

הקדמה אמר המחבר הן ראה ראיתי לגדולי המסתרים אשר הפיצו אור תורתם על פני תבל והיה טרם יסבו בלכתן לגלות פנינו אמרום בחדושי הלכות ולשוטט בים התלמוד והפוסקים.

זה דרכם להקריב פרי תנובתם בחלקי אגדתא. ובמקרא יטיפו מלתם.

כמו שמצינו (בשבת דף ל' ע"ב) כן הרימותי אני בפתיחתי בחלק אגדתא ודרוש בפתח השער הנכתב למעלה. ות"ל יש לי עוד אריכות דברים ולבאר עי"ז כמה מאמרי חז"ל ופוסקים.

אך לא לדרשא קא אתינא לכן שמתי קנצי למלין בחלק הזה. ועתה אשוב למטרת הקדמת ספרי בע"ה.

והוא חסדי ה' אנפיר תהלנות ה' פעל כל טוב אשר גמלני. וברוב חסדיו הפליא עמדי.

וזפני לישוב באהלול של תורה מעודי עד היום הזה. ולחדש חדושי תורה הראונו לאומרו. ואמרו חז"ל אין לו להקב"ה בעולמו אלא ד' אמות של הלכה. לכן הנני נותן הודאה על חלקי לשעבר אשר שם אותי מיושבי בית המדרש ומבקש על להבא שבתתי בבית ה' כל ימי חיי.

ונה רבות בשנים הראני ה' חסדו להוציא לאור ראשית פרי תנובותי ספרי באר יצחק על שו"ת. ואח"ז את ספרי נחל יצחק על ח"מ ה' דיינים ועדות והלואה.

וכאשר מבקשים ממני כמה גדולי ואדירי התורה להוציא לדפוס את יתר חידושי פי כמה הלכתא רבבי איכא למשמע מינניהו לפי שרוב הענינים הם נוגעים להלכה ולמעשה. ע"כ מצאתי א"ע מחוייב בדבר ובפרט בהלכות ולא אהי' ח"ו מונע בר.

ובפרט בעת הזאת פפי מאמרם (ברכות ד' ס"ג) בשעת המכנסין פזר וכפני רש"י. וע"כ העמסתי עלי עול כבד ולסדרן קמא קמא דמטי לידי להוציא לאור בע"ה כעת חדושי על ח"מ ה' טוען ונטען וה' גבית מלנה וחוב פי טרדומי הרבות סבבוי הן במשא קהל עדתי יצ"ו והן משא עיירות הרחוקות והקרובות.

הא במילי דשמאי להשיב לשואלי דבר ה' זו הלכה והא במילי דמתא. ע"כ אין ביכולתי להוציא לאור הדפוס רובי תורתי יתר ההלכות והתשובות אשר רבים המה בכתובים אתי בע"ה.

ורק מעט הדפסתי כעת מה שלקטתי מחידושי על ה' טוען ונטען וה' גבית מלנה וחוב וכמעשהו בנחל יצחק הראשון כן מעשהו בספרי נחל יצחק השני בע"ה. ואקנה לה' פי רבים חקקי לב ומצאו מרגוע ועונג בספרי זה ויהא רענא דאימא מילתא דתתקבל בבי מדרשא וימצאו חן וחסד בעיני אלהים ואדם ופוצו מעינותי חוצה וישתו התלמידים ממי הנחל אשר חפרתי בעזר השי"ת אשר חנן לי יצחק אלקנן; ואני תפלה לאל חיי יה"ר שיתקבלו דברי בעיני חכמי דורנו והנני נותן הודאה לעבר ומתפלל על להבא.

כן לא יסיר חסדו מאתי כל הימים ויזפני להדפיס החידושים אשר הנם בכתובים ת"י ואת קונטרסים הרבים שהשבתתי בעז"ה להלכה למעשה אשר חנני בם החונן לאדם דעת והמה עמדי.

ואשא פפי אל ה' שימן לי מהלכים בין עמודי הדת וההוראה ולא אפשל ח"ו בדבר הלכה ואזכה לישוב בארבע אמות של הלכה הליכות עולם. ואל יבהלוני טרדות הזמן גל עיני ואביטה נפלאות מתורתך ודברי ד' לא ימושו מפי ומפי ורעי אמן סלה: אלה דברי המצפה לתשועת ה'.

יצחק אלחנן בהרב כו' מו"ה ישראל איסר זצ"ל חופ"ק קאוואהודעה פבר פתבתי בארנפה בפתיחתי לספרי נחל יצחק הנדפס בשנת תרל"ב לבאר פי כל הדינים והפולולים הנאמרים בספרי בענין דיני ממונות הפל נאמר בזמנים הקודמים.

אולם בזמן הזה ענינים פאלו הם רק כפי חוקי אדונינו הקיסר ירום הודו וכפי חוקי המדינה שחקק לנו הפל לטובת המדינה וטובתינו. ועלינו החיוב על פי דיני התורה לשמור משפטיו וחוקיו הן מצד הדין כי דינא דמלכותא דינא וכן משום חיוב שבועה שהשביע הקכ"ה אותנו כמאמר חכמינו ז"ל (בכתובות דף קי"א).

ואין לנו לערער חס ושלום אחר יסודתם ומטרתם. ועכ"ז מקור הדינים לא יזו ממקומם על דרך דרוש וקבל שחר.

וכמו כל העוסק בהלכות שאינם נוהגים בזמנינו וכמו שכתבו כמה גאונים בספריהם היקרים פידוע לכל באי שער. וגם תועלת רב מזה לכמה דיני איסור והיתר הנוהגים בכל זמן פתח השער. תברך היוצר וישתבח הבורא ית"ש פעל כל טוב אשר גמלנו פרחמיו וכרוב חסדיו הגדיל עמנו ורב טובו לבית ישראל אשר נתן לנו תורת אמת זו תורה שכתב וחי עולם נטע בתוכנו זו תורה שבע"פ ויצננו ה' אלהינו להגות בה פל מי חיינו לטוב לנו פל הימים ולחיותינו פהיום הזה פדכתיב (דברים ו').

וכהיום הזה אין לנו שיור פי אם התורה הזאת אשר חומה היא לנו מחסה ומגן בעדינו פל הימים וכמו שאמרו ביילקוט פחקתי פ' כ"ו על פסוק ואף גם זאת כו' וכי מה נשתפיר להם כו' מה נשתפיר להם זה ס"ת כו'.

ומעת שגלינו מארצנו לא עזבנו אלהינו ויט עלינו חסד לפני מלכנו ושרינו לתת לנו מחי לחיותינו ונוכל להגות בתורתנו פל ימי חיינו. ואף דעברו כמה סיבות ותלאות על אבותינו מ"מ אף דבר א' מתורתנו הק' לא נתבטלה פדכתיב ויבא יעקב שלם.

שלם בתורתו פמבואר בשפת (דף ל"ג) ומעשה אבות סימן לבנים: א והנה פפתח השער לתרומת הפרי אות למד פתב בזה"ל להבין דברי חז"ל מ"ר פ' ראה אמר הקב"ה לישראל פסבורים אתם לרעתכם נתתי לכם את התורה לא נתתי לכם אלא לטובתכם שנא' פי לקח טוב נתתי לכם.

והוא משולל הבנה וכי ס"ד ח"ו נתן לנו תורתנו הק' הנחמדה מזהב ומפז לרעה וי"ל כו' עכ"ל התרומת הפרי. ולענ"ד נראה פכוננת המ"ר והוא דהנה המדרש הזה הוא

בְּנֶצְבִים פ"ח בזה"ל אם תאמרו שְׁמָא לְרַעְתְּכֶם נָתַתִּי לָכֶם אֵת הַתּוֹרָה לֹא נָתַתִּי אוֹתָהּ לָכֶם אֲלָא לְטוֹבַתְכֶם שְׁמִלְאֲכִי הַשְּׁרַת נְתָאוּי לָהּ וְנִעְלָמָה מִהֶן כו' עכ"ל המ"ר.

וצ"ב בְּמָה שְׁפִיטִים שְׁמִלְאֲכִי הַשְּׁרַת נְתָאוּי לָהּ. וְנִרְאֶה לִי לְפָרֵשׁ זֶה בְּהַקְדָּם לַמַּש"כ בְּפֶתַח הַשְּׁעָר לְסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק אוֹת א' בְּכַוֵּנַת מ"ר (יְתָרוֹ פ' כ"ח) עֲלִיתָ לְמָרוֹם שְׁבִית שְׁבִי לְקַחַת מִתְּנוֹת בְּנוֹהֵג שְׁבַעוֹלָם הַנִּכְבָּס לְמַדִּינָה נוֹטֵל דְּבַר שְׂאִין עֵין בְּגִי הַמַּדִּינָה עָלָיו וּמִנְשָׂה עָלָה וְנוֹטֵל הַתּוֹרָה שְׁהִיוּ הַכֹּל נוֹשְׂאִין עֵינֵיהֶם עָלָיו כו' לְקַחַת מִתְּנוֹת כו' בְּלִקְיָה נְתָנָה לוֹ כו' בְּמִתְּנָה נְתָנָה לוֹ כו'.

וְנִתְּנָה הַתּוֹרָה בְּמִכִּירָה וּבְמִתְּנָה וְזֶהוּ כִּמוֹ הָא דְקִידוּשֵׁין (ד' כ"ו) וּב"ב (ד' נ"א) בְּמִתְּנָה בְּקִשׁ לִיתְּנוּ וְלָמָּה פָּתַח לְשׁוֹן מְכָר כְּדֵי לְיִפּוֹת פָּחוּ דְמְכָר הוּא מְשׁוּם חַיִּיב אַחֲרֵי וּמִתְּנָה הוּא כְּדֵי דְלֹא יִהְיֶה בּוֹ דִּינָא דְבַר מְצָרָא.

כֵּן י"ל בְּמָה דְנִתְּנָה הַתּוֹרָה בְּמִכִּירָה וּבְמִתְּנָה דְאָמְרוּ בְּשַׁבָּת (ד' קל"ח) ח"ו שְׁתַּשְׁתַּפַּח תּוֹרָה שְׁנֵא' כִּי לֹא תִשְׁכַּח מִפִּי זְרַעוֹ כו'. וּבמ"ר מְשַׁפְּטִים (פ' ל"א) וְאַף בְּדוֹרוֹת הַלְלוּ אֵין הַתּוֹרָה זִנָּה מִהֶן כו'.

וְעַנֵּן חַיִּיב אַחֲרֵי הוּא שְׁמַחְוֵיב לְהַעֲמִיד דְּבַר הַנִּמְכָּר בְּיַד הַלּוֹקֵחַ שְׁתַּעֲמִיד בְּשׁוֹפֵי וְהַשְׁקֵט בְּיָדוֹ אֵף עַל מַה שְׁיִאָרַע לְאַחַר הַמִּכִּירָה כְּמִבְּרָאָר בַּח"מ (ס' רכ"ה סעי' ג') בְּהַתְּנָה בְּפִי'. כִּמוֹ כֵּן הַבְּטִיחַ הַקַּב"ה לְנוּ דְהַתּוֹרָה תִּהְיֶה נִצְחִי בְּיַדְנוּ וְלָכֵן אֵף דְעַבְרֵי כְּמָה תְּלָאוֹת עַל אַבּוֹתֵינוּ עכ"ז אֵין הַדּוֹר יְתוֹם מִתּוֹרַת קַדְמוֹנֵינוּ הַנִּשְׁאָרַת לְנוּ ת"ל מִן חִיבּוּרֵיהֶם וּמִן אוֹרֵם אוֹר רְאִינוּ.

זֶהוּ הַתּוֹעֵלֶת בְּמָה דְנִתְּנָה הַתּוֹרָה בְּמִכִּירָה. וּמָה שְׁנִתְּנָה הַתּוֹרָה בְּמִתְּנָה הָיָה יִפּוֹי פָּתַח לְטוֹבַתְנוּ שְׁלֹא יִהְיֶה לְמִלְאֲכִים טַעֲנָה עַל מַה שְׁהוֹרִיד מִרַע"ה תּוֹרָה לְאַרְץ כְּמִבְּרָאָר בְּשַׁבָּת (דף פ"ח) בְּשַׁעֲהָ שְׁעָלָה מִנְשָׂה לְמָרוֹם אָמְרוּ מִלְאֲכִי הַשְּׁרַת מַה לִּילוֹד אִשָּׁה כו' תְּנָה הוֹדָדָּה עַל הַשְּׁמָיִם וְטַעֲנַתְּם הִיָּה מְשׁוּם הַטּוֹב וְהַיִּשָּׁר כו' כְּעֵין הָא דב"מ (דף ק"ח) שְׁכַנֵּי הָעִיר כו' שְׁכַנֵּי הָעִיר קוֹדְמִין כִּי טוֹב שְׁפָן קָרוֹב כו'.

וְטַעֲנַת הַמִּלְאֲכִים שְׁהֵם שְׁכַנֵּים לְהַתּוֹרָה כו' ע"כ הָיָה יִפּוֹ כְּמָה שְׁנִתְּנָה הַתּוֹרָה בְּמִתְּנָה שְׁלֹא יִהְיֶה לָהֶם טַעֲנָה דְמִתְּנָה לִית בִּי דִינָא דְבַר מְצָרָא וְה"ה בְּשַׁכְּנֵי. וְכַמַּש"כ שְׁם בְּאַרְוֶה: ב וְזֶה שְׁאָמְרוּ בַּמ"ר אִם תִּאָּמְרוּ שְׁמָא לְרַעְתְּכֶם נָתַתִּי לָכֶם הַתּוֹרָה.

הַפְּנוּנָה הוּא דְתִאָּמְרוּ דְמָה דְנָתַתִּי לָכֶם בְּמִתְּנָה הוּא כְּדֵי שְׁלֹא יִהְיֶה בְּאַחֲרֵי עַל הַשִּׁי"ת שְׁתִּקּוּם הַתּוֹרָה לְנוּ לְעוֹלָם וְאוּלַי יִהְיֶה הַדִּין כְּמוֹ מִתְּנָה דְלִית בִּיהּ אַחֲרֵי ע"ז אָמַר הַשִּׁי"ת לֹא נָתַתִּי לָכֶם הַתּוֹרָה בְּמִתְּנָה אֲלָא לְטוֹבַתְכֶם שְׁמִלְאֲכִי הַשְּׁרַת נְתָאוּי לָהּ וְהִיָּה לָהֶם טַעֲנוֹת שְׁכַנֵּים וְזֶהוּ עֲשִׂיּוֹת הַטּוֹב וְהַיִּשָּׁר וְע"כ נָתַתִּי הַתּוֹרָה דְזֶהוּ לְשׁוֹן מִתְּנָה כְּדֵי דְלֹא יִהְיֶה לָהֶם טַעֲנָה תְּנָה הוֹדָדָּה עַל הַשְּׁמָיִם.

אֲבָל עַדִּינֵן דִּינָם כְּמוֹ כָּל מִכִּירָה דִּישׁ אַחֲרֵי עַל הַמוֹכֵר וְלֹא נִתְּנוּ מִעוֹלָם לְאַפְקוּעֵי חוֹב אַחֲרֵי וְכִמוֹ בְּכּוֹתֵב שְׂדֵי מְכוֹרָה וְנִתְּנָה לָהּ דְלִיפּוֹת פָּחוּ עֲבִיד. וְזֶהוּ דְכָתִיב כִּי לְקַח טוֹב נָתַתִּי לָכֶם תּוֹרַתִּי אֵל תַּעֲזוּבוּ.

דלקח הוא לשון מכירה וכמו דאמרו במ"ר יתרו הכל בלקיחה נתנה לו במתנה נתנה לו. ומפרש פי לקח טוב נתתי כו' דהו' טוב נדרש לפניו ולאתרו דלקח הוא בשביל טובתם דיהיה באחריות.

והו' טוב קאי גם על לאתרו דמה דנתתי במתנה הנה זה לטובתינו דלא יהיה להמלאכים טענה וליניפות פוחינו אמר כל זה. ומסיים תורתו אל תעזבו דהקב"ה מבטיחנו פי לא תעזבו את התורה"ק לעולם ולא תשפח מפניו וזרעינו וכדכתיב ואני זאת בריתי אותם כו' לא ימוש מפיה וכמו דפי' רש"י בישעיה נ"ט דכרת להם ברית דלא תשפח התורה מהם וכדכתיב בישע' ח' צור תעודה כו' ונחפיתי לה' וקויתי לו.

וכמבואר במ"ר ריש פ' שמיני וברות א' וכ"כ הרמב"ן בזאת הברכה פי' הפסוק תורה צוה כו' מןרשה קהלת יעקב ע"ש: ג ובפשוטו י"ל בכוננת המדרש וכי תאמרו שפא לרעתכם נתתי התורה.

דאמרו בביצה (דף כ"ה) מפני מה נתנה תורה לישראל מפני שהו' עזין ולהתיש פחן נתן להם התורה. וראיתי בהקדמה של הגט מקנשר שפכת בשם גאון א' לפרש למה דאמרו במכות (דף כ"ג) רצה הקב"ה לזכות את ישראל לפיכך הרבה להם תורה ומצוות ופירש לזכות הוא לשון נצחון וכמו שפכת הברטנורה על אמרם לא זכיתי לא נצחתי ואמרו חז"ל דניתנה התורה לישראל מפני שהו' עזין והתורה הוא להתיש פחן.

ונה שאמר רצה הקב"ה לזכות ר"ל לנצח את ישראל לפיכך הרבה תורה ומצוות להתיש פחן עכ"ל ועפ"ז יש לפרש למה דאמרו בברכות (דף י"ז) נשים במאי זכיין באקרוי בנייהו ובאתנוי גברייהו כו'.

דקא אמרו בקידושין (דף ל') בראתי יצה"ר בראתי תורה תבלין אם אתם עוסקין בתורה אין אתם מסורים בינו. וכן אי' בברכות (דף ה') ובע"ג (דף ה') בזמן שעוסקין בתורה יצרו מסור בינדם.

א"כ נשים דאין להם מעלת עסק התורה במאי זכיין. הפנונה במה מנצחים את היצה"ר וכמו ולא זכיתי דפי' הוא לשון נצחון.

ע"ז השיבו דבמה דמחזקין הנשים ידי בנייהם ובעליהן שיעסקו בתורה דג"כ יש להם פח עי"ז לנצח את היצה"ר דגם המחזקים ידי העוסקים בתורה יש להם כל זכות של לומדי תורה וכמש"כ בטוש"ע יו"ד (סימן רמ"ו סעיף א') דמי שמשפיק לאחרים הלומדים נחשב כאלו לומד בעצמו וכמו שבארתי זה במק"א בארנפה וגם המה נקראים עוסקים בתורה דיצרו מסור בינדם.

וכעת ראיתי ביצרות דבש דרוש א' שפכת פן לפרש למה דאמרו הגי' נשים במאי זכיין ע"ש. וזה שאמר שפא תאמרו פי לרעתכם נתתי התורה דעיקר נתינת התורה הנה בשביל רעתכם דלא תהא נמסרים בינדי היצה"ר או בשביל דהם עזין ולהתיש פחן פנ"ל.

ע"ז אמר פי לטובתכם נתתי התורה דבעצם התורה הוא טובתינו כדכתיב הנחמדים מזהב ומתוקים מדבש. ומלאכי השרת התאוו לה רק בשביל ערבת התורה וכמש"כ במק"א: ד

וּנְבָאָר לְהָא דְּמִפּוֹת (דף כ"ג) רָצָה הַקַּב"ה לְזַכּוֹת אֶת יִשְׂרָאֵל לְפִיכָף הַרְבֵּה לְהֵם תּוֹרָה וּמִצְוֹת כּו' וּכְבָר פְּתִיב לְעִיל לַמַּשׁ"כְּהַקְדָּמַת גִּט מְקוֹשֶׁר בְּזָה.

וּנְקִדִים לְמָה שֶׁהַקִּשָּׁה הַבַּל"ע דְּרוּשׁ ל"ו בְּדְרוּשׁ ד' לְפָרְקִים ע"ז הַמְאָמֵר שֶׁאָמַר רָצָה הַקַּב"ה לְזַפֵּן כּו' דְּהָא רַבּוּי הַתּוֹרָה וְהַמִּצְוֹת לְכַאוּרָה הוּא עוֹל כְּבֵד כּו' וְהִבִּיא שֵׁם בְּשֵׁם פִּי הַמְשַׁנְיֹת לְהַרְמַב"ם שֵׁם שֶׁהַעִיר בְּזָה דְּהָא יוֹתֵר טוֹב הִי לְצוּוֹת עַל דְּבָרִים מוּעָטִים שֶׁבְּנִקְל הִיוּ מְשִׁיגִים שְׁלֵמוֹתָם וְתִי זָה.

וּעַפ"ד פֶּתַח הַבַּל"ע לְפָרֵשׁ הַפְּסוּקִים (וְאֶתְחַנֵּן ו') וּנִצְוֵנוּ ה' לַעֲשׂוֹת אֶת כָּל הַחֻקִּים כּו' לְטוֹב לָנוּ כָּל הַיָּמִים לְחַיּוֹתֵינוּ כּו' וְצָדִיקָה תִּהְיֶה לָנוּ כִּי נִשְׁמָר לַעֲשׂוֹת אֶת כָּל הַמִּצְוָה הַזֹּאת כּו' כְּאֲשֶׁר צִוֵּנוּ ע"ש בַּבַּל"ע.

וּלְפָרֵשׁוֹ דְּחוּק בְּמָה דְּכִתִּיב כָּל הַמִּצְוָה הַזֹּאת כְּמוֹ דִּירָאָה הַמְעַיֵינן שֵׁם. וְלַעֲנ"ד נִרְאָה לְפָרֵשׁ הַפְּסוּקִים וּלְתַרְץ קוֹשְׁיֹת הַבַּל"ע עַל הָא דְּרָצָה הַקַּב"ה לְזַכּוֹת.

בְּהַקְדָּם לַמַּשׁ"כְּ בְּדְרָשׁוֹת מְהַר"י מִיְנֵץ דְּרוּשׁ א' בִּיאור הַפְּסוּק (תְּהִלִּים ס"ב) וּלְה' ד' הַחֻסָּד כִּי אַתָּה תִּשְׁלַם לְאִישׁ כְּמַעֲשָׂהוּ. ע"פ הַדָּ דְּסוּפָה (דף נ"ב) יִצְרוּ שָׁל אָדָם מִתְּגַבֵּר כּו' וְאֶלְמָלָא הַקַּב"ה עוֹזְרוֹ אֵינוֹ יָכוֹל לוֹ כּו'.

וְעֵיקָר גָּמַר בְּמַעֲשֵׂה הַמִּצְוֹת זֶהוּ רַק ע"פ עֶזֶר שֶׁל הַקַּב"ה א"כ אֵינוֹ מְגִיעַ לוֹ ע"פ דִּין שְׁכָר רַק מִפְּאֵת הַחֻסָּד כּו'. וּבִיאָר עַפ"ז לְהַפְּסוּק (תְּהִלִּים י"ח) יִגְמְלֵנִי ה' כְּצָדִיק כּו' וְהָאֲרִיף בְּזָה.

וּעַפ"ז פְּרָשְׁתִי לְהַדָּ דְּסוּפָה (דף נ"ב) בְּפְּסוּק אִם רָעִב שׁוֹנֵאָה כּו' וְה' יִשְׁלַם לְה' א"ת יִשְׁלַם אֶלָּא יִשְׁלִימֵנוּ. מִשׁוּם דְּאֵין לְפָרֵשׁ יִשְׁלַם כְּמַשְׁמַעוֹ דְּהָא אָמְרוּ בְּחוּלִין (דף ק"ל) תִּנָּא תְּנִי יִשְׁלַם וְאֵת אֲמַרְתָּ מִדַּת חֲסִידוֹת שָׁנוּ כְּאֵן.

הַרִי דְּלִשׁוֹן יִשְׁלַם מְשַׁמְעוֹ דְּנוֹטֵל שְׁכָרוֹ בְּדִין. וְכִיּוֹן דְּאָמְרוּ וּלְה' ה' הַחֻסָּד כּו' וְאֵינוֹ נוֹטֵל שְׁכָרוֹ ע"פ דִּין רַק מִצַּד הַחֻסָּד א"כ אֵינוֹ שְׁיִיף לְשׁוֹן יִשְׁלַם לְה' דְּהָא יִשְׁלַם מְשַׁמְעוֹ דְּנוֹטֵל שְׁכָרוֹ ע"פ דִּין וְלָכֵן אָמְרוּ אֵל תִּקְרִי יִשְׁלַם אֶלָּא יִשְׁלִימֵנוּ.

וְעֵינֵן בְּפֶר"ד דְּרוּשׁ כ"ו בְּבִיאורוֹ לְמִדְרַשׁ רוּת בְּפְּסוּק יִשְׁלַם ה' פְּעֻלָּה כּו'. וּלְפִי מָה שֶׁכְּתִיבִי יֵשׁ לְפָרֵשׁ עַפ"ז לְכַוֵּנַת מִדְרַשׁ רוּת הַנֶּזְ"ל בְּאֶנְפֵן אַחַר וְקַצְרִיתִי: ה' וְזֶהוּ פְּוֹנַת הַפְּסוּק בְּאִיּוֹב ל"ד כִּי פְּוַעַל אָדָם יִשְׁלַם לוֹ וְכַאֲנִיחַ אִישׁ יִמְצִיאָנוּ.

מִשׁוּם דְּמָה דְּמִשְׁלַם שְׁכָרוֹ אֵף דְּאֵינוֹ ע"פ דִּין עַכ"ז הָיוּ מְגִיעַ לוֹ שְׁכָרוֹ ע"פ דִּין וְכַדְּכִתִּיב וּלְה' ה' הַחֻסָּד כִּי אַתָּה תִּשְׁלַם לְאִישׁ כְּמַעֲשָׂהוּ כְּמוֹ דְּעַשָּׂה הָאָדָם בְּעַצְמוֹ אֵף גָּמַר הַמְעַשָּׂה וְזֶהוּ גּוֹפָא מִצַּד הַחֻסָּד כְּדִי דְּלָא יִהְיֶה לְהַנְשָׂמָה נְהָמָא דְּכִיסוּפָא דְּעֵיקָר בִּיאַת הַנְשָׂמָה בַּעוּה"ז הוּא כְּדִי דְּלָא יִהְיֶה נְהָמָא דְּכִיסוּפָא כִּידוּעַ.

וּעַפ"ז פִּירְשְׁתִי לְהַמ"ר בְּרַאשִׁית (פ' ס"ב) כַּד דְּמַף וּר' אַבְהוֹ אַחוּוֹ לִיה' י"ג נְהָרִי אֶפְרָסְמוֹן א"ל אֵילָן דְּמָאן א"ל דִּינָה. אָמַר אֵילָן דְּאֵבוּהַ וְאֵנִי אֲמַרְתִּי לְרִיק יִגְעֵתִי כּו' אָכֵן מְשַׁפְּטִי אֶת ה' וּפְעֻלָּתִי אֶת אֱלֹהֵי וְהָאֲרַכְתִּי בְּזָה.

וְזֶה שְׁאֵמַר בְּאִיּוֹב כִּי פָנַעַל אָדָם יִשְׁלַם לוֹ דְּמַשְׁלָם שְׂכָרוֹ כְּאִלּוּ הוּא פְּעוֹלָת אָדָם בְּעַצְמוֹ דִּישְׁלַם מִשְׁמַעוֹ ע"פ דִּין. וְסִיגִים וְכֹאנֶרַח אִישׁ יִמְצִיאֵנוּ דְּאֵף כְּשֹׁנְעֵשָׂה הִיצֵה"ר דְּהִיָּה מִתְחַלָּה בְּשֵׁם אֶנְרַח דְּלִבְסוּף הוּא בְּשֵׁם אִישׁ כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ בְּסוּפָה (דָּף נ"ב).

וּבְעֵת דֵּהִיצֵה"ר הוּא בְּשֵׁם אֶנְרַח אֶז בְּנִקְל בְּיַד הָאָדָם לְנִצְחָת אֶת הִיצֵה"ר אֶף אַח"כּ כְּשֹׁנְעֵשָׂה בְּשֵׁם אִישׁ אֶז אִין בְּיַד הָאָדָם לְנִצְחָתוֹ רַק ע"י עֲזָרָה שֶׁל הַקַּב"ה. וְזֶה שְׁאֵמַר וְכֹאנֶרַח אִישׁ יִמְצִיאֵנוּ דְּבְעֵת שְׁהֶאֱוָרַח נְעֵשָׂה אִישׁ אֶז הַקַּב"ה מִמְצִיא בְּיָדוֹ אֶת הִיצֵה"ר לְנִצְחָתוֹ וְעַכ"ז מִחֲשָׁב לוֹ כְּאִלּוּ הוּא פְּעוֹלָת הָאָדָם בְּלִבְדוֹ וּמִשְׁלַם שְׂכָרוֹ מִצַּד הַדִּין כְּדִי דְלֹא יִהְיֶה עַדִּין נִהְמָא דְכִיְסוּפָא.

וְנִהוּ כְּפָלִים מִצַּד הַחֶסֶד א' בְּמַה שְׁמִשְׁלַם שְׂכָרוֹ ב' בְּמַה שְׁמִחֲשָׁב זֶה כְּמוֹ דְּמַגִּיעַ שְׂכָרוֹ ע"פ דִּין: וְעֵינְקָר קְבֻלַּת הַשְׂכָּר הוּא מִשׁוּם מִחֲשַׁבְתּוֹ שֶׁל הָאָדָם דְּהִמְחִשְׁבָה הוּי מִצַּד הָאָדָם בְּלִבְדוֹ וְאֵף דְּאִין הַפַּח בְּיָדוֹ לְגִמְוֹר בְּמַעֲשָׂה בְּלֹא עֲזָרָה שֶׁל הַקַּב"ה מ"מ מְקַבֵּל שְׂכָרוֹ מִצַּד הַדִּין מִפְּנֵי הַמִּחְשָׁבָה דְּזִהוּ שְׁלוֹ מִמֶּשׁ.

וּמַה"ט מִחֲשַׁבָה טוֹבָה מְצַרְפָּה לְמַעֲשָׂה כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ (בְּקִיְדוּשִׁין דָּף מ') דְּחִיָּשָׁב לְעֵשׂוֹת מְצֻנָה וְנִנְאָנְס וְלֹא עֲשָׂאָה מַעֲלָה עָלָיו כְּאִלּוּ עֲשָׂאָה. מִשׁוּם דָּאֵם לֹא נִנְאָנְס וְנִדְאִי הִיָּה עוֹשֵׂה כִּינּוֹן דֵּהֶקַב"ה עוֹזְרוֹ.

וְהִנֵּה בְּחִיָּשָׁב לְעֵשׂוֹת וְאִינוּ מְהַדָּר לְעֵשׂוֹת אֶז לֹא הוּי הַמִּחְשַׁבָה כְּמַעֲשָׂה כְּדִכְתִּיב מִי יֹאמֶר זְכִיתִי לְבִי טְהִרְתִּי מִחֲטָאֵי דְּבְמָה דְּזִנְיָה בְּלִבּוֹ לְעֵשׂוֹת וְאִינוּ מְהַדָּר לְעֵשׂוֹת מִי יוּכַל לוֹמֵר דַּע"י הַמִּחְשַׁבָה לְבִדּוֹ נִטְהַר מִחֲטָאֵיו רַק הָעֵינְקָר לְהַשְׁתַּדֵּל אַחַר עֲשִׂיַת הַמְצֻנָה וְנִנְאָנְס וְלֹא עֲשָׂאָה אֶז מַעֲלָה כְּאִלּוּ עֲשָׂאָה.

וְעַפ"ז יֵשׁ לְתַרְץ קוֹשְׁיּוֹת הַבָּאֵר אַבְרָהָם לְשִׁבְתָּה (דָּף נ"ו) עַל הָא דְכָל הָאוֹמֵר שְׁלֵמָה חֲטָא אִינוּ אֶלָּא טוֹעָה כו' וְהַכְּתִיב אֶז יְבִנָּה שְׁלֵמָה בְּמָה לְכַמוֹשׁ כו' שְׁפָקַשׁ לְבָנוֹת וְלֹא בְּנָה וְהַקֹּשֶׁה דְּהָא בְּעוֹבְדֵי כּוֹכְבִים מִחֲשַׁבָה רַעָה כְּמַעֲשָׂה א"כ נִחְשָׁב זֶה לְחֲטָא.

וְתִי זֶה ע"פ דְּבָרֵי הָרֹא"שׁ ספ"א דר"ה וְכְדָבָרֵי הַנְּחֻלַת עֲזָרִיאֵל. ע"ש ב"ב א.

וְלִדְעֵתִי אִין זֶה קוֹשֶׁה דְּהָא בְּקִיְדוּשִׁין (דָּף מ') אָמְרוּ מִתְחַלָּה שְׁם חֲשָׁב לְעֵשׂוֹת מְצֻנָה וְנִנְאָנְס וְלֹא עֲשָׂאָה כו' דְּדוֹקָא בְּנִנְאָנְס וְלֹא עֲשָׂה הַמְצֻנָה בְּזֶה מַעֲלָה כְּאִלּוּ עֲשָׂאָה. וְכַמִּחְשַׁבָה רַעָה אִינוּ כְּמַעֲשָׂה אֶף בְּנִנְאָנְס וְלֹא עֲשָׂה כְּדָאֲמָרוּ שְׁם מְקוֹדָם דְּמִיָּרִי בְּנִנְאָנְס כו'.

וְאַח"כּ דְּאָמְרוּ שְׁם דְּבַעְבוּדַת כּוֹכְבִים אִינוּ כֵּן קָאֵי הַפַּל בְּנִנְאָנְס וְלֹא עֲשָׂה דְּבִנְיָה הוּי מִחֲשַׁבְתָּה בְּעוֹדַת כּוֹכְבִים כְּמַעֲשָׂה. וְלָכֵן עַדִּין י"ל דְּהִיָּכָא דְלֹא נִנְאָנְס אֶז אֶף בְּעַבּוּדַת כּוֹכְבִים בְּחֲשָׁב לְעַבּוּד וְלִסוּף לֹא עֲשָׂה דְּבַכָּה"ג לֹא הוּי כְּמַעֲשָׂה כְּלָל אֶף בְּעַבּוּדַת כּוֹכְבִים.

גַּם י"ל דְּזֶה מוֹעִיל מִצַּד דְּהוּי כְּבַעַל תְּשׁוּבָה. וְזוּלַת זֶה י"ל דְּלֹא נִחְשָׁב לְחֲטָא כְּלָל מַעוֹלָם דְּהוּי כְּאִלּוּ לֹא חֲטָא כְּלָל מַעוֹלָם.

וְע"כ׳ שְׁפִיר אָמְרוּ כָּל הָאוֹמֵר שְׁלֵמָה חֲטָא טוֹעָה דְּבִקְשׁ לְבָנוֹת וְלֹא בְּנָה דְּהָא הִי יְכוֹלַת בְּיַד שְׁלֵמָה לְהוֹצִיא מִחֲשַׁבְתּוֹ לְפוֹעַל וְעַכ"ז לֹא בְּנָה א"כ לֹא נִחְשָׁב זֶה לְחֲטָא כְּלָל מַעוֹלָם אֶף בְּעַבּוּדַת כּוֹכְבִים וְרַק בְּנִנְאָנְס אֶז הוּי כְּמַעֲשָׂה בְּעַבּוּדַת כּוֹכְבִים.

וכן י"ל בקה דחולין (דף קמ"ב) וקצרתני. ומתורץ גןשיות הבאר אברהם: ז ולפ"ז יש לתרץ לגןשיות הבל"ע על הא דרצה הקב"ה לזכות לפיכה הרבה תורה כו' דהא אין כל אדם יכול לקיים כל המצוות והוי עול פבד במה שהרבה תורה ומצוות.

משום דלפי מש"כ עיקר השכר הוא עבור מחשבתו דהמעשה הוא ע"י סיוע של הקב"ה. ובמחשבה הוא בקל ביד כל אדם להעלות בדעתו בעת שלומד תורה דאם יבוא לידו אלו הדינים והמצוות דיקיימן ומהדר מתי יבאו לידו ויקיים אותן ובנאנס ולא עשה מעלה עליו כעשאה א"כ זהו בנקל ביד כל.

וכדכתיב בפ' בלק לא הביט און ביעקב ולא ראה עמל בישראל ה' אלקיו עמו כו'. י"ל כוונתו לא הביט און ביעקב דמחשבה רעה אינו כמעשה וכדאמרו בקידושין (דף מ') בפסוק און אם ראיתי בלבי כו'.

ועוד חסד דלא ראה עמל בישראל דמיד דמקבל במחשבתו לעשות המצוה הקב"ה עוזרו כדכתיב נותן ליצף פח ועוזרו שיגמר במעשה המצוה לאשורו. וסיים ה' אלקיו עמו דאלהים הוא בעל פח כי ד' הוא בעל פח שלו להוציא מחשבתו למעשהו.

ותרועת מלך בו. פי מיד שמקבל במחשבתו ובלבבו לעבוד השי"ת אז ה' בעל פח שלו ובקצרו.

וכל הדברים הללו הוא כעין דברי הר"ן בדרשותיו בהך דברכות (דף ל"ג ע"ב) דמקשו בגמ' אטו יראה מילתא זוטרתא וע"ז כתב הר"ן להסביר דלולי דברי הגמ' י"ל דיראה הוי מילתא זוטרתא לפי דהרפיב ה' בנו פח הגוף וכח הנפש כו' וביאר עפ"ז המאמר דת"ח כל זמן שמזקינים דעתן נתנספת עליהן כו' ע"ש.

וזהו הפל למטרה אחת במה דאמרו הבא לטהר מסייעין לו. ועפ"ז בארתי הך דברכות (דף ז') בקש משה שלא תשרה שכינה כו' ובמק"א הארכתי בכ"ז: ח ולכן אף דאין ביד כל לקיים כל המצוות מ"מ ע"י עסק התורה בעת שעוסק בתורה ומקבל עליו במחשבתו מתי תבא לידו המצוה הזאת והדינים שהיא עוסק בלמוד התורה בדיניהם אז נחשב לו כאלו קיים אותן.

וכעין הך דמגילה (דף כ"ז) דכ"ז שקוראין בהן מעלה אני עליהן כאילו מקריבין לפני קרבן כו' וזהו ונשלמה פרים שפתינו. וכדאמרו במנחות (דף ק"י) דת"ח העוסקין בהלכות עבודה מעלה הפתוב כאלו נבנה מקדש.

וכל העוסק בתורת חטאת כאלו הקריב חטאת כו'. וכולהו מחד טעמא דכיון דהקב"ה בעזרו לעשות אם יזמן המצוה הזאת לידו ע"כ נחשב לו כאלו עשאה.

ולכן הוי זכות גמור במה שהרבה תורה ומצוות משום דבנקל בידו לקיים במעשה אם יבא לידו וע"כ בעת שעוסק בתורה נחשב לו אז כאלו קיים המצוות והדינים שעוסק בהם. וידוע מש"כ בספרי יראים דבעת עסקו בתורה בכל תיבה ותיבה שהוציא מפיו דמקיים מ"ע של ת"ת בכל תיבה ותיבה.

וזולת זה י"ל לפי מש"כ דאם לומד ומחשב מתי יבאו לידו ויקיימן דנחשב לו כאלו קנים הרבה מצות אז משום דנחשב לו כאלו עשאן. וזה שאמר רצה הקב"ה לזכות ישראל לפיכך הרבה תורה ומצות שנא' ה' חפץ למען צדקו ויגדיל תורה ויאדיר.

דהוי זכות רב במה שריבה תורה ומצות פנ"ל. וזה שאמר ה' חפץ למען צדקו דרצה בחסדו ובצדקתו לזכות אותנו והגדיל התורה ואף דרבו המצות מ"מ הוי בידי כל לקיימן דנחשב לו כעשאן לפי דהקב"ה בעזרו.

ויאדיר. ומגביר את היצ"ט על היצה"ר שיינצח אותו וכ"ז צדקתו של השי"ת שעושה עמנו לזכותינו ולטוב לנו ומתורץ קושיות הבל"ע: ט וזהו פנונת הפסוקים ויצונו ה' לעשות את כל החוקים האלה לטוב לנו כל הימים ולחיותינו כו'.

דכל אלו החוקים הוא לטובתנו ולזכותינו. ולא תקשה דהא אין בידי כל לקיימם כל המצות וכמו שהקשה הבל"ע.

ע"ז אמר וצדקה תהיה לנו כי נשמור לעשות את כל המצוה הזאת כאשר צונו. הפנונה דהא אף במי ששמר ועשה כל המצות פראוי אינו נוטל שכרו מצד הדין רק מצד החסד והצדקה.

וכפי שנתבאר. וע"ז נאמר וליה' ה' החסד כו'.

ועיקר שכרו הוא בעד מחשבתו הטובה דנהו שלו לבדו ובמחשבה הלא יכול לקבל עליו כל המצות ולקבל עליו מתי יבאו לידו ויקיימן. וכדכתיב בדברים ל"א ועתה כתבו את השירה הזאת ולמדה את ב"י שימה בפיהם.

דבעת שילמדו ויעסקו בהתורה בפיהם ויקבלו עליהם לעשותן כשיבוא לידם אז נחשב לשימה ולמעשה בעודו בפיהם למען תהיה לי זאת לעד בבנ"י שנהו בטח דאם יבא לידם נדאי יקיימו.

וע"כ הוי שפיר לטוב לנו במה שצוה לנו על כל החוקים וכמו דאמר רחב"ע רצה הקב"ה לזכות כו'. וכפי שנתבאר לעיל לתרץ קושיות הבל"ע.

וקושיותו וכל מה שכתבתי לתרץ קושיותו נכללו בכוננת הפסוקים הללו: י והנה לעיל הבאתי להך דמנחות (דף ק"י) דאמר ר"ל כל העוסק בתורת חטאת כאלו הקריב חטאת כו' ורבא אמר כל העוסק בתורה א"צ חטאת כו'.

ונלע"ד דלשיטת רבא הוא דאף מי שאינו עוסק בדיני קרבנות ג"כ א"צ חטאת משום דס"ל דעסק התורה בעצמותה מכפרת עונותיו וכמש"כ הגפ"ש החיים שער ד' פ' ל"א עלה דמנחות דעסק התורה מכפרת גם העונות החמורות שאין קרבנות מכפרים מ"מ תורה מכפרת וכדאמרו בר"ה (דף יח) בזבח ומנחה אינו מתכפר אכל מתכפר בד"ת כו' ועפ"ז פרשתי לכוננת הפסוקים (ישע' נ"ו) ואל יאמר בן הנכר הנלנה אל ה' הבדיל יבדילני כו' ואל יאמר הסריס הן אני עץ יבש פי כה אמר ה' לסריסים אשר ישמרו שבתותי ובחרו באשר חפצתי ומחזיקים בבירתי ונתתי להם בביתי כו' ובני הנכר הנלנים על ה' ולא הבה את שם ה' להיות לו לעבדים כל שומר שבת מחללו ומחזיקים בבירתי כו'.

וְצָרִיךְ בִּיאור מִפְּנֵי מַה בְּהִסְרִיסִים אָמַר שְׁלֹשָׁה דְּבָרִים שֶׁיִּשְׁמְרוּ שְׁבֻתוֹתַי וּבָחֲרוּ בְּאֲשֶׁר תִּפְצְצֵתִי וּמִחֲזִיקִים בְּבְרִיתִי. וּבְבִגְי הַנֶּכְר אָמַר רַק שְׁנֵי דְּבָרִים שֶׁנֶּאֱמַר שְׁבֻת מִחֲלָלוּ וּמִחֲזִיקִים בְּבְרִיתִי וְלֹא אָמַר וּבָחֲרוּ בְּאֲשֶׁר תִּפְצְצֵתִי.

וְגַם מִפְּנֵי מַה מִּחֲלָק הִסְרִיסִים בְּפְנֵי עֲצָמֹן מִן בְּנֵי הַנֶּכֶר וְעוֹד דְּקָדוּקִים רַבִּים: יֵא וְהַנְּלַע"ד בְּהַקְדָּם לְהָא דְיוֹמָא (דָּף פ"ו) אַרְבַּע חֲלוּקֵי פִּפְרָה שְׁהֵיָה ר"י דּוֹרָשׁ עֶבֶר עַל עֲשֵׂה כּו' עֶבֶר עַל ל"ת כּו' עֶבֶר עַל פְּרִיָּתוֹת וּמִיתוֹת ב"ד תְּשׁוּבָה וְיוֹה"כ תּוֹלִין וְיִסוּרִין מְמָרְקִין וּבְחֲלוּל ה' פְּוֶלָן תּוֹלִין כּו'.

וּבְזִמְן שְׁהֵיָה בַּהֲמ"ק קִיָּים הָיוּ קַרְבָּנוֹת יו"כ מְכַפְּרִים אַף עַל חֲמוּרוֹת בְּעֲשֵׂה תְּשׁוּבָה וּכְמַש"כ הֶרְמֵב"ם ה' תְּשׁוּבָה פ"א וְכַמְבֹּאֵר בַּפ"ק דְּשִׁבְעוֹת. א"כ בְּיָמֵינוּ דְּאִין לָנוּ מִזְבַּח פִּפְרָה אִין לָנוּ עֲצָה לְהַנְצִל מִיִּסוּרִין וּמִיתָה אִם עֶבֶר עַל חֲמוּרוֹת וְחֲלוּל ה' אֲכֹן מְצִינוּ עֲצוֹת וְתַחֲבוּלוֹת אַף הָאֵיִדְנָא דִּיהָא מוֹעִיל תְּשׁוּבָתוֹ לְגַמְרוּ פִּפְרָתוֹ מִיַּד לְגַמְרֵי.

וְהוּא דַּהֲט"ז בַּאו"ח ס' רמ"ב ס"ק א' פְּתַב בְּהַדָּ דְּשִׁבְתָּ (דָּף קי"ח) כָּל הַמְּשַׁמֵּר שְׁבֻתָּ כְּהִלְכָתוֹ אַף עוֹבֵד עֲבוֹדַת כּוֹכָבִים כְּדוֹר אֲנוֹשׁ מוֹחֲלִין לוֹ וּפִי' הַט"ז דְּקָאֵי בְּעֲשֵׂה תְּשׁוּבָה דְּמַהְגֵּי אַף דְּעֶבֶר עַל חֲמוּרוֹת וַא"צ לְיִסוּרִין ע"ש בַּט"ז.

א"כ מְצִינוּ עֲצָה וְסִגְוֵלָה אַף בַּזַּה"ז לְגַמְרוּ פִּפְרָתוֹ אַף שְׁעֶבֶר ח"ו עַל חֲמוּרוֹת שֶׁיִּשְׁמְרוּ הַשְּׁבֻתָּ כְּהִלְכָתוֹ. וּבִיאָרְתִי עַפ"ז לְכַוֵּנַת הַמ"ר (בְּרַאשִׁית כ"ב) וַיֵּצֵא קִיָּין מִלְּפָנָי ה' כּו' פִּגְעַת בּוֹ אֲדָם הָרֵאשׁוֹן א"ל מַה נַּעֲשֵׂה בְּדִינָךְ א"ל עֲשִׂיתִי תְּשׁוּבָה וְנִתְפַּשְׂרְתִי כּו' עֲמַד אֲדָם הָרֵאשׁוֹן וְאָמַר מִזְמוֹר שִׁיר לְיוֹם הַשְּׁבֻתָּ וְהֶאֱרַכְתִּי בְּזָה וּבִשְׂאָרֵי מְאֲמָרִים הֶרְבֵּה בְּהוֹכַחַת לְזָה.

הָרֵי דְּמַצְנוֹת שְׁמִירַת שְׁבֻתָּ כְּהִלְכָתוֹ הִיא תַּחֲבוּלָה לְהִיּוֹת נִיִּצַּל מִיִּסוּרִין אַף דְּעֶבֶר עַל חֲמוּרוֹת בְּעֲשֵׂה תְּשׁוּבָה: יב עוֹד עֲצָה יֵשׁ לָנוּ אַף בַּזַּה"ז לְכַפֵּר עַל חֲמוּרוֹת לְגַמְרֵי בְּלֹא יִסוּרִין וְהוּא דְּהָרִי"ף בַּע"י לְיוֹמָא (דָּף פ"ו) דְּתְּשׁוּבָה מְאֵהְבָה מְכַפֵּר מִיַּד בְּלֹא יִסוּרִין כּו' וְהוּבָא בְּאַגְוֹדַת אֲזוּב דְּרוּשׁ ר"ה דָּף י"ב וְתְּשׁוּבָה מְאֵהְבָה הוּא בְּחִינַת בֵּן וְתְּשׁוּבָה מִיִּרְאָה הוּא בְּחִינַת עֶבֶד וּכְמַש"כ הָרִי"ף שֶׁם לְהוֹכִיחַ כֵּן מְדַכְתִּיב שׁוּבוּ בְּנִים שׁוֹבְבִים וּמוֹקְמִינן בְּתְּשׁוּבָה מְאֵהְבָה שְׁחֲבִיבִין לְפָנָי ית"ש כְּבָנִים ע"ש.

וּכ"כ אֲגוֹדַת אֲזוּב דְּרוּשׁ ש"ת ד' י"ד לְבָאֵר זָה בְּאַרְנוֹכָה דְּתְּשׁוּבָה מְאֵהְבָה דְּזוֹנוֹת כְּפִיּוֹת א"צ לְשׁוּם דְּבָר וְנִגְמַר פִּפְרָתוֹ מִיַּד. וַיֵּשׁ לִי אֲרִיכוֹת דְּבָרִים בְּזָה.

וְכֹן נֶאֱמַר לְמַעַלָּה כִּי עָסַק הַתּוֹרָה גּוֹמְרַת הַפִּפְרָה מִיַּד כְּשֶׁעֲשֵׂה תְּשׁוּבָה וּכְמַש"כ הַנֶּפֶשׁ הַחַיִּים. וְלָכֵן הִזְהִירוּ כָּל סְפָרֵי יִרְאִים לְבַע"ת שֶׁיַּעֲסוּק בַּתּוֹרָה דְּאִזְ יִהְיֶה פְּטוֹר מִהִיִּסוּרִין. וְכַמְאֲמָרם בְּרִכּוֹת (דָּף ה') כָּל הָעוֹסֵק בַּתּוֹרָה יִסוּרִין בְּדִלִין הֵימְנוּ כּו'. וְכָל שְׂאֵפְשֶׁר לוֹ לְעֲסוֹק בַּתּוֹרָה וְאִינוּ עוֹסֵק הַקַּב"ה מְבִיא עָלָיו יִסוּרִין כּו'.

דְּמִי שְׂאֵפְשֶׁר לְעֲסוֹק בַּתּוֹרָה וְאִינוּ עוֹסֵק עָלָיו נֶאֱמַר כִּי דָּבַר ה' בְּזָה. וְכַדְאֲמָרוּ בְּסִנְהֶדְרִין (דָּף צ"ט) וּבְרַמְבַּ"ם הַלְכוֹת תְּלִמּוֹד תּוֹרָה פ' שְׁלִישִׁי הֶלְכָה י"ג וּבִי"ד (סִימָן רמ"ו סְעִיף כ"ה).

ונהו מחטאים החמורות כדאיתא בסנהדרין שם בפסוק פי דבר ה' בנה הכרת תפרת.
הכרת בעולם הנה תפרת לעוה"ב וכמש"כ הנפש החיים שער ד' פ' כ"ד ע"ש.

וכיון דמי שאפשר לו לעסוק בתורה ואינו עוסק הוא מהחמורות ע"כ אף בעשה תשובה
מתניסר בייסורין לגמור פפרתו. והארבתי עפ"ז בסוגיא דברכות (דף ה').

וכל הדברים הללו ארנפים והקיצור הוא דבזה"ז דאין לנו קרבנות יוה"כ אין לנו עצה
אף בעשה תשובה להיות ניצל מייסורין ומיתה בעבר על החמורות ובחילול ה' ומי יאמר
זכיתי לבי כו'.

רק ע"י שמירת שבת פהלקתו. ותשובה מאהבה.

ועסק התורה: יג ונקדים לדברי הרמב"ם פ"ז ה' תשובה ה"ז שכתב במעלת התשובה
ונו"ל אמש הנה האיש הנה מובדל מן ה' כו' ועושה מצות וטורפין אותן בפניו שנא' מי
בקש זאת מידכם כו'.

וכיוצא בזה כתבו בספרי מוסר בפסוק פי תצא למלחמה על אנייך ונתנו ה' אלהיך בידך
ושבית שביו דנהו הנכיות שלך שהיו עד עתה כשבויים ביד היצה"ר והובא כ"ז באהבת
ציון דרוש ה' שהאריף בכ"ז והקשה מיומא (דף פ"ו) דאמר ר"ל דתשובה מאהבה זדונות
פזכיות שנא' ובשוב רשע ועשה משפט וצדקה עליהם חי' יחיה.

והקשה דשמא פוננת הפסוק עליהם חי' יחיה דקאי על המשפט וצדקה שעשה מקודם
שעשה תשובה דאז היו טורפין המצות ממנו כמש"כ הרמב"ם וע"כ אמר דכשיעשה
תשובה יציל את המצות מן השביה וכדכתיב בכי תצא למלחמה ונתנו ה' כו' ושבית
שביו.

וחי' יחיה על המשפט וצדקה שעשה בעת שהיה רשע והאריף הדורש לציון שם בזה: יד
ונראה לע"ד ליישב קושיותו והוא דאי בב"ב (ד' י') שאלו את שלמה עד היכן פחה של
צדקה א"ל צאו וראו מה פירש דוד אבא פזר נתן לאביונים צדקתו עומדת לעד קרנו
תרום בכבוד רבא אמר מהכא הוא מרומים ישפון מצודות סלעים משגבו לחמו ניתן
מימיו נאמנים.

ופירשתי זה המאמר ע"פ מש"כ בפתח השער לספרי נחל יצחק אות י"ט בראור הפסוק
יראת ה' טהורה עומדת לעד. דהעושה לשמה זוכה לשכר הנצחי כדאי' בפסחים (דף
נו"ן) דבלשמה על השמים חסדך וכדאמרו בשבת (דף ס"ג) אנהו ימים למיימינים בה
כו' והארבתי בנה במק"א.

ובצדקה אמרו האומר סלע זו לצדקה ע"מ שיחיה בני ה"ז צ"ג כדאי' בפסחים (דף ח'
ובר"ה (דף ד'). והתוספות שם ובע"ג (דף י"ט) הקשו מהו דאל תהיו כעבדים המשמשין
ע"מ לקבל פרס כו'.

והאהבת ציון דרוש יו"ד הביא בשם אביו הגאון בעל נו"ב זצ"ל שמתק דשאני צדקה
משארי מצות דבצדקה אף שלא לשמה עשה פעולת תכליתו דהא עכ"פ הנה מחיה נפש
א' מישאל ולתעני אין נפקותא אם הוי לשמה כו' ע"ש.

ומסוגיא דפסחים (דף ח') גבי בדיקת חמץ דאין מחייבין אותו להכניס ידו לחורין ולסדקין מפני הספנה כו' שמה תאבד לו מחט ופריה וכה"ג לאו מצנה והתניא האומר סלע זו לצדקה בשביל שיחיה כו'.

ולדברי הנו"ב איך מדמה הש"ס צדקה לבדיקת חמץ והא יש לחלק ביניהם פדברי הנו"ב. ומוכח מזה פדברי התוס' דאינם מחלקים ביניהם ובמק"א הארכתי ליישב דברי הנו"ב ואכ"מ.

ובדבריהנו"ב פן הוא בפר"ד דרוש ג' בשם המהרי"ט. ועפ"ז יש לפרש הפסוק בפ' ראיה ולא ירע לבבך בתתה לו פי בגלל הדבר הזה יברכה ה'.

משום דאמרו עשר בשביל שתתעשר והוי צ"ג ולבבך הוא שני יצרה וזהו פוננת הפסוק ולא ירע לבבך בתתה לו למען שיברכה ה' בגלל הדבר הזה דשני יצרה יתרוצו לזה דזוכה עי"ז לשכר בעוה"ב ובעוה"ז וכן פתב בנחלת יעקב להגאון מליסא זצ"ל.

לפי דהיצ"ט יתראה לפי דהוי צ"ג וכן היצה"ר פיון דעושה להנאתו והדברים ארנפין: טו ולדברי הנו"ב דצדקה בלא לשמה דינו כמו לשמה א"כ גם בצדקה שלא לשמה זוכה לשכר הנצחי ועל השמים חסדך.

ונה שאמר במעלות הצדקה פזר נתן לאביונים צדקתו עומדת לעד קרנו תרום בכבוד. דבמפזר לאביונים צדקתו אף דמכנון להנאתו וטובתו החוזרת לעצמו מ"מ עומדת לעד דשכרו נצחי.

ומפרש אף דקרנו תרום בכבוד דעושה צדקה למען פבודו שיהיה מכובד בשביל זה עכ"ז עומדת לעד ושכרו כמו כל שכר המצות בלשמה. וזהו פחה של צדקה דאמר שלמה פה פירש דוד אבא במעלת צדקה דשכרה יותר משארי מצות שלא לשמה.

ורבא א' מהכא הוא מרומים ישכון מצודות סלעים משגבו לחמו ניתן מימיו נאמנים. דפירש לנו מעלה אחרת דיש לכחה של צדקה יותר משארי מצות.

והוא דהאהבת ציון דרוש ה' העלה דבמצוה לשמה אין טורפין אותה ורק בלא לשמה טורפין והביא ראיה ממה דכתיב בתהלים נו"ן ולרשע אמר אלהים מה לה לספר חוקי ותשא בריתי עלי פיך דהוא רק עלי פיך בלא פוננת הלב עכ"ל האהבת ציון.

וכן נראה להוכיח ממש"כ הרמב"ם פ"ז ה' תשובה דלעיל שפתב דטורפין המצות שנא' מי בקש זאת מידכם רמס חצרי כו'. והוא פסוק בישע"א א' ושם אח"ז פתיב לא תסיפו הביא מנחת שוא כו'.

א"כ מפרש להדיא דהה מי בקש זאת מידכם האמור שם למעלה קאי על מנחת שוא דאין לבבם אל ד' וזו היא מנחת שוא ונחשב לתועבה וכמש"כ שם הרד"ק וע"ז אמרו מי בקש זאת מידכם כו'. ומשמע דבמצוה לשמה אין טורפין וכמש"כ האהבת ציון.

ולכן פיון דנתבאר דצדקה אף בלא לשמה דינו כמו שארי מצות לשמה ע"כ הדין מתן דבצדקה אף בלא לשמה אין טורפין אותה אף שעשה בעודו ברשעתו וכמו בכל המצות לשמה דאין טורפין ממנו.

וְזֶהוּ כְּפִי הַפְּסוּקִים תְּהִלִּים קי"ט עָרֹב עֲבָדָה לְטוֹב אֵל יַעֲשֶׂה לִּי זָדִים. כִּי עָרֹב הוּא מְתוּק וְכִמוֹ הַיָּעָרֵב נֹא כּו' דְּבִקְשָׁתֵינוּ דְּהִמְתַּק לְנוּ דְּבָרֵי תוֹרָתָהּ וְזֶהוּ מִדְּרַגַּת מְאֵהָבָה.

וְאִזּוּ בִּלְיַעֲשֶׂה לִּי זָדִים דָּאִין טוֹרְפִין מְמַנּוּ. וְכֵן כְּפִי הַפ' שֶׁשׁ עֲשִׂיתִי מִשְׁפָּט וְצָדִיק בִּלְתַּנְיַחֲנִי לְעוֹשֵׂי וְקָאֵי עַל מַעֲלַת צְדָקָה כְּפִי לְקַצְרֵתִי: טו וְכֵן רָאִיתִי כְּעֵין זֶה בְּסִידוֹר תִּיקוּנֵי שְׁבַת בְּמֵאֵמֶר עֲנִינֵי צְדָקָה אוֹת ס"ג שְׁפָתַי בְּשֵׁם גְּדוֹל א' שְׁאֵמֶר דְּבִצְדָקָה אֵין שׁוֹם עֲבִירָה מְכַבֵּה אוֹתָהּ וְכִדְכָתִיב צְדָקָתוֹ עוֹמֶדֶת לְעַד וְאֵין שׁוֹם עֲבִירָה מְכַבֵּה אוֹתָהּ עכ"ל וְכָתַב זֶה בְּקִצְרָה.

וּבְעֵיקָר דְּבָרֵי הַרְמַב"ם וְסִפְרֵי מוֹסֵר בְּמִש"כ דְּטוֹרְפִין הַמְצִוֹת בְּפָנָיו יֵשׁ לְבָאָר עִפ"ז לְמָה שְׁאֵמֶרוּ בְּסוּטָה (דָּף כ"א) דְּעֲבִירָה מְכַבֵּה מְצִוָּה כּו'. דְּזֶהוּ לְפִי דְּטוֹרְפִין הַמְצִוָּה מְמַנּוּ.

וְע"פ מִש"כ דְּבִלְשָׁמָה אֵין טוֹרְפִין מְמַנּוּ י"ל שֶׁשׁ בְּסוּגְיָא דְּסוּטָה. וְרָאִיתִי בְּאַהֲבַת צִיּוֹן שֶׁשׁ שְׁהַקְשָׁה בְּהַדְּסוּגְדָרִין (דָּף ק"ב) אֲחָאָב וְנִתְרָן בְּמַמּוֹנוֹ הִיָּה וּמִתּוֹךְ שְׁהַהֲנָה ת"ח כִּיפְרוּ לוֹ מִחֲצָה וְהַקְשָׁה דְּהָא טוֹרְפִין הַמְצִוֹת מְמַנּוּ ע"ש.

אֲכֵן לְפִי מִש"כ דְּצְדָקָה אֵף בְּלֹא לְשָׁמָה אֵין טוֹרְפִין מְמַנּוּ. אֵינוֹ קָשָׁה דְּהָא בְּמָה שְׁהַהֲנָה ת"ח מְנַכְסִיו דְּזֶהוּ מְצִוֹת צְדָקָה שְׁאֵנִי כְּפִי.

וְעוֹד י"ל בְּזֶה לְפִי מָה דְּאֵמְרוּ בְּסוּטָה (דָּף כ"א) דְּעֲבִירָה מְכַבֵּה מְצִוָּה וְאֵין עֲבִירָה מְכַבֵּה תוֹרָה. ע"כ בְּאַחָאָב שְׁהַהֲנָה ת"ח מְנַכְסִיו דְּזֶה הָיָה כְּמוֹ תוֹרָה מִשְׁשׁ פִּינּוֹן דְּהַחֲזִיק בְּיַד לְוִמְדֵי תוֹרָה.

וְדִינוֹ כְּמוֹ הַת"ח הָעוֹסְקִים בְּתוֹרָה וְכַמְבֹּאָר בְּטוֹש"ע יו"ד סי' רמ"ו סְעִיף א' דְּהַמְסַפִּיק לְאַחֲרֵים הַלּוֹמְדִים נִחְשָׁב כְּאֵלוֹ לְוִמְד בְּעַצְמוֹ וְכִפִּי שְׁפָתַי בְּמִק"א לְבָאָר זֶה בְּאַרְנוֹכָה. וְכִינּוֹן דָּאִין עֲבִירָה מְכַבֵּה תוֹרָה ה"ה מְצִוֹת הַחֲזִקֶת לְוִמְדֵי תוֹרָה אֵין עֲבִירָה מְכַבֵּה אוֹתָהּ וְהַדְּבָרִים אֲרֻכִּין.

וְזֶהוּ מָה שְׁאֵמֶר בְּב"ב (דָּף יו"ד) רַבָּא אָמַר מְהִכָּא הוּא מְרוּמִים יִשְׁכּוֹן מְצוּדוֹת סְלָעִים מְשֻׁגְבוּ לְחַמוֹ גִּיתָן מִימֵי נְאֻמָּנִים. דְּהוּא מְרוּמִים יִשְׁכּוֹן הַכְּפִינָה דְּמַעֲלַת הַצְּדָקָה הוּא לְמַעֲלָה מְהַשְׁמִים וְעַל הַשְׁמִים חֲסָדָה וְעוֹד מַעֲלָה דְּמְצוּדוֹת סְלָעִים מְשֻׁגְבוּ זֶהוּ עַל מַעֲלַת צְדָקָה דָּאִין טוֹרְפִין מְמַנּוּ וְסִיגִים לְחַמוֹ גִּיתָן מִימֵי נְאֻמָּנִים דָּאֵף שְׁנַתֵּן צְדָקָה כְּדִי שִׁיְהִי מִימֵי נְאֻמָּנִים דִּיְהִיָּה קִיּוֹם לְנִכְסֵי וְלֹא יִפְסוֹק מְמַנּוּ הַשְּׁפָעָה לְטוֹב וְנָתַן צְדָקָה לְהַנְאִתּוֹ.

מ"מ זֹכָה לְשָׁנֵי מַעֲלוֹת הַלְלוּ דְּמְרוּמִים יִשְׁכּוֹן וּמְצוּדוֹת סְלָעִים מְשֻׁגְבוּ וְאֵין בִּיכּוּלֶת שׁוֹם דְּבָר לְנִצְחוֹ רַק מְצוּדוֹת סְלָעִים מְשֻׁגְבוּ וְיִהְיֶה תְּמִיד בְּרִשׁוֹתוֹ דָּאִין טוֹרְפִין מְמַנּוּ לְעוֹלָם כָּלָל. כֵּן נִלְע"ד בְּכְפִינָת הַגַּמ' דְּב"ב: יז וְזֶהוּ שְׁאֵמֶרוּ בְּב"ב (דָּף יו"ד ע"ב) אָמַר מִשָּׁה בְּמָה תְּרוּם קָרָן יִשְׂרָאֵל א"ל בְּכִי תִשָּׂא.

הַכְּפִינָה בְּמָה יִזְכּוּ לְשִׁכָּר דְּעַל הַשְּׁמִים דְּמִי יֹאמֶר זְכִיתִי לְפִי לַעֲשׂוֹת לְשָׁמָה ע"ז הַשִּׁיבוּ בְּכִי תִשָּׂא זֶהוּ מְצִוֹת צְדָקָה. וְאֵמְרוּ בְּב"ב (דָּף י"א) וְאֵנִי גִּנְזֵתִי לְמַעֲלָה כּו' דְּשִׁכְרוּ לְמַעֲלָה מְהַשְׁמִים.

וְכֵן אֵמְרוּ שֶׁשׁ וְאֵנִי גִּנְזֵתִי בְּמִקּוֹם שְׁאֵין הִיָּד שׁוֹלְטֶת בּוֹ שְׁנֵא' צְדָק וּמִשְׁפָּט מְכוּן כְּסֻאָה דָּאִין טוֹרְפִין מְצִוֹת צְדָקָה מְמַנּוּ כָּלָל. וְלְפִי מִש"כ לְחֻלְקָ בֵּין צְדָקָה לְשְׁאֵרֵי מְצִוֹת דְּבִצְדָקָה אֵף

בלא לשמה זוכה לשכר הנצחי א"כ מדוקדק עפ"ז הפסוק (בישע"ג נ"ו) פה אמר ד' שמרו משפט ועשו צדקה כי קרובה ישועתי לבא וצדקתי להגלות.

במשפט אמר שמרו משפט ובצדקה אמר עשו צדקה לפי דבמשפט אם אינו לשמה עד השמים ססדו ואינו זוכה לשכר הנצחי וממילא אין זה ממחר הגאולה העתידה דיהי' גאולה נצחית רק אם יעשו לשמה לכן אמר שמרו משפט לעשותו פתיקונו אבל בצדקה דאף בלא לשמה זוכה לשכר הנצחי ע"כ אמר ועשו צדקה דהעיקר תלוי שיעשו צדקה עכ"פ וממחר לגאולה העתידה וכדאמרו בבבא בתרא (דף י') גדולה צדקה שמקרבת הגאולה שנא' שמרו משפט ועשו צדקה כי קרובה ישועתי לבא כו'.

ועיקר החילוק בין צדקה לשארי מצות. מצאתי שכתב הקדמו הפרשת דרכים דרוש שלישי בשם המהרי"ט פ' קדושים שפתיב פ"ו ע"ש: יח נחזור לענינינו דצדקה אף בלא לשמה הוי כמו לשמה של שארי מצות דאין טורפין ממנו וזהו מה דאמרו בשבת (דף קי"ט) עשר תעשר עשר בשביל שתתעשר ובתענית (דף ט) ובחנוני נא בזאת כו'.

ולפ"ז מתורץ קושיות האהבת ציון דהקשה עלה דיומא דהוכיח ר"ל מן פסוק ובשוב רשע מרשעתו ועשה משפט וצדקה עליהם חיה יחיה דזדונות פזכיות ויהי עליהם חיה יחיה קאי על העבירות דאין לומר דקאי על המצות דפשיטא.

וע"ז הקשה דילמא אשמועינן דיציל את המצות דהיו טורפין ממנו כו' ולפי מש"כ דצדקה שאני א"כ שפיר הוכיחו מזה דזדונות פזכיות דאין לומר דקאי על המצות דעשה בעודו ברשעתו.

דז"א דהא פתיב ועשה משפט וצדקה ובצדקה הא אף בלא לשמה אין טורפין ממנו לעולם אף בעת שהיה רשע ע"כ מוכח דהי עליהם חיה יחיה קאי על העבירות שעשה ונהו משום דנעשו פזכיות ומתורץ קושיות האהבת ציון.

וענין בנפש החיים שער א' פ"ו בהגה וקצרת: יט ובמק"א פתיב לדון דלמ"ד מצות צריכות פנונה לא משפחת כלל למה דאמרו דטורפין המצות. דהא פתיב האהבת ציון דרק במצות אנשים מלומדה בזה טורפין המצות כמו שהוכיח מהפסוק ולרשע אמר אלהים מה לך לספר חוקי ותשא בריתי עלי פיך רק מהשפה ולחוצה כו'.

וכמש"כ להוכיח מפסוק מי בקש זאת מינדכם רמס חצרי לא תוסיפו הביא מנחת שוא דאין לבו פפיו. א"כ להסוברין מצות צריכות פנונה לא שייך כלל לומר דטורפין המצות ממנו דהא אם לא עשה בכנונה לא נחשבו לעולם למצוה כלל.

ובעשה בכנונה הא אין טורפין ממנו לעולם. ועפ"ז יש מקום לתרץ קושיות האהבת ציון שהקשה על מה שהוכיח ר"ל מן ובשוב רשע ועשה משפט וצדקה עליהם חיה יחיה דזדונות פזכיות הא י"ל דקאי הי עליהם על המצות שעשה דהיו טורפין ממנו.

אכן לפי מה שכתבתי פעת יש ליישב בפשיטות והוא דהא ריש לקיש ס"ל מצות צריכות פנונה פמבואר בפסחים (דף קי"ד). ומה שהקשה טורי אבן בר"ה פ"ג (ד' כ"ט) עלה דפסחים מנזיר (דף כג) דאר"י מאי דכתיב פי ישרים דרכי ה' כו' א"ל ר"ל האי רשע קרית ליה נהי דלא עבד מצוה מן המובחר פסח מיהא עבד כו'.

א"כ מוכח דר"ל ס"ל מצות אין צריכות פנונה כו' ובמק"א פתבתי ליישב קושיותו ע"פ דברי התוס' פסחים (דף ק"ז ע"ב) ד"ה דילמא אתי למיכל אכילה גסה כו' שפתבו בתי השני דאין לו לקרות רשע פיון שקנים מצות פסח אע"פ שלא קנים מצות אכילה דאכילת פסחים לא מעפבא עכ"ל.

וכעין זה קיי"ל בפסולי עדות דאם לא עבר רק על עשה אינו מופסל דלא מיקרי רשע. ומה שהביא הטורי אבן מן יבמות (דף כ') ונדה (דף י"ב) פתבתי לחלק ואכ"מ.

א"כ לריש לקיש דס"ל מצות צ"כ לא שייך קלל לומר דטורפין המצות ממנו לכן שפיר הוכיח ר"ל מהך ובשוב רשע מרשעתו ועשה משפט וצדקה עליהם חיה יחיה דזדונות פזיות ומתורץ קושיות האהבת ציון.

אף לפ"ז יש לדון במש"כ הרמב"ם דטורפין המצות ממנו והא הרמב"ם פסק דמצות צ"כ והובא באו"ח בבית יוסף סי' תקפ"ט ובסי' סמ"א. ובמק"א הארכתי בכ"ז הרבה: כ ונשובה לבאר פנונת הפסוקים שהתחלנו.

(בישעיה נ"ו) ואל יאמר בן הנכר הנלוה אל ה' לאמר הבדל יבדילני ה' מעל עמו ואל יאמר הסריס הו' אני עץ יבש כו' נרבו הדקדוקים בזה. אכן אחרי כל ההקדמות יש לבארו על נכון.

והוא דכן נכר הוא מי שנתנכרו מעשיו לאביו שבשמים דעבד עבודת פוכבים כמבואר בפסחים (דף כ"ח). ובעשה תשובה על חטא עבודת כוכבים דהוא מהחמורות לא מהני יוה"כ ותשובה לגמור פפרתו אם אין בהמ"ק קנים וכ"ז דלא נתיישר ביסורין לא נגמר פפרתו ועדיין הוא נבדל מן ה' ועמו וכמש"כ הרמב"ם ה"ת פ"ו ה"ז דהרשע מןבדל מן ה' פדכתיב עונותיכם היו מבדילים ביניכם לבין אלהיכם.

וכן הסריס הוא מי שעבר על עונות החמורות ואז אף המצות שעשה ג"כ אינן ברשותו כ"ז דלא נגמר פפרתו ונקרא סריס למי שאין לו תולדות מצות ומע"ט והוא פעץ יבש שאין בו לחלוחית קלל.

וע"ז ראה הכתוב לפרש עבורם עצות ותחבולות המועילות אף בזמן שאין בהמ"ק קנים דיהי' מספיק תשובתו. ומוכח דמתחלה קאי שם על זמן שאין בהמ"ק קנים דהא בסופו שם אמר ונהביאותים אל הר קדשי כו' עולותיהם וזבחייהם כו'.

הרי דמתחלה קאי בזמן שאין לנו מזבח פפרה. [ועיין בשבת (דף קי"ח ע"ב) שאמרו אלמלי שמרו שתי שפחות נגאלין שנא' פה א' ה' לסריסים כו' וכתב בתר' ונהביאותים אל הר קדשי כו' וקצרתני] ועכ"ז יש בידם סגולות להיות דבקים בד' מיד שעשה תשובה.

ולמציל מהשבי את המצות שעשה כבד בעודו ברשעתו וכדאמרו ביומא (דף פ"ו) גדולה תשובה שמגעת עד פסא הפבוד ועד ועד בכלל כו'. דאחר התשובה נתחבר בחיבור גמור לאביו בשמים.

וזהו פנונת הפסוק כי כה אמר ה' לסריסים אשר ישמרו את שבתותי ובחרו באשר חפצתי ומחזיקים בבריתי ונתתי כו' יד ושם טוב מבנים ובנות שם עולם אתן לו אשר לא יפרת. הפנונה הוא פה א' ה' לסריסים זהו בעלי תשובה דעדיין לא נגמר פפרתו ותשובתו לפי

דחטאו בתמורות והם עדיין בשם סריסים דאף המצות שעשה אינו ברשותו לפי דלא נגמר פפרתו ותקונו לגמרי ע"י התשובה לפי דעדיין לא נמחק החטא לגמרי כ"ז שלא נתניסר בייסורין לגמור הפפרה ותקונו פנ"ל: כא וע"ז אמר כה אמר ה' לסריסים כו' ואמר עצה וסגולה א'.

אשר ישמרו את שבתותי. כי סגולות מצות שמירת שבת פהלקתו היא מגנת להנצל מיסורין אף דעבר על התמורות וכמש"כ הט"ז.

עצה שניה ובחרו באשר חפצתי וזהו תשובה מאהבה דיעשו תשובה ומצות לשמה וכפי רצונו וחפצו של הקב"ה וכדאמרו בב"ב (דף י') דנקראים בנים בעושיין רצונו של מקום. שיעשו למען רצונו וחפצו של הקב"ה ולא למען טובת עצמו.

עצה שלישית ומחזיקים בבריתי זהו שישתדלו לעסוק בתורה דבריתי זו היא תורה כדכתיב אם לא בריתי חקות שמים נאריך כו'. ונקלל בלשון מחזיקים בבריתי.

דאף אותן שאינן בני תורה מ"מ פשישתדלו לחזק ידי לומדי תורה וזכו ג"כ למעלת התורה דמי שעוסק בה א"צ חטאת כו' וכמש"כ הנפש החיים פנ"ל דהעוסק בתורה ומחזיק בה נגמר פפרתו מיד שעושה תשובה אף בלא יסורין.

וזהו בכלל כל מי שעוסק בתורה יסורין בדלין ממנו פנ"ל. וגם המחזיקים בידי הת"ח נקראים עוסקים בתורה וכדאיתא בכתובות (דף קי"א) בפסוק ואתם הדבקים בה' אלהיכם כו' ובפסוק ולדבקה בו דכי אפשר לדבוקי בשכינה אלא כל המהנה לת"ח מעלה עליו פאלו מודבק בשכינה.

וכן בעל תשובה פשעוסק בתורה או שמחזיק לומדי תורה נדבק מיד להשכינה וכמש"כ הרמב"ם ה' תשובה פ"ז ה"ז דאמש הנה מובדל מן ה' כו' והיום הוא מודבק בשכינה שנ' ואתם הדבקים בה' אלהיכם כו'.

הרי דפירש דזה קאי גם על בעלי תשובה. ואמר לנו כל השלשה סגולות דנתבאר לעיל היינו שמירת שבת פהלקתו.

ותשובה מאהבה. ועסק התורה דהם מועילות אף בזמן שאין לנו קרבות יוה"כ דג"כ מתפירים לגמרי אף על התמורות.

ואף אחת מן השלשה סגולות הם מועילות וכל אחת מהם בפני עצמה היא מכפרת לגמרי על התמורות: כב ואחרי דהורה לנו שלשה עצות הללו אמר ונתתי להם בביתי יד ושם טוב מבנים ובנות שם עולם אמן לו אשר לא יפרת.

הפנונה דאחרי כל אלו סגולות דאמר מקודם דבכל אלו נגמר מיד פפרתו ותקונו כי נמחקו חטאיו מיד לגמרי וע"כ ממילא לא יהיה בשם סריס ועץ יבש פי גם המע"מ והמצות שעשה בעת שהיה רשע יציל אותן מן השב"י וכדכתיב בכי תצא למלחמה על אויביך ונתנו ה' אלהיך בידך בשבת ושבת שבו פנ"ל.

וזה שאמר דיזכו לשם טוב מבנים ובנות דתולדותיהן הם מצות ומעש"ט. ושם עולם אמן לו דיזכו לשכר הנצחי.

וסינים אשר לא יפרת דנהו להורות דקאי במי שחטא בכריתות דהוא מן עונות התמורות דג"כ יתפטר לו מיד ע"י פל שלשה עצות הללו ונגמר תקונו מיד דנמחק חטא פרייתות לגמרי ויהי זוכה להמעלות הללו: כג ובני הנכר הנלוים על ה' לשרתו ולאקהב את שם ה' להיות לו לעבדים פל שנמר שבת מחללו ומחזיקים בכריתי.

וצריך ביאור במה שאמר לאקהב את שם ה' להיות לו לעבדים. וכן מפני מה בסריסים אמר שלשה דברים ובבני הנכר לא אמר רק שני דברים שומר שבת ומחזיקים בכריתי ולא אמר ובחרו באשר חפצתי.

אכן לפי מש"כ לעיל אתי שפיר ונקדים לדברי המקנה בקידושין (דף מ') והערבי נחל דרוש לשבת שובה תקנ"ב שנתכוננו שניהם לדבר אחד במה דאמרו דבתשובה מאקהב זדונות פזכיות דבחטא עבודת פוכבים אף בעושה תשובה מאקהב דינן כמו בתשובה מיראה דאין זדונות פזכיות רק פשגגות וביארו טעמו של זה לנכון ע"ש.

ולפ"ז לא מהני העצה דתשובה מאקהב שנתבאר דגם בתמורות ינצל על ידי זה מהיסורין לפי דמיד דעושה תשובה מאקהב נמחק חטאו לגמרי. אבל בחטא עבודת פוכבים אף בעושה תשובה מאקהב לא נמחק חטאו לגמרי ועדיין נכתם עונו והוי כמו בתשובה מיראה ולא נגמר פפרתו מיד.

ועדיין צריך יסורין למרק עונותיו וכן בחילול ה' כו'. וכבר נתבאר בשם הרי"ף בע"י ביומא דלכן בתשובה מאקהב גומרת פפרתו משום דכתיב שובו בני שוכבים דמוקמינן בתשובה מאקהב שחביבין פכנים: והוא בא"א דף י"ב בבבאורו היום הרת עולם אם פכנים אם פעבדים כו' וכמש"כ לעיל.

וכדאמרו בב"ב (דף י') דבעושים רצונו של מקום קרוים פנים כו'. א"כ בחטא עבודת פוכבים דגם בתשובה מאקהב הוי כמו מיראה א"כ אינו נקרא בשם פן רק בשם עבד וכמו בכל תשובה מיראה דהוי בבחינת עבד וכמבואר שם ע"פ פסוק אם אב אני איה כבודי ואם אדונים אני איה מוראי כו' ע"ש: כד ולכן במי שחטא בעבודת פוכבים לא שייך בי' העצה ובחרו באשר חפצתי דאמר למעלה בהסריסים דנתבאר דנהו על תשובה מאקהב.

אלא שני העצות דלמעלה שם בשמירת שבת פהלקתו ועסק התורה ומחזיק ידי לומדי תורה אלו שני הענינים שייכים ומועילים גם במי שחטא בעבודת פוכבים לתקנו ולהיות ניצול מהיסורין ומיתה דנגמר מיד פפרתו בשלימות.

ונה שאמר הפתוב ובני הנכר הנלוים על ה' דמירי בעבד עבודת פוכבים שנתבחרו מעשיו ומתחרט ועשה תשובה כדי להתחבר אל ה'. ולאקהב את שם ה' להיות לו לעבדים.

הפנונה דבחטא חמור כזה אף דיעשה תשובה מאקהב ה' מ"מ לא יהיו בבחינת עבדים דהוא לא נמחק חטאו לגמרי ע"י התשובה רק יסורין גומרין פפרתו וכמו בתשובה מיראה דנקראו עבדים.

וע"כ לא אמר ביהו מעלת ובחרו באשר חפצתי רק שני ענינים היינו שומר שבת מחללו ומחזיקים בבירתי. זהו שמירת שבת כהלכתו ומחזיקים בעסק התורה ואם אינו בן תורה או כי מחמת חולשתו אינו יכול לעסוק בתמידות בתורה יחזק ידי לומדי תורה.

וע"י הנה שני ענינים ינצל מהיסורין ויהיה מיד דבוק לה' בחיבור גמור פנ"ל. ומסיים ונהיאותים אל הר קדשי כו' עולותיהם ונבתיהם לרצון על מזבחי כו'.

לפי דעך הנה הורה לנו להנה עצות על זמן שאין בהמ"ק קיים. אכן פשנזפה בע"ה שיהא הבהמ"ק והמזבח כפורה על מכונו אז אף ע"י תשובה מיראה יגמר פפרתם מיד ע"י קרננות יום הכפורים להנצל מהיסורין ולתקנו בתקון גמור להיות דבוק מיד להשי"ת וכדכתיב השיבנו ה' כו' חדש ימינו פקדם: כה ובתפלת נעילה אנו אומרים ותקבלנו בתשובה שלמה לפניך פאשים וכניחוים כו' וראיתי בסידור עיון תפלה שהקשה ע"ז דהא כל הקרננות אינם מכפרים בלא תשובה א"כ אנו עושים מהעיקר טפל ומן הטפל עיקר ע"ש.

אכן לפי הנתבאר בשם הרמב"ם דקרננות יוה"כ היו מכפרים מיד כפורה גמורה אף על החמורות ובלא יסורין כלל משא"כ בזה"ז דאין לנו קרננות יוה"כ אין לנו עצה להנצל מן היסורין רק ע"י תשובה מאהבה וחיזוק התוה"ק.

אתי שפיר מה שאומרים ותקבלנו בתשובה שלמה הפוונה על תשובה מאהבה דיטהר ד' לבבינו לעבדו מאהבה ויהיה נחשב לפני ה' פאשים וכניחוים של קרננות יוה"כ דיהיה כפורה שלמה מיד דלילי זה הא אין קץ לאשי חובתינו ואין מספר כו' דבתשובה מיראה יצטרך לכפורה ע"י יסורין על כל חטא וחטא א"כ אין סוף וקץ לכל זה ח"ו ע"כ אנו מבקשים שיקבל תשובתינו שתהיה שלמה.

ובכלל זה הוא תשובת ציבור ביחד וכמש"כ במק"א לבאר דע"י תשובת ציבור נחשב פמו שהקרננו לקרננות יוה"כ ונשלמה פרים שפתינו וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' כ"ו בהא דיומא (דף ל"ה) דאחר שפלתה עבודת ציבור פהו לובשה ועובד עבודת יחיד.

דדוקא עבודת יחיד אבל עבודת ציבור אף שמוסרה לציבור מ"מ חיישינן בעבודת יוה"כ וכמו שפכתתי שם ע"ש. ותשובת ציבור הוא פשיש שלום ואחדות ביניהם וכמש"כ במק"א לבאר זה.

וכן י"ל דתשובת ציבור בעצמו היא סגולה לכפורה גמורה מיד ולהיות דבקים להקב"ה בלא קרננות יוה"כ וכמו שהארכתי מזה בהא דיומא (דף פ"ו) דתשובת ציבור נוגע עד פסא הכבוד ועד בכלל כו'.

וכן בהה דר"ה (דף י"ז) דתשובת ציבור מקרעת גז"ד כו'. וכן בהא דמענית (דף ח') דבציבור נאמר ויפתוהו בפיהם כו' ואעפ"כ והוא רחום יכפר.

וכל אלו המאמרים בתנא מחתא מחתינהו. וה' זפנינו לאחד לבבינו ולעבדו בטהרת הלבב ובאהבה ולחזק התוה"ק ולומדיה ונזפה לתשובה עילאה ונהיה דבקים להשם יתברך ולתורתו פי אורייתא וקב"ה וישאל חד הוא וכדאמרו בכתובות (דף קיא) על פסוק

ואתם הדבקים בה' כו' וילדבקה בו כו' וננפה לביאת גואל במהרה בימינו ולחזות בנועם ה' וכדכתיב פי מציון תצא תורה אמן פן יהי רצון: ואשר הבאתי למעלה פי החזקת ידי לומדי תורה מכפרת אף על עונות המורות.

חברתי בעז"ה קונטרס מיוחד בראיות ברורות וחקוקות על גנדל מעלתה בקודש וביארתו שם בארנפה פאשר יראה המעיין שם ות"ל אשר יתענג הקורא בהם. ויזכינו ה' להמאנה הרמה הזאת אשר עי"ז נוכל להדבק בה' ובתורתו ויקנים בנו המקרא ואתם הדבקים בה' כו' אכי"ר:הלכות טוען ונטען סימן עה א (סעיף ב) ואם יש ע"א מסייעו י"א שפוטרו משבועה כו'.

והכי קיי"ל: ענף א נשאלתי איך הדין בגלגול שבועה דקיי"ל דמגלגלין והביא ע"א מסייעו לפוטרו דפוטרו מן עיקר שבועתו ועל הג"ש אין לו עד מסייעו אי אמרינו פיון דמפטר מן עיקר השבועה ע"י ע"א המסייעו דממילא אין פאן חיוב שבועה כלל ומפטר ממילא מן הג"ש ג"כ דהא אין לנו על מה לגלגל.

או אפשר דאמרינו פיון דנתחייב פכר בב"ד לישבע על הגלגול ע"כ כ"ז דאין לו עד מסייעו על הגלגול לא מפטר מן ג"ש. והוי כמו דאם נשבע פכר על עיקר שבועה במ"מ לא מפטר מן ג"ש לאחר שנתחייב לישבע בג"ש.

וכן נשאלתי דאפשר לומר פן גם אם הביא הנתבע שני עדים המעידים שהאמת הוא כדבריו בעיקר התביעה מי אמרינו דאנדא שבועה ממקומה וממילא מפטר מלישבע אף על הג"ש.

או דלמא דאמרינו פיון דהב"ד חייבוהו לישבע פכר פדין על הג"ש. ע"כ כ"ז דאין לו פירור על הג"ש מחייב לישבע הג"ש אף לאחר שפאו שני עדים על עיקר תביעתו.

והא דסי' ע"ה סעי' ט"ו דאם הוי מחושואיל"מ על עיקר שבועה דפטר על הג"ש אין זה דומה לנ"ד דהא הוי כמו דלא נתחייב שבועה מעולם כלל: אבל באמת אין בזה שום ספק כלל דהא זה מבואר להדיא בב"מ (דף ו' ע"א) תוס' ד"ה שבועה שלא שלחתי בה יד כו' דשלא שלחתי כו' אין זה רק ע"י ג"ש וכשיש רואה שנאנסה פטור לגמרי.

וכ"כ הרא"ש בב"מ פ"ג סי' כ' בשם הירושלמי דאם יש עדים דלא פשע פטור אף מן השבועה שלא שלח בה יד. וכ"כ הטור בסי' רצ"ד ובש"ע שם סעי' ב'.

אלמא דאף דנתחייב פכר לישבע ג"כ שלא שלח בה יד משום ג"ש מ"מ אם מביא עדים לפוטרו מן עיקר שבועתו דמפטר ממילא ג"כ מן הגלגול שבועה. וכעין זה מציינו בחי' הריטב"א לב"מ (דף פ"ג) ד"ה דתני איסי שבועת ה' תהיה כו' אין רואה הא יש רואה יביא ראיה ויפטר.

וכתב הרב אלפסי מאי אתא לאשמעינן איסי וכי עד השתא לא שמעינן דמאן דאית ליה ראיה מפטר כו'. אף הרב משה פהן פירש דלעולם אפי' משבועה איפטר וכי תימא מאי אשמעינן איסי כו' הא קמ"ל אפילו בעא למכפלי' תובע לנתבע לאשתבועי פי היכי דנגלגל עליו שבועות טובא לא מצי פנייה ליה דבעדים מצי מפטר ותו לא מגלגל עלי' כו' עכ"ל הריטב"א: והנה קודם שהגיע לידי ספר הריטב"א הייתי רגיל לפרש הך שיטה המובא

בְּרִי"ף ספ"ו דב"מ דְּכַתְּבַב בּוּזָה"ל הָא דְּתַנִּי אִיִּסי חֲזִינָא בִּי תְּרִי טַעְמָא אִיכָא מֵאן דְּאָמַר לְאַפְטוֹרִי נְתַבַּע מְשִׁבּוּעָה הוּא דְּתַנִּי אִיִּסי כּו' וְאִיכָא מ"ד אִטּוּ אָנּוּן לָא יִדְעִינּוּ דְּמֵאן דְּאִית לִיה רְאָיָה דְּמִיִּתִּי רְאָיָה וּמִיפְטַר כּו'.

וְהִיִּיתִי רְגִיל לְפָרֵשׁ דְּכִנּוּנַת אִיכָא מ"ד הַנְּ"ל הוּא לְאַשְׁמוּעִינּוּ דְּאַרְף ע"א מְסִינְעוּ פּוֹטְרוּ מִן הַשְּׁבֻעָה וּכְמוֹ דְּשִׁקְלוּ וְטָרוּ בְּזָה הָרֵאשׁוֹנִים בְּרִישׁ ב"מ וּבְרֵא"ש שָׁם. אָכֵן הָרִיטְב"א בְּשֵׁם הָרַב מִשָּׁה פֶּהֶן פֶּתַב לְפָרֵשׁ דְּאַשְׁמוּעִינּוּ דְּאִם מְבִיא רְאָיָה עַל עֵיִקֵר הַשְּׁבֻעָה דְּמִיפְטַר אַרְף מִן הַג"ש.

דְּהִיָּה ה"א לֹאמַר דְּלָא מִיפְטַר מִן ג"ש פִּינּוּן דְּנִתְחַיִּיב כְּבָר בּב"ד ע"פ דִּין ע"כ אֲשְׁמוּעִינּוּ דְּכִינּוּן דְּמִיפְטַר מִן עֵיִקֵר שְׁבֻעָה מְמִילָא מִיפְטַר מִן הַג"ש. א"כ מוֹכַח מְפָל זֶה דְּבִשְׁנֵי עֲדִים בְּנוֹדָאִי אִם מִיפְטַר מִן עֵיִקֵר שְׁבֻעָה דְּמִיפְטַר מְמִילָא מִן הַג"ש.

וְשִׁיטַת הָרִי"ף בְּשֵׁם אִיכָא מ"ד דס"ל דִּיִּדְעִינּוּ אַרְף בְּלֵא הַפְּתוּב דְּאִין רוּאָה כּו' דְּאִם מְבִיא רְאָיָה מִיפְטַר י"ל דְּאִינוּ חוֹלֵק עַל זֶה מְשׁוּם דס"ל דְּזָה גּוּפָא דְּאִם מְבִיא רְאָיָה עַל הָעֵיִקֵר שְׁבֻעָה דְּמִיפְטַר מִן הַג"ש דְּזָה יִדְעִינּוּ ג"כ מְסַבְּרָא אַרְף בְּלֵא הוֹכְחָה מִן הַפְּסוּק.

וּכְמוֹ שְׁפָסְקוּ בְּנֵלָם בּח"מ ס' רצ"ד כְּנ"ל. וּכ"כ הָרַמְבַּ"ם פ"ו ה' שְׁאֵלָה ה"ג ש"ח שְׁהִבִּיא רְאָיָה שְׁלֵא פְּשַׁע פְּטוֹר מְשִׁבּוּעָה וְאִין אוֹמְרִין שְׁמָא שְׁלַח בּוּ יָד כּו'.

וְכַתְּבַב הַמ"מ שָׁם דְּכִן נִרְאָה מִפ' הָאָנּוּמִינּוּ (דָּרְף פ"ג) הָא יֵשׁ רוּאָה יְבִיא רְאָיָה וְיִפְטַר כּו' פִּי יְבִיא רְאָיָה שְׁלֵא פְּשַׁע וְנִפְטַר בְּכָד עַכ"ל הַמ"מ. וְזֶהוּ כַּמְש"כ הָרַב מִשָּׁה פֶּהֶן הַנְּ"ל.

וְעִינּוּ תוּס' ב"מ (דָּרְף ו') ד"ה שְׁבֻעָה כּו' א"כ נְתַבָּאָר דְּאִם אִיכָא רְאָיָה עַל הָעֵיִקֵר שְׁבֻעָה דְּמִיפְטַר מְמִילָא מִן הַג"ש. וּלפ"ז ה"ה אִם מְבִיא ע"א מְסִינְעוּ עַל עֵיִקֵר שְׁבֻעָה דְּמִיפְטַר מִן ג"ש דְּאִין סְבָרָא לְחַלֵּק בְּזָה בֵּין שְׁנֵי עֲדִים לַע"א דְּהָא ע"א לְשְׁבֻעָה דִּינוּ כְּמוּ ב' לְמִמּוֹן: וּבְנוֹדָאִי אִין סְבָרָא לֹאמַר דְּהָא דְּאָמְרוּ בְּנֵלָם דְּאִם מְבִיא רְאָיָה שְׁלֵא פְּשַׁע וְנִפְטַר מִן ג"ש דְּזֶהוּ דְּנוֹקָא אִם הִבִּיא רְאָיָה מְקוּדָם דְּחִיבִיבּוּהוּ ב"ד לִישְׁבַּע שְׁבֻעַת שְׁלֵא שְׁלַחְתִּי בָּהּ יָד.

דְּהָא בְּאַמַּת מְשַׁמַּע הָתָם דְּכָל זְמַן דְּיְבִיא רְאָיָה שְׁלֵא פְּשַׁע יְהִיָּה פְּטוֹר ג"כ מְשִׁבּוּעָה שְׁלֵא שְׁלַחְתִּי בָּהּ יָד. וְלָכֵן כְּמוֹ דְּבִשְׁנֵי עֲדִים כָּל זְמַן דְּיְבִאוּ לְהַעֲיִד עַל עֵיִקֵר שְׁבֻעָה דְּנִפְטַר ג"כ מִן הַג"ש וְלָא אָמְרִינּוּ דְּהָא כְּבָר נְתַחַיִּיב לִישְׁבַּע עַל הַג"ש.

אֵלָא אָמְרִינּוּ דְּכִינּוּן דְּמִיפְטַר מִן עֵיִקֵר שְׁבֻעָה דְּמִיפְטַר מְמִילָא מִן הַג"ש וְאִין פֶּאֶן שְׁבֻעָה גּוֹרְרַת שְׁבֻעָה דְּאִי ב"מ (דָּרְף ד' ע"א). א"כ ה"ה בַּע"א פִּינּוּן דְּמִיפְטַר מְעֵיִקֵר שְׁבֻעָה דְּמִיפְטַר ג"כ מִן הַג"ש דְּאִין פֶּאֶן שְׁבֻעָה גּוֹרְרַת שְׁבֻעָה.

וְדוֹקָא בְּמִשְׁלָם עֵיִקֵר תְּבִיעַתוּ בְּזָה אָמְרִינּוּ אוּ תָן לוּ כָּל מַה שְׁאֵגְלָל עָלֶיהָ אוּ הַשְּׁבַע כְּמִבּוֹאָר בְּסִי רצ"ד סְעִיף ג' פִּינּוּן דְּלָא מִיפְטַר מִן עֵיִקֵר שְׁבֻעָה. אָבָל אִם נִפְטַר מִן עֵיִקֵר הַתְּבִיעָה ע"פ דִּין מִיפְטַר ג"כ מִן ג"ש: וְכֵן נ"ל לְהוֹכִיחַ מִן שִׁמ"ק ל"ב"ק (דָּרְף י"א ע"א) ד"ה יְבִיא עֲדִים שְׁנַטְרָפָה בְּאִוְנָס כּו' תִּימָא לִפְר"ת דְּפִי דַע"א פּוֹטְר מִן שְׁבֻעָה א"כ ל"ל עֲדִים בַּע"א סְגִי וּל"ל דְּלָאוּ דְּנוֹקָא נִקַּט עֲדִים כּו' הָרֵא"ש ז"ל עַכ"ל הַשִּׁמ"ק.

וכ"כ הַמְרָדְכִי בְּרִישׁ ב"מ וְנ"ל וַיֵּשׁ דּוֹחִין דְּבָרֵי ר"ת דס"ל עַד מְסִינֵע פּוֹטֵר מִשְׁבוּעָה דַּיֵּשׁ בִּירוּשָׁלַיִם אִימְתִי ש"ח חֵיב שְׁבוּעָה בְּזִמְנ דְּלִיפָא עֵדִים אָבֵל אִי אִיפָא עֵדִים דְּלֵא פִשְׁע פֹּטוּר. מִשְׁמַע אָבֵל בַּע"א חֵיב שְׁבוּעָה וְשׁוֹב אָמְרוּ לִי בְּשֵׁם רַבֵּינוּ פְּרָץ כּו' עכ"ל.

א"כ מוֹכַח מִן דְּבָרֵי הָרֵא"ש שְׁבַשְׁמ"ק וּמִן הַמְרָדְכִי שֶׁהִקְשׁוּ דל"ל עֵדִים הָא בַּע"א שְׁלֵא פִשְׁע יִפְטוֹר הַשּׁוֹמֵר מִשְׁבוּעָה. דְּמוֹכַח דְּהֵדִין הוּא דָּאָם ע"א מְסִינֵעוּ עַל עֵיָקֵר שְׁבוּעָתוֹ דְּמִיפְטֵר גַּם מִן ג"ש דָּאִי נִימָא לְחֵלְק דְּדוֹקָא שְׁנֵי עֵדִים יְכוּלִין לְפֹטְרוֹ מִן ג"ש אָבֵל ע"א לֵא מְהֵנִי לְפֹטְרוֹ מִן ג"ש אִם אֵינוּ מְעִיד רַק עַל עֵיָקֵר הַתְּבִיעָה.

א"כ אֵינוּ קָשָׁה כָּלֵל דל"ל עֵדִים שְׁלֵא פִשְׁע הָא י"ל דְּלָכֵן נִקְטוּ עֵדִים מִשּׁוֹם דְּדוֹקָא שְׁנֵי עֵדִים הַמְעִידִין דְּלֵא פִשְׁע אַז מִיפְטֵר אָף מִן שְׁבוּעָה שְׁלֵא שְׁלַח בָּהּ יָד אָבֵל ע"י ע"א דְּלֵא פִשְׁע לֵא מִיפְטֵר מִן ג"ש שְׁלֵא שְׁלַח כּו'.

וּמְדַהֲקֵשׁוּ פֶּן וְהִנְכָּרְחוּ לְתַרְץ מוֹכַח דס"ל דְּכִמּוֹ דְּשְׁנֵי עֵדִים מוֹעִילִים בְּזָה ה"ה ע"א אִם יְעִיד עַל עֵיָקֵר הַשְׁבוּעָה נִפְטֵר מִמִּילָא מִן הַג"ש ג"כ. וַיֵּשׁ לְדַחוֹת רֵאִי זֶה דְּהָא שְׁיִטַּת הַר"ת וְהוּבָא בְּתוֹס' ב"מ (דף ו') ד"ה שְׁבוּעָה שְׁלֵא שְׁלַחְתִּי כּו'.

דְּשְׁלֵא שְׁלַחְתִּי הוּא שְׁלֵא אָכְלָה. ע"כ שְׁפִיר הִקְשׁוּ לְשִׁיטַּת הַר"ת דס"ל עַד מְסִינֵע פּוֹטֵר דל"ל עֵדִים הָא אָף ע"א אִם יְעִיד שְׁלֵא פִשְׁע הֵינּוּ שְׁנֹאֲנָסָה יִפְטוֹר ג"כ: עָנָף ב וְהֵנָּה הָרֵא"ש ב"מ פ' א' ס' ג' הִבִּיא בְּשֵׁם הַר' יוֹנָה שֶׁהִקְשָׁה מְהָא דַּתְּנָן בְּשְׁבוּעוֹת (דף מ"ה) לְעַנְיָן שְׁבוּעָה שְׁלֵא פִקְדָנוּ אָמַר רַשְׁבַּ"ג אִם יֵשׁ עֵדִים שְׁאָמַר הָאֵב שְׁשֹׁטֵר זֶה אֵין פְּרוּעַ גּוֹבִין שְׁלֵא בְּשְׁבוּעָה וּמְדַקְתָּנִי עֵדִים מִשְׁמַעֲדַבְע"א שְׁאָמַר הָאֵב שְׁשֹׁטֵר זֶה אֵין פְּרוּעַ אֵין גּוֹבִין אֲלֵא בְּשְׁבוּעָה כּו' וְנ"ל דְּלֵא פִיָּרְכָא כּו' עכ"ל הָרֵא"ש.

וְהֵנָּה לְכַאוּרָה י"ל דְּאָף דַּיֵּשׁ עֵדִים שְׁאָמַר הָאֵב שְׁטֵר זֶה אֵינוּ פְּרוּעַ דְּאָף דְּמִיפְטֵר מִן שְׁבוּעָה שְׁלֵא פִקְדָנוּ. מ"מ יֵהִי חֵיב לִישְׁבַע עַדִּין שְׁלֵא מְצִינוּ בֵּין שְׁטְרוֹתָיו שְׁטֵר זֶה פְּרוּעַ.

דְּהָא אָף דְּטוֹעֵן בְּרִי עַל הַשְׁטֵר דְּהוּא שְׁטֵר מְעַלֵּיא אִם מְצָאוּ הַשְׁטֵר בֵּין שְׁטְרוֹת קְרוּעִין הַשְׁטֵר בְּטֵל כַּמֶּש"כ הַש"ף בְּסִי' ס"ה ס"ק נ"ח. וְאֵין לֹאמַר דְּהָא הֵנָּה לֹא מִיגוֹ דָּאִי בְּעֵי הֵנָּה נוֹטֵל הַשְׁטֵר מִן שְׁטְרוֹת הַקְרוּעִין כִּינּוּן דְּלֵא הָיוּ עֵדִים עַל זֶה.

לְבַד דִּי"ל דְּזֵהוּ כְּעֵין מִיגוֹ לְהוֹצִיא וְלֵא שְׁיָיָה בְּזָה לֹאמַר שְׁטֵרָא מְסִינֵע לִי כְּמוֹ בְּסֵטְרָא כִּינּוּן דְּאִתְרַע שְׁטֵרָא דְּנִמְצָא בֵּין קְרוּעִים. הָא הֵיכָא דְּאָמַר הָאֵב כֵּן בְּשַׁעַת מִיתָתוֹ לֵא הֵנָּה לֹא אַז מִיגוֹ דָּאִי בְּעֵי הָיוּ שְׁקֵלָיָהּ.

וּכְעֵין שְׁפַתְבוּ הַתוֹס' ב"ב (דף נ"א ע"ב) ד"ה קָבֵל מִן הָאִשָּׁה כּו' דְּבִשְׁעַת מִיתָה לֵא שְׁיָיָה מִיגוֹ דָּאִי בְּעֵי שְׁקֵלָהּ כּו'. וְהָא תַּנּוּ סְתָמָא אִם יֵשׁ עֵדִים שְׁאָמַר הָאֵב בְּשַׁעַת מִיתָתוֹ כּו'.

וְע"כ הַדְּעַת נוֹתְנָת דְּאָף דַּיֵּשׁ עֵדִים שְׁאָמַר הָאֵב כֵּן מ"מ צְרִיכִים לִישְׁבַע שְׁלֵא מְצִינוּ שְׁטֵר זֶה בֵּין שְׁטְרוֹת קְרוּעִים. רַק דַּע"י עֵדִים מִיפְטֵר מִן שְׁבוּעָה שְׁלֵא פִקְדָנוּ כּו' אָבֵל שְׁבוּעָה שְׁלֵא מְצִינוּ שְׁטֵר זֶה בֵּין שְׁטְרוֹת הַקְרוּעִין חֵיבִין לִישְׁבַע לְעוֹלָם: וְכ"ז לְדִינָא דְּקִי"ל כּו' יוֹחֲנָן כֵּן בְּרוּקָה דס"ל בְּשְׁבוּעוֹת ד' מ"ה דְּאָפְלִי נוֹלַד הֵבֵן לְאַחַר מִיתַת הָאֵב ה"ז נְשָׁבַע.

ופי' רש"י דנשבע שלא מצא שובר. ופי' הבית יוסף בסי' ק"ח סעי' יו"ד משום דשלא פקדנו אינו נשבע דהא אנו סהדי דלא פקיד לי'.

ועיין בב"ח שם. והנה ת"ק דריב"ב משמע דס"ל דנולד לאחר מיתת האב אינו נשבע י"ל דטעמו משום דס"ל דהך שבועה שלא מצינו שטר זה בין שטרות קרועין י"ל דזה אינו רק בתורת ג"ש פינו דנשבע על שלא פקדנו ממילא נשבע בכולל שלא מצינו כו'.

וע"כ ס"ל לת"ק דריב"ב דנולד לאחר מיתת האב אינו נשבע כלל דכיון דאינו חייב לישבע עיקר שבועה דלא פקדנו כו'. ע"כ פטור לישבע שלא מצינו כו'.

וריב"ב ס"ל דשבועה שלא מצינו הוי ג"כ עיקר שבועה. ולפ"ז י"ל דהיכא דיש עדים שאמר האב בשעת מיתתו ששטר זה אינו פרוע.

דלריב"ב דס"ל דגם נולד לאחר מיתת אביו נשבע שלא מצינו כו' משום דזה הוי עיקר שבועה. דלפ"ז ה"ה אם יש עדים שאמר האב פן בשעת מיתתו כו' דמ"מ חייב לישבע שלא מצינו כו'.

אבל לת"ק דריב"ב פינו דס"ל דשבועה שלא מצינו אינו רק שבועה ע"י גלגול לכן פינו דיש עדים שאמר האב פן מקפטר גם מן שבועה שלא מצינו פינו דמקפטר מן עיקר שבועה פנ"ל. ועיין במשניות תפארת ישראל לשבועות פ"ז משנה זיין ובתוי"ט שם וקצרת: ולפ"ז יש להעיר במה שהקשו הר' יונה וקרא"ש עלה דשבועות דאמר רש"ב"ג אם יש עדים שאמר האב שטר זה אינו פרוע כו' דמשמע דע"א לא מהני לפוטרו משבועה.

הא יש לומר דלכן נקט רש"ב"ג אם יש עדים להורות דאם יש עדים אז פטורין אף מן ג"ש דשלא מצינו משום דס"ל לרש"ב"ג כשיטת הת"ק דריב"ב דהך שבועה דשלא מצינו הוי בתורת ג"ש וע"כ נקט דנקא אם יש עדים כו' להורות דדנקא ע"י שני עדים פטורין לישבע אף שלא מצינו ג"כ.

אבל ע"י ע"א דאף דיהי' פטור משבועה שלא פקדנו אבל שבועה שלא מצינו יהיה חייב עדיין לישבע. משום דע"א אם אינו מעיד רק על העיקר שבועה אינו יכול לפטור מן הג"ש.

ובאמת פשט הלשון דאמר רש"ב"ג אם יש עדים כו' נוטל שלא בשבועה. משמע דא"צ לישבע שום שבועה כלל וע"כ א"ש ומדנקדק לשונו דנקט דנקא אם יש עדים לאשמועין זה גופא.

ומדחזינן דרבינו יונה וקרא"ש הקשו פן על מה דנקט רש"ב"ג אם יש עדים דמשמע דע"א לא מהני דהוכיחו מזה דע"א אינו פוטר משבועה רק ע"פ טעם של קרא"ש די"ל דלא דקדק התנא לשונו כו'.

ובאמת זה דוסק קצת א"כ מוכח מדבריהם דס"ל דאם ע"א פוטר משבועה דה"ה דאף אם אינו מעיד רק על עיקר שבועה דממילא נפטר גם מן ג"ש ג"כ. וע"כ שפיר הקשו והוכיחו גם מלשון זה דע"א לא מהני והוכיחו לתרץ פנ"ל: אף עיקר ההוכחה הנ"ל יש לדחותה והוא דהא הבית יוסף בסימן ק"ח סעיף יו"ד פתב בשם המ"מ דס"ל דנחלקו ת"ק דריב"ב עם ריב"ב.

אָבֵל רַבִּינוּ מֵאִיר ס"ל דִּי"ל דְּלִיכָא מֵאֵן דְּפְלִיג עָלָיו דְּרִיב"ב ע"ש. וְעֵינֵן פְּרָא"ש שְׁבוּעוֹת פ"ז סי' י"ב דְּגָרְס הַעִיד רִיב"ב כו'.

וּי"ל דְּס"ל לְהֵרָא"ש ג"כ פְּשִׁיטת ר' מֵאִיר הַנָּ"ל דְּלֵא פְּלִיגֵי רִיב"ב עִם הַת"ק בְּזֶה וְכֵן ס"ל לר' יוֹנָה ע"כ שְׁפִיר הִקְשׁוּ וְנִדְחָה הוֹכְחָתִי: שׁוֹב רְאִיתִי דְּעַדִּינֵן יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִהֶתֶם דְּגַם מִן ג"ש מִהֲנִי ע"א לְפִטוֹר אִם מְעִיד עַל עֵיקַר הַתְּבִיעָה וְהוּא דְּהָא מְבַנְאָר בְּסִי' קו"ד סְעִי ד' דְּמִלְנָה הֵבֵא לְגַבּוֹת מְלַקּוּחוֹת צָרִיף לִישְׁבַע שְׁלֵא נִפְרַע חוֹב זֶה כו' וְכוּלָּל בְּשְׁבוּעָתוֹ שְׁאִין זֶה שְׁטַר אֲמָנָה.

וְכ"כ הַטּוֹר שֶׁם שְׁפוֹלָל לִישְׁבַע שְׁאִין זֶה שְׁטַר אֲמָנָה וְשְׁלֵא מְכָרוּ לְאַחַר וְשְׁלֵא מְחָלוּ. וְעֵינֵן בְּש"ף שֶׁם ס"ק ג'.

וּבֵאֵה"ע סִי' צ"ו סְעִי ב'. אֲלֵמָא דְּהַטּוֹרָף מְלַקּוּחוֹת צָרִיף לִישְׁבַע ע"י ג"ש שְׁאִינוּ שְׁטַר אֲמָנָה וְכַמְש"כ הַסְּמ"ע בְּסִי' קו"ד ס"ק י"ג.

וְגַם שְׁיָיְדָה לֹאמֵר בְּזֶה דְּטַעֲנִינֵן לְלַקּוּחוֹת דְּלֵמָּא הִיָּה טוֹעֵן הַלְּנָה בְּרִי שֶׁהוּא שְׁטַר אֲמָנָה ע"כ מְגַלְגְּלִין אַף דְּהָיִי טַעֲנַת שְׁמָא. וְעֵינֵן בְּסִי' צ"ד סְעִי ב' וְקַצְרָתִי.

וּלפ"ז יֵשׁ לְדוֹן דַּה"ה הַמְּלָנָה שְׁפָא לְגַבּוֹת מִיְתוּמִים דְּצָרִיף לִישְׁבַע בְּכוּלָּל שְׁאִין זֶה שְׁטַר אֲמָנָה וְלֵא מְחָלוּ וְלֵא מְכָרוּ כְּמוֹ בְּלַקּוּחוֹת דְּאֵגַב דְּנִשְׁבַע שְׁלֵא נִפְרַע דְּבַתוֹרַת ג"ש נִשְׁבַע שְׁלֵא מְחָלוּ כו'.

דַּמ"ש לְקוּחוֹת מִיְתוּמֵי בְּזֶה וְגַם בְּהוּ שְׁיָיְדָה לֹאמֵר דְּטוֹעֲנִין לְהוּ כֵּן. אַף הַפּוֹסְקִים קִינְצְרוּ בְּזֶה וְכַעֲיִן זֶה מְבַנְאָר בְּסִי' ק"ח סְעִי ה' דְּצָרִיכִים לִישְׁבַע בְּכוּלָּל שְׁלֵא אָמַר לְהֵם אֲבִיָּהֶם שְׁהִי לֹא שְׁטַר פְּרוּעַ בֵּין שְׁטְרוּתֵיו: וּלפ"ז יֵשׁ לְדוֹן דַּה"ה בְּיֹרְשִׁים הַמוֹצִיאִים שְׁטַר עַל יְתוּמִים דְּכְמוֹ דְּחִיבִין לִישְׁבַע שְׁלֵא פְּקִדְנוּ כו' וְשְׁלֵא אָמַר לְנוּ שְׁטַר זֶה פְּרוּעַ וְשְׁלֵא מְצִינּוּ דְּכְמוֹ כֵּן צָרִיכִין לִישְׁבַע בְּכוּלָּל שְׁלֵא אָמַר לְהֵם אֲבִיָּהֶם שֶׁהוּא שְׁטַר אֲמָנָה וְכֵן לֵא אָמַר לְהֵם שְׁמְכָרוּ אוֹ מְחָלוּ.

וּלפ"ז אַף אִם יֵשׁ עֵדִים שְׁאָמַר לְהֵם שְׁאִין זֶה שְׁטַר פְּרוּעַ מ"מ עַדִּינֵן יֵשׁ לְחוּשׁ וְלְהַסְתַּפֵּק דְּלֵמָּא הוּא אֲמָנָה אוֹ שְׁמָא מְכָרוּ וּמְחָלוּ וְאָמַר לְהֵם שֶׁהוּא שְׁטַר אֲמָנָה אוֹ שְׁאָמַר לְהֵם שְׁמְכָרוּ אוֹ מְחָלוּ. וְאַף שְׁאָמַר לְהֵם שְׁאִין זֶה שְׁטַר פְּרוּעַ מ"מ לֵא הוֹצִיא מִפִּיו דְּבַר שְׁקַר דְּיָכוֹל לְהִיֹּת שֶׁהוּא אֲמָנָה אוֹ מְכָרוּ וּמְחָלוּ.

וְכְמוֹ דָּאִם נִשְׁבַע שְׁלֵא נִפְרַע מְסַפְקִינֵן לֹאמֵר דְּלֵמָּא אֲכַתִּי הוּא אֲמָנָה וְכַה"ג כ"כ יֵשׁ לְהַסְתַּפֵּק עַדִּינֵן בְּזֶה. וְדוֹחֵק לֹאמֵר דְּשְׁאֵנִי הֵבֵא דָּאִם הִיָּה אֲמָנָה אוֹ מְכָרוּ וּמְחָלוּ דְּהִיָּה מוֹדִיעַ זֶה לְהַעֲדִים בְּעַת שֵׁא"ל שֶׁהוּא אִינוּ פְּרוּעַ.

דַּז"א מִכְּמָה טַעֲמִים הַפְּשׁוּטִים. וּלפ"ז י"ל דְּנִקְט רְשָׁב"ג בְּלִשׁוֹן אִם יֵשׁ עֵדִים כו' לְאַשְׁמוּעִינֵן דְּבִשְׁנֵי עֵדִים מְעִידִים שֵׁא"ל אֲבִיָּהֶם כֵּן דְּאָז א"צ שׁוּם שְׁבוּעָה כְּלָל דְּכִינֵן דְּפִטוֹר מִן שְׁבוּעָה שְׁלֵא פְּקִדְנוּ וְכֵן מִן שְׁלֵא מְצִינּוּ כו'.

דְּהָא בְּאַמַּת מְשַׁמַּע דַּא"צ שׁוּם שְׁבוּעָה כְּלָל וְדֵלֵא כַּמְש"כ לְעֵיל. מִשׁוּם דְּס"ל דְּכִינֵן דְּאָמַר לְהֵם שֶׁהוּא אִינוּ פְּרוּעַ ע"כ אִין מְקוּם לְהַסְתַּפֵּק דְּלֵמָּא הִיָּה הַשְׁטַר בֵּין שְׁטְרוּת קְרוּעֵין וּמְצִאוּ שׁוֹבֵר מִשׁוּם דְּמַסְתַּמָּא אִינוּ מְשַׁקֵּר קוֹדֵם מוֹתוֹ.

וכן א"צ שבועה שלא אומר להם שהוא אִמְנָה או מְכָרוּ וּמְחָלוּ מִשׁוּם דְּכִינּוֹן דְּמִיפְטָר מִן עֵינְקָר שְׁבוּעָה מִמִּילָא פְטִירִי אַף מִן ג"ש. אָבֵל עַד אֶחָד שְׁאֵמַר לְהֵם אֲבִיָּהֶם כֵּן שֶׁהוּא אִינוּ פְרוּעַ אֲזִי ל' דְּעִדְיִין חֲזִיבִין לִישְׁבַע שְׁלֵא שְׁמַעוּ מִמֶּנּוּ שֶׁהוּא אִמְנָה אוּ מְכָרוּ וּמְחָלוּ דְהָא בְחֻשׁ הַזֶּה לֹא יֵצֵא שְׁקָר מִפִּי כִּנ"ל דְהָא אַף דְלֹא נִפְרַע מ"מ יָכוֹל לְהִיּוֹת כִּנ"ל.

וע"כ הֵיכָא דְנִתְחַזְּבוּ פְכָר לִישְׁבַע שְׁבוּעָה זוּ בְתוֹרַת ג"ש לֹא פְטִירִי מִזֶּה ע"י עַד אֶחָד. וּמְדַהֲקֵשׁוּ הִר"י וְהָרָא"ש כֵּן מוֹכַח דִּס"ל דְאָף ע"י עַד אֶחָד אִם מַעֲיֵד עַל עֵינְקָר הַשְׁבוּעָה דִּה"ה דְנִפְטָר אַף מִן ג"ש וע"כ הִקְשׁוּ שְׁפִיר כֵּן: וְכֵן מוֹכַח מִן ב"מ (ד' ד') דִּילִיף הָא דר"ח מִן פִּי וְהוֹכִיחַ הָרָא"ש בַּפ"א דב"מ ס' ג' דַּע"א פוֹטָר דַּאל"כ הַמ"ל מֵהַ לַע"א שְׁפָן אִין פִּיּוּצָא בּוּ פוֹטָרוּ כו'.

א"כ אִי נִימָא דַּע"א הַמַּעֲיֵד עַל הָעֵינְקָר אִינוּ מוֹעִיל לְפִטוֹר מִן הַג"ש שֶׁנִּתְחַזְּבוּ פְכָר א"כ יֵשׁ עִדְיִין לְמַפְרָךְ מֵהַ לַע"א דַּג"ש דִּילִיף מִיְנִיָּה דַּג"ש. דָּאִם הַעֲיֵד ע"א לְהַכְחִישׁ אֶת עֵינְקָר שְׁבוּעָתוֹ דְחִזְּבוּ הַעֲד הָרָאשׁוֹן דַּמ"מ חֲזִיב לִישְׁבַע עַל הַג"ש.

משׂא"כ בְּחִיּוֹב שְׁבוּעָה דַּר"ח אַף דְנִנְאָמַר דְּמִתְחַזְּבוּ שְׁבוּעָה. דָּאִם יְבוֹאוּ עֲדִים לְהַכְחִישׁ לַעֲדִים הָרָאשׁוֹנִים עַל הַחֲמִשִּׁים זֵוִז דְנִפְטָר מִן שְׁבוּעָה עַל חֲמִשִּׁים זֵוִז הַשְּׁנַיִים.

וְכַעֲיִן דְבַרֵּי הָרָא"ש ע"ש. וּמְדַלָּא פְרִיף כֵּן מוֹכַח דִּה"ה בַּג"ש דָּאִם הַעֲיֵד הַע"א לְכּוֹטָרוֹ מִן עֵינְקָר שְׁבוּעָה דְנִפְטָר מִמִּילָא גַם עַל הַג"ש.

וע"כ א"ש.

וּבְנִדְאִי אִין לְחַלְקֵי דְשְׁאֲנֵי חִיּוֹב שְׁבוּעָה דַּע"י הַע"א דְבָזָה הָנִי כְּמוֹ דְלִיתְנָהּ לַעֲדוּתוֹ דְאוּקִי חַד לְהַדִּי חַד. דְהָא זֶהוּ שְׁיִטַּת הִר"נ וְהַנ"י אָבֵל הָרָא"ש לֹא ס"ל לְחַלְקֵי בָזָה.

וְדוֹחֵק לֹאמַר דְבְּאִמְתָּ לְפִי מֵהַ דְאָמַר שְׁפָן שְׁבוּעָה גּוֹרְרַת שְׁבוּעָה שְׁאֲנֵי. דְהָא בְּאִמְתָּ יִלְפִינּוּ מִן ג"ש וְפִי גַם בְּמַסְקָנָא: וְכָל אֵלוּ הָרָאשׁוֹת הֵם רַק לְרוּחָא דְמִילְתָּא דְבְּאִמְתָּ אִין צְרִיכִים לְרָאשׁוֹת בָּזָה דְזֵהוּ דִּין פְּשׁוּט דְכְּמוֹ דָּאִם הָיָה בָּא הַע"א לְהַעֲיֵד עַל הָעֵינְקָר שְׁבוּעָה מִקְוֹדָם דְחִזְּבוּהוּ ב"ד לְעֵינְקָר חִיּוֹב שְׁבוּעָה דְוּדְאִי אִין יְכוּלִים לְגַלְגַּל עֲלֵיו שְׁבוּעָה.

דִּה"ה אִם בָּא הַע"א אַחַר דְחִזְּבוּהוּ שְׁבוּעָה דְמִיפְטָר מַג"ש. וְאִין לֹאמַר דְשְׁאֲנֵי בָזָה דְנִתְחַזְּבוּ פְכָר ג"ש.

דַּא"כ אַף אִם יְבוֹאוּ שְׁנַיִ עֲדִים עַל עֵינְקָר שְׁבוּעָה לְאַחַר דְחִזְּבוּהוּ לְהַג"ש לֹא הָיוּ יְכוּלִים לְמִיפְטָר אוֹתוֹ מֵהַג"ש. דְהָא גַם בָּזָה נִתְחַזְּבוּ פְכָר הַג"ש כְּדִין וְאִפ"ה אִמְרִינּוּ דָּאִם נִתְפָּרַר לְאַח"ז דְהוּא פְטוֹר מִן הַשְׁבוּעָה דְמִמִּילָא מִיפְטָר מִן הַג"ש א"כ ה"ה ע"י מֵהַ שְׁנִיתְפָּרַר כְּעַתָּה ע"י הַע"א הַמְסִינְעוּ עַל הָעֵינְקָר שְׁבוּעָה דְמִמִּילָא נִפְטָר עַל הַג"ש ג"כ דְהָא ע"א לְשְׁבוּעָה דִּינוּ כְּמוֹ שְׁנַיִ עֲדִים: עֲנָף ג' כ"ז פְּתַבְתִּי מִכְּבָר וְכַעַת רְאִיתִי דִישׁ לְהוֹכִיחַ כֵּן בְּקִצְרָה מִמֵּהַ שְׁהוֹכִיחַ הָרָא"ש בַּפ"א דב"מ ס' ג' דִישׁ מִקְשִׁין הַבֵּל מֵהָא דְאָמַר לְקַמֵּן שׁוֹמֵר שְׁמִסֵּר לְשׁוֹמֵר חֲזִיב דַּא"ל אֶת מְהִימָן לִי בְשְׁבוּעָה כו' וְאִמְאִי חֲזִיב יִפְטָרְנוּ שׁוֹמֵר הַשְּׁנַיִ בְּעִדּוּתוֹ כו'.

וְהַרְמִב"ן בְּמִלְחָמוֹת רִישׁ ב"מ הֵבִיא לְזֶה הַהוֹכָחָה בְּאִמְתָּ. וְכַבֵּר הִקְשׁוּ הָאֲחֵרוֹנִים עַל רְאִיָּה זוּ דְהָא הַשׁוֹמֵר הַשְּׁנַיִ הוּא נוֹגֵעַ בְּעִדּוּתוֹ כו'.

וְהַעֲיָקֵר בְּזֶה כַּמֶּשֶׁכּ בְּחִדּוּשֵׁי רַע"א זצ"ל עַל ב"מ (דף ל"ו) דְּעֵיָקֵר רְאֵינָתָם הוּא מְהֵא דְאָמְרוּ לֹא מִבְּעֵיָא ש"ש שְׁמָסֵר לְש"ח דְּחֵיָיב דְּגָרְעֵי לְשִׁמְרָתוֹ כו'. וּמִשְׁמַע דְּאָף אִם יָדוּעַ בְּעֵדִים דְּנֶאֱבָד וְשִׁיעָה רַק הַסְּפֵק אִם נֶאֱבָד בְּאִנּוּס דְּבָזָה וְדָאֵי לֹא הָוֵי נוֹגַע וּמ"מ חֵיָיב מִשׁוּם מַחוּשׁוּאֵיל"מ כו' עכ"ל.

וּלפ"ז תְּקֻשָׁה בְּרֵאֵינָתָם הָא י"ל דְּלִכְּן חֵיָיב שׁוֹמֵר הָרֵאשׁוֹן מִשׁוּם סְפֵק שְׁמָא שְׁלַח בָּהּ יָד הַשׁוֹמֵר הַשְּׁנִי דְּהָא אִם שְׁלַח בָּהּ יָד הַשׁוֹמֵר הַשְּׁנִי חֵיָיב הַשׁוֹמֵר הָרֵאשׁוֹן עַל זֶה וְכַמֶּשֶׁכּ הַסְּמ"ע בְּסִי' רַצ"א ס"ק מ"ט.

וְעֵינָן בְּש"ף שְׁמ"ס ס"ק מ"ח. אָף לְהֵרָא"ש דַּס"ל דְּלֹא אֶמְרִינָן בַּג"ש מַחוּשׁוּאֵיל"מ כְּמִבְּנֹאֵר בְּרֵא"ש פ"ח דב"מ סי' י'.

וְהוּבָא בְּטוֹר ח"מ סִימָן ע"ה סְעִי' י"ח א"ש. אֲבָל לְשִׁיטַת הַרְמַב"ן דַּס"ל דְּאָף בַּג"ש אֶמְרִינָן מִתּוֹף שֵׁאֵיל"מ כַּמֶּשֶׁכּ הַשְּׁ"ף בְּסִי' ע"ה ס"ק נ"א בְּשֵׁם הַרְמַב"ן.

א"כ לפ"ז י"ל דְּלִכְּן שׁוֹמֵר שְׁמָסֵר לְשׁוֹמֵר חֵיָיב מִשׁוּם דְּהָא חֵיָיב הַשׁוֹמֵר הָרֵאשׁוֹן לִישְׁבַע עַל שְׁלַח הַשְּׁנִי בָּהּ יָד בְּתוֹרַת ג"ש וְכֵינָן דֵּאֵיל"מ אָף עַל הַג"ש כַּדַּס"ל לְהַרְמַב"ן א"כ מִנְּלָן לְהַרְמַב"ן לְהוֹכִיחַ מִזֶּה דְּעֵד מְסִייעַ אֵינּוּ פּוֹטְרוֹ מִשְׁבוּעָה וְהָא י"ל דְּחֵיָיב מִשׁוּם ה"ט וּבָזָה וְדָאֵי דַּה"ל שׁוֹמֵר הַב' נוֹגַע בְּעֵדוֹת לְהַעֲיֵד שְׁלַח בָּהּ יָד.

וּמִדְּהוֹכִיחוּ פֶּן מוֹכַח דַּס"ל לְהַרְמַב"ן דָּאִם ע"א מְסִייעַ פּוֹטְרַ מִשְׁבוּעָה דַּה"ה דְּמִיפְטָר מִמֵּילָא מַג"ש. וְעֵינָן בְּרַמְב"ם פ"ד ה' שְׁאֵלָה ה"א שְׁפָתַב הַמ"מ בְּשֵׁם הַרְמַב"ן.

דְּמִשְׁמַע דַּס"ל לְהַרְמַב"ן ג"כ כְּשִׁיטַת רַב הַפּוֹסְקֵי דְּשְׁלַח בָּהּ יָד הוּא ג"ש ע"ש. אָף כ"ז הוּא לְשִׁיטַת הַסְּמ"ע בְּסִי' רַצ"א ס"ק מ"ט.

אֲבָל לְשִׁיטַת הַרִיטְב"א בב"מ (דף ל"ה) דַּס"ל דְּאֵינּוּ חֵיָיב הַשׁוֹמֵר הָרֵאשׁוֹן עַל שְׁלִיחוֹת יָד דְּשְׁנֵי. וְהוּבָא דְּבָרֵיו בַּקְּצָה"ח סִי' רַצ"א ס"ק י"ד גְּדֻחָה רְאֵינָתִי זו'.

וְכֵן לַפְּמֶשֶׁכּ הַשְּׁ"ף בְּסִי' שַׁד"מ ס"ק ה' דְּהֵיכָא דְּעֵיָקֵר הַתְּבִיעָה הִיא שְׁמָא דְּבָזָה ס"ל לְהַרְמַב"ן דְּלֹא אֶמְרִינָן עַל הַג"ש מִתּוֹף שֵׁאֵיל"מ. וְכ"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' ע"ה ס"ק נ"א בְּשִׁיטַת הַרְמַב"ן בַּקְּצָרָה.

גְּדֻחָה רֵאֵיל' זוּ דְּהָא בְּשׁוֹמֵר שְׁמָסֵר לְשׁוֹמֵר ה"ל עֵיָקֵר הַשְּׁבוּעָה ע"י טַעֲנַת שְׁמָא וְלִכְּן לְשִׁי הַרְמַב"ן ג"כ לֹא אֶמְרִינָן מַחוּשׁוּאֵיל"מ עַל שְׁבוּעָה שְׁלַח בָּהּ יָד וְא"ש בְּפְּשִׁיטוֹת רְאֵינָתוֹ: וְהִנֵּה הָרֵא"ש בַּפ"א דב"מ סי' ג' הוֹכִיחַ מְהֵא דְּאָמְרוּ הַמְּפָקִיד אֲצֵל חֲבִירוֹ בְּעֵדִים צָרִיף לְהַחֲזִיר בְּעֵדִים דְּהָא סְגִי בַּע"א לְפִנּוּטְרוֹ מִן הַשְּׁבוּעָה וְדַחֲי זֶה דְּלֹאֵו דְּנֹקָא נְקֻטוּ עֵדִים.

וְאֵי גֵימָא דַּע"א עַל הַעֲיָקֵר לֹא מְהַיָּי לְפִנּוּטְרוֹ מִן הַג"ש ע"כ יֵשׁ לוֹמֵר בְּפְּשִׁיטוֹת דְּלִכְּן נְקֻטוּ עֵדִים כְּדִי שְׁיִהְיֶה פְּטוֹר אָף מִן ג"ש. וְהָא מְצִינּוּ בַּכ"ד שְׁהִיּוּ מְשַׁתְּדָלִים עֲצוֹת לְהִיּוֹת פְּטוֹרִים אָף מִן הַג"ש.

וְעֵינָן בִּירוּשְׁלָמֵי ספ"ז דְּשְׁבוּעוֹת וּבַח"מ סִי' צ"ד סְעִי' ג' וּבְסִי' ע"ה שְׁ"ף ס"ק נ"ז וּבְרִיטְב"א ב"מ דף פ"ג מַה שְׁהִבִּיא בְּשֵׁם הַר' מִשָּׁה פֶּהֶן פְּנ"ל. וּמוֹכַח מִזֶּה כַּמֶּשֶׁכּ: כ: וְאֵי תֵא בִירוּשְׁלָמֵי ב"מ פ"ב ה' א' אָמַר נִשְׁבַּע אֲנִי וְרָאָה שְׁמַגְלָגְלִין עָלָיו שְׁבוּעוֹת אֲחֵרוֹת וְחֲזוֹר

ואמר משלם אני חוששין א"ר יוסי לא חייבה אותו התורה שבועה להחמיר עליו אלא להקל שאם רצה לשלם ואלו רצה ליטבע ישבע עכ"ל.

והובא ברי"ף ספ"ז דשבועות ופסק דהלכה כת"ק. וצ"ע ברא"ש פ"ז דשבועות סי' י"ט מזה.

ובח"מ סי' צ"ד סעי' ג' דהלכה דאומרים לו או תן לו כל מה שגלגל עליך או השבע. והנה בתשובת מהר"ם מרוטנבורג החדשות סי' רל"ח הביא ירושלמי הלז וכתב לפרש דר' אסי פליג וס"ל לא חייבתו תורה שבועה להחמיר אלא להקל עליו שאם רצה לשלם ישלם פי' דכיון שרוצה לשלם העיקר תביעה אין כאן חיוב שבועה ולא ישבע על השאָר א"כ פלוגתא היא עכ"ל.

ולא הכריע ביניהם א"כ חזינן דס"ל לר' אסי. או ר' יוסי.

דאם רוצה לשלם עיקר תביעתו מיפטר מן הג"ש משום דדוקא בנשבע על עיקר השבועה בזה חייב ממילא ליטבע על הג"ש דשבועה גוררת שבועה כמו דאמרו בב"מ (נ"ד ד'). אבל היכא דמשלם עיקר תביעתו אז פטור מן הג"ש.

א"כ לפי דברי ר' יוסי נדאי דה"ה מה"ט אמר פא ע"א להעיד על עיקר שבועה דכיון דאינו נשבע העיקר שבועה פטור ממילא על הג"ש. ולפ"ז י"ל דה"ה לת"ק דפליג עליה חזינן דוקא היכא שמשלם עיקר התביעה דלא פרחו שבועה ממקומה דהא לא מיפטר ממנה ע"כ חייב הג"ש.

אבל היכא דמיפטר ע"פ דין מן עיקר התביעה דע"א מסייעו פוטר דבזה י"ל דאף הת"ק מודה לר' יוסי ואפוא פלוגתא לא מפשינן. ועוד דהא טעמו דת"ק הוא דאמר חוששין שפא לפטור א"ע מן השבועה הוא מתכנין.

א"כ בע"א מסייעו על עיקר שבועה דלא שייך פן גם איהו מודה דמיפטר מן הג"ש: ועפ"ז יש להעיר בהראיות שכתבתי לעיל להוכיח דאם יש עדים על העיקר דמיפטר מן הג"ש מהא דאם יש עדים על עיקר שבועה שלא פשע דפטור מן שבועה שלא שלחתי כו' וכהנה ע"פ ראיות שכתבתי לעיל.

דיש לדון בזה לפי מה דאמרו בסי' צ"ד סעי' ג' לחלק דאם טענת הג"ש הוא טענת ספק ורצה לשלם עיקר תביעתו אינו חייב על הג"ש לשלם. כ"כ יש לחלק אם באו עדים על עיקר התביעה דאם טענת הג"ש הוא טענת שפא דבזה פטור על הג"ש.

אבל אם טענת הג"ש הוא טענת ברי בזה לא מיפטר אף אם באו עדים על העיקר. וע"כ גבי שבועה שלא שלח בה יד דהוי טענת שפא דאם באו עדים על העיקר דמיפטר מן ג"ש דשלא שלח בה יד.

אבל אין למדין מזה על טענת ברי. דנ"ד דומה לכאורה לאם משלם עיקר התביעה פנ"ל. אף גם הא דסי' צ"ד אם משלם דנפטר בטענת הספיקות אין זה ברור כ"כ לכ"ע וכמש"כ האו"ת בסי' צ"ד ס"ק ו' ע"ש. וגם הא נתבאר זולת הראיה הנ"ל דנ"ד עדיף מן משלם עיקר התביעה פנ"ל וכ"ע מודו ביה דנפטר אף על טענת ברי מן הג"ש פנ"ל.

וכן יש להעיר עפ"ז בקהא דסוטה דנשבעת אמן שלא שטייתי מן איש זה ומן איש אחר. דאם באו עדים שהיא טהורה דאין לאנסרה משום ספק שפא זינתה מן איש אחר.

ועיין בסוטה (דף ל"א ע"ב) ובבב"ב (דף נ"ז ע"א) וקצת ראייתי בשער המשפט סי' צ"ד ס"ק ב' שנסתפק אם יש לו עד מסייע על הג"ש ולא על העיקר אם פוטרנו מג"ש או לא.

ולפי מה שכתבתי יש להעיר ג"כ בדברי השער המשפט. ואחר פותבי כ"ז ראיתי בהגהות ר' עקיבא איגר זצ"ל על ח"מ סי' צ"ד סעי' ה' שכתב בזה"ל ואם הביא ע"א מסייע על עיקר שבועה י"ל דלגבי שבועה ע"א פשנים וקו"י פכאו ב' עדים דליכא שבועה כלל ובטל הגלגול עכ"ל.

הרישכתב ג"כ פמו שהעליתי בעז"ה בארנפה והגאון הנ"ל כתב פן בקצרה: וכן מבואר בסי' ע"ב סעי' י"ב דאם יש עדים שפאבד או במאמינו דמפטר מן ג"ש דכמה הנה שנה ועיין בב"מ (דף ל"ה) הרי מבואר דאף בג"ש מטענת פרי ג"כ הדין הוא דאם הביא עדים על עיקר שבועה דמפטר מן ג"ש.

וממילא ה"ה בע"א משום דלגבי שבועה הני ע"א פשנים פנ"ל: ב (שם סעיף ד) כפר בכל ועדים מעידים שחייב לו חמשים ישלם חמשים וישבע על השא"ר כו': ענף א וכתב הבשמים ראש סי' י"ז בהעדת עדים דר"ח אם טען על השא"ר איני יודע דלא הני מחושואיל"מ דהא הך דינא יליף לי ר"ח מקו"ח דגלגול ובשבועת גלגול שטען בה איני יודע אינו חייב משום מחושואיל"מ ע"כ ה"ה בהעדת עדים דר"ח. עכ"ל.

ועיקר הך מילתא אם טען איני יודע על הגלגול דאם הני מחושואיל"מ או לא זהו פלוגתת ראשונים והובא בח"מ סי' ע"ה סעי' ט"ו. ולהסוברים דלא אמרינן בג"ש מחושואיל"מ שפיר כתב הבשמים ראש דה"ה דלא אמרינן פן גבי העדת עדים.

אף זה גופא לא ברירא לכ"ע אם ילפינן להא דר"ח מן גלגול שבועה דע"א. דהא הריטב"א לב"מ דף ד' והשמ"ק שם כתבו דשיטת רש"י הוא דיליף זה מן ע"א ופיו רק מעיקרא סברי למילף מן ג"ש דע"א וקא דקאמר פיו יוכיח כו' הני פמו דאמרו אלא פיו יוכיח.

וכ"כ הר"נ בחי' לב"מ שם בשיטת רש"י פנ"ל. ולפ"ז אין דברי הבשמים ראש מוכרחין בזה אף להסוברים דבג"ש לא דינינן דין משואיל"מ.

דהא באמת לפי המסקנא דהתם נדחה הילפותא דמן ג"ש. אלא ילפי מן ע"א ופיו ועיין בפני יהושע בחי' לב"מ שם.

והר"נ והריטב"א והשמ"ק כתבו שם דלא כשי' רש"י אלא דגם במסקנא ילפי זה מן ג"ש דע"א ופיו. ולפ"ז שפיר כתב הבשמים ראש פן: ונראה לי להוכיח מן הרא"ש דלא ס"ל כמש"כ הבשמים ראש בשמו.

דזה לשון הרא"ש בשבועות פ"ו סי' ה' יש מדקדקין דאין נשבעין בע"א אלא ע"י טענת פרי אבל לא בטענת שפא כו' וכן הי' אומר ה"ר אפרים כו' והביא ראי' מהא דב"מ ד' ד'

וי"ל דכן הי' הגירסא פרא"ש וצ"ל אַתָּא עֲוֹבָדָא לְקַמְיָ דְרַבָּא וע"כ הקשה הרא"ש שפיר דנימא מחושואיל"מ. ע"כ הגה"ה: ולדברי הבשמים ראש דס"ל דבהעצאת עדים דר"ח לא דייגינן מחושואיל"מ.

ולפ"ז י"ל דה"ה אף במודה ג"כ לא אמרו מחושואיל"מ אם יש עדים על המקצת שהיא חייב. דהא פתב הפדק הבית בסי' פ"ז סעי' ה' דלא מקרי מודה רק במודה דבר שהי' יכול לכפור אבל מודה דבר שלא הי' יכול לכפור לא מקרי מודה כו'.

ולפ"ז הדין נותן דבהעצאת עדים דר"ח פיון דלא אמרינן בנה מחושואיל"מ ע"כ ה"ה אף במודה הבע"ד עכשיו ג"כ דלא אמרינן מחושואיל"מ פיון דהודה בדבר שלא הנה יכול לכפור דלא מקרי מודה. ועיקר חייב שבועה שלו הוא ע"י העצאת עדים ע"כ לא דייגינן בי' מחושואיל"מ לשי' הבשמים ראש הג"ל.

ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשה הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ה' על הפדק הבית הג"ל דהא אף דלא מקרי מודה מ"מ יהי' חייב שד"א ע"י העצאת עדים דר"ח: אכן לפמש"כ י"ל דכוננת הפדק הבית דכיון דלא קרוי מודה דיהנה חייב שד"א מחמת מודה במקצת אף דאפתי חייב שד"א מחמת העצאת עדים מ"מ נפ"מ דלא דייגינן ביה דין מחושואיל"מ משום חייב שד"א הפא ע"י העצאת עדים.

אף באמת משמעות הפדק הבית הוא דכיון דאינו קרוי מודה ע"כ מ'פטר מן שד"א ולכן שפיר הקשה הקצה"ח. אבל לדינא שפיר י"ל כן.

ולפ"ז יש לדון בראיות הרא"ש וש"פ שהוכיחו מהך ירושלמי דאפקיד גבי' שק צרור כו' דמוכח מזה דלא אמרינן מחושואיל"מ היכא דלא ה"ל למידע. הא י"ל דמייירי הירושלמי באופן דהנה חוב ידוע בעדים דהפקיד גבי' שק צרור ונאבד רק דלא הנה ידוע אם הנה מלא סיגין או מטכסין.

ועיין בפני משה שם ד"ה ואירעו אונס כו' שפתב ג"כ שהיו עדים בענין אונס כו'. ולכן אף דאומר דהנה שק צרור מלא סיגין מ"מ לא מקרי מודה להתחייב שד"א משום מודה במקצת לפמש"כ הפדק הבית דלא מקרי מודה בכה"ג פיון דהיו עדים ולא הנה יכול לכפור.

וחייב שד"א מחמת העצאת עדים הא לא הני עי"ז מחושואיל"מ כמש"כ הבשמים ראש. והא שיטת הרא"ש בב"מ (ד' צ"ח) והובא בטור סי' ע"ה סעי' י"ח דלא אמרינן מחושואיל"מ בשבועת ג"ש ע"ש.

ע"כ מנלן להוכיח לשיטתו הך דין דבלא ה"ל למידע לא אמרינן מחושואיל"מ הא י"ל דלמא הנה עובדא דהך ירושלמי בהאי גוונא ולפ"ז ליכא ראיה. והר"ן שהוכיח כן מירושלמי י"ל דאזיל לשיטתו דס"ל בחי' לב"מ (דף צ"ח) דאף בג"ש אמרינן מחושואיל"מ ע"ש: ומדחזינן דהרא"ש הוכיח כן לדינא מן הירושלמי מוכח דס"ל דלא פהבשמים ראש דאף דס"ל דבג"ש לא אמרינן מחושואיל"מ מ"מ בהעצאת עדים דר"ח אמרינן שפיר מחושואיל"מ משום דס"ל להרא"ש כשיטת רש"י דב"מ (דף ד') דלמסקנת הש"ס יליף להא דהעצאת עדים דר"ח מן פיו וע"א ולא מן ג"ש דע"א.

וכמש"כ לעיל וכמש"כ הרא"ש בב"מ פ"א סי' ד' בזה"ל דהא דר"ח גליף ליה מן פיו וע"א ולא הזכיר ג"ש פלל. רק לבסוף כתב בלשונו מדבְּעֵי למילף העדאת עדים מן פיו וג"ש דע"א כו' פנ"ל.

וע"כ שפיר הוכיח הרא"ש מן ירושלמי דב"ק ספ"ו דבלא ה"ל למידע לא אמרינן מחושואיל"מ משום דאין לחלק בזה בין מודה במקצת ובין הא דר"ח: שוב ראיתי דראיה זו יש לדחות לפמש"כ הש"ך בסי' פ"ח ס"ק נ"א דהא דאין יכול לכפור הוי הטעם משום הילף ולא ס"ל להטעם של בְּדָק הבית וכמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ה'.

וכן מורה לשון הרא"ש בכתובות רפ"ב סי' א' שכתב דמודה בְּדָבָר שאין יכול לכפור ה"ל הילף. אלמא דלא ס"ל להטעם של הַבְּדָק הבית ע"כ נדחה ראיה זו.

אף מש"כ לעיל להוכיח מהרא"ש דס"ל דאתי מע"א ופיו ולא מן ג"ש דע"א זהו ראיה אלימא דהרא"ש לא ס"ל הך דינא של הבשמים ראש: ענף ב והנה התוס' בב"ק (דף מו) ד"ה דאפילו כו' הקשו דנימא מחושואיל"מ שם.

והתם הא מייירי ע"י העדאת עדים דר"ח דאל"כ הא ה"ל מודה בקנס למאי דקיי"ל פלגא נזקא קנסא וכ"כ הגימוקי יוסף שם. וכ"כ הגהות אשרי שם.

ועיין בהר"ם לופלין שכתב לפרש להדיא דעיקר קושיות התוס' הוא דמחמת העדאת עדים ה"ל מחושואיל"מ וכ"כ בחידושי אנשי שם להגימוקי יוסף שם. אלמא דס"ל בפשיטות דגם בהעדאת עדים דר"ח דיינינן מחושואיל"מ ודלא פהבשמים ראש.

אף י"ל דהתוס' והגימוקי יוסף אנלי לשיטתיהו דס"ל דגם בג"ש אמרינן מחושואיל"מ כמבואר בב"מ (דף צ"ז) ובגימוקי יוסף שם. והובא בש"ך סי' ע"ה ס"ק נ"א ע"כ שפיר כתבו דגם בהעדאת עדים דר"ח אמרינן כן.

וכן י"ל בפשיטת תשובת מהר"ם מרוטנבורג סי' קס"ח ובסי' רצ"ט. דכתב ג"כ להקשות דאמאי לא נימא בהך דר"פ שור שנגח כו' הך דינא דמחושואיל"מ אלא דכתב די"ל דשמואל לטעמיה דלית ליה דר' אבא ע"ש.

וכ"כ בתשובת מיימוני לספר קנין סי' י"ח ע"ש. וי"ל דזהו משום דס"ל דגם בג"ש אמרינן מחושואיל"מ פנ"ל.

וע"כ אין ראיה מדבריהם לדחות למש"כ הבשמים ראש דעדיין י"ל לפי מה דהביא הטוש"ע בסי' ע"ה סעי' ט"ו פלוגתת הראשונים אם אמרינן בג"ש מחושואיל"מ ומספיקא אין מוציאין ממון בג"ש. ועיין בש"ך שם.

וע"כ י"ל דמה"ט אף בהעדאת עדים דר"ח לא אמרינן מחושואיל"מ ובאמת הש"ך בח"מ סי' שצ"ט ס"ק ב' משמע דס"ל דאף בהעדאת עדים דר"ח אמרו מחושואיל"מ. וי"ל דזהו משום דאזיל לטעמי' דס"ל בסי' ע"ה ס"ק נ"א דהכריע לדינא דאף בג"ש אמרינן מחושואיל"מ: ובשבועות (דף מ"ו ע"א) תוס' ד"ה בטוענו פלים כו' והוכיחו דמדקאמר ר' יהודה בגגול נשבע ונוטל עד שתהא שם מקצת הטענה ומשמע דהעדאת עדים אינו מחייב נשבעה.

ולפמש"כ הבשמים ראש דבהעצאת עדים דר"ח לא דיינינן מחושואיל"מ. א"כ יש לתרץ
קושיות התוס' והוא די"ל דטעמו דר' יהודה דס"ל דבעי הודאה במקצת.

משום דהא פתבו התוס' בב"מ (דף ה' ע"א) ד"ה שפנגדו קאמינא דבחשוד על השבועה
דנגדו נשבע ונוטל ולא אמרינן ביה מחושואיל"מ משום דאי אמרת משלם בל"ש לא
שביק ליה חיי כו' כ"כ בתי קמא שם.

ולפ"ז י"ל דלפמש"כ הבשמים ראש דבהעצאת עדים דר"ח לא אמרינן מחושואיל"מ
ע"כ י"ל דמה"ט ס"ל לר' יהודה בכל חשוד דשפנגדו נשבע ונוטל דזה אינו רק במודה
במקצת דשייך בי מחושואיל"מ ע"כ אמרו בחשוד דכנגדו נשבע ונוטל.

אבל בהעצאת עדים דר"ח פיון דלא אמרינן ביה מחושואיל"מ ע"כ לא אמרו בכנגדו
נשבע ונוטל. דהא לתי קמא דהתו' הנ"ל שייך דין מחושואיל"מ גם בחשוד.

אף ת"ק דר' יהודה דס"ל בנגזל נשבע ונוטל אף ע"י העצאת עדים י"ל דלא ס"ל לדון
בחשוד משום מחושואיל"מ או די"ל דס"ל דאף בהא דר"ח שייך מתוך כו'. אבל בטעמו
דר' יהודה שפיר י"ל דס"ל להטעם כנ"ל.

והא דתקשה דהא בכל חשוד דעלמא הדין פן. י"ל בזה כמש"כ הש"ך בסי' צ' ס"ק א'
בשם הלח"מ דמייירי בא"ל הילך ע"ש.

וכ"כ הגתיבות שם בשם הר"נ. וכיון דאיכא פנותיה שד"א בשא"ד ע"כ תקנו דנגזל נשבע
ונוטל אף בא"ל הילך.

ות"ק דר"י ס"ל דאף בהעצאת עדים פיון דאיכא פנותיה שד"א בשא"ד נשייך מתוך כו'
אף בהא דר"ח ע"כ תקנו דנגזל נשבע ונוטל אף בא"ל הילך או ששהחזיר לו אחת מהן
פבר. ומתוך שפיר קושיות התוס': והנה הש"ך בסי' צ' ד"ס"ק ב' הביא בשם הריטב"א
בקידושין דס"ל דבשבועת גלגול שבועה לא אמרינן דחשוד שפנגדו נשבע ונוטל.

וי"ל דטעמו דהריטב"א הוא דס"ל פתירוץ קמא של התוס' בב"מ (דף ה') דשייך דין
מתוך שאיל"מ גם בחשוד וי"ל דלכן אמרו דכנגדו נשבע משום דהא ע"פ דין ה"ל לשלם
משום מתוך כו'. רק דתקנו שבועה על שפנגדו משום דלא שביקתו כו'.

ע"כ בג"ש פיון דלא אמרינן בג"ש מתוך שאיל"מ וכשיטת הראב"ד דהביא הריטב"א
בחי' לב"מ (דף צ"ח) ע"כ לא אמרינן בג"ש דחשוד כנגדו נשבע ונוטל. פן י"ל בסברת
הריטב"א.

והש"ך דס"ל שם לדינא דגם בג"ש אמרו פן בחשוד י"ל דאזיל לטעמיה דהכריע בסי'
ע"ה ס"ק נ"א דגם בג"ש אמרו מתוך שאיל"מ פנ"ל: ובב"מ (דף ה' ע"א) אמרו בהא
דר"ח דכנגדו נשבע ונוטל בחשוד.

וכן הוא בסי' ע"ה סעי' ד' וסי' למ"ד סעי' ה'. א"כ מוכח מזה דלא מדמין העצאת עדים
דר"ח לג"ש.

ואף דהריטב"א ס"ל בחי' לב"מ (דף ד') דהעיקר הוא דילפינן העצאת עדים מן ג"ש
דע"א. ובאמת לפי שיטת התוס' בתי קמא לב"מ דבחשוד שייך לדון מתוך שאיל"מ כו'.

א"כ לפ"ז מוכח מן האי סוגיא דב"מ (דף ה') הנ"ל דאמרו דגם בְּהָא דר"ח אם הַנְּתַבֵּעַ הוא תְּשׁוּדָה דְּכַנְגָדוּ נְשַׁבְעַע וְנוּטֵל. וְקָשָׁה מְנַלְן לְהַש"ס דגם בדר"ח אמרו פן הָא לְפִי סְבֵרַת הַתּוֹס' דס"ל דְּשִׁינְיָהּ דִּין מִתּוֹךְ שֵׁאִיל"מ אָף בְּתִשׁוּדָה.

א"כ לפ"ז יש לְדוֹן דְּלֹא אֲמַרִּינּוּ פְּנִיגְדוּ נְשַׁבְעַע וְנוּטֵל רַק בְּמוֹדָה בְּמַקְצֵת לְפִי דְּשִׁינְיָהּ בְּתִשׁוּדָה ג"כ מִתּוֹךְ שֵׁאִיל"מ ע"כ אֲמַרִּינּוּ פְּנִיגְדוּ נְשַׁבְעַע וְנוּטֵל רַק הֶעָרִיכוּ שְׁבוּעָה לְשִׁפְנִיגְדוּ מְשׁוּם דַּל"כ לֹא שְׁבַקְתָּ חַיִּי כו'.

[וְהָא דְּאֲמַרִּינּוּ שְׁם בְּשְׁבוּעָה דְּרַבְּנָן תַּקְנִיתָא לְתַקְנִיתָא כו' יְבִינָר זֶה בַּמֶּק"א וּבַקְצָה"ח סִי ע"ה ס"ק י"א]. א"כ לפ"ז קָשָׁה מְנַלְן לְהַש"ס דגם בדר"ח אמרו בְּתִשׁוּדָה דְּכַנְגָדוּ נְשַׁבְעַע וְנוּטֵל הָא י"ל דְּלֹא אֲמַרִּינּוּ פֶּן רַק בְּמוֹדָה בְּמַקְצֵת דְּשִׁינְיָהּ בִּיָּהּ דִּין מַחוּשׁוּאִיל"מ ע"כ אֲמַרִּינּוּ בִּיָּהּ דְּכַנְגָדוּ נְשַׁבְעַע וְנוּטֵל אֲבָל בְּהָא דר"ח פִּינּוּ דְּלֹא שִׁינְיָהּ בִּיָּהּ מַחוּשׁוּאִיל"מ לֹא אֲמַרִּינּוּ דְּכַנְגָדוּ נְשַׁבְעַע וְנוּטֵל.

וע"כ מוכח דגם בדר"ח שִׁינְיָהּ מַחוּשׁוּאִיל"מ ע"כ אֲמַרִּינּוּ בִּיָּהּ ג"כ דְּכַנְגָדוּ נְשַׁבְעַע וְנוּטֵל וְעֵינָן בַּסַּמ"ע ס' צ"ב ס"ק כ"א וּבַט"ז וּב"ח שְׁם ס"ק י"ב: וְנִתְבָּאָר דְּלְפִי תִי' קָמָא דְּהַתּוֹס' (דף ה') הַנְּ"ל מוֹכַח מִן הַש"ס דגם בדר"ח אמרו מִתּוֹךְ שֵׁאִיל"מ.

וכן מוכח מן שיטת הריטב"א דאף דס"ל דְּבַתְּשׁוּדָה גַּבִּי ג"ש לֹא אֲמַרִּינּוּ נְשַׁבְעַע וְנוּטֵל וּמ"מ בַּדְר"ח אֲמַרִּינּוּ דְּכַנְגָדוּ נְשַׁבְעַע וְנוּטֵל. א"כ מוֹכַח דְּאִין מְדַמִּין הָא דר"ח לְג"ש דַּע"א בְּזָה.

ואפְּשָׁר לומר דס"ל לְהַש"ס דְּכִינּוּ דְּהוֹכִיחוּ דִּישׁ חַיִּיב שְׁבוּעָה בַּדְר"ח ע"כ מְמִילָא מוֹקְמִינּוּ אַדְיִנְיָהּ דְּדִינוּ פְּמוּ הוֹדָאָה בְּמַקְצֵת דְּשִׁינְיָהּ בִּיָּהּ דִּין מִתּוֹךְ שֵׁאִיל"מ וְאִין לְחַלְקָא בִּינֵיהֶם. וְכַעֲיִן זֶה פְּתַבּוּ הַתּוֹס' בַּב"מ (דף ה' ע"א) ד"ה אִי אֵיתָא כו' בַּסָּה"ד שְׁפַתְּבוּ דְּאַחֲרֵי שְׁלֵמַד שִׁישׁ שְׁבוּעָה בְּהַעֲדָתָא עֲדִים כו' מַעֲתָה אִין לְחַלְקָא כו'.

וכן ראיתי בְּהֵרָא"ש פ"ז דְּשְׁבוּעוֹת ס' ז' שְׁפַתְּבוּ דגם בְּתִשׁוּדָה שִׁינְיָהּ לְדוֹן מִתּוֹךְ שֵׁאִיל"מ רַק מְשׁוּם חַיִּיבִי דְּתִשׁוּדָה תַּקְנּוּ כו' א"כ לפ"ז מוֹכַח גַּם מִן שִׁיטַת הֵרָא"ש דגם בדר"ח אֲמַרִּינּוּ שֵׁאִיל"מ דַּל"כ אֲמַאי אֲמַרִּינּוּ בִּיָּהּ שְׁפַנְגָדוּ נְשַׁבְעַע וְנוּטֵל פְּנ"ל: עֲנָף ג וּבַח"מ ס' צ"א סע' ו' אָמַר הַחֲנֻנִי אֵתָה אֲמַרְתָּ לִי לִיתָן לְפוֹעֲלֵיהּ מְנָה וְהוּא כּוֹפֵר כו' נְשַׁבְעַע שְׁבוּעַת הַתּוֹרָה כו' וְאִם אֲמַר חֲמֻשִׁים צְוִיתִיהּ לִיתָן וְחֲמֻשִׁים אֵינִי יוֹדַע מִתּוֹךְ שֵׁאִיל"מ.

וְהַשְׁ"ף ס"ק כ"ו הַקָּשָׁה דְּהָא אִין נוּטֵל אָף מַה שְׁהוֹדָה לוֹ רַק בְּשְׁבוּעָה א"כ לֹא שִׁינְיָהּ בְּזָה שַׁד"א. וְהַקְצָה"ח ס"ק ח' פְּתַב דְּכִינּוּ דְּמַדִּינָא הַחֲנֻנִי נוּטֵל בְּלֹא שְׁבוּעָה לְדַעַת הַש"ע וְע"כ חַיִּיב שַׁד"א כו'.

וכַעֲיִן זֶה פְּתַב הַאו"ת שְׁם. וּלְפ"ז מוֹכַח דְּלְדִינָא אָף בְּהַעֲדָתָא עֲדִים אֲמַרִּינּוּ מִתּוֹךְ שֵׁאִיל"מ דְּהָא הָךְ מִלְּתָא דְּאֲמַרִּינּוּ דְּחֲנֻנִי נוּטֵל מִן הַדִּין זֶהוּ מְסַבְּרָא דְּאֲמַרִּינּוּ דְּשִׁינְיָהּ בִּיָּהּ חֲזָקָה שְׁלִיחַ עוֹשָׂה שְׁלִיחוּתוֹ.

כַּמְש"כ הַשְׁ"ף בַּס"ק ב' לְבָאָר לְשִׁיטַת הַסּוֹבָרִים דְּחֲנֻנִי נוּטֵל מְדִינָא מַה"ט. וְהָא דְּאֲמַרִּינּוּ דְּאִם הוֹדָה שְׁצִינְהוּ לִיתָן לוֹ חֲמֻשִׁים דְּחַיִּיב שַׁד"א עַל הַשְּׂאָר זֶהוּ מְשׁוּם חַיִּיב ב"ד מְשׁוּם דְּאִין סְהַדִּי הֵיכָא דְּהִימְנוּהוּ חַז"ל הֵי זֶה פְּמוּ הַעֲדָתָא עֲדִים דר"ח פְּמִבְּנָאָר בַּס' ע"ה סע' ו'

ה' וּבִשְׁמֵי שָׁמַיִם וְכִסֵּי שָׁמַיִם פִּיזוּ שְׁמֵי שָׁמַיִם וְכִסֵּי שָׁמַיִם יִגְדְּלוּ עִשָׂר: וְאֵי נִימָא פְּסֻכְרַת הַבְּשָׁמַיִם רֵאשִׁי
בְּדִרְ"ח לֹא אָמְרוּ מִתּוֹךְ שְׂאִיל"מ.

א"כ לפ"ז ה"ה הַתָּם גִּבֵּי מַה שְׁהוּדָה הַבְּעָה"ב שְׁצִינָה לְהַחֲנֹנִי לִיתָן לְפֹעֵל תְּמַשִּׁים זֹז
דְּחִיב הַנֶּה תְּמַשִּׁים בְּנוֹדָאֵי הָא זֶה לֹא הָוֵי כְּמוֹ הוֹדָאָה דְּהָא בְּאַמְתַּת אֵינוּ יוֹדַע הַבְּעָה"ב אִם
נָתַן הַחֲנֹנִי לְהַפְּעֵלִים רַק מִחֲמַת הַסְּבָרָא דְּאָמְרוּ בְּזֶה כְּנִ"ל ה"ל הַחֲיִיב ב"ד כְּמוֹ הַעֲדָתָא
עֲדִים.

ומ"מ אָמְרוּ בְּזֶה מַחוּשׁוּאֵי ל"מ אֶלְמָא דְּאַף בְּהַעֲדָתָא עֲדִים ג"כ אָמְרוּ מִתּוֹךְ שְׂאִיל"מ:
וּבְעֵיקָר דְּבְרֵי הַבְּשָׁמַיִם רֵאשִׁי הַנֶּה"ל נִלְע"ד לְדִינָא לְדוֹן דְּגַם בְּהַעֲדָתָא עֲדִים הָוֵי
מַחוּשׁוּאֵי ל"מ. וְהוּא דְּהָא לְעֵיל נִתְבָּאָר דְּלִשְׁיטַת ר' אֶפְרַיִם וְה"ר יוֹסֵף הַלֵּוִי בֶּן מִיגַשׁ
דְּהוּבָא בְּר"נ שְׁבוּעוֹת פ"ו.

וּבְחִזְקֵי הַרְשָׁבָא שְׁבוּעוֹת (דָּף מ'). וּבְרֵאשִׁי ש"פ"ו דְּשְׁבוּעוֹת ס' ה'.

וּבְרֵיטְבָא ל"ב"מ (דָּף ד'). דַּס"ל כְּפִי רְשִׁי דְּלְפִי מְסַקְנַת הַשֵּׁ"ס שָׁמַיִם בְּב"מ יְלִיף לְהָא
דְּהַעֲדָתָא עֲדִים דְּר"ח מִן פִּי וְע"א וְלֹא מִן ג"ש כְּדָבְעֵי לְמִימַר שָׁמַיִם מְעִיקָרָא.

א"כ לְפִי שְׁיטְתָם נוֹדָאֵי בְּרוּר הוּא דְּאַף בְּהַעֲדָתָא עֲדִים אִם טַעַן עַל מְחַצָּה הַשְּׁנִיָּה אֵינִי
יוֹדַע נוֹדָאֵי דְּשִׁינָה בִּי מַחוּשׁוּאֵי ל"מ כְּמוֹ ע"א וּפִי. רַק עֵיקָר דְּבְרֵי הוּא לְפִי מַה דְּחִלְקוּ
עַל פִּי רְשִׁי וְהַגְּאוּנִים הַנֶּה"ל וְס"ל דְּגַם לְהַמְסַקְנָא יְלִפְיֵן הַךְ דְּר"ח מִן ג"ש דַּע"א.

וּלְפ"ז שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן דְּלִשְׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּבַג"ש לֹא אָמְרִינָן מִתּוֹךְ שְׂאִיל"מ דַּה"ה בְּדִרְ"ח
לֹא אָמְרִינָן מַחוּשׁוּאֵי ל"מ וְע"כ אִם טוֹעֵן אֵינִי יוֹדַע מִיָּפֶטֶר: וְהִנֵּה הָא שְׁיטַת הַבֵּית שְׁמוּאֵל
בְּסִי"ג ס"ק ט' דְּמוֹצִיאִין מְמוֹן אִם יֵשׁ סְפַק סְפִיקָא דְּפִלְגְּוֹתָא.

וְכ"כ הַב"ש בְּסִי"ג ע"ז ס"ק י"ז. אַף כְּבָר חִלְקוּ עָלָיו הָאֲחֵרוּנִים וְהַעֲלוּ דְּכָמוּ דְּאִין הוֹלְכִין
בְּמְמוֹן אַחַר הָרוּב כְּמוֹ כֵּן לֹא מְהַיֵּי סְפַק סְפִיקָא בְּמְמוֹנָא דְּהָא ס"ס הוּא מִן דִּין רְוָבָא.

אַף אִם הַתּוֹבֵעַ טוֹעֵן בְּרֵי וְהַנְּתַבֵּעַ טוֹעֵן שְׁמָא בְּזֶה שְׁפִיר יֵשׁ לָנוּ לְמִיזֵל בְּתַר ס"ס אִם הוּא
מְסִייעַ לְהַתּוֹבֵעַ דְּהוּי בְּרֵי וְס"ס דְּבַכָּה"ג מוֹצִיאִין מְמוֹן כְּמַש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף ט')
דַּה"ה אֵי לְמִיתַב לָהּ כו' וְכַמַּש"כ הַפְּנִי הַיּוֹשֵׁעַ שָׁמַיִם וּבַק"א לְהוֹכִיחַ דַּס"ס וּבְרֵי מוֹצִיא מִן
הַמְּוֹחֲזָק ע"ש.

וְכָמוֹ דְּאֵי בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף י"ב ע"ב) דְּאוּקֵי אַחֲזָקָה וּבְרֵי מוֹצִיא מִן הַמְּוֹחֲזָק אַף הֵיכָא דְּלֹא
ה"ל לְהַנְּתַבֵּעַ לְמִידַע. א"כ כַּמַּש"כ בְּס"ס דְּהוּי מִן דִּין רֹב דְּעֵדִיף מִן חֲזָקָה וְגַם הָא טַעֲנַת
הַנְּתַבֵּעַ הוּא שְׁמָא גָרוּעַ אִם ה"ל לְמִידַע נוֹדָאֵי דְּמוֹכַח כְּמַש"כ מִן מַש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת
דַּס"ס וּבְרֵי מוֹצִיא מִן הַמְּוֹחֲזָק: א"כ בְּנ"ד הָא הָוֵי ס"ס דְּפִלְגְּוֹתָא הַמְּסִייעַ לְהַתּוֹבֵעַ הֵינֵנוּ
סְפַק א' דְּלִמָּא הִלְכָה כְּמַש"כ בְּשָׁמַיִם רְשִׁי וְר' אֶפְרַיִם וְר"י בֶּן מִיגַשׁ דְּלִשְׁיטְתָם נוֹדָאֵי דְּאַף
בְּהַעֲדָתָא עֲדִים דְּר"ח אָמְרִינָן מַחוּשׁוּאֵי ל"מ.

וְאֵת"ל כְּשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּלֹא חֲזָרוּ בְּסוֹף הַסּוֹגֵיָא דְּב"מ מְמַה דְּקָא יְלִפִּי לְהָא דְּר"ח מִן
ג"ש דַּע"א. אַכְתֵּי סְפַק דְּלִמָּא הִלְכָה דְּגַם בְּג"ש דַּע"א אָמְרוּ דַּה"ל מְחַנְיֵיב שְׁבוּעָה וְאֵיל"מ
דְּהָא זֶהוּ פְּלִגְּוֹתָא רֵאשׁוֹנִים וְהוּבָא דְּבְרִיָּהּ בְּסִי"ג ע"ה סְעִי ט"ו.

א"כ הא הוי בְּזוּה ס"ס וּבְרֵי דְהָא תוֹבַע טוֹעֵן בְּרֵי וְדַאי דְמוֹצִיאִין עִי"ז מִן הַמְּוֹחֲזֵק. וְכֵן מְצֵאתִי בְּחִי הַרְשָׁפִ"א לְקַדּוּשֵׁין (דָּף כ"ז) ד"ה אֲשַׁפְּחוּ בְּרֵי כו' דְּכַתְּבֵי ג"כ לְהוֹכִיחַ מִב"מ דְּאָמְרוּ שֶׁע"י טַעֲנָה וּכְפִירָה כו' אֲלֵמָא דַּס"ל ג"כ דְּיִלְיָף מִן ע"א וְלֹא מִג"ש: וְהִנֵּה לְעִיל פְּתַבְתִּי דְלִשְׁיטַת הַבְּשָׁמִים רֹאשׁ ה"ה אַף בְּמוֹדָה עֲכָשְׁוֹ הַנְּתַבַּע ג"כ לֹא ה"ל מְחוּשׁוּאִיל"מ לְפִי מִש"כ הַבְּדָק הַבֵּית בְּסִי פ"ז.

הִנֵּה פְּעֻת רְאִיתִי דְּבַכָּה"ג אַף לְהַבְד"ה חֲיִיב מִשׁוּם דְּהָא עוֹשֶׂה פְּעוֹלָה הוֹדְעָתוּ לְזוּה גּוֹפֵא דְיִהְיֶה שְׁיִיף בִּי מְחוּשׁוּאִיל"מ. וְהָא עֵינְקָר הַטַּעַם דְּלֹא יִלְיָף לִי הָא דְהַעֲדָת עֲדִים דְר"ח מִן פִּיּו לְבַד זָהוּ מִשׁוּם פִּינְרָא דְמָה לְעֲדִים שְׁיִשְׁנוּ בְּהַכְחָשָׁה וּבְהַזְמָה וְע"כ הִנֵּה מְוֹכְרָח לְמִילָף בְּמָה הַצַּד מִג"ש דְע"א.

א"כ עֲכָשְׁוֹ שְׁמוֹדָה דְּנוֹדַאי אִין זָה בְּהַכְחָשָׁה וּבְהַזְמָה דְּבָזוּה לֹא צְרִיכִין לְמִילָף מִן ג"ש דְע"א וְנוֹדַאי דְּדִינִינֵן מִתּוֹף כו'. וְעֵינֵן בַּקְצָה"ח סִי ע"ה ס"ק ב' מִש"כ שְׁמֵם בְּשֵׁם הַר"נ.

וְקַצְרִיתִי לְפִי דְהַאֲמַת הוּא לְדִינָא דְבְּכָל הַעֲדָת עֲדִים אַף בְּאִינוּ מוֹדָה הַנְּתַבַּע לֹאח"ז דַּה"ל מְחוּשׁוּאִיל"מ. וְכַש"כ לְפִי הַכְּרַעַת הַשְּׁ"ף בְּסִי ע"ה ס"ק נ"א דְאָף בְּג"ש ה"ל מְחוּשׁוּאִיל"מ: וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְסַתּוֹר לְמִש"כ לְדוֹן סְפָק סְפִיקָא סְפָק שְׁמָא הַדִּין פְּשִׁיטַת הַר' אֲפָרִים וְר"י בֶּן מִיגַשׁ דְּיִלְפִינֵן הָא דְר"ח מִן ע"א וְלֹא מִן ג"ש פְּנ"ל כו'.

דְּהָא חֲזִינֵן לְהַלְכָה דְקִי"ל דְּבִטּוֹעֵנוּ בְּסַפְק ע"פ הַעֲד חֲיִיב שְׁד"א וְלֹא מְצִי הַמְּוֹחֲזֵק לוֹמֵר קִים לִי כו' וְכַמִּש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי ע"ה ס"ק פ' ע"ש. א"כ הָא נִדְחִית שְׁיִטְתָּם וְאִין אָנוּ יְכוּלִים לְצַרְפָּם לַס"ס.

אֲבָל בְּאֲמַת זָה אִינוּ הוֹכְחָה לְסַתּוֹר הַ"ס שְׁפַתְּבִנוּ דְּהָא חֲזִינֵן בְּשִׁיטַת הָרֹא"ש דְאָף דְלֹא הִבִּיא פְּלִל שִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּגַמְרִינֵן הַ"ד דְר"ח מִן ג"ש דְע"א כַּמִּש"כ לְעִיל בְּשֵׁם הָרֹא"ש דְשְׁבוּעוֹת פ"ו סִי ה'. אֲפ"ה דְחָה לְשִׁיטַת הַר' אֲפָרִים וְר"י בֶּן מִיגַשׁ וְס"ל דְאָף בְּטַעֲנַת שְׁמָא נִשְׁבָּעִין ע"פ ע"א.

רַק דְלִמָּאן דַּס"ל לְמִילָף הָא דְר"ח מִן ג"ש דְע"א מְוֹכְרָחִים לְפָרֵשׁ הָא דְב"מ (דָּף ד) דְאָמְרוּ הַצַּד הַשְּׁוֹה שֶׁע"י טַעֲנָה וּכְפִירָה כו' דְאָף בְּטַעֲנַת שְׁמָא שְׁיִיף לוֹמֵר טַעֲנָה. וְלְהַ"ד שִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְיִלְפִינֵן שְׁמֵם מִן ע"א אִין זָה מְוֹכְרָח כ"כ.

וּמ"מ פְּתַב הָרֹא"ש שְׁמֵם דְאִין מְוֹכְרָח לְפָרֵשׁ דְע"י טַעֲנָה הָוִי ע"י טַעֲנַת בְּרֵי אֲלֵא יְכוּלִים לְפָרֵשׁ דְאָף בְּטַעֲנַת שְׁמָא מ"מ תוֹבַע הוּא וְכַמוֹ דְפִירָשׁ רַש"י כו'. ע"כ שְׁפִיר פְּתַבְתִּי לְדוֹן הַ"ס.

דְּדִלְמָא הִלְכָה בְּזוּה כַּדַּס"ל לְרַש"י וְר' אֲפָרִים וְר"י בֶּן מִיגַשׁ וְהַרְשָׁפִ"א בְּחִי לְקַדּוּשֵׁין (דָּף כ"ז) בְּד"ה אֲשַׁפְּחוּ בְּרֵי כו' דְּכַתְּבוּ בְּנֵלָם דְהַ"ד ע"י טַעֲנָה וּכְפִירָה כו' דְב"מ (דָּף ד) קָאִי עַל ע"א וְלֹא עַל ג"ש. וְאֵת"ל דְאִין הִלְכָה פְּגִירָסְתָּם אֲפַתִּי סְפָק דְלִמָּא אַף בְּג"ש אֲמָרִינֵן מִתּוֹף שְׁאִיל"מ.

וְכֵן מוֹכַח מִן הַשְּׁ"ף בְּסִי ע"ב ס"ק קכ"ט שְׁפַתְּבִנוּ דְאָם טוֹעֵן שְׁמָא לֹא הִנֵּה שְׁוֹה רַק ג' דִּינָרִין ה"ל מְחוּשׁוּאִיל"מ. וְהָא הֵתָם מַה דְמַחְיָבִינֵן לִיהָ עַל דִּינָר הַשְּׁלִישִׁי אִין זָה רַק

מפאת אנו סהדי דהוי ע"י חיוב ב"ד דדינו כמו העדאת עדים דר"ח < אלמא דס"ל להדיא
גם בדר"ח אמרינן מחושואיל"מ.

וכן נתבאר לעיל די"ל דהש"ף לשיטתו דהכריע בסי' ע"ה דאף בג"ש אמרינן
מחושואיל"מ. ולדברי הש"ף אנו שומעין בקל זה.

וכן הוא עיקר לדינא: (השמטה מלעיל) ועוד י"ל דאף לשיטת הסוברים דילפינן העדאת
עדים מן פיו וג"ש דע"א דג"כ י"ל דבהעדאת עדים הדין הוא דאמרינן מחושואיל"מ אף
דימא פהסוברים דבג"ש לא אמרינן מחושואיל"מ.

דקא שיטת הרא"ש בב"ק פ"א סי' א' בקא דאמרו שם דילפינן אבנו וספינו כו' מן בור
נאש דיש לו דין בור בקל דינו פיו דתחלת הדין הוא מן בור ע"ש. וכן מוכח מן התוס'
בב"ק (דף נא"ו ע"א) ד"ה תאמר בהגי כו' וכמש"כ המהרש"א שם.

נדברי התוס' הובא בקרא"ש שם. אף שיטת התוס' בב"ק (דף ג' ע"ב) ד"ה משורו למדנו
כו' דלא פדברי הרא"ש בזה הפלל וכמו שהעיר בזה המהרש"א והפלפלא חריפתא
להרא"ש שם בב"ק פ"א סי' א' אות י"ד.

א"כ לשיטת הרא"ש ה"ה בהעדאת עדים דר"ח דתחלת דינו הוא מן פיו כמו שאמר דלא
תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מק"ו א"כ ממילא יש להעדאת עדים דין פיו ע"כ
ממילא ה"ל מחושואיל"מ בהעדאת עדים כמו בפיו ולכן שפיר ס"ל להרא"ש דגם
בהעדאת עדים הדין הוא דאמרינן מחושואיל"מ משום דאף להסוברים דילפינן מן פיו
וג"ש דע"א עכ"ז פיו דתחלת דינו הוא מן פיו ע"כ יש לו כל דין פיו.

אף לשיטת התוס' בב"ק (דף ג') ד"ה משורו למדנו כו' וכן לשיטת יש מן הגדולים שהובא
בקהרא"ש לב"ק פ"א סי' א' דס"ל דלא חייב באבנו וספינו אלא מה שחייב בשניהם כו'
שפיר י"ל דלשיטת הסוברים דילפינן להעדאת עדים מן פיו וג"ש דע"א דלא נימא
מחושואיל"מ בהעדאת עדים להסוברים דבג"ש לא דינינן מחושואיל"מ פנ"ל.

אבל לפ"ז יש בנ"ד עוד ספק שלישי להצטרף לספק ספיקא דדינא דכתבתי לעיל המסייע
להתובע להוציא מן הנתבע המוחזק. דקא לכה"פ הוי ספיקא שמה הלכה בקרא"ש
דילפינן מן תחלת דינא: ובאמת הא מבואר בח"מ סי' תי"א בטור ובש"ע סעיף א' דכתבו
לדינא דאבנו וספינו ומשאו שהניחן בגגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו אחר שפחו דיש לו
כל דין בור כו' וזהו פשיטת הרא"ש דילפינן מתחלת דינא ולא הובא שם פלל דעת
החולקים א"כ חזינו דנקטינן לדינא פדברי הרא"ש הלז דילפינן מתחלת דינא.

ועיין ביש"ש לב"ק פ"ק סי' ח' והובא בבבאור הגר"א זצ"ל לח"מ שם ס"ק ג' וע"ש.
וינעתי מה דכתב בספר גנת ונרדים פלל ט"ז בעיקר פלל הלז ע"ש אבל אין דבריו
ברורים כ"כ ואכמ"ל.

סיומא דפסקא פבר נתבאר דהעיקר לדינא דדינינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע
משלם ג"כ בהעדאת עדים: ג (שם סעיף ט') מנה לי בידך כו' וא"י אם החזרתי חייב כו'.
והיכא דה"ל במקום דלא ה"ל למידע הביא האו"ת בס"ק כ"ב דזהו פלוגתא דרבנן ואתא
דהרדב"ז והמל"מ פ"ד ה' שאלה פתבו דפטור בזה אף דאמר א"י אם פרעתי.

ובאמת מן דברי הטור סי' ע"ב סעי' ה' והמחבר שם סעי' י"ד במשפון שאומר המלנה שנגאנס מידו דישבע המלנה שנגאנס וגובה חובו מהלנה שהרי אין הלנה יודע כיצד נאבד וה"ל כהלכותי ואיני יודע אם התזרתיו לה.

אף דשם לא ה"ל להלנה למידע מ"מ חייב באיני יודע אם התזרתיו לה. א"כ מוכח דס"ל להטוש"ע דאף היכא דלא ה"ל למידע ג"כ חייב.

ובאמת להסוברים דבלא ה"ל למידע פטור תקשה מן הא דב"מ ד' פ"א ע"ב ושבועות ד' מ"ג דתניא המלנה את חבירו על המשפון ואבד המשפון ישבע ויטול מעותיו. דלהסוברים דבלא ה"ל למידע פטור אף בא"י א"פ תקשה דאמאי נאמן המלנה בשבועה להוציא מן הלנה הא התם לא ה"ל להלנה למידע: ויש לומר דבאמת להו שיטה מוכרח לומר טעם אחר דלכו נאמן המלנה בשבועה דנגאנסו להוציא מן הלנה משום דהא מצינו בב"מ ד' נ"ח דנשבעין השלוחין שנגאנסו ונוטלין ש"כרן.

וכן פתב הש"ך בסי' ש"ג ס"ק ה'. ולכאורה קשה דהא בגי העיר הוי כמו אינם יודעים אם נתחייבו דהא לא נתחייבו השכירות רק בתנאי שישמרו פדין ש"ש.

ודומה לאומר פ"פ מצאתי דכתובות דף י' דכתבו דמן הדין מהימן משום דהוי כמו איני יודע אם נתחייבתי כמבואר שם בהר"נ בשם הרמב"ן בקמה דהקשו שם על מה דקאמרי חכמים תקנו כו' והם האמיניהו כו'.

ועוד דהא בתנאי דקום ועשה צריף להביא ראי' שקנים תנאו כמבואר בח"מ סי' רמ"א. וע"כ מוכח דהא דאמרו נשבעין ליטול ש"כרן דזהו משום תקנת חננני נשבע ונוטל נגעו בה.

דהא לכ"ע נאמן החננני לומר דנתן להפועל. ולכמה פוסקים הוא משום תקנת חז"ל כמבואר בח"מ סי' צ"א.

וכמו שהאמינו לחננני להיות נשבע שקיים שליחותו ונוטל. ה"ה בזה דמהימן לומר דשמר כהוגן ונגאנסו ונוטל ש"כרו: ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשה ר"ע איגר זצ"ל בכתבים סי' קע"ה בהא דשבועות ד' מ"ה דקאמרי ש"ש דחייב רחמנא היכי משפחת לי'.

דבש"ש אינו קשה זה די"ל דאינו רוצה לומר להד"ם פדי שלא יפסיד ש"כרו דעכשיו שאומר נאנסה נוטל ש"כרו כמו בב"מ ה"ל. ולכן הוכיח מזה דקושיות הגמ' אינו רק בש"ח ושזכר.

אכן לפמש"כ י"ל דהא מה"ת גם באומר שנגאנס אינו נאמן ליטול ש"כרו דהא פרי ושמא חזקת ממונא עדיף כמו דס"ל לרבא בב"ב דף קל"ה דמנה לי בידך והלה אומר א"י פטור. וכן מצינו בב"מ ד' צ"ח דאמר רבא מנה לי בידך והלה אומר אין לה בדי אלא תמשים והשאר איני יודע מתוך שאיל"מ.

משמע דלולי זה ס"ל דחזקת ממונא עדיף. [ועיין בתוס' שם ד"ה דאמר רבא כו' ובכתובות ד' י"ב ד"ה רב הונא כו' ובתוס' שבועות ד' מ"ז ד"ה אי אמרת כו'.

ובמה דנרשם בצידו בב"ב שם דצ"ל רבה וקצרתו]. ולכן שפיר הקשה רבא בשבועות
שבועת שומרים דחייב רחמנא היכי משפכת לה גם על ש"ש דהא אינו נאמן מה"ת
להיות נשבע ונוטל את שקרו רק מצד תקנת חז"ל.

ולכן אמרו דחייב רחמנא היכי משפכת כו'. וכן מצאתי בנתיבות סי' ש"ג ס"ק ג' שכתב
דהא דנאמנים ליטול שקרון דזהו משום תקנת חננני ע"ש: א"כ לפ"ז יש לומר דהא דנאמן
המלנה בשבועה דנאנסו ליטול חובו מן הלנה דזהו ג"כ משום תקנת חננני והוא כש"כ
מן חוב שקירותו דהא בחוב שקירותו הוי איני יודע אם נתחייבתי דהוי ספק בעיקר
החייב ואפ"ה הימנוהו חז"ל כמו בחננני דהוי ספק בעיקר החייב.

כש"כ בחוב הלנאה דהוי חזקת חייב על הלנה דנדאי הימנוהו חז"ל להמלנה להיות נשבע
ונוטל. דכללו של דבר דכמו דהימנוהו חז"ל במה שאומר דנתן להפועל וכן במה שאומר
דטרח בגופו להיות שומר שלו והוציא כ"ז ע"פ ציווי חבירו דצינה לו לעשות כן.

דאין סברא דיצטרף עדים ע"ז ע"כ הימנוהו חז"ל. כמו כן במה שהוציא המלנה ונתן
מעותיו להלנה על המשכון דאינו אלא ש"ח או ש"ש ופטור לכ"ע מן אונסין.

דאינו סברא דיצטרף להביא עדים שנאנס המשכון ויאבדו מעותיו. וע"כ משום תיקון
העולם שלא יונעל דלת כו' הימנוהו חז"ל כמו בחננני.

ולכן אתי שפיר מה דאמרו במלנה על המשכון ואבד המשכון דישבע ויטול מעותיו אף
דע"פ ד"ת הי' פטור הלנה משום דלא ה"ל למידע מ"מ נוטל מעותיו משום תקנת חננני:
ומ"מ לדינא פיון דכתבו הטוש"ע לחייב שם משום א"י אם התורתי בע"כ מוכח דס"ל
לדינא דגם היכא דלא ה"ל למידע חייב בא"י א"פ.

וכן יש להוכיח מהא דכתובות ד' י"ב דאמרו דלכן בהיא אומרת משאר סתני נאנסתי
נאמנת אף דנימא חזקת ממונא עדיפא מן פרי משום דשא"ה דאמרין אוקמי אחזקה
ועיקר הטעם דמפקינן ממונא הוי משום פרי שלה בצירוף אוקמי אחזקה.

והא התם הוי שמא של הפועל לא ה"ל למידע ואפ"ה אם יש לנו אוקמי אחזקה בצירוף
פרי מוציאינן מן המוחזק. א"כ ה"ה בכל א"י א"פ דיש לנו חזקת חייבא בצירוף פרי של
התובע ונדאי סמכינן ע"ז אף במקום דלא ה"ל למידע.

ואפשר לחלק קצת דשא"ה דחזקת הגוף חשיבא טפי מפל אוקמי אחזקות כמש"כ התוס'
בכתובות ד' ע"ה בד"ה אבל היכא דליכא חזקה כו' בסה"ד. והדברים ארנפין.

אבל מן הטוש"ע מוכח דס"ל שלא לחלק ביניהם: (זה הקונטרס כתבתי מכבר ולקמן סי'
זה סע"ף יו"ד העליתי עוד בארנפה בענין הזה ע"ש): ד (שם סע"ף ט' ש"ף ס"ק כ"ו)
ונראה דאפי' בספק פרעון קודם הלנאה כגון כו' חייב הלנה לשלם כו'.

וכן משמע מסתימת דברי הפוסקים עכ"ל הש"ף. והאו"ת שם ס"ק ו' כתב להוכיח כן
מהא דב"מ (נ"ף ו') דאמרו דלכן לא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' משום דחיישינן
שמא ספק מלנה ישינה יש לו עליו.

ואי נימא דספק פרעון קודם להלנאה דינו כא"י אם נתחייבתי א"כ הא מותר לו לתפוס
ולהחזיק של חבירו בידו אף בטענת שמא כו'. והוכיח מזה דינו כא"י אם פרעתי עכ"ל

האו"ת: ענף א ולענ"ד יש לדחות זה הראיה דהא בב"ב (ד' קל"ה) משמע דאבני אית לי דמנה לי בידך והלה אומר א"י דתיב נענין בתוס' שם ד"ה אבני אומר כו'.

וכ"כ התוס' בכתובות (דף י"ב ע"ב) ד"ה רב הונא כו'. דאבני אית ליה מנה לי בידך והלה אומר א"י תיב ע"ש.

דלפ"ז שפיר אומר אבני הך דספק מלנה ישנה בב"מ שם. דאר דנימא דדינו כמו א"י אם נתחייבתי.

מ"מ הא אבני לטעמי' דס"ל דא"י א"נ תיב שפיר אומר דתישינו לשמא ספק מלנה. וע"כ אין ראי' מהתם.

ואפשר דכוננת האו"ת הוא לפי מש"כ הרא"ש בב"מ שם דמוכח מן הרי"ף דלדינא קי"ל כהך דאבני דאמרינו מיגו דחשוד אממונא היכא דלא שייך אשתמוטי כו' אלא שא"ה דמשום ספק מלנה ישנה נגעו בה.

וכ"כ הטור בח"מ סי' צ"ב ובש"ע שם. ע"כ לדינא לפי מה דקי"ל דמנה לי בידך והלה אומר א"י דפטור.

ואפ"ה נותנין שבועה למי שטוען כולה שלי וכו"ג. וע"כ הטעם הוא משום ספק מלנה ישנה א"כ שפיר הוכיח מזה האו"ת דספק פרועון קודם להלואה ה"ל כאינו יודע אם פרועתי: ומ"מ לדינא אין זה ברור כ"כ דעדיין יש לחלק דשא"ה בתופס גוף החפץ עבור ספק חוב דבזה י"ל דנודאי אינו יכול לתפוס ולהחזיק חפץ בעיני' של חברו עבור ספק חוב.

דהא גוף החפץ כל זמן שלא הגבוהו ב"ד. הוא ברשותא דמרא קמא וברשות הבועלים הוא על פן אינו יכול לתופסו מספק.

והא פן מצינו בספק בדררא דמונא דאר דמהני תפיסה בטוען פרי לכ"ע. עכ"ז היכא דאינו טוען על גוף החפץ דהוא שלו אלא תופסו עבור חוב ושעבוד.

בזה לא מהני תפיסה. וכמש"כ האו"ת בכללי תפיסה להוכיח פן מן הא דס"פ המניח והובא בנתיבות בכללי תפיסה סעיף ז' ע"ש.

וכיון דמצינו להאו"ת בעצמו דמחלק בזה בדררא דמונא כש"כ דיש לחלק פן בספק שאינו דררא דמונא אלא דנולד הספק אליו מעצמו. דנודאי יש לחלק פן.

וכעין זה מצינו לשיטת מהרש"ל והמהרי"ט והובא בכללי תפיסה ובקצה"ח קונטרס הספיקות פלל ט' דס"ל דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא ג"כ אלא היכא דטוען על גוף החפץ דהוא שלו. ולא בטוען ותופסו לגוף החפץ עבור חובו.

ואף להפוסקים החולקים על היש"ש והמהרי"ט עכ"ז י"ל דאינם חולקים עליהם רק בספיקא דדינא אבל בספק הנולד לו מעצמו כ"ע מודו דיש לחלק ביניהם. וזהו כש"כ מדררא דמונא כמו שנתבאר: ויש להסביר זה ביתר ביאור והוא דהא עיקר הטעם מה דא"י אם פרועתי תיב לשלם.

זהו משום דהפרי של התובע בצירוף אוקי על חזקת חיוב. מוציאין עי"ז מן המוחזק וכעין הך דכתובות (דף י"ב) א"נ עד כאן לא קאמר ר"ג התם אלא דאמרינן אוקי אחזקה כו'.

ובמק"א הארכתי בזה. ועיין בט"ז ח"מ סוף סי' ע"ה מזה.

ולפ"ז אפשר לדון לכאורה בכל ספק פרעון הנולד מקודם הלוואה כמש"כ הש"ך. דבזה י"ל דאין לחייבו משום א"י אם פרעתי.

דקא עיקר הטעם דחייב א"י אם פרעתי. זהו משום חזקת חיוב שהיה עליו מקודם לידת הספק.

וקא בספק פרעון קודם להלוואה לא הי' עליו מעולם חיוב ברור לשלם לחבירו פינו דנולד לו הספק על החוב מקודם הלוואה. וכיון דאם היה ברור דחבירו חייב לו איזה חוב בנודאי דאז יכול לעכב ת"י החוב שמגיע ממנו לחבירו כמבואר בסי' ע"ב סעי' י"ז בהגהת רמ"א שם.

ע"כ לא היה עליו מעולם שום חזקת חיוב כלל ולכן לא שייך בזה א"י אם פרעתי ולחייבו משום חזקת חיוב. פינו דהספק הוא בעיקר החזקת חיוב הנ"ל.

אבל בתופס חפץ מחבירו אף דנולד לו ספק באיזה חוב על חבירו מקודם התפיסה. מ"מ הך אף דיהיה לו חוב ברור על חבירו אינו רשאי להשתמש בגוף החפץ מעצמו בלא גוביינא דב"ד.

וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ע"ח בשם פמה ראשונים דאסור לעכובי למשכון או לפקדון ת"י משום דמאן שם לך שהרי החפץ צריך שומא ע"ש. וכ"כ הגימוקי יוסף בריש ב"מ: וכיון דאף בחוב ברור אינו רשאי לעכב ולהשתמש בהחפץ בלא גוביינא דב"ד.

ע"כ בספק חוב דכיון דמקודם דהגבוהו ב"ד בתורת גוביינא היה אסור לו להשתמש בגוף החפץ בנודאי ע"כ אינם יכולים הב"ד להגבותו לו גוף החפץ בספק חוב משום דאמרינן בזה אוקי אחזקה.

דכמו דעד העת שמגבין לו הב"ד היה אסור לו להשתמש בגוף החפץ פן עכשיו אסור לו להשתמש בגוף החפץ א"כ יש חזקה המבררת לנו דאסור לו להשתמש בגוף החפץ. וכיון דיש כאן פרי של התובע בצירוף חזקה הנ"ל.

ע"כ מוציאין עי"ז מהתופס. וא"ל דאף דגוביינא דב"ד ליכא בזה מחמת חזקה הנ"ל.

אבל עדיין יהיה יכול לתפוס ולעכב החפץ ת"י אף בלא שומא וגוביינא עד שישלם לו חבירו ובזה לא שייך אוקי אחזקה הנ"ל. דז"א לפי מה דכתבתי בספרי באר יצחק ח' חו"מ סי' ב' דהיכי דלא משפחת ביה גוביינא ואחלטתא דב"ד בשום אופן בעולם כלל אז אינו יכול לעכב החפץ ת"י משום איסור גזל ע"ש.

א"כ ה"ה בזה פינו דלא משפחת ביה גוביינא דב"ד פנ"ל ע"כ ממילא אינו רשאי לתופסו ת"י משום איסור גזל. לכן שפיר יש לחלק בין תופס חפץ עבור ספק חוב.

ובין מעפב ת"י חוב ונדאי עבור ספק חוב. וקא דכ' הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ע"א ע"פ דברי הר"נ דאם אינו רוצה לגבות מגוף החפץ רק מעפבו ת"י ובזה אף בלא שבועה בנקיטת חפץ יכול לעפבו ת"י.

שא"ה דקא בידו ליטבע בנק"ח ע"כ לא שיניך בזה הכלל הנ"ל. משא"כ היכא דאינו בידו להגבות לעצמו החפץ כנ"ל.

בזה שפיר פתבתי דכיון דאינו יכול להיות בו גובינא. דאסור לו לעפב החפץ ת"י משום איסור גזל כמש"כ בספרי פנ"ל ולכן ראיות האו"ת מהא דב"מ אינו ברור כ"כ.

כ"ז אמרתי מכבר בימי טל ילדותי לדון בראיות האו"ת הנ"ל: אמנם לפמש"כ לעיל בסי' ע"ב ש"ך ס"ק קמ"ג וקעליתי דהיכא דשיניך לומר בע"ח קונה משכון. דבזה אף היכא דלא משפחת בי' גובינא דב"ד בשום אופן בעולם כלל אפילו הכי יכול לעפבו תחת ידו לגוף החפץ בתורת משכון דקני ליה לזה עכ"פ כמבואר שם בארנפה.

ע"כ עדיין יש לדון בנ"ד דאף דטוען ספק. עכ"ז יכול לעפב מספק לגוף החפץ ת"י עבור הספק חוב דנולד לו.

דבזה לא שיניך לומר להחזקת איסור גזל הנ"ל. דקא אנו דנין בעיקר החזקה הנ"ל והני ספק בעיקר החזקה.

וזהו דלא כמש"כ לעיל לסתור ראיות האו"ת הנ"ל. אף קא כב"ד נתבאר בלא"ה דמצינו דהאו"ת עצמו מחלק בזה גבי ספק דררא דממונא כנ"ל.

וכמש"כ היש"ש והמהרי"ט לחלק בזה בכל ספיקא דדינא כנ"ל. ע"כ שפיר פתב הש"ך דכן משמע מסתימות דברי הפוסקים.

פי ראי' ברורה אינו על זה. דקא יש לדון כן בעיקר ראיות האו"ת הנ"ל: ענף ב ולפענ"ד נראה להוכיח כהש"ך דספק פרעון קודם הלואה דינו ככל א"י אם פרעתי.

מהא דב"מ (ד' ל"ה ע"ב) דאי' שם בפסוגיא דפעמים שהבעלים משלמין כמה פרות לשוכר כו' ופי' רש"י שם בד"ה פיצד אגרה מינ' מאה יומי כו'. ראובן ששוכר פרה משמעון על מאה יום וחזר שמעון ושאלה ממנו על צ' יום כו' הרי שוכר פטור בשבועה והשואל משלם לשוכר חזר ראובן ושכרה כו' חזר שמעון ושאלה ממנו ע' יום כו' וישבע ראובן שמתה פדרפה ושמעון השואל משלם לו כו'.

עכ"ל רש"י. ועיין בפני' הושע שם שפתב להקשות דלמה צריך ראובן השוכר ליטבע כיון שמתה אצל השואל גופא עכ"ל הפ"י.

ולא ראה דברי הירושלמי שכ"כ ע"ש בפ"מ. אבל באמת אינו קשה לפמש"כ המהר"ם שיף דמיירי דהשואל אינו יודע אם נגנבה או מתה באונס.

וע"כ צריך השוכר ליטבע שמתה ונדאי דאלו אם לא ישבע דמתה בנדאי. חייב הש"ש משום מחוייב שבועה ואיל"מ.

וכמש"כ הש"ך בסי' רצ"א ס"ק מ"ד כן בשם רש"י ע"ש. ומש"כ המהר"ם שיף שם עוד די"ל דמיירי דהשואל אומר ברי לי דנגנבה ונאבדה ע"ש.

לדעתי זה אינו דא"כ אמאי השואל משלם לשוכר והא נאמן להחזיק הממון ת"י ע"פ טענת פרי שלו דנגבב ונאבד דאז הש"ש חייב לו וא"צ לשלם להשוכר. וכמו פל טענת יש לי בידך דמהימן במיגו לכה"פ.

[ועיין בסי' ע"ב בסמ"ע ס"ק י"ג שכתב דבחוב ידוע דאין להלנה מיגו דבטוען הלנה על המלנה דאפה מכרת המשפון או אפה פשעת וכה"ג דנאמן הלנה. א"כ ה"ה בנ"ד ונדאי נאמן השואל לומר דנגבבה א"כ יכול להחזיק את חוב שאלה ת"י ולא יצטרף לפרוע לראובן המשאיל.

אף הש"ף שם ס"ק י"ד חולק על הסמ"ע והעלה דאם אין לו מיגו אינו נאמן לומר בנה משום דהוי כמו חוב יש לי בידך דהוי טענה גרוע וכמש"כ הנהתיבות שם ס"ק יו"ד עי"ש. ולפי שיטת הש"ף הנה"ל א"ש דברי המהר"ם שיהי הנה"ל].

ובאמת מוכח דהעיקר בכוננת רש"י כמש"כ המהר"ם שיהי מתחלה דמיירי דהשואל טוען שמה נגבבה או נאבדה. וע"כ צריך השואל לשלם להשוכר.

משום דהוי כמו פל איני יודע אם פרעתי דחייב מספיקא לשלם. ולכן אף דמספקא להשואל דשמה נגבב או נאבד דאז חייב השוכר לשלם לו והוי יש לו בידו פנגדו.

מ"מ חייב השואל לשלם להשוכר משום דהא הוי ככל א"י אם פרעתי: אף זה א"ש במה דשאל שמעון הפרה מן ראובן השוכר בראשונה דבמה נולד הספק לאח"ז אם מתה או נגבבה ונאבדה.

דזה הוי כמו פל איני יודע אם החזרתי דחייב משום חזקת חיוב של הלנה. וה"ה בנה ששאל הפרה דנתחייב בכל האונסין מיד בעת ששאלה וע"כ כל ספק דיאירע אח"ז דינו דחייב וככל א"י אם פרעתי.

אבל במש"כ רש"י שם פן על הא דחזר שמעון ושאלה בפעם שני דראובן השוכר נשבע שמתה ויפטר ואז השואל ישלם לראובן השוכר פנ"ל. ואי נימא דספק פרעון שמקודם הלנאה הוי דינו כאומר איני יודע אם נתחייבתי.

א"כ קשה דאמאי שמעון ישלם לראובן השוכר על שאלה השני. הא פינו דמספקא לן דשמה נגבב ונאבד מעיקרא אצל ראובן השוכר דאז חייב ראובן לשמעון עבור חובו בתורת ש"ש.

א"כ אף דאח"ז במה דשאל שמעון מן ראובן בפעם הב' נתחייב בתורת שאלה. מ"מ הא פינו דמספקא לשמעון השואל אם מתה או נגבבה מעיקרא בעת שהיתה שכורה לראובן והוי לי ספק חוב על ראובן מקודם חיוב שאלה דיליה.

ואי נימא דספק פרעון הנולד מקודם ההלנאה דינו כמו איני יודע אם נתחייבתי דקיי"ל דפטור א"כ קשה דאמאי חייב שמעון השואל לשלם לראובן על השאלה השנייה דאף דראובן נשבע שמתה מכ"מ הא אינו נאמן בשבועתו רק לפטור א"ע ולא להוציא מחבירו.

וְדוֹחֵק לֹאמַר דְּהָא סִנְיָא דב"מ וּכְפִירֵי רִש"י הֵנָּה לְאִתִּי לְהָא מ"ד דס"ל דא"י אִם
נִתְחַיֵּיבְתִי חַיִּיב. וְלֹא אֲלִיבָא דְדִינָא: וּמוֹכַח מִן רִש"י הֵנָּה לְדִינָא כַּמֶּש"כ הַשְּׁ"ף
דְּסִפְק פְּרַעוֹן שְׂמִקְנָדָם הִלְנָאָה דִּינוֹ כַּא"י אִם הִתְחַרְתִּי דְחַיִּיב.

וּע"כ שְׁפִיר כָּתַב רִש"י דְּאָף דְּהוּי סִפְק לְשִׁמְעוֹן הַשּׁוֹאֵל עַל שְׂכִירוֹת הֶרְאֵשׁוֹנָה דְשְׁכָרָה
רְאוּבֵן דְשָׁמָא נִגְנָבָה א"כ חַיִּיב לֹא רְאוּבֵן ג"כ מִצַּד דִּין שׁוֹכֵר. מ"מ דִּינוֹ עַל מַה דְשָׁאֵל מִן
רְאוּבֵן אָף בְּפַעַם שְׁנֵי כְּמוֹ כָּל אֵינִי יוֹדַע א"פ דְקִי"ל דְחַיִּיב.

א"כ מוֹכַח מִן רִש"י הֵנָּה לְפִהִי"ף דְּסִפְק פְּרַעוֹן קוֹדָם לְהִלְנָאָה דְחַיִּיב אִם הַתּוֹבֵעַ טוֹעֵן
בְּרִי וְהַנִּתְבָּע טוֹעֵן שְׁמָא. וְאִי גִימָא בְּכּוֹנוֹת רִש"י דב"מ הֵנָּה לְכַמֶּש"כ הַמְהַר"ם שִׁיף
דְּמִיירִי דְשִׁמְעוֹן הַשּׁוֹאֵל טוֹעֵן בְּרִי דְהַשּׁוֹכֵר חַיִּיב לִי וְאִפ"ה מְחַוֵּיב הַשּׁוֹאֵל לְשֵׁלֵם לְרְאוּבֵן
הַשּׁוֹכֵר.

וּכַמֶּש"כ הִנְתִּיבוֹת שְׁם ס"ק י' וְנָהוּ הִיכָא דְאֵינִן לֹא מִיגוּ. דְלִפ"ז וְנִדְאִי דְחַיִּיב בַּנ"ד מַכַּש"כ
דְּהָא אָף בְּנִתְבָּע טוֹעֵן בְּרִי עַל הַפְּקָדוֹן דְּהִיָּה לֹא ת"י הַמְלִיגָה דְפִשְׁעֵי י"ל דְחַיִּיב הִיכָא דְאֵינִן
לֹא מִיגוּ דְפְרַעְתִּי.

אָף יֵשׁ לְחַלֵּק דְשָׁאֵנִי בְּהָא דְכָתַב הַשְּׁ"ף הִכָּא בְּסִי' ע"ה דְנוֹלַד לֹא סִפְק כְּמָה הִנָּה הַפְּקָדוֹן
שְׂיָדוּעַ שְׁפִשְׁעֵי בְּנוֹדְאִי דְבָזָה י"ל דְנוֹדְאִי מְהֵנִי טַעֲנַת בְּרִי לִי לְפִטוֹר א"ע. אָף בְּאַמַּת הָעֵיקָר
הוּא כַּמֶּש"כ לְעֵיל בְּשֵׁם הַמַּהֲרֵש"פ דְכָתַב בְּתִירוּץ קָמָא דְרִש"י מִיירִי בְּטוֹעֵן הַשּׁוֹאֵל שְׁמָא
כַּנ"ל: וּבַמֶּש"כ הַשְּׁ"ף דְדִדְוִקָא בְּמִלְגָה טוֹעֵן בְּרִי בָזָה גּוֹבָה אָף בְּסִפְק פְּרַעוֹן קוֹדָם לְהִלְנָאָה.

אָבָל אִם הַמְלִיגָה מְסוֹפֵק אֵינִי גּוֹבָה. וְהַקְצָה"ח חוֹלֵק עָלָיו וְהַנְּתִיבוֹת הַכְּרִיעַ כְּהַשְּׁ"ף.

הִנָּה לְעֵיל בְּסִי' נ"ט הַעֲלֵתִי דְאָף לְפַמֶּש"כ הַשְּׁ"ף כַּנ"ל. דַּמ"מ בְּחֹב שְׂכִירוֹת דְתוֹבֵעַ
הַפּוֹעֵל מִן הַבַּעַה"ב וְהַבַּעַה"ב מוֹדָה לֹא עַל הַחֹב.

אָף הַבַּע"ה טוֹעֵנוֹ לְהַפּוֹעֵל בְּסִפְק חֹב אַחַר עָלָיו וְגַם לְהַפּוֹעֵל הוּי סִפְק בְּהַחֹב כִּי מְסוֹפֵקִים
שְׁנֵיהֶם בְּהַחֹב הָאֶחָד. דְּבָזָה אָף הַשְּׁ"ף מוֹדָה דְהַפּוֹעֵל גּוֹבָה לְהַחֹב שְׂכִירוֹת מִן הַבַּעַה"ב.

דְּבָזָה שְׁיָיֵף סְבֵרַת הַקְצָה"ח בַּמֶּש"כ דְכִינּוֹן דְזָה גּוֹבָה וְזָה גּוֹבָה. דְּהוּי הַפּוֹעֵל כְּאֵינִי יוֹדַע
אִם נִתְחַיֵּיבְתִי דְפִטוֹר וְכַמוֹ שְׁהוֹכַחְתִּי לְעֵיל כ"ז יַע"ש: הַ (שְׁם סַעִי' ט') מְנָה לִי בְּיָדָה כּו'
וְהִלְנָה אוֹמֵר אֵינִי יוֹדַע אִם הַלּוּיִתְנִי כּו' יִשְׁבַּע שְׁאֵינִי יוֹדַע וּפִטוֹר: וְשָׁאֵלְתִי מְרַב גְּדוֹל א'
אִם הַתּוֹבֵעַ טוֹעֵן כִּי הוּא חוֹשֵׁד לְהַנְּתִבָּע שְׁהוּא מְאָמִין לֹא אָף אֵינִי רוֹצֵה לְגַלּוֹת זָה וּבְפִרְט
הִיכָא שְׂמִוּחָזֵק הַתּוֹבֵעַ לְגַבְרָא מְהִימָנָא אִם יָכוֹל הַתּוֹבֵעַ לְהַטִּיל ח"ס עַל הַנִּתְבָּע שְׁאֵינִי
מְאָמִין לֹא אוֹ שְׁאֵינִי יָכוֹל לְהַטִּיל עָלָיו זָה.

וְהַעִיר מִן ב"מ (דָּף ל"ה) דְקָאֲמְרִי תְהֵא בְּמִאֲמִינוֹ וְנִהְמֵנִי לֹהֵה לְמִלְגָה נְמִי בְּהָא כּו' הָרִי
דְּמִצִּינוֹ מְפִירֵשׁ בַּגְּמ' דָּאִם הִלְנָה מְאָמִין לְהַמְלִיגָה דְחַיִּיב לְשֵׁלֵם עַכ"ל: עָנָף א וְזָהוּ אֲשֶׁר
הַשְּׁבֵתִי כִי פִינְצָא בָזָה מְצִינוֹ בְּשִׁבוֹת יַעֲקֹב ח"ב ס' קס"ט בְּצִוּוֹנָאֵת שַׁכ"מ שְׁנַעֲשֶׂה בְּפִנִי
ע"א אֵינִם מְחַוֵּיבִים הַיּוֹרְשִׁים לְקַיֵּים וְהִבִּיא בְּשֵׁם הַמְבִי"ט ח"ב ס' קמ"ח שְׁכָתַב בְּצִוּוֹנָאָה
ע"פ ע"א שְׁיִכְלוּ לֹאמַר לַיּוֹרֵשׁ שְׁיִקְבֵּל בְּחַב"ד שְׁאֵינִי מְאָמִין שְׁהוּא אָמַת כְּמוֹ שְׁאוֹמֵר הָעַד
עַכ"ל הַמְבִי"ט.

אָבֵל הַדָּבָר תְּמוּנָה דְּמָה לוֹ וּלְקַב"ח פִּינּוֹן דְּהַתּוֹרָה לֹא הִימְנִי' לַע"א לְהוֹצִיא מִמּוֹן וְאִף בְּאִסּוּרִין אִם אֹמֵר אֵינִי מֵאֲמִינָה א"נ הָעֵד פְּמִבְּנֹאֵר בִּי"ד ס' קכ"ז כו' וע"כ יִשְׁתַּקַּע הַדָּבָר וְלֹא נֶאֱמַר עכ"ל הַשְּׁבוּת יַעֲקֹב.

וּלְפִי מַש"כ הַש"ף בִּי"ד ס' קכ"ז ס"ק ט"ו לְפָרֵשׁ דְּבָרֵי הַר"ת דָּאִף דְּמַהִימֵן לִיהַ פְּתָרִי יְכוּל לֹמַר אֵינִי מֵאֲמִינָה לְדָבָר זֶה אָבֵל אִם בְּאֲמַת מֵאֲמִינוֹ אֵינוֹ מוֹעִיל מַה דִּיאֵמַר אֵינִי מֵאֲמִינָה וְכֹן מְסִיִּים שֵׁם הַרמ"א דְּבִשְׁאָרֵי אִסּוּרִים לֹא מְהַנִּי אִם אֹמֵר אֵינִי מֵאֲמִינָה אִם מֵאֲמִין בְּלָבוֹ ע"כ הַדִּין נוֹתֵן דַּה"ה הֵקָא גְּבִי מְמוּנָא יְהִי מוֹעִיל אִם מֵאֲמִינוֹ פְּכִי תְרִי וּמְמִילָא יְכוּל לֹמַר שְׂיִקְבֵּל חַב"ד שְׂאֵינוֹ מֵאֲמִינוֹ בְּלָבוֹ וּכְמַש"כ הַמְבִי"ט.

וּבְעֵיקָר דְּבָרֵי הַשְּׁבוּת יַעֲקֹב שְׂמַדְחָה לְדְבָרֵי הַמְבִי"ט הִנֵּה פְּכָר הַקְּדִימוֹ הַרְאָב"ד בְּתִשׁוּבָה וְהוּבָא בְּשִׁלְטֵי גְבוּרִים לְסַנְהֶדְרִין פ"ג שְׂכַתְּב בְּצִוְנָאָה בְּפָנֵי ע"א דָּאִין זֶה פְּלוּם וְהַרְוֹצָה בְּאוֹתָהּ חֲלֻקָּה יְכוּל לְהַתְרִים ח"ס עַל מִי שְׂמַאֲמִין שְׂלֵא יִכְפֹּר וְאִם הוּדָה שְׂמַאֲמִין תַּתְקַנִּים הַחֲלֻקָּה ע"פ הָעֵד פֶּה הוּא לְאֲמִיתוֹ עכ"ל הַרְאָב"ד.

וְדְבָרֵי הַרְאָב"ד הַלְלוֹ הוּבָא בְּשַׁעַר מְשַׁפֵּט ס' ל"ג סוּף ס"ק א'. וּלְפ"ז הַנְּכוּן עִם הַמְבִי"ט דְּכַתְּב בְּצִוְנָאָה בַע"א דִּיְכוּל לֹמַר לִיּוֹרֵשׁ שְׂיִקְבֵּל כו' שְׂאֵינוֹ מֵאֲמִין לְהָעֵד דְּהָא פֶּן פְּתַב הַרְאָב"ד לְהַדְיָא.

וּלְפ"ז ה"ה בנ"ד י"ל דִּיהִיָּה יְכוּל לֹמַר לְהַנְתַּבַּע שְׂיִקְבֵּל עֲלֵיו כו' שְׂאֵינוֹ יוֹדַע אִם חֲזִיב לּו: וּבְעֵיקָר מְקִלְתָּא נִלְע"ד לְדוֹן ע"פ הָא דְקִידּוּשִׁין (דָּף ס"ו) גְּבִי אֲשֵׁתוֹ זִנְיָתָה דַּא"ל אִי מְהִימֵן לָךְ פְּכִי תְרִי זִיל אֶפְקָה.

וְכַתְּב הַר"ף שֵׁם דְּרַק בְּבָא לְצִאת דִּי שְׂמִים אִי מְהִימֵן לִיהַ פְּכִי תְרִי חֲזִיב לְאֶפְקָה אָבֵל לֹא בְּדִינֵי אָדָם וְכ"כ הַרְא"ש שֵׁם וְכ"כ הַרִיטְב"א שֵׁם וְכ"כ הַרמב"ם ה' אִישׁוֹת פ' כ"ד ה' י"ז מִי שְׂרָאָה אֲשֵׁתוֹ שְׂזִינְיָתָה אוֹ שְׂאֵמַר לוֹ א' מְקַרְוֵבִי שֶׁהוּא מֵאֲמִינָם וְסוּמְכַת דַּעֲתוֹ עֲלֵיהֶם כו' אֲמָרָה לוֹ אֲשֵׁתוֹ שְׂזִינְיָתָה כו' וְאִם הִיא מֵאֲמִינָה וְסוּמָה דַּעֲתוֹ עַל דְּבָרֵי ה"ז חֲזִיב לְהוֹצִיאָה וְאִין ב"ד כּוֹפִין אֶת הָאִישׁ לְגַרְשׁ אֲשֵׁתוֹ בְּדָבָר מְדַבְּרִים אֵלָיו עַד שְׂיָבוֹאוּ עֲדִים וְיַעֲדוּ כו' וְאַח"כ כּוֹפִין אוֹתוֹ לְהוֹצִיא עכ"ל הַרמב"ם.

וְכ"כ הַטוֹר בַּאֵה"ע ס' קט"ז דָּאִם הַע"א נֶאֱמָן לוֹ פְּכִי תְרִי אִז מְשׁוּם לְזוֹת שְׂפִתִים אִסּוּר לוֹ לַעֲמֹד עִמָּה. וְהַבִּית יוֹסֵף שֵׁם הָאֲרִיף בְּזֶה וְהַבִּיא לְדְבָרֵי הַטוֹר בְּסִי קַע"ח וְכֹן הַב"ח שֵׁם וְהַבִּיא לְדְבָרֵי הַמְהַרְש"ל.

וְכ"כ הַמְחַבֵּר בַּאֵה"ע ס' קט"ו סְעִיף ו' דָּאִם הִיא מֵאֲמִינָה וְדַעֲתוֹ סוּמְכַת עַל דְּבָרֵיהַ ה"ז חֲזִיב לְהוֹצִיא אָבֵל אִין כּוֹפִין אוֹתוֹ לְהוֹצִיאָה וּפִי' הַח"מ שֵׁם ס"ק כ"ג מְשׁוּם דָּאִין דְּבָר בְּעֶרְוָה פְּחוֹת מְשֻׁנִּים וְאִין ב"ד מוֹצִיאִין רַק בְּעֲדִים עכ"ל.

וּלְפ"ז ה"ה בְּמִמּוֹן אִף הִיכָא דְּמַאֲמִין הַנְּתַבַּע לְהַתּוֹבַע דְּאוֹמַר בְּפִירוּשׁ דְּמַאֲמִינוֹ פְּכִי תְרִי אִפ"ה הַדִּין נוֹתֵן דָּאִין יְכוּלָת בְּיַד הַב"ד לְכַפּוֹתוֹ שְׂיִשְׁלַם לְהַתּוֹבַע דְּהָא עֵיקָר מְקִלְתָּא דָּאִין דְּבָר בְּעֶרְוָה פְּחוֹת מְשֻׁנִּים הוּא מְשׁוּם דִּלְפִינּוֹ דְּבָר דְּבָר מְמִוֹן פְּמִבְּנֹאֵר בְּקִידּוּשִׁין (דָּף ס"ה) וְע"כ פְּמוֹ בְּעֶרְוָה אֲמָרוּ דְּבַמְהִימֵן לִיהַ פְּתָרִי אֵינָם יְכוּלִים הַב"ד לְכַפּוֹתוֹ מְשׁוּם דַּעֲיָקָר חַחִיב לְגַרְשָׁה אֵינוֹ רַק בְּבָא לְצִי"ש א"כ ה"ה בְּמִמּוֹן אִף דְּמַאֲמִין הַנְּתַבַּע לְהַתּוֹבַע מ"מ אִין חַחִיב עֲלָיו לְשַׁלֵּם רַק לְצִי"ש אָבֵל אִין יְכוּלָת בְּיַד הַב"ד לְכַפּוֹתוֹ דְּגַם בְּזֶה שְׂיִיף

הטעם של הסלקת מחוקק הנ"ל דאין דבר ערוה פחות משנים ואין מוציאין רק בעדים: ונדעתי מש"כ הברית אברהם בסי' פ"ו לפרש פנונה אחרת בדברי הרי"ף והרא"ש ע"ש.

אבל לא נראה פן מן פמה תשובות שכתבו בפשיטות דבמאמין להעד כתרי אין הב"ד כופין רק דחייב לצי"ש וכמש"כ להקדיא המהר"ם לובלין סי' פ' והב"ש בסי' קט"ו ס"ק כ"ג בשם המהר"ש"ל דאף דמהימן ליה כתרי אינו חייב לגרשה רק לצי"ש וכן כתבו פמה מחברים בתשובותיהם וכן הוא פשט דברי הטוש"ע והרמב"ם והרי"ף והרא"ש והריטב"א.

וכ"כ הרמב"ן בתולדות אדם והובא בתשובת רע"א זצ"ל סי' ק"א בד"ה ואפשר דזה ג"כ פנונת הגהת מיימוני פ' כ"ד ה"א כו' דכי אמר שמואל זיל אפקה כו' א"נ חייב לאפוקה ב"ב לצי"ש קאמר כו' אבל אין הב"ד אוסרין אותה עליו.

ואפשר נתפנין לזה הרשב"א במש"כ הב"י בשמו כו' דמ"ש הרמב"ם שאם א"ל אחד מקרוביו שהוא מאמינו שזינתה אשתו הר"ז חייב להוציאה כו' לא נתחנורו לי דברי ב"ד עכ"ל כו' עכ"ל רע"א. ועיין מזה במהרי"ט ח' אה"ע סי' א' והובא בברית אברהם שם.

והדברים ארוכין. והנה מן פשט דברי המחבר דכתב דחייב להוציאה אבל אין ב"ד כופין כו' רק בסעיה ו' גבי הי' מאמינה כו'.

אבל שם בסעיה זי"ן גבי א"ל אחד מקרוביו או מקרובתי שהוא מאמינם בין איש או אשה ה"ז חייב להוציאה ואסור לבא עליה כו'. לא כתב שם המחבר דאין כופין לו להוציאה כמש"כ שם מקודם בסעיה ו' ושינה מלשון הרמב"ם שכתב בסוף פל הנ"ל לכלל דאין ב"ד כופין כו' בדבר מדברים אלו עד שיבואו שני עדים ויעידו שזינתה לרצונה ואס"פ כופין אותו להוציא עכ"ל הרמב"ם מזה נראה דהמחבר ס"ל לחלק דדוקא היכא דאמרה לו אשתו אף דמאמינה דאין כופין אותו בידי אדם פנין דיש עליה שם בע"ד.

משא"כ בא"ל אחד מקרובי כו' פנין דאינו בע"ד אף דיש עליו פסול קרוב מ"מ אם מאמינו דחייב להוציאה ומשמע דס"ל דכופין בזה. ודלא כמו שנתראה מדבריו בבית יוסף.

וכעין זה ראיתי בבני אהובה להרמב"ם ה' אישות פ' כ"ד ה' י"ח שכתב להוכיח מן לשון המחבר דס"ל באומר שראה שזינתה דכופין אותו ע"ש. וכמו כן יש להוכיח מהמחבר דס"ל לחלק בין אשתו ובין אחר: ולפי זה יש לומר דאף דמשמע מן הראב"ד והמבי"ט דס"ל בצנואה בע"א דאם מאמינו דחייב לקיים הצנואה ומשמע דס"ל דכופין ע"ז דאל"כ אין סברא להטיל עליו ח"ס או קבלה.

יש לומר דזהו משום דהי' שם ע"א פשר ע"כ ס"ל דאם הוא מאמינו באמת הדין הוא דכופין אותו בדיני אדם ע"ז. אבל בנ"ד אף דמאמין הנתבע להתובע מ"מ פנין דהוי בע"ד ממש הדין נותן דאין כופין אותו ע"ז בב"ד וכמו דפסק המחבר באמרה לו אשתו שזינתה דאף דמאמינה נדעתו סומכת עליה מ"מ אין כופין אותו וה"ה בממון כמו בנ"ד אין יכולת בידי הב"ד לכופו.

וכיוצא בזה ראיתי בשו"ת ברית אברהם סי' פ"ו אות ב' שהביא בשם מוהר"י באסון דמחלק לדעת הרשב"א דבקרוב לא מהני עדותו אף דמאמינו כפי תרי אבל בע"א פשוט אם מאמינו פתרי מודה הרשב"א להרמב"ם דאסורה עליו ע"ש.

וע"כ י"ל דה"ה הקא אף להראב"ד והמבי"ט דכתבו בצונאה בע"א פשוט דמאמינו דחייב לקיים פן וכופין אותו ע"ז די"ל דז"א אלא בעד פשוט אבל בעד פסול או בבע"ד גם אינהו מודו דאין יכולת בדינו לכופו ומגלן להוציא ממון בכה"ג בלא ראיה מוכרחת: ענף ב ולשיטת הט"ז באה"ע סי' קט"ו ס"ק י"א שפכת לתרץ דברי הטור בסתירתו מן סי' קט"ו לסי' קע"ח כמו שהקשה הב"י והב"ח.

משום דהטעם הוא דלכן אין כופין אותו בדיני אדם במאמינו פתרי משום דיכול לומר דאע"פ שאמרתי מתחלה דהנני מאמינו עכ"ז עכשיו הנני חוזרני מזה וע"כ אין יכולין לכופו רק דאומרים לו אם האמת הוא דמאמינו צריף לקיים פן עכ"ל הט"ז בקצרה.

ולכן י"ל ולחלק דדוקא בהא דאה"ע פתבו דאין כופין לו דנהו מהטעם של הט"ז דיכול לומר דחוזרני עכשיו אבל בנ"ד יכול לומר התובע להנתבע שישבע או יקבל שאינו מאמינו עדיין בלבד ויכול לומר שחושדו ע"ז ע"כ י"ל דיהיה יכול התובע לומר פן ואין ראיה מן הא דאה"ע לסתור לדברי המבי"ט והראב"ד הנ"ל.

אבל באמת זה אינו רק לדברי הט"ז אבל מן דברי הבית יוסף ושאר שו"ת נראה דלא ס"ל פן. וכן מן פשוט דברי הרמב"ם והמחבר ושאר ראשונים נראה דאף היכא דמודה הבעל שמאמינו גם פעת ואינו חוזר בו עכ"ז אין כופין לו משום דאין דבר בערוה פחות משנים וכמש"כ החלקת מחוקק פנ"ל א"כ מזה הטעם גם במקום אין כופין ואינו יכול להטיל על הנתבע איזה שבועה או קבלה וח"ס: וכיוצא בזה מציינו בכתובות (דף פ"ה) גבי קים לי בגווי' מרענא שטרך אפומי' דאמרו קרענא ס"ד כו' ומבואר שם וברי"ף והרא"ש ובח"מ סי' ט"ו דבזמן הש"ס דהיו דנין להו קים לי דלא הי' דנין פן אלא לאורועי שטרך ולאפוכי שבועה אבל לא להוציא ממון כו'.

ע"כ הדין נותן דה"ה במאמינו הנתבע להתובע פתרי דאין להוציא ממון עפ"ז בב"ד ואף דנימא דחייב לצי"ש מ"מ אין שניף לומר בזה דיצטרף לישבע או להטיל עליו ח"ס פיון דעיקר החיוב אינו רק לצי"ש א"כ הא קמי שמיא גליא ואין נותנין ח"ס ושבועה על מה דאינו מחוייב רק לצי"ש וכמבואר בסי' פ"ז סעי' כ"ה דהיכא דאינו חייב ממון אין משביעין ומחרימין ואף לשיטת הרמ"א שם הטעם הוא משום דקונסין אותו אם יודה אבל בנ"ד דאף אם יודה שמאמינו אינו מחוייב ממון בב"ד רק לצי"ש כמו דאמרו בפירוש גבי קים לי בגווי' קרענא ס"ד ואמרו בפשיטות פן א"כ חזינן אף במה שאומרים הב"ד דאותו האיש קים להם בו שהוא איש אמת תמיד.

ועיין בב"ש סי' קט"ו ס"ק ל"ג מש"כ בשם המהרי"ק שנורש פ"ב מזה. אפ"ה אינו מועיל זה להוציא ממון מהמחזק והטעם הוא הפל כמש"כ החלקת מחוקק בסי' קט"ו ס"ק כ"ג דאין מוציאין אותה מבעלה משום דאין דבר פחות משנים בערוה וה"ה במקום.

ע"כ נראה לדינא לדון עפ"ז דאף היכא שאומר הנתבע דמאמין להתובע אין הב"ד יכולים לכפותו להוציא ממון מהמחזק על ידי זה וכן אין לו להחרים על זה. רק דאומרים לו

אם הוא מאמין באמת להתובע דיש עליו חיוב לצי"ש וכמו במאמין לאשתו האומרת דזונתה דהחיוב עליו לצי"ש וכמש"כ רע"א בתשובה סי' ק"א בד"ה ואפשר דזה ג"כ כו' בכוננת הרשב"א שפכתב על דברי הרמב"ם דלא נתחנורו לו דבריו דקאי על דמשמע מהרמב"ם דמדינא הוא וזה לא נתחנור לו משום דאינו מחוייב רק לצי"ש ע"ש.

וגם הרמב"ם הא פתב דאין כופין לו להוציאה ע"כ אין לנו להתרים ע"ז. וכ"כ הרי"ף והרא"ש להדיא וש"פ דרק חיוב עליו לצי"ש פנ"ל וע"כ אין לנו פח לכופו ולהוציא ממון מהמחזק וה"ה דאין לו להטיל ח"ס עליו פנ"ל: וכן היכא דתובע יש לו ע"א המסייעו והנתבע משיב איני יודע באופן דלא הוי מחוייב שבועה ואיל"מ כגון היכא דלא ה"ל למידע או היכא דהתובע מודה דהנתבע אינו יודע וכמש"כ הש"ך בס"י ע"ב ס"ק נ"א דבכה"ג כ"ע מודו דלא הוי מחשוואיל"מ.

וטוען התובע דחושד להנתבע דהוא מאמין לדברי העד דלקאורה נראה בזה דיהיה יכול להשביעו או להטיל ח"ס עליו שאינו מאמין וכמש"כ הרמב"ם ד והמבי"ט גבי צנואה בע"א. אבל באמת נראה לדעתי לחלק דאינו ראי' מן הרמב"ם ד והמבי"ט לנ"ד והוא דהנה הקצה ח"ב בס"י ר"פ ס"ק ב' פתב דהיכא דיש לנו ספק אם ינתן הירושא לאחר שאינו מן יורשיו דבכה"ג מהני לסמוך על רובא ואף דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב עכ"ז בזה אזלינן בתר רובא דדוקא היכא דבא להוציא מן חזקת ממוןא אמרו דאין הולכין אחר הרוב דחזקת ממוןא עדיף מן רובא אבל היכא דלא הוי מחזק ממש אף דבכל ספיקא מוקמינן בחזקת מ"ק עכ"ז דינו כמו פל חזקה דרובא עדיפא מן חזקה וה"ה כמה דאמרינן דמעמידין נחלה בחזקת יורשיו משום דהחזקה נחלה באותו השבט אין דינו רק כמו פל אוקי אחזקה דהולכין אחר הרוב פל שאין אדם מחזק בה עכ"ל הקצה"ח.

וכ"כ הש"ש שמעמדתא ד' פ' כ"ד ע"ש. ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ע"ב סעי' י"ח ענף ב' מזה.

ולפ"ז י"ל דהיכא דמאמין לדברי העד לפי דקים לי בגו' ומדימין לי פתרי וכמבואר באה"ע סי' קט"ו סעי' ז' ברמ"א בשם המהרי"ק דבזה מוציאים הנחלה מן חזקת היורש ומחוייב היורש לקיים כפי הצנואה שמעיד הע"א וכופין ע"ז בב"ד לפי דמה דמוציאים הנחלה מחזקתו אין זה הוצאות הממון מהמחזק דהא חזינו דאף רובא מהני בזה.

וגם יש להוכיח דמעלת קים לי בגו' עדיפא ממעלת רובא דהא ע"פ רובא לא מרעינן לשטררא דהא קיי"ל לכללא דאין הולכין בממון אחר הרוב ואפ"ה ע"פ מעלת קים לי בגו' מרעינן לשטררא כמבואר בכתובות (דף פ"ה) דשיטת רש"י דלא גבינן בי' וכ"כ הרמב"ם דבהשגות פ' כ"ד ה' סנהדרין ה' א'.

ואלו ע"פ מעלת רובא לא מצינו פן [ועיין בברית אברהם ח' ח"מ סי' י"ג וסי' י"ד וקצרותי]. הרי דמעלת קים לי בגו' עדיפא מן רובא.

וכינו דרוב מהני לסמוך עליו ולהוציא ממון מן חזקת היורש משום דלא הוי מחזק גמור וכמש"כ הקצה"ח והש"ש ע"כ הדעת נותנת דסמכינן על מעלת קים לי בגו' להוציא נחלה מן חזקת היורש ומחוייב לקיים כפי הצנואה של הע"א אם מאמינו להע"א משום דאין דינו של היורש כמחזק גמור.

אָבֵל עֲדִינּוּ י"ל דְּהִיכָא דָּאָנוּ דְּנִין לְהוֹצִיא מְמוֹן מִמְּוֹחֶזֶק גְּמוּר כְּמוֹ בנ"ד דְּהַנְּתַבֵּע טוֹעֵן אִינִי יוֹדֵע אִם נִתְחַיֵּיבְתִי וְיֵשׁ ע"א הַמְעִיד דְּהוּא חַיֵּיב וּבְאִנְפֵן דְּלֹא הָוִי מַחוּשׁוּאִיל"מ אַז אַף דְּמֵאַמִּין הַנְּתַבֵּע לְהַע"א דְּמוּדָה ע"ז אַפ"ה פִּינּוּ דְּהוּי מְוֹחֶזֶק גְּמוּר אִין יְכֻלֵּת בְּיַדְנּוּ לְהוֹצִיא מְמוֹן עַפ"ז וְכִמוּ דְּאָמְרוּ הֵכָא בְּכַתּוּבּוֹת (דָּף פ"ה) בְּפִשְׁיטוֹת קַרְעָנָא ס"ד וּפִי רִש"י וְהַר"ג דְּאִין לְהוֹצִיא מְמוֹן אוּ הַשְּׁטֵר מִהַמְּוֹחֶזֶק דְּאִפּוּקִי מְמוֹנָא הוּא וְתַרִי בְּעֵינּוּ.

וּבְקַצְרָה הוּא דִּישׁ לְחַלֵּק דְּשְׂאֵנִי בְּהַנְּדוֹן שְׁל הָרֵאָב"ד וְהַמְבִי"ט גְּבִי נִחְלָה לְהוֹצִיא מִן חֻזְקַת הַיּוֹרֵשׁ וְלִהְנַתּוּלְאֶחָר פְּפִי הַצְּנוּאָה שְׁל הַע"א דְּאִין דִּינוּ כְּמוּ מְוֹחֶזֶק גְּמוּר דְּהָא גַם רַבָּא מְהַיְבִי בְּזָה מַה"ט ע"כ בְּזָה מְצִינּוּ לֹאמַר דַּס"ל לְהָרֵאָב"ד וְהַמְבִי"ט דְּאִם מְאַמִּינּוּ מְחַיֵּיב ע"פ דִּין לְקַיָּים כֵּן מְשׁוּם דַּע"ז אִינוּ מוּכַח מִכַּתּוּבּוֹת הַנְּ"ל דִּישׁ לְחַלֵּק דְּדוֹקָא בְּמְוֹחֶזֶק גְּמוּר אָמְרוּ קַרְעָנָא ס"ד.

אָבֵל מְנַלְן לְהוֹכִיחַ לָנוּ לְדוֹן כֵּן בנ"ד הִיכָא דְּהוּי מְוֹחֶזֶק גְּמוּר דְּהָא אֲדַרְבָּה מְצִינּוּ לְהַדִּיא דְּאָמְרוּ בַּש"ס הַנְּ"ל דְּאִין יְכֻלֵּת לְהוֹצִיא מְמוֹן מִהַמְּוֹחֶזֶק גְּמוּר וְע"כ קָשָׁה לְהוֹצִיא מְמוֹן בנ"ד מִהַמְּוֹחֶזֶק רַק דְּמְחַיֵּיב לְצִי"ש.

וּמִמִּילָא אִין לְהַחְרִימוּ ע"ז פִּינּוּ דְּאִינוּ מְחַיֵּיב ע"פ דִּין כְּנ"ל לְכֹן אִין לָנוּ רֵאִי מְהָרֵאָב"ד וְהַמְבִי"ט לנ"ד וי"ל דְּגַם אִינְהוּ מוּדוּ בְּזָה דְּאִין כּוֹפִין לְהוֹצִיא מִהַמְּוֹחֶזֶק וְכֹן אִין מַחְרִימִין. וְכַש"כ הִיכָא דְּאִין כָּאן עַד לְפָנֵינוּ רַק דְּמֵאַמִּין לְהַתּוּבֵע דְּהוּי הַבַּע"ד אַז בְּנוֹדָאִי יֵשׁ לְחַלֵּק בֵּין גִּידוֹן הָרֵאָב"ד וְהַמְבִי"ט לנ"ד כְּנ"ל: עֲנָף ג וְרֵאִיתִי בְּשַׁעַר מְשַׁפֵּט סִי' ל"ג סוּף ס"ק א' שְׁפַתְבּוּ בְּנִתְבֵּע הַטּוֹעֵן אִינִי יוֹדֵע וְקָרוֹב וְאִשָּׁה מְעִידִים כְּדַבְּרֵי הַתּוּבֵע וְהַנְּתַבֵּע דַּעְתּוֹ סוּמְכַת לְדַבְּרֵי הָעֵד וּמֵאַמִּינּוּ דְּנִרְאָה דְּחַיֵּיב הַנְּתַבֵּע לְשַׁלֵּם לְהַתּוּבֵע וְרֵאִיָּה מְקִידוּשִׁין (דָּף ס"ו) דְּאִם מְאַמִּינּוּ לַע"א כְּתַרִי דְּחַיֵּיב לְהוֹצִיאָהּ כּו' וְה"ה לְעַנְּן מְמוֹן כּו' עכ"ל הַש"מ.

אָבֵל לְפִי מַש"כ לְעֵיל לְהוֹכִיחַ מְהָא דְּקִידוּשִׁין הַנְּ"ל ע"פ דְּבַרֵי הַרִי"ף וְהָרֵאָב"ש וְהַרִיטְב"א וְהַרְמְב"ם וְהַמְחַבֵּר דַּס"ל לְכַוְלָם דְּאִין כּוֹפִין שָׁם וְעִיקַר מְקִלְתָּא דְּהָא אִינוּ רַק חַיֵּיב לְצִי"ש וְכַנ"ל. וְדַבְּרֵי הַבְּרִית אַבְרָהָם בְּסִי' פ"ו וְכֹן שִׁיטַת הַט"ז בַּאֵה"ע סִי' קט"ו הַמּוּבָא לְעֵיל הֵם כְּנֶגֶד דְּבַרֵי הַמְּחַבְּרִים בְּשׁו"ת וְכֹן נִתְבָּאֵר לְמַעְלָה פִי הַחֲלֻקַת מְחֻזְקַת שָׁם ס"ק כ"ג וְהַב"ש שָׁם בְּשֵׁם הַמְּהַרְשֵׁ"ל וְשְׂאֵרֵי אַחֲרוֹנִים לֹא ס"ל כֵּן ע"כ בנ"ד אִין יְכֻלֵּת בְּיַדְנּוּ לְכּוֹפּוּ בַּב"ד רַק ע"פ חַיֵּיב לְצִי"ש וּמִמִּילָא דְּאִין לְהַחְרִים עָלָיו שְׂיֵאמַר הָאֵמַת שְׁחוּשְׁדוּ שְׂמֵאַמִּינּוּ פִּינּוּ דְּאִין עָלָיו דִּין חַיֵּיב בְּכַפְּיָה ע"י הַב"ד ע"כ נִרְאָה לַע"ד דְּלֹא כְּהַשְׁעַר מְשַׁפֵּט בְּזָה: עוֹד רֵאִיתִי בְּשַׁעַר מְשַׁפֵּט שָׁם שְׁפַתְבּוּ לְהוֹכִיחַ כְּדַבְּרֵי מְהָא דַּב"ב (דָּף נ"ב) דְּאִין מְקַבְּלִין פְּקֻדוֹנוֹת מִן הַנְּשִׂים כּו' אִי מְהִימְנָא לָךְ עֲשֵׂה כְּפִירוּשָׁה כּו' הָרִי דְּסִמְכִינּוּ עַל זָה לְהוֹצִיא מְמוֹן כּו' עכ"ל הַש"מ.

וְלַעַנ"ד יֵשׁ לֹאמַר בְּזָה דְּהָךְ עֲשֵׂה כְּפִירוּשָׁה הִינּוּ לְעַנְּן חַיֵּיב לְצִי"ש וְכִמוּ דְּכַתְּבוּ הַרִי"ף וְהָרֵאָב"ש וְש"פ בְּהָא דְּקִידוּשִׁין (דָּף ס"ו) דַּא"ל אִי מְהִימְנָ לָךְ כְּבִי תַרִי זִיל אַפְקֵה דְּזָהוּ לְעַנְּן חַיֵּיב לְצִי"ש אָבֵל לֹא לְעַנְּן דִּינָא בְּכַפְּיָה בַּב"ד כְּמוּ כֵן יֵשׁ לְפָרֵשׁ הֵכָא דַּא"ל אִי מְהִימְנָ לָךְ עֲשֵׂה כְּפִירוּשָׁה הִינּוּ דְּמְחַיֵּיב לְעֲשׂוֹת כֵּן לְעַנְּן לְצִי"ש אָבֵל לְעוֹלָם י"ל דְּאִם אִינוּ רוֹצֵה בְּזָה אִין לָנוּ כַּח לְכַפּוֹתוֹ וְכֹן מַה"ט אִין לָנוּ כַּח לְהַטִּיל עָלָיו ח"ס שְׂאִינּוּ מְאַמִּינּוּ: אַף עֲדִינּוּ יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת מִן לְשׁוֹן הַרִי"ף וְהָרֵאָב"ש בַּב"מ שָׁם וְהַרְמְב"ם פ' כ"ב ה' אִישׁוֹת ה' ל"ב וּפְרָק ז' ה' פְּקֻדוֹן ה' יו"ד שְׁהִבִּיאוּ לְדִינָא לְהָא דַּב"ב דְּאִי מְהִימְנָ לִיָּה יַעֲשֵׂה

כפירושו ולא פתבו דנהו רק לחייבו לצי"ש בלבד וכמו שכתבו פולם הנ"ל בזה דקדושוין (דף ס"ו) בזה דאי מהימן ליה זיל אפקה דנהו רק לחייבו לצי"ש ולא לכפותו כב"ד.

דכמו כן ה"ל לפרושי הכא. וכן הטור והש"ע באה"ע סי' פ"ו פתבו דאין מקבלין פקדונות מן האשה ואם קיבל יחזיר לאשה ואם אמרה בשעת מיתתה של פלוני הם אם נאמנת לו יעשה כדברי' ואם לאו יתן ליורשים.

ומשמע דנהו מדינא והא לא פתבו פאן דכ"ז הוא רק מן צד חיוב לצי"ש ולא מצד הדין בכפייה וכמו שכתבו באה"ע סי' קט"ו דנהו רק לחיוב לצי"ש ולא בכפייה. א"כ מוכח מן קל זה דאם מאמינו דחייב לקיים פן ע"פ דין.

אבל באמת אינו קשה דהא שאני התם דמייירי דהוא בפקדון בינד הנפקד והנפקד מאמינה א"כ אין בזה שום הוצאות ממון מהנחזק פינו דהממון אינו ברשות האשה רק ברשות הנפקד ולכן פינו דאותו הנפקד עצמו אומר דמאמין להאשה ע"כ מחוייב לקיים בעצמו פן במה שמונח בידו פינו דאין בזה שום הוצאות ממון כלל מהנחזק: וכמו כן י"ל בעובדא דביתיהו דרבה ב"ב חנה דב"ב (דף נ"ב) דכי קא שכתבה אמרה הני פיפי דמרתא אתא לקמי' דרב א"ל אי מהימנא לה עשה כפירושה.

די"ל דמייירי דהיו הנך פיפי בפקדון וכמו המוכא לעיל שם בבבביתא דאין מקבלין פקדונות כו'. ואף דבהך עובדא מייירי התם דאי מהימנא להבעל ולא מייירי התם במהימנא להנפקד בעצמו עכ"ז י"ל דכיון דאין הממון ברשות האשה והבעל רק בפקדון ת"י רשות אחר ע"כ אין זה הוצאות ממון מהנחזק ומנהי בכה"ג רובא וכמש"כ לעיל דהיכא דלא הוי מוחזק גמור דמהני רובא דבזה סמכינן על מה דמאמינו דזה עדיף מן מעלת רוב וכמש"כ לעיל בארובה.

אבל היכא דהממון הוא ברשות הבעל ממלש י"ל דלא סמכינן על מה דמאמין הבעל להאשה להוציא ממון ע"פ דין מהנחזק. ומה"ט לא כתבו הרמב"ם והטור"ע להך דינא רק באם היו המעות בפקדון וכתבו פן אם הנפקד מאמינו וי"ל דה"ה פן אם הבעל מאמינו: ולכאורה י"ל בזה לפי מש"כ הרא"ש בפסחים פ"א סי' ד' דרשות הנפקד כרשות המפקיד וקרינא ביה ביתו כו'.

[ועיין בט"ז או"ח סי' ת"מ ס"ק ד']. וכן פתב הרשב"ם בב"ב (דף פ"ה) דרשות הנפקד הוי כרשות המפקיד והובא בט"ז ח"מ סי' קפ"ט ועיין בקצה"ח שם ומה שהביא שם בשם המהרי"ט א"כ לפ"ז י"ל דהכא דהפקידה האשה החפץ ברשות הנפקד פינו דרשות הנפקד הוי כרשות האשה המפקדת א"כ מיקרי האשה בשם מוחזק פינו דקרינו ביתה ע"כ הוי הבעל דהוא יורשה בנודאי בשם מוחזק גמור פינו דכל זכות האשה שייך בנודאי לבעלה.

ואף שכתבתי לעיל דהיכא דאנו דנין להוציא נחלה מן היורש ע"פ צוואה בע"א אין זה מקרי הוצאות ממון מהנחזק וכמש"כ לבאר עפ"ז לדברי הראב"ד והמבי"ט. היינו דוקא התם דאם אנו דנין לקיים הצוואה א"כ לא הנה שייך מעולם דין יורשתי אכל הכא גבי הבעל דברור לנו דהוא יורשה אף דאנו דנין על המעות אם הוא של האשה או

של אחר דהיה בפקדון אצלה א"כ פיון דידוע לנו דהנפקד קיבל זה בפקדון מן האשה ע"כ הוי האשה בשם מוחזק גמור פיון דרשות הנפקד פרשות המפקיד לכן ממילא הוי הבעל מוחזק גמור א"כ אי נימא דמאמינו לא מהני להוציא ממון ממוחזק גמור ע"כ גם התם לא יהא מועיל מה דמאמין הבעל להאשה בתורת חיוב ע"פ דין רק לצי"ש: אבל באמת יש לדחות זה והוא דהא קיי"ל בב"מ (ד' ל"ה) כר' יוסי דתחזור פרה לבעלים ראשונים ומה"ט אמרו בב"מ (דף מ"ב) גבי ספסירא דבעלים הראשונים הם בע"ד של השואל כמש"כ שם רש"י והתוס' וכן אמרו בב"מ (דף צ"ו ע"ב) גבי בעל בנכסי אשתו דאם אגרה פרה מעלמא ונסבה דלר' יוסי אין לו דין שאילה בבעלים משום דהוא נעשה שומר לבעלים הראשונים ועיין בסי' שמ"ו סעי' י"ז.

וכ"כ הש"ך בח"מ סי' רצ"א ס"ק מ"א וכמש"כ הנתיבות שם דשומר השני נעשה שומר להראשון דיכול לגבות מהשני. א"כ ה"כ פיון דמאמין הבעל להאשה דאמרה על החפץ שהפקידה מכבר דזהו של פלוני ע"כ ממילא לפ"ז אין להבעל שם דין מוחזק דאף דרשות הנפקד פרשות המפקיד עכ"ז אין רשות הנפקד פרשות האשה המפקדת לבד רק דגם הבעלים הראשונים דהפקידו להאשה יש להם דין בע"ד נגד הנפקד השני וע"כ הוי רשות הנפקד השני פרשות בעלים הראשונים לכן אין זה מקרי הוצאות ממון מן המוחזק דדונקא היכא דאף דנימא דהחפץ שניף לפלוני מ"מ הוי הנתבע מוחזק גמור אז אמרינן הממע"ה ולא מהני בזה רובא וכן דין קים לי כו' אבל ה"כא בנ"ד אם נימא דהאמת הוא דהחפץ שניף לפלוני אז ממילא הוי מוחזק פיון דהדין הוא דהראשון הוא בע"ד של הנפקד השני ורשות הנפקד השני פרשות המפקיד הראשון וע"כ מהני בכה"ג לסמוך על סברת קים לי בגוניה פיון דאין זה מקרי הוצאת ממון מהמוחזק.

ואף דיש לדון בזה פעין חזקת מ"ק פיון דעד זמן שאמרה מקודם מיתתה דהחפץ הוא של פלוני ה"ה מוחזק לנו החפץ בשם האשה שהפקידה. עכ"ז פיון דאין זה מוחזק גמור מהני בכה"ג רובא משום דרובא עדיף מחזקת מ"ק פנ"ל וה"ה דמהני בזה לסמוך על קים לי בגונו' דלא משקר פנ"ל.

וכן לא שניף לדון בזה להחזקה דכל מה שהוא ת"י ה"ה שלו פמבואר בסי' צ"ט דהוי חזקה אלימא א"כ ה"ה ה"כ פיון שהפקידה האשה את החפץ שניף לומר דישלנו חזקה המבשרת דהוא שלה ולא של אחר.

דזה אינו דהא כתבתי בספר נחל יצחק סי' ס"ב לבאר דמעלת החזקה דת"י ה"ה שלו אין זה רק מפאת מוחזקות ע"ש. א"כ ה"כ דנתבאר דלא שניף לדון ה"כ למעלת מוחזק כ"כ פיון דרשות הנפקד השני הוא פרשות בעלים הראשונים ע"כ שפיר כתבנו לדון דאין מקום להוכיח מהתם על מוחזק גמור ועדיין י"ל דבמוחזק גמור לא מהני מה דמאמינו לחייבו מן הדין ובכפיה רק על חיוב לצי"ש: ועוד דאף דנימא דה"ה עובדא דבייתהו דרבה ב"ח דב"ב ה"ל הי' שם החפץ פרשות האשה והבעל מ"מ אין מקום להוכיח משם לנ"ד די"ל דמה דאמר לי' דיעשה פדברי' היינו לענן לצי"ש וכמש"כ לעיל בארובה.

ועיקר ראיתי הי' לעיל מן מה דסתמו הפוסקים וכתבו דאם נאמנת האשה להנפקד דיעשה פדברי' בזה י"ל דהא הפוסקים כתבו ה"ה דינא בפקדון שהוא ת"י הנפקד והאשה

מהימנא להנפקד ע"כ בקצרה י"ל בזה דעל מה שמונח ת"י מהני מה דמאמינה בעצמו וכמש"כ לעיל בארובה.

ולכן אף שמבואר בח"מ סי' ט"ו סעי' ה' דהאידידא בטלו הנה דינין דקים לי בגוניה וליא דינינו זה עכ"ז הכא מהני מה דמאמין הנפקד להאשה משום דעל מה שיש ת"י בעצמו מהני מה דמאמינו בעצמו.

וכן יש ללמוד מזה דה"ה היכא שהתפץ מונח ת"י הב"ד דבזה מהני מה דאמרים הדיינים קים לנו וסומכים אנחנו על דעתו והגדתו דמעיד פן דיכולים לסמוך על זה ולעשות פן כמה שהוא ת"י הב"ד אף דהאידידא בטלו הנה דינין דקים לי בגוניה: ענה ד ולכן אין לנו ראיה מוכרחת להוכיח לדון דהיכא דמאמין הנתבע יהיה לנו מקום להוציא הממון מהמוחזק ע"פ דין ובכפיה משום דיש לחלק פנ"ל.

ולכן יכול הנתבע לומר דאף דהע"א או הבע"ד התובע מוחזק בעיניו דלא משקר וכעין הא דכתובות (דף פ"ה) דקים לי בגוניה דלא משקר וכמבואר באה"ע סי' קט"ו סעי' ז' דמאמינו בשארי דברים ג"כ וכמש"כ מההרי"ק שורש פ"ב [ועיין בתשובת רע"א סי' ק' וסי' ק"א מזה].

עכ"ז יכול הנתבע לטעון דמ"מ אין להתובע להוציא ממון עפ"ז דמ"מ אין זה דבר ברור וכמש"כ החלקת מחוקק שם ס"ק כ"ג. דאפתי יכול להיות אינה התחדשות דנעשה בהע"א המעיד פן עכשיו לפני הב"ד דהעיד עדות בשקר מחמת איזה סיבה רחוקה דמחמת זה העיד שקר.

רק היכא דלא הוי מוחזק גמור דמהני רובא בזה פנ"ל מה"ט סמכינו שם על מה דמאמינו משום דגם זהו בגדר רובא דלא שכיח לחושדו שיוציא שקר מפיו פיון דכל ימיו הנה מוחזק לאיש מהימן בעיניו.

אבל מ"מ חשש מיעוטא יש לדון דאף דהנה מוחזק מפבר לאיש מהימן עכ"ז יש מיעוט לומר אולי יצא עכשיו מחזקת פשרותו ובמקום חשש להוציא ממון מהמוחזק פיון דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ לא סמכינו בכה"ג על מה דמאמינו מעולם שהוא מוחזק בעיניו תמיד לאיש מהימן וקשה להוציא ממון מהמוחזק בזה: וכן יש לדון בזה לפי מש"כ הנתבות בסי' ל"א ס"ק א' בטעם הדבר דע"א אינו נאמן דלא משום דחשדינו אותו למשקר רק הטעם הוא משום דאמרינו דלא דייק ואומר בדרךמי והיכא דמדכר דכיר נאמן אף ע"א וכמש"כ רש"י בב"מ (דף ב') ובח"מ סי' רכ"ב וכ"כ הפני יהושע בגיטין (ד' ב' ע"ב) בתוס' ד"ה הוי דבר שבערוהו כו' דלכן ע"א אינו נאמן דכיון דלית ליה שייכות בגוניה לא דייק כ"כ ואמר בדרךמי וכ"כ הנתבות בסי' נ"ו ס"ק י"ח.

[וכן מצינו בהרא"ש לייבמות פ' ט"ו סי' ג' גבי מלחמה בע"א לחלק בין ע"א לשני עדים משום חשש בדרךמי ויש לחלק]. א"כ לפ"ז יש להקשות כמה דאמרו בכתובות (ד' פ"ה) דדנו ע"פ מה דאמר קים לי בגוניה דלא משקר דהא אף דאינו נחשד למשקר עכ"ז הא עיקר הטעם דע"א אינו נאמן אינו משום חשש משקר רק משום חשש בדרךמי.

וע"כ מוכרח לומר דכוננת הגמ' במה דאמרו קים לי בגנוני' דלא משקר הוא דמפירו שלא אמר מעולם לדבר שיש לחוש בדדמי רק מדייק היטב בדבריו וע"כ ממילא לא יצא שקר מפיו וכעין הא דפסחים (דף נ"ב) נקוט כו' דדייק וגמיר כו' וברכות (דף ל"ג ול"ח).

וע"כ י"ל דלכן לא מהני מה דמאמינו להוציא ממון עי"ז משום דאפתי יש לחוש שמה העיד בדדמי בפעם הזאת. וכש"כ היכא דמחולקים התובע והנתבע בהפרעון והנתבע מאמין לתובע ובאפן שאין לחייבו משום איני יודע אם פרעתי די"ל בזה דאולי התובע שכת הפרעון כמו דאי' בכתובות (דף פ"ז) דמפרע לא דייק.

וכל האמת לאות הללו אמרינו פן מעצמינו אף דאינו טוען פן הנתבע לפנינו משום דמה שכתב הט"ז באה"ע סי' קט"ו ס"ק י"א ליישב דברי הטור דסתרי אהדדי ע"פ מה שמתחלק דווקא באומר איני מאמינה בזה כו'.

הנה מן דברי הבית יוסף והב"ח והמהרש"ל שהובא בב"ש שם מוכח דלא ס"ל פן ולכן מהדדי אחר תירוצים אחרים ע"ש. וכן מורה פשוט דברי הראשונים ע"כ קשה להוציא מהמחזק בנ"ד.

וכעין זה אמרו בכתובות (דף פ"ה) במה דאמרו קים לי כו' דאין להוציא ממון עפ"ז אף דאומר הדיין דקים לי בגנוני' מ"מ אנו תולין זה באיזה סיבה רחוקה במה דהעיד העד פן יכדי שלא להוציא ממון מהמחזק רק לאורעי שטרא ולאפוכי שבועה.

וגם הא אמרו שם כל הראשונים והובא בח"מ סי' ט"ו דהאידיןא לית לי' לדיין לדון להדי' קים לי בגנוני' דלא בריר לן קים לי בגנוני' היכי הוא כו' ואינם חכמים פראוי פמבונאר בטוש"ע שם. והנה בהדי' דין דמהימן לי דאה"ע סי' קט"ו ילפי ליה מן הא דכתובות (דף פ"ה) פמבונאר שם סעי' ז' ברמ"א בשם המהרי"ק והובא בקצרה בב"ש שם ס"ק ל"ג שכתבו שם דלא יוכל לומר שמהימן לעד אלא אם מאמין העד לשארי דברים ודווקא בגברא דגיס בי' ומצוי אצלו כו'.

א"כ כמו דאמרו בח"מ סי' ט"ו דהאידיןא נתמעטו בני בינה וע"כ אינם יכולים לדון להדי' קים לי האידיןא וה"ה י"ל הקא במאמינו הבע"ד דג"כ יכול להיות שטענה באיזה דמיון והשערתו דנראה לו דהוא מהימן ובאמת יכול להיות דאינו איש מהימן וע"כ קשה להוציא ממון ע"י זה מהמחזק אף בזמן הש"ס וכש"כ האידיןא דאינו בני בינה פראוי ולא שייך בזה לומר הודאת בע"ד כמאה עדים פיון דאינו אומר רק משום אומדןא.

פללו של דבר דמצינו דאמרו להדי'א בזה באה"ע סי' קט"ו דאין כופין וע"כ הטעם הוא משום דכיון דעיקר אומדן דעתו דמאמינו הוא לפי דמחזק בעיניו לאיש מהימן בכל הדברים דגיס בי' ומצוי אצלו ויודע בו דלא משקר מעולם כמש"כ הרמ"א והמהרי"ק ע"כ אינו בכפייה רק לצי"ש וזהו אינו מה"ת וכמש"כ הב"ח בטור אה"ע סי' קט"ו.

משום דאפשר להיות סיבה רחוקה דאיתרע לי' עכשיו חזקת פשרותו והעיד שקר וכעין הא דברכות (ד' כ"ט) אמר לה רבא צדיק מעיקרא נמי דילמא הדר בי'. אע"ג דזהו לא שכיח מ"מ הא אין הולכין להוציא ממון אחר הרוב או דיוכל להיות דהעיד פן משום בדדמי וטענה בפעם הזאת באיזה דמיון והשערתו פנ"ל.

או דיכול להיות דבעיקר הדבר מה דאומר קים לי דלא משקר מעולם אפשר דטעה בזה גופא וכדאמרו גבי הגדת הדיינים לומר קים לי בגגון' בח"מ סי' ט"ו דהאידיןא דנתמעטו ואינן חכמים ובני בינה כ"כ יוכל להיות דטעו באומדן דעתם בזה ע"כ מכש"כ דיכולים להסתפק בתשש זה אף בזמן הש"ס על הבע"ד עצמו דאפשר דטעה בזה באיזה אומדן דעתו ע"כ אין לנו יכולת לכופו כדאמרו להדיא בהא דאה"ע סי' קט"ו ובראשונים לקידושין דף ס"ו ויהיה איזה טעם שיהיה ע"כ ה"ה דאין יכולת להוציא ממון מהמוחזק כנ"ל ע"י זה: ולכאורה יש להוכיח זה מן שבועות (ד' ל"ב) דאמר אבני הפל מודים בע"א ומפרישי שם אח"ז בע"א דר' אבא.

ואי נמא דבע"א היכא דמאמינו הבע"ד דחייב לשלם מן הדין א"כ ה"מ הש"ס לאוקמי דמייירי היכא דאומר הבע"ד דמאמין לאותו הע"א אם יעיד וכיון דיכולים להוציא בכה"ג ממון ע"כ מקרי זה כפירת ממון וחייב הע"א קרבן שבועה.

ויש לדחות זה הרמב"ם דהא אי' בירושלמי שבועות פ"ד ה"א להוציא ע"א כשאמרו לו הרי את מקובל עלינו כשני עדים זה חייב ת"ל והוא עד כו' את שפשר להעיד עדות תורה יצא א' שאינו פשר להעיד עכ"ל והוא בהר"נ לשבועות פ"ד על משנה דשם ד' ל"ה.

א"כ מטעם זה ה"ה אף היכא דמאמינו הבע"ד ג"כ פטור הע"א מקרבן שבועה כיון דאינו נאמן מצד עצמו רק מצד מה דמאמינו הבע"ד ע"כ אין עליו שם עד בזה: ענף ה ומש"כ כת"ר להוכיח מן ב"מ (דף ל"ה) דאמרו תהא במאמינו ופריה ונהמני' לנה למלנה כו' הרי דמוכח דמהני מה דמאמינו עכ"ל.

הנה לענ"ד אין זה הוכחה משום דהא עדיין י"ל דלהוציא ממון לא סמכינן על מה דמאמינו ושם קאי הגמ' על מה דמבואר שם במשנה אחר דתני סלע הלוימני שתיים הנה שנה כו' סלע הלוימני סלע הנה שנה פטור דתני אח"ז סלע הלוימני שנים הנה שנה והנה אומר סלע הלוימני ה' דינרים הנה שנה חייב דחייב המלנה שבועת מודה במקצת.

א"כ התם הא הוי המלנה מוחזק וע"כ שפיר מהני מה דמאמינו הלנה להמלנה דיהנה פטור המלנה מהשבועה. וגם הא נתבאר לעיל דע"פ מה דמאמינו מוטל עליו חייב לצי"ש והיכא דמחוייב לצי"ש מהני תפיסה לשיטת פמה פוסקים.

וגם י"ל בזה לפי מש"כ הרא"ש בב"מ פ"א סי' ג' להוכיח דע"א מסייע פטור משבועה ממה דאמרו בב"מ (דף ד') דפטרינן משבועה בסיוע שטר בעלמא אע"פ שאין כאן עדות גמורה כו' עכ"ל הרא"ש. הרי דפטרינן משבועה ע"פ איזה סיוע אע"ג שאינו עדות גמורה וע"כ ה"ה היכא דמאמינו הלנה להמלנה דאף דנימא דאין זה עדות גמורה להוציא ממון ע"פ דין מ"מ מהני זה למיפטרי משבועה דהא הוי עכ"פ איזה סיוע כנ"ל.

ועדיין י"ל דלהוציא ממון בדין לא סמכינן על מה דמאמינו ועיין בתוס' שם ד"ה תהא במאמינו כו': ועוד י"ל בפשטות הענין דאינו שום ראיה פלל מהתם לנ"ד דהא התם קאי הש"ס במה דמוקי דמייירי במאמינו וע"ז פריה כיון דמייירי דהלנה מאמין להמלנה א"כ אמאי לא ליהמני' גם בהא ובאמת הא הלנה מכחיש בכרי להמלנה א"כ אינו מוחזק בעיניו למיהמן ע"כ איך מאמינו על שבועה דאינו ברשותו דניחוש עדיין שפא עיניו נתן בה

וכמש"כ שם הפגי יהושע לפרש פוננת הגמ' ולתרץ קושיות קיקיון דיונה דהא יש לחלק
דשאגי בעגנו שאינו ברשותו דברי ושא הוא משא"כ בעגנו דמי שוניה דהלנה טוען
בריא שמשקר כו' ע"ש.

וע"כ עדיין י"ל דהיכא דהלנה מאמינו להתובע אף דאומר דאף דמוחזק בעיניו תמיד
למהימן וגייס ביה דלא משקר מעולם ועכ"ז אינו רוצה להוציא הממון מרשותו על סמך
זה משום דיכול להיות איזה השתנות דאיתרע חזקת פשרותו פעת וכמש"כ לעיל להסביר
זה או דהב"ד בעצמם טוענים פן וע"כ אין היכולת בידם לכופו היכא שאין הלנה רוצה
לסמוך על מה דמאמינו.

אבל הכא דמוקי דמייירי במאמינו הלנה להמלנה והלנה מקנים פן וסומך על מה דמאמינו
וע"כ אינו משיבועו לשבועה דאינו ברשותו א"כ שפיר פריה הגמ' דניהימני' ג"כ להמלנה
במה שאומר שונו' של המשכון פיון דסומך ג"כ לפנינו על מה דמאמינו להמלנה מחשש
דשא עיניו נתן בה א"כ ניהימני' לנה למלנה גם על דמי שוניה במה שאומר שמאמינו
פיון דחזינו דהלנה סומך על נאמנות המלנה עכשיו בנידון זה.

ואי דנימא דשאגי היכא דמכחישו בברי א"כ הא אינו מוחזק בעיניו לנאמן ואמאי מאמינו
הלנה על חשש דעיניו נתן בה וכמש"כ הפגי יהושע שם בסוגיא זו וכנ"ל. וע"כ עדיין
י"ל דהיכא דהלנה אינו נותן מקום לסמוך ולעשות מעשה לקנים כפי מה שמאמינו י"ל
דאין לנו יכולת לכופו ולהוציא ממון מהמוחזק על סמך מה דמאמינו רק דזה אינו מועיל
אלא לחיוב לצי"ש ונדחה ראיה זו.

ועיין בב"מ (דף צ"ז ע"א) בתוס' ד"ה ביום שהיתה כו' שפכתו דמייירי במאמינו כו'. וג"כ
הוא משום דהתם הוי מוחזק וגם י"ל דמייירי דנתרצה לסמוך על מה דמאמינו פנ"ל.

ומש"כ התוס' שם דבסיפא שהמשאיל רוצה שמשקר אינו מאמינו הוא פועל מש"כ
למעלה: ובגי היקר מו"ה צבי הירש שי' אמר להביא ראיה דסמכינו על מה דמאמינו
לחייבו ממון מהא דב"ק (דף צ"ח) דאמר רבה השורף שטרן של חבירו פטור כו'
ומקשינו ה"ד אי דאיכא סהדי כו' ואי דליכא סהדי אנו מנא ידעינו אמר רבא תהא
במאמינו וכפי גיר' יש"ש ברש"י שם דמאמין שורף לבעה"ש.

הרי דמבואר דבמה דמאמינו סמכינו לחייבו ממון עכ"ל. והוא באמת ראיה נכונה.

אף לענ"ד נראה לדון בזה דהנה בספר שיבת ציון סי' ק"ט הביא למה שהקשה הפגי
יהושע בב"ק (דף צ"ח) לדעת מהרש"ל דגם בקנס דרבנן אמרו דמודה בקנס פטור דא"כ
מה מתרצי בב"ק שם דמייירי במאמינו הא ה"ל מודה בקנס ופטור בלא"ה ותירץ בספר
שיבת ציון שם די"ל דזה גופא הוא טעמא דרבה משום ניירא בעלמא קלאי ואין לחייבו
רק משום דד"ג וה"ל קנסא וממילא פטור משום דה"ל מודה בקנס וננינו פדעת מהרש"ל
כו' ע"כ השיבת ציון.

ועיין בקצה"ח סי' שפ"ח ס"ק י"א ובש"ף סי' שפ"ח ס"ק נ"א. א"כ לפ"ז י"ל דמה דאמרו
בסוגיא זו דמייירי במאמינו היינו לענן חיוב לצי"ש דהא חיוב לצי"ש מוטל עליו לקנים
פן אם מאמינו כמו דאמרו בקידושין (דף ס"ו) דאי מהימן לך פתרי זיל אפקה ופירשו
דקאי על חיוב לצי"ש פנ"ל.

אף מצד דהוי מודה בקנס דפטור לשי' המהרש"ל אז פטור אף מן חיוב לצי"ש וכמש"כ התוס' בכתובות (דף ל"ג ע"ב) בד"ה לאו משום דלא מחייב כו' דבקנס ליפא חיוב לצי"ש וכמו דמבואר בירושלמי לפתובות פ"ג סוף ה' יוד ע"ש.

ע"כ לפ"ז אין ראיה מסוגיא זו להוכיח דסמכינן על מה דמאמינו לחייבו בדין משום די"ל פנ"ל: ענף ואו אכו עיקר דברי הש"ב ציון אינו נכון לפי מה דמבואר ברי"ף וקרא"ש בב"ק (דף צ"ח) דכתבו דלית הלכתא כרבה דפוטור לשורף שטרות כו' משום דהלכתא דדיינינן דד"ג וכמש"כ הנ"י שם וכ"כ הרמב"ם בפ"ז ה' חובל ומזיק ה"ט כמש"כ שם המגיד משנה דלית הלכתא כרבה הרי דטעמא כרבה הוא משום דלא דאין דד"ג ולא משום דה"ל מודה בקנס דפטור.

ואפשר לומר דבאמת לשיטת הסוברים דד"ג דינא הוא ולא קנסא א"כ מוכח לפ"ז דטעמא כרבה הוא משום דלא דאין דד"ג אכל אם הנה דאין דד"ג הנה מחייב לשורף שטרות במאמינו ולא הוי טעמו כרבה משום מודה בקנס.

וי"ל דבאמת לשיטת הסוברים דחיוב דד"ג הוא מדינא ולא משום קנסא אתי שפיר במה דמחייבי במאמינו משום דד"ג לא הוי קנסא וכמו דס"ל להרבה פוסקים פן פמבואר שיטתם בפ"ד ס"ו שפ"ו וכן הוא שיטת הרמב"ם והטוש"ע פמבואר בס"ו ס"ו סעי' ל"ב דאם מת ישלמו יורשיו וכמש"כ הש"ף שם.

אכל לשיטת הסוברים דד"ג הוי קנסא שפיר י"ל בטעמא כרבה דלכו פוטור לשורף שטרות משום דה"ל מודה בקנס וכמש"כ הש"ב ציון לתרץ לקושיות הפני יהושע הנ"ל. ואפתי תקשה לקושיות הפני יהושע הנ"ל במה דמסיק הש"ס שם בב"ק (דף צ"ח) דמאן דאין דד"ג מגבי ביה דמי שטר א מעליא מן השורף השטר כו' הנה עובדא וכפני' רפרם לרב אשי ואגבי ביה כו'.

הרי דלמאן דאין דד"ג מגבינן מן השורף השטר וזה הוא במאמינו כדקא מוקמינן לעיל שם דאם לא פן תקשה לקושיות הש"ס שם אי דאיפא עדים כו' ואי דליפא עדים כו' והש"ס לא מהדר לתרוצי לתירוץ אחר רק להתירוץ דתהא במאמינו.

א"כ חזינו לדינא דס"ל דאף דמודה על חיוב דד"ג דמגבינן מינן' ולא מיפטור משום מודה בקנס א"כ עדיין תקשה לקושיות הפני ואינו מספיק ע"ז לתירוץ הש"ב ציון והדברים ארופין ואכמ"ל: ועכ"פ מוכח דלשיטת הרי"ף וקרא"ש והנ"י והרמב"ם והטוש"ע דהא כרבה פוטור בשורף שטרות הוא משום דלא דאין דד"ג אכל אם דאין דד"ג הנה מחייב שורף שטרות במאמינו א"כ מוכח מזה דבמאמינו יש עליו חיוב ע"פ דין דאין לומר דמייירי בחיוב לצי"ש א"כ תקשה דאף לרבה דס"ל דלא דיינינן דד"ג עכ"ז הא חיוב לצי"ש מוטל עליו כמו דאמרו בגרמא דנזקין בב"ב (דף כ"ב) דגרמא בנזקין אסור ואף לרבה דפוטור לדד"ג מ"מ דינו כמו גרמא עכ"פ א"כ פנונת רבה לפוטרו בדיני אדם.

וקשה הא בלא"ה פטור בדיני אדם פינו דבמאמינו אינו יכול להטיל עליו חיוב בדין רק לצי"ש ע"כ שפיר הוכיח בני הרב מוהרצ"ה נ"י מזה דבמאמינו יכולים הב"ד לכופו לשלם בדין: ואפשר לומר דאף דגרמא בנזקין אסור היינו דחבירו מעפב עליו ואסור לו לגרום היזק לחבירו פמבואר בב"ב וברשב"ם שם.

ומחוייב לסלק ההיזק פמבואר בסי' שפ"ו סעי' ג'. אבל עדיין י"ל היכא דכבר גרם ההיזק לתבירו ע"י גרמא דפטור לשלם לתבירו אף מן חיוב לצי"ש וכמש"כהקצה"ח בסי' ל"ב וכן הוא בתשובת חכם צבי סי' קל"ח דדוקא בהא דב"ק (דף נ"ה) דשוכר עדי שקר חייב בד"ש וכיוצא דשם בזה מוטל עליו חיוב לשלם לתבירו לצי"ש אבל בגרמא בנזקין פטור אף בדיני שמים לשלם לתבירו אלא עונש יש עליו אף בגורם דגורם ע"ש.

א"כ לפ"ז יש לפרש למה דמוקמינן הכא במאמינו דלפ"ז יש לפרש הכי דאלו הי' דאין דד"ג הי' חייב לצי"ש היינו לשלם הממון לתבירו לצי"ש כמו דאמרו בסתמא בקידושין (דף ס"ו) דאי מהימן לה זיל אפקה ופירשו דקאי על חיוב לצי"ש וה"ה יש לפרש הכא אף לפי דרבה לא דאין דד"ג ודינו ככל גרמא בעלמא דפטור אף מצד לצי"ש לשלם לתבירו אלא דיש עונש עליו כמו כל העובר על איסור וצריף תשובה אבל דין תשלומין ליכא עליו כלל אף לענין לצי"ש.

ולכן אין ראי' מהה' דב"ק דאמרו במאמינו להוכיח מזה דגם להוציא ממון בבית דין סמכינן על מה דמאמינו משום די"ל פנ"ל: אף עיקר דברי הקצה"ח שפתיב דבגרמא בנזקין פטור אף בדיני שמים לשלם לתבירו רק בהנה' דאמרו בב"ק (דף נ"ה) ד' דברים העושה אותן פטור בד"א וחיוב בד"ש באלו מוטל עליו חיוב לצי"ש לשלם.

לענ"ד אינו כן דהנה ראיתי בשמ"ק לב"ק שם במה דמסקי שם (דף נ"ו) בסוגיא זו במה דפריף הש"ס שם ותו ליכא ונהאיכא כו' וחיוב בד"ש ומשני אין מיהא איכא טובא ונהי איצטריכא לי' מהו דתימא כו' בד"ש נמי לא ליתחיוב כו' קמ"ל.

וכתב השמ"ק שם טובא מיהא איכא פגון ליה וליתתו הרוח שיקה בו פלב ונחש הרחקת סולם מן השוכה ונפיצת הפשתן המונכר בפ' לא יחפור כו' סילק את הפרים האמור בפירק פיצד הרגל הבאיש מריחו האמור למעלה הנוקה באכילה נפל מקול הכרי' והרבה פיוצא באלו שהיא גרמא ופטור אלא שיש מהם שפטור אף בד"ש והוא שאין פנונתו כלל להזיק פי הוא יודע תעלומות לב ויש גרמות שהוא חייב בהם כו' הרב המאירי ז"ל עכ"ל השמ"ק.

הרי להדיא דס"ל להשמ"ק בשם הרב המאירי דאף היכא דלא תני בהו להדיא פטור מד"א וחיוב בד"ש רק סתמא אמרו בהו דפטור משום דה"ל גרמא בעלמא וכמו הא דב"ק (דף מ"ח ע"ב) ובדף (ס' ע"א) וכל הנה' דמונה שם בשמ"ק דאמרו דמפטר משום דה"ל גרמא מ"מ גם בהו מחוייב בד"ש לשלם כמו כל הנה' ארבעה דברים דחשב שם בב"ק וכל הנה' הם בכלל מה דאמרו בסוגיא הלז התם אין מיהא איכא טובא ונהי איצטריכא ליה דה"א דשאני הנה' ד' דברים דאף בד"ש לא ליתחיוב כו'.

זולת היכא דלא הי' פנונתו להזיק כלל אז פטור אף בד"ש. א"כ מוכח דלא כמש"כ הקצה"ח בפשיטות דבגרמא בנזקין פטור לשלם אף בד"ש אלא כל גרמא חייב בד"ש לשלם כמו כל הנה' ד' דברים דתני בהו בהדיא כן וכמש"כ השמ"ק: ולפ"ז אתי שפיר למש"כ בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעיף ד' ענף נא"ו בהגה"ה שפתיב לידברי רש"י בב"ק (דף ל"ה) בסלע לקה דמתחבף הי' בסלע ולקה דקשה למה לא פלי דע"י רדיפת שורו נלקה בסלע ותוצתי משום דאף דפטור בזה משום דה"ל גרמא מ"מ חייב

בד"ש ומהגני תפיסה לשיטת כמה פוסקים ויש מוכח בפסגיא דלא מהגני התם תפיסה
עכ"ל בקצרה.

משום דאף בגרמא חייב לשלם לצי"ש וה"ה במעשה שורו כמש"כ שם וה"ל לנטורי
לשורו אף ע"י היזק בגרמא. וכעין הא דב"ק (דף כ"ט ודף נ"ו) נשברה כדו ולא סלקו
נפלה גמלו כו' חכ"א פטור מד"א וחיוב בד"ש משום דלא סלקו ולא העמידו וה"ה בזה
נקצתי.

והא שפתיבו התוס' בב"ק (דף נ"ו ע"א) בד"ה אלא לחברני דנוקא שוכר עדי שקר חייב
בד"ש ולא אומר כו' היינו משום דנפטר שם משום דאין שליח לדבר עבירה ודברי הרב
נדברי התלמיד דברי מי שומעין ע"כ קילא זה מן גרמא בנזקין ופטור אף בד"ש לשלם
לחברו משא"כ בגרמא בנזקין.

והא דאמרו בקידושין (דף מ"ג) דשולחיו חייב בד"ש היינו לענגן עונש וכמו שפתיבו
הקצה"ח דהא לא מתנגי' שם לענגן ממון משא"כ הכא בב"ק (דף נ"ה) גבי ד' דברים
דפטור מד"א וחיוב בד"ש ואמרו דטובא איפא פיון דנשנית זה לענגן תשלומי ממון
וע"ז אמרו פטור מד"א וחיוב בד"ש ממילא מוכח דחיוב בד"ש לשלם לחברו את ההיזק.

ואפשר דגם הקצה"ח שפתיבו וכמה מיני גרמא איפא שנפטר מתשלומין אפילו בד"ש.
פוננתו להיכא דלא הי' פוננתו כלל להזיק וכמש"כ השמ"ק פנ"ל ואף דעונש אית לי'
משום דאדם מועד לעולם עכ"ז לענגן תשלומי ממון פטור אף בד"ש.

והא דנשברה כדו ולא סלקו כו' זה הוי כמו מזיד פיון דלא סלקו וכן בהא דהבאיש
מריחו דב"ק (דף מ"ח) פנ"ל וכן כל פיוצא בו. וכן י"ל במש"כ בספרי נחל יצחק סי'
ל"ז סעיף ד' בענף נא"ו בהגה"ה פנ"ל.

ואף דנימא דאין זה במשמע דברי הקצה"ח עכ"ז העיקר הוא כמש"כ בשם השמ"ק. ועיין
בש"ך ח"מ סי' שמ"ח ס"ק ה' מה שהביא בשם הדרכי משה וקצתי: וכש"כ לפי מש"כ
הש"ך בח"מ סי' ל"ב ס"ק ג' דאף באומר לעדים שיעידו שקר ג"כ חייב לצי"ש משום
דלאו דוקא שוכר דה"ה אומר ולא ס"ל להחילוק של הקצה"ח שם א"כ בנודאי ה"ה כל
גרמא בנזקין חייב לשלם מצד לצי"ש וכמש"כ הש"ך שם בזה"ל דלעולם חייב בד"ש
היכא דגורם היזק לחברו אפילו לא שוכרן כו'.

וכ"כ הש"ך בח"מ סי' כ"ח ס"ק ב' בזה"ל אבל היכא שגרמא בנזקין הוא ואין בו חיוב
מן הדין אלא לצי"ש כו' עכ"ל. דמשמע דס"ל בפשיטות בכל גרמא דחיוב לשלם מצד
לצי"ש וכמש"כ בסי' ל"ב הנ"ל.

ובח"מ סי' קפ"ב ש"ך ס"ק א' בסופו שפתיבו וע"ל סי' ל"ב מ"ש בס"ב אי אמרינו דחיוב
לצי"ש אע"ג דאשולד"ע או לא ועיין בסי' כ"ח סעי' א' כו' עכ"ל. א"כ לפי שיטת הש"ך
בנודאי בגרמא בנזקין הדין הוא דמנטל עליו חיוב תשלומין לצי"ש.

ואף לפי דברי הקצה"ח שם מ"מ בגרמא בנזקין הדין הוא דמחייב לשלם לצי"ש
וכמש"כ בשם השמ"ק פנ"ל. א"כ ה"ה לרבה דס"ל דלא דייגינן דד"ג ופוטר לשורף
שטרות מ"מ הדין הוא דחיוב לשלם לצי"ש דלא גרע מן גרמא לדין.

א"כ לפ"ז תשוב שפיר ראיות בני היקר הרב הג' מוהרצ"ה שיח' מ'הא דב"ק ד' צ"ח על נכון דמוכח מהא דאמרו התם תהא במאמינו דסמכינן על מה דמאמינו להוציא ממון בב"ד דאין לומר דמייירי שם לענין חיוב לצי"ש דא"כ תקשה במה דאמר רב'ה שם השורף שטרן של חבירו פטור הא אף דס"ל דלא דיינינן דד"ג מ"מ הא חייב לשלם לצי"ש עדדין וע"כ מוכח דכוננת רב'ה התם הוא לפוטרו בדיני אדם א"כ מוכח דאלו הוי ס"ל דדיינינן דד"ג הי' מחייבו לשלם בב"ד היכא דמאמינו ע"כ הוי זה ראוי חזקה להוכיח מזה דלא כמש"כ לעיל: ענף ז שוב ראיתי דעדדין יש לדחות ראוי זו ונקדים למה שכתב הב"ש בסי' י"א ס"ק י"ד על מש"כ הרמ"א שם דע"א בכיעור לאו פלום הוא דאפילו מהימן לי פתרי מותרת אפילו לנחשד בשם תשובת ש"י ותשובת מהר"ם עכ"ל.

וכ"כ הב"ש בסי' קט"ו ס"ק כ"ה בשם תשובת מהר"ם לופלין סי' פ'. ונהסר הענין פן הוא דכינן דאף בשני עדים על פיעור אין זה דבר ברור כ"כ וע"כ לא דיינינן פן אלא בשני עדים על פיעור ולא בע"א אף דמהימן לי פתרי ועיין בתשובת רע"א בתשובה סי' ק' וסימן ק"א.

ולכן ה"ה הדין נותן בדד"ג אי נימא דפטור בדיני אדם אז הדין הוא דאם ליכא שני עדים ע"ז רק ע"א דמאמינו הבע"ד או דמאמין הנתבע להתובע דאף דבדיני שמים חייב במאמינו מ"מ זה אינו רק היכא דבשני עדים הי' עליו חיוב גמור לשלם בזה אמרינן דבמאמינו מוטל עליו חיוב לצי"ש אכל היכא דאף בשני עדים אין עליו חיוב גמור לשלם בב"ד פמו גרמא בגזקין לדין או דד"ג לרב'ה דס"ל לפטור בד"א לכן אף דאם הנה זה מבנרר בשני עדים הי' מוטל עליו חיוב בד"ש מ"מ היכא דליכא ב' עדים רק מה דמאמינו בזה ליכא עליו אף חיוב תשלומי ממון בד"ש וכמו בע"א בכיעור דאף דמהימן לי פתרי דמותרת אף לנחשד פנ"ל משום דאינו דומה לשני עדים ואף דמהימן לי פתרי מ"מ גרע משני עדים בזה: ולכן יש לומר דמה דאמרו בב"ק (דף צ"ח) תהא במאמינו דאינו מוכח מזה דבמאמינו יהי' מחייב בדיני אדם רק י"ל כמש"כ לעיל דזה קאי על חיוב בד"ש וכמו דפירשו הראשונים למה דמבואר בקידושין (דף ס"ו) דאי מהימן לה פתרי זילאפקה דקאי בד"ש וכנ"ל.

רק אם הנה הדין לחייב לדד"ג וכדקיי"ל כר"מ אז שייך לומר דבמאמינו יהי' עליו חיוב בד"ש אכל לרב'ה דס"ל דלא דיינינן דד"ג לחייבו בד"א לכן אף דחייב בד"ש פנ"ל דלא גרע מגרמא בגזקין לדין מ"מ זה אינו רק אם הנה שני עדים אכל פנין דעיקר החיוב אינו מבנרר ע"פ שני עדים רק ע"פ מה דמאמינו לכן פטור השורף שטרות לשלם אף בד"ש כ"ז דליכא שני עדים.

פן הוא פוננת רב'ה במה דאמר השורף שטרות פטור. וכעין זה מצינו בב"מ (דף ל"ז ע"א) דמוקמינן למה דקתני נותן לזה מנה ולזה מנה דמייירי בבא לצי"ש ואמרו דיקא נמי דקתני שהודה מפי עצמו ש"מ.

הרי דמצינו דהיכא דמודה מעצמו י"ל דקאי בבא לצי"ש דאל"כ ל"ל להודות ועיין ברש"י שם. וכמו כן י"ל ה"כ פנין דמוקמינן ה"כ תהא במאמינו א"כ מסתמא מייירי בבא לצי"ש דאל"כ ל"ל להאמינו וה"ל לומר ביותר טענת איני יודע מה הנה פתוב בהשטר או דא"י אם הי' מקויים.

ע"כ מוכח מזה דמייירי בְּבֵּא לצי"ש וְכֵּן לְמִלְכָּה אִיךָ יַעֲשֶׂה וְאִינוּ מְבַקֵּשׁ שׁוּם עֲצָה לְכָלִי לְסִמּוּךְ עַל מַה דְּמַאֲמִינוּ לְהַתּוֹכֵעַ אֲלֵּא מְרוּצָה לְסִמּוּךְ עַל מַה דְּמוֹחֲזֵק בְּעֵינָיו הַתּוֹכֵעַ לְנֶאֱמָן כְּתָרִי רַק דְּבֵּא לְיִשְׂאֵל אִיךָ הוּא הַדִּין אִם דְּיִינְיָנוּ דד"ג או לא וע"ז אָמַר רַבָּה דְּהַדִּין הוּא דְּשׁוּרְף שְׁטָרוֹת פְּטוֹר מְשׁוּם דְּלֵא דְּאִין דד"ג וע"כ הַדִּין הוּא דְּפְטוֹר אַף לצי"ש מְשׁוּם דְּבִמָּה דְּעֵיקָר הַחַיִּיב אִינוּ רַק לצי"ש וְלֵא בְּחַיִּיב גְּמוֹר בב"ד דְּבִנְה אַף דְּמַאֲמִינוּ מ"מ פְּטוֹר אַף בְּבֵּא לצי"ש וְכַעֲיִן ע"א בְּכִיעוֹר אַף דְּמַהֲיָמֵן לִי כְּתָרִי דְּמוֹתְרַת אַף לְהַנְחִישׁד מַה"ט כַּנ"ל: וְכַעֲיִן זֶה מְצִינוּ בְּקוּדוּשִׁין (דָּף מ"ג ע"א) דְּאָמְרוּ שָׁם לְפָרֵשׁ לְמַה דְּאָמַר שְׁמַאי הֲזָקוּן שָׁם שׁוֹלְחֵי חַיִּיב דְּמַאי חַיִּיב חַיִּיב בְּדִינֵי שְׁמַיִם וְאָמְרוּ מְכָלִל דת"ק סָבַר אַף מַד"ש פְּטוֹר כו'.

הָרִי דְּמַצִּינוּ גַּם בְּלִשׁוֹן חַיִּיב וּבְלִשׁוֹן פְּטוֹר דְּאָמְרוּ סְתָם דְּזֶה קָאִי לְחַיִּיב בַּד"ש וְלְפְטוֹר בַּד"ש אַף דְּלֵא הָרִי הֵתָם דִּיקָא לְזֶה מ"מ יֵשׁ לְפָרֵשׁ כֵּן מְעַצְמוּ. וּבִיּוֹתֵר מְצִינוּ כֵּן גַּבֵּי מְמוֹן בַּב"ק (דָּף קי"ח) דְּאָמְרוּ בְּגַמ' שָׁם לְעוֹלָם דְּלֵא קָא תְּבַע לִי וְרִישָׁא בְּבֵּא לצי"ש הָרִי אַף דְּנִשְׁנִית סְתָמָא בְּהַמְשָׁנָה בְּהַרְיִשָׁא דְּחַיִּיב לְשַׁלֵּם וּבְסִיפָא נִשְׁנִית סְתָמָא פְּטוֹר מְלִשְׁלָם מ"מ פִּירְשׁוּ דְּזֶה קָאִי לְעֵנֵן חַיִּיב לצי"ש וְלְעֵנֵן פְּטוֹר לצי"ש אַף דְּלֵא הָרִי שָׁם הוֹכְחָה לְזֶה כְּעֵיִן הָא דַּב"מ (דָּף ל"ז) דְּאָמְרוּ שָׁם דִּיקָא נְמִי דְּקַתְּנִי כו' ע"כ שְׁפִיר יֵשׁ לְפָרֵשׁ הֵכָא ג"כ דְּמִמָּרָא דְּרַבָּה קָאִי לְעֵנֵן חַיִּיב וּפְטוֹר בַּד"ש וּבְכַרְט דְּמִיִּירִי בְּמַאֲמִינוּ וְהָרִי קָצַת הוֹכְחָה לְזֶה כַּנ"ל.

וְעֵיִן בַּב"מ (דָּף צ"א) בְּמָה דַּא"ר שָׁם אֲתָנֵן אֲסֵרָה תוֹרָה כו' וּמַאי מְשַׁלֵּם דְּקַתְּנִי הֵתָם הֵינְנוּ לצי"ש וְשְׁלֵא בַּב"ד וְכַפְּלִי רִש"י שָׁם. אַף מַה דְּהוּבָא לְעֵיל זֶה יוֹתֵר טוֹב דְּנִתְבְּאָר דְּאָר בְּמָה דְּאָמְרוּ הַלְשׁוֹן חַיִּיב וּפְטוֹר יֵשׁ לְפָרֵשׁ דְּקָאִי לְעֵנֵן חַיִּיב לצי"ש וְלְפְטוֹר לצי"ש וְע"כ שְׁפִיר כְּתַבְתִּי כֵּן.

וְלָכֵן אִין הִכְרַח לְהוֹכִיחַ מְסוּגֵיָא דַּב"ק הַנ"ל דְּאָמְרוּ תְּהֵא בְּמַאֲמִינוּ דְּגַם בַּב"ד מְחַיִּיבִינוּ ע"י מַה דְּמַאֲמִינוּ מְשׁוּם דִּי"ל דְּקָאִי לְעֵנֵן חַיִּיב לצי"ש לְפִי מַה דְּאִוְקִימִין בְּמַאֲמִינוּ כַּנ"ל: אַף עַדִּין יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מְסוּגֵיָא דְּהֵתָם דְּאָר בַּב"ד מְחַיִּיבִינוּ מְמוֹן ע"י מַה דְּמַאֲמִינוּ דְּהֵא מְבִנְיָר בְּסוּגֵיָא דְּהֵתָם אַח"ז דְּאָמַר אַמִּימָר מֵאֵן דְּדָאִין דד"ג מְגַבֵּי בִי דְּמִי שְׁטָרָא מְעַלְיָא כו' הֵנָּה עוֹבְדָא וְכַפְּלִי רַפְרָם לְרַב אֲשִׁי וְאֲגַבֵּי בִי כִּי כְּשׁוּרָא לְצַלְמָא.

וְהֵנָּה לְפִי הַמְבִנְיָר לְעֵיל שָׁם דְּהַקְשָׁה הַגַּמ' אִי דַּאִיפָא סְהַדִּי כו' וְאִי דְּלִיפָא סְהַדִּי כו' וְתִירֵץ רַבָּא תְּהֵא בְּמַאֲמִינוּ א"כ הֵכָא דְּאָמְרוּ דְּמֵאֵן דְּדָאִין דד"ג מְגַבֵּינֵן דְּמִי שְׁטָר מְעַלְיָא בַּע"כ מוֹכַח דְּמִיִּירִי ג"כ בְּמַאֲמִינוּ דַּא"כ תְּקֻשָׁה כֵּן דְּאִין לוֹמַר דְּמַצַּד תְּקַנְתָּ נְגִזְלָא נְשַׁבַּע וְנוֹטֵל אֲתִינֵן עֲלֵה דז"א דְּהֵא אַמִּימָר גּוּפָא מִיבְּעֵיָא לִי לְעֵיל בַּב"ק (דָּף ס"ב) אִי עֲשׂוּ תְּקַנְתָּ נְגִזְלָא בַּדד"ג או לא וּמְסִיִּים בְּתִיקוּ וְהָרִי אִיבְּעֵיָא דְּלֵא אִיפְשִׁיטָא לִי א"כ אִין מוֹצִיאִין מְמוֹנָא מִהַמוֹחֲזֵק מְסַפִּיקָא א"כ תְּקֻשָׁה גַּם בְּהַד מִמָּרָא דְּאַמִּימָר דְּאָמַר דְּמַגְבִּינוּ כו' דַּאי אִיפָא עַדִּים כו' וְע"כ מוֹכַח דְּמִיִּירִי ג"כ בְּמַאֲמִינוּ וְסָמְכוּ אַדְלַעִיל דְּמוֹקְמִי כֵּן.

[וּבְאַמְתָּ לְשִׁיטַת הַר"ת דס"ל דְּהַד אִיבְּעֵיָא דְּתְקַנְתָּ נְגִזְלָא בַּדד"ג הוּא דְּוָקָא פְּשִׁיטָא מְכַחֵשׁ אֶת הַנִּיזְקָא אֲבָל אִם הַמִּזִּיק אוֹמַר אִינִי יוֹדֵעַ יִשְׁבַּע הַנִּיזְקָא וְיִטוֹל וְהוּבָא לְעֵיל בַּב"ק (דָּף ס"ב) בַּד"ה עֲשׂוּ תְּקַנְתָּ נְגִזְלָא כו' הֵיךְ מְקוּם לְפָרֵשׁ הֵכָא דְּמִיִּירִי דְּהַשׁוּרְף טוֹעֵן שְׁמָא דְּהַנִּיזְקָא נְשַׁבַּע וְנוֹטֵל אֲבָל הָא רַבּוֹ הַחוֹלְקִים שָׁם עַל שִׁיטַת הַר"ת בְּזֶה וּמַהֲדָּ סוּגֵיָא דַּב"ק

דמקשו בפשיטות אי דאיפא סהדי כו' ולא תירצו פן מוכח פשיטת הר"י דס"ל שם דהך איבעיא דאמימר הנ"ל הוא בכל גונוי ועיין מזה בח"מ סי' שפ"ח סעי' ז' פלוגתת הפוסקים בזה ועיין שם בבבאור הגר"א זצ"ל ס"ק ל"ז ובקרא"ש פאן ובש"ף סי' שפ"ו ס"ק ט"ו ובמיימוני ה' חובל ומזיק סי' ד'.

וקצרתני פיון דחזינו דהש"ס הכא מהדר לתרוצי דמייברי במאמינו ולא מוקמי בכה"ג]. וא"כ מוכח מזה דבמאמינו גבינו בב"ד דאין לומר דמייברי הכא לענון לצי"ש דהא אמרו לשון מגבינו וגוביינא אינו אלא בב"ד וכו' לשון הוי עובדא וכפיי' רפרם לרב אשי מוכח להדיא דכופין אותו בב"ד א"כ לפ"ז מוכח מזה עדיין דלא כמש"כ לעיל דרק לענון לצי"ש סמכינן על מה דמאמינו אלא דאף בב"ד גבינו ע"פ מה דמאמינו: ענף ח אכן גם מזה אינו ראוי דזה לשון הרי"ף בב"ק שם דהביא להך מיימרא דאמימר למאן דדאין דד"ג מגבינו כו' הוי עובדא וכפיי' רפרם לרב אשי כו' וסיים אלא מיהו ה"מ היכא דקא מודי לי דקושטא קא טעין כו' לא מיחייב פדאמרינו מתקיף לי רב"ח ה"ד אי איפא סהדי כו' ואי דליכא סהדי כו' תהא במאמינו עכ"ל הרי"ף וכן פתב בהגהות מרדכי לפ' הגוזל קמא בזה"ל בשם הרי"ף.

וצריף בבאור במה דשינה הרי"ף וכתב דה"מ דקא מודי לי כו' והא בגמ' אמרו דתהא במאמינו וכו' הביא זה הרי"ף לראיה לדבריו וכתב בלשון פדאמרינו כו'. א"כ קשה דאמאי שינה מן לשון הגמ' דאמרו במאמינו וכתב דה"מ דקא מודי ובנודאי דברי הרי"ף בדקדוק נאמרינו: ובאמת מזה מוכח כמש"כ לעיל דבמאמינו אינם יכולים הב"ד לגבות בע"כ אלא לצי"ש והנה קשה להרי"ף במה דאמרו הכא דמאן דדאין דד"ג מגבי כו' וכפיי' רפרם לרב אשי והא במאמינו אין גובין בע"כ ולכן הוכרח הרי"ף לפרש דה"מ דקא מודי כו' וע"כ גובין בע"כ משום דהודאת בע"ד כו' והביא ראיה מן הא דאמרו לעיל דאינו משלם אלא במאמינו אכל ע"י תקנת גגול לא דייגינן בזה כנ"ל.

והא דאמרו לעיל תהא במאמינו ולא אוקמי במודה י"ל משום דהא פיון דשרף השטר בעצמו אין הדרף להודות בעצמו רק בדרף שפא לצי"ש וכעין הא דב"מ (ד' ל"ז) דאמרו הכא בבא לצי"ש דיקא נמי דקתני שהודה מפי עצמו דאל"כ ל"ל להודות וע"כ מייברי בבא לימלה ועיין בפ"י רש"י שם.

ואף דיש קצת לחלק מ"מ הא גם בשורף שטרות אף אם תבע ליה מ"מ הא זה מקרי לא ה"ל למידע כ"כ אם היו השטרות מקוניימין ומה הנה פתוב בהם וגם שהנה יכול לגבות אם לא היו נשרפין וכמש"כ הרי"ף והוי מצוי לאשתמוטי ולומר אינני יודע מכל זה דהוי מילי טובא כנ"ל וע"כ פסיקא להו דכיון דמודה מעצמו ואף דשרף השטר בעצמו ומ"מ מודה עכשיו.

דיותר נראה דמייברי בבא לצי"ש ובא לימלה איך יעשה. א"כ אם הנה אומר הש"ס דמייברי במודה הנה משמע מזה דאף מן לצי"ש פוטר רבה לשורף שטרות פיון דהך במודה קאי ביותר בבא לצי"ש א"כ הנה מקום לטעות ולומר דרבה פוטר אף לצי"ש בגרמי.

ובאמת אינו פן לפי מה דנתבאר לעיל דאף גרמא בנזקין חייב לצי"ש ע"כ נקטו בש"ס לאוקמי ביותר דתהא במאמינו וזה אתי שפיר בפשיטות די"ל דמייברי בבא לצי"ש דאל"כ

אין סבֵרָא שְׂיֵאָמְיֵנוּ וְלַחֲזִיב א"ע פִּינּוֹן דְּאִיֵּהוּ בְּעֵצְמוֹ שְׁרַף הַשְּׁטֵר א"כ ל"ל לומר דְּמֵאָמְיֵנוּ וְע"כ מִיֵּיִרֵי בְּבָא לְצִי"ש וּבָא לְיִמְלָךְ דְּאֵלוּ הָיָה הַדִּין לְחֲזִיב לַדַּד"ג הָיָה חֲזִיב לְצִי"ש פְּנ"ל וְע"ז אָמַר רַבֵּה דְשׁוֹרְף שְׁטֵרוֹת פְּטוֹר מִן הַחַיִּיב לְצִי"ש מִשּׁוּם דְּלֹא דָאִין דַּד"ג וְאִין בְּזָה חַיִּיב גְּמוֹר בַּד"א ע"כ אַף דְּמֵאָמְיֵנוּ פְּטוֹר אַף לְצִי"ש וְכַמְש"כ לְעִיל ע"פ מַה דְּכָתַב בְּמִהְר"ם לִוְבְּלִין פְּעִין זֶה בַּע"א בְּכִיעוּר דְּמַהֲיָמֵן לִי פְתָרֵי דַמ"מ מוֹתֶרֶת פְּנ"ל.

וְלָכֵן אַף דְּבַכְל הֵנָּה מִיִּמְרוֹת דְּאָמַר רַבֵּה בַב"ק (שָׁם ד' צ"ח) לְעִיל מִן הָהּ מִיִּמְרָא דְשׁוֹרְף שְׁטֵרוֹת כּו' דְּפְטוֹר וְשָׁם בַּע"כ קָאֵי לְעַנְיָן חַיִּיב בַּד"א דְּאֵלוּ לְעַנְיָן חַיִּיב בַּד"ש גַּם רַבֵּה מוֹדָה דְּחֲזִיב וְכַמְש"כ לְעִיל דְּלֹא גָרַע מְפָל גְּרָמָא בְּנֻזְקִין לְדִידוֹן דְּחֲזִיב בַּד"ש.

מ"מ הָהּ מִיִּמְרָא דְרַבֵּה דְשׁוֹרְף שְׁטֵרוֹת פְּטוֹר מִיֵּיִרֵי לְעַנְיָן לְפָנוֹר מִן חַיִּיב בַּד"ש וְהֵינּוּ דְּפְטוֹר מִן מַה דְּבָא לְצִי"ש וּבָא לְיִמְלָךְ וּפְטוֹר מִן הַחַיִּיב שְׂיֵשׁ לְדוֹן בְּזָה לְפִי דְּמִיֵּיִרֵי בְּיוֹתֵר בְּבָא לְצִי"ש דַּאֲל"כ ל"ל לְהֵאָמְיֵנוּ.

וְאֵתִי שְׁפִיר מַה דְּאִוְקָמִי תְּהֵא בְּמֵאָמְיֵנוּ וְלֹא אָמְרוּ תְּהֵא בְּמוֹדָה פִּי הִיכִי דְּלֹא נְטַעֵי לומר דְּאָף מִן לְצִי"ש פּוֹטֵר רַבֵּה אַף בְּמוֹדָה וְלָכֵן אָמְרוּ בְּמֵאָמְיֵנוּ דְּבְּזָה א"ש דְּפְטוֹר אַף בְּבָא לְצִי"ש לְשִׁיטַת רַבֵּה פִּינּוֹן דְּלֹא הָיָה חַיִּיב גְּמוֹר בַּב"ד אַף בְּמוֹדָה וְע"כ בְּמֵאָמְיֵנוּ פְּטוֹר אַף בְּבָא לְצִי"ש פִּינּוֹן דְּאֵין דַּד"ג מְגַבֵּי כּו' נִהְיָה עוֹבְדָא וְכַפְּיָי רַפְרָם לְרַב אֲשִׁי כּו' דְּחֻזְיָנוּ דְּמִגְבִּינּוּ בַב"ד בַּע"כ מְוַכְרַח לומר דְּמִיֵּיִרֵי בְּמוֹדָה מִשּׁוּם דְּבְּמֵאָמְיֵנוּ אִין סְבָרָא לומר דִּיהִיָּה גּוֹבִין בַּב"ד בַּע"כ וְלָכֵן הִוְכַרַח הַרִי"ף לְפָרֵשׁ דְּזָה קָאֵי בְּמוֹדָה וְהִבִּיא רַאִי לְזָה מִמַּה דְּאָמְרוּ לְעִיל אֵי דְּלִיפָא עֲדִים מְנָא יְדַעִינּוּ וְכ"ז דָּאִין לְהַנְיָזָק בְּיָרוּר גְּמוֹר אִינוּ נֶאֱמָן לְהוֹצִיא מְמוֹן מִן הַשׁוֹרְף שְׁטֵרוֹ וְלָכֵן מְוַכְרַחִים אָנוּ לומר דְּמִיֵּיִרֵי הֵכָא בְּמוֹדָה וְהוּא פְּעִין מַה דְּאָמְרוּ לְעִיל דְּתֵהֵא בְּמֵאָמְיֵנוּ וְאֵתִי שְׁפִיר דְּבָרֵי הַרִי"ף פִּי בְּדַקְדוּק הֵיטֵב לְהַלְכָה נֶאֱמָרִין דְּבָרֵי הַרִי"ף.

וְלָכֵן מוֹכַח מִן הַרִי"ף פְּמוֹ שְׁפַתְבְּתִי לְעִיל דְּבְּמֵאָמְיֵנוּ אִין לָנוּ יְכוּלַת לְכוּפּוֹ בַב"ד עַל הַתְּשׁוּלוּמִין וְהוּא רֵאָזָה בְּרוּרָה לְדְּבָרֵינוּ. וְכֵן פְּתַב הַרְמַב"ם ה' חוֹבֵל וּמִזִּיק פ"ז ה' ט' בְּזֵה"ל וְכֵן הַשׁוֹרְף שְׁטֵרוֹתֵיו שְׁל חֲבִירוֹ ה"ז חֲזִיב לְשֵׁלֵם כּו' וּבְלִבְד שְׂיִוְדָה לוֹ הַמִּזִּיק שְׁשֵׁטֵר מְקוּנִיִּים הָיָה וְכָף וְכָף הָיָה פְּתוּב בּוֹ כּו' אָבָל אִם לֹא הֵאָמְיֵנוּ אִינוּ מְשֵׁלֵם אֱלָא דְּמֵי הַנְּיָיר בְּלִבְד עַכ"ל וְכ"כ הַש"ע ס' שפ"ו סע"ב' וְכֵן הַשׁוֹרְף ש"ט"ח חֲזִיב לְשֵׁלֵם כּו' וּבְלִבְד שְׂיִוְדָה לוֹ הַמִּזִּיק שְׁשֵׁטֵר מְקוּנִיִּים כּו' וְכָף וְכָף הָיָה פְּתוּב בּוֹ וּמִחֲמַת שְׁשֵׁרְפוֹ אִינוּ יְכוּל לְגַבּוֹת הַחוּב אָבָל אִם לֹא הֵאָמְיֵנוּ אִינוּ מְשֵׁלֵם אֱלָא דְּמֵי הַנְּיָיר עַכ"ל הַמְּחַבֵּר וְזֵהוּ פְּלִשׁוֹן הַרְמַב"ם.

