה שבועה בנק"ח דזה אינו דהא מיגו לחיובי שבועה לא אמרינן כמש"כ הב"ש סי' צ"ו ס"ק ח' וכדמוכח בח"מ סי' פ"ב דבשטר אם טוען טענה שאין השטר עומד לכך פטור המלנה משבועה ולא אמרינן דיהיה מהימן במיגו דהוי טען השבע לי על פרעון: ולכן העיקר כמש"כ המחבר דא"צ המלנה לישבע בנק"ח בטוען פי לא קבע זמן פלל ה וכש"כ לשיטת הסמ"ע בסי' ע"ב ס"ק פ"ז דס"ל דעיקר שבועה בנק"ח אינו רק במחולקים בעיקר הלנואה ואף לפי שיטת הש"ך שם ס"ק קכ"א דחולק על הסמ"ע שם מ"מ י"ל דבנ"ד דהוי כמו טענת מחילה ודמצינו בכמה דוכתי דאינו נאמן ע"פ טענת עצמו וע"כ העיקר לדינא כמש"כ המחבר דאף במלנה על המשכון א"צ לשבע בנק"ח רק סגי בהיסת:] ולכאורה יש להקשות בעיקר דבריהם דבשטר או משכון נאמן המלנה על הזמן דהא במכות ד' ג' אמרו מעידין אנו בפלוני שחייב ע"מ ליתן עד ל' יום כו' ומוקי הש"ס התם במלנה על המשכון ומוסר שטרותיו אלמא דאם נמצאו זוממין אינו נאמן המלנה על הזמ"פ אף דיש לו משכון או שטר אף באמת אינו קשה דהא י"ל דמשפחת לי' באופן דטען המלנה שפא והלנה אומר ברי על הזמ"פ דלא מהני בזה מעלת שטר ומשכון כמבואר בסי' נ"ט ובסי' ע"ב סעיף כ"ד וע"כ בנמצאו זוממין אינו גובה ע"פ טענת ספק וכן י"ל דמיירי בהיה המשכון מדברים העשויים להשאיל ויש לנו עדי ראה דאינו נאמן המלנה כ"ז דאין לו עדים או הגדאת הלנה פיון דאין לו מיגו דלוקחם והתנורתי ונאנסו וכן י"ל דהא דמוסר שטרותיו דשם מיירי בנמצא מחק בזמן שפכתוב בו דכה"ג גרע משום דהא נולד לנו ריעותא בהזמן ועיין בסי' מ"ד וקצרתי וכש"כ להסוברים גבי שמיתה דאף מה שיתר על המשכון אינו משמט כמבואר בסי' ס"ז סעיף י"ב בנודאי א"ש בפשיטות הא דמכות במלנה על המשכון די"ל דמיירי בכה"ג שוב מצאתי באו"ת סי' ס"ז ס"ק י"ג

שהעיר בזה ג"כ וכן י"ל דהך דמלנה על המשפון דמכות מייגרי דאחר דעבר השמיטה
החזיר המלנה המשפון להלנה והלנה מודה דהיה להמלנה משפון בעת השמיטה.

(ב) (שם סעיף ה') ראובן נשבע שלא למכור משלו לפרוע שום חוב כו' בש"ך ס"ק ט"ו
כתב הב"ח דב"ד יש להם רשות לירד לנכסיו כו' והאו"ת פתב דזהו דוקא בקרקע אבל
לא במטלטלי אכן לעיל בהידושיין לסי' ל"ט ענף ה' בסי' ב' בש"ד העליתי דאין לחלק
בזה בין קרקעי למטלטלי ונפיר סתמו הש"ך והב"ח בזה: (ג) (שם סעיף ז') ה"ש
הנשבע לפרוע ביום פ' ואירע אותו יום בשבת כו' צריף ליתן באותו יום משפון כו':
ועיין בש"ך ס"ק כ"א וס"ק כ"ב ובמג"א סי' ש"ו ס"ק ט"ז והשער המלך הל' שבת פ'
כ"ג הל' י"ד העיר בזה דמ"ש ממה דקיי"ל דאסור לפדות בנו בשבת הא זהו בכלל חפצי
שמים דזמנו קבוע ע"ש: ולענ"ד יש לחלק לפמש"כ הקצה"ח והנתיבות בסי' רמ"ג סוף
ס"ק ד' לחלק בין פרעון דב"ח דארף בע"כ חשוב לפרעון אבל במתנות פהונה בעינו דרף
נתינה ואינו יוצא בנתינה בע"כ ע"ש ועיין בשער המלך מזה בהל' אישות וכן מציינו בכ"ד
גבי מצות מתנות פהונה דבעינו שיקנהו הפהן ע"פ דרכי ההקנאה וכמבואר בב"מ ד' י"א
וקדושיין דף כ"ו ולפ"ז י"ל דהא דהתירו הכא ליתן משפון בשבת דזהו דהא אין אנו
צריכין לדעת המלנה ושינפה בו בתורת קנין ע"כ פיון דהמצנה הוא על הלנה ושרינו
לדידיה שיתן המשפון בשבת אף בתורת פרעון פיון דאיהו הא קעביד המצנה אבל
במתנות פהונה דבעינו שיקנה הפהן בו בתורת דין קנין ואל"כ אינו מקיים מצות נתינה
ליד הפהן ע"כ לא התירו להפנה לזכות בתורת קנין בשבת פיון דעיקר המצנה הוא על
הנותרו ולא על הפהן לזכותו ועיין ברא"ש סוף בכורות וביו"ד סי' ש"ו סעי' ד' ואכמ"ל
ואף דהתירו לשומו בשבת הא באמת כתב הש"ך ס"ק כ"ב לחלוק על הסמ"ע משום
דאין אומרים לאדם חטא פדי שינפה חבירו [ועיין בתשובת ר"ע איגר זצ"ל סי' קע"ד
בד"ה וגם מההיא דפ"ק דמציעא כו' במאמר המוסגר שם] וגם לשיטת הסמ"ע דאמרינו
הכא חטא פדי שינפה בה חבירו משום דחפצי שמים י"ל דזה אינו רק בשומא וכה"ג
דכיון דהוי חפצי שמים ע"כ לא אסרו בזה משום ממצוא חפצה ודבר דבר דיבור אסור
כמבואר בשבת ד' קי"ג דלדבר בחפצי שמים לא מיתסר ועי' בפ' לפני כו' דף ט"ו בפ'י
רש"י ובספרי באר יצחק ח' או"ח סי' י"ג ענף ט' אבל בשבות גמור פמו לזכות בשבת
בתורת קנין לא מצינו דאמרו פן ועי' ביומא ד' ל"ט ובת"י מזה ובסוף פסחים וגם יש
לחלק בקצרה עוד דדוקא בפרעון דארף הלנה לא קעביד אסור דמקח וממכר בשבת דהא
אינו יוצא החפץ מרשותו לרשות המלנה כ"ז דלא קנהו בתורת קנין רק דמיפטר מן מה
שמחויב לפרוע בשבת ע"י מה דנותרו לפניו בתורת פרעון וכמו פל פרעון בע"כ ע"כ זה
דוקא התירו בשבת אבל שיתן בתורת קנין בשבת דיהיה יוצא החפץ מרשותו לרשות
הזוכה זה האיסור לא מצינו דהתירו בשבת אף לגבי הלנה דקעביד המצנה ולא התירו
רק לפרוע בתורת פרעון וכן"ל ועיין במג"א סי' ש"ו ס"ק ט"ו ובטור יו"ד סי' ה' ובריב"ש
סי' קל"א בשם הרא"ש דהפנה אינו עושה שום מצנה והעיקר בזה כמש"כ השעה"מ שם
לחלק דדוקא היכא דזמנו קבוע ולא יתקן להאיסור במה שיפרע ביום מחר זה התירו
בשבת משא"כ פדיון הבן דיכול לעשותו לאחר שבת ויהיה יוצא ג"כ להמצנה זו וכעין
זה פתבו התוס' בשבת ד' כ"ה בת"י ד"ה ה"ל יו"ט עשה כו' והתוס' ביבמות ד' ה' ע"ב
ד"ה פולה משעטנזו כו' והדברים ארוכין: (ד) (שם סעי' ח') הנשבע לחבירו לפרעו ביום

פלוני והמלוה איננו בעיר פטור עד שיבא המלוה או שלוחו כו' וכתב הסמ"ע שם ס"ק כ"ד בשם הרשב"א דאף למסור ביד ב"ד א"צ כו' עכ"ל והובא תשובת הרשב"א הנ"ל בב"י סי' ע"ג מס"ה וסינים שם הרשב"א דאף אם עבר ומסר ביד ב"ד לא עשה ולא כלום והא דערכין דף ל"א התקין הלל שיהא חולש מעותיו ללשפה אלמא חולש מעותיו לב"ד לאו דינא אלא תקנתא דאתקין התם הא בעלמא לא כו' עכ"ל.

וכ"כ הגר"א זצ"ל בס"ק כ"ה וסינים בזה"ל דלעשות ב"ד לא מהני דנתינה שלא בפניו לא הוי פירעון כו' עכ"ל והש"ך לקמן סי' ע"ד ס"ק ט' פתב דאם הלנה נותן הפירעון ליד הב"ד או ליד נאמן ב"ד הוי פירעון וכו' הנה המנהג כו' עכ"ל הש"ך והנה האו"ת סי' ע"ד ס"ק ג' פתב לדון דזהו מן הדין ולא כמש"כ המהרש"ך דזהו בתורת תקנה ע"ש והנתיבות שם ס"ק ג' פתב בקצרה ובפשיטו לדחות דברי האו"ת הנ"ל ע"פ דברי הרשב"א הנ"ל: ולענ"ד יש לדון בזה ע"פ הא דב"ק ד' ק"ג הגוזל חבירו ונשבע לו יוליקנו למדי כו' אבל נותן לשליח ב"ד ופי' רש"י דתקנתא הוא דעביד רבנן מפני תקנת השבים כו' והתוס' שם ד"ה אבל נותן לשליח ב"ד כו' פליגי על רש"י והעלו דמתניתין מייירי לענן אחריות הדרה דמיפטר פשיטתו לשליח ב"ד ויש לו כפרה מיד וא"צ להמתין עד שיגיע ליד הנגזל פינון שקבלו שליח ב"ד אבל בתקנתא זו לא מייירי מתניתין כלל עכ"ל התוס' ופי' הפנ"י דכוננתם דלענן אחריות לחוד מהני נתינתו ליד השליח אבל ההוצאה צריף ליתן עד שיגיע ליד הנגזל וכ"ז מדינא אבל אח"ז התקינו שיתן לב"ד שבעירו ומיפטר עכ"ל הפ"י א"כ חזינו דשיטת רש"י הוא דהא דנותן לשליח ב"ד זהו מצד התקנה מפני תקנת השבים א"כ מוכח מן שיטת רש"י דס"ל כמש"כ הרשב"א בתשובה הנ"ל דרק מפני תקנת השבים הוא דנותן לשליח ב"ד הא בעלמא לא אבל שיטת התוס' היא דהיכא דנותן ההוצאה להשליח שיוליכנו ליד הנגזל אז מהני מן הדין מה שנותן ליד שליח ב"ד והוי פירעון מעליא ומיפטר מן הדין אלא היכא דאינו נותן שזכר ההוצאה אז אינו אלא מצד התקנה א"כ לפ"ז ה"ה בכל חוב אם נותן הפירעון ביד שליח ב"ד שיימסרו ליד המלוה אז נדאי חשוב פירעון גמור מן הדין פינון דלשיטת התוס' הוי זה פירעון מעליא מן דין תורה וכמש"כ הפ"י בכוננתם אף אם המלוה הוא מן עיר אחרת שלא במקום הלנה אז צריף ליתן שזכר הוצאות השליח להוליכו למקום המלוה דהא הלנה מחויב להוליכו למקום המלוה וכמש"כ המהרי"ק סי' י"ז והובא בנתיבות סימן רל"ב ס"ק יו"ד ע"ש ב והא דגיטין דף ע"ה דתיקון הלל שיהא חולש מעותיו ללשפה ותיקון דפירעון שלא בפניו הוי פירעון י"ל דשא"ה דע"י הפירעון צריף להחזיר הבית וכמש"כ התוס' בגיטין שם ד"ה מפלל דבעלמא נתינה בע"כ כו' לחלק דהיכא שאין המלוה מפסיד בקבלת הפירעון אזי הוי פירעון כו' וכ"כ הרשב"א והרא"ש שם לחלק ביניהם.

וכעין מש"כ האו"ת בסי' ע"ד ס"ק ג' לחלק פן ע"פ סברת התוס' דגיטין הנ"ל דשאני היכא דהוי פסידא הנזכרת בזה הנזכרו לתקנה ע"ש וה"ה יש לומר פן במה דמצינו לשיטת התוס' דנתינה ליד ב"ד הוי פירעון וע"כ אינו קשה על זה מן סוגיא דגיטין הנ"ל: והרשב"א בהידושיו לב"ק ד' ק"ג פתב דהא דנותן לשליח ב"ד דזהו תקנתא דר' אלעזר בר' צדוק דאמר תקנה גדולה התקינו שאם הוצאה יתירה על הקרן מביא קרן וחומש לב"ד ומביא אשם ומתפטר לו כו' עכ"ל הרי דהרשב"א ס"ל פשיטת רש"י דשם ולא ס"ל פשיטת התוס' דשם ע"כ שפיר פתב הרשב"א בתשובה הנ"ל דנתינה ליד ב"ד לא

הוּי פֶרְעוֹן דְדוֹקָא בְּגוֹלָו מִשׁוּם תַּקְנַת הַשְּׂבִימִים תַּקְנֵנוּ דְנוֹתָן לִיד שְׁלִיחַ ב"ד אֲבָל בְּעֵלְמָא דְלֵא עֵבִיד תַּקְנֵתָא לֹא מְהֵי וְזֵהוּ מִשׁוּם דְאִזְוִיל הֶרְשֵׁב"א לְטַעֲמִיָּה דס"ל כְּשִׁיטַת רִש"י כב"ק הַג"ל אֲבָל לְשִׁיטַת הַתּוֹס' הַג"ל עֲדִינָן יֵשׁ לְדוֹן דְגַם בְּחֹב יִהְיֶה פֶרְעוֹן לִב"ד חָשׁוּב לְפֶרְעוֹן גְּמוּר פִּינּוֹן דס"ל דְזֵהוּ מִן הַדִּין וְכֵן כְּתִב הֶרְשֵׁב"א בְּחֵי לִב"ק שֵׁם דְנִתְיָנָה לִב"ד לֹא הוּי נִתְיָנָה גְבִי חוֹב דְדוֹקָא בְּגוֹלָו תַּקְנֵנוּ פִּן וְכֵן בְּבֵית בְּבִתִּי ע"ח תִּיקֵן הַלֵּל כּו' הָא בְּעֵלְמָא דְלֵא עֵבִיד תַּקְנֵתָא נִתְיָנָה לִיד ב"ד לֹא מְהֵי עכ"ל הֶרְשֵׁב"א בְּחֵי וְזֵהוּ הַפֵּל מִשׁוּם דְאִזְוִיל הֶרְשֵׁב"א לְטַעֲמִיָּה: א"כ לִפ"ז יֵשׁ לְהַעִיר עַל מַה שֶּׁפָּסַק הַמַּחֲבֵר הֵכָא בְּנִשְׁבַּע לְפֶרְעוֹ בְּיוֹם פ' וְהַמְלִיחָה אֵינְנוּ בְּעִיר דְפִטוּר וְהָא ה"ל לְחֹוֹשׁ לְשִׁיטַת הַתּוֹס' דס"ל דְנִתְיָנָה לִיד הִב"ד הוּי פֶרְעוֹן מְעַלְיָא ע"פ דִּין א"כ מִמֵּילָא חֵיב לְהַשְׁלִישׁ וְלְמַסְוֹר לִיד הִב"ד וְיִהְיֶה זֶה נִחְשָׁב לְפֶרְעוֹן גְּמוּר וְיִהְיֶה יוֹצֵא יְדֵי שְׁבוּעָתוֹ וְכַעֲיֵן מַה שֶּׁכָּתֵב הַש"ך בַּס"ק כ"ד דְלִמ"ד דְנִפְטָר ע"י פֶרְעוֹן לְאִשָּׁה הַנּוֹ"נ כּו' דְחֵיב לְתַתּוֹת לָהּ כְּדֵי לְצַאת יְדֵי שְׁבוּעָתוֹ וְה"ה בְּמַה דְיִמְסְרֵנוּ לִיד הִב"ד פִּינּוֹן דִּיהֵיָה יוֹצֵא בְזָה חוֹבַת שְׁבוּעָה שְׁלוֹ לְשִׁיטַת הַתּוֹס' א"כ ה"ל לְמַסְוֹר לִיד הִב"ד וְגַם הָא הֶרְשֵׁב"א לִב"ק שֵׁם כְּתִב בְּזָה הַלְשׁוֹן דְנִתְיָנָה לִיד ב"ד אֲפָשָׁר דְלֵאוּ נִתְיָנָה הִיא כּו' אֲלֵמָא דְהֶרְשֵׁב"א בְּחֵי נִסְתַּפֵּק בְּזָה גּוֹפָא וְכֵן כְּתִב הַשְּׁיטָה מְקוֹנְכָתָא כב"ק שֵׁם בְּשֵׁם הֶרְשֵׁב"א שְׁכָתֵב ג"כ בְּזָה הַלְשׁוֹן דְנִתְיָנָה לִיד ב"ד אֲפָשָׁר דְלֵאוּ נִתְיָנָה הִיא כּו' אֲלֵמָא דְהֶרְשֵׁב"א נִסְתַּפֵּק בְּזָה וּלִפ"ז צָרִיךְ לְמַסְוֹר לִיד ב"ד מְסַפִּיקָא לְחֹוֹשׁ לְשְׁבוּעָתוֹ אֲבָל הֶרְשֵׁב"א בְּתַשׁוּבָה כְּתִב בְּפִי דְלִמְסוֹר בְּיַד הִב"ד א"צ כּו' אֲלֵמָא דס"ל לְהֶרְשֵׁב"א בְּתַשׁוּבָה דְנִתְיָנָה לִיד הִב"ד וְדֹאֵי דְלֵא הוּי נִתְיָנָה וְלִכֵּן שְׁפִיר פָּסְקוּ פִּן בְּשׁו"ע הֵכָא וְלֹא כְּתִבוּ דְצָרִיךְ לְמַסְוֹר לִיד הִב"ד אֲבָל לְפַמֵּשׁ"כ בְּשֵׁם הַתּוֹס' דב"ק וְכֵן לְפִי מַה דְנִסְתַּפֵּק הֶרְשֵׁב"א בְּחֵי לִב"ק א"כ יֵשׁ לְדוֹן דִּיהֵיָה חֵיב לְהַשְׁלִישׁ בְּיַד הִב"ד דְדִלְמָא יִהְיֶה יוֹצֵא בְזָה יְדֵי חוֹבַת שְׁבוּעָה וְאֲפָשָׁר דְהָא דְנִסְתַּפֵּק הֶרְשֵׁב"א בְּחֵי לִב"ק בְּזָה הוּא ע"פ שִׁיטַת הַתּוֹס' דב"ק הַג"ל דְדִלְמָא הִלְכָה כְּשִׁיטַתָּם דְזֵהוּ ע"פ דִּין וְאִף שְׁכָתֵב שֵׁם בְּהָא דְנוֹתָן לְשִׁלִּיחַ ב"ד דְזֵהוּ מִצַּד תַּקְנָה כְּשִׁיטַת רִש"י עכ"ז נִסְתַּפֵּק בְּזָה דְדִלְמָא הַפְּרִוּשׁ כְּשִׁיטַת הַתּוֹס': וְאֲפָשָׁר לֹוֹמֵר דְלִכֵּן לֹא כְּתִבוּ הֵכָא דִּיהָא צָרִיךְ לְמַסְוֹר לִיד הִב"ד דְכִינּוֹן דְהֵרָא"ש כב"ק פ"ט ס' כ"א כְּתִב לְפָרְשְׁלָהָא דְנוֹתָן לְשִׁלִּיחַ ב"ד דְזֵהוּ מְפִנֵי תַּקְנַת הַשְּׂבִימִים וְכַפְּרִוּשׁ רִש"י וְגַם בְּמַה שֶּׁכָּתֵב הַתּוֹס' יו"ט שֵׁם דְמִלְשׁוֹן הֶרְמֵב"ם נִרְאָה כְּפִי הַתּוֹס' הָא כְּתִב הַפְּנ"י כב"ק שֵׁם דְהַמְעִינָן יִרְאָה שְׁהֶרְמֵב"ם פְּנוֹן לְפִי רִש"י ע"ש ע"כ נִקְטוּ לְדִינָא דְהַעֲיָקָר דְנִתְיָנָה לִיד ב"ד לֹא הוּי נִתְיָנָה ע"פ דִּין רַק מְפִנֵי תַּקְנַת הַשְּׂבִימִים וְלִכֵּן הִיכָא דְלֵא שְׁיָיֵךְ תַּקְנַת הַשְּׂבִימִים אֵינוּ יוֹצֵא יְדֵי חוֹבַת פֶרְעוֹן בְּמַה דְיִמְסְרֵנוּ לִיד הִב"ד.

וּמַה"ט שְׁפִיר הִבִּיא הַסַּמ"ע לְדִינָא דְבְרֵי הֶרְשֵׁב"א בְּתַשׁוּבָה שְׁכָתֵב דְלַעֲשׂוֹת ב"ד וְלְמַסְוֹר בְּיָדָם א"צ דְכִינּוֹן דְלְשִׁיטַת רִש"י וְהֵרָא"ש וְהֶרְמֵב"ם וְהֶרֶב ר' עוֹבְדֵיָה בְּרִשְׁטוֹרָה בְּמִשְׁנֵה שֵׁם וְכֵן הַנִּימוּקֵי יוֹסֵף לִב"ק בְּמִשְׁנֵה שֵׁם מוֹכַח דס"ל בְּזָה כְּמַש"כ הֶרְשֵׁב"א בְּתַשׁוּבָה דְהָא דְנוֹתָן לְשִׁלִּיחַ ב"ד זֵהוּ מִצַּד תַּקְנַת הַשְּׂבִימִים א"כ בְּעֵלְמָא לֹא הוּי נִתְיָנָה בְּמַה שְׁמוֹסְרוּ לְהִב"ד וְכֵן הִב"ש בַּה"ע ס' קמ"ג ס"ק ז' כְּתִב לְעֵינָן בְּתַשׁוּבַת הֶרְשֵׁב"א בְּב"י בַּח"מ ס' ע"ג וְעֵינָן בְּב"ש שֵׁם ס"ק י' שְׁהִבִּיא בְּשֵׁם מַהֲרַש"ך דְפָסַק דְנִתְיָנָה לִיד הִב"ד הוּי נִתְיָנָה וְגוֹף סִפְר מַהֲרַש"ך אֵינוּ ת"י וְכֵן הוּבָא בְּתַשׁוּבַת מַהֲרַש"ך הַג"ל לְקַמֵּן בְּסִי ע"ד שְׁ"ך ס"ק ט' וְבַאוּ"ת ס' ע"ד ס"ק ג' דְמִשְׁמַע דְמַתוֹרַת תַּקְנָה אֲתִי עֲלָה ע"ש וּמִן הִב"ש שֵׁם מִשְׁמַע דס"ל דִּישׁ מְקוֹם לֹוֹמֵר דְנִתְיָנָה לִיד הִב"ד יִהְיֶה נִתְיָנָה הִיכָא דְלֹא גִילָה הַמְלִיחָה

דעתו בזה אף לא הביאו לשיטת התוס' הנ"ל כ"ל: ואפשר לומר לפמש"כ השמ"ק בב"ק דף ק"ג בשם הרא"ש דשני תקנות הווי מעיקרא תקנו שישפך הגזלן שלים להוליה הגזלה ליד הגזלן ויפטר מאחריות הדרך מפני תקנת השבים כו' ומיד שמסרו לשלים יוכל להביא פירתו כו' ושוב תקנו היכא שיעצא מרובה שיתנו ליד הב"ד כדי שלא יהא נמנע הגזלן מלשוב מפני הוציא הרא"ש ו"ל כו' עכ"ל השמ"ק ולפ"ז י"ל דגם פוננת התוס' בב"ק הוא כן דהא דמהני נותן ליד שלים ב"ד דזה מצד תקנה אף לא משום תקנתא דר' אלעזר בר' צדוק אלא משום תקנה הקדומה דתקנו משום תקנת השבים דאם נותן שכר שלים להוליה להגזל דיוצא בזה מיד ידי חובת הפירה ואח"ז התקינו לתקנתא דר"א בר' צדוק שנותנו ליד הב"ד וא"צ ליתן שכר הוציא להוליה להגזל וכן מדוקדק בלשון התוס' שם שכתבו בלשונם אבל בתקנתא זו לא איירי מתניתין כלל ולא פתבו בקצרה אבל בתקנתא לא איירי מתניתין כלל ומלשון זו שכתבו משמע דס"ל דגם הא דנותנו לשלים ב"ד הוי זה מצד תקנה אלא דמתניתין לא איירי מתקנה זו ומשמע מזה הלשון דלא כמש"כ הפנ"י בכוננת התוס' דס"ל דהא דנותן לשלים ב"ד זהו מדינא אלא י"ל דכוננתם דזהו ג"כ מצד תקנה הקדומה וכן במש"כ התוס' בב"ק שם דף ק"ג ע"ב ד"ה ור' טרפון כו' באה"ד שם דצריף להוליה עד מדי או עד מקום ב"ד כו' י"ל דזהו הפל מחמת התקנה ועיין בש"ף סי' שס"ז ס"ק ח' במש"כ בכוננת התוס' דב"ק דף ק"ג וד' ק"ד ולפ"ז י"ל דאינו ראיה מן התוס' דב"ק דיהיה ס"ל דנתנה ליד הב"ד יהיה חשוב לפרעון וכמש"כ הפ"י בכוננתם משום ד"ל דאינו הקרח מדבריהם דפליגי על שיטת הראשונים הנ"ל דנתבאר דס"ל דהא דנותן לשלים ב"ד זהו רק מפני תקנת השבים וע"כ שפיר פסקו הכא בנשבע לפרעו דא"צ למסור ליד הב"ד משום דנתנה ליד הב"ד לא הוי נתינה: ועדיין יש לדון בכ"ז לפמש"כ רש"י בגיטין ד' ע"ה ע"א בד"ה מכלל דבעלמא נתינה בע"כ כו' וזה לשונו וגבי גט דאיסורא הוא לא תיקן הלל עכ"ל רש"י הרי דרש"י במתק לשונו פתב בקצרה בכוננת הגמרא דשם דאמרו מדאיצטריף להלל לתקוני כו' מכלל דבעלמא נתינה בע"כ לא הוי נתינה דהחילוק הוא דשאני גט דהוי איסורא ולא ילפינן איסורא מממונא אבל בממונא שפיר ילפינן מתקנת הלל דחולש מעות ללשפה דה"ה בכל דוכתי דיינינן להה תקנת הלל דנתנה ליד ב"ד הוי נתינה והא דהצריכו לתקן גבי גזל דנותן לשלים ב"ד מפני תקנת השבים י"ל דזהו כדי שלא יצטרף ליתן ההוצאות להוליה להגזל למדי והא בגיטין ד' נ"ג פליגי שם רב ושמואל אי ילפינן קנסא מקנסא ועיין בב"ק דף קי"ז והש"ף בסי' שפ"ה ס"ק א' העלה דילפינן מקנסא וכ"כ הש"ף בסי' שפ"ו ס"ק א' אבל תקנתא מתקנתא נדאי ילפינן וי"ל דזהו פוננת הרשב"א בחי' לב"ק דכתב דאפשר לומר דנתנה ליד ב"ד לא מהני דספיקו הוא משום די"ל דכוננת הגמ' דגיטין דאמרו דבעלמא לא תקן הלל דזהו גבי גט דהוי איסורא וכפ"י רש"י א"כ בממונא שפיר יש למילף מהתם דיהי' נתינה ליד ב"ד חשוב לפרעון ועיין בט"ז ח"מ סוף סי' ע' ולפ"ז יש מקום לומר בנשבע לפרוע דמחויב למסור ליד הב"ד דיהיה יוצא ידי חובת פרעון לפי שיטת רש"י בפירושו להא דגיטין הנ"ל אף לדינא אין לנו להאריף בזה לפמש"כ הש"ף לקמן סי' ע"ד ס"ק ט' דהמנהג הוא דמהני הפרעון במוסרו להב"ד ומצד התקנה נדאי מהני כמש"כ המהרש"ך שם ע"כ נדאי חייב בנשבע לפרוע ואין המלנה בעיר דימסרנו להב"ד ולא מבעיא לשיטת הסוכרים דע"י קנין דרבנן יכול לצאת ידי

קנגן מה"ת נאף להסוברים דלא הוי קנגן חשוב מה"ת ועיין במתנה אפרים הל' מכירה קנגן משיכה סי' ב' עכ"ז פ"ן דמיפטר עכ"פ מצד התקנה מן חוב שלו ע"י מה דמוסרו להב"ד א"כ דומה זה להא דמבואר שם בסי' ע"ג סעיף ז' דמי שנשבע לפרוע לזמן והגיע שמיטה בנתיים דפטור משבוועתו דכל שפטור מן דין הפרעון אינו חייב לשלם מפת השבועה וכ"כ בח"מ סי' ס"ז סעי' ו' א"כ ה"ה במה דתקנו דנתינה ליד ב"ד יתנה חשוב פרעון ומיפטר בכך מן החוב וע"כ פטור ממילא מן השבועה ואין לחלק דשאני שמיטה בזה"ז דהוי מדרבנן ע"פ תקנת חז"ל משא"כ הך תקנה דמוסרו לב"ד דהוי תקנה בתר חתימה הש"ס דמ"ש וגם הא יש מקום לדון ולמילף זה מן תקנת הלל ודוקא בגט דהוי איסורא לא ילפי' וכפי' רש"י בגיטין ע"כ לדינא נלע"ד דמחויב למסור להב"ד ולחוש לשבוועתו דהוי עליו חייב מה"ת אם תבעו מקודם שיצא לפמש"כ האורים בסי' ע"ג ס"ק כ"ח ע"ש וכש"כ לפמש"כ האו"ת די"ל דנתינה ליד ב"ד הוי נתינה מן הדין וכן לפמש"כ לדון בזה ע"פ התוס' דב"ק כפירש הפני יהושע ואף דזה אינו ברור כ"כ אפתי יש לנו לחוש לחומרא בזה וע"כ מפל הליו טעמי מחויב למסור ליד הב"ד פדי שלא יתנה נכשל באיסור שבועה וכמש"כ הש"ך דלמאן דס"ל דמיפטר בפרע לאשה הנו"נ דמחויב לתת לה ועדיין אפשר לחלק בזה דכיון דנימא דמה"ת לא מיפטר במוסרו להב"ד אלא מצד תקנה א"כ אפשר דיכול לומר הלנה א"א בתק"ח דתקנו לטובת הלנה דהוי פרעון במה דמוסרו להב"ד והוי כמאן דאין לו שום עצה על הפרעון לזמן פ' דמיפטר מן השבועה ולכן שפיר סתמו הפוסקים הכא בסי' ע"ג בנשבע לפרוע ולא הצריכו להשליש ביד הב"ד דהא נתבאר דגם מן התוס' בב"ק אינו הכרח דס"ל דיתנה זה פרעון ע"פ דין ויש לדון בזה הרבה משום דאין זה ברור פ"ן דבידו עצה להיות פטור פנ"ל ע"כ אין זה מקרי אונס כ"כ ומחויב להשתדל וליתן ליד הב"ד פדי שמיפטר מהשבועה פ"ן שתבעו קודם שיצא או שתבעו ע"י אגרת כמש"כ האו"ת באורים ס"ק כ"ח ועיקר הפטור שלו משום דהוי אונס ולכן בכה"ג לא מקרי אונס עכ"פ פ"ן דמהי הנתינה ליד ב"ד מצד התקנה עכ"פ ע"כ נראה דחייב ליתן ליד הב"ד כמש"כ לעיל: (ה) (שם סעיף י"ט) אבל פשיש לו ביד חבירו חפץ לא שייך לשון מחילה אלא לשון מתנה ולקמן סי' קפ"ט פתב הט"ז דבפקדון ביד חבירו אינו קונה הנפקד אף אם נתן לו בלשון מתנה אכן המהרי"ט בתשובה חולק עליו וכן מוכח פאן דקנה אם הנה בלשון מתנה והקצה"ח שם והנתיבות ריש סי' ר' הוכיחו כהמהרי"ט דקונה הנפקד ע"ש ובאמת פן מבואר להדיא בסי' רמ"א סעיף ב' וברמב"ם פ"ג הל' זכניה הל' ב' בזה"ל מחל לחבירו חוב שיש לו עליו אי נתן לו הפקדון שיהיה מופקד אצלו הרי זה מתנה הנקינית בדברים בלבד וכעין זה הוא לעיל סי' ע"ב סעי' כ"ו ע"ש ותמיהני עליהם דלא הביאו לזה פלל ועפ"ז אפשר לומר בהא דמבואר לעיל סי' ע"ב סעי' מ"א משכוננו של כו' ביד ראובן והפקידו כו' יש להסתפק כו' ע"ש.

ויש לומר דהפוננה הוא ע"פ שיטת הסוברים הנ"ל דרשות הנפקד פרשות המפקיד וע"כ פל זמן דלא נתן לו בפירוש י"ל דלא קנה משום דהא הוי חצירו של המפקיד ואכמ"ל: ויש לעיין במי שגזל חפץ מחבירו אם מועיל הקנאת הגזל להגזלן את החפץ בעיניה שיהא ת"י הגזלן דאפשר דכמו דאין יכול הגזלן להקנות דבר הגזול לאחר מטעם דהוי דבר דאינו ברשותו דה"ה מה"ט אינו בהקנאה אף להגזלן עצמו וגם אם מועיל לשון מחילה על דבר הגזול להגזלן ונבאר כ"ז.

עָנָף א הִנֵּה הַב"ש בַּאֲה"ע ס"י כ"ח ס"ק ט"ז פְּתַב בְּשֵׁם הַשְּׂאֲרִית יוֹסֵף דָּאָף לְהַגְזֵל בְּעֶצְמוֹ
אֵינּוּ יְכוּל לְהַקְנוֹת וְהַב"ש חוֹלֵק וְס"ל דְּלִגְזֵל עֶצְמוֹ יְכוּל לְהַקְנוֹת וְהַנְּתִיבוֹת בְּסִי ר"ה
ס"ק י"ד הוֹכִיחַ פְּדַעַת הַב"ש דְּלִגְזֵל עֶצְמוֹ יְכוּל לְהַקְנוֹת וְלַעֲנ"ד יֵשׁ לְהוֹכִיחַ פֶּן מָהָא
דְּקַדוּשִׁין ד' י"ג דְּאָמְרוּ שָׁם אִם קִיְדָשָׁה בְּגִזְל דִּינָהּ מְקַדְּשֵׁת הֵיכָא דְשִׁדְּיָהּ מִשּׁוּם דְּאָמְרִינָן
דְּמַחְלָה לֹו דְּבָר הַגְּזוּל וְקָשָׁה הָא הָוֵי דְּבָר שְׂאֵינּוּ בְּרִשׁוּתָהּ וְאֵינּוּ בְּהַקְנָאָה ע"כ מוֹכַח
דְּלִהַגְזֵל עֶצְמוֹ יְכוּל לְהַקְנוֹת וְכַעַת מְצָאֵתִי לְהַמְקַנָּה ס"י כ"ח סַע"י ה' שְׁהֵבִיא ג"כ רַא"י זֹו
לְהַשִּׁיג עַל הַש"י אָכֵן לַפְּמַש"כ הַשִּׁמ"ק לַב"ק ד' ל"ג פְּלַל מְחַוְדָּשׁ בְּהָא דְּגִזְל וְלֹא נִתְיַאֲשׁוּ
דְּאֵינּוּ יְכוּל לְהַקְדִּישׁ לְפִי שְׂאֵינּוּ בְּרִשׁוּתוֹ דְּהֵיכָא דְּאֵתִי לִיַד הַבְּעָלִים בְּסוֹפּוֹ אֲז מוֹעִיל
הַהַקְדָּשׁ שְׁהַקְדִּישׁוּ בְּעָלְיוֹ שְׁלֹא הִיָּה בְּרִשׁוּתוֹ וְחַל הַהַקְדָּשׁ לְמַפְרַע ע"ש א"כ לַפ"ז אֵין
מְזַה הַשְּׁגָה עַל הַש"י דִּי"ל דְּשְׂאֵנִי הֵתֵם בְּקִיְדָשָׁה בְּגִזְל דִּינָהּ דְּהָא עֲכָשְׁיוֹ דְּאֵתִי לְרִשׁוּתָהּ
לְאַחַר הַקְדוּשִׁין מְמִילָא חַל הַקְנָנָה דְּנִתְנָה לְבַעְלָהּ לְמַפְרַע אָבַל הֵיכָא דְּלֹא אֵתִי מְעוֹלָם
לְרִשׁוּתוֹ אֲז אֵינּוּ מוֹעִיל הַקְנָנָה אָף לְהַגְזֵל עֶצְמוֹ וְלַפ"ז י"ל דְּהֵיכָא דְּהוֹצִיא מְהַגְזֵל
בְּדֵינֵינִים אֲז מְמִילָא מוֹעִיל הַקְנָאָתוֹ לְהַגְזֵל עֶצְמוֹ מִשּׁוּם דְּמַקְרִי לְמַפְרַע דְּבָר בְּרִשׁוּתוֹ
אָבַל הֵיכָא דְּאֵין פְּעַת הַסְּפָץ בְּעֵינְיָהּ וְלֹא אֵתִי לִידוֹ לַאח"ז אֲז שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן כְּשִׁטַּת הַש"י
וְאִפְשָׁר לֹומר בְּזַה דְּהוֵי כְּמוֹ אֲטְרוּחִי בִי דִינָא בְּכַדִּי דְּהָא לְבַתֵּר דִּיּוֹצִיאֵוּ בְּדֵינֵינִים אֲז תַּחוּל
הַקְנָאָתוֹ לְמַפְרַע וְיֵשׁ לְדוֹן עַפ"ז בְּהָא דְּכַתְּוּבוֹת ד' צ"ה וְקַצְרֵתִי גַם יֵשׁ לְדוֹן דְּהֵיכָא דְּלֹא
אֵתִי לִיַד הַגְזֵל בְּתוֹרַת הַשְּׁבָה רַק אֵתִי לִיַד הָאֲשָׁה בְּתוֹרַת קְדוּשִׁין כְּמוֹ בְּהָא דְּקַדוּשִׁין
דְּבָזָה גַם הַשִּׁמ"ק מוֹדָה דְּאֵינּוּ חַל הַקְנָנָה מִשּׁוּם דְּהוֵי דְּבָר דְּאֵינּוּ בְּרִשׁוּתוֹ אָף אֵין רְצוֹנִי
לְהַאֲרִיף בְּזַה לְפִי דְּכָבֵר כְּתַבְתִּי בְּקוֹנְטְרַס אֲחָד לְהוֹכִיחַ דְּלִדְנָא נָא קִי"ל כְּהַשִּׁמ"ק הַנְּ"ל
ע"כ בְּוִנְדַאי מוֹכַח מָהָא דְּקַדוּשִׁין כְּהַב"ש: וְכוּיֹתֵר מוֹכַח פֶּן מָהָא דִּיבְמוֹת ד' צ"ט דְּכַהֲנַת
שְׁנַתְעָרַב וְלָדָה בְּוִנְלַד שְׁפַחְתָּהּ הַגְדִּילוֹ הַתְעַרְוּכַת מְשַׁחְרְרִין זַא"ז וְקָשָׁה הָא קִי"ל מְמוֹן
שְׂאֵינּוּ יְכוּל לְהוֹצִיאֵוּ בְּדֵינֵינִין אֵינּוּ יְכוּל לְהַקְדִּישׁ וְלְהַקְנוֹת אָף בְּקַרְקַע פְּמִבְּאָר בְּב"מ ד'
ז' וְהֵתֵם הָא גַבִּי אֲדוֹן הָאֲמִיתִי הָוֵי מְמוֹן שְׂאֵינּוּ יְכוּל לְהוֹצִיאֵוּ בְּדֵינֵינִין לְקַנְנָה הַגּוֹף דִּישׁ לֹו
בְּעַבְדוֹ לְפִי שְׁלֹא נוֹדַע לָנוּ מִי הוּא הָאֲדוֹן: א"כ קָשָׁה אִיף מוֹעִיל לְהַשְׁחַרְרוֹר לְהַקְנָנָה הַגּוֹף
דִּישׁ לֹו בְּעַבְדוֹ וְעֵינִין בְּגִיטִין ד' ל"ט בְּסוֹגֵיָא דְּמָה אֲשָׁה אִיסוּרָא וְלֹא מְמוֹנָא כו' וְאָף דְּעַבְד
הָוֵי בְּקַרְקַע עַכ"ז הָא גַם בְּקַרְקַע בְּעֵינֵן שְׁיִהְיָה יְכוּל לְהוֹצִיא בְּדֵינֵינִין וְע"כ מוֹכַח מְזַה דִּישׁ
לְחַלֵּק דְּדוֹקָא לְאַחַר אֵינּוּ יְכוּל לְהַקְנוֹת דְּבָר שְׂאֵינּוּ בְּרִשׁוּתוֹ בְּמַטְלָטְלִין וּמְמוֹן שְׂאֵינּוּ יְכוּל
לְהוֹצִיאֵוּ בְּדֵינֵינִין אָף בְּקַרְקַע אָבַל לְהַמְוַחֲזֵק וְהַתּוֹפְסוֹ בְּעֶצְמוֹ יְכוּל לְהַקְנוֹת אָף מְמוֹן שְׂאֵינּוּ
יְכוּל לְהוֹצִיאֵוּ בְּדֵינֵינִין א"כ ה"ה דְּבָר דְּאֵינּוּ בְּרִשׁוּתוֹ בְּמַטְלָטְלִין וְאָף דְּמַצִּינוּ בְּגִיטִין ד'
מ"ב גַבִּי כְּהִנֵּת שְׁנַתְעָרַב וְלָדָה בְּוִנְלַד שְׁפַחְתָּהּ דְּמַשְׁחַרְרִין זַא"ז מִשּׁוּם דְּמַקְרִי קַנְנָה בְּסוֹפּוֹ
אִם יְבֹנָא אֲלֵיהוֹ וְיֹאמֵר בְּחַד מִינֵינְיָהּ דְּעַבְד הוּא קַנְנָה בְּסוֹפּוֹ קַרִינָא בִי אָבַל זַה אֵינּוּ רַק
לְעַנְנָה לְקַרוֹת זַה בְּשֵׁם קַנְנָה בְּסוֹפּוֹ אָבַל לֹא שְׁיִהְיָה נְקַרָא מְמוֹן שְׁיִכּוּל לְהוֹצִיאֵוּ בְּדֵינֵינִין
דַּא"כ תְּקָשָׁה בְּהָאִי מְסוּתָא דְּב"מ ד' ז' דְּאָמְרוּ שָׁם דְּמִשּׁוּם דְּהוֵי מְמוֹן שְׂאֵינּוּ יְכוּל
לְהוֹצִיאֵוּ בְּדֵינֵינִין אֵינּוּ חַל הַקְדִּישׁוֹ וּמוֹתֵר לְהַנּוֹת מִהַמְסוּתָא וְאֵינּוּ עוֹבֵר עַל אִיסוּר מְעִילָהּ
וְאָף הַמְקַדִּישׁ בְּעֶצְמוֹ דְּאָמֵר דִּידי הוּא מוֹתֵר לְהַנּוֹת וְלֹא אָמְרִינָן אִילוּ יְבֹא אֲלֵיהוֹ וְיֹאמֵר
דְּהוּא דִּידי דִּיהִיּוּ מַחְמַת זַה מְמוֹן שְׁיִכּוּל לְהוֹצִיא בְּדֵינֵינִים וְע"כ מוֹכַח דְּכִינּוּן דְּאֵין לֹו עֲדִים
שְׁיַעֲדוּ בְּב"ד מַקְרִי מְמוֹן שְׂאֵינּוּ יְכוּל לְהוֹצִיאֵוּ בְּדֵינֵינִים וְעֵינִין בִּיבְמוֹת ד' צ"ט בְּתוֹס' ד"ה
וְאֵין מוֹצִיאֵין כו' דְּרַש"י ס"ל דְּתַעַרְוּבוֹת דְּהֵתֵם מַקְרִי לֹא מְצִי עַבִּיד דְּלֹא מְצִי מְשׁוּי שְׁלִיחַ

והתוס' חולקים וס"ל משום דאם יבא אליהו ויאמר שהוא פהן ע"כ מצי משני שליח
והביאו בשם ירושלמי שם אבל ונדאי לא מקרי משום זה ממון שיכול להוציאו בדיינין
פנ"ל א"כ תקשה דאמאי מועיל בתערובות הנ"ל שחרור לקנין הגוף של העבד פנעני הא
הוי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים וע"כ מוכח דלהתנפס בעצמו לא שינה כלל זה
ודלא פהשאריית יוסף הנ"ל: ובסי' ע"ה ש"ך ס"ק פ"ג פתב שם דמי שיש ת"י משפון
וא"י פמה הלנה דנותן הרשאה לקרובו וקרובו נשבע ונוטל וע"ש בתנאים ובקצה"ח
ונתיבות שם מש"כ ע"ז ולדעתי יש לדון דהרשאה בתורת שליחות לא שינה בזה כמש"כ
שם האחרונים הנ"ל ובתורת קנין לא שינה בזה דהא הוי ממון שאינו יכול להוציאו
בדיינים דהא הבע"ד בעצמו פיון דאינו יודע פמה הלנה א"כ הוי ממון שאינו יכול
להוציאו בדיינים דאינו יכול להקנות אכן לפמש"כ דלהתנפס בעצמו מהני ההקנאה א"כ
הא התם דמוסר המשפון לקרובו ע"כ מהני ההקנאה.

ויש לדון בזה הרבה: ענף ב ויש להעיר בהא דב"ב ד' קכ"ז ע"א בתוס' ד"ה מדדרש רבא
כו' דהקשו על הא דשתי נשים שילדו במתבואה דכותבין הרשאה זה לזה והקשו הא
רבא ס"ל אין לבכור קודם חלוקה ואומר ר"י דאין זה בא אלא מפח שליחות דהלקחא
שליח שווי' עכ"ל התוס' אלמא דאם יש לבכור קודם חלוקה הנה מועיל הרשאה בתורת
קנין וקשה הא הוי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים פיון דיכול להדחות לכל או"א
בפ"ע א"כ פיון דאין ביד הבכור האמיתי להוציאו בדיינים ע"כ לא יהיה מועיל הקנאתו
בתורת קנין כלל ואף דע"י הקנאתו לאחר יוציא האחר בדיינים אבל עכ"פ המקנה בעצמו
אינו יכול להוציאו לעצמו ואפשר לומר בזה ע"פ מש"כ התוס' בבכורות ד' מ"ט ד"ה
ה"מ היכא דכפר' כו' בסה"ד דהיכא דשניהם לפנינו ומצויים לתת לא' חייב להחזיר לו
ולא הנצרך להעמיד בבא בהרשאה אלא פדי שיוכל א' להוציאו מידו בפ"ע עכ"ל התוס'.

וכ"כ הש"ך ביו"ד סי' ש"ה ס"ק ל"ה בשם המע"מ שכתב שסברא מעלייתא היא. ע"כ
י"ל דמה"ט מקרי התם בב"ב ממון שיכול להוציאו בדיינים דהא יכול להוציאו בדיינים
בצירוף עם חבירו דיבואו ביחד להב"ד לתבוע דאזי יהיו יכולים להוציא מידו ע"כ מקרי
זה ממון שיכול להוציאו ואף שהוא לבדו אין בידו לתבוע לחבירו מ"מ פיון דחבירו
רוצה עכשיו לתבוע ג"כ א"כ הא הוי ביד שניהם לתבוע ולהוציא ע"כ מקרי זה ממון
שיכול להוציאו בדיינים דמהני בי' קנין: ומה"ט א"ש למש"כ התוס' ב"ק ד' ע' ע"א ד"ה
אמטלטלי דכפר' בסה"ד דאין לדקדק מהא דבכורות ד' מ"ח גבי פדיון הבן שיכול
להרשות כו' דהתם לאו ע"מ להוציא ניתנו לו דקיי"ל כשמואל דא' הפודה בנו בתוך
למ"ד יום ונתאפלו המעות אין בנו פדוי עכ"ל ועיין מזה בכורות ד' מ"ט תוס' ד"ה ה"מ
היכא דכפר' ובשבעות ד' ל"ג תוס' ד"ה היכא דלא כפר' שכתבו דהתם לא שינה פקדון
אבל אם הנה שינה פקדון הנה מועיל בתורת הקנאה ולא אמרינן דהא הוי ממון שא"י
להוציאו בדיינין כ"א בפ"ע וע"כ מוכח מזה כמש"כ דזה מקרי ממון שיכול להוציאו
בדיינין כשיבואו שניהם בב"ד לתבוע ביחד ואף דגבי מטלטלין לא מהני יכול להוציאו
בדיינין אלא בעי שיהיה דבר ברשותו עכ"ז הוכחתי במק"א דזה מקרי כמו פקדון דהוי
דבר ברשותו פיון דידע דהספץ שינה לאחר ואינו רוצה לגזולו רק דמצי להדחות לכל
או"א לומר לאו בע"ד דידי את.

ע"כ אם הוי ממון שיכול להוציא בדיינים סגי בזה כמו שהארבתי בזה במק"א. וע"כ דונקא גפי מעמד שלשתן פתבו התוס' בב"ק ד' ע' ע"א בד"ה אמטלטלי דכפרין' כו' בזה"ל ומיהו בזה הוא דבכורות צריף לדקדק אם יכול ליתן במעמ"ג פיון דהוא עצמו לא הנה יכול להוציא מידו כמו דבכתובה אין יכול ליתן במעמ"ג פיון דלא ניתנה לגבות מחיים כמפנרש בהחובל כו' עכ"ל התוס' דונקא גפי מעמ"ג דהוי תקנתא דרבנן דגין בזה דמקרי אינו יכול להוציא בעצמו דלא תקנו בזה להד תקנתא וכמו בכתובה דמשום דלא ניתנה לגבות מחיים לא תקנו למעמ"ג כמש"כ שם התוס' ועיין בסי' קכ"ו בפ"ה ס"ק א' אבל שארי קנינים חלין בכתובה וה"ה בהד דא"י להוציא לבדו דונקא במעמ"ג לא תקנו בזה משום דהוי הלכתא בלא טעמא אבל באמת אין זה מקרי ממון שאינו יכול להוציא בדיינין פנ"ל.