הַרִי דְּהַרְמַב"ם וְהַמְּחַבֵּר פְּתַבוּ דְּדוֹקָא בְּמוֹדָה וְלֹא נִקְטּוּ פְּלִשׁוֹן הַגַּמ' דְּתֵהֵא בְּמֵאָמְיֵנוּ וְזֵהוּ פְּדְּבָרֵי הַרִי"ף וְכַמְש"כ הַמ"מ שָׁם דַּכ"כ בְּהַלְכוֹת פֶּל הַבְּבָא. וְאַף דְּהַרְמַב"ם דְּרַכּוֹ תְּמִיד לְכַתְּוֵב פְּלִשׁוֹן הַגַּמ' וְכָאֵן שְׂיָנָה מְלִשׁוֹן הַגַּמ' דְּאָמְרוּ תְּהֵא בְּמֵאָמְיֵנוּ וְכַתְּב דְּמִיֵּיִרֵי בְּמוֹדָה א"כ מוֹכַח מִן הַרְמַב"ם וְהַמְּחַבֵּר דַּס"ל כַּמְש"כ דְּבְּמֵאָמְיֵנוּ אִין סְבָרָא לומר דִּיגְבּוֹ מְמַנּוּ בַב"ד בַּע"כ וְלָכֵן פְּתַבוּ בְּדַקְדוּק לְשׁוֹנָם דְּמִיֵּיִרֵי בְּמוֹדָה וְכַמְש"כ הַרִי"ף מִשּׁוּם דְּכֵן בְּרוּר לְדִינָא דְּלֹא הָיָה עָלָיו חַיִּיב בַּב"ד אֱלָא בְּמוֹדָה.

ומה דפתח הרמב"ם והמחבר בלשון ובלבד שיוּדָה לו הנזק כו' וסיים בלשונו אבל אם לא האמינו אינו משלם כו' פתחו במוֹדָה וסיימו בהאמינו ובנודאי נתפוננו בזה לאיזה ענין.

אכן לפי מש"כ מדוקדק לשונם על נכון משום דהא חזינו דמתחלה פתבו בלשונם בלשון וכן השורף שט"ח חייב לשלם כו' ובלבד שיוּדָה כו' ואח"כ פתבו אבל אם לא האמינו אינו משלם כו' ופתחו בלשון חייב לשלם וסיימו בלשון אינו משלם ולא פתבו בלשון אינו חייב כמו בהרישא.

וע"כ מוכח מזה דנתפוננו לכל מש"כ לפרש לכוונת הגמ' במה דאמרו מתחלה דתהא במאמינו דהכונה הוא דבמאמינו הנה מחוייב לצי"ש ולא בב"ד. ובמה דאמרו שם אח"ז דמגבי בי' דמי שטרך מעליא וכפני' רפרם לרב אשי כו' דזה קאי במוֹדָה דאז גובין בב"ד בע"כ.

ולכן פינו דדרך הרמב"ם להביא לכל המבואר בגמ' וכן הש"ע דגריר פתר דברי הרמב"ם תמיד ע"כ פתבו בקצרה ג"כ לכל המבואר בגמ' ולכן מתחלה דכתבו וכן השורף שט"ח חייב לשלם דפשטות לשונם חייב לשלם הוא לחיוב בב"ד ע"כ פתבו דזהו רק במוֹדָה כו' ואח"ז דכתבו דאינו משלם דמשמע דאף לצי"ש אינו מחוייב בזה פתבו דזהו אם לא האמינו משום דבהאמינו מוטל עליו חיוב תשלומין לצי"ש אבל אם לא האמינו פטור אף לצאת יד"ש.

ובקיצור לשונם הנהב הביאו בדקדוק היטב לכל המבואר בגמ' ולא השמיטו פלל מפל המבואר בגמ': ענף ט א"כ מוכח מן לשון הרי"ף והגהות מרדכי שהביא לשון הרי"ף הנ"ל וכן מן לשון הרמב"ם והמחבר דכתבו פולם דאינו חייב לשלם רק במוֹדָה כו' דזה ראיה נכונה לכל מש"כ דבמאמינו אין היכולת בידינו לכופו ולגבות ממנו בע"כ אלא לחיוב לצי"ש.

ובמה שכתבתי דבשורף שט"ח אם אינו מאמינו אין חייב אף מצד לצי"ש ולא אמרינן בזה דהא קי"ל במנה לי בינך. והלה משיב איני יודע דחייב לצי"ש כמבואר בסי' ע"ה סעי' ט' א"כ לכאורה ה"ה הקא בטוען הנזק ברי לי שהיה שטר מקוניים וכו' וכו' הנה פתוב בו וגם שהיה יכול לגבות מן הלנה אם לא הנה נשרף השטר והמזיק טוען שפא דחייב לכאורה לצי"ש.

דזה אינו לפי מה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' י"ז ענף ב' להוכיח דדוקא היכא דהנתבע משיב שפא במה דה"ל למידע אם לנה או לא טוען שפא דאיתרע טענתו בזה אמרו דחייב לצי"ש אבל בשורף שט"ח דאף דשרף השט"ח מ"מ מנלן לו למידע אם הנה השטר מקוניים וכמה הנה פתוב בו ואם הנה יכול לגבות מהלנה אם לא הנה נשרף השטר דכל הנה מקילי טובא אין לו למידע ולכן אם אינו מאמינו לבעהש"ט הדין הוא דפטור אף לצי"ש.

ואף שבענין אי אמרינן מחוייב שבועה ואיל"מ היכא דלא ה"ל למידע להסוברים דפטור בזה מ"מ היכא דהשומר עירבן עם פירותיו אמרו לדון בזה מחושואיל"מ משום דפשע השומר וכמש"כ הסמ"ע בסי' רצ"ב סעי' י"ד ס"ק ל"ו מ"מ בנ"ד לענין חיוב לצי"ש

שפיר י"ל דדינו כמו כל היקא דלא ה"ל למידע דפטור לצי"ש וגם הש"ך שם ס"ק ל"א
כתב חילוק אחר וכן בסי' ע"ב ש"ך ס"ק נ"א כתב הג"ה שגני חילוקים וכתב בלשון ומיהו
י"ל כו'.

א"כ ה"תם ג"כ אין זה מוכרח כ"כ ובפרט דיש לחלק בזה בין חיוב ע"פ דין במחשואיל"מ
לבין חיוב דאינו רק לצי"ש ולכן שפיר פתבתי כ"ז: ולכאורה יש להוכיח דבמאמינו הדין
דסמכינן על זה להוציא ממון מהא דכתב הרמ"א בח"מ סי' רל"ב סעיף י"ח בהג"ה מוכר
לו טבעת בחזקת זהב ונמצא בו בדיל שחייב להחזיר ואם אינו מאמינו שנמצא בו בדיל
נשבע שא"י ונפטור מרדכי ס"פ המפקיד עכ"ל.

דמשמע מזה דאם מאמינו חייב להחזיר לו מעותיו א"כ מוכח מזה דלא כמש"כ. אבל יש
לדחות זה הראה די"ל דהפנונה הוא במה שאמרו דאם אינו מאמינו נשבע ונפטור היינו
דאינו רוצה לסמוך על נאמנות הלוקח או משום דלא מהימן ליה או אף דמוחזק בעיניו
לנאמן תמיד וכתרי מ"מ אינו רוצה עכשיו לסמוך ע"ז ולשלם לו מעותיו מחמת איזה
אמתלא בעולם שאומר או אינו אומר שום אמתלא ואין אנו יכולין להכריחו בע"כ
ולגבות ממנו המעות וכמש"כ לעיל דעכ"פ כשאינו רוצה לשלם המעות אין אנו יכולין
לכופו.

אז נשבע שאינו יודע מעצמו זה האונאה והמום ונפטור. וזה כעין מה דמבואר בב"ק (דף
ק"ח ע"ב) דאמר לך רבא במה דקתני שילם ולא רצה ליטבע דהכי קתני שילם ולא רצה
לעמוד בשבועתו.

וכעין זה אי' בכריתות (דף י"ב) באומר לא נטמאתי יכול לומר דהפנונה הוא דלא עמדת
בטומאתי כו'. וכעין זה פתבו התוס' בשבועות (ד' מ"א ע"ב) בד"ה פל האומר לא לוייתי
כו' דיכול לומר דלא עמדתי בהלואתי כו'.

וה"ה י"ל פאן במה דאמרו אם אינו מאמינו נו"נ. הפנונה הוא דאינו רוצה לסמוך על
נאמנות הלוקח דאינו רוצה להחזיר המעות לו אז אין כופין לו אבל אם הנה מאמינו
ורוצה לסמוך על נאמנותו רק דבא לימלה איך הוא הדין בנמצא בו בדיל אומרים לו
דאע"ג דהוא נתאנה אין לו להונות אחרים כמו דמבואר שם.

פללו ש"ד בקצרה הוא פן דמה דאמרו בב"מ דף ל"ה ובב"ק דף צ"ח תהא במאמינו
הפנונה הוא דמאמינו ורוצה לקיים פן כפי הנאמנותו דהאמין לחבירו התובע אז אומרים
לו איך יעשה כפי הדין.

וכן במה דמבואר בח"מ סי' רל"ב סעיף י"ח אם אינו מאמינו כו' וכן בהא דסי' שפ"ו
סעי' ב' דאם לא האמינו כו'. הפל הפנונה דאינו נותן מקום לשלם לחבירו המעות או
משום דאינו מאמינו או דאינו רוצה לסמוך על מה דמאמינו ולשלם לחבירו אז אמרו
דכ"ז דלא נתברר זה בבירור גמור אז אינם יכולים להכריחו ולכופו להוציא ממון ממנו
בע"כ רק לצי"ש אם אומר דמאמינו מחוייב לקיים פן מצד לצאת יד"ש אבל בע"כ אם
אינו רוצה לשלם אין אנו יכולים לכופו וכמו בהא דאה"ע סי' קט"ו דאם מוחזק בעיניו
פתרי מ"מ אין כופין לו כ"ז דלא באו שני עדים שזינתה משום דאין זה דבר ברור
וכמש"כ בהחלקת מחוקק שם פנ"ל.

כָּלֵל ש"ד דָּאָף אַם אוֹמֵר לְפָנֵינוּ שֶׁהוּא מֵאֲמִינוּ וְהוּא מְוַחֵק בְּעֵינָיו תְּמִיד לְנֶאֱמָן וְהוּא גֵיִיס בְּיָהּ וְעַכ"ז אֵינוּ רוֹצֵה לְקַיֵּים כִּן אֵין אָנוּ יְכוּלִין לְכוּפּוֹ וְלִהְיוֹצִיא הַמָּמוֹן מִמָּנוּ מִשּׁוּם דָּגַם זֶה הוּא בְּכָלֵל אֵינוּ מֵאֲמִינוּ דְּאֵינוּ רוֹצֵה לְסַמְּךָ עַל זֶה פִּנ"ל וְכַמְש"כ לְהוֹכִיחַ כִּן מִן הָרִי"ף בְּב"ק וְהָרַמְבַּ"ם ה' חוֹבֵל וּמִזִּיק וְהַמְרָדְכִי בְּב"ק וְהַמְחַבֵּר בְּסִי' שֶׁפ"ו סֵעִי ב': וְכִבֵּר נִתְבָּאֵר לְמַעַלְה דְּמִן הָרַאָב"ד שֶׁהֵבִיא הַש"ג בְּפָרְק ג' דְּסִנְהֶדְרִין שֶׁפְּתַב בְּצַוְנָאָה בַּע"א אַם מֵאֲמִינוּ תַתְקַיֵּים כִּן וְכ"כ הַמְבִי"ט דְּמִזָּה אֵינוּ רָאָה לִנ"ד דְּשֵׁא"ה דְּהוֹצֵאת נַחְלָה מִן חֻזְקַת הַיּוֹרֵשׁ אֵין זֶה מְקַרֵי הוֹצֵאוֹת מָמוֹן מִהַמְּוַחֵק וּמִהַנִּי הֵתָם רַבָּא מִשֵּׁא"כ לְהוֹצִיא מָמוֹן מִהַמְּוַחֵק דְּכֵינֵן דְּאֵין הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרוֹב ע"כ לֹא סְמַכִּינוּ בְּזֶה עַל הַד קִים לִי בְּגוֹנִי'.

וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהַעִיר בְּזֶה לְפִי הַמְּבִנָּאֵר בְּכַתְּוֹבוֹת ד' י"ב דְּאוּקֵי אַחְזָקָה מְצַטְרַפַת עִם בְּרִי לְהוֹצִיא מִהַמְּוַחֵק הַטּוֹעֵן שְׂמָא. וְלִפ"ז ה"ה רַבָּא עִם בְּרִי ג"כ הִדִּין נוֹתֵן לְהַצְטַרֵף לְהוֹצִיא מָמוֹן מִהַמְּוַחֵק הַטּוֹעֵן שְׂמָא דְּהָא רַבָּא עֲדִיר מִחְזָקָה וְעֵינֵן בְּפָנֵי יְהוֹשֻׁעַ רַב"ב דְּכַתְּוֹבוֹת ד' ט"ז בְּתוֹס' ד"ה כִּינֵן דְּרוֹב נְשִׁים כו'.

א"כ הֵכָא בְּנ"ד דְּהַתּוֹבֵעַ טוֹעֵן בְּרִי וְהַנְּתַבֵּעַ טוֹעֵן שְׂמָא וְיֵשׁ כָּאֵן מַעְלַת בְּרִי וְשְׂמָא. וְלִכּוֹן אַם הַנְּתַבֵּעַ מֵאֲמִינוּ לְהַתּוֹבֵעַ וְאָמַר קִים לִי בְּגוֹנִי' דְּזֶה נִחְשָׁב כְּמוֹ מַעְלַת רַבָּא מִדְּחֻזְיָנוּ דְּסְמַכִּינוּ ע"ז בְּהוֹצֵאת נַחְלָה מִן הַיּוֹרֵשׁ כַּמְש"כ הָרַאָב"ד וְהַמְבִי"ט א"כ יֵשׁ בְּנ"ד מַעְלַת רוֹב דְּהָא מַעְלַת קִים לִי חָשׁוּב כְּמוֹ רַבָּא וְגַם יֵשׁ כָּאֵן מַעְלַת בְּרִי וְשְׂמָא א"כ הָא עַפ"ז יְכוּלִין לְהוֹצִיא מָמוֹן מִהַמְּוַחֵק.

כִּן הִזָּה מְקוּם לְדוֹן לְכְאוּרָה. אֲבָל בְּאַמַת ז"א דְּבַנ"ד לֹא שִׁינָה לְדוֹן כִּן דְּדוֹקָא הֵיכָא דְּמַעְלַת בְּרִי וְשְׂמָא וּמַעְלַת רַבָּא הֵם שְׁנֵי דְּבָרִים נִפְרָדִים וְעֵינֵינִים מְחֻלְקִים כ"א בַּפ"ע בְּזֶה אָמְרוּ דְּאֵלִימֵי הִנָּה שְׁנֵי מַעְלוֹת בְּיַחַד לְהוֹצִיא מִהַמְּוַחֵק אֲבָל בְּנ"ד דְּמַעְלַת בְּרִי וְשְׂמָא עִם מַעְלַת קִים לִי בְּגוֹנִי' כו' הֵם הַפֵּל ע"פ מַה דְּאוֹמֵר הַתּוֹבֵעַ בְּרִי לִי ע"כ אֵין דֵּינוּ כְּהִנָּה שְׁנֵי מַעְלוֹת נִפְרָדִים אֲלֹא דֵּינוּ כְּמוֹ מַעְלָה אַחַת דְּאֵין בָּהּ פַּח לְהוֹצִיא מִהַמְּוַחֵק וְכְמוֹ שֶׁהוֹכַחְתִּי בְּנ"ל מִן הָרִי"ף וְשְׂאָרֵי פּוֹסְקִים הַנְּ"ל: עֲנָה י אָכֵן לִפ"ז אֶפְשָׁר לֹאמַר דְּכָל זֶה הוּא רַק הֵיכָא דְּהַנְּתַבֵּעַ הַטּוֹעֵן שְׂמָא אָמַר לְפָנֵינוּ דְּהַתּוֹבֵעַ הַטּוֹעֵן בְּרִי הוּא מְוַחֵק בְּעֵינָיו תְּמִיד לְאִישׁ מְהִימָן כְּתָרִי וְגֵיִיס בִּי וְכַמְש"כ הַשְּׁעַר מְשַׁפֵּט בְּסִי' ל"ג סוּף ס"ק א' דַּע"ז לְדִינָא הַעֲיָקָר כַּמְש"כ דְּאֵין אָנוּ יְכוּלִים לְכוּפּוֹ וְלִהְיוֹצִיא מִמָּנוּ הַמָּמוֹן בַּע"כ וְדִלָּא כְּהַשְּׁעַר מְשַׁפֵּט בְּזֶה.

מִשּׁוּם דִּלָּא שִׁינָה בְּזֶה הִנָּה תְּרֵי מַעְלוֹת מִשּׁוּם דְּהֵם הַפֵּל ע"פ קוּטְב דְּבָרֵי הַתּוֹבֵעַ פִּנ"ל. אֲבָל הֵיכָא דְּהַתּוֹבֵעַ טוֹעֵנוּ בְּרִי וְיֵשׁ ג"כ ע"א הַמְּעִיד כְּדְּבָרֵי הַתּוֹבֵעַ וּבְאִוְנָן דִּלָּא הוּי הַנְּתַבֵּעַ דְּטוֹעֵן שְׂמָא דֵּינוּ לְהִיּוֹת מְחֻיָּיב שְׁבוּעָה וְאֵיל"מ אִךְ הַנְּתַבֵּעַ אוֹמֵר דְּהַע"א הִלְזָה הוּא מְהִימָן לִי כְּתָרִי פִּנ"ל בְּזֶה אֶפְשָׁר לֹאמַר דִּיהִי' יְכוּלַת בְּיַדֵּינוּ לְכוּפּוֹ וְלִהְיוֹצִיא הַמָּמוֹן מִמָּנוּ בַּע"כ מִשּׁוּם דְּשִׁינָה בְּכַה"ג הִנָּה שְׁנֵי מַעְלוֹת הֵינָנוּ מַעְלַת בְּרִי וְשְׂמָא דְּהָא הַתּוֹבֵעַ טוֹעֵן בְּרִי וְהַנְּתַבֵּעַ הַשִּׁיב שְׂמָא וּמַעְלַת קִים לִי דְּאוֹמֵר הַנְּתַבֵּעַ עַל הַע"א דְּנֶאֱמָן בְּעֵינָיו כְּתָרִי דְּכִבֵּר נִתְבָּאֵר דְּמַעְלַת קִים לִי בְּגוֹנִי' חָשׁוּב כְּמוֹ רַבָּא דְּמַה"ט ס"ל לְהָרַאָב"ד וְהַמְבִי"ט דְּסוּמְכִין ע"ז לְקַיֵּים הַצַּוְנָאָה בַּע"א.

א"כ יֵשׁ בְּכַה"ג מַעְלַת בְּרִי וְשְׂמָא עִם מַעְלַת קִים לִי בַּהַע"א דְּהוּי כְּמוֹ רַבָּא וְהֵם שְׁנֵי עֵינֵינִים נִפְרָדִים דִּישׁ יְכוּלַת בְּיַדֵּינוּ לְסַמְּךָ ע"ז וְלִהְיוֹצִיא מָמוֹן מִהַמְּוַחֵק. וְהָא דְּאָמְרוּ

בְּקִדּוּשֵׁי (דף ס"ו) בע"א מעיד שְׁזִינְתָה דְּאֵי מְהִימָן לִיה כְּתָרֵי אֲסוּרָה וְאֵין כּוֹפִין אוֹתוֹ
ע"ז כמ"ש"כ הרי"ף שם וישארי ראשונים פנ"ל.

התם הא מייירי באין האשה אומרת שְׁזִינְתָה אֵלָא שוֹתֶקֶת וכמ"ש"כ שם רש"י וְהַרְשָׁב"א
בְּתֻשׁוּבָה ס' אֵלֶּף רל"ז וְהוּבָא בּמל"מ פ' כ"ד ה"א ה' י"ז וּבְתֻשׁוּבַת רע"א ס' צ"ט וּבְסִי
ק"א ע"ש. משום דְּהִיכָא דְּהִיא שְׁזִינְתָה הָא בכה"ג הדין הוא דְּאָף דְּאֵין הַעֲד
מְהִימָן בְּעֵינָיו כְּתָרֵי אֲסוּרָה לְבַעֲלָהּ כִּינּוּן דְּמוֹדִית בְּעֶצְמָה וַיֵּשׁ ע"א הַמְסִייעַ לָהּ וְלֹא אֶמְרִינּוּ
בכה"ג דְּעֵינָיָהּ נִתְּנָה בְּאֶחָר וכמ"ש"כ הַחֲכָם צְבִי בְּתֻשׁוּבָה ס' ק"נ וְהוּבָא בְּבֹאֵר הַטִּיב
אה"ע ס' נ"א ו"ס"ק כ"ג וְעֵינָן מְזָה בְּתֻשׁוּבַת רע"א זצ"ל ס' פ"ח וּבְסִי ק"א וְקִצְרֵתִי
וְעֵינָן בּב"ש ס' קט"ו ו"ס"ק כ"ג.

וְהָא דְּאֶמְרוּ בְּכִתּוּבֹת (דף פ"ה) קְרַעְנָא שְׁטָרָא ס"ד י"ל הַתָּם הָא מְיִירֵי דְּבַעַהש"ט טוּעֵן
בְּרֵי דָאָם הִי טוּעֵן שְׁמָא הָא הַדִּין הוּא דְּאֵינוּ גּוֹבָה בּוֹ כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ בְּסִי נ"ט וּבְש"ף שָׁם ס"ק
ב'. וע"כ עֲדִינָן יֵשׁ מְקוּם לְדוֹן כּוֹ.

אֲכַן הִיכָא דְּהַבַּע"ד הַתּוֹבַע אֵינוּ טוּעֵן בְּרֵי וְכֵן הַנְּתַבַּע טוּעֵן שְׁמָא וַיֵּשׁ ע"א הַמְּעִיד שְׁהַנְּתַבַּע
חַיִּיב לְהַתּוֹבַע וְהַנְּתַבַּע אוֹמֵר כִּי הַע"א מְהִימָן לִי כְּתָרֵי. בְּזָה הַדִּין בְּרוּר דְּאָף דְּמְהִימָן לִיה
מ"מ אֵין לָנוּ יִכְוֹלֵת לְכוּפּוֹ וְלְהוֹצִיא מִמּוֹן מִהַמְּוֹחֲזָק רַק לְחִיּוּב לְצִי"ש פנ"ל.

וְכֵן אִם הַתּוֹבַע מְוֹחֲזָק בְּעֵינָי הַנְּתַבַּע לְנֶאֱמָן הַדִּין כּוֹ וְכִמּוֹ דְּהוֹכַחְתִּי מְהָא דְּקִדּוּשֵׁי (דף
ס"ו) הַנְּ"ל מְדַבְּרֵי הַרִ"ף וְש"פ הַנְּ"ל וְיָמֵן דְּבָרֵי הַרִ"ף דְּב"ק הַנְּ"ל: וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ
מְהָא דְּכִתּוּבֹת (ד' פ"ה) דְּאֶמְרוּ קְרַעְנָא שְׁטָרָא אֶפְרָמִי קְרַעְנָא ס"ד אֵלָא מְרַעְנָא שְׁטָרָא
אֶפְרָמִי.

דְּמַמָּה דְּאֶמְרוּ קְרַעְנָא ס"ד דְּמוּכַח מְזָה דְּאָף הִיכָא דְּאֵיכָא מַעֲלַת בְּרֵי וְשְׁמָא בְּצִירוּף הַד
קִים לִי דְּג"כ אֵין מוֹצִיאֵין מִהַמְּוֹחֲזָק דְּגַם בְּזָה שְׁיִיף לֹאֵר אֶפּוֹקִי מְמוּנָא הוּא וְתָרֵי בְּעֵינָן
כּמ"ש"כ שָׁם רש"י דאל"כ הוּי מְצִי לֹאֵר קְרַעְנָא שְׁטָרָא בְּזָה הָאֲנֹפֶן וְהוּא דְּהִנֵּה בְּסִפְרֵי
נַחַל יִצְחָק ס' נ"ט עָנָף א' הַעֲלִיתִי דְּהִיכָא דְּבַעַהש"ט טוּעֵן שְׁמָא בְּמְקוּם דְּלָא ה"ל לְמִידַע
אֲז אֵף דְּהִלְנָה טוּעֵן בְּרֵי שְׁהוּא פְּרוּעַ הַדִּין הוּא דְּגוֹבָה בְּהַשְׁטָר ע"ש.

א"כ מְשַׁפְּחַת לִי לְדוֹן קְרַעְנָא שְׁטָרָא אֶפְרָמִי בכה"ג דָּאָז אִם יֵשׁ ע"א הַמְּעִיד לְסִייעַ
לְהַנְּתַבַּע וְכִינּוּן דְּאוֹמֵר הַדִּין קִים לִי בְּגוֹנוֹי ה"ל בְּזָה מַעֲלַת בְּרֵי וְשְׁמָא בְּצִירוּף מַעֲלַת קִים
לִי דְּהוּי כְּמוֹ רַבָּא וְכָבֵר נִתְּבָאֵר דְּמַעֲלַת בְּרֵי וְשְׁמָא בְּצִירוּף רַבָּא מְהִי לְהוֹצִיא מִמּוֹן
מִהַמְּוֹחֲזָק כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ בְּכִתּוּבֹת (דף י"ב ע"ב) דְּמַסְקִינּוּ שָׁם דְּלִכְּן בְּאוֹמְרַת מְשַׁאֲרֶסְתַּנִּי
נְאֻמְתִּי נְאֻמְתִּי מְשׁוּם דִּישׁ מַעֲלַת אוֹקִי אַחְזָקָה וְעֵינָן בְּתוֹס' שָׁם ד"ה אֵלָא דְּאֵיכָא מִיגוֹ כו'.

וְהַתָּם הָא הוּי שְׁמָא מַעֲלִיא דְּלָא ה"ל לְמִידַע וְעכ"ז אֶמְרוּ לְצַרְף מַעֲלַת בְּרֵי וְשְׁמָא לְמַעֲלַת
אוֹקִי אַחְזָקָה וְכש"כ בְּרַבָּא פנ"ל. א"כ מְדַחֲזִינּוּ דְּאֶמְרוּ הִכָּא בְּפִשְׁטוּת קְרַעְנָא שְׁטָרָא
ס"ד מְשַׁמַּע דְּלָא מְשַׁפְּחַת שׁוּם גּוֹנוֹנָא דִּיוֹצִיא מִמּוֹן ע"י קִים לִי בְּגוֹנוֹי וְלִכְּן הוֹכַרְחוּ לֹאֵר
אֵלָא מְרַעְנָא שְׁטָרָא אֶפְרָמִי.

ומ"מ לְדִינָא קָשָׁה לְסַמּוֹף עַל רְאִיָּה זוּ דִּי"ל דְּהִנֵּה ס"ל לְהַש"ס דְּלָא ה"ל לֹאֵר כ"כ
בְּפִשְׁטוּת קְרַעְנָא שְׁטָרָא אֶפְרָמִי וְה"ל לְפָרֵשׁ בְּפִירוּשׁ בכה"ג דָּאָז קְרַעְנָא וְלֹא לֹאֵר
בְּסִימּוֹת קְרַעְנָא דִּישׁ לָנוּ לְמַטְעֵי בְּזָה וְלִכְּן אֵין זֶה רְאִיָּה בְּרוּרָה כ"כ: וְדַע דְּאֵין מְקוּם

לדון ולחלק בראיית מהד דכתובות (ד' פ"ה) דאמרו קרענא ס"ד דנהו דוקא היכא דדיין
א' אומר פן אכל היכא דשני דיינים אומרים דקים להו בגגנון' כו' דיהיה זה מועיל אף
להוציא ממון עפ"ז.

דז"א משום דאין סברא לחלק פן וגם אינו במשמע פן מן דברי הרמב"ם ה' סנהדרין פ'
כ"ד ה"ב ומן הטור וש"ע סי' ט"ו סעי' ה' ע"ש. ולכן שפיר פתבתי להוכיח מהתם דה"ה
במאמינו הנתבע להתובע אין לנו יכולת להוציא ממון עפ"ז וקצרתני: ענה יא ובני הרב
הגאון מו"ה צבי הירש נ"י אב"ד דק"ק מיטאווי אמר להוכיח עוד דאף דמאמינו הנתבע
להע"א דמ"מ אין מוציאין ממון עפ"ז בע"כ והוא דאי' בב"ק (דף מ"א ע"ב) ובעל השור
נקי ר' אליעזר א' נקי מתצי פופר א"ל ר"ע והלוא הוא עצמו אין משתלם כו' א"ל ר"א
אין דיני אלא ע"פ ע"א או ע"פ בעלים ע"פ בעלים מודה בקנס הוא קסבר פופרא פפרא.
וכו גרסי רש"י והתוס' ועיין בפני יהושע פאן ובירושלמי פ"ד ה' ה' במראה הפנים ד"ה
תיפתר בשעבר ושחטו מה שהעיר בפ"י רש"י לפתובות (דף מ"א ע"א) ד"ה ה"ז משלם
ע"פ עצמו כו'.

ונה לשון הרשב"א בחי' לב"ק פאן בד"ה אלא בפשהמית ע"פ ע"א או ע"פ הבעלים כו'
פך גירסת רוב הספרים כו' וילעגין הגירסא פתב הרב"ד ז"ל דגירסא זו טעות כו' דהא
ליכא מ"ד דלגוי פופרא קנסא אלא או פפרא או ממונא וה"ג בפשהמית ע"פ ע"א או ע"פ
הבעלים וקסבר פופרא פפרא וכו' נראה גירסת ר"ח וגירסת הרב"ד ז"ל.

והא דקאמר פופרא פפרא ולא אמר ממונא משום ע"א איצטריוף לי' דאי ממונא לא
איצטריוף קרא למיפטרין דע"א אינומחייבו ממון אכל כי אמרינו פופרא פפרא איצטריוף
קרא דאי לא פתב רחמנא ובעל השור נקי ה"א דחייב בין ע"פ ע"א דהא מביא חטאת
אפילו ע"פ ע"א נאי ממונא אף במועד פטור דאי משום מחושואיל"מ בנה נ"ל דינו של
הרב"ד אמת שפך שאין העד מעיד שהוא ראה אינו מחייבו שבועה כשאומר איני יודע
כו' עכ"ל הרשב"א.

וכ"כ השמ"ק שם בשם הרב"ד והרשב"א: נאי גימא דהיכא דאומר הנתבע דהוא מאמין
להע"א הדין הוא דכופין אותו להוציא ממנו הממון בב"ד בע"כ א"כ תקשה מנלן להש"ס
לומר דסבר ר"א פופרא פפרא הא אף אם הוי ממונא ג"כ משפחת לה דיוציאו ממנו
הממון ע"פ ע"א היכא דמאמינו ומדחזינן דאמרו בפשיטות קסבר ר"א פופרא פפרא
מוכח דלא משפחת שום גוונא דיהיה מוציאין ממון ממנו בע"כ נאף דלצי"ש מחוייב
עפ"ז מ"מ אין סברא לאוקמי להך ובעל השור נקי על חיוב לצי"ש ובפרט דנראה מן
דברי הב"ח באה"ע סי' קט"ו דאין זה רק מדברבנן א"כ הוי סייעתא מזה דאף במאמינו
אין מוציאין ממנו בע"כ ע"פ ע"א.

ולפ"ז יהיה מוכח מזה דאף היכא דהתובע טוען פרי והנתבע השיב שמה ניש ע"א המעיד
פדברי התובע והנתבע אמר דמאמינו להע"א דגם בכה"ג אין מוציאין ממנו בע"כ דאל"כ
ה"מ לומר בכה"ג דיוציאו ממון ע"פ ע"א אף אם הוי פופרא ממונא.

ובפרט דהא מצינו בכתובות (דף י"ב ע"ב) במשנה הנושא האשה היא אומרת משארסתני
נאנסתי נאמנת פן הוא דברי ר"ג ור' אליעזר. ור' יהושע פליג שם.

ומסקינן בפסוקינא שם דטעמא דר"ג ור"א הוא משום דמעלת ברי ושמא בצירוף אוקי
אחזקה מוציאין עפ"ז ממון מהמוןחזק א"כ לפ"ז ה"ה מעלת ברי ושמא עם מעלת ע"א
דקים לי בגנוני' יש לנו פח להוציא ממון א"כ מנולן לומר דר"א ס"ל בןפרא כפרה.

ומדחזינן דאמרו בפשיטות קסבר ר"א בןפרא כפרה מוכח דס"ל להש"ס דאי בןפרא
ממונא לא משפחת שום גוונא כלל להוציא ממונא ע"פ ע"א. ואף דמצינו להראב"ד
בתשובה דהובא בש"ג פ"ג דסנהדרין דס"ל דבמאמינו להע"א הצוואה בתוקפה מ"מ הא
מצינו הקא להראב"ד דמוכח ממנו דס"ל דאין מוציאין אף במאמינו ממנו בע"כ.

ומוכח מזה לחלק כמו שנתבאר לעיל דשאני בנידון תשובת הראב"ד הנ"ל. ונדעתי מש"כ
הש"ף בח"מ סי' ל"ט ס"ק ב' דאולי תרי ראב"ד גינהו כו'.

עכ"פ מוכח מן הרשב"א והראב"ד והר"ח לפי גירסתם דס"ל דאף במאמינו אין מוציאין
ממון מהמוןחזק בכל גווני. ומ"מ לדינא קשה לסמוך ע"ז הראב"ד משום די"ל דלכו פסיקא
להגמ' למימר דקסבר ר"א בןפרא כפרה משום דאי נימא ממונא וקא דאמרו ע"פ ע"א
מייירי במאמינו א"כ ל"ל למימר ע"פ ע"א וקא אף ע"פ התובע בעצמו אם הנתבע מאמינו
הדין הוא ג"כ דמוציאין ממון ממנו בע"כ כנ"ל.

ועוד דא"כ ה"ל לפרושי להדיא דקאי במאמינו ולא לומר בסתמא ע"פ ע"א ולכו אמרו
דקסבר ר"א בןפרא כפרה ויש להאריך בזה עוד. עכ"ד בני יקירי שיחני' ודפח"ח: והנה
לפי מש"כ לעיל דיש מקום לדון ולחלק דהיא דיש לפנינו הבע"ד הטוען ברי והנתבע
משיב שמא אז אם יש ע"א המעיד פדברי התובע והנתבע אומר קים לי כו' דיש מקום
לומר בזה להוציא ממון מהמוןחזק ע"פ הנך שני מעלות מחולקים משא"כ היא דליכא
שני מעלות נפרדים כו'.

לפ"ז יש לדון במה שכתבתי לעיל ענף ג' להוכיח מן ב"ב (דף נ"ב) דאין מקבלין פקדונות
מן הנשים כו' ואם אמרו בשעת מיתתן הן של פ' יעשה כפירושו. די"ל דשא"ה דפלוגי
התובע אומר ברי ובעל האשה אומר שמא א"כ יש בזה הנך שני מעלות נפרדים היינו
מעלות ברי ושמא דלא שייך בזה לומר דכיון דטוענין ליורש היינו הבעל א"כ ה"ל כמו
ברי וברי כמש"כ הרא"ש רפ"ב דכתובות.

דז"א דהא פיון דאמרה האשה בעצמה בעת מיתתה דשל פ' הוא א"כ לא שייך לומר
טוענין להבעל. וה"ל טענת הבעל כמו טענת שמא וה"ל מעלות ברי ושמא להפלוגי
דאומר דזהו חפץ שלו.

ויש בזה עוד מעלת מה דמאמינה הנפקד או הבעל ושפיר ה"ל בזה שני מעלות נפרדים
משא"כ היא דליכא הנך שני מעלות נפרדים עדיין י"ל דאף דמאמינו מ"מ אין לנו
יכולת להוציא ממון בע"כ.

שוב ראיתי דכל זה אינו משום דזה לא מקרי ברי ושמא רק כמו ברי וברי לפי דהא
טוענין ליורש וללוקח וה"ל כמו ברי כנ"ל. ואף דאמרה האשה בעת מיתתה דשל פלוגי
הוא מ"מ הא עיקר הטעם הוא דאין האשה נאמנת באמרה בעת מיתתה דשל פ' הוא מצד
הודאת בע"ד.

ולא נקנה הספץ לפלוני בקנין אודיתא משום דה"ל חב לאחרים דבעל פלוקס בנכסי אשתו ע"כ שפיקה גם בזה לדון טוענין ללוקס וה"ה להבעל דה"ל פלוקס ודינו כמו דטוען פרי וה"ל פרי ופרי ולא הוי בזה הנה שני מעלות הנה"ל.

ונסתר כל זה אף פקר נתבאר לעיל דאין שום ראיה לנ"ד מהה דב"ב הנה"ל כמש"כ לעיל בארובה. והא דמבואר שם בב"ב דאינה נאמנת האשה לומר על הספץ שפינדה דהוא של פלוני ולא אמרינן בזה הודאת בע"ד פמאה עדים וגם לא קנין אודיתא וכן מבואר בשא"ד לא מיבעיא להסוברין דאף בחיי אשתו יש להבעל דין לוקס על גוף הקרקע והספץ שלה בנודאי א"ש מה דלא מהני הודאתה לחוב לבעלה כנ"ל ואף להסוברים דבחי אשתו אין לו דין לוקס על גוף הקרקע והספץ רק מצד דאלמוהו רבנן לקנין פירותיו של הבעל ע"כ מוציא גוף הקרקע לאח"מ כמבואר כ"ז באריכות באה"ע סי' צ' סעי' ט' ובח"מ סי' ק"ג סעי' יו"ד בפ"ה ס"ק כ' ובקצה"ח שם ס"ק ט' בארובה.

מ"מ זה ברור ומוכח ה"כ דלא מהני הודאתה אף על הגוף מצד פנין דאלמוהו לקנין פירותיו של הבעל פקנין הגוף ע"כ ממילא אין דינה של האשה כמו הודאת בע"ד משום דאין עליה שם בע"ד לגבי זה וכמבואר באה"ע סי' צ' סעי' י"ב בהג"ה.

והדברים ארופין ואכמ"ל בזה שאין זה שייכות לענינינו: היצא לנו מכל זה דאם הנתבע הטוען שפא מאמין להתובע האומר פרי לי ואומר דמהימן ליה פתרי אף אינו רוצה לשלם לחבירו המעות ואינו נותן מקום להנאמנות הלזו אין הב"ד יכולים לכופו ולשלם המעות בע"כ אלא אומרים לו כי לצי"ש החיוב עליה לשלם המעות לחבירו אף היכא דלא ה"ל למידע כנ"ל אכל לא בב"ד.

וכן אם התובע והנתבע טוענים שפא ויש ע"א המעיד שיודע בפירוור פי הנתבע חייב המעות להתובע ובאופן דלא הוי מחושואיל"מ והנתבע השיב שפאמין להע"א פתרי וגייס בי' עכ"ז גם בזה אין אנו יכולת פידינו לכופו ולהוציא ממנו הממון בב"ד רק שפחייב לצי"ש כנ"ל.

אכל בע"א בצונאת שכ"מ המעיד שהשכ"מ צינה לחלק עזבונו לאחרים אף אם אין המקבלין מתנה טוענים פרי פדברי הע"א עכ"ז אם היורשים אומרים דמאמינים להע"א פתרי וגייסי בי' כנ"ל וכמבואר באה"ע סי' קט"ו סעי' ז' בהג"ה ובב"ש שם ס"ק ל"ג.

דמחוייבים היורשים לקיים פן וכייפינו להו אף בב"ד וכמו דכתב הרמב"ד שהובא בש"ג פ"ג מן סנהדרין והמבי"ט בתשובה ח"ב סי' קמ"ח דמשמע שם דאף אם המקבלי מתנה אומרים שפא ג"כ הדין הוא דאם היורשים מאמינים להע"א מחוייבים לקיים פן וכייפינו להו בב"ד והטעם הוא דזה לא מיקרי הוצאות ממון מהמחזק כמש"כ לעיל בארובה ומהני בזה מעלת קים לי בגנויה כמו דמהני רובא בכה"ג.

אכל היכא דהתובע טוען פרי והנתבע משיב שפא ויש ע"א המעיד המסייע להתובע והנתבע אומר דמאמינו להע"א בזה י"ל דכיון דמעלת קים לי בגנוי' דינו כמו רובא א"כ ה"ל ה"כ שני מעלות מחולקים היינו מעלת פרי ושפא ומעלת קים לי בגנויה דחשוב כמו רובא דמוציאין עי"ז אף ממחזק גמור והא דאין כופין לו במאמין להע"א שזינתה אף דנימא דמעלת קים לי ה"ל כמו רובא מ"מ אין כופין משום דלאו בכל גנוני אזלינן

בְּתֵר רִנָּבָא כְּמוֹ שֶׁכָּתַב הַשֵּׁב שֶׁמִּצְדָּקָא ד' פ"ח וְהַטְעַם הוּא דָּאִין כּוֹפִין כּמִש"כ
הַחֲלָקַת מְחֻקָּק בִּיאָה"ע ס"א קט"ו ס"ק כ"ג דָּאִין ב"ד מוֹצִיאִין רַק בְּעֵדִים דְּבָעִינָן דְּבָר
פְּרוּר וְכִמוֹ שֶׁהוּבָא לְעִיל.

וּלפ"ז ה"ה דְּמֵה"ט יֵשׁ לְדוֹן הֵיכָא דִּישׁ לָנוּ אוּקֵי אַחְזָקַת חַיִּיב וְכִיּוֹצֵא בּוֹ וַיֵּשׁ ע"א הַמַּעֲיֵד
לְחַיִּיבוֹ וְהַנְּתָבַע אוֹמֵר דְּמֵאֲמִין לֵהע"א גַּם בְּזֵה י"ל דְּמִצְטָרֵף הֵנָּה שְׁנֵי מַעְלוֹת הֵינּוּ מַעְלַת
קִים לִי בְּגוֹנֵי דְנִחְשָׁב כְּמוֹ רִנָּבָא עִם מַעְלַת אוּקֵי אַחְזָקָה.

וְכִבֵּר הַעֲלִיתִי בְּסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק ס"א מ"ג סע"א י"ד עֲנָף ב' דְּרֹב וְחֻזְקַת חַיִּיב סְמִכִּין
ע"ז לְהוֹצִיא מִמּוֹן מֵהַמְּחֻזָּק ע"ש. וְעוֹד כְּמָה עֲנִינִים נִתְבָּאֵרוּ בְּקוֹנְטֵרַס הַלְּזוֹ: וְעַתָּה נִשְׁוֵבָה
בְּעִיקָר הַשְּׂאֵלָה דְּנָא מַה שֶׁטּוֹעֵן הַתּוֹבֵעַ עַל הַנְּתָבַע הַמְּשִׁיב אֵינִי יוֹדֵעַ אִם הַלְּוִיתִנִי שֶׁהַנְּתָבַע
מֵאֲמִינוֹ וְרוֹצֵה לְהַטִּיל עָלָיו ח"ס שְׂאִינוֹ מֵאֲמִינוֹ אוֹ שֶׁיִּכְלֹל זֶה בְּשִׁבּוּעָתוֹ שֶׁנִּשְׁבַּע שְׂאִינוֹ
יוֹדֵעַ בְּתוֹרַת ג"ש כִּי לְפִי מַה שֶׁנִּתְבָּאֵר בְּעוֹ"ה הַדִּין הוּא אִף בְּמֵאֲמִינוֹ שְׂאִין לָנוּ יִכְוֹל
בְּיָדֵינוּ לְכוֹפּוֹ לְשֵׁלֵם בְּע"כ ע"כ מִמִּילָא אֵינּוּ יִכְוֹל לְהַטִּיל עָלָיו ח"ס וְכִש"כ שְׂאִינוֹ יִכְוֹל
לְהַטִּיל עָלָיו שֶׁיִּשְׁבַּע בְּכוֹלָל פִּינוֹן שְׂאִין לָנוּ יִכְוֹל לְכוֹפּוֹ ע"ז ע"כ מִמִּילָא פְּטוּר הַנְּתָבַע
מִכָּל זֶה: ו (שֵׁם סע"א ט' ש"ף ס"ק כ"ז) בְּסִפְק פְּרַעוֹן קוֹדֵם לְהַלְוָה דָּאִם הַמְּלָנָה מְסוֹפֵק
אֵינּוּ גוֹבָה.

כֵּן הוּא קוֹטֵב דְּבָרָיו. וְהַקְּשָׁה ע"ז הַקְּצָה"ח דְּכִינּוֹן דְּזֵה גוֹבָה וְזֵה גוֹבָה כּו' הָנִי פְּאוּמֵר
הַמְּלָנָה כִּא"י א"נ.

וְתִירֵץ הַנְּתִיבוֹת דְּכִינּוֹן דְּטוֹעֵן יֵשׁ לִי בְּיָדֵי עוֹשֵׂה הַלְּוָה זֶהוּ לְפְרַעוֹן כּו' ע"ש. וְכִסְפֵּי נַחַל
יִצְחָק ס"א נ"ט עֲנָף ב' פְּתִיבָה לְבָאֵר זֶה דְּאִף דְּבַע"ח דִּינוֹ בְּזוּזֵי אִם אֵית לִי מ"מ הָא פְּתִבוּ
הַתּוֹס' בְּכַתְּנוּבוֹת (דָּף צ"ב ע"א) בְּד"ה אֵי פִּיקֵחַ הוּא כּו' דְּבִמְקוֹם פְּסִידָא מְסַלֵּק לִי בְּקַרְקַע.

וְה"ה בְּנ"ד דָּאִין לָךְ פְּסִידָא גְּדוּלָה מְזֵה לְהַלְוָה אִם לֹא יֵהִי יִכְוֹל לְהַגְּבוֹתוֹ בְּהַחֹב שְׁלוֹ
שְׁתוֹבֵעַ מֵהַמְּלָנָה ע"כ יִכְוֹל לְהַגְּבוֹתוֹ בְּהַחֹב לְעֵשׂוֹת זֶה לְפְרַעוֹן וְשִׁפִּיר כְּתִב הַנְּתִיבוֹת:
עֲנָף א אָכֵן יֵשׁ לְהַעֲיֵר ע"ז מִן הַשְּׁלֵטִי גְבוּרִים פ' הַפְּרָה וְז"ל הָרִי שְׁתַּבַּע רֵאוּבֵן לְשִׁמְעוֹן
בְּשִׁטְר חֲזַר שְׁמַעוֹן וְתַבַּע שִׁישׁ לוֹ בְּיָדוֹ חֲפֵץ פ' אוֹ קַרְקַע פ' אוֹמְרִים ב"ד פְּרַע שְׁטָרוֹ
תַּחֲלָה.

הִי הַנְּתָבַע תּוֹבֵעַ דְּבָר הָרְאוּי לְפְרַעוֹן שְׁטָרוֹ כּו' ה"ז כְּאֵלוֹ טַעְנוֹ שֶׁשְׁשִׁטְר פְּרוּעַ וַיִּשְׁבַּע לוֹ
כּו'. וְהוּבָא בְּקַצָּה"ח ס"א כ"ד ס"ק א'.

וְקִשָּׁה הָא פִּינוֹן דְּהָנִי פְּסִידָא לְהַלְוָה אִם לֹא יִסְלְקוּ בְּהַקְּרַע אוֹ בְּהַחֲפֵץ דָּאִם יֵהִי יִכְוֹל
לְסַלְקוֹ וְחַיִּיב שְׁבוּעָה לְהַמְּלָנָה א"כ הָא בְּמְקוֹם פְּסִידָא אֵינּוּ מְסַלְקוּ בְּזוּזֵי פְּנ"ל. וְהַקְּצָה"ח
שֵׁם הַעֲיֵר בְּזֵה וְתִירֵץ דְּזֵה לֹא חַשִּׁיב כ"כ פְּסִידָא פִּינוֹן דָּאֵינוּ נִפְקוּתָא לְעַנְגִּן מְמוֹן כִּי אִם
לְעַנְגִּן שְׁבוּעָה ע"ש.

וְעִינֵן בְּקַצָּה"ח ס"א ע"ב ס"ק כ"ח. וְכֵן יֵשׁ לְהַעֲיֵר בְּמָה דְּמִבְּנָאֵר לְקַמְן ס"א ק"א סְעִיף יו"ד
דָּאִם הַלְּוָה טוֹעֵן אֵינִי לִי מְעוֹת רַק מְטַלְטְלִין דְּס"ל לְהַמְחַבֵּר וְהַרְמ"א דָּאִין הַמְּלָנָה צָרִיף
לִישְׁבַּע וְהַשְּׂפָ"ף הַכְּרִיעַ שֵׁם ס"ק ה' פְּהָרָא"ש וְהַרְשָׁב"א דְּצָרִיף לִישְׁבַּע ע"ש.

והדעת נותנת דלא יהי צריף לישבע פינו דבמקום פסידא מסלקו אף בקרקע וכש"כ במטלטלי אפילו יש לו מעות א"כ יכול הלנה לטעון דאם לא יטול המלנה להמטלטלין בחובו א"כ יהי לו שבועה על הלנה ע"כ מסלקו במטלטלי ולי יהי צריף שבועה.

ומוכח מזה פסקת הקצה"ח הנ"ל דשבועה לא מקרי פסידא כ"כ. ואפשר דסברת הש"ע דס"ל דאין הלנה צריף שבועה בכה"ג טעמו הוא ג"כ ע"פ הסברא דכינון דבמקום פסידא מסלקו במטלטלין פנ"ל.

אכן באמת לא שייך התם פלל לדמות להא דבמקום פסידא מסלקו במטלטלין דהא המלנה יכול לומר לו לדבריה שאמה אומר אין לי מעות רק מטלטלין א"כ תוכל אמה לישבע והוי זה בינדה לברר ע"י שבועה א"כ לא מקרי זה פסידא פלל.

והא שפתב המסבר להכריע פהראשונים דא"צ הלנה לישבע אם מסלקו במטלטלין טעמו הוא בפשוט דהא עיקר שבועה אין לי הוא תקנת הגאונים ולא תקנו זה רק היכא דאינו משלם לו פלל אבל פינו דעכ"פ משלם לו אף דלא מסלקו במעוה מ"מ לא תקנו שבועה פינו דלא הוי לי פסידא כ"כ וכמבואר כ"ז בדברי הראשונים שם ועיין בסמ"ע סי' צ"ט ס"ק א'.

ועיין בקצה"ח סי' ק"א ס"ק ו' מה שהעיר פנה. אכן בדברי השלטי גבורים דאי נימא דיכול לסלקו במטלטלין יהי להלנה שבועה על המלנה ולדברי הלנה דטוען יש לי בינדה לא ישבע המלנה רק שבועה שקר ומבואר בשבועות (דף ל"ב ע"א) ברש"י ד"ה.

והאמר אב"י הפל מודים כו' דרוב בני אדם אין נשבעין לשקר והנה משלם. א"כ שפיר קרינו במה שישגי הלנה שבועה על המלנה ע"י מה דיסלקו במטלטלין דינצל הלנה מן פסידא ואם לא פן לא יצטרף המלנה לישבע ויוציא ממנו ע"י השטר ע"כ תקשה עדיין דברי הש"ג.

והנתיבות סי' כ"ד נדחק ליישב דברי הש"ג. ובסי' ע"ב בנתיבות ס"ק ל"ז פתב לדחות לדברי הש"ג משום דלא קיי"ל פן לדינא אלא קיי"ל פהמרדכי דיכול לעשותו לפרעון בקל גונוני: ולענ"ד נראה ליישב קושיות הקצה"ח על הש"ג והוא דהא עיקר הטעם דאמרו דבמקום פסידא מסלקו בקרקע ומטלטלין זהו משום דהא דבע"ח דינו בזווי אין זה מה"ת רק מדרבנן ע"כ במקום פסידא אוקמה בכה"ג אדאורייתא כדמצינו בכמה דוכתי בתקנות חז"ל דאמרו דבמקום פסידא אוקמה אדאורייתא כמו דאי במועד קטן (דף ב' ע"ב ובדף י"ג) ובשאר דוכתי.

וה"ה ה"ה גבי הך תקנה דאמרו דבע"ח דינו בזווי דמוכח בכתיבות (דף צ"ב) דאמרו אי פיקח הוא מגבי להו ארעא כו' דבמקום פסידא לא תקנו תקנה זו והטעם הוא פנ"ל וכמש"כ הקצה"ח בסי' ק"א ס"ק ה' דחז"ל לא תקנו בכה"ג.

א"כ י"ל דזהו דוקא רק היכא דיש להלנה זכות המועיל מה"ת אז מצינו דבמקום פסידא לא תקנו חז"ל לבטל הזכות שיש לו מה"ת כמו בהא דאי פיקח הוא הנ"ל אבל בהך נידון של הש"ג דאף אם יסלקו במטלטלין ע"י טענתו דטוען יש לי בינדה פנגדו איזה חפץ וכה"ג עכ"ז הא מה"ת לא מהני טענת הלנה פלל אף להשביע את המלנה דיש לו שטר ועיקר חיוב שבועה על המלנה הוא רק מדרבנן וכינון דרק לפי תקנת חז"ל יהי מקרי יש

להלנה פסידא אכל לפי דין התורה לא שייך לומר דיש פסידא להלנה פינון דעיקר הזכות שאנו דנין עליו אין זה רק מדרבנן כמו בהא דנ"ד בשבועת המלנה על שטרן ע"כ י"ל דנקא היכא דשייך לומר דבמקום פסידא אוקמה אדאורייתא אז אמרינן דלא תקנו חז"ל בכה"ג להפסיד זכות הלנה שיש לו מה"ת אכל היכא דאין לו זכות מה"ת רק מדרבנן לא דיינינן פן וזהו חילוק ברור ע"כ אתי שפיר דברי הש"ג: ולכן שפיר כתבתי בספרי שם להכריע פהגתיבות במה שכתב פאן דטענת יש לי בינדה הני פטענת פרעון משום דמן הש"ג אין סתירה לזה.

וגם כתבתי בספרי שם דאם החוב ברור הוא חוב משכירות פועל ומסופקים התובע והנתבע בפרעון באיזה חוב אחר דבנה הדין דגובה החוב הברור משום דדוקא היכא דרק מדרבנן חייב לשלם זוזי אז אמרו דבמקום פסידא משלם בכל מידי שירצה אכל בשכירות פועל דמה"ת משלם בזוזי אז אינו יכול להגבותו בשארי מיילי אף במקום פסידא ע"כ אינו יכול לעשות לטענת יש לי בינדה לפרעון וכמש"כ שם בארובה.

ועפ"ז יש לדון היכא דיש להמלנה משכונן על חובו והלנה טוען יש לי בינדה אינה חוב אחר מן חוב נזקין או שומרים שהיה שנה לא פחות מן החוב שאני חייב לה על המשכונן פעת והמלנה השיב איני יודע מן החוב האחר שאמה טוען.

דלכאורה נראה לדון לפי מה שנתבאר דטענת יש לי בינדה הני כמו טענת פרעון וכמש"כ בספרי שם דאם יש להמלנה שטר על הלנה והלנה טוען יש לי בינדה והמלנה אומר א"י דכיון דיש לי בינדה הני כמו פרעון ע"כ הני פאומר המלנה שמה על שטרן דאינו גובה ודלא כמש"כ הקצה"ח והגתיבות שם.

ולפ"ז ה"ה במלנה על המשכונן דהדין הוא דאם הלנה אומר ברי פרעתיך והמלנה אומר שמה דאינו גובה מהמשכונן כמבואר בסי' ע"ב סעיף י"ד בהג"ה ובסעיף כ"ד שם ע"כ ה"ה היכא דהלנה אומר ברי פי יש לי בינדה חוב אחר והמלנה השיב שמה דהני כמו דנסתפק המלנה בהפרעון דאינו גובה ויחזיר המשכונן להלנה: אכל באמת נראה לי לדון הך דבחו"ב שיש לו משכונן ת"י המלנה שאני דאף דהמלנה מסופק אם יש להלנה ת"י אינה חוב אחר והלנה טוען ברי פי יש לי בינדה אפ"ה גובה המלנה מן המשכונן שת"י והוא דהא מבואר בח"מ סי' קי"ז סעי' ב' דמשכונה דינה פאפומיקי סתם כו'.

ובאפומיקי סתם מבואר שם סעיף א' בהג"ה דאינו יכול לסלקו בנכסים אחרים רק במעות ויש חולקים. הרי דס"ל לדעה הראשונה דהובא בסתם וכן הוא העיקר להלכה פי' דע.

דיש לאפומיקי סתם מעלה דאינו יכול לסלקו בנכסים אחרים פיוצא בו רק במעות או במטלטלים כמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ד'. משום דהתם מירי באפומיקי קרקע ולכן פינון דיש חשיבות ביותר למטלטלין מן קרקע כמבואר בב"ק (דף ז') ובח"מ סי' ק"א וסי' תי"ט ע"כ בקרקע אפומיקי אמרו דיכול לסלקו במטלטלין פינון דיש מעלה יתירה למטלטלין נגד קרקע.

אָבֿל בְּקִרְקַע אַחֵרֵת אֵינֹו יִכּוֹל לְסַלְקוֹ בִּינֹו דְהֵגִי פִּיּוּצָא בּוֹ ע"כּ הֵדִין בְּאַפּוֹתִיקַי דְּיִשׁ
לְהַמְלִינָה דִין קְדִימָה לִיטּוֹל בְּחֹבּוֹ אֵת הָאַפּוֹתִיקַי וְאֵינֹו יִכּוֹל הַלְּנָה לְסַלְקוֹ בְּדָבָר אַחֵר
פִּיּוּצָא בּוֹ.

א"כּ ה"ה בְּמִשְׁכּוֹן מְטַלְטְלִין דְּדִינָם פְּאַפּוֹתִיקַי סָתָם דְּהֵדִין נוֹתֵן דְּאֵינֹו יִכּוֹל לְסַלְקוֹ
בְּמִטְלְטְלִין אַחֵרִים וְדוֹקָא בְּמַעוֹת דְּיִשׁ לְמַעוֹת חֲשִׁיבוֹת בִּיּוֹתֵר נֶגְדַּ מְטַלְטְלִין יִשׁ יִכּוֹלֵת בִּיַּד
הַלְּנָה לְסַלְקוֹ מִן הַמִּשְׁכּוֹן בְּמַעוֹת אָבֿל בְּמִטְלְטְלִין אַחֵרִים אֵינֹו יִכּוֹל לְסַלְקוֹ מִן הַמִּשְׁכּוֹן
שֶׁת"י פִּי יִשׁ לְמַלְנָה עַל הַמִּשְׁכּוֹן זְכוּת קְדִימָה לְגִבּוֹת חוֹבּוֹ מִן הַמִּשְׁכּוֹן שֶׁהַשְּׂכִּין לוֹ הַלְּנָה
מְדַעְתּוֹ וְהֵגִי כְּמוֹ דְּהַתְנָה עִמּוֹ בְּפִירוּשׁ שְׁלֵא יִהְיֶה יִכּוֹל לְסַלְקוֹ בְּמִטְלְטְלִין אַחֵרִים זְוִלֵת
בְּמַעוֹת יִכּוֹל לְסַלְקוֹ.

וְכֹן רְאִיתִי בְּנִתִּיבוֹת סִי' ד' ס"ק ב' שֶׁפְּתַב דְּמִשְׁכּוֹן שֶׁהַשְּׂכִּינוֹ מְדַעַת אֵינֹו יִכּוֹל לְסַלְקוֹ
בְּדָבָרִים אַחֵרִים דְּמִשְׁכּוֹנָא סָתָם דֵּינֹו פְּאַפּוֹתִיקַי סָתָם עכ"ל. וְכֹונְנָתוֹ ג"כּ פְּעִין מַה
שֶׁפְּתַבְתִּי דְּאֵלוֹ בְּקִרְקַע בְּלֵא"ה אֵינֹו יִכּוֹל לְסַלְקוֹ אִם יִשׁ לוֹ מְטַלְטְלִין פְּמִבְּנָאָר בְּסִי' ק"א.

וְע"כּ פְּוֹנְנָתוֹ דְּאַף בְּמִטְלְטְלִין אַחֵרִים אֵינֹו יִכּוֹל לְסַלְקוֹ אֲלֵא יִשׁ לְהַמְלִינָה זְכוּת לִיטּוֹל
הַמִּשְׁכּוֹן שֶׁת"י כ"ז דְּאֵינֹו מְסַלְקוֹ בְּמַעוֹת: וְכִבְּרָ פְּתַבְתִּי בְּסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק סִי' נ"ט דְּדוֹקָא
הֵיכָא דְזְכוּת הַמְלִינָה בְּמַעוֹת הוּא מְדַרְבְּנֵן אֲזַ אֲמָרוּ דְּבִמְקוֹם פְּסִידָא יִכּוֹל לְסַלְקוֹ בְּדָבָרִים
אַחֵרִים אָבֿל הֵיכָא דְמַה"ת חֵיִיב לְסַלְקוֹ בְּמַעוֹת דְּוֹקָא אֲזַ הֵדִין הוּא דְּאַף בְּמְקוֹם פְּסִידָא
אֵינֹו יִכּוֹל לְסַלְקוֹ בְּמִלֵּי אַחֵרִינִי.

וְכֹן פְּתַב הַקְּצֵה"ח סִי' ק"א ס"ק ה' דְּמַה"ט הֵיכָא שֶׁהַתְנָה הַלְּנָה לְפָרוּעַ בְּמַעוֹת אֲזַ אַף
בְּמְקוֹם פְּסִידָא אֵינֹו יִכּוֹל לְסַלְקוֹ בְּמִלֵּי אַחֵרִינִי רַק בְּמַעוֹת דְּוֹקָא מְשׁוּם דְּדוֹקָא בְּמְקוֹם
תְּקַנְתָּ חו"ל לְפָרוּעַ בְּמַעוֹת אֲזַ אֲמָרוּ דְּבִמְקוֹם פְּסִידָא שְׁאֵינִי אָבֿל הֵיכָא דְמַה"ת זְכוּת הַמְלִינָה
לִיטּוֹל מְעוֹת אֲזַ אַף בְּמְקוֹם פְּסִידָא הֵדִין כֹּן ע"ש.

א"כּ ה"ה הֵכָא בְּהַמִּשְׁכּוֹן שֶׁת"י הַמְלִינָה שֶׁהַשְּׂכִּינוֹ הַלְּנָה מְדַעַת דְּהֵדִין הוּא דְּאֵינֹו יִכּוֹל
לְסַלְקוֹ בְּמִטְלְטְלִין אַחֵרִינִי מְטַעַם דְּהֵגִי כְּמוֹ דְּהַתְנָה עִמּוֹ בְּפִירוּשׁ דְּלֵא יִהְיֶה יִכּוֹל לְסַלְקוֹ
בְּמִטְלְטְלִין אַחֵרִינִי רַק בְּהַמִּשְׁכּוֹן עֲצָמוֹ זְכוּת הַמְלִינָה לִיטּוֹל אוֹתוֹ.

וּבְכַה"ג הָא נִתְבָּאַר דְּאַף בְּמְקוֹם פְּסִידָא אֵינֹו יִכּוֹל לְסַלְקוֹ בְּמִלֵּי אַחֵרִינִי בִּינֹו דְזְכוּת הַמְלִינָה
בְּהַמִּשְׁכּוֹן הוּא מַה"ת מְהַטַּעַם דְּהֵגִי כְּהַתְנָה עִמּוֹ בְּפִי' ע"כּ לֵא מְהַנִּי טַעְנַת הַלְּנָה יִשׁ לִי
בְּיָדֵךְ לְאַפְקוּעֵי זְכוּת הַמְלִינָה מִן הַמִּשְׁכּוֹן.

דְּהָא אַף דְּיָדוּעַ לְנוֹ דְּיִשׁ לְהַלְנָה חוֹב ת"י הַמְלִינָה אֵין דֵּינֹו פְּמַעוֹת. וְדוֹקָא אִם חוֹב הַלְּנָה
דְּיִשׁ לוֹ אֲצֵל הַמְלִינָה הוּא חוֹב הַלְּנָאָה דְּהֵדִין הוּא דִּישְׁלַם לוֹ בְּזוּזֵי אֲזַ יִשׁ לְנוֹ לֹא מְהַנִּי
טַעְנַת יִשׁ לִי בְּיָדֵךְ לְאַפְקוּעֵי זְכוּת הַמְלִינָה מְהַמִּשְׁכּוֹן שֶׁת"י מְשׁוּם דְּהֵגִי כְּמוֹ דְּמְסַלְקוֹ בְּמַעוֹת
דְּהָא דֵּינֹו לְפָרוּעַ בְּזוּזֵי.

אָבֿל הֵיכָא דְטוֹעֵן הַלְּנָה יִשׁ לִי בְּיָדֵךְ חוֹב נִזְקִין אוֹ שׁוּמְרִים וְכִיּוּצָא בּוֹ דְּאֵין דֵּינֹו לְפָרוּעַ
בְּזוּזֵי פְּמִבְּנָאָר בְּסִי' תי"ט רַק בְּמִטְלְטְלִין אוֹ בְּקִרְקַע א"כּ הֵגִי כְּמוֹ דְּמְסַלְקוֹ בְּמִטְלְטְלִין
וְקִרְקַע דְּהֵדִין הוּא דְּגוֹבָה מְהַמִּשְׁכּוֹן שֶׁת"י הַמְלִינָה וְאֵינֹו יִכּוֹל הַלְּנָה לְסַלְקוֹ מִן הַמִּשְׁכּוֹן
שֶׁת"י עַד שְׁיִסְלְקוֹ בְּמַעוֹת.

ע"כ לא מהני טענת יש לי בידך לאפקועי מזכות המלנה ולכן אף דהמלנה
אומר שמא ג"כ גובה מהמשכון משום דבכה"ג אין דינו כמו טענת פירעון. ואף שכתבתי
בספרי סי' נ"ט לחלוק שם על הקצה"ח והנתיבות בשטר שטוען הלנה יש לי בידך
והמלנה אומר שמא.

אבל בכה"ג הנכון עם הקצה"ח והנתיבות. והני פמו הנידון שכתבתי בספרי שם בחוב
שכירות פועל וכיוצא בזה וניזול בטר טעמא.

ובאמת גם בחוב שכירות פועל אם הבעה"ב טוען יש לי ביד הפועל חוב הלנה דהדין
הוא לפרוע בזווי גם בזה הדין כן דמהני טענת יש לי בידך חוב הלנה לאפקועי גם חוב
שכירות פועל משום דכה"ג י"ל דהני פמו דמסקלו בזווי פיון דדינו לפרוע ממנו במעות.

אף היכא דטוען יש לי בידך חוב נזקין וכה"ג דאין דינו לפרוע במעות אז דינו פמו
דפורעו במטלטלין דאינו יכול לסלקו מהמשכון. או בחוב שכירות פועל פנ"ל.

וכמש"כ בספרי שם. ועיין בקנה"ח סי' ק"א ס"ק ה' שכתב לדון גם במוכר סחורה פיון
דה"ל פמו דהתנה לפרוע במעות דהדין הוא דאף במקום פסידא ג"כ אינו יכול לסלקו
במילי אחרניי אף דלא התנה בפירוש ע"ש.

וה"ה בנ"ד בזכות המלנה בהמשכון שת"י פיון דהני פאלו התנה ע"כ אף במקום פסידא
אינו יכול לסלקו רק ע"י המשכון עצמו או במעות ולכן אם טוען יש לי בידך והמלנה
אומר שמא הדין הוא דאין מוציאין את המשכון מן המלנה משום דבכה"ג לא מהני טענת
יש לי בידך חוב נזקין וכה"ג לאפקועי זכותו שיש לו בהמשכון וגובה המלנה חובו
מהמשכון שהשכינו מדעת.

ואח"ז פשרוצה הלנה לגבות חובו מן המלנה פטור המלנה משום א"י אם נתחייבתי
דפטור. ולכן אף דכתבתי בספרי סי' נ"ט בשטר שטוען הלנה יש לי בידך והמלנה אומר
שמא דאין המלנה גובה בשטרו ודלא כמש"כ הקצה"ח והנתיבות שם.

אכן במשכון שאני דיש לפסוק בזה כהקצה"ח והנתיבות אם טוען הלנה יש לי בידך חוב
נזקין וכה"ג היכא דאין דינו של החוב דטוען הלנה לפרוע במעות דה"ל פמו דמסקלו
במטלטלין דגובה המלנה חובו מהמשכון שת"י אף דאומר שמא על החוב דטוענו הלנה:
ענף ב נחזור לעניינינו במש"כ הש"ך פאן דדוקא בלנה טוען שמא והמלנה ברי בזה חייב
לשלם אבל בשניהם טוענים שמא פטור הלנה משום דהני טענת יש לי בידך פמו טענת
פירעון וכמש"כ הנתיבות.

ואף דמירי בטוען טענת ספק על חוב פקדון שפשע כמה הנה דאין דינו לפרוע בזווי
א"כ ה"ל פמו דמסקלו במטלטלין אפ"ה עושהו לפרעון ומשמע אף היכא דאית ליה זווי
דדין הלנה לפרוע במעות דוקא אפ"ה מצי משווי לחוב פקדון לפרעון על חוב מלנה
משום דבמקום פסידא יכול לסלקו אף במטלטלין וקרקע פנ"ל: ועפ"ז יש להעיר בהא
דסי' פ"ז סעיף א' שכתב שם המחבר דאפילו יתן לו משכון על מה שמודה לא חשוב
הילך וכתב הש"ך שם ס"ק ד' בשם הריטב"א שכתב דאפילו רוצה ליתן המשכון בפרעון
גמור לאו הילך הוא דלאו פל כמנינ' למפרעה ע"כ אלא בזווי כו' ואפילו את"ל דאי לית
לי זווי יכול למפרעי ע"כ בדבר אחר מ"מ פיון דמחוסר שומא לאו הילך הוא עכ"ל.

וְכַתֵּב הַקְצֵה"ח שֵׁם ס"ק ג' דְּמִזָּה נִרְאָה דְּאֶפִּילוּ הָיוּ שְׁלֵשָׁה תַּנְאִים בְּמִשְׁכּוֹן שְׁנַתָּן בְּפִרְעוֹן וְדָמְיוֹ קְצוּבִין וְלִית לֵיהּ זִוְיָ מ"מ לָאוּ הִילְךְ הוּא דְּהָא מִשְׁמַע מְהַרְיֵטְב"א דְּאִינוּ אֶלְא אַת"ל דִּיכּוֹל לְמַפְרָעֵיהּ בַּע"כ בְּדָבָר אַחַר א"כ לְפִי מַה דְּקִי"ל דְּאֶפִּילוּ לִית לֵיהּ זִוְיָ אִינוּ יְכוֹל לְמַפְרָעֵי בַּע"כ בַּד"א וְיְכוֹל הַמְלָנָה לֹאמַר אֲמַתִּין עַד שְׁיִהְיֶה לָּהּ מְעוֹת א"כ לָא הָוִי פִּרְעוֹן כּו' עכ"ל.

וְלַעֲנֵי דְּנִרְאָה לְדוֹן דִּישׁ לֹאמַר דַּה"ל הִילְךְ וּפְטוֹר מִן שַׁד"א וְהוּא דְּהָא בְּסִי' ק"א סְעִיף י' מְבִנְיָאָר שֵׁם פְּלִגְתַּת הַפּוֹסְקִים בְּמִסְלָקוֹ בְּמִטְלָטְלִין אִם צָרִיף הַלְוָה לִישְׁבַּע אִין לִי מְעוֹת. וְהַקְצֵה"ח שֵׁם ס"ק ו' הַכְרִיעַ דְּלֵא פְּהֵשׁ"ף מִטַּעַם דְּבִמְקוֹם פְּסִידָא מְסַלְקוּ בְּמִטְלָטְלִין וְכִינּוּן דְּזָה טוֹעֵן אִין לִי וְאִינוּ רוֹצֵה לִישְׁבַּע אַף בְּאַמְתָּת וְכַמְּה פְּעַמִּים דְּאִין אָדָם פֶּשֶׁר רוֹצֵה לִישְׁבַּע אַף בְּאַמְתָּת וְכָל אֲשֶׁר יֵשׁ לוֹ יִתֵּן וְלֹא יִרְצֵה לִישְׁבַּע א"כ הָוִי כְּמוֹ בְּמִקּוֹם פְּסִידָא דְּאִינוּ מְסַלְקוּ בְּזוּי כּו' ע"ש.

וּמִסְתַּבְּרִים דְּבָרֵי הַקְצֵה"ח בְּזָה ע"פ דְּבָרֵי הַר"נ בְּרִישׁ פ"ז לְשַׁבּוּעוֹת שְׁפָתַב לְפָרֵשׁ לְמַה דְּהִקְשׁוּ בְּגַמ' שֵׁם ד' מ"ה גְּבִי שְׁכִיר נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל דְּנִיחַתָּב לֵיהּ בְּלֵא שְׁבֻעָה שְׁהָרִי נוֹשֵׂא נַפְשׁוֹ עַל שְׁכָרוֹ וְאִיכָּא לְמִיחַשׁ בְּכַדִּי חֲזִיו דְּהָא אִיכָּא אִינְשֵׁי דְּפָרְשֵׁי מִשְׁבֻּעָה וְאֶפִּילוּ בְּקוּשְׁטָא לָא בְּעֵי לְאִישְׁתַּבַּע עכ"ל הַר"נ.

וְנָהוּ ע"פ הִירוּשְׁלֵמִי (שְׁבֻעוֹת פ"ו סוֹף ה'ל' ה') דְּאָמְרוּ בֵּין זְכָאִי וּבֵין חֲזִיב לְשַׁבּוּעָה לֵא תִיעוּל. וְכֵן הוּא בְּמִדְרַשׁ רַבָּה פ' וַיִּקְרָא ו' ע"ש: וְכִינּוּן דְּשַׁבּוּעַת חַז"ל מְצִינוּ דְּמִקְרֵי פְּסִידָא אַף לְפִי דְּבָרֵי דְּאֹמַר דְּהֶאֱמַת עֲמוֹ עכ"ז פְּרָשֵׁי אִינְשֵׁי אַף מִשְׁבֻּעַת הָאֱמַת וְכַמְּש"כ הַר"נ וְהַקְצֵה"ח גְּבִי שְׁבֻעַת הַגְּאוּנִים.

כַּש"כ דִּישׁ לְדוֹן פְּעִין זֶה הֶכָּא גְּבִי שְׁבֻעָה דְּאוֹרְיִיתָא בְּמוֹדָה בְּמִקְצַת דְּהָא יֵשׁ כְּמַה חֲנוּמְרוֹת בַּשַּׁד"א בְּיֹתֵר א"כ מְקַרִּי זֶה פְּסִידָאוּלְהַשְׁתַּדֵּל ע"י אִיזָה עֲצָה וְטַצְדְּקִי דִּיפְטוֹר א"ע מִן שַׁד"א. וּבְמִקּוֹם פְּסִידָא יְכוֹל לְסַלֵּק לְהַמְלָנָה אַף בְּמִטְלָטְלִין מִשׁוּם דַּכָּה"ג מוֹקְמִינּוּ עַל דְּאוֹרְיִיתָא כַּנ"ל.

א"כ לַפ"ז יִהְיֶה יְכוֹל הַלְוָה לְסַלֵּק לְהַמְלָנָה אַף בְּמִטְלָטְלִין בַּע"כ שְׁלַ הַמְלָנָה עַל הַחֲמֻשִׁים שְׁמוּדָה בְּמִקְצַת פִּינּוּן דְּעַל יְדֵי זֶה יִפְטוֹר א"ע מִן חֲזִיב שַׁד"א דַּה"ל הִילְךְ אִם יִפְטוֹר א"ע מִן הַחֲזִיב וְיִסַּלֵּק לְהַמְלָנָה בַּע"כ.

וְאַף דְּהִדִּין הוּא בַּח"מ ס' ע"ד סְעִי' ו' וּבְסִי' ק"א סְעִי' ד' דָּאִם אִין לְהַלְוָה מְעוֹת וְרוֹצֵה לְסַלֵּק לְהַמְלָנָה בְּדָבָר אַחַר דִּיכּוֹל הַמְלָנָה לֹאמַר אֲמַתִּין עַד שְׁיִהְיֶה לָּהּ מְעוֹת הִינּוּ לְפִי תַקְנַת חַז"ל דְּבַע"ח דִּינוּ בְּזוּי אֶבֶל לְפִי דִין הַתּוֹרָה דְּאִין דִּינוּ לְפָרוּעַ דְּנִקְא בְּזוּי רַק בְּכָל מִיָּלִי שְׁיִרְצֵה הַלְוָה א"כ כְּמוֹ דָּאִם הַלְוָה פּוֹרְעוּ בְּמְעוֹת קִי"ל דְּפִרְעוֹן בַּע"כ הָוִי פִּרְעוֹן כְּמִבְּנְיָאָר בְּסִי' ק"ד וּבְסִי' ע"ד.

ה"ה דָּאִם הַלְוָה מְסַלְקוּ בְּמִטְלָטְלִין בַּע"כ שְׁלַ הַמְלָנָה דַּמַּה"ת גַּם בְּזָה אֲמַרִּינּוּ פִּרְעוֹן בַּע"כ הָוִי פִּרְעוֹן. וְכִינּוּן דְּבְּמִקּוֹם פְּסִידָא מוֹקְמִינּוּ עַל דְּאוֹרְיִיתָא דִּיכּוֹל לְסַלֵּקוּ בְּמִיָּלִי אַחְרֵינִי לְכֹן בְּמִקּוֹם שְׁיִצְטָרֵף לִישְׁבַּע שַׁד"א אִם לֹא יִסַּלֵּק לְהַמְלָנָה בַּע"כ בְּמִטְלָטְלִין הִדִּין נוֹתֵן דִּיהִיָּהּ יְכוֹל לְסַלֵּקוּ בְּמִטְלָטְלִין בַּע"כ עַל הַחֲמֻשִׁים שְׁמוּדָה בְּמִקְצַת כְּדִי דְּלֵא יִצְטָרֵף לִישְׁבַּע שְׁבֻעָה חֲמוּרָה.

אף אם אית להלנה זויזי דִיכוּל לסלקו בְּזוּזי אָז אינו יְכוּל לסלקו בְּמַטְלָטְלִי בע"כ אָבֵל אִם לית ליה זויזי דִיאין לו עֲצָה אַחֲרֵת לְמַפְטָר נְפִשְׁיָא מִשְׁד"א וְכִינּוּן דְּפָרְשֵׁי אִינְשֵׁי מִן שְׁבֻעַת אַמְת ג"כ ע"כ מְקַרֵי זֶה פְּסִידָא וְיְכוּל לסלקו בע"כ בְּשִׂאָרֵי מִיְלִי: וְאֶפְשָׁר דְּזֵהוּ פְּנוּנַת הָרִיטְבָ"א שְׁפֵתַב לְהִסְתַּפֵּק בֵּאת"ל דְּאֵי לִית לִי זוּזֵי יְכוּל לְמַפְרְעֵי בע"כ בְּד"א כו'.

די"ל דְּמִסְתַּפֵּק בְּזֵה גּוֹפָא אִם זֶה מְקַרֵי פְּסִידָא מְשׁוּם דְּכִמְה אִינְשֵׁי פְּרָשֵׁי מְשֻׁבְעַת אַמְת וּמְסַלְקוּ בְּד"א לְמִפְטָר נְפִשְׁיָה מִשְׁד"א אוּ דִי"ל פִּינּוּן דְּבִידּוּ לִישְׁבַע וּלְבַרֵר הָאֻמְת כְּפִי דְּבָרֵי ע"כ לֹא מְקַרֵי זֶה פְּסִידָא.

וּבְאַמְת לְפִי הִכְרַעַת הַשֵּׁ"ף בְּסִי' ק"א ס"ק ה' דְּאָף אִם מְסַלְקוּ בְּמַטְלָטְלִין צְרִיף הֵלְנָה לִישְׁבַע שְׂאִין לוּ מְעוֹת. דְּמוּכַח דְּס"ל לְהַשֵּׁ"ף דְּחִיּוּב שְׁבֻעָה לֹא מְקַרֵי פְּסִידָא דֵאל"כ הָרִי יְכוּל לסלק להמלנה בע"כ וְכִסְבַּרְת הַקְצָה"ח.

וְטַעְמוּ דְּהָרִי בִידּוּ לִישְׁבַע וּלְמִפְטָר א"כ ה"ה הֵכָא. וְע"כ מוּכַח דְּכִנּוּנַת הַשֵּׁ"ף הֵכָא לֹא מְסַלְקוּ בְּכִנּוּנַת הָרִיטְבָ"א דְּהִבִּיא לְדְבָרֵי בְּסִתִּימוֹת דְּס"ל לְהִסְתַּפֵּק דְּאֶפְשָׁר דִּיכוּל הֵלְנָה לְסַלֵּק לְהַמְלָנָה בע"כ בְּמַטְלָטְלִין כ"ז דִיאין לוּ מְעוֹת בְּלֹא הַטַעַם דְּפְסִידָא פְּנ"ל.

וּלפ"ז שְׁפִיר פְּתַב הַקְצָה"ח לְחֻלּוֹק עָלָיו לְדִינָא לְמֵאֵי דְקִי"ל דִיכוּל הַמְלָנָה לֹא מְסַלְקוּ בְּכִנּוּנַת הָרִיטְבָ"א דְּהִבִּיא לְדְבָרֵי בְּסִתִּימוֹת דְּס"ל לְהִסְתַּפֵּק דְּאֶפְשָׁר דִּיכוּל הֵלְנָה לְסַלֵּק לְהַמְלָנָה בע"כ אִם יִהְיֶה לוּ דִין הִילָף וּפְטוּר מִן שְׁד"א ע"כ דִינוּ פְּכַל מְקוֹם פְּסִידָא דִיכוּל לסלקו בע"כ אִם שְׁלֹא בְּזוּזֵי וְאֶפְשָׁר דְּזֵהוּ פְּנוּנַת הָרִיטְבָ"א בְּמִש"כ לְהִסְתַּפֵּק הֵכָא.

וְגַם לְהַשֵּׁ"ף יֵשׁ לְחֻלּוֹק דְּשִׂאָנֵי חִיּוּב שְׁבֻעַת הַגְּאוּנִים בְּהָא דְסִי' ק"א הַנִּזְ"ל אָבֵל הֵכָא בְּמְקוֹם שְׁד"א ג"כ אֶפְשָׁר דְּמוּדָה דִי"ל דְּדִינוּ כְּמוֹ מְקוֹם פְּסִידָא וּמְסַלְקוּ בְּזוּזֵי. וְאִין אָנוּ צְרִיכִים לְדְחוּקֵי דְּכִנּוּנַתָּם הוּא לְחֻלּוֹק עַל הָא דְמְבַאָר בְּסִי' ע"ד וּבְסִי' ק"א בְּפִשְׁיטוֹת בְּלֹא חוּלָק דִיכוּל הַמְלָנָה לֹא מְסַלְקוּ עַד שִׁיְהִיָּה לָף מְעוֹת.

מְשׁוּם דְּבְאַמְת הֵכָא שְׂאִי פְּנ"ל: וּלפ"ז נִרְאֶה לִי לְדוֹן דְּהִיכָא דְטַעְנֵנוּ מְנָה וְהַשִּׁיב הֵלְנָה חֲמִשִּׁין יְדַעְנָא וְחֲמִשִּׁין לֹא יְדַעְנָא וּמְסַלְקוּ בע"כ בְּמַטְלָטְלִין עַל הַחֲמִשִּׁים שְׁמוּדָה מְשׁוּם דְּלִית לִי מְעוֹת דְּבִכָה"ג נִרְאֶה לְדוֹן בְּנוּדָאי דִיכוּל לסלקו בע"כ בְּמַטְלָטְלִין דִּיהִיָּה לוּ דִין הִילָף דִּיפְטָר מְלִשְׁלָם מְשׁוּם דְּבִל"ז יִהְיֶה לוּ דִין מְחַנְיָב שְׁבֻעָה וְאִינוּ יְכוּל לִישְׁבַע דְּמִשְׁלָם וְאִין לוּ שׁוּם עֲצָה וְטַעְדְּקֵי לְמִפְטָר נְפִשְׁיָה מִן תְּשְׁלוּמִין רַק אִם יִהְיֶה יְכוּל לסלק להמלנה בע"כ בְּמַטְלָטְלִין פִּינּוּן דִיאין לוּ מְעוֹת א"כ זֶה מְקַרֵי בְּנוּדָאי מְקוֹם פְּסִידָא גְּמוּרָה דְּהִדִין הוּא דְּמְסַלְקוּ אִף שְׁלֹא בְּמְעוֹת דְּמָה יַעֲשֶׂה שְׁמַגִיד הָאֻמְת לְפִי דְבָרֵי פִי חֲמִשִּׁין יְדַעְנָא וְחֲמִשִּׁין לֹא יְדַעְנָא ע"כ בְּכָה"ג נִרְאֶה דְּמְסַלְקוּ אִף בְּמַטְלָטְלִין בע"כ פְּדִי דִּיהִיָּה לוּ דִין הִילָף דִּיפְטָר א"ע מִן חִיּוּב מְמוֹן ע"י מְחֻשׁוּאִיל"מ מְשׁוּם דִיאין כְּה"ג דִין שְׁד"א פְּלָל: אִף יֵשׁ לְדוֹן בְּכ"ז ע"פ מִש"כ לְעִיל לְבָאָר דְּלֹא תִקְשָׁה דְבָרֵי הַשְׁלִטִי גְבוּרִים דְּב"ק וְכִתְבִּיתִי לְחֻלּוֹק דְּדוּקָא הִיכָא דְע"י פְּסִידָא מוּקְמִינּוּ עַל דְּאוּרִייתָא שְׁלֹא לְהַפְסִיד זְכוּת הֵלְנָה דִישׁ לוּ מַה"ת בְּזֵה אָמְרוּ דְּבְמְקוֹם פְּסִידָא מְסַלְקוּ בְּזוּזֵי אָבֵל הִיכָא דְעִיקָר זְכוּתוֹ שֶׁל הֵלְנָה אִינוּ רַק מְדַרְבְּנָן בְּזֵה לֹא מְחַלְקִינּוּ בֵּין מְקוֹם פְּסִידָא אוּ לֹא וְאִף בְּמְקוֹם פְּסִידָא אִינוּ מְסַלְקוּ בְּמַטְלָטְלִין בע"כ.

א"כ הָכָא דְמִיָּרִינָן בְּפָרְעוֹן בַּע"כ דְּהַמְלִיחָה אִינוּ רוּצָה לְמַפְרַע מְמַנּוּ פְּעַת רַק דְּהַלְוָה רוּצָה לְסַלְקוֹ בַּע"כ. וְאִי בְּגִיטִין (דָּרַף ע"ה ע"א) בְּלִישְׁנָא קָמָא דַּס"ל לְרַבָּא דְדוֹנְקָא מְשׁוּם תְּקַנְתָּהּ הַלְל כּו' אֲבָל בְּעֵלְמָא נְתִיבָה בַּע"כ לֹא הָוֵי נְתִיבָה אַף בְּפָנָיו א"כ לַפ"ז יֵשׁ לְדוֹן הָכָא דְּהַלְוָה רוּצָה לְפָרְעוֹ בַּע"כ דְּמַה"ת לֹא מְהַיְי הַפָּרְעוֹן דַּבַּע"כ לְמַפְטָר נְפִשְׁיָא רַק מְצַד תְּקַנְתָּהּ הַלְל דְּחוּלַשׁ מְעוּתָיו לְלִשְׁפָּה כְּמַבְנֵאָר שָׁם.

וְכִינּוּן דְּעִיקָר זְכוּת הַלְוָה לְסַלְקָהּ לְהַמְלִיחָה בַּע"כ אַף בְּמַעוֹת אִין זֶה רַק מְדַרְבְּנָן ע"כ בַּכּה"ג י"ל דְּאַף בְּמַקּוּם פְּסִידָא אִינוּ יְכוּל לְסַלְקוֹ בְּמַטְלָטְלִין בַּע"כ אִם אוֹמֵר הַמְלִיחָה אֲמַתִּין עַד שְׂיִהְיֶה לָּהּ מְעוֹת וְאִז אֲטוּל כְּפִי זְכוּתִי שְׂזַיְכּוּ לִי חַו"ל.

וְאַף דְּהַתּוּס' בְּגִיטִין שָׁם ד"ה מְפָלֵל דְּבַעְלָמָא נְתִיבָה בַּע"כ כּו' כְּתִבּוּ דְּדוֹנְקָא בְּמַקּוּם שְׂיֵשׁ לְהַמְלִיחָה פְּסִידָא ע"י קַבְלַת הַפָּרְעוֹן בְּזֶה אֲמָרוּ דְּפָרְעוֹן בַּע"כ לֹא הָוֵי פָּרְעוֹן כּו' וְהוּבָא בְּש"ף ח"מ ס"י ע"ד ס"ק י"א ע"ש.

י"ל דְּגַם בַּנ"ד קָרִינָן דְּיֵשׁ לְהַמְלִיחָה פְּסִידָא ע"י מַה דְּמְסַלְקוּ הַלְוָה בַּע"כ דְּלֹא יִהְיֶה לוֹ דִּין מְחַנְיָב שְׂבוּעָה עַל הַלְוָה אִזּוּ וְכַש"כ הֵיכָא דְּמִיָּרִינָן בְּעַנְיָן מַחוּשׁוּאִיל"מ דְּיֵשׁ לְהַמְלִיחָה פְּסִידָא גְּמוּרָה בְּמַמוּנָא ע"כ וְנִדְאִי י"ל דַּל"ק דְּרַבָּא דְּפָרְעוֹן בַּע"כ לֹא הָוֵי פָּרְעוֹן מִן הַדִּין רַק מְצַד הַתְּקַנָּה ע"כ אִינוּ יְכוּל הַלְוָה לְסַלְקוֹ בַּע"כ בְּמַטְלָטְלִין אַף בְּמַקּוּם דְּהָוֵי מַחוּשׁוּאִיל"מ פִּינּוּן דְּאַף בְּמַסְלְקוֹ בְּמַעוֹת בַּע"כ אִין זֶה רַק מְצַד הַתְּקַנָּה ע"כ אִין לְחַלְקָה בַּכּה"ג בֵּין מַקּוּם פְּסִידָא אוֹ לֹא: וְעַכ"ז לְדִינָא פִּינּוּ דְּלִישְׁנָא בְּתַרָּא דְּגִיטִין (דָּרַף ע"ה) דְּבַפְּנֵי אַף בַּע"כ הָוֵי נְתִיבָה וּפְרַעוֹן.

וְהָרָא"ש פָּתַב דְּהַלְכָה פְּלִישְׁנָא בְּתַרָּא דְּשָׁם וְכ"כ שָׁם בְּשָׁם רַב הָאִי גָּאוֹן ז"ל. וְאַף לְהַרְמַב"ם דְּהוּבָא בְּאַשְׁרֵי שָׁם דַּה"ל סְפִיקָא דְּדִינָא וְכ"כ הַרְשָׁב"א וְהוּבָא בְּקַרְבֵּן נְתַנְאֵל שָׁם ס"ק ל"ד עַכ"ז הָא מְסַפִּיקָא אִין מוֹצִיאִין מִהַמְּוַחֲזָק וְיְכוּל לֹאמַר דְּזְכוּתוֹ הוּא מַה"ת לְסַלְקָהּ לְהַמְלִיחָה ע"י פָּרְעוֹן בַּע"כ וּבְפָרְט לְשִׁיטַת הָרָא"ש דְּבְּגִיטִין דָּרַף ע"ה פ"ו אוֹת זִינּוּן שְׂפַתְבּוּ דְּדוֹנְקָא הֵיכָא דְּבָא לְזְכוּת אִיזָה עַנְיָן ע"י הַנְּתִיבָה בַּע"כ בְּזֶה שְׂקִלוּ וְטָרוּ אִי נְתִיבָה בַּע"כ הָוֵי נְתִיבָה אוֹ לֹא אֲבָל הֵיכָא דְּאִינוּ בָּא לְזְכוּת אִיזָה עַנְיָן אִזּוּ בְּנוּדְאִי נְתִיבָה בַּע"כ הָוֵי נְתִיבָה ע"כ גַּבִּי פָּרְעוֹן בַּע"כ דַּבְּנ"ד בְּנוּדְאִי הָוֵי פָּרְעוֹן מַה"ת ע"כ שְׁפִיר כְּתִבְתִּי לְדוֹן אִם הוּא בְּמַקּוּם דְּהָוֵי מַחוּשׁוּאִיל"מ וְע"י מַה דְּמְסַלְקוּ בְּמַטְלָטְלִין יִהְיֶה לוֹ דִּין הִילָךְ וְיִנְפֹטֵר לְכֹן י"ל דְּדִינוּ כְּכָל מַקּוּם פְּסִידָא דְּמְסַלְקוּ בְּמַטְלָטְלִין בַּע"כ פְּדִי לְהַפְטָר מִן תְּשַׁלּוּמֵי מְמוֹן.

וְעִינּוּן בַּאוּ"ת ס"י ע"ד ס"ק ג' וּבַאֲה"ע ס"י קמ"ג ב"ש ס"ק י' מְזַה. וְגַם הֵיכָא דְּלֹא הָוֵי מַחוּשׁוּאִיל"מ רַק מוּדָה בְּמַקְצָת וְכוּפָר בְּמַקְצָת דְּאַף דְּיְכוּל לִישְׁבַּע עַכ"ז יֵשׁ מַקּוּם לֹאמַר דְּדִינוּ כְּכָל מַקּוּם פְּסִידָא מְשׁוּם דְּכַמָּה אִינְשֵׁי פְּרָשִׁי מְשַׁבּוּעַת אֲמַת כַּנ"ל וְלְכֹן מְצִי מְסַלְקוּ בַּע"כ אַף בְּמַטְלָטְלִין וְיֵשׁ לוֹ דִּין הִילָךְ וּפְטוּר מִן שַׁד"א.

וְלְכֹן אֲפִילוּ נִימָא פְּהַסוּבְרִין דְּמַשְׁכוּן לֹא חָשׁוּב הִילָךְ עַכ"ז אִם מְסַלְקוּ בַּע"כ בְּגוּף הַחַפְזָן לְשָׁם פָּרְעוֹן יֵשׁ לְדוֹן דְּדִינוּ כְּהִילָךְ וּפְטוּר מִן שַׁד"א וְכַש"כ דְּלֹא ה"ל מַחוּשׁוּאִיל"מ כַּנ"ל. מְשׁוּם דְּקִשְׁיָה לְהוֹצִיא מִן הַמְּוַחֲזָק גַּם לְחַיְיבּוּ שְׂבוּעָה אִין אָנוּ יְכוּלִים בְּמַקּוּם סְפִיקָא דְּדִינָא כְּמַבְנֵאָר בְּסִי פ"ז שְׂ"ף ס"ק י': עַנְיָן ג' וּבְעִיקָר הוֹכַחַת הַקְצָה"ח ס"י ק"א ס"ק ה' דְּהָא דַּבַּע"ח דִּינוּ בְּזוּזֵי אִינוּ רַק מְדַרְבְּנָן מִן הָא דְּכְתִבּוּ הַתּוּס' דְּכְתוּבוֹת דָּרַף צ"ב דְּבַמַּקּוּם פְּסִידָא

משלם בכל מידי דבועי דאל"כ תקשה איהו יכול לאפקועי זכות המלנה שיש לו מה"ת דוקא במעות אף במקום פסידא.

וכן מרגלא זה בפומי מכבר להוכיח פן מקודם שראיתי בקצה"ח זה: ובאמת תקשה מזה על דברי הגתיבות בסי' ק"ז ס"ק ד' שפכת דהא דבע"ח דינו בזווי הוא מה"ת יע"ש. א"כ קשה דמפני מה אמרו דבמקום פסידא הקילו דמצוי משלם בכל מאי דבועי דהוא נגד דין התורה.

וכעת נלע"ד לומר דהטעם הוא דכיון דחזינו דדין הבע"ח במעות אף דנימא דהוא מה"ת עכ"ז הא היכא דאין לו מעות אינו מחנניב הלנה למפור המטלטלין ולהשיגמעות בעד המלנה אלא אם יש לו מעות אז מחנניב לפרוע במעות הרי דלא אלים זכות המלנה כ"כ בתשלומי מעות ע"כ שפיר אמרו דה"ה היכא דיש לו פסידא אז אף דיש לו מעות אינו מחנניב לפרוע במעות וכמו דחסו על טרחתו של הלנה דאינו מחנניב להטריח ולמוכרם להמטלטלין כ"כ חסו על הפסד הלנה דאם יש לו פסידא הקילו לשלם בכל מאי דבועי משום דהא חזינו דאינו שנה הך זכות המלנה במעות לכל זכותים שזיפה התורה באיזה ענין לכל אחד כפי הראוי אלא חילקו הכא בין יש לו מעות להיכא דליכא מעות דה"ה דיש לחלק הכא במקום פסידא דהוא כש"כ מן מה דחסו על טרחתו וא"ש אף לדברי הגתיבות.

ולפ"ז יש לדון דמה"ט ה"ה בחוב נזקין דדינו בעדיות דג"כ היכא דיש להמזיק פסידא אם יפרעו מן העדיות אז גם בנזקין יהיה יכול לפרועו אף שלא מן העדיות דהא אף דמה"ת דינו בעדיות מ"מ הא לא חניבתו התורה למפור ולהשתדל להשיג עדיות לפרועו רק אם יש לו עדיות דינו בעדיות ע"כ גם בזה יש לדון פן.

והדברים ארופין ואכ"מ. ולפ"ז בחוב שכירות פועל דמחנניב לטרונח ולמפור שיהיו לו מעות על הפרעון בזה שפיר יש לדון דאף במקום פסידא אינו יכול לפרוע במילי אחרוני רק לעולם דינו במעות.

ובעיקר סברתי הנ"ל מצינו כעין זה בפסחים דף י' ע"ב דאמרו בגופי' אטרחהו רבנן בממוני' לא אטרחהו רבנן. א"כ הכא גבי חיוב לפרוע בזווי דחזינו דחסו על טרחתו כש"כ דחסו על ממונו במקום שיהיה לו פסידא: ענף ד' שוב ראיתי פי בעיקר דברי הגתיבות שפכת דטענת חוב יש לי בינך יכול לעשות זה לפרעון וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' נ"ט דיש להעיר על זה מן הא דסי' ע"ב סעי' כ"ז באמר המלנה איני יודע פמה נפחת דנשבע המלנה היסת ונפטר.

וקשה דהא לפי טענת הלנה דנפחת הרבה א"כ יכול לעשות זה לפרעון ולכן כיון דהמלנה טוען שפא הוי זה כמו דאומר המלנה על המשכון דהוא מסופק בהפרעון דמבואר בסי' ע"ב סעיף י"ד וסעיף כ"ד דאין יכול לתבוע מספק בנכסי הלנה אף שהמשכון ת"י המלנה.

וכן ראיתי בגתיבות סי' ע"ב ס"ק ל"ט שפכת להוכיח מזה למש"כ בסי' נ"ט דיש לי בינך לא הוי לפרעון ע"ש. אכן לפי מש"כ הגתיבות פאן בסי' ע"ה וכמש"כ לחזק דבריו תקשה ע"ז מהא דסי' ע"ב סעי' כ"ז הנ"ל: והנלע"ד לתרץ דאין מזה החרם להוכיח פן והוא דכבר העליתי בספרי נחל יצחק סימן נ"ט דהא דהמלנה טוען שפא אינו גובה זהו דוקא

היכא דה"ל למידע אכל היכא דלא הוי שְמא גרוע דלא ה"ל למידע אַז גובה אף בטוען המלנה שְמא.

וכינן דאמרינן פן בשטר כש"כ דאמרינן פן במשפון שתחת יד המלנה דאם הספק הוא היכא דלא ה"ל למידע דאז גובה המלנה מהמשפון שת"י אם הספק הוא בפרעון דזה לשון הרשב"א בתשובה סי' אלה מ"א המלנה על המשפון לנה אומר פרעתי ומלנה אומר איני זוכר כמה הלנה נאמן כו' וכש"כ אם הוא מלנה בשטר עכ"ל הרשב"א והובא בספרי נחל יצחק סי' נ"ט ס"ק ב' ע"ש.

הרי דס"ל להרשב"א דזכות המלנה בהמשפון שת"י עדיפא מן מלנה בשטר כדמצינו לענין שמיטה ולכמה מקלי ע"כ נקט הרשב"א ליה בלשון כש"כ דמלנה בשטר אינו גובה אם המלנה אומר שְמא.

ולכן פיון דזכות המלנה על המשפון עדיף ממלנה בשטר בלא משפון א"כ לפי מאי דהוכחתי בספרי שם דמלנה בשטר דטוען המלנה שְמא היכא דלא ה"ל דגובה ומוציא מהלנה כש"כ במשפון שת"י המלנה דגובה מהמשפון שת"י אף דטוען שְמא אם לא הוי שְמא גרוע ויש לי הוכחות עוד לזה: ולכאורה יש סתירה לזה מן דברי הש"ך בס"י ע"ב ס"ק קמ"ג דזה לשון הש"ך שם דאם אין טוענין ודאי נראה לכאורה דהדין עם הלנה דהמלנה על המשפון אין לו עליו רק שעבוד ואינו מוציא בטענות ספק פדלעיל סעיף י"ד וסעיף כ"ד מכ"ל.

הרי דס"ל להש"ך דכינן דאין טוענין ליורשים בזה לכן אין גובין מן המשפון משום דטוענין ספק. ואף דטענת היורשים לא הוי שְמא גרוע דהא לא ה"ל למידע אפ"ה אינו גובין מן המשפון שת"י וזהו דלא כמו שכתבתי.

אבל באמת העיקר כמש"כ ומן דברי הש"ך ה"ל אין הכרח לסתור זה דיש לחלק דוקא היכא דהספק הוא בעיקר החוב הלואה כמה הנה ההלואה בזה הדין דאינו גובה מהמשפון אף היכא דלא הוי שְמא גרוע כדחתם.

אבל היכא דידוע כמה הוא חוב ההלואה רק הספק הוא בהפרעון בזה ודאי מוכח ע"פ ההוכחות שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' נ"ט דמלנה בשטר גובה אף בטוען שְמא אם הוא במקום דלא ה"ל למידע.

וכש"כ במלנה דהמשפון הוא ת"י המלנה. והחילוק הוא פשוט בסברא לחלק בין נולד ספק בעיקר ההלואה לנולד הספק בהפרעון דיש עליו חזקת חיוב ומש"כ הש"ך שם דאינו מוציא בטענות ספק פדלעיל סעיף י"ד וסעיף כ"ד.

ואלו למש"כ דעיקר דברי הש"ך דהתם הוא רק היכא דהספק הוא בעיקר חוב ההלואה א"כ תקשה דאיך כתב הש"ך לסיים פדלעיל סעי' י"ד וסעי' כ"ד דהא שם מייירי בנולד הספק בהפרעון.

עכ"ז י"ל דכן הוא פנונת הש"ך שם דבאמת מייירי הש"ך שם באם אין טוענין ודאי כמה הנה עיקר חוב ההלואה ומה דמסיים פדלעיל סעיף י"ד וסעיף כ"ד פנונתו הוא להוכיח משם דזכות המלנה על המשפון שת"י מקרי להוציא ולא להחזיק משום דאין לו על

המשפון רק דין שעבוד ולכן אמרו שם בסעי' י"ד וסעי' כ"ד דאינו יכול לתפוע בספק
פרעון בנכסי הלנה משום דאין אדם יכול להוציא מתבירו בטענת ספק פמבואר שם.

וכיון דמוכח מהתם דדין המלנה בהמשפון שת"י פדין מוציא מתבירו ע"כ יש למילף מזה
דאם אין היורשים טוענים פרי פמה הנה עיקר סף ההלנאה דאין טוענין להו משום דזה
מקרי להוציא ולא טוענינו ליורש רק להחזיק כמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב.

וכיון דאין טוענין ליורש בכה"ג ע"כ ממילא הדין נותן דאם מסופקים היורשים בעיקר
סף ההלנאה דאין גובין מן המשפון שת"י דאין טוענין להוציא והוי טענתם פדין טוען
שמה דאינו גובה מהמשפון שת"י אם הספק הוא בעיקר חוב ההלנאה אף היכא דלא הוי
שמה גרוע.

ועדיין י"ל כמו שפכתתי דאם הספק הוא בהפרעון דיש שם חזקת חיוב דבזה אם לא הוי
שמה גרוע דהוא במקום דלא ה"ל למידע דאז גובה מן המשפון שת"י פנ"ל. ובלא"ה הא
הש"ך שם בסי' ע"ב ס"ק קמ"ג לא כתב פן רק בלשון ולכאורה וסיים וצ"ע א"כ לא הי'
ברור להש"ך זה גופא ע"כ י"ל דגם זהו מה"ט שפכתתי דיש לחלק דשאני היכא דהוי
שמה טוב פנ"ל לכן אף דנימא דאין טוענין ליורש בכה"ג מ"מ אין מוציאין המשפון מהם
לפי דמועיל בזה מוחזקות של המשפון אף במקום טענת שמה פיון דלא ה"ל למידע ועיין
באו"ת והנתיבות שם: ולכן פיון דנתבאר דהיכא דספק בהפרעון הוא במקום דלא ה"ל
למידע דאז גובה המלנה מן המשפון שת"י ע"כ אתי שפיר דברי הש"ע בסי' ע"ב סעיף
כ"ז דאם המלנה אינו יודע פמה הוא הפחת של המשפון דאין מוציאין מהמלנה.

משום דהא בסי' ע"ב סעיף י"ב מבואר שם דאם המלנה אומר יודע אני שהיה שנה יותר
מן דמי החוב ואיני יודע פמה דס"ל להרמב"ם וסייעתו דה"ל מחושואיל"מ אבל הרמב"ד
וסייעתו חולקים משום דס"ל דהיכא דלא ה"ל למידע לא דיינינו מחושואיל"מ.

והרמב"ם וסייעתו ס"ל דאף במקום דלא ה"ל למידע ג"כ הדין הוא דאמרינו
מחושואיל"מ וכמש"כ שם הש"ך ס"ק נ"א בארנפה. ומש"כ הש"ך שם בלשון לכאורה
נראה דשאני משפון דה"ל למידע דהמלנה מדקדק פמה שנה בשביל הלנאתו כו'.

אין זה ברור כ"כ דהא לא כתב פן רק בלשון לכאורה כו' ובאמת י"ל דס"ל להש"ך דגם
מלנה על המשפון מקרי לא ה"ל למידע ולכן שם בד"ה העולה מזה כו' עיקר דברי הש"ך
שם לחייבו באומר המלנה א"י פמה הנה שנה רק משום דס"ל דגם היכא דלא הל"ל לחייב
משום מחושואיל"מ ע"ש.

אבל בעיקר דברי הרמב"ד וסייעתו דס"ל דמלנה על המשפון מקרי לא הל"ל אין לנו
להרבות במחלוקת ע"ז. וכן משמע בב"מ (דף ל"ה ע"א) דאיתא שם וניהמני' לנה למלנה
נמי בהא פמה הנה שנה לא קים ליה בגוין'.

ופי' רש"י מימר אמר לנה לא קים ליה למלנה בגויה דמשפון דלא נתן דעתו עליו לדעת
דמיו עכ"ל רש"י. הרי דמוכח דבסתמא אין דרף המלנה לדקדק פמה שנה המשפון דאל"כ
אמאי לא הימני' הלנה להמלנה אם נימא דדרף המלנה לדקדק כו' וכמש"כ הש"ך א"כ
לא שייך ע"ז לומר דמימר אמר הלנה כו' ומוכח מזה דאין דרף המלנה לדקדק כ"כ ולכן
מקרי זה בשם לא ה"ל למידע בכמה עולה שיווי המשפון.

ומצינו פלוגתא אם המלנה נקט להמשכון רק לזכרון או לגובינא פמבואר בב"מ (דף פ"א) ושבועות (דף מ"ד) ועיין ברש"י ב"מ (דף פ"ב) ד"ה אימור דא"ר יצחק כו'. ואף דקיי"ל דלגובינא נקטי מ"מ י"ל דגם להך מ"ד אמרינן אין דרף המלנה לדקדק כו' וכדמוכח מהא דב"מ דף ל"ה הנ"ל.

וכמבואר בפני יהושע לב"מ דף ל"ה בסוגיא הנ"ל שפתיב ג"כ בפשיטות בד"ה לא קים ליה בגויה כו' דמלנה על המשכון מקרי לא ה"ל למידע ע"ש ויש לי לפלפל הרבה בדברי הפ"י ואכמ"ל: ולכן לדינא שפיר י"ל פסברת הנתיבות הךא דטענת יש לי בינדה ה"ל כמו פרעון והא דכתב הש"ע דאם המלנה אומר איני יודע כמה הוא הפחת של המשכון נשבע ונפטר שא"ה דזה מקרי לא ה"ל למידע דדוקא אם המלנה מסופק בפרעון היכא דה"ל למידע וכמו הא דסי' ע"ב סעיף י"ד וסעי' כ"ד דמבואר שם דהמלנה אינו זוכר כמה הי' הפרעון בזה אמרו דאינו גובה מהמשכון שת"י.

אבל בהגידון דהספק הוא בהפחת דזה נקרא לא ה"ל בכה"ג גובה המלנה מהמשכון שת"י אף ע"י טענת שפא פיון דלא הוי שפא גרוע. וכש"כ לפי מה שהעלה האו"ת בסי' צ"ד סוף ס"ק ב' דדוקא אם המלנה אומר יודע אני שהי' שנה יותר כו' בזה אמרינן דמקרי ה"ל למידע משום דהא נחית לשומא אבל באומר א"י פלל כמה הי' שנה זה מקרי לא ה"ל כו' ע"ש.

א"כ הךא גבי פחת המשכון י"ל דמייירי דהמלנה אומר דלא נחת מעולם לשומו. רק פיון דנמצא עכשיו לפנינו דנפחת המשכון ולכן פיון דעכשיו אחר הפחת הוא שנה עדיין כפי סף החוב ע"כ מקרי מודה במקצת כפי ששקלו וטרו שם בסי' ע"ב הסמ"ע ס"ק פ"ז והש"ף ס"ק קכ"ב.

אבל בגוף הענין י"ל דמקרי לא ה"ל למידע. ולכן אין הכרח לדברי הנתיבות בסי' ע"ב ס"ק ל"ט ולדחות עפ"ז למש"כ הנתיבות בסי' ע"ה ס"ק ה' וע"כ י"ל לדינא דטענת יש לי בינדה ה"ל כמו טענת פרעתי: ענף ה' ועוד י"ל דאף לפי דברי הש"ף בסי' ע"ב ס"ק נ"א שפתיב לחלק דשאני פקדון דמקרי לא ה"ל משא"כ משכון דסתם מלנה מדקדק כו' ועוד חילוק דהיכא שאינו מונח בשק שאני.

יש לדון דגם לפי דבריו אין זה ברור להחליט דהמלנה על המשכון מקרי ה"ל למידע דהא חזינו דהראב"ד וסייעתו ס"ל דהמלנה על המשכון מקרי לא ה"ל למידע ופותרין אותו לפי שיטתם דס"ל דהיכא דלא ה"ל למידע לא דיינינן מחושואיל"מ.

ע"כ י"ל דאף לפי מש"כ הש"ף לתרץ דברי הטוש"ע דסתרי אהדדי דעיקר החיוב הוא משום די"ל דמלנה על המשכון מקרי ה"ל די"ל דזהו רק מצד דנה גופא ה"ל ספק אם מקרי זה ה"ל או דמקרי לא ה"ל א"כ ה"ל ספק ספיקא ספק א' שפא הלכה פהסוכרים דגם היכא דלא ה"ל דיינינן דחייב משום מחושואיל"מ משום דאין זה ברור לדינא להכריע פהסוכרים דהיכא דלא ה"ל לא מחייבינן משום מחושואיל"מ רק משום ספיקא דדינא אין מוציאין מהמוחזק.

ספק ב' שפא מלנה על המשכון והיכא שאינו מונח בשק דאפשר דזה מקרי ה"ל למידע וחיוב משום מחושואיל"מ. ואף דלדינא קיי"ל דאין מוציאין ממון בספק ספיקא מ"מ י"ל

דְּהָא בְּבָרַי וְשָׂמָא בְּצִירוּף סְפֵק סְפִיקָא מוֹצִיאִין מְמוֹן כַּמְש"כ הַשְּׁבוּת יַעֲקֹב וְהוּבָא בַּאו"ת
בְּכֻלְלֵי תַפְסָה ס"ק ק"כ ע"ש.

ומה"ט פְּתַב הַש"ע בְּסִי' ע"ב סֵעִי י"ב לְחַיִּיב בְּמִלְוָה עַל הַמְשָׁכוֹן מִשּׁוּם מַחוּשׁוּאִיל"מ אִם
הִלְוָה אוֹמֵר בְּרֵי שְׁשֵׁתִים הִי' שְׁנָה מִשּׁוּם דְּהוּי סְפֵק סְפִיקָא דְדִינָא וּבְצִירוּף מַעֲלַת בְּרֵי
וְשָׂמָא דְהִלְוָה אוֹמֵר בְּרֵי וְהַמִּלְוָה שָׂמָא.

משא"כ בְּהָא דְסֵעִי כ"ז בְּסִי' ע"ב גְּבִי נִפְתַּח הַמְשָׁכוֹן דְּלֹא שְׁיִיף הֵתָם לְדוֹן דִּין סְפֵק סְפִיקָא
וְלֹא הוּי רַק סְפֵק א' אִם זֶה מִקְרֵי ה"ל לְמִידַע אוֹ לֹא ע"כ אִין מוֹצִיאִין הַמְשָׁכוֹן מִהַמִּלְוָה
הַמְּוַחֲזָק וְכַנ"ל: שׁוּב רְאִיתִי דְזֶה אִינוּ מִשּׁוּם דְּדוֹקָא הִיכָא דְמַעֲלַת הַסְּפֵק סְפִיקָא הוּא אָף
הִיכָא דְאִינוּ תוֹבְעוּ בְּבָרַי לְכֹן אִזּוּ מְצַרְפִּינּוּ מַעֲלַת בְּרֵי וְשָׂמָא לְהַסְּפֵק סְפִיקָא וּמוֹצִיאִין
מִהַמְּוַחֲזָק דְּהוּי כְּמוֹ רַבָּא וּבְרֵי דְזֶה עֲדִיף מִן מַעֲלַת הַמְּוַחֲזָק בְּמְמוֹן.

אָבֵל בְּהָא דְסִי' ע"ב סֵעִי י"ב דְעִיקָר מַעֲלַת הַסְּפֵק סְפִיקָא הוּא מִשּׁוּם דְּתוֹבְעַת טוֹעֵן בְּרֵי
וְיֵשׁ לוֹ חֵיּוּב שַׁד"א עַל הַמִּלְוָה דְמוֹדָה בְּמַקְצָת וְאִזּוּ לְפִי שְׁיִטַּת הַסּוֹבְרִים דְדִיִּינִין
מַחוּשׁוּאִיל"מ אָף הִיכָא דְלֹא ה"ל לְמִידַע דְּדוֹנָאִי חַיִּיב הַמִּלְוָה הֵתָם בְּאוֹמֵר א"י כְּמָה נִפְתַּח.

אוֹ לְפִי צַד הַסְּפֵק הַשְּׁנִי דַּכַּה"ג מִקְרֵי ה"ל לְמִידַע וְחַיִּיב מִשּׁוּם מִתּוּף שְׁאִיל"מ דַּכ"ז עִיקָר
חֵיּוּבוֹ הוּא רַק אִם הַתּוֹבְעַת טוֹעֵן בְּרֵי וְשְׁיִיף לְדוֹן הֵתָם שַׁד"א וְלַחַיִּיבוֹ מִשּׁוּם מַחוּשׁוּאִיל"מ.
א"כ עִיקָר מַעֲלַת הַסְּפֵק סְפִיקָא הוּא רַק מִשּׁוּם מַעֲלַת טַעֲנַת בְּרֵי שְׁל הִלְוָה דְאוֹמֵר שְׁתִּים
הָיָה שְׁנָה ע"כ אִלוֹ שְׁנֵי הַמַּעֲלוֹת הִיָּינוּ הַסְּפֵק סְפִיקָא וְהַבְּרֵי לֹא נִחְשְׁבוּ רַק לְמַעֲלָה א' וְלְכֹן
קָשָׁה לוֹמֵר לְכָל מָה שְׁפַתְבָּתִּי: ע"כ נִרְאָה לִי לוֹמֵר בְּאוֹפֵן אַחַר ע"פ סִיגְנוֹן הַנ"ל וְהוּא
דְכִמוֹ דְסְפֵק סְפִיקָא בְּצִירוּף בְּרֵי וְשָׂמָא מוֹצִיא מִהַמְּוַחֲזָק ה"ה דְסְפֵק סְפִיקָא בְּצִירוּף רַבָּא
מוֹצִיאִין עִי"ז מְמוֹן מִהַמְּוַחֲזָק דְּהָא רַבָּא עֲדִיפָא מִמַּעֲלַת בְּרֵי וְכַמְש"כ הַכְּנִי יְהוֹשֻׁעַ
לְכַתְּנֻבוֹת דָּף ט"ז ע"א בְּתוֹס' ד"ה פִּינּוֹן דְרוּב נָשִׁים כו' פְּעִין זֶה ע"ש.

וְהִנֵּה מָה שְׁפַתְבַּת הַש"ף דְסֵתָם מִלְוָה מְדַקְדָּק לִידַע כְּמָה שְׁנָה הַמְשָׁכוֹן כו'. אִין זֶה רַק בְּגִדְר
רַבָּא דְבּוֹנָאִי אִין סְבָרָא לוֹמֵר דְזֶה הוּי רַוּב אֵלִים כ"כ דְמוֹצִיאִין מְמוֹן עִי"ז מִן הַמְּוַחֲזָק
דְּלֹא הוּי רַק מִיעוּט דְמִיעוּטָא דְאִינוּ מִקְפִּידִין כ"כ לִידַע כְּמָה שְׁנָה הַמְשָׁכוֹן.

דְּהָא חֲזִינּוּ שְׁיִטַּת כְּמָה פּוֹסְקִים דַּס"ל דְמִלְוָה עַל הַמְשָׁכוֹן מִקְרֵי לֹא ה"ל לְמִידַע וְכַדְמַצִּינוּ
בב"מ (דָּף ל"ה) דְאָמְרוּ דְמִלְוָה לֹא קִים לִי בְּגוּנִי פַנ"ל. ע"כ הָעִיקָר הוּא בְּכּוֹנֵנַת הַש"ף
דְכַתְּבַת דְסֵתָם מִלְוָה מְדַקְדָּק כו' דְאִין זֶה רַק בְּגִדְר הָרוּב וְהוּא כְּמוֹ פֶל רַוּב דְאִין הוֹלְכִין
בְּמְמוֹן אַחַר הָרוּב וְהָא דְחַיִּיבוֹ הַמִּלְוָה מִשּׁוּם מַחוּשׁוּאִיל"מ אָף דַּס"ל דְהִיכָא דְלֹא ה"ל
לֹא דִיִּינִין מַחוּשׁוּאִיל"מ וְכַמְש"כ הַש"ף לְתַרְזַן שְׁמִי שְׁיִטַּת הַטוֹש"ע דְסֵתְרֵי אֶהְדְּדִי.

י"ל בְּכּוֹנֵנַתוֹ דְשְׁיִטַּת הַטוֹש"ע כֵּן הוּא דְבְעִיקָר הַדִּין אִם אָמְרִינּוּ מַחוּשׁוּאִיל"מ הִיכָא דְלֹא
ה"ל לְמִידַע הוּי זֶה גּוּפָא סְפִיקָא דְפְלִגְתָּא דְרַבְּנוֹתָא וְלְכֹן הִיכָא דִישׁ עוֹד סְפֵק שָׂמָא מִקְרֵי
זֶה ה"ל לְמִידַע א"כ אִי נִימָא דִידַע הַמִּלְוָה מִתְחַלָּה שְׁיִוִי הַמְשָׁכוֹן וְעַכְשָׁיו נִשְׁפַּח מְמוֹן אִזּוּ
הַדִּין בְּרוּר דְמַחְזִיבִין מִשּׁוּם מִתּוּף שְׁאִיל"מ ע"פ דִּין הַתּוֹרָה דְהִיכָא דְאִינוּ יְכוּל לִישְׁבַּע
מְשָׁלִם.

ע"כ הוּי זֶה סְפֵק סְפִיקָא מַעֲלִיא סְפֵק א' שָׂמָא אָף דְנִימָא דְלֹא יָדַע הַמִּלְוָה מַעוֹלָם שְׁיִוִי
הַמְשָׁכוֹן ג"כ הַדִּין הוּא דְדִיִּינִין מִתּוּף שְׁאִיל"מ. וְסְפֵק ב' דְאָף דְנִימָא פְּהַסּוֹבְרִין דְהִיכָא

דלא ה"ל למידע לא דייגינן מחושואיל"מ מ"מ יש לדון ספק שפא ידע המלנה מתחלה שיווי המשכון ועכשיו נשפח מפנו א"כ מקרי זה ה"ל למידע ותייב בונדאי משום מחוייב שבועה ואיל"מ פפי דין התורה וה"ל ספק ספיקא מעליא.

אף דלא מהני ס"ס בספיקות השקולים להוציא ממון כדקיי"ל דספק ספיקא אינו מוציא מן המוחזק. אבל פיון דיש בנ"ד מעלת רובא דרוב אנשים מדקדקים לידע שיווי המשכון בעת הלואה א"כ יש בזה רובא המסייע לזכות הלנה דכיון דע"פ רוב מקרי זה ה"ל למידע ואז חייב בונדאי ע"פ דין א"כ יש בזה ספק ספיקא וצירוף רובא וזה נחשב לשני מעלות דהא הספק ספיקא והרוב כ"א בפ"ע מברר לחייב את המלנה ולכן מוציאין ממון מן המלנה המוחזק ע"פ ס"ס ורובא.

אבל בהא דסעי' כ"ז גבי פחת המשכון דלא שייך לדון ספק ספיקא שם אף דיש שם רובא מדקדקים לידע שיווי המשכון ומקרי לפ"ז בשם ה"ל למידע דחייב להחזיר המשכון אם המלנה טוען ספק מ"מ הא אין הולכין בממון אחר הרוב פיון דליכא ספק ספיקא להצטרף להרוב ע"כ פטור המלנה להחזיר המשכון.

ואין לומר דהא הלנה טוען ברי והמלנה שפא א"כ הני רוב בצירוף ברי ושפא דמוציא ממון מהמוחזק דזה אינו דהא עיקר מעלת הרוב דשם הוא הפל משום טענת ברי של הלנה דלפי שהלנה טוען ברי והמלנה אומר שפא בהפרעון פיון דה"ל למידע דבזה הדין דחייב להחזיר המשכון משום טענת ברי של הלנה דאלו בשניהם טוענים ספק הא הדין הוא דאינו חייב להחזיר המשכון וכמו בשטר דטוענים שניהם ספק דגובה בשטר פמבואר בסי' נ"ט וה"ה במשכון.

ולכן לא הוי הך רובא ומעלת ברי של הלנה לשני מעלות מחולקת רק למעלה אחת פיון דהך רובא לא הוי בירור מצד עצמו לחייב את המלנה רק ע"י ברי של הלנה וכנ"ל ע"כ אין אנו יכולים להוציא המשכון מהמלנה דאין הולכין בממון אחר הרוב ויכול המלנה לומר דהוא מן המיעוט דאינם מדקדקים לידע שיווי המשכון ומקרי שפא שלו שפא טוב דלא ה"ל למידע דנתבאר דבכה"ג אינו חייב להחזיר המשכון אם נסתפק בהפרעון ולכן שפיר פסקו דפטור המלנה להחזיר המשכון ונשבע ונפטר ואתי שפיר דברי הטוש"ע אף לפי מש"כ הש"ך בס"ק נ"א סי' ע"ב בשיטת הטוש"ע דס"ל דסתם מלנה מדקדק לידע שיווי המשכון: ונתבאר בעז"ה שני אופנים לתרץ דלא תקשה מן הא דסי' ע"ב סטי' כ"ז על מה דנתבאר דטענת יש לי בידך אף מן חוב נזקין ושומרים או מן תביעת איזה חפץ וכה"ג דיקול לעשותו לפרעון וה"ל פמו טענת פרעתי.

והשני אופנים הנ"ל הם בסיגנון אחד ע"פ הכלל שנתבאר דהיכא דלא ה"ל למידע אז גובה מן המשכון שת"י אם הספק הוא בהפרעון. ולכן העיקר לדינא כמש"כ הגתיבות פאן בסי' ע"ה ס"ק ה' דטענת יש לי בידך יכול לעשותו לפרעון וכדמשמע מן הש"ך ה"כא ואף דהש"ך מייירי בטענת חוב יש לי בידך מן חוב פשיעת הפקדון עכ"ז יכול לעשותו לפרעון ע"פ הכלל שפתי דבמקום פסידא יכול לסלקו אף בשארי מילי: ז (שם סעיף יו"ד) לא תבעו אדם כו'.

וְכַתֵּב הַשֵּׁ"ף ס"ק ל' וְאֶפִּילוּ הִלָּה מְשִׁיב לֹא אַח"כ בְּרִי לִי שְׁלֵא פְרַעַתָּ לִי מֵעוֹלָם כּו' פְּטוּר כּו'. וְכ"כ הַט"ז שָׁם.

וְטַעֲמָם דַּס"ל דְּכִינּוּן דְּאִינוּ יוֹדַע הַתּוֹבֵעַ עֲצָם הַחַיִּיב רַק ע"פ הוֹדָאת הַתּוֹבֵעַ אֵין זֶה חָשׁוּב כְּמוֹ טַעֲנַת בְּרִי. וְאַף דְּלִקְמָן סַע"י י"ז מְבֹאָר דְּגַם בְּרִי ע"פ הוֹדָאת הַנְּתַבֵּעַ חָשׁוּב לְבְרִי וְכַמְש"כ הַשֵּׁ"ף שָׁם ס"ק ס"ב י"ל דְּזָהוּ רַק לְחַיִּיבוּ שְׁבוּעָה אֲבָל לֹא לְהוֹצִיא מִמוֹן.

אֲךָ הַאוּ"ת ס"ק ח' תָּמָה ע"ז דְּוַדַּאי מָה שְׁנוּדַע לְהַתּוֹבֵעַ ע"פ הוֹדָאת הַנְּתַבֵּעַ זֶהוּ נְחָשׁוּב לְטַעֲנַת בְּרִי מִמֶּשׁ כְּמוֹ בְּרִי ע"פ עֵדִים וְה"ה הוֹדָאת בַּע"ד דְּכַמְאָה עֵדִים דְּמִי: עֲנָף א וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהִבִּיא רֵא"י לְדַבְרֵי הַט"ז וְהַשֵּׁ"ף מִן הָרֵאשׁוּנִים דַּס"ל דְּמָה שְׁנוּדַע לְהַתּוֹבֵעַ ע"פ הוֹדָאת נְתַבֵּעַ אֵין זֶה חָשׁוּב כְּמוֹ טַעֲנַת בְּרִי.

וְהוּא דְּהֵרָא"ש פ"ו דְּשְׁבוּעוֹת ס"י ה' הוֹכִיחַ מִן הָאֲלָפִס דַּס"ל דְּאֵף בְּטַעֲנַת שְׁמָא ג"כ נִשְׁבָּעִין שַׁד"א לְנֶגְדַּה ע"א מִן הָא דְּכַתֵּב הָרִי"ף ב'פ' כָּל הַנִּשְׁבָּעִין דְּהִבִּיא מַעֲשֵׂה א' חַד גְּבָרָא דַּא"ל לְחַבְרִין אֵית לִי חַד סְהַדָּא דְּאֵתִית לְבִיתָאִי וּפְתַחְתָּ לִּי דְלֹא בְּאַנְפִי וְשִׁקְלָתָּ מִינִי חַד טַעוּנָא דְּכִיתְנָא וַא"ל אֵין פְּתַחִית וְשִׁקְלִית וְדִידִי שְׁקִלִי דְּאֵתָּ אֲמַרְתָּ לְמִישְׁקִלִי מִחוּשְׁבָּנָא דְּאֵית לָךְ גַּבְאִי.

וּפְסַק דַּה"ל מְחוּיָיב שְׁבוּעָה וַאִיל"מ. וַאֲע"ג דְּטַעֲנַת שְׁמָא הוּא הוֹאִיל דְּלֹא בְּאַנְפִי שְׁקִלִי לֹא יָדַע אֲלָא ע"פ הָעֵד כּו' עכ"ל הָרָא"ש.

וְכֵן פְּתַב הַר"ן שָׁם לְהוֹכִיחַ כֵּן מִן שִׁיטַת הָרִי"ף הַנְּ"ל. וְכ"כ בְּחַדוּשֵׁי הָרִשְׁבֵּ"א לְשְׁבוּעוֹת דָּף מ' ע"א לְהוֹכִיחַ כֵּן מִן שִׁיטַת רַב אֲלָפִס הַנְּ"ל דַּס"ל דְּאֵף בְּטַעֲנַת שְׁמָא נִשְׁבָּעִין ע"פ ע"א.

וְקִשָּׁה מְנַלְן לְכָל הָרֵאשׁוּנִים הַנְּ"ל לְהוֹכִיחַ מִן הָרִי"ף דַּס"ל שְׁלֵא כְּשִׁיטַת ה"ר אֶפְרַיִם וְר"י כֵּן מִיגֵשׁ וְהָא י"ל דְּגַם אִיהוּ ס"ל כְּשִׁיטְתָּם דְּדוֹקָא ע"י טַעֲנַת בְּרִי נִשְׁבָּעִין נֶגְדַּה ע"א. וְהֵתָם בְּעוֹבְדָא דְּהוּבָא בְּהָרִי"ף הָא י"ל דְּחַבְרִירוּ טוּעְנוּ בְּרִי אֵף דְּאִינוּ יוֹדַע מִן מָה שְׁלַקַּח הַנְּתַבֵּעַ חֲפָצָיו רַק ע"פ הַע"א.

מ"מ עֲכָשְׁנוּ לְאַחַר שְׁהוֹדָה הַנְּתַבֵּעַ אֵין שְׁקִלִי וְדִידִי שְׁקִלִי דְּאֵתָּ אֲמַרְתָּ לְמִישְׁקִלִיָּה מִחוּשְׁבָּנָא דְּאֵית לָךְ גַּבְאִי. א"כ מִסְתַּמָּא הַתּוֹבֵעַ מְכַחִישׁוּ וְאוֹמַר דְּלֹא א"ל מֵעוֹלָם לְמִישְׁקִלִיָּה וְכֵן אִינוּ מַגִּיעַ לֹא כָּלֵל מִחוּשְׁבוֹנוֹ דַּא"כ ל"ל לִיתַבֵּעַ.

וְכִינּוּן דְּבַעֲקִיר טַעֲנָתוֹ דְּדִידִי שְׁקִלִי מְכַחִישׁוּ הַתּוֹבֵעַ וְאוֹמַר דְּזָהוּ אִינוּ שְׁלוֹ רַק דְּאִינוּ יוֹדַע אִם נִטְל הַחֲפָצִים שְׁלֵא בְּפָנָיו אוֹ לֹא רַק ע"פ הוֹדָאתוֹ וְע"פ ע"א. א"כ אֵי נִימָא דְּמָה דְּנוּדַע לֹא ע"פ הוֹדָאת הַבַּע"ד זֶה חָשׁוּב כְּמוֹ בְּרִי מִמֶּשׁ.

תְּקַשָּׁה דְּאֲמַאי קָרִי לִי כָּל הַפּוֹסְקִים הֵתָם לְטַעֲנַת שְׁמָא. הָא זֶהוּ טַעֲנַת בְּרִי מִמֶּשׁ כִּינּוּן דְּהַנְּתַבֵּעַ הוֹדָה דְּנִטְל הַחֲפָצִים שְׁל הַתּוֹבֵעַ מִבֵּיתוֹ א"כ ה"ל כְּמוֹ דְּנִתְבָּרַר ע"פ עֵדִים דְּנִטְל חֲפָצָיו מִן בֵּיתוֹ שְׁלֵא בְּפָנָיו.

וְזֶה יָדוּעַ לֹא בְּעֲצָמוֹ דְּאֵלוֹ הַחֲפָצִים אֵינָם שְׁל הַנְּתַבֵּעַ רַק הֵם שְׁיִיכִים לֹא א"כ חָשׁוּב זֶה בְּוַדַּאי לְטַעֲנַת בְּרִי. וְתְקַשָּׁה דְּמְנַלְן לְכָל הָרֵאשׁוּנִים הַנְּ"ל לְהוֹכִיחַ מִן רַב אֲלָפִס דַּס"ל שְׁלֵא כְּשִׁיטַת הַר"א וְר"י כֵּן מִיגֵשׁ הָא י"ל דְּאִינוּ חוֹלֵק עֲלֵיהֶם כָּלֵל.

וע"כ מוכח מן הראשונים הנ"ל דס"ל בפשיטות דמה שנודע לו ע"פ הודאת הנתבע אין זה חשוב לטענת פרי רק דינו כמו טענת שפא. ולכן שפיר הוכיחו מן הרי"ף דס"ל דגם ע"פ טענת שפא נשבעין שד"א להכחיש הע"א.

ומוכח מזה כמש"כ הט"ז והש"ף דמה שנודע לו ע"פ הודאת הנתבע אין זה חשוב כמו פרי: וכן פתב הראב"ד בפ"ד ה' גזילה ה' י"ז לחלוק על הרמב"ם שפתב שם כמו שפתב הרי"ף הנ"ל בהפ' עובדא דה"ל מחושואיל"מ וחולק ע"ז הראב"ד דס"ל בפשיטת הר"י בן מיגוש והר"א דע"פ טענת שפא אין נשבעין להכחיש הע"א.

והמ"מ פתב שם בפשיטת הרמב"ם שנשבעין בע"א בטענת שפא. וכ"כ הטור בסי' ע"ה בשם פשיטת הרמב"ם דס"ל דאף בשפא נשבעין נגד הע"א.

ועיין בבית יוסף בסי' צ"ו סעי' יו"ד שפתב בן פשיטת הרמב"ם הנ"ל דס"ל דאף ע"י טענת שפא נשבעין נגד הע"א וקשה מנלן להו פו וגם אמאי חולק הראב"ד וס"ל דאין חייב שד"א. והא יש לומר דשא"ה דזה יודע התובע דאלו התפצים דהודה דנטלן אין זהו שלו.

רק הם שייכים לו להתובע והוי זה כמו טענת פרי ממש. וע"כ מוכח מזה דגם הראב"ד והטור והמ"מ ס"ל ג"כ דמה שנודע לו ע"פ הודאת הנתבע אין זה חשוב כמו פרי ממש וכדברי הט"ז והש"ף הנ"ל: שוב ראיתי דאדרבה מוכח מן התם דגם מה שנודע לו ע"פ הודאת הנתבע ה"ל כמו פרי ממש.

והוא דהט"ז בסי' צ"ב בטור סעי' י"א פתב בשי' הרמב"ם דס"ל דלא אמרינן מחושואיל"מ רק בתובע טוען פרי אבל בטוענו שפא לא אמרינן מחושואיל"מ. וכן הוא שיטת המחבר שם סעי' יו"ד.

וכ"כ הט"ז בסי' ע"ה בפשיטת הטור והובא בקצה"ח סי' ע"ה ס"ק ט'. דס"ל דבתובע טוען שפא לא אמרינן מחושואיל"מ.

ובחידושיי לסי' צ"ב הארכתי ליישב לכל מה שהקשה הקצה"ח שם על הט"ז בזה. א"כ תקשה מן מש"כ הרמב"ם בפ"ד ה' גזילה הנ"ל דבטוענו בספק ע"פ העד דהוי מחושואיל"מ.

דקא לפשיטת הט"ז הנ"ל מוכח דס"ל להרמב"ם דבתובע טוען שפא לא אמרינן מחושואיל"מ. וכן תקשה על הט"ז מפל הראשונים הנ"ל דכתבו בפשיטות להוכיח מן הרי"ף דאף בתובע טוען שפא אמרינן דחייב שד"א נגד הע"א להכחישו.

והתם קא אמרו דה"ל מחושואיל"מ ג"כ ותקשה מהם על שיטת הט"ז. ובנודאי אין לחלק דשאני מחושואיל"מ דהוי ע"פ הע"א משארי מחושואיל"מ.

דקא חזינו בסוגיא דשבועות דף מ"ז דהגמ' מדמה אותן. וכ"כ התוס' ב"ב (דף ל"ד ע"א) ד"ה הוי מחוייב שבועה כו': אכן אי נימא דמה שנודע להתובע ע"פ הודאת הבע"ד הוי זה כמו פרי ממש אתי שפיר מה דאמרו שם דה"ל מחושואיל"מ דקא פיון דהודה הנתבע דנטל תפציו.

וְזֶה יָדוּעַ לּוֹ דְאֵלוֹ הַחֲפָצִים שְׂיִכְיָם לּוֹ ע"כ ה"ל טַעֲנַת בְּרִי מִמֶּשׁ וְשִׁפְרִי פֶסְקוֹ דֵּה"ל
מַחוּשׁוּאִיל"מ. וְהָא דְהוֹכִיחוּ הָרַאשׁוֹנִים מִן הַדְּ עֲבָדָא שְׁפָתַב הָרִי"ף דְאָרְף בְּטוֹעֵן שְׁמָא
חֲזִיב שַׁד"א נֶגְדָה ע"א.

יֵשׁ לֹאמֵר דְּכּוֹנְנָתָם הוּא פֶּן דְּהַתּוֹס' בַּב"ב (דָּף ל"ד) ד"ה הוּי מְחַנְיִב שְׁבוּעָה כּו' הַקְּשׁוּ
דִּיהֵל' מְהִימֵן בְּמִיגוֹ דְּלֵא חֲטָפִי וְתִרְצוּ בְּשֵׁם הָר"י דְּלִכְּן אֵינּוּ נֶאֱמָר בְּמִיגוֹ דְּלֵא חֲטָפִי שְׁאִינּוּ
יְכוּל לְהַעֲיִז פְּנִי וְלִישְׁבַּע בְּדָבָר שְׁהָעֵד מְכַחִישׁוֹ כּו'.

וְעוֹד תִּי בְּשֵׁם רִיב"ם כּו'. וְהִנֵּה שְׁנֵי תִירוּצִים הוּבָא ג"כ בַּר"נ פ"ז דְּשְׁבוּעוֹת בְּסוּגְיָא
דְּשְׁנִיָּהֶם חֲשׂוּדִים חֲזָרָה שְׁבוּעָה כּו'.

וּבְחִזְי' הָרַמְבַּ"ן לַב"ב דָּף ל"ד. וּבְשְׁבוּעוֹת (דָּף ל"ב ע"ב) תּוֹס' ד"ה ה"ל פְּגוּזָן כּו' פְּתָבוּ
פְּהָד תִּי קָמָא דַּב"ב דְּכְתָבוּ דְּלִכְּן אֵינּוּ לּוֹ מִיגוֹ דִּינָא לְשַׁקֵּר וְלִישְׁבַּע בְּדָבָר שְׁהָעֵד מְכַחִישׁוֹ
כו'.

וּמָה דְּהַקְּשׁוּ הַתּוֹס' בַּב"ב שֶׁם עֲלֵהָד תִּי קָמָא כְּבָר תִּירְיָן זֶה הֵיטֵב הָאו"ת בְּסִי' ע ס"ק
י"ד. וְעֵינֵן בְּשִׁ"ף סִי' ע"ה ס"ק מ"ג.

וּלְפִי הַדְּ תִירוּץ קָמָא שֶׁל הַתּוֹס' דַּס"ל דְּאֶמְרִינֵן מִיגוֹ נֶגְדָה הָעֵד רַק דְּעֵיקָר הַטַּעַם מָה דֵּה"ל
מַחוּשׁוּאִיל"מ זֶהוּ לְפִי דְאֵינּוּ יְכוּל לְהַעֲיִז פְּנִי לְהַכְחִישׁוֹ וְלִישְׁבַּע לְשַׁקֵּר. א"כ לַפ"ז אֵי
נִימָא דְּבַתּוֹבַע טוֹעֵן שְׁמָא פְּטוֹר מִן שַׁד"א כְּשִׁיטַת הָר"א וְר"י בֶּן מִיגַשׁ.

א"כ לַפ"ז קָשָׁה בְּמָה דְּפֶסֶק הָרִי"ף בְּהָדָה עֲבָדָא דֵּה"ל מַחוּשׁוּאִיל"מ הָא יֵשׁ לְהַנְתֵּבַע מִיגוֹ
דְּאֵי בְּעֵי הוּי אָמַר לֹא חֲטָפִי וְלֹא הִיָּה צָרִיף לִישְׁבַּע לְהַכְחִישׁוֹ פִּינּוּ דְּהַתּוֹבַע טוֹעֵן שְׁמָא.
וְלִכְּן שִׁפְרִי הוֹכִיחוּ מִן הָרִי"ף דַּס"ל דְּאָרְף בְּתוֹבְעוֹ שְׁמָא ג"כ מְחַנְיִב לִישְׁבַּע שַׁד"א
לְהַכְחִישׁוֹ וְע"כ אֵינּוּ לּוֹ מִיגוֹ: וְכֵן יֵשׁ לֹאמֵר דְּזוֹ הִיא פְּנוּנַת הָרַאָב"ד דַּס"ל בַּפ"ד ה' גְּזוּלָה
דְּבַהָדָה עֲבָדָא לֹא ה"ל מְחַנְיִב שְׁבוּעָה וְאִיל"מ.

מִשׁוּם דְּכִינּוּן דַּס"ל דְּבַטּוֹעֵנוּ שְׁמָא לֹא ה"ל מְחַנְיִב שְׁבוּעָה. ע"כ יֵשׁ לּוֹ מִיגוֹ דְּאֵי בְּעֵי אָמַר
לְהַדָּמָם וְלֹא הִי צָרִיף שַׁד"א לְהַכְחִישׁוֹ.

אֲבָל לְעוֹלָם יֵשׁ לֹאמֵר דְּזֶה מְקַרִי טַעֲנַת בְּרִי אָרְף דְּנוֹדַע לּוֹ רַק ע"פ הַבַּע"ד. וְלִכְּן לֹא הוּי
מְזָה סִייעָמָא לְשִׁיטַת הַט"ז וְהַשִּׁ"ף דַּס"ל הִיכָא דְּמָה שְׁנוֹדַע לּוֹ מִן הוֹדָאָת הַבַּע"ד לֹא הוּי
זֶה חָשׁוּב כְּמוֹ בְּרִי.

וְאֶדְרָבָה מוֹכַח לְפִי שִׁיטַת הַט"ז דַּס"ל דְּבַתּוֹבַע טוֹעֵן שְׁמָא לֹא ה"ל מַחוּשׁוּאִיל"מ דְּגַם כְּזֶה
מְקַרִי טַעֲנַת בְּרִי. אָרְף דְּשִׁאנֵי הֵתָם דִּישׁ לּוֹ מִיגוֹ דְּאֵי בְּעֵי אָמַר לֹא חֲטָפִי וְע"כ אֵי נִימָא
פְּהַסוּבְרִין דְּבַתּוֹבְעוֹ שְׁמָא אֵינּוּ מְחַנְיִבוּ הָעֵד שַׁד"א ע"כ לֹא שְׁיָיָד הֵתָם מַחוּשׁוּאִיל"מ.

אָרְף דְּעַכְשָׁיו טוֹעֵנוּ בְּרִי מ"מ הָא אֵי טַעֵן לְהַדָּמָם לֹא הוּי תוֹבְעוֹ בְּטַעֲנַת בְּרִי וְלֹא הִיָּה צָרִיף
לִישְׁבַּע: עָנָף ב וּלְפִי מָה דְּנַתְּבָאָר לְהוֹכִיחַ לְשִׁיטַת הַט"ז בְּסִי' צ"ב וּלְקַמֵּן בְּסִי' ע"ה דְּהַעֲלָה
בְּשִׁיטַת הָרַמְבַּ"ם וְהַמְחַבֵּר וְהַטוֹר דַּס"ל בְּתוֹבְעוֹ שְׁמָא לֹא ה"ל מַחוּשׁוּאִיל"מ דְּמוֹכַח מְכָל
הַנְּ"ל דְּאָרְף מָה שְׁנוֹדַע לּוֹ ע"פ הוֹדָאָת הַבַּע"ד דְּגַם זֶה חָשׁוּב כְּמוֹ בְּרִי.

בַּע"כ מְוַכַּרְח לֹאמֵר בְּכּוֹנְנַת הַט"ז וְהַשִּׁ"ף הִכָּא דְּכְתָבוּ דְּאָרְף דְּהַשִּׁיב הַנְּתֵבַע דִּידוּעַ לּוֹ שְׁלֵא
פְּרַעַז מְעוֹלָם דַּמ"מ אֵינּוּ חֲזִיב לּוֹ כְּשִׁאמְרַת הַנְּתֵבַע א"י אִם פְּרַעַתִּי. דְּהַטַּעַם הוּא כַּמֶּש"כ

הנתיבות הקא בס"ק זיין דכינן דלא תבעו הנה לוי מיגו דאי בעי שתיק וע"כ מהימן לומר דאינו יודע א"פ כמו שהאריה בזה הנתיבות.

אבל לעולם גם הט"ז מודה דהברי שנודע לו ע"פ הודאת הבע"ד חשוב כמו ברי ממש וכמו שכתב הש"ך לקמן סי' ע"ה ס"ק ס"ב פנה ע"ש: וראיתי בהב"ח להטור לקמן סי' שס"ד שכתב בשיטת הרמב"ם לומר דס"ל פשיטת הסוברים דבתובעו שפא פטור מן שד"א להכחיש להע"א וכמש"כ הטור בסי' צ"ו בשיטת הרמב"ם.

וקא דס"ל שם דה"ל מחושואיל"מ זהו משום דעכשיו דהודה דנטל אלו תפצים הוי זה כמו טענת ברי. וכ"כ הב"ח לטור סי' צ"ו סעיף י'.

וזהו דלא פהבית יוסף שם. ות"ל נתפוננתי לעיקר דבריו דזה הוי.

ברי ולפי דבריו מוכח לומר דהרמב"ם ס"ל כתירוץ הריב"ם דלא אמרינן מיגו דלא תטפי להכחיש ע"א משום דע"א כ"ז דאינו נשבע להכחישו דינו כשנים. וע"כ אף דנימא דס"ל דבתובעו שפא א"צ שד"א להכחישו מ"מ אינו נאמן במיגו משום דדינו כשנים דלא מהני מיגו נגדו.

והראב"ד דפליג שם וכן פל הני פוסקים דהוכיחו מן הרי"ף דס"ל דאף בתובעו שפא ג"כ חייב שד"א מוכח דס"ל פשיטת הר"י בתי' קמא של התוס' ב"ב (דף ל"ד) הנ"ל: ועוד יש מקום לומר דבאמת רק גבי מחושואיל"מ מקרי זה כמו טענת ברי אף מה שנודע לו ע"פ הודאת הנתבע.

דקא עיקר סברת הט"ז בסי' צ"ב הוא דלכן לא אמרינן מחושואיל"מ בתובעו שפא דאיך נאמר שישלם לו מה שהוא עצמו אינו יודע אם הנתבע חייב לו כמש"כ הט"ז שם. ע"כ היכא דלאחר דהודה לו הנתבע נודע לו דהתפץ שייך לו ע"כ יכול ליטול ע"פ מה דהנתבע הוי מחושואיל"מ <מ"ז הוא לענין מחושואיל"מ.

אבל לענין עיקר נאמנות העד לחייבו שבועה אי נימא דבטוענו שפא אינו נאמן העד לחייבו שבועה. א"כ לפ"ז שפיר יש לנו לומר התם בהך עובדא של הרי"ף דאם בא העד להעיד מקודם דנודע להתובע מן הודאת הנתבע.

דכינן דבעת שפא הע"א להעיד בב"ד לא הנה אז התובע טוען ברי ע"כ אין ממש בעדותו פלל אף לאחר שנודע להתובע מן הודאת הנתבע דקא לא הנה עליו שם עד בעת שהעיד בב"ד ולכן אין חוזר וניעור עדותו לאח"ז כינן דלא קרינא ביה והוא עד בעת שהעיד.

ואף אם העיד העד שנית לאחר הודאת הנתבע דאין שקלי ודידי שקלי. ג"כ יש לדון בזה דעביד לאחזוקי דיבורו.

ועיין בסי' ל"ג סעי' י"ב ובש"ך ס"ק ט' ובאו"ת ונתיבות שם והדברים ארוכים: וכינן דמשמע מן לשון הרי"ף בהך עובדא דהביא שם דאף דאמי העד להעיד בב"ד מקודם הודאת הבע"ד דג"כ בזה ס"ל דה"ל מחושואיל"מ לכן שפיר הוכיחו הראשונים מדסתם הרי"ף בזה.

דמוכח דס"ל דאף בטוען התובע שפא ג"כ יכול לחייב שד"א וע"כ לעולם יש דין ממש בעדותו. פן יש לומר בכ"ז.

ולפי דגיש לדון בזה הרבה ע"כ דעתי נוטה דהעיקר כמש"כ מתחלה בכ"ז: ולפ"ז נתבאר היטב דאין לסתור למה דס"ל להט"ז בשיתת הרמב"ם והטור והמחבר דס"ל דלא אמרינן מחושואיל"מ בטען התובע שפא נכן פתבתי בארנפה בסי' צ"ב לחזק דברי הט"ז הנ"ל ולתרוץ מה שיש להקשות עליו מפמה דוכתי.

אף עלה על דעתי להקשות על הט"ז מדברי הראשונים שהוכיחו בשי' הרי"ף הנ"ל. וכן מן דברי הרמב"ם פ"ד ה' גזילה.

והבאתי ראיה מקל הנ"ל למה דס"ל הקצה"ח בסי' ע"ה סק"ט דאף בטענת שפא אמרינן מחושואיל"מ. אף ת"ל נתבאר דאין שום ראיה מקל הנ"ל לסתור שי' הט"ז.

ולכן העיקר כמש"כ הט"ז וכמו שהעליתי בקונטרסי בארנפה דבטענת שפא לא אמרינן מחושואיל"מ. אכן בטען ברי ע"פ הודאת הנתבע אמרינן מחושואיל"מ: ולפ"ז מוכח כמש"כ האו"ת דאף ברי שנודע לו ע"פ הודאת הבע"ד ג"כ חשוב כמו ברי מעליא.

וע"כ אף במקשיב לו אח"פ שלא פרעת לי מעולם ג"כ חייב. ומש"כ הנתובות בטעם של הש"ף דלכן פטור משום דגיש לו מיגו דאי בעי שתיק ע"כ נאמן לומר דא"י א"פ.

ועיקר חיוב בא"י א"פ הוא לפי דלא מהימן לומר דא"י ונשדינן ליה שידע. זה לא נהירא לי דהא לקמן סי' רצ"א ש"ף ס"ק מ"ד כתב הש"ף שם בשומר ושומר לשומר דאם הבעלים אמרים ברי שפשתת דחייב השומר הראשון משום א"י א"פ וכן הביא שם בשם כ"פ ע"ש.

והא בשומר ושומר לשומר ידוע לנו דהשומר הראשון אינו יודע כלל עצם הענין. ואפ"ה כתב בפשיטות דחייב משום א"י א"פ.

ועיין בנתובות סי' רצ"א ס"ק כ"ז ואכמ"ל. א"כ הא חזינן דהש"ף עצמו ס"ל דאף היכא דידוע דאינו יודע ג"כ חייב בא"י א"פ.

וכן מוכח מן שבועות (נ"ה מ"ה) דאמרו בעה"ב טרוד בפועליו ומקשי וניתב ליה בל"ש וכתבו התוס' שם דזהו משום דה"ל פאיני יודע אם החזרתי דחייב וכ"כ התוס' בב"מ (נ"ה קי"ב). ונהא התם לא חשדינן ליה במשקר רק משום דטרוד בפועליו מספקינן שפא אינו יודע ואפ"ה חייב משום א"י א"פ.

א"כ מוכח מזה דאף היכא דידוע לנו דאינו יודע ג"כ חייב משום דמעלת ברי בצירוף חזקת חיוב מוציאין עי"ז מן המוחזק. וכמו הא דכתובות (נ"ה י"ב) דהובא במק"א.

ואף להסוברין דדוקא היכא דה"ל למידע חייב בא"י א"פ ושאיני בהו דכתובות דחזקת הגוף אלימתא יותר מ"מ עיקר חיובו הוא אף בידוע לנו דאינו יודע ואפשי פלוגתא לא מפשינן.

והר"ן בר"פ כל הנשבעין בסוגיא דקציצה דכתב דאין לפרש בהא דבעה"ב טרוד בפועליו דזהו משום א"י א"פ. היינו מטעם דהא איהו צנוח ברי לי שפרעתי כו'.

אבל לולי זה גם הר"ן מודה להתוס' דאף היכא דאינו יודע באמת דמ"מ גם בזה חייב משום א"י א"פ. א"כ מוכח מזה דלא פהנתובות: והנה ע"פ דברי הר"ן דר"פ כל הנשבעין

הנ"ל דפירש דקושיות הגמ' נשם דניתב ליה בלא שבועה דלא אתו עליו משום א"י א"פ רק דמשום פדי חיי שקיל בל"ש כו'.

דעפ"ז אתי שפיר דברי שצרי רב אלפס דהובא בש"ך ס"ק כ"ט דבכל א"י א"פ ישבע התובע דהקשה האו"ת בס"ק ז' עליו מהך דר"פ כל הנשבעין דמקשו דליתב ליה בל"ש ע"ש. אכן לדברי הר"נ הנ"ל אין זה קשה כלל.

וכעין דברי הר"נ פתב פן הרשב"א בחי' לשבועות ר"פ כל הנשבעין ע"ש: ח (שם סעיף יוד) לא תבעו אדם אלא מעצמו אמר הלויטני כו' ואיני יודע אם התזרתי לך פטור. המל"מ פ"ד ה' שאלה ופקדון ה"א הביא בשם הרשב"א לחי' בגיטין (דף ע"ח) דאף שאין המלנה תובע ברי אלא שניהם טוענים שמא חייב אם הספק הוא בפרעון היכא דלא ה"ל להמלנה למידע ונוקא היכא דה"ל להמלנה למידע בעינו דיטעון ברי.

והמהרשד"ם והמל"מ לא הסכימו לדברי הרשב"א והוכיחו פן מפל תיקו דקיי"ל דהמע"ה אף דהוי ספק בהפטור ע"ש. וכ"כ המל"מ פ' י"א ה' מכירה ה' ט"ז והשיג שם על הרב ל"ר ע"ש.

נדברי הרשב"א והמל"מ הובא בקצה"ח הקא בס"ק ו': ענף א וז"ל הרשב"א בגיטין דף ע"ח גבי הא דמוקי התם [רבה ור"י בשתי פתי עדים כו' הקשה הרב ר' אלחנן ז"ל א"כ הא דתני לענין החוב מחצה על מחצה יחלקו ואמאי יחלקו ה"ל למימר אוקי ממונא בחזקת מרי' ותיקצו בתוס' דהקא לתרנוייהו אית להו חזקה למלנה איכא למימר אוקי אחזקת שהיה מחויב הלנה קודם שנפל ספק זה וללנה איכא חזקה דאוקי ממונא בחזקת מרי' הילקף יחלקו וא"ת אדרבה ה"ל כאומר מנה הלויטני וא"י אם פרעתיך דתנו בב"ק דחייב י"ל דשא"ה דליכא רגלים לדבר שפרעו אבל הקא הרי נולד ספק זה לפניה והילכף יחלקו עכ"ל.

ומדהקשה הרשב"א בפשיטות דהתם ה"ל כאומר א"י א"פ אף דהמלנה תובע שמא מזה הוכיחו דס"ל להרשב"א דהיכא דלא ה"ל למלנה למידע דבזה חייב הלנה בנולד ספק בהפרעון אף דשניהם טוענים שמא.

ובאמת צ"ע מנלן להרשב"א להקשות פן בפשיטות מהא דב"ק הא שם בב"ק אמרו בפירוש דדוקא בתבעו המלנה אז חייב הלנה בא"י א"פ ומנלן דהיכא דלא ה"ל למידע יהיה חייב הלנה בטענו ספק.

ואדרבה הדין נותן דאף דאיכא חזקת חייב מ"מ אין מוציאין ממון עי"ז מהמחזק דהא קיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב והא רוב עדיף מחזקה א"כ כש"כ דע"י חזקת חייב אין לנו פס להוציא מהמחזק.

אלא אם המלנה טוען ברי אז ע"י צירוף החזקת חייב מוציאין מהמחזק כעין הא דכתובות (דף י"ב) דאמרו א"נ עד פאן לא אמר ר"ג אלא דאמרינן אוקמה אחזקה כו': ולכאורה יש להקשות על מה דקאמרי שם בכתובות מעיקרא חילוק אחר דשא"ה דאיכא מגו כו' וכן במה דקאמרי שם לימא ר"י ור"ה כר"ג כו'.

הא פֿינן דמבנאר במשנה בב"ק (דף קי"ח) דא"י א"פ חייב א"כ מוכח מזה דהיכא דיש חזקת חיוב בצירוף פרי מוציאין ממון א"כ ה"ה התם דיש אוקי אחזקת הגוף יוציא ע"ז מהמחזק אף דה"ל התם כא"י א"נ דה"ל ספק בעיקר החיוב.

פֿינן דיש לנו צירוף דאוקי אחזקה דנולדה בתולה. ואף היכא דלא ה"ל להלנה למידע ס"ל לכמה פוסקים דחייב בא"י א"פ והטעם הוא משום פרי וחזקת חיוב.

ודחוק לומר דמעיקרא הנה ס"ל להש"ס שם באמת דהא דב"ק אינו רק בשמא גרוע דה"ל להלנה למידע דז"א מפמה טעמים. ועיין בתוס' שם ד"ה רב הונא כו' ובב"ב ד' קל"ה תוס' ד"ה אביי אומר כו' וקצרתי.

והעיקר מה דנלע"ד דז"א קשה פלל די"ל דלכן לא ס"ל להסוגיא דכתובות שם להך אוקי אחזקת בתולה משום די"ל פֿינן דהיא בעולה עכשיו לפנינו א"כ יש לנו חזקה דהשתא לדון דהיתה בעולה מקודם שנתארסה ועכ"פ חזקת בתולה אין לנו מטעם זה וכ"כ הפני יהושע שם ע"פ סברת התוס' בכתובות (דף ע"ו) ד"ה על בעל החמור כו'.

לכן לא רצו שם לדון מטעם אוקי אחזקה עד לבסוף דאמרו א"נ דאמרינו אוקמה אחזקה משום דבאמת קיי"ל לדינא דחזקה דמעיקרא עדיף מחזקה דהשתא. אבל היכא דיש לנו אוקי אחזקה מעלייתא כמו חזקת חיוב ונדאי דמצרפינו זה לברי וה"ל פרי ואוקי אחזקה ביחד וזה עדיף מחזקת ממונא ועיין ברא"ש כתובות פ"א סי' י"ח.

וגם י"ל ולחלק דשא"ה בכתובות דיש לנו חזקת פטור של הבעל המבררת לנו לומר דהיתה בעולה מקודם שנתארסה דאין עליו חיוב פלל מעולם כמו שהיה מקודם שנתחייב הכתובה ונהך חזקת פטור סותר להחזקת הגוף ולכן לא דנו שם מתחלה להך אוקי אחזקת בתולה.

רק לבסוף דמסקי להך אוקמה אחזקה טעמם דס"ל דה"ל פֿעין חזקת הגוף דעדיף מן שארי חזקות וכמש"כ התוס' בכתובות (דף ע"ה ע"ב) ד"ה אבל היכא כו' בסה"ד דחזקת פנויה לא חשיבא פלל חזקה לגבי חזקת הגוף.

אבל היכא דליכא חזקה הסותרת להחזקה ונדאי מהני פרי בצירוף אוקי אחזקת חיוב להוציא מהמחזק. וכ"ז הוא בטוען המלנה פרי.

אבל היכא דליכא מעלת פרי ושמא הדין גותן דאין מוציאין מהמחזק ע"י חזקת חיוב לבד וכעין מה דאמרו בכתובות (דף ט"ז) עד פֿאן לא אמר ר"ג אלא בברי ושמא כו': ולכן לדינא העיקר כמש"כ המהרשד"ם והמל"מ דאם אין המלנה טוען פרי אין מוציאין מהלנה אף דאיכא חזקת חיוב.

אף מה שהוכיח פן המל"מ מהא דקיי"ל בכל תיקו אף דהוי ספק בהפטור דג"כ אין מוציאין מהנתבע. ז"א ראי' פלל לפמש"כ המל"מ עצמו פ"ב ה"א ה' טומאת צרעת דבספיקא דדינא לא שניף לומר אוקי אחזקה דאטו בשביל החזקה ישמנה הדין.

וכ"כ התבואת שור ריש סי' כ"ט והפר"ח ע"ש ועיין מזה בתשובת רע"א זצ"ל בפסקים סי' ל"ז. וכינן דעיקר הטעם הוא דלכן בספק בהפרעון חייב משום דמוקמינו על חזקת חיובא א"כ ז"א שניף אלא אם נולד ספק בהמעשה אבל בנולד ספק בהדין כמו בתיקו

או איזה פלוגתא דרבנותא פיון דבנה לא מהני אוקי אחזקה לברר לנו הספק ע"כ שפיר אמרו דאין מוציאין מהנתבע בנה.

אף אף דראיות המל"מ אינו ראי' מכרעת מ"מ לדינא הנכון עמו. ודברי הרשב"א בקושיותו מהא דב"ק בפשיטות צריף ביאור דמנלן לו זה פיון דהוא נגד הסברא: ענה ב ולכן נלע"ד לומר בכוננת הרשב"א ע"פ מה שפתיבתי לקמן בחידושי לסי' ע"ה סעי' כ"ג ש"ף ס"ק פ"ג להעיר בהא דב"ב (נ"ח קל"ה) דאמר רבא זאת אומרת מנה לי בינך והלה אומר א"י פטור ואב"י אומר שאני הכא דכמנה לאחר בינך דמי.

וגירסת הש"ס דילן הוא רבא. והקשיתי מהא דקידושין (נ"ח מ"ג) דאמר רבא כו' הן הן שלוחיו הן הן עדיו וכן בד"מ כו' וכתבו שם הרשב"א והריטב"א והר"ן בפ"ה הסוגיא דמייירי שם במלנה ע"פ ואפ"ה בעינן שני עדים פשרים שפרעו להמלנה דאל"כ ה"ל כא"י א"פ דחייב ומה דטוען הלנה ברי ע"פ אחר זה לא נחשב לברי.

וכן מוכח מב"מ (נ"ח ל"ו) דס"ל לרבא שומר שומר חייב ולכ"פ הטעם משום דה"ל א"י א"פ. וקשה דהא רבא עצמו ס"ל בב"ב הנ"ל דאף ברי ע"י אחר נחשב לברי מדאמר זאת אומרת כו'.

וכתבתי בחידושי שם דמנה מוכח דגרסינן בב"ב שם רבה כמו דנכתב שם בצידו ע"פ דברי התוס' בגיטין (נ"ח כ"ו) ד"ה ה"ה כו'. וכעת ראיתי די"ל דז"א קשה פלל ונקדים מה דכתב הש"ף בסי' ע"ה ס"ק פ"ג דאם המשכון הוא ת"י אבי החתן שאומר ברי דיתן הבן הרשאה לקרובו ויטול כו'.

והאו"ת והנתיבות השיגו שם ע"ז דה"ל מיגזו להוציא פיון דקיי"ל דהרשאה שליח שוניה אבל אם מקנה בתורת הקנאה לאביו העלה הקצה"ח שם דיכול להקנות לו ומהני פיון דלאחר ההקנאה יתנה זה כמו ברי של הבע"ד ממש וכמש"כ בספרו משונכב נתיבות.

וכן כתב האו"ת והנתיבות שם במי שיש לו שט"ח על א' ואומר שמה נפרע דיכול למכרו וליתן במתנה להאחר שאומר ברי. ואף דהוי ממון שא"י להוציא בדיינים עכ"ז העליתי שם בחידושי דהוי מכירה מעליא.

וגם העליתי שם דהנכון עם שיטת הראשונים שם דס"ל דאף הרשאה מהני בכ"ז לפי דכיון דתקנת חז"ל היא דיהנה יכול לתבוע ע"י הרשאה א"כ ממילא יש לו דין בע"ד גם לענין דיהנה מועיל טענתו כמו של בע"ד עצמו מצד תקנת חז"ל כמו שהארכתי שם: ולפ"ז יש לדון פן בב"ב הנ"ל גבי אחר האומר זה אחי דאף לשיטת אב"י דס"ל דלעולם חייב ושא"ה דכמנה לאחר בינך דמי משום דלא מהני ברי של אחר.

דכ"ז הוא כל זמן דלא הקנה הספק לאחר את זכותו שיש לו בירושה ולא נתן ליהרשאה. אבל אם הקנה לו במכירה או במתנה או ע"י הרשאה אז שפיר יכול אותו שטוען ברי לומר פי הוא אחי ויש לו זכות בירושת אביו ליתול בתורת ברי של בע"ד כמו בהא דכתבו הפוסקים הנ"ל גבי משכון ושטר.

וגם במתנה ע"מ להחזיר מועיל בזה פיון דבעת דהיה במתנה לפלוני ה"ל אז ברי של בע"ד דמהני וממילא אף דמתחזיר אח"כ בקנין המועיל לאותו שטוען ספק ג"כ יש לו אותו הזכות שהיה להאחר הטוען ברי.

ואף להסוברים דהרשאה לא מהני מ"מ במתנה ע"מ להחזיר מהני בנודאי דהא מבואר בס"א רמ"א דבמתנה ע"מ להחזיר צריך להחזיר ולהקנותו בקנין המועיל א"כ ממילא יש לו כל זכותו של הנותן במתנה לו.

ולפ"ז יש לומר דאף דלא הקנה זה הספק זכותו להאחר וגם לא נתן לו הרשאה עכ"ז יש מקום לדון דהיה זה האומר זה אחי נאמן באמירתו עבור הספק להנחילו בחלק ירושה שלו. ונקדים מה שכתב הרשב"א בקידושין (דף ס"ב) עלה דאמרו שם א' ר' אושעיא הנותן פרוטה לאשתו וא"ל ה"א מקודשת לי לאחר שאגרשף אינה מקודשת.

נהי דבידו לגרשה בידו לקדשה והקשה הרשב"א ונחלא שניהם מרציו עכשיו בכך כו' וכל שביד שניהם אמאי מחוסר מעשה כו' אי נמי אף היא שמה תהיה אחר גירושין בדעת אחרת כו' ולאחר גירושין תהיה בדעת אחרת אין בדבריהם פלוג עכ"ל הרשב"א.

ולמדנו מדברי הרשב"א בתירוץ השני דכיון שהם מרצים שניהם ע"ז הענין מקרי זה בשם בידו אף דצריך כ"א לדעת חבירו כי מסתמא יתרוצו לזה אף כיון דשמה תהיה אחר הגירושין בדעת אחרת ע"כ מטעם זה אמרו דלא הוי בידו לקדשה.

[ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט ענף ב' מה שהבאתי שם דברי הרשב"א בתי' א' דשם]. ולכן יש לומר בנ"ד פיון דנודאי יתרוצה לזה האח הספק שימתן הרשאה או במתנה ע"מ להחזיר לאותו האיש שטוען ברי שזהו אחי כדי להציל את שלו בדרך היתר ע"פ דין א"כ ממילא יש לדון דאותו האח שטוען ברי כי זהו אחינו שיהיה נאמן במיגו דאי בעי יתרוצה לתבוע ע"י הרשאה או ע"י מתנה ע"מ להחזיר פנ"ל ואז יהיה נאמן למ"ד דס"ל ברי ושמה ברי עדיף.

וי"ל דאף לתירוץ קמא של הרשב"א דס"ל דכיון שאין ביד א' לבדו אין זה מקרי בידו. דמ"מ בנ"ד גם לפי תי' א' הנ"ל יהיה מודה דזה מקרי בידו של האח הטוען ברי לעשות פן כיון דאם יתרוצה לזה ממילא בנודאי ישפדל האח הספק ליתן לו הרשאה או במתנה ע"מ להחזיר כדי להציל את שלו בדרך היתר פיון שאין לו עצה אחרת להיות זוהר בירושה זולת עצה הנ"ל וזהו טובתו.

וכעין מש"כ התוס' בקידושין (דף מ"ג) ד"ה והשתא דתקון רבנן כו' בשם הרב ר' יעקב דמה שהוא לטובתם אמרינן מיגו גם בשנים: ואף דאמרינן בכל מקום דהיכא דהבע"ד טוען שמה לא שייך מיגו היינו היכא דאין לו עצה רק ע"י מיגו דלהד"ם וכה"ג בזה אמרינן שפיר פיון דטוען שמה א"כ אסור לו לטעון טענת שקר ע"כ לא שייך להאמינו כלל במיגו דאי בעי היה טוען טענת שקר פיון דהוא בעצמו מודה שאינו יודע האמת.

אבל הכא דאנו יודעין כי יש לו עצה ע"פ דין להציל את שלו אף דהוי ספק לו. ע"כ שפיר י"ל האומדנא דנודאי יתרוצה להטעדי דהיה מצי למיעבד ולהרוויח מעות בדרך היתר אם חבירו יתרוצה לקבל עליו ההשתדלות הנה וכיון דזהו טובתו א"כ שייך לומר בזה אנו סהדי דיספיים לזה כמו דאמרינן בכל זכות דכולי ש"ס דזכין לאדם שלא בפניו

מטעם אָנמֶדנאַ בּוֹנֵדאִי יִסְפִּים לָזֶה וּמִקֶּרִי לְדַעַתִּיכֶם דְּבַעֲיֵנוּ בְּדִינֵי שְׁלִיחוֹת פְּמִבְּנֹאָר בּב"מ (דָּף כ"ב).

וּבִפְרֵט לְפִי שְׁיִטַּת הָרֵאשׁוֹנִים דס"ל דָּאָף הִרְשָׁאָה מְהֵי בַכּה"ג וּכְמוֹ שְׁפִיאַרְתִּי הֵיטֵב שְׁיִטְתֶּם בְּחִידוּשֵׁי שָׁם בּוֹנֵדאִי א"ש פֶּל מִש"כ. וְגַם י"ל בַּכּה"ג פְּעִין הַמְּבֹאָר בְּסִי קכ"ב סע' א' דְּהִיכָא דְּהוּי זְכוּת לְהַמְלִיחָה יָכוֹל לְהַעֲמִיד לוֹ עָרֵב בְּעַד הִרְשָׁאָה וְצָרִיף לְדוֹן עֲמוּ לְפִי דְּזֻכְרֵנוּ שְׁלֵא בְּפִנּוּ.

אַף אִין אָנוּ צָרִיכִים לָזֶה פִּי בּוֹנֵדאִי יִתְרַצָּה לִיתְנוּ לוֹ הִרְשָׁאָה אִי נִימָא דְּאִינוּ נְאַמֵּן כ"ז שְׁלֵא יִהְיֶה לוֹ הִרְשָׁאָה וְזֵהוּ טוֹבָתוֹ. לְכֵן שְׁפִיר יֵשׁ מְקוֹם לְדוֹן דְּאוֹתוֹ הָאָח שְׁאוּמֵר זֵה אָחִי דְּיֵשׁ לוֹ מִיגוּ וּבִידוֹ לְהַשְׁתַּדֵּל ע"י אִיזָה עֲצָה וְטַצְדְּקִי לְהַשְׁתַּדֵּל עֲבוּר אָחִיו הַסִּפְק וּלְהוֹצִיא חֵלֶק יִרְוֹשְׁתוֹ ע"פ דִּין ע"י הִרְשָׁאָה וְכֵה"ג פנ"ל: וְהִנֵּה בְּחִידוּשֵׁי לְסִי ע"ה סע' כ"ג ש"ף ס"ק פ"ג פְּתַבְתִּי לְבֹאָר הֵיטֵב דְּמִיגוּ שְׁל אַחַר לֹא מְהֵי כִּינּוּן שְׁאִינוּ מִיגוּ שְׁל בַע"ד עֲצָמוּ כַּמִּש"כ שָׁם בְּאַרְנָפָה.

אַף ז"א רַק הִיכָא דְּאִין זֵה מִקֶּרִי בְּיָדוֹ רַק בְּשֵׁם מִיגוּ אָבֵל הִיכָא דְּמִקֶּרִי בְּיָדוֹ לְעֲשׂוֹת ע"י מַעֲשֵׂה וְטַצְדְּקִי נִוְדָאִי דְּגַם בְּאַחַר שְׁאִינוּ בַע"ד ג"כ מְהֵימֵן פְּדַמְצִינוּ גְּבִי נְאַמֵּן הַמּוֹכֵר לוֹמֵר לָזֶה מְכַרְתִּי בְּזִמְן שְׁמַקְחוּ יוֹצֵא מִת"י דְּפִיִּרְשׁוּ הַר"ח וְהָרֵא"ש בַּפ"א דב"מ ס' ב' דְּזֵהוּ לְפִי דְּבִידוֹ לִיתְנוּ לְאוֹתוֹ צַד שְׁיִרְצָה.

[וְעִינּוּ בְּנִתִּיבוֹת ס' נ"ו ס"ק י"ח וּבְכִלְלֵי מִיגוּ ס"ק ג' וּבְש"ף יו"ד ס' קכ"ז ס"ק ג' וְאַכּמ"ל]. וְכַש"כ בַּנ"ד דְּשִׁינְיָהּ לוֹמֵר לְעוֹלָם הָף בְּיָדוֹ לְהַשְׁתַּדֵּל ע"י הִרְשָׁאָה לְגְבוֹת עֲבוּר חֲבִירוֹ וּלְהַצִּיל אֶת הַשִּׁינְיָהּ לְחֲבִירוֹ לְפִי דְּבָרָיו וְע"ז אָמְרוּ בְּסִי קכ"ג סע' ט"ו דְּאָם עוֹשֵׂה פְּדִי לְהַצִּיל עֲשׂוּק מְעוֹשְׁקֵי מְצוּהָ קָא עֲבִיד.

וְהָף בְּיָדוֹ עֲדִיף מִן הָף בְּיָדוֹ דְּאָמְרוּ גְּבִי נְאַמֵּן הַמּוֹכֵר בְּזִמְן שְׁמַקְחוּ יוֹצֵא מִת"י. וְהָף בְּיָדוֹ דְּסִנְהֶדְרִין (דָּף ל' ע"א) דְּכָל שְׁבִידוֹ לִיטְלוֹ דְּבָרָיו קִינְיָנוּ.

וְכֵן בַּמִּש"כ הַתּוֹס' בּב"ב (דָּף נ"א ע"ב) בַּד"ה קִבֵּל מִן הָאִשָּׁה כו'. דְּהֵתָם אִינוּ בְּיָדוֹ לְעֲשׂוֹת כֵּן עֲכָשְׁיוֹ לְאַחַר זִמְן רַק בַּתכ"ד הִיָּה לוֹ מִיגוּ וּבִידוֹ כו'.

אָבֵל בַּנ"ד יֵשׁ בְּיָדוֹ לְעֲשׂוֹת כֵּן גַּם עֲכָשְׁיוֹ לְאַח"ז וּלְעוֹלָם לְהַשְׁתַּדֵּל לְגְבוֹת ע"י הִרְשָׁאָה ע"כ בּוֹנֵדאִי כַּש"כ דְּגַם אַחַר שְׁאִינוּ בַע"ד ג"כ מְהֵימֵן ע"י הָף בְּיָדוֹ כו'. וְגַם הִיכָא דְּיִהְיֶה לוֹ אִיזָה קֶצֶת טִירְחָא ג"כ שְׁיִיף לוֹמֵר לְהַאֲמִינוּ ע"י בְּיָדוֹ כו' פְּדַמְצִינוּ בְּבַעַל שְׁאֵמֵר גְּרִשְׁתִּי דְּנְאַמֵּן בְּמִיגוּ דְּבִידוֹ לְגִרְשָׁה עֲכָשְׁיוֹ לְפִנּוּ.

וְעִינּוּ בְּנִתִּיבוֹת בְּכִלְלֵי מִיגוּ ס"ק י"א וְקַצְרְתִּי: עֲנָף ג' וּלְפִי כָּל מַה שְׁנִתְּבָאָר דְּבַהָף דב"ב גְּבִי הָאוּמֵר זֵה אָחִי דְּיֵשׁ לְהַאֲמִינוּ בְּמִיגוּ דְּבִידוֹ לְהַשְׁתַּדֵּל עֲבוּר טוֹבַת חֲבִירוֹ אָחִיו הַסִּפְק ע"י הִרְשָׁאָה אוֹ בְּמִתְנָה ע"מ לְהַחֲזִיר פנ"ל.

א"כ יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל מַה דְּאָמֵר אַבְיִי שָׁם דְּשִׁאֲנֵי הֵכָא דְּכַמְנָה לְאַחַר בְּיָדוֹ דְּמִי. הָא אָף דְּלֹא הוּי פְּרִי שְׁל הַבַּע"ד וְאַמְרִינּוּ לִי לָאוּ בַע"ד דִּידִי אֶת כַּמִּש"כ הִרְשָׁב"ם שָׁם.

עכ"ז הא יש להאמינו במיגו דבידו פנ"ל. אף י"ל בזה פיון דמיגו להוציא לא אמרינו דגם זהו בגדר מיגו להוציא פיון דכ"ז דלא נתברר שזהו אחיו אינו נאמן ליטול מספק דאמרינו אין ספק מוציא מידי נודאי כמו דאמרינו ביבמות (דף ל"ח).

ונ"ד כש"כ מדקתם. א"כ ממילא מקרי היורשים ונדאים בשם מוחזקים וע"י המיגו דבידו יוציאו מהם ע"כ מקרי זה בשם מיגו להוציא דלא אמרינו.

ואף דמצינו בר"נ לקידושין פ' האומר בסוגיא דזה בני נאמן אף היכא דמוחזק באחי שכתב לחלק במה דלא אמרינו מיגו במקום חזקה דזהו היכא דהוי בשם מיגו אבל היכא דהוי בידו לעשות פן זה עדיף טפי ואמרינו זה אף במקום חזקה ע"ש.

עכ"ז י"ל דלעגנו מיגו להוציא אף היכא דהוי בידו ג"כ לא מהני להוציא והוא דהא מצינו להרשב"א דהובא בפ"ה ח"מ סי' מ"ז ס"ק ו' דכתב דלא מהימן לומר אמנה במיגו דאי בעי מחיל משום דהוי מיגו במקום חזקה דת"י הוא ש"ל ע"ש.

ובחידושי לח"מ סי' ס"ב ובסי' צ"ט העלתי בבאור הענין דאמרו דלא אמרינו מיגו במקום חזקה דת"י ש"ל זהו משום דה"ל כעין מיגו להוציא דלא אמרינו הרי דאף מיגו דבידו לעשות פן גם עכשיו כמו מיגו דאי בעי מחיל ג"כ לא אמרינו היכא דהוי להוציא ולא מחלקינו בזה בין מיגו דאי בעי טען לשעבר ובין היכא דהוי בידו מעכשיו.

ואף שכתבתי לעיל ג"כ לבאר דהיכא דהוי בידו לעשות פן עכשיו זה עדיף מן מיגו עכ"ז לעגנו היכא דמוציא מהמוחזק לא מחלקינו ביניהם ובכל גוונא לא מהני. ועיין בספרי גמל יצחק בקונטרסי באור ספק תקנה ענף ח' מזה: ולכן י"ל דזהו טעמא דאב"י דאמר בב"ב שם לעולם אימא דחייב ושאני הכא דה"ל כמנה לאחר משום דאזיל לטעמו דס"ל בב"ב (דף ל"ב ע"ב) דהלכתא פנותי דרב יוסף בזווי דס"ל דלא אמרינו מיגו להוציא פמבואר שם בתוס' ורא"ש ומה"ט אמר אב"י בכתובות (דף כ"א) דאמגילתא לא דלמא משכח וכתב עליו מאי דבעי.

וכתב הש"ך בס"ט ס"ט ס"ק י"ז דדוקא אם כתב עליו מהני אבל כ"ז דלא כתב עליו אינו נאמן במיגו דאי בעי הוי כתב עליו משום דה"ל כעין מיגו להוציא וזהו הכל משום דאב"י ס"ל דלא אמרינו מיגו להוציא.

ולכאורה יש לסתור לכל מש"כ דלכן ס"ל לאב"י דאין האחר נאמן משום דה"ל כעין מיגו להוציא דהא בברי ושמא קיי"ל דאמרינו מיגו להוציא. אבל ז"א דהא גם בזה בעינן ברי של הבע"ד כמו בכל ברי וכיון דבאמת כ"ז דאין לו הרשאה דינו כמו אחר ממש רק דאתו עלה משום מיגו ע"כ שפיר כתבתי דה"ל מיגו להוציא פיון דה"ל ברי של אחר.

ועוד י"ל פיון דעיקר נאמנותו בטענת מיגו הוא משום דאחר שיהי' לו הרשאה יתא לו תורת דין בע"ד ויהי' נאמן משום ברי ושמא ברי עדיף ע"כ כ"ז דאין לו הרשאה דאינו נאמן רק משום מיגו לכן לא מהני להוציא אף דהבע"ד אומר שמא.

ודוקא ה"מ בכתובות (דף י"ב) דאמרו שא"ה דאיכא מיגו דזהו המקור למה שהוכיחו הפוסקים דבברי ושמא אמרינו מיגו להוציא. ה"מ הא מעלת המיגו אינו משום מעלת ברי ושמא רק הם שני מעלות מחולקים לכן אמרינו שפיר דע"י הג' שני מעלות אמרינו

מִיגוּ לְהוֹצִיא אֶבֶל הַקָּא הַפֶּל מֵעֵינַי אֶחָד הוּא לְכֹן שְׁפִיר פְּתַבְתִּי דְזָהוּ בְּכֻלָּל מִיגוּ לְהוֹצִיא
דְּלֵא אֶמְרִינּוּ וְעֵינַי פִּינְצָא בְּזָה בִּישׁ"ף בְּכֻלָּלִי מִיגוּ אוֹת יו"ד ד"ה וְעוֹד נ"ל לֹמַר כּו' וּבד"ה
נְאִין לְעַקֵּשׁ וְלֹמַר כּו'.

וְהַעֲיָקֵר כַּמֶּש"כ מִתְחַלָּה דְּלֵא שְׁיָיָה פֶּאן פֶּלֶל לֹמַר בְּרִי וְשָׂמָא דִּיהֵי' מוֹעִיל מִיגוּ לְהוֹצִיא
פִּינּוּ דְאִינוּ בְּרִי שֶׁל הַבַּע"ד. וְגַם בַּמֶּש"כ לְעִיל לְהַעֲיָר מַמֶּש"כ הַר"נ דְּמִיגוּ דְבִידוּ לְגֵרְשָׁה
מְהֵי אַף בְּמַקּוֹם חִזְקָה.

אִין זֶה עֵינַי לַנ"ד דְּהָא בַּנ"ד גַּם זָהוּ בְּגֵדֵר מִיגוּ דְּהָא אַף דִּיהֵי' לֹו הַרְשָׁאָה יְהָא מְוֹכְרָח
לֹמַר וְלִטְעוֹן עֲדִינּוּ ע"כ הֵךְ נִידוֹן דְּהַר"נ עֲדִיף טְפִי דְשָׁם פִּינּוּ דִּיגֵרְשָׁה בְּגַט א"צ לְאַמִּירְתּוֹ
פֶּלֶל ע"כ אִין זֶה מְקַרִי בְּשָׁם בִּידוּ כ"כ.

וְעֵינַי בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק סִי' מ"ד סוּף סַעִי ו'. ע"כ בְּנוֹדָאִי הָנִי גַם זֶה בְּכֻלָּל מַה דְּאֶמְרוּ
דְּלֵא אֶמְרִינּוּ מִיגוּ לְהוֹצִיא.

כֵּן הוּא טַעְמָא דְאַבְיִי: וְרָבָא דְאֶמַר זֹאת אוֹמְרַת כּו' וְהִלָּה א' א"י פְּטוֹר. י"ל בְּטַעְמוֹ דְּבִאָּמַת
גַּם רָבָא ס"ל דְּבְרֵי שֶׁל אַחַר לֹא נִחְשָׁב לְבְרֵי רַק דַּס"ל פִּינּוּ דְהָנִי בִּינְדָם לְהַשְׁתַּדֵּל וְלִגְבוֹת
ע"י עֲשִׂיּוֹת הַרְשָׁאָה לֹו א"כ הָנִי זֶה מִיגוּ מְעַלְיָא וְכַעֲיִן סְבַרְתָּ הַרְשָׁב"א בְּקִידוּשִׁין (דָּף
ס"ב) דְּאֶף דְּצָרִיף כ"א לְדַעַת חֲבִירוֹ מ"מ מְקַרִי זֶה בִּידוּ לְעֲשׂוֹת כֵּן וְכַמֶּש"כ לְעִיל
בְּאַרְנָפָה.

וּי"ל דַּס"ל לְרָבָא בְּאָמַת פְּהֵךְ מ"ד דַּס"ל בַּב"ב (דָּף ל"ב) דְּאֶמְרִינּוּ מִיגוּ לְהוֹצִיא וְכַש"כ
לַפְמֶש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף פ"ז ע"ב) ד"ה הָאִי שְׁטָרָא כּו' דְּמִשְׁמַע דְּגֵרְסִי בַב"ב שָׁם
דְּרָבָא אֶמַר מַה לִּי לְשַׁקֵּר כּו' א"כ ס"ל לְרָבָא שָׁם דְּאֶמְרִינּוּ מִיגוּ לְהוֹצִיא ע"כ שְׁפִיר אֶמַר
הַקָּא זֹאת אוֹמְרַת כּו' מִשׁוּם דַּאֲל"כ הָא יֵשׁ לֹו מִיגוּ כּו'.

[נְאֶף בְּזִמְן הַתְּלִמוּד הָיִי כּוֹתְבִין הַרְשָׁאָה לְשִׁיטַת פְּמָה פּוֹסְקִים וְכַש"כ בְּלֵא פְּפֵרִי וּבְקַרְקַע
וְעֵינַי בְּתוֹס' בְּכוֹרוֹת (דָּף מ"ט) ד"ה ה"מ הִיכָא דְכַפְרִי]. נְאֶף לְפִי מַה דְּמִשְׁמַע בְּסוּגְיָא
דַּב"ב (דָּף ל"ב) שָׁם דְּגֵרְסִינּוּ דְרַבָּה ס"ל דְּאֶמְרִינּוּ מִיגוּ לְהוֹצִיא.

עַכ"ז י"ל דְּגַם רָבָא ס"ל דְּאֶמְרִינּוּ מִיגוּ לְהוֹצִיא. וְכַש"כ לְפִי גֵיְרַסַת הַתּוֹס' בְּגִיטִין (דָּף
כ"ו) ד"ה הָתָם כּו' דְּגֵרְסִינּוּ רַבָּה שָׁם בַּב"ב דְּרַבָּה אֶמַר זֹאת אוֹמְרַת כּו'.

דְּנוֹדָאִי א"ש לַפְמֶש"כ הֵךְ זֹאת אוֹמְרַת דְּאֶמַר רַבָּה מִשׁוּם דְּרַבָּה אֲזִיל לְטַעְמֵי' דַּס"ל בַּב"ב
(דָּף ל"ב) דְּאֶמְרִינּוּ מִיגוּ לְהוֹצִיא ע"כ אֶמַר הֵךְ זֹאת אוֹמְרַת כּו': וּלְפ"ז אֲתִי שְׁפִיר מַה
דְּמוּכַח בְּקִידוּשִׁין (דָּף מ"ג) דְּרָבָא ס"ל דְּבְרֵי ע"פ אַחַר לֹא מְהֵי וְכַפִּי שְׁפַתְבוּ שָׁם
הַרְשָׁב"א וְהָרִיטְבָ"א וְהַר"נ כַּנ"ל.

נְאֵלוּ הַקָּא בַב"ב לְפִי גֵרְסִינּוּ דְּגֵרְסִינּוּ רָבָא א' זֹאת אוֹמְרַת כּו' דְּמִשְׁמַע דַּס"ל דְּבְרֵי ע"פ
אַחַר ג"כ נִחְשָׁב לְבְרֵי. דִּי"ל דְּאִינוּ קִשְׁיָה דְלַעוֹלָם י"ל דְּגַם רָבָא ס"ל דְּבְרֵי ע"פ אַחַר לֹא
נִחְשָׁב לְבְרֵי רַק דְּעִיקָר טַעְמוֹ הוּא מִשׁוּם הֵךְ מִיגוּ דְבִידוּ שְׁנִיָּהֶם ע"י כְּתִיבַת הַרְשָׁאָה אוֹ
בְּמִתְנָה ע"מ לְהַחֲזִיר כַּנ"ל א"כ ז"א שְׁיָיָה אֶלָּא הַקָּא בַב"ב לְעֵינַי תְּבִיעָה דִּיכּוֹל לְהַרְשׁוֹתוֹ
אוֹ לְהַקְנוֹתוֹ בְּקִנְיָן הַמוֹעִיל פְּדִי שְׁיָיָה לֹו תּוֹרַת דִּין בַּע"ד לְהִיּוֹת מְהִימָן אֲזוּ ע"י בְּרֵי שֶׁלֹו
פִּינּוּ דְנִימָא בְּרִי וְשָׂמָא בְּרִי עֲדִיף.

אָבֵל הֵתֵם בְּקִדּוּשֵׁינוּ (דָּף מ"ג) דְּמִיָּרִינוּ בְּאוֹמֵר הַלֵּנָה א"י א"פ דְּבִנְיָה לֹא שְׁיִיף לֹא מְרִירָה הָיָה עֲצָה דְּהַקְנָאָה הַנִּלְדָה אֶתְּי הַלֵּנָה עֲצָמוּ הָיָה עֲלֵיו חַיִּיב לְשַׁלֵּם מִשּׁוּם א"י א"פ דְּחַיִּיב מִשּׁוּם דְּבָרֵי שְׁלֵל הַתּוֹבֵעַ עִם חֲזָקָת חַיִּיב מוֹצִיא מִהַמּוֹחֲזָק.

וּמָה דְּהַנְּתַבֵּעַ מִשִּׁיב בְּרִי ע"פ אַחַר זֶה לֹא נֶחְשָׁב לְבָרִי וְעֵינִן בְּסַמ"ע ס' קכ"ד ס"ק א' לְחַלֵּק בֵּין תּוֹבֵעַ לְנֶתְבֵעַ כַּה"ג וְכַעֲיִן מַש"כ. ע"כ שְׁפִיר אָמַר רַבָּא בְּקִדּוּשֵׁינוּ דְּבַעֲיָנוּ דְּוָקָא שְׁנֵי עֵדִים עַל הַפְּרָעוֹן וְלֹא סְתָרֵי דְּבָרֵי רַבָּא דְּקִדּוּשֵׁינוּ לְדְּבָרֵי רַבָּא דְּב"ב.

וְהָא דְּכַתּוּבָת (דָּף עו) דְּאָמַר רַב אֲשִׁי רִישָׁא מְנָה לְאַבָּא בְּיָדָהּ כּו' דְּפִירְשׁוּ הַרְשָׁבָא וְהַר"נ וְהַרִיטְבָּא שְׁם דְּטַעְמוֹ דַּס"ל דְּבָרֵי שְׁלֵל אַחַר לֹא מְהֵי וְעֵינִן בְּתוֹס' שְׁם ד"ה רִישָׁא מְנָה לְאַבָּא כּו' וּבְכַתּוּבָת (דָּף לו) תּוֹס' ד"ה הַחֲרָשֶׁת כּו' ג"כ י"ל דְּרַב אֲשִׁי ס"ל דְּמִיָּגוּ לְהוֹצִיא לֹא מְהֵי וְעֵינִן בְּמַרְאָה הַפְּנִיָם בִּירוּשְׁלַמִי לְב"מ פ"א בְּמַשְׁנֵה שְׁנַיִם אוֹחֲזִין בְּד"ה וְזֶה נוֹטֵל רַבִּיעַ כּו': וְהֵנָּה אִם נִגְרָם בְּב"ב (דָּף קל"ה) דְּרַבָּא אָמַר לְהָדָה זֹאת אוֹמְרָת וְנִדְּאֵי מוֹכַח כְּמַש"כ דְּכ"ע ס"ל דְּבָרֵי שְׁלֵל אַחַר לֹא מְהֵי רַק דְּפִלְיָה אֵי אָמְרִינוּ מִיָּגוּ לְהוֹצִיא.

וּבְאַמְתָּ אִף לְפִי הַנְּרָשָׁם בְּצִידוֹ שְׁם דְּגֵרְסִינוּ רַבָּה ע"פ הַתּוֹס' גִּיטִין וּלְפ"ז אֵין הֶכְרַח לְדְּבָרֵינוּ דְּעֵיקָר הוֹכְחִתִּינוּ הוּא מִן רַבָּא דְּקִדּוּשֵׁינוּ (דָּף מ"ג) דְּקָאֵי שְׁם עַל מִימְרָא דְּרַבָּא פְּנ"ל. עכ"ז נִרְאָה ג"כ דְּהַעֲיָקָר כְּמַש"כ דְּסִבְרַת רַבָּה בְּמָה דְּאָמַר זֹאת אוֹמְרָת כּו' הוּא מִשּׁוּם דְּאֲזִיל לְשִׁיטְתוֹ דַּס"ל בְּב"ב (דָּף ל"ב) דְּאִף מִיָּגוּ לְהוֹצִיא אָמְרִינוּ.

[וּבְמַק"א פְּתַבְתִּי לְדוֹן דְּרַבָּה דַּס"ל דְּאָמְרִינוּ מִיָּגוּ לְהוֹצִיא דְּאֲזִיל לְטַעְמִי דַּס"ל בְּב"ב (דָּף ל"א) דְּאָמְרִינוּ אִף מִיָּגוּ בְּמַקּוֹם עֵדִים וְעֵינִן בְּתוֹס' שְׁם ד"ה אָמַר רַבָּה כּו' וּבְמַהֲרָשָׁא שְׁם]. מִשּׁוּם דְּדוֹחֵק לֹא מְרִירָה אֵי בְּרִי שְׁלֵל אַחַר נֶחְשָׁב לְבָרִי אוֹ לֹא.

מִשּׁוּם דְּאֵין לְהַרְבּוֹת בְּמַחְלֻקָת כְּדִקִּי"ל דְּאִפּוּשֵׁי פְּלוּגְתָּא לֹא מְפָשִׁינוּ. וְגַם הָא קָאֲמְרִי בְּפִשְׁטוּת בְּסוּגִיא דְּקִדּוּשֵׁינוּ (דָּף מ"ג) דְּבָרֵי שְׁלֵל אַחַר לֹא מְהֵי.

וְגַם לְשׁוֹן הַגַּמ' בְּב"ב שְׁם דְּאָמַר אַבְיִי שֵׁא"ה דְּכַמְנָה לְאַחַר בְּיָדָהּ דְּמִי מִשְׁמַע דְּזֶה הִי פְּשׁוּט לְהֵם דְּאָחַד הָאוֹמֵר מְנָה לְאַחַר בְּיָדָהּ לֹא מְהֵי. וְאֵי נִימָא פְּפִשְׁטוּת הַסּוּגִיא דְּפִלְיָה בְּזֶה אִם בְּרִי שְׁלֵל אַחַר נֶחְשָׁב לְבָרִי.

א"כ לֹא שְׁיִיף לְמִימַר בְּזֶה הַלְּשׁוֹן דְּשֵׁא"ה דְּכַמְנָה לְאַחַר כּו' דְּהָא פְּלִיגִי בְּזֶה גּוֹפָא וְה"ל לֹא מְרִירָה בְּזֶה דְּה"ל מְנָה לְאַחַר כּו'. אָכֵן לְפַמַּש"כ א"ש הַלְּשׁוֹן מִשּׁוּם דְּהָא לְפַמַּש"כ דְּעֵיקָר סְבַרְת רַבָּה בְּמָה דְּקָאֲמַר זֹאת אוֹמְרָת כּו'.

הוּא מִשּׁוּם מִיָּגוּ דְּבִיד הַסְּפֵק וְהָאֵח הַנּוֹדָאֵי לְהַשְׁתַּדֵּל וְלַעֲשׂוֹת הַרְשָׁאָה אוֹ בְּמַתְנָה ע"מ לְהַחֲזִיר. א"כ ז"א רַק אִם הָאֵח הַסְּפֵק הוּא בְּיַחַד אִז עִם הָאֵח הַנּוֹדָאֵי דְּאִז יְכוּלֵת בְּיַד שְׁנֵיהֶם לַעֲשׂוֹת עֲצָה זו.

אָבֵל אִם הָאֵח הַנּוֹדָאֵי אוֹמֵר פֶּן בְּב"ד שְׁלֵל בְּפִנֵי הָאֵח הַסְּפֵק וּבְפִרְט הֵיכָא דְּנַחֲוִין לְדַרְכּוֹ וְכַה"ג דְּאִז י"ל דְּאֵין זֶה בְּיָדוֹ כ"כ לְהַשְׁתַּדֵּל עֲצָה זו ע"י הַרְשָׁאָה וְכַה"ג. א"כ לְפִי מָה שְׁנַתְּבָאָר דְּכ"ע ס"ל דְּבָרֵי שְׁלֵל אַחַר לֹא נֶחְשָׁב לְבָרִי ע"כ בְּכַה"ג כ"ע מוֹדוֹ דְּלֹא מְהֵי בְּרִי שְׁלֵל אַחַר פִּינּוֹן דְּאֵין לוֹ מִיָּגוּ הַנִּלְדָה.

ולפ"ז מדוקדק שפיר הלשון דאמר אב"י שא"ה דכמנה לאחר כו'. ולא אמר דכמנה לו בידה כו' אלא לשון לאחר דמשמעו לשון נסתר דקאי על שלא בפניו משום דכמו דאם אמר שלא בפני האח הספק דנודאי דלא מהני דאז לא שנייה הך מיגו כ"כ פנ"ל.

דס"ל לאב"י דה"ה אף אם האח הספק לפנינו ושנייה אז מיגו דבידם כו' עכ"ז לא מהני משום דה"ל פעין מיגו להוציא. ומדוקדק שפיר לשונו דקאמר בפשיטות שא"ה דכמנה לאחר כו' משום דבאומר מנה לאחר בידה שלא בפנינו היכא דלא שנייה הך מיגו דבידם כו' כ"ע ס"ל דלא מהני פרי של האחר.

א"כ כל מש"כ הוא מוכרח בפשיטות הסוגיא אף אם גרסינן רבה כמש"כ התוס' בגיטין (דף כ"ו): ענף ד ונחזור לענינינו לדברי הרשב"א דגיטין (דף ע"ח) שהקשה דה"ל א"י א"פ דתנן בב"ק שחייב והוכיחו מזה האחרונים דס"ל להרשב"א דאף בשניהם טוענים שפא חייב אם הספק בפרעון.

והקשיתי דבאמת מנלן להרשב"א להוכיח מב"ק דשניהם טוענים שפא חייב בספק פרעון בלא ה"ל למידע והא התם בב"ק מיירי בטוען המלנה פרי ואיך פתב הרשב"א בפשיטות דתנן בב"ק שחייב.

אכן לפמש"כ לפרש פשט הסוגיא דב"ב (דף קל"ה) לפי גירסת התוס' גיטין דגרסינן שם רבה דאמר זאת אומרת כו' דאין טעמו משום דס"ל דברי ע"י אחר מועיל אלא עיקר טעמו משום דהוי ביד שניהם להשתדל ע"ד הרשאה או במתנה ע"מ להחזיר ואז יהי ממש בדיבריו כמו פרי של הבע"ד עצמו.

ולפ"ז יש לדון בהא דגיטין (דף ע"ח) באוקימתא דרבה ורב יוסף דמפרשי להמשנה דספק קרוב דמיירי בשתי פתי עדים כו'. די"ל דהנה פת עדים דמעידים דהי' קרוב להלנה יהיו נאמנים משום דהוי ביד מלנה ואחד מהעדים הנ"ל להשתדל וליתן הרשאה דהא שיטת פמה פוסקים דאף על מלנה בע"פ כותבין הרשאה מן דין התלמוד וכמש"כ הסמ"ע בס"י קכ"ג ס"ק ז' והש"ף שם ס"ק א' משום דמה שהוא לטובת המשלח תקנו רבנן שיהי' מועיל הרשאה כאלו קנין גמור וכמש"כ בחידושי לסי' ע"ה ש"ף ס"ק פ"ג.

ואף לשיטת הרמב"ם וסיעתו דס"ל דאין כותבין הרשאה על מלנה בע"פ מן דין התלמוד. מ"מ הא אפשר בהקנאה למלנה ע"פ ע"י מעמד שלשתן ואף דבנ"ד ה"ל לגבי המלנה ממון שאינו יכול להוציאו לעצמו א"כ י"ל דלא מהני מעמד שלשתן בכה"ג וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ע') ד"ה אמטלטלין דכפרי' כו' להסתפק דאפשר לדמות לכתובה דלא תקנו בזה מעמ"ג וכ"כ התוס' בבכורות (דף מ"ט) ד"ה ה"מ היכא דכפרי' כו'.

עכ"ז הא התוס' בשבועות (דף ל"ג ע"ב) ד"ה היכא דלא כפרי' פתבו בפשיטות דמהני מעמ"ג אף בכה"ג ע"ש: ואף בע"כ של הלנה ס"ל להמחבר בח"מ סי' קכ"ו סעי' ז' דמהני מעמ"ג ואף דיש חולקים שם כמש"כ שם הש"ף ס"ק כ"ח עכ"ז הא מיירינן לשיטת הרשב"א.

והש"ף הביא שם בשם הרשב"א דס"ל ג"כ דמעמ"ג מהני אף בע"כ של לנה. וגם בחידושי הרשב"א ספ"ק דגיטין הביא שם שיטת ר"ת דאף בע"כ מהני וכמש"כ התוס' בגיטין (דף י"ג) וב"ב (דף פ"ה).

והרשף"א בחי' לגיטין (דף ע"ח) הנ"ל כתב נשם מתחלה כדותרצו התוס'. וי"ל דגם מש"כ בסוף שם הוא מדברי התוס' דלעיל שכתב שם.

א"כ שפיר הוי ביד המלנה ואחד מן העדים להקנות להמלנה בע"פ אף בע"כ של הלנה. וגם במתנה ע"מ להחזיר יכול להקנות לאחד מן העדים ע"י מעמ"ג.

ולכאורה אפשר לומר לשיטת רוב פוסקים דס"ל דמילתא דלא מצי לשנויי' שליח לא מהני התנאי והמעשה קיים ועיין ברמב"ם פ"ו ה"א במ"מ וכ"מ ולח"מ שם. וכיון דמעמ"ג לא מהני ע"י שליח דנותן כמבואר בסי' קכ"ו סעי' כ'.

א"כ אף דהתנה שנותנו ע"מ להחזיר ג"כ בטל התנאי כיון דלא יכול ליתן המתנה במעמ"ג ע"י שליח. אף ז"א דדוקא היכא דעצם המעשה אינו יכול לעשות ע"י שליח כמו בחליצה וקידושי ביאה לולי ההיקש הנייות להדדי.

בזה אמרו דאינו יכול להטיל בו תנאי לבטל המעשה. אבל היכא דעצם מעשה הקנאה לתבירו יכול לעשות ע"י שליח כמו במכירה ומתנה המועלת מן דין תורה רק במעמ"ג דהוי הלכתא בלא טעמא והוי קנין גרוע אמרו דלא מהני ע"י שלוחו דהנותן ע"כ אין סברא לומר דבקנין המועיל מה"ת יהי' יכול להטיל בו תנאי לבטל הקנין מה"ת ואלו בקנין מעמ"ג דאינו רק מתקנתא וקנין גרוע לא יהי' יכול להטיל בו תנאי לבטל המעשה לכן בנודאי ברור ופשוט דגם בקנין מעמ"ג מהני מתנה ע"מ להחזיר ואם לא קיים התנאי דהתורה תבטל הקנין דמעמ"ג.

וכעין זה כתב בספר בני אהובה פ"ו ה"א ה"ד גבי קנין פעוטות דמהני בזה תנאי לבטל הקנין ואף דלא מצי לעשות שליח דאין שליחות לקטן מ"מ אין זה רק מצד דמעשה קטן הוא גרוע בעצמותו א"כ לא יהי' פחו חשובה מן גדול דיכול להטיל בו תנאי ע"ש.

ונידעתי מה דינש לדון בזה ע"פ דברי הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק ו' ובקצה"ח ס"ק ד' ובא"ת ונתיבות שם וקצרותי: ענף ה' ולכן ברור דבשתי עדים המכחישים זא"ז בספק פרעון דאם יתן המלנה את החוב בע"פ ג"כ לאחד מן העדים ע"י מעמ"ג או ע"י הרשאה להסוברים בסוף סי' ע"ה דגבי משכון או שט"ח דטוען המלנה ספק דיכול להקנותו להאחר או ליתן הרשאה דיהי' דין האחר כמו ברי של הבע"ד ממש.

א"כ ה"ה בספק פרעון אף במלנה בע"פ אם יקנהו לאחד מן העדים אחר שהעיד דהי' קרוב להלנה דג"כ מהני ברי שלו כמו ברי של בע"ד ממש ויהי' חייב הלנה משום א"י א"פ ע"י ברי של א' מהעדים לאחר שיהיה לו דין בע"ד ע"י הקנאה.

דקא לאחר שהעיד יכול לקנותו להחוב כמבואר בסי' ס"ו סעי' כ"א ולא חיישינן לחשדא וכמבואר ביבמות (דף כ"ה). וכן לאחר שיתן לו הרשאה לאחר עדותו לשיטת הסוברים דהרשאה יש לו דין בע"ד לזה דיהי' מועיל ברי שלו בתורת בע"ד וגם קיי"ל לדינא דמורשה יכול להיות עד כמבואר בסי' קכ"ג סעי' י"א ועיין בסמ"ע שם.

אף לאחר שהעיד כבר לפני ב"ד בתו"ע בנודאי מותר אף לכתחלה לקנות כיון דהוא אחד מן העדים כמבואר בסי' ס"ו ש"ך ס"ק ע"א. ולכן יש להאמין להעדים האומרים שהי'

קרוב להלנה לפי שבינדם לעשות השתדלות העצה ע"י מתנה במעמ"ג ע"מ להחזיר או ע"י הרשאה ויבא לידי גובינא ע"פ דין.

ואף שאם לא היו מעידים בתו"ע להכחיש להפת השני המעידים שהי' קרוב להמלנה לא שייך מיגו הלז עכ"ז עכשיו דהעידו פן פבר בתו"ע שהי' קרוב להלנה יש בינדם לעשות פן עכשיו אף לאח"ז עצה זו ע"י השתדלות המלנה וא' מן העדים.

וכבר פתבתי במק"א דמיגו מהני אף היכא שהוא ע"י הוספה איזה ענין לטענתו דטוען פעת ועיין מזה בספרי נחל יצחק בקונטרסי לתפיסה בדררא דממונא סי' ג' ענף ג' וקצרתיו ולכן שפיר יש להאמינם ע"י מיגו ובינדם פנ"ל.

ואף שפתבו התוס' בב"ק (דף ע"ב) ד"ה אין לה בו כו' ובב"ב (דף ל"א ע"ב) ד"ה וזו באה כו' לחד תירוץ דמיגו לא מהני במקום תרי ותרי עכ"ז הא ז"א מוסכם כ"כ שם לאינן תירוץ דשם וכן התוס' בכתובות (דף י"ט ע"ב) ד"ה ואם כתיי כו' ס"ל דמהני מיגו במקום תרי ותרי.

וכן ס"ל להרשב"א עצמו בחידושו לכתובות (דף י"ט ע"ב) ד"ה ומש"ה אמרינן אוקי תרי כו'. ובחידושי הרשב"א לב"ק (דף ע"ג) שכתב לתרץ לקושיות התוס' דניהמנינהו לבתראי במיגו דאי בעי פסלינהו בגזלנותא בתירוץ אחרים.

ומשמע דהיכא דלא שייך פן נאמן במיגו אף במקום תרי ותרי וכש"כ בנ"ד דהוי בגדר שבידו לעשות עצה זו גם עכשיו ולאח"ז דזה עדיף מן מיגו פנ"ל: ועוד דהא גם להך תירוץ של התוס' ב"ב (דף ל"א) ד"ה וזו באה כו' הנ"ל דלכן א"נ במיגו דפסלינהו בגזלנותא משום דהוי מיגו במקום עדים ועיין במהרש"א שם שכתב דהך ועוד דמיגו לא יוכל לסייעם כו' שפתבו התוס' שם דהך ועוד אינו והפל חד תירוץ.

וכ"כ התוס' בב"ק (דף ע"ב ע"ב) והרשב"א בכתובות (דף י"ט) לחד תירוץ ע"ש. א"כ לפ"ז יש לדון בהא דשקלינו וטרינו בסוגיא דגיטין (דף ע"ח) דמירינן אליבא דרבה.

א"כ שפיר י"ל לשיטת רבה דס"ל בב"ב (דף ל"א ע"א) דאמרינן מיגו במקום עדים ועיין בתוס' שם דגרסינן רבה ובמהרש"א שם. דלפ"ז ונדאי יש להאמינו במיגו במקום תרי ותרי.

אף בזה יש לדון דהא מצינו גם לרב חסדא בב"ב (דף ל"ג ע"ב) דס"ל דאמרינן מיגו במקום עדים א"כ תקשה במה דתירצו התוס' בב"ק וב"ב שם על מה שהקשו במה דאמר רב הונא ורב חסדא בשתי פתי עדים המכחישים דניהמנינהו במיגו דגזלנותא.

דהוי מיגו במקום עדים. דהא רב חסדא ס"ל בב"ב (דף ל"ג ע"ב) דאמרינן מיגו במקום עדים א"כ תקשה על תירוץם אליבא דרב חסדא.

וע"כ מוכח דס"ל להתוס' הנ"ל דהך דב"ב הנ"ל לא הוי מיגו במקום עדים ממש וכמש"כ הנמוקי יוסף בב"ב שם במה דס"ל לרבה דאמרינן מה לי לשקר איבעי אמר מינך זבינתה ואכלתיה שני חזקה דטעמו דרבה דלא הוי מיגו במקום עדים ממש כו'.

לכן היכא דהוי מיגו במקום עדים ממש י"ל דמודה רב חסדא דלא אמרינן מיגו במקום עדים וא"ש דברי התוס': ולפ"ז י"ל דה"ה לרבה ג"כ שייך למימר פסברת התוס' דמיגו במקום עדים ממש מודה דלא אמרינן וה"ה במקום תרי ותרי מה"ט.

ונדחה כ"ז והעיקר כמש"כ מתחלה דכיון דהרשב"א עצמו פתב בב"ק (דף ע"ג) דמיגו מעליא מהני במקום תרי ותרי. וע"כ שפיר פתבתי דבקהא דגיטין (דף ע"ח) י"ל דעדים האומרים קרוב להלנה נאמנים במיגו דביד המלנה ואחד מהעדים להשתדל בעצה שיבא לידי גובינא ע"י הרשאה או במתנה ע"מ להחזיר.

ורבה דגיטין שם לשיטתו אגיל דס"ל בב"ב דהברי ע"י אחר הוי ברי מעליא וכמש"כ דסברתו ע"י עצה מעליא הנ"ל אבל בינד הלנה לא שייך לומר כן דהא אף דיהנה מקנה נכסיו לאחד מהעדים האומרים דהנה קרוב להמלנה מ"מ ישאר עצם החוב על הלנה משום דהא טוען ספק וה"ל א"י א"פ ובלא"ה בכל מלנה ע"פ בינד הלנה למפור וליתן במתנה ומ"מ עצם החוב הוא עליו.

וכמש"כ לבאר הסוגיא דקידושין (דף מ"ג) פנ"ל ולכן א"ש בפשיטות קושיות הרשב"א דהקשה בגיטין דיהנה חייב הלנה משום א"י א"פ דתנן בב"ק שחייב משום דהא ה"ל ע"י עצה כמו דטוען המלנה ברי דמהני בספק פרעון.

ומה דיטעון הלנה ברי ע"י העדים האומרים דהנה קרוב להמלנה הא נתבאר דגם לרבה דב"ב (דף קל"ה) הנ"ל ה"ל פמו דטוען ושמא ולא מהני ברי ע"י אחר כלל אלא היכא דשייך לדון הו מיגו ובידו הנ"ל וכיון דאין בינד הלנה כן ע"כ שפיר פתב הרשב"א בפשיטות דחייב משום א"י א"פ כדתנן בב"ק שחייב.

ולפ"ז אין ראיה להוכיח מהרשב"א דשניהם טוענים ספק חייב בספק פרעון: ענף ו נעוד נלע"ד לדון בכוננת הרשב"א הנ"ל. דהתוס' גיטין (דף ע"ח ע"ב) ד"ה מחצה על מחצה כו' פתבו דהכא לא שייך המע"ה דאין כאן ספק.

וכתב המהרש"א דלרבה ורב יוסף דמוקמי בתרי פתי עדים תקשה דנימא המע"ה ותיגרין דרבה ור"י לא יפרשו מתניתין באבד אלא כפי המרדכי דלא מיירי באבד אלא דמדדינינן למי יהנה שייך גוף המעוה הלנה אמר החזיר לי מעותי כו'.

ולכאורה קשה דאמאי לא אמרינן בזה אוקי אחזקת מרא קמא גיחזור המעוה להלנה כמו דקיי"ל בכל הספיקות בשלמא לפי רש"י דמיירי באבד א"ש משום דאין פח בחזקת מ"ק להוציא מהמחזק אבל לפי המרדכי דהוויכוח הוא לענין עצם המעוה למי הוא שייך א"כ תקשה דנימא אוקי אחזקת מ"ק כיון דאין מוציאין מהמחזק.

וי"ל דרש"י יהנה ס"ל כמש"כ הרשב"א בגיטין (דף ס"ג ע"ב) לחד תירוץא דבחוה לא שייך חזקת מ"ק דכיון דמה שבידו הוא משל אחרים. וענין מזה בספרי גחל יצחק בקונטרסי בתפיסה ע"י שליח ענף ב'.

והתוס' שלפנינו הנ"ל ס"ל דאם הנה ספיקא הנה שייך הדין דהמע"ה ולא יחלקו פמבואר ברשב"א בשם התוס' שכתבו דלא אמרינן המע"ה לפי דיש חזקת חייב המנגדתו אלא יחלקו ופליגי הנה תוס' אהדדי.

וְרֵאִיתִי בְּתוֹרַת גִּיטִין לְגִיטִין (דָּף ע"ח) תּוֹס' ד"ה מְחַצֵּה עַל מְחַצֵּה כּו' שֶׁהַקְּשָׁה דְּהָא לְעִיל דָּף ס"ג בְּהָא דְאָמְרוּ דְמִסְפָּקָא לִיָּה אִי הוּלֵךְ כּוֹכֵי דְסִפְק מְמוֹנָא לְקוּלָא וּפְיָא הֲרִשְׁבָּ"א דְגַבֵּי חוֹב לֹא שְׁיִיף חֲזַקַת מ"ק וְקָמָה לִיָּה בְּחֲזַקַת הַמְּלִנָּה א"כ קָשָׁה דַּמ"ש הֵכָא דְלֹא אָמְרִינוּ דִּינְפָּה הַמְּלִנָּה כְּדָאֵמַר הֵתָם עכ"ל.

וּבְאֲמַת אֵינוּ קָשָׁה כָּלֵל דְּשֵׁא"ה דְּכִינּוֹן דְּלֹא שְׁיִיף חֲזַקַת מ"ק מִמֵּילָא מְהֵנִי תְּפִיסַת הַשְּׁלִיחַ עֵבוֹר הַמְּלִנָּה וְלִכּוֹן ס"ל לְרַב הֵתָם דְּאֵינוּ חוֹזֵר כִּינּוֹן דְּמִסְפָּקָא לִיָּה אִי הוּלֵךְ כּוֹכֵי וּכְפִי' רְש"י שֵׁם ד"ה סִפְק מְמוֹנָא לְקוּלָא וְהַמוֹצֵיא מְחַבְּרֵי יָדוּ עַל הַתַּחְתּוֹנָה לְפִיכָּה אֵינוּ חוֹזֵר עכ"ל רְש"י.

וּכְמַש"כ בְּקוֹנְטְרָסִי בְּתַפְיֶסָה ע"י שְׁלִיחַ דִּי"ל דְּהֵיכָא דְּלֹא שְׁיִיף חֲזַקַת מ"ק מְהֵנִי תְּפִיסַת הַשְּׁלִיחַ וְלֹא מְקַרִי תוֹפְס לְבַע"ח בְּמִקּוּם שְׁחָב לְאַחֲרִים. וּז"א רַק הֵיכָא דְּהֵנִי עכ"פ תְּפִיסַת הַשְּׁלִיחַ אֲבָל הֵיכָא דְּלֹא הָנִי בְּיַד שְׁלִיחַ הַמְּלִנָּה אֲלֵא קָאֵי בְּאַגַּם וּשְׁנִיָּהֶם אֵינָם מְוַחֲזָקִים שְׁפִיר אָמְרוּ דְּחוֹלְקִין כִּינּוֹן דְּלֹא שְׁיִיף חֲזַקַת מ"ק כִּינּוֹן דְּכָל מַה שְׁבִידוּ הוּא מְשַׁל אַחֲרִים כְּמַש"כ הֲרִשְׁבָּ"א לְחַד תִּירוּצָא וְאִין מְקוּם לְקוֹשְׁיַת הַתּוֹ"ג.

וּבְלֵא"ה הָא הֲרִשְׁבָּ"א לֹא כָּתַב כּוֹן שֵׁם בְּדָרְךָ וְנִדְאֵי לְסִבְרָא הַנְּ"ל רַק לְחַד תִּירוּצָא כְּמַבְּוֹאָר שֵׁם וְקִצְרָתִי: וְשִׁיטַת הַתּוֹס' שֶׁהוּבָא בְּרִשְׁבָּ"א לְגִיטִין (דָּף ע"ח) דְּמִשְׁמַע דַּס"ל לְפָרֵשׁ גַּם אֲלֵיבָא דְּאוּקִימְתָא דְּרַבָּה וְרַב יוֹסֵף דְּמִיָּירִי בְּאֲבַד הַמְּעוֹת וְלֹא ס"ל לְפָרֵשׁ כְּפִי הַמְּרָדְכֵי דְּמִיָּירִי בְּהַמְּעוֹת בְּעֵין וְהַלְנָה אוֹמַר קְרוּב לּוֹ וְרוּצָה שְׁיַחֲזִירוּ לוֹ הַמְּעוֹת בְּחֲזָרָה כּו'.

מִשּׁוּם דִּי"ל דַּס"ל דַּא"כ יוֹחֲזֵר הַמְּעוֹת לְהַלְנָה מִשּׁוּם חֲזַקַת מ"ק וּס"ל לְהַתּוֹס' הַנְּ"ל דְּאָף בְּחוֹב שְׁיִיף חֲזַקַת מ"ק כִּינּוֹן דְּמַלְנָה אֵין לּוֹ רַק שְׁעָבוּד עַל נְכֹסֵי הַלְנָה. וְגוּף הַמְּעוֹת הֵם שֶׁל הַלְנָה וְלֹא ס"ל לְסִבְרַת הֲרִשְׁבָּ"א שְׁפָתַב בְּגִיטִין (דָּף ס"ג) דְּלֹא שְׁיִיף חֲזַקַת מ"ק בְּחוֹב וְכַנְּ"ל.

וְגַם הֲרִשְׁבָּ"א לֹא כָּתַב כּוֹן שֵׁם רַק לְחַד תִּירוּצָא לְפִי דְּכָתַב שֵׁם עוֹד תִּירוּץ דְּמַה דְּאָמַר אֲבִי שְׁלִיחַ מִתְּנָה כְּשִׁלַּח הַגֵּט לֹא בְּחַד אֲנָפָא הוּא דְּבַגֵּט מִסְפָּקָא לִיָּה וּבְמִתְנָה מִן הַנוֹדְאֵי הוּא מִשּׁוּם דָּאֵם הִיָּה סְפִיקָא הִיָּה הַדִּין דְּאֵינוּ חוֹזֵר מִשּׁוּם דְּמִסְפָּק מְהֵנִי תְּפִיסַת הַשְּׁלִיחַ וְלֹא מוֹקְמִינוּ בְּחֲזַקַת מ"ק.

וּכְמַש"כ בְּקוֹנְטְרָסִי בְּתַפְיֶסָה ע"י שְׁלִיחַ מְנָה. וּלְפ"ז אֵין הֶכְרַח לְסִבְרַתוֹ שְׁפָתַב דְּבַחוֹב לֹא שְׁיִיף חֲזַקַת מ"ק מִשּׁוּם דִּי"ל דְּאָף דְּשְׁיִיף גַּם בְּחוֹב חֲזַקַת מ"ק מ"מ אֵינוּ חוֹזֵר וְנוֹטְלוֹ מִן הַשְּׁלִיחַ מִשּׁוּם דְּמְהֵנִי תְּפִיסַת הַשְּׁלִיחַ בְּסְפִיקָא דְּדִינָא וְלֹא מְקַרִי תוֹפְס לְבַע"ח בְּמִקּוּם שְׁחָב לְאַחֲרִים וּכְמַש"כ בְּסְפָרֵי נָחַל יִצְחָק בְּקוֹנְטְרָסִי לְתַפְיֶסָה ע"י שְׁלִיחַ בְּאַרְבּוּכָה מְנָה.

וְלִכּוֹן ס"ל לְהַתּוֹס' שֶׁהוּבָא בְּרִשְׁבָּ"א לְפָרֵשׁ דְּמִיָּירִי בְּאֲבַדוֹ הַמְּעוֹת וּלְפ"ז לֹא שְׁיִיף חֲזַקַת מ"ק לְבַרֵּר הַסִּפְק אִם קְרוּב לּוֹ אוֹ לְהַמְּלִנָּה דְּכִינּוֹן דְּהַלְנָה מְוַחֲזָק אֵין מוֹצִיאֵין ע"י חֲזַקַת מ"ק מְהַמְּוַחֲזָק אֲלֵא יַחְלוּקוּ מִשּׁוּם דִּישׁ חֲזַקַת חֵיבוּבָא עַל הַלְנָה הַסּוֹמֵר לְחֲזַקַת מְמוֹנָא כְּמַש"כ שֵׁם הֲרִשְׁבָּ"א בְּשֵׁם הַתּוֹס': וְכִינּוֹן שְׁנַתְּבָאָר דְּהַתּוֹס' שֶׁהוּבָא בְּרִשְׁבָּ"א ס"ל דְּשְׁיִיף חֲזַקַת מ"ק גַּם בְּהָא סִפְק פְּרַעוֹן אִם הִיָּה קְרוּב לְמַלְנָה אוֹ לְהַלְנָה א"כ לְפ"ז יֵשׁ לְפָרֵשׁ עַל נְכוֹן לְמַה שֶׁהַקְּשָׁה הֲרִשְׁבָּ"א ע"ז וּא"ת הָא ה"ל כְּמוֹ מְנָה הַלּוּיִתְנִי וּא"י א"פ דַּתְּנִן שְׁחֵיב כּו'.

והוכיחו מזה האחרונים דס"ל להרשב"א דאף בשניהם טוענים שפא חייב ובאמת תקשה דמנלן להרשב"א זה והרשב"א עצמו הביא שם לשון הגמ' דהלה תובעו מנה הלוימני וא"י א"פ דתנן שחייב א"כ בעינו דוקא שיתבע המלוה טענת ברי.

ומנלן לו דבלא ה"ל למידע שאני. אכן לפמש"כ א"ש בפשיטות דכיון דשייף הקא חזקת מרא קמא להעמיד הממון שזרק שהיה קרוב להלנה משום חזקת מ"ק המבררת לנו דלא יצא הממון מרשות הלנה.

והנה בחידושי הרמב"ן לב"ב ד' ל"ד פתב דחזקת מ"ק עדיף ממעלת ברי ולכן אף דהתובע טוען ברי והנתבע אומר שפא ינתן לבעל חזקת מ"ק אף דלא הוי מוחזק ממש. וכן הוא שיטת הראשונים בב"מ (דף ק') בפשנה הלוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול והקשו הר"נ והנ"י והשמ"ק דאמאי זכה בגדול הא חזקת מ"ק עדיף והוכיחו מזה דאף בגלגול שבועה אמרינו מחייב שבועה ואיל"מ פמבואר בסי' ע"ה סעיף ט"ו.

ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' נ"ט ס"ק ב' ובסי' ע"ב סעיף י"ח ענף ב'. וכבר פתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח דחזקת מרא קמא הוי חזקה המבררת ע"ש.

וכיון דחזקת מ"ק עדיף מן ברי א"כ הדין נותן דכמו דע"י ברי ושפא בצירוף חזקת חיוב של הלנה מוציאין ממון מהמוחזק דה"ה בהה ספק קרוב להמלנה או להלנה דיש בזה שני חזקות היינו חזקת מ"ק המבררת לנו דנימא דהי קרוב להלנה ולא יצא גוף הממון מרשות הלנה.

ועוד חזקת חיוב שהי' על הלנה מקודם והנה שני חזקות אינם תלויים זה בזה. ואף לפמש"כ הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' מ"ג להשיג על הפנ"י בענין שני חזקות דחזקת א"א וחזקת חי' דהם נחשבים לאחד ועיין מש"כ שם בשם הריב"ש ואכמ"ל.

אבל בנ"ד הם חזקות מחולקים ונפרדים זה מזה. לכן ע"י חזקת מ"ק דעדיפא מן ברי וגם ע"י חזקת חיוב.

הוי כמו ברי וחזקת חיוב ביחד דחייב הלנה ושפיר פתב הרשב"א לדמות זה להא דב"ק מנה הלוימני והלה א' א"י א"פ דחייב משום דחזקת מ"ק דינו כמו מעלת ברי. אף בכל ספק בפרעון לא שייף לדון להחזקת מ"ק הנ"ל דהא במה שאנו מסופקים אם פרעו לא הוחזקו לנו מעולם כלל והוי כעין חזקה שלא נתבררה דלא הוי נחשב לחזקה.

אבל בהנה מעות דזרק בפנינו והוחזק המעות לנו בחזקת בעלים הראשונים ע"כ דינה כמו כל חזקות המבררות. וגם עדיפא חזקת מ"ק משארי החזקות פנ"ל ע"כ שפיר פתב הרשב"א לדמות לכל א"י א"פ דב"ק דחייב: ונדעתי מה דיש לדון בכ"ז ע"פ דברי הרמב"ן שהובא בר"נ פ"ו דגיטין בסוגיא ד' ס"ד ובב"ש סי' ל"ה ס"ק ל' דלא מהני חזקת קרובות שאינן באות לדון בפנינו להקרובות שאנו דנין עליהן.

א"כ ה"ה בהה חזקת מ"ק דיש על המעות דזרק לו י"ל דדוקא היכא דאנו דנין על עצם המעות למי הם שייכים בזה מוקמינו על חזקת מ"ק המבררת על המעות דלא יצאו מרשות בעלים הראשונים.

אָבֵל בנ"ד דְּאָבְדוּ הַמַּעוֹת וְאִין אָנוּ דְּנִין עַל עֲצָם הַמַּעוֹת רַק אִם מְחַוְּיָב הַלְוָה אוּ לֹא בְּזוּה
י"ל דְּלֹא מְהַיָּי חֲזַקת מ"ק שְׁהֵיָה עַל הַמַּעוֹת לְבָרֵר וּלְחַוְּיָב לְהַלְוָה מִשּׁוּם א"י א"פ. אָבֵל
כְּבָר כָּתֵב הַנּו"ב בַּמ"ק ח' יו"ד סי' ו' דְּהַרְשָׁב"א לֹא ס"ל לְסַבְרַת הַרְמַב"ן הַנּו"ל וְגַם הַעֲלָה
שֵׁם דְּרַק חֲזַקת פְּנוּיָה דְּלֹא הוּי חֲזַקת מְעַלְיָא בְּזוּה אָמְרוּ דְּלֹא מְהַיָּי לְבָרֵר לְעַנְגּוֹן אַחַר אָבֵל
חֲזַקת מְעַלְיָא מוֹעֲלַת גַּם לְבָרֵר לְעַנְגּוֹן אַחַר.

וְכֵן הִבִּית מְאִיר בְּסִי' ל"ה סְעִי' י"א פְּתַב חֲזַלּוּק אַחַר דְּוִדּוּקָא בְּבַעַל בְּחִירָה פְּתַב הַרְמַב"ן
כֵּן ע"ש. וּלְפ"ז בנ"ד דְּלֹא הוּי בַּעַל בְּחִירָה וְכֵן חֲזַקת מ"ק הוּי חֲזַקת מְעַלְיָא וְחַשְׁיָבָא טְפִי.
וְעִינָן בַּב"מ (דָּף ק' ע"א) תוּס' ד"ה הָא מַנִּי כו'. וְכֵן פְּתַבְתִּי בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' יו"ד סי'
י"ח דְּחֲזַקת מ"ק הוּי חֲזַקת הַמְבַרְרַת וְכַנ"ל.

ע"כ שְׁפִיר פְּתַבְתִּי דַּע"י חֲזַקת מ"ק דִּישׁ עַל הַמַּעוֹת מְבַרְרַת עַל עֲצָם הַחַיּוּב שְׁחַוְּיָב הַלְוָה
וְכֵן הַחֲזַקת חַיּוּב שְׁעַל הַלְוָה דַּכ"ז הוּי כְּמוֹ בְּרִי וְחֲזַקת חַיּוּב דְּמוֹצִיאִין מִהַלְוָה בְּכָל א"י
א"פ. א"כ נִתְבָּאֵר ב"ה שְׁנֵי אוֹפְנִים בְּכַוֵּנַת הַרְשָׁב"א דִּי"ל דַּס"ל ג"כ כְּמוֹ דְּמִשְׁמַע בְּש"ס
וְכָל הַפּוֹסְקִים דְּוִדּוּקָא בְּטוֹעֵן הַתּוֹבֵעַ בְּרִי בְּזוּה חַוְּיָב הַלְוָה בַּא"י א"פ אָבֵל בְּשְׁנֵיהֶם טוֹעֵנִים
שְׁמָא פְּטוּר.

וְשְׁפִיר מְדוּקְדָק לְשׁוֹן הַרְשָׁב"א שְׁכַתְבַּ דַּה"ל כְּמִנְהַ הַלּוּיַתְנִי וַא"י אִם פְּרַעַתִּיהָ דְּתַנּוּן בַּב"מ
(דָּף קי"ח) שְׁהוּא חַוְּיָב. מִשּׁוּם דְּלֹאֲנֹפֶן הָרֵאשׁוֹן שְׁכַתְבַּתִּי דִּישׁ בִּינְדָם הַעֲצָה לְהַשְׁתַּדֵּל ע"י
הַרְשָׁאָה אוּ בְּמַתְנָה שְׁיָבֵא לְגוּבְיָנָא ע"י בְּרִי שְׁלַ הַבַּע"ד כו' בְּנוֹדָאֵי דוֹמָה לְהָא דַּב"ק דְּגַם
בְּהָא דְּגִיטִין ה"ל ג"כ כְּמוֹ בְּרִי שְׁלַ בַּע"ד.

אוּ כְּפִי שְׁכַתְבַּתִּי בְּאֲנֹפֶן הַשְּׁנֵי דְּמִשּׁוּם חֲזַקת מ"ק אֲתִי עֲלָה דַּה"ל ג"כ כְּמוֹ מְעַלַת בְּרִי.
וְדַרְוֹ הָרֵאשׁוֹנִים לְקַצֵּר בְּלִשׁוֹנָם כִּידוּעַ וְנִדְחָה הוֹכַחַת הָאֲחֵרוֹנִים מֵהַ שְׁהוֹכִיחוּ דִּין מְחַוְּדָשׁ
מִהַרְשָׁב"א.

וּבְשִׁיטַת הַמְרָדְכֵי דְּגִיטִין דְּכַתְבַּ דְּהַדִּין הוּא בְּאָבְדוּ הַמַּעוֹת וְסַפְק קְרוּב כו' דַּהַמַּע"ה. מִשּׁוּם
דִּי"ל דַּס"ל דְּהוּי כְּמוֹ שְׁנֵיהֶם טוֹעֵנִים שְׁמָא דְּאָרְף סַפְק בְּפְרַעוֹן פְּטוּר וְלֹא ס"ל לְהַדְּרַ עֲצָה
דְּבִינְדָם לְהַשְׁתַּדֵּל עֲצָה לְהַרְשָׁאָה וּבְמַתְנָה הַנּו"ל.

וְגַם י"ל דַּס"ל לְהַמְרָדְכֵי כְּהַנּוּךְ תְּרוּצִים שְׁכַתְבוּ הַתּוּס' בַּב"ב (דָּף ל"א) וּבַב"ק (דָּף ע"ב)
הַנּו"ל דְּמִיגוֹ לֹא מְהַיָּי בְּמָקוֹם תְּרִי וְתַרִי. וְלִהְאֲנֹפֶן הַשְּׁנֵי דְּכַתְבַּתִּי דִּישׁ שֵׁם מְעַלַת חֲזַקת
מ"ק דְּעַדִּיר מִן בְּרִי כַּנ"ל.

י"ל דַּס"ל לְהַמְרָדְכֵי כַּמַּש"כ הַשְּׁמ"ק בְּשֵׁם הַרְאָב"ד לַב"מ ד' ק' דְּמְעַלַת בְּרִי עֲדִיפָא מִן
חֲזַקת מ"ק ע"כ אִין לְדַמּוֹת זֶה לַא"י א"פ וְהַמְלָנָה טוֹעֵן בְּרִי. וְכִינּוּן דְּמִן הַמְרָדְכֵי מוֹכַח
דַּס"ל דַּכ"ז דְּאִין הַמְלָנָה תּוֹבֵעַ בְּבָרִי אִין מְחַוְּיָבִין הַלְוָה ע"כ אִין לְנוּ לְהַרְבּוֹת בְּמַחְלֻקַת
כִּינּוּן דִּי"ל דְּמִן הַרְשָׁב"א אִין הַכְרַעָה בְּרוּרָה לְדוֹן דְּפְלִיג לְכוּן נְקִטִינּוּ לְדִינָא דְּאִין מוֹצִיאִין
מִהַלְוָה: עֲנָף ז' וּבְעִיָקֵר הַעֲנָנִין בְּשְׁנֵיהֶם טוֹעֵנִים שְׁמָא בְּפְרַעוֹן בְּמָקוֹם דְּלֹא ה"ל לְמַלְנָה
לְמִידַע יֵשׁ לְדוֹן דְּזַהוּ פְּלוּגַתִּת רֵאשׁוֹנִים שְׁהוּבָא בְּסִי' צ"א סְעִי' ב' דְּשִׁיטַת הַמְחַבֵּר בְּשֵׁם
הַרְמַב"ם דָּאִם מְתוּ פּוֹעֲלִים אִין הַיּוֹרְשִׁים נוֹטְלִים.

והמ"מ פ' ט"ז הל' ה' הל' מלנה כתב בשם הרמב"ן שאם מתו פועלים יורשים נשבעים ונוטלים וכ"כ הר"נ פ"ב דקדושים והובא בש"ך שם ס"ק ט' שהכריע כן לדינא משום דזה הוי כמו א"י א"פ ע"ש.

ומה שרצה להעמיס פן בכוננת הרמב"ם דשם זהו דוחק כמבואר בקצה"ח שם. א"כ לשיטת הר"נ והרמב"ן דיורשי פועלים נוטלים בשבועה דלא פקדנו מוכח דס"ל דאף בשניהם טוענים שפא פיון דהספק בהפרעון דלא ה"ל למידע דחייב הלנה דהא התם היורשים טוענים שפא.

ולא שייך לומר דהתם טוענין ליורשים בכל מה דמצי אבוהון למטען א"כ ה"ל פטענת פרי כמבואר ברא"ש רפ"ב דכתובות. דז"א דהא כתב הש"ך בס"י ע"ב ס"ק קמ"ב לכלל ברור דהא דטוענין ליורש זהו רק להחזיק אכל לא להוציא ע"ש.

א"כ ה"כא דה"ל להוציא לא שייך לומר טוענין ליורש ואפ"ה אמרו דמוציאין יורשי הפועלים מהבעה"ב א"כ מוכח דאף בטענת שפא פיון דלא ה"ל למידע דחייב הלנה. ובאמת לפי פשוטות הרמב"ם והמחבר דס"ל דאין יורשי הפועלים נוטלים א"כ מוכח דס"ל דכיון דאין פאן טענת פרי אינו חייב הבעה"ב וה"ל נ"ד פלוגתא דרבנן דה"ל.

ולפי מה שהכריע הש"ך דהתם הדין דכ"ע מודו דיורשי הפועלים נוטלין א"כ לפ"ז יהיה מוכח לדינא דה"ה בכל ספק בפרעון אף בטוענים שפא חייב הלנה. אף לפמ"ש"כ האו"ת בס"י צ"א ס"ק ב' די"ל דהרמב"ן מייירי בהכחישו הפועלים בחייהם בב"ד דנחשב זה לברי מעליא.

א"כ אין ראי' מהתם לדינא: ומה דהחליטו האו"ת והנתיבות שם ס"ק ב' דכ"ז דלא עמדו הפועלים לתפוע בב"ד לא נחשב לטענת פרי לפי דהא קי"ל דאמר לי אבא לא הוי טענת פרי כמבואר ס"ס ע"ה. לענ"ד יש לחלק דהא פיון דאביהם היה נאמן לומר בטענת פרי שלא נפרע בצירוף חזקת חיוב כמו בכל א"י א"פ.

א"כ יש לומר דבזה גם בטענת היורשים שאומרים דכך אמר להו אבא נחשב לטענת פרי פיון דלפי דבריהם שאמר להם אבא פן והיה נאמן ע"ז א"כ ה"ל כמו דאם היו טוענים ששמעו פן מן עדים שהעידו בב"ד והלכו למדינת הים וכה"ג ודאי דזה נחשב לטענת פרי רק דבעדים בעינין שיגידו בב"ד דכ"ז דלא העידו בב"ד אין בדבריהם ממש.

משא"כ בבע"ד עצמו דנאמן לעולם משום חזקת חיוב המסייעו א"כ נחשב גם טענת היורשים לטענת פרי פיון דלפי דבריהם דאביהם א"ל פן והיו נאמנים נחשב זה לטענת פרי ועיין בס"י ע"ה באו"ת ס"ק ח'.

והא דקי"ל באמר לי אבא לא הוי טענת פרי י"ל דזהו רק לענין לחייב שד"א וה"ה שבועת היסות לכמה פוסקים לפי דחייב שבועה בב"ד תליא וכ"ז דאינו טוען פן בפני הב"ד אינו יכול לחייבו שבועה ע"כ לא שייך לומר התם דא"ל אבא יהיה נחשב לטענת פרי פיון דעיקרו אינו רק לענין שבועה והאב עצמו לא היה נאמן כ"ז שלא היה לפני הב"ד ע"כ שפיר קי"ל דאין זה נחשב לטענת פרי.

ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק צ"א שכתב שם דשבועה תלוי בפסק הב"ד. אבל הכא שהאב
היה נאמן להוציא הממון י"ל דגם טענת יורשיו שפך א"ל אפא ה"ל פטענת פרי ולכן
אף שלא תבעו הפועלים בב"ד ג"כ ה"ל כמו פרי פן י"ל בזה.

אף לפרש פן לכוננת הרמב"ן שם אינו סברא דא"כ לא ה"ל לומר שם דנשבועים היורשים
שבועה דלא פקדנו ונוטלים אלא ישבעו דכן א"ל אביהם שלא נפרעו. אף לדינא שפיר
י"ל ולחלק בין אמר לי אפא לחיוב שבועה ושאני היכא דנאמן אף להוציא הממון.

וכן מש"כ האו"ת לפרש לכוננת הרמב"ן דמייירי בתבעו הפועלים בסייעהם בב"ד זהו
דחוק לכל המעיין היטב וקצרותי. א"כ מוכח מהרמב"ן וסייעתו דס"ל דאף בשניהם
טוענים שפא חייב בספק בהפרעון היכא דלא הל"ל.

וכן י"ל לדינא דאם אמר אביהם אף שלא בב"ד נאמן פנ"ל וכדמצינו גבי נאמנות האב
שפנו בכור דנאמן אף חוץ לב"ד כמבואר בב"ב (דף קכ"ז) ובס"י רע"ז וכן פתבתי בספרי
נחל יצחק סי' נ"ו ס"ק ג' גבי מיגו ודוקא בעדים בעינן שיעידו בב"ד וקצרותי: שוב ראיתי
דגם זהו אינו ראיה מכרעת לפי דבעיקר הפלל שכתב הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב דאין
טוענים ליורש להוציא יש לדון בזה טובא והוא פי התוס' בכתובות (דף ל"ו) ד"ה
החרשת כו' פתבו פי' הקונטרס דאי הנה פקחת לטעון הנה טענה משארסתי נאנסתי
וקשה לר"י דהיכי טענינו לה הכי מספק לאפוקי ממונא פינו דאיהי לא טענה כו'.

והריטב"א והשמ"ק שם פתבו בזה"ל לקמן פגון זה פתח פיה לאלם הוא פי' רש"י ז"ל
וטענינו לה פי' משנתארסה נאנסה והקשו עליו בתוס' דהאי טענה טענת שפא היא לדין
נאנו בעינן טענת פרי לר"ג כדאי' בפ"ק ולא קשיא דכי איתא לדינא פי' דינא קושטא
דמלתא בעינן דטעין בפרי אבל השפא דאיהי לאו בת טענה היא אנו טענינו לה אף בשפא
פגון כל מקום שטוענין ליורש וללוקח כו' עכ"ל הרי להדיא דה"ל פללא שכתב הש"ך
דאין טוענים ליורש להוציא דזהו פלוגתת רש"י ונתוס' כפמש"כ הריטב"א והשמ"ק
בכוננת רש"י.

דהתוס' ס"ל ג"כ דאין טוענים להוציא אבל רש"י ס"ל דגם להוציא טענינו וכן ביורש
ולוקח וכתבו בפשיטות כמו בכ"מ שטוענין ליורש וללוקח כו'. וי"ל דטעמם בזה ע"פ
שיטת פמה מהראשונים דס"ל דאם קנה שנה והמוכר דר' בי' חד יומא דלא מפעיא אם
החזיק ת"י שלשה שנים דטוענין ללוקח ואף אם לא החזיק שלשה שנים רק דאין
להמערער עדים שהיתה שלו רק הלוקח מודה לו שהיה כפר שלו דטענינו לי' שהמוכר
הי' נאמן לומר לקוחה בנדי במיגו דלא היה שלף מעולם וכמש"כ הש"ך בארנפה בסי'
קמ"ו ס"ק י"ג ונתוס' בשם הרשב"א בב"ב (דף ל' ע"א) סד"ה לאו קמודית כו'.

ואף דהתם הא הוי ג"כ להוציא דהא קיי"ל דקרקע בחזקת בעלים עומדת בכ"מ
אפ"ה טוענין ליורש וללוקח פן י"ל בכוננת הריטב"א והשמ"ק שכתבו בפשיטות דטוענין
ליורש ולוקח אף להוציא.

אף אנו מסברא דנפשיה לא מצינו לאוכוחי פלל מזה משום די"ל דאף דלא החזיק בה
שני חזקה ג"כ מקרי הלוקח דמחזיק הקרקע בשם מוחזק קצת כדמצינו בב"ב (דף ל"ב

ע"ב) תוס' ד"ה והלקתא פנותי' דרבה בארעא פ'עין זה דאף בלא החזיק שני חזקה מהני מיגו של המחזיק ולא מקרי מיגו להוציא ע"ש.

אף בכוננת הראשונים הנ"ל שפיר י"ל כמו שפתיבתי בבאור דברייהם דלא ס"ל לסברת התוס' הנ"ל והא דהלקתא פנותי' דרבה בארעא אין זה הכרח לנ"ד וקצתתי: ויהיה אף שיהי' עכ"פ חזינו דשיטת רש"י והריטב"א דאף להוציא טענינו לירוש ולוקח ולא ס"ל להפלל של הש"ך הנ"ל.

ולכן מתורץ קושיות הש"ך על הטור והמחבר בסי' ע"ב סעי' ל"ד בירוש שהוציא שטר כו' וטוען הירוש שהמשכון נאנס ותובע המעות נשבע הנתבע היסת כו' והקשה הש"ך דאמאי ישבע הא אין טוענין לירוש להוציא ולחייב שבועה.

ומכש"כ לפי פסק המחבר בסי' קל"ג פהרמב"ם בכלים העשויים להשאיל שמוציאין מיד הירוש ואין משביעין להמערער היסת כו' עכ"ל. אכן באמת י"ל פינו דמצינו שיטת הראשונים הנ"ל דס"ל דאף להוציא טענינו א"כ י"ל דגם הטור והבעה"ת והמחבר ס"ל ג"כ דטוענין אף להוציא ולכן שפיר פתבו דחייב הנתבע היסת.

והא דסי' קל"ג דמוציאין מיד הירוש בל"ש י"ל ולחלק דזקא היכא דיש להמוריש חזקת חיוב על פ' בזה טוענין לירוש א"כ התם בסי' ע"ב סעי' ל"ד בירוש שהוציא שטר כו' דיש להמוריש חזקת חיוב על פ' בזה אמרו דטוענין לירוש לחייב להנתבע ש"ה פינו דהיה למורישם אינה זכות עכ"פ.

אף נאנסו לא טוענין משום דהוי לא נשכיח ולכ"ע לא טענינו להוציא כמש"כ באור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ק"ס ע"ש. משא"כ בהא דסי' קל"ג בכלים העשויים להשאיל דלא הנה להמוריש שום זכות כלל לא חזקת חיוב ודכונתי' א"כ לא הנה להמוריש שום זכות כלל בזה התביעה די"ל דבתורת שאלה אתאי לידו ע"כ בכה"ג לא טענינו להוציא לחייבו שבועה דאין דינו כמו טענת פרי.

וגם יש להסביר זה ביתר ביאור דהא חזינו דגם בהחזיקו הירושים שני חזקה דלא טענינו להו רק אם דר בי' המוריש חד יומא כמבואר בב"ב (ד' מ"א) ובסי' קמ"ו והטעם הוא דבעינו דיהנה אינה זכות קצת להמוריש עכ"פ א"כ ה"ה היכא דהנה להמוריש אינה חזקת חיוב וכה"ג בזה טוענין לירוש משא"כ היכא דלא הנה להמוריש אינה זכות קצת אין טוענין לירוש.

ועפ"ז יש לדון במש"כ הש"ך בשם הראשונים בסי' רצ"ז ובסי' קמ"ו ס"ק י"ג גבי יורשי גפקד דטענינו להו לקוח שהנה אביהם נאמן במיגו דהחזרתי ע"ש וכן בסי' שס"א ש"ך ס"ק ד' בשם הרמב"ן. דהא התם לא הוי שום הוכחה וזכות קצת לאביהם דהא הנה בפקדון ת"י אביהם.

אף יש לחלק דשא"ה דהוי מוחזקים ממש פ'עת דהחפץ הוא ת"י הירושים. אבל היכא דבאים להוציא שפיר יש לחלק דהיכא דהנה לאביהם חזקת חיובא בזה טוענין לירוש דזה הוי כמו להחזיק להחזקת חיוב ולומר שלא נשתנה מחזקתו הראשונה אבל היכא דלא הנה לאביהם חזקת חיוב מעולם הוי להוציא ממש ובכזה אמרינו כל הטוען דבר מחודש עליו הראי': ואף לפמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב לדינא דאין לחייב את

הנתבע שבועה לפי דאין טוענין ליורש בכה"ג י"ל דזהו רק בענין חיוב שבועה בעלמא דקא אף לאחר חיוב השבועה ג"כ לא יהי' לו זכות להחזיק המזון גם אם לא ישבע דקא בשבועת היסת לא נחתינו לנכסיו ואין זה מקרי זכות כ"כ להמוריש להיות טוענין ליורש בזה.

[ונהו בכלל דבר שאין בו ממש דמבואר בסוף סי' רע"ו דאין היורשין יורשים דבר שאין בו ממש וענין בגיטין (דף מ') אף בזה יש לדון טובא וקצרתי ובאמת אין זה הכרח כ"כ לדברינו].

ולכן בהא דסי' צ"א ש"ף ס"ק יו"ד דכתב הש"ך להכריע דבמתו פועלים יורשים נשבעים ונוטלין י"ל דטעמו ג"כ משום דטוענין בכה"ג פנין דהי' זכות לאביהם משום חזקת חיוב א"כ הוי זה ג"כ כמו להחזיק דטוענין בכה"ג לשיטת רש"י והריטב"א.

וי"ל דגם סברת רש"י והריטב"א דטוענין אף להוציא זהו ג"כ משום חזקת הגוף דיש התם בכחובות גבי הא דהחרישת והשוטה אין להם טענת בתולים. ואף דנימא דאין זה במשמע דברי הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב הנ"ל וכפי מש"כ הש"ך שם ס"ק קמ"ג ע"ש.

מ"מ פנין דמצינו דשיטת רש"י והריטב"א להדיא דכתבו דאף להוציא טוענין ליורשים ויהי' מאיזה טעם ושיהי' ע"כ שפיר יש לומר בכוננת הרמב"ן והר"ן דכתבו דבמתו פועלים יורשים נשבעים ונוטלים דזהו מטעם דס"ל דאף להוציא טוענין ליורש ואף להתוס' דכתבו בכחובות (דף ל"ו) דלאפוקי ממונא לא טוענין י"ל דזהו דנקא התם דאינה באה מפח זכות המוריש אלא מפח זכות עצמה אבל היכא דבאים מפח זכות המוריש י"ל דגם התוס' מודו דטוענין ליורש אף להוציא.

ועכ"פ אין ראוי מהרמב"ן והר"ן הנ"ל להוכיח דס"ל דגם בשניהם טוענים שפא בספק פרעון חייב די"ל דשא"ה דכיון דטוענים ליורש אף להוציא הוי זה כמו טענת ברי ושיטת הרמב"ם והמחבר בסי' צ"א דס"ל דבמתו פועלים אין יורשיו נוטלים י"ל דס"ל דבאמת לא טוענין ליורש להוציא וכפשטות דברי הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב.

ועיקר הד' מילתא אי טוענין אף להוציא י"ל דזה תליא ג"כ בפלוגמת הרמב"ם והרמב"ן והר"ן הנ"ל: גם יש לחלק דשאני בהא דכתובות (דף ל"ו) דחרישת ושוטה אין להן טענת בתולים דהוי ספק בעיקר החיוב דשפא היתה בעולה בעת שאירסה ואף דיש חזקת הגוף מ"מ פנין די"ל דילמא לא הי' לה זכות מעולם ע"כ ס"ל להתוס' דלא טוענין להוציא.

אבל בפועלים שמתו פנין דידוע דהי' זכות לאביהם בהמזון והחוב הלז מכבר ע"כ בכה"ג י"ל דגם התוס' מודו לשיטת הרמב"ן והר"ן הנ"ל. ולכאורה יש להוכיח פן ממה דקיי"ל דיורשים שהוציאו שט"ח על אחר דנשבעים שלא פקדנו ונוטלים.

וקשה דקא פנין דטוענים שפא א"כ יהי' זה דומה להא דסי' נ"ט דמלנה שטוען על שט"ח שאינו יודע אם נפרע והלנה טוען ברי פי הוא פרוע דאינו גובה משום דמעלת ברי ומחזקת של הלנה עדיף ממעלת שטרא בידי מאי בעי.

א"כ ה"ה בְּיִרְשָׁה שְׁהוּצִיא שט"ח על אַחַר וְהִלְנָה טוֹעֵן פְּרוּעַ דְּקִי"ל בַּח"מ ס"י ק"ח סע"א ה' דְּיִוְרָשִׁים נִשְׁבָּעִים שְׁלֵא פְּקֻדְנוּ וְנוֹטְלִים הָא פִּינּוּן דְּלֵא טְעֵנִין לְהוּצִיא א"כ הָנִי טְעַנְתָּ הַיִּוְרָשׁ עַל שְׁטָרוֹ כְּמוֹ טְעַנְתָּ שְׁמָא א"כ יֵהִי נֶאֱמָן הִלְנָה מִשּׁוּם מַעֲלַת בְּרִי וּמִחֻזְקוֹת.

וְכֵן בְּיִוְרָשׁ מִיְתוּמִים פִּינּוּן דְּטוֹעֲנִים לְהַחְזִיק הָנִי טְעַנְתִּיהוּ כְּמוֹ טְעַנְתָּ בְּרִי א"כ לֹא יֵהִי כִּיְוָלִים לְגַבּוֹת בְּשִׁטְרָם שְׁיִרְשׁוּ פְּלֵל הֵן מְהַמְלִינָה וְהוּ מִיְתוּמִים. אַכּוּן אִי נִימָא דְּהִיכָא דְּהִי לְמוֹרִישָׁם חֻזְקַת חַיִּיב מִכְּבָר בְּהַחֹב הִלְזוּ בְּכַה"ג טְעֵנִין לְיִוְרָשׁ אַף לְהוּצִיא א"ש בְּפִשְׁטוֹת מַה דְּגוֹבִין הַיִּוְרָשִׁים בְּשִׁטְחָא שְׁת"י מִשּׁוּם דְּהָנִי דִּינָם כְּמוֹ טְעַנְתָּ בְּרִי.

אַף גַּיִשׁ לְחַלְקָא דְּשִׁאֲנִי בְּשִׁטְחָא דְּהָנִי קֶצֶת פְּגָבוּי לְכַמָּה עֲנִינִים כְּמִש"כ הַכְּנָה"ג וְהוּבָא בְּאוֹ"ת בְּכָלְלִי מִיגוּ ס"ק ח' ע"כ מִקְרִי זֶה ג"כ קֶצֶת כְּמוֹ טוֹעֵנִין לְהַחְזִיק. וְעוֹד דְּהָא הַעֲלִיתִי בְּסִפְרֵי גַחַל יִצְחָק ס"י נ"ט דְּהִיכָא דְּלֵא ה"ל לְמִידַע אַז אַף דְּהַמְלִינָה טוֹעֵן שְׁמָא ג"כ גּוֹבָה בְּשִׁטְרוֹ וְכִמִּש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי קכ"ב ס"ק י"ז ע"ש.

לְכֵן בְּנוֹדָאֵי א"ש בְּפִשְׁטוֹת מַה דְּיִוְרָשׁ גּוֹבָה בְּשִׁטְרוֹ מִהִלְנָה אַף דְּטוֹעֵן בְּרִי שְׁהוּא פְּרוּעַ דְּהָא שְׁמָא שְׁל יוֹרְשִׁים לֹא ה"ל שְׁמָא גְרוּעַ וְנִדְחָה רֵאִי זֶה. נִחְזוֹר לְעֲנִינֵינוּ דְּכִינּוּן דְּחֻזְקָא שִׁיטַת רַש"י וְהַרִיטְב"א דַּס"ל דְּאַף לְהוּצִיא טְעֵנִין לְיִוְרָשׁ ע"כ בְּנוֹדָאֵי אִין שׁוּם הוֹכְחָה מִן שִׁיטַת הַרְמַב"ן וְהַר"נ וְהַבְּעָה"ת דְּכַתְּבוּ דְּבַמְתוֹ פּוֹעֲלִים יוֹרְשִׁים נִשְׁבָּעִים וְנוֹטְלִים דְּיֵהִי ס"ל דַּה"ה בְּכָל סִפְק פְּרַעוֹן בְּשִׁנְיָהֶם טוֹעֲנִים שְׁמָא יֵהִי חֵיב הִלְנָה.

מִשּׁוּם דִּישׁ לּוֹמַר דַּס"ל כְּפִשְׁטוֹת רַש"י וְהַרִיטְב"א הַנְּ"ל דְּמִשּׁוּם טוֹעֵנִין לְיִוְרָשִׁי הַפּוֹעֲלִים אַתּוּ עֲלֵה וְהָנִי דִּינּוּן כְּמוֹ כָּל טוֹעֵן בְּרִי שְׁלֵא נִפְרַע הַחֹב. אַבְּל הִיכָא דְּלֵא שְׁיִיף טוֹעֵנִין כּו' גַּם אִינְהוּ מוֹדוּ דְּהִלְנָה פְּטוֹר פִּינּוּן דְּאִין כְּאִין טְעַנְתָּ בְּרִי מִהַחֹבָע: עֲנָף ח וְלִקְמָן ס"י רצ"א שְׁ"ף ס"ק מ"ד שְׁהִבִּיא בְּשֵׁם הַיִּש"ש פ' הַגּוֹזֵל ס"י ג' שְׁפַתְבּוּ בְּשׁוֹמֵר שְׁמָסֵר לְשׁוֹמֵר חֵיב דְּאִם חַיִּיבוֹ הוּא מִשּׁוּם דַּה"ל כְּפִינִי יוֹדַע אִם הַחֻזְרִתִּי בְּעֵינֵי דְּיֵהִי טוֹעֵן הַמְּשָׁאֵל בְּרִי לִי דְּפִשְׁעָא וְאִם אִינוּ טוֹעֵן בְּרִי שְׁמָא וְשְׁמָא הוּא וְהַמַּע"ה וְדוּמָה לֹא שְׁאֲמַר הַלּוֹיִתְנִי וְא"י א"פ וְזֶה א' ג"כ א"י פְּטוֹר עכ"ל.

וְהַשְּׁ"ף הַעֲלָה דְּעִיקְרָהּ חַיִּיב בְּשׁוֹמֵר שְׁמָסֵר לְשׁוֹמֵר הוּא מִשּׁוּם שְׁאִינוּ יְכוֹל לְיִשְׁבַע מְשַׁלֵּם וְלָכֵן אַף בְּמְשָׁאֵל תּוֹבַע שְׁמָא חֵיב אַבְּל אִם הִי חַיִּיבוֹ מִשּׁוּם א"י א"פ בְּעֵינֵי דְּיִתְבַּע הַמְּשָׁאֵל בְּבְרִי וְכִמִּש"כ הַנְּתִיבוֹת שְׁמָא לְפָרֵשׁ פְּנוּנַת הַשְּׁ"ף.

[וְכִסְפֵּי גַחַל יִצְחָק ס"י ע"ב סע"א לְמ"ד הוֹכְחִיתִי דְּהַעֲיָקָר לְדִינָא דְּחַיִּיב שׁוֹמֵר שְׁמָסֵר לְשׁוֹמֵר חֵיב הוּא מִשּׁוּם מַחֻשׁוּאֵיל"מ]. וְחֻזְקָא דְּהַשְּׁ"ף ס"ל ג"כ דְּבִשְׁנֵיהֶם טוֹעֲנִים שְׁמָא בְּסִפְק פְּרַעוֹן ג"כ פְּטוֹר אַף הִיכָא דְּלֵא הַל"ל וְלִפ"ז מְוַכְרַח לּוֹמַר דְּמִש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי צ"א ס"ק יו"ד לְהַכְרִיעַ לְדִינָא בְּמַתוֹ פּוֹעֲלִים דְּיִוְרָשִׁי נוֹטְלִים אַף דְּהַיִּוְרָשִׁים טוֹעֲנִים שְׁמָא.

דְּהַעֲיָקָר הוּא מִשּׁוּם דְּטוֹעֲנִין לְהוּ בְּכַה"ג וְהָנִי כְּמוֹ טְעַנְתָּ בְּרִי פִּינּוּן דִּישׁ חֻזְקַת חַיִּיב וְהָא דַּס"י ע"ב שְׁ"ף ס"ק קמ"ג שִׁא"ה פִּינּוּן דְּהָנִי סִפְק בְּעִיקְרָהּ חַיִּיבוֹ וְלֹא הָנִי חֻזְקַת חַיִּיב ע"כ אִין טוֹעֲנִים בְּכַה"ג: וְכַעֲיָקָר דְּבְרִי הַיִּש"ש שְׁפַתְבּוּ לְפָרֵשׁ לְדְּבְרֵי הַנְּמוּקֵי יוֹסֵף שְׁפַתְבּוּ בְּשֵׁם הַרְא"ה בְּשָׂאֵל חֲמוֹר לְרַכּוּב עֲלָיו וְנִתְּנָה לְשְׁלוּחוֹ וְהַדְּבָר סִפְק אִי מִתָּה מַחֲמַת מְלָאכָה דְּחֵיב דַּה"ל כֹּא"י א"פ עכ"ל דְּמִיָּרִי בְּטוֹעֵן הַמְּשָׁאֵל בְּרִי דַּל"כ הָא בְּשִׁנְיָהֶם טוֹעֲנִים שְׁמָא פְּטוֹר.

הנה לענ"ד נראה דזה דחוק לפרש פן לכוננת הנ"י דהא משמע דאף בטוען המשאיל
שפא ג"כ חייב דמגלן לי' למידע במה שנתהנה ברכיבת שלווחו שלא בפניו ומה שהקשה
דהא בשניהם טוענין שפא פטור.

הנה לפמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז להוכיח דרוב עדיף מן ברי של הבע"ד
ע"ש. [ויכעין ה' דכתובות (דף ט"ז) דאמרו פנין דרוב נשים בתולות ניסת פברי ושפא
דמי וקתם ה' הוי רוב דאתרעי פמבואר שם במסקנא].

וכ"כ הפני יהושע בכתובות (דף ט"ז) תוס' ד"ה פנין דרוב נשים בתולות כו' דרוב עדיף
מן ברי ושפא ע"ש. א"כ בספק אי מתה מחמת מלאכה לפי מש"כ הש"ך בכללי מגו
אות כ"ב להוכיח מן ר"פ המפקיד דאמרו מתה מחמת מלאכה לא שכיח דמשמע דנאנסו
שכיח.

א"כ במה שנולד לנו ספק אי נאנסה או מתה מחמת מלאכה יש לנו בזה רוב המברר לנו
דלא מתה מחמת מלאכה דהא מתה מחמת מלאכה לא שכיח והוי כמו כל רובא וזה עדיף
מן ברי של בע"ד.

א"כ יש לנו רוב המברר לנו לדון דחייב השואל וצירוף חזקת חיוב דכל שומר הוי כמו
א"י א"פ לשיתתם והוי כמו ברי וחקת חיוב דמטעם זה חייב בכל א"י א"פ אם התובע
טוען ברי וה"ה אם התובע תובע ע"פ זכות רובא וחקת חיוב לכן אף אם טוען המשאיל
שפא שפיר כתבו לדמות זה לכל א"י א"פ.

וגם יש לדון בזה לשיטת הבעל המאור רפ"ב דכתובות דכתב דברוב וחקת מוציאין
מזמן מהמחזק ואף הרמב"ן במלחמות שם דחולק על הבעה"מ י"ל דמודה בזה וכמש"כ
בספרי גחל יצחק סי' מ"ג ענף ב' בארנפה דע"י רוב וחקת חיוב ביחד מוציאין מהמחזק
לכ"ע ע"ש.

ולכן מתורץ קושיות היש"ש שהקשה על הנ"י והרא"ה דהא בעינן שיתבע המלנה בברי
בכל א"י א"פ. משום דכיון דרובא מסייע להמשאיל הוי דינו כמו ברי וחקת חיוב ביחד:
וכן יש לדון בשיטת הראשונים דכתבו פמה פוסקים דעיקר החיוב בשומר שפסר לשומר
הוי משום א"י א"פ וכמש"כ בארנפה הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ט' להוכיח פדברי הנ"י.

דמשמע לכאורה דאף בתובע טוען שפא חייב משום א"י א"פ דהא באמת דחוק לומר
קתם דמייירי בתובע טוען ברי כמש"כ היש"ש. דאין זה במשמע פמבואר להמעין שם.

אכן לפי מש"כ דהיכא דהוי רובא וחקת חיוב זה הוי כמו ברי וחקת חיוב ע"כ א"ש
דהא כתבו התוס' בב"ב (דף ע') ד"ה מאן דאמר כו' דנאנסו לא שכיח וכן הוא בח"מ סי'
ק"ח סעי' ד' ועיין בש"ך שם ס"ק ח'.

וכן כתב הש"ך בסי' קכ"א ס"ק ס"א דיש מקום לומר דה"ה גניבה ואבידה לא שכיח
וקצת משמע פן בר"פ המפקיד ע"ש. וכ"כ האו"ת בסי' ק"ח ס"ק ה' דלא טענין ליורשים
טענת נגב ונאבד משום דזה ג"כ לא שכיח.

ע"כ בהספק אם פשע או נגנבו ונאנסו בזה ג"כ הוי רובא המברר לנו דלא נגנב ונאנס אלא פשע דהוי כמו מעלת ברי דכ"ז מהני בצירוף חזקת חיוב ולכן שפיר פתבו לחייב בשומר שומר לשומר ככל א"י א"פ אף אם טוען המפקיד שזא פשע.

ואף דנימא דנאנסו לא שקיח מ"מ יש לדון אם הספק הוא במתה מחמת מלאכה כמש"כ הנ"י בשם הרא"ה בר"פ הגוזל דג"כ יש לדון בזה הך רובא דהא פתב הש"ך בכללי מיגו אות כ"ב דלהסוברים דנאנסו לא שקיח מוכרח לפרש להך דר"פ המפקיד דמתה מחמת מלאכה לא שקיח דלא שקיח כלל.

א"כ גם בספק אם מתה מחמת מלאכה או נאנסה גם בזה יש לדון הך רובא דאף דנאנסו לא שקיח עכ"ז הא מתה מחמת מלאכה לא שקיח כלל והוי מיעוט שאינו מצוי כלל ע"כ גם בזה יש לדון הרוב דמסייע להמשאל.

ושפיר פתב הנ"י בשם הרא"ה בר"פ הגוזל לחייב בשואל שומר לשלוחו לרפוב עליו ונולד ספק אם מתה מחמת מלאכה דחייב משום א"י א"פ וכמש"כ לעיל. ונתבאר דאין שום ראיה להוכיח מהפוסקים דס"ל לחייב בשומר שומר משום דה"ל כמו א"י א"פ.

דנימא דה"ה בכל חוב דטוענים שניהם שזא דיהי' חייב הלנה. משום די"ל דשא"ה משום הך רובא.

וכש"כ לשיטת יש"ש דכתב דהחייב הוא לפ"ז דוקא בתובע המשאל ברי: ענף ט ועתה נבאר במש"כ האו"ת בשם המל"מ פ"ד ה' שאילה ופי"א ה' מכירה דהיכא דלא ה"ל להנתבע למידע דאף בטוען התובע ברי ג"כ יש לדון דפטור וכן הכריע הגמתיבות ס"ק ה' רק היכא שנולד הספק מחמת פשיעת הבע"ד חייב.

והנה בספרי נחל יצחק סי' ס"ט סעי' ה' העלתי להוכיח מן שיטת הרמב"ם דפסק בהנהך חמש נשים דאינן נאמנות להפסיד כתובה דנוטלת כתובה ויוצאה דמוכח דס"ל דאף היכא דלא ה"ל למידע חייב בא"י א"פ דהא הטעם דאינן נאמנות להפסיד כתובה זהו משום דה"ל הבעל א"י א"פ והא דמתו בעליהן עד שלא שתו דאינן נוטלות כתובתן משום דהתם לא שייך לחייב היורשים משום א"ו א"פ לפי דיורשים שאני בזה כמש"כ שם בארובה וכמו שמצאתי בבית מאיר סי' קע"ח.

וראיתי בקצה"ח סי' שד"מ ס"ק ג' שכתב דהרמב"ם ס"ל דהיכא שנולד הספק בפרעון לפנינו דבזה פטור לגמרי אף דהתובע טוען ברי ומתרץ עפ"ז קושיות הלחם משנה פ"ג משאלה על מש"כ הרמב"ם המשאל א' שאולה מתה והשוכר א' א"י פטור והקשה הלח"מ הא ה"ל א"י אם החזרתי פיון דס"ל להרמב"ם דשומר מתחייב משעת משיכה.

ועיקר חילוק זה הביא פן בשם הרשב"א לגיטין (דף ע"ח) גבי ספק קרוב להמלנה דיתלוקו ולא הוי כא"י א"פ לפי דשאני היכא דנולד ספק לפנינו רק הרשב"א ס"ל מה"ט דיתלוקו והרמב"ם ס"ל דמה"ט פטור לגמרי זהו קוטב דברי הקצה"ח שם: אכן לפמש"כ בספרי שם להוכיח דהרמב"ם ס"ל גבי סוטה דאף דהוי קנוי וסתירה ובנודאי מקרי זה דנולד הספק לפנינו ומ"מ ס"ל דחייב הבעל בכתובה ואינן נאמנות חמש נשים להפסיד הפתובה הרי מוכח דס"ל להרמב"ם שלא כמש"כ הקצה"ח בדברי הרמב"ם.

אדרבה דס"ל דתייב בכולו אף דנולד ספק לנו וְהוּי פְעִין דְרָרָא דְמִמוּנָא מ"מ פִּינּוּן שְׁהֶאֱשָׁה טוֹעֲנַת בְּרִי וּלְצִירוּף חֲזַקַת חַיִּיב דִּישׁ עַל הַבְּעַל מוֹצִיאִין מִמוֹן מְנַוּוּ. וְאִף שְׁהֶתוּס' בְּסוּטָה (דף כ"ה) פְּתַבּוּ דְכִינּוּן דְהֶתוּרָה עֲשָׂאוּ לְסַפֵּק ע"כ אֵינָה יְכוּלָה לְטַעוֹן טַעֲנַת בְּרִי ע"ש.

י"ל דְזָהוּ לְמ"ד דס"ל מְנָה לִי בִּינְדָה וְהֵלָה אוֹמֵר א"י חֲיִיב בְּזָה פְּתַבּוּ דְלֹא מְהַי אֲלִיבִי הִף בְּרִי דְהֶתָם פִּינּוּן דְמִינְרִי שָׁם בְּיִוְרָשִׁים דְלֹא שְׁיִינְדָה הֶתָם לְדוֹן לְחֲזַקַת חַיִּיב כַּמֶּש"כ בְּסַפְרֵי שָׁם וּע"כ אֵין פַּח בְּמַעֲלַת בְּרִי שֶׁל הָאֲשָׁה לְהוֹצִיא מִהַמְּוֹחֶזֶק.

אָבֵל הֵיכָא דה"ל חֲזַקַת חַיִּיב בְּזָה יֵשׁ פַּח בְּהֶבְרִי שֶׁל הָאֲשָׁה לְהַצְטַרֵּף לְחֲזַקַת חַיִּיב וְלְהוֹצִיא הַפְּתוּבָה מִבְּעֵלָה א"כ מוֹכַח דְהֶרְמַב"ם לֹא ס"ל פְּהַרְשֶׁב"א דְגִיטִין דְכַתַּב דְהֵיכָא דְנוֹלַד לָנוּ בְּפִינּוּן הַסַּפֵּק דִּיחֲלֹקוּ דְהָא הֶרְמַב"ם כַּתַּב גְּבִי חֶמֶשׁ נָשִׁים דְנוֹטְלַת פְּתוּבָתָה וְיּוֹצֵאָה מִשְׁמַע דְנוֹטְלַת פֶּל הַפְּתוּבָה.

וְהָא דְהִקְשָׁה הֶרְשֶׁב"א שָׁם דְאַמַּאי יַחֲלֹקוּ הָא הֲוֵי כְמוֹ א"י א"פ י"ל דְהֶרְמַב"ם ס"ל כַּמֶּש"כ הַמְרָדְכִי בְּגִיטִין דְמִינְרִי שָׁם דְלֹא אָבְדוּ הַמַּעוֹת אֶלָּא דְמִדִּינִים עַל גּוּף הַמַּעוֹת כַּנ"ל וְלֹא שְׁיִינְדָה הֶתָם בְּגִיטִין לֹאמֵר דְהֲוֵי א"י א"פ פִּינּוּן דְשְׁנֵיהֶם טוֹעֲנִים שְׁמָא כַּמֶּש"כ לְעֵיל בְּשִׁיטַת הַמְרָדְכִי.

אָבֵל הֵיכָא דְטוֹעֵן הַתּוֹבֵעַ בְּרִי אִז אִף דִּישׁ מְקוּם לִידַת הַסַּפֵּק בְּפִינּוּן ג"כ יֵשׁ לוֹ דִּין דֹּא"י א"פ פִּינּוּן דְהַתּוֹבֵעַ טוֹעֵן בְּרִי וְיִשְׁחַזְקַת חַיִּיב כַּנ"ל. וְיֵמָה דְהוֹכִיחַ הַקְצָה"ח מְהֶרְמַב"ם פ"ג דְשֶׁאֵלָה ה' ג' דְכַתַּב הַמְשָׁאֵל א' שְׁאוּלָה מִתָּה וְהַשׁוֹכֵר א' א"י דְפְטוֹר וְהִקְשָׁה הַלַּח"מ הָא הֲוֵי א"י א"פ וְלָכֵן הוֹכִיחַ כֵּן לְשִׁיטַת הֶרְמַב"ם.

בְּאַמַּת אֵין זָה הוֹכְחָה כָּלֵל לְפִי מֶש"כ הַשֶּׁמ"ק ב"ב"מ (דף צ"ח) בְּהָא דְפְרִיף לִימָא תִּיְהִינּוּ תִּיּוֹבָתָא דר"נ דְאִף דְנִימָא דְנִכְסֵי שׁוֹמֵר מְשַׁעַת מְשִׁיכָה אֲשַׁתְּעַבַּד מ"מ אֵין דִּינּוּ כְמוֹ א"י אִם הַחֲזוֹרְתִי רַק כְּמוֹ א"י א"נ פִּינּוּן דַּכ"ז שְׁהוּא בְּעִין אֵין עַל הַשְׁאוּל שׁוֹם חַיִּיב כָּלֵל אֶלָּא דְכִי נֶאֱנַס אִז נִשְׁתַּעַבְדוּ נִכְסֵי לְמַפְרַע כו' וְהוּבָא בַקְצָה"ח ס' ש"מ ס"ק ד'.

א"כ י"ל דְגַם הֶרְמַב"ם ס"ל כֵּן וּע"כ שְׁפִיר פֶּסֶק הֶרְמַב"ם דְאִף דְהַמְשָׁאֵל תּוֹבֵעַ בְּבְרִי עַכ"ז אֵין מוֹצִיאִין מִהַמְּוֹחֶזֶק וּמִתְנַרְץ קוֹנְשִׁוֹת הַלַּח"מ. אָבֵל הֵיכָא דִישׁ לָנוּ חֲזַקַת חַיִּיב מְעַלְיָא אִז אִף דְנוֹלַד הַסַּפֵּק לָנוּ מ"מ פִּינּוּן דְהַתּוֹבֵעַ טוֹעֵן בְּרִי ס"ל לְהֶרְמַב"ם דְמוֹצִיאִין מִמוֹן וְכְמוֹ בְּכָל א"י א"פ: וּבְאַמַּת י"ל דְלָכֵן הַתּוֹס' בְּסוּטָה (דף כ"ה ע"ב) ד"ה ב"ה אוֹמְרִים כו' דְהִקְשׁוּ לְמ"ד בְּרִי וְשְׁמָא בְּרִי עֲדִיף תְּהֵא נֶאֱמַנַת שְׁלֹא נְטַמָּאָה.

וְלֹא הִקְשׁוּ דְהָא ה"ל כְּמוֹ א"י א"פ. וְכֵן הִקְשָׁה הַאוֹ"ת בְּסִי' ע"ה ס"ק כ"ב וְנִדְחַק לֹאמֵר דְכִינּוּן דְלֹא מְטָא זְמַנִּי מַחֲיִים ע"כ אֵין זָה דוּמָה לְכָל א"י א"פ.

אָבֵל בְּאַמַּת אֵין זָה סְבָרָא כָּלֵל דְהָא אִף דְלֹא מְטָא זְמַנִּי בְּחַיִי הַבְּעַל מ"מ אָמְרוּ ע"ז הַלְשׁוֹן שִׁט"ח הָעוֹמֵד לְגַבּוֹת כו' א"כ ה"ה דְמִקְרִי בְּשֵׁם חֲזַקַת חַיִּיב דְנִתְבָּרַר עַכְשָׁיו לְמַפְרַע כְּשִׁמַּת הַבְּעַל בְּחַיִי אֲשֶׁתּוֹ וְקַצְרִיתִי.

וְהַעֲיָקֵר דז"א קֶשֶׁה כָּלֵל עַל הַתּוֹס' דְלֹא מְבַעֲיָא לְפַמֶּש"כ בְּסַפְרֵי הַנְּ"ל דְבִיּוֹרָשִׁים לֹא שְׁיִינְדָה כָּלֵל לְדוֹן לְחֲיִיבָם מִשׁוּם א"י א"פ וְכַמֶּש"כ כֵּן גַּם הַבֵּית מֵאִיר בְּסִי' קַע"ח וְנִדְאִי

דא"ש דברי התוס'. וְאִם לַפֶּמֶשׁ כִּי שָׁם בְּסִפְרֵי דְלִשְׁיַטַּת הַר"ן וְהַסְמ"ע אֵין מְקוּם לְחַלֵּק בֵּין יוֹרְשִׁים לְבַע"ח עֲצָמוֹ בְּזֶה ע"ש.

עכ"ז יש לומר דהתוס' בסוטה ס"ל לסברת הרשב"א בגיטין (דף ע"ח) דכתב לשיטת התוס' דהביא שם מתחלה דלכן לא הוי התם דין דא"י א"פ משום דשאני היכא דנולד הספק לפנינו. א"כ ה"ה התם גבי מתו בעליהו כו' פינו דנסתרה ונתורה עשאו לספק א"כ ליכא למידק התם לדינא דא"י א"פ.

וגם י"ל הטעם דבזה איתרעי לי' הך חזקת חיוב כמו דאמרינן בכ"ד דחזקה דאתרעי לאו שמי' חזקה לשיטת פמה פוסקים. וְהַרְשָׁב"א ס"ל דמה"ט יתלוקו.

והתוס' בקושיותם בסוטה י"ל דס"ל דמה"ט פטור לגמרי וכמו שכתב הקצה"ח בסי' שד"מ לשיטת הרמב"ם פנ"ל. וגם יש מקום לפרש דהך אין נוטלת הפתובה היינו פל הפתובה אבל מחצה נוטלת וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ס"ט סעי' ה' ענף ב' בהג"ה ע"ש.

ע"כ לא הקשו התוס' מן הא דא"י א"פ רק למ"ד דס"ל ברי ושמא ברי עדיף. וּבְאֵמַת לְפִי תִירוּצָם דתירצו דהך ברי דהתם לא ה"ל ברי מעליא י"ל דס"ל להתוס' באמת מה"ט דה"ה לענין א"י א"פ ג"כ לא מהני הך ברי דהתם מהאי טעמא אבל בשיטת הרמב"ם פבר פתבתי דמוכח דס"ל דמהני הך ברי דהתם לענין א"י א"פ ומוציאין ממון אף במקום שנולד הספק לפנינו ולא ס"ל לסברת הרשב"א דגיטין.

והנה הנתיבות ס"ק ה' פתב מסברא דנפשי' דהיכא דיש לידת הספק לפנינו אז בנודאי פטור הל'ה אף במקום א"י א"פ. ולא פתב דזהו סברת הרשב"א דגיטין (דף ע"ח) הנ"ל.

ודמיונו למש"כ התוס' בב"מ (דף ק') דבדררא דמונא מהני תפיסה אם הוא מוחזק מעיקרא. אין זה דומה פלל לנ"ד דה"ל א"י א"פ ויש חזקת חיוב בצירוף להברי של הבע"ד.

[גם מש"כ הנתיבות שם דהמרדכי ס"ל דבא"י א"פ אף בשמא ושמא חייב כמש"כ המל"מ זה אינו דכתב פן המל"מ בשם הרשב"א אבל המרדכי ס"ל להקפיד פמבואר במרדכי לגיטין (דף ע"ח) וכו'ל].

וגם הא נתבאר דהרמב"ם ס"ל דאף במקום שנולד הספק לנו ג"כ חייב בא"י א"פ פנ"ל ע"כ אין דברי הנתיבות הנ"ל ברור כ"כ לדינא: ענף י ובעיקר הענין אם מחייבין בא"י א"פ היכא דלא ה"ל להל'ה למידע.

פתבתי פבר בספרי נחל יצחק סי' ס"ט ענף ד' דלשיטת הרמב"ם חייב אף בכה"ג אף לשיטת בעה"ת מוכח דס"ל דהיכא דלא ה"ל למידע פטור והוי זה פלוגמא דרבננותא הנ"ל. אכן יש להוכיח בשיטת הרמב"ם הנ"ל מהא דב"מ (דף פ"א) ושבעות (דף מ"ג) דאי שם המל'ה על המשכון ואבד המשכון ישבע ויטול מעותיו דברי ר' אליעזר כו' אבל הל'הו אף וזו בשטר כו'.

ופי' רש"י ישבע שלא פשע כו'. ולכאורה קשה פיון דהרישא מיירי במלנה בע"פ א"כ אמאי נאמן לומר שלא פשע ולהוציא החוב מהלנה הא כל הנשבעין שפותרה נשבעין ולא משלמין אבל אינו נאמנים להוציא ממון ע"י שבועה.

אבל באמת אין זה קשה כלל דהא פן מבואר בפ"י בטור וש"ע סי' ע"ב סעי' י"ד דאם המלנה טוען שנאבד המשפון באונס דישבע ויגבה חובו מהלנה שיהרי אין הלנה יודע כיצד נאבד וה"ל פהלויתני וא"י אם התזרתים לה.

א"כ א"ש בפשיטות מה דאמרי דישבע המלנה ויטול. ומוכח מזה דהיכא דיש פרי של הבע"ד לפנינו ובצירוף חזקת חיוב דמוציאין מהמחזק אף במקום דהרוב מסייע להמחזק דהא טענת אונס הוי מילתא דלא שכיח כמש"כ התוס' בב"ב (דף ע') ובסי' ק"ח סעי' ד' דיעה קמיתא בסתם שאין טוענין ליתמי נאנסו מה"ט.

והנה שם סי' ע"ב סעי' י"ד הנ"ל זהו מן הטור שם אבל לא כתבו שם האחרונים דזהו גמרא מפנרשת בב"מ ובאמת זהו מפנרש בב"מ ושבועות דאמרו דישבע ויטול מעותיו והוא בנודאי מה"ט: ולעיל בענף א' פתבתי להעיר בכתובות (דף י"ב) דקאמרי לימא ר"ה ור"י כר"ג עד פאן לא קאמר ר"ג אלא דאיכא מיגו א"נ עד פאן לא קאמר ר"ג אלא דאמרינו אוקמה אחזקה כו'.

ומעיקרא דלא ס"ל שם למעלת אוקי אחזקה א"כ תקשה אמאי אמרו בב"ק (דף קי"ח) דא"י א"פ חייב וכתבתי לחלק דשא"ה דשמא של הלנה הוי שמא גרוע כו' ועיין בתוס' שם ד"ה רב הונא כו'. אכן באמת ז"א דהא חזינו בהא דב"מ ושבועות דס"ל לר' אליעזר דישבע ויטול מעותיו והטעם הוא משום דה"ל הלנה א"י א"פ אף דלא ה"ל למידע.

ואלו התם בכתובות (דף י"ב) אי' ר"ג ור' אליעזר אומרים נאמנת ואמרו מעיקרא שם ע"כ לא קאמר ר"ג אלא דאיכא מיגו ולפ"ז היכא דליכא מיגו משמע דאף דאיכא אוקי אחזקה לצירוף לטענת פרי ג"כ אין מוציאין מהמחזק פיון דלא הוי שמא גרוע כמו התם בטענת הבעל דשמא עד שלא ארסתיך נאנסת.

א"כ תקשה דהא ר"א עצמו ס"ל בב"מ ושבועות דאף במקום דלא הוי שמא גרוע מ"מ פיון דהתובע טוען פרי וצירוף לאוקי אחזקת חיוב מוציאין מהמחזק. וע"כ מוכח כמש"כ שם לעיל דהיכא דאיכא אוקי אחזקה מעלייתא בזה לכ"ע בנודאי פשוט דמוציאין מהמחזק אלא דהיה ס"ל להש"ס התם דהך אוקי אחזקת בתולה דהתם אין זה חזקה מעלייתא לפי דאיתרעי עכשיו לפנינו ויש סברא לומר דחזקה דהשתא כמו דהיא בעולה נמצאת לנו כ"כ היתה בעולה מעיקרא וכמש"כ שם הפני יהושע וזה ברור.

עכ"פ מוכח מזה הסוגיא דאף היכא דשמא של הנתבע לא הוי שמא גרוע דלא ה"ל מ"מ מוציאין מהמחזק. והתם לא שייך סברת הנתיבות בסי' ע"ה ס"ק ה' שפכת לדחות מה שיש להוכיח מחנוני ופועלים דסי' צ"א דאף במקום דלא ה"ל חייב בא"י א"פ משום דשא"ה דנולד הספק מחמת פשיעת הבע"ד דמסר הפרעון שלהם להחנוני פמבואר בב"מ (דף ג') ע"ש.

אבל זה לא שייך הך דנתן משפון לטובת המלנה דלא הימני' להלנה בלא משפון ובנודאי לא שייך לומר בזה דפשע הלנה והא אדרבה עשה זה דנתן המשפון להמלנה לטובתו.

א"כ בַּוְדָאֵי מוֹכַח מְזַה דְּאָף הֵיכָא דְלֵא ה"ל לְהִלְנָה לְמִידַע ג"כ חֵיב מְשׁוּם הַדִּין דַּא"י א"פ: וּלפ"ז יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת מְזַה הַסּוּגָא עַל שְׂיִטַּת הַבַּעַה"ת דְּכַתְּבִי בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק בְּסִי ס"ט בְּשֵׁמוֹ דַּס"ל דְּלַכְּן יוֹרְשִׁים פְּטוּרִים בְּאוּמָרִים שְׁמָא פְּרַע אַבִּינוּ מְשׁוּם דְּלֵא הָוֵי שְׁמָא גְרוּעַ דְּלֵא הַל"ל.

וּכְמַש"כ הַתְּנָמִים בְּסִי ע"ה ס"ק כ"ב בְּשֵׁם הַבַּעַה"ת דְּכַתְּבִי פֶּן לְהִדְיָא ע"ש. וּמוֹכַח דַּס"ל לְהַבַּעַה"ת לְחֻלּוֹק עַל שְׂיִטַּת הַרְמָב"ם בְּזַה וּכְמַש"כ שָׁם.

א"כ תְּקַשָּׁה עָלְיוּ דְמַה יַעֲנֶה הַבַּעַה"ת בְּמַה דְּמְבֹאָר בְּב"מ וּשְׁבוּעוֹת דִּישְׁבַּע וְיִטְוֹל מְעוֹתָיו כְּנ"ל. דְּהָא לֹא נַחֲיִית הַבַּעַה"ת שָׁם גְּבִי יוֹרְשִׁים מְשׁוּם טוֹעֲנִין לְיוֹרֵשׁ רַק מְשׁוּם דְּלֵא הַל"ל לְמִידַע כְּנ"ל.

וּנְלַע"ד לְתַרְצֵי ע"פ מַש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי ע"ב ס"ק י"ד בְּשֵׁם הַסַּמ"ע דְּאָם הִלְנָה טוֹעֵן בְּרִי שְׂאֵתָהּ מְכַרְתָּ הַמְשַׁכּוֹן וְקַבְּלַת דְּמִיו אִין הַמְּלָנָה נְאָמֵן בְּשְׁבוּעָה שְׁנֶאֱנַס וּלְהוֹצִיא מִהִלְנָה אָף הֵיכָא שְׂאִין לְהִלְנָה מִיגוּ וְהַשְּׁ"ף חוֹלֵק עָלְיוּ וְהַעֲלָה דְדוֹקָא בְּדֵאִית לְהִלְנָה מִיגוּ נְאָמֵן הִלְנָה אַבְּל בְּמַקּוֹם שְׂאִין לוֹ מִיגוּ אָף שְׁטוֹעֵן בְּרִי אִין הִלְנָה נְאָמֵן וְהַמְּלָנָה נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל וְכַתְּבִי פֶּן בְּשֵׁם בַּעַה"ת ע"ש.

וְהַא"ו"ת הַקְּשָׁה עַל סְבַרְת הַשְּׁ"ף הַנְּ"ל. וְהַנְּתִיבוֹת ס"ק יו"ד בְּיָאָר הֵיטֵב לְסַבְּרַת הַשְּׁ"ף דְּהוּא מְשׁוּם דְּחוּב יֵשׁ לִי בְּיַדְּךָ טַעֲנָה גְרוּעָה הִיא וְאַחְזוּקִי אֵינְשִׁי בְּגַזְלָנוּתָא וּבְפּוֹשְׁעִים לֹא מְחַזְקִינוּ ע"כ אִין הִלְנָה נְאָמֵן אָף בְּטַעֲנַת בְּרִי כ"ז דְּלִית לִיהּ מִיגוּ ע"ש.

וּכ"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי ע"ב ס"ק קכ"ו בְּשֵׁם בַּעַה"ת שְׁכ"כ לְהִדְיָא. א"כ לפ"ז אֲתִי שְׁפִיר בְּפִשְׁיטוֹת הָא דִּישְׁבַּע וְיִטְוֹל מְעוֹתָיו מְשׁוּם דְּאִין זֶה מְשׁוּם א"י א"פ רַק דְּאָף אָם הִלְנָה טוֹעֵן בְּרִי ג"כ אֵינוֹ נְאָמֵן מְשׁוּם סְבַרְת הַבַּעַה"ת שְׁכַתְּבִי הַשְּׁ"ף לְבָאָרוּ כְּפִי שְׁכַתְּבִי הַנְּתִיבוֹת מְשׁוּם דְּזַהוּ טַעֲנָה גְרוּעָה.

וְלַכְּן שְׁפִיר כְּתַב הַבַּעַה"ת דְּהֵיכָא דְלֵא הַל"ל פְּטוּר בַּא"י א"פ וְאֵינוֹ קָשָׁה עָלְיוּ מְהָא דְּאָמְרוּ בְּגַמ' דִּישְׁבַּע וְיִטְוֹל לְפִי דְּאִזְוִיל הַבַּעַה"ת לְשִׂיטְתוֹ דַּס"ל דַּכ"ז דְּאִין לְהִלְנָה מִיגוּ אֵינוֹ נְאָמֵן לוֹמַר מְכַרְתָּ לְהַמְשַׁכּוֹן אוֹ פִּשְׁעָתָּ בְּלֵא מִיגוּ מְשׁוּם דַּה"ל טַעֲנָה גְרוּעָה וּכְמַש"כ הַנְּתִיבוֹת: עָנָף יֵא אָף עֵיקַר דְּבַרֵי הַבַּעַה"ת וְהַשְּׁ"ף דַּס"ל דְּאָם אִין לְהִלְנָה מִיגוּ אֵינוֹ נְאָמֵן לוֹמַר פִּשְׁעָתָּ אוֹ דְּמְכַרְתוֹ כו'.

נְלַע"ד לְדוֹן בְּזַה דְּלְשִׂיטַת הַתּוֹס' בְּב"ב (דָּף ע') וְכַמָּה פּוֹסְקִים דַּס"ל דְּנֶאֱנָסוּ לֹא שְׁכִיחַ וְכַמְבּוֹאָר בְּסִי ק"ח א"כ אֲדַרְבֵּה טַעֲנַת פִּשְׁעָתָּ אוֹ שְׁמְכַרְתָּ וְהוּא בְּרִשׁוֹתוֹ וְכַה"ג זֶהוּ טַעֲנָה מְעַלְיָתָא דְּהָא טַעֲנַת נְאָנְסוּ הָוֵי טַעֲנָה גְרוּעָה דְּלֵא שְׁכִיחַ ע"כ הַדְּעַת נּוֹתְנַת דְּאִין הַמְּלָנָה נְאָמֵן לוֹמַר נְאָנְסוּ וּלְהוֹצִיא מְמוֹן בְּטַעֲנָה שְׁהוּא נְגַד הַרּוּב רַק אָם הִלְנָה טוֹעֵן שְׁמָא אַז שְׁפִיר אָמְרוּ דְּהַמְּלָנָה נְאָמֵן מְשׁוּם מַעֲלַת טַעֲנַת בְּרִי וְצִירוּף חֻזְקַת חַיִּיב כְּנ"ל.

וְהָא שְׁכַתְּבִי הַבַּעַה"ת וְהַשְּׁ"ף דְּנֶאֱמֵן הַמְּלָנָה לוֹמַר נְאָנְסוּ אָף שְׁהִלְנָה טוֹעֵן בְּרִי לְהַכְחִישׁוּ י"ל דְּאִזְוִילִי לְשִׂיטְתָם דְּלַקְמֵן סִי ק"ח שְׁ"ף ס"ק ח' הַכְרִיעַ דְּטַעֲנַת נְאָנְסוּ הוּא מִיַּדִּי דְּשְׁכִיחַ וְהִבִּיא פֶּן בְּשֵׁם בַּעַה"ת ע"ש.

[ואף שיש לומר דלכן ס"ל להבעה"ת ושם דטוענין ליתמי נאנסו משום דס"ל דאף מידי דלא שכיח טוענינו ליתמי פמבואר בפ"ה שם. מ"מ פיון דאין הקרע לדברי התוס' בב"ב שהוכיחו מזה דנאנסו לא שכיח לשיטתו.

ע"כ י"ל דס"ל להבעה"ת גם בזה פדברי הש"ה דס"ל דנאנסו שכיח. וי"ל טעמו ג"כ פסברת הנתיבות דסי' ע"ב הנ"ל דחשש פשיעה נחשש שמה הוא ברשותו הני חשש רחוק לפי דאחזקי אינשי בגזלנותא ובפושעים לא מחזקינן ע"כ יותר יש לומר דנאנסו.

נחשש גניבה הא פתבתי לעיל מה דיש לדון בזה ע"פ דברי הש"ה בסי' קכ"א ס"ק ס"א וקצרתו בכ"ז ואין ספר בעה"ת ת"י]. אבל לשיטת התוס' וש"פ דס"ל דנאנסו לא שכיח הדעת נוטה פשיטת הסמ"ע דאם טוען הלנה ברי שפשע וכה"ג דנאמן אף בלא מיגו.

ולפ"ז מוכח דהא דאמרו ישבע המלנה ויטול דהטעם הוא דה"ל כא"י א"פ א"כ מוכח מזה לשיטתם דאף היכא דהני שמה טוב דלא הל"ל ג"כ חייב משום א"י א"פ פיון דהמלנה טוען ברי: ויש לומר דעיקר הך מילתא תלוי בהנה שני תירוצים דכתובות (דף י"ב) דל"ל דאמרו עד פאן לא קאמר ר"ג אלא דאיפא מיגו א"כ היכא דליפא מיגו להמלנה אף דיש אוקי אחזקת חיוב אין מוציאין ממון פיון דלא הני שמה גרוע.

אבל למאי דקאמרי שם א"נ עד פאן לא קאמר ר"ג אלא דאמרינו אוקי אחזקה כו'. א"כ ה"ה בכל מקום דאיפא חזקת חיוב מוציאין ממון ע"י ברי ושמה.

ובאה"ע סי' ס"ח בב"ש ס"ק כ"ב פתב דהרמב"ם והטור והש"ג פתבו הטעם הראשון פדי לחוש לחי' הראשון ועיין בהפלאה לק"א שם. ועכ"ז שפיר פתבתי לעיל דהרמב"ם ס"ל דא"י א"פ חייב אף היכא דלא הל"ל משום דיש לחלק דשא"ה דהני חזקה דאייתרעי עכשיו לפנינו פיון דנמצאת בעולה א"כ יש לדון בזה חזקה דהשתא וכעין דאמרו גבי מקנה שגמזד ונמצא חסר דה"ל תרתי לריעותא חזקת טומאה נהרי חסר לפניה וה"ה התם חזקת ממונא נהרי ריעותא דבעולה לפניה.

ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח וקצרתו. ולקמן סי' צ"א ש"ה ס"ק י"ב הביא בשם בעה"ת שפתב דחונני נוטל מן הדין ע"פ סוגיא דכתובות (דף י"ב) דברי וחזקת הגוף מוציא מהמחזק א"כ ה"ה התם בחונני דיש שם חזקה שלים עושה שליחותו וכן הכריע הש"ה.

וחזינו דשיטת הבעה"ת הוא פהה תירוץ בתרא של הסוגיא דכתובות דעיקר הטעם דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי משום דאוקי אחזקה. א"כ לפ"ז ה"ה בא"י א"פ אף בשמה טוב של הלנה ג"כ הדין גותן דיהיה חייב משום אוקי אחזקת חיוב ומעלת ברי של המלנה.

ולכאורה יש להקשות לפמש"כ הש"ה בסי' צ"א שם דכן הוא שיטת הבעה"ת שקיבל תשובת הרב ר' יוסף אבן פלאט דשם דהיכא דיש אוקי אחזקה מוציאין ממון ע"י ברי ושמה א"כ אמאי פסק הבעה"ת דא"י א"פ היכא דלא הל"ל פטור כמש"כ לעיל בשמו וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ס"ט בשם הבעה"ת שהובא באו"ת סי' ע"ה ס"ק כ"ב שכתב דלכן יורשים פטורים אם אומרים שמה פרע אביהם משום דאינו דומה לא"י א"פ דהלנה עצמו דה"ל למידע משא"כ יורשים דלא ה"ל למידע ע"ש.

אָבֵל בְּאַמֶּת אֵינוֹ קָשָׁה דִּי"ל דִּס"ל לְהַבְעָה"ת לְחֵלֶק דְּשֹׁאנֵי הָא דְכִתְּוִבוֹת (דָּף י"ב) דְּחֻזְקָת
הַגּוֹף מְסִייעַ לָהּ וְכִמוֹ שְׂפָתָיו הַחוּס' בְּכִתְּוִבוֹת (דָּף ע"ה ע"ב) ד"ה אָבֵל הֵיכָא כּו' בִּסְה"ד
דְּחֻזְקָת פְּנוּי' לֹא חֲשִׁיבָא כְּלָל חֻזְקָה לְגַבֵּי חֻזְקָת הַגּוֹף עכ"ל.

ע"כ בְּחֻזְקָת הַגּוֹף דְּהוּי חֻזְקָה אֲלִימָתָא בְּזֵה מְצִינוּ דְּאִמְרוּ דִּישׁ לָהּ פֶּחַ לְהוֹצִיא מִהַמְּוִחָזֵק
ע"י מַעֲלַת בְּרִי וְשָׂמָא. אָבֵל בְּחֻזְקָת חַיִּיב דְּלֹא הוּי חֻזְקָה אֲלִימָתָא וּבְפֶרֶט לְפִמְש"כ הַט"ז
בִּיּו"ד ס' שצ"ז בְּשֵׁם הַטּוֹר ח"מ ס' ס"ה שְׂפָתָב דְּאִין לֹא מְרַמֵּד הַשְּׁטֵר עַל חֻזְקָתוֹ שְׂלֵא
נִפְרַע לְפִי שְׂהַשְּׁטֵר עוֹמֵד לִפְרַע כּו' וְהוּי בְּגֵדֵר חֻזְקָה הַעֲשׂוּיָה לְהַשְׁתַּנּוּת וּסְבָרָא זֶה מְגַרַע
הַחֻזְקָה ע"ש בט"ז.

וְכַעֲיִן זֶה פֶּתַב הַנּו"ב בִּמ"ק ח' יו"ד ס' ו' דְּחֻזְקָת פְּנוּי' לֹא הוּי חֻזְקָה אֲלִימָתָא דְּכָל הַפְּנוּיּוֹת
עוֹמְדוֹת לְהַתְקַדֵּשׁ ע"ש. וְכֵן מוֹרָה לְשׁוֹן הַבְעָה"ת שְׂהוּבָא בְּס' צ"א בְּש"ף ס"ק י"ב הַנְּ"ל
שְׂפָתָב דְּטַעֲמָא דְּכִתְּוִבוֹת מְשׁוּם דְּאִיכָא הֵתָם חֻזְקָה דְּגוּפָא בְּהַדֵּי בְּרִי וְשָׂמָא.

הַרִי דְּמַדְיִיק הַלְשׁוֹן דְּשֵׁא"ה דִּישׁ שָׁם מַעֲלַת חֻזְקָת הַגּוֹף וְכַנ"ל וְה"ה חֻזְקָה שְׂלִיחַ כּו' הוּי
ג"כ חֻזְקָה מַעֲלִימָתָא כְּמַבְּנֵאָר בְּכ"ד דְּכַח חֻזְקָה עֲדִיפָא מִמַּעֲלַת אוֹקֵי אַחֲזָקָה מְשׁוּם דְּמַעֲלַת
חֻזְקָה הוּא חֻזְקָה הַמְבַרְרַת מְצַד עֲצָמָה ע"פ סְבָרָא וְאֵלּוּ מַעֲלַת אוֹקֵי אַחֲזָקָה אֵינוֹ רַק מְצַד
גִּזְה"כ כְּמַש"כ בִּמְק"א.

וְהַבְעָה"ת דִּס"ל דְּחֻזְקָה שְׂלִיחַ כּו' הִיא חֻזְקָה מַעֲלִימָתָא כְּכָל חֻזְקוֹת שְׂפִיר יְלִיף זֶה מְצַד
כְּש"כ מְהָא דְּכִתְּוִבוֹת וְא"ש דְּבְרִי בְעַה"ת: עֲנָף יב וְכַעֲיִן זֶה יֵשׁ לְהַעִיר לְפִמְש"כ הַב"ש
בִּאֵה"ע ס' ס"ח ס"ק כ"ב דְּהַרְמַב"ם וְהַטּוֹר כְּתָבוֹ הַטַּעַם הָרֵאשׁוֹן כְּדִי לְחוּשׁ לְתִי הָרֵאשׁוֹן
עכ"ל.

א"כ לִפ"ז נִרְאֶה לְכַאוֹרָה לְדוֹן דְּהַרְמַב"ם וְהַטּוֹר דִּס"ל דְּמַעֲלַת אוֹקֵי אַחֲזָקָה אֵין לּוֹ פֶּחַ
לְהוֹצִיא מִמּוֹן אִף בְּבְרִי וְשָׂמָא אֲלֵא דְּנֻקָא הֵיכָא דְּאִיכָא מִיגוֹ לְהַתּוֹבַע א"כ לִפ"ז בְּכָל א"י
א"פ הֵיכָא דְּלֹא הַל"ל הַדִּין נוֹתֵן לְכַאוֹרָה דְּאֵין מוֹצִיאִין מִהַמְּוִחָזֵק לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם וְהַטּוֹר
הַנְּ"ל.

אָבֵל בְּאַמֶּת ז"א דְּכָבֵר נִתְּבָאָר בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק ס' ט דְּלְשִׁיטַת הַרְמַב"ם ה' סוֹטָה
דְּכַתְּבַת בְּהַנְּהָר חֲמֵשׁ נְשִׁים דְּאֵינָן נֶאֱמָנוֹת לְהַפְסִיד כְּתוּבָה דְּנוֹטְלַת כְּתוּבָה דְּהַטַּעַם הוּא מְשׁוּם
דַּה"ל א"י א"פ הַרִי דְּאִף בְּמִקּוּם דְּלֹא הַל"ל ג"כ חֲזִיב.

וְעַיִן בְּקִצָּה ח"ס ס' ע"ה ס"ק ט"ז שְׂפָתָב דְּלְשִׁיטַת הַרְמַב"ם הַטַּעַם הוּא דִּיּוֹרְשִׁים פְּטוּרִים
בִּא"י א"פ מְשׁוּם דְּטַעֲנִינָן לְהוּ ע"כ אֵין לְלַמּוֹד לְכָל א"י א"פ הֵיכָא דְּלֹא הַל"ל לְמִידַע מִן
יּוֹרְשִׁים וִי"ל דְּאִף בְּלֹא הַל"ל ס"ל לְהַרְמַב"ם דְּחֲזִיב עכ"ל הַקִּצָּה"ח.

וּלְפִמְש"כ בְּסַפְרֵי הַנְּ"ל הוּא מְוִכָּרַע בְּנוֹדָאֵי דְּהַרְמַב"ם ס"ל פּוּ. וְכֵן מוֹכַח מִן הַטּוֹר דְּזו"ל
הַטּוֹר בְּח"מ ס' ע"ה ס' ע"י י"ט דָּאֵם תְּבַע לְיּוֹרֵשׁ וְאָמַר אֲנִי יוֹדַע שְׂאָבִי חֲזִיב לָהּ וְא"י אִם
פְּרַעֲפָה פְּטוּר כִּיּוֹן שְׂאָם הָיָה קְנִיּוֹת הָיָה יָכוֹל לֹאמַר פְּרַעֲפָתִי אֲנִי נְמִי טַעֲנִינָן לְיּוֹרֵשׁ שְׂאָבִי
פְּרַע כּו' שְׂאָם טַעֲנִי הַיּוֹרֵשׁ א"י אִם לָוֶה אַע"פ שַׁע"א מַעֲיֵד שְׂלִנְהָ וּבְלָוֶה עֲצָמוֹ ה"ל מְחֻנְיָב
שְׂבוּעָה וְאִיל"מ זֶהוּ דְּנֻקָא בְּבַע"ד שְׂהָיָה לּוֹ לְיַדַע אָבֵל בְּיּוֹרֵשׁ לֹא הַל"ל לְיַדַע כּו' עכ"ל
הַטּוֹר.

והנה בא"י א"פ של יורשים פתב הטעם דפטורים משום דטענינן להו. ובענין מחושואיל"מ ב'יורשים פתב הטעם דפטורים משום דלא הל"ל וכשיטת התוס' והרא"ש.

ולא פתב טעם א' לשניהם י"ל בכוננתו דס"ל פשיטת התוס' והרא"ש דכתבו למילף לל מחושואיל"מ מהיכא דלא הל"ל דפטור מהא דשבועות ה' בין שניהם ולא בין היורשים כמבואר בארנפה שיטתם בסי' ע"ב ש"ף ס"ק נ"א.

ולא ס"ל לסברת הרמב"ם שכתב הש"ף שם דהטעם הוא משום דטענינן ליורש משום די"ל דס"ל דלא שייך לומר טענינן להו היכא שגם אביהם לא היה נאמן בלא שד"א והדין הוא בשד"א דנחתין לנכסי אם אינו נשבע וה"ה מחושואיל"מ בלנה עצמו ע"כ אין הסברא נותן דטענינן להו בכה"ג אף דקיי"ל דטענינן ליורש וכמש"כ הרא"ש רפ"ב דכתובות.