ועדיין יש לדון בכל מה שפתבתי דזה מקרי דבר שבידו לבוא עם חבירו המרשהו ביחד לב"ד דהא פיון דאיהו בעצמו אינו יכול להוציא בדיינים רק ע"י צירוף דעת חבירו אף דחבירו בנודאי יתרצה בזה פיון דמרשהו עכ"ז אין זה מקרי דבר שבידו ורא' לזה מהא דמצינו בקדושין ד' ס"ב ע"ב דהנזותן פרוטה לאשתו וא"ל ה"א מקודשת לי לאחר שאגרשיו אינה מקודשת דנהי דבידו לגרשה אבל אינו בידו לקדשה: והקשה הרשב"א בקדושין שם פיון דהיא מתרצה להתקדש לו עכשיו לאחר שיגרשה א"כ הא ביד שניהם לזה ולא מקרי מחוסר מעשה ותי' פיון דאינו בידו לבד וצריף לדעת האשה ג"כ ע"כ אין זה מקרי בידו עכ"ל וכ"כ הרשב"א בתשובה סי' אל"ף רי"ב בזה"ל דכיון דאין בידו לבדו ע"כ אין מקרי בידו אף דעכשיו שניהם מתרצים בכף פיון דאין זה בידו לבד ע"כ לא מהני זה בדשלב"ל עכ"ל אלמא דמה שאין בידו לבד רק צריף לדעת חבירו אף דחבירו רוצה בזה מכ"מ פיון דלא הוי בידו לבד לא מקרי זה דבר שבידו א"כ ה"ה בהא דיכול להוציא בדיינים פיון דאין יכול בעצמו להוציא רק צריף להספם חבירו המרשהו אין זה מקרי ממון שיכול להוציא בדיינים: אבל יש לחלק דונקא במה דאמרו דבעינן שיהיה דבר שבידו זה שפיר מוכח מהא דקדושין וכמש"כ הרשב"א הנ"ל דכיון דאינו בידו לבד אין זה מקרי בידו אבל במה דאמרו הלשון דיכול להוציא בדיינין ולא אמרו בזה לשון בידו ע"כ אף מה שאינו בידו כ"כ ג"כ קרינן בי' הלשון דיכול להוציא בדיינין ורא' לזה מהא דקדושין ד' ס"ב במה דאמרו שם בדבר שלב"ל דכל שבידו לאו פמחוסר מעשה דמי והקשו שם ע"ז מהא דהאומר התקדשי לאחר כו' דא"מ והא הוי בידו ותירצו משום דמי יימר דמזדקקי לי תלתא וע"כ אין זה דבר שבידו והתם י"ל דשאני התם דקשין פספחת כו' אבל התוס' בסוטה ד' כ"ה פתבו דלכן ס"ל לב"ה דשט"ח לאו פגבוי דמי משום דאין זה דבר בידו דמי יימר דמזדקקי לי תלתא.

אלמא דאף דמצוונים הב"ד ע"ז אפ"ה אמרו בזה דאין זה דבר שבידו כו': ואפ"ה חזינו דהיכא דיכול להוציא בדיינין אמרו דמהני הקדשו והקנאתו כמו בב"מ ד' ז' ואף די"ל בזה דמי יימר דמזדקקי לי תלתא כמש"כ התוס' בסוטה ד' כ"ה הנ"ל גפי שט"ח: אף דמצוונים הב"ד לשפוט בין אדם לחבירו אפ"ה אמרינן מי יימר ועכ"ז פיון דיכול להוציאם בדיינים אף דלא הוי בידו כ"כ מ"מ הוי כמו דבר ברשותו פיון דיכול לעשות כן: וכן מצינו בסוטה ד' כ"ד דאילונית וזקנה אינה שותת ר"א אומר יכול הוא לישא אשה אחרת כו' ואף דזהו אינו בידו כ"כ דלמא לא תתרצה שום אשה להנשא לו ובעי דעת אחרת

שָׁל אִיזָה אִשָּׁה שְׂתַרְצָה לְהַנְשֵׂא לּוֹ וּכְמַשׁ"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת ד' כ"ב ד"ה מִנִּין לְאֵב שְׁנֵאֲמֵן כּו' דְּזֵהוּ אִינוּ בְּיָדוֹ דְּשָׂמָא לֹא יִמְצָא מִי שְׂיִקְדָּשְׁנָה כּו' וְאִפ"ה אָמְרוּ בְּזֵה בְּלִשׁוֹן דְּיָכוֹל הוּא לִישָׂא אִשָּׁה אַחֲרַת מְשׁוּם דְּעִנְיָן יָכוֹל וְעִנְיָן בְּיָדוֹ הֵם שְׁנֵי דְבָרִים מְחֻלְקִים וְעַפ"ז תִּירְצָתִי בְּסַפְרֵי בָּאָר יִצְחָק ח' אה"ע סי' א' עֲנָף ט' בד"ה וַיֵּשׁ לְדַחֲוֹת כּו' לְמָה שְׂהִקְשָׁה הַתּוֹי"ט שָׁם בְּסוּטָה לְעִיל מִינָה דְתַנּוּן שָׁם מְעַוְבֶרֶת חֲבִירוֹ וּמְנַקֶּת חֲבִירוֹ לֹא שׁוֹתֵת וְלֹא נוֹטֶלֶת כְּתוֹבָה וְחֻמְמִים אוֹמְרִים יָכוֹל הוּא לְהַפְרִישָׁה וּלְהַחְזִירָה לֵאחֲזו"מ וְהִקְשָׁה דֵּא"כ אֲמַאי פְּלִיגֵי רַבְּנָן עַל ר"א בְּאִילוּנִית וְזִקְנָה דְּלֹא ס"ל סְבֵרַת ר"א דְּיָכוֹל לִישָׂא אִשָּׁה אַחֲרַת כּדס"ל שָׁם גַּבִּי מְעַוְבֶרֶת דְּיָכוֹל לְהַפְרִישָׁה וּלְהַחְזִירָה וְכַתְּבָתִי לְתַרְצֵי דְּטַעֲמָא דְּרַבְּנָן מְשׁוּם דס"ל דְּזֵה לֹא מִקְרִי יָכוֹל דְּלִמָּא לֹא יִשְׁיֵג מִי שְׂתַנְּשָׂא לּוֹ.

וְדוֹנָקָא יָכוֹל לְהַחְזִיר לְאִשְׁתּוֹ מִיְנַקֶּת אָמְרוּ בְּזֵה דְּיָכוֹל מְשׁוּם דְּזֵה הֵנִי בְּיָדוֹ וּבְיָד אִשְׁתּוֹ וְלֹא צְרִיכִין לְזוּלְתוֹ כּו' עכ"ל שָׁם בְּסַפְרֵי: וְאִף דְּמַצִּינוּ בְּקַדוּשֵׁין ד' ס"ב הַנְּ"ל דְּאָמְרוּ נְהִי דְּבִידוֹ לְגַרְשָׁה: אָבֵל אִין בְּיָדָהּ לְקַדְשָׁה אִף דְּעַכְשָׁיו שְׁנִיָּהֶם מְתַרְצִין בְּזֵה וּכְמַשׁ"כ הִרְשָׁב"א הַנְּ"ל א"כ קָשָׁה הַאִיף אָמְרוּ רַבְּנָן הֵכָא בְּסוּטָה דְּיָכוֹל לְהַחְזִירָה לֵאחֲזו"מ וְעִינֵין בְּתוֹס' יְבָמוֹת ד' ל"ו ד"ה וְלֹא קָתַנִּי יְפָרִישׁ כּו' שְׂפָתְבוּ בְּתִירוּץ קָמָא שָׁם דְּהָא דְּיָכוֹל לְהַפְרִישָׁה דְּסוּטָה הַנְּ"ל הֵינּוּ שְׂיֻצִיאָנָה בְּגֹט וּכ"כ הָרֵא"ש שָׁם בְּתִירוּץ קָמָא וְאִפ"ה אָמְרוּ בְּזֵה בְּלִשׁוֹן דְּיָכוֹל לְהַחְזִירָה וְע"כ מוֹכַח לְחֵלֶק פְּמוֹ שְׁנַתְּבָאָר דְּדוֹנָקָא בְּדִשְׁלַב"ל אוֹ בְּאִינוּ בְּרִשׁוֹתוֹ דְּאָמְרוּ בְּלִשׁוֹן דְּכָל שְׂפִידוֹ לָאוּ פְּמַחְסָר כּו' ע"כ הֵיכָא דְּבַעֲי דַעַת אַחֲרַת אִין זֵה בְּיָדוֹ וּכְמַשׁ"כ הִרְשָׁב"א אָבֵל הֵיכָא דְּלֹא בְּעִינֵין שְׂיִהִיָּהּ בְּיָדוֹ רַק בְּלִשׁוֹן דְּיִהִיָּהּ יָכוֹל גַּם כַּה"ג מִקְרִי יָכוֹל הוּא לְעַשׂוֹת כֵּן ע"י אִיזָה טַעֲדָקִי א"כ ה"ה בְּמָה דְּאָמְרוּ הַלְשׁוֹן יָכוֹל לְהוֹצִיאֵו בְּדִינֵין אִף דְּאִין זֵה בְּיָדוֹ מְשׁוּם מִי יִימַר כּו' עכ"ז שְׂיִיף בִּי לֹאמַר יָכוֹל לְהוֹצִיאֵו כּו' וְה"ה הֵיכָא דְּבַעֲי דַעַת אַחֲרַת פִּינּוֹן דְּבִאֲמַת שְׁנִיָּהֶם מְתַרְצִים עַכְשָׁיו לְתַבְּנֵעַ לְחֲבִירוֹ וּבְיָד שְׁנִיָּהֶם לְבֵא בְּיַחַד לִב"ד ע"כ מַה"ט מִקְרִי זֵה יָכוֹל לְהוֹצִיאֵו בְּדִינֵין דְּיַחֲוִיל הַקְּנָאָתוֹ מַה"ט וּכְמוֹ בְּהָא דְּסוּטָה דְּאָמְרוּ רַבְּנָן יָכוֹל לְהַחְזִירָה לֵאחֲזו"מ פְּנ"ל וּמְתוֹרֵץ מַה דְּהִקְשִׁיתִי עַל הַתּוֹס' דְּב"ק וּב"ב וּבְכּוֹרוֹת: אָבֵל כ"ז אִינוּ שְׂיִיף בְּהָא דְּמַעֲרֻבְתָּ עֶבֶד וְכֵהֵן דְּהוֹכַחְתִּי דְּלִהְיוֹתוֹזֵק בְּעַצְמוֹ מְהִי הַקְּנָאָה מְשׁוּם דְּהָא אִף אִם יִתְרַצָּה כ"א לְהַקְנוֹת א"ע לְחֲבִירוֹ בְּתוֹרַת קְנִינֵן עֶבֶד אִין זֵה בְּיָדוֹ לְמַפְנֵי א"ע בְּתוֹרַת עֶבֶד פְּנַעֲנִי פְּמַבְּנָאָר בְּב"ב ד' י"ג ע"א שְׂאֲנֵי הֵכָא דְּאָגוּד אִיכָּא גּוּד לִיכָּא וּפִי רִש"י אִין הָעֶבֶד יָכוֹל לֹאמַר לְרַבּוֹ קְנָה חֲלָקִי שְׂאִין דְּמִים לִב"ח שְׂאִין עֶבֶד עֲבָרִי נִמְכָּר אֶלָּא לִשְׂשׁ עכ"ל רִש"י ע"כ אִין זֵה בְּיָד שְׁנִיָּהֶם כָּלֵל אִף אִם יִתְרַצּוּ בְּזֵה וְאִפ"ה אָמְרוּ דְּיָכוֹל כ"א לְשַׁחֲרַר לְחֲבִירוֹ א"כ שְׂפִיר מוֹכַח מְזֵה דְּלִהְיוֹתוֹ לְהַתּוֹפֵס לֹא בְּעִינָא שְׂיִהִיָּהּ יָכוֹל לְהוֹצִיאֵו בְּדִינֵין וְה"ה בְּדָבָר דְּאִינוּ בְּרִשׁוֹתוֹ פְּנ"ל: וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְדוֹן ג"כ דְּלִכְּוֹן הֵיכָא דְּמַקְנָה דְּבָר דְּאִינוּ בְּרִשׁוֹתוֹ לְהַתּוֹפֵסוֹ פְּנ"ל מְהִי מְשׁוּם דְּהָא בְּיָד הַתּוֹפֵסוֹ לְהַחְזִירוֹ לְבַעֲלֵיו וְאִזְ יִהִיָּהּ בְּיָדוֹ וּרְשׁוֹתוֹ דְּזֵהוּ רְצוֹן שְׁנִיָּהֶם וּכְש"כ בְּפִקְדוֹן פְּאֲשֵׁר יְבֹאָר לְקַמְּן אָבֵל ז"א דְּהָא כָּבֵר גַּתְּבָאָר לְעִיל דְּהִיכָא דְּבַעֲי שְׂיִהִיָּהּ דְּבָר בְּיָדוֹ ע"כ פִּינּוֹן דְּבַעֲי דַעַת אַחֲרַת אִף דְּעַכְשָׁיו שְׁנִיָּהֶם מְרַצִּים אִפ"ה אִין זֵה מִקְרִי בְּיָדוֹ א"כ ה"ה גַּבִּי דְּבָר שְׂאִינוּ בְּרִשׁוֹתוֹ דְּתַלוּי בְּמָה דְּהוּי בְּיָדוֹ הָא כַּה"ג לֹא מִקְרִי דְּבָר בְּיָדוֹ פְּנ"ל דְּהָא עכ"פ הֵנִי דְּבָר דְּאִינוּ בְּרִשׁוֹתוֹ רַק גַּבִּי שְׂיִהִיָּהּ מִקְרִי יָכוֹל לְהוֹצִיאֵו בְּדִינֵין שְׂפִיר כְּתַבְתִּי דְּגַם כַּה"ג מִקְרִי יָכוֹל לְהוֹצִיאֵו בְּדִינֵין פְּנ"ל.

עָנָה ג וְכֵן יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מֵהַתּוֹס' ב"ק ד' ע' ד"ה לֹא פְתַבִּינָן כּו' דְּהוֹכִיחוּ דְּפַקְדוֹן דְּלֹא כְּפָרְיָן הוּי דְּבַר בְּרִשּׁוֹתוֹ וְהוֹכִיחוּ זֶה בְּרִאיוֹת וּכ"כ הַגְּיָמוּקִי בּב"ב בְּסוּגְיָא דְּמִסּוּתָא אַבְל בְּאַמַּת לְכַאוּרָה הִלֵּא מְפֻרְשׁ הוּא בְּפִשְׁיטוֹת בְּקִדּוּשֵׁי ד' מ"ז בְּהָא דְּתַנְיָא הֵתָם הָאוּמֵר לְאַשָּׁה הַתְּקַדְשִׁי לִי בְּפַקְדוֹן שְׁיֵשׁ לִי בְּיָדְךָ כּו' אִם נִשְׁתַּיִיר שְׁנָה פְּרוּטָה מְקַדְשֵׁת וְהוּא תוֹסְפָתָא דְּקִדּוּשֵׁין.

וְקָשָׁה אִי נִימָא דְּפַקְדוֹן הוּי דְּבַר דְּאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ וְאִינוּ יְכוּל לְהַקְנוֹתוֹ א"כ הָאִיךָ קְנָתָה לְהַפְקְדוֹן וּבְנוּדָאִי אִין סְבָרָא לּוֹמֵר דְּהָךְ תוֹסְפָתָא אֲתִי כְּצִנּוּעִין דַּס"ל בּב"ק ד' ס"ט דְּיְכוּל לְהַקְנוֹת לְדְבַר הַגְּזוּל אַף דְּהוּי אִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ דּו"א דְּהָא הֵתָם בְּהָךְ תוֹסְפָתָא אִיתָא שָׁם.

דְּרִשְׁבָּ"א מְשׁוּם ר"מ פְּלִיג שָׁם עַל ת"ק דְּהֵתָם. א"כ מְסַתְמָא ת"ק דְּהֵתָם הוּא ר' יְהוּדָה וּכְמִש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּנֻבוֹת ד' ל"ו ד"ה וְאִם אִיתָא כּו' וּבְשִׁאָרֵי דְּוֹכְתִי וּלְר' יְהוּדָה מְצִינוּ בְּפִירוּשׁ בּב"ק ד' ס"ט דְּאַחַר כָּל שְׁיִלְקוּטוֹ עֲנִיִּים יְהִי הַפְּקָר וְאַף דְּר' יְהוּדָה לִית לִי בְּרִיָּה.

עכ"ז בְּתוּלָה בְּדַעַת אַחֲרִים אִית לִי בְּרִיָּה כְּמִבְּנָאָר שָׁם וּבְגִיטִין ד' כ"ה תוֹס' ד"ה וּלְכִי מְיִית הוּי גִיטָא אוֹ דְּשִׁאָנִי הֵתָם בְּהַלּוּקָח כּו' מְשׁוּם שְׁמָא יִבְקַע הַנּוֹד וּר' יְהוּדָה פְּלִיג שָׁם עַל ר' דּוּסָא דַּס"ל הֵתָם כָּל שְׁלִקְטוּ עֲנִיִּים כּו' מְשׁוּם דַּס"ל ל'ר' יְהוּדָה דְּאִין יְכוּל לְהַפְקִיר דְּבַר שְׁאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ וּכְמִסְקִנַּת הַסּוּגְיָא דְּב"ק שָׁם א"כ הוּי לִיָּה לְהַתּוֹס' לְהִבִּיא רְאִיָּה זֹו דְּפַקְדוֹן מְקַרִי דְּבַר בְּרִשּׁוֹתוֹ מְשׁוּם דְּאִם הוּי כְּמוֹ דְּבַר דְּאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ לֹא הִיָּתָה מְתַקְדְּשֵׁת בְּפַקְדוֹן שַׁת"י אֲכֹן אִי נִימָא דְּלְהַגְזִלָן בְּעִצְמוֹ מְהֵנִי הַקְנָאָה מְשׁוּם דְּתוֹפְסוֹ וְרַק לְאִישׁ אַחַר אִינוּ בְּהַקְנָאָה ע"כ אִינוּ רְאִיָּה מְהָא דְּקִדּוּשֵׁין דְּשַׁא"ה דְּהַנְּפַקְדוֹן תוֹפְסוֹ וּמְוַחֲזָק בּוֹ וּלְהַנְּפַקְדוֹן עֲצָמוֹ וְדָאִי דְּיְכוּל לְהַקְנוֹתוֹ אַבְל לְמִילָף מִיְנֵיהּ לְהַקְנוֹת לְאִישׁ אַחַר אִינוּ רְאִיָּה וְלָכֹן הַנּוֹכְרָחוּ הַתּוֹס' לְהוֹכִיחַ זֶה מְשִׁאָרֵי רִאיוֹת וְעִיָּין בְּקִצָּה ח"ס' קפ"ט דְּהוֹכִיחַ מְהָא דְּקִדּוּשֵׁין הַנְּ"ל דְּלֹא כְּפִשְׁיטת הַט"ז ס' קפ"ט א"כ מוֹכַח מְזָה לְחַלְק דְּשִׁאָנִי הִיכָא דְּקִיָּמָא בְּרִשּׁוֹת בְּעַל הַפְּקְדוֹן אוֹ בְּרִשּׁוֹת הַגְּזוּלָן וּמְקַנְהוּ לְאַחַר אֲכֹן לְכַמִּש"כ הַתּוֹס' בּב"ק ד' ע' ד"ה כְּסֵתָם יַחֲדָאָה כּו' בְּתִירוּץ קְמָא שָׁם דִּי"ל דְּר' יְהוּדָה ס"ל ג"כ כָּל שְׁלִקְטוּ עֲנִיִּים יְהִיָּה הַפְּקָר גְּדֻחָה רְאִיָּה זֹו: וְהָא דְּרִישׁ פ' הַמְּפָקִיד כְּשִׁתְּגַב וְתַשְׁלִימֵנִי פְּרַתִי קְנוּי' לְהַ סְמוּךְ לְגַבְּתִי אִיכָא בִּינְיָהוּ דְּקִיָּמָא בְּאַגָּם אַבְל בְּקִיָּמָא בְּרִשּׁוֹת בְּעַל הַפְּקְדוֹן וְדָאִי קְנוּי' לְהַשּׁוּמֵר לְכו"ע אִין זֶה שְׁיִיכוּת לַנ"ד וְלְהוֹכִיחַ מְזָה דְּפַקְדוֹן מְקַרִי דְּבַר בְּרִשּׁוֹתוֹ אוֹ דְּהִיכָא דְּמְקַנְהַ לְהַתּוֹפְסוֹ מְהֵנִי הַקְנָתוֹ כְּנ"ל דְּאִין זֶה רְאִיָּה דִּי"ל דְּשִׁאָנִי הֵתָם דְּהָא הִנֵּה בְּיָדוֹ לְהַקְנוֹתָהּ מְקוֹדָם שְׁמוּצִיאָה מְרִשּׁוֹתוֹ לְרִשּׁוֹת בְּעַל הַפְּקְדוֹן וְדוּמָה לְהָא דְּכַתְּנֻבוֹת דָּף נ"ט וּגְדָרִים ד' פ"ה בְּאוּמֵר לְחַבְרִי שְׁנָה זֹו שְׁאָנִי מוֹכַר לְהַ כְּשִׁאָקְסָנָה מְמָה תְּקַדְּשׁ דְּקִדְּשָׁה מְשׁוּם דְּבִידוֹ לְהַקְדִּישָׁה עַכְשָׁיו וְה"ה הֵתָם הוּי בְּיָדוֹ לְהַקְנוֹת מְקוֹדָם שְׁמוּצִיאָה מְרִשּׁוֹתוֹ וְע"כ לֹא הִבִּיאוּ הַתּוֹס' רְאִיָּה מְשָׁם: וּבְעִיקָר דְּבְרֵי הַתּוֹס' דְּב"ק הַנְּ"ל וּבְכּוּרוֹת ד' מ"ט ד"ה ה"מ הִיכָא דְּכַפְרִיָּה כּו' דְּהַנְּצָרְכוּ לְהוֹכִיחַ בְּרִאיוֹת דְּפַקְדוֹן מְקַרִי דְּבַר בְּרִשּׁוֹתוֹ יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת דְּאִמְאִי לֹא הוֹכִיחוּ הַתּוֹס' כֹּן מְרָאִיָּה מְפֻרְשֵׁת מְב"מ דָּף ל"ח דְּאִיתָא שָׁם בְּבְרִיָּתָא הַמְּפָקִיד פִּירוֹת דְּיְכוּל הַבַּע"ב לְעִשׂוֹתָן תְּרוּמָה וּמַעֲשָׂרוֹת עַל מְקוֹם אַחַר.

אַלְמָא לְהַדְיָא דְּפַקְדוֹן מְקַרִי דְּבַר בְּרִשּׁוֹתוֹ א"כ קָשָׁה עַל הַתּוֹסְפוֹת דְּלָמָּה לֹא הִבִּיאוּ סוּגְיָא מְפֻרְשֵׁת הַנְּ"ל וְיֵשׁ לְיִישַׁב דְּאַפְשָׁר לּוֹמֵר דְּמָה דְּמִבְּנָאָר בְּבְרִיָּתָא בּב"מ שָׁם דְּלְפִיכָךְ בַּע"ב

עושה אותן תרומה ומעשר על מקום אחר דאפשר דהברייתא הנ"ל ס"ל כפנועין ור' דוסא דמועיל חילול וקנן על דבר דאינו ברשותו רק דהוי שלו וכמו סתם משנה דמעשר שני דמבואר שם דס"ל דחל קנן על דבר דאינו ברשותו רק ר' יוחנן סתמא אחריןא אשכח פמבואר בב"ק ד' ס"ט וע"כ הוכיחו התוס' שם מסתמא דגמרא דנודאי אזיל אליבא דהלכתא והא דהוכיחו התוס' בב"ק שם מהא דב"מ דגונב מבית הנפקד משום פפל לבעלים פדתניא בהמפקיד כו' ט"ס הוא וצ"ל פדתנן בהמפקיד דהא זהו משנה שם ד' ל"ג ואין לומר דהה סתם משנה אתי כפנועין וכו' דוסא דא"כ ה"ל להש"ס להביא הה סתם משנה התם בב"ק ד' ס"ט גבי הא דשקיל וטרי אליבא דר' יוחנן ומי אריו"ח הכי והא אריו"ח הלכה פסתם משנה כו' ותנן פרם רבעי הוי מציינין כו' והפנועין כו' דה"ל להש"ס להביא הה סתם משנה דב"מ דמשלם פפל להבעלים בגנב מרשות הנפקד וע"כ שפיר הוכיחו התוספות דפקדון מקרי דבר ברשותו: והא דלא הוכיחו התוס' בב"ק שם מהא דאר"נ בר יצחק שם בב"מ ד' ל"ח בטעם הדין דהמשנה דהמפקיד פירות לא יגע בהם דחיישינן שמא עשאן המפקיד תרומה ומעשר על מק"א י"ל דאינו ראיה מהתם משום דכוננת הגמרא שם דיש לחוש שמא עשאן תרומה בעודן שהיה ברשותו מקודם דהפקיד ואף למאי דקאמרי שם לקמן לרב נחמן בר"י דאי אמרת גזבנינהו זימנין דקדיים ומזבין להו וכי עביד להו בע"ב תרומה ומעשר על מק"א לא ידע דזבנא וקא אכל טבליים אלמא דאף לאחר שהפקידן יכול לעשותם תרומה על מק"א י"ל דגם מזה אינו ראיה לפי המבואר בכתובות ד' נ"ט ונדריים דף פ"ה באומר לחבירו שדה זו שאני מוכר לה פשאקחנה ממה תפדש דקשה משום דבידו להקדישה עכשיו.

ע"כ חל ההקדש לאח"ז כשאקחנה ע"כ י"ל דה"ה היכא שאומר המפקיד שיחול שם תרומה בעת שיקרא שם תרומה לאח"ז כשיהיה הפקדון ביד הנפקד דנודאי בזה אף דנימא דפקדון מקרי דבר שאינו ברשותו עכ"ז בכה"ג חל התרומה משום דהא בידו לקרות שם תרומה עכשיו מקודם שיצא מרשותו ע"כ שפיר לדינא י"ל דאף דקיי"ל דלא כפנועין עכ"ז כה"ג חל קריאת התרומה אף לאח"ז וע"כ שפיר יש לחוש דלמא עשה המפקיד עצה זו דאז הוי תרומה אף שקרא שם תרומה לאחר שהפקידו וע"כ לא הוכיחו התוס' מהא דב"מ הנ"ל והוצרכו להוכיח משארי דוכתי: ענף ד ולפי מה דנתבאר להוכיח מהא דיבמות ד' צ"ט דיכול להקנות דבר הגזול להגזלן עדיין יש לדון לפי מה דמבואר פאן בסי' ע"ג ובסי' רמ"א דלא מהני לשון מחילה רק היכא דהחפץ אינו בעין אבל היכא דהחפץ בעין לא מהני לשון מחילה רק לשון מתנה א"כ יש לעיין בגזול חפץ אם מהני ביה לשון מחילה אם החפץ בעין או דבעינן דנקא לשון מתנה והנה ראיתי בספר קהלת יעקב שחיבר הגאון מליסא זצ"ל על אה"ע סי' כ"ח סעיף ה' שכתב בהא דקידישה בגזול דידה מקודשת דהוכיח המקנה מזה דהגזול יכול להקנות להגזלן וכתב הקהלת יעקב די"ל דשא"ה דהא נודאי יכול הגזול למחול הגזילה להגזלן פמבואר בב"ק ד' ק"ג מחל לו על הקרן כו' ומדלא מחלקי בין גזול חפץ לגזול מעות משמע דאף בגזול חפץ מהני מחילה וכמבואר בפ"ה סי' רמ"א ס"ק ד' דמהני מחילה לתביעה דיש לו עליו וכש"כ בגזילה דקני להגזילה רק דנתחייב בהשבה נודאי דיכול למחול להגזלן אבל בלשון קנן להגזלן לא מהני כו' עכ"ל הק"י אבל בספרו נתיבות סי' רמ"א ס"ק ד' פתב דבגזול חפץ לא מהני לשון מחילה דהוי בזה כמו פקדון דלא מהני מחילה בחפץ בעין פמבואר שם

וגם כתב שם דאף במעות בעין דינו כמו חפץ היכא דאין לו רשות להשתמש וכמש"כ
הש"ך בסי' ע"ג ס"ק נ"ד ובסמ"ע שם ס"ק מ"ט ע"ש והנתיבות סותר למש"כ בעצמו
בספרו קהלת יעקב ולפמש"כ בנתיבות דלא מהני לשון מחילה בגזילה בעיניה יש לומר
דיפרש להא דב"ק דמחל לו על הקרן הנ"ל דמייירי באין גזילה קיימת: אבל באמת זה
אינו דהא שם בב"ק ד' ק"ה על מה דתני שם במתניתין מחל לו על הקרן והחומש חוץ
מפחות ש"פ בקרן א"צ לילה אחריו ואיתא שם בגמרא דאר"פ דלא שנו אלא שאין גזילה
קיימת אבל גזילה קיימת צריף לילה אחריו חיישינו שפא תיסקר א"ד ל"ש גזילה קיימת
ול"ש אין גזילה קיימת א"צ לילה אחריו לשפא תיסקר לא חיישינו עכ"ל והשמ"ק פי'
שם בשם הרא"ש והתוס' שאנ"ץ טעם דלג"ק דאף דפחות מש"פ ניתן למחילה עכ"ז
שא"ה דמידי דמצוי לאוקורי לא מחול פינו שייכול להתסקר ולעמוד על ש"פ או פינו
דהיתה גזילה אחת מעיקרא ביותר מש"פ ועד דמתסקר אינו מחל עכ"ל ועיין בטור ח"מ
סי' שס"ז בשם הרמ"ה דאם נתסקר חייב להחזיר פינו דהיה גזל הרבה אלא דאח"כ
מחלו הבועלים חוץ מש"פ בקרן כו' והנה להף לישנא דאמר דל"ש גזילה קיימת כו'
אלמא דאף בגזילה קיימת מייירי הף מתניתין דמחל לו הקרן א"כ בנודאי מוכח דמהני
מחילה בגזילה בעיניה ואף להף לישנא דלא שנו אלא באין גזילה קיימת כו' ג"כ מוכח
כן דהא לא מחלק בין גזילה קיימת לאין גזילה קיימת רק במה דלא מחל לו על פחות
מש"פ אבל במה דתנו מחל לו על הקרן משמע דנה מצוי מייירי אף בגזילה קיימת וכן
בהא דפחות מש"פ בגזילה קיימת דצריף לילה אחריו היינו בלא מחל לו על זה אבל
במחל לו א"צ לילה אחריו ואף דהוי בעין ודינו כמו ש"פ וכמש"כ השמ"ק הנ"ל אפ"ה
אם מחל לו הנה פטור א"כ מוכח מזה דאף בגזילה בעיניה מהני לשון מחילה ושפיר כתב
הקהלת יעקב הנ"ל: וכן מוכח שם בכולי סוגיא ובגזל ג' אגודות כו' ובכולי ש"ס דאף
בגזל פחות מש"פ אף במה דהוי בעיניה אין מוציאין והטעם הוא משום דניתן למחילה
כמבואר בסנהדרין דף נ"ז וד' נ"ט אלמא דאף בבעיניה מהני לשון מחילה דהא לא מציינו
בזה ללשון הקנאה וכה"ג כתב התנאים בסי' פ"ח סעי' י"ב גבי טענו חטים והודה
בשעורים דפטור לפי שיטת הסוברים משום טעמא דמחיל א"כ היכא דטוען הפקדתי
בידה חטים וזה משיב פקדון שעורים דלא שייף טעמא דמחיל פינו דהשעורים בעין וכל
היכא דאיתא ברשותא דמאר"י איתיה א"כ ל"מ לשון מחילה רק דוקא לשון מתנה וזה
אינו מבנרר בלשון שלו שיהיה כאומר אני נותן לה כו' עיין שם וה"ה בפחות מש"פ
כנ"ל: אכן לפמש"כ המחנה אפרים הל' גזילה סי' א' דכל שגזל פחות מש"פ אף שלא
ידעו הבועלים או שידעו ולא מחלו מ"מ אינו חייב להחזיר דלא חייבו רחמנא להשיב
אלא דבר דמקרי ממון ופחות מש"פ לאו ממון מקרי כו' עכ"ל ולפ"ז מכל גזל פחות
מש"פ אין להוכיח כלל דמהני מחילה בגזילה בעיניה משום דעיקר הטעם הוי דהתורה
לא התשיבתו לפחות מש"פ לממון.

אבל מהא דאמרו שם בב"ק בגזל הרבה ומחל לו חוץ מפחות מש"פ דמשמע שם דאף
בבעין אם מחלו כ"ע מודו דמהני לשון מחילה א"כ הנכון עם הקהלת יעקב הנ"ל:
הגה"ה ובעיקר דברי המחנה אפרים הנ"ל שכתב לדון ולהסתפק בכל גזל פחות מש"פ
אף אם הבועלים לא מחלו או שלא ידעו ג"כ אין ב"ד נזקקין יש להוכיח כן מהא דפסחים
ד' ל"ב ת"ר האוכל תרומה פחות מפזיית משלם הקרן ולא החומש ומקשה הגמרא ה"ד

אי דלית ביה ש"פ אפילו קרן לא לישלם כו' ואי נימא דהיכא שלא מחלו אין נזקקין א"כ ה"מ הש"ס לומר דמייירי בנטל התרומה שלא בידיעת הבועלים או דצעקו מתחלה ועד סוף דאינם מוחלין דאז משלם הקרן ולא החומש וע"כ מוכח דלעולם אינו משלם הקרן בפחות מש"פ וכן אמרו בב"מ דף נ"ה מת"ב רבא ואת אשר חטא מן הקדש ישלם לרבות פחות מש"פ להשבין לקודש אין אבל להקדושים לא והא דהקדש לא שנייה מחילה דהא דעת שכינה מי איפא וכמש"כ השמ"ק בב"מ ד' נ"ז עלה דאמרו שם דבהקדש אף פחות מכדי אונאה חוזר לחד אוקימתא שם וכן פסק הרמב"ם הל' ערכין פ"ז הל' יו"ד דהקדש אפי' הונה בכל שהוא ה"ז חוזר וכמש"כ הלח"מ שם והשמ"ק שם פתב ביאור זה משום דעיקר הטעם דפחות משתות מחילה זה לא שנייה בהקדש דמאן מחל והגזבר א"י למחול משום לתקוני כו' ובמק"א הארכתי בזה ועיין בב"מ דף כ"א תוס' ד"ה פהדיוט מדעת כו' ואפ"ה דוקא בהקדש אמרו דפחות מש"פ ניתן להשבון ע"פ גזה"כ אבל בהקדושים אף בכה"ג דלא ניתן למחילה מ"מ מיפטר מהשבה פניו דאין בו דין ממון: ובמק"א הארכתי בזה בדברי הרמב"ם הל' ערכין פ"ג הל' י"א ובתוס' פתובות דף צ' ד"ה ש"מ בע"ח מאן חר כו' במה דהקשו מערכין דף ז' נכתבו עוד תירוץ לחלק בין מטלטלין לקרקע ומה דיש לדון בזה מהא דחולין ד' קל"ט דס"ל לרב במקדיש תרנגולתו לבדק הבית דלאו קדושת הגוף הוי פניו דמרדה פקע קדושתו וזהו מצד יאוש והפקר כמש"כ התוס' שם ור' יוחנן ושמואל דפליגי שם טעמם משום דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא והוי כמו יאוש ברשות בועלים דלא מהני יאוש אבל מצד יאוש הנה מהני יאוש של הגזבר והמקדיש אף לכמש"כ הריטב"א שם בחולין דלכו במקדיש תרנגולתו לבדק הבית פניו דמרדו פקע קדושתו משום דבהקדש בדק הבית כל זמן שהוא ברשות בעליו אין להקדש בו רק שעבוד בעלמא והקנני הגוף הוא לבעליו ע"כ מהני יאוש של הבעלים עי"ש וכן יש לדון בזה ע"פ מש"כ התוס' במנחות דף ע"א ד"ה ומתירין גזמיות כו' דדוקא בעליו יכולין לפדותו על ש"פ כו' וביבמות דף פ"ח ד"ה אי קדושת דמים כו' אלמא דמצינו חילוק בין בעלים לאחרים בזה משום דיש קצת שם בעלים ע"ז וכן יש לדון בזה ע"פ הא דפסחים ד' מ"ו דאמרי' הואיל אי בעי מיתשל והוי ממונו ובתוס' שם ד"ה הואיל אי בעי מיתשל כו' בתירוץ הא' שם ובתירוץ הב' דהיכא דאמי ליד גזבר לא אמרינו הואיל אבל כל זמן שהוא ביד הבעלים אמרינו הואיל כו' ועיין בסוטה דף ו' ע"ב תוס' ד"ה פי קדוש כו' ובמל"מ הל' מעה"ק פ' י"א הל' ד.

ועיין בב"מ ד' ע"ו ובדף ט"ז בתוס' שם והדברים ארוכין וקצרותי: וע"כ שפיר י"ל דשא"ה בהא דחולין דלכו מהני יאוש של הבעלים דעדיין קנני הגוף שנייה להו וכמש"כ הריטב"א דאין להקדש בד"ה רק שעבוד כ"ז שהם אצל הבעלים אבל היכא דלא שנייה פן שפיר י"ל דלא מהני מחילת הגזבר וה"ה בחוב שמגיע להקדש דאף מטלטלי משתעבדי פניו דמה"ת אף מטלטלי משתעבד כמש"כ הרשב"א והובא בקצה"ח סי' ל"ט וכ"כ התוס' בכורות ד' נ"ב דתקנת הגאונים הוא דאורייתא ע"ש.

וי"ל בהרא"ש בכתובות פ"ט סי' ב' בשם ר' ושלמי הגע עצמה שפטרום משבועה זו תורה וזו אינו תורה כו' וקצרותי והא דמטלטלי לא משתעבדי זהו מצד דלא סמכה דעתו והוי פסילוק ומחילה וכמש"כ התנאים בסי' ל"ט ע"כ בהקדש דמאן מחל והגזבר אין בכחו למחול ע"כ הדין נותן דהקדש גבי מן מטלטלין ואף דהתוס' בתי' הב' ר"פ מי שהיה נשוי

לא ס"ל פן עכ"ז בתירוץ הא' דשם דכתבו לחלק דשא"ה דהפל להקדש וכן הרמב"ם פ' הל' ערכין הל' י"א י"ל דס"ל פן ומתורץ קושיות הלח"מ שם ועדיין יש לעיין בסתירת דבר זה מן הירושלמי חגיגה פ"א הלכה א' בסופו ובלח"מ פ"א הל' חגיגה הלכה יו"ד אבל במק"א תירצתי זה הסתירה ואכמ"ל ע"כ הגה"ה: ולפמש"ב הקצה"ח סי' פ"ח ס"ק י"ג להשיג על התנאים בטענו חטים בפקדון והודה על פקדון שעורים דפטור ג"כ אף להטעם משום מחילה משום דדוקא באומר בפירוש לשון מחילה בדבר המסוים לא מהני אבל סתמא מה דמוכח משתיקתו נעשה פלשון מתנה וה"ה בלשון מחילה היכא דשייך עכ"ל הקצה"ח ולפ"ז נדחה ראיתו מה שהוכחתי מקל גזל פחות מש"פ דפטור אף דאמרו בש"ס בלשון דניתן למחילה.

משום דכיון דלא אמר בפירוש בלשון מחילה ורק אמדינו דעתו פן א"כ היכא דאינו מועיל מחילה אמרינו דנתפגון בלשון מתנה. וכש"כ לפי דברי המח"א הג"ל ונדאי דנדחה זה אבל מה שהוכחתי מן ב"ק ד' ק"ג דמחל לו על הקרן דמיירי באמר בפירוש בלשון מחילה שפיר הוכחתי דאף בבעין מהני מחילה בגזל וכמש"כ הקהלת יעקב פנ"ל: ענף ה ועדיין יש לדון בזה הראי' דב"ק ד' ק"ג דתני מחל על הקרן פנ"ל דהא מצינו בכתובות ד' מ"ד גבי שני שטרות היוצאים זה אחר זה ביטל שני את הראשון הן במקר וכן במתנה מט"ט רפ"ט אמר כו' רב אחא אמר אימר אחולי אחלי' מאי בינייהו לשלומי פירי כו' והתוס' שם ד"ה אימר אחולי אחלי' לשעבודי' הקשו מאי אחלי' לשעבודו שייך גבי מתנה ונראה לר"י כו' ועוד אומר רש"ב"א דנפ"מ אם לזה נותן בין זמן ראשון לזמן שני שיטרפו בעלי חוביו מאותו שדה א"נ אם יאכל הנותן פירות בין זמן ראשון לשני עכ"ל התוס' הרי חזינו להתירוץ של התוס' דנפ"מ דייטרפו בע"ח להשדה דס"ל דמוכחין מחמת ההוכחה של השני שטרות דמסתמא הנה קנין חליפין או חזקה מן המקבל להנותן דאל"כ הא איך קנה הנותן להמתנה בגוף השדה וכמו שהקשה הר"נ שם דהא אף אם החזיר השטר לא חזרה מתנתו ולכן העלה הר"נ שם שיטה אחרת בזה ע"ש ולפ"ז קשה על שיטת התוס' הג"ל בזה דהא אמרו בגמ' שם בלשון אחולי אחלי' והא לשון מחילה לא מהני בחפץ בעיני' וכש"כ בקרקע וע"כ מוכח מזה דאף דמחילה לא מהני בזה מ"מ נקטו בגמ' לשון מחילה משום דבשני שטרות על מכירה הא שייך לשון מחילה על חיוב אחריות עד זמן שני והיכא דלא מהני לשון מחילה כמו במתנה דנפ"מ לענין גוף השדה כמש"כ התוס' אמרינו דמסתמא הנה בלשון המועיל היינו במתנה בפירוש והש"ס לא דקדק בזה כ"כ וכ"כ הרא"ש פתובות שם פהך תירוץ התוס' הג"ל וכ"כ הטור בסי' ר"מ והובא בסמ"ע שם דאף אם הפירות הם בעין נוטלן הנותן אף להטעם דאחולי אחלי' א"כ ה"ה י"ל בהא דב"ק הג"ל דאמרו לשון מחל על הקרן כו' די"ל דהמשנה מיירי בין בגזילה קיימתו בין באין גזילה קיימת ובאין גזילה קיימת שייך לשון מחילה והיכא דהוי בעיניו י"ל באמת דבעי לשון מתנה ומה דנקטו במשנה לשון מחילה הוא לאו דוקא.

ע"כ נדחה ראיתי במה דהארכתי בהא דב"ק הג"ל וכן נדחה מש"כ הקהלת יעקב בקצרה להך ראיה דב"ק הג"ל פי באמת אין זה הוכחה פלל: אכן מן לשון רש"י בקדושין ד' נ"ב ע"ב גבי הא דקדשה בגזל דידה או שחטף סלע מינה מקודשת בדשדף.

ופי' רש"י משום דכי קבילתו לגזל דידה בשם קדושין אחילת' עכ"ל ואף דהתם קאי רק
בפעין אפ"ה כתב רש"י בזה ללשון מחילה א"כ מזה סייעתא לדברי הקהלת יעקב דאף
בגזל פעין מהני לשון מחילה וביותר מוכח פן מן מש"כ הרשב"א לב"ק ד' ס"ט גבי פל
מה שילקטו עניים ויהיה הפקר והקשה בשם הרמב"ד על מה דאמרו שם לקט פיון דליתי
ברשותו לא מצי מפקר לי' והקשה הרמב"ד הא מצי למחול ואטו מאי דליתא ברשותו
לא מצי למחול גבייהו ותירץ הוא ו"ל אין נודאי מצי מחיל מיהו טבל הוא גבי עניים פיון
דאין בו דין הפקר כו' עכ"ל אלמא דמירי התם רק היכא דהתפץ הוא פעיני' אפ"ה מהני
התם לשון מחילה דהא פתבו בלשון מחילה א"כ מוכח מזה דאף בחפץ הגזול פעיני' ג"כ
מהני מחילה: שוב ראיתי דיש להוכיח מן לשון הש"ס דנקטו ללשון מחילה אף היכא
דלא מהני אלא בלשון קנין והוא דהא מצינו בב"ב ד' מ"א ע"א גבי רב ענו שקל בידקא
בארעין אזל הדר גודא בארעא דחבריה אתא לקמין דר"נ א"ל זיל הדר כו' א"ל והא
אחיל דאתא וסייע בגודא בהדאי כו' א"ל מחילה בטעות הנאי כו' והא התם אנו דנין על
גוף הקרקע דבזה לא מהני לשון מחילה אלא הקנאה דוקא ואפ"ה אמרו בזה לשון מחילה
בע"כ מוכח דהו' לישנא הוא לאו דוקא דהש"ס לא דקדק בזה כ"כ.

וגם הא שם מירינין רק על הקרקע פעיני' ולא על ענין חוב ג"כ ואפ"ה נקטו בלשון
אחיל אלמא דזה הלשון הוא לאו דוקא וכמש"כ הרשב"א שם בד"ה והא אחיל כו' הא
יש לו טענה נדאית שהקנה לי הקרקע כו' וכמאן דאמר לה חזק וקני דמי עכ"ל הרשב"א:
וכן מצאתי בהריטב"א לכתובות ד' מ"ד בד"ה רב אחא אמר אחולי אחיל לשעבודי' כו'
דיש שפירשו דאחולי אחיל' לאחוריות דהוי לי' עליו דאלו לגופא דארעא לא מהני מחילה
כו' לקה יש לפרש דה"ק אקנויי אקני לי' מעיקרא ולהקנאה קרינו אחולי כדאמרינו בפ'
חזקת אחולי מחיל לי' דאתא וסייע גודא בהדי' דבעינו למימר אקנויי לי' והכא חיישינו
דבמר דזבנא מיני' הדר אקנויי ניהל' בקנין או בשטר והדר השתא וקבלה במתנה או
זבנא מיני' דאמרינו עכ"ל הריטב"א וכ"כ השמ"ק שם בשם הריטב"א: אלמא
דהראשונים ה"ל הביאו ההוכחה מהא דב"ב ה"ל דמצינו ללשון מחילה על ענין
ההקנאה וכמש"כ לעיל וי"ל דמזה הוכיחו התוס' והרא"ש שם בכתובות לומר דהו'
אחולי אחיל שייך ג"כ לענין לקנות גוף השדה וכמש"כ לעיל הרי דמצינו דנקטו בש"ס
לשון מחילה אף היכא דלא מירי רק בקרקע פעיני' דהא שם לא מירי רק בקרקע פעיני'.

ולפ"ז עדיין י"ל כמש"כ הנתיבות בסי' רמ"א ה"ל דלא מהני מחילה על גזילה פעיני'
ומ"מ אינו קשה על זה מהא דתני בב"ב ד' ק"ג מחל לו על הקרן כו' די"ל בזה ג"כ דהו'
לישנא הוא לא דוקא פנ"ל: ועוד י"ל בהא דב"ב ד' ק"ג דמירי שם בקרן וחומש וגבי חומש
הא הוי חוב על הגזלן דשייך בזה לשון מחילה וע"כ אגב זה תני גבי קרן אף דהוי פעיני'
ג"כ לשון מחילה וע"כ עדיין י"ל כמש"כ הנתיבות דלא מהני מחילה בגזילה פעיני'
ושא"ה בב"ב ד' ק"ג פנ"ל והא דתני התם במשנה מחל על הקרן ולא מחל על החומש י"ל דכיון
דתני מחל על החומש אגב זה תני מחל על הקרן וע"כ אינו ראי' מהתם פלל ודלא כמש"כ
הקהלת יעקב להוכיח מהא דב"ב ד' ק"ג ומ"מ מן מש"כ הרשב"א לב"ק ד' ס"ט בשם
הרמב"ד דהבאתי לעיל משמע מלשונו דגם לשון מחילה שייך על גזילה פעיני' ג"כ וגם
יש לחלק דשאני היכא דהוי בתורת אומדנא על קנין דבזה מצינו דנקטו לשון מחילה על
הקנאה כמו הא דב"ב ה"ל משא"כ היכא דמירינין בהיה קנין מפורש בזה לא שייך

למנקט לשון מחילה ואתי שפיר שיטת הראשונים דס"ל שם בכתובות לפרש דהך אחולי
אחלי דשם לא קאי רק על האחריות בלבד וכן פתב הר"נ שם וכ"כ הרמב"ן והובא
בשמ"ק שם בכתובות די"ל דס"ל דלא שיניך למנקט לשון מחילה על מה דהיה הקנאה
בפירוש פדקתם אף הריטב"א והשמ"ק בכתובות שם דהוכיחו פן מהא דב"ב לא ס"ל
להחילוק ה"ל אף לולי דברי הריטב"א והשמ"ק ה"ל שהוכיחו פן מהא דב"ב הייתי
אומר דאין ראי' מהא דב"ב והוא דהא שם בב"ב גפי רב ענו דהדר גודא בארעא דחברין
ורב נחמן א"ל זיל הדר לגודא היינו הוצאות סתירת הפותל והטרקא מזה דחל על רב
ענו וע"ז שפיר אמר לי' רב ענו והא אחולי אחיל דהא בהחויב שמוטל על רב ענו לנקות
הקרע של חבריו ולסתור הפותל שהעמיד על קרע של חבריו בזה שפיר מהני לשון
מחילה דהא זה הוי כמו כל התחייבות וחובות.

ע"כ אמר רב ענו בלשון זה משום דהא רב נחמן א"ל זיל הדר וצנה לו לסתור הפותל
וע"ז הקשה לו רב ענו והא אחיל דלכה"פ הוי הוכחה על מחילה ממה דסייע גודא בהדאי
דאף דנימא דעל גוף הקרע לא שיניך לקנות מחמת האומדנא ה"ל דאפשר דזה לא הוי
רק כמו ספק אומדנא משום דקרע בחזקת בעלי' עומדת ומספק מעמידין הקרע בחזקת
הבעלים עכ"ז הא על חויב לסתור הפותל ולנקות הקרע בזה הא מהני ספק ג"כ כמו
דאמרינן בכמה דוכתי דהממע"ה וע"כ א"ל רב ענו לשון מחילה ובאמת י"ל דאף לענו
לקנות גוף הקרע אם סייע גודא בהדאי ג"כ קנה וכמבואר בסי' קמ"ב ובגמ' יוסף
לב"ב שם.

אף רב ענו הקשה לו במה דאין לסתור דבריו בשום אופן ונקט לי' מה דפשיט יותר וע"ז
השיבו ר"נ מחילה בטעות כו' פי היכי דאת לא הוי ידעת כו' דהא קיי"ל דיותר יש לו
לשמור שלא יזיק משלא יזק כמש"כ התוס' בב"ב ד' כ"ז בד"ה אמאי פטור כו' וכמבואר
פזה בח"מ סי' קכ"ו בפ"ו ד"ה ס"ק ס"ז ובגמ' יב"ב ד' כ"ז וע"כ החיוב על רב ענו לסתור
הפותל ולנקות הקרע ומכש"כ דמוטל על רב ענו להחזיר לו הקרע ג"כ פנ"ל: וע"כ
שפיר י"ל דהש"ס דקדקו בלשונם פי באמת הדחוק לומר דלא דקדקו בזה כ"כ ובפרט
מה שנוגע לענו דינא ולפ"ז אתי שפיר שיטת הראשונים דס"ל שם בכתובות דהך אימר
אחולי אחלי לשעבודי דאמרו שם.

לא קאי רק על חוב אחריות משום דלענו לקנות גוף השדה הא לא מהני לשון מחילה
משום דס"ל דאינו ראי' מהא דב"ב ה"ל ולא כדברי הריטב"א והשמ"ק ולפ"ז שפיר
מדוקדק הלשון שם בכתובות דאמרו אחולי אחלי לשעבודי דמשמע דלא מיירי שם רק
לענו השעבוד ולא לענו לקנות גוף השדה ולא ס"ל למש"כ התוס' והרא"ש שם ולפי
שיטת הראשונים ה"ל דס"ל דאין סברא לפרש דלאו דוקא נקטו בגמ' פעין זה א"כ
לפ"ז שפיר יש להוכיח מהא דב"ב דאמרו מחל על הקרן כו' וכינון דמיירי שם גם בגזילה
קיימת פנ"ל ע"כ שפיר יש להוכיח מזה דמהני מחילה אף על גזל בעין ושפיר פתב
הקהלת יעקב פנ"ל ועיין בב"ב ד' כ"ו ע"ב אחולי אחלי למנתי' כו' וקצרותי: והא דב"ב
ד' כ"ו ע"א דאמרו ויתר באותה שדה כו' ומה דאתא לידן' אחיל אינדא לא אחיל כו'
ומדאחיל בהא אחיל בכולהו אף דחלק בכורה הוא בעיני' ומ"מ אמרו לשון מחילה אין
זה שייכות לנ"ד משום דהא זכות בכורה הוא כמו חויב על היורשים וכמש"כ הגמ' יב"ב

בסי' ע"ו ס"ק ד' ובסי' רע"ח ס"ק ט' ומה"ט מועיל שם מחילה וסילוק בלא קנן ע"כ שפיר נקטו שם לשון מחילה וגם הא פתבו הראשונים שם גבי בכור דאם אמר אינו נוטל דאינו זוכה בחלק בכורה משום דהוי כמו דזיפו מתנה לאחד ואמר איני רוצה דלא זכה: ענף ו והנה בב"ב ד' מ ע"א גבי בני עיר שנגנב ס"ת שלקו אין דנין בדייני העיר ומקשי וליסלקו ולידייניו כו' פ"י הרשב"ם דליסלקו דיקתבו דין ודברים אין לנו על ס"ת זו ויקנו מידם עכ"ל והקצה"ח בסי' ל"ז ס"ק יו"ד הקשה דאיך מועיל הסילוק בקנו מידו הא קיי"ל גזל ולא נתייאשו אינו יכול להקנות פיון דאינו ברשותו כו' ואפשר דקושית הש"ס וליסלקו היינו שיקנו אותו להגנב ולהגנב ונדאי מהני הנתינה אלא דמפ"י רשב"ם לא משמע הכי שכתב ויקנו מידם ואי להגנב לא בעי קנן דזוכה בדבור פיון שהוא ת"י ועוד דהגנב לא ירצה במתנה זו כי היכא דלא ליהוי עליו סהדי וצ"ע עכ"ל הקצה"ח: ויש ליישב כ"ז והוא דקושית ראשונה של הקצה"ח דל"ל לקנן דהא זוכה בדבור פיון שהוא ת"י אינו קשה כלל דהא הרשב"ם הוכרח לפרש פן משום דהגמ' שם קאמר בלשון וליסלקו כו' ובאמת הא קיי"ל דסילוק לא מהני בחוב הלואה דכתב לי דו"ד אין לו עמך או ידי מסולקת ממה אם לא שקנו מידו וכמש"כ המהרי"ק בסי' פ"ט והובא בנתיבות סי' ר"ט ס"ק נא"ו א"כ כש"כ בגזילה דהחפץ בעין דלא מהני סילוק ועיין בכתובות ד' צ"ה תוס' ד"ה וכי פתבה לי מאי הוי כו' אלא בקנן מהני לשון סילוק וכמו בכתובות ד' פ"ג דאיבעי להו קנו מידו מאי נאמרו דמגופה של קרקע קנו מידו ופי' רש"י דהקנה לי המכר או המתנה ועל גופה של קרקע קנו מידו ומתנה גמורה היא ועיין בתוס' שם ד"ה קנו מידו כו' דתמהו שם התוס' על רש"י ובאמת תמוה מאד דברי התוס' הנ"ל דהא פן מבואר להדיא בב"ב ד' מ"ג גבי שותפין מעידין זל"ז דכתב לי דו"ד אין לי על שדה זו וכי כתב לי מאי הוי ומשני בקנו מידו כו' אלמא להדיא דמהני קנו מידו אף דאמר לשון רו"ד כו' ונכונים דברי רש"י הנ"ל וכן פתב הרא"ש לכתובות שם רפ"ט סי' א' דיש לקיים פי' רש"י דכיון שאמר לחבירו שהוא שותף עמו והקנה לו בקנן מוכח שמקנה לו השדה עכ"ל הרא"ש ומצאתי במגניני שלמה ובפ"י דתמהו ג"כ על התוס' בכתובות בזה: ולפ"ז ה"ה בסילוק מחוב הלואה או בסילוק מגזילה היכא דקנו מידו אמרינן דהוי כמו הקנאה גמורה ובחוב תלינן במחילה וע"כ בהא דהקשה הגמ' בלשון וליסלקו ולידייניו בע"כ מוכח דכוננת הגמ' דליסלקו ע"י קנן דאז יועיל הקנן דיהנה מועיל הסילוק אבל לולי הקנן לא מהני לשון סילוק ושפיר הוכרח הרשב"ם לפרש פן והא דקאמר הש"ס בלשון וליסלקו כו' י"ל דזהו כמו דאמרו בב"ב שם לעיל גבי שותפין מעידין זל"ז דמוקי לי דא' דו"ד כו' וקנו מידו דכתב הרשב"ם שם בד"ה דכתב לי כו' דה"מ לתרוצי כשהקנה לו חלקו אלא רבותא נקט לאשמעינן דכה"ג הוי לשון מתנה עכ"ל וכ"כ התוס' בב"ב ד' מ"ט ד"ה בכותב לה כו' וכ"כ הרמב"ן והמהרש"א שם.

ולפ"ז י"ל דה"ה בהא דאמרו שם גבי ס"ת בלשון דליסלקו דזהו אגב גררא דלעיל מיניה דאמרו שם בלשון סילוק וגם הוי רבותא דאף בגזל דהוי דבר דאינו ברשותו אפ"ה מהני סילוק בקנן כאשר יבואר להלן א"כ א"ש דברי הרשב"ם: ומה שהקשה הקצה"ח קושיתו השניה דהא הגנב לא ירצה לקנות הגניבה ואין מזפין בע"כ יש לתרץ זה ג"כ ע"פ מש"כ המח"א ה' זכיה מהפקר סי' י"א דהיכא דמחל לחבירו והלנה לא רצה במחילתו דעכ"ז זכה הלנה דהוי הקנאה דממילא ואף בע"כ של הלנה מהני עכ"ל ולפי

מה דנתפאר לעיל דלשון מחילה מהני ג"כ להגזלן א"כ י"ל דמה"ט אף דהגנב לא ירצה לזכות בהגזילה דמ"מ זכה ע"י מחילת הבועלים אף בע"כשל הגנב אף אי נימא דמן דין הקנאה נגעו ביה בונדאי אין סברא לומר דיועיל ההקנאה בע"כ של הגנב אבל לפי מה דנתפאר דמחילה ג"כ מהני בגזילה אף בפועל א"כ א"ש דברי הרשב"ם משום דהיכא דכתב דו"ד כו' וקנו מידו אמרי' דנתפונן למחול לו הגזילה ונקנן מתקן הלשון גרוע דסילוק: ואין להקשות דמגלן דנתפונן למחילה דמועיל אף בע"כ דלמא היתה פוננתו להקנות החפץ דלא מהני בע"כ די"ל בזה דהא מבואר בח"מ סי' מ"ב סעי' ט' דהיכא דהענין בטל לגמרי לא אמרינן יד בעהש"ט על התחונה רק היכא דאיכא למיתלי בטעות וכמש"כ הש"ך שם דזהו בדבר דאיכא פלוגתא אבל במה דלא פליגי כלל לא תלינן בטעות ע"ש א"כ ה"ה הקא דכו"ע יודעים דאין מופין לאדם בע"כ ובונדאי לא ירצה הגנב לזכות פנ"ל ע"כ מסתמא נתפוננו הבועלים למחילה דזה מהני אף בע"כ של הגנב וכש"כ הא דב"ב ה"ל דקאי על מה דתניא אין דנין בדייני אותה העיר דע"ז מקשי הש"ס וליסלקו ולידייניו ובדייניו ונדאי לא חיישינן שפא נתפוננו ללשון הקנאה דלא מהני בע"כ ואמרי' דלב"ד טועין לא חיישינן פמבואר ביבמות ד' ק"ו ובח"מ סי' ל"ט ש"ך ס"ק ל"ו ובש"ך ובונדאי ידעי דדין דקנן לא מהני בע"כ ומסתמא נתפוננו למחול הגנב דזה מהני אף בע"כ לכן מהני הסילוק בקנו מידם והש"ס דנקט כה"ג י"ל דנתפוננו להד רבותא יתירתא פנ"ל ומוכח מזה הך דינא של המח"א דכתב דמועיל מחילה אף בע"כ של הלנה וה"ה בגזילה נאמי שפיר דברי הרשב"ם ה"ל: ולפ"ז מוכח דלשון מחילה מהני אף בגזילה בעין וכמש"כ הקהלת יעקב אף במש"כ הקהלת יעקב לחלק דקנן לא מהני להקנות להגזלן וכמש"כ כה"ג השמ"ק ב"מ ד' כ' ד"ה אביי לטעמיה בשם הריטב"א דאף דמהני מחילה בהלואה מ"מ פשפוטב המלוה שטר מכירה על השט"ח שולו להלנה בעינו קנן פתיבה ומסירה ע"ש אבל כפר נתפאר לעיל להוכיח דאף בתורת קנן מהני להתופסו ונדקא להקנות לאחר אינו יכול להקנות בדבר שאינו ברשותו אבל להגזלן עצמו שהוא ברשותו מועיל הקנן וכ"כ הגתיתות בסי' ר"ה ס"ק י"ד ודלא פהשאריט יוסף ודלא כמש"כ בעצמו בספרו ק"י ה"ל וכ"כ השאגת אריה בסי' צ"ג בסוף דלהגזלן עצמו מועיל הקנאתו וע"כ לדינא נתפאר דיכול להקנות להגזלן בתורת קנן וגם מהני בזה לשון מחילה להגזלן אף בגזילה בעינא: והא דב"מ ד' מ"ח ע"ב דהנותן עירבון לחבירו וא"ל אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך כו' אין מזה ראיה לנ"ד והב"ש סי' צ' ס"ק ס"א פתב גבי נצ"ב שהם באחריות שולו ע"כ מהני לשון מחילה בזה אף בפועל ומ"מ יש לחלק דשא"ה דמן הדין אף גוף החפץ שייך להבעל רק דרבנן תקנו דמשום שבח בית אביה הם שולה פמבואר ביבמות דף ס"ו ע"כ מהני בזה מחילה: בזה הקונטרס יבואר מה שיש לדון בעיקר דברי השמ"ק ה"ל: (ו) ענף א ועכשיו נבאר בעיקר דברי השיטה מקובצת בב"ק דף ל"ג דהובא בקונטרס הקודם וזהו דבב"ק דף ל"ג ה"ל במה דאמרו שם הקדישו נזק איכא בינייהו דלר' עקיבא קדוש והקשה בשם הרמ"ה והא ריו"ח א' גזל אינם יכולים להקדיש לפי שאינו ברשותו וא"כ הנזק שמעולם לא בא לרשותו איך יכול להקדישו וי"ל דאחר שגבאו וקא ברשותו ולא קיבל דמים לר"ע אנו רואין כאלו מעיקרא בעת שהקדישו הנה כבר ברשותו וכן בגזל אם הקדישו הנגזל נאח"כ הוציאו בדין הכי נמי דקדוש נהא דא' ריו"ח דאינו קדוש הוא היכא שלא הוציאו בב"ד עכ"ל

וְנָהוּ כָּל־חֵדֶשׁ: הַגֵּה"ה וְעַפ"ז תִּנְרָצְתִי כְּכָר דְּבָרֵי הַשְּׂאֲרִית יוֹסֵף דְּהוּבָא בְּב"ש סִי' כ"ח
ס"ק ט"ז דְּכַתְּבֵי גַבִּי אִשָּׁה שְׁחֻטְפָּה מְעוֹת מְאִישׁ וְא"ל ה"א מְקוֹדְשֵׁת כּו' דְּאֶפִּילוּ אִמְרָה הֵן
לֹא מְהַנִּי מִשּׁוּם דְּלֹא מְהַנִּי הַקְּנָאת הַבְּעַל לְהַאֲשִׁיחַ מִשּׁוּם דְּהוּי דְּכָר דְּאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ וַיֵּשׁ
לְתַמּוּהָ עָלָיו מְהֵא דְּקִינְדָּשָׁה בְּגִזְלֵי דִּינְדָּה וְאִמְרָה הֵן מְקוֹדְשֵׁת בְּשִׂדְדָּה מִשּׁוּם דְּהַקְּנָתָהּ לּוֹ
כְּמִבְּנָאָר בְּקִדּוּשֵׁינָן ד' י"ג: אֲלֵמָא דְּאָרְף דְּהוּי אִינוּ בְּרִשּׁוֹתָהּ אַפ"ה מְהַנִּי הַקְּנָאתָהּ לְהַגְזֵלָן
עֲצָמוּ וְכוּן מְצָאֵתִי בְּמִקְנָה סְעִי' ה' דְּתַמָּה כֵּן עַל הַש"י בְּזָה וְעֵינָן בְּסִפְרָ קַהֲלָת יַעֲקֹב עַל ה'
קִדּוּשֵׁינָן שְׁפַתְּבָ לְתַרְזֵן דְּבָרֵי הַש"י אֲבָל לְהַפְלִיל שְׁלֵשׁ הַשְּׂמ"ק הַג"ל יֵשׁ לִינְשִׁיבּוֹ וְהוּא דְּשִׂאֲנִי
בְּאִשָּׁה שְׁחֻטְפָּה סְלַע דְּלֹא יָכוֹל לְהַקְּנוֹת לָהּ מִשּׁוּם דְּלֹא יָבֵא לְעוֹלָם לְרִשּׁוֹתוֹ וּמִיָּרִי הֵיכָא
דְּלֹא אֲתִי מְעוֹלָם בְּעֵינֵיהּ לִיד הַבְּעַל מִשְׂא"כ בְּקִדְשָׁה בְּגִזְלֵי דִּינְדָּה דְּהַקְּנָתָהּ לּוֹ דְּאִמְרָה הֵן
אוּ דְּשִׂדְדָּה וְאָרְף דְּאִזְזוּ לֹא הוּי עֲדִינָן בְּרִשּׁוֹתָהּ עַכ"ז אַח"כ דְּהַגִּיעַ לִינְדָּה אִזְ מְהַנִּי מְחִילְתָּהּ
וְהַקְּנָאתָהּ לְמַפְרַע וּכְמִש"כ הַשְּׂמ"ק דְּאִחְרָ דְּאֲתִי לְרִשּׁוֹתוֹ מְהַנִּי הַקְּדִישׁוֹ דְּהַקְּדִישׁ בְּעַת
שְׁלֵא הֵינָה בְּרִשּׁוֹתוֹ וְאָרְף דְּבַעַת דְּאֲתִי לְרִשּׁוֹתָהּ בְּאִ לִינְדָּה בְּתוֹרַת קִדּוּשֵׁינָן וְלֹא בְּתוֹרַת חֲפָץ
שְׁלֵהָ הָא גַּם גַּבִּי הַקְּדִישׁוֹ נִינְזַק דְּב"ק הַג"ל בְּעַת דְּאֲתִי לְרִשּׁוֹתוֹ שְׁיִיךְ כְּכָר לְהַקְּדִישׁ וְאַפ"ה
מְקַרִּי אֲתִי לְרִשּׁוֹתוֹ מִשּׁוּם דְּאִם לֹא יַחּוּל הַהַקְּדִישׁ הוּי חֲפָץ שְׁלֵהָ הַבְּעָלִים וְה"ה בְּהֵא דְּקִינְדָּשָׁה
בְּגִזְלֵי דִּינְדָּה דְּאִם לֹא יַחּוּלוּ הַקְּדוּשֵׁינָן הוּי חֲפָץ דִּינְדָּה וּמְקַרִּי אֲתִי לְרִשּׁוֹתָהּ וְא"ש דְּבָרֵי
הַשְּׂאֲרִית יוֹסֵף וְגוּף הַסִּפְרָ הַג"ל אִינוּ ת"י אָרְף יֵשׁ לְחַלְקֵי דְּשִׂאֲנִי הָא דְּהַקְּדִישׁוֹ נִינְזַק
דְּהַהַקְּדִישׁ הוּא מְצַד הַנִּינְזַק א"כ מְקַרִּי אֲתִי לְרִשּׁוֹתוֹ לְסוּף.

מִשְׂא"כ בְּהֵא דְּקִדּוּשֵׁינָן דְּהַבְּעַל הַגְזֵלָן הוּא מְקַדֵּשׁ לָהּ וְנוֹתֵן לָהּ בְּתוֹרַת קִדּוּשֵׁינָן ע"כ אִינוּ
דוֹמָה זֶה לְהֵא דְּב"ק הַג"ל לִינְשׁ לְהַאֲרִיךְ בְּזָה ע"כ הַגֵּה"ה: אֲמַנְם רְאִיתִי לְהַפְנִים מְאִירוֹת
סִי' מ"ו שְׁפַתְּבָ בַד"ה וְהַשְּׂתָא ג"כ מְמִילָא נְדַחָה קוֹשְׁיִית הָרָא"ש עַל הַרְמַב"ם כּו' שְׁפַתְּבָ
שָׁם בַּא"ד גַּבִּי גִזְלֵי דְּאָרְף שְׁהוּצִיאֻ אַח"כ בְּדִינָנִים אַפ"ה פִּינוּן דְּבַעַת הַהַקְּדִישׁ לֹא הֵינָה
בְּרִשּׁוֹתוֹ אִינוּ חָל הַקְּדִישׁוֹ לְמַפְרַע מִשּׁוּם דִּילְפִינָן זֶה מְכִי יַקְּדִישׁ בֵּיתוֹ מֵה בֵּיתוֹ בְּרִשּׁוֹתוֹ
כו' דְּבַתֵּר שְׁעַת הַקְּדִישׁ אֲזַלִּינָן כּו' עַכ"ל הַפְּמ"א וְכוּן נִרְאָה דְּבָרֵי הַנּו"ב בְּמ"ק ח' או"ח ס'י
כ' בְּמָה דְּחִידָשׁ שָׁם בְּגִזְלֵי חֲמִץ פִּינוּן דְּאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ לְעֵינָן הַקְּנָאָה ע"כ לֹא קַעֲבֵר עַל בַּל
נִרְאָה וְלֹא נְאָסֵר חֲמִצּוֹ אָרְף דְּקִאֲתִי לְרִשּׁוֹת הַגְזֵלָן כּו' עַכ"ל וְאִי נִימָא דְּאִחְרָ שְׁהַגִּיעַ לְרִשּׁוֹתוֹ
אִזְ חָל הַקְּדִישׁוֹ לְמַפְרַע א"כ ה"ה לְגַבִּי חֲמִץ כְּמִבְּנָאָר בְּפְסוּחִים דָּרְף ל"א דְּאִי נִימָא לְמַפְרַע
גוּבָה נְאָסֵר הַחֲמִץ מִשּׁוּם זֶה א"כ מוֹכַח מֵהַנּו"ב דְּלֹא ס"ל לְהַפְלִיל שְׁלֵשׁ הַשְּׂמ"ק הַג"ל.

וְהַטְעַם י"ל דְּלִכְּוֹן דְּחוּ דְּבָרֵי הַשְּׂמ"ק הַג"ל מְהַלְכָּה דְּהֵא מְבִנְאָר בְּתוֹס' ב"ק ד' ל"ג ד"ה
אִיכָא בִּינְיָהוּ כּו' דְּהַקְּשׁוּ דְּאִמְאִי אִין קְדוּשׁ לר' יִשְׁמַעֲלָל הָא לְאַבְנֵי לְמַפְרַע הוּא גוּבָה
וְתִנְרָצוּ דְּלִמ"ד לְמַפְרַע הוּא גוּבָה הֵינּוּ הֵיכָא דְּגַבְּאוּ לְבַסּוּף אֲבָל הֵכָא אִם נְתַרְצָה נִינְזַק
לְבַסּוּף לְקַבֵּל הַמְּעוֹת וְלֹא גַבְּאוּ לר"י אִינוּ קְדוּשׁ וּמ"מ לר' עֲקִיבָא קְדוּשׁ דְּשׁוֹתְפִין נִינְהוּ
וְעוֹד כּו' אֲלֵמָא דַּס"ל לְהַתוֹס' דְּהַסּוּגִיא מִיָּרִי בְּלֵא גַבְּאוּ לְסוּף וְאַפ"ה אֲמָרוּ דְּלר"ע
בְּהַקְּדִישׁוֹ נִינְזַק חָל הַהַקְּדִישׁ א"כ תִּקְשָׁה עֲלֵיָהוּ קוֹשְׁיִית הַשְּׂמ"ק הַג"ל דְּאִיךְ חָל הַהַקְּדִישׁ
הָא הוּי לִיָּה כְּהַקְּדִישׁ דְּכָר שְׂאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ וְתִנְרָץ הַשְּׂמ"ק הַג"ל לֹא שְׁיִיךְ לְפַמֵּשׁ כ"ה תוֹס'
כַּנ"ל דְּהֵא פִּינוּן דְּגוּף הַחֲפָץ לֹא אֲתִי לְרִשּׁוֹתוֹ אָרְף דְּמְקַבֵּל דְּמִיו מ"מ בְּזָה גַּם הַשְּׂמ"ק מוֹדָה
דְּמְקַרִּי דְּכָר שְׂאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ וְאִינוּ חָל הַהַקְּדִישׁ.

כּמבּנאָר שׁם במשׁ"כ השׁמ"ק דאַחר שׁגבּאָו וְלֹא קיַבֵּל דְּמִים אָנוּ רוֹאִים כּו', וע"כ מוֹכַח דּס"ל לְהַתּוֹס' דְּגַם כּה"ג מְקַרֵי דְּבַר בְּרִשּׁוֹתוֹ וּע"כ בְּהַקְדִּישׁוּ נִיזְק לר"ע חָל הַהַקְדֵּשׁ וּכְמִשׁ"כ הַפְּנ"י שׁם דָּף ל"ג בד"ה שְׁחִטּוּ וּנְתַנּוּ בְּמִתְנֶה כּו' בּסֵה"ד דּלר"ע דּס"ל הַחֲחֵלֶט הַשּׁוֹר כּו' יְכוּל לְהַקְדִּישׁוּ אַע"ג דְּקִי"ל אֵין אָדָם מְקַדֵּשׁ דְּבַר שְׂאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ כּו' הֵכָא שְׂאִי דַחֲשִׁיב פְּאִילוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ לְגַמְרֵי כּו' עכ"ל הַפְּנ"י וְלֹא ס"ל לְהַתּוֹס' כּמִשׁ"כ הַשׁמ"ק דְּהָכָא מִיַּרֵי שְׁגַבּאָו לְבִסּוּף.

וְכִינּוּן דְּלִשְׁטִיתַת הַתּוֹס' אֵין מְקוּם לְרֵאִיַת הַשׁמ"ק בְּהַכְּלָל שְׁחִיִּדֵשׁ ע"כ לֹא סְמַכו הָאֲחֵרוֹנִים עַל דְּבַרֵי הַשׁמ"ק הַנְּ"ל: וְזֶה פְּשׁוּט דְּאֵין לוֹמַר דְּלָכֵן לר"ע הַקְדִּישׁוּ קְדוּשׁ מִשׁוּם דְּאֲזִיל לְטַעֲמִיָה דּס"ל בִּיבְמוֹת ד' צ"ג אָדָם מְקַנָּה דְּשִׁלְב"ל וְה"ה אֵינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ דְּזֶה אֵינוּ דְּהָא לַפ"ז לֹא חָל הַהַקְדֵּשׁ רַק בְּעַת שְׂיָבוֹא לְעוֹלָם כּמבּנאָר בּב"מ ד' ס"ז דְּמוֹכַר פִּירוֹת דְּקָל עַד שְׂבָא לְעוֹלָם יְכוּל לְחַזּוֹר בּוּ וְהָכָא קְאָמַר הַגְּמָרָא דּלר"ע הַקְדִּישׁוּ הַנִּיזְק קְדוּשׁ מִהַשְׁתָּא וּע"כ בְּסוּגִיָא דּב"ק ד' ס"ח בְּמָה דְּשָׁקִיל וְטָרֵי שׁם בְּהָא דר"ל דּס"ל אָדָם מְקַנָּה ד"ש בְּרִשּׁוֹתוֹ לֹא אָמְרוּ שׁם דְּלִהֵף תְּנַאי דּס"ל אָדָם מְקַנָּה דְּשִׁלְב"ל ס"ל לְהָא דר"ל דְּיְכוּל לְהַקְנוֹת דְּבַר שְׂאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ מְעַכְשָׁיו מִשׁוּם דְּזֶה פְּשׁוּט כּנ"ל.

וְגַם לְמ"ד דּא"א מְקַנָּה דְּשִׁלְב"ל מ"מ יְכוּל לְסַבּוֹר לְהָא דר"ל דְּיְכוּל לְהַקְנוֹת דְּבַר שְׂאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ פִּינּוּ דְּהוּי שְׁלוֹ וְהֵם שְׁנֵי עֲנִינִים נִפְרָדִים וְכֵן הֵף כָּלֵל שְׁל הַשׁמ"ק אֵינוּ רַק בְּמָה שְׁהוּא שְׁלוֹ רַק דְּאֵינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ וּכ"ז פְּשׁוּט וּבְאֲמַת בְּלֹא רְאִיָה מְוַכַּרְחַת הַדַּעַת נוּטָה דְּגַם הֵיכָא דְּאֲתִי לְרִשּׁוֹתוֹ לֹא ח"ז מ"מ פִּינּוּ דְּבַעַת הַהַקְדֵּשׁ לֹא הֵיָה אֲזַ בְּרִשּׁוֹתוֹ אֵינוּ חָל הַקְדִּישׁוּ דְּהָא לֹא הֵיָה בֵיתוֹ בְּעַת הַהַקְדֵּשׁ וְרְאִיָה לְזֶה מְהָא דּב"ק ד' ס"ט דְּאָמְרוּ שׁם דר' יוֹחָנָן סְתָמָא אַחֲרֵינָא אֲשַׁכַּח דְּלֹא ס"ל כְּצִנּוּעִין דְּהָא תָּנּוּ אֵין הַגּוֹנֵב אַחַר הַגּוֹנֵב מְשַׁלֵּם כְּפָל מִשׁוּם דְּלֹא קָרִינּוּ וְגוֹנֵב מִבֵּית הָאִישׁ כּו' וּמִזֶּה הוֹכִיחוּ הַש"ס דְּגִזְלֵי אֵינָם יְכוּלִים הַבְּעֵלִים לְהַקְדִּישׁ לַפ"י דְּלֹא קָרִינּוּ בְּזֶה מָה בֵיתוֹ קוֹדֵשׁ כּו' מָה בֵיתוֹ בְּרִשּׁוֹתוֹ כּו' וּכ"כ הַתּוֹס' שׁם ד' ע' ד"ה לֹא פְּתַבִּינּוּ אֲמַטְלִטְלֵי דְּכַפְרִיָה כּו' דְּבַפְקָדוֹן דְּלֹא כַפְרִיָה מְקַרֵי בְּרִשּׁוֹתוֹ דְּהָא גָּנַב מִבֵּית הַנִּפְקָד מְשַׁלֵּם כְּפָל לְבַעֲלִים אֲלָמָא דְּהַש"ס וְהַתּוֹס' מְדַמֵּין כ"ז לְהַדְדִי וְהָא מְצִינּוּ בּב"ק ד' ס"ח גָּנַב וּבָא אַחַר וּגְנַבּוּ הֵרֵאשׁוֹן מְשַׁלֵּם תְּשִׁלוּמֵי כְּפָל וְהַשְּׁנֵי אֵינוּ מְשַׁלֵּם אֲלָא קָרָן בְּלָבָד וְכֵן בְּהָא דְּאֵין הַגּוֹנֵב אַחַר הַגּוֹנֵב הַנְּ"ל וּמִשְׁמַע אַף דְּהוּי הַגְּנִיבָה בְּעִינְיָה אֲלָמָא דְּאַף לְאַחַר דְּאֲתִי הַגְּנִיבָה לְרִשּׁוֹת הַבְּעֵלִים אַפ"ה פְּטוֹר מְכַפֵּל וְלֹא קָרִינָא בֵּיָה וְגוֹנֵב מִבֵּית הָאִישׁ וּלְדַבְרֵי הַשׁמ"ק דּס"ל דְּהֵיכָא דְּאֲתִי לִידּוֹ לְאַחַר זְמַן קָרִינּוּ אֲזַ בְּעַת הַהַקְדֵּשׁ דְּמְקַרֵי מָה בֵיתוֹ בְּרִשּׁוֹתוֹ כּו' א"כ ה"ה מְבַעֲי לָן לוֹמַר בְּגָנַב הֵיכָא דֹאח"ז אֲתִי לְרִשּׁוֹתוֹ דְּאֲזַ הוּי וְגוֹנֵב מִבֵּית הָאִישׁ לְמַפְרַע וּבְנוֹדָאֵי אֵין לְחַלֵּק בִּינְיָהֶם לַפ"י סוּגִיַת הַגְּמָרָא וְהַתּוֹס' הַנְּ"ל דּס"ל דְּכִינּוּן דְּמוֹעִיל הַהַקְדֵּשׁ מִמִּילָא הוּי בְּרִשּׁוֹתוֹ וְהוּי וְגוֹנֵב מִבֵּית הָאִישׁ א"כ ה"ה בְּזֶה דְּאֵי נִימָא דְּמוֹעִיל הַהַקְדֵּשׁ לְמַפְרַע א"כ הוּי לְמַפְרַע בֵּיתוֹ וּבְרִשּׁוֹתוֹ אֲלָא ע"כ מוֹכַח דְּלֹא אָמְרִינּוּ פִּן פִּינּוּ דְּבִאוֹתוֹ הַדַּעַת לֹא הֵיָה בְּרִשּׁוֹתוֹ אֲזִילִינּוּ בְּתַר אוֹתוֹ זְמַן וְכֵן לְדִינֵי הַקְנָאָה וּמוֹכַח מִזֶּה דְּלֹא כּהַשׁמ"ק הַנְּ"ל: וְכֵן מוֹכַח מִמִּשׁ"כ הַתּוֹס' בּב"ק דָּף ע' ד"ה לֹא פְּתַבִּינּוּ אוֹרְכָתָא אֲמַטְלִטְלֵי דְּכַפְרִיָה כּו' וְהוֹכִיחוּ דְּפְקָדוֹן מְקַרֵי דְּבַר בְּרִשּׁוֹתוֹ וְיְכוּל לְהַקְדִּישׁ פְּקָדוֹן שְׂיֵשׁ לוֹ מְהָא דּב"ב ד' פ"ח גְּבִי הַהוּא גְּבָרָא דְּאֵינִי קְאָרֵי אֲתוּ כ"ע שְׁקוּל קְאָרֵי אָמַר לְהוּ הַרִי הוּ מוֹקְדִישׁוֹן לְשְׁמִים אֲתוּ לְקַמֵּיהָ דְּרַב כְּהָנָא א"ל אֵין אָדָם מְקַדֵּשׁ דְּבַר שְׂאִינוּ שְׁלוֹ וְהֵי מִילֵי הוּא דְּקִצִּי דְּמִיָּהוּ אֲבָל לֹא קִצִּי דְּמִיָּהוּ בְּרִשּׁוֹת מְרִיָּהוּ קִינִי וְשְׁפִיר אַקְדִּישׁ

אלמא דיכולים להקדיש פקדון וכן הוכיחו בראיה זו הנ"י ב"מ ד' ז' והשמ"ק ב"ק ד' ס"ט בשם המאירי.

ולדברי השמ"ק הנ"ל דכתב דאף בגזל אם בא אח"כ לרשות הבועלים חל ההקדש למפרע א"כ י"ל דמייירי התם בבא אח"כ לרשות המוכרים ובכה"ג אף בגזל הוי קדוש וכמו הא דב"ק דהקדישו נזק דקאמר השמ"ק דמייירי בבא אח"כ לרשות הנזק רק בקניצי דמיייהו אף דאירע דבא אח"כ לרשות הבועלים עכ"ז לא חל ההקדש משום דהוי מקדיש דבר שאינו שלו ובזה מודה השמ"ק דאף דבא לרשותו אינו חל ההקדש למפרע רק בדבר שלו ואינו ברשותו בזה חידש השמ"ק להפיל שלו ובלא קניצי דמיייהו דבשעת ההקדש הוי אז מבותר דהוא שלקם ולכן מהני בזה מה שהגיע אח"כ לרשותו ומדהוכיחו התוס' לראיה זו על פקדון מוכח דס"ל דלא כהש"מ [והא דלא הוכיחו התוס' דפקדון מקרי דבר ברשותו מהא דב"ק ד' ק"ד דר' פפא הוי מסיק זווי מפי חוזאי וכמש"כ ראיה זו הרב המ"מ בה' מכירה פכ"ג והובא בבאר הגולה סי' רי"א ס"ק סמ"ך ע"ש י"ל דהא להגרסא דגרסי הוי מסיק זווי דהיה הלואה דזה ודאי אינו בהקנאה רק בתורת הרשאה אתי עלה וכמש"כ התוס' בב"ק ד' ע' ד"ה אמטלטלי דכפריה וקרא"ש שם וע"כ לא הביאו ראיה זו] ואפשר לדחות ראיה זו דהא בקניצי דמיייהו איך יבא החפץ לרשות המוכר דהא נגמר המקח ונשאר החפץ להלוקם וע"כ מייירי בלא אתי לרשות המוכר ואי דנימא דמייירי דאירע דבא החפץ לרשות הבועלים ה"ל להש"ס לפרש דמייירי בבאו לרשות הבועלים משא"כ בהקדישו נזק הא עומד לבא לרשותו.

ענף ב' ומצאתי במרדכי פ"ק דב"מ עלה דאמרו שם דף ז' פל ממון שאין יכול להוציא בדדיינים אינו קדוש וז"ל ראובן היה מחזיק בבית א' ושמעון היה מערער והלה שמעון ונתנה במתנה ללוי בעוד הבית ביז ראובן לסוף הלה שמעון והוציא מיד ראובן בדדיינים עתה תובעו לוי וא' פי הבית נתת לי במתנה ושמעון משיבו פי לא היתה ברשותי דין זה פסוק מהא דאמרו שם ממון שא"י להוציא בדדיינים הקדישו אינו קדוש הא יכול להוציא בדדיינים הקדישו קדוש וכיון דשמעון יכול להוציא בדדיינים מתנת לוי מתנה ודוקא אם הוציאה שמעון בדדיינים אבל אם אין יכול להוציא בדדיינים שאין לשמעון עדים והוציאה שמעון מלוי בחזקה אין מתנת לוי מתנה ודוקא מתנת קרקע אבל מתנת מטלטלי אע"ג שיכול להוציא אין מתנתו דאריו"ח גזל כו' לפי שאינו ברשותו ואוקימנא דריו"ח במטלטלי כו' עכ"ל הרי להדיא דבמטלטלי גזולים אף היכא דאתי ליד הנגזל דומיא דעובדא דבית הנגזל הנ"ל ואפ"ה פתב להדיא דאין מתנתו מתנה משום דהיתה המתנה בעת דלא אתי לרשותו וכן בקרקע היכא שאין לו עדים שיכול להוציא בדדיינים אף דאתי ליד הנגזל אפ"ה אין המקבל מתנה מוציא מיד שמעון ואין המקבל מתנה יכול לומר להנגזל הא אתה תופס חפץ שאינו שלך דהא שנייה אלי אחר דאתי לרשות וע"כ מוכח מהמרדכי דאף דאתי לרשותו לסוף לא חל ההקנאה למפרע ודלא כהשמ"ק הנ"ל ולכן שפיר סתם הטור ושו"ע סוף סי' שנ"ד סעי' ו' דגנב וגזל א"י להקדיש ולא פתבו לחלק דהיינו בלא באו לרשותו אבל בהגיע לרשותו חל ההקדש ושפיר נקטו לדינא דלא כהשמ"ק הנ"ל: והנה רש"י פסחים ד' ל' כ' דהא דמלנה טריף משדה המשועבדת משום דמחמת השעבוד הוי כמו דבר דאינו ברשותו וע"כ אין מכירתו והקדישו מהני פלל משום דמה ביתו כו' עכ"ל וקשה לי דא"כ אף סילק הלנה להמלנה במקעות וכה"ג דלא בא המלנה

לטרוף מ"מ יתבטל המכירה משום דעכ"פ בעת המכירה הנה דבר שאינו ברשותו מחמת השעבוד לשיטת רש"י הג"ל: וראיתי להקצה"ח סי' קי"ז ס"ק ב' שכתב דזה הוי כמו באומר שדה שמשפנתי פשאפדנה תקדש דקדשה משום דבידו לפדותה דבכתובות ד' נ"ט עכ"ל הקצה"ח אבל זה לא נהירא לי דהא מוכח בכתובות ד' הג"ל דלא חל ההקדש במה דאמר שדה זו שמשפנתי פשאפדנה כו' רק בעת שפדה ולא למפרע דהא אמרו שם גבי קונם שאני עושה לפיה לכו מגרשה דמי איכא מידי דהשתא לא קדיש ולקמיה קדיש ומדמו זה לאומר שדה זו שמשפנתי פשאפדנה כו' אלמא דלא חל מעכשיו ההקדש וכמו בקונם מ"י דדוקא לכו מגרשה חגיל ולא למפרע בעודה תחת בעלה.

דאל"כ איך מדמין אותן הש"ס להדדי וע"כ מוכח דגם שדה שמשפנתי שהקדיש אינו חל ההקדש רק בעת שפדאה וכן מבואר ברמב"ם פ"ו ה' ערכין ה' כ"ט דבשדה הממושפנת והקדישה פשאפדנה דחל ההקדש מעת שפדאה וכ"כ התוס' פתובות שם ד"ה שדה זו שמשפנתי כו' דבעודה ממושפנת לא חל ההקדש והקשו ע"ז מהא דרב מרי בר רחל דב"מ ד' ע"ג וכמש"כ הש"ך ב"ד סי' רנ"ח ס"ק ט"ז בשדה זו שמשפנתי תקדש פשאפדנה דקדיש פשיפדה ולא מקודם ע"ש בסעי' ז' וע"כ תי' הקצה"ח הג"ל אינו מספיק לתרץ דברי רש"י הג"ל: ואפשר לומר דשיטת רש"י הוא דלמסקנת הש"ס דאמרו שם בכתובות דשאני בשדה המושפנת דבידו לפדותה א"כ לפ"ז באמת אף מהשתא קדוש ולא כמו דדימו זה מעיקרא להא דקונם מ"י לכו מגרשה אלא באמת לפי סברא זו דבידו לפדותה ממילא הוי קדוש למפרע בעת שהקדישה והנה מתורץ לפ"ז קושיות התוס' שם מהא דרב מרי כו' אבל זהו נגד כל הפוסקים הג"ל וע"כ נראה לי לומר דרש"י יסבור פשיטת השמ"ק הג"ל דאף בדבר שאינו ברשותו היכא דאתי לרשותו לא ח"ז אז חל הקדישו ומכירתו למפרע וע"כ אף דמחמת השעבוד הוי זה לאינו ברשותו לשיטת רש"י הג"ל עכ"ל כשסילק להמלנה הוי למפרע ברשות הלנה וכל מכירתו שפיר אבל גם זה אינו מספיק לתרץ שיטת רש"י הג"ל דא"כ מבעי להיות דמקודם שיסלק להמלנה יהיה יכול הלוקח או הלנה לבטל המכירה וכמו כל מוכר חפץ הגזול: וע"כ יותר נראה לומר דס"ל לרש"י דדוקא בהא דכתובות גבי שדה ממושפנת דס"ל להרבה ראשונים דלכו אינו חל ההקדש מעכשיו משום דאינו יכול להפקיע שעבוד של חבירו דאם יוקדש אז יאסר המלנה לאכול הפירות וע"כ אינו חל ההקדש מיד כמש"כ בקונטרס אחד מכבר בארובה בכ"ז ולכן אף דנימא דזה הוי דבר שבידו מ"מ הא לא מצי להפקיע שעבוד חבירו.

אבל היכא דע"י המכירה לא יפקיע זכות חבירו דהא יהיה מצי המלנה טריף מלקוחות משום ה"ט דכתב רש"י דע"י השעבוד הוי דבר דאינו ברשותו ע"כ היכא דסילק להמלנה אז אמרינו דחל המכירה למפרע ובכה"ג דפדה לא מקרי זה דבר דאינו ברשותו ודומה להא דקדושין דף ס"ב באמר פירות צרוגה זו מחונברת יהיה תרומה על פירות צרוגה זו תלושים פשייתלשו ונתלשו מהו א"ל כל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי ופי' רש"י דאחר שנתלשוהוי תרומה למפרע כו' וע"כ מוכח דהא דקאמרי בגמרא שם יהיה תרומה פשייתלשו היינו משום דבלא אומר פשייתלשו הוי דינו כמו מחובר דלא מהני בזה קריאת שם לתרומה אף דהוי בידו לתלושי רק כשאמר פשייתלשו אז מהני למפרע קריאת שם על התרומה מעת שהיא משום דהוי בידו לתלוש וכשייתלש ומקיים פן אז מהני סברא

דְּבִידוֹ עַל לַמְּפָרֵעַ וּבִמָּה דְהוּי בְּיָדוֹ לֹא שִׁינְךָ בְּזָה לֹא מְרִירָה וּכְמַשׁ"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין ד' כ"ה ד"ה וְלִכִּי מִיָּת הָיִי גִיטָא כו' וְעֵינִן בִּיּוֹד סִי שֶׁל"א סֵעִי נ"ה וּבְרַמְבַּ"ם פ"ה ה' תְּרוּמוֹת וְיִזְעָתִי דִּישׁ לְדַחֵק בְּכֹונֶנֶת רַש"י דְּקִדּוּשֵׁין הַנָּ"ל אֲבָל הָאֵמֶת פְּשֻׁטָּה דְּבָרֵי רַש"י כְּמַשׁ"כ: וּלְפ"ז ה"ה בְּמוֹכֵר שְׂדֵה מְשֻׁנְעָבְדָּת לְאַחַר שְׂפָדָה אִז מְהֵנִי הַסְּבָרָא דְּבִידוֹ לְפָדוּתוֹ עַל לַמְּפָרֵעַ דְּחַל הַמְּכִירָה אִז דְּהָא לֹא הָיִי בְּזָה הַפְּקַעַת הַשְּׁעָבוּד שֶׁל הַמְּלִנָּה דְּהָא אָף דִּיחֻוּל הַמְּכִירָה אִם פְּדָה לֹאח"ז מ"מ אִם לֹא פְּדָה לֹא חַל הַמְּכִירָה וְע"כ לֹא הָיִי בְּזָה הַפְּקַעַת הַשְּׁעָבוּד כָּלֵל וְדוּקָא בְּמִשְׁכַּנְתָּא דְּהַמְּלִנָּה אוֹכַל הַפְּיִרוֹת לֹא חַל הַהִקְדָּשׁ מִהַשְׁתָּא כָּלֵל מִשׁוּם דִּיפְסִיד אֲכִילַת פְּיִרוֹת כְּנ"ל וְלָכֵן שְׁפִיר פְּתַב הַקְּצֵה"ח בְּשִׁיטַת רַש"י דַּס"ל דְּזָה דוּמָה לֹאמֵר כְּשֶׁאֲפָדְנָה כו' רַק לֹא כְּמַשׁ"כ הַקְּצֵה"ח דְּגַבֵּי שְׂדֵה שְׁמִשְׁכַּנְתִּי כו' ג"כ חַל לַמְּפָרֵעַ דו"א אֲלֵא יֵשׁ לְחַלֵּק בֵּין שְׂדֵה מְמוֹשְׁכָּנָת וּבֵין שְׂדֵה הַמְּשֻׁנְעָבְדָּת כְּנ"ל וְדוּקָא כָּל זְמַן דְּלֹא קִיָּים סִילוּק הַמְּעוֹת אִז אֲמַרִּינוּ דְּזָה הָיִי מְחַנְסֵר מְמוֹנָא דְּלֹא אֲמַרִּי הוּאִיל אֲכֹן כְּשֶׁמְקַיָּים וּפּוֹדָה אִז מְהֵנִי סְבָרָא דְּבִידוֹ לְפָדוּתוֹ לַמְּפָרֵעַ וְאָף דְּלֹא אָמַר בְּפִירוּשׁ כְּשֶׁאֲפָדְנָה הָיִי בְּזָה סְתָמָא כְּפִירוּשׁוֹ מִשׁוּם דְּזָה יָדוּעַ לְכָל דְּכ"ז שְׁלֵא פְּדָה לֹא חַל הַמְּכִירָה וְא"ש דְּבָרֵי רַש"י דְּפְסָחִים הַנָּ"ל: עָנַף ג' וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל שִׁיטַת רַש"י דְּפְסָחִים הַנָּ"ל מְהָא דְּב"מ ד' י"ד דְּמִקְשָׁה הַש"ס עַל שְׁמוּאֵל דַּס"ל בְּלֹא הַפִּיר בָּהּ דְּמַעוֹת יֵשׁ לוֹ שְׂבַח אִין לוֹ מִשׁוּם רִיבִית מְהָא דְּלִשְׁבַח קַרְקָעוֹת כִּיצַד כו' א"ל תְּרִיץ בְּבַע"ח כו' וּפִירֵשׁ רַש"י דְּמְכִירָה מְעַלְיָתָא הָיִי כָּל זְמַן שְׁלֵא טְרַפָּה כו' וְלִשִׁיטַת רַש"י דְּהָא דְּבַע"ח טוֹרֵף מְשֻׁדָּה מְשֻׁנְעָבְדָּת זְהוּ מִשׁוּם דְּהָיִי כְּמוֹכֵר דְּבָר שְׁאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ מִשׁוּם דְּרַש"י ס"ל דְּמַצַּד סְבָרָא דְּשְׁעָבוּד לֹא מְצִי טְרִיף לְפִי דַּס"ל כְּעֵין סְבָרַת הַתּוֹס' בְּגִיטִין דָּף מ' דְּכִינּוּן דְּחַל שְׁעָה א' תוּ לֹא פָקַע רַק הַתּוֹס' ס"ל כֹּן דוּקָא גַבֵּי קַדְוִשַׁת הַגּוֹף: וְרַש"י ס"ל כֹּן גַבֵּי מְכִירָה לְהַדְיוּט רַק קַדְוִשַׁת הַגּוֹף לְשִׁיטַת רַש"י שְׁאֵנִי מִשׁוּם דְּחַל אָף עַל דְּבָר דְּאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ וְכִינּוּן דְּלִשִׁיטַת רַש"י טוֹרֵף מְלִקוּחוֹת מִשׁוּם דְּהָיִי כְּמוֹכֵר דְּבָר שְׁאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ דְּלֹא חַל הַמְּכִירָה כָּלֵל כְּמוֹ כָּל מוֹכֵר דְּבָר דְּאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ א"כ גַּם בְּבַע"ח הַטוֹרֵף לֹא ה"ל לְהַלּוֹקֵם לְגַבּוֹת הַשְּׂבַח וְהַפְּיִרוֹת לְשִׁיטַת שְׁמוּאֵל דַּס"ל בְּלֹא הַפִּיר שְׁהִיא גְזוּלָה ה"ל רִיבִית א"כ ה"ה בְּבַע"ח הַטוֹרֵף דְּלֹא חַל הַמְּכִירָה כְּשֶׁלֵּא פְּדָה ה"ל כְּמוֹ רִיבִית וְאֲפָשֵׁר לֹאמֵר דְּדוּקָא לְמֵאן דַּס"ל שְׁעָבוּדָא דְּאוּרִייתָא דְּמַה"ת טְרִיף מְלִקוּחוֹת בְּזָה הַנוֹכְרַח רַש"י לֹאמֵר דְּמַחְמַת הַשְּׁעָבוּד דְּאוּרִייתָא הָיִי כְּמוֹ אִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ אֲבָל לְמֵאן דַּס"ל שְׁעָבוּד לֹא דְּאוּרִייתָא וּמַה"ת הָיִי מְכִירָה מְעַלְיָתָא ע"כ שְׁפִיר שְׁרִינּוּ בְּבַע"ח הַטוֹרֵף מִהַלּוֹקֵם דִּיטוֹל הַלּוֹקֵם שְׂבַח וּפְיִרוֹת וְלֹא מְקַרִּי רִיבִית כִּינּוּן דְּמַה"ת חַל מְכִירָתוֹ וְלָכֵן לְשְׁמוּאֵל דַּס"ל שְׁעָבוּדָא לֹא דְּאוּרִייתָא כְּמִבְּנֵי בְּסוּף ב"ב וְקִדּוּשֵׁין ד' י"ג אִין בְּבַע"ח הַטוֹרֵף חֲשַׁשׁ רִיבִית אָף לְשִׁיטַת שְׁמוּאֵל דַּס"ל בְּלֹא הַפִּיר בָּהּ אִין לוֹ שְׂבַח וְשְׁפִיר תִּי שֶׁם הַגְּמָרָא בְּבַע"ח וְלִטְעָמִיהּ דְּשְׁמוּאֵל: וְהַעֲיָקֵר מַה דְּנִרְאָה לִי פְּשוּט לְשִׁיטַת רַש"י הַנָּ"ל וְהוּא דְּלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ לְשִׁיטַת שְׁמוּאֵל דַּס"ל בְּלֹא הַפִּיר אִין לוֹ שְׂבַח וּבְמִשְׁנֵה מִיָּרִי בְּבַע"ח כְּנ"ל א"כ יִהְיֶה מוֹכַח דְּשְׁמוּאֵל ס"ל דְּלֹא כְּאַבְיֵי דְּאָמַר לַמְּפָרֵעַ גּוֹבָה דְּלֵאבְיֵי דַּס"ל לַמְּפָרֵעַ גּוֹבָה וְאַחַר שְׂגָבָה הָיִי שֶׁל הַמְּלִנָּה לַמְּפָרֵעַ וְא"כ יֵשׁ לְדוֹן דְּהָיִי ג"כ מְקַח טְעוֹת גַבֵּי הַלּוֹקֵם וְהָיִי רִיבִית אִם יִטוֹל הַלּוֹקֵם הַשְּׂבַח וְהַפְּרִי לְשִׁיטַת שְׁמוּאֵל וְהָא לֹא מְצִינוּ לְרַב דְּפִלִּיג בְּזָה עַל שְׁמוּאֵל ע"כ אִין סְבָרָא לֹאמֵר דְּאַבְיֵי יִפְלוֹג בְּזָה עַל שְׁמוּאֵל וְעֵינִן בְּרַש"י ב"ק ד' ל"ג ע"ב ד"ה הָא גְּמִי רַבָּה אֲמַרָה כו' אֲבָל בְּאַמַּת ז"א הַכְּרַח כָּלֵל דְּהָא כְּתָבוּ הַתּוֹס' בְּב"ק ד' ל"ג ד"ה אִיפָּא

בינייהו כו' דלר"י אף ל"ד למפרע גובה לא קדיש השבח עד שיגבנו עכ"ל משום דזכות הפירות והשבח של השדה הוי כמו דשייר הלנה לעצמו.