לכן פתב הטור הטעם דלא אמרינן ב'יורש מחושואיל"מ דטענינן להו כמש"כ שם גבי א"י א"פ משום דס"ל כנ"ל. וכרישא שם גבי טענת יורשים א"י א"פ אבינו פתב הטעם דטענינן להו ולא פתב טעם אחר לנה כמש"כ שם תיקף אח"ז גבי מחושואיל"מ דפטורי משום דלא הל"ל.

א"כ אי נימא דהטור ס"ל בכל א"י א"פ דהיכא דלא הל"ל דפטור א"כ ה"ל להטור לכתוב טעם אחר על א"י א"פ ד'יורשים וכן על מחושואיל"מ ד'יורשים דפטורים בכל זה הפל מחד טעמא דלא הל"ל. ומדחלק אותם לשני טעמים דבא"י א"פ ד'יורשים פתב הטעם דטענינן להו ובמחושואיל"מ דידהו פתב הטעם דלא הל"ל א"כ מוכח דהטור ס"ל דה"ה בכל א"י א"פ א"פ א"פ אלא ב'יורשים פטורי דטענינן להו.

וראיתי בפני ה'הושע לב"ק (דף קי"ב) ברש"י ד"ה משום דאין אנו יודעים דאף ב'יורש חייב בא"י א"פ. וזה ליתא כמבואר בטוש"ע סי' ע"ה והעיקר כמש"כ שם בתי' שני ע"ש וכש"כ לפי מש"כ הרא"ש שם ועיין בסי' שס"א: וכן כתבתי בספרי נחל יצחק סי' ס"ט ה"ל ענף ז' להוכיח פן מן טור אה"ע סי' קע"ח דכתב בהנהג' חמש נשים דאינן נאמנות דנוטלת כתובתה דמנכר דס"ל להטור בכל א"י א"פ א"פ א"פ אלא ב'יורשים פטורי דלא הל"ל חייב.

ומפל ה"ל מוכח דלא כמש"כ הקצה"ח סי' ע"ה ס"ק ט"ז דלשיטת התוס' והרא"ש דבכל מחושואיל"מ פטורי היכא דלא הל"ל דה"ה בא"י א"פ בלנה עצמו היכא דלא הל"ל. ובאמת ז"א דהא חזינן דהטור ס"ל במחושואיל"מ של היורשים דפטורי משום דלא הל"ל ואפ"ה בא"י א"פ של היורשים פתב טעם אחר א"כ מוכח דלא תליא ה' דין דא"י א"פ בה' דין דמחושואיל"מ דאף דנימא דהיכא דלא הל"ל לא אמרינן מחושואיל"מ מ"מ לענין א"י א"פ מחייבין משום ברי וחקת חייב ובפרט דנתבאר דכן מוכח מן הטור באה"ע סי' קע"ח.

ונתבאר דהרמב"ם והטור ס"ל דא"י א"פ חייב אף היכא דלא הל"ל וע"כ מוכח דהא דס"ל להו דהעיקר כתירוץ קמא של הסוגיא דכתובות (ד' י"ב) כמש"כ הב"ש. דהטעם הוא כמש"כ לעיל דאין זה הכרח כלל לנ"ד דשא"ה דהוי חזקה דאיתרעי אבל היכא דה"ל חזקה דלא איתרעי שפיר י"ל דס"ל דמוציאין ממון ע"י ברי ושמא וחקת חייב אף במקום דלא הל"ל.

[נדברי מהראנ"ח דהובא בקצה"ח שם ובמל"מ פ"ד ה' שאלה יש לדון בהם לפ"ז ואין ת"י ספר הג"ל]. וכן נתבאר לעיל דלשיטת הסוברים דנאנסו לא שכיח דלפ"ז מוכח מהא דב"מ (דף פ"א) דישבע ויטול מעותיו דא"י א"פ אף במקום דלא הל"ל תיב דאל"כ אמאי נאמן להוציא דאין לומר פשיטת הש"ך סי' ע"ב ס"ק י"ד דטענת פשיעה או שפא ברשותו הוי טענה גרוע וא"נ בלא מיגו.

דזה אינו דיותר יש לומר דהחפץ הוא ברשותו או שפשע משום דטענתו דנאנסו הוא מידי דלא שכיח ולכן קרוב ביותר לחוש שפא הוא ברשותו ועיין בש"ך סי' ס"ו ס"ק כ"ד שיטת הרמב"ד שם.

ובסי' רצ"ד סעי' ב' וקצרתיו. ובלא"ה דברי הש"ך סי' ע"ב ס"ק י"ד הג"ל אינם ברורים וכמש"כ האו"ת שם.

ובפירוש מבואר בטור סי' ע"ב ובמחבר סי' ע"ב סעיף י"ד דלכן נשבע המלנה שנאנס וגובה חובו שהרי ה"ל פהלויתני וא"י אם החזרתיו לך. הרי להדיא דאף במקום דלא הל"ל ג"כ תיב משום א"י א"פ דלא אתו עלה רק מטעם זה.

ובאמת לולי דבריהם הנה מקום לומר דלכן נאמן המלנה בשבועה שנאנס משום דה"ל פהתנה שיהיה נאמן בשבועה דאל"כ לעולם יהי הלנה פטור פשיעה אונס משום דנימא המע"ה דלא שייך לומר דלא יהי המלנה נאמן בזה דמה יעשה פשיעה אונס ובאמת הא לא קיבל המלנה עליו אחריות אונסין.

אבל באמת זה אינו ברור ולכן לא פתבו טעם זה רק דאתו עלה משום א"י א"פ וכיון דהטור והמחבר בש"ע פתבו פן להדיא לכן פן נקטינו לדינא ובכל מקום לדברי הש"ע אנו שומעין. ובפרט דנתבאר דכן הוא שיטת הטור בסי' ע"ה והרמב"ם ולשיטת הסוברים דנאנסו לא שכיח פנ"ל ג"כ מוכח פן.

וכן ראיתי באו"ת ס"ק כ"ב שהביא ראיה זו אף שקיצר בזה ולא העיר כלל במה שיש להוכיח פן מב"מ (דף פ"א) דאמרו ישבע ויטול מעותיו ובפרט לפמש"כ האו"ת עצמו בסי' ע"ב ס"ק ט' להשיג על הש"ך שם ס"ק י"ד דאף בלא מיגו נאמן הלנה דפשע או מכרו ע"ש: ענף יג כל זה פתבתי מכבר וכעת ראיתי דיש לדחות למה שפתבתי להוכיח פן מהא דב"מ (דף פ"א) ושבועות (דף מ"ג) דישבע ויטול מעותיו.

דיש לומר דהטעם הוא ע"פ מש"כ בחידושי לסי' צ"א סעי' א' לבאר להא דב"מ (דף נ"ח) דבני העיר ששלו ששלו ונגנבו נשבעין שנאנסו ליתן שטרן דלכאורה ה"ל כא"י אם נתחייבתי רק דעיקר נאמנות שלהן הוא משום דה"ל פועין תקנת חנוני דנשבע ונוטל פמבואר בסי' צ"א דלרוב פוסקים הוא מצד התקנה ולא מדינא ואף להסוברים דחנוני נוטל הוא מדינא הא לפמש"כ הש"ך בסי' צ"א ס"ק י"ב טעם הראשון דסוף סוף תיפוק לי' האי מנה מרשותו ע"ש.

א"כ זה הטעם לא שייך בהנהגה שלוחים ועכ"פ חזינו דשומרים נאמנים לומר ששמו פראוי ונאנסו ויטלו שטרן ואף דנאנסו לא שכיח עכ"ז נאמן מצד יורד ברשות דהוציא טרחתו ע"פ. א"כ ה"ה במלנה על המשכון נאמן מה"ט לומר שנאנס המשכון פיון דהוציא מעות הלנאה ע"פ ואינו על המשכון רק דין ש"ש ופטור מאונסין ע"כ כמו דש"ש נאמן

לתפוע שָׁכְרוּ וְלוֹמַר שְׁנָאֲנִס ה"ה מְלוּנָה עַל הַמְשָׁכוֹן נֶאֱמָן לֹמַר שְׁנָאֲנִס וְלִתְבוּעַ דְּמֵי הַלְוָאֲתוֹ ג"כ מִצַּד הַתְּקֵנָה כְּמוֹ בְּחֻנְנֵי יוֹרֵד בְּרִשׁוֹת.

ע"כ אִינוּ רְאִיָּה מְהָא דב"מ לְהוֹכִיחַ דא"י א"פ חֲזִיב בְּמָקוֹם דְּלֵא ה"ל. אֲכֹן מִן דְּבָרֵי הַטּוֹר וְהַש"ע דְּסִי' ע"ב סְעִי' י"ד שְׁפָתְבוּ הַטְעַם דְּלָכֹן נֶאֱמָן לֹמַר שְׁנָאֲנִס וְהַלְוָה חֲזִיב מִשׁוּם דַּה"ל פְּאִינֵי יוֹדְעַ אַם הַחֻזְרָתִי א"כ מוֹכַח דְּס"ל לְהַטּוּש"ע דְּאָף בְּמָקוֹם דְּלֵא ה"ל ג"כ חֲזִיב.

וְהָא דְּלֵא פְּתָבוּ הַטּוּש"ע הַטְעַם דַּה"ל פְּחֻנְנֵי י"ל דְּכִינּוֹן דְּחֻנְנֵי אִינוּ נוֹטֵל מְדִינָא לְשִׁיטַת כְּמָה פּוֹסְקִים וְכַנ"ל ע"כ פְּתָבוּ ה"ט דַּה"ל כֵּא"י א"פ דִּיְהִיָּה חֲזִיב מְדִינָא וְיֵשׁ נַפ"מ טוֹבָא בִּינֵיהֶם: וְהָאוּ"ת שְׁם ס"ק כ"ב הִבִּיא רֵאִי' מִהַתּוֹס' פְּתוּבוֹת (דָּף ט' ע"ב) ד"ה אִי לְמִיתָב לָה פְּתוּבָה כו' שְׁהַקְשׁוּ עֲלָה דְּלִקְמָן (דָּף י"ב) דְּלֵא כִי עַד שְׁלֵא אַרְסְתִּיָּד וְהִי' מְקַחֵי מִק"ט דְּאָמְרוּ בְּדָף י"א דְּכַנְסָה בְּחֻזְקַת בְּתוּלָה וְנִמְצָאָת בְּעוּלָה יֵשׁ לָה מְנָה הָא יֵשׁ לְהַסְתַּפֵּק דִּילְמָא זִינְתָה בְּרִצּוֹן וְהוֹכִיחוּ מְנָה דְּשִׁאנֵי הִיכָא דַּה"ל ס"ס.

וְהַקְשָׁה הָאוּ"ת דְּהָא ה"ל כֵּא"י א"פ. וְהוֹכִיחַ דְּהַתּוֹס' ס"ל דְּכִינּוֹן דְּלֵא ה"ל פְּטוֹר.

וְרֵאִיתִי בְּבֵית מְאִיר סִי' קַע"ח דְּתִירֵץ קוֹשְׁיָתוֹ ע"פ מַה דֵּאִי לְקַמָּן בְּכַתְּבוֹת (דָּף מ"ד) דְּאִם כָּלֵל הַפְּתוּבָה מִן הַנִּישׁוּאִין אִינְהָ גוּבָה רַק מַעַת הַנִּישׁוּאִין דְּאֲחֻלָּי לְשַׁעְבוּדָא דְּקַמָּא א"כ בְּכַה"ג לֹא שְׁיָיֵף לְדוּן לֹא"י א"פ דְּלֵא הָוֵי הַתָּם חֻזְקַת חֵיב ע"ש.

אֲבָל בְּאַמַּת ז"א דְּכִינּוֹן דַּע"י מַה דְּנִימָא דְּמַחְלָה לְשַׁעְבוּד קַמָּא לֹא יְהָא לָה חוּב פְּתוּבָה כָּלֵל א"כ מְמִילָא לֹא מַחְלָה לְאוּרוּעֵי זְכוּתָה לְגַמְרֵי וְקַצְרָתֵי. וְהַעֲיָקֵר מַה שְׁנַלְע"ד דְּזוּה אִינוּ קוֹשָׁה כָּלֵל לְפִי דְּהָא עֲיָקֵר קוֹשְׁיֹת הַתּוֹס' הוּא עַל מַה דְּקַאֲמַר שְׁם ר' יְהוֹשֻׁעַ דַּה"ז בְּחֻזְקַת בְּעוּלָה עַד שְׁלֵא תַתְּאַרְס וְהַטְעַתּוּ עַד שְׁתַּבִּיא רֵאִי' לְדַבְּרֵי' וְכִינּוֹן דְּנִימָא דְּכַנְסָה בְּחֻזְקַת בְּתוּלָה וְנִמְצָאָת בְּעוּלָה יֵשׁ לָה מְנָה א"כ לְדַבְּרֵי ר' יְהוֹשֻׁעַ דְּס"ל דַּה"ז בְּחֻזְקַת בְּעוּלָה מְקוֹדֵם אִירוּסִין יֵשׁ לָה מְנָה וְתַקְשָׁה ע"ז דְּאֲמַאי יֵשׁ לָה מְנָה הָא יֵשׁ לְהַסְתַּפֵּק דִּילְמָא זִינְתָה בְּרִצּוֹן וְלִית לָה כָּלֵל וְאִין לֹמַר דְּחֲזִיב מְנָה מִשׁוּם א"י א"פ.

דז"א דְּהִנְהָ בְּאַמַּת עֲיָקֵר הַחֵיב דֵּא"י א"פ בְּמָקוֹם דְּלֵא ה"ל זְהוּ ע"פ מַה דְּאָמְרוּ בְּכַתְּבוֹת (דָּף י"ב) בְּשִׁינּוּיָא בְּתַרְא דְּעַד כָּאֵן לֹא קַאֲמַר ר' גְּהַתָּם אֲלָא מִשׁוּם דְּאוּקֵי אַחְזָקָה. וְהַעֲיָקֵר כְּהָדָא שִׁינּוּיָא בְּתַרְא כַּמְש"כ הָרִי"ף שְׁם לְדִינָא כֵּן וְכַמְש"כ הַתּוֹס' שְׁם בַּד"ה אֲלָא דְּאִיכָא מִיגוֹ כו' דְּהָאִי שִׁינּוּיָא לֹא אַתְיָא לְר' יוֹחָנָן כו' וְכַמְש"ש שְׁם הַפְּנִי יְהוֹשֻׁעַ בְּכּוֹנְנָתָם דְּהַעֲיָקֵר כְּשִׁינּוּיָא בְּתַרְא ע"ש.

א"כ לַפ"ז ה"ה בְּכָל א"י א"פ אָף דְּלֵא ה"ל מ"מ כִּינּוֹן דְּאִיכָא חֻזְקַת חֵיב וּבְצִירוּף מַעְלַת בְּרִי וְשְׁמָא מוֹצִיאִין מְמוֹן לְמָה דְּקִי"ל הַלְכְּתָא כַּר"ג דְּשְׁם דְּנֶאֱמַנְתָּ לֹמַר מְשַׁאֲרְסְתַּנִּי נֶאֱנַסְתִּי דְּעִיקֵר הַטְעַם הוּא מִשׁוּם מַעְלַת אוּקֵי אַחְזָקָה בְּצִירוּף מַעְלַת בְּרִי כַּנ"ל: אֲבָל לְר' יְהוֹשֻׁעַ דְּס"ל הַתָּם דְּאִינְהָ נֶאֱמַנְתָּ לֹמַר מְשַׁאֲרְסְתַּנִּי נֶאֱנַסְתִּי אֲלָא ה"ה בְּחֻזְקַת בְּעוּלָה עַד שְׁלֵא תַתְּאַרְס כו'.

אָף דְּאִיכָא מַעְלַת אוּקֵי אַחְזָקַת הַגּוֹף בְּמַעְלַת בְּרִי מִשׁוּם דְּס"ל דְּמַעְלַת מוֹחְזָק בְּהַמְמוֹן עֲדִיף. ע"כ מְמִילָא ה"ה דְּלִשְׁיטְתוֹ אִינוּ מוֹעִיל מַעְלַת חֻזְקַת חֵיב בְּמַעְלַת בְּרִי לְהוֹצִיא

ממון וזק וע"כ לשיתתו בכל א"י א"פ במקום דלא ה"ל למידע אין לנו פח להוציא ע"ז מהמון וזק רק היכא דה"ל להלנה למידע שאני.

לכן שפיר הקשו התוס' אליבא דר' יהושע דאמאי אית לה מנה הא יש להסתפק דילמא זינתה בראון ולדידן לא שנייה לחיבו משום א"י א"פ דעיקרו רק משום אוקי אחזקת חיוב דלא מהני לר' יהושע.

לכן עדיין יש לומר דגם התוס' בכתובות (דף ט') ה"ל ס"ל בכל א"י א"פ אף במקום דלא ה"ל ג"כ חייב משום דנקטינו דעיקר פהו שינויא בתרא דמשום אוקי אחזקה אחינו עלה. ומש"כ הב"ש בסי' ס"ח ס"ק כ"ב דהרמב"ם והטור קשו לתירוץ הראשון דשם עיין בהפלאה לק"א שם ס"ק ט"ז ושכתב דאין זה הכרח כלל בדבריהם ע"ש.

לכן נדחה הוכחת האו"ת מן התוס' ה"ל וי"ל דגם התוס' ס"ל דאין לחלק ולעולם חייב א"י א"פ אף היכא דלא ה"ל לדין דקיי"ל כר"ג דכתובות. וע"כ אין מקום להוכחת האו"ת מהתוס' בכתובות (דף ט') ה"ל.

ומה שהוכיח האו"ת מתוס' שבועות (דף מ"ה) אין זה הוכחה די"ל דבקונשייתם הנה ס"ל דיש לחלק דשאני היכא דל"ש לומר דה"ל אכל בסוף דמסקי דהחיוב הוא משום א"י א"פ באמת מוכח מזה דאין לחלק ואף היכא דל"ש לומר דה"ל ג"כ חייב ואדרבה הוי סייעתא לדברינו: וכן מוכח מן הנמוקי יוסף בשם הרא"ה ר"פ הגוזל שכתב השואל חמור לרפוב עליו שלוחו ומתה בדרה ונדבר ספק אם מתה מחמת מלאכה פינו דאינו חייב באונסין רק משעת אונסים ה"ל כא"י א"נ.

משמע דאם הי' דינו כא"י א"פ הי' חייב מטעם זה אף דהוי שמא טוב דהא לא ה"ל. והתם לא שנייה סברת הנתיבות דכתב דכיון דהוי ע"י פשיעת הבע"ד הוי דינו כמו ה"ל דהא נתן לו רשות ליתן לשלוחו ואפ"ה קאמר כן וראו' זו כתב האו"ת ג"כ.

וכן מוכח מן היש"ש שם שהובא בפ"ה סי' רצ"א ס"ק מ"ד שכתב דאם תבעו ברי ה"ל דינו כמו א"י א"פ וחיוב וכן מוכח מן הש"ש שם שכתב ג"כ דה"ל דינו כמו א"י א"פ וחיוב רק דמסיק דחיוב ג"כ משום מחושואיל"מ ונפ"מ דאף אם אין המשאיל תובע בברי ג"כ חייב מטעם זה אכל בתבעו בברי ס"ל דחיוב משום א"י א"פ אף דלא ה"ל.

ועיין בנתיבות שם. וכן מוכח מהרשב"א גיטין (דף ע"ח) שהובא לעיל שכתב דהספק קרוב להמלנה או להלנה ע"י שני פתי עדים ה"ל דינו כמו א"י א"פ רק דמחלק פנ"ל.

הרי דס"ל דאף היכא דלא שנייה לומר דהלנה פשע דה"ל מ"מ חייב משום א"י א"פ רק מה דהוכיח המל"מ מהרשב"א ה"ל דאף בטענו שניהם ספק חייב בא"י א"פ היכא דלא ה"ל זה נתבאר לעיל דאינו מוכח כן.

אבל זה בנודאי מוכח דאף היכא דלא ה"ל פשטענו ברי או מחמת מעלת חזקת מ"מ דה"ל כמו מעלת ברי פנ"ל דחיוב. א"כ נתבאר דהרמב"ם והטור בסי' ע"ב סעי' ט' ובסי' ע"ה סעי' י"ט פנ"ל והמחבר בסי' ע"ב סעי' י"ד והרשב"א גיטין (דף ע"ח) והנמוקי יוסף והרא"ה ר"פ הגוזל והיש"ש והש"ש כוליהו ס"ל דא"י א"פ חייב אף היכא דלא ה"ל.

רק הבעה"ת והרדב"ז ח"ד סי' ס"ט ס"ל דפטור א"כ יש רוב שיטות הראשונים דס"ל דחייב היכא דלא הל"ל והא קיי"ל דאזלינו בטר רבנא דמינכר אף להוציא ממון ובפרט דכבר הוקבע בש"ע סי' ע"ב סעי' י"ד להדיא פו.

ונידוע דאין לומר קים לי נגד השו"ע פמבנאר בחות יאיר ובאו"ת בכללי תפיסה סי' קכ"ד ובקונטרס הספיקות של אחי הקצה"ח סי' ו' ובנתיבות סי' כ"ה בחידושים ס"ק כ' ובשאר אחרונים. והאו"ת דהעלה דהך דינא הוי ספיקא דדינא ויכול לומר קים לי פדעת התוס' דא"י א"פ פטור במקום דלא הנ"ל ע"ש אכן לפי מש"כ דאין ראיה מהתוס' פתובות (דף ט') וכן אין ראיה מהתוס' סוטה (דף כ"ה) ע"כ אין שינוי לומר קים לי פדעת בעה"ת לבד שהוא אחד מן הראשונים הנ"ל וזה הוא נגד דברי הש"ע ע"כ העיקר לדעת דא"י א"פ חייב לעולם אף במקום דלא הל"ל: ענף יד וראיתי בעיר שושן סי' ע"ה סעי' ט' שכתב דא"י א"פ חייב לשלם כו' דכיון שידוע שהלנהו ה"ל למרמי אנפשי' אם החזירו אם לאו כו' עכ"ל.

לפ"ז מוכח דס"ל להע"ש כהבעה"ת דנוקא היכא דהל"ל חייב אבל היכא דלא הל"ל פטור א"י א"פ. אבל באמת אין זה מוכרח בכוננת הע"ש דזה לשון הע"ש דא"י א"פ חייב לשלם ואין התובע צריך לישבע אפילו שבועת היסט דכיון שידוע שהלנהו ה"ל למרמי אנפשי' אם החזירו אם לאו עכ"ל.

ויש לומר דלכן כתב טעם זה משום דקאי על מש"כ דאין התובע צריך לישבע ש"ה. על זה מפרש הטעם משום דטענת הלנה היא טענה גרועה דה"ל למרמי אנפשי' ע"כ אין מקום לחשוך את המלנה ולהשביעו ש"ה.

אבל היכא דלא הל"ל בזה יש לדון דאף דטוען הלנה טענת ספק מ"מ ישבע המלנה ש"ה פדמצינו בש"ך סי' קמ"ו ס"ק ה' דליטול נשבעין אף על טענת שפא פמו דמבנאר בתשובת מיימוני כו'.

וביותר מצינו פעין זה בח"מ סי' רכ"ד סעי' א' גבי הא דס"פ המדיר דכאן נמצא פאן הי' דמה"ט כל מי שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה דכתב הרמ"א שם בשם המרדכי פ"ז דכתובות דאם אינו מביא ראיה ישבע המוכר שלא ידע המומין ופטור וה"ה שלא ידע ממיתה פדמצינו בכמה דוכתי דהיכא דלהתובע הל"ל ולהנתבע לא הל"ל אין ליטול בלא שבועה פמו המפיר פליו וחנוני על פנקסו ומוציא הוצאות וכהנה רבות כו' ע"ש.

א"כ לפ"ז יש לדון דה"ה בהא דכתובות (דף י"ב) דנאמנת לומר משארסתי נאנסתי דקיי"ל דנאמנת י"ל דצריכה שבועה פיון דבאה ליטול וכמו הא דס"פ המדיר וסי' רכ"ד הנ"ל וכש"כ לפמש"כ ההפלאה בק"א לאה"ע סי' ס"ח ס"ק ט"ז דעיקר הטעם ה"ה ע"פ הא דסי' קי"ז דטעמא דחזקה עיקר ע"כ י"ל דמה"ט צריכה שבועה פמו בסי' רכ"ד הנ"ל וכן ראיתי בפתחי תשובה לאה"ע סי' ס"ח ס"ק ט' שהביא בשם גליון ש"ע דהגר"ע זצ"ל שכתב בשם בעה"ת דהך נאמנת דאמר ר"ג בכתובות (דף י"ב) צריכה שבועה עכ"ל.

ולפמש"כ יש גם מקור לזה מהא דכתב המרדכי בפ"ז דכתובות וסי' רכ"ד הנ"ל: ועפ"ז יש לפרש למה שכתב הב"ש בסי' ס"ח ס"ק כ"ב דהרמב"ם והטור כתבו הטעם הראשון דגמ' שם דמשום דאית לה מיגו נאמנת.

וי"ל דבאמת גם היכא דלית לה מיגו נאמנת משום מעלת ברי ואוקי אחזקה רק דלטעם זה צריכה שבוועה כמו בהא דס"פ המדיר הנ"ל אבל משום מעלת מיגו לצירוף מעלת ברי ואוקי אחזקה פטורה משבוועה כמו שפכת הש"ך פ' עין זה בסי' פ"ט ס"ק י' דהיכא שהיה לו ליטול אף בלא טעם של המיגו ע"כ בכה"ג מהני מיגו לפוטרו משבוועה ואכמ"ל.

ולכן פתבו בסי' ס"ח באה"ע שם סעי' ט' דנאמנת בלא שבוועה משום דמיירי שם באופן דינש לה מיגו אבל היכא דאין לה מיגו יש לומר דאף דנאמנת מ"מ צריכה שבוועה כמו הא דסי' רכ"ד. וכן מצינו בח"מ סי' קכ"א סעי' ד' דינש מי שהורה שישבע ואח"כ יטול פ' דין כל הנשבעין ונוטלים וכמש"כ הכ"מ והובא בבאר הגולה שם.

[נגם מהתם יש להוכיח דא"י א"פ חייב אף במקום דלא הל"ל דהא הלנה שטוען איני יודע אם הוא כת"י המלנה דחייב משום א"י א"פ כמש"כ הש"ך בסי' קכ"א שם ס"ק כ"א בשם הכ"מ הא לא פשע פלל ולא הל"ל וע"כ אף לסברת הנתיבות בסי' ע"ה ס"ק ה' דשאני בחנוני ופועלים דפשעו הא זה לא שייך התם ואפ"ה חייב משום א"י א"פ.

אף ראיתי באו"ת סי' קכ"א באורים ס"ק י"ד דכתב דהתם ג"כ י"ל דה"ל להלנה לדייק אם הוא כת"י ממש טרם דפרעו ונדחה זה]. ולכן הקא דמבואר דאם הלנה א"י א"פ א"צ המלנה שבוועה לק"ך פתב העיר שושן דמה"ט א"צ שבוועה לפי דה"ל להלנה למירמי אנפשי'.

ומדוקדק לשונוה"ש לפ"ז דכתב ה"ט לאחר שפכת דא"צ שבוועה אבל היכא דלא הל"ל י"ל דנאמן ג"כ התובע משום מעלת ברי ואוקי אחזקה רק דצריך שבוועה כמו הא דסי' רכ"ד וכמו דמצינו פמה נוטלין דצריך שבוועה כנ"ל.

[ענין בסי' קכ"א סעי' י' דאם אין השליח בפנינו להכחישו א"צ המלנה שבוועה ג"כ הוא מטעם דה"ל א"י א"פ שפא ע"י פשיעת הלנה פסברת הנתיבות בסי' ע"ה ס"ק ה' גבי חנוני ופועלים כנ"ל]. א"כ אין ראי' מן העיר שושן דיהי' ס"ל דאם הוא במקום דלא הל"ל הא פטור די"ל דנפ"מ הוא רק לענין שבוועה.

וכן מצינו להעיר שושן בסי' ע"ב סעיף י"ד שפכת ג"כ להך דין דש"ע שם דהלנה חייב ששטוען המלנה דנאנס המשפון משום דה"ל כא"י א"פ כנ"ל דמזה מוכח דבכל גונוני חייב הלנה. ונתבאר דאף דאמרינו דאף במקום דלא הל"ל חייב בא"י א"פ ולא מחלקינו ביניהם מ"מ לענין שישבע המלנה שפיר יש לחלק ביניהם דהא שיטת שער רב אלפס והובא בש"ך ס"ק כ"ט דכל א"י א"פ צריך המלנה לישבע ואף דלא קי"ל פן מ"מ י"ל דזהו בהל"ל וכמש"כ הע"ש.

אבל היכא דהוי שפא טוב בזה יש לדון דצריך המלנה שבוועה כמו כל נוטלין כנ"ל פיון דלא ריע טענת שפא דהלנה והא דפועלין דסי' צ"א סעי' ב' דא"צ שבוועה הטעם הוא כמש"כ הנתיבות דכיון דפשע הבעה"ב במה שפסר הפרעון שלקחם ע"י החנוני ע"כ הוי דינו כמו כל א"י א"פ במקום דה"ל דריע טענת שפא של הלנה ובכהאי גוונא לא תקנו שבוועה על טענת שפא אף דבא ליטול פן נלע"ד להוכיח מדברי העיר שושן: הינצא לנו מפל זה דהיכא דאין התובע תובעו ברי אף דהספק בפרעון במקום דלא הל"ל להמלנה

למידע מ"מ פטור הלנה ולא מהני בזה תפיסת המלנה לומר קים לי פהרשב"א דהא נתבאר דאין הכרח מהרשב"א להוכיח דין מחודש זה.

וכן נתבאר במה דמבואר בסי' צ"א סעי' ב' אם מתו הפועלים והיורשים תובעים דאם אומרים היורשים דאמר להם אביהם דלא נפרע יש לדון דהבעה"ב חייב משום דזה מקרי פרי פינון דלפי דבריהם דא"ל אביהם פן וקיה נאמן ע"ז משום מעלת פרי ואוקי אהזקת חיוב.

ואף חוץ לב"ד קיה נאמן כמו דמצינו פעין זה גבי מי שנאמן משום מיגו דאף חוץ לב"ד יש להאמינו משום זה פמבואר בסי' נ"ו סעיף ו' בפליש הנעשה ע"י שליח כו' וכמש"כ בספרי נחל יצחק שם.

וכן מצינו בנאמנות האב על בנו שהוא בכור דכיון דהימניה התורה דנאמן אף שאמר פן חוץ לב"ד ונדוקא בעדים בעינון שיעידו בתו"ע בב"ד. א"כ ה"ה הקא דנאמן משום מעלת פרי ואוקי אהזקת חיוב י"ל דנאמן אף שאמר פן חוץ לב"ד וכיון דנאמן להוציא ממון ע"כ הוי א"ל אבא בזה כמו טענת פרי ושאני הך א"ל אבא דח"מ סי' ע"ה דאינו נאמן רק לענין שבוועה ע"כ אין דינו כמו טענת פרי.

ובעיקר פלוגת הרמב"ם והרמב"ן שם במתו פועלים דהכריע הש"ך שם ס"ק י' כשיטת הרמב"ן דמוציאין ממנו אף דלקאורה יש לתמוה ע"ז מ"מ בארתי דיש מקום לדבריהם ע"פ דברי רש"י והריטב"א פתובות (דף ל"ו) ואף דהש"ך עצמו פתב להיפך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב הא פתבתי לחלק דשא"ה לענין שבוועה ולא קיה לו זכות מעולם להוציא ממון.

וקא שפתב הש"ך שם ס"ק קמ"ג דאין טוענים ליורשים להחזיק המשכון שת"י דגם זה מקרי להוציא דלא טענינו. יש לחלק דשא"ה דמספקים בעיקר סף ההלואה פמה קיה א"כ לא שייך התם חזקת חיוב פלל אדרבה יש שם חזקת פטור.

אבל הקא במתו פועלים דקיה לאביהם חזקת חיוב וקיה לו זכות להוציא ממון ע"ז ט"כ בכה"ג ס"ל להש"ך דטענינו ליורש אף להוציא משום דגם זה מקרי כמו להחזיק להחזקת חיוב ולדון שהוא כמו מעיקרא וכמש"כ לעיל בארנפה ע"כ אין להזניח דברי הראשונים והש"ך דס"ל פן.

אף זה אינו רק בתפסו היורשים יכולים לומר קים לי כשיטת הרמב"ן וסייעתו דס"ל דחייב הבעה"ב אבל אם לא תפסו קשה להוציא מהבעה"ב פינון דפשוט דברי הרמב"ם והש"ע שם מורין דס"ל דאין להוציא ממון בכה"ג פינון דהיורשים טוענים שמא וגם בכה"ג אמרינו להפלל דאין טוענים להוציא וה"ל ספיקא דדינא ותלוי מי מהם הוא המוחזק: והיקא דהמלנה טוען שמא על הפרעון וגם הלנה טוען שמא ויש רובא המסייע להתובע בצירוף חזקת חיוב נתבאר לעיל דחייב משום דה"ל בכה"ג כמו פרי וחזקת חיוב דהלנה חייב.

וגם נתבאר פכל א"י א"פ דהתובע טוען פרי דאם נולד ספק לפנינו דיש בזה פלוגתא דרבנותא דלשיטת הרשב"א לגיטין (דף ע"ח) הדין הוא דיחלוקו ולשיטת הרמב"ם ה' סוטה הוי דינו כמו פל איני יודע אם פרעתי דחייב פכולו דגם בזה שייך הטעם דמעלת

בְּרִי וְחֻזְקַת חַיִּיב מוֹצֵיא מִן הַמּוֹחֲזֵק וּמְהַנִּי בְּזֶה תְּפִיסַת הַמַּלְוָה לֹאמַר קִים לִי פְּהַרְמָב"ם דְּחַיִּיב בְּכָל הַחֹב.

וְאִי גִימָא כְּשִׁיטַת הַרְשָׁבָא דַּס"ל דְּהִיכָא דְנוֹלַד הַסְּפֵק לְפָנֵינוּ אִז מְיַפְטֵר אַף א"י א"פ וְלִפִּי מַש"כ הַקְּצָה"ח בְּסִי' שַׁד"מ ס"ק ג' דְּיֵישׁ לְדוֹן דְּבַכָּה"ג מְיַפְטֵר לְגַמְרֵי ע"ש. יֵישׁ מְקוֹם לְתַרְזַן עַפ"ז קְוָשִׁיּוֹת הַסַּמ"ע וְהַש"ף בְּסִי' ע"ה סְעִיף י"ב ס"ק ל"ה דַּל"ל לְהַעֲדָה אֵל בְּלֹא"ה חַיִּיב א"י א"פ.

מִשׁוּם דִּי"ל דְּמֵינְרֵי בְּמְקוֹם שְׁנוֹלַד סְפֵק פְּרַעוֹן לְפָנֵינוּ דְּמִשׁוּם א"י א"פ פְּטוֹר וְאִינוּ חַיִּיב רַק מִשׁוּם הַע"א. וּבְעֵינֵינוּ דְּבְרֵי הָאו"ת וְהַמַּל"מ וְהַגְּתִיבוֹת דְּכַתְּבוּ לְדוֹן דַּא"י א"פ בְּמְקוֹם דְּלֹא הַל"ל פְּטוֹר.

הִנֵּה לְוִלֵי דְּבְרֵיהֶם נִרְאָה לַעֲנִיד לְדִינָא דְּאָף בְּמְקוֹם דְּלֹא הַל"ל חַיִּיב רַק דְּהִיכָא דַּהַל"ל פְּטוֹר הַמַּלְוָה מְשֻׁבְּעָה. וּבְלֹא הַל"ל חַיִּיב הַמַּלְוָה שְׁבוּעָה.

וְהָא דְּפָרְיָהּ הַש"ס בְּשֻׁבְּעוֹת (דָּף מ"ה) וְנִיחָב לִיָּה בְּלֹא שְׁבוּעָה י"ל כַּמַּש"כ הָאו"ת בְּסִי' ע"ה ס"ק כ"ב דְּהָךְ דִּין דְּשִׁכְרִי הַל"ל כְּמוֹ בְּמְקוֹם דַּהַל"ל מִשׁוּם דְּפִשְׁעַת הַבַּעֲה"ב דַּהַל"ל לְפָרוּעַ בְּעַדִּים לְכַל יַעֲשֶׂה עוֹל בְּפוֹעֲלִים כִּי יוֹדַע כִּי טָרִיד וּבְקַל יִטְעָה עַכ"ל הָאו"ת.

[וְכֵן מַה שֵׁיִשׁ לְהַקְשׁוֹת מְסוּגִיָּא זֶה עַל שִׁיטַת הַשְּׁעָרִים דַּס"ל בְּכָל א"י א"פ דְּחַיִּיב הַמַּלְוָה שְׁבוּעָה עֵינֵינוּ בָּאו"ת סִי' ע"ה ס"ק וַיִּינֵן]. וְאָף לְדַעַת הָאו"ת מְהַנִּי תְּפִיסַת הַמַּלְוָה לֹאמַר קִים לִי כְּהַסְבְּרִין דְּאָף הִיכָא דְּלֹא הַל"ל חַיִּיב הַלְוָה בָּא"י א"פ רַק דְּצָרִיף שְׁבוּעָה.

וְלְכַאוּרָה יֵישׁ לְסַתּוֹר לַמַּש"כ דְּצָרִיף שְׁבוּעָה הִיכָא דְּלֹא רִיעַ טַעֲנַת הַנְּתַבְּעָה אַף שְׁטוּעֵן שְׁמָא מִן דְּבְרֵי הַתּוֹס' שְׁבוּעוֹת (דָּף מ"ה ע"א) ד"ה וְנִיחָב לִי בַל"ש. שְׁפַתְּבוּ וְא"ת לֹא יֵהָא בְּרִי כו' וְהַנִּיחָא לְמ"ד בְּרִי עֲדִיף כו'.

דְּמִשְׁמַע דְּלַהֲךָ מ"ד נוֹטֵל בְּלֹא שְׁבוּעָה מִן הַדִּין. הָרִי דְּלֹא ס"ל לַמַּש"כ דְּזַהוּ בְּכָלֵל כָּל נוֹטֵלִין דְּצָרִיף שְׁבוּעָה כְּמוֹ הָךְ דַּסִּי רַכ"ד הַנְּ"ל.

אַךְ זֶה אִינוּ סְתִירָה לְדְּבְרֵינוּ דְּיֵישׁ לֹאמַר דַּשֵּׁא"ה מִשׁוּם תְּקַנַּת שְׁכִיר יֵישׁ מְקוֹם לְפָטוֹר אוֹתוֹ מִשְׁבוּעָה וְכַמַּש"כ הַר"ן שֶׁם שְׁהָרִי נוֹשֵׂא נַפְשׁוֹ עַל שְׁכָרוֹ וְכַמָּה אֵינְשֵׁי פְּרָשִׁי אַף מְשֻׁבְּעַת אֲמַת ע"ש. רַק דְּהַתּוֹס' ס"ל דְּאֵלוּ הִנֵּה מְקוֹם לֹאמַר דַּע"פ דִּין אִינוּ נוֹטֵל כָּלֵל מִשׁוּם דְּחֻזְקַת מְמוֹנָא עֲדִיף כַּדְקִי"ל ע"כ אֵין סְבָרָא לֹאמַר דְּנִיחָב לִי בַל"ש מִשׁוּם תְּקַנַּת שְׁכִיר וְלִכְּן לֹא ס"ל לְהַתּוֹס' לְדְּבְרֵי הַר"ן דְּשֶׁם וְהַקְשׁוֹ שְׁפִיר.

אַבְל אִי גִימָא דְּנוֹטֵל ע"פ דִּין לִכְן שְׁפִיר י"ל דְּבְשֻׁבְּעָה בְּעַלְמָא דְּאִינוּ רַק מְדַרְבְּנֵן בְּזַה תְּקִינוּ לְטוֹבַת הַשְּׁכִיר דַּא"צ שְׁבוּעָה. וּבְכָר פְּתַבְּתִי לְעִיל דְּהַתּוֹס' בְּקוֹשְׁיֵינֵם הִי ס"ל דְּאֲפִשֵׁר לְחַלֵּק דְּשֵׁאנִי הִיכָא דְּלֹא שְׁיִיף לֹאמַר דַּהַל"ל כְּמוֹ הֵתֵם דְּצוֹנוּחַ וְאֹמַר פְּרַעַתִּי.

וּלְבַסּוּף דְּמַסְקֵי דְּהַחִיּוּב הוּא מִשׁוּם א"י א"פ בְּאֲמַת מוֹכַח מְדַבְּרֵיהֶם דְּאָף בְּמְקוֹם דְּלֹא הַל"ל ג"כ חַיִּיב וְנִדְחָה הוֹכַחַת הָאו"ת מְהַתּוֹס' הַנְּ"ל וְכַמַּש"כ לְעִיל. וְלַפ"ז אֵין אֲנוּ צָרִיכִים בְּזַה לְסַבְּרַת הָאו"ת שְׁנִזְכָּר לְעִיל שְׁפַתְּבוּ לֹאמַר דְּיֵישׁ לֹאמַר הֵתֵם בְּשִׁכְרִי ג"כ י"ל דְּפִשְׁעַת דַּהַל"ל לְפָרוּעַ בְּעַדִּים כו'.

משום דבלא"ה א"ש כ"ז. ועיין לעיל בחידושי סי' זה סעי' ט': ואחר פותבי פל הקונטרס
הזה ראיתי בספר עזרת נשים בשו"ת ד' קכ"ג שהביא בשם הכנה"ג שפתיב בשם הריב"ש
סי' רי"א דטענינו ליתמי אף להוציא.

וראיתי בהריב"ש שם דמיורי בהחזיק בנעיצת קורות ג' שנים על פותל חבירו דטענינו
לירוש דמכר הפותל ע"ש. ומזה אין ראיה כ"כ דטענינו להוציא דהא שם הוי כמו להחזיק
וקמו כל קרקע באכילת פירות ג"ש דטענינו לירוש אף דקרקע בחזקת בעליו עומדת
מ"מ מקרי לכ"ע כמו להחזיק וטענינו לירוש לכ"ע משום דעכ"פ הוי קצת בשם מוחזקים
וה"ה בנעיצת קורות דהוי כמו אכילת פירות של הפותל וכמש"כ הריב"ש שם דהוי בשם
מוחזק קצת.

אבל היכא דהוי להוציא ממש ואינו מוחזקים היורשים כלל אין הכרעמשם דנטעון עבור
היורשים להוציא. ואין ת"י ספר כנה"ג לעיין בו.

ועיין ב"ב (נ"ד ל"ב ע"ב) תוס' ד"ה והלקחא פנומי' דרבה בארעא כו' דכתבו שם גבי
מיגו להוציא דמאן דמחזיק הקרקע הוי כמו מיגו להחזיק אף דקרקע בחזקת בעליו עומדת
מ"מ מקרי גבי זה כמו מיגו להחזיק דעכ"פ הוי בשם מוחזק קצת.

וזהו פועין מה שפתיבתי בטעמו של הריב"ש. וכבר פתיבתי לעיל דהו מילתא אי טענינו
להוציא דהש"ף ס"ל בפשיטות דלא טענינו להוציא והארבתי בזה הרבה: ט (שם סעי'
יא) א"ל חייב אני לה מנה והלה אומר אינך חייב לי פטור כו' דהוי פאלו מחלו: ענף א
מקור הדין הוא מן דברי הרא"ש לב"ב פ"ח סי' מ"ס על מה דאמרו בסוגיא שם זה אחי
א"נ אי דאמרי לאו אחינו אמאי ירשו כו' מפאן דקדק ר"מ ז"ל אם ראובן אמר לשמעון
אני חייב לה מנה ושמעון אומר אינך חייב לי פטור אע"פ שיודע שחייב לו כדאמר הקא
דאע"פ שאומר ראובן לשמעון אחי הוא ויש לה ליטול עמי כו' דהוי פאלו מחל לו כו'.

והובא פאן בטור בשם הר"מ מרוטונבורג. ולולי ראיתם מהו דב"ב הנה נראה לדון
בעיקר הו דינא בתרי הודאות דסתרי אהדדי דזה תלוי בהו דגיטין (ד' מ"ם ע"ב) פתיבתי
ונתתי לו והוא אומר לא פתיב ונתן לי הודאת בע"ד כמאה עדים ופלי רש"י הודאת בע"ד
עבד וכן מקבל מתנה פיון דאמר לא קבלתי נאמן כו' דאמרינו כסבור שקבל זה לידו
וכ"כ התוס' שם דבנותן לא אמרינו הכי דכסבור שקבל מיזו וזכה בה והוא לא קבל
כו'.

וכ"כ הרא"ש שם בזה"ל דהודאת הנותן אינה ברורה כהודאת המקבל כי שמא צינה
לאחר ליתן לו והוא לא נתן. ובחי' הרשב"א שם פתיב דלכן מוקמינו השדה בחזקת הנותן
משום דהוי תרי הודאות דסתרי אהדדי ממילא הדין הוא ככל ספיקא דשייף לבצל חזקת
מ"ק והובא בקצה"ח סי' פ"ח ס"ק ט'.

וכ"כ הקצה"ח שם בשם הרמב"ן במלחמות לב"ק ר"פ הפרה דהיכא דז"א חייב אני לה
וז"א אינך חייב לי אוקי ממונא בחזקת מרי' והכי אי' בפרק השולח גבי נתי שדה לפלוני
והוא לא נתן וזהו טעמא דס"פ המניח והקצה"ח שם שקיל וטרי עפ"ז במה דטענו חטים
והודה בשעורים דפטור.

וְדַבְרֵי הַרְמַב"ן הַנ"ל הוּבָא בְּמִשׁוּבָּב נְתִיבוֹת בְּסִי' פ"ח ס"ק ד'. וְקוֹטֵב דְּבִרְיָהֶם הוּא פֶּן דְּהַרְמַב"ן וְהַרְשָׁב"א ס"ל גְּבִי תְּרֵי הוּדָאוֹת דְּסִתְרֵי דְּהוּי סְפִיקָא וּמַעְמִידִין הַמָּמוֹן בְּחֻזְקַת הַמְּוֹחָזֵק וּבְקַרְקַע בְּחֻזְקַת בְּעָלִים הָרְאִישׁוֹנִים וְכֵן בְּעֶבֶד כַּמֶּש"כ הַקְצָה"ח שָׁם.

וְשִׁיטַת רַש"י וְהַתוֹס' וְהָרָא"ש בְּגִיטִין שָׁם דְּאֶזְלִינְן בְּתַר הוּדָאָת הַנּוֹתָן וְלֹא בְּתַר הוּדָאָת הַמְּקַבֵּל וְשָׁם בְּגִיטִין גְּבִי פְתַבְתִּי וְנִתְמִי כו' הַטַּעַם הוּא לְפִי דְּבַהּוּדָאָת הַנּוֹתָן יְכוּלִים לְתַלוּת בְּטַעוֹת דְּשָׂמָא צִינָה לְאַחַר לִיתָן כו' וְעֵינֵן בַּט"ז לִי"ד סִי' רַס"ז ס"ק מ"ג שְׁהַסְבִּיר זָה.

וְכ"כ הַר"ן בְּגִיטִין שָׁם בּוּזָה"ל דְּאֶמְרִינְן טָפִי בְּמַקְבֵּל דְּהוּדָאָת בַּע"ד פְּמָאָה עֲדִים וְאִין אוֹמְרִים פֶּן עַל הַנּוֹתָן דְּשָׂמָא הַנּוֹתָן מִתּוֹף שְׂקֻדָּמָה מִחֻשְׁבָּתוֹ לִיתָנָה הוּא סְבוּר שְׁנִתְנָה אַע"פ שְׁעֻדִין לֹא נִתְנָה וְהַמְּקַבֵּל יָדַע בְּדַבָּר יוֹתֵר מִמֶּנּוּ עַכ"ל הַר"ן: וְלִפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בַּנ"ד דְּאוֹמֵר לְחַבְרֵי חֲזִיב אֲנִי לָהּ מְנָה וְהַשְׁנִי אוֹמֵר אֵינָה חֲזִיב לִי דְּלִשְׁיטַת הַרְמַב"ן וְהַרְשָׁב"א דַּס"ל בְּגִיטִין דְּלָכֵן מוֹקְמִינְן הַשְׁדָּה וְהַעֲבָד בְּחֻזְקַת בְּעָלִים הָרְאִישׁוֹנִים מִשּׁוּם דְּהוּי תְּרֵי הוּדָאוֹת דְּסִתְרֵי אֶהְדְּי וְהוּי כְּכֹל סְפִיקָא דְּאִין מוֹצִיאִין מִן הַבְּעָלִים א"כ ה"ה פֶּאן הַדִּין הוּא דְּפִטוֹר מַה"ט דְּכִינּוֹן דְּהוּי סְפִיקָא ע"י תְּרֵי הוּדָאוֹת דְּסִתְרֵי אִין מוֹצִיאִין מִן הַמְּוֹחָזֵק.

וְכֵן הוּא הַטַּעַם בְּטַעְנוֹ חֲטִים וְהוּדָה בְּשַׁעוֹרִים דְּפִטוֹר מִשּׁוּם דְּהוּי תְּרֵי הוּדָאוֹת דְּסִתְרֵי אֶהְדְּי וְכַמֶּש"כ הַקְצָה"ח שָׁם. [וְכֵן הוּא לְשׁוֹן הַרְמַב"ם ה' טוֹעֵן פ"ג ה' יו"ד שְׁפַתְב פֶּן גְּבִי טַעְנוֹ חֲטִים וְהוּדָה בְּשַׁעוֹרִים דְּפִטוֹר שְׁהַרִי אוֹמֵר אִין לִי בְּיָדָה שְׁעוֹרִים וְזָה דוֹמָה לְמִי שְׂאֵמֵר לְחַבְרֵי בַב"ד מְנָה לָהּ בְּיָדִי וְאוֹמֵר לוֹ הָאֵחֵר אִין לִי בְּיָדָה שְׂאֵינ ב"ד מְחִיבִין לוֹ כו'.

וְדַבְרֵי הַרְמַב"ם הַנ"ל הוּבָא בְּש"ף סִי' פ"ח בַּס"ק ט"ז דְּאֵתִי עֲלָה מִשּׁוּם דְּהוּי הוּדָאָה בְּלֹא תְּבִיעָה וְכַשִּׁיטַת הַרְמ"ה שָׁם וּבַס"ק ל"ה שָׁם בְּסוֹפּוֹ פְתַב הַש"ף לְהַסְתַּמֵּק דְּאֶפִּילוּ תִימָא דְּסַבִּירָא לְהַרְמַב"ם הַטַּעַם מִשּׁוּם הוּדָאָה כו'.

וְהַדְּבָרִים אֲרֻנְפִין וְאֵכְמ"ל] אָכֵן לְפִי שִׁיטַת רַש"י וְהַתוֹס' וְהָרָא"ש וְהַר"ן גְּבִי פְתַבְתִּי וְנִתְמִי דְּלָכֵן אֶמְרִינְן הוּדָאָת הַמְּקַבֵּל פְּמָאָה עֲדִים וְלֹא אֶזְלִינְן בְּתַר הוּדָאָת הַנּוֹתָן מִשּׁוּם דְּתַלִּינְן לְהוּדָאָת הַנּוֹתָן בְּטַעוֹת מִתּוֹף שְׂקֻדָּמָה מִחֻשְׁבָּתוֹ כו'.

וּמִשְׁמַע דְּלוּלִי ה"ט הָיוּ אוֹמְרִים דְּנִיזַל בְּתַר הוּדָאָה הַנּוֹתָן בְּיוֹתֵר. דְּהָא פֶּאן לֹא שְׁיָיָה לּוֹמֵר לְסַבְרָתָם שְׁפַתְבו גְּבִי פְתַבְתִּי וְנִתְמִי כו' דְּתַלִּינְן בְּטַעוֹת הַנּוֹתָן לְפִי שְׂקֻדָּמָה מִחֻשְׁבָּתוֹ כו'.

אַף ע"פ רְאִינְתָם מִן הָדָב"ב (דָּף קל"ה) גְּבִי זָה אַחֵי הוֹכִיחוּ דְּגַם בַּכָּה"ג פְּטוֹר מִשּׁוּם דְּאֶמְרִינְן דְּהוּי פְּאֵלוּ מְחֵלוּ וְע"כ אַע"פ שְׂיֻדְעָה בְּנִדְאֵי דְּחֲזִיב לּוֹ פְּטוֹר וְכַמֶּש"כ הָרָא"ש בַּב"ב שָׁם וְהַטּוֹש"ע לַה"ט. וְכֵן פְתַבּוּ הַתוֹס' בַּב"ק (דָּף לַה) ד"ה לִימָא כו' דְּלָכֵן בְּטַעְנוֹ חֲטִים וְהוּדָה בְּשַׁעוֹרִים פְּטוֹר דְּהוּי פְּהוּדָה וּמְחַל לוֹ וְכֵן פִּי רַש"י שָׁם וְהוּבָא בְּהָרָא"ש שָׁם וְכַמְבּוֹאֵר בְּסִי' פ"ח סַעִי י"ב בְּמַחְבֵּר וְהַרְמ"א שָׁם דְּסִיִּים וְכַמּוֹ שְׁנִתְבָּאֵר לְעֵיל סִי' ע"ה סַעִי י"א עַכ"ל.

וְעֵינֵן בְּש"ף סִי' פ"ח ס"ק י"ז בַּמֶּש"כ בְּכּוֹנְנַת הָרָא"ש דַּס"פ ג' דַּב"ק. וּבְתוֹמִים שָׁם ס"ק ז'.

אף בְּהָא דְכַתְּבִי וְנִמְתִּי הַשְּׂדֵה לְפָלוּנִי וְהוּא אֹמֵר לֹא נָתַן לִי כִּינּוּן דְּלֹא שְׂיִיף הֵתָם לֹמֵר דְּמַחֵל לֹו וְאִף דְּכַתְּבִי הַקְּצָה"ח בְּסִי' פ"ח ס"ק י"ג דְּגַם בְּקַרְקַע אִף דְּלֹא שְׂיִיף לְשׁוֹן מְחִילָה מ"מ דְּיִינְיָנוּ לְשׁוֹן מִתְּנָה.

מ"מ הָא בְּעֵינֵי דְרַכֵּי הַקְּנִינִי עכ"פ לְכֹן כ"ז דְּלֹא קָנְהוּ הַנּוֹתָן בְּדַרְכֵי הַקְּנִינִי לֹא מְהִי אִף דְּנִימָא דְהַמְקַבֵּל גָּמַר לְהַקְּנוֹתוֹ ע"כ הֵן כְּרַחוּ שְׁם לֹמֵר הַטַּעַם דְּתַלְיָנָא בְּטַעוֹת הַנּוֹתָן. וְהָא דְלֹא הִבִּיאוּ הַרְאָנִי מִן הַדְּטַעְנוּ חֲטִים וְהוֹדָה בְּשַׁעוֹרִים דְּפִטוֹר מְשׁוּם דַּה"מ לְמַדְחֵי דְהֵתָם הַטַּעַם הוּא כַּמְש"כ הַר"מ הַלְוִי דְמְשׁוּם מְשַׁטָּה אֶתּוּ עֲלֵה ע"כ הִבִּיאוּ הַרְאָנִי מְהָא דַּב"ב בְּזָה אֹמֵר אַחֵי: וְאַחַר כּוֹתְבִי כָּל זֶה רְאִיתִי בְּתַשׁוּבוֹת הַרְשָׁבָא הַמְיֻחָסוֹת לְהַרְמְב"ן ס' קי"ז שְׁפַתְבּוּ שְׁאֵלָה רְאוּבֵן אֹמֵר לְשַׁמְעוֹן חֲזִיב אֲנִי לְהַ מְנָה וְשַׁמְעוֹן אֹמֵר אֵינְךָ חֲזִיב לִי כְּלוּם אִם דְּמִי לְהַ דְּהַשׁוֹלֵחַ כְּתַבְתִּי וְנִמְתִּי לֹו וְהוּא אֹמֵר לֹא כְּתַב וְנָתַן כו' א"ד חוֹב שְׂאֲנִי.

תְּשׁוּבָה הַדִּין דְּלֹא אֹמְרִינֵן הוֹדָאת בַּע"ד כְּמַאָה עֲדִים כִּינּוּן דְּשַׁמְעוֹן אֹמֵר בְּרִי אֵינְךָ חֲזִיב לִי וְרְאֵי מִן פְּרָק יֵשׁ נֹחֲלִין זֶה אַחֵי אֵינּוּ נְאֻמָּן כו' וְדִיִּיקִינֵן בְּגַמְרָא וְאֵינְךָ מְאִי קְאָמְרִי כו' וְאִי דְאֹמְרִי לֹאוּ אַחֲוֹנָא אֲמַאי יִטְלוּ אַחֲוִי עִמּוֹ וְהָא הֵכָא דְאֵיִהוּ מוֹדָה דְאַחֲוִיָּהּ הוּא כו' ה"ל כְּאוֹמֵר לְחַבְרִי מְנָה לְהַ בְּיַדִּי וְהֵלָה אֹמֵר אֵינִי לִי בְּיַדִּי כְּלוּם וְכֹן דְקַדַּק הַר"מ מְרוֹטוֹנְבוֹרְג כו' וְהֵיִיא דְפְרָק הַשׁוֹלֵחַ דְאֹמְרוּ הוֹדָאת בַּע"ד כְּמַאָה עֲדִים לֹאוּ מַה"ט הוּא כו' וְכַתְּבוּ בְּתוֹס' דַּע"ג דְאֵיִדִּי וְאֵיִדִּי הוֹדָאת בַּע"ד נִינְהוּ מ"מ זֶה בְּרוּר יוֹתֵר מֵהוֹדָאת הַנּוֹתָן לְפִי דִי"ל דְקַדְמָה מְחַשְׁבָתוֹ לְתַת אֹתָהּ קוֹדָם שְׂיִתְנָנָה וּפְעָמִים סְבוּר שְׁנָתָן וְלֹא נָתַן ע"כ.

וּמִינְיָה דְחוֹב שְׂאֲנִי דְמַלְוָה וְלוֹנָה שְׁנִיָּהֶם דְעַתְיָהּ פְּחָדָא אֶפְשָׁר דְהֵלְוָה נְאֻמָּן אֵלָא דְהֵיִיא דִישׁ נֹחֲלִין רְאִי דְהָאוֹמֵר לֹא הַלְוִיתִי לְהַ בְּבָרִי נְאֻמָּן כו'. וְעוֹד נ"ל רְאֵי דְלֹא אֹמְרוּ בְּהָא הוֹדָאת בַּע"ד כְּמַאָה עֲדִים מְדַקִּי"ל טַעְנוּ חֲטִים וְהוֹדָה בְּשַׁעוֹרִים פִּטוֹר אִף מְדַמִּי שַׁעוֹרִים כו' וְדוֹקָא כְּשִׁישׁ לֹו תְּבִיעָה עַל שְׁנִיָּהֶם הוּא דְמְהִי תְּפִיסָה אֶבֶל בְּאֵין לֹו תְּבִיעָה אֵלָא עַל א' מְהֵם אֶפְיִלוּ תְּפִיס מְפָקִינֵן מְנִיָּה וְנ"ל שְׁהוּא מִן דִּין מְחִילָה כו' עכ"ל תְּשׁוּבוֹת הַמְיֻחָסוֹת לְהַרְמְב"ן.

וְכַוְנָתוֹ בְּמַש"כ דְהֵיִיא דְפְרָק הַשׁוֹלֵחַ לֹאוּ מַה"ט הוּא דְזֵהוּ כַּמְש"כ לְעֵיל דְהַטַּעַם שְׁפַתְבּוּ הַר"מ מְרוֹטוֹנְבוֹרְג דְהוּי כְּאֵלוּ מַחֵל לֹו זֶה לֹא שְׂיִיף בְּהַ דְּהַשׁוֹלֵחַ דְהָא לֹא קָנְהוּ הַנּוֹתָן ע"פ דְרַכֵּי הַקְּנִינִי מִן הַמְקַבֵּל ע"כ הֵתָם הַפְּרִוּשׁ הוּא כַּמְש"כ בְּשֵׁם הַתּוֹס' דְתַלְיָנָא דְטַעָה הַנּוֹתָן.

וְכַתְּבִי ג"כ דְלְשִׁיטַת הַתּוֹס' בְּהַשׁוֹלֵחַ הֵתָם הַטַּעַם הוּא דְתַלְיָנָא בְּטַעוֹת הַנּוֹתָן אֶבֶל לוֹיִי זֶה הִי אֹמְרִים דְנִיזֵל בְּתַר הוֹדָאת הַנּוֹתָן וְלֹא בְּתַר הוֹדָאת הַמְקַבֵּל ע"כ לַפ"ז הֵיִיא הַדִּין נֹתָן הֵכָא בַּנ"ד דְחֲזִיב לְשַׁלֵּם כְּפִי הוֹדָאתוֹ אִף דְמַסִּיק הַטַּעַם דְפִטוֹר מְשׁוּם דְהוּי כְּמַחֵל לֹו.

וְאִף דְשִׁיטַת הַרְשָׁבָא בְּגִיטִין (דָּף מ') דְמַסִּיק שְׁם לְאַחַר דְהִבִּיא מִתְחַלָּה לְדַבְרֵי הַתּוֹס' דְכַתְּבוּ הַטַּעַם דְתַלְיָנָא בְּטַעוֹת הַנּוֹתָן דְכַתְּבִי אַח"ז דְפִשׁוּט הוּא דְהַטַּעַם הוּי מְשׁוּם דְתַרִּי הוֹדָאוֹת דְסְתָרִי אַהֲדָדִי הוּי כְּמוֹ תְּרִיּוֹתֵרִי.

וְכֹן הוּא שִׁיטַת הַרְמְב"ן בְּמַלְחָמוֹת בַּסַּפ"ג דַּב"ק כַּמְש"כ הַקְּצָה"ח הַפֵּל בְּסִי' פ"ח פְּנ"ל מ"מ הֵכָא בְּתַשׁוּבוֹת הַרְשָׁבָא הַמְיֻחָסוֹת לְהַרְמְב"ן מְסִיק לְדוֹן לְשִׁיטַת הַתּוֹס' דְגִיטִין אֵיף

הוא הדין פאן באומר חייב אני לה מנה והוא משיבו אינה חייב לי דהסברא מורה דיהיה חייב משום דלשיטתם הדין הוא דאזלינן בטר הודאת הנותן וע"ז מסיק דאף לשיטת התוס' הדין הוא דפטור משום דאמרין דמחל לו.

ונהו הפל כמש"כ מתחלה דלשיטת הרשב"א והרמב"ן עצמו דס"ל בתרי הודאות דסתרי אהדדי דהוי פמו שני פתי עדים המכחישות דמוקמינן בחזקת בעלים בנודאי הדין הוא הקא דפטור אף אף לשיטת התוס' דאזלינן בטר הודאת הנותן ביותר ג"כ הדין הוא הקא דפטור משום דאמרין דמחל לו: ענה ב ובעיקר הסוגיא דב"ב (דף קל"ה) דאמרי אי דקאמרי לאו אחונא הוא אמאי בנפלו לו נכסים ממק"א ירשו אחיו עמו הא אמרי לאו אחונא הוא.

וקשה פיון דס"ל להתוס' והרא"ש והר"ן בגיטין (דף מ') גבי פתבתי ונתתי לו כו' דהתם הטעם הוא דתלינן בטעות הנותן לפי דקדמה מחשבתו כו' וכ"כ הרב המגיד פ"ד ה' זכין' ה' י"ב. ולולי זה הדין הוא דניזיל בטר הודאת הנותן א"כ הקא דאומר ראובן על לוי דהוא אחינו ושמעון אומר אין לוי אחינו הדין נותן דניזיל בטר הודאת ראובן דלוי הוא אחיהם דיתול שמעון חלק בירושת לוי.

והקא לא שייך לדון לסברתם שפתבו גבי פתבתי ונתתי שדה כו' דתלינן בטעות לפי דקדמה מחשבתו כו' וכמש"כ הרמב"ן בתשובות המינוחסות הנ"ל דהה סברא לא שייכא באומר חייב אני לה ונחבירו משיבו אינה חייב לי.

וה"ה הקא פיון דלא שייך ה"ט הדין נותן דניזיל בטר הודאת ראובן והקא לא שייך לומר הטעם דכתבו הקא דאמרין דמחל לו. דהא הקא בירושת לוי פיון דניזיל בטר הודאת ראובן ושייך גוף הירושא בחלק לשמעון ג"כ ע"כ אף דנימא דהקנה שמעון לראובן הא לא קנה ראובן כ"ז דלא עשה דרכי הקניין וכמו בכתבתי ונתתי שדה כו' דאם לא הי' תלינן בטעות הנותן הי' שייך השדה להמקבל מה"ט כמש"כ לעיל א"כ תקשה לפי שיטתם על הא דב"ב.

אכן לשיטת הרמב"ן והרשב"א דס"ל בתרי הודאות דסתרי דהוי ספיקא ומה"ט מעמידין בחזקת הבעלים אתי שפיר הקא בב"ב משום דהא הדין הוא אם יש יורש ודאי דאין ספק יורש מוציא מידי ודאי כמבואר ביבמות (דף ל"ח) ע"כ הקא דראובן הוי יורש ודאי ושמעון הוי ספק יורש ע"כ יורשו ראובן לבדו אבל לשיטת התוס' והרא"ש וסייעתם תקשה זה.

וכן הקשה זה המל"מ פ"ד ה' נחלות ה' ח' ומה שתיגרין אין זה מובן. והקצה"ח בסי' ר"פ ס"ק א' תגרין לזה בשם אחיו ז"ל ע"פ מש"כ דהוי יורש ודאי ואין ספק מוציא מן ודאי.

אבל באמת אין תירוצו מספיק לתרץ קושיות המל"מ דהא המל"מ הקשה פן לפי שיטת התוס' בגיטין גבי פתבתי ונתתי כו' שהביא שם א"כ הא התוס' וסייעתם ס"ל דבתרי הודאות לא הוי ספק אלא אזלינן בטר הודאת הנותן דאם הי' ספק א"כ ל"ל לומר דתלינן דטעה הנותן הא בלא"ה א"ש מה דמעמידין השדה בחזקת הנותן כדן כל ספיקא בתרי ותרי.

וכינן דס"ל דאזלינן בַּתּוֹר הוֹדָאָת הַנּוֹתָן א"כ ה"ה הָכָא הָנִי שְׁמַעוֹן יוֹרֵשׁ וְדָאֵי וְע"כ אִין מְסַפֵּיק ע"ז תִּירוּצוֹ שְׁל הַקְצָה"ח. וְעֵינֵין מְזַה בְּסִפְר תְּרוּמַת הַפְּרִי בְּסִי' פ"ח סע' י"ב שְׁפָתַי ג"כ דָּאִין לְחִירוּצוֹ שְׁל הַמֶּלֶךְ מְהַבְּנָה פְּלִל וְגַם פָּתַב שָׁם כַּמֶּש"כ הַקְצָה"ח בְּשִׁמּוֹ: וְהַנִּלְע"ד בְּזַה וּמִתְחַלָּה נִסְבִּיר לְסִבְרַת הַתּוֹס' וְהָרָא"ש וְסִייעָתָם בְּמָה דס"ל דְּאִזְלִינן בַּתּוֹר הוֹדָאָת הַנּוֹתָן בְּיוֹתָר דְּטַעְמָם הוּא מְשׁוּם הַפְּלִל הַיְדוּעַ דְּאוּדִיתָא הָנִי קִנְנֵן בְּעֵצָם אַף הִיכָא דִּידוּעַ דְּלֹא הָיָה שְׁלֹו מְעוּלָם וְכַמוֹ שְׁהָאֲרִיף בְּזַה הַקְצָה"ח בְּסִי' קצ"ד ע"כ ה"ה הָכָא פְּשֵׁהוּדָה הַנּוֹתָן וְאָמַר פְּתַבְתִּי וְנִתְמַתִּי לֹו אַף דִּידוּעַ ע"פ הוֹדָאָת הַמְקַבֵּל שְׁלֹא הִקְנָהוּ מְעוּלָם מ"מ קִנְהוּ הַמְקַבֵּל ע"פ קִנְנֵן אוּדִיתָא שְׁהוּדָה הַנּוֹתָן שְׁהִקְנָה הַשְּׂדָה לְהַמְקַבֵּל וְזַה לֹא שִׁינְיָהּ רַק בְּכַתְבִּי וְנִתְמַתִּי הַשְּׂדָה דְּהָנִי קִנְנֵן אוּדִיתָא עַל הַשְּׂדָה שִׁישׁ לֹו וְעָלִיו אָנוּ דְּנִין.

משא"כ בְּהָא דב"ב גְּבִי זַה אוֹמַר אַחֵי דְּבַעַת דְּאָמַר כֵּן הָיוּ דְּנִין אַז עַל יְרֻשַׁת יַעֲקֹב אַבִּיהֶם אִם לֹו הָנִי יוֹרֵשׁ בְּנִכְסֵי יַעֲקֹב אוֹ לֹא וְלֹא הָיוּ דְּנִין אַז עַל יְרֻשַׁת לֹו דְּהָא לֹו הָיָה חֵי אַז וְעַכְשָׁיו שְׁמַת לֹו וּמְסַתְּפִקִין עַל יְרֻשַׁתוֹ אִם שְׁמַעוֹן הָנִי ג"כ יוֹרֵשׁ שְׁל לֹו אוֹ רְאוּבֵן לְבָדוֹ ע"כ לֹא שִׁינְיָהּ לְדוֹן קִנְנֵן אוּדִיתָא בְּהוֹדָאָת רְאוּבֵן שְׁאָמַר כְּבָר כִּי לֹו הוּא אַחֵיו.

וְכָבַר פְּתַב הַקְצָה"ח בְּסִי' קצ"ד דְּעַל דְּבָר שְׁאִינוּ יָכוֹל לְהַקְנוֹתוֹ כְּמוֹ דְּשִׁלְב"ל דְּלֹא מְהַנִּי בְּזַה קִנְנֵן אוּדִיתָא ג"כ. וְהָכָא בְּנוֹדָאֵי הָנִי דְּשִׁלְב"ל בְּעַת דְּהָיוּ מִתּוֹנְפָחִים עַל נִכְסֵי אַבִּיהֶם יַעֲקֹב דְּהָא אַז הָיָה לֹו חֵי וְע"כ לֹא שִׁינְיָהּ בְּזַה קִנְנֵן אוּדִיתָא דְּהָא אַז לֹא הָיָה בְּעוּלָם יְרֻשַׁת לֹו שְׁאָנוּ דְּנִין עַכְשָׁיו וְע"כ בְּכַה"ג לֹא אָמְרִינן דְּהוֹדָאָת נוֹתָן עַדִּיפָא רַק הָנִי סְפַק הַשְּׂקוּל וְלִכֵּן שְׁפִיר פְּרִיף הַש"ס אִמְאֵי יְרֻשׁוֹ אַחֵיו עִמּוֹ דְּהָא וְדָאֵי יוֹרֵשׁ וְסְפַק יוֹרֵשׁ אִין סְפַק מוֹצִיא מִיְדֵי וְדָאֵי.

כֵּן י"ל לְכַאוּרָה: אַכֵּן זַה אִינוּ דְּהָא עַכְשָׁיו דְּמַת לֹו וְרְאוּבֵן נוֹטֵל בִּירְוּשַׁתוֹ לְפִי דְּאוֹמַר דְּלֹו הוּא אַחֵיו א"כ הָנִי לָנוּ עַכְשָׁיו ג"כ הוֹדָאָת רְאוּבֵן לְפִנְיָנוּ שְׁלֹו הוּא אַחֵיו וּמִמִּילָא הַדִּין לְפִי דְּבָרֵי רְאוּבֵן אֲשֶׁר שְׁמַעוֹן אַחֵיו יְהִיָה נוֹטֵל ג"כ חֵלֶק בִּירְוּשַׁת לֹו שְׁאָנוּ דְּנִין עַכְשָׁיו וְשִׁינְיָהּ גַּם בְּזַה לְדוֹן לְמַש"כ הַתּוֹס' וְסִייעָתָם דְּנִינֵל בַּתּוֹר הוֹדָאָת הַנּוֹתָן.

וְאֲפָשֶׁר לְחֵלֶק דְּשְׁאֵנֵי הָכָא דְּאָף דְּרְאוּבֵן אוֹמַר עַכְשָׁיו ג"כ דְּלֹו הוּא אַחֵיו מ"מ הָא אִינוּ מְכוּוֹן לְהַקְנוֹת נִכְסֵיו לְשְׁמַעוֹן בְּתוֹרַת קִנְנֵן אוּדִיתָא רַק דְּמְכוּוֹן עַכְשָׁיו לְהַנְאָתוֹ וְלִטְוֵל חֵלֶק יְרֻשָׁה בְּנִכְסֵי לֹו ע"כ אִין זַה דוּמָה לְהַדְּ דְּגִיטִין בְּכַתְבִּי וְנִתְמַתִּי שְׂדָה לְפִלוּנִי דְּהָא שָׁם כְּנֻנְתּוֹ רַק לְהַקְנוֹת לְחִבְרֵיו אֶת הַשְּׂדָה בְּקִנְנֵן אוּדִיתָא ע"כ שְׁפִיר כְּתָבוּ שָׁם דְּהוֹדָאָת הַנּוֹתָן חֲשׁוּבָה בְּיוֹתָר.

וְכַעֲיֵן זַה רְאִיתִי בְּנִתְיֹבוֹת סִי' ר"פ ס"ק ג' שְׁפָתַי לְתַרְזֵן קְוִשְׁיוֹת הַמֶּלֶךְ מ"מ הַנְּ"ל לְפִי דְּהוֹדָאוֹת רְאוּבֵן שְׁלֹו הוּא אַחֵיו אִין זַה כְּהוֹדָאָת בַּע"ד רַק כְּמַעִיד שְׁמַגִּיעַ לְשְׁמַעוֹן חֵלֶק מְנִכְסֵי לֹו דְּהָא אִינוּ מוֹדָה אֲנִכְסֵי עֲצָמוֹ כו' ע"ש: וַיֵּשׁ לְסַתּוֹר לְתִירוּץ הַנִּתְיֹבוֹת מִן מַה שְׁפָתַי הָרָא"ש בְּב"ב שָׁם בְּשֵׁם הַר"מ לְהוֹכִיחַ מְשָׁם לְהַדְּ דִּינָא אִם רְאוּבֵן אוֹמַר לְשְׁמַעוֹן חֲזִיב אֲנִי לְהַ מְנָה וְשְׁמַעוֹן אוֹמַר אִינְיָהּ חֲזִיב לִי כו' וְכ"כ בְּתַשׁוּבוֹת הַרְשָׁב"א הַמִּינוּחָסוֹת לְהַרְמְב"ן בְּשֵׁם הַר"מ מְרוֹטוֹנְבוּרְגַּ ע"פ הוֹכְחָה מְהַדְּ דב"ב דְּאָמְרוּ שָׁם אִי דְּאָמְרֵי לֹאוֹ אַחֲנוּנָא אִמְאֵי יְרֻשׁוֹ אַחֵיו עִמּוֹ.

הא לדברי הגמ' יש לחלק דשאני בה' דב"ב דמה שאומר ראובן אין זה נקרא בשם הודאת בע"ד רק כמעיד כו' משא"כ בראובן אומר חייב אני לה מנה דהוי הודאת בע"ד על חייב שלו ע"כ עדיין י"ל דאף דשמעון אומר להיפך מ"מ גיזל בתר הודאת המתחייב וכמו בה' דגיטין בכתבתי ונתתי שדה כו' דשיטת הרא"ש שם דלולי הטעם דתלינו בטעות הנותן הנה הדין למיזל בתר הודאת הנותן וה"ה ה"ה במודה שחייב לו מנה.

ועיקר טעמו דהרא"ש והר"מ שכתבו דפטור הוא משום טעמם שכתבו דהוי כאלו מחל לו והוכיחו פן מה' דב"ב א"כ לדברי הגמ' הנותן אין מקום לראיות הר"מ הג"ל. ומדחזינו שהוכיחו פן מה' דב"ב א"כ מוכח דס"ל ללך הנה ראשונים דגם בה' דב"ב חשבינו לדברי ראובן שאומר על לוי דהוא אחי דגם זה מקרי בשם הודאת בע"ד ממש דהא מודה על הנכסים שיש ת"י דהם של שמעון לפי דבריו דלוי הוא אחי.

וע"כ תקשה עדיין לקושיות המל"מ לשיטת התוס' והרא"ש וסייעתם פנ"ל. וכן נסתר עפ"ז למה שכתבתי לחלק דשאני בה' דב"ב דאינו מכנין להקנותו בתורת קנין אודיתא דא"כ אין מקום לראיתם מן ה' דב"ב לה' דינא בהודה לו שחייב לו מנה כו' פנ"ל: והנלע"ד לומר דשפיר הוכיחו מן ה' דב"ב לה' דינא באומר חייב אני לה מנה והשני מכחישו דפטור משום דהוי כאלו מחל לו.

והוא דהא קודם דנוטל ראובן הירושפה לרשותו אף דלא שייך בזה הטעם שכתבו לפטור משום דהוי כאלו מחל לו. משום דלא קנהו בתורת קנין וכנ"ל.

מ"מ הא לא שייך בזה למיזל בתר הודאת הנותן. משום די"ל בזה פסקת הגמ' הנותן דהא לא הוי בשם הודאת בע"ד רק כמעיד על נכסי לוי דשל מי הוא פיון דאינם פחת ידו ובכה"ג אזלינו בתר הודאת המקבל דהוי בשם הודאת בע"ד ממש דהא שמעון מודה דאין הנכסים שלו.

ועיקר הוכחת הר"מ והרא"ש והרמב"ן בתשובה במה שהוכיחו לה' דינא בהודה שחייב לחבירו מנה והנה משיבו אינה חייב לי דפטור משום דהוי כאלו מחל לו. פנונתם הוא פן דהא פיון דכ"ז דלא נטלם ראובן לרשותו הדין הוא דלא ירשו אחיו עמו כמבואר להדיא בה' דב"ב אלא הדין הוא דיטול ראובן לכל הירושפה מלוי א"כ לאחר שיטול ראובן כל הירושפה לרשותו ואז יהיה הדין למיזל בתר הודאת ראובן ביותר דהא אחר שנטלם לרשותו יהיה עליו שם הודאת בע"ד ממש במה שמחזיקם לעצמו ע"פ הגדתו שלוי הוא אחיו דהא אז יהיה עליו שם הודאת בע"ד על המזון שברשותו דהם שייכים לשמעון והי' לנו לדון בכה"ג למיזל בתר הודאתו כמו בה' דגיטין דאזלינו בתר הודאת הנותן.

ומדחזינו דאמרו דלא ירשו אחיו עמו אלא ינתן כולו לראובן מזה דהדין הוא בהודה לחבירו כו' והנה מכחישו דפטור משום דאמרינו דמחל לו א"כ אחי שפיר ה"ה ג"כ דאף לאחר שנטל ראובן כל הירושפה לרשותו דאף דהוי אז עליו שם הודאת בע"ד דהודה דחייב לשמעון להחזיר לו חלקו בירושפת לוי שיש פחת ידו.

דמ"מ פטור משום דהוי כאלו מחל לו. וכבר כתבתי לעיל בשם הקצה"ח בסי' פ"ח ס"ק י"ג דאף היכא דהוי החפץ בעיני' דלא שייך לשון מחילה מ"מ תלינו דהקנהו לו ואמרינו בזה לשון מחילה כמו ברפ"ג דב"ב גבי חזקת שלש שנים דמדשתק מחל כו'.

ועינין בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט. ובקצרה הוא פן דאף היכא דאינם תחת רשותו דלא קנה אותם בתורת קנין מ"מ הא אז הוי הדין למיזל ביותר בתר הודאת שמעון דהוי הודאת בע"ד משא"כ הגדת ראובן אין דינו פה הודאת בע"ד רק פמעיד כו'.

ואחר שנטלם ראובן לרשותו דהוי אז בשם הודאת בע"ד והי' לנו לדון בזה למיזל בתר הודאת ראובן ביותר כמו בהך דגיטין ואפ"ה פטור להחזיר לשמעון משום דאמרין דמחל לו כמש"כ הר"מ ואז שפיר קנהו ראובן ע"פ דרכי הקניין פיון דהוי ת"י ורשותו דקנה אותם ע"פ דין חצר וא"ש לדברי הר"מ שהביא הרא"ש לדינא וכן בתשובות הרשב"א המיוחסות להרמב"ן.

ומתוך בעז"ה על נכון לקושיות המל"מ. ועינין בפלפולא חריפתא לב"ב שם ס"ק צ': ענף ג ושיטת הירושלמי בתרי הודאות דסתרי אהדדי דאזלינן בתר הודאת הנותן וחיוב דזה לשון הירושלמי ביבמות פ' י"ג ה' י"ד הוא אומר בעלתי והיא אומרת לא נבעלתי פשיטא דהוא מעלה לה מזונות כו' היא אומרת נבעלתי והוא אומר לא בעלתי כו' מהו שירשנה עכ"ל.

וכוננתם במה שחילקו בהוא אומר בעלתי דמעלה לה מזונות ובהיא אומרת נבעלתי והוא אומר לא בעלתי דנסתפקו אם יורשה הוא פשוט דגבי בעלתי דמחיב א"ע בחיוב מזונות אף דהיא אומרת לא נבעלתי אפ"ה חיב משום דס"ל להירושלמי בתרי הודאות דסתרי אהדדי דאזלינן בתר הודאת הנותן בנודאי דאם הי' ספיקא פשיטת הרמב"ן והרשב"א ה"ל לומר דפטור פדין כל ספיקא דהממע"ה ומוכח דס"ל להירושלמי פשיטת התוס' והרא"ש וסייעתו דאזלינן בתר הודאת הנותן.

אף במה דס"ל דהכא בהודאה שחיב לו מנה ונהלה משיבו אינף חיב לי דפטור משום דמחל לו. זה לא ס"ל לירושלמי אלא ס"ל דלא אמרינן דמחלו.

אף גבי היא אומרת נבעלתי והוא אומר לא בעלתי דאנו דנין עכשיו שמתה לגבי ירושה בזה שפיר יש לדון דלא ניזל בתר הודאת האשה משום דהא פיון דאינה מחייבת א"ע בעת הודאתה שאומרת נבעלתי רק על אחר מיתתה אשר לפי דברי שנבעלתי.

הבעל הוא יורש שלה. ולא שייך בזה לדון דיהי' נאמן מצד הודאת בע"ד כו' כמבואר בב"ב (דף קל"ד) גבי זה בני וזה אחי דנאמן מצד יפיר או משום מיגו דיהיב במתנה וכמבואר ברשב"א שם ובח"מ סי' רע"ט ובבית יוסף שם וברמב"ם פ"ד ה' נחלות בלח"מ ה"א ואכמ"ל.

ולא כתבו דיהי' נאמן מצד הודאת בע"ד. והטעם הוא פשוט דכיון דאינו מודה שום חיוב ע"ע רק על ענין ירושתו לאח"מ לכן לא שייך בזה לדון כלל להודאת בע"ד רק משום יפיר או משום מיגו כו'.

וה"ה הכא בהיא אומרת נבעלתי דאף דנאמנת לומר דבעלה והיבם הוא היורש שלה כמו דנאמן לומר זה אחי וכיוצא על ירושתו מ"מ אין זה מצד הודאת בע"ד רק מצד דהימני' התורה וע"כ נסתפקו לומר דניזל בתר הודאת היבם דאומר דלא בעלתי ואינו יורשה דעל הודאת היבם שפיר יש לדון דיהי' נאמן ביותר משום דיש לדון בי' הודאת בע"ד כו' דהא מודה ע"ע דאינו יורשה.

או אֶפְשֶׁר לומר דְּכִינּוֹן דְּהוֹדָאָתוֹ הוּא עַל אַחַר מִיתָתָהּ לֹא שְׁיִיף בְּזָה לְדוֹן כ"כ הוֹדָאָת
בַּע"ד פְּמָאָה עֲדִים וּכְמַש"כ הַקְצָה"ח בְּסִי' קצ"ד דְּבַדְשֶׁלֶב"ל לֹא מְהֵי קִנְיָן אוֹדִיתָא. וְע"כ
גָּרַע בְּיוֹתֵר הוֹדָאָת בַּע"ד עַל דְּשֶׁלֶב"ל מִפְּל הוֹדָאוֹת בַּע"ד וְלָכֵן גִּסְתַּפְּקוּ בִּירוּשְׁלָמִי בְּזָה:
וְרֵאִיתִי בְּשִׁירֵי קָרְבָן שָׁם בַּד"ה פְּשִׁיטָא דְּהוּא מַעְלָה לָּהּ מְזוֹנוֹת שְׁפַתְבָּ וְהִנֵּה זֶה פְּמָה
גִּסְתַּפְּקִיתִי בְּתוֹבַע וְנִתְבָּע שְׁכָפִי טַעֲנַת הַתּוֹבַע נִפְטָר הַנִּתְבָּע וּכְפִי טַעֲנַת הַנִּתְבָּע יֵצֵא חֲזִיב
הַדִּין עִם מִי וְעֵלָה בְּדַעְתִּי לְפִשְׁוֹט סְפִיקָא דִּידֵי מְהֵכָא דְּהָא לְפִי דְּבָרֵי הָאִשָּׁה אִין לָהּ מְזוֹנוֹת
וְאִפ"ה שׁוֹמְעִין לְדְבָרֵי הַבַּעַל וְיֵשׁ לָהּ מְזוֹנוֹת אַף לְפַמְש"כ עֲדִינּוֹן הַסְּפָק בְּמִקְוָמוֹ כו' עכ"ל.

וּדְבָרֵי תְּמוּהֵינן דְּהָא בְּעִיקָר סְפִיקוֹ זֶהוּ סְוִגְיָא מְפֹרְשָׁת בְּגִיטִין (דָּף מ') בְּכַתְּבִיתִי וְנִתְמִיתִי
שְׁדָה לְפִלוֹנֵי וְהוּא אוֹמֵר לֹא פָתַב וְנִתְּנָן לִי וְשָׁקְלוּ וְטָרוּ כָּל הָרֵאשׁוֹנִים שָׁם אִם הֵנִי סְפָק
הַשְּׁקוּל בְּתַרֵי הוֹדָאוֹת דְּסִתְרִי כְּמוֹ בְּתַרֵי וְתַרֵי אוֹ דְּאֲזַלִּינָן בְּתַר הוֹדָאָת הַנּוֹתָן בְּיוֹתֵר וְשָׁם
טַעֲמָא אַחְרֵינָא כְּנ"ל.

וְכֵן הָא זֶהוּ מְפֹרְשׁ בַּב"ב (דָּף קל"ה) גְּבִי זֶה אַחֲרֵי וְהֵם קְאָמְרִי לָאו אַחְוָנָא דְּהַדִּין הוּא דְּלֹא
יִטּוֹל בְּנִכְסֵי לִוִי. וְכֵן הָא שְׁקִלוּ וְטָרוּ הָרֵאשׁוֹנִים כְּעִין זֶה בְּמָה דְּקִי"ל טַעֲנֵנוּ חֲטִים וְהוֹדָה
בְּשַׁעוֹרִים דְּפִטּוֹר מְשׁוּם דְּהַתּוֹבַע הוֹדָה שְׁאִין לוֹ שְׁעוֹרִים בְּיַד חֲבִירוֹ וְכַמְבֹּאֵר בַּב"ב ספ"ג
וּלְקַמְן סִי' פ"ח.

וְכֵן הָא מְפֹרְשׁ זֶה הַדִּין הֵכָא בְּטוֹש"ע דְּהוֹדָה שְׁחֲזִיב לוֹ וְהִלָּה מְשִׁיבֵו אִין לִי בְּיַד דְּפִטּוֹר
מְשׁוּם דְּמַחֵל לוֹ ע"כ תְּמוּהֵים מְאוֹד דְּבָרֵי הַש"ק בְּזָה כִּי בְּאַמַּת אִין שׁוּם מְקוֹם סְפָק כָּלֵל
בְּזָה כִּי כ"ז מְפֹרְשׁ בַּש"ס וּבְטוֹש"ע: אַף שְׁיִטַּת הִירוּשְׁלָמִי בְּזָה הוּא דְּלֹא כְּשִׁיטַּת ש"ס
דִּילָן אֲלָא הַדִּין הוּא בְּתַרֵי הוֹדָאוֹת דְּסִתְרִי אַהֲדָדִי דְּחֲזִיב וְלֹא אֲמַרִינָן דְּמַחֵל לוֹ.

וּלְדִינָא קִי"ל כְּש"ס דִּילָן דְּפִטּוֹר כְּמוֹ שְׁהוֹכִיחַ הַר"מ שְׁבַהֲרַא"ש לַב"ב (דָּף קל"ה)
וּבְתַשׁוּבוֹת הַרְשֶׁבֶ"א הַמִּינוֹחֶסוֹת לְהַרְמַב"ן סִי' קי"ז כְּנ"ל. וְכֵמוֹ בְּטַעֲנֵנוּ חֲטִים וְהוֹדָה
בְּשַׁעוֹרִים דְּפִטּוֹר מְשׁוּם דְּמַחֵל לוֹ כְּפִי שְׁיִטַּת הַרְבֵּה רֵאשׁוֹנִים דְּבָסִי' פ"ח.

אַבְל הִירוּשְׁלָמִי בִּיבְמוֹת לֹא ס"ל כֵּן וִי"ל דְּהִירוּשְׁלָמִי אֲזִיל לְשִׁיטְתוֹ דְּהִנֵּה בִירוּשְׁלָמִי
לַב"ב סוֹף פ"ג מְבֹאֵר דַּס"ל בְּטַעֲנֵנוּ חֲטִים וְהוֹדָה בְּשַׁעוֹרִים חֲזִיב וּכְמַש"כ הַמְרָאָה פְּנִים
שָׁם וְעִינָן בְּשַׁבְּעוֹת פ"ו ה"ד בְּמְרָאָה הַפְּנִים בַּד"ה וְאֶפְּלוּ עַל דַּר"ל כו' מַש"כ בְּזָה.

וִי"ל דַּס"ל לְהִירוּשְׁלָמִי דְּטַעֲנֵנוּ חֲטִים וְהוֹדָה בְּשַׁעוֹרִים דְּחֲזִיב מְשׁוּם דְּאִף דְּנִימָא דְּהַתּוֹבַע
הוֹדָה שְׁאִין לוֹ שְׁעוֹרִים בְּיַד חֲבִירוֹ אֶפְּלוּ הֵכִי חֲזִיב לְפִי דְּאֲזַלִּינָן בְּתַר הוֹדָאָת הַמְתַּחֲזִיב
וְע"כ ס"ל הֵכָא גְּבִי יָבָם אוֹמֵר בְּעֵלְתִי וְהִיא אוֹמֵרֵת לֹא נִבְעֵלְתִי דַּס"ל לְהִירוּשְׁלָמִי דְּמַעְלָה
לָהּ מְזוֹנוֹת מְשׁוּם דְּאֲזַלִּינָן בְּתַר הוֹדָאָת הַמְתַּחֲזִיב וְלֹא אֲמַרִינָן דְּמַחֵל לוֹ.

אַכֵּן לְדִינָא לֹא קִי"ל כֵּן אֲלָא כַּדַּס"ל לְש"ס דִּילָן כְּנ"ל. וְע"פ מַש"כ בְּשִׁיטַּת הִירוּשְׁלָמִי
יֵשׁ לְהַעִיר בְּדְבָרֵי הַרְשֶׁבֶ"א בַּחֲזִי לְקַדוּשִׁין (דָּף ס"ה ע"ב) בַּד"ה מִי מְצִיָּא אֲמָרָה הֵכִי כו'
דְּהִבִּיא שָׁם לְהִירוּשְׁלָמִי בְּפָרָק שְׁנַיִם אוֹחְזִין [וְהוּא בַּב"ב מ"פ"א ה"ב] צְרִיכָה גִט מְשִׁנִּיָּהוּן
וְשִׁנִּיָּהוּם מְשַׁחֲרִין זַא"ז בְּחִמּוֹר וּבְמַשׁוּי שְׁלֶשֶׁתָן שְׁוִין כו' וְתַמִּיָּהָ לִי אַחְרוֹן לְמָה אִינוּ
מְפָסִיד כו' ה"ל רֵאשׁוֹן כְּאוֹמֵר מְנָה לָּהּ בְּיַדִּי וְהִלָּה אוֹמֵר אִין לִי בְּיַדִּי פְּלוּם וְהוֹדָאָת בַּע"ד
כו' עכ"ל.

ולפמש"כ בפשיטת הירושלמי יש לדון בקונטרס על הירושלמי. וכן יש לי להאריך הרבה בכוננת הרשב"א דשם וקצרתיו: ועוד י"ל דהטעם של הירושלמי באומר בעלתי והיא אומרת לא נבעלתי דמעלה לה מזונות דאף דנימא דס"ל להירושלמי באומר חייב אני לה והלנה משיבו אינה חייב לי דפטור משום דאמרין דמתל לו מ"מ הקא במזונות ס"ל דלא מהני מחילת האשה על חוב מזונות שיש לה על בעלה משום דבספרי נחל יצחק סי' ע"ב בפ"ה ס"ק קס"ב שיהביא לדברי הרשב"א בתשובה גבי חוב מזונות דאע"פ שהמזונות דבר יום ביומו נתחייב בהם אלא שהשעבוד חל עליו משעה שקבל עליו המזונות כו' עכ"ל.

והבאתי בספרי שם לדברי הש"ע באה"ע סי' צ"ג סעי' כ"ב דאין קדימה במזונות וכדעת הראב"ד דהובא בב"ש שם ס"ק מ"א דאין השעבוד מתחיל אלא לאח"מ ולא מעת הנישואין ולא פשיטת הרב המגיד שם.

ולפ"ז י"ל דה"ה במזונות בחיי הבעל אין החיוב מתחיל מן עת הנישואין אלא כל יום ביומו מתחיל החיוב וכתבתי לחלק דשאני בפוסק ע"ע חיוב מזונות אז החיוב חל בעת שנתחייב והזמ"פ הוא כל יום ביומו משא"כ בחיוב מזונות ע"פ תנאי ב"ד.

לפ"ז י"ל דלא מהני מחילה במזונות משום דהוי מחילה קודם החיוב כמבואר בתשובת הר"נ והובא בסי' ר"ט סעי' ד' בהג"ה נהוי כמו דשלב"ל. וי"ל דזהו טעמא דירושלמי הקא דלכן מעלה לה מזונות אף דנימא בקל חוב כה"ג דאמרין דמתלו כמבואר הקא מ"מ מזונות שאני כן יש לומר לקאורה.

ושטת הירושלמי בכתובות פ"ג ושיטת ש"ס דילן גבי קנס המובא בתוס' פתובות (דף כ"ט) ד"ה ועל אשת אחיו כו' אין זה שייכות לזה כמבואר בהר"נ ספ"ג דכתובות. אכן באמת זה אינו דהא מבואר בתוס' פתובות (דף נ"ו) ד"ה ה"ז מקודשת כו' דע"מ שפתפרי משאר כו' לכ"ע פטור משום מחילה.

וכן מבואר בכמה דוכתי ועיין באה"ע סי' ס"ט ובאחרונים שם. ובפרט די"ל עוד דשאני חוב מזונות בחיי הבעל דכותב לה ואנא אפלח ואניזין ואפרנס כו' דנתחייב מעת הנישואין וכמש"כ ההפלאה בק"א סי' צ"ג סעיף כ"ב ע"ש.

וגם הא מציינו בחיוב עונה דמהני מחילתה ואינה יכולה לחזור רק קודם הנישואין בזה פתב המל"מ פ' ט"ו ה' אישות דהוי מחילה קודם החיוב ולא מהני ועיין במל"מ פ"ו ה' אישות. וידוע מש"כ המל"מ בפ"ד ה' אישות ה' ז' דמחוסר זמן לא הוי דשלב"ל משום דזמן ממילא קא אתי.

וע"כ אף דנימא דחיוב עונה ומזונות חל החיוב לכל יום ביומו ולא מעת הנישואין עכ"ז אינו רק כמו מחוסר זמן ולא מקרי דשלב"ל פנין דאינו מחוסר מעשה פלל רק הזמן וזמן ממילא קא אתי ואין זה דומה להנדידון דתשובת הר"נ במחילה קודם החיוב דהוי מחוסר מעשה בנתיים ועיין בח"מ סי' ר"ט בסמ"ע ס"ק כ"א.

וינדעתי למש"כ השער הפלך ה' מכירה פ' כ"ב ה"ט להעיר על דברי המל"מ הנ"ל ואכמ"ל בזה אף זה פשוט וברור דמהני מחילת אשה לבעלה על מזונות ואינה יכולה לחזור ועיין באה"ע סי' ס"ט סעי' ד'.

ולכן פשוט דכוננת הירושלמי הוא כמש"כ לעיל דס"ל דאזלינן בטר הודאת המתחייב ולא דייגינן דמחל לו. ועיין בירושלמי פתובות פ' ה' הל' ב' וקצרת: י (שם סעיף י"ב) מנה לי בידך כו' וע"א מעיד שהלנהו כו' ה"ל מחושואיל"מ: עיקר דין מחושואיל"מ הוא בשבועות (דף מ"ז) דתני ר' אמאי שבועת ה' תהיה בין שניהם כו' תמשינ ידענא וחסמשינ לא ידענא כו'.

והפני יהושע בב"מ (דף צ"ז ע"ב) בגמ' ד"ה ה"נ שיש עסק שבועה ביניהם כו' הקשה דהא הך קרא דשבועת ה' תהיה בין שניהם בפרשה שניה דש"ש פתיב דלא נאמר שם כי הוא זה רק בשבועת שומרים א"כ אמאי לא פירשו להך דשבועת ה' תהיה כו' דקאי על שבועת שומרים בטוען א"י אם נאנסה דה"ל מחושואיל"מ לשיטת כמה פוסקים והעלה לתרץ דהא פשט שבועת ה' תהיה בין שניהם משמע דצריף שיהיו שניהם קיימין התובע והנתבע כמו שפי' רש"י והר"נ ומה שצריף ג"כ שיהיה התובע קיים לא שייף אלא לענין שבועת מודה במקצת כו' עכ"ל הפ"י.

ולפ"ז יש לדון דמנלן דשבועת ע"א אמרינן ג"כ הך דין מחושואיל"מ הא פשטיה דהך קרא דשבועת ה' תהיה בין שניהם דמשמע דצריכים לטענת התובע זה לא שייף בשבועת ע"א לפי מה דקיי"ל דאף בטענו בספק ע"פ העד ג"כ חייב שד"א כמבואר בסי' ע"ה סעיף כ"ג.

ואין לומר דבע"א דאמרינן מחושואיל"מ זהו מסבא דע"א כ"ז שלא נשבע להכחישו דינו פשנים דז"א דהא מבואר בשבועות (ד' מ"ז) דמאן דלית ליה הך דין מחושואיל"מ דפוסטר ג"כ בנסבא דר' אבא וכמש"כ התוס' מזה בב"ב (דף ל"ד) ד"ה הני מחושואיל"מ כו' ועיין בסי' ע"ה ש"ף ס"ק מ"ג ובאו"ת ס"ק י' ואכמ"ל.

וע"כ מוכח דילפינן בעד א' לדון ביה מחושואיל"מ מן הך דשבועות (דף מ"ז) דתני ר' אמאי כו': ויש להקשות לפי המבואר בב"מ (דף ג' ע"ב) כמה דשקיל וטרי הש"ס שם בהך דהעדאת עדים דר"ח דיליף בקו"ח מן הודאת פיו ופריף דמה להודאת פיו שאינו בהכחשה ובהזמה ומסיק למילף כמה הצד דפיו וע"א.

א"כ כמו כן יש למפרף כמה דיליף מחושואיל"מ על ע"א מן מודה במקצת דכתיב ביה שבועת ה' תהיה בין שניהם דמייגרי בשבועת מו"מ כמש"כ הפנ"י וכפשט הגמ' בשבועות (דף מ"ז). הא יש לפרוף דמה להודאת פיו דאלימא טובא דאינו בהכחשה ובהזמה ע"כ אלים ליה פח הודאת פיו לדון ביה הך דין מחושואיל"מ ומנלן למילף בשבועת ע"א לומר ביה ג"כ הדין מחושואיל"מ הא קיל ע"א טובא דישנו בהכחשה ובהזמה לבטל עדותו וכן לא שייף לומר הך כמה הצד דילפי מן פיו וע"א דהא ע"ז אנו דנין אם ישנו הך דין מחושואיל"מ גבי ע"א.

ואפשר לומר דדוקא היכא דבאנו למילף דין חיוב שד"א כמו בהך דהעדאת עדים דאין לו שום מקור לחיוב שבועה רק דבאנו למילף חיוב שבועה בהעדאת עדים מן הודאת פיו בזה שפיר פרקינן מה להודאת פיו שאינו בהכחשה אבל גבי חיוב שבועה בע"א דילפינן ליה מקראי דלכל עון וחסאת אינו קם אבל קם לשבועה רק גבי הך דינא דה"ל

מחושואיל"מ באנו למילף מן שבועת מו"מ בזה לא פרכינו כלל דהא פיון דמצינו ביה חיוב שבועה עכ"פ ממילא דינו ככל חיוב שד"א דהודאת פיו דדיינינו ביה מחושואיל"מ.

ואף דמצינו גבי גלגול שבועה לשיטת פמה פוסקים דס"ל דלא אמרינו ביה מחושואיל"מ עכ"ז י"ל דס"ל מסבא לחלק בין עיקר שבועה לגלגול שבועה וכן בשבועה דהעדאת עדים דר"ח לפי המבואר בתשובת בשמים ראש סי' י"ז המובא בהגהות רע"א זצ"ל לח"מ סי' ע"ה סעי' ד' דבהעדאת עדים לא דיינינו ביה מחושואיל"מ משום דאתיא מפתח ג"ש ע"כ ממילא דינו כמו ג"ש.

אבל היכא דהוי עיקר שבועה אין סבא לחלק אף דיש מה למפרך כנ"ל: ועוד יש לומר דאתי שפיר ביותר לפי מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ע"ב סעי' כ"ז לתרץ קושיות הפני הושע הלז דלכן אמרו בשבועת מודה במקצת ולא בשבועת השומרים משום דהש"ס מהדר דיהנה א"ש גם להמ"ד דהולכין בממון אחר הרוב כו' וכמו שהארבתי שם אבל לדינא לפי מה דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב אין לנו הכרח לאוקמי להך דשבועת ה' תהנה כו' על שבועת מודה במקצת דלא מיירי בפירשה ב' אלא יותר נראה לפרש להך שבועת ד' תהנה קאי על שבועת שומרים דמיירי שם ואף דהתובע טוען שפא ג"כ דיינינו מחושואיל"מ וכמו שהשיג הקצה"ח על הט"ז בסי' ע"ה ס"ק ט'.

וכיון דעיקר דין מחושואיל"מ קאי בשבועת שומרים ממילא שפיר ילפינו דה"ה בשבועת ע"א דאין לומר בזה מה לשבועת שומרים דאינו בהכחשה דהא היכא דידעינו ע"פ דנעשה שומר אף היכא דכופר ואומר דלא קיבל שמירה עליו מ"מ דינו ככל שומרים דחייב שד"א כמו דין שומרים רק היכא דכופר וליכא עדים ע"ז אז דינו דפטור כמבואר בסי' רצ"ו סעי' ז': ויש להוסיף עוד דהא לפי המבואר בשבועות (דף מ"ה) דשבועת שומרים דחייב רחמנא מיירי באפקיד בשטרא ולא במודה בעצמו משום דיש לו מיגו דאי בעי כפר.

א"כ אי נימא דהא דכתב רחמנא לדון דין ש"ש זה אינו רק היכא דמודה דקיבל עליו להיות שומר משא"כ היכא דכופר רק החיוב מה שמטילים עליו דין ש"ש הוא רק ע"י עדים אז לא דיינינו דין ש"ש פיון דעיקר החיוב שלו ישנו בהכחשה.

א"כ לפ"ז הדין נותן דגם במודה ע"ז ג"כ יהנה פטור מן ש"ש דהא יש לו מיגו דאי בעי כפר ואז לא יהיה עליו חיוב ש"ש משום דהא בעיקר החיוב שלו בעינו דיהנה באופן שאינו בהכחשה וזה לא משפחת רק ע"י הודאת פיו שנעשה שומר א"כ היכא דכופר הדין הוא דפטור ע"כ יהנה מהימן לעולם אף היכא דאיכא עדים במיגו דאי בעי כפר ולא שייך לומר דה"ל מיגו במקום עדים דהא העדים אינם יודעים אם נאנסה או פשע.

אף זה יש לדחות דהא לא אמרינו מיגו להכחיש עדים פסולים כמש"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק י"ח וכש"כ דלא אמרינו מיגו דאי בעי מכחיש לעדים פשרים. וזולת זה הא לדינא קיי"ל דלא פהך סוגיא דשבועות (דף מ"ה) וכמבואר בכל הראשונים ובח"מ סי' רצ"ו סעי' א'.

ובאמת אין אנו צריכים לזה דהא זהו דין ברור ופשוט דהך דין דהשומרים מיירי בכל האופנים אף היכא דכופר ואומר דלא קיבל שמירה מעולם רק עדים מעידים דקיבל

שְׁמִירָה דְהַדִּין הוּא דִּישְׁבַע ש"ש בְּטוֹעַן נְאֻסָה וְכֵן בְּאוֹמֵר א"י אִם נְאֻסָה וְכֵן וְכֵן
בְּחֻשׁוֹד הַשׁוֹמֵר לְשִׁיטַת ר"י בְּטוֹר דִּינֵינֵן מְחֻשׁוֹאֵיל"מ וְאִף דְּהַנִּי בְּהַכְחָשָׁה לְעִקְרֵי הַחַיִּיב
שְׁלוֹ א"כ ה"ה בְּשִׁבְעָה הַבָּא ע"י ע"א דִּינֵינֵן ג"כ מְחֻשׁוֹאֵיל"מ אִף דִּישְׁנוּ בְּהַכְחָשָׁה:
יֵא (שָׁם סְעִי י"ב) אוֹ שְׁאֵמֵר הַנְּתִיבָה א"י אִם פְּרַעְתִּיהָ ה"ל מְחֻשׁוֹאֵיל"מ.

ש"ף ס"ק ל"ה כו' ונ"ל דְּמִיָּרִי בְּטוֹעַנוּ בְּסִפְקָ ע"פ הַעֲד עכ"ל. וְהַנְּתִיבוֹת ס"ק ח' בְּיָאֵר
דְּבָרֵינוּ דְּבִלָּא הַטַּעַם דְּמְחֻשׁוֹאֵיל"מ כְּגוֹן שְׁהַעֲד קָרוֹב לֹא הָיָה חַיִּיב מְטַעַם א"י א"פ דְּאִף
שְׁטוֹעַן בְּרִי ע"פ הַעֲד וְנִחְשָׁב בְּרִי לְקַמֵּן סְעִי כ"ג זֶה דְּוָקָא לְחַיִּיב לְשִׁנְגָדוֹ שְׁבוּעָה אָבֵל
לְחַיִּיב מְמוֹן לֹא נִחְשָׁב לְבָרִי: עֲנָף א וְנִלְע"ד לְהַבִּיא רְאִיָּה לְזֶה מִן הַתּוֹס' פְּתוּבוֹת (דָּף י"ב
ע"ב) ד"ה רב הוֹנָא כו' שְׁפָתְבוּ וְתִמָּא דְּבַפְרָק י"ג גְּבִי הָאוֹמֵר זֶה אֲחִי מְשַׁמַּע דְּאֲבִי אִית
לִיה מְנָה לִי בְּיָדָה וְהִלָּה אוֹמֵר א"י חַיִּיב וּבַפְרָק ח"ה מְשַׁמַּע דְּאִית לִיה לְדַר' אָבָא וִי"ל כו'
אִיפָא לְמִיָּדְרֵשׁ שְׁבוּעַת ד' כו' דְּשִׁנְיָהֶם לֹא יָדְעִי אֲלֵא שַׁע"א מְעִיד שְׁחַיִּיב לְחַבְרֵרוּ מְנָה
דְּבָאֲבוּהָ מְשׁוֹאֵיל"מ.

וְקָשָׁה הָא פִּינֵן דַּע"א מְעִיד עָלְיוּ שְׁחַיִּיב א"כ אִף בְּלֹא טַעַם דְּמְשׁוֹאֵיל"מ ג"כ יְהִיָּה חַיִּיב
מְשׁוֹם מְנָה לִי בְּיָדָה כו' דְּתוֹבְעוּ ע"י בְּרִי שְׁל הָאֲחֵר. אָכֵן בְּאַמַּת אִין זֶה קָשָׁה כְּלָל לְפִי
דְּהַבְּרִי שְׁל אֲחֵר לֹא נִחְשָׁב לְבָרִי כְּלָל לְעֲנֵן חַיִּיב מְמוֹן וְכַמְבֻּנְאָר ב"ב (דָּף קל"ה) דְּאָמֵר
אֲבִי שְׁאֲנִי הֵכָא דְּכַמְנָה לְאֲחֵר בְּיָדָה דְּמִי.

וְזִהוּ כַּמְש"כ הַשְּׁ"ף וְהַנְּתִיבוֹת. וְעכ"ז צ"ע דְּהָא ב"ב שָׁם אָמֵר רְבָא זֹאת אוֹמַרְתָּ מְנָה לִי
בְּיָדָה וְהִלָּה א' א"י פְּטוֹר אֲבִי א' לְעוֹלָם חַיִּיב וְשְׁאֲנִי הֵכָא כו'.

א"כ שִׁיטַת רְבָא שְׁלֵא לְחַלְקָ בְּזֶה וְהוֹכִיחַ מְשַׁם דְּמְנָה לִי בְּיָדָה וְהִלָּה א' א"י פְּטוֹר. וְכִינֵן
דְּרְבָא אִינוּ מְחַלְקָ אֲלֵא ס"ל דְּבְּכָל מְקוֹם דְּמַהֲנִי בְּרִי שְׁל הַבַּע"ד ה"ה דְּמַהֲנִי ג"כ בְּרִי שְׁל
אֲחֵר וְיָדוּעַ דְּאֲבִי וְרְבָא הִלְכָה כְּרְבָא.

א"כ הַדִּין נוֹתֵן דְּאִף אִם תּוֹבְעוּ הַמְּלוֹהָ ע"י אֲחֵר וְהַסְפֵּק הוּא בְּפִרְעוֹן דִּיהִיָּה חַיִּיב הַלְוָה
מְשׁוֹם א"י אִם פְּרַעְתִּי לְפִי מַה דְּקִי"ל לְדִינָא דְּהַלְכָה כְּרְבָא דְּאִף בְּרִי שְׁל אֲחֵר נִחְשָׁב
לְבָרִי אִף לְעֲנֵן חַיִּיב מְמוֹן.

וְאִף בְּטוֹעַנוּ ע"פ קָרוֹב ג"כ יְהִיָּה חַיִּיב. אָכֵן לְפַמְש"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין (דָּף כו ע"א) ד"ה
הַתָּם כו' דְּגָרִיס רַבָּה מְדַאֲיָרִי אֲבִי בְּתַרְנָן.

א"כ ה"ה הֵכָא ב"ב גָּרִיס רַבָּה מְדַאֲיָרִי שָׁם אֲבִי בְּתַרְנָה וְכֵן נִכְתַּב ב"ב בְּצִידוֹ ע"כ
שְׁפִיר כְּתַב הַשְּׁ"ף לְדִינָא דְּבָרִי שְׁל אֲחֵר לֹא נִחְשָׁב לְבָרִי דְּהָא רַבָּה וְאֲבִי הִלְכְתָא כְּבְּתַרְנָה
וְכַמְש"כ הָרָא"ש פ"א דב"מ ס' מ"ט וּבַשָּׂא"ד.

וְכִינֵן דְּאֲבִי ס"ל דְּבָרִי שְׁל אֲחֵר לֹא נִחְשָׁב לְבָרִי ע"כ שְׁפִיר קִי"ל כֵּן לְדִינָא: וְכֵן יֵשׁ
לְהוֹכִיחַ מְשִׁבְעוֹת (דָּף מ"ו) דְּאָמֵר רְבָא אֲפִילוּ שׁוֹמֵר נְשָׁבַע אֲפִילוּ אֲשֵׁתוֹ שְׁל שׁוֹמֵר
נְשָׁבַעַת בְּעִי ר"פ שְׁכִירוֹ וְלִקִּיטוֹ מֵאִי.

וְהִנֵּה הָא דְּשׁוֹמֵר נְשָׁבַע וְנוֹטֵל הַבַּע"ב ע"פ שְׁבוּעָתוֹ זֶה הִנֵּי כְּמוֹ בְּרִי שְׁל הַבַּע"ד לְפִי
דְּהַשׁוֹמֵר הִנֵּי כְּמוֹ בַּע"ד עַל הַחֶפֶץ שְׁהִיָּה בְּשְׁמִירָה אֲצִלוּ וְכַדְמַצִּינוּ ב"ב"ק (דָּף ק"ח ע"ב)

תבעו שומר והודה כו' אם באמת נשבע נפטר הגנב בהודאת שומר ופי' רש"י דתביעתו תביעה כו'.

וכמש"כ הסמ"ע סי' ע"ב ס"ק ס"א בשם תשובת הרא"ש דראובן תובע הפקיד והפקיד תובע לשמעון. ע"כ שפיר אמרו דע"פ שבועת השומר נוטל הנגזל מהגזלן וכן אשתו של שומר דהוי כגופו נחשבת כמו טענת השומר.

אבל ברי של שכירו ולקיטו פינו דהוי כמו ברי של אחר בזה איבעני' להו אם נוטל ע"פ שבועתו דאפשר דגם בזה שינה לומר דין תקנת נגזל דאל"כ לא שבקת חיי דעיקרו נתקן משום זה.

או אפשר דבזה מוקמינן על הדין דלא מהני ברי של אחר אף דהוי שכירו ולקיטו. א"כ מוכח מן רבא עצמו דס"ל לחלק בין ברי של בע"ד וכן ברי של השומר.

לכן ברי של אחר דלא מהני דהא אמר דשומר נשבע אבל שבועות אחר לא מהני. אף דנימא דלא חילק בזה רק בתקנת נגזל דהוי מדרבנן מ"מ הא חזינן דס"ל עכ"פ לחלק בזה יתיה מאיזה טעם שיהיה א"כ תקשה דאיך מוכיח רבא בב"ב (דף קל"ה) דזאת אומרת מנה לי בינך כו' והא יש לחלק כמו דמחלק אבני שם דשאני ברי של אחר כו' פינו דאיהו ס"ל ג"כ לחלק בכזה עכ"פ.

ולכן מוכח דגרסינן בב"ב שם רבה דס"ל דאין לחלק בין ברי של הבע"ד לברי של אחר אבל לרבא י"ל דס"ל לחלק ג"כ כדס"ל לאבני לחלק פן: ועדיין יש לדון דאף דגרסינן בב"ב דרבה ס"ל שלא לחלק בין ברי של אחר לברי של בע"ד הא שיטת הרי"ף בכ"ד דקיי"ל פרבה נגד אבני משום דהוא רבי דאבני ואין הלכה פתלמיד במקום הרב כמש"כ הרי"ף בב"ב מ"מ פ"א והובא ברא"ש שם סי' מ"ט ובב"ק פ"ב סי' א'.

ובכתובות פ"ז סי' י"ג כתב שהגאונים נסתפקו בזה. וכ"כ הרא"ש בעירובין פ"ב סי' ד' דאין הלכה פאבני ורבא נגד רבה שיהיה רבן.

ועיין ברא"ש פ"ב כ"ג לשבת סי' א' ובקרבן נתנאל ס"ק ד' מזה. והדברים ארוכין ואכ"מ.

וכיון די"ל דהלכה פרבה נגד אבני א"כ קשה להוציא ממון היכא שהמחזק טוען קים לי דהלכה פרבה דס"ל שלא לחלק בין ברי של אחר משום דגם זה נחשב לברי. ובאמת הא מוכח דלדינא קיי"ל דאף מוציאין מהמחזק ואינו יכול לומר דסומך אני על ברי של האחר כדמוכח מן מש"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק פ"ג במי שהלנה לחבירו על משפון ושכח כמה הלנה וקרובו יודע כמה דכותב הרשאה לקרובו כו'.

אבל בלא הרשאה אין יכול להחזיק המשכון ת"י ולומר קים לי פהסוברים דהלכה פרבה נגד אבני. ומוכח מזה דזהו פלל ברור לדינא דאף להחזיק אינו מועיל ברי של אחר.

ובאמת צ"ע דאמאי לא יהיה יכול לומר קים לי פהסוברים דהלכה פרבה נגד אבני. ומש"כ לעיל להוכיח מהתוס' פתובות (דף י"ב) אין זה הוכחה לדינא דהא התוס' מייירי שם אליבא דאבני כמבואר בתוס' שם.

ולכן שפיר פתבו לתרץ דשבועת ד' מיירי היכא דשניהם לא ידעי וע"א מעיד שחייב דעיקר החיוב הוא אליבא דאב"י משום משואיל"מ משום דהא אב"י בעצמו ס"ל בב"ב שם לחלק בין ברי של בע"ד לברי של אחר.

אבל עדיין י"ל לדינא פרייה דאין מחלק ביניהם. וקשה להוציא מן המוחזק ולפ"ז ה"ה בטענו המלנה ברי והלנה אומר א"י א"פ ויש אחר האומר ברי שפרעו הלנה די"ל דאף דהלנה אין אומר ברי לי עכ"ז יש לצרף להברי של האחר דיהי' נחשב כמו ברי של הבע"ד להיות נפטר לשלם: אף מצינו בכתובות (דף ע"ו ע"א) דרב אשי אמר רישא מנה לאבא בידה סיפא מנה לי בידה וכתבו התוס' שם דלכאורה י"ל דסברתו הוא משום דהברי של הבת לא מהני להאב דה"ל כמו מנה לאחר בידה דב"ב (דף קל"ה) כו' ונדחו פ"י זה והעיקר כפי' רש"י כו' עכ"ל.

אבל הר"נ והרשב"א והריטב"א והשמ"ק שם פתבו דהעיקר הוא דרב אשי ס"ל דהברי של הבת לא מהני להאב וה"ל פטוען שפ"א ע"ש. א"כ מצינו לכל הראשונים הנ"ל דס"ל בכוננת רב אשי דס"ל כסברת אב"י דמחלק בין ברי של בע"ד לברי של אחר ע"כ ה"כ נקטינו לדינא דהא רב אשי בתראה פידוע ושפיר פתב הש"ך בסוף סי' ע"ה ס"ק פ"ג בפשיטות דהברי של האחר אינו מועיל אף היכא דהוי מוחזק.

וכן פתב הר"נ בשבועות פ"ו בסוגיא דשם ד' מ"ב בפלוגתת ראב"י ורפ"נ שפתב בשם הרמב"ן שמוכח מסוגיא דב"ב (דף קל"ה) דמסקינן דברי של אחר לא נחשב לברי ודינו כטענת שפ"א כו'.

הרי דהרמב"ן ס"ל בפשיטות דברי של אחר לא נחשב לברי פלל וכתב דכן מסקינן בב"ב שם. וס"ל דהעיקר כמו שאמר אב"י שם פ"ג.

ואף לשיטת הראב"ד דס"ל דאמר לי אבא חשוב כמו ברי שלו לחייב הנתבע שבועת התורה במודה במקצת והובא בסי' ע"ה סעי' כ"א היינו דוקא פטוען אמר לי אבא דיו"ש לזכות האב שהיה יכול לחייבו שד"א וכמש"כ הש"ך שם ס"ק פ"ב דהראב"ד מחלק בין אומר לי אבא לאמר לי אחר.

ואף לפמש"כ בהגהות ר"ע איגר זצ"ל לסי' ע"ה בש"ך ס"ק פ"ב בשם המ"מ פ' י"ד ה' טוען דלהראב"ד אף ברי של אחר חשוב לברי כו' עכ"ל. י"ל דזה אינו רק לענין חיוב שבועה דמיירי שם המ"מ אבל לענין חיוב ממון י"ל דגם הראב"ד מודה לכל מה שפתבתי בשם הרמב"ן והר"נ והרשב"א והריטב"א והשמ"ק לכתובות (דף ע"ו) הנ"ל דכולהו ס"ל דהעיקר לדינא כדס"ל לאב"י דברי של אחר לא נחשב להיות כמו ברי של הבע"ד לחיוב ממון ושפיר פסק הש"ך ה"כא ולקמן ס"ק פ"ג.

דאף היכא דהוי מוחזק לא מהני ברי של אחר פלל: ענף ב' שוב ראיתי דיש להוכיח פ"ג מקידושין (ד' מ"ג ע"ב) במה דאמרו הן הן שלוחיו הן הן עדיו וכן בדיני ממונות כו' מאי קסבר אי קסבר המלנה חבירו בעדים צריף לפורעו בעדים כו' לעולם קסבר א"צ לפורעו בעדים ומיגזו דיקלי למימר פרעני למלנה כו'.

ובהגהות הב"ח פתב דגירסת ס"א ואי קסבר המלנה בעדים א"צ לפורעו בעדים הני
עדים ל"ל אלא לעולם קסבר א"צ לפורעו בעדים ואי אמר אנא פרעתיו ה"נ הב"ע דא"ל
פרעתיה ע"י שליח ואמטו להכי צריה עדים ועדים נמי מיגו דיקלי כו' עכ"ל.

וכן הוא גירסת הרשב"א והריטב"א והר"נ שם. ונ"ל הרשב"א שם אי קסבר המלנה את
חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים עדים ל"ל פי' דקס"ד דמקשה דכיון דחזקה שליח
עושה שליחותו ועוד דאינהו אמרי פרענא יכול לנה למימר לי' בברי פרעתיה ונפ"מ
כששליח לו ע"י קרובים דאינם נאמנים בתורת עדות נאמנים הם לסמוך עליהם ולטעון
ע"י טענת ברי שפרעו.

ואהדר לי' כיון דלאו איהו אמר לו אנא פרענא לה אלא ע"י שליח לאו ברי גמור הוא
לומר ע"י פרעתיה אלא שאם פשרים הם שנים נאמנים מתורת עדות עכ"ל הרשב"א.
וכ"כ הר"נ והריטב"א שם.

א"כ למדנו מסוגיא מפני דמה שאמר מפי אחר לא נחשב לברי אף היכא דהוי ליפטור
ולכן התם דמירי במלנה ע"פ וכמש"כ גם הר"נ שם ועיקר חיוב הלנה הוא משום א"י
אם פרעתי דאף שאמר הלנה ברי ע"פ השלוחין דמ"מ כ"ז שאינם נאמנים בתורת עדות
חייב הלנה.

ובאמת מן סוגיא דב"ב (דף קל"ה) דמסיק אב"י שם דע"פ האחר לא נחשב לברי אינו
מוכח רק היכא דבא להוציא ע"י הברי שלו בזה מציינו דאמרו שם דזה לא נחשב לברי
אבל היכא דהוי ליפטור עדיין הנה להסתפק דילמא נחשב זה לברי.

אכן מסוגיא מפני דמירושין הנ"ל מוכח בפ"י דאף להפטר לא נחשב לברי ומוציאין
ממון מהלנה דהוי דינו כמו טוען טענת ספק ממש. וגם מוכח מסוגיא הנ"ל דאף היכא
דטוען ברי ע"פ עד פשר ג"כ דינו כטענת שמה כ"ז דליכא שני עדים פשרים כדמוכח
בקיודשין דאמרו הן הן שלוחיו הן הן עדין וכמש"כ הרשב"א פנ"ל: ומסוגיא דקיודשין
הנ"ל מוכח דגרסינן בב"ב (דף קל"ה) רבה אמר זאת אומרת מנה לי בינדה כו' דלפי
גרסתינו רבא אמר כו' משום דס"ל דאין לחלק בין ברי של אחר לברי של הבע"ד א"כ
תקשה דהא שם בקיודשין בעל המימרא הוא רבא א' ר"נ הן הן שלוחיו ועדין וכן בד"מ.

וע"ז מסיק הש"ס דהברי של אחר לא מהני ואמטו להכי צריה לעדים ותקשה דהא רבא
ס"ל בב"ב זאת אומרת כו' ואינו מחלק בין ברי של אחר כו'. ולכן מוכח מזה דגרסינן
בב"ב רבה.

ואין סברא לומר דרבא אמר שם בקיודשין פן בשם ר"נ ולי' לא ס"ל. וראיתי פעת
בשמ"ק לכתובות (דף י"ב ע"ב) בד"ה הא דרב יהודה כו' דהביא שם בסה"ד בשם
הרמב"ן דכתב דגרסינן בפ' י"ג גבי מתניתין דזה אחי כו' ואמר רבה עלה זאת אומרת
כו' עכ"ל.

הרי דגרס בב"ב ג"כ רבה ולא רבא. ולפי מה שכתבתי זהו מוכרח מקיודשין הנ"ל.

וכן יש להוכיח מב"ק (דף י"א) וב"מ (דף ל"ו) דרבא ס"ל שומר שומר לשומר חזיב
ולכמה פוסקים הטעם משום דה"ל א"י א"פ כמש"כ הש"ך סי' רצ"א ולא מהני ברי של
השומר השני אף במקום דלא הוי נוגע ועיין ברא"ש ב"מ רפ"א וקצרתיו.

נדע דאין להביא ראי' לנ"ד מהא דתננני ופועלים דסי' צ"א שכתבו דפועלים נוטלים מן
הדין דה"ל הבעה"ב פאיני יודע אם פרעתי אף דהבעה"ב אומר ברי ע"פ אמירת התננני
דמכחיש להפועלי' ולכאורה מוכח מזה דהברי של אחר לא נחשב לברי אף להפטר.

אבל באמת אין זה ראי' פלל דשא"ה דהתננני ה"ל נוגע בדבר ומבואר בסי' ע"ה סעי'
כ"ג דברי של נוגע לא נחשב כמו ברי של הבעה"ב וכ"כ הש"ך שם ס"ק פ"ב. אכן מהא
דקידושין דאמרו שם דמקודם שבועת הדין לא הוי נוגעין ויכלי למימר אהדרינהו
להלנה כו'.

שפיר הוכחתי פו. וגם האידנא לאחר שתקנו ר"נ ש"ה ג"כ לא הוי נוגעין כמש"כ התוס'
בקידושין שם ונהר"ן והובא בש"ך סי' קכ"א ס"ק נ"א דעיקר פסולן הוא משום דהוי עד
הצריף שבועה כו' וכ"כ האו"ת שם ס"ק י' וס"ק י"ד.

וסתמו שם לדינא דהשליח אינו נאמן ומשמע אף במלנה בע"פ דהי' מהני ברי של הלנה
להיות פטור ועיין ש"ך שם ס"ק נ"ח וביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ל"ד. ומוכח כמש"כ דאף
ברי שאינו של נוגע ג"כ לא נחשב כמו ברי של הבעל דין אף ליפטר וכמש"כ להוכיח
מסוגיא דקידושין כמו שכתבו הרשב"א ונהריטב"א והר"נ: וכן מוכח מן תוס' פתובות
(דף י"ח) ד"ה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת כו' וב"מ (דף ג) תוס' ד"ה מפני מה כו'
עלה דאמר רבה שם דמודה מקצת נשבע ולא כופר הפל דמנלן דכופר הפל פטור ואין
לומר מדאיצטריף למכתב שע"א מחייבו שבועה כו' דהא איצטריף במקום שאינו תובע
פלום ונהעד מעיד כו'.

א"כ מוכח מזה דאף ברי של עד פשר ג"כ לא נחשב לברי דאל"כ תקשה על דבריהם
שכתבו דהא איצטריף במקום שאינו תובע פלום כו'. דלפ"ז גם בכה"ג לא איצטריף דהא
אי נימא דכופר הפל חייב א"כ ה"ה במקום שאינו תובע ונהעד מעיד ג"כ נחשב לטענת
ברי ע"פ העד.

ומוכח מזה דטענת ברי ע"פ אחר אף שאינו קרוב ג"כ לא נחשב לברי של הבע"ד. ונהא
דהקשו התוס' שם על הא דרבה דאמר מ"מ מודה מקצת ישבע הנה באמת בשיטת רבה
שפיר י"ל דלשיטתו דס"ל בב"ב (דף קל"ה) זאת אומרת כו' דכתבתי דמוכח דס"ל לרבה
דגם ברי של אחר נחשב להיות כמו ברי של בע"ד.

דלפ"ז י"ל דרבה הוכיח דכופר הפל פטור מהא דאיצטריף למכתב ע"א דאין לומר דאתי
להיכא דאין תובע פלום כו' דהא לשיטתו ידענו זה ג"כ דחייב שבועה ע"י מה דהאחר
אומר ברי דה"ל כתביעת בע"ד.

ועיקר קושיות התוס' הוא לשיטת אב"י דשם דס"ל דברי של אחר לא הוי כברי של בע"ד
ובפרט לפמש"כ דכן קיי"ל לדינא ונהא כ"ע ס"ל דכופר הפל פטור ע"כ שפיר הקשו
התוס': וזה ברור דאין לפרש בב"ב (דף קל"ה) הנ"ל דרבה דאמר זאת אומרת כו' פירש
להא דזה אחי כו' דמייירי דהאח הספק אומר פו בברי דהוא אחיו.

ואבני יפרש דמיירי דא"י רק ע"פ אהיו. דז"א סברא כלל לפרש פן דא"כ מנלן לרבה להוכיח לומר זאת אומרת מנה לי והלה א' א"י פטור הא יש לפרש דמיירי דהאח הספק א"י כלום ובאמת מוכח פמו שכתב הרשב"ם שם לפרש גם בדברי רבה דעיקר תביעתו הוא ע"י אמירת אהיו וס"ל דזה חשוב פמו פרי של הבע"ד.

ולכן אבני אינו מוסיף בפירושו לומר דמיירי באינו תובעו רק ע"פ אהיו רק קאמר בפשיטות דשאני הכא דכמנה לאחר כו' וקאי על הא דלעיל מיני' דגם רבה מפרש פן רק עיקר פלוגתתם אי אמירת האחר נחשב לברי וזה פשוט: ענף ג והנה התוס' בשבועות (דף מ"ז ע"ב) ד"ה אי אמרת בשלמא כו' הקשו למ"ד מנה לי בינדה והלה אומר א"י חייב היכי מוקי האי קרא כו' וי"ל דמוקי לה פרב ושמאל דבסמוך א"נ ה"ק שבועת ד' תהי' בין שניהם היכא דשייכא ומי שאיל"מ כו' עכ"ל.

וכוננתם כמש"כ התוס' בכתובות (דף י"ב) ד"ה רב הונא כו' דמ"ד חייב פפרש להאי קרא דקאי על שבועת ע"א. וראיתי בספר מחנה לוי בחי' לשבועות שם שכתב לתרץ קושיות התוס' הנ"ל לפי שיטת רוב הפוסקים שהביא הרמ"א בח"מ סי' ע"ה דמה ששמע מפי אחר מיקרי טענת פרי כו' א"כ משפחת האי קרא בסמפין ידענא וסמפין לא ידענא ויש אחר שאומר שיודע שאין הנתבע חייב רק חמשים דעיקר חיובו הוא משום מחשוואיל"מ דאלו משום פרי ושמה פרי עדיף הא איכא פרי אחר המכחישו וה"ל פאלו טוען הנתבע פרי כו' ולא הני עד מסייע לפטור משבועה די"ל דהאחר הוא קרוב כו' עכ"ל.

ולענ"ד זה אינו דהא עיקר קושיות התוס' הוא למ"ד דמנה לי בינדה והלה אומר א"י חייב. ומה מ"ד מוכח דס"ל דברי של אחר לא מקרי פרי דאל"כ תקשה עליו מהו דב"ב (דף קל"ה) דזה אחי אינו נאמן דמבואר התם דאבני תירץ להו מ"ד דחייב דשא"ה דכמנה לאחר בינדה דמי.

ע"כ ה"ה דלהו מ"ד לא מקרי פרי של האחר להיות פמו פרי של הנתבע להפטר. וידעתי פי יש מקום לחלק דדוקא להוציא לא מקרי פרי של אחר פמו פרי של הבע"ד אבל לקפטר עדיין י"ל דמקרי פרי.

ויש להסביר זה ביתר ביאור דדוקא לענן מנה לי בינדה והלה א' א"י דעיקר מעלת התובע הוא משום פרי שלו וגריעותא דהנתבע נגדו לפי דטוען שמה בזה שפיר אמרו דאין מהני פרי של אחר בזה להוציא מהמחזק.

אבל לענן טובת הנתבע שפיר י"ל דמהני פרי של אחר ג"כ לגרע עכ"פ מעלת הפרי של התובע דלא יהיה נחשב כ"כ מעלת וזכות התובע בטענת פרי שלו להוציא ממון משום דמוקמינו פרי נגד פרי עכ"פ ואין בכח התובע להוציא בזה מהמחזק ולפ"ז שפיר יש מקום לדברי המחנה לוי: אבל באמת הא כבר כתבתי לעיל להוכיח מקדושים (דף מ"ג) לגירסת הרשב"א והר"נ והריטב"א שכתבו בפ"י הסוגיא דשם להדיא דגם פרי של הנתבע ע"י אחר אין ממש בזה לגרע זכות ומעלת פרי של התובע בענן א"י אם פרעתי משום דכיון דהנתבע בעצמו א"י דינו כטענת שמה ומש ומוציאין ממנו הממון.

א"כ ה"ה להך מ"ד דמנה לי בידך והלה אומר א"י סייב אין פח ע"י ברי של אחרים לגרע טענת וזכות התובע. ונשפיר הקשו התוס' בשבועות ובכתובות ובאמת מוכח גם מדברי התוס' מדלא תירצו כמש"כ המחנה לוי.

דס"ל ג"כ כמש"כ בשם הרשב"א והריטב"א והר"נ דקידושין הנ"ל דאף להפטר לא מהני ברי של הנתבע ע"י אחרים וכיון דהוא עצמו טוען שמה דינו פטענת שמה דסייב להך מ"ד דברי ושמה ברי עדיף: ובעיקר דברי התוס' שבועות (דף מ"ז) הנ"ל שפתבו בתירוץ שמה דמוקי לה פרב ושמואל כו'.

יש להקשות דמה יענו התוס' לאבני דאית לי בב"ב (דף קל"ה) דמנה לי בידך והלה אומר א"י סייב ועיין תוס' שם ד"ה אבני אמר כו'. וכמש"כ התוס' בכתובות (דף י"ב ע"ב) ד"ה רב הונא כו'.

דאבני אית ליה מנה לי בידך כו' סייב ובפ"ח (ד' ל"ד) משמע דאית ליה לדר' אבא כו' עכ"ל התוס'. וכן מוכח בשבועות (דף ל"ב) דאמר אבני הפל מודים בע"א דר' אבא כו'. וכיון דאבני אית ליה מחושואיל"מ א"כ תשא קושיות התוס' דהיכי מוקי לה האי קרא כו'. ויש לי כמה דרכים לפלפל בזה.

והאמת יורה דרכו דהתוס' בתירוץ שמה דשבועות הנ"ל ס"ל שלא כמש"כ בכתובות הנ"ל דאבני אית ליה מנה לי בידך והלה אומר א"י סייב. אלא י"ל דאבני ס"ל לעצמו לדינא דמנה לי בידך והלה א"י פטור והא דקאמר בב"ב אבני אמר לעולם אימא לך סייב.

היינו דכוננתו לדחות להך זאת אומרת דאמר רבה דע"ז א' אבני דהך הוכחה אינו מוכרח די"ל דשא"ה דמנה לאחר כו'. אבל לעולם י"ל דאבני ס"ל דפטור ולפ"ז אתי שפיר דברי האו"ת בסי' ע"ה ס"ק ו' על מש"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק כ"ז דספק פירעון קודם להלואה ה"ל א"י א"פ.

והוכיח פן ממה דאמר אבני חיישינן שמה ספק מלוגה ישינה דאל"כ ה"ל כא"י א"נ דפטור. ולעיל בחידושי לסעי' ט' ש"ך הנ"ל פתבתי להקשות עליו דהא לאבני דאית ליה א"י א"נ סייב כמש"כ התוס' פתובות (דף י"ב) אין מקום לדבריו.

ותרצתי שם דברי האו"ת. אכן לפי תירוץ א' של התוס' שבועות הנ"ל דמוכח לפ"ז דאבני אית ליה מנה לי והלה א' א"י א"נ פטור דאל"כ תקשה היכי מוקי לה הך קרא דשבועת ה' כנ"ל ע"כ שפיר פתב האו"ת להוכיח פן.

ויש לי בכ"ז רוב פלפולים לתרץ דברי התוס' בשבועות וכתובות הנ"ל ובמה שלא פתבו להוכיח מהא דשבועות (דף ל"ב) דאבני אית ליה מחושואיל"מ רק אכמ"ל בכ"ז וקצרת: ואחר פותבי כ"ז נזכרתי וראיתי בהפלאה לכתובות (דף פ"ה) על תוס' ד"ה מ'גו דיקלי כו' שכתב להסתפק בא"י א"פ ויש עוד פשר שמעיד שפרע דפטור לפי דמצטרפין ברי דע"א לחזקת מומן והניח בצ"ע.

ודברי ההפלאה הנ"ל הובא בשו"ת ברית אברהם ח' ח"מ סי' ה' ופלפל בזה הרבה ולא העלה בזה דבר ברור. ותמהני עליהם איך לא הביאו לדברי הרשב"א והריטב"א והר"נ

דקדושיין הנ"ל שפכתבו לפרש לסוגיות הגמ' דקדושיין הנ"ל דמיירי במלנה ע"פ ואפ"ה קאמרי שם בסוגיא מפורשת לגירסתם דלא הוי ממש בטענת הלנה ע"י עד פשר כ"ז דליכא שני עדים פשרים ודינו כמו טענת שמא וחיוב משום א"י א"פ משום דאין ע"א קם לממון כלל.

וראייתי בבב"ב אברהם שם שהביא בשם תשובת שב יעקב ח' ח"מ סי' ה' שפסק ג"כ דלא מהני ברי של העד בא"י א"פ: ואין ת"י ספר שב יעקב הנ"ל ואיני יודע טעמו מפני מה פסק כן. והעיקר כמש"כ בשם כל הראשונים הנ"ל.

דלא מהני כלל ברי של אחר אף של ע"א פשר ודינו כמו כל טענת שמא דחיוב בא"י א"פ: ענה ד והנתיבות ס"ק ח' כתב בשם הכנה"ג שכתב לתרץ קושיות הש"ך דלכו נקטו הטעם דה"ל מחושואיל"מ לענין דאינו יכול לומר נזפרתי שפרעתי כו'.

והעלה דרק בע"א מעיד שאינו פרוע בזה א"י לומר נזפרתי שפרעתי כיון דבשעה שהעיד העד טען הלנה א"י והי' נאמן כשנים שוב א"י לומר שזכר דכבר נעשה העד כשנים כו'. וכן הקצה"ח ס"ק ח' כתב להסתפק בכל מחושואיל"מ אם יכול לומר נזפרתי וחיילק ג"כ דשאני היכא דהוי מחושואיל"מ ע"י ע"א די"ל דדינו כשנים משום דכ"מ שהאמינה תורה לע"א דינו כשנים כו' עכ"ל.

ולענ"ד נראה להוכיח מן התוס' ב"מ (דף ג' ע"א) ד"ה מ"מ אמרה תורה כו' ובכתובות (דף י"ח ע"א) ד"ה מ"מ אמרה תורה כו' שהקשו מנלן דכופר הפל פטור ואין לומר מדאיצטריף למכתב שע"א מחייבו שבועה כו' הא איצטריף במקום שאינו יודע כו' עכ"ל התוס'.

ומה דינש לדון בזה דהא נפ"מ היכא דליכא טענת שתי פספס כו'. פבר העיר בזה הש"ט מן נזפרות לב"מ שם.

א"כ מוכח מזה דאין לחלק בין מחושואיל"מ דע"א לשארי מחושואיל"מ לענין דיכול לומר נזפרתי דאל"כ ה"מ התוס' לומר דלכו ליכא למילף מדאיצטריף למכתב דע"א מחייבו שבועה. משום דנפ"מ מזה לענין דא"י לומר נזפרתי שפרעתי היכא דהחיוב שבועה הוי משום הע"א: אף י"ל דז"א הוכחה דבאמת למאן דאית לי' מחושואיל"מ י"ל בפשיטות דאינו ראי' מדאיצטריף למכתב שבועה דע"א משום די"ל דנפ"מ להיכא דטען מתחלה איני יודע ואח"ז אומר נזפרתי דמשום שבועת כופר הפל הנה יכול לומר נזפרתי ומשום חיוב שבועת ע"א א"י לומר נזפרתי וכמש"כ הקצה"ח והנתיבות.

אף למאן דס"ל דלא אמרינן מחושואיל"מ א"כ לא שייך לומר כן ע"כ הוצרכו התוס' לומר דינש לדחות דאיתי לחיוב שבועה היכא דאין הבע"ד יודע כו'. ועכ"ז שפיר כתבתי דהא פבר כתבתי לעיל דמה שכתבו התוס' די"ל דאיתי לחיוב שבועה היכא דאין הבע"ד יודע ותובעו ע"פ העד.

דלשיטת רבה דס"ל בב"ב (דף קל"ה) דגם ברי ע"פ אחר נחשב לברי כמו ברי של הבע"ד א"כ לפ"ז אין מקום לדחיות התוס' לומר דאיתי להיכא דאין הבע"ד יודע כו'. דהא גם היכא דתובעו ע"פ אחר ג"כ הוי כמו ברי של הבע"ד ואי נימא דכופר הפל חייב

שבועה א"כ ממילא ידענו דאף בתובעו ע"פ העד חייב שבועה א"כ מוכח לשיטת רפה בפשיטות דכופר הפל פטור מדאיצטריד למכתב שבועת ע"א.

ועיקר פנונת התוס' הוא אליבא דאב"י דס"ל לחלק בב"ב שם בין פרי של הבע"ד לברי של אחר. וכינון דאב"י ס"ל דאמרינן מחושואיל"מ כמש"כ התוס' בכתובות (דף י"ב) וכו'.

ע"כ שפיר פתבתי דה"מ התוס' לומר דלכן איצטריד למכתב שבועת ע"א לענין מחושואיל"מ דטען מתחלה איני יודע ואח"כ אומר נזפרתי כו'. וכינון דחזינן דהתוס' לא פתבו פן א"כ מוכח דאין לחלק בין חיוב שבועת ע"א לשארי שבועת בשום גונו וממילא ה"ה לענין אם יכול לומר נזפרתי אין לחלק כלל ביניהם.

ועדיין יש לדחות להוכחתי הנ"ל די"ל דנקא אם עיקר החיוב שבועה הוא רק ע"י העד וזולת העד לא הי' מחויב שבועה ע"כ שפיר י"ל כסברת הקצה"ח והנתיבות דאמרינן בזה להפליא דכ"מ שהאמינה תורה לע"א ה"ה פשנים פינו דנתחייב שבועה ע"י הע"א.

אבל אי נימא דגם כופר הפל חייב שבועה וה"ה אם אומר א"י ה"ל מחושואיל"מ אף במנה לי בידך והלה אומר א"י וכינון דעיקר חיוב שבועה הוי אף בלא עדות העד ע"כ לא שייך בזה לומר הפל דכ"מ שהאמינה תורה כו'.

דקא לא הוי שום תועלת כלל מן עדות הע"א בעת עדותו אז פינו דנימא דגם כופר הפל חייב שבועה. [וכש"כ למש"כ דעיקר דברי התוס' הוא לאב"י וכינון דאב"י אית לי' שם בב"ב דמנה לי בידך והלה אומר א"י חייב א"כ ממילא ה"ה עליו אז חיוב ממון בעת שהשיב איני יודע אף בלא הגדת הע"א.

אף בזה יש לדון הרבה וקצתתי]: ולפ"ז יש לדון ג"כ בעיקר דברי הכנה"ג שכתב דנפ"מ בין חיובו ע"י מחושואיל"מ לחיובו ע"י א"י א"כ א"כ לענין אם י"ל נזפרתי. דקא היכא דטען מתחלה א"י א"כ דאף בלא חיובו ע"י הע"א ג"כ הי' חייב בעת שטען א"י א"כ ממילא לא שייך בזה הפל שכתבו דכ"מ שהאמינה תורה ה"ה פשנים לענין דלא יהיה יכול לומר נזפרתי.

דקא אף בלא הגדת הע"א נתחייב מתחלה ע"פ טענתו דטען א"י א"כ. א"כ לא שייך בזה לומר דאיתחזק לנו עדותו של הע"א פשנים כפר פינו דלא ה"ה לנו שום תועלת מעדותו.

ומ"מ י"ל דשפיר פתבו הכנה"ג והקצה"ח והנתיבות דקא בטען א"י אם נתחייבתי וע"א מעיד דחייב דה"ל מחושואיל"מ ע"י עדות העד א"כ בזה שפיר שייך לומר סברתם שכתבו דשייך לומר בזה כ"מ שהאמינה תורה לע"א ה"ה פשנים פינו דאיתחזק הענין כפר ע"י עדות הע"א וכעין מש"כ הרמב"ם פ' ט"ז ה' סנהדרין ה' ו'.

דקא בלא עדותו ה"ה מיפטר בטען א"י א"כ. א"כ אין סברא לומר דאם יטעון א"י א"כ יהיה יכול לומר נזפרתי פינו דלא ה"ה שום תועלת מעדותו ואם יטעון א"י א"כ לא יהיה יכול לומר נזפרתי.

דקא א"י א"כ יש מקום לחייבו ביותר מן א"י א"כ כמבואר בפשיטות וע"כ שפיר פתבו האחרונים הנ"ל. דמתמת עדות של הע"א א"י לומר נזפרתי.

אָבֵל בַּמֶּשֶׁכּ הַתּוֹסֵף לְעֵנִין פּוֹפֵר הַפֶּל דִּי"ל דִּיהֵי חַיִּיב שְׁבוּעָה שְׁפִיר פְּתִיבִי פִּינּוֹן דְּכוּפֵר הַפֶּל חַיִּיב שְׁבוּעָה א"כ אֵין שׁוּם תּוֹעֵלַת פְּלִל לְעוֹלָם מִן חַיִּיב שְׁבוּעָה דַּע"א פְּלִל בְּאַיְזָה עֵנִין דְּהָא בְּלֹא עֵדוּתוֹ שְׁיִיף לְעוֹלָם דִּין שְׁבוּעָה וּמְחוּשׁוּאִיל"מ ע"כ שְׁפִיר פְּתִיבִי דְּאֵין רֵאִי מִן הַתּוֹסֵף פְּלִל לַנִּדְּ פִּנ"ל: עֵנִין הַ אֵף יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִן תּוֹסֵף פְּתִיבִיבִי (דָּף י"ב) דְּלֹא פְּדִבְרֵי הָאֲחֵרוּנִים הַנִּל דְּהָא הַתּוֹסֵף שָׁם ד"ה רַב הוֹנָא כּו' הִקְשׁוּ לְאַבְיֵי דַס"ל מְנָה לִי בְּיָדָה וְהֵלָה א' א"י חַיִּיב א"כ אֵיף ס"ל לְדַר' אַבָּא וְתִרְצוּ דִי"ל דְּאֵתִי לְהִיכָא דַּא"י זוּלַת הָעֵד כּו' וְכֵן הִקְשׁוּ הַתּוֹסֵף בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"ז) דְּלִמָּאן דְּאֵית לִי בְּרִי וְשָׁמָּא בְּרִי עֲדִיף א"כ ל"ל קְרָא עַל מְחוּשׁוּאִיל"מ.

א"כ מוֹכַח מִדְּבָרֵיהֶם דַּס"ל דְּכִמּוֹ דִּיכּוֹל לִזְמַר גְּזֵרֵי הִיכָא דְּנִתְחַיִּיב מִשׁוּם בְּרִי וְשָׁמָּא בְּרִי עֲדִיף דַּה"ה אִם חַיִּיב מִשׁוּם מְחוּשׁוּאִיל"מ. דְּאֵי גֵימָא כַּמֶּשֶׁכּ הַקְצָה"ח דִּישׁ מְקוּם לִזְמַר דְּשָׁאֲנִי אִם חַיִּיב מִשׁוּם מְחוּשׁוּאִיל"מ בְּחִמְשִׁין יִדְעָנָא וְחִמְשִׁין לֹא יִדְעָנָא דְּאֵינּוּ יְכוּל לִזְמַר גְּזֵרֵי.

א"כ אֵין שׁוּם מְקוּם לְקוֹשְׁיוֹת הַתּוֹסֵף דְּהָא שְׁפִיר אֵיזְטְרִיף קְרָא עַל מְחוּשׁוּאִיל"מ לְעֵנִין דַּא"י לִזְמַר גְּזֵרֵי מִשׁוּם זֶה. וְכֵן יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִהַתּוֹסֵף פְּתִיבִיבִי הַנִּל דְּגַם אִם הָיִי מְחוּשׁוּאִיל"מ ע"י הַע"א ג"כ יְכוּל לִזְמַר גְּזֵרֵי הַתּוֹסֵף הַנִּזְכָּר כּוֹ דִּין דַּנֶּפֶס מִן ע"א הִיכָא דְּאֵין הַבַּע"ד יוֹדַע זוּלַת הָעֵד.

וּמִשְׁמַע דְּאִם הַבַּע"ד עֲצָמוּ יוֹדַע אֵין שׁוּם נֶפֶס מִפְּלִל מִן עֵדוּת הַע"א. וְאֵי גֵימָא דְּשָׁאֲנִי הִיכָא דְּהָיִי מְחוּשׁוּאִיל"מ ע"י הַע"א דְּאֵינּוּ יְכוּל לִזְמַר גְּזֵרֵי א"כ הָא גַּם אִם הַבַּע"ד יוֹדַע הָיִי נֶפֶס מִן חַיִּיב שְׁבוּעָה דַּע"א לְעֵנִין דַּא"י לִזְמַר גְּזֵרֵי א"כ מוֹכַח מִהַתּוֹסֵף דְּלֹא ס"ל פְּסָבְרַת הַחִילּוּק שֶׁל הָאֲחֵרוּנִים הַנִּל: שׁוּב רְאִיתִי דַּלְפִּמֶשׁ"כ לְעֵיל לְדוֹן דְּהִיכָא דְּהַחַיִּיב מְמוֹן הִי יְכוּל לְחוּל עֲלֵיו אֵף בְּלֹא הַגְּדַת הָעֵד דַּה"ג אֵף לְדִבְרֵי הָאֲחֵרוּנִים הֵיכָא יְכוּל לִזְמַר גְּזֵרֵי אֵף דִּישׁ ע"א.

א"כ לִפ"ז יֵשׁ לְדַחֵת לְהוֹכִיחַ מִהַתּוֹסֵף הַנִּל. וְהוּא דְּדוֹקָא בְּאוֹמַר א"י א"פ בְּזֶה שְׁפִיר פְּתִיבִי דְּאִם יֵשׁ ע"א הַמְחַיִּיבֵי שְׁבוּעָה וְאִיל"מ אִם אוֹמַר א"י דְּלִכְּן אֵף בְּאוֹמַר גְּזֵרֵי חַיִּיב פִּינּוֹן דְּכִבֵּר הֵיכָא מְהִימֵן הַע"א וְכ"מ שְׁהֶאֱמִינָה תוֹרָה ה"ה פְּשָׁנִים.

וְאֵף דְּבְּאוֹמַר א"י אִם פְּרַעְתִּי הֵיכָא חַיִּיב זוּלַת הָעֵד וְלֹא הֵיכָא שׁוּם תּוֹעֵלַת מְהַעֵד מ"מ פִּינּוֹן דְּהָאוֹמַר א"י אִם נִתְחַיִּיבִיבִי הַדִּין הוּא לְדִין דְּפִטוּר זוּלַת הָעֵד. וְרַק אִם ע"א מְעִיד אִזְ הַדִּין דַּה"ל מְחוּשׁוּאִיל"מ ע"י הָעֵד וְשְׁיִיף בְּזֶה הַפְּלִל דַּכ"מ שְׁהֶאֱמִינָה תוֹרָה ה"ה פְּשָׁנִים פִּינּוֹן דְּאִיִּתְחַזַּק לְנוּ פְּכָר עֵדוּתוֹ וְכַמֶּשֶׁכּ הַרְמַב"ם פְּרָק ט"ז הַלְכוֹת סְנֵהֲדָרִין ה' ו' פְּעִין זֶה גְּבִי ע"א בְּאִסּוּרִין דְּכִינּוֹן דְּאִיִּתְחַזַּק לְנוּ עֵדוּתוֹ פְּכָר ה"ה פְּשָׁנִים וְלוֹקִין ע"פ וְכִינּוֹן דְּדִינוֹ פְּשָׁנִים ע"כ אֵינּוּ יְכוּל לִזְמַר גְּזֵרֵי וּמְמִילָא אֵין סְבָרָא לִזְמַר בְּאוֹמַר א"י אִם פְּרַעְתִּי פִּינּוֹן דְּחַיִּיב אֵף זוּלַת הָעֵד דִּישְׁתַּנָּה הַדִּין בְּזֶה דְּהָא בְּאוֹמַר א"י א"נ.

דְּאֵין בּוֹ חֲזַקַת חַיִּיב לֹא הֵיכָא יְכוּל לִזְמַר גְּזֵרֵי חַיִּיב ע"י עֵדוּתוֹ דַּע"א. וְאֵלוּ בַּא"י א"פ הֵיכָא פְּטוּר בְּאוֹמַר גְּזֵרֵי אֵף דִּישׁ ע"א הַמְעִיד דְּהוּא חַיִּיב וְע"ז שְׁיִיף לִזְמַר יִצְיָבָא בְּאַרְעָא כּו'.

וְלָכֵן פִּינּוֹן דְּהֵדִין הוּא הוּא דְּבִא"י א"נ א"י לֹמֵר גְּזַפְרְתִּי אִם יֵשׁ ע"א א"כ מִמִּילָא כַּש"כ
בִּא"י א"פ דִּא"י לֹמֵר גְּזַפְרְתִּי וְחֵיב. וְשִׁפִּיר פְּתָבוּ הָאֲחֵרוֹנִים.

אַבְל בְּנִידוֹן שְׁכַתְּבוּ הַתּוֹס' דְּמִיָּרִי לְמֵאן דְּאִית לִיה מְנָה לִי בְּיָדָהּ וְהִלָּה אָמַר א"י חֵיב
א"כ לֹא הָוִי שׁוּם תּוֹעֵלַת פְּלָל מִן עֵדוּת הַע"א אִם בְּאֹמְרֵי א"י א"נ דְּהָא אִם בְּלֹא עֵדוּתוֹ
הֵדִין הוּא לְהֵד מ"ד דְּחֵיב ע"כ הֵדִין נוֹתֵן דְּאִם דִּישׁ ע"א דג"כ יָכוֹל לֹמֵר גְּזַפְרְתִּי דְּהָא
לֹא שְׁיָיְהּ לֹמֵר פְּלָל הַסְּבָרָא דכ"מ שְׁהֶאֱמִינָה תּוֹרָה ה"ה פְּשָׁנִים וְאַתְחִזֵּק עֵדוּתוֹ פְּכָר לָנוּ
פְּשָׁנִים כַּנ"ל דְּהָא לֹא הָוִי שׁוּם תּוֹעֵלַת פְּלָל לְעוֹלָם בְּשׁוּם גְּוֹנָא מִן עֵדוּתוֹ שֶׁל הַע"א לְהֵד
מ"ד דְּבִא"י א"נ חֵיב ע"כ שִׁפִּיר הַנְּצָרְכוּ הַתּוֹס' לְתַרְוָצִי דְּאִתִּי קָרָא דְּמַחְשׁוּאִיל"מ בְּתוֹבַע
ע"פ הַע"א.

וְאִין שׁוּם רְאִיָּה מִהַתּוֹס' לְדַחֲוֹת לְדַבְּרֵי הָאֲחֵרוֹנִים דְּכַתְּבוּ דְּבַע"א הַמְּחֵיבֵיבוּ מְשׁוּם
מַחְשׁוּאִיל"מ א"י לֹמֵר גְּזַפְרְתִּי: וּבְעֵיקָר קְוִשְׁוֹת הַפּוֹסְקִים שְׁהֶקְשׁוּ דל"ל לְחֵיב בִּא"י
א"פ מְשׁוּם אִיל"מ ע"י הַעֲדָה הָא בִּלְא"ה חֵיב.

יֵשׁ לֹמֵר דְּלָפִי מַש"כ הַט"ז בְּסוֹף הַסִּימָן דְּאִם נוֹלַד הַסְּפֵק אִם פְּרָעוּ בְּמַטְבַּע מְזוּיָּפֶת דְּאִין
לְחֵיבֵיבוּ מְשׁוּם א"י א"פ דְּעֵיקָרוּ מְשׁוּם חֲזַקַת חֵיב פִּינּוֹן דְּכָבֵר גְּסַתְּלַק מִמְּנֹו בְּחֲזַקַת פְּטוּר
וּכְמַש"כ הַט"ז שָׁם.

וְכֵן לְפַמַּש"כ הַאֲוִ"ת בְּסִי צ"א א"ס ק"ג דְּהִיכָא דִּישׁ חֲזַקָה שְׁלִיחַ עוֹשֶׂה שְׁלִיחוּתוֹ דְּסוֹתֵר
לְחֲזַקַת חֵיב דִּי"ל דְּאִינוּ חֵיב מְשׁוּם א"י א"פ ע"ש. וְכֵן לְפַמַּש"כ הַשַּׁעֲרַ מְשַׁפֵּט בְּסִי פ"ט
ס"ק א' בְּשִׁכִּיר דְּעֵבֵר זְמַנּוּ דְּאִינוּ חֵיב בְּאֹמְרֵי א"י א"פ פִּינּוֹן דִּישׁ חֲזַקָה דְּאִין בַּע"ב עוֹבֵר
בְּבַל תְּלִין וְחֲזַקָה אִין שְׁכִיר מְשַׁהָה שְׁכָרוּ דְּסוֹתֵר לְחֲזַקַת חֵיב דְּאִינוּ חֵיב מְשׁוּם א"י א"פ
ע"ש.

א"כ מְשַׁפַּחַת הַרְבֵּה גְּוֹנֵי דְּאִין לְחֵיבֵיבוּ מְשׁוּם א"י א"פ וְלָכֵן נִקְטוּ הַטַּעַם דִּה"ל
מַחְשׁוּאִיל"מ ע"פ הַע"א וְיֵשׁ לְהַאֲרִיךְ בְּכ"ז: הָעוֹלָה לָנוּ מִפְּלָמָה שְׁנַתְּבָאָר דְּבָרֵי שֶׁל אַחַר
לֹא הָוִי בְּרִי פְּלָל וְדִינוּ פְּטַעֲנַת שְׁמָא וְאִם בְּבָא לִפְטוּר כְּמוֹ בְּאִינִי יוֹדַע אִם פְּרָעַתִּי וְיֵשׁ ע"א
פְּשֵׁר הַמַּעֲיֵד דְּפָרְעוּ דְּמ"מ מוֹצִיאִין מִמּוֹן מִהִלְוָה.

וְכֵן נִתְבָּאָר דְּבַחְמִשִּׁין יִדְעָנָא וְחַמְשִׁין לֹא יִדְעָנָא דִּיכּוֹל לֹמֵר גְּזַפְרְתִּי שְׁפָרְעַתִּי כְּלוֹ אִם
ע"א מַעֲיֵד דְּחֵיב וְה"ל מַחְשׁוּאִיל"מ אִינוּ יָכוֹל לֹמֵר גְּזַפְרְתִּי שְׁפָרְעַתִּי וּכְמַש"כ הַכְּנֵה"ג
וְהַקְצֵה"ח וְהַנְּתִיבוֹת לְדִינָא: יב (שָׁם סְעִיף ט"ו) י"א דְּלֹא אֲמַרִּינּוּ בְּשִׁבּוּעָה ע"י גְּלוּל
מִתּוֹךְ שִׁאִיל"מ כו' וִי"א שְׁפִינּוֹן שְׁנַתְּחֵיב שְׁבּוּעָה מִה"ת כו' קָרִינּוּ בִּיה מַחְשׁוּאִיל"מ: עֲנָף
א מְקוּר פְּלִגְתָּתָם הוּא בְּהָא דְּתַנּוּ בְּמַשְׁנֵה בְּ"מ (דָּף ק') הַלּוֹקֵחַ אֹמֵר גְּדוּל לְקַחְתִּי וְהִלָּה
אֹמֵר א"י זָכָה בְּגְדוּל וְהַקְשָׁה הַבַּע"מ דְּתַקְשָׁה מִזָּה לְמ"ד דְּלֹא בְּרִי עֲדִיף וְיִמָּה דְּתִירָץ
הַרְזוּ"ה שָׁם דְּקָאֵי עַל תְּבִיעַת כְּסוּת עֲבָד וְעוֹמְרֵי שְׁדָה הַקְשָׁה הַרְבֵּב"ן בְּמַלְחָמוֹת שָׁם דְּאִטוּ
כְּסוּתִתְּנִי עֲבָד קְתָנִי כו' וְכְמוֹ שְׁהַקְשָׁה ר' אוֹשְׁעֲנָא שָׁם בְּסוּגְיָא וְע"כ הוֹכִיחוּ מִזָּה דְּאֲמַרִּינּוּ
גַם בְּג"ש דִּין מִתּוֹךְ שִׁאִיל"מ וּכְמַש"כ הַר"ן וְהַנ"י שָׁם וְהַמ"מ פ' כ' ה' מְכִירָה ה' י"ב
וְהַרִיטְב"א בַּח' לְב"מ שָׁם וּבְסִפְרֵי מִישְׁרִים לְרַבִּינוּ יְרוּחָם נִתִּיב שְׁלִישֵׁי סוֹף חֲלָק תְּמִישֵׁי
וּבְשִׁמ"ק לְב"מ שָׁם.

ושיטת הסוברים דבג"ש לא אמרינן מתוך שאיל"מ י"ל דס"ל להתירוץ שכתב הבעה"מ דמ"ד דס"ל דלאו פרי עדיף יפרש להוה משנה פרב דמפרש להמשנה שם דמירי בטוענו דמי עבד כו' או כשמואל בטוענו פסות כו' ועומרי שדה כו'.

אף באמת זה דוחק וכמש"כ הרמב"ן שם. ולכן העיקר מה די"ל בזה דשיטת הסוברים פן יסברו להתירוץ שכתב השמ"ק בב"מ שם בשם הראב"ד די"ל עוד דלכן זכה בגדול אף דקיי"ל דחזקת ממונא עדיף מן מעלת פרי משום דהא אוקימנא שם להמתניתין דמירי בעומדת באגם ובסימטא וכיון דלא הוי מוחזק ממש רק מעלת חזקת מרא קמא ע"כ בזה לכ"ע אמרינן דמעלת פרי עדיף ע"ש.

והובא כ"ז בספרי נחל יצחק סי' נ"ט ס"ק ב' ובסי' ע"ב סעיף י"ח ענה ב'. וי"ל דזהו שיטת רש"י בב"ק (דף צ"ו ע"ב) בהא דתני שם המחליף פרה בתמור וילדה ז"א ברשותי ילדה והלה שותק זכה בה ופי' רש"י משום דברי ושמא פרי עדיף.

והקשו התוס' שם דתקשה מזה על מ"ד דלאו פרי עדיף ולכן כתבו דהטעם ה"מ משום דשתיקה פהודא דמי וכ"כ הרשב"א והנ"י בב"מ והמ"מ פ' כ' ה' מכירה ה' י"א והסמ"ע בסי' רכ"ג ס"ק ז'. אבל בשיטת רש"י י"ל דס"ל דאין לומר הטעם דשתיקה פהודא דמי וכמבואר בסי' פ"א סעי' ז' דלאו בכל דוכתי אמרינן דשתיקה פהודא דמי ועיין בש"א שם ס"ק י"ז מה שהביא בשם פסקי מהר"מ רקנטי והגהת אשרי פ' המפקיד וסעד לזה מב"מ (דף ל"ז).

ובש"א שם ס"ק ט'. אלא ס"ל לרש"י דהטעם הוא משום דברי ושמא פרי עדיף וס"ל לרש"י כשיטת הסובר דנגד חזקת מ"ק כ"ע מודו דברי עדיף וא"ש שיטת רש"י משום דהברייתא תני שם זה אומר א"י וז"א א"י יחלקו ואתי פסומכוס ומירי בעומדת באגם כדמוקינן בב"מ (דף ק').

ועיין בתוס' שם ד"ה הא מני סומכוס כו'. ועיין בסי' רכ"ג סעי' ב' ובאר הגולה שם: והתוס' והרשב"א דכתבו שם דלמ"ד לאו פרי עדיף דאלו לא ה"ה הטעם שם דשתיקה פהודא דמי לא ה"ה נוטל אף דטוען פרי ומשמע דאף היכא דקימא באגם ג"כ הדין פן י"ל דאלו לטעמייהו דהתוס' בב"ק (דף מ"ו ע"א) ד"ה שור שנגח כו' כתבו דמירי שם בעומד באגם דאל"כ לא הוי פליג סומכוס כו'.

וכ"כ הרשב"א בחידושו שם ואמרו בגמ' שם זו דברי סומכוס אבל חכמים אומרים הממע"ה כו' אפילו נזק אומר פרי ומזיק שמא כו'. א"כ מוכח מזה דאף בעומדת באגם הדין הוא דחזקת מ"ק עדיף מן מעלת פרי וכמש"כ הרשב"א שם דאף בעומד באגם נקרא מוציא פיון דמוקינן בחזקת מ"ק.

ובאמת יש להקשות על הסוברים לחלק דשאני חזקת מ"ק דבזה כ"ע מודו דברי עדיף דא"כ אמאי אמרו שם דניזק אומר פרי ומזיק אומר שמא הממע"ה דהא מירי שם בעומד באגם כמש"כ התוס' והרשב"א שם.

וי"ל דאין זה קשה לפי מש"כ השמ"ק בב"ק שם (דף מ"ו ע"א) ד"ה זו דברי סומכוס שהקשה לקושיות התוס' שם ותירץ בשם רשב"ם דהא דמוקי ה"מ בעומד באגם משום

דמיירי בברי וברי אבל במתניתין דמיזיק אומר שפא נחא דאמר סומכוס חולקין אע"פ
שהוא מוחזק כו'.

וכ"כ הפני יהושע הקא לתרץ לקושיות התוס' ע"פ דברי התוס' דב"מ (דף ק') ד"ה ה"מ
סומכוס כו'. וכבר הקדימו בזה השמ"ק פנ"ל.

וי"ל דשיטת הסוברים דנגד חזקת מ"ק ברי עדיף ס"ל דמה דאמרו בב"ק (דף מ"ו)
דחכמים אומרים דאפילו נזק אומר ברי ומזיק אומר שפא הממע"ה. דיפרשו דמיירי
במוחזק ממש ואף בזה פליג סומכוס פנ"ל.

אבל בעומד באגם לכ"ע ברי עדיף נגד חזקת מ"ק: ולפ"ז י"ל דהך דין אם חזקת מ"ק
עדיף מן מעלת ברי או דמעלת ברי עדיפה ממעלת חזקת מ"ק תלוי בהך פלוגתא דהובא
הקא אם אמרינן מחושואיל"מ בג"ש או לא דלהסוברים דאמרינן גם בג"ש מחושואיל"מ
דהוכיחו פן ממה דתנן זה אומר גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול מוכח דס"ל דגם
נגד חזקת מ"ק לאו ברי עדיף דאל"כ אין מקום להוכחתם.

אבל הסוברים דבג"ש לא אמרינן מחושואיל"מ בע"כ ס"ל פהתירוץ שפכת השמ"ק
לחלק דכינון דמיירי בעומד באגם ולא הוי מוחזק ממש ע"כ מעלת ברי עדיפה בזה. משום
דהתירוץ שמתרץ הבעה"מ כבר הקשה ע"ז הרמב"ן במלחמות שם ואין זה תירוץ
מורנוח.

והרמב"ן שם דנראה דס"ל דגם בג"ש אמרינן מחושואיל"מ וכמש"כ הש"ך בשמו בס"ק
נ"א ג"כ אזיל לטעמי' דבחדושי הרמב"ן לב"ב (דף ל"ד) בד"ה ז"א של אבותי כו' בסה"ד
מסיק דאפילו היכא דלא הוי מוחזק גמור רק מעלת חזקת מ"ק ג"כ דינו כמוחזק גמור
דהמע"ה אפילו נזק אומר ברי ומזיק אומר שפא כמבואר בר"פ שור שנגח את הפרה
עכ"ל.

וכוננתו כפי שפכתתי לעיל בשם התוס' בב"ק (דף מ"ו) ובחז' הרשב"א שם דכתבו
דהסוגיא בב"ק שם מיירי בקיימא באגם ואפ"ה אמרו דהמע"ה אף בניזק אומר ברי
ומזיק אומר שפא דמוכח מזה דאין לחלק בין חזקת מ"ק למוחזק ממש בזה.

ולכן הדעת נותנת דלפי מה דהובא פלוגתת הפוסקים הקא אם אמרינן בג"ש דין
מחושואיל"מ או לא בלא הכרעה מן המחבר רק דממילא אין לנו להוציא ממון מספיקא
ע"כ י"ל דה"ה בעיקר הך דינא אם מעלת ברי עדיפה מן חזקת מ"ק או לא דגם זה ה"ל
ספיקא דדינא.

ולפ"ז ה"ה במה שנסתפקו האחרונים במה דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב דאם
דיינינן פן במקום חזקת מ"ק היכא דלא הוי מוחזק ממש דגם זה תלוי בעיקר פלוגתת
הפוסקים הנ"ל דלשיטת הפוסקים דהוכיחו דאמרינן גם בג"ש מחושואיל"מ מהא דתנן
הלוקח אומר גדול לקחתי זכה בגדול דהקשו מזה למ"ד דחזקת ממונא עדיף מן ברי ולא
חילקו דשאני חזקת מ"ק א"כ מוכח דס"ל דשוין הם מעלת חזקת מ"ק ומעלת מוחזק
ממש ע"כ ה"ה פמו דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מהמוחזק פמו כן אין הולכין
אחר הרוב להוציא מן חזקת מ"ק.

אָבֵל לְהַסּוּבְרִים דָּלָא אָמְרִינן בַּג"ש מחושוואיל"מ וְהָא דְזָכָה בְּגִדּוּל מְנוּכָרָה לּוֹמֵר וּלְחַלְקָא דְשֵׁא"ה דְאִינוּ מְנוּחָזְקִים גְּמוּר רַב מְעַלְתָּ חֲזַקְתָּ מ"ק וְאִינוּ דִּינוּ בְּמִנְחָזְקִים גְּמוּר ע"כ אִינוּ לְמִילָף דְכֻמוּ דְאִינוּ הוֹלְכִין בְּמִמוֹן אַחַר הָרוּב לְהוֹצִיא מִן מְנוּחָזְקִים דְה"ה בְּמִקּוּם חֲזַקְתָּ מ"ק דְהָא חֲזִינָן דְמוּכָח דְמִסְתַּלְקִינוּ בִּינֵיהֶם לְעֵנָן מְעַלְתָּ בְּרִי וְה"ה לְעֵנָן מְעַלְתָּ רַבָּא.

וְהָשֵׁב שְׂמֵעְתָּא שְׂמֵעְתָּא ד' פ' כ"ד וְהִקְצֵה"ח ס' ר"פ ס"ק ב' כְּתִב לְחַלְקָא דְבְּמִקּוּם חֲזַקְתָּ מ"ק הוֹלְכִין אַחַר הָרוּב נְגִדּוּ וְשֵׁאֲנִי מְנוּחָזְקִים גְּמוּר ע"ש. אָכֵן לְפִמְש"כ י"ל דְתַלּוּי בְּפִלְגְּתָא הַפּוֹסְקִים הַנִּי"ל: וּבְסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק ס' ע"ב סְעִי י"ח עֲנָף ב' הַבְּאֵתִי בְּזֶה לְדַבְרֵי טוּרֵי אָכֵן לְמַגִּילָה בְּאַבְנֵי מְלוּאִים (דָּף ג' ע"ב) וְכֵן הַבְּאֵתִי לְדַבְרֵי הָרֵא"ש בְּקִידּוּשֵׁין פ' ב' ס' ח' דְמוּכָח דִּס"ל דָּאָף הֵיכָא דָּלָא הָוֵי מְנוּחָזְקִים מִמֶּשׁ רַב כְּעֵין חֲזַקְתָּ מ"ק ג"כ אִינוּ הוֹלְכִין אַחַר הָרוּב.

וּלְפִמְש"כ לְעֵיל דְעֵיקָר הָף מִלְתָּא תַּלּוּי בְּפִלְגְּתָא הַפּוֹסְקִים אִם אָמְרִינן בַּג"ש מְחוּשׁוּאִיל"מ א"כ הָרֵא"ש דִּס"ל בַּב"מ פ"ח ס' י' דָּלָא אָמְרִינן מְחוּשׁוּאִיל"מ בַּג"ש וּמוּכָח לִפ"ז דְהָא דְתַנּוּן דְהִלּוּקְתָּ זָכָה בְּגִדּוּל הַטְעָם הוּא מְשׁוּם דְחֲזַקְתָּ מ"ק קִילָא מִן מְעַלְתָּ מְנוּחָזְקִים מִמֶּשׁ וְזֶהוּ לְכַאוּרָה דָּלָא כְּמוֹ שְׂפַתְבְּתִי.

אָכֵן בְּאַמְתָּ אִינוּ מְנוּכָרָה לּוֹמֵר דְהָרֵא"ש ס"ל בְּבִירוֹר לְדִינָא דָּלָא אָמְרִינן בַּג"ש מְחוּשׁוּאִיל"מ דְהָא כְּתִב בְּזֶה"ל בַּפ"ח דְב"מ שְׁם וּמְצִינוּ נְמִי לְמִידְחֵי דָּלָא אָמְרִינן כו'. וְגַם לְפִי הַתִּירוּץ שְׂפַתְבְּתִי הָרֵא"ש שְׁם דְמִיירֵי בְּמִצְוֵינוּ שְׂמֵתָה פְּדִרְפָּה כו' וְכַמֶּש"כ שְׁם הַתְּפָאֶרֶת שְׂמוּאֵל דִּלְפ"ז אִינוּ מְנוּכָרָה לּוֹמֵר וּלְחַלְקָא בֵּין ג"ש לְעֵיקָר שְׂבוּעָה.

וְאָף שְׂפַפְסְקֵי הָרֵא"ש שְׁם כְּתִב דָּלָא אָמְרִינן בַּג"ש מְתוּף שֵׁאִיל"מ מ"מ י"ל דְמְסַפְקָא לִי לְהָרֵא"ש בְּזֶה וְע"כ מְסַפְקָא אִינוּ מוֹצִיאִין מִמוֹן וְכִינוּ דִי"ל דְמְסַפְקָא לִי לְהָרֵא"ש כו' ע"כ שְׂפִיר כְּתִב הָרֵא"ש בְּקִידּוּשֵׁין פ"ב ס' ח' בְּלִשׁוֹן וְאִם הִינּוּ מְפָרְשִׁים לְפִי שְׂרוּב פְּעָמִים אִינוּ הָאָב מוֹחָה כו' וּבְמִמוֹנָא הוּא דָּלָא אֲזִלִּין בְּתַר רַבָּא כו': עֲנָף ב' וּלְקַמֶּן ס' רכ"ג סְעִי א' דָּאֵם הַלּוּקְתָּ טוּעֵן בְּרִי וְהַמּוּכָר טוּעֵן שְׂמָא ג"כ עַל הַלּוּקְתָּ לְהַבִּיאֵרֵא"א אָף בְּעוֹמְדָתָּ בְּאַגַּם כו' וְכֵן שְׁם סְעִי ה' אָמַר הַלּוּקְתָּ גְּדוּל לְקַחְתִּי וְהַמּוּכָר אֹמֵר אִינִי יוֹדֵעַ עַל הַלּוּקְתָּ לְהַבִּיאֵרֵא"א.

וְכֵן הוּא בְּרַמְב"ם ה' מְכִירָה פ' ד' ה' י"ב וְכְתִב הַמ"מ שְׁם דְהָא דְתַנּוּן זָכָה בְּגִדּוּל הוּא מְשׁוּם דְמִיירֵי בְּטְעֵנוּ עֶבֶד בְּכִסּוּתוֹ וְה"ל מְחוּשׁוּאִיל"מ וְהוּבָא בְּבָאָר הַגּוֹלָה שְׁם. וְכֵן הוּבָא זֶה בְּבִיאֹר הַגֵּר"א זצ"ל שְׁם ס"ק ט'.

וּמִש"כ שְׁם דְהָא הַרְמַב"ם ס"ל דָּלָא אָמְרִינן בַּג"ש מְחוּשׁוּאִיל"מ י"ל דִּס"ל לְהַמ"מ לְחַלְקָא דְשֵׁאֲנִי הֵיכָא דְעֵיקָר הַתְּבִיעָה הִיא שְׂמָא וְכַמֶּש"כ הַנְּש"ף בְּשֵׁם ה"ה בְּסִי' שְׂד"ם ס"ק ה' וּבְסִי' ע"ה ס"ק נ"א. אָכֵן לְפִי הַמְּבִנְאָר כָּאֵן דְהַמְחַבֵּר הִבִּיא שֵׁיטַת הַסּוּבְרִים דָּלָא אָמְרִינן בַּג"ש מְתוּף שֵׁאִיל"מ וּמִשְׁמַע אָף דְעֵיקָר הַתְּבִיעָה הִיא טְעֵנַת בְּרִי וּלְפ"ז מוּכָח דְהָא דְתַנּוּן זָכָה בְּגִדּוּל הוּא מְשׁוּם דְמְעַלְתָּ בְּרִי עֲדִיפָא מִן מְעַלְתָּ חֲזַקְתָּ מ"ק וְאִפ"ה סְתָם בְּלֵא שׁוּם חוֹלְקָא שְׁם בְּסִי' רכ"ג דָּלָא זָכָה בְּגִדּוּל.

י"ל דְכִינוּן דְמְסַפְקָא לִי לְהַמְחַבֵּר דְהָא לֹא כְּתִב שׁוּם הַכְרָעָה בֵּין הַנְּש"ף דִּיעוּת וְע"כ מְמִילָא מְסַפְקָא אִינוּ לְהוֹצִיא מִן חֲזַקְתָּ מ"ק שְׂיֵשׁ לְהַמּוּכָר וְכֻמוּ בְּכָל סְפִיקָא דְדִינָא דְשִׁינְיָה לְבַעַל

חזקת מ"ק. ולכאורה יש לדון דדוקא היכא דנולד הספק בעיקר הדין מצד אחר באינה ספיקא דדינא אבל בעיקר מעלת החזקת מ"ק אין בו שום ספק ע"כ הדין הוא דשייך לבעל חזקת מ"ק.

אבל היכא דהספק הוא אם שייך בי' מעלת חזקת מ"ק משום דמעלת ברי עדיפא ממנו או לא דכה"ג אפשר דלא מוקמינן מספיקא ברשות חזקת מ"ק. אכן באמת זה אינו דהא מצינו בב"ב (דף ל"ב ע"ב) גבי הא דא"ל שטרך זייפא הוא מיהו שטרך מעליא ה"ל ואירפס כו' דפליגי רבה ורב יוסף אם אמרינן מיגו להוציא או לא ומסקי והלכתא פנותי' דרב יוסף בזווי כו' משום דמספיקא אין מוציאין ועיין בתוס' שם ד"ה והלכתא פנותי' דרבה כו'.

והש"ך בסי' פ"ג ס"ק ט' הביא בשם פמה ראשונים דכתבו בהך דב"ב דלכן הלכתא פנותי' דרב יוסף בזווי משום דמספיקא אין מוציאין מהפחותק. הרי דמצינו במה דמספיקא לן אם אזלינן בתר מעלת המיגו או בתר מעלת הפחותק דמספיקא אין ב"ד מודקקין להוציא מהפחותק פינו דהוי עכ"פ ספיקא דדינא א"כ ה"ה בנ"ד דהוי ספיקא בפלוגתא דרבנותא אם מעלת הברי עדיפא מן מעלת חזקת מ"ק או לא דאין הב"ד מוציאין מבעל חזקת מ"ק וכמו בכל ספיקא דדינא: ועוד אפשר לומר דאף דהביא המחבר שיטת הסוברים דלא אמרינן בג"ש מתוך שאיל"מ מ"מ אינו מוכח דדינא לומר דמעלת ברי עדיפא מן חזקת מ"ק משום די"ל דיפרשו כמו שכתב הבעה"מ דהא דתנן זכה בגדול כמו דמוקמינן שם בטענו עבד בכסותו ומאי זכה בגדול הוא בכסות עבד גדול ובעומרי שדה גדולה.

ומה דהקשה הרמב"ן במלחמות שם מידי פסות קתני עבד קתני וזכה בעבד וכן הקשה הגמ' שם. י"ל דכוננת הבעה"מ הוא פינו דמצינו דשמואל מפרש בסוגיא שם פן ור' אושעיא מקשה לי' פן אבל שמואל הא חזינו דלא איכפת לי' בהך קושיא.

וכינו דעיקר קושיותם על מה דתנן זכה בגדול הוא למ"ד דס"ל לאו ברי עדיף א"כ י"ל דהך מ"ד יפרש להמתניתין כמו דמפרש שמואל דלא איכפת לי' בקושיות ר' אושעיא. ור' אושעיא י"ל דס"ל כהמ"ד דברי ושפא ברי עדיף ואתי שפיר המשנה כפשוטו.

וראיתי בתוס' יו"ט בב"מ פ"ח משנה ד' דכתב לפרש דמיירי בדמי עבד וה"ל מחושואיל"מ ונדחק לפרש דלא נקט רב אושעיא אוקימתא דעבד בכסותו בסיפא אלא לרונחא דמילתא כו'. אכן לפי מה שכתבתי יש לפרש לזה ביתר ביאור די"ל דמ"ד דס"ל ברי ושפא חזקת מ"ק עדיפא דיפרש להמתניתין כמו דמפרש רב שם דמיירי בטענו דמי עבד ואף דחזינו דשמואל ורבי אושעיא לא רצו לפרש פן משום דהיה דוחק להם לפרש דקאי על דמי עבד מ"מ י"ל דהך מ"ד דס"ל לאו ברי עדיפא דיפרש להמשנה כמו דס"ל לרב לפרש פן.

ובעז"ה מצאתי פן בשמ"ק לב"מ (דף ק' ע"ב) בד"ה בטענו עבד בכסותו וזה לשונו וא"ת א"כ רישא דמתניתין דקתני אם אמר א"י זכה בגדול לר"נ מיירי ע"י גלגול וקשה לפי התוס' והראב"ד דבשבעת גלגול לא אמרינן מחושואיל"מ י"ל דשאני היכא דעיקר

התביעה היא טענת פרי כו' א"נ דר"נ מוקי מתניתין בדמי עבד או בכסות עבד וכאוקימתא דרב ושמואל ולית לי פירכא דר' אושעיא הריטב"א עכ"ל השמ"ק.

הרי שהשמ"ק בשם הריטב"א פתב כמש"כ ב"ה. וגם כמש"כ התוס' יו"ט רק קצת באופן אחר מן הנהגות: והתוס' יו"ט בב"מ פ"ח משנה ז' הקשה על הטור שבסוף סי' רכ"ג פתב אם יש עסק שבועה ביניהם פגון שתבעו שני עבדים בכסותם ומודה על האחד ועל השני אומר א"י מתוך שאיל"מ ע"כ ונהרי זה סותר להפסק הלכה שפתב בסי' ע"ה דלא אמרינן מתוך שאיל"מ בג"ש ונשאר בצ"ע.

וכן הקשה הדרישה לקמן סוף סי' רכ"ג ותירוצו אינם מספיקים לתרץ קושיא התמורה הנ"ל למי שיעניין היטב וקצרתיו. והנלע"ד לתרץ דברי הטור שלא יהי' תמוה והוא די"ל דהטור בסי' ע"ה סעי' י"ח הביא שני הדיעות אם אמרינן מתוך שאיל"מ בג"ש ולא הכריע ביניהם.

ומה שפתב שם וא"א הרא"ש ז"ל פתב פסקרא הראשונה הנה באמת גם מן לשון הרא"ש בפ"ח דב"מ סי' י' אינו מוכח דס"ל פן בנודאי לדינא דהא פתב בזה"ל ומצינו נמי למדחי דלא אמרינן מחושואיל"מ כו' ובאמת לפי מש"כ הרא"ש שם אח"ז דמייירי במאמינו אין להוכיח מזה דלא אמרינן מחושואיל"מ בג"ש וכמש"כ התפארת שמואל שם.

והא שפתב בפסקי הרא"ש שם דלא אמרינן מחושואיל"מ בג"ש י"ל דזהו מספיקא דשמא הלכה כהה' תירוץ דלא אמרינן מחושואיל"מ בג"ש. ולכן פינו שטור הביא שני הדיעות ולא הכריע בפירוש י"ל דס"ל דזהו ספיקא דדינא ואין מוציאין מהמחזק.

ומה שפתב הטור בסוף סי' צ"ד בשם תשובת הרא"ש דבר פשוט שאין פאן גלגול כו' אין זה שייכות לעניינינו וענין בסמ"ע ס"ק מ"ם ובש"ך ס"ק נ"ב ובסי' צ"ד בסמ"ע ס"ק י"ג. וגם הא מצינו בב"ח לטור יו"ד שפתב שמיצינו בכמה דוכתי שהכריע דלא פהרא"ש ע"ש.

ולכן שפיר י"ל דהטור שהביא שני הדיעות אי אמרינן מחושואיל"מ בג"ש או לא פינו דלא פתב הכרעה מפורשת דס"ל דזה הוי ספיקא דדינא וממילא אין מוציאין מהמחזק: ולעיל הבאתי לדברי השמ"ק לב"מ (נ"ך ק') שפתב בשם הראב"ד לתרץ לשיטת הסוברים דלא אמרינן בג"ש מתוך שאיל"מ דהא דתנו זכה בגדול הוא משום דמעלת פרי עדיפא מן חזקת מ"ק.

א"כ ממילא זהו דין ברור דהיכא דה"ל מחושואיל"מ בטענו עבד בכסותו דחייב ליתן הגדול דהא משנה מפורשת הוא דזכה בגדול רק דהוי ספיקא דפולוגמא דרבנותא דלשיטת הסוברים דגם בג"ש דיינינן מחושואיל"מ א"כ יש לפרש להמשנה דמייירי בטענו עבד בכסותו כו' ואין מזה מקום להוכיח דשאני חזקת מ"ק דקילא ממעלת מוחזק ממש לגבי מעלת פרי.

ולהסוברים דלא אמרינן מחושואיל"מ בג"ש מוכח מהמשנה דמעלת פרי עדיפא ממעלת חזקת מ"ק משום דהתירוץ שמתרץ הבעה"מ דקאי רק על כסות עבד כפר דהוה הרמב"ן במלחמות שם. ולכן שפיר פסק הטור דאם טענו עבד בכסותו בנודאי חייב ליתן העבד גדול משום דהא בזה האופן בנודאי מוכח מן המשנה מפורשת פן.

וי"ל דקאי הטור שם דקנימא באגם דלא הוי מוחזק ממלש והוי הנה בבא דעבד גדול וקטן דומיא דשדה גדולה וקטנה דמיירי שם דלא הוי מוחזק ממלש רק מעלת חזקת מ"ק מן בעלים הראשונים וכמש"כ הטור שם לעיל בעומדת באגם.

אבל היכא דאין עסק שבועה ביניהם אז מספיקא אין להוציא מן בעל חזקת מ"ק וכמש"כ לעיל לדמות זה לכל ספיקא דדינא דמעמידין בחזקת מ"ק ולכן פטור משום דמספיקא לא אמרינן פרי עדיף להוציא ממון מן בעל חזקת מ"ק: ענה ג ועוד י"ל ולינישב לפ"ז לדברי הטור דאף דנימא דהטור מיירי ג"כ אף היכא דעומדים העבדים בראשות המוכר מ"מ היכא דטענו עבד בכסותו חייב משום דה"ל מחושואיל"מ גם בג"ש.

ונקדים לדברי המרדכי פ"ק דכתובות דהקשה ג"כ מהא דתנן זכה בגדול דהא קי"ל חזקת ממונא עדיף מן פרי ושמא ותירץ דבעבד ושדה מודה ר"נ דברי עדיף דנראה לערמה דמהכ"ת לא ידע מה מוכר לחבירו גדול או קטן ובכה"ג דנראה פמעררים לכ"ע פרי עדיף כו' והובא דברי המרדכי הלז באו"ת ס"ק י"ג וכתב דיש לדברים מקום בסברא ע"ש.

ויש לדמות זה למה שכתב הסמ"ע בסי' ט"ו ס"ק י"ג בשם תשובת הרא"ש. ויש לומר דהוה סברת המרדכי שכתב דגבי א"י אם גדול או קטן מכרתי דהוי פערמה דלכ"ע חייב דזה הוי ספיקא דדינא משום דאי נימא פהסוברים דגם בג"ש אמרינן מתוך שאיל"מ א"כ אין להוכיח מהא דזכה בגדול להוה דינא של המרדכי אף אי נימא פהסוברים דלא אמרינן בג"ש מחושואיל"מ אז מוכח מהא דתנן זכה בגדול להוה דינא שכתב המרדכי דהיכא דנראה פמעררים לכ"ע פרי עדיף.

ולכן שפיר פסק הטור דאם טענו עבד בכסותו אז בונדאי חייב ליתן הגדול משום דבכה"ג אין שום מקום להסתפק דהא מבואר להדיא בהמשנה דזכה בגדול ומוכח מזה לחד מן הנה תירוצי או משום דה"ל מחושואיל"מ או לסברת המרדכי.

אבל היכא דאין עסק שבועה ביניהם אז אין מוציאין מספיקא דשמא הלכה פהסוברים דגם בג"ש אמרינן מתוך שאיל"מ א"כ לפ"ז אפשר לומר דדוקא היכא דיש עסק שבועה ביניהם אמרו דזכה בגדול אבל היכא דאין עסק שבועה ביניהם אז חזקת ממונא או חזקת מ"ק עדיפא מן מעלת פרי ולא מחלקינן פסברת המרדכי וא"ש דברי הטור: ועפ"ז יש ליישב למה שהקשה הש"ך בס"ק נ"א על דברי ר' ירוחם שבנתיב ג' ח"ד פתב דאין אומרים בג"ש מחושואיל"מ ובסוף ח' ה' פתב גבי ב' עדים.

[צ"ל עבדים]. דה"ל מחושואיל"מ וכתב דמפאן מביאים ראיה שאפילו בג"ש אמרינן מחושואיל"מ וצ"ע עכ"ל הש"ך.

ולפמש"כ יש לתרץ משום דמה שכתב בנתיב ג' ח"ד דלא אמרינן מחושואיל"מ בג"ש זהו מצד ספיקא וכמו שכתבתי בשיטת הרא"ש רבו דכתב לחד מן התירוצים בב"מ פ"ח סי' י' דלא אמרינן בג"ש מחושואיל"מ וכמש"כ שם התפארת שמואל דלפי מה שמתרץ שם דמיירי במאמינו אין הכרח לומר כן.

ועכ"פ מספיקא אין מוציאין ממון משום די"ל שמא לא אמרינן בג"ש מחושואיל"מ. והא דכתב בסוף חלק חמישי דחייב בג"ש משום מחושואיל"מ הא קאי שם בהא דתנן בב"מ

(דף ק') ה'יו ל'ו שני עבדים כו' לוקח א' גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול כו' ומיירי שטוענו שזכה בעומרין כו' ומיגו דנשבע כו' והוא אומר א"י ואיל"מ ומפאן מביאין ראיה שאפילו בשבועת גלגול אומרין דאם א"י לישבע משלם עכ"ל.

זהו כמו שפכתתי לעיל דהא פנין דתנן במשנה להדיא דזכה בגדול א"כ בנודאי קי"ל לדינא פן רק די"ל שפא הלכה פהסוכרים דאתו עלה מטעם דה"ל ג"ש ודיינינן גם בג"ש מחושואיל"מ א"כ לפ"ז אין להוציא ממון היכא דאין עסק שבועה ביניהם.

אבל לדינא בנודאי אף אי נימא פהסוכרים דלא דיינינן בג"ש מחושואיל"מ מ"מ א"ש דהא דזכה בגדול משום דאז מוכרח לומר פסברת המרדכי בפ"א דכתובות פנ"ל דשא"ה דנראה ערמה ע"כ לכ"ע פרי עדיף.

אף אין להוציא ממון בהנה דשני עבדים רק היכא דה"ל גם מעלת מחושואיל"מ ע"י ג"ש וכמש"כ לעיל לתרץ לדברי הטור וא"ש דברי ר' ירוחם דאינם תמוהים ודברי ר' ירוחם והטור הם פסגנון א': ובביאור הגר"א זצ"ל ס"ק מ"ו ולקמן סי' רכ"ג בביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ט' פתב לתרץ לקושיות הראשונים דאמאי זכה בגדול והוי פרי עדיף ומירץ דמתניתין אתי פסומכוס ולכן פרי עדיף כו'.

ויש להעיר על דבריו מן מש"כ התוס' בב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה לימא תייהוי תיובתא דר"נ כו' דהקשו והא מתניתין מוקי פסומכוס דלא אזיל פתר חזקה כו' וי"ל דלסומכוס כו' הוי פאילו פתנונייהו מוחזקין בו כו' עכ"ל התוס'.

ע"כ שפיר הקשו הראשונים משום דאף דמתניתין אתי פסומכוס מ"מ תקשה דהא פרי ושפא פרי עדיף כמו דהקשו בב"מ (דף צ"ז) וכמו דפירשו התוס' פנ"ל. שוב ראיתי באו"ת ס"ק י"ג שפתב ג"כ לתרץ קושיות הראשונים הנ"ל פדברי הגר"א זצ"ל והעיר בדברי התוס' ב"מ (דף צ"ז) הנ"ל וי"ל דלזה נתפנין גם הביאור הגר"א זצ"ל וא"ש דבריו.

אכן הראשונים שפיר הקשו משום דס"ל כמש"כ התוס' דגם לסומכוס ה"ל פאילו פתנונייהו מוחזקין בו כו' וכ"כ התוס' בב"מ (דף קט"ז ע"ב) ד"ה לימא תייהוי תיובתא דר"נ כו' ע"ש ולכן שפיר הקשו פן: והנתיבות בס"ק י"א בסופו פתב לתרץ לקושיות הראשונים הנ"ל ע"פ סברת האו"ת בקת"כ דכיון דעבד או שדה אחת יוצא בנודאי מרשות מ"מ ע"כ אין שייך להעמיד בזה על חזקת מ"מ כו'.

אבל הראשונים לא הי' ניתא להו לתרץ פן משום דלא מבעיא אי נימא דחזקת מ"מ דינו פחזקת ממון דאינו משום חזקה המבררת כו' וכמש"כ אחי הקצה"ח בקונטרס הספיקות פלל א' ס"ק ו' ובכלל נאו ס"ק י"א לדון בספק זה.

ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח והדברים ארוכין. ואף אי נימא דחזקת מ"מ הוא מצד חזקה המבררת כמו כל החזקות דמהני אף באיסורין מצד דהוי חזקה המבררת מ"מ הא מצינו אף באיסורין דמהני חזקה לברר אף היכא דאחד יצתה בנודאי מן החזקה הראשונה וכמש"כ מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' כ"ד והעירותי שם בהתוס' פסחים (דף יו"ד) ובשא"ד מזה.

א"כ ה"ה הקא אף דאָקד יצתה בַּנְדָּאִי מְרֻשּׁוֹת הַמ"ק מ"מ דִּינִינֵן עַל הַסְּפֵק אִזְכִּי אַחְזָקת מ"ק וְשִׁפִּיר הַקְּשׁוֹ הֶרְאִשׁוּנִים: ***(הגה"ה וע"פ הַסְּבָרָא הַנ' פֶּתַח הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' קמ"ח ס"ק ג' לְבָאָר דְּבָרֵי הַסַּמ"ע דְּהָא דְּהַחְזִיק בְּדַרְךָ דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָתוֹ קָאִי עַל חַד שְׁקָנָה מַחֲד וְהִטְעַם פִּינֵן שְׁיִוְצָא עכ"פ אָקד מְרֻשּׁוֹתוֹ וְכִפִּי סְבָרַת הָאוּ"ת בְּכֻלְלֵי תְּפִיסָה ע"כ לֹא שְׁיִינְךָ לְהַעֲמִיד עַל חֻזְקַת בְּעָלִים הֶרְאִשׁוּנִים כו'.

וּמִשְׁמַע מְמַנּוֹ דְּאָף בְּטוֹעֵן הַנְּתַבֵּעַ בְּרִי ג"כ מְהֵנִי תְּפִיסַת הַתּוֹבֵעַ בְּטַעֲנַת בְּרִי ע"ש. אָמְנֵם יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִן דְּבָרֵי הַרְמ"א לְקַמֵּן סִי' ק"מ סְעִי' ז' דְּלֹא פְּדַבְּרֵי הַנְּתִיבוֹת דְּזו"ל הַרְמ"א וְכָל שְׁלֹא הַחְזִיק פְּרָאוּי אֵינָה חֻזְקָה אֶפְיָלוֹ יְדוּעַ שְׁמַכְר לֹו קַרְקַע רַק שְׁאִינוֹ יְדוּעַ שְׁהִיא זֹו שְׁהַחְזִיק בָּהּ יְכוּל מְמוֹכֵר לִיטּוֹל קַרְקַע זֹו וְלוֹמֵר שְׁמַכְר לֹו קַרְקַע אַחְרַת הַגְּרוּעַ ב"י בְּשֵׁם רַשְׁבָּ"א עכ"ל הַרְמ"א.

וּמוֹכַח לְהַדְיָא דְּאָף הִכָּא שְׁיִדוּעַ שְׁמַכְר לֹו קַרְקַע אַחַת וְאִינוֹ יְדוּעַ אֵיזְהוֹ דְּלֹא מְהֵנִי גַם בְּכַה"ג תְּפִיסָתוֹ אֲלֵא גַם בְּזֶה מַעֲמִידִין עַל חֻזְקַת בְּעָלִים הֶרְאִשׁוּנִים. וְהַבְּיָאוּר הַגָּר"א זצ"ל שֵׁם ס"ק כ"ב הִבִּיא רֵאִי לְזֶה מִפְּתוּבוֹת (דָּף ק"ט) דָּאֵם א' תְּלָם א' עֲשִׂיתִי נְאֻמָּן הָרִי אָף הִכָּא דְּמוֹחֻזֵק בְּהַשְׁדָּה ג"כ לֹא מְהֵנִי תְּפִיסָתוֹ.

וּלְדַעֲתִי יֵשׁ לְדוֹן וּלְחַלֵּק דְּשִׁאֲנֵי הִכָּא שְׁהַסְּפֵק הוּא כְּמָה יִצְתָה מְרֻשּׁוֹתוֹ דְּאָף שְׁיִדוּעַ שְׁתַּלְּם א' יִצְתָה מְרֻשּׁוֹתוֹ מ"מ עַל הַמּוֹתֵר שְׁיִינְךָ לְהַעֲמִיד עַל חֻזְקַת מ"ק פִּינֵן דְּהֵם שְׁנֵי גּוֹפִים וְעֵנִינִים מְחוֹלְקִים וְכַעֲיֵן הָא דב"מ (דָּף ק') דְּאָמְרוּ וְנוֹקְמָה אַחְזָקַת מ"ק בְּהַסְּפֵק שְׁנוּלֵד בְּהַנּוֹלֵד אָף דְּהַפְּרָה יִצְתָה בְּנֻדָּאִי מְרֻשּׁוֹתוֹ.

אָבֵל הִכָּא שְׁהַסְּפֵק הוּא עַל הַדְּבָר הַנְּמַכֵּר בְּנֻדָּאִי דְּאֵיזְהוֹ הַנְּמַכֵּר אָז שִׁפִּיר יֵשׁ לְדוֹן כְּסֻבְּרַת הַנְּתִיבוֹת דְּכִינּוֹן דְּאָקד יִצְאָה מְרֻשּׁוֹתוֹ ע"כ לֹא שְׁיִינְךָ לְהַעֲמִיד בְּזֶה עַל חֻזְקַת מ"ק וְהַחְזִילוּק בְּרוּר וְקַצְרַתִּי: עכ"פ לְמַדְנּוֹ מִדְּבָרֵי הַרְמ"א וְהַרְשָׁב"א דְּאָף דְּאַחַת יִצְתָה מְרֻשּׁוֹתוֹ בְּנֻדָּאִי רַק הַסְּפֵק הוּא אֵיזְהוֹ גּוּף יִצְתָה מְרֻשּׁוֹתוֹ דְּגַם בְּזֶה לֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה אֵם לֹא הַחְזִיק פְּרָאוּי בְּדִין חֻזְקָה אָף דְּטוֹעֵן בְּרִי פִינֵן דְּגַם הַמַּעֲרָעֵר טוֹעֵן בְּרִי.

וְאֶפְשָׁר לֹוּמֵר דְּהָא מְבִנְיָא בְּתֻשׁוּבַת הַרְשָׁב"א הַמּוּבָא בְּבֵית יוֹסֵף ח"מ סִי' ק"מ בְּמַחְזְדָּשׁ ס"ק ב' דְּמִיִּירֵי דְּהַעֲדִים מְעִידִים שְׁמַכְר לֹו מְקוּם א' אָבֵל אֵינֵם יוֹדְעִים אֵיזְהוֹ כו' א"כ יֵשׁ לְדוֹן בְּזֶה לְסֻבְּרַת הַנְּתִיבוֹת בְּדִינֵי תְּפִיסָה ס"ק ז' שְׁכַתְּב דְּהִכָּא דְּלֹא רָאוּ הַעֲדִים הַדְּבָר בְּשָׁלְיָמוֹת לֹא מְהֵנִי עֲדוּתָן כְּלָל מִשּׁוּם דְּמַקְרִי חֲצִי דְּבָר כו' וְכ"כ הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' נ"ט סוּף ס"ק א'.

א"כ ה"ה הִכָּא פִּינֵן שְׁלֹא רָאוּ בְּשָׁלְיָמוֹת לִידַע אֵיזְהוֹ מְקוּם הַנְּמַכֵּר לֹא מְהֵנִי עֲדוּתָן כְּלָל מִשּׁוּם דְּמַקְרִי חֲצִי דְּבָר. אָבֵל בְּאַמַּת זֶה אֵינוֹ דֹּא"כ לֹא הִיָּה חֲזִיב לִיתָן לֹו אָף מְקוּם הַגְּרוּעַ וּמִשְׁמַע דְּעִיָּקֵר הַחֲזִיב עַל מְקוּם הַגְּרוּעַ הוּא ע"פ עֲדוּתָן וְלִכְּן אֵין לֹוּמֵר כֵּן.

וְנִרְאָה לְחַלֵּק בְּזֶה ע"פ מַה שְׁכַתְּבַתִּי בְּסִפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' או"ח סִי' כ"ד בַּהַג"ה דְּהִיכָּא דְּנִתְּבָרֵר לְפָנֵינוּ דְּיִצְאָה אַחַת מִחֻזְקָתָה דְּלֹא דִּינִינֵן בְּזֶה לְהַעֲמִיד עַל חֻזְקָתוֹ הֶרְאִשׁוּנָה פִּינֵן דְּאַחַת יִצְתָה בְּנֻדָּאִי מִחֻזְקָתוֹ הֶרְאִשׁוּנָה מִשָּׂא"כ בְּשָׁנֵי שְׁבִילִין וְכֵן בְּשָׁנֵי פְּתֵי עֲדִים הַמְּכַחֲשׁוֹת דְּלֹא נִתְּבָרֵר לְפָנֵינוּ מַעוֹלָם אֵיזְהוֹ מְהֵם יִצְאָה מִחֻזְקָתוֹ לְכֵן אָמְרִינוּ עַל כָּאוּ"א אִזְכִּי אַחְזָקַת אָף דְּכ"א סוּתֵר לְחַבְּרִירוֹ וְא' מְהֵם יִצְאָה מִחֻזְקָתוֹ בְּנֻדָּאִי ע"ש וְה"ה דִּישׁ לְדוֹן

החילוק הלז בנ"ד דהא בְּמִי שְׁאֲבָדָה לֹו דְרַף שְׁדָהוּ דְבָסִי קמ"ח הי' ידוע מְפָכָר לְפָנֵינוּ
אִיזָה דְרַף הי' לֹו וְאִתְ"כ אֲבָדָה לֹו הֲדָרַף ע"כ שְׁפִיר י"ל בְּזָה דְלֹא שְׁיָיָף לְהַעֲמִיד עַל חֲזָקָת
בְּעָלִים הֲרֵאשׁוּנִים וְכִמוּ בָּהָא דְמִנְחֹות (דָּף כ"ג) שְׁפִתְבָּתִי בְּסִפְרֵי שָׁם דְּכִינּוּן דְּנִתְבָּרַר
מִתְחַלָּה לְפָנֵינוּ כֹּו דְלֹא דִינֵינוּ לְהַעֲמִיד עַל חֲזָקָתוֹ הֲרֵאשׁוּנָה פִּינּוּ דְאִתְתַּצָּה בְּנוּדָאי
לְפָנֵינוּ מִחֲזָקָת בְּעָלִים הֲרֵאשׁוּנִים וע"כ שְׁפִיר מְהֵנִי תְּפִיסָה וְכִסְבָּרַת הַנְּתִיבוֹת שָׁם.

אָבֵל בָּהָא דְסִי ק"מ דְלֹא נִתְבָּרַר לְנוּ מְעוֹלָם אִיזָה מְקוּם מְכַר לֹו ע"כ שְׁפִיר דִּינֵינוּ
דְמוֹקְמֵינוּ קַרְקַע בְּחֲזָקָת בְּעָלִים הֲרֵאשׁוּנִים אַף דְאִתְתַּמְהָם יְצָתָה בְּנוּדָאי מִחֲזָקָתוֹ וְאַף
שְׁהַבְעָלִי דִינֵים יוֹדְעִים מְזָה מ"מ פִּינּוּ דְלֹא נִתְבָּרַר לְפָנֵינוּ מְעוֹלָם שְׁפִיר יֵשׁ לְדַמּוֹת זָה
לְהַף דְשָׁנִי פְתִי עֵדִים כֹּו אַף דִּידוּעַ הָאֵמֶת לְהַעֲדִים עֲצָמוּ פִּינּוּ דְלֹא נִתְבָּרַר לְנוּ זָה מְעוֹלָם.

וְלָכֵן ה"ה בְּהַף דְגָדוּל לְקַחְתִּי כֹּו פִּינּוּ דְלֹא נִתְבָּרַר לְנוּ מְעוֹלָם שְׁפִיר יֵשׁ לְדוּן אוֹקִי אֲחֻזָּת
מ"ק אַף דְאִתְדַּחַד יְצָתָה בְּנוּדָאי מְרִשׁוּתוֹ וְאַף דְנִימָא דְחֲזָקָת מ"ק דִּינוּ כְּמוֹ כָּל אוֹקִי אֲחֻזָּקָה
דְמֵהֵנִי בְּאִסְוֵרִין מ"מ)****(י"ל כֵּן וְכִמְש"כ בְּסִפְרֵי שָׁם כֵּן גַּבִּי אִסְוֵרִין כַּנ"ל.

כֵּן י"ל בְּכ"ז אַף לְפִי מְשַׁמְעוֹת הַנְּתִיבוֹת דְגַם בְּטוֹעֵן בְּרִי מֵיָרִי כֹּו שָׁם: וְהַעֲיָקָר נִלְע"ד
דְמוֹכַח מְהָא דְסִי ק"מ דְאִתְתַּמְהָם הִכָּא שְׁיָדוּעַ דְאִתְדַּחַד מְהָם יְצָתָה מְרִשׁוּתוֹ בְּנוּדָאי מ"מ לֹא מְהֵנִי
תְּפִיסָה בְּקַרְקַע הִכָּא שְׁהַמְעַרְעַר טוֹעֵן בְּרִי וְשָׁנִי הָא דְסִי קמ"ח דִּי"ל דְהַמְעַרְעַר טוֹעֵן
שְׁמָא וְהַמְחֲזִיק טוֹעֵן בְּרִי וְקַצְרִתִּי.

(ע"כ הגה"ה): ** נְחֻזָּר לְעַנְיָנוּ דְנִתְבָּאָר דְלִהְסוּבְרִים דְגַם בְּג"ש דִּינֵינוּ מִתּוֹף
שְׁאִיל"מ א"כ מוֹכַח מְזָה דְחֲזָקָת מ"ק דוּמָה מְמַשׁ לְחֲזָקָת מְמוּנָא דְאִל"כ אִין מְקוּם
לְהוֹכְחָתָם דְהוֹכִיחוּ כֵּן מְהָא דְהִלּוּקָם אוֹמַר גְּדוּל לְקַחְתִּי דְזָכָה בְּגָדוּל וְהַמְתַּנִּיתִין הָא
אוֹקִימָנָא דְמֵיָרִי בְּקִימָא בְּאָגַם וְלִיכָא רַק מְעַלְת חֲזָקָת מ"ק וּמִדְהַקְשׁוּ ע"ז לר"נ דס"ל
חֲזָקָת מְמוּנָא עֲדִיף מִן בְּרִי וְתִרְצוּ דְזָכָה בְּגָדוּל דִּה"ל מְחוּשׁוּאִיל"מ ע"י ג"ש מוֹכַח דס"ל
דְהָא דְאֲזֵלִינוּ בְּתַר חֲזָקָת מ"ק הוּא מְשׁוּם דִּישׁ לְבַעַל חֲזָקָת מ"ק דִּין מְוַחֲזַק מְמַשׁ וְכִמְש"כ
לְהַסְתַּפֵּק בְּזָה אַחֵי הַקְצָה"ח בְּקוֹנְטְרָס הַסְּפִיקוֹת כַּנ"ל וְלִפ"ז ה"ה כְּמוֹ דְלֹא אֲזֵלִינוּ בְּתַר
רַבָּא לְהוֹצִיא מִהַמְוַחֲזַק ה"ה דְלֹא אֲזֵלִינוּ בְּתַר רַבָּא לְהוֹצִיא מִן חֲזָקָת מ"ק.

אָבֵל לְהַסְוֵרִים דְלֹא אֲמַרִּינוּ בְּג"ש דִּין מְחוּשׁוּאִיל"מ א"כ לִפ"ז בְּע"כ מְוַכְרַח לֹוּמַר דְהָא
דְזָכָה בְּגָדוּל הוּא ע"פ תִּירוּץ הַרְאָב"ד דְבִשְׁמ"ק לִב"מ (דָּף ק') דְשָׁנִי חֲזָקָת מ"ק מִן
מְוַחֲזַק מְמַשׁ. מְשׁוּם דְנִתְבָּאָר דְזָהוּ תִירוּץ מְוַרְנוּחַ בְּיוֹתֵר וּבְפָרְט דְהָא נִתְבָּאָר דְגַם רִש"י
בב"ק (דָּף צ"ו ע"ב) דְכַתְּבַב דְלָכֵן ז"א בְּרִשׁוּתִי יְלָדָה וְהִלָּה שׁוֹמֵק זָכָה בָּהּ מְשׁוּם דְבָרִי
וְשָׁמָא בְּרִי עֲדִיף וְכַתְּבַתִּי לְעֵיל דְטַעְמוֹ ע"פ שִׁטַּת הַסְּוֵרִים דְבְּמְקוּם חֲזָקָת מ"ק לִכ"ע
בְּרִי עֲדִיף.

וְזָהוּ מְוַכְרַח דְשָׁם אִין מְקוּם לְתַרְץ לְתִירוּץ הַבְעָה"מ בב"מ (דָּף ק') דְקֵאִי שָׁם עַל כְּסוּת
עֲבָד כֹּו. וְכֵן אִין מְקוּם לְתַרְץ בְּהַף דְב"ק לְהַתִּירוּץ שְׁכַתְּבַב הַמְרָדְכִי בַּפ"א דְכַתְּבוֹת דְלָכֵן
זָכָה בְּגָדוּל מְשׁוּם דְנִרְאָה כְּעַרְמָה כֹּו דְהָא בָּהָא דְב"ק דְהַסְּפִיק הוּא בְּאִיזָה רִשׁוּת יְלָדָה לֹא
שְׁיָיָף לֹוּמַר דִּה"ל רְמָאוֹת בְּמָה דְמְשִׁיב אִינִי יוֹדְעַ ע"כ מְוַכְרַח דְרִש"י ס"ל דְחֲזָקָת מ"ק
קִילָא מִן מְוַחֲזַק מְמַשׁ וְלָכֵן ה"ל הַף דִּינָא דְאִם חֲזָקָת מ"ק דוּמָה לְמְוַחֲזַק מְמַשׁ אוֹ דְחֲזָקָת
מ"ק דִּינוּ כְּמוֹ חֲזָקָה דְמֵהֵנִי בְּאִסְוֵרִים דְזָהוּ סְפִיקָא דְדִינָא וְתִלוּי בְּהַף פְּלִגְתַּת הַפּוֹסְקִים.

ועיין בש"ש שמעטא ד' פ' כ"ד: וכבר נתבאר דהא דמבואר לקמן בסי' רכ"ג דהלוקח לא זכה בגדול דזהו משום ספיקא וכמו פל ספיקא דפלוגתא דמעמידין בחזקת מ"ק. ועיין בנתיבות סי' רכ"ג ס"ק ו'.

ולקמן סי' שצ"ט סעי' ג' פסק המחבר שור שנגח הפרה ונמצא עופרה מת בצדה ואין ידוע כו' דהממע"ה אפילו גיזק טוען ברי והמזיק טוען שמה ואפילו עומדת באגם. מוכח מזה דס"ל דחזקת מ"ק עדיף מן ברי.

ואף דהמחבר לא הכריע בהך פלוגתא אי אמרינן בג"ש מתוך שאיל"מ מ"מ י"ל גם שם דזהו הכל משום ספיקא דמוקמי על חזקת מ"ק כנ"ל. והרמ"א שם בסי' שצ"ט סעי' ג' כתב דאם תפס הגיזק נאמן אם יש לו מיגו.

וקא דלא כתב הטעם דלכן מהני תפיסתו משום דהא בדררא דממונא קיי"ל דמהני תפיסה אם טוען ברי. די"ל בזה כמו שכתבתי בספרי נחל יצחק בריש קונטרסי בתפיסה בדררא דממונא.

דשאני קנס ע"ש. אף לפי מש"כ שם בשם הרא"ש בב"ק פ"ב סי' ב' שאין לחלק בין קנס לממונא להסוברין דמהני תפיסה בספיקא דדינא ודלא פשיטת הראב"ד [ועיין ברמב"ם פ"ב ה' גניבה ה' י"ב ובפ"ב ה' עבדים ה' ד' מזה].

וכתבתי לחלק דשאני ספיקא דדינא דמהני תפיסה אף בקנס משא"כ בדררא דממונא ע"ש. א"כ לפ"ז הך לפי מש"כ דה"ל ספיקא דפלוגתא אי ברי עדיפא או חזקת מ"ק עדיפא א"כ מבעי להיות מועיל תפיסה היכא דהיה עומד באגם אף אם אין לו מיגו.

אף י"ל דמש"כ הרמ"א דדוקא אם יש לו מיגו מהני תפיסתו דקאי אף אם תפס מרשות המזיק. ועוד י"ל דדוקא להסוברין דמהני תפיסה אף בספק של הש"ס בזה כתבתי בספרי לחלק אליבא דשיטת הרא"ש דשאני דררא דממונא כו'.

אבל לפי מה דהכריע הרמ"א בכ"ד פהסוברין דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא של הש"ס רק בספיקא דפלוגתא דרבנותא דה"ל כמו טענת ברי כמבואר בכללי תפיסה ע"כ י"ל דמטעם זה לא מהני תפיסה בקנס אף בספק פלוגתא דרבנותא ע"פ סברת החילוק שכתבתי בספרי שם וקצרתי.

ולכן לא הוי סתירה לדברינו מן דברי הרמ"א דסי' שצ"ט הנ"ל ונשפיר י"ל דזה ה"ל ספיקא דדינא אי חזקת מ"ק דומה למחזקת ממ"ש או גרוע מינ"ה ונפ"מ לכמה ענינים: יג (שם סעי' יג) טענו חטפת חפץ ויש לו ע"א שחטפו כו' ה"ל מחושואיל"מ.

וזהו מן הא דשבועות (דף ל"ב) וב"ב (דף ל"ד) בנסכא דר' אבא: ולכאורה יש לדון דבזה"ז דליכא סמוכין והא דדיינינן ומקבלין עדות בזה"ז זהו מצד שליחותיהו דקמאי. וידוע מש"כ הרמב"ן והרשב"א ביבמות (דף מ"ו) וסוף גיטין בר"נ שם וברמב"ן על התורה פ' שופטים דז"א רק מדרבנן והובא לעיל בסי' א' ע"ש.

וכיון דהא דמקבלין עדות בזה"ז הוי זה רק מדרבנן דאלו מה"ת הא בעינן סמוכין וכש"כ בקבלת עדות די"ל דכ"ע מודו בזה דבעי סמוכין וכמש"כ התוס' בב"ב (ד' מ') וכתובות (דף כ"ב) דאף ר"נ ושמואל ס"ל בקיום שטרות דבעי ג' יע"ש.

ומבואר לקמן בסי' ע"ה סעי' י"ד דלא אמרינן מחוייב שבועה ואיל"מ. אלא בשבועה דאורייתא.

אבל בשבועה דרבנן לא אמרינן מחושואיל"מ. ולכן יש לדון לכאורה דבזה"ז לא שייך הך דינא דר' אבא לומר דה"ל מחושואיל"מ ע"פ עדות העד.

דקא בעינן סמוכין לקבל עדות העד וכיין דבזה"ז ליכא סמוכין אלא דרבנן תקנו מצד שליחותיהו דקמאי לקבל עדות בזה"ז. אבל אין זה רק מדרבנן א"כ עיקר חיוב שבועה ע"י העד אינו רק מדרבנן דקא מה"ת ה"ל פאלו נמקבל עדותו חוץ לב"ד דאין ממש בעדותו.

וקא פיון דכללא הוא דבשבועה דרבנן נאף בשבועת המשנה לא דייגינן לומר מחושואיל"מ. א"כ לא שייך בזה"ז לדון פלל להך דינא דנספא דר' אבא.

וכה"ג יש לדון בזה"ז במודה במקצת דלא יהיה שייך בו לדון מחושואיל"מ. לפמש"כ הקצה"ח בסי' ג' ס"ק ב' דהודאה במקצת בעי סמוכין מה"ת יע"ש: וכן יש לדון בכל זה לכאורה דבשבועה דאורייתא ע"י ע"א ומודה מקצת דבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסי' ובח"מ סי' פ"ז מבואר דאף בשבועת המשנה אמרו כן.

א"כ בזה"ז דליכא סמוכין ועיקר חיוב שבועה ע"ז אינו רק מדרבנן. א"כ דינו ככל שבועה דרבנן דלא נחתינן לנכסיה.

וינדעתי מה דיש לחלק דשאני שבועה דעיקרו רק מדרבנן בזה אמרו דלא נחתינן לנכסי' ולא דייגינן בי' מחושואיל"מ. אבל היכא דעיקר חיוב שבועה הוי מה"ת רק מחמת דליכא בזה"ז סמוכין.

א"כ מצד אחר הוי זה מדרבנן. אבל בעיקר חיוב שבועה הוי מה"ת ולכן אם הוי סמוכין בזה"ז הנה נהג בהו מחושואיל"מ.

ע"כ דינו בזה"ז פדאורייתא לגבי פל זה לאחר דתקנו חז"ל לקבל עדות בזמן הזה. פן יש לחלק באמת: אבל יש להוכיח דגם כה"ג דינו פדרבנן דלא אמרינן בזה מחושואיל"מ.

והוא דהתוס' בכתובות (דף י"ח ע"ב) כתבו בד"ה ובכולי בעי דלודי כו' בזה"ל נקשה לר"י דקא אמר בב"מ דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ואין לומר דמה"ת חשוד אשבועתא ומדרבנן הוא דאמרינן דלא חשוד לפי שראו שהיו מקילין בממון יותר מבשבועה ותקנו שבועה על החשודים כ"ז שלא נודע שהוא גזלן שפטר מה"ת עדיין אבל גזלן ידוע שפסול מה"ת לא תקנו כו' דקא גבי נספא דר' אבא בשבועות (דף ל"ב) משמע דאי אמר לא חטפי הנה נשבע להכחיש את העד אע"ג דחשוד אממונא.

והתם הוי שד"א דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאיל"מ פדמשמע בפ"ק דב"מ גבי ההוא רעיא עכ"ל התוס'. וכ"כ התוספות בב"מ (דף ג' ע"ב) ד"ה בכולך' בעי דלודי לי' יע"ש.

ועיין בב"מ (דף ה' ע"ב) תוס' ד"ה ותקנתא כו' דכתבו דקא לא שייך מתוך שאיל"מ פדפרישית עכ"ל. י"ל דנתפנונו למש"כ התוס' הנ"ל לעיל ד' ג' ועיין במהר"ם לופלין שם שכ"כ.

והנה הש"ך בסי' נ"ח ס"ק כ"ג פתב די"ל דס"ל להתוס' בכתובות (דף פ"ה) דאף בשבועת המשנה אמרינן מחושואיל"מ דכינן דתקנו חכמיהמשנה שבועה פעין דאורייתא תקנוהו לכל מקלי יע"ש.

ובאמת מוכח מן התוס' פתובות וב"מ ה"ל דס"ל ג"כ דלא אמרינן בשבועת המשנה מחושואיל"מ וכמש"כ בטוש"ע וכ"פ בסי' ע"ה. ועיין ב"מ (דף ו' ע"א) ובתוס' שם ד"ה דתני ר"ח כו'.

וע"כ מוכח דכוננת התוס' בכתובות שם דף פ"ה דמיירי בפרעון וכמש"כ הש"ך שם מקנדם: ובאמת דברי התוס' פתובות (דף י"ח) ובב"מ (דף ג') ה"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 פנ"ל.

דבזה לא שייך מחושואיל"מ דהא בשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאיל"מ כו'. זה צריך ביאור הא באמת עיקר חיוב שבועה הוי מה"ת.

אלא דמה"ת דאמרינן מגו דחשוד אממונא כו' לא מציינן ליתן לו שבועה ע"כ האידנא דחמירא להו שבועה ולא שייך מיגו דחשוד אממונא א"כ ממילא דין חיוב שבועה זו כמו דאורייתא ממש ובנדאי שייך בזה מחושואיל"מ כמו כל שד"א.

ואין זה דמיון כלל לשבועת המשנה דלא אמרינן ביה מתוך שאינו יכול ליטבע משלם: ואפשר דסברת התוס' הוא לפי דבאמת גם האידנא דנותנין לו שבועה אין זה רק בתורת תקנה כמש"כ התוס' בלשונם דתקנו שבועה על החשודים.

וכן פתבו אח"ז התוס' דבגזלן ידוע לא תקנו. אלקא דנה גופא לא ברירא להו לחז"ל אם הוא חמור לו כ"כ.

ואינו אלא בתורת תקנה ע"כ ממילא דין חיוב שבועה בזה"ז אינו אלא בתורת תקנת חז"ל. לכן כמו דבכל חיוב שבועת המשנה לא אמרינן מתוך שאיל"מ ה"ה בזה מפעי לן לומר דלא נימא מתוך שאיל"מ.

כן יש לדחוק בזה: עכ"פ חזינן דס"ל להתוספות בפשיטות דאף דעיקר חיוב שבועה הוי מה"ת. ומה"ט היכא דשייך אשתמוטי וכה"ג הא חייב שבועה מה"ת.

עכ"ז פיון שמה"ת אין עליו חיוב שבועה במקום דשייך מיגו דחשוד אממונא כו'. ויהנה מאיזה טעם שיהיה פיון דמה"ת אין נותנין שבועה בזה אלא מדרבנן מחייבינן ליה השבועה ע"כ ממילא דינו כמו כל שבועה דרבנן בזה.

א"כ ה"ה בשבועת ע"א דבזמה"ז דליכא סמוכין לא מציינן לחייבו שבועה זו רק מדרבנן דתקנו שליחותיהו דקמאי כו' אף דעיקר השבועה הוי מה"ת עכ"ז פיון דמה"ת ליכא עליו חיוב שד"א מאיזה טעם.

ע"כ ממילא דינו ככל שבועה דרבנן דלא אמרינן מתוך שאיל"מ. וגם לא ניהות לנכסיו.

פן י"ל לכאורה בזה: אמנם פיון דחוינו לכל הראשונים והטוש"ע דכתבו גם האידנא לדון להך דין דנספא דר' אבא וכן דנחתינו לנכסיו דדינו כמו שד"א ממש. בע"כ מוכח דליתא לכל מש"כ.

דכיון דאם הוי סמוכין הי' דינו כמו שד"א ממש לכל דיניו נאנן שליחותייהו דקמאי קא עבדינו. ע"כ לא מחלקינו בין זמן שהיו סמוכים לבין זמן הגה דליפא סמוכים ודינו כמו שהי' בזמן שהיו סמוכים דאל"כ נלקה הדין בזמה"ז.

ועיקר התקנה הי' משום שלא תנעול דלת כו' וכמבואר בר"ש סנהדרין וכמש"כ הר"נ סוף גיטין וע"ש. ושייך בזה לדון דלא פלוג.

ועפ"ז נסתר מה שכתבתי לדון בקונטרס א' בספק בתקנה לדון בהך מילתא דשליחותייהו דקמאי בכמה ענינים דדינו כמו ספק תקנה דיש לדון לקולא והארכתי בזה הרבה במק"א.

אבל פעת ראיתי דלא שייך בזה לדון לכל לספק תקנה. משום דחז"ל לא חילקו פלל בקמה דנתנו לנו רשות לדון דממילא יש לנו הך דין כמו שהיה בזמן שהיו סמוכים לכל דיניו: ועיין במל"מ פ"ז הל' תרומות הל' י"ו שפתיב פועין זה בהא דתרומה בזמה"ז דרבנן דדינו כמו בעת שהיה תרומה נוהג מה"ת לכל דיניו זולת לענין תערוכות ע"ש.

וכה"ג י"ל בקמה דאמרו דאנן שליחותייהו דקמאי קא עבדינו וזהו מוכח ג"כ מהא דכתבו פולם לדון בזמה"ז להך דנספא דר' אבא. וגם יש לדון בזה למה דאמרו בשבועות (דף מ) דכל מקום ששנים מחייבין ממון אחד מחייבו שבועה ובמש"כ התוספות כתובות (דף פ"ז ע"ב) ד"ה ועוד אין נשבעין כו' ובשבועות (דף מ) ד"ה וכ"מ ששנים כו' וקצתתי בכ"ז.

ועיין בקצה"ח סי' ל"ד ס"ק א'. ולפמש"כ י"ל בדבריו: וכעת ראיתי בנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ל"ג ובנו"ב מ"ת ח' ח"מ סי' ה' שפתיב לדון לפי שיטת הרמב"ם דשטר אינו מה"ת דלא יהי' שייך בע"א בשטר דה"ל מחשוואיל"מ ע"פ דברי התוס' דכתובות (דף י"ח) ה"ל.

ולא פתיב לחלק דהא גם שטר בשני עדים אינו רק מדרבנן א"כ אין בזה הטעם לפי דהוא ע"א. דהא גם בשני עדים הדין פן.

אלמא דלא ס"ל לחלק בזה. וע"כ שפיר פתיב לעיל לדון פן לכאורה.

אכן לפי מש"כ לעיל דמוכח דבכה"ג לא דייגינן פן פיון דגם שני עדים אינו רק מדרבנן כו' א"כ לפ"ז יש לדון פן בעיקר דברי הנו"ב הללו דאין החרס לדבריו פיון דגם שטר בשני עדים אינו רק דרבנן ע"כ ממילא ה"ה ע"א בשטר דינו דהוי מחשוואיל"מ וכ"מ ששנים מחייבים ממון כו'.

ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' א' סעיף א' ענף ג': יד (שם סעיף י"ג) מנה הלוייתיה נהרי ע"א כו'. וכן אם טען תחלה להד"ם ואח"כ הוציא עליו עד אחד וסוד ואמר לויתי ופרעתי בכל אלו ה"ל מחשוואיל"מ כו'.

טענו חטפת חפץ גיש לו ע"א שחטפו והוא אומר ודאי חטפתי אבל שלי הוא ה"ל מחושואיל"מ. והש"ף בס"ק מ"ג הביא למש"כ התוס' בב"ב (נ"ד ל"ד ע"א) ד"ה הוי מחושואיל"מ כו'.

בשם הר"י דלכן אינו נאמן במיגו שהיה אומר לא חטפתי משום דלא יכול להעזי פניו להכחיש העד ולשבע נגדו. ובשם ריב"ם דכתב דלכן לא מהימן במיגו דכיון דהתורה האמינתו לע"א וכ"ז דלא נשבע נגדו ה"ה פשנים כו': ענף א ונראה לי דאם הע"א מכחישו במה דקאמר דידי חטפי.

והע"א אומר דהחפץ אינו של החוטף. דבזה יש לדון דלתי' א' של התוס' דעיקר הטעם דה"ל מחושואיל"מ משום דאינו יכול להעזי פניו נגד העד ולשבע נגדו.

א"כ בזה פיון דגם עכשיו מעזי נגד הע"א במה דאמר דידי חטפי דהא הע"א מעיד דאין החפץ שלו. ע"כ שפיר יש להאמינו בשבועה במיגו דלהד"מ.

אבל לתי' הריב"ם דלכן לא מהימן במיגו דלהד"ם משום דכ"ז דאינו נשבע נגדו ה"ה פשנים. ע"כ גם היכא דהעד מכחישו במה דאמר דידי חטפי.

ה"ל מחושואיל"מ פיון דמודה להעד דחטף להחפץ. וכן פתב הש"ף לעיל סי' נ"א ס"ק א' על מש"כ הרמב"ם והמחבר שם דבשטר בע"א ה"ל מחושואיל"מ דאם העד מכחישו שלא פרע אז לא הוי מחושואיל"מ ע"ש באה"ד.

ובאמת זה תלוי בהנך שני טעמים הנ"ל. וכן מצאתי בנתיבות בסי' נ"א ס"ק א' שהביא בשם האו"ת דתמה על הש"ף בזה.

והנתיבות פתב דזה תלוי בהנך ב' טעמים הנ"ל. ולכן פיון דהתוס' בב"ב שם הקשו על תי' הר"י הנ"ל והעלו דהעיקר פתרוץ הריב"ם.

ומש"כ הש"ף בס"ק מ"ג לתרץ לקושיות התוס' על תי' הר"י תמה עליו האו"ת. וע"כ לכאורה העיקר לדינא כתי' הריב"ם.

ולכן הדין נותן לפ"ז בנ"ד דה"ל ג"כ מחושואיל"מ. ועיין בנתיבות סי' נ"ח סוף ס"ק י"ב: והנה בהא דאם טען תחלה להד"מ ואח"כ הוציא עליו ע"א וחרז ואמר לויתי ופרעתי דפסק המחבר דה"ל מחושואיל"מ.

וכ"כ הטור והרמב"ם פפי שפתב הב"י בסימן ע"ה. והש"ף לעיל ס"ק ל"ח הביא בשם הרשב"א שחולק וס"ל דבע"א לא הוחזק כפרן דנימא בזה מחושואיל"מ.

ועיין לקמן סי' ע"ט ש"ף ס"ק י"ט. ולכאורה צריף ביאור סברת הרשב"א בזה.

דהא פיון דהא דיכול לחזור מפטור לפטור הוי זה משום מיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה. כמש"כ הטור בסי' פ' והמרדכי פ' חז"ה אות תקכ"ו ובסמ"ע סימן ע"ט ס"ק כ"ב.

והא פיון דהכא בע"א שטען תחלה לח לויתי היה מחוייב שד"א להכחישו. א"כ את"כ דטוען פרעתי דנאמן במיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה הא הוי דינו כמו בנספא דר' אבא דלא מהימן במיגו דלא חטפתי ע"פסברת שני תירוצים של התוס' בב"ב הנ"ל.

וע"כ שיטת הרשפ"א בזה צריך ביאור. וראיתי בגוף תשובת הרשפ"א ח' ג' סימן מ"ט שכתב בטעם הדבר דמהימן במיגו דהיה עומד בכפרנותו נשבע ונפטר ועדיין קשה פנ"ל: והנלפענ"ד בזה ע"פ הא דמבואר בטור אה"ע סימן קנ"ב בהא דאמרו אשה שאמרה לבעלה גרשתי נאמנת חזקה אין אשה מעיזה.

דאם נתקדשה שלא בפני בעלה דאף אם בא בעלה ומכחשת אותו בפניו עכ"ז אינה נאמנת משום דלא שייך בזה החזקה דאינה מעיזה דלחזיק דבריה הראשונים אומרת פן. והובא זה לעיל בסי' י"ז במחבר סעיף ב'.

וע"ש בב"ש ס"ק ז'. והדרכי משה בטור אה"ע סי' קנ"ב ובסי' י"ז הביא בשם הריב"ש דר"ל דאם התחילה לומר גרשתי שלא בפני בעלה ואח"כ בא בעלה ואמרת פן בפניו דאין שייך בזה החזקה דאינה מעיזה.

דכיון דכבר אמרה פן ע"כ נוח לה יותר להחזיק דבריה הראשונים ולהעזי נגד הבעל. והובא דברי הריב"ש הנ"ל בב"ש סי' י"ז ס"ק ג'.

והנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' צ"א פלפל בזה הרבה. ובקונטרס א' על אה"ע פתבתי לדון בדברי הנו"ב הרבה ואין פאן מקומו להאריך: ולכן יש לדון בהא דאמר מתחלה לא לוייתי ובא ע"א והכחישו וחזר ואמר לוייתי ופרעתי.

דלא הני מחושואיל"מ. ע"פ תי' הראשון שכתבו התוס' בב"ב דלכן לא מהימן דידי חטפי במיגו דלהד"מ משום דלא חציף להכחיש להעד ולהעזי נגדו.

וכמש"כ הרמב"ן לחי' בב"ב (דף ל"ד) והר"ן פ"ז דשבועות וכ"כ הרדב"ז ח' א' סי' ת"ז ע"ש. ע"כ י"ל דזה אינו שייך אלא היכא דלא התחיל להעזי נגד העד פלל.

משא"כ היכא דהתחיל כבר וטען שלא בפניו להד"מ. דבזה שפיר יכול עכשיו להעזי נגדו דלא שייך בזה כ"כ הך חזקה דלא חציף להכחיש נגדו.

כדמצינו לחד דיעה גבי גרשתי דכיון דהתחילה שלא בפני בעלה ע"כ נדחה בזה להך חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה. משום דעבידה לאחזוקי דבורה הראשון ואף דבעת דבורה הראשון לא הי' אז בפני בעלה מ"מ אמרינן פן.

א"כ ה"ה בהך דאמרו דלא חציף להכחיש להעד י"ל דכיון דהתחיל כבר לומר פן שלא בדברי העד ע"כ אף שהיה זה שלא בפני העד מ"מ נוח לו להחזיק דבריו הראשונים ולהעזי גם עכשיו שפא העד להכחישו.

ואי דנימא דשא"ה בגרשתי דאמרו פן משום דאזלינן לחומרא עפ"י סברת החילוק דעבידה לאחזוקי דבורה. א"כ ה"ה שייך בנ"ד לומר פן דשמא אמרינן לסברא דעביד לאחזוקי דבורה הראשון אף דמעזי נגד העד והני מיגו מעליא ולא להוציא ממון ממנו ע"י מחוייב שבועה ואיל"מ.

ואף דשיטת הרשפ"א והובא באה"ע סי' קנ"ב בב"י שם דס"ל דאף באמרה שלא בפני בעלה גרשתי מ"מ פשבא בעלה ואמרת גרשתי שייך בזה החזקה דאינה מעיזה והוכיח פן מהא דכתובות (דף כ"ב) והובא בב"ש סי' י"ז ס"ק ג' ובנו"ב סי' צ"א פנ"ל.

עכ"ז י"ל דאינו מוכח פן אלא גבי תזקה דאינה מעינה בפני בעלה דהוי תזקה אלימתא כידוע ע"כ אף במקום דמתזקת דבורה הראשון אינה מעינה בזה. משא"כ בהך תזקה דלא חציף להכחיש להעד שפכתבו התוס' גבי מחושואיל"מ הא זה בעצמו לא הוי תזקה מעליא רק פדי לדחות להמיגו אמרו זה דלא חציף להכחיש נגדו כמש"כ התוס' שם.

ע"כ י"ל דבזה אף הרשב"א מודה דעביד להחזיק דבורו הראשון בזה דיותר נוח לו להחזיק דבורו הראשון ולא לחזור מדבריו ואין לנו להוציא ממון ממנו ע"פ מחושואיל"מ דמנלן דגם בזה אמרו להך פללא הג"ל.

ע"כ שפיר כתב הרשב"א דבהכחשת ע"א למה דאמר מתחלה לא לוייתי לא נעשה בזה הוחזק פפרון: ובאמת יש לומר דלפמש"כ הטור והמחבר פשיטת הרמב"ם דע"י ע"א נעשה הוחזק פפרון ואינו נאמן לומר אח"ז לוייתי ופרעתי.

דמוכח מזה דס"ל לעיקר פתרוץ ריב"ם דלכן לא מהימן דידי חטפי במיגו דלהד"מ משום דכ"ז דלא נשבע נגדו דינו פשנים. וע"כ לא שייך בזה לכל מה שפכתתי.

דקא פנין דאינו נשבע נגדו דינו פשנים דנעשה הוחזק פפרון ע"י עדותן וה"ה בע"א. דאי נימא דס"ל בהך תי' הר"י הג"ל דמחמת דלא חציף אתינן עלה.

א"כ תקשה פנין דכבר כתב הטור באה"ע סי' קנ"ב דבנתקדשה שלא בפני בעלה אינה נאמנת שוב לומר אף בפניו גרשתי וכן הובא הך דיעה במחבר לאה"ע סי' י"ז סעי' ב'. א"כ איך פכתבו פאן בח"מ בפשיטות דנעשה הוחזק פפרון ע"י ע"א במה דאמר מתחלה לא לוייתי וה"ל מחושואיל"מ.

הא י"ל דלמא כה"ג יכול להכחיש עכשיו את העד משום דעביד לאחזוקי דבורו הראשון ולא לחזור מן דבריו ומנלן להוציא ממון בזה. וע"כ מוכח דס"ל להרמב"ם והטור ומחבר לעיקר פמו דכתב הריב"ם דלכן לא מהימן במיגו דלא חטפי משום דדינו כ"ז דלא נשבע נגדו הוי פשנים ע"כ לא שייך בזה לכל מה שנתבאר: ענף ב ויש לדחות פל זה ולומר דאף הטור באה"ע והמחבר שם דכתבו דאם נתקדשה שלא בפניו אינו שייך בזה להך תזקה אינה מעינה דדוקא התם דנעשה מעשה הקידושין עכ"פ.

בזה שייך שפיר לומר שלהחזיק דבריה אומרת פן. אבל היכא דלא נעשה שום מעשה עדיין רק דיבורא בעלמא וכמו בנ"ד דכה"ג גם הטור מודה דלא אמרינן לזה הסברא.

ורק להריב"ש מצינו שם דהביא הדרכי משה בשמו דס"ל דאף פשאמרה שלא בפני הבעל גרשתי אינה נאמנת לומר שוב גרשתי אף בפניו. אבל מן לשון הטור ולשון המחבר שם משמע דדוקא בנתקדשה שלא בפניו אמרו פן דאינה נאמנת ולא באמרה מתחלה שלא בפני בעלה דבזה נאמנת משום תזקה כו' וכמש"כ הח"מ סי' י"ז ס"ק ג'.

ע"כ נדחה ראי' זו שפכתתי פי אין זה מוכרח עדיין. משום דאף דאמר מתחלה להד"מ מ"מ לא חציף להכחיש להעד שפכתבו התוס' בת' קמא דלכן לא אמרינן דיהי' מהימן במיגו דלא חטפתי משום דלא חציף להעזי פניו נגד העד ולישבע נגדו.

דעיקר הטעם הוא דלא חציף להכחישו ולישבע נגדו. ובאמת מזה יש לדון במה שפכת
הב"ש באה"ע סי' מ"ב ס"ק ו' במקדש לפני ע"א ואומר דהיה פנונתו לשחוק דאינו נאמן
במיגו דהי' מכחיש להעיד דזהו דומה למש"כ התוס' בב"ב דאינו נאמן לומר דידי חטפי
במיגו דאי בעי הי' מכחישו כו'.

עכ"ל הב"ש. ובאמת אין זה דומה כלל לא מפעיל לתי' הריב"ם דלכו אינו נאמן משום
דכ"ז דאינו נשבע נגדו דינו כשנים.

א"כ הא בקידושי אשה דלא שייך שבועה בזה. וכמש"כ רש"י בקידושין (דף ס"ה ע"ב)
ד"ה עד א' בהכחשה כו' דהקא שבועה לא שייכא עכ"ל רש"י.

ונדאי דלא שייך בזה סברת הריב"ם. ואף לפי תירוץ קמא של הר"י שם דמשום דלא
חציף להכחישו אתו עלה.

עכ"ז זה אינו רק היכא דמסייבו שד"א להכחישו כמש"כ התוס' שם בפירושו. וכ"כ
הרמב"ן בחי' לב"ב בתי' הב' ע"ש.

ואף דהר"ן בשבועות פ' ז' כתב בתירוץ קמא בזה"ל דלא אמרינן מיגו לאכחושי סהדא
דלא חציף אינש לאכחושי עכ"ל. וכ"כ הרדב"ז ח' א' סי' ת"ז ע"ש.

ג"כ ע"כ פנונתם דלא חציף להכחישו ולישבע נגדו. דאל"כ אין זה שייכות למחוייב
שבועה ואיל"מ פידוע.

דקא לפ"ז אף בקרקע דאין נשבעין ג"כ שייך זה הטעם דלא חציף להכחישו. וע"כ
פנונתם ג"כ כעין מש"כ התוס' דעיקר הטעם הוא מן הכחשה בשבועתו פנ"ל.

ועיין מזה באו"ת בכ"מ ס"ק פ"ב ופ"ג. א"כ ה"מ גבי קידושין דלא שייך שבועה לא
שייך זה הטעם א"כ מוכח מכל זה דלא כהב"ש.

וכן מוכח מהא דאה"ע סי' ז' סעי' ד' דאף ביש ע"א דנשבית נאמנת לומר טהורה אני
במיגו דלא נשביתי. ואף דהיתה מכחשת להע"א.

וכ"כ הב"ש לקמן סי' קנ"ב ס"ק י"א גבי א"א. הרי להדיא דהיכא דלא שייך שבועה
נאמן במיגו דהיה מכחיש להע"א: ** (הגה"ה והבית יוסף באה"ע סי' ז' כתב בטעמו
של הרמב"ם דלכו ס"ל דע"א מעיד שנשבית אפ"ה נאמנת משום דכיון דהמשנה נקט
בלשון עדים לשון רבים תרי מיהא בעי עכ"ל הב"י וכ"כ הב"ש באה"ע סי' קנ"ב ס"ק
י"א גבי א"א ע"ש.

אכן באמת לפי המבואר ברא"ש פ"א דב"מ סי' ג' דאף היכא דמהני ע"א נקטו לשון
עדים א"כ אין מזה ראי' כלל. ולכן לפי מה דקיי"ל עד מסייע פוטר משבועה א"כ מוכרח
דברי)*** (הרא"ש הנ"ל ועיין באה"ע סי' קמ"ב סעי' י"א בט"ז שם.

ואפשר דכיון דכתב הב"י בסי' ע"ה דהרמב"ם ס"ל דע"א מסייע אינו פוטר ע"כ לדידן
אינו מוכרח לדברי הרא"ש הנ"ל. אכן באמת י"ל דהרמב"ם הוכיח במה שכתב דבמקום
ע"א מהימן במיגו משום דהוכיח פן ממה דאמרו גבי נספא דר' אבא דה"ל מחוייב שבועה.

דמשמע דאלו לא הי' מחנניב שבועה הי' נאמן במיגו להכחיש הע"א כמש"כ התוס'. א"כ מוכח מזה דבמקום דאינו מחניב שד"א נאמן במיגו להכחיש הע"א.

ע"כ שפיר פתבו לדינא באה"ע שם לדברי הרמב"ם. א"כ מוכח מזה ג"כ דלא כהב"ש דס"ל דלא אמרינן מיגו להכחיש ע"א אף שלא במקום שבועה.

ע"כ הגה"ה:**) ולכן לפי מה דנתבאר א"כ לא שייך לדמות נ"ד למה דכתב הריב"ש גבי חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה דאם התחילה לומר כן שלא בפני בעלה דלא שייך בזה להך חזקה זו.

דקא התם עיקר העצה הוא מן אמירתה להכחיש להבעל ע"כ פיון דאמרה פכר עכ"פ שלא פדברי בעלה ע"כ עבידא להחזיק לדבורה דקא פכר התחילה להעיוז קצת. משא"כ קא גבי מחושואיל"מ דעיקר הענין תלוי במה דלא ישבע להכחישו ע"כ כ"ז דלא נשבע עדיון שפיר י"ל דאף דאמר מתחלה שלא פדברי העד מ"מ הא לא נשבע עדיון.

לכן עדיון י"ל דאם יצטרף לישבע לא יהי' חציף להכחישו בשבועה דאורייתא. והעיקר כמש"כ מתחילה דהטור לא ס"ל פהריב"ש בזה וע"כ א"ש דברי הטור והרמב"ם וש"ע במה דפסקו דה"ל הונחזק פפרן ע"י ע"א וה"ל מחושואיל"מ במה דאמר מתחלה לא לוייתי דאינו נאמן במה דאמר עכשיו לוייתי ופרעתי.

אף אי נימא כתי' קמא של התוס' והרמב"ן והר"נ הנ"ל. ולכן אינו מוכרח להוכיח מהם דס"ל פתרוץ הריב"ם די"ל דזה אתי לכ"ע: ועוד יש לחלק דשאני היכא דאנו דנין להמיגו דבדבר קל מדחינו להמיגו כידוע.

דלכמה פוסקים דס"ל דלא אמרינן מיגו דהעצה נגד הבע"ד ג"כ אף דעצם החזקה דאין אדם מעיז פניו נגד הבע"ח לא מהני זה לסמוך ע"ז. מ"מ לענין להדחות להמיגו אמרו דלא אמרינן למיגו בזה.

וכן במקום הכחשת קול לא אמרינן מיגו להכחיש להקול פמבואר בב"ב (דף ל"ג) תוס' ד"ה לקוחה בידי לא מצית אמרת כו'. וכן מצינו פעין זה בכמה דיני מיגו אף דבעצם הענין לא מהני זה.

מ"מ לענין מיגו לא אמרינן מיגו בזה. ע"כ י"ל דאף דבעצם החזקה דאינה מעיזה היכא דהתחילה שלא בפניו אז אמרינן דאפשר דנוח לה יותר להחזיק דבורה הראשון ולהעיוז נגדו ולכן אינו מוכח לומר בזה החזקה דאינה כו'.

דמ"מ לענין מיגו אפשר לומר דאינו חפץ להעיוז נגד העד ולהכחישו אף במקום החזקת דבריו הראשונים. דכלל הוא במקום מיגו היכא דיש לומר אינה סברא נאמתלא אולי אינו חפץ לטעון בזה.

ע"כ פיון דאין זה טענת עצמו רק עיקר נאמנותו הוא ע"י מיגו וכיון דאפשר לומר אינה נאמתלא דאינו חפץ לטעון בזה ע"כ נדחה המיגו בזה וכמבואר כה"ג בכללי מיגו של הש"ף ס"ק ל"ב.

א"כ נתבאר דמן הרמב"ם והטוש"ע אינו מוכח כלל לומר דס"ל כשי' הריב"ם דוקא:
אכן מן הרמב"ם דס"ל דלא הוי הוהחזק פפון ע"י ע"א מוכח דס"ל פשיטת הר"י בהטעם
דלא מהימן דידי חטפי במיגו דלהד"ם.

משום דהוי העצה וכנ"ל. ע"כ במקום החזקת דבורו הראשון י"ל דנוח לו יותר להעזי
נגד העד פדי שלא יצטרף עכ"פ לחזור מדבריו הראשונים.

ושאני הא דאין מעיזה בפני בעלה לשי' הרמב"ם דהתם הוי העצה גדולה והוי חזקה
מעליא בעצם ע"כ אף במקום החזקת דבורה אינו נוח לה להעזי נגד הבעל וכמש"כ
לעיל. משום דהי' להרמב"ם הוכחה ע"ז מהא דכתובות (דף כ"ב) פנ"ל.

ועיין מזה באה"ע סי' פ"ה ב"ש ס"ק למ"ד בסוף מה שהשיג על הש"ף בסי' ס"ב שהקשה
על הג"ת ע"ש. ובתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל בפסקי' סי' ק"ל באמצע התשובה בד"ה
ואף ללישנא ב' דכתובות כו' הביא שם בהגה"ה למש"כ בגליון הש"ף ח"מ סי' ס"ב ס"ק
ד' ליישב קושיות הש"ף על הג"ת ע"ש ובאמת פבר הקדימו בזה הב"ש סי' פ"ה ס"ק
למ"ד הנ"ל.

כן י"ל בכוננת הרמב"ם א. וכה"ג מצינו בשבועות (דף מ"ו ע"ב) תוס' ד"ה פי מטא כו'
וי"ל פינון שהתחיל לכפור שוב לא יודה כו' פון יהא מוחזק שקרן עכ"ל התוס'.

ויש לחלק קצת: וסעד לסברתי הוא מן מש"כ הש"ף בסי' ע"ט ס"ק כ"ג שכתב שם על
מש"כ הרמב"ם דבמקום קול מפורסם אינו יכול לחזור מדבריו הראשונים אף במקום
דהוי מפורסם לפטור. וע"ז כתב הש"ף דהטעם הוא פינון דהא דמהימן מפורסם לפטור הוי
משום מיגו דאי בעי הנה עומד בטענתו הראשונה ע"כ במקום הכחשת קול מפורסם לא
מהני מיגו בזה.

ומ"מ צ"ע לדניא די"ל דשאני הכא פינון דמתחלה טען פון ולא חשש להקול ע"כ אפשר
דאמרינו מיגו וצ"ע עכ"ל הש"ף. הרי להדיא דגם הש"ף ס"ל פועין הסברא שכתבתי
די"ל ולחלק דהיכא דטען פבר להכחיש הקול ע"כ לא שייך כ"כ לומר בזה דאינו מעזי
להכחיש להקול.

ונהו פועין מש"כ במקום דאמרו דאינו חציף להכחיש להעד דכיון דכבר טען פון לא שייך
בזה הסברא דאינו חציף להכחישו. ומצינו בשבועות (דף ל"ב ע"ב) תוס' ד"ה ה"ל פגזלן
כו' ובמרדכי פ' חז"ה דמדמי הך דלא חציף להכחיש סהדא להך דב"ב (דף ל"ג) בהא
דרכא פר שרשום במיגו במקום קלא.

ולכן שפיר כתבתי לדמותם: והאו"ת בסי' ע"ט באורים ס"ק כ"ז כתב לתרץ לקושיות
הש"ף על הרמ"ם א והוא די"ל דהרמ"ם מייירי ביצא קול מפורסם לאחר שפפר ואמר דלא
לוה כו' אבל היכא דיצא הקול פבר קודם שפפר שפיר י"ל כמש"כ הש"ף דחזינו דאינו
חושש להקול כו' עכ"ל האורים.

אכן לפי מה דנתבאר לעיל בשם הריב"ם דס"ל גבי חזקה אינה מעיזה בפני בעלה דאם
התחילה לומר גרשני שלא בפני בעלה שוב אינה נאמנת אף בפניו כו' משום דעבידה
לאחזוקי דבורה ונוח לה יותר שלא לחזור מדבריה אף דמעזי פניה בפני בעלה.

א"כ ה"ה עדיין אפשר לומר במה דאמרו דלא חציף להכחיש לקול מפורסם גבי מיגו.
די"ל דהיכא דאמר מתחלה לא לנה ע"כ נוח לו יותר להחזיק דבריו הראשונים ולא
לחזור מדבריו הראשונים אף דיכחיש הקול.

ע"כ אין להוציא ממון ממנו די"ל דלמא בכה"ג מהני מיגו אף במקום קול מפורסם. ואף
דאין זה במשמע בלשון הש"ך שם מ"מ הוא ענין נכון בפ"ע לומר כן: אף לפי המבואר
באה"ע סי' י"ז דדוקא בנתקדשה שלא בפניו אמרו כן.

אבל בהתחילה בדבורה לומר כן שלא בפני הבעל בזה ס"ל דלא פהריב"ש אלא גם בזה
שייך החזקה דאינה מעיזה. ע"כ שפיר כתב הרמ"א הקא דבמקום קול מפורסם לא מהני
מיגו.

וכש"כ לפי מה דנתבאר לעיל דלענין מיגו מדחינו באיזה אמתלא וסיבה בעולם ולמתלי
דלמא אינו חפץ בטענת המיגו ע"כ הנכון עם הרמ"א. וכמש"כ האורים לפרש להרמ"א
דאם יצא הקול לאחר שפיר לא מהני המיגו.

וגם יש לומר עוד סברא לחלק בין הא דגרשני שלא בפני בעלה ובין הא דלא לויתי.
דשאני בהא דגרשני דהוי חילוק גדול בין גרושה ובין אינה גרושה ע"כ שפיר י"ל
דעבידא לאחזוקי דבורה.

משא"כ גבי לא לויתי או לויתי ופרעתי דבזה בעצם לא הוי נפ"מ ואיזה חילוק כלל בין
הפטור שלו דהא בין כה ובין כה מופטר וע"כ לא שייך בזה לומר עביד לאחזוקי דבורו
ובאמת נוח לו לחזור בזה כדי שלא יצטרף להכחיש להקול.

ע"כ הנכון עם הרמ"א הקא בסי' ע"ט וכפי' האורים הנ"ל. כ"ז פתבתי מפבר להוכיח
דהרשב"א ס"ל כתי' הר"י דמשום דלא חציף לאכחושי סהדא אתי עלה דלא מהימן לומר
דידי חטפי במיגו דלא חטפי: ענה ג וכעת ראיתי די"ל דאינו ראי' מן הרשב"א הנ"ל.

והוא דהקצה"ח בסי' פ' ס"ק ג' העלה בהטעם דאמרו גבי הא דיכול לחזור מן פטור
לפטור במיגו דאי בעי הנה עומד בטענתו הראשונה דאין הפנונה משום מיגו. אלא עיקר
הטעם הוא דכיון דהי' פטור בטענה הראשונה ע"כ יכול לחזור ולא שייך הודאת בע"ד
כו'.

דזה הוי כמו דלא נחקרה עדותן גבי עדות דיכולים לחזור. וכמש"כ היש"ש גבי הא דאם
נתחייב התובע שבועה ועדיין לא נשבע דיכול הנתבע לחזור כו' עכ"ל הקצה"ח.

וכ"כ הקצה"ח בסי' ע"ט ס"ק ט'. וכעין זה כתב הנתיבות בסי' ע"ב ס"ק ל"ד ובסי' ע"ט
ס"ק ד' ע"ש.

ע"כ י"ל דה"ה הקא גבי הא דטען תחלה לא לויתי ובא ע"א ונהכחישו ואמר לויתי
ופרעתי. דס"ל להרשב"א דכיון דבידו עדיין לינשבע שד"א ולהכחיש להע"א ע"כ לא
מקרי זה חיוב גמור.

ולא שייך בזה הודאת בע"ד לומר דאינו יכול לחזור דגם בזה ס"ל דהוי כמו דלא נחקרה
עדותן עדיין וע"כ יכול לחזור בזה מפטור לפטור: וגם סברת הנתיבות שכתב שם הטעם
דלכך יכול לחזור לפטור לפטור משום דכיון דמפטר בי' ע"כ לא חש לדקדק כ"כ

בטענותו ואַמרינו דלאו בדיוק אַמרה כמו דהאַריף בְּנֵה הַנְּתִיבוֹת בסי' ע"ב ס"ק ל"ד ובסי' ע"ט ס"ק ד'.

שייף טעמו ג"כ בְּנֵה דְהָא פִּינּוֹן דְּמִתְחַלְהָ בַּעַת שְׁטַעַן לֹא לְוִיתִי הִי' בְּיָדוֹ לְיִשְׁבַע שד"א וְלִהְכָחִישׁ הָעֵד ע"כ י"ל דְּלִכּוֹן לֹא דִקְדַּק כ"כ בְּנֵה. וְכַדְמַצִּינוּ פְּעִין סְבָרָא זֹו גַבִּי הָא דְמַהֲיָמֵן הַחֲזֵרְתִי בְּמִיגוֹ דְנֶאֱנָסוּ בְּהַפְקִיד בְּשִׁטְר דְּכַתְבַּת הַסַּמ"ע בסי' רצ"ו ס"ק ג' דְּלִכּוֹן לֹא שְׁיִיף בְּנֵה שְׁטַרָא בְּיָדֵי מַאי פְּעִי.

מִשׁוּם דִּי"ל דְּסַמָּה עַל מַה דִּיהָא בְּיָדוֹ לְיִשְׁבַע שד"א דְנֶאֱנָסָה וְלִפְטָר. וְכ"כ הַאו"ת בסי' פ"ז סעי' ו' וּבְנִתְיבוֹת שָׁם ס"ק ז' וּבְסִי' ק"ח ס"ק א'.

וְעֵינָן מִזֵּה בְּנִתְיבוֹת סִי' רצ"ו ס"ק א' וּבְכִלְלֵי מִיגוֹ ס"ק י"ד. אֲלַמָּא דְמַצִּינוּ דְחִיּוּב שד"א י"ל דְּלֹא אִיכְפַת לִי' כ"כ.

וְע"כ י"ל גַּם בְּנֵה דְלָאוּ בְּדִיּוּק אַמְרָה. וְגַם הָא פִּינּוֹן דְּעֵדִינָן לֹא נִתְחַיֵּיב שד"א בְּב"ד דְּעֵדִינָן לֹא פְּסָקוּ הַדִּין דִּיהֵי' חֵיֵיב שד"א לְהַכָּחִישׁ לְהָעֵד.

ע"כ י"ל דְּזֵה לֹא מְקַרִי חִיּוּב כ"כ דְּנִימָא דְלֹא יֵהִי' יְכוּל לְחַזֵּר מִן דְּבָרֵי הָרָאשׁוּנִים. וְכַש"כ לְפִי שְׁיִטַּת הַסּוֹבְרִים שְׁהוּבָא בַּסַּמ"ע סִי' פ"ז ס"ק פ"ד דְּאָף בַּשַּׁד"א אִם אַמְרָא נִשְׁפַּעְתִּי נֶאֱמָן וּא"צ לְיִשְׁבַע הַיִּסְתָּ.

וְהַטַּעַם הוּא מִשׁוּם דַּשַּׁד"א לֹא מְקַרִי חִיּוּב כ"כ דִּיהֵי' חֵיֵיב בְּנֵה ש"ה. וְאָף לְפִי מַש"כ הַשְּׁי' שָׁם ס"ק ס"ה דַּכ"ע וְאָף הַרְשָׁב"א ס"ל דְּחֵיֵיב ש"ה עַל כְּפִירַת שד"א.

י"ל דַּשַּׁד"א דְּטַעַנּוּ דְּכָבֵר נִתְחַיֵּיבַת בְּב"ד שד"א פְּמִבְּנָאָר שָׁם. מַשַּׁא"כ כ"ז דְּלֹא נִתְחַיֵּיב בְּב"ד י"ל דְּאִין זֵה מְקַרִי חִיּוּב כ"כ ג"כ לְעֵנָן לְחֵיֵיבוֹ ש"ה מִשׁוּם דְּעֵיִקָר חִיּוּב שד"א בְּב"ד תְּלִיָא.

וְכ"ז דְּלֹא חֵיֵיבוֹ בְּפִי אִין שָׁם חִיּוּב עָלָיו כ"כ. וְהָא דַּסִּי' רצ"ו סעי' ז' לְחַלְקָ.

וְעֵינָן מִזֵּה בְּנִתְיבוֹת סִי' ע"ב ס"ק כ"ז וְאִכְמ"ל. וּבְאַמַּת אָף לְפַמַּש"כ הַשְּׁי' בְּנֵה לְחַלְקָ עַל הַסַּמ"ע שָׁם מ"מ הָא בַּלֹּא הַשְּׁפִיר פְּתַבְתִּי דִּי"ל דְּחִיּוּב שד"א לֹא מְקַרִי חִיּוּב גְּמוּר כ"כ דִּיהֵי' מְקַרִי חוֹזֵר וְטוּעֵן: כֵּן י"ל בְּכּוֹנֵנַת הַרְשָׁב"א דַּס"ל דְּלֹא נַעֲשֶׂה הַחֲזוּק פְּכָרָן ע"י ע"א.

וּבְאַמַּת לְמִי שְׁרוּאָה בְּגוּף תְּשׁוּבַת הַרְשָׁב"א דְּהוּבָא בְּבֵית יוֹסֵף לַח"מ סִי' ע"ה דְּכַתְבַּת דְּלֹא נַעֲשֶׂה הַחֲזוּק פְּכָרָן ע"י ע"א לֹא לֹא מַחֲשׂוּאִיל"מ. דְּזֵהוּ הַמְקוּר מִן דְּבָרֵי הַרְשָׁב"א הַנִּל.

בְּאַמַּת יֵשׁ לְהַעֲמִיס בְּדְבָרֵי לְכָל מַה דְּנִתְבָּאָר הֵן לְמַש"כ מְקוּדָם וְהֵן לְמַש"כ פְּעַת. וְלִפ"ז י"ל דְּלְדְבָרֵי הַרְשָׁב"א הַנִּל דְּבְכָל חִיּוּב שד"א יְכוּל לְחַזֵּר כְּדִי שְׁלֹא יִצְטָרַף לְיִשְׁבַע שד"א.

וְזֵהוּ כ"ז דְּלֹא נִתְחַיֵּיב בְּב"ד הַשַּׁד"א וְיֵשׁ לְהַאַרִיף בְּכ"ז. וְכֵן הַדַּעַת נּוֹטָה דְּכּוֹנֵנַת הַרְשָׁב"א הוּא לְפִי דְּחִיּוּב שד"א לֹא מְקַרִי חִיּוּב כ"כ כ"ז דְּלֹא נִתְחַיֵּיב בְּב"ד.

וע"כ יכול לחזור ולטעון לוייתי ופרעתי אף בקא ע"א והכחישו למה דאמר מתחלה לא לוייתי. ומקרי זה עדיין כמו כל מפטור לפטור.

משום דלפמש"כ לעיל בכוננת הרשב"א ע"פ סברת הריב"ש באה"ע בסי' קנ"ב בד"מ שם דכיון דהתחילה להעיוז מקודם דבא בעלה ע"כ עבידא לאחזוקי דבורה הראשון. והו דחוק לפי מה דהובא בבית יוסף שם לדברי הרשב"א בתשובה דס"ל דאף בהתחילה מקודם מ"מ שייך הסתקה דאינה מעינה עדיין.

ומש"כ לעיל לחלק באמת זהו דחוק. וכש"כ בענין מיגו דבאיזה סיבה נאמתלא בעולם מדיחין להמיגו כמו שנתבאר לעיל הפל בארובה וע"כ העיקר בכוננת הרשב"א כמש"כ פעת: והנה לקמן בסי' ע"ט בסמ"ע ס"ק כ' פתב דהרשב"א ס"ל דע"י ע"א לא נעשה הוחזק פפרן ונאמן לומר לאח"ז לוייתי ופרעתי וישבע היסת וכ"כ הטור בסי' ע"ט כו' עכ"ל הסמ"ע.

מוכח מזה דסברת הרשב"א הוא דלכן אינו נעשה הוחזק פפרן משום דזה הוי כמו מפטור לפטור וכמש"כ לעיל דאלו למה שפכתתי מתחלה בסברת הרשב"א דטעמו דבזה מהימן במיגו דאי בעי עמד בטענתו הראשונה כמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ד) בת' קמא של הר"י פנ"ל.

א"כ לפ"ז יהי חייב שד"א כמו דכתבו התוס' שם לדמות זה להא דהחזרתי במיגו דנאנסו דחייב שבועה בנק"ח עכ"פ. ועיין בפ"י ס' רצ"ו ס"ק ג' ובאו"ת בכללי מיגו ס"ק קי"ב ואכמ"ל.

ומוכח מהסמ"ע דס"ל בסברת הרשב"א כמש"כ בטעמו דס"ל דזה לא הוי כמו מן חייב לפטור פיון דבידו להיות פטור בשד"א עכ"פ ע"כ לא חש לדקדק בזה כ"כ וכנ"ל. והא שפכת הרשב"א בטעמו דיש לו מיגו דהיה נשבע כו'.

ג"כ פוננתו פעין מש"כ הנתיבות דמשום דלא דייק אתי עלה: והנה הש"י בסי' ע"ט ס"ק י"ט פתב לתרץ דברי הטור דסי' ע"ט דאינו סותר למש"כ בסי' ע"ה. דמש"כ דע"י ע"א לא הוחזק פפרן פוננתו לענין אם טען אח"כ פרעתי נאמן ומש"כ נשבע היסת שפרע קאי אלעלמא היכא דאינו מכחיש העד כו' עכ"ל הש"י.

ולענ"ד יש לתרץ דברי הטור דלא יסתרו אהדדי כ"כ. והוא דבסי' ע"ה פתב בזה"ל אם טענו מנה לי בידיך וכפר ואמר להד"מ ובא ע"א והכחישו כו' חזר ואמר אין לוייתי ופרעתי כו' ה"ל מחושואיל"מ.

ואלו הקא בסי' ע"ט פתב בזה"ל ואינו מוחזק פפרן אלא הכופר והכחישוהו עדים אבל הטוען להד"מ וחיבוהו שבועה וכשבא לישבע חזר וטען פרעתי כו'. והנה לפמש"כ לעיל עפ"י ת' הר"י דלכן אינו נאמן דידי חטפי במיגו דלהד"מ משום דאינו חציף להכחישו.

לפ"ז י"ל דונקא היכא דלא טען מעולם להכחיש להעד בזה שפיר י"ל דאינו חציף להכחישו בפניו. אבל היכא דטען פבר להכחישו בפניו ואח"ז חזר.

בזה שפיר י"ל דנאמן במיגו דהי' עומד בטענתו הראשונה ולא שייך לומר בזה דלא חציף להכחישו. דהא חזינו דבאמת חציף בזה וכמש"כ הש"י בסי' ע"ט פנ"ל גבי קול מפורסם.

דאם טען פֿכֿר להכחיש להקול מהימן במיגו כו' וכ"כ התוס' שבוועות (דף ל"ב ע"ב) והמרדכי פ' חזקת הבתים לדמות הך דהעד מכחישו לדבר שהקול מכחישו. וגם שיניף בזה לומר להסברא דעביד לאחזוקי דבורו הראשון דהכחישו בפניו.

ע"כ א"ש דברי הטור דלעיל בסי' ע"ה מיני דתיקף פשפא העד להכחישו מיד חזר ואמר פרעתי ע"כ שפיר י"ל דלא מהימן במיגו דלהד"ם להכחישו משום דלא חציף כו'. משא"כ הקא בסי' ע"ט דמיני דבעת דבא העד להכחישו לא חזר בו מיד רק בעת השבועה חזר ואמר פרעתי בזה י"ל דמהימן במיגו דלא לוייתי דטען בראשונה להכחישו בפניו.

דקא חזינו דחציף להכחישו ג"כ בפניו: רק במש"כ הטור אח"ז דישבע היסת זה לא אמי שפיר לפמש"כ דקא לפמש"כ דמשום מיגו דלא לוייתי דטען פֿכֿר מהימן וכינון דאז הי' צריף שד"א א"כ יצטרף לישבע שד"א או פֿעין שד"א וכמבואר גבי הסותרתי במיגו דנאנסו.

וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ד) לדמותם להדדי ע"ש. ע"כ מוכרח בזה לומר פֿעין מש"כ הש"ף בכוננת הטור דהך סיפא שכתב הטור דישבע היסת קאי אלעלמא פנ"ל.

אף במש"כ הטור מתחלה דע"י ע"א לא הוה חזק פֿכֿרו דנדחק בזה הש"ף וכי' דקאי באומר פרעתי אח"כ. הנה לפמש"כ יש לפרש דזה קאי באומר פרעתי מקודם רק עיקר כוננתו דלא הוי מחושואיל"מ וכנ"ל פֿן יש לתרץ דברי הטור דלא יהי' מוקשה כ"כ.

שוב ראיתי בט"ז סי' ע"ט סעי' ט' שכתב ג"כ לתרץ דברי הטור הנ"ל ולחלק דשאני היקא דבעת דבא העד הוא מודה תיקף לדבריו אז ה"ל מחושואיל"מ. אכל אם לא חזר בו רק לאח"ז אז לא הוי מחושואיל"מ.

הרי דחלק פֿעין מש"כ. רק לא כתב להסביר פֿהטעם שכתבתי רק כתב בקצרה לחלק פֿן.

אכן הש"ף דלא כתב לחלק כמש"כ י"ל דטעמו משום דאף דלקמן בסי' ע"ט גבי מיגו במקום קול מפורסם כתב פֿעין סבֿרא זו. עכ"ז פֿאן במקום מיגו להכחיש העד לא ניחא לי' בזה החילוק.

דיש לומר דאף לתירוץ הר"י בב"ב (דף ל"ד) הא עיקר טעמו הוא דלא חציף להכחישו ולישבע נגדו כמש"כ התוס' שם. א"כ כ"ז דלא נשבע נגדו עדיין יש לומר דאינו חציף לישבע נגדו ע"כ חזר ואמר לוייתי ופרעתי ולכן לא שיניף מיגו הנ"ל אף לתירוץ הר"י.

אכן לפי המבואר בחידושי הרמב"ן לב"ב ובר"נ שבוועות פ' ז' וברדב"ז הנ"ל דלא הביאו רק להתירוץ דלא חציף אינש לאכחושי סהדא ולא הזכירו להשבועה נגדו עד לבסוף בתירוץ הב' ע"ש.

ע"כ שפיר כתבתי בכוננת הטור לתרץ דבריו דלא יסתרו אהדדי כ"כ. ובאמת י"ל דמש"כ דלא חציף אינש לאכחושי כו' דכוננתם הוא דנוקא היקא דהעד נאמן לחייב שד"א אז אינו חציף להכחישו.

והאמת הוא דמשום דאינו יכול להכחישו אף דלא נשבע עדיין ג"כ אין לו מיגו להכחישו וקצרותי בזה: ענף ד וילפי מה דנתבאר בשיטת הטור והרמב"ם והמחבר בסי' ע"ה דפסקו דהוי מחושואיל"מ ע"י ע"א אם אמר מתחלה לא לוייתי ואח"ז אמר פרעתי.

דאינו מוכח מהם דס"ל פשיטת הריב"ם די"ל דאף לתירוץ הר"י י"ל פן לדינא. וכן מן שיטת הרשב"א אין להוכיח דס"ל פשיטת הר"י וכמו דנתבאר בארנקה.

לכן נראה לי בעיקר פלוגתת הר"י והריב"ם דאף דכתבתי לעיל דמן התוס' בב"ב מוכח דס"ל לעיקר פתירוץ הריב"ם. עכ"ז מן הרמב"ן בחדושי' לב"ב ומן הר"ן פ"ז דשבועות דהביאו מתחלה לסברת הר"י ואח"ז הביאו לסברת הריב"ם ולא הכריעו ביניהם.

וכן התוס' בשבועות (דף ל"ב ע"ב). וכן המרדכי פ' חזקת הבתים וכן הרדב"ז ח' א' סי' ת"ז לא כתבו רק לתירוץ הר"י הנ"ל לבדו.

לכן נראה לפענ"ד לדינא דזה הוי ספיקא דדינא אם הלכה פתירוץ הר"י או פתירוץ הריב"ם הנ"ל. ולכן היכא דטוען דידי חטפי והעד מכחישו ומעיד דחטף מן הבפעלים וגם מעיד דגוף החפץ הוא של הבפעלים הראשונים.

דכבר כתבתי לעיל דלמ' הריב"ם ה"ל גם בזה מחושואיל"מ. דאף דמכחיש להעד במה דאמר דידי חטפי.

עכ"ז במה דלא נשבע נגדו ה"ל העד פשנים. אבל לתי' הר"י פיון דגם עכשיו מעיז נגד העד שפיר נאמן במיגו.

א"כ ה"ל זה ספיקא דדינא ואין מוציאין מן המוחזק. משום די"ל דלמא הלכה כשי' הר"י דלא אמרינן בכה"ג מחושואיל"מ.

וכמש"כ הש"ך לעיל בסי' נ"א ס"ק א' בפשיטות דבכה"ג לא הני מחושואיל"מ. והש"ך כתב שם לתרץ עפ"ז להרמב"ם.

ואין להעיר בזה ולהקשות דהא מוכח מהרמב"ם דס"ל כשי' הריב"ם ממה דפסק דנעשה הוחזק פכרן ע"י ע"א. דהא נתבאר לעיל דזה אינו הכרח פלל: ולכאורה י"ל דאף לשי' הריב"ם מ"מ אם העד מעיד דלאו שלו חטף והבע"ד אומר דידי חטפי.

דכתבתי לעיל דכיון דאינו נשבע להכחישו בזה דאומר דחטף ממנו דה"ל בזה פשנים. די"ל עדיין בזה דכיון דנשבע דידי חטפי להכחיש להעד ונתבטל עדות העד במקצתו ע"כ בטלה כל עדותו.

וכעין הא דב"ק (דף ע"ג) דאמרו דכי מתזמי אטביחה עדות שפטלה מקצתו בטלה כולה כו'. וכמש"כ הנתיבות בסי' רכ"ב ס"ק ג' להשיג על הקצה"ח שכתב שם גבי ז"א כולה שלי והע"א מעיד דהוא כולו של חברו דבמה שלא נשבע נגדו להכחישו דינו פשנים.

וע"ז הקשה הנתיבות עליו דכיון דנשבע להכחיש העד במקצת ע"כ נתבטל כל עדותו והוי פמאן דלימא פלל לעדותו עכ"ל הנתיבות. אבל באמת זה אינו דהא בג"ד אי נימא דבמה דלא נשבע נגדו על מה דמעיד דחטף מהבפעלים דה"ל כב'.

א"כ לפ"ז ממילא לא מקרי כלל אף בטלה מקצתו דהא עיקר הענין שאנו דנין בזה הוא רק לענין אם צריף להחזיר את החפץ להבעלים ע"כ זה לא מקרי נתבטל מקצתו כלל. דהא עכ"פ גם עכשיו שנשבע נגדו ג"כ הדין הוא דצריף להחזיר לבעליו ע"כ לא קרינו בזה הך דבטלה מקצתו כו'. ועוד דנודאי אין סברא לומר כלל דאם ע"א מעיד על שני ענינים והנתבע לא נשבע רק על ענין א' להכחישו.

דנימא בזה דאף על המותר דלא נשבע להכחישו יהיה פטור מן שבועה משום דהא כבר נתבטל עדותו במה דנשבע נגדו א"כ ה"ל בטל מקצתו כו' וזה נודאי אינו. ועוד דבעיקר סברת הנתבות בסי' רכ"ב לענ"ד העיקר כהקצה"ח דהא מבואר בח"מ סי' ל' בע"א מעיד שהלנהו ר' וא' מעיד שהלנהו ש' דמשלם ר' ונשבע על ק' הנשארם ע"ש בפ"א ס"ק יו"ד.

ולא אמרינו דכיון דנשבע נגד העד ונתבטל מקצת עדותו דמעיד על ש' דממילא תתבטל אף עדותו על ר' משום בטלה מקצתו בטלה פלו. וע"כ מוכח מזה דכה"ג לא הוי בגדר בטל מקצתו כו' דהא מהני עדותו לחייבו שבועה דאר"י.תא.

וכן בקרקע דלא מהני עדותו לחייב שד"א מ"מ י"ל דהא חזי להצטרף אם יבוא עוד א' ויעיד פדבריו ע"כ לא מקרי בטל מקצתו דהא לא נתבטל עדיין משום דחזי לצירוף. [וכן יש להעיר מזה בב"ב (דף מ"א) גבי חז"א תרתי אןציתא עאל וחד אמר תלת כו' דמשלם תרי מגו תלת.

ויש לחלק בזה]. ולפ"ז הנכון עם הקצה"ח דהא אף שנשבע נגד העד במקצתו מ"מ אם יבוא עוד א' ויעיד פדבריו העד יהא מחייב לשלם ע"כ לא מקרי נתבטל מקצתו כו' דהא לא נתבטל לגמרי.

ושאני היכא שיש פסול הגוף על העד דנתבטלו לגמרי דברי העד בזה אמרו שפיר בטלה מקצתו כו'. וכש"כ היכא דאנהי עדותו לחייב שד"א ונודאי לא מקרי נתבטל מקצתו כו'.

וע"כ הנכון עם הקצה"ח בזה: ולכן שפיר כתבתי דלשי' הריב"ם דהטעם הוא דלכן לא מהימן לומר דידי חטפי במיגו דלא חטפי משום דכ"ז דלא נשבע נגדו ה"ל פשנים. ע"כ אף במעיד דלאו שלו חטף דמ"מ ה"ל מחושואיל"מ דבמה דלא נשבע נגדו ה"ל כב' אף דנשבע דשלו חטף ולא הוי זה עדות שבטל מקצתו כו' פנ"ל.

דהא אנהי עדותו לחייבו שד"א פנ"ל. וכעת מצאתי בתשובת הריב"ש סי' שצ"ב שכתב שם בפ' דאם הע"א מעיד דלאו שלו חטף דלשי' הריב"ם ע"כ אף דנשבע נגדו להכחישו דשלו חטף מ"מ במה דלא נשבע ה"ל כב' ולא מהני מיגו בזה אכן לתי' הר"י דמשום דלא חציר להכחישו אתו עלה ע"כ בזה לא הוי מחושואיל"מ כו' עכ"ל.

הרי להדיא פדברי בעז"ה. וכן יהיה סייעתא מן הריב"ש הנ"ל למש"כ הפ"א בסי' נ"א ס"ק א' דאם יבוא העד שבכתב ויכחישו שלא פרע דאז לא הוי מחושואיל"מ על עדותו בפ"ט.

ותמה האו"ת שם ס"ק א' דאטו בשביל שהוסיף על עדותו יהיה גורע כו' ע"ש. אבל מן הריב"ש שפתיב להטעם של הר"י דבכה"ג לא הני מחושוואיל"מ וזהו גרוע באמת פטעמו הג"ל.

ע"כ שפיר פתיב הש"ך לשי' הר"י הג"ל. ועיין בסי' ע"ה ש"ך ס"ק מ"ג דתי' לקושיות התוס' בב"ב על הר"י ולמש"כ האו"ת שם בסי' ע"ה ס"ק י'.

ועיקר מילתא זה אם הלכה כתי' הר"י או כתי' הריב"ם הני זה ספיקא דדינא ולכן אין מוציאין מהמחזק בזה. ואם תפס התובע לא מפקינן מיני' ויכול לומר קים לי דאף בכה"ג ה"ל מחושוואיל"מ: ובפלוגמת הרמב"ם והטור והמחבר עם הרשב"א אם נעשה הוחזק כפרן ע"י ע"א פתיב האו"ת בסי' ע"ט סוף ס"ק ח' דהעיקר לדינא פהרמב"ם דבכל גונו דנין בו מחושוואיל"מ.

וכבר נתבאר לעיל דאף היכא דבעת דבא העד ומעיד דלנה. לא חזר בו הלנה אז מיד מטענתו דלא לויתי.

רק בעת השבועה חזר בו וטוען לויתי ופרעתי. דגם בזה הני מחושוואיל"מ אף לשיטת הר"י.

ולא אמרינן בזה דכיון דחצה פבר נגד העד להכחישו א"כ יש לו מיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה. משום דהא נתבאר לעיל דעיקר טעם של הר"י הוא דלא חצה להכחישו בשבועה כמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ד) ובשבועות (דף ל"ב) והרמב"ן לב"ב בתי' הב' והמרדכי פ' חז"ה בתי' הב' לשי' הר"י דנרא לומר להכחישו דשמא יפסלוהו כו'.

וז"א רק ע"י שבועה. ועיין באו"ת בכללי מיגו ס"ק פ"ב ופ"ג שפתיב לדון בשבועה דאינו דאורייתא דזה הני נפ"מ בין דברי התוס' דב"ב ובין דברי התוס' שבועות ע"ש.

וע"כ היכא דלא נשבע עדיין להכחיש העד לא הי' עדיין עיקר העצה כ"כ נגד העד אף דהכחישו בב"ד. ע"כ אף לשיטת הר"י לא מהימן במיגו דלא לויתי וה"ל מחושוואיל"מ: ענה ה ועדיין יש לדון בזה היכא דטען לא לויתי וחיבוהו שבועת הקסת ונשבע פבר דלא לנה ואח"ז פא ע"א והעיד דלנה וחזר וטען לויתי ופרעתי.

דאם לא פא העד לא הי' צריך לישבע שנית אף דאומר עכשיו לויתי ופרעתי משום דיש לו מיגו דאי בעי הי' עומד בטענתו הראשונה והי' מקפטר אז ע"י שבועתו דנשבע פבר. ואף דהודה עכשיו דלשקר נשבע.

וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ק"ז ע"ב) ד"ה הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה כו'. דנאמן שלא בשבועה לומר שנגב במיגו דאי בעי אמר באמת נשבעתי והיה פטור כו'.

וכן פתיב הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק כ"ז. אבל עכשיו דבא העד והעיד דלנה.

דלכאורה הוא דין פשוט לפי הכרעת רוב הפוסקים וכמש"כ האו"ת בסי' ע"ט דלדינא העיקר פהרמב"ם דבכל גונו ה"ל מחושוואיל"מ בזה פנ"ל. א"כ ה"ה בזה ומ"ש: אבל לדינא יש לדון בזה והוא דלפי המבואר באה"ע סי' י"ז במחבר סעי' ב' גבי חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה.

דאם נשאת שלא בפני בעלה אז אע"פ ששקשפא בעלה ומכחישתו בפניו דליתא בזה להך חזקה כו'. משום דכיון דכבר נישאת מעינה ומעינה שלא תעשה עצמה זונה כמש"כ הרא"ש בתשובה וי"א אפי' נתקדשה שלא בפני בעלה אינה נאמנת כו'.

והטור פתב שם דאף בנתקדשה ליתא לחזקה זו וכ"כ הב"ה שם דגם הרא"ש ס"ל פן. א"כ לפ"ז יש לדון דה"ה בנ"ד דכיון דנשבע פבר שלא לנה שפיר יש לו מקוה דאי בעי הי' עומד בטענתו הראשונה דנשבע פבר ע"ז שלא לנה.

דקא שיטת הר"י הוא דלכן לא מהימן במיגו דלא חטפי משום דלא חציף להכחישו ולישבע נגדו. ואף דבמה דנשבע פבר ש"ה בזה עדיין לא העיז נגדו.

לא מפעיא אי נימא דכוננת הר"י הוא משום שד"א כמש"כ האו"ת לשי' התוס' דב"ב. א"כ בנ"ד דלא נשבע עדיין לשד"א ונדאי דעדיין לא הי' העיז נגד העד.

ואף לשי' התוס' בשבועות וכמש"כ האו"ת פנ"ל עכ"ז הא בעינן לשבועה דנשבע נגד העד להכחישו. ובנ"ד דלא נשבע עדיין נגד העד להכחישו רק מצד ש"ה בעלמא עדיין י"ל לסברת התוס' בשם הר"י דלא חציף נגדו להכחישו.

וע"כ י"ל דלכן חזר בו עכשיו ואומר לויתי ופרעתי: אף מטעם אחר יש לדון בזה דלא שייך בנ"ד להך סברא דלא חציף להכחיש להע"א. דקא פמו בחזקה דאינה מעינה דהוי חזקה אלימתא דלכמה פוסקים נאמנת אף להנשא לכתחלה אם אמרה לבעלה גרשתי אף דאתחזק איסורא דא"א.

ועכ"ז היכא דיש לומר דכיון דיהיה בזיון לה ותעשה א"ע זונה ואף בנתקדשה ס"ל לחד דיעה דעבידא לאחזוקי דבורה שאמרה מקודם. ונדקא באמרה שלא בפני בעלה גרשתי בזה לא קיי"ל פהריב"ש דהובא בדרכי משה לאה"ע סי' קנ"ב דס"ל דאף בזה אמרינן דעבידא לאחזוקי דבורה הראשון.

אלא דוקא בנישאת או בנתקדשה שלא בפני בעלה ס"ל פן. משום דבדבורא בעלמא ס"ל לדינא דנוח לה לחזור מדבריה הראשונים כדי שלא תצטרף להעיז נגד הבעל עכשיו.

אבל היכא דאם תחזור אז יגולה לעין כל העבירה שעשתה בזה ס"ל דנוח לה להחזיק דבריה הראשונים אף שתצטרף להעיז נגד הבעל. וכן בנתקדשה אף דעדיין לא נעשה מעשה העבירה מ"מ פיון דהיה מעשה ממנה מיפספא לחזור.

ונדקא בדבורא בעלמא נוח לה לחזור ודלא פהריב"ש וכדמוכח שם בסי' י"ז פנ"ל: וגם יש לומר דאף להריב"ש דס"ל דאף בדבור בעלמא בלא עשיית מעשה אמרינן דעבידא לאחזוקי דבורה אף דתצטרף להעיז נגדו.

דמ"מ מודה בהא דסי' ע"ה דהתחזק פפרן ע"י ע"א אף לתי' הר"י פנ"ל. משום די"ל דוקא באמרה גרשתי דקא הוי נפ"מ רבתי בין גרושה ובין אינה גרושה ע"כ שייך לומר בזה דעבידא לאחזוקי דבורה משום דמיפספא לחזור דאז יגולה לעין כל דאמרה שקר גמור מתחלה.

אבל בהך דאמר מתחלה לא לויתי ואח"ז אומר לויתי ופרעתי דקא בעצם הענין לא הוי שום נפ"מ ואינה חילוק פלל אי מיפטר משום לא לויתי או משום לויתי ופרעתי. ע"כ

י"ל דבנה לא מיקסף כ"כ לחזור מדבריו הראשונים דהא בין כה ובין כה לא אמר שקר דיהיה אינה נפ"מ בנה.

וע"כ י"ל דנות לו לחזור בנה פדי שלא יצטרף להעיו נגדו וע"כ שפיר י"ל דאף להריב"ש אמרינן דה"ל בנה הןחזק פפרן אף לשיטת הר"י: אבל היכא דנשבע פבר שלא לנה בנה יש לומר דעביד לאחזקי דבורו הראשון פדי שלא יגולה חרפתו בפגם דנשבע לשקר.

ואף דלא נפסל ע"פ עצמו מ"מ מיקסף בעיני הבריות פידוע ונה לא הוי דבורא בעלמא רק מעשה ועדיף מן נתקדשה שלא בפני בעלה דעדיין לא נעשה מעשה העבירה. ואפ"ה ס"ל לכמה פוסקים דאמרינן בנה דעבידא לאחזקי דבורה.

כש"כ בנ"ד דנשבע פבר ונה הוי כמו הא דנשאת שלא בפני בעלה ומשמע אף דלא נבעלה עדיין למי שנשאת לו דבנה אמרו דנות לה להחזיק בדבריה פדי שלא תתבנה בעיני הבריות.

וכמו דמציינו בב"ב (דף מ"ה) דמשום שלא יהיה לנה רשע כו' בעיני הבריות ע"כ מעיד שקר. וכמש"כ הרמב"ן והובא בש"ך סי' ל"ז ס"ק א'.

ע"כ נוח לה יותר להחזיק בדבריה אף דתעיו נגד הבעל ויש חזקה אינה מעינה דהוי חזקה אלימתא. א"כ ה"ה בהה מה דאמרו לשיטת הר"י דלא חציף להכחיש להע"א.

דהא זה לא עדיף מן הה חזקה דאינה מעינה. די"ל דנות לו יותר להחזיק בדבריו הראשונים ולא להוציא שם רע על עצמו דנשבע לשקר מתחלה.

ע"כ ליתא בנה להה סברא דלא חציף להכחיש להע"א מכש"כ דהה חזקה דאינה מעינה כו' דסי' י"ז הנ"ל דהוי חזקה אלימתא ביותר. וגם הא באה"ע סי' י"ז בח"מ ס"ק ז' פתב בשם הב"ה דגם הרא"ש מודה בנתקדשה דליתא לחזקה דאינה מעינה וע"ש בב"ש.

ובאמת עפ"ז יש לדון הרבה בהא דסי' פ"ז סע"ף כ"ח דבהודה שלא בדרך תשובה דכתבו הסמ"ע והש"ך שם דנשבע עכשיו ודלא כהב"י שם. ובאמת לפמש"כ י"ל דהנכון פשיטת הב"י שם דא"צ לינשבע עכשיו ובמק"א הארכתי בנה.

אף לפמש"כ הש"ך והסמ"ע בסי' פ"ז דנשבע עכשיו. י"ל דשאני התם דנה הוי מיגו לאפטורי משבועה דלא אמרינן לשיטת הרמב"ם ומהמבר פריש סי' רצ"ו.

משא"כ בנ"ד י"ל דהוי מיגו לאפטורי ממון דאמרינן וקצרת: ואין לומר דשא"ה בהא דסי' י"ז הנ"ל גבי גרשתני בנשאת ונתקדשה שלא בפניו דאמרו דליתא לחזקה דאינה מעינה דנהו משום דאזלינן לחומרא.

זה אינו דהא מבואר בטור סי' י"ז וסי' קנ"ב דנשאת או נתקדשה שלא בפניו דאין הקדושים פלום ואינה צריכה גט פלל. אלמא דאף להקל אמרינן כן.

וגם בענין הוצאות ממון הוי חומרא מה דאזלינן בטר המוחזק והממע"ה ואין להוציא ממון דדלמא יש לדון להמיגו דלא לויתי דטען פראשונה. וע"כ י"ל דאף הרמב"ם ומהטור והמחבר בסי' ע"ה דפקו דנעשה הןחזק פפרן ע"י ע"א.

מ"מ בכה"ג דנשבע כפר י"ל דמודו בזה להרשב"א דס"ל דלא נעשה כפרן ע"י ע"א ואפוש"י פלוגתא לא מפשינן פידוע'. רק לשיטת הריב"ם בטעמו אין לחלק בזה משום דגם כה"ג שניקף לומר הטעם דכ"ז דלא נשבע נגדו לשד"א דינו כשנים.

ולא מהני מיגו נגדו ועיין לקמן סי' פ"ז סעיף י"ד בכפר הפל ונשבע היסת ואח"ז בא ע"א דחוזר ונשבע כו'. אף לשיטת הר"י שפיר י"ל פנ"ל וקשה להוציא ממון בכה"ג משום דכה"ג מסתבר שיטת הרשב"א דס"ל דלא הוחזק כפרן ע"י ע"א.

ומהני בזה מיגו הנה עומד בטענתו הראשונה רק דמחוייב ליטבע שד"א. וכמו בהחזרתו במיגו דנאנסו דב"ב (דף ע') וח"מ סי' רצ"ו ועיין בפ"א שם ס"ק ג'.

והני זה ספיקא דדינא ומהני תפיסה כמו בכל פלוגתא דרבנותא וה"ה בזה משום פלוגתא הר"י והריב"ם הנ"ל: ענף ו והיכא דטען מתחלה לא לוייתי ובא ע"א והכחישו ונשבע שד"א להכחיש להעד ולסוף חזר וטען לוייתי ופרעתי.

די"ל דנאמן במיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה ויצא ידי שבועתו במה דנשבע כפר וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ק"ז) ד"ה הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה כו' פנ"ל. [והא דלקמן סי' פ"ז סעיף כ"ח בנשבע היסת ואח"כ הודה מעצמו במקצת דאם הודה שלא כדרך תשובה נשבע עכשיו על השאר כמש"כ הש"ך שם ס"ק ע"א.

וכ"כ הסמ"ע שם. שא"ה דהא ה"ל מיגו דהעזה נגד הבע"ד וכדרכה דאמר מ"מ מודה במקצת כו'.

ובאמת ע"פ מה דנתבאר יש לדון דהנכון שם עם הבית יוסף דס"ל דא"צ ליטבע שנית אף דכל האחרונים השיגו שם עליו אף אכמ"ל בזה]. אף לשיטת הריב"ם דס"ל דאף ע"א כ"ז דלא נשבע נגדו דינו כב' דלא מהני מיגו במקום עדים.

י"ל דה"ה בזה דנשבע כפר להכחיש להע"א מ"מ פיון דמודה עכשיו דנשבע כפר לשקר במה דנשבע שלא לנה כי באמת לנה רק דאומר לוייתי ופרעתי ועיקר נאמנותו הוא רק משום מיגו וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ק"ז) הנ"ל.

א"כ הא הני זה מיגו במקום עדים לשיטת הריב"ם. וע"כ גם בזה הני ספיקא דדינא אם הלכה כהר"י או כהריב"ם: אמנם יש לומר דבזה אף הריב"ם מודה דמהימן במיגו דאי בעי הנה עומד בטענתו הראשונה ויפטר.

והוא דהא מבואר בתוס' בב"ק (דף ע"ב) ד"ה אין לה בו כו' דהפה שאסר כו' עדיף מן מיגו ומהני אף במקום עדים. ועיין בכתובות (דף י"ח ע"ב) תוס' ד"ה הרי אלו נאמנים כו'.

וכן העלה ההפלאה לכתובות (דף י"ט ע"א) על תוס' ד"ה אימא כו'. דדוקא מיגו במקום עדים לא אמרינן אבל מיגו בעיקר העדים אמרינן וכמו הא דח"מ סי' ע"א והאריף בזה.

וכ"כ הנתיבות בסי' ע"א ס"ק ד'. ועיין בפ"א ח"מ סי' ק"ח ס"ק ז'.

והדברים ארנפין ואכמ"ל. לפ"ז י"ל בנ"ד דנשבע פבר להכחיש להעד והוי העד פמאן דליתא פלל וכמ"ש הט"ז להך סברא דהוי העד פמאן דליתא על מה דרצה לישבע להכחישו אף פי עדיין לא נשבע בסי' ע"ט סעיף ט'.

אף בזה יש לעיין וכמ"ש כ לעיל. אכל היכא דנשבע פבר והכחישו ונדאי דהוי פמאן דליתא פלל בעולם ויש לו מיגו מעליא דאי בעי שתיק כו' דהא אין מחויב לטעון יותר ולדבר מזה אחר דכבר נשבע שד"א.

והוי ונדאי מיגו בעיקר העד דהא אם הנה שותק הנה יוצא בזה והנה העד פמאן דליתא. ומחמת אמירתו דאמר עכשיו דלנה ופרע עפ"י דבריו הוא הביא להעד עליו דעיקר העדות הוי משום הודאתו דחזר בו.

והוי מיגו בעיקר העדים דכה"ג י"ל דאף הריב"ם מודה דמהני מיגו דאיבעי הנה עומד בטענתו הראשונה ושתיק דהוי הפה שאסר כו'. והא דב"מ (דף ב') תוס' ד"ה וזה נוטל רביע כו' שפתבו דכהא דב"ב (דף ל"ב) גבי האי שטר א זינפא כו'.

דהתם הנה מיגו דאי בעי שתיק כו'. שא"ה דהא הי צריף עכ"פ להראות לשטרו להב"ד לכן אין זה בגדר הפה שאסר כו' וע"כ פליגי שם רבה ורב יוסף אי מהימן במיגו להוציא אכל לעולם י"ל דהיכא דהוי הפה שאסר כו' דכינן דמהימן בזה אף נגד עדים כש"כ דמהימן אף להוציא לכ"ע וכמו שפתבתי מזה בסי' ל"ז: ולפ"ז היכא דנשבע פבר שד"א שלא לנה להכחיש לע"א.

דלא מבעיא לשיטת הר"י ונדאי דנאמן במיגו דהנה עומד בטענתו הראשונה והנה פטור. ואף להסוברים דמיגו לאפטורי משבוועה לא אמרינן.

עכ"ז בכה"ג דהוי בגדר הפה שאסר כו' מהני לכ"ע כמ"ש כ מזה במק"א ואף לשיטת הריב"ם י"ל דמודה בזה דנסתלק פבר הע"א והוי פמאן דליתא. ועיקר העדות הוי עכשיו רק ע"י הודאתו.

ע"כ י"ל דגם הריב"ם מודה בזה דנאמן במיגו דאי בעי שתיק. ולכן הדעת נוטה בזה דכה"ג לכ"ע מקפטר ולא הוי הוחזק בפירו.

ולכן לא נקטו הפוסקים לזה הדין דמיירי אף בנשבע פבר אלא מיירי שפא הע"א קודם שנשבע. אמנם יש לומר דגם בנשבע פבר שד"א נגד הע"א דאם הודה בסוף דלנה רק דאמר פרעתי.

דלשי' הר"י אדרבה יתנה חייב משום דגם בזה שייף לומר דהוי מיגו דהענה נגד העד. וכמו הא דסי' פ"ז סעי' כ"ח לפי מה דכתבו הש"ף והסמ"ע שם אם הודה שלא בדרף משוובה דנשבע עכשיו ודלא כהב"י שם.

וע"כ הטעם דלא מהימן במיגו דהנה עומד בטענתו הראשונה משום דגם בזה שייף הטעם דאמר רבה דהוי מיגו דהענה וכמ"ש כ הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק כ"ז ובאו"ת סי' פ"ז באורים סוף ס"ק פ"ב דיש לומר דעתה הוא מתקרט ואין רוצה להעזי ולכך מודה במקצת כו' ע"ש.

ה"ה י"ל פן ביהא מיגו דהעצה נגד העד דעכשיו הוא מתחרט ואינו יכול להעזיז נגד העד ע"כ אין לו מיגו בזה. [וקצת יש לחלק בזה].

ולשיטת הריב"ם דלא ס"ל פלל להך סברא דהוי מיגו דהעצה נגד העד רק כתב טעם אחר ביהא דהוי מחושואיל"מ גבי נסכא דר' אבא פנ"ל. משום דהוי פשנים כ"ז דלא נשבע נגדו.

א"כ טעם הזה לא שייך היכא דנשבע פבר שבועה דאורייתא משום דהוי בגדר הפה שאסור כו'. דמהני אף במקום עדים פנ"ל.

א"כ אדרבא בזה יהנה להיפך דלשיטת הר"י י"ל דחייב ולשיטת הריב"ם פטור בזה. ע"כ גם בזה י"ל דמהני תפיסה ואזלינן בתר הפוחזק והממע"ה: הינצא לנו מפל זה דע"י ע"א הוי הוחזק כפרו וחייב לשלם.

ואף אם לא חזר בו מיד כשפא הע"א רק לאח"ז פא וטען לויתי ופרעתי ג"כ חייב לשלם. אכן היכא דטען מתחלה לא לויתי ונשבע היסת שלא לזה ואח"ז פא הע"א והעיד דלזה.

וחזר וטען אח"ז לויתי ופרעתי דבזה הוי ספיקא דדינא ואזלינן בזה בתר הפוחזק. אף דצריך לישבע עכשיו שבועה בנק"ח.

והיכא דנשבע פבר שד"א להכחיש להע"א ואח"ז טען לויתי ופרעתי. בזה ג"כ הוי ספיקא דדינא.

וא"צ לישבע עכשיו שנית וכן ביהא דנסכא דר' אבא בטוען אין חטפי ודידי חטפי והע"א מכחישו ומעיד דחטף וגוף החפץ אינו של החוטף. בזה ג"כ הוי ספיקא דדינא והממע"ה ומהני תפיסה בזה כמו בכל ספיקא דפלוגתא דרבנותא: טו (שם סעי' י"ג ש"ף ס"ק מ"ב) מפאן נראה בממדמות שלבנו אם יש ע"א על הקיום ה"ל מחושואיל"מ.

עכ"ל הש"ף. מה שיש לדון בזה נתבאר לעיל בארובה בסי' נ"א סעי' ב' בחידושי לנחל יצחק: טז (שם סעי' ט) טענו איני יודע כמה הלוייתך אבל לפחות הלוייתך שתי פסף כו' או שטענו מנה כו' ואם הודה הרי הודה במקצת כו' ודוקא שטענו דבר שהוא אמוד כו'.

ולקמן סי' צ' ש"ף ס"ק י"ד על מש"כ המחבר שם בסעי' ז' במדליק אש בשל חבירו דנשבע ונוטל פל מה שהוא אמוד כו' הביא הש"ף למש"כ הרא"ש פ' הכותב דלענין אפוקי ממונא אזלינן בתר אומדנא.

והש"ף כתב לחלק דשאני טמון באש ונגזל דמדינא לא שקיל בשבועה אלא תק"ח הוא והיכא דלא אמיד לא תקנו ואפשר גם הרא"ש פנינו לזה עכ"ל הש"ף. והקצה"ח שם ס"ק ג' כתב דמן הש"ע לעיל סי' ע"ה סעי' י"ט גבי מחושואיל"מ דאינו משלם אלא מה שהוא אמוד.

והא מה דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע כו' הוא דין ממש ולא תקנה א"כ מוכח דהחילוק הוא בין אפוקי ממונא כו' עכ"ל הקצה"ח: ולפענ"ד נראה לחלק דשאני גבי מתוך כו' בשבועה דמודה מקצת דשם סגי הוכחה קצת לפוטרו מן שד"א דמ"מ.

דְּקָא מְצִינּוּ בַב"מ (דָּף ד' ע"ב) גְּבִי סְלָעִים דִּינִרְיָן דְּלִנְה אֹמֵר שְׁלֵשׁ דַּס"ל לַר"ע דְּהוּי מְשִׁיב אַבְיָדָה וְאֶמְרוּ שְׁם הַטַּעַם מְשׁוּם דְּקָא מְסִייעַ לִי שְׁטָרָא. וְהָא הֵךְ דְּסְלָעִים דִּינִרְיָן לֹא הוּי סִייעַ גְּמוּרָה דְּקָא בַח"מ סִי' מ"ב בְּש"ף ס"ק כ"ה הִבִּיא בְּשֵׁם ג"ת דְּהַקְשָׁה עַל מַה דְּאֶמְרוּ שְׁם גְּבִי סְלָעִי דְּאִי תַּפְס הַמְּלִנְה מִפְּקִינּוּ מִינְי'.

דְּקָא בַב"מ (דָּף ק"י) וּבַח"מ סִי' ש"י בְּשִׁטְר דְּכְתִיב שְׁנִין סְתָמָא דְּאִי תַּפִּיס מְלִנְה לֹא מִפְּקִינּוּ. וּמַה דְּמַחְלָק הַשְּׁ"ף שְׁם הַשִּׁיג עָלָיו הַאו"ת שְׁם ס"ק י"ד וְכוּן הַסְּכִים לְדְבָרָיו הַנְּתִיבוֹת שְׁם ס"ק י'.

וְכַתְּבוּ לְחַלְק דְּתַפִּיס בְּרִשׁוֹת מְהַנִּי אַף בְּהַךְ דְּסְלָעִים דִּינִרְיָן [וְעֵינָן בְּכֻלְי תַּפִּיסָה שְׁל הַנְּתִיבוֹת ס"ק ט' וְהַדְּבָרִים אֶרְוֹכִין] אֶלְמָא דְּהַךְ מְלִתָּא דְּסְלָעִים דִּינִרְיָן הוּי סְפַק בְּעֵצָם הָעֵנָן אִם הוּי יוֹתֵר אוֹ רַק ב' וְכִמּוּ כָּל סְפִיקוֹת.

וְאֵלוּ הִי הוֹכְחָה בְּרוּרָה לוֹמֵר דְּסְתָם סְלָעִים הוּי שְׁנַיִם א"כ לֹא הִי מְהַנִּי תַּפִּיסָה בְּרִשׁוֹת ג"כ. וְע"כ מוֹכַח דְּהַךְ מְלִתָּא דְּסְתָם סְלָעִים הוּי ב' אִין זֶה הוֹכְחָה בְּרוּרָה.

אֶלָּא דְּשֵׁא"ה גְּבִי מְלִנְה אֶמֶר חֲמֵשׁ וְלִנְה א' שְׁלֵשׁ דְּלָכוּן אֶמְרוּ דְּהוּי מְשִׁיב אַבְיָדָה כְּמַבְּוֹאֵר בַּח"מ סִי' פ"א סְעִי ל"ב. מְשׁוּם דִּישׁ לוֹ מִיגּוֹ דְּאִי בְּעִי כְּפַר הַכֹּל.

וְלֹא ה"ל מִיגּוֹ דְּהָעֵזָה כְּדָאֵמֵר רַבָּה כו' דְּכִינּוּן דְּהוּי סִייעַ קֶצֶת לְדְבָרָיו ע"כ מְעִיז וּמְעִיז. וְכ"כ הַנִּימוּקֵי יוֹסֵף רִישׁ ב"מ בְּסוּגְיָא דְּסְלָעִים דִּינִרְיָן.

וְכ"כ הַתּוֹס' בַּב"מ (דָּף ד') וְהַסְּמ"ע סִי' פ"ח ס"ק נ"ז וְכַעֲיִן זֶה כָּתַב הַשְּׁ"ף בְּסִי' ע"א ס"ק ט' בְּשֵׁם הַג"ת וְהַב"ח גְּבִי נְאֻמָּנוֹת לְהַלְוָה דְּאִי דְּאִין מוֹעִיל לְפִטוֹר מְשִׁבוּעָה מ"מ פְּטוֹר מִשְׁד"א מְטַעַם הַנ"ל דְּמְעִיז בְּזֶה: וְכַה"ג כְּתְּבוּ הַתּוֹס' בְּגִיטִין (דָּף כ"ז ע"א) ד"ה אִין הַבְּעַל מוֹדָה כו' דְּכִינּוּן דְּאִיכָּא גִט דְּמְסִייעַ לֵה מְעִיזָה וּמְעִיזָה.

וְכ"כ הַתּוֹס' בַּב"מ (דָּף י"ח) ד"ה אִין הַבְּעַל מוֹדָה כו'. וְכ"כ הַב"ש בְּסִי' קנ"ג ס"ק א'.