רק גוף השדה בזה אמרו למפרע גובה דהוי פהקנה לו השדה בתנאי אם לא יסלקו מעות וכעין זה העיר פ"ב בני היקר וכו' מו"ה צ"ב שיחיה ב"ב ד' קל"ג ברשב"ם ד"ה וחקמים אומרים תקרע פתובתה ותעמוד על מתנתה וכתב הרשב"ם דמחילה בטעות ליתא משום דהא בע"ח מפאן ולהבא הוא גובה עכ"ל ותקשה עדיין לאב"י דס"ל למפרע גובה מהא דחקמים אומרים ה"ל ובאמת יש לתרץ זה ואכמ"ל].

ולפ"ז י"ל ה"ה אף לשיטת רש"י דמחמת השעבוד הוי פמוכר דבר שאינו ברשותו די"ל דז"א רק על גוף השדה: אבל על זכות הפירות שיש להלנה עד זמן שיגבנו המלנה זה נדאי הוי ברשות הלנה ומנהי מכירתו בזה משום דזכות הפירות עד זמן הטיירפא של הלנה הוא ברשותו וע"כ מהני מכירתו בזה ואף דמצינו בח"מ סי' קפ"ב סעי' ח' במכר לו סאתים ונמצא שאין לו רק סאה ד יכול הלוקח לחזור ולומר לכולו הייתי צריך עכ"ז היכא דלא ירצה הלוקח לחזור חל מקחו ועיין בט"ז סי' רט"ז ובמח"א ה' זכיה סי' א' וה"ה הקא י"ל דבאמת מכר הלנה להלוקח שני קנינים א' לקנין הגוף של השדה והב' לקנין פירות שיש להלנה בהשדה עד שיטרון ממנו ומסתמא לא ירצה הלוקח לבטל מכירתו לזכות הפירות כדי שיהיה יכול לטרון הפירי והשבח מהלנה וע"כ לא מצי הלנה לחזור ולקטול השדה מהלוקח כ"ז שלא טרפו ממנו השדה משום דהא חל המכירה לשעתו כנ"ל.

ואתי שפיר דברי רש"י ה"ל: הגה"ה ולפי שיטת רש"י ה"ל יש לדון בהא דמבואר בח"מ סי' קט"ז בקא בע"ח וטרין מהלוקח דשיטת המחבר בשם בעה"ת והטור דאם לקח בא"ל והוזלה בשעת טירפא ואינו שנה אז רק ת"ק דכותבין לו טירפא בא"ל.

והש"ף הביא שם שיטת הרבה פוסקים החולקים וס"ל דלא מגבינן רק כפי מה שיהא שנה בעת הטיירפא והקצה"ח שם הוכיח מדברי התוספות דפ"ק דב"ק וב"מ בראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליו עסיקין משהחזיק אינו יכול לחזור בו ודווקא שלא באחריות אבל באחריות לא והקשו התוס' משהחזיק בה לימא לו שקול ארעה בזונך ותי' בב"ק כגון שהוזל וא"כ למה חילקו בין אחריות או לא הא גם משום חייב אחריות אינו משלם אלא כפי שהוא שנה עכשיו ויכול לומר שקול ארעה בזונך וע"כ מוכח דהתוס' ס"ל דכותבין הטיירפא כפי שעה שקנו עכ"ל הקצה"ח ולדעתי יש לדחות ראית הקצה"ח משום די"ל דדוקא בבע"ח הטורף בזה פתבו הפוסקים דכותבין הטיירפא רק כפי שהוא שנה עכשיו משום דבע"ח מפאן ולהבא הוא גובה ולא נתבטל המקח אבל בהא דב"ק דיצאו עליו עסיקין דפי' רש"י שם דעסיקין היינו עוררין לומר שלנו היא אלמא דמירי בשדה הגזולה דהנגזל בא וטורף דבזה הוי מקח טעות כמש"כ התוס' בב"מ ד' י"ד ד"ה שעבוד צריך לימלא כו' וכיין דהוי מקח טעות במכר שדה גזולה ע"כ בודאי חייב להחזיר להלוקח כל דמיו שנתן וכמו כל מקח טעות או מום במקח דהדמים חוזרים לבעליהם.

משא"כ בבע"ח הטורף דמפאן ולהבא גובה לא הוי ביטול מקח ובני היקר מו"ה צ"ב שיחיה הוסיף בזה דהא אב"י קאמר שם ב"מ פ"ג ואב"י הא ס"ל למפרע גובה א"כ לדידן

גם בע"ח הטורף י"ל דהוי מק"ט עכ"ל והנ"י בב"מ בסוגיא דשבח פתב ג"כ לחלק בין גזילה ובין ב"ח הטורף ע"ש: אַבְל לְשִׁיטַת רַש"י דְפִסְחִים הֵנ"ל דְהָא דְבַע"ח טוֹרֵף מְשַׁעְבְּדֵי מְשׁוּם דְהוּי פְּמוּכָר דְבָר דְאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ וּלפ"ז יֵשׁ לְדוֹן לְפִי מַה דְנִתְבְּאָר לְעִיל דְלָכֵן חָל הַמְכִירָה לְשַׁעְתוֹ כ"ז דְלָא בָּא הַבַּע"ח וְטָרֵף.

מְשׁוּם דְהוּי פְּמוּ שְׂדָה שְׁמַשְׁפְּנָתִי לְכַשְׂאֲפִדְנָה תְּקַדֵּשׁ מְשׁוּם דְבִידוּ לְפָדוּתָהּ. א"כ זֶה אִינוּ שְׁיִיף רַק בְּסִילָק לְהַבַּע"ח.

מִשָּׂא"כ אִם בָּא הַבַּע"ח וְטָרֵף מִן הַשְּׂדָה בְּזָה י"ל דְנִתְבְּטַל הַמְקָח לְמַפְרַע דְהָא כ"ז דְלָא פְּדָאָה א"כ הָא הוּי מְחֻסָּר מְמוּנָא דְלָא אֲמָרִינוּ הוּאִיל פְּמִבְּנִיָּא בְּפִסְחִים ד' מ"ו בְּר"ן שְׁם וּבִמְג"א ס' תמ"א א"כ הוּי פְּמוּ מְכָר דְבָר דְאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ דְבְטַל הַמְקָח לְמַפְרַע וְכֵן לְפַמְש"כ דְלָא נִתְקַיֵּים הַמְקָח רַק בְּזָכוּת קִנְיָן פִּירוּת שְׁיֵשׁ לְהִלְנָה אַבְל קִנְיָן הַגּוֹף הוּי פְּמוּכָר דְבָר דְאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ א"כ בְּבָא הַבַּע"ח וְטָרֵף יָכוֹל הַלּוֹקֵחַ לֹאמַר לְכֹלּוֹ הֵיטִי צָרִיף פְּנ"ל א"כ נִתְבְּטַל הַמְקָח לְמַפְרַע מְשׁוּם מוּכָר דְבָר דְאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ וְהוּי מִק"ט דְכָל הַדְּמִים חוֹזְרִים לְבַעְלֵיהֶם דְכוֹתְבִין הַטְּיָרָפָא פְּפִי הַסֵּף שְׁנָתָן לְהַמּוּכָר וְכֵן יֵשׁ לְדוֹן לְשִׁיטַת רַש"י הֵנ"ל.

וְקִצְרִיתִי בְכ"ז, ע"כ הַגַּה"ה: א"כ נִתְבְּאָר דְמִשִּׁיטַת רַש"י דְפִסְחִים הֵנ"ל אִינוּ מוּכָח דַּס"ל פְּשִׁיטַת הַשֵּׁמ"ק הֵנ"ל וְכֵן מוּכָח לְפַמְש"כ בְּקוּנְטָרַס א' לְבָאָר דְלְשִׁיטַת הַרְמַב"ם וְהַמְרָדְכִי בְּשֵׁם ר"ת בְּב"ב ס"פ הַמּוּכָר אֶת הַסְּפִינָה דְמוּכָח דַּס"ל דְלָכֵן אִינוּ יָכוֹל לְהַקְדִּישׁ שְׂדָה הַמְמוּשְׁפָּנָת כ"ז שֶׁהוּא מְמוּשְׁפָּן ת"י הַמְלִנָה מְשׁוּם דְמַחְמַת הַמְשַׁכְּנָתָה הוּי פְּמוּ דְבָר דְאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ שְׁל הַלְנָה כ"ז דְלָא פְּדָאָה וְאִינוּ יָכוֹל לְהוֹצִיאָו בְּדִינָיו מְשׁוּם דְמַצַּד הַשְּׁעָבוּד הָא ס"ל דְאָף הַקְּדִישׁ דְמִים מְפָקִיעַ מִיַּדִּי שְׁעָבוּד וְהַאֲרַכְתִּי לְבָאָר פֶּל זֶה בְּקוּנְטָרַס א' א"כ מִמִּילָא מוּכָח מְזָה דְלָא ס"ל לְהַפְלִל שְׁל הַשֵּׁמ"ק הֵנ"ל מְשׁוּם דְלֵהֲשַׁמ"ק אָף בְּלֵא טַעַם דְבִידוּ לְפָדוּתָהּ דְאָמְרוּ בְּכַתּוּבּוֹת ד' נ"ט חָל הַהַקְּדִישׁ בְּתַר דְאִתִּי לְרִשׁוּתוֹ פְּשַׁפְּדָאָה לְפִי הַפְּלִל שְׁל הַשֵּׁמ"ק הֵנ"ל וּבְאָמַת הָא אָמְרוּ בְּכַתּוּבּוֹת ד' נ"ט דְדוֹקָא מְשׁוּם דְבִידוּ לְפָדוּתָהּ חָל הַהַקְּדִישׁ בְּמִשְׁפָּנָתָא וְע"כ מוּכָח דַּס"ל דְמוּכָר דְבָר דְאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ דְאָף דְאִתִּי לְרִשׁוּתוֹ לֵאח"ז אִינוּ חָל הַמְכִירָה אוֹ הַהַקְּדִישׁ וְכֵן הוֹכַחְתִּי לְעִיל מִהַמְרָדְכִי פ"ק דְב"מ דְלָא ס"ל כַּהֲשַׁמ"ק בְּזָה וְכֵן שְׁאָרֵי הוֹכַחוֹת לְכֵן שְׁפִיר דְחוּ הַפּוֹסְקִים לְהַפְלִל שְׁל הַשֵּׁמ"ק הֵנ"ל דְלִדְיָנָא לֵא קִי"ל פּוּ: סִימָן עַד (סַעִי' ב') שְׁ"ף (ס"ק ט') דְמַהֲנִי פְּשִׁיטָן לִיד ב"ד עֵינִין לְעִיל בְּחִידוּשֵׁי לַסִּי ע"ג סַעִי' ח' מְזָה: (א) (שָׁם סַעִי' ג') שְׁ"ף (ס"ק י"ב) הִבִּיא בְּשֵׁם הַש"ג שְׁהִלְנָאוֹת שְׁעוֹשִׂים בְּזֶה"ז בְּעִלֵּי הַחֲנוּיּוֹת וְקוֹבְעִים לִיתָן לְהֵן רִינוּחַ עַד זְמַן זֶה הַנוֹקְבַע נְמִי לְטוֹבַת הַמְלִנָה וּמְצִי הַמְלִנָה לְעַכְבַּ מְלַקְבֵּל הַפְּרַעוֹן דְנִיכָר לְעֵינַיִם הוּא עַכ"ל וְכ"כ הַסַּמ"ע ס"ק ז' וְהַקְּשָׁה הַאו"ת בַּס"ק ו' דַּמ"ש מְמַקְבֵּל עֵיִסְקָא דְמִבְּנָאָר בְּסִי קַע"ו סַעִי' כ"ג וּבִי"ד סִי קַע"ז סַעִי' ל"ו דִּיכוֹל לְחַזֵּר פְּדִין פּוֹעַל שְׁחוּזָר בְּחִצֵּי יוֹם וְכֵן הַקְּשָׁה הַקְּצָה"ח ס"ק א' וְהַנְּתִיבוֹת ס"ק ד' תִּירָץ דְמִיָּרִי בְּעֵיִסְקָא שְׁעוֹשִׂין בְּזֶה"ז שְׁמַפְשָׁרִין עִם הַמְקַבֵּל לִיתָן סֵף קְצוּב לְשָׁנָה וּכְשִׁחוּזָר בּו מ"מ מְחַוְיָב לְבֵא לְחַשְׁבוֹן וְלִיתָן לוֹ חִצֵּי רִינוּחַ כו' עַכ"ל: עֲנָף א וְהַנְּלַע"ד בְּזָה וְהוּא דְהַקְּצָה"ח בְּסִי קַע"ו ס"ק ח' כְּתַב בְּשֵׁם הַשֵּׁמ"ק פ' הַמְקַבֵּל דְהָא דְהַמְקַבֵּל עֵיִסְקָא חוּזָר בְּתו"ז דַּמ"מ אִין לוֹ חִצֵּי הַרִינוּחַ דְרַוּוּחָא לְקַרְנָא מְשַׁתְּעָבֵד וְאִין לוֹ בְּרִינוּחַ עַד שְׁיִשְׁלִים פְּעוּלְתוֹ לְזְמַן הַקְּצוּב וְעַפ"ז תִּירָץ לְקוּשְׁיַת הַב"ש בַּא"ע סִי ל"ח סַעִי' י"ח:

אכן הנתיבות בסי' קע"ו ס"ק מ"א השיג על הקצה"ח והעלה דא"א לומר פה דהא
פשוט על חוזר באמצע חייב הבעה"ב לשלם לו השכירות עד שעת החזרה כו' והשמ"ק
לא כתב פן רק בשני מקבלים שהשני עדיין עוסק בהמעות ולכן שינוי לומר רנוחא לקרנא
משמעבד שאפשר שיהיה היזק בהקרן אבל במקבל אחד פשוט לומר לא אעסוק בהקרן
נדאי דנוטל חלקו בהריוח שהיה לו עד עכשיו עכ"ל הנתיבות ולכן הנתיבות שכתב ה"קא
דאם חוזר מחויב ליתן להנותן את חצי הריוח אבל חצי הריוח של הפלגא מלוג נשאר
להמקבל ונוטלו זהו משום דאזיל הנתיבות לטעמי' דס"ל בסי' קע"ו דהמקבל נוטל חצי
הריוח שעלה, על חלקו מן פלגא מלוג וחולק על הקצה"ח פנ"ל: אבל העיקר הוא
כמש"כ הקצה"ח בסי' קע"ו דאם חוזר בתו"ז אין לו חלק בהריוח דמש"כ הנתיבות
דהשמ"ק מייירי בשני מקבלים זה אינו דהא פן כתב הר"נ בחדושי' ב"מ ד' ק"ה על מה
דאמר רבא שם האי מאן דמביל עיסקא מן חברי' ופסיד טרח ומליגי' ולא אנדעי' לא מצי
אומר לי נכתב וא"ת אפי' אנדעי' כל פמיגי' והא אמרינו בסמוך רנוחא לקרנא אשתמעבד
כו' וי"ל דשאני ה"קא דאפתי ליתא לרנוחא כו' אבל ה"קא דבסמוך דאיתי לרנוחא
אשתמעבד לקרנא דנהי דמצי מיהדר בי' אפ"ה לא מצי למיפלגי' לרנוחא מקמי זימני
דלקרנא משמעבד עכ"ל הר"נ וכ"כ הנ"מ וק"י יוסף שם בשם הר"נ וכ"כ השמ"ק שם
בשם הר"נ על האי מימרא דרבא דמייירי בחד דמקבל עיסקא מן חברי' והקשו פולם
ממה דאמר אח"ז בהגי' בי תרי דעבדי עיסקא דרנוחא לקרנא משמעבד ולא כתבו לחלק
דשא"ה בשנים שקבלו עיסקא וכמש"כ הנתיבות לחלק דשא"ה שהשני עדיין עוסק
בהמעות כו' משא"כ לעיל מינה דמייירי בחד דמקבל עיסקא דחוזר בו פדין פועל לא
אמרינו בזה רנוחא לקרנא משמעבד ומדלא כתבו לחלק פן אלא כתבו דשאני ה"קא דליפא
רנוחא אבל אם יש רנוחא אף ביחיד העוסק בו אינו נוטל הריוח אלא אמרינו רנוחא
לקרנא אשתמעבד א"כ מבואר להדיא בכל הראשונים הנ"ל דהמקבל עיסקא החוזר אינו
נוטל הריוח משום דאין לו חלק בהריוח עד שישלים פעולתו לזמן קצוב והעיקר
כהקצה"ח בזה: ומה שהקשה הנתיבות דמ"ש מפועל החוזר דנוטל שכר פעולתו עד העת
דחזר בו יש לומר דס"ל להראשונים הנ"ל לחלק בין רנוחא לשכר פעולתו דהא מצינו
פעין זה בב"מ ד' ק"ט דרב יוסף ה"ל ה"הוא שתלא שכיב ושבק חמשה כו' דאמר ר"י
האי שתלא דשכיב יורשי דילי' מסתלקין בלא שבחא ולא מילתא היא ולכאורה קשה
על מימרא דר"י כו' דאמר דשתלא דשכיב מסתלק בלא שבחא דהא מצינו בב"מ ד' ע"ז
דהשוכר הפועל ושמע שמת לו מת או שאחזתו חמה אם שכיר הוא נותן לו שכרו ואם
קבלן הוא נותן לו קבלנותו ולא אמרינו בזה ידו על התחונה משום דאנוס הוא וכמו
דפסקו בח"מ סי' של"ג סעי' ה' דבנאנס נוטל שכרו מה שעשה וידו על העליונה וזהו
מברייתא מפנרשת בב"מ הנ"ל א"כ קשה על האי מימרא דר"י איך אמרו דאם מת
דירשיו מסתלקי בלא שבחא הא לא גרע מן אונס דאירע לפועל דאף דאינם יכולים
לגמור מלאכתן מ"מ לא הפסידו שכרן אף בקבלנות ומ"ש שבחא דס"ל לר"י דאם מת
אין היורשין נוטלין בשבח אף במה שעשה אביהן להשבח עד מיתתו ובנודאי לא יפלוג
ר"י על ברייתא מפנרשת: וע"כ מוכח לחלק בין שכירות פעולתו ובין רנוחא דשבחא
שינוי לומר אומדנא דלא נתן לו השבח אלא באופן דיגמור כל זמן פעולתו ואונסא לא
חייבי' רחמנא פמבואר בסי' כ"א משא"כ בשכירות פעולתו דאף בלא קציצתו מגיע לו

שכירותו אף בירד שלא ברשות ע"כ לא שינה אומדנא בזה פן י"ל בסברת ד"י דס"ל דאם מת מסתלק בלא שבחא וקא דקיי"ל דלא כר"י בזה אלא דיורשיו נוטלים השבח כמה שעשה אביהן כמבואר בסי' שכ"ט היינו אם מת דהוי אונס ע"כ נוטלין להשבח כי בזה לא הנה אומדנא פניו דנאנס אבל אם חוזר בו באמצע זמנו שינה שפיר אומדנא בזה כי על אופן שיחזור בו בתו"ז לא הבטיח לתת לו הרינוח ואין לחלק דשאני התם בשבחא דנוטל המקבל מן שדה של הנותן ע"כ שינה התם שפיר לומר אומדנא דלא הבטיח לתת לו חלקו בהשבח רק באופן שיעשה כל זמנו משא"כ הקא בעסקא שנוטל המקבל חלק הרינוח שלו מהפלגא מלנה שהלנהו דנה אינו דהא גם בזה גופא שינה לומר האומדנא הנ"ל דהלנהו רק באופן שיעשה השתדלות העסקא בכל זמנו כדמצינו כה"ג בח"מ סי' ל"ט סעי' ד' דאם הלנה חוזר מהשטר דיכול המלנה לחזור בו וליטול מעות ההלנאה.

ונהו ע"פ אומדנא דלא הלנהו אלא ע"מ פן וכעין זה פתב הקצה"ח בסי' קצ"א ס"ק ג' בקידושה לאחר שלשים יום דאם חוזרת בה לאחר למ"ד דנעשית גזלן למפרע דעל אופן שחוזר בה לא הרשה לה ע"ש ומה שהשיג הנתיבות שם יש לחלק בזה וקצרתי וכן מצינו במקר חפץ לחבירו פניו שחבירו אינו מקיים לשלם לו המקח אז הוי החפץ גזל בידו למפרע כמש"כ השמ"ק והרי"ף בתשובה והובא בנתיבות סי' ק"ץ ס"ק זי"ן ובאה"ע סי' ק"כ בח"מ ובמח"א.

ונהו מטעם אומדנא דאם אינו מקיים עיקר פרטי המכירה דנתבטל המכירה למפרע וכמו בעייל ונפק איוזי אלמא דמצינו אומדנא כזה: וה"ה יש לומר פן לאומדנא זו הקא שהלנהו ומסר לו העסקא דהוי פלגא מלנה וכינון שהתנה עמו דיעסוק בה בתורת עסקא שיהנה פלגא מלנה א"כ הוי אומדנא כמו שהתנה עמו שאם יחזור בתו"ז שלא יהא כל המעות שבידו רק בתורת פקדון ומה שהרויח במעות שינה הפל לבעל המעות כמבואר בסי' רצ"ב סעי' זי"ן בהג"ה ע"ש בסמ"ע ואף דמצי לחזור בו פדין פועל עכ"ז לא יטול הרינוח דיהנה חלק הרינוח של הפלגא מלנה משועבד לקרנא כמו שמשועבד הרינוח של הפלגא פקדון פניו שנעשה העסקא באופן שאין בו איסור ריבית ועכ"פ כמו דמצינו חילוק בין שבחא לשכר פעולה בשתלא פנ"ל לחד מ"ד ה"ה דס"ל מה"ט לכול ראשונים לחלק בין רווחא לשכירות פועל גבי המקבל עסקא ולכן פניו דס"ל לכול הפוסקים הנ"ל דאם חוזר בו המקבל בתו"ז דאינו נוטל חלק הרינוח פן נקטינו לדינא וכן משמע בטור ח"מ סי' ק"ח סעי' ז' ובמחברשם סעיף ד' במקבל עסקא שמת דאם יש רינוח יורשי הלנה נוטלים חלקם וכתב הסמ"ע ס"ק י"ט דפירושו הוא דלא אמרי' רווחא לקרנא משועבד עד פלות הזמן ועדיין לא פלה זמן העסקא עכ"ל דמשמע דדוקא במת המקבל בתו"ז דהוי אונס בזה נוטלים היורשים הרינוח כמו הא דב"מ דף ק"ט דפסקו דנוטל היורש בהשבח דלאו מילתא היא פנ"ל וכמבואר בסי' שכ"ט אבל אם המקבל חי וחוזר בתו"ז מלהתעסק משמע דאז אינו נוטל חלק ברינוח דאל"כ למה נקטו ה' דינא ביורשים דוקא וכ"כ הרי"ף לב"מ פ"ט והובא ג"כ ברא"ש פ"ט ב"מ סי' ט' ע"ש שכתבו בזה"ל דאי איכא רווחא בהאי שעמא דמית שקלי מינ' היורשים דמשמע מזה דבמקבל עצמו דחוזר בתו"ז אינו נוטל חלק הרינוח ומוכח מזה כמש"כ הקצה"ח: ענף ב אמנם מן התוס' דב"מ ד' ק"ה ע"א ד"ה הני פי תרי כו' שכתבו שהמקבל יכול לחזור קודם הזמן ולומר לא אטרח עוד ואטול

מה שיגיע לידי עד הנה דפועל חוזר כו' עכ"ל אלמא דס"ל להתוס' דאם חוזר בתו"ז דמ"מ נוטל חלק הרנוח שלו וזהו כמש"כ הנתיבות ודלא כהקצה"ח.

ומ"מ י"ל דגם מן התוס' אינו סתירה להקצה"ח והוא דהא פבר פתבתי בשם הנימוקי יוסף לב"מ בסוגיא ד' ק"ה במימרא דרבא דהאי מאן דקביל עיסקא כו' דאם הנה רנוחא אינו נוטל אם חוזר בתו"ז אף שמתעסק ביחיד פנ"ל.

ואלו שם במימרא דאמר רבא הני בי תרי דעביד עיסקא כו' פתב הנ"י בזה"ל אמר המחבר מהכא דמוקמינן בשותפין שקבלו עיסקא מבעה"ב ולא נקט האי מאן דמקבל עיסקא כו' ונראה לי דטעמא דלא גרע מפועל שיכול לחזור בו ואם הוא אינו משתעבד נכסוהי לא משתעבדי כו' עכ"ל הנ"י וכוונתו במש"כ הנ"י נכסוהי לא משתעבדי דזהו כמה שנוטל חלקו בהריוח וכמש"כ התוס' דאל"כ איך שיניף לומר דנכסוהי לא משתעבדי: ועיין בח"מ סי' קע"ו סעי' ט"ו בטור וב"י שם א"כ לפ"ז סתרי דברי הנ"י למש"כ שם לעיל מינה דאם איפא רנוחא אינו נוטל אם חוזר בתו"ז אף אם מתעסקו ביחיד פנ"ל: וע"כ נ"ל לפרש לדברי הנ"י והתוס' הנ"ל ע"פ מש"כ לעיל לתרץ מה שהקשה הנתיבות על הקצה"ח דמ"ש מכל פועל דחוזר בתו"ז דנוטל כל שכירותו עבור מה שעשה וכתבתי לחלק דס"ל להראשונים הנ"ל דשאני רנוחא דאיפא אומדנא בזה דנותן לו אם לא יחזור בתו"ז אבל שכירותו נוטל דהא בזה לא שיניף אומדנא כלל דהא אף אם לא קצץ לו שכירותו ג"כ חייב לו שכירותו כמו לכל יורד שלא ברשות ואף דהוי נפ"מ אם לשלם לו פפחות שפפועלים או כפי הקצבה עכ"ז פינן דזהו אין נפ"מ רק במילתא זוטרתה ע"כ לא אמרו בזה האומדנא הלז ולפ"ז הדין נותן בקבלן עיסקא החוזר בתו"ז דאין נוטל חלק הריוח אבל שכירות משלם נוטל דאף דאמרו במקבל עיסקא דאינו משלם לו רק פפועל בטל פמבואר בב"מ ד' ס"ח וביו"ד סי' קע"ז דזהו לפי דנתרצה בתשלומים הללו ומשום אבך ריבית הקילו בי' כמש"כ הרא"ש וש"פ שם וכ"ז אם מקבל חלקו בהריוח אבל אם אין נוטל חלקו בהריוח דאז מגיע לו שכיר משלם עבור מה שעשה וכדין כל פועל החוזר בתו"ז דנוטל כל שכירותו כפי שקצבו לו בעד מה שעשה דכיון דאין נוטל חלקו ריוח ע"כ לא נתרצה על שכירות פפועל בטל אלא נוטל שכירותו משלם: וי"ל דזהו פנונת הנ"י שקתב דהמקבל חוזר בתו"ז וגם נכסוהי לא משתעבדי דזהו לפי דנוטל שכירותו משלם ואין הנותן יכול לעכבו להשכירות שלו אף דחוזר בו וכדין כל פועל.

וכן הוא פנונת התוס' במש"כ דהמקבל יכול לחזור בו ולומר לא אטרח עוד ואטול מה שיגיע לידי עד הנה היינו דנוטל כל שכירותו משלם המגיע לו עד הזמן שעשה ומש"כ שיגיע לידי זהו לאו דנקא דהפנונה הוא דמה שמגיע לו שכירותו זהו נוטל אבל הריוח אינו נוטל דאין סברא לחדש פלוגתא ולומר דהתוס' יפלגו על כל הפוסקים שהובא לעיל וסעד לדברינו הוא מן מש"כ המרדכי בב"מ פ' המקבל על הא דדף ק"ה שם בהאי מימרא דהנהו בי תרי דעביד עיסקא כו' דכתב ג"כ דהמקבל חוזר בו בתו"ז ולומר לא אטרח עוד ואטול את טרחי שעד הנה ואין בעל עיסקא יכול לעכב כמו פועל שיכול לחזור בתצי היום ואינו מפסיד כו' הרי שקתב אטול את טרחי דזהו על שכירותו דנוטל דהא על רנוחא לא שיניף לומר לשון דזהו טרחי ומוכח מן המרדכי ג"כ דהריוח אינו נוטל רק השכר

טַרְחַתּוֹ נוֹטֵל וְכִמוֹ כָּל פּוֹעֵל דָּאִינוּ מִפְּסִיד שְׁכִירוֹתוֹ מֵה שְׁעֵשָׂה וְכַמֶּשׁ"כ הַנְּתִיבוֹת לְדַמּוֹת
זֶה לְפוֹעֵל שְׁנוּטֵל שְׁכָרוֹ בְּעַד מֵה שְׁעֵשָׂה אֲבָל הַרְיוּחַ אִינוּ נוֹטֵל דְּהָא הַרְיוּחַ אִינוּ בְּעַד
טַרְחַתּוֹ רַק בְּעַד חֶלֶק מַלְנוּה שְׁלוֹ שְׁמַעוּתוֹ הֵם מְרִוּיחִין וְלִכֵּן בְּרוּר הוּא דְּמֵן הַמְּרַדְכֵי הַנְּ"ל
מִשְׁמַע כַּמֶּשׁ"כ בְּכַנּוּת הַתּוֹס' וְעֵינֵן בְּמְרַדְכֵי שֵׁם דִּישׁ גּוֹרְסִין וְאֵטוּל מֵה שְׁיַגִּיעַ לִידֵי עַד
הֵנָּה וְזֵהוּ כַּמֶּשׁ"כ הַתּוֹס' בְּלִשׁוֹנָם וּבְאַמַּת הַכָּל חָדָא הוּא: וְנִתְבְּאָר דְּהַעֲיָקָר לְדִינָא הוּא
כַּמֶּשׁ"כ הַקְצָה"ח דְּמַקְבֵּל הַחֹזֵר בְּתוֹ"ז דָּאִינוּ נוֹטֵל חֶלֶק הַרְיוּחַ שְׁעַל חֶלְקוֹ רַק שְׁכִירוֹתוֹ
מִשְׁלָם בְּעַד מֵה שְׁעֵשָׂה נוֹטֵל וְדִלָּא כְּהַנְּתִיבוֹת דְּהָא כֵּן הוּא שְׁיִטַּת הַר"נ וְהַנְּ"י וְהַשֶּׁמ"ק
וְהַרִי"ף וְהָרָא"ש וְהַטּוֹר וְהַשׁו"ע בְּסִי' ק"ח פְּנ"ל וְכֵן הוּא שְׁיִטַּת הַמְּרַדְכֵי וְגַם מֵן הַתּוֹס'
אִין הַכֶּרֶס דִּיפְלִגּוּ בְּזֵה וּלפ"ז א"ש מֵה שְׁפַתְב הַש"ג בְּבַעֲלֵי הַחֲנוּיּוֹת דָּאִין יְכוּלִים לְחַזֵּר
בְּתוֹ"ז וְלִסְלַק לְהַמְלִנָה דְּזֵהוּ בְּאֵם אִיכָּא רַוּוּחָא אִינוּ יְכוּל לְסַלַק לְהַמְלִנָה וְלִיטּוּל הַרְיוּחַ
לְעַצְמוֹ מִשּׁוּם דְּהַזְמֵן נִתְקַן לְטוֹבַת הַמְּלִנָה וְרַוּוּחָא לְקַרְנָא מִשְׁתַּעֲבָד וְרִיאִיתִי בְּפִסְקֵי תוֹס'
בב"מ ד' ק"ה שְׁפַתְב דְּהַמְקַבֵּל סְחוּרָה חוּזֵר בּוֹ קוֹדֵם הַזְמֵן וְנוֹטֵל כְּפִי מֵה שְׁעֵלָה לְחֶלְקוֹ
עכ"ל הֵנָּה מֵן לְשׁוֹן זֶה מִשְׁמַע דְּנוֹטֵל אֶת הַרְיוּחַ שֶׁל חֶלְקוֹ דְּאֵלוֹ עַל שְׁכָר טַרְחַתּוֹ לֹא שְׁיַיְדָּ
לוֹמַר בְּזֵה שְׁעֵלָה לְחֶלְקוֹ וְעכ"ז הָא נִתְבְּאָר דְּמֵן לְשׁוֹן הַתּוֹס' עֲצָמוֹ אִין רִאִי לְזֵה וּמִשׁ"כ
הַתּוֹס' וְהַמְּרַדְכֵי שֵׁם דְּהַמְקַבֵּל עֵיסקָא חוּזֵר בּוֹ כו' אֲבָל בְּעַל הַעֵיסקָא יְכוּל לְהִיּוֹת שְׁאִין
יְכוּל לְחַזֵּר כו'.

אִין זֶה סְתִירָה לְדַבְּרֵינוּ וְקַצְרָתִי: עֲנָף ג וְעוֹד י"ל לְפִי הַמְּבַרְאָר לְקַמֵּן סִי' שֶׁל"ג סֵעִי ד'
דְּפוֹעֵל הַחֹזֵר מִחֲמַת יִנְקָר אִין יְכוּל לְחַזֵּר א"כ יֵשׁ לְדוֹן דֵּה"ה בְּמַקְבֵּל עֵיסקָא אִם חוּזֵר
בְּתוֹ"ז מִחֲמַת שְׁרוּצָה שְׁיִתֵּן לוֹ יוֹתֵר מֵן מֵה שְׁנִתְפָּשֵׁר עִם הַנּוֹתֵן דָּאִז אִינוּ חוּזֵר.

וְלִכֵּן אֲתִי שְׁפִיר מִשׁ"כ הַש"ג דְּבַעֲלֵי הַחֲנוּיּוֹת אֵינָם יְכוּלִים לְחַזֵּר בְּתוֹ"ז דְּמִיַּיְרִי דָּאֵם
רוּצִים שְׁהַנּוֹתֵן יְקַבֵּל רִינּוּחַ פְּחוֹת מִמֵּה שְׁנִתְפָּשֵׁר דְּבַכָּה"ג אִינוּ חוּזֵר אֲמַנָּם בְּעֵינְקָר דְּבָרֵי
הַרְמ"א דְּסִי' שֶׁל"ג דְּכַתְב דָּאֵם חוּזֵר מִחֲמַת יִנְקָר אִין שׁוּמְעֵין לוֹ יֵשׁ לְדוֹן טוֹבָא בְּזֵה וְהוּא
כִּי הַמַּהֲרִי"ט ח' יו"ד סוּף סִי' נו"ן הַבֵּיא דְּבָרֵי הַטּוֹר הַנְּ"ל דְּס"ל דָּאֵם חוּזֵר מִחֲמַת יִנְקָר
אִינוּ חוּזֵר מִשּׁוּם דְּס"ל דְּלָא פְּטַרְתּוֹ תוֹרָה אֲלָא אִם רוּצָה לְנוּחַ וְלֹא לְהַשְׁתַּכֵּר כו' וְהֵ"ה
אִם מִשְׁפִּיר א"ע בְּמַק"א אִין שׁוּמְעֵין לוֹ כו' עכ"ל הַמַּהֲרִי"ט וְהוּבָא דְּבָרֵי הַמַּהֲרִי"ט הַנְּ"ל
בְּמַחְנֵה אֲפָרִים ה' שְׁכִירוֹת פּוֹעֲלִים סִי' ז' וְהַעִיר בְּזֵה מֵהָא דְּרִישׁ הָאֲמִנִים דְּמִשְׁמַע דָּאָף
אִם חוּזֵר מִחֲמַת יִנְקָר שׁוּמְעֵין לוֹ וְתִירֵץ שֵׁם: וְלַעֲנ"ד יֵשׁ לְדוֹן בְּזֵה וְהוּא דְּהָא שְׁיִטַּת תְּשׁוּבַת
מִיַּמּוּנֵי בְּסִפָּר קִנְיָן סִי' ל"א דְּהָא דְּפוֹעֵל חוּזֵר בְּחֲצֵי הַיּוֹם זֵהוּ מִשּׁוּם דִּישׁ לוֹ דִּין עֶבֶד
עֲבָרֵי דִּינָצָא בְּגִרְעוֹן כְּסָף דְּהָא קוֹלֵי דַע"ע יְהַבִּינּוּ לְפוֹעֵל מִקו"ח הַשְּׁתָּא ע"ע דְּעֶבֶד אִיסוּרָא
וְעָבַר עַל לֵי עֶבְדִים כו' וְגוֹפּוֹ קִנּוּי מְקִילִין בִּי' כו' וְהוּבָא בְּקַצָּה"ח סִי' שֶׁל"ג ס"ק ו' וְכֵן
כְּתַב הָרָא"ש בב"מ פ"ד סִי' ט' דְּהָא דְּפוֹעֵל חוּזֵר זֵהוּ מִשּׁוּם דְּהוּי כְּמוֹ ע"ע שְׁמַגְרַע פְּדִיוֹנוֹ
וְיוֹצֵא עכ"ל.

וְכַעֲיֵן זֶה מְצִינוּ בְּתוֹס' קְדוּשֵׁין ד' י"ז ד"ה חֶלְהָ שְׁלֵשׁ כו' דִּישׁ שְׁרָצוֹ לְלַמּוֹד מִזֵּה לְאוֹתָן
שְׁכִירוֹת אִם חֵלוֹ חֲצֵי זְמַן לֹא יִהְיֶה מְשַׁלְּמִים אֶת זְמַנָּן כְּמוֹ ע"ע דְּהִכָּא כו' וְדַחוּ דָּאִין
לְדַמּוֹת כְּלָל לַע"ע דַע"ע גּוֹפּוֹ קִנּוּי לְאֲדוֹנוֹ כו' אֲבָל מְלַמֵּד אִין גּוֹפּוֹ קִנּוּי וְעוֹד יֵשׁ לְחֶלֶק
כו' וְעֵינֵן מִזֵּה בְּרָא"ש בב"מ פ"ו וּבְתִשׁוּבַת מִיַּמּוּנֵי וְהוּבָא כ"ז בח"מ סִי' שֶׁל"ג סֵעִי ה'
וּבְש"ף ס"ק כ"ה אֲלַמָּא דְּס"ל לְהַתּוֹס' לְדַמּוֹת פּוֹעֵל לַע"ע רַק דְּלִגְבֵי הָא דְּחֶלְהָ שְׁלֵשׁ

דאינו משלים כתבו לחלק דשא"ה דגופו קנוי וע"כ אָמְרִינֵן דְּמָזְלוּ גַרְם מִשָּׂא"כ בְּפוֹעֵל אָבֵל לְעֵנֵן יוֹצֵא בְּגָרְעוֹן פֶּסֶף שְׁפִיר יֵשׁ לְמִילָף פּוֹעֵל מִקּוּ"ח מִן ע"ע דְּגוֹפּוֹ קְנוֹי מ"מ יוֹצֵא בְּגָרְעוֹן פֶּסֶף כַּש"כ פּוֹעֵל דָּאִין גּוֹפּוֹ קְנוֹי דִּיכּוֹל לְהַפְקִיעַ א"ע מִהָאֲדוֹן ע"י גְרָעוֹן פֶּסֶף וּנְפ"מ לְמַה שְׂיִבְנוֹאָר: וּלְשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים דַּס"ל דְּהָא דְּפוֹעֵל חוֹזֵר זְהוּ מְשׁוּם יוֹצֵא בְּגָרְעוֹן פֶּסֶף דַּע"ע א"כ לַפ"ז יֵשׁ לוֹמֵר דָּאָף בְּחוֹזֵר מְחַמַּת יוֹקֵר אוֹ אִם רוּצָה לְהַשְׁתַּכֵּר א"ע בַּמִּק"א ג"כ שׁוֹמְעִין לוֹ דְּהָא זֶה בְּרוּר דַּע"ע הַיּוֹצֵא בְּגָרְעוֹן פֶּסֶף אָף בְּרוּצָה לְצִאת מְחַמַּת יוֹקֵר וְגַם רוּצָה לְהַשְׁתַּכֵּר בַּמִּק"א דְּנֻדָּא גַם בַּכַּה"ג יוֹצֵא בְּגָרְעוֹן פֶּסֶף דְּהָא זְהוּ נִלְמַד מִן קַרָּא וְהַפְדָּה כְּמִבְנוֹאָר בְּקִדּוּשֵׁי ד' ט"ז וּד' ט"ו ע"ב רַש"י ד"ה וְמַה מִי שְׂאִינוּ נִגְאָל בְּאַלְהָה כּו' וְכֹן בְּמִשְׁנֵה קִדּוּשֵׁי ד' י"ד תַּנּוּן וְקוּנָה א"ע בְּשִׁנְיִם וּבִיּוֹבֵל וּגְרָעוֹן פֶּסֶף.

א"כ נֻדָּא דְּהוּי דּוּמְיָא דְּכָל הַנֶּה דְּתַנִּי הֵתֵם דְּקוּנָה א"ע אָף דְּרוּצָה לְמַפּוֹר א"ע תִּיכְף אַח"ז לְאַחַר וּמְחַמַּת יוֹקֵר וְה"ה גְרָעוֹן פֶּסֶף דְּהוּי קְנִינָן מִצַּד עֲצָמוּ דְּגִזְרָה הַתּוֹרָה בְּזֶה דִּיכּוֹל לְקַנּוֹת א"ע אָף אִם יִמְפּוֹר א"ע לְאַחַר וּמְחַמַּת יוֹקֵר א"כ ה"ה מַה דְּפוֹעֵל חוֹזֵר בּוֹ דְּזֶה נִלְמַד מִן ע"פ דְּנֻדָּא אָף בְּרוּצָה לְחוֹזֵר בְּכָל גְּנוּנֵי דְּשׁוֹמְעִין לוֹ וְהַרִיטְבָּ"א בַּב"מ רִישׁ פ' הָאֲנֻמְנִין ס"ל דָּאָף בְּחוֹזֵר מְחַמַּת יוֹקֵר שׁוֹמְעִין לוֹ וְדָלָא כְּשִׁיטַת הַטּוֹר בַּסִּי' שַׁל"ג י"ל דְּזֶהוּ מְשׁוּם דְּאֲזִיל לְטַעְמֵי דְּהַרִיטְבָּ"א בַּב"מ ד' יו"ד פְּתַב ג"כ דְּהָא דְּפוֹעֵל חוֹזֵר בּוֹ זְהוּ מְשׁוּם דִּין ע"ע דִּינָא בְּגָרְעוֹן פֶּסֶף וְהוּבָא בְּמַחְנֵה אֲפָרִים ה' שְׁכִירוֹת פּוֹעֲלִים סִי' א' ע"ש ע"כ ס"ל לְהַרִיטְבָּ"א דָּאָף בְּחוֹזֵר מְחַמַּת יוֹקֵר שׁוֹמְעִין לוֹ וְהַמְחַנֵּה אֲפָרִים ה' שְׁכִירוֹת פּוֹעֲלִים סִי' א' הִבִּיא שִׁיטַת כְּמַה פּוֹסְקִים דַּס"ל דְּהָא דְּפוֹעֵל חוֹזֵר בּוֹ זְהוּ מִן דִּין ע"ע יוֹצֵא בְּגָרְעוֹן פֶּסֶף וְגַם הִבִּיא שִׁיטַת הַירוּשְׁלָמִי ב"מ פ"ו ה"ב פְּלֻגְמַת רַב וּר' יוֹחֲנָן בְּזֶה וְהַנְּתִיבוֹת בַּסִּי' שַׁל"ג הִבִּיא לִירוּשְׁלָמִי הַנֶּ"ל וּבִאֲמַת כְּבָר הַקְּדִימוּ הַמְחַנֵּה אֲפָרִים בְּזֶה וּלְפ"ז י"ל לְשִׁיטַת ר' יִשְׁעִי בְּשֵׁם ר"ת דְּהוּבָא בְּרִיטְבָּ"א לְקִדּוּשֵׁי ד' כ"א דַּס"ל דְּהָא דַּע"ע יוֹצֵא בְּגָרְעוֹן פֶּסֶף זֶה אִינוּ רַק אִם נִקְנָה בְּכֶסֶף אָבֵל אִם נִקְנָה בְּקִנְיָן אַחַר אִזְ אִינוּ יוֹצֵא בְּגָרְעוֹן פֶּסֶף וְעַפ"ז א"ש סְוֵגִיית הַש"ס בְּקִדּוּשֵׁי ד' י"ד דְּהוּכִיחוּ דַּע"ע נִקְנָה בְּכֶסֶף מִן קַרָּא וְהַפְדָּה כּו' וְכִינּוּן דְּפוֹעֵל חוֹזֵר בּוֹ זְהוּ מִן דִּין גְרָעוֹן פֶּסֶף א"כ הִיכָּא דְּקִנְיָן פּוֹעֵל לֹא הִיָּה ע"י קְנִינָן פֶּסֶף י"ל דְּלֹא יִהְיֶה יְכוֹל לְחוֹזֵר בּוֹ וּבִאֲמַת ז"א סְבָרָא לוֹמֵר כֵּן וְעֵינֵן בְּשַׁ"ף סִי' שַׁל"ג ס"ק י"ד מַש"כ בְּשֵׁם הַרִיטְבָּ"א בְּפוֹעֵל שְׁהַשְׁפִּיר א"ע בְּקִנְיָן אִכּוֹן כְּבָר הַשִּׁיג הַרִיטְבָּ"א שְׁם בְּקִדּוּשֵׁי עַל שִׁיטַת הָרַאשׁוּנִים דַּס"ל כֵּן וְהַעֲלָה דָּאָף בְּנִשְׁכָּר ע"י קְנִינִים אַחֲרִים ג"כ יוֹצֵא בְּגָרְעוֹן פֶּסֶף וְהוּבָא בַּמִּל"מ ה' עֲבָדִים פ"ג וּלְשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּפוֹעֵל חוֹזֵר בּוֹ זֶה מִן דִּין יוֹצֵא בְּגָרְעוֹן פֶּסֶף אִינוּ קָשָׁה דַּל"ל לְטַעְמָא דְּלִי עֲבָדִים דִּי"ל דְּזֶהוּ לְטַעַם עַל זֶה דְּלֹא נִימָא כִּינּוּן דָּאִין דִּין ע"ע נוֹהֵג בְּזֶה"ז כֵּן לֹא יִהְיֶה נוֹהֵג זֶה ג"כ ע"כ נִקְט הַף טַעְמָא דְּלִי בְּנֵי יִשְׂרָאֵל עֲבָדִים כֵּן י"ל בְּזֶה: וְהַעֲיָקֵר מַה שְׁנַלְע"ד בְּזֶה דָּאָף לְהַרְשָׁב"א בְּתַשׁוּבָה סִי' ע"ב דְּכַתְּבַּ דְּהָא דְּפוֹעֵל חוֹזֵר בּוֹ זְהוּ מְשׁוּם לִי עֲבָדִים כּו' וְע"ע דִּינָא בְּגָרְעוֹן פֶּסֶף זְהוּ מִן קַרָּא וְהַפְדָּה כּו' דְּמִשְׁמַע דְּהָא דְּפוֹעֵל חוֹזֵר בּוֹ זֶה לֹא נִלְמַד מִן ע"ע עַכ"ז י"ל דְּגַם אִיהוּ מוֹדָה דְּלַמְדִּין לְהָא דְּפוֹעֵל חוֹזֵר בּוֹ מִקּוּ"ח מַע"ע כְּנ"ל וְכֵן י"ל בְּשִׁיטַת הַרְבֵּה פּוֹסְקִים דְּהִבִּיא הַמַּח"א ה' שְׁכִירוֹת פּוֹעֲלִים סִי' א' דַּס"ל דְּפוֹעֵל חוֹזֵר בּוֹ לֹא נִלְמַד מִן ע"ע י"ל דְּגַם אִינְהוּ מוֹדוּ דִּישׁ לְלַמּוֹד זֶה מִקּוּ"ח דַּע"ע וְהָא דִּילְפִי פּוֹעֵל חוֹזֵר בּוֹ מִן לִי עֲבָדִים כּו' לְפִי דְּמַזְהָ לְמַדִּין קוֹלָא בְּפוֹעֵל חוֹזֵר בּוֹ מַה שְׂאִינוּ נוֹהֵג בַּע"ע וְהוּא דְּהִנֵּה הַמְחַבֵּר בַּסִּי' שַׁל"ג סַע"י ג' פְּתַב דְּפוֹעֵל חוֹזֵר בּוֹ אֲפִילוּ קִיבֵל כְּבָר דְּמִי שְׁכִירוֹתוֹ וְאִין בְּיָדוֹ לְשַׁלֵּם וְכ"כ הִבִּית יוֹסֵף בְּשֵׁם

המהרי"ק והובא בש"ך שם ס"ק ט"ו והקצה"ח שם ס"ק ו' פתב דלשיטת המימוני דכתב דפועל חוזר בו הוא מן דין גרעון פספ א"כ אינו יכול לחזור רק פשוטות מעות או ש"כ לאדונו אבל היכא שאין לו מה לשלם ודאי אינו חוזר בו עכ"ל הקצה"ח ולפ"ז י"ל דאף להראשונים דס"ל דהא דפועל חוזר זהו לא נלמד מן ע"ע רק מקרא דלי עבדים גו' וכמבואר בב"מ ד' יו"ד ע"כ ממילא יכול לחזור אף אם אין משלם מעותיו וישאר המעות חוב עליו ולכן הוצרכו למילף לזה מן קרא דלי עבדים אבל היכא דמשלם המעות או ש"כ אז י"ל דכ"ע מודו דקונה א"ע מן קו"ח דע"ע דגופו קנוי דקונה א"ע בגרעון פספ אף אם חוזר מתמת יוקר וכה"ג ופועל הא לא גרע מן ע"ע: ולפ"ז א"ש בפשיטות מה דאמרו בגמ' דחוזר משום לי עבדים ואמאי לא אמרו דזה נלמד מן ע"ע דיוצא בגרעון פספ וכמש"כ לעיל מזה משום דנפ"מ מטעם הלז דאף אם אין מחזיר המעות וישאר המעות בחוב עליו ג"כ חוזר בו משום לי עבדים כו' ושאני ע"ע דגופו קנוי ע"כ אינו חוזר כל זמן דאין נותן המעות ולכן אם חוזר מתמת יוקר או דרוצה להשפיר א"ע במק"א וכה"ג אינו חוזר פנין דעיקר טעם חזרתו הוא משום לי עבדים ובכה"ג דלא שינה טעם הנ"ל ע"כ לא מצוי הפועל חוזר בכה"ג אבל אם מסלקו במעות וש"כ דאז חוזר בו מן דין ע"ע יוצא בגרעון פספ פנין דע"ע יוצא בכה"ג אף בחוזר משום יוקר ומשפיר א"ע במק"א ע"כ ה"ה פועל אם מסלקו במעות דאף בחוזר משום יוקר וכה"ג מצוי לחזור בו דלא גרע מן ע"ע ויש לומר דהשו"ע דכתב הרמ"א בשם הר"י בטור דאם חוזר מתמת יוקר אין שומעין לו ומה"ט אם רוצה להשפיר א"ע במק"א פנ"ל ג"כ אין שומעין לו דיש לומר דזה קאי על מה דכתב השו"ע שם מקודם בסעי' ג' דפועל חוזר אף אם קיבל שכירותו ואין לו מה לשלם והמעות חוב עליו ע"ז פתבו דאם חוזר מתמת יוקר אין שומעין לו דכיון דאינו מסלקו במעות דעיקר חזרתו הוא מן לי עבדים וע"כ בכה"ג לא מצוי חוזר בו פנין דגילה בדעתו דרוצה להיות עבד אבל היכא דמסלקו במזומן או בש"כ או אם לא קיבל כלל מעולם שכירותו פנין דזהו נלמד מן גרעון פספ דע"ע מצוי לחזור בו אף בחוזר מתמת יוקר וכה"ג דלא גרע מן ע"ע דאף ברוצה למפור א"ע לאחר וחוזר מתמת יוקר ונדאי יוצא בגרעון פספ אף בזה וכש"כ פועל דאין גופו קנוי.

ולפ"ז מתנחץ מה שהקשה המח"א מן הא דב"מ ד' ע"ז דאמרו לא צריכא דאיניקר עבידתא ואימרו פועלים כו' דמשמע דאף בחוזר מתמת יוקר שומעין לו ולפמש"כ א"ש די"ל דמיירי ה"תם היכא דלא קבלו ליגדם השכירות שיש להם ביז הבעה"ב או במסלקי להשכירות שקבלו ואז מצוי לחזור אף מתמת יוקר משום דין ע"ע יוצא בגרעון פספ אבל הרמ"א קאי בקבלו השכירות ואין להם לשלם פנ"ל אז אם חוזר מתמת יוקר אין שומעין לו והארכתי בזה הרבה בחידושי לסי' של"ג וע"כ לדינא יש לדון הרבה בפועל החוזר בתו"ז ומסלק לאדונו במעות או בש"כ דכיון דיוצא בזה מן דין גרעון פספ כמש"כ הרמב"ם פ"ב ה' עבדים ה' ח' דע"ע יוצא בש"כ ג"כ ע"כ ה"ה פועל ומצוי לחזור בו אף ברוצה להשפיר א"ע במק"א ומתמת יוקר: אלא אם אין מסלק לו לחוב שכירות שקיבל מהבעה"ב בכה"ג שפיר יש לחלק דאם חוזר מתמת יוקר ורוצה להשפיר במק"א דאינו חוזר ועיין בתשובת פנסת יחזקאל סי' ח' ובחיות יאיר סי' ק"ג וסי' ק"מ ולכן ה"ה במקבל עיסקא דחוזר פדין פועל דאף בחוזר מתמת שרוצה ליקח חלק רינח ביותר דג"כ יכול לחזור אם מסלק כל העיסקא להנותן וע"כ העיקר בדברי הש"ג שפתב דבעלי

התנויות אינם יכולים לסלק להמלנה בתו"ז דהפנונה הוא אם יש רינח דבכה"ג אין נוטל חלקו ברנח אם חוזר בתו"ז וכמש"כ לעיל בארנפה דהעיקר כהקצה"ח דכתב דאין נוטל הרנח בחזר תו"ז ולכאורה יש להעיר בזה מהא דב"מ ד' ס"ט דת"ר השם בהמה לחבירו חייב לטפל בה כו' ואם בא לחלוק בתו"ז חבירו מעפב עליו והוא ביו"ד סי' קע"ז סעי' כ"ג הנותן בהמה לחבירו חייב לטפל י"ח חודש כו' ובתו"ז כ"א מעפב על חבירו אלמא דהמקבל עיסקא אם חזר בתו"ז אין נוטל חלק בהריוח דאל"כ איך אמרו דכ"א מעפב על חבירו הא יכול המקבל לחזור בו פדין פועל בתו"ז וע"כ הפנונה הוא התם לענן חלק הרנח שלו אף באמת אין זה ראי' פלל די"ל דשא"ה דה"ל כמו פועל בדבר האבוד דאינו חוזר ומחויב גם להתעסק כל הזמן פדמוכח שם: ובעיקר קושנייתם על הש"ג דמ"ש מפל מקבל עיסקא דחוזר בתו"ז נ"ל דיש לחלק דוקא היכא דמחויב להתעסק בהעיסקא כל היום פדין פועל בזה אמרו דחוזר בו וכן אמר ביו"ד סי' קע"ז סעי' כ"ט דהמושיב חבירו בחנות לא יהיה לוקח ומוכר דברים אחרים ממעותיו וכן מבואר בח"מ סי' קע"ו סעי' יו"ד וע"כ אמרו בזה דהמקבל עיסקא חוזר בתו"ז אבל היכא דאין מוטל עליו חייב התעסקות כל היום רק פדין קבלן ששבאר דאינו חוזר בזה וכמש"כ הסמ"ע בח"מ סי' קע"ו ס"ק נ"ז פדין קבלן לתרוש שדה וכה"ג וה"ה בחייב התעסקות היכא דהרשות בידו לעסוק בה כל זמן שירצה בתוך הזמן שקבעו.

כה"ג אין לו דין פועל ואינו חוזר ומה"ט עיסקא שלנו י"ל דאין לו דין פועל ובכה"ג מייירי הש"ג דהתחייב להלוות על ריבית ולקבלן מהלווים לזמ"פ ועד זמ"פ פטור שוב מן דין התעסקות וע"כ אין לו דין פועל ואינו חוזר בתו"ז מן מה שקיבל ע"ע התחייבות שיהיה המעות בהלנאה על רינח היוצא לנו מכל מה שנתבאר דהמקבל עיסקא דחוזר בתו"ז דאין לו ליטול חלק הרנח שלו וכמש"כ הקצה"ח.

רק דנוטל שפרו פדין פועל עד זמן שעסק ונוטל שכירותו משלם וגם נתבאר דמה דמבואר בסי' של"ג דפועל החוזר מחמת יוקר או ברוצה להשכיר א"ע במק"א דאינו יכול לחזור בזה דכל זה הוא אם קיבל שכירותו ואין לו מה לשלם אבל בלא קיבל שכירותו או אף בקיבל שכירות ומסלקו דבכה"ג יוצא פדין גרעון פס"ע וחו"ז אף בכה"ג: (ב) (שם סעי' ג') בקצה"ח (ס"ק א') הביא לקושית הריטב"א פ"ק דקדושין דמפני מה שומר שהפקידו אצלו לזמן אינו יכול לחזור בתו"ז פמבואר בסי' רצ"ג והא פועל חוזר כו' ות"י הקצה"ח דהא התחייב א"ע לשלם אם יאבד הימנו בתו"ז וע"כ לא פקע ממנו חייבו עכ"ל אבל זה אינו ברור דהא בכל שומרין אף אם ירצה לשלם במקומו אם יאבד ממנו חייבו עכ"ל אבל זה אינו יכול לחזור מן עצם שמינה שהטילה התורה עליו לשמור לגוף החפץ ע"כ אין תירוצו מספיק בזה וקושיא זו הובא ג"כ באו"ת ס"ק ו' בשם הרשב"א בחי' לקדושין: ולענ"ד בטעם הראב"ד והראשונים דס"ל דשומר א"י לחזור בתו"ז משום דס"ל דשומר אינו פועל בזה דעיקר הטעם דפועל חוזר בתו"ז משום לי עבדים כו' אבל בשומר יש לומר דאין נקרא בשם עבד פלל דהא בב"מ ד' צ"ג אמרו דרב ס"ל דשומרי גיתות וערימות אוכלין מן התורה דקסבר משמר פעושה מעשה דמי ושמואל ס"ל דאינו אוכלין מה"ת אלא מהלכות מדינה משום דמשמר לאו פעושה מעשה דמי ומקשו ע"ז בגמ' מהא דהמשמר הפרה מטמא בגדים כו' ומסקי דמשום גזירה כו' וכן פסקו לדינא בח"מ סי' של"ז סעי' ו' דשומר בתלוש אינו אוכל מה"ת משום דמשמר לאו פעושה

מעשה דמי אלמא דאף ש"ש ג"כ לאו פְעוּשָׁה מְעֻשָׂה דְּמִי אַף דְּמַחְוִיב לְהִיטּוּב וּמְשַׁמֵּר
כָּל הַיּוֹם מִכָּל מְקוֹם לֹא מְקַרִי עוֹשֶׂה מְעֻשָׂה וְאַף דְּמִשְׁפַּחַת לְפַעְמִים טַרְחָא בִּש"ש בְּגוּפוֹ
כְּגוֹן אִם יָכוֹל לְהַצִּיל בְּשִׁכְרָא בְּרוּעִים וּמְקִלוֹת דְּב"מ ד' צ"ג וְכַה"ג פְּעִין שְׁטוּת וְנִיעוּר
כְּמִבְּנָאָר בְּסִי רַצ"ב סְעִי ט"ו וּבְסִי רִס"ז סְעִי י"ז וּי"ח וְכַה"ג מ"מ ס"ל לְהַגְמִי פִּינּוּ
דְּעֵיקָר חַיִּיב שֶׁל הַשּׁוֹמֵר הוּא לְהִיטּוּב וּמְשַׁמֵּר וְלֹא לְעֲשׂוֹת שׁוּם מְלָאכָה רַק בְּדַרְדְּרָא
מְקַרְהָ ע"כ לֹא מְקַרִי הָא דְּהַמְשַׁמֵּר הַפִּירוּת לְעוֹשֶׂה מְעֻשָׂה וְהָא סְתָמוּ בְּזָה וּמְשַׁמֵּע דְּבָכְל
גְּוֹנֵי לֹא מְקַרִי עוֹשֶׂה מְעֻשָׂה מִשׁוּם דְּלֹא נַחַת אֲדַעְתָּא דְּעֲשִׂיית מְעֻשָׂה ע"כ י"ל דְּמַה"ט
אִין שׁוֹמֵר יָכוֹל לְחַזוֹר בּוֹ מִשׁוּם דְּאִין דִּינוֹ כְּמוֹ עֶבֶד פִּינּוּ דְּאִין עוֹשֶׂה עֲבָדוֹת כְּלָל כֵּן י"ל
בְּטַעַם הַפּוֹסְקִים דִּס"ל דְּשׁוֹמֵר אִינוּ חוֹזֵר בּוֹ בְּתוֹ"ז: וּבְסִי רַצ"א וְסִי ש"ג וְסִי ש"ז הוּבָא
פְּלִגְמַת רֵאשׁוּנִים אִי שׁוֹמְרִים מְתַחֲיִיבִים מִן עַת מְשִׁיכָה אוֹ מִן עַת שְׁנִסְתְּלִקוּ הַבְּעָלִים מִן
שְׁמִירְתָן וְהַקְשָׁה הַקְצָה"ח בְּסִי ש"ז ס"ק א' עַל הַסּוֹבְרִים דְּבַעֲיָנָן דְּנִקָּא מְשִׁיכָה בְּשׁוֹמְרִים
הָא אַף בְּלֹא מְשִׁיכָה רַק דְּהַתְּחִילוּ לְשׁוֹמֵר יְהִיָּה מְהִי מִשׁוּם דְּהַתְּחַלַּת הַמְּלָאכָה הָיִי קִנְיָן
בְּפוֹעֲלִים וְנִדְחָק בְּזָה: אֲכֵן לְפַמֵּשׁ"כ בְּמַק"א לְבָאָר דְּלִכְן הַתְּחַלַּת הַמְּלָאכָה בְּפוֹעֲלִים הָיִי
קִנְיָן מִשׁוּם דְּזָה הָיִי כְּמוֹ קִנְיָן חֲזָקָה דְּמַהֲנִי בְּעֶבֶד וְה"ה פּוֹעֵל דְּדְּמִי לְעֶבֶד כְּמִבְּנָאָר בְּסִי
רַכ"ז גְּבִי אֲוִנָּאָה.

ע"כ דִּינוֹ דְּנִקְנָה בְּהַתְּחַלַּת הַמְּלָאכָה מִשׁוּם דְּבִשְׁכִירוֹת לִכ"ע קוֹנָה בְּשִׁימוּשׁ וְאֲכִילַת פִּירוּת
אַבְל קִבְּלָן דְּדִינוֹ כְּמַטְלְטְלִין גְּבִי אֲוִנָּאָה כְּמִבְּנָאָר שֶׁם וְכְמוֹ שְׁפַתְבַּת הַתְּה"ד סִי שִׁי"ח דְּכִינּוּ
דְּאִינוּ חוֹזֵר ע"כ דִּינוֹ כְּמַטְלְטְלִין וְאִינוּ דוֹמָה לְעֶבֶד ע"ש וְהוּבָא בְּמַל"מ פ' י"ג ה' מְכִירָה
ה' י"ח ע"כ קִבְּלָן אִינוּ נִקְנָה בְּהַתְּחַלַּת מְלָאכָה כְּמִבְּנָאָר שִׁיטַת הַפּוֹסְקִים וְהוּבָא שִׁיטַתְּם
בְּמַח"א ה' שְׁכִירוֹת פּוֹעֲלִים סִי ה' מִשׁוּם דְּקִבְּלָן דִּינוֹ כְּמַטְלְטְלִין וְאִין מַטְלְטְלִין נִקְנִין
בְּחֻזְקָה וְהֶאֱרַכְתִּי בְּכ"ז בְּחִידוּשֵׁי לְסִי ל"ט סְעִי י"ז ע"ש: לִפ"ז יֵשׁ לְדוֹן דְּשׁוֹמֵר דְּאִינוּ
יָכוֹל לְחַזוֹר כְּדִקְיִי"ל מִשׁוּם דְּשׁוֹמֵר לֹא פְעוּשָׁה מְעֻשָׂה דְּמִי כְּנ"ל וְע"כ אִין דִּינוֹ כְּעֶבֶד
מִשׁוּם דְּאִין שֶׁם עֲבָדוֹת עָלָיו וְאִינוּ בְּשֶׁם פּוֹעֵל כְּנ"ל ע"כ י"ל דְּאִין נִקְנָה שׁוֹמֵר בְּהַתְּחַלַּת
הַמְּלָאכָה דְּהָא עֵיקָר סְבָרָא דְּפוֹעֵל נִקְנָה בְּהַתְּחַלַּת מְלָאכָה דְּהָיִי כְּמוֹ קִרְקַע דְּנִקְנָה בְּחֻזְקָה
אַבְל שׁוֹמֵר דְּאִין דִּינוֹ כְּפוֹעֵל לְכֵן אִין דִּינוֹ כְּמוֹ קִרְקַע אֲלֵא כְּמַטְלְטְלִי דְּאִינוּ נִקְנִין בְּחֻזְקָה
וְע"כ ס"ל דְּבַעֲיָנָן דְּנִקָּא מְשִׁיכָה בְּשׁוֹמְרִים כֵּן י"ל בְּטַעַמָּם וְלְכֵן יֵשׁ לְדוֹן בְּהָא דְּקִי"ל דְּשׁוֹמֵר
אִינוּ חוֹזֵר בְּתוֹ"ז דְּזָה אִינוּ רַק אִם הִנֵּה מְשִׁיכָה כְּדִקְיִי"ל וְכַמֵּשׁ"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי רַצ"א ס"ק
י"ג.

אַבְל אִם לֹא הִנֵּה מְשִׁיכָה רַק שְׁנִסְתְּלִקוּ הַבְּעָלִים מְשַׁמֵּרְתָן וְהַתְּחִילוּ הַשׁוֹמְרִים לְשַׁמֵּר
דְּבָזָה אַף לְהַסּוֹבְרִים דְּסִילוּק שְׁמִירָה מְחַיִּיב לְהַשׁוֹמְרִים בְּדִינוֹ מ"מ ז"א רַק כ"ז דְּלֹא חֲזוֹר
בּוֹ דְּמַתְּחִיב מִשׁוּם עֲרָבוֹת וְכַמֵּשׁ"כ הַר"נ בְּחִי' לְב"מ ד' צ"ט עֲלָה דְּהַפִּישָׁה בְּמַקְל כו'
וְכַנֵּי שֶׁם נְעִינָן בְּמַח"א ה' שׁוֹמְרִים סִי זִי"ן מְזָה אַבְל בְּחֻזְרָא בּוֹ בְּפִנֵּי הַבְּעָלִים וְאִמֵּר
שְׁאִינוּ רוֹצֵה לְשַׁמֵּר בְּיֹתֵר א"כ הָא לֹא שְׁיִיךְ בְּזָה דִּין עֲרָבוֹת כְּה"ג בְּסִי קל"א
סְעִי ד' דָּאָם הִנֵּה הַלְּנָה מוּכָן לִיתָן הַפְּעוֹת לְהַמְלִיגָה דְּפִטוּר הָעֲרָב ע"ש.

רַק כ"ז דְּלֹא חֲזוֹר בְּפִנֵּי הַבְּעָלִים וְסִמְכוּ הַבְּעָלִים עַל שְׁמִירְתוֹ חַיִּיב מִן דִּין עֲרָבוֹת אַבְל
בְּחֻזְרָא בְּפִנֵּיהֶם יָכוֹל לְחַזוֹר אַף בְּתוֹ"ז: וְלִפ"ז יֵשׁ לְתַרְזֵן מַה שְׁיֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל הַסּוֹבְרִים
דְּסִילוּק שְׁמִירָה מְבַעָלִים מְחַיִּיב בְּשׁוֹמְרִין וְהָא מְבָאָר לְהַדְיָא בְּפִירוּשְׁלָמִי שְׁבֻעוֹת פ"ח

ה"א דארבעה שומרין אינו חייבין אלא דרף קננו אלמא דבעינו דוקא משיכה לחיוב שומרים דלפמש"כ י"ל דכוננת הירושלמי הוא בשומר לזמן דאינו חייבם לשמור פל הזמן ולא מצי לחזור בתו"ז אלא אם נתחייבו בדרף קננו אבל כ"ז דלא הנה קננו אף דהנה התחלת שמירתו מ"מ הא זה לא מהני בשומרין רק בפועליו אף לא דוקדק זה בירושלמי שם למה דקאמרי אח"ז דארף לענו גזילה אינו חייבין אלא דרף קננו והתם הא לא שייך פו וכו' יש לדון עפ"ז בסוף בירושלמי שם וקצתתי.

ועיין במח"א ה' שומרים סי' י"ח דמשמע ממנו דס"ל דדוקא בקננו משיכה אינו יכול השומר לחזור בתו"ז אבל כ"ז דלא הנה משיכה אף דהנה סילוק שמירה מ"מ חוזר אף בתו"ז ע"ש: רק שקוצר בזה ולפמש"כ נתבאר זה היטב: ולפמש"כ דשומר אין דומה לפועל וע"כ אינו חוזר לכן יש לדון במה דמבואר בסי' רכ"ז דבפועל אין בו דין אונאה משום דדמי לעבד אבל קבלן יש בו אונאה פיון דאינו חוזר בו ע"כ אין דינו פקרקע וכמש"כ הרמב"ם והתה"ד בסי' שי"ח פנ"ל ע"כ י"ל דה"ה שומר פיון דאינו חוזר בתו"ז כדקיי"ל משום דמשמר לאו פעושה מעשה דמי כדקיי"ל בב"מ ד' צ"ג ובאמת ראיתי בריטב"א לב"מ שם ובשמ"ק שם שכתב הסברא דשומר פעמים שהוא צריך לעשות בהם מעשה ע"ש: ואפ"ה הא קיי"ל דמשמר לאו פעושה מעשה דמי וכמו שפסק הרמב"ם בריש פ"ה ה' פרה דמשמר הפרה טמא משום גזירה כו' ועיין בירושלמי ב"מ פ"ז ה"ו והא דב"מ ד' צ"א ע"ב במה דאמרו מהלף לאו פעושה מעשה אין זה ענין לנ"ד.

לכן י"ל דבשומרים בשכר דין אונאה נוהג בהם משום דדינם כמטלטלין וכמו בקבלן פו יש לדון בזה ועיין בחזו"ת יאיר סי' ק"מ במש"כ שם במלמד בשכר שימור אף שכר שימור התינוק שאני מן שומר חפצים ומטלטלין שאינו בע"ח: (ג) (שם סעי' ז') המלנה את חבירו על המטבע ונפסל אם יכול להוציאה במדינה אחרת ויש לו דרף נותן לו ממטבע שהלנהו כו' וכ"ז שהתנה ליתן לו מעות אבל לא התנה כו' זה זמן כפיר שנסאלתי באחד שהתחייב למכור יי"ש לבני עירי פל טא"פ במקח ארבעה זהובים והקונים רוצים לסלק להמוכר במטבע בילעטין והמוכר אינו רוצה לקבל זה בתשלומין לפי שמטבעות גחושת וכסף היו אז חריפים ביותר מן הבילעטין שהוזלו קצת וטוען שיקיימו כפי הכתוב ביניהם ליתן לו במטבעות פל טא"פ במקח ארבעה זהובים לפי דיש לו הפסד מזה ונשאלתי בזה מן רב גדול א' ואכתוב פאן מה שהשבתי לו בזה והעיקר מה שגראה לי לבאר פאן כמה פרטי דינים השייכים לסי' זה כי כמה הלכתא רבנותא איפא למשמע מינה: ענף א וזהו מה שהשבתי והוא דאיתא בב"ק ד' צ"ז המלנה על המטבע ונפסל המטבע דנותן לו מטבע היוצא באותה שעה וכתבו התוס' שם דמייירי בהתנה ליתן לו מעות אבל בלא התנה ליתן לו מעות יכול ליתן לו מטבעות שנספלו כו' אף מן הרמב"ם והרי"ף נראה דאפילו בסתמא חייב לשלם ממטבע היוצא דמסתמא על חשיבות מטבע הלנהו כו' וכן כתב הרב המ"מ והובא בסמ"ע שם והנה המתנה אפרים בדיני ריבית סי' כ"ו כתב להוכיח כשיטת הרמב"ם והרי"ף: דאם איתא דכל שלא התנה אינו נותן אלא מטבע שנספסל עד שיתנה לתת מטבע היוצא א"כ אף התנה נמי כמה מתחייב לתת מטבע היוצא דהא בר"פ הזהב אמרו הזהב קונה הפסד ופירשו בגמ' שם דמחייב קתני וה"ק במשיכת הזהב דהוי פירא מתחייב לתת לו כסף כמו שהתנה אבל במשיכת הפסד דהוי טבעא אינו מתחייב לתת מה שהתנה עמו א"כ הכא נמי אי סתמא אינו מחוייב לתת לו

אלא מטבע שגפסל משום דהוי כהוול א"כ איך מתחייב פשהתנה לתת לו מטבע הינצא
פיון שלא משף עכ"ל המח"א: ונלענ"ד דלא כהמח"א בזה דא"כ במה מתחייב הלנה
והמוכר שהתנה עם המלנה והלוקח לגבות ממנו מעדיות כמבואר בב"מ ד' ס"ו ב"ה הוא
גברא דזבין לתבירו ארעא באחריות ואמר לו אי טרפא מינאי מגביית לי מעידי עדיות
כו' דמבואר שם דחייב לשלם לו מעדיות אם נשתדיף עידי עדיות וכן מבואר בב"מ ס'
ק"א וכן אמרו בב"מ ד' ס"ו שם גבי הא דא"ל אי לא פרענא ביום פלוני לה גבי מהאי
חמרא דאם לא הוי אסמכתא הנה גובה מהחמרא א"כ קשה דבמה מתחייב לתת לו בתנאו
דאף דהלוקח נותן מעות להמוכר וכן המלנה להלנה הא עכ"ז הפסך אינו מחייב הזקב
וכי תימא דמייירי התם בקנה ממנו בקנין חליפין א"כ מאי הקשה המח"א על התוס' דלמא
מייירי ג"כ דקנו בק"ס ליתן לו מטבע היוצא וע"כ הנה דוחק להמח"א לאוקמי בהכי א"כ
ממילא תקשה התם בב"מ דאמאי חייב לשלם לו מן העדיות ומהאי חמרא בהתנה פיון
דמן הדין אינו חייב לשלם רק מבינונית א"כ האיה מועיל תנאי להתחייב בעדיות הא
הפסך אינו מחייב ואין לחלק בזה בין חיוב על קרקע לחיוב על מטלטלין כמבואר לקמן:
וכן תקשה ב"ה דב"מ ד' י"ד דאמר שמואל שבח ושפר ושעבוד צריף לילף וכן הא
דב"מ שם ד' ס"ה דהוא גברא דזבין ארעא שלא באחריות וא"ל אי טרפי מינך מוגבינו
לה שופרא ושבתא ופירי דאם לא הנה פטומי מילי הנה חייב באחריות על השבח דקשה
במאי מחוייב על אחריות השבח דהא אף אם הנה כתוב בשטר התחייבות זו אינו מועיל
לפי מה דמסיק הש"ך בסי' מ' ס"ק ד' דהתחייבות בשטר אינו מועיל היכא דהנה תנאי
כמו בשומרין על קרקעות דמתחייב אם יאבד כו' ע"ש א"כ ה"ה הכא בשבח וכה"ג
דמתחייב אם יטרפו ממנו הבע"ח דהוי זה התחייבות בתנאי א"כ הא אינו מועיל בזה
התחייבות בשטר וכן במה דמצינו דעושה שדיהו ושורו לאפותיקי וכהנה רבות בש"ס
ודוחק לומר דכל הנה מייירי בקנין חליפין דא"כ מה הקשה המח"א על התוס' שם דלמא
מייירי בחליפין וע"כ מוכח מכל הנה"ל דבכסף יכול להתחייב בכל התחייבות בעולם ועדיף
משטר דבשטר אינו מועיל התחייבות בתנאי כמש"כ הש"ך בב"מ ס' מ"ם פנ"ל ועיין
בסי' ס' ש"ך ס"ק כ"ו ובתומים בסי' ס' שם אבל בכסף מועיל התחייבות אף בתנאי
וכש"כ בלא תנאי וכמש"כ הר"נ בכתובות ר"פ הנושא להדיא בסוגיא דאמר לתבירו
חייב אני לה מנה אי דא"ל אתם עדי כו' דבדברים בעלמא אי אפשר להתחייב אלא
בקבלת כסף או בקנין או בשטר כו' עכ"ל ועיין בש"ך ס' מ' ס"ק ב' מזה אלמא דבכסף
יכול להתחייב עכ"פ כמו בשטר: ובחיוב בשטר כתבו התוס' בכתובות ד' ק"ב בד"ה
אליבא דבן גנסי כו' להקשות דאיה מהני חיוב בשטר הא אין מטלטלין נקנין בשטר ותירצו
משום דהואיל דטרח למכתב בשטרא גמר ומשעבד נפשי' עכ"ל אלמא דאם היו מטלטלין
נקנין בשטר, הנה מועיל חיוב בשטר דשנה הוא חיוב מטלטלין לקנין מטלטלין אף
דקושיותם הנה דהא אין מטלטלין נקנין בשטר א"כ ממילא כמו בכסף דקונה למטלטלין
וכמו בשכירות פלי דלא שייך בי' חשש דנשרפו חטיף בעלני' כמבואר בב"מ ס' קצ"ח
סעי' ו' דקנה דה"ה בחיוב שמתחייב א"ע אף במטלטלין פיון דלא שייך בי' נשרפו חטיף
בעלני' דהא חייב באונסין א"כ כש"כ משכירות מטלטלין בנודאי יכול להתחייב בקבלת
כסף לא מבעיא על העיקר הקרן אף על מותר ממה שקיבל ג"כ מועיל פנ"ל: וי"ל דהר"נ
בכתובות שפסק דבכסף יכול להתחייב בחיוב מחדש אזיל לשיטתו דס"ל להר"נ

דשכירות מטלטלין נקנין בכסף כמש"כ הנ"מ וקני יוסף בשם הר"נ בפ' הזקב וכן הובא זה בשם הר"נ בטור ח"מ סי' קצ"ח בב"י ובבאר הגולה שם ובאמת שם ובמחבר לא הביא שם דעה החולקת ע"ז.

עכ"ז הא מוכח ברש"י ב"ק ד' ע"ט ד"ה שכירות דמטלטלין דס"ל לרש"י שם דגם שכירות מטלטלין אינן נקנין בכסף וכן הנ"מ וקני יוסף בב"מ פ' השואל פתב להדיא דשכירות מטלטלין לא ניקנה בכסף וכן מבאר בטור ח"מ סי' ש"י סעי' ב' שפתב בשם הר"ב ד"ד גבי משכיר חמור סתם ומת החמור דחייב להעמיד חמור אחר דכתב הר"ב ד"ד דדוקא שהקנה לו בקנין דאי לא ה"י במה נתחייב אין פאן אלא מי שפרע כו' ע"ש א"כ יש לתמוה דלמה סתמו בזה בסי' קצ"ח ולא הביאו לכל הנה דפליגי על זה ומצאתי במראות הצובאות בליקוטים בסוף ספרו שתמה ג"כ על המחבר בזה וכן מצאתי במחנה אפרים ה' מכירה דין משיכה סי' יו"ד מזה אף לא הביאו לדברי הטור בשם הר"ב ד"ד הנ"ל ואכמ"ל: עכ"פ יש לומר דהר"נ דס"ל שכירות מטלטלין נקנין בכסף ע"כ פסק דחייב מחדש מהני ג"כ בכסף ועיין בנתיבות סי' שי"ב ס"ק ה' שפתב לדון בכל שכירות דיש עליו שעבוד הגוף על המשכיר להעמיד לו לדבר המושכר כו' ובמק"א הארכתי בזה ואכ"מ משא"כ להסוברים דשכירות מטלטלין אינן נקנין בכסף יש לדון לכאורה דה"ה חייב ג"כ לא מהני ע"י כסף וכמו דהקשו התוס' בכתובות התם דכמו מטלטלין לאו בני שטר א"י ניהו דכמו כן לא מהני חייב בשטר על מטלטלין א"כ ה"ה בכסף ותי' התוס' שתייצו מדטרח לכתוב שטר גמר ומשעבד נפשי' זה לא שייך בכסף ובעיקר קושיות התוס' דהקשו דהא מטלטלין לאו בני שטר א"י ניהו י"ל בזה לפי מה שהעלה הש"ך בסי' צ"ה ס"ק י"ח דעבד עברי הוקש לקרקע וידוע דחוב שמחייב א"ע היינו משום דמשעבד גופו וכמש"כ התוס' בכתובות ר"פ אעפ"י א"כ כמו דשעבוד קרקע יכול לשעבד בשטר משום דהא יכול להקנות קרקע בשטר ושעבוד קרקע דומה לקנין ע"כ חל ג"כ שעבוד בחייב שמשעבד גופו בשטר אף אפ"ש דהתוס' אזלי לטעמייהו דס"ל בקדושין ד' ז' דבן חורין לא אתקש לקרקע א"כ שעבוד על גופו ג"כ לא נקנה בשטר דהא מטלטלין לאו בני שטר א"י ניהו ונפיר הקשו התוס' ולפ"ז י"ל דאף אם נימא דשכירות מטלטלין אינו נקנה בכסף משום לא פלוג רבנן עכ"ז חייב על גופו חל בכסף משום דהא משעבד גופו דהוי פקרקע להכרעת הש"ך הנ"ל דב"ח הוקש ג"כ לקרקע וקרקע הא נקנית בכסף ועיין לקמן סי' צ"ה באו"ת שם במש"כ לדון דהא דב"ח אי הוקש לקרקע דזה תלוי בהא דסי' רכ"ז דפועל אין לו אונאה וקבלן יש לו אונאה הגה"ה ובעיקר מלתא מה שפתבו לדון דבן חורין לא אתקש לקרקע י"ל בזה דזה אינו אלא לפי מה דאמרו בש"ס דילן גבי פלל ופרט דיצאו קרקעות שאינן מטלטלין ויצאו עבדים דהוקשו לקרקעות.

אבל לפי המבואר בירושלמי ב"ק פ"ז ה' א' גבי פלל דיצאו עבדים שאין לה בהם אלא תשמיש ויצאו קרקעות שאינן מטלטלין כו' ופי' הפני משה שם דיצאו עבדים דלא דמי להני שהוא נהנה מגופן כו' ובירושלמי לשבועות פ' ו' ה' ו' גבי פלל ופרט דהתם אמרו דיצאו עבדים דאין דמיו קצובין עיין בפ"מ שם א"כ לפ"ז יש לדון דגם בן חורין דינו פקרקע לגביאונאה וכפל ושבועה וכה"ג דהא האי טעמא דאינן אלא לתשמיש ואין דמיו קצובין כפי' הפני משה שם שייך גם בן חורין ויש להאריך בכ"ז ואכ"מ להאריך עד פאן הגה"ה: אף באמת מוכח דאף מאן דס"ל משיכה קונה מה"ת ולא כסף דעכ"ז מודה

דבכסוף יכול להתחייב מהא דכתובות ד' ק"ב דר"ל דס"ל התם דאינו יכול להתחייב בשטר מוקי התם להא דפסק לזון את בתה בשטרי פסקתא כו' והטעם משום בההיא הנאה דקמיתפני אהדדי גמר ומקנה ע"ש אלמא אף דר"ל דס"ל משיכה מפנרש מה"ת פמבנאר בב"מ ד' מ"ז עכ"ז ס"ל דבהאי הנאה מצי לחייב א"ע פדמצינו בב"מ ד' צ"ד דבהאי הנאה דקא נפק לי' קלא דאינש מהימנא גמר ומשעבד נפשי' וכן אמר רב אשי בב"ב ד' קע"ג גבי ערב דבהאי הנאה דקא מהימן לי' גמר ומשעבד נפשי' ובח"מ סי' ק"צ סעי' ו' פתב שם הקצה"ח והנתיבות גבי אדם חשוב דקדושין ד' ז' דלא מהני זה רק בקידושי אשה דנקנית בכסף וכו' בקרקע דנקנה בכסף אבל במטלטלי דאין נקנה בכסף לא מהני הך הנאת אדם חשוב כלל רק להך דעה דס"ל דחליפין שנה בשנה מהני גם בפירי אף דלא הני פלי א"כ מהני זה ג"כ במטלטלי משא"כ למאן דס"ל דחליפין שנה בשנה אינו מועיל ג"כ וכעי' דוקא פלי והך הנאה לא מקרי פלי וע"כ לא שייך בי' דין חליפין א"כ לפ"ז תקשה דאיך יכול הערב או השומר חנם להתחייב א"ע בחיוב חדש מחמת האי הנאה כו' הא האי הנאה לא הני בי' דין חליפין משום דהא לא הני בי' תורת פלי ובע"כ מוכח דזה מהני משום דאמרינן דהאי הנאה הוי פקבלת כסף לידו ואי נימא דקבלת כסף אינו יכול להתחייב א"ע בחיוב חדש א"כ אמאי מהני התם להתחייב משום האי הנאה הנ"ל וע"כ הוכח פסקת הר"נ דכסף מועיל להתחייב לכ"ע.

אף מהא דב"מ ד' צ"ד קאמר לה ר' יוחנן שם להך הנאה דקא נפק עליו קלא כו' א"כ י"ל דריו"ח לטעמיה דס"ל ד"ת מעות קונות אבל מהא דר"ל דכתובות הנ"ל וכן מהא דא' רב אשי בב"ב ד' קע"ג פנ"ל וכן בהא דב"מ ד' ס"ה בהענבדא דזבין ליה שלא באחריות דהו"פ שם רבי אשי וכדהובא לעיל ורב אשי הא ס"ל בע"ג ד' ע"א ובכורות ד' י"ג דמשיכה מה"ת וכסף אינו קונה ואפ"ה ס"ל דמהני חיוב בכסף ומוכח דלכ"ע קונה בכסף לחיוב מחדש.

ואפשר לומר לפי מה דמסיק הש"ס בב"מ ד' מ"ו וקדושין ד' כ"ח דריש לקיש ס"ל פרב ששת דפירי עבדי חליפין א"כ לפ"ז י"ל דהאי הנאה דאמרו בש"ס פנ"ל זה נחשב כחליפין ואלקבא דר"ל ור"ש דהא עיקר הטעם דהך הנאה לא ה"ל כחליפין כתב הקצה"ח בסי' ק"ץ משום דלא מקרי פלי.

והא פירי איכא הנאה ג"כ ואפ"ה לא מהני אבל להנך דס"ל דפירי עבדי חליפין לא שייך פן ונדחה ראי' זו מהא דר"ל הנ"ל ועיין בב"ב ד' ק"ו דא' רב אשי בהאי הנאה דציייתי אהדדי כו' ובשאר דוכתי טובא מזה וקצרותי: אכן לדינא דס"ל דפירי לא עבדי חליפין ואף שנה בשנה ס"ל לכמה פוסקים דלא מהני וכן בשכירות מטלטלי מצינו לכל הנך פוסקים דפליגי על הר"נ וס"ל דאינו קונה בכסף ואפ"ה ס"ל לכ"ע לכל הנך האי הנאה כו' דמצינו בש"ס פעמים רבות דמשום זה מועיל התחייבות ומוכח מזה דאף להסוברים דשכירות אינו נקנה בכסף מ"מ התחייבות מהני ע"י כסף ועיין בח"מ סי' ע"א גבי נאמנות בשעת הלואה וקצרותי בכ"ז: וכיון דנתבאר דלא מצינו למי שיפלוג על הר"נ דס"ל דבכסף יכול לחייב א"ע בחיוב מחדש ועכ"פ לא גרע משטר דקיי"ל בסי' מ' דמהני וגם הא נתבאר דכסף עדיף משטר ואף בתנאי מהני התחייבות בכסף כמו שהוכחתי לעיל א"כ מה"ט מהני קבלת כסף בעת הלואה להתחייב על איזה חפץ לחבירו פדמוכח מהא

להוכיח זה מהך סנגיא דב"ב ד' קס"ו הנ"ל דאי נימא דמחויב לסלק באותן מטבעות כמו
ש'לנה ממנו א"כ מאי קאמרי שם בגמ' דאסוכי מסכי להו דלמא לכו לא הנה מצרף
להפרוטות לעשותן לחשבון זהובים משום דאפשר דהמלנה חפץ יותר בפרוטות ולכן
כתב בשטר שהלנהו פרוטות כדי שיחויב הלנה לסלק לו בפרוטות דהא הדין הוא שמחויב
לסלק באותן המטבעות בעצמן כפי שלנה ממנו ואם הנה כותב שלנה ממנו זהו הנה יכול
לסלקו במטבעות זהו ומכש"כ באתרא דסגי וחרפי פריטי טפי מפספא פדאי' בב"מ ד'
מ"ד א"כ י"ל דלכו נכתב בשטר שלנה שית מאה וזוזא לפי דבאמת הנה הלנאה שלנה
ממנו שית מאה פרוטות וזהוב א' והמלנה מקפיד שישלם לו פרוטות מטבעות שלנה ממנו
לכן נכתב פן בשטרא בדקדוק אלא ע"כ מוכח מזה דאף דלנה ממנו מטבע אחרת עכ"ז
יכול לסלקו במטבע אחרת דאף דבע"ח דינו בזוזי עכ"ז שם מטבע אחת היא וגבי פירעון
לא מדקדקינן בזה משום דעכ"פ כל המטבעות נקראו בשם מעות ומוכח שפיר הך דינא
מזה הסנגיא ועיין בסנה דרין ד' ל' גבי א' אומר מנה שחור וא' אומר מנה לכו די"ל לחד
מ"ד דאין מצטרפין הואיל דבעיקר גוף העדות מתפחשי לכאורה משמע מזה דצריך
לשלם באותה מטבע שלנה ממנו אף יש לדחות זה בפשיטות: אף לפי שיטת התוס'
והרא"ש והרמ"א שכתבו דאם לא התנה לשלם במעות יכול לסלקו אף במטבע שנפסל
משום דדומה לסאה בסאה חטים והיזל דמשלם כזולא דהשתא כמו שכתבו שם וזה שייך
דווקא אם לנה מטבע זהו ונפסלו הגהו' ואז יכול לסלקו בזהו'.

משא"כ אם לנה רוביל והנהו' נפסלו: דבזה ברור ופשוט דאינו יכול לסלקו במטבעות
אחרות שנפסלו והיזלו דהא עיקר טעמא משום סאה בסאה והיזל א"כ אם לנה חטים
והיזלו השעורים דנודאי אינו יכול לסלקו בשעורים כשהיזל דהא אותו המין שלנה ממנו
לא היזל וה"ה מטבעות מחולקים דהוי כמו שני מינים מחולקים כמש"כ התוס' בשבועות
ד' מ' ד"ה בטוענו בדינר מטבעות וכמבואר בח"מ סי' פ"ח סעי' י"א דשני מטבעות
מחולקים הוי שני מינים גבי מודה מין הטענה ע"ש וכינן דקיי"ל לדינא דמטבעות
מחולקים הוי שני מינים א"כ י"ל דלכו לא כתבו העדים בהשטר לצרף חשבון הפרוטות
על דינרין משום חשש שמא ינפסלו הגהו'.

ואזי יהנה יכול לסלקו במטבע זהובים שנפסלו אם לא התנה לשלם במעות כשיטת התוס'
ולכן כתבו העדים שלנה פרוטות דאזי צריך לשלם בפרוטות וקשו העדים שלא יצא
קלקול מעדותם אם יארע סבה דנפסלו הגהובים יעברו על מדבר שקר תרחק ועיין
בב"ב ד' צ"ד תוס' ד"ה הכי השתא כו'.

ואף אם נימא דשינוי המטבעות ונפסלו המטבעות זהו מידי דלא שכיח עכ"ז הא אינם
רשאים העדים לכתוב דבר שקר אם יוכל להיות איזה נפ"מ מן עדותן לאיזה ענין אף
בחשש רחוק ואין לומר דהא גם עכשיו דכתיב שית מאה סתמא יהיה יכול הלנה מספק
לסלק לו בשית מאה זוזי שנפסלו זה אינו דהא מטבע זהו אף שנפסל הוא שנה יותר
מפרוטה שלא נפסלה וגם הא יהיה צריך עכ"פ לסלק בשית מאה זוזי שנפסלו ולא בפחות
וקצרתי בכ"ז פשוט] וע"כ מוכח כשיטת הר"ף דאף אם לא התנה לשלם במעות ג"כ
מחויב לשלם במטבע היוצא באותה שעה ע"כ לא הוי נפ"מ פלל אם לנה פרוטות או
זהו' וכינן דכל הראשונים סתמו בזה ומוכח דמיירי זה אף בלא התנה: והא דתקשה

דאפתי קנשה גם לשיטת הרי"ף דהא עדיין הוי נפ"מ מן עדותן אם היו פותבין זהו' ונפסלו הנהובים דאם יש לו דרף למישן קיי"ל פשמואל דיכול לומר לה והוציאן במישן משא"כ אם לנה פרוטות אין יכול לסלקו במטבע זהו' אף דיש לו דרף להוציא למישן בזה י"ל דבאמת כה"ג אף אם לנה פרוטות ג"כ יכול לסלקו במטבע זהו' אף דיש לו דרף להוציא למישן משום דרף להוציא למישן דהא סברת שמואל הוא דיכול לומר לה והוציא למישן משום דאפתי שם מטבע עליו וגם יכול לחלל עליו מעשר שני פמבואר בב"ק שם וכינן דנתבאר דאף דלנה זהו' עכ"ז יכול לסלקו במטבע אחרת א"כ ה"ה בכה"ג דמטבע האחרת שפסולו הוא יוצא במישן ויש לו דרף לדעתה: דגם אם לנה פרוטות יכול לסלקו בנהובים אם יש לו דרף למישן דהא אפתי שם מטבע עליו ולית לי' פסידא בזה.

פן י"ל לכאורה בכ"ז ומוכח מכ"ז פשיטת הרי"ף והרמב"ם: אף כינן דחזינו דשיטת הרמ"א סי' ע"ד דדוקא בהתנה לשלם במעות וכשיטת התוס' והרא"ש ועכ"ז סתמו בסי' מ"ב גבי הך עובדא דכתב שית מאה זוזא ולא כתבו דזה מייירי דוקא בהתנה לשלם במעות בע"כ מוכח לומר דכינן דפסול מטבעות לא שכיחא פלל ע"כ אין להעדים לחוש פלל לזה או דלמא פנונת הגמ' הוא דאיבעי להו לכתוב בפטרך דלנה פרוטות דעולים לקו וכו' ונהובים ואז לא היה יוצא מהם שום תקלה פלל מעדותם.

וינדעתי מה דיש לדון בהא דב"ב ה"ג'ל דלא אמרינן דילמא שית מאה פריטי דזהו לפי דלא היה מנהגם לכתוב סף הפרוטות רק לכוללן לדינרין ע"כ לא מסתפקינן בזה משום דהוי כמו פל הטוען נגד המנהג דאינו נאמן אבל באמת שפיר כתבתי להוכיח פנ"ל משום דאם היה איזה נפ"מ במה שנקתב שהלוהו פרוטות א"כ לא שייך בזה לומר דהיה המנהג מפולם שלא לכתוב פריטי דהא יכול להיות דהמלוה הקפיד שייכתבו דוקא פרוטות לפי דרוצה יותר בפרוטות ובמקום דסגי וחרפי טפי מכספא פמבואר בב"מ ד' מ"ד ואף אם היה רק מעוט שייקפידו בזה עכ"ז הא אין הולכין בממון אחר הרוב ולכן שפיר כתבתי להוכיח דיכול לסלקו אף במטבע אחרת.

והא דמצינו בח"מ סי' פ"ח סעיף י"א דשני מיני מטבעות מחולקים לא הוי הודאה מן מין הטענה היינו דוקא גבי הודאה במקצת אבל גבי דין דבע"ח בזוזי כינן דשם מטבע עליו שפיר יכול לסלקו אף במטבע אחרת: ענף ג ובכתובות ד' ק"י אמרו שנים שהוציא שט"ח זע"ז דס"ל לרב נחמן זה גובה וזה גובה ורב ששית אמר הפוכי מטרתא ל"ל ומקשה על ר"ש מהא דתנן במשנה שם ותקמים אומרים זה גובה וזה גובה תרגמה ר"נ אליבא דר"ש שלנה זה לעשר וזה לחמש ורמב"ם אמר ה"כא ביתמי עסקינן כו' ומקשו ה"ם ולוקמי דאית להו ליתמי זיבורית כו' אלמא דה"ש"ס היה מהדר אחר איזה נפ"מ בזה: א"כ תקשה דאמאי לא משנה דמייירי דא' לנה מתבירו סלעים ונשני דינרין ואי נימא דמחויב לסלק באותן מטבעות שלנה מתבירו א"כ הא זה מחויב לסלק לתבירו דוקא סלעים.

ונה שלנה דינרים מחויב לסלק מטבעות דינרין וע"כ מוכח כמש"כ לעיל דיכול לשלם לתבירו בסלעים אף בעבור הלואה זהו' ואין לדחות ולומר דאי מייירי המשנה בלנה מתבירו מטבעות אחרות פאותן שלנה מתבירו ממנו א"כ לא שייך בזה לומר אילו הייתי חייב לה פיצד אתה לנה ממני די"ל דהיה רוצה ונצרך למטבעות זהו' נאלו היה תובע

מחבירו היה יכול לסלקו בסלעים כמו אותן שלנה ממנו ובע"כ מוכח דהמשנה מיירי שהיה הלואה מטבעות שונים דז"א משום דמוכח מסתימת הגמ' והפוסקים דאמרו שם באתרי דיהבי זוזי והדר פתבי שטרא פולי עלמא לא פליגי דיכול לומר היה לה לעפובי בחובה.

הא י"ל אם קיבל מטבעות סלעים מחבירו עבור דמי המכירה. והלואה היה זהו דיכול לומר אלו הייתי מעפכן בחובי להסלעים היה יכול הלנה לומר דיתן לי בפרעון החוב מטבעות פאותן שלנה ממנו ולא סלעים והוא היה נצרך לסלעים ולכן הוכרח למפוך השדה עבור הסלעים ומדלא מפלגי רק כתבו סתמא לחלק בין אתרא דיהבי זוזי והדר פתבי שטרא ובין פתבי שטרא והדר יהבי זוזי לבד ובע"כ מוכח דמחמת זה אינו הכרח למפוך שדהו דזה לא הוי אמתלא לתרץ להו דאלו הייתי חייב לה כו' ומכש"כ דזה לא הוי אמתלא על הוכחה דאלו הייתי חייב לה פיצד אתה לנה ממני ולשעבד נפשו להיות עבד לנה פדמצינו בב"ב ד' נ"א א"כ שפיר הוכחתי דיכול לסלקו אף במטבע אחרת כנ"ל: ולשיטת התוס' והרא"ש דס"ל בלא התנה לשלם במעות דיכול ליתן לו מטבעות שונפסלו א"כ אפתי תקשה דאמאי לא מתרץ הגמ' התם דהמשנה מיירי דא' לנה סלעים והשני לנה זה ונפסלו הסלעים ומיירי בלא התנה ליתן מעות א"כ מאן דלנה זהובים חייב לשלם מטבע זהובים ואינו יכול לסלקו בסלעים שונפסלו משום דהני פשני מינים חטים ושעורים.