וְאַף דְּהֵתָם הָא לֹא הוּי הוֹכְחָה בְּרוּרָה כ"כ אַפ"ה פִּינּוּן דְּהוּי סִייעַ קֶצֶת לְדְבָרֵי בְּפִנֵי הַבְּרִיּוֹת ע"כ מְעִיזָה. וְכַה"ג כְּתַב הַלַּח"מ פ"ז ה"ג ה' כ"ד וְכַמְּבֹאֵר בְּגִיטִין (דָּף ס"ד) כַּה"ג.

וּמַה"ט אֶמְרוּ דְּאִי בַע"א מְסִייעַ לֵה מְעִיזָה בְּפִנֵי בְּעֵלָה לוֹמֵר גְּרִשְׁתִּי וְכַמְּבֹאֵר בַּא"ה ע"ס י"ז סְעִי ב' וּב"ש ס"ק ו' וְאַף דְּחִזְקָה דְּאִין אִשָּׁה מְעִיזָה הוּי חִזְקָה אֶלִימָתָא מְצַד עֵצָם הָעֵנָן וְאַפ"ה הִיכָא דְּהוּי סִייעַ קֶצֶת לֹא מְהַנִּי הַחִזְקָה הַנ"ל.

וְה"ה בְּהַךְ חִזְקָה דַּא"א מְעִיז פְּנִי כו' דְּלֹא מְהַנִּי אֶלָּא בְּמָקוֹם מִיגּוֹ לְדַחוֹת לְהַמִּיגּוֹ וְנִדְּאִי דְּאִם הוּי סִייעַ קֶצֶת בְּזֶה לִיתָא לְהַךְ חִזְקָה אֶלָּא דְּמְעִיז וּמְעִיז. וְלָכוּן אֶמְרוּ בְּהַךְ סְלָעִים דְּהוּי מְשִׁיב אַבְיָדָה.

אַף דְּלֹא הוּי סִייעַ גְּמוּרָה כַּמֶּש"כ הַנ"י שְׁם. וְגַם הָא לְחַד לִישְׁנָא בְּגַמ' שְׁם הַטַּעַם דְּשִׁתִּים פְּטוֹר מְשׁוּם דַּה"ל הִילָךְ אוֹ מְשׁוּם דַּה"ל ש"ק אֶבְל מְשׁוּם דְּמְסִייעַ שְׁטָרָא ס"ל דְּלֹא מִיפְּטֵר.

וּמִשְׁכ"כ הָרֵא"ש בַּב"מ פ"א סִי' ג' לְהוֹכִיחַ מְזָה לַע"א מְסִייעַ יֵשׁ לְדוֹן בְּרֵאֲיִיתוֹ וְאִכְמ"ל וְעֵינָן בְּפִלְפְּלָא חֲרִיפְתָּא שְׁם ס"ק כ': וּלפ"ז יֵשׁ לְדוֹן דְּמַה"ט אֶמְרוּ דְּאִם טְעֵנוּ דְּבָר שְׁאִינוּ

אָמוּד אַינױ חַיִּיב שׁד"א עַל מוֹדָה בְּמַקְצֵת מְשׁוּם דִּי"ל דָּאָף דָּלָא סְמַכִּינָן עַל מַה דְּאִינוּ אָמוּד לְהוֹכִיחַ מְזָה דְּהַדִּין הוּא עִם הַנְּתַבָּע.

וּכְמַש"כ הַשְּׁ"ף דָּלָא מְהַנִּי זֶה הַסְּבָרָא רַק בְּמַה דְּהוּי תַקְנַת חַז"ל אַבְל לֹא לְהַפְקִיעַ לְדַבְרַי מַה"ת. עַכ"ז הָא הוּי עַכ"פ סִיּוּעַ קַצָּת וּמַצִּי בַכּה"ג לְהִיּוֹת כּוֹפֵר הַפֵּל וּלְהַעֲזִיז בְּפִנְיַי הַבַּע"ח וְע"כ שְׁפִיר ה"ל מְשִׁיב אַבְיָדָה כְּמוֹ בְּהַד דְּסִלְעִים דִּינְרִין דְּהָא אִית לִי מִיגוּ דְּאִי בְּעֵי כְּפַר הַפֵּל.

וּכְמוֹ הָא דְּכַתְּנֻבּוֹת (דָּף י"ח) דְּכִינּוּן דְּבַבְנוּ מְעִיז אָמְרוּ דְּהוּי מְשִׁיב אַבְיָדָה וּפְטוּר מִן שׁד"א. וְע"כ אֵינן לְדַחְחוֹת לְדַבְרֵי הַשְּׁ"ף בְּמַה שְּׁמַחְלֵק דְּדוֹנָקָא בְּתַקְנַת חַז"ל סְמַכִּינָן עַל מַה דְּאִינוּ אָמוּד וְלֹא בְּמַה דְּהוּי מַה"ת דְּבִזְזָה אָף דָּלָא הוּי אָמוּד מ"מ לֹא מְבַטְלִינָן ע"י זֶה לְזַכּוֹת הַתּוֹבָע שְׁיֵשׁ לוֹ וְשְׂאֵנִי הָא דְּסִי' ע"ה כְּנ"ל: וְלַפְמַש"כ יֵשׁ לְדוֹן אִם הַמְּלִנְה תּוֹבָע מְנָה וְע"א מְעִיד דְּהַלְנָה פְּרַע כָּל הַחוּב וְהַלְנָה אוֹמֵר שְׁלֵא פְּרַע רַק חֲמִישִׁים א"כ לְפִי דְּבַרֵי הַלְנָה הָא פּוֹסֵל לְהַע"א דְּהָא אוֹמֵר דְּמְעִיד שְׁקַר.

א"כ לֹא שְׁיִיף בְּזָה לְדוֹן דְּעַד מְסִינָע פּוֹטֵר. וּכְמַש"כ הַקְּצָה"ח בְּסִי' פ"ב ס"ק י"ט לְהַשְׁיֵיג עַל הַשְּׁ"ף שְׁם כַה"ג אָף בְּשִׁנֵּי עֲדִים מְשׁוּם דָּאָף דְּנִימָא דְּהוּי הַכְּחָשֵׁת סְפַק כְּמַש"כ הַשְּׁ"ף שְׁם ס"ק ל"ז.

עַכ"ז הָא חַיִּיב שְׁבוּעָה הוּא לְכַרֵּר הַסְּפַק וְכ"ז דָּלָא הוּי סְפַק בְּדִין חַיִּיב שְׁבוּעָה דְּאוֹרְיָתָא. וְעֵינן בְּנִתִּיבוֹת סִי' פ"ז ס"ק ד'.

א"כ כַּש"כ בַּע"א. וְאַפְשָׁר דְּגַם הַשְּׁ"ף מוֹדָה בַּע"א.

וְעַכ"ז נִרְאֶה לִי דְּכְמוֹ דְּאָמְרוּ בְּחֻזְקָה דְּאִין אֲשֶׁה מְעִינָה דְּאִם ע"א מְסִינָע לָהּ מְעִינָה כְּמַבְנוֹאָר בְּטוּר אַה"ע סִי' י"ז וּבַב"ש שְׁם כְּנ"ל. א"כ ה"ה בְּהַד חֻזְקָה דְּאִין אָדָם מְעִיז נִגְדַּב בַּע"ח.

דְּכִינּוּן דְּהַע"א מְסִינָע לִי מְעִיז לְכֹן הוּי מְשִׁיב אַבְיָדָה וּפְטוּר מִשְׁבוּעָה דְּאוֹרְיָתָא. וְעֵינן בְּסִי' פ"ב בְּסַמ"ע ס"ק נ' וּבַשְּׁ"ף ס"ק ל"ז שְׁפַתְבוּ כֹן גְּבִי ב' עֲדִים נִגְדַּב שׁט"ח: יז (שְׁם סַעִי' כ"ג בְּרַמ"א) י"א כָּל שְׂאוּמֵר שְׁהוֹגֵד לוֹ מִפִּי נֶאֱמָן אִפִּי' קְרוּב מְשִׁבִיעֵין אוֹתוֹ הֵיִסֵּת וְכֹן נִרְאֶה לְהוֹרוֹת.

וְהַשְּׁ"ף שְׁם בְּס"ק פ"ב הַעֲלָה דְּדוֹנָקָא בְּקְרוּב מְעִיד בְּפִנְיֵינוּ מְשִׁבִיעִים ע"פ הֵיִסֵּת. וְהַשְּׁעַר מְשִׁפֵּט שְׁם ס"ק ט"ו הַעֲלָה דִּין מְחֻדָּשׁ דְּקְרוּב פּוֹטֵר מִשְׁבוּעַת הֵיִסֵּת.

ע"פ הַרְבֵּה טְעָמִים טְעַם א' דְּהָא הָא דְּקְרוּב מְחַיִּיב ש"ה טְעָמוֹ מְשׁוּם דְּהוּי בַר עֲדוּת לְחַיִּיב ש"ה פִּינּוּן דְּקְרוּב לֹא נִחְשָׁד לְמַשְׁקֵר אֲלָא מִצַּד גְּזַה"כ נִפְסֵל וּכְמַש"כ הַתַּה"ד סִי' ש"ח דְּאִין לוֹמֵר דְּהַטְעַם הוּא מְשׁוּם דְּנִחְשָׁב טְעַנַּת הַבַּע"ד כְּמוֹ טְעַנַּת בְּרִי דַא"כ אִפִּי' מִפִּי נוֹגַע נְמִי יִחַיִּיב ש"ה כו'.

וְכִינּוּן דְּמַטְעַם עֲדוּת מְחַיִּיב לַש"ה א"כ שְׁיִיף בְּזָה הַקּוּ"ח דְּכַתְּבוּ הָרַא"ש בְּרִישׁ ב"מ וְהַמְרָדְכִי וּבַשְּׁ"ף סִי' פ"ז דְּכִינּוּן דַּע"א מְחַיִּיב שְׁבוּעָה כַּש"כ שְׁיִפְטוּר כו'. עַכ"ל הַשְּׁעַר מְשִׁפֵּט: עֲנָף א וּלְזַעֲמִי יֵשׁ לְדוֹן בְּזָה דְּאִין זֶה מְוַכְרַח.

דְּהָא מְצִינּוּ דִּיעָה א' וּכְפִי שְׁהַכְרִיעַ הֶרֶם"א דְּאָף הֶהָגַד לּוּ מְפִי קְרוּב מְחַיֵּיב ש"ה אָף שְׁלֵא יְהִי נּוֹגַע בְּעֵדוּת. הָא חוּץ לַב"ד לָאוּ בְּרַעְיוֹת הוּא כְּלָל אָף בְּכַשְׁרַת לְהַעֲיִד.

וּע"כ הַטַּעַם הוּא מְשׁוּם דְּהָא מְצִינּוּ שְׂיִטַּת הַסּוֹבְרִים לְעֵיל בְּסִי' ע"ה בְּסַעֲי' י"ז בְּרַמ"א בְּשֵׁם י"א דַּס"ל דַּע"פ רַגְלִים לְדַבְּרַת מְשַׁבְּעֵינָן הִקְסַת וְכֵן הַכְרִיעַ הֶרֶם"א שָׁם. ע"כ מַה"ט ס"ל לְהֶרֶם"א דְּהֶהָגַד לּוּ מְפִי קְרוּב חַיֵּיב ש"ה מְשׁוּם דְּזֵה נִחְשָׁב עַכ"פ כְּמוֹ רַגְלִים לְדַבְּרַת.

אָף בְּנוֹגַע לֹא מְקַרֵי רַגְלִים לְדַבְּרַת. וְהַשְׁ"ף דְּהַעֲלָה לְעֵיל ס"ק ס"ג דַּע"פ רַגְלִים לְדַבְּרַת שְׁלֵ הַבַּע"ד אֵין לְהַשְׁבִּיעַ הִקְסַת אֲלֵא ע"פ רַגְלִים לְדַבְּרַת שְׁלֵ רַאוּת הַב"ד חַיֵּיב ש"ה יַעו"ש.

ע"כ הַכְרִיעַ הֶכָא הַשְׁ"ף בַּס"ק פ"ב דְּדוֹקָא כְּשֶׁהַקְרוּב מַעֲיִד בְּפִנְיֵנוּ חַיֵּיב ש"ה. מְשׁוּם דְּאִזְ הָיוּ רַגְלִים לְדַבְּרַת לַהַב"ד.

אֲבָל בְּאוֹמַר הַבַּע"ד מְפִי קְרוּב אִזְ לֹא הָיוּ רַגְלִים לְדַבְּרַת כְּפִי רַאוּת הַב"ד רַק דְּהָיוּ רַגְלִים לְדַבְּרַת כְּפִי הַגְּדַת הַבַּע"ד ע"כ בַּכַּה"ג אֵינוּ חַיֵּיב ש"ה. אֲבָל לְעוֹלָם עֵיקַר הַטַּעַם בְּהָא דְּחַיֵּיב ש"ה כְּשֶׁקְרוּב מַעֲיִד בְּפִנְיֵנוּ מְשׁוּם דְּכֵינּוּ דְּקְרוּב לֹא נִחְשָׁד לְמַשְׁקַר כְּמִבְּנָאָר בַּב"ב (דָּף קנ"ט) ע"כ מְקַרֵי זֵה רַגְלִים לְדַבְּרַת דְּמַחְיֵיבֵינוּ עַפ"י ש"ה.

מִשָּׂא"כ נּוֹגַע דְּלֹא מְקַרֵי זֵה רַגְלִים לְדַבְּרַת כֵּינּוּ דִּי"ל דְּאוֹמַר כֵּן מְשׁוּם הַנְּאֻתוֹ וְזֵה כְּנוֹנַת הַתַּה"ד בַּמַּש"כ דְּשְׁבוּעַת הִקְסַת שְׁהִיא תַּקְנֻתָא דְּרַבְּנָן לֹא פְּסְלוּ קְרוּבִים לְגַבְּיָן. הִיָּינוּ מְשׁוּם דְּהָא הָיוּ עַכ"פ רַגְלִים לְדַבְּרַת כְּשֶׁמַּעֲיִד בְּפִנְי' ב"ד וְהָיוּ רַגְלִים לְדַבְּרַת לַהַב"ד לְפִי רַאוּת עֵינֵיהֶם.

וְזֵהוּ מְוַכְרַח דְּבִאֲמַת אֵין סְבָרָא לּוֹמַר דִּינְכֶשֶׁר קְרוּב לְעֵדוּת ש"ה לְפִי שְׁהוּא תַּקְנֻתָא דְּרַבְּנָן. דְּהָא מְצִינּוּ בְּקִיּוּם שְׁטָרוֹת דַּמַּה"ת א"צ קִיּוּם כְּלָל וְאִפ"ה פְּסוּלִים קְרוּבִים לְקִיּוּם הַשְׁטָר כְּמִבְּנָאָר בַּב"ב (דָּף קנ"ט) וּבַח"מ ס' מ"ו סַעֲי' ל"ה וְאָף בְּשׁוֹבֵר פְּסוּלִים לְקִיּוּם.

וְכַש"כ בְּחִיּוּב ש"ה דְּעֵיקְרוּ אֵינוּ אֲלֵא מְדַרְבְּנָן וְע"כ מְוַכְרַח כַּמַּש"כ: וְכַה"ג מְצִינּוּ בַּאֵה"ע ס' קט"ו סַעֲי' ו' דְּאִשָּׁה הָאוֹמֶרֶת טְמֵאָה אֲנִי לָךְ אֵינָה נְאֻמַּת כו' וְכַתֵּב הַב"ש שָׁם ס"ק כ"ג בְּשֵׁם הַמְּהַרְש"ל דָּאֵם ע"א אֲמַר שְׁזִינְתָה וְהִיא שׁוֹתֶקֶת הָיוּ כְּהוֹדָאָה וְלֹא אֲמַרִּינוּ שְׁמָא עֵינֵיהָ נִתְּנָה בְּאַחַר וְחַיֵּיב לְגַרְשָׁה אִפִּי' הָעֵד אֵינוּ נְאֻמָּן בְּעֵינֵינוּ כְּתָרִי וְחַיֵּיב לְגַרְשָׁה ע"פ דִּין כו'.

וְקִשָּׁה דַּמַּה בְּכֶף דְּהָיוּ כְּהוֹדָאָה הָא אֵינָה נְאֻמַּת לּוֹמַר טְמֵאָה אֲנִי לָךְ. וְאָף בְּהוֹדָאָה דְּרָךְ תְּשׁוּבָה מְבִנָּאָר בְּתְּשׁוּבוֹת הַפּוֹסְקִים דְּאֵינָה נְאֻמַּת דִּי"ל דְּאִיעֲרוּמִי קָא מַעֲרָמַת.

וְכֵן הָאֲרַכְתִּי מְזֵה בְּקוּוֹנְטֵרַס א' וְאֲכַמ"ל. וְע"כ מוֹכַח דְּטַעַם שְׁל הַמְּהַרְש"ל וְהַב"ש הוּא דְּהָא מְבִנָּאָר שָׁם בְּרַמ"א דְּדוֹקָא בְּאֵין רַגְלִים לְדַבְּרַת אֵינָה נְאֻמַּת.

אֲבָל אִם יֵשׁ רַגְלִים לְדַבְּרַת נְאֻמַּת. ע"כ ה"ה אִם יֵשׁ ע"א הַמַּעֲיִד דְּזִינְתָה הָיוּ זֵה כְּמוֹ רַגְלִים לְדַבְּרַת.

וְאָף דַּע"פ דִּין אֵינוּ נְאֻמָּן ע"א בְּדַבְּרַת עֲרֻנָה בְּלֹא קִיּוּי וְסִתִּירָה מ"מ נִחְשָׁב זֵה כְּמוֹ רַגְלִים לְדַבְּרַת דַּכַּה"ג נְאֻמַּת לּוֹמַר דְּזִינְתָה. וְה"ה בַּנ"ד דְּאָף דְּעֵד קְרוּב אֵינוּ נְאֻמָּן ע"פ דִּין מַצַּד גַּזְה"כ מ"מ לַכַּה"פ מְקַרֵי זֵה רַגְלִים לְדַבְּרַת.

וכיון דגבי ש"ה משביעין ע"פ רגלים לדבר א"כ ה"ה דמשביעין ע"פ קרוב לש"ה. אבל לא מטעם עדות דז"א סברא פלל: ולכן כיון דנתבאר דהא דחייב ש"ה ע"פ קרוב אין זה מצד עדות רק מצד רגלים לדבר.

ע"כ לא שייך בזה לדון להקו"ח שכתב השער משפט הנ"ל. דיש לחלק דדוקא בעד פשר דהתורה הימני מצד עדות לחייב שד"א ע"כ שפיר יש לדון דאם מהימן מצד בר עדות לחייב שבועה כש"כ דיהא מהימן לפטור משד"א מצד דהא הוי בר עדות לגבי זה ע"פ דין תורה.

משא"כ בש"ה ע"פ הגדת קרוב דאינו רק מצד רגלים לדבר דש"ה חייב ע"פ רגלים לדבר משום תיקון העולם ע"כ בעד קרוב דמיקרי ג"כ רגלים לדבר חייב ש"ה א"כ לא מהני האי קו"ח לפטור מש"ה ע"פ עדות הקרוב דהא מצד רגלים לדבר לא מצינו לפטור מש"ה.

ואדרבה הא מצינו בסי' ק"מ סעי' ב' דאף בהחזיק שלשה שנים חייב ש"ה דהעיקר להלכה פדיעה הראשונה שם כמש"כ הש"ך שם ס"ק ה'. והנתיבות שם ס"ק ב' בשם הב"י.

וכן מצינו בסי' פ"ז סעי' ל"ח ברמ"א דבטענה גרוע אין משביעין היסת במקום דליכא דררא דממונא. וכתב הב"י אור הגר"א זצ"ל שם ס"ק קט"ו דזהו משום דהא לשי' הר"ת אין לחייב ש"ה במקום דליכא דררא דממונא.

ע"כ אף דקיי"ל דלא כהר"ת בזה מ"מ אם הוי טענה גרוע. [לפי ראות הב"ד].

בכה"ג אין לנו לחייב שבועה. אבל בדררא דממונא שפיר מחייבין שבועה אף דהוי טענה גרוע.

וכ"כ הגר"א זצ"ל שם ס"ק קי"ד ובאו"ת שם באורים ס"ק צ"ט על מש"כ המחבר שם דאם נראה לדיינים שהטענה מרומה אין להשביעו דקאי הכל על אם לא הוי דררא דממונא יעו"ש. אלמא דבמקום דהוי דררא דממונא דלכ"ע חייב ש"ה.

לכן לא מצינו לפוטרו מן ש"ה אף דהוי טענה מרומה וטענה גרוע כמו עני תובע לעשיר ויש הפלגה לעוני או לענוש שפירא פמעררים וכדומה לזה כמו דהובא שם בב"י אור הגר"א זצ"ל.

או במקום חזקה שלשה שנים דהוי רגלים לדבר דמדשתק והניחו לאכול שלשה שנים כו'. ואפ"ה חייב ש"ה כנ"ל בסי' ק"מ.

אלמא דמשום רגלים לדבר דהאמת הוא עם הנתבע אין לפטור משום זה מן ש"ה: ע"כ ה"ה בנ"ד דהקרוב מעיד לפטור מן ש"ה אינו פטור. דעדות קרוב אינו אלא כמו רגלים לדבר דלחייב שבועת היסת מהני.

אבל לא לפטור וכש"כ במקום דררא דממונא. אבל ה"ה במקום דליכא דררא דממונא דאין לנו לדמות העניני' להדדי וקצרותי: ענף ב ועוד כתב השער משפט שם להוכיח דקרוב פוטר מן ש"ה דהא בשבועות (דף מ"ם) אי' דר"נ תיגן ש"ה משום חזקה א"א תובע כו' ופרי' הש"ס אדרבה חזקה א"א מעיז ומשני אשתמוטי קא משתמוטי.

ע"כ בעד קרוב מסייעו איפא בזה חזקה דהעד קושטא קאמר דאינו מעיז לשקר במידי דידע בי חברי. ולגבי העד לא שייך אשתמוטי ובתוס' פ' הגוזל (דף ק"ו) הוכיחו דל"ד בפני בע"ח א"א מעיז אלא בכל מידי דידע בי חברי דמשקר א"א מעיז לכפןר כו'.

א"כ חזקה זו מגרע לחזקת התובע ופטור הנתבע כו' עכ"ל הש"מ: ולפענ"ד אין דברי מוכרחין בזה דהא מבואר בב"מ (דף ו' ע"א) בתוס' ד"ה אלא הא דאר"נ כו'. בשם רב האי דמשביעין ש"ה אפרקעות אף דלא שייך אשתמוטי משום דלא פלוג רבנן.

וכן פסקו שם בפסקי תוס' ובהג"א ובחידושי הר"ן וקריטב"א שם ובמרדכי לשבועות פ' שבועות הדיינים בשם רב האי גאון דאף על חפץ בעיני חייב ש"ה כו' דהואיל והתחילו התקנה תקינו בכל דבר אף בחפץ בעיני כו'.

וכן קיי"ל בסי' צ"ה ובשא"ד. אלמא דאף היכא דשייך גבי הנתבע חזקה א"א מעיז כו'. אפ"ה פיון דאיפא חזקה א"א תובע כו' תיקן ר"נ לש"ה משום לא פלוג. ועיין בשבועות דף מ' ע"ב) תוס' ד"ה אשתמוטי כו'.

א"כ ה"ה אם עד קרוב מסייעו אף דהוי בזה חזקה א"א מעיז כו'. מ"מ פיון דלאו בר עדות הוי ע"כ גם בזה שייך לא פלוג וחיוב ש"ה: ונדעתי מה דיש מקום לדחוק ולחלק פיון דאם עד קרוב מסייע פוטר מש"ה.

א"כ בזה אף בתובע חוב דשייך בו אשתמוטי כו' ג"כ אינו חייב ש"ה ע"כ לא שייך בזה לא פלוג. ומ"מ זה דוחק די"ל עדיין בכ"ז דלא פלוג רבנן בש"ה מן שד"א.

וכמו בשד"א אין עד קרוב פוטר ה"ה בש"ה וכמו בשד"א אף דאיפא חזקה א"א מעיז מ"מ חייב שד"א ה"ה לאחר דגזרו לחייב ש"ה. אף בחפץ בעיני דאיפא חזקה א"א מעיז א"כ ה"ה אם עד קרוב מסייעו.

ועכ"פ אין דברי השער משפט מוכרחים בזה. וגם יש לדון בהך חזקה א"א מעיז כו' דאפשר דלא שייך רק בהבע"ד עצמו ולא באחר.

ועיין בב"ב (דף ל"ד ע"א) תוס' ד"ה מחוייב שבועה כו'. וקצרתי לפי שביבואר לקמן בהוכחה דלא כהש"מ בזה.

וגם יש לדון בלישנא בתרא דס"ל לר"ן דחייב היכא דהוי דררא דממונא. דבזה לא בעי ר"ן לחזקה דא"א תובע וקצרתי: וגם מש"כ השער משפט שם סעד למה דחידש ע"פ הא דמבואר בתשובת מהרי"ט ח"א סי' קנ"א דלכן עד מסייע פוטר משום דיש חזקה א"א חוטא ולא לו.

א"כ הא אף בעד קרוב שייך ה"ט כמבואר בשבועות (דף מ"ב) ובעד טומאה וע"ע ושבוייה נאמן אף קרוב א"כ ה"ה גבי ש"ה נמי. עכ"ל הש"מ.

גם ז"א מוכרח דהא אפרו בשבועות (דף מ"ב) דה"מ ש"מ. אבל גבי פריא חיישינן לקנוניא.

ובאמת אין זה דומה לאיסורין פידוע. וגבי עדות מוזן יש לחוש שפא נטל שקר להעיד כמבואר כה"ג באה"ע סי' י"ז סעיף מ"ח דאפרו שם שפא היא שכרה אותו להעיד שקר.

ובפּרָט לפי מה דיבואר להלן ע"פ ראיה מהש"ס דלא פהשער משפט בזה בע"כ מוכח דלא פסברת הש"מ בזה. משום דהא כתב הש"ך בסי' פ"ב ס"ק ג' בשם הראשונים דאין פל תזקות שוות.

וכ"כ הש"ך בכללי מיגו ס"ק י'. ע"כ ה"ה י"ל בזה דמשום תזקה א"א חוטא בעד קרוב לא מרעינו לתזקה דאין אדם תובע כו'.

וע"כ אין לנו לחדש לדיו מחודש ה"ל: ובעיקר דין זה מבואר במחנה אפרים להי"ך דזה לשון המח"א הל' עדות סי' ט"ו דמי שחייב שבועת היסות וע"א קרוב ונתרחק מסייעו דפוטור מש"ה דבדרבנן לא בעי תחלתו בכשרות פאותה שאמרו ואלו נאמנים להעיד בגודלו מה שראו בקוטנו עכ"ל.

אלמא דדוקא בנתרחק עכשיו ס"ל דפוטור מן ש"ה ובלא נתרחק ס"ל בפשיטות דאינו פוטור אלמא דס"ל בפשיטות דלא פהשער משפט בזה. ובעיקר דברי המח"א ה"ל הארכתי בחידושי הש"ך לסי' ל"ה לעיל: ענף ג ונלפענ"ד להוכיח דלא פהשער משפט מהא דשבועות (דף מ"א) דשקל וטרי הש"ס מאי איכא בין שבועה דאורייתא לדרבנן.

ופי' רש"י והר"ן ונהרש"ב א לחי' שם דשבועת היסות קאי. משום דמיירי לעיל שם מיני'. וכן פי' לדאורייתא דהתם דקאי במודה מקצת. והובא בש"ך סי' פ"ז ס"ק ל"ח ונהכריע הש"ך שם כן ע"פ ראיות ודלא פהשערם ונהמרדכי יעו"ש.

והתוס' שם והר"ן שם ונהרש"ב א ונתוס' גיטין (דף ל"ה) הקשו דאמאי לא קאמרי שם נפ"מ אחרוני. והר"ן ונהרא"ש ועוד מהראשונים שם תי' משום דהכא בדיני קא מיירי בטכסיסי לא קא מיירי יעו"ש.

ולפי דברי השער משפט דס"ל דקרוב פוטור מן ש"ה א"כ קשה הא ה"מ הש"ס לומר נפ"מ רבתי בינייהו לענן אי יכול למקטור א"ע ע"י עדות הקרוב מן ש"ה. אכל בשד"א לא יכול לפטור א"ע ע"י קרוב אלא דוקא ע"י עד כשר מסייעו.

ובזה לא שייך ג"כ תי' הר"ן ונהראשונים ה"ל דהא זהו נפ"מ בדיני ומדלא קאמר הש"ס הך איכא בינייהו מוכח דס"ל להש"ס בפשיטות דקרוב אינו פוטור מן ש"ה ושוניים הם ש"ה לשד"א בזה. וכיון דתקנו חז"ל לישבע ש"ה ע"כ לאחר התקנה דינו ככל שד"א לגבי זה דדוקא עד כשר פוטור: ונדעתי מה דיש לומר בזה דהא עיקר הפי' בהך סוגיא דשבועות ה"ל נובע מן פי' רש"י דפירש דמאי איכא בין דאורייתא לדרבנן דהך דרבנן קאי על ש"ה פנ"ל.

והא ידוע שיטת רש"י בב"מ (דף ב') בפ"ה הגמ' עלה וליחזי זוזי ממאן נקט דס"ל לרש"י לפירוש שם דלא פשיטת הראשונים דהוכיחו מזה דעד מסייע פוטור משבועה. ע"כ לשי' רש"י דס"ל דאין עד מסייעו פוטור משבועה לא שייך לדון בהא דשבועות האי נפ"מ לענן אי קרוב פוטור מש"ה.

וכן יש לדון בשיטת הר"ן ה"ל ע"פ מה דמשמע מדבריו בריש ב"מ בחידושו. א"כ לפ"ז נסתר הוכחתי ה"ל.

אכן לפי מה דהכריע הש"ך בסי' פ"ז כשי' הסוכרים בפירוש הסוגיא דשבועות במאי איכא בין שד"א לדרבנן דקאי על ש"ה. ולכן פינו דקיי"ל לדינא דעד מסייע פוטר ע"כ שפיר הוכחתי מן הא דשבועות דלא פהשער משפט.

מדלא קאמרי להך נפ"מ. ועיין בש"ך סי' פ"ז ס"ק ל' ובסי' צ"ב ס"ק י"ד וקצרת: ובאמת יש להעיר מן הא דשבועות הנ"ל דלא פהמתנה אפרים דס"ל דקרוב ונתרחק פוטר מן ש"ה דלפי דבריו הא ה"מ הש"ס לומר הך איכא בינייהו כנ"ל.

אכן לעיל בסי' ל"ה בחידושי שם ענף ז' פתבתי לתרץ זה ע"פ מה דיש לדון בכוננת המח"א דהא חזינו באמת דבמזון לא נאמן להעיד בגודלו מה שראה בקטנותו אלא ע"י צירוף גדול עמו וגם לפטור ממזון כמו בקיום שובר דהוי לפטור ג"כ לא מהימן רק ע"י צירוף גדול עמו אף דקיום שטרות אינו אלא מדרבנן.

ע"כ י"ל דה"ה היכא דסגי בע"א מסייע מ"מ פינו דהוי ממונא לא מהימן להעיד פינו דהיה תחלתו בפסלות אף דהוי רק בדרבנן. ואף דבנ"ד סגי בחד מ"מ י"ל דכינו דהוי ממונא לא מהימן אם היה תחלתו בפסול.

והא דכתב המח"א דבש"ה מהימן לפטור אף דהיה תחלתו בפסול. סברתו הוא ע"פ מה דמבואר בב"ק (דף קי"ד) ובירושלמי ספ"ב דכתובות דגבי נחיל של דבורים דכינו דלא הוי רק גזל דרבנן ואין מוציאין בדיינין רק להענישו בעלמא כמבואר ע"כ דינו כמו כל איסורין ונאמן הקטן במסל"ת כמבואר בב"ק (דף קי"ד).

וכמ"ש השמ"ק לב"ק (דף קי"ד) דדוקא היכא דהוי ממונא גמור אז אין דינו כמו איסורין. אבל היכא דלא הוי רק גזל מפני דרכי שלום בלבד אז דינו כמו כל איסורין ונאמנים אף פסולים בזה במסל"ת.

ועיין באור זרוע סי' תרצ"ה מזה ע"כ גבי ש"ה פינו דאין דינו רק כמו כל גזל דרבנן כמבואר בשבועות (דף מ"א). ע"כ דינו דנאמן אף קרוב ונתרחק לפוטרו מן ש"ה.

[ומ"מ אין סברא לומר דאשה וקטן במסל"ת יהיו נאמנים לפטור מן ש"ה דהא התם בב"ק ג"כ אמרו דבעי שיהיו בעלים מרדפין אחריהם כו'. ע"כ אין לדמות הענינים הנ"ל להדדי].

וכמו כל האיסורין והענינים דמבואר בכתובות (דף כ"ח) דנאמן אף ע"א להעיד על מה שראה בקטנותו: ולפ"ז מתורץ שפיר מה דהקשיתי לעיל על המח"א דהא שם בשבועות (דף מ"א) דמקשה מאי איכא בין דאורייתא לדרבנן.

הא ס"ל דשום הם שד"א לדרבנן לענין נחתינו לנכסי' ע"כ לא ה"מ לומר הך א"ב לענין אי קרוב ונתרחק פוטר מן ש"ה. דהא פינו דאם נימא דנחתינו לנכסי' אף גבי ש"ה.

א"כ דינו כמו כל ממונא גמור ואינו נאמן כ"ז שהיה תחלתו בפסול ע"כ פריה הש"ס שפיר מאי איכא בין דאורייתא לדרבנן. ולסוף דמסיק הש"ס א"ב מיחת לנכסי' כו'.

א"כ ממילא שמעינן מינה דכינו דבש"ה לא נחתינו לנכסי' רק כמו כל גזל מפני דרכי שלום. לכן ממילא דינו כמו כל ענינים המבואר בכתובות (דף כ"ח) דנאמן עד אחד להעיד בגדלותו מה שראה בקטנותו.

וכן לבסוף מה דשקיל וטרי הש"ס שם אליבא דר' יוסי דס"ל דנחתינן לנכסי' אף על גזל דרבנן דמאי בינייהו לא הוי מצי לומר הך א"ב לענין אם קרוב ונתרחק פוטר מן ש"ה. דהא לר' יוסי דס"ל דדינו ככל ממון גמור ע"כ ממילא הדין נותן דלא מהימן להעיד במה שהיה תחלתו בפסול.

וע"כ מהדר הש"ס לאשפוחי גוונני אחרוני על נפ"מ בינייהו. אבל לדינא דקיי"ל דלא נחתינן לנכסי' בש"ה ע"כ שפיר פסק המח"א דנאמן עד אחד קרוב ונתרחק לפוטרו מן ש"ה.

וכמו כל הענינים המבואר בכתובות (דף כ"ח) דנאמן להעיד ע"א על מה שראה בקטנו ולכן א"ש דברי המח"א הג"ל: ועפ"ז א"ש מה דיש להקשות על הך דכתב הרמב"ן והבא בחי' הר"נ ובגומיקי יוסף לריש ב"מ ובשמ"ק שם דס"ל להלכה דע"א מסייע אינו פוטר משבועת התורה אבל משבועת התקנה פוטר.

א"כ לפ"ז יש להקשות דאמאי לא קאמר הש"ס בשבועות (דף מ"א) הך א"ב בין שד"א לדרבנן לענין אי עד מסייע פוטר. אכן לפמש"כ א"ש.

די"ל דכוננת הרמב"ן הוא פנ"ל דדוקא בשד"א דנחתינן לנכסי' והוי כמו כל ממון גמור לכן לא מהני ע"א לפטור משום דבעינן שנים בממון רק לחייב שבועה גזה"כ דנאמן ע"א כמבואר שיטת הרמב"ן בזה.

אבל בשבועת התקנה דאין דינו רק כמו גזל דרבנן וכמבואר בח"מ סי' פ"ז סעיף י' ובסי' פ"ב סעיף ו' דאף בשבועת המשנה דינו רק כמו גזל מפני ד"ש יעו"ש ולא נחתינן לנכסי' ע"כ דינו דמהימן ע"א.

ונהו פונת הרמב"ן וסייעתו בזה כמה שחילקו בין שד"א לשבועת התקנה לענין אי ע"א מסייע פוטר לכן א"ש מה דלא אמרו בש"ס להך איבא בינייהו וכמש"כ לתרץ אליבא דהמח"א פנ"ל: אבל במש"כ להוכיח מסוגיא זו דלא פהשער משפט שפיר הוכחתי.

דהא לדברי הש"מ דס"ל דעד קרוב פוטר מן שבועת הקיפת טעמו משום הקו"ח או משום חזקה א"א מעיז וחזקה א"א חוטא כו'. א"כ אף אם היה הדין דנחתינן לנכסי' בשבועת הקיפת ג"כ ע"א קרוב מסייע פוטרו מש"ה ע"פ טעמים הג"ל.

דהא הנה סברות שייכי אף אם הוי נחתינן לנכסי' גבי ש"ה. ע"כ לא שייך לתרץ דברי הש"מ הג"ל כמש"כ לתרץ דברי המח"א והרמב"ן הג"ל.

ולכן שפיר הוכחתי דלא פהשער משפט. והדין הוא דקרוב אינו פוטר מן שבועת הקיפת אף בקרוב ונתרחק יש מקום לדברי המח"א הג"ל דפוטרו מש"ה. כ"ז פתבתי מפבר: ענף ד נכעת ראיתי עוד להוכיח דלא פהשער משפט.

מהא דב"ב (דף קכ"ח) שלח לי ר' אבא לרב יוסף ב"ח היה יודע לו בעדות קרקע עד שלא נסתמא ונסתמא פסול ושמואל אמר כשר אפשר דמכנין מצרנהא אבל גלימא לא ור"ש אמר אפילו גלימא כו' ור"פ אמר כו'.

מִתְּבִי הָיָה יוֹדֵעַ לוֹ בְּעֵדוּת כּו' פְּתוּחַ וְנִסְתָּמָא פְּסוּל כּו' תְּיֻבְּתָא דְכוּלְהוּ תְּיֻבְּתָא.
וּלְפַמְש"כ הַשְּׁעַר מְשַׁפֵּט דְקָרוּב פּוֹטֵר מִן ש"ה א"כ הָא ה"מ הַש"ס לְתַרוּצֵי לְכָל הַנְּדָף
אֲמוּרָאֵי דְכוּנְוִנְתָּם בְּמָה דְשָׁקְלוּ וְטָרוּ אֵי סְמְכִינֵן עַל עֵדוּת פְּתוּחַ וְנִסְתָּמָא דְקָאֵי עַל עֵדוּתוֹ
לְפָטוֹר מִן ש"ה.

וּא"ש מַה דְנִקְטוּ בְּלִשׁוֹן יְחִיד הִי יוֹדֵעַ בְּעֵדוּת כּו'. וּבְאַמַּת פִּי הַרְשָׁבָ"ם דְמִיָּרֵי ע"י צִירוּף
לְעַד אַחַר מְשׁוּם דְהָא בְּקַרְקַע לָא מְהַנִּי ע"א כָּלֵל.

אֲכַן אֵי נִימָא דְקָאֵי לְעַנְנֵן לְפָטוֹר אֶת חֲבִירוֹ מִן ש"ה א"ש בְּמָה דְנִקְטוּ בְּפִשְׁיטוֹת בְּלִשׁוֹן
יְחִיד. וְאִף דְסוּמָא פְּסוּל לְהַעֲיֵד ע"פ גִּזְה"כ מִן הָא דְכַתִּיב וְהוּא עַד אוֹ רָאָה.

עכ"ז הָא כְּמוֹ דְקָרוּב הַפְּסוּל מִגִּזְה"כ מְשׁוּם דְלָא נִחְשָׁד לְשַׁקֵּר. ע"כ מְהִימֵן לְפָטוֹר מִן
ש"ה וּכְמַש"כ הַש"מ.

ה"ה בְּסוּמָא דְלָא מִיְפָסֵל מְשׁוּם חֲשֵׁשׁ מְשַׁקֵּר אֶלָּא מִצַּד גִּזְה"כ וְדָאֵי מְהִימֵן ג"כ לְפָטוֹר מִן
ש"ה לְפִי סְבָרַת הַש"מ. וּפְלִיגֵי הַנְּדָף אֲמוּרָאֵי אֵי סְמְכִינֵן עַל עֵדוּתוֹ דְעַכְשָׁיו הוּא סוּמָא אֵי
מְצִי מְכַוֵּן שְׁפִיר אוֹ לֹא.

וּמִדְקָא מְסִיָּמֵי בְּתֻיבְּתָא דְכוּלְהוּ מוּכַח דַּס"ל לְהַש"ס דְפְּסוּל לְעֵדוּת אֵינּוּ פּוֹטֵר מִן ש"ה.
ע"כ שְׁפִיר מְסָקֵי בְּתֻיבְּתָא.

א"כ מוּכַח מְזַה ג"כ דְלָא כְּהַשְׁעַר מְשַׁפֵּט: אֲכַן יֵשׁ לְדַחוּת זֶה דְהָא מְבֹאֵר בְּתוֹס' שְׁבוּעוֹת
(דָּף מ"ח ע"א) ד"ה נִשְׁבָּע בַּעַה"ב כּו' דְשְׁבוּעַת הַיִּסּוֹת לֹא נִתְקַנְהָ אֶלָּא בִּימֵי רַב נַחְמָן כּו'.
וּכ"כ הַתוֹס' בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"ו) ד"ה בְּדַרְבְּנֵן תַּקְנֵתָא כּו'.

וְדָלָא כְּשִׁיטַת רַש"י שָׁם. וּכ"כ הַתוֹס' בְּב"מ (דָּף כ"ו ע"ב) ד"ה שְׁנַפְּל מְשַׁנִּים כּו'.

וְעֵינֵן בְּתוֹס' קִידוּשֵׁין (דָּף מ"ג) ד"ה וְכֵן בְּדִינֵי מְמוּנוֹת כּו'. וּבְש"ף ס' קכ"א ס"ק נ"ז
בְּכוּנוֹת הִירוּשָׁלַיִם דְמִיָּרֵי קוֹדֵם תַּקְנֵת ר"נ.

וּבְש"ף ס' פ"ט סוּף ס"ק י' וּאֲכַמ"ל. ע"כ אֵין לוֹמַר דְהָא דְפְּלִיגֵי שְׁמוּאֵל וּמ"ד הַנְּז"ל
בְּפְתוּחַ וְנִסְתָּמָא אֵי כְּשֵׁר לְהַעֲיֵד דְמִיָּרֵי לְעַנְנֵן לְפָטוֹר מִן ש"ה דְמוֹעֶלֶת עֵדוּתוֹ.

דְהָא בִּימֵי שְׁמוּאֵל עֲדִינֵן לֹא נִתְקַנְהָ לְשְׁבוּעַת הַיִּסּוֹת ע"כ אֵין מְקוּם לְהוֹכְחָהּ זוֹ. וְאֵין שׁוּם
מְקוּם לְהוֹכִיחַ כֵּן רַק לְשִׁיטַת רַש"י דַּס"ל בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"ו) דְגַם בִּימֵי הַתְּנָאִים נִתְקַנְהָ
לְשְׁבוּעַת הַיִּסּוֹת.

וְלָכֵן רַש"י בְּב"מ (דָּף כ"ו) אֲזִיזֵל לְטַעְמֵי וּמִתְנַרְץ קוֹנְשִׁיּוֹת הַתוֹס' עָלָיו שָׁם בְּד"ה שְׁנַפְּל
מְשַׁנִּים כּו'. וּכְמַש"כ הַמְרָדְכֵי פ"ב דְקִידוּשֵׁין וְהוּבָא בְּש"ף ס' פ"ז ס"ק ל"א יַעו"ש.

א"כ הָא יָדוּעַ שִׁיטַת רַש"י בְּב"מ דָּף ב' בְּפִי הַסּוּגָא וְלִיחְזִי זוּזֵי מִמָּאן נִקְטַת דַּס"ל דָּאֵין
עַד מְסִיַּע פּוֹטֵר מְשַׁבּוּעָה כָּלֵל. וְע"כ הַנְּכַרְח רַש"י לְפָרֵשׁ לוֹ שִׁיטָּה אַחֲרַת בְּפִשְׁט הַסּוּגָא
וְלִיחְזִי זוּזֵי כּו'.

ע"כ אֵין מְקוּם כָּלֵל לְהוֹכִיחַ אֲלִיבֵי דְשִׁיטַת רַש"י כָּלֵל מִמָּה דְלָא פִּירְשׁוּ לְפִלְגֵתָא שְׁמוּאֵל
וְאֲמוּרָאֵי דְמִיָּרֵי לְעַנְנֵן אִם עַד סוּמָא פּוֹטֵר מִן ש"ה דְהָא לְשִׁי רַש"י אֵין שׁוּם עַד מְסִיַּע
פּוֹטֵר כָּלֵל.

וע"כ נדחה הוכחתו: ומ"מ י"ל דשפיר יש להוכיח פנ"ל דהא לסברת הש"מ שכתב דלכו קרוב פוטר מש"ה משום דיש בזה חזקה א"א חוטא כו' ונחזקה א"א מעיז. א"כ ה"ה בזה אף לשי' הסוברים דאין עד מסייע פוטר מ"מ גבי ש"ה גם אינהו מודו דפוטר לפמש"כ הש"מ.

ע"כ שפיר יש להוכיח מזה דלא כהש"מ בסברתו הלזו: שוב ראיתי דעל הוכחה זו אין לבנות יסוד פלל דהא בלא"ה יש להעיר דאמאי מסקי בתיובא שם בב"ב הא עדיין י"ל דהא דפליגי שמואל ואמוראי אם סומא פשר לעדות או לא בפחות ונסתמא די"ל דמייירי לענגו לחייב לחבירו שבועת ה'סת.

לשיטת רש"י דס"ל דגם קודם ר"נ ה'ה חיוב ש"ה. והא קיי"ל דע"פ קרוב מחייב ש"ה אף בטוענו בספק פמבואר בסי' ע"ה סעי' כ"ג.

ובמעיד לפנינו גם הש"ך הכריע לחייבו ש"ה. [והיכא דיש רגלים לדבר כ"ע מודו כמש"כ הש"ך ס"ק פ"ג].

א"כ י"ל דהא דפליגי שמואל ואמוראי בזה. דקאי היכא דנאמן עד סומא לחייב ש"ה פיון דלא נחשד לשקר פנ"ל.

ובזה פליגי אמוראי אם סמכינן על עדותו דמכנין מצרנהא או לא. וע"כ מוכח דס"ל להש"ס דדוחק לפרש לדבריהם דמייירי לענגו לחייבו ש"ה מ"י עדותו משום דבזה לא שייך לומר לשון פשר פמבואר התם ושמואל א' פשר.

דלשון פשר משמע דכשר להעיד ע"פ עצם עדותו בלבד. וכבר נתבאר לעיל דהא דקרוב מחייב ש"ה אין זה מפאת עדותו רק מצד דהני רגלים לדבר וכמש"כ לעיל בארנפה.

פמו כן י"ל במש"כ להוכיח דלא כהש"מ דס"ל דקרוב פוטר מן ש"ה משום חזקה א"א מעיז ונחזקה א"א חוטא כו'. די"ל דגם בזה לא שייך לומר לשון פשר.

דהא אינו נאמן מצד עדותו רק מצד חזקות הנ"ל ע"כ שפיר מסקי בתיובא דכולהו. ונדחה הוכחה זו: ענף ה' אמןם פבר נתבאר בהוכחה אחרת מן הש"ס דלא כהש"מ וכמבואר במח"א.

והדין הוא דקרוב אינו פוטר מן ש"ה. ולאחר דתקנו חז"ל ש"ה דינו בזה פדאורייתא לגבי זה.

[אף דלהרבה דברים חילקו בין ש"ה לשד"א]. דווקא עד פשר פוטר וכדמוכח מהש"ס והמח"א.

ועכ"ז היכא דהחיוב שבועת ה'סת בא ע"י עדות הקרוב לפנינו. בזה י"ל דפוטר קרוב הבא להכחישו.

דהא אף לשי' הסוברים דאין עד מסייע פוטר מ"מ שבועה הבא ע"י עדות העד מודו דעד המכחישו פוטר משד"א משום דסלק עדות הראשון והני פמאן דליתנהו פלל מעולם. וכמש"כ הר"נ והנ"י בריש ב"מ ובשמ"ק שם והובא בש"ך סי' פ"ז ס"ק ט"ו.

ואף לפמש"כ הש"ך שם דיש לדון דאם בא הראשון מקודם ה"ל פתרי כו'. מ"מ הא ידוע מש"כ התוס' פתובות (דף כ"ב) ד"ה אי הכי לכתחלה כו' לחלק בין דרבנן לדאורייתא בזה.

והובא בב"ש סי' קע"ח ס"ק י"א. א"כ בנ"ד דעיקרו אינו אלא מדרבנן ע"כ בזה אין לחלק בין פאו זה אחר זה לבאו בבת אחת.

אלא היכא שפבר פסקו ב"ד חיוב ש"ה ע"י קרוב. בזה י"ל דאין קרוב הב' המכחישו פוטר מ"ה.

וכמש"כ הב"ש שם לחלק בין היכא דפסקו ע"פ אז אף במידי דרבנן הוי הראשון פתרי ואין האחרון נאמן להכחיש להראשון. וכ"כ הב"ש בסי' י"ז ס"ק ק"ט בשם התוס' יבמות וכתובות לחלק פנ"ל.

ע"כ לפמש"כ הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ט"ו דלא כהר"נ אלא דהיכא דבא עד א' מקודם אז אין הב' נאמן דה"ל הראשון פתרי אף שלא נעשה מעשה ע"פ. אלא שאני בשבועה דכיון דהתורה הימני' לע"א לחייב שבועה ה"ה דמהימן לפטור ואין חילוק מה"ט בין ב"א לזה אחר זה והר"נ לטעמי' דס"ל דאין עד מסייע פוטר כו' יעו"ש בש"ך: ולפ"ז בעדות קרוב לפי מה דנתבאר דלא מהימן רק לחייב שבועה ולא לפטור.

ע"כ שפיר יש לדון לדברי הש"ך הנ"ל דדוקא בבאו בבת אחת או אף זה אחר זה רק דלא פסקו ע"פ לחייב ש"ה דהא בדרבנן כ"ז דלא פסקו אין הראשון נאמן פתרי פנ"ל. אז הוי עדות הראשון כמאן דלית' כלל.

אבל אם פבר פסקו ע"פ הראשון לחייבו ש"ה אז י"ל דה"ל הראשון פתרי ואין הב' יכול להכחישו. ובזה לא שייך מש"כ הש"ך לדון דכיון דמהימן ע"א בשבועה ע"כ דין השני כמו הראשון דהא בעדות קרוב נתבאר דאינו פוטר מן ש"ה.

ע"כ מצד הכחשתו להראשון אינו נאמן אם פבר פסקו ע"פ הראשון לחייב ש"ה. לכן נראה דאם פבר פסקו ע"פ קרוב לחייב ש"ה אז אין הב' נאמן להכחישו להראשון: וכ"ז הוא ע"פ שיטת הש"ך אבל לפמש"כ הר"נ והנ"י לחלק דבשבועה לא שייך דה"ל הראשון פתרי לפי דהא הוי מחוסר מעשה כיון דלא נשבע.

ע"כ אף דכבר פסקו ע"פ לחייבו שבועה מ"מ הא הוי עדיין מחוסר מעשה כ"ז דלא נשבע לכן אין דינו של הראשון פתרי. וע"כ מהימן הב' להכחיש להראשון וה"ל כמאן דליתנהו לעדות קמא.

ומחלקים דשאני עדות מיתה ועד סוטה דאינו מחוסר מעשה. ולכן אין סתירה לדברי הר"נ והנ"י הנ"ל מהא דסוטה כמש"כ הש"ך.

דהא הר"נ והנ"י הרגישו בזה וכתבו לחלק פנ"ל. וכיון דבעדות דמהימן ע"א מה"ת פתבו הר"נ והנ"י דאין דינו של הא' פתרי ומצי' הב' להכחישו.

כש"כ במידי דאינו נאמן ע"א רק מדרבנן לחייב שבועה. וגם הא חזינו בחיוב שבועה מדבריהם דלא תיקנו בזה ככל דאורייתא תיקונו.

דְּהָא חֲלוּקִים הֵם לְכַמָּה עֲנִינִים כְּמוֹ דְּלָא נִחְתִּינֵן לְנִכְסָיו וְכַהֲנָה. ע"כ וְנִדְאֵי לַכ"ע הַדִּין
נִוְתֵן דְּאָף דְּכִבְרַת פְּסָקוֹ ע"פ עֲדוּת הַקְּרוּב לְחִיבּוֹ ש"ה.

דמ"מ אֵין דִּינוֹ שֶׁל הַרְאִשׁוֹן כְּתָרִי וּמְצִי הַב' לְהַכְחִישׁוֹ וְסָלַק עֲדוּתוֹ כְּמֵאֵן דְּלִיתְנָהּוּ כְּלָל
מְעוּלָם. ע"כ דְּעֵתִי בְּזָה דְּאֵם חִיּוּב שְׁבוּעַת הַקִּיסַת הוּא ע"י עֲדוּת הַקְּרוּב אֲזַ אָף דְּכִבְרַת פְּסָקוֹ
ע"פ לְחִיבּוֹ ש"ה.

מ"מ אֵם בָּא אַח"כ קְרוּב ב' לְהַעֲיִד לְהַכְחִישׁ לְהֵא' אֲזַ מְצִי לְמִיפְטוֹר מִן חִיּוּב ש"ה. מְשׁוּם
דְּאָף דְּנִתְבְּאָר דְּקְרוּב אֵינוֹ פּוֹטֵר מִן ש"ה.

מ"מ י"ל בְּזָה כְּעֵין סְבֵרַת הַר"ן וְהַנ"י דְּאָף דַּס"ל דְּאֵין עַד מְסִייעַ פּוֹטֵר מ"מ גְּבִי שְׁבוּעָה
הַבְּאָה עָלָיו ע"י עֲדוּת ע"א שְׁפִיר י"ל דְּפּוֹטֵר הַב' מִן שְׁבוּעָה דְּאוֹרְיִיקָא מְשׁוּם דַּע"כ"פ
סָלַק עֲדוּתוֹן וְהוּי כְּמֵאֵן דְּלִיתְנָהּוּ.

וה"ה בנ"ד דְּפּוֹטֵר בַּכַּה"ג מִן ש"ה: וְכֵן אֶפְשָׁר לְדוֹן בְּמָה דְּקִי"ל דְּאֵם יֵשׁ רְגָלִים לְדְּכִבְרַת
כְּפִי רְאוּת הַב"ד דְּאֲזַ חִיבּוֹ ש"ה וְכַמְש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' ע"ה ס"ק ס"ג כְּנ"ל. דְּבְּזָה אֶפְשָׁר
לִוְמַר דַּמְה"ט דְּאֵם מְעִיד קְרוּב לְסִייעוֹ דְּפּוֹטֵר מִש"ה.

דְּהָא כְּבָר נִתְבְּאָר בְּמָה דְּבְעֲדוּת קְרוּב מְסִייעֵינֵן ש"ה הָוֵי הַטַּעַם מְשׁוּם דְּהוּי עַפ"ז רְגָלִים
לְדְּכִבְרַת לְהַב"ד כִּיּוֹן דְּלָא נִחְשַׁד לְמַשְׁקֵר. וְכַדְמְצִינוּ בַּאֲה"ע סִי' קַט"ו גְּבִי אִשְׁתָּה הָאוּמְרַת
טְמֵאָה אֲנִי לָהּ וְכַמְש"כ לְעֵיל בְּאַרְנוֹכָה.

ולפ"ז י"ל לְפַמְש"כ הַח"מ וְהַב"ש בַּאֲה"ע סִי' קַט"ו סַעִי' ו' דְּאֵם אֵיכָּא רְגָלִים לְאִיסוּר
דְּמַהֲיִמְנָא לִוְמַר טְמֵאָה אֲנִי לָהּ וְאֵיכָּא גְּמִי רְגָלִים לְדְּכִבְרַת לְהַתִּירָא דְּבְזָה דַּעַת הַתּוֹס' דְּאִינָה
נְאֻמְנָת לִוְמַר טְמֵאָה אֲנִי כִּיּוֹן דְּעִיקָר טַעְמָא בְּמָה דְּנִאֻמְנָת זֶהוּ מְשׁוּם רְגָלִים לְדְּכִבְרַת
לְאִיסוּרָא.

ע"כ הֵיכָא דְּהוּי רְגָלִים לְדְּכִבְרַת ג"כ לְהַתִּירָא א"כ סוּתֵר הַרְגָלִים לְדְּכִבְרַת אֶהְדְּדִי וְהוּי כְּמֵאֵן
דְּלִיתְנָהּוּ כְּלָל. וְכַעֲיִן סְבֵרַת הַר"ן וְהַנ"י הַנְּ"ל גְּבִי עֲדוּת ע"א כְּנ"ל.

וְנִשְׁאָר זֶה הָעֲנָנִין כְּמוֹ דְּלָא הִיָּה רְגָלִים לְדְּכִבְרַת כְּלָל מְעוּלָם וְאִינָה נְאֻמְנָת. וְכַמְש"כ הַב"ש
שָׁם ס"ק כ"ג בְּשֵׁם תּוֹס' כְּתוּבּוֹת (דָּף ס"ג) דְּלָא ס"ל כֵּן.

עֵינֵן בְּנו"ב בַּמ"ק ח' אַה"ע סִי' ע' דְּכַתְּבַת דְּאֵין שׁוּם הוֹכְחָה כְּלָל מִהַתּוֹס' כְּתוּבּוֹת הַנְּ"ל
עֵי"ש. ע"כ הַנְּכֹוֹן הוּא כַּמְש"כ הַח"מ שָׁם: וְלִכֵּן בַּנ"ד דְּאֵם עִיקָר חִיּוּב ש"ה הָוֵי מְצַד
רְגָלִים לְדְּכִבְרַת ע"כ אֵם יֵשׁ עֲדוּת קְרוּב הַמְכַחֵישׁ וְסוּתֵר לְהַרְגָלִים לְדְּכִבְרַת הַנְּ"ל.

דְּכִיּוֹן דְּגַם זֶה מְקַרִי רְגָלִים לְדְּכִבְרַת וְהוֹכְחָה עַל פְּטוּר. דְּזֶה הָוֵי כְּמוֹ דְּלִיתְנָהּוּ כְּלָל מְעוּלָם
רְגָלִים לְדְּכִבְרַת עַל חִיּוּב ש"ה.

וּפְטוּר מִן ש"ה. וְנִדְּוֹקָא אֵם מְחֻיבֵיב ש"ה ע"י אֲמִירַת כְּרִי שֶׁל הַתּוּבָע דְּבְזָה אֵינוֹ מוֹעִיל
שׁוּם רְגָלִים לְדְּכִבְרַת לְפּוֹטֵרוֹ מִן ש"ה כְּמִבְּוֹאָר בְּסוּף סִי' פ"ז דְּבְטַעְנָה מְרוּמָה וְטַעְנָה גְּרוּעַ
הֵיכָא דְּהוּי דְּרָרָא דְּמִמוּנָא חִיבּוֹ ש"ה כְּנ"ל בְּאַרְנוֹכָה בְּשֵׁם הַבְּיָאוּר הַגָּר"א זצ"ל וְהַאוּ"ת
כְּנ"ל.

אף דאין לך רגלים לדבר יותר מזה עכ"ז אינו פוטר מן ש"ה. ע"כ שפיר כתבתי דעדות קרוב אינו פוטר מן ש"ה הבאה עליו ע"י טענת ברי של הבע"ד.

אבל בחיוב ש"ה ע"י רגלים לדבר שפיר י"ל דעדות קרוב פוטר מן ש"ה. וכן בשבועה הבאה ע"י קרוב ג"כ מועלת עדות הקרוב הב' לפטור אף דנפסק הדין לחיבו ש"ה ועכשיו דאחינו להכי י"ל ג"כ לפמש"כ המחבר והרמ"א בסוף סי' פ"ז דבטענה מרומה ובטענה גרוע אין להשביע במקום דליכא דררא דממונא.

ע"כ י"ל דמה"ט עדות קרוב פוטר מן ש"ה במקום דליכא דררא דממונא דהא משום עדותו של הקרוב הוי פצין רגלים לדבר דמהני לפטור מן ש"ה במקום דליכא דררא דממונא כמבואר שם פנ"ל.

אבל במקום דררא דממונא והיכא דחיוב ש"ה ע"י ברי של הבע"ד נתבאר דכה"ג אין עדות קרוב פוטר מן ש"ה ודלא כהשער משפט: יח (שם סעי' כ"ג) טענו בספק ע"פ העד כו' משביעו שד"א. וכן הכריע הש"ך שם בס"ק פ' דכן הלכה רונחת: ענף א ונלע"ד ראי' ברורה לזה מירושלמי סוטה פ"א ה"א דאמרו שם ע"א מהו שישקיה מה אם פיו שאינו זקקו לשבועת ממון ה"ה משקיה ע"א שהוא זקקו לשבועת ממון לא כש"כ עכ"ל.

וע"א דאמרו שם מייירי הפל היכא שאין הבעל יודע משום דאם הבעל יודע אינו צריך פלל להע"א דהא מייירי שם למ"ד דמשקיה ע"פ עצמו ויליף לזה מן מה דמחיב ע"א לשד"א א"כ מוכח להדיא דע"א מחייב שד"א אף דהתובע טענו בספק ע"פ העד.

והנה הרא"ש בפ"ו דשבועות סי' ה' והרשב"א והר"ן שם הביאו לפלוגתת הראשונים בדין זה ושיטת הסוברים דע"א אינו מחייב שבועה בטענה בספק דטעמם משום דאמרו בב"מ (דף ד') הצד השנה שע"י טענה וכפירה כו' והך פללא דכ"מ ששנים מחייבין ממון א' מחייבו שבועה הוא לאו זקא דאין למדין מן הפללות וע"ז הביא הרא"ש והרשב"א והר"ן לדברי הירושלמי בפ"ו דשבועות ה"א ששנים מחייבין הרבה בהפלל הזה ולא הקשו נהרי שנים מחייבין בשמא ולכן הוכיחו מירושלמי שבועות הזה פשיטת הסוברים דאף בטענת שמא מחייבין שד"א ע"פ ע"א.

אף בירושלמי סוטה ה"ל מבואר להדיא פן ותקשה על שיטת החולקים ע"ז. ואפשר דטעמם דסמכו על המבואר בב"מ (דף ד') הצד השנה שע"י טענה פנ"ל דמזה הוכיחו דס"ל להש"ס דילן דהך פללא דכ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייבו שבועה הוא לאו זקא וכמש"כ הרא"ש והרשב"א והר"ן בשמם.

אכן הירושלמי דס"ל בפ"ו דשבועות דהך פללא הוא בזקא ע"כ אמרו בירושלמי סוטה ה"ל בפשיטות דע"א אף בטענו בספק ג"כ מחייבו שד"א. והירושלמי אזיל לשיטתו.

וראיתי בגידולי תרומה לבעה"ת שער ל"ו ח"ג אות ד' שהאריף שם בזה וכתב לדחות לראיות הראשונים מן הירושלמי בפ"ו דשבועות ה"ל ע"ש. אבל מה יענה במה דמפורש להדיא בירושלמי סוטה ה"ל דע"א מחייב שד"א אף בתובע טוען שמא ותמיהני על הראשונים דלא העירו מירושלמי הלז: והנה לקמן בסי' פ"ד סעי' ה' כתבתי בחידושי שם דעיקר פלוגתת הראשונים אם משביעין שד"א ע"פ ע"א היכא דהתובע טוען שמא

דלפי פלוגתת אמוראי בב"ב (נ"ד קל"ה) דרבא או רבה ס"ל שם להוכיח דזאת אומרת
מנה לי בינדה והלה אומר א"י פטור ואב"י אמר דשאני הכא דכמנה לאחר בינדה דמי.

אבל רבא ס"ל דאין לחלק דאף ברי ע"פ אחר הוי כמו ברי של הבע"ד ולישיטת רבא
ברור ופשוט דהדין הוא בתובע טוען ברי ע"פ ע"א דמשביעין שד"א משום דבזה לא
שייך הפלל דאין נשבעין על טענת שפא דהא דינו כמו ברי וכמש"כ הרשב"א בחי'
לשבועות (נ"ד מ') בשם ר' אפרים ו"ל דאם תובע ע"פ העד אינו נשבע דטענת ברי בעינן
וברי ע"פ אחר אין דינו כמו ברי.

והחולקים שם טעמם דאף דהוי כמו טענת שפא מ"מ חייב שד"א משום דשאני שבועה
הבא ע"י ע"א דלא בעינן טענה בזה פיון דכללא הוא דכ"מ ששנים מחייבין ממון א'
מחייבו שבועה כמבואר שם ובר"נ וברא"ש לשבועות שם.

אבל למ"ד דס"ל דאף ברי של אחר נחשב לברי ממש לכל דינו לדידין' נודאי הדין הוא
דמשביעין ע"פ ע"א אף דטוען שפא משום דזה הוי כמו טענה. ולפ"ז י"ל דאין ראי' מן
הירושלמי הנה להוכיח פן לדינא משום דעדיין אפשר לומר דהה מירא דירושלמי זהו
משום דס"ל פשיטת רבה דאף ברי ע"פ אחר דינו כמו ברי ממש ולכן בנודאי הוא
דמשביעין ע"פ ע"א אף דטוען שפא פנ"ל.

אכן לדינא דקיי"ל כסברת אב"י בב"ב שם דברי ע"פ אחר אין דינו כמו ברי רק דמקרי
טענת שפא לכן עדיין י"ל דאין משביעין ע"פ ע"א אם התובע טוען שפא דכללא הוא
דאין נשבעין על טענת שפא: וכן יש לדון במה שכתבו הראשונים שם להוכיח פן
מירושלמי שבועות פ"ו ה"א הנ"ל דמדלא הקשה שם נהרי שנים מחייבין ממון אף
בטענת שפא וע"א אינו מחייב שבועה בטוען שפא דמוכח מזה דמשביעין בזה.

ולפי מש"כ יש לומר דהירושלמי שם ס"ל כהמ"ד דס"ל דמה שטוען ברי ע"פ אחר דינו
כמו ברי ממש ע"כ לדינא לפי מש"כ בסי' פ"ד סעי' ה' לבאר על נכון דלדינא קיי"ל
דברי ע"פ אחר לא מהני להיות לו דין ברי וכדמוכח מן הש"ך לעיל ס"ק ל"ה וכמש"כ
בחדושי שם.

וכן מוכח מן שיטת הפוסקים דס"ל דאין משביעין בטענת ספק ע"פ העד משום דבעינן
טענה הרי דמה שתובע ע"פ העד אין דינו כטענת ברי ואף החולקים הא טעמם משום
דבשבועת ע"א לא בעינן טענה כלל.

וינדעתי מה דינן לחלק בחילוקים דחוקים בכ"ז אף בפשטות הענין הדעת נוטה פן. וכיון
דלדינא קיי"ל כמו שפארתי בטוב טעם שם דמה שטוען אחר אין דינו כברי ע"כ שפיר
י"ל דאין משביעין ע"פ ע"א בטענת שפא ואין ראי' מהירושלמי לסתור שיטת הפוסקים
דס"ל דאין נשבעין ע"ז פיון דטוענו ספק: אכן באמת שפיר הוכיחו הראשונים
מהירושלמי שבועות פ"ו ה"א פן משום דהא בירושלמי שם קאי על מימרא דאמר רב
יהודה בשם שמואל כל ששנים מחייבין ממון ע"א זוקקו לשבועה ובש"ס דילן לשבועות
(נ"ד מ') איתמר זה בשם ברייתא אף בירושלמי שם אמרו פן בשם רב יהודה כו' וע"ז
שקלו וטרו שם להקשות על הה פללא א"כ שפיר הוכיחו הראשונים מדלא הקשו שם
נהרי ב' עדים מחייבין אף בטענת שפא וע"א אינו מחייב שד"א בכה"ג דמוכח דס"ל

דבע"א לא בעינו טענה קלל משום דאין לומר דלכן ע"א מחייב שבועה משום דס"ל פהך מ"ד דמה שטוען ע"פ אחר דינו כברי.

דז"א דהא מבואר בב"ק (דף קי"ח) ובכתובות (דף י"ב) ובב"מ (דף צ"ז) גבי מנה לי בינך והלה אומר א"י דרב יהודה ס"ל דחייב משום ברי ושמא ברי עדיף. ומוכח בב"ב (דף קל"ה) דמאן דס"ל פן מוכרח לחלק כמו שמאמר אב"י שם לעולם אימא לך חייב וש"א דכמנה לאחר בינך דמי משום דאם לא נחלק פן אזי מוכח מן המשנה שם כמו שמאמר רבה שם זאת אומרת מנה לי בינך והלה אומר א"י פטור.

וכיון דרב יהודה ס"ל דברי ושמא ברי עדיף מוכרח לחלק דהברי ע"פ אחר אין דינו כמו ברי. ולפ"ז שפיר הוכיחו הראשונים מן מה דלא הקשו שם בירושלמי על הכלל דקאמר רב יהודה דכ"מ ששנים מחייבין כו' דהא חזינו בטענת שמא כו' דמוכח מזה דגם בכה"ג ע"א מחייב שבועה משום דלא בעינו טענה בע"א.

דאין לומר בטעם הירושלמי שם דלכן ע"א מחייב שד"א אף בטוען שמא משום דס"ל פשיטת רבה בב"ב (דף קל"ה) דגם ברי ע"פ אחר מקרי טענת ברי. דז"א דהא מירינן שם לרב יהודה ולדידך' הא מוכח דס"ל פסקרת אב"י שם דס"ל ברי ע"פ אחר לא מקרי טענת ברי וע"כ שפיר הוכיחו מזה לדינא דבשבועת ע"א לא בעינו טענה קלל ואתי שפיר דבריהם בראיתם: ולפ"ז מתורץ על נכון בעז"ה למש"כ לעיל לתמונה על הראשונים אמאי לא הביאו להוכיח פן מירושלמי מפירוש בסוטה פ"א ה"א ה"ל דמבואר דס"ל דע"א מחייב שד"א אף בטוען שמא ובאמת זהו תמי' רבתא.

אכן לפמש"כ מתורץ זה משום דדוקא מירושלמי שבועות פ"ו ה"ל שפיר הוכיחו פן וכו"ל. אבל מירושלמי סוטה אף דמפירוש שם דע"א מחייב שבועה בטענת ספק עכ"ז אין מקום להוכיח פן לדינא.

משום די"ל דהירושלמי ס"ל שם פשיטת רבה דס"ל בב"ב (דף קל"ה) דברי של אחר ג"כ מקרי ברי וע"כ לפ"ז הדין נותן גבי טענת ספק ע"פ הע"א דמחייב שבועה דהא טוען ברי ע"פ הע"א ואי נימא דהדין הוא דברי ע"פ אחר הוי דינו כמו ברי ע"כ בנודאי הדין הוא דחייב שד"א נגד הע"א.

וכמש"כ לעיל להוכיח פן בשם הרשב"א לחי' בשבועות (דף מ') בשם ר' אפרים ז"ל דלכן אין משביעין ע"פ ע"א בטוענו ספק משום דמה שטוען ברי ע"פ אחר אין זה מקרי ברי ומקרי טענת שמא ואין נשבעין על טענת שמא כו'.

אכן לדינא לפי מאי דקיי"ל פסקרת אב"י נגד רבה דס"ל לאב"י דברי ע"פ אחר אין דינו כמו ברי עדין י"ל דאין נשבעין ע"פ ע"א אם טוען שמא ולכן אין ראיה מירושלמי סוטה והוכיחו להוכיח בשארי ראיות דבע"א לא בעינו טענה קלל ומתורץ תמיהתי על הראשונים הללו: ענף ב והתוס' פתובות (דף י"ח) ד"ה מ"מ אמרה תורה כו' ובב"מ (דף ג') תוס' ד"ה מ"מ אמרה כו' פתבו באה"ד דאיצטריך ע"א היכא דהתובע טוען שמא.

א"כ מוכח דס"ל להתוס' ג"כ דמשביעין ע"פ ע"א בטוען שמא ג"כ. ולכאורה י"ל פיון דמירי התם במימרא דרבה ורבה הא ס"ל בב"ב (דף קל"ה) דגם ברי ע"פ אחר דינו כברי וע"כ אין ראיה מהתם לדינא פנ"ל.

או די"ל דכּוּנְתָם דְלֵהָ מ"ד תְּקֻשָּׁה מְנַל דְּכוּפֵר הַפֵּל פְּטוּר וְדַרְךָ הַתּוֹס' בַּכ"ד לְמַכְתָּב בְּקֶצֶרָה וְעֵינָן בְּש"ה ח"מ סי' רס"ח ס"ק ב'. אַכֵּן בְּאַמַּת ז"א דָּאָם נִימָא דְכְּתָבוּ פֶּן שָׁם לְמ"ד דְּבָרֵי ע"פ אַחַר דִּינוּ בְּבָרֵי א"כ תְּקֻשָּׁה בַּמִּשְׁכָּח הַתּוֹס' שָׁם דְּאִיזְטָרִיף הֵיכָא דְטוּעֵנוּ בְּסַפֵּק ע"פ הָעֵד דְכִינּוּ דְנִימָא דְכוּפֵר הַפֵּל חֲזִיב לִישְׁבַע א"כ גַּם בְּטוּעֵנוּ בְּסַפֵּק ע"פ הָעֵד כִּינּוּ דְמִקְרֵי בְּרֵי הַדִּין הוּא מְמִילָא דְחֲזִיב שַׁד"א כְּמוֹ דִּין דְּכוּפֵר הַפֵּל אִי נִימָא דְחֲזִיב שַׁד"א.

וְלָכֵן שְׁפִיר מוּכַח מִן הַתּוֹס' דַּס"ל גַּם לְדִינָא דְמִשְׁבִּיעֵין בְּסַפֵּק ע"פ הָעֵד כַּדְקִי"ל. וּפְשׁוּט: וְכֵן פְּתָבוּ הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף י"ב ע"ב) ד"ה רַב הוּנָא כּו' שְׁכַתְּבוּ תִימָא דְאַבְיֵי דְאִית לֵיהּ בַּב"ב (דָּף קל"ה) מְנָה לִי בְּיָדָהּ וְהֵלָה אוֹמֵר א"י חֲזִיב וּבַחז"ה מִשְׁמַע דְּאִית לִי דַר' אַבָּא וִי"ל כּו' אֶלָּא שַׁד"א מְעִיד שְׁחֲזִיב לְחַבְרֵי מְנָה דְבִאֲבוּהָ מִתּוֹךְ שְׁאִיל"מ עַכ"ל.

הָרִי דַס"ל דְּאַף בְּטוּעֵנוּ בְּסַפֵּק ע"פ הָעֵד ג"כ דְּדִינָנָן שַׁד"א וּמַחוּשׁוּאִיל"מ. וְאַף דְּמִינְרֵי שָׁם אֲלִיבָא דְאַבְיֵי דְאִית לֵיהּ בַּב"ב (שָׁם) דְּמָה שְׁטוּעֵן בְּרֵי ע"פ אַחַר לֹא מִקְרֵי טַעֲנַת בְּרֵי וְאַפ"ה מְחִיבִינָן שַׁד"א ע"פ הָעֵד אַף בְּטוּעֵן סַפֵּק מִשּׁוּם דַּבְע"א לֹא בְּעֵינָן טַעֲנָה כָּלָל.

וְהִנֵּה הַתּוֹסְפוֹת בְּשָׁבוּעוֹת (דָּף מ"ז ע"ב) ד"ה אִי אֲמַרְתָּ בְּשִׁלְמָא כּו' הִקְשׁוּ תִימָא לְמ"ד מְנָה לִי בְּיָדָהּ כּו' דְּבָרֵי עֲדִיף הֵיכִי מוֹקִי הָאִי קָרָא כּו' וְלֹא תִיַרְצוּ כְּמוֹ שְׁתִּירְצוּ לְהָהּ קוּשְׁיָא בְּכַתְּוֹבוֹת הַגָּ'ל דְּמִינְרֵי בְּטוּעֵנוּ בְּסַפֵּק ע"פ הָעֵד מִשּׁוּם דַּס"ל שָׁם בְּשָׁבוּעוֹת כְּשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים דַּס"ל דְּגַם בְּשָׁבוּעַת ע"א בְּעֵינָן טַעֲנַת בְּרֵי וְע"כ הֵן כְּרַחוּ לְתַרְץ בְּגוּנְיֵי אַחֲרֵינֵי.

וּמָה שְׁיֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל תִּירוּץ א' דֵּהַתּוֹס' בְּשָׁבוּעוֹת שָׁם דְּהָא מְבִנְיָא לְהַדְיָא בְּשָׁבוּעוֹת דָּף ל"ב ע"ב) דְּאָמַר אַבְיֵי הַפֵּל מוֹדִים בַּע"א דַר' אַבָּא הָרִי דַס"ל לְאַבְיֵי דְדִינָנָן מַחוּשׁוּאִיל"מ. עֵינָן מְזָה בַּאו"ת סִי' ע"ה ס"ק י' דְּתִירוּץ זֶה בְּטוֹב טַעַם.

וְרֵאִיתִי בְּמַחְנֵה לׁוי לְשָׁבוּעוֹת (דָּף מ"ז) בְּתוֹס' ד"ה אִי אֲמַרְתָּ בְּשִׁלְמָא כּו' שְׁתִּירוּץ לְקוּשְׁיֹת הַתּוֹס' הַגָּ'ל ע"פ הַמְּבִנְיָא בְּסִי' ע"ה סְעִיף כ"ג בַּהַג"ה דְּמָה שְׁאָמַר שְׁשַׁמַּע מִפִּי אַחַר מִקְרֵי טַעֲנַת בְּרֵי וּמִשְׁבִּיעֵין עַל טַעֲנָה זֹו אֶפְּלוּ הָאֲחֵר הוּא קְרוּב א"כ שְׁפִיר מִשְׁכַּחַת לֵיהּ בְּחַמְשֵׁין יְדַעְנָא כּו' דְּמִשְׁבִּיעֵין ע"פ הָעֵד כְּשֵׁר דְּדִינָנָן מַחוּשׁוּאִיל"מ דְּמִינְרֵי שְׁיֵשׁ קְרוּב הָאוֹמֵר בְּבָרֵי שְׁאִינוּ חֲזִיב רַק חֲמִשִּׁים וְאִם הֵינּוּ מְחִיבִין לֵיהּ מְצַד דְּתוּבַע טוּעֵן בְּרֵי וְהַנְּתַבַּע שְׁמָא הָא יֵשׁ בְּרֵי ע"פ הַקְּרוּב דְּאוֹמֵר לְסִינַע לְהַנְּתַבַּע א"כ לֹא שְׁיָיֵף לְדוֹן בְּזָה בְּרֵי וְשְׁמָא בְּרֵי עֲדִיף רַק מְצַד דְּהוּי מַחוּשׁוּאִיל"מ שְׁפִיר מְחִיבִין לֵיהּ וְגַם אִם הָאֲחֵר הוּי עַד כְּשֵׁר הָא בְּמַחוּשׁוּאִיל"מ אֵין ע"א מְסִינַע פּוּטְרוֹ עַכ"ל.

וְאַף שְׁאָמַר דְּבַר חֲקָמָה מ"מ ז"א דְּהָא אָנּוּ מִינְרֵין לְתַרְץ לְשִׁיטַת אַבְיֵי דַס"ל מְנָה לִי בְּיָדָהּ וְהֵלָה אוֹמֵר א"י חֲזִיב וְהִנֵּה הַמ"ד דַּס"ל פֶּן הָא מְבִנְיָא בַּב"ב (דָּף קל"ה) דְּמִנְכַרְח לּוֹמֵר דְּמָה שְׁאוֹמֵר בְּרֵי ע"פ אַחַר לֹא הוּי כְּמוֹ בְּרֵי דַל"כ תְּקֻשָּׁה עֲלֵיו מִן הַמְּשַׁנָּה דְּשָׁם.

וְלָכֵן כִּינּוּ דְעִיקָר קוּשְׁיֹת הַתּוֹס' עַל הַמ"ד דְּמְנָה לִי בְּיָדָהּ וְהֵלָה אוֹמֵר א"י חֲזִיב א"כ לִיתָא לְדַבְּרֵי הַמַּחְנֵה לׁוי דְּהָא אַף דִּישׁ אַחַר הָאוֹמֵר דְּהַנְּתַבַּע אִינוּ חֲזִיב מ"מ כִּינּוּ דְּהַנְּתַבַּע בְּעַצְמוֹ אוֹמֵר אִינִי יוֹדַע הַדִּין הוּא דְּדִינָנָן בְּרֵי וְשְׁמָא בְּרֵי שְׁל הַבַּע"ד עֲדִיף וְהַבְּרֵי שְׁל אַחַר לֹא מְהִי.

והא דסי' ע"ה סעיף כ"ג בהג"ה דמשביעין היסת ע"פ אחר אף בקרוב אין זה רק לחייבו
שבועת היסת אבל במקום ממון לחיוב או לפטור לא מהני. ולכן שפיר הקשו התוס' ולא
רצו לתרץ כמו שפכתב המהנה לוי משום דלדינא אינו פן אליבא דהה"מ ד.

וכן לדין נתבאר דלא מהני ברי ע"פ אחר פנ"ל: כ"ז פתבתי מכבר וכעת ראיתי דכן
מוכח בירושלמי סוטה פ"א ה"א שם דס"ל דאין לחלק בין ברי של הבע"ד להברי של
אחר והוא דשם בירושלמי לאמר דאמר להקו"ח דע"א משקה פנ"ל אמרו שם קרוב מהו
שמשקה מי קרוב מן בעלה עכ"ל.

וס"ל להירושלמי למילף קרוב מן בעלה דנאמן משום דדריש זה שם מן ומעלה בו. וקשה
איך מדמין ברי של הבעל דהימני' התורה משום דהוי בע"ד משא"כ ברי של הקרוב דאין
הבעל יודע רק מפי אחר ודחוק לומר דמיני' במהימן לי' כפי תרי.

וע"כ מוכח דס"ל לדמותן להדי דכיון דחזינו דהתורה הימני' להבעל ביותר מן האשה
עצמה משום דהוית נוגע לעצמה ביותר. ומהימן להשקותה דאלו מצד חד"א הא אין זה
רק לאוסרה עליו ולא להשקותה וע"כ זהו מצד גזה"כ.

וא"כ ה"ה אף היכא דהבעל אינו יודע אף דאומר ברי ע"פ אחר קרובו ג"כ שייך
להשקותה משום דגם בכה"ג דינו כמו ברי שלו ממש. ובאמת לפי דמסיק הירושלמי
דאף קרוב מהני להשקותה אחר הקננוי דלפ"ז אין אנו צריכין להקו"ח דלמד שם לעיל
מיניה לע"א שמשקה בקו"ח מן ע"א בממון דמחייב שד"א דהא אף היכא שאינו מחייב
שד"א ג"כ משקה לפי דהוי ברי של האחר כמו ברי של הבעל אף לרונחא דמילתא נקטו
לעיל מיניה להקו"ח אבל עדיין י"ל דהטעם דע"א מחייב שד"א בטוען שמה דזהו משום
דהברי של האחר נחשב ג"כ לטענת ברי וכמו שפכתבתי בפעורת ה': ודע דבעיקר הדבר
שפכתבתי לעיל דהירושלמי בשבועות פ"ו ה"א דקאי שם על מימרא דרב יהודה דכיון
דרב יהודה ס"ל מנה לי ביידה ונהלה אומר א"י חייב דמנכרין אליבין' לומר פסברת אפני
בב"ב (דף קל"ה) דמה שאומר ברי ע"פ אחר לא הוי ליה דין ברי.

דיש עדיין לדון בזה עפ"י מש"כ התוס' בב"ק (דף מ"ו ע"א) ד"ה דאפילו ניזק אומר ברי
ומזיק שמה כו' ובכתובות (דף י"ב ע"ב) תוס' ד"ה רב הונא ורב יהודה אמרי חייב כו'
וב"ב (דף קל"ה ע"א) ד"ה אפני אמר לעולם חייב כו' במה שהקשו מן רב יהודה על רב
יהודה דב"ק (דף מ"ו) וכתבו לחלק בין ברי טוב ושמא גרוע ובין שמא היכא דלא ה"ל
למידע.

א"כ לפ"ז נסתר לכאורה למה שפכתבתי להוכיח אליבין' דרב יהודה דמנכרין לומר דהברי
של אחר לא מהני דהא י"ל דהא דב"ב לא מהני הברי שם משום דהוי במקום דלא ה"ל
למידע. ואף דהתוס' פתבו שם דאפני לא ס"ל לחלק בזה ונהיא דב"ק (דף מ"ו) יספור
אפני דזה כלל גדול דהתם לא אתי לאתויי אפילו ניזק אומר ברי כו' אלא מוקי פהא
דאמר התם א"נ להא דאיתמר כו'.

עכ"ז י"ל במה שפכתבתי דאפתי תקשה מנלן להרשב"א ונהרא"ש לשבועות פ"ו להוכיח
פן מהירושלמי שבועות פ"ו ה"ל כפי שכתבו פן בשם הרמב"ן הא י"ל דילמא ס"ל להה"ה
ירושלמי שם פשיטת המ"ד דמחלק אליבא דרב יהודה דהיכא דלא הוי שמא גרוע דכה"ג

ס"ל לרב יהודה דחזקת ממונא עדיף מן פרי א"כ אין מקום להוכיח מן המשנה דב"ב בזה אומר אחי דברי ע"פ אחר לא מהני הא י"ל דהטעם התם הוא משום דהוי נשוא גרוע א"כ לפ"ז נסתר פל היסוד שלי: אכן באמת שפיר פתבתי לפי דראיתי בחדושי הרשב"א לכתובות דף י"ב) והריטב"א והשמ"ק שם בשם הרמב"ן שכתבו פולם בהה"ב (דף קלה) בזה אומר אחי דמה שטוען איני יודע אם הוא אחי זה הוי ג"כ נשוא גרוע משום דאי אפשר דלא שמעו מזה וע"כ שפיר מדמה הש"ס בב"ב שם הה דזה אומר אחי להא דמנה לי בינך והלה אומר איני יודע ע"ש.

א"כ שפיר פתבתי בכוננת הרשב"א והרא"ש בשם הרמב"ן וכן הר"נ במש"כ להוכיח מהירושלמי שבועות פ"ו כו' משום דלשיטתם דלא ס"ל למש"כ התוס' דהה"ב דב"ב הוי נשוא דאינו גרוע אלא ס"ל דהוי התם נשוא גרוע וע"כ לפ"ז שפיר מוכח לשיטת רב יהודה מהא דב"ב דלא מהני התם מה שטוען ברי ע"פ אחר משום דשא"ה דהוי ברי ע"פ אחר א"כ קמה ראיתם מהירושלמי וכמו שפתבתי הפל בעז"ה.

ועיין בירושלמי לשבועות פ"ו ה' ח' ובמראה הפנים ד"ה רב הונא בשם רב אמר אנת לית ידע אהין ידע כו' ובירושלמי לב"ק פ' יו"ד ה"ז ובש"ף סי' ע"ה ס"ק ס"ז וקצרת: יט (שם סעיף כ"ג בהג"ה) י"א דכל שאומר שהוגד לו מפי נאמן אפילו קרוב משביעין היסת כו'.

והש"ף בסוף ס"ק פ"ב העלה דדוקא אם הקרוב מעיד לפנינו משביעין ע"פ היסת וגם בזה יש חולקין: ואם אשה אומרת לפנינו שחייב מנה ג"כ נראה דמשביעין על פיה היסת משום דקמו על פי קרוב משביעין היסת ע"פ הטעם שכתב התה"ד בס"ה ש"ח שהביא בשם מרדכי פ"ו לשבועות דקרוב זקק לש"ה משום דפסול קרוב אינו רק מצד גזה"כ וכמבואר בסוף פ"ט דב"ב כו' ע"ש.

א"כ ה"ה בפסול אשה אף דפסולה לעדות מ"מ הא זה אינו רק מצד גזה"כ וכמו שפתבתי בספרי גחל יצחק סי' ל"ה סעיף ה' ענף ז בשם טורי אכן לר"ה (דף כ"ב ע"א) שכתב דאשה שם עד עליה רק דפסולה משום גזה"כ דאנשים ולא נשים כו' ע"ש.

וכן פתבתי שם בענף ח' בד"ה ובסנהדרין דף נ"ז כו' דהוכחתי דאשה יש עליה שם עד יותר מקרוב ע"ש. ולכן פיון דחזינו הקא דבאומר הקרוב לפנינו זכות לקרובו דפלוני חייב לקרובו דמשביעין ע"פ היסת א"כ ה"ה וכש"כ באשה האומרת לפנינו דפלוני חייב לו מנה דמשביעין ע"פ היסת.

ומן הר"ן ריש גיטין בסוגיא בפני פמה נותנו כו' שכתב די"א דקרוב פשר להצטרף לשנים בתורת ב"ד לקבלת עדות שם משא"כ באשה דגרוע ע"ש. אין ראיה לסתור לכל מש"כ משום דשא"ה משום סברת הר"ן שם דאשה לאו בת דין פלל ושאני דין מן עדות: והיא דעד פשר אומר לפנינו ששמע מן עד פשר אחר שאמר לו חוץ לב"ד שפלוני חייב לחבירו מנה בזה הדעת נוטה דאין משביעין ע"פ עדות של עד מפי עד ש"ה.

דקא חזינא בבע"ד האומר ששמע מן פי נאמן דאין משביעין ע"פ היסת פיון שאינו לפנינו וכמו שהעלה הש"ף אף דהבע"ד אומר ברי ששמע ממנו א"כ ה"ה בעד פשר ששמע מן עד נאמן ג"כ אין משביעין ע"פ היסת.

אף אֶפְשֶׁר לְדוֹן כִּינּוֹן דְּחֻזִּינוּ בְּפִסּוּל קוֹרְבָא דְּמִשְׁבִּיעֵין ע"פ הִיסָת א"כ אֶפְשֶׁר דַּה"ה בְּעַד פֶּשֶׁר הַמְעִיד ע"פ עַד אַחַר פֶּשֶׁר דְּאֵף דְּאֵין בְּזֵה תוֹרַת עֲדוּת מ"מ יִהְיֶה מוֹעִיל לְחִיב הִיסָת. דְּהָא פְּתַב הַבֵּית שְׁמוּאֵל בַּאֲה"ע ס' י"ז ס"ק קי"ט דְּאֶשְׁה וְעַד מְפִי עַד שְׁנָה הֵן לְקוּלָא הֵן לְחוּמְרָא ע"ש.

א"כ ה"ה הָכָא דְּאֶשְׁה יְכוּלָה לְחִיבּוֹ הִיסָת דַּה"ה עַד מְפִי עַד מְחִיבּוֹ הִיסָת. וְדַבְרֵי הַב"ש הִלְלוּ הוּבָא בְּנו"ב בַּמ"ק ח' אַה"ע ס' מ"א ד"ה וְאֹמַר אֲנִי כו' ע"ש: אֶכְּן בְּעִיָקָר דְּבָרֵי הַב"ש שְׁפַתְב דַּעַמְפ"ע שְׁנָה לְאֶשְׁה וּכְיוּצָא בּוֹ יֵשׁ לְעִיָּין דְּהָא מְצִינּוּ בַּאֲה"ע ס' ז' סַעִי' ב' בַּהֲג"ה וּב"ש ס"ק ה' שְׁפַתְב בְּשֵׁם הָרָא"ש דְּעַד מְפִי עַד פִּסּוּל בְּעֲדוּת שְׁבוּיָה אֶף דְּאֶשְׁה קְשָׁרָה בְּעֲדוּת שְׁבוּיָה הָרִי דַּעַמְפ"ע גָּרַע מִן אֶשְׁה.

וּבַתְּשׁוּבַת רַע"א זצ"ל ס' צ"ב שְׁקִיל וְטָרִי בְּעִנְיָן דַּעַמְפ"ע אִם הָיִי כְּעֲדוּת אֶשְׁה דְּהָא אָמְרוּ בְּשֵׁבַת (דָּף קמ"ה) דְּאֵין עַד מְפִי עַד נְאָמְן אֶלָּא לְעֲדוּת שְׁאֶשְׁה פְּשָׁרָה וּמִשְׁמַע דַּכ"מ דְּהָאֶשְׁה כְּשָׁרָה גַּם עַמְפ"ע פֶּשֶׁר אוֹ דִּי"ל דְּכָלֵּל זֶה אֵינּוּ בְּדוּקָא וְהֶאָרִיף הַרְבֵּה בְּזֵה.

וְכֵן הִחְמַדְתָּ שְׁלֵמָה הָאָרִיף מְזֵה בְּסִי' ט"ו ע"ש. וְאֶפְשֶׁר לֹאמַר בְּכַוְנַת הַב"ש בְּסִי' י"ז ס"ק קי"ט שְׁפַתְב דַּעַמְפ"ע שְׁנָה לְעֲדוּת אֶשְׁה וְכָל פִּסּוּלֵי עֲדוּת.

דְּטַעְמוֹ דְּכִינּוֹן דְּתַקְנּוּ חו"ל לְהַאֲמִין לַעַמְפ"ע בְּעֲדוּת מִתָּה ע"כ לְאַחַר שְׁתַּקְנּוּ כֵּן מִמִּילָא שְׁנָה עַמְפ"ע לְפִסּוּלֵי עֲדוּת דְּהַאֲמִינוּ חו"ל בְּעֲדוּת מִתָּה. וְעַדִּינּוּ י"ל דְּמְצִינּוּ בְּאֵיזָה דִּינִים דְּחִילְקוּ חו"ל בֵּין עֲדוּת אֶשְׁה לַעַמְפ"ע כְּמוֹ בְּשְׁבוּיָה דְּאֶף דְּאֶשְׁה נְאָמְנַת מ"מ בַּעַמְפ"ע לֹא תַקְנּוּ לְהַאֲמִין לַעַמְפ"ע וַיֵּשׁ לְהַאָרִיף בְּזֵה הַרְבֵּה.

וְכִינּוֹן דְּמְצִינּוּ לְדַעַת הָרָא"ש גְּבִי עֲדוּת שְׁבוּיָה דְּאֶף דְּאֶשְׁה נְאָמְנַת מ"מ ס"ל דַּעַמְפ"ע גָּרַע מִן אֶשְׁה וְאֵינּוּ נְאָמְן בְּעֲדוּת שְׁבוּיָה. ה"ה יֵשׁ לְחַלֵּק הָכָא גְּבִי חִיּוּב שְׁבוּעַת הִיסָת דְּאֶף דְּקָרוּב וְאֶשְׁה זוֹקֵק לַש"ה מ"מ אֶפְשֶׁר לְחַלֵּק בְּזֵה גְּבִי עַמְפ"ע דְּגָרַע מִן אֶשְׁה וְקָרוּב וְאֵין לָנוּ פֶּחַ לְחִיב שְׁבוּעַת הִיסָת ע"י עַמְפ"ע דְּמַגְלֵן זֶה דְּאֵלוֹ לְמִילָף זֶה מִן קָרוּב הָא מְצִינּוּ דְּחִילְקוּ בִּינֵיהֶם: וּבִירוּשָׁלַיִם סוּטָה פ"א ה"א א"י ע"א מַהוּ שְׁיִשְׁקָה מָה אִם פִּיּו כו' קָרוּב מַהוּ שְׁיִשְׁקָה מִי קָרוּב מְבַעֲלָה עַד מְפִי עַד מַהוּ שְׁיִשְׁקָה מַה בֵּינּוּ לְבֵין הַקָּרוּב וּמִשְׁנֵי קָרוּב אַע"פ שְׁאֵינּוּ פֶּשֶׁר עַכְשָׁיו כְּשֶׁר לְאַחַר זְמַן עַד מְפִי עַד אֵינּוּ כְּשֶׁר לֹא עַכְשָׁיו וְלֹא לְאַחַר זְמַן עַכ"ל.

הָרִי דְּהִירוּשָׁלַיִם הִי' ס"ל מְקוֹדֵם דְּאֵין לְחַלֵּק בֵּין קָרוּב לְעַד מְפִי עַד וַע"כ קְאָמְרִי מַה בֵּינּוּ לְבֵין קָרוּב וַע"ז אָמְרוּ לְחַלֵּק דְּשִׂאֲנֵי פִּסּוּל קָרוּב דְּמְצִינּוּ בְּפִסּוּל קָרוּב דְּכְשֶׁר לְאַח"ז מִשָּׂא"כ בַּעַמְפ"ע. וּמְבֹאָר לְהַדְיָא בִּירוּשָׁלַיִם דְּפִסּוּל עַמְפ"ע גָּרוּעַ יוֹתֵר מִן פִּסּוּל קָרוּב.

וּתְמִיּהֵנִי עַל הָאֲחֻרוּנִים שְׁלֹא הִעִירוּ מִן הִירוּשָׁלַיִם הַלְּזוֹ. וְלִקְמָן בִּירוּשָׁלַיִם סוּטָה פ' שְׁנֵי ה"א בְּסוּפּוֹ א"י שָׁם בִּזְה"ל וְאֵין בְּהֵן דְּשִׁמְעַע וַיְדַע מְמָאן שְׁמַע כְּעַד מְפִי עַד הוּא כו'.

וּפִירֵשׁ שָׁם הַקָּרְבָן הַעֲדָה דְּתַפְשׁוּט מְהָא מַאי דְּמִיבְעָיָא לָן בְּרִישׁ פ"ק בַּעַמְפ"ע אִם מְהֵנִי לַר"א בְּסִתְרָה וְלֹא אִינְפְּשִׁיטָא דְּתַפְשׁוּט מְהָא דְּמְהֵנִי כִּי הִיכִי דְּמְהֵנִי לְעִנְיָן טוֹמְאָה לַר' הַוִּשְׁעַ עַכ"ל. וְהַפ"מ שָׁם פִּירֵשׁ בְּאִנְפּוֹן אַחַר וַאֲכַמ"ל.

עכ"פ חזינן בירושלמי פ"ק דסוטה מפנרש דיש לחלק בין עמפ"ע לקרוב ע"פ סברא. ולפ"ז י"ל דאף דאמרו הקא דקרוב זוקק לשבועה מ"מ יש לחלק דשאני עמפ"ע דאינו זוקק לשבועת הניסת משום דגרוע פסול עמפ"ע מן פסול קרוב וכפי סברת החילוק של הירושלמי הנ"ל.

ולפי זה יש לנו להוכיח מירושלמי הנה דאף אשה גרוע מן קרוב משום הטעם של הירושלמי דשאני פסול קרוב דמצינו בפסול קרוב דיןכשר לאח"ז משא"כ בפסול אשה דלא משפחת ביה דיהנה פשר לאח"ז.

ולכן אתי שפיר מה דאמרו בסנהדרין (נ"ז ע"ב) דנהרג ע"פ קרוב ולא ע"פ אשה וכמו שפסק הרמב"ם הל' מלכים פ' ט' הל' י"ד. דחזינן שם דפסול אשה גרוע מן פסול קרוב די"ל דזהו ג"כ מה"ט של הירושלמי.

ובלא"ה י"ל דשאני התם דנפק ליה זה מקראי וה"ל גזה"כ: ומ"מ אין מזה סתירה למה דאמרו בח"מ סי' ל"ה בש"ף ס"ק י"א בשם הרש"ל דקרוב היכא דהוי לזכות קרובו גרוע מן פסול אשה. די"ל דאף דלפי סברת הירושלמי גרוע פסול אשה מן פסול קרוב דזה אינו רק בדינים שהם בדאורייתא אבל במה שהיא בענייני תקנה מצד הסברא יש לומר דקרוב היכא דהוי לזכות קרובו דגרע מן פסול אשה דיש לחושדו דמעיד בשקר משום קרובו.

א"כ שפיר פתבתי לעיל דהכא בפסול קרוב דזוקק לשבועת הניסת אף די"ל דאומר פן לזכות קרובו א"כ כש"כ בפסול אשה דמתייבט שבועת הניסת. וכן י"ל עוד בהא דסנהדרין (נ"ז ע"ב) הנ"ל דנהרג ע"פ קרוב דמייירי היכא דמעיד לחובת קרובו וכמו שפסק שם המהרש"ל בזה.

ושם בסנהדרין דריש להא דנהרג ע"פ קרוב מן פסול מיז איש אחיו כו' דקאי על אחיו של הרוצח. אף באמת מוכח שם דגם ע"פ קרובו של הנרצח ג"כ נהרג א"כ ליתא לכל מש"כ ונהעיקר כמש"כ מתחילה לחלק בזה.

[ובמש"כ לעיל ע"פ סברת הירושלמי הנ"ל דיש לדון מה"ט בפסול אשה דהא לא תתקשר לעולם לעדות. הנה יש לדון בזה הפרט בעדות אנדרוגינוס דמבואר בח"מ סי' ל"ה סעי' י"ד ע"פ המבואר בש"ע או"ח סי' תקפ"ט מג"א ס"ק ב' ובאר היטב שם ס"ק ב' וקצרתי פי אין דרפי בפלפולים פאלה]: ונהעיקר כמש"כ לעיל דאשה זוקקת להניסת כמש"כ דקרוב של התובע וע"פ סברת מהרש"ל הנ"ל.

ולא מביעיא אי נימא דהא דע"פ קרוב מתייבט הניסת זהו משום דנחשב טענתו לטענת פרי דנודאי שניף לדון פן ואף לפי מש"כ השער משפ"ט בס"ק ט"ו דמן דין עדות אתינן עלה מ"מ הדין הוא כמש"כ להוכיח פן מן דברי מהרש"ל שהובא בש"ף סי' ל"ה הנ"ל דמייירי שם בענין עדות.

אף בעמפ"ע הדין הוא דאינו זוקק להניסת דהא בזה אין למילף מן קרוב. וגם הא חזינן דע"פ דברי התובע שאומר שהגיד לו נאמן דאינו זוקק לש"ה אף דאומר הבע"ד ברי ששמע פן מן פי אחר נאמן א"כ ה"ה בעד מפי עד ג"כ אין זוקק לשבועת הניסת.

ובפרט דבקרוב עצמו הביא הש"ך בס"ק פ"ג דגיש חולקים ע"כ אף דנהגינו להשביע ע"פ קרוב פשמעיד לפנינו מ"מ בעמפ"ע אין להשביע ע"פ: כ (שם ש"ך ס"ק פ"ג) הביא בשם מהרש"ל דאם הנה אבי התמן מוחזק וזה בא להוציא ממנו שישבע אבי התמן כו' ניפטר כו'.

ונה לשון האו"ת ס"ק כ"ד וביותר יש לפקפק בדין השני שחדשו מהרש"ל ושהש"ך לתפוס בשביל בע"ד הואיל היותו מורשה דבר זה זר אצלי הלא קיי"ל דהוא שליח בעלמא וא"כ איך יכול שליח לתפוס בשביל אחרים ולשפוע וא"כ עד קרוב שיש להנתבע בידו בלא עדים יהי נאמן בשבועה שהנתבע חייב לקרובו במיגו ודבר זה לא שמענו מעולם ואני שואל בממ"נ אלו לא נתן הרשאה לא הנה יכול לתפוס ובשביל שיש לו הרשאה הנה יכול לתפוס משל אחרים בשביל אחר הא אינו אלא שליח ומה בכך דגיש לו מיגו דלקה"ם הא זה גרע יותר ממיגו להוציא דלא אמרו אלא להחזיק אבל זה במיגו אינו מחזיק לעצמו רק בשביל אחרים כו' עכ"ל.

וכן הנתיבות הסכים לדבריו: ענף א ובעיקר דבריהם דכתבו בפשיטות דבלא הרשאה אינו נאמן במיגו בשביל אחר. כן פתב הנתיבות בכללי מיגו סעי' ג' בשם הרדב"ז דאין אחר נאמן במיגו לומר שראובן חייב ממון לשמעון ע"ש.

והסבר הענין הוא כיון דגוף החפץ הוא של ראובן ויכול לסלקו בזווי ע"כ כיון דאין החפץ ברשות המלנה רק ת"י אחר ה"ל כעין מיגו להוציא דלא אמרינן. ועוד דהא פתב הסמ"ע בסי' רצ"ו ס"ק א' דלכן לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה לכמה פוסקים משום דדוקא בהוצאת ממון מהני מיגו כי קשה להוציא ממון מיד בעליו כו' דשבועה אתי לכלל ממון כו' עכ"ל.

א"כ לפ"ז יש להסביר ביותר סברת הפוסקים דס"ל דבלא הרשאה אין יכול להחזיק ת"י במיגו עבור אחר. משום דדוקא היכא דהבע"ד הוא מוחזק בזה שייך לומר דקשה להוציא הממון מיד בעליו ולכן נאמן במיגו.

אבל היכא דהבע"ד אינו מוחזק דלא שייך לומר דקשה להוציא ממון ע"כ לא מהימן במיגו ואפשר דזהו פוננת האו"ת שכתב דלא אמרו מיגו אלא להחזיק. וכן הוא לשון התוס' בב"ב (דף ל"ב) ד"ה אמאי כו' והרא"ש שם ע"ש.

וכן יש לומר דלכן אין אחר נאמן במיגו עבור אחר דזהו ע"פ מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעי' ד' ענף ב' בשם הריטב"א בכתובות (דף י"ח) והתוס' והרשב"א והריטב"א שם (דף כ"ה) דאין עד פסול נאמן ע"י מיגו.

רק מי שיש עליו שם עד נאמן במיגו וכן מש"כ התוס' בב"ב (דף ע"ב ע"ב) ד"ה אין לה בו אלא כו' והתוס' בב"ב (דף ל"א) ד"ה וזו באה בפ"ע כו'. זהו משום דלא נתברר פסול הגוף עליהם וכמש"כ שם.

ובאמת הרשב"א בחי' לכתובות (דף י"ט) תירץ זה ג"כ ע"פ הפלל הנ"ל דעד פסול א"נ במיגו. והא דשליש מהימן הטעם משום דהוי כמו בע"ד וכמש"כ הרשב"א והובא בנתיבות סי' נ"ו ס"ק ה'.

ומשום דהימני. וכן הוא הטעם בהא דסנהדרין (ד' ל') דכל שפידו ליטלן דבריו קימיין וכמש"כ הגתיות בסי' נ"ו ס"ק י"ח דיש לו דין שליש < נעיקר הטעם הוא לחלק דשאני בע"ד דנאמן במיגו משום דהבע"ד בעצמו מדקדק בטענותיו איך להגיד וכמש"כ הש"ך בסי' רצ"ו ס"ק א' בשם הע"ש פועין סברא זו ע"ש.

משא"כ אחר שאינו נוגע לעצמו ע"כ היכא דאין עליו שם עד להיות מהימן זולת המיגו לכן אף היכא דיש לו מיגו לא מהימן. רק ביש עליו שם עד שאני.

והא דנאמן המוכר בזמן שמקחו בידו כו' שאני משום דהיכא די"ל בידו שאני. והדברים ארונים ואכמ"ל ועיין בגתיות סי' נ"ו ס"ק י"ח.

ובגתיות בכללי מיגו סעי' ג' וקצרת. ועיין בש"ך יו"ד סי' קכ"ז ס"ק ג' קצת מזה.

ומשום ה"ט אין אבי החתן נאמן במיגו עבור בנו. רק האו"ת והגתיות כתבו הטעם דמשום דהוי מיגו להוציא אינו נאמן.

ונ"ל הרשב"א בתשובה ח"ג סי' שנ"ג דלא אמרינן מיגו להוציא נדיו לומר מיגו להחזיק ממון ברשותו. והוי מזה סייעתא לדבריהם: וכיין דהטעם הוא משום דהוי מיגו להוציא כמש"כ.

לפ"ז יש לדון דהיכא דשייך לומר הפה שאסר כו' דבזה נאמן אבי החתן להחזיק ת"י עבור בנו אף שלא כתב לו הרשאה. והוא דיש להקשות בהא דב"ב (דף ל"ב) הוה דאמר לחברני מאי בעית בהאי ארעא א"ל מינה זבינתא והא שטר א"ל שטר זייפא הוא מיהו שטר מעליא ה"ל ואירפס אמר רבה מה לי לשקר א"ל רב יוסף אמאי סמכת אהאי שטר כו' ופירשו התוס' וש"פ דטעמו של רב יוסף הוא משום דס"ל דאינו נאמן במיגו משום דהוי מיגו להוציא וכיין דקרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת ע"כ אף דיושב הלוקח בהקרקע עכ"ז הוי כמו מיגו להוציא רק אנו ס"ל דהילכתא פנותי דרבה בארעא דזה מקרי מיגו להחזיק אבל רב יוסף ס"ל דזה הוי מיגו להוציא.

ולפ"ז תקשה על רב יוסף מכתובות (דף י"ז) דתנן מודה ר' יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתי ממנו נאמן שהפה שאסר כו'. ולרב יוסף דס"ל דאף דמחזיק הלוקח בקרקע מ"מ מקרי מיגו להוציא משום דמוציא מחזקת בעלים הראשונים א"כ קשה אמאי מהימן הכא במיגו להוציא מן חזקת בעלים הראשונים.

ואין לומר דשא"ה בכתובות לפי דה"ל כמו ברי ושמה דאמרינן מיגו להוציא פמבואר בכללי מיגו של הש"ך סעי' א' ע"פ הא דכתובות (דף י"ב). דז"א דהא טוענין ליורש וזה חשוב כמו ברי פמבואר ברא"ש לכתובות פ"ב סי' א' ומה"ט אמרו שם בגמ' (דף ט"ז) דבברי וברי לא אמר ר"ג.

וכן מוכח מן מש"כ התוס' בב"מ (דף קט"ז) ד"ה והא רבא כו' ובב"ב (דף נ"ב) בשם מה"ר דודי דלכן אינו נאמן לומר נגנבו במיגו דשאולים דהוי מיגו להוציא. והתוס' בתי קמא שם טעמם דכיין דנוטל דמים לא חשוב מיגו להוציא כמש"כ הש"ך בסי' קל"ג ס"ק י"ג.

וסִבְרַת מֵה"ר דודי הוּא ג"כ מְשׁוּם ה"ט דְּכִינּוֹן דְּטוֹעֲנִין לְלוֹקֵט ה"ל כְּמוֹ פְּרִי וּפְרִי דְּלֵא אֲמַרִינּוּ מִיגוֹ לְהוֹצִיא. וְעֵינֵי בְּקִצָּה ח"ס קל"ג ס"ק ז' וּבְנִתִיבוֹת ס' קל"ג ס"ק ח' וּבְכִלְלֵי מִיגוֹ שֶׁל הַנְּתִיבוֹת ס"ק א' וּבְאוֹ"ת שָׁם: וְלִכּוֹן נִרְאֶה לִי לְהוֹכִיחַ מִזֶּה דְּהִיכָא דְּהוּי בְּגִדְרַהּ הִפָּה שְׁאָסֵר כּו' פִּינּוֹן דְּזֵה עֲדִיף מִן מִיגוֹ כְּמִש"כ הַתּוֹס' ב"ב"ק (ד' ע"ב ע"ב) ד"ה אֵין לָךְ בּוֹ לְחִלְקֵי בֵּין הִפָּה שְׁאָסֵר לְמִיגוֹ וּכ"כ הַש"ף בְּסִי' ק"ח ס"ק ז'.

ע"כ מְהִימֵן ע"י הִפָּה שְׁאָסֵר כּו' אִף לְהוֹצִיא מִהַמְּוֹחֶזֶק. וְהָא שְׁפַתְבוֹ הַתּוֹס' ב"ב"מ (ד' ב' ע"א) ד"ה נִזְה נוֹטֵל רְבִיעַ כּו' דְּלִכּוֹן הִזְמִינִי רַבָּה בְּמִיגוֹ לְהוֹצִיא מְשׁוּם דְּאֶפִּילוּ יִהְיֶה שׁוֹתֵק רַק שְׁלֵא הָיָה מוֹדָה שֶׁהוּא מְזוּנִיף הָיָה נֶאֱמַן וּקִי"ל לְהִלְכָה בְּזוּזֵי פְּרַב יוֹסֵף.

ש"א"ה דְּלֵא הוּי בְּגִדְרַהּ הִפָּה שְׁאָסֵר דְּהָא הָיָה צְרִיף לְבוֹא לְב"ד לְהִרְאוֹת זְכוּתוֹ עכ"פ. מִשׂא"כ הִיכָא דְּיֵישׁ לוֹ מִיגוֹ דְּהָיָה שׁוֹתֵק וְלֵא הָיָה צְרִיף לְבוֹא לְב"ד כְּלָל זֶה הוּי בְּגִדְרַהּ הִפָּה שְׁאָסֵר וּמְהִימֵן אִף לְהוֹצִיא.

וְהֵתֵם בְּכַתְּנוּבוֹת דְּאֲמָרוּ מוֹדָה ר' יְהוֹשֻׁעַ כּו' נֶאֱמַן שֶׁהִפָּה שְׁאָסֵר כּו'. א"כ פִּינּוֹן דְּזֵה מְקָרִי הִפָּה שְׁאָסֵר ע"כ מְהִימֵן אִף לְהוֹצִיא עי"ז גַּם לְשִׁיטַת רַב יוֹסֵף.

וְשִׁיטַת ר'ש"י שָׁם בְּכַתְּנוּבוֹת דְּהָא מוֹדָה ר' יְהוֹשֻׁעַ מִיָּנְיָ כְּשֶׁאֵין הִלָּה תוֹבְעוֹ וְע"כ אֲמָרוּ שָׁם דְּזֵה מְקָרִי אֵין שׁוֹר שְׁחוּט לְפָנָיִךְ. א"כ בְּנוֹדָאֵי לִפ"ז מְקָרִי זֶה בְּשֵׁם הִפָּה שְׁאָסֵר כּו'.

דְּהָא ה"מ לְשִׁתּוֹק וְלֵא הָיָה שׁוּם אָדָם תוֹבְעוֹ כְּלָל. וְהִנֵּה שִׁיטַת הַתּוֹס' שָׁם ד"ה וּמוֹדָה ר' יְהוֹשֻׁעַ כּו' וּבד"ה הֵתֵם שׁוֹר שְׁחוּט כּו' דְּאִף בְּהִלָּה תוֹבְעוֹ ג"כ נֶאֱמַן שָׁם ע"י מִיגוֹ דְּלֵא הָיָה שֶׁל אָבִיךָ מְעוֹלָם וְהוֹכִיחוּ כֵּן מִדְּלֵא תְּנִי וְאִם תְּבַעוּ אֵינּוּ נֶאֱמַן וּכ"כ שָׁם הַרְשָׁב"א וְהַרִיטְב"א וְהַר"נ וְהַשֵּׁמ"ק שָׁם.

וּלִפ"ז יִהְיֶה מוֹכַח לוֹמֵר בְּהַפְּלֵל דְּלֵא אֲמַרִינּוּ מִיגוֹ לְהוֹצִיא דְּמ"מ הִיכָא דְּיֵישׁ לוֹ מִיגוֹ דְּלֵא הָיָה שְׁלָךְ מְעוֹלָם דְּבִזְזָה מְהִימֵן אִף לְהוֹצִיא דְּא"כ תִּקְשָׁה כֵּן עַל רַב יוֹסֵף דְּאֵמַאי לֵא תְּנִי שָׁם וְאִם תְּבַעוּ אֵינּוּ נֶאֱמַן.

וְהַטְעַם הוּא ע"פ מַה דְּמְצִינּוּ בַח"מ ס' ע"א סְעִיף א' בְּסִמ"ע ס"ק ה' וּבְש"ף ס"ק ד' דְּחִילְקוֹ בֵּין מִיגוֹ בְּמִקוֹם נֶאֱמָנוֹת דְּלֵא מְהִימֵן לְבֵין מִיגוֹ בְּעֵינֵי הַנְּאֻמָּנוֹת דְּמִהִי. וּכ"כ הַהַפְּלָאָה בְּכַתְּנוּבוֹת (דף י"ט ע"א) בְּתוֹס' ד"ה אֵימָא כּו' דְּמִטְעַם זֶה אֲמַרִינּוּ ג"כ מִיגוֹ בְּעֵינֵי הַעֲדִים ע"ש.

וּכ"כ הַקִּצָּה ח"ס בְּסִי' צ"ז ס"ק י"א דְּהִיכָא דְּאֵינּוּ יְדוּעַ הַחֲזִיקָה דְּתוֹף זְמַנּוֹ אֲלֵא ע"פ הוֹדְאָתוֹ דְּזֵה הוּי בְּגִדְרַהּ הִפָּה שְׁאָסֵר כּו' דְּמִהִימֵן מִיגוֹ נֶגֶד הַחֲזִיקָה מְשׁוּם דְּהוּי מִיגוֹ בְּעֵינֵי הַחֲזִיקָה וְשִׁאֲנֵי הִיכָא דְּהַחֲזִיקָה יְדוּעַ כּו'.

וְזֵהוּ הַפֶּל כְּעֵין סִבְרַת הַפּוֹסְקִים לְחִלְקֵי כֵּן בְּמִיגוֹ בְּעֵינֵי הַנְּאֻמָּנוֹת כְּנ"ל: וּלִפ"ז י"ל דַּה"ה בְּמָה דְּלֵא אֲמַרִינּוּ מִיגוֹ לְהוֹצִיא דְּהַטְעַם הוּא דְּמַעְלַת מוֹחֲזֵק בְּהַמְּוֹן הוּא אֵלִים דְּלֵא מְהִימֵן מִיגוֹ נֶגֶדוֹ.

דז"א אֲלֵא הִיכָא דְּיְדוּעַ לְנוֹ שְׁלֵא ע"פ ג"כ שֶׁהוּא מוֹחֲזֵק בְּחַפְּזָא זֶה שְׁאֲנוּ דְּנִין עֲלֵיו. אוֹ שִׁישׁ לוֹ חֲזִיקַת מְרָא קַמָּא בְּקַרְקַע לְשִׁיטַת רַב יוֹסֵף.

אָבֵל הֵיכָא שְׂאִינוּ יְדוּעַ לָנוּ שְׁזַהוּ חֲפָץ שֶׁל פְּלוּנֵי רַק ע"י הוֹדָאָתוֹ א"כ ה"ל מִיגוּ בְּעִינְקָר מַעֲלַת מוֹחֲזֵק. וּבַכֵּה"ג אָמְרִינֵן מִיגוּ אַף לְהוֹצִיא פְּדֻמוּכַח מִן הָא דְכַתּוּבּוֹת דְּמוּדָה ר' יְהוֹשֻׁעַ כּו' דְּנֶאֱמָן בְּמִיגוּ דְלֵא הֵיךָ שֶׁל אָבִיךָ וְקָרִי לִי בְּשֵׁם הַפָּה שְׂאָסֵר כּו' אַף דְּהִלָּה תּוּבְעוּ.

וּגַם מְצִינּוּ חִילּוּק פְּזָה בְּשִׁבְעוֹת (דָּף מ"א) בֵּין טוּעֵן טַעֲנַת לְהֵד"ם דְּמִקְרֵי אֵין בּוּ דְרָרָא דְמִמוּנָא לְבִין טַעֲנַת הַחֲזֵרְתִי דְאִיפָא דְרָרָא דְמִמוּנָא. וְלִכֵּן יֵשׁ לְדוֹן אִם אָבִי הַחֲתָן מוֹחֲזֵק בְּחֲפָץ שֶׁל הַנְּתִבָּע וְטוּעֵן בְּרִי וְיֵשׁ לוֹ מִיגוּ דְנִתְבָּאָר דְלֵא יְכוּל לְהַחֲזִיק חֲפָץ שֶׁל אַחַר ע"י מַה דְטוּעֵן דְהוּא חֲזִיב לְכַנּוּ מִשּׁוּם דְזָה הוּי כְּעֵין מִיגוּ לְהוֹצִיא כַּמֶּש"כ הַאו"ת וְהַנְּתִיבוֹת דְזַהוּ דוּקָא הֵיכָא דִידוּעַ לָנוּ דְהַחֲפָץ שְׂאָנּוּ דְנִין עָלֵיו הוּא שְׁלוּ.

אָבֵל הֵיכָא דְאִינוּ יְדוּעַ לָנוּ כָּלֵל אִם זָהוּ שְׁלוּ אוֹ לֹא רַק דְאָבִי הַחֲתָן מוּדָה דְהוּא שֶׁל חֲבִירוֹ וְכִינּוּ דִישׁ לוֹ מִיגוּ דְלֵא הֵיךָ זֶה שֶׁלָּהּ מַעוּלָם א"כ לֹא מְבַעֲיָא אִם חֲבִירוֹ אִינוּ תּוּבְעַ מְמַנּוּ מֵאִיזָה עֲנִין וְנִדְאִי דְזָה הוּי בְּגִדְרַהּ הַפָּה שְׂאָסֵר כּו' וּמְהֵי אַף לְהוֹצִיא.

וְאַף אִם חֲבִירוֹ תּוּבְעַ מְמַנּוּ עכ"ז פִּינּוּ דִישׁ לוֹ מִיגוּ דְלֵא הֵיךָ שֶׁלָּהּ מַעוּלָם א"כ גַּם זֶה הוּי בְּשֵׁם הַפָּה שְׂאָסֵר כּו' וּמְהֵימֵן ע"י זֶה אַף לְהוֹצִיא וְדוּקָא הֵיכָא דְאִין לוֹ מִיגוּ דְלֵא הֵיךָ שֶׁלָּהּ מַעוּלָם רַק מִיגוּ דְהַחֲזֵרְתִי אוֹ נֶאֱמָסוּ זֶה מִקְרֵי בְּשֵׁם מִיגוּ לְהוֹצִיא דְלֵא אָמְרִינֵן.

וְאֶפְשָׁר דֵּה"ה בְּמִיגוּ דְלְהֵד"ם ג"כ אִינוּ נֶאֱמָן פִּינּוּ דְמִיד דְרֹאִין אֶת הַחֲפָץ שְׂאָנּוּ דְנִין עָלֵיו יְדוּעַ לָנוּ בְּעֵדִים כִּי זָהוּ שֶׁל חֲבִירוֹ ע"כ אִין זֶה דוּמָה לְהַף דְמוּדָה ר' יְהוֹשֻׁעַ דְכַתּוּבּוֹת. אָבֵל הֵיכָא דִישׁ לוֹ מִיגוּ דְלֵא הֵיךָ שֶׁלָּהּ מַעוּלָם פִּינּוּ דְהוּי בְּשֵׁם הַפָּה שְׂאָסֵר וְלִכֵּן מוּדָה ר' יְהוֹשֻׁעַ כּו'.

ע"כ בַּכֵּה"ג יֵשׁ לְדוֹן דְמַה"ט נֶאֱמָן אַחַר לְהַחֲזִיקָם ת"י ע"י הַף מִיגוּ דְלֵא הֵיךָ שֶׁלָּהּ מַעוּלָם וְלוּמַר דְהוּא חֲזִיב לְחֲבִירוֹ מִשּׁוּם דְכֵה"ג מִקְרֵי בְּשֵׁם הַפָּה שְׂאָסֵר וּמְהֵימֵן אַף לְהוֹצִיא. וְעֵינֵן בְּנִתִּיבוֹת ס' קמ"ו ס"ק י"ז שְׁפַתְבִּי ג"כ לְחַלֵּק בֵּין הֵיכָא דְשִׁינְיָהּ הַפָּה שְׂאָסֵר כּו' לְבִין מִיגוּ לְעֲנִין אִם אָמְרִינֵן מִיגוּ חוּץ לְב"ד ע"ש.

וּמַה שְׁפַתְבוֹ הַתּוֹס' בְּסִנְהֵדְרִין (דָּף ל' ע"א) ד"ה כָּל שְׂאִין בְּיָדוֹ כּו' אִין זֶה עֲנִין לְב"ד וְקִצְרָתִי. וְכַעֲיֵן זֶה כְּתִבְתִּי בְּסִפְרֵי גַחַל יִצְחָק ס' ל"ז סְעִיף ד' עֲנָף ב' בְּשֵׁם הַרִיטְב"א לְכַתּוּבּוֹת (דָּף י"ח) דְהֵיכָא דְשִׁינְיָהּ הַפָּה שְׂאָסֵר כּו' אִזּוּ מְהֵימֵן אַף מִי דִישׁ פְּסוּל הַגּוּף עַל עֲדוּתוֹ.

וְשֵׁם מִיָּרִי הֵיכָא דְשִׁינְיָהּ אִי בְּעֵי שְׂתִיק. וְה"ה בְּשִׂאָרֵי דוּכְתִי הֵיכָא דְשִׁינְיָהּ לְמִקְרֵי בְּשֵׁם הַפָּה שְׂאָסֵר כּו' כְּמוֹ דְאָמְרוּ בְּהַף דְמוּדָה ר' יְהוֹשֻׁעַ כּו' שֶׁהַפָּה שְׂאָסֵר כּו'.

וְע"כ אַף לְהַטְעֵם שְׁפַתְבְּתִי לְעֵיל דְלִכֵּן אִינוּ נֶאֱמָן ע"י מִיגוּ לְפִי שְׂאִינוּ מִיגוּ שֶׁל הַבַּע"ד רַק בְּשֵׁם עַד פְּסוּל. אָבֵל הֵיכָא דְשִׁינְיָהּ הַפָּה שְׂאָסֵר כּו' שְׂאִנִּי וּמְהֵימֵן.

וְהָא דְהַקְשׁוּ הַתּוֹס' בְּב"ב (דָּף ל"ב ע"ב) ד"ה וְהִלְכְתָא כּו' מְסֻטְרָאֵי הִנֵּה לְפַמֶּש"כ יֵשׁ לְתַרְץ קוֹשְׁיָתָם אַף י"ל דְכִינּוּ דְנִקְטוּ שֵׁם לְשׁוֹן מִיגוּ דְלְהֵד"ם שְׁפִיר הַקְשׁוּ וְכַמֶּש"כ לְעֵיל לְחַלֵּק בֵּין מִיגוּ דְלְהֵד"ם לְבִין מִיגוּ דְלֵא הֵיךָ שֶׁלָּהּ כּו' וְקִצְרָתִי.

וְעוֹד י"ל דשא"ה פִּינֵן דְּתוֹבַע מִמֶּנּוּ ע"י השט"ח ע"כ אֵין זֶה בְּגֵדֵר שְׁמֵהּ הַפֶּה שְׁאָסֵר כּו' וְזוֹהוּ חִילּוּק פְּשוּט ע"כ לֹא הָיָה סְתִירָה לְדַבְרֵינוּ מִן הַתּוֹס' הַלְּז: עֲנָף בּ וּבְעֵיקָר מִלְתָּא דְּנָא שְׁפָתְבוּ דְּלָכוּ לֹא מְהִימֵן אַחֵר ע"י מִיגוּ מִשּׁוּם דְּהָיָה מִיגוּ לְהוֹצִיא.

נ"ל לְדוֹן בְּזָה ע"פ מִש"כ הַש"ך לְקַמֵּן ס' פ"ג ס"ק ח' דְּהָךְ דִּינָא אֵי מְהִי מִיגוּ לְהוֹצִיא הָיָה סְפִיקָא דְּדִינָא וּמְהִי תְּפִיסָה וּכְמוֹ דְּפִיגְרֵשׁ הַרְשָׁב"ם וּש"פ בּב"ב (דָּף ל"ב) דְּלָכוּ הִילְכְתָּא כְּרַבָּה בְּאַרְעָא מִשּׁוּם דְּזָה הָיָה סְפִיקָא דְּדִינָא וְהָאֵרִיךְ בְּזָה.

וּבְסִי' פ"ב ש"ך ס"ק ל"ב צִיִּין לְעִיִּין לְמִש"כ ס"ס פ"ג ס"ק ז'. וְכִינֵן דִּס"ל לְהַש"ך דְּבָהָךְ דִּינָא דב"ב מְהִי תְּפִיסָה כְּמוֹ בְּכָל סְפִיקָא דְּדִינָא.

א"כ ה"ה בְּכָל מְקוֹם דְּאִמְרִינֵן דְּלֹא אִמְרִינֵן מִיגוּ לְהוֹצִיא ג"כ ז"א רַק מִשּׁוּם דְּכִינֵן דְּהָיָה סְפִיקָא א"כ הַמַּע"ה. וְשֵׁם בְּעוֹבְדָא דב"ב (דָּף ל"ב) גִּרְעָה בְּיוֹתֵר כְּפִי שְׁפָתְבוּ הִרְאִישׁוֹנִים שְׁמֵהּ דְּהָא הִי' מְוַכְרַח לְשַׁקֵּר בְּתַחֲלִילָה ע' שְׁטָרָא זִינְפָא שְׁעָשָׂה וְלֹא שִׁינְךָ בְּזָה הַסְּבָרָא דְּשְׁטָרָא מְסִיעֵוּ פִּינֵן שְׁהוּא שְׁטָרָא זִינְפָא וְהָיָה כְּחִסְפָּא כְּמִש"כ שְׁמ.

א"כ לפ"ז בנ"ד שהי' אבי הַחֲתָן מְוַחֲזֵק וְתוֹפְסוּ עֲבוּר בְּנוֹ דְּבָזָה אִף שְׁלֹא כְּתִב הַבֵּן הַרְשָׁאָה לְאֲבִיו ג"כ יוֹעִיל תְּפִיסָתוֹ עֲבוּר בְּנוֹ. לְמִש"כ בְּסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק בְּקוֹנְטְרַס תְּפִיסָה ע"י שְׁלִיחַ לְהַכְרִיעַ דְּמְהִי תְּפִיסָה ע"י שְׁלִיחַ בְּכָל סְפִיקָא דְּדִינָא וְכִמִּש"כ הַאו"ת בְּדִינֵי תְּפִיסָה.

א"כ ה"ה הָכָא בְּהָךְ סְפִיקָא דְּפְלוּגְתָּא אִם אִמְרִינֵן מִיגוּ לְהוֹצִיא. וְכִינֵן דְּעֵיקָר הַטַּעַם דְּלֹא מְהִי תְּפִיסָת אַחֵר ע"י מִיגוּ הוּא מִשּׁוּם דְּהָיָה כְּעִין מִיגוּ לְהוֹצִיא כְּמִש"כ הַאו"ת.

א"כ מִמִּילָא הַדִּין נוֹתֵן דִּיהָא מוֹעִיל תְּפִיסָת הָאֵב עֲבוּר בְּנוֹ מִשּׁוּם תְּפִיסָה בְּסְפִיקָא דְּדִינָא אֵי אִמְרִינֵן מִיגוּ לְהוֹצִיא. וְיִכּוֹל לְטַעוֹן קִים לִי כְּהַסּוֹבְרִין דְּאִמְרִינֵן מִיגוּ לְהוֹצִיא וּבְכַרְט דְּהָא אֲבִי הַבֵּן טוֹעֵן בְּרִי לִי דְּהָאֵחֵר חֲזִיב לְבָנִי א"כ אֲנִי מְשׁוֹעָבֵד מִדְּר' נָתַן לְבָנִי פִּינֵן דְּאֲבִי הַבֵּן חֲזִיב לְהָאֵחֵר ע"י מַה דְּהַחֲפֵץ שֶׁל הָאֵחֵר מְוַנַּח ת"י.

וְהָאֵחֵר חֲזִיב לְבָנִי א"כ הוּא מְשׁוֹעָבֵד מִדְּר' נָתַן לְהַבֵּן וְהָיָה כְּמוֹ בְּרִי שֶׁל בַּע"ד וְכַעֲיֵן מִש"כ בְּסִפְרֵי שְׁמֵהּ סְבָרָא זֹה בְּכָל סְפִיקָא דְּדִינָא דְּטוֹעֵן קִים לִי דְּהָיָה כְּמוֹ טַעֲנַת בְּרִי וְאֵין זֶה נִקְרָא כְּלָל תּוֹפְסֵי לְבַע"ח בְּמְקוֹם שְׁחָב לְאַחֲרִים כְּמִש"כ שְׁמ.

וְכַש"כ הֵיכָא דְּטוֹעֵן בְּרִי לִי בְּעֵצָם הַמַּעֲשָׂה וְהַעֲנֵן דְּמְהִי תְּפִיסָתוֹ אִף שְׁהוּא ת"י וְלֹא הַחֲזִיר הַחֲפֵץ לְבָנוֹ: וְכַש"כ הֵיכָא דְּהַחֲזִיר כְּבָר הַחֲפֵץ שֶׁת"י לְבָנוֹ דְּאֵז וְנִדְּאֵי מְהִי תְּפִיסָתוֹ כְּמוֹ בְּכָל סְפִיקָא דְּרַבְּנוֹתָא.

וְכֹן אֲבִי הַבֵּן בְּנוֹדְאֵי מִיפְטֵר אִם עֲבַר וְהַחֲזִיר כְּמוֹ בְּכָל סְפִיקָא דְּדִינָא דְּפִטוּר הַדִּינֵן אִם עֲבַר וְהַחֲזִיר לְאַחַד כְּמִבְּנָאָר בְּסִי' כ"ה בְּש"ך ס"ק ב' ע"ש. וְכַה"ג מְבָנְאָר בַּא"ה ע"ס פ"ו סַע"י ו' דְּאִם הַחֲזִיר הַנִּפְקֵד לְהַבְעֵל פְּטוּר כְּמִש"כ שְׁמֵהּ הַח"מ ס"ק ז' וְהַב"ש ס"ק ח' וְכַמִּש"כ בְּסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק בְּסִי' ב' בְּקוֹנְטְרַס בְּתְּפִיסָה ע"י שְׁלִיחַ עֲנָף א' ע"ש.

א"כ הָא בְּיָדוֹ שֶׁל אֲבִי הַחֲתָן לְהַחֲזִיר לוֹ וְיִהְיֶה מוֹעִיל תְּפִיסָת בְּנוֹ כְּנ"ל. אִף אִם בְּלֹא הַחֲזִיר ג"כ הַדִּין נוֹתֵן שְׁיִהְיֶה מוֹעִיל תְּפִיסָתוֹ בְּתוֹרַת שְׁלִיחוֹת אִף בְּלֹא כְּתִיבַת הַרְשָׁאָה כֹּן יֵשׁ לְדוֹן בְּזָה.

ומה שפכת המהרש"ל ביש"ש ב"ק דצריף לכתובת הרשאה י"ל דהיש"ש אגזיל לטעמיה דס"ל בפ"י דב"ק סי' ל' דהעיקר פהסוקרים דלא אמרינן מיגו להוציא. ולכן ס"ל דבעינן להרשאה כדי שיהיה כבע"ד ויהא נקרא מיגו לאוקמי ממונא ברשותו.

ולפ"ז יש להעיר על הש"ך דס"ל דה"ל ספיקא דדינא אי אמרינן מיגו להוציא א"כ קשה דלמה הצריף הרשאה הא אף בלא הרשאה יועיל תפיסתו פנ"ל. ואפשר דהש"ך לשיטתו דפסק בספרו תקפו פהן ס"ק קכ"ו דלא מהני תפיסה ע"י שליח בספיקא דדינא ע"כ הצריף הקא לכתובת הרשאה.

אף באמת לא הכריע פן בפשיטות שם אלא דהעלה בצ"ע אם מהני תפיסה ע"י שליח. ובפרט בטוען ברי וכן"ל וכש"כ לפי מה דהכרעתי בספרי פנ"ל ע"כ הדין נותן דא"צ הרשאה ועוד דהא בידו של אביו למסור החפץ ליד בנו ואז יהיה תפוס וכמו כל ספיקא דדינא: ואפשר דלכן הצריכו לכתובת הרשאה כדי שלא יהיה מועיל שום תפיסת הנתבע ממנו משום דמצד דהוי תפוס בספיקא דדינא א"כ אם חזר השני ותפס ממנו ג"כ מועיל תפיסתו אבל אם יכתוב הרשאה אז לא מהני שוב תפיסת השני אם תפס בעדים.

ועוד יש לומר דאף לפמש"כ הש"ך בסוף סי' פ"ג דמהני תפיסה בהנה עובדא דב"ב (דף ל"ב). עכ"ז י"ל ולחלק ע"פ מש"כ התוס' בב"מ (דף ב') ד"ה וזה נוטל רביע כו' דשאני התם בב"ב דה"ל פועין מיגו דאי בעי שתיק כו'.

א"כ יש לומר דדוקא התם דה"ל פועין מיגו דאי בעי שתיק בזה ה"ל ספיקא דדינא. אבל היכא דלא שייך פן י"ל דס"ל להש"ך ג"כ דנקטינן לדין ברור להפיל דלא אמרינן מיגו להוציא.

אבל באמת עיקר חילוק של התוס' ב"מ הנ"ל לאו כ"ע ס"ל פן. ועיין ב"מ (דף קט"ז) תוס' ד"ה והא רבא כו'.

וגם באמת משמע בדברי הש"ך בכללי מיגו אות א' דכתב כבר נתבאר די"א דאין אומרים מיגו להוציא אלמא דנקט לי' לעיקר הפלל הנ"ל בשם י"א ומשמע דס"ל דה"ל ספיקא דדינא בעיקר הפלל הנ"ל וכמש"כ בסוף סי' פ"ג ואינו מחלק ביניהם.

וכן משמע בש"ך סי' פ"ג ס"ק ז' שלא לחלק פן. וראיתי באו"ת סי' פ"ג ס"ק ב' שפכת להחליט דלדינא נקטינן בנודאי דלא אמרינן מיגו להוציא ולא מהני תפיסה בזה.

וכ"כ האו"ת בכללי מיגו סוף ס"ק ג' דאין לומר קים לי בזה. ע"כ שפיר הכריע הקא דלא מהני תפיסת האב בשביל בנו אף דס"ל להאו"ת דמהני תפיסת שליח בספיקא דדינא כמש"כ האו"ת בכללי תפיסה סי' קכ"ו: ענה ג וכו"ז הוא לפי הטעם שפכת הנתיבות והאו"ת דמשום דלא אמרינן מיגו להוציא אתו עלה.

אבל באמת יש לדון בזה עוד טעם אחר ע"פ דברי הש"ך בסי' נ"ו ס"ק ה' בד"ה ונלמדנו מתשובת הרא"ש כו' שפכת בזה"ל דמי שאומר אתה נתת לי פלי זה ליתנו לפלוני והמקבל אינו יודע והנחתן מכחיש השליש ואומר שלא נתנו בידו מעולם צריף השליש להחזירו לנותן אפילו יש מיגו שהיה יכול ליתן בינו לבינו להמקבל ואפילו נתנו כבר להמקבל צריף המקבל להחזירו לו פיון שאינו יודע אם לא ע"פ השליש עכ"ל.

ומשמע דאף שְׁהִיָּה לוֹ מִיגוֹ דְנֶאֱנָסוּ ג"כ צָרִיף הַמְקַבֵּל לְהַחְזִירוֹ. דְהָא כְּמוֹ דְקִאָמַר שְׁהִיָּה יְכוּל לִיתָן בֵּינוּ לְבֵינוּ לְהַמְקַבֵּל כְּמוֹ כּוּ הִיָּה יְכוּל לְטַעוֹן נֶאֱנָסוּ פִּינּוֹן וְשֵׁלָא הִיָּה אֲזוּ עֲדִים שְׂרָאוּ אֶת הַחֲפִץ.

[וּבְעֵיקַר רְאִיּוֹת הַשְּׁ"ף מִן תְּשׁוּבַת הָרָא"ש יֵשׁ לְדוֹן דְאִינוּ רְאִיָּה לְהָד דִּינָא וְאִכְמ"ל].
וְעֵינָן בְּשְׁ"ף ס' נ"ו ס"ק כ"ח.

וּסְבָרְתוּ יֵשׁ לֹמַר דְאִין הָאֲחֵר הַטּוֹעֵן שְׂמָא יְכוּל לְסַמְנָה עַל הַמִּיגוֹ שֶׁל הָאֲחֵר פִּינּוֹן שְׂאִין לֹא דִין שְׂלִישׁ. וְלְהוֹצִיא אֶת הַחֲפִץ מִן חֻזְקַת מָרָא קַמָּא.

וּמִיגוֹ לֹא מְהִי רַק לְמִי שְׁטוֹעֵן בְּרִי לִי אִו לְיִוְרְשִׁיו וּב"כ פִּינּוֹן דְטוֹעֵנִין לְהוּ אֲבָל לְאֲחֵר פִּינּוֹן דְטוֹעֵן שְׂמָא אִינוּ יְכוּל לְסַמְנָה עַל מִיגוֹ שֶׁל אֲחֵר. כ"ז שְׂאִין עָלָיו שֵׁם עַד לְהִיּוֹת נֶאֱמָן מִן דִּין עֲדוּת.

וּכְעֵין מַה דְמַצִּינוּ דְאָמְרוּ דְבְרֵי שֶׁל אֲחֵר לֹא מְהִי אִף לְמ"ד דס"ל בְּרִי וְשְׂמָא בְּרִי עֲדִיף כְּמִבְּנֵי בְב"ב (דף קל"ה) מְשׁוּם דְאִינוּ רְשָׁאֵי לְסַמְנָה עַל בְּרִי שֶׁל אֲחֵר. ה"ה דס"ל פִּן גַּבִּי מִיגוֹ דְכִינּוֹן שְׂאִינוּ יוֹדַע עֲצָם הָעֵנִין אִינוּ רְשָׁאֵי לְסַמְנָה עַל מִיגוֹ שֶׁל הָאֲחֵר וְע"כ אִף אִם קִיבֵל הַחֲפִץ לִידוֹ חַיִּיב לְהַחְזִירוֹ.

וְיֵשׁ לְהִבִּיא רְאִיָּה לְדְבְרֵי הַשְּׁ"ף הַנֶּ"ל מְהָא דב"ב (דף מ"ה ע"ב) דְהִבִּיאוּ שֵׁם בְּרִיָּתָא רְאָה עֲבָדוּ בְּיַד אָנוּן וְטִלִּיתוּ בְּיַד כּוּבְס כּו' בְּפִנֵּי אֲמַרְתָּ לֹא לְמִוְכְרוּ וְלִיתָנוּ לִי בְּמַתְנָה דְבְרֵי קִיָּמִין וּמְפָרְשׁ לִי רַבָּה סִפָּא בְּיוֹצֵא מִת"י אֲחֵר וְא"ל אֲחֵר בְּפִנֵּי אֲמַרְתָּ לֹא לְמִוְכְרוּ וְלִיתָנוּ בְּמַתְנָה מִיגוֹ דְאִי בְּעֵי א"ל מִינָהּ זְבִינְתָה כּו' מְהִימָן.

וּמִשְׁמַע דְנִקְא בְטוֹעֵן בְּרִי בְּפִנֵּי אֲמַרְתָּ לְמִוְכְרוּ כּו'. אֲבָל אִם טוֹעֵן שְׁהָאָנוּן אָמַר לֹא שְׁהַבְעָה"ב צִינְהוּ לְמִוְכְרוּ לֹא מְהִי וּמְחֻזְקִיב לְהַחְזִירוֹ.

וְאִי נִימָא דְמְהִי מִיגוֹ שֶׁל אֲחֵר א"כ מְשַׁפְּחַת לִי דְאִף הִיכָא דְאִינוּ טוֹעֵן פִּן בְּבְרִי שְׂבִפְנֵי א"ל לְמִוְכְרוּ ג"כ יְהִיָּה יְכוּל לְהַחְזִיק הַטִּלִּית בְּיַדוֹ לְפִי דְבַעַת דֹּא"ל הָאָנוּן דְהַבְעָה"ב צִינְהוּ לְמִוְכְרוּ וְלִיתָנוּ בְּמַתְנָה הִיָּה נֶאֱמָן בְּמִיגוֹ דְנֶאֱנָסוּ.

וְעֵינָן בְּתוֹס' שֵׁם ד"ה הַמְפָּקִיד כּו'. וְאִף מִיגוֹ חוּץ לַב"ד מְהִי וּכְמַש"כ בְּסַפְרֵי נְחַל יִצְחָק ס' נ"ו סעי' ו' דְהָעֵיקַר כְּמַש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' ע"ב ס"ק צ"א.

א"כ מְמִילָא נֶאֱמָן לֹמַר דְהָאָנוּן א"ל פִּן בְּמִיגוֹ דְמִינָהּ זְבִינְתָה. וְה"ל לְהַתְנָא לְאִשְׁמוֹעֵינָן רְבוּתָא וְתִירָה.

וְעֵינָן בְּשְׁ"ף ס' קמ"ו ס"ק י"א. וְע"כ מוּכַח דְכִינּוֹן דְהָאֲחֵר אִין לֹא דִין שְׂלִישׁ לֹא מְהִי מִיגוֹ שְׂלוֹ לְהַחְזִיק הַחֲפִץ בְּיַד הָאֲחֵר פִּינּוֹן דְטוֹעֵן שְׂמָא.

וְדוּקָא בְּאִם קָנָה מִיָּדוֹ אִו יְרַשׁ מִמֶּנּוּ דְטוֹעֵנִין לְהֵם אֲזוּ הָוִי טַעֲנַתְיָהּוּ בְטוֹעֲנִים שְׂמָא כְּמוֹ דְטוֹעֲנִים בְּרִי כְּמַש"כ הָרָא"ש בְּרַפ"ב דְכְּתוּבּוֹת. אֲבָל הִיכָא דְלֹא הָוִי בְּאִ מְפַח פ' בִּירוּשָׁה אִו בְּמַכִּירָה וּמַתְנָה אֲזוּ הַדִּין נוֹתֵן דְאִינוּ יְכוּל לְהַחְזִיק בְּחֲפִץ שֶׁל אֲחֵר ע"י מִיגוֹ דְפְלוּגֵי שְׁהִיָּה לֹא כ"ז שְׂאִין לֹא דִין שְׂלִישׁ.

ועיין בסי' קל"ד סמ"ע ס"ק י"ב. אבל הוי מצי התנא למתני פן ולא שמועין בכה"ג להיכא דלא הנה אז עדי ראה בעת שא"ל כי הבעה"ב צינה למנכרו וליתנו במתנה לפי דבריו שהאמן אמר לו פן ואמר ג"כ שלא היו אז עדי ראה א"כ נאמן על כל זה במיגו דמיגו דבינתה.

ומדלא תני פן משמע כמש"כ: ונראה לענ"ד להסביר ביתר ביאור לדברי הש"ך בסי' נ"ו הנ"ל דכתב דהיכא דאין לו דין שלישי לא מהימן ע"פ מיגו למסור חפצו של אחר להמקבל ואף אם קיבל ממנו חייב להחזירו.

והוא דהא פבר הוכחתי בספרי גחל יצחק סי' נ"ט ס"ק ב' דמעלת פרי ושמה בצירוף מעלת חזקת מרא קמא מוציא מהמחזק וראיה לזה מן סי' קפ"ה סעי' ה' דאם ראובן אומר במאה אמתתי למנכרו והסרסור אומר בתמשים כו' דאם ידע הלוקח שהחפץ הוא של ראובן יחזיר החפץ לבועלים.

וע"כ הטעם הוא דאף דהלוקח הוא מחזק פעת מ"מ פיון דטוען שמה דהסרסור אומר פרי הוי זה פרי של אחר דלא מהני פמבואר בב"ב (דף קל"ה) ותוס' פתובות (דף ע"ו). וכיון דהמוכר אומר פרי ובצירוף חזקת מ"ק ע"כ מוציא מהלוקח דהוי מחזק.

אף דשמה של הלוקח ה"ל לא ה"ל למידע. ונהו פעין הא דכתובות (דף י"ב) דהפרי של האשה בצירוף אוקי אחזקה נאמנת לומר משארסתני נאנסתי.

ועיין בש"ך סי' צ"א ס"ק י"ב שהביא פן בשם בעה"ת שכתב פעין זה בשם הרב ר' יוסף אבן פלאט ע"ש. אף די"ל דשאני הא דכתובות דחזקת הגוף חשיבא טפי פמו שפתבו התוס' בכתובות (דף ע"ה ע"ב) ד"ה אבל היכא כו'.

עכ"ז הא חזקת מרא קמא הוי ג"כ חזקה אלימא וכמש"כ בספרי שם. ועיין בב"מ (דף ק') תוס' ד"ה הא מני כו' שפתבו דחזקת מ"ק חשיבא טפי.

ואכמ"ל בזה. עכ"פ חזינו דמעלת חזקת מ"ק בצירוף מעלת פרי ושמה עדיפא ממעלת מחזקת: וכעת ראיתי די"ל דהתם בסי' קפ"ה אין הלוקח חשוב בשם מחזקת פלל פיון דנולד לו הספק בעת שהנה החפץ ברשות הסרסור אם יכול לסמוך על דבריו או לא פיון דמיירי שם דאין להסרסור דין שלישי וכמש"כ בספרי גחל יצחק סי' נ"ו.

וידוע לנו דהחפץ הוא של הבעה"ב ע"כ לא הוי הלוקח בשם מחזקת פלל וכעין מש"כ האו"ת בסי' צ' ס"ק ז' וס"ק ט' ובסי' קל"ד ס"ק א' פיוצא בזה והדברים ארופין. אף בעיקר הפלל אם פרי וחזקת מ"ק עדיף ממעלת מחזקת זהו מוכרע מהא דכתובות (דף י"ב) פנ"ל.

ולפ"ז יש להסביר על נכון לדברי הש"ך בסי' נ"ו דאם אין לו דין שלישי אינו נאמן ע"י מיגו למסור החפץ להמקבל. דכיון דידוע דהחפץ הוא של בעלים הראשונים ויש לו חזקת מ"ק וגם הבעה"ב טוען פרי שלא צינהו וליתנו במתנה פלל א"כ יש לו מעלת פרי וחזקת מ"ק.

וכיון דעדיפא ממעלת מחזקת א"כ ממילא עדיפא ממעלת מיגו דהא קיי"ל דמיגו להוציא לא אמרינו וגם תפיסה לא מהני בזה וכמש"כ האו"ת בכללי מיגו פנ"ל. ולפ"ז מוכח

לומר דמעלת שם מוחזק עדיפא ממעלת מיגו דהא הטעם דמיגו להוציא לא אמרינן הוא משום דמעלת מוחזק עדיפא מן מיגו.

ולכה"פ שקולים הם דאם הנה עדיף מעלת מיגו א"כ הנה הדין נותן לומר דבמיגו ינהי יכול להוציא מהמוחזק. א"כ כמו דמעלת פרי ומוחזקת מ"ק עדיף ממעלת שם מוחזק היכא דשייכא א"כ ה"ה דעדיפא ממעלת מיגו.

ולכן פינו דנולד לו ספק בעת שהיה החפץ ת"י האחר אם מהימן ע"י המיגו או לא א"כ לא הוי המקבל אז בשם מוחזק כלל. וממילא עדיפא מעלת פרי ומוחזקת מ"ק של הבעה"ב מן מעלת מיגו של האחר.

ולכן אף אם פא החפץ ליד המקבל פינו דלא הוי בשם מוחזק דהא הוי תפס לאחר שנולד הספק כמש"כ בכללי תפיסה וגם הא אינו טוען המקבל פרי. וידוע דהפרי של האחר לא הוי נחשב לברי פנ"ל.

א"כ הדין נותן דיתזיר החפץ לבצעליו. ובאמת מן הדין דסי' קפ"ה סעי' ה' דאם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן יתזיר החפץ לבצעלים.

מוכח ג"כ כמש"כ הש"ך בס"י נ"ו דהיכא דאין לו דין שלישי לא מהימן אף שיש לו מיגו דהא התם ג"כ הנה להסרסור מיגו כו' בעת דמסר החפץ להלוקח: ועכשיו שנתבאר דברי הש"ך בס"י נ"ו ה"ל על נכון לכן אתי שפיר בפשיטות מה שכתבו הכא דכל זמן שאינו פותב הרשאה לאביו אינו נאמן להחזיק החפץ עבורו.

ולפ"ז ג"כ מוכח דהיכא דשייך הפה שאסר כו' כמו מיגו דלא הנה שלף מעולם דבכה"ג י"ל דא"צ להרשאה פינו דלפי מה דנתבאר א"כ עיקר הטעם ג"כ הוא משום מיגו להוציא לא אמרינן אף לפי דברי הש"ך בס"י נ"ו ה"ל.

ולכן פינו דכבר פתבנו דהיכא דשייך הפה שאסר דבזה מוציאין ממון מהמוחזק ע"כ אף לפי הטעם שכתבנו פעת לכן הדין נותן דהיכא דשייך הפה שאסר כו' בהחפץ שת"י אבי החתן דנאמן להחזיקו עבור בנו ולמסור לו אף דהבן טוען שפא.

אף אם הבן יודע שאלו החפצים הם שייכים לבצעליו אז אין זה מקרי בשם הפה שאסר כו' וכעין מש"כ התוס' בב"ב (דף ל' ע"א) ד"ה לאו קמודית כו' בשם הר"י על ראיות הרשב"א מהה דמפקיד אצל חבירו בשטר כו'.

ואף דלא קיי"ל לדינא פן וכמש"כ הש"ך בס"י קמ"ו ס"ק י"ג ע"ש. מ"מ בשם הפה שאסר כו' אינו פמבואר בפשיטות.

ומה דיש לו מיגו הא נתבאר דלא מהני. ועפ"ז יש לדון הרבה בדברי הגתיות בס"י נ"ו ס"ק י"ח וכן בדבריו בכללי מיגו ס"ק ג' וקצרתני.

וה"ה בהה דינא של הש"ך בס"י נ"ו וכן בפסרסור דסי' קפ"ה ה"ל ג"כ מהני הפה שאסר כו'. וזה ברור דאם אבי החתן טוען שהוא שלישי מן פלוני למסור החפץ לבנו ונדאי דנאמן אף שאין לו פעת מיגו וכמו כל דין שלישי נאמן דאף במכחישינו לו קיי"ל דנאמן וכמו שפסק המחבר בס"י נ"ו סעי' א' וכמו שהכריע האו"ת והגתיות שם דלא פהש"ך שם.

והכא מיירי במודה שלא השלישו בידו החפץ רק תופסו עבור בנו בזה הצריכו לכתיבת הרשאה: ענף ד ועכשיו נבאר לדברי הפוסקים דס"ל דכתיבת הרשאה לאבי החתן מהני לפי דהוי כמו מיגו של הבע"ד עצמו וכן לענין טענת ברי הוי טענת המורשה כמו ברי של הבע"ד עצמו.

והאו"ת והנתיבות הקשו ע"ז דהא קיי"ל בכל הרשאה דשליח שווי' פמבןאר בב"ק (דף ע') א"כ אין לו תורת בע"ד רק דין שליח. והנלע"ד להסביר דברי הפוסקים דעיקר מילתא דכתיבת הרשאה הוא מתקנת חז"ל שלא יהיה יכול הלנה לומר לאו בע"ד דידי את וע"כ שווי' לבע"ד פדי שיהיה כמו הבעלים עצמן ע"י הרשאה וכמש"כ הרמב"ן והובא בקצה"ח סי' קכ"ג ובנתיבות סי' קכ"ב ע"ש.

ומצינו בשבועות (דף ל"ג ע"ב) תוס' ד"ה בבא בהרשאה כו' דאע"ג דקיי"ל שליח שווי' ושילח ביד עבדו פטור הכא עדיף שיש לו פח להוציא ממון כמו בעלים עצמן עכ"ל. וכ"כ הרשב"א בחידושו שם דאף דשליח שווי' מ"מ ז"א אלא לענין שלא יהי יכול השליח לתפוס לעצמו אבל לגבי הנתבע הוי כמו בע"ד עצמו.

א"כ י"ל דמה"ט הוי ג"כ לשארי ענינים כמו בע"ד שיהיה נחשב ברי שלו ומיגו שלו כמו של הבע"ד שיהיה יכול להוציא מן הלנה. ובאמת יש להעיר במה דאמרו בשבועות שם דבא בהרשאה מחייבו קרפן בשבועת העדות אף במןשבע מפי אחרים שאינו פן בשבועת בטוי.

וכעין זה כתב הרמב"ם ה' שבועות פ"ז ה' ו' דע"י הרשאה הוי כמו בע"ד לענין שבועת הפקדון לחיוב קרפן ועיין בתוס' יו"ט שבועות פ"ה ה"ב. וקשה פיון דעיקר מילתא דהרשאה אינו אלא מדרבנן מצד תקנתא ואף בפקדון דלא כפרי' ג"כ כל זמן שלא הקנהו בפירוש הוי הרשאה תקנה גרועה כמש"כ הרשב"א בחי' לשבועות שם ובב"ק (דף ע') א"כ איך מחייבין קרפן ע"י כתיבת הרשאה בשבועת העדות ושבועת הפקדון הא הוי איסור חולין בעזרה וקיי"ל פה"מ דדיבמות (דף פ"ט) דבאום נעשה לא מצינו לעקור לדאורייתא.

וכעין זה הקשו התוס' בגיטין (דף נ"ה ע"ב) ד"ה שלא יאמרו מזבח אוכל גזילות כו'. ומש"כ הרשב"א והריטב"א שם דמשום הפקר ב"ד כו' אתו עלה והובא בפני הושע שם ובשירי קרפן בירושלמי גיטין פ"ה ה' ו'.

הא ז"א שייך בכתיבת הרשאה שיהא פח ביד חכמים להקנות להמורשה כ"ז שלא קנהו בדרך הקנין וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ב' לפי שיטת פמה פוסקים דס"ל כו' יצחק דגיטין (דף ל"ו) דיליף לי' מן קרא דעזרא מן פל אשר לא יבא בעצת הזקנים כו' ע"ש.

וכש"כ הכא דהא באמת לא הקנהו חז"ל להמורשה ואי תפס מפקינן מיני'. וכן ראיתי פעת להרשב"א ב"ק (דף ע') ובחי' לשבועות (דף ל"ג) דהעיר בקצרה פעין זה: ואפשר לומר בזה פעין המבואר בנזיר (דף כ"ט) דהקשו למ"ד פדי לחנכו במצות הא קא מיימי חולין בעזרה ומשני דקסבר חולין בעזרה לאו דאורייתא ופירשו התוס' שם די"ל דההקטרה יעלם לשם עצים והדם זרוק לשם מים.

וכן פסק הרמב"ם ה' שחיטה פ"ב דחולין בעזרה לאו דאורייתא. אבל באמת דוחק לומר
כן בהא דשבועת העדות וכן בשבועת הפקדון ע"י הרשאה לחיוב אשם דלא אשתמיט
לחד מן הראשונים לפרש כן דיעשו פעין שפתבו התוס' בגזיר הג"ל.

והעיקר נלע"ד להוכיח מזה פשיטת המרדכי והרשב"א שהובא באו"ת סי' קכ"ג ס"ק
י"ב דעיקר הטעם דכתיבת הרשאה הוא משום דהוי כמתנה ע"מ להחזיר. וכן ראיתי בחי'
הרשב"א לב"ק (דף ע') שכ"כ.

והא דאי תפס המורשה מפקינו מינן זהו משום דהא מחוייב להחזיר להמרשה לקנין
תנאו. אבל בעת דבא לתבוע מהחייב הוי כמו בע"ד ממש משום דהוי כמתנה וע"כ שפיר
מצי לחייבו אף קרבן.

ולכן ממילא הדין נותן שיהיה מועיל מיגו או פרי של המורשה כמו של הבע"ד עצמו.
ואפתי תקשה לפי מה דהעלה הש"ך בס"ק כ"ג ס"ק כ"ג דהעיקר כהמחבר דהמורשה
כשר להעיד ודלא כהמרש"ל.

א"כ מוכח מזה דהמורשה לא קנה להחפץ במתנה ע"מ להחזיר ג"כ דאל"כ הא הוי קרוב
אצל ממונו ופסול להעיד א"כ מוכח מזה דלדינא קיי"ל דאין פאן שום קנין פלל
להמורשה. אף גם מזה אין הכרח לדחות למה שפתיבתי.

לפי די"ל דבאמת לפי דינא דגמ' היו כותבין ההרשאה רק היכא שהוא ע"פ דרכי הקנאה
כמבואר בס"ק כ"ג בשם הרמב"ם והטור וש"פ ולכן בעינן דוקא פקדון דלא פפרי' או
בחוב שטר ומסר לו השט"ח וכתב קני לך כו'.

ע"כ שפיר י"ל דאף היכא שלא הקנהו בפ"י רק שנתן לו כן ע"פ הרשאה ג"כ קנהו בקנין
במתנה ע"מ להחזיר. וממילא היה פסול המורשה להעיד אז.

אבל האידנא דתקנו הגאונים להרשות אף על חוב מלנה בע"פ כמבואר שם א"כ י"ל
דבאמת אף אם לא קנהו המורשה פלל אף במתנה ע"מ להחזיר ג"כ מצי לתבוע את
הבע"ד ע"י הרשאה מצד תקנת הגאונים ולא יכול לומר לו לאו בע"ד דידי את.

ומה"ט יכול להעיד לפי דלא הוי המורשה לבע"ד מצד קנין פיון דאין לו שום קנין פלל
בהחפץ. ואפ"ה יכול להיות מורשה לתבוע משום התקנה.

ולכן א"ש הא דשבועות דאמרו דהוי המורשה נחשב לבע"ד ממש לענין חיוב קרבן
משום דבזמן הגמ' דהיו כותבין הרשאה בדרך שחל בו אף קנין גמור כמש"כ הש"ך
ברי"ש סי' קכ"ג. ע"כ שפיר הוי בע"ד ממש משום דאף דלא הקנהו בפ"י מ"מ קנהו במתנה
ע"מ להחזיר.

ומה"ט א"ש דברי הפוסקים הכא שפתבו דהבן ירשה לאביו לפי דמקנהו להמשפוח שת"י
בתורת הרשאה דהוי כמתנה ע"מ להחזיר וכיון דחל בו קנין כמש"כ הקצה"ח דחוב
במשפוח נקנה בנודאי ע"כ מה"ט מועיל מיגו וברי ש"ל כמו של הבע"ד עצמו: וכן מצינו
בח"מ סי' ק"ה סעיף א' בתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה אף בעשאו לשליח
וכתב הרשאה.

ושיטת הב"ח שם והובא בש"ף ס"ק א' דאם פתב הרשאה הוי כמו בע"ד עצמו ומהני תפיסתו אף אם תב לאחרים והש"ף חולק עליו. אכן האו"ת שם ס"ק ב' הביא לדברי הב"ח הנ"ל וכתב דכן הוא בשמ"ק.

והעלה לדינא דהיכא דהוי ההרשאה על חוב שיכול לחול עליו קנן גמור אז מועיל ההרשאה להיות מועיל תפיסתו אף בתב לאחרים. אבל היכא דלא מצי לחול עליו תורת קנן רק הרשאה מפת תקנה אין לו תוקף יותר משארי שליח ולא מהני תפיסתו במקום דתב לאחרים עכ"ל האו"ת.

וא"כ כמו כן יש לחלק ה"כא דדוקא לענן חוב שיש עליו משכון והמשכון הוא ת"י אבי דיש בו תורת הקנאה כמ"ש הקצה"ח בזה מועיל הרשאה אף דלא הקנהו בפ"א ומועיל ברי ומיגו של המורשה.

אף הקצה"ח כתב דבעינן דוקא שיקנהו בתורת קנן. אכן לפמש"כ הדין נותן דאף דלא הקנהו בפ"א רק שנתן לו הרשאה ג"כ מועיל בזה.

אף לענן שבוועה להטיל על הלנה בזה הדין נותן כמש"כ האו"ת להשיג עליהם דלא מצי לחייב שבוועה ע"י טענת ברי של המורשה כיון שהמלנה עצמו אין לו טענת ברי דהא בחוב בע"פ אם אין לו משכון אינו מועיל ההרשאה רק מצד תקנת הגאונים פנ"ל: ולא מבעיא לפמש"כ בשם האו"ת בסי' קכ"ג ס"ק י"ב שכתב בשם הרשב"א והמרדכי דהרשאה הוי כמו מתנה ע"מ להחזיר פנ"ל ואף אי נימא דלא הוי כמו מתנה ע"מ להחזיר מ"מ י"ל כיון דעשאוהו חז"ל להמורשה שיהיה כמו בע"ד נגד הנתבע כמש"כ הרא"ש בב"ק (דף ע') והש"ף ר"ס קכ"ג.

דממילא מה"ט נאמן ע"י מיגו וברי שלו ג"כ. וזה ברור דאפטרופוס עבור יתומים נדאי נאמן לטעון טענת ברי על המשכנות שת"י אף דהיתומים אינם יודעים פלל.

וכמש"כ הש"ף בסי' ר"צ ס"ק ט"ו דאפטרופוס נאמן על המשכון שת"י ואף דשם מיידי בנולד הספק בהפרעון וגם מדמהו הש"ף שם בשם המרדכי לדין שלישי ע"ש. מ"מ אין סברא דהיכא דיכחיש להאפטרופוס דאז אין לו דין שלישי כמש"כ הש"ף להכריע בסי' נ"ו.

דנימא שלא יהיה נאמן דהא אם לא פן לא שבתת חיי לשום עזבון יתומים שעיקרו נעשה רק ע"פ האפטרופוס. וגם הא היכא שאין לו תורת שלישי אז אף שאין ההכחשה רק בהפרעון להלנה יש ג"כ מיגו דאי בעי היה מכחישו בעיקר החוב [וזה לא מקרי מיגו להוציא כמש"כ בספרי נחל יצחק בסימן ג' בתפיסה בדררא דמונא ע"ש].

היכא דלא שייך מחושואיל"מ דהוי האפטרופוס קרוב וכיוצא בזה. ואפ"ה מהימן.

ועיין בסי' ע"ב סעיף ל"ה וקצתתי. וזה ברור דאפטרופוס כשר להעיד היכא דמהני עדותו בתורת עדות פמבןאר בסי' ל"ז סעיף ח' ובסי' ר"א סעי' י"ב.

אלמא דאף דלא הוי כמו בע"ד ממש דהא נאמן בתורת עדות ואפ"ה מהני מיגו וברי של האפטרופוס פנ"ל. והטעם הוא משום דאפטרופוס ידו פינד היתומים כמו לענן הרשאה

בסי' ק"ה סעי' א' דאפטרופס מצי להיות תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וזהו פ'עין
הא דח"מ סי' ר"ב סעיף ד' וקדושין (דף כ"ז).

[וזהו פ'עין מה שפתיבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ח ענף ג' בשם הירושלמי דג'נפר
נחשב כפ'עלים ע"ש וקצתתי]. אלמא דלא אמרינו הסברא דכינון דמהימן להעיד דלא
היה לו תורת בע"ד לענן ברי ומיגו א"כ ה"ה במורשה דאף דקיי"ל דכשר להעיד מ"מ
כינון דדינו של המורשה כמו בע"ד דהוי ידו פ'נד בעה"ב דמצי תופס אף דחב לאחרים
דה"ה דמהני מיגו וברי ש'לו.

ולפ"ז אין דברי האו"ת מוכרחים במש"כ דמורשה פ'נו דכשר להעיד א"כ אין דינו כמו
בע"ד לגבי זה ע"ש באו"ת. דהא מצינו באפטרופס ג"כ דכשר להעיד ואפ"ה דינו בזה
כבע"ד.

ואף דידעתי די"ל דאפטרופס עדיף ממורשה מ"מ הא חזינו דלא תלוי זה במה דכשר
להעיד: שוב ראיתי די"ל דלכן אפטרופס העוסק בנכסי יתומים חשוב טענותיו כמו
הבע"ד עצמו די"ל דדינו כמו שומר דהוי כבע"ד על החפץ שברשותו פ'דמצינו בב"ק
(דף ק"ח) דתבעו שומר והודה כו' ופי' רש"י דתביעתו תביעה.

וכמש"כ הסמ"ע בסי' ע"ב ס"ק ס"א בשם תשובת הרא"ש דראובן תובע הפקיד והפקיד
תובע לשמעון. ועיין בשבועות (דף מו) דאמר רבא אפילו שומר נשבע כו'.

ובספרי נחל יצחק סימן ע"ב סעיף ל' ענף א' וברקונטרסי לביאור ספק תקנה ענף ז'
הארבתי קצת בזה. א"כ אפטרופס דתובע ממון שאומר שהלוה אותם לפלוני וכה"ג נדאי
יש לו דין בע"ד ממש דהא טוען שקיבלם מידו.

אף אף אם לא היה העסק וההלואות מידו רק מה שהיה בחיי אביהם וכה"ג בזה ג"כ דינו
כמו בע"ד עצמו אף היכא דאין לו דין שלישי פ'נו דכבר נתבאר דגם בהרשאה הוי כמו
בע"ד לגבי ברי ומיגו א"כ כ"ש באפטרופס.

וראיתי בב"ח סי' ק"ה שכתב דלכן מהני תפיסה ע"י שליח בחב לאחרים אם כתב לו
הרשאה משום דאלים לי דאינו יכול לבטלו כו'. ובאמת הש"ך בסי' קכ"ב ס"ק ט' כתב
דאף בכתב הרשאה והקנה לו באג"ק ג"כ יכול לבטל ע"ש.

אף פ'נו דהאו"ת בעצמו הכריע בסי' ק"ה כהב"ח בזה ע"כ שפיר פתיבתי. ועיקר הענין
אם יכול לבטל שליחותו בכתב הרשאה י"ל דזה תליא במש"כ לעיל אי הוי מילתא
דהרשאה כמו מתנה ע"מ להחזיר או לא דאם נאמר דהוי האומדנא דנתן לו במתנה ע"מ
להחזיר ע"כ אינו יכול לבטל שליחותו ואם נאמר דלא הוי כמו מתנה ע"מ להחזיר רק
מצד דאלמוהו חז"ל בכתב הרשאה ושניי' לבע"ד א"כ י"ל דז"א אלא כ"ז דלא בטלי
לשליחותו ועשאוהו לבע"ד משום טובת משלחו אבל אם ביטלו הא יכול לומר אי אפשי
במתנת חז"ל ואכמ"ל וקצתתי.

וכ"ז דלא בטלי בפ' דינו כמו בע"ד ממש דשוניי' חז"ל לבע"ד לטובת המשלחו פ'דחזינו
דמהני תפיסת המורשה אף לאחרים למען טובת המשלחו: ולכן לדינא שפיר כתבו
הראשונים דאם כתב הרשאה מהני תפיסתו להיות נאמן ע"י מיגו וברי ש'לו ואף אם יהי

ספק אם הוי כמו מתנה ע"מ להחזיר ונימא דאם לא הנה במתנה ע"מ להחזיר לא הוי כמו בע"ד.

עכ"ז הא פבר הכריע האו"ת בכללי תפיסה וכ"כ בספרי נחל יצחק דבספיקא דדינא מועיל תפיסה ע"י שליח. א"כ אף אם יהיה ספיקא דדינא בזה ג"כ מהני תפיסת המורשה.

וכש"כ לפמש"כ בשם הב"ח והאו"ת בסי' ק"ה דע"י הרשאה מהני תפיסתו אף בקב לאחרים. א"כ אף דהוי קב להלנה בנ"ד ג"כ מהני תפיסתו וכש"כ הכא דטוען ברי.

ולכן אין להזניח דברי הפוסקים בזה. וכן משמע מן הנו"ב במ"ת סי' מ"ג ד"ה העולה מזה שהשיג על הש"ך במה דכתב דבמסר המשכון לאביו ג"כ מהני ע"ז השיג דהא מספיקא אינו רשאי למסור המשכון לאחר פיון שאינו יודע בברי.

אבל היכא שאבי החתן מוחזק מכבר בזה ס"ל דמהני הרשאה. ולא חש לקושיות האו"ת דקיי"ל שליח שו"י.

ע"כ לדינא אין להוציא ממנו משום מהני תפיסתו ע"י מיגו וברי של אבי החתן עבור בנו אם כתב לו הרשאה. ועדיין יש להעיר ע"ז מכתובות (דף ע"ו ע"א) רב אשי אמר רישא מנה לאבא בידה סיפא מנה לי כו' ובתוס' שם ד"ה רישא מנה לאבא כו' שפכתו מתחלה לפרש סברתו דה"ל כמו ברי של אחר ע"כ פיון דהאב טוען שמה אינו יכול להוציא המזון ע"י ברי של בתו.

וכן פתבו שם הר"ן והרשב"א והריטב"א והשמ"ק דהעיקר כפירוש זה. ואי נימא דע"י פתיבת הרשאה הוי כמו ברי של בע"ד בעצמו.

א"כ תקשה דאמאי אמרו שם האב צריף להביא ראיה כו' הא בידו לכתוב הרשאה לבתו דאומרת ברי לי דהמומין נולדו אחר האירוסין וגם אפטר לדון דיכול האב לכוף לבתו דתשתדל לגבות ע"י הרשאה לפי דהא יכול האב לכוף לבתו למעשה ידיה שהם של האב.

ואפטר לומר דזה הוי כמו אנסוהו לקנות דלא מהני כמ"ש הקצה"ח כעין זה בסי' ט' ובספרי נחל יצחק שם. אף דתקשה דהא בידו של האב לבקש פן מבתו שתגבה ע"י הרשאה ומסתמא תתרצה.

פיון דאומרת ברי. ואפטר לומר דהא במקום שאין כותבין פתובה לא מצי האב לגבות ע"י מה שמרשה לבתו דהא מדינא דגמ' לא מהני הרשאה היכא דליתא בקנין גמור לשיטת הרמב"ם פמבנאר בסי' קכ"ג וע"כ אין כותבין הרשאה רק במלוה בשטר וכתב קני כו' ומסר השטר פמבנאר בסי' קכ"ג אבל במלוה בע"פ לא מהני הרשאה.

א"כ במקום שאין כותבין פתובה דהוי כמו מלוה בע"פ לגבי קנין להקנות לאחרים דלית' במסירה ע"כ נקטו במשנה דצריף האב להביא ראיה דזהו מילתא פסיקתא אף במקום שאין כותבין פתובה.

וכן מצינו בכתובות (ד' טז) דמוקי ר"פ למתניתין דשם דבמקום שאין כותבין פתובה עסקינו. וגם י"ל דגם זה הוא בכלל מה דאמרו דהאב צריף להביא ראיה כו' דאם יתן הרשאה לבתו שתגבה מהבעל ותטעון ברי לי כו' ואז תהיה נאמנת משום ברי וחוזת

הגוף דהוי הוכחה גדולה להוציא עפ"ז מן המונחוק א"כ גם זה מקרי בשם ראיה דאמרו דצריה להביא ראיה היינו שישתדל האב וליתן הרשאה ולבקש מן בתו שתשתדל בזה. ולכן אין מזה ראיה כלל לדחות לדברי הראשונים הנ"ל. וכן הא דב"ב (נ"ד קל"ה) זה אחי אינו נאמן ואמר אב"י דה"ל כמנה לאחר בידה.

ג"כ יש לומר דאם פותב לו הרשאה מהני רק דמיירי דאין אחיו רוצה להשתדל בזה: ענף ה ועוד הקשה האו"ת דאיה מהני הרשאה בזה דהא צריה לישבע שבועת המשפון א"כ לא מהני שבועת המורשה דדוקא שבועת הבע"ד דהוי שבועת הפקדון בזה הימנוהו אבל שבועת המורשה דאין לו חלק בו רק נשבע דהאמת הוא דראובן חייב לשמעון ה"ז בגדר שבועת שוא לא ביטוי ולא פקדון וכבר אמרו בשבועות (נ"ד ל"ז) חמורה שבועת הפקדון משבועת עדות ע"ש ומכ"ש משבועת שוא דלית בי' קרפן כלל וא"כ איה נאמין מחומרא לקולא דמה דתקנו כו' הוא פשנשבע לשקר עובר בשבועת הפקדון וקרפן על שבועתו וא"כ זה המורשה שבועה אין כאן רק שבועת שוא ואין חייב קרפן על שבועת שוא ואיה נימא מקולא לחומרא ולכן דין זה צ"ע כו' עכ"ל האו"ת: ונהנה מש"כ דזהו בגדר שבועת שוא דלית בי' קרפן כלל תמהני עליו דהא שבועת שוא הוא נשבע לשנות את הידוע כמבואר בשבועות (נ"ד כ"ט) בזה אמרו שם דלית בי' קרפן.

אבל שבועה אכלתי ולא אכלתי חייב קרפן כמבואר בשבועות (נ"ד כ"א) וברמב"ם פ"א ה' שבועות ופ"ג ועיין בתוס' יו"ט פ"ד אבות משנה ז. א"כ ה"ה שבועת המורשה שראובן חייב לשמעון זה לא הוי שבועת שוא דהא אין זה לשנות הידוע אלא זהו בגדר שבועת ביטוי דחייב קרפן עולה ויורד.

אף דאפתי תקשה דהא אמרו שם דחמורה שבועת הפקדון דמייתי אשם בכסף שקלים משבועת העדות דמייתי טאטבת דנקא. א"כ ה"ה מה"ט חמורה שבועת הפקדון משבועת ביטוי ושפיר הקשה האו"ת.

רק במש"כ דזהו בגדר שבועת שוא דבריו תמוהים. ואף די"ל דחמורה שבועת ביטוי דיש בה מלקות על המזיד משא"כ שבועת הפקדון דאין בה מלקות על המזיד.

ודוקא גבי שבועת העדות דאין בו מלקות על המזיד אמרו דחמורה שבועת הפקדון משבועת העדות. מ"מ הא זה דאין מלקין בשבועת הפקדון הוי זה איבעיא דלא אפשרטא בשבועות (נ"ד ל"ז) וכמש"כ הלח"מ פ"ז ה' שבועות ה"ח.

לכן י"ל דהוי חומרא בשבועת הפקדון משבועת ביטוי. כן הוא פנונת האו"ת בקושיותיו. ועיין בסוגיא שבועות שם דיש סברא דחמורה קרפן ממלקות וקצתתי: אף בעיקר דבריו שכתב דשבועת המורשה לא הוי שבועת הפקדון. לענ"ד נראה דאם החפץ הוא ת"י המורשה נחבירו תובע ממנו החפץ וטוען הלא דבריהם הם בשקר וממילא החיוב עליהם להחזיר לי החפץ שת"י ולכן פשנשבע דהאמת עם ראובן ע"כ מקרי זה ג"כ שבועת הפקדון כמו כל שבועת הפקדון דהוא על כפירת ממון שאם יודה תחייב להחזיר ולשלם לו וכמש"כ הרמב"ם פ"ז ה' שבועות ה' א' דמה שאם יודה תחייב לשלם וכופר ונשבע ה"ז שבועת הפקדון.

ולכן פינון דעיקר דין מה דאמרו דהמורשה נאמן הוא פשהספץ ת"י דאם אינו ת"י לא שיקף להאמינו כמש"כ הקצה"ח וכינון דהוא ת"י המורשה א"כ ממילא הוי זה בכלל פפירת ממון דאם יודה חייב להחזיר הספץ שת"י להתובע והוי בשם שבועת הפקדון ג"כ.

ועיקר גושפיתו בלא"ה אינו קשה דהא הוה שבועת המשכון הוא מצד תקנה דמן הדין א"צ שבועה. וה"ל כמו דקיי"ל בסי' צ"ב ש"ך ס"ק י"ד דשבועה דהוי רק מצד התקנה פינון דמן הדין א"צ שבועה ע"כ השבועה אינו מעכב הפירעון היכא דאינו יכול לישבע וכה"ג פתב הש"ך בסי' מ"ז ס"ק ד' ע"ש.

ובאמת פן הדבר מוכח ממה דיורשים נשבעים שבועה שלא פקדנו ונוטלים הוה במלנה בשטר והוה במלנה על המשכון שת"י פמבואר בסי' ע"ב סעי' י"ז ש"ך ס"ק ע"ב. הרי דאין השבועה מעפכת הפירעון דהא היורשים אינם נשבעים בבירור על עצמם העגנו רק שלא פקדנו כו'.

ואף דיש לחלק ביניהם עכ"ז הדבר מוכרע פן מן חשוד דאפיק שטר פנ"ל כדקיי"ל לדינא. ואף להחולקים שם מ"מ י"ל דז"א אלא בפאים להוציא אבל היכא דאינם מוציאין מרשות החייב שאני ניש להאריף בזה.

ואף אם יהי ספיקא דדינא בהוה דסי' צ"ב הנ"ל וכמש"כ האו"ת שם דאין הכרעת הש"ך מכרעת ע"ש. עכ"ז הא אף במקום דהוי ספיקא דדינא מהני תפיסת המורשה כמש"כ לעיל.

וע"כ ברור דשבועת המורשה אף דלא יהי רק כמו שליח ג"כ מועיל שבועתו על המשכון שת"י פינון דהבע"ד עצמו אינו יודע האמת ואינו יכול לישבע ע"כ שבועתו אינו מעכב הפירעון. וכעין זה פתב הקצה"ח בסי' נ"ט ס"ק א' גבי מלנה שטוען על השטר שאינו יודע דמטעם שאינו נשבע אין זה מעכב הפירעון ע"ש.

ולכן אין מקום לקושיות האו"ת לדחות לדברי הראשונים הנ"ל: ענף ו נעמה נשובה לבאר הדין שכתב האו"ת במי שיש לו שט"ח על אחר שיש בו ספיקא דדינא ומכרו לאחר שיש בידו מעות של הלנה דמהני מכירתו שיהי' יכול לטעון קים לי ולהחזיק המעות בידו.

והחיות יאיר בסי' ר"ל פתב בפשיטות דלא מהני מכירתו והשבועת יעקב סי' קנ"ז חולק על החיות יאיר וכן הסכים הנתיבות וכתב בראובן שיש לו שט"ח על שמעון וא"י אם נפרע ולוי יודע שאינו פרוע ומחזק במעות של שמעון שיקול ראובן למפור לו השט"ח כו' פינון שפבר קנה השט"ח כו' עכ"ל הנתיבות.

ובאמת לפ"ז הסברא נותנת דאף אם אין לוי מחזק במעות של שמעון דג"כ מהני מכירתו פינון דטוען ברי א"כ הוי בעה"ש ונאמן על שטרו שת"י. וכן נראה מן המשנה נתיבות וכן פתב הקצה"ח ובמשנה נתיבות גבי משכון שטוען שפא דיקול להקנותו לאחר הטוען ברי אם המשכון פבר הוא ת"י האחר דאז אין דינו כמזיק ע"ש: אכן לענ"ד נראה דהנכון עם החיות יאיר שכתב דאין ממש בהקנאתו להשט"ח פינון שטוען שפא א"כ ה"ל ממון שאינו יכול להוציא בדינינים דמבואר בב"מ (נ"ד ז') דממון שא"י להוציא בדינינים אינו

יכול להקדישו ולמנוחו כמבואר בסי' שנ"ד אף בקרקע א"כ ה"ה הכא פינון דהמלנה טוען
שפא ואינו בידו להוציא בדיינים מן הלנה אינו יכול להקנותו לאחר ולא קנהו הלוקח.

ולא מבעיא היכא דהלוקח אינו תפוס במעות של הלנה אף דטוען ברי ג"כ אינו בהקנאה
משום ממון שא"י להוציא בדיינים ואף היכא דהלוקח תפוס במעות או חפץ של הלנה
ג"כ אינו במקירה מטעם הנ"ל.

ואף לפמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט דלהגזלן עצמו מהני הקנאתו אף אם
א"י להוציא בדיינים היינו אם מקנהו לגוף החפץ השייך לו אבל הכא פינון דעיקר מילתא
במכירת שט"ח או משכון הוא משום דע"י השט"ח או המשכון קנה הלוקח לגוף החוב
שיש לו על הלנה וכינון דגוף החוב אינו במקירה לפי דהוי א"י להוציא בדיינים א"כ
ממילא לא קנהו הלוקח להשט"ח או להמשכון.

ולפ"ז יש להעיר ג"כ במה שכתב המהרש"ל דחוב שיש להמלנה על המשכון שת"י
דטוען שפא דאם הקנהו בהרשאה לאבי החתן הטוען ברי דיכול אביו להחזיק המשכון
ת"י. דאף לפמש"כ דהרשאה הוי כמו קנין גבי זה.

אבל הא אף הקנאה גמורה לא מהני בכה"ג פינון דהוי א"י להוציא בדיינים: ובאמת יש
להעיר פן בבכורות (דף מ"ט) במה דמקשה הגמ' פהו א' ליזיל לגבי האי ולידחני' כו'
ומוקי בבא בהרשאה.

וכן בב"ב (דף קכ"ז) שתי נשים שילדו שני זכרים במחבוא פותבין הרשאה זל"ז ועיין
בתוס' שם שכתבו דזהו מפת שליחות דקיי"ל שלים שוויי'. ומצינו בנזיר (דף י"ב) דכי
משוי שלים במלתא דמצי עביד המשלח כו' ועיין בתוס' שם ובגדרים (דף ע"ב ע"ב)
במה דמקשה הגמ' והא לא שמע לי' בפ"י הר"נ והרא"ש.

ותקשה הכא פינון דאיהו לא מצי עביד להוציא מן החייב מחמת שיכול לדחותו א"כ מה"ט
לא? הא מצי משווי שלים להוציא ממון מן החייב. אף לשיטת המחבר בסי' קכ"ג סעי'
י"ד דיכולים לשלוח הרשאה ביד מי שאינו בתורת שליחות ע"ש.

ע"כ י"ל דמה"ט לא בעינן בדיני הרשאה הך פרט דבעינן בשליחות דיהא מצי עביד
המשלח משום דלא בעינן בזה הפרטים דבעינן היכא דמשוי שלים. אבל לשיטת
המהרש"ל דהובא בפ"י שם ס"ק ל' דאין הרשאה מועלת היכא דאינו בתורת שליחות
וכ"כ בשם המהרשד"ם א"כ לפ"ז תקשה פנ"ל.

וי"ל בזה ע"פ הא דיבמות (דף צ"ט) בכהנת שנתערב וולדה בנולד שפחתה דאין נותנים
להם קדשים ואין מוציאין שלהם מידיהם ופי' רש"י אם היו חייבים עולה ונטאת אין
כופין אותם לתת לאנשי משמר.

והקשה דהא אי' בב"ק (דף ק"י) דהיכא דלא מצי עביד עבודה לא מצי משווי שלים.
והתוס' שם ד"ה אין מוציאין כו' כתבו בשם הר"י לתרץ קושיות רש"י דשא"ה דאם יבא
אלי ויאמר שהוא פהו הוי ראוי לעבוד עבודה ע"כ מצי משווי שלים כו'.

וכעין סברת התוס' הנ"ל מצינו ביבמות (דף מ"א) ובגטין (דף מ"ב) ובמק"א הארכתי
בזה. ודברי רש"י והתוס' הנ"ל הובא במל"מ פ"ט ה' אישות הל' ו' בד"ה ודע כו'.

א"כ לדברי התוס' הנ"ל א"ש ה"א בהרשאה דאף דאיהו בעצמו אינו יכול להוציא מן החייב עכ"ז מקרי זה בשם מצי עביד אם יבא אלי' ויאמר שזהו שלו כיון דמה דלא מצי עביד אינו רק משום ספיקא.

ולשיטת רש"י דס"ל דזהו מקרי לא מצי עביד עכ"פ. באמת מוכח מזה פשיטת המחבר והראשונים דס"ל דהרשאה מועלת אף ע"י מי שאינו בתורת שליחות כנ"ל: אף אפתי תקשה לפי מה דמשמע בתוס' ב"ב (נ"ח קכ"ז) ד"ה מדדרש רבא כו' דאם יש לבכור קודם חלוקה ה"ה מועיל התם בשתי נשים שילדו במתבואה הרשאה בתורת קנין.

וקשה הא הוי ממון שא"י הבכור האמיתי להוציא בדניינין ע"כ לא יהי' מועיל הקנאתו בתורת קנין ואף דע"י הקנאתו לאחר יוציא האחר בדניינים אבל עכ"פ המקנה בעצמו א"י להוציא לעצמו.

וכן תקשה במש"כ התוס' בכורות (נ"ח מ"ט) ד"ה ה"מ היכא דכפר' ובשבועות (נ"ח ל"ג) תוס' ד"ה היכא דלא כפר' שכתבו דהתם לא שייך פקדון. אבל היכא דשייך פקדון הי' מועיל תורת הקנאה.

ואם פודין בקרקע א"ש כמש"כ התוס' שם. וכ"כ התוס' בב"ק (נ"ח ע') ד"ה אמטלטלי דכפר' כו' בסה"ד.

ותקשה הא הוי ממון שא"י להוציא בדניינין כ"א בפ"ע ואף בקרקע לא מהני. ובזה לא שייך לומר כמש"כ לעיל דלכך מהני הרשאה בתורת שליחות ולא אמרינן בזה מידי דלא מצי עביד המשלח כו'.

משום הסברא דאם יבא אלי' ויאמר כו'. דז"א שייך אלא בענין שליחות או בהך דגיטין (נ"ח מ"ב) דמה"ט קנין כספו קרינן בי'.

אבל לא שיהא נקרא מה"ט ממון שיכול להוציא בדניינין. דאל"כ תקשה בהאי מסותא דב"מ (נ"ח ז') דאמרו דמשום דהוי ממון שא"י להוציא בדניינין אינו חל הקדישו ומשמע דהמקדיש עצמו מותר ליהנות מהמסותא ואינו עובר על איסור מעילה.

ולא אמרינן אילו יבא אלי' ויאמר דהוי דידי' דיהי' משום זה ממון שיכול להוציא בדניינים. וע"כ מוכח דכיון שאין לו עדים שיעידו בב"ד דמקרי משום זה ממון שאין יכול להוציא בדניינים.

ומה"ט במכר לממון שא"י להוציא בדניינים דאף אם בא דבר הנמכר לאח"ז ליד המוכר הנגזל מ"מ אין המוכר חייב להעמיד מקחו ליד הלוקח. אף דהמוכר בעצמו נאמן על שלו מ"מ כיון דהיה ממון שא"י להוציא כו' אינו חל מכירתו אף דהאמת אתו דהא הך פלגא דא"י להוציא כו' אינו משום דלא מהימנינן לי' רק משום דע"ז הוי כמו דאינו ברשותו אף בקרקע.

וכן תקשה בכתיבת הרשאה זל"ז דבכורות וב"ב הנ"ל לשיטת רש"י דיבמות (נ"ח צ"ט) דס"ל דהיכא דלא מצי עביד המשלח אף משום דהוי ספק דג"כ אמרינן בזה הפלג דמידי דלא מצי עביד לא משנוי שליח.

ומש"כ לעיל דלשיטת רש"י הנ"ל נימא פשיטת הראשונים בח"מ סי' קכ"ג דיכולים לשלוח הרשעה ע"י מי שאינו בתורת שליחות כו'. דז"א דהא עיקר הטעם של הראשונים נ"ל דהוא משום דהרשעה בתורת קצת קנן הוא לא מבעיא לפמש"כ לעיל בשם האו"ת סי' קכ"ג ס"ק י"ב שכתב בשם הרשב"א והמרדכי דכל פתיבת הרשעה ה"ל כמתנה ע"מ להחזיר.

ואף לפי מש"כ דחז"ל אלמיהו לכח הרשעה דיהי' הקנאה גרועה עכ"פ דיהיה יד המורשה פיד הבועלים לטובת המרשהו אבל לא עדיפא זה מן קנן גמור א"כ פיון דקנן גמור לא מהני היכא שא"י להוציאו בדיינים כש"כ דקנן גרוע דהרשעה לא מהני בזה.

ולכן אף דס"ל דלא בעינן תורת שליחות בהרשעה מטעם דהוי פועל קנן. אבל היכא דא"י להוציאו בדיינים לא תהא מועיל הרשעה ותקשה כ"ז.

אף ז"א דהא כותבין הרשעה אף על מלנה בע"פ דליתא בקנן ועיקר גושטייתי הוא רק על הא דב"ב ובכורות הנ"ל דמייירי בהקנאה: ענף ז' ויש לי פמה דרכים בזה אף העיקר כמש"כ לתרץ זה בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט ענף ב' דכיון דהוי פיד המרשה והמורשה לבא ביחד לתפוע מן הסייב דאז יהיה מחוייב בב"ד ויש להם יכולת להוציא בדיינים ממנו.

ע"כ מקרי זה בשם ממון שיכול להוציאו בדיינים לענן שיהיה לחול מכירתו להשני אף בתורת קנן גמור כמו שהארבתי שם בכ"ז. א"כ ז"א מספיק רק התם דיש פיד שניהם לבא ביחד לתפוע ממנו וכמש"כ התוס' בבכורות (דף מ"ט) ד"ה ה"מ היכא דכפר' כו' בסה"ד.

ובש"ף יו"ד סי' ש"ה ס"ק ל"ה בשם המע"מ. ע"כ מקרי זה בשם ממון שיכול להוציאו בדיינים דחל בו קנן גמור ג"כ.

ורק לגבי מעמד שלשתן כתבו התוס' בב"ק (דף ע') ד"ה אמטלטלי דכפר' כו' ובכורות (דף מ"ט) דיש מקום להסתפק פיון דאינו יכול להוציא מידו לא תקנו בזה מעמ"ג כמו דלא תקנו בכתובה.

אבל לעולם מקרי זה בשם ממון שיכול להוציאו כו'. אבל הכא בנ"ד שהמוכר השט"ח טוען שמא על שטרו א"כ קודם שמכר השט"ח אין לו שום עצה וטעדיקי פלל לגבות הממון מן הלנה אף שיבואו ביחד לגבות ממנו אינו מחוייב הלנה א"כ ה"ל ממון שא"י להוציאו בדיינים מקודם מכירתו להשט"ח וע"כ אינו חל הקנאת השט"ח פלל.

ובהא דב"ב ובכורות שפיר יכולין להקנות זל"ז בדרך הקנן משום דהיה בידם טעדיקי להוציא הממון להם אף מקודם הקנאתם זל"ז שיש בידם יכולת לבוא ביחד לפני הב"ד פנ"ל. ואף שאין זה פיד א' עכ"ז הא פתבתי בספרי שם דענן יכול להוציאו בדיינים ג"כ אין זה מקרי פידו כ"כ משום דהא י"ל בזה מי יימר דמנדקי לי ב"ד אף דמצוים הב"ד ע"ז וכמבואר בתוס' סוטה (דף כ"ה) ע"פ הגמ' דקידישין (דף ס"ב).

וגם אף היקא דצריף להביא העדים להב"ד א"כ איכא ג"כ מי יזמר דמסדדי אף דמצוונים להעיד קא אף הב"ד מצוונים לשפוט ואפ"ה אמרו מי יזמר כו' א"כ איכא תרי מי יזמר כו' א' מי יזמר דמזדקקי ב"ד וב' מי יזמר דמזדקקי העדים להעיד.

ואפ"ה אמרו בסוף סי' שנ"ד דאם יש עדים להנגזל מקרי ממון שיכול להוציא בדיינים. משום דכיון דיש איזה טעדיקי ביד הנגזל להוציא הגזילה מקרי זה ממון שיכול להוציא בדיינים אף שאין בידו כ"כ.

משום דלשון יכול ולשון בידו הם שני ענינים נפרדים כמש"כ שם בספרי. וה"ה הך עצה וטעדיקי לבוא ביחד לפני הב"ד אף דאין ביד א' רק צריף לדעת חבירו ג"כ מקרי ממון שיכול להוציא כו' ובפרט פי שניהם רוצים בזה.

ונהו טובתם וכעין מש"כ התוס' בקידושין (דף מ"ג) ד"ה והשתא דתקון רבנן כו' דהיקא שזהו טובתם אמרינן ג"כ מיגו בשנים. והובא בפ"ה סי' ע"ב ס"ק קנ"ח ובבבלי מיגו אות ד': אכל במקר שט"ח דהמלנה טוען שפא א"כ אין ביד המוכר והלוקח להוציא מן הלנה אף שיבואו ביחד לתבוע.

כ"ז שלא קנהו בדרך הקני' א"כ מקרי גבי המוכר ממון שא"י להוציא בדיינים מקודם המכירה. וע"כ הדין נותן דלא חל המכירה.

ואין לומר דכיון דלאחר המכירה יהיה ביד הלוקח יכולת להוציא הממון מן הלנה כיון שטוען פרי לי דהלנה חייב ע"כ ממילא חל המכירה דאף דלגבי המוכר מקרי ממון שא"י להוציא בדיינים ואין לו שום טעדיקי להוציא ממנו עכ"ז כיון דלגבי הלוקח לאחר הקני' יהיה מקרי ממון שיכול להוציא בדיינים ע"כ אולינן בזה פתר הלוקח.

דזה אינו דהא חזינו דשיטת השארית יוסף בהא דגזל דאף להגזלן עצמו לא מצי הנגזל להקנות משום דהוי דבר שאינו ברשותו של הנגזל והובא בב"ש סי' כ"ח ס"ק ט"ז. ומה שהוכיח המקנה שם להיפך מהא דקידושה בגזל דידה ואמרה הן או שדיף דמקודשת מטעם דנתנה במתנה להגזלן אלמא דהנגזל יכול להקנות לגזלן ע"ש.

פבר השיג עליו הגאון מליסא בספרו קהלת יעקב לאה"ע סי' כ"ח סעי' ה' והעלה דבלשון מחילה יכול למחול הגזילה להגזלן אבל דרף הקנאה אינו יכול כיון דהוי אינו ברשותו של הנגזל המקנה ואולינן פתר דידיה ע"ש.

הרי דבהך מילתא דאמרו דאינו יכול להקנות לדבר שאינו ברשותו דאולינן פתר המקנה. א"כ ה"ה בקמה דאמרו דאם א"י להוציא בדיינים לא מצי להקנות אף בקרקע.

גם בזה הסברא נותנת למיזל פתר פח המקנה דכיון דאיהו אינו יכול להוציא בדיינים. ע"כ אינו יכול למפור השט"ח לאחר אף שיהיה בכחו להוציא בדיינים מתמת שאומר פרי דהלנה חייב.

משום דניזיל פתר המקנה. וע"כ אינו עדיף מן קרקע דא"י למפור אם א"י להוציא בדיינים.

ואף לפי מש"כ בְּחִידוּשֵׁי בְּסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק ס' ע"ג סעי' י"ט דְּהַגְזָל יָכוֹל לְמַפְּרֵן הַחֲפֵץ לְהַגְזֵל. עכ"ז אין הַכָּרַח מִזֶּה לְהוֹכִיחַ דְּאֲזַלְיָנָן בְּתַר הַקּוּנָה דִּי"ל דְּשִׂא"ה דְּכִינּוּן דְּהַלּוּקָה תַּפּוּס בְּהַחֲפֵץ ע"כ קָל הַמְּכִירָה.

אָבֵל בְּמוֹכַר שֵׁט"ח דְּעֵיקַר הַמְּכִירָה הוּא לְהַחֲבֹב שְׂיֵשׁ לוֹ עַל הָאֲחֵר וְאִינוּ בְּרִשּׁוֹת הַקּוּנָה ג"כ. כְּמוֹ דְּאָמְרוּ בְּלִשׁוֹן קְנִי לָךְ אִיהוּ וְכָל שְׂעִיבּוּדֵיהָ כּו' גַּבֵּי מְכִירַת שֵׁט"ח.

ע"כ י"ל דְּאֲזַלְיָנָן בְּתַר הַמְּקַנָּה וְכִסְבַּרְתָּ הַשְּׂאֲרִית יוֹסֵף הַגָּ'ל: וְהִנֵּה הָא דְּכַתְּבֹת (דָּף צ"ה) הִנֵּהוּ תְּרֵי שְׂטָרֵי כּו' מֵאֵי תַּקְּנִתִּי נִכְתְּבוּ הַרְשָׁאָה לְהַדְדִּי. אִינוּ זֶה שְׂיֵיף לְעֵנִין מְמוֹן שִׂא"י לְהוֹצִיאֹו בְּדֵינִים כַּמֶּש"כ.

לְפִי דְּהָא מוֹכַר לוֹ הַחֲבֹב שְׂיֵשׁ לוֹ עַל הַלְּוָה הֵן לְפִי הַטּוּש"ע בְּסִי מ"ג סעי' כ"ג דְּמִיָּרִי בְּשֵׂטְרֵי הַלְּוָה כַּמֶּש"כ הַרְמַב"ם. וְהֵן לְפִירֵשׁ רִש"י דְּפִירֵשׁ דְּמִיָּרִי בְּשֵׂטְרֵי מְכָר דְּמוֹכַר לוֹ לְחֹב אַחֲרֵיּוֹת שְׂיֵשׁ לוֹ עַל הַמוֹכַר וְכִינּוּן דְּקוּנָה לְהַחֲבֹב שְׂעַל הַמוֹכַר וְהַלְּוָה וְזֶהוּ מְקַרֵי מְמוֹן שְׂיֵיכוֹל לְהוֹצִיאֹו בְּדֵינִים ע"כ מְמִילָא יָכוֹל לְגַבּוֹת מִהַלְּקוּחוֹת וְזֶה פְּשוּט.

וְכַש"כ לְפַמֶּש"כ בְּהָא דב"ב וּבְכוֹרוֹת. וּמִש"כ הַטּוּר ח"מ ס' ר' סעי' ח' בְּשֵׁם הַרְמ"ה גַּבֵּי סְפִיקָא דְּדִינָא בְּפִלִי שֶׁל לּוֹקַח בְּרִשּׁוֹת מוֹכַר כּו' דְּכַתְּבֵי הַרְשָׁאָה זל"ז.

ג"כ י"ל כַּמֶּש"כ לְעֵיל בְּהָא דב"ב וּבְכוֹרוֹת. וְכַש"כ הָאִידְנָא לְאַחַר תַּקְּנַת הַגְּאוּנִים דְּכוֹתְבִין הַרְשָׁאָה אֵף עַל מְלוּנָה בַּע"פ דְּלִיתָא בְּהַקְּנָאָה פְּלֵל פְּמִבְּנֵי בְּסִי קכ"ג בְּנוּדָאֵי א"ש: וְלְכַאוּרָה י"ל בְּכ"ז דְּעֵיקַר מִקְלָתָא דֵא"י לְהוֹצִיאֹו בְּדֵינִים דֵא"י לְמַפְּרֵן זֶהוּ בְּדָבָר שְׂאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ הִינּוּ בְּגִזְלֵיהָ וְאֵף בְּקַרְקַע דֵאִינָה נִגְזְלַת וְהָאֵרֵץ לְעוֹלָם עוֹמֶדֶת.

עכ"ז הִיכָא דֵא"י לְהוֹצִיאֹו בְּדֵינִים מְקַרֵי עִי"ז לְאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ וְא"י לְמַפְּרֵן אִם הִיא ת"י הַגְזָלָן פְּמִבְּנֵי בַח"מ ס' שֵׁנ"ד וּבִי"ד ס' רנ"ח וּבְרַמְבַּ"ם פ"ו ה' עֲרִכִין ה' כ"ג. אָבֵל הִיכָא דֵאִינוּ ת"י הַגְזָלָן רַק מְנוּחַ בְּרִשּׁוֹת א' שְׂמִסְתַּפֵּק לְמִי יַחְזִיר דִּינוֹ כְּמוֹ פְּקֻדוֹן דְּהוּי בְּרִשּׁוֹת הַבְּעָלִים וְיָכוֹל לְהַקְנוֹתוֹ לְאַחַר וְכְמוֹ שְׂפַתְבַּת הַנְּתִיבוֹת בְּסִי מ"ט ס"ק י"ז דֵאֵף אַבְיָדָה מְקַרֵי בְּרִשּׁוֹתוֹ גַּבֵּי זֶה.

וְכִינּוּן דְּמְקַרֵי בְּרִשּׁוֹתוֹ ע"כ אֵף אִם א"י לְהוֹצִיאֹו בְּדֵינִים ג"כ אִיתָא בְּמְכִירָה לְאַחַר. וְלָכֵן בְּהָא דְּבְכוֹרוֹת (דָּף מ"ט) שְׂפַתְבוּ הַתּוֹס' בְּב"ק (דָּף ע') דְּמִיָּרִי דְּלֵא נִתְּנוּ לוֹ ע"מ לְהוֹצִיאֹו וְדִינוֹ כְּפְקֻדוֹן.

וְכ"כ הַרְשָׁב"א בְּשִׁבּוּעוֹת (דָּף ל"ג) וּבב"ק שָׁם. וּמוֹכַח דְּזֶה מְקַרֵי דְּהוּי בְּרִשּׁוֹתוֹ וְכִסְבַּרְתָּ הַנְּתִיבוֹת הַגָּ'ל.

וְאֵף שְׂפַתְבַּת הַקְּצֵה"ח בְּסִי שֵׁנ"ד ס"ק ד' בְּשֵׁם הַתּוֹס' דב"ק דְּהִיכָא דְּטוּעָה הַתּוֹפֵס לְהַחֲפֵץ וְסוֹבֵר דַּע"פ דִּין הוּא שְׁלוֹ דֵאִינוּ יָכוֹל בְּעַל הַחֲפֵץ לְהַקְנוֹתוֹ דְּמְקַרֵי דְּבָר שְׂאִינוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ וְיֵשׁ חוֹלְקִים בְּזֶה ע"ש.

ז"א רַק הִיכָא דְּטוּעָה וְסוֹבֵר דְּהַחֲפֵץ שְׂיֵיף לוֹ. אָבֵל הִיכָא דְּיִוֹדַע דְּהַחֲפֵץ אִינוּ שְׁלוֹ רַק דְּמִסְתַּפֵּק לְאִינָה אִישׁ מִן הַתּוֹבְעִים שְׂיֵיף הַחֲפֵץ זֶה מְקַרֵי כְּמוֹ פְּקֻדוֹן וְהוּי דְּבָר שְׂפַתְבוּתוֹ כְּדְמוּכַח מִהָא דְּבְכוֹרוֹת (דָּף מ"ט) דְּאָמְרוּ דְּבִלָּא כְּפָרְי' פְּתַבִּינּוּ דְּזֶהוּ כְּפְקֻדוֹן מְמַשׁ כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' וְהַרְשָׁב"א.

ע"כ בכה"ג אף אם א"י להוציאו בדיינים ישנו בהקנאה. וא"ש הא דבכורות וב"ב (דף קכ"ז) ה"ל דכיון דמקרי בשם דבר ברשותו ע"כ אף אם א"י להוציאו בדיינים ג"כ איתא בהקנאה כיון דאינו ת"י גזלן.

וניש לי להאריף בכ"ז הרבה אף לפי דבאמת לא נראה לי לומר פן דהא בהה מסותא דב"מ (דף ז') דלא הוי ת"י גזלן ולא הנה שום א' מהם מוחזק בה ולכן הנה הדין התם פל דאלים גבר כמש"כ התוס' בב"מ (דף ו') ד"ה והא הכא דכי תקפה כו'.

א"כ זהו עדיף מן אבידה שפכת הנתיבות בסי' מ"ט בשם הרמב"ן דמקרי דבר ברשותו גבי זה פנ"ל. דהא אבידה אינו ידוע מקומה כלל ואלו התם במסותא הא קיימא לפנינו ובפרט בקרקע דעומדת ברשות בעליה.

ולא קיימא ת"י גזלן ואפ"ה אמרו בזה הפלל דכל שא"י להוציא בדיינים אינו יכול להקדישה. ע"כ העיקר כמש"כ לעיל דהטעם הוא בהא דב"ב ובכורות משום דבידם לתפוע ביחוד כו'.

ועיין בנתיבות סי' ע"ו ס"ק ד' וקצרת: ענף ח נחזור לעניינינו דיהנה איה שיהנה בהא דב"ב ובכורות. אבל במוכר שט"ח דהמלנה טוען שמה דהוי ממון שא"י להוציא בדיינים פנ"ל.

אף אפשר לומר דכל חוב הוי דבר שאינו ברשותו כמש"כ התוס' בב"ב (ד' ע"ז) ובכ"ז. ואפ"ה יכול למכור שט"ח הן לפי שיטת הפוסקים דס"ל מכירת שטרות מדרבנן והן לפי שיטת הסוברים מכירת שטרות מה"ת מאיזה ילפותא כמבואר הפל בתוס' בכ"ז ובשאר ראשונים.

אבל עכ"פ זה ברור דזה מקרי אינו ברשותו ואפ"ה חזינו דאם מכר השטר חל המכירה אף דהוי אינו ברשותו. א"כ מה"ט אף היכא דהוי גוף השט"ח לגבי המלנה המוכר השט"ח בשם ממון שא"י להוציאו בדיינים ג"כ מועיל מכירתו אם מסר השט"ח לאחר.

דהא עיקר מילתא דא"י להוציאו בדיינים דא"י למכור זהו משום דעי"ז הוי זה נחשב לדבר שאינו ברשותו אף בקרקע. אבל בשט"ח דנמכר הן מתקנת חז"ל והן מגזה"כ מה"ת אף דהוי אינו ברשותו א"כ מה"ט נמכר השט"ח אף אם הוי ממון שא"י להוציאו בדיינים.

וראיה לזה מהא דחזינו דהאשה מוכרת כתובתה בטובת הנאה אף דעיקר החוב כתובה הוא בתנאי אם תתאלמן ותתגרש. ומש"כ הפני הושע בב"ק (דף פ"ט) ד"ה ולטעמיך נהי כו' ובד"ה ומיזבין כתובתה בטובת הנאה כו' דע"פ דין אינה יכולה למכור הכתובה בחיי הבעל לפי דהוי כמו דשלב"ל כיון דאין בינה לגרש א"ע כמבואר כה"ג בכתובות (דף נ"ט).

רק במשפוח או בשבועה דלא תחזור ע"ש. באמת אינו פן כדמוכח מפמה סוגיות ומפל הפוסקים ואכמ"ל: ונראה לדון כיון דמוכרת הכתובה בחיי הבעל ע"מ שאם תתאלמן ותתגרש.

דְּזֶה מְקָרִי מְמוֹן שְׂאִינוּ יְכוּל לְהוֹצִיא בְּדֵינֵינוּ בְּעֵת הַמְּכִירָה בְּחַיֵּי הַבְּעַל דְּהָא אֶז לֹא הֵיְתָה יְכוּלָה לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ בְּדֵינֵינוּ בְּחַיֵּי הַבְּעַל וְאַפ"ה חֲזִינוּ דְּאָף בְּחַיֵּי הַבְּעַל מוֹעִיל מְכִירַת הַכְּתוּבָה בְּכו"מ.

רַק בְּמַעֲמַד שְׁלֵשְׁתָּן אֵינָה יְכוּלָה לְמַכּוֹר בְּחַיֵּיו כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' וְהָרָא"ש וְש"פ וְהוּבָא בְּש"ךְ ס' קכ"ו ס"ק א' מְשׁוּם דְּלֹא תִקְנוּ מִעַמ"ג בְּכַתְּוֵבָה דְּאִפְשָׁר שְׁלֵא תָבֵא לִידֵי גְבִינ' לְעוֹלָם. הָרִי דְתִקְנוּ מְכִירַת שְׁטָרוֹת בְּכו"מ אָף הֵיכָא שֶׁא"י לְהוֹצִיא בְּדֵינֵינוּ.

אוּ מַה"ת לְשִׁיטַת פְּמָה פּוֹסְקִים. וְאִפְשָׁר מְדַבְּרֵי קְבָלָה כַּמֶּש"כ הָאו"ת בְּסִי' ס"ו ס"ק א' ע"ש.

א"כ לִפ"ז יִהְיֶה מוֹכַח דַּה"ה בְּנ"ד דְּאָף דְּהַמְלִינָה טוֹעֵן שְׂמָא ג"כ מוֹעִיל מְכִירַתוֹ דְּאָף דְּהוּי גְבִי דְּהַמְלִינָה מְמוֹן שֶׁא"י לְהוֹצִיא בְּדֵינֵינוּ עַכ"ז מִהֲנֵי מְכִירַת הַשְּׁטָר דְּבִשְׁטָרוֹת לֹא אִיכְפַּת לָן בְּזָה. כִּי הֵיךָ נִרְאֶה לְדוֹן לְכַאוּרָה.

[וּבְמְכִירַת שֶׁט"ח בְּתו"ז שְׂאֵנִי דְּהָא מְחַוֵּסֵר זְמַן שְׂאֵנִי וְכַמֶּש"כ הַמֶּל"מ פ"ד ה"א ה' ז' דְּהָא יְדוּעַ דְּבִכְלוֹת הַזְּמַן יִהְיֶה יְכוּל לְהוֹצִיא בְּדֵינֵינוּ וְעֵינֵן בְּמַהֲרֵי"ק ס' פ"ט וּבְשַׁעֲרֵי הַמְּלִיךְ ה' מְכִירָה ה"ט]: אֲבָל בְּאַמַּת כ"ז אֵינּוּ דְּהָא מְבֹאָר בְּסִי' רַמ"ח סַעִי' ז' בְּרַמ"א רְאוּבֵן שְׁנַתָּן מִתְּנָה לְלוֹי וְהַתְּנָה עִמּוֹ אֵינָה תְּנָאִי וְאִם יַעֲבֹר הַתְּנָאִי יִהְיֶה הַנְּכָסִים שֶׁל שְׁמַעוֹן מְעַכְשָׁיו וְאַח"כ נִתַּן שְׁמַעוֹן כָּל זְכוֹת שֵׁישׁ לוֹ לְלוֹי בְּמִתְּנָה מְעַכְשָׁיו כו' זְכָה בְּנְכָסֵיו מִפְּחַ שְׁמַעוֹן טוֹר בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הָרָא"ש עַכ"ל.

הָרִי דְּאָף בְּעֵת שְׁנַתָּן שְׁמַעוֹן לְלוֹי לֹא נִתְּבַרֵר אֶז דְּהַשְּׁדָה שְׁיִיךְ לְשְׁמַעוֹן לְפִי דְּלֹא הֵיךָ יְדוּעַ אֶז שְׁיַעֲבֹר לְלוֹי עַל הַתְּנָאִי. א"כ הֵיךָ אֶז לְגַבֵּי שְׁמַעוֹן מְמוֹן שֶׁא"י לְהוֹצִיא בְּדֵינֵינוּ מ"מ כִּינּוּן דְּלֹאֲחַר דְּעָבַר לְלוֹי עַל הַתְּנָאִי וְנִתְּבַרֵר לְמַפְרַע שְׁהַשְּׁדָה שְׁיִיךְ לְשְׁמַעוֹן ע"כ חָל מִתְּנַת שְׁמַעוֹן מְשׁוּם דְּבְאַמַּת גַּם בְּכַה"ג מְקָרִי מְמוֹן שְׁיִיכּוֹל לְהוֹצִיא בְּדֵינֵינוּ לְפִי דְּיְדוּעַ לָנוּ אֶז בְּעֵת שְׁנַתָּן שְׁמַעוֹן בְּמִתְּנָה לְלוֹי שֵׁישׁ לוֹ זְכוֹת בְּהַשְּׁדָה לְאַחַר שְׁיַעֲבֹר לְלוֹי עַל הַתְּנָאִי.

וְהַזְכוֹת שֵׁישׁ לוֹ זֶה מְקָרִי מְמוֹן שְׁיִיכּוֹל לְהוֹצִיא בְּדֵינֵינוּ דְּהָא יְדוּעַ וּבְרוּר לָנוּ זְכוֹתוֹ. וְכֵן מְבֹאָר בְּח"מ ס' רי"א סַעִי' ז' בְּרַמ"א רְאוּבֵן לָנוּ מְשַׁמְעוֹן וְעָשָׂה לוֹ שְׁטָר מְכִירָה עַל שְׁדָהוּ כו' שְׂאֵם לֹא יִפְרַעֲנוּ לְזְמַן יִתֵּן הַשְּׁטָר לְשְׁמַעוֹן וְקוֹדֵם שְׁהַגִּיעַ הַזְּמַן מְכַר שְׁמַעוֹן הַשְּׁדָה לִיהוּדָה וְכִשְׁהַגִּיעַ הַזְּמַן לֹא פָרַע רְאוּבֵן לְשְׁמַעוֹן וְנָתַן לְלוֹי לְשְׁמַעוֹן הַשְּׁטָר שְׁפִידוֹ מְכִירַת שְׁמַעוֹן קִיּוּמַת אַע"פ שֶׁהֵיְתָה קוֹדֵם הַזְּמַן טוֹר בְּשֵׁם הָרָאב"ד עַכ"ל.

הָרִי דְּאָף הֵיכָא דְּהֵיךָ בְּיַד רְאוּבֵן הַמוֹכֵר לְסְלוּקֵי בְּזוּזֵי אַפ"ה אֶמְרִינוּ כְּשֵׁלֵא סִילְקוֹ לְזְמַן אִיגְלָאִי לְמַפְרַע דְּהֵיךָ שְׁלוֹ וּמְכִירַתוֹ קִיּוּמַת מְשׁוּם דְּכֵזָה מְקָרִי מְמוֹן שְׁיִיכּוֹל לְהוֹצִיא בְּדֵינֵינוּ.

וְכַמְבֹּאָר בְּפִסְחִים (דָּף לֹא) אַבְיֵי אָמַר לְמַפְרַע גּוֹבָה וְלָכֵן אִם זָבִין מְלָנָה כִּינּוּן דְּמִטֵּי זְמַנָּה וְלֹא פָרִיק בְּרִשׁוּתוֹ הוּי קָאִי וְשִׁפִּיר זָבִין וְלֹא אֶמְרִינוּ כִּינּוּן דְּהֵיךָ בְּיַד הַלָּנָה לְסְלוּקֵי א"כ הוּי מְכִירַת הַמְּלָנָה כְּמוֹ דְּמְכַר לְמְמוֹן שֶׁא"י לְהוֹצִיא בְּדֵינֵינוּ וְע"כ מוֹכַח דְּלֹא אֶמְרִינוּ כִּינּוּן דְּנִתְּבַרֵר עַכְשָׁיו לְמַפְרַע דְּהוּי שְׁלוֹ ע"כ חָל מְכִירַתוֹ לְמַפְרַע.

ורבא דפליג שם טעמו דכינן דבידו לסלוקי בזווי ע"כ אין להמלנה קננן בגוף השדה כלל. אבל היכא דיש להמוכר קננן הגוף אף ע"י תנאי דלא נתברר בעת שמכר השדה להאחר מ"מ אם נתברר לבסוף אז למפרע חל מכירתו: ובמק"א פתבתי להעיר ע"ז מפתובות (דף נ"ח ע"ב) ופליגא דר"ל כו' מתוך שיכול לכופה למע"י נעשה כאומר יקדשו ידיו ומשמע דאם יכולה לומר א"נ וא"ע לא חל הקדש דיקדשו ידיו דהוי כמו מקדיש דשלב"ל.

הרי דלא אמרי דכינן דלא אמרה א"נ וא"ע א"כ אגלאי למפרע דהיה של הבעל בעת שהקדיש וכמו הא דפסחים (דף ל"א) הנ"ל. ואפשר לחלק דשאני קרקע דאף דאינו ברשותו מ"מ יכול להקדישו ע"כ הא דפסחים דמייירי בקרקע שפיר חל המכירה אבל הא דכתובות דלא מייירי בקרקע ע"כ פינו דביד האשה לומר א"נ וא"ע הוי ע"ז כמו דבר דאינו ברשות הבעל וע"כ לא חל הקדש הבעל.

כן היה מקום לחלק. אבל זה דוחק דכינן דלא היה מבנרר מעולם הקרקע ברשות המלנה ע"כ קשה לחלק כנה ועי' בב"ק (דף ל"ג) תוס' ד"ה איפא בינייהו כו'.

והעיקר כמו שמצאתי בריטב"א לכתובות שם שהעיר בזה להקשות מן הא דפסחים פנ"ל וסירץ לפי דאם נימא דיכולה לומר א"נ וא"ע א"כ אין להבעל שעבוד אלים כמו קננן בגוף ידיו של האשה ע"כ אינו חל הקדישו אבל לר"ל דיכול לכופה הוי שעבודו של הבעל פלוקת.

ובעיקר דברי הריטב"א הנ"ל הארכתי במק"א ובסוגיות הגמ' דכתובות (דף נ"ט) ואכ"מ. ועפ"ז יש לדון הרבה בדברי הפנים מאירות בסי' מ"ו.

[וכן יש להעיר עפ"ז בהא דערכין (דף ל"א) גבי בית בבתי ערי חומה דאם מכר הראשון לשני חלוט לשני. ולא אמרינן פינו דהיה ביד המוכר הראשון לסלקו בתוך שנה דלא יהא חל כלל מכירת הראשון להשני משום דהוי כמו מכר דבר שאינו ברשותו וא"י להוציא בדיינים לגוף השדה ומוכח דאמרינן אגלאי למפרע פנ"ל.

אף יש לדחות ראיה זו דשא"ה בבתי ערי חומה דהלוקח מוחזק ויושב בהבית]. ובאה"ע סימן צ' בב"ש ס"ק ל"ט הקשה על הרמ"א שפכת נתאלמנה או נתגרשה מכרה בנ"מ קיים.

דהא מי איפא מידי דהשתא לא קדוש ולקמיה קדוש וה"ל כמו מכר דבר שאינו ברשותו ונשאר בצ"ע. ובאמת אין זה קשה לפמש"כ דאמרינן אגלאי למפרע דהיה שלו בעת המכירה וחל מכירתו וכמש"כ התוס' בכתובות (דף נ"ט) ד"ה שדה זו דיכולה למכור נ"מ פשתתאלמן ותתגרש ושאני קונם כו'.

ונהו כמו דאמרו בב"ק (דף פ"ט) דמצי למכור נ"מ וכתובה בטובת הנאה אם ימות או שמתגרש ואין לחלק בין מוכרת בט"ה ובין מוכרת מיז וכמש"כ ההפלאה בסי' צ' ס"ק כ"א. והדברים ארוכים וגם יש לחלק בזה בין תנאי שפקום ועשה לתנאי שהוא בשב ואל תעשה ובין תנאי שבידו ואכ"מ"ל: וכינו שנתברר דנה מקרי ממון שיכול להוציא בדיינים.

ע"כ אין ראיה ממה שמוכרת פתובה בט"ה אם תתאלמן ותתגרש דמכירת שטרות שאני.
דקא פיוצא בזה אף במקר מטלטלין או קרקע מהני מכירתו משום דאמרין אגלאי
למפרע פנ"ל וה"ל דבר שברשותו ונחשב לממון שיכול להוציא בדיינים דקא ידוע לנו
זכותו שיש לו אם יקויים התנאי בכל ענין היכא דשייך.

לכן עדיין יש לדון כמש"כ לעיל במוכר שטרות שטוען שמא דזה מקרי ממון שא"י להוציא
בדיינים דקא אין לו זכות לעולם בהחפץ או בהחוב מקודם שימפוך לאחר ע"כ הדין נוטן
דלא תועיל מכירתו.

ואף דכל חוב ה"ל דבר שאינו ברשותו ועכ"ז יכול למפוך השט"ח. מ"מ הא לא יהא זה
עדיף מן דבר שברשותו כמו קרקע וכהנה ועכ"ז היכא דאינו יכול להוציא בדיינים אינו
מועיל מכירתו.

לכן אף דיכול למפוך השט"ח אף דבר שאינו ברשותו הן מה"ת והן מדברי קבלה והן
משום תקנת חז"ל דעשו זה כמו דהוי דבר ברשותו משום השטר. מ"מ לא יהא עדיף זה
מן דבר שהוא ברשותו ממש דהיכא דא"י להוציא בדיינים א"י למפוך א"כ כש"כ היכא
במכירת שט"ח דבאמת לא הוי דבר ברשותו ממש ולכן מנלן דיכול למפוך שט"ח היכא
שא"י להוציא בדיינים פלל וכש"כ להסוברים מכירת שטרות דרבנן כמו שהכריע
הא"ו"ת די"ל בזה דלא לוסוף עלה כמו דאמרו בכל התקנות.

ובפרט למה שיבואר לקמן די"ל דלכן מהני מכירת שטרות דעשו לגבי דבר זה השט"ח
העומד לגבות דיהנה פגבוי לכ"ע. א"כ בשט"ח שטוען המלוה שמא דאינו עומד לגבות
פלל לעולם אצלו ע"כ אינו פגבוי וא"י למפוך: ענף ט ועדיין יש לדון בכ"ז ע"פ דברי
המ"מ ברמב"ם הל' אישות פ"ה ה"ז על מש"כ הרמב"ם דאם קידשה בגזל אחר יאוש
מקודשת דאע"ג דיאוש לחוד אינו קונה הכא שהוא בינד האשה הרי פאן יאוש וש"ר
פשהוא בינדה וכיון דקנתה היא אף הוא קנה אותה עכ"ל המ"מ והובא במל"מ פ"ה ה"א.

וביש"ש לב"ק פ"ז סי' ז' ובב"ש סימן כ"ח ס"ק ד'. וכיון דמצינו בדבר שאינו שלו פלל
ולא קנהו מעולם אפ"ה אמרינן דבעת דקנתה אז גם הוא קונה ונחלין הקדושין דהוי
פמקדשה בדבר שלו וכמש"כ הרשב"א לחי' בב"ק פ"ז והובא בקצה"ח סי' שנ"ג ס"ק
א' ובאבני מלואים סי' כ"ח ס"ק ד'.

דלכן הקדישין הקדש דמעיקרא חולין והשתא הקדש דהקדשו וקנייתו פאין פאחד. א"כ
כש"כ במוכר דבר שלו אף דהוי ממון שא"י להוציא בדיינים גביה המוכר.

אבל לגביה הלוקח יהיה ממון שיכול להוציא בדיינים כמו בנ"ד. בזה ודאי שייך לומר
ביותר הסברא הנ"ל דקא בעת שקנהו הקונה ה"ל גבי דהלוקח ממון שיכול להוציא
בדיינים ע"כ ה"ל ממילא גם גבי המוכר ג"כ בשם ממון שיכול להוציא בדיינים ושפיר
חל ביה קנין המועיל שיהיה נקנה להלוקח פן י"ל בזה: אבל באמת עיקר סברת המ"מ
הנ"ל צריך ביאור דאף שייך לומר דבעת שקנהו הלוקח יהא נקנה אז להמוכר דקא אם
הוא של הלוקח א"כ אינו של המוכר אז.

ובאמת הרא"ש בפ"ז דב"ק סי' ב' לא ניחא ליה בסברת המ"מ הנ"ל. ועיין שם בפלפולא
חריפתא ס"ק ח'.

לכן נראה לי ביאור סברת המ"מ הנ"ל. דשיטת הרמב"ם הוא דאף שינוי רשות ואח"כ יאוש ג"כ קנהו הקונה במבואר בסי' שנ"ג.

ואף דאמי לנד הלוקח באיסור מ"מ ס"ל דקנהו משום דקנין יאוש ושינוי רשות ה"ל כמו שינוי השם גמור כיון שהיא אחר יאוש וכמו דמבואר בב"ק (דף ע"ו) מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דשמעון.

וכעין זה פתב הקצה"ח בסי' שנ"ג ס"ק א'. והנה בכל קנין משיכה וכה"ג יכולים הבעלים לחזור בו תכ"ד במבואר בסי' קצ"ה סעיף ז'.

[ואף בהא דקידושין דא"י לחזור תכ"ד: לשיטת הרשב"ם בב"ב (דף ק"ל) זהו רק מדרבנן. ואף לשיטת הר"ן בנדריים (דף פ"ז) דזהו מה"ת והובא בב"ש סי' ל"ח ס"ק נ"ו.

מ"מ ה"א גם הר"נ מודה דעכ"פ מה"ת יכול לחזור תכ"ד דאל"כ אין חלין הקידושין כלל כמו שיבואר]. ומצינו בב"ק (דף ע"ג) דהקשו סוף סוף פי הדרי מיתומי אגניבה איגלאי מילתא כו' ומשני והלקתא שהעידו בבת אחת והנזמו ופי' התוס' דכיון שהיו יכולין לחזור בתכ"ד ע"כ לא איפסלו בעת שהעידו על הטביחה.

הרי דאף דלא חזרו בהם מ"מ כיון שהי' בידם לחזור א"כ לא נגמר עדותן עד לאחר פדי דבור. וה"ה ה"א כיון שיכול לחזור תכ"ד א"כ לא נגמרו הקידושין עד לאחר פדי דבור.

ובתו' כ"ד הוי עדיין של הבעל ולא של האשה. א"כ ממילא קנהו הבעל מיד דנותן לידה החפץ הגזול דכיון דלא נגמר הקניה שלא מיד א"כ ה"ל בידה כמו פקדון ורשות הנפקד פרשות המפקיד וכמש"כ הט"ז בסי' קפ"ט ובספרי נחל יצחק סי' ע"ב סעי' מ"א.

ועיין ברא"ש פסחים פ"א סי' ד' ובט"ז או"ח סי' ת"מ ס"ק ד' וקצרתיו. וכיון דה"ל שינוי רשות דזהו קנין מצד שינוי השם א"כ אף דיכול לחזור בו עדיין תכ"ד מ"מ ה"ל פועל שינוי השם עדיין דמיד דנתן לידה החפץ במתנה נקראת החפץ מיד על שם האשה כיון דממילא מיד יהיה ע"פ דין נקנה החפץ להאשה ואינו מחוסר שום מעשה.

וע"כ יכול הבעל לקנות מיד ואחר כ"ד נקנה להאשה וה"ל כמו קידשה בדבר שלו. וגם י"ל בזה אומדנא דכדי לקיים הקידושין ונפית האשה מתחלה מיד החפץ עבור הבעל ואח"כ מכוונת לקנותו וכעין מש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' א' בענין עדין בכתומיו זכין לו בנשטר שחרור פועל זה ע"ש.

ועיין בטור אה"ע סי' ק"כ במש"כ בשם הרמ"ה באמר לעדים פתבו ותנו כו' שפתב ג"כ פועל אומדנא הנ"ל. כן י"ל ביאור סברת הרב המ"מ.

וכן י"ל עפ"ז בכוננת הרשב"א שפתב דהקדשו וקנייתו באים כא' ג"כ כנ"ל. ונדעתי מה דיש לדון בזה אף באמת אין מן הצורך לדמות זה להא דב"ק (דף ע"ג) הנ"ל כי בלא"ה י"ל בקצרה דהוי אומדנא דרוצים שניהם היינו הבעל והאשה שמתחלה יהא קנוי לו ואח"כ יהיה נקנה להאשה.

ושפיר חל הקנין שלו כיון שפבר קראו שם שהחפץ שייך לה ומוכן ממילא להיות כן שיהא החפץ שייך לה ולא הוי שום מחוסר מעשה כנ"ל והוי בשם שינוי רשות שנקרא עליו.

ולא הוי שום הוכחה מהמ"מ והרשב"א הנ"ל להך דנ"ד וזולת זה יש לחלק ביניהם ומחמת האריכות קצרת. וזה פשוט דאין לדמות כ"ז פלל למה דמציינו בכ"ד דאמרו דגיטה ויגדה באים פאחד.

ועיין בקצה"ח סי' שנ"ג ס"ק א' ובאבני מלואים סי' כ"ח ס"ק ד'. וכן עיין בפרוות דעת ליו"ד סי' ק"ב ס"ק ב' מש"כ בשם הכרו"פ לתרץ קושיות הצ"צ: ענף י והקצה"ח פתב הקא בפשיטות דאם המשפון הוא ת"י האחר הטוען פרי יכול להקנותו בתורת קנין גמור משום דמשפון א"צ כו"מ כו' וכן ביאר דבריו במשובב נתיבות.

אכן לפמש"כ יש לדון בזה ג"כ דה"ל ממון שא"י להוציאו בדיינים. ולא מבעיא לפי שיטת השארית יוסף דס"ל דאין הנגזל יכול להקנות בשם קנין את הגזילה להגזלן וכמש"כ הקהלת יעקב פנ"ל.

משום דאזלינו בתר דידי' ונדאי אין זה בהקנאה. ואף לפמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט דנקנה הגזילה להגזלן עכ"ז יש לחלק דשא"ה דגוף דבר הנקנה הוא ת"י רשות הגזלן אבל הקא במשפון אף בתפס משפון שלא בשעת הלואתו דקני משפון מ"מ אין זה רק בשם שעבוד רק דהוי שעבוד אילימא וכמש"כ התוס' בב"ק (דף מ"ט) ד"ה משפוןו של כו' והובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ט בשם התוס' הנ"ל והנ"י והמ"מ והמהרש"ל.

ולכן התי' דלא קנה גוף החוב ע"כ אין לו שום זכות בהמשפון אף שהוא ת"י משום דתועלת המשפון אינו אלא דע"י המשפון נקנה גוף החוב להקונה פמבאר בסי' ס"ו סעי' ח'. והש"ך דס"ל שם ס"ק ט' דמלנה על המשפון יש לו קנין גמור בגוף המשפון מ"מ שם ס"ק קמ"ט מסתפק בעצמו בזה.

[וכ"כ הש"ך בסי' ע"ב סוף ס"ק ק"ט דמלנה על המשפון אין לו אלא שעבוד על המשפון וכ"כ הש"ך הקא]. וכ"כ האו"ת בסי' ע"ב סעי' ל"ו באורים ס"ק קל"ז בשם הרשב"א ע"ש.

ועיין בספרי נחל יצחק סי' מ"ט סעי' י' ענף ח'. ולכן פינו דגוף החוב אינו ת"י הקונה רק דממילא ע"י המשפון שת"י התופסו נקנה החוב לו ולכן קני משפון.

אבל הקא דלא קני גוף החוב לפי דה"ל ממון שא"י להוציאו בדיינים מקודם הקנאתו להאחר דהא אף אם יחזיר לו המשפון ג"כ לא יהא יכול לגבות לפי דטוען ספק. וכיון דעיקר דבר הנקנה אינו ת"י התופסו להמשפון ולא קנה להחוב אף לפמש"כ דגזילה נקנה להגזלן במתנה.

ולכן ממילא לא מהני מה דמשפון הוא ת"י התופס וע"ז קרינו מנה אין פאן משפון אין פאן. וכש"כ לשיטת הש"י הנ"ל: ולכן נראה לי לומר דמש"כ המהרש"ל והש"ך דאם האחר מוחזק בהמשפון דאם פתבו הרשאה יכול לגבות.

די"ל דדוקא היכא דהוי בתורת הרשאה בזה מהני הקא. משום דהא קי"ל לדינא בסי' קכ"ג דהאידינא לאחר תקנת הגאונים פותבין הרשאה אף על מלנה בע"פ דכפריה לפי דאין הרשאה תלוי בקנין וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ב ס"ק ט"ו ובשא"ד שם ובסי' קכ"ג.

ועיקר מילתא דהרשאה משום תקנה דיהא חשוב כמו בע"ד לטובת המשלח אף דהרשאה הוי בשם הקנאה גרועה כמש"כ הרשב"א לב"ק (דף ע') וכמש"כ הש"ף בס"ק כ"ג ס"ק א'. משום דאם לא הנה על המורשה שם בע"ד רק כמו פל שליח הנה יכול הלנה לומר לו לאו בע"ד דידי את וכמש"כ הרמב"ן והובא בנתיבות סי' קכ"ב ס"ק ב' ובקצה"ח סי' קכ"ג משום דבעינן תביעת בעל המון.

ולכן ס"ל לתשובת מיימוני דאף שבועה יכול לחייב ע"י פתיבת הרשאה לקרובו דאף דקיי"ל דהוי שליח אפ"ה הוי כמו בע"ד כמו הו דתערוכות בכור בב"ב פ' י"ג כמש"כ הש"ף בשמו וי"ל דנתפנין למש"כ התוס' בב"ב (דף קכ"ז) ד"ה מדדנרש רבא כו'.

ומה שהקשה האו"ת דכיון דקיי"ל שליח שונוני איך יכול להטיל שבועה ע"י אחר שאינו בע"ד. ס"ל להגהות מיימוני דאין זה קשה לפי דבאמת מוכח דתקנת פתיבת הרשאה הנה לטובת המשלח דיהנה נחשב עי"ז לבע"ד וע"כ בכל הענינים אשר הנה לטובת המורשה דיהנה נחשב לבע"ד כמו להטיל שבועה על שפנגדו שווייהו לבע"ד וכמש"כ לעיל בארנה.

וכמש"כ הש"ף בס"ק כ"ג ס"ק י"ב דמרשהו על השבועה ג"כ. ורק שליח שונוני דאמרו בגמ' הוא רק לענין דלא יהא מצי תפיס המורשה לעצמו.

א"כ ה"ה לענין שיהנה מועיל תפיסת המורשה להמשכון להחזיקו עבור המרשה ג"כ מהני זה להיות נחשב כמו מיגו של הבע"ד. פן למד המהרש"ל להו דינא מן דברי הגהות מיימוני: וכבר כתבנו לעיל דלא שייך לדון בכזה להפיל דמי איכא מידי דלא מצי עביד המשלח דלא יהי מצי שונוני שליח משום דהיכא דאינו עושה משום דהוי ספק אמרינן בזה סברת התוס' (דף צ"ט) דכיון דאם יבא אלי ויאמר כו'.

ולשיטת רש"י דיבמות שם באמת י"ל כפי שיטת המחבר והראשונים בס"ק כ"ג סעי' י"ד דיכולים לשלוח הרשאה אף ע"י מי שאינו בתורת שליחות משום דלא בעינן בזה פרטי דיני שליחות וכמש"כ לעיל והטעם הוא משום דאף דלא הוי פרטי דין שליחות מ"מ יכול לעשות אותו למורשה משום דהוי הקנאה גרוע עכ"פ ולגבי זה תקנו דיהא נחשב הו הקנאה גרועה כמו קנין גמור משום טובת המשלח.

ולשיטת המהרש"ל דהובא בש"ף סי' קכ"ג ס"ק ל' באמת יהי מוכח מזה פשיטת התוס' במו"ק ה"ל. א"כ י"ל דדוקא בכתב הרשאה לאביו האומר ברי לי בזה ס"ל דמהני שהרשאה כדי שיהני יכול להחזיק החפץ ת"י במיגו שיש לו עבור בנו האומר שמה ואף דהוי לגבי בנו ממון שא"י להוציאו בדיינים ואינו בהקנאה עכ"ז הו האידינא פתיבין הרשאה אף על מלנה בע"פ דאינו בהקנאה פלל ואפ"ה חזינו דעשו תקנה בשליחות המרשה דיהא חשוב שליחות של המורשה כמו בע"ד ולכן תובע מן הלנה וא"י לומר לו לאו בע"ד דידי את.

א"כ מה"ט אף ממון שא"י להוציאו בדיינים שאינו בהקנאה אפ"ה מהני בי פתיבת הרשאה לעשות אותו לבע"ד כדי שיהא נאמן במיגו שלו כמו בע"ד ממש. אבל היכא שאינו נותן לו הרשאה בתורת שליחות אלא מכר לו המשכון והחוב אז שפיר י"ל כמש"כ לעיל דא"י למפור לו לפי דהוי ממון שא"י להוציאו בדיינים מקודם הקנאתו דהא אף

אם ומסור המשפון לבנו לא יהי יכול לגבות מן המשפון לפי דטוען שמא א"כ ה"ל ממון שא"י להוציא כו' ואינו בהקנאה.

ובכונה פתבו דהרשאה מהני. דמשום דקנין לא מהני ולכן פתבו לשון הרשאה.

ונהו להקפו מן האחרונים דכתבו דהרשאה לא מהני בזה ורק מכירה מהני בכ"ז כמש"כ האו"ת והנתיבות והקצה"ח. אכן לפמש"כ נראה לי לומר דמכירה לא מהני בכ"ז ויכול המוכר לתזור מהמכירה לפי דנתבאר דאין ממש בהמכירה משום דהוי ממון שא"י להוציא בדיינים.

רק תורת דין הרשאה מהני בזה משום דעשו תקנה היכא דהוי בי' דין שליח המועיל בתורת שליחות לכן אם פתב לו הרשאה עשאווהו כמו בע"ד לכל עניניו לטובת המשלח. ולכן א"ש כל מש"כ אף לדברי המהרש"ל שהובא בש"י סי' קכ"ג ס"ק ל"מ"ד פנ"ל.

ואף שהאו"ת והנתיבות לא הספימו לדברי המהרש"ל והש"י הקא מ"מ לדבריהם אנו שומעין פי הם דברי טעם כמו שנתבאר הפל בארנקה: ענף יא והאו"ת הביא לדברי החוות יאיר סי' ר"ל שפתב בפשיטות במי שיש לו שטר שנולד בו ספיקא דדינא ומכרו לאחר שיש בידו מעות הלנה.

דפסק דלא מהני מכירתו והשיג עליו האו"ת דנעלם ממנו דברי המהרש"ל והש"י דהקא. וכן פסק השבות יעקב סי' קל"ז אף לא הביא ראי' לדבריו עכ"ל האו"ת.

אכן לפמש"כ הנכון עם החוות יאיר דלא הוי ממש במכירתו לפי דהוי ממון שא"י להוציא בדיינים פנ"ל. ואינו קשה על החוות יאיר מדברי המהרש"ל והש"י דהקא.

משום די"ל כמש"כ דדוקא הרשאה מהני משום דהרשאה מהני אף בענינים שאין בהם תורת דין קנין פלל לעשותו כמו בע"ד לכן אף דהוי ממון שא"י להוציא בדיינים ג"כ שייך בו תורת דין הרשאה משום התקנה אבל תורת דין מכירה לא מהני בזה והנכון עם החוות יאיר.

ומ"מ י"ל בזה דהיכא דהוי ספיקא דדינא על השטר ומהני תפיסת המלנה ע"כ אף אם המלנה אינו תפוס בעצמו רק אחר הוא התופס א"כ אם הי' מחזיר החפץ שתופס בידו להמלנה הי' מהני תפיסתו ע"כ שייך לומר בזה הסברא שכתבתי לעיל דלכן מקרי הא דב"ב דף קכ"ז) ובכורות (דף מ"ט) דזה מקרי ממון שיכול להוציא בדיינים לפי דביד שניהם לילך ביחד לפני הב"ד ואף דאין ביד אחד מ"מ מקרי זה בשם יכול להוציא כמש"כ לעיל בארנקה.

א"כ ה"ה הקא י"ל פן דהא ביד האחר להחזיר החפץ שתפוס בידו ליד המלנה ואז הי' יכול להוציא בדיינים אף קודם ההקנאה ע"כ מועיל מכירתו. וכש"כ לפי מש"כ בספרי גחל יצחק בקונטרס תפיסה ע"י שליח דבספיקא דדינא מועיל תפיסה ע"י שליח א"כ הי' ביד התופסו להחזיקו עבור המלנה אף כשהוא עדיין בידו ובתורת שליחות ע"כ ודאי מהני מכירת השט"ח לו והנכון בזה כמש"כ השבות יעקב והאו"ת.

אכן בטוען שמה על השטר בזה נראה דלא מהני המכירה לאחר אף שהיא מוחזק משום דהא אין בינדם שום עצה להחזיק הממון בינ המוכר פינן דטוען שמה ע"כ מקרי ממון שא"י להוציאו כו'.

ורק בתורת הרשאה שאני פנ"ל: ועפ"ז יש לתרץ למה שהקשיתי לעיל על הפוסקים דס"ל דיכול לכתוב הרשאה בכה"ג מהא דכתובות (דף ע"ו) רישא מנה לאבא בינדה ופי' התוס' וכמה ראשונים משום דברי של בתו ה"ל פמנה לאחר בינדה.

וקשה הא עדיין בינ האב ליתן הרשאה לבתו. אכן לפמש"כ א"ש דהא שיטת הרמב"ם הוא דמדינא דגמ' אין כותבין הרשאה אלא היכא דאי' בקנין פמבואר ריש סי' קכ"ג.

א"כ פינן דהאב טוען שמה ה"ל הפתובה גביה האב לממון שא"י להוציאו בדיינים ע"כ אינו בתורת קנין כלל ולכן מה"ט לא מהני בי' הרשאה ג"כ בזמן הגמ'. אבל האידינא לאחר תקנת הגאונים שפיר כותבין הרשאה אף על מידי דליתא בקנין פמו מלנה ע"פ אע"ג דכפרין ומתורץ שפיר.

אף בלא"ה אינו קשה וכמש"כ לעיל דזהו בכלל מה דאמרו שם האב צריף להביא ראי'. ולפמש"כ דהרשאה מהני אף במידי דלא הוי בתורת קנין.

ודלא כהאו"ת והנתיבות אלא כמש"כ המהרש"ל והש"ף הקא. א"כ לפ"ז יש לדון דגם מועיל מכירת השט"ח או המשכון לאחר האומר ברי לפי די"ל ג"כ בזה פפי הסברא שכתבתי לעיל דמקרי ממון שיכול להוציאו בדיינים מקודם המכירה ע"י שיעשו למורשה בהרשאה פתובה וזהו ג"כ בינ שניהם לעשות פו.

[נהא שפכתב השארית יוסף שאינו יכול להקנות הגזילה להגזלן. ולא אמרינן דהא בינ הגזלן להחזיר הגזילה להגזל א"כ יהיה דבר ברשותו פפי הסברא הנ"ל.

י"ל דשא"ה בענין מה דבעינן שיהי' דבר ברשותו ע"כ אף שבינ הגזלן להחזיר החפץ אבל עכ"ז אין זה בינ הגזלן ע"כ מקרי זה דבר שאינו ברשותו ובדוד משא"כ הקא דמירינן בענין יכול להוציא בדיינים שאני וכמש"כ לעיל דלשון יכול שאני.

ועוד דמסתמא הגזלן לא רצה להחזיר הגזילה להגזלן]. אכן לפמש"כ האו"ת והנתיבות דלא מהני הרשאה כלל בזה אלא מכירה מהני כמש"כ הקצה"ח והנתיבות.

בזה שפיר פתבתי דאינו פו לדינא לפי דהני ממון שא"י להוציא בדיינים כלל מקודם המכירה לאחר: ענף יב ועוד גלע"ד לבאר היטב דאינו יכול למכור שט"ח שטוען שמה לאחר שידוע ברי.

והוא דנלע"ד להסביר הענין דאמרו דיכול למכור שט"ח הן מה"ת והן מדרבנן. אף דכל חוב ה"ל פמו דבר שאינו ברשותו מ"מ בחוב בשטר שאני לפי דהא בספרי נחל יצחק סי' י"ב בארתי היטב שיטת הסוברים דמחילה ונקט שטרא לא מהני מחילה דטעמם משום דשט"ח העומד לגבות הוי פגבוי ואף דקיי"ל פבית הלל דלא הוי פגבוי וכמש"כ שם הש"ף עכ"ז הא פתבו התוס' בסוטה (דף כ"ה ע"ב) דדוקא התם גבי מתו בעליהן כו' דנולד ספק בהחוב ע"י קינוי וסתירה בזה ס"ל לב"ה דלא הוי פגבוי אבל בשט"ח דלא נולד בו ריעותא גם ב"ה מודו דהוי פגבוי.

וְהָא דְגִיטִין (דָּף ל"ז) דְּמִלְוָה בְּשֵׁטֶר מְשֻׁמֵּט יֵשׁ לְחֻלְקָא כַּמְש"כ שֶׁם בְּסִפְרֵי סְבָרָא לְחֻלְקָא
ע"ש בְּעֻנְף ב'. גַּם י"ל בְּזוֹה פְּעִין סְבָרַת הָרִיטְב"א בְּגִיטִין (דָּף ל"ז) בְּשֵׁם ר' פִּנְחָס הֶלְוִי
דְּשֵׁאנִי שְׁמִיטָה דְּגִזָּה"כ הוּא ע"ש.

וְכֵן מְצִינוּ בְּנִמְוִקֵי יוֹסֵף ב"ב רפ"ט דְּכַתְּבֵי דְּמִלְוָה בְּשֵׁטֶר פְּמָאן דְּגִבְיָא דְּמִי וּמְמַעֵט בְּנִכְסִים
שְׁיִהְיֶה דִּינוֹ כְּמוֹ נִכְסִים מוּעָטִים ע"ש. מְשׁוּם דַּס"ל ג"כ כַּמְש"כ לֹא מְרַחֵק דְּשֵׁט"ח בְּרוּר הָוִי
פְּגָבוֹי לַכ"ע.

וְזוֹהוּ פְּנוּנַת הַמ"ד בִּירוּשְׁלַמִי גִיטִין פ"א בְּסוֹפּוֹ וּבְקִדּוּשֵׁין פ"ג ה"ד דְּמַחֲלֵה וּנְקֻט שְׁטָרָא
לֹא מְהַנִּי הַמַּחֲלֵה. וְכֵן הוּא פְּנוּנַת הַרְמָב"ן שְׁהוּבָא בְּסִי מ"ד בַּסֵּמ"ע ס"ק י' שְׁהוּבָא שְׁטָרָא
מְנוּחָק בְּיַד הַמִּלְוָה וְכֵאלּוֹ הַמְמוֹן שְׁכָתוּב בּוֹ מְנוּחָק בְּיַדוֹ כּו' עכ"ל.

וְזוֹהוּ ג"כ מְטַעַם דְּכִינּוֹן דַּס"ל דְּהִתָּם לֹא הָוִי רִיעוּתָא בְּגוּף הַשְּׁטָר ע"כ הָוִי פְּגָבוֹי. וְאַף לְפִי
מֵה דְּהַעֲלָתִי לְדִינָא בְּסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק סִי י"ב דְּגַם שֵׁט"ח בְּרוּר לֹא הָוִי פְּגָבוֹי.

עכ"ז הָא יְדוּעַ מַש"כ הַכְּנֵה"ג וְהוּבָא בְּכָלְלִי מִיגוֹ ס"ק ח' וּבִאֵו"ת שֶׁם וּבִקְצֵה"ח סִי י"ב
דְּלַכְמָה עֲנִינִים ה"ל הַשֵּׁט"ח פְּגָבוֹי לַכ"ע. וְעֵינֵן בְּנו"ב מ"ת ח' ח"מ סִי ל"ב וּבְשֵׁב
שְׁמַעְתָּתָא שְׁמַעְתָּא א' פ' כ"ד מְנָה: וְהִנֵּה הַעֲלָתִי בְּסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק סִי ס"ו סְעִי א'
בְּקוֹנְטְרָסִי עֻנְף ו' דְּאִי נִימָא דְּשֵׁט"ח הָוִי פְּגָבוֹי ע"כ מְכִירַת שְׁטָרוֹת מַה"ת לְפִי דְּהָוִי כְּמוֹ
הַמִּלְוָה מְנוּחָק בְּהַמְמוֹן וְהָוִי דְּבָר בְּרִשׁוּתוֹ וְהֶאֱרַכְתִּי שֶׁם בְּזוֹה.

ע"כ י"ל טַעַם נִכּוֹן עַל מַה דְּיָכוֹל לְמַפְּוֹר שֵׁט"ח דְּלִהְסוּבְרִים מְכִירַת שְׁטָרוֹת מַה"ת זְהוּ
מְשׁוּם דַּס"ל דְּשֵׁט"ח שְׁאִין בּוֹ רִיעוּתָא הָוִי פְּגָבוֹי וְלִכֵּן מְקַרִי דְּבָר בְּרִשׁוּתוֹ וּמְהַנִּי מְכִירַתוֹ
וְהָא דְּיָכוֹל לְמַחֲוֹל זְהוּ מְשׁוּם דְּשַׁעֲבּוּד הַגּוּף אִינוּ בְּמְכִירָה דַּעכ"ז אִינוּ דוֹמָה לְמַשְׁכּוֹן כ"כ.

וְהַסּוּבְרִים מְכִירַת שְׁטָרוֹת דְּרַבְּנָן זְהוּ מְשׁוּם דַּס"ל דְּאַף שֵׁט"ח שְׁאִין בּוֹ רִיעוּתָא לֹא הָוִי
פְּגָבוֹי וְכַמְש"כ בְּסִפְרֵי סִי י"ב. וְעַכ"ז תְּקַנּוּ חו"ל דְּיוֹעֵיל מְכִירַת הַשֵּׁט"ח לְפִי דְּעָשׂוֹ אֵת
הַשֵּׁט"ח גְּבִי זְהוּ דִּיהָא חָשׁוּב פְּגָבוֹי וְכַמְש"כ לְעֵיל דְּלַכְמָה עֲנִינִים עָשׂוֹ אֵת הַשֵּׁט"ח פְּגָבוֹי
כֵּן י"ל בְּטַעַם בְּמַה דְּיָכוֹל לְמַפְּוֹר חוּב בְּשֵׁטֶר.

אַלָּא הָעוֹמֵד לְנִגְדֵינּוּ הוּא מַה שְׁפָסַק הַשֵּׁט"ע בְּסִי ס"ו סְעִיף ו' דְּיָכוֹל לְמַפְּוֹר חוּב בְּכַת"י.
וְהָא בְּכַת"י דְּאִינוּ גּוֹבָה מְשַׁעֲבְדִי לֹא הָוִי פְּגָבוֹי וְכַמְש"כ הַקְצֵה"ח בְּסִי פ"ג ס"ק ד'.

וְכֵן פְּתַבְתִּי בְּסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק סִי י"ב עֻנְף ה' וּבְסִי מ"ד סְעִיף ו'. א"כ חוּזִינָן דְּלֹא מְשׁוּם
טַעַם דְּהָוִי פְּגָבוֹי אֲתִינּוּ עֲלֵה.

אַף בְּאַמַּת עֵינֵי הַפְּלִל הַנ"ל אִינוּ מְנוּחָק דְּהָא הַשֵּׁט"ף בְּסִי פ"ג סוּף ס"ק ט' מוּכַח מְמוֹנָא
דְּלֹא ס"ל לְחֻלְקָא בְּזוֹה בֵּין שֵׁט"ח דְּגָבִי מְשַׁעֲבְדִי אוֹ לֹא וְעֵינֵן בְּכָלְלִי מִיגוֹ שְׁל הַכְּנֵה"ג ס"ק
ח'. וְכֵן פְּתַב הָרִיטְב"א בְּגִיטִין (דָּף ל"ז) בְּשֵׁם הָרַב ר' פִּנְחָס הֶלְוִי דְּגַם בְּשֵׁט"ח שְׁאִין בּוֹ
אַחֲרִיּוֹת ג"כ שְׁנִיף לֹא מְרַחֵק דְּהָוִי פְּגָבוֹי וְשְׁמִיטָה שְׁאִנִּי מְצַד גִּזָּה"כ ע"ש.

וְלִכֵּן לֹא הָוִי מְנָה דְּנִמְפָּר כַּת"י ג"כ שׁוּם סְתִירָה לְמַש"כ בְּטַעַמוֹ שְׁל דְּבָר מַה דְּנִמְפָּר
הַשֵּׁט"ח דְּהָוִי פְּגָבוֹי דִּי"ל כֵּן גַּם בְּכַת"י דְּעָשׂוֹ אוֹתוֹ גְּבִי זְהוּ פְּגָבוֹי וְלִכֵּן אֵיתָא בְּמְכִירָה:
וּלְפ"ז י"ל דְּהִיכָא דְּבַעַה"ש טוֹעֵן שְׁמָא אִינוּ יָכוֹל לְמַפְּוֹר הַשֵּׁט"ח לְאַחַר הַטּוֹעֵן בְּרִי דְּאַף

דלפי דברי האחר הנה השט"ח עומד לגבות עכ"ז פנין דבעת דהיה השטר אצל המוכר לא הי' עומד לגבות פלל משום דטוען שפא.

ע"כ לא שניף לומר בזה הך פללא דשט"ח העומד לגבות פגבוי דמי. פנין דלא הי' עומד לגבות פלל אצלו בעת המכירה א"כ הוי זה פמו דבר שאינו ברשותו פנין שלא הי' לו זכות לגבות ע"י השט"ח.

וע"כ אינו במכירה פמו כל דבר שאינו ברשותו דאינו במכירה. ונפ"מ מזה דאלו לפמש"כ לעיל הטעם דאינו יכול למפור השט"ח כשטוען שפא משום דהוי ממון שא"י להוציאו בדיינים.

א"כ לפמש"כ לעיל לקיים דברי הראשונים דס"ל דמהני פתיבת הרשאה בכה"ג ודלא כהא"ת והנתיבות. ע"כ י"ל דזה מקרי ממון שיכול להוציאו בדיינים מקודם הקנאה ע"י פתיבת הרשאה למי שיודע בברי ואף שאין זה בידו כ"כ דהא צריף לדעת חבירו מ"מ הא פתבתי לעיל דבשם יכול להוציאו בדייני' י"ל ג"כ אף היכא דצריף לדעת חבירו ג"כ פנין שיש להם ביחד עכ"פ איזה טצדקי להוציא הממון ממנו.

אבל לפי הטעם שפתבתי פעם דמחמת דלא היה עומד לגבות אצלו ע"כ הוי זה נחשב גבי דהמוכר פמו דבר שאינו ברשותו ושאני כל שט"ח דנחשב פמו דבר ברשותו לפי דהוי פגבוי.

א"כ מטעם זה אף דנימא דהי' יכול להוציא ע"י פתיבת הרשאה. מ"מ פנין דאינו בידו לבד להוציא הממון מהלנה רק צריף לדעת חבירו א"כ מקרי זה דבר דאינו ברשותו ובידו וכמש"כ בספרי גחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט ענף ב' מזה.

ואינו יכול למפור השט"ח דמנלן דאף כה"ג איתא במכירה הן למ"ד מכירת שטרות מה"ת דהא י"ל דלכן נתפס קנין בשטרות מה"ת משום דהוי פגבוי והן למ"ד מכירת שטרות מדרבנן די"ל דזהו משום דעשו את השט"ח העומד לגבות פגבוי.

אבל בנ"ד לא שניף זה ונהבו דלא לוסף על התקנה פמו דאמרינן בכמה דוכתי: ענף יג ולפי מה שנתבאר נלע"ד דהנכון עם החוות יאיר דכתב דאם נולד ספיקא דדינא על השט"ח שבידו ומכרו לאחר שהי' תפוס דלא הוי ממש במכירתו.

ואף שהא"ת ושבות יעקב לא פסקו פן עכ"ז י"ל דהנכון עם החוות יאיר משום דכיון די"ל דעיקר מכירת שטרות הוא משום דהוי פגבוי פנ"ל ומקרי פעין דבר ברשותו משום זה. אבל פנין שנולד ספק בהשטר ולא היה עומד לגבות פלל בעת שהי' אצל המוכר א"כ הוי זה פמו דבר שאינו ברשותו ואינו במכירה.

ואף אם הי' הלוקח תפוס ועומד בעת שמכר השט"ח לו עכ"ז אינו במכירה פנין דלא היה ברשות המוכר. ומש"כ לעיל הסבא דהא היה ביד הלוקח להחזיר החפץ שתפס ליד המוכר מ"מ ז"א רק לפמש"כ לעיל הטעם דהוי ממון שא"י להוציא בדיינים.

אבל לפי מש"כ פעם דמקרי דבר שאינו ברשותו ע"כ לא מהני בזה מה שביד הלוקח להחזיר החפץ ליד המלנה המוכר משום דאכתי אינו בידו ורשותו דהא צריף לדעת אחר וע"כ לא נתפס בי' קנין פלל פמו על כל דבר שאינו ברשותו.

ומש"כ המהרש"ל והש"ף הקא דמהני פתיבת הרשאה אינו קשה עליו כמש"כ לעיל
דשאני הרשאה דכותבין אף על מדי דליתא בקנין דכיון דהוי שלוחו ע"י הרשאה דינו
כבע"ד וכמש"כ הרא"ש בב"ק פ"ז סי' ד' דתקנה עשו בשליחות שיהיה פאלו הי' קונה
קנין גמור וכמש"כ הש"ף בסי' קכ"ג ס"ק א'.

וא"ש דברי החוות יאיר: ומ"מ לדינא אף שפתיבתי לחזק שיטת המהרש"ל והגהות
מיימוני במה דס"ל דמהני הקא פתיבת הרשאה. עכ"ז קשה להוציא ממון מהחייב עי"ז
דקא חזינן בסי' ק"ה שפתיבו שם המחבר והרא"ש דלא מהני הרשאה להיות תופס לבע"ח
במקום שחב לאחרים.

הרי דאף דיש לו הרשאה אין דינו כבע"ד ממש לכל הענינים. ומש"כ האו"ת שם לחזק
דברי הב"ח דהיקא דההרשאה הוא מדינא דגמ' בזה מהני הרשאה אף להיות תופס לבע"ח
במקום שחב לאחרים.

הא לפי מש"כ הדין נותן דמדינא דגמ' לא מהני הקא הרשאה כיון דליתא בקנין והוי כמו
מלנה בעל פה דכפריה דלא פתיבין הרשאה אלא מצד תקנת הגאונים כמבואר בריש סי'
קכ"ג ועיין בסמ"ע וט"ז שם.

ע"כ הך דינא דכתיבת הרשאה הוי ספיקא דדינא הקא כיון שהאו"ת והגתיבות החליטו
הדין בפשיטות דלא מהני הקא הרשאה ע"כ ה"ל לכה"פ ספיקא דדינא. ואם חזר הלנה
נתפס מהני תפיסתו לומר קים לי דלא מהני פתיבת הרשאה.

אף כ"ז דלא תפס אין מוציאין מהמורשה בנ"ד דיכול לומר קים לי פהגהות מיימוני
והמהרש"ל. וכש"כ לפי מה שהעלתי בספרי נחל יצחק בקונטרס תפיסה ע"י שליח
דמהני תפיסה בספיקא דדינא ע"י שליח.

וכ"ז בהך דינא דהחפץ והמשכון הוא ת"י המורשה. וכן בשט"ח שטוען שפא והמורשה
הוא תפוס בחפץ של הלנה דקשה להוציא מהמורשה פנ"ל.

אבל בשט"ח שטוען שפא ואין המורשה מוחזק אין להוציא ממון מהלנה דזה גופא ה"ל
ספיקא דדינא אי מהני הקא הרשאה. ולכן מה"ט לא מהני מכירה להאחר אף ע"פ הטעם
שפתיבתי לעיל דה"ל ממון שא"י להוציאו.

ולא שייך לומר כמש"כ לעיל דקא בידם לכתוב לו הרשאה כו'. דז"א כיון דקשה להוציא
ממון ע"י הרשאה פנ"ל ע"כ ה"ל אפתי ממון שא"י להוציא בדיינים.

וכש"כ להטעם שפתיבתי לעיל דזה מקרי דבר שאינו ברשותו ובכה"ג לא תקנו מכירת
שטרות: אף אם תפס הלוקח מהלנה אף לאחר המכירה אין להוציא ממנו משום דכיון
דחזינו דהאחרונים כתבו דנתפס בזה קנין ולא ס"ל לכל מש"כ.

א"כ זה גופא ה"ל ספיקא דדינא. ואפשר דטעמם דס"ל דהנגזל יכול להקנות הגזילה
להגזלן וכמש"כ בספרי נ"י סי' ע"ג סעיף י"ט.

וס"ל דהטעם הוא משום דאזלינן בתר הקונה דכיון דהוי דבר ברשותו אף דאין ברשות
המקנהו מ"מ נתפס בי' קנין. א"כ ה"ה הקא בהך פלגא דה"ל ממון שא"י להוציאו
בדיינים דכיון דהלוקח השט"ח טוען ברי יהיה מצי להוציא בדיינים ע"כ נתפס ביה קנין.

או אֶפְשֶׁר דְּטַעֲמֵם כַּמֶּשׁ"כ לְעִיל ע"פ דְּבָרֵי הַמ"מ פ"ה הַלְכוֹת אִישׁוֹת ה"ז דְּכִינּוֹן דְּקַנְאָתוֹ
אִף הוּא קוֹנֵה כו'. אִף זֶה אֵינּוּ בְּרוּר כְּפִי שְׁפַתְבְּתִי לְעִיל בַּכ"ז וְגַם הָא הָרָא"ש בַּב"ק פ"ז
לֹא ס"ל לְסַבְּרַת הַמ"מ הַנ"ל.

וְגַם הָא פְּתַבְתִּי לְעִיל לְחַלְק בֵּין הָא דְּהַקְנָאָת הַגְּזוּלָה לְהַגְזוּלָן ע"כ ה"ל לַכַּה"פ סְפִיקָא
דְּדִינָא וְאֲזִלְיָנּוּ בְּזֵה בְּתַר הַמְּוֹחֲזָק: הָעוֹלָה לְנוּ מִפְּל מַה שְׁנִתְבָּאָר דְּהִיכָא דִּישׁ לְאַבֵּי הַחֲתָן
מִיָּגוּ דְּלֹא הָיָה שְׁלָף מְעוֹלָם דְּזֵהוּ בְּגֵדֵר הָפָה שְׁאָסֵר פִּנ"ל דְּבָזָה א"צ לְכַתִּיבַת הַרְשָׁאָה שְׁל
בְּנוּ פָּלֵל וְאֵין לְהוֹצִיא מִמְּנֹו הַחֲפֵץ שְׁתּוֹפְסוּ עֲבוּר בְּנוּ וְכַש"כ אִם עֲבַר וְהַחֲזִיר הַחֲפֵץ שֶׁת"י
לְבָנוּ דִּיכּוֹל הֵבֵן לְהַחֲזִיק הַחֲפֵץ ת"י ע"י מִיָּגוּ שְׁל אֲבִיו דְּהִיָּה בְּגֵדֵר הָפָה שְׁאָסֵר כו'.

וְכֵן יֵשׁ לְדוֹן בַּמֶּשׁ"כ הַש"ף בְּסִי' נ"ו ס"ק ה' בַּד"ה וְלִמְדָנוּ מִתְּשׁוּבַת הָרָא"ש כו' דְּהִיכָא
שְׁאֵין לוֹ דִּין שְׁלִישׁ אֵינּוּ נֶאֱמָן ע"י מִיָּגוּ שְׁיֵשׁ לוֹ לִיתָן הַחֲפֵץ לְפָלוּנִי פִּינּוֹן שְׁהַמְקַבֵּל אֵינּוּ
יֹדֵעַ וְאֶפְיָלוּ נִתְּנוּ צָרִיף הַמְקַבֵּל לְהַחֲזִיר לוֹ כו'.

דַּלְפַּמֶּשׁ"כ נִרְאֶה לֹמֵר דְּהִיכָא דִּישׁ לוֹ מִיָּגוּ דְּלֹא הָיָה שְׁלָף מְעוֹלָם עַל הַחֲפֵץ שְׁאֵנּוּ דְּנִין
עָלָיו דְּנֶאֱמָן לְמִסּוֹר הַחֲפֵץ לְהַמְקַבֵּל פִּנ"ל. וְכֵן נִתְבָּאָר בְּעִיָּקָר הַפָּלֵל דְּקִי"ל דְּמִיָּגוּ לְהוֹצִיא
לֹא אֶמְרִינּוּ.

אֲבָל הִיכָא דְּהוּי בְּשֵׁם הָפָה שְׁאָסֵר כו' נֶאֱמָן אִף לְהוֹצִיא. וְכֵן נִתְבָּאָר דְּמַהֲנֵי פְּתִיבַת הַרְשָׁאָה
לְאַבֵּיו עַל הַחֲפֵץ שֶׁת"י אֲבִיו דְּנֶאֱמָן ע"י מִיָּגוּ אִף אִם אֵינּוּ בְּשֵׁם הָפָה שְׁאָסֵר כו' וְכַמֶּשׁ"כ
הַמְהַרְש"ל וְאֵין לְהוֹצִיא מִמְּנֹו וְכַש"כ בְּעֲבָר וּמְסָרוּ לְבָנוּ דִּיכּוֹל הֵבֵן לֹמֵר קִים לִי
כְּהַמְהַרְש"ל דְּמַהֲנֵי בְּזֵה פְּתִיבַת הַרְשָׁאָה.

אִף אִם חֲזַר הַלְוָה וְתַפְס מִמְּנֹו אֵין לְהוֹצִיא מִמְּנֹו דִּיכּוֹל לֹמֵר קִים לִי כַּמֶּשׁ"כ הַאו"ת דְּלֹא
מַהֲנֵי פְּתִיבַת הַרְשָׁאָה בְּזֵה. וְכֵן אִם מְכַר הֵבֵן אֶת הַחֹב וְהַמְשָׁכּוֹן שֶׁת"י אֲבִיו לְאַבֵּיו ג"כ
אֵין מוֹצִיאֵין מִמְּנֹו אִף אִם חֲזַר הַלְוָה וְתַפְס מִמְּנֹו יְכוֹל לֹמֵר קִים לִי כַּמֶּשׁ"כ דִּישׁ לֹמֵר
דְּלֹא מַהֲנֵי הֵכָא מְכִירַת הַחֹב וְהַמְשָׁכּוֹן מִשׁוּם דַּה"ל מְמוֹן שֶׁא"י לְהוֹצִיא בְּדִינָיִם.

וּמִשׁ"כ לְעִיל דִּי"ל בְּזֵה דְּהָא בְּיָדָם לְכַתּוּב הַרְשָׁאָה וְעִי"ז יְהִיָּה בְּיָדָם לְהוֹצִיא בְּדִינָיִם אִף
מִקּוֹדֵם הַמְכִירָה. זֶה אֵינּוּ מְוַכָּרַח כ"כ לַפַּמֶּשׁ"כ הַאו"ת דְּאֵין לְהוֹצִיא מְמוֹן ע"י הַהַרְשָׁאָה.

וְכַמֶּשׁ"כ דְּזֵה גּוֹפָא ה"ל סְפִיקָא דְּדִינָא וְכ"ז שְׁאֵין הַמְלִיָּה מְוַחֲזָק יְכוֹל הַלְוָה לֹמֵר קִים לִי
דְּלֹא מַהֲנֵי פְּתִיבַת הַרְשָׁאָה הֵכָא מִשׁוּם דְּשְׁלִיחַ שְׁוֹנְיָה וְאֵינּוּ כְּמוֹ הַבַּע"ד. א"כ ה"ל מְמוֹן
שֶׁא"י לְהוֹצִיא בְּדִין עַפ"י דִּינָיִם.

וְכֵן אִם בַּעַהֲש"ט טוֹעֵן שְׁמָא וּמְכַר שְׁטָרוֹ לְאַחַר שְׁאוּמֵר בְּרִי דְּהַלְוָה חֲזָיִב. זֶה ג"כ ה"ל
סְפִיקָא דְּדִינָא אִם נִתְפַּס בֵּיָּה קִנְיָן אוֹ לֹא וְה"ל סְפִיקָא דְּדִינָא וְתִלוּי מִי מַהֵם הוּא מְוַחֲזָק.

וְאִם נוֹלַד אֵיזָה סְפִיקָא דְּדִינָא בַּהֲש"ט ח וּמְכָרוּ לְמִי שְׁהוּא תַּפּוּס בְּמְמוֹן הַלְוָה ג"כ אֵין
מוֹצִיאֵין מִהַלּוּקֶשׁ דְּאִף שְׁפַתְבְּתִי לְבָאָר דְּבָרֵי הַחֲזוֹת יֵאִיר עַל נְכוֹן בְּמָה דַּס"ל דְּלֹא מַהֲנֵי
מְכִירַת הַשְּׁט"ח בְּזֵה כָּלֵל.

עַכ"ז פִּינּוֹן דְּהַשְּׁבוּת יַעֲקֹב וְהַאו"ת לֹא הִסְפִּימוּ לְדַבְּרֵיו. ה"ל זֶה סְפִיקָא דְּדִינָא וְאֵין מוֹצִיאֵין
מִהַמְוַחֲזָק: וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְדוֹן בַּמֶּשׁ"כ דִּיכּוֹל לֹמֵר קִים לִי כְּשִׁיטַת הַגְּהוֹת מִיָּמוּנִי
וְהַמְהַרְש"ל דְּמַהֲנֵי בְּזֵה פְּתִיבַת הַרְשָׁאָה.

דְּהָא פְּתִיבַת הַרְשָׁאָה ה"ל תְּקַנְתָּ חו"ל א"כ ה"ל סְפֵק תְּקַנְהָ דְלֵא מְהֵנִי תְּפִיסָה בְּזָה וְזָהוּ סְפֵק בְּעֵינֵיקָר הַתְּקַנְהָ אִם עָשׂוּ כְּמוֹ הַבַּע"ד עֲצָמוּ לְכָל עֲנִינְיוֹ. וְאַף שֶׁהַמְּרֻשָּׁה טוֹעֵן בְּרִי וּבְזָה מְהֵנִי תְּפִיסָה אִף בְּסְפֵק תְּקַנְהָ כַּמֶּש"כ בְּקוֹנְטְרָסִי סְפֵק תְּקַנְהָ בְּסְפֵרִי נֶחַל יִצְחָק.

עכ"ז הָא עֵיקָר תְּפִיסַת הַמְּרֻשָּׁה הוּא בְּשִׁבִיל הַמְּרֻשָּׁה וְכִינּוּן דְּהַמְּרֻשָּׁה עֲצָמוּ טוֹעֵן שְׂמָא א"כ אִף דְּמָסְרוּ לְהַמְּרֻשָּׁה לֹא תוֹעִיל תְּפִיסַתוֹ לומר קִים לִי דַה"ל סְפֵק בְּעֵינֵיקָר הַתְּקַנְהָ. אֲכַן בְּאַמַּת שְׁפִיר פְּתִיבַת דְּהָא בְּקוֹנְטְרָסִי לְסְפֵק תְּקַנְהָ הַעֲלִיתִי דְּהֵיכָא דַה"ל סְפִיקָא דְּדִינָא בְּפִלוגְתָא דְּרַבְּנֹתָא מוֹעִיל תְּפִיסָה אִף בְּסְפֵק תְּקַנְהָ ע"ש.

א"כ ה"ה הֵכָא דַה"ל פְּלוֹגְתָא דְּרַבְּנֹתָא מְהֵנִי תְּפִיסָה לומר קִים לִי פְּהִגְהוּת מִיְמוֹנִי וְהַמְּרֻשָּׁ"ל דַּס"ל דְּמְהֵנִי הַרְשָׁאָה בְּזָה. וְאַף שֶׁפְּתִיבַתִּי לְחֵלֶק שֵׁם דְּתְּקַנְהָ שְׁלֵא אַחַר חֲתִימַת הַש"ס שְׂאֵנִי וְלֹא מוֹעִיל תְּפִיסָה בְּסְפֵק בְּזָה.

אִף הָא שִׁיטַת ר"ת וְהָרָא"ש דְּגַם מִן דִּין הַתְּלֻמוּד מְהֵנִי הַרְשָׁאָה אִף עַל מְלֻנָּה בַּע"פ דְּכַפְרִי' כַּמֶּש"כ הַסְּמ"ע בְּסִי' ק"כ"ג ס"ק ז' [וְעֵינֵין בַּט"ז שֵׁם וְקִצְרֵתִי]. ע"כ שְׁפִיר פְּתִיבַתִּי דְּמְהֵנִי תְּפִיסָה: וְלִפ"ז יֵשׁ לְדוֹן ג"כ הֵיכָא דְּטָעֵנוּ הַמְּלֻנָּה וְהַלְוָה סְפֵק בְּהַפְּרָעוֹן וְיֵשׁ אַחַר קְרוֹב שְׂאוֹמֵר שְׁיִוִּדְעַע בְּרִי שְׁלֵא נִפְרַע הַחֹב דִּי"ל דְּתוֹעִיל הַרְשָׁאָה שֶׁל הַמְּלֻנָּה לְהַאֲחֵר כְּפִי שִׁיטַת הַגְּמָרָא וְהַמְּהַרְשָּׁ"ל הַג"ל וְמְהֵנִי תְּפִיסָה בְּזָה ג"כ כַּפ"ל.

וְכֵן יֵשׁ לְדוֹן בַּכַּה"ג דְּאִם הַקְּנָה הַמְּלֻנָּה אֶת הַחֹב שְׁלוֹ לְהַאֲחֵר ע"י מַעֲמַד שְׁלֵשְׁתָּן דְּמְהֵנִי אִף בְּמְלֻנָּה בַּע"פ וְכַמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּשָׁבוּעוֹת (דָּף ל"ג) ד"ה הֵיכָא דְּלֵא כַּפְרִי' כו' דְּמְהֵנִי בַּכַּה"ג קִנְיֵן מַעֲמַד שְׁלֵשְׁתָּן.

וְהַתּוֹס' בַּב"ק (דָּף ע') ד"ה אֲמַטְלֵטְלִי דְּכַפְרִי' כו' פְּתִיבַתִּי לְהַסְתַּפֵּק אִם מוֹעִיל בְּזָה מַעֲמַד שְׁלֵשְׁתָּן פִּינּוֹן שְׁלֵא הָיָה יָכוֹל לְהוֹצִיא בְּדִינְיָנִים א"כ ה"ל כְּמוֹ פְּתוּבָה כו'. וְכ"כ הַתּוֹס' בְּבַכּוֹרוֹת (דָּף מ"ט) ד"ה ה"מ הֵיכָא דְּכַפְרִי' כו'.

א"כ ה"ל סְפִיקָא דְּדִינָא אִם מְהֵנִי בַּכַּה"ג דִּין מַעֲמַד שְׁלֵשְׁתָּן וְמְהֵנִי תְּפִיסָה כְּמוֹ בְּכָל סְפִיקָא דְּפִלוגְתָא דְּרַבְּנֹתָא אִף בְּסְפֵק תְּקַנְהָ כַּפ"ל. וְלְכַאוּרָה י"ל בְּזָה דְּהָא יֵשׁ פְּלוֹגְתָא הַפּוֹסְקִים אִם מְהֵנִי מַעֲמַד שְׁלֵשְׁתָּן בַּע"כ שֶׁל הַלְוָה פְּמִבְּנֵי אִי' ק"כ"ו סְעִיף ז' וּבַשְּׁ"ף שֵׁם ס"ק כ"ה. וְהַשְּׁ"ף הַכְּרִיעַ פְּהַסוּבְרִים דְּלֵא מְהֵנִי בַּע"כ. וְעַכ"ז נִרְאֶה דְּאִין לְהוֹצִיא מִהַמְּקַבֵּל אִם הוּא מוֹחֲזֵק שְׁתַּפְּס מִהַלְוָה דִּיכוֹל לומר קִים לִי כְּהַמְּחַבֵּר.

וְכַמֶּש"כ לַפְּמֶש"כ הַאו"ת שֵׁם לְהַכְרִיעַ דְּאִם שְׁתַּק הַלְוָה אִף דְּלֵא אָמַר הֵן חֵיב ע"י מַעֲמַד"ג. א"כ מִשְׁפַּחַת לִיהָ זָה אִם שְׁתַּק הַלְוָה בְּעַת שְׁהַמְּחָה לְהַמְּקַבֵּל אֲצִלוֹ ע"י מַעֲמַד"ג.

וְאַף בְּמָקוֹם שֶׁיֵּשׁ סְפֵק סְפִיקָא נֶגֶד הַמְּוַחֲזֵק מ"מ מְהֵנִי תְּפִיסָה כַּמֶּש"כ הָרָא"ש בַּב"ק פ"ב סִי' י"ב וְכֵן פְּתִיבַתִּי בְּסְפֵרִי נֶחַל יִצְחָק סִי' מ"ז סְעִיף א' עֲנָף ב' לְבָאָר זָה ע"ש. ע"כ שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן דְּמְהֵנִי תְּפִיסַת הַקּוֹנָה הָאוֹמֵר בְּרִי לִי כִי הַלְוָה חֵיב וְלֹא פָּרְעוּ מַעוֹלָם וְאִין מוֹצִיאִין מִמֶּנּוּ כִי יָכוֹל לְטָעוֹן קִים לִי כְּהַסוּבְרִין דְּאַף בְּכַהֲאִי גְוֹנָא מְהֵנִי קִנְיֵן מַעֲמַד שְׁלֵשְׁתָּן: סִימָן ע"ו א (סִי' ע"ו סְעִיף א') אֲחָד שְׁלֵוָה מְשָׁנִים כו' צְרִיף לִיתָן לַכ"א ק"ק אַחַר שְׁיִשְׁבַּע כ"א כו'.

ומקורו הוא ברי"ף וְהַרְמַב"ם פ"ד ה' גזילה ופ"ה ה' שאלה וכמש"כ הנמוקי יוסף בב"מ פ"ג משום דקלל הוא לכל הנוטלים שלא יטלו אלא בשבועה וברא"ש בב"מ שם: ובאה"ע סי' מ"ט סעי' א' המקדש אחת מן ה' נשים ואינו יודע איזו היא וכ"א אומרת אני הוא אסור בקרובות פולן ונותן גט כו' ומניח פתובה ומסתלק ואם קידש בביאה קנסו אותו חכמים שיתן פתובה לכל אחת.

וכתב הב"ש בס"ק ב' בח"מ סי' שס"א מבואר אם גזל מאחד צריך ליתן לכ"א וכ"א ישבע וא"י למה לא תשבע פאן ג"כ כ"א ובש"ס מדמה אלו שני דינים להדדי עכ"ל. ונראה לע"ד ליישב משום דהא ה"מ באה"ע דקנסו אותו שיתן פתובה לכ"א משום דעביד איסורא דקידוש בביאה דלכאורה יש להעיר פיון דגם האשה עבדה איסור בזה דאין סברא לחלק בין איש לאשה וכמו שהעיר בישועות יעקב לאה"ע סי' כ"ו.

א"כ כמו כן ה"ל למקנס את הנשים שלא יתן פתובה לכ"א ואדרבה בזה הי' לאוקמי על דין תורה דהא ע"פ דין פטור ליתן לכ"א. ועיין בב"ק (דף ל') בתוס' ד"ה שטר שיש בו רבית כו' הקשה ריב"א כו'.

ואין זה ענין לנ"ד. ואפשר לומר הטעם בזה ע"פ דהא דיבמות (דף פ"ה ע"ב) דאמרו דאלמנה לכה"ג וכו' יש לה פתובה ושניות מד"ס אין לה פתובה מפני דזה הוא מרגילה וזו היא מרגילתו.

ופי' רש"י דהיכא דלא מפסדא מידי בביאתו היא מרגילתו כו'. ועיין באה"ע סי' קט"ז בב"ש ס"ק א'.

ולפ"ז י"ל דה"ה בקידוש בביאה דכיון דמפסדת למה שהיה נצרך ליתן לה מטבע או ש"פ עבור הקידושין אף דהוא מרגילה להתקדש לו בביאה אבל היא אינה מרגילתו בזה דאין רצונה להפסיד את הפסד שהיה נותן לה זולת אם לא קידשה בביאה.

ועיין בקידושין (דף ו' ע"ב) תוס' ד"ה דארנוח לה כו' שכתבו ומה שפירש רש"י דרבית קצוצה לא הוי כו' לא נהירא פיון שהוא נותן לה פרוטה בקידושין כו' עכ"ל. אף שהיה יכול לקדשה בשטר מ"מ מקרי זה ש"פ משום די"ל דלא היתה נתרצית להתקדש בשטר רק בכסף.

ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ד. ועוד די"ל דגם קידושין בשטר עדיפא לה משום הראיה דבשטר דיש לה עליו דנתקדשית לו.

וע"כ מקרי קדושי ביאה דיש לה פסידא ואינה מרגילתו רק הבעל מרגילה ומסיתה לזה ע"כ קנסו אותו ביותר דמפין אותו ע"ז וכן קנסוהו הכא שיתן פתובה לכ"א ולא אותה. אבל בעצם העבירה דאסרו חז"ל לקדש בביאה האיסור מוטל עליו ועל האשה וכמו בכל איסורי ביאה מדרבנן דלא מחלקינן בין איש לאשה: וכיון דגם האשה עבדה איסורא במה שנתרצית להתקדש לו בביאה א"כ נפסלת האשה לשבועה וכעין דברי הסמ"ע בס"י ל"ד ס"ק ד' בשם המרדכי.

ואף דפסולי דרבנן צריכים הכרזה עכ"ז הא דעת המהר"ם שיהי' בב"מ (דף ה') דלשבועה מיפסל אף בלא הכרזה וכ"כ הכנה"ג שהובא באו"ת סי' ל"ד ס"ק כ"ב. ונדעתי מה די"ל בזה ע"פ דברי התוס' בב"ק (דף ס"ב) ד"ה תמסן יהיב דמי כו' והדברים ארונין.

וגם הא דיוע מש"כ הנמוקי יוסף שהובא בח"מ סי' ל"ד בסמ"ע ס"ק נ"ו ובש"ך ס"ק כ"ג דלאותו דבר נפסל אף בלא הכרזה. ע"כ הקא דנשבעת האשה דקינדשה בביאה דלפי דברי' היא פסולה לשבועה וע"כ אין רשאים למסור לה שבועה כמו בכל השוידים דאין מוסרין להם שבועה.

ועיין בכתובות (דף כ"ה ע"ב) בתוס' ד"ה הרי שאמר בני כו' דכתבו דלדבריו קרוב הוא כמו בהחולץ לדבריה כו' ואין עדות כו' ע"ש. וה"ה הקא לפי דבריה חשודה היא ואין מוסרין לה שבועה.

וכמבואר בסי' צ"ב סעי' ה' דבמודה מעצמו אינו נשבע ליטול פיון שהוא חשוד לפי דבריו. ולכן הקא דקנסו אותו שיתן פתובה לכ"א אם יצטרכו הנשים לישבע אז יהיה הדין דלא יטלו פלל פיון דאין מוסרין שבועה להם פנ"ל ע"כ קנסוהו שיתן פתובה לכ"א אף דאין נשבעות.

אבל בשא"ד דיכולים כ"א לישבע ולא תבטל התקנה במה דקנסוהו ע"כ תקנו שלא יטול רק בשבועה: ועוד יש לדון בזה ע"פ מש"כ בספר ברית אברהם ח' ח"מ סי' י"ד בטעמא דמילתא דרוב אינו מחייב שבועה משום דאם ישבע נגד הרוב הוי כמו דנתפרר לנו דנשבע שקר דהא אזלינן בתר רובא בכה"ת זולת במקומו משום חזקת ממונא.

א"כ לפ"ז יש לדון בגזל או לנה מן חמשה ב"א דהדין הוא דנשבע כ"א שגזל לו ונוטלין דאיהו יכולין למסור לו שבועה הא על כ"א מהם לאחר שנשבע יש לנו עליו בקרור מצד הרוב להכחישו דהא בעת דפריש מן החמשה אנשים שנסתפקנו מי הוא הנגזל ואיזה מהם נשבע לשקר יש לנו לומר עליו כל דפריש מרובא פריש.

ולא שיהי' פאן קבוע פמע"מ פיון דלא נודע לנו מי הוא הנגזל ומי הוא הנשבע באמת דהא רוב אנשים מהם נשבעו לשקר פיון דלא ניכר לנו האמת וכמש"כ התוס' בגזיר (דף י"ב) גבי צא וקדש לי אשה דאסור בכל הנשים דאין זה קבוע דאורייתא פיון דלא ניכר לנו האיסור.

אף דידוע להשליח ולהעדים שהיו בעת הקידושין מ"מ אין זה קבוע מה"ת רק משום קנסא דרבנן אתו עלה. וכ"כ התוס' בגיטין (דף ס"ד) דהא דאמרו בגזיר אשה הדרא לגיחיותא.

אין זה רק קנס מדרבנן. ועיין ביו"ד סי' ק"י ש"ך ס"ק י"ד ובמג"א סי' שכ"ט ס"ק ג'. א"כ לכאורה יש להעיר בגזל מחמשה וא"י דנשבע כ"א ונוטל דתקשה דאיהו מוסרין לו שבועה דהא יש לנו הרוב המכחיש לכ"א ומבררת לנו דנשבע לשקר. ובאמת העיקר בזה כמו שפתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ו דלכן יכולין למסור שבועה לכ"א בזה משום דהא כ"א אומר ברי לי דהנני נשבע באמת וגם יש חזקת פשרותו המסייעו

א"כ הא פרי וְחֻזַקת פְּשׁוּת מְהֵנִי לְסִמּוֹן עָלָיו אֶף נֶגֶד רִנָּא וּכְמַשׁ"כ הָרֵא"ש בְּכַתְּוֹבוֹת
בְּסוּגְיָא דפ"פ ע"ש.

וע"כ שפיר יכולין למסור לכ"א שבועה הקא: א"כ זה לא שייך רק היכא דלדברי התובע
דנשבע יש לו חזקת פשוות אלימתא וע"כ מקרי זה פרי וחזקת פשוות. אבל בקידוש א'
מן ה' נשים וא"י איזהו מהם וכינן דקידושה בביאה וכבר נתבאר דגם האשה עבדא
איסורא א"כ ממילא איתרע חזקת פשוות של האשה עכ"פ ואף דאינו רק עבירה מדרבנן
מ"מ מרעין ע"י זה להחזקת פשוות וכעיוזה פתב הפני יהושע בגיטין בסוגיא דנכתב
ביום דאיתרע חזקת פשוות ע"י זנות פנויה אף דלא הני רק איסור דרבנן וכ"כ החמדת
שלמה ח' אה"ע סי' י"ט ע"ש.

וכעין זה פתב המהרי"ט ח"א סי' מ"א ונהביאו הברית אברהם ח' יו"ד סי' מ"ט ע"ש
והדברים ארנפין ובמק"א הארכתי בעיקר הסברא הזאת. א"כ הקא דעיקר הטעם
דמשבעין לכ"א אף דהוא נגד הרוב דיש לדון על כ"א מהם דכל דפריש מרנבא פריש
וגם הא לא שייך קבוע בזה פנ"ל.

דהטעם הוא משום פרי וחזקת פשוות המסייע לו א"כ הקא גבי חמש נשים הללו דאף
לדברי האשה האומרת פרי לי שנתקדשתי לו מ"מ איתרע חזקת פשוותה לפי דבריה
עכ"פ פיון דעבדה איסורא דרבנן.

ועוד דאף דנימא דעיקר האיסור לקדוש בביאה אינו רק על האיש ולא על האשה מ"מ
הא עברה האשה על לפני עור דאם לא היתה מתרצית להתקדש לו בביאה לא היתה עובר
הבעל על איסור זה וגם בדרבנן שייך לפ"ע וכמש"כ התוס' בעו"ג (ד' כ"ב) ד"ה תיפוק
לי משום לפ"ע כו' ובי"ד סי' ק"ס סעי' א' בהג"ה ע"ש.

א"כ ממילא איתרע חזקת פשוותה עכ"פ פיון דעבדה איסורא דלפ"ע אף דאינו רק
מדרבנן. וכינן דלדבריה האומרת דקידושה בביאה איתרע חזקת פשוותה עכ"פ פנ"ל.

ע"כ אין אנו יכולין למסור להאשה שבועה משום דזהו נגד הרוב ולא מבעיא בעת שתהיה
פריש מן הרוב אז בנודאי יש לנו הרוב המכחישה דהא כל דפריש מרוב פריש ואף בעת
שיהיו ביחד ג"כ הא לא שייך כאן לומר קבוע כמעמ"ד פיון דאינו ידוע לנו האמת וכמו
שכתבו התוס' בנזיר וגיטין הנ"ל דדוקא בניכר האיסור שייך קבוע משא"כ התם בנזיר
אינו קבוע מה"ת רק משום קנסא אפרו לחלק דאשה הדרא לניחותא כו'.

וגם הא פתבו התוס' בכתובות (נ"ו ט"ו ע"א) ד"ה דילמא אזלא כו' לפרש התם דלא
שייך פן בנ"ד ע"ש. ולכן הקא בקידוש א' מן חמש נשים וא"י איזה מהן קידוש בביאה אין
אנו יכולין למסור שבועה לכ"א מהן משום ה"ט ע"כ תקנו שימתן פתובה לכ"א אף דאינו
יכולות ליטבע משום דאל"כ יתבטל תקנתם מה דקנסו אותו שימתן פתובה לכ"א.

ומה"ט אף בנסתפק על אחת משתי נשים שאינו יודע איזה מהן קידוש אף דלא שייך התם
לדון להך רוב דשייך גבי קידוש א' מן חמש נשים ואין יודע איזה מהן קידוש דנקטו
ביבמות (נ"ו קי"ח) ובאה"ע סי' מ"ט.

משום דאין סברא לומר דגבי קידוש א' מן חמש נשים וא"י יהיה הדין דחייב לתת פתובה לכ"א אף דאין נשבעות ואלו גבי קידוש א' משתי נשים וא"י כו' יהיה הדין דלא יטלו רק בשבועה וע"כ תקנו לתקנתם דקנסו גבי קידושה בביאה שימתו פתובה אף דאין נשבעות משום דאל"כ יתבטל להתקנה דקנסו שם גבי קידוש בביאה.

ומתורץ קושיות הב"ש: וראיתי בקרבן נתנאל על הרא"ש ביבמות פ' ט"ו סי' י"א ס"ק ל"מ"ד שכתב לתרץ לקושיות הב"ש וז"ל ולי לק"מ דהקא חמש נשים תובעין אותו ואם הי' טוען פרי שאינו חייב אלא לאחת מהנה שיודע הי' נשבע ופטור ועכשיו שטוען שמה הוא מחוייב שד"א דהא מודה באחת מהם וא"י לישבע משלם משא"כ התם לענין גזל השבועה לנגזלים פדתן אלו נשבעין ונוטלין הנגזל כו' מ"ה פל' א' נשבע עכ"ל הק"נ.

ודבריו תמוהין. (א) איך שינוי בהנה חמש נשים לדון דה"ל מודה במקצת ואי"ל משלם.

דהא אינו מודה לאחת מהם בנודאי דהא אינו יודע למי מהן קידוש א"כ אין זה מקרי פל' מודה במקצת. (ב) לפי דבריו דזה הוי כמו חמשין ידענא וסמשין לא ידענא דה"ל מחושואיל"מ ונוטל חבירו בל"ש א"כ כמו כן יש לדון התם בענין גזל מחמשה וא"י למי דיהי' נוטלים בל"ש פיון דהוי מחושואיל"מ לפי שיטתו.

והא דמביא ראי' מן אלו נשבעין ונוטלין הנגזל כו'. הא התם אינו נוטל הנגזל מן הדין רק בתורת קנס כמבואר בסי' צ' בטור וב"מב"ם והובא בש"ך שם ס"ק א' והש"ך שם הביא בשם הלח"מ שהקשה דיהיה נוטל הנגזל משום דין דחשוד על השבועה כנגדו נו"נ ותירץ ע"ש.

וכיון דהנגזל שם לא היה לו ליטול מן הדין ע"כ שפיר תקנו שם שלא יטול רק בשבועה. אבל היכא דהדין הוא דהגזלן ה"ל מחושואיל"מ כפי שיטת הק"נ דבהודה שחייב לא מהם וא"י למי דה"ל כמו מודה במקצת וא"י על המותר.

א"כ ה"ה בגזל מחמשה הדין הוא דה"ל הגזלן מחושואיל"מ דהא לא גרע זכות הנגזל משארי אדם דנוטלין בכה"ג בל"ש ע"כ תקשה לפ"ד דלמה חייבו שבועה לנגזלין שם. (ג) ועוד קשה לפי דבריו דאמאי בקידושה בכסף בלא ביאה וא"י למי דאמרו ביבמות שם דמייח פתובה ומסתלק ובקידושה בביאה משום קנסא אתו עלה הא פיון דה"ל מחושואיל"מ הדין נותן דישראלם לכ"א מן הדין.

וע"כ פל' דברי הק"נ הם תמוהים מאד: וכ"ז לפי פשוטו אכן בעיקר דברי הק"נ נעלם ממנו דברי הגימוקי יוסף בב"מ פ"ג והרב המגיד פ"ה ה' שאלה בשם הרשב"א והובא בש"ך ה"ה ק"א בס"ק ד' ובסמ"ע ס"ק ב' באחד שלנה משנים מזה ומזה ר' שכתבו דלכו לא אמרו דה"ל מחושואיל"מ משום דהא פרי לו שאינו חייב לשניהם רק ש' ה"ל פטוען פרי לענין זה וכ"כ הבעה"ת בשם הרמב"ם ע"ש בש"ך.

ואף דהתם דמודה לכ"א על מנה דלכאורה ה"ל כמודה במקצת והמותר אינו יודע דה"ל מחושואיל"מ ועכ"ז אמרו התם דלא מקרי זה חמשין ידענא וסמשין לא ידענא משום דהא טוען פרי שאינו חייב לשניהם רק ש'.

א"כ כש"כ היכא שאומר שאינו יודע למי הוא חייב המאה דנונדי דאין זה מקרי פלל פמו מודה במקצת ולא דייגינן בזה דה"ל מחושואיל"מ. וגם הא פסקו פולם הכא בהודה שילנה משניהם מנה ק' ומנה ר' דצריף ליתן לכ"א ר' אחר שישבע כ"א.

הרי להדיא דלא פדברי הק"נ ודברי הק"נ תמוהין מפמה טעמים וע"כ שפיר הקשה הב"ש. אכן לפי מש"כ מתורץ קושיות הב"ש על נכון.

וכן מתורץ עפ"ז דברי הרמב"ם פ"ט ה' אישות ה' כ"א שכתב דבקידישה בביאה קנסו שיתן פתובה לכ"א ולא הזכיר שישבעו הנשים וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ד ה' גזילה ה"ט ובפ"ה ה' שאלה ה"ד דישבעו ואח"ז יטלו וכמש"כ הכ"מ ה' שאלה ה' ט' בשם הר"י ויהרא"ש בטעמו של דבר זה.

אכן לפי מה שפיתתי מתורץ גם דברי הרמב"ם על נכון. והנה מן דברי התוס' יו"ט ליבמות פ' ט"ו משנה ח' משמע דס"ל דגם בהנהך חמש נשים דקנסוהו שיתן פתובה לכ"א דצריכים לישבע מקודם כמש"כ התוס' יו"ט שם בד"ה ר"ע אומר כו' עד שיתן כו'.

דקאי שם על הך דקידיש אחת מחמש נשים דאמרו שם בלשון עד שיתן כו' דאלו בהך דגזל מחמשה אמרו בלשון עד שישלם כו'. א"כ מוכח להדיא דהתוס' יו"ט ס"ל דלא כהב"ש אלא דגם בהנהך חמש נשים אינן נוטלין עד שישבעו והרמב"ם והטוש"ע קוצרו בזה וכן הדעת נוטה דהא הש"ס מדמה אותן להדדי וכמש"כ הב"ש.

וס"ל להתוס' יו"ט דהאשה לא מיפסקא לשבועה עי"ז ודלא כמש"כ לעיל. וגם י"ל דס"ל להתוס' יו"ט לסברת רע"א זצ"ל כפי שכתב בתוס' רע"א למשניות סנהדרין פ"ג משנה ג' אות ט' בפסולי דרבנן לענן שבועה לא מפסדינן זכותא דאחרים כ"ז שלא הכריזו עליו ע"ש.

וה"ה הכא פיון דקנסוהו ליתן פתובה לכ"א ואם לא ימסרו שבועה להנשים אז יהיה הדין דיטלו בל"ש דאל"כ תתבטל לה תקנתם. וכיון דיהיה פסידא לו אם יהיו חשודים על השבועה ע"כ שייך הכא סברת הגאון הנ"ל דלא מפסדינן זכותא דאחרים כ"ז שלא הכריזו.

ולכן לדינא אין להוציא ממון ממנו גם בהנהך חמש נשים כ"ז שלא ישבעו וכדברי התוס' יו"ט: וראיתי בספר מלא הרועים אות מ בפיסקא מתוך שאי"ל משלם אות י"ג שהקשה עלה דב"מ (דף ל"ז) דנותן לזה מנה כו' והא ה"ל מחוניב שבועה ואיל"מ ונדחק לתרץ זה.

ונעלם ממנו לדברי הנ"י והמ"מ והבעה"ת והסמ"ע והש"ף הכא שהקשו פן וכתבו לחלק דלא שייך פאן פלל לדון להך דמחושואיל"מ פנ"ל. וכן כתב התוס' יו"ט בב"מ פ"ג משנה ד' בשם הנ"י פנ"ל.

ועיין בב"ח בטור פאן ס"ק ב' במש"כ בד"ה ומ"ש ודברי א"א הרא"ש יראה כו' ואפשר דלפי דהרמב"ן פתב בלנה מנה ומנה מאתים דצריף ליתן לכ"א ר' ולא פתב דכ"א ישבע ויטול כו' אכן מן בעה"ת בשם הרמב"ן דגם הוא ס"ל דליכא הכא למימר מחוניב שבועה כו' ופשיטא דכ"א נשבע ונוטל ולפי שהוא דבר פשוט לא היה צריף לפרש עכ"ל.

הרי דמצינו דאף דלא פתב הרמב"ן בפירושו דכ"א ישבע דמ"מאמרין דכ"א ישבע וסתם
בזה וכן מצינו פאן בסעי' ב' הנה שנים תובעים אותו כו' צריק ליתן לכ"א מנה. ולא פתב
בפי' דכ"א ישבע אף הש"ך בס"ק י"ד פתב דצריכים לישבע.

וכן מצינו לקמן סי' ש' סעי' ג' שפתב המחבר וכן מי שתבעוהו שנים כו' ישלם לשניהם.
ולא פתב בפי' דישבעו אף הסמ"ע והש"ך פתבו שם דישבעו.

כמו כן י"ל בדברי הש"ע באה"ע סי' מ"ט דקוצרו בזה וסמכו על מה דמבואר בכמה
דוכתי בש"ע ח"מ דצריכין לישבע. ונדעתי מה דיש לחלק דשאני הכא בסעי' ב' ולקמן
בסי' ש' סעי' ג' הנה"ל דכיון דהזכירו שם לעיל בריש הסימן דישבעו ע"כ קוצר הש"ע
בזה לקמן אח"ז משא"כ באה"ע סי' מ"ט ע"כ שפיר פתב הב"ש דה"ל לקתוב בפי'
דישבעו.

אבל גם זה אינו מוכרח די"ל דסמך על מה שכתבנו בח"מ בכ"ד דלא יטלו עד שישבעו
וכעין דברי הב"ח על דברי הרמב"ן והוי כש"כ מדהתם: והנה לקמן סעי' רכ"ב סעי' ג'
לקח מקח מתמשה ב"א ונכפר ונשבע על שקר כו' חייב לשלם לכ"א.

ולא פתבו שם בטוש"ע דלא יטלו רק בשבועה ולא נזכר שם כלל מזה. והדין מורה דגם
שם ישבעו כ"א מקודם דמ"ש מקל הנה"ך ואפ"ה קוצרו בזה משום דסמכו על המבואר
בכ"ד דצריכים לישבע.

ע"כ כ"כ י"ל בהך דאה"ע דקוצרו וסמכו על המבואר בח"מ בכ"ד דישבעו. אף אפ"ש
לומר פיון דמבואר בב"ק (דף ק"ג) דהיא דאישתבע אף ר"ט מודה דאמר קרא לאשר
הוא לו ותננו כו'.

א"כ זהו מדינא ולא בתורת קנסא ע"כ אפ"ש לחלק דדוקא היא דהוי בתורת קנסא
דיתן לכ"א בזה תקנו דלא יטלו רק בשבועה אבל היא דהוא מדינא דאין לו פפ"ה עד
שיגיע ההשבה ליד הבועלים בזה אף דלא ישבע ג"כ מחוייב להשתדל שיגיע ההשבה ליד
הבועלים ומה"ט אף בלא תבעו ליה חייב התם.

ואף שאינו רוצה התובע לישבע אין זה הוכחה כ"כ דהא פתב הר"נ בשבועות רפ"ז
דאיכא אינשי דפרשי אף משבועת אמת. והש"ך בס"י רכ"ב בס"ק ז' שם פתב דבתורת
קנס אתו עלה אף בנשבע לשקר וכ"כ הש"ך פאן ס"ק ו' דבנשבע קנסין ליה שחייב
ליתן לכ"א.

הרי דס"ל להש"ך דאף בנשבע ג"כ אינו מן הדין רק מקנסא א"כ לפי דברי הש"ך הדין
נותן דגם בנשבע לשקר לא יטלו רק בשבועה דמ"ש וניזיל בטר טעמא דכתבו שם
הראשונים במה דהצריכו שבועה שם ואפ"ה לא הזכירו שם בס"י רכ"ב שום רמז מן
השבועה א"כ לפי"ז שפיר י"ל כן בהך דאה"ע וליתא להוכחת הב"ש שם.

אכן לפי מש"כ דמדינא הוא ליתא להוכחה זו. אף כפר פתבתי לעיל דלדינא אין לזה
הכרח ואין להוציא ממון נגד התוס' יו"ט הנה"ל.

וכעת ראיתי בנתיבות פאן בס"ק ג' שתמה על הש"ך פאן במש"כ דבנשבע לשקר קנסין
כו' דזהו מדינא ולא מקנסא. וזהו כמו שפתבתי.

וַיֵּשׁ לְהֶאָרִיף בְּפָרְט הַזֶּה הַרְבֵּה וּבב"ק (דף מ') תִּיבֵי פִּנְפָּר מֵאֵי כּו' וְקִצְרֵתִי: ב (ש' סעיף ב') הֵיוּ שְׁנַיִם תּוֹבְעִים אוֹתוֹ כּו' צָרִיף לִיתֵן לַכ"א מְנָה. וְכַתֵּב הַבְּאֵר הַגּוֹלָה בַּס"ק ד' דְּלֹא דְמִי לְלַקַּח מִקַּח מִן ה' וְא"י דְּמִנִּיחַ דְּמִי הַמְּקַח מִשּׁוּם דְּשִׂא"ה דְּסִתָּם מִקַּח יֵשׁ לוֹ תּוֹבְעִים מִיָּד מִשֵּׂא"כ פְּקֻדוֹן דְּמִפְקִידִין לְזִמְן רַב וְכֵן סִתָּם הַלְּנֹאֶה ל' יוֹם וְה"ל לְמִיזְדַּק גְּמוּקֵי יוֹסֵף עַכ"ל הַבֵּא"ג.

וְכֵן פָּתַב הַשְּׂוֹף לְקַמֵּן בַּס"י רַכ"ב בַּס"ק ד' בְּשֵׁם הַנ"י וְכ"כ הַסֵּמ"ע בַּס"י ש' ס"ק י"א בְּשֵׁם הַנ"י. וְלִפִּי מִש"כ הַסֵּמ"ע שֶׁם דְּבִפְקֻדוֹן שֶׁהוּא לְאַחַר זִמְן דְּמִקְרֵי פְּשִׁיעָה בְּמָה שְׁלֹא פָּתַב שֶׁם הַמְּפָקִיד עַל פִּיסוֹ.

א"כ לִפ"ז הַדִּין נוֹתֵן דְּבִהַלְּנֹאֶה דְּלֹא שְׁיִיף לֹאמֵר דַּה"ל לְכַתְּוֹב שֶׁם הַמְּלֻנָה עַל פִּיסוֹ דִּיהֵנָּה דּוֹמָה לְלַקַּח מִקַּח מִן ה' וְא"י לְמִי דְּמִנִּיחַ דְּמִי הַמְּקַח וּמִסְתַּלַּק. אֲבָל בְּאַמַּת הָא מְבִנְיָא הֵכָא הַדִּין פֶּן גַּם בְּהַלְּנֹאֶה דְּצָרִיף לִיתֵן לַכ"א מִשּׁוּם דְּסִתָּם הַלְּנֹאֶה שְׁלֹשִׁים יוֹם וְה"ל לְמִיזְדַּק וְלְכַתְּוֹב עַל פְּנֻקְסוֹ: וְהֵנָּה הַב"ח בְּטוֹר ח"מ ס' ס"ז סַע"י י"ג דְּעֵתוֹ שֶׁם דְּהֵף סִתָּם הַלְּנֹאֶה ל' יוֹם דִּינִינֵן פֶּן גַּם בְּקֻנָּה חֲפִץ דְּאִינוּ יָכוֹל לְתַפְּוֵעַ דְּמִי הַמְּכִירָה בְּתוֹף ל' יוֹם וְהוֹבָא זֶה בַּגְּשׁוּ"ע דְּהַגְר"ע אֵיגָר זַצ"ל בַּח"מ ס' ע"ג סַע"י א' ע"ש.

וְהֵכָא מוֹכַח דְּדוֹקָא בְּחֻב הַלְּנֹאֶה אֲמָרוּ דְּסִתָּם הַלְּנֹאֶה לְמ"ד יוֹם אֲבָל בְּלַקַּח מִקַּח אִין הַדִּין פֶּן דָּאם כְּדַבְרֵי הַב"ח דְּגַם בְּחֻב מְכִירָה אֲמָרִינוּ פֶּן א"כ תִּקְשָׁה עַל מַה שְּׁפִסְקוּ הֵכָא בְּחֻב הַלְּנֹאֶה דַּא"י לְמִי דְּצָרִיף לִיתֵן לַכ"א דַּמ"ש זֶה מְלַקַּח מִקַּח כּו'.

וְעִיקָר הַחִילּוּק הוּא דְּסִתָּם מִקַּח יֵשׁ לוֹ תּוֹבְעִים מִיָּד מִשֵּׂא"כ בְּהַלְּנֹאֶה דְּהוּי ל' יוֹם פְּנ"ל אֲבָל לְדַבְרֵי הַב"ח תִּקְשָׁה עֲדִינֵן דַּמ"ש זֶה מִן לְקַח מִקַּח כּו'. וּמוֹכַח מְנָה דְּלֹא כְּהַב"ח אֵלֹא רַק בְּהַלְּנֹאֶה אֲמָרוּ דְּסִתָּם הוּי ל' יוֹם מִשֵּׂא"כ בְּחֻב מְכִירָה.

[וְעִינֵן בְּשַׁבַּת (דף קמ"ח) וּבַתּוֹס' ד"ה שׁוֹאֵל אָדָם כּו' וּבְרֵא"ש פ"ק דְּמַכּוֹת וּבַח"מ ס' ע"ג וּבַס"י שִׁמ"א סַע"י א' וְקִצְרֵתִי. וְעִינֵן בְּפִלְפֵּלָא חֲרִיפְתָּא בַּפ"ג דְּב"מ ס"ק נ' וּס"ק ש'] וַיֵּשׁ לְחַלַּק דְּדוֹקָא הֵיכָא שְׁלֹא הִתְנוּ שְׁיֵהֵל מְכִירַת הַחֲפִץ בְּהַקְפָּה כָּלֵל אַז אֲמָרוּ דְּסִתָּם מִקַּח יֵשׁ לוֹ תּוֹבְעִים דְּלִפִּי שְׁעָה רוֹצִים הַדְּמִים וְכַמִּש"כ הַנִּימוּקֵי יוֹסֵף אֲבָל הֵיכָא שְׁאֲמָרוּ דְּמוֹכְרִין בְּהַקְפָּה בְּזָה שְׁפִיר פָּתַב הַב"ח דְּהוּי ג"כ כְּמוֹ סִתָּם הַלְּנֹאֶה ל' יוֹם: וְלִפִּי הַטַּעַם דְּכַתְּבוּ דְּלָכֵן בְּלַקַּח מִקַּח וְא"י לְמִי דְּמִנִּיחַ דְּמִי הַמְּקַח מִשּׁוּם דְּסִתָּם מִקַּח יֵשׁ לוֹ תּוֹבְעִים מִיָּד וְלֹא ה"ל לְמִיזְדַּק.

א"כ לִפִּי מִש"כ הַבֵּית יוֹסֵף ס' ס"ז סַע"י י"ט עֲלָה דְּהַקְפַּת חֲנוּת אִינָה מְשַׁמְטַת דְּהַקְפַּת חֲנוּת דְּרִיף לְהַקִּיף שְׁנָה וּשְׁנָתִים כּו' וְכ"כ הַסֵּמ"ע לְעֵיל ס' ס"ז בַּס"ק כ"ו. וְכ"כ הַתּוֹס' יו"ט בַּפ"י מְשַׁבֵּיעִית מְשַׁנָּה ב'.

וּלִפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּהַקִּיף בְּחֲנוּת וְא"י מְמִי וְהֵם תּוֹבְעִים לוֹ דְּבִנְיָה הַדִּין דִּישְׁלַם לַכ"א כְּמוֹ הֵכָא בְּהַלְּנֹאֶה וּבִפְקֻדוֹן וְדוֹקָא בְּלַקַּח מִקַּח שְׁאִינוּ בְּהַקְפַּת חֲנוּת בְּזָה אֲמָרוּ דְּסִתָּם מִקַּח יֵשׁ לוֹ תּוֹבְעִין מִיָּד וְלֹא ה"ל לְמִיזְדַּק מִשֵּׂא"כ בְּהַקְפָּה בְּחֲנוּת דַּה"ל לְמִיזְדַּק וְלְכַתְּוֹב בְּפְנֻקְסוֹ פִּינֵן דְּנִמְשָׁף הַחֻב לְזִמְן אֲרוֹף: וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל מִש"כ הֵכָא לְחַלַּק בֵּין מִקַּח לְחֻב הַלְּנֹאֶה וּפְקֻדוֹן דְּחֻב הַלְּנֹאֶה וּפְקֻדוֹן דְּנִמְשָׁף לְזִמְן אֲרוֹף חֲזִיב לִיתֵן לַכ"א דַּה"ל

למִידָק א"כ לפ"ז יש להעיר באה"ע סי' מ"ט בקידוש א' מן ה' נָשִׁים וא"י למי דאם קידוש
בְּכֶסֶף דְּמַנִּיחַ פְּתוּבָה כו' וְכַמְבֹאֵר בִּיבְמוֹת (דף קי"ח).

הא בְּחֹב פְּתוּבָה אֵין הַזִּמְ"פ אֵלָא לְזִמְן אַרְוָה אִם תְּתַאֲלֵמֵן אוּ תִתְגַּרֵּשׁ וְגַם אִם תּוֹבְעַת
הָאֲרוּסָה לְהָאָרוּס נִוְתַנִּין לוֹ זִמְן יב"ח פְּמִבְּנֹאֵר בְּכַתְּבוֹת (דף נ"ז) וּבֵאֵה"ע סי' נ"ו וְגַם
בְּבִעוּלָה הָא נִוְתַנִּין לוֹ זִמְן שְׁיִשְׁאַנְהָ ל' יוֹם.

א"כ הָא דוֹמָה זֶה לְחֹב הַלְוָאָה הֵכָא דְאָמְרוּ דְכִינּוּ דִישׁ לוֹ זִמְן סְתָם הַלְוָאָה ל' יוֹם דֵּה"ל
לְמִידָק וְנוֹתַן לַכ"א א"כ ה"ה הֵתָם בְּחֹב פְּתוּבָה ה"ל לֹאמֵר דִּיתָן לַכ"א מֵה"ט. וְיֵישׁ לְחֵלֶק
דְּשִׂאנֵי בְּקִידוּשׁ אִשָּׁה פִּינּוּ דְאֵין קִידוּשֵׁין בְּלֹא עֲדִים וּמִיָּירֵי בְּקִידוּשָׁה לְפָנֵי עֲדִים וְהִלְכוּ
לְמַדִּינַת הַיָּם אוּ מֵתוּ.

וְכוּ בְהַדְּכָתְבַת פְּתוּבָה לְאֲרוּסָה דְשָׁם פְּתַב הַנִּימוּקֵי יוֹסֵף דְּמִיָּירֵי בְּקִנּוּ הָעֲדִים מְמַנּוּ וְהִלְכוּ
לְמַדִּינַת הַיָּם. ע"כ י"ל דֵּמָה"ט בְּקִידוּשׁ אִשָּׁה לֹא ה"ל לְהַבְעֵל לְמִידָק כ"כ דֵּהָא סְמָךְ עַל
הָעֲדִים דֵּהִיּוּ אִזּוּ בְּעַת הַקִּידוּשֵׁין וְהַקִּנּוּן וְע"כ לֹא ה"ל לְמִידָק בְּזֵה אִף דְּנִמְשָׁף לְזִמְן רַב וְלֹא
מְקַרֵּי פּוֹשַׁע דֵּהָא לֹא אִסִּיק אִזּוּ הַבְעֵל אֲדַעְתִּיהָ דִּילְכוּ הָעֲדִים אוּ יְמוֹתוּ וְע"כ מַנִּיחַ פְּתוּבָה
וּמְסַתְּלַק מִשֵּׂא"כ הֵכָא בְּחֹב הַלְוָאָה וּפְקָדוֹן דְּלֹא הָיָה לוֹ עַל מִי לְסַמְּרוּ וְה"ל לְמִידָק וְדִינוּ
פְּוֹשַׁע וְחִיָּיב לִיתָן לַכ"א וְאֵינוּ קָשָׁה כָּלֵל.

ולפ"ז ה"ה בְּלִנְהָ בְּעֲדִים וא"י מִמֵּי דֵּהָעֲדִים הִלְכוּ אוּ מֵתוּ. בְּכַה"ג הַדִּין דְּמַנִּיחַ בִּינִיָּהֶם
מְנָה וְזֵה דוֹמָה לְהַדְּכָתְבַת בְּכֶסֶף דְּמַנִּיחַ בִּינִיָּהֶם כְּנ"ל וְאֶפְשָׁר לְחֵלֶק דְּשִׂאנֵי בְּקִידוּשׁ אַחַת
מִחֲמַשׁ נָשִׁים דִּי"ל דְּלֹא ה"ל לְמִידָק כ"כ דְּלֹא חִיָּיִשִּׁין שְׂתַבְּאָ אִשָּׁה אַחֲרַת לְתוֹבְעוּ דֵּהָא
תְּהִיָּה נְכַשְׁלַת כָּל יָמֶיהָ בְּאִסּוּר בְּעִילַת זְנוּת בְּלֹא קִידוּשֵׁין וְכַדְמַצִּינוּ בְּכ"ד דְּאָמְרוּ חֲזַקָּה
אֵין אָדָם עוֹשֶׂה בְּעִילַת זְנוּת וְקִצְרֵתִי: ג' (שָׁם סְעִיף ג') וְאֵי לֹא תְבַעוּ לִיהָ אֵלָא הוּא מַעֲצָמוּ
אוֹמֵר א' מִכֶּם הַלְוָה לִי מְנָה וְאֵינִי יוֹדַע אֵיזְהוּ פְּטוּר אִף מִיָּדֵי שְׂמִימִם וִי"א שְׁלִצְאָת יד"ש
צָרִיף לְתַת לַכ"א.

וְהַשְּׂ"ף ס"ק י"ח הַקָּשָׁה דֵּהָא לְקַמְן סִי' ש' סְעִי' ג' פְּתַב הָרַב בְּסְתָם פְּסַבְּרָא הָרֵאשׁוּנָה
וְקָשָׁה דְאֵמַאי לֹא הִגִּיָּה פְּאֵן דְּעִיקָר פְּסַבְּרָא הָרֵאשׁוּנָה דֵּהָא אֵין לְחֵלֶק בֵּין הַלְוָאָה לְפְקָדוֹן
בְּזֵה כו' עכ"ל: וְלִפִּי עַנ"ד יֵישׁ לְחֵלֶק בְּפְשִׁיטוֹת בְּזֵה בֵּין הַלְוָאָה לְפְקָדוֹן.

וְהוּא דִּי"ל פִּינּוּ דְּבְּפְקָדוֹן אֵינוּ חִיָּיב הַשׁוֹמֵר רַק עַל פְּשִׁיעָה וְהֵכָא לֹא מְקַרֵּי פְּשִׁיעָה בְּמָה
שְׁהַנְּפִקְדוּ אֵינוּ יוֹדַע פִּינּוּ שְׁגָם הַמְּפִקִיד אֵינוּ יוֹדַע וְכַמְש"כ הַסְּמ"ע בְּס"ק ה' וּבְסִי' ש' ס"ק
י"ב. ע"כ י"ל דְּלִכְּן פְּטוּר אִף לְצִי"ש וְנִקְאָ בְּהַלְוָאָה שְׁהַלְוָה חִיָּיב בְּאֲוֹנְסִין א"כ אִף דְּנִימָא
דֵּמָה דְּשִׁכַח הַלְוָה מִי הוּא הַמְּלִוָה זֶה לֹא מְקַרֵּי פְּשִׁיעָה.

מ"מ הָא לְהַמְּלִוָה הָאֵמִיתִי יֵישׁ עָלָיו חִיּוּב לְשַׁלֵּם לוֹ וְלֹא מִיְּפִטֵּר מִשׁוּם טַעֲנַת אֲוֹנָס וְכִינּוּ
דְּמִוְטָל עָלָיו חִיּוּב לְשַׁלֵּם לֹא מֵהַשְּׂנִים אִף אֵינוּ יוֹדַע לְמִי הוּא הַחִיָּיב בְּאֵמַת ע"כ חִיָּיב
לְצִי"ש לְשַׁלֵּם לְכּוֹלָם לְדַעַת יֵישׁ אוֹמְרִים.

מִשֵּׂא"כ בְּפְקָדוֹן דְּפְטוּר עַל אֲוֹנְסִין וְאִף בְּאֲוֹנָס מְמוֹן פְּטוּר הַשְּׂ"ח פְּמִבְּנֹאֵר בְּסִי' רַצ"ב סְעִי'
ח' וּבְב"ק (דף קי"ז ע"ב) דְּאִף בְּנִשְׂאָ נִתָּן בְּיַד מִיְּפִטֵּר בְּפְקָדוֹן אִם אֲדַעְתָּא דְּכֶסֶף אָתוּ
וְכַמְש"כ הַתּוֹס' שָׁם בְּד"ה וְאֵי לֹא אֲדַעְתָּא דְּכֶסֶף אָתוּ כו' וְכַמְש"כ הַשְּׂ"ף בְּסִי' רַצ"ב
ס"ק ד' דְּאֲדַעְתָּא דְּהִכִּי לֹא קִיָּבַל שְׁמִירָה ע"ש.

וכה"ג כתב הרמ"א בתשובה סי' ק"ו דאם לא הציל את חפץ הנפקד אצלו מן השורפה מחמת שהיה טרוד להציל את שלו דש"ש חייב אכל ש"ח פטור וכמש"כ בארנפה הקצה"ח והנתיבות בסי' ש"ג ודלא פה"ש"ף שם.

והפל הוא מחד טעמא דאף אונס ממון מקרי אונס גבי פקדון ואדעתא דהכי לא קיבל שמירה עליו. וע"כ ה"א אם תחייבנו לשלם לכ"א לצי"ש א"כ יפסיד מעות שלו ע"כ בכה"ג לא קיבל שמירה מעיקרא ולא נשתעבד מעולם ע"ז ואין עליו חיוב כלל אף להמפקיד האמיתי לכן מיפטר לצי"ש מכולם.

משא"כ בהלואה ה"א דחייב באונסין ומוטל עליו חיוב לשלם להמלוה האמיתי אף דעי"ז יוציא מעות מפיו ע"כ ס"ל להיש אומרים דחייב לשלם לכ"א לצי"ש. משא"כ בפקדון דאם תחייבו לשלם לכולם יפסיד מעות שלו.

וכינן דזה לא מקרי פשיעה על פן מיפטר אף מן יד"ש. דהא אף להמפקיד האמיתי פקע ממנו החיוב כינן דע"ז זה יפסיד מעותיו שלו א"כ דמי ממש להנדידון של תשובת הרמ"א הג"ל: ועפ"ז יש לדון במש"כ הפ"ף בסי' נ"ח ס"ק ז' להכריע לדינא דהיכא דהמפקיד והשליח חייב לשלם אינו יכול לתפוס ממנו ע"י מיגו וכמש"כ בתשובת הרא"ש.

ובסי' קכ"ה בפ"ף ס"ק כ"א הביא בשם הטור שם דס"ל בשליח מן לנה להביא המעות להמלוה דאם יש להשליח מיגו נגד המשלם וטוען דהמלוה חייב לו דנאמן במיגו. והקשה דהא זהו סותר לדברי תשובת הרא"ש הג"ל דכינן דהלוה תחייב לשלם להמלוה כינן דהמלוה כופר בהחוב שטוען השליח ה"ל גבי חוב שאינו ידוע ע"כ אינו יכול לתפוס מהלוה עבור חוב שיש להשליח על המלוה כינן דיהנה פסידא להלוה כמו הא דסימן נ"ח הג"ל ע"ש: אכל באמת יש לחלק בין הלואה לפקדון בזה.

די"ל דחוב הלואה שאני כינן דהמשלם חייב בחוב הלואה שלו ע"כ שפיר יכול השליח לתפוס ע"י מיגו שלו שיש לו נגד המשלם לומר דהמלוה חייב לו. דהא לדבריו דהמלוה חייב לו והמשלם חייב להמלוה א"כ משועבד המשלם להשליח מדר"נ.

וכינן דהמשלם חייב להמלוה שלו בחוב הלואה. ומוטל עליו חיוב אונסין ולכן אף דמוכרח עי"ז להוציא מעות משלו עוד מ"מ מוטל עליו חיוב תשלומין.

וכינן דרמנא שנוני' לבע"ד שלו בתורת שעבודא דר"נ ואותו הזכות שהי' להמלוה הראשון שייך להמלוה הב' וכמש"כ הקצה"ח ריש סי' פ"ו לפרש הענין דשדר"נ. ע"כ כמו שהמשלם חייב לב"ח שלו אף דיקרה לו אונס ממון ואונס גופו ה"ה דהוא נתחייב למלוה השני בתורת שדר"נ.

אף דיהי' לו אונס בממונו וכהנה: לכן שפיר פסק הטור דיכול השליח לתפוס ע"י מיגו אף דהמשלם יחייב לשלם להמלוה שלו. מ"מ יכול לתפוס דהא טוען דהמשלם הוי בע"ד שלו מצד שדר"נ.

ואף דיצטרף עי"ז להפסיד מעות שלו דיחייב לשלם להבע"ח שלו. מ"מ לא איכפת לי' בזה כינן דהוי הוא הבע"ד שלו ויחייב אף על כל אונס שיארע לו.

אָבֵל גָּבִי פִקְדוֹן וְהָא דְסִי נ"ח דְתוֹפְס מְמוֹן שֶׁל הַשְּׁלִיחַ מִחֲמַת טַעֲנַת סְטְרָא דְהַנְּפִקְד פְּטוּר
אִם יֵאָרֵעַ לוֹ אֲנוּס מְמוֹנוֹ ע"י הַפִּקְדוֹן. וְכִיּוֹן דְּהֵתָם אִם יוּכַל לְתַפְּס מִן הַנְּפִקְד אוֹ הַשְּׁלִיחַ
א"כ יִצְטָרֵף הַנְּפִקְד וְהַשְּׁלִיחַ לְשֵׁלֵם לְהַמְּפִקֵד וְהַמְּשַׁלֵּחַ.

לְכֹן אָרְף דְּמַצִּינּוּ בְּסִי פ"ו דְּגַם גָּבִי פִקְדוֹן מוֹצִיאִין מִהַנְּפִקְד ע"י שְׁדֵר"נ. מ"מ הָא אָרְף
לְהַמְּפִקֵד הָרָאשׁוֹן שְׁלוֹ אִינוּ מְחַוְיָב אִם יִקְרָה לוֹ אֲנוּס בְּמְמוֹנוֹ ע"י הַפִּקְדוֹן.

וְאָמְרִינּוּ דְאִדְעָתָא דְהָכִי לֹא קִיבֵל מְעוּלָם הַשְּׁמִירָה עָלָיו פּנ"ל. וְלְכֹן פִּינּוּ דְעִי"ז יִחַוְיָב
לְהוֹצִיא מְעוֹת מְכִיסוֹ ע"כ פִּקְע מְמוֹנוֹ חַיִּיב עַל גּוֹפּוֹ.

וְלֹא שְׁיִיף בְּזָה לְדוֹן שְׁדֵר"נ. פִּינּוּ דְע"מ פֶּן לֹא נִתְחַוְיָב מְעוּלָם בְּתוֹרַת ש"ח.

וְהָא דְתוֹפְס מִהַנְּפִקְד וְהַשְּׁלִיחַ בְּטַעֲנַת סְטְרָא. אִינוּ רַק מִחֲמַת שְׁנוּטֵל מְמוֹנוֹ שֶׁל הַבַּע"ח
שְׁלוֹ.

ע"כ שְׁפִיר אָמְרוּ בְּזָה פִינּוּ שְׁיִצְטָרֵף הַנְּפִקְד וְהַשְּׁלִיחַ לְשֵׁלֵם לְהַבַּע"ד שְׁלוֹ. ע"כ אִינוּ תוֹפְס
מְמוֹנוֹ שֶׁל הַבַּע"ח שְׁלוֹ רַק מְשַׁל הַנְּפִקְד הוּא תוֹפְס.

וְכִיּוֹן דְּאִין לוֹ חַיִּיב עַל גּוֹפּוֹ ע"כ לֹא יְכוּל לְתַפְּס מְמוֹנוֹ דְּהָא שְׁדֵר"נ לֹא שְׁיִיף בְּזָה פִינּוּ
דְּבַהֲאֵי גְנוּנָא מִיְפְטָר אָרְף נֶגְד הַמְּפִקֵד שְׁלוֹ. וְהוּא חִילּוּק בְּרוּר וּפְשוּט וּמְתוּרָץ קוֹשְׁיֹת
הַשְּׁ"ף הַנְּ"ל וְאִינוּ סוּמְר דְּבָרֵי הַטוּר דְסִי קכ"ה לְהָא דְתְּשׁוּבַת הָרָא"ש הַנְּ"ל.

וְכֹן הוּא נִכּוֹן לְדִינָא: א (סִי' ע"ז סְעִי' א' שְׁ"ף ס"ק א') הִבִּיא בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הָרָמ"א דְשָׁנִים
שְׁקַבְלוּ פִקְדוֹן בִּיחַד אִין נַעֲשִׂים עֲרָבִים זָה לְזָה. וְהַשְּׁ"ף חוֹלֵק עֲלֵי.

וְהַקְּשָׁה לִי חֲכָם א' עַל הָרָמ"א מִהִירוּשְׁלָמִי דְהוּבָא בְּתוֹס' קִידוּשִׁין (דָּף מ"ב ע"ב) ד"ה
וְכֹן בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת כּו' דְּהָדָא דְתִימָא בְּשִׁטְרָא אָבֵל בְּכֶסֶף לֹא בְּתַר דְּתַקוּן רַבְּנָן ש"ה. וְלִשְׁיטַת
הָרָמ"א מְשַׁכַּחַת עֲדִינּוּ בְּנִתְּנָן לְהַשְּׁלוּחִים פְּרוּטָה א' וְאִז לֹא יִצְטָרְכוּ לְיִשְׁבַע דְּהָא אִין
נִשְׁבָּעִין בְּפָחוֹת מִפְּרוּטָה דְּהָא אִינוּ יְכוּל לְתַבְּנֹעַ מְכ"א שְׁיַעוּר פְּרוּטָה.

פִּינּוּ דְאִינָם עֲרָבִין זל"ז וְעִינּוּ בַקְּצָה"ח סִי פ"ח ס"ק ה'. וְכַעַת רְאִיתִי בְּסִפְר קַהֲלַת יַעֲקֹב
עַל אה"ע סִי ל"ה סְעִי' ב' שְׁהַקְּשָׁה פֶּן וְנִשְׂאָר בַּצ"ע: וְנִלְפַעַנ"ד בַּקְּצָרָה לְיִשְׁבַע זָה
בְּפִשְׁיטוֹת דְּהָא עִיקַר סְבֵרַת הָרָמ"א דס"ל בְּשָׁנִים שְׁקַבְלוּ פִקְדוֹן אִינָם עֲרָבִין זל"ז.

הוּא מְטַעַם שְׁפָתַב הָרָמ"א שֶׁם דְּכָל הַמְּפִקֵד ע"ד אֲשֵׁתוֹ וּבְנָיו הוּא מְפִקֵד א"כ יְכוּל לֹמַר
אוּקְיָמָא גְבָרָא בְּחֵרִיקָאֵי ע"כ אִין לְחַוְיָבוֹ עַל חֵלֶק מְחַצָּה שֶׁל חֲבִירוֹ דְּהָא פִינּוּ דְאִם הִי
מוֹסֵר עַכְשָׁיו הַפִּקְדוֹן לְאַחַר הִי נְפִטָר ע"כ לֹא שְׁיִיף לְחַוְיָבוֹ מְשׁוּם עֲרָבוּת ע"ש.

א"כ ז"א שְׁיִיף רַק בְּאִם הִי אֲשֵׁתוֹ וּבְנָיו חַוְיָבִים אִז יְכוּל לֹמַר אוּקְיָמָא גְבָרָא בְּחֵרִיקָאֵי.
מִשָּׂא"כ אִם נִימָא בְּהַפְּקִיד ש"פ בְּצַמְצוּם דְּלֹא יְהִי חַוְיָב א' עַל חֵלֶק חֲבִירוֹ מִן דִּין עֲרָבוּת.

א"כ אִז לֹא יְהִי לְהַמְּפִקֵד חוּב עַל שׁוּם א' מִהֵם מְשׁוּם דְּהָא אִין נִזְקָקִין עַל פָּחוֹת מִש"פ.
ע"כ מְמִילָא הוּי הָאֲנוּמְדָנָא דְמִן הַסְּתָם הִי דַעַת הַמְּפִקֵד שְׁיִיף חַוְיָב כ"א בַּפ"ע.

וְהָא עִיקַר הַטַּעַם דְּשׁוּמְרִים דְּחַוְיָבִין כְּדִינּוּ הוּי הַטַּעַם מְשׁוּם לֹא שְׁדִי זוּזֵי בְּכַדִּי וְכַמִּש"כ
הַנְּ"י בַּב"מ. א"כ פֶּאֶן ג"כ שְׁיִיף לֹמַר מְשׁוּם לֹא שְׁדִי זוּזֵי הוּי פְּנוּנַת הַמְּפִקֵד שְׁיִחַוְיָב
כ"א עֲבוּר חֵלֶק חֲבִירוֹ דַּל"כ הָא יִפְסִיד לְגַמְרֵי.

וראני לזה מירושלמי שבועות פ"ה הלכה א' דאי' שם אם הפקיד לשנים ש"פ וכפר א' מהם חייב קרבן שבועה. אלמא להדיא דנזקקין להם אף דלא קבלו פקדון רק על ש"פ ומוכח פנ"ל דבש"פ שאני: וכן מוכרח לומר פן גם לשיטת הסוברים דשייך ערבות בפקדון וכמש"כ הש"ך שם.

דתקשה ג"כ למאי דקיי"ל בסוף סי' מ"ט דהיכא דאין יכול לגבות מהלנה אינו גובה מן הערב. דא"כ איך אמרו בירושלמי שבועות דבקבלו פקדון ש"פ יכול לתבוע מא' מהן.

הא פנין דאינו יכול לגבות תצי פרוטה מן חבירו משום אין נזקקין על פחות מש"פ. א"כ ממילא פקע שעבודו מן הערב.

וע"כ מוכח דאף להסוברים דשנים שאלו אינו ערבים קבלנים רק ערבים סתם כדקיי"ל. עכ"ז בהפקיד לשנים ש"פ מודו דדינם כמו קבלנים ממש.

משום דאל"כ לא יגבה לעולם מהם וכיון דלא שדי זוזי בכדי בע"כ הי' פנונתו לחייב כ"א על חלק חבירו מן דין ערב קבלן. ובקבלן הדין דיכול לגבות מן הע"ק אף דלא מצי תבע מן הלנה פמבואר בסי' קכ"ט סעי' ט"ו ע"ש.

וכ"א מתחייב על פולי פרוטה בדין רמ"ג ורמ"ג. וע"כ הוי שפיר נוגעין בעדותו וע"כ אמרו בירושלמי ה"ל דאבל בכסף לא ומתורץ קושיא זו.

ולכאורה י"ל דהירושלמי שם דמייירי גם לב"ש שם והא ביש ס"ל בקידושי אשה בדינר א"כ אין מקום לקושיא זו כלל. אבל באמת ז"א דהא הירושלמי שם מייירי גם לב"ה א"כ תקשה עדיין.

וע"כ העיקר כמש"כ לעיל: ובעיקר דברי הרמ"א בשנים שקבלו פקדון עיין מזה במחנה אפרים ה' שומרים סי' כ"ז שכתב דיש לדון דלא שייך בזה דין ערבות משום דלא מטא הנאה לבן אדם.

אבל באמת י"ל דגם זה מקרי הנאה פמבואר בב"מ (דף צ"ד) דבהאי הנאה דמהימן לי' כו'. ועיין בב"מ (דף נ"ח) בתוס' ד"ה אריו"ח כו'.

ובש"ך ח"מ סי' ס"ו ס"ק קכ"ט וקצרתיו: ולכאורה יש להוכיח מהתוס' ב"מ (דף פ') ד"ה ואי נזקתא כו' דכתבו דמספק שניהם פטורים שם ואי נימא דגם בפקדון הם ערבים זה לזה הדין נותן שם דיש לגבות מכ"א משום ממנ"פ דאף אם אינו החייב אלא שנתפז הזיק דמ"מ יש לגבות ממנו משום ערבות.

אכן אם נימא פדעת הרמ"א א"ש דברי התוס' ה"ל. וי"ל דזה שיטת רש"י שם והנ"י דס"ל דחייב משום ערבות.

אף באמת לא שייך בזה ערבות דזה דומה להא דסו"ס מ"ט בשני יוב"ש דאם אין יכול לגבות מהלנה דאין גובה מהערב אף דאיכא ממנ"פ. אף לפמש"כ האו"ת בסוף סי' מ"ט ס"ק כ"א להשיג על הש"ך שם דכיון דשייך ממנ"פ א"כ דומה להא דסי' קכ"ט ע"ש.

א"כ שייך שפיר התם בב"מ ערבות ולכן י"ל דשיטת רש"י ויהתוס' בב"מ שם זה תלוי בפלוגמת הש"ך והאו"ת הנ"ל. ולקמן בחידושי יתבאר בעז"ה כל זה בארובה: ב (שם סע' א') שנים שלוו כו' או שקבלו פקדון שניהם ערבים זל"ז.

ש"ך ס"ק א' או שקבלו פקדון. הביא בשם תשובת הרמ"א דכתב בשנים שקבלו פקדון דלא נעשו ערבים כו'.

והשער משפט כתב להכריע פהרמ"א מטעם דכיון דלא מטא הנאה לאינש אחרינא ע"כ לא שייך בזה דין ערבות דה"ל כמו זרוק דינר לים כו' והאריף בזה. וכבר הקדימו בזה המתנה אפרים ה' שומרים סי' כ"ז וכתב ג"כ דלא שייך ערבות בפקדון דלא מטי לי' הנאה לנפקד דאין הערב מתחייב אלא פי מטי הנאה לתבירו כו'.

אף באמת י"ל דהנכון עם הש"ך דס"ל דשייך ערבות בפקדון משום דגם זה מקרי מטא הנאה ליד בן אדם דהא אמרו בב"מ (דף צ"ד) גבי מתנה ש"ח להיות פשואל דלכן חייב משום דבהאי הנאה דהימני' גמר ומשעבד נפשי'.

אלמא דזה מקרי הנאה להנפקד ע"כ שפיר מקרי זה מטא הנאה לנפקד דיהיה חייב הערב משום ערבות כמו בכל מקום: רק בזרוק מנה לים וכה"ג דלא מטא הנאה לשום בן אדם כלל בזה אמרו דלא חל בי' דין ערבות.

ועיין בתשובת הרמ"א סי' כ"ז הנ"ל שכתב להסביר דלכן בשנים שקבלו פקדון לא נעשו ערבים לפי שאין להנפקד טובה ע"כ אין לנו אומדנא דנתערבו זל"ז ע"ש. י"ל דס"ל דאף דמצינו דאמרו בהאי הנאה דהימני' גמר ומשעבד כנ"ל.

עכ"ז לא נחשב זה ההנאה כ"כ לדון האומדנא הנ"ל: אבל מ"מ אין זה דומה לזרוק מנה לים דמ"מ מקרי זה מטא הנאה עכ"פ דהא אין שיעור לזה. ומה"ט היכא דהתנה בפירוש גם הרמ"א מודה דנתחייב בדין ערבות.

ועיין בתוס' ב"מ (דף נ"ח ע"א) ד"ה אמר ר' יוחנן כו' ובש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ט: ולעיל בחידושי לסי' זה פתבתי מזה בקצרה וכאן הנני לבאר בארובה: ענף א ולולי דברי הראשונים דכתבו דגם בשומרים שייך דין ערבות הייתי דן לחלק בין שומרים להלואה בדין ערבות.

והוא דהא קיי"ל דאין על הערב חיוב ביותר מן מה שמחוייב הלנה דמה"ט היכא דהלנה פטור אז גם הערב מקפטר כמבואר בבכורות (דף מ"ח) ובח"מ סוף סי' מ"ט ולקמן סי' קכ"ט ש"ך ס"ק כ'. והנה שיטת הרא"ש והרמב"ן והנ"י והרשב"א וש"פ דס"ל דנכסי שומר לא משמעדי רק מן עת פשיעה ואונסין כמבואר בסי' שמ"א ש"ך ס"ק ו' ומה"ט ס"ל להרבה פוסקים בטוען השומר איני יודע דלא הוי פאיני יודע אם פרעתי רק פאיני יודע אם נתחייבתי כמבואר בסי' רצ"א ש"ך ס"ק מ"ד.

והקצה"ח סי' ש"מ ס"ק ד' ביאר דאף כל זמן שהפקדון בעיני' ליכא שום חיוב על השומר כלל ועיקר חיוב שומרים מתחיל מן עת אונסין להף שיטה דנכסי שומר מעידן פשיעה אשתעבד.

וכ"כ הקצה"ח בסי' פ"ו ס"ק ד' דמה"ט לא שייקו שעבוד דר' נתן בפקדון. ולכן יש לדון דמה"ט לא שייקו דין ערבות בשומרים דכיון דעיקר חיוב שומרים לא חל מעכשיו רק מעידן פשיעה או אונסין ע"כ ממילא לא חל החיוב על הערב מעכשיו ג"כ.

דקא אין סברא דחיוב הערב יהי' מעכשיו ואף השומר אינו חל מעכשיו. וכללוא הוא דכל היכא דגוף הבע"ח פטור דאז גם הערב פטור ואין להטיל חיוב על הערב ביותר מן גוף הבע"ח: וכיון דעיקר חיוב הערב אינו חל מעכשיו ע"כ יש מקום לדון דלפ"ז פטור הערב לגמרי וגם לאחר זמן מיפטור.

דקא פל עיקר חיוב של הערב הוא אסמכתא ורק משום האי הנאה דמהימן ליה אמרו דגמר ומשעבד נפשיה כמבואר בב"ב (דף קע"ג). א"כ י"ל דזה אינו רק היכא דחל החיוב מעכשיו.

ובשביל האומדנא דבהאי הנאה דמהימן ליה אמרינן דהתחייב ע"י זה מעכשיו. אבל היכא דאינו חל מעכשיו יש לומר דהוי אסמכתא.

ומצינו בדין אסמכתא דהיכא דאמר מעכשיו מסתלק דין אסמכתא כמבואר בב"מ (דף ס"ו) ובתוס' וקרא"ש שם ובח"מ סי' ר"ז. ואף להסוברים דבאסמכתא גמורה לא מהני מעכשיו עכ"ז היכא דלא הוי אסמכתא גמורה לכ"ע מהני מעכשיו כמבואר בסי' ר"ז ובסי' קי"ג.

ע"כ מנלן דחיוב ערבות יהיה מועיל היכא דאינו חל מעכשיו דילמא דיינינן כה"ג דין אסמכתא דלא קני. וכיותר יש לומר כיון דעיקר חיוב ערבות הוא משום האי הנאה דמהימן ליה כו'.

ובספרי נחל יצחק לח"מ סי' מ' כתבתי בארנפה די"ל דהאי הנאה כו' דאמרו בש"ס בכ"ד יש לומר דזהו כמו קנין חליפין. ולכן כמו דמצינו גבי קנין חליפין דלא מהני להקנות לאחר שלשים יום כמו שמבואר בגדרים (דף מ"ח) וביבמות (דף צ"ג) בתוס' שם ובח"מ סי' קצ"ה.

ה"ה י"ל דלא חל חיוב עליו לאחר זמן ע"י הך האי הנאה כו' דלא עדיף זה מן חליפין גמורה. ואף לפמש"כ בספרי שם דהך הנאה דאמרו בש"ס ה"ל זה כמו קנין פסוף.

ובקנין פסוף מהני לאחר שלשים יום כמבואר בקידושין (דף נ"ח) ובח"מ סי' קצ"א. וגם יש לחלק דשאני קנין סודר דהדר סודר למרי' משא"כ הך בהאי הנאה דאמרו דקא הך הנאה נמשכת גם לאחר"ז וע"כ מהני אף לאחר שלשים יום.

עכ"ז יש לדון כיון דעיקר חיוב הערבות אינו חל מעכשיו רק לאחר"ז מן עת אונסין א"כ זה דומה לקנין לאחר ל' יום דמצי לחזור בו בתוך שלשים יום כמבואר בקידושין (דף נ"ט) ובאה"ע סי' מ' גבי קידושי פסוף לאחר שלשים.

אף חיוב שומרים עצמן אף דחיוב שלקחם אינו חל רק לאחר"ז מן עת אונסין מ"מ לא מהני חזרה של השומרים מקודם שאירע האונס משום דכן גזרה התורה על השומרים שיוחל חיוב שלקחם מן עת האונסין והוי מלנה הכתובה בתורה.

אָבֵל לְהִיּוֹת חַיִּיב בְּדִין עָרֵב יֵשׁ לֹאמֵר דְּכִינּוֹן דְּאִינוּ חָל חַיִּיב לְשַׁעֲתוֹ דְּמַצִּי לְחִזּוֹר בְּתוֹךְ
כְּפֹה מְקוֹדֵם דְּאִירַע הָאֹנָס. וְגַם הָא נִתְבָּאָר דְּיֵשׁ בְּזֵה דִין אֶסְמַכְתָּא פִּינּוֹן דְּאִינוּ חָל בְּשַׁעֲתוֹ
כַּנְּ"ל: וּנְפ"מ בֵּין שְׁנֵי הַטְּעָמִים הַנִּזְ"ל דְּאֵלּוּ לְהַטְעֵם שְׁפַתְבְּתִי דְּהוּי אֶסְמַכְתָּא א"כ אַף אִם
לֹא חִזּוֹר הַשׁוֹמֵר בְּנִתְיָם ג"כ אִינוּ מִתְחַיִּיב.

אָבֵל לְפִי מַש"כ הַטְּעֵם דַּה"ל פְּמוֹ קִנְיָן פְּסָף לְאַחַר שְׁלֵשִׁים א"כ כָּל זְמַן דְּלֹא חִזּוֹר בְּנִתְיָם
חַיִּיב. וְע"פ כָּל מַש"כ יֵשׁ לְדוֹן בְּהָא דְּסִי' קכ"ט סעי' ח' בְּדַבְרֵי הַרְמ"א בְּשֵׁם הַרְשֵׁב"א
בְּמִי שְׁשָׂאֵל חֲפָץ מִחֲבִירוֹ כו'.

אָף בְּלֹא הָא פְּתַב הַש"ף שֵׁם ס"ק ר' בְּשֵׁם הַב"ח דְּדוֹקָא בְּקִנּוּ מִיָּדוֹ כו'. וְהִנֵּה לְפִי סְכַרְת
הַמַּח"א שְׁפַתְבִּי דְּלִכְּוֹן אִינוּ חָל דִּין עָרְבוּת בְּפַקְדוֹן מְשׁוּם דְּלֹא מְטָא הַנְּאָה כו'.

א"כ לַפ"ז בְּשָׂאֵלָה יֵשׁ דִּין עָרְבוּת כַּמַּש"כ הַמַּח"א שֵׁם. אָכֵן לַפְּמַש"כ יֵשׁ לְדוֹן אַף בְּשָׂאֵלָה
דְּלֹא יִהְיֶה בִּיָּה דִּין עָרְבוּת.

וְהָא דְּמִבּוֹאָר בִּירוּשְׁלַמִּי שְׁבֻעוֹת פ"ה ה"א הַפְּקִידֵלְשָׁנִים דְּשִׁינָה בּוֹ דִּין עָרְבוּת. יֵשׁ לֹאמֵר
דְּהִירוּשְׁלַמִּי ס"ל דְּנִכְסֵי שׁוֹמֵר מְשַׁתְּעֵבֵד מִן עֵת מְשִׁיכָה וְכַמוֹ אִיכָא דְּמִתְנִי לֵה אַרְיִשָׁא
דְּכַתְּוּבוֹת (דף ל"ד) וּב"ק (דף קי"ב).

אָבֵל לְהַסּוֹבְרִים פְּלִיִּשְׁנָא בְּתָרָא דְּשֵׁם דְּלֹא מְשַׁתְּעֵבֵדִי רַק מַעַת פְּשִׁיעָה. שְׁפִיר יֵשׁ לֹאמֵר
דְּלֹא שִׁינָה דִּין עָרְבוּת בְּשׁוֹמְרִים: וּבב"מ (דף ל"ג ע"ב) שְׁוֹתְפִין שְׁשָׂאֵלּוּ וְשִׁילָם א' מִהוּ
מַהוּ וּפִי' רַש"י וְשִׁילָם חֲצִי דְּמִיּוֹ מַהוּ שְׁיָקָהּ הַכֶּפֶל מִי אֲמַרִינּוּ הָרִי שִׁילָם כָּל הַמְּוֹטֵל עָלָיו
עכ"ל רַש"י.

וְהַקְּשָׁה הַנִּמּוּקִי יוֹסֵף וְהַר"נ בַּח' שֵׁם וְכֵן הַר"נ בְּפ"ה דְּשְׁבֻעוֹת מִן הִירוּשְׁלַמִּי דְּפ"ה
דְּשְׁבֻעוֹת דְּשָׁנִים שְׁלוֹו עָרְבָאִין זל"ז. וְכַתְּבוּ לְתַרְץ אָכֵן לַפְּמַש"כ יֵשׁ מְקוֹם לֹאמֵר דַּס"ל
לְרַש"י דְּשָׂאֵנִי שׁוֹמְרִים פִּינּוֹן דְּלֹא אֲשַׁתְּעֵבֵד מַעַת מְשִׁיכָה.

וְכֵן י"ל דְּהָךְ סוּגְיָא דַּב"מ ס"ל ג"כ כְּהָךְ לִישְׁנָא בְּתָרָא דְּכַתְּוּבוֹת הַנִּזְ"ל ע"כ שְׁפִיר פְּתַב
רַש"י דְּכִינּוֹן דְּשִׁילָם מְחַצָּה הָרִי שִׁילָם כָּל הַמְּוֹטֵל עָלָיו כֵּן י"ל לוּלִי דְּבָרֵי הָרִאשׁוֹנִים הַנִּזְ"ל.
וְרִאִיתִי בְּשִׁיטָה מְקוֹבְצָת לַב"מ (דף ל"ד ע"ב) ד"ה שְׁוֹתְפִין שְׁשָׂאֵלּוּ וְשִׁילָם א' מַהוּ שְׁפַתְבִּי
לְהַקְשׁוֹת עַל רַש"י הַנִּזְ"ל מִן הִירוּשְׁלַמִּי דְּשְׁבֻעוֹת הַנִּזְ"ל.

וְכַתְּבַב זֵה"ל וְשָׂאֵל וְנָאמֵר שְׂאִין אַחֲרֵיּוֹת זֵה עַל זֵה אֵלָּא דּוּמְיָא דְּמִלְּוָה פְּשִׁשְׁלַח בְּהָ יָד אָבֵל
אִינוּ חַיִּיב פְּשִׁיעָה וְנִאָּוֶנְסִין שְׁל זֵה אַחֲרֵיּוֹתוֹ עַל חֲבִירוֹ וְאִינוּ מְחַנּוֹר כו' עכ"ל הַשַּׁמ"ק. אָכֵן
לַפְּמַש"כ יֵשׁ לְהַסְבִּיר שְׁפִיר הָךְ וְשָׂאֵל נָאמֵר כו'.

דְּבַחֲיִיב פְּשִׁיעָה וְנִאָּוֶנְסִין פִּינּוֹן דְּלֹא מְשַׁתְּעֵבֵד מְשִׁיכָה לְכֵן אִינוּ בְּהוּ דִּין עָרְבוּת כָּלְל:
** (הַגְּה"ה וְע"פ מַש"כ לְדוֹן דְּחַיִּיב שׁוֹמְרִים אִינוּ חָל חַיִּיב מְעַכְשָׁיו רַק לֹאח"ז יֵשׁ
לְהַסְבִּיר עַפ"ז פְּנוּנַת הַתּוֹס' בַּב"מ (דף נ"ח) ד"ה אָמַר ר' יוֹחָנָן כו' דְּהִיכָא דְּמִיפְטָר
מְשֻׁבְּעָה לֹא מְשַׁתְּעֵבֵד מְשׁוּם בְּהָאִי הַנְּאָה דְּהִיפְגִּי' בְּלֹא קִנְיָן.

וְהוּבָא בְּש"ף ס' ס' ס' ס' קכ"ט וְהַסְבִּיר זֵה בְּיַתֵּר בְּיָאוּר דְּדוֹקָא מִי שְׁהוּא בְּדִין הַשׁוֹמְרִים
יְכוֹל לְחַיִּיב א"ע אַף בְּדַבְרֵים אָבֵל מִי שְׂאִינוּ בְּתוֹרַת שׁוֹמְרִים כָּלְל א"א שְׁיַחֲוֹל עָלָיו חַיִּיב
א"כ קִנּוּ כו' עכ"ל.

ולכאורה קשה דמ"ש דהא פינו דאמרו בהאי הנאה דהימני גמר ומשעבד נפשיה. א"כ מסתמא יש שיווי להאי הנאה דמי שיווי פרוטה.

ועיין בפ"ד סי' ש"ג ס"ק א'. ע"כ הדעת נותנת דאף היכא דלא הוי בדין שומרים יחוייב עי"ז.

אכן לפמש"כ א"ש דכיון דעיקר חיוב שלקהם אינו חל רק לאח"ז ע"כ אינו מתחייב בפשיעה ונאנסין רק בקנו מידו דהוי פועל אסמכתא כמש"כ הש"ך בסי' מ' ס"ק ד' והמח"א ה' ערב סי' א' דחייב שומרים הוי אסמכתא יע"ש.

אבל מי שהוה בדין שומרים שאני דכן גזרה תורה בדין שומרים כמש"כ לעיל וקצרתיו. ומש"כ הרמ"א בתשובה סי' כ"ז הנ"ל, דהיכא דהתנו הנפקדים שיהיו חייבים בתורת ערבות דחייבים פדתנו מתנה ש"ח להיות פשואל כו' והובא באו"ת.

באמת אין זה מדוקדק כ"כ לפמש"כ. אף בלא"ה יפה פתב פינו דעיקר סברת הרמ"א דאינו חייבים משום ערבות משום דליכא אומדנא דמתחייבים לזה כמש"כ הרמ"א דהא לא קבלו שום טובה.

ע"כ ממילא היכא דהתנו בפ"י שאני. אף לפי סברת המח"א והשער משפט יש לעיין בזה וקצרתיו: (ע"כ הגה"ה) ** ובב"מ (דף פ') אמרו ואי דנכתא דמתחייבא גונדרי תרנונייהו משלמין ופי' רש"י והנ"י משום שהיה להם להיזהר כו' והוי דבר המוטל בספק.

והתוס' ד"ה ואי דנכתא כו' הקשו דהא קיי"ל פרבנו דפליגי על סומכוס. וכ"כ הריטב"א שם.

[וי"ל בזה ע"פ מש"כ התוס' בב"ב (דף ס"ב) ד"ה איתמר להאי גיסא כו' ועיין תוס' פתובות (דף צ"ח ע"ב) ד"ה אר"פ כו' ובט"ז סי' קפ"ג סעי' ו' וקצרתיו]. ובח"מ סי' ש"ט בסמ"ע ס"ק ט"ז הביא בשם הע"ש דכתב ג"כ דלכו משלמין האומניו משום דהוי ספק מפח מי נשפרה והקשה עליו הסמ"ע.

אף י"ל דהנכון עם פי' רש"י והנ"י לפי מה דקיי"ל דשנים שקבלו פקדון ערבים זל"ז. א"כ שפיר גובין משניהם בתורת ערבות דממנ"פ חייב כ"א מתצה בנודאי דאם מדחהו לומר דהשני הוא הפושע א"כ חייב הוא מן דין ערבות.

אכן לפמש"כ הש"ך בסי' מ"ט ס"ק כ' ביוב"ש שערב בעד יוב"ש פשם שא"י לתבוע הלנה פן א"י לתבוע הערב. א"כ ה"ה הקא י"ל ג"כ פינו דאינו יכול לתבוע מן המזיק פן א"י לתבוע הערב.

אבל לפמש"כ האו"ת סוף סי' מ"ט לחלוק על הש"ך דכיון דלדברי הערב הוי הלנה הבע"ח לכו גובין מהערב ע"ש. א"כ ה"ה הקא פינו דמדחהו ואומר דהשני הוא הפושע והוא החייב ע"כ ממילא גובין ממנו מצד ערבות לכו שפיר כתבו דמשלמי תרנונייהו.

ואחר כותבי ראיתי בחידושי ר"ע איגר לב"מ (דף פ') שכתב ג"כ פל זה. והתוס' והריטב"א דהקשו.

י"ל דס"ל פשיטת הרמ"א דבפקדון לא שינוי ערבות. אמנם יש לומר דהא סברת הרמ"א הוא דכיון דלא הוי טובה להנפקד ע"כ לא אמרינן האומדנא דנעשו ערבים.

א"כ ה"א באומנין דיש להם הנאה מן הכלי שת"י ומה"ט נעשים ש"ש כמבואר בב"מ (דף פ') דבזה אף הרמ"א מודה דנעשו האומנים ערבים זל"ז. אכן לפמש"כ די"ל דבכל שומרים ואף בשואל לא נעשו ערבים להסוברים כהך לישנא דמשעת פשיעה אשתעבד משום דהוי ערבות לאח"ז כנ"ל.

ע"כ שפיר י"ל בכוננת התוס' והריטב"א הנ"ל דס"ל לדינא פשיטת רוב הפוסקים דשומר אשתעבד מעת הפשיעה ואין סברא לומר דהך סוגיות הגמ' דב"מ יספור שלא אליבא דהילכתא דהא קאמרי שם והילכתא כו'.

ובפרט דהוזכר שם מעיקרא ר"פ. ור"פ הא ס"ל דמפשיעה אשתעבד כמבואר בכתובות (דף ל"ד).

ולכן שפיר הקשו פנ. ולפ"ז יהיה מוכח מן התוס' והריטב"א בב"מ הנ"ל דס"ל דאין דין ערבות בשומרים.

אף אין זה הכרח כ"כ די"ל דהתוס' ורש"י יפלו בו בפלוגתת הש"ך והא"ו"ת סוף סי' מ"ט כנ"ל. עכ"פ י"ל דהנכון עם הע"ש שפכתב דמשלמין שניהם מפת ספק לפי מה דפקדו בסי' ע"ז דגם בפקדון נעשו ערבים ומתוך כך קושיות הסמ"ע.

ונתבאר דלולי דברי הראשונים הנ"ל יש מקום לחלק דשאני שומרים דאף דהתנו בפירוש אין בהו דין ערבות: ענף ועוד יש לומר דאף לשיטת הסוברים דנכסי שומר ממשכה אשתעבד עכ"ז יש לדון דאין חל חיוב על הערב בשומרים פיון דעיקר חיוב שומרים הוא בתנאי אם יגנב וכו' וכמש"כ הש"ך בסי' מ' ס"ק ד' א"כ זה דומה להא דמבואר בסי' קל"א סעי' יו"ד שיטת הרמב"ם והמחבר דערב בתנאי אינו מתחייב משום דה"ל אסמכתא.

והרמ"א הביא שם שיטת י"א דס"ל דאין בערבות שום אסמכתא כלל. א"כ לשיטת הרמב"ם והמחבר דס"ל דערבות בתנאי לא משתעבד א"כ ה"ה ערבות בשומרים דה"ל פועי תנאי י"ל דלא משתעבד.

והך דינא דערבות בשומרים תלוי בהך פלוגתת הפוסקים הנ"ל. ועיין לקמן סי' קכ"ט סעי' ח' ברמ"א מי ששאל חפץ כו' וצ"ע לעיין סוף סי' קל"א.

אף לפי מש"כ הא"ו"ת בסי' קל"א ס"ק ח' לחלק דדוקא היכא שהלנה חייב א"ע בלא תנאי רק הערב התחייב בתנאי בזה ס"ל דאין הערב חייב. אבל היכא דגם חיוב הלנה הוא רק בתנאי בזה כ"ע מודו דהערב חייב ע"ש.

א"כ ה"א בשומרים דגם עיקר החיוב של השומרים עצמן אינו רק בתנאי ע"כ הערב חייב בהו לכ"ע. א"כ אינו דומה זה להא דסי' קל"א סעיף יו"ד: אמנם יש לומר דזה דומה להא דסי' קל"א סעי' ט' בראובן שמכר שדה ולוי קיבל אחריות לא נשתעבד לוי וזהו שיטת הרמב"ם והמחבר שם ועיין בטור וסמ"ע שם.

והבית יוסף שם פתב הטעם דשאני מלנה דאדעתא דהכי נחת לפרנע משא"כ ערב דשדה דסמכה דעתו שלא יוציאנה מת"י הלוקח כו'. והאו"ת שם הביא בפ"ג דהקשה ע"ז והאו"ת פתב להסביר על נכון דבערב דעלמא איפא חד ספיקא כו' משא"כ בשדה איפא תרי ספיקי דילמא לא יהא ערעור פלל על השדה ואת"ל כו' דילמא יהא ספוק ביד המוכר לפרנע ובהה טובי ספיקא לא גמר ומקני נפשי'.

אף קשה מערב דכתובה דהא הוי ג"כ תרי ספיקא אולי תמות בתיו ואולי יהיה ספוק ביד הבעל כו' ודוחק לחלק עכ"ל האו"ת. אף באמת אין זה קשה דהא הו ספק דילמא תמות בתיו אין זה ספק השקול כ"כ להצטרף לספק ספיקא דהא אפתי הוי ספק דילמא יגרשה בגט ויגיע זמן גביות כתובה.

וכעין מש"כ התוס' בב"מ (נ"א) ד"ה ה"א מי ידע כו' בסה"ד שם. ועיין בהפלאה לכתובות (נ"ד) בתוס' ד"ה וסבר רב כו'.

וידוע מש"כ התוס' בכתובות (נ"ט ע"ב) ד"ה אי למיתב כו' דהיכא דאיפא ס"ס הסותר לחד ספיקא לא חשיב הו ספק להצטרף לספק ספיקא. א"כ ה"ה ה"א דבעיקר חייב על הבעל מכתובה איפא ספק ספיקא לחיבו.

משום דילמא ימות בחיי אשתו ודילמא יגרשה בגט דהא בידו לגרשה. ע"כ הוי זה פמו חוב ברור משא"כ בספק ערעור על השדה דהוי ספק השקול בעיקר החוב ע"כ הוי ס"ס מעליא ולא נשתעבד הערב ומתוך גושיות האו"ת.

ועפ"ז יש לדון בראיות האו"ת שם ס"ק ח': ולפ"ז יש לדון בחיוב ערבות דשומרים פיון דעיקר החיוב של השומר הוא רק בתנאי שאם יארע אונס או פשיעה וכה"ג דאז יתחייב השומר. וכ"ז דלא אירע כ"ז רק החפץ הוא בעיניו אין על השומר שום חיוב לפמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ו ובסי' ש"מ.

ועיקר החיוב של השומר הוא רק פשיעה וכה"ג. ואף אם יהיה פשיעה וכה"ג אפתי ספק דילמא יהיה ספוק ביד השומר עצמו במה לשלם.

וכיון דשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' קל"א סעי' ט' ה"ל דהיכא דאיפא ספק ספיקא לא משתעבד הערב א"כ מה"ט י"ל דלא מהני חיוב הערב בשומרים. אף לשיטת היש"ש דהובא בקצה"ח סי' ש"מ דס"ל דכ"ז שהפקדון הוא בעיניו לכ"ע יש חיוב על השומר מיד.

אין לדמות כ"ז להא דסי' קל"א ה"ל משום דהא מיד שקיבל הפקדון יש עליו חיוב ברור. אכן לפמש"כ הקצה"ח פנ"ל שפיר יש לדמות זה להא דסי' קל"א ה"ל.

כן יש מקום לדון בזה לולי דברי הראשונים ה"ל. ומה שהוכיחו פן מירושלמי דשבועות פ"ה כמש"כ הרא"ש והר"נ שם.

הנה לפי מה שנתבאר יש לדון בראייתם ה"ל וקצרותי: אמנם פיון דכל הראשונים פתבו דשייך ערבות בכל חיובי שומרים ולא אשתמיט שום פוסק דפולג. ואף הרמ"א בתשובה דחולק בפקדון טעמו משום דכיון דלא הוי טובה להנפקדים ע"כ אין פאן אומדנא זו אבל

בשאלה דיש להם הנאה או אף בפקדון היכא דהתנו בפירוש אף הרמ"א מודה ולכן הנני מבטל דעתי פנגדום.

וביאור סברתם הוא פי במש"כ לעיל דלשיטת הרמב"ן והנ"י וש"פ דס"ל נכסי שומר מפשיעה אשתעבד לא שייך בזה ערבות משום דלא הוי מעכשיו וכמש"כ לעיל בארנפה י"ל דס"ל דעכ"ז החיוב שמשעבד א"ע הערב הוא חל מעכשיו דמחמת אומדנא דבהאי הנאה דהימני' גמר ומשעבד נפשיה אמרינן דנתחייב א"ע באופן המועיל מעכשיו דאל"כ יתבטל ענני הערבות ואמרינן בזה דבכדי לא הוי עביד וכעין הא דח"מ סי' קצ"ה סעיף ה' ברמ"א שם וכן מצינו בכ"ד.

ולכן פיון דהמפקיד אינו רוצה להאמין להנפקד רק ע"י ערבותו הוציא חבירו הפמון ע"פ. ע"כ יש לנו אומדנא ברורה דהתחייב א"ע מעכשיו בכל החיובים שיהיה חייב הנפקד לאח"ז.

ולכן אף הרמב"ן והנ"י דס"ל דמפשיעה אשתעבד כמש"כ הש"ך בשמם בסי' שמ"א עכ"ז הקשו בהא דב"מ (דף ל"ד) דשנותפין ששאלו ושיילם א' מהן דמוכח התם דשנותף אינו חייב רק במחצה דהא בירושלמי אמרו דשנותפין שלוו ערבאין זל"ז וחילקו כמבואר שם.

אלמא דס"ל בפשיטות דאף בחיוב שומרים אף דמפשיעה אשתעבד מ"מ שייך גם התם הך דין דהם ערבים זל"ז. והוכיחו פן מהא דירושלמי רפ"ה דשבועות דמבואר התם דאף בפקדון לשנים הם ערבים כמש"כ הר"ן והרא"ש שם.

דאל"כ הא אף בפקדון בעיני' לא יתחייב לשלם אם פופר הנפקד או דיהיה אלם וכה"ג. לפמש"כ הקצה"ח דאף בפעין אין עליו חיוב רק מעת שפופר.

וכמו הא דפרה שאולה וטבחה דכתובות (דף ל"ד). א"כ לפ"ז לא יהיה דין ערבות בפקדון פלל פיון דאין חיוב הנפקד מעכשיו.

וע"כ מוכח דס"ל דמחמת האומדנא דאין המפקיד רוצה להאמין להנפקד עד שיקבל זה עליו חוב ערבות אמרינן דנתחייב הערב מעכשיו בכל החיובים שיהיו לאח"ז על הנפקד. ואף דכלל הוא דבמקום שהלנה פטור דאז גם הערב פטור מ"מ ז"א רק היכא דעצם החוב שעל הלנה אינו חל אז אין דין ערב פלל.

אבל היכא שיש חיוב על הבע"ח אף שהוא לאח"ז ולא מעכשיו מ"מ פיון שהוא חייב עכ"פ לכן לא דייגינן בזה הך פלל דאל"כ נלקה הדין דמה יעשה המפקיד דלא הימני' להנפקד זולת הערבות.

ולכן אמרינן דהערב התחייב מעכשיו בכל החיובים שיהיה חייב הנפקד לאח"ז. ועיין בסמ"ע סי' קכ"ט ס"ק כ"ה ובב"ח וט"ז שם וקצרותי: וכן במה שהעירותי מן הא דסי' קל"א סעי' ט' וסעי' י'.

הנה באמת מוכח מן הראשונים והירושלמי דשבועות פ"ה דס"ל דשייך דין ערבות בשומרים. דהיכא דחיוב הבע"ח הוא רק בתנאי דבזה אף הערב חייב וכמש"כ האו"ת בסי' קל"א ס"ק ח' וכמש"כ לעיל.

וְהָא דְחַיִּיב אַחֲרֵי כֵּן דְּשַׁדְּה דְּסַעֲרָא ט' שָׁם בַּע"כ מוֹכַח דְּשִׂא"ה ע"פ סְבָרַת הַטּוֹר שְׁפָתַב
שָׁם בְּכַוֵּנַת הַרְמַב"ם דְּלִכְּנֵן לֹא נִשְׁתַּעְבַּד לְפִי שְׂלֵא עַל אַמּוֹנְתוֹ הַלְּהוּ כו' דַּעְבִּיד אִינְש
דְּזַבְּיָן אַרְעָא לְיוֹמָא.

וְעֵינֵן בַּט"ז שָׁם וּבִטּוֹרֵי אַבְּוֹ לר"ה דְּרַף ז' ע"ב. [וְיִמָּה שְׁהַקְשָׁה הַט"ז שָׁם דְּהָא לָא קִי"ל
כְּשִׁמוּאֵל בַּב"מ (דְּרַף י"ד).

ז"א קְשָׁה דְּכַעֲיָן זֶה פְּתַב הַטּוֹר בְּסִי' ק"ח סַעֲרָא ל"ב לְחַלְקָא דְּשִׂאנִי לְקוֹחוֹת דְּזַבְּיָן אַרְעָא
לְיוֹמָא. וְאַף דְּלֹא קִי"ל כְּשִׁמוּאֵל דַּב"מ הַנָּ"ל מ"מ חֲזִינֵן לְמַ"ד דַּס"ל כֵּן וְע"כ הֵינִי זֶה חֲשַׁשׁ
רְחוּק וְקַצְרִית].

אַבְּל בְּפַקְדוֹן דְּהֵי חֲשַׁשׁ מְעַלְיָא דִּילְמָא לֹא יִרְצָה לְהַחְזִיר הַפְּקָדוֹן בְּעֵינֵי ג"כ אִו חֲשַׁשׁ
פְּשִׁיעָה וְכַה"ג בְּזֶה שְׁיִנְיָא שְׁפִיר לֹמַר דְּעַל אַמּוֹנְתוֹ הַפְּקִידוֹ אַצְּל חֲבִירוֹ וְכ"ע מוֹדוֹ דְּשִׁנְיָא
דִּין עַרְבוּת בְּשׁוֹמְרִים וְלִכְּנֵן לֹא מְצִינּוּ לְהִרְאִשׁוּנִים דְּיַחְלֹקוּ ע"ז.

וְגַם בְּכַוֵּנַת הַבֵּית יוֹסֵף בְּסִי' ק"ל אִשְׁפָּתַב הַטַּעַם דְּלִכְּנֵן לֹא מְהַיְי עַרְבוּת בְּאַחֲרֵי כֵּן דְּשַׁדְּה
דְּכִינֵן שְׁרוּאָה דְּאִין מְעַרְעַר עָלָיו וְדֹאֵי כְּשִׁמְתַּעְרַב אַדְּעַתָּא שְׂלֵא יוֹצִיאָנָה מִת"י נְחִית וְאִילוּ
הָיָה יוֹדַע שְׁיִוְצִיאֵו מִת"י לֹא הָיָה מְתַעְרַב עַכ"ל הַב"י.

הֵנָּה לְדַעַתִּי אִין פְּנוֹנְתוֹ לְפִי שְׂיֵשׁ בְּזֶה סְפַק סְפִיקָא כַּמֶּש"כ הַאו"ת בְּכַוֵּנַתוֹ. אֲלֵא לְפִי
שְׁחַשְׁשׁ גְּזַלְנוּתָא אִו עַרְעוֹר מִן ב"ח הֵי חֲשַׁשׁ רְחוּק בְּיוֹתֵר דְּהָא קִי"ל דְּאַחְזוּקִי אִינְשֵׁי
בְּגַזְלָנָא לֹא מַחְזִיקִין וְכֵן חוֹב יֵשׁ לִי בְּיַדְךָ הֵי טַעְנָה גְּרוּעָה כְּמַבְּוֹאָר בְּסִי' ע"ה.

[וְעֵינֵן ב"ב דְּרַף מ"ו ע"ב וּבְתוֹס' ד"ה לֹוֹקֵס מַעִיד כו']. ע"כ לֹא נַחַת הָעַרְב אַדְּעַתָּא דְּחַיִּיב
כָּלְל.

מִשָּׂא"כ חֲשַׁשׁ פְּשִׁיעָה וּגְנֵיבָה נֶאֱבִידָה דְּשָׁכִיחַ. [וְעֵינֵן בְּשָׁ"ךְ סִי' קכ"א ס"ק ס"א וּבַאו"ת
סִי' ק"ח ס"ק ה'].]

וְהִ"ה חֲשַׁשׁ כְּפִירָה עַל הַפְּקָדוֹן דַּכ"ז שְׁכִיחַ וְכִינֵן דְּנַחַת אַדְּעַתָּא דְּחַיִּיב ע"כ מְמִילָא מְתַעְרַב
גַּם בְּחַיִּיב אֲוֹנָסִין אַף דְּנֶאֱנָסוּ לֹא שְׁכִיחַ כַּמֶּש"כ הַתוֹס' (ב"ב דְּרַף ע') וּבַח"מ סִי' ק"ח.
מִשָּׂא"כ חַיִּיב אַחֲרֵי כֵּן דְּשַׁדְּה דְּאִינוּ רַק עַל מְלִתָּא דְּלֹא שְׁכִיחַ ע"כ שְׁפִיר י"ל דְּאֵלוּ הָיָה
יֹודַע שְׁיִוְצִיאֵו מִת"י לֹא הָיָה מְתַעְרַב כַּמֶּש"כ הַבֵּית יוֹסֵף.

וְלִכְּנֵן שְׁפִיר הוֹכִיחוּ הִרְאִשׁוּנִים לְחַיִּיב אֲוֹנָסִין בְּשׁוֹתְפִין שְׂשִׂאָלוּ מִן דִּין עַרְבוּת כְּמוֹ דְּמַבְּוֹאָר
בִּירוּשְׁלַמִּי גַבִּי פְּקָדוֹן. וְלֹא מַחְלִקִין דְּשִׂאנִי אֲוֹנָסִין דְּלֹא שְׁכִיחַ.

מִשׁוּם דַּס"ל דְּאִין לְחַלְקָא כָּלְל בֵּינֵיהֶם: וְלִכְּנֵן לֹא מְבַעֲיָא אִם הִתְנוּ בְּפִירוּשׁ דִּיהֵנָּה עָרַב עַל
אַחֲרֵי כֵּן גְּנֵיבָה נֶאֱוֹנָסִין בְּשִׂאָלָה וְאַף בְּשׁוֹתְפִין שְׂשִׂאָלוּ וְלֹא הִתְנוּ בְּפִירוּשׁ ג"כ חֲזִיבִין
הַשׁוֹתְפִין בְּאֲוֹנָסִין מִשׁוּם עַרְבוּת כַּמֶּש"כ הַאו"ת הֵכָא בַּס"ק א' בְּאוּרִים בְּשֵׁם הַשֶּׁמֶךְ
דַּב"מ (דְּרַף ל"ד) וְהַרְמַב"ן דְּלִכְּלֵל מִיְלֵי נְכַנְס בְּעַרְבוּת בְּעַת קַבְּלַת הַשְּׁמִירָה.

וְכֵן מוֹכַח מִן הַר"ן בַּב"מ בַּח' שֵׁם וְהַר"ן פ"ה דְּשְׁבוּעוֹת וְהַנ"י בַּב"מ שָׁם שְׁהַקְשׁוּ בְּהָא
דְּשׁוֹתְפִין שְׂשִׂאָלוּ וְשִׁילְמִים אַחַד מֵהֶן מֵהוּ מֵהָא דִּירוּשְׁלַמִּי דְּשׁוֹתְפִין שְׂלוּו עַרְבָּאִין זל"ז. וְלֹא
חִילְקוּ דְּשִׂאנִי אֲוֹנָסִין דְּלֹא שְׁכִיחַ וְלֹא אֲמַרִּינוּ הָאֲוֹמְדָנָא בְּזֶה דְּנַתְעַרְב סְתָמָא עַבּוּר חֲבִירוֹ
כ"ז דְּלֹא הִתְנוּ בְּפִירוּשׁ מִשׁוּם דְּמִלְתָּא דְּלֹא שְׁכִיחַ לֹא אִסִּיק אַדְּעַתָּא.

וע"כ מוכח דס"ל דלכל מילי דחייב שומרים דחייב השומר. דנתערב בעדו בלא שום חילוק מן חייב השומר עצמו וכמש"כ האו"ת והנה לכאורה אפשר לומר דהרמב"ן לשיטתו אגיל דס"ל דגם אונסין מקרי מילתא דשכיח דהא ס"ל דטועניו נאנסו ליתמי כמבואר כ"ז בסי' ק"ח ש"ה ס"ק ח' ובבבלי מגו של הש"ה ס"ק כ"ב דס"ל להוכיח דנאנסו שכיח.

ע"כ ס"ל להרמב"ן דאמרינו האומדנא דנתערבו גם עבור אונסין. אכן לפמש"כ התוס' בב"ב (דף ע') דנאנסו לא שכיח עדיין יש לומר דאפשר דלא אמרינו דנתערבו גם בעד אונסין דלא שכיח.

אמנם יש להוכיח פן מן הנמוקי יוסף דכתב ג"כ שם בב"מ (דף ל"ד) בשותפין ששאלו ושלם א' מהו דגם באונסין חייבים משום ערבות. והנמוקי יוסף ס"ל דנאנסו לא שכיח כמש"כ בב"מ שם (דף ל"ה) בהא דאפקיד כיפי כו' פל לא ידענא פשיעו תא כו'.

והובא בש"ה סי' קכ"א ס"ק ס"א ע"ש. הרי דאף הנ"י דס"ל דנאנסו לא שכיח עכ"ז ס"ל דשותפין ששאלו חייב כ"א משום ערבות אף באונסין.

לכן לדינא נקטינו כמש"כ האו"ת דחייבין בערבות אף באונסין משום דנתערב על כל מילי דחייב הבע"ח עצמו: ענף ג נראיתי בתשובת הרב מ' משה רוטנבורג סי' י"ג שכתב אם שני שותפים עשו שותפות עם א' לא אמרינו דהם ערבים על ההפסד משום דבעת עשיות השותפות אין פאן שום חייב גמור על חבירו ולא אסקו אדעתיהו אז על ההפסד כמש"כ האו"ת סברא פיוצא בזה ולא אישתמיט חד מהפוסקים לומר כו'.

ורב א' חולק עליו והובא בפ"ת סי' ע"ז ס"ק א'. אמנם לדעתי העיקר פדעת רב החולק עליו דהא עיקר הטעם דשותף חייב לשלם מביתו אף בלא התנו בפ' זהו משום אומדנא דאדעתא דהכי נשתתפו כמש"כ הרא"ש פ"י דכתובות סי' י' והובא בבית יוסף סי' קע"ו ובב"ח שם.

[נשיטת הב"ח דאם ההפסד הוא מפח מו"מ דבזה חייב לשלם מביתו אף לפי שיטת יש מי שאומר בסי' קע"ו סעיף ו'. והובא בש"ה שם ס"ק י"ג.

נשיטת האו"ת סי' צ"ג ס"ק י"א דהרינח שקיבל משועבד להפסד לכ"ע. וכ"כ הנתיבות בסי' קע"ו ס"ק י"א].

א"כ לא מבעיא היכא דהתנו בפירוש לשלם ההפסד הרי חזינו דאסקו אדעתיהו אז בעת התחלת השותפות. וכן אף היכא דלא התנו בפ"י אף דהיה ההפסד מפח מו"מ דחייב לשלם לשיטת הב"ח הנ"ל או לשלם מן הרינח שקיבל כפר דעיקר הטעם הוא משום האומדנא דהוי פהתנו בפירוש לשלם מן הרינח שקיבל א"כ הא חזינו דאסיק אדעתא בעת התחלת עשיות השותפות דישלם חבירו חלקו בהפסד שיהיה באופנים הנ"ל: ולכן לא מבעיא אם התנו בפירוש שישלמו מביתם חלק ההפסד ודאי דנתחייבו ג"כ משום ערבות.

ואף בלא התנו בפ"י עכ"ז פ"ו ש'השנת' חייב לשלם ההפסד הבא מ"מ להב"ח או לשלם מן הריוח שקיבל לידו כי הוא משועבד להקרון לפי דהגוי כמו דהתנו בפ"י דהריוח ש'הג' יהא משועבד לתשלומי הקרון.

א"כ זה דומה לשנתפין ששאלו דחייבים גם על אונסין משום ערבות לכ"ע פנ"ל. דאף בלא התנו בפירוש בעת ששאלו ש'הג' חייבין באונסין.

עכ"ז אמרינו פ"ו דרתמנא חייבין באונסין. וכמ"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סימן ג' ובספרי נחל יצחק סי' כ"ו ע"פ התוס' פתובות (דף נ"ו) ע"ש.

דגם מחיוב שומרים אתינן עלה מצד האומדנא דמתחייבים א"ע לכל הכתוב בפ"ש. ויהיה איה ש'הג' עכ"פ חזינו דבכל מה שמחייבים השומרים אף במה ש'נולד לאח"ז.

וכן אף לשיטת רוב הפוסקים דנכסי שומר מעת פשיעה ואונסין משועבד עכ"ז אמדינו דהערב התחייב מעכשיו בכל החיובים ובכל מה ש'יכול להיות לאח"ז. ואף באונסין דלא שכיח וכמ"כ לעיל כ"ז בארנקה.

א"כ כש"כ הפסד הבא מ"מ או הפסד הבא מצד אונסין וכה"ג דנדאי פ"ו דהשנת' מחייב בזה ע"פ הדין דממילא נתערב חבירו עבורו אף בלא התנו בפ"י על הערבות וכמו ביהא דשנתפין ששאלו.

דהא הפסד לשנתפין הוא מצוי ביותר מן אונסין דשומרים לפי דהפסד יכול להיות הן מ"מ אונסין. [היינו בהתנו לכ"ע או לשלם מהריוח שקיבל פנ"ל].

או מאיזה זולא או אשראי דספק אחי ספק לא אחי ומה"ט אמרו בב"מ (דף ע') דעסקא קרוב לשכר וקרוב להפסד. וכן אמרו שם (דף ס"ד ע"ב) פ"ו דמקבל עליו זולא קרוב לזה ולזה הוא.

וכמו הא דכתובות (דף נ"ו) נהלא אין קצובין ופוחתין וכן מצינו בכ"ז. א"כ חשש הפסד בהשנתפין הוא מצוי ביותר מן חשש אונסין דחייב שאלה.

דהא בחשש הפסד גם אונסין בכלל ההפסד פנ"ל. וגם מצוי כמה אונסין ההפסד מ"מ הן מן פחת שיווי הסחורה מן זולא וכה"ג או מן הקפה דהגוי אשראי פנ"ל.

לכן פ"ו דחזינו דאף באונסין דלא שכיח מ"מ חייבין השנתפין משום ערבות אף בלא התנו בפירוש משום אומדנא דמסתמא נתערב בעד כל החיובים ש'הג' על השואל הן במילי דשכיח והן במילי דלא שכיח א"כ כש"כ ולכה"פ הוא הדין בחיוב תשלומי חלקו בהפסד ש'נולד עליו דנתערב עבורו.

וע"כ העיקר פדעת הרב החולק ש'הג' חייבים משום ערבות אף בחיוב לשלם חלקו בהפסד. ודלא כמ"כ הרב ר' משה רוטנבורג: ומה ש'הוכיח מן מש"כ האו"ת בסי' צ"ג ס"ק י' שכתב דלכן אין נאמן השנת' להיות נשבע ונוטל חלק בהפסד משום דלא אסיק אדעת'.

באמת אין זה דומה כלל לנ"ד דשאני התם דהא קאי שם לתרץ מה שהקשה הש"ב יעקב דאמאי לא יהי השנת' נאמן להיות נשבע ונוטל כמו מוציא הוצאות וע"ז פתב האו"ת

לחלק בסברא זו ועיקר הטעם שם הוא כמש"כ האו"ת שם בסופו דכינן דעיקר הא דמוציא הוצאות נשבע ונוטל הוא תקנת חז"ל וכל ספק תקנה והבדל קל חזרינו לד"ת דלא מהימן ליטול עכ"ל האו"ת.

הרי דדוקא לענין תקנת חז"ל מחלקינו בהבדל קל כמש"כ האו"ת עצמו. אבל היכא דמזרינו בענין שהוא לא מצד תקנה.

ונדאי דלא מחלקינו בזה כמו דמוכח מן חיוב אונסין בשותפין ששאלו כנ"ל. והנה לפי מש"כ השמ"ק בב"מ (דף ל"ד ע"ב) ד"ה שותפין ששאלו כו' בזה"ל ושמה נאמר שאין אחריות זה על זה אלא דומיא דמלנה כו' אבל אין חיוב פשיעה ואונסין של זה אחריותו על חברו ואינו מחנור עכ"ל השמ"ק.

הנה באמת לפי סברת דהף ושמה נאמר כו' יהיה מזה סייעתא לדברי הרב ר' משה רוטנבורג הנ"ל. אף פינן דכתב השמ"ק דזה אינו מחנור והעלה דחייבים באונסין ג"כ מצד ערבות ע"כ העיקר כמש"כ הרב החולק שם דחייבין גם בהפסד השותפות משום ערבות: ג (שם סעיף ב') שותפין שלנה א' לצורך השותפות השני משועבד כו' וי"א דאם לא נתברר בעדים רק שהשותף מודה א"צ לשלם כו'.

והע"ש הקשה ע"ז החילוק דאיזה סברא הוא לחלק בין ידוע בעדים ובין מודה הבע"ד דהא הודאת בע"ד כמאה עדים והובא בסמ"ע ס"ק ח'. וכן הש"ך ס"ק ט' פתב דבכל גונני פטור השותף לשיטת הרא"ש אא"כ נתברר שבהסכמתו וציווייו הלה השותף ולנה לצורך השותפות.

וראיתי בע"ש עצמו שכתב דאין לפרש דעת הר"י כי רב דמחלק בין נתברר בעדים ובין מודה בעצמו דמזרינו באמר לחברו שילך וילנה מפלוני לצורך השותפות דנעשה כשלוהו דא"כ אף בהודאת בע"ד דצינה לשותפו ללוות ג"כ יהי חייב לשלם משום הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וצ"ע כו' עכ"ל הע"ש: ענה א ולענ"ד נראה ליישב קושיות הע"ש הנ"ל ע"פ הא דב"ק (דף ק"ד) דאיתמר שלים שעשאו בעדים הוי שלים כו'.

והתוס' שם ד"ה שלים שעשאו כו' פתבו התוס' שם דצ"ל דבכל ענין שלא בפניו לא הוי שלים עד שיאמר לו בפניו שלח לי ע"י כו'. והובא בח"מ סי' קכ"א סעי' ב' דאם א"ל בפני עדים מעות יש לי ביד פלוני לך נאמור לו כו' ונתן לו הלנה ונאבדו בדרך פטור כו'.

וכתב הסמ"ע שם דצריכין דוקא שיאמר פן בפני עדים ואמרינו מדטרח ויחד עדים כו' אבל אי לא א"ל פן בפני עדים אפי' אמר לשליח אמור לפלוני שישלח לי ואם יתן לך הביאם לי מ"מ פינן דלא אמר לו שלח ע"י אין כאן שליחות גמור ולא נפטר באבדת שליח עכ"ל.

והובא בש"ך ס"ק ט'. ועיין בש"ך ס"ק יו"ד.

ומשמע מהסמ"ע דדוקא בטרח ויחד עדים אמרינו דלכן עשה פן כדי דיתחייב באחריות מיד דהגיע לשלוהו. אבל בלא טרח ויחד עדים לזה רק בלא"ה היו עדים במעמד שהוא שעשאו שלים דלא נתחייב באחריות עד דיבוא לרשותו.

והתנאים שם ס"ק ג' השיג על הסמ"ע וכתב דאף דלא טרח ויחד עדים ג"כ אמרינו
דנעשה שלוחו דיהי' חייב ויקום ברשותו מיז פשיגוע ליד שלוחו כיון דהיו עדים בזה.
משא"כ בלא עדים חושב דלא יודע להלנה ואומר פטומי מילי בעלמא ולבו בל עמו ואינו
רוצה דיקום ברשותו עד שיבוא לידו.

ובאמת פן משמע מגמ' ב"ק (ד' ק"ד) דמקשו על המ"ד דשליח בעדים הוי שליח מהא
דהשואל פרה ושלחה ביד שלוחו כו' אלא לאו דעשאו בעדים וקשיא לר"ח. ולא משגי
דמייירי בלא טרח ויחד עדים לזה.

וע"כ מוכח דס"ל להש"ס דאף דלא יחד עדים ג"כ הוי שליח שעשאו בעדים. וכן מוכח
מסתימות הפוסקים שם.

אף אם לא היו עדים לא הוי שליח כיון דלא א"ל בפניו שלח. ועיין בנתיבות סי' קכ"א
ס"ק ד' ובסי' ש"מ ס"ק י"א בשם השמ"ק אם מצד ערבות כו'.

ומצינו דאף במינה אותו לשלוחו וכפני' רש"י בב"ק שם והובא בפ"א ס"ק י'
דאם לא היו עדים בזה אינו מתחייב השואל באחריות במה שהגיע ליד השליח וכמש"כ
הנמוקי יוסף בב"מ פ"ח במשנה השואל את הפרה ע"ש.

וכמבואר בטור ח"מ סי' ש"מ סעי' ט' דזוקא בעשה שליח בעדים נתחייב השואל. וכמו
בהא דסי' קכ"א גבי שליחות של המלוה וה"ה בשליחות של השואל בב"ק שם וכמבואר
ברשב"א ובשמ"ק ד"ה אי לא עשאו בעדים מנא ידעינן דבלא עדים אינו חייב ע"ש:
נאף דקיי"ל בדיני שליחות דשלוחו פמותו דא"צ עדים לזה כמבואר ברא"ש קידושין
פ"ב סי' ז' וברמב"ם ה' אישות פ"ג ובאה"ע סי' קמ"א סעי' י"א עכ"ז שאני הקא לענין
חייב אחריות ויקום ברשותו לא אמרינו פן אם לא היו עדים בזה כדמוכח מהך דהשואל.

וגם בשליח שעשאו בעדים יש מ"ד דס"ל דאינו קם ברשותו לענין חייב תשלומין כ"ז
דלא יגיע לידו ממש וכ"ז דלא א"ל בפניו שלח. ע"כ שפיר יש לחלק כפי שכתב הר"י
בי רב דזוקא בנתפרר בעדים שלוחו בדיעת שותפו וציווינו בזה נתחייב שותפו בעת
שהגיע ההלואה ליד שותפו דהוי שלוחו.

אבל אם לא היו עדים בזה אף שמודה דהסכים להלואתו וצינוה לו ללות לצורך השותפות
מ"מ אינו מתחייב על הלואתו כ"ז דלא הגיע לידו ממש משום דלא נתפנו דתיקום
ברשותו וכמו ה"תם בסי' קכ"א וסי' ש"מ.

ולכן י"ל דהר"י בי רב והרמ"א מייירי בצינוה לשותפו ללות לצורך השותפות וכמו שכתב
הע"ש לפ"ר פן. אף מש"כ הע"ש להשיג ע"ז דמ"ש הא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי.

הנה לפי מה שנתבאר יש ליישב קושיותו פנ"ל. והסבר הענין בשליח שלא בעדים דאינו
מתחייב בתורת ערבות י"ל אף דא"ל שישלח ע"י משום דהא בערבות בעי שיאמר תן
לפי' ואתחייב לה כמבואר בסי' קכ"ט ובנתיבות סי' ק"כ ס"ק א' משום דאל"כ מנלן
דקיבל ע"ע חוב וה"ט שייך גם בשליח שלא בעדים וקצרתי לפי דבעיקר הענין אם זהו
מן דין ערבות או לא יש פלוגתא בזה כמש"כ השמ"ק.

ושיטת הע"ש הוא דאף דנתברר בעדים דבהספמתו ובציווייו הלה זה ולזה בשנתפוט דאם לא הגיע לתוך השנתפוט אינו חייב לשלם להמלנה משום דלא משתעבד עד שתבא ההלנה לעסק השנתפוט.

ולכן אם נתברר בעדים פן אמרינו מסתמא עשה השליח שליחותו אבל בלא נתברר בעדים נאמן במה דטוען דלא הגיע לשנתפוט במיגו כו'. והש"ף השיג עליו דכיון דמודה דבהספמתו וציווייו הלה ולזה לשנתפוט כו'.

ובאמת לכאורה הנכון עם סברת הש"ף דמאיזה טעם לא יתחייב רק פשהגיע לתוך השנתפוט דמנלן לחדש פן פינו דהלה בשליחותו ללות: ויש לומר דסברת הע"ש הוא שהוכיח פן מהא דב"ק (דף ק"ד) דשליח שעשאו בעדים דחד מ"ד ס"ל דלא הוי שליח להיות חייב באחריותו ונאון דקיי"ל כמ"ד דהוי שליח מ"מ אם לא עשאו בעדים לא הוי שליח פנ"ל.

ובאמת צריף ביאור דמאיזה טעם לא יתחייב באחריות פינו דשליחו והא קיי"ל דשליחות א"צ עדים וכנ"ל. והנ"ל בטעמו דלכן אינו מתחייב באחריות דכיון דא"ל להשליח לה נאמור לו שיתן לה ואם יתנו לה הביאם לי דלא נגמר שליחותו עד שיביאם להמלנה או להשואל כמבואר שם.

ולכן פינו דאירע אונס להשליח בדרך פינו דלא קיים תנאו להביאם להמלנה ולהשואל ע"כ לא נתקיים כל מה שאמר להשליח ונתבטל שליחותו והוי כמו דשינה השליח בשליחותו משום דהא קיי"ל דאונסא פמאן דלא עבד כמבואר בסי' כ"א.

וכעין זה מציינו בח"מ סי' קכ"ה סעי' ד' וב"ש פ"א לגיטין (דף ס"ג) גבי הולף ותן דלא נגמר שליחותו עד שיעגיע לידו. והובא זה בקצה"ח סי' קכ"ה ס"ק ג' ע"ש.

אלמא דמציינו דאף דלא אמר בלשון תנאי מ"מ הוי אומדנא דהוי פועין תנאי דכ"ז דלא גיע לידו לא יחול בזה דין שליחות. וה"ה בנ"ד לא יחול בזה דין שליחות כ"ז דלא גיע לידו דהא א"ל ואם יתנם לה הביאם לי.

פן הוא הספר הענין דבעי דוקא שליח שעשאו בעדים: ולעיל נתבאר דשיטת הסמ"ע והש"ף שם בסי' קכ"א דדוקא בטרח ויחד עדים בזה מקרי שליח שעשאו בעדים להיות חייב באחריותו אבל אם לא טרח ויחד עדים לזה אף שהיו עדים בלא"ה במעמד עשיות השליח דכה"ג אינו מתחייב המלנה או השואל.

ואף שפכתתי לעיל להוכיח מקושיות הגמ' שם מהשואל את הפרה דמוכח כמ"כ האו"ת דלא כהסמ"ע. מ"מ מפשט הגמ' משמע כהסמ"ע דהא אמרו שם בב"ק דר"ח א' הוי שליח משום להכי טרחי ואוקמי' בעדים דליקו בראשותו.

וכ"כ הנ"י שם בזה"ל דלהכי טרח לעשותו בעדים כו'. וכן משמע הלשון דאמרו שליח שעשאו בעדים דמשמע דהשתדל לעשותו לשליח בעדים.

א"כ משמע ממה דאמרו דלהכי טרח כו' כמ"כ הסמ"ע והש"ף ודלא כהאו"ת. ומה דהקשיתי לעיל מסוגיא הנ"ל באמת אין זה מוכרח כ"כ ואכמ"ל.

ובבאמת הפוסקים קיזרו בזה: ולפ"ז י"ל דמזה הסוגיא כפי שנתבאר מזה הוציא הע"ש דינו וסברתו דכתב בשותף שלנה בידיעת שותפו ובהסכמתו בציינו דלא נתחייב עד שיגיע המעות לתוך השותפות דכיון דא"ל שילך וילנה ויתן המעות לתוך עסק השותפות א"כ לא נגמר עסק שליחותו עד שימסור המעות לעסק שותפותם.

ולכן אם לא מסר מעות ההלואה לעסק השותפות הוי כמו דשינה בשליחותו. והוי כש"כ מהא דב"ק ה"ל דהא התם מיירי אם אינרע אונס להשליח מקודם דמסר המעות ליד המשלח ואפ"ה אמרינו דאדעתא דהכי לא עשא לשליח כש"כ בשינה ולא מסר המעות לתוך השותפות דנודאי לא נגמרה שליחותו ואדעתא דהכי לא הרשהו ונתבטל שליחותו והוי כמו דלנה שלא בידיעת שותפו ולא נשתעבד כדס"ל להרא"ש.

אף בנתבאר בעדים שלנה בהסכם שותפו כתב הע"ש דחייב משום דאמרינו מסתמא עשה השליח שליחותו. ולא מהימן לומר שלא הגיע המעות לעסק השותפות: והא דתקשה דל"ל להע"ש לומר ה"ט הא בל"ז יש מקום לחייבו בנתבאר בעדים דהא לפי מה דנתבאר דעיקר יסוד וסברת הע"ש הוא ע"פ הא דב"ק ה"ל וכיון דבשליח שעשא בעדים מבואר שם דקיי"ל דחייב א"כ בנתבאר בעדים שלנה בידיעת שותפו ה"ל כשליח שעשא בעדים.

הנה לפי מה שנתבאר בשיטת הסמ"ע והש"ך בסי' קכ"א דשליח שעשא בעדים הוי דוקא בטרח ויחד עדים. וכמש"כ רש"י בב"ק (דף ק"ד) ד"ה שליח שעשא בעדים דמינה שליח בעדים לקבלם הימנו.

והובא בש"ך סי' קכ"א ס"ק י' וכנ"ל ובאמת הפוסקים קיזרו בזה שם בסי' קכ"א וכתבו סתמא דשליח שעשא בעדים הוי שליח דמשמעות הלשון דעשא בעדים משמע דיחד עדים לנה כנ"ל.

ולכן אם לא טרח ויחד עדים לנה דינו כמו בשליח שלא בעדים דאינו מתחייב כ"ז שלא יגיע לידו כנ"ל. וע"כ ה"א דכתבו דאם נתבאר בעדים חייב שותפו דמשמע דאף דלא טרח ויחד עדים לנה רק שהיו העדים בלא"ה וכיון שנתבאר עכ"פ בעדים חייב.

ע"כ כתב הע"ש לפרש הטעם דלכן חייב משום דמסתמא הגיע לעסק השותפות ועשה שליחותו. ולכן בכל גונו חייב מה"ט.

ובאמת היכא דטרח ויחד עדים חייב אף דלא הגיע המעות לתוך השותפות כן י"ל בכוננת הע"ש ומתוך קושיות הש"ך עליו: ענה ב ומה שהקשה הש"ך עוד על הע"ש דכיון דאמרינו דמסתמא עשה השליח שליחותו א"כ לא יקנה מהימן במיגו.

זה אינו קשה משום דבלא"ה יש לדון בסברת הע"ש דכתב לחייבו משום דמסתמא עשה שליחותו. דהא הך חזקה שליח עושה שליחותו לא סמכינן עלה גבי איסורין רק לחומרא בדאורייתא ולא לקולא כמבואר בגיטין (דף ס"ד) ובעירובין (דף ל"ב).

וגבי ממון לא סמכינן ע"ז כדמוכח בח"מ סי' קכ"א ובקידושין (דף מ"ג) וכן מוכח מהא דשליש בסי' נ"ו. ועיין מזה בתשובת ר' בצלאל אשכנזי סי' כ"ט.

ובמחנה אפרים ה' שלוחין סי' כ"א ובספר קהלת יעקב ח' מדות חכמים סי' ח' מזה. אכן
מצינו בח"מ סי' רס"ט סעי' ו' דאם אמר לתבירו זכה לי המציאה דאין המגבי' נאמן לומר
לצרכי הגבתי וכה"ג כתבו בסי' קפ"ג סעי' ב'.

ונהו מטעם דבכה"ג סמכינן על חזקה שלית עושה שליחותו. ועיין מזה בנתיבות סי'
קפ"ג ס"ק ה'.

ובשו"ת גאוני בתראי סי' כ"ג האריף בטעם הדבר דלכן אינו נאמן לומר לעצמי הגבתי'
דכינן דקיבל ע"ע לעשות שליחותו ע"כ אינו נאמן להכחיש לחזקה זו. ואף דטוען השלית
פרי מ"מ אינו נאמן ומוציאין ממנו.

וה"ה י"ל בהך עובדא דהע"ש הנ"ל דטוען השותף פרי לי דעשיתי שליחותך דנאמן אף
דשותפו מכחישו. ומ"מ יש לחלק בין הנושאים הנ"ל.

וקא דח"מ סי' צ"א ש"ף ס"ק י"ב דכתב דחנוני נוטל מדינא משום דיש שם חזקה שלית
עושה שליחותו. היינו התם דטוען החנוני פרי לי והבעה"ב טוען שמא וה"ל כמו קא
דכתובות (דף י"ב) וכמש"כ הש"ף שם.

ויש להאריך הרבה בעיקר דברי הע"ש שכתב לדון הכא הסברא דמסתמא עשה השלית
שליחותו. להוציא ממון אף דטוען המוחזק פרי לי שלא עשה שליחותו בגמר הענין:
וכעין זה העיר הפרישה לעיל בסי' י"א סעי' ג' דסמכינן על שלית ב"ד דחזקה דעשה
שליחותו והזמין לו ולא בא וקא מספקא לן אי סמכינן על חזקה שלית עושה שליחותו.

והובא באו"ת שם ס"ק ט' וכתב לחלק דשאני גבי שלית ב"ד כו' ע"ש. עכ"פ חזינו הכא
דס"ל להע"ש גבי שותף דשייך בזה לומר חזקה שלית עושה שליחותו ומסתמא גמר
שליחותו ומסר מעות הלואה שהלנה לתוף עסק שותפות.

וכן ס"ל להש"ף הכא רק דהקשה על הע"ש דלפ"ז אף אם אין לו עדים רק שמודה
בעצמו דלא יהיה מהימן אף במיגו משום דהוי מיגו נגד חזקה. לכן י"ל דבזה הנכון עם
הע"ש דס"ל דמהימן במיגו נגד חזקה זו.

דקא אף בהא דאמר לו זכה לי המציאה אם אין עדים בזה נאמן במיגו לומר דלעצמי
זכיתי בה משום דזה לא הוי חזקה אלימתא וע"כ מהימן במיגו לאוקמי ממונא כמו בחזקה
דתו"ז דב"ב (דף ה') דהוי איבעיא דלא אפשריטא.

וכמש"כ האו"ת בסי' פ"ג ס"ק א' בהא דמגבי' מציאה דנאמן במיגו. והובא בנתיבות סי'
קפ"ג ס"ק ב'.

וכ"כ הנתיבות בסי' רס"ט ס"ק ג' גבי מגבי' מציאה דנאמן במיגו ע"ש. ע"כ הנכון עם
הע"ש דאף דנימא דמסתמא עשה השותף שליחותו ומסר המעות לעסק השותפות דמ"מ
אם יש לו מיגו נאמן לאוקמי ממונא ומיפטר: ונתבאר דיש מקום לדברי הע"ש דכתב
דאף דמודה דצינה לשותפו ללוות המעות עבור צורף השותפות וכן לנה עבור שותפות
דמ"מ אם לא הגיע המעות לעסק השותפות דאין שותפו נשתעבד משום דלא נגמר
שליחותו עד שביא המעות וניחם בעסק השותפות.

רק היכא דטרח ויחד עדים על שליחות השותף בזה מתחייב השותף להמלנה דהוי כמו בשליח שעשאו בעדים דנתחייב השואל כמו הא דב"ק (דף ק"ד). וכן יש לדון אף בלא טרח ויחד עדים לזה לפמש"כ האו"ת בסי' קכ"א להשיג על הסמ"ע שם משום דאף בלא טרח ויחד עדים רק שהיו עדים באותו מעמד דעשיות שליחותו דדינו כמו שליח בעדים.

וכן י"ל בזה לחייבו משום סברת הע"ש דמסתמא עשה שליחותו ומסר לשותפות. אבל אם לא היו עדים שפיר מהימן במיגו לומר דלא הגיע המעות לעסק שותפות ומיפטר.

אף היכא דעדים מעידין דראו ההלואה דהלנה לצורך שותפות דמ"מ פיון שליכא עדים על הספקתו וציוויו שילף וילנה לשותפות רק השותף מודה ע"ז שציונה לו ללוות דמ"מ מהימן במיגו לומר דלא הגיע המעות לעסק השותפות.

וכ"ז הוא אם טוען ברי שלא הגיע המעות לעסק שותפות אבל אם טוען שפא לא הגיע המעות לעסק השותפות בזה נדאי הדין עם השותף הטוען ברי שמסר המעות לשותפות דאף לפמש"כ לדון בהך חזקה דשליח עושה שליחותו מ"מ אם טוען המנוחזק שפא מצרפין טענת התובע האומר ברי להך חזקה שליח כו' וכמש"כ הש"ך בסי' צ"א ס"ק י"ב גבי חנוני דנוטל מדינא מה"ט: אף יש לחלק דהא אנו דנין לגבי המלנה דהלנה המעות שלו אם יכול לגבות מהשני ואיהו הא טוען שפא.

וידוע דבעינן טענת ברי של הבע"ד בעצמו כמש"כ במק"א מזה. וע"כ טענת השותף הוי גבי המלנה כמו ברי של אחר.

אף באמת אין אנו צריכים לזה לפי מה דכתב הע"ש והש"ך לדון בזה הך חזקה שליח עשה שליחותו ונדוקא במיגו מהימן ע"כ היכא דטוען שפא דלא שייך מיגו בזה נדאי דסמכינן על חזקה שליח כו' להוציא ממון ממנו להמלנה: וכ"ז הוא אם לנה בהספם ובציווי שותפו לילף וללוות.

אבל אם לנה שלא בידיעת שותפו נדאי אין השני משועבד להמלנה פדעת הרא"ש ובזה אין חילוק בין מודה לידוע בעדים וכמש"כ הש"ך לדינא. והנתיבות בס"ק ד' העלה דכיון דמירי שיש שבח בעסק השותפות ע"י ההלואה א"כ לא גרע מירד שלא ברשות כו' עכ"ל ובאמת לא כן משמע מהש"ך וכל הפוסקים.

פי זה אינו דומה לירד להשביח נכסי חבירו דהא כתבו התוס' בב"ק (דף ק"א) ד"ה או דלמא אין שבח סמנין כו' דהיכא דאין בא ההנאה ע"י מעשיו ומעשה ממונו דכה"ג אינו חייב לשלם לחבירו.

ומה"ט אם תחב לבהמה אוכלין של אחר פטור הבעל בהמה לשלם מה שנהנית והובא זה בח"מ סי' שצ"א ש"ך ס"ק ב'. וכ"כ הרא"ש בב"ק שם דאם ממונו נהנה ע"י אחר פטור.

וכ"כ היש"ש בב"ק שם. א"כ לפ"ז י"ל דפטור השותף נגד המלנה דהא מטעם דמשביח נכסי חבירו הוא בא בעת שהובא המעות לעסק השותפות והתחיל לישא וליתן בהמעות א"כ הא אז לא בא השבח ע"י מעשה של המלנה רק ע"י מעשה של שותפו א"כ הוי גבי

המלנה כמו דממונו נהנה ע"י אחר דפטור מצד משביח נכסי חבירו לשלם לבעל המזון ובעל האוכלין.

וגם י"ל בזה פיון דאמרינו דאין שותפו משועבד ע"י חבירו מקודם דהשביחו עסק השותפות. א"כ נקנה מעות ההלואה לשותף שלנה.

א"כ אף דאח"כ השביח השותף לעסק שותפותם מ"מ הא אינו בא השביח ממעות של המלנה רק ממזון של השותף פיון דמלנה להוצאה ניתנה. [וגם הא במעות מותרין מותר להשותף שלנה להשתמש לצרכו מקודם דנמסר לעסק השותפות כפי דמשמע בש"ך סי' קכ"א ס"ק ל"ה.

ולפי שיטת הש"ך בסי' מ"ז ס"ק ט' ה"ל זה כמעות הלואה א"כ לא נעשה השביח ממזון של המלנה רק ממזון שותפו א"כ לא הוי בע"ד שלו רק השותף. אף ז"א ברור לפמש"כ הגתיבות בסי' קכ"א ס"ק י' ע"ש.

וכש"כ לפי שיטת חכ"צ בח"מ סי' ע"ז סעי' י"ט בט"ז ע"ש]. א"כ אין פאן חיוב מצד משביח נכסי חבירו רק אנו דנין על עת ההלואה אם נשתעבד אז שותפו וכיון דס"ל להרא"ש דאין שותף נשתעבד במאמר שותפו ע"כ בכל גונוי אין המלנה בע"ד של שותף חבירו: גם מש"כ הגתיבות לחייבו משום דהב"ד הי' יכולין לכופו ללוות בע"כ של זה כמבואר בסי' קע"ח.

זה ג"כ אינו פלל גמור דהא אין יכול לכופו ללוות רק על ענין שיכול להיות פסידא לשותפות ולהציל מהפסד בזה כופין זה את זה כמש"כ הגתיבות בסי' קע"ח ס"ק ג'. וכ"כ הגתיבות בסי' קע"ו ס"ק ל"ב דאם נשתתפו והתחילו לישא וליתן בתמשים זוז אינו יכול לכופו ליתן עוד מעות לעסק השותפות אף שהתנו על מנה ע"ש.

וברק במקום חשש פסידא יכול לכופו ללוות עוד. אבל במה שצריך לאיזה שבח והרנוחה בעלמא אין כופין א"כ שפיר כתבו פאן דאין שותפו נשתעבד אע"פ שהוא לצורך השותפות פיון דלא הוי במקום פסידא.

ומש"כ הגתיבות לדמות שותף שלנה לאשה הנושאת ונותנת דסי' צ"ו דבעלה חייב לשלם עבורה. הנה האו"ת בסי' צ"ו באורים ס"ק י"ז כתב לחלק ביניהם ע"ש וע"כ אין החרת מהתם לשותף שלנה וע"כ אין מוציאין ממנו להמלנה כי אינו בע"ד שלו.

ושפיר כתבו הפוסקים בזה ודלא כהגתיבות. ולכן אם לנה שלא בידיעת וציווי שותפו אין עליו חיוב לשלם להמלנה ולא הוי בע"ד שלו.

ואף בהסכים אחר ההלואה לזה ג"כ אינו בע"ד של המלנה לשלם לו פיון דלא נשתעבד בשעת ההלואה לו. ואינו רק בע"ד של שותפו הב' לשלם לו: ד (שם סעיף י') איש ואשתו שלוו מאחד היא חייבת לפרוע החצי מפתובתה כו'.

וכתב הגתיבות בס"ק י"א דדוקא כשתתמה האשה עצמה בשטר כו' אבל אשה שהקיפה סחורה אפילו היא נושאת ונותנת מ"מ פיון שידועלכל שיש לה בעל והיא לית לה משלה פלוג הוי פהודנית שהיא שליח שהדין הוא עם המשלח כו' עכ"ל הגתיבות.

והנה מן הב"ש באה"ע סי' ק"ב ס"ק ח' מבואר דלא ס"ל פן דכתב שם בשם המהרי"ל דאם היא נושאת ונותנת ובאוי המעות ליגדה חייבת לשלם מן דין ערב כו' עכ"ל הב"ש. אף הבית מאיר שם השיג על הב"ש והעלה דלדינא אין לחלק בין נו"נ לאינה נו"נ וחלילה להעלות על הדעת שתתחייב לשלם מדידה זולת בנידון דינ' של המהרי"ל שנתערבה כפי' כו' עכ"ל הב"מ.

הרי שהבית מאיר פתב ג"כ פהנתיבות וכן הוא ברור ופשוט לדינא: סימן עח א (סעיף א' סמ"ע ס"ק ב') חזקה דתוך זמנו לא מהני אלא בתובע טוען ברי אכל לא פשוטען שפא. והש"ך בס"ק א' פתב להוכיח דבטוענים היורשים שפא שייך חזקה דתו"ז וכתב דכן מוכח מן תשובת הרא"ש שהביא הטור לעיל סי' ע"א סעי' כ"א גבי יורש ראובן שתבעו לשמעון בשטר שמת ראובן תו"ז כו': ענף א והנה התנאים בס"ק א' פתב לחלק דשאני יורשים דלא ה"ל למידע ע"כ גובין מהם משא"כ במלנה טוען שפא דה"ל למידע ע"כ איתרע טענתו דאינו גובה ע"ש.

ובאמת לפי מש"כ בספרי נחל יצחק סי' נ"ט דאף בשטר דטוען המלנה שפא היכא דלא ה"ל למידע דמוציאין מן הלנה וכמו שהוכחתי שם. א"כ כש"כ בחזקה דתוך זמנו דעדיפא מן שטר נודאי דמהני החזקה דתו"ז אף בטוען שפא היכא דלא ה"ל למידע.

אכן היכא דה"ל למידע בזה אמרו שם גבי שטר דהמלנה טוען שפא דאינו גובה אם הלנה טוען ברי. אכל אם הנתבע ג"כ טוען שפא לא איתרע החזקה דהשטר א"כ כש"כ בחזקה דתוך זמנו דעדיפא משטר נודאי דגובין אף דהמלנה טוען שפא פנין דהנתבע טוען ג"כ שפא.

דכמו דאלימא לן מעלת השטר בשניהם טוענים שפא כש"כ דאלים לן מעלת החזקה דתו"ז אם שניהם טוענים שפא: והנתיבות פתב להוכיח דבשפא ושפא לא אמרינן חזקה דתוך זמנו דהא חזקת הגוף אלים טובא ואפ"ה לא אמרינן חזקת הגוף בטענת שפא ומכש"כ בחזקה דתו"ז עכ"ל.

ותמהני על ראיתו דהא חזינו דחזקה דתו"ז עדיף מחזקת הגוף. דאלו חזקה דתו"ז מוציא ממחזקת בכרי וברי.

ואלו חזקת הגוף לא מהני בכרי וברי כמבואר ברפ"ב דכתובות דבכרי וברי לא אמר ר"ג. עי"ש בפני יהושע.

וע"כ נדחה ראיתו. וע"כ הדין נותן דבשניהם טוענים שפא מהני החזקה דתו"ז כמו בכרי וברי.

אכל בתובע טוען שפא ונתבע טוען ברי בזה אינו גובה. והטעם הוא הפל משום סכרת הסמ"ע דסי' נ"ט דברי ומחזק עדיפא משטר וה"ה דעדיפא מחזקה דתו"ז.

ועיין באור זרוע סי' תש"ס ובתה"ד סי' ר"ז שפכתבו לחלק בין חזקה דתו"ז ובין אוקי אחזקה וקצרת: ולפ"ז הדין נותן דבמלנה שהוציא שטר בתו"ז וטוען איני יודע והלנה טוען ברי דינש לעיין בזה.

דְּהָא חֲזִינוּ דְחִזְקָה דְתו"ז עֲדִיפָא מִמַּעֲלַת בְּרִי וְשָׂמָא. דְּהָא בְּבָרִי וְשָׂמָא אִין מוֹצִיאִין מִמְּוֹחֶזְקָא וְאֵלּוּ בְתו"ז מוֹצִיאִין מִמְּוֹחֶזְקָא אַף בַּע"פ וּבְטוֹעֲנִים בְּרִי וּבְרִי.

וּכְמוֹ כֵּן עֲדִיפָא מַעֲלַת שְׁטֵר מִמַּעֲלַת בְּרִי וְשָׂמָא. וְכִינּוּן דְּבִשְׁטֵר אוּ בְחִזְקָה תו"ז לְבַד הוּא מוֹצִיא מִהֵלְוָה בְטוֹעֲנִים וְשְׁנִיָּהֶם בְּרִי וּבְרִי.

רַק הֵיכָא דְחִסָּר לִי טַעֲנַת וּמַעֲלַת בְּרִי אִינוּ גוֹבָה בּוּ. וְלִכֵּן הֵיכָא דִּישׁ כָּאֵן שְׁטֵר וְחִזְקָה תו"ז בִּיחֻד בְּזָה אַף בְטוֹעֵן הַמְלָנָה וְשָׂמָא.

י"ל דְּנוֹטֵל דְּהָא מַעֲלַת חִזְקָה תו"ז עֲדִיפָא מִרְנוּבָא דְּהָא אִין הוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר הָרֹב וּבְתו"ז גּוֹבִין. וְכִינּוּן דְּרֹב עֲדִיף מִמַּעֲלַת בְּרִי כַּמֶּש"כ הַפ"י רַפ"ב דְּכִתְוִיבּוֹת עַל תּוֹס' ד"ה כִּינּוּן דְּרֹב נְשִׁים בְּתוֹלוֹת נִישְׂאוֹת כו'.

דְּרֹב עֲדִיף מִן בְּרִי וְשָׂמָא ע"ש. וְכ"כ הַהִפְלָאָה שָׁם.

א"כ כַּש"כ לְחִזְקָה תו"ז דְּעִדִּיפָא מִרְנוּבָא וְנוֹדָא דְּעִדִּיפָא מִמַּעֲלַת בְּרִי וְשָׂמָא. וְכַש"כ הֵיכָא דְּלֵא בְּעֵי בְּרִי וְשָׂמָא רַק סְגִי בְּבָרִי וּבְרִי וּמוֹצִיאִין.

וְנוֹדָא דְּבָזָה סְגִי מַעֲלַת חִזְקָה תו"ז. וְע"כ בְּשְׁטֵר וְחִזְקָה תו"ז בִּיחֻד הַדִּין נוֹתֵן דְּאַף בְּמִלְוָה טוֹעֵן וְשָׂמָא ג"כ גּוֹבִין עי"ז.

וְכַעֲיִן מַש"כ הַפְּנִי יְהוֹשֻׁעַ רַפ"ב דְּכִתְוִיבּוֹת דְּכְמוֹ דַּע"י בְּרִי וְשָׂמָא בְּצִירוּף אוּקִי אַחֲרֵיהּ מוֹצִיא מִן הַמְּוֹחֶזְקָא. דַּה"ה הֵיכָא דְּרֹב מְסִינֵעַ לְהַתּוֹבֵעַ דִּישׁ לוֹ אוּקִי אַחֲרֵיהּ וּבְרִי וּבְרִי.

דַּע"י הָרֹב הָיִי כְּמוֹ בְּרִי וְשָׂמָא דְּאֵז מְהִי אוּקִי אַחֲרֵיהּ עַכ"ל. וְכַש"כ הֵיכָא דְּסְגִי בְּבָרִי וּבְרִי דְּנוֹדָא מְצַרְפִּין מַעֲלַת חִזְקָה תו"ז דְּעִדִּיפָא מִרְנוּבָא לְצִירוּף מַעֲלַת שְׁטֵרָא בְּיַדִּי מֵאִי בְּעֵי לְהוֹצִיא מִהַמְּוֹחֶזְקָא.

וְאַף דְּמִן הַשְּׁ"ף בְּסִי הַנְּ"ל ס"ק הַנְּ"ל לֹא מְשַׁמַּע כֵּן דְּהָא הוֹכִיחַ מִתְּשׁוּבַת הָרָא"ש וְטוֹר דְּסִי ע"א דְּבִיּוֹרְשִׁים מְהִי חִזְקָה תו"ז אַף בְּטוֹעֲנִים וְשָׂמָא. מְהָא שְׁפַתְבוּ שָׁם בְּשְׁטֵר שְׁהוֹצִיאוּ יוֹרְשִׁים בְּתו"ז כו'.

וּלְפַמַּש"כ אִין זֶה רְאָיָה מְשׁוּם דְּהָא הָתָם הִי חִזְקָה תו"ז בְּצִירוּף שְׁטֵר בִּיחֻד דְּכַה"ג מְהִי אַף בְּתוֹבֵעַ טוֹעֵן וְשָׂמָא אַף הֵיכָא דַּה"ל לְמִידַע מְטַעַם הַנְּ"ל. וְע"כ מוֹכַח מְהִי"ף דְּלֵא מְחַלְקִין כֵּן.

וְעַכ"ז לְדִינָא נְרָאָה כַּמֶּש"כ דְּהַסְבְּרָא נוֹתְנַת כֵּן: וְעַפ"ז יֵשׁ לְתַרְץ קוֹשְׁיּוֹת הַשְּׁ"ף בַּח"מ סִי פ"ד סַע"י ב' בְּמָה שְׁפַתְבַּר שָׁם גְּבִי פּוֹגֵם שְׁטֵר דְּבְחִזְקָה תו"ז אַע"פ שְׁפּוֹגֵם שְׁטֵר וְיַפְרַע שְׁלֵא בְּשׁוֹבְעָה אַא"כ טוֹעֵן הַשְּׁבַע לִי.

וְהַמ"מ כָּתַב עַל הָרַמְבַּ"ם דְּכָתַב כְּמַחְבֵּר הַלְזוּ דִּישׁ לְפַקְפֵּק וְלוֹמַר דְּאִתְרַע הַחִזְקָה דְּתו"ז לְגַבִּי הָיִי דְּהָרִי מוֹזְנָה בְּעַצְמוֹ דְּנִפְרַע מְקַצְתוּ בְּתו"ז. וְהַמ"מ כָּתַב שָׁם לְדוֹן דְּלֵא אִתְרַע הַחִזְקָה דְּתו"ז אֵלּא לְגַבִּי הַשְּׁבַע וְלֹא לְגוֹף הַפְּרַעוֹן וְהוּבָא בְּקַצָּה"ח שָׁם.

וְהַשְּׁ"ף שָׁם תָּמָה עַל הַמְּחַבֵּר עי"ש. וּבְקִאֲמַת דְּבְרִי הַמְּחַבֵּר הוּא מְוַקְשָׁה דְּכִינּוּן דְּס"ל לְהַמְּחַבֵּר דְּחִזְקָה דְּתו"ז פּוֹטְרַתּוּ מְשׁוֹבְעַת פּוֹגֵם שְׁטֵר וְא"כ ה"ה דִּיפְטוֹר אוֹתוֹ מִן שְׁבּוֹעַת הַשְּׁבַע לִי.

ואי דס"ל דאיתרע התזקה דתו"ז ע"י מה דנפרע קצתו א"כ ישבע לו אף בלא א"ל השבע לי וכדין פוגם שטרן דחייבו חז"ל לישבע: אבל לפמש"כ אתי שפיר די"ל דשי' המחבר פה הוא דס"ל כסברת המ"מ דע"י מה דפוגם בעצמו איתרע ליה התזקה דתו"ז וכמש"כ המל"מ לפרש דלא איתרע רק לגבי חשש שבועה ולא לגבי חשש עיכוב הפרעון דבאמת עדיין התזקה תו"ז הוא בתוקפו.

וע"כ אף בתו"ז פיון דפגם ואיתרעי ליה תזקה דתו"ז יכול להשביעו ע"י השבע לי כמו בכל שטר משום דלשבועה איתרעי לי. רק בלא טען השבע לי רק מצד שבועת פוגם שטרן דחייבו חז"ל לישבע אף בלא טענת השבע לי משום דפרע דניק דמפרע לא דניק. א"כ עיקר טעם שבועת פוגם משום דחשדינון לי באינו יודע אם שטרן פרוע או לא והוי כטוען שמה על שטרן. וע"כ ז"א שייך רק בשטר בלא תו"ז דאם הוא טוען שמה אינו גובה בו.

משא"כ בשטר ותו"ז ביחד דאף בטוען שמה מ"מ נתבאר דדינו דגובה בו. דשניהם ביחד הוי כמעלת טענת פרי בצירוף שטרן בידי מאי בעי כנ"ל.

וע"כ אף אלו יודה בפנינו דהוי טוען שמה מ"מ יגבה בו דהא אף דאיתרע התזקה דתו"ז מחמת הפוגם מ"מ הא לא איתרע ליה רק לגבי חשש להצריכו שבועה. ולא לעכב הפרעון וכמש"כ המל"מ והקצה"ח.

וע"כ לא שייך בזה לחייבו שבועה פיון דעיקר הטעם דחייבו חז"ל שבועה בפוגם שטרן הוא משום דמפרע לא דניק. והיכא דהוי תו"ז ושטר ביחד אז גובה אף בטוען שמה.

אם כן לא שייך בזה לחייבו שבועה דפוגם שטרן דתקנו חז"ל. רק בטוען השבע לי דאז חייב לישבע כמו בכל שטרות פיון דאיתרעי התזקה דתו"ז לגבי חשש שבועה כמש"כ המ"מ והמל"מ.

ולכן שפיר פסק המחבר בזה דחייב שבועת השבע לי בפוגם בתו"ז ולא שבועת פוגם עצמה. ומתורץ קושיות הש"ך הנ"ל על נכון.

וקושית הש"ך על המחבר במה דפסק דע"א בתו"ז דחייב שבועה בטוען השבע לי זה אינו מיושב עדיין. אבל פסק המחבר בפוגם שטרן זה מיושב שפיר ע"פ מש"כ: ענף ב ומן שיטת רבינו האי דפסק דפוגם שטרן חייב שבועה אף בתו"ז שהובא שם בסי' פ"ד בטור ובסמ"ע ס"ק ז' ועיין בש"ך ס"ק ב'.

יש להוכיח לפ"ז דס"ל דאף בשטר ובתזקה תו"ז אינו גובה בטוען שמה. דאל"כ אמאי חייב שבועה בפוגם בתו"ז פיון דעיקר השבועה בפוגם משום דמפרע לא דניק.

וכבר כתבתי בשם המל"מ דיש לדון דאף דאיתרעי לי תזקה דתו"ז ע"י פוגם שטרן מ"מ לענין עיכוב הפרעון לא איתרעי. א"כ אף בטוען שמה יהיה גובה בשטרן בתו"ז.

ומדחייבו שבועה מוכח דס"ל דאף בשטר ובתזקה ביחד אינו גובה בטוען שמה ודלא כמש"כ לעיל: אף זה אינו ראיה כלל כפאשר יבואר. ונקדים מש"כ כבר נזהו.

ומתחלה נבאר מה שיש להעיר במש"כ המל"מ פ' י"ד ה' מלנה שכתב לדון בדברי המ"מ שכתב בפוגם שטרו בתו"ז דאיבטל לתקנה דתו"ז פ"ן דהלה מודה דמיפרע מקצתו. וע"ז כתב המל"מ אם פסקו של המ"מ לחייבו שבועה למלנה נחא ואם לפוטרו במלנה בע"פ ללנה בשבועתו קשיא לי פוגם שטרו אמאי נשבע ונוטל הא איבטל התקנה דשטרא בנדי מאי בעי דכמו דאיבטל תקנה דתו"ז ה"נ איבטל שטרא בנדי מאי בעי דהא פרע ולא כתב שובר.

ואפשר לדחות דהתם גוף הפרעון מבטל התקנה דתו"ז דהא פרע אבל בפוגם אפשר דפרע אדעתא דהכי לכתוב שובר ונטרפה השעה מאיזה סיבה ולא כתב עכ"ל המל"מ. ועיקר הוכחתו אינו מוכן לכאורה דאי קאי בפוגם בעדים הא בזה לא איתרע התקנה דשטרא בנדי מאי בעי.

דהא חזינו פורע רק בעדים. והא דאמרי בהכותב ד' פ"ז בפוגם בעדים די"ל דחייב שבועה דלמא אתרומי אתרמי לי.

ז"א רק לחייב שבועה משא"כ לבטולי שטרא בנודאי לא אמרינו משום זה לבטולי לתקנה זו. דהא י"ל דלכן לא חשש לכתוב שובר דהא הי' הפרעון לפני עדים עכ"פ.

ואי נימא דכוננת המל"מ להוכיח מן פוגם שטרו ע"י הודאת המלנה ג"כ אינו הוכחה. דהא י"ל דבכל פוגם שטרו יש להמלנה מיגו והא דחייבו שבועה זהו כמש"כ התוס' פתובות שם ד"ה דמיפרע לא דייק כו' דהוי מיגו בדדמי.

א"כ ז"א שייך רק לחייב שבועה משא"כ אחר דרמו רבנן עליו שבועה פי היכי דנידק שפיר מהימן במיגו. ולא מקרי מיגו להוציא פ"ן דשטרא מסייע לי' וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ב).

א"כ לכאורה אין הבנה להמל"מ הנ"ל: אף י"ל דשפיר הוכיח המל"מ מן פוגם שטרו בעדים דהמלנה נשבע ונוטל. דהא מבנאר בשבועות (דף מ"א) בא"ל אל תפרעני אלא בעדים דאם א"ל פרעתי בפני פ' ופ' ומתו או הלכו למדה"י דנאמן.

וכן כתב הסמ"ע סי' קל"ג ס"ק י' דטענינו ללוקח דלמא הנה טוען המוכר התורתי בפני עדים והלכו למדה"י ע"ש. ועיין בח"מ סי' ע' סעי' ג' ובש"ך שם ס"ק י"ד שיטת הפוסקים דפליגי בזה וס"ל דאינו נאמן משום דה"ל לכתוב שובר עי"ש.

אבל במי דחזינו דפורע בעדים ואינו חושש דלמא מיתתי סהדי או ילכו למדה"י. ע"כ הנה נאמן הלנה לומר פרעתי כולו לפני עדים ומתו או הלכו למדה"י ובאמת הא אף בזה המלנה נשבע ונוטל.

וע"כ שפיר הוכיח המל"מ דתקנה דשטרא בנדי מאי בעי לא איבטל. אף דפרע קצתו בסהדי.

משום די"ל דנטרפה השעה דלא כתב שובר. אבל באמת אמרינו דלא איתרעי התקנה דשטרא בנדי.

משום דלא הי' פורע לפני עדים בע"פ משום חשש דלמא מייתי. ועיין בפ"י סוף סי' פ"ב ב"במה שמשגיג על בעה"ת: ובעיקר דברי המל"מ שכתב להסתפק בתזקה תו"ז היכא דפרע מקצת אם איתרע לי' המותר.

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 דאנו סהדי דלא פרעו אלא בעדים. וכ"כ פתבו רבנותא בתו"ז ונתברר שפרעו קצת בגו זמנו דאיבטל ליה תזקה דתו"ז שהרי פרע קצתו בגו זמנו ע"ש במל"מ.

וטעמו דאף דמיירי במודה ג"כ אפ"ה לא מהימן במיגו משום דהוי מיגו להוציא דהא מיירי במלנה בע"פ דליכא בי' תזקה דשטרך מסייע לי' בזה. ועיין בפ"י בכללי מיגו ס"ק ט"ו: ונלע"ד להוכיח דכה"ג איבטל ליה התזקה דתו"ז פיון דאיתרע ליה קצתו ע"כ איבטל ליה לגמרי.

והוא דהתוס' ב"ב (דף מ"ה) ד"ה נתנה לו כו' הקשו אמאי לאח"ז הממע"ה. ה"ל למימר נשבע ונוטל פדמפרש בפ' כל הנשבעין דתזקה אין שכיר משהא שכו' ואין הבעה"ב עובר בבל תלין והכא הרי שיהא שכיר ובעה"ב עבר בבל תלין דמודה שקצץ לו אחת ועדיין חייב לו כו'.

ואין לתרץ כגון שאומר ברשותה השתייתי דלא עבר בבל תלין. דמ"מ תזקה דאין שכיר משהא שכו' ליכא דהרי שיהא אחת ודחוק לומר דמאי דחזינו דשיקה שיהא ומאי דלא חזינו דלא שיהא לא שיהא עכ"ל התוספות.

וכ"כ התוס' בשבועות (דף מ"ו) ד"ה לא קצצתי לה אלא אחת כו' וקשה דאמאי בעבר זמנו הממע"ה דהכא הרי השקה ונהרי עבר עכ"ל. אלמא דס"ל להתוס' להקשות בפשיטות דכיון דאיתרע במקצתו התזקה ממילא איתרע כולו ולא אמרינו ב"ב דאיתרע איתרע ומאי דלא איתרע לא איתרע.

אלא פיון דאיתרע גביה התזקה דאין שכיר משהא שכו' ותזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין איתרע ג"כ אף המותר. וה"ה בא"ל אל תפרעני אלא בעדים או בתזקה דתו"ז דכיון דחזינו דלא שייך ביה תזקה זו ממילא איתרע ג"כ המחצה הב'.

[ועיין ביו"ד בכללי טריפות דאוקי אחזקה דאיתרע]. אף בתזקה דשטרך בידי מאי בעי יש לחלק כמע"כ המל"מ דנשארת בתקפה משום דנטרפה השעיה.

גם יש לדון דאפשר דאערומי קא מערים הלנה דלכן פרע מקצתו כדי דיתרע גביה תזקה כו'. וזה יש לדחות: ולפ"ז ב"ב דמבואר בסי' פ"ד סעיף ב' דפוגם בתו"ז נפרע שלא בשבועה.

ועיין בסמ"ע ובפ"י שם. ולפי דברי התוס' הנ"ל יש לדון דברי המ"מ דכתב דאיתרע התזקה תו"ז.

ובמלנה ע"פ ובתו"ז והמלנה מודה דנפרע מקצתו. יש להכריע ע"פ דברי התוס' בב"ב ובשבועות דאיתרע ליה התזקה דתו"ז לגמרי.

ולא שיקף בזה מיגו דהא הו"ל מיגו להוציא כיון דהוי מלנה ע"פ. ולפ"ז אפשר ד יכול הלנה לטעון קים לי פהתוס' ואיתרע לי' חזקה דתו"ז ואין מוציאין מהלנה במלנה בע"פ. אף במלנה בשטר יש לחלק דנשארת החזקה דשטרא בידי מאי בעי דאפשר דנטרפה השעה כמו דמחלק המל"מ. אף גבי שבועה דמצד השטר הנה צריף שבועה בפוגם שטרו רק החזקה דתו"ז פוטרו משבועה וכיון דאיתרע החזקה דתו"ז משום דפרע מקצתו. ע"כ אין מוציאין מהלנה עד שישבע המלנה שבועת פוגם. וידוע מש"כ הרא"ש בפ"ט דכתובות גבי פוגמת בעדים.

דכיון דהוי ספיקא דלא איפשיטא. ע"כ לא תפרע אלא בשבועה.

כ"ז כתבתי בקונטרס אחד מקבר: ולפ"ז נדחה ראיתי מרבנינו האי דס"ל דפוגם שטרו בתו"ז ישבע. וכתבתי לעיל דמוכח דס"ל דאף בחזקה דתו"ז בשטר ביחד באם טוען שמה אינו גובה.

די"ל דאין זה ראיה משום דשא"ה דאיבטל ליה החזקה דתו"ז לגמרי ולא נשאר לנו רק החזקה דשטרא בידי כו'. ובה אה המלנה טוען שמה אינו גובה וכמו בכל שטר בס"ט.

וע"כ ס"ל דישבע שבועת פוגם. ואין סתירה מרבנינו האי להך דין מןודש שכתבתי.

ומהמחבר דסי' פ"ד הנ"ל מוכח שפיר להך דין שכתבתי. והש"ף דתמה על המחבר אפשר דאזל לטעמיה דכתב בס"ט ע"ח להוכיח מתשו' הרא"ש דבירושין אף דטוען שמה.

מכל מקום מהני חזקה דתו"ז. ובאמת לפמש"כ אין זה ראיה דהא התם הוי חזקה דתו"ז עם שטר וכנ"ל.

אלמא דהש"ף לא נחת לזה. אף בלא"ה לא הוצרך הש"ף שם להוכיח דהא לא גרע חזקה דתו"ז מן שטר דירושין נשבעין שלא פקדנו וגובין כדקיי"ל לדינא פנ"ל: וע"כ לדינא הדין נותן דבשטר וחזקה תו"ז ביחד אף דטוען שמה מ"מ גובה בו.

[עיינן בש"ף סוף סי' פ"ט ובסי' ק"ח ס"ק ז' וסוף סי' מ"א וקצאתי בכ"ז]. דהא מעלת חזקה תו"ז עדיפא ממעלת ברי ושמה במקום דה"ל למידע ג"כ.

דהא ברי ושמה אף במקום דה"ל למידע אינו מוציא מןחזק דהא קיי"ל ברי ושמה חזקת ממון עדיף. ואלו בחזקה תו"ז מוציא מןחזק.

וע"כ ע"י צירוף לחזקה תו"ז מתקון החסרון שיש בטענת התובע דטוען שמה במקום דה"ל למידע פנ"ל: ונעדיין יש לדחות זה ולומר דלעולם מעלת חזקה תו"ז גרוע ממעלת ברי ושמה והא דמועלת חזקה תו"ז להוציא ממון.

י"ל הטעם דהא היכא דמועלת חזקה תו"ז אז מועלת ברי ושמה. דהא בכל חזקה דתו"ז הוי בי לעולם חזקת חיוב ג"כ.

והיכא דהוי חזקת חיוב אז מועלת ברי ושמה להוציא ממון. כמו באיני יודע אם פרעתי דחיוב משום מעלת ברי וחזקת חיוב.

ע"כ נדחה לכאורה הוכחה הנ"ל. אכן באמת זה אינו נעדיין ההוכחה בתקפו וקצרתיו: וכן לפמש"כ במק"א לדון דכל יורש מקרי א"י א"נ ולא הוי כא"י א"פ משום דהא הוי ספק שפא פרע המוריש והוי היורש בחזקת פטור ולא הוטל עליו מעולם שום חזקת חיוב פלל וכמש"כ פן גם הבית מאיר בסי' קע"ח וכמש"כ במק"א בארנקה.

והא חזינו דחזקה תו"ז מוציא אף מיתמי פמבואר ב"ב (דף ה'). אלמא דאף היכא דלא ה"ל חזקת חיוב כמו ביתמי דהוי ספק שפא פרע המוריש ולא הוטל עליהם שום חיוב פלל ואפ"ה גובין מיתמי.

הרי דחזקה תו"ז אלימא אף היכא דלא הוי חזקת חיוב ג"כ וע"כ שפיר הוכחתי פנ"ל. וכן יש להוכיח מהא דבכור בתוך ל' יום בחזקת שלא נפדה אף דהוי ספק בעיקר החיוב פנ"ל.

אף לפמש"כ התוספות בב"ב (דף ה') ד"ה פי היכי כו' לחלק דשאני בבכור דאף אבני ורבא מודו ה"ת. אינו ראיה מהתם לכל חזקה תו"ז.

אף מהא דב"ב (דף ה') שפיר הוכחתי פנ"ל: ועוד יש להסביר פל זה ביתר ביאור והוא דהא עיקר הטעם דמלנה טוען שפא על שטר אינו גובה משום דחזקת ממונא בצירוף פרי של הלנה עדיף מחזקת שטרא בידי.

והנה חזקת תו"ז או חזקה דשטרא בידי כ"א עדיף ממחזק דהא בשניהם טוענים פרי או שפא גובה מהלנה פמבואר בסי' נ"ט וסי' פ"ב. וכיון דבחזקת ממונא בטוען הלנה שפא אין מוציאין ממנו אף דאיתרע טענת הלנה בטוען שפא דה"ל למידע.

מ"מ מעלת החזקת ממונא עדיף מן ריעותא דיש בטענת הלנה הטוען א"י. וע"כ אף דיש ריעותא בטענתו מ"מ אלים מעלת המחזק.

וכיון דבמחזק מצינו פן כש"כ במעלת שטרא בידי או בחזקה תו"ז דעדיף כ"א מחזקת ממונא. דודאי אף במקום דטוען המלנה שפא לא איתרע החזקה הנ"ל וכ"א מהחזקות הנ"ל הוא בתקפו.

והא דאינו גובה מהלנה אם התובע טוען שפא. הטעם הוא משום דחזקת ממונא נצירוף פרי של הלנה שניהם ביחד עדיף ממעלת שטר.

או מן מעלת חזקה תו"ז. וזה אינו שייך אלא נגד פל חזקה בפ"ע.

אבל היכא דהוי חזקה בשטר בצירוף תו"ז דהא אחת משתי החזקות הנ"ל עדיף ממעלת מחזק. ונתבטל מעלת המחזק שיש להלנה ואין פאן להלנה זכות רק מעלת פרי בלבד משום דלהמלנה יש ריעותא בטענתו דטוען שפא.

ע"כ י"ל פיון דהחזקת ממונא היא בתקפה אף במקום דאיכא ריעותא דטוען הלנה שפא. א"כ כש"כ באחת מהחזקות הנ"ל דכל אחת מהם בתקפה אף במקום ריעותא דטוען שפא והוי כמו דנסתלק הריעותא דטוען שפא לגמרי.

ואין פאן ריעותא פלל לפנינו בטענת המלנה. ונגד מעלת מחזק דיש להלנה יועיל בזה אחת מהחזקות הנ"ל דעדיף ממעלת מחזק פנ"ל.

וע"כ בצירוף שתיקה ביחד אף בטוען שמא הדין נותן גובה בו המלנה. ואף דמצינו בסוף סי' מ"א בש"ט שגפ"ל אף בתו"ז דאיתרע דאינו גובה בו.

אף דיש שני חזקות הנ"ל. שא"ה דהוי ריעותא גדולה דנפ"ל איתרע.

משא"כ בני"ד כמו שנתבאר. ועפ"ז א"ש דברי המחבר בסי' פ"ד סעיף ב' במש"כ שם בפוגם תו"ז א"צ לישבע רק בטוען השבע לי וכמש"כ לעיל בארנפה בענף א'.

נדברי המחבר בסי' פ"ד סעיף ה' גבי עד אחד ז"א קשה כ"כ דשא"ה פ"ד דעיקר שבועת ע"א הוא להפיס דעתו של בעה"ב א"כ בתו"ז מפנייניס ועומד הוא כ"ז דלא טען השבע לי וכמש"כ פ"ד ע"ז הקצה"ח בסי' פ"ד ס"ק ד' עיי"ש.

אף דברי המחבר שם סעיף ב' הם מוקשים בסב"א. אכן לפי מה שנתבאר א"ש דברי המחבר: ומ"מ לדינא קשה לסמוך על זה ולהוציא ממון פ"ד דמהש"ה בסי' ע"ח ס"ק א' במה שהוכיח מתשובת הרא"ש שהביא הטור בסי' ע"א לחזקה דתו"ז.

ולא מחלק דשא"ה בתשובת הרא"ש דה"ל שטר וחזקה תו"ז. מוכח דס"ל שלא לחלק בזה וע"כ אין להוציא ממון בחזקה ושטר ביחד אם המלנה טוען שמא.

ומ"מ אם תפס אין להוציא מהמלנה אף דטוען שמא פ"ד דהחזקה דתו"ז והשטר מסייע לו. ולכל הפחות הוי זה ספיקא דדינא ע"פ כל מה דנתבאר: ב (שם סעיף א' בהג"ה) דלא אמרינן חזקה דתו"ז אלא במלנה אבל אם היו מופקדין ועוסק בהם כו'.

והאו"ת באורים ס"ק ח' כתב בשם המהרי"ט ח' ח"מ סי' קכ"ד דפסק דאם צריך ליתן רינח בבירור פגון להקדש וכדומה אפילו דבר מועט נאמן לומר דפרע בתו"ז לפי שהרינח שנותן הוא קבוע וברי היזיקא כו'.

וכ"כ בתשובת הר הפ"מ ח' ח"מ סי' כ"ה דבהלואות שלנו שהם על רינח הן בשטרי עסקא והן בפקודים דליתא בכ"ז להחזקה דתו"ז והביא פ"ד בשם הראנ"ח: ענף א' ובספרי נחל יצחק בסוף ספרי בקונטרסי לאה"ע סי' ע"ז ענף ח' כתבתי לדון בכתובות (דף ק"ז) באשה שהלה בעלה דרב ס"ל פוסקין מזונות לא"א ושמואל ס"ל דאין פוסקין מזונות לא"א ופריה הגמ' מ"ט דשמואל ר"ז אמר אימא צררי אתפסה ר"פ אמר חיישינן שמא א"ל צאי מע"י למזונותיה.

ואף דהוי בכלל הטוען אחר מעב"ד דלא אמר פלום וגם למ"ד דלית לי כו' מ"מ שייך בזה לומר מה הועילו חכמים בתקנתם פ"ד מש"כ התוס' בכתובות (דף צ"ו) ד"ה יתומים אמרו נתנו כו'. אפ"ה ס"ל דאין פוסקין מזונות מפני החששות הנ"ל ע"פ סברת התוס' שם ד"ה ששמעו בו כו' דטעמא דשמואל דאין פוסקין משום דמוכחא מילתא מדאינו חזיר שנסתלק ממנה בשום ענין כו'.

וכ"כ הר"נ שם. והארכתי שם במה דיש לדון ולחוש שמא גירשה כו'.

והקשיתי לשיטת הפוסקים כדקיי"ל דע"י השלשת גט וכתובה מקפטר מן מזונות אף דהוי בעל פרה א"כ נחוש שמא שלח לה גט וכתובה ע"י שליח והיא לא רצתה לקבל וממילא נפטר מהמזונות ובזה לא שייך לומר אם איתא דגירשה קלא אית לי כו'.

ועיין בר"נ ובפני יהושע שם שהביא בשם הירושלמי דחיישינו שמה שלא צררי ע"י שליח. א"כ קשה אמאי לא אמרו שם ה"ט דלכן ס"ל לשמואל דאין פוסקין מזונות לא"א משום דכיון דמוכח מילתא מדאינו חוזר שנסתלק ממנה בשום ענין כמש"כ התוס' והר"נ דאמרו מה"ט לחוש לצררי כו' אף דיש לומר בזה הסברא דאם אתפסה צררי ה"ל ליקח שובר ממנה עי"ז ואל"כ ה"ל בכלל הטוען אחר מעב"ד כו'.

וכש"כ בהחשש שמה שלח לה גט וכתובה ע"י שליח די"ל דלא נתרצתה לקבל ע"כ לא התזירה הפתובה שת"י וכן לא נתנה לו שובר ונשאר כ"ז מונח ת"י השליח לעיקול עד שתתן שובר או תחזיר הפתובה פמבואר בסי' נ"ד דיכול לעכב הפרעון עד שתחזיר השטר ע"ש.

ואף דגם זה הוא בכלל הטוען אחר מעב"ד דע"פ דין אינו נאמן בכ"ז מ"מ פיון דיש לדון בזה לסברת התוס' דמוכח מילתא שנסתלק ממנה כו'. [ועיין בירושלמי יבמות פ' י' ה"א דשמואל א' שמה שלח לה גיטה ממדינת הים.

אף אין זה ענין לנ"ד דהתם מיירי לענין מה דחיישינו דיאמרו בעלה שלח לה גט ממד"ה. ויאמרו א"א יוצאה בלא גט.

אבל לדינא י"ל דלא חיישינו לזה וקצרתים]: וכתבתי שם לתרץ דלכן לא חיישינו שמה השליש גט וכתובה ע"י שליח משום דאמרינו בזה חזקה דתו"ז ואף לר"פ כו' והא דחשו שמה צררי אתפסיגהו שא"ה בחוב מזונות ע"פ סברת הש"ך גבי קונטרסים כו'.

אבל לפרוע הפתובה תו"ז לא חיישינו ואף דיש לו רנוחא דמקפטר ע"י זה ממזונות מ"מ דיינינו בזה הך חזקה דתו"ז. א"כ מוכח מזה דגם בהלואות על רנוח ג"כ דיינינו דאינו נאמן לומר דפרע תו"ז כו' ע"ש בספרי.

אף יש לחלק דשא"ה דלא הוי חוב ברור דשמה תמות בחייו וע"כ בכה"ג י"ל דאף היכא דאיכא רנוחא ג"כ שייך החזקה דתו"ז דכיון דעיקר החוב הוא בספק ע"כ לא יטיל מעותיו בספק משום דיהיה לו קצת רנוח.

אבל בחוב ברור עדיין יש לומר דכיון דיש לו רנוחא יקדים הפרעון אף בתו"ז וכה"ג פתבו התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה פי היכי כו' ובחוס' ב"מ (דף ק"ב) ד"ה בחזקת שלא נפדה כו' לחלק בין חוב ברור כו'.

וכ"כ האו"ת ס"ק א' לחלק פן גבי ענין אחד ע"ש: אף באמת אין זה קשה לפי מש"כ הר"נ ר"פ שני דייני גזירות דטעמא דשמואל דס"ל אין פוסקין מזונות לא"א משום דאמרינו אילו אית' קמן הנה טעין הכי והיא לא תעזו פני' להכחישו כו' עכ"ל הר"נ.

הרי דעיקר טעמא דשמואל הוא דאמרינו שמה יבא בעלה ויטעון דאתפסה צררי או כו' והיא לא תעזו פניה נגדו כעין מה דאמרינו בדוכתי טובא חזקה אין אשה מעיזה ואף דבמזון לא מהני הך חזקה פמבואר בש"ך ח"מ סי' ס"ב ס"ק ו' בארובה מ"מ י"ל פיון דיש פאן לדון לסברת התוס' והר"נ דמוכחא מילתא מדאינו חוזר שנסתלק ממנה כו' פנ"ל ע"כ במקום צירוף מצרפינו בזה להסברא דהיא לא תעזו פניה להכחישו ויבא הענין לידי ברור ע"כ אמרו אין פוסקין מזונות.

וכיין דהטעם הוא משום שלא תעזי פניה ע"כ לא אמרו הטעם דשמא שלח לה גט וכתובה ע"י שליח דהא בנדריים (דף צ"א ע"א) בר"נ בד"ה ואיפא למידק אשמעתין כו' פתב בשם הרמב"ן דלא דמיין אהדדי כו' משום חזקה דאין אשה מעיזה.

דכי אמרינן הכי היכא דאיהי בעיא לאפוקי נפשה מבעלה כו' אבל התם דאיהו בעי לאפוקי נפשה מעיזה כו' עכ"ל. א"כ ה"ה הכא בחדש שש שמא שלח לה גט וכתובה ע"י שליח לא שינה הסברא דהיא לא תעזי פניה להכחישו.

משום די"ל דכיין דאיהו בעי לאפוקי אותה בגט וכתובה ע"כ לא תחזור מדבריה שאומרת לפנינו שלא שלח לה מעולם גט וכתובה ולא יבא הענין לידי בקורר פלל ע"כ לא אמרו טעם זה אליבא דשמואל.

ולכן אין מקום להוכיח מזה פלל לנ"ד. אף בעיקר דברי הר"נ דשם יש לדון טובא וקצרתיו: ענף ב ובב"מ (דף ז' ע"ב) מצא שטר כתובה בשוק כו' ר' יוסי אומר עודה תחת בעלה יחזיר לאשה נתארמלה או נתגרשה לא יחזיר כו' ופי' רש"י בד"ה יחזיר לאשה דלא עביד אינש ליתן כתובה קודם גירושין.

ורבנן פליגי וס"ל דאף עודה תחת בעלה לא יחזיר משום דס"ל דכיין דנפל איתרע ע"כ אף בתו"ז דייגינן פן פמבואר בארנפה בש"ך סי' מ"א ס"ק י"ט. אף ר' יוסי ס"ל כיין דלא עביד אינש ליתן כתובה בתו"ז ע"כ לא אמרינן בזה נפל איתרע.

ונקדים מה דאי' בכתובות (דף נ"ג ע"א) מוחלת כתובה לבעלה אין לה מזונות ופי' רש"י באלמנותה כו'. ושיטת הרמב"ם פ' י"ז ה' אישות ה' י"ט דהמוחלת כתובה אין לה מזונות אף בחיי הבעל.

וראייתי בכסף משנה שם שפתב פ' נראה מדברי הרי"ף וקרא"ש כו' עכ"ל. ודבריו תמוהים דהא מבואר להדיא להיפוך בקרא"ש כתובות פ"ד סי' כ"ד שפתב ראייתי מפרשים אין לה מזונות אף מהבעל וקא ליתא פלל כו'.

א"כ אדרבה דעת קרא"ש דבחייו יש לה מזונות וכפי' רש"י. וע"כ בנודאי מש"כ הכ"מ פן בשם קרא"ש זהו טעות סופר.

ועיקר הד' פלוגתא הובא באה"ע סי' צ"ג סעי' ט'. ולשיטת הרמב"ם דס"ל דמוחלת כתובה אין לה מזונות ה"ה בנפרעה כתובה מרצונה אין לה מזונות אף בחיי הבעל משום דשיטתו דהיכא דאין לה כתובה אין לה מזונות אף בנפרעה פמבואר בקרא"ש ה' אישות פ' י"ב ה' י"ח ונה' לשונו יש מן הגאונים שהורה שאין פוסקין מזונות לאשה שהלה בעלה או שמת בעלה עד שיהא שטר כתובה יוצא מת"י ואם לא תוציא שטר כתובה אין לה מזונות שמא נטלה כתובה מבעלה או מחלה לו כתובה שאין לה מזונות כמו שיתבאר.

ויש מי שהורה שפוסקין לה מזונות בחזקת שלא נטלה ולא מחלה ואין מצריכין אותה להביא כתובה ודעתי נוטה לזה במי שהלה בעלה הואיל ויש לה מזונות מה"ת אבל אם מת בעלה אין לה מזונות עד שתביא כתובה מפני שהיא אוכלת בתק"ח ועוד שגזירות מנכסי יורשים ולעולם טוענין ליורש עכ"ל הרמב"ם.

וְדַבְרֵי הַרְמַב"ם הִלְזוּ הוּבָא בְּרֵא"ש לְכַתְּוֹבוֹת פ' י"ג ס' ו'. וְעֵינֵי מִזְה בֵּא"ה ע' ס' צ"ג ס' ע"י י"ח וּב"ש ס"ק כ"ט: א"כ מְבוֹאֵר לְהַדְיָא ה' דס"ל דָּאָם יְדוּעַ שְׁנַטְלָה פְּתוּבָתָה מִבְּעֵלָה אֵין לָהּ מְזוּנוֹת אַף בְּחַיֵּי בְּעֵלָה כְּמוֹ דְאָמְרוּ בְּמוֹחֵלֶת דס"ל לְקַמְן פ' י"ז ה' י"ט דָּאָף בְּחַיֵּי הַפְּסִידָה הַמְזוּנוֹת וְנָה שְׁפָתַב הַרְמַב"ם שְׂאִין לָהּ מְזוּנוֹת כְּמוֹ שְׂיַתְבָּאָר.

אָדָּה כ"ז שְׁלֵא יְדוּעַ שְׁנַטְלָה הַפְּתוּבָה ס"ל כְּדַעַת יֵשׁ מִי שְׁהוּרָה שְׁפוּסְקִין לָהּ מְזוּנוֹת בְּחֻזְקָה שְׁלֵא נִטְלָה וְלֹא מְחֵלָה פִּינּוֹן דִּישׁ לָהּ מְזוּנוֹת מֵה"ת. וְהָא דְאָמְרוּ בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף נ"א) דָּאָם אָמַר הַרִי גִיטָה וּכְתוּבָתָה תִּרְפָּא א"ע רִשְׁאֵי דְבְּעֵינּוּ גִט וּכְתוּבָה בְּיַחַד הֵינּוּ בְּפִרְעוֹן בַּע"כ וּכְמַש"כ בְּקוֹנְטְרָסִי לֵא"ה ע' ס' ע"ז הַנְּדָפְס בְּסוּף סְפָרֵי גַחַל יִצְחָק לְבָאָר זֶה הֵיטֵב בַּע"ז"ה.

אָבֵל הֵיכָא דְנִפְרַעַת הָאִשָּׁה מֵעֲצָמָה אִזְ אֵיבְדָה הַמְזוּנוֹת אַף בְּחַיֵּי הַבְּעֵל לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם וְיֵשׁ מִן הַגְּאוּנִים שְׁהוּבָא שָׁם פּנ"ל. וְהָא דְמוֹכְרַת כְּתוּבָתָה לְבְּעֵלָה דס"ל לְהַרְמַב"ם דִּישׁ לָהּ מְזוּנוֹת בְּחַיֵּי כְּמַש"כ הַב"ש בְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם בֵּא"ה ע' ס' צ"ג ס"ק י"ח בַּע"כ מוֹכַח לְחֻלְק דְשְׂאֵנִי מְכָרָה בְּעַד טוֹבַת הַנְּאָה בְּזָה אָמְרוּ הַטַּעַם דְּהוּי פְּאוּנְס כְּמוֹ שְׂאָמְרוּ בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף נ"ג) גְּבִי כְּתוּבַת בְּנֵן דְּכָרִין וּכְמַש"כ הַב"ש שָׁם.

אָבֵל בְּנִפְרַעַת כְּלוּלָה בְּזָה לֹא אָמְרִינּוּ דְּהוּי פְּאוּנְס וּכְמַש"כ בְּקוֹנְטְרָסִי לֵא"ה ע' ס' ע"ז הַנְּ"ל וְעֵינֵי שָׁם בְּעֵנָף ד' מִזְה: וּלְפִי מָה שְׁנַתְבָּאָר בְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם דס"ל דָּאָם נִטְלָה כְּתוּבָתָה אֵין לָהּ מְזוּנוֹת אַף בְּחַיֵּי בְּעֵלָה.

א"כ יֵשׁ לְהַעִיר דְּאִמַּי ס"ל לר' יוֹסִי לְחֻלְק דְּבַעוּדָה תַּחַת בְּעֵלָה יַחְזִיר לְאִשָּׁה וּבְגַתְאֲרַמְלָה לֹא יַחְזִיר לָהּ וְהָא אַף בְּעוּדָה תַּחַת בְּעֵלָה יֵשׁ לְחַוֵּשׁ שְׁמָא נִפְרַעַת הַפְּתוּבָה פִּינּוֹן דס"ל לְהַרְמַב"ם דִּין דְּנִפְלֵ אִיתְרַע הַשְּׁט"ח וְהַפְּתוּבָה א"כ מְמִילָא ה"ה אַף עוּדָה תַּחַת בְּעֵלָה ג"כ נִיחַוֵּשׁ לְפִרְעוֹן וְאֵין לוֹמַר דְּהַטַּעַם הוּא מְשוּם דְּאֵין אָדָם פּוֹרַע בְּתו"ז.

דְּזָה אֵינוֹ דָּאָם נִימָא דְּהֵיכָא דְּאֵיכָא רְנוּחָא לְהִלְוָה כְּמוֹ מְלוּנָה עַל רוּוּחִים וְכַה"ג יֵשׁ לְדוּן דְּאָדָם עָשׂוּי לְפָרוּעַ בְּתו"ז וּכְמַש"כ הַמַּהֲרִי"ט וְהַאוּ"ת וּבְתַשׁוּבַת הַר הַפְּרָמֶל הַנְּ"ל. א"כ ה"ה בְּכַתְּוֹבָה הָא אֵיכָא רְנוּחָא לְהַבְּעֵל פְּשִׁמְסֻלְקָה לָהּ הַפְּתוּבָה דַּע"ז נִפְטָר מִן חוּב מְזוּנוֹת א"כ אֵיכָא רִינוּחַ בְּרוּר לְהַבְּעֵל כְּשִׁנְפְּרַעַת הַפְּתוּבָה א"כ לֹא שְׁיִיף בְּכַה"ג מַעֲלַת הַחֻזְקָה בְּתו"ז.

ע"כ מְמִילָא דוּמָה לְכָל שְׁט"ח הַנְּמַצָּא בְּשׁוּק דְּאָמְרִינּוּ פִּינּוֹן דְּנִפְלֵ אִיתְרַע וְלֹא יַחְזִירוּ. וּמִדְּחֻזִּינּוּ דס"ל לר' יוֹסִי דְּעוּדָה תַּחַת בְּעֵלָה יַחְזִיר מוֹכַח דְּהֵיכָא דְּדִינִינּוּ לְהַחֲזִיקָה בְּתו"ז דְּאָף הֵיכָא דְּאֵיכָא רְנוּחָא לְהַמְלִינָה ע"י מָה שְׁיִפְרַע בְּתו"ז ג"כ אָמְרִינּוּ הַחֲזִיקָה בְּתו"ז דְּכָלְלָא הוּא דְּאֵין אָדָם עָשׂוּי לְפָרוּעַ בְּתוּף זְמַנּוֹ בְּשׁוּם גְּוּוּנָא כָּלְל.

וְאֵין לוֹמַר דְּשֵׁא"ה בְּכַתְּוֹבָה עוּדָה תַּחַת בְּעֵלָה דְּכִינּוּ דְּאָסוּר לְהַשְׁהוּת אִשְׁתּוּ בְּלֹא כְּתוּבָה ע"כ לֹא חֲשׂוּ הֵתָם שְׁמָא נִפְרַעַת כְּתוּבָתָה. דְּזָה אֵינוֹ דְּהָא ר' יוֹסִי ס"ל דְּרִשְׁאֵי לְהַשְׁהוּת אִשְׁתּוּ בְּלֹא כְּתוּבָה כְּמִבְּוֹאֵר בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף נ"ו ע"ב) דַּר"מ ס"ל כָּל הַפּוֹחַת לְבַתּוּלָה מְמַאֲתִים כו' ה"ז בְּעִילַת זְנוּת ר' יוֹסִי אוֹמַר רִשְׁאֵי וְאָמְרוּ שָׁם לְקַמְן זֹו דְּבָרֵי ר"מ אָבֵל חֻקִּים אוֹמְרִים מְשַׁהָא אָדָם אִשְׁתּוּ כו'.

וכינן דר' יוסי ס"ל דמותר להשהות אשתו בלא פתובה ע"כ ליכא למימר ולחלק בן: א"כ מוכח מהך סוגיא דב"מ ה"ל דאין לחלק בין איפא רנוחא לליכא רנוחא ולעולם אמרינו דאין אדם פורע בתו"ז.

אף יש לחלק דשא"ה דעיקר חוב פתובה לא הוי חוב פרור דשפא תמות בתינו וכינן דהוי עיקר החוב בספק שפא לא יבא לידי גוביינא ע"כ בכה"ג מציינו דאף במקום רנוחא לא משלם בתו"ז פינו דעיקר החוב הוא בספק וכמש"כ לעיל.

ומה"ט אתי שפיר הא דאמרו דלר' יוסי בעודה תחת בעלה יחזיר דתקשה לאביי ורבא דס"ל בב"ב (דף ה') דעביד אינש דפרע בתו"ז דא"כ אמאי ס"ל לר' יוסי עודה תחת בעלה יחזיר ודוחק לומר דס"ל דזה גופא הוא פלוגתת רבנו ור' יוסי שם וס"ל פרבנו דלכו קאמרי דאף עודה תחת בעלה לא יחזיר משום דלא ס"ל כלל להחזיקה דתו"ז דזה אינו מפמטהעמים.

וע"כ מוכח לחלק דשאני היכא דלא הוי חוב פרור בכה"ג אף אביי ורבא מודו דאין אדם פורע בתו"ז וכמש"כ התוס' לחלק בן בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה פי היכי כו' ובב"מ (דף ק"ב ע"ב). ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' מ"א במש"כ לתרץ שם גושיות הש"ף.

א"כ י"ל דלא מציינו בן רק בחוב פתובה דהוי בספק אבל בחוב פרור שפיר יש לומר כמש"כ האחרונים ה"ל דבמקום דאיפא רנוחא עשוי לפרוע אף בתו"ז ואין ראיה משם לנ"ד אף לשיטת הרמב"ם דס"ל דבנטלה פתובה אין לה מזונות אף בתינו וכש"כ לשיטת הפוסקים החולקים עליו וס"ל דמזונות בתינו לא הפסידה כלל אף בנטלה או מחלה ונדאי דליתא לראיה זו פלל: ** (הגה"ה וע"פ כל זה יש לתרץ גושיות הש"ף) בס"מ"א ס"ק י"ט על הרמב"ם שכתב בשם הורו רבותי בשטר שנפל דאף בתו"ז אמרינו נפל איתרע והראב"ד השיג עליו משום דבתו"ז לא אמרינו נפל איתרע והקשה ע"ז מהך סוגיא דב"מ (דף ז') דאמרינו גם בפתובה עודה תחת בעלה דלא יחזירו משום דאמרינו גם בזה נפל איתרע א"כ קשה על הראב"ד וכן תקשה על הרמב"ם דלמה תלה דין זה בהוראת רבותיו והאריף שם.

ובספרי נחל יצחק שם פתבתי לתרץ זה. אכן לפמש"כ לעיל דהרמב"ם ס"ל דאם נפרעה פתובה אין לה מזונות אף בתינו וגם הראב"ד ס"ל בן דהא לא השיג על הרמב"ם ה' אישות פ' י"ז ובפרק י"ב שם.

לכן יש מקום לחלק דשאני חוב פתובה דאף עודה תחת בעלה אמרינו נפל איתרע משום דזה גרע מפל חוב תו"ז לפי דהכא יש רנוחא להבעל במה שמסלק לה הפתובה דנפטר עי"ז ממזונות וכמש"כ הפוסקים ה"ל לחלק דבמקום דאיפא רנוחא להלנה דיפטר עי"ז מן תשלומי רוחים דכה"ג אדם עשוי לפרוע אף בתו"ז ע"כ אינו מוכח מן הא דב"מ לגידון דכל שט"ח בתו"ז ואתי שפיר דברי הרמב"ם והראב"ד: ועוד יש לומר ולתרץ לגושיות הש"ף ה"ל ע"פ מש"כ הריטב"א בחידושו לב"מ (דף ז' ע"ב) בד"ה ר"פ אמר כו' דבאמת לא חיישינו לפרעון בתו"ז אף היכא דנפל השט"ח והא דס"ל לרבנו שם אליפא דאוקמתא דר"פ דחיישינו אף עודה תחת בעלה דשפא צררי אתפסה הטעם הוא ע"פ דברי מורי הרב דכינן דאסור להשהות אשתו בלא פתובה א"כ יש לחוש שפא פינו

דְּנֹאֲבָדָה הַפְּתוּבָה אֲתַפְּסָה מְטַלְטְלֵי כְּמוֹ דְּאִי בְּכַתְּוּבוֹת (דף ז') כְּדִי שְׂיִהְיֶה מוֹתֵר לוֹ לֵהוּיֹת עִם אֲשֶׁתוֹ כּו' עכ"ל הַרִיטְבֵּ"א.

א"כ מִתְנַרְץ גּוֹשְׁוֹת הַשֵּׁ"ף בְּפִשְׁטוֹת דְּהָא גַם הַרִיטְבֵּ"א כָּתַב דַּע"פ דִּין אֲמַרִינּוּ דְּלֹא אִיִּתְרַע לִי הַחֲזָקָה דְּתוֹ"ז אַף דְּנֹאֲבָד הַשֵּׁט"ח וְהָא דְּכַתְּוּבָה שְׂאֵנִי מִשּׁוּם דְּאָסוּר לְהַשְׁהוֹת אֲשֶׁתוֹ בְּלֹא פְתוּבָה מְצוּי לְהַתְּפִיסָה צָרְרִי.

וַעֲפ"ז יֵשׁ לוֹמֵר דְּלֶכֶן ר' יוֹסִי דַס"ל שָׁם דְּעוֹדָה תַּחַת בְּעֵלָה יִחְזִיר לְאֲשֶׁה מִשּׁוּם דְּאֲזוּל לְשִׁיטְתוֹ דַס"ל לר' יוֹסִי בְּכַתְּוּבוֹת (דף נ"ו) דְּרִשְׁאֵי לְהַשְׁהוֹת אֲשֶׁתוֹ בְּלֹא פְתוּבָה ע"כ מִמִּילָא ה"ל דִּינָה שָׁל עוֹדָה תַּחַת בְּעֵלָה כְּכֹל חוֹב בְּתוֹ"ז דְּלֹא חִיִּישֵׁינּוּ לְפַרְעוֹן וְצָרְרִי וְכַמֶּש"כ הַרִיטְבֵּ"א.

וְרַק טַעֲמָא דְּרַבְּנָן הוּא מִשּׁוּם דַס"ל דְּאָסוּר לְהַשְׁהוֹת כּו' פְּנ"ל וְלר' יוֹסִי דַס"ל דְּרִשְׁאֵי א"כ לֹא שְׂיִיגֵי סְבַרְת הַרִיטְבֵּ"א הַנְּ"ל אֶלְיָבִי דְר' יוֹסִי. וְהִנֵּה הַשֵּׁ"ף שָׁם הִבִּיא דְּבָרֵי הַרִיטְבֵּ"א דב"מ שָׁם שְׁפַתְב לְעִיל מִינָה בְּהָא דְּשֵׁטֵר פְּתוּבָה פְּוֹלָה ר' יוֹסִי דַע"ג דְּבִשְׁטֵר דְּעֵלְמָא חִיִּישׁ ר"י לְפַרְעוֹן אַף בְּתוֹ"ז כּו'.

וְתַמְהֵנִי עֲלִיו דְּלֹא הִבִּיא לְדְּבָרֵי הַרִיטְבֵּ"א הַנְּ"ל דְּכַתְּב בַּד"ה ר"פ א' כּו' דְּבַכְּל חוֹב בְּתוֹ"ז לֹא חִיִּישֵׁינּוּ לְפַרְעוֹן וְשְׂאֵנִי שֵׁטֵר פְּתוּבָה פְּנ"ל. וְקוֹשְׁוֹת הַשֵּׁ"ף הַנְּ"ל הַקְּדִימוֹ הַרִיטְבֵּ"א וְכַתְּב לְתַרְץ זֶה הֵיטֵב בְּשֵׁם מוֹרוֹ הֵרַב כּו' פְּנ"ל.

(ע"כ הגה"ה): ** וַיֵּשׁ לְדוֹן סַעַד לְדְּבָרֵי הַמַּהֲרִי"ט דְּכַתְּב דְּהִיכָא דְּאִיכָא רַוּוּחָא לְהַלְוָה דְּנֹאֲמֵן לוֹמֵר דְּהַקְּדִים הַפְּרַעוֹן כְּדִי שְׂיִפְטֵר מִן תַּשְׁלוּמֵי הַרְיִנַח דְּכַעִין זֶה רְאִיתִי בְּשֵׁמ"ק לְפְתוּבוֹת (דף צ"ו ע"א) ד"ה בְּעֵי ר' יוֹחָנָן יְתוּמִים אוֹמְרִים נְתַנְּנוּ כּו' וְפִי רִש"י בְּמ"ק יְתוּמִים אוֹמְרִים נְתַנְּנוּ לָהּ מְטַלְטְלִין לְמַזוֹנוֹתֵי כּו' וְאִם תֹּאמַר אֶפְתִּי רִיעַ טַעֲנַתְיָהּוּ דִּיִּתְמֵי דְּמָה לְהֵם לְהַקְּדִים מְזוֹנוֹת לְשָׁנָה אוֹ שְׁנַתִּים הִי לְהֵם לְזוֹנָה דְּבַר יוֹם בְּיוֹמוֹ אוֹ לְשָׁלְשִׁים יוֹם לְכָל הַיּוֹתֵר וְמָה לְהֵם לְהַקְּדִים וַיֵּשׁ לוֹמֵר דְּאִיבְרָא אֵלוֹ הִיוּ נוֹתְנִין לָהּ מְעוֹת לֹא הִיוּ מְקַדְּמִין כ"כ אֲבָל לְפִי שְׁנַתְּנוּ לָהּ מְטַלְטְלִין וְהִיא מוֹכַרְת אוֹתָם לְמַזוֹנוֹתֵיהָ לְכָף הַקְּדִימוֹ לָהּ כְּדִי שְׁתַּמְכָּרָם עַל יָד עַל יָד וְלֹא יִזְדַּלְזְלוּ שְׂאֵלוֹ הִיוּ נוֹתְנִין לָהּ אוֹתָם כְּשֶׁהִגִּיעַ זְמַן הַחַיִּיב שָׁל מְזוֹנוֹת שְׁנָה אוֹ שְׁנַתִּים הִיִּתָּה מוֹכַרְת אוֹתָם מִיָּד וְהִיוּ מִזְדַּלְזְלִים הַמְטַלְטְלִים וְלְכָף פְּתַב הֵרַב ז"ל נְתַנּוּ לָהּ מְטַלְטְלֵי לְמַזוֹנוֹתֵי וְכו' פְּנ"ל וּבְמַהֲדוּרָא בְּתַרָּא לֹא פִי כֵּן שְׁפַתְב וְז"ל נְתַנְּנוּ דְּמֵי מְזוֹנוֹת לְשָׁנָה זֹו הַבָּאָה כּו' עכ"ל הַשֵּׁמ"ק.

הַרִי מְצִינּוּ כְּעִין סְבַרְת הַמַּהֲרִי"ט דְּהִיכָא דְּמַגִּיעַ טוֹבָה לְהַלְוָה ע"י מָה דְּמַקְּדִים הַתַּשְׁלוּמִין מְקוֹדֵם זמ"פ דְּאֲמַרִינּוּ דְּכֻזָּה עֲבִיד אֵינְשׁ לְפָרוּעַ מְקוֹדֵם זמ"פ וְאַף לְפִי פִי רִש"י בְּמַהֲדוּרָא בְּתַרָּא וְכַפִּי שְׁמַסִּיק הַשֵּׁמ"ק שָׁם הִיָּינוּ מִשּׁוּם דִּי"ל דַס"ל דְּאִין זֶה מְקַרִי רַוּוּחָא כ"כ בְּהַקְּדַמַּת הַמְטַלְטְלִין מִשּׁוּם דְּעֵיִקֵר סְבַרְתוֹ אִין זֶה בְּרוּר כ"כ.

אֲבָל הִיכָא דְּאִיכָא רִינַח בְּרוּר כ"ע מוֹדוֹ לְסְבַרְת הַמַּהֲרִי"ט הַלְז. וּבְעֵיִקֵר דְּבָרֵי הַשֵּׁמ"ק בְּכָל הַסְּוֹגִיא שָׁם יֵשׁ לְדוֹן טוֹבָא וְקַצְרִתִּי: עֲנָף ג וּמִן לְשׁוֹן הַרְמ"א שְׁפַתְב אֲבָל אִם הִיוּ מְעוֹת מוֹפְקָדִין בְּיָדוֹ וְעוֹסֵק בְּהוֹן לְצוּרָף אַחֲרִים הִנֵּי כְּשֶׁאֵר פְּקִדוֹן וַיְכוּל לוֹמֵר דְּהַחֲזִירוֹן אֶפְיָלוֹ תוֹף הַזְּמַן שְׁקַבַּע.

משמע דהיכא דהיו עיסקא לצורך עצמו כמו כל דין עיסקא המבואר ביו"ד סי' קע"ז דבזה אין נאמן לומר דהתזירן בתו"ז. וזה לשון הש"ך ס"ק ט' ואין לו הנאה מן המעות א"כ בכל עיסקא דיש לו הנאה א"י לומר דהתזירן בתו"ז.

ולכאורה מוכח מהרמ"א דלא ס"ל לסברת המהרי"ט שפתיב דנאמן לומר פרעתי בתו"ז פדי שירוויח הרווחים שלא יצטרף ליתן. אף יש לחלק ע"פ דברי האו"ת שפתיב דהמהרי"ט מייירי היכא שצריף ליתן ריוח ברור כמו להקדש וכדומה אבל בעיסקא דאינו נוטן הריוח רק אם יהיה ריוח ע"כ מה איכפת לי' להקדים התשלומין ואולי יקרה ליה ריוח ואם לאו גם להנותן אינו נוטן עכ"ל האו"ת.

ע"כ אינו ראי' מן דברי הרמ"א לסתור לדברי המהרי"ט. אף בעיסקא הנהוג האידנא דאף דנאמן על הרווחים בשבועה מ"מ יש הרבה תנאים שיצטרף ליתן בכל חודש וחודש חשבון וכדומה עד שמוכרח הוא ממש ליתן הרווחים פפי קצבתו שקצב א"כ י"ל דהתזיר בתו"ז פדי להקל מעצמו כו' כמש"כ האו"ת וסיים בצ"ע בפשטרי עיסקא שלנו.

אף בתשובת הר הפרמ"ל סי' כ"ה כתב בפשיטות דלא שיניף לדון בעיסקא להחזקה דתו"ז דאף דיכול לפטור ע"י שבועה או עדים מ"מ עשוי אדם לפייס את בעל השטר לקבל ש"ל אף תו"ז כשרואה שאינו עושה פירות כו' וכ"כ בשם תשובת מהראנ"ח ואין ספר הלז ת"י.

א"כ לסברת הר הפרמ"ל הלז יש לדון פן בכל עיסקא הנהוגות בזמן הש"ס והשו"ע ביו"ד סי' קע"ז ואפ"ה חזינו דס"ל להרמ"א היכא בפשיטות דעיסקא שיש לו הנאה לעצמו אין נאמן לומר דהתזירן בתו"ז פנ"ל א"כ יש לסתור לדברי הר הפרמ"ל מן דברי הרמ"א: אף יש לדון דאין לסתור לסברת הר הפרמ"ל מן דברי הרמ"א והוא דע"פ הסברא הנכון הוא פפי דברי הר הפרמ"ל דאף דנאמן בשבועה ליטבע דלא הרוויח מ"מ יש לומר פועין סברת הר"נ ברפ"ז דשבועות בקושיות הגמ' שם וליבת לי' בלא שבועה דאיכא למיחש בכדי חיי דאיכא אינשי דפרשי משבועה ואף בקושטא לא בעי לאשתבועי.

א"כ לפ"ז י"ל דהדרה הוא באם שרואה המקבל העיסקא שאינו עושה פירות ע"כ חושש שפא יצטרף ליטבע שבועה חמורה שלא הרוויח ואף בקושטא לא בעי ליטבע כמש"כ הר"נ וע"כ הקדימו ופרעו בתו"ז.

דאף דאם התובע ירצה יהיה יכול להשביעו על הפרעון מ"מ בזה י"ל דאינו חושד להמלנה שישביעו בחנם פיון דעיקר שבועת הדין הוא מצד חזקה אין אדם תובע א"כ יש לו עליו פמבואר בשבועות (דף מ').

וגם הא אמרו בב"מ (דף ל"ה) דדרה הלנה להאמין להמלנה. וע"כ אינו חושד שהמלנה ישביעו ש"ה בחנם פיון שהמלנה בעצמו יודע מהפרעון ובנדאי לא יכחישנו.

משא"כ בשבועה חמורה על לא הרווחתי דהמקבל נשבע על טענת שפא דהנותן דלא שיניף פן ע"כ י"ל דהמקבל אינו רוצה ליטבע אף שבועת אמת ובפרט שבועה חמורה בנק"ח ע"כ הדרה לפרוע אף בתו"ז פדי שפיטר משבועה חמורה.

וּכְעֵין סְבָרָא זוּ רְאִיתִי בְקִצָּה"ח ס"י ק"א ס"ק ו' שְׁפָתַי לְהִכְרִיעַ פְּשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים דְּהִיכָא דְמִסְלָקוּ בְּקַרְקַע א"צ הַלְלוּהוּ לְיִשְׁבַע מְשׁוּם דְּכִינּוּן דְּכַמָּה אִינְשֵׁי פְּרָשֵׁי אַף מְשֻׁבְּעַת אַמְתָּא וְכָל אֲשֶׁר יֵשׁ לוֹ יִתֵּן וְלֹא יִרְצֶה לְיִשְׁבַע א"כ הָוֵי כְּמוֹ פְּסִידָא דְיִכּוּל לְסַלְקוּ בְּקַרְקַע כּו' עכ"ל הקצה"ח.

הָרִי דְכַתְּבֵי דְחֵיבֵי שְׁבֻעָה מְקַרֵי בְּשֵׁם פְּסִידָא. אַף כְּבָר כְּתִיב הָרִי לְסְבָרָא זוּ כְּנ"ל.

א"כ לפ"ז יֵשׁ מְקוֹם לְדַבְּרֵי תְּשׁוּבַת מֵהֵרָאנ"ח וְהָרִי הַפְּרָמָל הַנֶּ"ל דְּמֵה"ט נֶאֱמָן לֹמֵר דְּפָרְעוּ לְהַעֲיִסְקָא אַף בְּתו"ז פְּדֵי שְׁלֵא יִצְטָרֵף לְיִשְׁבַע שְׁבֻעָה חֲמוּרָה: וּלפ"ז אֵין לְסַתּוּר לְדַבְּרֵיהֶם מִן הַרְמ"א דְּהָא לְקַמֵּן ס"י צ"ג סְעִיף ד' מְבֹאָר דְּיֵשׁ פְּלִגְתַּת רֵאשׁוּנִים בְּמַקְבְּלֵי עֵיִסְקָא אִם צָרִיף לְיִשְׁבַע אוֹ לֹא דְּהַרְמ"א הִבִּיא שְׁם דְּיֵשׁ חוֹלְקִים כִּינּוּן דְּמַקְבֵּל שְׁכָר טָרְחוּ א"צ לְיִשְׁבַע דְּלֹא שְׁיִיף מוֹרָה הִתִּירָא בְּזֵה כְּמִש"כ הַתּוֹס' בְּשֻׁבְּעוֹת (דָּף מ"ח) א"כ מְמִילָא כִּינּוּן דְּהִדִּין הוּא דְּבִסְפָק אִם חֲיִיב לְיִשְׁבַע אִינוּ נִשְׁבַּע כְּמִש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' פ"ז ס"ק י' וְשֵׁם ס"י צ"ג ס"ק ט'.

ע"כ שְׁפִיר כְּתִיב הַרְמ"א הָכָא לְדִינָא דְּאֵין נֶאֱמָן לֹמֵר שְׁהַחֲזִיר הַעֲיִסְקָא בְּתו"ז דְּלָמָּה לִי לְהַחֲזִיר בְּתו"ז דְּמָה אִיכְפַּת לִי הָא דְּהָא אִם יִרְוִיחַ מֵה טוֹב וְאִם לֹא יִרְוִיחַ הָא לֹא יִצְטָרֵף לִיתֵּן כָּלֵל וְגַם לֹא יִצְטָרֵף לְיִשְׁבַע שְׁבֻעָה חֲמוּרָה ע"ז ע"כ מְמִילָא דִּינוּ כָּלֵל חֲזָקָה תו"ז.

וכ"ז הוּא בְּזִמְן הַקּוֹדֵם אֲבָל הָאִידְנָא דְּהַתְּקַנָּה הוּא ע"פ תְּקַנְתָּ מְהֵרָם לְהַשְׁבִּיעַ שְׁבֻעָה חֲמוּרָה בְּשֻׁטְרוֹת שְׁנַעֲשׂוּ ע"פ הִיתֵר עֵיִסְקָא כְּשֻׁטְעֵן לֹא הִרְנוּחְתִּי וְכְמוֹ שְׁפָתַי בְּסַפְרֵי נְחַל יִצְחָק ס"י ס"ו בְּרִישׁ סִימָן הַנֶּ"ל עֲנָף ה' בְּשֵׁם הַשְּׁל"ה וְכ"כ הַנְּתִיבוֹת ס"י צ"ג ס"ק ג' וְכָבֵר הַקְּדִימוּ הַשְּׁל"ה.

א"כ הָאִידְנָא שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן כְּמִש"כ הֵרָאנ"ח וְהָרִי הַפְּרָמָל דְּנֶאֱמָן הַמְּקַבֵּל עֵיִסְקָא לֹמֵר הַחֲזִירִי בְּתו"ז פְּדֵי שְׁלֵא יִצְטָרֵף לְיִשְׁבַע ש"ח בְּלֹא הִרְנוּחְתִּי וּבְפָרְט לְפִמְש"כ בְּסַפְרֵי שְׁם דְּהַחֲמִירוּ בְּהָא ש"ח דְּאִינוּ יָכוּל לְהַטִּיל קַב"ח וְלֹא לְהַפֵּף הַשְׁבֻעָה עַל הַמְּלוּהָ שְׁחֹשְׁדוּ דְּהַתְּקַנָּה הִנֵּה דכ"ז דְּלֹא יִשְׁבַע יִשְׁלַם כְּפִי הַשְּׁנוּאָתָם וְאֵין לוֹ שׁוּם עֲצָה לְהַפְּטֵר מִן ש"ח ע"כ י"ל דְּחֲשֵׁשׁ וְלֹא רִצָּה שְׁיִהְיֶה הַעֲיִסְקָא בְּיָדוֹ כְּשִׁרְאָה שְׁאִינוּ עוֹשֶׂה פִּירוֹת וְלָכֵן אִינוּ קָשָׁה עֲלֵיהֶם מִן דְּבָרֵי הַרְמ"א: אֲכֵן יֵשׁ לְהוֹכִיחַ דְּלֹא כְּמִש"כ מִן הַטּוֹר וְהַשְּׁ"ע סִימָן ק"ח סְעִיף ד' שְׁפָתַי דְּבַעֲיִסְקָא תו"ז אֵין טוֹעֲנִים לְהִתְוֹמִים נֶאֱנָסוּ כו'.

הָרִי דס"ל לְהַטּוֹש"ע דְּאַף עֵיִסְקָא תו"ז דִּינוּ כָּלֵל חוֹב תו"ז וְהָא שִׁיטַת הַטּוֹש"ע בְּסִי' צ"ג סְעִיף ד' דְּמַקְבֵּל עֵיִסְקָא בְּשְׁכָר ג"כ צָרִיף לְיִשְׁבַע ש"ח א"כ מוֹכַח דְּלֹא כְּסִבְרַת הָרִי הַפְּרָמָל. אֲכֵן לְפִמְש"כ הָאו"ת לְחַלְקֵי דְּשִׁאנֵי עֵיִסְקָא הַנְּהוּגוֹת בּוּזָה"ז שְׁצָרִיף לִיתֵּן חֲשָׁבוֹן בְּכָל חוֹדֵשׁ כו'.

וְכֵן לְפִמ"ש דְּהַחֲמִירוּ בְּהָא ש"ח דא"י לְהַפֵּף וּלְהַטִּיל חֲרָם ע"כ שְׁפִיר יֵשׁ לְחַלְקֵי וְלְדוֹן דְּהָאִידְנָא אֵין לוֹ דִּין חוֹב בְּתו"ז. וְאֲפָשֵׁר דְּגַם תְּשׁוּבַת הָרִי הַפְּרָמָל נִתְּפָנִין לְזֵה רַק שְׁקִינְצֵר בְּלִשׁוֹנוֹ.

וְרְאִיתִי בְּחֲתָם סוֹפֵר ס"י קמ"ד שְׁפָתַי ג"כ בְּשֵׁם רַב א' דְּבַעֲיִסְקָא אֵין דִּינוּ כְּחוֹב תו"ז כו' אַף שְׁהַעֲלָה טַעַם אַחֵר דא"נ לֹמֵר שְׁהַחֲזִירוּ בְּתו"ז דְּאַף דְּהַמְּקַבֵּל עֵיִסְקָא חוֹזֵר בְּתו"ז מ"מ א"נ לֹמֵר שְׁחֹזֵר בּוֹ וְשׁוּיִי נִפְשֵׁי הַדְּרָנָא כְּמִבְּנָאָר ס"י קע"ו כו' עכ"ל.

וַיֵּשׁ לְדוֹן הַרְבֵּה בְּדִבְרָיו וּמִתְחִלָּה אָבָאָר לְדִבְרֵי הַרְמֵ"א דְהִכָּא שְׁפָתַב דָּאָם הָיוּ מְעוֹת
מְוִפְקָדִים בְּיָדוֹ וְעוֹסֵק בָּהֶם לְצוֹרֵף אַחֲרֵיהֶם יְכוֹל לֹמַר דְּהִתְחִזְרִין בְּתוֹ"ז: בְּיָאוּר נִכּוֹן עַל
דִּבְרֵי הַרְמֵ"א סִי' קַע"ו סְעִיף ג' וּבְכַמָּה עֲנִינִים הַשְּׂיִיכִים לָזֶה: עֲנָף ד' וַיֵּשׁ לְהַעִיר ע"ז מִן
מִשְׁכַּח הַרְמֵ"א בְּסִי' קַע"ו סְעִיף ג' בְּאִנְיָוִן שְׁנֵשְׁתַּתְּפוּ דִּיכּוֹלִין לְחַזֵּר אֲבָל לֹא לְעַנְוֵן מַה
שְׁהָרִיחוּ כְּבָר וּא"נ לֹמַר שְׁחַזְרוּ בָּהֶם.

וּמְקוּרוֹ הוּא מִן הַנְּמוּקֵי יוֹסֵף פ"ק דב"ב בְּהָא דְרִשְׁאִין לְהַסִּיעַ עַל קוֹצְתָן דְּבִאֲתָנוּ שְׁפָל מַה
שְׁיִשְׁתַּכְּרוּ בְּאִנְיָוִתָן יְהֵא לְאַמְצַע כו' קְנוּ עַד שְׁיִחַזְרוּ בָּהֶם שְׁהָרֵי פּוֹעֵל יְכוֹל לְחַזֵּר וְדוֹקָא
בְּיֵשׁ עֲדִים בְּדָבָר שְׁחַזְרוּ בּוֹ דְּאִינוּ נְאָמֵן לֹמַר קוֹדֵם שְׁלִקְחֵתִי חַזְרֵתִי בִּי שְׂאָם כֵּן אִף פּוֹעֵל
שְׁנֵשְׁכַר לְלִקֵּט מְצִיאוֹת יֹאמֵר כֵּן וְכִי נְאָמִין אוֹתוֹ אֲלָא וְדָאֵי פּוֹעֵל אַע"פ שְׁיִכּוֹל לְחַזֵּר בּוֹ
כֹּל שְׁלֵא חַזֵּר בּוֹ מִסְתַּמָּא עַל דְּעַת תְּנָאוּ הָרֵאשׁוֹן עוֹשֵׂה כ"כ הַרְנַב"ר ז"ל עכ"ל הַנְּיֵי.

וְכֵן הוֹבָא שְׁם בְּשֵׁם כְּמָה רֵאשׁוֹנִים שְׁכ"כ וְהַטְעַם הוּא מְשׁוּם דְּחַזְרָה הוּא טַעְנָה גְרוּעַ
דְּמִסְתַּמָּא עוֹמֵד אֲדָם כְּדַעְתּוֹ הָרֵאשׁוֹנָה וְלִכְּן מוֹצִיאִין עִי"ז מִהַמְּוִחֲזֵק כְּמִבְּנָאָר הַתָּם. א"כ
קֶשְׁהָ בְּמִשְׁכַּח הַרְמֵ"א דָּאָם הָיוּ מְעוֹת עֵיִסְקָא בְּיָדוֹ יְכוֹל לֹמַר דְּהִתְחִזְרִין בְּתוֹ"ז.

הָא טַעְנַת חַזְרָה וְשִׁינּוּי דַּעְתּוֹ מִמָּה שְׁקִיבֵל עָלָיו מִתְחִלָּה הָיוּ טַעְנָה גְרוּעַ וְאִינוּ נְאָמֵן.
וְאֲפָשָׁר לְחַלֵּק דְּדוֹקָא בְּאִנְיָוִן שְׁנֵשְׁתַּתְּפוּ בְּדִשְׁלַב"ל וְכֵן פּוֹעֵל שְׁנֵשְׁכַר לְלִקֵּט מְצִיאוֹת כִּינּוּן
דְּדִין פּוֹעֵל הוּא שְׁיָדוּ כִּי בַע"ב כ"ז דְּלָא הָזַר בִּי כְּמִבְּנָאָר בְּב"מ (דף י') ע"כ אָמְרוּ
כְּפּוֹעֵל דָּא"נ לֹמַר שְׁחַזְרוּ בּוֹ מְשׁוּם דְּיֵשׁ לְדוֹן בְּזָה קֶצֶת כְּעִין חַזְקַת מְרָא קְמָא וְאִף דְּפּוֹעֵל
אִין גּוֹפּוֹ קְנוּי וְכַמְש"כ הַשְּׂ"ף בְּסִי' שֵׁל"ג ס"ק כ"ה מ"מ יֵשׁ לֹמַר כֵּן.

אֲבָל בְּמֵי שְׁעוֹשֵׂה בְּחַנְּם דָּאָז אִין דִּינוֹ כְּפּוֹעֵל ע"כ אִין בְּזָה שׁוּם שְׂיִיכוֹת קֶצֶת לְדוֹן בִּי
כְּעִין חַזְקַת מ"ק עַל יָדוֹ וְגוֹפּוֹ. לְכֵן הִכָּא דְּכַתְּבוּ דְּעוֹסֵק בָּהֶם לְצוֹרֵף אַחֲרֵיהֶם וְאִין לוֹ הַנְּאָה
מִן הַמְּעוֹת א"כ י"ל דְּכּוֹנוֹנוּ ג"כ לֹמַר דְּמִיָּירֵי בְּעוֹסֵק בְּחַנְּם דָּאִין דִּינוֹ כְּפּוֹעֵל ע"כ נְאָמֵן
לֹמַר דְּנִשְׁתַּנְּה דַּעְתּוֹ וְהִתְחִזְרֵי הַעֵיִסְקָא.

וְהַחֲלִיִּיק בֵּין פּוֹעֵל בְּשִׁכְרָא לְעוֹסֵק בְּחַנְּם זֶהוּ מְבּוֹנָאָר בְּב"מ (דף י') דְּשִׁאֲנֵי פּוֹעֵל דְּיָדוּ כִּי
בַע"ב כו' וְכ"כ הַשְּׂ"ף בְּסִי' ק"ה ס"ק א' לְחַלֵּק בֵּין פּוֹעֵל בְּשִׁכְרָא דְּדִינוֹ כְּפּוֹעֵל וּמֵי שְׁעוֹשֵׂה
בְּחַנְּם אִין דִּינוֹ כְּפּוֹעֵל.

וְכַעֲיִן זֶה כְּתִב הַרְמֵ"א לְקַמֵּן סִי' שֵׁל"ג סְעִיף ה' בְּשֵׁם הַמַּהֲרֵי"ק סִי' קל"ג כְּפּוֹעֵל שְׁעוֹשֵׂה
בְּחַנְּם יְכוֹל לְחַזֵּר אִף בְּדָבָר הָאֲבוּד וְהַטְעַם כְּתִב הַמַּהֲרֵי"ק שְׁם מְשׁוּם דַּה"ל לְאִסּוּקֵי
אֲדַעְתָּא דִּילְמָא הָזַר בִּי ע"ש. הָרֵי דְּבְמֵי שְׁעוֹשֵׂה בְּחַנְּם מְצוּי בּוֹ הַחַזְרָה.

וְלִכְּן כְּתִב הַנְּמוּקֵי יוֹסֵף בְּב"ב שְׁם בְּלִשׁוֹנוֹ דְּפּוֹעֵל שְׁנֵשְׁכַר לְלִקֵּט מְצִיאוֹת כו' מְשׁוּם דְּלֹא
שְׂיָיָף זֶה רַק בְּעוֹשֵׂה בְּשִׁכְרָא: ** (הַגְּה"ה וּבְכִיאוּר הַגְּר"א זצ"ל ח"מ ס' שֵׁל"ג ס"ק ל"ו)
כְּתִב דְּלִכְּן פּוֹעֵל שְׁעוֹשֵׂה בְּחַנְּם יְכוֹל לְחַזֵּר אִף בְּדָבָר הָאֲבוּד מְשׁוּם דְּטַעְמָא דְּהַתְּחַלַּת
מְלֵאכְתּוֹ הוּא קְנִינּוֹ מִשְׁא"כ כַּה"ג וְעַש"ךְ עכ"ל.

וַיֵּשׁ לְהַסְבִּיר דְּבְרָיו הַקְּדוּשִׁים ע"פ מַה שְׁפָתַתִּי בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק סִי' ל"ט סְעִיף י"ז דְּיֵשׁ
לְדוֹן טַעַם הַדָּבָר דְּלִכְּן הָיוּ הַתְּחַלַּת הַמְּלֵאכָה נִחְשָׁב לְקַנְיָן לְפִי דְּהָיוּ כְּמוֹ קְנִינּוֹ חַלִּיפִין
לְשִׁיטַת הַרְמֵ"א דְּכִינּוֹן דְּזוֹכָה לְהַשְׁעֵבּוּד עַל הַבַּע"ב שְׁהַתְּחַיֵּיב לְתַת לוֹ הַשְּׁכִירוֹת כו'
ע"ש.

ע"כ זה אינו שייך רק בפועל בשכר אבל בפועל שהשאיל את עצמו בחנם אף על זמן אינו נתפס בזה שום קנין פלל ולכן לא הוי התחלת המלאכה נחשב לקנין פלל בפועל שעושה בחנם ואפשר דזהו פוננת הגמ' ב"מ (דף י') שאני פועל דידו פנד בעה"ב כו'.

אף לפי מש"כ בספרי שם עוד טעם במה דאמרו דהתחלת המלאכה הוי קנין משום דהוי כמו קנין חזקה בעבד כמש"כ שם בארנפה ע"כ יש לדון בזה טובא וקצרתי: (ע"כ הגה"ה)** אף עיקר הדברים נשכתבתי דהכא מיירי בעוסק בחנם אין זה במשמע בדברי הרמ"א.

ומש"כ הש"ך דאין לו הנאה מן המעות הפוננה דאין הפירות לבעל המקבל העוסקא וכמש"כ האו"ת שם בלשונו ע"ש. וכן מוכח ממש"כ הש"ך ס"ק ח' להקשות על הרמ"א דהא הרא"ש בתשובה והטור וש"ע סי' ק"ח חולקים ע"ז.

והא יש לחלק שאני הכא דמיירי בעוסק בחנם אבל לקמן סי' ק"ח מיירי בעוסקא לצורך עצמו דאינו ראוי לעסוק בחנם משום איסור רבית וכיון דהוי פועל בשכר ע"כ א"נ לומר החזרתי בתו"ז ומוכח דהש"ך ס"ל דהכא מיירי אף בעוסק בשכר.

אף זה יש לדחות דאפתי תקשה דיהיה נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו התם בסי' ק"ח כיון דלא שייך בזה לדון להחזקה דתו"ז ואף דנימא דלא חיישינו לחזרה בזה בעושה בשכר מ"מ מיגו מהני בזה ונשפיר הקשה הש"ך ואינו ראיה פלל מן הש"ך.

אף באמת סתימת לשון הרמ"א הכא משמע דמיירי אף במתעסק בשכר. ולכן עדיין תקשה דמ"ש זה מכל שותף או פועל שאינו נאמן לומר שחזר בתו"ז משום דמסתמא עומד בדעתו הראשונה ולא נשתנה דעתו ועי"ז מוציאים הריוח מן השותף או המציאה מן הפועל אף שאין המציאה בעיני' לפנינו ונחתינו לנכסיו לפי דחזרה מדבריו הראשונים הוא מילתא דלא שכיח פלל ומוציאים אף מהמחזק עי"ז הסברא.

א"כ כמו כן נימא הכא ג"כ לסברא זו דמה דטוען החזרתי העוסקא בתו"ז הוא טענה גרוע ולא מהימן לומר דנשתנה דעתו וחזר בו ויוציאו ממנו הממון אף דהוי מחזק. ובודאי אין סברא לחלק דשאני פועל שנשכר ללקט מציאות דלא שייך לדון התם דיש להפועל חזקת ממונא.

וכעין סברת התוס' פתובות (ד' ט"ו ע"ב) ד"ה להחזיר לו כו' וב"ב (דף כ"ג ע"ב) ד"ה חוץ לחמשים וב"מ (דף כ"ג) תוס' ד"ה והא איכא כו'. דזה אינו דומה פלל לנ"ד.

וגם הא הדין הוא כן גם בשותף דאינו נאמן על הריוח שת"י כמו באומנין שנשתתפו בדשלב"ל לומר דחזר בו פנ"ל וע"כ אינו סברא פלל לחלק ולדון כן: ולכאורה אפשר לומר דנדקא באומר שחזר בו בלאהסכמ חבירו הבע"ד ש'לו אז אינו נאמן אבל אם אומר שחבירו הסכים להחזרה ש'לו אז נאמן לומר דחזר בהסכמ חבירו הבע"ד ש'לו.

אבל גם זה אינו דא"כ אמאי אמרו שם בסי' קע"ו סעי' ג' הנ"ל וכן הנ"י בפ"ק דב"ב הנ"ל דאינם נאמנים לומר דחזרו בהם והא יש להם מיגו דאי בעי אמרו שהיה החזרה בהסכמ שותפו או בהסכמ הבעה"ב.

ובמקומו נודאי נאמן ע"ז וגם במקומו תזקה דתו"ז מהני מספיקא וכש"כ בזה. ומדאמרו בפשיטות דאינו נאמן לומר דחזר בו מוכח דאף היכא דאומר דהיה החזרה בהסכם חבירו הבע"ד ג"כ אינו נאמן משום דשינוי דעתא הוי טענה גרועה א"כ תקשה כן.

וכן מבואר לקמן בסי' רס"ט סעי' ו' דאין המגביה המציאה נאמן לומר לעצמי הגבתיקה והטעם הוא הפל משום דחזרה הוי טענה גרועה. ואף דבמציאה התיב לא מקרי דמאי אם יחזור מדבריו הראשונים וכמש"כ הגותיבנות סי' קפ"ג ס"ק ה'.

ועיין שם ס"ק ג' ובתשובת גאוני בתראי סי' כ"ג. מ"מ הוי חזרה טענה גרועה ומשמע גם שם דאף אם יאמר דהיה החזרה בהסכם הבע"ד שלו ג"כ אינו נאמן דאל"כ יהיה נאמן במקומו דאי בעי אומר דהיה החזרה שלו בהסכם חבירו הבע"ד וכמו שכתב האו"ת סי' פ"ג ס"ק א' דהיכא דיש לו מקומו נאמן דחזר בו וכ"כ הגותיבנות בסי' רס"ט ס"ק ד'.

וגם מהתיב מוכח דאף בעושה בחנם דיינינו דחזרה הוי טענה גרועה משום דחזרה שלית עושה שליחותו ולא הדר בי'. או משום סברת הגותיבנות שם שכתב דלכן אינו נאמן לומר שחזר בו משום דאם חזר בו היה אומר כן בפני עדים כעין הך דגיטין (דף ל"ה) דאם איתא דבטל לעדים הוי אומר כו' ע"ש בגותיבנות.

ויהיה איהו שיהיה עכ"פ מוכח מפל הנ"ל דאינו נאמן לומר דחזר מדבריו הראשונים ואף אם יאמר דהיה החזרה בהסכם הבע"ד משמע דאינו נאמן דאל"כ יהיה נאמן תמיד ע"י מקומו דאמר דכן הסכים לו הבע"ד שפגדו כנ"ל.

א"כ תקשה דאמאי נאמן המקבל שקיבל עליו להיות עוסק במעות חבירו על זמן לומר דהחזיר לו בתו"ז דהא חזרה אף דאומר דהיה כן בהסכמת חבירו ג"כ הוי טענה גרועה ואינו נאמן רק ע"י מקומו.

ואין לומר דהכא במקבל לעסוק במעות חבירו ג"כ יש לו מקומו דנאנסו דזה אינו דא"כ ל"ל להרמ"א לומר דלא שייך החזקה דתו"ז היכא שעוסק לצורך אחרים הא אף אם היה שייך שם לדון להחזקה זו ג"כ הא היכא דיש לו מקומו הוא נאמן להחזיק הממון כמבואר לקמן סעי' ה' ובש"ך שם ס"ק י"ט ובסי' ק"ח ס"ק ז' ע"ש.

ועוד דאי נימא דעיקר הנאמנות הוא מצד מקומו דנאנסו היה להרמ"א לכתוב דחייב שבועה בנק"ח כמו על כל טענת החזרת דנאמן במקומו דנאנסו כמבואר בב"ב (דף ע'). וכ"כ הגותיבנות ס"ק ג' לפירוש דברי הרמ"א דלכן כתב דלא שייך חזקה דתו"ז בעוסק לצורך אחרים משום דהיה צריך שבועה בנק"ח כנ"ל: ובדברי הנ"י פ"ק דב"ב הנ"ל דכתב דדוקא בחזר בו בפני עדים דאל"כ אינו נאמן.

יש לומר לכאורה דמייירי באומר דחזר בו שלא בהסכמת חבירו והיכא דאומר דחזר ע"י הסכם חבירו י"ל דנאמן וכן הסברא נוטה כיון דהטעם הוא משום חזקה שלית עושה שליחותו שקיבל עליו לעשות.

א"כ היכא שאומר שחבירו בעצמו הסכים שלא יעשה שוב שליחותו מאיזה טעם שלא היה צריך שוב לשליחותו וכה"ג בזה הדעת נותנת דנאמן. והא שאינו נאמן ע"י מקומו דאי

בְּעֵי אֲמַר דְּהִיָּה הַחֲזָרָה בְּהַסְפָּמַת חֲבִירוֹ י"ל דְּטַעְמוֹ דְּהַנ"י הוּא מְשׁוּם דְּאֲזִיל לְשִׁיטָתוֹ דַּס"ל לְהַנְיֻמוּקֵי יוֹסֵף דְּלֵא אֲמַרִּינֵן מִיגוֹ דְּהַעֲזָה כְּמַבְנֵאָר בְּכֻלְיָ מִיגוֹ שְׁל הַש"ף ס"ק ו' דְּהַנ"י ס"ל פֶּן א"כ זְהוּ ג"כ מִיגוֹ דְּהַעֲזָה ע"כ אִינוּ נֶאֱמָן לֹאמַר דְּחֲזַר בּוּ בְּפִירוּשׁ שְׁלֵא בִּידִיעַת חֲבִירוֹ מְשׁוּם דְּאִינוּ יָכוֹל לְהַעֲזִיז פְּנִיּוֹ נֶגְדַּ חֲבִירוֹ לֹאמַר דְּהַסְפִּים לוֹ עַל הַחֲזָרָה וְנַעֲשֶׂה הַחֲזָרָה ע"פ דַּעְתּוֹ.

וּלפ"ז אֲתִי שְׁפִיר בְּפִשִּׁיטוֹת מַה שְׁכָּתַב הַרמ"א דְּמַעוֹת שְׁעוֹסֵק לְצוֹרֵךְ אַחֲרֵים נֶאֱמָן לֹאמַר דְּהַחֲזִיר לוֹ הַעֲיֻסְקָא בְּתו"ז מְשׁוּם דְּכִינֵן דְּאֹמַר דְּחֲבִירוֹ בְּעַצְמוֹ קִיבֵל מִמֶּנּוּ כָּל הַמַּעוֹת ע"כ לֵא שְׁיִיךְ בְּזָה הַף חֲזָקָה שְׁלִיחַ עוֹשֶׂה שְׁלִיחוֹתוֹ פִּינֵן דְּאֹמַר דְּחֲבִירוֹ לֵא הִיָּה נֶצְרָךְ לְעַסֵּק שְׁלִיחוֹתוֹ שְׁקִיבֵל עָלָיו לְכוּ נֶאֱמָן.

אָבֵל בְּאֲמַת כָּל זֶה לִיתָא לְפִי מַה שְׁהַעֲלָה הַש"ף בְּכֻלְיָ מִיגוֹ שְׁם דְּלֵא כְּהַנ"י דְּלִדְיָנָא קִי"ל דְּאֲמַרִּינֵן מִיגוֹ דְּהַעֲזָה וְכֵן הוּא שִׁיטַת הַר"ן וְרוּב פּוֹסְקִים ע"ש. וְאִפ"ה פְּתָבוּ כָּל הַמַּעוֹת בְּסִי' קַע"ו סַע"י ג' דְּאִינוּ נֶאֱמָנִין לֹאמַר שְׁכָּבַר חֲזָרוּ בְּהוֹן וְכֵן בְּהָא דְּסִי' רַס"ט א"כ מוֹכַח דַּס"ל לְדִינָא דְּאֵף הִיָּכָא שְׁאֹמַר שְׁהִיָּה הַחֲזָרָה בְּהַסְפָּם חֲבִירוֹ ג"כ אִינוּ נֶאֱמָן דַּא"כ תִּקְשָׁה דִּיהִיָּה מְהִימֵן בְּמִיגוֹ דְּהָא קִי"ל דְּאֲמַרִּינֵן מִיגוֹ דְּהַעֲזָה.

וְכֵן הַנְיֻמוּקֵי יוֹסֵף הָא פְּתַב פֶּן בַּפ"ק דְּב"ב לְהַף דִּינָא דְּאִינוּ נֶאֱמָן עַל הַחֲזָרָה דַּכ"כ הַר"ן. וְהַר"ן הָא ס"ל דְּאֲמַרִּינֵן מִיגוֹ דְּהַעֲזָה לְאַפְטוֹרִי מִמֶּמּוֹן וְאִפ"ה פְּתַב דְּאִינוּ נֶאֱמָן עַל הַחֲזָרָה וּמִשְׁמַע בְּפִירוּשׁ דְּמַה"ט מוֹצִיאִין הַמֶּמּוֹן מִהַמְּוֹחֲזֵק א"כ שְׁפִיר הַקְּשִׁיתִי כֵּן.

וְכֵן יֵשׁ לְהַעֲרִיר בְּדַבְרֵי הַגְּהוֹת אֲשֶׁרִי בַּב"מ פ' ח' בְּרַא"ש ס' ל"א בַּהַג"ה שְׁנִיָּה. אֵף אֲפֹשֶׁר לְחַלֵּק בְּזָה.

אָבֵל בְּמַה שְׁכָּתַב הַרמ"א פֶּן הִכָּא גַבִּי מְתַעַסֵּק בְּמַעוֹת חֲבִירוֹ דְּנֶאֱמָן לֹאמַר שְׁהַחֲזִיר הַמַּעוֹת לְחֲבִירוֹ בְּתו"ז תִּקְשָׁה דְּמ"ש זֶה מְכַל פּוֹעֵל דְּאִינוּ נֶאֱמָן לֹאמַר שְׁחֲזַר בְּתו"ז אֵף בְּהַסְפָּם חֲבִירוֹ פְּנ"ל א"כ ה"ה אֵף בְּאֹמַר שְׁחֲזַר בּוּ וְהַחֲזִיר הַמַּעוֹת לְחֲבִירוֹ ג"כ לֵא יְהִיָּה נֶאֱמָן לַפ"ז דְּאִי נִימָא דְּשְׁאֲנִי הִיָּכָא דְּאֹמַר דְּהַחֲזִיר הַמַּעוֹת לְחֲבִירוֹ א"כ מְמִילָא לֵא שְׁיִיךְ בְּזָה הַחֲזָקָה שְׁלִיחַ עוֹשֶׂה שְׁלִיחוֹתוֹ פִּינֵן דְּאִינוּ כָּאֵן מְקוּם שְׁלִיחוֹת כָּלָל.

א"כ לַפ"ז ה"ה בְּכָל פִּי הַנִּי מִיִּלְתָּא דְּאֹמַר דְּחֲזַר בּוּ בְּהַסְפָּם חֲבִירוֹ מַאיָּזָה טַעַם וְסִיבָּה שְׁלֵא הִיָּה נֶצְרָךְ לְשְׁלִיחוֹת כָּלָל ג"כ יְהִיָּה נֶאֱמָן לַפ"ז וְאִפ"ה הָא נִתְבָּאָר דְּמוֹכַח דְּגַם בַּכַּה"ג אִינוּ נֶאֱמָן א"כ קִשָּׁה לְחַלֵּק בִּינֵיהֶם.

וּכְבָּר נִתְבָּאָר דְּמַסְתִּימַת הַרמ"א מִשְׁמַע דְּאֵף בְּמַתְעַסֵּק בְּשְׁכָּר אֲמָרוּ פֶּן וְתִקְשָׁה כֵּן: עֲנָף הַוְהַנְלַע"ד לְבָאָר עֵיקַר מִיִּלְתָּא דְּנָא מַה דְּאֲמָרוּ בְּפּוֹעֲלִים וּבְאֲוֹמְנִין שְׁנִשְׁתַּתְּפוּ אֵף בַּדְּשִׁלְב"ל דְּאִינוּ נֶאֱמָנִין לֹאמַר שְׁחֲזָרוּ בְּהוֹן וּמִשְׁמַע דְּמוֹצִיאִין מִמּוֹן מִהַמְּוֹחֲזֵק ע"י מַה דְּאֲמַרִּינֵן דְּחֲזָרָה הוּי טַעְנָה גְּרוּעָה.

וְהוּא דְּמַצִּינּוּ בַּח"מ ס' קי"ב סַע"י א' דְּשִׁיטַת כְּמַה פּוֹסְקִים דַּס"ל דְּאֵם פְּתַב דְּאֲקֻנִי יָכוֹל לְחֲזוֹר בּוּ וְהַש"ף שְׁם ס"ק ב' הַקְּשָׁה דְּאֵם פֶּן נִיחּוּשׁ לְטְרִיפַת לְקוּחוֹת שְׁלֵא כַּדִּין דְּשְׁמָא חֲזַר בּוּ. וְהַאו"ת שְׁם ס"ק ג' פְּתַב לְתַרְץ דְּבְרֵיהֶם מְשׁוּם דְּלֵא חִיָּיִשִּׁינֵן לְחֲזָרָה דְּשְׁאֲרִית יִשְׂרָאֵל לֵא יַעֲשׂוּ עוֹלָה וְע"כ מוֹצִיאִין מִמּוֹן מִהַלְקוּחוֹת עי"ז הַסְּבָרָא וְהוֹכִיחַ פֶּן בְּכַמָּה הוֹכְחוֹת וְכ"כ הַנְּתִיבוֹת שְׁם דְּכֵן הוּא הַעֵיקַר כַּמַּש"כ הַאו"ת.

וכעין זה מציינו בפסחים (דף צ"א) דשוחטין הפסח על מי שהבטיחוהו להוציאו מן בית האסורים משום שארית ישראל כו'. וכעין זה איתא בקידושין (דף מ"ה ע"ב) שהוא דאמר לקריבאי והיא אמרה לקריבה כו' א' אבני פתיב שארית ישראל לא יעשו עולה כו'.

הרי דמצינו מקור לסברת הפוסקים הנ"ל דס"ל דמחמת הסברא דשארית ישראל כו' לא חשו לחזרה ואף דיש לחלק דשאני ממונא מאיסורא דטפי אגון מחמירין בממונא מן איסורא דהא אין הולכין בממון אחר הרוב כו' וכמש"כ התוס' פ' עין זה בב"מ (דף כ' ע"ב) ד"ה איסורא כו' ע"ש.

מ"מ עכ"פ מציינו יסוד לסברא זה מן הש"ס. וס"ל להפוסקים הנ"ל מה"ט גבי דאקני דאף דיכול לחזור בו מ"מ פיון דשארית ישראל כו' ע"כ הוי כמו חזקת פשרות דהוי חזקה אלימא וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח ע"פ דברי התוס' כתובות (דף כ"ב) ע"ש.

[וגם אפשר דיש לדון בזה פ' עין רוב וחזקה דרוב אנשים אינו חוזרין מדבריהם הראשונים פ' עין סברת התוס' גיטין (דף ל"ג) ד"ה ואפקעינהו כו' דרוב אנשים אינו מבטלין. וע"י צירוף הרוב לחזקת פשרות מוציאין ממון מהחזקת אף לשיטת הרמב"ן ברפ"ב דכתובות דחולק שם על הבעל המאור וקצתתי].

א"כ י"ל דמה"ט לא חשו לחזרה וטענת חזרה בפועלים הוי טענה גרוע ואינו נאמן. ולא מבטיא היכא דהוי רמאי כמו בסי' קפ"ג ונדאי דאינו נאמן לומר דחזר בו.

ואף היכא דלא הוי רמאי מ"מ פיון דשארית ישראל כו'. וחזרה בפועלים אף דיכול לחזור בו מ"מ הא אמרו בב"מ (דף ע"ו) דפועלים שחזרו יש להבעה"ב תרעומות עליהם ועיין פ' רש"י שם בד"ה אין להן זע"ז אלא תרעומות כו' דתרעומות איכא שיהיו צריכים לחזור זה אחר פועלים כו'.

וכן מבואר בסי' של"ג ע"כ שפיר שייך דאף בפועלים לדון הך סברא דשארית ישראל כו' ולכן אינו נאמנים לומר שחזרו: אף לכאורה קשה ע"ז מהא דקידושין (דף מ"ה) הנ"ל דרבא פליג שם על אבני וס"ל דיש לחוש שפא חזר בו האב היכא דלא טרח בסעודה ונהלכה פרבא ועיין באה"ע סי' ל"ז בח"מ ס"ק כ"ג מזה.

א"כ חזינו דאף היכא די"ל הסברא דשארית ישראל כו' כמו דקאמר אבני שם אפ"ה ס"ל לרבא דיש לחוש לחזרה. ואפשר לומר דשאני בתשש איסור א"א דמצינו דהחמירו לחוש למיעוטא אף היכא דאיכא חזקת פנויה וכמש"כ התוס' בקידושין (דף נ' ע"ב) ד"ה ה"ג מקדשי וחדר מסבלי כו' בשם הר"ח דאף במיעוט מקדשי וחדר מסבלי חיישינו למיעוט וכמבואר באה"ע סי' מ"ה סעי' א' ובב"ש ס"ק ב' ובקאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ח' שיהביאו שם שיטות הראשונים בהטעמים שכתבו שם.

ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ח ענף י' מזה. אף יש לדחות זה מכמה טעמים וקצתתי.

לכן נראה לי לומר דסברת רבא הוא דכיון דקיי"ל במתנה מרובה יכול לחזור בו ואין בו משום מחוסר אמונה כמבואר בב"מ (דף מ"ט) ובס"י ר"ד א"כ ה"ה בהא דקידושין שהבטיח אבי הבת ליתן בתו לקרובי לאשה זה מקרי מתנה מרובה דהא מבואר באה"ע סי' קל"ד באגסו אותו לגרש אשתו ונותנים לו מעות דאין זה בכלל תלויה וזבין דאין דמים לאשה.

ולכן ס"ל לרבא דיש לחוש לחזרה משום דלא שייך בזה שארית ישראל כו' ובה גופא מחולקים אב"י ורבא. ולכאורה יש להעיר ע"ז מן מש"כ התוס' בקידושין (דף נ"ב ע"א) ד"ה והילכתא פנותי דאב"י כו' מעשה בא לפני ר"ת כו' יש לומר דאדעתא דהכי קדיש דשארית ישראל כו'.

הרי דס"ל להר"ת דאף בקידושי אשה אמרינן הו' מילתא דשארית ישראל כו' וזהו דלא כמש"כ בטעמו של רבא דקיי"ל פנותי. ויש לחלק דשא"ה פיון דבת אחת מרנצה האב ליתן לו אף הספק הוא שמא חזר ממה שנתרצה ליתן לו בתו פ' וקידושה לו לאחזר"ז ע"כ בכה"ג לא מקרי זה מתנה מרובה ואסור לו לחזור וע"כ שפיר אמרו בזה להו' דשארית ישראל כו'.

וממש"כ הוי סיוע למש"כ הקצה"ח בסי' רכ"א דבאיש ואשה שהבטיחו לישא זא"ז לא אשכחן דין תרעומות וחולק על הב"ש ע"ש. ובאמת מוכח פן מקידושין (דף מה) פנ"ל: ועוד י"ל והוא העיקר דנ"ל דסברת רבא דס"ל דאם לא טרח בסעודה חיישינן שמא חזר בו האב ולא ס"ל לסברת אב"י דשם דשארית ישראל כו' משום דשא"ה דמבואר בהו' עובדא דהתם דהוא אמר לקריבאי והיא אמרה לקריבה פפת' עד דאמר לה תיהוי לקריבה כו' ופי' רש"י הכריחתי והודה לה כו'.

א"כ עיקר הבטחתו לתת לקרובי אשתו לא הנה זה מתחלה מרצונו הטוב רק ע"י איזה הכרח בע"כ שלא מרצונו הטוב לכן בכה"ג ס"ל לרבא לפלוג על אב"י דאמר שם שארית ישראל כו'. משום דכיון דלא הנה ההבטחה מרצונו הטוב ע"כ יכול ע"פ דין ומותר לו לחזור ואין בזה שום מחוסר אמונה פלל ולא שייך בכה"ג פלל להו' דשארית ישראל כו'.

אבל היכא דיש בו משום מחוסר אמונה שפיר יש לומר כסברת אב"י דמשום שארית ישראל כו' לא חיישינן לחזרה ואפוישי פלוגתא לא מפשינן פידוע'. וכעין זה ראיתי בהריטב"א לקידושין (דף מ"ה) בהו' עובדא דהוא אמר לקריבאי כו' שפכת לדחות שיטת הראשונים שכתבו להוכיח מהו עובדא דהלכה פרב ושמואל דחיישינן שמא נתרצה האב משום די"ל דשא"ה שהיה אנוס בקידושי קרובה כו'.

וכ"כ הרא"ש שם סי' ז' בקצרה וי"ל דהרא"ש ג"כ נתפנין לסברת הריטב"א הג"ל. ות"ל שפצאתי פעין סברתי בהריטב"א שכ"כ.

והחלקת מחוקק באה"ע סי' ל"ז ס"ק כ"ג הביא להו' עובדא דקידושין (דף מ"ה) הג"ל והשמיט למה דאמרו שם פפת' עד דאמר ה לה תיהוי לקריבה רק פכת בקצרה ונתרצה הוא לקרובה. ולפמש"כ ה"ל להביא להו' דכפת' כו' פי זהו עיקר בדין זה לפמש"כ בעז"ה.

ונתפאר דמתנרץ שפיר מה דהקשיתי דהא רבא לא ס"ל להך סברא דשארית ישראל כו' משום דיש לחלק פנ"ל. א"כ לפ"ז מוכח מהך סוגיא דקידושין דהיכא דשינה שארית ישראל כו' אז הוי חזרה חשש רחוק משא"כ היכא דלא שינה שארית ישראל כו' פגון במתנה מרובה ודכונותי' פיון דמותר לו לחזור ע"כ שפיר יש לחוש לחזרה ואז לא הוי חזרה טענה גרוע וממילא נאמן בכה"ג לומר דחזר בו.

ולכן אמרו גבי פועל דאינו נאמן לומר דחזר בו משום דהא פועל אף היכא דיכול לחזור בו מ"מ אמרו דיש לבעה"ב תרעומות עליו פמבואר בב"מ (דף ע"ו) ובה"מ סי' של"ג. והסמ"ע שם ס"ק א' ובפרישה שם פתב לדון דיש שם ג"כ מחוסר אמה ויש גוונני דלית ביה משום מחוסר אמה רק תרעומות בלבד ע"ש.

ובאמת מצינו בב"מ (דף מ"ט) נתנו לכו לוי אחר אין לו עליו אלא תרעומות ופי' רש"י שם שהבטיחו בתוחלת נכונה ושם קאי במתנה מועטת כל הסוגיא שם הרי דמצינו לשון תרעומות היכא דהוי מחוסר אמה ונענין בקצה"ח סי' רכ"א ס"ק א': וכן מהא דב"מ (דף מ"ט) ה"ל מוכח ג"כ דהיכא דשינה שארית ישראל כו' דאסור לחזור בו אז אין לחוש לחזרה כמו דאמרו שם אי אמרת בשלמא לא מצי למיהדר ביה משום הכי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר ואי אמרת מצי למיהדר ביה אמאי רשאי כו' ופי' רש"י ד"ה משום הכי רשאי שיש לו לסמוך על מה שכתוב שארית ישראל כו'.

וזהו פועל הך דקידושין (דף מ"ה) ה"ל. א"כ מבואר גם בסוגיא דב"מ ה"ל דהיכא דמותר לו לחזור חיישינו לחזרה ולא הוי חזרה חשש רחוק משום דאם הנה חזרה חשש רחוק אף בכה"ג א"כ הדין נותן דיהיה רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר אף אם נימא דמותר לו לחזור פיון דמצינו דמוציאין ממון עי"ז הסברא דחזרה הוי חשש רחוק פנ"ל אף דאין הולכין בממון אחר הרוב כש"כ דיש לסמוך ע"ז אף במקום דאתחזק איסורא דטבל ומוכח פנ"ל.

ועיקר הטעם הוא דהיכא דאסור לו לחזור אמרינו שארית ישראל כו' נאוקי על חזקת פשרות וכנ"ל. וכעין זה אמרו גבי מוכר שאמר במאתים ולוקח א' במנה כו' דסי' רכ"א דאם הנה קציצה ביניהם ע"ד קציצה הראשונה קנו וכן ה"ה בפועלים ובעה"ב כמש"כ שם הט"ז בשם הנ"י וילקמן סי' של"ב דתלוי אם יש להם תרעומות וזהו ג"כ פועל הנ"ל דכיון דיש להם תרעומות אם יחזור בו ע"כ אמרינו דמתמת אוקי אחזקת פשרות מסתמא נתרצה לקציצה הראשונה וקצרת: ענף ו ובב"ב (דף קנ"ד ע"א) תוס' ד"ה ניהוש דילמא הדר בי' כו' דבכל מתנת שכ"מ לא חיישינו לחזרה כ"ז שאין לו עדים שחזר בו משום דחזרה הוי חשש רחוק.

ומשמע דאף במתנה מרובה הדין הוא במתנת שכ"מ דלא חיישינו לחזרה אף דמותר לו לחזור. א"כ מוכח מזה דאף היכא דמותר לו לחזור אפ"ה לא חיישינו לחזרה ומוציאין ממון מהמחזק כמו התם דנכסי בחזקת יתמי קיימי ואפ"ה מוציאין ממון מהיורשים בכל מתנת שכ"מ פיון דדברי שכ"מ פכתובין וכמסורין דמי ומה"ט א"צ לומר פתובו פמבואר בב"ב (דף קע"ה) ובתוס' שם ד"ה ודברי שכ"מ פכתובין כו' דאלימא טובא פדברי התובין הילכך הוי פאלו אמר פתובו ונהרבה ייפוי פח עשו חכמים בשכ"מ כו' עכ"ל התוס'.

וכינן דדברי שכ"מ הוי פקנין וכאלו אמר פתובו ע"כ אין לנו לחוש לתורה כ"ז דאינו
מברר בעדים משום דהוי כמו דהמקבל מתנה נקט שטר אבידו פיון דידוע לנו שנתן
השכ"מ במתנה וע"כ אינם נאמנים היורשים לומר שחזר בו כ"ז דאינם מבררים בעדים
משום דאמרינו אלו הנה חוזר בו ה"ל לחזור בעדים וכמו בכל דוכתי דמצינו דאמרו
דאינו נאמן לסתור מה דמפניך בהשטר שת"י חבירו.

וגם יש לדון בזה למש"כ הנתיבות בסי' פ"א ס"ק ד' דכינן דדברי שכ"מ הוי פכתובין
א"כ דמי להקדש דהוי פתקפה ע"ש. ע"כ אין אנו חוששין לתורה כ"ז שאינו מברר
בעדים וקצרותי.

ולכן אין זה דומה לכל מש"כ לעיל דיש לחוש לתורה היכא דמותר לו לחזור כמו
שהוכחתי. וכן היכא דאמר לשלוחו תן חפץ זה לפלוני דא"צ אמלוכי בי' כמש"כ הרא"ש
ריש פ"ה דכתובות ולא חיישינו לתורה הטעם הוא דכינן דעשה אותו בפ"י לשליח ושלוחו
פמותו ע"כ לא נעתקמנו שם שליח כ"ז שאינו מברר בעדים וכמו בפשליח על הגט דלא
חיישינו שמה ביטלו אף מקודם תקנת ר"ג וכמש"כ מזה בספרי נחל יצחק סי' ל"ט סעי'
א' ע"ש.

ועיין בתוס' גיטין (דף ל"ג) ד"ה נאפקעינהו כו' וכששולחין גט אין מביטלין עכ"ל. הרי
דכתבו דלא שכיח שיביטל את השליח.

וכן יש בזה צירוף סברת אוקי אחזקה שלא עשה את דבר המחווד של הביטול כמו
דאמרינו בכל הטוען דבר מחודש עליו להביא ראיה מטעם אוקי אחזקה כו'. א"כ הוי
רוב ואוקי אחזקה ביחד דכה"ג מוציאין מהמחזק כמש"כ הבעל המאור רפ"ב דכתובות
ואף הרמב"ן במלקמות שם מודה לזה כמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ז'
ע"ש.

והא שכתב הרא"ש בב"ק (דף ק"ד) דחיישינו שמה יביטל השליח בפני עדים. עיין באו"ת
סי' קכ"ב ס"ק א' שכתב לפרש פנונתו דיש שם שני חששות שמה ימות ושמה יביטל
כמש"כ הטור שם אבל משום חשש ביטול לחוד לא חיישינו.

וגם הא הרא"ש פכתב שם לחוש שמה ביטלו בעדים אבל שמה ביטל שלא בעדים גם
הרא"ש מודה דלא חיישינו. והטעם הוא דבחשש ביטול אמרינו אם איתא דביטליה ה"ל
לבטלו בפני עדים פמבואר פעין זה בגיטין (דף ל"ה ע"ב) משום דכינן דעשהו לשליח
ה"ל מילתא אילימא ע"כ אמרינו פן וקצרות.

ואם אי' דביטלו בעדים ה"ל קלא. ועיין בתוס' גיטין (דף ל"ג) ד"ה ובי תלתא כו' וגבי
מוכר שדה בעדים כו' ה"כא פעינו גילוי מילתא טפי עכ"ל התוס'.

ועיקר חשש של הרא"ש הוא שמה יביטלו בעדים ויברר פן בעדים: ונחזור לענינינו
דעיקר הטעם מה דלא חיישינו לתורה זהו משום שארית ישאל כו' פיון דהוי מחוסר
אמנה אם יחזור בו.

וע"כ אינם נאמנים הפועלים לומר דחזרו בהם משום דגם בהו שניף לומר דהוי מחוסרי אמנה דהא זה לא הוי בגדר מתנה מרובה וגם היכא דלא הוי בגדר מחוסרי אמנה וכמו שפתיב הסמ"ע בסי' של"ג ס"ק א' ע"ש.

מ"מ פיון דיש לבעה"ב עליו תרעומות פמבואר שם ג"כ הוי חזרה טענה גרוע ומה"ט אמרו גבי פועלים דאם היה קציצה ביניהם מתחילה וחרו הפועלים ופייסם הבעה"ב דאין זה דומה להא דתניא בתוספתא זה אומר במנה וזה אומר במאתים כו' משום דשאני היכא דיש להבעה"ב תרעומות עליהם פמבואר בגימיקי יוסף פ' האומנין והובא בסי' רכ"א ברמ"א ובט"ז שם ובסי' של"ב סעי' ה' ובש"ף ס"ק כ"ב.

והטעם הוא הכל ע"פ הך סברא דכיון דיש תרעומות עליהם ע"כ אמרינן דשארית ישראל כו' ובנודאי ראו לקיים דבריהם הראשונים א"כ ה"ה מה"ט אינם נאמנים לומר שחזרו בהם אף היכא דלא הוי מחוסרי אמנה רק דיש לבעה"ב תרעומות עליהם.

ומה"ט אמרו בסי' רס"ט גבי מציאה דאינו נאמן לומר המגביה המציאה דחזר ונתפונן להגביה לעצמו ואף בעושה בחנם שניף כן וגם הוי מחוסר אמנה דהא זה לא הוי מתנה מרובה דהא המציאה לא הוי שלו דנימא דנה הוי מתנה מרובה רק הוי של הפקר א"כ אף לפי מש"כ הנתיבות בסי' קפ"ג ס"ק ה' דגבי מציאה דשם לא הוי רמאי מ"מ הא הוי מחוסר אמנה דמחוייב לקיים הבטחתו דהבטיחו לזכות המציאה בשבילו וגם בזה שניף לקיים הו שלף צדק פיון דלא הוי מתנה מרובה משלו.

ובעיקר דברי הנתיבות הלז יש לדון הרבה לפי מש"כ לעיל בהא דקידושין (דף מ"ה) דלכן ס"ל לרבא שם דלא פאביי שם דאמר שארית ישראל כו' משום דקידושי אשה הוי כמו מתנה מרובה כו'.

ואפ"ה מצינו בקידושין (דף נ"ט) ובאה"ע סי' ל"ה סעי' ט' דאם שלחו לקדש אשה פ' והלך וקידשה לעצמו נקרא רמאי ורשע פמבואר שם בב"ש ס"ק כ' בשם הרמב"ם. וכש"כ להסוברים דגם במציאה שניף דין עני המהפך בחזרה פמבואר בסי' רל"ז דונדאי שניף דין רמאי גם במציאה וקצרת.

והא דמבואר בסי' קע"ו ש"ף ס"ק מ"ה גבי הא דשותף יכול לומר לעצמי אני מציל במקום פסידא דאינו נאמן לומר לעצמי הצלתי אם אין לו מיגו ועיין בסי' קפ"א סעי' ב' ובנתיבות שם ס"ק ד' מזה.

והנה ה"מ לא שניף לדון להסברא שפתיבתי דכיון דהוי מחוסר אמנה ותרעומות דהא במקום פסידא חולק השותף בלא דעת חבירו ולהציל לעצמו ומשמע אף לכתחלה ואפ"ה אמרו דאינו נאמן אם אין לו מיגו ומוציאין אף מהמוחזק: יש לומר דשא"ה בשותפין מכבר בחפץ שאנו דנין עליו פעת דשניף ה"מ סברת רש"י בב"ק (דף קט"ז) ד"ה לא אמר כו' הואיל והוא שותף עמו אורח' למטרח אכולא עיסקא.

וגם הא מה ששותף אחד הוי מוחזק לא הוי זה נחשב למוחזקות ממש כמש"כ רש"י בב"מ ריש הבית והעלף ד"ה לא קפדי אהדדי כו' הילכך פי נמי יתבי ברשותא דחד מינייהו לא הוי אידך מוציא דברשותא דהאי נמי יתבי דהא לא קפיד עליו מלאושלי דוקתא וכמש"כ הנתיבות בסי' קע"ט ס"ק ב' ע"ש.

וע"כ אינו נאמן שותף לומר שהציל לעצמו כ"ז דליכא מיגו ומוציאין ממנו משום דלא מקרי מוחזק ממש. אבל בשותפין שגשתתפו בדבר שלא בא לעולם כמו בדה דסי קע"ו סעי' ג' דעיקר הטעם הוא דמה שהרויחו כבר אם לא חזרו הוא שייך לשותפות זהו משום דדינו בפועלים זל"ז א"כ לא שייך התם לומר סברת רש"י הנ"ל דשותפין לא קפדי אהדדי ולא מקרי מוחזק ממש נגד חבריו.

דקא התם אי נימא דחזר בו כבר א"כ לא הוי כלל שותפין. וכן לא שייך התם לדון למה שכתבתי ע"פ סברת רש"י בב"ק דאורחא דשותפין למיטרח אפולא עיסקא דז"א רק היכא דידוע דהם שותפין בהעסק אבל היכא דאנו מסופקין אם הם שותפין ושפא חזרו מקודם שקנו והרויחו לא שייך כ"ז.

[וע"פ סברת רש"י בב"ק הנ"ל יש לדון בדברי הגתיות סי' קפ"א ס"ק ד' וקצרותי]. ולכן עיקר הטעם ביה דסי קע"ו סעי' ג' דלכן אינו נאמנין לומר שחזרו בהם וכש"כ בפועל שכ"כ הנ"י בב"ב פנ"ל דהטעם הוא משום דכיון דהוי מחוסר אמונה ומרעומות א"כ סמכינן על הא דשארית ישאל כו'.

ונפ"מ לדינא להיכא דשכיח פועלים אחרים בלא טורח דכתב הש"ך בסי' של"ג סוף ס"ק א' דאז אין להן אף תרעומות. ואף שהש"ך שם לעיל מינה כתב דאין דרף הבעה"ב לחזור אחרי פועלים מ"מ י"ל דזה אינו מוכרח כ"כ רק היכא דצריך לטורח הבעה"ב אחרי פועלים אבל היכא דמוצא פועלים בלא טורח י"ל דגם בפועל החוזר אין לבעה"ב עליו תרעומות דקא עיקר טעם דתרעומות הוא בשביל הטורח כמש"כ הרא"ש והטור והסמ"ע והש"ך ריש סי' של"ג.

א"כ היכא דליכא טורח אין לו תרעומות על הפועל שחזר בו פן נ"ל בזה אף שאינו במשמע פן כ"כ בדברי הש"ך שם ואפשר לדון דגם הש"ך ס"ל כמש"כ. א"כ היכא דאין לבעה"ב תרעומות על הפועל החוזר אז יש לומר דיהיה נאמן הפועל לומר דחזר בו מקודם שהגבי' החפץ דכיון דלא שייך בכה"ג סברת שארית ישאל כו' ע"כ הוי חזרה מקלתא דשכיחא וממילא אין מוציאין מהמוחזק בכה"ג.

וקא דסי קע"ו והנ"י הנ"ל אין לנו הכרח לדון פן רק היכא דשייך דין תרעומות אבל היכא דלא הוי תרעומות אין לנו הכרח לדון פן ולהוציא מן המוחזק. ותלוי הו' מקלתא ב'אם הוי תרעומות.

וכעין דברי הנ"י בב"מ שהוכא בט"ז סי' רכ"א וסי' של"ב סעי' ה' שכתבו לחלק פן שם גבי אם חזרו ופיסו והיה קציצה ראשונה כו' פנ"ל: ענף ז ועכשיו שנתבאר דלכן אינו נאמנים לומר דחזרו בהם זהו משום שארית ישאל כו' א"כ לפ"ז יש לדון דהיכא דאומרים דהיה החזרה בהספם חבירו הבע"ד שלו דיש מקום לומר דיהיה נאמן ע"ז דבזה לא שייך לדון להטעם הלז.

ולפי מש"כ לעיל מתחלה דיש לומר דלכן הוי חזרה טענה גרוע משום דשינוי דעת ממה שנתרצו בתחלה ולומר דחזרו בהם הן הפועלים והן הבעה"ב זהו הפל טענה גרוע. וע"כ לפ"ז יש מקום לומר דגם טענת הפועלים דהיה החזרה בהספם הבעה"ב ג"כ זהו לא שכיחא וע"כ אינו נאמנין כלל.

אכן לפי מה שנתבאר דהיכא דלא שייך לומר שארית ישראל כו' שפיר יש לחוש לחזרה ואין מוציאים ממונ מהמתחזק ועיקר הד' מילתא זהו משום שארית ישראל א"כ היכא דאמר דהיה החזרה ברצוי חבירו יהיה נאמן.

ובאמת משמע דאף בכה"ג אינו נאמן דאל"כ יהיה נאמן לומר דחזר בו בלא הספמתו במיגו דאי בעי אמר דהיה החזרה בהספם חבירו כעין מש"כ האו"ת בסי' פ"ג ס"ק א' והנתיבות סי' קפ"ג ס"ק ג' דהא אמרינן מיגו במקום חזקה להחזיק ע"ש.

ואפשר לומר דלכן אינו נאמן לומר דהיה החזרה בהספם חבירו דזהו כמו טענת מחילה דהוי טענה גרועה ואינו נאמן בלא מיגו כמבואר סי' ע"ה ש"ך ס"ק כ"ב ובסי' ע"ח סעי' א' ברמ"א. וה"ה פל היכא דהי' איזה זכות לבע"ד שפנגדו באיזה ענין שהי' לטובתו וכשטוענים שהי' זה בהספם של חבירו ומחל לו זכותו שיהיה לו חיוב עליו באיזה ענין הן ע"פ דין והן אף מה שאינו ע"פ דין חיוב ממש רק מפני איסור מחוסר אמונה או תרעומות עליו עכ"פ יהיה איזה זכות שיהיה לחבירו הפל נחשב זה כמו טענת מחילה דאינו נאמן בלא מיגו.

כן יש לומר. אבל באמת זה דוסק דהא אפשר לומר שיהיה איזה ענין דלא היה נצרך הבע"ד התובע לפעולות הפועל וכה"ג.

רק הנ"י דמייירי בשכרו ללקט מציאות שפיר יש לומר דאם נתרצה הבעה"ב שייחזר בו הפועל זה הוי כמו טענת מחילה. אבל דברי הש"ע והנ"י שם דמייירי באומנין שנשתתפו בדשלב"ל בזה קשה לומר דמן דין טענת מחילה דהוא טענה גרוע נגעו בה דהא י"ל דהיה איזה ענין לשותף השני דאינו צריך לשותפות השני מאיזה ענין שיהיה אחר זמן בהעסק שלהם א"כ אין זה דומה למחילה כלל.

ותקשה עדיין דכיון דהדין נותן דנאמן לומר דהי' החזרה בהספם חבירו א"כ יהי' נאמן לעולם דחזר בו במיגו דאי בעי אמר דחזר בו בהספם חבירו. ובנודאי אין לדון בזה למה שכתב הש"ך ביו"ד סי' קס"ט ס"ק ע"ט דיש סוברים דבמקום דמשים א"ע רשע אינו נאמן אף במיגו דהא במקום דלא הוי רק מחוסר אמונה ותרעומות אינו נקרא רשע ע"כ לא שייך הכא לדון פן כלל: והעיקר מה שנלע"ד לומר בזה ע"פ מש"כ האו"ת בסי' ע"ח ס"ק ח' במש"כ התוס' בב"ב (דף ה') דאינו נאמן לומר פרעתי בתו"ז במיגו דאי בעי אמר פרעתי ביומא דמשלם זמני' משום דזה הוי העצה.

דאף דקיי"ל דאמרינן מיגו דהעצה מ"מ ע"י צירוף להסברא דהוי מיגו במקום חזקה וגם הוי מיגו דהעצה זה לא אמרינן וכ"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק ע"ו ע"ז ע"ש. ואף להסוברים דמהני מיגו דפרעתי ביומא דמשלם זמני' כמבואר בסי' ע"ח סעיף ד' ובש"ך שם ס"ק ט"ז י"ל דטעמם דס"ל דאין זה נחשב להעצה ביותר מן מה שטוען עכשיו פרעתי בתו"ז ומכחישו.

אבל היכא דהוי מיגו דהעצה ממש גם אינהו מודה לסברת האו"ת דהיכא דהוי תרתי היינו מיגו במקום חזקה וגם הוי מיגו דהעצה דכה"ג לא מהני מיגו כלל. והנה הא דנאמן השליח והפועל לומר דחזרתי משליחותי ופעולתי שקבלתי עלי לעשות במיגו דאי בעי אמר שעשיתי פן בהספם בע"ד שלי שנתרצה להחזרה.

זהו הפל מצד דקיי"ל דאמרינן מיגו במקום חזקה להחזיק כמש"כ האו"ת בסי' פ"ג ס"ק א' והנתיבות בסי' קפ"ג ס"ק ג' פ"עין זה. וגם מצינו בפ"ש"ף סי' ע"ז ס"ק ט' לחלק על הע"ש דהך חזקה שלים עושה שליחותו הוי חזקה אלימא דאף מיגו לא מהני נגדו.

והנתיבות שם ס"ק ד' פתב דהעיקר פהעיר שושן דנאמן הבע"ד במיגו נגד הך חזקה להחזיק ע"ש. א"כ ה"ה הכא בפועלים האומרים דחזרו בהם מן שליחותם שקבלו עליהם לעשות ג"כ יש לדון בזה להחזקה שלים עושה שליחותו ועשה כל ענין השליחות והמלאכה שהבטיחו לעשות וע"כ יש לומר דמיגו במקום זה נקרא ג"כ מיגו במקום חזקה רק פ"ן דקיי"ל דאמרינן מיגו להחזיק ע"כ נאמן במיגו לומר דחזרתי משליחותי אף דהוי מיגו במקום חזקה שלים עושה שליחותו.

[ויש לומר דהך חזקה שלים עושה שליחותו ג"כ זהו מצד הסברא שפתבתי לעיל דשייך בזה שארית ישראל כו' ועפ"ז יש לדון בסוגיא דעירובין (דף ל"ב) ואכמ"ל]. אבל היכא דהוי ג"כ מיגו דהעוה כמו היכא דטוען חזרתי משליחותי שלא ברצון הבעה"ב ויש לו מיגו דאי בעי אמר שהיה הסדרה ברצון הבע"ד א"כ זה מקרי מיגו דהעוה.

וכיון דהוי תרתי היינו מיגו במקום חזקה דעשה כל מלאכתו ושארית ישראל כו' וגם מיגו דהעוה ובמקום הנה תרתי ביחד לא מהני מיגו וע"כ שפיר מוציאין ממון מהפוזק: והא שפתב הש"ף בסי' קע"ו ס"ק מ"ה בשם הרשב"א דנאמן לומר לעצמי הצלתי במיגו דלא קבלתי ממנו פלום.

התם הא הך טענת מיגו דהוי אמר לא קבלתי ממנו פלום זה ג"כ לא הוי העוה דהא אם לא הודיע לו שקיבל ממנו לא היה יודע. ועוד דהא התם לא שייך כלל הך חזקה שלים כו' ושארית ישראל כו' דהא התם לא הבטיח לו בפיו שיקבל עבורו רק פ"ן דסתם שנתפין אורחא למטרח אפולא עיסקא כמש"כ רש"י בב"ק (דף קט"ז) וכמש"כ לעיל.

אבל היכא דהבטיח לו לעשות פן ושייך בזה חזקה כו' ושארית ישראל כו' שפיר יש לדון פן. ואין לסתור עפ"ז למש"כ האו"ת בסי' פ"ג ס"ק א' דאם אין לו עדים נאמן במיגו דלהד"ם וכ"כ הנתיבות בסי' קפ"ג ס"ק ג'.

דיש לומר דשאני היכא דיש לו מיגו דלהד"ם דלא היה דררא דממונא מעולם כלל וכדמצינו פ"עין זה בכתובות (דף ט"ז) במודה ר' יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך כו' שהפה שאסר הוא הפה שהתיר כו' ובסוגיא שם הכא אין שור שחוט כו' ובתוס' שם ד"ה ומודה ר' יהושע כו' דאף בהלה תובעו שייך פן וכ"כ התוס' שם ד"ה התם שור שחוט כו'.

וכמש"כ במק"א להוכיח מהאי סוגיא דמיגו דלהד"ם עדיף טפי ונקרא בשם הפה שאסר דעדיף מן מיגו וכמש"כ הש"ף בסי' ק"ח ס"ק ז' לחלק בין הפה שאסר מן מיגו ע"ש. א"כ פ"ן דלא מצינו הך סברא דשניהם ביחד לא מהני מיגו נגד ה"ה נגד חזקה ונגד העוה דעיקר המקור הוא מן התוס' ב"ב (דף ה) דלא נאמן במיגו דפרעתיך ביומא דמשלם זמנו.

י"ל דכיון דלא הוי בשם הפה שאסר ע"כ לא אמרינן מיגו במקום זה אבל היכא דהוי בשם הפה שאסר כמו מיגו דלקד"ם אין לנו הברח לדון פן וע"כ אין לנו לסתור עפ"ז לדברי האו"ת סי' פ"ג והנתיבות סי' קפ"ג הג"ל.

וכן יש לדון במש"כ הש"ך סי' קע"ו ס"ק מ"ה הג"ל במיגו דלא קבלתי פלום דהוי ג"כ בשם הפה שאסר כו' והדברים ארוכים: ולפ"ז יש לומר דהיכא דאמר הפועל שהי' התורה מרצון הבעה"ב דנאמן כיון דלא שניף בכה"ג שארית ישראל כו'.

רק היכא דנראה מתוך הענין שבתורת מחילת זכותו הנה פן שפיר י"ל דאינו נאמן כמו דאינו נאמן בכל טענות מחילה דהוי טענה גרוע וה"ה היכא שמן הדין הנה יכול לחזור רק אסור לו לחזור משום שארית ישראל כו' ג"כ י"ל דאינו נאמן לומר שהנה התורה ע"פ רצוני שלו דזהו ג"כ כעין טענת מחילה דאינו נאמן כמש"כ לעיל.

אבל היכא די"ל דלכן נתרצה על התורה לפי שלא הנה נצרך כלל להענין שיהי' עוסק במלאכתו וכיוצא בזה שפיר י"ל דנאמן לומר פן כיון דלא שניף בכה"ג לדון להסבא דשארית ישראל כו' וכן לטענת מחילה דבכה"ג לא הוי זה נחשב לטענה גרוע.

ע"כ אתי שפיר מה דאמרו הכא דנאמן המתעסק במעוה חבירו לומר דהחזיר העיסקא בתו"ז. די"ל דלא הנה צריך בעל המעוה כלל שיהיה זה עוסק במעוהו וגם אפשר דהנה צריך המעוה לצורך ענין אחר ע"כ נתרצה לקבל ממנו המעוה בתורה ולכן נאמן לומר דהחזיר העיסקא לחבירו בתו"ז כיון דלא שניף בכה"ג לדון לסבא דשארית ישראל כו'.

ואין זה דומה להא דסי' קע"ו סעיף ג' דאינם נאמנים לומר דחזרו בהם דשא"ה דאומרים דחזרו שלא מרצון הבע"ד וע"י מיגו א"נ פנ"ל נאמי שפיר הפל על נכון: ענין א ועוד יש לומר בכ"ז והוא דהנה לכאורה יש להעיר במש"כ הרמ"א בסי' קע"ו סעי' ג' הג"ל והנ"י פ"ק דב"ב דאין הפועל נאמן לומר דחזר בו וכתבתי הטעם משום דתורה הוי טענה גרוע משום שארית ישראל כו' א"כ תקשה כמה דקיי"ל בענין חזקה שליח עושה שליחותו בעירובין (דף ל"ב) ובחולין (דף י"ב) ובגיטין (דף ס"ד) דלקולא לא סמכינן על חזקה שליח עושה שליחותו בדאורייתא וכמו שפסק הרמב"ם הלכות תרומות פ"ד ה' ו' דהאמר לשלוחו צא ותרום כו' דאין חזקתו תרום וכו' ד סי' של"א סעי' ל"ד וכמש"כ בארנקה המל"מ פ"ד ה' בכורות והנודע ביהודה במ"ק ח' אה"ע סי' ב' מזה.

וגם לרב ששתדס"ל דאף בשל תורה סמכינן גם להקל על חזקה שליח עושה שליחותו הטעם הוא כמש"כ התוס' שם דזהו במקום שאם לא יעשה שליחותו יבא המשלח לידי עבירה. וקשה הא חזינו דמשום סבא דשארית ישראל כו' סמכינן אף באיסור טבל לומר דלא חיישינן לחזרה כמבואר בב"מ (דף מ"ט) דמה"ט ישראל שאמר לכו לוי פור מעשר יש לי בידך רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר ומותר לאוכלו ואינו חושש למה דאיתחזק איסורא דטבל.

משום דשארית ישראל כו' וע"כ לא חשו לחזרה. א"כ ה"ה בכל מידי דשניף לדון להחזקה שליח עושה שליחותו כיון דהבטיחו שיעשה שליחותו א"כ ממילא שניף ביה לדון דיהיה מחוסר אמונה אם יחזור בו ולא ירצה לעשות שליחותו דאף בהנ"ל כיון דנה

לא הוי מתנה מרובה כדמשמע שם דאף בשליח על פרט א' ג"כ דיינינו פן וקשה דנימא שם ג"כ להך סברא דשארית ישראל כו' וע"כ מסתמא לא יחזור בו.

ואין לומר דשאני בטירחא דגופא דלא דיינינו ביה מחוסר אמת כמש"כ המהרי"ק פ' עין זה בסי' קל"ג והובא בש"ך ח"מ סי' רמ"ג ס"ק א' דבטירחא דגופא לא דיינינו דנעשה נדר בעני. דהא להדיא מבואר בסי' של"ג ס"ק א' בסמ"ע דגם בפועלים שייך דין מחוסר אמת ע"ש בפרישה וזה פשוט.

א"כ תקשה דנימא פן בכל מידי דחזקה שלים כו' היכא דהבטיח לו לעשות שליחותו ואף בחנם אם לא הוי מתנה מרובה ג"כ שייך מחוסר אמת א"כ נימא שארית ישראל כו' ולא נחוש לחזרה.

וכבר נתבאר דאף רבא דקידושין (דף מ"ה) דפליג שם על אב"י ולא ס"ל להסברא דשארית ישראל כו' טעמו משום דהתם בקידושי אשה הוי כמו מתנה מרובה או דשא"ה דכפתי' עד שנתרצה ליתן בתו לקרובה אבל היכא דליכא למימר פן גם רבא מודה לסברת אב"י דהתם.

ואין לנו הכרח לומר דרבא פליג בעיקר סברת אב"י דהתם דאין לנו להרבות במחלוקת וכדמוכח בסתמא דגמ' בב"מ (דף מ"ט). א"כ תקשה פנ"ל: ועוד קשה לפי מש"כ בתשובת מיימוני ספר קנין סי' כ"ג דבמזון לא סמכינן על חזקה שלים עושה שליחותו.

וכ"כ האו"ת בסי' י"א באורים ס"ק ט' בשם הפרישה דלהוציא מזון לא סמכינן על חזקה שלים עושה שליחותו. וקשה דהא חזינו בהא דסי' קע"ו סעי' ג' דאינו נאמנין לומר שחזרו בהם וכן בסי' רס"ט סעי' ו' דאין המגביה נאמן לומר לצורכי הגביתה דזהו הפל מטעם דכיון דשתק ונתרצה לעשות שליחותו א"כ ממילא חזקה שלים עושה שליחותו ולא חזר בו אף דשם במציאה לא שייך לומר דהוי רמאי כמש"כ הנתיבות בסי' קפ"ג ס"ק ה' ועיין בב"ח ח"מ סי' רס"ט ובשו"ת גאוני בתראי סי' כ"ג בשם הב"ח.

אף בהא דסי' רס"ט הנ"ל יש לחלק דכיון דחבירו שעשה לו לשליח להגביה המציאה עומד אצלו א"כ גם בזה אמרינו כיון דשתק ולא חזר בו בפניו או בפני עדים מסתמא אינו חוזר וכמש"כ הנתיבות פ' עין זה בסי' רס"ט ס"ק ד'.

ועוד כיון דמירי שרק הרוכב ראה המציאה ולא המגביה כמש"כ בתשובת גאוני בתראי סי' כ"ג ע"כ שא"ה וכמש"כ הנתיבות שם. וכן אפ"ש לדון דשא"ה במציאה דלא שייך ביה חזקת מזון כ"כ וכעין סברת התוס' פתובות (דף ט"ו ע"ב) ד"ה להחזיר לו כו'.

אבל באמת כ"ז דחזק מהרבה טעמים. ובפרט מהא דסי' קע"ו סעי' ג' תקשה בנדאי דכיון דאמרינו שם דאינו נאמנים לומר שחזרו השותפים מקודם שהרויחו ומוציאין מזון מן המוחזק ושם לא שייך לומר סברת הגמ' ורש"י בב"מ (ד' קט"ז ע"ב) ד"ה לא קפדי אהדדי כו' דהא בסי' קע"ו הנ"ל מירי בנשתתפו בדשלב"ל וכמש"כ לעיל א"כ ממילא הוי מוחזק ממש ואפ"ה מוציאין ע"י הסברא דשארית ישראל כו' מהמוחזק א"כ כ"כ נימא בכל חזקה שלים עושה שליחותו גם במזון היכא דלא הוי הבטחתו לעשות השליחות בשם מתנה מרובה ויוציאו מזון ע"ז.

וְדוֹחַק לְחַלֵּק דְשֵׁא"ה דְהִתְחִיל לְעֶסֶק בְּשׁוֹתְפוֹת עֲבוּר חֲבִירוֹ דְכ"ז אֵינוֹ: וְהִנֵּה בְּשֵׁי"ף ס'י צ"א ס"ק י"ב פֶּתַח בְּשִׁיטַת הָרֵאשׁוֹנִים דְס"ל דְחֲנֻנֵי נוֹטֵל מְדִינָא דְזֵהוּ מְשׁוּם חֲזָקָה שְׁלִיחַ עוֹשֶׂה שְׁלִיחוּתוֹ.

אִף דְכֻתְבִּי לְעִיל בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת מִיְמוּנֵי וְהִפְרִישָׁה דְכֻתְבוּ דְחֲזָקָה שְׁלִיחַ עוֹשֶׂה שְׁלִיחוּתוֹ לֹא מְהַנִּי בְּמִמוּנָא מ"מ אֲתִי שְׁפִיר דְבָרֵי הַשֵּׁ"ף הַנִּזְ"ל וְכִמּוֹ שֶׁהֵבִיא פֶּן בְּשֵׁם הַבְּעָה"ת שְׁכ"כ מְשׁוּם דְשֵׁא"ה פִּינּוֹן דְהֲחֲנֻנֵי טוֹעֵן בְּרֵי וְהַבְּעָה"ב טוֹעֵן שְׁמָא א"כ פֶּמוֹ בְּהֵךְ דְכֻתְבוֹת (דָּף י"ב) דַּע"י אוֹקֵי אֲחֻזָּה בְּצִירוּף מַעֲלַת בְּרֵי וְשְׁמָא מוֹצִיאִין מְמוֹן א"כ ה"ה הֵךְ סְבָרָא חֲזָקָה שְׁלִיחַ כּו' הָיִי תוֹעֲלַת מְזָה לְהִיּוֹת צִירוּף לְמַעֲלַת בְּרֵי וְשְׁמָא וּמוֹצִיאִין מְמוֹן עִי"ז אֲבָל הֵיכָא דְהָיִי בְּרֵי וּבְרֵי אוֹ שְׁמָא וְשְׁמָא בְּזָה שְׁפִיר י"ל דְאִין מוֹצִיאִין מְמוֹן ע"י הַחֲזָקָה שְׁלִיחַ כּו' וּא"ש דְלֹא סְתָרֵי דְבָרֵי הַפּוֹסְקִים הַנִּזְ"ל אֶהְדְּדִי.

אִף מְצִינוּ בְּשֵׁי"ף ס'י ע"ז ס"ק ט' שֶׁהֵבִיא בְּשֵׁם הָעִיר שׁוֹשֵׁן שְׁפֶתַח דְמְשׁוּם סְבָרָא חֲזָקָה שְׁלִיחַ עוֹשֶׂה שְׁלִיחוּתוֹ מוֹצִיאִין מְמוֹן מִהַמְּחֻזָּק וְהַשֵּׁ"ף ס"ל שֶׁם דְגַם מִיגֹו לֹא מְהַנִּי נֶגֶד הַחֲזָקָה שְׁלִיחַ כּו' וְהַע"ש ס"ל דְמְהַנִּי מִיגֹו נֶגֶד הַחֲזָקָה שְׁלִיחַ כּו' אֲבָל אִם אֵין לוֹ מִיגֹו אֵינוֹ נֶאֱמָן לוֹמַר שֶׁלֹּא בָּאָה הַלְוָאָה זֹו לְתוֹף הַשְׁוֹתְפוֹת מְשׁוּם פִּינּוֹן דִּידוּעַ שְׁבִהֶסְפָּמְתוֹ הַלֵּךְ לְלוֹוֹת הַמַּעֲוֹת לְצוּרָה הַשְׁוֹתְפוֹת א"כ דִּינֵינּוּ חֲזָקָה דְעֵשָׂה שְׁלִיחוּתוֹ וּמוֹצִיאִין מְמוֹן מְמוֹן וּמוֹכַח דְס"ל לְהַע"ש וְהַשֵּׁ"ף דְגַם בְּמִמוֹן סְמְכִינּוּ עַל חֲזָקָה שְׁלִיחַ לְהוֹצִיא מִהַמְּחֻזָּק: עֲנָף ט וְהֶאֱמַת הוּא דְכ"ז אֵינוֹ קָשָׁה כָּלֵל דְהִתְחִילִיק פְּשׁוּט הוּא דְדוֹקָא הֵיכָא דְאֵנוּ מְסַנְפְּקִים אִם עֵשָׂה הַשְׁלִיחַ שְׁלִיחוּתוֹ אוֹ לֹא עֵשָׂה וְנִתְעַצֵּל וְלֹא רָצָה לְטָרוֹחַ כְּמוֹ הָא דְעִירוּבִין (דָּף ל"ב) וְגִיטִין (דָּף ס"ד) וְחֻלִּין (דָּף י"ב) בְּזָה מְצִינוּ דְאֶמְרוּ דְלֹא מְהַנִּי הַחֲזָקָה שְׁלִיחַ כּו' לְסַמְּךָ ע"ז לְקוּלָא.

וְאִף דִּישׁ מְקוּם לוֹמַר הַסְבָּרָא דְשְׁאָרִית יִשְׂרָאֵל כּו' וְלֹא חֲזַר מִהַבְּטָחְתוֹ מ"מ הָיִי זֵה כְּמוֹ רֹבָא דְתַלְוֵי בְּמַעֲשָׂה דְלֹא אֶמְרִינּוּ וְכִמּוֹ שְׁרָאִיתִי בְּסִפְרָא שׁוֹשְׁנַת הָעֲמָקִים כָּלֵל י"ב שְׁפֶתַח דְלַכּוֹן לֹא סְמְכִינּוּ עַל חֲזָקָה שְׁלִיחַ עוֹשֶׂה שְׁלִיחוּתוֹ לְקוּלָא מְשׁוּם דְהָיִי רֹבָא דְתַלְוֵי בְּמַעֲשָׂה דְלֹא אֶמְרִינּוּ ע"ש.

[וּבְפִלְגֻמַּת רְבָא וְרִבִּינָא בְּכוֹרוֹת (דָּף כ') י"ל דְשֵׁא"ה ע"פ סְבָרַת הַתּוֹס' שֶׁם ד"ה רִבִּינָא כּו' וּיְבָמוֹת (דָּף קי"ט) ד"ה ר"מ הִיא כּו' וְאִף דְפְעָמִים צָרִיךְ לְהַרְבִּיעַ הַבְּהֵמָה כְּמַש"כ הַתּוֹס' שֶׁם מ"מ י"ל דְרָבָא ס"ל דְלֹא חִיִּישִׁינּוּ לְסְבָרָא זֹו אֲבָל בְּשֵׁא"ד י"ל גַּם רְבָא מוֹדָה לְרִבִּינָא בְּזָה וְקַצְרִיתִי].

א"כ אִף הֵיכָא דְהָיִי הַבְּטָחַת הַשְׁלִיחַ לְעֵשׂוֹת הַשְׁלִיחוּת רַק בְּשֵׁם מַתָּנָה מוֹעֲטָת וְאֶסוּר לוֹ לְחַזֹּר בּוֹ מְשׁוּם מְחֻסָּר אֶמְנָה מ"מ פִּינּוֹן דְמְסַנְפְּקִים אֶנְחֵנוּ אִם נַעֲשֶׂה כָּלֵל דְבָר מְחֻסָּדָשׁ שְׁלֵם הַשְׁלִיחַ בְּזָה לֹא סְמְכִינּוּ עַל הֵךְ דְשְׁאָרִית יִשְׂרָאֵל כּו' דְעֵיקְרוּ אֵינוֹ רַק מְשׁוּם סְבָרַת רֹבָא דְרוּב בְּנֵי אָדָם לֹא יַעֲבְרוּ עַל שְׁאָרִית יִשְׂרָאֵל כּו' וְכָלֵל הוּא דְכָל הַטוֹעֵן דְבָר מְחֻסָּדָשׁ עָלָיו לְהֵבִיא רְאִיָּה וְהָיִי רֹבָא דְתַלְוֵי בְּמַעֲשָׂה וְכַמַּש"כ הַשׁוֹשְׁנַת הָעֲמָקִים כְּנ"ל.

אֲבָל הֵיכָא דְאֵינוֹ מְחֻסָּר מַעֲשָׂה כְּמוֹ הָא דְב"מ (דָּף מ"ט) בְּאוֹמַר כּוֹר מַעֲשֵׁר יֵשׁ לָהּ בְּיַדִּי רִשְׁאֵי לְעֵשׂוֹתוֹ תְּרוּמַת מַעֲשֵׁר מְשׁוּם דְסְמְכִינּוּ עַל סְבָרַת שְׁאָרִית יִשְׂרָאֵל כּו' דְלֹא יִחְזוֹר

בו ואדרבה יש לנו לומר אוקי אחזקה הראשונה ולא יחזור בו ולא יהיה דבר המקודש הוא התורה.

וכן בהא דקידושין (דף מ"ה) דע"פ סברת שארית ישראל כו' סמכינן דלא חזר מדבריו הראשונים ואוקי אחזקתו הראשונה דלא נשתנה דעתו עי"ז הסברא דשארית ישראל כו': וכן בהא דסי' קע"ו סעי' ג' דאומנין שנשתתפו בהמלאכה שיעשו וירויהו שיהיה שיקף לשותפות וכן בפועל שנשפר לעשות עסק עבור בעה"ב דשם מייירי דידוע בעדים שעשה עסק האומנות והרויח רק שטוען שחזר בו ועשה זה לצורכו וחזר בו מהבטחתו בזה שפיר יש לנו לדון דמשום סברא דשארית ישראל כו' דהוי כמו רובא דרוב בני אדם אין דרפם לחזור מדבריהם הראשונים משום דהוי מחוסר אמונה ובצירוף אוקי אחזקה הראשונה דלא נעשה דבר המקודש של התורה.

וכעין מש"כ התוס' בגיטין (דף ל"ג) ד"ה ואפקעינהו כו' דאוקי אחזקה דלא ישאל על גזירותו כו'. והפל הוא משום אוקי אחזקה דלא נעשה דבר המקודש.

וע"י רוב בצירוף אוקי אחזקה סמכינן להוציא ממון מהמחזק כמש"כ בעל המאור ברפ"ב דכתובות וכמש"כ במק"א מזה בארנפה. וכן בהא דסי' רס"ט במגביה המציאה דידוע בעדים שהגביה המציאה רק דאמר דלצורכו הגביה משום דאם לא היה עדים ע"ז בהא דסי' רס"ט וכן בהא דסי' קע"ו הנ"ל ונדאי דנאמן לומר דחזר בו במיגו דהיה אומר דלא הרויח כלל וכעין מש"כ הש"ך בסי' קע"ו ס"ק מ"ה בשם הרשב"א דנאמן לומר לעצמי הצלתי במיגו דלא קבלתי ממנו כלום וכיון דידוע דעשה את הענין שהבטיח לעשות רק דהספק הוא אם עשה פן לעצמו או עומד הוא בדבריו הראשונים ע"כ דיינינן בזה להפיל דשארית ישראל כו' ומוציאין ממון מהמחזק עי"ז.

אבל היכא דהוי ספק אם עשה השליח כלל להמעשה שקיבל עליו לעשות בזה שפיר אמרו דלא סמכינן על החזקה שליח כו' להוציא ממון. וכן בדברי הע"ש והש"ך סי' ע"ז ס"ק ט' אם ידוע שהשותף לנה המעות ע"י הסכם וציווי שותפו השני רק דהספק הוא אם מסר המעות לעסק השותפות או לעסק שלו לבדו בזה שפיר כתבו דיש לדון התם החזקה שליח עשה שליחותו כפי מה שהבטיחו פיון דמעשה ההלואה נעשה בנדאי רק דהספק הוא שמא עשה זה העסק לעצמו או עומד בדבריו הראשונים ע"כ גם בכה"ג דיינינן חזקה שליח כו' ומוציאין ממון ממנו לשלם להמלוה כמבואר שם.

וסעד לסברת הש"ך והע"ש הלז מהא דסי' קע"ו סעי' ג' דא"נ לומר שחזרו בהם והפל הוא מה"ט דשארית ישראל כו' דהוי כמו רוב ואוקי אחזקה דעומד הוא בדבריו הראשונים ולא נשתנה דעתו מבתחלה כיון דידוע דעשה עכ"פ המעשה.

אבל היכא דמסופקים אם עשה כלל להמעשה ושמא נתעצל ולא רצה למטרח וכיוצא בזה בזה שפיר כתבו דלא סמכינן על החזקה שליח כו' להוציא ממון דהוי רוב דתלוי במעשה. וגם יש לנו לומר אוקי אחזקה דלא נעשה המעשה כלל וכל הטוען דבר מקודש עליו הראי' והפל הוא מטעם אוקי אחזקה דלא נעשה המעשה כלל.

ע"כ אין לנו פת להוציא ממון מהמחזק אף אם היה מקום למיזן בזה רובא דהא אין הולכין בממון אחר הרוב. וכ"ז הוא מוכרח ופשוט לחלק פן ולפ"ז אתי שפיר כל הנ"ל על מכוננו.

וכיוצא בזה מצינו פן בסי' רמ"א סמ"ע ס"ק כ"ג דבתנאי קום ועשה מוקמינו שנשאר הדבר כמו שהי' מעיקרא וצריך להביא ראיה ע"ש: ולפ"ז חתי שפיר מה דכתבו הקא דנאמן המתעסק לומר דהחזיר המעות בתו"ז להנותן דכיון דיש לומר דחזר בו ולא רצה לעסוק בהעסק הלז יותר וכדין המקבל עיסקא דיכול לחזור בו כמו פועל שחוזר בו אף בחצי היום אם לא יש לנו לומר אוקי אחזקה דלא עשה כלל העסק שהבטיחו לעסוק במעותיו של חבירו וע"כ נאמן לומר שהחזיר להנותן פינו דלא עשה מעשה של העסק במעות חבירו ע"כ ממילא נטל חבירו ממנו המעות.

ולכן אף אם אומר שהיה החזרה שלא בהסכם הנותן וגם ידוע שנה העסק שלו היה זה טובה להנותן ואינו רוצה שיחזור בו המתעסק דכתבתי לעיל דזהו חשוב כמו טענת מחילה דאינו נאמן אם אין לו מגו.

ואלו משום מגו דנאנסו היה צריך שבועה חמורה כמו בהא דהחזירתי במיגו דנאנסו כמש"כ לעיל אפ"ה הדין נותן דנאמן המתעסק לומר דחזר בו ולא רצה לעסוק יותר אף שלא בהסכמת חבירו ואין מוציאין ממון ממנו ע"י חזקה שליח כו' ושארית ישראל כו'.

משום דכיון דהוי ספק לנו שלא עשה המעשה כלל ואומר בפיו ברי לי פן שלא עשיתי זה המעשה ביותר לכן נאמן ואין מוציאין ממון ממנו. ואין זה דומה כלל להא דסי' קע"ו סעי' ג' הנ"ל: ** (הגה"ה ודע דלפמש"כ דעיקר הטעם דסי' קע"ו סעי' ג' דא"נ לומר שחזרו בהם הוא משום דיש שם מעלת רוב ואוקי אחזקה ע"י הפלל דשארית ישראל כו'.

א"כ מוכח מזה דאף אם המחזק טוען ברי בצירוף מעלת מחזק לטענת ברי. והתובע טוען שפא דמ"מ מועיל מעלת רוב ומעלת אוקי אחזקה להוציא מהמחזק אף שטוען ברי.

ודלא כמש"כ בתירוץ א' בספרי נחל יצחק סי' מ"ג סעי' י"ד ענף ג' בד"ה ועדיין יש להעיר בזה מהא דבכורות (דף מ"ט) כו' והדברים ארוכין ואכ"מ: וכן יש להעיר ע"פ מש"כ לדון הפלל דשארית ישראל כו' דאין לנו לחוש לחזרה היכא דלא הוי מתנה מרובה משום דהוי מחוסר אמנה ומוציאין ממון עי"ז א"כ יש להעיר עפ"ז בהא דב"ב (דף נ"ג) דשלא בפניו צריך לומר לה חזק וקני וכמבואר בסי' קצ"ב והא יש לנו אומדנא לדון דאלו היה יודע שחבירו יקח את החפץ הנמכר לו בנודאי היה מסכים ולא היה חוזר משום שיהיה מחוסר אמנה ושארית ישראל כו'.

וכעין אומדנא זו אי' בח"מ סי' ס"ו סעי' י"ז גבי מוכר שט"ח בלא כתב לי קני איהו כו' דכתב הרמ"א שם דאם אין הלנה כו' אין מוציאין מן הלוקח הואיל ותפס. ועיין בש"ך שם ס"ק ס"ו ובקצה"ח סי' ר"ט ס"ק ה' כעין זה שכתב דלפמש"כ הש"ך בסי' שנ"ח דמתנה שלא מדעת הוי מתנה היכא דיש אומדנא דהיה מסכים ע"ז.

וכעין זה בסי' רמ"א סעי' ג' ושם מחלקינן בין מטלטלין וקרקע ועיין שם בנתיבות ס"ק ד' מזה. ובדין זה דשלא בפניו צריף לומר לה משונה וקניי הדין הוא פן אף במטלטלין שפ"כ לו כמבואר בב"ק (דף נ"ב) ובסי' קצ"ז סעי' ג'.

ואפשר לומר דכיון דלא אמר לו בפ"י לה משונה וקניי א"כ משמע ממנו דאינו מסכים שיקחנו בלתי דעתו כ"ז דלא אמר לו פן בפירושו. [ועיין בב"ב שם (דף נ"ג) דאמרו שם ורב סבר מאן דיהיב מתנה בעין יפה יהיב וב"ב (דף ג') תוס' ד"ה רב אשי א' כו' וברא"ש שם וקצ"ח].

ובאמת יהי' מזה סייעתא למש"כ הש"ך בסי' ר"ט ס"ק ה' גבי מוכר דשלב"ל דאי תפס לא מפקינן מיניה דדוקא פשידע המוכר וכ"כ בסי' ס"ו ס"ק ס"ו אבל כ"ז דלא ידע המוכר לא מהני תפיסתו ולא דינינן בכה"ג הך דאי שמ"ט כו'.

א"כ לפ"ז א"ש בפשיטות דשלא בפניו לא מהני משיכה כ"ז דלא אמר בפ"י לה משונה וקניי והדברים ארוכים ואכמ"ל. (ע"כ הגה"ה): ** ענה י ונתבאר על נכון דברי הרמ"א דנאמן המתעסק במעות של אחרים לומר דהחזיר העיסקא בתו"ז ואין דומה להא דסי' קע"ו סעי' ג' דא"נ לומר דחזר בו משום דשאני היכא דאמר דחזר בו שלא בהספם הבע"ד אבל היכא דאמר דחזר בו בהספם הבע"ד שפגגו ונראה מן הענין שאינו בתורת מחילת זכותו רק דאפשר שלא הי' נצרך שיעסקו המקבל או הפועל ושותפו בעסק שלו יותר א"כ בכה"ג דלא הוי בתורת מחילת זכותו ודאי דנאמן לומר שחזר בו והחזיר המעות לחבירו בתו"ז.

או כפי אופן השני שנתבאר דדוקא היכא דידוע דעשה הענין שקיבל לעשות בזה א"נ לומר דחזר בו בתו"ז ועשה פן לעצמו אבל היכא די"ל דחזר בו ולא עשה כלל להענין שהבטיחו לעשות עבור חבירו בזה י"ל דנאמן לומר שלא עשה פן משום דחזר בו אף בתו"ז ולא רצה לעסוק יותר בעיסקא של חבירו וזהו בכלל מה דאמרו דלא סמכינן על חזקה שליח כו' להוציא ממון.

וממילא חזר הנותן וקיבל מהמקבל את כל העיסקא בחזרה וע"כ אף באומר שחזר מלעסוק בעיסקא אף שלא בהספם הנותן גם פן נאמן. וכ"ז הוא מוכרח ופשוט כפי שנתבאר בעז"ה: ועתה נחזור לדברי החתם סופר ח' ח"מ סי' קמ"ד שכתב לדון במקבל עיסקא לעסוק לצורך עצמו כדיון כל עיסקא דהוי פלגא מלנה ופלגא פקדון דאף דלא שייך בזה דין חזקה תו"ז משום דעביד דפרע תו"ז כדי לפטור מן פריעת הרנווחים מ"מ א"נ לומר דהחזיר הפלגא פקדון ולא רצה לעסוק יותר דאף דפועל חזר בתו"ז מ"מ א"נ לומר דחזר בו כדיון המבואר בסי' קע"ו סעי' ג' דא"נ לומר דחזר בו וממילא א"נ לומר שחזר הפלגא מלנה כו' עכ"ל.

ולכאורה י"ל דיהיה נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו בשבועה חמורה. אף י"ל בזה לפי מש"כ הנתיבות בסי' ס"ט ס"ק ט' דתיקון מהר"ם היה בעיסקא דידן שכ"ז שלא יברר ההפסד בעדים שיהיה חייב ע"ש.

ע"כ אינו נאמן לומר נאנסו אף בשבועה חמורה. אכן לפי מה שנתבאר דהרמ"א דכתב דנאמן המתעסק במעות של אחרים לצורך הנותן ואין לו הנאה כו' דהחזירו בתו"ז.

א"כ לדברי הסתם סופר הנ"ל תקשה עדיין על דברי הרמ"א הלז מן הא דסי' קע"ו סעי' ג' דלשונו' נפשי' הדורנא לא מהימן וכמש"כ לעיל להקשות פן בארובה וע"כ מוכח מן דברי הרמ"א דלא פהחתם סופר.

וע"כ ה"ה בכל מקבל עסקא אף בדין פלגא מלנה ופלגא פקדון נאמן לומר דהחזיר כל המעות בתו"ז ע"פ הסכמ הנותן דהיה נצרך לקבל המעות בחזרה מאיזה ענין שראה אז לאח"ז. או די"ל דנאמן לומר דחזר בו אף בלא הסכמ של הנותן העסקא בדין המקבל עסקא ויכול לחזור בתו"ז ולא עסק יותר בהעסקא וממילא הוכרח הנותן העסקא לקבל העסקא בחזרה וכ"ז מוכרח ע"פ דברי הרמ"א הנ"ל.

ולכן העיקר בזה כמש"כ הרב א' שהובא בחתם סופר שם ולא פהחתם סופר שהשיג עליו בזה. ועיקר סברת הרב א' הנ"ל לשכתב דהיא דמשלם רנוחים לא שיהי' החזקה תו"ז פבר הקדימו בזה תשובת הראנ"ח ותשובת הר הפקמ"ל.

והאו"ת בשם המהרי"ט. ובעסקא דידן העלה האו"ת בצ"ע וממילא אין מוציאין ממון מספיקא: ועכ"ז יש לדון עדיין במה שכתבתי דנאמן המקבל עסקא לומר שחזר בו בתו"ז שלא ברשות הנותן כיון דעיקר הטעם דלא דייגינן הכא להחזקה דתו"ז הוא משום הטעם שכתבתי לעיל דאולי ראה שאין העסקא עושה פירות וחושש שישביעו שבועה שלא הרנוחתי וכיון דהוי ש"ח כמש"כ לבאר לעיל שאינו יכול להפך ולהטיל קב"ח עליו שחושדו באמת.

א"כ לפי מש"כ הנתיבות בסי' ע"ד ס"ק ד' דאם המקבל עסקא חוזר בתו"ז בע"כ מחוייב לבא עמו לחשבון ולישבע כמה הרנויח וליתן החצי כו'. א"כ כיון דאף בחוזר בתו"ז יכול הנותן להשביעו כמה הרנויח.

ע"כ לא שיהי' בזה ה"ט שכתבתי דמחמת דפרשי אינשי משבועת אמת ג"כ לכן ראה להחזירו בתו"ז דהא עדיין לא ינצל מן השבועה. וכש"כ לפי מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ע"ד סעי' ג' דאם חוזר המתעסק בתו"ז אינו נוטל אף חצי הרנויח שעלה על חלקו ע"ש.

א"כ בנדאי יכול הנותן להשביעו אם חזר בתו"ז דהא אם היה רינוח מחוייב להחזיר כל הרנוח להנותן וע"כ חייב ש"ח שישבע כמה הרנויח וע"כ לא שיהי' בכה"ג הטעם שבארתי לדון דלא שיהי' הכא החזקה דתו"ז דחושש מהשבועה דהא עדיין לא ינצל מן השבועה.

ולכן הדין נותן דא"נ לומר שחזר בו שלא בהסכמ הנותן. אבל באומר שחזר בו ע"פ הסכמ הנותן שראה שא"צ להעסקא שיהיה זה עוסק במעותיו כגון דנמצא אנשים אחרים בטוחים ביותר שירצו לעסוק במעותיו בתורת דין עסקא או אולי היה נצרך הנותן להמעות וכיוצא בזה בזה י"ל דנאמן ולפ"ז ה"ה אף באומר שחזר בו בע"כ שלא בהסכמ הנותן ג"כ י"ל דנאמן בתורת מיגו דאי בעי אמר שהיה החזרה בהסכמ חבירו וכמש"כ לעיל דהא גם מיגו במקום חזקה דתו"ז מהני מספיקא ואין מוציאין מן הפחזקה: היצא לנו מפל הקונטרס היה דהיא דאיכא רנוחא במה דפורע בתו"ז לא דייגינן להחזקה דתו"ז כמש"כ המהרי"ט.

וכ"ז הוא בחוב ברור אבל אם אינו חוב ברור בזה דייגינן להחזקה דתו"ז אף היכא דאיכא רונקא. וגם נתבאר בארנקה על נכון דברי הרמ"א בסי' קע"ו סעי' ג' דאינו נאמנין השותפין על דשלב"ל וכן פועל לומר שחזרו בהם וזהו ונקא היכא דשנייה לדין דהוי מחוסר אמונה או דין תרעומות ע"כ דייגינן בזה שארית ישראל כו' ויהי חזרה טענה גרוע.

אבל היכא דלא הוי מחוסר אמונה ולא דין תרעומת בכה"ג י"ל דנאמנים לומר דחזרו בהם. והיכא שטוענים שחזרו ברצון הבע"ד אם לא הוי בזה הרצוי ענין מחילת זכותו נאמנים לומר שהיה החזרה בהספם בע"ד.

ועכ"ז אינם נאמנים לומר שחזרו שלא ברצון הבע"ד אף שיש להם מיגו דאמרי שהיה החזרה בהספם שלו משום דזהו כעין מיגו במקום חזקה ומיגו דהעצה ביחד. ובאמת היכא דאמרים דהחזרה הנה בפני הבע"ד שידעו מזה אף לא הסכימו ע"ז.

בכה"ג פינו דלא הוי מיגו דהעצה דהא גם עכשיו מעיז בטענתו נאמנים במיגו דאמרי דהיה החזרה בהספם הבע"ד פנ"ל. ומזה הוי סיוע לדברי האו"ת ס"ק ח' שכתב לבאר דברי התוס' בב"ב (דף ה') דאינו נאמנים לומר פרעתי בתו"ז במיגו דפרעתי ביוםא דמשלם זמניה דה"ל מיגו דהעצה.

דטעמם הוא דה"ל מיגו במקום חזקה וגם ה"ל מיגו דהעצה וכ"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק ע"ו וס"ק ע"ז. וגם נתבאר על נכון במה דאמרו דחזקה שלים עושה שליחותו לא מהני בממון דהוי היכא דאנו מסופקים אם עשה המעשה כלל אבל היכא דידוע דעשה המעשה רק דהספק שאם חזר ונתפגין לעצמו בזה דייגינן להחזקה שלים כו' אף בממון.

וגם נתבאר דבשטרי עיסקא דיין אם אין להשטר דין שטר לפי שלא נכתב באופן המועיל ויכול לומר פרעתי מצד השטר ע"כ נאמן לומר פרעתי אף בתו"ז כמש"כ הראנ"ח ותשובת הר הפד"מ והאו"ת ודלא כהחמתם סופר.

ואף באומר שחזר בתו"ז שלא בהספם הנותן וממילא נטל הנותן המעות ממנו בחזרה ג"כ נאמן במיגו שהיה אומר שהיה החזרה ברצוי הנותן פנ"ל: ג (שם סעי' א' ש"ך ס"ק י"ב) דכתב דאם יש זמנים הרבה ליתא בזה להחזקה דתו"ז כמו בקונטרסים.

ולכאורה יש להוכיח להיפך מן הר"נ לפתובות ריש פ' י"א גבי הא דבעי ר' יוחנן יתומים אומרים נתנו כו' דכתב הר"נ דבמזונות דלהבא ונדאי לא מהימני דדמי לחוב תו"ז שאין נאמן לומר פרעתי כו'.

אלמא דאף דבמזונות הוי זמנים הרבה דבכל יום ויום הוי זמן של חוב מזונות אפ"ה קרינו לי' חוב תו"ז א"כ מוכח דלא פהש"ך. ואפשר דשיטת רש"י שם הוא משום דס"ל כסברת הש"ך ולכן מתורץ עפ"ז לקושיות הר"נ עליו.

ועיין בתוס' פתובות (דף צ"ו) ד"ה יתומים אמרו נתנו כו' ובהרא"ש שם. אכן לפי מש"כ הנתובות בסי' ע"ח ס"ק ד' לחלק דשאני בקונטרסים דיכול להיות הפל ביום א' כו' בזה כתב הש"ך פו.

א"כ אינו קשה על הש"ך מן הר"נ הנ"ל. ועיין בתשובת משפנות יעקב ח' ח"מ סי' לו.

וּלְדִינָא י"ל דְּעִיקָר מִלְתָּא דְנָא תְלוּי בְּפִלְגֻמַּת רִשְׁ"י וְהַתּוֹס' וְהָרָא"ש שֶׁם בְּכַתְּנֻבּוֹת עִם הַר"נ הַגָּ"ל דְּהָא לֹא פְתָבוּ שָׁם דְּמִטְעָם חֲזָקָה תו"ז לֹא יְהֵא נְאָמֵן לּוֹמֵר דְּפָרַע לָהּ מְזוֹנוֹת דְּלֵהָבָא. וּבב"ב (דף ה') תוֹס' ד"ה וְאֶפְּלוּ מִיְתָמִי כו' פְּתָבוּ דר' יוֹחָנָן אֵית לִי ג"כ לְהַחֲזִיקָה דתו"ז.

וּבַפְּרָט לְפִי מִש"כ הַתּוֹס' שָׁם ד"ה פִּי הֵיכִי כו' דְּבָחוּב שְׁאִינוּ בְּרוּר כ"ע מוֹדוּ. א"כ ה"ה הֵכָא בְּמְזוֹנוֹת דִּיש לְחוּשׁ שְׁמָא תְּמוֹת א"כ הָוֵי חוּב שְׁאִינוּ בְּרוּר וּכ"ע מוֹדוּ דְּשִׁינְיָהּ לְדוֹן לְהַחֲזִיקָה דתו"ז וּמְדָלָא פְּתָבוּ פִּן א"כ מוֹכַח דְּרִשְׁ"י וְהַתּוֹס' וְהָרָא"ש שָׁם ס"ל פְּסָכְרָת הַשָּׁ"ךְ בְּזָה.

וְהַר"נ לֹא ס"ל פִּן וְה"ל סְפִיקָא דְּפִלּוּגְמָא: כ"ז פְּתַבְתִּי מִפְּכָר וְאַחַר זֶה נִתְּמִי לְעִיָּן עוֹד בְּזָה וְע"כ הִנְנִי בְּאַרְנוֹכָה שְׁנִית בְּקוֹנְטְרָסִי לְבָאָר עֵינֵן הִזָּה בְּיוֹמֵר בִּיאוּר בַּעַז"ה. ד (שָׁם ס' ע' א' שְׁ"ךְ ס"ק י"ב) דְּבְּקוֹנְטְרָסִים דְּבְּקוֹגְטְרָסִים דְּכָל קוֹנְטְרָס זְמַנּוּ נְאָמֵן לּוֹמֵר פְּרַעְתִּי מִקְּוֹדֵם פִּינּוּ דִּיש הִרְבָּה זְמַנִּים כו': עֲנָךְ א וּנְלַע"ד לְהִבִּיא רֵאִי לְזָה הַסְּכָרָא מִפְּתָנֻבּוֹת (דף צ"ו ע"א) בְּעֵי ר' יוֹחָנָן יְתוּמִים אוֹמְרִים נִתְּנָנוּ וְהִיא אוֹמְרַת לֹא נִטְלַתִּי עַל מִי לְהִבִּיא רֵאִי כו' וּפְּרִי רִשְׁ"י נִתְּנָנוּ דְּמִי מְזוֹנוֹת לְשָׁנָה הַבָּאָה.

וְהַתּוֹס' שָׁם ד"ה יְתוּמִים אוֹמְרִים כו' פְּתָבוּ דְּמִיָּרִי בְּמְזוֹנוֹת שְׁעָבְרוּ דְּמוֹכַח מִלְתָּא מְשׁוּם דְּשִׁתְּקָה עַד הַשְּׁתָּא דִּיְתָמִי קוּשְׁטָא קְאָמְרִי אֲבָל בְּמְזוֹנוֹת דְּלֵהָבָא עַל הַיְתוּמִים לְהִבִּיא רֵאִי דְּהָא רִיו"ח אֵית לִי הַטּוֹעֵן אַחַר מַעֲשֵׂה ב"ד לֹא אָמַר פְּלוּם כו' וּכ"כ הָרָא"ש וְהַמְּרָדְכִי שָׁם.

וּכ"כ הַתּוֹס' בְּב"מ (דף י"ז) ס' ד"ה הַטּוֹעֵן אַחַר מַעֲשֵׂה ב"ד כו'. וְלְכַאוּרָה צ"ע דְּבָרֵי רִשְׁ"י שְׁפַתְּבָּ דְּגַם בְּמְזוֹנוֹת דְּלֵהָבָא אֵיבַעְלִי לר' יוֹחָנָן אִם הִיא נְאָמְנַת דְּתַקְשָׁה עָלֵי קוֹשִׁיּוֹת הַתּוֹס' דְּהָא ה"ל מַעַב"ד.

וְהַנְּלַע"ד דְּרִשְׁ"י ס"ל לְחַלְקֵי דְּשְׁאֵנִי מְזוֹנוֹת הָאִשָּׁה פִּינּוּ דְּעִיקָר הַטְּעָם דְּהַטּוֹעֵן אַחַר מַעַב"ד לֹא אָמַר פְּלוּם דְּמַעַב"ד כְּמֵאן דְּנִקְיֵט שְׁטָרָא בִּידֵי' כְּמִבְּוֹאָר בְּב"מ (דף י"ז). א"כ מְזוֹנוֹת הָאִשָּׁה דְּאִינָה טוֹרְפַת מְשֻׁעָבְדֵי כְּמִבְּוֹאָר בְּגִיטִין (דף נ') ע"כ יֵשׁ מְקוּם לְדוֹן בְּזָה לְהַסְּכָרָא שְׁפַתְּבוּ הַתּוֹס' בְּכַתְּנֻבּוֹת (דף כ"א) ד"ה הוֹצִיא עָלָיו כַּת"י כו' בְּשֵׁם רַב אֶלְפִּס דְּדוֹקָא בְּשִׁטְרָא שְׁגוּבָה מְשֻׁעָבְדֵי אִינוּ יָכוֹל לּוֹמֵר פְּרַעְתִּי אֲבָל הֵיכָא דְּאִינוּ גּוּבָה מְשֻׁעָבְדֵי נְאָמֵן לּוֹמֵר פְּרַעְתִּי מְשׁוּם דְּלֹא חָשׁ לְהַנִּיחַ בִּידוֹ.

וְכֵן הוּא שְׁיִטַּת פְּמָה פּוֹסְקִים וְהַמְּחַבֵּר בְּסִי' ס"ט ס' ע' ב' וּבְשְׁ"ךְ שָׁם ס"ק י"ד בְּאַרְנוֹכָה. א"כ ה"ה מְזוֹנוֹת דְּאִינָה טוֹרְפַת מְשֻׁעָבְדֵי נְאָמְנִים הַיְתוּמִים לּוֹמֵר פְּרַעְנוּ דְּלֹא עֲדִיפָא הָךְ מַעֲשֵׂה ב"ד מְשֻׁטְרָא בְּכַה"ג דְּג"כ נְאָמֵן לּוֹמֵר פְּרַעְתִּי פִּן יֵשׁ לּוֹמֵר בְּשִׁיטַת רִשְׁ"י דְּכַתְּנֻבּוֹת הַגָּ"ל.

אֲכַן בְּב"מ (דף י"ז) בְּרִשְׁ"י ד"ה הַטּוֹעֵן אַחַר מַעַב"ד כו' פִּירֵשׁ שָׁם דְּמַעַב"ד דְּבָר שְׁהוּא תְּנַאי ב"ד כְּגוֹן פְּתוּבָה וּמְזוֹן הָאִשָּׁה וְהַבְּנוֹת הַטּוֹעֵן וְאָמַר פְּרַעְתִּי לֹא אָמַר פְּלוּם. הָרִי דַס"ל לְרִשְׁ"י בְּב"מ דְּאָרְף מְזוֹנוֹת הָאִשָּׁה הָוֵי בְּכָלֵל מַעַב"ד וְלֹא ס"ל לְהַסְּכָרָא שְׁפַתְּבְתִּי לְחַלְקֵי דְּמְזוֹנוֹת שְׁאֵנִי.

וְיִשְׁלִי לְדוֹן הַרְבֵּה וְלִיִּישׁב זֶה ג"כ וְאִכְמ"ל אֶף רַש"י דְּכַתְּוֹבוֹת י"ל דַּס"ל כַּמֶּש"כ: וְעַדִּין יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת לְפִי רַש"י. דְּמַפְרֵשׁ דְּמִיִּירֵי שְׂאוּמְרִים נִתְּנִי מְזוֹנוֹת לְשָׁנָה הַבְּאָה.

וְכֵן לְפִי מַש"כ הַתּוֹס' דְּמִיִּירֵי בְּמְזוֹנוֹת שְׁעָבְרוּ מִשׁוּם דְּבְמְזוֹנוֹת לְהַבָּא ה"ל בְּכָלֵל הַטּוֹעֵן אַחַר מַעַב"ד כו'. הָא בְּלֹא"ה י"ל דְּמְזוֹנוֹת לְהַבָּא ה"ל תּוֹךְ זְמַנּוֹ וְאִינוּ נֶאֱמָן לֹאמַר פְּרַעְתִּי תו"ז וְגַם ר' יוֹחָנָן אֵיִת לִי חֲזָקָה זֹו כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בַּב"ב (דָּף ה') ד"ה וְאֶפִּילוּ מִיִּתְּמֵי כו'.

וּבַפְּרָט בְּחֹב שְׂאִינוּ בְּרוּר כ"כ דְּשָׂמָא תְּמוֹת בְּתוֹךְ שָׁנָה וְכַעֲיִן מַש"כ הַתּוֹס' בַּב"ב שְׁם ד"ה פִּי הֵיכִי דְּלֹא לִיִּטְרָדָן כו' וּבַב"מ (דָּף ק"ב ע"ב) ד"ה בְּחֲזָקָת שְׁלֹא נִפְדָּה כו' דְּבַחֲבֹב שְׂאִינוּ בְּרוּר כ"כ כ"ע מוֹדוֹ דְּאִין פּוֹרַע בְּתו"ז.

אֲכֹן לְפִי מַש"כ הַש"ף לְחַלֵּק דְּהֵיכָא דִּישׁ זְמַנִּים הַרְבֵּה בְּזֶה יֵשׁ לֹאמַר דְּפוֹרַע תו"ז פִּי הֵיכִי דְּלֹא לִיִּטְרָדָן בְּטְרָדוֹת הַרְבֵּה. ע"כ אֲתִי שְׁפִיר הָא דְּמְזוֹנוֹת שְׂיֵשׁ שְׁם זְמַנִּים הַרְבֵּה בְּכַה"ג פּוֹרַע אֶף בְּתו"ז וְלִכֵּן לֹא פְתָבוּ הַתּוֹס' וְהָרָא"ש וְהַמְרָדְכִי וְכֵן רַש"י לְמָה דְּהָוִי תו"ז.

א"כ מוֹכַח מִן רַש"י וְהַתּוֹס' וְהָרָא"ש וְהַמְרָדְכִי דְּכַתְּוֹבוֹת כַּמֶּש"כ הַש"ף דְּאִם יֵשׁ זְמַנִּים הַרְבֵּה נֶאֱמָן לֹאמַר דְּפָרַע תו"ז: וּבְכַתְּוֹבוֹת (דָּף ק"ז ע"א) דְּאִם בָּא הַבְּעַל וְאָמַר פְּסֻקְתִּי לָהּ מְזוֹנוֹת נֶאֱמָן וְפִי רַש"י נֶאֱמָן וּמְחַזְרֵת מַה שְׁנִתְּנִי לָהּ ב"ד.

וְקָשָׁה הָא הָוִי תו"ז וּמוֹכַח מִזֶּה ג"כ דְּשָׂאֲנִי הֵיכָא דִּישׁ זְמַנִּים הַרְבֵּה כְּמוֹ חֹב מְזוֹנוֹת כַּנ"ל. גַּם י"ל דְּלִכֵּן כָּתַב רַש"י שְׁם אִם בָּא וְאָמַר פְּסֻקְתִּי לָהּ מְזוֹנוֹת אֶתְפֻּסְתִּיהָ צָרְרִי.

מִשׁוּם דְּהָא כָּתַב הָרָא"ש בַּב"ב פ"א ס' ט' בְּשֵׁם הַר' יוֹנָה דַּאֲע"ג דְּלְפָרַעוֹן בְּתו"ז לָא חִיִּישִׁינוּ לְצָרְרֵי חִיִּישִׁינוּ ע"ש. וְכַש"כ פֶּאן דְּמִיִּירֵי בְּהֵלֵף בְּעֵלְהָ לְמַדִּינַת הַיָּם ע"כ בְּזֶה לֹא שְׂיֵיף חֲזָקָה אִינוּ פּוֹרַע בְּתו"ז פִּינּוֹן שְׁלֹא יְהִי בְּבֵיתוֹ לְזַמ"פ וְכַמֶּש"כ הַתּוֹס' בַּב"ב (דָּף קנ"ח) ד"ה וּב"ה אֹמְרִים נְכֻסִים כו' דְּבְהֵלֵף לְמַדָּה"י הַדְּרָף לְהַתְּפִיס לָהּ צָרְרֵי ע"ש וְכֵן לְפַמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת שְׁם (דָּף ק"ז) ד"ה שְׁשָׂמְעוּ בּוֹ שְׁמַת לְהַסְבְּרָא דְּמוֹכְחָא מִלְּתָא מְדַאֲינוּ חוֹזֵר שְׁנִסְתַּלֵּק מִמֶּנָּה בְּשׁוּם עֲנִין.

ע"כ אִינוּ מוֹכַח מִהֶתֶם לַנ"ד וְקַצְרֵתִי: וְיֵשׁ לְהַעִיר בְּסוּגְיָא דְּכַתְּוֹבוֹת הַנ"ל דְּפִי רַש"י דְּאִם בָּא הַבְּעַל וְאָמַר פְּסֻקְתִּי לָהּ מְזוֹנוֹת נֶאֱמָן אֶף לְהוֹצִיא מִיָּדָה אֶף כ"ז דְּלֹא בָּא הַבְּעַל ס"ל לְרַב דְּפוֹסְקִין וְלֹא חִיִּישִׁינוּ לְצָרְרֵי מִשׁוּם דְּחִסּוֹ חַז"ל עַל הָאֲשָׁה דַּא"א בְּעַנְיָן אַחַר שְׁהָרִי אִם לֹא הַתְּפִיס צָרְרֵי תְּמוֹת בְּרַעַב כו' וְכַמֶּש"כ הַפְּנִי יְהוֹשֻׁעַ לְכַתְּוֹבוֹת שְׁם בְּתוֹס' ד"ה וְאִם אָמַר פְּסֻקְתִּי נֶאֱמָן פִּי רַש"י כו'.

וְקָשָׁה דַּמ"ש מִן הָא דְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף צ"ו) דִּיתוּמִים אֹמְרִים נִתְּנִי וְהִיא אוֹמְרַת לֹא נִטְלֵתִי דְּהָדִין הוּא דְּנְכֻסֵי בְּחֲזָקָת אֶלְמָנָה קְיָיְמִי לְפִי דְּמוֹכְרַת שְׁלֹא בַּב"ד כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' שְׁם לְכֹן נִקְרָאת הָאֶלְמָנָה מוֹחֲזָקָת א"כ ה"ה בְּמְזוֹנוֹת הָאֲשָׁה בְּחִי בְּעֵלְהָ דְּקִי"ל דְּמוֹכְרַת שְׁלֹא בַּב"ד ג"כ כְּמִבְּנֹאֵר בַּאֲה"ע ס' ע' סַעִי ה' הָוִי הָאֲשָׁה מוֹחֲזָקָת מְעִיקְרָא בְּנְכֻסֵי הַבְּעַל אֶף מְקוֹדֵם שְׁבָא לִיָּדָה א"כ לֹא הָוִי דִּינָה כְּמוֹ תְּפִס אַחַר לִיָּדָת הַסְּפֵק לְכֹן קָשָׁה דְּמַפְנִי מַה נֶאֱמָן הַבְּעַל לֹאמַר פְּסֻקְתִּי לָהּ מְזוֹנוֹת.

ואף מקודם דבא ליגדה תהא האשה נאמנת משום דדינה פמוחזקת ממלש מה"ט ואף שפכתבו התו' בשיטת רש"י הג"ל משום דמסתמא דמילתא מתפיס לה צררי ע"ש. מ"מ אם נימא דדינה פמוחזקת מעיקרא קשה לומר סברא הג"ל דתצטרף להחזירו מה"ט.

וכן לעיל בכתובות (דף צ"ו) תוס' ד"ה יתומים אומרים כו' שפכתבו התוס' שם הסברא דמוכח מילתא טפי משום דשתקה כו' ואפ"ה לפי מה דמסקי דדינה פמוחזקת נאמנת האשה וה"ה בהה' סברא הקא.

וכן יש להקשות לשמואל דס"ל שם בכתובות (דף ק"ז) דאין פוסקין מזונות לא"א משום דחיישינו לצררי. דהא פיון דנגכסי בחזקת האשה קאי מה"ט א"כ דינה פמוחזקת ותהא נאמנת.

וכן יש להקשות לפי מה דקיי"ל בש"ע אה"ע סי' ע' סעי' י' דכ"ז שלא מקרו ב"ד ונתנו לה אם בא הבעל ואמר הנחתי לה מזונות נאמן הבעל וקשה מ"ש מיתומים דאין נאמנין פמבואר בסי' צ"ג סעי' ט"ו משום דהיא נקראת מוחזקת: והגלע"ד לתרץ כ"ז ע"פ מש"כ רש"י בכתובות (דף צ"ו) בד"ה בחזקת אלמנה קיימי שהרי נשתעבדו בתנאי ב"ד עכ"ל.

וכ"כ הר"נ שם בזה"ל נכסי בחזקת אלמנה קיימי דרבנן העמידו הנכסים בחזקתה למה שהיא משועבד לה מתנאי ב"ד כדי שלא יוכלו יורשין לומר פרעתי עכ"ל. הרי דמבואר להדיא ברש"י ובר"נ דדוקא בתנאי ב"ד אמרו דהעמידו הנכסים בחזקתה.

א"כ ז"א רק במזונות האלמנה אבל מזונות האשה בחיי בעלה דאין זה מתנאי פתובה כמש"כ הרא"ש בכתובות פ"ד סי' כ"ד ולכן פ"י רש"י שם (דף נ"ג) דמוחלת פתובה אין לה מזונות באלמנותה דתנאי פתובה פכתובה אבל בחייו יש לה משום דאין זה מתנאי פתובה וכמש"כ הר"נ שם.

וכ"כ בש"ע אה"ע סי' צ"ג סעי' ט' בח"מ וב"ש שם ואף לשיטת הרמב"ם דשם דס"ל שאף בחייו הפסידה מזונותיה אין הכרח כ"כ דנימא דלא ס"ל פן וקצרתי. ולכן אתי שפיר הא דס"ל לרש"י ה"ם בכתובות (דף ק"ז) דאם בא הבעל ואמר פסקתי לה מזונות נאמן אף להוציא ממנה וכש"כ אם לא גבתה עדיין דנאמן הבעל משום דבמזונות בחיי הבעל לא שייך לומר נכסי בחזקת האשה קאי פיון דאין המזונות שלה בחייו מתנאי ב"ד ובחוב שאינו מתנאי ב"ד הוי הבעל בשם מוחזק ע"כ האשה נקראת מוציא מחבירו ועלי' הראיה.

ולא מפעיא אם לא גבתה ונדאי הבעל נאמן ואף בגבתה ס"ל לרש"י דמחזרת לפי דינה כמו פל תפס בעדים מן המוחזק דהדין הוא דלא מהני תפיסתו היכא דלא הוי ספיקא דדינא ודכרא דממונא.

וכן הוא סברת הש"ע בסי' ע' סעי' י' דהבעל נאמן משום זה הטעם דמזונות בחייו אין זה נקרא בשם תנאי פתובה ואף דיכולה למפוך למזונות שלא בב"ד מ"מ לא מהני זה בחוב שאין שם תנאי פתובה עליו.

ואף בשיטת הרמב"ם יש לומר פן פנ"ל. ומזה יהיה סייעתא למה שפכתבו הראשונים דבחוב מזונות בחיי הבעל אין זה נקרא בשם תנאי פתובה.

ואחר כותבי פל זה ראיתי בהפלאה לק"א סי' ע' ס"ק ט"ז ובאבני מלואים סי' ע' ס"ק ב' ובסי' צ"ג ס"ק י' שהקשו ג"כ פעין מה שהקשיתי ולדעתי הנכון כמש"כ לתרץ פנ"ל: ענף ב ולקמן בחידושי לסי' צ"ז סעיף כ"א פתבתי לדון דלשיטת התוס' פתובות (דף צ"ו) ד"ה נכסי בחזקת אלמנה כו' נראה דס"ל לכללא דהיכא דמוכר שלא בב"ד מןמחין מקרי הבע"ח בשם מוחזק ולא מחלקים שם בין הא דנכסי בחזקת אלמנה קיימי לכל בע"ח רק משום דמוכרת למזונות שלא בב"ד ולא הזכירו פלל החילוק דשאני מזונות שהוא תנאי בב"ד וכן נראה מדברי השמ"ק שם ע"ש.

לפ"ז י"ל דלכן התוס' בכתובות (דף ק"ז) ד"ה ואם בא ואמר פסקתי כו' פתבו דנאמן להצריכה שבועה ובשבועה תגבה מה שלנתה כו'. די"ל דאזלי התוס' לשיטתיהו דס"ל לכללא דהיכא דמוכר שלא בב"ד מקרי הבע"ח בשם מוחזק.

א"כ ה"ה בחוב מזונות בחיי הבעל פיון דמוכרת שלא בב"ד כדקיי"ל לדינא ע"כ נכסי בחזקת האשה קאי פיון דטוענת ברי. והא דס"ל לשמואל דאין פוסקין מזונות לא"א י"ל בזה הטעם כמש"כ האבני מלואים בסי' ע' ס"ק ב' דלשמואל י"ל דמחלק בין אלמנה לא"א בזה דא"א אינה מוכרת למזונות אלא בב"ד.

אבל למאי דקיי"ל פרב ע"כ ממילא גם א"א מוכרת שלא בב"ד ע"ש. ולכן לדינא ס"ל להתוס' דהאשה נאמנת פיון דנכסי בחזקתה קאי משום חזקת חיוב שהיה לה מכבר בנדאי ומוכרת שלא בב"ד.

ושאני הא דמתו בעליהו עד שלא שחו ולא נוטלת הפתובה משום דכיון דהיה קנוי וסתירה לא מקרי טענתה לטענת ברי פעין מש"כ התוס' בסוטה (דף כ"ה) ד"ה ב"ה אומרים כו' והארכתי בזה בחידושי לסי' צ"ז סעי' כ"א הנ"ל ע"ש.

וזהו לפי מש"כ התוס' בכתובות (דף צ"ו ע"ב) ד"ה נכסי כו' בתי' א' שם. פן י"ל בשיטת התוס' דאזלי לטעמיהו.

אבל רש"י אזיל לשיטתו דבעינו דוקא תנאי בב"ד וכן הר"ן שם דפסק דהבעל נאמן לומר פרעתי מקודם שפסקו הב"ד כדמסיק שם דזהו ג"כ דאזיל לטעמיהו דס"ל דדוקא בתנאי בב"ד אמרו דנכסי בחזקתה קאי.

רק רש"י ס"ל דמה"ט אף לאחר שגבתה דינה כמו תפס מרשות חבירו בעדים פנ"ל דמקרי בעל החפץ בשם מוחזק פנ"ל: כ"ז פתבתי מכבר. אמנם לפי מה שפתבתי בספרי נחל יצחק בסוף הספר בקונטרסי לאה"ע סי' ע"ז בענף ב' וענף ג' להוכיח לדינא דלכ"ע גם מזונות בחיי הבעל מקרי בשם תנאי פתובה כמו שהוכחתי שם ע"כ קשה לומר לכל מש"כ לחלק בין מזונות אלמנה למזונות א"א בזה והעיקר בכ"ז כמש"כ האבני מלואים בסי' צ"ג ס"ק י' לדון דמה דאמרו נכסי בחזקת אלמנה קאי זהו רק היכא דאין אנו צריכים לשעבוד הגוף כמו לגבות מיתומים אבל בבא לגבות מהבע"ח עצמו אינו נאמן משום דאף דנכסי בחזקת התובע קאי אבל אין לו פח עי"ז לגבות משעבוד גופו וכיון דאינו נאמן על שעבוד גופו ממילא אינו גובה משעבוד נכסי כמו שהאריך שם.

ולכן שפיר פתבתי בחידושי לקמן סי' צ"ז סעיף כ"א גבי משכון דכיון דהמלנה יכול למוכרו שלא בב"ד מומחין ע"כ מקרי המלנה בשם מוחזק אף פשהוא ת"י הלנה כמו שהארבתי שם.

ואף דאין זה בשם תנאי ב"ד מ"מ י"ל פשיטת התוס' דכתובות (דף צ"ו) דאף בחוב שאינו בתנאי ב"ד ג"כ כיון שמוכרו שלא בב"ד מקרי לעולם בשם מוחזק. והא דנאמן הבעל לומר פסקתי לה מזונות כדקיי"ל בש"ע אה"ע סי' ע'.

י"ל כפי סברת האבני מלואים הנ"ל. ובהא שפתבתי גבי משכון דנקרא המלנה בשם מוחזק עפ"י הפלל דמה שיכול למפור הוי הספץ בחזקת המלנה אף לפי דברי האבני מלואים דהיא דבצי שיהיה לו שעבוד הגוף אין מועיל להוציא מהמוחזק אף דמוכר שלא בב"ד.

דקא העלתי בספרי נחל יצחק סי' מ"ט ענף ח' דהיא שקנהו בתורת בע"ח קונה משכון אף במשכון בשעת הלואתו ג"כ אף במקום שאינו יכול למיחת לשעבוד גופו מ"מ לא פקע זכותו מן הקנין שיש לו בהמשכון ע"ש.

לכן שפיר פתבתי לקמן בסי' צ"ז סעיף כ"א לדון פן. ואין לדחות למה שפתבתי שם דיש מקום לדון להו פללא דמה דמצי למפור שלא בב"ד מקרי בשם מוחזק אף שהספץ מונח ת"י הלנה ואף בחוב שאינו תנאי ב"ד פדמשמע מהתוס' פתובות (דף צ"ו).

משום דאין הכרע דינא מן דברי הש"ע באה"ע סי' ע' לדחות לכל הדברים שפתבתי שם בכוננת הש"ע. ויש לי להאריך בכ"ז אף לפי שאין פאן מקומו לכן קצרת: נחזור לענינינו דמן התוס' פתובות (דף צ"ו) והרא"ש והמרדכי וכש"כ מן שיטת רש"י שם מוכח דהיא דיש זמנים הרבה בזה נאמן לומר פרעתי בתו"ז.

אכן הר"נ שם כתב לפרש דמייגרי במזונות לשעבר משום דבמזונות להבא הא אין פורע בתו"ז כו' ע"ש. א"כ מוכח מן הר"נ דאף היא דיש זמנים הרבה ג"כ שייך חזקה דאינו פורע תו"ז.

ובאה"ע סי' ע' סעיף י' דאם בא הבעל ואמר הנחתי לה מזונות נאמן בלעבר אבל על להבא אינו נאמן ופירש הח"מ דמאחר דלא הגיע הזמן א"נ לומר פרעתי בתו"ז וזהו מדברי הר"נ הנ"ל כמו שנגרשם שם וכמש"כ הדרכי משה שם בשם הר"נ ר"פ אלמנה ניונת.

וחזינו דהו דינא דאם אמרינו בזמנים הרבה להחזקה דתו"ז זהו פלוגתא דרבנותא היינו רש"י והתוס' והרא"ש והמרדכי ס"ל דלא שייך בכה"ג חזקה הנ"ל. והר"ן ס"ל דגם בזה שייך החזקה הנ"ל והרמ"א הכריע כהר"נ וכמש"כ הח"מ שם וכ"כ הב"ש בסי' צ"ג ס"ק כ"ה לדון להחזקה תו"ז גבי מזונות האלמנה ע"ש.

ולפי הכרעת הרמ"א באה"ע והח"מ והב"ש כהר"נ א"כ מוכח דלא פהש"ף. אכן לפי מש"כ הנתיבות בסי' ע"ח ס"ק ד' לחלק דדוקא בקונטרסים דאין לו זמן קבוע פלל ושמא יגמור הפל ביום א' או בשני ימים בזה פתב ה"ש"ף דליתא להחזקה דתו"ז אבל היא שיש לו זמנים קבועים דיינינו להחזקה דתו"ז.

א"כ לא הוּי שוּם סְתִירָה מִדְּבָרֵי הַר"ן וְהַרְמ"א בַּאֲה"ע לְדְבָרֵי הַש"ךְ דִּהָא בְּמִזְוֹנוֹת הָוֵי ג"כ זְמַן קְבוּעַ פֶּל יוֹם בְּיוֹמוֹ: עֲנָף ג שׁוֹב רְאִיתִי דְאִין הוֹכְחָה מִן הַרְמ"א בַּאֲה"ע לְדוֹן שְׁהַכְרִיעַ פְּדְבָרֵי הַר"ן מִשׁוּם דְּבִאָמַת יֵשׁ לֹאמַר דְּמָה שְׁפָתְבוּ דְאִין הִבְעֵל נְאָמֵן עַל מִזְוֹנוֹת דְּלִהָבָא דְאִין הִטְעֵם מִשׁוּם דַּה"ל חוֹב בְּתו"ז כַּמֶּש"כ הִתְלַקַּת מְחוּקָק שָׁם.