ומאן דלנה סלעים יכול לסלקו בסלעים שונפסלו לשיטת התוס' ומוכח מזה דגם בלא התנה אינו יכול לסלקו בסלעים שונפסלו ושייך שפיר הפוכי מטרותא ל"ל ומוכח מזה לכאורה פשיטת הרי"ף: אף עדיין יש להקשות ג"כ לשיטת הרי"ף דאמאי לא מתרץ הגמ' התם דמיירי דיש לו דרף להוציאם למישן ומוכח מזה כמש"כ לעיל דאף מי שלנה זהו עכ"ז יכול לסלקו בסלעים שונפסלו אם יש לו דרף למישן משום דגם בזה קרינן זוזי זהב זוזי שקל כנ"ל אבל מ"מ קשה דהא הוי מצי הש"ס לתרץ דמיירי דמטבעות הלואה היה מטבע אחת פגון סלעים ואחר הלואה נפסלו ולאחד יש לו דרף להוציאם למישן ולחברו ליכא דרף למישן וא"כ המלוה דיש לו דרף למישן יכול הלנה שלו לסלקו בסלעים שונפסלו ולומר לו לה והוציאן במישן והמלוה דלית ליה דרף למישן מחויב הלנה שלו לסלק לו במטבע היוצא באותה שעה ואינו יכול לומר לו לה והוציאן במישן דהא לית לי אורחא להתם וא"כ תקשה עדיין לשיטת הרי"ף ג"כ, ובפרט דהא בב"ב ק' ד' צ"ז א' ר"נ מסתברא מילתא דשמואל באית לי אורחא למישן אלמא דר"נ ס"ל פשמואל דיכול לומר לה והוציאן במישן ובכתובות התם איתא דר"נ תי' אליבא דר"ש דלנה זה לעשר וזה לחמש א"כ תקשה דהא הוי מצי ר"ל לתרץ פן פפי שיטתא דסובר פשמואל: ועוד יש להקשות לפי מה דמבואר בסוף פחובות דאם פתב בשטר בבבל מגבהו ממעות בבבל ואם פתב בו א"י מגבהו ממעות א"י א"כ קשה אמאי לא מתרץ הגמ' דמיירי דזה לנה מחבירו מעות בבבל וזה לנה מחבירו מעות א"י דנה גובה וזה גובה אף בנה י"ל דאפשר דלא שייך בנה לומר אילו חייב הייתי לה פיצד אתה לנה ממני די"ל דדוקא בשני מיני מטבעות דשניהם הוי מעות א"י או מעות בבבל בנה לא שייך לומר דלכן לנה ממנו פדי להשיג מטבע פלוגית דזהו לא הוי אמתלא פלל משום דיכול לומר דהנה בינדף להשתדל בעד מעות אלו להשיג להמין מטבע פלוגית משא"כ במעות א"י ומעות בבבל

דיכול לומר דהייתי נצרך למעות בכל ולא יכולתי להשיג עבור מעות א"י למעות בכל
אבל מה דהקשיתי דדילמא מיירי באית לחד אורחא למישן ולהשני לית לי אורחא להתם
תקשה עדיין: ויש לומר בזה לפמש"כ הרמב"ן במלחמות בסוגיא דכתובות ד' ק"י דלכן
לר"נ דס"ל זה גובה וזה גובה אינו קשה דלמה צריה למיתני פלוגתא דאדמו"ן ורפנן שנית
הא פבר תנא פלוגתתם גבי משנה דלעיל התם ותירץ דכוננת המשנה הוא לאשמעין
דבשלו הן שמין כו' והובא דבריו בש"ף סי' פ"ה ע"ש ולכן לפ"ז י"ל דלכן לא רצה הגמ'
לתרץ בהנהגה גונוי פגון דזה לנה מעות קפוטקיא והב' לנה מעות א"י דזהו מקילתא יתירתא
ומאי קמ"ל דהא זה תלינן לקמן במשנה גבי נשא אשה בא"י דלמאן דס"ל פתובה
דאורייתא אזלינן בתר המקום שנשתעבד וממילא ידעין דמי שלנה מעות בכל מחויב
לשלם מעות בכל א"כ מאי קמ"ל התנא פשיטא וכן מה שהקשיתי לשיטת התוס' דהוי
לי להגמ' לתרץ דמיירי דזה לנה סלעים והב' לנה זהו' ונפסלו הסלעים ג"כ י"ל דזהו
מלתא יתירתא דזה הוי פשיטא להגמ' ותקשה עדיין מאי קמ"ל המשנה וכמש"כ הרמב"ן
פנ"ל וכה"ג פתב הש"ף בסי' ס"ה ס"ק נ"ט ע"ש אף מה דהקשיתי דה"ל לתרץ דמיירי
דיש לא דרף להוציא או במישן ולהב' לית לי דרף קשה עדיין דא"ל גם בזה פשיטא דהא
פינן דרב פליג בזה על שמואל וס"ל דמחויב לשלם לו מטבע היוצא באותה שעה א"כ
אשמעין התנא אליבין דר"ש דהדין פשמואל דיכול לומר לה והוציאן במישן ובמה
דפליגי אמוראי לא שייך לומר פשיטא וכמש"כ התוס' בגיטין ד' ע"ב ע"ב ד"ה אר"ה
כו' דכתבו להקשות דאמאי פריה פשיטא פינן דר"ה ס"ל אם עמד אינו חוזר וכ"כ בכמה
דוכתי וה"ה בזה וי"ל דהש"ס דכתובות שם רצה לתרץ לשיטת ר"ש דיהא א"ש גם
לשיטת רב דס"ל דנותן לו מטבע היוצא באותה שעה ואינו יכול לומר לו לה והוציאם
במישן דאל"כ תקשה עדיין מן רב דס"ל פן א"כ יהא מוכח אליבין דרב דבשלו הן שמין
ורוצה הש"ס לתרץ דברי ר"ש דיהא אתי ככ"ע פן י"ל בזה ויש להאריך הרבה בכ"ז:
שוב ראיתי דיש לדון במה שפכתתי לעיל דיכול הלנה לפרוע אף במטבעות אחרים שלא
מאותו מין מטבע שהלנהו דאפתי י"ל בהלנהו מטבעות פסך דאינו יכול לסלק לו במטבע
גחושית דהא מבואר בב"מ ד' מ"ד הגחושית קונה הפסך והפסך אינו קונה הגחושית משום
דגחושית הוי פירא גבי פסך אף באתרא דסגיי אינהו חריפי טפי מכפסא וכן קיי"ל בסי'
ר"ג וכיון דעיקר הטעם דבע"ח דינו במעות משום דמעות יתיב ומעות שקיל פמבואר
בב"ב ד' קכ"ד וב"ק ד' מ"ג ברש"י ועיין בתוס' שם ובפרט לפמש"כ הגת"כ בסי' ק"ז
ס"ק ד' דבע"ח דדינו במעות זהו מה"ת ובמק"א הארכתתי בזה ולפ"ז י"ל אם הלנהו מטבע
פסך דאינו יכול לסלקו במטבע גחושית פינן דגחושית הוי פירא גבי פסך ע"כ לא קרינן
בזה מעות יתיב מעות שקיל דהא בגחושית שמשלק לו הוי זה כמו פירא גבי מטבע פסך
דהלנהו והוי דינו כמו מטלטלי דאינו יכול לסלק לו בהו לפי דבעינן מעות שיהיה כמו
אותו המין שהלנהו וכיון דגחושית הוי פירא גבי פסך ע"כ לכאורה הדין נותן דאינו יכול
לסלקו בגחושית אם הלנהו פסך רק בהלנהו מטבע גחושית יכול לסלקו במטבע פסך דהא
פסך הוי מטבע גבי גחושית.

וכן יש לדון בהלנהו מטבע פסך דאינו יכול לסלק לו במטבע זקב מה"ט דהא הזקב קונה
הפסך והפסך אינו קונה הזקב פמבואר בב"מ ובסי' ר"ג וכן יש לדון בהא דשבועות ד'
מ"ם בתוס' ד"ה בטוענו בדינר מטבעות כו' שהוכיחו מהא דשתי פסך יש לי בידך אין

לך בְּיָדֵי אֱלֹא פְּרוּטָה דָּאִין זֶה הוֹדָאָה מִיִּן הַטְעָנָה דִּי"ל דְּדוֹקָא בְּכֶסֶף וְנַחֲשֵׁת הָוֵי הוֹדָאָה שְׂלָא מִמֵּיִן הַטְעָנָה מְשׁוּם דְּפְרוּטָה נַחֲשֵׁת הָוֵי בְּשֵׁם פִּירָא גַבֵּי כֶּסֶף.

וְכֹן י"ל בְּמָה דְּמִבְּנָאָר בִּירוּשְׁלָמֵי שְׁבֻעוֹת פ"ו ה"ג בְּטוֹעֵנוּ דִּינְרֵי זָהָב וְהוֹדָה לּוֹ דִּינְר כֶּסֶף דָּאִין זֶה הוֹדָאָה מִיִּן הַטְעָנָה מְשׁוּם דְּכֶסֶף הָוֵי בְּשֵׁם מְטָבַע גַּבֵּי זָהָב דְּהָוֵי פִּירָא וְלִכְּוֹן הָוֵי כְּמוֹ שְׁנֵי מֵינִים חֲלוּקִים וְעַדִּינִין יֵשׁ לְדוֹן דְּמְטָבַע זָהָב הָוֵי שְׁפִיר הוֹדָאָה מִיִּן הַטְעָנָה אִם טְעֵנוּ מְטָבַע זָהָב מִן מְטָבַע אַחֲרָת אִף בְּאַמְת ז"א כְּמִבְּנָאָר בְּרָא"ש שְׁבֻעוֹת פ"ו ס' ה' דְּמִסִּיק שְׁם דָּאָף בְּתוֹבְעוּ דִּינְר זָהָב וְהוֹדָה לּוֹ חֲצֵי דִּינְר זָהָב דְּלָא הָוֵי זֶה הוֹדָאָה מִיִּן הַטְעָנָה וְכֹן מִבְּנָאָר בְּסִי פ"ח ס' ע"א וּבְטוֹר שְׁם אָכֹן י"ל דְּדוֹקָא גַבֵּי הוֹדָאָה מִיִּן הַטְעָנָה אָמְרוּ כֹן אָבֵל גַּבֵּי בַע"ק דְּדִינוּ בְּמַעוֹת שְׁפִיר יֵשׁ לְכַאוּרָה לְדוֹן כַּמֶּש"כ וּלפ"ז אִף לַפְמֶש"כ לְעִיל בְּעָנְף בִּי"ת לְהוֹכִיחַ מְהָא דב"ב ד' קס"ו דִּיכֹוֹל לְסַלֵּק לּוֹ בְּמְטָבַע אַחֲרָת.

עכ"ז אִפְתִּי יֵשׁ לְדוֹן דְּמַהֲתָם אֵינּוּ מוֹכַח רַק בְּהִלְנָהוּ פְּרוּטוֹת נַחֲשֵׁת דִּיכֹוֹל לְסַלֵּקוּ בְּמְטָבַע כֶּסֶף אָבֵל בְּהִלְנָהוּ כֶּסֶף יֵשׁ לְהַסְתַּפֵּק דָּאִינוּ יְכוֹל לְסַלֵּקוּ בְּמְטָבַע נַחֲשֵׁת וְעֵינִין בַּתְּה"ד בְּפִסְקֵי ס' נ"ד וּבִי"ד ס' קס"ב שְׁ"ף ס"ק ד"ן: אָבֵל מִן רְאִינֵי דְלַעִיל מִן כְּתוּבוֹת ד' ק"י שְׁפִיר יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מְזָה דְּבָכָל גְּוֹנֵי יְכוֹל לְסַלֵּקוּ בְּמִין מְטָבַע אַחֲרָת וְאִף בְּהִלְנָהוּ כֶּסֶף יְכוֹל לְסַלֵּקוּ בְּנַחֲשֵׁת וְכֹן מוֹכַח מִמָּה שְׁאָמְרוּ שְׁם בב"ב גַּבֵּי מְעוֹת יֵשׁ לּוֹ וְגַבֵּי קַרְקַע אֵין לּוֹ דְּבַגְבֵי מְעוֹת אִף דְּלָא הָוֵי כְּאוֹתָן הַמִּין שְׁהִלְנָהוּ ג"כ יֵשׁ לּוֹ וְנָהוּ ג"כ מַה"ט וְכֹן בְּרוּר לְדִינָא וְעֵינִין בְּחִידוּשֵׁי לַעִיל לְסִי נ"ז רַק דְּשִׂא"ה בְּמַעוֹת דִּינְצָא ע"י הַדְּחַק דִּינֵשׁ בּוֹ מְקוֹם לְהַקְפִּיד אָבֵל בְּמַעוֹת הַיֹּצֵא שְׁאֵינִי וְכְּמִבְּנָאָר בב"מ ד' נ"ב הֵאֵי מֵאֵן דְּמוֹקִים אִזּוּזֵי מְקַרֵי נְפֶשׁ רְעָה וְהֵי מִיָּלֵי הוּא דְּסָגִי לְהוּ עָנְף ד וְעַכְשָׁיו נַחֲזוֹר לנ"ד שְׁקָצַב הַתְּסִיבוֹת מְכִירַת כָּל טַאֵפ י"ש בְּמַקְח אַרְבָּעָה זְהוּ דִינֵשׁ לְדוֹן בְּזָה לְפִי שְׁיִטַת הַתּוֹס' וְהָרָא"ש שְׁכַתְּבוּ דְבַעֵי דוֹקָא הַתְּנָה לְשֵׁלֶם בְּמַעוֹת א"כ בנ"ד לָא מְקַרֵי זֶה הַתְּנָה מְשׁוּם דְּהָא דוֹקָא הַתְּנָה לְשֵׁלֶם בְּמַעוֹת דְּהָוֵי יְתוּר לְשׁוֹן אָמְרִינֵן דְּכּוֹנְנָתוּ הִיתָה לְשֵׁלֶם בְּמַטְבַּע הַיּוֹצֵא מִשָּׂא"כ בְּמְכִירַת י"ש דְּהוֹכְרַח לְקַצּוֹב הַמַּקְח כְּדִי שְׁנַדַּע הַמַּקְח קַצָּבָה מְכָל טַאֵפ וּבְמוֹכֵר פְּרַקְמִטָּא שְׁכַתְּבוּ ג"כ דְּבַהַתְּנָה לְשֵׁלֶם מְעוֹת דְּחִיב לְשֵׁלֶם בְּמַטְבַּע הַיּוֹצֵא הָוֵי ג"כ יְתוּר לְשׁוֹן דָּאִין לּוֹמֵר דְּהַתְּנָאֵי הִיָּה כְּדִי לְשֵׁלֶם בְּמַעוֹת וְלָא בְּמַטְלִטְלִין מְשׁוּם דְּגַם בְּלֵא תְּנָאֵי ע"ז מִבְּנָאָר בַּח"מ ס' ק"א בְּמוֹכֵר סְחוּרָה דְּחִיב לְשֵׁלֶם בְּמַעוֹת אִם יֵשׁ לּוֹ מְשׁוּם דְּאִנְמְדָנָא הוּא לְשֵׁלֶם בְּמַעוֹת וְגַם עָדִיף מִבַּע"ח כְּמִבְּנָאָר שְׁם.

וְלִכְּוֹן אִף בְּמוֹכֵר פְּרַקְמִטָּא הָוֵי ג"כ יְתוּר לְשׁוֹן וְלִכְּוֹן חִיב לְשֵׁלֶם בְּמַטְבַּע הַיּוֹצֵא מִשָּׂא"כ בנ"ד דְּלָא הָוֵי יְתוּר לְשׁוֹן דְּהָא הוֹכְרַח לְקַצּוֹב הַמַּקְח מְכָל טַאֵפ א"כ לַפ"ז יְכוֹל לְשֵׁלֶם לּוֹ בְּהַבִּילְעֵטִין אָבֵל לְשִׁיטַת הָרִי"ף וְהַרְמָב"ם דס"ל דְּלָא בְּעֵי הַתְּנָה וּבְכָל גְּוֹנֵי מְחַנְיָב לְשֵׁלֶם בְּמַטְבַּע הַיּוֹצֵא א"כ אִף בנ"ד מְחַנְיָב לְשֵׁלֶם בְּמַטְבַּע הַיּוֹצֵא וְהַרְמָ"א סַתָּם בַּח"מ ס' ע"ד דְּבַעֵי דוֹקָא הַתְּנָה אִף י"ל דוֹקָא הִיכָא שְׁהִלְנָה מְוַחֲזָק וּמִן הַסַּתָּם הָוֵי הַלְנָה מְוַחֲזָק בְּזָה סַתָּם הַרְמָ"א דָּאִין לְהוֹצִיא מִן הַלְנָה מְשׁוּם דְּבַעֵי הַתְּנָה.

וּמִשָּׂא"כ בנ"ד דְּרוֹצִים לְהוֹצִיא מִן הַמוֹכֵר וּלְכוּפּוֹ שְׁיִתָּן בְּמַטְבַּע שְׁהוּזַל בְּזָה י"ל דְּהַמוֹכֵר הוּא הַמְּוַחֲזָק וְיְכוֹל לּוֹמֵר קִים לִי כְּשִׁיטַת הָרִי"ף וְהַרְמָב"ם דְּלָא בְּעֵי הַתְּנָה וּבְכַפְרַט בְּמוֹכֵר סְחוּרָה דס"ל לְהַרְבֵּה פּוֹסְקִים לְחַלֵּק בֵּין הַלְנָאָה לְמוֹכֵר פְּרַקְמִטָּא וְכַעֲזִין זֶה כְּתַב הַשְׁ"ף ס' פ"ז ס"ק לָמ"ד גַּבֵּי הָא דְּסוֹגֵיָא דְּעַלְמָא שְׂלָא לְהַפֵּךְ שְׁבֻעוֹת הַמְּשָׁנָה דְּנִשְׁבַּעֲזִין וְנוֹטְלִין

די"ל דְּזָהוּ מְשׁוּם שְׂאִין יְכוּלִין לְהוֹצִיא מִסְפֵּק אָבֵל הֵיכָא דְהַמְלִיחַ מִן חֲזַק מְהֵי תְּפִיסָתוֹ ע"ש וְהוּא בְּזוּה י"ל דְּהַרְמ"א דְּסֵתֵם דְּבַעֵי הַתְּנָה הֵינּוּ פְּדֵי שְׂלָא לְהוֹצִיא מִן הַלְּוָה אָבֵל הֵיכָא דְהַבַּע"ד הוּא מִן חֲזַק יְכוּל לומר קים לי פְּהֵרָא שׁוֹנִים דְּלֵא בַּעֵי הַתְּנָה וּבְכָל גְּוֹנֵי מְחֻנְיָב לְשַׁלֵּם מְטַבַּע הַיּוֹצֵא וְלֵא מְטַבַּע שְׁהוּזַל א"כ בנ"ד שְׁהַמוּכָר מִן חֲזַק יְכוּל לומר קים לי דְּלֵא בַּעֵי הַתְּנָה: [אף יֵשׁ לְדוֹן בְּזוּה לְפִמְש"כ הַנְּתִיבוֹת וְהַחוּזוֹת דַּעַת בִּי"ד ס' קס"ה דְּדוֹקָא בְּנִפְסֵל הַמְטַבַּע לְגַמְרֵי בְּזוּה חֲזַיֵב לְשַׁלֵּם מְטַבַּע הַיּוֹצֵא מִשָּׂא"כ אִם הוּזַל הַמְטַבַּע דְּבְזוּה אף דְּהַתְּנָה לְשַׁלֵּם מְעוֹת הַרִי זַה דּוּמָה לְסָאָה בְּסָאָה וְיְכוּל לְשַׁלֵּם לוֹ בְּמְטַבַּע שְׁהוּזַל.

א"כ בנ"ד שְׁהַמְטַבַּע בְּיַלְעֻטִין לֵא נִפְסֵל רַק הוּזַל י"ל דְּלְכָל הַשְּׂיטוֹת יְכוּל לְשַׁלֵּם לוֹ בְּהֵם דְּרָאָה בְּהַתְּנָה לְשַׁלֵּם מְעוֹת מ"מ בְּהוּזַל יְכוּל לְשַׁלֵּם לוֹ בְּהֵם כַּמְש"כ הַנְּתִיבוֹת הַנְּ"ל: אף בְּאַמַּת יֵשׁ לְעֵינֵי עַל הַ דִּינָא שְׁפָתַב הַנְּ"ל מְהֵא שְׁפָתַב הַשְּׁלֵטִי גְבוּרִים בַּב"ב פ' י' גְּבִי עֲוֹבְדָא דְּהֵיָה כְּתוּב בִּי שְׂיִת מְאָה וְזוּזָא דַּב"ב ד' קס"ז דְּבְהַתְּנָה לְשַׁלֵּם בְּמְטַבַּע הַיּוֹצֵא דְּרָאָה דְּאִית לִי אֹרְחָא לְמִישָׁן חֲזַיֵב לְשַׁלֵּם בְּמְטַבַּע הַיּוֹצֵא מְשׁוּם דַּל"כ לְמָה לִיָּה לְהַתְּנוֹת לְשַׁלֵּם לוֹ בְּמְטַבַּע הַיּוֹצֵא ע"ש.

וְלְהַנְּתִיבוֹת הַנְּ"ל י"ל דְּלְכֹן הַתְּנָה לְשַׁלֵּם בְּמְטַבַּע הַיּוֹצֵא פְּדֵי שְׂיִחְוִיב לְשַׁלֵּם מְטַבַּע הַיּוֹצֵא אף בְּהוּזַל וְלֵא נִפְסֵל מְטַבַּע רֵאשׁוּנָה. וּמְנַלְן לְחֲזַיֵבוֹ לְשַׁלֵּם בְּמְטַבַּע הַיּוֹצֵא אף בְּאִית לִי אֹרְחָא לְהַתֵּם דְּהָא י"ל דְּכֵינֵן דִּישׁ לוֹ אֹרְחָא לְמִישָׁן מְמִילָא לֵא הוּזַל לְגַבְי' פְּלָל וְנִקְרָא עַדִּינֵן מְטַבַּע הַיּוֹצֵא בְּהוֹצָאָה לְגַבְי' וּמְנַלְן לְהַש"ג לְהוֹכִיחַ מִן הַיְתוּר לְשׁוֹן לְכוּפּוֹ לְשַׁלֵּם בְּמְטַבַּע הַיּוֹצֵא פָּה אף דִּישׁ לוֹ דְּרָאָה לְמִישָׁן וְדַלְמָא הֵיָתַה פְּנוּנְתוֹ בְּהַיְתוּר לְשׁוֹן לְשַׁלֵּם בְּמְטַבַּע הַיּוֹצֵא אִם יוּזַל הַמְטַבַּע וּמוֹכַח מִהַש"ג כַּהִמְר"מ אֶלְשִׁיף דְּהוּבָא בַּחוּ"ד שְׁם דַּס"ל דְּהוּזַל דּוּמָה לְנִפְסֵל דְּמְחֻנְיָב לְשַׁלֵּם בְּמְטַבַּע הַיּוֹצֵא אף אֶפְשָׁר לומר עַדִּינֵן דְּאִי גִימָא דִּיְתוּר לְשׁוֹנוֹ הֵיָה לְשַׁלֵּם בְּמְטַבַּע הַיּוֹצֵא אף בְּהוּזַל א"כ מַה"ט אף בְּאִית לִיָּה אֹרְחָא לְהַתֵּם ג"כ שְׂיִיף פִּן דְּהָא הוּזַל קֶצֶת פִּינֵן דְּכָאן אִינּוּ יוֹצֵא בְּהוֹצָאָה רַק בַּמַּק"א: וְלַעֲיִל פְּתַבְתִּי לְהַעֲיִר בְּהָא דַּב"ב ד' קס"ז בְּהָא שְׁטָרָא דְּהֵיָה כְּתוּב שְׂיִת מְאָה וְזוּזָא כו' דַּל"כ אֶסּוּכִי מְסַכִּי לְהוּ דְּמְבוֹאָר הַתֵּם דְּמוֹתֵרִין הַעֲדִים לְצַרְרָה חֲשׁוּבּוֹן הַפְּרוּטוֹת עַל דִּינָרִים וְלְכַתְּוֹב בְּלִשׁוֹן דִּינָרִים וְהַקְּשִׁיתִי לְשִׁי הַתּוֹס' דְּהָא יְהֵיָה נַפ"מ מְעַדּוֹתֵם אִם יְפָסְלוּ הַזְּהוּבִים וְאִיף יְכַתְּבוּ עַדּוֹת שְׁקָר וְכַמְבוֹאָר כַּה"ג בַּסִּי מ"ג סְעִיף כ"א דָּאָם הַמְטַבַּע מְשַׁתְּנָה מִמְּקוֹם הַמְסִירָה לְמְקוֹם הַפְּתִיבָה לֵא יְכַתְּבוּ אֶלָּא שְׁם מְקוֹם שְׁמָסְרוֹ הַדְּבָרִים שְׁם ע"ש.

וּבְאַמַּת י"ל לְשִׁיטַת הַתּוֹס' דְּמִיִּירֵי הַתֵּם בְּהַתְּנָה כו' דְּאִז חֲזַיֵב לְשַׁלֵּם בְּמְטַבַּע הַיּוֹצֵא אָכֵן לְפִמְש"כ הַחוּ"ד וְהַנְּתִיבוֹת דְּבְהוּזַל יְכוּל לְסַלֵּק בְּמְטַבַּע שְׁהוּזַל אף בְּהַתְּנָה כו' א"כ תְּקַשָּׁה עַדִּינֵן דְּאִיף קְאָמְרִי דְּאֶסּוּכִי מְסַכִּי לְהוּ הָא יְכוּל לְצַאֵת תְּקֵלָה מְעַדּוֹתֵם לְעַנְיָן אִם יוּזַלוּ הַזְּהוּבִים דִּיְכוּל לְסַלֵּק לוֹ בְּהֵם.

מִשָּׂא"כ אִם נִכְתַּב פְּרוּטוֹת לֵא יְהֵיָה יְכוּל לְסַלֵּקוֹ בְּדִינָרִים שְׁהוּזַלוּ וּמוֹכַח מְזָה לְכַאוּרָה פְּהַמְהַר"ם אֶלְשִׁיף הַנְּ"ל. אָכֵן לְפִמְש"ר לְעֵיל דְּכַנּוּנַת הַגַּמ' דְּהִי לְהֵם לְכַתְּוֹב דְּלִנְה פְּרוּטוֹת דְּהֵי עוֹלִים לְכָּה וְכָּה דִּינָרִים ע"כ אִין לְהוֹכִיחַ לַנ"ד מְהַתֵּם אוֹ אֶפְשָׁר כַּמְש"כ לְעֵיל דְּכֵינֵן דְּפָסוּל וְזוּל הַמְטַבַּע לֵא שְׂכִיחַ כ"כ ע"כ לִיכָא לְהוּ לְמִיחַשׁ בְּזוּה: וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַעֲיִר בְּהָא דְּכַתְּוּבוֹת ד' ק"י דְּשָׁנִים שְׁהוֹצִיאוּ שַׁט"ח זַע"ז דַּאר"נ זַה גּוּבָה וְזַה גּוּבָה וּר"ש או' הַפּוּכִי

מטרתא ל"ל ומוקי הש"ס לפלוגתתם אי בשלוי הן שמין הא ה"מ הש"ס לאוקמי פלוגתתם בלנה זה מטבע אחרת והב' מטבע אחרת ונפסל מטבע א' ויש לו דרף למישן.

דר"נ דס"ל בב"ק ד' צ"ז שם פשמואל דאמר מסתברא הא דשמואל כו' וע"כ ס"ל זה גובה כו' משום דנפ"מ מן גבייתם של כאו"א ור"ש ס"ל פרב דאמר שם נותן לו מטבע היוצא וע"כ אין נפ"מ בגביות כ"א ולכן אמר הפוכי מטרתא אף אפשר לומר דכיון דמצינו בב"ק דאר"נ מסתברא מלתא דשמואל כו' וכבר פליגי בזה רב ושמואל א"כ לא ה"ל לרב נחמן ור"ש לפלוג בכתובות בזה בסתמא מעצמם וכן יש לדון בזה עוד לפמש"כ לעיל וקצרתי ענף ה' אכן אף לפי שיטת החו"ד הנ"ל עכ"ז נראה בנ"ד דחייב לשלם במטבעות היוצאות בשופי דהא חזינו שיטת רש"י וכמה ראשונים דס"ל במוכר פרקמטיא דחייב לשלם במטבע היוצא וחקלקו דשאני הלואה דבעינו דוקא התנה והטעם משום דבהלואה בלא התנה יכול ליתן מטבע שנפסל דדומה לסאה בסאה והוול כמש"כ התוס' משא"כ בפרקמטיא אף דקצב מקח הפרקמטיא לכל מדה א' רו"כ עכ"ז פיון דלא הי' הלואת רו"כ רק הנה סחורה א"כ בזה לא שייך לומר דהוי כסאה בסאה והוול דהא באמת נתן לו מין אחר ולא מטבעות רק היתה קצבת המכירה למעות כף וכף א"כ זה לא הוי כמו סאה בסאה לכן מחוייב לשלם שיווי הפרקמטיא כפי שהם שוין באותו הזמן א"כ לפ"ז השיטה אף דהיה הקצבה של פרקמטיא למטבע רו"כ ונפסל הרו"כ לאח"ז עכ"ז חייב לשלם שיווי הסחורה באותו הזמן שמשך לרשותו דהא אין לחלק בין הוול לנפסל המטבע דהא גם בנפסל שמטבע הדין בהלואה שיכול לסלק במטבע שנפסל משום דהוי כסאה בסאה והוול רק התנה שאני משום יתור לשון או אפשר שמטבע שנפסל לאו שמו מטבע ומעות כמש"כ התוס' והרא"ש שם.

ועכ"ז במוכר פרקמטיא מחוייב לסלק מטבע היוצא משום דסחורה אינו דומה לסאה בסאה והוול. א"כ ה"ה בהוול המטבע ג"כ חייב לשלם במטבע היוצא דזה אינו דומה לסאה בסאה ועיקר הטעם של החו"ד הוי משום שזה דומה לסאה בסאה והוול כמבואר בנתיבות וחזו"ד ע"ש ויכול המוכר שהוא מוחזק לומר קים לי פשיטת הראשונים דס"ל דמוכר סחורה אינו דומה לסאה בסאה והוול וחיוב לשלם שוויים מה שהיו שוים בעת המכירה והשמ"ק בב"ק ד' צ"ז פתב בשם חכמי הצרפתים דפרשו דוקא כשמכר פרקמטיא שהרי אומר לו אלו היתה פרקמטיא שלי בידי הייתי מוכרה במטבע היוצא עכשיו.

הא אם הלנהו מעות אפילו אין לו דרף לאותה העיר רשאי להחזיר לו מה שהלנהו שהרי אומר לו אלו הי' בידי נפסל בידי ג"כ כו' עכ"ל א"כ זה הטעם שייך ג"כ בנ"ד פנ"ל: ועוד אף לשיטת הפוסקים דס"ל דגם מוכר פרקמטיא בעי דוקא התנה היינו דוקא בקצב הסחורה בעד סף כף וכף מטבעות היינו במאה רוביל ואח"ז נפסלו או הוולו הרוביל הישנים דבזה שפיר ס"ל להרבה ראשונים דיכול לסלק במטבע שהוולו דכיון דקצב בס"ה לנ"ח מאה רוביל הוי כמו דלנה רוביל והוולו דדומה לסאה בסאה והוול משא"כ בקצב בס"ה לזהובים שיתן לו בעד הסחורה כף וכף זהובים וזהובים לא נפסלו והוולו קלל רק מטבע אחרת כגון הרוביל הוולו בזה כ"ע מודו דאינו יכול לשלם לו במטבע

רוביל משום דבזה הסכרא פשיטא דזה אינו דומה לסאה בסאה והוולו משום דאם אתה הולך בתר הסחורה א"כ היא הסחורה והמטבע רוביל הוי שני מינים.

ודומה להלנאת חטים והוולו השעורים דנודאי אינו יכול לסלקו בשעורים שהוולו כעת על מקח הראשון שהי' שנה בעת הלנאת חטים וה"ה תשלום מטבעות בעד סחורה ואם אתה הולך בתר המטבע שקצב את החוב בעד הסחורה היא גם בזה הוי שני מינים.

דקא קצב החוב לזהובים ומה בכך דהמטבע רוביל הוולו פיון דהזהובים לא הוולו א"כ קא פבר נתבאר דשני מטבעות מחולקים הוי שני מינים כמבואר בסי' פ"ח וזה ברור ופשוט דאך לנה זהו' ואח"ז הוולו מטבע רוביל דנודאי אינו יכול לסלקו במטבעות רוביל משום דהוי כמו חטיין ושעורים ואף דכבר כתבתי דאף דלנה זהו' יכול לסלקו במטבעות רוביל היינודוקא בלא הוולו דעיקר הטעם דמחויב לסלק לבע"ח במעות משום דזווי יתב וזווי שקל א"כ זה הטעם שייך גם במטבעות מחולקים דעכ"פ שם זווי עליהם והיינו דנוקא באם השיווי הוא שנה כמו מטבעות שלנה משא"כ בהוולו דעיקר הטעם הוי משום סאה בסאה והוול א"כ קא זה לא שייך רק במין אחד ולא בשני מינים וה"ה בקצב החוב לזהובים דהוי שני מינים דבין דניזיל בתר גוף הסחורה או בתר סף המטבע שקצב החוב ג"כ הוי שני מינים ובזה גם החו"ד מודה דאינו יכול לסלקו במטבע שהוולו דקא זה לא הוי כמו סאה בסאה וזה פשוט: ולפ"ז נראה דבנ"ד כ"ע מודו דאינו יכול לסלקו במטבע בילעטין דאף לשיטת הסוברים דבעי דנוקא התנה קא כתבו הטעם משום דהוי כמו סאה בסאה והוול א"כ קא בנ"ד דקצב סף כל טא"פ במקח ארבעה זהו' א"כ בין אם גלף בתר גוף הסחורה או בתר מטבעות זהובים הוי שני מינים ובפרט מטבע בילעטין גבי זהו' דזה הוא מנייר וזה הוי של כסף וכיון דבזה לא שייך סברת התוס' שקתבו דדומה לסאה בסאה והוול נודאי דאין יכול לסלקו במטבעות של בילעטין שהוולו וכ"ע מודו דנ"ד לא בעי התנה דקא דכתבו דבעי התנה היינו בקצב הסחורה לחשבון רוביל ואח"ז הוולו הרוביל.

משא"כ בקצב החוב לחשבון זהובים דכ"ע מודו דאינו יכול לסלקו במטבעות רוביל שהוולו וזה פשוט: ועוד דקא פיון דקצב והתנה דבעד כל טא"פ י"ש המקח ד' זהובים א"כ אף שהלוקח רוצה לקנות פמה טא"פ י"ש: עכ"ז כל טא"פ בפ"ע הוי מכירה בפ"ע וכדאימא בב"ב ד' פ"ו ע"ב גבי סאה בסלע דראשון ראשון קנה שכתב הרשב"ם שם דכל סאה הוי מכירה בפ"ע וכן מציינו בע"ג ד' ס"ה גבי העבר לי חביות חביות בפרוטה דהוי כל חביות שכירות בפ"ע ע"ש.

א"כ אם בא הלוקח לקבל היי"ש מן המוכר יכול המוכר לומר סלק לי בעד כל טא"פ וטא"פ בפ"ע פיון דכל טא"פ הוי מכירה בפ"ע ובעד כל טא"פ צריף ליתן הלוקח ד' זהובים כמו שקצב המקח וכיון דאינו נותן הלוקח רק מטבע רוביל בבילעטין א"כ יכול המוכר לומר אין אני חפץ להחזיר המותר מן עונף הרו"כ על הד' זהובים ואף די'ש להמוכר מטבעות קטנות ליתן המותר.

עכ"ז יכול לומר אין אני חפץ ליתן מפסי הנ"ח לחשבון הרוביל וכן מציינו בח"מ סי' ק"ג סעיף ה' דאם הלנה אומר טול השדה שאין מגיע להמלנה בחובו בשלקמות ואומר להמלנה תן לי מעות הנ"ח לתשלום דמי מחיר השדה יכול המלנה לומר אין אני חפץ

ליתן מעות מכיסי ונדקא אם המטבע לא הונלו פלל אזי יכול לומר הלנה ולכנף להמלנה שיתן לו הנ"ח בתורה משום דקא אין פסידא להמלנה פלל דקא יכול להתלפז אצל אחרים בקל משא"כ היכא שיהי' להמלנה או להמוכר פסידא מכיסו ונדאי אין פופין להמוכר בזה דקא אם יתן המטבע לאחר יפסיד מכיסו ע"כ בנדאי אינו מחויב המוכר ליתן לו הנ"ח מכיסו ויכול המוכר לומר קנים תנאה ליתן לי בעד פל טא"פ ד' זהו וכעין זה יש לדון בב"ק דף ל"ז גבי עובדא דחנן בישא ע"ש: ועיין ברשפ"א שם: וגם היכא דהמעות אינם יוצאין רק ע"י הדחק מבואר בב"ב ד' ל"ב ובח"מ סי' נ"ז דאינו מחויב המלנה לקבלם ולא מבעיא בחוב הלנאה ואף בחוב שלא הנה דרה הלנאה ג"כ מבואר בקדושין ד' ח' ובאה"ע סי' כ"ט סעי' ז' וב"ש ס"ק כ' דאינו מחויב לקבלו וכש"כ לפי מה דמבואר בסי' ר"ג סעי' ח' ברמ"א שם דמעות הרעות שאינן יוצאין בהוצאה להדיא נקראו מטלטלין וכן נראה עיקר עכ"ל ע"ש ועפ"ז יש לדין בהא דסי' רכ"ז סעי' י"ז וקצאתי וכינן דבע"ח דינו בזווי ונדאי אינו מחויב לקבלו והא דב"ק ד' ל"ז גבי הא דחנן בישא ה"ל זוזא מקא כו' תקע ליה אחרינא ויהב ניהל' י"ל דהי' מתרצה בכף ועיין ברשפ"א שם מה שהעיר בזה ואכמ"ל ועיין לעיל בחידושי לסי' נ"ז ולפ"ז נדחה פל מה שהאריך כת"ר להוכיח דבנ"ד יכול לסלקו במטבע בילעטין אף במדינה שהונלו ובאמת אינו כן ולכן הארכתי בדברים פשוטים בזה ועיקר פוננתי בכ"ז לברר דיותר נוטה שיטת הרי"ף והרמב"ם דלא בעי התנה וכמו שהוכיח המח"א רק לא מטעמי' פנ"ל אלא כמש"כ דסוגיא דב"ב ד' קס"ז וכתובות ד' ק"י נוטה יותר פשיטת הרי"ף והרמב"ם פנ"ל: וע"כ בתפס המלנה יכול לומר קים לי דאף בלא התנה אינו יכול לכופו לקבל מטבע שנפסל ואף דמטבע שהונל פתב החו"ד דאין הדין כן עכ"ז בנ"ד גם החו"ד מודה פנ"ל: ענף ו נעמה נשוב לעיין במה שהעיר כת"ר בנ"ד לומר לה והוציאן במישן פינן דיש מדינות חלוקות דלא הונל שם המטבע של רוביל בילעטין פלל א"כ אם יש להמוכר דרה להוליכן שם.

ע"כ אפשר דעדיין יכול הלוקח לומר לה והוציאן לאותן מדינות וכן הדעת נוטה דקא חזינן דכה"ג מחללין מעות מע"ש על מעות של ירושלים והן בבבל משום דסופו למיסק להתם פמבואר בב"ק ד' צ"ז והגמ' מדמה זה שם להיכא דאית ליה אורחא למישן ומבואר שם דהיכא דיש לו אורחא להתם ע"כ הוי שם מטבע עליו א"כ ה"ה בנ"ד אם יש להמוכר דרה לאותן מדינות להעלות שם הבילעטין דנראה דכה"ג יכול לסלקו אף פאן במטבע בילעטין דיכול לומר לה והוציאן שם וכן פתבתי לעיל להוכיח דהיכא דלנה מטבעות אחרות ומטבע אחרת נפסל ויש להמלנה דרה להוציאן למישן דיכול לסלקו במטבע אחרת דכין דיש לו דרה להתם א"כ גם בזה שייך זווי יהב וזווי שקל פנ"ל אף בעיקר הדין שאמרו לה והוציאן במישן יש להעיר דקא גבי שומת מטלטלין לבע"ח מבואר בח"מ סי' ק"ג וסי' ק"ט דאינן נישומין רק כפי שוויים של אותו המקום ולא כפי מה שהם שוויים במקום אחר ולא מחלקינן ביש להמלנה דרה לאותו המקום ששוויים שם הסחורה ביותר ועיין בסי' ק"א סעי' ט' בט"ז מה שהביא לתשובת הרא"ש שם] והוציאו כן מהא דערכין ד' כ"ד דאמרו שם גבי מרגלית דאם מעלין אותה לפרה משנבחת אפ"ה אין להקדש אלא מקומו ושעתו וכ"כ הבית שמואל באה"ע סי' ל"א ס"ק ו' גבי קדושי אשה בפרוטה דאם הוא פחות מש"פ בכאן אף יש להאשה דרה למק"א דשם הוא ש"פ

אפ"ה אינה מקודשת מה"ת משום דאין להקדש אלא מקומו ושעתו ומה שהקשה הב"ש שם מן סוגיא דקדושין ד' נ"ג גבי המקדש במע"ש שפיתבו התוס' שם לחד פירושא דהקדושין חליו מיד באותו המקום שמקדש מע"ג דשם אינו ש"פ אפ"ה פינון שש"פ בירושלים מקודשת וקשה הא אין להקדש אלא מקומו ושעתו כו' ונשאר הב"ש בצ"ע ובאמת פבר הקדומו הריטב"א בקדושין שם והקשה פו אף הריטב"א פתב שם לפרש להא דמבואר בירושלמי שם דמקדשין בפרוטה של מ"ש דמייירי ביש בו שיווי פרוטה להיות מוכר פאן שאיש אחר יקחנו שיתן פרוטה בעדו להעלותו לאןכלו בירושלים לפי דמייירי דיש בו שיווי פרוטות הרבה ונהי בר דמים על פרוטה אבל באין בו שיווי פרוטה רק בצמצום בזה אינה מקודשת משום דאין להקדש אלא מקומו ושעתו וכ"כ המהרש"א בשם התוספות ישנים שם בקדושין ע"כ אין מקום לקושית הב"ש הנ"ל: עכ"פ פינון דמבואר שם גם בהכרעת הב"ש דאף אם יש לו דרך להעלותו למקום שיהיה ש"פ אפ"ה אינה מקודשת מה"ת משום דהא במקום הקדושין הוא פחות מש"פ וכן מוכח באמת מן הא דמגבין לבע"ח ע"י שומא דאינו נישום רק מה ששונה באותו המקום ואין להקדש כו' א"כ תקשה דאמאי אמרינן גבי בע"ח דאם יש לו דרך למישן לה והוציאו במישן אם אית ליה אורחא להתם דנימא בזה ג"כ דאין לו אלא מקומו ועיין בח"מ סי' ק"ט סעי' ג' בט"ז ונתיבות שם וברא"ש ב"ק פ"א סוף סי' ה' ובח"מ סי' ק"א סעי' ט' אף אין להעיר בהא דסוף פתובות דכתוב בו בבבלי מגבהו ממעות בבלי פתוב בו א"י מגבהו ממעות א"י והוא בח"מ סי' מ"ב ועיין בירושלמי שם ולא מחלקינן התם דאם יש להמלה דרך לא"י יהי יכול להגבותו אף בבבלי ממעות א"י ולומר לו לה והוציאם בא"י כמו במעות שנספלו וכמו הא דמע"ש בב"ק שם.

ועיין בשיטת הראב"ד שהובא ברא"ש בב"ק שם גבי הוסיפו על מטבע כו' וקצרתו דבאמת אין זה קשה כלל דשאני מעלת מעות בבלי דאף בא"י הם יקרים ונחשובים ביותר מן מעות א"י לפי דהם פבדים במשקלם לכן לא שייך בזה לומר לה והוציאן שם וכן יש לדון בזה הרבה חילוקים ועיין בתוס' בב"ק ד' צ"ז ד"ה א"ה שלבבלי כו' ובלא"ה אין זה הכרח אף מה שפיתבתי לעיל שפיר הקשיתי.

והעיקר מה שנ"ל לומר בזה דבאמת הדין נוטה בכל מקום גבי שומא וגבי הקדש דאין לו אלא מקומו ואף דאית ליה אורחא להתם עכ"ז אינו נישום רק לפי מקומו ובאשר הוא שם ושאני הא דכתובות ד' ק' דמקרב שוקא והא דב"ק ביש לו דרך למישן שאני משום דהא מן הדין אינו צריך ליתן רק מטבע שנספסל משום דנספסל דומה להויל גבי סאה בסאה דאינו משלם רק כזולא דהשתא וכמש"כ התוס' התם רק בהתנה ליתן מעות שאני משום דהא אין שם מטבע עליו אם נפסל המטבע לכן חייב לתת מטבע היוצא משא"כ אם יש לו דרך למישן אזי יש על המטבע שנספסל שם מטבע גבי המלה כמש"כ התוס' והמהר"ם מרובאנבורג סי' קע"ה ולכן יכול לומר לה והוציאו במישן משום דמקיים תנאו עדיין דהא יש עליו שם מטבע: וכן הוא לשיטת הרי"ף והרמב"ם דלא בעי התנה משום דיש אומדנא ע"ז וכמש"כ גבי התנה פנ"ל] והא דהקשה הש"ס בב"ק שם ע"ז מן הא דאין מחללין מע"ש על מעות של ירושלים והם פאן בבבלי מע"ג דסופו למיסק להתם ולא מחלקי דשאני מע"ש דבעינן שיחלל על מטבעות שיהיו שוויים בשוויים כמו המעשר שני וכיון דבבבלי אינם שוויים המטבעות של ירושלים כמו הפירות לכן אין מחללין מע"ג

דסופו למיסק להתם משום דאין להקדש אלא מקומו ושעתו פנ"ל יש לומר דשפיר מקשה הש"ס משום דס"ל להש"ס דאם הי' עליהם שם מטבע בכאן במקום החילול שפיר מחללין עליהם דהא לא הוי מזה שום פסיקא למע"ש פלל דהא עיקר המע"ש קאי להוליקן לירושלים ומחויב בזה ע"פ מצות התורה להעלותן שם ע"כ לא שייך בזה לומר אין להקדש אלא מקומו ושעתו פינו דעיקר מקומן הוא רק בירושלים ע"כ כל מה דשייך לזפות ענגן המע"ש שפיר דייגינן כפי שהם בירושלים ולכן פינו דבירושלים שוויים המטבעות כפי שיווי הפירות ע"כ שפיר מחללין על מעות א"י פאן בבבל אם הי' עליהם שם מטבע פאן במקום החילול מחמת דיוצאין בהוצאה בא"י כדס"ל לשמואל הקא דמחמת דיוצאין במישן הוי עליו שם מטבע פאן ג"כ לענגן דיכול לפרוע בהם להבע"ח: אף אי נימא דהמלנה על המטבע ונפסל המטבע דאע"ג דיש לו אורחא למישן אפ"ה נותן לו מטבע היוצא באותה שעה ואינו יכול לומר לה והוציאו במישן והטעם הוא דכיון דהתנה לתת מטבע או מעות וכאן אין שם מטבע עליו פינו שגפסל פאן וע"כ אינו יכול לומר לה והוציאו במישן משום דאין שם מטבע עליו פאן במקום הפרעון וכמש"כ התוס' והרא"ש שם אליבא דרב (וימה דיש לדון בסתירת הברייתות שם עיין ברשב"א ופ"י שם ואכמ"ל וע"כ א"ש הא דאין מחללין על מעות של ירושלים והם בבבל אע"ג דסופו למיסק להתם משום דהא בעינן וצרת הפסך דבשעת החילול מיד יהי' שם מטבע על מעות החילול וכמש"כ רש"י שם דבעי מצוי בידיה וליכא וכיון דאין שם מטבע עליו בכאן לשיטת רב לכן אין מחללין עליהם פינו דאינו יוצאין במקום החילול וכמש"כ הרמב"ד פ"ד ה' מע"ש ה' י"ד ע"ש אב"ל לשמואל דס"ל דכיון דיש לו אורחא למיסק למישן יכול לומר לה והוציאו במישן ומקנים תנאו שהתנה לתת שם מטבע משום דשם מטבע עליו פאן במקום הפרעון פינו דיש לו אורחא להתם וע"כ הקשו על שמואל מן הא דאין מחללין על מעות של פאן והם בבבל משום דמוכח מזה דאין שם מטבע עליו פאן בבבל דהא שמואל ס"ל דכיש לו אורחא להתם הוי שם מטבע עליו פאן וכמש"כ התוס' בד"ה המלנה את כו' דלשמואל מקרי בשם מטבע א"כ לפ"ז הדין נותן דמחללין על מטבעות דסופו למיסק להתם והוי שפיר וצרת הפסך בידיה ומצוי בידיה כפירוש רש"י ומשני במלכות מקפידות דאז אין שם מטבע עליו פאן בעת ובמקום החילול: ונתבאר דלא מהני הך סברא דלה והוציאו במישן רק גבי מטבע שגפסל דדומה להיזל סאה בסאה דנותן פזולא דהשתא כמש"כ התוס' רק פינו דהיה התנאי בשם מטבע ע"כ אין נותן לו מטבע שגפסל לכן אם יש לו דרה למישן הוי שפיר שם מטבע עליו גבי המלנה אב"ל בכל מקום אמרינן דאין להקדש אלא מקומו ושעתו אף דיש לו אורחא להתם וכמש"כ הב"ש הנ"ל ולכן יש לדון דלא מהני הך סברא לה והוציאו במישן רק משום סברת התוס' דהוי כמו סאה בסאה והיזל.

א"כ זה לא שייך רק במין מטבע אחת כגון דהלנהו זהובים ונפסלו זהובים משא"כ בלנה סלעים אינו יכול לסלקו בזהובים אף דיש לו אורחא למישן משום דע"פ דין אין להקדש אלא מקומו ושעתו ולא מהני הא דאית ליה אורחא להתם רק לפי דהוי פסאה בסאה אב"ל במטבעות מחולקים לא שייך בן דהוי פשני מינים כמבאר בס"ח סעי' י"א ובשבעות ד' מ' תוס' ד"ה בטענו כו' וכש"כ במקר פרקמטיא וזקף בחוב על זהובים

ועכשיו הוזלו הרוביל באיזה מדינה ובמקום שהמוכר שם אף דאית להמוכר דרף למדינה שלא הוזלו מ"מ אינו יכול לסלקו בהרוביל.

דזה ונדאי הוי שני מינים מצד כש"כ ועוד דהא רוביל בילעטין הוא מן נייר והנהובים הוא מן פספס ובפטרט לפמש"כ לעיל דכל טא"פ הוי מכירה בפ"ע ואינו מחויב למת היתרון מן ד' זהובים להלוקח דברור ופשוט דאף דבמקום אחר הם בלא פחת פלל עכ"ז אינו יכול לומר לה והוציא שם משום דבעינן שיהא שנה בשיווי דמי המחיר הענף על ד' זהובים בכאן במקום המכירה כמו בכל שומות בגביות לבע"ח דאין להקדש אלא מקומו ושעתו אף דיש לו אורחא להתם וכמש"כ הב"ש פנ"ל ומחויב ליתן לו ארבעה זהובים לפי דמחויבים הקונים לסלק במטבע טובה והיוצא בהוצאה בלא פחת פלל ועיין בח"מ סי' ק"א גבי מוכר סחורה: והנה לעיל הקשיתי בהא דב"ב ד' קס"ז דאסוכי מסכי לפרוטות לחשבון זוזי דהא נפ"מ לענין אם יפסלו הנהובים ויהיה לו דרף למקום שיוצאין בהוצאה שם וכתבתי לעיל דבאמת יכול לסלקו בהם אכן לפי מש"כ אח"ז דאין הדין פן ובארתי דאם הלנהו סלעים ונפסלו זהובים פאן ובמקום אחר יוצאין בהוצאה ויש להמלנה דרף שם דאינו מסלקו בזהובים משום דלא שייך לומר בזה דהוי פסאה בסאה והוזל לפ"ז מוכח דאין ראי' מהא דב"ב לפי דלא שכית פסול וזולא במטבעות כ"כ ע"כ לא חשו לזה וכה"ג ראיתי באו"ת בסוף סי' מ"ב שכתב דלכן אין לפסול שטר מאןחר אף דיש לחוש לנפסל המטבע משום דזהו לא שכיתא ע"ש וה"ה במה שכתבתי עד פאן הקונטרס שהשבתי לרב גדול א' בזה: היוצא לנו בקצרה מפל זה דאף דמבואר בח"מ סי' פ"ח סעי' י"א דשני מיני מטבעות מחולקים הוי כמו שני מינים וכמש"כ התוס' בשבועות ד' מ' ע"א ד"ה בטוענו כו' וחלקו על פי רש"י שם עכ"ז אם לנה א' מין מטבע אחת דיכול לפרוע מין מטבע אחרת אף דיש ת"י לאותו מין מטבע דלנה מהמלנה דאף דבע"ח דינו בזוזי לפי דזוזי י"הב זוזי שקל וכמש"כ הרשב"ם בב"ב ד' קכ"ד עלה דגבו מעות יש לו ועיין בתוס' שם וב"ק ד' מ"ג ד"ה ולר"נ כו' עכ"ז גם במה דמסלק לו במטבעות אחרים שייך גם בזה ה"ט דזוזי י"הב זוזי שקל ובפטרט לפי המבואר בסמ"ע סי' ק"צ ס"ק י"א דהא דב"ח דינו בזוזי זהו רק מדרבנן ולא כפי מש"כ הנתיבות בסי' ק"ז ס"ק ד' ואכ"מ] אכן אם נפסל הך מין מטבע שילנה ממנו דקיי"ל דיכול לומר לה והוציאן במישן אם יש לו דרף להתם דעכ"ז זהו דוקא בהך מין מטבע שילנה ממנו אבל אם לנה איזה מין מטבע אחת ומין מטבע אחרת נפסלה ויוצא בהוצאה במקום אחר ויש להמלנה דרף שם דנתבאר דבזה אין הלנה יכול לסלק במין מטבע אחרת שלא פאותו המין שילנה אף אם הלנה רוצה לקבל אחריות ההליכה עליו וכעין הא דסי' קע"ו סעי' י"ג אלא מחויב לסלק לו במין המטבע שילנה ממנו אם יש לו לאותו מין מטבע ת"י או במטבע אחרת כפי שהם שוים פאן במקום הפרעון או במטלטלי בשומא אם אין לו מעות פלל אבל אינו יכול לסלקו במטבע שנפסל פאן ויוצא בהוצאה במדינה אחרת כמו שנתבאר בארנפה ועוד כמה חידושי דינים נתבארו בקונטרס הזה בעז"ה הנאכתוב פאן קונטרס אחד מן חידושי לאה"ע סי' ע"ז השייך קצת לענין פרעון בע"כ ולענין מש"כ הש"ך בסי' ע"ד ס"ק ט': באה"ע סי' ע"ז סעי' א' ח"מ ס"ק ג' הביא בשם המזרחי והב"ח דגם בזמן הזה אם רוצה לגרשה וליתן לה הפתובה פטור ממוזנותיה אבל מתשובת הרא"ש והמהרי"ק משמע דחייב ליתן לה מזונות והובא זה בב"ש שם ס"ק ו' וכן הובא פלוגתא זו בקצרה

בב"ש סוף סי' ע"ז בדיני מורד בקצרה והגני לבאר כ"ז היטב בעז"ה: ענף א נראיתי בספר משפנות יעקב ח' אה"ע סי' ט"ז] שכתב לדון במי שרוצה ליפטר מן מזונות אשתו בהשג'שת פתובה והגט והביא פלוגתת הפוסקים הנ"ל.

והעלה דאף בזמן הש"ס אין ביד הבעל ליפטר ממזונות אשתו פי אם בהגיע הגט לידה דוקא ולא סגי באמירה בעלמא ובהשג'שת פתובה והכי משמע פשטא דמתניתין גבי רפואה כו' דכתובות דף נ"א דאם אמר הרי גיטה וכתובהה תרפא א"ע רשאי דהפוננה דרשאי לגרש וממילא מיפטר מרפואתה וכפירוש רש"י שם דאין חייב לזון גרושתו ואשמעינן דרשאי לגרש בימי חליה וגם דרפואה שאין לה קצבה ה"ה פמזונות ולא אמרינן דכבר נתחייב לרפואתה כעין דאמרו בפדיון דלא מהני גירושין למיפטר ולכן לא נקט התנא פן במזונות דאם אמר ה"ז גיטה וכתובהה ותזון א"ע רשאי משום דבמזונות פשיטא דאחר דגירשה פטור וגם פשוט דיכול לגרש בע"כ כו' ולע"ד מוכח להיפך מן התוספתא דכתובות פ"ד דמייירי שם ברפואה דאין לה קצבה ה"ה פמזונות ואח"ז תני שם בזה"ל ה"ז שני בצורת וא"ל ה"ז גיטה וכתובהה צאי ופרנסי א"ע הרשות בידו אלמא דתניא בתוספתא להך דינא גבי מזונות ואדרבה מוכח מהתוספתא דאף דתני שם מתחלה לדיון רפואה פנ"ל אפ"ה שבק ליה ותני להך דינא במזונות אלמא דנדאי בזמן הש"ס הנה מועיל השג'שת פתובה וגט למיפטר ממזונות אף דלא קיבלה עדיין להגט דאילו קיבלה להגט א"כ מאי אשמעינן התוספתא דהא נדאי פטור ממזונות לאחר דגירשה וכמש"כ המשפנות יעקב דהא יכול בנדאי לגרש בע"כ.

א"כ מוכח מזה כמש"כ הפוסקים בריש סי' ע"ז הנ"ל דבזמן הש"ס נדאי מועיל השג'שת פתובה וגט אף דלא קיבלה להגט והא דתנו במשנה להך דין גבי רפואה י"ל דאשמעינן דלא נימא דרפואה שאין לה קצבה ינהי דנהי ג"כ כמו פדיונה דלא מצוי למימר הרי גיטה וכתובהה: ובאה"ע סי' קי"ט סעי' ו' ברמ"א שם הביא בשם תשובת הרא"ש דבזמן הש"ס יכול לגרשה בע"כ אף דלא שילם הפתובה והב"ש שם ס"ק ו' הביא בשם הרשב"א סי' אלף רנ"ד דאין יכול לגרש אשתו אם אין לו לשלם הפתובה והביא ראיה מדתני לקתה חייב לרפואתה ואם אמר הרי גיטה וכתובהה כו' טעמא דמסלק הפתובה אכל אם אינו מסלק הפתובה אינו יכול לגרש עכ"ל ובאמת תקשה לשיטת הרא"ש דס"ל דיכול לגרש אף אם אינו מסלק הפתובה דל"ל הרי גיטה וכתובהה פקושית הרשב"א אכן אי נימא כמו שפירשו הפוסקים בסי' ע"ז הנ"ל להך דהרי גיטה וכתובהה דמייירי בהשג'לש ולא במקשה משם: אתי שפיר שיטת הרא"ש די"ל דבאמת אם מקשה משם יכול לגרשה אף אם אינו משלם הפתובה והמשנה דהרי גיטה וכתובהה מייירי במשג'לש לבד דבזה אינו יכול ליפטר ממזונותיה כ"ז דלא משלם הפתובה אלא כשמשג'לש הפתובה עם הגט בזה הנה תקחז"ל ליפטר ממזונות וע"כ שפיר י"ל דבמקשה משם יכול לגרשה אף דלא שילם הפתובה והרשב"א דהוכיח פן מוכח דס"ל לפרש להמשנה דכתובות הנ"ל כמש"כ המשפנות יעקב דמייירי במקשה משם דאל"כ אין מקום להוכחת הרשב"א הנ"ל ואפשר דלכן ס"ל להרא"ש בתשובה כלל מ"ב שהובא בח"מ ס"ק ג' דבזה"ז דתיקון ר"ג שלא לגרש בע"כ מחויב בשאר וכסות ואינו יכול ליפטר כו' ומשמע דמייירי בהשג'לש גט וכתובה דבזמן הש"ס הנה מועיל ליפטר די"ל דאזיל לטעמיה דס"ל להרא"ש דיכול לגרשה אף בלא סילוק הפתובה א"כ מוכח לפ"ז דהא דאמרו הרי גיטה וכתובהה כו' דזה

מִיָּרִי בְּהַשְׁלֵשָׁה לְבַד דַּל"כ תִּקְשָׁה קִוְשִׁית הַרְשָׁב"א הַנְּ"ל דל"ל סִילּוּק הַפְּתוּבָה וְע"כ
ס"ל לְהֵרָא"ש דְּדוּקָא בּוּזָה"ז אִינוּ יָכוּל לִפְטֹר אַבְּל בְּזִמְנֵי הַש"ס הִיָּה מוֹעִיל הַשְׁלֵשָׁתוֹ
כַּנְּ"ל וְעוֹד י"ל בְּסִבְרַת הָרָא"ש דס"ל דִּיכּוּל לְגַרְשָׁה בַּע"כ אַף דְּלֹא שִׁילָם הַפְּתוּבָה דְּלֹא
תִּקְשָׁה עָלָיו מְהֵא דְּהָרִי גִיטָה וּכְתוּבָתָה תִּרְפָּא א"ע כְּמוֹ שֶׁהוֹכִיחַ הַרְשָׁב"א דִּי"ל דְּהָרָא"ש
אֲזִיל לְטַעֲמִיהָ דְּהִנֵּה בַּב"מ פ"א ס' ל"ד הִבִּיא הָרָא"ש בְּשֵׁם הִירוּשְׁלָמִי דְּמִי שְׁגִירֵשׁ אֲשֶׁתוֹ
וְלֹא נָתַן לָהּ פְּתוּבָה חֲזִיב בְּמִזוּנוֹתֶיהָ עַד שֶׁיִּתֵּן פְּרוּטָה אַחֲרוּנָה וְשִׁיטַת הָאֲלָפִס שָׁם דְּלֹא
כִּהִירוּשְׁלָמִי מִשׁוּם דְּהוֹכִיחַ מִש"ס דִּילָן דְּלֹא כִּהִירוּשְׁלָמִי וְהָרָא"ש הֵעֲלָה שָׁם לְהִלְכָה
כִּהִירוּשְׁלָמִי ע"ש וְעֵינָן בְּכְתוּבוֹת בְּרָא"ש פ' י"ג ס' ד' וּלפ"ז י"ל דְּלָכֵן נִקְטוּ בְּמִשְׁנֵה הָרִי
גִיטָה וּכְתוּבָתָה כּו' מִשׁוּם דְּאֲשַׁמְעִינוּ הֵךְ דִּינָא דִּירוּשְׁלָמִי הַנְּ"ל דְּדוּקָא בְּשִׁילָם הַפְּתוּבָה
מִיִּפְטֹר מִמְּזוּנוֹת אַבְּל כָּל זִמְנֵי דְּאִינוּ מְשַׁלְּם הַפְּתוּבָה אַף דְּגִירֵשָׁה חֲזִיב בְּמִזוּנוֹתֶיהָ אִם
תִּתְּבַע וּכְמִש"כ הַב"ש בְּס' צ"ג ס"ק ה' לְשִׁיטַת הָרָא"ש ע"ש וְלָכֵן שְׁפִיר י"ל דְּמַצִּי
לְגַרְשָׁה אַף דְּלֹא שִׁילָם הַפְּתוּבָה וּכְשִׁיטַת הָרָא"ש אֲכֵן לְשִׁיטַת הָרִי"ף הַנְּ"ל דְּהוּבָא בַּא"ע
ס' צ"ג בַּח"מ ס"ק ד' וּבב"ש שָׁם ס"ק ד' דס"ל דְּגִירוּשָׁה אַף שְׁלֵא נָתַן פְּתוּבָתָה אִין לָהּ
מִזוּנוֹת א"כ לִיפָּא לְמִימַר כַּנְּ"ל וְתִקְשָׁה קִוְשִׁית הַרְשָׁב"א מְהֵא דְּהָרִי גִיטָה וּכְתוּבָתָה עַל
מַה דְּפָסַק הַרְמ"א בְּס' קי"ט סְעִיף ו' דִּיכּוּל לְגַרְשָׁה אַף דְּלֹא שִׁילָם הַפְּתוּבָה וְע"כ מוֹכַח
לְחֻלְק דְּשִׂא"ה דְּמִיָּרִי בְּהַשְׁלֵשׁ הַגֵּט וְהַפְּתוּבָה ע"כ בְּעֵינָן גֵּט וְסִילּוּק הַפְּתוּבָה אַבְּל
בְּמִגְרֵשָׁה מִמֶּשׁ מִיִּפְטֹר מִמְּזוּנוֹת אַף דְּלֹא נָתַן הַפְּתוּבָה וּכְשִׁיטַת הָרִי"ף הַנְּ"ל כֵּן י"ל בַּכ"ז:
עָנַף ב' וּבְעֵינָר הֵךְ מִילְתָּא דְּאָמְרוּ דַּע"י הַשְׁלֵשָׁת גֵּט וּכְתוּבָה מִפְּסֻדַת מִזוּנוֹת יֵשׁ לְהַעֲרִיר
בְּזָה מְהֵא דְּגִטִּין דָּף י"א ע"ב דְּתַן גֵּט זֶה לְאֲשֶׁתִּי וְשִׁטְר שְׁחִירוֹר לְעַבְדִּי דַּחכ"א דְּחִזְזִיר בְּגִטִּי
נְשִׁים וְלֹא בְּשְׁחִירוֹר כּו' שְׂאָם יִרְצָה שְׁלֵא לְזוֹן עַבְדּוֹ רִשְׁאִי וְשְׁלֵא לְזוֹן אֲשֶׁתוֹ אִינוּ רִשְׁאִי
וּפִי' רִשְׁ"י כִּינּוֹן דְּשְׁלֵא לְזוֹן אֲשֶׁתוֹ אִינוּ רִשְׁאִי הַלְּכָף כִּי מְגַרֵּשׁ לָהּ מִפְּסִיד לָהּ מְזוּנִי וְלִקְמָן
שָׁם דָּף י"ב ע"ב בַּתוֹס' ד"ה וְכִי תִימָא אִי בְּעֵי זְרִיק לִיָּה גִיטָא שְׁבִיק לִיָּה וְעָרִיק וְאֲזִיל
לְעַלְמָא דְּהַקְשָׁה הַמְהַרְש"ל שָׁם דַּא"כ בְּגֵט אֲשֶׁה אֲמַאי הִנֵּי חוּבָה נִימָא אִי בְּעֵי זָרַק לָהּ
גִּטָּה וְתִי' הַמְהַרְש"ל שָׁם דַּעכ"פ זְכוּת לָא הִנֵּי וְהַמְהַרְש"א שָׁם תִּירֵץ דְּבַאֲמַת גַּם רַבְּנָן
ס"ל לְהֵךְ סְבָרָא דְּשִׁבְקָתָ לִיָּה וְעָרְקַת לְעַלְמָא ע"ש וְעֵינָן בַּתוֹס' שָׁם דָּף י"א ד"ה בְּגִטִּי
נְשִׁים בְּשֵׁם הִירוּשְׁלָמִי וּבְמַהַרְש"א שָׁם.

[וּבַמְק"א הָאָרְכָתִי עַפ"ז בְּמַה דְּאָמְרוּ בַּכ"ד דְּבַעַל שְׂאָמַר יֵשׁ לִי בָנִים וְגִירֵשְׁתִּי דְּנִאָמֵן
בְּמִיָּגוּ דְּבִידוֹ לְגַרְשָׁה וְהָא מְצִיא עָרְקַת לְעַלְמָא כְּמִש"כ הֵכָא אַף בְּאָמַת אִין זֶה קִשָּׁה כָּלִל
וּאֲכַמ"ל עַכ"פ לְפִי הַטַּעַם דְּנִקְטוּ בְּמִשְׁנֵה שָׁם דְּלָכֵן מְקַרִי הַגֵּט חוּבָה לְהַאֲשָׁה וּכְפִשְׁטוֹת
הַמִּשְׁנָה דְּכִינּוֹן דַּאִם יִרְצָה שְׁלֵא לְזוּנָה אִינוּ רִשְׁאִי וּכְשֶׁמְגַרֵּשָׁה מִפְּסִיד לָהּ מְזוּנִי וּכְפִי' רִשְׁ"י
שָׁם בְּמִשְׁנֵה ע"כ הִנֵּי גֵט אֲשֶׁה חוּבָה וּכְפִי שְׁפַתְב הַמְהַרְש"א כַּנְּ"ל וְקִשָּׁה לְשִׁיטַת הָרָא"ש
וְלִהִירוּשְׁלָמִי דס"ל דְּאָף בְּגִירוּשָׁה כ"ז דְּלֹא מְסַלַּק הַפְּתוּבָה לֹא מִיִּפְטֹר מִמְּזוּנִי כַּנְּ"ל א"כ
מֵאִי קָאֲמְרוּ שָׁם דְּגֵט הִנֵּי חוּבָה כְּשֶׁמְגַרֵּשָׁה מִשׁוּם דְּמִפְּסִידָה מְזוּנִי.

הָא כ"ז דְּלֹא מְשַׁלְּם הַפְּתוּבָה אַף בְּגִירוּשָׁה מִמֶּשׁ אִינָה מִפְּסֻדַת הַמְּזוּנוֹת וְאָף לְפַמִּש"כ
הַב"ש בְּס' צ"ג ס"ק ה' דְּלְשִׁיטַת הָרָא"ש הַנְּ"ל בְּעֵינָן דְּתִתְּבַע הַפְּתוּבָה דְּוָקָא עַכ"ז הָא
בְּיָדָה לְתַפְנוּע הַפְּתוּבָה וְכ"ז דְּלֹא יִשְׁלָם הַפְּתוּבָה יִהְיֶה חֲזִיב לָהּ הַמְּזוּנוֹת וְע"כ מִיָּרִי בְּמַה
דְּאָמְרוּ שָׁם דַּע"י הַגֵּט תִּפְסִיד הַמְּזוּנוֹת דְּקָאִי בְּשִׁילָם הַפְּתוּבָה דְּאֲזוּ שְׁפִיר מִפְּסֻדַת הַמְּזוּנוֹת
לְאַחַר גִּירוּשִׁין א"כ תִּקְשָׁה בְּמַה דְּאָמְרוּ בְּפִשְׁטוֹת דְּגֵט אֲשֶׁה הִנֵּי חוּבָה מִשׁוּם דְּמִפְּסִיד לָהּ

מְזוּנֵי ע"ז דְּהָא פִּינָן דְּמִיָּרֵי בְּמִשְׁלַם הַפְּתוּבָה א"כ אַף בְּלֹא הַגִּיעַ הַגֵּט לִיָּדָה ג"כ מִפְּסוּדָתָא מְזוּנֵי פְּשִׁמְשִׁלִישׁ הַגֵּט עִם הַפְּתוּבָה אַף אִם לֹא הָיָה מְהֵנִי בְּזֵה תוֹרַת זְכִיָּיָה א"כ תִּקְשָׁה דְּאִיךְ אָמְרוּ בְּפִשְׁטוּת שְׂאֵם יִרְצָה וְשִׁלָּא לְזוּנָה אִינוּ רִשְׁאֵי דְּהָא בְּכַה"ג דְּאִיָּרֵי הָתָם רִשְׁאֵי וְשִׁלָּא לְזוּנָה ע"י הַשְּׁלִשְׁתָּ גֵט עִם פְּתוּבָה [נְאִי נִימָא דְּבַעֲיָנָן שְׁיִשְׁלִישׁ דְּוָקָא ת"י הַב"ד הָיָה אֲתֵי שְׁפִיר ע"פ מִש"כ הַתּוֹס' בְּסוּטָה דְּרַף כ"ה ע"ב ד"ה לָאו פְּגִבּוּי דְּמִי כו' דְּזֵהוּ לָאו בְּיָדוּ דְּמִי יִימַר דְּמִזְדַּקְקֵי לִיהּ כו' וּבִמְק"א הָאֲרַכְתִּי בְּכ"ז וְאִכְמ"ל אַךְ בְּאַמְתָּ לָא בְּעֵינָן דְּוָקָא הַשְּׁלִשְׁתָּ בְּיָד ב"ד בְּזֵה] אָכֵן אִי נִימָא דְּהַמְשִׁנָּה דְּכְתוּבוֹת דְּאָמְרוּ הָרִי גִטָּה וְכְתוּבָתָה תִּרְפָּא א"ע דְּקָאֵי בְּמִסַּר לָהּ הַגֵּט דְּוָקָא אָבֵל ע"י הַשְּׁלִשְׁתָּ לָא מְצִי לְמִקְפָּטֵר נְפִשְׁיָהּ מִמְזוּנוֹת הָיָה אֲתֵי שְׁפִיר הָא דְּקָאֲמְרֵי רַבָּנָן שְׂאֵם יִרְצָה וְשִׁלָּא לְזוּנָה אֲתֵי אֲשֵׁתוֹ אִינוּ רִשְׁאֵי א"כ לְשִׁיטַת הָרֵא"ש דְּס"ל דְּע"י הַשְּׁלִשְׁתָּ הַגֵּט וְכְתוּבָה מִקְפָּטֵר מִמְזוּנוֹת פְּנ"ל תִּקְשָׁה לְשִׁיטַתוֹ דְּס"ל דְּגְרוּשָׁה כ"ז דְּלֹא מְסַלַק הַפְּתוּבָה חֲזִיב בְּמִזוּנוֹת מֵהָדָּ דְּגִיטִין הַנְּ"ל: וְהַנְּלַע"ד בְּכ"ז בְּהַקְדָּם לְהַמְבַּאֵר בְּכְתוּבוֹת (דְּרַף נ"ג ע"א) דְּמוֹחֶלֶת פְּתוּבָתָה לְבַעֲלָהּ אִין לָהּ מְזוּנוֹת וּפְיֵי רִש"י שֶׁם בְּאַלְמָנוּתָהּ דְּתַנָּאֵי פְּתוּבָה כְּכְתוּבָה וְהָרֵא"ש וְהָר"ן שֶׁם פְּתוּבָה בְּכַוֵּנָה רִש"י דְּטַעְמוֹ מִשׁוּם דְּמִזוּנוֹת בְּחֲזִי הַבַּעַל אִין זֶה תַּנָּאֵי פְּתוּבָה כו' וְהָרַמְבַּ"ם ס"ל דְּאִיךְ בְּחֲזִי הַבַּעַל אִין לָהּ מְזוּנוֹת וְהוּבָא פְּלוּגְתָּא זֹו בֵּא"ע ס' צ"ג סְעִיף ט' וְדַעָה קַמְיִיתָא הוּא בְּסַתָּם דְּבְּחֲזִי יֵשׁ לָהּ מְזוּנוֹת וְדַעָה שְׁנֵיָהּ הוּא בְּשֵׁם י"א דְּהַפְּסִידָה מְזוּנוֹת וְזֵהוּ דַּעָת הָרַמְבַּ"ם וְאָפְשָׁר דְּטַעְמוֹ דְּס"ל דְּאִיךְ מְזוּנוֹת בְּחֲזִי הַבַּעַל הוּא מְתַנָּאֵי פְּתוּבָה וְעֵינָן בְּב"ש שֶׁם ס"ק י"ט: וְהַנְּהָה בְּנֵי יִקְרִי כו' מו"ה צְבִי שְׁיַחְלִי הַקְּשָׁה עַל מַה דְּמְבַאֵר בְּשִׁיטַת רִש"י הַנְּ"ל דְּהַמְזוּנוֹת בְּחֲזִי הַבַּעַל אִין זֶה מְתַנָּאֵי פְּתוּבָה דְּהָא בְּגִטִין דְּרַף י"ב ע"א אִיתָא בְּגַמ' שֶׁם עַל מַה דְּתַנָּן בְּמִשְׁנָה שֶׁם שְׂאֵם יִרְצָה וְשִׁלָּא לְזוּנָה אִינוּ רִשְׁאֵי ש"מ יְכוּל הָרַב לִזְמַר לְעַבְדָּ עֲשֵׂה עִמִּי וְאִינִי וְנָךְ כו' אֲשֵׁה בְּדִלָּא סְפָקָה וּפְיִרְשׁ רִש"י בְּד"ה וּפְרַכְיָנָן עָבַד נְמִי בְּדִלָּא סְפָיק כו' אָבֵל אֲשֵׁה כְּרַף הַתְּנָה עִמָּה בְּכְתוּבָתָה וְאֵת תְּהָא יִתְבָּא בְּבִיתִי וּמִתְזַנָּא מִנְכָּסֵי עַכ"ל רִש"י.

אַלְמָא דְּס"ל לְרִש"י דְּאִיךְ מְזוּנוֹת בְּחֲזִי הַבַּעַל ג"כ הוּא מְתַנָּאֵי פְּתוּבָה דְּכְתַב אֵת תְּהָא יִתְבָּא בְּבִיתִי כו' א"כ סְתָרֵי דְּבָרֵי רִש"י דְּגִיטִין לְדְּבָרֵי רִש"י בְּכְתוּבוֹת הַנְּ"ל דְּכְתַבּוּ הָרֵא"ש וְהָר"ן בְּטַעְמוֹ דְּס"ל דְּאִין זֶה מְתַנָּאֵי פְּתוּבָה עַכ"ל בְּנֵי ש"י: וְאִנְכִי לְעַצְמִי הַקְּשִׁיתִי ע"ז מֵהָא דִּיבְמוֹת דְּרַף פ"ה ע"א דְּאָמְרוּ שֶׁם בְּעָא מִיָּנִיָּה ר"א מְרִיו"ח אֲלַמְנָה לְכַה"ג גְּרוּשָׁה וְחַלּוּצָה לְכַהֵן הַדְּיוּט יֵשׁ לָהֶם מְזוּנוֹת אוֹ אִין לָהֶם מְזוּנוֹת ה"ד אִילְמָא דְּיִתְבָּא תוֹתִיָּהּ בְּעַמּוּד וְהוּצָא קָאֵי מְזוּנוֹת אִית לָהּ ל"צ שְׁהֶלֶךְ לְמַדְה"י וְלִוְתָהּ וְאָכְלָה מֵאֵי מְזוּנֵי תַּנָּאֵי פְּתוּבָה נִינְהוּ מְדָאִית לָהּ פְּתוּבָה אִית לָהּ מְזוּנֵי אוֹ דִּילְמָא פְּתוּבָה דְּלִמְשַׁקֵּל וּמִיַּפֵּק אִית לָהּ מְזוּנֵי דִּילְמָא תִּיעַפֵּב גְּבִיָּה לִית לָהּ כו' וּפְיֵי רִש"י בְּד"ה מְזוּנֵי תַּנָּאֵי פְּתוּבָה נִינְהוּ שְׁכָרָה פְּתַב לָהּ בְּכְתוּבָה אֵת תְּהָא יִתְבָּא בְּבִיתִי וּמִתְזַנָּא מִנְכָּסֵי פִל יְמֵי מִיָּגֵר אַרְמְלוּתָהּ עַכ"ל רִש"י אֲלַמָּא מְבַאֵר לְהַדְּיָא בְּגַמ' דְּאִיךְ מְזוּנוֹת בְּחֲזִי הַבַּעַל הוּי ג"כ מְתַנָּאֵי פְּתוּבָה וּכְפִי רִש"י וְהָא מִיָּרֵי הָתָם בְּמִזוּנוֹת בְּחֲזִי הַבַּעַל וְאִפְ"ה קָרִי לִיהּ תַּנָּאֵי פְּתוּבָה א"כ תִּקְשָׁה עַל מִש"כ רִש"י וְהָרֵא"ש וְהָר"ן בְּכְתוּבוֹת דְּמִזוּנוֹת בְּחֲזִי הַבַּעַל אִין זֶה מְתַנָּאֵי פְּתוּבָה: עֲנָף ג' וְהַנְּרָאָה לִי לְתַרְץ זֶה וְהוּא דְּהָא קִי"ל מְגוֹרְשֵׁת וְאִינָּה מְגוֹרְשֵׁת בַּעֲלָהּ חֲזִיב בְּמִזוּנוֹתֶיהָ מִשׁוּם דְּאִינָּה בִּיָּה וּמְעַנְפֶּכֶת בְּשִׁבְלֵהּ לְהַנְּשֵׂא כְּמוֹ דְּפִי רִש"י בְּכְתוּבוֹת דְּרַף צ"ז וּבְב"ב דְּרַף מ"ז וְעֵינָן בְּכְתוּבוֹת דְּרַף צ"ז ע"ב בְּתוֹס' ד"ה לְאֲתוּנֵי מְגוֹרְשֵׁת וְאִינָּה מְגוֹרְשֵׁת כו' וְהָא

התם אין זה מן תנאי פתובה דהא הוי ספק שפא נתגרשה ומספיקא אין מוציאין מהיורשים אם מת בעלה כמבואר בכתובות שם ובאה"ע סי' צ"ג סעי' ב'.

רק כל זמן דהבעל קיים מוציאין מזונות מבעלה משום דמעונפת בשבילו להנשא ועיין ביבמות דף מ"א דיבמה ג' חדשים ראשונים ניוזנית משל יבם מה"ט כפירוש רש"י שם ולפ"ז י"ל דכש"כ בחיי הבעל דחייב ליתן לאשתו מזונות אף בלא טעמא דתנאי פתובה משום דהא מעונפת בשבילו בודאי והוי כש"כ מן ספק מגורשת הנ"ל ולכן יש לומר דזהו טעמא דרש"י בכתובות הנ"ל דכתב דמוחלת פתובה אין לה מזונות באלמנותה אבל בחייו יש לה משום דבחי הבעל אף בלא הטעם דתנאי פתובה ג"כ מגיע לה מזונות משום דהא אגידה ביה ולמ"ד מזונות מה"ת הוי מה"ט ג"כ ולמ"ד דרבנן ג"כ הוי מה"ט אף זולת הטעם דתנאי פתובה ולכן אף היכא דמחלה פתובה או נפרעה פתובה דאז אין לה תנאי פתובה דהא אף בפרעון פתובה הוי פמוחלת לגבי זה כמבואר ברמב"ם והובא ברא"ש פ' י"ג פתובות סי' ו' ששהביא בשם הגאונים דאין פוסקין מזונות לא"א כ"ז דאין הפתובה יוצא מת"י שפא נטלה פתובה או מחלה והובא באה"ע סי' צ"ג סעיף י"ח מ"מ בחייו דאגידא ביה ומעונפת בשבילו להנשא חייב במזונות אף באלמנותה דלא אגידא ביה דאין לה מזונות רק מצד תנאי פתובה ע"כ בזה דנקא אמרו דבמחלה פתובה אין לה מזונות מהיורשים כפי' רש"י אבל בחיי בעלה אית לה מה"ט ולכן ניחא הא דגיטין דף י"ב דכתב רש"י שם דחייב הבעל ליתן לה מזוני משום תנאי פתובה משום דהא התם מיירי באמר תן גט זה לאשתי והנה יש לומר נפ"מ בין הטעם דמעונפת בשבילו להנשא ובין הטעם דתנאי פתובה זולת הנפ"מ במחלה פתובה פנ"ל והוא דהא זה ברור דבמגורשת וא"מ דבעלה חייב במזונות דאם הבעל משליש גט עבורה אף דבורחת ואינה רוצה לקבל להגט דמ"מ פקע ממנו חייב מזונות דהא עיקר הטעם דחייב במזונות הוי משום דאגידא בשבילו להנשא א"כ היכא דרוצה להתירה מפבלי העיגון אינו חייב במזונות פיון דעיקר הטעם הוי משום דמעונפת להנשא בשבילו ובאמת הא אינו רוצה לעכבה וכן מצד תנאי פתובה אין לה פיון דהוי ספק מגורשת וע"כ היכא דמשליש גט עבורה בא"א ודאי אז אינו חייב במזונות משום הטעם דמעונפת בשבילו להנשא אבל משום תנאי פתובה אז חייב במזונות אף במשליש גט אם אינה מרוצית לקבלו ובמחלה פתובה הוי נפ"מ להיפך דלהטעם דמעונפת להנשא חייב במזונות ולהטעם דתנאי פתובה אין לה פנ"ל ומה"ט במחלה פתובה והבעל משליש גט עבורה והיא אינה רוצית לקבלו בזה ברור דמפטר הבעל ממזונות אף בחייו דהא מצד תנאי פתובה לא שייך במחלה פתובה וכן משום דאגידא ביה לא שייך בזה פנ"ל: וע"כ אתי שפיר הא דפירש רש"י שם בגיטין דהא דקאמרי רבנן התם דאף באמר תן גט לאשתי חייב במזונות דזהו משום תנאי פתובה דאת תהא יתבא בביתי כו' דהא פיון דמיירי התם ברוצה לזכות גט עבורה א"כ לא שייך בזה הטעם דמעונפת בשבילו להנשא דיהי' חייב משום טעם זה במזונות וע"כ עיקר הטעם דחייב שם במזונות הוי משום תנאי פתובה דהא כ"ז דלא מחלה פתובה חייב במזונות משום תנאי פתובה והתם הא לא מיירי במחלה פתובה ומתורץ על נכון דברי רש"י דלא סתרי אהדי ועפ"ז אתי שפיר מה דהקשיתי מהא דיבמות ד' פ"ה דאמרו דמזוני בחייו הוא משום תנאי פתובה דהא שם איבעיא ליה באלמנה לכה"ג יש לה מזונות או אין לה מזונות ואמרו ה"ד אילימא דיתבא תותי' בעמוד

והיצא קאי כו' ל"צ שְהֵלֶךְ לַמִּדָּה"י וְלוֹתָהּ וְאָכְלָהּ מֵאֵי מְזוּנֵי תְּנַאי פְּתוּבָה נִינְהוּ מְדַאִית
לֵה פְּתוּבָה אִית לֵה מְזוּנֵי אוּ דִילְמָא כו' מְזוּנֵי דִילְמָא תִיעֵכֵב גְּבִיָּה לִית לֵה כו' א"כ י"ל
דְּלִכְּוּ נִקְט בְּמְזוּנוֹת בְּחֵייוּ הַחַיּוּב מְשׁוּם תְּנַאי פְּתוּבָה לְאַשְׁמוּעֵינּוּ רְבוּתָא דְאַפְשָׁר ג"כ
לְהַסְתַּפֵּק וְלוֹמַר דְּאַף הֵיכָא דְלֹא שְׁיָיָה הַטַּעַם דְּאַגִּידָא בִּי וּמְעַנְכֵּב בְּשִׁבְלֵי לְהַנְשֵׂא פְּגוּן
הֵיכָא דְקוֹדֵם שְׁהֵלֶךְ לַמְּדִינַת הַיָּם רְצָה לִיתָן לֵה גִט וְהַאֲשֵׁה לֹא רְצָתָה אֲזִי לְקַבֵּל הַגִּט א"כ
מְשׁוּם הַטַּעַם דְּאַגִּידָא בִּיָּה אֵין לְחֵיבּוּ בְּמְזוּנוֹת דְּהָא רְצָה לְגַרְשָׁה וּלְהַתִּירָה לְשׁוּק אָף
הַמְּנִיעָה הָיְתָה מְצַדָּה דְּלֹא רְצָתָה לְקַבֵּל אֲזִי הַגִּט וְעַכ"ז יֵשׁ סְבָרָא לְהַסְתַּפֵּק וְלוֹמַר דִּיהֵי'
חֵיבּ בְּמְזוּנוֹת עֲכָשְׁוּ שְׁלֹא נִתְּגַרְשָׁה מִמֶּנּוּ וְהוּא בְּמְדִינַת הַיָּם דְּהָא מְזוּנֵי תְּנַאי פְּתוּבָה
וּמְדַאִית לֵה פְּתוּבָה אִית לֵה מְזוּנֵי אוּ דִילְמָא מְשׁוּם תִיעֵכֵב גְּבִיָּה לִית לֵה וְאַף הֵיכָא דְלֹא
נִתְּרַצָּה מְעוּלָם לִיתָן לֵה הַגִּט ג"כ לִית לֵה מְשׁוּם דִילְמָא תִיעֵכֵב גְּבִיָּה וְכֵן ס"ל לְדִינָא וְזֵהוּ
דְרָךְ הַש"ס לְאַשְׁמוּעֵינּוּ רְבוּתָא וְתִירָא בְּצַד הַסְּפֵק שֶׁל הַאִיבְעֵינָא וְעֵינּוּ בְּכַתְּוּבוֹת ד' ס"ט
ע"א דְרַב תְּרַנְוִיָּהוּ מִיבְעֵי לִיָּה א"כ מִתְּנַרְץ מַה דְּהַקְשִׁיתִי מֵהָא דִּיבְמוֹת עַל דְּבָרֵי רַש"י
דְּכַתְּוּבוֹת הַנ"ל.

וְהָא דְנִדָּה ד' י"ב ע"ב דְּאַמְרוּ בְּאַשְׁה שְׁאֵין לֵה נֶסֶת דְּלִית לֵה פְּתוּבָה וְלֹא פִירוֹת וְלֹא
מְזוּנוֹת וְלֹא בְּלֹאוֹת מְשׁוּם דְּתְּנַאי פְּתוּבָה כְּכַתְּוּבָה דְּמִי דְּמִשְׁמַע דְּגַם מְזוּנֵי הוּא מְשׁוּם תְּנַאי
פְּתוּבָה אֵין זֶה עֵינָן לֵב"ד דְּהָא הֵתָם אָף מְזוּנֵי לְאַחַר מִיתָה לִית לֵה מְשׁוּם דְּהוּי מְקַח טְעוֹת
וּמַה"ט אָף תּוֹסְפוֹת פְּתוּבָה לִית לֵה כְּמִבְּנָאָר בַּאֲה"ע ס' קי"ז סְעִיף ח' וּמְזוּנֵי לְאַחַר מִיתָה
נִדָּאִי הוּא רַק מִתְּנַאי פְּתוּבָה וְגַם יֵשׁ לְעֵינּוּ בְּזֵה מִן הָא דְּמַעֲשָׂרוֹת פ"ג מְשֻׁנָּה א' בְּתוּי"ט
וִירוּשְׁלָמִי שָׁם: עֲנָף ד' נִחְזוֹר לְעֵינְגוּ בְּמָה דַס"ל לְהַפּוֹסְקִים דְּאֵם מְשֻׁלִישׁ גִּט וְכַתְּוּבָה
דְּמִפְטָר מְמְזוּנוֹת אָף דְּלֹא הִגִיעַ הַגִּט לִידָּה.

דְּבִאֲמַת זֶה טַעְמָא בְּעֵי דְּמַאיזָה טַעַם יְהִי פְּטוּר מְמְזוּנוֹת כֹּל זְמַן דְּלֹא הִגִיעַ הַגִּט לִידָּה דְּאַף
בְּזְמַן הַש"ס דִּיכּוֹל לְגַרְשָׁה בַע"כ מ"מ כֹּל זְמַן דְּלֹא נִתְּגַרְשָׁה עֲדִינּוּ אִיף יִפְטָר מְמְזוּנוֹת
אֲכֹן לְפִי מַה דְּנִתְּבָאָר בַּעז"ה אֲתִי שְׁפִיר דְּהָא בְּעֵיקָר חַיּוּב מְזוּנֵי יֵשׁ שְׁנֵי טַעְמִים טַעַם א'
מְשׁוּם דְּמְעַנְכֵּב בְּשִׁבְלֵי לְהַנְשֵׂא וְטַעַם ב' מְשׁוּם תְּנַאי פְּתוּבָה דְּאַתְּ תְּהָא יִתְבָּא בְּבִיתִי
וְכַדְמִצִּינוּ בְּרַש"י לְגִיטִין ד' י"ב דְּאַף בְּחֵי הַבַּעַל שְׁיָיָה לְחֵיבּוּ מְשׁוּם אֲתָּ תְּהָא יִתְבָּא
בְּבִיתִי מְשׁוּם דְּגַם מְזוּנוֹת בְּחֵייוּ נִכְלָל בְּהָא אֲתָּ תְּהָא יִתְבָּא בְּבִיתִי: אָף בְּמַחְלָה פְּתוּבָתָה
דְּאֵין לֵה הַפְּתוּבָה אֲזִי אֵין לֵה הַמְּזוּנוֹת מְשׁוּם תְּנַאי פְּתוּבָה אֲלֵא מְשׁוּם דְּהוּי אֲגִידָא בִּיָּה
וּמְעַנְכֵּב בְּשִׁבְלֵי לְהַנְשֵׂא חֵיבּ בְּמְזוּנוֹת עֲדִינּוּ כְּמוֹ מְגוֹרְשָׁת וּא"מ כַּנ"ל וְה"ה בְּנִפְרָעָה
הַפְּתוּבָה פִּינּוּ דְּאֵין לֵה פְּתוּבָה מַה"ט אֵין לֵה מְזוּנוֹת בְּתוֹרַת תְּנַאי פְּתוּבָה כְּמִבְּנָאָר בְּרַא"ש
פְּתוּבוֹת פ' י"ג ס' ו' בְּשֵׁם הַרְמָב"ם וְהַגְּאֹנִים ע"ש אָף לְפִי דְּאַגִּידָא בִּיָּה עֲדִינּוּ לְכֹן יֵשׁ
לֵה מְזוּנוֹת מַה"ט לְחִוּד וְאַף לְפִי שִׁיטַת הַרְמָב"ם דְּהוּבָא בַּאֲה"ע ס' צ"ג סְעִי' ט' דְּמַחְלָה
פְּתוּבָה אָף בְּחֵייוּ הַפְּסִידָה מְזוּנוֹת י"ל דְּשַׂא"ה דְּהִיא גְּרָמָא לְזֵה וְע"כ אָף דְּעֲדִינּוּ אֲגִידָא
בִּיָּה מ"מ אֵין לֵה מְזוּנוֹת אֲבָל בְּנִפְרָעָה פְּתוּבָתָה דְּלֹא הוּי זֶה מְצַדָּה דְּהָא אָף בַּע"כ יְכוֹל
לְסַלֵּק הַפְּתוּבָה וְשְׁיָיָה בְּזֵה פְּרַעוֹן בַּע"כ דְּשָׁמִי' פְּרַעוֹן כְּמִבְּנָאָר בְּגִיטִין ד' ע"ה וּבַח"מ ס' י'
ק"כ וְה"ה בְּכַתְּוּבָה בְּפְרַעוֹן בַּע"כ דְּהוּי שְׁמִי' פְּרַעוֹן דְּבְּזֵה אָף לְהַרְמָב"ם מ"מ שְׁיָיָה לְחֵיבּוּ
בְּמְזוּנוֹת מְשׁוּם דְּאַגִּידָא בִּיָּה.

אך זה אינו לפי מה דיבואר לקמן בשם הר"ן בכתובות פ"ח לסוגיא דשם ד' פ"א דכל זמן דאינו מגרשה לא מצי לסלק הכתובה בע"כ ואלו פשרוץה לגרשה הא לא הוי אגידא ביה כמו שנתבאר לעיל וקצתתי בזה ועיין בב"ש סי' צ"ג ס"ק י"ח אך דמוכח לחלק להרמב"ם בין מכרה לגרשה דדוקא בקיבלה רק דמי טובת הנאה בעד המכירה בזה אמרו דמסתמא הוי זה באונס וקצתתי: ולפ"ז אתי שפיר מה דאמרו דבמשליש גט וכתובה מיפטר ממזונות דהא פינו דמשליש גט ורוץה להתירה לשוק א"כ לא שייך לחייבו במזונות משום דאגידא ביה פנ"ל וכן משום תנאי כתובה אין לחייבו דהא במחלה כתובה וה"ה בגרעה הכתובה פינו דאין לה כתובה ממילא אין לה מזונות משום תנאי כתובה דהא אבדה כל תנאי כתובה.

ע"כ בגרעה כתובה משליש לה גט אין לה מזוני ואף דאינה רוצית בהפרעון מ"מ הא אף פרעון בע"כ הוי שמי' פרעון כמבואר בגיטין ד' ע"ה ובח"מ סי' ק"ד ולכן פינו דנמן לה הכתובה אף בע"כ של האשה הוי פרעון להפטר מחוב כתובה וכינו דמיפטר מהכתובה ממילא אבדה כל תנאי כתובה וכן מחמת דאגידא ביה לא שייך אם רוץה להתירה ע"י גט ומה לו במה דאינה רוצית לקבל להגט לכן שפיר מועיל הרי גיטף וכתובתף להיות פטור ממזונות דהא לכל הטעמים של חיוב מזונות לימא בזה וזהו טעם נכון על מה דאמרו דמועיל השלשת הגט וכתובה להיות פטור ממזונות: הגה"ה ובכתובות דף נ"ד איבעיא ליה לר"פ בת אנוסה יש לה מזונות או אין לה מזונות דכיון דל"ל כתובה לית לה מזוני או דילמא כו' ובתוס' שם ד"ה בת אנוסה מהו תימא אנוסה גופא תיבעי עכ"ל ויש לתרץ קושיותם דהא באנוסה עצמה בחיי הבעל ונדאי דיש לה מזונות משום דהא הוי אגידא ביה ומעופכת בשבילו להנשא וכמו במגןרשת וא"מ ואי בנתאלמנה הא בזה י"ל לפי מה דנתבאר דהיא דגרעה הכתובה דכיון דלית לה הכתובה ע"כ אין לה תנאי כתובה א"כ ה"ה אפשר לדון פן באנוסה לרבנו דאמרי יצא כסף קנסה בכתובתה דאפשר דזה הוי כמו דגרעה כתובתה דאין להאלמנה מזונות רק על חוב מזונות הבת שפיר יש להסתפק דהא זה ברור דבמחלה הכתובה וכן בגרעה הכתובה דאף דאין לה מזונות מ"מ חייב במזונות הבת והא דאמרו שם ד' נ"ד דהיא דאין לה כתובה אין מזונות להבת היינו היכא דלא היו מעולם חוב כתובה כמו בשניי' ובת ארוסה אבל היכא דהי' לה חיוב כתובה רק דמחלה או נפרעה אח"כ בזה ונדאי דלא פקע חיוב מזונות הבת כי אם חוב מזונות של האשה עצמה ע"כ אף דנימא דאנוסה עצמה אין לה מזונות בנתאלמנה משום דמה דיצא כסף קנסה בכתובה הוי זה כמו פרעון עכ"ז במזונות הבת עדיין אפשר לומר דחייב כמו בגרעה הכתובה פנ"ל ע"כ שפיר איבעיא ליה ביותר בבת אנוסה דהא הוי רבוותא יתירה בבת אנוסה.

דהא מצינו בגרעה הכתובה ובמחלה דאף דאין לה מזונות חייב במזונות הבת ולכן אם היו פושט ליה הדין של אנוסה עצמה דאין חייב לה מזונות לא הוי דענין על בת אנוסה לכן קא מיבעיא ליה בפירוש על בת אנוסה מהו ומתורץ קושיות התוס' ועיין בתוס' כתובות ד' ל"ט ד"ה טעמא מאי כו' דהקשו שם דאמאי תני יצא כסף קנסה בכתובתה ליתני מת אין לה עליו כלום כו'.

ואי נִימָא דְאַנוּסָה פְּשִׁנְתְּאֶלְמָנָה אִין לָהּ מְזוּנוֹת שְׁפִיר הָוִי מְצִי לְמִתְנִי מֵת אִין לָהּ עָלְיוּ פְלוּם אָבֵל אִי נִימָא דִישׁ לָהּ מְזוּנוֹת בְּנִתְאֶלְמָנָה א"כ לֹא הָוִי מְצִי לְמִתְנִי מֵת אִין לָהּ עָלְיוּ פְלוּם. מְשׁוּם דְאִי תְנִי כּוּן הָוִי אֲמִינָא דְאִין לָהּ עָלְיוּ אַף חֵיבוּב מְזוּנוֹת פְּמִשְׁמַעוֹת הֶלְשׁוֹן דְאִין לָהּ עָלְיוּ פְלוּם.

ע"כ לֹא תְנִי פּוֹן רַק תְנִי יֵצֵא פְסָף קְנֶסָה בְּכִתְנֹבְתָהּ. אַף דֵּא"כ ה"מ הַש"ס לְמִפְשֵׁט בְּהָף בַּעֲיָא דְאִי בֵּת אֲנוּסָה וְה"ה אֲנוּסָה עֲצָמָה אִי יֵשׁ לָהּ מְזוּנוֹת כְּמִש"כ הַתּוֹס' וְהֵרָא"ש שָׁם.

ע"כ שְׁפִיר הֶקְשׁוּ הַתּוֹס' פּוֹן וְהִנְכַּרְחוּ לְתַרְצֵי זֵה. (ע"כ הַגְה"ה): וּלְפִי מַה דְנִתְבְּאַר דְלִכּוֹן מוֹעִיל אֲמִירַת הָרִי גִיטָה וְכִתְנֹבְתָהּ דְכִיּוֹן דְפָרְעוֹן בַּע"כ שְׁמִי פְרַעוֹן מִפְטָר מְזוּנוֹת א"כ זֵה אִינוּ שְׁיִיף רַק בְּאוּמַר פּוֹן בְּפִנֵי הָאִשָּׁה אָבֵל בְּאוּמַר פּוֹן שְׁלֵא בְּפִנֵי הָאִשָּׁה לֹא מְהַנִּי הַפְרַעוֹן לְהַפְטָר מִכְּתְנֹבְתָהּ דְהָא מְבֹאָר בְּגִיטִין ד' ע"ה דְשְׁלֵא בְּפִנֵי לֹא הָוִי פְרַעוֹן בַּע"כ שְׁמִי פְרַעוֹן וְעִיּוֹן בְּסִי' ע"ד ש"ף ס"ק ט' שְׁפָתַב דְרַק מְצַד הַתְּקִנָה מְהַנִּי הַפְרַעוֹן לִיד הַב"ד שְׁלֵא בְּפִנֵי הַמְלָנָה וְכְמִש"כ הַנְּתִיבוֹת שָׁם דְלֹא כְהַאוּ"ת שָׁם וּלְפ"ז מְדוּקְדָק לְשׁוֹן הַתּוֹסְפֵתָא דְכְתִיבוֹת פ"ד דְתְנִי בְלִשׁוֹן נֹכַח הָוִי שְׁנֵי בְצוּרַת וְאָמַר לָהּ הָרִי גִיטָה וְכִתְנֹבְתָהּ צָאִי וּפְרַנְסִי א"ע הָרְשׁוֹת בְּיָדוֹ מְשׁוּם דְבַעֲיָנָן שְׁיֵאמַר פּוֹן בְּפִנֵי הָאִשָּׁה וְאִף דְבְלִשׁוֹן הַמְשַׁנָּה לֹא תְנִי בְלִשׁוֹן נֹכַח דְהָא תְנִי הָרִי גִיטָה וְכִתְנֹבְתָהּ תְרַפָּא א"ע אַפ"ה י"ל דְמִיַּרְי ג"כ בְּפִנֵי הָאִשָּׁה וְעִיּוֹן בְּהַרְמָב"ם פ' י"ד ה'ל' אִישׁוֹת ה'ל' י"ז וְבַאֲה"ע ס' ע"ט דְאָמְרוּ בְזֵה"ל הָרִינִי מְגַרְשָׁף וְנוֹתָן כְּתוּבָה כו' אֲלֵמָא דְמִיַּרְי הַפֵּל בְּפִנֵי הָאִשָּׁה דְאִזּוּ יְכוּל לְהַפְטָר מִכְּתוּבָה ע"י פְרַעוֹן בַּע"כ וּמִמִּילָא מִפְטָר מְזוּנוֹת.