אַלָּא יֵשׁ לֹאמַר הִטְעֵם כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּבוֹת (דָּף צ"ו) בַּד"ה יְתוּמִים אָמְרוּ כו' דְּבְמִזְוֹנוֹת לִהָבָא אֵינָם נְאָמְנִים מִשׁוּם דַּה"ל פְּטוּעֵן אַחַר מַעַב"ד וְאָף לְמ"ד דְּנִאָמֵן פְּטוּעֵן עַל מַעַב"ד מוֹדָה דְאִינוּ נְאָמֵן דַּא"ל"כ מָה הוֹעִילוּ חֲכָמִים בְּתַקְנָתָם כו' וְעִיקַר הַאֲיִבְעָיָא דְהָתָם הוּא בְּמִזְוֹנוֹת שְׁעָבְרוּ דְמוֹכְחָא מִלְתָּא טְפִי מְדַשְׁתְּקָה עַד הַשְׁתָּא דִּיתְמִי קוּשְׁטָא קְאָמְרִי וְכַמֶּש"כ הָרַא"ש שָׁם וְכ"כ הַמְרָדְכִי שָׁם דְּבְמִזְוֹנוֹת שְׁעָבְרוּ דְכִינּוּ דְשְׁתְּקָה אִיתְרַע לִי מַעַב"ד אַבְל מִזְוֹנוֹת דְּלִהָבָא ה"ל בְּכָל מַעַב"ד.

וְכ"כ הַר"ן שָׁם דְאִין לֹאמַר דְקָאֵי בְּמִזְוֹנוֹת לִהָבָא דַּא"כ מָה הוֹעִילוּ חֲכָמִים בְּתַקְנָתָם זוּלַת הִטְעֵם דְכָתַב מִתְחִלָּה שָׁם דַּה"ל חֲזָקָה תו"ז פְּנ"ל אֶלָּא דְמִיָּרִי בְּמִזְוֹנוֹת לְשְׁעָבְרָה וְלֹא ה"ל בְּכָל מַעַב"ד מִשׁוּם דְעֵשׂוּיִין לְפָרוּעַ בְּכָל יוֹם ע"ש בַּהַר"ן.

וְהַתּוֹס' וְהָרַא"ש וְהַמְרָדְכִי פָתְבוּ דְלִכּוֹן לֹא ה"ל בְּכָל מַעַב"ד מִשׁוּם דְשְׁתְּקָה אִיתְרַע לִיָּה מַעַב"ד פְּנ"ל: ** (הַגְה"ה וְהַגְה"ה לְעִיל סִי ל"ט סְעִיף י' דָּאָם יֵשׁ פַּס"ד בְּיָדוֹ א"נ לֹאמַר פְּרַעְתִּי וְאֵם אִיחָר פְּמָה יָמִים הַפַּס"ד בְּיָדוֹ וְלֹא תָבַעוּ סְבָרָא שְׁפָרְעוּ מְדַשְׁתַּק פְּוֹלֵי הָאֵי עַכ"ל הַש"ע שָׁם.

וְלֹא פָתְבוּ מְקוֹר לְזָה וּבִאָמַת לְכַאוּרָה נִרְאָה דְאָף שְׁאִיחָר פְּמָה יָמִים יִהְיֶה נְאָמֵן עַל פַּס"ד שְׁבִידוֹ פִּינּוּ דְעִיקַר הִטְעֵם שֶׁל הַסּוֹבְרִין דַּא"י לְטַעוֹן פְּרַעְתִּי עַל הַפַּס"ד מִשׁוּם דְדִינוֹ פְּכָל מַעַב"ד דַּא"י לֹאמַר פְּרַעְתִּי כַּמֶּש"כ הַנ"י בַּב"מ וְהוּבָא בַּש"ךְ שָׁם ס"ק כ"ט וְעִינּוּ בְּבִיאוֹר הַגְרָא שָׁם ס"ק נ'.

וְכִינּוּ דְבַמַּעַב"ד דַּא"נ לֹאמַר פְּרַעְתִּי הִטְעֵם הוּא מִשׁוּם דְכַמָּאן דְנִקְט שְׁטָרָא בְּיָדוֹ דְמִי פְּמִבְנָאָר בַּב"מ (דָּף י"ז) א"כ לְכַאוּרָה קָשָׁה דְאָף שְׁאִיחָר פְּמָה יָמִים ג"כ יִהְיֶה דִינוֹ כְּמוֹ שְׁטָר דְמִן הַדִּין גְּוֹבָה אָף בַּשְׁטָר יֵשׁן פְּמִבְנָאָר בַּסִּי ס"א וּבַסִּי צ"ח.

אַכּוֹן בְּאָמַת יֵשׁ מְקוֹר לְזָה מִמָּה שְׁפָתְבוּ הַתּוֹס' בְּכַתְּבוֹת (דָּף צ"ו) וְהָרַא"ש וְהַמְרָדְכִי שָׁם דְּבְמִזְוֹנוֹת לְשְׁעָבְרָה פִּינּוּ דְשְׁתְּקָה אִיתְרַע לִי מַעַב"ד וְנִאָמְנִים לֹאמַר פְּרַעְנוּ. הָרִי דְמִצִּינוּ גְּבִי מַעַב"ד דְאָף דַּא"י לֹאמַר פְּרַעְתִּי מִשׁוּם דַּה"ל פְּנִקְט שְׁטָרָא מ"מ אֵינוּ דוֹמָה מְמַשׁ לְשְׁטָר בְּכִזָּה דְהִיכָא דְשְׁתַּק וְלֹא תָבַע אֲמַרִּינּוּ דְאִיתְרַע לִי מַעַב"ד וְנִאָמֵן לֹאמַר פְּרַעְתִּי בַכַּה"ג וְיֵשׁ מְקוֹר לְזָה מִן הַש"ס.

וְשִׁפִּיר פָּתַב הַרְמ"א וְזָהוּ מִן תְּשׁוּבוֹת מִיָּמוֹנֵי לְסַפֵּר מְשִׁפְטִים סִי ס"ו שְׁכָתַב פֶּן בְּקִצְרָה. (ע"כ הַגְה"ה): ** וְלַפ"ז יֵשׁ לֹאמַר דְּמָה שְׁכָתַב הַרְמ"א בַּאֲה"ע סִי ע' סְעִי יו"ד דָּאָם פֶּא הִבְעֵל וְאָמַר פְּסִקְתִּי לָהּ מִזְוֹנוֹת דְּנִאָמֵן אַבְל אֵין נְאָמֵן לֹאמַר שְׁנָתָן לָהּ עַל הַעֲתִיד.

דְאִין הִטְעֵם מִשׁוּם דַּה"ל תו"ז כַּמֶּש"כ הַח"מ שָׁם אֶלָּא הִטְעֵם הוּא דַּה"ל בְּכָל מַעַב"ד וְכַמֶּש"כ הַתּוֹס' וְהָרַא"ש וְהַמְרָדְכִי וְהַר"ן לְחַד טַעְמָא דַּא"ל"כ מָה הוֹעִילוּ חֲכָמִים בְּתַקְנָתָן וְדוֹקָא בְּמִזְוֹנוֹת לְשְׁעָבְרָה נְאָמֵן מִשׁוּם דְאִיתְרַע לִי מַעַב"ד פִּינּוּ דְשְׁתְּקָה כו'.

או בְּהִלָּה בְּעֵלָה לַמִּדָּה יִישׁ הוֹכְחָה ג"כ כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף ק"ז) ד"ה שִׁשְׁמֵעוּ בּו כּו' דְּמוֹכָחָא מִלִּיקְתָּא מִדְּאִינוּ חוֹזֵר שֶׁנִּסְתַּלַּק מִמֶּנָּה כּו' עכ"ל הַתּוֹס' וּכ"כ הַר"ן שָׁם. וְהֵיכָא דִּישׁ קֶצֶת הוֹכְחָה דְּפָרַע לֹא דִּינִינֵנוּן לְהַדּ מַעֲב"ד וְכַנ"ל.

וּבְמִזּוֹנוֹת לְשַׁעֲבַר לֹא שִׁינָה לּוֹמֵר מָה הוֹעִילוּ חֻקִּים בְּתַקְנֵתוֹן שְׁהָרִי יְכוּלָה לְתַפְּנֹעַ פֶּל שְׁעָה תְּחִילַת מִזּוֹנוֹת הַבְּאִין כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף צ"ו ע"ב) בַּד"ה דַּר' יְהוּדָה סָבַר כּו' אָבֵל בְּמִזּוֹנוֹת לְהַבָּא דַּה"ל בְּכָלֵל מַעֲב"ד וְכַמֶּש"כ גַּם רַש"י בַּב"מ (דָּף י"ז) ד"ה הַטּוֹעֵן אַחֵר מַעֲב"ד דְּבָר שֶׁהוּא תְּנַאי ב"ד פְּגוֹן פְּתוּבָה מְזוֹן הָאִשָּׁה וְהַבְּנוֹת כּו'.

וְעֵינֵן בְּנ"י שָׁם דְּמִשְׁמַע דְּלֹא תְּלוּי דְּוִקָּא בְּתַנַּאי ב"ד. וְאַף דְּנִימָא דְּזָהוּ דְּוִקָּא בְּמָה שֶׁנִּקְרָא תְּנַאי ב"ד פְּדַמְשָׁמַע מִדְּבָרֵי רַש"י עכ"ז הָא נִתְבָּאֵר לְעִיל דְּגַם מִזּוֹנוֹת בְּחִי הַבְּעַל ה"ל בְּשֵׁם תְּנַאי פְּתוּבָה וְכַמֶּש"כ בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק בְּסוּף הַסֵּפֶר בְּקוֹנְטְרָסִי לַאֲה"ע ס' ע"ז ע"ש.

וְלִכּוֹן אֵין הַבְּעַל נֶאֱמָן לּוֹמֵר דְּפָרַע מִזּוֹנוֹת דְּלַעֲתִיד. וְמָה שֶׁנֶּרְשָׁם בְּהַרְמ"א בַּאֲה"ע שָׁם הַר"ן אֶלְמָנָה נִיזוֹנָת.

י"ל דְּנִתְכַּוֵּן לְהַטְעֵם שֶׁכְּתַב הַר"ן שָׁם עוֹד זוֹלַת הַטְעֵם שֶׁכְּתַב מִתְּחִלָּה דַּה"ל תו"ז פְּתַב שָׁם אַח"ז הַטְעֵם דְּלִכּוֹן אִינוּ נֶאֱמָן בְּמִזּוֹנוֹת דְּלַהַבָּא דַּא"כ מָה הוֹעִילוּ חֻקִּים בְּתַקְנֵתוֹם פְּנ"ל. א"כ לַפ"ז אֵף דְּנִימָא דְּחוֹב מִזּוֹנוֹת לֹא שִׁינָה בִּיָּה לְדוֹן לְחֻזְקָה דְּתו"ז עכ"ז לֹא מְהִימֵן לּוֹמֵר פְּרַעֲתִי מִשׁוּם טַעַם זֶה.

וּבַלֵּא"ה אֵין לְשׁוֹן הַדְּרָכִי מִשְׁה מְדוּקָדֵק כ"כ דְּהַדְּרָכִי מִשְׁה בַּאֲה"ע ס' ע' שָׁם פְּתַב כּוֹ בְּשֵׁם הַר"ן ר"פ אֶלְמָנָה נִיזוֹנָת דְּאִמְבָּא הַבְּעַל וְאֹמֵר שֶׁפָּסַק לָהּ מִזּוֹנוֹת עַל הַעֲתִיד אִינוּ נֶאֱמָן עכ"ל. וְכֵן הוּא לְשׁוֹן הַרְמ"א שָׁם וְכַאֲמַת הָא הַר"ן ר"פ אֶלְמָנָה נִיזוֹנָת לֹא מִיִּירֵי שָׁם בְּהַבְּעַל עֲצָמוֹ רַק מִיִּירֵי שָׁם בִּיתוּמִים אֹמְרִים נִתְנַנוּ כּו'.

אַלָּא לְקַמֵּן פ' שְׁנֵי דִּינֵי גְזֵירוֹת בְּסוּגְיָא שָׁם (דָּף ק"ז) פְּתַב הַר"ן שָׁם דְּהַבְּעַל עֲצָמוֹ אִינוּ נֶאֱמָן רַק בְּמִזּוֹנוֹת דְּלַמְפָּרַע כּו'. וְלֹא פְּתַב שָׁם שׁוּם טַעַם רַק פְּתַב בְּקִצְרָה וִי"ל דְּסַמָּךְ עַל מַש"כ הַטְעָמִים ר"פ אֶלְמָנָה נִיזוֹנָת.

עכ"פ אֵין שׁוּם רֵאִי מִן הַרְמ"א בַּאֲה"ע הַנְּ"ל לְדוֹן דַּס"ל דְּאֵף הֵיכָא דִּישׁ זְמַנִּים הַרְבֵּה דִּינִינֵנוּן לְהַחֲזִיקָה דְּתו"ז אֶלָּא י"ל דְּטַעְמוֹ הוּא מִשׁוּם דְּמִזּוֹנוֹת לְהַבָּא ה"ל מַעֲב"ד. וְגַם הָא שִׁינָה לּוֹמֵר דְּמָה הוֹעִילוּ חֻקִּים בְּתַקְנֵתוֹם א"כ לְדִינָא יֵשׁ לָנוּ לּוֹמֵר דְּהֵיכָא דְּלֹא ה"ל מַעֲב"ד יֵשׁ לָנוּ לּוֹמֵר כְּמוֹ דְּמוֹכָח מִן שִׁיטַת רַש"י וְהַתּוֹס' וְהָרֵא"ש וְהַמְרָדְכִי דְּהֵיכָא דִּישׁ זְמַנִּים הַרְבֵּה דְּלִיתָא בִּיָּה לְהַחֲזִיקָה דְּתו"ז.

וְדַעַת הַר"ן הוּא דַּעַת יְחִידָאָה וְכַש"כ דְּאֵין לָנוּ פֶּחַ לְהוֹצִיא מִמּוֹן מִהַמְּוֹחֵק וְיְכוּל לּוֹמֵר קִים לִי כְּכֹל הַפּוֹסְקִים הַנְּ"ל דְּלִיתָא בְּכַה"ג לְהַחֲזִיקָה דְּתו"ז וְיְכוּל לּוֹמֵר פְּרַעֲתִי: וְהִנֵּה בְּבִיאוֹר הַגֵּר"א זצ"ל לַאֲה"ע ס' ע' ס"ק מ"ב פְּתַב דְּלִכּוֹן אֵין הָאִישׁ נֶאֱמָן לּוֹמֵר שְׁנָתוֹן עַל הַעֲתִיד מִשׁוּם דַּה"ל תו"ז דְּאִינוּ נֶאֱמָן וְצ"ע מְהָא דְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף ק"ז) דְּחִיִּישִׁינוּן שְׁמָא צָרְרִי אַתְּפָסָה עכ"ל.

ובהגה"ה שם בצידו פתב תירויץ נכון ע"ז ע"פ דברי הר"נ דכתובות שם. ולענ"ד נראה לתרץ זה ע"פ דברי התוס' בב"ב (דף קנ"ח ע"א) ד"ה וב"ה אומרים נכסים בתזקתן כו' בשם הר"ר שמשון דבהלף למדה"י אז מתפס לה צררי כו'.

וכ"כ הנימוקי יוסף בב"מ פ"א בסוגיא דמצא פתובה עודה תחת בעלה כו' שם (דף ז') דנפרעת שלא בפניו לא תפרע אלא בשבועה כו' לפי מי שמניח ביתו והולך עביד דמתפס לה צררי שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד כו' עכ"ל הנ"י.

וכ"כ הר"נ בחי' לב"מ (דף ז') ע"ש. ע"כ שפיר אמרו בכתובות שם דמי שהלף למה"י אין פוסקים מזונות לא"א דתיישינו שפא צררי אתפסה דארף שאז בעת שהלף למה"י קיה בתו"ז מ"מ דרף להתפס צררי אז קודם הליכתו כמש"כ התוס' והנ"י.

אבל אין הדרף להתפס מזונות לעתיד על שיעור ביותר מן הזמן שנתעכב בדרף במדינת הים ולכן אם בא הבעל ואמר פסקתי לה מזונות לעתיד ביותר מזמן שנתעכב שם אינו נאמן משום דה"ל תו"ז דלמה לי להתפס ביותר מזמן הנ"ל דכזה לא שייך ה"ט דאין רוצה שתתבזה אשתו ושפיר כתב הר"נ והח"מ הטעם דה"ל חוב תו"ז.

ועוד י"ל בזה דהא לשמואל דס"ל אין פוסקין מזונות לא"א אמרו שם הטעם דתיישינו לצררי אבל אנו ס"ל כרב דאמר פוסקין מזונות ולא תיישינו באמת לצררי ומתנרץ קושטינו. ובעיקר דבריו שכתב דלכן אין הבעל נאמן לומר שנתן לה על העתיד כבר נתבאר שזהו דברי הר"נ ר"פ אלמנה נזונית ומה שיש לדון לדינא בזה.

וראיתי בהפלאה פתובות (דף צ"ו ע"א) תוס' ד"ה יתומים כו' שכתב ג"כ בכוננת רש"י דשם דבחוב מזונות לא שייך לדון לחזקה תו"ז לפי שזה דומה למש"כ הש"ך בקונטרסים דבזמנים הרבה לא דייגינן להחזקה תו"ז.

וכ"כ ההפלאה בק"א לאה"ע סי' צ"ג ס"ק י"ט ולא ס"ל להחילוק שמחלק הגתיות בין הא דקונטרסים לחוב שהוא על זמנים הרבה. וזהו כמו שכתבתי רק דקיצר בזה.

ואפשר לומר דאם הזמנים רחוקים זה מזה שאני. אף אם הזמנים תכופים זה לזה כמו מזונות דכזה יש לדון דנאמן לומר פרעתי וה"ה אם הזמנים הם לכל שבוע ושבוע דזהו ג"כ כעין חוב מזונות הנ"ל: ענף דשוב ראיתי דיש לדון הרבה בעיקר הוכחתי מן רש"י דכתובות (דף צ"ו) הנ"ל והתוס' והרא"ש והמרדכי שם מדלא כתבו שם דבמזונות להבא איבא חזקה תו"ז דס"ל כמש"כ הש"ך פנ"ל.

והוא דהתוס' גיטין (דף ל"ד ע"ב) ד"ה אין אלמנה כו' כתבו דהא דצריכה שבועה אף דהוי תו"ז משום דבחוב תנאי ב"ד מתפס צררי אף תו"ז: וכ"כ התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה נאפילו מיתמי כו' וכ"כ הרא"ש שם בב"ב פ"א סי' ט' ועיין ברא"ש פתובות פ"ה סי' א', וכ"כ המרדכי בפ"ק דב"ב שם.

ע"כ י"ל דלכן לא כתבו התוס' והרא"ש והמרדכי שם לדון בחוב מזונות אלמנה דהוי חוב תו"ז משום דשא"ה דהוי תנאי ב"ד ע"כ ליתא שם להחזקה תו"ז. ובאמת י"ל דהר"נ דכתב שם בכתובות דבחוב מזונות א"נ לומר פרעתי דהוי תו"ז אזיל לשיטתו דהנה בב"מ (דף ז') בהר"נ לחידושיו שם ד"ה רבינא אמר כו' הקשה ג"כ דאמאי צריכה ליטבע על

פְּתוּבָתָהּ הָא הָי חוֹב תו"ז וְתִרְצַד דְּסוּמָה לְמִיתָה עֵבִיד דְּמִתְפִּיס צְרָרִי לְפִי שְׁאִין רוּצָה שְׁתַּתְּבֹזָה אֲשֶׁתּוּ כו' וְכ"כ הַגְּיָמוּקִי יוֹסֵף בְּפ"א דב"מ שָׁם.

א"כ חֲזִינָן דס"ל לְהֵר"נ שְׁלֵא לְחַלְקָא בֵּין תְּנַאי ב"ד לְשֶׁאֲרִי חוֹב תו"ז וְאִף בְּתַנַּאי ב"ד ס"ל דְּשִׁינָה הַחֲזָקָה דתו"ז ע"כ שְׁפִיר פְּתַב הֵר"נ דְּאִף בְּחוּב מְזוֹנוֹת אֲלֻמְנָה שְׁיָיָה לְדוֹן לְהַחֲזָקָה דתו"ז וְאֲזִילִי הַתּוֹס' וְהָרָא"ש וְהַמְרָדְכִי וְהֵר"נ לְשִׁטְתֵּיהוּ.

וְכֵן רְאִיתִי לְהַקְצֵה"ח ס' מ"א ס"ק א' שְׁכַתְּבִי לְתַרְצַד לְקוֹשְׁיֹת הַשְּׁ"ף שָׁם ע"פ דְּבָרֵי הַתּוֹס' גִּיטִין (דָּף ל"ד) הַגְּ"ל דְּבַחוּב תְּנַאי ב"ד לֹא שְׁיָיָה לְדוֹן לְהַחֲזָקָה תו"ז וְכַתְּבִי פֶן בְּשָׁם הַמַּל"מ פ' י"א ה' מְלֻנָּה ע"ש. וְלפ"ז נִסְתַּר פֶּל מִש"כ לְהוֹכִיחַ פֶּן מִן הַתּוֹס' וְש"פ הַגְּ"ל וי"ל דְּזָהוּ ג"כ שְׁיִטַּת רַש"י דס"ל פֶּן: אֲבָל בְּאַמַּת זֶה אֵינּוּ דְהֵנָּה הַשְּׁ"ף בְּסִי מ"א ס"ק י"ט פְּתַב לְהוֹכִיחַ מְסוּנָגִיא דב"מ (דָּף ז') דְּרַבְּנָן ס"ל דְּאִף בְּכַתְּוָבָה שְׁעוּדָה תַּחַת בְּעֵלָה ג"כ אֲמַרִּינָן נָפַל אִתְּרַע א"כ מוֹכַח מְזָה בְּכָל שַׁט"ח בְּתו"ז אֲמַרִּינָן נָפַל אִתְּרַע וְהָאֲרִיָּה שָׁם בְּזָה וְעִינָן בְּסַפְרֵי גַחַל יִצְחָק שָׁם.

וְהַקְצֵה"ח פְּתַב לְדַחוּת רְאִיֹּת הַשְּׁ"ף ע"פ דְּבָרֵי הַתּוֹס' דְּגִיטִין (דָּף ל"ד) הַגְּ"ל דְּשֶׁאֲנִי פְּתוּבָה שְׁהוּא תְּנַאי ב"ד כו'. וְהַגְּתִיבוֹת פְּתַב שָׁם דְּהַנְּכוּן עִם הַשְּׁ"ף דְּרַק לְעִנְיָן חַיִּיב שְׁבוּעָה חֲשׂוּ חו"ל בְּחוּב תְּנַאי ב"ד אֲבָל בְּעֵיקַר הַדִּין הָי חוֹב פְּתוּבָה כְּכָל חוֹב תו"ז וְקוֹצֵר בְּזָה.

וּבְאַמַּת הַעֵיקַר פְּהַגְּתִיבוֹת וְהַשְּׁ"ף בְּזָה דָּאָם נִימָא כְּפִשְׁטוּת דְּבָרֵי הַתּוֹס' הַגְּ"ל דְּבַחוּב שְׁהוּא תְּנַאי ב"ד לֹא דְּיִינְיָנָן כְּלָל לְהַחֲזָקָה דתו"ז כְּמִש"כ הַקְצֵה"ח א"כ תְּקַשָּׁה לר' יוֹסִי דס"ל כְּב"מ שָׁם דְּעוּדָה תַּחַת בְּעֵלָה יַחְזִיר לְאֲשָׁה אִף דס"ל בְּכָל שַׁט"ח שְׁנַפְּלִי אִתְּרַע לִי אִף עוּדָה תַּחַת בְּעֵלָה שְׁאֲנִי מְשׁוּם דס"ל דְּבַחוּב תו"ז לֹא חֲיִינְשִׁינָן לְפַרְעוֹן וְכִש"כ בְּחוּב פְּתוּבָה כְּמִש"כ הָרַאשׁוֹנִים שָׁם.

א"כ תְּקַשָּׁה לר' יוֹסִי דְּאֲמַאי אֵין אֲלֻמְנָה נְפָרַעַת אֲלָא בְּשְׁבוּעָה וְהָא בְּחוּב תו"ז נְפָרַע מִיתוּמִים שְׁלֵא בְּשְׁבוּעָה פְּקוֹשְׁיֹת הַתּוֹס' וְמִש"כ הַתּוֹס' לְחַלְקָא דְּשֶׁאֲנִי תְּנַאי ב"ד כו'. הָא ר' יוֹסִי ס"ל דְּאִף בְּכַתְּוָבָה שְׁהוּא תְּנַאי ב"ד ג"כ דִּינוּ כְּכָל חוֹב תו"ז.

וּבְנוּדָאי אֵין סְבָרָא לֹמַר דר' יוֹסִי ס"ל דְּאֲלֻמְנָה נְפָרַעַת שְׁלֵא בְּשְׁבוּעָה וִיהָא פְּלִיג עַל מַתְּנִיתִין דְּהַנְּפָרַע מִן הֵיתוּמִים לֹא יִפְרַע אֲלָא בְּשְׁבוּעָה דְּלֹא אִישְׁתְּמִיט בְּשׁוּם מְקוּם לֹמַר דְּהָדֵד דִּינָא דְּמַתְּנִיתִין הוּא פְּלוּגְתָא דְּתַנַּאי.

וְגַם מַה פְּרִיָּה הַגַּמ' בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"ח) עַל הָא דְּאֵין מוֹרִישׁ שְׁבוּעָה לְבָנָיו מְהָא דְּמַתָּה יוֹרְשֵׁיהָ מְזַכִּירִין פְּתוּבָתָהּ כו' וּמִן עוֹד מְשַׁנְּיֹת שָׁם הָא ה"מ לֹמַר הָא מְנִי ר' יוֹסִי דס"ל דְּאֲלֻמְנָה נְפָרַעַת שְׁלֵא בְּשְׁבוּעָה וְכִמוּ דְּמִשְׁנֵי שָׁם אַח"ז בַּע"ב הָא מְנִי ב"ש כו'.

וְאִף אִם נְדַחוּק בְּכ"ז עכ"ז תְּקַשָּׁה בְּיוֹתֵר לְאוּקִימָתָא דְּב"מ (דָּף ז') הַגְּ"ל דְּרַבְּנָן דר' יוֹסִי ס"ל דְּשַׁט"ח שְׁנַפְּלִי ה"ה בְּחֻזְקָתוֹ ור' יוֹסִי ס"ל דְּנַפְּלִי אִתְּרַע וְקִי"ל כר' יוֹסִי בְּזָה כְּמִש"כ הָרַאשׁוֹנִים שָׁם וְהוּבָא בְּשְׁ"ף ס' ס"ה ס"ק ל"ב.

וְשֶׁטֶר פְּתוּבָה בְּנֻלָּה ר' יוֹסִי וּמְחַלְקָא דְּעוּדָה תַּחַת בְּעֵלָה יַחְזִיר לְאֲשָׁה וְלֹא מְצִינּוּ לַפ"ז מִי שְׁיִפְלוֹג עַל ר' יוֹסִי בְּזָה. וְכֵן לְאוּקִימָתָא דְּרַבִּינָא שָׁם דְּטַעְמָא דְּרַבְּנָן הוּא מְשׁוּם דְּחִינְשִׁינָן

לשתי כתובות אבל משום חשש פירעון כ"ע ס"ל דאי ניהוש לפירעון בשט"ח שגפ"ל דמ"מ
עודה תחת בעלה לא חיישינן לפירעון משום דחוב תו"ז שאני או משום דעדיפא כתובה
בזה מקל חוב תו"ז כמש"כ הראשונים שם.

ואי נימא כפשטות דברי התוס' גיטין ה"ל דכתובה שהיא תנאי ב"ד דינו ממש ככל חוב
לאחר זמנו וכמש"כ הקצה"ח. א"כ תקשה דאמאי ס"ל דעודה תחת בעלה יחזיר לאשה
הא פינון דס"ל שט"ח שגפ"ל איתרע א"כ ממילא ה"ה אף עודה תחת בעלה ג"כ ניהוש
לפירעון פינון דדין כתובה שהיא תנאי כתובה כמו כל חוב לאחר זמנו דמה"ט צריכה
שבועה אף דחוב תו"ז א"צ שבועה.

ובזה לא מצינו כלל פלוגתא דתנאי להנהיג אוקימתות ה"ל: וע"כ מוכח דאף דלעגנו הטלת
שבועה הטילו על האלמנה ליטבע אף דהני תו"ז ולא ניתנה כתובה לגבות מחיים מ"מ
פינון שהיא תנאי ב"ד תקנו שבועה.

דז"א רק לעגנו שבועה בעלמא אבל מן עיקר הדין הני חוב כתובה כמו כל חוב תו"ז
ועדיפא מינה פינון שלא ניתנה לגבות מחיים. ואין לדמות חיוב שבועה באלמנה על
כתובה לעגנו מה שנוגע לעצם הוצאות ממון עי"ז משום דנודאי דין הכתובה בחיי הבעל
עדיפא מן חוב שהגיע זמנו ומוציאין ממון ע"י זה הסברא מהמוןזק אף דמשום שטר
ומעב"ד לא היה מועיל היכא דנפל דאיתרע ליה גם המעב"ד דלא עדיפא משטר עכ"ז
מחמת מעליותא דעודה תחת בעלה מחזירין להאשה וגובין ממנו הכתובה רק לעגנו חיוב
שבועה הטילו חז"ל שבועה על האשה אף שלא ניתנה לגבות מחיים.

ואינו דומה לכל חוב תו"ז דא"צ שבועה משום דשאני תנאי ב"ד בזה ומוכח כהש"ף
והנתיבות. וכן מצאתי להריטב"א בב"מ (דף ז' ע"ב) ד"ה רבינא אמר כו' באה"ד שהקשה
וא"ת איך אפשר דלא חייש ר' יוסי לצררי בעודה תחת בעלה וכי ל"ל לר"י הנפרעת
שלא בפניו ונפרעת מיתומים צריכה שבועה ואיכא למימר שא"ה אימור סמוך למיתה
אתפסה צררי כו' וכן מי שהלך למדה"י כו' וכן בגרושה בעלמא כו' אי נמי אפשר דהתם
תקנתא היא דתקון וחישינן לשמא בעלמא ואחמיר עליה שבועה ואפשר דאף בגרושה
שבאה להפרע ממנו פן אבל מדינא ליכא למיחש לצררי וכינון שכן לא אפסדינו מינה
כתובה בגפילה דכולי האי לא עבדינו ומיהו מתשובת הרי"ף ז"ל נראה שסובר פלשון
הראשון דדוקא ביתמי כו' אבל בגרושה דעלמא לא כו' עכ"ל הריטב"א.

וכ"כ השמ"ק שם ובסוף דברי השמ"ק שם יש לדון הרבה וקצתם. וכדברי הריטב"א
והשמ"ק שם בשם הרמב"ן בלשון הראשון ה"ל כ"כ הר"ן והנ"י שם בשם הרי"ף
דשאני אלמנה דעשוי להתפס צררי סמוך למיתה והובא דברי הרי"ף ה"ל בב"ש אה"ע
סי' צ"ו ס"ק ח' ועיין בב"ש שם ס"ק א' ולא הביא שם לדברי הריטב"א ה"ל: הרי
להדיא כמש"כ דאלו לפי התירוצ הראשון שכתבו הריטב"א והשמ"ק לחלק דשאני
אלמנה דסמוך למיתה מתפס צררי אבל היכא דנתגדרשה א"צ שבועה משום דדינה ככל
חוב תו"ז דא"צ שבועה א"כ מדמינן הא דצריכה שבועה לעגנו הוצאות ממון.

אָבֵל לְפִי תִירוּץ הַשְּׁנִי שֶׁפָּתְבוּ דְשֹׁאנֵי שְׁבוּעָה דְתַקְנוּ חַז"ל לְחוּשׁ לְהַצְרִיכָהּ שְׁבוּעָה בְּעֵלְמָא
אָבֵל מְעִיקָר הַדִּין חֹב פְּתוּבָה לְכַה"פ כְּכֹל חֹב תו"ז א"כ זְהוּ מִמֶּשׁ כְּמוֹ שֶׁפָּתְבֵתִי
בְּכוּנוֹת הַתּוֹס' גִּיטִין הַגָּ'ל.

וְהָא דְתַקְשָׁה דְלָמָּה צְרִיכָה שְׁבוּעָה וְהָא בְּחֹב תו"ז לֹא חָשׂוּ לְהַצְרִיכָהּ שְׁבוּעָה בַּע"כ מוֹכַח
לְזַמְר לְפִי תִירוּץ הַשְּׁנִי הַגָּ'ל דַּס"ל כְּפִסְבֵּרַת הַתּוֹס' הַגָּ'ל דְשֹׁאנֵי פְתוּבָה דְהוּי תְּנַאי ב"ד.
וְרַק בְּתִירוּץ הַשְּׁלִישִׁי שֶׁפָּתְבֵתִי שֶׁמִּשְׁמ"ק שָׁם פָּתְבֵתִי לְחַלְקֵי דְלָכֵן צְרִיכָה שְׁבוּעָה מִשּׁוּם
דְּחִיּוּשֵׁינֵן שֶׁמָּא תְּפֹסָה בְּעֵצְמָה כו' ע"ש.

אָבֵל בְּתִירוּץ הַשְּׁנִי שֶׁפָּתְבֵתִי לְחַלְקֵי פְנ"ל מוֹכַח דַּס"ל כְּפִסְבֵּרַת הַתּוֹס' דְשֹׁאנֵי פְתוּבָה דְהוּי
תְּנַאי ב"ד וְאִפ"ה לְעִיקָר הַדִּין עֲדִיפָא פְתוּבָה מְכָל חֹב שֶׁהִגִיעַ זמ"פ וְדִינָה כְּכֹל חֹב תו"ז
וּמוֹכַח לְהַדְיָא כַּמֶּש"כ בְּכוּנוֹת הַשְּׁ"ף וְכַמֶּש"כ הַגְּתִיבוֹת בְּקֶצֶרָה.

וְת"ל שֶׁמִּצְאָתִי לְקוֹשְׁיָתִי דַּמ"ש מְכָל גְּפָרְעַת מִיְתוּמִים דְצְרִיכָה שְׁבוּעָה וּלְתִירוּצֵי הַפֶּל
הוּא מְפוֹרָשׁ בְּהַרִיטְבָ"א וּשְׁמ"ק הַגָּ'ל. וּלְפ"ז נִדְחָה מִשְׁ"כ הַקְצָה"ח בְּסִי' מ"א וּבְמִשׁוּבָב
גְּתִיבוֹת שָׁם לְחִזְק דְּבָרֵינוּ מִמָּה שֶׁפָּתְבֵתִי הַמֶּל"מ פ' י"א ה' מְלוּה דְכְתוּבָה שֶׁחֲתַם עָלֶיהָ הַבְּעַל
דְּלֹא שִׁינְיָהּ בְּזַה הַחֲזוּקַת דְתו"ז דְהָא יֵשׁ לְזַמְר דְסָמוּף לְמִיתָה מִתְּפִיס לְהַ צְרָרֵי כו' כַּמֶּש"כ
הַתּוֹס' פֶּן לְעֵנְנֵן שְׁבוּעָה וְה"ה לְפָרְעוֹן כו' עַכ"ל הַמֶּל"מ.

וּלְפ"ז ה"ה לְהַ תִּירוּץ שֶׁפָּתְבוּ הַתּוֹס' דְאַף מֵת פְּתוּבָה חִיּוּשֵׁינֵן לְצְרָרֵי מִשּׁוּם דְהוּי תְּנַאי
ב"ד וְצְרִיכָה שְׁבוּעָה מִה"ט דַּה"ה לְעֵנְנֵן פְּרַעוֹן ג"כ כו' עַכ"ל הַקְצָה"ח. וּבְאַמַּת אֵין זְהוּ
רְאִיָה כְּלָל דְנוֹקָא לְהַתִּירוּץ שֶׁפָּתְבוּ דְלָכֵן צְרִיכָה שְׁבוּעָה מִשּׁוּם דְסָמוּף לְמִיתָה מִתְּפִיס לְהַ
צְרָרֵי בְּזַה שְׁפִיר פְּתַב הַמֶּל"מ דַּה"ה לְעֵנְנֵן פְּרַעוֹן וְכַמֶּש"כ הַרִיטְבָ"א וְהַשְׁמ"ק בְּתִירוּץ
הַרְאִשׁוֹן לְזַמְרֵת הָא דְאַלְמָנָה צ"ש לְהַ דַּב"מ דְעוֹדָה תַּחַת בְּעֵלְהָ יַחְזִיר לְאַשָׁה וְכַתְבוּ
לְחַלְקֵי כְּהֵן תִּירוּצָא דְסָמוּף לְמִיתָה מִתְּפִיס צְרָרֵי.

אָבֵל לְהַ תִּירוּץ שֶׁפָּתְבוּ הַתּוֹס' דְשֹׁאנֵי פְתוּבָה דְהוּי תְּנַאי ב"ד בַּע"כ מוֹכַח לְחַלְקֵי כַּמֶּש"כ
הַרִיטְבָ"א וְהַשְׁמ"ק בְּתִירוּץ הַשְּׁנִי דְשֹׁאנֵי שְׁבוּעָה דְתַקְנוּ חַז"ל בְּחֻשְׁשָׁא בְּעֵלְמָא לְחוּשׁ
וּלְהַצְרִיכָהּ שְׁבוּעָה מִשְׁ"כ בְּגוּף הַדִּין לְעֵנְנֵן מְמוֹן דִּינָה כְּכֹל חֹב תו"ז וְכַנ"ל דַּא"ל כ
תַּקְשָׁה קוֹשְׁיוֹת הַרִיטְבָ"א הַגָּ'ל דְאַמַּי צְרִיכָה שְׁבוּעָה אֵלִיבָא דַּר' יוֹסִי פְנ"ל וְנִדְחָה
הוֹכַחַת הַקְצָה"ח מִן הַמֶּל"מ.

וּנְפ"מ לְדִינָא לְשִׁיטַת הַתּוֹס' גִּיטִין הַגָּ'ל וְסִייעָתָם דְאַף דַּס"ל דְבְכַתוּבָה לֹא שִׁינְיָהּ חֲזוּקָה
תו"ז כְּלָל מִשּׁוּם דְתְּנַאי ב"ד שֹׁאנֵי וְה"ה בְּגְרוּשָׁה לְפ"ז פְנ"ל. דְאַם יֵשׁ לְהַבְּעַל מִיְגוּ דְקִי"ל
דְהוּי סְפִיקָא דְדִינָא אֵי מְהִנֵי מִיְגוּ בְּמָקוֹם חֲזוּקָה דְתו"ז וְהַ"ט מְהִנֵי תְּפִיסַת הַתּוֹבֵעַ כַּמֶּש"כ
הַשְּׁ"ף בְּסִי' ע"ח ס"ק י"ט דִּי"ל קִים לִי דְלֹא מְהִנֵי מִיְגוּ בְּמָקוֹם חֲזוּקָה דְתו"ז.

דַּה"ה בְּתוֹבֵעַת פְּתוּבָתָה וְיֵשׁ לְהַבְּעַל מִיְגוּ דְמְהִנֵי תְּפִיסַתָּה. דְאַף דְהוּי תְּנַאי ב"ד מ"מ דִּינוּ
כְּכֹל חֲזוּקָה תו"ז וְרַק לְעֵנְנֵן שְׁבוּעָה הַחֲמִירוּ לְחוּשׁ לְהַשְׁפִיעָה מִשּׁוּם דְהוּי תְּנַאי ב"ד.

וּלְפ"ז שְׁפִיר פְּתַבְתִּי לְהוֹכִיחַ מִן הַתּוֹס' פְּתוּבוֹת וְסִייעָתָם דְלֹא פְתְבוּ לְעֵנְנֵן מְזוֹנוֹת דְלְהַבָּא
דְהוּי תו"ז דְמוֹכַח דְזַמְנִים הַרְבֵּה שֹׁאנֵי מִשּׁוּם דְאַף דְהוּי תְּנַאי ב"ד מ"מ דִּינוּ כְּכֹל חֲזוּקָה
תו"ז וְשֹׁא"ה פְנ"ל: עָנְף הַ שׁוֹב רְאִיתִי דִישׁ לְהוֹכִיחַ מִהַתּוֹס' גִּיטִין (דַּף ל"ד) הַגָּ'ל
כַּהַקְצָה"ח דַּע"י הַסְבָּרָא דְכְתוּבָה הוּי תְּנַאי ב"ד דְדִינָה לְגַמְרֵי כְּכֹל חֹב לְאַחַר זְמַנּוּ.

ונזה לשון התוס' שם ד"ה אין אלמנה כו' לאחר שכתבו דבתנאי ב"ד מתפייס צררי אף בתו"ז והקשו וא"ת הָא דפריה הגמ' מאי איירא אלמנה כו' לימא דנקט אלמנה אע"פ שהיא תו"ז וי"ל דטפי ה"ל לאשמועינן דבר שאינו תנאי ב"ד פגון בע"ח לאחר זמנו מבאלמנה אע"ג שהיא תו"ז פנין דאית לה בתנאי ב"ד עכ"ל התוס'.

הרי דהתוס' ס"ל דכח וזכות האלמנה אע"פ שהיא תו"ז גרע יותר מן בע"ח לאחר זמנו מדכתבו לפרש דטפי ה"ל לאשמועינן כו' דאי נימא כמש"כ לעיל דרק לענין שבועה קשו להצריכה שבועה משום תנאי ב"ד אבל מן עיקר הדין הוי דין פתובה פכל חוב בתו"ז א"כ לפ"ז אין מקום לקושיות הגמ' דהקשו דטפי ה"ל לאשמועינן בחוב לאחר זמנו דהא אדרבה פתובה אלמנה ה"ל רבוחא טפי דהא מן עיקר הדין ה"ל דין חוב בתו"ז.

ומדחזינן דהגמ' הקשו פן וכפירוש התוס'. א"כ מוכח כהקצה"ח דכיון דהוי תנאי ב"ד הוי דין הפתובה פכל חוב שעבר זמנו משום דתנאי ב"ד עושה זה דלא יהיה לה שום מעלת תו"ז פלל גם מן עיקר הדין אף לענין ממון: אף אפתי תקשה לפמש"כ לעיל דמוכח מהא דב"מ (דף ז') לאוקימתא קמיינתא ולאוקימתא דרבינא שם דכתובה כ"ז שעודנה תחת בעלה אף דהוי תנאי ב"ד מ"מ עדיפא זכותה מן כל חוב שעבר זמנו דהא פכל חוב לאחר זמנו אמרינן נפל איתרע ואלו בכתובה עודנה תחת בעלה אף דנפל מחזירין להאשה א"כ מה הקשו בגמ' דגיטין דה"ל לאשמועינן טפי בע"ח לאחר זמנו.

דהא חזינן דבע"ח שעבר זמנו גרוע יותר מן פתובה אלמנה וקשה פנ"ל. אף יש לומר דאף דלהנה אוקימתות מוכח דכתובה עדיפא מן חוב לאחר זמנו מ"מ י"ל דזה אינו רק לאוקימתות הללו אבל לאוקימתא דרב פפא דפליגי רבנן על ר' יוסי וס"ל דאף בעודנה תחת בעלה לא יחזיר משום חשש צררי.

ויש לומר דס"ל להתוס' גיטין ה"ל פשיטת הראב"ד דהובא בסי' מ"א ש"ך ס"ק י"ט דס"ל דשט"ח בתו"ז אף דנפל מחזירין להמלוה ולא אמרינן בכה"ג נפל איתרע. א"כ לפ"ז תקשה אמאי ס"ל דאף עודנה תחת בעלה לא יחזיר וע"כ מוכח פסקרת הקצה"ח דכתב דכתובה דהוי תנאי ב"ד ע"כ איתרע בזה לגמרי החזקה דתו"ז.

ולמה מ"ד שפיר כתבו התוס' דכתובה גרוע ביותר מן חוב לאחר זמנו משום דלאוקימתא דר"פ מוכח דאין דנין פלל לחזקה תו"ז בכתובה ולכן שפיר הקשו בגמ' מאי איירא אלמנה ה"ל לאשמועינן טפי בבע"ח לאחר זמנו ואף דסתם גמ' הקשו פן עכ"ז הָא מצינו בכמה דוכתי דדרה הגמ' להקשות אף אליבא דחד מ"ד כמש"כ הש"ך ח"מ סי' מ"א ס"ק א'.

א"כ מוכח מהתוס' גיטין ה"ל כמש"כ הקצה"ח. אף זה תלוי בהנה אוקימתות דב"מ (דף ז') דלאוקימתא קמיינתא ודרבינא מוכח דכתובה דאף דהוי תנאי ב"ד מ"מ דינה פכל חוב תו"ז אף לענין שבועה דינה פחוב לאחר זמנו.

אבל לאוקימתא דר"פ דינה לגמרי אף לענין ממון פחוב שעבר זמנו ותלוי זה בפלוגתת הנה אוקימתות ה"ל וא"ש דברי התוס'. ולפ"ז יש לדון במש"כ להוכיח מן התוס' פתובות (דף צ"ו) והרא"ש והמרדכי שם מדלא פתבו דבמזונות להבא ה"ל תו"ז דמוכח דס"ל דכיון דיש זמנים הרבה לא שייך בזה החזקה תו"ז די"ל דז"א הוכחה דכיון דמצינו

לחד מ"ד דאלִיבִין מוכח לומר דבְּחוב דְּהוּי תְּנאי ב"ד לא שְׁיָיֵף בִּי כְּלָל לְחֻזְקָה תו"ז א"כ י"ל דְּלִכּוֹן לֹא פְתִיבוּ לְדוֹן שְׁם מְשׁוּם חֻזְקָה תו"ז מְשׁוּם דְּאִין זֶה הִכְרַח כ"כ דִּי"ל דְּיִלְמָא ס"ל לְהֵךְ סוּגְיָא דְּכִתְּנֻבוֹת (דָּף צ"ו) הֲנָ"ל כְּשֵׁיטַת ר"פ דס"ל דְּבְּחוב דְּהוּי תְּנאי ב"ד לֹא שְׁיָיֵף בִּי כְּלָל חֻזְקָה תו"ז וע"כ פְּתִיבוּ רַק מְשׁוּם דְּהוּי הַטּוֹעֵן אַחַר מַעֲב"ד כו': אִף עֲדִינִין יֵשׁ לְהוֹכִיחַ כֵּן מִן דְּבְּרֵי הָרִיטְבָּ"א פְּתִיבוֹת (דָּף צ"ו) עַל הָא דְּבַעֲי ר' יוֹחָנָן יְתוּמִים אוֹמְרִים נְתַנְּנוּ כו' דְּהִבִּיא בְּשֵׁם רִש"י דְּפִירְשׁ דְּקָאֵי עַל מְזוֹנוֹת לְהִבָּא וְכַתֵּב ע"ז הָרִיטְבָּ"א דְּלִהֲבָא לֹא שְׁיָיֵף כְּלָל לְהִסְתַּפֵּק כִּינּוּן דְּהַטּוֹעֵן אַחַר מַעֲב"ד כו' אֲלֵא מִיָּבֵרִי בְּמְזוֹנוֹת לְשַׁעֲבֵר כו' עכ"ל.

ולפ"ז שְׁפִיר יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִהָרִיטְבָּ"א דס"ל דְּהִיכָא דִּישׁ זְמַנִּים הִרְבֵּה לֹא דִּינִינִין לְהַחֲזִיקָה דתו"ז דאל"כ ה"ל לְהָרִיטְבָּ"א לְכַתְּנֹב הַסְּבָרָא דה"ל תו"ז וע"כ אִין לְפִירְשׁ דְּקָאֵי עַל מְזוֹנוֹת דְּלִהֲבָא וּמְדָלָא הַזְּפִיר זֶה כְּלָל מוֹכַח דס"ל כְּנָ"ל וְלִכּוֹן זוּלַּת הַסְּבָרָא דה"ל הַטּוֹעֵן אַחַר מַעֲב"ד הוּי אֲמִי שְׁפִיר פִּירְשׁ רִש"י דפ"י דְּקָאֵי עַל מְזוֹנוֹת דְּלִהֲבָא.

ואִין לומר כְּשֵׁיטַת הָרִיטְבָּ"א דס"ל לְחַלְקֵי דְּשְׁאֵנִי מְזוֹנוֹת דְּהוּי תְּנאי ב"ד כְּנָ"ל. דְּזֶה אִינּוּ דְּהָא בְּחִי הָרִיטְבָּ"א לִב"מ (דָּף ז') בְּד"ה ר"פ א' לְעוֹלָם לֹא תִיפּוּף כו' כְּתִיב לְהַקְשׁוֹת עַל מַה דֹּאֵר"פ דְּרַבְּנָן ס"ל דְּאִף עוֹדָה פְּתַח בְּעֵלְהָ לֹא יִחְזִיר מְשׁוּם חֲשׁוֹשׁ צָרְרֵי דְּהָא הוּי בְּתו"ז וְלֹא חִיִּישׁוּן לְפִרְעוֹן.

וְכַתֵּב לְתַרְץ דְּכּוֹנוֹת הַגַּמ' הוּא דְּבִשְׁעָה שְׁנֹאֲבֵד הַפְּתוּבָה יֵשׁ לְחוּשׁ דְּאִתְּפָסָה צָרְרֵי מְשׁוּם דְּאָסוּר לְהַשְׁהוֹת אֲשֶׁתּוֹ בְּלֹא פְתוּבָה כו'. וע"פ דְּבְּרֵי הָרִיטְבָּ"א הֲנָ"ל מְתוּרְץ קוּשְׁיֹת הַשְּׁ"ף ס' מ"א ס"ק י"ט שְׁהַקְשָׁה עַל הַסּוּבְרִין דְּבְּתו"ז לֹא דִינִינִין נִפְלֵ אִיתְּרַע מֵהָא דב"מ הֲנָ"ל וְהִבִּיא שְׁם דְּבְּרֵי הָרִיטְבָּ"א דְּמַעֲיָקְרָא.

אָבֵל לֹא הִבִּיא דְּבְּרֵי הָרִיטְבָּ"א ד"ה רפ"א כו' הֲנָ"ל. וְלְדְּבְּרֵי הָרִיטְבָּ"א הִלְזוּ שְׁפִיר י"ל כְּשֵׁיטַת הָרִיטְבָּ"א דְּבְּתו"ז לֹא אָמְרִין נִפְלֵ אִיתְּרַע וְהָא דב"מ דְּחִיִּישֵׁי לְצָרְרֵי אִף עוֹדָה פְּתַח בְּעֵלְהָ י"ל כְּסִבְרַת הָרִיטְבָּ"א הֲנָ"ל דְּכִינּוּן דְּנִאָבֵד הַפְּתוּבָה יֵשׁ לְחוּשׁ לְהַתְּפַסֵּת צָרְרֵי מְשׁוּם דְּאָסוּר לְהַשְׁהוֹת אֲשֶׁתּוֹ בְּלֹא פְתוּבָה.

אָבֵל בְּכָל חוֹב תו"ז עֲדִינִין י"ל דְּלֹא דִינִינִין בִּי נִפְלֵ אִיתְּרַע וּמְתוּרְץ עַל נִכּוֹן קוּשְׁיֹת הַשְּׁ"ף הֲנָ"ל. וְגַם מַעֲיָקְרָא שְׁהַקְשׁוּ שְׁם וְלֹא חִיִּישׁ ר"י לְפִרְעוֹן אָבֵל לְרַבְּנָן א"ש מְשׁוּם דִּי"ל כְּסִבְרַת הָרִיטְבָּ"א הֲנָ"ל: וְלִקְמָן שְׁם בְּחִידוּשֵׁי הָרִיטְבָּ"א ד"ה רַבִּינָא אָמַר כו' דְּהַקְשָׁה דְּאִמַּאי נִפְרַעַת בְּשְׁבוּעָה וְהָא ה"ל תו"ז וּמְתוּרְץ שְׁם דְּסַמוּף לְמִיתָה מִתְּפִיס צָרְרֵי וְעוֹד תִּירוּץ אַחַר וְכַמֵּש"כ לְעֵיל בְּשֵׁם הָרִיטְבָּ"א.

וְלֹא הַזְּפִיר כְּלָל לְהַסְּבָרָא דה"ל תְּנאי ב"ד וְאֵלוּ הִנֵּה ס"ל לְהָרִיטְבָּ"א לְחַלְקֵי דְּשְׁאֵנֵי פְתוּבָה דה"ל תְּנאי ב"ד א"כ אִין מְקוּם לְקוּשְׁיֹתוֹ שְׁהַקְשָׁה הָרִיטְבָּ"א דְּאִמַּאי חִיִּישׁוּן לְצָרְרֵי בְּעוֹדָה פְּתַח בְּעֵלְהָ וְהָא הוּי חֻזְקָה דְּתו"ז כְּנָ"ל.

דְּהָא הַמ"ל דְּשְׁאֵנֵי פְתוּבָה דְּהוּי תְּנאי ב"ד. וּמְדַהֲקֵשָׁה בְּכִשְׁיֹתוֹ כֵּן מוֹכַח דְּלֹא ס"ל לְחַלְקֵי כְּלָל בֵּין חוֹב תְּנאי פְתוּבָה לְשַׁאֵר חוֹב בְּזֶה מְשׁוּם דְּאִף בְּתְּנאי פְתוּבָה שְׁיָיֵף לְהַחֲזִיקָה דְּתו"ז רַק דְּמַחְלֵק דְּשְׁאֵנֵי בְּאֲבָדָה הַפְּתוּבָה דִּישׁ לְחוּשׁ לְצָרְרֵי מְשׁוּם דְּאָסוּר לְהַשְׁהוֹת בְּלֹא פְתוּבָה.

[ומדברי הריטב"א הלז מוכח דס"ל פשיטת הראב"ד דהיכא דיש חזקה דתו"ז אף דנפל השט"ח מ"מ מחזירין להמלוה. והש"ך בסי' מ"א שם פתב בפשיטות בשם הריטב"א דס"ל דהיכא דנפל איתרע לי' אף להחזקה דתו"ז ע"ש.

ובאמת חזינו דהריטב"א במסקנתו לא ס"ל כמש"כ הריטב"א מעיקרא ויש להאריך בזה וצ"ע]. וכינון דהריטב"א ס"ל דאף בחוב תנאי ב"ד שייך לדון להחזקה דתו"ז.

ועכ"ז לא העיר פלל בחי' לכתובות (דף צ"ו) דחוב מזונות דלהבא ה"ל חוב תו"ז. א"כ מוכח כמש"כ הש"ך דשאני היכא דיש זמנים הרבה דלא שייך זה לדון להחזקה דתו"ז.

ועוד יש לדון בעיקר הדברים שכתבתי לעיל די"ל דלכן לא העירו התוס' והרא"ש והמרדכי בכתובות (דף צ"ו) במזונות להבא דה"ל חוב בתו"ז משום די"ל דשאני חוב דהוי תנאי ב"ד. דהא לא מצינו לסברא זו רק בהבעל עצמו דיש עליו חיוב פתובה והו' במזונות הפנות מצד תנאי פתובה דנתחייב ע"ז בעת הנישואין לכן אמרו דחוב פתובה חשוב מאוד בעיניו וחושש דילמא לא יהיה לו בעת הצורך וע"כ דרפו להתפס צררי אף בתו"ז.

אבל ביורשים דהם לא התחייבו בעצמם ע"ז החוב בתורת תנאי פתובה א"כ להם הוי החוב אף מצד תנאי פתובה כמו פל' חובות בעלמא ודינם ככל חוב בתו"ז. ועיין ברש"י גיטין (דף נ"א) ד"ה פינון דבתנאי ב"ד כו' נותן לב להשלים חוקה.

ובתוס' פתובות (דף ק"ב ע"ב) ד"ה אימא צררי כו' ובחי' הרשב"א לגיטין (דף נ"א ע"א) ד"ה ת"ש אמר ר' נתן כו'. וביורשים דלא התחייבו בעצמם ע"ז לא שייך פן.

ועיין בכתובות (דף ס"ט ע"א) למאי נפ"מ למיגבא שלא בשבועה כו' ובאה"ע סי' קי"ג סעיף ה' וב"ש ס"ק י"ד וקצרת. לכן שפיר כתבתי להוכיח מהתוס' פתובות (דף צ"ו) והרא"ש והמרדכי דבזמנים הרבה לא שייך החזקה דתו"ז [ובפרט לפי דברי הש"ך בסי' מ"א ס"ק י"ט דלא מחלק בין תנאי ב"ד פנ"ל].

ע"כ הוי ספיקא דדינא היכא דיש זמנים הרבה אם שייך ביה החזקה דתו"ז ותליא במחזקות מי מהם הוא המוחזק כמו בכל ספיקא דרבנותא. והמשפנות יעקב סי' ל"ו הביא בקצרה לדברי הר"ן ר"פ אלמנה ניוזנת הנ"ל.

והעיקר כמו שכתבתי דה"ל ספיקא דדינא: כ"ז פתבתי מכבד וכעת ראיתי בספר שער משפט ס"ק ד' שהביא לדברי הר"ן הנ"ל ולדברי המ"מ ס"פ כ"ג ה"א שכתב דבחייוב מזונות הבת חשיב תו"ז על השנים הבאות כו' וזהו דלא פהש"ך כ"כ בקצרה ע"ש.

ובאמת יש לחלק דשאני היכא שהי' החוב על זמנים הרבה אם הוא חוב פרוור. משא"כ בחוב שאינו חוב פרוור כמו שכתבו התוס' לחלק פועין זה בב"ב (דף ה' ע"ב) פי היכי כו' דהיכא דיש לחוש שפא ימות בתוך למ"ד וכן שפא פול ביתו של משפיר וכן שפא לא יבנה הפתל בכה"ג כ"ע מודו דא"א פורע בתו"ז כו' וכ"כ התוס' בב"מ (דף ק"ב ע"ב) ד"ה בחזקת כו'.

והנה חוב מזונות הבת הא אם מתה לית לה כמש"כ הרא"ש פתובות פ' י"ב ה"א בשם הירושלמי. ובאמת פן מבואר בב"ב (ד' ק"מ) דאמרו גבי בת אשתו דאם מתה לית לה ואכמ"ל מזה.

וכן גפני חוב מזונות האלמנה בנודאי אם מתה לית לה. א"כ לפ"ז יש לדון דאף דנימא דבחוב על זמנים הרבה לא שייך ביה חזקה תו"ז ע"פ סברת הש"ך דכיון דשייך ביה טרדות הרבה ע"כ גם ר"ל מודה לסברת אב"י ורבא בזה.

אבל ז"א רק בחוב ברור דבכה"ג ס"ל לאב"י ורבא פן אבל בחוב שאינו חוב ברור דחזונו דבזה מודו אב"י ורבא לר"ל דא"א פורע תו"ז משום דמחשש טירדא לא מחית נפש' לספיקא. א"כ ה"ה אף בזמנים הרבה דשייך ביה טירדות רב מ"מ פיון דלא הוי חוב ברור דינו ככל חוב תו"ז דא"א פורע משום דמחשש הטירדא לא מעייל נפש' לספיקא להקדים הפרעון מקודם שיבחר החוב על ברוריו.

וקמו דכתבו התוס' דאם יש לחוש שמה ימות או יפול הבית או לא יבנה הפותל כ"ע מודו א"כ ה"ה הקא בחוב מזונות האלמנה או בחוב מזונות בת אשתו פיון די"ל שמה תמות בתו"ז א"כ לא הוי חוב ברור ואף דיש לחלק דשא"ה בחשש שמה ימות בתוך ל' דהוי בחשש נפל כו' מ"מ הא כתבו פן בחשש שמה יפול הבית כו'.

א"כ ה"ה היכא די"ל שמה ימות. [עיי' גיטין (דף כ"ח) דהא שמה יבקע הנוד כשמה ימות הוא כו'].

הוי זה חוב שאינו ברור ע"כ בכה"ג יש להוכיח מן הר"ן והמ"מ ה"ל דלא ס"ל סברת הש"ך. ובאמת גם בהך דשקר סופר לכתוב הקונטרסים כו' ג"כ יש לדון פן לפ"ז דכיון דלא הוי חוב ברור דשמה לא ירצה לכתוב את הקונטרסים וקמו התם דכתבו התוס' שמה לא יבנה הפותל.

א"כ בכה"ג נדאי מוכח מן הר"ן והמ"מ דלאס"ל לסברת הש"ך משום דאף דנימא דבכה"ג שייך לכ"ע עביד דפרע בתו"ז דלא ליטרדן מ"מ פיון דלא הוי חוב ברור דינו ככל חוב דדיינינו ביה להחזקה תו"ז כדקיי"ל.

ובאמת מה שהוכיח הש"ך פן מהך דכל שפא ושפא אין זה הכרח כ"כ. אבל בחוב ברור אפשר לומר דגם הר"ן והמ"מ ס"ל פועין סברת הש"ך דכיון דהוא על זמנים הרבה דלא דיינינו בזה להחזקה דתו"ז וקמו שכתבתי לעיל להוכיח מן שיטת הריטב"א וסייעתו דלא ס"ל לסברת הר"ן והמ"מ ה"ל.

וע"כ י"ל דבחוב ברור בנודאי. דבזה אפשר דמודו כ"ע לסברת הריטב"א וסייעתו ה"ל דלא שייך ביה חזקה דתו"ז.

וינדעתי די"ל דאי נימא לסברת הש"ך ה"ל דכיון דעיקר הוכחת הש"ך הוא מן הך דכל שפא ושפא כו'. א"כ לפ"ז ה"ה אף בחוב שאינו חוב ברור כמו התם בחשש שמה לא יבנה הפותל ועכ"ז הא דנו שם פן א"כ לפ"ז אין לחלק פנ"ל.

אבל באמת י"ל דס"ל פן מסברא דנפש' לחלק פן. וכ"ז הוא להיפך מן מש"כ הגתיבות ס"ק ד' לדון דבחוב שהוא על הרבה זמנים בנודאי שייך ביה חזקה דתו"ז ושאינה הך דקונטרסים.

אכן לפמש"כ אפשר לדון להיפך דחוב קונטרסים פיון דהוי ספק שמה לא יכתוב ע"כ בכה"ג י"ל דהוי דינו ככל חוב דדיינינו להחזקה דתו"ז. אבל בחוב על הרבה זמנים פיון

דהגוי חוב ברור שפיר יש לדון דלא שנייה ביה התנקה דתו"ז פן יש לדון בכ"ז: ה (שם סעיף ב') אם מת תו"ז ובא לטרוף מלקוחות להרמב"ם אין צריכה שבוועה כמו ביתומים וי"א שצריכה.

ונהו שיטת הרא"ש בב"ב פ"א סי' ט' דשאני בנתמי דאם איתא דפרע הגוי פקיד ועיין במע"מ ובתנאים מזה. ויש להעיר בזה מהא דב"מ (דף ק"ב).

שוחר אומר נתתי ומשפיר אומר לא נטלתי כו' אי בתו"ז תנינא מת בתוה ל' בכתובת שלא נפדה כו' ולא מחלקי דשא"ה בנתמי דאם איתא דפרעו הגוי פקיד. אף לפי מש"כ התוס' בב"ב (דף ע' ע"ב) ד"ה דאם איתא דפרעיה הגוי אומר דדוקא היכא דיש לחבירו שטר עליו ה"ל להודיעם אם הוא פרוע אבל במלנה בע"פ לא כו' א"כ א"ש הא דב"מ: ובעיקר סברת הרמב"ם והרא"ש בפלוגתתם.

נ"ל דאזלי לטעמיהו והוא דבסי' שמ"א סעיף ד' בהניח להם אביהם פרה שאולה וטבחה ואכלוה משלמין דמי בשטר בזול ואם הניח אחריות נכסים חייבין לשלם ואף דנימא דנכסי שומר נשמתעבדו מעת הפשיעה ולא מעת משיכה מ"מ חייבין לשלם בטבחה אם הניח אחריות נכסים משום דפשיע בחייו דלא הודיעם כמבואר כ"ז בכתובות (דף ל"ד) ובתוס' שם ובב"ק ר"פ הגזול בתרא.

והש"ך שם בס"ק ו' כתב דהרמב"ם ס"ל דזה לא מקרי פשיעה במה שלא הודיעם בחייו דיש לומר דמלאך המות אנסי' כמבואר בב"ב (דף ע') דהלכה דנשבע וגובה מחצה משום דהא דלא הודיעם י"ל דמלאך המות אנסי' ע"ש.

ומה"ט הכריע הרמב"ם ופסק דנכסי שומר מעת משיכה אשתעבד. וע"כ שפיר כתב הרמב"ם דאף ברא לטרוף מלקוחות א"צ שבוועה בתו"ז כמו בנתמי.

ולא מחלק דשאני נתמי דאם איתא דפרעין הגוי פקיד ונחשש לטובתם משא"כ בלקוחות. דהא י"ל דגם בנתמי אין הוכחה ממה דלא הודיעם משום דאפשר דמלאך המות אנסי'.

ועכ"ז פטור משבוועת יתומים בתו"ז א"כ ה"ה בלקוחות. וע"כ מוכח דתנקה תו"ז אלימא בעצם למיפטר אף משבוועה אף היכא דלא שנייה אם איתא דפרע הגוי פקיד: אבל הרא"ש אזיל לטעמין לפי מה דפסק שם דנכסי שומר מעידן פשיעה אשתעבד והא דטבחה ואכלוה דמשלמין אם הניח אחריות נכסים.

הטעם הוא משום דהגוי פשיעה מחיים דה"ל להודיעם וכמש"כ התוס' בכתובות שם. ולפ"ז מוכח מסוגיות הש"ס דכתובות וב"ק הנ"ל דלא אמרינן להסברא דמלאך המות אנסי' וכדמוכח מדברי הש"ך דמדמה אותן אהדדי.

ע"כ שפיר יש מקום לחלק דשאני בנתמי דאם אי' דפרעין הגוי פקיד משא"כ בלקוחות. ומוכח מזה דאף דפסקו בהא דב"ב (דף ע') דנשבע וגובה מחצה ומבואר בש"ס התם הטעם דמלאך המות אנסי'.

דמוכח לומר ע"פ סוגיות הש"ס דכתובות וב"ק הנ"ל דלדינא לא אמרינן להסברא דמלאך המות אנסי'. והא דקיי"ל הלכה נשבע וגובה מחצה הטעם הוא דכינן דנאמן לומר

הַחֲזֹרֵתִי בְּמִיגוֹ דְנֶאֱנָסוּ הַיּוֹי זֶה כְּמוֹ חוֹב בַּע"פ דְּלֹא שְׁיִיף בְּזֶה לֹא אֵיתָא דְהַיּוֹי פְּרַע הַיּוֹי פְּקִיד וּכְמַש"כ הַתּוֹס' הַתָּם.

וְרַק בְּתַחֲלַת הַסְּוֵגִיא בְּב"ב שֶׁם הָיָה ס"ל לְהַטְעֵם דְּמִלְאָף הַמְּנֹת אֲנָסִי. אַבְל לְבַסּוּף דְרָבָא גּוּפָא אָמַר שֶׁם בְּב"ב דְּהִלְכָה נִשְׁבַּע וְגוֹבָה מְחַצָּה א"כ מוֹכַח מִמָּה דְמַצִּינוּ דְרָבָא גּוּפָא ס"ל לְחַד לִישְׁנָא בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף ל"ד) וּבְב"ק שֶׁם דְּהַנִּיחַ לְהֵם אֲבִיָּהֶם אַחֲרֵיּוֹת נְכָסִים חֲזִיבִין לְשַׁלֵּם בְּטַבְּחוּהָ וְאֶכְלוּהָ מִשּׁוּם דְּפִשְׁעָה בְּמָה דְלֹא הוֹדִיעָם.

א"כ מוֹכַח מִזֶּה דְרָבָא בְּעַצְמוֹ ס"ל דְּלֹא אָמְרִינוּ מִלְאָף הַמְּנֹת אֲנָסִי וְע"כ מוֹכַח דְּהָא דְפָסַק רָבָא בְּב"ב דְּנִשְׁבַּע וְגוֹבָה מְחַצָּה דְבִאֲמַת אֵינוּ תְלוּי בְּזֶה. מִשּׁוּם דְּהַטְעֵם הוּא דְכִינּוּ דְנֶאֱמָן לֹא מִרְתִּי בְּמִיגוֹ דְנֶאֱנָסוּ דְהַיּוֹי כְּמוֹ מְלֹנָה בַּע"פ דְּכַתְּבוּ הַתּוֹס' שֶׁם דִּי"ל דְלֹא חֲשַׁשׁ הָאֵב לְהוֹדִיעָם.

א"כ י"ל דְּהַרְמַב"ם וְהָרֵא"ש אֲזָלִי לְטַעֲמִיָּהוּ בְּזֶה. וְעֵינִן בְּהַרְשָׁב"א לְגִיטִין (דָּף י"ג) שְׁפַתְבָּ בְּהָא דְחִיּוּשֵׁינוּ שֶׁם לְמָנָה קְבוּרָה בְּפִקְדוֹן דְּקָשָׁה דְאֶפְתִּי יִהְיֶה חֲזִיב מִשּׁוּם פְּשִׁיעָה דִּה"ל לְהוֹדִיעֵן קוֹדֵם מוֹתוֹ וְתִירָץ מִשּׁוּם דְּהַתָּם הָא מִיִּירִי אֶלְיָבִי דְרַב וְרַב הָא ס"ל מְלֹנָה בַּע"פ אֵינוּ גוֹבָה מִן הַיּוֹרְשִׁים עַכ"ל הָרֵי דְלֹא ס"ל לְהַסְבְּרָא דְמִלְאָף הַמְּנֹת אֲנָסִי.

וְעֵינִן מִזֶּה בְּסַפְרֵי בְּאֵר יֶצְחָק ח' אַה"ע ס' י"א וְקַצְרֵתִי בְּכ"ז: ו (שֶׁם סְעִיף ב' בַּהַג"ה) וְאֵם הַלֵּוָה ח' וְאָמַר שְׁפָרְעוּ י"א דְצָרִיף הַמְּלֹנָה לִישְׁבַּע וּי"א דֹא"צ נְשׁוּבָה. וְהַשְׁ"ף שֶׁם ס"ק ט"ו הַעֲלָה דְשְׁבוּעַת הַיָּסֵת לְאַחַר הַפְּרָעוֹן צָרִיף כו' וְגַם תְּשׁוּבַת הָרֵי"ף שְׁהִבִיא הַבַּעַת"ת לֹא מְכַרְעָא דִי"ל דְכּוֹנְנָתוֹ דֹא"צ לִישְׁבַּע קוֹדֵם הַפְּרָעוֹן אַבְל לְאַחַר הַפְּרָעוֹן צָרִיף לִישְׁבַּע כו' עַכ"ל הַשְׁ"ף.

אֲכַן בַּא"ה"ע ס' צ"ו בְּב"ש ס"ק ח' הַעֲלָה בְּשֵׁם הָרֵי"ף וְהַרְשָׁב"א וְהַבַּעַת"ת דִּס"ל דְבִטּוּעֵן פְּרָעַתִי תו"ז א"צ לִישְׁבַּע אַף אַחַר הַפְּרָעוֹן דְּהָרֵי פְתָבוּ דְלֹא טַעְנָה הִיא וּמְסִיק דְכִינּוּ דִש"ה הוּא רַק תְּקַנְתָּא ע"כ בְּמָקוֹם פְּלֹגְתָּא אִם יְכוּלִין לְהַשְׁבִּיעוּ ש"ה כְּמוֹ בְּתו"ז כְּנ"ל דְאֻקְמִינוּ אֲדִינָא ע"ש בְּב"ש.

וְכ"כ הַהַפְּלָאָה שֶׁם ס"ק ו' דְבִאֲמַת מִשְׁמַע מְדַבְּרֵי הָרֵי"ף בְּתְשׁוּבָה פְּדַבְּרֵי הַב"ש דְּהָא פְתַב שֶׁם בְּתְשׁוּבַת הָרֵי"ף וְז"ל נוֹתֵן לָהּ הַפְּתוּבָה וְיִחָרִים סְתָם עַל מִי שְׁגָבָה מִמֶּנּוּ שְׁלֹא פְדִין מִשְׁמַע דְשְׁבוּעָה לִיכָּא אֲפִי אַחַר הַפְּרָעוֹן עַכ"ל הַהַפְּלָאָה.

וְכ"כ הַב"ש בְּסִי' ס"ח ס"ק כ"א דְהִיכָא דְחִזְקָה מְסִייעוּ א"צ לִישְׁבַּע הַיָּסֵת. וְתְשׁוּבַת הָרֵי"ף הַנְּ"ל הוּבָא בְּנִימוּקֵי יוֹסֵף ב"מ פ"א בְּסוּגִיא דְשֵׁם (דָּף ז'): עֲנָף א וְהַנְּהָה בְּמָה שְׁהִבִיא הַב"ש כֵּן בְּשֵׁם הַרְשָׁב"א שְׁהִבִיא לְתְשׁוּבַת הָרֵי"ף דְלֹא טַעְנָה הִיא אֶלְמָא דִּס"ל לְהַרְשָׁב"א דְאֵף מְשׁוּבַעַת הַיָּסֵת פּוֹטֵר הַף חִזְקָה דְתו"ז.

י"ל בְּזֶה דְהַרְשָׁב"א אֲזָלִי לְטַעֲמִיָּה בְּמָה דִּס"ל לְהַרְשָׁב"א וְהוּבָא בְּח"מ ס' ק"מ סְעִי' ב' וּבְבֵית יוֹסֵף שֶׁם. דְחִזְקָה שְׁלֵשׁ שָׁנִים פּוֹטֵר לְמִי שְׁמַחְזִיק בָּהּ אַף מִן שְׁבוּעַת הַיָּסֵת.

וְעֵינִן בְּשָׁ"ף שֶׁם ס"ק ד' שְׁהִבִיא כֵּן בְּשֵׁם הַרְשָׁב"א בְּתְשׁוּבָה ע"ש. וְגוּף תְּשׁוּבַת הַרְשָׁב"א אֵינוּ פְעַת ת"י.

אלמא דס"ל להרשב"א דהך חזקה דשלישה שנים אילימא למיפטר מן ש"ה פיון דאיפא חזקה מעליא דמדלא מיחה ג' שנים חזקה שמכר לו. ע"כ י"ל דה"ה מה"ט ס"ל להרשב"א כן גבי חזקה דתו"ז דהוי חזקה אלימפא ע"כ פוטר מן ש"ה.

אבל לדינא לפי מה דהכריע הש"ך לקמן סי' ק"מ ס"ק ה' דבחזקה דשליש שנים חזיב ש"ה. ע"כ שפיר הכריע הש"ך הקא גבי חזקה דתו"ז דחזיב ש"ה לאחר הפרעון וכמש"כ הש"ך לדמות הך חזקה דתו"ז לחזקה דשליש שנים דצריה לישבע ש"ה פדלקמן ר"ס ק"מ.

ועיין ברא"ש ב"ב פ"ג סי' י"ז מש"כ דלא מסתבר לחלק דשאני מטלטלין דשייך בהו שד"א: ועוד נלע"ד לדון בזה ע"פ הך דמצינו בב"מ (דף ד') גבי סלעין דינרין דכתב הנימוקי יוסף שם דאיפא מ"ד דהאי שטר א מסייע לי' פוטר אף מן ש"ה כו' ואיפא מאן דפליג שאינו פטור גמורה למפטרין אלא משבועה דאורייתא אבל מהיסת לא כו' אבל הרשב"א ז"ל פתב כו' דלגבי שבועה כזו שהיא מן התקנה אפטר דהוי עדות מעליא עכ"ל.

ועיין מזה בחידושי הר"ן לב"מ ובריטב"א ושמ"ק שם. אלמא דמצינו להרשב"א דס"ל דאף מה דלא הוי הוכחה גדולה כמו הך דסלעין דינרין דמסייע לי' שטר.

אפ"ה פוטר זה מן ש"ה א"כ כש"כ הך חזקה דתו"ז דהוי חזקה אלימפא להוציא ממון ונדאי דאלימא למיפטר מן ש"ה. וע"כ ס"ל להרשב"א דבתו"ז פטור מן ש"ה.

א"כ לפי מה דקיי"ל לדינא בח"מ סי' מ"ב סעי' י"ב בסלעים דלנה אומר שתיים דנשבוע היסת אלמא דס"ל להטוש"ע שם פשיטת הסוכרים דהך דשטר א מסייע לי' אינו פוטר מן ש"ה. ע"כ י"ל דמה"ט ה"ה בחזקה דתו"ז וכן בחזקה דשליש שנים אינם פוטרין מן ש"ה: אף באמת יש לחלק דשאני הך מילתא דשטר א מסייע לי' דזה גרע מן חזקה דתו"ז כמבואר שם בראשונים.

וגם הך לפי מה דקיי"ל דהילך פטור אין הכרח לומר הסכרא דמסייע לי' שטר א כמבואר בב"מ שם בסוגיא דסלעין דינרין. וכן לפי מה דאמרו שם אי נמי משום דה"ל לשעבוד קרקעות כו'.

והך דאמרו שם דשליש פטור משום דה"ל משיב אבידה דהנה יכול לומר שתיים דמסייע לי' שטר א זהו דנקא גבי החזקה דא"א מעיז כו' כמש"כ הסמ"ע בסי' פ"ח ס"ק נ"ז וכ"כ התוס' ב"מ (דף ד') והנ"י והר"ן ונהריטב"א והשמ"ק שם.

וכמש"כ בארןפה מזה בסי' פ"ז סעי' כ"ח בחידושי שם. ומה"ט פתבו הטוש"ע בסי' פ"ח סעי' ל"ב בסלעים דינרין דלנה אומר שתיים פטור משום שלא הודה אלא מה שבשטר ואין פאן הודאה.

ולא פתבו הטעם דמסייע לי' שטר א. אלמא דס"ל דלדינא אין הכרח לסכרא דמסייע לי' שטר א.

ע"כ פתבו הטוש"ע בסי' מ"ב דנשבוע היסת בלנה אומר ב'. ע"כ אין הכרח להוכיח מזה דחזקה תו"ז לא יפטור מן ש"ה.

דעדיין י"ל דחזקה תו"ז דהוי חזקה אלימא ע"כ פטור ג"כ מן ש"ה. ועיין ברא"ש בב"מ פ"א סי' ג' ובפ'פולא חריפתא שם ס"ק כ' וקצת ב"ה: והנה האו"ת והנתיבות הכריעו קא לדינא דחזקה תו"ז אין פוטר מן ש"ה אחר הפרעון פשיטעון עליו וכמבואר בסי' ש"ז גבי שקירות.

אבל לא הזכירו להכרעת הב"ש הנ"ל דמשמע דס"ל דאף ע"י טענה אין להשביעו ש"ה לאחר הפרעון אלא סגי בחרם סתם על מי שגבה ממנו שלא כדין. ולענ"ד יש לדון בעיקר ראיות הב"ש מן תשובת הרי"ף הנ"ל.

והוא דקא לכאורה יש לדון ב"ה דס"ל לחד שיטה דחזקה דתו"ז אין פוטר מן ש"ה לאחר הפרעון. הא פיון דעיקר טעמא דר"נ דס"ל לחייב ש"ה זהו משום חזקה אין אדם תובע כו' וכמבואר בשבועות (דף מ') ופרי' הש"ס התם קא איכא חזקה א"א מעיז פניו ומשני אשתמוטי כו'.

[ועיין בתוס' ב"מ (דף ו' ע"א) ד"ה אלא קא דאר"נ כו'. ובשבועות שם בתוס' ד"ה אישתמוטי כו'.]

וברא"ש ב"ב פ"ג סי' י"ז בהגהות הב"ח ס"ק ב' מזה. אף אין זה ענין לנ"ד כמש"כ מזה במק"א].

אלמא דעיקר טעמא דחייב ש"ה הוא משום חזקה א"א תובע כו'. ע"כ הדעת נותנת דהיא דאיכא חזקה הסותרת בתחלת דינא דלא יצטרף לישבע ש"ה.

א"כ כש"כ בחזקה דתו"ז דהוי חזקה אלימא ביותר מן החזקה דא"א תובע כמבואר. ע"כ הדעת נותנת דלא יהיה צריך ב"ה לישבע ש"ה.

וכה"ג כתב ההפלאה לכתובות בק"א סי' פ' ס"ק י"ח דלכן פטורה שם מן ש"ה בטען הבעל שאינה עושה הפלאכות. משום דאיכא חזקה דאין אשה מעיזה נגד החזקה דא"א תובע כו' ע"ש: אכן י"ל דטעם הסוברים דחזקה דתו"ז אין פוטר מש"ה דזהו פיון דמה דמוציאין מהמחזק בממון הוא עיקרו רק ע"י החזקה דתו"ז.

לכן פיון דכבר עשתה פעולה החזקה דתו"ז להוציא ממון ע"כ אין בכחה גם לפטור מש"ה. וכנגד החזקה דא"א תובע כו' הוי פמאן דליתנהו פלל ב"ה לסתור להחזקה דא"א תובע ודיו לחזקה דתו"ז שמוציאה מהמחזק.

וכ"כ בחידושי לח"מ סי' פ"ז סעי' ו' בתרי ותרי המכחישים זא"ז די"ל מה"ט דפטור מן ש"ה ע"ש. וקצת מצאתי בן בהפלאה סי' צ"ו ס"ק ו'.

ולפ"ז יש לדון היכא דאיכא שטר וחזקה תו"ז ביחד דכיון דיכולים להוציא ממון ע"י השטר לבד א"כ נשאר לנו החזקה תו"ז הסותר לחזקה דא"א תובע וצדיקא ממנה ע"כ הדין נותן דכה"ג לא יהיה חייב ש"ה.

וכעין זה מצינו בש"ף סוף סי' פ"ט ס"ק י' גבי ה"ה משכון בידו דהדין הוא דחייב לישבע שבועת המשכון דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן דאם הוא מן הנשבעין ונוטליו דאף בלא המיגו ה"ה יכול להיות נשבע ונוטל ע"כ מהני המיגו ב"ה למיפטר משבועה.

וכ"כ הַרְשָׁבָא בחי' לשבועות (דף מ"ו). וְהַפֵּל הוא מה"ט דְּשָׁנֵי פְּעוּלוֹת קִשָּׁה לְדוֹן בְּהַמְיָגוֹ וְנִדְיוֹ לְהִיּוֹת פּוֹעֵל לְהוֹצִיא וּלְהַחְזִיק הַמְשָׁכוֹן ת"י ע"ש: ולפ"ז י"ל דְּמָה שְׁפָתַב הַר"ף בְּתַשׁוּבָה הַנ"ל גְּבִי טָעַן שְׁנָתָן לָהּ הַפְּתוּבָה בְּתו"ז דְּפְטוּרָה מִש"ה.

דְּהָא הָתָם אָף בְּלֹא חֲזָקָה דְּתו"ז לֹא הָיָה יָכוֹל לְטָעוֹן פְּרַעְתִּי דְּהָא מַעַב"ד כְּמֵאן דְּנָקַט שְׁטָרָא בְּיָדוֹ דְּמִי בְּמָקוֹם שְׂאִין פּוֹתְבִין פְּתוּבָה לְכ"ע. וּמַכְש"כ אִם פְּתוּבָה יוֹצֵא מִת"י.

וְעֵינָן בֵּאֵה"ע ס' ק' סע' ו' שִׁיטַת הָרָאשׁוּנִים שָׁם. וְע"כ יְכוּלָה הַחֲזָקָה דְּתו"ז לְפַעֵל פְּעוּלָה אַחַת וּלְהִיּוֹת סוֹתֵר לְהַחְזִיקָה דֵּא"א תוֹבַע וְיִפְטוֹר מִש"ה.

אָבֵל הֵיכָא דְּאִין לְפָנֵינוּ רַק חֲזָקָה דְּתו"ז לְבַד בְּזָה שְׁפִיר פְּתָבוּ בַּח"מ ס' ש"ז דְּחֵיב ש"ה וְכֹן הָא דְּס' ע"ח סע' ב' דְּמֵיירִי שָׁם בְּשֵׁטֶר בְּתו"ז כְּמַש"כ הַמְחַבֵּר שָׁם ע"כ שְׁפִיר הַכְּרִיעַ בְּזָה הַרְמ"א דְּהַעֲיָקָר דֵּא"צ שְׁבוּעָה.

וְכַעַת מְצֵאתִי בְּסִפְרֵי שְׁעָרֵי הַמְשָׁפֵט שְׁכָתַב ג"כ לְחַלֵּק פְּזָה. אָבֵל לֹא הֵבִיא רֵאִי מְוַכְרַחַת לְזָה אֲכֹן לְפַמְש"כ לְדוֹן כָּל זָה ע"פ דְּבָרֵי הַהַפְּלָאָה בְּס' פ' הַנ"ל דְּזָהוּ מְוַכְרַח לְהַמְעִיֵּן שָׁם יֵשׁ יְסוּד נְכוֹן לְדוֹן דְּהֵיכָא דִּישׁ חֲזָקָה הַסּוֹתֵר לְהַחְזִיקָה דֵּא"א תוֹבַע דְּאִין לְחֵיבֵיב ש"ה וּבְאַמַּת דְּבָרֵי הַהַפְּלָאָה הַנ"ל הֵם מְוַכְרַחִים דָּאִם לֹא כֹן תִּקְשָׁה דְּאַמַּי פְּתָבוּ הַרְמַב"ם וְהַש"ע גְּבִי טָעַן הוּא שְׂאִינָה עוֹשָׂה וְהִיא אוֹמֶרֶת כו' דְּמוֹשִׁיבִין אִשָּׁה בִּינֵיהֶם וְלֹא פְּתָבוּ לְחֵיבָהּ ש"ה.

וּמַש"כ הַח"מ שָׁם ס"ק כ"ח טַעַם לְזָה הוּא דְּחֻסָּק וְכַמְבּוֹנָר פְּעִינָן זָה בֵּאֵה"ע ס' פ' סע' ט' וּבְב"ש שָׁם ס"ק י"א ע"ש וּבַח"מ ס"ק כ'. וּמִנְלָן לְהַרְמַב"ם זָה.

וְאַף שֶׁה"מ פְּתָב שָׁם דְּדְּבָרֵי רַבֵּינוּ פְּשׁוּטִים הֵם עַכ"ז הָא לְפַמְש"כ הַח"מ טַעְמוֹ דְּזָהוּ מְשׁוּם נְשׁוּלֹם בֵּית. א"כ בְּעֵינָן לְזָה רֵאִיָּה מִהַש"ס דְּגַם בְּזָה אֲמָרִינוּ לְהַסְבְּרָא דְּשְׁלוּם בֵּית.

אָבֵל לְפַמְש"כ הַהַפְּלָאָה טַעְמוֹ א"ש דְּבָרֵי הַרְמַב"ם: עֲנָף ב וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל הַהַפְּלָאָה בְּמַש"כ דְּלָכֵן בְּטָעַן הוּא שְׂאִינָה עוֹשָׂה כו' דְּפְטוּרָה מִש"ה מְשׁוּם דְּאִיכָּא חֲזָקָה דְּאִין אִשָּׁה מְעִינָה וְאַף בְּמָמוֹן דִּינֵינוּ לְהַחְזִיקָה.

וּלְפ"ז עֲדִינָן יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת בְּהָא דְּמְבּוֹנָר בֵּאֵה"ע ס' פ' סע' י"ב בְּהָא דְּנִמְצְאוּ בְּיַד הָאִשָּׁה מְעוֹת וּמְטַלְטְלִין דָּאִם אֲמָרָה אַתָּה נָתַתּוּ לִי נְאַמְנַת וְנִשְׁבַּעַת ש"ה. וְהִנֵּה הַטַּעַם דְּנִאֲמַנְתָּ פְּתַב הַח"מ שָׁם וְהוּבָא בְּב"ש שָׁם ס"ק ל' דְּזָהוּ מְשׁוּם חֲזָקָה דְּאִינָה מְעִינָה.

וְאַף דְּהַש"ף בְּס' ס"ב ס"ק ו' הַשִּׁיג ע"ז עַכ"ז הֲלֹא הַב"ש שָׁם הַחֲזִיק דְּבָרֵי הַח"מ וְהַעֲלָה דְּאַף בְּמָקוֹם הַנָּאֵת מְמוֹן כְּשִׁיּוֹשְׁבַת תַּחְתָּיו וְאִין רְצוּנָה לְצֵאתָ מִמֶּנּוּ דִּינֵינוּ לְהַחְזִיקָה דֵּא"מ. וְעֵינָן מְזָה בֵּאֵה"ע ס' ע"ז ב"ש ס"ק ל"ב.

וּלְפַמְש"כ הַהַפְּלָאָה דְּלָכֵן בְּטָעַן שְׂאִינָה עוֹשָׂה פְּטוּרָה מִש"ה מְשׁוּם דְּהַחְזִיקָה דֵּא"מ סוֹתֵר לְהַחְזִיקָה דֵּא"א תוֹבַע. א"כ תִּקְשָׁה דְּאַמַּי נִשְׁבַּעַת ש"ה בְּטַעְנָה אַתָּה נָתַתּוּ לִי בְּמַתְנָה הָא גַם הָתָם אִיכָּא חֲזָקָה דֵּא"מ הַסּוֹתֵר לְהַחְזִיקָה דֵּא"א תוֹבַע: אָבֵל בְּאַמַּת אִין זָה קִשָּׁה כְּלָל לְפִי מַה דְּנִתְבָּאָר דְּהַחְזִיקָה דְּתו"ז אִם לִיכָּא שְׁטָר אִין אִינָה פּוֹטְרַת מִן ש"ה.

מְשׁוּם דְּאִין בְּכַחַה לְפַעֵל שְׁמִי פְּעוּלוֹת כְּנ"ל. א"כ א"ש בְּהָא דְּאַתָּה נָתַתּוּ לִי בְּמַתְנָה דְּלָכֵן צְרִיכָה ש"ה דְּהָא לוּלִי חֲזָקָה דְּאִין אִשָּׁה מְעִינָה לֹא הִיָּתָה נְאַמְנַת דְּהָא אִשָּׁה הַנּוֹשֵׂאת

וְנוֹתַנָּה מֵהַ שְׂיֵשׁ לָהּ הוּא בְּחֻזְקַת הַבְּעַל וְעִיקַר נְאֻמָּנוּתָהּ הוּא מִשּׁוֹם חֻזְקָה דַּא"מ כַּמֶּשׁ"כ
הַמ"מ וְהַב"ש וְלֹא ס"ל לְסִבְרַת הַש"ךְ בְּזֶה.

ע"כ אֵינָה יְכוּלָה הֵךְ חֻזְקָה דַּאֲיִנָּה מְעִיזָה לְמִיפְטֹר ג"כ מִן ש"ה פּנ"ל. א"כ עֲדִינֵין י"ל
דְּהִיכָא דְלִהְיוּתִיק הַמָּמוֹן א"צ לְהֵךְ חֻזְקָה ע"כ פּוֹעֲלַת שְׁפִיר לְהִיּוֹת סוּמֵר לְהַחֲזֹקָה דַּא"א
תּוֹבֵעַ כּו' וְיִפְטֹר מִן ש"ה.

כ"ז פְּתַבְתִּי פְּבַר: וְכַעַת רְאִיתִי כִּי בְּעִיקַר הַפְּלִל שָׁל הַהַפְּלָאָה שְׁפַתְבּ דְּהִיכָא דִּישׁ חֻזְקָה
הַסּוּמֵר לְהַחֲזֹקָה דַּא"א תּוֹבֵעַ כּו' דִּיהִיָּה פְּטוֹר מִן ש"ה וְמַה"ט בְּטָעוֹן עַל הָאִשָּׁה שְׁאֵינָה
עוֹשָׂה פְּטוֹרָה מִן ש"ה.

דִּישׁ לְהוֹכִיחַ לְהִיפָךְ מֵהַפְּלִל שָׁלוּ. וְהוּא דְּהָא מְצִינּוּ בַח"מ ס' ע"ה סַע'י ח' וְכִסִּי ש"ס"ד
סַע'י ח' דְּהָאֹמֵר לְחֻבְרֵי גֻזְלַתְנִי וְהוּא מְשִׁיב לְהַד"ם דְּחִיבֵיב ש"ה.

וְכּוּן מְבֹנָאָר בְּסִי צ' וְהָא פְּתַבּוּ הַתּוֹס' ב"ב (דָּף נ"ב ע"ב) ד"ה דְּבָרִים הַעֲשׂוּיִים כּו' וְכַב"מ
(דָּף קט"ז) וְבִשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"ו) ד"ה וְסָפְרָא דַּאֲגֻדְתָּא כּו' דָּאִם טוֹעֵן גְּנֻבָתָּ אֵינּוּ נְאָמֵן אָף
ע"י מִיגוּ מִשּׁוֹם דַּאֲחֻזְקֵי אֵינְשֵׁי בְּגֻבְבֵי לֹא מְחֻזְקִינּוּ.

וְכ"כ הַש"ךְ לְדִינָא בְּסִי קל"ג ס"ק י"ג דַּאָף דְּמִשּׁוֹם מִיגוּ לְהוֹצִיא הֵיךְ מוֹעִיל הַמִּיגוּ. אָף
מִשּׁוֹם דְּהוּי מִיגוּ בְּמָקוֹם חֻזְקָה דַּאֲחֻזְקֵי בְּגֻבְבֵי לֹא מְחֻזְקִינּוּ ע"כ לֹא מְהַנִּי הַמִּיגוּ וְעִינֵין מִזֶּה
בְּסִי צ'.

א"כ חֻזְיֵין דְּהֵךְ מִיִּלְתָּא דַּאָמְרוּ דַּאֲחֻזְקֵי בְּגֻבְבֵי לֹא מְחֻזְקִינּוּ זֶה הוּי חֻזְקָה אֵלִימָתָא. וְאַפ"ה
בְּטָעוֹן גְּנֻבָתָּ מְשַׁבִּיעֵין ש"ה כְּדִקִּי"ל לְדִינָא.

א"כ לְפִי הַפְּלִל שָׁל הַהַפְּלָאָה הַנ"ל דְּהִיכָא דַּאֲיִכָּא חֻזְקָה דַּאֵין אִשָּׁה מְעִיזָה אַז סוּמֵר זֶה
לְהַחֲזֹקָה דַּא"א תּוֹבֵעַ וְפְטוֹר מִן ש"ה. א"כ תְּקַשָּׁה דַּאֲמַאי חִיבֵיב ש"ה בְּטוֹעֵנוּ גֻזְלַתְנִי וְהוּא
מְשִׁיב לְהַד"ם דְּהָא אֵיכָּא חֻזְקָה אֵלִימָא הַסּוּמֵר לְהַחֲזֹקָה דַּא"א תּוֹבֵעַ.

דְּהָא חֻזְיֵין דַּאָף מִיגוּ לֹא מְהַנִּי נְגַד הֵךְ חֻזְקָה דַּאֲחֻזְקֵי בְּגֻבְבֵי לֹא מְחֻזְקִינּוּ. וּמִשְׁמַע הָתָם
דְּהֵךְ סְבָרָא דַּאֲחֻזְקֵי בְּגֻבְבֵי לֹא מְחֻזְקִינּוּ עַדִּיפָא מִן חֻזְקָה דְּתו"ז דְּהָא הָתָם הוּי אֵיבְעֵינָא
דְּלֹא אֵיפְשִׁיטָא ב"ב (דָּף ה') אֵי אָמְרִינּוּ מִיגוּ וְמַה"ט מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּזֶה פְּמְבֹנָאָר בְּסִי ע"ח
וּבְש"ךְ ס"ק י"ט.

וְעִינֵין בְּסִי ק"ח ש"ךְ ס"ק ז' וְאַכְמ"ל. וְאַלּוּ הָכָא גְּבִי הֵךְ דַּאֲחֻזְקֵי בְּגֻבְבֵי לֹא מְחֻזְקִינּוּ
מִשְׁמַע דְּהִיָּה פְּשִׁיטָא לְהוּ דְּלֹא מְהַנִּי מִיגוּ.

וְהַטָּעָם הוּא שְׁאֵין הַחֻזְקוֹת דּוּמוֹת זו לְזו כַּמֶּשׁ"כ הַפּוֹסְקִים וְהוּבָא בְּסִי פ"ב ש"ךְ ס"ק ג'
וּבְכַלְלֵי מִיגוּ ס"ק י' וְקִצְרֵתִי: וּמְכַל מְקוֹם אָף דְּהוּי זֶה חֻזְקָה אֵלִימָא מ"מ חִיבֵיב הַנְּשַׁבֵּעַ
ש"ה בְּטוֹעֵנוּ גְּנֻבָתָּ מְנִי וְהוּא מְשִׁיב לְהַד"ם אֵלִמָּא דַּאָף דַּאֲיִכָּא חֻזְקָה הַסּוּמֵר לְהֵךְ חֻזְקָה
דַּא"א תּוֹבֵעַ אַפ"ה חִיבֵיב ש"ה.

וְהָא הָתָם בְּמַה שְׁמַחֲזִיק הַמָּמוֹן ת"י אֵינּוּ מִשּׁוֹם הֵךְ סְבָרָא דַּאֲחֻזְקֵי בְּגֻבְבֵי כּו' דְּהָא בְּלֹא"ה
הַמְמַע"ה. וְאַפ"ה אֵינָה פּוֹעֲלַת הֵךְ חֻזְקָה לְמִיפְטֹר מִן ש"ה אָף דְּהוּי רַק לְדָבָר אַחַד.

אלמא דאמרין גם בזה לא פלוג וכמש"כ התוס' בב"מ (דף ו' ע"א) ד"ה אלא הא דאר"נ כו'. א"כ מוכח מזה דלא פסקרת ההפלאה.

והא דלא חייבו ש"ה התם בטען הבעל שאינה עושה ע"כ הטעם כמש"כ החלקת מחוקק באה"ע סי' פ' ס"ק כ"ח: וכן יש להוכיח דלא כמש"כ ההפלאה דלכן פטורה מן ש"ה משום דאיכא חזקה דאינה מעינה הסותרו וזה מהני אף במקומו.

דלפ"ז תקשה בהא דמבואר באה"ע סי' צ"ז סעי' א' דאין יכול להשביע לאשתו בטענת שמה. אבל בטענת פרי משביעין כמש"כ הטור והרא"ש שם.

והא בטענת פרי אין משביעין לשבועת חנונית וכן הבית ושו"ת פתת כמש"כ הנתיבות בסי' צ"ג ס"ק א' ע"ש. וע"כ פוננתם במש"כ דבטענת פרי משביעין היינו ש"ה.

ולדברי ההפלאה דכתב דבטענת האשה אף במקומו שייך חזקה דאינה מעינה להיות סותר לחזקה דא"א תובע ופטור מן ש"ה. א"כ מה"ט הדין נותן דיהי' פטורה האשה מן ש"ה אף בתבעה מקומו וכמו בטען שאינה עושה דתבעה מ"י דפטורה מש"ה מה"ט שכתב ההפלאה משום דחזקה בחזקה דא"א מעיז בפני בע"ח אמרו בשבועות בזה דשייך אשתמוטי כו'.

אבל בחזקה דא"מ לא שייך זה א"כ ה"ה אף בתבעה מקומו דמ"ש. והא להחזיק מה שת"י א"צ להחזקה דא"מ ואפ"ה לא מהני החזקה דאינה מעינה לפוטרה מן ש"ה.

ועיין באה"ע סי' פ' סעי' ט"ו וברמ"א שם ובסי' ע' סעי' ה' ובח"מ שם ס"ק כ' וב"ש שם ס"ק ט"ז ובאבני מלואים שם ס"ק ג' וקצת. ועיין באה"ע סי' צ' סעי' י"ד וברמ"א שם.

וכה"ג מבואר באה"ע סי' ע' בב"ש ס"ק ל"א ע"ש: ענף ג והנה המרדכי פ"א דב"מ סי' רכ"ט כתב בשם רבינו שמחה דפסק באומר לחבירו גזלתני או גנבתני והלה אומר להד"ם דלא ניתקנה שבועת היסת בזה אלא היכא דאיכא שבועה דאורייתא כמו מודה במקצת וכה"ג כו' וראי' מהא דכל הנשבעין דאחזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן ואומר ר"מ כו' מיהו הנתבע ישבע ועוד פי קאמרין פ' שבועות הדיינים מאי איכא בין שד"א לשבועה דרבנן לימא איכא בינייהו לאשבעי אנגבה ואגזלה דשד"א משביעין וש"ה אין משביעין כו' עכ"ל המרדכי.

וכן קי"ל לדינא פשיטת הר"מ דמשביעין ש"ה בטענת גנבתני וגזלתני פנ"ל. אכן שיטת ר' שמחה דכתב לחלק דחזקה ש"ה אין משביעין בגזלתני משום דאחזקי בגנבי לא מחזקינן.

ונהו פשיטת הפוסקים והמרדכי דהובא בש"י סי' ע"ח ס"ק ט"ו דס"ל דכח חזקה אלימא למיפטר מן ש"ה. א"כ לפ"ז הדעת נותנת דגם מן שד"א יהיה פטור פדמצינו בב"מ (דף ד') דמשום סברא דשטר א מסייע לי פטור מן שד"א וכמש"כ הרא"ש בב"מ פ"א סי' ג' להוכיח מזה דעד מסייע פוטר וכתב שם דהא פצרינן לי משבועה בסיועי שטר בעלמא אע"פ שאין כאן עדות גמורה ע"ש בפלפולא חריפתא.

וגם הא פתב הנמוקי יוסף שם דיש סוברים דהוה מילתא דשטר א מסייע אינו פצדו דגמורה למפטר' אלא משד"א אבל מהיסת לא ע"ש. א"כ הדעת נותנת דאי נימא דהא

דאחזוקי בגנבי לא מחזקינו הוי חזקה מעליא למיפטר מן ש"ה א"כ כש"כ דיפטר מן שד"א.

ואפשר דר' שמחה ס"ל פשיטת הסוברים שם דשאני הו דמסייע ליי שטרא דהוי פעות גמורה ע"ש בני: ועוד י"ל דהא דכתב ר' שמחה דבטוען גזלתני אם איפא שד"א נשבע טעמו דכיון דהודה במקצת דגזל א"כ איתרע החזקה דאחזוקי בגנבי כו'.

וכן בע"א מעיד שגזל ס"ל דאין פח בהו סברא דאחזוקי בגנבי כו' למיפטר מן שד"א דס"ל דשאני שד"א ע"י ע"א דהא כ"מ ששאני מחזקין ממון ע"א מחזקין שבוועה ע"כ אין בלח הסברא דאחזוקי בגנבי כו' למיפטר מן שד"א הבא ע"י ע"א.

ועיין בקצה"ח סי' פ"ד ס"ק ד'. ולפ"ז יש לומר דאם תובעו מנה שגזלו ומנה בהלואה והלה מודה במקצת על חוב הלואה וכופר הגזלה די"ל דס"ל לרבינו שמחה דפטור בהו מן שד"א אף דהוי מ"מ פיון דלא איתרע ליי החזקה הבא ע"י מה דאחזוקי בגנבי כו'.

ודנקא במודה במקצת שגזלו חמשים אף דא"א משים א"ע רשע מ"מ דיינינו דאיתרע הו חזקה פידוע. ולפ"ז הו מתורץ מה שהקשה הר"מ על ר"ש דלדבריו ה"מ לומר נפ"מ בין שד"א לדברנו.

דהא לפמש"כ גם במקום שד"א משפחת ליי דיהי' פטור מן שד"א פנ"ל: אבל באמת זה אינו בכוננת ר' שמחה דהא משמע ממנו דכיון דאיפא שד"א אף שהו ע"י הודאת חוב הלואה ג"כ משביעין. ודנקא בש"ה ס"ל דאין להשביע מטעם זה ולכן שפיר הקשה הר"מ עליו פנ"ל.

ולכן נראה לי בכוננת ר"ש דס"ל להפלי' שפכת בהפלאה דבמקום ש"ה פיון דעיקרו הוא משום חזקה א"א תובע כו' ע"כ היכא דאיפא חזקה הסותרו פטור מן ש"ה פנ"ל. לכן היכא דאיפא חזקה דאחזוקי בגנבי לא מחזקינו ממילא פטור מן ש"ה.

אבל במקום שד"א דאין חיובו משום חזקה א"א תובע לכן חייב שד"א אף בטענת גזלתני פנ"ל בכוננת ר"ש ויהיה מזה סייעתא להפלי' של ההפלאה הנ"ל: אמנם לדינא דפקסו בח"מ דלא פשיטת ר' שמחה אלא כשי' הר"מ דאף בטענת גזלתני משביעין היסת א"כ מוכח דלדינא לא קיי"ל כהפלי' של ההפלאה הנ"ל.

ובאמת מן הא דלא אמרו בשבועות הו נפ"מ בין שד"א לדברנו מוכח מזה דלא כהפלי' של ההפלאה הנ"ל וכמש"כ המרדכי להוכיח מזה דלא כרבינו שמחה פנ"ל. והטעם הוא דלכן חייב ש"ה אף במקום דאיפא חזקה הסותרו משום דגם בהו אמרינו לסברת התוס' דב"מ (דף ו' ע"א) ד"ה אלא הא דאמר ר"נ כו'.

דבתקנת ר"נ לש"ה אמרינו לא פלוג רבנו. ומתא דשבועות (דף מ"א) דאמרו מאי איפא בין שד"א לדברנו מוכח ג"כ כמש"כ התוס' שם וש"פ דגם בתובעו חפץ בעיני' חייב ש"ה דאל"כ הא ה"מ הגמ' לומר איפא בינייהו בין שד"א לדברנו אמתובעו חפץ בעיני' דשד"א משביעין אבל ש"ה אין משביעין משום דאיפא חזקה א"א מעיז פניו כו' הסותר להחזקה דא"א תובע.

וע"כ מוכח כמש"כ התוס' בב"מ בתי קמא נשם דאמרין בזה לא פלוג רבנן פנ"ל. ועיין בשבועות (דף מ') בתוס' ד"ה אשתמוטי כו': ואפשר לומר דרבנןו שמחה ס"ל דהא דאמרו בשבועות (דף מ') דלכו תקנו ש"ה משום דאיכא חזקה א"א תובע כו' דזהו רק ללישנא קמא דר"נ דס"ל דחייב ש"ה אף היכא דליכא דררא דממונא וע"ז שפיר הקשו מ"ט והוכרחו לומר משום חזקה א"א תובע כו'.

אבל ללישנא בתרא דר"נ דדוקא באומר פרעתי חייב ש"ה משום דאיכא דררא דממונא א"כ לפ"ז אין הכרח לחדש בהסבר החיוב ש"ה דזהו משום חזקה א"א תובע כו' די"ל דאף היכא דנסתר החזקה דא"א תובע ג"כ הסברא נותנת לחייבו ש"ה משום דהא איכא דררא דממונא ואי נימא פן מתנרץ קושיות המרדכי על ר' שמחה וכן קושיותי על ההפלאה די"ל דדוקא בטוען להד"ם דעיקר החיוב ש"ה הוי משום חזקה א"א תובע ע"כ היכא דאיכא סברא דאחזוקי בגנבי כו' דזהו סותר להחזקה דא"א תובע ע"כ שפיר כתב ר' שמחה לפטור מש"ה בתובעו גזלתני.

והא דלא אמרו בגמ' נפ"מ בין שד"א לדרבנן י"ל דהש"ס קאי ללישנא ב' דר"נ דבעינן דררא דממונא והא דלא אמרו דא"ב בין שד"א לדרבנן היכא דטוען להד"ם דברבנן לא משביעין ש"ה משום דליכא דררא דממונא ובשד"א חייב אף דטוען על המותר להד"ם.

ואף דליכא דררא דממונא. ז"א קשה פלל דהא כתבו התוס' בב"ק (דף קי"ח) ד"ה, ר"נ וריו"ח כו' דהיכא דאיכא סהדי דאכל תרי מינייהו כמו בהא דב"מ (דף ה') הוי זה דררא דממונא וכ"כ התוס' בשבועות (דף מ"א) וכ"כ הר"נ בשבועות ע"ש.

ועיין בתשובת מיימוני משפטים סי' ל"ז. וי"ל דגם התוס' בב"מ (דף ה') ד"ה אין לה בדי כו' מודו לזה אף דעיקר ראיתם וכן הראיות של האלפסי פוננתם למאי דהביאו בגמ' נשם להך ל"ק דר"נ ע"ש.

וכיין דשד"א דמודה במקצת ג"כ מקרי דררא דממונא ע"כ שפיר הקשו לל"ב דר"נ מאי איכא בין שד"א דזהו מ"מ כפי רש"י נשם ובין דרבנן. דהא גם היכא דחייב שד"א מקרי זה דררא דממונא וכש"כ שבועת שומרין ונודאי מקרי דררא דממונא.

וע"כ לא ה"מ למימר האי נפ"מ בין שד"א לדרבנן היכא דאיכא חזקה הסותר להך חזקה דא"א תובע וכמו דהקשיתי לעיל על ההפלאה די"ל דל"ב דר"נ לא שייך כ"ז. אבל היכא דחייב ש"ה במקום דליכא דררא דממונא שפיר י"ל פנין דעיקר החיוב ש"ה הוי משום חזקה א"א תובע כו' ע"כ היכא דאיכא חזקה הסותרו יהיה פטור מן ש"ה וכמש"כ ההפלאה.

ולכן שפיר ס"ל לר' שמחה להך פלל של ההפלאה הנ"ל: אבל מ"מ באמת ז"א והוכרחתי לקצר וכיין דלינא קי"ל דאף בטענת גזלתני משביעין ש"ה אף דאיכא אגן סהדי דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן ולא מהני מיגו נגדו וכוונדאי אין זה מטעם רובא דא"כ הנה מועיל מיגו נגדו כמבואר.

וע"כ הטעם דלא מהני מיגו נגדו זהו משום דהוי מיגו במקום חזקה אלימא נאפ"ה חייב ש"ה בזה. א"כ מוכח מזה דשום חזקה אינה פוטרת מן ש"ה אף היכא דאינה פועלת לממון פלל.

אפ"ה חייב ש"ה משום דגם בנה אמרינו לא פלוג פנ"ל: ענף ד ונהנה בח"מ סי' קל"ח סעי' ח' מבואר דאם טוען שכתתי לו או חטפה ממני הממע"ה וישבע היסת כמש"כ הש"ך שם ס"ק י"ב והרמ"א שם חולק וס"ל דאם אמר שחטפה נאמן וקא דלא מהימן לומר שכתתי לו במיגו פתב הסמ"ע שם ס"ק י"ז דזהו משום דהוי מיגו במקום חזקה.

וכ"כ התוס' בב"מ (דף ו' ע"א) בד"ה אגרת לי בלא סהדי כו' וברא"ש שם ובהגהות מרדכי שם דה"ל מיגו במקום עדים. והר"ן בחי' לב"מ שם וכן הנ"י שם והרב המ"מ פ"ט ה' טוען ה' י"ג פתבו בזה"ל דלכן אינו נאמן במיגו דחטפה משום דה"ל מיגו במקום חזקה כו'.

או משום דה"ל מיגו במקום עדים כו'. ואפ"ה מבואר ברמב"ם פ"ט ה' טוען ה' י"ג דאם טוען השפתי לו דישבע וכמש"כ המחבר פנ"ל וכן סתם הרמ"א בנה.

אף דלהרמ"א מוכרח לומר דאין נאמן לומר השפתי לומר השפתי במיגו דחטפה דה"ל מיגו במקום עדים או דה"ל מיגו במקום חזקה אלימתא ואפ"ה חייב ש"ה ואין פוטרינ ע"י הך חזקה דאין סהדי הנ"ל מן ש"ה.

אלמא דאין בכת החזקה לפטור מן ש"ה. א"כ מזה יהנה סייעתא למה שהעלה הש"ך בסי' ע"ח דאין בכת חזקה תו"ז למיפטר מן ש"ה: אף להוכיח מזה לסתור הפלל של ההפלאה הנ"ל אין מזה הוכחה פלל משום דשאני הכא דהך חזקה פועלת לדחות פת וזכות של המיגו דחטפתי ע"כ אין בכחה לדחות לחזקה דא"א תובע כו' וכן"ל.

אכן בעיקר פלוגתת הפוסקים אי יש בכת חזקה תו"ז למיפטר מן ש"ה זה שפיר יש להוכיח מזה בהכרעת הש"ך דאין פוטרינ עי"ז מן ש"ה. ומן הא דכתבתי לעיל להוכיח מהא דאחזוקי בגנבי כו' גבי טענת גנבת או גזלתני דמשביעין היסת בטוען להד"ם דאף דהתם אינו צורך להך סברא לענין החזקת ממון ביז הנתבע דהא בלא"ה הדין עמו דהא טוען להד"ם.

אפ"ה אינו פועלת הך סברא לדחות להחזקה דא"א תובע כו'. א"כ מוכח מזה דלא כמש"כ ההפלאה בהפלל הנ"ל.

ועיין בח"מ סי' קל"ז סעי' א' ובפ"ט ה' טוען בהרמב"ם ה' ו' גבי ליקט פירותיו דבעל השדה טוען שבגזל לקחם דאינו נאמן לפי דחזקה היא שאין אדם מעיז פניו לאכול פירות שאינו שלו ונשבע היסת ומקורו הוא בב"ב (דף ל"ג) ויש לדון בנה טובא וקצרותי: והב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק ח' הקשה דאמאי בנה דח"מ סי' ע"ח הובא פלוגתא אי חזקה תו"ז פוטר מן ש"ה או לא ובסי' ס"ח בטור וברמב"ם פ' י"א ה"א פסקו אם הבעל אומר לא מצאתי בתולים דא"צ לישבע משום חזקה א"א טורח בסעודה ומפסידה וצ"ל דהחזקות אין דומות זו לזו עכ"ל הב"ש.

ולענ"ד אין זה ברור כ"כ דאף דמצינו פעין זה בח"מ סי' פ"ב ובכללי מיגו של הש"ך ס"ק י' בשם הנ"י דכתבו גבי חזקה דאין פל החזקות דומות זו לזו ולכן א"ש הא דמצינו דאמרינו מיגו במקום חזקה ובשא"ד מצינו דלא אמרינו מיגו במקום חזקה וע"ז תירץ הנ"י דאין פל החזקות דומות.

דָּוָה אֵינוֹ שׂוֹרֵף אֶלָּא בְּמָה דְּמַצִּינוּ מְקוֹר בִּשְׁ"ס לְזֶה דְּמַחְלְקֵי בְּזָה וְע"כ אָמְרוּ בְּאִינְה
מְקוֹמוֹת דְּאָמְרִינן מִיגוּ בְּמָקוֹם חֲזָקָה וּבִשְׁא"ד אָמְרוּ דְּלֹא אָמְרִינן כֵּן. אַבְּל בְּמָקוֹם חַיִּיב
ש"ה דְּלֹא נִמְצָא מְקוֹר לְזֶה בִּשְׁ"ס בְּאִינְה מְקוֹם מְחַיִּיבִינוּ ש"ה אַף בְּמָקוֹם חֲזָקָה וּבְאִינְה
מְקוֹם לֹא מְחַיִּיבִינוּ ש"ה בְּמָקוֹם חֲזָקָה.

וּא"כ עֲדִינן תְּקֻשָׁה דְּמַנְלָן לֵהוּ לְחַלְקָא בְּזָה בֵּין חֲזָקוֹת. וְכֵן יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת בְּיוֹתֵר עַל
הֶרְמֵב"ם דְּכַתֵּב בִּפ"ז ה' שְׁכִירוֹת גְּבִי שְׁכִירוֹת דְּצָרִיף לִישְׁבַע אַחַר הַפְּרָעוֹן וְהוּבָא בִּשְׁ"ף
הֶכָּא בְּסִי' ע"ח ס"ק ט"ו אַף דְּהוּי חֲזָקָה דְּתו"ז.

וְגַם הָא בְּשְׁכִירוֹת הוּי חֲזָקָה אֵילִימָא בְּיוֹתֵר מְפָל חֲזָקָה דְּתו"ז כְּמַש"כ הַתּוֹס' בְּב"ב (דָּף
ה') ד"ה פִּי הֵיכִי דְּלֹא לִיטְרָדֵן כו'. וְאֵלוּ גְּבִי הֵךְ חֲזָקָה א"א טוֹרַח כו' פֶּסֶק הֶרְמֵב"ם דֹּא"צ
לִישְׁבַע הֵיִסֵּת.

וְהָא חֲזִינן גְּבִי הֵךְ חֲזָקָה א"א טוֹרַח כו' דְּזָה לֹא הוּי חֲזָקָה אֵילִימָא כ"כ דְּהָא לְגַבֵּי תוֹסֶפֶת
כְּתוּבָה לֹא מְהַי הֵךְ חֲזָקָה כְּמַש"כ הֶרְמֵב"ם וְהַש"ע שָׁם. אֶלָּא לְגַבֵּי כְּתוּבָה דְּרַבְּנָן
הָאֵמִינוּהוּ חֲז"ל מִשּׁוּם הֵךְ חֲזָקָה א"א טוֹרַח כו' כְּמַבְּנָאָר בְּכְתוּבוֹת (דָּף י') וְאִפ"ה כְּתֵב
הֶרְמֵב"ם דְּמְהַי הֵךְ חֲזָקָה לְפִטְוֹר מִן ש"ה וְתִקְשָׁה דְּמ"ש וּמַנְלָן לְחַלְקָא בְּזָה נֶגְדַּה הַסְּבָרָא:
וְהַנְּלַע"ד בְּזָה דִּי"ל דְּהֶרְמֵב"ם ס"ל דְּכִינן דְּאָמְרוּ בְּכְתוּבוֹת (דָּף י') אַר"נ חֲכָמִים תְּקִינוּ כו'
וְהֵם הָאֵמִינוּהוּ כו'.

דְּלִשׁוֹן הָאֵמִינוּהוּ מִשְׁמַע דְּלִגְמָרֵי הָאֵמִינוּהוּ דְּלֹא יִצְטָרֵף לִישְׁבַע הֵיִסֵּת ג"כ דְּנִתְקַנָּה בְּיַמֵּי
רַב גַּחְמָן. וְהָא דְּלֹא יִלְפִינן מִהֶתֶם לְכָל חֲזָקוֹת י"ל דְּשִׂאנֵי הֶתֶם דְּכִינן דְּחֲכָמִים תְּקִינוּ
וּכְתוּבָה דְּרַבְּנָן ע"כ מְהַי בְּזָה חֲזָקָה דֹּא"א טוֹרַח אַף לְמִיפְטָר מִן ש"ה.

וְאִין לְמַדִּין הֵימְנָה לְחַוֵּב דְּאוֹרִייתָא דִּיהֵיָה אֵלִים חֲזָקָה לְמִיפְטָר מִן ש"ה וְלִפ"ז י"ל בְּמָה
שְׁכַתְּבַת הַחֲלָקַת מְחֻזָּק בְּסִי' ס"ח ס"ק י"ד בְּשֵׁם הַגְּהוֹת אֶלְפָּסִי דְּצָרִיף לִישְׁבַע הֵיִסֵּת עַל
טַעְנָתוֹ כו'. וְחֻלְקָא עַל הֶרְמֵב"ם דְּס"ל דֹּא"צ לִישְׁבַע"ש.

הֵנָּה לְפִי מָה שְׁרָאִיתִי בְּשִׁלְטֵי הַגְּבוּרִים בְּכְתוּבוֹת שָׁם דְּקָאֵי עַל תּוֹסֶפֶת כְּתוּבָה דְּנִתְקַנָּה
וּמִשְׁבִּיעִין אֲנָתוֹ הֵיִסֵּת כו' וְעִינן בְּב"ש ס' ס"ח ס"ק י"ט שְׁהֵבִיא שִׁיטַת הַש"ג בְּזָה א"כ
י"ל דְּאֶפְשָׁר דְּמוֹדָה הַש"ג לְהֶרְמֵב"ם דְּבַחוּב כְּתוּבָה דְּרַבְּנָן דְּבָזָה א"צ שְׁבוּעָה וְקַצְרָתִי.

עכ"פ זֶה מְוַכְרַח דְּעֵיקָר הַחֲזִילוּק בְּהָא דְּסִי' ס"ח בֵּאֵה"ע דְּע"כ הַטַּעַם הֶתֶם מִשּׁוּם דְּשִׂאנֵי
חֻב דְּרַבְּנָן דֹּא"כ תְּקֻשָׁה דְּמ"ש: הֵינְצָא לְנוּ מְפָל זֶה דְּאֶף דְּדַעַת הַב"ש בְּסִי' צ"ו דְּחֲזָקָה
תו"ז פּוֹטֵר מִן ש"ה מִשּׁוּם דְּבְּמָקוֹם פְּלוּגְתָא אוֹקִי אֲדִינָא וְכ"כ הַב"ש בְּסִי' ס"ח ס"ק כ"א
עכ"ז הָעֵיקָר לְדִינָא כְּהַכְרַעַת הַש"ף הֶכָּא דְּצָרִיף לִישְׁבַע הֵיִסֵּת אַחַר הַפְּרָעוֹן כְּמוֹ
דְּהוּכַחְתִּי.

וְגַם נִתְבָּאָר דְּאֶף בְּחֻב בְּשִׁטָּר וְחֲזָקָה תו"ז בְּנִחַד ג"כ חֵיבֵיב ש"ה מִשּׁוּם דְּנִתְבָּאָר דְּהַפְּלִל
שְׁכַתְּבַת הַהַפְּלָאָה אֵינוֹ בְּרוּר לְדִינָא. וְע"כ הָעֵיקָר כְּמִשְׁמַעוֹת הַש"ף וְהַב"ש דְּלֹא מְחַלְקִים
בְּזָה.

וְגַם נִתְבָּאָר דְּבַחוּב דְּרַבְּנָן מוֹעִיל חֲזָקָה מְעַלְיָא הֵיכָּא דְּמַצִּינוּ דִּישׁ לֹו דִּין חֲזָקָה דְּבָזָה יֵשׁ
לְמִילָף מִן הָא דְּחֲזָקָה א"א טוֹרַח כו' כְּהַכְרַעַת הַפּוֹסְקִים בֵּאֵה"ע ס' ס"ח דֹּא"צ לִישְׁבַע

אחר הפרעון: סימן עט א (סעיף ג) מי שהודה בב"ד שחייב ואם"כ אמר נזפרתי ונהרי עדים ה"ז עדות מועלת כו'.

ונהו שיטת הרמב"ם והובא בטור חולקים בזה והכריעו פהרמב"ם. ולכאורה יש להקשות ע"ז מהא דכתב הטור בסי' קל"ח סעיף ז' גבי שתק ואח"ז צונח דהוי פהודאה דכתב הרא"ש שם דאף אם יביא עדים אם"כ שיהא שלו לא מהני דהודאת בע"ד כמאן עדים דמי.

והובא זה בש"ע שם סי' קל"ח סעיף ו'. ועיין בפ"ד שם ס"ק ח' ובט"ז שם.

אלמא דס"ל להרא"ש והטור והרמב"א שם דהודאה בב"ד אלימא טובא דלא מהני אף שמיביא עדים לסייעו. ומשמע שם דאף במביא העדים לאחר שטוען לפטור דג"כ לא מהני: אבל באמת אין זה קשה כלל דהא דוקא בטוען נזפרתי הוי זה אמתלא נכונה כשמיביא עדים לסייעו.

אבל התם בסי' קל"ח מיירי דאינו טוען האמתלא דנזפרתי ע"כ שפיר אמרו דאינו נאמן. וכה"ג מבואר בסי' קמ"ו סעיף י"ז ובט"ז ח"מ סי' קכ"ט סעי' ח' גבי אמתלא דהשני נוח לו כו'.

לפרש דשם מיירי בלא טען אמתלא זו. ועפ"ז מתורץ מה דהקשה הט"ז בסי' קל"ח סעיף ו' והאו"ת שם על מש"כ בשם הרא"ש דבשתק ולבסוף צונח לא מהני עדים דהא בגמ' שם אמרו בזה הממע"ה.

אלמא דראיה מהני. אבל לפמש"כ אינו קשה די"ל דכוננתם דיהי' מהני ראי' כשיטעון נזפרתי ונהרי עדים כמו הא דסי' ע"ט דאף בהודאה גמורה בפירוש בפני ב"ד מהני טענת נזפרתי ונהרי עדים.

ולפ"ז יש לומר במש"כ המ"מ ברמב"ם פ"ז הל' טוען ה"ז על מ"ש הרמב"ם שם פנ"ל דיכול לומר נזפרתי ונהרי עדים כו' דלא ידעתי עיקר לזה בגמ'. אבל לפמש"כ י"ל דהרמב"ם יליף זה מהא דב"מ (נ"ו) דאמרו שם בשתק כו' דאודויי אודי.

נאפ"ה תני שם בזה דהמע"ה. אבל ראיה מהני פקושיות הט"ז והאו"ת הנ"ל.

א"כ מוכח מזה דאמתלא נזפרתי ונהרי עדים מהני. ולכן י"ל דהרא"ש והטור בסי' קל"ח לא פליגי על הא דסי' ע"ט הנ"ל אלא הם מיירי בלא טען נזפרתי.

וכה"ג כתב הש"ך בסי' פ"א ס"ק ס' לתרץ לקושיות התוס' מהא דשבועות דמיירי התם דאינו טוען טעיתי כו'. וכדמצינו בטענת משטה דאי לא טען לא טענינו: ב (שם סעיף ט') אינו מוחזק כפרן אא"כ כפר בב"ד ובאו שני עדים והכחישוהו.

אבל הטוען להד"מ כו חזר וטען פרעתי כו' פיון ששני הטענות באות לפוטרו כו'. (הג"ה) וכן אם היה קול בעיר שלנה אם לא שהקול מפורסם כו'.

והש"ך שם ס"ק כ"ג כ' דזה צ"ע לדינא די"ל דשאני הכא פיון דמתחלה טען פן נאלו הי' עומד בטענתו הראשונה היה פטור דמשום קול מפורסם לא מפקינו ממנו וא"כ מ"מ הוי מיגו דאי בעי קאי בטענה קמייתא שהרי כפר טען פן ולא חשש לקול וצ"ע עכ"ל:

עָנָף א וְהָיָה הָאוּ"ת בְּסִי' הַנֶּזֶל בְּאוֹרֵימ ס"ק כ"ז פְּתַח לְתַרְזֵן לְקוֹשְׁיוֹת הַשֵּׁ"ף מֵעַל הַרְמָ"א דִּי"ל דְּהַרְמָ"א מִיְיָרֵי בְּיָצָא קוֹל מִפְּנֵי רֶסֶם לְאַחַר שְׁכַפְּר וְאָמַר דְּלֹא לָנָה כו'.

אָבֵל הֵיכָא דְיָצָא הַקּוֹל כְּבָר קוֹדֵם שְׁכַפְּר שְׁפִיר י"ל כַּמֶּשׁ"כ הַשֵּׁ"ף דְּחֻזְיָנָן דְּאִינוּ חוֹשֵׁשׁ לְהַקּוֹל כו' עַכ"ל הָאוֹרֵימ. א"כ בְּיָצָא קוֹל קוֹדֵם שְׁכַפְּר גַּם הָאוּ"ת מְסַפֵּימ לְהַשֵּׁ"ף דְּמַהְגִּי הַמִּיגוּ דְהִי עוֹמֵד בְּטַעֲנָתוֹ הֶרְאֵשׁוּנָה דְהָא חֻזְיָנָן דְּאִינוּ חוֹשֵׁשׁ לְהַקּוֹל.

אִף בְּיָצָא הַקּוֹל לְאַחַר שְׁכַפְּר בְּזָה י"ל דְּאִין לֹו מִיגוּ דְלֹא חֲצִיף לְהַכְחִישׁ לְהַקּוֹל. וְעֵינָר הַמְקוֹר דְּאִין לֹו מִיגוּ לְהַכְחִישׁ לְהַקּוֹל הוּא מְהָא דב"ב (נָר ל"ג) גַּבִּי רָבָא בַר שְׁרָשׁוּם דְאַמְרוּ לְקוּחָה בְּיָדֵי לֹא מְצִית אֲמַרְתָּ מִשׁוּם דְנִפְק עֲלֶיהָ קֵלָא דְאַכְלָת אַרְעָא דִּיתְמִי כו'.

וְכַתְּבוּ הַתּוֹס' שָׁם ד"ה לְקוּחָה הִיא בְּיָדֵי כו'. דְּאִין לֹו מִיגוּ לְהַעִיז פְּנִיּוֹ לְהַכְחִישׁ לְהַקּוֹל.

וְכֹן מִבְּנֹאֵר בְּסִי' קמ"ט וְסִי' ק"נ בְּאַרְנֹפָה. וְלִפִּי דְבַרֵי הַשֵּׁ"ף וְהָאוּ"ת הַנֶּזֶל לְמַדְנֵי דְגַם הַתָּם גַּבִּי עֹבְדָא דְרָבָא בַר שְׁרָשׁוּם.

אִם הִיָּה טוֹעֵן מִתְחַלָּה לְקוּחָה וְאִח"ז טַעֲנָן שְׂיֵשׁ לֹו תְּבִיעָה עֲלֵיו דְנִאָמֵן בְּמִיגוּ דְהִיָּה עוֹמֵד בְּטַעֲנָתוֹ הֶרְאֵשׁוּנָה דְאַף דְהִיָּה בְּמִקוּם קוֹל מ"מ פִּינֵן דְטַעֲנָן כְּבָר וְלֹא חֲשַׁשׁ לְהַקּוֹל ע"כ לִיתָא בְּזָה לְהַסְבְּרָא דְאַמְרוּ דְלֹא חֲצִיף לְהַכְחִישׁ לְהַקּוֹל דְהָא חֻזְיָנָן דְחֲצִיף כְּבָר לְהַכְחִישׁוֹ: וְעַפ"ז יֵשׁ לִיְיָשׁב קוֹשְׁיָת הָאוּ"ת בְּסִי' קמ"ט וְסִי' ק"י עַל שְׂיֵטת הַרְמָב"ם וְהַתּוֹס' דס"ל דְנִאָמֵן לֹוּמַר לְקוּחָה נֶגֶד הַקּוֹל רַק מִיגוּ לִית לֶיהָ דֹא"כ תְּקַשָּׁה בַרפ"ב דְכְתוּבֹת דְקַתְּנִי אִם יֵשׁ עֲדִימ שְׁהִיָּה שָׁל אָבִיו אִינוּ נִאָמֵן לֹוּמַר לְקוּחָתִיהָ מִמְּנֵו.

וְהָא ה"ל לְמִתְנִי רְבוּתָא יְתִירָה דְאַף בְּקוֹל גְּרִידָא שְׁהוּא שָׁל אָבִיו אִינוּ נִאָמֵן. וְכֹן תְּמַה הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' קמ"ט וְסִי' ק"י עַל הַשֵּׁ"ף וְשָׁם וְכַתְּב דְזָהוּ נֶגֶד מִשְׁנָה מִפְּנֵי רֶשֶׁת הַנֶּזֶל וְהוּא רָאָה שְׁאִין עֲלֶיהָ תְּשׁוּבָה ע"ש.

אָכֵן לְפַמֶּשׁ"כ בְּשֵׁם הַשֵּׁ"ף וְהָאוּ"ת דס"ל הֵכָא בְּסִי' ע"ט לְכָלֵל דְהֵיכָא דְהַעִיז פְּנִיּוֹ כְּבָר נֶגֶד הַקּוֹל אִז שְׁפִיר מְהִימָן בְּמִיגוּ דְהִיָּה עוֹמֵד בְּטַעֲנָתוֹ הֶרְאֵשׁוּנָה אִף דְהִיָּה נֶגֶד הַקּוֹל. ע"כ י"ל דְלִכְּוּ נִקְטוּ בְּמִשְׁנָה רַפ"ב כְּתוּבֹת שָׁם.

וְאִם יֵשׁ עֲדִימ שְׁהִיָּה שָׁל אָבִיו כו'. לְאַשְׁמוּעִינָן לְנוּ הִי דִינָא דְנֶגֶד הַקּוֹל מִשְׁפַּחַת לְפַעְמִימ דְהִיָּה נִאָמֵן לֹוּמַר לְקוּחָה בְּמִיגוּ דְלֹא הִיָּה שָׁל אָבִיָּה מְעוּלָם.

כְּגוֹן הֵיכָא דְהַכְחִישׁ מְעִיקְרָא לְהַקּוֹל שְׂיָצָא שְׁהִיָּה שָׁל אָבִיו וְהוּא טַעֲנָן בְּרִאשׁוֹנָה דְלֹא הִיָּה שָׁל אָבִיו דְנִאָמֵן לְהַכְחִישׁ הַקּוֹל. וְע"כ אִף דְחֻזְר וְטַעֲנָן אִח"ז לְקוּחָה הִיא בְּיָדֵי נִאָמֵן בְּמִיגוּ דְהִיָּה עוֹמֵד בְּטַעֲנָתוֹ הֶרְאֵשׁוּנָה לְהַכְחִישׁ הַקּוֹל ע"פ דְבַרֵי הַשֵּׁ"ף וְהָאוּ"ת הַנֶּזֶל.

אָבֵל אִם יֵשׁ עֲדִימ שְׁהִיָּה שָׁל אָבִיו אִז אִינוּ נִאָמֵן לְעוֹלָם בְּכָל גְּוֹנֵי. וְאַשְׁמוּעִינָן הַתְּנָא לְהִיָּה דִינָא גּוֹפָא.

וְאֵלֹו לְהוֹרוֹת לְנוּ הַדִּין דְמִיגוּ נֶגֶד הַקּוֹל י"ל דְזָה הִיָּה פְּשׁוּט לְכָל מְסַבְּרָא כְּדִמְצִינֵו כַּה"ג בְּכַמָּה דְוֹכְתִי. וְע"כ מְסוּלָק תְּמִיחוֹת הָאוּ"ת וְהַנְּתִיבוֹת הַנֶּזֶל: וְבַעֲיָקַר קוֹשְׁיוֹת הָאוּ"ת וְהַנְּתִיבוֹת הַנֶּזֶל.

תמהני עליהם איך לא הביאו לדברי הב"ש באה"ע סי' ז' ס"ק י"ד דכתב דלא דייקינו מדתנא עדים מפלל דקול לא דהא בא"א נמי תנא עדים עכ"ל הב"ש. א"כ מוכח באמת דהך דיוק שכתבו האו"ת והנתיבות לאו דיוקא הוא כ"כ.

וניש להאריף בזה ואכמ"ל: ובעיקר מילתא דכתב הרמ"א הכא בסי' ע"ט דבמקום קול מפורסם שלנה אינו נאמן במיגו שהי' עומד בטענתו הראשונה להפטר. יש לעיין בזה ע"פ המבואר באה"ע סי' י"ז וסי' קנ"ב גבי אשה שאמרה לבעלה גרשתי דנאמנת משום חזקה אינה מעינה.

דכתב הדרכי משה שם בשם הריב"ש דאם התחילה לומר גרשתי בעלי שלא בפני הבעל דאז אף כשפא בעלה אומרת בפניו גרשתי מ"מ אינה נאמנת משום דעבידא לאחזוקי דיבורה וליתא בזה להחזקה דאינה מעינה.

א"כ לפ"ז יש לדון כש"כ בנ"ד דהא חזקה דאינה מעינה הוי חזקה אלימתא מפאת עצמה אף נגד חזקת איסור דא"א. ואפ"ה אמרו דכיון דאמרה כבר להיפך ע"כ קשה עלי' לחזור מדבריה הראשונים.

ואדרבא נוח לה להעזי נגדו כדי שלא תצטרף לחזור מדבריה א"כ כש"כ במקום קול מפורסם דהא נאמן להכחיש להקול. אף במקום מיגו להכחיש להקול אמרו דלא חציף להכחישו כידוע.

ע"כ ונדאי י"ל דכמו דאמרו בהך חזקה דאינה מעינה. דאם אמרה מקודם דבא הבעל דגרשתי בעלי דפקע בזה להך חזקה.

א"כ ה"ה וכש"כ בהך דמיגו במקום קול דכיון דכבר אמר בב"ד דלא לנה ע"כ שפיר יש לו מיגו דהי' עומד בטענתו הראשונה פי קשה עליו לחזור מדבריו הראשונים דאמר בב"ד. ולפ"ז א"ש בפשיטות מה שכתב השלטי גבורים במרדכי רפ"ג דב"ב דאף במקום קול נאמן לומר לויתי ופרעתי.

דאין אנו צריכים לדחוקי דמיירי בקול שאינו מפורסם. וכן לדחוקי דמיירי דיצא הקול מפכר כמש"כ הש"ף.

אלא י"ל דהש"ג ס"ל כשי' הריב"ש בזה ע"כ ס"ל דנאמן לומר בכל גונוי לויתי ופרעתי משום דעביד לאחזוקי דיבורו ביותר אף במקום דיהי' אינה העזנה וכנ"ל. פן י"ל בזה.

ועיין מזה בתוס' שבועות (דף מ"ו ע"ב) ד"ה פי מטא כו' שכתבו וי"ל דכיון ששהתחיל לכפור שוב לא יודה כו' פן יהא מוחזק שקרן עכ"ל: אכן כ"ז הוא לשיטת הריב"ש. אבל להרשב"א דהובא באה"ע סי' י"ז וסי' קנ"ב בב"י שם דס"ל דאף באמרה שלא בפני בעלה גרשתי דמ"מ אם כשפא בעלה אומרת בפניו דשייף הך חזקה דאינה מעינה.

וכ"כ הח"מ בסי' י"ז ס"ק ג' ועיין בב"ש שם ס"ק ג'. ומלשון הטור והמחבר שם משמע דדוקא בנשאת או נתקדשה שלא בפני בעלה שייף לומר דעבידא לאחזוקי המעשה שלא ולא תחזור מזה אף במקום דתצטרף להעזו.

אבל אם לא עשתה מעשה רק הי' אמירה בעלמא משמע דס"ל להטוש"ע שם. דשייף החזקה כו'.

ועיין מזה בנו"ב מ"ת סי' צ"א ובמק"א הארכתי בזה. ולפ"ז שפיר כתב הרמ"א הקא דבמקום קול מפורסם אינו נאמן במיגו שהי' עומד בטענתו הראשונה.

משום דלא תציף להכחיש להקול אף במקום שיצטרף לחזור מדבריו מ"מ נוח לו יותר לחזור מדבריו פדי שלא יצטרף להעיו נגד הקול. כמו בהחזקה דאינה מעיזה נגד בעלה פנ"ל: ועוד יש לחלק דדוקא באמרה גרשני שינה לומר דעבידא לאחזוקי לדיבורה.

משום דהא יש חילוק גדול בין גרושה לאינה גרושה. וע"כ מיפספא לחזור מדבריו הראשונים.

אבל בהה' דלהד"ם או לויתתי ופרעתי דבהפטור בין פה ובין פה הכל חדא הוא ואין ביניהם שום חילוק כלל בעצם הפטור. ע"כ לא שינה כ"כ בזה לומר עביד לאחזוקי דיבורא.

דהא בזה לא יתפס כ"כ לשקרן בעיני הבריות ע"כ בזה גם הריב"ש מודה דנוח לו לחזור מדבריו הראשונים פדי שלא יעיו נגד הקול ושפיר כתב הרמ"א. ועוד יש לחלק דשאני הקא בסי' ע"ט בענין מיגו.

דהא מצינו בכמה ענינים דמדחינו להמיגו משום אינה עילה ואמתלא בעולם. פינן דאין זה טענת עצמו.

ודלמא לא ניחא לי' לומר לטענת מיגו כמו במיגו דהעצה וכה"ג. וכעין זה כתב הש"ך בכללי מיגו ס"ק ל"ב דדוחין המיגו בסברא מועטת ע"ש.

ע"כ יש לחלק להה' דסי' ע"ט הנ"ל דמיגרי בענין מיגו מן הה' דאה"ע בחזקה אינה מעיזה כו'. ואף הריב"ש מודה בזה.

דלא מהני מיגו דאי בעי עומד בטענתו במקום קול מפורסם: ענה ובעיקר מש"כ הש"ך לחלק דהיא דטען פבר להכחיש להקול בעת דינע מהקול. דבזה י"ל דנאמן במיגו דהא חזינו דאינו חושש להקול.

והעלה זה בצ"ע: ולענ"ד יש לדון בזה הרבה דהא לפ"ז יש לדון פן בהא דאמרו דמיגו דהעצה לאפטורי משבועה לא אמרינו לכ"ע כמו בהא דאמר רבה מ"מ מודה במקצת ישבע כו'. וכן בהא דרפ"ז דשבועות גבי ש"ש המוכא בח"מ ריש סי' רצ"ו דשי' הרא"ש והר"ן הוא דאף בלא אפקיד בשטרא חייב ש"ש משום דהוי מיגו דהעצה.

משום דבלא"ה מהני מיגו לאפטורי משבועה כפי שיטתם. ולפי דברי הש"ך הנ"ל יש לומר אם פבר מתחלה הפל בב"ד בפניו ואח"ז הודה במקצת דלפ"ז הדין נותן דלא יצטרף לישבע שד"א משום דהא נאמן במיגו דאי בעי הי' עומד בטענתו הראשונה דהעיו פבר בב"ד נגד בע"ד בפניו והא ס"ל להני פוסקים דאמרינו מיגו לאפטורי משבועה פנ"ל.

וכיון דעיקר הטעם דמ"מ ישבע ולא מהימן במיגו דכפר הפל משום דה"ל מיגו דהעצה. א"כ כמו דחזינו בהה' מיגו במקום קול מפורסם דלא אמרינו.

דעיקר הטעם ה"ל משום דלא חציף להעיו נגד הקול ולהכחישו. א"כ פיון דכתב הש"ף והאו"ת דהיכא דהעיו פבר נגד הקול והכחישו דבזה נאמן במיגו דאי בעי הנה עומד בטענתו הראשונה.

דכיון דחזינו דחציף פבר נגד הקול ע"כ אמרינו דנאמן במיגו פיון דלא איכפת לי זה. ע"כ ה"ה בהה מיגו דהענה נגד הבע"ח דכיון דהעיו פניו פבר נגד הבע"ח.

גימא דכיון דלא איכפת לי וטען פבר נגדו דיהי מהימן במיגו דהי עומד בטענתו הראשונה ויפטר פדין כופר הפל: ואדרבה יש למילף זה מכש"כ. דהא חזינו דהה הענה דמכחיש להקול הוי סברא אלימתא יותר מן מיגו דהענה נגד הבע"ח.

דהא לדינא קי"ל דאמרינו מיגו דהענה נגד הבע"ח רק מיגו דהענה לאפטורי משבועה לא אמרינו כמבואר כ"ז בכללי מיגו של הש"ף ס"ק ו'. ואלו מיגו במקום קול אף בממון לא מהני לפטור.

אלמא דהכחשה להקול הוא הענה יתירה מן הכחשת הבע"ד. ואפ"ה היכא דהכחיש פבר להקול.

אמרינו דנאמן במיגו דאי בעי הנה עומד בטענתו הראשונה שטען פסברת הש"ף והאו"ת. ולא אמרינו דלמא עד עת הזאת הנה מעמיד א"ע להעיו נגד הקול.

ועכשיו לא הנה יכול להעיו נגד הקול. א"כ ה"ה וכש"כ בהענה נגד הבע"ד דגימא דכמו דהעיו עד עכשיו.

א"כ יהנה נאמן במיגו דהנה עומד בטענתו ויפטר. ושאני הא דהעדאת עדים דר"ח דריש ב"מ וכן הא דנתתיב מתוך טענותיו דסי' ע"ה וסי' פ"ז דהא הוי כמו העדאת עדים.

אבל לא במ"מ דיש לו מיגו. והא ס"ל לכמה פוסקים דאמרינו מיגו לאפטורי משבועה רק משום מיגו דהענה ס"ל פן ובזה הא לא שייך הענה פנ"ל: וכן יש לדון בשבועת שומרים אם לא אפקיד בשטרא דלשי' הרא"ש והר"נ רפ"ז דשבועות עיקר הטעם דחייב ש"ש ולא מהימן במיגו דלהד"ם והחזירתי משום דה"ל מיגו דהענה.

והובא שיטתם בסי' רצ"ו סעי' א'. א"כ לפי סברת הש"ף והאו"ת יהנה דין מחודש דאם טען השומר מתחלה להד"ם או החזירתי בב"ד בפניו ואח"ז טען נאנסו דלא יהנה צריף ליטבע ש"ש משום מיגו דאי בעי הנה עומד בטענתו הראשונה דהעיו פבר נגד בע"ד.

לשיטתם דס"ל דאמרינו מיגו לאפטורי משבועה. ובאמת זה אינו סברא לומר פן בכל זה.

ועיין במרדכי פ' חז"ה אות תקכ"ו מזה. ועיין בסמ"ע בסי' רצ"ו ס"ק ב' שכתב דאין נפ"מ לדינא מן מש"כ המחבר שם לטעם הרמב"ם דלכן שומר חייב ליטבע ולא מהימן במיגו משום דלא אמרינו מיגו לאפטורי משבועה.

והרמ"א כתב טעם של הרא"ש והר"נ דה"ל מיגו דהענה. דלא הוי משום נפ"מ מזה לדינא גבי שד"א וכ"כ הסמ"ע בסי' צ"ג ס"ק ט'.

ואלו לפמש"כ הא הוי נפ"מ רבמא מפלוגתא זו. אף זה אינו מוכרח דהא בלא"ה משפחת
לה הרבה גונוי דיהני' נפ"מ פגון אם טוען המפקיד פרי דפישע דכינון דגם עכשיו מעיז נגד
בע"ד א"כ יקהי מהימן פמיגו להסוכרים דאמרינון מיגו לאפטורי משבועה.

וכמש"כ האו"ת בסי' ע"ב סעי' כ"ז על הש"ף שם ס"ק קט"ו. וכ"כ הנתיבות שם ס"ק
ל"ז.

וכן יש לאשפוחי גונוי אחרוני ביניהם. ע"כ אין מזה הכרח לנ"ד: ומלבד דאין סברא
לומר פן נלפענ"ד להוכיח בראי' ברורה דגם בכה"ג חייב לישיבע שד"א במודה במקצת
אף שפכר מתחלה בב"ד.

מהא דכתב הטור בסי' פ"ז סעי' מ"ג בשם תשובה לרב אלפס בנשיבע היסת ואח"כ הודה
מקצת דכתב רב אלפס דה"ל חשוד על השבועה וכנגדו נשיבע ונוטל. ותמהו עליו דהאיך
יחשוד ע"פ עצמו ורב שרירא גאון פתב דאם שלא בדרה תשובה הודה נשיבע על השאר
כו'.

והובא דין זה במחבר שם סעי' כ"ח. והב"י שם פתב דאין צריך לישיבע עכשיו שנית
דמועיל ליה שבועתו שנישיבע פכר.

והש"ף והסמ"ע חלקו עליו והעלו דצריך לישיבע שנית וזהו שד"א כמש"כ הש"ף שם
ס"ק פ"ב דאם רצה התובע נשיבע ונוטל וזהו רק בשד"א פידוע וכ"כ המהרי"ט בתשובה
ח' ח"מ סי' ל"ו דצריך לישיבע עכשיו שד"א פדין כל מודה במקצת.

אלמא דאף דכפר מתחלה וגם נשיבע היסת אפ"ה צריך לישיבע אח"ז פשמודה במקצתו
עכשיו לשד"א. וכמש"כ הקצה"ח שם ס"ק כ"ז דהוכיח שם דמשום שבועת מודה במקצת
אתו עלה.

אלמא דאף דכפר הפל מתחלה והעיז נגד הבע"ח ולא חשש לזה מ"מ ס"ל לכל הפוסקים
דצריך לישיבע שד"א עכשיו שהוא מ"מ. וגם ס"ל להרי"ף דכנגדו נשיבע ונוטל וכמו כל
שד"א.

רק דתמהו עליו משום דאין נחשד ע"פ עצמו. וגם לשיטת הבית יוסף דס"ל דא"צ לישיבע
עכשיו טעמו משום דכינון דנשיבע פכר וכמש"כ מזה במק"א לבאר שיטתו בטוב טעם:
והנה הטור בסי' רצ"ו הביא לשיטת הרא"ש דס"ל דאמרינון מיגו לאפטורי משבועה רק
עיקר הטעם שם משום דה"ל מיגו דהעצה.

וכן פתב הרמ"א בריש סי' רצ"ו פנ"ל. ואלו הקא בסי' פ"ז פתב הטור דצריך לישיבע
עכשיו שהוא מודה במקצת לשד"א.

וכן סתם הרמ"א הקא בש"ע ולא השיג על המחבר. אלמא דס"ל לכל הפוסקים דאף
בכפר הפל מתחלה בב"ד דמ"מ אם הודה אח"ז במקצת דחייב לישיבע שד"א פדין כל
מ"מ.

אלמא דזה הנה פשוט לכל הפוסקים דאף בכה"ג דכפר מתחלה הפל. דמ"מ אם לאח"ז
הוא מודה במקצת דנודאי חייב שד"א.

דאף דהעיו מתחלה וגם נשבע ה' דמ"מ יש לומר דעתה מתחרט וקשה לו להעיו נגד הבע"ח דלא אמרינן מיגו בזה. א"כ ה"ה וכש"כ במה דהעיו כבר נגד הקול די"ל דעתה מתחרט דקשה לו להעיו ולהכחיש להקול וע"כ אין לו מיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה: ונדעתי מה דיש לדחוק ולחלק דשאני במיגו דהעיו לאפטורי משבועה דכיון דקיי"ל דבממון אמרינן מיגו דהעיו אלא במקום לאפטורי משבועה לא אמרינן מיגו.

ע"כ אף היכא דהעיו כבר מ"מ הוי קצת העיו עדיין דבמקום שבועה אף בהעיו קצת לא מהני מיגו. משא"כ ה"כא בסי' ע"ט דמייירי במיגו במקום קול בענין ממון דבענין העיו גמורה.

ע"כ בכה"ג כיון דהעיו כבר לא הוי העיו גמורה ולכן מהני מיגו בזה בממון. גם אפשר לחלק דשאני בשבועה דעיקר הוא לברר הספק ע"כ אפשר לומר דאף כה"ג עדיין הוי ספק דלמא אינו רוצה להעיו לכו עדיין סגיב הוא לברר הספק ולשבע וכמש"כ פ"עין זה הגמירות בסי' פ"ז ס"ק ד' והקצה"ח סי' פ"ב ס"ק י"ט ע"ש.

משא"כ בממון דאם הוי ספק א"כ הא אין מוציאין ממון מספיקא. אבל באמת כל זה הוא דוסק לחלק בסברא בעלמא בלא שום מקור מהש"ס לזה.

דמנלן להו לחייב שד"א בה"ד דסי' פ"ז ה"ל מסברא דעלמא. ובאמת מ"ש ה"ד העיו דנגד הבע"ד לה"ד העיו להכחיש להקול.

ע"כ מוכח מזה דאין לחלק בין היכא דטען כבר להכחיש להקול ובין היכא דלא הכחיש מעולם להקול. כי באמת בכל גוונני לא מהני מיגו במקום קול.

ומה"ט סתמו הפוסקים ולא חילקו בזה בה"ד דח"מ סי' קמ"ט וסי' ק"נ בה"ד מיגו במקום קול כמו בעובדא דרבא בר שרשום בב"ב (דף ל"ג). וע"כ הנכון עם הרמ"א ה"כא בסי' ע"ט דלא מחלק בזה כלל.

ולעולם אינו נאמן במיגו נגד קול אף היכא דטען כבר להכחיש להקול. ולכה"פ אם תפס המלנה לא מפקינן מינן' כי גם הש"ף לא כתב זה לדבר ברור רק העלה בצ"ע.

רק מהאו"ת משמע דס"ל זה לדבר ברור דמהני מיגו בכה"ג. אכן באמת י"ל דהוי ספיקא דדינא לכה"פ בזה וכו"ל: סימן פ א (סעיף א') מי שטען בב"ד כו' אינו יכול לטעון טענה אחרת כו'.

והקצה"ח בס"ק א' כתב בשם מוהר"ש הלוי דיכול לחזור ע"י אמתלא בממון כמו באיסור כו' וכן פסק מוהרשד"ם ומוהר"א ששון נחלק עליו דבממון לא מהני אמתלא והביא לדברי הרא"ה המובא בהר"נ פ"ב דכתובות דאם אמרה מקודשת אני לפלוני לא מהימנינן לה בשום אמתלא דלאו כל כמינה לחוב לו ולהפקיע עצמה ממנו והקצה"ח הכריע דלא מהני אמתלא בממון אלא השטאה והשבועה דבזה רגילי אינשי כו' ע"ש.

ובשב ששמעתא ושמעתא ו' י"ב הביא בשם מוהר"י בן לב ח"א כלל ששי סי' מ"א שכתב דבממון מהני אמתלא דלא גרע אמתלא מטענת שלא להשביע כו' עכ"ל. ובשמעתא שם פ' י"ג ציינו לדברי הקצה"ח הללו.

דלא מהני אמתלא בממונא. והנה החלוקת מחוקק בסי' קט"ו ס"ק כ"ב פתב דבממוז לא מהני אמתלא כו' ע"ש.

וכן האריף בזה המקנה ה' קידושין סי' מ"ז סעיף ד' בהגהת הרמ"א שם ובהפלאה סי' קט"ו ס"ק ט"ז ע"ש. ועיין בבית מאיר סי' מ"ז סעיף ד': ולענ"ד נראה להוכיח דבממוז לא מהני אמתלא דאמרינן בב"מ (דף ג') תני ר' חניא כו' שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדות עדים מקו"ח דהא פיו אין מחייבו קנס מחייבו שבועה עדים שמשחיבין אותו קנס אינו דין שמשחיבין שבועה.

ונה ברור דעדים אינן יכולין לחזור מן עדותם שהגידו בראשונה אף ע"י אמתלא וכמבואר בח"מ סי' כ"ט סעי' א' דעדים א"נ לחזור אפילו נתנו טעם לדבריהם כו' והוא מסנהדרין (דף מ"ד ע"ב) וכמו דהאריף בזה הפלאה לכתובות (דף כ"ב ע"א) בגמ' בד"ה והא שווי' אנפשיה כו'.

והטעם הוא כמש"כ השמ"ק לכתובות (דף י"ח ע"ב) בד"ה אמר לי רבא פנין שהגיד אינו חוזר ומגיד כו' וכמו דפי' רש"י שם ואף באמרים אנוסים היינו מחמת נפשות דה"ל אמתלא טובה אפ"ה לא מהימני משום דנפק להו זה מן פסוק דאם לא יגיד וכמו דפירש בשמ"ק שם ע"ש.

ועיין בפני' הלושע לכתובות שם בד"ה א"ל רבא כו'. ואי נימא לחלק דבהודאת פיו נאמן לחזור ע"י אמתלא ושאיני עדים דא"נ לחזור אף ע"י אמתלא דנפק לי' זה מקראי א"כ הא הוי מצוי הש"ס לדון הקו"ח למילף הודאת פיו מן העדות עדים בקו"ח דמה פיו דלא אלים כ"כ דהא עדיין יכול לחזור ע"י אמתלא ואפ"ה מחייב שבועה כש"כ העדות עדים דאלימא טובא דהא אינם יכולים לחזור מעדותם ע"י אמתלא ואין להם שום טענה לבטל עדותם דכש"כ דמחייבי שבועה.

[ואין לומר בזה דשאני עדים דמה דאינם יכולים לבטל עדותן ע"י אמתלא דזהו ע"פ גזה"כ פנ"ל דזה אינו דהא גם בהקו"ח דמה פיו שאינו מחייבו קנס כו' ג"כ אף דזהו ע"פ גזה"כ מ"מ דיינינן הקו"ח וכמו בכו"ל הש"ס דגמרינן בקו"ח אף במה דהוי רק מגזה"כ].

והד קו"ח הוי עדיפא מן הקו"ח דגמרי במה פיו שאין מחייב קנס כו' דהנה הט"ז בח"מ סי' ל' סעיף ה' פתב דעדים ע"י צירוף אינן מחייבין שבועה משום דהא עיקר הקו"ח דר"ח הוא ממה שפיו אינו מחייבו קנס ועדים מחייבין קנס א"כ עדים ע"י צירוף דאינן מחייבין קנס אינן מחייבין שבועה ע"ש.

אבל אם הי' דנין הקו"ח הנה אז הדין נותן דאף בעדות מיוחדת ג"כ חייב שבועה על השאר ע"פ דין קו"ח הנה דהא גם בעדות מיוחדת שייך הקו"ח דכיון דאינם נאמנים לחזור מן עדותם ע"י אמתלא א"כ מצינו בהו מעלה תירה מן הודאת פיו והד סברא דהודאת פיו ישנו בחזרה דאמתלא משא"כ בעדים הוא כעין מה דאמרו שם מה לפיו שאינו בהכחשה והזמה ע"י אחרים ובהו הוא להיפוך.

ועוד דהא אמרו שם מתחלה ומה פיו שאין מחייבו ממוז כו' עדים שמשחיבין ממוז כו' והא הודאת בע"ד כמאה עדים מאי ממוז קנס כו'. ואי נימא דמחלקינן בזה בין הודאת בע"ד לעדים בנותן אמתלא לדבריו א"כ שפיר יש לפרש הד קו"ח בממוז ג"כ בזה האופן

דָּפוּ אִינוּ מְחַיְבוּ מִמּוֹן בְּהַחֲלֵט דְּהָא עֲדִינן בְּיָדוּ אִם יְהִי לֹו אִינְה אֲמַתְלָא דִּיתָן יְהִי
פְּטוֹר מִשָּׂא"כ בְּעֵדִים וּל"ל לְמִיָּהֲדָר בִּי מִמַּאי דְּאָמַר מְעִיקְרָא לְדוֹן הַקּוּ"ח מִן מִמּוֹן דְּהָא
גַּם גְּבִי מִמּוֹן מִשְׁפַּחַת כַּה"ג.

וּע"כ מוֹכַח מְפָל זֶה דְּכִמּוֹ דְּבְעֵדִים א"נ לְחַזְרָא ע"י אֲמַתְלָא דַּה"ה בְּהוֹדָאָת בַּע"ד וְכִמּוֹ
דְּהִקְשׁוּ שְׂמִיָּהּ הוֹדָאָת בַּע"ד פְּמָאָה עֲדִים דְּמִי. וְאֶפְשָׁר דְּזִהוּ פְּנוּנַת הַגַּמ' שֶׁם דְּכִינן דְּאָמְרוּ
לְכָלְלָא דְּהוֹדָאָת בַּע"ד פְּמָאָה עֲדִים א"כ מְמִילָא דִּין הוֹדָאָת בַּע"ד פְּמָאָה עֲדִים גַּם לְעֲנִין
אֲמַתְלָא דְּאִינוּ יְכוּל לְחַזְרָא פְּלָל וְכִמּוֹ בְּעֵדִים ע"כ לֹא מִשְׁפַּחַת שׁוּם גְּוֹנָא דִּישְׁתַּנָּה הַדִּין
לְהַקְל עַל הַנְּתַבֵּע בְּהוֹדָאָתוּ בְּיֹוֹתֵר מִן עֲדִים הַמְּחַיְבִין אוֹתוֹ.

א"כ מוֹכַח מְסוּגִיָּא זֶה דְּגַם בְּהוֹדָאָת בַּע"ד א"נ לְחַזְרָא אֶף שְׂיִתָּן אֲמַתְלָא: אֲכֹן אֶף שְׂיִתָּהוּ
רְאִיָּה מוֹכַחַת עַכ"ז י"ל דְּאִינוּ מוֹכַח מְסוּגִיָּא זֶה רַק הִיכָא דְּתַבְעוּ דְּהָא מִיִּירִינן בְּסוּגִיָּא זֶה
בְּהוֹדָאָת פִּיּו דְּמוֹדָה בְּמִקְצַת דְּשֶׁם בְּעֵינן דִּיהִיָּה תְּבִיעָה קְדָמָה לְהוֹדָאָה פְּמִבְּנָאָר בַּהֲר"נ פ'
שְׂבוּעַת הַדְּיִינִין אֲבָל הִיכָא דְּלֹא הִי תְּבִיעַת הַבַּע"ד רַק מוֹדָה מְעַצְמוּ בְּזֶה אֶפְתִּי י"ל דִּיהִיָּה
נְאָמֵן לְחַזְרָא ע"י אִינְה אֲמַתְלָא שְׂיִתָּן וְכֹן רְאִיתִי בַּקְצָה"ח ס' פ"א ס"ק כ"א שְׂפַתְב בְּשֶׁם
הַמְּרַדְכִי פ' מִי שְׂמַת דְּמִשְׁמַע דַּס"ל דְּנְאָמֵן לִיתָן אֲמַתְלָא אֶף בְּהוֹדָאָת מִמּוֹן דַּז"א רַק הִיכָא
דְּהוֹדָה בְּלֹא תְּבִיעָה אֲבָל הִיכָא דְּהוֹדָה ע"י תְּבִיעָה לֹא מְהַיָּי הָאֲמַתְלָא וְכַמִּש"כ הַמַּהֲרִי"ט
ח' אה"ע ס' ח' דְּלֹא מְקַבְּלִין אֲמַתְלָא אֲלָא פְּשׁוּמָדָה מְעַצְמוּ אֲבָל לֹא הִיכָא דִּישׁ מִי שְׂתוּבְעוּ
דְּאִין עֲשׂוּי לְהוֹדוֹת כו' וְכֹן מְצִינוּ בְּמִמּוֹן כו' ע"ש עַכ"ל הַקְצָה"ח.

א"כ מִן מִש"כ מוֹכַח פְּדָבְרִי הַמַּהֲרִי"ט וְהַקְצָה"ח דְּהִיכָא דְּהוֹי הַהוֹדָאָה ע"י הַתְּבִיעָה לֹא
מְהִימֵן ע"י הָאֲמַתְלָא: וְעַפ"ז יֵשׁ לְפָרֵשׁ לְהַתּוֹסְפָתָא רִישׁ ב"מ דְּהוּבָא לְקַמֵּן בְּש"ף ס' פ'
פ"א סעי' כ"ב ס"ק נ"ו הוֹדָאָת בַּע"ד פְּמָאָה עֲדִים אִימְתִי בְּזִמְן שְׂטָעֵנוּ וְהוֹדָה אֲבָל הוֹדָה
מִפִּי עַצְמוּ יְכוּל לְחַזְרָא בּו כו' וְהָאֲרִיָּה הַש"ף לְבָאָר דְּהַתּוֹסְפָתָא מִיִּירִי בְּהוֹדָאָה בַּב"ד וְיֵשׁ
מִי שְׂפִירְשׁוּ דְּכּוֹנְנַת הַתּוֹסְפָתָא בְּטוּעֵן מִשְׁטָה וְהַש"ף פִּירֵשׁ דְּמִיִּירִי בְּטוּעֵן טְעִיתִי וּמְחַלְקִינן
בְּזֶה בֵּין הוֹדָאָה ע"י תְּבִיעָה לְמוֹדָה מְעַצְמוּ ע"ש.

אֲכֹן לְפִי מִש"כ יֵשׁ לְפָרֵשׁ בְּפִשְׁיטוֹת לְכּוֹנְנַת הַף תּוֹסְפָתָא דְּכּוֹנְנַתוּ בְּנוֹתָן אֲמַתְלָא טוֹבָה
עַל מַה שְׂהוֹדָה וְזֶה שְׂאָמְרוּ הוֹדָאָת בַּע"ד פְּמָאָה עֲדִים דְּכִמּוֹ דְּהַעֲדִים אִינָם נְאָמְנִים לְחַזְרָא
אֶף בְּנוֹתָנִים אֲמַתְלָא דַּה"ה בְּהוֹדָאָת בַּע"ד דְּאִינוּ נְאָמֵן אֶף שְׂיִתָּן אֲמַתְלָא וְזִהוּ בְּזִמְן שְׂתַבְעוּ
וְהוֹדָה אֲבָל הוֹדָה מִפִּי עַצְמוּ יְכוּל לְחַזְרָא בּו בְּנוֹתָן אֲמַתְלָא.

וְכַמִּש"כ הַמַּהֲרִי"ט וְכַדְּמִשְׁמַע בְּמְרַדְכִי וְכַמִּש"כ הַקְצָה"ח. וְבַאֲמַת מְצִינוּ דְּאֶף אֲמַתְלָא
שְׂאִינְה מִן הַשְׁטָאָה וְהַשְׁבָּעָה ג"כ נְאָמֵן הַבַּע"ד וְכַדְּמְצִינוּ בַּח"מ ס' מ"ז סעי' א' דִּיכּוּל
הַמְּלָנָה לֹוֹמֵר דְּכּוֹנְנַתִּי הִיָּה לְדַחֹת לְהַבַּע"ח.

אֶף י"ל דַּשָּׂא"ה דְּבַעַת שְׂאָמַר מְתַחֲלָה אֲמָנָה הוּא לֹא הִיָּה אֲז בְּתוֹרַת הוֹדָאָה לְחוּבָתוּ
מִשָּׂא"כ הִיכָא דְּבַעַת הַהוֹדָאָה הוֹדָה לְחוּבָתוּ עֲדִינן י"ל דְּאֶף בְּהוֹדָה מְעַצְמוּ אִין נְאָמֵן לִיתָן
אֲמַתְלָא וְכַמִּש"כ הַקְצָה"ח לְדִינָא. וְכִמּוֹ שְׂפַתְב הָרָא"ה הַמּוּבָא בַּהֲר"נ פְּתוּבוֹת פ"ב וְהוּבָא
בְּהַגְהַת הַרְמ"א בַּא"ה ע' ס' מ"ז סעי' ד' דְּבִאֲוֹמְרַת נְתַקְדַּשְׁתִּי לְפָלוּנִי לֹא פִל מְמִינָה לְחוּב
לו.

דמשמע דאף בהודית בלא תביעה ג"כ אינה נאמנת ליתן אמתלא וה"ה בהודאת ממון לחובתו: ב (שם סעיף א') מי שטען כו' אבל אם בא לתקן טענה הראשונה ולומר כף נתפוננתי כו' שומעין לו כו'.

ומיירי הפל בנתבע אבל בתובע אם יכול לחזור ולתקן טענתו הראשונה לא מבואר פאן להדיא. ובירושלמי דכתובות פ' י"ג סוף ה"ד ובירושלמי שבועות פ"ו סוף ה"ד בסוגיא דפלוגתא אדמון ורבנן בטוענו כדי שמן והודה בקנקנים דמוקמינן בטוענו קנקני שמן וכמו בש"ס דילן כתובות (דף ק"ח) ופריה ע"ז שם בירושלמי וישאלוני הפנונה דישאלו הב"ד איך היה פנונתו אם טענו שמן וקנקנים או שמן בלבד ומשני והוא דאישתתק התובע ואין לשואלו.

וכתב המראה הפנים לשבועות שם בד"ה וישאלוני כו' שמעינן מהכא דהיכא דאיכא ספיקא בטענת התובע ובמשמעות לשונו נאמן הוא לומר כף היה פנונתי כדי לחייב לזה שד"א ומרוב פשיטותו לא זכרו הפוסקים לזה שהרי אפי' בנתבע אמרינן דחוזר וטוען כל היכא שאינו סותר טענתו הראשונה כמבואר בסי' פ' עכ"ל המראה הפנים: הנה מה דפשיטא ליה למילף מהירושלמי דלדינא גם התובע יכול לחזור ולתקן דבריו הראשונים הנה לדעתי קשה לבנות יסוד ע"ז דראיתי בפשיטה מקובצת לפתובות (דף ק"ח ע"ב) בד"ה עשרה פדים מלאים שמן כו' פי פליגי דא"ל עשרה כדי שמן סתמא כו' אדמון סבר יש בלשון הזה לשון קנקנים כו' ורבנן סברי אין בלשון הזה לשון קנקנים דכינן דאמר סתמא הכי משמע מלא עשר פדים יש לי אצלך ולא קנקנים וז"א קנקנים ולא שמן ומה שהודה לא טענו שהרי שמן בלא קנקנים טענו נאפי' אי הדר ופשיט ליה למילתי' ואמר קנקנים ושמן טענתי לא משגחינן ביה דאמרינן נדאי שמן בלא קנקנים טענו והשתא הוא דקא הדר ביה ואינו טוען וחוזר וטוען ופטר דבעינן הודאה ממין הכפירה רש"י במהדורא קמא עכ"ל השמ"ק.

הרי להדיא דכתב השמ"ק בשם רש"י במ"ק דלרבנן דס"ל אין בלשון הזה לשון קנקנים דאף היכא דמפרש בפירוש התובע לאח"ז דכוננתו היה גם על קנקנים אין שומעין לו לתקן דבריו הראשונים וה"ל טוען וחוזר וטוען וחזינן דרש"י במ"ק והשמ"ק לא ס"ל למה דמבואר בירושלמי להדיא דאף דרבנן ס"ל דאין בלשון הזה לשון קנקנים דמ"מ אם יאמר התובע לפרש לדבריו הראשונים דנאמן לחייב להנתבע שד"א ומטעם זה מוקמי בירושלמי שם להך פלוגתא דאדמון ורבנן דמיירי בנשתתק לאחר שטענו.

ואלו רש"י והשמ"ק כתבו להיפך. ומוכח מזה דס"ל דכינן דלא אמרו בש"ס דילן על הך פלוגתא דאדמון ורבנן דמיירי בנשתתק דמוכח מזה דהש"ס דילן לא ס"ל פן משום דאי נימא כהירושלמי ה"ל להש"ס לפרושי להך מילתא: וכעין זה כתב הבית יוסף לקמן בסי' פ"ח ס"ק ד' על מה דאמרו שם בכתובות (דף ק"ח) דאמר רבא דכ"ע היכא דא"ל עשרה כדי שמן יש לי שמן קא טעין ליה קנקנים לא קא טעין כו' ומפרש רבינו שמן קטעין ליה קנקנים לא קטעין ליה שאם הודה בשמן וא"ל התובע א"כ השבע לי על הקנקנים שהרי הודית במקצת הטענה שכשטענתי כדי שמן פנונתי היה על הקנקנים ג"כ ואשמועינן רבא דלא חיישינן ליה דאין במשמע כדי שמן קנקנים ואין פאן מודה מקצת ולא ישבע עליהם אלא שבועת היסת כו' עכ"ל הבית יוסף.

הרי דכתב הבית יוסף על מה דאמרו שם דכ"ע היכא דא"ל עשרה פדי שמן דשמן קטעין קנקנים לא קא טעין דאף היכא דאמר התובע שפוננתו הנה מתחלה לתבוע גם להקנקנים דאין שומעין לו.

וכן הוא במשמע דברי הראשונים והטוש"ע שם בסי' פ"ח סעי' י"ח לכל הרואה שם. א"כ זהו דלא כמו דאמרו בירושלמי דמוקמי דמייירי בנשתתק לאחר שטען.

ונידעתי מה די"ל דדוקא במה דפליגי אדמון ורבנן כדמוקמינן שם דמייירי באומר פדים שמן דאדמון ס"ל דיש בזה לשון קנקנים ורבנן ס"ל דאין בלשון הזה לשון קנקנים דכיון דאדמון ס"ל דיש בזה לשון קנקנים ע"כ אף לרבנן דס"ל דאין בלשון הזה לשון קנקנים מ"מ ס"ל דאם בא לתקן לדבריו הראשונים שומעין לו.

אבל במה דכ"ע ס"ל דאין בלשון הזה לשון קנקנים בזה אין שומעין לו אף בכא לפרש לדבריו משום דלשון בזה משמע כמו דאמר בפ"י דאינו תובע להקנקנים רק השמן. א"כ מן דברי הבית יוסף וסתימות הפוסקים והטוש"ע בזה אינו מוכח כ"כ דלא נקטו לדברי הירושלמי לדינא אכן מן השמ"ק ורש"י במ"ק מוכח דס"ל דכיון דבש"ס דילן לא הונזפר כלל דמייירי כל הסוגיא בפלוגתא אדמון ורבנן בנשתתק וע"כ כתבו להקפיד מהמבואר בירושלמי: ולפ"ז אין לנו מקום להוכיח מהירושלמי לדינא דאף התובע יכול לפרש לדבריו הראשונים וכמש"כ המראה הפנים משום דהא חזינו דהראשונים לא נקטו להירושלמי הזה.

ומש"כ המראה הפנים שהרי אף בנתבע אמרו דחוזר וטוען א"כ כש"כ בתובע. זה אינו הוכחה די"ל דשאני בנתבע דהוי מוחזק לכו נאמן להחזיק משא"כ בתובע שפא להוציא ממון אפ"ש דא"נ להוציא מהמוחזק וע"כ דברי המראה הפנים אינם מוכרחין כ"כ לדון אף בתובע כן.

אכן באמת מוכח לדון דאין לחלק בזה בין תובע לנתבע משום דמוכח בב"ב (דף ל"א) דהוא המקור דטוען וחוזר וטוען היכא דמתקן טענתו הראשונה דמבואר שם כן בקרקע. דהתובע הביא עדים דאבהתי היא והמתחזיק הקרקע טען של אבותי ולסוף טען אין דאבהתי וזבינתא מינה והאי דאמרי דאבהתי דסמיך לי פדאבהתי דהלכתא דטוען וחוזר וטוען.

ואי נימא לחלק דבאמת אין זה ברור דיהנה יכול לחזור ולטעון רק מצד דהוי ספיקא אם נתפונן לזה מתחלה וע"כ היכא דהוי להחזיק נאמן משום דבמקום ספיקא הדין הוא דהמע"ה משא"כ בתובע הבא להוציא.

א"כ לפ"ז הנה הדין נותן שלא יהנה נאמן המתחזיק את הקרקע לחזור ולטעון ולהוציא הקרקע מן מי שיש לו חזקת אבהתא דהא בקרקע מעמידין כל ספק בחזקת בעלים הראשונים. ועיין בתוס' ב"ב (דף ל"ב ע"ב) ד"ה והלכתא כו'.

ומוכח מזה דהך מילתא דטוען וחוזר וטוען לתקן דבריו הראשונים אין זה מצד ספיקא רק בתורת נודאי אמרו כן א"כ ממילא אין לחלק בין תובע לנתבע בזה. וכעין זה מצינו לקמן סי' פ"ח סעי' י"ד דכיון התובע לומר טעם על מה שלא תבע מתחלה לשעורים וכעין זה מצינו לעיל בסי' מ"ז סעי' א' ע"ש.

ואף שיש לחלק בין הנאמר שם לשארי ענינים ועינין בט"ז בסי' פ"ח סעי' י"ד שם ובבאר היטב שם. אף לפי מש"כ למילף זה מן הך דב"ב הנ"ל שפיר מוכח לדון פן אף בשארי ענינים דכמו דהנתבע יכול לחזור ולטעון לתקן טענתו הראשונה דה"ה בתובע: ואף שפתבתי לעיל דמוכח מן הש"ס דילן בכתובות (דף ק"ח) דלא הונפר שם פלל דמייירי פל הסוגיא שם בנשתתק פמו דאמרו בירושלמי שם וכמו שהבאתי בשם רש"י והשמ"ק שם א"כ חזינו דהש"ס דילן ס"ל דאינו נאמן לפרש לדבריו הראשונים.

עכ"ז העיקר כמש"כ דגם התובע נאמן לפרש לדבריו וכמו בנתבע. והא דאינו נאמן לפרש גבי תובע פדי שמו דתביעתו הנה מתחלה גם על השקננים די"ל דשא"ה לענין לחייב שד"א להנתבע דהא במודה במקצת בעינו שיהיה תביעה קדמה להודאה וכמש"כ הר"נ בפ' שבוועת הדינין והובא בש"ך לקמן סי' פ"ח ס"ק ל"א ובס"ק ל"ד דאם הודאה קדמה לתביעה פטור מן שד"א.

ע"כ י"ל גבי תביעת פדי שמו פינן דבעת התביעה לא פירש אז בפירוש דתובע גם להשקננים ע"כ מקרי זה הודאה קדמה לתביעה אף דנידון דנאמן לפרש לדבריו דכוננתו הנה גם לתבוע השקננים עכ"ז פינן דלא הנה מפורש בתביעתו שתבע להשקננים ע"כ מקרי זה הודאה קדמה לתביעה פינן דלא הי' מבנרר בתביעתו זה ע"כ ס"ל להש"ס דילן דלא פהירושלמי בזה.

אבל בשארי ענינים כ"ע ס"ל דגם התובע יכול לחזור ולתקן לדבריו הראשונים וכמו בנתבע ואין לחלק ביניהם וכמש"כ המראה הפנים: ג (שם סעיף א) מי שטוען כו' בד"א כו' פשנתחייב בדין בטענה ראשונה אבל אם יכול לזכות בדין גם בטענה הראשונה כו' יש לו לחזור ולטעון ולהפך פל מה שירצה מפטור לפטור כו'.

וכעין זה מבואר לעיל סי' ע"ט סעי' ט' דבטוען להד"ם וחזר וטען פרעתי דכיון ששתי הטענות באות לפוטרו נאמן. וכן מבואר בטור בסי' ע"ט וכאן דנאמן במיגו דאי בעי הי' עומד בטענתו הראשונה.

ועיין לעיל בסי' ע"ט ש"ך ס"ק כ"ג: ויש להעיר ע"ז מהא דב"ב (דף ל"ט ע"ב) דתני בר קפרא ערער וחזר וערער אם מחמת טענה הראשונה ערער אין לו חזקה ואם לאו יש לו חזקה והטעם הוא פינן דהודה דמחאתו הראשונה היתה בשקר א"כ הא הי' חזקה בלא מחאה ואין מוציאים השדה מן הלוקח המחזיק וכן קיי"ל לדינא בטוש"ע סי' קמ"ו סעי' ז'.

ויש להקשות דהא יש להאמין להמערער על המחאה השנייה דבמשפנתא באה לידו במיגו דאי בעי הנה עומד בטענתו הראשונה דירד בגזלנות וכמו דמיתה בראשונה וכמו דאמרו הקא דהיכא ששתי הטענות באות לפוטרו מהימן במיגו דאי בעי הי' עומד בטענתו הראשונה.

ואין לומר דזה מקרי מיגו להוציא דז"א דהא מצינו כה"ג בב"ב (דף ל"ה ע"ב) בתוס' ד"ה ואי דלי ליה כו' שהקשו דיהיה מהימן המערער במיגו דלפירות הונדתיו. הרי דזה לא מקרי מיגו להוציא משום דקרקע בחזקת בעלי' עומדת וכמש"כ התנאים בכללי מיגו ס"ק ט' והנתיבות בכללי מיגו ס"ק ה'.

ובבאמת התוס' בב"מ (נ"ח ק"י ע"א) ד"ה א"ל רבינא כו' פתבו שם בתירוץ השלישי דכה"ג מקרי מיגו להוציא דלא אמרינו פינון שאכל שני חזקה. א"כ לפ"ז א"ש מה דאמרו הקא דאם לא חזר וערער מחמת טענה הראשונה דיש לו חזקה משום דלא מהימן במיגו דזה מקרי מיגו להוציא.

וכן לפי מש"כ התוס' שם בתירוץ קמא דלכן אינו נאמן בגזל בא לידו במיגו דמשפנתא משום דזה הוי מיגו במקום עדים דאנו סהדי דאם הנה בא בגזל בידו לא הנה שותק אלא הנה מוחה עכ"ל.

ע"כ י"ל דלכן אם אינו מערער מחמת טענה הראשונה אינו נאמן לומר במשפנתא במיגו דגזלנות. דכיון דידוע דהחזיק ג' שנים בלא מחאה דמשפונא והוי כמו אנו סהדי דלא מהימן במיגו.

אכן לפי מש"כ התוס' שם בתירוץ אמצעי דלכן אינו נאמן המערער לומר בגזלנות ירד במיגו דהנה במשפנתא משום דסבור להוציא גם הפירות שאכל. משמע דלולי זה הנה מהימן במיגו משום דזה לא הוי מיגו להוציא וכעין סברת התנאים הנ"ל וגם ס"ל דזה לא הוי מיגו במקום עדים.

א"כ תקשה ע"ז דאמאי אמרו דאם שלא מחמת טענה הראשונה ערער דיש לו חזקה. דהא יש להאמין להמערער במיגו דאי בעי הי' עומד בדבריו הראשונים דבגזלנות ירד וע"כ אף עכשיו דאומר דירד במשפנתא הנה מהימן במיגו ותקשה פנ"ל: ויהנה מזה סייעתא לדברי האו"ת בסי' ע"ב ס"ק ל"ה ובסי' קמ"ו ס"ק י"ד דמיגו חוץ לב"ד לא מהני וכעין דברי הסמ"ע בסי' קל"ג ס"ק ח'.

דלפ"ז אתי שפיר דלכן אינו מהימן בעת שמיתה לפני עדים בשלשה שנים אחרונים דהנה במשפנתא במיגו דהנה אומר בגזלנות כמו דאמר בשלשה שנים ראשונים. משום דזה הוי מיגו חוץ לב"ד דלא מהני.

והו' דערער וחזר וערער מיירי במיתה לפני עדים וכמש"כ הרשב"ם שם. ועדיין תקשה לפי דברי הש"ך בסי' ע"ב ס"ק צ"א דדוקא היכא דצריך שבועה בנק"ח אמרו דלא מהני מיגו חוץ לב"ד לפי דהפל תלוי בשעת שבועתו שיפסקו לו הב"ד וכמו שהאריך שם הש"ך בזה.

ועיין בסי' קל"ג ש"ך ס"ק ה' מזה. א"כ היכא דלא שייך סברא זו מהני מיגו אף חוץ לב"ד.

וכן מוכח מהא דח"מ סי' שמ"ח סעי' ז' בהגהת הרמ"א דאם שמעון יש לו טענה נגד לוי דהנה נאמן ע"י מיגו וכמבואר שם בטור בשם תשובת הרא"ש. ואף דבעת דבא החפץ ליד ראובן מן יד שמעון לא הנה זה בפני ב"ד כמבואר שם עכ"ז הנה נאמן שמעון ע"י מיגו א"כ מוכח מזה דמיגו אף חוץ לב"ד מהני ג"כ.

וכן יש לדון בסוגיא דב"ב (נ"ח קכ"ז). ובהא דאמרו דנאמן משום מיגו דבידו לגרשה. ובהר"ן פ' האומר גבי נשבית ופדיתיה ובשער המלך סוף ה' מכירה. ועיין מזה בבתיבות סי' קמ"ו ס"ק י"ז דחולק על האו"ת.

וּכְבָר הוֹכַחְתִּי בַמֶּקֶ"א דְהַעֲיָקָר כְּדַבְרֵי הַשֵּׁ"ף דְּמִיגוּ אַף חוּץ לַב"ד מְהֵינִי. וְעֵינֵי בְנו"ב
בַּמַּ"ת ה' אה"ע סי' י"ח שֶׁהֵבִיא לְדַבְרֵי הַשֵּׁ"ף הַגָּ"ל.

וְע"כ תִּקְוָה עֲדֵינִי בְּמָה דְאָמְרוּ דָאֵם וְשֵׁלָא מִחֲמַת טַעְנָה הָרֵאשׁוּנָה עֲרַעֵר יֵשׁ לוֹ חֲזָקָה דְהָא
יֵשׁ לְהַאֲמִין לְהַמְעַרְעֵר בְּמִיגוּ דְאִי בְּעֵי הָיָה אוֹמֵר כְּטַעְנָתוֹ הָרֵאשׁוּנָה: וְע"כ נִלְע"ד לְהוֹכִיחַ
מִזֶּה לְמַש"כ הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' ע"ב סֵעִי' י"ח בְּס"ק ל"ד לְפָרֵשׁ מַה דְאָמְרוּ דִּיכּוֹל לְשַׁנּוֹת
מִפְטוֹר לְפְטוֹר בְּמִיגוּ דְאִי בְּעֵי הִי' עוֹמֵד כְּטַעְנָתוֹ הָרֵאשׁוּנָה דְאִין זֶה בְּתוֹרַת מִיגוּ מִמַּשׁ
דְּהָא מְבִנְיָא בְּכַנְה"ג בְּכֻלְיָ מִיגוּ דְכָל שְׂבָא לְסַתְּרָא דְכָרְיוֹ הָרֵאשׁוּנִים לֹא מְהִימֵן אַף בְּמִיגוּ
וְכַמְש"כ הָרִיב"ש כו' אֵלָא הַטַּעַם הוּא דְטַעְנָה הָרֵאשׁוּנָה לֹא בְּדִיּוּק אֲמָרָה וְכַמְש"כ הַאו"ת
בְּכֻלְיָ מִיגוּ ס"ק קל"ג וְחֻשְׁבִּינֵן לִי כְּאֵלוֹ לֹא אָמַר כָּלֵל וְאִין זֶה שְׂיָיָה רַק הֵיכָא דְהֵדִין
הוּא דָאֵם לֹא אָמַר כָּלֵל בְּרֵאשׁוּנָה הָיָה יְכוֹל לְטַעוֹן כְּמוֹ דְטוֹעֵן עַכְשָׁיו וְהִי נֶאֱמָן.

אָבֵל הֵיכָא דָאֵם לֹא אָמַר כָּלֵל בְּרֵאשׁוּנָה לֹא הָיָה נֶאֱמָן עַכְשָׁיו אֲזִי אִינוּ נֶאֱמָן לְחִזּוֹר מִדְּכָרְיוֹ
הָרֵאשׁוּנִים אַף דִּישׁ לוֹ מִיגוּ וְהָאֲרִיף בְּזֶה וְכ"כ הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' ע"ט ס"ק ד' ע"ש. וְלִפ"ז
אֲתִי שְׁפִיר בְּמָה דְאָמְרוּ דָאֵם לֹא מִחֲמַת טַעְנָה רֵאשׁוּנָה עֲרַעֵר יֵשׁ לוֹ חֲזָקָה.

מִשׁוּם דְכֵינּוּן דְּכָרְיוֹ הָאֲחֵרוֹנִים סוֹתֵר לְדְכָרְיוֹ הָרֵאשׁוּנִים וְחֻשְׁבִּינֵן לִי כְּמוֹ דְלֹא אָמַר
לְדְכָרְיוֹ הָרֵאשׁוּנִים כָּלֵל ע"כ הָיָה מְמִילָא חֲזָקָה בְּלֹא מְחָאָה בְּמָה שֶׁהַחֲזִיק ג' שְׁנִים רֵאשׁוּנִים
וְע"כ יֵשׁ לוֹ חֲזָקָה מִשׁוּם דְתוֹרַת מִיגוּ לֹא מְהֵינִי בְּזֶה כְּדַבְרֵי הַנְּתִיבוֹת בְּשֵׁם הַכְּנֵה"ג
וְהָרִיב"ש הַגָּ"ל וְיֵהִי מִזֶּה סִיּוּעָתָא לְדַבְרֵי הַנְּתִיבוֹת בְּהַפְלֵל שְׁלוֹ הַגָּ"ל.

אִף בְּעֲרַעֵר וְחִזּוֹר וְעֲרַעֵר בְּתוֹף ג' שְׁנִים אִין לוֹ חֲזָקָה וְכַמְש"כ הָרֵא"ש בְּב"ב שֵׁם לְחֻלּוֹק
עַל הַרְשָׁבָ"ם שֵׁם וְכ"כ הַטוֹר בְּסִי' קמ"ו וְהוּבָא בְּבֵאֵר הַגּוֹלָה לְסִי' קמ"ו סֵעִי' ז' ס"ק ת'.
מִשׁוּם דְבְּתוֹף ג' שְׁנִים שְׁפִיר יְכוֹל לְחִזּוֹר וְלְטַעוֹן מִפְטוֹר לְפְטוֹר דָאֵם נִימָא דְכֵינּוּן דְלֹא
בְּדִיּוּק אֲמָרָה דְהָיָה זֶה כְּמוֹ דְלֹא אָמַר כָּלֵל וְכַעֲיֵן פִּירוּשׁ הַנְּתִיבוֹת א"כ מְמִילָא מוֹעִיל
הַמְחָאָה הָאֲחֵרוֹנָה פִּינּוּן דְלֹא עָבַר ג' שְׁנִים בְּלֹא מְחָאָה מִשֵּׁא"כ בְּעֲרַעֵר וְחִזּוֹר וְעֲרַעֵר כָּל
ג' שְׁנִים מְחֻלְקִים פְּנ"ל: וְרֵאִיתִי בְּב"ח לְטוֹר בְּסִי' קמ"ו ס"ק י"א שְׁפָתַב לְדַחוֹת לְדַבְרֵי
הָרֵא"ש הַחֻלּוֹק עַל הַרְשָׁבָ"ם מִשׁוּם דִּי"ל דְגַם הַרְשָׁבָ"ם ס"ל כְּמוֹ הַמְבִנְיָא בְּסִי' ע"ט
דִּיכּוֹל לְשַׁנּוֹת מִפְטוֹר לְפְטוֹר אֵלָא גְבִי חֲזָקָה שְׂאֵנִי דִּיכּוֹל הַמְחֻזֵּק לוֹמֵר דְלֹא חֻשְׁשֵׁתִי
לְמַחְאָתוֹ לְפִי שֶׁהוֹחֲזַק לְשַׁקְרָו וְכֵינּוּן דִּישׁ לוֹ אֲמַתְלָא ע"כ מְהֵינִי חֲזָקָה שְׁלוֹ כו' עכ"ל הַב"ח.

וּכְבָר הִקְדִּימוּ בְּסִבְרָא זֹו הַשְׂיִטָּה מְקוּבָצָת לְב"ב שֵׁם שְׁפָתַב בְּשֵׁם הַרְשָׁבָ"א פֶּן בְּזוּה"ל
דִּיכּוֹל הַמְחֻזֵּק לוֹמֵר דְכָל שְׂזָה מְתַהַפֵּף מְטַעְנָה לְטַעְנָה וְנִרְאָה כְּמִשְׁקֵר כו' חֻשְׁבִּינִי
כְּמַתְעַתֵּעַ וְלֹא נִזְהַרְתִּי בְּשִׁטְרֵי כו' וְכ"כ שֵׁם בְּשֵׁם הַר"י בֶּן מִיגַשׁ ע"ש.

וְלִדְעֵתִי נִרְאָה לְפָרֵשׁ בְּיֹתֵר בִּיאוֹר לְדַבְרֵי הַרְשָׁבָ"ם דִּי"ל דְמוֹדָה בְּמָה דְמְבִנְיָא בְּסִי' ע"ט
וְהָא בְּסִי' פ' דִּיכּוֹל לְשַׁנּוֹת מִפְטוֹר לְפְטוֹר מִשׁוּם דְאֲמַרְיֵן דְלֹא בְּדִיּוּק אֲמָרָה וְכַעֲיֵן דְכָרְיוֹ
הַאו"ת וְהַנְּתִיבוֹת הַגָּ"ל.

אִף דְס"ל לְהַרְשָׁבָ"ם דְלֹא אֲמַרְיֵן פֶּן אֵלָא הֵיכָא דְבָא לְהַחֲזִיק וְלְהַפְטֵר דְבְּזֶה לֹא מְדִינִי
כ"כ אָבֵל הָא גְבִי חֲזָקָה דְהַמְחֻזֵּק מְחֻזֵּק הַשְׂדָּה וְהַמְעַרְעֵר בָּא לְהוֹצִיא הַשְׂדָּה מִמֶּנּוּ דְבְּזֶה
ה"ל לְהַמְעַרְעֵר לְמִזְדַּק שְׁפִיר וְכַמְש"כ הַפּוֹסְקִים כְּעֵין זֶה בְּסִי' פ"ח בְּתַבְעוֹ חֲסִים וְהוֹדָה
בְּשַׁעוֹרִים דָאֵם הָיָה תְּפוּס יְכוֹל לוֹמֵר לְכֵן לֹא תְּבַעֲתִי הַשְׁעוֹרִים לְפִי שֶׁהֵיטֵי מוֹחֲזַק בְּהֵם

ע"כ ה"ה הכא דכיון דלא יכול לומר דסמכתי על המוןזקות שלי דהא לא הוי מוןזק מממש בהקרקע לכן ה"ל למידק נאינו חוזר וטוען.

ודומה למה דאמרו הכא דבכתבו הטענות אינו חוזר וטוען אף דיש לו מיגו וכמש"כ הגתיבות בסי' ע"ב בס"ק ל"ד משום דכיון דה"ל למידק שאני וה"ה בזה פן י"ל בכוננת הרשב"ם ונהו פועין דברי הב"ח ה"ל: אכן לפי דברי הרא"ש והטור דחולקים על דברי הרשב"ם נאינם מחלקים בין הך דחזקה להך דאמרו דיכול לשנות מפטור לפטור.

בע"כ מוכח לומר כמש"כ לעיל לתרץ להך דערער וחסור וערער כו': סימן פא א (סעיף ב' בהג"ה) וה"ה אחרים שהודו לו או שתקו לצונאתו הוי פהודאה כו'. והש"ך ס"ק ט' כ' דדוקא הכא שיש לומר שהש"מ אומר אמת כו'.

והט"ז הקשה ע"ז מלקמן סעי' ז' דאם שתק מתחלה עד סוף יכול לומר לא חששתי להשיבך ולא הוי פהודאה. והט"ז באה"ע סי' ק"ו ס"ק ג' העלה לחלק דשאני בגידון הא דסי' פ"א בהג"ה ה"ל דמקורו הוא במקדכי פ' זה בורר באשה שצונתה לבנה שימן שבעה זקוקים לפלוני מנכסי' והבן שתק ואחר מותה אומר שלא נשבעה על הכתובה דהשיב דשתיקה של הבן הוי פהודאה דכיון דע"פ דין אם תשבע על הכתובה שיש לה דתטול הכתובה ואין להבן חוב על אמו רק להכריחה לשבועה ע"כ בזה אמרו דשתיקה הוי פהודאה עכ"ל הט"ז באה"ע.

וכעין זה פתב המל"מ פ' יו"ד ה' זכ"ה ה' ט' דשאני בגידון המרדכי בשם הראב"ה דמה"ת הנכסים בחזקתה אלא דרבנן רמו עליה שבועה ע"כ אמרו דשתיקה הוי פהודאה עכ"ל המל"מ. ולפ"ז מתורץ קושיות הט"ז הכא שהקשה ע"ז מלקמן סעי' ז': ענף א ונלע"ד להביא ראיה דבכה"ג דגידון המרדכי בשם הראב"ה אמרינן דשתיקה פהודאה דמי.

והוא דאיתא בב"ק (דף צ"ו ע"ב) המחליף פרה בחמור וילדה כו' זה אומר בראשונה ילדה והלה שותק זכה בה כו' וכתבו התוס' שם בד"ה והלה שותק כו' דלמ"ד לא פרי עדיף אומר ר"י שהוא מפרש דשתיקה פהודאה דמיא ולא פאומר איני יודע עכ"ל התוס'.

הרי להדיא דאמרינן שתיקה פהודאה וכן איתא בב"מ (דף ק' ע"ב). וכן פסקו בח"מ סי' רכ"ג סעיף ה'.

ומדסתמו שם משמע דאף בשתק השני מתחלה עד סוף דדיינינן שתיקה פהודאה דמיא. ולכאורה קשה מזה על מה דמבואר בח"מ סי' פ"א סעיף ז' דבשתק מתחלה עד סוף יכול לומר לא חששתי להשיבך ולא הוי פהודאה.

וע"כ מוכח לחלק דשאני התם בהמחליף פרה בחמור וילדה דה"ל דררא דמונא דנולד הספק לב"ד בלא טענותיהם וידוע לנו דיש להצדדים שייכות להענין שמחולקים ע"כ אמרינן בזה דשתיקה פהודאה דמי דלא ה"ל לשותק בכה"ג ורק היכא דאין לנו שום ספק כלל בלא טענותיהם אז אמרינן דשתיקה לא הוי פהודאה משום ד"ל לא חששתי להשיבך.

והתם בב"מ הך דהמתליף פרה בתמור דאתיא פסומכוס כמבואר בב"מ (דף ק' ע"ב) אין זכות לשום אחד מהם רק ליטול המתצה אכל לא יותר מהמתצה כלל ואפ"ה אמרינו בזה שתיקה פהודאה.

כש"כ בחוב פתובה דע"פ דין תורה נאמנת ליטול כל הפתובה רק רבנן רמו עליה שבועה ע"כ בנודאי אלימא זכות האשה בכתובתה ביותר מן זכות שיש להבע"ד בדררא דממונא ע"כ פינן דאמרינו שם דשתיקה פהודאה דמאי דלא ה"ל לשתוק בכה"ג כש"כ דאמרינו כאן באשה שצותה ליתן מפתובתה לפלוני דשתיקה פהודאה דלא ה"ל לשתוק בכה"ג.

ומוכח פסברת המרדכי בשם הראב"ה. ולפ"ז יוצא לנו דין מחודש דהיכא דיש לנו ליתן הספק פעין הך דב"ק וב"מ הג"ל דבזה אמרינו שתיקה פהודאה דמי.

והא דב"מ (דף ל"ז) שאני דהא לא הוי התם דררא דממונא ועוד יש לחלק כמו דיתבאר לקמן. ואין סברא לומר דהך דב"ק (דף צ"ו) וב"מ (דף ק) דמירי שם בתבעו בב"ד אכל בתבעו חוץ לב"ד שאני ועיין בסי' פ' ובאורים סי' פ"א ס"ק י"ב.

דא"כ איך סתמו בגמ' ובש"ע סי' רכ"ג בזה: ועוד נלענ"ד לומר בישוב קושיות הט"ז בהקדם דברי התוס' ב"מ (דף כ' ע"א) ד"ה ש"מ איתא לדשמואל כו' שפכתו וא"ת נישחוש שפא מכה במעמד שלשתן כו' וי"ל דליפא למיחש שפא מכה במעמד ג' כו' ואי איפא עדים נשיילינהו אם אומרים שנתרצה הבעל או שתק א"כ מודה שהשובר שקר כו' עכ"ל התוס'.

וכ"כ הרא"ש בכתובות פ"ט סי' י' בזה"ל וי"ל דליפא למיחש דאם שתק הבעל פשמה פתובתה הרי הודה שהשובר שפכתו הנה שקר שאם הנה אמת הנה לו למחות כו' עכ"ל הרא"ש. ועיין מזה בספרי גחל יצחק סי' ל"ז סעיף י"א מש"כ שם על דברי התוספות והרא"ש הג"ל.

ולכאורה יש להעיר במש"כ התוס' והרא"ש דאם שתק הבעל בעת המכירה דזה הוי פהודאה דהשובר שקר הא מצינו בט"ז אה"ע סי' ק"ו ס"ק ג' שפכת שם לחלק בגידון המהר"ם דשם דאין לומר שתפסיד ע"י שתיקתה די"ל שהיא סומכת על שטר פתובה ומה לה לנפח עמו בזה כו'.

וכעין זה פתב האו"ת פאן בס"ק ט' להלכה למעשה בש"מ שצינה לפני יורשיו שאין חייב לשום אדם והיורשים שתקו ואח"ז הוציאו שטרות עליו דלא אמרינו בזה שתיקה פהודאה דיכולים לומר דסמכו על השטר שת"י.

א"כ לפ"ז הדעת נוטה הכא דאף ששתק הבעל בעת שפכה הפתובה דמ"מ יהיה יכול הבעל לומר דמה ששתקתי זהו לפי דסמכתי על השובר שהיה אז ת"י מקודם דנפל ממנו ובפרט דיש לו מעלת מוחזק ג"כ ומעלת השובר שהיה אז ת"י וע"כ לא היה לו לנפח עמה בזה א"כ תקשה איך פתבו התוס' והרא"ש בפשיטות דשתיקה של הבעל הוי פהודאה.

ובאמת אינו קשה דיש לחלק דשא"ה דמכרה הפתובה לאחד וע"פ מה דשתק הבעל בעת המכירה ולא הראה את השובר אז ע"כ סמך הלוקח ע"ז ונתן מעות המכירה ליד האשה

א"כ גרם הפסד להלוקח הפתובה במה ששיתק וזהו אסור ע"פ דיונכמבואר פ' עין זה בח"מ
סי' קמ"ו סעיף י"ז סמ"ע ס"ק ל"ט ע"ש.

ואף דהתם אם טוען דעשה פן משום דהשני נוח לו כו' נאמן שא"ה דבא להוציא מן
חבירו ושייך בזה לומר האמתלא הלז משא"כ היכא דהוא מוחזק מעיקרא דלא שייך
אמתלא זו וכמש"כ מזה בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעיף י"א.

וכמבואר בפ"ד סי' קכ"ג ס"ק כ"ד. ע"כ בכה"ג דיינינן דשתיקה הוי פהודאה דאל"כ
היה לו למחות פניו דאין לו טובה פלל מזה וע"כ תלינן דעשה במה ששיתק פדין ולא בא
מכשול פלל ע"י שתיקתו והלוקח קנאו בהכשר וכדיון: אף עדיין יש להעיר דניחוש שמה
נתנה הפתובה במתנה במעמד שלשיתן דאינה יכולה למחול וקונשיות התוס' והרא"ש
בב"מ שם ואף בחשש טירפא שלא פדין ממקבלי מתנה ג"כ חיישינן פמבואר בב"מ (דף
י"ט ע"כ) ובשא"ד.

ובחשש שמה נתנה במתנה לא שייך לומר הסברא שפתבתי לחלק דשאני היכא דבא
מכשול ופסידא לחבירו ע"י שתיקתו. דהא לא נתן מעות ע"ז ושאני במקירה דהוציא
מעות מכיסו ע"י שתיקתו.

אף באמת מדחזינן לפי תירוץ של התוספות והרא"ש הנ"ל דאתי שפיר דלפ"ז אף למקבל
מתנה ג"כ לא חיישינן דע"כ מוכח דגם בחשש למקבל מתנה ג"כ קרינן דבא הפסד ע"י
שתיקתו והוא דהא מצינו בח"מ סי' קכ"ט סעיף ה' דמי שנתן מתנה לחבירו והעמיד לו
ערב י"א דהוי כשעת מתן מעות כו' וכתב הסמ"ע שם בשם ר' ירוחם דהסברא ראשונה
עיקר משום דבשעת המתנה נחשב כשעת מתן מעות כו' ועיין בפ"ד שם.

וי"ל דטעמם הוא דכיון דאמרינן דאי לאו דה"ל הנאה מיניה לא הוי יתיב לי' ע"כ הוי זה
כמו מתן מעות בשעת המתנה דיכול להיות דבשעת המתנה נתן לו המקבל להנותן איזה
טובת הנאה.

או אפ"ש דאמרינן דכיון דקיבל הנותן איזה טובה מהמקבל מתנה מכבר ע"כ יכול להיות
דאם לא היה מתרצה להיות מרב עבור המתנה דאפ"ש דהיה נותן איזה מתנה אחרת
במזמן להמקבל.

וה"ה בנידון הך דב"מ הנ"ל דאפ"ש דאם לא היה שותק הבעל בעת שנתנה הפתובה
במתנה דאז היתה נותנת איזה מתנה אחרת וטובת הנאה וכינצא להמקבל. וכן אפ"ש
דבעת ששיתק הבעל בעת שקיבל המקבל מתנה זאת המתנה דאז היה נותן איזה מתנה או
איזה טובת הנאה אחרת להאשה וע"כ קרינן בזה דע"י שתיקת הבעל הגיע פסידא
להמקבל מתנה דאם הבעל מיחה אז יכול להיות שהאשה היתה נותנת איזה מתנה אחרת
ע"י איזה החזקת טובה להמקבל מתנה וגם אז לא הי' המקבל מתנה רואה להחזיק איזה
טובה ומתנה להאשה וכמו דאמרו דערב בעת המתנה נחשב כמו ערב בשעת מתן מעות.

ואף להחולקים שם יש לחלק דשאני נידון דידן והחילוק הוא פשוט לכל המעיין וקצרותי:
וכעין זה מצינו בגיטין (דף נ' ע"ב) דאמרינן דמתנה נמי דאי לאו דאית ליה הנאה מינ' ל'
לא יהב ליה מתנה דכפסידא דלקוחות דמי ומבואר ברא"ש שם דכן קי"ל לדינא
וכמבואר בח"מ סי' קי"א וסמ"ע ס"ק א'.

ומה דינש לדון בקהא דמגילה (נ"ח כ"ו) וב"מ (נ"ח ט"ז) ובקושיות טורי אבן שם ובשא"ד בענין מתנה פמכר הארכתי בכ"ז הרבה במק"א ואכמ"ל. וגם מספיקא אין לו להזיק לחבירו וכמבואר בח"מ סי' קנ"ה סמ"ע ס"ק י"ב בשם המ"מ וכל עקרי הדברים הללו הם ארונים.

אף אין לנו להאריך דהא חזינו מבואר להדיא בתוס' והרא"ש בב"מ שם דמוכח דס"ל דגם במתנה ושתק הבעל דדיינינו בזה דשתיקה פהודאה דמי דבמקום דמגיע פסידא לאחריים לא ה"ל לשתוק וגם במקבל מתנה מקרי פסידא כה"ג וע"כ אמרינו דמשתק ש"מ דהאמת עם הנותן מתנה וזכה המקבל ואינו יכול לערער על המתנה.

ולפ"ז מתרץ קושיות הט"ז ה"כא דשפיר פתב הרמ"א דאם שתקו לצונאיתו הוי פהודאה וזכה המקבל משום דגם בזה שייך סברת התוס' והרא"ש דב"מ דאם לא היה האמת פדברי הש"מ לא ה"ל לשתוק ואז היה יודע המקבל מתנה דאין ממש במתנתו וגם הש"מ היה רואה אז דאין שום ממש במתנתו וע"כ אפשר דהיה נותן איזה מתנה אחרת להמקבל וגם המקבל מתנה לא היה מחזיק טובה להנותן אז אם היה מוחה וע"כ דיינינו בזה שתיקה פהודאה דמי.

ואין לחלק דשאני בקהא דב"מ דמייירי שם בנתן במעמד שלשתו דהוי פקניו וכמבואר בסי' קכ"ו סעי' י"ג ובסמ"ע ס"ק ל"ו ובש"ך ס"ק נ"ד ע"ש. דזה אינו דהא גם כן במתנת שכ"מ דהוי ג"כ פקניו דדברי ש"מ פכתובין וכמסורין דמי א"כ גם כן יש לדון לסברא זו דלא ה"ל לשתוק בעת שהקנה לחבירו וע"פ סברא שנתבאר.

וא"ש דברי הרמ"א. ועיין לקמן השי"ך לזה במש"כ בחי' סעי' ז' בענין י"ב בארובה: ענף ב וי"ל דזהו פנונת המרדכי בשם הראב"ה בפירק זה בורר שכתב דכינו דצותה בפניו ושתק הוי פאלו הודה כו' דזהו ג"כ ע"פ הטעם שכתבתי.

אף זה אינו רק בשכ"מ דהוי כמו דאמר אתם עדי וכמש"כ המרדכי שם דתביעתו ה"ל כמו דאמר אתם עדי דאינו יכול לומר משטה. ומשמע דבריא אם הקנה בקנין לפלוני על פקדון שאומר שיש לו ביד חבירו והנפקד שותק ע"ז או אף דמודה לו על הפקדון יכול לומר משטה.

[וכתבתי כן על פקדון משום דאלו בחוב הלואה הא לאו בר הקנאה הוא פינו דהוי דבר דאינו ברשותו] ואף דמבואר בסי' קכ"ו סעי' י"ג דבהודה במעמד ג' א"נ לומר משטה משום דהוי פקניו כו'.

שא"ה במעמד שלשתו דהוי פקניו מצד הנפקד דעשו חז"ל כמו דזכה החפץ עבור המקבל ע"כ אמרו דא"נ לומר משטה משא"כ ה"כא דהקנין הוא מצד הנותן המתנה ולא מצד הנפקד היכא דלא היה במעמד שלשתו וגם לא היו הפרטים המבוארים בסי' קכ"ה סעי' ו' וסעי' ז' אם אמרו תן פזכי במתנה ע"ש.

ע"כ יכול הנפקד לומר משטה בתבעו בריא. ובאמת מש"כ לעיל לדמות הך דאמרו במתנת שכ"מ דהוי פקניו משום דדברי שכ"מ פכתובין וכמסורין להא דאמרו דמעמד שלשתו הוי פקניו.

בְּאֵמֶת יֵשׁ לְחֻלְק בִּינֵיהֶם דְּשִׁאנֵי מַעַמ"ג דְּהוּא פְּקִינָן מִצַּד הַנְּמֻחָה מִשֵּׁא"כ קִנְיָן דְּדַבְּרֵי ש"מ פְּכַתּוּבִין כּו' הוּא מִצַּד הַנּוֹתֵן הַמִּתְּנָה וְלֹא מִצַּד הַלְּוֵה וְהַנְּפָקֵד. וְעַכ"ז שְׁפִיר פְּתַבְתִּי לְעִיל לְהוֹכִיחַ דְּכִמּוֹ דְּמַהְגִּי מַה דְּשִׁתַּק הַבְּעַל בְּעַת שְׁמֻכְרָה וְנִתְּנָה הָאִשָּׁה לְהַפְתּוּבָה בַּמַּעַמ"ג דְּזֵהוּ מִשּׁוּם דְּאֲמַרִּינָן שְׁתִּיקָה פְּהוּדָא דְּמִי בַּכָּה"ג א"כ ה"ה בְּנִידוֹן הָא דְּסִי' פ"א בִּשְׁכ"מ שְׁשִׁתְּקוּ הַיּוֹרְשִׁים בְּעַת צְנוּאָתוֹ.

דָּאִם נִימָא דְּאֲמַרִּינָן בַּכָּה"ג שְׁתִּיקָה לָאוּ פְּהוּדָא דְּמִי מִשּׁוּם דְּיָכוֹל לֹמַר לֹא חֲשִׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבוּ א"כ ה"ה הַתָּם בַּב"מ (דָּף ד') דָּאִם שְׁתַּק הַבְּעַל הָוֵי פְּמוּדָה דְּתַקְשָׁה דְּנִימָא הַתָּם ג"כ דְּיִהְיֶה יָכוֹל לֹמַר לֹא חֲשִׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבָה וּמִמֵּילָא לֹא הָוֵי פְּקִינָן אַף דְּהִיָּה בַּמַּעַמ"ג וְאִף לְשִׁיטַת הַתּוֹס' וְהַפּוֹסְקִים דַּמַּעַמ"ג מְהִנֵּי אַף בַּע"כ שֶׁל הַלְּוֵה וְהַנְּפָקֵד פְּמִבְּנָאָר בְּסִי' קכ"ו סַעִי' ז' זֵהוּ הֵיכָא דְּהַחֹב וְהַפְּקִדוֹן יְדוּעַ אֲבָל הֵיכָא דְּאִינוּ חוֹב פְּרוּר רַק דְּאָנוּ דְּנִין מִצַּד מַה דְּשִׁתַּק בְּזָה שְׁפִיר י"ל דְּזֵה תְּלוּי אִם אֲמַרִּינָן שְׁתִּיקָה פְּהוּדָא בַּכָּה"ג אוּ לֹא מִשּׁוּם דָּאִם אֲמַרִּינָן בַּכָּה"ג שְׁתִּיקָה לָאוּ פְּהוּדָא לְפִי דְּיָכוֹל לֹמַר לֹא חֲשִׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבָה א"כ ה"ה אַף אִם הִיָּה בַּמַּעַמ"ג וְאִין סְבָרָא לְחֻלְק בִּינֵיהֶם בְּזָה ע"כ שְׁפִיר פְּתַבְתִּי לְהוֹכִיחַ לְדַבְּרֵי הַרְמ"א מִן דְּבַרֵי הַתּוֹס' וְהָרָא"ש דַּב"מ הַגָּ' ל.

וְאִתִּי שְׁפִיר מַה דְּקִיָּצַר הַרְמ"א וְכַתֵּב בְּסִתִּימוֹת דָּאִם שְׁתַּקוּ לְצְנוּאָתוֹ הָוֵי פְּהוּדָא וְאִלוּ לְפִי מַש"כ לְעִיל לְחֻזַּק סְבָרַת הַט"ז בַּא"ה ע"ש שְׁפַתְּב בְּנִידוֹן הַרְאָבִי"ה בְּאִשָּׁה שְׁצוּנְתָה לִיתָן מִפְּתוּבָתָה כּו' דְּשֵׁא"ה דָּאִם תִּשְׁבַּע תִּטּוֹל הַפְּתוּבָה כּו' וְכַמִּש"כ לְעִיל בְּאַרְנָפָה.

דַּא"כ לֹא ה"ל לְהַרְמ"א לְקַצֵּר וְה"ל לְמַכְתֵּב בְּפִירוּשׁ דְּמִיָּרֵי בָּאִם יֵשׁ לְהָאִשָּׁה הַפְּתוּבָה תַּחַת יְדָה רַק דְּלֹא נִשְׁבַּעָה בְּזָה דְּנוֹקָא אֲמַרוּ דָּאִם שְׁתַּקוּ לְצְנוּאָתוֹ הָוֵי פְּהוּדָא אֲבָל הֵיכָא דְּאִין לְהַשְׁכ"מ שׁוּם זְכוּת פְּלָל לְסִיָּעוֹ בְּזָה לֹא אֲמַרִּינָן דְּשִׁתִּיקָה הָוֵי פְּהוּדָא.

אֲבָל לְפִי מַש"כ לְעִיל הַטַּעַם בְּזָה ע"פ דְּבַרֵי הַתּוֹס' וְהָרָא"ש דַּב"מ (דָּף ד') א"כ לְפ"ז בְּכָל גְּוּוּנֵי הָוֵי שְׁתִּיקָה פְּהוּדָא בְּמַה דְּשְׁתַּקוּ לְצְנוּאָת הַשְׁכ"מ: וְהָא דְּמִשְׁמַע הֵכָא גְּבִי שְׁכ"מ אִם הִיָּה נוֹתֵן מִתְּנָה לְאַחַר וְשְׁתַּקוּ לְצְנוּאָתוֹ דָּאִם הָוֵי יָכוֹלִין לֹמַר מְשֻׁטָה לֹא הִיָּה מִמֵּשׁ בְּמִתְּנָתוֹ וְכֵן מִשְׁמַע בְּסִי' קכ"ו סַעִי' י"ג גְּבִי מַעַמ"ג דְּנִידוֹן נְקָא מִשּׁוּם דַּמַּעַמ"ג הָוֵי פְּקִינָן אֲבָל לְוִלֵי זֶה הִיָּה יָכוֹל לֹמַר מְשֻׁטָה וְלֹא אֲמַרִּינָן בְּזָה לְהַסְבָּרָא שְׁפַתְּבִי לְעִיל דַּע"י שְׁתִּיקָתוֹ נְגַרְם הַפְּסֵד לְהַמְקַבֵּל מִתְּנָה וְה"ה הֵכָא שְׁאֲמַר בְּפִי' הֵן אִף דְּטוּעֵן מְשֻׁטָה.

מִשּׁוּם דְּיֵשׁ לְחֻלְק דְּהֵיכָא דְּיָכוֹל לֹמַר מְשֻׁטָה אִז לֹא נְגַרְם שׁוּם הַפְּסֵד לְהַמְקַבֵּל מִתְּנָה מִשּׁוּם דְּזֵהוּ פְּשׁוּט לְכָל דְּהֵיכָא דְּלֹא הוֹדָה הוּדָא גְּמוּרָה יָכוֹל לֹמַר מְשֻׁטָה וְאִין שׁוּם חוֹלְק ע"ז וְכַמְבּוּרָא בְּסִנְהֵדְרִין (דָּף כ"ט) וּבְכָל הַסּוּגָא שָׁם.

מִשֵּׁא"כ בְּמַה דְּאֲמַרוּ דְּשִׁתִּיקָה לָאוּ פְּהוּדָא דְּמִי הָא יֵשׁ פְּלוּגְתָא בְּכַעֲזִין זֵה פְּמִבְּנָאָר בַּב"מ (דָּף ל"ז) וְעִיָּין בְּהַרִיטְב"א לְב"מ שָׁם וּבַא"ו ת' סִי' פ' ס"ק ג' וְאִפְּלוּ נִימָא דְּיֵשׁ לְחֻלְק בִּין הָא דַּב"מ לְנִידוֹן דִּינָן מ"מ לָאוּ כ"ע גְּמִירֵי.

וְכַבֵּר פְּתַבְתִּי פְּמַה פְּעַמִּים בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק ע"ש בְּסִי' י"ז סַעִי' י"ב עָנַף א' וּבְסִי' מ"ב סַעִי' ט' דְּהַעֲלַתִּי דְּהֵיכָא דְּיֵשׁ פְּלוּגְתָא בְּזָה אַף דְּלֹא קִי"ל פְּנוּתִי עַכ"ז י"ל דְּטַעֵנוּ בְּזָה. מִשֵּׁא"כ הֵיכָא דְּלֹא מְצִינוּ פְּלוּגְתָא פְּלָל בְּזָה אִין לֹמַר דְּטַעֵנוּ בְּזָה.

וְעֵינַי בְּסִפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' אה"ע סי' ט"ז עֲנָף א' מְזֶה. וְגַם הָא מְצִינֵנוּ בִּי"ד סי' קכ"ז
ש"ף ס"ק י' דְּבִשְׁתִּיקָה אַף דְּלֹא הוּי פְּהוּדָא מִמֶּשׁ מ"מ רְגֵלִים לְדָבָר מְקָרִי כו' וכמ"ש"כ
הַתּוֹס' בִּיבְמוֹת (דָּף פ"ח ע"א) ד"ה דְּשִׁתִּיקָה פְּהוּדָא כו' וּבְקִדּוּשֵׁינוּ (דָּף ס"ו) בְּתוֹס' ד"ה
רְבָא אָמַר כו' וע"כ אין לומר בְּזֶה דְּנָהוּ דִּין פְּשׁוּט לְכָל וְנִדְעוּ דְּשִׁתִּיקָה לְאוּ פְּהוּדָא.

דְּהָא פִּינּוּ דְּחֻזִּינּוּ דַּע"פ רְגֵלִים לְדָבָר מְקָרִי ע"כ שְׁפִיר יֵשׁ לְדוּן הֵכָא לְמִש"כ לְעֵיל דַּע"י
שְׁתִּיקָתוּ נֹתָן מְקוֹם מְכַשׁוּל לְאַחַר שְׁיִטְעָהוּ ע"י שְׁתִּיקָתוּ וְיִגְרוּם לוֹ הֶפְסֵד וע"כ לֹא
אָמְרִינּוּ בְּכַה"ג שְׁתִּיקָה לְאוּ פְּהוּדָא אֲלֵא פִּינּוּ דְּשִׁתִּיקָה מְסַתְמָא הָאָמַת פִּן וְהוּי פְּהוּדָא.

לְכֵן שְׁפִיר פְּתַבְתִּי לְתַרְץ לְדָבְרֵי הֶרְמ"א. וְעֵינַי בְּסִי' פ"א סַעִי' א' בְּסַמ"ע ס"ק ב' וּבְש"ף
ס"ק ב' וּבַא"ו"ת שָׁם ס"ק ב' וּבְאִוְרִים ס"ק ד' וְקִצְרִתִּי: עֲנָף ג' וְהִנְתִּיבוֹת בְּס"ק ד' פְּתַב
לְתַרְץ לְדָבְרֵי הֶרְמ"א ע"פ הָא דב"מ (דָּף ו') דְּכַתְּבוּ הַתּוֹס' שָׁם ד"ה הִקְדִּישָׁה בְּלֹא תְקַפָּה
כו' דְּכִינּוּ דְּאָמְרָה לְגִבּוּהָ פְּמִסִּירָה לְהַדְיֹוט ע"כ הוּי פְּתַקְפָּה וְדִינִינּוּ דְּשִׁתִּיקָה הוּי פְּהוּדָא
וְה"ה הֵכָא בְּמַתְנַת שַׁכ"מ דְּכִינּוּ דְּדָבְרֵי שַׁכ"מ פְּכַתּוּבִין וּמְסוּרִין א"כ הוּי פְּתַקְפָּה וְהוּי
שְׁתִּיקָה פְּהוּדָא כו' עכ"ל הִנְתִּיבוֹת.

וְאִינוּ מְחַלֵּק דְּשָׁם מִיָּרִי בְּב"ד מִשׁוּם דְּס"ל כְּמִש"כ לְעֵיל דַּא"כ לֹא ה"ל לְסַתְּמוּי. וְלַעֲנ"ד
יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עָלָיו דְּהָא מְסַקְנַת הַגַּמ' שָׁם בְּב"מ דְּהַקְדָּשׁ לֹא הוּי פְּתַקִּיפָה וְכַמֶּשׁ"כ הַתּוֹס'
שָׁם דְּלָמָּה יִצְנוּחַ בְּשַׁבִּיל דְּבָרָיו וְגַם אַף בְּשִׁתִּיקָה מְתַחֲלָה וְעַד סוּפּוֹ פְּתַב הֶרִיטְבָ"א שָׁם
דְּאָפְשָׁר לומר דְּשִׁתִּיקָה לֹא הוּי פְּהוּדָא וּמְתַחֲלָה רְצוּ לומר דַּא"כ בְּשִׁתִּיקָה וְלִסוּף צוּנוּחַ יִהְיֶה
הַהַקְדָּשׁ כְּמוֹ תְקַפָּה וְלִסוּף מְסַקִּי דְּהַקְדָּשׁ לֹא הוּי פְּתַקְפָּה אַף בְּשִׁתִּיקָה מְתַחֲלָה עַד סוּף ע"ש.

וְגַם הָא פְּתַב הַפְּנִי יְהוֹשֻׁעַ שָׁם דְּדוּקָא בְּשִׁנִּים אֲחֻזִּין דְּכ"א עַל הַמְחַצָּה שְׁלוֹ לֹא הוּי מְוַחֲזָק
גְּמוּר בְּזֶה רְצוּ לומר דְּתַקְפָּה אוּ הִקְדִּישָׁה בְּפִינּוּ דְּנִימָא בְּזֶה דְּשִׁתִּיקָה הוּי פְּהוּדָא אֲבָל
הֵיכָא דְּהוּי מְוַחֲזָק גְּמוּר וְתוֹפְסוֹ לְבַדּוֹ בְּזֶה לֹא אָמְרוּ דְּכִינּוּ דְּשִׁתִּיקָה אֲוִדוּיִי אֲוִדִי לִי ע"ש.

א"כ הֵכָא דְּהִיּוֹרְשִׁים הֵם מְוַחֲזָקִין גְּמוּרִים ע"כ אִינוּ דוּמָה פְּלָל לְדַהֲתָם. וּבְפֶרֶט לְפִי
הַמְסַקְנָא דְּהַקְדָּשׁ לֹא הוּי פְּתַקְפָּה הֵתָם: וְגַם בְּעֵיקַר דְּבָרֵי הִנְתִּיבוֹת שְׁכַתְּבָה לְדַמּוֹת הַדָּ
דְּנִידוּן הֶרְאָבִי"ה דְּבְמֶרְדְּכִי בְּאִשָּׁה שְׁצִנּוּתָהּ לִיתָן שְׁבַעַה זְקוּקִים לְפְלוּנִי וְאַחַר מִיתָתָה טְעֵן
שְׁלֹא נִשְׁבַּעָה עַל פְּתוּבָתָה כו' דְּכִינּוּ דְּדָבְרֵי שַׁכ"מ פְּמְסוּרִין דְּמִי ע"כ דוּמָה לְהַקְדִּישָׁה
דַּה"ל פְּתַקְפָּה.

דְּאִינוּ דוּמָה דְּשַׁא"ה בְּב"מ דְּטוּעֵן עַל גּוּף הַחֶפֶץ דְּהוּא שְׁלוֹ מִשַׁא"כ בְּנִתְנָה מְתַנַּת שַׁכ"מ
לְהַחֲזִיב שְׁיֵשׁ לָהּ ע"פ פְּתוּבָתָה דְּהָא גַם הָאִשָּׁה עֲצָמָה אִין לָהּ זְכוּת בְּגוּף הַחֶפֶץ כ"ז דְּלֹא
הַחֲלִיטוּ לָהּ הַב"ד וְהוּי מְחַסְרָא גְּוַבְיָנָא.

וְעֵינַי בְּכַתְּבוֹת (דָּף צ"ו ע"ב) תוֹס' ד"ה נְכָסֵי בְּחֻזְקָתָה כו'. ע"כ אִין סְבָרָא לומר דְּמַתְנַתָּה
יִהְיֶה פְּמְסוּרִין וְיִהְיֶה כְּמוֹ תְקַפָּה.

[וּמִש"כ הַמְרַדְּכִי שָׁם דַּה"ל פְּהוּדָה שְׁיֵשׁ שְׁבַעַה זְקוּקִים כו' וְאִיף שְׁבָאוּ לִידָה בֵּין בְּמִצִּיאָה
בֵּין מְעִיסָתָה קְמָצָה כו'. אִין זֶה עֲגִין לַנ"ד וְקִצְרִתִּי].

אַף דְּבָרֵי הִנְתִּיבוֹת הִלְלוּ יֵשׁ לָהֶם מְקוֹם לְפִי דְּבָרֵי בְּעַל הַלְכוֹת גְּדוּלוֹת סוּף ה' גְּדוּי נז"ל
מֵאֵן דְּאִית לִי הַלְנָאָה אוּ פְּקֻדוֹן גְּבִי חֲבָרְיָה וְאִית לִיהּ בְּרַתִּי וְאִית לָהּ בְּעַל וּפְקֻדָּי לְהַהוּא

הלואה לברתי' ושכיב הוא ושכיבת ברת' אע"ג דלא מטא לידו דבעל מחיים דילה גרית לה בעל לה הוא ממונא דתנו גיטין י"ג האומר תנו מנה לפלוני ומת תנו לאח"מ ומסקנא דברי שכ"מ פכתובין ומסורין דמי כו' איתתא דיריתת ממונא מן בית נשא ממילא כדלא איתפקד בה א"נ אית לה ממונא גבי אינש מעלמא הלואה או שטר א ושכיבת לא גרית לה בעל מ"ט דמסרי גנבינא ולא דמיא לקמייתא דקמייתא אמרו רבנן דברי שכ"מ פמסורין דמי אבל האי ראוי הוא ובעל אינו נוטל בראוי פמוןחזק עכ"ל בה"ג הרי דס"ל להבה"ג דמתנת שכ"מ לחוב הלואה חשוב פמוןחזק דחז"ל עשאווהו דה"ל כמו פא לידו ממש אף דהנותן לא ה"ל פמוןחזק בחוב הלואה כ"ז דלא גבהו.

ומן דברי בה"ג הללו מוכח דלא כמש"כ החלקת מחוקק באה"ע סי' ק' סעי' ב' ס"ק י"ג. והנה הקצה"ח בסי' רנ"ג ס"ק י"ט הביא בשם התה"ד סי' ש"נ ודברי ריב"ח סי' קכ"ח דפסקו דמתנת שכ"מ מקרי ראוי ועיין בב"ש סי' צ' ס"ק י"ג ובסי' ק' ס"ק י"ג מנה.

אכן מן הבה"ג מוכח דס"ל דמתנת שכ"מ אף לחוב הלואה מקרי מוןחזק. ומצאתי בשער משפט סי' רנ"ג ס"ק ו' שהעיר ג"כ לדברי הבה"ג הלז ועיקר הדברים ארנפין ואכ"מ להסביר לדברי הבה"ג: ולפי דברי הבה"ג דכתב דהא דאמרו דברי שכ"מ פמסורין דמי דה"ל כמו דבא לידו מש.

יש מקום לפ"ז לדברי הגת"יב"ח דמזמנה מתנת שכ"מ להקדישה דהני כמו תקפה. אבל פבר פתבתי לעיל להקשות עליו דהא גם בהקדישה אין זה ברור דה"ל כמו תקפה ובפרט פמוןחזק גמור.

ועוד יש לדון בעיקר דברי הגת"יב"ח דאף דנימא דמתנת שכ"מ לחוב הלואה דה"ל כמו דבא לידו מש ודומה זה להקדישה דה"ל כמתקפה. עכ"ז יש לחלק ביניהם בפשיטות דהא קי"ל דמתנת שכ"מ אינו קונה רק לאח"מ פמבואר בב"ב (דף קל"ז).

והטור בח"מ סי' רנ"ג סעי' א' פתב דמתנת שכ"מ קונה לכשימות למפרע משעת גת"י. ותמה עליו הגת"י יוסף שם שהרי אמרו מתנת שכ"מ אינו רק לאח"מ ועיין בקצה"ח שם ס"ק א' שהביא לדברי התוס' והרא"ש סוף פ"ק דגיטין.

והגת"יב"ח שם ס"ק א' דהביא לדברי המהרי"ט דכתב דמתנת שכ"מ הני כמו דהשעבוד חל מהיום ועיקר זכותו הוא לאח"מ. א"כ לפ"ז לא שייך לומר דבעת הצנואה יהיה כמו תקפה פינו דעיקר זכותו הוא לאח"מ.

וגם הא מסיק הגת"יב"ח בסי' רנ"ג ס"ק א' דהעיקר דאינו זוכה למפרע רק באמר הולך. וכן פתב הג"מ ויוסף לב"ב ד' רי"ח סוף ע"א בהא דשתק ולבסוף צונח במתנת שכ"מ דדוקא בשתק לאח"מ אבל מחיים פינו דאינה חלה מתנת שכ"מ רק לאח"מ אפילו שתק יכול לחזור בו עכ"ל הנ"י והובא דברי הנ"י הלז בגת"יב"ח סי' רמ"ה ס"ק ו' והכריע פן לדינא ודלא כדברי הקצה"ח שם ס"ק ד'.

ועיין בסי' רמ"ה סעי' י' וסעי' י"א ובש"ף שם ס"ק ז' ועיקר הדברים הנ"ל יש לי מה להאריך ואכ"מ. אף אף לדברי הטור בסי' רנ"ג דס"ל דמתנת שכ"מ נקנה למפרע וע"כ אף דנימא בהא דסי' רמ"ה סעי' י' דלא פהנמוקי יוסף הנ"ל אלא אף דשתק מחיים פינו דמת אז זוכה למפרע מעת המתנה וכמש"כ הקצה"ח בסי' רמ"ה ס"ק ד' אבל הכא דאתו

עלה מהטעם דמדמה הך דמתנת שכ"מ להקדישה דהוי כמו תקפה וע"כ אמרו דמדשתק ה"ל פהודאה דאל"כ ה"ל למצונח ע"כ שפיר י"ל פיון דמחיים לא זכה להמתנה רק לאח"מ נתברר למפרע כו'.

א"כ ממילא אינו דומה להקדישה פיון דאז בעת הצנואה בפני היורשים לא היה אז פמסורין רק לאח"מ אז אמרו פן זכה למפרע. ע"כ י"ל דשאני הקדישה דה"ל אז בעת שהקדישה כמו תקפה משא"כ במתנת שכ"מ דאינו זוכה מחיים רק ע"י למפרע ע"כ י"ל דלכן לא צונח אז.

ובפרט דרבו החולקים וס"ל דלא אמרינו במתנת שכ"מ דזוכה למפרע וכמש"כ הקצה"ח בסי' רמ"ה ס"ק ד' בשם הרשב"א והר"נ ספ"ק דגיטין וכמש"כ הקצה"ח בסי' ר"נ ס"ק א' ובסי' קכ"ה ס"ק ה'. וגם הא הנתיבות עצמו הכריע בסי' רמ"ה דהעיקר פדברי הנ"י וכן הכריע בסי' ר"נ ס"ק א'.

ע"כ ברור דהך דצינולהת מתנה ושתקו היורשים בפני הנותן דאין זה דומה כלל להקדישה ולכן הדין נותן דשתיקה לא הוי פהודאה לפי הטעם של הנתיבות פיון דרבו החולקים וס"ל דמתנת שכ"מ אינה רק לאח"מ ולא אמרינו דנקנה למפרע וכנ"ל וע"כ בנודאי אין זה דומה להקדישה כלל.

אכן לפי הטעם שפכתתי ליישב דברי הרמ"א ע"פ דברי התוס' והרא"ש דב"מ ד' כ' א"ש דברי הרמ"א לדינא: ענף ד נעוד יש לדון בזה בהקדמ הא דיו"ד סי' קכ"ז סעי' א' דהאומר לחבירו נתנסף יינה לפניה ושתק דשתיקה פהודאה דמי וכתב הט"ז שם ס"ק ב' דהא דמשמע ה"א דאינו יכול לומר לא חששתי להשיבה דתקשה ע"ז מן ח"מ סי' פ"א דיכול לומר לא חששתי להשיבה וחיילק בין איסור דמגונה לו לשתוק שאומרים עליו שהוא שותה איסור כו' וכוונתו להא דסי' פ"א סעי' ז'.

ולענ"ד אפ"ש לומר בעיקר קושיות הט"ז הלז באופן אחר והוא די"ל דהך אמתלא דאומר לא חששתי להשיבה הוא נגד הרוב משום דע"פ הרוב הדרך שאם יודע פי האמת אתו ה"ל להשיבו ולא לשתוק והוי זה מילתא דלא שכיח ובאיסורין דהולכין אחר הרוב לא מהימן לומר לא חששתי להשיבה פיון דזהו מילתא דלא שכיח ואינו נאמן נגד הרוב פמבואר ביו"ד סי' ר"ח סעי' א' דאם רוב אנשי המקום קורין לבשר מליח קדשים בשור מליח סתם אינו נאמן וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ה'.

ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז מש"כ שם בענין אם נאמן נגד הרוב דליתא קמן. וע"כ בממון דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ נאמן לומר לא חששתי להשיבה ולכן פסק המחבר והטור בסי' פ"א סעי' ז' דבשתק מתחלה עד סוף נאמן לומר כו' ופטור משום דאין מוציאין מן המוחזק ע"פ הרוב.

והא דמבואר בסנהדרין (דף כ"ט ע"ב) הא דאמר רב יהודה א' רב צריף שיאמר אתם עידי ל"ש אמר ל"ה אמר מלנה ושתיק לנה כו' דבאמת לפי שיטת רב דס"ל בב"ב (דף צ"ב) דהולכין בממון אחר הרוב א"כ אף בשתק לנה מתחלה עד סוף א"נ לומר לא חששתי להשיבה אלא אמרינו שתיקה פהודאה.

והא דב"מ (נ"ז ל"ז) דרב יהודה א' רב הלה שותק דשתיקה לאו פהודא כו' אף דס"ל לרב דהולכין בממון אחר הרוב. שא"ה דידוע דאינו חייב רק לאחד מהם וכמש"כ התוס' בב"מ (שם ע"א) ד"ה גזל מתמשה כו' לסברא זו וע"כ שותק דסמך ע"ז ועפ"ז יש לפלפל בדברי האו"ת בסי' פ' ס"ק ג' שפלפל בהא דב"מ (נ"ז ל"ז) הנ"ל.

ועיין בכתובות (נ"ז ע"ד ע"א) ובדברי מהרי"ו דהובא באו"ת שם וקצתתי. ולפ"ז י"ל בעובדא דראבי"ה שבמרדכי דהיה לה פתובה ולא נשבעה דאלו לא שותקו היורשים לא היו גובין הפתובה משום דאין מורישי שבוועה ותיישנו לפרעון.

א"כ הא העליתי בספרי גחל יצחק סי' מ"ג סעי' י"ד דע"י רוב בצירוף חזקת חיוב מוציאין ממון. א"כ התם ביש לה פתובה דיש שם חזקת חיוב וכיין דשותקו דלא שכיח לשותק אם הנה האמת בדבריהם ה"ל כמו רוב וחזקת חיוב ע"כ חייבין היורשים לשלם ודיינינו בכה"ג שתיקה פהודא.

ולפ"ז הא דסי' פ"א סעי' ז' בשותק מתחלה עד סוף וטען הלנה פרעתי הדין נותן דחייב לשלם דדוקא בטען להד"ם אמרו שם דבשותק מתחלה עד סוף פטור אבל בטען פרעתי דיש שם חזקה חיוב דה"ל רוב וחזקת חיוב ביחד דמוציאין ממנו הממון ולא מהני האמתלא דאומר לא חששתי להשיבך אף בשותק מתחלה עד סוף.

כ"ז אמרתי מפבר והארכתי בראיות לזה ולתרוץ בכמה דוכתי הסותרות בהך מילתא דשתיקה פהודא: אף באמת דוחק לומר פן דא"כ לא ה"ל להטוש"ע ולהפוסקים לסתומי ולומר דבשותק מתחלה עד סוף פטור ומשמע דאף בטען פרעתי פטור ע"י האמתלא דאומר לא חששתי להשיבך וע"כ לדינא אין לומר כ"ז.

ועיקר גושיות הט"ז ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק ב' מפני מה אמרו התם בשותק לדברי העד דשתיקה פהודא והא בח"מ סי' פ"א אמרו דבשותק מתחלה יכול לומר לא חששתי להשיבך. באמת אין זה קשה כלל דהא פתבו התוס' ביבמות (נ"ז פ"ח ע"א) בד"ה דשתיקה פהודא דמ"א כו' דלא הוי הודאה ממש דא"כ לא שייך לומר התם נאמן העד אלא הטעם הוא דכיון דשותק הוי רגלים לדבר כו' ובכה"ג נאמן העד כו'.

וכ"כ התוס' בקידושין (נ"ז ס"ו ע"א) ד"ה רבא אמר כו' והובא בש"ך יו"ד סי' קכ"ז ס"ק י'. ויש להסביר סברתם ע"פ מה דמצינו בתוס' חולין (נ"ז ט' ע"ב) ד"ה התם הלקתא גמירי כו' דכיון דקינא ונסתרה יש רגלים לדבר ואיתרע לה חזקת טהרה וכ"כ התוס' בריש גדה.

הרי דבמקום רגלים לדבר איתרע לי' החזקה שהיה מקודם. וה"ה י"ל בענין ע"א באיסורין דכיון דאם אין לנו חזקה הסותרתו הדין הוא דע"א נאמן אף אם יש חזקה הסותרתו אינו נאמן.

ולכן כיון דשותק דיש לנו רגלים לדבר עי"ז ואיתרע לי' החזקת היתר ע"כ הוי כמו דבר דלא איתחזק דנאמן ע"א פן יש להסביר שישטתם. עכ"פ מצינו דבהך מילתא דאמרו שם גבי ע"א נאמן באיסורין היכא דשותק הבע"ד דלאו הודאה ממש הוי אלא מהטעם דבכה"ג דשותק נאמן העד דאל"כ לא היה צריכין לנאמנותו של העד וכמש"כ הש"ך שם.

א"כ ממילא אינו קשה קושיות הט"ז דמ"ש מהא דסי' פ"א דהא עיקר הטעם בע"א באיסורין דכיון דה"ל רגלים לדבר נאמן העד. א"כ ה"תם בסי' פ"א במוזן ובתביעת בע"ד דלא שנייה לומר הטעם הלז שפיר אמרו דשתיקה לא הוי פהודאה ואף דאיפא רגלים לדבר עכ"ז הא אין מוציאין ממונא ע"י רגלים לדבר וכ"ז פשוט: והנה הש"ך ביו"ד שם סי' קכ"ז ס"ק י"ח פתב במה שכתב המסבר שם דאם שמתק ואח"כ הכחישו ואמר מה ששמתקתי ה"ה להתנישב בדבר ולתשוב בלבי לזפור אם הוא אמת נאמן דכ"כ ר' ירוחם סוף נט"ו מיהו בנכ"ג פתב דבא"ל גתנסף בפניו ושמתק ואח"כ אמר לא שמתקתי אלא מפני שלא חששתי לדברי העד לא מהני פיון דעד אחד נאמן באיסורין אבל בערונה דאין פחות מן ב' אם אמר שמתקתי מפני שלא חששתי לדברי העד מהני עכ"ל.

א"כ לפ"ז בנודאי אין מקום לקושיות הט"ז הנ"ל דהא היכא דע"א מעיד באיסורין פיון דע"א נאמן באיסורין ע"כ ה"ה לו לחוש ולא לשותק. אבל בסי' פ"א בתביעת הבע"ד שפיר יכול לומר לא חששתי לתביעת הבע"ד פיון דאין לו נאמנות כלל.

והוא כש"כ מן ע"א בערונה דנאמן לומר לא חששתי לדברי העד וע"כ אין לבנות יסוד ע"פ קושיות הט"ז הנ"ל: ומה שהקשה הש"ך בסתירת דברי ר' ירוחם אין זה קשה כלל לפי מש"כ הט"ז שם לחלק דדוקא באומר דלכו שמתקתי לפי דראיתי להתנישב ולזפור כו' בזה פתבו דנאמן.

אבל באומר דלכו שמתקתי לפי דלא חששתי לדברי העד א"נ דבזה אמרינו שתיקה פהודאה דמי. א"כ ממילא אינם סותרים דברי ר' ירוחם כלל להדדי דדוקא באומר דראיתי לזפור האמת נאמן אבל באומר דלכו שמתקתי לפי דלא חששתי כו' זה לא מהני וזה פשוט.

והא דלא מהימן לומר דשמתקתי לפי דלא חששתי כו' במיגו דאי בעי אמר האמת לא דראיתי לזפור האמת כו' י"ל בזה דזה הוי כמו מיגו דאינו יודע דלא הוי מיגו וה"ה בכה"ג דאומר דראיתי לזפור האמת א"כ לא ידע מתחלה וע"כ אינו רוצה לטעון כן.

גם י"ל דזה דומה למש"כ הסמ"ע בסי' פ"א ס"ק ח' בשם המרדכי דאפילו לא ה"ה עדים לא מהימן במיגו משום דהוי כמו מיגו במקום עדים וכן הוא במרדכי פ' זה בורר בשם הראב"ה על מה דאמרו שם דשתקו לצונאתו ה"ל פהודאה.

א"כ ה"ה י"ל בהא דע"א נאמן באיסורין אם שמתק הבע"ד דה"ל פהודאה ע"כ אינו נאמן לומר דמה ששמתקתי ה"ה מפני שלא חששתי להשיב במיגו דאי בעי אמר דשמתקתי מפני שראיתי לזפור האמת דגם זה הוי כמו מיגו במקום עדים: אף עדיין יש לפקפק ע"ז לפי מש"כ לעיל בשם התוספות והש"ך שם ביו"ד דה"ה שתיקה פהודאה דאמרו שם דלא הוי הודאה ממש רק עיקר הטעם דמתמת דשמתק הוי רגלים לדבר ובכה"ג נאמן ע"א באיסורין אף דאיסתזוק היתירא.

ע"כ אין לומר בזה דה"ל כמו מיגו במקום עדים דהא זהו לא הוי הודאה ממש רק דה"ל כמו מיגו במקום ע"א ומבואר בתוס' ב"ב (דף ל"ד ע"א) ד"ה ה"ה מחושואיל"מ כו' דדוקא במקום דמתייב שבועה ועכשיו אינו מעיז פניו נגד העד אז אינו נאמן במיגו דה"ה מכחיש להע"א.

א"כ הקא גבי ע"א באיסורין דגם עכשיו בטענתו דלכו שתקתי לפי דלא חששתי לדברי
העד ואומר דלא נתנסה בפניו ומכחיש להעד שאומר דנתנסה בפניו ע"כ שפיר יש
להאמינו במיגו דאמר דלכו שתקתי לפי דראיתי לזפור האמת ולהתיישב כו'.

ואפשר לומר דזה תלוי בהשגות תירווצים שכתבו התוס' בב"ב (דף ל"ד) שם דבתירוץ א'
שכתבו דלכו לא מהימן במיגו דאי בעי אמר לא חטפתי משום דלא חציף להכחיש את
העד. א"כ הקא שגם עכשיו מכחיש להעד שפיר יש להאמינו במיגו אבל להתירוץ
שכתבו שם בשם הריב"ם דלכו לא מהימן במיגו משום דהדין הוא דע"א נאמן לחייב
שבועה ואם אינו נשבע הדין הוא שישלם וכ"כ הרמב"ן בחי' לב"ב שם דלכו לא מהימן
במיגו דלא חטפתי משום דהדין הוא דע"א כ"ז שאינו נשבע להכחישו נאמן פשנים וה"ל
מיגו במקום עדים.

א"כ מטעם זה בע"א באיסורין דהיכא דנאמן דינו פשנים וכדאמרינו ביבמות (דף קי"ז)
ובכתובות (דף כ"ב) ובסוטה (דף ל"א) דכ"מ שהאמינה תורה לע"א ה"ה פשנים וע"כ
ה"ל כמו מיגו במקום עדים.

וי"ל דאף לתי קמא של התוס' ב"ב ה"ל ג"כ מודו דבאיסורין דע"א נאמן לגמרי דדינו
פשנים ולא מהני מיגו נגדו ושאני התם בממון דע"א אינו נאמן רק לחייב שבועה. ועיין
באה"ע סי' מ"ב בב"ש ס"ק ו' ובמקנה שם ובבית מאיר ואבני מלואים שם ובש"ך ח"מ
סי' נ"א ס"ק א' ובנתיבות שם בד"ה עוד כתב הש"ך דנ"מ אם יבוא אותו כו'.

והדברים ארופין ואכמ"ל: וע"פ דברי המרדכי בשם הראב"ה דכתב בהך דאם שתקו
היורשים לצנוא אתו דהוי פהודאה דאף אם ליכא עדים רק דמודים שפך הנה דמוציאין
מהם וכמ"כ הסמ"ע בשמו פנ"ל.

יש לסתור עפ"ז למה שרציתי לומר לעיל דהא דאמרו פן זהו משום דהוי בגדר רוב
ובצירוף חזקת חיוב כו' פנ"ל. דא"כ ה"ל להיות נאמנים לומר דשתקו מפני איזה אמתלא
כו' במיגו דהא לא שייך לומר דה"ל מיגו במקום עדים דהא לא הוי פהודאה ברורה רק
משום רוב חזקת חיוב ובנדאי נאמן במיגו נגד הרוב וחזקת חיוב והא מצינו בב"ב (דף
ה') דאף נגד חזקה דתוה זמנו איבעיא דלא איפשיטא אם נאמן במיגו וה"ל איבעיא דלא
איפשיטא דאין מוציאין ממון מהמחזק וכמבואר בח"מ סי' ע"ח סעיף א' והא חזקה תו"ז
עדיפא מרובא וכש"כ דלא גרוע מן רובא והרי התם יש חזקת חיוב ג"כ ואפ"ה נאמן
להחזיק ממונא ע"י מיגו א"כ ה"ה וכש"כ בכל רוב וחזקת חיוב דנאמן להחזיק ממונא
ע"י מיגו ואין מוציאין ממנו.

ועיין בכללי מיגו של האו"ת ס"ק צ' צ"א צ"ב מש"כ שם מזה בענין מיגו במקום מנהג
וקצרותי. והעיקר בכוננת המרדכי והרמ"א בהא דשתקו לצנוא אתו דכתבו דה"ל פהודאה
דונדאי פוננתם דה"ל הודאה גמורה וע"כ לא מהני מיגו נגדו: ולדינא העיקר כמו דפסק
הרמ"א דאם שתקו לצנוא אתו ה"ל פהודאה אף בשתקו מתחלה עד סופו ואף דהט"ז
והאו"ת לא פסקו פן עכ"ז הא לפי מה שכתבתי לתרץ קושיות הט"ז אתי שפיר פסק
הרמ"א לדינא וכן הכריע הנתיבות לדינא ואף שבעיקר תירוץ וסברת הנתיבות כתבתי

לְבָאָר דְּזָה אֵינוֹ לְדִינָא עַכ"ז הָא הַעֲלִיתִי טַעַם אַחַר לְחֻזַּק דְּבָרֵי הַרְמ"א וְע"כ קִי"ל כִּן לְדִינָא.

וְכֵן הַעֲלִיתִי לְעִיל לְהוֹכִיחַ דְּהִיכָא דִּישׁ דְּרָרָא דְּמִמוּנָא דְּנוֹלַד לָנוּ הַסְּפֵק בְּלֹא טַעְנוּתֵיהֶם וְתוֹבְעוּ הַבַּע"ד וְהוּא שׁוֹתֵק דְּבִזְזָה אֲמַרִּינֵן שְׁתִּיקָה פְּהוּדָאָה דְּמִי אַף בְּשָׂתֵק מִתְחַלְקָה עַד סוּפוּ מִשׁוּם דְּבַכָּה"ג לֹא שְׁיִיף לֹמַר לֹא חֲשַׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבָהּ.

וְכַעֲשֵׂינן זֶה מוֹכַח בְּהָא דְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף י"ד ע"ב) דְּקָרוּ לִי מְזִיר וְשָׂתֵק פְּסוּל דְּשְׁתִּיקָה פְּהוּדָאָה וְכַתְּבֵי הַטּוֹר בַּאֲה"ע ס' ב' בְּשֵׁם הַר"י דְּזָהוּ דְּוָקָא בְּנִתְעָרַב פְּסוּל בְּמִשְׁפָּחָה כּו' וְכ"כ הַבֵּית יוֹסֵף שָׁם בְּשֵׁם הַרְמַב"ן וְהַרְשֵׁב"א.

וְהַב"ח כָּתַב שָׁם דְּזָהוּ ע"פ גִּירְסַת הַתּוֹס' בְּשֵׁם הַר"ת דְּגָרִיס הֵתָם אֵיזָהוּ עֵיסָה כּו' וְכ"כ הַמ"מ בְּרַמְב"ם פ' י"ט ה' אִיסוּרֵי בִיאָה ה' כ"ב וְהוּבָא בַּאֲה"ע ס' ב' סַעִי ד' בְּשֵׁם י"א דְּוָקָא מִשְׁפָּחָה שְׁנִתְעָרַב בְּהָא א' מִהַפְּסוּלִים בְּזָה אֲמָרוּ דָּאֵם קָרוּ לִי וְשׁוֹתֵק דְּנִפְסָל אֲבָל אָדָם אַחַר שְׁקוֹרִין לוֹ וְשׁוֹתֵק אֵין בְּכָף כְּלוּם.

וְנִלְע"ד דְּטַעְמָם הוּא ג"כ כְּעֵין מַש"כ דְּהִיכָא דָּאֵין שָׁם לִידַת הַסְּפֵק בְּזָה אֲמַרִּינֵן שְׁתִּיקָה לָאוּ פְּהוּדָאָה דְּמִי מִשׁוּם דְּיָכוֹל לֹמַר לֹא חֲשַׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבָהּ וְכַדְאֲמָרוּ בְּקִידוּשֵׁין (דָּף ע"א ע"ב) שְׁתִּיקוּתָא דְּבָבֵל הֵינּוּ יְחֻסָּא.

אֲבָל הִיכָא דְּנוֹלַד לָנוּ הַסְּפֵק בַּל"ז כְּמוֹ הָא דְּנִתְעָרַב פְּסוּל א' בְּהַמִּשְׁפָּחָה א"כ בַּכָּה"ג לֹא שְׁיִיף לֹמַר לֹא חֲשַׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבָהּ וְאֲדַרְבֵּהּ ה"ל לְהַשִּׁיב ע"כ אֲמָרוּ בְּזָה דְּשְׁתִּיקָה פְּהוּדָאָה וְאִם נִשְׂאֵת תַּצָּא בְּזָה וְכַמַּש"כ הַב"ש בַּסִּי ב' ס"ק י"ב.

וְזָהוּ מְסִייעַ לְדַבְּרֵינוּ וְיִישׁ לִי לְהַאֲרִיף בַּכ"ז וְקַצְרֵתִי. וְעֵינֵין בְּמָה שְׁפָתוֹב בְּחִידוּשֵׁי מְזָה הַעֲנִין בְּסַעִי ז' לְקַמֵּן: ב (שָׁם סַעִיף ז') הָא דְּמַהֲנִי אַתָּם עֵינֵי דְּוָקָא פְּשָׁתְבָּעוּ מְנָה וְא"ל הֵן כּו' אֲבָל בְּשָׂתֵק מִתְחַלְקָה עַד סוּפוּ יָכוֹל לֹמַר לֹא חֲשַׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבָהּ: עָנַף א וְהִנֵּה בִּי"ד ס' קכ"ז סַעִי א' דְּהָאוּמַר לְחַבְּירוֹ נִתְנַסֵּף יִינָף בְּפָנֵיָהּ וְהַבַּע"ד שְׂתֵק דְּשְׁתִּיקָה פְּהוּדָאָה דְּמִי וְכַתְּבֵי הַט"ז שָׁם בַּס"ק ב' דְּהָא דַּח"מ ס' פ"א סַעִי ז' דְּיָכוֹל לֹמַר לֹא חֲשַׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבָהּ בְּשָׂתֵק מִתְחַלְקָה עַד סוּפוּ דַּשֵּׁא"ה לְעַנֵּין הוּדָאָת מְמוֹן אֲבָל בְּעַנֵּין אִיסוּרִים אֵין אָדָם עָשׂוּי שְׁלֵא לְחַוֵּשׁ אִם אֲמָרִים שְׁהוּא שׁוֹתָה אִיסוּר כּו' עַכ"ל הַט"ז.

וְעִיקַר הַמְּקוֹר דְּאֲמַרִּינֵן בַּע"א נְאֻמָּן בְּאִיסוּרֵין הִיכָא דְּשׁוֹתֵק הַבַּע"ד מִשׁוּם דְּשְׁתִּיקָה פְּהוּדָאָה הוּא בִּיבְמוֹת (דָּף פ"ח) בַּע"א א"ל אֲכַלְתָּ חֶלֶב וְהוּא שׁוֹתֵק וְכֵן הוּא בְּקִידוּשֵׁין (דָּף ס"ו) בַּע"א א"ל אֲכַלְתָּ חֶלֶב אוֹ נִטְמָאוּ טְהוּרוֹתֶיךָ אוֹ שׁוֹרְףָה נִרְבַּע וְהִלָּה שׁוֹתֵק דְּנִאֻמָּן וְכֵן הוּא בְּכַרִּיתוֹת (דָּף י"א) וְעֵינֵין בְּתוֹס' כְּרִיתוֹת שָׁם ד"ה וְאִשָּׁה אוֹמְרַת כּו' וְבַתּוֹס' יְבָמוֹת שָׁם ד"ה דְּשְׁתִּיקָה פְּהוּדָאָה כּו'.

וּלְפִי דְּבָרֵי הַט"ז דְּלָכֵן אֲמָרוּ דְּבְּאִיסוּרֵין הֵנִי שְׁתִּיקָה פְּהוּדָאָה וְאֵינוּ יָכוֹל לֹמַר לֹא חֲשַׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבָהּ מִשׁוּם דְּלֹא ה"ל לְשָׁתוּק בְּאִיסוּרִים עָלְיוֹ שְׁהוּא שׁוֹתָה אִיסוּר. א"כ מוֹכַח דְּסַבְּרַת הַט"ז הִלְזוּ שְׁיִיף גַּבִּי בְּכָל הֵנָּף דְּמַצִּינוּ וְהוּא דַּבְּא"ל אֲכַלְתָּ חֶלֶב וְהוּא שׁוֹתֵק דָּאֵף דְּמִיִּירֵי בְּאֲכִילַת שׁוֹגֵג וּבַעֲנֵין הַעֲבַר בַּע"כ מוֹכַח דְּגַם זָהוּ מְגוּנָה לֹמַר עָלְיוֹ דְּאֲכַל מְכַבֵּר דְּבַר הָאִיסוּר אַף דְּהִיָּה שׁוֹגֵג וְכַעֲשֵׂינן סַבְּרַת הַתּוֹס' חֻלִּין (דָּף ה' ע"ב) ד"ה צְדִיקִים עַצְמָן כּו'.

והא דא"ל שורף נרבע דמיירי בהקרבתו למזבח ולא בענין אכילת אדם בע"כ מוכח לפי סברת הט"ז דאף דהשתיקה הנה שלא בענין מה דקיימי לאכילה אפ"ה אמרו בזה דשתיקה פהודא דמי דלא ה"ל לשתוק פינן דאומרים עליו שעשה דבר איסור עכ"פ דגם זהו מגונה ולא ה"ל לשתוק ושאיני ענין ממונא דבזה אינו מגונה פינן דלא עשה מעשה האיסור רק הנה בשוא"ת נדוע מה דאמרו אשתמוטי קא מישתמט כו'.

וע"כ שתק דלא חש להשיבו ולכן אמרו בזה שתיקה לאו פהודא פן נראה לפי דברי הט"ז: ולפ"ז יש לדון דאם תובע לתבירו גזלת ממני והנתבע שותק מתחלה עד סופו דבזה י"ל דשתיקה פהודא דמי.

וגם אפשר לומר דאף היכא דלא אמר התובע אתם עידי ג"כ לא שייך לומר משטה היכא דא"ל הן דלא שייך להודות על דבר גזלה נרק בחוב הלואה מצינו דאומרים בזה משטה. אף בתובעו פי גזלת ואומר אתם עידי והנתבע שותק מתחלה עד סופו פינן דאם הנה מודה בנודאי לא שייך לומר משטה ע"כ י"ל דה"ה בשותק מתחלה עד סופו דאמרינן בזה שתיקה פהודא דכיון דמגונה לומר דעשה איסור בקום ועשה ע"כ לא ה"ל לשתוק וכדמוכח לסברת הט"ז דאף בענין דלאו בר אכילה וגם הוי ענין עבר דג"כ אמרו בזה שתיקה פהודא משום דה"ל לחוש ולא לשתוק נרק בתבעו חוב פקדון או הלואה פינן דבזה לא עשה מעשה איסור בקום ועשה על פן אמרינן דלא חש להשיבו ולכן שתק.

ועפ"ז אתי שפיר הא דב"מ (דף ל"ז) דאמרו התם דקא תבעו ליה, והלה מה טוען רב יהודה אמר רב הלה שותק רב מתנה אמר רב הלה צונח מ"ד הלה צונח אבל שתיקה פהודא ומ"ד הלה שותק שתיקה דהכאלאו פהודא מצי א"ל האי דשתקי לכל חד דאמינא דילמא האי הוא וחווינן דחד מ"ד ס"ל שתיקה פהודא ואף מ"ד דס"ל שתיקה לאו פהודא הטעם הוא משום דמצי א"ל דהאי דשתיק הוא דאמינא כו' אבל לא משום הטעם דלא חששתי להשיב א"כ תקשה מן התם על הא דאמרו הכא דיכול לומר לא חששתי להשיב ולכן בשתק מתחלה עד סוף לא הוי שתיקה פהודא.

אבל לפי מש"כ ע"פ סברת הט"ז דהיכא דאומרים עליו דעשה איסור ושתק דכיון דהוי דבר מגונה ע"כ שתיקה פהודא א"כ אתי שפיר הא דב"מ הנ"ל דהא התם מיירי בתבעו גזלתני דכיון דאומרים עליו דעשה איסור בקום ועשה לא ה"ל לשתוק וע"כ אמרו בזה שתיקה פהודא ויהי' מזה ראי' לסברת הט"ז: אכן באמת עיקר קושיות הט"ז אינו קשה דהא מבואר בתוס' קידושין (דף ס"ו ע"א) בד"ה רבא א' כו' דטעמא דשותק מהימן לאו משום דשתיקה פהודא דמי אלא משום דאיכא רגלים לדבר מהימני' לי וכיון שאין האיסור מפח עדות הבעל אלא מפח עדות העד לא מהימני' לי דע"א א"נ בדבר שבערוה עכ"ל התוס'.

וכ"כ התוס' ביבמות (דף פ"ח) ד"ה דשתיקה פהודא דמי פ'י פינן דשתק נראה לו אמת ויודע קצת שיש רגלים לדבר אבל ליכא למימר הודא ממש כו' דא"כ אפילו גזלן נמי מאחר שהוא שותק כו' ועוד אם הוא הודא ממש לא הוי שייך למימר התם נאמן העד כו' עכ"ל התוס'.

ועיין בכריתות (דף י"א ע"ב) בתוס' ד"ה ואשה אומרת כו'. והובא דברי התוס' הללו בש"ך יו"ד סי' קכ"ז ס"ק יו"ד ונ"ל שתיקה פהודאה לאו פהודאה ממש דא"כ פשיטא וגם לא היינו צריכים לנאמנות העד ועוד דמוכח בפ' האומר דבע"ד גזלן אפילו שותק א"נ אלא פיון ששותק נראה שיודע רגלים לדבר וסומך על העד כ"כ התוס' כו' עכ"ל הש"ך.

הרי להדיא דגם באיסורין לא הוי שתיקה פהודאה ממש אלא עיקר הטעם דלכן ע"א נאמן באיסורין אם הבע"ד שותק דכיון ששותק נראה מזה שיש רגלים לדבר וע"כ נאמן העד בכה"ג. ויש להסביר זה ביתר ביאור דהא היכא דלא איתחזק נאמן ע"א מן הדין רק היכא דאיתחזק היתירא א"נ ע"א אבל היכא דיש רגלים לדבר מחמת שתיקתו איתרע ל' החזקת היתר וכעין דברי התוס' בחולין (דף ט' ע"ב) ד"ה התם הלכתא גמירי כו' שפתיבו דכיון דקינא ונסתרה יש רגלים לדבר ואיתרע לה חזקתה ע"ש.

ולכן פיון דע"י שתיקתו הוי רגלים לדבר ואיתרע ליה החזקת היתר ע"כ נאמן ע"א לעשות זה לנודאי איסור. וכעין זה פתב בפתחי תשובה ליו"ד סי' קכ"ז ס"ק י"א בשם הגו"ב והפני יהושע דהיכא דאיתרע חזקה נאמן ע"א.

וע"כ אינו קשה למה שהקשה הט"ז מן הא דיו"ד על הא דח"מ משום דאדרבה מוכח ביו"ד שם דשתיקה לא הוי הודאה ממש רק משום רגלים לדבר אתינון עלה א"כ ה"א בממונא אף דיש רגלים לדבר ע"י שתיקתו ג"כ אין להוציא מהמוחזק ע"י רגלים לדבר ואין פאן שום סתירה מן יו"ד לח"מ וע"כ אין לבנות יסוד ע"פ קושיות הט"ז: ענה וכן יש להוכיח מן פתובות (דף י"ד ע"ב) דאמרו דכל פסול דקרי ליה ושתיק פסול משום דשתיקה פהודאה כמש"כ רש"י שם.

וכן פסקו ברמב"ם ה' איסורי ביאה פ' י"ט ה' כ"ב ובטור וש"ע אה"ע סי' ב' סעי' ד'. ולכאורה יש להוכיח מזה דאמרינו שתיקה פהודאה ודלא במבואר ה"א דשתיק מתחלה עד סופו לא הוי שתיקה פהודאה.

ואפשר לחלק דשאני פסולי קהל או פסולי כהונה דה"ל לחוש ולהשיב ולא לשתיק שלא יוציאו לעז עליו ע"כ אמרו בזה שתיקה פהודאה משא"כ בתביעת ממון י"ל דלא איכפת ליה כ"כ וע"כ אינו ראיה מהתם.

וכן לשיטת הטור בשם הר"י והבית יוסף שם בשם הרמב"ן והרשב"א דס"ל דדוקא במשפחה שנתערב בה פסול בזה אמרו דאם קרו ליה פסול ושתיק מיפסול והובא ברמ"א שם. א"כ אדרבה מוכח מהתם דשתיקה לא הוי פהודאה משום די"ל דלא חש להשיבו רק כשנתערב בה פסול אז י"ל דה"ל לחוש ולהשיב ומדשתיק אמרו בכה"ג דוקא דשתיקה פהודאה וכמש"כ בחידושי לעיל בסי' הל' סעי' ב' בסופו.

וכן לשיטת יש אומרים דהובא ברמ"א שם בשם הר"ן דלא אמרינו שם שתיקה פהודאה רק במי שצונח על פסול אחר אבל אם שותק תמיד לא הוי פהודאה. א"כ גם לפ"ז מוכח מהתם דשתיקה לא הוי פהודאה.

אָבֵל לְפִי שְׂטֵט הַרְמָב"ם וְהַש"ע שֵׁם נִרְאָה דַס"ל דְּשִׁתִּיקָה פְּהוּדָאָה פִּנ"ל אֵלָא דִּישׁ לְחִלְק
דְּשִׂאנִי פְּסוּלֵי קַהֲל דַּה"ל לְחַוֵּשׁ פִּנ"ל: אָכֵן לְפִי מַשׁ"כ לְבָאָר דְּבִקָּא דִּינ"ד בַּע"א בְּאִיסוּרִין
וְשׁוֹתֵק דְּזַה לֹא הָוֵי הוּדָאָה מִמָּשׁ רַק דְּהָוֵי רְגָלִים לְדַבְּרַ וְאִיתְרַע לִיהַ הַחֲזִיקָה פִּנ"ל.

ע"כ אֲתִי שְׂפִיר בְּפִשִּׁטוֹת הָא דְּכִתְוִנְבוֹת דְּהָא פְּתַב הַרְמָב"ם שֵׁם בַּפ' י"ט ה' א"ב ה' כ"ב
פֶּל שְׂקוּרִין לוֹ מְזוּר וְשׁוֹתֵק כּו' חוֹשְׁשִׁין לוֹ כּו' וְאִין נוֹשְׂאִין אַא"כ בּוּדְקִין כּו' וְכַתְבַּה מ"מ
שֵׁם דְּמִפְרָשׁ רַבִּינוּ שְׁהוּא כְּמוֹ מְשַׁפְּחָה שְׂקָרָא עָלֶיהָ עֲרַעוּר דְּבִבְדִיקָה סְגִי דְּלֹא לְהָוֵי הָאֵי
דְּשִׁתִּיק טְפִי מַעֲדִים שְׁהַעֲיָדוּ שְׁנַתְעָרְבַ פְּסוּל בְּמִשְׁפָּחָה זֹו וְכַמֵּשׁ"כ רַבִּינוּ לְמַעְלָה כּו' עַכ"ל
הַמ"מ.

וְכ"כ הַטוֹש"ע בַּאֲה"ע ס' ב' סַע' ד' דְּכָל שְׂקוּרִין לוֹ מְזוּר וְשׁוֹתֵק כּו' דְּבִבְדִיקָה מְהַנִּי.
וְהַבִּית מְאִיר שֵׁם פְּתַב דְּהָוֵי שְׁתִּיקָה פְּהוּדָאָה דְּהֵתֵם לֹא הָוֵי הוּדָאָה מִמָּשׁ דַּא"כ לֹא הָיָה
מְהַנִּי הַבְּדִיקָה אֵלָא דְּהַשְׁתִּיקָה פְּהוּדָאָה דְּאָמְרוּ שֵׁם הוּא רַק לְהַצְרִיכָה בְּדִיקָה מְסַפֵּק כּו'.

אַף לֹא פְּתַב טַעַם לְזַה. אָכֵן לְפִי מַשׁ"כ א"ש זַה בְּפִשִּׁטוֹת מְשׁוּם דְּבַאָמַת הָא מוֹכַח
דְּשִׁתִּיקָה לֹא הָוֵי פְּהוּדָאָה מִמָּשׁ הֵכָא בְּמַמוֹנָא.

וְכֵן הֵתֵם בִּינ"ד ס' קכ"ז גְּבִי אִיסוּרִין לֹא הָוֵי פְּהוּדָאָה מִמָּשׁ רַק אֲמַרִּינוּ דְּמַחְמַת שְׁתִּיקָתוּ
הָוֵי כְּמוֹ רְגָלִים לְדַבְּרַ וְאִיתְרַע לִיהַ הַחֲזִיקָה. א"כ אֲתִי שְׂפִיר בְּפִשִּׁטוֹת מַה דְּאָמְרוּ הֵתֵם
בְּכִתְוִנְבוֹת דַּאֵם קָרוּ לִיהַ מְזוּר וְשִׁתִּיק דְּבַעֲיָנוּ בְּדִיקַת הַמִּשְׁפָּחָה כִּינּוּ דְּאִיתְרַע לִיהַ הַחֲזִיקַת
פְּשׁוּרוֹת.

אָבֵל בְּדִיקָה מְהַנִּי וְלֹא אֲמַרִּינוּ דְּשִׁנִּינִי בְּפִשִּׁיָה חַד"א מְשׁוּם דְּלֹא הָוֵי פְּהוּדָאָה מִמָּשׁ. וְלִקְמוּן
תְּבַאָר עוֹד מַה דִּי"ל בְּהָא דְּכִתְוִנְבוֹת הַנְּ"ל: נַחְזוּר לְעַנְיָנִינוּ דְּנַתְבַּאָר דַּאָף הֵיכָא שְׂאוּמְרִים
עָלֵיו שְׁשׁוּתָה דְּבַר הָאָסוּר כְּמוֹ בְּנַתְנַסְפָּה יִינָה וְכַה"ג אַפ"ה אֲמַרוּ דְּשִׁתִּיקָה לֹא פְּהוּדָאָה
מִמָּשׁ א"כ ה"ה הֵיכָא דְּתוֹבַע מַחְבִּירוֹ גְּזַלְתַּנִּי וְכַה"ג אַף דְּהָוֵי דְּבַר הָאָסוּר וּמְגוֹנָה אַפ"ה
אֲמַרִּינוּ שְׁתִּיקָה לֹא פְּהוּדָאָה.

וְאִין סְבָרָא לְחִלְק דְּשַׂא"ה בְּנַתְנַסְפָּה יִינָה דְּבַעַת שְׂאָמְרוּ לוֹ פֶּן עֲדִינּוּ לֹא נַעֲשֶׂה הָאִיסוּר.
וְהָא דַּע"א אוֹמַר אֲכַלְתָּ חֵלֶב שַׂא"ה דְּמִיָּרִי בְּשׁוּגַג אָבֵל בְּמִזִּיד שְׂאֵנִי.

דַּאִין סְבָרָא לְחִלְק בִּינִיָּהֶם עַפ"ז דְּהָא כְּמוֹ דְּחִזְוִנּוּ בְּנַתְנַסְפָּה יִינָה וְכַה"ג דְּקִיָּמִי לְשִׁתִּי אוֹ
לְאֲכִילָה וְהָוֵי דְּבַר מְגוֹנָה דִּיאַכְל וְיִשְׁתֶּה דְּבַר הָאָסוּר אַפ"ה אֲמַרוּ בְּזַה דְּשִׁתִּיקָה לֹא
פְּהוּדָאָה מִמָּשׁ.

א"כ מִמִּילָא ה"ה בְּטַעֲנוּ גְּזַלְתַּנִּי אַף דְּהָוֵי דְּבַר מְגוֹנָה מ"מ לֹא הָוֵי שְׁתִּיקָה פְּהוּדָאָה מִמָּשׁ
וְאִין לְחִלְק בִּינִיָּהֶם פְּלִל. וְיַדְעַתִּי מַה דִּי"ל דַּאָף לְדַבְּרֵי הַט"ז הִלְזוּ יֵשׁ מְקוֹם לְחִלְק דְּשִׂאנִי
הֵיכָא דִּיעֲשֶׂה אִיסוּר לְהַבָּא לְפִי דְּבַרִּי הַעֵד דְּזַהוּ מְגוֹנָה בְּיֹוֹתֵר מִן מַה דְּתַבְּעוּ גְּזַלְתַּנִּי דְּמַה
שְׂעֵבַר עֵבַר.

וְמַשׁ"כ לְעִיל לְדַחֲוֹת זַה הַחֲזִילוּק ע"פ הָא דַּע"א אוֹמַר אֲכַלְתָּ דְּהָוֵי ג"כ עַנְיָן עֵבַר. דִּי"ל
דְּהֵתֵם גְּבִי ע"א אוֹמַר אֲכַלְתָּ חֵלֶב ג"כ הוּא עַנְיָן לְהַבָּא כְּמוֹ דְּאָמְרוּ בְּקִידוּשִׁין (דַּף ס"ו
ע"א) דַּאִי אֲשַׁמּוּעִינוּ קְמִיָּתָא דְּאֲכַלְתָּ חֵלֶב אֵי לֹא דְקִים לִיהַ בְּנַפְשִׁיהַ חוֹלִין בַּעֲזָרָה לֹא
הָוֵי מִיָּתִי כּו'.

אף באמת יש לדחות זה. ואין מן הצורך להאריך בזה פניו דנתבאר דאין לבנות יסוד ע"י קושיות הט"ז ואדרבה מוכח דאף גבי דבר איסור במידי דבר שתייה ואכילה כמו הא דנתבאר יינה ונטמאו טהרותיה דלא הוי שתיקה פהודאה ממש א"כ ה"ה הך דתבעו גזלתני ושתק מתחלה עד סופו ג"כ לא הוי שתיקה פהודאה ממש ואין לנו מקור לחלק ביניהם.

והא דב"מ (דף ל"ז) בתבעו גזלתני והוא שותק דאמרו בזה שתיקה פהודאה י"ל דשא"ה דהא מיירי התם דידוע דלאחד מהתובעים גזל בנודאי והספק הוא למי מהם גזל א"כ בכה"ג לא ה"ל לשתוק ולא שינה לומר בזה דלא חששתי להשיב וכעין הא דכתבתי לעיל סעי' ב' בסופו ע"פ הא דב"ק (דף צ"ו) וב"מ (דף ק') וע"פ הא דכתובות (דף י"ד).

ושיתט הטור בשם הר"י והב"י בשם הרמב"ן והרשב"א דזוקא בנתערב פסול בהמשפחה בזה אמרו שתיקה פהודאה וע"כ אף אם נשאת תצא וכמש"כ הב"שבי"ב סעי' ד' סוף ס"ק י"ב דבכה"ג הוי שתיקה פהודאה ממש וכמש"כ הבית מאיר שם.

והטעם הוא כמש"כ לעיל דכיון דהוי עכ"פ מקום לינת הספק ע"כ לא ה"ל לשתוק וה"ל לחוש להשיב בכה"ג וכמש"כ לעיל בארנפה. וע"כ ה"ה בהך דגזל מחמש ב"א ואינו יודע מאיזה מהם גזל פניו דיש לפנינו עכ"פ מקום לינת הספק ע"כ לא ה"ל לשתוק ולכן אמרו בזה שתיקה פהודאה ממש.

ועיין בשיטה מקובצת לב"מ שם. אבל היכא דלא הוי שום לינת הספק בזה שפיר י"ל דאף בתבעו גזלה וכה"ג ושותק דגם בזה אם שתק מתחלה עד סופו הדין הוא דשתיקה לא הוי פהודאה: והנה לעיל העירוטי בזה דכתובות (דף י"ד ע"ב) דאמרו דאם קרו ליה פסול ושתיק פסול משום דשתיקה פהודאה כמש"כ רש"י שם ואף דהכא אמרו דשתיקה לאו פהודאה.

וכתבתי לעיל לחלק בכמה חילוקים היינו דשאני פסול יוחסין דלא איבעי לשתוק שלא יוציאו לעז עליו ע"י שתיקתו. ויש להסביר זה ביותר לפי דברי הרמב"ד בהשגות להרמב"ם פ' י"ט ה' איסורי ביאה הל' כ"ב והובא בהרמ"א לאה"ע סי' ב' סעיף ד' דכ"ז בדורות הראשונים כו' ע"ש וקצרתי.

או דיש לחלק דאף דשתיקה לאו פהודאה ממש אבל רגלים לדבר הוי ואיתרע ליה עי"ז החזקת פשרות וכמש"כ לעיל. או לפי שיתט הסוברים דכ"ז במשפחה שנתערב בה פסול וכמש"כ לעיל.

וכעת ראיתי דאין שום ראיה כלל מהתם לנ"ד דהא בסוף הסוגיא דהתם מסקי דממזר וצונח חלל ושותק פסול והאי דאשתיק סבר מסתני' דלא מפקי ליה מקהל ופי' רש"י דאם יצונח יכריזו עליו וינודע פסולו כו'.

והתוס' שם ד"ה מסתני' דלא מפקי ליה מקהל כו' פתבו להקשות דמה צריך לה"ט לימא הא דשתיק משום דאדווי קא מודי דהא ממזר ושותק פסול משום דשתיקה פהודאה כו'. וי"ל דה"פ סבר מסתני' דלא מפקי ליה מקהל כו' וסבור אם יצונח יחזרו לברר הדבר ויפסלוהו וטעם זה שינה גם בממזר שותק לת"ק ולא נאמר דשתיקה פהודאה וכן פי' בקונטרס עכ"ל התוס'.

וְכַתֵּב הַמְהַרְשֵׁ"א שֵׁם לְפָרֵשׁ כְּוֹנְנָתָם דְּלַעֲלֵל גַּבֵּי מְמֹזֵר פְּשִׁיטָא לִיה לְתַלְמוּדָא ה"ט דְּוִדְאֵי
הוּא חָשׁ וּמוֹנֵעַ א"ע מְלַצְוֹן כְּדֵי שְׁלֵא יִתְבָּרַר וַיְהִי פְּסוּל מְקַהֵל יִשְׂרָאֵל אֲלֵא הֵכָא אֲפִילוּ
גַבֵּי פְּסוּל כְּהוֹנָה יֵשׁ לְחוּשׁ לְזָה שְׁהוּא מוֹנֵעַ עֲצָמוּ מְלַצְוֹן כּו' עכ"ל הַמְהַרְשֵׁ"א.

וְזָה לְשׁוֹן הַבֵּית מְאִיר בַּאֲה"ע סִי' ב' סְעִיף ד' וּמָה שְׁמַסִּינְיָמִי הַתּוֹס' סוּף ד"ה מְסַתִּינֵעַ וְלֹא
נֶאֱמַר דְּשִׁתִּיקָה כְּהוֹדָא דִּי"ל דְּלֹא נֶאֱמַר שְׁתִּיקָה כְּהוֹדָא בְּלִי טַעַם אֲלֵא מְטַעֲמָא מְדַחֲזִינָן
דְּמַתִּירָא פֶּן יִנּוֹדַע פְּסוּלוֹ בְּבִירוֹר ש"מ דְּאָמַת הוּא וְהוּי הוֹדָא דַּא"כ הָא רַש"י פִּי
בַּהַת"ק הַטַּעַם מְשׁוּם הוֹדָא וְלֹא מְקַשׁוּ עֲלֵיו וְע"ש בְּמַהַרְשֵׁ"א עכ"ל הַבֵּית מְאִיר: וְכֵן
כְּתֹב בְּשִׁיטָה מְקַוְפָצַת שֵׁם לְפָרֵשׁ לְדַבְרֵי הַתּוֹס' בּוּזָה"ל דַּלְכ"ע לֹא מִיפְסֵל בְּשִׁתִּיקָתוֹ מְטַעַם
הוֹדָא אִם לֹא שְׁיֵשׁ טַעַם לְפִנְסוּלוֹ מִחַמַּת שְׁתִּיקָתוֹ וְה"פ מְסַתִּינֵי דְלֹא מְפַקִּי לִיה מְקַהֵל פִּי
מְקַהֵל כְּהוֹנָה כּו' וְיֵרָא שְׁאֵם יִצְנוּחַ יִחְזָרוּ לְבָרַר הַדְּבָר וְיִנּוֹדַע פְּסוּלוֹ עכ"ל הַשֵּׁמ"ק.

וְהוּבָא בְּאַבְנֵי מְלוֹאִים סִי' ב' סְעִי' ד'. הָרִי לְהַדְיָא דְאַרְף בְּהָא דְקָרוּ לִיה פְּסוּל וְשִׁתִּיק דְּלֹא
אֲמַרִּינָן בְּזָה ג"כ דְּשִׁתִּיקָה כְּהוֹדָא רַק מְשׁוּם דְּיֵשׁ הוֹכְחָה מְשִׁתִּיקָתוֹ וַיֵּשׁ לָנוּ טַעַם לְפִנְסוּלוֹ
אֲבָל אִם לֹא הָיָה לָנוּ הוֹכְחָה וְטַעַם מְשִׁתִּיקָתוֹ אִזְ אֲמַרִּינָן גַּם בְּזָה דְּשִׁתִּיקָה לֹא הָיָה כְּהוֹדָא.

וְרֵאִיתִי בְּאַבְנֵי מְלוֹאִים שֵׁם דְּהַקְשָׁה ע"ז דְּהָא קִי"ל בְּכָל דְּוֹכְתִי דְּשִׁתִּיקָה כְּהוֹדָא אַע"ג
דְּאִין הוֹכְחָה מְשִׁתִּיקָתוֹ אֲלֵא מְשׁוּם דְּאָדָם נֶאֱמָן עַל עֲצָמוֹ. אֲבָל בְּאַמַּת אִין זָה קְשָׁה דְּהָא
מְבִנְיָר לְהַדְיָא הֵכָא דְּבִשְׁתִּיקָה מְתַחֲלָה עַד סוּפוֹ לֹא הָיָה שְׁתִּיקָה כְּהוֹדָא מְשׁוּם דִּי"ל לֹא
חָשַׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבָהּ.

וְהָא דִּי"ד סִי' קכ"ז בע"א נֶאֱמָן בְּאִיסוּרִין לְפִי מַש"כ דְּשֵׁם הַטַּעַם דַּע"י שְׁתִּיקָתוֹ הָיָה כְּמוֹ
רַגְלִים לְדְבָר וְאִיתְרַע לִיה הַחֲזָקָה. י"ל דְּשֵׁא"ה דְּהַעֲד הַעֲדִיד בְּתוֹרַת עֲדוּת אֲבָל הֵכָא דְּקָרוּ
לִיה פְּסוּל בְּדַרְךָ מְרִיבוֹת וּקְטָטוֹת לֹא הָיָה זָה אַף רַגְלִים לְדְבָר וְלֹא אִיתְרַע לִיה הַחֲזָקָה
כְּלָל.

וְע"כ הַנְּכַרְחוּ לֹאמַר בְּהָא דְּקָרוּ לִיה פְּסוּל וְשִׁתִּיק דְּמִיפְסֵל מְשׁוּם דְּיֵשׁ לָנוּ הוֹכְחָה וְטַעַם
מְשִׁתִּיקָתוֹ. וְהִנֵּה לְפִי שִׁיטַת הַר"ן בְּכַתְּוֹבוֹת שֵׁם דְּהוּבָא בְּרַמ"א לֵאחֵה"ע סִי' ב' סְעִיף ד'
שְׁכַתְּב דְּלֹא אֲמַרִּינָן שְׁתִּיקָה כְּהוֹדָא הַתָּם אַא"כ צוּנַח עַל פְּסוּל אַחַר אֲבָל אִם שׁוֹתֵק תְּמִיד
לֹא הָיָה כְּהוֹדָא.

מְשׁוּם דְּמַפְרָשׁ לְמָה דְּאֲמָרוּ שֵׁם מְמֹזֵר צוּנַח חָלָל וְשׁוֹתֵק דְּבַפְּסוּל מְמֹזֵר צוּנַח וּבַפְּסוּל חָלָל
שׁוֹתֵק אֲבָל אִם שׁוֹתֵק תְּמִיד לֹא הָיָה כְּהוֹדָא. וְהוּבָא שִׁיטָה זֹו בְּפִנְיָ הוֹשַׁע לְכַתְּוֹבוֹת שֵׁם
כְּתוֹס' ד"ה מְמֹזֵר צוּנַח כּו' וְכַתְּב דַּע"פ דְּבָרֵי הַר"ן מְתוֹרֵץ קוֹשְׁיוֹת הַתּוֹס' שֵׁם וְכַתְּב לְפָרֵשׁ
כֵּן בְּכוֹנְנַת רַש"י שֵׁם.

וְכ"כ בְּבִיאוֹר הַגָּר"א זצ"ל לֵאחֵה"ע סִי' ב' ס"ק כ"ג דְּגַם רַש"י ס"ל כְּהַר"ן וּבְזָה מְתוֹרֵץ
קוֹשְׁיוֹת הַתּוֹס' שֵׁם וְכַנ"ל. א"כ נִרְאֶה לְכַאוּרָה לְפִי שִׁיטָה זֹו דְּאַרְף בְּאִינוּ שׁוֹתֵק מְתַחֲלָה
עַד סוּפוֹ דְּגַם בְּכַה"ג לֹא הָיָה שְׁתִּיקָה כְּהוֹדָא רַק מְטַעֲמָא דְּיֵשׁ הוֹכְחָה וְטַעַם לְשִׁתִּיקָתוֹ
דְּסַבֵּר מְסַתִּינֵי דְלֹא מְפַקִּי לִיה מְקַהֵל וְאִם יִצְנוּחַ יִחְזָרוּ לְבָרַר הַדְּבָר בְּיוֹמֵר וְכַדְאֲמָרוּ בְּסוּף
הַסְּוֹגִיָא שֵׁם הָאִי טַעֲמָא.

אַף י"ל בְּזָה דְּאִם הָיָה בְּמַעֲמַד אַחַד דְּקָרוּ לִיה מְמֹזֵר וְצוּנַח חָלָל וְשׁוֹתֵק דְּבַכַּה"ג הָיָה
שְׁתִּיקָה כְּהוֹדָא אַף הֵיכָא דְּלֹא הָיָה הוֹכְחָה וְטַעַם. וְהָא דְּמַסְקִי בְּסוּגִיָא ה"ט דְּמַסְתִּינֵעַ.

הוא היכא דאם קורין לו ממזר מפבר הנה צונח ועכשיו דקרו ליה חלל שותק דבכה"ג בעינו הטעם דסבר מסתיני' כו'. וכן נראה מן דברי המהרי"ט לכתובות (דף י"ד) שכתב להוכיח בדברי הר"נ הלז מן הא דכתובות (דף צ"ה) דכתב לראשון ולא חתמה לו ולשני וחתמה לו איבדה פתובתה משום דאם איתא דנחת רוח עבדת לקמא איבעי לך למיעבד וה"ה בנה ע"ש במהרי"ט.

ולפי זה הדין נותן אף לפי שיטה זו דגם אם לא היא באותו מעמד אלא הנה פן בזמנים מחולקים דאם קרו ליה ממזר צונח ובפסול חלל שותק דגם בכה"ג ס"ל שתיקה פהודא. א"כ בעת דקרו ליה חלל שותק אז מתחלה עד סופו דהדין נותן דלא הוי שתיקה פהודא כה"ג ע"כ מסקי להטעם דסבר מסתיני' דלא מפקי ליה מקהל כו': ע"כ לכל השיטות מוכח מן הך סוגיא דאף היכא דקרו ליה פסול ושתיק לא הוי שתיקה פהודא אף דיש בנה חשש לעז ע"י שתיקתו אפ"ה י"ל דלא חשש להשיבו וע"כ הוכרחו להטעם דסבר מסתיני' דלא מפקי ליה מקהל וכמש"כ השמ"ק ובהבית מאיר בכוננת דברי התוס' ופ"ש הסוגיא.

א"כ אדרבה הוי סייעתא מן סוגיא זו למה דאמרו הכא דשתיקה לא הוי פהודא. ואף דהתם בכתובות דיש חשש דע"י שתיקתו יוציאו עליו לעז אפ"ה חזינו דאמרו שתיקה לא הוי פהודא א"כ ה"ה הכא.

וגם כש"כ דאף בממונא לא הוי שתיקה פהודא בשתק מתחלה עד סופו. ואין סברא לחלק בסברות דחוקות בנה: אמנם עיקר הסברא דאמרו התם בכתובות דשתיקה לא הוי פהודא רק דשא"ה דהוי הוכחה וטעם דסבר מסתיני' דלא מפקי ליה מקהל וחשש למצנח שפא יחזרו לברר פסולו ביותר וכמש"כ השמ"ק פנ"ל ובהבית מאיר.

דדבר זה צריך ביאור דכיון דחזינו הכא דס"ל דשתיקה לא הוי פהודא אף דיש שם חשש הוצאות לעז עליו מ"מ י"ל דלכן שתק משום דלא חש להשיבו [אף דהנה בדורות הראשונים וכמש"כ הרמב"ד והרמ"א שם].

א"כ ממילא אין לנו הוכחה וטעם במה דאמרו סבר מסתיני' ולכן לא צונח דשפא יחזרו לברר הדבר ביותר. דמנלן לנו דמה דשתק הנה זה משום ה"ט דסבר פן הא י"ל דלכן שתק משום דלא חשש להשיבו א"כ אין לנו הוכחה וטעם וע"כ עצם סברת הש"ס והתוס' מוקשה מאוד.

ואף דהאבני מלואים שם ס"ק ב' כתב לבאר זה לפי שיטת הח"מ דשתיקתו מהני להכשיר המשפחה. אבל לפי שיטת הב"ש שם ס"ק י"א וס"ק י"ב דשתיקתו לא מהני להכשיר המשפחה תקשה פן.

וגם עיקר דברי האבני מלואים אין לו הבנה כ"כ. וידעתי מה דיש לדחוק בכ"ז אבל באמת פ"ש הענין מוקשה בסברא ואין לזה הבנה כ"כ: ענף ד וע"כ נלע"ד לפרש פ"ש הסוגיא הלז והוא די"ל דעיקר הפלל שפתבו הכא דשתיקה לא הוי פהודא ש"כ לומר לא חששתי להשיבו וכמש"כ בבבאור הגר"א זצ"ל בס"ק י"ד להוכיח פן מן שבועות (דף ל"ח) ע"ש.

דיש לומר דעיקר הטעם הוא ע"פ מה דכתב האו"ת בכללי מיגו ס"ק ק"ט בפלוגתא הראשונים דהובא באה"ע סי' קנ"ב סעיף ו' דאשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני

נְאֻמַּת שְׁהִפָּה שְׁאָסַר כּו' וי"א דְּוָקָא פְּשָׁאוֹמְרַת פָּה בַּתכ"ד כּו' וְכַתְּבֵהּ הַב"ש שְׁם דְּלְדִיעָה קַמְיָתָא אֶפִּילוּ לְאַחַר כ"ד נְאֻמַּת לְפָרֵשׁ דְּבְרֵיהֶּ הֶרְאִישׁוּנִים כּו'.

וְהַעֲלָה הָאו"ת שְׁם דְּלְשִׁיטַת הַסּוּבְרִים פֶּן נְאֻמַּנִים בְּמִיגוֹ לְמַפְרַע לְפָרֵשׁ דְּבְרֵיו הֶרְאִישׁוּנִים וְכֵן הוּא שִׁיטַת הָרָא"ש וְרַש"י בְּכַתְּוֹבוֹת וְעֵינֵן בַּח"מ ס' קמ"ו סְעִיף י"ד וְהַדְּבָרִים אֲרֻנְפִין וְאִכְמ"ל. וְהִנֵּה לְפִי שִׁיטַת הַסּוּבְרִים דְּנֻאָמֵן בְּמִיגוֹ אֶפִּילוּ לְאַחַר כ"ד לְפָרֵשׁ דְּבְרֵיו הֶרְאִישׁוּנִים יֵשׁ לְהַסְבִּיר לַפ"ז דְּהָא דְּנֻאָמֵן לֹמַר דְּלִכּוֹן שְׁתַּקְמִי לְפִי דְּלֹא חֲשַׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיב דְּבִאֲמַת זְהוּ טַעְנָה גְרוּעַ אֶפִּילוּ מִיגוֹ דְּהִיָּה לֹו לְמַפְרַע לְהַכְחִישׁוֹ וְלֹמַר לְהַד"ם אוּ פְרַעְתִּי אִז בַּתכ"ד בַּעַת שְׁתַּבְּעוּ דְּנֻאָמֵן עַכְשָׁיו לְפָרֵשׁ לְמָה דְּשַׁתַּק לְמַפְרַע דְּנִסְתַּפְקִינוּ בְּכּוֹנֵנַת שְׁתִּיקַתוֹ אִם הִיָּה פְּהוּדָאָה אוּ דְּזִה הִיָּה מְשׁוּם דְּלֹא חֲשַׁשׁ לְהַשִּׁיבוּ דְּנֻאָמֵן ע"י הַמִּיגוֹ שְׁהִיָּה לֹו לְמַפְרַע לְפָרֵשׁ פְּנוֹנַת שְׁתִּיקַתוֹ דְּלִכּוֹן שְׁתַּק מְשׁוּם דְּלֹא חֲשַׁשׁ לְהַשִּׁיבוּ.

וְכִינּוּן דְּעֵיקַר נְאֻמַּנּוֹתוֹ לֹמַר דְּלֹא חֲשַׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבָהּ זְהוּ ע"י הַמִּיגוֹ דְּהִיָּה בְּיָדוֹ לְמַפְרַע לְהִיּוֹת צוּנֹחַ ע"כ אֲתִי שְׁפִיר בְּפְשִׁיטוֹת הֵךְ דְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף י"ד) דְּאָמְרוּ בְּהָא דְּקָרוּ לִי פְּסוּל וְשְׁתִּיק דְּמִפְּסָל מְשׁוּם דְּסַבְר מְסַתְּנִי דְּלֹא מְפָקִי לִי מְקַהֵל דְּחֲשַׁשׁ לְהִיּוֹת צוּנֹחַ דְּעִי"ז יְחַזְרוּ לְבַרְר הַדְּבָר בְּיֹוֹתֵר.

וְהַקְּשִׁיתִי דָּאִם נִימָא דְּלוּלִי זְהוּ לֹא הָוִי אָמְרוּ שְׁתִּיקָה פְּהוּדָאָה מְשׁוּם הַטַּעַם דְּלֹא חֲשַׁשׁ לְהַשִּׁיבוּ א"כ גַּם בְּהַטַּעַם דְּאָמְרוּ מְסַתְּנִי דְּלֹא מְפָקִי לִיָּה מְקַהֵל דְּעַדְדִּין אִינוּ מְסַפִּיק זְהוּ הַטַּעַם דְּהָא מְנַלֵּן הוּא דְּמָה דְּלֹא צוּנֹחַ הִיָּה מְפָנִי שְׁחַשַׁשׁ שְׁיַחְזְרוּ לְבַרְר הַדְּבָר בְּיֹוֹתֵר ע"י צְוּיָתוֹ הָא יֵשׁ לֹמַר דְּלִכּוֹן שְׁתַּק לְפִי דְּלֹא חֲשַׁשׁ לְהַשִּׁיבוּ וּמִוְקַמִּינֵן לִיָּה עַל חֲזַקַת פְּשָׁרוֹתוֹ וְאִין לְנוּ פַחַּ לְהוֹצִיאֵוּ עַל יְדֵי זְהוּ מְחַזְקַת פְּשָׁרוֹתוֹ וּמָה שְׁיֵשׁ לְדַחֲוֹק בְּזִה אִין רְצוּנִי לְהַאֲרִיף לְפִי שְׁאִין מְתַקְבֵּל עַל לְבִי פֶל פָּה.

אִכּוֹן לְפִי הָאֲמֹר אֲתִי שְׁפִיר בְּפְשִׁיטוֹת דְּכִינּוּן דְּעֵיקַר הַטַּעַם דְּשְׁתִּיקָה לָאוּ פְּהוּדָאָה מְשׁוּם דְּנֻאָמֵן לֹמַר לְפָרֵשׁ פְּנוֹנַת שְׁתִּיקַתוֹ דְּלִכּוֹן שְׁתַּק לְפִי דְּלֹא חֲשַׁשׁ לְהַשִּׁיבוּ בְּמִיגוֹ דָּאִי בְּעֵי הִיָּה מְכַחִישׁוּ מִיָּד.

ע"כ הִכָּא בְּקָרוּ לִיָּה פְּסוּל וְשְׁתַּק לֹא שְׁיִיף לְהַאֲמִינוּ בְּמִיגוֹ דָּאִי בְּעֵי הִיָּה צוּנֹחַ מִיָּד דִּי"ל דְּלִכּוֹן לֹא צוּנֹחַ מְשׁוּם דְּסַבְר מְסַתְּנִי דְּלֹא מְפָקִי לִיָּה מְקַהֵל וְהִיָּה מְתִיבָא שְׁאִם צוּנֹחַ יְחַזְרוּ לְבַרְר פְּסוּלוֹ בְּיֹוֹתֵר ע"כ יֹוֹתֵר טוֹב לֹו לְשַׁתְּוֹק וְכִינּוּן דְּבִטְעָנָה דְּהַאֲדָנָא טוֹב לֹו בְּיֹוֹתֵר מִן טַעְנַת מִיגוֹ ע"כ לֹא שְׁיִיף לְהַאֲמִינוּ בְּמִיגוֹ וְכַדְאֲמִרִינוּ בְּכֻלְלִי מִיגוֹ דְּהִיָּכָא דְּהַטַּעְנַת מִיגוֹ הָוִי גְרִיעוּתָא לִי מִן הַטַּעְנָה דְּטוֹעֵן עַכְשָׁיו דְּלֹא מְהִימְנִינוּ לִי בְּמִיגוֹ.

וּבִאֲמַת לְפִי שִׁיטַת הַתּוֹס' וְסִייעָתָם דַּס"ל דְּאֶפֶּי לְפָרֵשׁ דְּבְרֵיו לֹא מְהִימְנִינוּ לִי בְּמִיגוֹ לְמַפְרַע וְכַמְש"כ בַּאו"ת שְׁם. [וְעֵינֵן בְּתוֹס' פְּתוּבוֹת (דָּף כ"ב ע"א) ד"ה מְנִין לְהִפָּה שְׁאָסַר כּו' וּבְתוֹס' פְּתוּבוֹת (דָּף פ"ה) וּבב"ב (דָּף ל') בְּתוֹס' ד"ה לָאוּ קְמוּדִית כּו'.]

בַּע"כ מְוַכְרַח לְדַחֲוִי בְּפִשְׁט הַסּוּגְיָא דְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף י"ד) בְּמָה דְּאָמְרוּ מְסַתְּנִי דְּלֹא מְפָקִי לִי מְקַהֵל. אֲבָל לְפִי שִׁיטַת הַסּוּבְרִים דְּנֻאָמֵן בְּמִיגוֹ לְמַפְרַע לְפָרֵשׁ דְּבְרֵיו הֶרְאִישׁוּנִים פְּנ"ל אֲתִי שְׁפִיר פְּשִׁט הַסּוּגְיָא זֹו.

וְא"צ לְדַחֲוִי בְּפִשְׁט הַסּוּגְיָא וּבִאֲמַת יְהִיָּה מְזִה הַסּוּגְיָא סִייעָתָא לְשִׁיטַת הַסּוּבְרִים דְּנֻאָמֵן בְּמִיגוֹ לְמַפְרַע לְפָרֵשׁ לְדְבְרֵיו הֶרְאִישׁוּנִים: וְנִתְבָּאָר דְּאֲדַרְבָּה מְסוּגְיָא דְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף י"ד)

יהיה סייעתא דשתיקה לאו פהודאה דדוקא משום דאמרו סבר מסתני' דלא מפקי' לי מקהל כו' אבל לולי זה לא היה מיפסל.

וגם נתבאר דמוכח מסוגיא זו דעיקר הטעם דשתיקה לא הוי פהודאה הוא משום דנאמן במיגו שהיה לו למפרע לפרש לכוונת שתיקתו דלכן שתק לפי דלא חשש להשיבו. ואף דלפי שיטת הסוברים דאינו נאמן במיגו למפרע אף לפרש דבריו הראשונים ליפא למימר כן ובאמת לפי דבריהם יצטרף לפרש פירוש אחר בפשט הסוגיא הלז.

אבל לפי שיטת הסוברים דנאמן ע"ז אף במיגו למפרע ויהיה אתי שפיר פשט הסוגיא בפשיטות לפ"ז ע"כ שפיר י"ל כן. ואף בלא ראיה מןכרחת אפשר לומר ולהסביר למה דאמרו דשתיקה לאו פהודאה ונאמן לומר לא חששתי להשיבך דזהו מפני המיגו למפרע שהיה לו אז בעת שתיקתו אבל לא מפאת טענת עצמו ונפקא מינה מזה לכמו דיתבאר לקמן.

וגם אף דיהיה ספיקא מזה מ"מ פיון דאפשר לדון כן א"כ קשה להוציא ממון מן המוןזק היכא דתלוי בזה ובפרט דמן פשט הסוגיא דכתובות הלז נראה כן בפשטות. והא דיו"ד סי' קכ"ז סעי' א' דע"א נאמן באיסורין היכא דהבע"ד שותק ולא מהימן לומר דשתקתי ע"י המיגו למפרע דהיה לו אז להכחישו היינו משום דכיון דהאמינתו התורה לע"א במקום דשותק הבע"ד דהוי רגלים לדבר כנ"ל.

ונגד ע"א במקום דנאמן מה"ת ה"ה פשנים לא מהני מיגו נגדו דה"ל כמו מיגו במקום עדים דלא אמרינו וכמש"כ לעיל בחידושי לסי' הלז סעי' ב' בארנפה מזה. ואדרבה עפ"ז יש ליישב קושיות הט"ז ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק ב' במה שהקשה דמפני מה בממון אמרינו בסי' פ"א דשתיקה לא הוי פהודאה ואלו באיסורין אמרינו דשתיקה פהודאה.

אכן לפי מה דנתבאר דיש לדון לפי הסוברים דנאמן במיגו למפרע לפרש כוונת שתיקתו כו' אבל לא מפאת טענת עצמו. א"כ א"ש בפשיטות הא דאמרו הכא בממון דנאמן לומר דשתקתי לפי דלא חששתי להשיבך דזהו ע"י המיגו למפרע.

אבל התם בע"א נאמן באיסורין פיון דהתורה הימני' ה"ל ע"א כמו ב' עדים דאינו נאמן במיגו נגדם וה"ה דאינו נאמן במיגו להכחיש להע"א פיון דא"נ בטענת עצמו נגדו. כן י"ל לפי שיטה זו.

אף פכר נתבאר בל"ז דאינו קשה לקושיות הט"ז הלז. והא דכתב המרדכי בסנהדרין פ"ג והובא לעיל בסמ"ע ס"ק ח' דאפילו ליפא עדים על שתיקתו אם מודה שכן היה א"נ במיגו שא"ה דשם הוי השתיקה פהודאה ממש וכמש"כ בחידושי שם.

אבל במק"א שפיר יש לדון דהא דאמרו שתיקה לאו פהודאה דמי דזהו מהצד מיגו למפרע כנ"ל: ענף ה' ובעיקר דברי המחבר דמחלק דדוקא בשתק לבסוף בעת שאמר התובע אתם עידי בזה אמרו שתיקה פהודאה פיון דמתחלה לא שתק אלא אמר הן אבל בשתק מתחלה עד סופו בכה"ג לא הוי שתיקה פהודאה וכ"כ הטור והבעה"ת.

יש לדון בזה הרבה והוא דהנה הט"ז לעיל סעי' ב' פתב דהמרדכי פ' ז"ב לא ס"ל כן וכ"כ האו"ת לעיל בס"ק ט'. ובאמת מצינו כעין חילוק הלז בכתובות (דף י"ד ע"ב)

בממזר צונח חלל שותק כו' דכתב הר"נ בשם שיטה אחת דמפרשי דכוננת הגמ' הוא דכשצונח על פסול אחר ושותק בהאי מוכח דהאמת הוא פן כו' והובא שיטה זו באה"ע סי' ב' סעי' ד' בשם י"א דלא אמרינן שתיקה פהודאה אא"כ צונח על פסול אחר אבל אם שותק תמיד לא הוי פהודאה עכ"ל.

והפני הושע בכתובות שם פתב דע"פ דברי הר"נ מיןשב קושיות התוס' שם בד"ה ממזר כו' וכ"כ בבבאור הגר"א זצ"ל ס"ק כ"ג דכ"כ רש"י ועפ"ז מתנרץ קושיות התוס' הלזו. ונגידון דידן עדיף מן נידון דהתם דהא שם מניירי אף דלא צונח באותו מעמד רק דצונח בזמן אחר כשקורין לו ממזר.

אבל אם צונח בזמן אחר ובאותו הזמן פעת שותק מתחלה עד סופו גם בזה אמרינן שתיקה פהודאה. רק אם שותק תמיד לא הוי פהודאה וכמש"כ המהרי"ט לחזק זה ע"פ הרא"י מכתובות (דף צ"ה) דכתב לראשון ולא חתמה כו' ע"ש.

ואלו הכא הא מתחלה באותו המעמד א"ל הן ואח"ז פעת שאמר התובע אתם עידי שתק בזה הסברא נוטה יותר דנימא שתיקה פהודאה פיון דגילה דעתו דחושש לדברי התובע ומשיב לו ע"כ לא ה"ל לשתוק גם בסוף.

וכן משמע הכא דאף אם במעמד אחר נרכו שלא לשתוק אם תובעין ממון ממנו רק באותו המעמד דכעת שתק מתחלה עד סופו דבזה לא אמרינן שתיקה פהודאה. ובאמת יש לחלק בין הא דכתובות להנידון דמבאר הכא בח"מ גבי ממון בחילוקים הרבה וקצרתיו: ונלע"ד להוכיח מן התוס' והרא"ש דס"ל דאין לחלק בין שתק מתחלה עד סופו לשתק בסוף ולא שתק בתחלה.

הוא דהתוס' בב"ב (דף ס"ב ע"א) בד"ה מודה רבכו' פתבו פ"י בקונטרס קודם ששתק משמע דבשתק מודה להו אע"ג דלקמן שתק רבה לאפני אע"ג דלא הודה לו אלא שלא חש להשיבו הכא ליכא למימר הכי כו' וברוב מקומות רב מודה פשתק להם בפ"ק דב"ק.

גבי אין שמין כו' ובפ"ק דביצה (דף ו') גבי אפרוח שנולד ביו"ט דא"ל רב פהנא ורב אסי לרב וכי מה בין זה לעגל שנולד מן הטריפה ושתיק רב א' רב יוסף מ"ט שתיק רב לימא להו הואיל ומוכן אגב אמו לכלבים וכן בפ' איזהו נשך (דף ס"ט) גבי ספינה כו' משמע בכל הנהו דלא מפני שלא חש להשיבו שתק אלא מפני שהודה עכ"ל התוס'.

וכ"כ הרא"ש שם בב"ב פ"ד סי' ב' דהוכיח מפל המקומות הללו וכן מהא דביצה (דף ו') דא"ל רב פהנא ורב אסי לרב וכי מה בין זה לעגל שנולד ביו"ט מן הטריפה שתיק רב א' רב יוסף מ"ט שתיק רב לימא להו הואיל ומוכן אגב אמו לכלבים ואי שתק משום דלא חש להשיבם א"כ מאי בעי רב יוסף מ"ט שתיק רב כו' אלמא שלא שתק רב מפני שלא חש להשיבם עכ"ל.

וע"פ אלו הראיות פסק הרא"ש לדינא שם כרב פהנא ורב אסי דיקנה פנגד ראש תור משום דשתק רב דמוכח מפל הראיות הללו דאמרינן דשתיקת רב הוא פהודאה ולא מפני דלא חש להשיבו וכמש"כ התוס' והרשב"ם שם.

וכן פתב הרמב"ן בחי' לב"ב שם דיש מביאין ראיה דשתיקה פהודאה דמי מדאמרו
בכה"ג במציעא א' רב ספינה אגרה ופגרה כו' ושתיק רב ומקשה רב יוסף מ"ט שתיק רב
ש"מ הא דשתיק משום דאודי להו ולא משום דלא חש להו וכן במסכת ביצה גבי אפרוח
וכו' אמרינן הכי כו' עכ"ל הרמב"ן.

וכל הראיות הללו הובאו בבבאור הגר"א זצ"ל בח"מ סי' רי"ט סעי' ג' ס"ק ד' והזכיר
ג"כ לראיותם מן ביצה (דף ו') הנ"ל ע"ש. ועיין בחוות יאיר סי' קנ"ב: וזה לשון הגמ'
בביצה (דף ו') אפרוח שנולד ביו"ט רב א' אסור כו' א"ל רב פהנא ורב אסי לרב וכי מה
בין זה לעגל שנולד ביו"ט א"ל הואיל ומוכן אגב אמו בשחיטה ומה בין זה לעגל שנולד
מן הטריפה שתיק רב אמר רב יוסף כו' מ"ט שתיק רב לימא להו הואיל ומוכן אגב אמו
לקלבים עכ"ל הגמ'.

והנה לפי מה דמצינו ה"כא בח"מ דאמרו לפירוש להא דאי' בסנהדרין (דף כ"ט) דאמר רב
יהודה א' רב צריף שייאמר אתם עידי ל"ש א' לנה ול"ש א' מלנה ושתיק לנה. דדוקא
באמר הלנה מתחלה הן אבל בשתיק מתחלה עד סופו יכול לומר לא חששתי להשיבך
ולא הוי שתיקה פהודאה.

אלא היכא דחזינו דהשיב לו בתחלה אינו יכול לומר לא חששתי להשיבך פיון דחזינו
דחשש להשיבו מתחלה א"כ מפני מה נשתנה דעתו בסופו ע"כ לא מהימן לומר פן
נדנינו בזה דשתיקה פהודאה.

א"כ לפ"ז אין מקום לההוכחה שכתבו התוס' והרא"ש והרמב"ן להוכיח דלא נימא דמה
דשתיק רב הנה מפני דלא חשש להשיבם דא"כ איך אמרו בביצה מ"ט שתיק רב כו' דהא
י"ל דשתיק מפני דלא חש להשיבם כו' פן הוא קוטב ראיותם מהא דביצה דגם הא דביצה
הוא בחשבון הראיות דהביאו שם.

והא יש לחלק בפשיטות דשאני היכא דשתיק רב ולא השיב להם פלל מתחלה עד סופו
בזה עדיין י"ל דשתיקתו לא הוי פהודאה רק דלא חש להשיבם פלל משא"כ התם בביצה
דחזינו דבאותו מעמד השיב להם על קושיותם דמה בין זה לעגל שנולד ביו"ט ותיירן
להם זה הקושיא א"כ מפני מה נשתנה דעתו אז תיכף אח"ז ולא השיבם יותר ע"כ מוכח
דמה דשתיק זהו משום דהודה להם אבל היכא דמצינו דשתיק רב מתחלה עד סופו באותו
מעמד עדיין י"ל דשתיקתו לא הוי פהודאה.

ומדחזינו דכל הראשונים הללו לא נחתו לחלק פן מוכח דס"ל מצד הסברא דאם נימא
דמה דשתיק זהו משום דלא חשש להשיבם א"כ ה"ה אף היכא דהשיב מתחלה ג"כ י"ל
דלכן שתיק בסופו משום דלא חשש להשיבם ביותר וע"כ הוכיחו שפיר גם ע"פ ראיותם
מהך דביצה.

ולפ"ז י"ל דה"ה בהך דסנהדרין (דף כ"ט) דאמרו דבאמר המלנה אתם עדי ושתיק לנה
דחייב דממילא מוכח מזה דה"ה בשתיק הלנה מתחלה עד סופו דג"כ הוי שתיקה פהודאה
דאי נימא בכה"ג שתיקה לא הוי פהודאה משום דלא חשש להשיבו א"כ לפ"ז י"ל פן גם
היכא דהשיבו מתחלה וא"ל הן דעדיין יכול לומר משטה ומה דשתיק בסופו בעת שאמר

אתם עדי לא חשש להשיבו ביותר דהא לשיטתם מוכח דלא מחלקים בכה"ג בין שתק מתחלה עד סופו לשתק בסופו ולא בתחלה.

וע"כ מוכח לומר לפי שיטתם דיסברו דלכו אמרו הכא בסנהדרין דאם אמר המלנה אתם עדי ושתק לנה דחייב משום דהיכא דתבעו וא"ל אתם עדי לא ה"ל לשתוק ולא שינוי בכה"ג לומר לא חששתי להשיבך א"כ ה"ה אף בשתק בנה מתחלה עד סופו ג"כ הדין הוא דשתיקה פהודאה דלא ה"ל לשתוק בכה"ג א"כ מוכח מן התוס' והרא"ש והרמב"ן דהדין הוא דאף בשתק מתחלה עד סופו דשתיקה הוי פהודאה וכמש"כ הט"ז והאו"ת בכוננת המרדכי דפ"ג דסנהדרין פנ"ל: ואפשר לחלק דשאני התם בהך דביצה דאף דחזינו דלא שתק רב מתחלה ותיגרץ להם על מה שהקשו לו וכי מה בין זה לעגל שנולד ביו"ט עכ"ז י"ל דמה ששתק לבסוף הנה זה מפני דלא חש להשיב ביותר משום דקושיא הראשונה שהקשו לו הנה נראה לכאורה כמו קושיא אלימתא וע"כ חשש להשיבם משא"כ קושיא השנייה לא הנה נראה לו דיהנה זה כמו קושיא אלימתא ע"כ לא חשש להשיבם ביותר.

משא"כ הכא דמייירינו בתביעת ממון יש לחלק שפיר בין שתק מתחלה עד סופו להיכא דשתק רק בסופו וע"כ עדיין י"ל דאינו הוכחה כ"כ לומר דכל הנה ראשונים יחלקו על מה דכתבו הכא הטוש"ע בלא חולק ע"ז פלל: וכן בעיקר ראיותם מהך דביצה אפשר לחלק די"ל דהיכא דלא הקשו לרב אינה קושיא על מה שאמר לדינא רק חלקו עליו בנה י"ל דלא חשש להשיבם.

אבל היכא שהקשו לרב אינה קושיא על מה שאמר בנה י"ל דבכה"ג שפיר הנה לו לחוש ולהשיבם והתם בביצה דהקשו לו בלשון קושיא וכי מה בין זה לעגל שנולד מן הטריפה ע"כ שפיר הוכיחו דמדשתק רב ש"מ דהודה להם ולא הנה לו תירוץ מספיק על קושיתם.

וכן יש לדון עפ"ז במה שהוכיחו הראשונים מן ב"מ (דף ס"ט) דשתק רב התם במה שהקשו לו אי אגרא לא פגרא כו' די"ל דשא"ה פיון דהקשו לו בלשון קושיא ה"ל להשיבם. אף פיון דהראשונים לא נחתו לחלק פן ע"כ אין לנו לחלק פן מסברא ושפיר הוכיחו הראשונים בראיותם מן הך דביצה וב"מ ה"ל.

ועכ"ז נלע"ד להוכיח מן התוס' וכל הראשונים הללו דלא ס"ל להחילוק של הטוש"ע דאם הנה ס"ל לחלק פן א"כ אין מקום להוכיח מהא די"ל דשתק רב משום דלא חש להשיבם דהא י"ל ולחלק דשא"ה בביצה פיון דחזינו דשקיל וטרי רב עמהם באותו ענין א"כ אמאי שתיק רב לאח"ז תיכף באותו המשא ומתן עמהם וע"כ אמרו שם דמדשתיק ש"מ דהודה להם ומנלן להו להוכיח משם עכ"פ פיון די"ל פן.

וע"כ מוכח כמש"כ דהנה ראשונים לא ס"ל דיש מקום לחלק פן: ענה ונלע"ד להוכיח בהוכחה אחרת דהתוס' והרא"ש יסברו דאף בשתק לנה מתחלה עד סופו בעת שתבעו המלנה ואמר אתם עדי דחייב.

ונה לשון התוס' גיטין (דף י"ד ע"א) ד"ה ולא פש גבי כו' פר"ח וכן ר"ת שהיה בע"ד מודים כו' דמנפשי' א"נ לומר טעיתי אע"ג דאית לי מיגו דפרעתי וכן משמע מהא

דְּשָׁבוּעוֹת (דָּף ל"ח) מְנַה לִי בְּיַדְּךָ א"ל הֵן לְמַחֵר א"ל תְּנֵהוּ לִי אִם אָמַר נִתְּתִיו פְּטוֹר אֵין לְךָ בְּיַדִּי חַיִּיב וּמְפָרֵשׁ טַעְמָא בַּפ"ק דַּב"ב מִשּׁוּם דְּכָל הָאוֹמֵר לֹא לְוִיתִי פְּאוֹמֵר לֹא פְּרַעַתִּי וְאִמְאִי לֹא מְהִימֵן לֹאמֵר אֵין לְךָ בְּיַדִּי שְׁטַעְיֵתִי שְׁהִיִּתִי סְבוּר לְהִיּוֹת חַיִּיב וְאִינִי חַיִּיב מִיגֹו דְּאִי בְּעֵי אָמַר פְּרַעַתִּי אֱלָא מִשְׁמַע דְּבְמִיגֹו לֹא מְהִימֵן לֹאמֵר שְׁטַעְיָה עַכ"ל הַתּוֹס'.

וְכ"כ הָרֵא"ש שָׁם סִי י"ז שֶׁהֵבִיא רֵאִי זֶה וְכֵן הֵר"נ שָׁם הֵבִיא לְרֵאָל' זֶה וְכֵן רֵאִיתִי בְּמַרְדְּכִי סַפ"ק דְּגִיטִין שְׁפַתְבָּ ג"כ רֵאִי זֶה. וְכ"כ הַמְרָדְכִי בַּב"ב פ' חֲזַקְתָּ הַבְּתִים סִי תַק"כ"ד בְּשֵׁם הֵר"ת וּר"ח שֶׁהֵבִיאוּ רֵאִי זֶה מִן פ' שְׁבוּעַת הַדִּינִין כַּנ"ל.

וְהַשָּׁ"ף בַּח"מ סִי פ"א ס"ק ס' כְּתִב לְדַחֹת רֵאָה זֶה דְּהָא י"ל בְּאַמַּת דְּאִם טוֹעֵן טַעְיֵתִי נֶאֱמַן בְּמִיגֹו דְּפְרַעַתִּי אֲבָל הֵתֵם בְּשְׁבוּעוֹת מִיַּגְרִי דְּאִינוּ מְפָרֵשׁ דְּבָרֵיו לֹאמֵר טַעְיֵתִירַק אֹמֵר לְהַדָּם ע"כ אִינוּ נֶאֱמָן.

וּבְאַמַּת זֶהוּ תִימָא רַבְתִּי עַל הַתּוֹס' וְהָרֵא"ש וְהֵר"נ וְהַמְרָדְכִי שְׁפַתְבוּ רֵאִי זֶה דְּהָא פְּשׁוּט דִּישׁ לְדַחֹת זֶה הָרֵאָל' וְכַמְש"כ הַשָּׁ"ף: וְע"כ נִלְע"ד בְּכַוֵּנַת הַתּוֹס' וְהָרֵאָשׁוּנִים הִלְלוּ בְּהַקְדָּם מִשְׁכ"כ הַגְּר"א זצ"ל פֶּאן בַּס"ק י"ד עַל מִשְׁכ"כ הַמְחַבֵּר דְּבִשְׁתַּק מִתְחַלְּהָ עַד סוּף לֹא הָוִי שְׁתִּיקָה כְּהוֹדָאָה דְּהֵבִיא רֵאִי לְזֶה מְהָא דְּשְׁבוּעוֹת (ד' ל"ח) א"ל מְנַה כּו' א"ל הֵן דְּלַכְאוּרָה הֵן זֶה אִינוּ מוֹעִיל דְּבִלָּא אַתָּם עַדִּי אִינוּ פְּלוּם וּבְאַתָּם עַדִּי אֲפִילוּ שְׁתִּיקָה מְהֵנִי עַכ"ל בְּיֵאוּר הַגְּר"א זצ"ל.

וּבְאַמַּת זֶהוּ רֵאִי אֵלִימְתָא לְמָה דְּאָמְרוּ הֵכָא דְּבִשְׁתַּק מִתְחַלְּהָ עַד סוּפוּ אִינוּ חַיִּיב דַּא"ל"כ ל"ל לְמַתְנֵי וְאָמַר הֵן הָא אַף בְּשַׁתְּמָ חַיִּיב וְע"כ מוֹכַח דְּבִשְׁתַּק מִתְחַלְּהָ עַד סוּפוּ פְּטוֹר אִם הוֹדָה שְׁלֹא בַּב"ד רַק בְּעֵדִים כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ כְּנָעַן בְּמִשְׁנֵי שְׁמֵי הַגִּיטָא א"ל בְּפִנֵּי עֵדִים וְהוּבָא בְּפִלְפּוּלָא חֲרִיפְתָא בְּשְׁבוּעוֹת פ"ו ס"ק כ"ה וְכַדְאָמְרוּ בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"א) עֲלָה דְּמְנָה לִי בְּיַדְּךָ וְהָא הֵכָא כְּמֵאן דְּתַבְּעִי בְּעֵדִים כּו'.

מִשּׁוּם דְּאִם הִיָּה זֶה בְּפִנֵּי ב"ד אַף בְּשַׁתְּמָ חַיִּיב כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ כְּנָעַן בְּסִי פ' בְּהַרְמ"א. וּבְאַמַּת תַּקְשָׁה זֶה עַל שְׁיִטַּת הַמְרָדְכִי בַּפ"ק זֶה בּוֹרֵר שְׁפַתְבָּ הַט"ז לְעִיל סַעִי ב' דַּס"ל דְּאַף בְּשַׁתְּמָ מִתְחַלְּהָ עַד סוּפוּ חַיִּיב וְכַמְש"כ כֵּן הָאוֹ"ת שָׁם ס"ק ט' בְּכַוֵּנַת הַמְרָדְכִי הַלְז'.

דְּתַקְשָׁה לַפ"ז דַּל"ל לְמַתְנֵי בְּשְׁבוּעוֹת דַּא"ל הֵן הָא אַף בְּשַׁתְּמָ חַיִּיב וְזֶה צָרִיף עִיוֹן: וְהַנִּלְע"ד לְתַרְזַן לְדַבְרֵי הַמְרָדְכִי וְהוּא דִּי"ל דְּהַמְרָדְכִי אֲזִיל לְשִׁיטְתוֹ דְּהָא הִבְאֵתִי לְעִיל בְּשֵׁם הַמְרָדְכִי סַפ"ק דְּגִיטִין וּבַפ' חֲזַקְתָּ הַבְּתִים דְּפִי לְהַף דְּשְׁבוּעוֹת דְּמְנָה לִי בְּיַדְּךָ כּו' אֵין לְךָ בְּיַדִּי חַיִּיב דְּאוֹמֵר טַעְיֵתִי וְנִזְכַּרְתִּי שְׁאִינִי חַיִּיב לְךָ וְאַף שְׁיֵשׁ לוֹ מִיגֹו דְּפְרַעַתִּי אַפְ"ה חַיִּיב מִשּׁוּם דְּלֹא מְהֵנִי מִיגֹו דַּה"ל כְּמוֹ מִיגֹו בְּמִקּוּם עֵדִים וְאַנֵּן סְהַדִּי דְּאִם הִי אֲפֹשֶׁר לְמַטְעִי לֹא הָוִי מִשְׁעַבְדַּ נְפִשִׁי לְפִנֵּי עֵדִים וְכַמְבִּנְאָר טַעַם סְבָרַת שְׁיֵטָה זֶה בַּסִּי פ"א וּבַשָּׁ"ף ס"ק סָמ"ף.

ע"כ אָמְרוּ שָׁם דַּא"ל הֵן מִשּׁוּם דְּבִשְׁתַּק אַף דְּשְׁתִּיקָה הָוִי כְּהוֹדָאָה לְשִׁיטַת הַמְרָדְכִי וְלֹא מְהֵנִי גַם מִיגֹו בְּזֶה וְכַמְש"כ הַסַּמ"ע לְעִיל ס"ק ח' בְּשֵׁם הַמְרָדְכִי. הִינְנוּ דְּנוֹקָא הֵכָא דְּטוֹעֵן לֹא חֲשַׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבָה וְשַׁעֲשָׂה כֵּן שְׁלֹא לְהַכְעִיסוּ כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ כְּנָעַן שָׁם דְּבִזְזָה הָוִי שְׁתִּיקָה כְּהוֹדָאָה מִמֶּנִּי.

אָבֵל הֵיכָא דְטוֹעֵן טְעִיתִי בְּזֶה וְנֹדָאֵי נְאָמֵן לֹמַר טְעִיתִי בְּזֶה וְשִׁשְׁתִּיקְתִּי וְעַכְשָׁיו נִזְפָּרְתִּי וְשִׁשְׁתִּיקְתִּי חֲזִיב וְנֹדָאֵי בְּהוּדָה בְּפִי מִמֶּשׁ לִפְנֵי עֵדִים בְּזֶה ס"ל לְהִנָּה פּוֹסְקִים דְּאִינוּ נְאָמֵן בְּמִיגוּ מִשּׁוּם דְּהוּי כְּמוֹ אֲנִי סְהַדֵּי דְלֹא הָיָה מְשַׁעְבֵּד נִפְשִׁיהָ בְּפִנֵּי עֵדִים כְּמִבְּנֹאֵר שָׁם הִטְעַם.

אָבֵל בְּשִׁתְּמָא כִּינֵן דְּלֹא שִׁיעֵבֵד נִפְשִׁי בְּפִירוּשׁ שְׁפִיר י"ל דְּנְאָמֵן לֹמַר טְעִיתִי בְּמָה וְשִׁשְׁתִּיקְתִּי דְּרֵאִיתִי לְהִתְיַשֵּׁב בְּדָבָר וְלִזְפָּר הָאֲמַת וְלִכְּנֵן שִׁתְּמִיתִי אַז. וְעוֹד דִּי"ל דְּאָף הֵיכָא דְּאִין לֹא מִיגוּ ג"כ נְאָמֵן לֹמַר דְּבַעַת שִׁשְׁתִּיקְתִּי רֵאִיתִי לְהִתְיַשֵּׁב וְלִזְפָּר הָאֲמַת וְכְּמִבְּנֹאֵר בִּי"ד סִי' קכ"ז סֵעִי' ב' גְּבִי ע"א נְאָמֵן בְּאִיסוּרִין אִם שׁוֹתֵק הִבְע"ד דְּאִם אֹמַר הִבְע"ד עַכְשָׁיו דְּמָה וְשִׁשְׁתִּיקְתִּי תַחֲלָה הָיָה בְּשִׁבִיל לְהִתְיַשֵּׁב וְלִזְפָּר הָאֲמַת דְּנְאָמֵן.

וכ"כ הִשְׁ"ף הֵכָא בִּס"ק י"ז בְּשֵׁם פְּסָקֵי רַקְנֻטֵי וְהֵרִיא"ז דְּשִׁתִּיקָה כְּהוּדָאָה דְּמִי וְכָל הֵיכָא דְּיֵשׁ לְתַלּוּת שִׁתִּיקְתּוּ בְּעֵבֹר שִׁחְשָׁב בְּלַבּוֹ כו' דְּנְאָמֵן וְכ"כ בְּהִגָּהַת אֲשָׁרֵי וְיֵשׁ סַעַד לְזֶה מִן ב"מ (דָּף ל"ז) כו' עכ"ל הִשְׁ"ף.

וּבְאֲמַת ה"ל לְהִשְׁ"ף לְצִינֵן ג"כ לְהָא דִּי"ד סִי' קכ"ז דְּמִבְּנֹאֵר לְהִדְיָא כֵּן וּמְקוּרוֹ הוּא מִן הָרֵא"ש לְגִיטִין פ"ה סִי' ח' בְּשֵׁם הֵרִיצַב"א שִׁכְתָּב לְהוֹכִיחַ כֵּן מְהָא דב"מ (דָּף ל"ז) דְּשִׁתִּיקָה לֹא הָיָה כְּהוּדָאָה מִשּׁוּם דְּמִימַר אֹמַר אָכַל חַד וְחַד אֲמִינָא דִּילְמָא הָאֵי הוּא.

וְהוּבָא בְּבֵית יוֹסֵף לִי"ד שָׁם. וְאָף דבב"מ שָׁם יֵשׁ פְּלוּגְתָא בְּזֶה וּמִשְׁמַע שָׁם דִּמ"ד הִלָּה צוּנָה אָבֵל שִׁתִּיקָה כְּהוּדָאָה דְּמִי וְלֹא מְהִי הָף אֲמַתְלָא.

וְהֵרִיטְב"א בְּחִי' לִב"מ שָׁם כְּתָב דְּהוּי סְפִיקָא כְּמֵאן מִן הִנָּה אֲמוּרָאֵי הִילְכְתָא. עכ"ז י"ל דְּדוּקָא הֵתָם דְּאֹמַר גַּם עַכְשָׁיו אִינִי יוֹדַע בְּזֶה פְּלִיגִי אֲמוּרָאֵי אִם מְהִי אֲמַתְלָא זֹו דְּהָא חֲזִינֵן דְּגַם עַכְשָׁיו לֹא נִזְפָּר הָאֲמַת אָבֵל הֵיכָא דְּאֹמַר עַכְשָׁיו נִזְפָּרְתִּי אֵת הָאֲמַת שְׁפִיר כְּתָבוּ דְּנְאָמֵן לֹמַר רֵאִיתִי לְהִתְיַשֵּׁב וְלִזְפָּר הָאֲמַת מִשּׁוּם דְּאִין לְנוּ לְהִרְבּוֹת בְּמַחְלֻקָתָא בֵּין הִנָּה אֲמוּרָאֵי דְּשָׁם וְשְׁפִיר כְּתָב הָרֵא"ש בְּשֵׁם הֵרִיצַב"א שְׁהוֹכִיחַ כֵּן מִן הָא דב"מ.

וְעִינֵן בְּאוּ"ת סִי' פ' ס"ק ג' וְהֵעֵיקַר כְּמִש"כ ב"ה: וְע"כ הִדִּין וְהִסְבְּרָא נוֹתְנָת דְּהֵיכָא דְּטוֹעֵן גַּם הֵכָא בְּעִנֵּן מְמוֹן דְּמָה וְשִׁשְׁתִּיקְתִּי תַחֲלָה הָיָה זֶה בְּטָעוּת וְנִזְפָּרְתִּי עַכְשָׁיו אֵת הָאֲמַת דְּאִינִי חֲזִיב דְּנֹדָאֵי נְאָמֵן וְכִש"כ הֵיכָא דְּיֵשׁ לֹא מִיגוּ דְּפָרְעִיתִי דְּהָא חֲזִינֵן דְּכִמְהָ פּוֹסְקִים ס"ל דְּאָף בְּהוּדָה בְּפִי מִמֶּשׁ לִפְנֵי עֵדִים נְאָמֵן לֹמַר טְעִיתִי בְּמִיגוּ דְּפָרְעִיתִי א"כ הֵיכָא דְּשִׁתְּמָא מִתַּחֲלָה עַד סוּפוֹ הִדִּין נוֹתֵן דְּכ"ע מוֹדוֹ דְּנְאָמֵן לֹמַר טְעִיתִי בְּמִיגוּ דְּפָרְעִיתִי וּבְכַרְט לְפִי מָה דְּנִתְבָּאָר ע"פ הָא דִּי"ד דְּכַה"ג ה"ל טְעַנְתָּ עֲצָמוֹ וְנְאָמֵן אָף בְּלֹא מִיגוּ.

וְע"כ אֲתִי שְׁפִיר מָה דְּתַנִּינֵן בְּמִשְׁנָה א"ל הֵן מִשּׁוּם דְּבְאֲמַת הֵיכָא דְּשִׁתְּמָא וְטוֹעֵן לֹא חֲשִׁשְׁתִּי לְהִשְׁבִּיבֵי ג"כ א"נ אָף דְּיֵשׁ לֹא מִיגוּ וְכִמִּש"כ הִמְרָדְכִי בִּפ"ג דְּסִנְהֶדְרִין דְּגַם מִיגוּ לֹא מְהִי בְּכַה"ג דְּלִגְבִי זֶה ה"ל שִׁתִּיקָה כְּהוּדָאָה מִמֶּשׁ וְה"ל כְּמוֹ מִיגוּ בְּמִקּוּם עֵדִים וְאֲנִי סְהַדֵּי כְּנ"ל.

אָבֵל כִּינֵן דְּהִמְשָׁנָה מִיָּרִי גַם בְּטוֹעֵן טְעִיתִי וְכִמוֹ דְּפִירוּשׁ הִמְרָדְכִי בְּעֲצָמוֹ לְכוּנְנַת הִמְשָׁנָה דְּבְטוֹעֵן אִין לָהּ בְּיָדֵי חֲזִיב דְּלֹא מְהִי לִיהָ שׁוּם טְעַנָּה לְמִיפְטָר נִפְשִׁיהָ וְע"כ סְתָמוּ בְּמִשְׁנָה לְמַתְנֵי חֲזִיב.

וע"כ נקטו במשנה דא"ל הן דאלו בשתק הא משפחת לי' אופן דיהיה פטור בטוען טעיתי וגם ראיתי בלפי להתנישב ולזפור את האמת ועכשיו נזפרתי אבל באמר לי' הן אז לעולם חייב ולא משפחת לי' שום אופן דיהיה פטור ומתנרץ מה דהקשיתי על המרדכי בפ"ג דסנהדרין דמה יענה בהוכחות הגר"א זצ"ל.

אבל לפי שנתבאר א"ש מה דס"ל להמרדכי דשתיקה פהודאה דמי: ולכאורה יש מקום לומר בקצרה ולתרוץ למה שהקשה הגר"א זצ"ל והוא די"ל דבאמת גם בשתק מתחלה עד סופו חייב ואינו יכול לומר לא חששתי להשיבה אף כ"ז אם אין לו מיגו אבל היכא דיש לו מיגו אז נאמן לטעון לא חששתי להשיבה במיגו וע"כ התם בשבועות דמיירי דיש לו מיגו דפרעתי ע"כ תנו שם א"ל הן דבא"ל הן ואח"כ טוען אין לה בידי אף דיש לו מיגו לא מהימן משא"כ בשתק הנה מהימן ע"י מיגו אבל היכא דאין לו מיגו לא מהימן אף בשתק מתחלה פן הנה מקום לדון בהוכחת הגר"א.

אבל באמת זה אינו דהא כבר הבאתי לדברי המרדכי פ"ג דסנהדרין דס"ל דשתיקה פהודאה דמי ואף היכא דיש לו מיגו לא מהימן לומר אמתלא על מה ששתק לגמרי. וע"כ העיקר כמש"כ מתחלה לתרוץ להוכחת הגר"א זצ"ל.

ולכן אתי שפיר מש"כ הגר"א בדבריו הקדושים בלשון לכאורה הן זו כו'. דנראה דס"ל דבאמת יש לדון בהוכחה זו ולכאורה צריף ביאור דבריו הקדושים דהא זהו הוכחה אלימתא אכן לפי מה שנתבאר א"ש: ענף ז ועכשיו נחזור לתרוץ עפ"ז לדברי התוס' והרא"ש והר"נ והמרדכי בפ"ק דגיטין דהוכיחו דטעיתי אינו נאמן אף במיגו מהא דשבועות כו' והקשה ע"ז הש"ך דהא לא מיירי התם בטוען טעיתי ומי הגיד להם דהמשנה מיירי בטוען טעיתי ונזפרתי עכשיו.

אכן לפי מש"כ דברי רבותינו הם נכונים מאוד בראייתם די"ל דכל הנה פוסקים ס"ל דגם בשתק מתחלה חייב דהוי פהודאה ואינו נאמן לומר לא חששתי להשיבה ואף ע"י מיגו לא מהימן וכמש"כ בשם המרדכי בפ"ג דסנהדרין וע"כ אי נימא דהמשנה לא מיירי בטוען טעיתי ונזפרתי.

א"כ תקשה דלמה לי' למתני א"ל הן הא אף בשתק מתחלה ג"כ חייב. ומזה הוכיחו דע"כ המשנה דנקטי א"ל הן כו' אין לה בידי חייב דבכל גונו חייב ואין לו שום טענה למפטר בפשי'.

ע"כ א"ש מה דנקטי א"ל הן משום דאז אף בטוען טעיתי ונזפרתי ג"כ חייב ולא מהני לי' המיגו שיש לו אבל אם לא הנה אומר הן רק שתק אז מהימן לומר טעיתי ונזפרתי או דראיתי אז בעת שתיקתי לזפור ולהתנישב האמת ועכשיו נזפרתי דאיני חייב ונאמן בזה ע"י המיגו ואף בלא מיגו פנ"ל וע"כ שפיר הוכיחו פל הנה ראשוני לראייתם מן הך דשבועות.

ובפרט לפי מש"כ לעיל דיש מקום להוכיח מן התוס' דב"ב (דף ס"ב) והרא"ש שם דס"ל דשתיקה פהודאה אף בשתק מתחלה ולא מחלקים בין שתק מתחלה לשתק רק בסופו וכמש"כ לעיל בארנפה וכן שיטת המרדכי בפ"ג דסנהדרין דלעולם אמרינן שתיקה פהודאה וכמש"כ הט"ז והאו"ת בכוננתו.

א"כ י"ל דאָזלו התוס' והרא"ש והמרדכי לשיטתם וכן להר"נ י"ל דס"ל ג"כ דשתיקה כהודאה אף בשתק מתחלה ולכן פתבו להוכיח בראייתם מן הך דשבועות ומתורץ שפיר קושיות הש"ך מעליהם: והנה בחידושי לקמן סעי' כ"ג בש"ך ס"ק סמ"ך פתבתי לתרץ קושיות הש"ך הנ"ל באופן אחר דהתוס' והפוסקים דהוכיחו מהא דשבועות דא"נ לומר טעיתי במיגו פנונתם לפי דיש להקשות למאן דס"ל דאמרין מיגו במקום עדים דתקשה עליו מהמשנה דתנו אין לה בדי סייב ואינו נאמן ע"ז במיגו דפרעתי ומזה הוכיחו דהמשנה מיירי בטוען טעיתי דאינו נאמן במיגו משום דזה הני כמו אנו סהדי דבכה"ג לכ"ע א"נ במיגו זהו קוטב תירוצי שם.

אכן באמת זה אינו מספיק לתרץ לדברי התוס' והראשונים הללו דהא עדיין תקשה על הוכחתם וי"ל דאם טוען טעיתי שפיר נאמן במיגו משום דאינו כמו אנו סהדי בכה"ג דאמר טעיתי.

והא דתקשה לשיטת המ"ד דאמרין מיגו במקום עדים. י"ל דאינו קשה דבאמת היכא דטוען עכשיו דלא הודיתי מעולם ומכחיש להעדים דמעידים דהודה לפנייהם עדיין י"ל דנאמן להכחישם במיגו דנתתי.

והמשנה מיירי דמודה עכשיו על מה שהודה לפני העדים רק דטוען משטה על מה שאמר הן וכן במה ששתק אז בעת שאמר התובע אתם עדי משיב ע"ז דלא חששתי ע"ז להשיב או אמתלא אחרת פיוצא בו.

אבל אינו מכחיש לעיקר ההודאה וכמו דמשמע לשון המשנה דאמר אין לה בדי ומפרשי בב"ב (דף ו') מאי אין לה בדי להד"ם דאמר מר כל האומר לא לוייתי כו'. וכמש"כ הרא"ש לשבועות פ"ו סי' ח' אין לה בדי סייב ופי' רש"י פגון שאומר להד"ם וי"ל שפירש דבריו ואמר אין לה בדי מעולם כו'.

ומיירי הפל דאינו מכחיש לעיקר הודאתו רק דאמר אינה אמתלא על מה שאמר הן ששתק בעת שאמר התובע אתם עדי. וע"כ פיון דהדין גותן דא"נ לטוען אינה אמתלא למפטר נפשיה לאחר שמודה על עיקר הודאתו בפני העדים ע"כ שפיר לא מהימן במיגו לכ"ע דכיון דהני זה כמו אנו סהדי דבכה"ג לכ"ע אינו נאמן במיגו פיון דכ"ע סהדי ע"ז וכמש"כ בחידושי שם דבמקום דשייך לומר אנו סהדי לכ"ע א"נ במיגו.

אבל אם טוען טעיתי עדיין י"ל דנאמן במיגו ותקשה עדיין לקושיות הש"ך דאין מקום להוכחת התוס' והפוסקים הללו. ע"כ העיקר כמו שפתבתי פעת לתרץ לדברי התוס' והראשונים הללו ולפ"ז יתנה מוכח מהתוס' והרא"ש והר"נ והמרדכי בשני מקומות דיסברו לדון דשתיקה כהודאה דמי אף בשתק מתחלה עד סופו ולפי שיטתם לא נצטרך לחלק במה דמבואר בב"מ (דף ל"ז) דשתיקה כהודאה דמי לכ"ע רק דפליגי שם אם מהני האמתלא שלו דאמר אמינא לכל חד וחד דילמא האי הוא.

משום דבאמת כמו כן קיי"ל לדינא בכלי דוכתי דשתיקה כהודאה. ומדסתמו שם בב"מ משמע דאף בתבועי ליה שם לפני עדים ולא לפני ב"ד ג"כ אמרו שם שתיקה כהודאה דמי.

ומזה הוכיחו התוס' והראשונים הללו להוכיח דהא דאמרו בשבועות מנה לי פינדה וא"ל הן חייב כו' דמיירי בטוען טעיתי דאל"כ הא אף בשתק ג"כ חייב משום דהא מוכח דאמרינו שתיקה פהודאה.

וכן מוכח מן ב"ק (דף צ"ו) וב"מ (דף ק') דזה אומר ברשותי ילדה והלה שותק זכה בה וכמש"כ התוס' בב"ק שם ולא נצטרף גם התם לחלק באיזה חילוקים. ואתי שפיר לדברי התוס' דגיטין והראשונים דשם: והנימוקי יוסף לב"ק פ"ק בסוגיא דשמין לשואל דאמרו מדשתיק רב ש"מ דהודה הביא בשם הרמ"ה דכתב זה בנה אב בכל התלמוד דשתיקה פהודאה דמי עכ"ל.

ולכאורה נראה דכתב לכלל בכל הענינים דדיינינו דשתיקה פהודאה דמי אף בדיני ממונות בתביעת הבע"ד ושתק הנתבע. אבל באמת אין סברא לומר פו דהא לא שינוי למילף מהא דאמרו דמדשתיק רב ש"מ דהודה לרב פהנא ורב אסי דנימא דה"ה בשתיקת הנתבע.

דהא יש לחלק בפשיטות ביניהם דשאני בפלוגתא אמוראי באיזה דין דבנה שפיר י"ל דלא ה"ל לשתוק דהא טעו לומר דמדשתיק ש"מ דהודה להו לפי מה דס"ל א"כ יכול לצאת איזה תקלה ע"י שתיקתו.

משא"כ בענין תביעת התובע ושתק הנתבע עדיין י"ל דלא הוי פהודאה משום דלא חש להשיבו ואין הענינים הללו דומין להדדי. והעיקר נ"ל דכוננת הנ"י והרמ"ה הוא להוכיח דזה בנה אב בכל התלמוד היכא דפליגי אמוראי באיזה דין ואח"ז שתיק א' לחבירו בעת שהקשה לו ע"ז דדיינינו ג"כ דשתיקה פהודאה דמי והוי הלכה פאותו המ"ד דהקשה לו דכיון דשתיק ש"מ הודה לו.

ולפי מש"כ התוס' בב"ב (דף ס"ב) בד"ה ומודה רב כו' לחלק דדוקא ברב פהנא ורב אסי דהוי כמו תלמיד חבר לרב אמרו דמדשתיק רב ש"מ הודה להו אבל במה דשתיק רבה לאביי לא אמרינו פו.

יש לומר דגם כוננת הרמ"ה במה שאמר זה בנה אב בכל התלמוד שתיקה פהודאה דכוננתו ג"כ הוא דהיכא דפליגי רב עם רב פהנא ורב אסי ושתיקה רב דאמרינו דשתיקה פהודאה דמי ולא בשאר מקומות.

ולפ"ז אינו מוכח פלל מן הנ"י והרמ"ה לומר דיחלוקו על מה דמבואר הכא בח"מ דבשתיק מתחלה עד סוף לא הוי שתיקה פהודאה משום די"ל פנ"ל. אכן מה שכתבתי לעיל להוכיח מן התוס' ב"ב (דף ס"ב) והרא"ש והרמב"ן שם דס"ל דלא מחלקינו בין שתיק מתחלה עד סופו להיכא דשתיק רק לבסוף.

בזה שפיר הוכחתי למילף מן התם וכמש"כ בארנקה לעיל. ועיין לקמן בחידושי בסעי' זה ענף ט' מזה: ענף ח' והנה בב"מ (דף י' ע"א) אמרו ואם תאמר משנתנו דאמר תנה לי ולא אמר זכה לי דמוכח מזה דבאמר זכה לי אפילו אמר שהגביה תחלה לעצמו אפ"ה לא זכה והטעם הוא כמש"כ המ"מ בהלכות גזלה פ' י"ז ה"ב דכיון דא"ל זכה לי וזה שתיק דשתיקה פהודאה וכ"כ הפני יהושע לב"מ שם וכ"כ הש"ך בח"מ סי' רס"ט ס"ק ד' דהטעם הוא דמסתמא עשה פדעת חבירו.

א"כ מוכח מזה דה"ה בכל מקום דיינינו דשתיקה פהודאה אף בשתק מתחלה עד סופו דאי נימא דשתיקה לא הוי פהודאה משום דיכול לומר לא חששתי להשיבו א"כ ה"ה ה"ה ג"כ לי נימא ג"כ דאף דשתק יכול לומר דזכיתי לעצמי ומה דשתקתי זהו משום דלא חששתי להשיבו.

ויש לחלק דדוקא גבי תבעו א' ושתק הנתבע בזה אמרו דיכול לומר לא חששתי להשיבו משום דסובר פיון דהתובע עצמו יודע האמת שאינו חייב לו הנתבע לפי דבריו ע"כ יכול לומר דלא חשש להשיבו.

אבל בהא דא"ל זכה לי ושתק המגביה דהבע"ד עצמו אינו יודע אם פיון להגביה לעצמו או עבור חברו א"כ לא ה"ל לשתוק דה"ל לחוש דחברו יערער עליו ויתבע ממנו מחמת שתיקתו.

וכעין מה דמצינו לקמן סעי' כ"ז בסמ"ע ס"ק נ"ד שכתב על מה דאמרו שם בהודעה לפני השכ"מ א"י לטעון שלא להשביע דהטעם הוא כו' שהיא יודע האמת משא"כ זה שפשימות לא ידעו היורשים דשלא להשביע פיון ויצטרף לישבע כו'.

וכעין זה הסברא כתב הש"ך לקמן ס"ק ס"ג לחלק בין הבע"ד עצמו שיודע האמת שאינו חייב לו משא"כ בהודעה לאחר כו'. וכמו כן י"ל הקא גבי שתיקה דהיכא דחברו בעצמו אינו יודע האמת א"כ ה"ה לו לחוש ולהשיבו ולומר דכוננתו לזכות המציאה לעצמו משום דע"י שתיקתו יכול להיות לו ריעותא דחברו יערער עליו ויתבע ממנו פיון דאינו יודע האמת אם נתפנון לעצמו או לחברו ושייך בזה סברת הסמ"ע הלז דכתב דלא ה"ה לו להודות דיצטרף לישבע דה"ה הקא הדין גו' דאף אם ה"ה אמרינו גבי א"ל זכה לי דנאמן לומר לעצמו זכיתי ושתיקה לאו פהודאה בזה.

עכ"ז ה"ה המגביה חייב שבועת הדין לאחר שתקנו לשבועת הדין דהא העליתי לעיל להוכיח מן יבמות (דף פ"ח) וקידושין (דף ס"ו) ויו"ד סי' קכ"ז דבמקום שתיקה פהודאה דאף דלא הוי פהודאה ממש עכ"ז הוי רגלים לדבר וכמש"כ לעיל בארנפה.

ומבואר לעיל בסי' ע"ה סעי' י"ז דהיכא דיש רגלים לדבר אף בטוען ספק יכול להשביעו הדין א"כ ה"ה הקא פיון דשתק יש לנו רגלים לדבר דכיון לזכות עבור חברו ולכן חייב שבועה ע"כ לא ה"ל לשתוק: ואף בזמן המשנה דלא ה"ה אז חייב שבועת הדין עכ"ז ה"ה מצינו בב"מ (דף כ"ו) ראה סלע שגנפול משנים חייבלהחזיר דלא מייחש דסבר מימר נקיטנא ליה בדינא ופי' רש"י משבענא ליה ש"ה.

וכתב הרא"ש שם דלכן לא מייאש דסבר דיתפוס משלו כו' והובא בסמ"ע סי' ע"ה ס"ק מ"ט והש"ך והט"ז שם השיגו על הסמ"ע דבאמת תפיסה לא מהני שם רק דכוננת הרא"ש הוא דהבע"ד לא מייאש דטעה וסובר דיהיה מועיל תפיסה שלו.

[וזוהו סעד למש"כ בספרי נחל יצחק סי' ע"ב סעי' י"ד בהגה דתפיסה הוא דבר קל]. ע"כ י"ל דמה"ט ה"ה הקא בא"ל זכה לי דלא ה"ל לשתוק משום דה"ל לחוש שמה יתפוס חברו ממנו לאח"ז ע"י רגלים לדבר דיש ע"פ שתיקתו וכמו ה"ה בראה סלע שגנפול כו' דהוא המקור להא דרגלים לדבר דסי' ע"ה ה"ל דאמרו דלא מייאש מה"ט דסבר לומר

פן ה"ה הכא ה"ל לחוש לזה ולא לשתוק ומדשתק ולא חש לזה אמרו דשתיקה פהודא ממש.

משא"כ בתבעו א' ושתק הנתבע מתחלה דמבאר הכא דלא הוי שתיקה פהודא הטעם הוא די"ל לא חששתי להשיבך דהא התובעו יודע שאינו חייב לו וע"כ לא חשש להשיבו. והוכיחו פן ע"פ ראיות הגר"א זצ"ל פנ"ל.

ומה שישיש לסתור לזה מהא דב"מ (דף יו"ד) מוכרחים לחלק פן: ועפ"ז יש מקום לתרץ למה שהקשה הט"ז לעיל סעי' ב' על דברי הרמ"א שם דאחרים ששתקו לצוואת שכ"מ הוי פהודא והא בשתיקה מתחלה לא הוי פהודא.

ולפמש"כ פעת ניחא בפשיטות דיש לחלק דשאני בשתקו לצוואת השכ"מ דהיה להם לחוש ולא לשתוק דהא פשימות השכ"מ ויבואו אותן שנתן להם במתנה השכ"מ ויתבעו ממנו ע"פ סמך שתיקתו דהא אינם יודעים האמת א"כ זה דומה להך דא"ל זכה לי דאמרו דשתיקת המגביה הוי כמו דנתרצה לדברי חברו פיון דחבירו אינו יודע האמת היה לו לחוש ולא לשתוק וכמש"כ הסמ"ע לקמן בס"ק נ"ד דכשימות לא ידעו היורשים כו' פנ"ל.

דאין לחלק דשאני התם בא"ל זכה לי דיש התם הסברא דחזקה שלים עשה שליחותו ומסתמא נתרצה לעשות השליחות משא"כ בענין תביעה על העבר. דזה אינו דהא אי נימא דשתיקה לא הוי פהודא משום די"ל לא חששתי להשיבך א"כ ממילא ה"ה התם גבי א"ל זכה לי דנימא דאף דשתק עכ"ז לא נתרצה מעולם לעשות שליחותו א"כ ממילא לא שינה התם לומר חזקה שלים עושה שליחותו דעיקר הטעם דאמרינו חזקה שלים עושה שליחותו הוא כמש"כ רש"י בחולין (דף י"ב ע"א) בד"ה חזקה שלים עושה שליחותו כו' ומחזקינן ליה בכך מאחר שנתרצה בהשליחות עכ"ל רש"י.

ואי נימא להסברא די"ל לא חששתי להשיבך א"כ גם התם נימא פן. וע"כ מוכח משם דדיינינו להך פללא דווקא היכא דתבעו התובע ושתק הנתבע מתחלה בזה אמרו הכא דשתיקה לא הוי פהודא וכמש"כ הגר"א זצ"ל להוכיח פן מן שבועות (דף ל"ח) פנ"ל משום דס"ל פיון דהתובע עצמו יודע האמת ע"כ יכול הנתבע לומר לא חששתי להשיבך וסמכתי ע"ז דיחזור בו התובע ולא יערער לטעון עליו יותר.

אבל היכא דחבירו אינו יודע האמת אז מוכח מן הא דב"מ דא"ל זכה לי דס"ל להש"ס דבכה"ג דיינינו לומר שתיקה פהודא דה"ל לחוש דחבירו דאינו יודע האמת יצטעק עליו לערער ע"פ הוכחת שתיקתו.

לכן שפיר פסק הרמ"א והמרדכי בשכ"מ שצינה לירשיו שיתנו מנכסיו לפלוני ושתקו לצוואתו ואח"ז טוענים דאין להמוריש פלום בידם דאמרו בזה שתיקה פהודא משום דה"ל לחוש ולא לשתוק דשמא יערער עליהם המקבל מתנה דאינו יודע האמת וכנ"ל דהא מוכח דהיכא דחבירו אינו יודע האמת דבכה"ג דיינינו דשתיקה פהודא.

ולכן מתרץ על נכון לקושיות הט"ז לעיל סי' ב' מעל הרמ"א שם ודברי הרמ"א נכונים לדנא: ועדיין יש להקשות על זה מן ב"מ (דף ו') דהקדישה בלא תקפה מהו פיון

דאמירה לגבוה פמסירה להדיוט פמאן דתקפה דמי ואמרינו דכינו דשמת הודה לו וכמש"כ התוס' התם.

ומייתי מההוא מסותא דהקדוש חד ושמת אינד דלא הוי הקדוש אלמא דשתיקתו אינו פהודא. והא התם דדיינינו לענון ההקדוש דגם התם שינה לדון למה שפכתנו דההקדוש עצמו היינו הגזברים אינם יודעים האמת א"כ ממילא לא ה"ל לשותק א"כ לפי מה שפכתנו הדין נותן שם דנימא שתיקה פהודא ואף בלא הטעם דכינו דאמירה לגבוה פמסירה להדיוט וה"ל פתקה.

אף באמת אין שום סתירה לדברינו מן התם דהא מיירי התם היכא דמתחלה הוי מתנופחים זה עם זה וכ"א טוען פולה שלי וכן בההיא מסותא דהו מנצו עלה האי אמר דידי כו' ואח"ז קם חד מינייהו אקדשה ושמת חבירו בעת שהקדישה ע"כ שפיר אמרו שם דשתיקה לא הוי פהודא משום דיכול לומר דסמכתי על מה דאמרת מתחלה דידי הוא והכחיש לחבירו.

אף בתקפה א' בפנינו בזה אמרו דכינו דשמת הודה לו דלא ה"ל לשותק בכה"ג. אבל בהקדישה פינו דלא הוי פתקה בזה שפיר י"ל דיכול לומר דסמכתי על מה שטענתי מתחלה ולא חש כלל אף דבעל ההקדוש אינו יודע האמת פדמוכח מן הש"ס התם.

אבל היכא דלא טען מעולם כלל רק שמת מתחלה בזה מוכח מן הך דב"מ בא"ל זכה לי דדיינינו בכה"ג דשתיקה פהודא וכ"ז מוכרח מן הש"ס בעז"ה. וכן י"ל דמה"ט אמרו בכתובות (דף י"ד) דקרו לי חלל ושתיק דשתיקה פהודא דזהו ג"כ משום דגם התם י"ל להסבא הלז דהא האחרים דאינם יודעים האמת יערערו עליו ע"י שתיקתו וע"כ לא ה"ל לשותק ואמרינו בכה"ג דשתיקה פהודא.

והא דאמרו התם בסוף הסוגיא דסבר מסתני' דלא מפקי מקהל דמשמע דלולי טעם זה לא הדיה מיפסל אף דשתיקה פהודא וכמש"כ התוס' שם באמת הא פבר הקשה זה האבני מלואים לאה"ע סי' ב' סעי' ד' ס"ק א' דל"ל טעם זה הא קיי"ל בכל דוכתי שתיקה פהודא כו' ותירץ זה שם ס"ק ב'.

ולעיל העירותי על האבני מלואים מהא דסי' פ"א סעי' ז' דהכא דאדרבה הא מבואר הכא דלא אמרינו שתיקה פהודא בשמת מתחלה. אכן לפי מש"כ פעת אתי שפיר דברי האבני מלואים משום דהא הוכחתי דהיכא דיש לו לחוש דיערערו עליו אחרים ע"י שתיקתו דאינם יודעים האמת ע"כ שתיקה פהודא.

א"כ ה"ה התם ע"כ יפה הקשה האבני מלואים ותירץ זה שם. ואף דלא נכלל זה בדבריו מ"מ י"ל פן מעצמינו ב"ה: ענף ט וזה לשון הב"ח בטור ח"מ סי' רס"ט ס"ק ו' ראה את המציאה כו' ואין המגביה נאמן לומר לצרכי הגבהתיה כו' מפלל דאין חילוק אלא בין תנה לי לזכה לי כו' ובזכה לי זכה בה אפילו בסתם והכי משמע ממ"ש ה"ה רפי"ז ה' גולה דהטעם פינו שאמר זכה וזה שמת ה"ז מגביה מציאה לחבירו וקנה חבירו.

פיאור לדבריו דכינו דשמת הודה בשליחותו וכשהגביה בסתם בודאי לחבירו הגביה ואף לגבי איסורא אמר ר"פ האשה רבה בע"א א' אכלת חלב והלה שמת דשתיקה פהודא דמי ומחייב קרבן ואינו נאמן לומר לא אכלתי חלב ולא מייתי חולין לעזרה והכי מוכח

ר"פ המפקיד דָּקֵל הֵיכָא דְלֵא מְצִי לְמִימַר טַעְמָא דְמִתְקַבֵּל מִפְּנֵי מַה שְׂתַּמַּק דְּשִׁתִּיקָה כְּהוּדְאָה וְכִד פְּסַק בְּהַגְהוּת אֲשָׁרֵי שָׁם וְהֵכִי פְתַב הַנְּמוּקֵי יוֹסֵף פ"ק דב"ק מְדַשְׁתִּיק רַב אֶלְמָא דְחִדּוּר בּוּ וְהוּדָה דְשָׁמִין לְשׂוֹאֵל דְכַתַּב הַרְמ"ה עָלָה זֶה בְּנָה אָב בְּכָל הַתְּלִמוּד דְּשִׁתִּיקָה כְּהוּדְאָה דְּמִי עַכ"ל הַב"ח.

וס"ל להב"ח בטעמא דא"ל זכה לי דא"נ לומר לעצמי הגבתי משום דשתיקה כהודאה וכמש"כ לעיל. ומדמה זה להא דע"א נאמן באיסורין היכא דשיתק הבע"ד ולהא דב"מ דף ל"ז) דתבעו לי' והוא צנוח אבל בשיתק שתיקה כהודאה דמי לכ"ע שם היכא דלא אומר טעם המתקבל והוכיח פן מן דברי הנ"י בשם הרמ"ה דב"ק.

והנה בראייתו מן ע"א נאמן באיסורין היכא דשיתק הבע"ד כבר נתבאר לעיל דאין זה ראי' לפי מש"כ התוס' ביבמות (דף פ"ח) ובקידושין (דף ס"ו) דבאמת לא הוי שתיקה כהודאה ממש אלא משום רגלים לדבר אמינו עלה שם וכמש"כ לעיל בארנפה.

וכן במש"כ הב"ח להוכיח פן מן הנ"י בשם הרמ"ה לפ"ק דב"ק כבר נתבאר לעיל דבאמת אין סברא למילף לענין הכחשת הבע"ד במונא מן פלוגתת האמוראים דשיתק חד מ"ד בעת שהקשה לו וכמש"כ לעיל בארנפה וכוונת הרמ"ה בב"ק שם הוא דזה בנה אב בכל התלמוד דשתיקה כהודאה דמי לענין פלוגתת אמוראי ושיתק חד דבכילי ש"ס דאמרינו דמדשתיק הודה והלכה פן אבל לא לענין הכחשת בע"ד לענין ממונא: ודברי הב"ח בטור הללו הם נאמרינן בתשובת גאוני בתראי סי' כ"ג בשם הב"ח שפכת לבאר שם לדברי הטוש"ע דח"מ סי' רס"ט דבא"ל זכה לי א"נ לומר לצורכי הגבתי והביא שם לדברי המ"מ ה' גזלה וכתב שם להראי' דבאיסורין ע"א נאמן אם שיתק הבע"ד ולהפ' דפ' המפקיד והלה מה טוען כו' אלמא כל היכי דלא מצי לומר טעם המקובל שתיקה כהודאה וכ"כ בהגהת אשרי שם כו'.

ובהג"ה שם פתב לדחות לראי' זו בזה"ל דנדאי היכי דא' אומר לחבירו איזה דבר בב"ד והלה שותק שתיקה כהודאה דאל"כ ה"ל להשיבו משא"כ בא' שאומר לחבירו איזה דבר פמו בנ"ד להיות שלוחו אע"ג דשותק יכול לומר לא רציתי להיות שלוחו ולא ששתי להשיבו ע"כ הג"ה עכ"ל.

וכוונת ההג"ה הלז לחלק ע"פ המבואר בח"מ סי' פ' דבתבעו לפני ב"ד ושיתק הנתבע דאמרינו שתיקה כהודאה ע"כ יש לפרש להפ' דב"מ (דף ל"ז) דמייירי שם בתבעו לי' בב"ד וכן אפשר לפרש להפ' דע"א א' אכלת חלב דמייירי הפל בב"ד.

אבל היכא דהוי חוץ לב"ד י"ל דשתיקה לאו כהודאה וה"ה גבי א"ל זכה לי. והב"ח ס"ל דזוהי לפרש דמייירי שם רק בהיה פן בב"ד וכמש"כ לעיל.

וכן הפ' דע"א נאמן באיסורין הדין הוא גם בחוץ לב"ד דבאיסורין לא בעינן דיגידי בב"ד ולכן הוכיח הב"ח דשתיקה הוי כהודאה. אבל הראיה מן הנ"י בשם הרמ"ה לא הביא שם מוכח מזה דהב"ח עצמו לא חש לראי' זו משום דפשט דברי הרמ"ה הוא כמש"כ: ועיקר דברי הב"ח צ"ע במה שפסק לדינא דשתיקה כהודאה כפי מה שהוכיח בראיות דהא להדיא מבואר ה"כ דבשיתק מתחלה עד סוף לא הוי שתיקה כהודאה א"כ קשה איך לא הזכיר הב"ח בטור סי' רס"ט ובתשובת גאוני בתראי להא דסי' פ"א סעי' ז' דהכא

דמבואר בטוש"ע דבשמתק מתחלה לא הוי שתיקה פהודאָה ולא הונזפר פאן שום חולק וכן הב"ח על הטור בסי' הלז סתם פן.

א"כ קשה איך לא הביא להך דהכא דמבואר דלדינא קיי"ל דשתיקה לא הוי פהודאָה. וכבר נתבאר בעיקר ראיות הב"ח הללו דאינם ראיות מוכרחות.

וגם מה שפתיב הב"ח בתשובת גאוני בתראי שם מן המרדכי בשם תשובת מהר"ם סוף מ"ק דע"א אומר אכלת חלב והלה שותק דנאמן משום דה"ל לינדע ולהשיב כו'. גם זה אינו ראיה דהא פבר פתבתי בשם התוס' יבמות (דף פ"ח) דכתבו דהתם לא הוי פהודאָה ממש רק פנין דשמתק נראה כמו רגלים לדבר ומימין ע"א בכה"ג והכריחו פן דאל"כ לא שייך לשון נאמן וכ"כ התוס' בקידושין (דף ס"ו).

ע"כ כמו דפירשו לכוננת הגמ' דשם דאמרו גבי ע"א אומר אכלת חלב כו' דשתיקה פהודאָה פנ"ל כמו כן יש לפרש לדברי המרדכי הלז ואין ראיה מן המרדכי. וכן לפי מה דכתב הט"ז ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק ב' לחלק בין הא דיו"ד שם להך דסי' פ"א והובא לעיל ג"כ אין ראיה אף בעיקר הוא כמש"כ.

א"כ תמוהים דברי הב"ח בשני המקומות הללו: ואפשר להעמיס כל מש"כ לחלק דשאני בא"ל זכה לי דכיון דהבע"ד אינו יודע האמת ע"כ לא הנה לו לשותק דהנה לו לחוש שיערער עליו וכנ"ל בארנפה דיש לומר דגם הב"ח פנין בקצרה לדברינו והוא די"ל דס"ל להב"ח דלכן אמרו ע"א נאמן באיסורין אם הבע"ד שותק משום דה"ל לחוש דיוציאו עליו לעז דעשה דבר מגונה ושתה איסור וכיוצא בו וכעין דברי הט"ז ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק ב' ה"ל וכמש"כ לעיל בארנפה לבאר לדברי הט"ז הלז.

ועיקר הסברא הוא דאחרים דאינם יודעים את האמת יערערו עליו ע"י הוכחת שתיקתו. וכן יש לפרש להא דב"מ (דף ל"ז) גבי תבעי לי גזלת ממני והלה שותק דשתיקה פהודאָה משום דאחרים דאינם יודעים את האמת יערערו עליו לומר שהוא גזלן וכמש"כ האו"ת סברא זו בסי' פ' ס"ק ג' בקצרה פעין זה ע"ש.

וכן הא דנ"י בשם הרמ"ה דפ"ק דב"ק דאמרו זה בנה אב בכל התלמוד דשתיקה פהודאָה. אף דנימא דנתפונן רק לענין פלוגתא אמוראי באיזה דין מ"מ עיקר הטעם הוא שם דלכן אמרו שם דשתיקה פהודאָה משום דלא ה"ל לשותק דהא יכול לצאת תקלה לאחרים דאינו בר הכי להכריע מן דעתו בענין הפלוגתא איך יהנה הדין ויסמכו ע"י שתיקתו ויסברו דמסתמא חזר להמ"ד החולק עליו וע"כ לא ה"ל לשותק ולכן אמרו שם דשתיקה פהודאָה דמי.

וע"כ י"ל דאף הב"ח עצמו ס"ל דיש לפרש לדברי הנ"י בשם הרמ"ה דכוננתו רק לענין פלוגתא אמוראי וכמש"כ רק דס"ל דממילא יש להוכיח כמו כן דה"ה בכל מקום דיש לו לחוש שיערערו עליו אחרים ע"י שתיקתו פנין דהוי עכ"פ רגלים לדבר וכסברת התוס' הללו א"כ לא ה"ל לשותק.

וס"ל להב"ח ג"כ פעין סברת הט"ז ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק ב' ה"ל רק קצת בסיגנון אחר וה"ט שייך פעין זה בב"מ (ד' ל"ז) גבי תבעי ליה דגזל וניחא ליה לאינש דלא לקריני'

גזלנא דרביים וכעין הא דב"מ (דף ט"ו ע"ב) כעין זה ע"ש וכמו כן בסברת הרמ"ה דפ"ק דב"ק.

והב"ח דכתב בלשון נאפילו באיסורין אמרינו דשתיקה פהודא כו' פוננתו דכינו דמצינו כן באיסורין דה"ל למיחש דיערערו עליו עי"ז אף דלא שינה בע"ד התם כש"כ בממונא דיש לפנינו בע"ד דיתבע ויצעוק עליו ע"י שתיקתו דהוי רגלים לדבר פיון דאינו יודע האמת וישביענו או אף קודם תקנת ש"ה דר"נ עכ"ז יש לו לחוש שיתפוס ממנו ויספור דיהיה מועיל תפיסה ממנו וכמש"כ לעיל בארןפה ע"כ לא ה"ל לשתוק לכן אמרו גבי א"ל זכה לי דכינו דשתק ה"ה פהודא כמש"כ המ"מ.

אבל היכא דהתובע יודע את האמת בזה גם הב"ח מודה דשתיקה לאו פהודא בשתק מתחלה כמבואר הקא בטוש"ע וכדסתם הב"ח פאן בטור. פן יש לפרש לדברי הב"ח אף שקוצר ולא הנפיר זה החילוק מ"מ נראה פן לפרש דבריו שלא יהיה מוקשה כ"כ: ענף ועיקר ראיות הב"ח מן ע"א נאמן באיסורין היכא דשתק הבע"ד דה"ה בממון.

הנה לפי מה שכתב הר"נ בקידושין פ' האומר בסוגיא אשתו זינתה בע"א מהו כו' דמסיק שם דהעיקר פשיטת הר"ת דע"א נאמן באיסורין משום שתיקה פהודא וחידיש הוא שחדשה תורה באיסורא ומוכחין לי מדכתיב או הודע אליו מ"מ כו' ובנדאי למאי דאמרינו התם משום דשתיקה פהודא אין הטעם אלא מפני נאמנותו של עד דכל היכא דשתיק דמחזי כמודה העד נאמן ולא מפני הודאתו בלבד כו' וגזירת הכתוב הוא באיסורין מרביא דאו הודע שתהא שתיקתו של בע"ד לגבי ע"א פהודא ולא מן הדין שהרי אין דנין פן בממון אלא באיסורין בלבד כו' אלא גזה"כ הוא באיסורין שיהא ע"א נאמן במקום שתיקה ושתחשב שתיקה פהודא ואלו בממון ודאי אין אומרים פן ומש"ה א' רבא דדבר ערנה ילפינו מממון דלא אמרינו בי' שתיקה פהודא פי היכי דלא אמרינו הכי בממון כו' שהענין תלוי בנאמנותו של עד ולא פהודאתו של בע"ד כו' עכ"ל הר"נ.

א"כ הרי כתב הר"נ להדיא דבממונא לא דיינינו להו שתיקה פהודא דאמרו שם גבי ע"א נאמן באיסורין אלא גזה"כ הוא באיסורין. ע"כ לפ"ז אין מקום לראיות הב"ח הלז ואדרבה מוכח משם להיפך דבממונא לא אמרינו שתיקה פהודא.

וכן לפ"ז אין מקום לקושיות הט"ז ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק ב' שהקשה מהא דיו"ד על הא דח"מ דהקא. ועיין בש"ף יו"ד סי' קכ"ז ס"ק יו"ד.

אף אף לשיטת התוס' פבר נתבאר דאין ראי' מן התם לממונא דהקא. ולפ"ז יהיה מוכח מן הר"נ דס"ל לדינא דלא אמרינו שתיקה פהודא בממונא היכא דשתק מתחלה וכמבואר פאן בהר"נ: וכן יש להוכיח מן התוס' דס"ל דשתיקה דאמרו בע"א נאמן באיסורין דהוי פהודא דלא הוי פהודא ממש אלא מן פאת דהוי רגלים לדבר אתו עלה פנ"ל ג"כ יש להוכיח לכאורה דה"ה הקא בממונא לא הוי שתיקה פהודא.

וכן יש להוכיח מן שיטת הרשב"א והריטב"א בחי' לקידושין (דף ס"ה ע"ב ודף ס"ו) וסייעתו דהובא בקצרה ביו"ד סי' קכ"ז בש"ף ס"קט"ז ע"ש. וכמש"כ המקנה בקידושין (דף ס"ו ע"א) בד"ה א' אביי נאמן כו' בשיטת הרשב"א דס"ל בשתיקה אפילו היכי דה"ל

למידע לא הוי פהודאָה והשיג שם לקמן בתוס' ד"ה רבא אמר כו' על הש"ך ביו"ד סי' ככ"ז ס"ק ט"ז בסופו ע"ש.

אכן באמת אין זה הוכחה לפי דיש לחלק בין איסורין לממונא פדמוכח מן דברי הב"ח בח"מ סי' רס"ט ובתשובת גאוני בתראי סי' כ"ג במה שכתב להוכיח דא"ל זכה לי ושתק המגבי' שתיקה פהודאָה וכתב בזה"ל ואפילו לגבי איסורי אמרינן בר"פ האשה בע"א אומר אכלת חלב והלה שותק דשתיקה פהודאָה וסגיב קרבן וא"נ לומר לא אכלתי חלב כו'.

דמשמע ממנו דאמרינן לא מבעיא בממון דאמרינן שתיקה פהודאָה ומוציאין הממון ממנו אלא אפילו באיסורין אמרינן שתיקה פהודאָה. והדבר צריך טעם דמפני מה שייך יותר לומר שתיקה פהודאָה גבי ממון ביותר מן גבי איסורין והא בממון קיי"ל דאין הולכין אחר הרוב משום דחזקת ממונא אלימא ביותר ואפ"ה אמרו בזה שתיקה פהודאָה א"כ מאיזה טעם יתנה גרע בזה מילתא דאיסורא ודברי התוס' בכתובות (דף ט"ו ע"ב) בד"ה להחזיר לו אבידה כו' אין ענין לדמות לנ"ד וקצתתי.

וע"כ מוכח דס"ל להב"ח דהסברא נוטה ביותר לומר דשתיקה פהודאָה בממון מלגבי מילתא דאיסורין משום דבממונא דיש שם בע"ד לתבוע ממנו ה"ל לחוש ביותר ולא לשתוק משום דע"י סמך שתיקתו יערער עליו ויטעון לתבוע הממון ממנו ע"כ לא ה"ל לשתוק וה"ל לחוש ולהשיבו ומדלא השיבו אמרו דשתיקה פהודאָה בממונא אבל באיסורין פנין דאין שם בע"ד לתבוע ממנו ולערער עליו ע"כ הסברא נוטה ביותר שם דלא הוי שתיקה פהודאָה משום די"ל דלא חשש להשיבו ולכן כתב הב"ח בלשונו ואפילו במילתא דאיסורא אמרינן שתיקה פהודאָה א"כ ממילא כש"כ בממונא פן הוא פוננת הב"ח במש"כ פן בשני המקומות הללו ע"כ ממילא אין מקום להוכיח ממה דמציינו דבאיסורין לא הוי שתיקה פהודאָה ממש לדון כמו כן בממונא משום דיש לחלק פן.

ולכן אף לפי מש"כ לעיל להוכיח מן הר"נ ספ"ק דגיטין בעובדא דהנה גינאי כו' דהביא ראי' מן שבועות (דף ל"ח) דא"נ לומר טעיתי במקומו ובקארתי לעיל פוננתו בקראי' זו דס"ל לדינא דשתיקה פהודאָה בממונא וכמו שהארכתי לעיל.

עכ"ז א"ש למש"כ הר"נ הקא בקידושין דבממונא לא הוי שתיקה פהודאָה רק באיסורין משום גזה"כ דאו הודע כו' משום דכוננתו הוא דהיקא דבא ע"א והעיד שהוא חייב ממון לפלוני והוא שותק בעת הגדת הע"א דיכול לומר אח"כ לא חששתי להשיבו פנין דהעד לא הוי בע"ד לתבוע ממנו ולא הוי סתירה מן דברי הר"נ להדדי: ונתבאר ליישב דברי הב"ח על נכון.

אף במש"כ הב"ח להוכיח מן מה דאמרו דע"א נאמן באיסורין בשתק הבע"ד דשתיקה פהודאָה דה"ה בממונא דזה יש לדחות כמו דנתבאר. ועוד יש לתמוה על הב"ח בזה דהא אדרבה מוכח בקידושין (דף ס"ו) דבממונא שתיקה לא הוי פהודאָה דהא אמרו שם באשתא זנתה בע"א ושותק דרבא אמר אין דבר בערונה פחות משנים והטעם דילפינן בערונה דבר דבר ממון.

הרי להדיא דבממון וערוה דשתיקה לא הוי פהודאה וכמש"כ התוס' שם בד"ה רבא אמר כו'. ועיין באה"ע סי' קע"ח סעי' ט' ובב"ש ס"ק ח' ובבית יוסף שם ובמהרי"ט ח' אה"ע סי' א' ובתוס' פתובות (דף ס"ג) ד"ה אבל אמרה כו' וקצרת.

ובעיקר הדברים במה שפתי לעיל להוכיח מן ב"מ (דף יו"ד) וטוש"ע בח"מ סי' רס"ט בא"ל זכה לי והלה שותק דא"נ לומר לעצמי הגבהתי דיש להוכיח מזה שתיקה פהודאה פן פתב"ח. אף נתבאר דמנכרין אנו לחלק ביניהם פדי דלא תקשה מן מה דאמרו הקא דשתיקה לא הוי פהודאה אף דלא משמע פן פשט דברי הב"ח כ"כ: ענף יא ולפי מה שפתי להוכיח מן טוש"ע סי' רס"ט דבא"ל זכה לי א"נ המגביה לומר לעצמי זכיתי וכמש"כ הב"ח פן בשם הרמב"ם פ' י"ז הל' גזלה וכמש"כ המ"מ שם.

והב"ח הוכיח פן מן הגמ' וכמש"כ הש"ך שם ובביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ה'. וע"כ הטעם דס"ל להש"ס והראשונים דשאני היכא דהבע"ד אינו יודע האמת מה הנה בכוננתו א"כ לא ה"ל לשותק ומסתמא נתרצה לדברי חבירו רק היכא דהוי מחילת זכותו שיהיה לו בזה דייגנו דשתיקה לא הוי פמחילה וכמש"כ הש"ך בס"ק ט' וכמבואר באה"ע סי' ק"ו ובסי' צ' סעיף י'.

[ועיין בסמ"ע סי' קע"ו ס"ק ל"ד ויש לחלק וקצרת]. הנה לפ"ז יש ליישב דברי הרמ"א בכאן שפתב"מ שיהתנה עם בחור ללמוד עם בן חבירו ואבי הבן שותק פהודאה כו' והוא בשם המרדכי פ"ג דסנהדרין וכן פתב"מ הרמ"א לקמן בסי' של"ו.

והאו"ת בס"ק י"ג הניח דין זה בצ"ע דהא י"ל דהמרדכי דכתב פן אגיל לשיטתו דס"ל דשתיקה פהודאה אף דשותק מתחלה אבל לדינא לפי מה דפסקו הקא בטוש"ע דשתיקה לא הוי פהודאה בשותק מתחלה א"כ ה"ה הקא הדין פן עכ"ל האו"ת.

והנתיבות בס"ק ה' פתב"מ לתרץ זה בזה"ל דבכה"ג שעושה מעשה בשל חבירו ע"פ דבורו ושותק דהוי פריצוי פגון באחד שאמר לחבירו הנני לוקח חפץ שלך בסוף זה והנני מושכו לקנותו בסוף זה ומשכו בפני חבירו ושותק הוי פהודאה וריצוי לכ"ע וה"נ מייירי דהבחור התחיל ללמוד עם בן חבירו בידיעתו מש"ה הוי פהודאה וריצוי לכ"ע עכ"ל.

וכוננת הרמ"א במה דסיים הקא וכמ"ש בסמוך סעיף י"ג. זהו כמש"כ המרדכי למילף זה מן הא דמבואר בסנהדרין פן דהיכא דה"ל לאסוקי אדעתיה לא ה"ל לשותק.

וכמש"כ בביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ט"ו פנונתם דכמו דאמרו שם דהיכא דה"ל לאסוקי אדעתיה דיהיה לו ריעותא ע"י שתיקתו לא ה"ל לשותק דה"ה הקא פינון ד יכול להיות לו ריעותא ע"י שתיקתו בכה"ג ע"כ לא ה"ל לשותק והוי שתיקה פהודאה.

אף עיקר דמיון של הנתיבות אינו דומה כ"כ דהא היכא דלוקח חפץ של חבירו והבעלים שותקו בזה שפיר אמרינו דשתיקה פהודאה דלא ה"ל לשותק בכה"ג. משא"כ הקא בשוכר מלמד לבנו דלא לקח ממנו פלום ואין לו שום הפסד הדין נותן ד יכול לומר בזה ג"כ דלא איקפת לי להשיב ואין הענינים דומין פלל להדדי וע"כ תירוצו של הנתיבות אינו מספיק לתרץ לתמיהת האו"ת: אכן לפי מש"כ להוכיח מן הא דא"ל זכה לי ושותק המגביה דא"נ לומר לעצמי זכיתי משום דכיון דחבירו אינו יודע איה הנה במחשבתו

בַּעַת שְׁהַגְבִּייהַ לְהַמְצִיאהַ וְע"כ לֹא ה"ל לְשִׁתּוֹק רַק ה"ל לְחוּשׁ וְלְהַשִּׁיבוּ כְּדֵי שְׁלֹא יַעֲרַעַר לְתַבְנוּעַ מִמֶּנּוּ כַּנ"ל.

א"כ ה"ה הֵכָא בְּשִׁכְרָא מְלַמֵּד לְבֵן חֲבִירוֹ בְּפָנָי אַבִּי הֵבֵן וְשִׁתְּמָא אַבִּי הֵבֵן דְּדִינְיִנְיוֹ בְּזֵה ג"כ לְהַסְבְּרָא זֹו דְּכִינּוֹן דְּהַמְלַמֵּד אֵינּוּ יוֹדַע אִיף הִיָּה מִחֲשֻׁבַּת אַבִּי הֵבֵן וְיִסְבְּרוּ דְּכִינּוֹן דְּשִׁתְּמָא אַבִּי הֵבֵן מִסְתַּמָּא נְתַרְצָה שְׁיִשְׁלַם שְׁכִירוּתוֹ לְהַמְלַמֵּד כְּפִי שְׁשִׁכְרוּ חֲבִירוֹ וְע"כ יַעֲרַעַר עָלָיו הַמְלַמֵּד לְתַבְנוּעַ מִמֶּנּוּ שְׁכָרוּ ע"י שְׁתִּיקָתוֹ וְלָכוּ אֲמַרְיִנּוּ בְּזֵה שְׁתִּיקָה כְּהוֹדָא דְּמִי.

וְאֵינּוּ קָשָׁה מְמַה דְּאָמְרוּ הֵכָא בְּתַבְעוּ חֲבִירוֹ וְהַנְּתַבְעַ שְׁתְּמָא מִתְחַלָּה עַד סוּפוֹ דְּלֹא הָוִי שְׁתִּיקָה כְּהוֹדָא מְשׁוּם דְּהָא נְתַבְאָר דַּע"כ מוֹכַח מִן הָד דַּב"מ (דָּף י') דְּמִתְחַלְּקִינּוּ דְּדוֹנְקָא הֵיכָא דְּחֲבִירוֹ יוֹדַע הָאָמַת בְּזֵה אָמְרוּ דְּשִׁתְּמָא לֹא כְּהוֹדָא וְכִמּוֹ דְּהוֹכִיחוּ זֵה מִן שְׁבוּעוֹת (דָּף ל"ח) וְכַמְש"כ בְּבִיאוֹר הַגְּר"א זצ"ל בַּס"ק י"ד כַּנ"ל מְשׁוּם דְּיָכוּל לֹאמַר בַּכּה"ג דְּלֹא חֲשַׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבָה דְּאִתָּהּ יוֹדַע אֶת הָאָמַת כַּנ"ל.

אַבְל הֵיכָא שְׁאֵינּוּ יוֹדַע הָאָמַת בְּזֵה מוֹכַח מִן הָא דַּב"מ הַנ"ל דְּאָמְרִינּוּ שְׁתִּיקָה כְּהוֹדָא וְכִמּוֹ דְּנְתַבְאָר בַּעז"ה וְה"ה בְּהָד דְּשִׁכְרָא מְלַמֵּד לְבֵן חֲבִירוֹ וְאֲזַלִּינּוּ בְּתַר טַעְמָא וְא"ש לְדַבְרֵי הַרְמ"א וּמְתַרְצַן קוֹשְׁיֹת הָאו"ת: וּבִיּוֹתַר יֵשׁ לְהַסְבִּיר לְדַבְרֵי הַרְמ"א וְהַמְרָדְכִי ע"פ מַה שְׁכַתְּבַתִּי לְעִיל בְּחִידוּשֵׁי לְסַעֲיָר ב' עֲנָף א' לִיְיָשֵׁב לְדַבְרֵי הַרְמ"א דְּשֵׁם ע"פ דְּבַרֵּי הַתּוֹס' דַּב"מ (דָּף כ' ע"א) בַּד"ה ש"מ אֵימָא לְדַשְׁמוּאֵל כו' שְׁכַתְּבוּ דְּאִי אֵיכָא עֲדִים נְשִׁילִינְהוּ אַם אוֹמְרִים שְׁנִתְרַצָּה הַבַּעַל אוֹ שְׁתְּמָא א"כ מוֹדָה שְׁהַשׁוּבֵר שְׁקָר כו' וְכ"כ הָרַא"ש בְּכַתְּבוֹת פ"ט ס"י י' וּבִיּוֹרְתֵי שֵׁם בְּאַרְנוֹכָה דְּלֹא תִקְשָׁה הָא שֵׁם הִיָּה שְׁתִּיקָה מִתְחַלָּה וְלֹא הָוִי כְּהוֹדָא וְהַעֲלִיתִי שֵׁם לְחַלְקָא דְּשְׁאֵנִי הֵיכָא דְּיִצְאָא מְכַשׁוּל ע"י שְׁתִּיקָתוֹ כְּדִתְּמָם דְּאוֹתָן שְׁקִנּוּ מִמֶּנָּה כְּתוּבָתָהּ יִתְּנוּ לָהּ מְעוֹת עֲבוּר הַמְכִירָה לְפִי שְׁסַמְכוּ עַל שְׁתִּיקָתָהּ הַבַּעַל וְאֲדַרְבָּה ה"ל לְהַשִּׁיב וְלִמְחֹת שְׁלֹא יִסְמְכוּ עָלָיָו וְע"כ שְׁפִיר אָמְרוּ שֵׁם שְׁתִּיקָה כְּהוֹדָא דְּמִי.

וְדוֹנְקָא הֵיכָא דְּאֵינּוּ בָּא מְכַשׁוּל לְאַחֲרִים ע"פ שְׁתִּיקָתוֹ בְּזֵה אָמְרוּ שְׁתִּיקָה לֹא כְּהוֹדָא כְּמוֹ דְּאָמְרוּ הֵכָא. אַבְל הֵיכָא דְּאֶחָד נִפְסַד ע"י שְׁתִּיקָתוֹ וְהוֹצִיא מְעוֹת ע"פ סְמָךְ שְׁתִּיקָתוֹ בְּזֵה אָמְרִינּוּ דְּלֹא ה"ל לְשִׁתּוֹק וְה"ל לְהַשִּׁיב כְּדֵי דְּלֹא יִגְרוּם הַפְּסַד לְחֲבִירוֹ ע"י שְׁתִּיקָתוֹ וְלָכוּ אָמְרוּ בַּכּה"ג דְּשְׁתִּיקָה כְּהוֹדָא.

א"כ ה"ה הֵכָא פִּינּוֹן דְּהַמְלַמֵּד הַתְּחִיל לְלַמּוֹד עִם בְּנוֹ ע"י סְמָךְ שְׁתִּיקָתָא אַבִּי הֵבֵן דְּסַבְרָא דְּמִדְּשִׁתְּמָא נְתַרְצָה לְשַׁלֵּם שְׁכִירוּתוֹ כְּפִי שְׁקַצְבַּ לֹו הָאֲחֵר ע"כ אָמְרוּ בְּזֵה דְּשְׁתִּיקָה כְּהוֹדָא וְחִיִּיב לְשַׁלֵּם שְׁכִירוּתוֹ וְלָכוּ שְׁפִיר פְּסַק הַרְמ"א וְהַמְרָדְכִי וּמִיְיָשֵׁב קוֹשְׁיֹת הָאו"ת: עֲנָף יב שׁוֹב רְאִיתִי דִּישׁ עֲדִינּוֹן לְחַלְקָא בְּעֵינְקָר הָרַאָה שְׁהַבְּאֵתִי מִן הַתּוֹס' ב"מ (דָּף כ') וְהָרַא"ש הַנ"ל וְהוּא דִּי"ל דְּשַׁא"ה בְּנִיּוֹן הַתּוֹס' וְהָרַא"ש דְּמִיְיָרִי הַתָּם בְּחַשְׁשׁ שְׁמָא מְכָרָה הַכְּתוּבָה בְּמַעְמַד שְׁלִשְׁתָּן דְּהָא הַלּוֹקֵם קָנָה כְּתוּבָתָהּ מִמֶּנָּה כְּדִין כ"ז שְׁלֹא רָאָה אֶת הַשׁוּבֵר דְּהָא הַדִּין הוּא כ"ז שְׁאִין רוֹאִין אֶת הַשׁוּבֵר ת"י הַבַּעַל אֲזִי הַכְּתוּבָה שַׁת"י הָאֲשֶׁה הוּא בְּחֻזְקָתָא שְׁטֵר מְעַלְיָא מִמַּעַלְתָּ הַשְּׁטֵר וּמַעַלְתָּ מַעֲשָׂה ב"ד וְע"כ שְׁפִיר כְּתָבוּ דְּאֵם שׁוֹתְמָא הַבַּעַל אֲזִי דְּהוּי כְּמוֹדָה מְשׁוּם דַּה"ל לְמַחֹת בְּהַלּוֹקֵם שְׁלֹא יִקְנָה וְלֹא יִסְמְנוּ עַל סְמָךְ הַכְּתוּבָה שְׁיִשׁ ת"י מְשׁוּם דַּכ"ז דְּאֵינּוּ מוֹחָה בְּפִירוּשׁ אֲזִי הַכְּתוּבָה בְּחֻזְקָתָא שְׁטֵר מְעַלְיָא וְיֵשׁ לְהַלּוֹקֵם הַכְּתוּבָה עַל מַה לְסַמְנוּ וְלִקְנוֹת.

משא"כ היכא במי שמוציא הוצאות ממון או טירחא רק על ידי סמך השתיקה לבד וזולת הוכחת השתיקה אין לו שום הוכחה על מה לסמוך ולהוציא משלו בזה עדיין י"ל דכיון דהדין הוא דשתיקה לאו פהודא דמי ע"כ ממילא לא הנה לו להוציא מעות או טירחא על סמך השתיקה ואיהו דאפסיד אנפשיה דסמך על שתיקתו והוציא מעותיו וטירחתו בכדי וע"כ נדחה ראיתי הלז.

ולכן העיקר כמש"כ לעיל לתרץ לדברי הרמ"א ע"פ הא דב"מ (דף י') בא"ל זכה לי כו' וכו' תרצתי לעיל לדברי הרמ"א דסעיף ב' הנה"ל ג"כ ע"פ הא דב"מ הנה"ל ע"פ מה דמוכח שם דהיכא דחבירו אינו יודע האמת דבזה לא ה"ל לשותק ואמרין שתיקה פהודא: ***(הגה"ה ונהנה דברי התוס' דב"מ (דף כ') הלז בד"ה ש"מ אי' לדשמואל כו'.

הוא תמוה במש"כ ואי איכא עדים נשיילינהו אם אומרים שנתרצה הבעל או שתק א"כ מודה שהשובר שקר ואם מוכה שאמר כפר פרעתי לה א"כ השובר נעשה קודם המכירה ואינהו דאפסיד אנפשיה עכ"ל התוס'.

וקשה דהא אף במוכה שאמר הבעל אז בעת המכירה כפר פרעתי עכ"ז אין זה הוכחה שהשובר נעשה קודם המכירה דהא אף דהבעל אומר פרעתי אינו נאמן כ"ז שפתובה יוצא מת"י או מת"י הלוקח את הפתובה ולכן עדיין יש לחוש על השובר שגמצא דלמא פתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי דכיון דנפל איתרע זכות השובר וה"ל כמו דאין שובר לפנינו כלל וה"ל טענת הבעל פרעתי כמו כל טוען פרעתי להפתובה דא"נ כ"ז שאין לו שובר לפנינו וע"כ דברי התוס' צריף ביאור.

והר"נ בחי' לב"מ שם דכתב ג"כ זה התירוץ וכ"כ הגימוקי יוסף לב"מ שם י"ל דכוננתם הוא לפי דהא שיטת הר"נ והגימוקי יוסף דמעמד שלשתן לא מהני בע"כ של לנה רק מדעתו וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק כ"ח בשם הר"נ ספ"ק דגיטין ובשם הר"נ בפתובה ובשם הנ"י פ' מי שמת ובפרק החובל ע"כ פתבו שפיר לתרץ פן דהא מעמ"ג לא מהני רק מדעתו א"כ הא הוי פהודא דלא פרעתי והשובר פסול.

וכן פתב להדיא הר"נ ספ"ק דגיטין בזה"ל במה שהקשה ג"כ בהא דב"מ (דף כ') דניחוש שפא מקרה במעמ"ג דלא מצוי למחול ות' דאם אי' דזבנה במעמ"ג מדעתו של בעל הי' דלא אפשר בלא"ה וכדכתבנא וכיון שפן אפ' מפיק שובר לא מהני שהרי הודה לאח"ז של שובר שלא נפרעת מפתנתה עכ"ל הר"נ וכ"כ הר"נ בחי' לגיטין שם.

הרי להדיא דעיקר תירוצו הוא ע"פ מה שכתב הר"נ שם לעיל דמעמ"ג לא מהני רק מדעתו. וכן ראיתי בבעה"ת שער כ"ח חלק ששי שכתב ג"כ לתרץ להקושיא בב"מ דניחוש שפא מקרה במעמ"ג ות' ג"כ בזה"ל שהרי יש עדים שמכרה במעמ"ג ואיהו א"ל הן נמצא שהודה כו'.

ונהו ג"כ ע"פ שיטתו דכתב הבעה"ת שם חלק ה' אות ג' דמעמ"ג לא מהני רק מדעתו וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק כ"ח בשם הבעה"ת וכ"כ הב"י שם בשם הבעה"ת ע"כ שפיר פתב הבעה"ת בפשיטות דאיהו א"ל הן נמצא שהודה כו': וכן י"ל בכוננת הרא"ש בכתובות פ"ט סי' יו"ד שכתב ג"כ לתרץ לקושיא זו בב"מ (דף כ') דניחוש שפא מקרה

במעמ"ג ותי' די"ל דלקא ליכא למיחש דאם שתק הבעל הרי הודה ששהובר הנה שקר שאם הי' אמת הנה לו למחות ולומר פבר נתקבלה פתונבתה עכ"ל.

דקאי התם לתרץ לדברי המפרשים דבמעמ"ג א"י למחול וכמו דקאמר התם הרא"ש בקושיותו וי"ל דתירץ לקושיא הלז ע"פ שיטת הסוברים דמעמ"ג לא מהני רק מדעתו ולא בע"כ וכמש"כ הרא"ש שם לעיל מיני' בזה"ל ועוד י"ל הא דקאמר משעבדנא לך ולקל דאתי מחמתך פי' פשארצה להשתעבד כו' ובכה"ג פירשו התוס' בספ"ק דגיטין פשרצו לדקדק דמעמ"ג קנה בע"כ של לנה כו' ודחו ראי' זו כו' דשאני התם שעומדין שלשתן פאחד ונתרצה להשתעבד לו פדפרישית לעיל עכ"ל הרא"ש שם לעיל מיני'.

ע"כ י"ל דמה דכתב הרא"ש שם אח"ז לתרץ להא דב"מ דכוננתו לתרץ פן ע"פ שיטת הסוברים דמעמ"ג לא מהני בע"כ ולכן א"ש תירוצו משום דהא מעמ"ג לא מהני רק בנתרצה הלנה או בשתק וכמש"כ האו"ת בסי' קכ"ו סוף ס"ק ז' דבשותק הלנה בעת שהנה המעמ"ג כ"ע מודו דמהני המעמ"ג רק אם הלנה מוחה בפירוש בנה פליגי החולקים וס"ל דבע"כ לא מהני ע"ש.

ע"כ שפיר כתב הרא"ש דכיון דהנה ריצוי או לכה"פ שתיקה ע"כ הוי פהודאה ששהובר הוא שקר משום דאם לא הנה שתיקה אם פן ממילא לא מהני המעמד שלשתן להסוברים דלא מהני בע"כ ולכן הרא"ש לא סיגים כמש"כ התוס' בב"מ דאם מוחה שאומר פרעתי א"כ השובר נעשה קודם המכירה כו'.

משום דהרא"ש כתב בפשיטות ובקצרה פן לפי דמייירי בפשיטת הסוברים דלא מהני בע"כ. ולכן אתי שפיר דברי הרא"ש בב"מ (דף כ') סי' מ"ח שהקשה שם ג"כ דניחוש שפא מקרה הפתונה במעמ"ג דלא מהני מחילתה ותי' דבכתובה לא מהני מעמ"ג דשפא לא תבא לידי גביי' כו'.

ולא פתב להתירוץ שמתרץ הרא"ש בכתובות פנ"ל משום די"ל דכיון דהרא"ש כתב בגיטין פ"ק סי' י"ז לדינא דמעמ"ג מהני בע"כ ג"כ ע"כ שפיר הוכיח האשרי בב"מ מקושיא זו דמעמ"ג לא מהני בכתובה ולכן לא פתב להתירוץ שמתרץ בכתובות פנ"ל וא"ש דברי הרא"ש.

אבל דברי התוס' בב"מ מוקשין מאוד דהא פתבו לתרץ דאם מוחה שאמר פבר פרעתי א"כ השובר נעשה קודם המכירה ואינהו דאפסידו אנפשיי'. ולא פתבו דאם לא שתק הבעל הא מעמ"ג לא מהני בע"כ אלא דכתבו פנ"ל.

א"כ תקשה דמנלן להוכיח דע"י מחאת הבעל מוכח דהשובר נעשה קודם המכירה הא י"ל דאף דהבעל טען אז פרעתי מ"מ פיון דא"נ לומר פרעתי הפתונה כ"ז דליכא שובר ע"כ עדיין איכא לחוש שפא פתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי וכמו דפי' רש"י שם דהוא לא פרע עד תשרי וע"כ לא מהני השובר דאיטרע בנפילה לגרע זכות הלוקח את הפתונה במעמ"ג ולא מהני מחאת הבעל במה שמיקח אז בעת המעמ"ג.

ובאמת התוס' דלא פתבו בפשיטות דאם הבעל מיחה אז א"כ לא מהני המעמ"ג פיון דלא הנה בריצוי שלו. משום דאזלי לשיטתם דכתבו בגיטין (דף י"ג) דאף בע"כ מהני מעמ"ג

וכמש"כ המהר"ם ש"מ איתא לדשמואל כו' להשיג על המהרש"א שם ע"ש.

וכן תקשה על התוס' בגיטין (דף י"ג ע"ב) בד"ה תנהו לפלוני כו' דהקשו ג"כ ב"ק דב"מ דניחוש ש"מא מקרה במעמ"ג כו' ותיקצו ג"כ דבשתק השובר שקר ואם מיקח מוכח שהשובר אמת וליכא למיחש דילמא פתבה ליתן בניסן כו' עכ"ל התוס'.

ולא פתבו בקצרה דאם מיקח א"כ לא מהני מעמ"ג בע"כ משום דאזלי התוס' לשיטתיהו דכתבו שם בדיבור הקודם דמעמ"ג מהני אף בע"כ וכן באותו דבור פתבו בזה"ל לעיל מיני' דאע"ג דהבעל לא יתראה הא פרישית דאפילו בע"כ קני עכ"ל התוס'.

ולכן אתו התוס' לסיים דאם מיקח מוכח שהשובר אמת כו'. א"כ תקשה כמו שהקשיתי על התוס' ב"מ דאיזה הוכחה היא להוכיח ממחאתו שהשובר אמת דהא א"נ לומר פרישתי כ"ז דליכא שובר וכיון דהשובר איתרע בנפילה ה"ל כמאן דליתא ועדיין יש לחוש ש"מא פתבה ליתן בניסן ולא פריע עד תשרי א"כ הנה הפירעון אחר שמקרה במעמ"ג דחייב הבעל לשלם להלוקח את הפתובה.

וע"כ דברי התוס' הללו צריכי' ביאור פעת: וראיתי בקרבן נתנאל לרא"ש בכתובות פ"ט סי' י"ד בס"ק כ"ה שכתב על דברי הרא"ש דשם דלשון התוס' בב"מ (דף כ') ד"ה ש"מ מתקן יותר וז"ל וי"ל דליכא למיחש כו' ואם מוחה שאומר פרישתי א"כ השובר נעשה קודם המכירה כו' עכ"ל הק"נ.

ובאמת לפי מה שנתבאר א"כ לשון הרא"ש מדוקדק ביותר משום דכוננת הרא"ש שם הוא דאם לא שתק הבעל א"כ הא לא מהני מעמ"ג בע"כ לשיטת הסוברים פן וכנ"ל בארובה. אבל דברי התוס' במה דסיימו פן הוא מוקשה פעת: ואחר פותבי כ"ז מצאתי וראיתי בפלפולא חריפתא להרא"ש בב"מ פ"א סי' מ"ח בס"ק א' שכתב על דברי הרא"ש שהקשה דניחוש ש"מא מקרה הפתובה במעמ"ג כו' והתוס' פתבו דליכא למיחש דאי ליכא עדים כו' נאי איכא עדים נשיילינהו כו' ואם מוחה כו' ע"כ ורבינו בפ' הפותב לא פתב אלא זה התירוץ בלבד ואפשר לי לומר דבכאן סבור הנה רבינו דאפילו פי אמרי עדים שמיחה ליכא למימר דלקוחות אפסידו אנפשייהו ש"יכולים לומר מה לנו ולמחאתו דילמא בשיקרא קא צננות ומחה שעדיין לא נתנתה לו השובר ומשום שידע שפתבה סבור הי' שפיתנה ויוכל לה שמתנה לו השובר ועלשיו שפיתה אותה נתנה לו אבל פשצונח עדיין לא נתנה לו עכ"ל הפלפולא חריפתא.

נת"ל שכוננתי בתמיהתי על התוס' לדברי הפלפולא חריפתא. אף בכוננת הרא"ש לכתובות נתבאר ב"ה די"ל דלא פיון למה דסיימו התוס'.

ולפ"ז אתי שפיר לדברי הרא"ש בב"מ שלא הזכיר לתירוץ הלז בב"מ משום דלדינא פיון דכבר פתב הרא"ש בפ"ק דגיטין דמעמ"ג מהני אף בע"כ ע"כ לא פתב בב"מ מזה התירוץ רק הוכיח מזה הקושיא דכתובה אינו נקנה במעמ"ג: (***) (וכדי דלא יהיו דברי התוס' בב"מ ובגיטין (דף י"ג ע"ב) מוקשין כ"כ ע"כ אפשר לומר בכוננתם והוא דבדברי התוס' בב"מ (דף כ') י"ל דקאי שם לשיטת הסוברים דמעמ"ג לא מהני בע"כ וכמש"כ

המהרש"א שם בכוננת התוס' שם דלא הקשו ממתינתין דאשה פגיעתן רעה דתזבין במעמ"ג דשמא הבעל לא יתרצה כו'.

ומה שהקשה שם המהר"ם שיף עליו דהא פמה פעמים פסקו התוס' דמעמ"ג מהני אף בע"כ כו' אין זה קשה דידוע בכללי התוס' דאין להקשות לדברי התוס' אהדדי וכמש"כ היש"ש לב"ק בהקדמה לפי דכמה בעלי תוס' היו.

וכן יש לומר בכוננת התוס' גיטין (דף י"ג ע"ב) בד"ה תנהו לפלוני כו' במה שפיתבו ועי"ל דהתם גבי שובר אין לחוש פלל כו' דקאי לתרץ בתירוץ השני לשיטת הסוברים דמעמ"ג לא מהני בע"כ וכמו דנראה מדבריהם באותו הדיבור לעיל שפיתבו מתחלה בזה"ל דאע"ג דהבעל לא יתרצה הא פרישית לעיל דאפי' בע"כ קני ועוד גבי שחבלה בבעלה תמכור במעמ"ג כו' וכן בספ"ק דב"מ כו'.

הרי דחזינו דהתוס' נחתי שם למשקל ולמטרי גם להסוברים דאינו קונה בע"כ ולכן פיתבו ועוד גבי שחבלה בבעלה כו'. ע"כ אפ"ש לומר דכוננתם בהתירוץ השני שפיתבו דהתם גבי שובר אין לחוש כו' דמייירי לשיטת הסוברים דאינו קונה בע"כ.

ובאמת להסוברים דקונה בע"כ מוכרח כמו התירוץ הראשון שפיתבו שם דבכתובה לא תקנו מעמ"ג והתוס' קצרו בזה פדמצינו פ"עין זה בכמה דוכתי: ונקדים עוד לענין א' א"ש עפ"ז יבואר דברי התוס' על נכון והוא פי מבואר בטור ח"מ סי' קכ"ו סעי' ח' בטעם הסוברים דמעמ"ג לא מהני בע"כ לפי דיכול הלנה לומר אתה נוח לי והשני קשה לי ממה כו'.

וכן מבואר בבעה"ת שער כ"ח חלק ה' סי' ג' שפיתב פן להדיא טעם זה דלכן לא מהני בע"כ לפי דמצי טעין הראשון נוח לי והשני קשה ממני כו'. והוא טעם זה לשיטתם דס"ל פן בסמ"ע סי' קכ"ו סעיף ז' ס"ק ט"ז.

ועפ"ז יש להעיר בדברי הש"ך בח"מ סי' קכ"ג ס"ק כ"ד שהעלה דלא אמרינו השני נוח לי כו' אלא היכא שצריך להוציא אבל היכא שהוא מוחזק לא שייך סברא זו ע"ש. והנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' י' פתב לחזק סברת הש"ך הלז בזה"ל דמצד הסברא דברי הש"ך נכונים דבשלקא פשהעד צריך להוציא ממון שייך לומר זה נוח וזה אדם קשה להוציא ממנו אבל פשהעד חייב כאו"א לא ינותר שלו זה כמו זה ואם העד מצד עצמו קשה להוציא ממנו שייך לומר כך הוא קשה נגד זה כמו נגד זה עכ"ל הנו"ב.

אכן הקא בטור ובבעה"ת מבואר להדיא דלא פסברת הש"ך והנו"ב דהא הקא מייירי בהלנה שהוא מוחזק ואפ"ה אמרו הטעם דאתה נוח לי והשני קשה ממני. ומזה סייעתא לדברי השער משפט בסי' ל"ז ס"ק ה' שפיתב להוכיח דלא פדברי הש"ך הלז ואף היכא דהוא מוחזק ג"כ שייך לומר אתה נוח לי והשני קשה לי ע"ש ובציקר הוכחות השער משפט שם וקושיות הנו"ב במ"ת סי' י' הנ"ל פחבתי בספרי גחל יצחק סי' ל"ז סעיף י"א לתרץ באופן אחר ע"ש.

ואפ"ש לומר דציקר דבר זה תלוי בפלוגמת הראשונים אי מהני מעמ"ג בע"כ או לא דלהסוברים דמהני בע"כ מוכח דס"ל דלא מהני הטעם דהראשון נוח לי והשני קשה לי

היכא דהוא מוּחזק וע"כ ס"ל דמהני מעמ"ג אף בע"כ פּינן דאין זַה קפידא פּלל וע"כ תקנו חז"ל דלעולם יהיה מועיל מעמ"ג.

והעיקר מה דיש לחלק דשאני לענין נוגע בעדות די"ל כמש"כ הש"ך דהיכא דהוא מוּחזק לא הוי נוגע בעדות משום הראשון נוח לי והשני קשה ממני אבל מ"מ הוי קפידא לענין דלא משתעבד בע"כ להשלישי דמ"מ יכול לומר הוּ טענה: ויהיה איהו שיהיה פּינן דמבואר להדיא בטור ובעה"ת בטעם הסוברים דלא מהני מעמ"ג בע"כ משום דיכול לומר הראשון נוח לי והשני קשה לי ע"כ נראה לומר דדוקא היכא דטוען הלנה הטענה דהראשון נוח לי כו' בזה ס"ל להנה פוסקים דלא מהני מעמ"ג בע"כ ולכופו להשתעבד לו בע"כ אבל היכא דאינו טוען כו' אז גם אינהו מודו דמשתעבד אף בע"כ ואומר דאינו רוצה להיות משועבד להשני אף דאינו אומר הטעם הלז דאתה נוח לי והשני קשה ממני.

וכעין דברי הט"ז בח"מ סי' קכ"ט סעיף ח' גבי מכר הלנה קרקע וחתם המלנה בעד כו' דדחה שם לדברי הסמ"ע דדוקא היכא דטוען השני נוח לי והראשון קשה לי בזה אמרו דלא איבד את זכותו אבל היכא דאינו אומר אמתלא זו אז איבד את זכותו ע"ש בט"ז.

א"כ ה"ה ה"ה גבי מעמ"ג דס"ל להנה פוסקים דלא משתעבד בע"כ דכתבו הטעם דהראשון נוח לי והשני קשה די"ל ג"כ בזה דזהו אם אומר הוּ קפידא אבל היכא דאינו אומר להו טענה ע"פ קפידא זו רק דטוען להכחישו בעיקר החוב אז י"ל דהיכא דאינו נאמן להפטר מן החוב אז ממילא משתעבד להשני ג"כ פּינן דאינו טוען להקפיד ע"ז רק מצד אחר דרוצה להיות פטור מן עיקר החוב אף להראשון לכן בכה"ג הדין נותן דמשתעבד להשני אף לשיטת הסוברים דמעמ"ג לא מהני בע"כ פן י"ל בכוננת התוס': וע"פ ההקדמות הללו יש לפרש לדברי התוס' על נכון והוא די"ל דעיקר פּוּננת התוס' בב"מ (דף פ') ובגיטין (דף י"ג) דכתבו לתרץ דניחוש שפא מקרה הפתובה במעמ"ג משום דאם שתק הבעל אז הרי הודה ואם מיחה ואמר פרעתי אז מוכח שהשובר אמת כו'.

די"ל דעיקר פּוּננתו דאף דא"נ לומר פרעתי כ"ז דלא ראו השובר אצלו אז ואף דעכשיו נמצא שובר הא יש למיחש שפא פתבה ליתן בניסן ולא פרע עד תשרי פּינן דהשובר אימרה בפילה.

דמ"מ פּינן דיכול לטוען הראשון נוח לי והשני קשה לי דאז הדין נותן דלא משתעבד בע"כ לפי מה דנתבאר דהתוס' בתירוץם הלז קאי בשיטת הסוברים פן א"כ לא מבטיא אם טוען אז בעת המעמ"ג אמתלא זו דבונדאי אינו משתעבד בע"כ אף היכא דלא טוען אז לקפידא זו רק דטוען אז פרעתי את הפתובה ובעצם ענין השתעבדות להשני אינו טוען להקפיד ע"ז אז אף דהדין נותן דמעמ"ג מהני בע"כ בכה"ג וכש"כ היכא שאומר בפירוש דאין שום נפ"מ לו בענין השתעבדות לראשון או להשני רק דבא בטענת פרעתי.

דעכ"ז לא אמי שום תקלה להפסיד להלקוחות את הפתובה ע"י חזרת השובר ואף היכא דקנו במעמ"ג דאז לא מצי מחלה אפ"ה אין להלקוחות זכות פּלל ע"פ דין משום דבכל גוונן ואף היכא דאינו טוען הבעל טענת הראשון נוח לי כו' מ"מ נאמן הבעל לומר פרעתי

במיגו דאי בעי הנה טוען טענת הראשון נוח לי כו' דאז לא הנה משתעבד להשני ע"י מעמ"ג א"כ ה"ה עכשיו דלא טוען פן מ"מ נאמן בטענת פרעתי במיגו ולגרע זכות הלוקח שיש לו ע"י מעמ"ג דלא מציא מחלה משום דנאמן במיגו וה"ל כמו דלא הנה מעמ"ג מעולם ונאמנת האשה במיגו דמחילה.

ואין לומר דליתא להך מיגו משום דה"ל פעין מיגו לחצי טענה ואם לא הנה טוען אז פרעתי רק להטענה דהראשון נוח לי כו' הנה חייב לשלם החוב עכ"פ ע"כ טעין פרעתי להיות פטור מעיקר החוב.

דזה אינו דהא מצינו בכללי מיגו של האו"ת ס"ק ל"ב ובכללי מיגו של הנתיבות ס"ק י"א דהיכא דאפשר לעשות שניהם שאני ונאמן ע"ש וה"ה היכא שיש לו לטעון שניהם וכמו דהוכחתי זה במק"א בהרבה ראיות.

ע"כ ה"ה הכא דיש לו מיגו לצרף לטענת פרעתי דיטעון ג"כ דהראשון נוח לו כו' ע"כ אף אם אינו טוען רק טענת פרעתי בלבד ג"כ נאמן ע"י הך מיגו. וזהו פוננת התוס' במש"כ דאם מוחה ואומר פרעתי דנאמן משום דזהו הוכחה דהשובר אמת וכוונתם הוא לההוכחה ע"ז ע"י המיגו שיש לו והא דהוצרכו לומר דנאמן משום דיש שובר כו' והא לפי מש"כ אף בלא השובר הדין נותן דיהנה נאמן לומר פרעתי לגרע זכות של הלוקח דיש לו ע"פ תוקף מעמ"ג בהך מיגו.

יש לומר דזה אתי שפיר ע"פ מש"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק צ"ד דמיגו לאורועי שטרך לא אמרינן א"כ אם לא הנה השובר שנמצא עכשיו לא הי' נאמן במיגו לומר פרעתי לגרע פח השטר כחובה.

אף לפי שנמצא עכשיו השובר דהורע פח השטר ע"י השובר דהא פמה פוסקים ס"ל בהשובר הנמצא בשוק דאין המלנה גובה בהשטר וכמש"כ הפרישה לאה"ע סי' ק"י אף הב"ש בסי' ק"י והח"מ שם ס"ל דגובין בהשטר וכ"כ בתשובת פני יהושע סי' ז' ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעי' י"ח ובמשפנות יעקב סי' כ"ט ובאמת פן מוכח בהתוס' והרא"ש שם דגובין בהשטר וכמש"כ השער משפט ג"כ בסי' ס"ה סעי' י"ח.

אבל עכ"פ איתרע פח השטר עכ"פ לכ"ע דלא יהנה אלים כ"כ דנימא גם בשטר כזה להך פללא דלא אמרינן מיגו לאורועי שטרך. דהא לא שייך הפלל הלז רק היכא דאין שום ריעותא פלל בהשטר אז אמרו דלא אמרינן מיגו לאורועי שטרך משום דחזקה דשטרך בידי מאי בעי הוי חזקה אלימתא.

וכמש"כ הנתיבות בסי' פ"ח ס"ק ט' בכוננת הש"ך שם בס"ק מ"ח. ודוקא בהחזרתי במיגו דנאנסו וכמו כן פרעתי במיגו דמזונייה דנאמן משום די"ל דסמכתי ע"ז ולא חששתי להניח בידו ע"ש.

אבל ז"א רק היכא דלא איתרע פלל החזקת השטר אבל הכא פיון דאיתרע קצת פח השטר ע"י השובר עכ"פ ע"כ נאמן לומר פרעתי ולגרע זכות של הלוקח מה שיש לו ע"פ תוקף מעמ"ג. וכן מצינו בכמה דוכתי דחילקו בכזה בין חזקה דאיתרעי לחזקה דלא איתרעי ועיין בש"ך בכללי מיגו ס"ק יו"ד ובאו"ת בכללי מיגו ס"ק ס"ב ס"ג ס"ד בענין

מִיגוּ בְּמִקוֹם חֻזְקָה וּאֲכַמ"ל: וּלפ"ז אֲתִי שְׁפִיר פְּנוּנַת הַתּוֹס' דְּעֵיקָר פְּנוּנָתָם הוּא דְנֶאֱמָן לומר פְּרַעְתִּי מִשׁוּם הַמִּיגוּ דִּישׁ לוֹ כְּמוֹ דְנִתְבְּאָר.

וּמָה דְסִיִּימוּ הַתּוֹס' בּב"מ שֵׁם וְאִינְהוּ דְאַפְסִידוּ אֲנַפְשֵׁייהוּ זְהוּ לְאוּ דְנוֹקָא דְהָא הַתּוֹס' בְּגִיטִין (דף י"ג) לֹא פְתָבוּ לְהָא דְאִינְהוּ אֲפִסִּידוּ אֲנַפְשֵׁייהוּ רַק פְּתָבוּ דָאִם מִיחָה אֲזִי מוֹכַח שְׁהַשׁוּבָר אֲמַת וְלִיכָא לְמִיחַשׁ דִּילְמָא פְתַבָּה כו'.

דְּעֵיקָר פְּנוּנָתָם דְבִשְׁבִיל הַמִּיגוּ דִּישׁ לוֹ דְהוּי הוֹכְחָה לְנוּ דְהַשׁוּבָר אֲמַת וּע"כ לִיכָא לְמִיחַשׁ כו'. וְכֵן הֵכָא בּב"מ עֵיקָר פְּנוּנָתָם דָאִם מוֹחָה וְאוּמַר פְּרַעְתִּי א"כ הַשׁוּבָר נַעֲשֶׂה קוֹדָם הַמְכִירָה.

דְנֶאֱמָן לומר פְּרַעְתִּי מִשׁוּם הַשׁוּבָר דְנִמְצָא עֲכָשְׁיוּ וְנֶאֱמָן לומר דְהַשׁוּבָר נַעֲשֶׂה קוֹדָם הַמְכִירָה מִשׁוּם הַמִּיגוּ שְׁהִיָּה לוֹ בְּעַת הַמַּעֲמ"ג וְלִגְרַע זְכוּת הַמַּעֲמ"ג פִּינּוּ דְנִתְבְּרָר עֲכָשְׁיוּ דְגְרוּעַ זְכוּת הַשְּׁטָר וְלֹא אֲלִימָא פַח הַשְּׁטָר כ"כ וּע"כ נֶאֱמָן בְּמִיגוּ פּנ"ל.

וּמָה דְסִיִּימוּ דְאִינְהוּ דְאַפְסִידוּ אֲנַפְשֵׁייהוּ הִינּוּ דְלֹא נִימָא פִּינּוּ דְאֲזִי בְּעַת הַמַּעֲמ"ג לֹא הִיָּה לְפִנְיֵנוּ הַשׁוּבָר פְּלָל א"כ הַלְקוּחוֹת שְׁקִנּוּ אֶת הַפְתוּבָה סְמָכוּ עַל הַדִּין דְהִיכָא דְלֹא חֲזִינּוּ רִיעוּתָא קֶצֶת בְּהַשְּׁטָר דְאֵלִים לִי זְכוּת הַשְּׁטָר דְלֹא מְהִימָן בְּמִיגוּ לְאוּרְוְעֵי שְׁטָרָא וְלָכוּ הִיָּה מְקוֹם לומר דְאֵף עֲכָשְׁיוּ דְנִתְבְּרָר לְנוּ דְגְרוּעַ זְכוּת הַשְּׁטָר ע"י הַשׁוּבָר דְנִמְצָא וְנֶאֱמָן שְׁפִיר בְּמִיגוּ.

דמ"מ פִּינּוּ דְהַלְקוּחוֹת לֹא יָדְעוּ מַזָּה אֲזִי א"כ אֵין לְנוּ לְגְרוּעַ זְכוּת הַלְקוּחוֹת בְּמָה שְׁזִיכּוּ לְהֵם חו"ל ע"י תְּקִנַּת מַעֲמ"ג. ע"כ סִיִּימוּ הַתּוֹס' דְאִינְהוּ אֲפִסִּידוּ אֲנַפְשֵׁייהוּ דַּה"ל לְחוּשׁ שְׁמָא יִתְבְּרָר לֹאח"ז דְגְרוּעַ זְכוּת הַשְּׁטָר ע"כ לֹא חֲזִינְשֵׁינּוּ בְּמָה דִּינְפִסִּידוּ הַלְקוּחוֹת פִּינּוּ דַּע"פ דִּין נֶאֱמָן לומר פְּרַעְתִּי.

וְהַעֵיקָר הוּא הַפֶּל מִשׁוּם דְנֶאֱמָן הַבַּעַל ע"פ דִּין לומר פְּרַעְתִּי מִשׁוּם דָאִם הִיָּה הַדִּין דַּא"נ לומר פְּרַעְתִּי בְּנוּדָאֵי לֹא שְׁיָיָה לומר דְאִינְהוּ אֲפִסִּידוּ אֲנַפְשֵׁייהוּ דְהָא יְכוּלִים לומר מָה לְנוּ לְחוּשׁ לְמַחְאָתוּ דְהָא פִּינּוּ דַּע"פ דִּין נִקְנָה לְהֵם הַשְּׁטָר פְּתוּבָה אֵין לְהֵם לְהַשְׁגִּיחַ פְּלָל עַל הַגְּדוּתוֹ וְאֲדַרְבָּה רְאוּי לְנוּ לְחוּשׁ לְתַקְנָתָם שְׁלֹא יְהִיָּה חֲשֵׁשׁ פְּסִידָא לְהֵם כְּמַצִּינּוּ בַּכ"ד דְחָשׁוּ חו"ל לְתַקְנַת הַלְקוּחוֹת אֵף הִיכָא דַּהַבַּע"ד צְנוּת וּמִיחָה לְהֵם.

דְכִינּוּ דַּא"נ ע"פ הַדִּין א"כ פְּדִין קָנוּ. וְלָכוּ הַעֵיקָר הוּא בְּכּוּנּוּת הַתּוֹס' דְאָתוּ עָלָה דְלָכוּ נֶאֱמָן הַבַּעַל מִשׁוּם הַמִּיגוּ פּנ"ל: וְכֵן י"ל בְּכּוּנּוּת הָרָא"ש בַּפ"ט דְכְּתוּבוֹת ס' יו"ד הַנְּז"ל דְכְּתַב דָאִם שְׁמַק הַבַּעַל הָרִי הוֹזָה כו' שְׂאֵם הִיָּה הַשׁוּבָר אֲמַת ה"ל לְמַחְוֹת וְלומר (כָּר)**** נִתְקַבְּלַת פְּתוּבָתָהּ.

דְלִפִּי מָה שְׁנִתְבְּאָר דְהָרָא"ש דְכְּתַב שֵׁם פֶּן הוּא בְּשִׁיטַת הַסּוּבְרִים דַּמַּעֲמ"ג לֹא מְהַנִּי בַּע"כ א"כ אֵף בְּאוּמַר בְּפִי דְאִינּוּ מְקַפִּיד לְאִיזָה מְהֵם יִשְׁתַּעֲבַד אֵף דְטוּעֵן פְּרַעְתִּי דְנֶאֱמָן ע"י מִיגוּ דְאִי בְּעֵי הִיָּה אוּמַר שְׁהוּא מְקַפִּיד וְאִינּוּ רּוֹצֵה לְהַשְׁתַּעֲבַד לְהַשְׁנִי מִשׁוּם הָרָאשׁוֹן נוֹחַ וְהַשְׁנִי קָשָׁה מְמַנִּי וְכַנ"ל.

פֶּן יֵשׁ לְפָרֵשׁ לְדַבְרֵי הַתּוֹס' וְהָרָא"ש וּש"פ הַנְּז"ל שְׁלֹא יְהִיּוּ מְקַשִּׁין כ"כ. (ע"כ הַגַּה"ה): (** נְחִזּוּר לְעַנְיֵינוּ דְנִתְבְּאָר בְּמָה שְׁפַתְבָּתִּי לְעֵיל וּבִסְעִי' ב' לְעֵיל לְהַבִּיא רְאִיָּה מִן הַתּוֹס')

ב"מ (דף ד') וְהָרָא"ש שם וּשְׁאָרֵי רֵאשׁוֹנִים דְּשָׁם דְּשְׁתִּיקָה פְּהוּדָא דְּמִי הֵיכָא שְׁיָכוּל לְהֵיטוּ ע"י שְׁתִּיקָתוֹ פְּסִידָא לְאַחֲרִים.

דְּבִאָמַת אִין זֶה פְּלַל לְדוּן פֻּן בְּהַעֲנִינִים דְּכְתַבְתִּי לְעֵיל לְפִי דִּישׁ לְחַלְק דְּשֵׁא"ה בְּמַכְרָה פְּתוּבְתָה דְּהַלּוּקָח יֵישׁ לּוֹ עַל מַה לְסַמּוּךְ וְלִיתָן מְעוּתָיו עֲבוּר הַפְּתוּבָה שְׁיּוּצָא מִת"י כ"ז דְּאִין הַשׁוּבֵר לְפִנְיָנו אִם הַבְּעַל אֹמֵר פְּרַעְתִּי נֶאֱמַן בְּמִיגוּ עֲכָשְׁיוּ שְׁנַמְצָא הַשׁוּבֵר לְפִנְיָנו כַּנ"ל ע"כ שְׁפִיר אָמְרוּ שָׁם דָּאם שְׁתַּק הַבְּעַל הָוִי פְּהוּדָא מְשׁוּם דֵּאל"כ ה"ל לְמַחֲוֹת וְלוֹמַר כְּבָר נִתְקַבְּלַת פְּתוּבְתָהּ וְכַמְש"כ הָרָא"ש כַּנ"ל.

וְאַף דָּאִף אִם הָיָה מוֹחָה הַבְּעַל אִזְּ ג"כ לֹא הָיָה נֶאֱמַן בְּמִיגוּ כ"ז דְּלֹא נִמְצָא אִזְּ הַשׁוּבֵר כַּנ"ל מ"מ י"ל בְּזֶה דָּאם הָיָה מוֹחָה הַבְּעַל אִזְּ יוֹכַל לְהֵיטוּ דְּהַלְקוּחוֹת הָיוּ חוֹשְׁשִׁים לְמַחְאָתוֹ וְלֹא הָיוּ קוֹנִים אֶת הַפְּתוּבָה וְאִם לֹא הָיוּ חוֹשְׁשִׁים ע"ז שְׁיִיךְ לוֹמַר כַּמְש"כ הַתּוֹס' דְּאִיגְהוּ אֶפְסִידוּ אֲנַפְשֵׁיהוּ וְכַנ"ל.

וְכ"ז הוּא רַק הֵיכָא דִּישׁ לְהֵם הוֹכְחָה אִף בְּלֹא הוֹכְחוֹת שְׁתִּיקָתוֹ פְּדַחְתָּם דִּישׁ לְהֵם הוֹכְחָה מִן הַפְּתוּבָה שְׁיּוּצָא מִת"י כַּנ"ל. אֲבָל בְּהַךְ דְּמַלְמַד שְׁלַמַּד עִם בְּן חַבְרֵי ע"פ סְמוּךְ מַה שְׁשָׁכְרוּ אֶחָד בְּפִנְיָ אַבִּי הַבֵּן וְשְׁתַּק אֶכְתִּי י"ל בְּזֶה דְּכִינּוּ דְּהֵדִין הוּא דְּשְׁתִּיקָה לֹא הָוִי פְּהוּדָא א"כ לֹא ה"ל לְהַמְלַמַּד לְלַמּוּד עִם בְּן חַבְרֵי כ"ז דְּלֹא שְׁכָרוּ אַבִּי הַבֵּן בְּפִירוּשׁ וְלֹא ה"ל לְסַמּוּךְ עַל מַה דְּשְׁתַּק אַבִּי הַבֵּן וְלֹא שְׁיִיךְ לוֹמַר בְּזֶה דֵּה"ל לְאַבִּי הַבֵּן לְמַחֲוֹת פְּדִי שְׁלֹא יוּצֵיא טִירְחוֹתוֹ בְּחֻנָּם דְּהָא אִיהוּ דְּאֶפְסִיד אֲנַפְשֵׁיהּ וְלֹא ה"ל לְלַמּוּד עִמּוֹ כ"ז שְׁלֹא שְׁכָרוּ בְּפִירוּשׁ.

וְכַן י"ל לְעֵיל סְעִי ב' בְּצוּנְוֹת שַׁכ"מ וְשְׁתַּקוּ לְצוּנְוֹתוֹ דְּכְתַבְתִּי לְעֵיל שָׁם לְדַמּוֹת זֶה לְהַךְ דְּב"מ (דף ד') הַנ"ל דִּישׁ לְחַלְק וְלְדַחֲוֹת זֶה כַּנ"ל. וְגַם יֵישׁ לְחַלְק דְּשֵׁאנִי הַךְ דְּב"מ הַנ"ל דְּמִיָּרִי הֵתָם בְּמַעַמ"ג דִּי"ל דְּכִינּוּ דְּתַקְנוּ חַז"ל דָּאם שְׁתַּק הַחֲטִיב יִהְיֶה מוֹעִיל הַמַּעַמ"ג לְקַנְיָן וְכַמְש"כ הַאו"ת בְּסִי' ק"ו ס"ק ז' דְּכ"ע מוֹדוּ דְּבִשְׁוֹתָם מְהִנִּי הַמַּעַמ"ג וְכִינּוּ דְּהָוִי פְּקַנְיָן ע"כ אָמְרוּ בְּזֶה דְּשְׁתִּיקָה הָוִי פְּהוּדָא וְכַעֲיָן מַה דְּמַצִּינּוּ בְּסִי' ק"ו סְעִי י"ג בְּסַמ"ע ס"ק ל"ו וּבִשְׁ"ף ס"ק נ"ד דְּמַעַמ"ג הָוִי פְּקַנְיָן כו'.

וְכַמְש"כ הַבְּעַל הַתְּשַׁעַר כ"ח סִי' ג' שָׁם שְׁהָרִי אִם יֵישׁ עֵדִים כו' וְכַשְׁאֲמָרָה לּוֹ אֲשַׁתּוּ מְנָה לִי בְּיַדְךָ א"ל הֵן כו'. זֶהוּ לֹא וְנֹקָא דֵּה"ה בְּשְׁתַּק דְּגַם זֶה הָוִי פְּמוֹ דֵּאל"ל הֵן וְאִין זֶה סְתִירָה לְהַאו"ת.

ע"כ הָעֵינְקֵר כַּמְש"כ לְעֵיל לְתַרְץ לְהַךְ דְּמַלְמַד שְׁשָׁכְרוּ בְּפִנְיָ אַבִּי הַבֵּן כו'. וְכַן הַךְ דְּלְעֵיל סְעִי ב' בְּצוּנְוֹת שַׁכ"מ וְשְׁתַּקוּ דְּמַבְנוֹאֵר שָׁם דְּאֶמְרִינּוּ בְּזֶה שְׁתִּיקָה פְּהוּדָא דְּהַטְעַם הוּא כַּמְש"כ לְעֵיל לְדַמּוֹת כ"ז לְהַךְ דְּב"מ (דף יו"ד) וּבַח"מ סִי' רַס"ט בֵּאל"ל זְכָה לִי וְשְׁתַּק הַמַּגְבִּיחַ דְּאָמְרוּ בְּזֶה דְּשְׁתִּיקָה פְּהוּדָא פִּינּוּ דְּאִינוּ יוֹדְעַ חַבְרֵי אִיף הוּא הָאָמַת וְכַנ"ל בְּאַרְבְּעָה דֵּה"ה בְּכָל הַנְּהַךְ עֲנִינִים דְּנִתְבְּאַרוּ וְאֶתִּי שְׁפִיר כ"ז בְּעַז"ה: עֲנָף יֵג וְעֲכָשְׁיוּ נְשׁוּבָה לְבָאֵר הַךְ דִּינָא דְּהַעֲלָה הַאו"ת לְעֵיל סְעִי ב' בְּס"ק ט' לְאַחַר דְּהַשִּׁיג שָׁם עַל הַרְמ"א וְהַעֲלָה דְּגַם בְּצוּנְוֹת שַׁכ"מ דְּשְׁתַּקוּ הַיּוֹרְשִׁים לְצוּנְוֹתוֹ דְּלֹא הָוִי פְּהוּדָא פִּינּוּ דְּשְׁתַּקוּ מִתְחַלְלָה וְכַמוֹ הַךְ דְּסְעִי ז' וְמַה"ט פְּתַב לְהַלְכָה בְּשַׁכ"מ שְׁצִינְוָה לְפִנְיָ מוֹתוֹ בְּמַעַמַּד יוֹרְשֵׁי שְׁאִינוּ חֲטִיב לְשׁוּם אָדָם אֶפְלִיּוּ פ"א וְיּוֹרְשֵׁי שְׁתַּקוּ לְצוּנְוֹתוֹ וְאַחֲרֵי מוֹתוֹ הוּצֵיאוּ קֶצֶת

מהיורשים פתב חוב עליו ופסק דהדין הוא דהיורשים נאמנים לגבות בשטר שלקם וכן פסקו רבנים מומחים שקיו אז באותו הזמן להלכה למעשה דאין לפסול השט"ח ע"י מה ששקו אז עכ"ל האו"ת ובאורים שם ס"ק י"ב פתב בזה הדין דלענין מעשה צריף ישוב וצע"ג.

וכן הנתיבות שם ס"ק ד' לאחר דתיגרין שם לדברי הרמ"א ע"פ הא דב"מ (דף ו') דהקדישה ה"ה פתקה כו' ומסיק בזה"ל אבל נדאי שכ"מ שציונה שפלוני חייב לו או שיש לו שטר פרוע ופלוני שתק לא הוי שתיקה פהודאה וכמש"כ הט"ז עכ"ל.

ועיקר דבריהם הוא על פי דברי הט"ז שם שפתב להלכה ע"פ הא דסעי' ז' דבשתק מתחלה לא הוי שתיקה פהודאה דה"ה בצוואת שכ"מ דשם דלא הוי שתיקה פהודאה. והאו"ת שם פתב מתחלה דלפי תירוץ הש"ך דשם אם אמר במעמד הב"ח כל שטרות עלי בקזקת פרועים והב"ח שותק איבד זכותו דאמרינו ונדאי דנפרע חובו: ולענ"ד יש לדון בזה טובא לפי מש"כ לעיל בענין ד'.

לבאר ע"פ פשוטות הסוגיא דכתובות (דף י"ד ע"ב) במה דאמרו שם הטעם דסבר מסתיני' דלא מפיקי ליה מקהל דלכו שתיקה דהתם הוי פהודאה כמו דפירשתי לעיל בארנפה ע"פ שיטת הסוברים דאמרינו מיגו למפרע היכא דמפרש לדבריו הראשונים א"כ הכא גבי מה דנסתפקנו בכוננת שתיקתו דלמפרע דנאמן לפרש כוננת שתיקתו דלא חששתי להשיבו ע"פ המיגו דלמפרע שהיה לו אז ולומר להד"ם מיד.

ואף דלשיטת החולקים דס"ל דלא אמרינו מיגו למפרע גם לפרש דבריו דלפי שיטתם בע"כ נצטרף לדחוק ולפרש לכוננת הש"ס דכתובות שם באופן אחר. ומוכח לפי דבריהם דהא דכתבו הטוש"ע הכא דשתיקה לאו פהודאה הוא מפאת טענת עצמו דהדין הוא דנאמן לומר לא חששתי להשיבו וכמש"כ לעיל בשם ביאור הגר"א זצ"ל דהוכיח פן משבועות (דף ל"ח) פנ"ל בארנפה.

אבל פיון דלפי שיטת הסוברים דאמרינו מיגו למפרע לפרש לדבריו הראשונים. יש לומר דזהו הטעם דאמרו דשתיקה לאו פהודאה משום דנאמן על האמתלא שאומר דלכו שתיקתי לפי דלא חששתי להשיבו ע"פ פת המיגו למפרע שהיה לו אז.

ולכל השיטות בפלוגתתם אי אמרינו מיגו למפרע לפרש לדבריו או לא אתי שפיר מה דפסקו הכא בטוש"ע דשתיקה לאו פהודאה פיון דמוכח פן מן הש"ס וכנ"ל. אף בטעם הדבר תלוי בשני השיטות הללו בפלוגתתם או משום טענת עצמו או משום המיגו דמהני להחזיק ממונא ולכן אין מוציאין מהחייב פלל: ולפ"ז יש לדון בנ"ד בשכ"מ שציונה לפני מותו במעמד יורשיו שאינו חייב לשום בן אדם אפילו פ"א והשטרות שיש להם הם פרועים ושקו אז.

די"ל בכה"ג פיון דהם באים להוציא הממון מחזקת כל היורשים ע"כ פיון דאפשר לומר בטעם הדבר במה דקיי"ל דשתיקה לאו פהודאה דזהו רק מן פאת המיגו למפרע שהיה לו מתחלה לשיטת הסוברים דנאמן במיגו למפרע לפרש לכוננת שתיקתו.

ולכן פיון דקיי"ל דלא אמרינו מיגו להוציא מהמחזק ע"כ הכא דמי שבא בהשטר שלו לגבות ולהוציא ממון מהמחזק יש מקום לומר בזה דיהנה הדין בכה"ג דע"י מה דשקו

מתחלה בעת צנוּאתו דאינן נאָמנים על השטר מפאת טענת עצמו רק מן זכות המיגו שהי' לו למפרע א"כ פֿינן דלא אָמרינן מיגו להוציא אינן נאָמנים לגבות בהשטר ולהוציא מהמחזק.

ואף דהיורשים הסייבים המעות הם אינן אומרים פרי רק טוענין שְמא נאותו שְהשטר ביִדו טוען פרי ובכרי וְשְמא אָמרינן מיגו להוציא וְהָא בעת שְבא עם השטר לב"ד ה"ל אז כמו פרי וְשְמא.

עכ"ז הא שְאני יורש וכדמוכח בהתוס' לב"מ (דף קט"ז) בסד"ה וְהא רבא כו' וב"ב (דף נ"ב) בתוס' סד"ה דברים העשויים כו' גבי המכיר פליו וספריו דא"נ בְמיגו להוציא מן הלוקח. אע"ג דהלוקח טוען שְמא וְהתובע טוען פרי משום דזה מקרי פרי וברי ע"פ דברי הרא"ש בכתובות פ"ב סי' א' דכיון דטוענין ליורש ה"ל כמו טענת פרי וכמש"כ הַנתיבות בכללי מיגו ס"ק א' והקצה"ח בס"י קל"ג ס"ק ז' וה"ה הָא דכיון דטוענין להיורשים דאביהם הָא טוען פְרעתי ובפֿרט פֿינן דטוען פְכר מורישם דאינו חייב לשום בן אדם ע"כ בַּנודאי ה"ל כמו פרי וברי דהדין הוא דלא מהני מיגו להוציא.

ואף דקיי"ל דהיכא דשטר אָמרינן מיגו להוציא וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ב) ובכללי מיגו. עכ"ז הָא פְתב הקצה"ח בס"י פ"ג ס"ק ה' דזה אינו רק בשט"ח דגובה ממשעבדי.

דה"ל פְגבוי אָבל בשט"ח דאינו גובה ממשעבדי רק מבני חורין דכיון דכה"ג לא הוי פְגבוי ע"כ אין מוציאין בשט"ח פְזא אף שיש לו מיגו דגם בְזיהדינינן להו פְללא דלא אָמרינן מיגו להוציא ועיין מְזא בְספרי נחל יצחק סי' י"ב ענף ה'.

א"כ בנ"ד היכא דבאו לגבות מהיורשים בשט"ח דאין בו אחריות נְכסים ואינו גובה ממשעבדי רק מִיורשים דְהא מְשפחת פְמה גוּנני בשט"ח דלא גְבי ממשעבדי רק מב"ח גְבי וכן מִיורשים גובה.

וכיון דשְתקו בעלי השטרות בעת שְצינוה השכ"מ שְפל השטרות שיש עליו הם פְרועים וכיון דְהא דשְתיקה לא הוי פְהודָא יש מקום לומר דְזוהו מן פֿח המיגו שְהיה לו למפרע בעת השְתיקה דְנאָמן לְפֿרש לכוּונת שְתיקתו.

א"כ היכא דבא להוציא מִמון ע"י השטר דלא גְבי ממשעבדי פֿינן דלא הוי פְגבוי ע"כ הדין הוא דאין מוציאין מהמחזק ע"פ הפְלל דלא אָמרינן מיגו להוציא בשטר פְזא. ואף דְכתב האו"ת בכללי מיגו ס"ק ח' בְשם איזא פּוסקים דס"ל דלְכן אָמרינן מיגו להוציא במקום שְטרא לפי דיש שְם חִזקה דשְטרא בְידי מאי בְעי המְסייע להמיגו ע"ש.

א"כ לפ"ז ה"ה בשט"ח דלא גְבי ממשעבדי ג"כ גְבינן מב"ח ע"י המיגו עכ"ז פֿינן דְזו גופא הוי סְפיקא דדינא ואין מוציאין מִמון ע"י המיגו בשט"ח דלא גְבי ממשעבדי וכמש"כ הקצה"ח. ואף דבנ"ד יש עוד סְפיקא דדינא דְהא להסוֹברין דגם לְפֿרש דְבריו א"נ ע"י מיגו למפרע א"כ מוכח לפי שְיטתם דְהא דמוכח מן הש"ס דהדין הוא דשְתיקה לא הוי פְהודָא דְזוהו ע"פ טענת עצמו וְלא משום המיגו.

ואפשר לומר דמה שהביא יד מלאכי בשם בני אהרן דשתיקה פהודאה דמי דמיירי בשתיקה בפני ב"ד וכמבואר בסי' פ' סעי' א' בהרמ"א דאם שתק בפני ב"ד דהוי פהודאה כ"ז דלא נתן טעם למה שתק בתחלה וכמש"כ האו"ת בסי' פ"א ס"ק ט' פועין זה ע"ש.

אבל בשתק בפני עדים אפשר דגם המחבר בני אהרן מודה דלא הוי פהודאה וכמבואר הקא בטוש"ע: וכן ראיתי בספר יד מלאכי ח"ג אות שי"ן ס"ק תקע"ג שכתב בזה"ל שתיקה פהודאה דמי דאמרינו לאו דוקא בממון אלא אף לענין איסורא שתיקה פהודאה דמי מהרי"ק שורש קנ"ה וכ"כ ב"ח ח"מ סי' רס"ט ובעל זרע אברהם פתב בפשיטות דבמדי דאיסורא לא שייך ע"ש ובחזון נחום על ספר קדושי ד' קונטרס מיוחד לזה בארובה עכ"ל.

הרי דכתב שם ג"כ לדינא דשתיקה פהודאה דמי. ומה שכתב פן בשם הב"ח סי' רס"ט פבר הבאתי לעיל דברי הב"ח הלז וביארתי כ"ז בארובה.

ומה שהביא בשם בעל זרע אברהם דבמדי דאיסורא לא שייך. אין ת"י ספר הלז לעינינו בו.

ואפשר דטעמו הוא ע"פ מש"כ לעיל דהא דע"א נאמן באיסורין אם שותק הבע"ד דשתיקה דהתם לא הוי פהודאה ממש רק משום רגלים לדבר אתו עלה. ומה שהביא בשם המהרי"ק שורש קנ"ה דשתיקה פהודאה לאו דוקא בממון אלא אפילו לענין איסורא.

ראיתי במהרי"ק שם דלא כתב פן בדרה פלל אף דמיירי התם בענין שאחד א"ל הילך חפץ זה ומכור בקד וכו' והמותר שלך דכיון דשתק בעת שא"ל פן נעשה עליו ש"ש משום דשתיקה פהודאה וכמו הא דב"ב (דף קל"ח) בשותק ולבסוף צונח.

ואף דהוי קצת חובה שיתחייב משום זה בדין ש"ש עכ"ז הא גם בהא דב"ב דמבואר שם דהוי שם עבדים הוי ג"כ קצת חובה כו' כמש"כ הרשב"ם דצונח שאינו רוצה לזון את העבדים כו' ע"ש. והה דין הובא בקצרה בסי' ש"ג סעי' א' בהרמ"א ובסי' קפ"ה סעי' א'.

והמהרי"ק שם פתב בזה"ל וסמכינן אהא אף לענין איסור תרומה לזרים שהיא במיתה פדקאמר יאכלו עבדים בתרומה כו' כש"כ דיש לסמוך על השתיקה לענין ממון הקל כו' עכ"ל. ועפ"ז יש לסתור למש"כ לעיל בכוננת הב"ח דח"מ סי' רס"ט במש"כ שם בלשוננו דאפילו לענין איסורא אמרו דשתיקה פהודאה דמי וכ"כ הב"ח בשו"ת גאוני בתראי סי' כ"ג וכתבתי לעיל לפרש להפוננה דאיזהו רבותא הוא באיסורין ביותר מבממונא כפי שכתבתי לעיל בארובה.

ומן דברי המהרי"ק הלז מוכח דלא כמש"כ לעיל וקצרתי. והנה בעיקר דברי בעל יד מלאכי שכתב בשם המהרי"ק דשתיקה פהודאה דמי כו' דהביאו בסתימות.

ובאמת אינו מוכח מהמהרי"ק רק בענין אם הוי זכות להשותק כמו בהא דב"ב (דף קל"ח) גבי מתנה דזיכו לו והוא שותק ואף בהיו שם עבדים דהוי קצת חובה עכ"ז הזכות רבה וכמו בכל מקבלי מתנה דהוי ג"כ קצת חובה משום שזינא מתנות יחי' וכמש"כ הרשב"ם בב"ב (דף קל"ח) שם.

וה"ה בְּנִתְנוּ לוֹ חֶפֶץ לְמַפְנֵי בְּסֶדֶד כֶּף וְנָכַף וְהַמּוֹתֵר יֵהָא שְׁלֹו וְהוּא שְׁתַּק דְּנַעֲשֶׂה ש"ש ע"י
הַשְׁתִּיקָה דְּכִינּוּן דְּהוּי זְכוּת לוֹ שְׁהַמּוֹתֵר יֵהִיָּה שְׁיִיָּף לוֹ וְהוּא שְׁתַּק אֲמָרִינּוּ בְּזֵה דְשְׁתִּיקָה
פְּהוֹדָא דְּמִי.

אָבֵל הֵיכָא דְּתוּבְעִין מְמַנּוּ מְמוֹן וְהוּא שׁוֹתַק עֲדִינּוּ י"ל פִּינּוּ דַע"י מַה דְּנִימָא שְׁתִּיקָה
פְּהוֹדָא יֵהִיָּה מְזֵה חוּבָה לוֹ ע"כ לֹא אֲמָרִינּוּ בְּזֵה שְׁתִּיקָה פְּהוֹדָא דִּיכּוֹל לוֹמַר לֹא חֲשַׁשְׁתִּי
לְהַשִּׁיבּוּ רַק בְּמַה דְּהוּי זְכוּתוֹ בְּזֵה מְצִינּוּ לְהַמְהַרִּי"ק דַּס"ל שְׁתִּיקָה פְּהוֹדָא וְאִינוּ מוּכַח
מִן הַמְהַרִּי"ק דִּיחֲלֹקַן עַל דְּבָרֵי הַטּוֹש"ע דְּהִקְא: וְכֵן רְאִיתִי בְּסִפְרָא יָד מְלָאכִי שְׁם ס"ק
תַּקְצ"ד שְׁפַתְבּ שְׁתִּיקָה בַב"ד לֹא פְּהוֹדָא דְּמִי שׁו"ת מְהַר"ם בּוֹטִינ ס' כ"ה עכ"ל.

וּג"כ קִינְצֵר בְּזֵה דְּהָא מְבִנְאָר בַּח"מ ס' פ' סַע"י א' בְּרַמ"א דָּאָם שְׁתַּק תְּחִלָּה וְכָא לְטַעוֹן
אַח"כ דְּאִינוּ יְכוֹל אַא"כ נָתַן טַעַם לְמַה שְׁתַּק תְּחִלָּה וְדִלָּא פְּיַשׁ חוֹלְקִים דָּאָם שְׁתַּק יְכוֹל
לְחַזֵּר וּלְטַעוֹן עַכ"ל הַרְמ"א.

וְהַשְׁ"ף הֶעֱלָה שְׁם ס"ק ח' דְּבִנְתָן טַעַם לְמַה שְׁתַּק תְּחִלָּה אֲז אֲמָרִינּוּ דְשְׁתִּיקָה לֹא פְּהוֹדָא.
וְהַתּוֹמִים הֶעֱלָה דַכ"ז קוֹדֵם שְׁיַצָּא מַב"ד כו'.

אַ"כ מְבִנְאָר דְּהֵיכָא דְּאִינוּ נוֹתֵן טַעַם לְמַה שְׁתַּק תְּחִלָּה דָּאָז הַדִּין הוּא דְשְׁתִּיקָה בַב"ד
פְּהוֹדָא דְּמִי וְאִף שְׁאוּמַר דְּלֹא חֲשַׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבָה דְּזֵה לֹא מְהַנִּי לְבַטֵּל לְמַה דְּאֲמָרוּ דְשְׁתִּיקָה
פְּהוֹדָא. וְכַאֲמַת אֲנוּ רוֹאִין פִּי בַעַל יָד מְלָאכִי קִינְצֵר בַּכ"ז וְגוּף שׁו"ת מְהַר"ם בּוֹטִינ אִינוּ
ת"י וְאִינִי יוֹדַע עַל אֵיזָה עֲנִין פְּתַב שְׁם כֵּן.

וּלְפִי קִינְצוֹר לְשׁוֹנוֹ שֶׁל בַּעַל יָד מְלָאכִי נִרְאֶה דְּסִתְרֵי דְּבָרֵי אֶהְדְּדִי דְּלְפִי הַנִּרְאָה מְדַבְּרִי
הוּא דְשְׁתִּיקָה בְּכָל מְקוֹם פְּהוֹדָא דְּמִי רַק דְשְׁתִּיקָה בַב"ד לֹא פְּהוֹדָא דְּמִי וְזֵה נִגְד
הַסְּבָרָא וְהַמְבִנְאָר בַּסִּי' פ' דְּאֶדְרַבָּה בַב"ד שְׁתִּיקָה פְּהוֹדָא דְּמִי וְכַמֵּש"כ הַאו"ת בַּסִּי' פ"א
ס"ק ט' דַּבַּב"ד הוּי יוֹתֵר הוֹדָא ע"ש.

וְע"כ הֶעֱיָקַר כַּמֵּש"כ לְעֵיל דָּאִין לְפִסּוֹק ע"פ הַקִּינְצוֹרִים. וְכִינּוּ דְּגוּף הַסְּפָרִים אֵינָם ת"י
לְעִינּוּ שְׁם עַל אֵיזָה עֲנִינִים פְּתַבוּ שְׁם כֵּן לְכֵן קָשָׁה לְסַמּוֹךְ עַל כ"ז לְדִינָא.

אַף הֶעֱיָקַר לְפִי מַש"כ לְעֵיל לְהוֹכִיחַ מִן הַתּוֹס' גִּיטִין (דָּף י"ד) וְהָרָא"ש שְׁם וְהַר"ב
וְהַמְרָדְכִי דְמוּכַח דַּס"ל דְשְׁתִּיקָה פְּהוֹדָא דְּמִי אִף בְּשְׁתַּק לְפָנֵי עֲדִים ע"כ הֵיכָא דְּהוּי
מִחוּזָק קָשָׁה לְהוֹצִיא מְמוֹן מְמַנּוּ דִּיכּוֹל לוֹמַר קִים לִי כְּנוֹתִיָּהוּ.

וְכֵן נִרְאֶה מְלִשׁוֹן מְהַר"ם רַקְנִטִי הַמוּבָא בְּשָׁ"ף ס"ק י"ז שְׁפַתְבּ בּוּזָה"ל פֶּסֶק רִיא"ז
דְשְׁתִּיקָה פְּהוֹדָא דְּמִי אֵין וְכָל הֵיכָא דִּישׁ לְתַלּוֹת שְׁתִּיקָתוֹ בְּעַבּוֹר שְׁחָשַׁב בְּלַבּוֹ מַה לוֹמַר
לֹא אֲמָרִינּוּ שְׁשְׁתִּיקָה פְּהוֹדָא וְהַפֵּל כְּפִי מַה שַּׁב"ד יְכוֹלִין לְהַבִּין דַּעְתּוֹ שֶׁל שׁוֹתַק כֶּף דְּנִין
עַכ"ל וְכ"כ בַּהַג"א כו' וַיֵּשׁ סַעַד לְזֵה כו'.

וְכֵן רְאִיתִי בְּפִסְקֵי מְהַר"ם רַקְנִטִי עֲצָמוּ בַּסִּי' תַּכ"ג שְׁפַתְבּ בּוּזָה"ל. וּמִשְׁמַע מְסַתִּימוֹת לְשׁוֹנוֹ
דָּאִף בְּשְׁתַּק מִתְּחִלָּה וְגַם בְּשְׁתַּק לְפָנֵי עֲדִים ג"כ פֶּסֶק דְשְׁתִּיקָה פְּהוֹדָא וְלֹא מְצִי לְמִימַר
לֹא חֲשַׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבָה רַק אִם נָתַן אֲמַתְלָא דְּחָשַׁב בְּלַבּוֹ לְהַתִּינִיִּשׁב וּלְזַפּוֹר אֵת הָאֲמַת וְכִיּוֹצֵא
בּוֹ דָּאָז נֶאֱמַן וְכַמֵּש"כ הַשְׁ"ף דִּישׁ סַעַד לְזֵה מִן ב"מ (דָּף ל"ז).

וּכְבֵר כְּתַבְתִּי לְעִיל דְיֵיש לְהַעִיר בְּדַבְרֵי הַשֵּׁי' הַלְזוּ דְאַמְאֵי לֹא הַעִיר מִן יו"ד סִי' קכ"ז סַעִי' א' גְבִי ע"א נְאָמֵן בְּאַיְסוּרִין אִם שׁוֹתֵק הַבַּע"ד דָּאֵם אֹמֵר דְמָה שְׁשִׁתְּקָתִי תַחֲלָה הִנֵּה בְשִׁבִיל דְרָאָה לְהַתְיַשְׁב וּלְזַפּוֹר אֶת הָאֲמַת דְנֶאֱמֵן.

[וְהָא דְלֹא מְהִימֵן לֹמֵר דְלֹא חֲשַׁשְׁתִּי לְהַשִּׁיבּוּ בְּמִיגוּ דְהִנֵּה אֹמֵר דְהִנֵּה כֹן בְּשִׁבִיל דְנִתְתִּי אֶל לְבִי לְזַפּוֹר הָאֲמַת. מִשׁוּם דִּי"ל דְזָה הֵנִי כְּמוּ מִיגוּ בְּמִקּוּם עֲדִים וְכַעֲיִן דְכַרִי הַסַּמ"ע בְּסִי' פ"א ס"ק ח' בְּשֵׁם הַמְרָדְכִי דְסַנְהֶדְרִין].

וְכַעֲיִן זֶה אִי' בַח"מ סִי' כ"ט סַעִי' א' בְּהַרְמ"א פְּשׁוּתָנִים כו' בְּבַה"כ"נ אַחַר עֲדוּת שְׁיַעֲרִידוּ קוֹדֵם שְׁיַצְאוּ מִבַּה"כ"נ וְלֹא אַחַר שְׁיַצְאוּ בְּאוּ עֲדִים לְהַעֲרִיד וְאוּמְרִים לֹא שְׁמַנּוּ לְבַנּוּ אֶז לְהַעֲרִיד וְעַתָּה זוֹכְרִין יְכוּלִין לְחַזוֹר וְלְהַעֲרִיד הוּאִיל וְשִׁתְּקוּ תַחֲלָה כו' עכ"ל הַרְמ"א.

א"כ מִן פְּסָקֵי מְהַר"ם רַקְנִטִי סִיוַע לְמָה שְׁפַתְבְּתִי לְדוֹן דְאַפְשֵׁר לֹמֵר דְשִׁתְּקָה כְּהוֹדָאָה דְמִי אַף בְּשִׁתְּקָה מִתַּחֲלָה וְע"כ קִשָּׁה לְהוֹצִיא מִן הַמְּוֹחֲזָק בְּכַה"ג: עֲנָף טו וְעוֹד יֵיש לְדוֹן בְּנִידוֹן צְנוּאָת הַשַּׁכ"מ שְׁאִינּוּ חֲיִיב לְשׁוּם אֶדָם וְהַשְּׁטָרוֹת שְׁיֵיש תַּחַת יָדָם הֵם פְּרוּעִים וְאֹמֵר כֹן בְּמַעֲמַד יוֹרְשֵׁיו וְשִׁתְּקוּ וְאַחַר מוֹתוֹ הוֹצִיא וְהַשְּׁטָרוֹת.

דִּי"ל דְאַף דְשִׁתְּקָה לֹאוּ כְּהוֹדָאָה מ"מ הָא נִתְבָּאַר לְעִיל ע"פ הָא דִּי"ד סִי' קכ"ז גְבִי ע"א נְאָמֵן בְּאַיְסוּרִין אִם שְׁתֵּק הַבַּע"ד דְאַף דְשִׁתְּקָה לֹא הֵנִי כְּהוֹדָאָה מְמַשׁ עכ"ז הֵנִי רַגְלִים לְדַבֵּר וְכַמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּכ"ד וְהַשֵּׁי' שָׁם.

וּבִיְאָרְתִי לְעִיל הַטַּעַם ע"פ מַש"כ הַתּוֹס' בְּחֻלּוּן (דָּף ט' ע"ב) ד"ה הֵתָם הִלְכְתָא כו' דְכִינּוּ דְקִינָא וְנִסְתָּרָה יֵיש רַגְלִים לְדַבֵּר וְאַיְתָרַע חֲזַקְתָּה עכ"ל. ע"כ ע"פ רַגְלִים לְדַבֵּר דְיֵיש לְנוּ ע"י שְׁתִּיקָתוֹ אִיְתָרַע לִיָּה חֲזַקְתָּה הִיְתָר וְה"ל כְּמוּ כָל מִיָּדֵי דְלִית לִי חֲזַקְתָּה הִיְתָר דְנֶאֱמֵן ע"א בְּאַיְסוּרִין.

א"כ ה"ה הֵכָא דְכִינּוּ דְשִׁתְּקָה הַנִּתְבָּע הֵנִי לְנוּ רַגְלִים לְדַבֵּר אַף דְאִין מוֹצִיאִין מְמוֹן מִהַמְּוֹחֲזָק ע"פ רַגְלִים לְדַבֵּר. אֲבָל גְבִי שְׁטָר שְׁבָאִים הַיּוֹרְשִׁים לְתַבּוּעַ פִּינּוּן שְׁשִׁתְּקוּ אֶז וְה"ל רַגְלִים לְדַבֵּר וְאַיְתָרַע לִי הַשְּׁטָר עכ"פ וְה"ל כְּמוּ כָל שְׁטָרָא רִיעָא דְלֹא מַגְבִּינּוּ בִי וְכַדְאִיתָא בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף ל"ו) כְּעִין זֶה וּבְשִׁבּוּעוֹת (דָּף מ"ב) דְאַיְתָרַע שְׁטָרָא.

וְעִינּוּ בְּתוֹס' שָׁם וּבְכַתְּוֹבוֹת (דָּף פ"ה) בְּתוֹס' ד"ה מְרַעְנָא לְשְׁטָרָא כו' וּבִיבְמוֹת (דָּף ק"א ע"ב) וּבְתוֹס' ד"ה מְרַעְנָא שְׁטָרָא כו' וּבַח"מ סִי' נ"ח סְעִיף ב' בְּרַמ"א דְיֵיש אוּמְרִים דְלֹא מַגְבִּינּוּ בִי כו'. וְה"ה הֵכָא ע"י שְׁתִּיקָתוֹ ה"ל כְּמוּ שְׁטָרָא רִיעָא ע"פ רַגְלִים לְדַבֵּר דְיֵיש לְנוּ וְאַיְתָרַע לִי הַשְּׁטָר כֹן יֵיש לְדוֹן לְכַאוּרָה: אַף זֶה יֵיש לְדַחוֹת דְאַף דְמַצִּינּוּ דְעַל פִּי רַגְלִים לְדַבֵּר אִיְתָרַע לִי חֲזַקְתָּה הִיְתָר גְבִי הָא דַע"א נְאָמֵן בְּאַיְסוּרִין מ"מ י"ל דְחֲזַקְתָּה שְׁטָר שְׁאִנִּי דְהָא חֲזַקְתָּה הַשְּׁטָר עֲדִיפָא מִן חֲזַקְתָּה הִיְתָר דְהָא רַוְבָא עֲדִיף מִן חֲזַקְתָּה וְגַם ע"י רַוְבָא אִין הוּלְכִין בְּמִמּוֹן לְהוֹצִיא מִן הַמְּוֹחֲזָק וְכַש"כ הָא אוּקִי אַחֲזַקְתָּה דְלֹא סְמִיכִינוּ עֲלֵיהָ לְהוֹצִיא מִן הַמְּוֹחֲזָק וְכַדְמוּכַח בְּרַפ"ב דְכַתְּוֹבוֹת וּבְכ"ד.

וְאַלוּ חֲזַקְתָּה הַשְּׁטָר עֲדִיפָא דְמוֹצִיאִין ע"פ כַּח הַשְּׁטָר לְמִמּוֹן מִהַמְּוֹחֲזָק ע"כ אַף דְמַצִּינּוּ דְחֲזַקְתָּה הִיְתָר אִיְתָרַע לִיָּה ע"י רַגְלִים לְדַבֵּר אֲבָל חֲזַקְתָּה הַשְּׁטָר עֲדִיפָא י"ל דְלֹא אִיְתָרַע כַּחוּ ע"פ רַגְלִים לְדַבֵּר רַק הִיְכָא דְאַמְרוּ חז"ל בְּפִירוּשׁ דְאַיְתָרַע לִיָּה שְׁטָרָא.

ועוד דהא חזינן בקידושין (דף ס"ו) גבי ע"א אומר זינתה אשתך והבעל שותק דא"נ להוציא מן חזקת היתר שיש לה וכמש"כ התוס' שם וכמש"כ לעיל. ודוקא באיסורין אמרו כן ולא בדבר ערוה משום דגמרינן דבר דבר ממזון.

וכש"כ לפירוש הר"נ שם דעיקרו גלמד רק מן קרא דאו הודע וע"כ במזון ובפרוה לא דיינינן כן. א"כ ה"ה הכא גבי חזקת שטר לא מרעינן להשטר ע"י שתיקת הבע"ד כמו דלא מרעינן להחזקת היתר של האשה שם וזהו כש"כ מדעתם.

וע"כ נדחה מה שרציתי לומר דהשטר אינתרע ליה על ידי שתיקת בעל דין: אבל לפי מש"כ לעיל לפרש לדברי הרמ"א לעיל סעי' ב' בצונאות שכ"מ ושתקו היורשים דחייבים לקיים ע"פ הא דב"מ (ד' י') וח"מ סי' רס"ט בא"ל זכה לי ושתק המגביה דמוכח ומבואר התם דא"נ לומר לעצמי הגבהתי משום דהיכא דאין תבירו יודע האמת שם אמרינן דלא ה"ל לשתוק ולכן ה"ל שתיקה פהודאה.

וה"ה גבי צונאות שכ"מ דיינינן כן דלא ה"ל לשתוק כיון דה"ל לחוש שיש שתיקות השכ"מ ואז יבואו המקבלי מתנה לתבוע מהם כיון דאינם יודעים האמת ויערערו לטעון עליהם ע"פ סמך השתיקה ולכן אמרו בכה"ג דשתיקה פהודאה וכמו שהארכתה לעיל.

א"כ ה"ה הכא יש לדון כן דכיון דצינה השכ"מ שכל השטרות שיש ת"י עליו הם פרועים ושתקו דאחרי מותו יערערו על בעלי השטרות ע"פ סמך השתיקה בפרט דבעלי השטרות באים להוציא מהם ע"כ הדין נותן בזה דשתיקה פהודאה.

ולא מפעיא אם השכ"מ אמר כן לנוכח בעלי השטרות ובדרך תביעה דיתירו לו השטרות פרועים שיש ת"י וכדין כל המשקה שטר פרוע וכמבואר בסי' נ"ז. אלא אפילו היכא דלא אמר השכ"מ כן בדרך תביעה ולא בלשון נוכח לנגד בעלי השטרות רק אמר כן דכל שטרות שיש לשום אדם עליו הם פרועים ואינו חייב לשום אדם כלל ואמר כן במעמד בעלי השטרות דכתב האו"ת בס"ק ט' לחלק בזה.

עכ"ז לא החליט האו"ת כ"כ בחילוק הלז לדינא כי אין זה מוכרח כ"כ. ובפרט דלפי דברי הש"ך שם הדין הוא דאף אם אמר כן שלא בדרך תביעה דג"כ אמרינן דאין להוציא ע"פ השטר מהמחזק וכמש"כ האו"ת שם לפי דברי הש"ך.

ועיקר חילו דהאו"ת שם הוא ע"פ מה דהוכיח מהא דסעיף ז' דבשתק מתחלה לא הוי שתיקה פהודאה. ולכן כיון דנתבאר דיש לדון בכה"ג ע"פ אופנים הרבה דשתיקה הוי פהודאה ע"כ קשה להוציא מן המחזק כמו בנ"ד.

ואף שיאמרו היורשים בעלי השטרות דלכן שתקו דעשו כן שלא להכעיס השכ"מ. עכ"ז אין לחלק בזה כמו דמבואר במרדכי פ"ג דסנהדרין דאחר שהוכיח דשתיקה פהודאה ע"כ ה"ה בצונאות שכ"מ דאינן יכולין לומר דעשו כן שלא להכעיסו וכמו דפסק הרמ"א להדיא כן לעיל סעיף ב'.

ואף שהאו"ת ס"ק ט' הביא להלכה למעשה דרבנים מומחים הורו דאין לפסול השט"ח בקדו עכ"ז באורים שם ס"ק י"ב פתב דזה צע"ג ולענן מעשה צריך ישוב אף דהנה שתיקה שלא בפני ב"ד רק לפני עדים ע"ש.

א"כ חזינן דהאו"ת עצמו לא ברירא לי הפסק של הרבנים מן מחיים הללו ובפרט לפי מה דנתבאר בטוב טעם ב"ה פנ"ל ע"כ קשה להוציא בכה"ג הממון מהמוחזק. ואף דהנתיבות בס"ק ד' הכריע דאין לפסול השט"ח בכך עכ"ז העיקר כמו דכתבתי ב"ה: ג (שם סעיף י"ז בהג"ה) אבל אם נמצא פתוב אצלו ששטר זה של פ' או שכתב שם פ' על חפץ אפשר לומר שלא להשביע עשה בן כו'.

והוא במרדכי פ' ז"ב. וכן העלה הש"ך בס"ק מ"ה בארובה.

והאו"ת ס"ק כ"ה הקשה ע"ז מן הא דמעשר שני פ"ד משנה י"א המוצא פלי וכתוב עליו קרבן מעשר תרומה הרי הוא קרבן כו' ולא אמרינן שלא להשביע פתוב בן וע"כ מוכח דשאני פתיבה דהוי מעשה כו'.

וכן הקשה הקצה"ח בס"ק י"ז: ענף א ולכאורה אפשר לומר ולחלק דשאני התם במצא כלי וכתוב עליו קרבן כו' דדיינינן לענף איסורא אם מותר לאוכלו בזה אמרינן דאסור לאוכלו משום דהוי כמו רבא דלא שכיח דינעשה מעשה הכתיבה משום שלא להשביע ובאיסורא אזלינן בתר רבא.

משא"כ ה"א בנמצא פתוב שם פ' על החפץ דדיינינן לענף ממונא להוציא מן המוחזק ממש בזה לא מהני רבא דהא קי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב וע"כ יכול לומר שלא להשביע עשה בן.

וגם הא התם במוצא פלי לא הוי מוחזק ממש וכמש"כ התוס' בכתובות (דף ט"ו ע"ב) ד"ה להחזיר לו אבידה כו'. אף אין אנו צריכין לזה דהא התם מיירינן לענף איסורא וכנ"ל.

ולפ"ז אפשר לומר ה"א בנמצא פתוב שם פ' על החפץ דכינן דנהו לא שכיח א"כ בעינן דיהיה טוען בפ' טענת שלא להשביע. אף כ"ז דלא טען אין טוענין לו.

והא דכתב המרדכי שם למילף בן מסנהדרין (דף ל') דבאמר של מעשר הם אם פמערים לא אמר פלום. י"ל דשא"ה דניכר שהוא פמערים וכמש"כ הנתיבות בס"ק ח' לפי תירוצו שם דהמרדכי משנה דין ממון שאינו ניכר שהוא פמערים כמו מע"ש פשהוא ניכר שהוא פמערים בן אפשר לומר: אכן באמת מוכח בפסוגיא דיבמות (דף קט"ו ע"ב) דאין לחלק בן דהא אמרו התם בעובדא דשומשמי ומי חיישינן שפא פינן והתנן מצא כלי וכתוב עליו ק' קרבן כו' ובתוס' ד"ה ומי חיישינן שפא פינן תימא מאי קשיא לי' הא בממונא יש לחוש שפא פינן ולא נפיק ממונא מחזקת' וי"ל דנראה לו לדמות פינן דרגילות לפנותם ואפ"ה לא חיישינן שפא פינן לענף ממונא נמי מפיקינן לי' מחזקה פינן דלא חיישינן כו'.

הרי להדיא דהתוס' הקשו כמו בן דנימא לחלק בין איסורא לממונא ותירצו דס"ל להש"ס לדמותו. ובאור דברי התוס' בתירוצם ראיתי בספר מראות הצובאות סעיף י"ז ס"ק ס"ב באה"ד שם בד"ה אמנם אי קשיא הא קשיא מעובדא דשומשמי כו' שכתב לבאר דבריהם בזה"ל ע"פ מה שפי' רש"י ד"ה הרי אלו חולין דאזלינן בתר רבא והיינו משום דרגילות לפנות תרומות ומעשרות ליתנן לבעליהו וחזקה אין אדם משהא מעשרותיו

א"כ רוב תשמישי הפלי בחולין ואפ"ה לא אָזְלִינוּ בַּתּוֹרָה כּוּ' וְהָיָה בַּמָּקוֹם חֲזָקָה מְמוֹן דְּלֹא עֲדִיף מְרֹב כּוּ' עכ"ל המה"צ.

וְהִנֵּה בַּמַּש"כ דה"ה חֲזָקָה מְמוֹן דְּלֹא עֲדִיף מְרֹב אִין זֶה מְדוּקָדָק כ"כ דְּהָא קִי"ל דְּחֲזָקָה מְמוֹן עֲדִיפָא מְרֹב דְּהָא אִין הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרֹב. אָף י"ל דְּכַוֵּנוֹתָם הוּא פִּינּוּ דְּחֲזִינוּ דְּאָמְרוּ ה"ה קַרְבָּן אוֹ תְרוּמָה א"כ מִשְׁמַע דְּהָיָה נִדְּאֵי קַרְבָּן וּתְרוּמָה וְלֹא סָפַק א"כ פִּינּוּ דְּחֲזִינוּ דְּהָא חֲשִׁישׁ שְׂמָא פִּינוּ לֹא הָיָה חֲשִׁישׁ מְשֻׁם דְּדִינֵינוּ בְּזֵה סְבָרָא פֶּאֶן נִמְצָא פֶּאֶן הָיָה דְּזֵה עֲדִיפָא מִן רֹבָא אָף דְּהָיָה דְּבַר הָרְגִילוֹת לְפָנוּתוֹן וְאָף דְּהָיָה נֶגֶד רֹבָא דִּי"ל פֶּל דְּפָרְיִשׁ מְרֹבָא פְּרִישׁ וְהָרֹב הֵם חוֹלִין א"כ מה"ט אף בַּמָּקוֹם חֲזָקָה מְמוֹנָא הִמְנַגְּדוּתוֹ ג"כ יֵשׁ לְדוֹן לְסִבְרַת פֶּאֶן נִמְצָא פֶּאֶן הָיָה.

דְּהָא רֹב גָּמוֹר מוֹעִיל לְהוֹצִיא מִן חֲזָקָה מְמוֹנָא כַּמַּש"כ הַתּוֹס' בְּסִנְהֶדְרִין (דָּף ג' ע"ב) בַּד"ה דִּינֵי מְמוֹנוֹת כּוּ' דְּבָרֹב חָשׁוּב בְּיוֹתֵר אָזְלִינוּ ג"כ בְּמָמוֹנָא אַחַר הָרֹב. א"כ הֵכָא דְּאָמְרִינוּ דְּחֲזָקָה פֶּאֶן נִמְצָא פֶּאֶן הָיָה עֲדִיפָא מִן רֹבָא א"כ מִמִּילָא יֵשׁ לוֹ מַעְלָה יִתְיַרְתָּא מִן רֹבָא וְע"כ דִּינוּ פֶּמוֹ רֹב חָשׁוּב דְּמוֹצִיאִין ע"י מִהְמֹחֲזֵק: וּבְיוֹתֵר אֲתֵי שְׁפִיר לְפִי מַה שְׁפַתְבְּתֵי בְּסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק סִי' מ"ג סְעִיף י"ד לְבָאָר בְּשִׁיטַת הַבַּעַל הַמְּאוֹר רפ"ב דְּכַתְּוֹבוֹת דְּרֹב וְחֲזָקָה מוֹצִיאִין ע"י מִהְמֹחֲזֵק דְּאָף דְּהַרְבֵּב"ן בְּמִלְחָמוֹת שְׁם חוֹלֵק ע"ז וְכֵן הַתּוֹס' שָׁם.

מ"מ ז"א רַק הֵתָם דְּלֹא הָיָה חֲזָקָה מְעַלְיָא לְפִי דְּעוֹמְדוֹת לְהַנְשֵׂא אֲבָל הֵיכָא דְּהָיָה חֲזָקָה מְעַלְיָא אֲזִי גַם הַתּוֹס' ס"ל דַּע"י סְמָךְ רֹב וְחֲזָקָה מוֹצִיאִין מְמוֹן מִן הַמְּחֻזָּק וְכֵמוֹ שְׁהוֹכַחְתִּי שָׁם פֶּן מִן הַתּוֹס' כְּתוּבוֹת (דָּף כ"ט) וְהַתּוֹס' בַּב"ק (דָּף ל"ח) ד"ה וְעַל כּוּ' ע"ש.

א"כ הֵכָא דִּישׁ לָנוּ חֲזָקָה מְעַלְיָא דְּהִיָּה מְכַבֵּר חוֹלִין דְּמִקְוֵדָם דְּהַקְדִּישׁוּ וְכַתּוּב עָלָיו קַרְבָּן הָיָה חוֹלִין וְלָכֵן פִּינּוּ דִּישׁ לָנוּ רֹבָא דְּהֵם חוֹלִין וְכַפִּי' רַש"י וְגַם הָיָה חֲזָקָה מְעַלְיָא דְּהָא אִינוּ עוֹמֵד לְהַקְדִּישׁוּ וְכִינּוּ דְּהָיָה ע"י צִירוּף רֹב וְחֲזָקָה הַמְּבַרְרַת לָנוּ דְּהִנֵּה פִּירוֹת הֵם חוֹלִין וְאִפ"ה דִּינֵינוּ הֵכָא דְּהֵם הַקְדִּישׁ ע"פ סְבָרַת פֶּאֶן נִמְצָא כּוּ'.

א"כ מִמִּילָא מוֹכַח מִזֵּה דְּהָיָה חֲזָקָה דְּכָאֵן נִמְצָא כּוּ' עֲדִיפָא מִהְמֹחֲזֵק וּמוֹצִיאִין הַמְּמוֹן ע"י ז' פִּינּוּ דְּבָרֹב וְחֲזָקָה מוֹצִיאִין מִהְמֹחֲזֵק א"כ כַּש"כ בְּזֵה. פֶּן י"ל בְּזֵה.

וְעִינֵין בַּח"מ סִי' סְמָךְ סְעִיף ו' וּבַסַּמ"ע ס"ק כ' וּבַש"ש ס"ק כ"ח וּבַסִּי' קי"ב סְעִיף ג' ד' וּבַסִּפְרֵי בָּאָר יִצְחָק ח' אה"ע סִי' ו' עֲנָף ב' מִזֵּה: וְאִין לְהַאֲרִיף יוֹתֵר דְּהָא עֵיקַר הַנְּצַרְף לְעַנְיָנוּ הוּא דְּהַתּוֹס' בִּיבְמוֹת שְׁם הַקְּשׁוּ ג"כ כְּעִין מַה שְׁפַתְבְּתֵי לְעִיל לְחַלֵּק בֵּין אִיסוּרָא לְמָמוֹנָא דְּלֹא מְפָקִינוּ מְמוֹנָא מִהְמֹחֲזֵק כּוּ'.

[וְזֵהוּ כְּעִין קוֹשְׁיוֹת הַתּוֹס' בַּב"מ (דָּף כ' ע"ב) ד"ה אִיסוּרָא מְמוֹנָא כּוּ']. וְתִירְצוּ דְּהַש"ס ס"ל לְדַמּוֹתֵן הֵתָם וְיִהְיֶה מֵאִיזָה טַעַם שְׁיִהְיֶה עכ"פ חֲזִינוּ דַּס"ל לְהַשְׁוֹתוֹן בְּזֵה.

א"כ לַפ"ז שְׁפִיר כְּתוּב הַאו"ת וְהַקְצָה"ח לְהוֹכִיחַ מִהָיָה מְשַׁנָּה דַּמַּע"ש דְּכֵמוֹ דְּאָמְרוּ הֵתָם בְּנִמְצָא כְּתוּב קַרְבָּן ה"ז קַרְבָּן וְלֹא אָמְרִינוּ דְּשָׁלָא לְהַשְׁבִּיעַ עֲשֵׂה פֶּן מְשֻׁם דְּשִׁאֲנֵי כְּתִיבָה דְּהָיָה מַעְשֵׂה מַשֵּׂא"כ בְּאַמְרָה כּוּ'.

א"כ ה"ה במונא דיינינו פון דשאני פתיבה לפי דהוי מעשה ואין לומר בכה"ג טענת שלא להשביע ואין לחלק בין ממונא לאיסורא פנ"ל: ענף ב אמנם בעיקר דברי האו"ת שכתב דלכן אמרו שם בנמצא פתוב על הכלי קרבן דלא אמרינו שלא להשביע משום דשאני מעשה.

יש לפקפק בזה דהא מסקינן ביבמות (דף קט"ו) דכ"ע חיישינן שמה פנינו והטעם דת"ק דה"ז קרבן דאם אי' דפינהו מיקפך הנה פכר ופי' רש"י מקנח וגורר הנה את האות. וכן מסקינן שם (דף קט"ז ע"א) מאי הוי עלה דשומשמי ומסקינן והלכתא חיישינן שמה פנינו.

והטעם הוא כמש"כ הרמב"ן דכינו דהוי דבר הרגיל לפנותם ע"כ לא דיינינו שם להחזקה דכאן נמצא. ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ב' ובמראות הצובאות ס"ק ס"ב ואכמ"ל ולפלפל ביתר דברי הרמב"ן הנ"ל.

וכינו דחיישינן שמה פנינו א"כ לא מקרי מה שנמצא פתוב קרבן על הכלי מלא פירות בשם מעשה. דהא י"ל באמת דבעת שכתב קרבן ותרומה הנה אז פירות קרבן ותרומה ואח"כ פנינו ואין כאן אלא ההוכחה דאם איתא דפינהו הוי מחיק לי' ומדלא מחיק לי' זהו מוכיח דהם קרבן ותרומה א"כ ההוכחה זו אינו מן מעשה דקום ועשה רק ע"פ סברת מדלא נעשה מעשה דקו"ע רק הנה בשב ואל תעשה.

אבל עכ"פ מעשה לא הוי ולכן אם נימא דבמודה שהוא של הקדש שיף גם בזה טענת שלא להשביע. א"כ ה"ה וכש"כ התם דהי' רק בשוא"ת דלא מחקו בנדאי לא עדיפא הך דהנה בשוא"ת מן מה דהודה דהנה עכ"פ מעשה הדבור ואפ"ה מצי לומר דאמר פן משום שלא להשביע וה"ה בהך דשוא"ת א"כ עדיין תקשה מה דהקשה האו"ת והקצה"ח דאמאי לא נימא התם במצאכלי מלא פירות וכתוב קרבן דהם חולין וניזול בטר רובא כמו דפי' רש"י ביבמות שם לפי דפינו והא דלא מחקו זהו משום שלא להשביע ובאמת קיי"ל לדניא כהת"ק דר' יוסי דס"ל ה"ז קרבן ותרומה כמו שפסק הרמב"ם פ"ו הל' מע"ש ה' ח'.

ואף לר' יוסי דס"ל ה"ז חולין הא אמרו שם הטעם אימר אישתלויי אישתלי א"נ לפנחיא. ולא אמרו הטעם דשלא להשביע ולכן עדיין תקשה קושיות האו"ת והקצה"ח וכן פסקו ביו"ד סי' רנ"ט סעי' נא"ו בהג"ה במי שמצא פיס מלא מעות וכתוב עליו צדקה סמכינן אפתיבה.

ונהו כמו שפסק הרמב"ם הנ"ל כהת"ק דר' יוסי: והעיקר בזה כמו שכתב הנתיבות בס"ק ח' לתרץ קושיות האו"ת הנ"ל לחלק בזה בין ממונא לאיסורא לפי דבענין הנוגע לאיסור אמרינו דבעינו שיאמר האמתלא בפירוש משא"כ במונא טענינו שלא להשביע כו' ועוד חילוק דשאני בממון די"ל דהו מוחזקין בעיניו לנאמנים משא"כ בצדקה דאין טוענין השבעה דמה"ת יעשה פן ולא יחוש להב"ד שאינם יודעים מזה שיתבעו ממנו לכן בעינו שיהיה ניכר שהוא כמערים כו' עכ"ל הנתיבות.

וכעין סברא זו ראיתי בקצה"ח ס"ק ר' שהביא בשם הרדב"ז שכתב דבהודה להקדש לא שיף השבעה דירא מן ההקדש כו'. וכן כתב הסמ"ע בס"ק נ"ד הטעם דלכן בהודה לפני

השכיב מרע א"י לטעון טענת שלא להשביע דאם הנה מודה לא' מהבריאים י"ל דסמך
דמסתמא לא יתבעוהו זה שמודה לו שהוא יודע האמת שאינו חייב לו משא"כ זה פשימות
לא ידעו היורשים כו' עכ"ל הסמ"ע.

ונהו פועין סברת הנתיבות דלא ה"ל להודות למי שאינו יודע האמת דה"ל לחוש שיתבעו
ממנו. ואף לפי מש"כ הש"ך בס"ק ס"ז דדברי המחבר צ"ע בזה עכ"ז יש לחלק דשאני
בהודה לצדקה והקדש דכל אדם ה"ל פגזר ומצי תבעי ליה וכמש"כ הקצה"ח בס"ק ד'
ע"כ לא ה"ל להודות בזה וה"ל כמו דהודה בפני התובע דהכריע הש"ך פהרמב"ם דלא
מצי טעין השבעה.

ולשיטת הרא"ש והיש אומרים בסעי' י"ד דאף בהודה לפני התובע שייך השבעה עכ"ז
יש לחלק פועין סברת הסמ"ע הלז וכמש"כ הנתיבות. ועיין בנתיבות סי' קצ"ט ס"ק ד'.

פי כן מוכרח מהך משנה דמע"ש הלז ולפ"ז מוכרח דה"ט שייך ג"כ במעשור ודלא
כמש"כ הקצה"ח שם מתחלה לחלק דשאני מעשור והא דסנהדרין (דף ל') מוכרח כמש"כ
הנתיבות דשא"ה דהוי כמערים דניכר זה: ונלע"ד להוכיח דמוכרחין הן דברי הנתיבות
לחלק בזה הסברא בין איסורא לממונא והוא דבירושלמי מעשור שני פ"ד ה"ו אמרו דר'
יונה ור' יוסי הוויין שותפי בגרבי פד דמך ר' יונה א' ר' מנא לר' יוסי כל גרב דכתיב ביה
ר' יונה דידי א"ל אשתקד הוי דידך אישתקד דידי עכ"ל.

והובא בתוס' יבמות (דף קט"ו ע"ב) בד"ה אימור אישתלי כו' וברא"ש שם. וכן פסקו
לדינא בח"מ סי' קע"ו סעי' כ"ט שותף התובע מחבירו ואומר כל אותן שיש בהם סימן
שלי הם שלי יכול האחר לומר אשתקד הנה שלי עכשיו הם שלי וכן הוא בר' ירוחם
בספר מישורים נתיב כ"ז ח"ב.

וקשה הא פסק הרמב"ם בפ"ו ה' מע"ש ה"ח המוצא פלי וכתוב עליו מ' הרי מה שבתוכו
מע"ש ת' תרומה ק' קרבן וזהו פרבון דפליגי על ר"י במשנה דמע"ש פ"ד וכמש"כ הר"מ
בפ"י המשניות למע"ש שם. והטעם הוא פמבואר ביבמות (דף קט"ו) דכ"ע חיישינן שמא
פינו רק דאמרינן אם אי' דפינהו מיכפר הנה כפר ופי' רש"י מקנח וגורר הנה את האות.

וכן מסקינן שם ביבמות (דף קט"ז) דהלכתא חיישינן שמא פינו. א"כ ה"ט שייך גם
בשותף התובע מחבירו ואומר דאותן שיש בהם סימן שלי הם שלי דלא הנה נאמן חבירו
לומר דאשתקד הנה שלי ועכשיו הם שלי.

דקא א"כ ה"ל למחוק את מה שהנה כתוב עליו. והש"ס ביבמות שם מדמה ממונא
לאיסורא וכמש"כ התוס' שם וכמש"כ לעיל.

וכן תקשה על הרמב"ם שפסק פרבון דקא חזינו בהך עובדא דבירושלמי דפסקו כר' יוסי
דס"ל דלא הוי סימן במה שנמצא כתוב עליו משום ד יכול לומר אימור אישתלי. וכיון
דלא נמצא הוכחה בש"ס דילן דחולק בזה על הירושלמי הלז ע"כ ה"ל להרמב"ם למפסק
לדינא פהירושלמי דנראה דפוסק להלכה כר' יוסי דס"ל דלא הוי הוכחה מן מה דלא
מחקו די"ל אימור אישתלי וקשה על הרמב"ם דפוסק להלכה פרבון: אכן לפי סברת
הנתיבות דמחלק בזה בין ממונא לאיסורא לענין חשש שלא להשביע דבאיסורא דמצי
תבעי מינן' אותן דלא ידעו את האמת א"כ לא ה"ל להודות להו דה"ל למיחש שמא

יתבצעו ממנו דכ"ע פגזפרים ע"ז משא"כ בממונא די"ל דהם מוחזקים בעיניו לנאמנים כו'.

א"כ לפ"ז י"ל דלכן פסקו בח"מ פהירושלמי גבי תביעת שותפו ד יכול לומר אשתקד הנה שלח ועכשיו הם שלי משום ד יכול לומר דלכן לא מחקר את הסימן של חבירו דהניח את הסימן פתוב מפני טענת השבעה וחבירו הנה מוחזק לו לנאמן ע"כ לא הנה לו חשש שיתבע ממנו חבירו פינו דידע את האמת כו'.

משא"כ בהא דמע"ש בנמצא פתוב קרבן או תרומה כו' בזה שפיר פסק פרבנו דס"ל דאל"כ ה"ל למחקו וא"נ לומר דהניח זה מפני השבעה דז"א דה"ל לחוש שמא יתבעו ממנו הגזפרים דאינם יודעים את האמת כו'.

אבל בהך עובדא דירושלמי גבי טענות בע"ד בממונא אף רבנו מודו ד יכול לומר אמתלא זו דהנה זה משום שלא להשביע א"ע. או אף היכא דאינו טוענים טענת השבעה אנו טוענים עבורו השבעה.

או די"ל דנאמן לומר דשכח לחוק את הסימן פדאמרו בגמ' אימור אישתלי כו' במיגו דאי בעי הנה טוען טענת השבעה. והא דאמרו בירושלמי שם אני אומר אתמול הנה מלאה תרומה ופינה פהדא דר' יונה ור' יוסי הוויין שותפי כו' וקאי שם על דברי ר' יוסי דמתניתין דהתם.

י"ל דעיקר פנונת הירושלמי שם להוכיח דר' יוסי דס"ל אשתקד כו' דלאו דוקא בישנות אלא אף בחדשות אמרינו דיש לחוש שמא פינו וכמש"כ הפ"מ. אבל בעיקר מילתא דאמרו שם בממונא אשתקד הנה דידך כו' זהו אליבא דכ"ע רק דרבנו ס"ל דגבי חשש צדקה ה"ל לחוש ולמחקו ולא להניח זה משום השבעה משום דה"ל לחוש שיתבעו ממנו הגזפרים דאינם יודעים האמת וכדמסקינן ביבמות הטעם דרבנו דס"ל פו.

אבל בממון י"ל דהנה מוחזק הבע"ד בעיניו לנאמן ועשה פו משום טענת שלא להשביע ולכן שפיר פסקו בח"מ פהך עובדא דירושלמי אף דלדינא קיי"ל פהנה רבנו דמתניתין דמע"ש. ועיין לקמן בענף ג' מזה: א"כ מוכח לפ"ז דע"כ מחלקינן בין הך דמע"ש להך דנ"ד בח"מ ונדחה הוכחות האו"ת והקצה"ח שכתבו להוכיח דבכתיבה לא אמרינו השבעה כמו דמבאר במשנה דמע"ש וחקו על הרמ"א והש"ך הך.

דלפי מש"כ מוכח דאין להוכיח משם על טענת השבעה בממון. לכן שפיר פסקו דאף בנמצא פתוב על החפץ דהוא של פלוני מ"מ אמרינו דעשה פו משום שלא להשביע.

ואף דמן הך עובדא דירושלמי ובח"מ סי' קע"ו ה"ל אין לנו להוכיח רק היכא די"ל דבעת הכתיבה הנה פו האמת רק מן מה שלא מחקו לאחר דפינו בזה י"ל דלכן לא עשה מעשה למחקו משום דהנה בשוא"ת משום השבעה אבל הך בח"מ דמירינן דאומר טענת השבעה על העת שכתבו מפני זה עדיין י"ל ולחלק דאין ראיה לזה מן הך עובדא דהירושלמי.

מ"מ פינו דעיקר ראיות האו"ת והקצה"ח הוא מן הך משנה דמע"ש וכינון דמוכח לחלק ביניהם פנ"ל ע"כ ממילא נדחה הוכחתם. ולכן שפיר פסקו הך דאף בכתיבה על החפץ

יכולין לומר דעשה שלא להשביע ואינו קשה ע"ז מן הך משנה דמע"ש דהעיקר הוא כמו שפתיב הגתיבות בסברתו לחלק ביניהם: ענף ג וראיתי בביאור הגר"א זצ"ל לישו"ע יו"ד סי' רנ"ט סעי' ו' בס"ק ט"ז שכתב על דברי הרמ"א דשם דכתב דמי שמצא מעות וכתוב עליו צדקה דסמכינו אפתיבה וה"ה צדקה שהניח בצ"ע דהא תנן בפ"ד דמע"ש א"ר יוסי אפילו מצא כו' ועיין בתוס' יבמות (דף קט"ו ע"ב) ד"ה אימור כו' עכ"ל הגר"א זצ"ל.

ודבריו הקדושים לא זכיתי להבינם במה שהקשה מן הא דא"ר יוסי כו' דהלא כבר נתבאר דהרמב"ם פסק לדינא פרבנן דפליגי על ר' יוסי דהלכה בכ"ד פהרבים וכיון דפסק פרבנן ע"כ א"ש פסק הש"ע הכא דפסק דסמכינו אפתיבה דהא לא קיי"ל כר' יוסי דהוא דעת יחידאה.

ומה שציין לדברי התוס' ביבמות דהביאו להירושלמי דמע"ש. הלא כבר נתבאר דע"כ מוכח לחלק בין הא דמשנה דמע"ש להך עובדא דהירושלמי דאף דקיי"ל לדינא פהך דירושלמי וכמבואר בח"מ סי' קע"ו סעי' כ"ט.

עכ"ז אין זה סותר למה שפסק הרמב"ם פרבנן דמע"ש וכמש"כ להוכיח פנ"ל. ועיין בתשובת הרא"ש סי' ק"ג אות ג' דהביא ג"כ להירושלמי דמע"ש הנ"ל וכן בתשובת הרא"ש פ"ל פ"ו אות א' הביא להירושלמי הנ"ל: והנה לעיל פתבתי לחזק סברת הגתיבות שכתב לחלק דלכן בפתוב קרבו לא אמרינו טענת השבעה משום דלא ה"ל להודות למי שאינו יודע האמת כמו הגזברים והב"ד כו' והבאתי רא' לדבריו מן דברי הסמ"ע בס"ק נ"ד שכתב פסקרא זו בהודעה לפני שכ"מ לפי שפשימות לא ידעו הירוששים כו'.

ולפ"ז אפתי יש להעיר בעובדא דירושלמי דמע"ש הנ"ל בהא דר' יונה ור' יוסי הוויין שנתפיי בגרבי פד דמך ר' יונה א"ר מנא לר' יוסי כו' א"ל אשתקד הנה דינך כו'. א"כ פיון דמירי שם דמת ר' יונה ור' מנא הי' יורשו א"כ בזה תקשה עדיין על מה דפסקו שם דר' יוסי אמר אשתקד הני דינך והשתא דידי.

דהא פיון דקיי"ל פרבנן דר' יוסי דס"ל דהוי קרבן משום דאל"כ ה"ל למוחקו רק בממון פיון דהבע"ד יודע האמת ע"כ לא חשש למחוק פנ"ל. אבל התם דמת שנתפוי ר' יונה א"כ ה"ל לשנתפוי ר' יוסי למחוק מיד שמת את הסימן שהיה על הגרבי דחמרא בשם ר' יונה דה"ל לחוש שפא יתבע ממנו הירוש של ר' יונה.

ומדלא מחקו מיד שמת שנתפוי א"כ מוכח מזה דשייך הנה גרבי דחמרא לר' יונה. ובהא דח"מ סי' קע"ו סעי' כ"ט דמירי דלא מת שנתפוי א"ש החילוק שכתבתי אבל בהירושלמי תקשה פנ"ל.

ויש ליישב ולחלק דדוקא אם בעת שפינה את הפלי הנה אז בחשש שיתבעו ממנו אותן דאינו יודעין את האמת א"כ ה"ל אז למוחקו מיד דאין לומר אישטלי משום דהא פיון דפינה את הפלי ואוחז את הפלי ה"ל למחוק את הסימן.

אבל היכא דבעת שפינה את הפלי או קנה את הפלי הנה אז בע"ד התובע חי וע"כ שפיר י"ל פיון דידע האמת והנה מוחזק בעיניו לנאמן ע"כ לא חשש אז למחוק. ואח"כ אף

שמת שנתפפו עכ"ז פינו דלא עסקו לאח"ז פנידון הנה גרפי דחמרא ע"כ לא עלה על רעיונו למחוק את הסימן ונשפח ממנו הענין של פתיבת הסימן ובזה אמרינו די"ל אימור אישתי.

רק בעת שפינו או בעת שקנה את הסחורה אז פינו דעסקי בענין הנה גרפי דחמרא בזה שפיר ס"ל דה"ל למחוק את הסימן היכא דיש לחוש שיתבעו ממנו אותן דלא ידעי את האמת.

וא"ש כל מש"כ פי כן מוכרח וברור לדינא פנ"ל: ובעיקר מילתא דנא במה שפתבו לחלק דדוקא באמירה מציינו דמהני טענת השבעה אבל לא היכא דעשה הפתיחה. הנה פעין זה מציינו בב"ב (דף ל' ע"ב) גבי טענת השני נוח לי והראשון קשה דמחלקי דבמעשה שחתם בעד שאני דלא מהני טענה זו אבל דיבורא עביד אינש דמיקרי נאמר.

אכן מציינו בתה"ד סי' שכ"ו בפטר שכתב שהודה שנשבע ואח"ז נותן אמתלא דנאמן לומר שלא נשבע מעולם והובא ביו"ד סי' רל"ב סעי' י"ב בהגהת הרמ"א סעי' י"ב. ובח"מ סי' ע"ג סעי' ו' בט"ז שם.

הרי להדיא דס"ל להתה"ד שלא לחלק בין כתב לבע"פ לענין אמתלא דלעולם נאמן לומר האמתלא. א"כ ה"ה הכא גבי אמתלא דעשה פן שלא להשביע א"ע.

שוב ראיתי בתבואות שור ליו"ד סי' א' בס"ק ע"ו שהעיר ג"כ בזה ות"ל פי נתפונתי לדבריו: והעיקר לדינא כמש"כ הרמ"א והש"ך דאף בנמצא פתוב ג"כ י"ל טענת השבעה פנ"ל: ד (שם סעיף כ"ב) הודה בפני ב"ד בין שהודה מעצמו בין שתבעו אחר א"י לחזור אלא תוף פדי דבור.

והש"ך בס"ק נ"ו כתב בפשיטות דתכ"ד אף בתבעו יכול לחזור והאריף לבאר עפ"ז להתוספתא בריש ב"מ כו'. ובאה"ע סי' מ"ז סעי' ד' בהג"ה דאם אמרה נתקדשתי לפלוני שוב אינה נאמנת לומר פנויה אני דלאו כל פנויה לחוב לו כו' וכתב הח"מ שם בס"ק ד' דמפשט הלשון משמע בין תכ"ד בין לאחר כ"ד א"נ באמתלא וכ"כ הר"נ בשם הרא"ה לא מהימנין לה בשום מיגו כו' ולא ידעתי למה לא תהיה נאמנת תכ"ד דהא קיי"ל בכל התורה תכ"ד פדבור דמי כו'.

והב"ש בס"ק ט' הביא לדברי הח"מ הלז ומסיק דבתכ"ד נאמנת כו'. ובספר יד המלך פ"ט ה' אישות ה' ל"א כתב לפרש דברי הר"נ בשם הרא"ה דאינה יכולה לחזור אף בתכ"ד היכא דאותו האיש אמר שקידשה והיא מודית לו דאף דתכ"ד פדבור דמי והו דוקא היכא דגוף הדבר נגמר ע"י דבור כמו במקדש ונודר וכדומה משא"כ היכא דגוף הדבר נגמר מכפר והדבור הוא רק גילוי מילתא על דבר הנעשה מכפר דאף אם יבטל הדבור ע"י החזרה תכ"ד מ"מ מה שנתגלה לנו ע"י הדבור אין פח פידו לבטלו ואל תשיבני מהא דקיי"ל דעדים יכולין לחזור מעדותן תכ"ד אף דעדים מעידים על דבר הנעשה כפר דשאני עדים דאף בעדותן לא נתברר לנו האמת דילמא שקר העידו רק דחק התורה לדון ע"פ שני עדים כמאמר הפתוב ע"פ שני עדים יקום דבר משא"כ בהודאת פיו לטענתו של חברו דזה הוי ברור גמור שנתברר לנו דהאמת הוא פן דהודאת בע"ד כמאה עדים כו' והודאת בע"ד הוי כמו חוש הראות והוי כמו אם ראינו גוף החיוב בשעת

מעשה כו' ועפ"ז צריך לפרש הא דח"מ סי' פ"א סעי' כ"ב הודעה בפני ב"ד כו' א"י לחזור
אלא תכ"ד הך תכ"ד קאי דוקא בהודעה מעצמו ולא בתבעו אחר והודעה ומינשעב עפ"ז
קושיות הש"ך שם מן התוספתא ע"ש עכ"ל יד המלה.

וכתב לנו לכלל מחודש לחלק בזה בין הודעות פיו לעדים ע"פ הסברא דעדים דנאמנים
אין זה מצד בירור הדבר רק משום גזה"כ משא"כ הודעות בע"ד דעדיפא דהוי בירור
גמור וע"כ א"י לחזור בתכ"ד זהו קנטב דבריו: ענף א ונלע"ד להוכיח פהש"ך דאף
בהודעות פיו מהני חזרה בתכ"ד דבב"מ (דף ג') גבי מה דתני ר' חייא דהעדות עדים
מחייב שבועה בקו"ח מהודעות פיו ופריה מה לפיו שכן אינו בהכחשה ובהנזמה תאמר
בעדים שישינו בהכחשה ובהנזמה.

ואי נימא פפי הפלל של היד המלה דפסיקא להו לחז"ל דבהודעות פיו לא מהני חזרה
בתכ"ד וכפי פירושו בהתוספתא משא"כ בעדים מהני חזרה בתכ"ד וכמבואר זה בכמה
סוגיות בש"ס ובח"מ סי' כ"ט.

א"כ הא הוי מצי הש"ס לומר פירכא זו דמה לפיו שאינו חוזר בתכ"ד משום דזה הוי לנו
בירור הדבר וע"כ אלים לן הודעות פיו לחייב שבועה בהשארא משא"כ עדים דיכולים
לחזור בתכ"ד משום דאין זה בירור הדבר רק מצד חוקי התורה ע"כ לא אלים כ"כ פח
העדים לחייב שבועה על השארא.

ומדלא אמרו בש"ס פירכא זו מוכח דשנה הוא בכל מילי הודעות פיו להעדות עדים ע"כ
לא מצא הש"ס למיפריה רק מה לפיו שאינו בהכחשה ובהנזמה. א"כ מזה הסוגיא סייעתא
לדברי הש"ך דגם בהודעות פיו ע"י תביעה יכול לחזור בתכ"ד דהא התם מיירי במודה
במקצת דעיקרו הוא ע"י תביעה.

וינדעתי מה דיש לדון בזה ע"פ שיטת התוס' ב"ב (דף קכ"ט ובגדרים (דף פ"ז) בהר"נ
בשם הרמב"ן דתכ"ד פדבור אינו רק מדברבן אכן לשיטת הר"נ שם שפיר פתבתי ועוד
י"ל בזה וקצרותי: אף אפשר לדון בזה הר"א' והוא דנלע"ד להסביר ביותר ביאור להפלל
של היד המלה דלכן לא מהני חזרה בתכ"ד בהודעות פיו משום דהא הפלל דמהני החזרה
בתכ"ד הוא משום דמשווי לדבור קמא כמו דבור בטעות וכמבואר בהרמב"ם ה'
שבועות וכמש"כ הקצה"ח בסי' רנ"ה ס"ק ב' בזה בארןפה.

וזהו פוננת הר"נ בגדרים (דף פ"ז) במש"כ שם הטעם במה דאמרו תכ"ד פדבור דמי
והדברים ארופין ואכ"מ. וכינן דעיקר מילתא דמהני חזרה בתכ"ד הוי משום דמשווי
לדבורו הראשון דה"ל בטעות.

והנה הר"נ בחי' לב"מ (דף ג' ע"ב) פתב לבאר למה דאמרו שם מה לפיו שאינו
בהכחשה דזהו באומר נזפרתי שפרעתי ונהרי עדים דאינו נאמן לומר טעיתי דאל"כ מאי
אולמי' דפיו הא מצי יהיב לי' במתנה כו' וכ"כ הנמוקי יוסף שם.

והרמב"ם חולק ע"ז פמבואר בסי' ע"ט סעי' ג' ועיין בהג"ה שם ובביאור הגר"א זצ"ל
שם ס"ק י' ובהריטב"א לב"מ שם. והשמ"ק שם פתב בשם הרשב"ץ דמחלק דאם הנה
ההודעה בב"ד לא מהימן לומר נזפרתי וטעיתי כו' משא"כ אם הנה ההודעה בפני עדים.

וכעין זה מצינו בח"מ סי' פ"א בש"ף ס"ק ס' שכתב על דברי הרמ"א שם דא"נ לומר טעיתי בהודאתי אע"פ שיש לו מ'גו דנזקא היכא שהודה בפני ב"ד אמרינן פן ולא בהודה בעדים ולדברי הר"נ שם אף בהודה בפני עדים אמרו פן ע"ש.

עכ"פ חזינן דהודאה בב"ד היא אילימא דאף ע"י מ'גו א"נ לומר טעיתי משום דהוי חזקה גמורה דלא הוי משעבד נפש' בב"ד ויש לן הוכחה גמורה מזה דלא טעה. א"כ מה"ט אינו יכול לחזור בתכ"ד על הודאתו בב"ד דהא עיקר מילתא דחוזר בתכ"ד הוא דמשנוי לדבורו הראשון דה"ל בטעות א"כ הא בהודה בב"ד דא"נ לומר טעיתי במ'גו מה"ט אינו יכול לחזור בתכ"ד דאינו נאמן למשנוי לדבורו הראשון דהוא ע"פ טעות משום דגם בזה שייך לומר דחזקה דהיה מדקדק על בוריו, ולא היה נבקה להודות וכעין דברי הר"נ לנדרים (דף פ"ז) על הא דמקדש ומגרש דאינו חוזר בתכ"ד משום דהנה מילי אינו עושה אותן אלא בהספקה גמורה כו'.

ואף דתכ"ד היכא דחוזר עדיף לי' מן טענת טעיתי דהא היכא דנאמן לומר טעיתי עכ"ז הא כ"ז דאינו טוען בפ' טעיתי לא טענינן לי' משא"כ בתכ"ד דאם חוזר אז א"צ לטעון טעיתי. עכ"ז אזלינן בזה בטר טעמא דכמו דא"נ לומר טעיתי אע"פ שיש לו מ'גו וכן בהודה בפני ב"ד א"נ לומר טעיתי ונזכרתי שפרעתי אף שמביא עדים ע"ז וכדברי הר"נ בב"מ והנ"י בשם הר"נ פנ"ל.

א"כ מה"ט אינו חוזר בתכ"ד בהודאתו משום דהפל חזא היא דיש לנו הוכחה ברורה דלא טעי דאל"כ לא ה"ל להודות בב"ד ולשעבד נפש'יה: ולפ"ז נדחה ההוכחה שהבאתי מן ב"מ (דף ג') דלא אמרו מה לפיו שכן אינו חוזר בתכ"ד משא"כ בעדים כו'.

דהא י"ל דבאמת לפי מה דמסיק מה לפיו שאינו בהכחשה ולשיטת הר"נ הפוננה הוא דא"נ לומר טעיתי אף דיש לו עדים ע"ז משום דיש לנו הוכחה דלא טעה א"כ מה"ט ג"כ אינו יכול לחזור על הודאתו בתכ"ד ולכן אמרו הפרכא מה לפיו שאינו בהכחשה משום דבזה נכלל ג"כ מה דאינו חוזר על הודאתו בתכ"ד והפל מן חד טעמא הוא ולכן שפיר כתב היד המלך בפוננת הר"נ בשם הרא"ה לכתובות פו'.

משום דלשיטת הר"נ בב"מ במש"כ לפרש למה דאמרו מה לפיו שאינו בהכחשה כו' אינו קשה במה דלא אמרו מה לפיו שכן אינו חוזר בתכ"ד משום דגם זה נכלל במה דאמרו מה לפיו שאינו בהכחשה כו': ובקצרה י"ל עוד דבמה דאמרו מה לפיו שכן אינו בהכחשה די"ל דפירושו ג"כ דלא מצי אף איהו בעצמו להכחיש לדבריו הראשונים אף בתכ"ד וכן במה שאמרו תאמר בעדים שישנן בהכחשה נכלל בו ג"כ מה שהעדים עצמן יכולין להכחיש לדבריהם הראשונים בתכ"ד וכן נכללו בזה גם מה שעדים אחרים יכולין להכחיש להנה שני עדים משא"כ בפיו.

והש"ס קאמרי בקצרה בדרף התלמוד בכ"ד: ענף ועוד י"ל בעיקר הוכחתי דהקשיתי דאמאי לא אמרו מה לפיו שאינו חוזר בתכ"ד. דהא פתבו התוס' בב"ק (דף כ"ה ע"א) בד"ה אני לא אדון קרן כו' לכללא דפירכא שאינה פתובה בתורה רק מסברא אינה פירכא לסתור להקו"ח אלא מכניסין אותה בהקו"ח וכ"כ התוס' בקידושין (דף ד') ד"ה מה ליבמה כו'.

א"כ ה"ה הקא פֿינן דְמַה דס"ל דְבַהוּדָאָת פֿיו אִינוּ חוּזַר בַּתְּכ"ד וּבְעֵדִים חוּזְרִים בַּתְּכ"ד קָא אִינוּ פֿתּוּבִין בְּפִי בְּתוּרָה רַק דְקִים לְהוּ פֿן מְסַבְרָא וּכְמַש"כ הִיָּד הַפְּלָה לְהַסְבִּיר זָה. א"כ לֹא הָוֵי מְצִי לְמִפְּרָה לְהַקּוּ"ח ע"פ הַפִּינְרָא דְמַה לְפִיו שְׁאִינוּ חוּזַר בַּתְּכ"ד כּו' דְקָא מְכַנִּיסִין זֹאת בַּהַקּוּ"ח וְנִימָא דְקָא.

חֲזִינָן דְאַף דְבִפֿיו דְאִינוּ חוּזַר בַּתְּכ"ד עכ"ז אִין בְּכַח הוּדָאָת פֿיו לְחַיְיבּוּ קִנְס וּמְחַיְיבּוּ שְׁבוּעָה כּו' וְלִכּוּן מְהִיר הַש"ס לְמִפְּרָה מִן פִּינְרָא הַפְּתוּבָה בְּתוּרָה פֿמוּ הַזְמָה. וּמַה דְאָמְרוּ הַכְּתָשָׁה וְהַזְמָה י"ל דְעֵיקַר פְּנוּנַת הַגַּמ' הוּא רַק עַל הַזְמָה.

וּעַפ"ז אֲתִי שְׁפִיר דְבָרֵי רַש"י שֶׁם בְּב"מ ד"ה עֵדִים אִין מְחַיְיבִין אוֹתוֹ קָרְבָן כּו' דְכַתִּיב אוּ הוֹדַע כּו'. וְהַשְׁמ"ק שֶׁם הַקָּשָׁה דְלָמָּה הַוָּצֵרָה רַש"י לְטַעַם זֶה שְׁפָכְרָא פִּינְרָשׁוּ רַבָּנָן טַעַמָּם כּו'.

אָכּוּן לְפַמְש"כ אֲתִי שְׁפִיר דְכּוּנּוּת רַש"י לֹאמַר דְזָהוּ מְפִנְרָשׁ בְּתוּרָה ע"כ הָוֵי פִּינְרָא הַפְּתוּבָה בְּתוּרָה וְאִינוּ מְכַנִּיסִין זֹאת בַּהַקּוּ"ח וְאַף דְקָאמְרֵי רַבָּנָן טַעַם ע"ז מ"מ מְמִילָא לְפִינָן זֶה מִן הַפְּתוּבָה וְע"פ טַעַמָּם.

וְעִינָן בְּשַׁמ"ק שֶׁם בְּד"ה אֲלֵא מַה לְפִיו שְׁפָן אִינוּ בְּהַכְּתָשָׁה וּבְהַזְמָה לֹא מְהַזְמָה קָא פֿרִיף כּו' וְלָזָה לֹא הַזְפִּירָה רַש"י אֲלֵא בְעֵדִים וְהַכְּתָשָׁה כּו' וּר"ח ז"ל פִּינְרָשׁ כּו' וְאִכְמ"ל. וְכַעֲיִן זֶה פְּתוּבָה הַתּוֹס' בְּב"מ שֶׁם בְּד"ה אֲבָל הַעֲדָאָת עֵדִים כּו' בְּסוּף הַדְּבָרִים שְׁפָן דְרַף הַגַּמ' לְמַפְרָה פִּינְרָא עַל קו"ח וְלֹא מְסַבְרָא כּו'.

וְהַפְּנוּנָה הוּא ג"כ דָּאָם אִינוּ רַק מְסַבְרָא אִין זֶה פִּינְרָא רַק מְכַנִּיסִין זֶה בַּהַקּוּ"ח פְּנ"ל. א"כ גַּתְבָּאָר עַל פִּי פְמָה טַעַמִים דִּישׁ לְדַחוּת הַהוֹכְחָה הַלְז: וְעַכ"ז בְּדְרַף פֿשְׁטִיּוֹת נִלְע"ד לְהוֹכִיחַ מִן ב"מ שֶׁם דְאַף בַּתְּכ"ד דְהוּדָאָת פֿיו יְכוּל לְחַזֵּר בַּתְּכ"ד.

דְקָא קָאמְרֵי שֶׁם שְׁלֵא תְהֵא הוּדָאָת פֿיו גְּדוּלָה מְהַעֲדָאָת עֵדִים מַק"ו. דְפֿשֵׁט הַלְשׁוֹן מְשַׁמַּע דְהוּדָאָת פֿיו אִינָה גְּדוּלָה לְכָל מִילֵי מְהַעֲדָאָת עֵדִים וְאָמְרוּ שֶׁם מַאי שְׁלֵא תְהֵא הוּדָאָת פֿיו גְּדוּלָה מְהַעֲדָאָת עֵדִים מַק"ו שְׁלֵא תֵאמַר הוּדָאָת פֿיו הוּא דְרַמְיָא רַחֲמָנָא כּו'.

וְכַתְּבוּ הַתּוֹס' שֶׁם בְּד"ה אֲבָל הַעֲדָאָת עֵדִים כּו' דְהָקָא דְאֲתִי לְפָרוּשֵׁי דְהוּדָאָת פֿיו גְּדוּלָה מְהַעֲדָאָת עֵדִים גִּיחָא לִי לְמִינְקַט טַעַמָּא דְמִשְׁתַּמֵּיט דְסַבְרָא הוּא כּו' וְחוּמָר שְׁאִינוּ בְּהַכְּתָשָׁה כּו' עכ"ל. וְאִי נִימָא פְּדָבְרֵי הִיָּד הַפְּלָה דְבַהוּדָאָת פֿיו אִינוּ חוּזַר בַּתְּכ"ד מִשְׁא"כ בְּהַעֲדָאָת עֵדִים מְשׁוּם דְבַהוּדָאָת פֿיו הָוֵי לָנוּ הוֹכְחָה בְּרוּרָה מִשְׁא"כ בְּעֵדִים דְלֹא מְהַנִּי רַק מְצַד חֲוִקֵי הַתּוּרָה.

א"כ לְפ"ז יֵשׁ סְבָרָא בְּיוֹתֵר לֹאמַר דְלִכּוּן הוּדָאָת פֿיו מְחַיְיב שְׁבוּעָה מְשׁוּם דִּישׁ לְהוּדָאָת פֿיו פֿח בְּיוֹתֵר דְקָא עַל מַה שְׁהוּדָה בְּרוּר לָנוּ מְצַד הַסְבָּרָא דְחַיְיב לּוּ וְיֵשׁ לָנוּ הוֹכְחָה גְּמוּרָה ע"ז ע"כ יֵשׁ פֿח לְהוּדָאָת פֿיו לְחַיְיב שְׁבוּעָה מִשְׁא"כ הַעֲדָאָת עֵדִים דְלֹא הָוֵי הוֹכְחָה בְּרוּרָה רַק מְחֻוּקֵי הַתּוּרָה וּמַה"ט חֲלוּק הַעֲדָאָת עֵדִים מִן הוּדָאָת פֿיו לְעַנְיָן חֲזָרָה בַּתְּכ"ד א"כ עֲדִינָן י"ל דְאִין פֿח בְּהַעֲדָאָת עֵדִים רַק עַל חַיּוּב מְמוֹן עַל מַה שְׁמַעֲיֵדִים אֲבָל לֹא לְחַיְיב שְׁבוּעָה עַל הַשְּׂאָר פֿינָן דְלֹא הָוֵי בְּרוּר גְּמוּר לָנוּ אַף עַל עֵיקַר עֲדוּתָן.

ומדלא אָמרו פֿן מוכח דאין לחלק בין הודאת פיו להעדת עדים בזה ומסבֿרא בעלמא אין לחלק ביניהם. וינדעתי מה די"ל דבאמת מתחלה בפסגיא דשם דילפי העדת עדים בקו"ח מהודאת פיו ולא ידעי הפירכא דמה להודאת פיו שאינו בהכחשה א"כ לפ"ז הדין נותן דע"פ ה"ה קו"ח ה"ה דגילף ג"כ לענין חזרה בתכ"ד בפעדים דלא מציי הדרי פמו בהודאת פיו דאינו חוזר בתכ"ד אָבל לבסוף דמסקי הפירכא דמה לפיו שאינו בהכחשה א"כ מה"ט ה"ה דאין למדין בקו"ח להעדת עדים מהודאת פיו לענין חזרה בתכ"ד.

וע"כ לא אָמרו מעיקרא לה"ה שלא תאמר דשאני הודאת פיו דעדיפא לענין חזרה בתכ"ד פן יש מקום לומר לכאורה. אָבל באמת זה אינו דהא אין סבֿרא פֿלל לומר דהיה ה"א לומר ולמילף דגם עדים לא יהיו יכולים לחזור בתכ"ד דהא מוכח מפמה סגיות מפנרשות דעדים חוזרים בתכ"ד ועיין בב"ק (נף ע"ג) דמפרש להמשנה דשם שהעידו בבת אחת והנזמו ופי' בתוס' שם הטעם דכיון שהיו יכולים לחזור בתכ"ד כו'.

וכן הוא בשבועות (נף ל"ב) בגמ' לפרש להמשנה דכפר א' והודה א' דמייירי דכפרו שניהן וחזר א' והודה בתכ"ד כו'. ע"כ אין סבֿרא לומר פֿלל דהי' הוי אמינא דעדים לא יהיו יכולים להזור בתכ"ד.

רק רבנן דר' יוסי בב"ק (נף ע"ג) דס"ל בכ"מ תכ"ד לאו פדבור לכן גם בעדות אין חוזרים תכ"ד. ע"כ שפיר פתבתי דמוכח מה"ה סגיא דהעדת עדים שנה להודאת פיו בענין תכ"ד ובשניהם יכולין לחזור בתכ"ד: ענף ג והעיקר פדברי הש"ה דאף בתבעו והודה יכול לחזור בתכ"ד דאין סבֿרא לומר דלשון הטוש"ע הוא רק על הודה מעצמו דהא אָמרו בזה"ל הודה בפני ב"ד בין שהודה מעצמו בין שתבעו והודה א"י לחזור אלא בתכ"ד.

דמשמע דקאי על הנאמר באחרונה בנודאי דגם בתבעו והודה חוזר בתכ"ד וכן הוא לשון בעה"ת שער מ"ב ח"א אות ו"ו וכפי שהובא בש"ה לשון הבעה"ת בשם תשובה לקמאי. ומן הר"נ בשם הר"א"ה אינו מוכח דכבר פתב הב"ש בסוף סי' מ"ז בס"ק ט' לפרשו דאייירי לאחר כ"ד כו'.

וראיתי בשמ"ק פתובות (נף כ"ב ע"א) ד"ה והא שניא אנפשה חד"א כו' שכתב וז"ל הר"א"ה אָמרה א"א אני וחזרה ואָמרה פנויה אני א"נ כו' אם נתנה אמתלא נאמנת כו' ואפשר באומרת מקודשת אני לפלוני לא סמכינן באמתלא שפכר הודית לנו ושוב לא פל פמניה לחוב לו עכ"ל.

וחזינו דעיקר דברי הר"א"ה הוא לאחר כ"ד מדנקט לי' בלשון שפכר הודית דמשמע דעיקר פנונתו הוא להורות דנוקא לאחר כ"ד א"נ אף שאומרת אמתלא וכדברי הב"ש בכוננתו דאל"כ למה פתב ללשון שפכר הודית.

וגם פתב דלא סמכינן באמתלא הרי דעיקר פנונתו הוא דאם אָמרה מקודשת אני לפלוני לא מהני האמתלא אָבל לא מייירי פֿלל בענין חזרה בתכ"ד. וגם בעיקר דברי הר"א"ה לא פתב רק בלשון ואפשר כו' דחזינו דמסתפק בעיקר דין זה ולא פתב פן בהחלט וכמש"כ הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' סמ"ה בכוננת לשון הר"א"ה עצמו ע"ש.

וע"כ העיקר פה"ש"ך דאף בתבועו והודה חוזר בתכ"ד וכדמשמע פשט דברי הטוש"ע.
ומה"ט סתם הרמ"א לעיל סי' פ' סעי' א' בהג"ה דתכ"ד יכול לחזור דמשמע דאף בהודה
ע"י תביעה חוזר בתכ"ד.

ועיין בקצה"ח סי' כ"ח ס"ק ח' במש"כ דחזרה בתכ"ד מהני אף במידי דלעבר. אבל אין
זה שייך לנ"ד: והנה התוס' בב"ק (דף ע"ג ע"ב) ד"ה פ' לית לי' לר' יוסי כו' פתבו דכו
הלכתא דתכ"ד כדבור.

[גבי עדות דיכולים לחזור דמיירי ה"ם]. דהכי פסקינו הלכתא בנדירים בפ' בתרא כו'.

ואי נימא דיש מקום לחלק כסברת היד המלה לחלק בזה דשאני מילתא דלעבר א"כ
תקשה דמגלן להו להוכיח דלא קיי"ל כרבנן דס"ל גבי עדות דתכ"ד לאו כדבור. הא יש
לומר דטעמיהו דרבנן דא"י לחזור מעדותן משום דכינן דהעידו על מידי דלעבר ע"כ
מסתמא האמת כן ולא ס"ל לחלק בין הודאת בע"ד לעדות.

משא"כ בהך דנדירים דלא הוי מידי דלעבר. ומדכתבו התוס' להוכיח דלא קיי"ל כרבנן
אף דהוי הרבים נגד ר' יוסי מהך דנדירים מוכח דאין סברא פלל לחלק בין מידי דלעבר
כו'.

ואף דמוכח מכתובות (ד' ל"ג) ושבועות (ד' ל"ב) מהמשנה דגם בעדות תכ"ד כדבור
עכ"ז הא הוכחת התוס' מנדירים ויש לא מיירי בענין עדות וכן בב"ב (דף קכ"ט): וכן
פשט לשון התוספתא דהובא בפ"ך ה"א משמע דאף בהודאת בע"ד דינו כמו עדים אף
בתבועו והודה דהא ז"ל התוספתא ריש ב"מ הודאת בע"ד כמאה עדים אימתי בזמן שטענו
והודה אבל אם הודה מפי עצמו יכול לחזור כו'.

ובאמת ע"פ פלל של היד המלה שכתב לחלק דשאני הודאת בע"ד מן עדים בחזרה
דתכ"ד יש ליישב קושיות הסמ"ע בס"י ע"ט סעי' א' ס"ק ב' על הרמ"א שכתב שם דנאמן
ע"ע יותר מק' עדים [דזהו פלשון הגמ' בכריתות (דף י"ב)].

דל"ל למינקט לשון זה. ולדברי היד המלה דבהודאת פיו היכא דתבועו אינו חוזר בתכ"ד
משא"כ בעדים י"ל דלכן כתב הרמ"א לשון זה דנפ"מ מזה דאף בתכ"ד אינו חוזר
משא"כ בעדים משום דהודאת פיו אלים ביותר מן עדים.

אכן לפי הלשון של התוספתא דהודאת בע"ד כמאה עדים בזמן שטענו והודה כו' דמפרש
היד המלה דעיקר פוננת התוספתא דבטענו והודה אינו חוזר בתכ"ד משא"כ בעדים
משום דהודאת פיו אלימא ביותר מן עדים.

א"כ תקשה דה"ל להתוספתא לומר בזה"ל הודאת בע"ד יותר ממאה עדים בזמן שטענו
והודה כו'. ובאמת מלשון התוספתא דנקטו הודאת בע"ד כמאה עדים משמע דאף דיהנה
להודאת בע"ד כמו דין עדים ולא ביותר ג"כ שייך מש"כ שם לחלק בין טענו והודה
להודה מפי עצמו דיכול לחזור בו א"כ מוכח מזה דהתוספתא לא מיירי שם בענין חזרה
בתכ"ד ואדרבה מדקאמרי הודאת בע"ד כמאה עדים משמע דשווין הם הודאת בע"ד
לעדים וכמו בעדים חוזר בתכ"ד כמו כן בהודאת בע"ד.

ולכן אף דנימא לדינא כהפלל של היד המלה דהודא בע"ד אלים ביותר מן עדים בענין חזרה בתכ"ד עכ"ז אין לפרש פן בכוננת התוספתא פיון דנקטו בלשונם שם דהודא בע"ד כמאה עדים דמשמע דלא נחתי שם לאשמועינן דיש מעליותא ביותר להודא בע"ד מן עדים.

ע"כ העיקר בפירוש פשט דברי התוספתא כמש"כ הש"ה. וכינון דאין הכרח להפלל של היד המלה מן פירושו להתוספתא ע"כ ממילא מסבא בעלמא אין לנו לומר להפלל שלו בלא ראי' מוכרחת מן הגמ' והתוספתא.

והעיקר לדינא דאף בהודא ע"י תביעה חוזר בתכ"ד: ה (שם סעי' כ"ג ש"ה ס"ק ס') דיכול לטעון טעיתי במיגו דפרעתי. והקשה על התוס' דגיטין (דף י"ד) ד"ה ולא פש גביה כו' דהביאו ראיה דאינו נאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי מהא דתנו בשבועות מנה לי בידי אומר לו הן למחר אומר לו תנהו לי אם אמר נתתיו פטור אין לה בידי חייב כו' ואמאי לא מהימן לומר אין לה בידי שטעיתי במיגו דפרעתי אלא משמע דלא מהימן במיגו לומר שטעה עכ"ל התוס'.

ודחה הש"ה זה הראיה דלאו ראיה היא דאה"נ אי טען טעיתי נאמן אלא התם מיירי שאינו טוען כה ומפרש ואומר בהדיא לא הנה לה בידי מעולם כו' עכ"ל הש"ה: ענה א ויש ליישב קושיות הש"ה והוא די"ל דשפיר הוכיחו התוס'.

משום דתקשה לרב חסדא דס"ל בב"ב (דף ל"ג) דאמרין מיגו במקום עדים. וכן ס"ל לרבה בב"ב (דף ל"א) ועיין בתוס' שם ד"ה אומר רבה כו' וברשב"ם ומהרש"א שם.

וכן מוכח בבכורות (דף ל"ו) תוס' ד"ה ואמר רבא כו'. דא"כ מה יענו במשנה זו דשבועות (דף ל"ח) דמבואר שם דנתתיו לה פטור וטוען אין לה בידי חייב.

ולמה מ"ד דס"ל דאמרין מיגו במקום עדים. א"כ תקשה דאמאי לא מהימן לומר אין לה בידי ולהכחיש העדים ע"י מיגו דפרעתי דהא אמרינן מיגו במק"ע.

ומזה הוכיחו התוס' לפרש דכוננת הך משנה דאין לה בידי היינו דאומר טעיתי. ובכה"ג י"ל דכ"ע מודו דלא אמרינן מיגו במקום אנו סהדי.

דכינן דהוי דבר הגלוי לכל עדיף מעדים לגבי זה. וכעין מש"כ התוס' ביבמות (דף פ"ח) בד"ה אתא גברא כו'.

ובש"ה ס' מ"ו ס"ק ס"ו: וראיה לזה מהא דב"ב (ד' ע') דבעי רב עמרם מרב חסדא המפקיד אצל חברו בשטר וא"ל החזרתני לה מהו מי מהימן במיגו דנאנסו או דילמא א"ל שטרך בידי מאי בעי א"ל מהימן ולימא ליה שטרך בידי מאי בעי א"ל וליטעמך כו' ופי' הרשב"ם בד"ה או דילמא כו' דהוי מה לי לשקר במק"ע כו'.

וקשה מאי מבעי ליה מר"ח הא ר"ח דס"ל דאמרין מיגו במק"ע פנ"ל. א"כ מאי מקשה לו ולימא ליה שטרך בידי מאי בעי.

ע"כ מוכח מזה דכינן דהוי אנו סהדי. בזה לכ"ע לא מהימן במיגו.

דְּנוּקָא הֵיכָא דְלֹא יִדְעִינן הָאֵמֶת כִּי אִם מְשַׁנֵּי עֵדִים אוּ מְיַוָּתֵר מְשַׁנֵּי עֵדִים בְּזָה נֶאֱמָר בְּמִיגוּ.
אָבֵל הֵיכָא דְאִיכָא אָנּוּ סְהָדֵי לְכָל בְּזָה לֹא מְהִימֵן לַכ"ע בְּמִיגוּ.

וְכֵן מוּכַח בְּרִישׁ ב"ב (דָּף ב' ע"א) בְּתוֹס' ד"ה לְפִיכָהּ כו' שְׁפָתָבוּ דְאֶשְׁמוּעִינן הָאִי מְשַׁנָּה
דְּאָף דְשָׁהוּ הֶרְבֵּה לֹא מְהִימֵן בְּמִיגוּ מְשׁוּם דְאָנּוּ סְהָדֵי שְׁלֵא עֲשֵׂה לְבִדּוּ כִּינּוּן שְׁהִיָּה יְכוּל
לְדַחֵק אֶת חֲבִירוֹ בְּדִין שְׁהִיָּה עוֹשֵׂה עִמּוֹ כו'.

וְאֶפְתִּי תִקְשָׁה לְמ"ד דס"ל דְאֶמְרִינן מִיגוּ בַמִּק"ע מִהָדָּ מְשַׁנָּה. וְע"כ מוּכַח כַּנ"ל.

דְּהֵיכָא דְהָוֵי אָנּוּ סְהָדֵי לַכ"ע לֹא מְהִימֵן בְּמִיגוּ כַּנ"ל. וְכֵה"ג פְּתַב הַסַּמ"ע סִי' פ"ה ס"ק ב'
דְּהֵיכָא דְאִיכָא אָנּוּ סְהָדֵי לֹא מְהִימֵן נֶאֱמָנוֹת כְּבַתְרֵי.

דְּאָנּוּ סְהָדֵי עֲדִיף מִנֶּאֱמָנוֹת כְּבִי תְרֵי. וְאָף דְנֶאֱמָנוֹת כְּבִי תְרֵי עֲדִיף מִעֵדִים עַכ"ז אָנּוּ סְהָדֵי
עֲדִיף מִעֵדִים ע"ש: וְכֵן מוּכַח מִהָא דְהִקְשׁוּ הַתּוֹס' ב"ב (דָּף ה' ע"ב) ד"ה מִיֶּאֱמָרִינן כו'
שְׁהִקְשׁוּ בְּסוּף הַדְּבוּר שֶׁם מִיְבָמֹת (דָּף קי"ב) בְּמְשַׁנָּה יְבָמָה שְׁאֲמָרָה תוֹף שְׁלֵשִׁים יוֹם לֹא
נִבְעֵלְתִי כּוֹפִין אוֹתוֹ אַחַר שְׁלֵשִׁים מְבַקְשִׁין הֵימָנוּ וְאִין כּוֹפִין אַע"ג דְאִית לָהּ מִיגוּ דְאִי
בְּעֵיָא אֲמָרָה אִינוּ יְכוּל לְבוּא עָלֵי דְנֶאֱמָנָת.

וְכַתֵּב הַש"ף בְּזָה בְּכָלְלֵי מִיגוּ ס"ק יו"ד דְשֵׁא"ה דְאִין כָּל הַחֲזָקוֹת שְׁווֹת. דְהָא דְתוֹף
שְׁלֵשִׁים כּוֹפִין אוֹתוֹ זֶהוּ מְשׁוּם חֲזָקָה דְאִין אֲשֶׁה מְעִינָה כו' וְאֶפ"ה לְאַחַר שְׁלֵשִׁים אִין
כּוֹפִין מְשׁוּם דְהָדָּ חֲזָקָה דְלֹא מוּקִי אִינְשׁ אֶפְשִׁי הָוֵי חֲזָקָה אֱלִימָתָא ע"ש.

וְעֵינן בִּיבָמוֹת (דָּף קט"ז) בְּתוֹס' ד"ה וְלֵהִימָנָא כו' וּבְרֵא"ש שָׁם. וְאֶפְתִּי תִקְשָׁה לְמָאן
דס"ל דְאֶמְרִינן מִיגוּ בַמִּק"ע דְהָא אִינוּ עֲדִיף הָדָּ חֲזָקָה מִעֵדִים.

וְע"כ מוּכַח דְהֵיכָא דְהָוֵי חֲזָקָה אֱלִימָתָא דְחָשׁוּב כְּאָנּוּ סְהָדֵי דְבְּזָה לַכ"ע לֹא אֶמְרִינן מִיגוּ.
וְע"כ שְׁפִיר הוֹכִיחוּ הַתּוֹס' בְּגִיטִין דְהָדָּ מְשַׁנָּה דְשְׁבוּעוֹת דְאִין לָהּ בְּיָדֵי דְבְּנוֹדָאִי כְּנוֹנְתָם
עַל טַעֲנַת טַעֲיָתִי כְּדִי דִּיהָא א"ש אָף לְהָדָּ מ"ד דְאֶמְרִינן מִיגוּ בַמִּק"ע.

וּמוּכַח דְטַעֲיָתִי הָוֵי טַעֲנָה גְרוּעַ מְשׁוּם אָנּוּ סְהָדֵי כַּנ"ל. וְלַכ"ע לֹא אֶמְרִינן בְּזָה מִיגוּ וּמְתוּרָן
קוֹשְׁיוֹת הַש"ף כ"ז פְּתַבְתִּי מִכְּבָר לְרַב אֶחָד שְׁהִקְשָׁה מִמֶּנִּי לְקוֹשְׁיוֹת הַש"ף הִנֵּה עַל הַתּוֹס'.
וְעֵינן מִזָּה לְקַמּוֹן סוּף עֲנָף ב' בַּמִּש"כ שָׁם. וְאַגַּב אֶכְתָּוֵב עוֹד מַה שְׁהַשְׁבָּתִי אֶז לְהֶרֶב הַשְׁוֹאֵל
הַנ"ל בְּעֲנַן אַחַר: עֲנָף ב' וְזֶה הוּא.

מַה שְׁהִקְשָׁה עוֹד כַּת"ר ב"ב (דָּף ב' ע"ב) בְּתוֹס' ד"ה וְחִיבֵי בְּאַחֲרֵיּוֹת כו' שְׁפָתָבוּ בַסַּה"ד
בְּזֶה"ל דְאִי קָנַס הוּא בְּמִזִּיד דְוּוּקָא הִנֵּה לִיָּה לְהַתְחַיֵּיב. וְהִקְשָׁה כַּת"ר דְהָא הָדָּ בְּרִייתָא
אֲתִי כַר"מ דְדָן דד"ג.

וְר"מ הָא ס"ל בְּגִיטִין (דָּף נ"ג) דְמִטְמָא אָף בְּשׁוּגַג חִיבֵי. ע"כ קוֹשְׁיָתוּ.

יָפָה הִקְשָׁה וְעֵינן בְּתוֹרַת גִּיטִין לְגִיטִין (דָּף נ"ג) מַה שְׁהִקְשָׁה שָׁם עַל הַתּוֹס' הַנ"ל: וּלְפַעַם"ד
נִרְאֶה לְתַרְץ זֶה דְהָא אִיתָא בְּגִיטִין שָׁם דְכִי קָנַס ר"מ בְּרַבְּנָן אָבֵל בְּדְאוּרְיִיתָא לֹא קָנַס.
וְהַרְשָׁב"א שָׁם בְּגִיטִין הִקְשָׁה דְאֵמָאִי בְּמִטְמָא תְרוּמָה קָנַס ר"מ הָא אֶסוּר מַה"ת לְטַמָּא
תְרוּמָה.

ואף דהתשלומין הוי רק מדרבנן. עכ"ז הא האיסור הוי מה"ת ולא שכיח דעברי עלה לכו לא עשו חיזוק למיקנס בשוגג.

ותי' משום דמייירי במטמא חולין ע"ש. אלמא דכיין דהאיסור הוי איסור מן התורה אף דהתשלומין אינו רק מדרבנן עכ"ז לא קנס ר"מ בשוגג.

א"כ ה"ה במחיצת הפרם שנופרצה דהוי איסור פלאים מה"ת א"כ הא לא קנס ר"מ בזה בשוגג ואף במקיים פלאים בפרם דאינו לוקה. עכ"ז האיסור הוא מה"ת כמש"כ הט"ז ביו"ד סי' רצ"ז ס"ק ע"ו ע"ש.

א"כ הא בדאורייתא לא קנס ר"מ אף עדיין יש להקשות דלמא מייירי שם בכלאים דרבנן דלא הגיעו השרשים להדדי ויש הרחק קצת ביניהם פחות מד"א דזה לא הוי רק פלאים דרבנן.

א"כ עדיין תקשה קושיות כת"ר הנ"ל על התוס' הנ"ל דלמא מייירי בכלאים דרבנן דבזה קנס ר"מ אף בשוגג: אף גם זה ניקח לפמש"כ התוס' ביבמות (דף פ"ג) ד"ה ר' יוסי אומר כו' דהא דאיתא במנחות (דף ט"ו) דאסרו חכמים את הנרעים ונתירו הגפנים ואמרו שם דזהו דוקא בכלאים דרבנן אבל בכלאים דאורייתא אסרו גם את הגפנים אתי זה כר"מ.

משום דלר' יוסי גם הנרעים מותרים דכיין דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו אין פאן פלאים והפל מותר. אלמא דגם ר"מ ס"ל דבכלאים דרבנן לא נאסר רק שלו ולא של חבירו משום דבדידיה קנסו רבנן ולא בשל חבירו.

וכ"כ השיטה מקובצת לב"ק (דף ק') ע"ש אף התוס' במנחות (דף ט"ו) הנ"ל ד"ה ונתירו הגפנים כו' לא פתבו פן אבל ביבמות פתבו פנ"ל. ולפ"ז י"ל דהתוס' בב"ב ס"ל ג"כ פשיטת התוס' ביבמות הנ"ל.

א"כ לפ"ז מוכח דהך ברייתא דמחיצת הפרם שנופרצה דנאסר גם של חבירו דמייירי בכלאים דאורייתא. משום דבכלאים דרבנן הא ר"מ מודה דלא נאסר של חבירו פמבואר במנחות.

ובע"כ מייירי בכלאים דאורייתא ובזה מודה ר"מ דלא קנסינן שוגג. ולפ"ז שפיר הקשה התוס' דהא הך ברייתא אתי כר"מ דדון דינא דגרמי ור"מ הא ס"ל דבאיסור דאורייתא לא קנס שוגג אטו מזיד.

וא"ש דברי התוס' בב"ב הנ"ל. וכן פתבו התוספות בב"ק (דף ק' ע"ב) ד"ה חייב באחריותו כו': וע"פ דברי הרשב"א הנ"ל פתבתי במק"א על הא דב"ק (דף ה) מפגל פירש רש"י שם דשחט חטאת לשם שלמים.

ותמהו בזה פל המפרשים דאמאי לא פירש רש"י בפשוטו ככל פגול שבש"ס. ועיין בפסחים (דף קכ"א) ברשב"ם ד"ה משום חשדי: ובאמת זה אינו קשה משום דכן מבואר להדיא במנחות (דף מ"ט) דמפגל דהך משנה דהפנהנים שפגלו במקדש כו' מייירי בשחט חטאת לשם שלמים א"כ מבואר פן להדיא.

ועיין בירושלמי גיטין פ' ה' הלכה ה'. ומה דניש להקשות דל"ל להגמ' לפרושי פן הא יש
לפרש דמירי ככל פגול.

נראה לי לומר דהא ר"י ס"ל במכות (דף ד') דלא שאין בו מעשה לוקין עליו א"כ אינו
לוקה ומשלם לר"ל דס"ל דאף בחייבי מלקות שוגגין פטורין. וגם בלאו דפגול לוקה
כמבואר בזבחים (דף כ"ט) מן לאו דלא יחשב.

והוה דהפגנים שפגלו במקדש אתי כר"י כמבואר בגיטין (דף נ"ג) ושם במנחות (דף
מ"ט) רבא הוא דקאמר פן שם ומבואר בר"ש בתרומות פ"ז משנה א' דכתב דרבא ס"ל
כר"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין.

א"כ אין פאן חיוב ממון משום קלב"מ אבל בחטאת לשם שלמים אין פלל לאו הנ"ל:
וביותר י"ל דהנה התוס' בגיטין (דף נ"ג) ד"ה בדאורייתא קנים ר"י שוגג אטו מזיד
הקשו וקא מתניתין ר"י הוא וקתני פהגנים שפגלו במקדש פטורין.

ולפענ"ד נראה לתרץ זה לפמש"כ הרשב"א בחידושו לגיטין דאמרו שם. דלכך מטמא
בשוגג פטור.

משום דר' יהודה לא קנים בדרבנן. והקשה הרשב"א וקא מטמא תרומה הוי איסור
דאורייתא ובדאורייתא קא קנים ר"י שוגג אטו מזיד.

ותי' פנ"ל משום דמירי במטמא חולין. ועוד תי' דכיון דלא ה"ל איסור לאו רק איסור
עשה דמשמרת תרומתי ע"כ קיל איסורו ולא קנסו בשוגג עכ"ל.

ולפ"ז י"ל להוה תי' בתרא של הרשב"א הנ"ל דמשום זה הוכיח הש"ס במנחות דהפגנים
שפגלו במקדש מירי בשחט חטאת לשם שלמים. וזה לא הוי באיסור לאו דהוה לא יחשב
קאי בפגול חוץ לזמנו וחוץ למקומו.

וכיון דשחט חטאת לשם שלמים לא הוי באיסור לאו ע"כ דינו ככל איסורים קלים דלא
קנסו בשוגג. וא"ש דשוגגין פטורין ומתנרץ קושיות התוס' הנ"ל.

משום דאם האי מפגל מירי בחוץ לזמנו א"כ הוי איסור לאו וכיון דהוי איסור דאורייתא
התמור א"כ מבועי למקנס בי' שוגג אטו מזיד לר"י. ומזה הוכיח הש"ס דמירי בשחט
חטאת לשם שלמים וכיון דלא הוי באיסור לאו ע"כ לא קנסו ביה שוגג וא"ש כ"ז.

כ"ז השבתי לרב השואל הנ"ל: וכעת ראיתי להוכיח עוד דהיכא דאיכא אגון סהדי בזה
אף רבה מודה דלא מהני מיגו. מהא דב"ב (דף קע"ה) דאמר רבה תנו מנה לפ' ואמרו
תומים חזר ואמר לנו פרעתי אינו נאמנין דאם אי' דפרע' לא הוי אמר.

ועיין בתוס' שם ד"ה חזר ואמר לנו אכא פרעתי כו' ובמהרש"א שם דאף דניש לו מיגו
דאמר פרעתי אח"כ. מ"מ לא מהימן לומר טעיתי במיגו דכיון דאמר תנו הוי כמו מיגו
במקום עדים דלא מהני.

ואף דרבה אמר להדא מלתא התם ורבה ה"ל דאמרינו מיגו במקום עדים וכמבואר
בתוס' ב"ב (דף ל"א) ואפ"ה לא מהימן לומר טעיתי במיגו. וע"כ מוכח דהיכא דאיכא
אגון סהדי בזה אף רבה מודה דלא מהני מיגו פנ"ל.

וְעֵינַן מְזַה בְּטוֹר ח"מ ס"י רנ"ה ובסמ"ע שם וקצרתיו: וכן מוכח מן פאה פ"ח משנה ג'
דאין נאמנין על הקמח. וכתב הר"ש שם דאין להאמינו במיגו דאי בעי אמר שטחנו קמח
דמאחר שאין דרף לחלקו כלל קמח ופת הוי כמו מיגו במקום עדים עכ"ל.

והובא בתיו"ט שם. ובש"ף פללי מיגו ס"ק ב' ע"ש.

ולפ"ז תקשה על מ"ד דאמרינן מיגו במקום עדים. מהו משנה דפאה.

וע"כ מוכח לחלק דשאני היכא דהוי אנו סהדי לכל פנ"ל: גם יש לומר בזה דהא התוס'
בב"ב (דף ל"א ע"ב) ד"ה וזו פאה בפ"ע ומעידה כו' הקשו בין לרב הונא בין לרב חסדא
נהמנינהו לכתראי במיגו כו' ותירצו דמיגו במקום עדים לא אמרינן דמיגו לא יוכל
לסייעם כו'.

וכ"כ התוס' בב"ק (דף ע"ב ע"ב) בד"ה אין לה בו אלא כו'. וקשה הא רב חסדא ס"ל
דאמרינן מיגו במקום עדים כמבואר בב"ב (דף ל"ג ע"ב) א"כ תקשה איך כתבו הכא
התוס' גם לרב חסדא דלכו לא מהימני משום דהוי מיגו במקום עדים.

וע"כ מוכח מזה דאף למ"ד דס"ל דמהני מיגו במקום עדים דלא הוי המיגו עדיפא מהעדים
רק לפי דלא מברעא מילתא בין המיגו ובין העדים והוי שקולים ולכן אין בכת העדים
להוציא מהמחזק אם יש לו מיגו.

ולכן התם בב"ב (דף ל"ג) דהיה השדה מוחזקת בידו שלשה שנים ע"כ אין בכת העדים
להוציא מהמחזק. וכמו כל ספיקא דדינא דמהני תפיסה אף בקרקע.

וע"כ שפיר כתבו התוס' הכא דלר"ח ג"כ אין נאמנים העדים אחרונים במיגו רק דהוי
ספיקא: ולפ"ז י"ל דלכו א"ש בהא דפאה דאין נאמנין על הקמח במיגו. משום פיון
דאף למ"ד דאמרינן מיגו במקום עדים ג"כ עדיין הוי ספק לכו במקום איסור אולינן
לחומרא.

וְעֵינַן לְעֵיל בְּחִידוּשֵׁי בְּסִי זֶה סְעִיף ז' עֲנָף ז' מִזֶּה. וְיַדְעֵתִי מַה שְׂיֵשׁ לְדוֹן בְּמִשׁ"כ לְעֵיל
דְּרַבָּה בְּב"ב (דף ל"א) ס"ל דאמרינן מיגו במקום עדים.

דלפי דברי הנזמיקי יוסף ב"ב שם שכתב בטעמא דרבה דס"ל דהתם לא הוי במקום
עדים ממש ע"ש. א"כ לפי דבריו ליתא למש"כ לעיל.

אף לא כן משמע בהא דכתובות (דף כ"ז ע"ב) ובכורות (דף ל"ו) ועיין בתוס' שם
וקצרתיו: ו (שם סעיף ל"ב ש"ף ס"ק פ"א) שכתב לחלק בין פקדון להלוואה דבפקדון
ליכא איסור רבית פיון דנשתמש שלא ברשות.

וכמש"כ הסמ"ע סי' רצ"ב ס"ק כ"א וציין שם להא דסוף סי' פ"א. ובקונטרס הלז יבואר
באריכות הך דינא אם שייך בגזל איסור רבית: ענף א הנה הרמב"ם פ' ט"ז ה' מכירה
ה' ח' והמחבר בסי' רל"ב סעי' ט' פתבו המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיו ולאח"ז
נראה לו ביה מום אם רצה להחזיר הקרקע לבעלים מחזיר כל הפירות שאכל ואם הנה
חצר ודר בו צריף להעלות שֶׁכָּר.

וְכַתֵּב הַסֵּמ"ע שֵׁם ס"ק ל"ג בְּשֵׁם הַע"ש דְּמִשּׁוּם רַבֵּית נִגְעוּ בִּי. וְהַסֵּמ"ע דְּחָה דְּבָרָיו דְּאִין זֶה אֵלָּא אֲבָק רַבֵּית וְהָא דְּצָרִיף לְהַחֲזִיר מִשּׁוּם דְּהוּי גִּזְל כּו'.

וּמִשְׁמַע מִמֶּנּוּ דְּאִם מְחַל לּוּ הַפִּירוֹת שְׂאֵכֵל יֵשׁ בְּזַה אִיסוּר אֲבָק רַבֵּית. רַק דְּפִלִּיג עַל הַע"ש דַּס"ל דִּינְצָא בְּדִינְגִים: וּלְפַעַנ"ד יֵשׁ לְדוֹן בְּזַה טוּבָא וְלוֹמַר דְּלֵא שְׂיִיף בְּזַה אִיסוּר רַבֵּית קָלֵל.

בְּהַקְדָּם דְּבָרֵי הַמְרָדְכֵי ס"פ הַמְפָּקִיד וְהוּבָא בִּיּו"ד סִי קע"ז סעִי י"ט דְּאִם הַפָּקִיד מְעוֹת אֲצֵל חֲבִירוֹ וְהַנְּפָקֵד הֶלְוִים בְּמָקוֹם דְּמוֹתָר בְּרַבֵּית דְּאִין לְמַפְקִיד חֵלֵק בְּרִיוּיָת כְּלָל וְאִם הַנְּפָקֵד רוּצָה לְתַת לְדָבָר מְעַצְמוֹ לְמַפְקִיד אִין בּוּ מִשּׁוּם רַבֵּית.

וְכ"כ הַב"י שֵׁם בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הַרְשֵׁב"א וּבב"י סוּף סִי ק"ס בְּשֵׁם הַרְשֵׁב"א. וְכ"כ הַסֵּמ"ע בְּסִי רצ"ב סעִי ז' ס"ק כ"ב.

אֲלֵמָּא דַּס"ל לְכָל הֵנָּה פּוֹסְקִים דְּבַגְזָל לֵא שְׂיִיף אִיסוּר רַבֵּית מִשּׁוּם דְּאִין זֶה בְּכָלֵל אֲגַר נְטֵר דְּמִבְּנָאָר בב"מ (דָּף ס"ג) דְּאָמַר רַב נַחְמָן כְּלָלָא דְּרַבֵּיתָא כָּל אֲגַר נְטֵר אִיסוּר. וְכֵן הַעֲלָה הַמַּל"מ פ"ז ה' מְלִנְה ה' י"א בְּסוּפּוֹ בַּזַּה"ל כְּתַב הַרְשֵׁב"א דְּנִרְאָה בְּשׁוֹלֵחַ יָד בְּפִקְדוֹן דְּאִם רָצָה לִיתֵּן מַה שְׂהַרְנוּיָת כְּלוּ אוּ מְקַצְתּוּ אִין כְּאִין מִשּׁוּם רַבֵּית דְּאִין כְּאִין אֲגַר נְטֵר לִי וְהַצָּרִיף בְּזַה הַרְבֵּה.

וְהַכְרִיעַ כֵּן לְדִינָא ע"ש. וְהַטַּעַם הוּא דְּבַגְזָלָה לֵא שְׂיִיף רַבֵּית מִשּׁוּם דְּהָא נִשְׁתַּמֵּשׁ בְּהַמְעוֹת בְּאִיסוּר וְלֵא הִיָּה לּוּ רִשׁוּת לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּהֵם: וְנִרְאָה לִי לְהוֹכִיחַ כֵּן מֵהָא דב"מ (דָּף נ"ז) דְּאָמְרוּ שֵׁם בְּהָא דְּאִין רַבֵּית לְהַקְדֵּשׁ וְזֶה חוֹמֵר בְּהַדְיוּט מִבְּהַקְדֵּשׁ וְהַטַּעַם דְּבַהַקְדֵּשׁ לֵא שְׂיִיף רַבֵּית דְּלֵא אֲחִיף מְקַרִי כְּמוֹ דְּנִתְמַעַט מֵאוּנָאָה.

וּמִקְשָׁה הַגַּמ' ה"ד אֲלֵימָּא דְּאוּזְפִי גִזְבָּר מֵאָה בְּמֵאָה וְעֶשְׂרִים וְהֵלֵא מְעַל הַגִּזְבָּר וְכִינּוּן שְׂמַעַל הַגִּזְבָּר יִצְאוּ מְעוֹתָיו לְחֻלִּין. וְהַתּוֹס' שֵׁם ד"ה פִּינּוּ דְּמְעַל הַגִּזְבָּר כּו' כְּתַבוּ דְּלֵא מְצִי לְאוּקְמֵי דְּאוּזְפִי בְּמִזִּיד דְּלֵא נִפְקַע לְחֻלִּין דַּא"כ לִיכָּא אֲגַר נְטֵר פִּינּוּ דְּהֵלֵנָּה אִיסוּר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּהֵם כּו'.

וְכַוּוֹנָתָם דַּא"כ ל"ל לְמִימַר דְּאִין רַבֵּית לְהַקְדֵּשׁ וְחוֹמֵר בְּהַדְיוּט מִבְּהַקְדֵּשׁ. הָא בְּלֵא"ה לֵא שְׂיִיף בְּזַה אִיסוּר רַבֵּית וְאִין זֶה מְקַרִי אֲגַר נְטֵר וְהֵלֵנָּה אִיסוּר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּהֵם וְהָא גַּם בְּהַדְיוּט בְּמָקוֹם אִיסוּר לִיכָּא אֲגַר נְטֵר כְּנ"ל.

אֲלֵמָּא דַּס"ל לְהַתּוֹס' דְּהִיכָּא דְּאִיסוּר לְהֵלֵנָּה לְהַשְׁתַּמֵּשׁ לֵא שְׂיִיף בְּזַה אִיסוּר רַבֵּית. א"כ ה"ה בְּגִזְלָה אוּ שׁוֹלֵחַ יָד בְּפִקְדוֹן פִּינּוּ דְּאִיסוּר לְהַגְזֵלְן אוּ לְהַנְּפָקֵד לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּהַמְעוֹת מִחֲמַת לֵא דְּאִיסוּר גִּזְל.

וּבְנוּדָאי אִין לְחֵלֵק בֵּין הִיכָּא דְּאִיסוּר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ מִחֲמַת אִיסוּר לֵא דְּמַעֲיָלָה אוּ הִיכָּא דְּאִיסוּר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ מִחֲמַת לֵא דְּגִזְל. כְּלָלָא שְׂל דְּבָר פִּינּוּ דְּאִיסוּר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ לֵא מְקַרִי אֲגַר נְטֵר וְלֵא שְׂיִיף בִּי אִיסוּר רַבֵּית.

וּבְנוּדָאי אִין לוֹמַר דְּכַוּוֹנַת הַתּוֹס' שֵׁם דְּכִינּוּן דְּאִיסוּר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ א"כ לֵא הוּי רַבֵּית קְצוּצָה דְּהָא הַקְצִיצָה הוּא בְּעַד שְׂכַר שְׂמִיּוּשׁ וְכִינּוּן דְּאִיסוּר עֲדִינּוּ לְהַשְׁתַּמֵּשׁ לֵא שְׂיִיף בּוּ רַבֵּית קְצוּצָה.

דעדיין תקשה דהא עדיין יש בו איסור מדרבנן אף בלא קציצה ושייף שפיר בזה אין רבית בהקדש דאינו נאסר אף מדרבנן. ובלא"ה זה אינו מחמת כמה טעמים.

וע"כ מוכח מהגמ' והתוס' הנ"ל דבמקום האסור להשתמש לא שייף ענין איסור רבית כולל אף מדרבנן: וביותר נראה לי להוכיח כן מהא דב"מ (דף י"ד ע"ב) דאמר המוכר שדה לחבירו ונמצא שאינו שלו רב אמר יש לו מעות ויש לו שבח ושמואל אמר מעות יש לו שבח אין לו כו'.

אמר אמר רב נחמן אמר שמואל מעות יש לו שבח אין לו אע"פ שפירש לו השבח מאי טעמא כיון דקרקע אין לו שכר מעותיו עומד ונוטל כו' ואיפסקא הלכה פרב דיש לו שבח. וקשה מ"ט דרב דאמר יש לו שבח הא כיון דלא הכיר בה והוי מקח טעות דהדרי זוי למרייהו א"כ אמאי מותר ליטול השבח הא הוי איסור רבית.

ואף במכירה שייף איסור רבית מדרבנן א"כ מאי טעמא דרב ומ"ש מהא פשיהה לי דמים תחזיר הקרקע דב"מ (דף ס"ה). וכן בהא דאף ונוולא אחי דב"מ (דף ס"ז).

והא דנזבין ולא איצטריף לי' זוי. וכן בזבין למיסק לארעא דישאל דמבואר ביו"ד סי' קע"ד דכיון דנתבטל המכר שייף בו איסור רבית ואסור להלוקח לאכול הפירות.

וכן ה"א בלא הכיר בה דהוי מקח טעות דנתבטל המכר דמפני מה יש לו שבח וזה קשה מאוד: וע"כ נראה לי להוכיח מזה ככל הפוסקים הנ"ל דבגזל לא שייף איסור רבית והתם במוכר שדה בחזקת שלו ונמצא שאינו שלו והטעהו המוכר להלוקח.

בנודאי הוי המעות שת"י המוכר כדן מעות גזל. כמו דאמרו בב"מ ר"פ איזהו גנש דל"ל לאו בגזל לאו באונאה.

משום דהמאנה לחבירו יש לו דין גזלן. וכדמצינו בקידושין (דף נ"ו) המקדש בערלה ובכלאי הכרם כו' מכרן וקידש בדמיהו מקודשת.

ובירושלמי התם קאמר זאת אומרת שמקדשין בגזלה והובא ברא"ש ובר"נ שם. אף לשיטת ש"ס דילן דאין מקדשין בגזל תירצו דמייירי במכר לאיסורי הנאה לא"י או כו' דהפיר בהם דהוי איסורי הנאה דלא הוי מקח טעות.

אבל היכא דהוי מק"ט ע"י אונאה מקרי המעות שת"י המוכר מעות גזל כמבואר בירושלמי והובא כ"ז שם ברשב"א ובריטב"א. א"כ ה"ה היכא שלא הפיר הלוקח בהשדה שאינה של המוכר והמוכר הטעה להלוקח ע"י פשיעותו.

ונודאי דה"ל המעות שת"י המוכר כדן מעות גזל. ולא ה"ה רשות להמוכר להשתמש בהמעות משום איסור גזל: ע"כ א"ש מה דקיי"ל לדינא פרב דס"ל דלא הפיר בה יש לו שבח.

משום דה"ל כמו כל מעות גזלה דלא שייף ביה איסור רבית משא"כ בהתנה פשיהה לי מעות תחזיר לי. וכן בזבין ולא איצטריף לי' זוי וזבין למיסק לארעא דישאל דלא ה"ה שום אונאה מהמוכר ואין להמוכר דין גזלן.

והיה רשות להמוכר להשתמש במעות בהיתר. ע"כ שינה בהואיסור רבית משא"כ בלא הפיר בה דה"ל מק"ט ע"י אונאת המוכר דיש לו דין גזלן ע"כ לא שינה ביה איסור רבית כלל אף בהתנה לשלם השבח.

כן נלענ"ד בטעמא דרב. וכן מוכח מן הרא"ש לב"מ פ"א סי' ל"ט שכתב דלכן בהפיר בה אין לו שבח משום דאף דזווי לרב הוי כפקדון מ"מ לאשתמושי יהיב ניהל'.

וע"כ הוי רבית כו' עכ"ל. אלקמא דאי לא ה"ל רשות לאשתמושי לא הי' אסור משום רבית דזהו הטעם דרב דבלא הפיר בה יש לו שבח ומוכח כנ"ל.

דבמקום האסור להשתמש אין בזה איסור רבית כלל: ושמואל דס"ל דאף בלא הפיר שינה איסור רבית אפשר דס"ל דג"כ בגזלה שינה רבית ובזה גופא פליגי רב ושמואל. או י"ל דטעמא דשמואל דס"ל כסברת הרא"ש והרשב"א דכתבו בקידושין שם דלולי דברי הירושלמי הי' מקום לומר דאף דהוי מקח טעות מ"מ הני מעות לאו גזל הם פי הני זווי להוצאה ניתנו לו וכ"כ הר"נ שם.

א"כ אם נימא כן לא שינה לומר בלא הפיר בה שאינה שלו דהוי מעות גזל. דהא יש לו דין הלואה ושינה ביה איסור רבית כן י"ל בטעמא דשמואל.

והא דקאמר הש"ס בב"מ שם אליבא דשמואל דהתם הלואה הכא זביני דאע"ג דנתבטל המקח ויש לו דין הלואה. עכ"ז כיון דנחת בתחלה בתורת מכירה גמורה בלא שום תנאי ואומדנא יש לו דין מכירה דלא הוי ביה איסור רבית מה"ת.

רק איסור דרבנן כמו כל מכירה וע"כ הקילו התם ע"ש: והא דפסקו בשו"ע אה"ע סי' כ"ח סעי' כ"ב גבי עבר המוכר ומכר לאיסורי הנאה ולא ידע הלוקח שהם איסורי הנאה וקיודש בדמיהו הוי ספק מקודשת.

וכמש"כ הבית שמואל שם ס"ק נ"ט הטעם משום סברת הרא"ש והר"ן שכתבו דיש לומר דה"ל מעות הלואה כיון דדרף מקח וממכר באו לידו. וכתב הפדק הבית דדברי טעם הם עכ"ל הב"ש.

הנה באמת הרא"ש כתב שם דלולי דברי הירושלמי היה מקום לומר דהני זווי הוי מעות הלואה כו'. אבל באמת ס"ל להרא"ש כשי' הירושלמי דה"ל מעות גזל כמש"כ הטור שם סי' כ"ח דאם לא ידע הלוקח ה"ל מעות גזל ואינה מקודשת עי"ש.

וכ"כ בפסקי הרא"ש שם. וגם הר"ן כתב שם בלשון אפשר לומר דה"ל מעות הלואה.

וגם הרשב"א והריטב"א שם לא כתבו זה בדרף ברור דכתבו שם שארי תירוצים עי"ש. וע"כ רק משום חומרא דקידושין כתבו לחוש להקדושין.

ולכן כתב המחבר דה"ל ספק מקודשת. וכן ראיתי להמל"מ פ"ה ה' אישות הל' ז שכתב שם בד"ה הפלל העולה מזה כו' בסופו דהרואה יראה דלקושטא דמילתא ס"ל להרא"ש דהמעות הוי גזל ולפי האמת ביטל דעתו מפני סברת הירושלמי כו' עכ"ל המל"מ וזהו כמש"כ פנ"ל: ועוד י"ל דלהפוסקים הנ"ל מספקא להו אם פליג הש"ס דיינן על הירושלמי וס"ל דה"ל כדין הלואה.

או דלא פליג על הירושלמי וס"ל ג"כ דכל מק"ט ה"ל המעות פדין גזל. ולכן גבי קידושין פסקו דה"ל ספק מקודשת משום דהוי ספק לדידן אם הדין נותן דה"ל מעות הלואה ומקודשת או דה"ל דין גזל ואינה מקודשת.

אבל גבי לא הפיר בה שאינה שלו שפיר פסקו דיש לו שבח. משום דהא פתבתי במק"א וכן מצאתי בספר שער דיעה על יו"ד בסוף סי' קע"ז ליו"ד דהיכא דה"ל ספק אם ה"ל אבך רבית או לא דאז פופין להלנה לתת הרבית.

משום דכיון דלגביה איסור רבית דרבנן במקום ספק הדין נותן דה"ל ספק דרבנן וילקולא. ממילא מחייבין להלנה ליתן כיון דע"פ ד"ת מחייב לתת היכא דהתחייב ואין בו איסור תורה.

וכמ"ש הרא"ש בפ"ק דמכות גבי שביעית בזה"ז דרבנן. ועיין בספר שער דיעה שם מזה.

ובמק"א הארכתי בזה: א"כ ה"ה י"ל ה"כ גבי לא הפיר בה דכיון דה"ל ספק דרבנן אם יש בו איסור רבית דרבנן משום דה"ל הלואה. או דה"ל מעות גזל ולא הוי איסור דרבנן קלל.

אבל איסור תורה ונדאי לא הוי בי' משום דהא ה"ל זבינא פדקאמר הש"ס ה"תם בב"מ (דף ט"ו) ה"תם הלואה ה"כ זביני. ובמכירה אינו אסור מה"ת בנתינת הרבית אם פן ה"ל ספק דרבנן וילקולא וכופין הלנה לתת השבח.

וי"ל דרבא גופא דפסק שם בב"מ הלכה דבלא הפיר בה יש לו שבח טעמו ג"כ משום דס"ל להסתפק בזה. וגם ראיתי בפדק הבית באה"ע שם שפתב דיש לחוש לסברא זו מספק וכן הובא לשון הפדק הבית בבבאיור הגר"א זצ"ל בא"ע סי' כ"ח ס"ק ס'.

וידעתי מה די"ל דכיון דהוי מוחזק ומותר לו להשתמש בהמעות מספיקא א"כ ה"ל היתר שימוש אבל ז"א ברור דהא עיקר מה דאמרין דהוי ספק הוא מהרא"ש פנ"ל. והרא"ש הא ס"ל דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא ועוד י"ל בזה וקצתתי: וגם מציינו פן בתוס' בב"ב (דף צ"ב ע"ב) ד"ה אי דליכא לאשתלומי מיני' כו' דאומר ר"י דשפיר גרסי אי דליתניהו להני זוזי כו' דלא דמי לבע"ח דהתם אדעתא דפרע לי זוזי אוזפלי.

אבל לוקח דהכא דהוי טעות לא משלם לי' זוזי כו' דכשהוציא אותם המעות הוי כמו מזיק מעות חבירו ודינו כמו גזקין עכ"ל. וכ"כ התוס' בב"ק (דף מ"ו ע"ב) ד"ה אי דליכא לאשתלומי מיניה כו' דאותן מעות בעין חוזרים ואי ליתניהו דינו פדין מזיק ור"ת חלק וס"ל דדינו פדין בע"ח אף היכא דהוי מק"ט.

והובא פלוגתא זו בתשובת מיימוני ה' משפטים סי' י"ג ע"ש וכן הובא פלוגתא זו בשמ"ק לב"ק (דף מ"ו): ענף ב' ובח"מ סוף סי' רל"ב פתב הרמ"א שם להכריע לדינא דבכל מקח טעות דינו של המוכר על המעות שקיבל פדין בע"ח ולא פמזיק וע"כ היכא דיש לו זוזי אחרניא צריך לסלק לו במעות פדין ב"ח וכמש"כ הנ"י לב"ב ר"פ המוכר פירות.

ויש להקשות דהא מציינו באה"ע סוף סי' כ"ח דהכריע הטור דהיכא דהוי מקח טעות ה"ל המעות בגזלה ת"י המוכר וכמו דאמרו בירושלמי וכמש"כ בפ"י הרא"ש שם וכנ"ל בשם

המל"מ. אף המסבך הכריע שם דהוי ספק מקודשות משום דהוי ספיקא כמש"כ הבדק הבית וביאור הגר"א שם.

וכיון דהוי ספיקא אם דינו בגזלן על המעות או כבע"ח א"כ מספיקא אמאי מחייבין להמוכר ליתן מעות להלוקח פדין בע"ח ואינו יכול לסלקו בקרקע פדין מזיק וקא הממע"ה. ודווקא לומר דדוקא לגבי קידושין משום חומרא חשו לספק.

אבל באמת דעתם להכריע דה"ל דין ב"ח. דז"א דהא שיטת הטור וקרא"ש באה"ע שם לדינא דה"ל דין גזלן וגם הר"ן כתב שם בלשון אפשר לומר דה"ל מעות הלואה פנ"ל א"כ אף הכריע הרמ"א בח"מ פשיטת הנ"י ולהוציא ממון מהמחזק: וראיתי להמל"מ פ"ה הלכות אישות הל' ז שם שכתב לחלק דאף דבמוכר איסורי הנאה הוי המעות גזל עכ"ז במוכר אינה דבר לחבירו ונמצא מום במקח בזה לא הוי המעות בגזלה רק דינו כב"ח ע"ש.

ולפ"ז הנה מקום לחלק דהא דכתבו באה"ע סוף סי' כ"ח דהיכא דלא ידע הלוקח דה"ל איסורי הנאה הוי ספק מקודשות וקרא"א לא כתב שם בזה כלל. משום דהתם מייירי במוכר איסורי הנאה.

אבל בח"מ סוף סי' רל"ב דמייירי בנמצא מום במקח בזה דעתו להכריע דלא הוי מעות גזל רק דינו כב"ח וצריף לסלק לו במעות אם יש לו מעות אחרים: אבל באמת תמהני על המל"מ אף כתב פן מסבא דנפשיה בפשיטות.

ולא הביא דנהו פלוגתא ראשונים הר"ת והר"י בתוס' ובהגהות מיימוני ובשמ"ק לב"ק פנ"ל אף גבי מום במקח דס"ל לכמה פוסקים דה"ל דין גזלן על המעות וכן הובא פלוגתא זו בחידושי הרמב"ן על ב"ב שם ובחידושי הרשב"א לב"ק (דף מ"ו) ואף הכריע המל"מ פן בפשיטות ולא הביא דיש פלוגתא ראשונים בזה וגם עיקר החילוק ש"ל הוא דווקא בסבא: וכן נראה להוכיח מן התוס' בכתובות (דף ע"ו ע"א) ד"ה על בעל החמור כו' דהקשו שם באה"ד ומיהו תימא למאי דס"ד השתא אמאי על בעל החמור להביא ראיה פיון שהוא מוחזק וגם איכא לאוקמי החמור בחזקת שהוא קיים וקא שמואל גופא ס"ל בריש המוכר פירות המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דאין המעות חוזרין ולא מוקמינן להו בחזקת מ"ק אלא אזלינן בטר חזקה דהשתא אע"ג דרובא דרדיא מסייע למרא קמא כו' עכ"ל התוס'.

אלמא דס"ל להתוס' בכתובות דאף דהוי מק"ט מחמת אינה מום ולא מחמת איסורי הנאה ג"כ ה"ל מעות גזל. דאי נימא דדינו כמו ב"ח א"כ לא שייך לאוקמי המעות בחזקת מ"ק דהא המעות יצאו בנודאי מחזקת בעלים הראשונים אי נימא דדינו פדין הלואה דהא מלנה להוצאה ניתנה.

ועיין בח"מ בפ"ה סי' צ"א גבי חנווני ובקצה"ח שם. וע"כ מוכח דהתוס' ס"ל דבכל מק"ט הדרי זוזי בעיני' למריהו ואין דינו כב"ח ע"כ הקשו שפיר דהא יש התם במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן חזקת מ"ק על המעות.

ואפֿשר לומר דִּהתוֹס' בְּכַתְּנֻבּוֹת שֶׁם הַקָּשׁוּ פֶּן לְשִׁיטת הַגּוֹרְסִים בּ"ב וּב"ק אִי דְלִיתְנָהּ
לְהֵי זִוְיָ כּו' דְּלִדְיָהּ מוֹכַח דְּהַדְרִי זִוְיָ פִּנ"ל: וּלְפַמִּשׁ"כ לְעִיל דְּשִׁמוּאֵל דִּס"ל בּ"ב מ'
בְּמוֹכַר שְׂדֵה לְחִבְרֹו וְלֹא הִפִּיר בָּהּ דֹּאע"פ שְׁפִירֵשׁ הַשְּׁבַח ה"ל רְבִית.

וְכַתְּבִי טַעְמוֹ דִּס"ל דְּכָל מְקַח טַעוֹת ה"ל פְּהַלְוָא וְזֵה גּוֹפֵא פְּלִגְתָּת רַב וּשְׁמוּאֵל. א"כ
אֲלִיבָא דְשִׁמוּאֵל לֹא שִׁינְיָה חֲזַקת מ"ק בְּמוֹכַר שׁוֹר וְנִמְצָא נִגְזָן.

דְּהָא מְלוֹה לְהוֹצָאָה נִיתְנָהּ. וּלפ"ז יֵשׁ לְתַרְזַן קוֹשְׁיַת הַתוֹס' בְּכַתְּנֻבּוֹת שֶׁם מִש"כ לְדוֹן עַל
הַמְּעוֹת שֶׁל הַלּוֹקֵחַ חֲזַקת מ"ק אֲלִיבָא דְשִׁמוּאֵל דְּהֵתָם.

כֵּן יֵשׁ לְדוֹן בּכ"ז: וְעוֹד י"ל לִפ"ז דְּאָף לְהַגּוֹרְסִים בּ"ב וּב"ק שֶׁם אִי דְלִיבָא לְאִישְׁתְּלוּמִי
מִינְיָ וְכַגִּירֶסֶת הָרִי"ף וְהַנ"י וְר"ת שֶׁם. עכ"ז יֵשׁ לומר דְּאִינוּ רְאִיָּה מֵהַדְּ גִירֶסָא לְהוֹכִיחַ
לְדִידוֹ לְדִינָא דְהִיבָא דְהָי מִק"ט הָי הַמְּעוֹת הַלְוָאָה.

מִשׁוּם דִּי"ל דְּאִינוּ זֶה הוֹכְחָה דְּהָא נִתְבָּאָר דְּלְשִׁמוּאֵל בְּנוֹדָאֵי הִיבָא דְהָי מִק"ט ה"ל הַלְוָאָה
כִּנ"ל בְּמוֹכַר שְׂדֵה שְׁלֹא הִפִּיר בָּהּ. א"כ הֵתָם בְּמוֹכַר שׁוֹר וְנִמְצָא נִגְזָן פְּלִיגִי בִּיָּה רַב
וּשְׁמוּאֵל.

וְהָא שְׁמוּאֵל ס"ל שֶׁם דְּיָכוֹל לומר לְשַׁחֲטָה מְכַרְתִּי לָהּ מִשׁוּם דְּאִינוּ הוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר
הָרוּב. אֲבָל אִם הָי מִק"ט לֹא הָיָה יָכוֹל לְסַלֵּק לְהַלּוֹקֵחַ בְּהַשׁוֹר אֲלֵא הָיָה מְחַנְיָב לְתַת לּוֹ
מְעוֹת.

וע"ז שְׁפִיר אָמְרוּ אִי דְלִיבָא לְאִישְׁתְּלוּמִי מִינְיָ וּמְתַרְזַן לֹא צָרִיבָא דְאִיבָא לְאִישְׁתְּלוּמִי כּו'.
מִשׁוּם דְּלְשִׁמוּאֵל גּוֹפֵא דִּס"ל בְּכָל מִק"ט ה"ל ב"ח.

ע"כ בְּנוֹדָאֵי הַדִּין הוּא דְּאָף דְלִיבָא לְהַנְדֹּף זִוְיָ מ"מ מְחַנְיָב לְתַת לּוֹ מְעוֹת אַחֲרִים כְּדִין ב"ח.
אֲבָל לְדִידוֹ דְקִי"ל הַלְכָה כְּרַב בְּמוֹכַר שְׂדֵה לֹא הִפִּיר בָּהּ דִּישׁ לּוֹ שְׁבַח.

דְּהַטַּעַם הוּא מִשׁוּם דִּה"ל מְעוֹת גְּזֵל וְלִיבָא בּוֹ אִסּוּר רְבִית. ע"כ שְׁפִיר י"ל לְדִידוֹ לְדִינָא
דְּבָכָל מִק"ט ה"ל כְּמוֹ מְעוֹת גְּזֵלָה כֵּן יֵשׁ לְדוֹן בּכ"ז: וַיֵּשׁ לְהַקְשׁוֹת לְפִי מַה דְּנִתְבָּאָר
דְּהָרָא"ש ס"ל בְּסוּף פ"ב דְּקִיְדוּשִׁין הָעֵינְקָר פְּשִׁיטת יְרוּשְׁלָמִי דְבְּמִקַּח טַעוֹת ה"ל מְעוֹת
גְּזֵלָה וְכַמִּש"כ הַמַּל"מ בְּכַוְנַת הָרָא"ש דְּשָׁם.

וְכַמוֹ שְׁפִסְק הַטוֹר וּפְסָקֵי הָרָא"ש שֶׁם דְּבָלֵא יַדַּע הַלּוֹקֵחַ וְקִידָשׁ הַמוֹכֵר לְהַאֲשֶׁה בְּהַמְּעוֹת
אִינְיָה מְקוֹדְשָׁת. וְהִנֵּה בּ"ב מ"ק פ' שׁוֹר שְׁנַגְח בְּרָא"ש שֶׁם סִי' א' גְּבִי הָא דְהַמוֹכֵר שׁוֹר וְנִמְצָא
נִגְזָן כְּתַב שֶׁם דְּעֵינְקָר הַגִּירֶסָא בְּש"ס שֶׁם אִי דְאִיבָא לְאִישְׁתְּלוּמִי מִינְיָה וְכַמוֹ דְּגוֹרֶס הָרִי"ף

וְכַמִּש"כ הַר"ת דְּכִינּוֹן דְּנוֹתָן מְעוֹת כְּדִי שִׁיתְקַיִּים הַמְּקַח וְנִתְבַּטַּל הַמְּקַח ה"ל הַנְּדָף מְעוֹת
הַלְוָאָה וְדִינוֹ כַּבַּע"ח כּו'.

וְכֵן פְּסָק הָרָא"ש לִב"ק פ"ק סִי' ה' וּבְפְסָקֵי הָרָא"ש שֶׁם. א"כ תִּקְשָׁה דְבָרֵי הָרָא"ש
אֲהַדְדִּי.

וּבְאַמַּת לְפַמִּשׁ"כ הַמַּל"מ פ"ה ה' אִישׁוֹת ה' ג' לְחַלֵּק דְּשִׁאנֵי מוֹכֵר אִסּוּרֵי הַנְּאָה דְבָנָה הוּא
דְּהָי מִק"ט וְהָי מְעוֹת גְּזֵלָה אֲבָל בְּנִמְצָא מוּם בְּמִקַּח לֹא ה"ל מְעוֹת גְּזֵלָה כּו'. ע"ש בַּמַּל"מ.

הִיָּה נִיחָא דְּבָרֵי הָרָא"ש הַנָּ"ל דִּי"ל דְּוֹקָא בְּמוֹכַר אִיסוּרֵי הַנָּאָה בְּזָה פְּתַב הָרָא"ש דַּה"ל גְּזֵלָה מִשְׁא"כ בְּמוֹכַר שׁוֹר וְנִמְצָא נִגְחָן ה"ל מְעוֹת הַלְוָאָה. אָבָל בְּאַמַּת אִין חִילּוּקוֹ נִרְאָה לִי כָּלֵל דַּמ"ש וְאִין סְבָרָא כָּלֵל לְחַלְקָא בִּינֵיהֶם כַּנָּ"ל: וְע"כ הָעֵינְקָר לִפְעֻנָּד לְחַלְקָא עַפ"י מַש"כ הַמַּל"מ שָׁם בַּד"ה אָף אֲנִי מְסַתְּפֵק כּו' דְּדוֹקָא הֵיכָא דְּהַפִּיר בְּהַמוּם אֲזַ נִרְאָה דְּנִתְפְּוִין הַמוֹכַר לְגִזְלָה וְה"ל גְּזֵל בְּיַד הַמוֹכַר.

אָבָל הֵיכָא דְּלֹא הַפִּיר בְּהַמוּם אֲזַ לֹא ה"ל מְעוֹת גְּזֵל בְּיָדוֹ ע"ש. וְנָהוּ מִיְלַתָּא דְּמִסְתְּבָרָא א"כ שְׁפִיר יֵשׁ לְחַלְקָא דְּשְׂאֵנִי בְּהָא דְּמוֹכַר שׁוֹר וְנִמְצָא נִגְחָן דְּהִיָּה מוֹקֵי הַש"ס הֶתֶם דְּמִיָּירֵי בְּגַבְרָא דְּזַבִּין לְשְׁחִיטָה וְלִרְדִּיָּא א"כ וְנִדְּאִי לֹא פִּשְׁעַ הַמוֹכַר כָּלֵל.

וְאָף לְמ"ד דְּהוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרוּב עַכ"ז כִּינּוּן דְּזָהוּ פְּלוּגְתָּת אַמּוֹרָאִי וְתַנְאִי. א"כ שְׁפִיר י"ל בְּזָה דְּלֹא כְּוִלֵי עֲלֵמָא דִּינָא גְּמִירֵי וְכַמְבֹּאֲרָר בַּח"מ ס' מ"ב בְּש"ף ס"ק כ' וְס"ק כ"ב כַּה"ג וּבְסִפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' אַה"ע ס' ט"ז עֲנָף א'.

א"כ הַמוֹכַר לֹא יָדַע כָּלֵל דְּקוֹנָה הַלּוֹקֵס הַשׁוֹר לְחַרִּישָׁה א"כ לֹא פִּשְׁעַ הַמוֹכַר כָּלֵל ע"כ אִין דִּינּוֹ כְּמוֹ גְּזֵלָן עַל הַמְּעוֹת שֶׁל הַלּוֹקֵס. אָבָל הֵיכָא דְּהַמוֹכַר יָדַע מִן הַמוּם וְלֹא הִגִּיד לְהַלּוֹקֵס וְנִתְפְּוִין לְהַטְעוֹתוֹ אֲזַ הַדִּין נוֹתֵן דַּה"ל גְּזֵלָן עַל הַמְּעוֹת שֶׁל הַלּוֹקֵס וְכַמוֹ שְׂאֵמְרוּ בִּירוּשְׁלָמֵי עַל הָא דְּמָכַר אִיסוּרֵי הַנָּאָה דַּה"ל כְּגִזְלָה דְּהֵיכָא דְּהַמוֹכַר נִתְפְּוִין לְהַטְעוֹת בְּמִזִּיד לְהַלּוֹקֵס.

אִין סְבָרָא לֹא מֵר דְּהַלּוֹקֵס נִתֵּן לוֹ הַמְּעוֹת ע"מ לְהוֹצִיאָן. וְע"כ הַכְּרִיעַ הָרָא"ש וְהַטּוֹר שְׁפִיר בַּאֲה"ע כְּהִירוּשְׁלָמֵי.

וּבְכַרְט לְפִי מַה דְּהוֹכַחְתִּי מֵהָא דְּקִי"ל כְּרַב דְּבִלָּא הַפִּיר בְּהַ יֵשׁ לוֹ שְׁבַח אַע"פ דְּפִירְשׁ הַשְּׁבַח וְאִין בּוֹ רַבִּית. וְע"כ מוֹכַח כַּנָּ"ל.

דְּהֶתֶם ג"כ כִּינּוּן דְּהַמוֹכַר יָדַע דְּהוּי שְׂדָה גְּזוּלָה וְלֹא גִיְלָה לְהַלּוֹקֵס ע"כ הוּי מְעוֹת גְּזוּלָה דְּלֹא שְׁיָיְף בּוֹ אִיסוּר רַבִּית. א"כ מוֹכַח כַּמַּש"כ לְחַלְקָא בֵּין הִיָּה הַמוֹכַר מִזִּיד וּבֵין הֵיכָא דְּהִיָּה הַמוֹכַר שׁוֹגֵג מִשׁוּם כִּינּוּן דְּעֵינְקָר הַכָּלֵל שְׁכַתְּבוּ דְּהֵיכָא דַּה"ל מַק"ט ה"ל מְעוֹת הַלְוָאָה.

נִלְמַד זֶה מִן הָא דְּמוֹכַר שׁוֹר וְנִמְצָא נִגְחָן וְהָא הֶתֶם לֹא הִיָּה הַמוֹכַר מִזִּיד כַּנָּ"ל ע"כ אִין לָנוּ לֹא מֵר דַּה"ה הִיָּה הַמוֹכַר מִזִּיד. כִּינּוּן דְּיֵשׁ לָנוּ הוֹכַחָה לְהִיָּפּוֹף מִן הִירוּשְׁלָמֵי הַנָּ"ל לְכַה"פ סְפִיקָא הוּי וְכַמוֹ דְּמוֹכַח מִן הָא דְּמוֹכַר שְׂדָה וְלֹא הַפִּיר בְּהַ כַּנָּ"ל.

וּלְפ"ז י"ל דְּהֵיכָא דְּלֹא יָדַע הַמוֹכַר שְׂדָה גְּזוּלָה דָּאִין לוֹ שְׁבַח וְהַסְּוִיָּא מִיָּירֵי הֵיכָא שְׂדָה הַמוֹכַר מִזִּיד כַּנָּ"ל. וְהַרְמ"א בְּס' ר"ל"ב קִיָּצַר בְּזָה: עֲנָף ג' וְהַנְּהַ מַל"מ פ"ט הַלְכוֹת גְּזוּלָה וְהַנְּתִיבוֹת ס' קפ"ב ס"ק ח' כְּתָבוּ פְּלוּגְתָּת הַבְּעַל הַתְּרוּמוֹת עִם הָרָא"ש בְּמוֹכַר שְׂדָה וְלֹא הַפִּיר בְּהַ הַלּוֹקֵס דְּהִיָּה גְּזוּלָה.

דְּבַעַה"ת ס"ל דְּגִזְלָה לֹא הוּי כְּמוֹ מוּם וּבְכִיטוּל מִקְּחָ דְּעַד דְּאֲתִי נִגְזֵל וְטָרְיָף לִי הַמְּקַח קִיָּים וְע"כ לֹא הוּי מַק"ט. וְהָא דְּאֲחַר שְׁטָרְפָה הַנִּגְזֵל מוֹצִיא הַלּוֹקֵס מִיַּד הַמוֹכַר זֶהוּ מִצַּד חַיּוּב אַחֲרֵי שֶׁקִּיבַל הַמוֹכַר.

וכ"כ הַנְּתִיבוֹת בְּשֵׁם בַּעַה"ת בְּסִי' ס' ס"ק י"א. אָבֵל הָרֵא"ש פְּלִיג וּס"ל דְּגִזְלָה הָוֵי בְּיִטּוּל מְקַח כְּמוֹ כָּל מוּם בְּמִקְח.

וְגַם פְּתָבוּ שָׁם דְּהָר"ן ס"ל ג"כ פְּהָרֵא"ש בְּזָה ע"ש. וְהָא דב"ב (דף מ"ד) דְּאָמְרוּ אַע"ג דְּאָמור רַבָּנָן כּו' נִמְצְאָת שְׂאִינוּ שְׁלוֹ חוֹזֵר עָלָיו כּו'.

מִשְׁמַע מִשָּׁם דְּגִזְלָה הָוֵי מִק"ט וְעֵינָן בְּרִשְׁב"ם שָׁם. אָכֵן י"ל דְּמִזָּה אֵינוּ רֵאִי דְּכּוֹנְנָתָם הוּא דְּבִנְמִצָּא שְׂאִינוּ שְׁלוֹ וְנִדְּאֵי קוֹבֵל אַחֲרֵיּוֹת ע"ז.

אָבֵל מִצַּד מִק"ט עֲדֵינָן י"ל דְּגִזְלָה לֹא הָוֵי בְּיִטּוּל מְקַח. וְעֵינָן בַּח"מ ס' ל"ז וּבְש"ף ס"ק כ"ה וַיֵּשׁ לְהֶאֱרִיף בְּזָה.

א"כ לְשִׁיטַת בַּעַה"ת הַנְּ"ל אֵינוּ קָשָׁה כָּלֵל בְּמָה דְּקִי"ל פְּרַב דְּבִלֵּא הִפִּיר בָּהּ יֵשׁ לוֹ שְׁבַח מִשּׁוּם דְּאֵין בּוֹ חֲשֵׁשׁ רַבִּית כָּלֵל פִּינּוֹן דְּלֵא הָוֵי מִק"ט. אָכֵן לְפִי שִׁיטַת הָרֵא"ש וְהַר"ן דְּס"ל דְּגִזְלָה הָוֵי בְּיִטּוּל מְקַח כְּמוֹ כָּל מוּם בְּמִקְח.

תִּקְשָׁה לִפ"ז דְּאָמְרֵי אָמְרוּ בִּלֵּא הִפִּיר בָּהּ דִּישׁ לוֹ שְׁבַח וְהָא יֵשׁ בּוֹ חֲשֵׁשׁ רַבִּית. וְע"כ מוֹכַח כַּמֶּש"כ דְּכִינּוֹן דְּהָוֵי גִזְלָה בְּיַד הַמּוֹכֵר לֹא שְׂיִיף בּוֹ רַבִּית דְּכִינּוֹן דְּאָסוּר לְהַמּוֹכֵר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּהַמְעוֹת ע"כ לֹא שְׂיִיף בִּי אֲגַר נָטַר.

וְלֹא מִבְּעֵינָא לְשִׁיטַת הָרֵא"ש דְּס"ל בְּקִידוּשֵׁין סַפ"ב דְּהַעֲיָקָר פְּהִירוּשְׁלָמֵי דַּה"ל מְעוֹת גִּזְלָה בְּיַד הַמּוֹכֵר וְנִדְּאֵי דְּאָמְרֵינּוּ כַּנְּ"ל. וְאִף לְשִׁיטַת הַר"ן בְּסַפ"ב דְּקִידוּשֵׁין דְּכָתַב לְהַסְתַּפֵּק דְּאִפְשָׁר דַּה"ל מְעוֹת הַלְוָאָה בְּיַד הַמּוֹכֵר.

מ"מ לֹא אָמְרֵינּוּ פִּינּוֹן דְּהָוֵי סַפְּק אֵי שְׂרִי לְהַמּוֹכֵר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ א"כ מִמִּילָא פִּינּוֹן דְּהָוֵי הַמּוֹכֵר מְוַחֲזָק וְהִיָּה מוֹתֵר לִי לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּהַמְעוֹת מִשּׁוּם דְּבָכָל סַפְּק קִי"ל הַמַּמְע"ה וּמְוַתֵּר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּמְעוֹת.

דַּעַכ"ז אָמְרֵינּוּ בְּזָה דְּכִינּוֹן דְּהָוֵי סַפְּק וְשָׂמָא יִתְפַּרֵּר הַדִּין דְּהִיָּה אָסוּר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ דְּאִזְ לֹא שְׂיִיף אִסוּר רַבִּית בְּזָה כְּמוֹ כָּל גִּזְלָה. א"כ מִמִּילָא הָוֵי כְּמוֹ כָּל סַפְּק דְּרַבָּנָן דְּלִקְוֵלָא וְכַנְּ"ל דַּבְּכָה"ג לֹא שְׂיִיף אִסוּר רַבִּית וְכַמֶּש"כ לְעֵיל בְּשֵׁם שַׁעַר דִּיעָה.

וְזִהוּ מְוַחֲזָק דַּאֲל"כ תִּקְשָׁה לְשִׁיטַת הַר"ן דְּס"ל דְּגִזְלָה הָוֵי בְּיִטּוּל מְקַח כְּשִׁיטַת הָרֵא"ש הַנְּ"ל א"כ קָשָׁה דְּאִיף אָמְרוּ בִּלֵּא הִפִּיר בָּהּ יֵשׁ לוֹ שְׁבַח וְע"כ מוֹכַח כַּנְּ"ל. וּבְנוֹדְאֵי אֵין סְבָרָא לוֹמֵר דְּכִינּוֹן דְּחִזּוֹר וּלְקַחְתָּה מִיַּד הַבְּעָלִים שְׂיִיף הַשְׁעָה לְהַלּוּקָם כְּמַבְּנָאָר בַּב"מ (דף ט"ו) ע"כ יֵשׁ לוֹ שְׁבַח.

דְּזָה אֵינוּ דְּהִיָּכָא דְּלֹא חִזּוֹר וּלְקַחְתָּה דְּאִזְ הָוֵי בְּיִטּוּל מְקַח דְּהִיָּה בּוֹ אִסוּר רַבִּית. וְע"כ מוֹכַח כַּנְּ"ל.

וְעֵינָן בַּב"מ (דף ע"ב ע"ב) וְקַצְרֵתִי: וְנִרְאָה לִי לְהוֹכִיחַ מִן הַתּוֹס' ב"מ (דף י"ד) ד"ה שְׂיַעֲבֹד כּו' דְּס"ל דְּגִזְלָה הָוֵי בְּיִטּוּל מְקַח. דְּהָא פְּתָבוּ שָׁם דְּאִף לְשִׁמּוּאֵל דְּס"ל אַחֲרֵיּוֹת לְאוֹ טְעוֹת סוֹפֵר דְּעֵבִיד אֵינֶשׁ דּוֹבִין אַרְעָא לְיוֹמָא מ"מ בְּנִמְצָא שְׂעָה שְׂאִינוּ שְׁלוֹ חוֹזֵר עַל הַמּוֹכֵר מִשּׁוּם דַּה"ל מִק"ט כּו' א"כ מוֹכַח דְּגִזְלָה הָוֵי בְּיִטּוּל מְקַח.

אכן יש לדחות ראי' זו דהא אף לשיטת הבעה"ת דכתבו בשמו דס"ל דגזלה לאו ביטול
מקח רק מצד אחריות חונר. עכ"ז מוכח דלאו כ"ע ס"ל פן דהא בנמצא שאינו שלו פליגי
רב ושמואל אם יש לו שבת.

א"כ דוקא לדין דקיי"ל פרב דיש לו שבת. שפיר אמרו דגזלה לא הוי ביטול מקח.
אבל לשמואל דס"ל אין לו שבת משום רבית ונדאי ס"ל דגזלה הוי ביטול מקח. ע"כ
שפיר כתבו התוס' לשיטת שמואל פנ"ל.

ובלא"ה י"ל קצת בזה דאף דנימא דגזלה לא הוי ביטול מקח. עכ"ז שפיר כתבו התוס'
דשמואל אף דס"ל עביד אינש דזבין ארעא ליומא וליכא בזה אחריות טעות סופר משום
דאכל הפירות בהיתר עד דאמי ב"ח.

עכ"ז בנמצאת שאינה שלו לא שייך פן דהא הנגזל גובה ממנו הפירות ושאל וכמש"כ
הר"ן בהדיושיו לב"מ שם. א"כ דיינינו בזה אחריות ט"ס.

אף זה דוסק קצת בכוננת התוס' ועיין ברשפ"ם ב"ב (דף מ"ד) ד"ה שנמצאת שאינו
שלו. ודעיקר כמש"כ לעיל דאינו ראי' מהתוס': ובעיקר הפלל שכתבו בשם הבעה"ת
דגזלה לא הוי ביטול מקח.

לא ברירא לי כ"כ משום דהא גזלה הוי מלתא דאיסורא להשתמש בדבר הגזול. א"כ
דומה למוכר איסורי הנאה דמחמת איסור הוי מק"ט לכ"ע.

ומה לי איסור הנאה מחמת איזה לאו או איסור גזלה מחמת לאו דגזל פשוט ברב"ד
דהשנה היא גזולה. ומן הבעה"ת אין ראי' פלל וקצרותי בכ"ז.

לכן שפיר פתבתי להוכיח מהא דלא הפיר בה יש לו שבת דמוכח דבגזלה לא שייך איסור
רבית. וגם מוכח מזה דבמקח טעות אסור להמוכר להשתמש במעות.

ודוקא בהפיר בה בזה כתב הרא"ש בפ"ק דב"מ סי' ל"ט דהוי איסור רבית דהא מותר
להמוכר להשתמש במעות. והא שכתבו התוס' בב"מ (דף ט"ו) ד"ה מעות יש לו כו'
ובב"ק (דף צ"ה) דאף בהפיר בה יש לו שבת בקיבל עליו אחריות בפירושו.

י"ל דמייני בקנו מידו ויש לו קרקע וכמש"כ הרא"ש שם בשם ר' זרחיה הלוי וכמבואר
בח"מ סי' שע"ג פלוגתא בזה וכמש"כ הסמ"ע והט"ז שם ובבבאור הגר"א שם ס"ק ט'.
או אפ"ש דס"ל להתוס' דכינן דהפיר בה ולא הוי מק"ט ע"כ דינו כמכירה גמורה דלא
הוי איסור רבית.

אבל בלא הפיר בה דיש לו שבת אף בלא קנו מידו אף דהוי מקח טעות שפיר הוכחתי
דבגזלה לא שייך רבית פנ"ל. ולפ"ז יש לדון דה"ה במוכר שדה ונמצא בו מום לאח"ז
דאם המוכר ידע מהמום דאף דהמעות חוזרין עכ"ז לא שייך בו איסור רבית.

דכינן דהמוכר אסור להשתמש בהמעות פדין גזל פנ"ל ע"כ לא שייך בו רבית כמו בכל
גזלה וכמו בהיתתה שדה גזולה ולא הפיר בה דיש לו שבת: ולפמש"כ המל"מ לחלק בין
מוכר איסורי הנאה דכינן דאינו שנה פלום ע"כ דינו על המעות כגזלה.

משא"כ בקל מק"ט פינון דשנה מידי לא הוי פגזלן על המעות וכמו שהובא לעיל בשם המל"מ. א"כ יש לחלק דשאני מוכר שדה ולא הפיר בה דלכן יש לו שבה.

דכינן דנמצאת שדה גזולה ומשום איסור גזל אסור לו לאכול הפירות ולהשתמש בהשדה. ע"כ י"ל דנה דומה למוכר איסורי הנאה דמשום איסור לא שנה לו פלום.

וה"ה הקא מחמת איסור גזל לא שנה לי להלוקח פלום. ע"כ שפיר אמרינן בו דהוי המעות גזלה בידי המוכר.

משא"כ בנמצא מום במקח דהא שנה מידי עכ"פ. ע"כ אין דינו על המעות פגזלן אלא כבע"ח וע"כ שייך בו איסור רבית.

אף כ"ז לשיטת המל"מ. אבל לפמש"כ לעיל דלא כהמל"מ בהחילוק הנ"ל אלא העיקר תליא דהיקא דינדע המוכר מהמום אז דינו פגזלן על המעות שקיבל מהלוקח.

אלא היקא דלא ידע המוכר מהמום אז דינו כבע"ח על המעות. א"כ ה"ה בנמצא מום במקח היקא דינדע המוכר מהמום אז פינון דהוי פגזלן לכן לא שייך בי איסור רבית כלל.

ואפשר הסמ"ע בסי' רל"ב הנ"ל דכתב דשייך בי רבית מיירי בלא ידע המוכר מהמום. אבל היקא דינדע מהמום אפשר דמודה הסמ"ע לכל מש"כ: ענה ד ובח"מ סי' רל"ה סעי' א' בסמ"ע ס"ק י"ד פתב בקטן פחות מכן כ' שמוכר קרקע אביו דאף דבטל המכר עכ"ז אין מוציאין מן הלוקח הפירות שאכל דהא בזביני אמרו בב"מ (דף ס"ו) דמחילה בטעות הוי מחילה וכש"כ אם נתרצה הקטן בפירוש כו' עכ"ל.

והנתיבות שם ס"ק ד' תמה על הסמ"ע דהא הוי בנה איסור רבית דאף דנימא דלא הוי רק אבק רבית מ"מ הא דאמרו דלא מחשבין ומנפין במשכנתא על הקרן מטעם דמשכנתא בלא זוזי אפוקי מיני' הוא.

אבל לא אמרו בן רק במשכנתא אבל קטן דאין לו יד להשפיר ולהשפין א"כ לא שייך זה ודחה דברי הסמ"ע הנ"ל: אכן לפמש"כ יש להמליץ בעד הסמ"ע דהא יש לדון בקטן שמוכר אף דמן הדין מכירתו בטילה מ"מ אפשר לומר דהוי המעות כמו גזל בידי הקטן המוכר.

דהא מצינו ברא"ש פ' לולב הגזול סי' ל' גבי מתנה ע"מ להחזיר דס"ל לר' ישע' דפטור מאונסין אבל הרא"ש ס"ל דאם לא החזיר חייב באונסין דאע"פ שפרשות ירד הוא ביטל אותו רשות בשלא קיים תנאו ונעשה א"ע גזלן למפרע כו' עכ"ל.

וכה"ג פתב הקצה"ח סי' קצ"א ס"ק ג' בא"ל הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום או דא"ל שדך קנוי' לי לאחר ל' יום דחזר בו תוך ל' דאף דיכול לחזור בו תוך ל' מ"מ חייב באונסין על המעות שקיבלם מן המקדש וכן המוכר חייב באונסין על המעות שקיבל מן הלוקח דיכונים דיכולים לקיים המקח והקדושין וחזרו ה"ל גזלן למפרע וחיוב באונסין וכמש"כ הרא"ש גבי מתנה ע"מ להחזיר.

ואף לדעת הש"ע בסי' רמ"א סעי' ח' ורבינו ישע' החולקים וס"ל גבי מתנה ע"מ להחזיר דפטור מאונסין. היינו מטעמא דהר"נ פ"ק דקדושין שכתב דינו דלא בא לידו בתורת שמייה אלא בתורת מתנה ונאנס שאינו יכול לקיים תנאו פטור כו'.

אָבֵל הֵיכָא דִּיכּוּל לְקַיָּים הַמְקָח ה"ל גְּזֵלָן לְמַפְרַע כּו' עכ"ל הַקְצָה"ח. וְעַיִן בּמַח"א ה"ל זְכִיָּה ס' י"ח מְזָה: א"כ ל"ז ה"ה בְּקִטּוֹן פְּחוּת מִבֵּן כ' שְׁמֹכֵר דְּאַף דִּחְזו"ל בְּטָלוּ הַמְכִירָה מ"מ מְחֻסָּר אֲמָנָה הָיִי וּכְמַש"כ הַסַּמ"ע דְּשִׁינָה בּוּ לֹמֵר גִּיחָא דְלִיקוּ בְּהִימְנוּתִי'.

וּכְמוֹ הָא דְזַבְיָנִי דב"מ (דָּף ס"ו). א"כ בְּנוּדָאֵי גַם בְּזָה שְׁיִיף לֹמֵר דְּנוּדָאֵי לֹא הִרְשָׁהוּ לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּהַמְעוֹת שְׁנָתָן הַלּוֹקֵם לוֹ אֲלֵא בְּאַנְפֵּן שְׁלֵא יַחְזוֹר מְמַכְיָרְתּוֹ כְּשִׁינָה יוֹתֵר מִבֵּן עֲשָׂרִים דְּהָא בְּיוֹתֵר מִבֵּן כ' אִם שְׁתַּק מְהֵי כְּמִבְּנָאָר בְּסִי ר"ל ה"ה סע' י"ד.

אָבֵל אִם יַחְזוֹר מְמַכְיָרְתּוֹ אִז לֹא הִרְשָׁהוּ לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּהַמְעוֹת פִּינּוּ דְבִידּוֹ לְקַיָּים הַמְקָח כְּנ"ל. ע"כ ה"ל דִּין גְּזֵלָן לְמַפְרַע וְלֹא שְׁיִיף בְּזָה אִיסוּר רַבִּית.

מִשָּׂא"כ בְּאַסְמַכְתָּא בְּהַלְוָהוּ עַל שְׁלֵשׁ שָׁנִים דְּאַמְרִינּוּ דְלֹא גָמַר וּמְקַנֵּי וְהָיִי הַפִּירוּת שְׁאֲכַל בְּאַיְסוּר רַבִּית. לֹא שְׁיִיף לֹמֵר בְּזָה דְכִינּוּ דְאַיְנוּ מְקַיָּים הַמְקָח לְבִסּוּף א"כ לֹא הָיָה לוֹ מַעוֹלָם רְשׁוּת לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּהַמְעוֹת וְה"ל גְּזֵלָן לְמַפְרַע כְּנ"ל.

דִּי"ל דְכִינּוּ דְאַמְרִינּוּ בב"מ (דָּף ס"ו) הֵתָם הַלּוֹאָה הֵכָא זְבִינֵי וּכְמוֹ דְפִירְשׁוּ הָרֵא"ש וְהַתּוֹס' וּשְׂא"פ שֵׁם דְכִינּוּ דְהָיָה מִתְחַלָּה עַל תְּנָאֵי לֹא שְׁיִיף בְּזָה לֹמֵר גִּיחָא דְלִיקוּ בְּהִימְנוּתִי'. וְע"כ גַּם הַלּוֹקֵם לֹא סָמַךְ מַעוֹלָם שְׁיִינֵים הַמוֹכֵר תְּנָאוֹ פִּינּוּ דְהָיִי אִסְמַכְתָּא וּבְנוּדָאֵי נָתַן לוֹ הַמְעוֹת לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּרְשׁוּת בְּכָל גְּוּנֵי אַף דִּיתְבַּטֵּל הַמְכָר.

אָבֵל הֵיכָא דְהָיִי מִמְנוּ הַבְּטָחָה גְּמוּרָה וְשִׁינָה בִּי מְחֻסָּר אֲמָנָה נוּדָאֵי דְשִׁינָה אֲנוּמְדָנָא הַנָּ"ל. וּכְמַש"כ הַקְצָה"ח פְּעִין זָה כְּנ"ל.

ע"כ לֹא שְׁיִיף בִּי דִין רַבִּית מְשׁוּם דְּהָא בְּגִזְלָה לֹא שְׁיִיף רַבִּית. וְעַיִן בְּנִתְיָבוֹת ס"ס קצ"א. כֵּן יֵשׁ לְהַמְלִיץ בְּעַד הַסַּמ"ע: אָבֵל לְדִינָא זָה אִינּוּ וְגַם דְּבָרֵי הַקְצָה"ח הַנָּ"ל אִינּוּ נְכוּן לְדִינָא דְהָא מְצִינּוּ בב"ב (דָּף קמ"ו) וּבֵאֵה"ע ס' נ' סע' ג' בְּשׁוֹלַח סְבִלּוֹנוֹת לְבֵית חֲמִיָּה וְהַדְרָא בָּהּ אִיְהִי חוֹזֵר הַכֹּל וְאִם הָיָה דְבַר מְאָכַל וּמִשְׁקָה מְשַׁלְמָת דְּמִיּוּ בְּזוּל הֵינּוּ רַק בְּעַד הַנְּאֻתָּה.

וְאִם אֲמַרִּינּוּ כְּסִבְרַת הַקְצָה"ח דְּכָל הַנוֹתָן לְחַבְרִיּוֹ נוֹתָן עַל אֲנוּמְדָנָא שְׁלֵא יַחְזוֹר בּוּ וְאִם יַחְזוֹר בּוּ ה"ל גְּזֵלָן לְמַפְרַע. א"כ ה"ה הֵכָא בְּסִבְלּוֹנוֹת פִּינּוּ דְהֵיכָא דְחֻזְרָה הִיא חוֹזְרִים הַסְבְּלוֹנוֹת מְשׁוּם דְּאִיכָּא אֲנוּמְדָנָא דְאַדְעָתָא דְתַחְזוֹר בָּהּ לֹא נָתַן לָהּ.

א"כ ה"ה בְּמִאָכַל וּמִשְׁתָּה גִימָא דְלֹא הִרְשָׁה לָהּ לְהַשְׁתַּמֵּשׁ אֲלֵא כְּשִׁלָּא תַחְזוֹר בָּהּ וְאִם תַּחְזוֹר ה"ל גְּזֵלָן לְמַפְרַע וְחִיבֵיבַת כְּדִין גְּזֵלָן לְשִׁלְמָה כְּלוּ. וְע"כ מוֹכַח דְלֹא אֲמַרִּינּוּ זָה הַסְבְּרָא.

וְאַף הָרֵא"ש דס"ל גְּבִי מִתְנָה ע"מ לְהַחְזִיר כְּנ"ל אִין זָה אֲלֵא בְּהַתְנָה בְּפִירוּשׁ בְּלִשׁוֹן תְּנָאֵי. אָבֵל בְּלֹא הַתְנָה בְּפִירוּשׁ לֹא אֲמַרִּינּוּ אֲנוּמְדָנָא זֹו לְשׁוּנֵי גְּזֵלָן לְמַפְרַע.

אֲלֵא הֵיכָא דְהָיָה מוּם וּמק"ט דִּידַע הַמוֹכֵר מְזָה בְּעַת הַמְכִירָה בְּזָה שְׁיִיף לֹמֵר דֵּה"ל גְּזֵלָן עַל הַמְעוֹת שְׁקִיבֵל אָבֵל לֹא לְעֲשׂוֹתוֹ גְּזֵלָן לְמַפְרַע. וְיַדְעָתִי מַה דִּישׁ לְחַלֵּק דְּשִׁאנֵי בְּמִאָכַל וּמִשְׁתָּה דְּהָא בְּחֻזֵר בּוּ אִיְהוּ אֲמַרוּ שֵׁם דְּאִינָה מְשַׁלְמָת כְּלָל.

וּלִי"א שֵׁם בֵּאֵה"ע הֵיכָא דְאַכַּל הַחֲתָן אִינָה מְשַׁלְמָת כְּלָל. מִשָּׂא"כ בְּשִׂאָרֵי סְבִלּוֹנוֹת דְּאֲמַרוּ שֵׁם דְּבַחְזוֹר בּוּ אִיְהוּ מְחֻזְרַת הַכֹּל.

וע"כ מוכח דשאיני מאכל ומשטה שם. ועינין בפירושי רש"ם שם.
גם יש לחלק דשאיני היכא שנותן בתורת מכירה וקדושיין. משא"כ בנותן בתורת מתנה
כמו סבלונות וע"כ נדחה ראיה זו.

אבל יש להוכיח בשארי הוכחות דלא כהקצה"ח בזה רק עת לקצור: ענף ה ובעיקר הך
מלתא דנתבאר דבגזל לא שייך רבית כמבואר בסי' קע"ז סעי' י"ט ובח"מ סי' רצ"ב
סמ"ע ס"ק כ"א ובח"מ ס"ס פ"א. יש להקשות מהא דמבואר ביו"ד סי' קע"ו סעי' א'
בזה"ל אסור להשפיר מעותיו כו' וה"מ כששוכר להוציאם אבל אם שוכן להתלמד
ולראות ומחזירם לו בעינו מותר.

וכתב הש"ך שם ס"ק א' בשם הגהות מרדכי מיהו אם הוציא המעות אע"פ שפאו לידו
אותן המעות עצמן אסורים משום רבית עכ"ל הגמ"ר. וכתב הב"י והיגו בשש"כר
להתלמד או לראות דאם להוציאן אפילו לא הוציאן נמי אסור דכיון דמלגה להוצאה
ניתנה מעת שפאו לידו פאלו הוציאן דמי עכ"ל הש"ך.

ויש לתמוה דהא השכירות נתחייב לו מעת ששכרו להתלמד ולראות ואפילו אם יחזור
השוכר אחר דשכרו ולא ירצה להחזיקם ויחזירם להמלגה בנודאי חייב לשלם השכירות
שהתחייב א"ע בהם.

ואטו בשביל שהוציאם אחר ששכרו להתלמד ועושה עצת הרמאות שיהיה על המעות
איסור רבית אין סברא לפוטרו משום זה. וראיתי בחזו"ט דעת סי' קע"ו ס"ק א' שכתב
דזה אסור מדרבנן ואף השכר שעלה מקודם שהוציאן אסור כיון שנעשה שעה א' מלגה
מחזי כמקבל שכר הלואה וע"כ לא חילקו הפוסקים עכ"ל החו"ד.

אבל אפתי לא נראה לי דז"א שייך אלא בהוציאן ברשות המלגה. אבל בהוציאן שלא
ברשות המלגה אין סברא לפוטרו אף מדרבנן דא"כ כל רמאי יעשה טעמי למיפטר
מהשכירות שיעשה כדי להפסיד השכירות והלא המלגה לא פשע כלל.

וביותר תקשה הא כיון דשכרו להתלמד ולראות א"כ הא אין רשאי הלגה להוציאן. רק
במעות מותרין ולא התנה כלל מותר להשתמש.

אבל לא בפירוש ששוכרו להתלמד וכמש"כ הש"ך. ואם הגה מותר להשתמש א"כ אף
בלא הוציאן דינו כמלגה דלהוצאה ניתנה.

וכיון דהוציא באיסור גזל. א"כ לא שייך בי' איסור רבית כלל וכמבואר בסי' קע"ו סעי'
י"ט וכנ"ל דבשולח יד בפקדון וגזלה ליכא בהו איסור רבית.

והך דינא דסי' קע"ז הנ"ל הוא מן המרדכי ס"פ המפקיד ומה שכתבו הב"י והש"ך בסי'
קע"ו הנ"ל הוא מן הגמ"ר. וקשה מאוד סתירת הב"י והש"ך בזה: וראיתי בהג"מ פ'
איזהו נשך עלה דרב חמא מוגר זוזי בפשיטי שהביא לתוספתא דתנאי משפיר אדם
מעותיו לשולחני להתלמד ולראות נגנבו או אבדו חייב כו' נישלו באונס ה"ה כש"ש
נשתרש עליו אסור משום רבית כו' ופי' הג"מ דנשתרש שהוציא והרנוייח אסור משום
רבית לפי שהוציאן כו'.

ולפמש"כ הב"י והש"ך מיירי בשכרן להתלמד דאל"כ אף לא הוציאן אסור. ובאמת התוספתא דקתני נשפירש דמשמע שהוציאן דווקא וכמש"כ הג"מ א"כ באמת מוכח מהתוספתא דאף בשולח יד בפקדון וגזלה אסור משום רבית מדרבנן.

אכן בסי' קע"ו בב"י הביא בשם בעה"ת שפכתב עלה דמשפיר מעות להתלמד כו' דה"מ שלא קיבל עליו אחריות אונסים אבל קיבל ע"ע אחריות אונסים אסור והכי משמע בתוספתא עכ"ל. והובא זה ברמ"א ריש סי' קע"ו שם וזהו רק מדרבנן.

והנה בביאור הגר"א זצ"ל בסי' הנ"ל ס"ק א' פתב לפירש עפ"י דברי בעה"ת ורמ"א הנ"ל להתוספתא הנ"ל וגורס בזה"ל משפיר מעותיו להתלמד כו' נשתלשו עליהם אסור משום רבית ר"ל שהנשאלש בידו מתחלה שיהיה חייב באונסים אסור וזה שפכתב בהגה"ה ונדקא שלא כו' עכ"ל בביאור הגר"א זצ"ל.

א"כ להבעה"ת ורמ"א שהביא לדינא כפי' הבעה"ת דאם קיבל עליו כל אחריות אסור וזהו עפ"י גירסתם ופירושם בתוספתא פנ"ל. א"כ אין לנו הוכחה מן התוספתא דאף בגזלה שנין רבית.

וכיון דליכא לנו הוכחה ע"ז אין לנו לאסור מסברא בגזלה בפירט דהוא נגד שארי הוכחות שהוכחנו דבגזלה לא שנין רבית. דלפ"ז נדחה ראיות הגמ"ר מן התוספתא דהוכיח לאסור אף בהוציאן באיסור.

ולולי דברי הש"ך והב"י הייתי אומר בפשיטות דאם הוציאן באיסור אינו אסור משום רבית משום דפשט התוספתא וגירסתו הוא פגירסת הבעה"ת. ואף בספיקא אינו אסור בזה כיון דעיקרו אינו רק מדרבנן דהא אף אם גימא דאסור אינו רק מדרבנן משום דמה"ת אינו אסור רק בדרן הלואה ואף מכירה אינו אסור רק מדרבנן וספיקא דרבנן לקולא.

אבל לפי מה שהובא דברי הגמ"ר בב"י והש"ך הנ"ל לדינא קשה פנ"ל: ונדעתי. דיש לומר ולחלק דשאני הא דסי' קע"ז סעיף י"ט דמבאר שם דאם הנפקד שולח יד בפקדון דאם הנפקד רוצה לתת דבר מעצמו אין בו משום רבית.

דשם מיירי בלא התנה וקצץ לתת לו רבית. וגם יש לומר דמיירי שם דבעת דהנפקד פורע החוב להמפקיד באותו המעמד נותן לו היתרון בבת אחת עם הפרעון חוב.

דלכן אין בו משום רבית משום דהא מצינו ביו"ד סי' ק"ס סעיף ד' דאם הלנה נותן היתרון להמלנה בשעת הפרעון אין בו משום רבית היכא דהנה דרן מר. רק בהלואה נאסר זה וכמש"כ הנ"י בשם התוס' בהא דב"מ (דר ע"ג) להוכיח פן מהא דרבינא י"ב זוזי לבני אקרא ושפכי ליה טפי ע"ש.

א"כ ה"ה י"ל דמה"ט מותר היכא דהנה חוב גזלה ונותן לו בשעת פרעון דלא גרע ממכירה כיון דאין אסור מה"ת אלא בדרן הלואה. ובכה"ג מיירי הא דסי' קע"ז דלא אמר ליה דנותן ליה בשכר מעותיו וכמש"כ הש"ך כה"ג בסי' ק"ס ס"ק ה' ע"ש.

א"כ אתי שפיר הא דריש סי' קע"ו דאף דהתם נתחייב ליה השכירות בעת ששכרן. ואף אם הנה מחזיר המעות להמשכיר באמצע הזמן מחייב הוא בשכירותו וכמש"כ החו"ד שם.

עכ"ז נאסר מדרבנן פיון דהנה זה החיוב עליו משום תנאו דהתחייב בזה בעד לקיחת המעות עכ"פ. ובאמת י"ל דהיכא דהתנה אז נאסר אף בחוב כמו גזלה משום רבית: אבל באמת גם זה לא נראה לי כמו שהוכחתי לעיל מן הא דיש לו שבת אע"פ דפירש השבחה בלא הפיר ביה והא התם הוי כהתנה.

וגם לפי סברת התוס' בב"מ (דף נ"ז) דכתבו דלא שייך אגר נטר לפי שאסור להשתמש. ואף מדרבנן לא נאסר כמש"כ לעיל ע"פ התוס' הנ"ל.

א"כ זה הטעם שייך ג"כ על איסור גזל דהא הנה אסור עכ"פ להשתמש בהמעות. והא שכתב המרדכי ס"פ המפקיד והובא בש"ך סי' קע"ז ס"ק מ"ב וט"ז שם ס"ק כ"ה שכתבו בשמו בזה"ל דאם הנפקד רוצה לתת דבר מעצמו אין בו משום רבית פיון דלא ניתן לו בתורת מלנה ולא בתורת מקח ולא שייך לומר ב' קרוב לשכר כו' אלא היכא שהתנה עכ"ל המרדכי.

אין פונתם במש"כ אלא היכא שהתנה דכוננתו הוא בהתנה עלהרינח. ובאמת ז"א דהא רבית נאסר אף היכא דלא התנה וכמו אבק רבית.

אלא כוננתם שהתנה שיהיה המעות ברשותו. אבל היכא שלא הרשהו הבעלים להשתמש בהמעות אלא השתמש שלא ברשות בכה"ג לא שייך איסור רבית כנ"ל.

ופשט לשונו משמע דאף שנותן הנפקד הרבית שלא בשעת הפרעון ג"כ אין בו איסור קלל א"כ ממילא נדחה כל מש"כ. ותקשה סתירת הא דסי' קע"ו לסי' קע"ז כנ"ל.

ועיין בבבאור הגר"א סי' קע"ז ס"ק מ"ג ומש"כ שם. ויש להאריך על פי זה ובדבריו: ואפשר לומר דכוננת הגמ"ר דהובא בריש סי' קע"ו דאם הוציא אסור ובלא הוציאן לא נאסר וכתב הב"י והש"ך דמייירי בשכרן להתלמד כו' די"ל דכוננתן דהתוספתא קאי על מה דאמרו מתחלה שם משכיר מעותיו להתלמד כו'.

וע"ז סיימו בסיפא ואם נשתרש אסור היינו דמתחלה הובא לידו להתלמד ולראות ואח"ז הרשהו הבעלים להשתמש בהמעות א"כ משתמש ברשות הבעלים. ובזה שייך שפיר איסור רבית כמו בכל מלנה.

ואשמענו התוספתא דאף דשכר מעותיו קא קני לי הבעלים בעת דשכרן להתלמד ולראות. עכ"ז פשעשה זה למלנה אח"פ נאסר מדרבנן גם בזה.

והא דתקשה דא"כ למה כתבו דוקא הוציאן הא אף בלא הוציאן נאסר משום דמלנה להוצאה ניתנה כמו כל מלנה פיון דרשות להבעלים להשתמש כמש"כ הב"י והש"ך שם. וי"ל דזה אתי שפיר לפמש"כ הט"ז בח"מ סי' קפ"ט דהיכא דהוי פקדון בינו ואח"ז הקנה הפקדון להנפקד דלא קנה הנפקד משום דרשות הנפקד הוא ברשות המפקיד.

והקצה"ח האריף שם הרבה בזה וכתב דע"י מה דהניח החפץ שלו ברשות הנפקד קנה המפקיד לרשות של הנפקד וע"כ אינו יוצא מרשות המפקיד. והנתיבות בסי' ר' השיג על הקצה"ח דהא ע"י זה לא נעשה המקום של בעל החפץ פדין חצירו עיי"ש.

א"כ י"ל דבשכרן להתלמד מתמת דמסר המעות להנפקד קנה המפקיד להמקום. ע"י הנאתו שיש להנפקד מן מה שמסר המפקיד המעות לצורכו ובזה אינו שייך השגת הנתיבות כ"כ.

וכש"כ בשומר שכר דהוי ידו פיך הבעלים יותר משומר חנם ונדאי דשייך סברת הט"ז הנ"ל. וכמש"כ פועל זה המתנה אפרים ה' קנין חצר סי' ח' דבש"ש קאי החפץ יותר ברשות הבעלים מבש"ח ואף דגבי פקדון אמרו כל היכא דאיתא ברשותו דמרא איתא.

היינו דהחפץ הוא ברשותו דמרי' להקנותו לאחרים. אבל מ"מ אין הפקדון עומד ברשות הבעלים ממש אבל בש"ש עומד החפץ ברשות הבעלים ממש כו'.

כמו בב"מ (דף יו"ד) דפועל ידו פיך בעה"ב ע"ש במתנה אפרים: ** (הגה"ה ובעיקר דברי הט"ז בסי' קפ"ט הנ"ל שכתב פן בכוננת הטור דס"ל דהנפקד אינו קונה במתנה החפץ של המפקיד יש לתמוה עליו דהא בטור בסי' רמ"א ובש"ע שם סעי' ב' מבואר להדיא דאם נמן המפקיד במתנה להחפץ שיש לו אצל הנפקד קנהו הנפקד בדברים לבד וכן פתב הרמב"ם בפ"ג ה' זכי' דין ב' אלמא דלא פהט"ז וכן הוא בח"מ סי' ע"ג סעי' י"ט וסמ"ע ס"ק נ'.

ועיין ברא"ש בפסחים פ"א סוף סי' ד' למה שהביא שם בשם רבינו יונה וקצתתי. ועיין באו"ח סי' ת"מ ובט"ז שם וברמב"ם ה' מכירה פ' ה' דין י"א ובח"מ סי' קכ"ה וסי' ר' וב"ב (דף פ"ה): (ע"כ הגה"ה): ** ולפי דברי הט"ז הנ"ל וכ"ש בש"ש פנ"ל.

י"ל דלכן פתב הגמ"ר בכוננת התוספתא דאם נשתרש אסור דהיינו בהוציאן. משום דמירי התוספתא היכא דמתחלה שכרן להתלמד ולראות ואח"ז הרשהו להוציאן.

ואלו לא הוציאן לא אמרינו בזה מלנה להוצאה ניתנה משום דהשוכר לא קנה את המעות כלל פינו דמתחלה אמי לידו בתורת פקדון והוי עליו ש"ש פדין שוכר. ע"כ לא קנה להמעות שיהיה בתורת מלנה רק בעת שהוציאן וכ"ז דלא הוציאן לא קנה אותם ע"י רשותו דהא רשות השוכר הוא ברשות הבעלים פנ"ל.

וע"כ פתבו דבעינן דווקא הוציאן דאז קנאם. ואשמועינן התוספתא דאף דנתחייב בשכירות בעת ששכרן להתלמד עכ"ז אח"כ פשנעשה מלנה אסור מדרבנן משום רבית.

וגם אשמועינן דדוקא נשתרש היינו הוציאן אבל כ"ז דלא הוציאן לא קנה להמלנה פינו דמתחלה אתו לידו בתורת פקדון ובדין ש"ש פנ"ל. א"כ מתנרץ סתירה העצומה הנ"ל: ענף ו והעיקר מה שנראה לי ליישב הקושץ הנ"ל ע"פ מה שראיתי דבר נחמד ומחודש בהריטב"א לקדושין (דף מ"ז) על הא דאמרו שם על התוספתא דקידושין דהובא שם בגמ' דפליג ר"ש פן אליעזר משום ר"מ עם ת"ק במלנה אם הוי ברשות בעלים לחזרה דרשב"א ס"ל דלא אמרינו כלל מלנה להוצאה ניתנה.

וכתב שם הריטב"א בשם רבו על הא דאמרו בב"מ (דף צ"ט) כשם שתקנו משיכה בלקוחות כה תקנו משיכה בשומרים ואף בשאלה אינו קונה משיכה רק מדרבנן. וכתב הטעם דכיון דגוף החפץ אינו קנוי לבעלים אלא קנין לזמן ע"כ לא שייך ביה קנין משיכה מה"ת ואף במלנה לא יחייב ליה גופא אלא תשמיש המעות כו'.

אלא דרבנן תקנו דשאלה נקנה במשיכה וגם התחלת המלאכה הוי קנין מדרבנן וע"כ במלנה היכא דהיא בעינה אינה נקנית במשיכה רק מדרבנן ונהו טעמא של רב הונא ורשב"א דס"ל מלנה ברשות בעלים אף מדרבנן אינו קונה כו' עכ"ל הריטב"א.

ונהו לשיטת התוס' בע"ג (דף ע') דמתנה דליכא פספא קונה משיכה מה"ת. ועיין מזה בספרי ח' יו"ד סי' כ"ג בשיטת הרמב"ן שם ועיין בשמ"ק לב"מ (דף צ"ט) וקצרתיו: ולפי דברי הריטב"א הנ"ל יש לדון מלתא סדמא במי שלנה מחבירו מעות על רבית קצוצה והלנה לא הוציאן עדיין בהוצאה ומחזיר להמלנה אותן המעות עצמו ויש עדים ע"ז דאל"כ מסתמא הוציאן דהא קיבלן ע"מ זה.

דבזה לא נאסר הרבית רק מדרבנן דאף דמלנה להוצאה ניתנה עכ"ז הא מה"ת לא קנהו הלנה בקנין משיכה ונחצירו וידו רק מדרבנן כנ"ל. וכיון דמה"ת קנימא המעות ברשות הבעלים לחזרה ויכול מה"ת לחזור א"כ מה"ת דינו כפקדון ולא יצא מעולם מרשות בעלים כלל.

א"כ ליכא כה"ג איסור תורה. כיון דמה"ת לא קני להמלנה עצמה.

והא שפכתו דזה נאסר. אין זה רק מדרבנן כיון דקני ליה מדרבנן.

ונה דומה למי שהבטיח לחבירו להלוות לו מעות עד זמן פלוני ועבר הזמן ולא קיבל הלנה המעות לידו ובזה אף אם גותן הלנה רבית להמלנה עבור הבטחתו דהיה בידו ליקח המעות לידו בתוך זמן הנ"ל ונדאי אין בו איסור תורה כלל.

כיון דלא אטאי לידו כלל מעולם. וה"ה אף היכא דהיה בידו רק דלא קנהו בתורת קנין.

הוי ג"כ פלא אטאי לידו בתורת קנין דאין בו רבית מה"ת. ואף להסוברין דע"י קנין מדרבנן נעשה כמו קנין מה"ת משום הפקר ב"ד בזה"ב הפקר בכל מקום.

עכ"ז ז"א שייך באיסור רבית דהא אי ניקא בזה הפקר ב"ד. א"כ לא שייך ביה איסור רבית כלל כיון דזכה הלנה להמעות מהפקר.

ולא מן המלנה הוא זוכה. א"כ לא מקרי הלנאה מה"ת.

וע"כ לא שייך לדון דע"י קנין מדרבנן דהוי הפקר ב"ד דהלנה זוכה מן הפקר יהיה שייך ביה איסור תורה בהרבית. וע"כ אין בזה איסור רבית רק מדרבנן כ"ז דלא הוציאן הלנה ומחזירם בעין להמלנה.

ואף דלאונסין קנימא ברשותו דהלנה לכ"ע פדאמרי במסקנא דקידושין שם. עכ"ז ע"י מה דנתחייב באונסין לא משוניה ליה לרבית רק מדרבנן כמבואר כיון דלא קנהו לגוף המלנה ויכולין הבעלים עדיין לחזור מה"ת.

ע"כ אין בזה רבית דאורייתא כנ"ל. כנלפענ"ד ע"פ דברי ריטב"א הנ"ל וקצרתיו.

ועינין בַּרְמַב"ם פ"ב ה' שְׁכִירוֹת שְׁפָסַק כר"א דְּתַקְנֵנוּ מְשִׁיכָה בְּשׁוּמְרִים. ובמח"א ה' מְכִירָה קִנְיֵן מְשִׁיכָה סי' ב' ע"ש: וּמְצִינֵנוּ בב"מ (דף ע"ג) דְּרַבִּינָא הֵנָּה יָהֵב זְוִי לְבָנֵי אַקְרָא כו' וְשִׁפְכֵי לִיהַ טְפֵי כו'.

והוכיחו מזה בנימוק"י בְּשֵׁם הַתּוֹס' שֶׁם דְּבַמְכִירָה פִּינֵן דָּאִין בּוּ אִיסוּר רַבִּית רַק מְדַרְבְּנֵן ע"כ לֹא אָסְרוּ בכה"ג פִּינֵן דָּאִינוּ מְזַפִּיר בְּפִירוּשׁ שְׁנוֹתָנוּ בְּשִׁכְרָה מְעוֹתָיו כְּמִבְּנֵי אַרְכָּא כ"ז בִּי"ד סי' ק"ס סעי' ד' וּבְש"ף ס"ק ה' רַק בְּהַלְנוּאָה אָסְרוּ מְדַרְבְּנֵן כה"ג.

וה"ה יש לזון בְּהַרְדָּה דְּשִׁכְרֵן לְהַתְלַמֵּד וְלִרְאוֹת וְאַחַר זֶה הִרְשָׁהוּ לְהוֹצִיאֵן פִּינֵן דְּעִיקְרָה שְׁכִירוֹת נִתְחַיֵּיב בְּעַת שִׁשְׁכְּרֵן כּו"ל. וְהָא דְּאָסוּר הֵינְנוּ רַק מְדַרְבְּנֵן כּמ"ש"כ הַחוּטוֹת דְּעַת.

וכיין דְּזֶה הָיָה רַק חוּמְרָא מְדַרְבְּנֵן דְּהָא בְּאַמַּת אִינוּ נוֹתֵן לוֹ הַשְׁכִּירוֹת בְּעַד הַהַלְנוּאָה רַק בְּעַד הַשְׁכִּירוֹת שֶׁהַתְחַיֵּיב בְּהִיתָר עֲבוּר לְהַתְלַמֵּד. וְזֶה קִילָא מִן הַרְדָּה דב"מ (דף ע"ג) הַגְּ"ל. וּבִי"ד סי' ק"ס הַגְּ"ל. וְכִינֵן דְּחֻזִּינֵן דְּמְצִינֵנוּ בַּגַּמ' דְּהִיכָא דְּהַרְבִּית נְאָסֵר רַק מְדַרְבְּנֵן מִצַּד חוּמְרָא.

ע"כ לֹא אָסְרוּהוּ רַק בְּרַבִּית בְּהַלְנוּאָה דְּהָיָה בֵּיהּ רַבִּית מַה"ת וְלֹא בְּמְכִירָה דְּלֹא מְשַׁכַּחַת בֵּיהּ רַבִּית מַה"ת כְּלָל. ה"ה בְּהַרְדָּה רַבִּית דְּנִתְחַיֵּיב בְּהִיתָר מְעִיקְרָא בְּעַת דְּשִׁכְּרֵן לְהַתְלַמֵּד כו'.

וְזֶה הָיָה קֶצֶת פְּעוּלֵי רַבִּית מְקַדְמָת דְּהָא הַתְחַיֵּיב עַל הַשְׁכִּירוֹת מְקוּדָם דְּהַתְחַל הַהַלְנוּאָה. וְכִינֵן דְּחוּמְרָא זֶה הָיָה רַק מְדַרְבְּנֵן ע"כ לֹא נְאָסֵר זֶה רַק בְּהַלְנוּאָה גְּמוּרָה הֵינְנוּ לְאַחַר שֶׁהוֹצִיאֵן כְּמוֹ דְּאָמְרוּ בְּתוֹסְפָתָא נְשַׁתְּרַשׁ עָלֵינוּ אָסוּר.

משא"כ כ"ז דְּלֹא הוֹצִיאֵן דָּאֵר דְּמַלְוָה לְהוֹצִיאָה נִיתְנָה עכ"ז אִין בּוּ שׁוּם רַבִּית דְּאוֹרְיָתָא כּו"ל עפ"י הַרִיטְב"א הַגְּ"ל. לְכֵן לֹא אָסְרוּ בְּזֶה אַרְיָ מְדַרְבְּנֵן.

פִּינֵן דְּבְּאַמַּת נִתְחַיֵּיב בְּשִׁכִּירוֹת בְּשַׁעַת הִיתָר דְּשִׁכְּרֵן לְהַתְלַמֵּד. וְאַרְיָ דְּנִתְחַיֵּיב בְּאַנְוִסִים מ"מ גַּם זֶה אִינוּ רַק מְדַרְבְּנֵן כ"ז דְּלֹא קִנְיָן הַלְוָה וְיִכּוֹל הַמְלָנָה לְחַזֵּר בּוּ מַה"ת ע"כ לֹא אָסְרוּ כה"ג: וְהוֹכִיחַ כֵּן הַמְרַדְכֵי מֵהַתּוֹסְפָתָא דְּקַתְנֵי נְשַׁתְּרַשׁ אָסוּר דְּמִשְׁמַע דְּנוֹקָא נְשַׁתְּרַשׁ שֶׁהוֹצִיאֵן.

וְכִמוֹ דְּהוֹכִיחַ הַנ"י בְּשֵׁם הַתּוֹס' וְהַש"ף בְּסִי' ק"ס מְהָא דב"מ (דף ע"ג) הַגְּ"ל כֵּן הוֹכִיחַ הַמְרַדְכֵי לְזֶה מִן הַתּוֹסְפָתָא הַגְּ"ל. וּמִיָּרִי הַכֵּל הִיכָא דְּהִיתָה הַהַלְנוּאָה בְּרִשׁוֹת.

וְקָאֵי עַל הָא דְּלַעִיל מִיָּנִי דְּמִשְׁפִּיר מְעוֹתָיו לְהַתְלַמֵּד דָּאֵם אַח"ז נְשַׁתְּרַשׁ שֶׁהוֹצִיאֵן בְּרִשׁוֹת אָסוּר מִשָּׂא"כ הִיכָא דְּלֹא הִיתָה הַלְוָה בְּרִשׁוֹת אָז לֹא נְאָסֵר כְּלָל מִשׁוּם רַבִּית. וּבְזֶה א"ש מַה דְּאָסְרוּ חו"ל בְּזֶה אַרְיָ דְּנִתְחַיֵּיב בְּשִׁכִּירוֹת מְעִיקְרָא בְּהִיתָר כּמ"ש"כ הַחוּטוֹת דְּעַת.

דָּאֵי נִימָא דְּמִיָּרִי בְּנְשַׁתְּמַשׁ שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת תַּקְשָׁה דְּהָא הַמְלָנָה לֹא פִּשְׁעָה כְּלָל. אִטּוּ בְּשִׁבְלֵי דְּהַנְּפָקָד פִּשְׁעָה וְנְשַׁתְּמַשׁ בְּאִיסוּר יְפָסִיד הַמְלָנָה מְעוֹת שְׁזוּכָה מִן הַדִּין בְּכִשְׁרוֹת וְכָל רַמְאֵי יַעֲשֶׂה טְצַדְקֵי כְּזוֹ לְהִיּוֹת פְּטוּר מִן שְׁכִירוֹתוֹ שֶׁהַתְחַיֵּיב בְּעַת שִׁשְׁכְּרֵן לְהַתְלַמֵּד.

אָבֵל לַפֶּמֶשׁ כִּי דַמְיָרֵי דְהַמְלִינָה הִרְשָׁהּ לְהַשְׁתַּמֵּשׁ אִ"כ גַּם הַמְלִינָה פֶּשַׁע בְּזָה דַע"י מַעֲשֵׂיו
נִתְּהָה אִיסוּר רַבִּית ע"כ אָסְרוּ חו"ל בְּזָה. א"כ אֵין פֶּאן שׁוּם סְתִירָה פֶּלֶל בְּדַבְרֵי
הָרַשׁוּנִים וְהַמְרָדְכֵי פִנ"ל: וְלוֹלֵי דְבַרֵי הַגַּמ"ר הֵייתִי אוֹמֵר דְּלִכּוֹן נִקֵּט הַתּוֹסֵפֶתָא נִשְׁתַּרְשׁ
שְׁהוּצִיאָן דְּנִקְא וּבְלֵא נִשְׁתַּמֵּשׁ לֹא נֶאֱסַר מִשׁוּם מְלִינָה לְהוּצְאָה נִיתְּנָה.

דִּי"ל דְּהָךְ תּוֹסֵפֶתָא דַב"מ הַנ"ל. ס"ל פֶּרֶשְׁבֵּ"א מִשׁוּם ר"מ דְּמַבְנֵאָר בְּתוֹסֵפֶתָא דְקִידוּשֵׁין
וְהוּבָא בִש"ס קִידוּשֵׁין (דָּף מ"ז) דַּס"ל מְלִינָה לָאוּ לְהוּצְאָה נִיתְּנָה וּנִקֵּט הַתּוֹסֵפֶתָא לִישְׁנָא
דְּאֵתִי לַכ"ע.

פִּידוּעַ סוּגְיוֹת הַש"ס בְּזָה. אָבֵל לְדִינָא לְדִינָן דְקִי"ל פֶּרְבֵּנָן דְּמְלִינָה לְהוּצְאָה נִיתְּנָה י"ל
עֲדִינָן דְּנֶאֱסַר מְדַרְבְּנָן אַף כ"ז דְּלֹא נִשְׁתַּמֵּשׁ בָּהֶם.

אָכּוֹן לְפִי דְזָה דוֹחַק קַצַּת וְיֵשׁ לַעֲיִין הַרְבֵּה בְּסוּגְיָא דְקִידוּשֵׁין שָׁם. ע"כ שְׁפִיר הוֹכִיחַ הַגַּמ"ר
לְדִינָא פִנ"ל דְּבַעֲי דוֹנְקָא הוּצִיאָן וְהַטַּעַם הוּא כַּמֶּשׁ"כ בַּעֲזוֹהָ.

וְלִכּוֹן שְׁפִיר כְּתַבְתִּי לַעֲיִל בְּאַרְנוֹכָה דְּהִיכָא דְנִשְׁתַּמֵּשׁ בְּאִיסוּר גִּזְלָל לֹא שְׁיִיךְ אִיסוּר רַבִּית
פֶּלֶל. וְכַעַת רְאִיתִי בְּסִפְרָא שְׁעַר דִּיעָה שֶׁל הַמְחַבֵּר סִפְרָא שְׁעַר הַמְשַׁפֵּט עַל יו"ד רִישׁ סִי
קַע"ו שְׁנַתְקַשָּׁה מְאוּד בְּסְתִירַת דְּבַרֵי הַגַּה"מ וְהַב"י וְהַש"ךְ דְּרִישׁ סִי קַע"ו לְהָא דַּסִּי
קַע"ז הַנ"ל וְנִשְׁאַר בַּצ"ע.

אָבֵל הָעֵינְקָר כַּמֶּשׁ"כ פִּנ"ל: וְעֲדִינָן יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת לְפִי מַה דְּמַבְנֵאָר בַּב"מ (דָּף צ"ט) דַּא"ר
אַמֵּי הַמְשַׁאֲיִל קוֹרְדוֹם שֶׁל הַקֶּדֶשׁ מְעַל כו'. וְכַתְּבוּ הַתּוֹסֵ' בַב"ק (דָּף ע"ט) דַּר' אַמֵּי ס"ל
דַּאֲף בְּשַׁאֲלָה קוֹנָה ע"י מְשִׁיכָה מַה"ת ע"ש.

וּלְפ"ז ה"ה מְלִינָה בְּרִשׁוֹת בְּעֵלִים קִנְהוּ הַלְלוּהָ מַה"ת. וְתַקְשָׁה עֲלֵיו מִן הַתּוֹסֵפֶתָא דַב"מ
דְּכַתְּבְתִּי עֵינְקָר פִּירוּשׁוֹ מִשׁוּם דְּמְלִינָה בְּרִשׁוֹת בְּעֵלִים אֵינּוּ קוֹנָה רַק מְדַרְבְּנָן.

אַף גַּם ז"א קִשָּׁה דְּהָא בְּאַמַּת אֶמְרוּ בַב"מ (דָּף צ"ט) שָׁם תִּנְיָא פְּנוּתִיָּה דַר' אֶלְעָזָר דְּכַשָּׁם
שְׁתַּקְנּוּ מְשִׁיכָה כו' כִּף תַּקְנּוּ מְשִׁיכָה בְּשׁוּמְרִים כו'. א"כ ה"ה הָךְ תּוֹסֵפֶתָא ג"כ מוֹכַח דְּלֹא
כַר' אַמֵּי.

אַף הַבְּרִייתָא דְהוּבָא בַב"מ שָׁם מְפוֹרָשׁ לְהַדְיָא דְלֹא כַר' אַמֵּי. וְאֵלוּ מְהָךְ תּוֹסֵפֶתָא אֵינּוּ
מוֹכַח רַק ע"י קוֹשְׁיוֹת פִּנ"ל.

אוּ דִּי"ל דַּר' אַמֵּי ס"ל כְּשִׁמוּאֵל דְּבְלֵא הַפִּיר בָּהּ אֵין לוֹ שְׁבַח וְנִתְּבָאָר לַעֲיִל דְּטַעֲמָא
דְּשִׁמוּאֵל דַּס"ל דַּאֲף בְּשׁוּלְחַן יָד בְּפִקְדוֹן שְׁיִיךְ אִיסוּר רַבִּית. וּלְפ"ז אֵתִי הַתּוֹסֵפֶתָא לַר' אַמֵּי
בְּפִשְׁטוֹת דְּאֵינּוּ מוֹכַח כ"ז ע"כ לֹא הִבִּיאוּ שָׁם בַּב"מ לְהַתּוֹסֵפֶתָא הַנ"ל דִּי"ל כֵּן.

וְעֵינָן בַּמַּח"א ה' מְכִירָה קִנְיָן מְשִׁיכָה סִי ב' מַש"כ שָׁם בְּסְתִירַת הַרְמַב"ם וְקַצְרִיתִי: עֲנָף
ז וּבַח"מ סִי רַצ"ב סַמ"ע ס"ק כ"א עַל הָא דְּמַבְנֵאָר בְּרַמ"א שָׁם דָּאֵם הַרְוִיחַ בְּמַעוֹת בֵּין
הָיָה לוֹ רִשׁוֹת לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בֵּין לֹא הָיָה לוֹ רִשׁוֹת א"צ לְתַתּוּ מְהַרְינַח לְבַעַל הַפִּקְדוֹן.

וְכַתְּבַתּוּ הַסַּמ"ע דָּאֵם רַצָּה לְתַתּוּ רִשְׁאֵי. וְנִלְע"ד דַּז"א רַק הִיכָא דְלֹא הָיָה רִשְׁאֵי.

אָבֵל בְּמַפְקִיד מַעוֹת מוֹתְרִין דְּמוֹתָר לְהַשְׁתַּמֵּשׁ ע"כ הִיכָא דְנִשְׁתַּמֵּשׁ שְׁיִיךְ בּוֹ אִיסוּר רַבִּית.
דַּאֲף דְּבָאוּ לְיָדוֹ דְּרַף פִּקְדוֹן מ"מ הָא אַחַר דְּנִשְׁתַּמֵּשׁ דֵּינּוּ כְּהַלְוָאָה וְאִיסוּר.

וראָנ' לָזָה מִן הָרֵא"ש דב"מ פ"א סי' ל"ט והר"נ בְּחִידוּשָׁיו והנ"י שֵׁם דְּבַהֲפִיר בְּהָ שְׂאִינוּ
שְׁלוֹ דְהוּי מְעוֹת פְּקֻדוֹן דְּרִשְׁאֵי לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּהוּ דְהוּי כְּמוֹ מְעוֹת מְוֹתְרִין יֵשׁ בְּזָה אִסּוּר
רְבִית וּע"כ אֵין לוֹ שְׁבַח ע"ש.

אַלְמָא לְהִדְנָא דְאַף כה"ג שְׁיָיָה אִסּוּר רְבִית וְזֵהוּ פְּשׁוּט. אַף לְפִי שְׂרָאִיתִי בְּגִלְיוֹן רש"א
לִיז"ד סי' ק"ס סעי' נא"ו שְׁלֵא פְּתַב בָּן.

אַבְל בְּאַמַּת פְּשׁוּט כּמִש"כ. וְשִׁיטַת הַתּוֹס' דב"מ (דף ט"ו) כְּבָר פְּתַבְתִּי לְעִיל כְּוֹנְנָתָם:
וּבְכַתְּנֻבוֹת (דף נ') הָאִשָּׁה שְׁמַכְרָה בנ"מ הִבְעֵל מוֹצִיא כו'.

וְכַתַּב הָאֲלַפְסִי שֵׁם דְּאִי אִיתְּנָהוּ לְהִנְהוּ דְּמִי דְשָׁקְלָא אַתְּתִי מְהַדָּר לְלוֹקַח כו'. וְכ"כ הָרֵא"ש
בְּכַתְּנֻבוֹת פ"ד סי' י"ז וְסִיּוּמִים שֵׁם דְּהַנְּי דְּמִי הוּי גְּזֵל בְּיָדָה פִּינוּ דְהַמְכָּר לְאוּ מְכָר הוּי כו'.

וְהוּבָא כ"ז בֵּאֵה"ע סי' צ' סְעִיף ט' וּבִיָּאוּר הַגָּר"א זצ"ל שֵׁם ס"ק כ"ח. וְצ"ע לְפִמִּש"כ
הָרֵא"ש ב"פ"ק דב"מ סי' ל"ט וְהַנְּיָמוּקִי יוֹסֵף לְב"מ שֵׁם דְהִיכָא דְהַפִּיר בְּהָ שְׂאִינוּ שְׁלוֹ
דְהוּי מְעוֹת פְּקֻדוֹן מ"מ שְׁרִי לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּהוּ וְע"כ הוּי רְבִית גְּבִי שְׁבַח וְלֹא גָרַע מִמְּפֻקִיד
מְעוֹת אֲצֵל שְׁוֹלְחָנִי דְמוֹתְרִין יִשְׁתַּמֵּשׁ כו' עכ"ל.

א"כ הָא בְּאַשָּׁה שְׁמַכְרָה בנ"מ הָא הוּי כְּמוֹ הַפִּיר בְּהָ דְהָא מְסַתְּמָא יַדַּע הַלּוֹקַח דְאֵין קִנְיָן
לְאַשָּׁה בְּלֹא בַעֲלָה וְאִינָהּ יְכוּלָה לְמַפְּוֹר הַפִּירוֹת שְׁלֵ הִבְעֵל בְּוֹדָאִי. [כְּשִׁי הַרְמַב"ם בֵּאֵה"ע
סי' צ' סעי' ט'].

א"כ הוּי כְּהַפִּיר בְּהָ. וְקִשָּׁה דְאַמָּאִי אָמְרוּ דְהוּי מְעוֹת גְּזֵל הָא בְּהַפִּיר בְּהָ דִינוּ כְּמוֹ מְעוֹת
פְּקֻדוֹן.

וְאַפְשָׁר דְמִנָּה הוֹצִיאֵו הָרֵאשׁוֹנִים דְכַתְּבוּ דַה"ה בְּהַלְוָאָה אִם לְוֹנְתָה הָאִשָּׁה וְהַמְעוֹת הֵם
בְּעֵינֵי דְהִבְעֵל דְחֵיב לְשַׁלֵּם כְּמִבְּוֹאָר בֵּאֵה"ע סי' צ"א סעי' ד'. וְהַטַּעַם הוּא מְשׁוּם אֲוֹמְדָנָא
דְאַדְעָתָא דְלֹא יִהְיֶה לוֹ מְמִי לְגַבּוֹת חוּבוֹ לֹא נָתַן הַמְעוֹת כְּמִבְּוֹאָר בְּצִמְחָא צְדָקָה סי' קי"ז
דְיָלְפִי מִזָּה דַה"ה לְסַחֲוֹרָה בְּעֵינֵי גְבִי סִידוּר בַּע"ח ע"ש.

וּבְאַמַּת הַב"ש סי' צ"א ס"ק יו"ד כְּתַב לְחַלְקָ דְשְׂאֵנִי בְּמַכְרָה בנ"מ דְהוּי מִק"ט ע"ש. אַבְל
לְפִמִּש"כ דְהָא זָה דוֹמָה לְהַפִּיר בְּהָ שְׂאִינוּ שְׁלוֹ דְהוּי מְעוֹת הַלְוָאָה.

א"כ הוּי הֵתָם גְּבִי מְכָרָה נ"מ דִינוּ ג"כ כְּמוֹ הַלְוָאָה. וְשְׁפִיר יָלְפִי מִן הָרֵי"ף דַה"ה בְּלוֹנְתָה
אִם הֵם בְּעֵינֵי דְחֵיב לְשַׁלֵּם מְשׁוּם דְהוּי אֲוֹמְדָנָא דְאַדְעָתָא דְהִכִּי לֹא הִקְנֵו לָהּ הַמְעוֹת וְהוּי
כְּגֵזֵל בְּיָדָה.

וְהוּי מִזָּה סִיּוּמָא לְהַפּוֹסְקִים דַס"ל דַה"ה בְּמְעוֹת הַלְוָאָה בְּעֵינֵי דְחֵיב הִבְעֵל לְשַׁלֵּם:
וְיֹתֵר נִרְאָה לִי לֹמֵר דְהוּי מִזָּה סִיּוּמָא לְשִׁי הַחֲכ"צ הַמַּגִּי' ב"ט"ז ב"ח מ"מ סי' ע"ג סעי' י"ט
שְׁהַשִּׁיג עַל הַע"ז וְהַש"ף שְׁכַתְּבוּ דְבְּמַפְּקִיד מְעוֹת מְוֹתְרִין דְאַף דְהֵם בְּעֵינֵי דִינָם כְּהַלְוָאָה
וְאֵינוּ יְכוּלִּים לְכּוֹפּוֹ לְהַחְזִיר לוֹ אוֹתָם מְעוֹת עֲצָמָם בְּעֵינֵי'.

אַבְל הַחֲכ"צ שֵׁם הַעֲלָה דכ"ז דְהוּי בְּעֵינֵי' מְחֻנְיָב לְהַחְזִיר לוֹ אוֹתָם הַמְעוֹת עֲצָמָם בְּעֵינֵי'.
וְעֵינֵי בְּש"ף סי' צ"ט וְסִי' מ"ז.

ובקצה"ח סי' צ"ט הכריע ג"כ כהחכ"צ. ולפ"ז א"ש דהא בהפיר בה שאינו ש"ל פתבו
הרא"ש והנ"י דהוי כמו מעות פקדון מותרין דרשאי להשתמש בהם.

ועכ"ז אם בא המפקיד לתבוע כ"ז דלא הוציאן מחוניב להחזירם בעיניו כמו כל פקדון.
ואם אינו רוצה להחזיר הוי מעות גזלה כמו כל פקדון אם אינו רוצה הנפקד להחזיר
להמפקיד דהוי פגזל ת"הנפקד.

ושפיר כתב הרי"ף והרא"ש ואינו קשה כלל. והוי מזה סייעתא להחכם צבי הנ"ל: וע"פ
שיטת החכ"צ הנ"ל וכן הוא שיטת המרדכי בב"מ פ' ה' והובא באו"ת סי' ע"ג ס"ק י"ט
שכתב להדיא במפקיד מעות מותרין דישתמש בהם דכ"ז דלא הוציאם מצי למיהדר בי
המפקיד ולתבוע פקדונו כדמשמע ס"פ המפקיד למ"ד נאנסו לא כו' עכ"ל.

א"כ לפ"ז א"ש דברי הגמ"ר דב"מ פ"ה דהובא בב"י נש"ף ביו"ד סי' קע"ו דכתבו גבי
משפיר להתלמד ולראות דאם הוציא אסור. והקשיתי דהא ה"ל גזלה וליכא רבית כמו
שהארבתי לעיל.

אבל ע"פ שיטת החכ"צ והמרדכי הנ"ל אתי שפיר כ"ז משום די"ל דהגמ"ר מייירי
בשכרם מתחלה להתלמד ואח"ז הרשהו להשתמש במעותיו שהיו בפקדון אצלו וכ"ז
דלא הוציאן לא שייך לומר בזה מלנה להוצאה נתנה משום דדוקא בבאו לידו מתחלה
דרף הלואה שייך לומר מלנה להוצאה נתנה דהא קבלם על דעת הלואה.

אבל בבאו לידו דרף פקדון אף דמרשהו להשתמש מ"מ כ"ז דלא הוציאן לא הוי פהלואה
לומר בזה מלנה להוצאה נתנה. משום דהא הנפקד לא גלה בדעתו שרוצה בתשמישן
נשיאה ע"ז דין מלנה וכמש"כ התומים סי' ע"ג ס"ק י"ט.

וכמו דמבואר פ"עין זה בח"מ סי' ע"ב סעי' ד' במלנה על המשפון ואח"ז נתן לו רשות
להשתמש דנסתפקו אם חייב באונסין. ועיין בפ"ף ובתומים ונתיבות שם.

וזהו סברת החכ"צ והמרדכי הנ"ל דס"ל בכל מפקיד מעות מותרין דמחוניב להחזירם
אם המעות בעין ולא אמרינן בי מלנה להוצאה נתנה. משום די"ל דהא הנפקד לא גלה
בדעתו בזה שרוצה להשתמש בהן כנ"ל.

וע"כ היכא דשכרן להתלמד ואח"ז הרשהו להשתמש והנפקד שותק לא שייך בזה לומר
מלנה להוצאה נתנה וכמש"כ הנש"ף שם ריש סי' קע"ו ביו"ד. משום די"ל דשא"ה דלא
קבלם ע"ד הלואה מעולם אלא אתי לידו בפקדון ולהתלמד כו'.

וע"כ דוקא לאחר שהוציאן נעשו כמלנה ולא מקודם שהוציאן. פיון דמחוניב אז להחזיר
לו המעות בעין לכן אין שייך בזה איסור רבית כלל רק לאחר שהוציאן דינם כמלנה
ומיושב שפיר כל מה שהקשיתי לעיל: אף כ"ז אתי שפיר לתרץ פן דברי הגמ"ר והב"י.

אבל לפי מה שהובא דברי הגמ"ר הנ"ל בפ"ף ריש סי' קע"ו. והא שיטת הנש"ף בח"מ
סי' צ"ט וסי' מ"ז דלא כהחכ"צ אלא ס"ל כהט"ז דאף מפקיד מעות מותרין דינם פהלואה
אף כ"ז דלא הוציאן.

א"כ לפ"ז תשארו קושיותי הנ"ל על מה שהביא הנש"ף להגמ"ר הנ"ל בריש סי' קע"ו.
אבל לפמש"כ לעיל לתרץ כ"ז אתי שפיר אף דברי הנש"ף.

א"כ נתבאר על נכון דבמקום דהיה אסור להשתמש בהמעות מחמת גזל דלא שייך בזה אסור רבית כלל: וע"פ מה דהבאתי לעיל ענף ג' בשם המל"מ והנתיבות דכתבו בשם בעה"ת דס"ל דגזלה לא הוי ביטול מקח רק מצד חיוב אחריות חוזר עליו ולפי זה אתי שפיר בפשיטות מה דס"ל לרב בב"מ (דף י"ד) דבלא הפיר ביה יש לו שבח ולא הוי אסור רבית משום דהא גזלה לא הוי ביטול מקח.

רק שמואל ס"ל דגזלה הוי מק"ט ולכן ס"ל דבלא הפיר ביה אין לו שבח כנ"ל בארנפה. לפי זה יש ליישב הסוגיא דב"ב (דף קס"ט ע"ב) דאמר רפרם זאת אומרת אחריות טעות סופר הוא כו' ורב אשי דחה לי' ועיין ברש"ם שם.

ויש להעיר בזה דהא בשטרי הלואה בנודאי הוא דאחריות טעות סופר כמבואר בב"מ (דף י"ג ע"ב) דרפנו דר"מ ס"ל אחריות טעות סופר הוא. ועיין בב"מ (דף י"ג ע"ב) דאר"א מחלוקת כו' ורפנו סברי מגבא גבי.

וכגירסת מהרש"ל שם. וכן הכריע המהרש"א שם.

דהא בפרייטא דהביאו שם מבואר להדיא דרפנו ס"ל דאחד זה וא' זה גובין ממשעבדי א"כ בפלוגמת ר"מ ורפנו נודאי דהלכה כרפנו דאחריות טעות סופר. ועיין בכתובות (דף נ"א ע"ב) מזה.

וע"כ פונת הגמ' הקא בב"ב להוכיח דאף בשטרי מכירה דאיכא למימר עביד אינש דזבין ארעא ליומא כדס"ל לשמואל בב"מ (דף י"ד) דאפ"ה גם בזה אחריות טעות סופר. וקשה הא גם במקר אמרו בב"מ שם דדוקא בקא בע"ח וטרפה ס"ל לשמואל דעביד אינש דזבין ליומא.

אבל בקא נגזל וטרפה גם שמואל מודה דאחריות טעות סופר וכמש"כ התוס' בב"מ (דף י"ד) ד"ה שעבוד צריף לימלה כו'. א"כ התם בב"ב דמייירי בקא נגזל וטרף להשדה כמבואר בב"ב (ד' קס"ב ע"א) דאמרו שם לא צריכא דאתי מכח אבהתי כו'.

וכמש"כ הסמ"ע בסי' מ"א ס"ק י"ג. א"כ הא היכא דאתי נגזל וטרף לי' גם שמואל מודה דאחריות טעות סופר הוא.

א"כ קשה איך אמרו זאת אומרת אחריות טעות סופר ורב אשי דחה לי' הא בכה"ג נודאי דאחריות טעות סופר הוא: אבל לפמש"כ די"ל דבהך סברא אי הוי גזלה מקח טעות או לא יש לומר דבזה גופא פליגי רב ושמואל בב"מ (דף י"ד) בלא הפיר ביה דרב ס"ל דיש לו שבח ס"ל דגזלה לא הוי מק"ט וע"כ לא הוי בזה חשש רבית.

אבל שמואל דס"ל דאין לו שבח טעמו דגזלה הוי ביטול מקח ע"כ ה"ל רבית כנ"ל. וע"כ י"ל דלכן ס"ל לשמואל לחלק בב"מ (דף י"ד) דאם אתי נגזל וטרף להשדה נודאי אחריות ט"ס מצד דה"ל מק"ט וה"ל כמו שטרי הלואה כמש"כ התוס' שם.

אבל לדינא דקיי"ל כרב דיש לו שבח והטעם הוא דגזלה לא ה"ל מק"ט רק מצד חיוב אחריות אתי עלה לטרוף. לכן עדיין י"ל דבשטרי מכירה לא הוי אחריות ט"ס משום דכיין דלא הוי מק"ט.

ע"כ שייך עדיין לומר בזה דעביד אינש דזבין ארעא ליומא כדס"ל לשמואל פן אם אתי בע"ח וערף להשדה המכורה. ע"כ הוצרכו להוכיח מהא דב"ב דזאת אומרת אחריות ט"ס הוא דאף במקרה אמרינן ט"ס.

וא"ש הסוגיא הלז בפשיטות: אכן לפמש"כ לעיל דכ"ע ס"ל דגזלה הוי מק"ט וכפשטות הגמ' בב"ב (דף מ"ד ע"ב) דנמצאת שאינו שלו חוזר עליו אף במקר שלא באחריות. ודוחק לומר דנמצאת שאינו שלו בזה הוי פאלו קיבל אחריות ע"ז אף דהתנה בפ'י שלא באחריות וכמש"כ לעיל.

דזהו דוחק. ע"כ נדחה לכל מש"כ בבבאור הסוגיא דב"ב ה"ל.

וע"כ מוכח מזה דגם בפשטרי הלנאה לא היה ברירא להו אי אחריות ט"ס. או די"ל פיון דיש עכ"פ מקום לחלק פנ"ל דשאני שטרי מכירה ע"כ הוצרכו להוכיח לזה.

ועיין בב"מ (דף ט"ו ע"ב) דאמר רבא הלכתא כו' אחריות ט"ס הוא בין בפשטרי הלנאה ובין בפשטרי מקר כו'. ופי' רש"י שם ד"ה ואחריות ט"ס ול"ל דשמואל דא' שעבוד צריף ליקלף עכ"ל רש"י.

ויש להאריך בכ"ז ואכמ"ל: היצא לנו מכל מה שנתבאר דהיכא דהיה אסור להמקבל להשתמש בהמעות דלא שייך בזה אסור רבית פלל. וה"ה במקר לחבירו ונמצא איזה מום ומק"ט דינדע המוכר מן האונאה ונמום.

דבזה לא שייך אסור רבית פלל. כמו שהארכתי לעיל.

ועוד כמה ענינים מחודשים נתבארו בהא דיו"ד ריש סי' קע"ו בהא דמשפיר מעותיו כו': ז (שם סעי' כ"ט) המודה לחבירו כו' וה"ה למוחל חובו כו' אצ"ל פתובו. וכן פתב הרמ"א לעיל סי' ל"ט סעי' ג' דדוקא במתחייב עצמו צ"ל פתובו אכל במוחל א"צ פתובו.

והטעם הוא דהיכא דלא הוי עליו שום חוב ע"י השטר אצ"ל פתובו וכמש"כ הקצה"ח בס"ק כ"ח בשם הר"נ דכיון דאין שום קפידיא ונזק לו ע"כ אמדינן לדעתיה דניחא לי בזה ולא מקרי מפי פתבם. וראיתי באבני מלואים לאה"ע סי' ל"ב ס"ק ד' שהקשה בהא דקידושין (דף ט' ע"ב) בכתבו לשמה ושללא מדעתה דחד מ"ד ס"ל מקודשת וקשה פיון שפכתב ונחתם שלא מדעת האשה ה"ל מפי פתבם כו' וצ"ע עכ"ל.

ולדעתי אין זה קשה לפי האמור פאן דהיכא דלא הוי קפידיא ונזק להבע"ד לא דיינינן בי' מפי פתבם. א"כ ה"ה בכתבו שלא מדעתה ופי' רש"י דקודם הפתיבה לא גמלף בה ואח"פ הודיעה וקבלתה כו'.

ע"כ אין שום חובה וקפידיה להאשה בעת שפותבין וחותרמין השטר קידושין דהא הפרייה בידה אם תתראה להקידושין תקבלו ואם לא תתראה אין שום ממש בהקידושין ואדרבה זהו זכות לה דהפרייהבידה על אחת משתי אופנים הללו.

וזהו פועין המבואר בח"מ סי' רל"ה סעי' כ"ג המוכר שפכר קרקע וזכה בהם ללוקח שלא מדעתו דידו על עליונה כו'. וזהו זכות לפי דהפרייה בידו אם ירצה יקיים המקח ואם ירצה שלא יקבל כו'.

וה"ה הָכָא דְהַבְרִירָה בִּינְדָה אֲמַדִּינָה לְדַעְתָּה דְנִיחָא לָהּ מַה שְׁחוּתְמִין עַל הַשְּׁטֵר קִידוּשִׁין.
וְאָף דִּישׁ לְחַלְקֵי דְשֵׁא"ה בְּמוֹכֵר שְׁזִיכָה לְלוֹקַח דָּאם יִתְרַצָּה לֹא יִהְיֶה יָכוֹל הַמוֹכֵר לְחַזֵּר
מִשֵּׁא"כ בְּשְׁטֵר קִידוּשִׁין דְכ"ז דְלֹא הִגִּיעַ לִינְדָה יָכוֹל הַבַּעַל לְחַזֵּר.

מ"מ הָא בְּעַת שְׁכּוּתֵי הַשְּׁטֵר קִידוּשִׁין שְׁלֵא מְדַעְתָּה אֲזִי דַעְתּוֹ דָּאם תִּתְרַצָּה לְקַבֵּל הַשְּׁטֵר
מִמֶּנּוּ דִּיקְדָּשָׁה עַל יְדֵי הַשְּׁטֵר אִם כֵּן מִמִּילָא אִין זֶה שׁוּם חוּבָה וְקַפִּידָה לָהּ. אֲדַרְבָּה הָוִי
טוֹבָה לָהּ דְמֵן הַסְתָּם לֹא יִחַזֵּר כִּי לְחַזֵּרָה לֹא חִינְשִׁין וְכִמּוֹ שְׁפַתְבְּתִי בְּמָקוֹם אַחֵר דְלֹא
חִינְשִׁין לְשִׁינוֹי דַּעְתָּא וְגַם הָא לֹא הָוִי חוּבָה לָהּ עַל כָּל פְּנִים וְכִמּוֹ הָכָא בְּמוֹחַל דְהָא לֹא
הָוִי שׁוּם טוֹבָה לְהַמְנוּחַל.

מ"מ אֲמַרִּין כִּינּוֹן דְלֹא הָוִי חוּב לֹו דְכוּתְבִין שְׁלֵא מְדַעְתּוֹ כְּש"כ בְּשְׁטֵר קִידוּשִׁין שְׁלֵא
מְדַעְתָּה דָּאם תִּתְרַצָּה לְקַבֵּלוֹ יִהְיֶה לָהּ טוֹבָה וְזָכוּת. וְאִם לֹא תִתְרַצָּה הַבְרִירָה בִּינְדָה ע"כ
אִין זֶה מְקַרִי מִפִּי כְּתָבְךָ וְשִׁפִּיר כּוּתְבִין וְחוּתְמִין שְׁלֵא מְדַעְתָּה: גַּם י"ל דְמִינְרִי בְכַת"י
הַמְקַדָּשׁ בְּלֹא עֵדִים וְכַעֲיִן הָךְ דָּאָה"ע ס' ל"ב ס' ע' ד' בְּרַמ"א בְּכַתְבוֹ לְהַשְּׁטֵר קִידוּשִׁין
בְּכַת"י בְּלֹא עֵדִים כו'.

דְבָזָה לֹא שְׁיָיָךְ לְפָסוּל מִשׁוּם מִפִּי כְּתָבְךָ. אָף לְפִי דָאִין זֶה בְּרוּר דִּיהִיָה מוֹעִיל שְׁטֵר
קִידוּשִׁין כְּת"י בְּלֹא עֵדִים דְהָא הִבִּיאוּ שָׁם בְּשֵׁם הַנ"י דְהָוִי בְּזָה קִידוּשִׁי סָפֵק וְכַמִּש"כ
הַב"ש שָׁם ס"ק ט' ע"כ לַפ"ז שִׁפִּיר הַקְּשָׁה הַא"מ.

אֲכֹן בְּאַמְתֵּי אִין זֶה קְשָׁה כָּלֵל לְפִי מַה שְׁנִתְבָּאָר: סִימָן כַּב א (סְעִיף א' ש"ף ס"ק ב') אֲמַנָּה
כו' אֲפִילוּ טוֹעֵן שְׁהַעֲדִים יְדַעוּ מַזָּה וְא"כ לְפִי דְבָרֵי הָעֵדִים רְשָׁעִים אֲפ"ה נֶאֱמָן כִּינּוֹן דָּאִית
לִי מִיגוֹ כו'. וְהַקְּשָׁה ח"ס"ק א' הַקְּשָׁה דְהָא הָוִי מִיגוֹ בְּמָקוֹם עֵדִים דְלֹא אֲמַרִּין.

וְהַהֲפֵלְאָה כְּתוּבָת (דף י"ט) תוּס' ד"ה אִימָא כו' כְּתִיב לְהַסְבִּיר דְבָרֵי הַש"ף מִשׁוּם דְמִיגוֹ
בְּעִיקָר הָעֵדִים אֲמַרִּין וְהָאֲרִיף שָׁם בְּזָה. וְכַעֲיִן זֶה הוּא דְבָרֵי הַתוּס' בְּכ"ק (דף ע"ב ע"ב)
ד"ה אִין לָךְ בּוֹ כו' בְּסוּף דְבָרֵיהֶם שְׁכַתְבוּ וְהָא דְאָמַר בְּכ"ב דְכְּתוּבָת שְׁנִים הַחֲתוּמִים כו'
הָאִי לָאוּ מִיגוֹ הוּא שְׁאִין הַשְּׁטֵר מְתַקְּיָם אֲלֵא ע"פ וְהַפָּה שְׁאָסֵר הוּא הַפָּה שְׁהַתִּיר כו'.

הָרִי דַס"ל לְהַתוּס' דְהַפָּה שְׁאָסֵר עֲדִיף מִמִּיגוֹ וְאֲמַרִּין כֵּן אָף בְּמָקוֹם עֵדִים דָּאִף דְמִיגוֹ לֹא
מְהַיָּי הָתָם מִשׁוּם דְהָוִי מִיגוֹ בְּמָקוֹם עֵדִים אוֹ דְלֹא עֲדִיף מִיגוֹ מְעַדִּים כַּמִּש"כ הַתוּס' שָׁם
מְקוּדָם מ"מ הִיכָא דְשְׁיָיָךְ הַפָּה שְׁאָסֵר שְׁאִנִּי מִשׁוּם דְמִיגוֹ בְּעִיקָר הָעֵדִים עֲדִיפָא: וְהַנָּה
בִּירוּשְׁלַמִי כְּתוּבָת פ"ב ה' ה' עֲלֵה דְמִתְנִיתִין הָאֲשָׁה שְׁאָמְרָה א"א הִיִּיתִי וְגִירוּשָׁה אֲנִי
נֶאֱמַנְתָּ שְׁהַפָּה שְׁאָסֵר כו' ר' יוֹדֵן בְּעָא א"א הִיִּיתִי וְנִתְגַּרְשְׁתִּי בְּמָקוֹם פ' וְכָאוּ שְׁנִים וְאָמְרוּ
לֹא נִתְגַּרְשָׁה אֲשָׁה בְּמָקוֹם פ' מְכַחֲשִׁין הֵן אוֹתָהּ.

וּפִי הַקְּרָבָן הָעֵדָה מְכַחֲשִׁין הֵן אוֹתָהּ אוֹ לֹא מִי אֲמַרִּין כִּינּוֹן דְמִשְׁקֶרֶת אִינָה נֶאֱמַנְתָּ עַל
הַגִּט וְאֲסוּרָה אוֹ דִילְמָא כו'. וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַעִיר עַל הָךְ אִיבְעִיָא דְהָא בְּנוֹדָאִי הַדִּין נוֹתֵן
דְאִינָה נֶאֱמַנְתָּ דָּאִף דִּישׁ לָהּ מִיגוֹ דְלֹא הִיָּתָה מוֹדָה דָּא"א הִיִּיתִי מ"מ הָא ה"ל מִיגוֹ בְּמָקוֹם
עֵדִים דְהָא עֵדִים מְעִידִין דְלֹא נִתְגַּרְשָׁה שׁוּם אֲשָׁה בְּמָקוֹם פ'.

וְאֲפֹשֶׁר לוֹמַר דְכּוּנּוּת הַאִיבְעִיָא הִיָּה כִינּוֹן דְמִצִּינוּ פְּלוּגְמַת אֲמוּרָאִי בְּכ"ב (דף ל"א וְדף
ל"ג) אִי אֲמַרִּין מִיגוֹ בְּמָקוֹם עֵדִים אוֹ לֹא וְכְּתוּבָת (דף כ"ז) וּב"מ (דף פ"א) וּבְכוּרוֹת
(דף ל"ו). [וְעִינֵין בְּתוּס' שָׁם ד"ה וְאָמַר רְבָא דְרַבָּה גְּרַסִּין כו'.]

וי"ל דרבה לשיטתו דס"ל פו בב"ב (דף ל"א) דאמרינן מיגו במקום עדים. ועיין בתוס' בב"ב שם ובמהרש"א.

ולהנמימי יוסף שם אינו מוכרח זה ע"ש]. ע"כ י"ל דזה גופא איבעי' לי להירושלמי אכן לפי דברי ההפלאה שפתיב לחלק דמיגו בעיקר העדים שאני משום דהפה שאסר עדיף ממיגו ע"כ י"ל דכוננת הירושלמי בהאיבעיא הנה לפי דהא מבואר במשנה שם דאשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני נאמנת שהפה שאסר הוא הפה שהתיר דהוי זה מיגו בעיקר העדים דהא אף אם יבואו עדים להעיד דלא נתגרשה שום אשה במקום פ' מ"מ אם היתה שותקת ולא היתה מודית דא"א הייתי לא הנה עליה שום חשש איסור קלל א"כ הוי זה מיגו בעיקר העדים.

[ועיין בכתובות (דף ט"ז) במשנה ומודה ר' יהושע באומר שדה זו של אביה ולקחתי שהיא נאמן שהפה שאסר כו' ובגמ' שם ה"א אין שור שחוט לפניה כו' ובתוס' שם ד"ה התם כו' ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעיף ד' מנף א'].

וע"כ י"ל בכוננת הירושלמי דיהנה אתי לדינא אף לפי מאי דקיי"ל דלא אמרינן מיגו במקום עדים מ"מ ה"א שאני דהוי מיגו בעיקר העדים ומקרי הפה שאסר כו' ע"כ קמיבעי' להו אם אמרינן דמיגו בעיקר העדים שאני וכמש"כ ההפלאה או לא וזה גופא קמיבעי' להירושלמי.

ועיין בפני משה שם: ושם בירושלמי אח"ז אמרו ר' יוסי בעא אמרה א"א הייתי ונתגרשתי במקום פלוני באותו היום ובאו ואמרו נתגרשה אשה במקום פלוני ובאו שנים ואמרו לא נתגרשה אשה במקום פלוני כהכחיש עדות בתוך עדות אנו פתיין מפיה.

ופי' הקרבן עדה אם אמרינן דהוי כמאן דליתנהו לעדים ונאמנת משום הפה שאסר או לא. והפ"מ פירש דמסקנת הירושלמי דנאמנת.

והנה התוס' בב"ק (דף ע"ב ע"ב) ד"ה אין לה בו כו' דבמקום תרי ותרי לא מהני מיגו דלא עדיף מיגו מעדים דהא תרי כמאה כו' אף הפה שאסר שאני פנ"ל. ע"כ י"ל דלכן ס"ל להירושלמי דנאמנת במקום תרי ותרי משום הפה שאסר דעדיף מן מיגו.

ומשמע דאם לא היו תרי ותרי אינה נאמנת אף דינש לה מעלת הפה שאסר נגד עדים המכחישות אותה. ומשמע מן מסקנת הירושלמי דלא כההפלאה.

ולפי פי' הפ"מ שם בכוננת ר' יודן בעא כו' אין אנו צריכין לומר דהירושלמי בהאיבעיא אחרונה יהנה סותר להאיבעיא דלעיל מינ' ע"ש: והשירי קרבן שם ד"ה כהכחיש עדות כו' הקשה הא לעיל בפירקין גבי שבוני' אמר ר' יוסי בפשיטות דנאמנת וה"א קמיבעיא לי וצ"ע עכ"ל.

וכוננתו למה דאמרו שם לעיל מינ' בפ"ב ה"ב שנים אומרים נשבית והיא טהורה ושנים אומרים נשבית והיא טמאה וכן בשנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה דנאמנת לדברי ר' יוסי.

אבל באמת אין זה קשה דשא"ה דחזקת היתר מסייע לה וכן קיי"ל בתרי ותרי מוקמינן אחזקה מה"ת ואינו אלא ספיקא דרבנן ע"כ ס"ל לר' יוסי שם דנאמנת באמרת ברי לי

משא"כ הָכָא בְתָרֵי וּתְרֵי אִם נִתְגַּרְשָׁה דְאִין שְׁם חֲזָקָת הַיָּתֵר אֲדַרְבָּה הָא יֵשׁ לָהּ חֲזָקָת אִיסוּר רַק יֵשׁ לָהּ מִיָּגוּ.

בְּזָה שְׁפִיר יֵשׁ לְחַלְק דְּשִׂאנֵי חֲזָקָה דְּמוֹקְמִינֵן אֲחֻזָּקָה בְּתָרֵי וּתְרֵי מְשוּם דְּכֵן גְּזָרָה הַתּוֹרָה בְּכָל סָפֵק לְהַעֲמִידוֹ עַל חֲזָקָה. משא"כ הָכָא אַף דְּמַעְלַת מִיָּגוּ עֲדִיף מִן אוֹרֵי אֲחֻזָּקָה וְעֵינֵן בְּקִידוּשֵׁינֵן (דָּף ס"ד ע"ב).

מ"מ הָא מַעְלַת מִיָּגוּ הוּא מְשוּם בִּירוּר הָעֲנָנֵן א"כ יֵשׁ לוֹמַר בְּזָה כְּעֵין סְבֵרַת הַתּוֹס' ב"ב ק הַנָּ"ל ו"ב"ב (דָּף ל"א) דְּמִיָּגוּ לֹא יוּכַל לְסַיְעֵם יוֹתֵר מֵאלוֹ בָּאוּ עוֹד עֲדִים דְּהָא תְּרֵי כְּמֵאָה ע"כ אֵין שׁוּם סְתִירָה מִירוּשְׁלָמֵי דְלַעִיל עַל הָךְ דִּירוּשְׁלָמֵי דְהָכָא וּמִתְנַרְץ בְּפִשְׁטוּת קוֹשְׁיוֹת הַש"ק.

וְעֵינֵן בְּתַשׁוּבַת ר"ע אֵיגַר סִי קל"ו וסִי קל"ז. וְרֵאִיתִי בְּהַפְלָאָה כְּתוּבוֹת (דָּף כ' ע"א) בְּתוֹס' ד"ה וְאוֹרֵי מְמוּנָא כו' שְׁפָתַב דְּשִׁיטַת הָרִיטְב"א דְּמִיָּגוּ מְהֵנִי בְּמִקּוּם תְּרֵי וּתְרֵי וְחוֹלַק עַל הַתּוֹס' ע"ש.

א"כ י"ל דְּהִירוּשְׁלָמֵי אֵיבְעֵינֵי לִי בְּזָה אִם מִיָּגוּ מְהֵנִי בְּמִקּוּם תְּרֵי וּתְרֵי אוֹ לֹא. וְהָךְ בְּעֵינֵי דַר' יוֹסִי י"ל דְּהוּא בְּשִׁיטַת אַת"ל דְּלַעִיל אֵיבְעֵינֵי לַר' יוֹדֵן אִם מִיָּגוּ לֹא מְהֵנִי בְּמִקּוּם עֲדִים אוֹ אִם מִיָּגוּ בְּעֵיקַר עֲדִים מְהֵנִי וְכַמְש"כ לַעִיל וְנִשְׂאָר בְּסָפֵק וְאִח"ז אֵיבְעֵינֵי לַר' יוֹסִי אַת"ל דְּאֵינָה נְאֻמָּנַת נְגִד עֲדִים אַפ"ה בְּמִקּוּם תְּרֵי וּתְרֵי י"ל דְּנֻאָמְנַת מְשוּם מִיָּגוּ וְכַשִּׁיטַת הָרִיטְב"א אוֹ דְּאֻמְרִינֵן דְּמִיָּגוּ לֹא יוּכַל לְסַיְעֵם יוֹתֵר מִשְׁנֵי עֲדִים וְכַסְבֵּרַת הַתּוֹס' וְנִשְׂאָר בְּסָפֵק וְכַפְלֵי הַקְּרָבֵן עֲדָה:ב (שְׁם סְעִיף ב') אִם הַשְּׁטֵר מְקוּיִים כו' אִם יֵשׁ בּוֹ נְאֻמָּנוֹת כו' וּמִיָּהוּ אִם יֵשׁ ב"ח מְאֻחָר לֹא יִגָּבֵה אֲלֵא בְּשִׁבְעָה כו'.

וְהַתּוֹמִים ס"ק ד' פָּתַב לְהַסְתַּפֵּק לְהֵיכָא דְּגוֹבִין מְמַטְלְטְלִין אִם צְרִיף שְׁבֻעָה בְּיֵשׁ בּוֹ נְאֻמָּנוֹת מְפוֹרָשׁ מְשוּם דִּי"ל דְּהוּי בְּיָדוֹ לְתַת לוֹ הַפֵּל בְּמַתְנֵה כו' וּמְסִיק דְּדוֹקָא בְּשַׁעַת הַגְּבִיָּה יֵשׁ לוֹמַר דְּמְהִימֵן בְּמִיָּגוּ מְשֵׁא"כ בְּנִתְּן הַנְּאֻמָּנוֹת בְּעַת הַהִלְוָאָה עַכ"ל הַתּוֹמִים.

וְזָה לְשׁוֹן הָאוּרִים שְׁם ס"ק י"ב וְעֵינֵן תּוֹמִים דְּיֵשׁ לִי סָפֵק בְּגוֹבֵה מְמַטְלְטְלִין אִם צְרִיף שְׁבֻעָה בְּיֵשׁ לוֹ נְאֻמָּנוֹת מְפוֹרָשׁ ע"ש עַכ"ל. וְזָה לְשׁוֹן הַמְּחַבֵּר לְקַמֵּן סִי ק"ד סְעִי י"א בְּכָל מְקוּם שְׁאֵנוּ אוֹמְרִים בְּזָה יִחְלֻקוּ אוֹ שְׁזָכָה הָרֵאשׁוֹן הַזּוֹכֵה בְּנִכְסִים יִשְׁבַּע תְּחִלָּה שְׁעֲדֵינֵן לֹא נִפְרַע מִחוּבוֹ וְאִפְּלוּ אִם יֵשׁ נְאֻמָּנוֹת בְּשְׁטֵרוֹ.

וּמִשְׁמַע מְלִשׁוֹן הַמְּחַבֵּר דְּאַף בְּגוֹבִין מְמַטְלְטְלִין צְרִיכִין לִישְׁבַּע דְּהָא שְׁם לַעִיל מִיָּגוּ סְעִי י' פָּתַב בְּבָאוּ כְּנֻלָּם בְּיַחַד לְגַבּוֹת וְכֵן בַּע"ח שְׁפָל א' קוֹדֵם לְזִמְן חֲבִירוֹ שְׁבָאוּ לְגַבּוֹת מְטַלְטְלִים וְשִׁהֲרֵי אֵין בְּהֵם דִּין קְדִימָה כו' מְחַלְקִים בְּיַנְיָהֵם כו'.

א"כ תִּיָּקַף אַח"ז שְׁפָתַב הַמְּחַבֵּר לְכַלְלָא דְּבְכָל מְקוּם שְׁאֵנוּ אוֹמְרִים יִחְלֻקוּ דְּיִשְׁבַּע תְּחִלָּה א"כ מִשְׁמַע דְּאַף בְּגוֹבִין מְמַטְלְטְלִין דְּאֵנוּ דְּנִין יִחְלֻקוּ דְּחִיבִין לִישְׁבַּע כ"א נְגִד חֲבִירוֹ אִפְּלוּ בְּיֵשׁ לוֹ נְאֻמָּנוֹת כַּמְש"כ שְׁם הַמְּחַבֵּר.

וּמִשְׁמַע אַף בְּנְאֻמָּנוֹת מְפוֹרָשׁ דַּל"כ לֹא ה"ל לְמַסְתֵּם וְכַמְש"כ שְׁם הַסַּמ"ע. וּמוֹכַח מְזָה דַס"ל דְּאַף דְּבִיז הַלְוָה לְתַת הַמְּטַלְטְלִין בְּמַתְנֵה לְמִי שְׁיִרְצָה עַכ"ז לֹא מְהֵנִי הַנְּאֻמָּנוֹת לְפָנוֹתוֹ מְשֻׁבְעָה וְכַמְש"כ הַתּוֹמִים דְּבְנְאֻמָּנוֹת בְּעַת הַהִלְוָאָה לֹא שְׁיִיף מִיָּגוּ כְּזוֹ: עֲנָה א

אכן לענ"ד יש לדון מטעם אחר לחלק בין היכא דגובין ממקרקעי להיכא דגובין ממטלטלי.

והוא דהנהיגה הך מקור דינא דבע"ח א' נשבע לבע"ח השני נובע מהך דכתובות (דף צ"ג) במשנה מי שהיה נשוי ד' נשים הראשונה נשבעת לשניה כו' ושיטת רש"י שם דדוקא בטוענת השניה השבע לי בזה מסייבין אותה לישבע וכן פתב הר"נ והרע"ב שם.

והב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק כ"ד פתב דהרמב"ם והטור ס"ל דנשבעת בלא טענה. וכבר העיר התוס' יו"ט בכתובות פ' י' משנה ה' דנשבעת אף בלא טענה השבע לי משום דה"ל זה ג"כ בכלל אין נפרעין ממשועבדים אלא בשבועה.

ועיין בפני יהושע בכתובות (דף צ"ג) שם. ובאמת מסתימות הפוסקים והטוש"ע משמע דאף בלא טענה השבע לי ג"כ משבעינן משום דס"ל דעיקר חיוב שבועה לבע"ח הראשון נגד בע"ח השני הוא משום דנקראים בשם משעבדי כיון דמשועבדים הקרקעות לכל הבע"ח ואין גובין ממשעבדי רק בשבועה.

אף דלא טוענים השבע לי כמבואר בשבועות (דף מ"א). וכן ראיתי בספר בעל התרומות שער כ"א חלק ה' אות ו' שפתב דלכן צריף בע"ח לישבע לבע"ח השני משום דזהו ע"פ דין שבועת משעבדי שהרי הן משועבדים לשני ג"כ אלא שטורף ממנו כו' ומה"ט אף שנתן לו נאמנות ג"כ חייב שבועה והביא ראיה מן הרי"ף שפתב בהלכותיו לכתובות פ"ט במה דתנו ה"ם ומנכסים משועבדים לא תפרע אלא בשבועה דמה"ט צריף לישבע נגד בע"ח השני אף שיש לו נאמנות כו'.

וכ"כ הבעה"ת שער מ"ג חלק ד' אות י"ד דלכן צריף הבע"ח לישבע לבע"ח השני אף היכא שדין יחלוקו משום דהוי פדין הפא ליפרע ממשועבדים דה"נ היו הנכסים משועבדים לכולן כו' עכ"ל הבעה"ת.

א"כ מבואר להדיא בבעה"ת דהך שבועה מן דין הפא ליפרע מן משועבדים נגעו בה. ובאמת פן מוכח מן לשון הרי"ף הנ"ל וכמש"כ הבעה"ת בשמו דהא הרי"ף פתב הך דינא לחייב שבועה להבע"ח על הך משנה דטורף ממשעבדי צריף לישבע.

וכ"כ הריטב"א לכתובות (דף צ"ג ע"ב) על משנה דמי שהיה נשוי ד' נשים הראשונה נשבעת כו' דבע"ח צריף לישבע לבע"ח השני כאלו פא ליפרע ממשועבדים כו' והובא בשמ"ק לכתובות שם: ובספרי נחל יצחק סי' ע"א סעי' י"ט ענף א' פתבתי די"ל דעיקר הך מילתא דבע"ח מקרי משעבדי זה תלוי אם הלכה דשעבודא דאורייתא אז י"ל דזכות פל הבע"ח בנכסים של הלואה מקרי בשם משועבדים אכן אם נימא דשעבודא לאו דאורייתא אין סברא לקרותו בשם משעבדי ע"ש בספרי.

וי"ל דהרי"ף והבעה"ת והריטב"א דכתבו דמן דין חיוב שבועת משעבדי דיינינן פן משום דס"ל ש"ד וכמש"כ הש"ף בסי' ל"ט ס"ק ב' בשיטת הרי"ף והריטב"א. ומש"כ הש"ף שם בשיטת הבעה"ת עיין מזה בהאו"ת שם ס"ק ב' ובאמת נראה מן הבעה"ת שער ס"א דס"ל בשיטת הרי"ף דש"ד וקצתתי.

ולפ"ז יש לדון היכא דגובין ממטלטלי דהדין הוא דיתלוקו ביניהם משום דאין קדימה כלל במטלטלין משום דמטלטלי לא משתעבדי וכמש"כ הסמ"ע בסי' ק"ד ס"ק א' ובמחבר שם סעי' יו"ד וסמ"ע ס"ק כ"ו ע"כ אפ"ש לומר דכיון דאין סב"א לקרות להזכות שיש להבע"ח במטלטלין של הל"ה בשם משעבדי כיון דמטלטלי לא משתעבדי קלל.

ובפרט לפי מש"כ בספרי נחל יצחק בקונטרסי סי' ב' בשעבודא דאורייתא סוף ענף ח' להוכיח מירושלמי פתובות פ"ט דהך דינא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי זהו מה"ת ע"ש. ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ט בד"ה ובחידושי לח"מ כו'.

א"כ יש לדון דדוקא היכא דגובה ממקרקעי אז הדין דבע"ח נשבע לבע"ח השני משום דין גובה ממשעבדי. ובאמת מקור הך דינא דהוא מהמשנה דמי שהיה נשוי ד' נשים ומת דקתני שם הראשונה קודמת לשניה מייירי בקרקע דהא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי ועיין בכתובות (דף פ"א) בתוס' ד"ה ר' מאיר היא כו' וביבמות (דף צ"ט) תוס' ד"ה פתב כל נכסיו כו'.

וי"ל דדוקא בקרקע אמרו דנשבע האחד להשני כמו דמייירי המשנה ומגלו לדון כן בגובין ממטלטלי כיון דלא משתעבדי א"כ אין שם בשם משעבדי: אכן מציינו בתוס' פתובות (דף צ') ר"פ מי שהיה נשוי בד"ה ש"מ בע"ח כו' שכתבו שם בסוף לפרש דהך משנה דמי שהיה נשוי ד' נשים דהראשונה קודמת ונשבעת לשני' ומפ"ש דפלוגתת בן ננס ורבנן בבע"ח מאןחר כו' דזה מייירי במטלטלי כו'.

ואפ"ה אמרו בהך משנה דהראשונה נשבעת לשני' א"כ מוכח לפ"ז דאף היכא דגובין ממטלטלי ג"כ חייבת לישבע להשניה משום דגם בזה תקנו כן. ולפ"ז אפ"ש לפרש לדברי רש"י שם (דף צ"ג) דפירש במשנה דהראשונה נשבעת דמייירי בטוענת השבע לי.

דכתב הב"ש דפליגי בזה רש"י ושיטת הרמב"ם והטור. ובאמת י"ל דגם רש"י ס"ל דהיכא דגובין ממקרקעי דאז שם בשם משעבדי אז צריכה לישבע אף בלא טוענת השבע לי משא"כ הך משנה דלפי מה דמפ"ש הש"ס לפלוגתת בן ננס ורבנן בבע"ח מאןחר כו' וס"ל כשיטת התוס' דר"פ מי שהיה נשוי דמפ"ש שם דזה מייירי במטלטלי.

והא דקאמרי בפוגיא שם (דף צ"ד) שגמזאת שדה שאינה שלו הוא לאו דוקא וכמש"כ רע"א בדרוש וחי' דשם. אבל היכא דגובין ממקרקעי י"ל דס"ל דנשבעת אף בלא טוענת השבע לי משום דדינו כמו גובה ממשעבדי דצ"ש אף בלא טוענת השבע לי.

ולכן אין ראיה אף לשיטת התוס' בר"פ מי שהיה נשוי דמפ"ש דהך דנשבעת לשני' מייירי במטלטלי די"ל דגם אינהו ס"ל דבמטלטלי לא שייך להשביע משום שבועת משעבדי רק דמפ"ש כשיטת רש"י דמייירי שם בטוענת השבע לי אבל לעולם י"ל דבלא טוענת אין משבעינן לה פי הסב"א נוטה דבמטלטלי אין דינו כמשעבדי: ענף ב ועוד י"ל דמטעם אחר אינו ראיה מן שיטת התוס' דר"פ מי שהיה נשוי דאף דכתבו דמייירי הך משנה דהראשונה נשבעת בגובין ממטלטלי אפ"ה יש לחלק לדינא אף דנימא דמשום שבועת משעבדי אתו עלה.

והוא דהא לפי שיטת התוס' הנ"ל מוכח דס"ל דיש קדימה במטלטלין דהא קתני שם
הראשונה קודמת לשני' כו' ומוכח דס"ל להתוס' פשיטת הרמב"ן בתשובה דס"ל דיש
קדימה גם במטלטלי וְהוּבָא בְּבֵית יוֹסֵף לַח"מ ס"א ק"ד ובסמ"ע שם ס"ק א'.

וטעמם הוא דס"ל דכיון דמה"ת מטלטלי משתעבדי וכמש"כ הפני יהושע שם ובק"א
בתוס' ר"פ מי שקה נשוי ע"פ דברי התוס' בבכורות (דף נ"ב) דתקנת הגאונים הוי
דאורייתא מטעם הנ"ל. וכמש"כ הרשב"א לב"ק פ' הכונס ובחידושי סוף קידושין
וְהוּבָא בַקְצָה"ח ס"א ל"ט.

לכן ס"ל דמה"ת יש קדימה במטלטלין. וכיון דס"ל דיש קדימה במטלטלי היכא דגבינו
מהמטלטלין א"כ מסתמא נקראו בשם משעבדי ולכן המוקדם גובה ראשון.

ולכן שפיר שנייה לדון בהו דהראשונה נשבעת לשני' משום דדינה כמו גובה משעבדי
כיון דהמטלטלי נשתעבדו לכל הבע"ח. אבל לדינא לפי מה דפסק המחבר בס"א ק"ד סעי'
יו"ד דאין קדימה במטלטלין א"כ מוכח דס"ל לדינא דמטלטלי לא משתעבדי כלל ואין
שם שעבוד עליהם כלל דאם הנה שם שעבוד עליהם א"כ הנה הדין נותן דיהיה שנייה דין
קדימה גם במטלטלין וכמש"כ המחבר שם סעי' י"ג דבמלוה בע"פ שנייה ג"כ דין קדימה.

וידעתי מה די"ל דלפי דברי הרא"ש בב"ק פ"א ס"א י"ט שכתב בדורות הללו מטלטלי
כמקרקעי לכל מילי שעבוד מדינא דגמ' אף בלא תקנה דהוי כגמלא דערביא ואשלא
דקמחוניא דאשה גובא פורנא מהם עכ"ל.

א"כ י"ל דמה"ת יקה דין קדימה בהו ג"כ. אכן לאו כ"ע ס"ל הכי כדמצינו בח"מ ס"א
ק"ז בסמ"ע ס"ק ג' ובאה"ע ס"א ק' בב"ש ס"ק ב' ובח"מ ס"א תי"ט מזה ועיין ברא"ש
פתובות פ"ח ס"א י"ג ועיין בספרי נחל יצחק בקונטרסי ס"א ב' בשעבודא דאורייתא ענף
ח'.

ויש להאריך הרבה בכ"ז אף בענין שלנו אין להאריך בזה דיהיה מאיזה טעם שיהיה כיון
דחזינו דס"ל להמחבר לדינא דאין קדימה במטלטלין אף דס"ל דגם במלוה בע"פ שנייה
דין קדימה כמקרקעי דמוכח מזה דס"ל דעל מטלטלין אין שם שעבוד עליהם כלל.

א"כ ממילא הדין לפ"ז דהיכא דגובין ממטלטלין דאינו שנייה בהו שבועת משעבדי כ"ז
דלא טען רק היכא דטוען השבע לי בזה מחייב את חבירו הבע"ח שישבע: אכן מן לשון
המחבר בס"א ק"ד סעי' י"א שכתב בכל מקום שאנו אומרים בזה יחלקו כו' ישבע תחלה
כו'.

דמשמע מזה דאף בגובין ממטלטלין ישבע אף בלא טוען השבע לי ולא מחלקינו בזה בין
מקרקעי למטלטלין וכן משמע מן לשון הבעה"ת שער מ"ג חלק ד' אות י"ד דלא מחלקינו
בזה בין מקרקעי למטלטלין וזהו דלא כמו שרציתי לומר.

ולכן צריך טעם להסביר דמפני מה אף בגובין ממטלטלין צריכות לישבע כ"ז דלא טענו
השבע לי דהא לא נקראים בשם משעבדי: ולכן נראה לי מזה להוכיח דהעיקר כמש"כ
בספרי נחל יצחק ס"א ע"א סעיף י"ט ענף ב' דהא באמת מוכח ומבואר בס"א קי"א סעיף
ז' שכתב דבע"ח מוקדם צריך לישבע פדיון טורף שהרי טורף מהשני כו' וכ"כ בס"א ע"א

ובבסי' פ"ב ובסי' ק"ד דמשמע דאף דלא טען השבע לי צריף לישבע וכדין טורף ממשעבדי וקשה אף לא הביאו שיטת רש"י בכתובות (דף צ"ג) דפירש דהא דראשונה נשבעת מיירי בטוענת השבע לי ולא הוי דעת יחידאה דהא כמו כן כתב הר"ן והרע"ב והריטב"א שם.

ומשמע דכל זמן דלא טען השבע לי לא משבעינן ליה ואין דינו כמו טורף ממשעבדי. [נהוי נפ"מ לענין תפיסה אם הוא מוחזק].

וכתבתי לברך די"ל דלדינא גם לשיטת רש"י וסייעתו הדין הוא דאף בלא טען השבע לי ג"כ מחייבין שבועה וכמו בא ליפירע ממשעבדי דמשבעינן לי אף בלא טענה מהטעם דכתב רש"י והרע"ב והר"ן בכתובות (דף פ"ז) דטענינן ליה שמה הנה הלנה טוען אישפתבע לי דלא פרתיה וכן הוא הטעם בנפרע מיתומים.

א"כ זה הטעם שייך אף בבע"ח דהא טענינן בשביל הבע"ח ג"כ כמבואר בסי' צ"ט בפ"ד ס"ק י"ג שכתב שם דהסרסור צריף לישבע אף דטוען הבע"ח שמה משום דהבע"ח דין לוקח יורש יש לו וטענינן להו וצריף לישבע אף בטוען שמה כו' עכ"ל.

ונהו משום דזכות הלנה בכל מה דמצי טען שייך להבע"ח א"כ ה"ה בחיוב שבועה דהוי מצי הלנה לטעון אישפתבע לי דטענינן זה אף בשביל הבע"ח ודין שנה בזה לטורף ממשעבדי דצריף שבועה מה"ט דטוענין להו פשיטת רש"י וסייעתו וה"ה בגובה מיתומים דהוא מה"ט לשיטת רש"י וסייעתו [רק דהחמירו בשבועת יתומים במה דאמרו בי' א"א מוריש שבועה לבניו אף דעיקר שבועה הוא משום דטענינן להו מ"מ פיון דטענינן להו ויש בהו עיקר חיוב מה"ט דהחמירו בזה ביותר מן שבועת אישפתבע לי וקצרתיה.

וענין בפני יהושע לכתובות (דף פ"ז ע"א) בד"ה מנכסים משועבדים כו' ובהפלאה לכתובות שם בד"ה מנכסים משועבדים כו' וקצרתיה]. וכינן דקיי"ל לדינא דיתומים שאמרו בין גדולים בין קטנים כמבואר בגיטין (דף נ') והטעם הוא דטוענין ליורש דאבוהו הנה טוען אישפתבע לי וכדמוכח בפסגיא שם דמשום טוענין אתו עלה ע"כ ממילא ה"ה בבע"ח הגובה טוענין לשארי בע"ח ג"כ טענת הלנה דהנה יכול לטעון אישפתבע לי וע"כ משבעינן להבע"ח אף דלא טענו השבע לי.

ומה דפי' רש"י במתניתין דהשניה טוענת השבע לי זהו משום דהא המשנה דהתם דקתני והרביעית נפרעת שלא בשבועה ופי' רש"י דאתי כהתנא דלא ס"ל דאבני קשישא אלא לקטנים אמרו דפירע בשבועה ולא בגדולים.

וענין בתוס' שם ד"ה שנמצאת כו' א"כ חזינן דס"ל להאי תנא דמתניתין דאין טוענין לגדולים לחיוב שבועה וכמש"כ שם בספרי הטעם מזה. [נהא דמשמע דמשעבדי כ"ע מודו דנשבעין אף למאן דלית ליה דאבני קשישא ומיתומים גדולים גובין בל"ש משום דס"ל דהדין נותן דאין טוענין בכה"ג וכמש"כ שם בספרי.

ואלו הא דנשבעין לבא לטורף ממשעבדי הא כתב רש"י וסייעתו בכתובות (דף פ"ז) דאתו עלה משום דטוענין כו'. י"ל דס"ל להאי תנא דבשביל דחסו על הלוקחות לכן טוענין להו בזה אף דהוי נגד הדין לשיטתו ודומה זה לבא ליפירע מן יתומים קטנים

דנשבעין משום דחסו עליהו אבל עיקר הטעם הוא משום דטוענין בכה"ג ובצירוף הטעם דחסו עליהו].

ולכן הנה קשה לרש"י דאמאי הראשונה נשבעת לשניה כיון דס"ל דאין טוענין בזה וס"ל לרש"י דבע"ח אין דינו כמשעבדי וכ"ש למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא א"כ אין שם שעבוד חל כלל על זכות הבע"ח בנכסי הלנה.

ע"כ פירש רש"י דמייירי דטוענת השבע לי אבל בלא טענה אין נשבעין. אכן לדינא דקיי"ל דאף ביתומים גדולים משבענין משום דטוענין א"כ ה"ה בבע"ח משבענין אם יש בע"ח אחרים וטוענין להו אף דאינם טוענים השבע לנו ואתי שפיר פסקי הש"ע אף לשי' רש"י וסייעתו: ענף ג' ושם בספרי כתבתי לכאר מפני מה ס"ל למאן דפליג על אבני קשישא דרק בקטנים משבענין ולא ביתומים גדולים והא קיי"ל דטוענין ליורשים גדולים ג"כ ועיין בגיטין (דף נ"ח ע"ב) תוס' ד"ה פגון זה טוענין כו' דלא מצינו פלוגתא בזה ע"ש.

וכעת נלע"ד לומר דטעמו דס"ל דזהו בכלל מה דס"ל להרבה ראשונים דמילתא דלא שכיח לא טוענין ליתמי כמבואר בסי' ק"ח סעיף ד' והמקור הוא מן ב"ב (דף ע) דאין טוענים להו נאנסו והא אלו הנה אביהו קיים והנה טוען נאנסו הנה נאמן לפטור א"ע מן המזון אפ"ה כיון דהוי מילתא דלא שכיח לא טוענין להו כש"כ בהה"ט טענת דשמא נפרע חובו לענין חיוב שבועה דאין טוענין דהא חזינו דאביהו לא הנה נאמן לומר פרעתי לפטור א"ע כיון שיש שטר בידי חברו א"כ זהו בנודאי נקרא מידי דלא שכיח לפרוע ולהניח השטר ת"י המלנה ע"כ מקרי זה מידי דלא שכיח מכש"כ דטענת נאנסו ולכן ס"ל להאי תנא דביתומים גדולים לא טוענין לחייב שבועה רק לדידן' בעצמו דטוען פרי פרעתי תקנו חז"ל לחייב שבועה כן י"ל בהספרי שיטת האי תנא ויש להאריך בזה הרבה.

אף מה לנו להאריך דהא חזינו דהתנא דמשנה דס"ל דהרביעית נפרעת שלא בשבועה דס"ל דבגדולים נפרעין שלא בשבועה ואין טוענין להו בזה ויהנה מאיזה טעם שיהנה ע"כ ה"ה בבע"ח הגובה במקום בע"ח אחרים לא טוענין לחייבו שבועה כ"ז דאינו טוענין השבע לי.

וגם אפשר לומר דלמאן דאית ליה דמיתומים גדולים נפרעין שלא בשבועה משום דאין טוענין להו בזה. יש מקום לדון אליבן' דהה"ט תנא דהוא הדין בגובה משעבדי נפרעין שלא בשבועה לשיטת רש"י וסייעתו דהא דצריך שבועה בגובה משעבדי דזהו משום דטוענין להו א"כ להאי תנא דס"ל דאין טוענין ליתומים בזה א"כ הדין נותן ג"כ דהוא הדין בגובה משעבדי נפרעין שלא בשבועה כיון דהדין הוא לשיטתו דאין טוענין בזה.

וזהו דלא כמש"כ לעיל. [ואין זה רחוק כ"כ דהא מצינו באיזה פרט דהקילו על יתומים ביותר וחסו לטובת היתומים ביותר מן טובת הלקוחות כמו הא דשבועות (דף מ"ח) בהא דאין מוריש שבועה לבניו דזהו דוקא בשבועת יתומים וכמבואר בסי' ק"ח סעיף י"ד ולכן כיון דס"ל להאי תנא דלא שקדו בזה לטובת היתומים לחייבו שבועה א"כ י"ל דה"ה בשבועת משעבדי].

משום דאזלינו בְּתַר טַעְמָא לְשִׁיטַת רַש"י וְסִייעָתוֹ דְּמָה דְּחִיבּוֹ שְׂבוּעָה בְּטוֹרָרָה דְּזָהוּ מְשׁוּם
דְּטוֹעֲגִין לְהוּ א"כ מְמִילָא לְפִי הַת"ק דְּמִתְנִיתִין דַּס"ל דְּאִין טוֹעֲגִין לְגְדוּלִים הַדִּין נוֹתֵן
בְּפִשְׁטוֹת לְדוֹן פֶּן בְּמִשְׁעָבְדֵי דְּאִינוּ חִיבֵי שְׂבוּעָה.

וְהָדָה דְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף פ"ז) וְשְׂבוּעוֹת (דָּף מ"ה) דְּתַנּוּן דְּמִשְׁוֹעָבְדִים לֹא יִפְרַע אֱלָא בְּשְׂבוּעָה
זָהוּ מְשׁוּם דַּס"ל דְּגַם מִיתוּמִים גְּדוּלִים צָרִיף שְׂבוּעָה וְכַדְקִי"ל לְדִינָא וְכַמְבֹּאֵר בְּשְׂבוּעוֹת
(דָּף מ"ב) וְגִיטִין (דָּף נ') וְעִינֵין בְּחוּס' כְּתוּבוֹת (דָּף פ"ז) ד"ה מְנַכְסֵי יְתוּמִים כו': וְלָכֵן
י"ל בְּפִשְׁטוֹת בְּשִׁיטַת רַש"י דְּכַתְּבֵי דְּהַשְׁנִיָּה טוֹעֲנַת הַשְּׂבַע לִי מְשׁוּם דְּאִף דְּנִימָא דְּזִכּוֹת
כָּל הַבְּעָלֵי חוּבוֹת בְּנַכְסֵי הַלְוָה מְקַרִי ג"כ בְּשֵׁם מְשַׁעְבְּדֵי וּבְפִרְט לְמַאן דַּס"ל ש"ד מ"מ
פִּינּוּ דַּס"ל לְהֵאֵי תַנָּא דְּאִין טוֹעֲגִין לִיתְמִי בְּזָה דַּה"ה דְּאִין טוֹעֲגִין לְמִשְׁעָבְדֵי בְּזָה לָכֵן
הוֹכְרַח לְפָרֵשׁ דְּמִינֵירִי בְּטוֹעֲנַת הַשְּׂבַע לִי.

וְנִתְבָּאֵר דְּלְדִינָא גַם רַש"י מוֹדָה דְּהַבַּע"ח נְשַׁבַּע אִף שְׂלָא בְּטוֹעֲנִים הַשְּׂבַע לָנוּ מְשׁוּם
דְּטוֹעֲגִין לְשַׁאֲרֵי הַבַּע"ח לְחִיבּוֹ שְׂבוּעָה. וְלָכֵן שְׁפִיר סְתָמוּ הַטּוֹש"ע וְכַתְּבוּ דְּהַבַּע"ח יִשְׁבַּע
נְגִד שַׁאֲרֵי בַע"ח וְכַדִּין טוֹרָרָה מְשַׁעְבְּדֵי כְּמְבֹאֵר בְּסִי קי"א וְכָל הַגְּז"ל.

וּמִשְׁמַע אִף דְּאִינּוּן טוֹעֲנִים הַשְּׂבַע לִי מְשׁוּם דְּאִין שׁוּם חוֹלֵק ע"ז וְלָכֵן לֹא הִבִּיאוּ לְשִׁיטַת
רַש"י וְסִייעָתוֹ אִף בְּשֵׁם יֵשׁ אוֹמְרִים מְשׁוּם דְּלְדִינָא כ"ע מוֹדוּ בְּזָה: וְלִפ"ז שְׁפִיר כְּתָבוּ
וְסְתָמוּ דְּכָל מְקוּם שַׁאֲנוּ דְּנִין יַחְלֹקוּ יִשְׁבַּע הַבַּע"ח וְכַמִּשְׁ"כ הַבַּע"ת וְהַש"ע בְּסִי נ
דְּמִשְׁמַע דְּגַם בְּגוֹבִין מְמַטְלְטְלִין הַדִּין פֶּן וְאִף דְּבְמַטְלְטְלֵי לֹא שִׁינְיָה לְקָרוֹתֵן בְּשֵׁם מְשַׁעְבְּדֵי
כַּנ"ל מ"מ חִיבֵי שְׂבוּעָה אִף דְּלֹא טְעֵנוּ הַשְּׂבַע לִי מְשׁוּם דְּהָא לְדִינָא קִי"ל דְּטוֹעֲגִין אִף
בְּשִׁבִיל זְכוֹת שַׁאֲרֵי הַבַּע"ח וְכַמִּשְׁ"כ הַש"ף בְּסִי צ"ט וּבְשַׁאֲרֵי דְּוֹכְתֵי כַּנ"ל.

א"כ טְעֵנִינוּ לְהוּ מַה דְּהוּי מְצִי לְמַטְעוֹן הַלְוָה וְלוֹמַר הַשְּׂבַע לִי וְלֹא מְבַעֲנָא לְשִׁיטַת רַש"י
וְסִיעָתוֹ דְּעִיקָר חִיבֵי שְׂבוּעָה בְּגוֹבָה מְשַׁעְבְּדֵי הוּא מְשׁוּם דְּטוֹעֲגִין לְהוּ א"כ זָה הַטַּעַם
שִׁינְיָה ג"כ בְּמַטְלְטְלֵי.

וְאִף לְשִׁיטַת הַתוֹס' בְּשְׂבוּעוֹת (דָּף מ"א) ד"ה וְכִי מַה בֵּין זָה כו' בֵּיתוּמִים וּמְמִילָא ה"ה
בְּמִשְׁעָבְדֵי דְּלֹא מְשׁוּם דְּטוֹעֲגִין אֲתוּ עֲלָהּ מ"מ הָא גַם לְשִׁיטַתֵּם הַדִּין הוּא דְּטוֹעֲגִין עֲבוּרָם.
[וּנְפ"מ כְּפִי שְׂיָבוּאֵר לְקַמְז].

וְסַעַד לְדַבְּרֵינוּ מִן הַרִיטְב"א לְכַתְּוֹבוֹת (דָּף צ"ג) בְּמִתְנִיתִין מִי שְׁהִיָּה נְשׁוּי ד' נְשִׁים
הִרְאִשׁוּנָה נְשַׁבַּעַת כו' פִּי רַש"י אִם שְׁנִיָּה טוֹעֲנַת הַשְּׂבַע כו' וְשְׁמַעִינוּ מְהֵכָא פִי מְלוֹה
מְקוּדָם הָבָא לְגַבּוֹת תְּחִלָּה דְּנְשַׁבַּע מְקוּדָם בְּנִק"ח כְּאֵלוּ בָּא לְיִפְרַע מְשַׁוְעָבְדִים כו' עכ"ל
הַרִיטְב"א בְּחִי וְהִבִּיאוּ הַשִּׁמ"ק נָשִׁים.

וְדַבְּרֵי הַרִיטְב"א מְקוּשִׁים פִּינּוּ דְּכַתְּבֵי מִתְחִלָּה בְּשֵׁם רַש"י דְּהִרְאִשׁוּנָה נְשַׁבַּעַת לְשַׁנְיָה מִינֵירִי
בְּטוֹעֲנַת הַשְּׂבַע לִי דְּנִקָּא א"כ אִיף כְּתָב מִיָּד אַחַר זָה וְשְׁמַעִינוּ מְהֵכָא דְּבַע"ח צָרִיף לְיִשְׁבַּע
נְגִד שַׁאֲרֵי בַע"ח כְּמוֹ בָּא לְיִפְרַע מְשַׁוְעָבְדִים כו' דְּמִשְׁמַע דְּאִף בְּלֹא טְעֵנַת הַשְּׂבַע לִי צָרִיף
לְיִשְׁבַע כְּדִין מְשַׁעְבְּדֵי וְסוֹתְרִים דְּבָרֵינוּ אֵהָדְדִי: וְלִפִּי דְּבָרֵי הַפְּנִי יְהוֹשַׁע לְכַתְּוֹבוֹת (דָּף צ"ג)
בְּד"ה מִי שְׁהִיָּה נְשׁוּי ד' נְשִׁים הִרְאִשׁוּנָה נְשַׁבַּעַת לְשַׁנְיָה כו' שְׁכַתְּבֵי לְפָרֵשׁ לְדַבְּרֵי רַש"י
דְּשֵׁם דְּגַם רַש"י מוֹדָה דְּכָל בַּע"ח צָרִיף לְיִשְׁבַע בְּמְקוּם שִׁישׁ שַׁאֲרֵי בַע"ח אִף בְּלֹא טְעֵנָה

רק דהתם בַּמְתַּנִּיתִין דְּמִיָּירִי רַק בְּחֻשׁ שְׂמָא לֹא מִשְׁתַּיִיר לֵה פְּשִׁיעוֹר פְּתוּבָתָה וְכַעַת יֵשׁ לְכוּלָּם מִמָּה לְגַבוֹת.

בכה"ג לא תקנו חז"ל שבועה רק אם טוענת השבע לי כמו שהאריך שם הפנ"י. ולפ"ז אתי שפיר דברי הריטב"א שכתב מתחלה לדברי רש"י דדוקא בטוענת השבע לי צריכה לישבע משום דהתם מיירי ביש לכולם ממה לגבות רק דטוענת שמה לא משתייר לי פתובתי דשמה תמצא שדה שאינו שלו כו' אבל היכא דאין מספיק לכולם ויש פסידא מיז לשארי בע"ח בזה הצריכו שבועה פדין גובה ממשעבדי אף בלא טענת השבע לי.

וכן לדברי הפני יהושע אתי שפיר מה דלא הביאו בח"מ בכל הסימנים הנ"ל שיטת רש"י וסייעתו דדוקא בטוען השבע לי יהיה חייב הבע"ח לישבע. אכן לפי מה שכתבתי א"ש בפשיטות דברי הריטב"א משום דמתחלה מפרש פשט המשנה דס"ל לת"ק דהרביעית נפרעת שלא בשבועה משום דס"ל דאין טוענים ליתומים בזה וכמש"כ רש"י ע"כ פירש רש"י דמיירי בטענה השבע לי.

ואף לפי מש"כ הריטב"א שם לקמן בד"ה אמר אב"י כו' דלאוקימתא קמא מיירי בפטרה מהשבועה וכמש"כ התוס' שם בד"ה שנומצאת שדה כו'. עכ"ז לאוקימתא דאב"י דת"ק לית ליה דאב"י קשישא וס"ל דבגדולים נפרעין שלא בשבועה אם פן סבירא ליה דאין טוענין להו ע"כ הוא הדין דאין טוענין להבעל חוב לכן הביא פ"י רש"י דמיירי דטענה השבע לי.

וממילא לדינא שפיר העלה הריטב"א דכל בע"ח צריך לישבע לשארי בע"ח פדין טורף ממשעבדי דהטעם הוא דטענין להו וכשיטת רש"י וסייעתו בכתובות (דף פ"ז) וא"ש בפשיטות דברי הריטב"א.

וראיתי בבבאור הגר"א זצ"ל בח"מ סי' קי"א סעי' ז' בס"ק ט"ו שכתב על מה דמבואר שם דצריך הבע"ח לישבע להבע"ח הנשניים פדין טורף כו' פתובות צ"ג ב' הראשונה נשבעת כו' ועיין רש"י שם ד"ה הראשונה עכ"ל.

וכוננתו למש"כ רש"י שם דנשבעת אם שניה טוענת השבע לי. וזהו דלא כמש"כ הש"ע הקא.

אף דאתי שפיר הן לדברי הפני יהושע והן לפי מה שכתבתי. ודברי הב"ש באה"ע סי' צ"ו סעי' ט' ס"ק כ"ד ובס"ק ל"ג כפר הבאתי בספרי נחל יצחק בס"י ע"א סעי' י"ט.

ולפי מש"כ אתי שפיר קושיות הב"ש הנ"ל: ענף ד נחזור לענינינו דהדין הוא דאף במטלטלין דיחלוקו הבע"ח דגם בזה צריך הבע"ח לישבע אף בלא טענה. וכן ראיתי בתשובות מיימוני לספר משפטים סי' מ"א שכתב להדיא בזה"ל וכל הבע"ח לא שקלי אלא בשבועה פדין הבא ליפרע מנכסים משועבדים לא יפרע אלא בשבועה לא שניא מקרקעי לא שניא מטלטלי עכ"ל.

הרי דכתב להדיא דהבע"ח צריך לישבע פדין טורף ממשעבדי דנשבע בלא טענה ולא שניא מקרקעי ל"ש מטלטלי. וזהו כמש"כ משום דאף דמטלטלי לא משתעבדי עכ"ז צריך

לְיִשְׁבַע אֵף בְּלֹא טַעֲנָה מִצַּד דְּטוֹעֲנִין לְהוּ וְהוּי שְׁפִיר כְּדִין טוֹרָף מִמְשַׁעֲבָדֵי לְשִׁיטַת רַש"י וְסִינְיַתוֹ בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף פ"ז) דְּלֶכֶן צ"ש שֶׁמֶּשׁ מִשׁוּם דְּטוֹעֲנִין לְהוּ.

וּי"ל דְּכֵן הוּא פְּנוּנַת הָרִי"ף לְכַתְּוֹבוֹת דְּכַתְּבַּב בַּפ"ט לְהַלְכוּתוֹ הֵךְ דִּינָא בְּבַע"ח דַּצ"ש בְּפִי־סָקָא דְּמִמְשַׁעֲבָדִים נִפְרַע בְּשַׁבּוּעָה וְכֵן הוּא פְּנוּנַת הַבַּע"ה תַּנְ"ל: וְאֵף שְׁנַתְּבָאָר דַּל"ש מְקַרְקַעֵי ל"ש מְטַלְטְלֵי צָרִיף הַבַּע"ח לְיִשְׁבַע נֶגְדַּ שְׁאָרֵי הַבַּע"ח אֵף דָּאִין הַלְנָה טוֹעֵן הַשְּׁבַע לִי וְכֵן אִין הַבַּע"ח טוֹעֲנִים הַשְּׁבַע.

דַּמ"מ יֵשׁ נִפְקָא מִיְנָה רַבְתָּא בֵּין מְקַרְקַע לְמְטַלְטְלֵי כְּפִי שְׂיִבְוָאָר. וְהוּא דְּהֵנָּה בְּסִי' ע"א סַעִי י"ט כְּתַב הַש"ע דָּאִין הַנְּאָמְנוֹת מוֹעִיל לְגַבֵּי לְקוֹחוֹת כו' וְה"ה לְמַלְנָה מְקַדָּם כו'.

וְהַש"ף ס"ק מ"ב פְּתַב דִּישׁ רַבִּים חוֹלְקִים ע"ז וְלֶכֶן אִם תְּפַס הַמְּלָנָה מְהֵנִי תְּפִיסְתוּ וַא"צ לְיִשְׁבַע וְסִינִים דְּזֵהוּ דוֹקָא בְּנֶאֱמָנוֹת מְפִרְשׁ שְׁהָאֲמִינוּ נֶגְדַּ הַלְקוֹחוֹת אַבְּל סְתָם נֶאֱמָנוֹת קְשִׁיטָא דַּלכ"ע לָא מְהֵנִי נֶגְדַּ הַלְקוֹחוֹת עכ"ל.

וּמִשְׁמַע דְּכֵן הוּא הַדִּין בְּמַלְנָה נֶגְדַּ שְׁאָרֵי מְלוּוִים דְּסְתָם נֶאֱמָנוֹת בְּנוֹדָאֵי דַּלכ"ע לָא מְהֵנִי וְלָא מְהֵנִי תְּפִיסְתוּ לְפִטוֹר א"ע מְשַׁבּוּעָה. אַכְּן לְפִי מַש"כ דְּהַדִּין הוּא דָּאֵף בְּמְטַלְטְלֵי צָרִיף הַבַּע"ח לְיִשְׁבַע נֶגְדַּ שְׁאָרֵי בַע"ח אֵף בְּלֹא טַעֲנָה מִשׁוּם דָּאֵף דָּאִין שְׁמָם בְּשֶׁם מְשַׁעֲבָדֵי מ"מ חֲתִיב שַׁבּוּעָה מִשׁוּם דְּטוֹעֲנִין לְהוּ מַה דְּהוּי מְצִי הַלְנָה לְטַעוֹן.

וְנִקְדִים לְמַה שְׁפַתְּבוּ הַתּוֹס' בְּשַׁבּוּעוֹת (דָּף מ"א ע"א) בַּד"ה וְכִי מַה בֵּין זֵה לְפּוֹגֵם שְׁטָרוּ כו' דְּמַה דְּתַנּוּן הַבָּא לְפִרְעַ מִיתוּמִים לָא יִפְרַע אֱלָא בְּשַׁבּוּעָה דָּאִין הַטַּעַם מִשׁוּם דְּטוֹעֲנִין לְהוּ דָּאֵי הֵיךְ אַבְּוִהֶנּוּ קִינִים הוּי טַעִין אִישְׁתַּבַּע לִי דַּא"כ הֵיכָא דְּנָתַן פְּטוֹר לְהַלְנָה בְּלַבַּד דַּמ"מ לָא יִפְרַע אֱלָא בְּשַׁבּוּעָה נֶגְדַּ הִיתוּמִים הָא אַבְּיָהֶן לָא הֵיךְ יְכוּל לְהַשְׁבִּיעַ אֱלָמָא עֲבוּד רַבְּנָן תְּקַנְתָּא לִיתְמֵי אִפִּי' בְּמַקּוּם שְׁאִין הָאָב יְכוּל לְהַשְׁבִּיעַ עכ"ל הַתּוֹס' בְּשִׁינּוּי לְשׁוֹן.

וּלפ"ז תְּקַשָּׁה עַל שִׁיטַת רַש"י וְהַרַע"ב וְהַר"נ פְּתוּבוֹת (דָּף פ"ז) שְׁפַתְּבוּ דְּלֶכֶן הַנְּפָרַע מִמְשַׁעֲבָדֵי וּמִיתְמֵי יִשְׁבַע מִשׁוּם דְּטַעֲנִינן לְהוּ מַה דַּה"מ אַבְּיָהֶן לְטַעוֹן וְכ"כ הַרְשָׁפ"ם בַּב"ב (דָּף ע' ע"ב) וְכ"כ הַנ"י שֶׁם וְקַשָּׁה עֲלֵיָהּ מַהֵךְ דְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף פ"ו) שְׁהוֹכִיחוּ הַתּוֹס' מְזֵה דְּלָאוּ מִשׁוּם טוֹעֲנִין אֲתִי עֲלָה דְּהָא אֵף הֵיכָא דְּאַבְּוִהֶנּוּ לָא הֵיךְ לוֹ לְהַשְׁבִּיעַ מִשׁוּם דְּכַתְּבַּב נֶדַר וּשְׁבּוּעָה אִין לִי עֲלֵיָךְ אַפ"ה יוֹרְשִׁיו מְשַׁבִּיעִין.

וּמִצָּאֵתִי בְּפִנֵי יְהוֹשֻׁעַ לְכַתְּוֹבוֹת (דָּף פ"ז) בַּד"ה מְנַכְסִים מְשׁוּעֲבָדִים שְׁהִבִּיא בְּשֶׁם נְתִיבוֹת הַמְשַׁפֵּט דְּתִירַץ זֵה דְּהָא סוּף סוּף הוּי מְצִי אַבְּיָהֶן לְמַטְעֵן אִישְׁתַּבַּע לִי אֱלָא דְּלָא מְהֵנִי מִצַּד הַפְּטוֹר שְׁפַתְּבַּ לָּהּ א"כ פִּינּוּן דְּלָא מְהֵנִי הַפְּטוֹר גַּבֵּי יוֹרְשִׁים שְׁפִיר טַעֲנִינן לְיוֹרְשִׁים וְלְקוֹחוֹת וְכַתְּבַּ ע"ז הַפְּנ"י וְהַדְּבָרִים רְאוּיִין לְמִי שְׁאָמְרָן לְיִשְׁבַע שִׁיטַת רַש"י י"ל עכ"ל.

וְעִינִין בְּבֵית יַעֲקֹב לְכַתְּוֹבוֹת (דָּף פ"ו) ד"ה הַלְכָה מְקַבֵּר בְּעֲלָה שְׁפַתְּבַּ דָּאֵף דְּהַתּוֹס' הַקְּשׁוּ מְנַקֵּי נֶדַר מְכָל מַקּוּם הֵיכָא דְּלָא הֵיךְ הַפְּטוֹר רַק נֶגְדוּ ג"כ הַדִּין פֶּן כַּמַּש"כ הַפְּנ"י: הָרִי דַּלפ"ז מְצִינוּ פְּלֹגְתָא בְּמִילְתָּא חַדְתָּא דְּלְשִׁיטַת רַש"י וְסִינְיַתוֹ מוֹכַח דָּאֵף הֵיכָא דְּאַבְּיָהֶן נָתַן נֶאֱמָנוֹת סְתָם לְהַמְלָנָה וְלָא הֵיךְ יְכוּל לְהַשְׁבִּיעַ דַּמ"מ יוֹרְשִׁיו יְכוּלוּן לְהַשְׁבִּיעַ אֶת הַמְּלָנָה מִשׁוּם דְּגַם בְּזֵה שְׁיָיָךְ לוֹמַר דְּטוֹעֲנִין לְהוּ פִּינּוּן דְּבִאָמַת הֵיךְ יְכוּל אַבְּיָהֶן לְטַעוֹן זֵה רַק מִצַּד הַפְּטוֹר שְׁלוֹ לָא הֵיךְ יְכוּל לְטַעוֹן פֶּן ע"כ גַּם בַּכָּה"ג שְׁיָיָךְ לְדוֹן דְּטוֹעֲנִין.

אָבֿל לְשִׁיטַת הַתּוֹס' דֵּהטעם הוּא דִלְכֵן בְּנִתְּן גַּאָמְנוֹת סָתֵם הַלְּוֵה אֵינּוּ יָכוֹל לְהַשְׁבִּיעוּ אָבֿל יוֹרְשֵׁי מַשְׁבִּיעִין אוֹתוֹ דְּזֵהוּ מִשּׁוּם דְּחִסּוּ חַז"ל לְטוֹבַת הַיְתוּמִים וְהַלְקוּחוֹת אַף הֵיכָא דְלֹא שְׁיָיָה ל'וֹמֵר דְּטוֹעֲנִין לְהוּ אָבֿל הַטעם דְּטוֹעֲנִין לֹא שְׁיָיָה בְּכַה"ג פִּינּוֹן דְּאַבִּיָּהוֹן לֹא הָיָה יָכוֹל עַכ"פּ לְהַשְׁבִּיעוּ.

וְלָכֵן נִלְע"ד בְּגָבִיּוֹת מַטְלָטְלִי שְׁאִין לְהַבְע"ח שְׁעָבוּד מַטְלָטְלִי אַג"ק דְּנִתְבְּאָר לְעֵיל דְּזֵה לֹא נִקְרָא בְּשֵׁם מַשְׁעָבְדִי פִּינּוֹן דְּמַטְלָטְלִי לֹא מַשְׁתַּעֲבָדִי דְּעֵיקָר הַטעם דְּמַשְׁבִּיעִין בְּכַה"ג לְהַבְע"ח נִגְדָּה שְׁאָרִי בַע"ח מִשּׁוּם דְּטוֹעֲנִין לְהוּ א"כ הֵיכָא דְּהַלְוֵה בְּעֶצְמוֹ לֹא הָיָה יָכוֹל לְהַשְׁבִּיעַ מִשּׁוּם דְּנִתְּן ל'וֹ גַּאָמְנוֹת נִגְדוּ דְלֹא שְׁיָיָה טוֹעֲנִין בְּזֵה לְשִׁיטַת הַתּוֹס' לָכֵן אֵין לָנוּ יָכוֹלֵת לְהַשְׁבִּיעוּ כ"ז דְּאֵינּוּ טוֹעֲנִין הַשְׁבַּע לָנוּ.

רַק לְשִׁיטַת רַש"י וְסִייעָתוֹ דְּגַם בְּכַה"ג שְׁיָיָה ל'וֹמֵר דְּטוֹעֲנִין לָכֵן אַף בְּגָבִיּוֹת מַטְלָטְלִין דְּאֵין שֵׁם מַשְׁעָבְדִי עָלֵיהֶן עַכ"ז טוֹעֲנִים עֲבוּרֵם לְהַשְׁבִּיעַ לְהַבְע"ח מִשּׁוּם דְּהָא ס"ל דְּגַם בְּכַה"ג שְׁיָיָה טוֹעֲנִין.

וּי"ל דְּמָה דְּמִבְּנֵי דְּמִימוֹנֵי הַנְּ"ל דֵּל"ש מְקַרְקְעֵי ל'ש מַטְלָטְלִי לֹא שְׁקִלֵי אֵלָא בְּשִׁבּוּעָה וּמַשְׁמַע דַּס"ל דְּאֵין לְחַלֵּק בֵּין מְקַרְקְעֵי לְמַטְלָטְלִי י"ל דְּזֵהוּ מִשּׁוּם דַּס"ל כְּשִׁיטַת רַש"י דְּאֵין שְׁבּוּעַת מַשְׁעָבְדִי הוּא רַק מִשּׁוּם דְּטוֹעֲנִין לְהוּ לָכֵן ס"ל דְּאֵין לְחַלֵּק בֵּין מְקַרְקְעֵי לְמַטְלָטְלִי.

אָבֿל לְשִׁיטַת הַתּוֹס' יֵשׁ לְחַלֵּק בֵּינֵיהֶם בְּזֵה: עֲנָף ה וְלָכֵן אִם תְּפַס הַמְּלִנְה לְהַמְּטָלְטְלִי וַיֵּשׁ ל'וֹ גַּאָמְנוֹת נִגְדָּה הַלְּוֵה אֵין אָנוּ יָכוֹלִין לְהַשְׁבִּיעוּ כ"ז דְּאֵינּוּ טוֹעֲנִין בְּרִי שְׁנִפְרַע חוּבוֹ וְהַשְׁבַּע מִשּׁוּם דְּיָכוֹל ל'וֹמֵר קִים לִי כְּשִׁיטַת הַתּוֹס' דַּס"ל דְּלֹא שְׁיָיָה ל'וֹמֵר טוֹעֲנִין לְהוּ בְּכַה"ג פִּינּוֹן דְּהַלְוֵה בְּעֶצְמוֹ לֹא הָיָה נִאָמֵן ל'וֹמֵר פְּרַעַתִי וְלְהַשְׁבִּיעוּ מִחֲמַת הַגַּאָמְנוֹת שְׁנִתְּן לְהַמְּלִנְה וְאַף דְּלֹא הָיָה גַּאָמְנוֹת מְפֹרָשׁ נִגְדָּה ב"כ וְהַלְקוּחוֹת רַק נִגְדָּה הַלְּוֵה בְּלִבְד מ"מ פִּינּוֹן דְּהַלְוֵה לֹא הָיָה יָכוֹל לְהַשְׁבִּיעוּ עַכ"פּ לָכֵן לֹא שְׁיָיָה לְדוֹן דְּטוֹעֲנִין לְהַבְע"ח וּפְטוּר מִן הַשְׁבּוּעָה.

רַק בְּקַרְקַע אַף דְּתַפְס כְּעֵין הַמְּבֹנְאָר בְּהָרָא"ש לְכַתְּנֻבוֹת פ"ט ס'י י"א בְּשֵׁם ר' יוֹנָה ע"ש. לֹא יָכוֹל ל'וֹמֵר קִים לִי כְּהַתּוֹס' מִשּׁוּם דְּהָא לְשִׁיטַת הַתּוֹס' ג"כ חֵיִיב שְׁבּוּעָה אַף הֵיכָא דְלֹא שְׁיָיָה דְּטוֹעֲנִין.

מִשּׁוּם דְּנִקְרָאוּ בְּשֵׁם מַשְׁעָבְדִי דְּהָא הַקְּרָקְעוֹת הֵם מְשׁוּעָבְדִים לְכָל הַבְע"ח לְמ"ד ש"ד וְאַף לְמֵאן דַּס"ל שְׁעָבוּדָא לָאוּ דְּאוּרֵיִיתָא מ"מ יֵשׁ עָלֵיהֶם שְׁעָבוּדָא מְדַרְבְּנָן וַיֵּשׁ עָלֵיו חֵיִיב שְׁבּוּעָה דְּהוּי כְּמוֹ טוֹרָף מִמַּשְׁעָבְדִי דְּחֵיִיב שְׁבּוּעָה אַף הֵיכָא דְלֹא שְׁיָיָה ל'וֹמֵר דְּטוֹעֲנִין אָבֿל גָּבִי מַטְלָטְלִין דְּלֹא מַשְׁתַּעֲבָדִי וְאֵין בְּזֵה חֵיִיב שְׁבּוּעָה מִשּׁוּם גְּבִינ' מִמַּשְׁעָבְדִי רַק דְּעֵיקָר חֵיִיב שְׁבּוּעָה הוּא בְּזֵה רַק מִשּׁוּם טוֹעֲנִין לְהוּ וְלָכֵן פִּינּוֹן דְּהַלְוֵה לֹא הָיָה יָכוֹל לְהַשְׁבִּיעַ מִמִּילָא פְטוּר מִן הַשְׁבּוּעָה לְשִׁיטַת הַתּוֹס' כ"ז דְּאֵין טוֹעֲנִין בְּרִי שְׁנִפְרַע חוּבוֹ וְהַשְׁבַּע לָנוּ ע"כ מִמִּילָא מְהִי תַפְסוֹתוֹ ל'וֹמֵר קִים לִי כְּשִׁיטַת הַתּוֹס' וּמִפְטוּר מְהַשְׁבּוּעָה וּכְמוֹ כָּל סְפִיקָא דְּדִינָא.

וְאַף דְּמִן דְּבְרֵי הַשְּׁ"ף בְּסִי' ע"א ס"ק מ"ב דְּסָתֵם בְּזֵה לֹא מַשְׁמַע כֵּן מ"מ נִרְאֶה לִי לְדִינָא כֵּן וּי"ל דְּגַם הַשְּׁ"ף מוֹדָה לְזֵה רַק דְּלֹא מִיִּירִי מְזָה דְּהָא מִיִּירִי שֵׁם בְּלְקוּחוֹת וְגַם מִיִּירִי בְּקַרְקַע שֵׁם. אָבֿל בְּמַטְלָטְלִי בַבְע"ח דְּתַפְס דְּמַפְסִיד לְשְׁאָרִי בַע"ח י"ל דְּגַם הַשְּׁ"ף מוֹדָה

דאף בנאמנות סתם מהני תפיסתו ואין אנו יכולין לחייבו שבועה כ"ז דאינן טוענים השבע לנו וברי שנפרע חובו.

אבל בלא תפס אז אף דיש להמלנה נאמנות מפורש נגד הב"כ והלקוחות מ"מ אינו גובה בל"ש במקום דיש בע"ח אחרים אף בגביות מטלטלין וכדמוכח בסי' ק"ד סעי' י"א ומיירי שם גם במטלטלי כמו דכתב שם בסעי' יו"ד.

ומיירי שם בנאמנות ומשמע אף בנאמנות מפורש מדסתמו וכדמוכח מהסמ"ע שם בס"ק כ"ט. משום דלא שייך מיגו בזה וכמש"כ האו"ת בעצמו בסי' פ"ב בתנאים ס"ק ד' דבמה דנתן נאמנות על מפאן ולהבא לא שייך מיגו כ"כ ואף דבאורים שם כתב להסתפק בזה אכן מ"מ העיקר כמש"כ.

וכ"ז אם אין הבע"ח מוחזק. ולא שייך לומר בזה דהא ה"ל ספק תקנה דמוקמינן על ד"ת משום דהא היכא דה"ל טענת ברי פנגדו לא דיינינן פו וכדמוכח בהא דסי' פ"ד סעי' א'.

א"כ ה"ה במה דטוענין להבע"ח ה"ל כמו ברי וכמש"כ הרא"ש רפ"ב דכתובות פ"עין זה. ואף לפמש"כ פשיטת התוס' דאין טוענין להו בכינצא בזה זהו רק לענין אם יכולין לחייבו שבועה ע"י מה דטוענין להו אבל מ"מ מקרי טענת ברי לכ"ע במה דטוענין להו.

וע"כ אף במקום ספק חייב שבועה אם מהני נאמנות מפורש במקום דחב לאחרים וכמש"כ הש"ך בסי' ע"א ס"ק מ"ב דכתב בשם הרא"ש דכיין דאיפליגו רבנותא לא מפקינן עד שישבע המלנה כו'.

אף דהוי ספק תקנה אינו גובה רק בשבועה. אבל בתפס מטלטלי אף בנאמנות סתם אין אנו יכולים להוציא מידו אף דלא נשבע דאין פח בדינו לחייבו שבועה כ"ז דאינן טוענים ידענו שנפרע חובו והשבע לנו משום דיכול לומר קים לי כשי' התוס': וזה ברור דאם נימא פשיטת התוס' דאין טוענין להו במקום דהלנה עצמו לא הנה יכול לטעון לחייב להמלנה שבועה ולכן אם תפס המלנה מהני תפיסתו בלא שבועה.

דאף דטוענים שארי הבע"ח להבע"ח שתפס דהשבע לנו דמ"מ אינן יכולין להשביעו מפאת טענת עצמו פיון דאין טוענין להו. דהא מבואר בסי' פ"ב סעי' ב' גבי טענת אשתבע לי על השטר דדוקא בטען הלנה טענת ברי אבל בטוען שמא אף דטוען אישתבע לי לא משבעינן להמלנה וכ"כ הח"מ באה"ע סי' צ"ו ס"ק כ"ג ע"ש.

א"כ ה"ה פאן פיון דטוען קים לי פשיטת התוס' דאין טוענין בכה"ג דהנה להמלנה נאמנות סתם נגד הלנה וכיון דאין טוענין עבור הבעלי חובות א"כ אין זה מקרי טענת ברי לכן אף דיטענו השבע לנו דילמא נפרעת את החוב אינן יכולין לחייבו שבועה על שטרו.

והא דמבואר בכתובות (דף צ"ג) דהראשונה נשבעת לשניה אם שניה טוענת השבע לי שלא גבית פלום כו'. י"ל דשא"ה דהא פתבו התוס' בב"ב (דף קנ"ח) בד"ה ובית הלל כו' בשם הר"י דלכן צריכה לישבע על פתובתה משום דחיישינן שמא תפסה מחיים כו' ע"ש.

וזהו פלוגמת הראשונים שהובא באה"ע סי' צ"ו בב"ש ס"ק א' ובח"מ שם ס"ק י' ובב"ש שם ס"ק י' בשם הב"ח דס"ל דשבועה שלא תפסה אין זה רק גלגול שבועה ומן שיטת

רש"י וסייעתו דכתבו הכא דהראשונה נשבעת לשנויה בטוענת השבע לי שלא גבית משל בעלי משמע דס"ל דהוי חשש גמור לשמא תפסה מעצמה וכן משמע הלשון דשלא גבית.

דקא לשיטת רש"י וסייעתו הלז דס"ל דכ"ז דאינון טוענין השבע לי אינה חייבת לישבע משום דס"ל דאינון טוענין בכה"ג ויהיה מאיזה טעם שיהיה א"כ תקשה דאף דטוענת השבע לי איה משבעינן דקא טוענת בספק וכבר נתבאר דטוענת השבע לי על טענת ספק לא משבעינן והכא מקרי ג"כ טענתספק פיון דס"ל דאינון טוענין בכה"ג ודוחק לומר דמייירי בטוענת פרי.

ומוכח מדברי רש"י וסייעתו דס"ל דהוה שבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה ולא מצד ג"ש. והוי מזה סייעתא לדברי הט"ז באה"ע סי' צ"ז ס"ק א' שהביא בשם הרלב"ח דהוה שבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה ומסיק לדינא דאף בגרושה אם טוען הבעל השבע לי צריכה לישבע שלא תפסה וחולק על הפ"ח שם והובא בב"ש שם ס"ק א' ועיין בהגהות הט"ז שם.

והט"ז הביא שם בשם הרלב"ח דרש"י ס"ל דלא חיישינן לשמא תפסה מדלא הזכיר חשש זה בכתובות (דף פ"ז). אכן לענ"ד מוכח מן דברי רש"י פתובות (דף צ"ג) דס"ל דהחשש שמא תפסה הוא חשש מעליא והוי זה עיקר שבועה ומה דלא הזכיר רש"י זה שם (דף פ"ז) אין זה ראיה מוכרחת.

ועיין בב"ש סי' צ"ח ס"ק י"ג מזה ובסי' צ' ס"ק כ"ד: ולכן אין ראיה מרש"י הנ"ל לדון לחייב שבועה דאשתבע לי על הספק וע"כ בבע"ח א' דתפס מטלטלין וכתוב נאמנות בשטרות אף בנאמנות סתם אין יכולין הבע"ח האחרים להשביעו כ"ז דאינון טוענין פרי דנפרע חובו אף דטוענים השבע לנו מ"מ אינון יכולין להשביעו משום דיכול לומר קים לי פשיטת התוס' דבכה"ג אין טוענין להו.

אבל אם לא תפס אף דכתוב נאמנות מפורש בשטרות מ"מ אינו גובה רק בשבועה נגד שארי הבע"ח אף דאין הלנה טוען אשתבע לי דלא פרעתיך וגם הבע"ח אינון טוענין השבע לנו מ"מ אינו גובה רק בשבועה.

אכן בתפס מהני. וכבר נתבאר למעלה דיש סוברים דבזה"ז דתקנו הגאונים דמטלטלי משתעבדי די"ל דזהו ג"כ מן הדין כמו שכתב הרא"ש בב"ק פ"א סי' י"ט א"כ ה"ה מינ' דשייך הטעם שלהם.

אבל הא רבים חולקים ע"ז. ובפרט דקא קיי"ל דבמטלטלי אין בהם קדימה פלל א"כ חזינו דלא משתעבדי ע"כ מהני תפיסתו ולומר קים לי כהסוברים דקא דמטלטלי דיתמי משתעבדי בזה"ז אין זה רק מצד התקנה ולא מצד שעבוד כ"ז דלא שיעבד בפ"י מטלטלי ואין שם משעבדי רק עיקר חייב שבועה במטלטלי הוא מצד דטוענים להו והא לשי' התוס' אין טוענים בכה"ג פיון דכתוב נאמנות סתם ולא היה יכול הלנה להשביעו עכ"פ לכן יכול לומר קים לי פשיטתם ואין אנו יכולין לחייבו שבועה.

ואין לומר דקא פיון דתפס מטלטלי לגבות א"כ הא בא עליהם מצד שעבוד מדרבנן וע"כ כמו דהוא בא עליהן מן צד שעבוד ה"ה נידון פן בזכות שארי בע"ח. דז"א דקא מייירינן בתפס מטלטלי מן הלנה ולא מייירינן במטלטלי דיתמי דקא ביתמי ונדאי צ"ש א"כ שפיר

יכול לומר דאינו בא עליהן מצד שעבוד רק מצד פריעת בע"ח מצוה ומינן' אף מגלימא כו' גובין מה"ת ע"כ שפיר יכול לומר דאין דין שעבוד פלל על המטלטלין וא"צ שבועה נגד שארי הבע"ח פשתפס: ג (שם סעיף ב') אם טען השבע לי שלא פרעתיך משביעין אותו בנק"ח כו' והוא שישטעון הלנה ברי שהוא פרוע אבל אם בא בטענת שמה לא משביעין לי עכ"ל.

והט"ז לקמן סי' צ"ג סוף סעי' י"ג פתב בזה"ל בא"ע סי' צ"ז בסופו הוכחתי בפי שפא להוציא חוב ויש לו שט"ח והלנה טוען שמה תפסת משלי בהיותך שותף עמי אע"פ שחלקו השותפים חייב לישבע ע"ש עכ"ל הט"ז: ענה א והנה הט"ז באה"ע סי' צ"ז הביא בשם מהר"ח בתשובה שפתב לדון בשבועת פתובה אם שבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה או לא ושיטת הרמב"ם דלא הנפיר שבועה זו ס"ל דלא הוי זה עיקר שבועה וכו' בלשון רש"י פתובות (דף פ"ז) שפתב בשבועת משעבדי ויתומים שהיא מטעם שמה פרוע ולא הונפרה שבועה שלא תפסה.

ולשיטת הטור הוי שבועה שלא תפסה עיקר שבועה וה"ה גרושה חייבת לישבע זה כן הוא קוטב דברי מהר"ח והב"ח השיג ע"ז ומסקנת הט"ז להכריע דשבועה שלא תפסה הוא עיקר שבועה פשתובעת הפתובה בין אלמנה בין גרושה אלא דבאלמנה נשבעת אפילו לא יטענו היורשים ואלו בגרושה הפאה לגבות מהבעל בעינן שישטעון הבעל ששבע שלא תפסה מעצמה ומה"ט בשותף הפא לגבות בשט"ח משותפו אם יטעון שותפו בטענת ספק שמה תפס ממנו וטוען שישבע לו צ"ש ואינו יכול להוציא הממון בלא שבועה כמו בגרושה שתובעת הפתובה דצ"ש שלא תפסה באם טוען שתשבע כן הוא קוטב דברי הט"ז שם.

והובא דברי הט"ז הנ"ל בב"ש סי' צ"ז. ועיקר הך מילתא אם שבועה שלא תפסה הוא עיקר שבועה זהו פלוגתת הראשונים והובאו בב"ש סי' צ"ו ס"ק א'.

ועיקר שבועה שלא תפסה פתבו התוס' בב"ב (דף קנ"ח) ד"ה ובית הלל כו'. והחלקת מחוקק בסי' צ"ו ס"ק י' פתב דשבועה שלא תפסה הוא ג"ש ולכן בגרושה א"צ שבועה שלא תפסה וכ"כ הב"ש שם ס"ק י' בשם הב"ח וכ"כ הב"ש מזה בסי' צ"ח ס"ק י"ג והאריה בזה שם.

וכינן דזהו ספיקא דפלוגתא ע"כ אין להוציא ממון רק בשבועה שלא תפסה אף דהבעל טוען שמה רק דבעינן שישטעון השבע לי כמו בשבועת אשתבע לי דלא פרעתיך דבעינן שישטעון השבע לי וכמש"כ הט"ז: ולכאורה קשה דהא מבואר הך דבטוען שמה פרעתיך אף דישטעון השבע לי לא משביעין לי ואמאי בטענה שמה תפסה משביעין לשיטת הט"ז.

ובאמת אינו קשה דדוקא בטענה שמה פרוע לא משביעין משום דיש בזה חזקה דשטרא בידי כו' משא"כ בחשש שמה תפסה בעצמה דלא שייך בזה חזקה דשטרא כו' ע"כ תקנו שבועה דלא תטול רק בשבועה אף בטענת שמה.

ועדיין יש להקשות דהא אף במלנה בע"פ הדין הוא באיני יודע אם פרעתי דהמלנה נוטל בל"ש כמבואר לעיל סי' ע"ה סעי' ט' והכא בבאר הגולה ס"ק מ'. ומפני מה חייבו שבועה שלא תפסה הא הוי א"י א"פ.

ואפשר לחלק דשאני בזה היכא דה"ל למידע הוי שמא גרוע משא"כ הכא בחשש שמא תפסה דלא ה"ל למידע ע"כ פיון דבא ליטול תקנו שבועה אף על טענת שמא פיון דיש לנו לידת הספק שמא תפסה פיון שנקסי בעלה מצויין בידה וכעין דברי הש"ך בח"מ סי' קמ"ו ס"ק ה' בשם תשובת מיימוני דטובא אשפחן ליטול דנשבועין על טענת שמא ע"ש.

והא דח"מ סי' קכ"א סעי' י' דאין הלנה יכול להשביע להמלנה שלא פרעו השליח אף דהמלנה בא ליטול. י"ל הטעם שם ע"פ סברת הנתיבות בסי' ע"ה ס"ק ה' על הא דחננוני ופועלים דהבעה"ב פשע דלא היה לו למסור הפרעון להחננוני וה"ל דינו כמו שמא גרוע.

וה"ה הכא במה דמסר הפרעון לשלוחו מקרי פשיעה ודינו כמו שמא גרוע ולכן אינו חייב המלנה לישוב. ומן שיטת הסוברים דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה יש להוכיח מזה דה"ה בכל איני יודע אם פרעתי היכא דלא ה"ל למידע לשיטת הסוברים דחייב בזה דעכ"ז חייב התובע לישוב ואינו נוטל רק ע"י שבועה היכא דיש מקום לידת הספק.

ואפשר לחלק עוד דשאני בחשש פרעון דיש פנגדו חזקת חיוב דעומד בחזקה הראשונה ולא נפרע חובו משום דאם נימא דפרעו א"כ נתבטל החזקת חיוב משא"כ בחשש שמא תפסה דע"י התפיסה שלא לא נפקע החוב רק זה גובה וזה גובה ואנו פאנו עלי' משום הפוכי מטרמא לעשותו עכשיו לפרעון אבל בעת שתפסה לא נתבטל אז החוב לכן אין זה סותר להחזקת חיוב ונשפיר חשו לזה ויש להאריך בכ"ז: וההפלאה בסי' צ"ז פתב דמה שהביא הב"ש ראיה להרלב"ח דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה מן התוס' בב"ב (דף קנ"ח) ומחלק דשאני באלמנה דכתבו דשבועה שלא תפסה בעצמה הוא עיקר שבועה משום דטענינו ליורשים אם היה אביהם קיים היה טוען ברי שתפסה משא"כ בבעל הטוען לגרושתו שמא תפסה עדיין י"ל דלא משבועינו שמא תפסה עכ"ל ההפלאה.

וכעין זה פתב בספר בית יעקב באה"ע סי' צ"ז דאין ראיה מן התוס' בב"ב ה"ל משום דיש לחלק דשאני ביתומים דחשו לטובתם לחוש שמא תפסה אבל לגבי הבעל עצמו לא תקנו שבועה בטוען שמא תפסה ע"ש.

ולענ"ד נראה להביא ראיה לדברי הט"ז דגם בגרושה התובעת מן הבעל חייבת שבועה שלא תפסה אמתובעת פתובה והוא דהא בכתובות (דף צ"ג) במשנה מי שהיה נשוי ד' נשים ומת כו' הראשונה נשבעת לשניה כו' והרביעית נפרעת שלא בשבועה ופ"י רש"י אם שניה טוענת השבע לי שלא גבית משל בעלי כלום כו' וקסבר האי תנא דשבועת יתומים בקטנים ולא בגדולים עכ"ל רש"י.

וס"ל לרש"י דהך שבועת הראשונה לשניה אין זה משום שבועת משעבדי דלא בעינו טענה וכמש"כ התוס' יו"ט. אלא כמש"כ הפני יהושע והקול הרמ"ז לפרש פנונת רש"י דבעינו דוקא טענת השבע לי וכ"כ הר"נ והריטב"א והרע"ב שם דבעינו שתטעון השניה השבע לי שלא גבית משל בעלי כלום.

ויש להעיר בלשונם שכתבו פולם השבע לי שלא גבית משל בעלי ולא נקטו לשון פרעון דהשבעי לי שלא נפרעת פתובתך וכמו דכתב רש"י לעיל (ד' פ"ז) בשבועת משעבדי ויתומים וכמש"כ שם הר"נ והרע"ב והכא נקטו פולם לשון שלא גבית ובנודאי הלא דבר

הוא: ענף ב והנלע"ד דהראשונים הנ"ל נתפוננו לתרץ בזה למה שיש להקשות קושיא
תזקה מהך משנה והוא דאמרינן בשבועות (דף מ"א) א' ר"פ האי מאן דאפיק שטרא על
חבריו וא"ל שטרא פרוע הוא אם אמר לישתבע לי א"ל אישתבע ליה כו' מה בין זה
לפוגם שטרו כו'.

והתוס' שם בד"ה וכי מה בין זה לפוגם שטרו וא"ת תקשה ליה אמתייתין דהבא ליפרע
מנכסי יתומים כו' ומיהו נראה דטעמא לאו משום הכי הוא כו' עכ"ל. ובאמת לשיטת
רש"י והרע"ב והר"נ בכתובות (דף פ"ז) דכתבו דשבועת משעבדי ויתומים הוא בשביל
דטענינו להו מה דאבוהון מצי למטען תקשה עליהם קושיות התוס' הנ"ל.

והפני יהושע האריף בכוננת רש"י דכתובות (דף פ"ז) שם והביא שם דברי נתיבות
המשפט ע"ש. והנתיבות המשפט שם לא תירץ רק מה שיש להקשות על שיטת רש"י
וסייעתו ממשנה הקודמת דשם דאע"ג שכתב לה נדר ושבועה כו' אפ"ה יורשין משביעין
אותה.

ומה שהקשו התוס' שם דהמקשה דהקשה על ר"פ דשם ומה בין זה לפוגם שטרו דהא
אף בלא מימרא דר"פ תקשה ליה אמתייתין דנפרע מיתומים כו' דטעמא משום דטענינו
להו כפי רש"י וסייעתו.

על זה לא תירץ פלוגתא נתיבות המשפט שהובא בפני יהושע שם. אף אפשר לומר
דכיין דלא הזכיר המשנה מפני שהיה לה שבעת אשתבע לי ע"כ לא הקשה המקשה דמה
בין זה לפוגם שטרו רק על מימרא דר"פ.

ובאמת הר"נ לכתובות (דף פ"ז) על משנה דנפרע ממשועבדים ויתומים דצ"ש פתב
דמזה הוכיח הש"ס בשבועות לדון שבועת אשתבע לי דלא נאמר רמז מזה במשנה אלא
משום ה"ט כמש"כ רש"י ע"ש.

ועכ"ז פיון דלא נשנה זה במפורש במשנה ע"כ לא הקשו פן על המשנה. אבל למאי דפי'
רש"י וסייעתו דהך שבועת הראשונה לשניה הוא משום דטוענת השבע לי א"כ תקשה
ע"ז דהאי קושיות המקשה דמה בין זה לפוגם שטרו הנה יכול להקשות על המשנה דמי
שהנה נשוי דהראשונה נשבעת לשניה דזהו משום טענת השבע לי.

וזהו מוכרח לפי מש"כ במק"א לפרש בכוננת רש"י דכיין דפירש דת"ק דאית ליה
הרביעית נפרעת שלא בשבועה דס"ל דביתומים גדולים א"צ שבועה א"כ ס"ל דלא
טענינו לחייב שבועה דתקשה דאמאי נשבעת הראשונה לשניה וע"כ פירש משום
דטוענת השבע לי.

וכן הוא מוכרח בפשט הסוגיא דכתובות (דף צ"ד) דא"ל מתניתין היא הראשונה נשבעת
כו' ואילו ראשונה נשבעת לשלישית לא קתני כו' דמוכח מזה דבעינן טענה דאל"כ אין
מקום להוכיח שם על הני תרי אחי ושותפי כו' והתירצן שם א"ל שבועה לא שבועה
למאה כו' אבל בעיקר דבריו דבעינן טענה לא דחי ליה.

עכ"פ לדברי רש"י וסייעתו דפירשו להמשנה דהראשונה נשבעת לשניה דזהו משום
טענת השבע לי וזהו מוכרח לשיטתם דלא ס"ל למש"כ התוס' יו"ט שם. א"כ תקשה

דְּהִיָּה לְהַמְקִשָּׁה דְּהַקְשָׁה עַל ר"פ דְּמָה בֵּין זֶה לְפִּוּגָם שְׁטָרוּ דַּה"ל לְהַקְשׁוֹת פֶּן עַל הַף מְשַׁנָּה מְפֹרָשֶׁת.

בְּשִׁלְמָא בְּהַמְשַׁנָּה דְּנִפְרַע מִמְשׁוּנְעָבְדִים וּיְתוּמִים פִּינּוּ דְּאִין זֶה מְפֹרָשׁ כ"כ ע"כ י"ל דְּלִכּוֹן לֹא הַקְשָׁה שָׁם מִשְׁא"כ בְּהַף מְשַׁנָּה דְּנִשְׁנָה מְפֹרָשׁ תַּקְשָׁה פֶּן: וּמִטַּעַם זֶה נִלְע"ד בְּכּוֹנֵנַת רַש"י וְסִיּוּעָתוֹ דְּכְתָבוּ הֵכָא דְּרֵאשׁוֹנָה נִשְׁבַּעַת בְּטוּעָנַת הַשְּׁבַע לִי שְׁלֹא גְבִיתָ מְשָׁל בְּעָלִי וְלֹא נִקְטוּ לְשׁוֹן פְּרַעוֹן דְּתַשְׁבַּע שְׁלֹא נִפְרַעַת מְשָׁל בְּעָלִי כְּמוֹ דְּנִקְטוּ בְּלִשׁוֹנָם בְּהַמְשַׁנָּה דְּמִמְשׁוּנְעָבְדִים וּיְתוּמִים דַּצ"ש מִשׁוּם פְּרַעוֹן כְּמִבְּנֹאֵר בְּכַתְּוִבּוֹת (דָּף פ"ז) וּבְּנִוְדָאֵי הֵלֵא דְּבָר הוּא.

וּע"כ נִלְע"ד לֹוּמַר דְּרַש"י וְסִיּוּעָתוֹ נִתְפֹּנְנוּ בְּלִשׁוֹנָם שְׁכַתְּבוּ דְּתַשְׁבַּע שְׁלֹא גְבִיתָ דַּעפ"ז הִיָּה מִתְּוֹרֵץ מַה שְׁיִשׁ לְהַקְשׁוֹת מֵהַף דְּשְׁבוּעוֹת דַּה"ל לְהַמְקִשָּׁה שָׁם לְהַקְשׁוֹת דְּמָה בֵּין זֶה לְפִוּגָם שְׁטָרוּ עַל הַף מְשַׁנָּה.

וּבְאַמְתָּ י"ל דְּאִין זֶה קִשָּׁה לְשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּעַל פְּתוּבָה צְרִיכָה לִישְׁבַּע שְׁלֹא תִפְסָה וְהוּי זֶה עֵינְקָר שְׁבוּעָה ע"כ י"ל דְּמֵן הַף מְשַׁנָּה דְּהֵרֵאשׁוֹנָה נִשְׁבַּעַת לְשַׁנְיָא אִינּוּ רְאָיָה לְהוֹכִיחַ מִזֶּה עַל שְׁבוּעַת אֲשַׁתְּבַּע לִי דְּלֹא פְרַעַתִּיָּה עַל הַשְּׁטָר מִשׁוּם דְּעַדִּינּוּ יֵשׁ לְחַלֵּק דְּשִׁאנִי בְּכַתְּוִבָּה דְּחִשׁוּ שְׁמָא תִפְסָה מִנְכָסִי בְּעֵלָה שְׁמַצוּי בְּיָדָה ע"כ תִּקְנוּ שְׁתַּשְׁבַּע דְּהָא עַל זֶה הַחֲשֵׁשׁ לֹא שְׁיִיָּה לֹוּמַר דְּחִזְקָה דְּשְׁטָרָא בְּיָדִי כו' מְסִייעַ לֵה דְּדוֹנָקָא בְּחֲשֵׁשׁ פְּרַעוֹן שְׁיִיָּה לֹוּמַר וְלָדוֹן לְהַחֲזִיקָה דְּשְׁטָרָא בְּיָדִי מֵאִי בְּעִי.

וְלִכּוֹן עַדִּינּוּ י"ל דְּמִי שְׁהוּצִיא שְׁט"ח עַל חֲבִירוֹ פִּינּוּ דְּמְסִייעַ לִיָּה הַחֲזִיקָה דְּשְׁטָרָא בְּיָדִי דְּלֹא תִקְנוּ חַז"ל בְּזֶה לְשְׁבוּעָה אַף דְּיִטְעוֹן הַשְּׁבַע לִי וְעִינּוּ בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"א) בְּרַש"י ד"ה וְכִי מַה בֵּין זֶה כו' שְׁכַתְּבִי דְּגַבִּי פּוּגְמַת לִיכָּא לְמִיִּסְמָךְ תּוּ אֲשַׁטְרָא כו' ע"ש.

א"כ עַל הַף מְשַׁנָּה דְּהֵרֵאשׁוֹנָה נִשְׁבַּעַת לְשַׁנְיָה לֹא הִיָּה יְכוֹל לְהַקְשׁוֹת דְּמָה בֵּין זֶה לְפִוּגָם שְׁטָרוּ מִשׁוּם דִּי"ל דְּבִלָּא פּוּגְמַת א"צ שְׁבוּעָה עַל חֲשֵׁשׁ פְּרַעוֹן רַק שְׁבוּעָה שְׁלֹא תִפְסָה בְּעַצְמָה דַּע"ז הַחֲשֵׁשׁ לִיכָּא לְסִיּוּעֵי מִן חֲזִיקַת הַשְּׁטָר אֲבָל בְּחֲשֵׁשׁ פְּרַעוֹן דְּמְסִייעַ לֵה חֲזִיקָה דְּשְׁטָרָא בְּיָדִי כו' אוּ מַעֲשֵׂה ב"ד דַּה"ל כְּמֵאן דְּנִקְטַ שְׁטָרָא ע"כ א"צ שְׁבוּעָה עַל חֲשֵׁשׁ פְּרַעוֹן.

וְאַף דְּצְרִיכָה שְׁבוּעָה שְׁלֹא תִפְסָה וּמִמִּילָא חֲזִיבְתָ לִישְׁבַּע עַל פְּרַעוֹן מִצַּד גְּלַגּוּל שְׁבוּעָה וּבְזֶה לֹא שְׁיִיָּה לָדוֹן דְּחִזְקָה תְּסִייעַ לְפָטוֹר מִן ג"ש כְּמַש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' צ"ד ס"ק ח' דְּאָף בְּטוּעָן פְּרוֹזְבוּל הִיָּה לִי וְאַבְדַּ דַּצ"ש מִצַּד ג"ש וְכַמַּש"כ הַקְצָה"ח בְּסִי' צ"ד ס"ק ג' לְהִסְבִּיר דְּחִזְקָה אִינּוּ דוֹחָה לְג"ש.

עכ"ז י"ל דְּכִינּוּן דַּא"צ שְׁבוּעָה עַל פְּרַעוֹן רַק מִצַּד ג"ש שְׁלֹא תִפְסָה ע"כ הִיכָא דְּפָטוּרָה מְשְׁבוּעָה שְׁלֹא תִפְסָה כְּגוֹן אֲשֶׁה דְּיָדוּעַ דְּלֹא הִיָּה מַעוּלָם נְכָסִי בְּעֵלָה תַּחַת יְדָה דְּאָז א"צ לִישְׁבַּע שְׁלֹא תִפְסָה דְּמִמִּילָא פְּטוּרָה מְשְׁבוּעָה שְׁלֹא נִפְרַעָה כְּתוּבָתָה רַק בְּפּוּגְמַת פִּינּוּ דְּאִיתְרַע לֵה פַח הַשְּׁטָר בְּמַקְצָתוֹ ע"כ תִּקְנוּ שְׁבוּעָה עַל פְּרַעוֹן: וְכִיּוּצָא בְּזֶה רְאִיתִי בְּט"ז לֵאמֹר ע"ס ק"ג ס"ק ג' שְׁכַתְּבִי לָדוֹן לְשִׁיטַת רַש"י בְּכַתְּוִבּוֹת (דָּף נ"ה ע"א) בַּד"ה לִיתְנָהוּ בְּעִינְיָהוּ שְׁפִירֵשׁ כְּגוֹן שְׁאָבְדוּ דְּהַלְכְּתָא בַל"ש וְהוּבָא בְּטוּר אַה"ע ס' צ"ח.

[ועיין בב"ש סי' צ"ו ס"ק ג']. והקשה הט"ז דאף דטעמו של רש"י דלכן א"צ שבועה דכינן שנתן לה פעם אחת צררי לא חיישינן תו לצררי דעכ"ז הא צריכה שבועה שלא תפסה בעצמה א"כ מזה יש להוכיח דשיטת רש"י הוא דשבועה שלא תפסה לא הוי רק ג"ש וכמש"כ הפרישה מזה להוכיח פן.

וע"ז פתב הט"ז שם לדחות זה די"ל דכוננת הגמ' בליתנהו בעינייהו בל"ש היינו בל"ש על חשש פרעון והתפיסה צררי אבל עדיין י"ל דצריכה שבועה שלא תפסה בעצמה ולא מיירי שם בשבועה שלא תפסה בעצמה ע"ש בט"ז.

ואף דהא תצטרף לישבע מצד גלגול שלא התפיסה צררי ולא נפרעה משום דהא צ"ש שלא תפסה בעצמה. [ועיין בח"מ סי' צ"ג סעי' ז' ובסי' צ"ד סעי' ב' ובאה"ע סי' צ"ו בח"מ ס"ק יו"ד וב"ש ס"ק יו"ד בשם הב"ח ובפרישה שהובא בט"ז שם וקצתתי].

עכ"ז י"ל דאפתי נפ"מ להיקא דידוע דאשה זו לא היתה ביניה נכסי בעלה מעולם דאינה צריכה לישבע שלא תפסה בעצמה אז וכיין דא"צ לישבע שבועה שלא תפסה ונפרעה מצד עצמה א"כ פטורה לגמרי מן השבועה.

וה"ה י"ל פן בנ"ד ועוד יש להמציא נפ"מ אחרות וקצתתי: ולפ"ז אתי שפיר מה דלא הקשו בגמ' להקושיא דמה בין זה לפוגם שטרו רק על מימרא דר"פ דעל המשנה דמי שהיה נשוי ד' נשים דהראשונה נשבעת לשניה י"ל דלכן תשבע אף שיש לה כתובה יוצא מת"י משום דחשו שמה תפסה מעצמה אבל בחשש פרעון והתפסת צררי מבעלה לא חיישינן לבטולי השטר אבל כיון דאמר ר"פ דגם מאן דאפיק שטרא וא"ל אנשבע לי צריף לישבע על טענת פרעון לכן שפיר הקשו לי' דמה בין זה לפוגם שטרו כו'.

וגם י"ל דלכן פירש רש"י וסייעתו הקא דתשבע לשניה הטוענת השבע לי שלא גבית משל בעלי פלום משום דעל טענת פרעון הא קיי"ל הקא דאם טוען הלנה טענת ספק אף דטוען השבע לי עכ"ז לא משבעינן להמלוה א"כ הקא דהשניה טוענת שמה א"כ הדין נותן דלא תוכל לחייב שבועה להראשונה אף דטוענת השבע לי כיון דת"ק דבן ננס ס"ל דהרביעית נפרעת שלא בשבועה וס"ל דאין טוענין לגדולים א"כ ה"ה דאין טוענין עבור השניה ולכן פתבו דבעינן דהשניה תטעון השבע לי.

א"כ תקשה דהא השניה טוענת שמה על הפרעון ולא משבעינן בספק. ודוחק לומר דמיירי דהשני' טוענת פרי שנפרעת את הכתובה.

וע"כ פירשו דהשבועה הוא משום שמה תפסה בעצמה דזהו דבר המצוי כיון דנכסי בעלה הוא בידה ע"כ תקנו חז"ל לחוש לדבר הרגיל והצריכו שבועה שלא תפסה בעצמה. ומדוקדקים דברי רש"י וסייעתו דכתבו פולם בלשון דטוענת השבע לי שלא גבית ולא נקטו לשון פרעון כמו דנקטו לעיל בכתובות (דף פ"ז).

משום דנתפוננו לתרץ דלא תקשה ע"ז ממה דלא הקשו בשבועות להקושיא דמה בין זה לפוגם שטרו רק על מימרא דר"פ דהתם ולא הקשו פן הקא על המשנה מפורש הנ"ל. וכן מתורץ עפ"ז למה שהצריכו שבועה להראשונה אף דהשניה אינה יודעת בברי לומר שנפרעת הכתובה רק טוענת שמה.

משום דמוכח מזה דהכא מיירי בשבועה שלא תפסה בעצמה רק דבעינן שתטעון השבע לי כדמסיק הש"ס בשבועות דדוקא בטוענת אשתבע דלא פרעתיך תקנו השבועה על הפרעון וה"ה הכא בתשד שלא תפסה בעצמה דצ"ש דלא תקנו השבועה רק אם יטעון השבע לי כמש"כ הט"ז.

וראיה לדבריו בזה מן דברי רש"י וסייעתו דכתבו הכא דהשניה טוענת השבע לי שלא גבית משל בעלי כו'. משום דכיון דס"ל להת"ק דכוונת ג' דגדולים לא הצריכו שבועה ואין טוענין עבורם דה"ה דאין טוענין עבור השניה אף דנימא דיש להם דין משעבדי כמש"כ התוס' יו"ט מ"מ פ"ג דעיקר חיוב שבועה לטורף ממשעבדי הוא משום דטוענין להו כמש"כ רש"י וסייעתו בכתובות (דף פ"ז).

וכיון דס"ל לת"ק דב"נ דאין טוענין לחיוב שבועה בנפרע מיתומים גדולים ע"כ ה"ה בטורף ממשעבדי אין טוענין להו בחיוב שבועה וכמש"כ ההסבר מזה בספרי נחל יצחק סי' ע"א סעי' י"ט ע"ש. לכן פירש רש"י וסייעתו הכא דמיירי בטוענת השבע לי שלא גבית כו'.

ומתורץ עפ"ז קושיות התוס' יו"ט במשנה דמי שהיה נשוי כו' הנ"ל. וכן הא הפני יהושע והקול הרמ"ז כתבו ליישב קושיות התוס' יו"ט הנ"ל באופן אחר.

עכ"פ לפי מה דחזינו דס"ל לרש"י וסייעתו דאין דין השניה כמשעבדי רק דבעינן דתטעון השבע לי כו' משום דדינה כמו הבע"ד עצמו דבעינן שיטעון השבע לי. א"כ מוכח מזה פשיטת הט"ז דאף בגרושה התובעת התקובה מהבעל אם יטעון הבעל השבע לי שלא תפסה דמשעבדי לה: ע"פ ג' ועפ"ז יש מקום לתרץ ג"כ למה שתקשה קושיות התוס' בשבועות (דף מ"א) דהמקשן ה"ל להקשות להקושיא דמה בין זה לפוגם שטרו על מתניתין דכתובות דהבא ליפרע מיתומים לא פרע אלא בשבועה דהטעם הוא משום דטוענין להו דאבוננו הנה טוען השבע לי.

אבל לפי מש"כ דרש"י וסייעתו ס"ל דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה א"כ לפ"ז אין הקרח כ"כ להוכיח מהמשנה הנפרעת ממשעבדים ויתומים צריכה שבועה דיהנה הדיו כן בטענת פרעון על השטר והתקובה דאפתי י"ל דשאני בטענת פרעון דיש לנו החזקה דהשטר המסייע להמלנה ע"כ לא תקנו שבועה בזה אף דיתעון השבע לי דלא פרעתיך רק בפוגמת וע"א מעידה שהיא פרועה.

והא דאמרו גבי כתובה הנפרעת ממשעבדים ויתומים דצ"ש כמבואר בשבועות (דף מ"ה) וכתובות (דף פ"ז). י"ל דעיקר שבועה דהתם הוא רק בשביל חשש שלא תפסה דאף דאם גובית מן הבעל עצמו בעינן דיתעון השבע לי ע"ז.

אף בנפרעת משעבדי ויתומים טוענין להו כן. אבל אפתי י"ל דעל חשש פרעון לא תקנו שבועה רק בפוגם וע"א וכיון דיש מקום לומר כן ע"כ אין זה מפורש כ"כ בהמשנה להך דין דאשתבע לי דלא פרעתיך ולכן לא הקשו כן רק על מימרא דר"פ שם.

ואף שכתבו התוס' בב"ב (דף ה') בד"ה אע"ג דאמור רבנן כו' דמצינו משנה גם בע"ח הנפרע מיתומים דצ"ש כמו הא דשבועות (דף מ"ה) וכן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה כו' ע"ש. עכ"ז י"ל דאין זה מפורש כ"כ בהמשנה דיש מקום לפרש דהך וכן

היתומים כו' קאי היכא דנתחייב אביהם שבועה משום פוגם וע"א דאשמענו דגם היתומים מחוייבים לישבע שבועה שלא פקדנו ונשלא מצינו כו' ששטר זה פרוע.

ואף דהיה דוחק להגמ' בשבועות (דף מ"ח) לפרש פן אלא מפרשים דמייירי ביתומים מן היתומים עכ"ז אין זה מקרי מפורש כ"כ בהמשנה. וכן מה שכתבו התוס' בב"ב שם דמצינו ג"כ במשנה כתובות (דף פ"ד) שפולן צריכין שבועה מ"מ הא ר"ע קאמר זה שם ולא בסתמא מתני' שם זה ע"כ לא הקשו פן על המשניות הנ"ל רק על מימרא דר"פ.

ועכ"ז פיון דבאמת דוחק לפרש פן וגם פיון דבשבועת פוגמת וע"א דמתני' שם במשנה זהו רק בטענת פרועון כמבואר שם א"כ ה"ה שבועת משעבדי ויתומים דשם ג"כ מסתמא הוא שבועה שלא נפרעת וע"כ שפיר כתב הר"נ בכתובות שם דעיקר מקור שבועת אשבע לי על הפרעון דזהו שבועת המשנה אף דלא נשנה מזה רמז בהמשנה וע"כ מוכח דהוציאו פן מהך שבועת משעבדי ויתומים דמשום טענינו אתינו עלה.

אף פיון דלא נשנה זה כ"כ בפירוש וכמש"כ לעיל ע"כ לא הקשה הש"ס להך קושיא דמה בין זה לפוגם שטרו רק על מימרא דר"פ. והא דלא הקשה הש"ס פן על הך משנה דמי שהיה נשוי כו' דנשנה מפורש להך שבועת אשבע לי.

מוכח מזה דרש"י וסייעתו ס"ל דעיקר שבועה הוא מה שנשבעת שלא תפסה בעצמה ולכן נקטו בלשונם הכא דראשונה נשבעת בטוענת השבע לי שלא גבית כו': ומוכח מזה דמש"כ הרלב"ח שהובא בט"ז שהוכיח מן לשון רש"י בכתובות (דף פ"ז) דשבועת משעבדי ויתומים הוא שלא נפרעת א"כ ס"ל לרש"י דלא הוי עיקר שבועה מה שמשביעין אותה שלא תפסה כו'.

דלפי מש"כ מוכח אדרבה להיפך מן לשון רש"י וסייעתו בכתובות (דף צ"ג) דס"ל דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה וזהו מוכרח ממה דראשונה נשבעת לשניה אף דאינה יודעת לטעון בכרי שגפרעת הכתובה רק על חשד שמא תפסה ג"כ משבעינו לראשונה כשטוענת השבע לי כו'.

והא דלא הזכיר רש"י לשבועה שלא תפסה בהא דכתובות (דף פ"ז) היינו משום דפשט המשנה דשם משמע דמייירי בחשש פרועון דומיא דפוגמת וע"א דשם דקאי בטענת פרועון פנ"ל.

אבל הכא במשנה דמי שהיה נשוי כו' מוכח דמייירי בשבועה שלא תפסה ולכן אף דהשני' טוענת שמא פיון דטוענת השבע לי חייבת לישבע. א"כ מוכח דרש"י וסייעתו ס"ל ג"כ דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה.

והא דתקשה ע"ז מן דברי רש"י בכתובות (דף נ"ה) דליתנהו בעינייהו בל"ש דפי' פגון שאבדו. הא כבר כתב הט"ז בזה באה"ע סי' ק"ג ליישב זה דאין מזה הכרח וכמו שהובא לעיל דברי הט"ז הנ"ל.

וגם מן הט"ז הנ"ל משמע דס"ל בשיטת רש"י דגם שבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה ולא חש למה שכתב הרלב"ח בשיטת רש"י דמדלא הזכיר לשבועה שלא תפסה בכתובות (דף פ"ז) דמוכח דס"ל דזה לא הוי עיקר שבועה.

משום דבאמת אין זה הוכחה. ובפרט לפי מש"כ בעז"ה להוכיח מן רש"י דמי שקה נשוי כו' דאדרבה דמוכח מלשון רש"י וסייעתו דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה א"כ מוכח כמש"כ הט"ז לדינא דאף בגרושה חייבת לישבע שלא תפסה מצד עיקר שבועה ואין להוציא בל"ש ולכן לדינא העיקר פדברי הט"ז שכתב דלהסוברים דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה דאין לחלק בין אלמנה לגרושה.

ודלא כמש"כ ההפלאה לחלק בין אלמנה לגרושה בזה משום די"ל דדוקא באלמנה דטוענין ליתמי שמה אפונה הנה טוען פרי שתפסה בעצמה ע"כ אמרו דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה משא"כ בגרושה כו'.

דקא מן דברי רש"י וסייעתו הנ"ל מוכח דה"ה בגרושה הוי שבועה שלא תפסה לעיקר שבועה דקא אם השניה אינה טוענת השבע לי אינה חייבת הראשונה לישבע ואין טוענין עבורה וגם עבור יתומים גדולים לא טוענין כדס"ל לת"ק דבן ננס שם.

ועכ"ז אם טוענת השניה להראשונה השבע לי שלא גבית אף שאינה יודעת לטעון פרי לי שגבית מ"מ משבעינן לה בתורת בע"ד בעצמו. א"כ מוכח מזה דה"ה בגרושה דהבעל טוען השבע לי שלא תפסת בעצמה אף דאינו טוען פרי שתפסה גם כן משבעינן לה ודוחק לומר דמירי דהשניה טוענת פרי דא"כ ה"ל למתני כן בפירוש.

וכש"כ דנסתר עפ"ז למה שכתב הבית יעקב לומר דדוקא ביתומים תקנו שבועה שלא תפסה מצד דחסו על היתומים אבל לא בבעל עצמו. דקא לפי מש"כ מוכח דאף דהשניה יש עליה דין בע"ד ואין טוענין עבורה וגם הא"ל דמגדולים נפרעין שלא בשבועה מ"מ כשטוענת השבע לי שלא גבית מחייבת שבועה להראשונה וע"כ הוי מפל זה סיוע לדברי הט"ז באה"ע ובח"מ סי' צ"ג דבגרושה התובעת כתובה וכן בע"ח שותף שלו התובע מחבירו שותפו בשט"ח וטוען הבעל או הלנה שותפו השבע לי שלא תפסת דאין להוציא המזון בל"ש: ד (שם סעיף ג) טען הלנה השבע לי מחייבין אותו לשפוע על שטרן וליטול.

יש להסתפק בשטר התחייבות בעלמא בחיוב מחדש באופן המועיל בלא הלנאה וחתומים עליו ב' עדים באופן שאין יכול לטעון פרעתי וטען המתחייב פרעתי והשבע לי אם משבעינן לו כמבואר בשבועות (דף מ"א) דאמר רב פפא דהאי מאן דטען אשתבע לי משבעינן ליה או דלא משבעינן אלא בשטר הלנאה.

ומאי דהביאני לידי ספק זהו ע"פ מש"כ התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה מי אמרינן במקום חזקה כו' דאומר ר"י דמה דצריך שבועה ביש לו שטר זהו לפי דאינו מוכח מהשטר אם פרע או לא דזימנין דזייר אפשיטא דספרא כו' ע"ש.

וכינן דעיקר הך דצריך שבועה בשטר היינו משום חששא דזייר לו אפשיטא דספרא. וזה לא שייך רק בשטר הלנאה דהלנה נותן שכר הסופר.

משא"כ בשטר מתנה דהמקבל מתנה נותן שכר הסופר כמבואר בח"מ סי' ס"א סעיף י"ד ובב"ב (דף קס"ז ע"ב) דקללא הוא דמי שהטובה שלו הוא נותן שכר הסופר. א"כ בשטר התחייבות במתנה דהמקבל נותן שכר הסופר לא שייך בזה אפשיטא דספרא זייר ליה.

א"כ לא שנייה בנה עיקר הטעם דחייב שבועה דתקנו חז"ל בפטר לפמש"כ התוס' בב"ב פנ"ל. וכ"כ המרדכי בפ"ו דשבועות לחלק עפ"ז ע"ש.

וכ"כ התוס' בב"ב (דף ע') ד"ה או דילמא כו'. והתוס' בשבועות (דף מ"ה) ד"ה בפטר כו' לחלק כה"ג דהיכא דל"ש אפשיטי כו' שאני: ענה א אכן עיקר דברי התוס' הנ"ל אין להם הבנה לכאורה דזהו לשון התוס' הנ"ל בב"ב (דף ה') ד"ה מי אמרינן כו'.

הקשה הריב"ם דהא הוה תזקה עדיפא משטר דבשטר אינו גובה אלא בשבועה ובהו תזקה גובה בל"ש א"כ מאי קא מבטיא לי' אם אמרינן מיגו במקום תזקה הא פשיטא דמיגו במקום עדים לא אמרינן כש"כ במקום תזקה דעדיפא טפי ואומר ר"י דלא קשה כלל דנדאי עדים עדיפי מתזקה כו' ומה שצריך שבועה ביש לו שטר זהו לפי שאינו מוכח מהשטר דזמנין דנייר לו אפשיטי דספרא כדאמרו בפ"ק דב"מ (דף ט"ז).

אף קשה דמ"מ תפשוט דלא אמרינן מיגו במקום תזקה מדרמי בר חמא דאמר פ' כל הנשבעין (דף מ"ה) המפקיד אצל חברו בשטר צריך להחזיר בעדים ולא מהימן לומר החזרתי במיגו דנאנסו משום שטרא בידי מאי בעי כש"כ דלא אמר מיגו במקום תזקה דתזקה עדיפא דא"צ שבועה וטעמא דשטרא בידי מאי בעי לא מהני לפוטרו משבועה ושם סוגיא דהכא לא סברי כרמי בר חמא עכ"ל התוס'.

ודברי התוס' בקושיותם מרמי ב"ח תמוה דהא לפמש"כ מתחלה דעיקר מה דצריך שבועה ביש לו שטר זהו לפי דאמרו אפשיטא דספרא נייר ליה א"כ זה לא שנייה אלא בהלואה. : משא"כ בפקדון דהמפקיד נותן שכר הסופר דזהו טובת המפקיד.

א"כ לפי שיטתם לא צריך שבועה בפטר פקדון וכמו שכתבו התוס' בב"ב (דף ע') ד"ה או דלמא כו'. דבפקדון לא שנייה אפשיטי דספרא כו'.

א"כ האידך כתבו בפשיטות דשטרא בידי מאי בעי לא מהני לפטור משבועה גבי הא דשבועות דרמב"ח דמיירי בפקדון. דדוחק לומר דלאו דווקא האי טעמא שכתבו התוס' דה"ה אף היכא דליכא למימר אפשיטי דספרא נייר ליה כו' וצ"ע לכאורה: והנלפע"ד בכוננתם דאפשר לומר דהא התם בשבועות קאי על מה דהקשה רבא לרמב"ח שבועת שומרים דחייב רחמנא היכי משפחת ליה הא מתוה שכיכול לומר החזרתי כו' ומתריץ דאפקיד ליה בשטר וע"ז אמרו שם מכלל דתרוניהו ס"ל המפקיד אצל חברו בשטר צריך להחזיר בעדים.

וכיון דקאי התם על שבועת שומרים. ומצינו לרמי בר חמא דתני בב"ק (דף ק"ז) דשבועת שומרים צריך פפירה במקצת והודאה במקצת.

וכמבואר בב"מ (דף ה') אליבא דרמי בר חמא דא"ל שלש פרות מסרתי לך ואמר לו חדא מתה בפשיעה כו'. וכיון דשבועת שומרים אליבא דרמי בר חמא מיירי במודה לו על אחת.

א"כ כיון דמצינו דאמרו אפשיטי דספרא נייר לי'. אף דלשיטת הר"ן בכתובות פ"ב אסור להשהות שטר פרוע עבור פשיטי דספרא כמבואר בח"מ סי' נ"ז סעיף א' ובש"ך ס"ק ד'.

רק דלשיטת התוספות בכתובות (דף י"ט) כתבו דמותר להשהות שטר פרוע בשביל פשיטי דספרא אף הר"נ חולק עליהם. ואלו להשהות שט"ח אם מגיע עליו מקצת מבואר בפ"ה שם ס"ק מ' דמותר להשהות שט"ח אף דלא נשאר חייב אלא קצתו ע"ש.

א"כ כמו דמצינו דאמרו אפשיטי דספרא זייר ליה ונהיח בידו שטר פרוע. כש"כ דנאמר דאולי הניח השטר פלוו בידו עבור המקצת היינו עבור פרה א' דמודה ליה.

ע"כ שפיר כתבו התוס' להקשות מהא דרמי בר חמא דשבועות. וכתבו בפשיטות דטעמא דשטרא בידי מאי בעי לא מהני לפוטרו משבועה.

משום דיכול להיות דהניח השטר פלוו אצלו למשפן עבור פרה א' דמודה ליה. ודומה למה שאמרו אפשיטי דספרא זייר ליה דמשום זה הצריכו שבועה בטוען אשתבע לי.

אבל באמת היכא דלא שינוי אפשיטי דספרא זייר ליה כמו בשטר מתנה וטוען המתחייב פרעתי פלוו דלדבריו אין לנו לתלות במה לאורועי חזקה דשטרא בידי מאי בעי אפטר לנו לדון דלא צריף שבועה אף דטען השבע לי: ולפ"ז ניחא מה דנקטו התוס' בלשונם לומר תפשוט מרמי בר חמא.

דלכאורה יש לדקדק דאמאי לא אמרו תפשוט מרמי בר חמא ומרבא. דהא אמרו שם שבועות דמפלל דתרונייהו ס"ל המפקיד אצל חבירו בשטר צריף להחזיר בעדים וקאי על רבא ג"כ.

אכן לפמש"כ ניחא דהא לרבא י"ל דאינו ראיה כ"כ די"ל דשא"ה דהוי חזקה אלימתא ביותר. דהא עיקר הוכחת התוס' בקושיותם דהא חזקה דשטרא בידי מאי בעי לא מהני לפוטרו משבועה כמש"כ התוס' להדיא.

ולרבא דס"ל בסנהדרין (דף ג') דשנים שדנו אין דיניהם דין משום דס"ל עירוב פרשיות פתוב פאן. א"כ לא צריף בשומרים הודאה במקצת ע"כ לא שינוי לומר בשטר פקדון דזייר ליה אפשיטי דספרא ועל הודאה במקצת.

א"כ לא צריף שבועה על שטרו באופן דחייבה התורה שבועת שומרים אליבא דרבא. משא"כ לרמי בר חמא דצריף שבועה מדרבנן בהו גוונא דחייבה התורה שבועת השומרים.

אם פן אליבא דרמי בר חמא קמה ראיותם מהא דשבועות בהוכחה אלימתא. ע"כ הקשו מרמי בר חמא ביותר.

ועיין בסנהדרין (דף ב') ד"ה ד"הכו' ועכ"ז י"ל פן וקצרתני. וגם י"ל דלכן נקטו התוספות בקושיותם לרמי בר חמא לבד.

דהא הרשב"ם ב"ב (דף ע"א) כתב דרבא ס"ל המפקיד בשטר א"צ להחזיר בעדים פדאמר רבא בב"ב שם הלכתא נשבע וגובה מחצה ועיקר סוגיות הש"ס שבועות קאי רק אליבא דרמי בר חמא.

והיה מקלל דתרונייהו ס"ל דשבועות לא קאי רק על הא דמפקיד אצל חבירו בעדים ע"ש. ע"כ נקטו התוס' בדבריהם בפשיטות רמב"ח לבד דלכל השיטות אף לשיטת הרשב"ם תקשה עכ"פ מרמי בר חמא.

ונדעתי מה די"ל עוד דהא בשואל דחייב שבועה שנייה התם אפשיטי דספרא לפי דבשואל דהטובה הוא שלו הוא נותן שכר הסופר. ועיין בתשובת רע"א זצ"ל סי' קע"ה וקצרתי לפי דיש לדון בכ"ז עדיין: ועדיין יש להקשות לפמש"כ דמה מקשה רבא לרמי בר חמא שבועת שומרים דחייב רחמנא היכי משפחת לה הא יש לו מיגו דלהד"מ והחזרתי.

הא לרמי בר חמא דבעי הודאה במקצת א"כ אף אם יטעון החזרתי ולהד"מ יתחייב שבועה דאורייתא כמו פל מודה במקצת. ועיין מזה בתוס' שבועות (דף מ"ה) ד"ה מתוך שיקול לומר כו'.

ובב"ק (דף ק"ז) בתוס' ד"ה עירוב פרישיות כו'. ובמהרש"א ובפ"י שם.

אבל באמת אחי שפיר זה לפמש"כ התוס' בב"מ (דף צ"ח ע"א) ד"ה משפחת לה רישא בתרתי כו'. דלרמי בר חמא לא סגי בכפירה והודאה בלא נאנסו ולא כדפרישית בהגוזל קמא כו' ע"ש וקצרתי: ענה ב ולפ"ז יש לדון בשטר מתנה בהתחייבות דא"צ לישיבע בטען השבע לי דהא לא שנייה בזה אפשיטי דספרא זייר לי'.

וה"ה דיש לדון מה"ט אף במוציא ש"ח פזה על יתומים דא"צ לישיבע. דהא התוס' בב"ב קאי שם על שבועת יתומים ג"כ דהא כתבו בזה"ל דאי אמרו אף אחר הזמן ידענו שלא פרעו הי' גובה מהיתומים בל"ש ומה שצריך שבועה בינן לו שטר כו' די"ל אפשיטי דספרא כו'.

אלמא דקאי גם על שבועת יתומים. וכש"כ לשיטת רש"י פתובות (דף פ"ז) דשבועת יתומים עיקרו הוא משום טענת השבע לי'.

אף י"ל בניתמי דלמא לא נ"ח אלא פרוטה. אבל בטען המתחייב פרעתי פולו והשבע לי'. י"ל דהחזוק פפרן בכולו דהא לדבריו אין לנו על מה לתלות ולאורעי להחזקה דשטר א בדי מאי בעי. א"כ א"צ לישיבע כלל בשטר מתנה לפ"ד התוס' דעיקר הא דצריך שבועה זהו לפי דיש לתלות אפשיטי דספרא.

ועיין בשבועות (דף מ"א) ומה בין זה לפוגם שטרו ואין זה ענין כלל לנ"ד: אמנם הדבר מפניך ברמב"ם פ' ב' הלכות שכירות והובא בח"מ סי' רצ"ו סעי' ג' בטוען על שטר פקדון החזרתי באופן שאין יכול לטעון נאנסו דישבע בעל השטר שלא החזיר והוא דטען השבע לי כמש"כ הראב"ד והמ"מ שם.

אלמא דאף בשטר פקדון דלא שנייה אפשיטי דספרא זייר לי' וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ע') ד"ה או דלמא כו' דהא על המפקיד ליתן השכר. ואפ"ה כתבו הרמב"ם והראב"ד והמ"מ והמחבר להלכה דצריך שבועה בטען השבע לי'.

אלמא דנקטינו להלכה דאף היכא דלא שנייה אפשיטי דספרא זייר לי' ג"כ צריך שבועה ומדלא הביאו שם דעת התוס' הנ"ל אף בשם יש אומרים.

בְּאֵמֶת י"ל דְּגַם לְשִׁיטַת הַתּוֹס' מוֹכַח דְּצָרִיף שְׁבוּעָה אִף הֵיכָא דְלֹא שִׁינָה אֶפְשִׁיטִי דְסִפְרָא זִינִיר לִי. דְּהָא הַתּוֹס' בּב"ב (דָּף ע' ע"ב) ד"ה אָמַר רַבָּא כּו' הִקְשׁוּ רַבָּא דב"ב עַל רַבָּא דְשְׁבוּעוֹת.

וּתְיָ בְּשֵׁם הַרִיב"ם דְּסוּגְיָא דְשְׁבוּעוֹת דְּאָמְרוּ הַמְּפָקִיד בְּשִׁטְר צָרִיף לְהַחְזִיר בְּעֵדִים ס"ל ג"כ דְּנֶאֱמָן לּוֹמַר הַחֲזוּרְתִי בְּמִיגוּ דְּנֶאֱנָסוּ אִף דְּבַעֵי שְׁבוּעָה ע"ש. וּכ"כ הַתּוֹס' שְׁבוּעוֹת (דָּף מ"ה) ד"ה בְּשִׁטְר כּו' בְּשֵׁם ר"ת.

א"כ לְשִׁיטַת ר"ת וְהַרִיב"ם הַנ"ל אֵין הַתְּחִלָּה לְקוֹשְׁיּוֹת הַתּוֹס' מַה דְּהִקְשׁוּ הַתּוֹס' בּב"ב מְרַמֵּי בַר חֲמָא דְתַפְּשׁוּט מְרַמֵּי בַר חֲמָא דְלֹא מְהִימֵן בְּמִיגוּ בְּמִקּוּם חֲזָקָה דְּהָא גַם לְרַמֵּי בַר חֲמָא מְהִימֵן בְּמִיגוּ דְּנֶאֱנָסוּ.

[וְהַרְמְב"ן בּב"ב (דָּף ע') כְּתִב ג"כ לְתַרְזַן כְּתִיב ר"ת וְהַרִיב"ם הַנ"ל. וְהִנֵּה הַרְשָׁב"ם בּב"ב שָׁם (דָּף ע') כְּתִב בְּאֶנְפֹן אַחַר לְתַרְזַן לְרַבָּא אֲדַרְבָּא ע"ש.

אִף הַתּוֹס' בּב"ב שָׁם וְשְׁבוּעוֹת שָׁם לֹא הִבִּיאוּ כָּלֵל לְשִׁיטַת רַשְׁב"ם הַנ"ל שָׁם]. וְע"כ מוֹכַח דְּקוֹשְׁיּוֹת הַתּוֹס' בּב"ב (דָּף ה') קָאֵי לְשִׁיטַת הַרִיב"א דְּהוּבָא בְּשְׁבוּעוֹת שָׁם דְּתַרְזַן לְקוֹשְׁיּוֹת הַתּוֹס' דְּהִקְשׁוּ רוּמְיָא דְּרַבָּא עַל רַבָּא דְשְׁבוּעוֹת וּתְיָ הַרִיב"א דְּהָא בְּשְׁבוּעוֹת קָאֵי בְּפִקְדוֹן דְּצָרִיף לְהַחְזִיר בְּעֵדִים מְשׁוּם שְׁטָרָא בְּיַדֵּי מַאי בְּעַי.

אָבֵל הֵתֵם בּב"ב דְּמִינְרֵי בְּעֶסְקָא פְּלַגָּא מְלוּנָה אִיכָּא לְמִימַר אֶפְשִׁיטִי דְסִפְרָא זִינִיר לִי עכ"ל. וְלִכְאוּרָה קֹשְׁהָ עַל תְּיָ הַרִיב"א הַנ"ל דְּהָא לְשִׁיטַת רַמֵּי בַר חֲמָא גַם בַּש"ש שִׁינָה לּוֹמַר דְּהַנִּיחַ הַשְׁטָר עֲבוּר הַהוֹדָאָה עַל פְּרָה א' וּכְמַש"כ לְעִיל.

כִּינּוּן דַּס"ל לְרַמֵּי בַר חֲמָא דְצָרִיף הוֹדָאָה בְּמַקְצָת. וְאִף דְּרַבָּא לֹא ס"ל כּוֹ עכ"ז הָא רַבָּא הִקְשָׁה שָׁם לרַב"ח וְע"ז תְּיָ לִי רַמֵּי בַר חֲמָא.

וְכִינּוּן דְּעִיָּקָר הַקּוֹשְׁיָא הוּא לְרַמֵּי בַר חֲמָא וּרַב"ח ס"ל דְּבַעֵי הוֹדָאָה בְּמַקְצָת. וְע"ז סוֹבֵב וְהוּלָף קוֹשְׁיּוֹת רַבָּא וּתְיָ דְרַמֵּי בַר חֲמָא.

וְרַמֵּי בַר חֲמָא הָא ס"ל דְּבַעֵי הוֹדָאָה בְּמַקְצָת א"כ אֶפְתִּי שִׁינָה לּוֹמַר דְּהַנִּיחַ הַשְׁטָר בְּיַדוֹ עֲבוּר הוֹדָאָה בְּמַקְצָת לְשִׁיטַת רַמֵּי בַר חֲמָא: וְהַנְּלַפְעַנ"ד בְּזָה דְּהַרִיב"א אֲזִינִיל לְשִׁיטְתוֹ דַּס"ל בּב"ב (דָּף ק"ז) ד"ה עִירוּב פְּרָשְׁיּוֹת כּו'.

בַּאֵה"ד דְּאִף לְרַמֵּי בַר חֲמָא מְחַיֵּיב שְׁבוּעָה בְּפִקְדוֹן בְּכַפִּירָה וְהוֹדָאָה בְּלֹא נֶאֱנָסוּ וְכַדִּין כָּל מוֹדָה בְּמַקְצָת. וְמַה"ט דְּחוּ הַתּוֹס' שָׁם לְשִׁיטַת רַש"י וְשִׁיטַת הַר"ת וּמִסְקִי לְשִׁיטַת הַרִיב"א שָׁם.

וְהָא דְשְׁבוּעוֹת דְּפָרִיף רַבָּא לְרַמֵּי בַר חֲמָא שְׁבוּעַת הַשׁוֹמְרִים הֵיכִי מְשַׁכַּחַת לָהּ? הָא נֶאֱמָן בְּמִיגוּ דְּלֶהֱדַן וְהַחֲזוּרְתִי. בַּע"כ מוֹכַח לּוֹמַר דְּפָרְכַת רַבָּא קָאֵי לְהַנְּהוּ דְּפָלִיגִי עַל רַמֵּי בַר חֲמָא וְס"ל דְּשְׁבוּעַת שׁוֹמְרִים חַיֵּיב שְׁבוּעָה בְּטוּעֵן נֶאֱנָסוּ אִף בְּלֹא הוֹדָאָה.

דְּהָא הַרִיב"א ס"ל שָׁם דְּלֶהֱנָהוּ דְּפָלִיגִי עַל רַמֵּי בַר חֲמָא לֹא בְּעַי הוֹדָאָה בְּמַקְצָת. וְדִלָּא כְּהַר"ת דְּבַעֵי הוֹדָאָה בְּמַקְצָת בְּכָל ש"ש.

א"כ שפיר הקשה רבא בשבועות דבכל ש"ש הא איפא מיגו. אבל לרמי בר חמא דס"ל דבעי הודאה במקצת לא תקשה דיהא מהימן במיגו דלהד"ם.

דקא אף אם יטעון להד"מ יתחייב שד"א כמו כל מודה במקצת. והא דחייבה התורה בשבועת השומרין לישבע אף דבלא"ה יצטרף לישבע מצד גלגול שבועה.

י"ל בזה כמש"כ הפני יהושע ב"ק (דף ק"ז) תוס' ד"ה עירוב פרושיות כו' ע"ש: ולפ"ז מוכח דהגמ' בשבועות דמקשה שבועת שומרים היכי משפחת לה. דעיקר קושיא זו להנהיג דפליגי על רמי בר חמא וס"ל דלא בעי הודאה במקצת ע"כ הקשו דיהא נאמן במיגו דלהד"מ או החרתי.

ועיין במהרש"א ופ"י בב"ק שם. ומן הנה דפליגי על רמי בר חמא רצה רבא להוכיח דלא אמרינן מיגו בכה"ג והקשה לרמי בר חמא וע"ז תירץ לי' רמב"ח דאפקיד לי' בשטר.

ולכן מסיק הש"ס דהמפקיד בשטר צריך להחזיר בעדים ולא מהימן במיגו דנאנסו לפי הריב"א כמש"כ הריב"א בשבועות שם כנ"ל. וע"כ שפיר כתב הריב"א שם בשבועות לחלק בסתירת רבא דב"ב על רבא דשבועות.

דשאני הא דשבועות דהוי חזקה אלימתא דשטרא בידי מאי בעי דלא שייך לומר אפשיטי דספרא נייר. ואלו לומר דהניח השטר ביזו עבור הודאה במקצת זה לא שייך לשיטת הריב"א דב"ק דקא ס"ל דלא בעי הודאה במקצת להנהיג דפליגי על פרייתא דתני רמי בר חמא דצריך פפירה והודאה.

וכדמוכרח לומר דסוגיא דשבועות קאי רק להנהיג דפליגי על רמי בר חמא ולא להברייתא דתני רמי בר חמא כנ"ל. ובאמת י"ל דר"ת דתירץ תירוצא אחר בשבועות על סתירת רבא אהדדי ולא תי' פתרוץ הריב"א.

משום די"ל דאזיל לשיטתו דס"ל דכל שומרין צריכין הודאה במקצת כמבואר בב"ק (דף ק"ז) שם בתוס' ובב"ב (דף ע') בשם ר"ת. א"כ גם בהא דשבועות שייך לומר דהניח השטר עבור ההודאה במקצת כנ"ל: והא דתקשה לשיטתו דמאי פריה הגמ' בשבועות ש"ש היכי משפחת לה.

הא אף אם יטעון להד"מ יתחייב שבועה. פבר הקשו התוס' בב"ק שם.

ובשבועות (דף מ"ה) בתוס' ד"ה מתוך שיכול לומר כו'. דהוכיחו שם ג"כ פשיטת הריב"א ולא כר"ת.

ועיין בב"מ (דף צ"ח) תוס' ד"ה משפחת לה כו'. שכתבו שם באה"ד דלא כמש"כ התוס' בב"ק ע"ש.

א"כ לשיטת ר"ת דס"ל דבעי הודאה במקצת בש"ש לכו"ע ע"כ שפיר הקשה ר"ת מרבא על רבא ולא תירץ פתירץ הריב"א הנ"ל. משום דלשיטתו י"ל ג"כ בהא דשבועות דהניח השטר פקדון עבור הודאה במקצת ותירץ באופן אחר.

[אף באמת זהו אף למותר. כי כל הרואה יבין בשכלו דבאמת אין התחלה בקושיתם בסתירת רבא על רבא וכמו שכתב הרמב"ן בחידושו לב"ב באריכות שם וכן הריב"ם

לב"ב (דף ע') בתוס' ד"ה אָמר רבא כו' דַעיקר הפּשט הוא שם פּן דַאינו קוּשה פּלל דַרבא אדרבא.

וכמש"כ הר"ת בקצרה שם בשבועות ד"ה בשטר צריף להחזיר כו'. עכ"פ להריב"א דפירש דלכן אמרו בשבועות המפקיד בשטר צריף להחזיר בעדים משום דלא שינוי התם אפשיטי דספרא זייר.

ע"כ מוכח דלא שינוי התם ג"כ לומר דהניח השטר בידו עבור הודאה במקצת. דהא לשיטת הריב"א מוכח לומר דהסוגיא קאי למאן דס"ל דלא בעי בש"ש הודאה במקצת.

וכמש"כ התוס' בב"ק ושבועות שם להוכיח מסוגיא הנ"ל. דלא כר"ת דבעי הודאה במקצת אלא כשיטת הריב"א פליג שם על ר"ת: א"כ לשיטת הריב"א בתירוצו בשבועות בסתירת רבא על רבא דב"ב מוכרח לומר דלא שינוי בסוגיא דשבועות לומר אפשיטי דספרא זייר.

וגם עבור הודאה במקצת הניח שטרו. ואפ"ה כתבו התוס' בקושיותם בב"ב (דף ה') דאלו משום שטרא בדי מאי בעי לא מהני לפוטרו משבועה.

אלמא דלעולם אף היכא דלא שינוי אפשיטי דספרא נעבור הודאה במקצת. ג"כ חייב שבועה על שטרו.

ובנודאי אין סברא לומר דהתוס' בב"ב (דף ה') בקושיותם נתפוננו להקשות לשיטת הרשב"ם דב"ב בתירוצו שכתב שם (דף ע"א) לתרץ רבא על רבא. דהא בב"ב ובשבועות שם לא הביאו התוס' לתירוץ הרשב"ם רק בשבועות כתבו שני תירוצים הנ"ל א' בשם ר"ת וא' בשם ריב"א.

ובב"ב (דף ע') כתבו לתרץ בשם הריב"ם. ע"כ מוכח דשיטת התוס' בב"ב (דף ה') בקושיותם קאי לשיטת הריב"א.

ואף דשם בד"ה מי אמרינו במקום חזקה כו' כתבו הקשה הריב"ם כו'. עכ"ז מוכח דבסוף דברי התוס' שם בקושיותם לא קאי לשיטת הריב"ם.

דהא לפי תירוץ של הריב"ם בב"ב (דף ע') לא שינוי פלל קושיותם דתפשוט מדרמי בר חמא פנ"ל בארנקה. ולפ"ז מוכח דגם לשיטת התוס' בב"ב שם (דף ה') אמרינו דאף היכא דלא שינוי אפשיטי דספרא זייר לו וכה"ג דג"כ חייב שבועה היכא דתקנו חז"ל ליטבע על שטר: ענף ג ועוד והוא העיקר דהא התוס' עיקר סודם שם בב"ב (דף ה') דלכן הצריכו שבועה בשטר לפי שאינו מוכיח מתוך השטר דזימנין דזייר לי' אפשיטי דספרא כדאמר בב"מ (דף ט"ז).

והנה שם בב"מ אמרו בזה"ל גבי שט"ח מאי איכא למימר אם איתא דפרע איבעי לו למקדעין אימר אשתמוטי קא משתמט לי' דא"ל למחר יתבינא לך דהשתא ליתא גבאי אי נמי אפשיטי דספרא זייר לו עכ"ל הגמ'.

ושם מייירי הש"ס לחלק בין שטרא אחלטתא ואדרכתא דלא אמרינו בהו נפל אתרע משום דאיבעי למכתב שטר זביני. דהא במה דיקרע השטר לא יתבטל הקני' של חבירו וכמש"כ הר"ן בחידושו שם וגם הנמוקי יוסף שם להסביר זה.

וכמש"כ המהר"ם שי"ף ב"מ (דף כ') בשם הסמ"ע דהסביר זה. דדוקא בשטר אחלטתא דמוציאין גוף הקרקע מידו הנה לו לחוש לקרנע השטר ולא הנה מתרצה על איזה דחיני'. משא"כ בשטר שאין מוציאין על ידו הקרקע לא הנה חושש לקרנע השטר כדאמרו בגמ' שם אמתלאות הנ"ל. ועיין בסמ"ע סי' ס"ה סעי' י"ב ס"ק ל"ו.

עכ"פ חזינו דלכן אמרו בשט"ח שנפל איתרע ולא אמרינו דאיבעי לו למקדעני'. משום די"ל אשתמוטי משתמט לי' א"נ אפשיטי דספרא זייר לו.

א"כ כמו דמצינו גבי שט"ח דנפל איתרע דתלינו משום איזה דחיני' בעלמא. א"כ הוא הדין גבי שבועה דתקנו חז"ל להשביע ס"ל להתוספות דתלינו משום זה ג"כ לאורועי החזקה דשטרא בידי מאי בעי: ונבאר זה ביטר ביאור הנה בב"מ (דף כ' ע"א) במשנה מצא אגרות שום אגרות מזון כו' וכל מעשה ב"ד ה"ז יחזיר ופירש"י אגרות שום ששמו ב"ד לנכסי להמלנה בחובו ואגרות מזון שקיבל עליו לזון בת אשתו.

והברטנורה בב"מ פ"א משנה ח' פתב בזה"ל ואגרות מזון שקיבל עליו לזון בת אשתו. פ"א שימכרו מקרקע הבעל למזון האשה והבנות עכ"ל.

ועיין בתוס' פתובות (דף ק' ע"ב). והרמב"ם בפ"י המשניות בזה"ל אגרות מזון ר"ל שפתבו הדיינים הורדה בקרקע שימכרו אותו למזונות.

ובטור סי' ס"ה פתב בזה"ל אגרות שום ששמו נכסי לנה למלנה ואגרות מזון שקיבל עליו לזון בת אשתו או שמכרו ב"ד הקרקע למזון האשה והבנות או שטרי אחלטתא כו'. והבא בסמ"ע סי' ס"ה ס"ק ל"ה.

ולהפירוש שמכרו קרקע למזון האשה והבנות נחא דמאי דלא חיישינו לפרעון משום דהא זה דומה לשטרי אחלטתא דלא חיישינו לפרעון. והסמ"ע שם ס"ק ל"ו פתב דאגרות שום ואחלטתא הכל הם אחד רק דשום הוא בפני הלנה ואחלטתא כשאין הלנה בפני הב"ד.

ולפי שמוציאין הקרקע על ידיהן א"כ איבעיא ליה למקדעני' ע"כ לא חיישינו לפרעון בהו ע"ש. אכל לפירש"י דאגרות מזון שקיבל לזון את בת אשתו.

תקשה אמאי לא נחוש לפרעון כמו בכל שט"ח. וכן הרמ"א הביא שם סעיף י"ב לפירש"י הנ"ל על אגרות מזון.

רק על אגרות שום פ"י ששמו ב"ד נכסי הלנה. א"כ קשה אמאי לא חיישינו לפרעון במזונות בת אשתו.

אכן לפי מה דאמרו לחלק שם א"נ אפשיטי דספרא זייר ליה לכן לא קרעו לשט"ח וחיישי לפרעון. ע"כ יש לחלק דשאני שט"ח דהלנה נותן שכר הסופר וכן בכתובה על הבעל ליתן שכר הסופר כמבואר באה"ע סי' ס"ו סעיף א'.

שייך בהו לומר אפשיטי דספרא זייר ליה. משא"כ במתנה שמתחייב לזון בת אשתו דעל המקבל מתנה ליתן שכר הסופר ועיין בב"ב (דף קס"ח).

א"כ לא שנייה ביה לומר אפשיטי דספרא זייר ליה לכו לא חיישינו לפרעון משום דאם
אימא דפרעיה איבעי ליה לקרנע השטר התחייבות. ע"כ מצא אגרות מזון דעל האשה
ליתן שכר הסופר ע"כ יתזירו לה.

ואף די"ל דלמא פרע קצת. עכ"ז פיון דזה החשש דלמא פרע רק קצת לא אמרו בגמ'
בפירוש לכו לא חיישינו לזה.

והחילוק הוא פשוט. ולפ"ז לכאורה אתי שפיר דברי רש"י והפוסקים הנ"ל.

ואף דאמרינו התם אימור אשתמוטי וא"נ אפשיטי פנ"ל. י"ל דכוננת הגמ' דדוקא היכא
דיש לתלות בתרי חששות הנ"ל חיישינו ובחדא מינייהו לא חיישינו: ענף ד אכל באמת
מוכח דזה אינו דאף היכא דל"ש אפשיטי דספרא זייר ליה ג"כ אמרינו נפל אתרע.

דקא בב"מ (דף ט"ז ע"ב) רצה הש"ס להוכיח מהא דכל מעשה ב"ד יתזיר דלא חיישינו
לפרעון בשטרי אקנייתא וא"ל ר"ז מתניתין בשטרא חלטתא ואדרכתא ואח"ז אמר רבא
לפרש דשאני באחלטתא דלאו בני פרעון נינהו והקשו ע"ז הא שומא הדרא ורבא מפרש
ליה התם פנ"ל.

א"כ בקצרה ה"ל לומר דשאני אחלטתא ואדרכתא דעל המלנה ליתן שכר הסופר
פמבואר בח"מ סי' ק"ו בסמ"ע ס"ק ב'. א"כ ל"ש בזה אפשיטי דספרא ואף אם נדחוק
לדחות זה.

עכ"ז תקשה דקא להך טעמא דאפשיטי דספרא זייר ליה א"כ הנה לנו לומר דה"ה בפסק
דין שנקתב ונחתם דקיי"ל בסי' ל"ט סעיף י' דאינו נאמן לומר פרעתי וכהכרעת הש"ך
שם ס"ק כ"ט. א"כ אם נפל הפס"ד מידו הדין נותן לפ"ז דיתזירו להתובע דבזה לא שנייה
אפשיטי דספרא.

דקא שכר פתיבת הפסק הוא על המלנה פמבואר בח"מ סי' ק"ו סמ"ע ס"ק ב'. וכמבואר
בארנקה ביש"ש ב"ק פ' י' סי' י"ד דדוקא אחר שנעשה סרבן ההוצאות על הלנה כמו
שכר פתיחא דב"ק (דף קי"ב).

אבל שארי הוצאות שאינן לתועלת הלנה כמו שכר שליח ביורדין שלא בפניו דסי' ק"ו
הוא על המלנה. א"כ למה ליה לר"ז לאוקמי בשטרי אחלטתא ואדרכתא הא אף בפסקים
הפתיחים ג"כ לא אמרינו נפל איתרע דאם איתא דפרעני איבעי ליה למיקרעי דלא שנייה
בזה אפשיטי דספרא דקא על התובע ליתן שכר הסופר.

וגם בזמן הש"ס הנה דרפם לכתוב פסקי דינים פמבואר בירושלמי שביעית פ' י' דכל
מעשה ב"ד אינם משמטין אלו גזרי דינין. [והובא בבבאור הגר"א זצ"ל סי' ל"ט ס"ק נ'
וסי' ס"ז ס"ק כ"א].

ופירש המפרש שם דאלו פסקי דינין שכתבו צא תן לו. ואף שהש"ך בס"ל ל"ט ס"ק כ"ט
כתב דלא הנה דרפם לכתוב בזמן הש"ס פסקי דינין כ"א אדרכתא ואחלטתא.

עכ"ז הא מבואר בירושלמי דגם בזמן הש"ס הנה דרפם לכתוב פסקי דינין. א"כ תקשה
דלמה הוצרך לומר דמתניתין דכל מעשה ב"ד מיירי באחלטתא ואדרכתא.

היא אף בפסקי דינין ג"כ מצי מיירי המשנה וכדאוקמי בירושלמי שביעית דכל מעשה ב"ד אלו גזרי דינין: ועוד דהא שם בב"מ לקמן (דף ט"ז) אמר ר' אבהו ירמיה ברי לא פל מעשה ב"ד שוין אלא כגון שהחזיק בפירו אמר רבא ומשום דהחזיק בפירו תו לא פירע קלל.

ופי' רש"י דמשום שלא נזהר לשמור שטרן ופסיד ותיישינו לפרעון. וכ"כ התוס' שם ד"ה ומשום דהחזיק בפירו כו'.

הרי להדיא דאף היכא דכתבו פסק משום דהחזיק בפירו דאינו נאמן לומר פרעתי. אפ"ה בנפל אמרינו דאיתרע ולא אמרינו אם איתא דפרעני הנה קורע הפס"ד והא בזה לא שייך לומר אפשיטי דספרא כנ"ל.

ואפ"ה אמרינו דנפל איתרע. אלמא דהאי טעמא דאפשיטי דספרא זייר ליה לאו בדוקא אמרו זה.

ועיקר טעמם הוא די"ל אשתמוטי קמשתמיט ליה. רק לרנוחא דמילתא אמרו זה.

ובאמת אף היכא דל"ש אפשיטא דספרא זייר ליה. ג"כ י"ל דלכן לא קרע לשטרן משום אשתמוטי קא משתמיט ליה א"כ ה"ט שייך ג"כ בפס"ד שנקתב: וכן מוכח מהא דב"מ (דף ז') גבי מצא כתובה בשוק דתיישינו לפרעון.

והשיטה מקונצת שם כתב דהו' מצא כתובה מיירי בתוספת כתובה. ושכר הסופר של התוס' כתובה הוא על האשה.

דדוקא כתובה על הבעל ליתן שכר הסופר כמבואר בב"ב (דף קס"ח) ובאה"ע ריש סי' ס"ו וח"מ וב"ש שם. לפי שזהו טובת הבעל דאסור לו לבא עלי' בלא כתובה משא"כ בת"כ.

א"כ מוכח דאף היכא דלא שייך אפשיטי דספרא ג"כ מרעינו לשטרן היכא דנפל. והתם גבי כתובה הא מיירי בחשש פרעון ולא משום חשש צררי לתירוץ הא' דב"מ שם דמדמה הש"ס שם שט"ח לכתובה.

וכמש"כ הנתיבות סי' מ"א סוף ס"ק י"א. וכן מוכח מפמה דוכתי דאף בשטר התחייבות במתנה ג"כ אמרינו נפל איתרע ותקצר היריעה מהכיל.

ונה פשוט דבכל גונוי אמרינו נפל איתרע. ונדעתי מה די"ל דלמא נ"ח רק פ"א ונשאר השט"ח בידו עבור חוב פ"א.

אף לפי זה הנה לו לגבות עכ"פ פ"א. אכן באמת אף היכא דהלנה אומר פרעתי כולו וגם אינו טוען דאפשיטי דספרא זייר ליה ג"כ אמרינו נפל איתרע: ולפי מה דנתבאר דאף היכא דלא שייך אפשיטי דספרא זייר ליה ג"כ אמרינו נפל איתרע והא דלא קרע לשטרן יש לתלות משום אשתמוטי.

א"כ תקשה מה שהקשיתי לעיל מהא דפי' רש"י בב"מ (דף כ') אגרת מזון שקיבל עליו לזון בת אשתו וכ"כ רע"ב והטור שם. דהא פיון דלא מיירי באגרות שומא עבור מזון הבת א"כ הוי ליה ככל שטרות די"ל נפל איתרע ואשתמוטי כנ"ל.

ואפֿשֿר דֿרשׁ"י ס"ל פֿשיטת הֿרֶאָבֿ"ד דֿהוּבָא בח"מ סי' מ"א ובשׁ"ף ס"ק י"ט דֿבְּחֹב תו"ז
לֹא אָמְרִינְוּ נֶפֶל אִתְּרַע. א"כ ה"ה בְּקִיבֶל לְזוּן בַּת אֲשֶׁתוֹ דָּאָם טוֹעֵן פֿרַעַתִּי בתו"ז אינו
נֶאֱמָר לומר פֿרַעַתִּי.

ואף דֿהשׁ"ף הוֹכִיחַ שֶׁמֶן מִן ב"מ (דף ז') דָּגַם בְּכַתְּנֻפָּה אָמְרִינְוּ נֶפֶל אִתְּרַע אע"ג דֿהוּי תו"ז.
פֿבֶּר סֵתֵר דֿבְּרִיו הַקְּצָה"ח שֶׁמֶן דִּשְׁא"ה דֿהוּי תְּנַאי ב"ד וכמש"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין (דף ל"ד)
דִּשְׁאֲנֵי תְּנַאי ב"ד עי"ש בקצה"ח.

וְכֵן פֿתְּבוּ הַתּוֹס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה אע"ג דִּשְׁאֲנֵי דִּשְׁאֲנֵי רַבֵּנּוּ כו'. א"כ לפ"ז י"ל דִּשְׁאֲנֵי
מְזוּנוֹת בַּת אֲשֶׁתוֹ דִּלְא הוּי מִתְּנַאי ב"ד פֿמְבֹאָר בְּכַתְּנֻפּוֹת (דף ק"ב) וְגִיטִין (דף נ"א) ע"כ
לֹא חִינְיִשְׁינּוּ בְּזָה לִפְרַעוֹן.

וְגַם בְּמְזוּנוֹת מְבֹאָר בְּר"ן פ' אֶלְמָנָה נִיזְוֹנָת גַּבִּי הָא דְּבַעֵי ר' יוֹחָנָן יְתוּמִים אָמְרוּ נִתְּנָוּ
וְהִיא אוֹמֶרֶת לֹא נִטְלָתִי כִּנ"ל דִּמְזוּנוֹת לְהַבָּא בְּנוֹדָאֵי אֵינּוּ נֶאֱמָנִים כְּמוֹ בְּכָל חוֹב תוֹף זְמַנּוּ.
[וּמְדַבְּרֵי הַר"ן הַנֶּ"ל הוֹכִיחֵי דָּאָף בְּחוֹב עַל זְמַנִּים הֶרְבֵּה אֵינוֹ נֶאֱמָר לומר פֿרַעַתִּי בְּתוֹף
זְמַנּוֹ וְדִלְא כְּמִשׁ"כ הַשׁ"ף סי' ע"ח ס"ק י"ב גַּבִּי קוֹנְטְרָסִים.

אָף לִפְמִשׁ"כ הַנְּתִיבוֹת שֶׁמֶן ס"ק ד' לְחַלֵּק דִּשְׁאֲנֵי קוֹנְטְרָסִים שְׂאִין לוֹ זְמַן קְבוּעַ כו' ע"ש.
ולפ"ז יֵשׁ לְחַלֵּק דִּשְׁאֲנֵי מְזוּנוֹת דְּזְמַנּוֹ קְבוּעַ בְּכָל יוֹם וְיוֹם].

ע"כ בְּאֵגְרוֹת מְזוּן לֹא אָמְרִינְוּ נֶפֶל אִתְּרַע: אָכֵן עַדִּינְוּ תִּקְשָׁה לִפ"מ דְּכַתְּבַת הַמְּחַבֵּר בְּסִי'
מ"א פֿשיטת הַרְמְב"ם דָּאָף בְּחוֹב תו"ז אָמְרִינְוּ נֶפֶל אִתְּרַע וְכ"כ הַטּוֹר שֶׁמֶן. א"כ קִשָּׁה
אָמָּה שְׂפִתְבוּ הַטּוֹר וְהַרְמ"א לִפְרֵשׁ אֵגְרוֹת מְזוּן שְׂקִיבֶל עָלָיו לְזוּן בַּת אֲשֶׁתוֹ.

וּמִשְׁמַע דְּזָה לֹא קָאֵי עַל שׁוּם הַב"ד. וְאֶפְשֶׁר לְחַלֵּק דִּשְׁאֲנֵי בְּמְזוּנוֹת הַבַּת לִפְמִשׁ"כ הַתּוֹס'
בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה פִּי הִיכִי כו' דְּבִפְדִּיּוֹן הַבֵּן אָף אֲבִי נְרָבָא דִּס"ל עֲבִיד אֵינְשׁ דְּפִרַע
גוֹ זְמַנִּי מוֹדוֹ בְּזָה דֵּאֵינוֹ נֶאֱמָר לִפִּי דֵּאֵין חִיּוּבוֹ בְּרוּר דִּשְׁמָא יְמוּת בְּתוֹף ל' וְיִפְטֹר וְכֵן
בְּשְׂכִירוֹת כו'.

א"כ לִפִּי מֵאֵי דֵּאֵי בְּב"ב (דף ק"מ) דְּמִתָּה הַבַּת לִית לָהּ וְכ"כ הָרֵא"ש פ' הַנּוֹשֵׂא סִי' א'
בְּשֵׁם הַיְרִוּשְׁלָמִי דְּמִתָּה הַבַּת אֵינוֹ מְשַׁלֵּם לִיּוֹרְשֵׁי. וּבִמְק"א הָאֲרַכְתִּי בְּזָה דְּלָמָּה לֹא הִבִּיא
לְהָד דְּב"ב הַנֶּ"ל.

ולפ"ז י"ל דִּשְׁאֲנֵי מְזוּנוֹת הַבַּת דֿהוּי חֲזָקָה אֵלִימְתָא דָּאָף אֲבִי נְרָבָא מוֹדוֹ בְּזָה דֵּאֵינוֹ פּוֹרַע
תו"ז מְשׁוּם דֵּאֵין חִיּוּב בְּרוּר דִּשְׁמָא תְּמוּת בְּתוֹף הַזְּמַן וְיִפְטֹר מִמְּזוּנוֹת דְּלִהָבָא כִּנ"ל
בְּפִדְיוֹן הַבֵּן.

ע"כ אָף הִיכָא דְּנֶפֶל לֹא אִתְּרַע חֲזָקַת תו"ז זוֹ דֿהוּי חֲזָקָה אֵלִימְתָא: וּמִכְּבָר כְּתַבְתִּי בִּמְק"א
בְּשִׁיטת רש"י דְּכַתְּנֻפּוֹת (דף צ"ו) יְתוּמִים אָמְרוּ נִתְּנָוּ וְהִיא אוֹמֶרֶת לֹא נִטְלָתִי כו' דְּפִרְשׁ
רש"י דְּמִיָּרִי בְּמְזוּנוֹת דְּלִהָבָא.

וְכַתְּבִי דֿרשׁ"י ס"ל פֿשיטת הַשׁ"ף בְּסִי' ע"ח דֿהִיכָא דִּישׁ זְמַנִּים הֶרְבֵּה אָדָם פּוֹרַע תוֹף
זְמַנּוֹ וְה"ה בְּמְזוּנוֹת פִּינּוֹן דְּכָל יוֹמָא וְיוֹמָא זְמַנּוֹ הוּא ע"כ ס"ל לְרִשׁ"י שֶׁמֶן דִּלְא פְּהֶר"ן דְּשֶׁם
כִּנ"ל. וְעַכ"ז יֵשׁ לְחַלֵּק דִּשְׁא"ה בְּמְזוּנוֹת הָאֲשֶׁה דֿהוּי בְּתַנַּאי ב"ד וכמש"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין
(דף ל"ה) וּבב"ב (דף ה') כִּנ"ל.

משא"כ במזונות הבת דלא הוי בתנאי ב"ד שאני: ועיין בנמוקי יוסף סוף פ"א דב"מ על
הא דמצא אגרות מזון דפי' שקיבל לזון בניו ואשתו. א"כ תקשה הא במזונות אשתו דהוי
תנאי ב"ד ונדאי חיישינן לצררי אף בתוך זמנו.

ואין לחלק דשאני מזונות הבת ואשתו דאין חיובו ברור דשמה תמות. דהא גם בכתובה
אין חיובה ברור דשמה תמות בחייו.

ואפ"ה חיישי לפרעון אף בתו"ז. א"כ ה"ה מזונות אשתו דהוי ג"כ תנאי ב"ד ואין לחלק
ביניהם.

ואפשר לדחוקי דכוננת הנמוקי יוסף דקאי ג"כ על מה ששמו ב"ד עבור מזונות אשתו.
וכן אפשר לדחוקי בטור ובסמ"ע שם וכן בלשון הרע"ב במשנה שם.

ועיין שם בתיו"ט שם ד"ה אגרות שום שקתב דקרי ליה אגרות לפי שרגילין לפרסם
לרבים ושהוא חשיבות שמנותר למזון כו'. משמע מדבריו דאגרות מזון שקתב הרע"ב
שקיבל לזון בת אשתו לא קאי על שום ב"ד.

רק שיטת התוס' בכתובות (דף ק') ד"ה אגרות ביקורת כו' כ' בשם ר"ת לפרש דקאי על
מה דב"ד שולחין אגרות לב"ד אחר לשום ולמזון פלוני. ויש להאריך בכ"ז.

אף באמת לשון רש"י והרע"ב והטור משמע דאגרות מזון לא קאי על שום ב"ד להך
פירוש דכתבו שקיבל לזון בת אשתו ומוכח כמש"כ לעיל: ענה ה ובכתובות (דף נ"ה)
אמרו שם תנאי כתובה ככתובה דמא גבי תוספת כתובה נפ"מ לשבועה כו'.

ופי' רש"י לשבועת הנפרע שלא בפניו ונפרע מנכסים משועבדים ויתומים כו'. והקשה
התוס' בד"ה ולשבועה דהא גם בשאר שטרות צריך שבועה וע"כ כתב הר"י שם פירוש
אחר כו'.

ואם נימא דהיכא דלא שייך אפשרי דספרא זייר ליה א"צ שבועה וכמש"כ פן הר"י
בב"ב (דף ה') שם. וידוע שיטת רש"י בכתובות (דף פ"ז) דשבועות משעבדי ויתומים
ונפרע שלא בפניו כולם משום טענת השבע לי אתו עלה.

ועיין באה"ע סי' צ"ו ב"ש ס"ק א' וס"ק כ"ד וס"ק ל"ז. ואי נימא דבמתנה דהתחייבות
דלא שייך אפשרי דספרא זייר ליה א"צ שבועה א"כ י"ל דהא בתוספת כתובה על האשה
ליהן ש"כ הסופר כמו בכל שטר מתנה.

רק כתובה על הבעל ליהן ש"כ הסופר לפי דאסור לבוא עליה בלא כתובה כמבואר
באה"ע סי' ס"ו. וא"כ בשאר שטרות במתנה לא היה צריך הבעה ש"ט לישבע דהא לא
שייך התם אפשרי דספרא זייר ליה.

רק משום דדין תוספת כתובה ככתובה צריך שבועה בכל הני אף בתו"כ א"כ היה מתורץ
קושיות התוס' שם על רש"י. ועיין בתוס' כתובות שם (דף נ"ה) ד"ה ולפוגמת כו' דמירי
היכא דהיתה הכתובה בשטר א' והתוספת בשטר א' ע"ש.

ואי דנימא עדיין דלמא לא פרע כולו ונ"ח קצת וע"כ נשאר ת"י השטר ע"כ אף היכא
דלא שייך לומר אפשרי דספרא זייר ליה ג"כ יהיה צ"ש מטעם הנ"ל. ז"א דהא מבואר

בתוס' ב"ב דף ע' ע"א) ד"ה או דלמא כו' וכ"כ התוס' בשבועות (דף מ"ה ע"ב) ד"ה בשטר כו' בשם הריב"א דמחלקי דשאני היכא דלא שנייה אפשיטי דספרא זייר ליה ע"ש. ולא כתבו דעדיין יש לחוש דלמא לא התזיר פלוו רק קצתו וכנ"ל. ומוכח דז"א ספרא פלל פיון דלא שנייה אפשיטי דספרא כו'.

וע"כ גובה פל סף השטר כדמשמע התם בתוס': אכן פיון דחזינו דהתוס' בשם הר"י תירץ תירוץ אחר שם (דף נ"ה). והר"י בעצמו כתב בב"ב (דף ה') דלכן צריה שבועה בשטר משום דאפשיטי דספרא כו' א"כ מאי הקשה הר"י הכא בכתובות על מה דאמרו שם דתוספת כתובה ככתובה לשבועה.

ומוכח מזה דבכל גוונני צריה שבועה ואף היכא דלא שנייה אפשיטי דספרא זייר ליה: וכיון דנתבאר לעיל דהא דאמרו בב"מ (דף ט"ז) גבי נפל איתרע דאמרינו דלכן לא קרעו לשט"ח משום אשתמוטי קא משתמט או אפשיטי דספרא כו'.

דאין פנונת הגמ' לומר דדוקא היכא דיש לתלות בשני חששות הנ"ל אז מרעינו לשטרא. אבל משום אשתמוטי בלבד לא מרעינו לשטרא.

דז"א דהא כתבתי להוכיח דאף היכא דאין לומר אפשיטי דספרא ג"כ מרעינו לשטרא משום אשתמוטי וכה"ג. א"כ ה"ה מש"כ התוס' בב"ב דלכן תקנו שבועה משום דחזקה דשאטר בידי מאי בעי לא הוי חזקה אלימתא כמו דאמרו בב"מ (דף ט"ז) אפשיטי דספרא זייר ליה עכ"ל התוס'.

דאין פנונת התוס' דדוקא היכא דיש לומר אפשיטי דספרא אז מרעי לחזקה דשאטר בידי מאי בעי דהא עיקר יסודם של התוס' על סוגיא דב"מ. וכיון דנתבאר דאף בנפל איתרע מרעינו לשטרא אף היכא דלא שנייה אפשיטי דספרא.

אלא משום אשתמוטי קא משתמט. א"כ ה"ה גבי חיוב שבועה דתקנו חז"ל דג"כ הוא מה"ט.

משום דלא אלים חזקה דשאטר בידי כ"כ פיון דיש לתלות דאשתמוטי קא משתמט כנ"ל: ובעז"ה דברי התוס' (דף מ"ה) ד"ה ולמר בר רב אשי דאמר כו' והרא"ש בשבועות פ' ו' סי' ט' אנהירנהו לעיניו דז"ל שם ורב האי הביא ראי' דבדאורייתא מפכינן מהא דהצריכו לישבע על שטר בטוען השבע ליה.

וכתב הרא"ש והתוס' לחלק דשא"ה דהתם יש טעם לדבר למה תקנו דצריה לישבע דזימנין טובא מתרמי דפרעי' ואשתמייר שאטרא ביזו כדאיתא פ' קמא דב"מ דאשתמוטי קא משתמט דא"ל למחר יהיבנא לך א"נ אפשיטי דספרא זייר ליה עכ"ל.

ועיין בתוס' סנהדרין (דף כ"ט). אלמא דכתבו להדיא דמשום הנה תרי טעמי משבעינו ולא משום פשיטי דספרא לחוד.

וכמו בהא דנפל איתרע כנ"ל. דאף היכא דליכא טעמא דמשום פשיטי דספרא ג"כ מרעינו לשטרא.

ועיין בט"ז חו"מ סי' קנ"ט סעי' א' שפתיב פ'עין זה ב'קהא דב"ב (דף ו') דאמרו קמ"ל דא"ל רבנים ביממא חזי ל' כו' א"נ רבנים פי קאימנא חזי ל' כו' רבנים פי מעינינו חזי ל' כו'. דהעיקר הוי מן חד טעמא.

ושארי טעמים לא נאמרו רק לרונחא דמילתא ע"ש. וה"ה ב'קהא דאפשיטי דספרא זייר דאמרו ב'לשון א"נ ג"כ אינו אלא לרונחא דמילתא.

א"כ י"ל דגם פ'וננת התוס' דב"ב (דף ה') פ'וננתם הוא כמש"כ התוס' ו'הרא"ש ב'שבועות ולא נקטו רק בקצרה. וע"כ א"ש למש"כ התוס' בב"ב שם אח"ז ד'טעמא ד'שטרך ב'ידי מאי ב'עי לא מהני ל'פ'ונטרו מ'שבועה אף ב'פקדון דלא ש'יניף אפשיטי דספרא זייר פנ"ל: וכן מוכח מהא דכתובות (דף צ"ב ע"א) תוס' ד"ה ראונו ש'מכר ש'דה ל'שמעון ב'אחריות כו' ש'פתיבו ש'ם דאם הלוקח ג'ובה ע'בור ח'יוב א'חריות צ"ש רק היכא ש'מעו'ת הפ'קח ב'ידו ל'מה ית'פוס צ'ררי ע"ש.

וקא הלוקח נותן ש'כר הסופר של ש'טר הפ'כירה וכן ש'טר ט'רפא חל על הלוקח ש'כר הסופר ואפ"ה ח'ייב ש'בועה ו'התוס' ב"ב ה'נ"ל קאי ג"כ ב'שבועות יתמי כמש"כ לעיל. ועיין ב'תומים סי' קט"ז באורים שם.

וכן מ'בואר בח"מ סי' ע"ב ש"ף ס"ק קמ"ו דאף ב'משפון ב'חש'ש ש'מא פ'רעו צ'ריף ל'ש'בע ב'טוען הש'בע לי ע"ש ש'פתיב פ'ן ל'פ'רש ד'ברי בעה"ת ו'הטור ו'המחבר. ו'הא ה'תם לא ש'יניף אפשיטי דספרא זייר.

וגם ב'מה ש'המשפון מ'נח ב'ידו ש'יניף ג"כ ב'זה מ'שכונף ב'ידי מאי ב'עי כמש"כ ה'נתיבות ש'ם ב'שם בעה"ת. ואפ"ה ח'ייב ש'בועה מ'שום דאמרינו דלמא ש'כח מ'שכונא ב'ידו וכה"ג. הרי מוכח מ'פ'ל ה'נ"ל דאף היכא דלא ש'יניף אפשיטי דספרא ג"כ ח'ייב ש'בועה. ומשמע מ'פ'ל ה'נ"ל דאף פ'רוטה אחת אינו ג'ובה בל"ש ו'לא אמרינו ד'הניח הש'טר ב'ידו ע'בור הפ'רוטה א' ה'נ"ח.

ומוכח כמש"כ לעיל דתלינו ב'אמתלא א'חרת דאש'תמוטי וכה"ג ד'נשא'ר הש'טר פ'רוע ב'ידו: א"כ נתבאר דאף התוס' דב"ב מ'ודו ל'מה ש'פסק ה'רמב"ם ו'הרא"ב ד ו'המחבר בח"מ סי' רצ"ו דאף ב'שטר פ'קדון היכא דלא מ'הימן ל'ומר נאנסו דלא מ'הימן ל'ומר ה'חזרתי.

דאם ט'ען אש'תבע לי מ'שב'עין ל'יה אף דלא ש'יניף ה'תם אפשיטי דספרא זייר ועיין ב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק ח'. וכי'ן ד'נתבאר דמן התוס' דב"ב אינו מוכח ד'פ'לוגו ע"ז.

ואדרבא מ'שמע מ'דבריהם דאף ב'שטר פ'קדון לא אלי'ם כ"כ ה'חזקה ד'שטרך ב'ידי מאי ב'עי די"ל ד'נשא'ר ב'ידו פנ"ל. ע"כ הדין הוא דאף ב'תפס בעה"ש"ט אינו יכול ל'טעון קים לי ומ'ח'ייב ל'ש'בע ב'ונדאי ו'דינו פ'מו פ'ל ג'זל ד'רבנן ו'ברור: ע'נף ו'עכש'יו נ'באר אם ש'יניף ש'בועת אש'תבע לי ב'כתובה.

הנה ראי'תי ב'דרוש ו'חדוש של הגאון רע"א זצ"ל ב'כתובות (דף פ"ז ע"א) ש'פתיב ד'יש לדון ד'בכתובה לא תקנו ל'ה' ש'בועה דאש'תבע לי. מ'שום ד'הא אף ב'גרושה ש'יניף ח'ינא קצת.

וסיים דאף דמסתמת הפוסקים משמע דמשביעין בזה ג"כ מפל מקום צריף ראיה גדולה לזה והאריף בזה: ותמהני עליו דאמאי לא הביא לדברי הרמב"ם ה' אישות פ' ט"ז ה' י"ט שפכת ביהדיא גבי פתובה דאם אמר הבעל השבע לי חייבת לישיבע.

וכתב המ"מ שם דלמד פן מהא דשבועות (דף מ"א) גבי שטר. וכ"כ המחבר באה"ע סי' צ"ו סעי' ז' ובח"מ שם ס"ק כ"ג.

ועיין בפ"ד בח"מ סי' פ"ב ס"ק י"ט. ובאמת מן שיטת רש"י והרע"ב והר"ן בכתובות (דף פ"ז) דכתבו דשבועת משעבדי ויתומים הוי משום דטענינו להו כו' ונדאי מוכח פן וכמש"כ רע"א זצ"ל שם פן אף לא הביא להרמב"ם מפני שג"ל.

וכ"כ הריטב"א בכתובות (דף פ"ז) והשמ"ק שם דהשבע לי שניף ג"כ בכתובה. ועיין באה"ע סי' ס"ח סעי' ח' דיש לו להשביעה בנק"ח על תוס' פתובה.

והוא מן הרמב"ם כמבואר שם במ"מ דזהו מהא דשבועות (דף מ"א) הג"ל וכ"כ הר"ן בסוגיא דפ"פ. ועיין באה"ע סי' ק"ג סעי' א' גבי פ"ז דתוספת פתובה בכתובה ועיין שם בב"ש ס"ק ג' ואכמ"ל.

ומה שהוכיח שם רע"א זצ"ל ממה דאמרו בשבועות (דף מ"א) דמה בין זה לפוגם שטר ולא אמרו מה בין זה לפוגמת פתובה יבואר זה לקמן בסי' פ"ד: ומה שהקשה רע"א שם דאמאי לא אמרו בכתובות (דף פ"ז) במה דאמרו שבועה מאי עבידתא ולא אמרו דזהו שבועת השבע לי.

וכן הקשה בתשובה בכתבים סי' קנ"ג. כבר הקדימו השמ"ק שם בשם רבינו יונה דתירץ משום דשבועת השבע לי אין זה שבועת המשנה עכ"ל.

אבל באמת זה התירוצו אינו לפמש"כ הר"ן בכתובות בסוגיא דפוגמתו בשבועות (דף מ"א) וברא"ש שם דהך שבועה הוי שבועת המשנה מדהקשו שם בשבועות מה בין זה לפוגם שטר. ובאמת כבר הקשה זה הפני יהושע בכתובות (דף פ"ז).

וכן הקשה זה האו"ת בסי' פ"ד ס"ק ג' ותירץ זה היטיב עי"ש: וגם יש לי לפלפל בזה וקצרתני: ונראה לי להוכיח פן מהא דכתובות (דף צ"ד) דאמרו דת"ק לית לי דאפיי קשישא. והא התוס' בגיטין (דף נ') ד"ה יתומים שאמרו כו' פתבו דאפיי קשישא מירי בבע"ח.

וכ"כ התוס' בכתובות (דף צ"ד) ד"ה שנומצאת כו'. ומש"כ התוס' שם בסי' ד להוכיח דאפיי קשישא קאי אמתניתין דגיטין או דהכותב.

באמת זה אינו ראיה די"ל דאפיי קשישא קאי על בע"ח וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ה') ד"ה אע"ג כו' ע"ש. ולכן שפיר פתבו התוס' בגיטין ובכתובות שם דאפיי קשישא מירי בבע"ח.

ואי נימא דבכתובה לא שניף השבע לי. א"כ קשה דאמאי אמרו דת"ק לית לי דאפיי קשישא.

הא י"ל באמת דגם הת"ק אית לי דאבני קשישא אלא דס"ל לת"ק לחלק דדוקא בבע"ח
פיון דאביהו הוי מצי למטען השבע לי ע"כ טוענין ג"כ ליתומים וכמו הא דגיטין (דף נ')
דאמרו דלמא הני מילי לשבועה כו' וכפ"י רש"י שם.

אבל בכתובה דלא הוי מצי למטען השבע לי ע"כ י"ל דאין צריך שבועה בגדולים אלא
בקטנים חסו חז"ל עליהם והצריכו שבועה. ומדלא חילקו פן מוכח דגם בכתובה שנייה
השבע לי ולכן אמרו בפשיטות דת"ק לית לי דאבני קשישא.

ועיין ברש"י בכתובות (דף פ"ז ע"ב) ד"ה אלא אמר רבא כו' וכן לקמן (דף צ"ג ע"ב)
ברש"י ד"ה הראשונה נשבעת לשניה כו' וכ"כ הרע"ב והר"נ שם. ע"כ אין שום ספק
בזה פלל ובנודאי אף בכתובה שנייה טענת השבע לי וכ"ז ברור.

ומצאתי באו"ת סי' ק"ח ס"ק ב' שהקשה ג"כ בדברי התוס' דב"ב (דף ה') הנ"ל. אבל
לא העיר בכל מש"כ והעיקר כמש"כ להוכיח בעז"ה: אחר פותבי פל הקונטרס הנה
ראיתי בשמ"ק דב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה מי אמרינן כו' שהביא לדברי התוס' דשם שהובא
לעיל במה שהקשו מהא דשבועות (דף מ"ה) דתפשוט מרמי בר חמא דשם כו' וכתב
לתרץ לקושיותם משום די"ל דרמב"ח ס"ל שטר העומד לגבות פגבוי דמי וע"כ לא
מהימן במיגו דנאנסו משום דה"ל מיגו להוציא דלא אמרינן עכ"ל.

באמת אחי שפיר זה ביותר לפמש"כ ההפלאה בכתובות (דף פ"ז) במה דסבר רמי בר
חמא למימר גבי שבועת פוגמת וגבי שבועת ע"א דשבועה דאורייתא היא וכתב ההפלאה
שם דטעמו משום דס"ל לרמב"ח דשט"ח הוי פגבוי.

א"כ לפמש"כ השמ"ק הקא בב"ב דרמי ב"ח דשבועות ס"ל דהוי פגבוי א"ש בפשיטות
דברי ההפלאה הנ"ל דרמב"ח אגיל לטעמי' בזה. אבל עדיין יש לדון במה דאמרו
בשבועות שם דמפלל דתרונויהו ס"ל המפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזיר בעדים
דקאי שם על רבא ג"כ א"כ לפי דברי השמ"ק הנ"ל מוכח דס"ל לרבא דשט"ח הוי פגבוי.

ובאמת אין זה סברא פלל וכמש"כ ההפלאה שם דרבא ס"ל בכתובות (דף פ"א) דלאו
פגבוי דמי ויש להאריך בזה הרבה. עוד כתב השמ"ק שם לדחות לקושיות התוס' דב"ב
הנ"ל דשא"ה בשבועות דלא שנייה התם אפשיטי דספרא וייר לי'.

א"כ לפ"ז יש לומר דהיכא דלא שנייה אפשיטי דספרא כו' לא יהיה צריך שבועה בטענת
השבע לי וכמש"כ לעיל. אבל באמת פבר נתבאר על נכון בעז"ה דאין שום ראיה מהתוס'
הנ"ל ובנודאי חייב לישבע שבועת השבע לי אף היכא דלא שנייה אפשיטי דספרא כו'
וברור בעז"ה.

ולקמן בחי' לסעי' ח' יבואר בקונטרס מיוחד ב"ה בענין השבע לי בכתובה ומש"כ פאן
לא זזה ממקומה: ה (שם סעיף ח) הנה המלוה חשוד י"א שהנתבע נשבע היסת וי"א
שהמלוה נוטל בל"ש והכי מסתברא.

והש"ף ס"ק י"ט הקשה בשם הסמ"ע דהא פסק באה"ע סי' צ"ו סעי' י"ב באשה החשודה
שכנגדה נשבע ונפטר. וכתב הש"ף לחלק דשאני חוב הלואה פיון דשבועה תק"ח הוא

ע"כ אוקמוה אדאורייתא אבל בכתובה דעיקרו מדרבנן הלכך הם אמרו והם אמרו דאם היא חשודה אוקמוה אדאורייתא עכ"ל הש"ך.

נדברי טעם הם לפי המבואר בראשונים ובמ"מ פ"ב ה' טוען ה' ה' הטעם של הראב"ד דכתב דאין השבועה מעכב הפרעון משום דהעמידוהו על דין תורה ונוטל בל"ש וכ"כ הבעה"מ והמלחמות סוף פ"ז דשבועות.

וכ"כ הר"נ בפ"ז דשבועות. א"כ לפ"ז נראה דכתובה דרבנן דלא שייך פן ונדאי דהשבועה מעכב הפרעון.

וכ"כ הט"ז באה"ע סי' צ"ו ס"ק ט"ו לחלק פחילוק של הש"ך ולא כמש"כ הט"ז בעצמו הקא בסי' פ"ב: ענף א ולפ"ז לכאורה יש לדון לפי שיטת הרמב"ם דס"ל בפ"ג ה"ע דכל שטר אינו רק מדרבנן משום דמה"ת הא בעינן מפיהם ולא מפי כתבם והובא שיטתו בסי' כ"ח.

א"כ לפ"ז י"ל דשפיר פסק הרמב"ם פ"ב ה' טוען ה' ה' דחשוד דאפיק שטרא מפסיד שטרו. משום דלשיטתו דכל שטר אינו רק מדרבנן א"כ לא שייך אליביה לומר דהעמידוהו על דין תורה.

דקא מה"ת אינו נוטל פלום פנין דמה"ת אין לו דין שטר כלל. וכמש"כ הש"ך פ"עין זה על כתובה דרבנן.

ולפ"ז יש לעיין במש"כ הש"ך לתרץ דברי הש"ע דסותר להא דאה"ע דקא בח"מ פתב דהכי מסתברא דנוטל בל"ש ובאה"ע פסק דכנגדה נשבע ונפטר. ותי' דשאני בהלואה דאוקמי אדאורייתא.

דקא שיטת המחבר בח"מ סי' כ"ח סעי' י"ב פשיטת הרמב"ם דשטר אינו רק מדרבנן. א"כ לא שייך בזה סברת הש"ך שכתב דמעמידין על דין תורה דקא מה"ת אינו נוטל פלום: אבל באמת אין זה קשה כלל דקא אמרינן בכולי ש"ס דהקילו חז"ל בקיום שטרות משום דמה"ת פנחקה עדותן בב"ד.

וקשה על שיטת הרמב"ם דס"ל דמה"ת אינו מועיל שום שטר. וע"כ מוכח דכין דכבר הכשירו חז"ל לשטר שיהיה מועיל על ראיה ע"כ דינו כמו כל דאורייתא וכמש"כ המהרי"ק בסי' י"ז והובא בקצה"ח סי' מ"ו ס"ק ה'.

ע"כ ה"ה שפיר פתבו בהיה חשוד דמוקמינן על דין תורה פנין דכבר תקנו דיהיה מועיל שטר על ראיה הוי דינו ככל דאורייתא. משא"כ בכתובה דעיקר החוב הוי רק מדרבנן ע"כ הקילו חז"ל בכתובה פדאמרינן בכולי ש"ס מקולי כתובה שנו פאן.

ועיין בכתובות (דף ק"י) ובשא"ד מזה וקצת. משא"כ בשטר דקא לאחר דתקנו חז"ל דיהיה מועיל שטר על הראיה א"כ דינו פדאורייתא פנין דעיקר החוב הוא מה"ת.

וכיין דהכשירו חז"ל להשטר א"כ ממילא שייך בו חזקה דשטרא בדי מאי בעי. וכש"כ לפי מה דהעלה הש"ך בסי' כ"ח דשטר הוא מה"ת ע"כ שפיר פתב הש"ך לחלק פנ"ל: והקצה"ח ס"ק ה' הקשה על חילוק של הש"ך הנ"ל מן מש"כ הרא"ש בשבועות פ"ז סי' ט"ו בחשוד שבא ליפרע מיתומים שאין לו פלום וסיים בזה"ל ויש מביאין ראיה מהא

דגיטין (דף ל"ה) דרב לא מגבי פתובה לארמלתא לפי שהיתה חשודה בעיניו עכ"ל
הרא"ש.

אלמא דאין מחלק בין פתובה להלואה. וכן הקשה הפ"י בגיטין (דף ל"ה) והניח בצ"ע:
ובאמת אין זה קשה דהא מיריבין בשיטת הרא"ש דהוכיח פו.

וקא מצינו להרא"ש בפ"ק דע"ג סי' ז' שכתב דרב פסק באלו נערות (דף מ') הלכה כר"א
דאית ליה פתובה דאורייתא. וכ"כ הרא"ש בכתובות פ"א סי' י"ט.

ועיין בפלפולא חריפתא בע"ג שם ס"ק כ"ז מש"כ לדון בדברי הרא"ש הנ"ל. ויש לדון
בדברי הרבה.

וכיון דהרא"ש בעצמו ס"ל בשיטת רב דס"ל פתובה דאורייתא ע"כ שפיר כתב הרא"ש
להוכיח פו לחוב הלואה מן הא דרב לא מגבי פתובה לארמלתא דהא גם פתובה הוי
לשיטת רב מה"ת ע"כ אין לחלק אליבא דבין פתובה להלואה.

וכש"כ לפמש"כ רש"י על התורה פ' חיי שרה על פסוק ולבני הפלגשים דנשים בקידושין
וכתובה ופילגשים הוא בקידושין בלא פתובה פדאמרינו בסנהדרין. והרמב"ן על התורה
שם חלק עליו דהא פתובה הוא דרבנן.

א"כ לפ"ז מה"ת לא הוי שום חילוק ביניהם. והובא זה להרמב"ם פ"ד הל' מלכים הל' ד'
בכסף משנה ובלח"מ שם.

ועיין ברמב"ם פ"א הל' אישות ה"ד במ"מ ובכ"מ שם. וכתבו שם דגירסת רש"י
בסנהדרין (דף כ"א ע"א) דאמר ר"י אמר רב פלגשים בקידושין בלא פתובה.

א"כ מוכח מזה דרב ס"ל פתובה מה"ת. וכן לפי המבואר בירושלמי פתובות פ"ה ה"ב
דר' מאיר ס"ל אשה יש לה פתובה פלגש אין לה פתובה.

זהו משום דאזיל לטעמיה דס"ל לר"מ פתובה מה"ת פמבואר בכתובות (דף נ"ו). וקא
דאמר ר' יהודה שם בירושלמי דאשה יש לה תנאי פתובה ופלגש אין לה תנאי פתובה
פוננתו הוא למאי דס"ל לר' יהודה מזונות וכסות הוא מה"ת פמבואר בכתובות (דף נ"ו)
אף דס"ל פתובה דרבנן.

ע"כ שפיר יש לחלק דאשה יש לה מזונות וכסות ופלגש אין לה מזונות וכסות וזהו חילוק
מה"ת. ועיין ברא"ש פתובות פ"א סי' י"ב שכתב אם לקח פלגש כו' א"כ מוכח דלא ס"ל
פרש"י בזה: אף אין אנו צריכין לזה דהא בלא"ה נתבאר דשיטת הרא"ש דרב ס"ל
פתובה מה"ת מן הא דכתובות (דף מ) דא' רב הל' כר"א פנ"ל.

וגם עוד י"ל דהא הרא"ש הביא בפ"ק דכתובות סי' י"ט שיטת ר"ת דס"ל פתובה
דאורייתא והאריה בזה. ע"כ שפיר כתב הרא"ש בשבועות דיש מביאין ראיה מהא דגיטין
כו'.

וי"ל דזהו לשיטת הסוברים פתובה מה"ת ע"כ לא מחלקים בין פתובה להלואה. אבל
לדדון דס"ל פתובה דרבנן שפיר יש לחלק כמש"כ הנ"ל.

ועיין בר"נ לשבועות פ"ז דהביא ג"כ ראיה זו מהא דגיטין. ודחה ליה מטעם אחר: וילמן ס"א צ"ב ש"ק י"ד פתב הש"ה להוכיח מן מש"כ רש"י בכתובות (דף פ"ה) בההיא איתתא דאיתתיה שבועה אפפה רבא אפנגדה.

ופירש"י והר"נ שהיה אדם תובעה ממון. דלא תימא דמיירי בנתחייבה שבועה על כתובה.

מוכח דס"ל דאין השבועה מעכבת הפרעון אם היה חשוד עכ"ל הש"ה. א"כ מוכח מן שיטת רש"י והר"נ הנ"ל לפמש"כ הש"ה בכוננתם.

דס"ל דאף בכתובה ג"כ אם היא חשודה גובה בל"ש. ואין לומר דזהו למ"ד כתובה מה"ת.

דקא מיירינן שם בכתובות לרבא. ולרבא מצינו דס"ל כתובה דרבנן פמבואר בכתובות (דף י') דרבא ס"ל להחזקה דא"א טורח בסעודה כו' ונאמן מה"ט לומר פ"פ מצאתי וזהו למ"ד דאית ליה כתובה דרבנן פמבואר שם.

אלמא דאף למ"ד דאית ליה כתובה דרבנן עכ"ז אם היא חשודה גובה בל"ש. א"כ מוכח מזה דלא כמש"כ הש"ה בסי' פ"ב הנ"ל לחלק דבכתובה אין לה פלוגא אם היא חשודה.

אלא די"ל דבאמת מן הר"ן ורש"י הנ"ל לפמש"כ הש"ה בכוננתם מוכח דס"ל דאף בכתובה דרבנן אם היא חשודה גובה בל"ש. משום דכיון דתקנו כפר דאית לה כתובה א"כ דינו ככל דאורייתא דהשבועה בחשוד אינו מעכב הפרעון.

אבל הש"ה לעצמו בסתירת דברי המסבר שפיר ס"ל לחלק בין הלואה לכתובה פנ"ל. וזהו בתורת הכרעה לעצמו בין שיטת הפוסקים הנ"ל: גם יש לדון בזה דרש"י והר"ן אזלי לטעמייהו דבגיטין.

והוא דאי בגיטין (דף ל"ו ע"ב) רבא אמר הפקר ב"ד כו' דא"ר יצחק כו' ופ"י רש"י והר"נ שם דרבא קאי על מה דהקשו שם מקונדם דכיון דשמיטה מה"ת איך תיקון הלל פרוזבול ותי' רבא משום הפקר ב"ד כו'.

והתוס' שם בד"ה מי איכא מידי כו' וכן הכ"מ ה' שמיטה פ"ט ה' ט"ז לא כתבו פן. והכ"מ כתב דלהוציא לא שייך הך הפקר ב"ד כו'.

ע"כ י"ל דלשי' רש"י והר"נ דס"ל דאף להוציא שייך הך הפקר ב"ד כו'. כדס"ל לרבא בגיטין שם.

על פן שפיר כתבו לפרש בהך עובדא דההיא איתתא כו' דהיה אדם תובעה ממון דלא תימא דהיתה תובעת כתובה משום דבזה אף בחשודה אין זה מעכב הפרעון. משום דכיון דבחוב הלואה דינו דאף בחשוד גובה כמש"כ הש"ה דאוקמי אדאורייתא.

א"כ ה"ה בחוב כתובה דאין לחלק ביניהם פנין דס"ל לרבא דגם בחוב כתובה לאחר דתקנו חז"ל דינו דזוכה מה"ת וכמו כל זוכה מהפקר. ואף די"ל דבכה"ג לא הפקירו חז"ל.

עכ"ז פנין דאחר דגובה זוכה מה"ת ע"כ אין לחלק ביניהם. פן ס"ל לרש"י והר"נ.

אָבֵל לַפֶּמֶשׁ כִּי הִכּוּמָה דְלִהוּצִיא לֹא שִׁינָה הֶפְקָר ב"ד כו'. א"כ שִׁפִּיר פֶּתַב הַשֵּׁ"ף בְּשִׁיטַת
הַמַּחְבֵּר דֵּהוּא הַב"י בְּעַל הַמַּחְבֵּר לִהְיוֹת כִּי הַמַּחְבֵּר לֹא שִׁינָה הֶפְקָר כו' וְאִינוּ
זוֹכָה אֶלָּא מִצַּד תַּקְנֵתָא בְּעַלְמָא.

וְלָכֵן פְּתוּבָה דֵּהוּי לִהוּצִיא אִינוּ זוֹכָה הָאִשָּׁה אֶלָּא מִצַּד תַּקְנָה בְּעַלְמָא. ע"כ שִׁפִּיר ס"ל
לְהַשֵּׁ"ף לְחַלְקֵי אֲלִיבָיָה דֵּהַמַּחְבֵּר דִּשְׂאֵנִי פְּתוּבָה מִן חוּב דְּאוּרִייתָא.

וְשִׁינָה בְּכַתְּוָבָה לוֹמַר הֵם אָמְרוּ וְהֵם אָמְרוּ דְכִינּוּן דְּאִינָה יְכוּלָה לִישְׁבַע ל"ל כְּלוּם וְשְׂאֵנִי
חוּב הַלּוּאָה דְּאוּקְמוּהָ אֲדֹאוּרִייתָא מִשְׂא"כ פְּתוּבָה דְּאִינָה זוֹכָה מִה"ת כְּלָל. וְיֵשׁ לְהַאָרִיף
בכ"ז הַרְבֵּה בְּכַמָּה סְנֵגִיּוֹת וְאִכְמ"ל.

ע"כ א"ש דְּבָרֵי הַשֵּׁ"ף בְּסִי' צ"ב וְהָקָא בְּסִי' פ"ב הַנֶּ"ל: עֲנָף ב וְהִנֵּה הַט"ז הָקָא בְּסִי' פ"ב
כְּתִיב לְחַלְקֵי דְּדוּקָא גְבִי שְׁבוּעַת אֲשֶׁתְּבַע לִי דְּמִיָּגְרִי הָקָא בְּזֵה הַכְרִיעַ הַמַּחְבֵּר דְּגוֹבָה מִשְׂא"כ
בְּשְׁבוּעַת פּוּגְמָת כו'.

וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת ע"ז דְּמָה הַקְשׁוֹ בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"א) מֵה בֵּין זֶה לְפּוּגְמֵי שְׁטָרוֹ. הָא
יֵשׁ לְחַלְקֵי דְּכַפּוּגָם שְׁטָרוֹ וְהוּא חָשׂוּד אִינוּ גוֹבָה מִשְׂא"כ בְּשְׁבוּעַת אֲשֶׁתְּבַע לִי דְּגוֹבָה אִף
דֵּהוּא חָשׂוּד.

אֲכֹן בְּאַמְתָּ אִין זֶה קִשְׁיָה כְּלָל דֵּהָא עֵינָר סְבֵרַת הַט"ז בְּהַחֲלִיּוֹק הַנֶּ"ל הוּא לְפִי דְּשְׂאֵנִי
שְׁבוּעַת אֲשֶׁתְּבַע לִי דְּבִלָּא טַעֲנָה הַשְּׁבַע לִי לֹא מְשַׁבְּעִינּוּ ע"כ בְּמַקּוּם דְּאִינוּ יְכוּל לִישְׁבַע
הַעֲמִידוֹ עַל דִּין תוֹרָה.

א"כ בְּעַת שְׁהַקְשָׁה דְּמָה בֵּין זֶה לְפּוּגְמֵי שְׁטָרוֹ לֹא הִיָּה יוֹדַע לְחַלְקֵי דְּבַעֲי בְּזֵה טַעֲנַת הַשְּׁבַע
לִי. א"כ לִפ"ז הִיָּה הַדִּין דְּגַם בְּחָשׂוּד הוּא דֵּהָא שְׁבוּעָה מְעַכְבַּ הַפְּרַעוֹן ע"כ שִׁפִּיר הַקְשָׁה
מֵה בֵּין זֶה לְפּוּגְמֵי שְׁטָרוֹ וְזֵה פְּשׁוּט.

וְעוֹד י"ל דֵּהַט"ז לְשִׁיטָתוֹ בְּזֵה דְּלִקְמָן סִי' פ"ד בְּטוֹר סִי' ג' דֵּהֲבִיא שִׁיטַת רַב הָאִי דַּס"ל
דְּפּוּגְמֵי תו"ז צ"ש וְהַקְשָׁה הַט"ז שְׁמֵ דַּא"כ מֵאִי פְּרִיף מֵה בֵּין זֶה לְפּוּגְמֵי שְׁטָרוֹ וְתִי דְּכּוֹנְנַת
הַגַּמ' הוּא דָּאֵם לֹא הִיָּה חֲלִיּוֹק רַק בְּתו"ז א"כ ה"ל לְתַנָּא לְמַחְשָׁב שְׁבוּעַת אֲשֶׁתְּבַע לִי
דְּנִשְׁבַע עַכ"פ לְאַחַר זְמַנּוֹ.

א"כ הוּא הַדִּין בְּזֵה דְּאִי דְּנִימָא דִּישׁ חֲלִיּוֹק בֵּינֵיהֶם לְעַנְיָן חָשׂוּד דְּאַפְתִּי ה"ל לְתַנָּא לְמַחְשָׁב
זֶה הַשְּׁבוּעָה בְּאִינוּ חָשׂוּד וְא"ש דְּבָרֵי הַט"ז: ** (הַגְה"ה וּבְאַמְתָּ יֵשׁ לְתַמּוּהָ עַל קוֹשְׁיוֹת
הַט"ז בְּסִי' פ"ד הַנֶּ"ל דֵּהָא מְבֹנָאָר בְּב"ב (דָּף ה') דְּרַב פֶּפְאָ ס"ל כְּאַבְיִי וְרַבָּא דְּעַבְדֵי אִינְשׁ
דְּפָרַע תו"ז.

א"כ אִין מְקוּם לְמָה שְׁהַקְשָׁה דֵּה"ל לְהַגְמ' לוֹמַר דֵּהוּי נַפ"מ לְתו"ז. דֵּהָא מִיָּרִינּוּ הַתָּם
לְר"פ דְּאָמַר לְהָא שְׁבוּעַת אֲשֶׁתְּבַע לִי וְלִדְיָדִיָּה אִין שִׁינָה כְּלָל הָא נַפ"מ.

וְאַפְשָׁר לוֹמַר דְּכּוֹנְנַת הַט"ז הוּא לַפֶּמֶשׁ כִּי הַתּוֹס' בְּב"ב (דָּף ה') כִּי הִיכִי דְּלֹא לִיטְרַדֵּן כו'
דְּדוּקָא בְּחוּב בְּרוּר ס"ל לְאַבְיִי וְרַבָּא דְּעַבְדֵי דְּפָרַע תו"ז אֶבֶל בְּחוּב שְׂאִינוּ בְּרוּר גַּם אִינְהוּ
מוֹדוֹ דְּאִינוּ נֶאֱמָן לוֹמַר דְּפָרַע תו"ז.

וכ"כ התוס' בב"מ (דף ק"ב ע"ב) ד"ה בְּחִזְקָתָא שְׁלֵא נִפְדָּה כו'. א"כ משפּחת ליה חוב תו"ז גם לר"פ דאינו נאָמֵן לומר דְּפָרַע תו"ז כְּגוֹן בְּחוּב עַל אֵינָה תְּנָאֵי וכה"ג דְּכִינּוּן דְּלֵא הִיָּה חַיִּיב בְּרוּר אֵינּוּ פּוֹרַע תו"ז.

א"כ לש"י רב האי דס"ל דְּפּוֹגֵם תו"ז פִּינּוּן דְּאִתְרַע לִיה הִתְחַקָּה דתו"ז ע"כ חַיִּיב לִישְׁבַע א"כ ה"ה בְּחוּב שְׁבִתְנָאֵי ג"כ הִדִּין הוּא דְּחַיִּיב לִישְׁבַע בְּפּוֹגֵם פִּינּוּן דְּאִתְרַע לִיה מֵה"ט ע"כ שְׁפִיר הִקְשָׁה ה"ט"ז דה"ל לְהַגְמִי לומר הנפ"מ בְּזָה: ועפ"ז יֵשׁ לִישְׁבַע מֵה שְׁהִקְשָׁה בְּדְרוּשׁ וְחִדּוּשׁ שֶׁל ר' עֶקִיבָא אֵיגַר בְּכַתְּוֹבוֹת (דף כ"א) בְּמָה דְּאָמַר אַבְיֵי שְׁם אָבֶל אֲמַגְלִתָּא לֵא.

וְכַתֵּב הֲרִיטְבָא דְּהִתְשִׁשׁ בְּמַגְלִתָּא שְׁיִגְבָּה בּוֹ תו"ז. וְתִמָּא הָא אַבְיֵי עֲצָמוּ אֵית לִיה בְּרִישׁ ב"ב דְּאָדָם פּוֹרַע תו"ז עכ"ל רע"א.

אָכֵן לִפְמ"ש א"ש דְּכּוֹנֵנֵת הֲרִיטְבָא הוּא שְׁיִכְתּוּב הַמְּגִלְתָּא אֵינָה חוּב עַל תְּנָאֵי כְּגוֹן עַל תְּנָאֵי אִם יִחְזֶה בְּעַה"ש בְּכָלוֹת ל' יוֹם וְכַעֲיֵן הָא דֵּאֵה"ע ס' מ' ב"ש ס"ק ו' ע"ש. וכה"ג דְּלֵא הָוֵי חוּב בְּרוּר עַד זְמַן שְׁיִוְצִיא אֶת הַמְּגִלְתָּא לְגִבּוֹת בְּב"ד דְּכֵה"ג גַּם אַבְיֵי מוֹדָה דְּאֵינּוּ נֹאמֵן לומר פְּרַעְתִּי תו"ז וְכַמֵּשׁ"כ הַתּוֹס' בְּב"ב שְׁם דְּשָׁמָא יָמוֹת כו' וכה"ג וּמְתוֹרְץ תְּמִיתָהוּ.

(ע"כ הגה"ה): ** נְחִזּוּר לְעַנְיֵינּוּ דְּלִשְׁי' הַשְּׁ"ף בְּסִי פ"ב וְכִסִּי צ"ב דְּחִשׁוּד דְּהוֹצִיא שְׁטֵר דָּאָף בְּפּוֹגֵם שְׁטֵרוֹ וְכִיּוֹצֵא בּוֹ מ"מ גּוֹבָה. אָבֶל לִפְמֵשׁ"כ ה"ט"ז הִדִּין הוּא דְּפּוֹגֵם שְׁטֵרוֹ וכה"ג אֵינּוּ גּוֹבָה.

אָף בְּשָׁבוּעַת אֲשַׁתְּבַע לִי דְּכִינּוּן דְּכַעֲי טַעֲנַת הַשְּׁבַע לִי ע"כ קִילָא הַשְּׁבוּעָה בְּזָה וְגּוֹבָה הַחִשׁוּד אָף דְּאֵינּוּ יָכוֹל לִישְׁבַע: וּלְפַעֲנ"ד נִרְאָה לְהוֹכִיחַ פְּשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דָּאָף בְּשָׁבוּעַת אֲשַׁתְּבַע לִי דְּאֵינּוּ גּוֹבָה אִם הִיָּה הַמְּלָנָה חִשׁוּד כְּמִבְּנָאָר הָכָא בְּסִי פ"ב לְדַעָה קַמִּיתָא.

וְכַמֵּשׁ"כ הַטּוֹר הַכְּאוּבְסִי צ"ב דְּגַם בְּשָׁבוּעַת אֲשַׁתְּבַע לִי אִם הִיָּה הַמְּלָנָה חִשׁוּד אֵינּוּ גּוֹבָה. וְהוּא דְּהָא אָמְרוּ בְּגִיטִין (דף ל"ה) דְּרַב לָא מְגַבֵּי כְּתוּבָה לְאַרְמְלָתָא.

וְכֵן פִּי רִש"י שְׁם בְּגִיטִין (דף ל"ד) עַל מְשָׁנָה דְּנִמְנָעוּ מִלְּהַשְׁבִּיעָה וּפִי רִש"י שְׁם וְהִתָּה מְפֻסָּדַת כְּתוּבָתָהּ. וּמִבְּנָאָר בְּכַתְּוֹבוֹת (דף פ"ז) עַל הַמְּשָׁנָה דְּהָא דְּהַנְּפָרַעַת מִמְּשׁוֹנְעָבְדִים וּמִתּוֹמִים לֵא תִפְרַע אֶלָּא בְּשָׁבוּעָה דְּהַטַּעַם הוּא מְשׁוּם דְּטוֹעֲנִין לְהוּ דָּאִם הִיָּה טוֹעֵן אֲשַׁתְּבַע לִי דְּלֵא פְּרַעְתִּי הִיָּה צ"ש.

וכ"כ ר"ע מְבַרְטְנוּרָה שְׁם. וְכ"כ הַר"ב בְּכַתְּוֹבוֹת שְׁם.

וכ"כ הַרְשֵׁב"ם לְב"ב (דף ע' ע"ב) ד"ה שְׁטֵר פִּיס הַיּוֹצֵא עַל הִתּוֹמִים כו' דְּשָׁבוּעַת יְתוּמִים הִיא מְשׁוּם דְּטוֹעֲנִין לְהוּ כְּנ"ל: וְכִינּוּן דְּעִיקָר שְׁבוּעַת יְתוּמִים הוּא לְשִׁיטַת הָרֵאשׁוֹנִים הַנְּז"ל מְשׁוּם שְׁבוּעַת אֲשַׁתְּבַע לִי.

וְמֵה שְׁהִקְשׁוּ ע"ז הַתּוֹס' בְּשָׁבוּעוֹת (דף מ"א) בְּד"ה וְכִי מֵה בֵּין זֶה לְפּוֹגֵם שְׁטֵרוֹ כו'. הִנֵּה הַפְּנִי יְהוֹשֵׁעַ בְּכַתְּוֹבוֹת (דף פ"ז) הִבִּיא בְּשֵׁם סֵפֶר נְתִיבוֹת הַמְּשַׁפֵּט הָרֵאשׁוֹן דְּתִי זֶה הִיטְיָב.

א"כ לפ"ז מבעי לן לומר דגם בשבועת אשתבע לי אם הנה חשוד דלא יגבה בשטר כמו דחזינו דרב לא מגבי פתובה לארמלתא וכמו שפי' רש"י והר"ן בגיטין (דף ל"ה) במשנה שם דנמנעו מלהשביעה דהיתה מפסדת הפתובה.

וכיון דשבועת יתומים אם הנה בעל השטר חשוד ס"ל דאינו גובה אף דעיקר השבועה של יתומים הוא רק משום שבועת אשתבע לי פנ"ל דטוענין להו. אפ"ה אמרו בזה דהך שבועה מעכב הפרעון.

א"כ לפ"ז ה"ה מבעי להיות בשבועת אשתבע לי עצמו. דיהיה מעכב הפרעון ואם הנה חשוד דלא יגבה בהשטר שילו דהא הכל הם מצד שבועת אשתבע לי.

א"כ יהיה מוכח לפי שיטת רש"י והרע"ב והר"ן והרשב"ם בפ"י דשבועת יתומים דזהו מצד אשתבע לי. דלפ"ז הדין הוא דגם בשבועת אשתבע לי לא יגבה חשוד בשטר: והנה הש"ך בסי' צ"ב ס"ק י"ד פתב בכוננת רש"י והר"ן דכתובות (דף פ"ה) בההיא איתתא דאיתתא שבועה דמוכח דס"ל דחשוד גובה בשטר.

ואף דנתבאר לעיל דהא מיירינן התם אליבא דרבא והא ס"ל לרבא פתובה דרבנן ואפ"ה ס"ל דאין השבועה בזה מעכב הפרעון. א"כ תקשה ע"ז מהא דרב לא מגבי פתובה לארמלתא דהא נתבאר לעיל בשיטת רש"י דרב ס"ל פתובה מה"ת כמש"כ רש"י על התורה פ' חיי שרה דגירסתו הוא בסנהדרין (דף כ"א) דרב ס"ל נשים בכתובה פלגשים בלא פתובה דכתבתי לעיל להוכיח מזה דרב ס"ל פתובה מה"ת.

ולכן אף דלשיטת רש"י בפירושו לכתובות (דף י') שהובא ברא"ש לכתובות פ"א סי' י"ט נדחה ראיות הרא"ש שם דכתב דרב ס"ל פתובה מה"ת מן הא דפסק רב התם הלכה כר"א בכתובות (דף מ').

עכ"ז הא לשיטת רש"י מוכח פן מן הא דסנהדרין (דף כ"א) הנ"ל דרב ס"ל פתובה מה"ת פנ"ל. ואפ"ה מצינו לרב דלא מגבי פתובה לארמלתא ולא מוקמינן על דין תורה.

א"כ כש"כ למאן דס"ל פתובה דרבנן. ומוכח מזה דלא כמש"כ הש"ך להוכיח מן הא דכתובות (דף פ"ה) בכוננת רש"י והר"ן הנ"ל.

ובאמת אין זה ראיה מוכרחת כ"כ וכמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק ד' לדחות ראיות הש"ך הנ"ל ע"ש. ויש להאריך בזה: ואפשר לומר בזה דהא הר"ן בשבועות פ"ז בסוגיא דא"א מוריש שבועה כו' פתב להוכיח בשם הראשונים דחשוד הבא לפרע מיתומים דאין לו פלום מהא דרב לא מגבי פתובה לארמלתא.

וע"ז פתב הר"ן דאינה מכרעת אצלו דיש לחלק דשא"ה פיון שלא היתה חשודה ממש ע"כ לא היתה יכולה ליטול בל"ש כו'. עכ"ל הר"ן.

ע"כ יש לחלק עדיין דשאני בחשוד ממש דבזה אין השבועה מעכב הפרעון. משא"כ התם בגיטין דלא היתה חשודה ממש וכמש"כ הר"ן לחלק בזה פנ"ל.

אבל באמת אין זה חילוק ברור כ"כ וכמש"כ הר"ל עצמו בלשונו דאינה מכרעת אצלו פנ"ל. וגם הא הרא"ש והרשב"א בח"י לשבועות פ"ז הביאו ראיה זו מהא דרב לא מגבי

כַּתְּנֻבָּה וְלֹא חִזְקוּ בְּהַחֲלוּקָה שֶׁל הַר"ן הַגָּ' לְ מִשׁוֹם דְּבִאֲמַת אִין זֶה סְבָרָא לְחַלְקָא כֵּן
דְּחִשְׁבֵיהּ מִמֶּשׁ יְהִיָּה יָפָה פְּתָה מִן אִינְה חִשְׁבֵיהּ מִמֶּשׁ.

וְדוֹחַק לֹאמַר דְּזֵהוּ מִשׁוֹם דְּלִפ"ז תְּעַקֵּר תְּקֻנַּת הַשְּׁבוּעָה לְגַמְרֵי לְכָל מִשׁוֹם דְּבִשְׁנֵי דְרַב הָוִי
קִילֵי גְדָרֵי פְּמִבְּנָאָר שָׁם בְּגִיטִין. דְּזֵהוּ דוֹחַק.

ע"כ שֶׁפִּיר פְּתַבְתִּי לְהוֹכִיחַ מִן שִׁיטַת רִש"י וְהַרְשָׁב"ם וְהַרְע"ב וְהַר"ן הַגָּ' לְ בִמְש"כ הַטַּעַם
דְּשְׁבוּעַת יְתוּמִים הוּא מִשׁוֹם שְׁבוּעַת אֲשַׁתְּבַע לִי. דְּלִפ"ז הַדִּין נוֹתֵן גַּם בְּשְׁבוּעַת אֲשַׁתְּבַע
לִי דִּיהִיָּה מְעַכֵּב הַפְּרָעוֹן גְּבִי חִשׁוֹד דְּאִפִּיק שְׁטָרָא.

וְלִפ"ז יֵשׁ לְתַמְנֵה עַל הַפּוֹסְקִים בְּסִי פ"ב וּבְסִי צ"ב דְּלֹא הֶעִירוּ מִזֶּה כָּלֵל: עָנָף ג'
וְהַנְּלַפְעֵנ"ד בְּזֵה וְהוּא דְּהָא יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת בְּלֹא הַעֲלָה עַל שִׁיטַת רִש"י וְהַרְע"ב וְהַרְשָׁב"ם וְהַר"ן
בִּמְש"כ דְּשְׁבוּעַת יְתוּמִים הוּא מִצַּד שְׁבוּעַת הַשְּׁבַע לִי.

דְּלִפ"ז תְּקַשָּׁה בְּיוֹתֵר בְּמָה דְּמִבְּנָאָר בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"ח) דְּאֵם מֵת לְנֶה בְּחַיֵּי מַלְוָה אָמְרוּ
בְּזֵה א"א מוֹרִישׁ שְׁבוּעָה לְבָנָיו. וְדוֹקָא בְּשְׁבוּעַת יְתוּמִים אָמְרוּ כֵּן אָבֵל בְּשְׁבוּעַת פּוֹגֵם
וּכְיוּצָא בּוּ.

וְכַש"כ בְּשְׁבוּעַת הַשְּׁבַע לִי אָמְרוּ הֵבּוּ דְּלֹא לֹוֹסְיָה עֲלֵהּ. וְכַמְש"כ הָרָא"ש בִּפ"ז דְּשְׁבוּעוֹת
סִי ט"ו דְּשִׁאֲנֵי שְׁבוּעַת יְתוּמִים דְּאֵלְמוּיָה רַבָּנָן לְתַקְנַת יְתוּמִים בְּזֵה וְהַחֲמִירוּ בְּשְׁבוּעַתוֹן
יֹוֹתֵר כּו'.

וְכ"כ הַתּוֹס' בְּב"מ (דָּף צ"ז ע"ב) ד"ה ה"ג כְּגוֹן שִׁישׁ עֶסֶק שְׁבוּעָה כּו'. וְכֵן מִבְּנָאָר בְּכָל
הָרֵאשׁוֹנִים וּבַח"מ סִי ק"ח.

וְקִשָּׁה לְפִי שִׁי הַפּוֹסְקִים הַגָּ' לְ דְּעִיקָר מִיְלֻתָא דְּשְׁבוּעַת יְתוּמִים הוּא מִשׁוֹם שְׁבוּעַת אֲשַׁתְּבַע
לִי כִּנ"ל. א"כ קִשָּׁה דְּאֵמַאי הֶחֱמִירוּ בְּשְׁבוּעַת יְתוּמִים יֹוֹתֵר מִן שְׁבוּעַת אֲשַׁתְּבַע לִי וּפּוֹגֵם
וְכַה"ג דְּהָא כִּינּוֹן דְּעִיקָר מִיְלֻתָא הָוִי מִשׁוֹם דְּטַעְנִינּוּ לְהוּ דְּאֵם הִיָּה אַבְוֵהוֹן קִינִים הִיָּה טוֹעֵן
הַשְּׁבַע לִי.

א"כ לֹא יְהִיָּה חֲמִירָה שְׁבוּעַת יְתוּמִים מִן שְׁבוּעַת אֲבִיָּהֶם דְּה"מ לְמַטְעֵן כֵּן. וּבִאֲמַת מוֹכַח
מְפּוֹלֵי סוֹגְיָא דְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"ח) הַגָּ' לְ כְּשִׁיטַת הַתּוֹס' בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"א) בְּד"ה וְכִי מַה
כֵּין זֶה לְפּוֹגֵם כּו'.

שְׁכַתְּבוּ דְּשְׁבוּעַת הַבָּא לְיַפְרַע מִיְתוּמִים לֹאוּ מִשׁוֹם טַעְנַת אֲבִיָּהֶם הָוִי. אָבֵל לְשִׁי הַפּוֹסְקִים
הַגָּ' לְ דִס"ל דְּמִשׁוֹם טַעְנַת אֲבִיָּהֶן אָתוּ עֲלֵה תְּקַשָּׁה כֵּן: וְלָכֵן נִלְע"ד לֹאמַר בְּכַוְנוֹת רִש"י
וּש"פ הַגָּ' לְ דְּכַתְּבוּ דְּשְׁבוּעַת הַבָּא לְיַפְרַע מִיְתוּמִים הוּא מִשׁוֹם שְׁבוּעַת אֲשַׁתְּבַע לִי דְּהָוִי
מְצִי טַעֵן אֲבִיָּהֶם כִּנ"ל.

דִּי"ל דְּזֵה אִינּוּ אֵלָא לְפִי מַה דְּאָמְרוּ בְּכַתְּבוֹת (דָּף פ"ז) דְּתַנָּא דְּמִשְׁנָה ס"ל שָׁם דְּבִפְטָרָה
מִן שְׁבוּעַת יְתוּמִין מְהַנִּי הַפְּטוֹר. דְּלִפ"ז שֶׁפִּיר י"ל דְּעִיקָר שְׁבוּעַת יְתוּמִין הוּא מִשׁוֹם
שְׁבוּעַת הַשְּׁבַע לִי.

אָבֵל לְפִי מַה דְּאָמַר אָבֵא שְׁאוּל שָׁם דְּאָף בְּפְטָרָה בְּפִי מִן שְׁבוּעַת יְתוּמִים ג"כ אִינּוּ מוֹעִיל
הַפְּטוֹר. וְכַמְבּוֹאָר ג"כ בְּכַתְּבוֹת (דָּף פ"ח) דְּאָבֵא שְׁאוּל וְרַבָּנָן פְּלִיגֵי בְּזֵה וּס"ל לְאָבֵא

שאול דאף בפטרה בפ"ג לא מהני הפטור כמש"כ רש"י התם משום דמה אעשה
שקרי אמרו חכמים הפא ליפרע מיתומים כו'.

וכ"כ הרא"ש שם פ"ט סי' כ' בשם ר"ח דהלכה פאפא שאול דאף פטרה בקדיא משבועה
לא מהני. ועיין באה"ע סי' צ"ח סעי' ז' ובח"מ סי' ע"א ש"ך ס"ק ל"ח: ולפי שיטת אבא
שאול הנ"ל נודאי מוכח דס"ל דשבועת יתומים הוא לאו משום טענת אביהן דא"כ הא
מבעי להיות דיהיה מועיל הפטור שפטרה נגד יורשיו.

וע"כ מוכח דס"ל דהחמירו חז"ל בשבועת הפא ליפרע מיתומים מצד עצמו ולכן החמירו
ג"כ דלא מהני הפטור. וי"ל דרש"י והפוסקים הנ"ל הוכיחו פן מהא דגיטין דף נ' דאמרו
ודלמא הא דאמרו יתומים שאמרו גדולים ואצ"ל קטנים גבי שבועה זהו משום דגדול
במילי דאבוה פקטון דמי.

ופי' רש"י שם דכיון דעיקר השבועה דנשבעין נגד יתומים זהו משום דטוענין להו דלמא
הוי טעו אביהן אשתבע לי כו' ולה"ט אף גדולים נמי עכ"ל רש"י. א"כ מוכח מסוגיא
דגיטין הנ"ל דהטעם של השבועה נגד יתומים הוא משום דטוענין להו כפי' רש"י וש"פ
הנ"ל.

[ולעיל בסי' ע"א כתבתי מה שיש לומר בזה לפי מה דקיי"ל דיתומים שאמרו אף גדולים
נמי אף לזיבורית והארבתי שם בזה]. וכ"ז הוא לרבנן דפליגי על אבא שאול ולהמשנה
דכתובות (דף פ"ו) דאמרו דמועיל הפטור ש"ל נגד יורשיו.

אבל לפי שיטת אבא שאול כפי מש"כ כ"פ פן לדניא פנ"ל. ונודאי מוכח דשבועת יתומים
לאו משום טענת אביהם הוא משום דא"כ הא הוי מהני הפטור: ולפ"ז י"ל דרש"י וש"פ
הנ"ל דכתבו כפי' המשנה דכתובות (דף פ"ז) דלכן הנפרע מיתומים צ"ש דזהו משום
טענת אביהן.

דזהו לשי' המשנה דס"ל שם דמהני פטור ש"ל נגד יורשיו וכדמוכח פן מהא דגיטין (דף
נ') פנ"ל. אבל לפי מה דקיי"ל פאפא שאול דלא מהני פטור ש"ל אף כפי'.

שפיר י"ל אף לשי' רש"י וש"פ הנ"ל. דהחמירו בשבועת יתומים ביותר מכל שבועת
המשנה.

ולכן אמרו בשבועות (דף מ"ח) דהבו דלא לוסוף עלה דרק בשבועת יתומים אמרו דאין
אדם מוריש שבועה לבניו. וכן מה"ט א"ש הא דגיטין (דף ל"ה) דרב לא מגבי כתובה
לארמלתא משום דהחמירו בשבועת יתומים דכיון דאינו נשבע מחמת דהוי חשוד וכה"ג
דזה מעכב הפרעון וכמש"כ התוס' בב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה ה"ג כגון שיש עסק שבועה
כו' דבעלילה מועטת יש לנו להקל על היתומים שלא להוציא מהם כו' וכ"כ הר"נ בפ"ז
דשבועות.

וע"כ אינו קשה למה שהקשיתי על שי' רש"י והפוסקים הנ"ל מהא דשבועות (דף מ"ח)
ומגיטין (דף ל"ה) הנ"ל: וכן מורה לשון התוס' בשבועות (דף מ"א) ד"ה וכי מה בין זה
לפוגם כו' שכתבו להוכיח דשבועת יתומים לא הוי משום טענת אביהם אשתבע לי.

דא"כ אמאי אָמרו בַּהֲכוֹתֵב דְּנָקִי נָדָר נָקִי שְׁבוּעָה לֹא תִפְרַע מִיתוּמִים אֲלֵא בְּשִׁבוּעָה כּו' עכ"ל. וַיֵּשׁ לְדַקְדָּק עַל לְשׁוֹנָם דְּהוֹכִיחוּ פֶּן מְנָקִי נָדָר נָקִי שְׁבוּעָה דְאָמְרוּ בַּגְּמ' שָׁם.

וְקָשָׁה דְּהָא בְּמִשְׁנֵה שָׁם (דָּף פ"ו) תִּנְן נָדָר וְשִׁבוּעָה אֵין לִי עֲלִיָּה דִּיּוֹרְשָׁיו מְשַׁבְּעִין אוֹתָהּ. א"כ מוֹכַח מְזַה דְּשִׁבוּעַת יוֹרְשִׁין לָאוּ מְשׁוּם טַעֲנַת אַבְיָהֶן הָוִי.

וּל"ל לְהַתּוֹס' לְהוֹכִיחַ פֶּן מִן הָא דַּגְמ' דְאָמְרוּ נָקִי נָדָר נָקִי שְׁבוּעָה כּו' הָא יוֹתֵר טוֹב לְהוֹכִיחַ מִן מִשְׁנֵה פִּדּוּעַ. וְע"כ מוֹכַח דַּס"ל לְהַתּוֹס' דְּמִמִּשְׁנֵה דְּהַתָּם אֵינוּ מוֹכַח זֶה כָּלֵל מְשׁוּם דְּעִדְדִין י"ל דְּשִׁבוּעַת יְתוּמִים הָוִי מְשׁוּם טַעֲנַתָּא דְאֶבְיָהֶן וְהָא דְאָמְרוּ בְּמִשְׁנֵה שָׁם שְׁבוּעָה אֵין לִי עֲלִיָּה דִּיּוֹרְשָׁיו מְשַׁבְּעִין אוֹתָהּ.

י"ל כְּעִין סְבֵרַת הַנְּתִיבוֹת הַמְּשַׁפֵּט דְּהוּבָא בְּפָנֵי יְהוֹשֻׁעַ לְכַתְּנֻבוֹת (דָּף פ"ז) כְּנ"ל. מְשׁוּם דְּכִינֹן דְּבִלָּא פְּטוּרוֹ הָיָה יְכוּל לְהַשְׁבִּיעָה ע"כ אַף דְּנָתַן פְּטוּרוֹ בְּחִיּוֹ מְכַל מְקוֹם לְאַחַר מִיתָתוֹ יְכוּלִים לְהַשְׁבִּיעָה.

וּי"ל זֶה בְּיֵתֵר בְּיָאוּר דְּזֶה דּוּמָה לְמִי שְׁנָתַן פְּטוּרִים לְהַמְלִינָה עַד זְמַן עֲשָׂר שָׁנִים. דָּאָף דָּאָם בָּא לְגַבּוֹת תו"ז הַנ"ל הָיָה פְּטוּר מְשַׁבְּעָה.

מ"מ אִם בָּא לְגַבּוֹת לְאַחַר עֲשָׂר שָׁנִים יְכוּל לְהַשְׁבִּיעוֹ. א"כ ה"ה בְּיּוֹרְשָׁיו דְּהָוִי כְּרַעֲיָה דְאֶבְיָהֶן דְּעֲלִיָּהוּ לֹא הָיָה הַפְּטוּר דִּיְכוּלִים לְהַשְׁבִּיעוֹ.

ע"כ אֵינוּ קָשָׁה מְזַה עַל שִׁי רַש"י הַנ"ל: אַף מְהָא דְּמִבְּנֹאֵר בַּגְּמ' שָׁם דְּנָקִי שְׁבוּעָה כּו' דְּמוֹכַח מְזַה דָּאָף בְּפִטְרָה בְּפִי מִיּוֹרְשָׁיו ג"כ ס"ל לְאַבָּא שְׁאוּל דִּיְכוּלִים הִיּוֹרְשִׁים לְהַשְׁבִּיעָה. וְכַפִּי רַש"י וְהָרַא"ש בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף פ"ח) דְּלִכְּן ס"ל לַר"ש בְּתוֹבַעַת כְּתוּבָתָהּ דִּיּוֹרְשָׁיו מְשַׁבְּעִין אוֹתָהּ.

מְשׁוּם דַּס"ל כְּאַבָּא שְׁאוּל דָּאָף בְּפִטְרָה בְּפִי מִיּוֹרְשָׁיו דַּג"כ צ"ש. א"כ בְּזֶה לֹא יִתְכַּן כ"כ סְבֵרַת הַנְּתִיבוֹת הַנ"ל שְׁהוּבָא בַּפ"י כְּנ"ל.

ע"כ שְׁפִיר הוֹכִיחוּ הַתּוֹס' מְזַה דְּלֹא כַּשִׁי רַש"י. אֲלֵא דְּמוֹכַח מְהַתָּם דַּס"ל לְאַבָּא שְׁאוּל דְּשִׁבוּעַת יְתוּמִין הוּא מְצַד עֲצָמָה וְלֹא מְשׁוּם טַעֲנַת אַבְיָהֶם.

א"כ נִתְבָּאֵר דְּמִן אַבָּא שְׁאוּל וְכַדְקִי"ל לְדִינָא כְּאַבָּא שְׁאוּל כְּמִבְּנֹאֵר בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף פ"ז) וְנִדְאִי גַם לְשִׁי רַש"י ג"כ הָא דְּבָא לִיְפְרַע מִיתוּמִים דַּצ"ש זֶהוּ מְשׁוּם טַעֲנַת עֲצָמָם וְלֹא מְשׁוּם טַעֲנַת אַבְיָהֶם. אַף דְּהַתּוֹס' בְּשִׁבוּעוֹת ס"ל דְּאֵין סְבָרָא לֹאמַר דִּיְפִלְגּוּ בְּזֶה גּוּפָא אַבָּא שְׁאוּל עִם רַבְּנָן.

וּלְשִׁיטַת רַש"י מוֹכַח דְּפִלְגִי בְּזֶה גּוּפָא. וְכַבֵּר כְּתַבְתִּי לְעִיל דְּרַש"י הוֹכִיחַ פֶּן מְהָא דְּגִיטִין (דָּף נ') כְּנ"ל: לְכֵן לַפ"ז א"ש הָא דְּהַחְמִירוּ חז"ל בְּשִׁבוּעַת יְתוּמִין דְאָמְרוּ בְּזֶה א"א מוֹרִישׁ שְׁבוּעָה.

וְאָמְרוּ בְּזֶה הִבּוּ דְּלֹא לוֹסִיף עֲלֵה מְשׁוּם דְּבִאָמַת הַחְמִירוּ חז"ל בְּשִׁבוּעַת יְתוּמִין מְשׁוּם דְּלִדְיָנָא אֵין זֶה מְצַד טַעֲנַת הַשְּׁבַע לִי. וְלִכְּן א"ש הָא דְּגִיטִין דְּרַב לֹא מַגְבִּי כְּתוּבָה לְאַרְמְלָתָא.

ואף דגימא פהכרעת המחבר והטור הקא בסי' פ"ב דבשבועת השבע לי דחשוד גובה בשטרו. אפ"ה שבועת יתומין שאני וא"ש הכל.

ואחר פותבי כ"ז מצאתי בהפלאה לכתובות (דף פ"ז) ברש"י ד"ה מנכסים משועבדים כו' שכתב ג"כ פ'עין מש"כ דלאבא שאול הוי שבועת יתומין מצד עצמן ולא משום שבועת השבע לי. אף שקוצר בזה דמנלן לרש"י להוכיח פן אליבא דת"ק דאבא שאול דפליגי בזה גופא.

אף לפמש"כ להוכיח פן מהא דגיטין (דף נ') א"ש בפשיטות. וגם פתבתי להוכיח פן מן התוס' שבועות (דף מ"א) פנ"ל: ענף ד נעדיין יש להעיר בכל מה שכתבתי לבאר דהך דשבועות (דף מ"ח) דאמרו בשבועת יתומין א"א מוריש שבועה לבניו והבו דלא לוסף עליה.

דזהו רק למאי דקיי"ל כאבא שאול. אבל להמשנה דהתם וכן לרבנן דר"ש שם (דף פ"ח) הדין הוא דהך שבועת יתומין שנה לשבועת השבע לי ולא אמרינן בזה א"א מוריש כו'. דז"א דא"כ תקשה בכולי סוגיא דשבועות (דף מ"ח) הנ"ל דמקשו שם על הך דינא דאמרו רב ושמואל דא"א מוריש שבועה כו' מכמה משניות וכן מהך משנה דכתובות (דף פ"ו) הנ"ל. ושקלו וטרי לתרוצי כ"ז.

הא לפי מה דנתבאר אין זה קשה כלל. דהא י"ל בפשיטות דהך דינא דרב ושמואל דהחמירו בשבועת יתומים טעמייהו דס"ל כאבא שאול פנ"ל.

אבל להמשנה פתובות דס"ל שם (דף פ"ו) הנ"ל דמהני פטור בפ' נגד יורשיו. דס"ל לרש"י בפ' המשנה דכתובות (דף פ"ז) דשבועת היתומים הוא משום טענת אביהם אשתבע לי פנ"ל.

ע"כ לפ"ז הדין הוא דאין להחמיר בשבועת יתומים ביותר מן שבועת השבע לי. א"כ אינו קשה כלל מכל הני משניות על רב ושמואל דלכן לא ס"ל לכולי משניות להך דין דא"א מוריש כו'.

משום דהא בשבועת השבע לי. לא אמרו א"א מוריש כו'.

וע"כ מוכח מפולי סוגיא דהתם דהך דינא דרב ושמואל דאמרו א"א מוריש שבועה כו' דלכ"ע אמרו זה. ודחוק לומר דבעת דהקשו שם על הא דרב ושמואל לא ידעו אז למאי דמסקי שם בסוף דהבו דלא לוסף עליה.

והיה ס"ל לכולי אמוראי דשקלי וטרי שם להקשות על הא דרב ושמואל מכמה משניות. דבכל השבועות ס"ל דהך שבועה מעכב הפירעון ואמרינן ביה א"א מוריש שבועה לבניו: הנה מלבד דזהו דחוק לומר פן.

הא תקשה ג"כ דבאמת מנלן להש"ס בכוננת רב ושמואל דס"ל להך דא"א מוריש כו' בכל השבועות. דלמא באמת לא אמרו פן רב ושמואל רק על שבועת יתומים וכדמסקי דהבו דלא לוסף עליה וכמבואר בכתובות (דף פ"ז) דא' שמואל הל' כאבא שאול וכמש"כ דזה תלוי בזה א"כ מפילא לא תקשה כלל מכל הני משניות עלייהו.

וְהָא דְתַקְשָׁה לְפִי מַה דְּמַסִּיק ר"נ דְּהָבּוּ דְלָא לְוֹסִיף עֲלֵהּ דַּא"כ אִיף מְדַמָּה הַש"ס הָא דְשִׁנְיָהֶם תְּשׁוּדִים לְהַךְ דְּרַב וּשְׁמוּאֵל הָתָם. כְּבָר הַקְּשָׁה זֶה הַר"נ שָׁם וְתִי דְכְּתוּבַע תְּשׁוּדָה מִפְּנֵי פְשִׁיעֵתוֹ רַאוי שְׁיִפְסִיד יוֹתֵר מִדְּרַב וּשְׁמוּאֵל וּמְפֹגֵם שְׁטָרוֹ וְלָא מוֹסִיף מְקַרִי כו'.

וְכ"כ הִרְשָׁפֵ"א בְּחִי' שָׁם. א"כ מוֹכַח מְזַה בְּאַמְת דְּהַךְ מִימְרָא דְרַב וּשְׁמוּאֵל לְכ"ע אָמְרוּ כֵּן וְלָא הָוי פְּלֹגְמָא דְתַנְאֵי בְּזַה לְשִׁיטְתָם.

וְע"כ הַקְּשׁוּ שְׁפִיר בְּכוּלֵי סוּגְיָא עֲלִיָּהוּ וְהוֹכְרָחוּ לְהַדָּר אַחַר תִּי' בְּזַה. א"כ מוֹכַח מְזַה דְלָא כַּמֶּש"כ לְעִיל דְזֶה תְּלוּי בְּפְלֹגְמַת ת"ק וְאַבָּא שְׂאוּל: אִיף בְּאַמְת גַּם זֶה אֵינּוּ קְשָׁה לְפִי מַה דְרַאִיתִי בַּהַר"נ בְּפ"ז דְשְׁבוּעוֹת בְּסוּגְיָא הַנְּ"ל (דָּף מ"ח) שָׁם.

שְׁכַתְבַּת לְהַקְשׁוֹת וַא"ת בְּפֹגֵם נְמִי מְצִי לְמִימַר הָכִי ל"ש אֶלָּא שְׁפָגְמוּ הַיּוֹרְשִׁים אֲבָל פָּגֵם אָבִיו כְּבָר נְתַחֲיִיב שְׁבוּעָה וַא"א מוֹרִישׁ כו'. דְּהָא רַב וּשְׁמוּאֵל נְמִי בְּפֹגֵם ס"ל דַּא"א מוֹרִישׁ כו' דְּהָא אָמְרִינּוּ לְקַמֵּן הָבּוּ דְלָא לְוֹסִיף עֲלֵהּ כו' מְכַלְל דְרַב וּשְׁמוּאֵל בְּפֹגֵם נְמִי א"א מוֹרִישׁ וְתִי' הִרְמַב"ן ז"ל דְרַבּוּתָא קַמ"ל כו'.

א"כ מְבִנְיָא לְהַדָּא בַר"נ בְּשָׁם הִרְמַב"ן דַּס"ל דְלַרְב וּשְׁמוּאֵל ה"ה בְּכָל הַשְׁבוּעוֹת אָמְרִינּוּ וַא"א מוֹרִישׁ כו'. וְכ"כ הִרְשָׁפֵ"א בְּחִי' לְשְׁבוּעוֹת שָׁם.

ע"כ אֵין מְקוּם לְקוֹשְׁיָתִי הַנְּ"ל. וְהָא דְתַקְשָׁה דְכְּאַמְת מְזַלְנָן לְהַש"ס לְהַקְשׁוֹת כֵּן עַל רַב וּשְׁמוּאֵל דְלָמָּא בְּאַמְת ס"ל לְרַב וּשְׁמוּאֵל כֵּן רַק בְּשְׁבוּעַת יְתוּמִים מְשׁוּם דַּס"ל כְּאַבָּא שְׂאוּל וְכַב"ל.

בְּאַמְת אֵין זֶה קְשָׁה מְשׁוּם דְּהָא רַב וּשְׁמוּאֵל קְאָמְרִי עַל הַמְּשָׁנָה דְשְׁבוּעוֹת בְּלִשׁוֹן לֹא שָׁנוּ כו' אֲבָל מַת לְזֶה כו'. וְס"ל לְרַב וּשְׁמוּאֵל דְּהַמְּשָׁנָה עֲצָמָה ס"ל לְהַךְ דַּא"א מוֹרִישׁ כו'.

וְכִינּוּן דְסַתְּמַת מְשָׁנָה ס"ל בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף פ"ו) דְלָא כְּאַבָּא שְׂאוּל. רַק ר"ש ס"ל שָׁם (דָּף פ"ח) כְּאַבָּא שְׂאוּל ע"כ אֵין סְבָרָא לְוֹמַר דְּהַמְּשָׁנָה דְשְׁבוּעוֹת ס"ל כְּאַבָּא שְׂאוּל.

ע"כ מוֹכַח דְאַף לְתַנְאֵי דְפְּלִיג עַל אַבָּא שְׂאוּל. וְשְׁבוּעַת יְתוּמִים הוּא מְשׁוּם שְׁבוּעַת הַשְּׁבַע לִי כַּנְּ"ל לְשִׁי' רַש"י וְש"פ הַנְּ"ל.

עכ"ז ס"ל דְאַמְרִינּוּ בְּזַה א"א מוֹרִישׁ כו' א"כ מוֹכַח מְזַה דְאַף בְּשְׁבוּעַת הַשְּׁבַע לִי אָמְרוּ דַּא"א מוֹרִישׁ כו'. לְשִׁי' רַב וּשְׁמוּאֵל.

אִיף לְדִידוֹן דְלָא ס"ל כְּרַב וּשְׁמוּאֵל בְּזַה אֶלָּא בְּשְׁבוּעַת יְתוּמִים. שְׁפִיר י"ל דְזֶהוּ מְשׁוּם דְקִי"ל כְּאַבָּא שְׂאוּל כַּנְּ"ל.

וְאֵינּוּ רַק בְּשְׁבוּעַת יְתוּמִים דְזֶה מְעַכְבַּת הַפְּרַעוֹן אֲבָל בְּכָל שְׁבוּעוֹת י"ל דְאַינּוּ מְעַכְבַּת הַפְּרַעוֹן וְכַשִּׁי הַש"ף בְּסִי' צ"ב וְסִי' פ"ב. וְלִכְּנָן אֵינּוּ קְשָׁה מְהָא דְרַב לֹא מַגְבִּי כְּתוּבָה לְאַרְמְלָתָא אִיף לְשִׁיטְתָם דְהָנִי מְשׁוּם הַשְּׁבַע לִי דִי"ל דְזֶהוּ מְשׁוּם דְהִלְכָה כְּאַבָּא שְׂאוּל כַּנְּ"ל: וּמ"מ יֵשׁ עֲדִינּוּ לְעִינּוּ בְּזַה.

דְּהָא אִי' בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף פ"ז ע"א) דְרַבָּה ס"ל דְאַיִן הִלְכָה כְּאַבָּא שְׂאוּל וְלִכְּנָן בְּנִקֵי שְׁבוּעָה אֵין יוֹרְשִׁין מְשַׁבְּעִין אוֹתָהּ. וְאַמְרוּ בְּשַׁבְּת (דָּף מ) דְרַבָּה עֲבִיד בְּכָל מִקְלֵי לְחוּמְרָא כְּרַב.

ובקמון הוי חומרא דאין מוציאין קמון מהמחוק. ולכן אי נמא דרב דס"ל דלא מגבינו
כתובה לארמלתא.

טעמו משום דס"ל פאפא שאול ומה"ט אף בפטרה בפ"א משבועת יורשין ג"כ משביעין
אותה פנ"ל א"כ ה"ל לרבה ג"כ למיפסק פן דאין מוציאין בל"ש אף בנקי שבועה. ועיין
בסוגיא דפוגמת גבי אבועיא דפוגמת בעדים ופוגמת פחות מש"פ דמספיקא אין מוציאין
בל"ש כמש"כ הרא"ש שם ובח"מ סי' פ"ד.

וע"כ מוכח מן הך מימרא דרבה בכתובות הנ"ל דרב ג"כ לא ס"ל פאפא שאול. א"כ
עדיין תקשה דאמאי לא מגבי רב כתובה לארמלתא.

אף יש לומר בפשיטות בזה דרב לשיטתו אגיל כיון דס"ל בשבועות (דף מ"ח) דאף בכל
שבועת המשנה אמרו א"א מוריש כו' והשבועה מעפכת הפרעון. וכן היא שבועת תומים
אף דלהמשנה דס"ל דלא פאפא שאול א"כ אינו רק משום השבע לי פנ"ל.

ואפ"ה ס"ל לרב דזהו מעכב ואמרינו בי' א"א מוריש כו'. ע"כ ס"ל לרב דלא מגבי
כתובה לארמלתא.

אבל לדידן דמתקנינו בין שבועת תומים ובין שארי שבועות ואמרו הבו דלא לוסקי עלה.
הטעם הוא משום דקיי"ל פאפא שאול פנ"ל ע"כ א"ש הפל.

וא"כ אינו מוכח מקל זה אף לשיטת רש"י והפוסקים הנ"ל דאף דס"ל דשבועת התומים
הוי משום השבע לי. עכ"ז אינו ראוי מזה על שבועת השבע לי דיהיה מעכב הפרעון
בחשוד: ענף ה' ועוד נלפענ"ד לומר במה דהקשיתי לעיל מהא דאמרו דרב לא מגבי
כתובה לארמלתא וכן מן היא דשבועות (דף מ"ח) דשבועת תומים אמרו דהשבועה
מעכב הפרעון ואף דבכל שבועה אמרו הבו דלא לוסקי עלה.

וע"כ מוכח דשבועת תומים לא הוי משום השבע לי. א"כ תקשה מזה על שי' רש"י
וסייעתו דס"ל דשבועת תומים הוי משום השבע לי.

וגם היא יהיה מוכח לפ"ז דאף שבועת השבע לי אינו גובה אם היה חשוד. והוא די"ל
עיקר הטעם דאמרו בשבועות (דף מ"ח) דהבו דלא לוסקי עלה דרב ושמואל.

דאין הטעם משום דהחמירו חז"ל בשבועת תומים כמש"כ הרא"ש שם והתוס' ב"מ (דף
צ"ז) ד"ה ה"ג פגון שיש עסק כו'. אלא י"ל דהטעם הוא דהא רב נחמן אמר זה שם דהבו
דלא לוסקי עלה.

וגם קאי שם על הא דרב ושמואל והא רב ושמואל ורב נחמן ס"ל שעבודא לאו דאורייתא
כמבואר בסוף ב"ב ובקידושין (דף י"ג) ובגיטין (דף נ'). וכן היא דאר"פ שם הפוגם שטר
ומת יורשיו נשבעין ונוטלין.

ג"כ היא שיטת ר"פ בסוף ב"ב דשעבודא לאו דאורייתא וכמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק
ב' וכן י"ל בשיטת רב הונא בריה דרב יהושע ורבא דמירי התם וכמש"כ הש"ך שם
בשיטתם. ע"כ י"ל הטעם במה דאמרו שם הבו דלא לוסקי עלה דאין הטעם משום
דחמירא שבועת תומים דהא לשיטת רש"י וסייעתו אינו פנ"ל: אלא י"ל הטעם דהא
בחשוד דהוציא שט"ח מבואר במ"מ פ"ב ה' טוען ובר"נ פ"ז דשבועות ובבעה"מ

ומלקחמות שם ובכל הראשונים ובש"ה סי' פ"ב ס"ק י"ט דכתבו פולם עיקר הטעם דלכון אין השבועה מעכב הפרעון משום דמוקמינן אדאורייתא.

ע"כ לפ"ז י"ל דלמאן דס"ל שעבדא לאו דאורייתא ואינו גובה מה"ת מירושין אלא מדרבנן משום נעילת דלת ע"כ בזה אף שבועת השבע לי י"ל דמעכב הפרעון. וכן מה"ט רב לא מגבי פתובה לארמלתא אף דנתבאר לעיל דרב ס"ל פתובה דאורייתא.

עכ"ז פיון דמה"ת אינו גובה מיתומים וכמש"כ הש"ה בס"ל ל"ט ס"ק ב' דאף במלנה הפתובה בתורה ס"ל לרב שעבדא לאו דאורייתא. ע"כ בכה"ג השבועה מעכבת הפרעון וכמש"כ הש"ה הקא בס"ל פ"ב גבי פתובה דכיון דהוי דרבנן ע"כ בזה השבועה מעכבת הפרעון.

והא דמדמי הש"ס שם הך דשניהם תשודים לזה. א"ש לפמש"כ התוס' בב"מ (דף ה') ד"ה שפנגדו כו' לחד תי' ועוד י"ל בזה וקצרתי.

א"כ יהיה מזה סייעתא לחילוק של הש"ה ה"ל דמחלק בין ממון דזוכה מה"ת ובין ממון דאינו זוכה רק מדרבנן. וע"כ אינו קשה על שי' רש"י וסייעתו דס"ל דשבועת יתומין הוי משום השבע לי דא"כ אמאי אמרו הבו דלא לוסף עלה וכן אמאי לא מגבי רב פתובה לארמלתא.

די"ל דהטעם הוא משום שעבדא לאו דאורייתא. וכן בזה דגיטין (דף ל"ד) דבמשנה שם דנמנעו להשביעה ופי' רש"י והיתה מפסדת פתובתה.

ג"כ י"ל דהטעם ה"ל הוא למ"ד שעבדא לאו דאורייתא או למ"ד פתובה דרבנן. אבל למ"ד פתובה דאורייתא וכן ש"ד י"ל דכוונת המשנה דנמנעו להשביעה והיתה גובה הפתובה: ואחר כותבי זה ראיתי בקצה"ח סי' ק"ח ס"ק ט' שכתב ג"כ הטעם בזה דאמרו הבו דלא לוסף עלה דזהו משום שעבדא לאו דאורייתא.

והא דאמרו בלקוחות דלא דיינינן בזה הך דא"א מוריש כו' פתב שם הקצה"ח הטעם בשם הרא"ש בתשובה דזה לא מקרי נתחייב שבועה פיון דיש מקום לגבות מן הלנה כו'. הנה פן פתב הר"נ בשבועות פ"ז וכ"כ הרשב"א בחי' לשבועות שם.

והקצה"ח לא ביאר זה כ"כ רק פתב פן בקצרה וגם לא פתב הוכחה לזה. אף לפמש"כ הוא מוכרח לשיטת רש"י וסייעתו דס"ל דשבועת יתומים הוא משום שבועת אשתבע לי ואפ"ה אמרו בשבועות (דף מ"ח) הבו דלא לוסף עלה והתמירו בשבועת יתומים.

וע"כ מוכח הטעם משום דשעבדא לאו דאורייתא פנ"ל ע"כ התמירו בשבועת יתומים: ובאמת ידעתי מה די"ל בזה דאף דעיקר שבועת יתומים הוא משום טענת אביהם דה"מ למטען אשתבע לי.

עכ"ז לאחר דתקנו שבועה בבא ליפרע מיתומים יהיה מאיזה טעם שיהיה. ע"כ התמירו בשבועת הבא ליפרע מיתומים יותר מפל שבועות.

אף באמת זהו דוחק פידוע לבדות סברא בעלמא. וע"כ העיקר כמש"כ דהטעם הוא משום שעבדא לאו דאורייתא ואין גובין אלא מדרבנן מן היתומים לכן בעלילה מועטת יש

להקל על היתומים שאין להוציא ממון מהם וכמש"כ התוס' בב"מ (דף צ"ז) ד"ה ה"ג כגון שיש עסק שבועה ביניהם כו'.

ואף שהתוס' לא נתפוננו לזה מ"מ שייך סברת התוס' הנ"ל לפמש"כ בטעם הדבר. ולפ"ז יש לתרץ קושיות הקצה"ח והפני יהושע שהובא לעיל שהקשו על הש"ך דמחלק בין פתובה לחוב הלואה דא"כ איך פתב הרא"ש בפ"ז דשבועות סי' ט"ו למילף בחדשוד שהוציא שט"ח על יתומים מהא דרב לא מגבי פתובה לארמלתא.

אכן לפמש"כ א"ש דהא פתב הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' דהרא"ש ס"ל שעבודא לאו דאורייתא ע"ש. ע"כ אי נימא לחלק דשאני פתובה דהוי מדרבנן וכמש"כ הרא"ש פתובות סי' י"ט.

עכ"ז הא לפ"ז גם שט"ח על יתומים מפעי להיות דהשבועה יהיה מעכב הפרעון פיון דלא שייך בזה לומר דאוקמינן על ד"ת פיון דשעבודא לאו דאורייתא. וע"כ שפיר פתבו לדמות שט"ח על יתומים לכתובה.

ומה שיש בחלק בזה בין תרי דרבנן לסד דרבנן דהא בכתובה מיתומים הוי תרי דרבנן ובחוב הלואה הוי סד דרבנן. באמת אין סברא לחלק בזה בנ"ד פידוע.

ועיין בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' דדעתו דבמלנה הפתובה בתורה הוי ש"ד. וגם הא לא שייך בזה לומר אוקמי על דין תורה ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ו מש"כ שם בשם טורי אבן: ענף ו א"כ נתבאר דמוכח מפל זה דאף שבועת אשתבע לי יהיה מעכב הפרעון גבי חדשוד שהוציא שט"ח היכא דאינו גובה בשטרו רק מדרבנן וכגון בכתובה דאינו רק מדרבנן וכהנה.

דהא הך דרב לא מגבי פתובה לארמלתא לשיטת רש"י וסייעתו הוא משום שבועת השבע לי. ואפ"ה פיון דאינו גובה מירשים רק מדרבנן השבועה מעכב הפרעון א"כ ה"ה בכל כה"ג דמ"ש.

ולפ"ז יש לדון במש"כ הש"ך בסי' צ"ב ס"ק י' לפרש לדברי רש"י בכתובות (דף פ"ה) ביהיא איתתא כו' דאם היתה תובעת פתובתה היתה נוטלת אף בחדשוד. והנה לפמש"כ להוכיח דברבנן ס"ל לרש"י דהשבועה מעכבת הפרעון.

א"כ הא התם מייירי לרבא ורבא הא ס"ל בכתובות (דף י') לחזקה א"א טורח כו' דמוכח מזה דס"ל פתובה דרבנן דמה"ט ס"ל דנאמן לומר פ"פ מצאתי. א"כ עדיין תקשה פוננת רש"י דכתובות הנ"ל.

אף הקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק ד' פתב פנונה אחרת בדברי רש"י הנ"ל: ובאמת לפענ"ד נראה לומר פנונה אחרת בדברי רש"י דכתובות (דף פ"ה) דפי' דאיחייבא שבועה שהנה אדם תובעה ממון והיא כופרת.

דלא תימא דמייירי בנתחייבה שבועה על פתובתה. משום דהא התם אמרו ביהוא שטרא דא"ל ר"פ דענא ביה דשטרא פריעא הוא דאמרו מרענא שטרא אפומיה.

ופי' רש"י לא מקרע קרענא ליה ולא אנדקמ לגבות באותו שטר. וכתב הרא"ש שם סי' ו' על פי' רש"י הנ"ל דיניח השטר בידו ואם יתבענו בב"ד אחר דלא קים ליה יגבה חובו.

וכ"כ השמ"ק שם דמתמת זה אי תפס לא מפקינן מיניה: וי"ל דמשום זה הוכרח רש"י לפרש דמייירי בנתחייבה שבועה על מה דתבעו ממנה והיתה מודה מקצת. משום דאי ניקא דהיתה תובעת פתובה.

א"כ תקשה אהדדי דמפני מה בההו דלקמן דאמרו בזה מרענא שטרא אפומיה דלא קרענא ליה ולא מזדקק להגבותו אף דקים ליה בגוניה. א"כ מ"ש במה דאמר ידענא בה דחשודה אשבועה דאפקה רבא לשבועה אפנגדה.

דא"כ ה"ל לעיל נמי בההו עובדא ג"כ לדון דלא מקרע ליה ולא גבינו ליה פיון דהי' זה מתמת קים ליה בגונו'. ומ"ש זה מההו קים ליה בגונו' בפרעון.

ודחוק לסלק דשאני בחשש חשוד להשביע לו דיש בזה חשש ש"ש לבטלה דהא לא היתה חשודה ידועה בעדים. ועיין בב"ק (דף ק"ח) בתוס' ד"ה ותרי כפילי כו' דחשוד על השבועה לא מיפסל אלא מדרבנן ובמק"א הארכתי בזה.

וכעין זה העיר השמ"ק שם. ואין לומר דשאני בההו עובדא דאמר העד ידענא ביה דשטרא פריעא דלא שנייה בזה להשביע להגבותו משום דהעד מסייעו לפוטרו משבועה ע"כ הוכרחו לומר מרענא שטרא כו'.

דז"א דהא לשי' רש"י בב"מ (דף ב') גבי ולחזי זוזי ממאן נקט מוכח דס"ל כשיטת הסוברים דאין עד מסייע פוטר משבועה. ועוד דהא שנייה בזה הפלל מש"כ הש"ך בס"י פ"ז ס"ק ל' וס"ק ל"ה ובס"י צ"ב ס"ק ח' דאין ע"א יכול לפעול שתי פעולות ע"ש.

א"כ ה"ה הכא דכיון דע"י הע"א הוי תועלת שלא לגבות בהשטר ע"כ אינו יכול הע"א לפטור ג"כ משבועה: ומזה הוכיח רש"י והוכרח לפרש בההיא איתתא דאיחייבא שבועה שהיה תובעה ממון כו'.

דעיקר הטעם במה דאמרו מרענא שטרא אפומיה דזהו משום דכיון דהתובע הוא בא בדין מרומה. דע"ז אמרו דאין הב"ד מזדקקין ליה וכמבואר בח"מ סי' ט"ו.

ע"כ זה אינו שנייה אלא היכא דנראה דהתובע הוא רמאי. אבל היכא דהנתבע הוא רמאי אין הדין יכול להסתלק שלא ישתפר הרמאי כמבואר שם סעיף ד'.

ולכו בההו עובדא דתבעו ממנה ממון. והיתה מ"מ שפיר היה מזדקק לדון זה וכיון דמתמת קים ליה בגונו' אין יכול להשביעה עכ"פ ע"כ דינה ככל מתוך שאנ"ל משלם.

וכמש"כ התוס' בב"מ (דף ה') שפנגדו קאמינא כו' לחד תי'. ע"כ אפקה רבא לשבועה אפנגדה.

ע"כ הוכרח רש"י לפרש דמייירי דההו דין מרומה היה בטענת הנתבע ולא בטענת התובע ולכו לא סתרי ההו עובדא אהדדי. וע"כ אין לנו שום הכרח מן דברי רש"י הנ"ל להוכיח דשבועה דרבנן לא היה מעכב הפרעון בחוב דרבנן.

ועיין במהרש"א ובשמ"ק שם בכתובות (דף פ"ה): ולפי מה דנתבאר דאין הכרח מן שי' רש"י וסייעתו דס"ל דשבועת תומים הוי משום השבע לי להוכיח דשבועת השבע לי היה מעכב בפרעון חוב מה"ת.

רק בחוב דרפגן יש להוכיח שפיר לשיטתם דאף שבועת השבע לי מעכב הפרעון ולכן רב לא מגבי פתובה לארמלתא. ולמדנו לפ"ז דבשבועת הפא ליפרע מלקוחות אם הנה קשוד דלפמש"כ הש"ף בסי' פ"ב דבכתובה פנין דהוא מדרפגן ע"כ השבועה מעכב הפרעון אם הנה קשוד.

וה"ה בקא דרב לא מגבי פתובה לארמלתא משום דס"ל שעבודא לאו דאורייתא פנ"ל. דלפ"ז למאי דמסיק הש"ף בסי' ל"ט סוף ס"ק ב' דהוי ספיקא דדינא אי ש"ד ע"כ אין להוציא מלקוחות אם הנה קשוד די"ל דלמא הלכה דשעבודא לאו דאורייתא ואז אינו גובה מלקוחות אלא מדרפגן דבזה השבועה מעכב הפרעון.

ואף דבסי' ק"ח ובשבועות (דף מ"ח) גבי א"א מוריש שבועה אמרו דבשבועת פא ליפרע מלקוחות לא אמרו זה. שא"ה דהא גם יורשי המלנה נשבעין שלא פקדנו ועיקר הטעם התם משום דהמלנה נתחייב שבועה כו' ע"כ אמרו ביה א"א מוריש כו'.

ולכן לא אמרו זה בלקוחות משום דזה לא מקרי נתחייב שבועה דהא יכול לגבות מהלנה עצמו וכמש"כ הר"נ בסוף פ"ז דשבועות וכמש"כ הרשב"א בחי' שם וכנ"ל. אבל בקשוד דאינו יכול ליטבע כלל ע"כ דומה זה להא דרב לא מגבי פתובה כו'.

לשיטת רש"י וסייעתו דזהו רק שבועת השבע לי פנ"ל. ואינו גובה אם הנה קשוד מלקוחות אף לשיטת הש"ף בסי' פ"ב ס"ק י"ט.

ואף דלא משמע מן הש"ף פן דהא לא כתב הקא בסי' פ"ב פן רק בפא ליפרע מיתומים מ"מ י"ל פן אף בפא לגבות מלקוחות. ובסי' צ"ב בש"ף ס"ק י"ד כתב הש"ף להדיא דגם בפא ליפרע מלקוחות אם הוא קשוד מ"מ גבי וכ"כ הבעה"מ והמלחמות להדיא בסוף פ"ז דשבועות עיי"ש.

מ"מ לפענ"ד לדינא י"ל כמש"כ. והבעה"מ ונהרמב"ן דלא כתבו פן י"ל דס"ל ש"ד וכמש"כ הש"ף בסימן ל"ט סעיף קטן ב' דנהרמב"ן סבירא ליה ש"ד.

אבל לדינא לפי מה דמסיק הש"ף שם דהוי ספיקא דדינא אם ש"ד ע"כ אין להוציא מן הלקוחות אם הוא קשוד לפי מה דמחלק הש"ף הקא בסי' פ"ב בין פתובה דרפגן ובין חוב פנ"ל: וכש"כ לשיטת הט"ז בסי' פ"ב דמחלק בין השבע לי ובין שארי שבועות ונדאי אינו גובה מלקוחות אם הנה בעהש"ט קשוד.

והוי ספיקא דדינא אם הלכה כהט"ז או פהש"ף. אף בשבועת השבע לי הדין הוא דבשט"ח גובה אף בקשוד אבל בכתובה דקיי"ל דהוא מדרפגן בנה אינו גובה אם הנה קשוד אף בשבועת השבע לי.

דזה שפיר יש ללמוד מהא דרב לא מגבי פתובה כו' לשיטת רש"י וסייעתו דשבועת יתומים הוא משום טענת אבנהון השבע לי כנלענ"ד בזה: ו (שם סעיף ח' ש"ף ס"ק י"ט) שוב ראיתי בדרישה באה"ע [כו' דגם באשה בגרושה אין צריף ליטבע מן הדין אלא בדאמר לה אשתבע לי כו' עכ"ל.

והיה פשוט להש"ף דשבועת אישטבע לי על השטר דאי בשבועות (דף מ"א) דדיינינו
כן גם בכתובה. וכן מבואר באה"ע סי' צ"ו סעי' ז' שכתב המחבר שם פעמים שאף גרושה
משביעין אותה אפילו לא יטעון כו' וכ"כ הטור שם וכ"כ הח"מ שם בס"ק כ"ג להדיא.

וכן מבואר להדיא ברמב"ם ה' אישות