וְלִכּוֹן מְתַרְצֵי מַה דְהֶקְשִׁיתִי מְהָא דְגִיטִין ד' י"א דְאָמְרוּ דְלִכּוֹן לֹא מְהַנִּי תוֹן לָהּ גִט זֵה לְאִשְׁתִּי מְשׁוּם דְהָוִי חוּבָה שְׂאָם יִרְצָה שְׁלֵא לְזוֹן אִשְׁתּוֹ אִינוּ רִשְׁאִי וְהָא לְשִׁיטַת הִירוּשְׁלָמִי וְכַפִּי מַה שְׁפָסַק הָרָא"ש בְּב"מ פ"א ס' ל"ד דְאִף בְּגִירוּשָׁה פֶּל זְמַן דְלֹא סִילַק לָהּ כְּתוּבָתָהּ חֲזִיב בְּמְזוּנוֹת בַּע"כ מִיַּרְי הֵתֵם בְּנוֹתָן לָהּ הַכְּתוּבָה א"כ יְכוּל לְפְטוֹר א"ע מִן חֵיבוּב מְזוּנוֹת בְּמִשְׁלִישׁ גִּט וְהַכְּתוּבָה ע"י אֲמִירַת הָרִי גִיטָה וְכִתְנֹבְתָהּ אָבֵל לְפִמִּש"כ אֲתִי שְׁפִיר דְהָא עֵיקַר הַטַּעַם הוּא מְשׁוּם פְרַעוֹן בַּע"כ דְשְׁמִי פְרַעוֹן א"כ זֵה אִינוּ רַק בְּפִנֵי הָאִשָּׁה אָבֵל שְׁלֵא בְּפִנֵי הָאִשָּׁה לֹא מְהַנִּי לְמִפְטָר ע"י הָרִי גִיטָה וְכִתְנֹבְתָהּ מְזוּנוֹת דְהָא שְׁלֵא בְּפִנֵי הַבַּע"ח לֹא מְהַנִּי פְרַעוֹן בַּע"כ א"כ הֵתֵם בְּגִיטִין דְמִיַּרְי שְׁלֵא בְּפִנֵי הָאִשָּׁה ע"כ לֹא מְצִי לְפְטוֹר בְּהַשְׁלֵשֵׁת הַכְּתוּבָה מִן חוּב הַכְּתוּבָה דְהָא עֲדִינָן חוּב הַכְּתוּבָה עָלְיוּ.

ע"כ לֹא מְצִי לְפְטוֹר א"ע מְזוּנוֹת וְלִכּוֹן אָמְרוּ בְּזֵה דְלֹא מְצִי לְזַכּוֹת הַגִּט מְשׁוּם דְהָוִי חוּבָה לָהּ שְׂאָם יִרְצָה שְׁלֵא לְזוֹן אִשְׁתּוֹ אִינוּ רִשְׁאִי וּמְתַרְצֵי שְׁפִיר: עֲנָף הַ אָכּוּן בַּעֲיָקַר מִלְתָּא דְנָא דְאָמְרוּ הַפּוֹסְקִים דְבְזְמַן הַש"ס וְנִדְאִי מְהַנִּי אֲמִירַת הָרִי גִיטָה וְכִתְנֹבְתָהּ לְמִפְטָר ע"י"ז מְזוּנוֹת וְכִמוֹ שְׁנִתְבְּאַר עֲדִינָן יֵשׁ לְדוֹן בְּזֵה דְלֹא כ"ע מוֹדוֹ בְּזֵה וְהוּא דְהָא בְּגִיטִין ד' ע"ה ע"א לְלִישְׁנָא קָמָא ס"ל לְרַבָּא דְנִתְיָנָה בַּע"כ לֹא הָוִי נִתְיָנָה אַף בְּפִנֵי וְלִישְׁנָא בְּתָרָא ס"ל דְנִתְיָנָה בַּע"כ הָוִי נִתְיָנָה בְּפִנֵי וְהַתּוֹס' שָׁם ד"ה מְפָלֵל דְבַעֲלָמָא נִתְיָנָה בַּע"כ לֹא הָוִי נִתְיָנָה כו' כְּתִיבוּ דְאִף דְבָבֵל בַּע"ח וְנִדְאִי דְאִף פְרַעוֹן בַּע"כ הָוִי פְרַעוֹן זֵהוּ מְשׁוּם דְאִין הַמְלָנָה מְפָסִיד בְּקַבְלַת הַפְרַעוֹן אָבֵל הִכָּא דְהַמְלָנָה מְפָסִיד בְּכַה"ג לֹא הָוִי נִתְיָנָה בַּע"כ חָשׁוּב נִתְיָנָה וְהוּבָא הַתּוֹס' הַנ"ל בְּחִילוּקָם בְּש"ף ס' ע"ד ס"ק י"א ע"ש.

א"כ להך לישנא קמא דס"ל לרבא דנתינה בע"כ לא הוי נתינה היכא דמפסיד המלנה ע"י פרעון ע"כ י"ל דלא מהני פרעון בע"כ בחוב פתובה למיפטר נפשו מהחוב דהא ע"ז תפסיד האשה לחוב מזונות והיכא דהוי פסידא לה לא הוי נתינה אם הוי בע"כ ע"כ הדין נותן דלהך לישנא קמא דגיטין דלא מהני אמירת הרי גיטה וכתובה למיפטר מן חוב מזונות ואפשר לומר דבאמת להך לישנא דס"ל דבמקום פסידא לא מהני פרעון בע"כ להיות חשוב פרעון דיפרש להך משנה דכתובות דהרי גיטה וכתובה תרפא א"ע דמייירי במגרשה ממש וכמו שכתב המשפנות יעקב לפרש פן והא דהבאתי לעיל בשם התוספתא דכתובות דתני פן בשני בצורת וא"ל הרי גיטה וכתובה פרנסי א"ע י"ל ג"כ דמייירי במגרשה ממש אף דאשמעינן דאף דהוי בשני בצורת ואין לה ממה לפרנס א"ע אפ"ה יכול לגרשה בע"כ ועיין בגיטין ד' י"ב ע"א גבי עבד בשני בצורת אמנם לדין דקיי"ל דנתינה בע"כ הוי נתינה אף היכא דמפסיד לחבירו כמבואר שם בגיטין ד' ע"ד גבי ה"ז גיטה ע"מ שתתני לי ר' זו דמה"ת אף בע"כ מגורשת אלא מדרבנן ה"ז גט פסול כמו שפסק הרמב"ם והובא באה"ע סי' קמ"ג סעי' ד' א"כ ה"ה אם אמר הרי גיטה וכתובה אף ע"י השלשה ובע"כ של האשה ג"כ מהני משום דהא אף במקום פסידא מהני פרעון בע"כ למיפטר נפשיה וממילא מיפטר ע"ז ממזונות פנ"ל ואף לדעת הרא"ש והרשב"א דס"ל שם דהוי ספק מגורשת והובא בב"ש סי' קמ"ג ס"ק זי"ן ע"ש ובתפארת שמואל לגיטין פ"ו סי' ז' ברא"ש שם מ"מ מספיקא אין מוציאין המזונות מהבעל דהא פיון דמיפטר משום ספיקא מן חוב פתובה ע"י פרעון בע"כ ממילא מיפטר מן חוב מזונות דאין לה תנאי פתובה פנ"ל ואף תפיסה לא מהני לשיטת הרא"ש דבספיקא דדינא דבזמן הש"ס לא מהני תפיסה וע"כ שפיר ס"ל להרא"ש בתשובה דבזמן הש"ס הנה מהני בנדאי הרי גיטה וכתובה לפטור א"ע ממזונות פנ"ל: ועוד דהא הרא"ש בגטין פ"ו סי' ז' כתב לחלק דל"ק דס"ל לרבא דנתינה בע"כ לא הוי נתינה דהא דבפרעון חוב אף בע"כ הוי נתינה הטעם הוא דשאני התם בגט בתנאי וכן בבית בבתי ע"ח דחבירו יש לו לזכות פנגדו פגון גט ע"ת ומוכר בע"ח כו' ע"ש א"כ לפ"ז י"ל דבפרעון פתובה וחוב אף היכא דהמלנה נפסד ע"י הפרעון בע"כ דמ"מ אף ללישנא קמא דרבא דשם הוי פרעון ושאני הא דגט ומוכר בע"ח דחבירו זוכה פנגדו פנ"ל ע"כ לפ"ז שפיר מהני הרי גיטה וכתובה למפטר א"ע מן חוב פתובה אף בע"כ דהא בזה לא שייך לומר דחבירו זוכה פנגדו כו' וכן לפמש"כ הר"ן והריטב"א שם בגיטין לחלק דשאני הא דגט על תנאי ומוכר בית בע"ח דכינן דהוי קצת דומה למתנה ע"כ ס"ל לל"ק דלא הוי נתינה בע"כ משא"כ בפרעון חוב דלא הוי שום דמיון למתנה ע"כ לכ"ע הוי פרעון בע"כ חשוב לפרעון ע"ש ולפי זה החילוק ג"כ נדאי בנ"ד בסילוק חוב פתובה דלא הוי שום דמיון למתנה אף ל"ק מודה דהוי פרעון בע"כ חשוב לפרעון למפטר מפתובה וממילא ממזוני אף דהוי פסידא להאשה ועפ"ז יש לדון בדברי הב"ח שהביא הש"ך בסי' ע"ד ס"ק י"א: וכן הש"ך שם דתפסו דעיקר החילוק הוא בגיטין שם בין היכא דמפסיד המלנה מיד דאז לא הוי פרעון בע"כ חשוב פרעון יעו"ש ובאמת לפי סברת הרא"ש והר"ן והריטב"א שם אינו תלוי בזה כ"כ רק התוס' שם מחלקים בזה ויש להאריך בכ"ז ולפ"ז שפיר נקטו רוב הפוסקים דהעיקר לדינא דבזמן הש"ס ה"מ למפטר בנדאי נפשיה ממזוני ע"י הרי גיטה וכתובה אף דהוי בע"כ של האשה וכן הרא"ש בתשובה דאזיל לטעמיה לפי מה דמחלק הרא"ש בפסקיו

בגישתו פנ"ל דלפ"ז אף אם הני פסידא להמלנה ג"כ מהני פירעון בע"כ למפטר אם אין חבירו שפנגדו צריף לזכות בשום דבר כמו הא דגט ע"ת ומוכר בית בבתי ע"ח פנ"ל.

אף כ"ז באומר פן בפני האשה אבל שלא בפני האשה אינו יכול למפטר ממזוני ע"י הרי גיטתו וכתנותה כמו דהוכחתי מהא דגיטין דף י"א דתני התם שאם ירצה שלא לזונו אינו רשאי דמשמע דאין לו שום עצה למפטר נפשו ממזוני והסבר הטעם הוא על נכון לפמש"כ משום דפרעון בע"כ שלא בפניו לא הוי נתינה לכ"ע וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ד ס"ק ט' דרק מצד תקנה נגעו בה וכן כתב הב"ש בסי' קמ"ג ס"ק זי"ן וס"ק יו"ד דשלא בפניו לא הוי נתינה כלל לכ"ע וכמבואר בגיטין דף ע"ה וכמש"כ לעיל: ולפי מה דנתבאר טעם הדבר במה דמהני הרי גיטתו וכתנותה למפטר עי"ז ממזונות דלא הוי זה גזירת חז"ל בלא טעם ע"כ הדעת נוטה דאף בזה"ז דאינו רשאי לגרש בע"כ מ"מ מועיל השליש גט וכתובה להיות פטור ממזונות דהא לא שניף בזה לומר הטעם דמעונות בשבילו ובאגידא ביה פיון דמוכן לגרשה ולהתירה לשוק וכן משום תנאי כתובה לא שניף דהא פרעון בע"כ חשוב לפרעון ונפטר מהכתובה ממילא פקע ממנו חיוב מזוני והא דכתובות דף נ"ב דאנשי גליל דהיו כותבין את תהא ותבא בביתי ומיתזנא מנכסי פל ימי מיגר אלמנותה יכולין היורשין לסלק לה הכתובה ולפטור ממזונות בע"כ של אין להקשות דאמאי לא היו יכולין לסלק לה הכתובה בע"כ דהא פרעון בע"כ שמיא פרעון פנ"ל דזה אינו קשה דהא במקנן לא היו כותבין פאנשי יהודה דהיה דרפם לכתוב עד שירצו היורשים ליתן לה כתובה דזהו כדי דיהיה כלול בלשון הזה כמו דהתנה בפירוש דלא יהיו יכולין היורשין לפרוע הכתובה בע"כ כי כן היה התקנה באלמנה אבל בהבעל עצמו בחייו לא היה תקנה זו ומוקמינן אדינא דפרעון בע"כ שמיא פרעון ומפטר מהכתובה וממילא מיפטר ג"כ ממזונות דהוא תנאי כתיבה וכש"כ לאנשי יהודה דהיו כותבין עד שירצו היורשין ליתן כתובה וכפי מה שנהגו האידינא כמבואר בסי' צ"ג סעיף ג' וכמבואר שם באחרונים א"כ כמו דבירשין יכולין לסלק לה בע"כ הכתובה להיות פטור ממזונות ה"ה בבעל עצמו היכא דמוכן לגרשה ולהתירה לשוק דיכול לסלק לה הכתובה להיות פטור ממזונות דהא כתב רש"י בגיטין דף י"ב גבי מזונות בחייו דהוא מתנאי כתובה דהתנה בכתובה את תהא ותבא בביתי ומיתזנא מנכסי וביבמות דף פ"ה מבואר ברש"י שם דמזוני תנאי כתובה הוא שפך כתב בכתובה את תהא ותבא בביתי ומיתזנא מנכסי פל ימי מיגר אלמנותה עכ"ל רש"י אף לאנשי גליל צריף לומר ולחלק בין אלמנה לבין אשה בחייו בעלה דהא דלא כתבו עד שירצו היורשין ליתן כתובה זהו בשביל אלמנה משא"כ באשה בחייו בעלה פנ"ל.

ענף ו ולכאורה יש לדון בזה לפי המבואר בכתובות ד פ"א דמקשה הגמ' ומי ניתנה כתובה לגבות מחיים והתניא ר' אבא אומר כו' ואי ניתנה כתובה לגבות מחיים גניחד לה כתובה והשאר ליתבון וכתב הר"ן שם דיש שפמכו מכאן ללנה שרצה לפרוע בתו"ז כדי לסלק השעבוד מעליו שאינו רשאי ולא ראה הוא דהכא הזמן אף לתקנת האשה הוא שיהא רוצה שלא יוכל לפרוע כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה אבל בחוב בעלמא פיון שהזמן אינו אלא לתועלת הלנה כל שאמר טול מעותיך שאינו רוצה בו רשאי עכ"ל הר"ן א"כ יש לדון בכתובת אשה דכ"ז שאינו מגרשה ממש דכיון דלא קרינא ביה קשתנשא לאחר כו' ע"כ הוי כמו דלא הגיע הזמן של חוב פרעון הכתובה וכיון דהזמן

הוא לטובת האשה ע"כ לא מצי לפרוע בע"כ של האשה ולפטור מהתנובה אכן באמת לפי מה שכתבו דמהני אמירת הרי גיטף וכתנבתה לפטור נפשו ממזונות וכש"כ מתנובה בנדאי מוכרח מזה דס"ל דיכול לומר הרי גיטף וכתנבתה אף דלא מגרשה עדיון ויכול למסור לה התנובה בע"כ של האשה דכיון דמצדו דנותן לה הגט תוכל להנשא לאחר אם תתרצה לקבל את הגט ע"כ מהני בזה פרעון בע"כ להיות פטור מן התנובה וקריון בזה שפיר פשתנשא לאחר תיטול כו' והא מצדו דיכולה להנשא לאחר אם תקבל הגט הוי כמו דהגיע זמן הפרעון ודוקא אם אינו נותן לה הגט רק התנובה לבד בזה אמרו דכיון דלא קרינו בה פשתנשא לאחר כו' ע"כ לא מצי לפטור ע"י פרעון בע"כ משא"כ בנותן לה גט וכתנובה: והנה בכתובות דף פ"א הנ"ל דאמרו שם הרוצה שימכור בנכסי אחיו כיצד הוא עושה אם פהו הוא יעשה סעודה ויפייס אם ישאל הוא מגרש בגט ומחזיר ואי ניתנה כתובה לגבות מחיים נייחד לה שיעור כתובה והשאר ליתבון ופי' רש"י מגרשה בגט ומגבה את כתובתה ומוכר כו' ואי נימא דאם משליש גט וכתובה יוצא ידי חובת כתובה אף בע"כ של האשה משום פרעון בע"כ שמה פרעון וזה מקרי פשתנשא לאחר כיון דמצדו הוא מוכן לגרשה אם תתרצה לקבל הגט א"כ תקשה דלמה אמרו בישאל מגרש בגט ומחזיר ובכהו יעשה סעודה ויפייס הא יכול לפרוע כתובה בע"כ של האשה עם השלשת הגט וינצא ידי חוב פריעת התנובה ופקע חוב כתובה עם תנאי כתובה וממילא נתבטל שעבודה מעל נכסי היבם ויהא יכול למכור כל נכסי אחיו ולא יצטרף לגרשה בגט ולהחזירה דהא אם מגרשה בגט ממש לידה לא יוכל להחזירה בלא רצונה א"כ הא יותר טוב שלא לגרשה רק שישליש גט וכתובה ואחר שישליש פן יראה לה השתדל עמה שתהיה עמו וכמו כן קשה בכהו דלמה צריך לעשות סעודה ויפייסנה הלא יכול להשליש גט וכתובה בע"כ והא קי"ל בבית הלל דגטין ד' פ' בכתב לגרש אשתו ונמלה ולא גירשה דלא פסלה מההנהגה א"כ מוכח מזה דאף ע"י השלשת גט וכתובה לא מצי למיפטור נפשיה מן חוב התנובה בע"כ של האשה אכן כיון דבאמת משמע מהפוסקים דמהני השלשת גט וכתובה לפטור א"ע מן חוב התנובה ומזוני משום דבכה"ג הוי פרעון בע"כ שמה פרעון פנ"ל בארובה בע"כ מוכח לומר דאין ראיה מזה לסתור למש"כ משום די"ל דיותר טוב לעשות סעודה ויפייסנה משום דאם ישליש הגט יש לחוש דלמא תקבל את הגט ותאסר לכהו וכן י"ל דהא דאמרו בישאל מגרש בגט ומחזיר דגם השלשת הגט הוא בכלל מגרש בגט ומחזיר והא דאמרו שם דגירושין גנאי הם לשניהם די"ל דגם השלשת גט מקרי גנאי וכן הא דאמרו לקמן דף פ"ב ע"ב גירשה אין לא גירשה לא דגם השלשת גט וכתובה נכלל בזה אף התנא לא נחת לזה ונקט בקצרה מגרש בגט ומחזיר וכן י"ל בכוננת הירושלמי יבמות פ"ד ה"ד ובכתובות פ"ח הל' י"א דאמרו כיצד הוא עושה כונס ומגרש ומחזיר כו' דג"כ הוא לאו דוקא ובאמת גם ע"י השלשת גט וכתובה מיפטור מחוב כתובה דקרינא בזה פשתנשא לאחר כו' והוי כמו דהגיע הזמ"פ פנ"ל: וביותר יש לומר בזה ע"פ מש"כ האו"ת בסי"ע ד"ס"ק ג' דפרעון שלא בפניו ג"כ הוי פרעון היכא דלא הוי פסידא להמלנה אלא היכא דהוי פסידא להמלנה בזה אמרו בגטין דף ע"ה דפרעון שלא בפניו לא הוי פרעון וע"פ החילוק שכתבו התוס' בגטין שם ולפ"ז יש לומר דהוי נפ"מ רבתא בין מגרשה ובין לא מגרשה רק דמשליש גט וכתובה לגבי פרעון בע"כ שלא בפני האשה דכל זמן שלא מגרשה דע"י השלשת גט וכתובה

מִיִּפְטָר מִמְּזוּנֵי א"כ הָי פְּסִידָא לְהַאֲשֶׁה אֶת הַזְכוּת מְזוּנוֹת שְׂיֵשׁ לָהּ ע"כ אֵינוּ יְכוּל לְסַלֵּק הַפְּתוּבָה שְׁלֵא בְּפָנֵי הָאִשָּׁה וְלִפְטוֹר עֵי"ז מִמְּזוּנוֹת וּמִפְתוּבָה דְּהָא אִם יִהְיֶה חֶשׁוֹב לְפָרְעוֹן עַל הַפְּתוּבָה א"כ תִּפְסִיד הַמְּזוּנוֹת ע"כ בְּכַה"ג לֹא הָי פְּרָעוֹן וְלֹא נִפְטָר מִן חוֹב הַפְּתוּבָה אֲבָל בְּמַגְרֵשָׁה מִמֶּשׁ דָּאִין מַגִּיעַ לָהּ מְזוּנֵי וְאִף לְשִׁיטַת הִירוּשְׁלָמִי דְּבַגְרוּשָׁה כ"ז שְׁאִינוּ מְסַלֵּק הַפְּתוּבָה חֲזִיב בְּמְזוּנוֹת פְּנ"ל הֵינּוּ בְּאִם שְׁתוּבַעַת הַפְּתוּבָה וְכַמְבֹּאֵר בְּב"ש ס' צ"ג ס"ק ה' ע"ש וְזֶהוּ הֵיכָא שְׁאִינוּ רוּצָה לְפָרְוֵעַ הַפְּתוּבָה וּמִשְׁמַט א"ע מְזָה אֲבָל הֵיכָא שְׁאִינוּ מְדַחָה א"ע מְלִפְרֻעַ הַפְּתוּבָה אִם תוּבַעַת מִמֶּנּוּ הַפְּתוּבָה בְּזָה כ"ע מוֹדוּ דָּאִינוּ חֲזִיב בְּמְזוּנוֹת בַּגְרוּשָׁה.

ע"כ הָדִין נוֹתֵן דְּבַגְרוּשָׁה מִמֶּשׁ מְהֵנִי הַפְּרָעוֹן עַל הַפְּתוּבָה אִף שְׁלֵא בְּפָנֵי הָאִשָּׁה דְּזָה מִקְרִי אִין לָהּ פְּסִידָא דְּבָזָה מְהֵנִי פְּרָעוֹן בְּע"כ אִף שְׁלֵא בְּפָנֵי פְּנ"ל לְשִׁיטַת הָאוּ"ת וּלְפ"ז י"ל דְּלִכְּנָן אֲמָרוּ בְּלִשׁוֹן מַגְרֵשָׁה בְּגֵט וּמַחְזִיר מִשׁוּם דְּזָהוּ עֲצָה טוֹבָה בְּיוֹתֵר מִשׁוּם דָּאִם יִשְׁתַּדֵּל לְגַרְשָׁה בְּגֵט לִיָּדָה אִז אַח"ז אִף שְׁתַּהֲיָה מְשֻׁמְטָת א"ע מִמֶּנּוּ וְתַהֲיָה שְׁלֵא בְּפָנֵי מ"מ יְכוּל לְמַפְּוֹר פֶּל הַנְּכָסִים שְׁלֵא אֲחִיו אֲבָל אִם לֹא יִשְׁתַּדֵּל לְגַרְשָׁה בְּגֵט לִיָּדָה מִמֶּשׁ אִז תוּכַל לְהַשְׁמִיט מִמֶּנּוּ וְתַהֲיָה שְׁלֵא בְּפָנֵי וְלֹא יִהְיֶה מוֹעִיל הַשְּׁלִשְׁתָּ גֵט וְכַתוּבָה מִשׁוּם דְּהָא שְׁלֵא בְּפָנֵי הָאִשָּׁה לֹא מְהֵנִי הַפְּרָעוֹן עַל הַפְּתוּבָה כ"ז שְׁלֵא נִתְגַּרְשָׁה וְאִם אִין בְּיָדוֹ לְהַשְׁתַּדֵּל שְׁיַהֲיָה הַפְּרָעוֹן בְּפָנֵי הָאִשָּׁה לְכַה"פ יִשְׁתַּדֵּל שְׁיַגְרֵשָׁה בְּגֵט לִיָּדָה וְאִז יִהְיֶה יְכוּל לְפָרְוֵעַ לְאַח"ז אִף שְׁלֵא בְּפָנֵי הָאִשָּׁה.

וי"ל דְּמָה דְּתָנוּ שֵׁם מַגְרֵשָׁה בְּגֵט וּמַחְזִירָה זָהוּ לְאַשְׁמַעִינּוּ הֵךְ דִּינָא דְּכִינּוּן דִּישְׁתַּדֵּל לְגַרְשָׁה תוּ לֹא אֵיכְפַת לִיָּה אִף אִם תִּבְרַח פְּדָאֲמָרוּ בְּגִיטִין דָּף י"ב גְּבִי עֶבֶד דְּשִׁבְיָה לִיָּה וְעָרִיק וְאִז לְעֵלְמָא וְכַמְבֹּאֵר שֵׁם בְּמַהֲרָש"א כַה"ג גְּבִי גֵט אִשָּׁה פְּנ"ל מִשׁוּם דְּבְכַה"ג לְאַחַר הַגְּרוּשִׁין מְהֵנִי הַפְּרָעוֹן שְׁלֵא בְּפָנֵי הָאִשָּׁה וְכַמֶּש"כ הָאוּ"ת פְּנ"ל.

וְאִז יִהְיֶה יְכוּל לְמַפְּוֹר בְּנְכָסֵי אֲחִיו וְע"כ אִין מְזָה סְתִירָה לְכָל מַה שְׁנִתְבָּאֵר פִּי בְּאַמַּת מְוִנְרָחִים הַדְּבָרִים כַּמֶּש"כ וְיִהְיֶה מְזָה סִינְעֵתָא לְמִש"כ הָאוּ"ת דְּבַחֹב שְׁאִינוּ מִפְּסִיד הַמְּלִנָּה הָי פְּרָעוֹן שְׁלֵא בְּפָנֵי ג"כ פְּרָעוֹן: עֲנָף ז וְהִנֵּה בַּא"ע ס' קי"ט סְעִיף ו' הִבִּיא הַמְּחַבֵּר בְּשֵׁם הַרְמְב"ם דְּבִנְשֻׁטִית שְׁיִוִּדְעַת לְשִׁמּוֹר גִּיטָה וְאִינָה יוֹדַעַת לְשִׁמּוֹר עֲצָמָה פְּטוֹר מִמְּזוּנוֹת וְכִסוּת וּפִירָשׁ ח"מ שֵׁם דְּזָהוּ בְּרוּצָה לִיתָן לָהּ הַפְּתוּבָה וְלַעֲיֵל בְּסִי' ע' מִיִּירִי בְּאִינוּ נוֹתֵן לָהּ הַפְּתוּבָה וְכ"כ ח"מ לְעֵיל בְּסִי' ע' ס"ק ט"ו בְּשֵׁם ח"מ פ' יו"ד מַה"ג וְהַרְמ"א פֶּסֶק פְּשִׁיטַת הָרַאשׁוּנִים הַחֹלְקִים בְּזָה וְס"ל דְּחֲזִיב בְּמְזוּנוֹת וּרְפוּאָה וְלִפְמִש"כ יֵשׁ לְהַסְבִּיר שִׁיטַת הַמְּחַבֵּר וְהַרְמְב"ם עַל נְכוֹן דְּס"ל דָּאִף דְּלֹא נִתְגַּרְשָׁה עֲדִינּוּ מ"מ מִיִּפְטָר מִמְּזוּנוֹת מִשׁוּם דְּמַחְמַת תְּנַאי פְּתוּבָה אִין לְחֲזִיבוּ דְּהָא מִיִּפְטָר ע"י פְּרָעוֹן דְּכַתוּבָה וּמַצִּד דְּאֲגִידָא בִּיָּה אִין לְחֲזִיבוּ פִּינוּ דְּמוֹכֵן לְגַרְשָׁה וְגַם בְּדִיעֵבַד בְּעֵבֶר וְגַרְשָׁה מְגוֹרְשֵׁת כְּדִס"ל לְהַמְּחַבֵּר שֵׁם ע"כ לֹא מִקְרִי אֲגִידָא בִּיָּה וְהַחֹלְקִים ס"ל פִּינוּ דָּאִף דְּתַרְצָה לְקַבֵּל הַגֵּט אִינָה מְגוֹרְשֵׁת לְשִׁיטַת פְּמָה פּוֹסְקִים פְּפִי שְׁהוּבָא בְּהַרְמ"א שֵׁם לְקַמֵּן ע"כ לֹא קָרִינָא בָּהּ לְעוֹלָם פְּשִׁתְנָשָׂא לְאַחַר וְלֹא הָי בְּכַה"ג פְּרָעוֹן בְּע"כ שְׁמִיָּה פְּרָעוֹן וְכַמֶּש"כ הַר"ן בְּכַתוּבוֹת דָּף פ"א עֲלָה דְּהַרְוּצָה שְׁיִמְפּוֹר בְּנְכָסֵי אֲחִיו פְּנ"ל וְגַם הָי אֲגִידָא בִּיָּה פִּינוּ דָּאִף בְּדִיעֵבַד אִינָה מְגוֹרְשֵׁת וִי"ל דְּהַמְּחַבֵּר וְהַרְמ"א אֲזִילִי לְטַעֲמִיָּהוּ דְּפְלִיגִי שֵׁם אִי

עבר וגירשה מגורשת פנ"ל והדעת נותנת פהרמ"א דחייב במזונות פיון דאמריון נסתחפה שדהו א"כ מזל הבעל גרם שנשתטת ואינה ראויה להתגרש ולהנשא וכיון דבדיעבד ס"ל דאינה מגורשת לכן מקריא אגידא ביה ותייב במזונות וגם לא קרינא ביה פשתנשא לאחר ומה שפכתתי דאם עבר וגירשה מגורשת ע"כ מקריא פשתנשא לאחר לשיטת המחבר הנה מצינו פעין זה באה"ע סי' י"ז סעיף ל"ה דגיש מי שאומר דמי שנפל למים שאין להם סוף גובה פתובה משום דהא פיון דבדיעבד מותרת ואין זה אלא חומרא דרבנן ע"כ קרינא בה פשתנשא לאחר כו' ועיין שם בב"ש ס"ק ק"ז מש"כ שם בשם הרמב"ם ויש לחלק דבנ"ד אף הרמב"ם מודה וקצתתי.

והרב המ"מ פ' יו"ד ה"ג ה' כ"ג פתב בטעמו של הרמב"ם דס"ל דפטור ממזונות משום דכיון דרוצה לגרש אלא שחכמים מנעוהו לגרש בנשתטת אבל בחיוב ממון לא חייבוהו כו' עכ"ל והובא בח"מ סי' קי"ט ס"ק ט' ובב"ש ס"ק יו"ד וי"ל דנתפנוין למה שפכתתי ולכן אף בזה"ז דגיש איסור דר"ג שלא לגרש לכל הנשים בע"כ הדין נותן דעכ"ז פשמשליש הגט והפתובה דמקפטר ממזונות דהא גם בזה שייך סברת המ"מ ה"ל דכיון שהוא מוכן ורוצה לגרשה אלא שחכמים מנעוהו כו' ולא מפעיא לפי מש"כ הרמ"א באה"ע סי' קי"ט סעיף ו' דעבר וגירשה בזה"ז מגורשת וכמו שכתב הגט פשוט בסי' ה"ל ס"ק כ"ד ע"ש: ואף לפי המבואר בתשובת מהר"ם מרוטנבארג בסופו בהתקנות ר"ג דהנה התקנה דאף בדיעבד אינה מגורשת בגירשה בע"כ: עכ"ז הא פיון דאם תתראה לקבל הגט ותהיה מותרת להנשא לאחר וקרינא ביה פשתנשא לאחר כו' וגם לא מקריא אגידא ביה פיון דמצדו מוכן לגרשה ועיין בב"ש סי' קי"ט ס"ק י"א.

וע"כ הדין נותן דאף הסוברים גבי נשתטת דחייב במזונות מ"מ הא שא"ה דאין בידה לקבל הגט פלל מצד תקחז"ל ואף אי נימא דבדיעבד אם גירשה מגורשת מ"מ פיון דאסור לו לגרשה ע"כ שפיר מקריא אגידא ביה ולא ס"ל לסברת המ"מ בזה אבל בנ"ד דהוי בידה לקבל הגט רק דתלוי ברצונה ע"כ הדין נותן דאף בזה"ז מהני השלשת גט וכתובה להיות פטור ממזונות [וכמש"כ הב"ש להסתפק בזה משום ספיקא דדינא בפלוגתא דרבנותא פמבואר בב"ש סי' ע"ז ס"ק ו' ובדיני מורד בקצרה ובסי' ע"ט ב"ש ס"ק ד'] ואפוי פלוגתא בין השיטות דסי' קי"ט ה"ל לא מפשינו ועיין בנו"ב במ"ת סי' קכ"ט באמצע התשובה בד"ה ומעתה אחר אשר העמדנו כו' שכתב שם לדון בעבר וגירשה בזה"ז דהנה הגט פשר וכתב דהא דמבואר בתשובת מהר"ם מינץ דאם עבר וגירש בע"כ אין הגט פלום הפנונה הוא שלא הועיל הגט ועדיין חייב בשאר וכסות וכדעת הח"מ בסי' ע"ז ס"ק ב' כו', ועכ"ז לדינא מבואר בנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' י"ב באמצע התשובה בד"ה ובדין אם הבעל יכול לומר כו' שמסכים להב"ש לפי שדחה השגות של הח"מ והסכים לדברי הרמ"א וכן פסק הב"ח עכ"ל הנו"ב שם וגם י"ל דמה דמבואר בהתקנות זהו בלא נתן לה הפתובה דאף דמצד הדין ס"ל פשיטת הרי"ף דהובא בסי' צ"ג בח"מ ס"ק ד' עכ"ז מצד התקנה חייב במזונות משום דכיון דעשו לגבי זה לבטל למעשה הגט ע"כ חייב במזונות וכמו בכל אשה מקודם שנתגרשה אבל במשליש גט וכתובה דנתבאר דבזמן הש"ס הוי מצי למקפטר נפשיה עי"ז ממזונות ע"כ ה"ה האידנא דהא אף דנימא דלא הועיל מעשה הגט מ"מ מקפטר ממזונות ע"פ הטעם שנתבאר וע"כ לדינא אין להוציא מזונות אף בזמן הנה אם השליש גט וכתובה דקשה להוציא בזה מהפוחזק: ענף

ח ולכאורה יש להעיר עפ"ז בהא דכתובות דף ק"ז דס"ל לרב פוסקין מזונות לאשת איש ושמואל ס"ל אין פוסקין מזונות ופריה הגמ' מ"ט דשמואל ר"ז אמר אימא צררי אתפסה ר"פ אמר חיישינן שמא א"ל צאי מע"י במזונותיה והטעם הוא כמש"כ התוס' שם משום דמוכחא מדאינו חוזר שנסתלק ממנה כו' ולפמש"כ דע"י השלשת גט וכתובה מיפטר מזונות א"כ תקשה דאמאי ס"ל לרב דפוסקין מזונות וכדקיי"ל פן לדינא.

הא יש לחוש שמא השליש גט וכתובה לפטור א"ע ממזונות והיא לא נתרצתה לקבל הגט ונפטר ממזונות ואף דלרב אין זה קשה כ"כ משום דס"ל דזה הוי בכלל הטוען אחר מעב"ד כו' אכן מאי פריה התם מ"ט דשמואל הא י"ל דטעמיה דשמואל הוא משום ה"ט אף בלאו הכי תקשה מ"ט פוסקין מזונות לא"א אמאי לא נחוש שמא גירשה בעלה וכדמצינו בכתובות דף פ"ט דמקשה הגמ' אלמנה מנישואין במאי גביא בע"מ וליחוש דלמא גירשה ומפקא לגיטא וגביה בה כו' אלא במקום דלא אפשר כותבין שובר ועיין ברש"י שם ד"ה אלא במקום דלא אפשר כו' דלא תימא ביושבת תחת בעלה אפילו הלה למדינת הים נמי כו' אלא דחשו לשמא גירשה אכן לפמש"כ הפני יהושע בכתובות דף פ"ט ע"ב בגמ' בד"ה וליחוש דילמא גירשה ומפקא גיטא כו' דמדלא פריה דלמא גירשה וכבר פרע לה מוכח מזה דבאמת לא חיישינן להכי ולהוציאה מחזקת א"א ולהפסידה פתובתה אלא דעיקר קושטיא לרב אעיקרא דתקנתא כו' דלמה תקנו שתגבה בגט ולא בכתובה כו' וטפי ה"ל לתקוני איפכא כו' ע"ש בפ"י ולפ"ז נדחה קושיתי משום דבאמת לא חיישינן לשמא גירשה וי"ל הטעם בזה משום דאף דע"י אוקי אחזקה בלבד אין מוציאין ממון כידוע עכ"ז שאני בחשש גירושין דאמרינן אם איתא דגירשה קלא אית ליה וכדאמרו מה"ט בב"ב דף קל"ד דס"ל לכמה אמוראי דאינו נאמן לומר גרשתי אשתי במיגו דבידו לגרשה משום דאי איתא דגירשה קלא אית ליה ומבטלינן למיגו משום זה [ואפשר דהו סברא דאי אית' דגירשה כו' ה"ל פמו רוב ובצירוף חזקת א"א דמוציאין ממון ע"י רוב וחזקה פמבואר רפ"ב דכתובות בבעה"מ והרמב"ן שם] והא דכתובות דף כ"ג דאמרו אבל גבי גירושין אם איתא דאגירשה קלא אית לה קמ"ל דעבידי אינשי דמגרשי בצנעא.

היינו בתרי אומרים נתגרשה דלא מכחישינן משום הסברא דאי אית' דאגירשא קלא אית ליה להו תרי האומרים נתגרשה דהא איכא מיעוטא דמגרשי בצנעא וכעין הא דכתובות דף ט"ז ע"ב דאי פל הניסת בתולה יש לה קול קשה דאי אתו עדים מאי הוי ומסיק דרוב הניסת בתולה יש לה קול כו' וה"ה בהו דנתגרשה דרוב המגורשות יש להם קול אבל מיעוטא יש וע"כ אין לחוש לשמא גירשה משום דהוי רוב וחזקת א"א ולכן שפיר פוסקין מזונות לא"א ועיין במקנה לקדושין דף ע"ט ע"ב עלה דאשה נשאתי במדה"י כו' א"צ להביא ראיה על הבנים דכתב שם דלא חייש לשמא גירשה כו' ויש להאריך בזה ואף לפמש"כ הפני יהושע לכתובות דף פ"ט ה"ל דלשיטת התוס' שם ד"ה לדידה דאמרת' כו' דמן הדיו חיישינן לשמא גירשה עכ"ז י"ל דלכן פוסקין מזונות לא"א ולא חיישי שמא גירשה משום דהא באשה היושבת תחת בעלה לא חיישינן לגירשה פמבואר שם ד' פ"ט ה"ל וכיון דבעת שהלה בעלה למדה"י היתה יושבת תחתיו ע"כ אין לחוש דגירשה ואח"ז דהלה למדה"י י"ל דלכן לא חיישינן שמא שלח גט ע"י שליח דהא מצינו בגטין דף י"ח דבגטין הבאין ממדה"י אמרינן הנהו קלא אית להו ופי' התוס' שם ד"ה עד

שַׁעַת נְתִינָה כּו' דְּלֹא שְׁיִיף לּוֹמֵר הִנֵּהוּ קָלָא אֵית לִיה אֶלָּא פְּשִׁמְגָרֵשׁ ע"י שְׁלִיחַ וְלָכֵן אֵין לָנוּ לְחֹשׁ שְׁמָא שְׁלַח ע"י שְׁלִיחַ מַמְדָּה"י דַּא"כ הֵוֵי קָלָא לְזֵה וְכִינּוּ דְחֻזְיָנוּ דַּל"ל קוּל ע"כ לֹא חָשׂוּ לְשְׁמָא גְיָרְשָׁה וּבִפְרִט לְשִׁיטַת רַב דַּס"ל בְּגִיטִין דָּף פ"ו דְהִלְכָה כַּר"א בְּגִיטִין וְכֵן ס"ל לְשִׁמּוּאֵל וְעַדִּי מְסִירָה מְפָקִי לְקָלָא וְגַם הָא שְׁיִיטַת הַתּוֹס' בְּשֵׁם הַר"ת בְּגִיטִין דָּף ד' דָּאָף לַר"מ בְּעֵי עַדִּי מְסִירָה וְאִינְהוּ מְפָקִי לְקָלָא ע"כ לֹא חָשׂוּ לְשְׁמָא גְיָרְשָׁה ע"י שְׁלִיחַ כִּינּוּ דְחֻזְיָנוּ דְלִיפָא קָלָא וְלָכֵן שְׁפִיר פּוֹסְקִין מְזוֹנוֹת לַא"א בְּמִי שְׁהִלְף בְּעֵלְהָ לַמְדָּה"י אֶבְל עַדִּינּוּ תְקֻשָׁה לְשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים דַּע"י הַשְּׁלִישַׁת גִּט וּכְתוּבָה מִיפְטָר מִמְזוֹנוֹת אָף דְלֹא קִיבְּלָהּ הִגֵּט לִינְדָה דַּא"כ תְקֻשָׁה אֲמַאי פּוֹסְקִין מְזוֹנוֹת לַא"א דְהָא יֵשׁ לְחֹשׁ שְׁמָא שְׁלַח לָה גִט כְּתוּבָה ע"י שְׁלִיחַ וְהִיא לֹא רְצָתָה לְקַבֵּל וּמִמִּילָא נִפְטָר מִמְזוֹנוֹת וְעֵינּוּ בְטוֹר ח"מ ס' ק"ו שְׁהִשְׁיֵג עַל בַּעַ"ת וּבְזָה לֹא שְׁיִיף לּוֹמֵר דָּאי אֵית' קָלָא אֵית לִיה דְהָא זֵה לֹא שְׁיִיף רַק הֵיכָא דְגִיָרְשָׁה מִמֶּשׁ לִינְדָה וְהַעֲדִי מְסִירָה מְפָקִי לְקָלָא אֶבְל כ"ז דְלֹא נִתְגְרָשָׁה מִמֶּשׁ לֹא שְׁיִיף בְּזָה שְׁיִיבָא הַקוּל א"כ תְקֻשָׁה דְנִיחֻשׁ לְזֵה וְעֵינּוּ בַר"נ וּפ"י שֵׁם שְׁפָתָבוּ דְעֵינְקָר הַטַּעַם הוּא דְחֻזְיָנוּ שְׁמָא שְׁלַח צָרְרִי ע"י שְׁלִיחַ וְאֶפְשָׁר לּוֹמֵר דְלָכֵן לֹא חֻזְיָנוּ שְׁמָא הַשְּׁלִישׁ הִגֵּט וְהַכְּתוּבָה מְשׁוּם דְאֶמְרִינּוּ בְּזָה חֻזְקָה א"א פּוֹרַע תּו"ז וְאָף לַר"פ דְאָמַר שֵׁם בְּכְתוּבוֹת ד' ק"ז הַטַּעַם עַל מַה דַּס"ל לְשִׁמּוּאֵל אֵין פּוֹסְקִין מְזוֹנוֹת כּו' וַר"פ הָא ס"ל כָּאֲבֵינּוּ וְרַבָּא דַּב"ב ד' ה' דְעֵבִיד דְפָרַע תּו"ז כְּמַבְוֹאֵר בַּב"ב שֵׁם.

עכ"ז הָא בְּחֹב כְּתוּבָה דְלֹא הֵוֵי חוֹב בְּרוּר דְשְׁמָא תְמוֹת בְּחֻזְיָנוּ ע"כ לַכ"ע לֹא אֶמְרִינּוּ בְּזָה עֵבִיד דְפָרַע תּו"ז כְּמַבְוֹאֵר כְּעֵינּוּ זֵה בַּב"ב ד' ה' בְּתוֹס' ד"ה פִּי הֵיכִי כּו'. וְהָא דְחָשׂוּ שֵׁם לְשְׁמָא צָרְרִי אֲתַפְסָה י"ל דַּשֵּׁא"ה בְּחֹב מְזוֹנוֹת דְהֵוֵי זְמַנִּים הִרְבֵּה וּבְזָה שְׁפִיר חָשׂוּ לְשְׁמָא פָּרַע תּו"ז וְכַעֲיִן סְבַרְתָּ הַשְּׁ"ף בְּסִי' ע"ח ס"ק י"ב גְּבִי קוֹנְטְרַסִּים ע"ש וְעֵינּוּ בְּכְתוּבוֹת ד' צ"ו בַּר"נ שֵׁם בְּהָא דְבַעֲי רִי"ח יְתוּמִים אוֹמְרִים נִתְנוּ כּו' וַאֲכַמ"ל וְגַם הָא חָשׂוּ צָרְרִי הֵוֵי מִקְלָתָא דְשְׁכִיחָא כַּמ"ש הָאֲשֵׁרִי בַּב"ב פ"א ס' ט' בְּשֵׁם הַר' יוֹנָה אֶבְל לְפָרַע הַכְּתוּבָה זֵהוּ מִיַּדִּי דְלֹא שְׁכִיחַ כְּלָל מִחֻמַּת חֻזְקָה א"א פּוֹרַע תּו"ז וְאֵלוּ ע"י מְשַׁכּוֹן צָרְרִי הָא לֹא מִיפְטָר מִחֹב הַכְּתוּבָה כְּמַבְוֹאֵר אֶלָּא ע"י פְּרַעוֹן גְּמוּר דְמִיפְטָר מִכְּתוּבָה בְּזָה מִמִּילָא פְטוֹר מִמְזוֹנוֹת ע"כ לֹא חָשׂוּ לְזֵה וּמַזָּה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ דָּאָף בְּחֹב עֵינְקָא הַנְּהוּגִים הָאִינְדָּא דְכְּתַב הַאוּ"ת בְּסִי' ע"ח ס"ק ח' דִּי"ל דְבְּזָה לֹא שְׁיִיף חֻזְקָה בַּתּו"ז מְשׁוּם דִּי"ל דְרָצָה לְפָרַע בַּתּו"ז כְּדִי שְׁיִפְטָר מִהַרְוֹנָחִים ע"ש בְּאוּרִים ס"ק ח' וְכ"כ בְּתַשׁוּבַת הַר הַפְּרָמֵל ח' ח"מ ס' כ"ה ע"ש אֶכֶן מִן מַש"כ דְמוֹכַח מַזָּה הַסְּוֵגִיא דְלָכֵן לֹא חָשׂוּ לְשְׁמָא הַשְּׁלִישׁ גִּט וּכְתוּבָה מְשׁוּם דְהֵוֵי חוֹב כְּתוּבָה חוֹב דַּתּו"ז וְאָף דִּי"ל דְרָצָה לְפָרַע הַכְּתוּבָה כְּדִי לְפְטוֹר א"ע מִמְזוֹנוֹת בַּע"כ מוֹכַח דְגַם בַּכַּה"ג דִּינִינּוּ לְחֻזְקָה דַּתּו"ז וְהַדְּבָרִים אֲרוּפִין וַאֲכַמ"ל וְלָכֵן הַנְּכַרְחוּ לְהַזְדַּר אַחַר טַעְמִים אַחֲרִים אֲלִיבָא דְשִׁמּוּאֵל דַּס"ל אֵין פּוֹסְקִין מְזוֹנוֹת: וְעוֹד י"ל בְּזָה ע"פ מַש"כ הַנּו"ב דְגִט בַּע"כ ע"י שְׁלִיחַ לֹא מְהַיְיָ מְשׁוּם דַּה"ל תּוֹפְסֵי לַב"ח בְּמִקּוּם שְׁחָב לְאַחֲרִים (וְאָף דְהַתּוֹרָה נִתְנָה לוֹ זְכוּת לְהַבְעֵל לְגִרְשָׁה בַּע"כ עכ"ז ע"י שְׁלִיחַ לֹא מְהַיְיָ) א"כ ה"ה מַה דְמַצִּינוּ דְפָרַעוֹן בַּע"כ הֵוֵי פְרַעוֹן עכ"ז ע"י שְׁלִיחַ לֹא מְצִי לְעֵשׂוֹת לְפָרַעוֹן בַּע"כ אִם הֵוֵי פְסִידָא לְהַבְעֵ"ח כְּמוֹ בַּנ"ד דְמַפְסִיד לָהּ מְזוּנִי וְאָף דְאִיהוּ יֵשׁ לוֹ זְכוּת ע"ז וְכַנ"ל וְלַפ"ז י"ל דְלָכֵן שְׁפִיר פּוֹסְקִין מְזוֹנוֹת לַא"א בְּמִי שְׁהִלְף בְּעֵלְהָ לַמְדִּינַת הֵיָם.

משום דהא עד העת שהלך למדה"י הייתה אשתו יושבת תחתיו ונפרד ממנה שלא בקטטה. וכמבואר באה"ע סי' ע' סעיף ה' בשם המרדכי ע"ש ע"כ לא חיישינו שמה השליש כבר גט וכתובה מקודם שהלך למדה"י ועכשיו שהלך למדינת הים הא אין בידו לשלוח שליח לפרוע לה בע"כ ולהפסיד לה המזוני משום דה"ל תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים כנ"ל דלא מהני ואף דלהטעם דאגידא ביה אין לחייבו במזונות דהא רוצה להתירה לשוק עכ"ז חייב משום תנאי כתובה כ"ז דלא מיפטר מן חוב הכתובה פניו דלא מיפטר ע"י פירעון בע"כ על ידי שלוחו לכן שפיר פוסקין מזונות לא"א ומה דיש לדון בעיקר דברי הנ"ב הג"ל עיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ד ענף ב' ואכ"מ ונראה לי דהעיקר כמש"כ פעת דלכן לא חשו שם לשמא השליש גט וכתובה ע"י שליח משום דזה לא מהני ע"י שליח כנ"ל ויש להאריך בכ"ז: היצא לנו מכל זה דהדין נותן דבזמן הש"ס ונדאי היה יכול לפטור א"ע ממזונות ע"י השלשת גט וכתובה וכן עתה דאסור לגרשה בע"כ מ"מ מהני השלשת גט וכתובה למיפטר א"ע ממזונות אף זהו דוקא בפני האשה אבל שלא בפני האשה לא מהני משום דבמקום פסידא ונדאי לא מהני פירעון בע"כ שלא בפניו למיפטר נפשיה ואף דהש"ף בסי' ע"ד ס"ק ט' פתב בשם המהרש"ך דמצד תקנה מהני פירעון לנד הב"ד אף דהוי שליח בפני הבע"ח מ"מ י"ל דז"א רק היכא דאינו מפסיד להמלנה אבל היכא דמפסיד להבע"ח כמו בנ"ד דמפסיד להאשה המזונות בכה"ג לא תקנו כדמצינו בתוס' גיטין ד' ע"ה דמחלקים התוס' שם בין היכא דמפסיד המלנה או לא. ע"ש באו"ת בסי' ע"ד ס"ק ג' וכיין דמן הדין לא מהני בנדאי פירעון ע"י ב"ד שלא בפניו לכן פניו דלא מצינו שהתקינו שיהיה פירעון שלא בפניו יהיה פירעון ע"כ מוקמינן על דין תורה דאינו מיפטר ממזונות בזה וכן נתבאר דע"י שלוחו לא מהני השלשת גט וכתובה למיפטר נפשיה ממזונות: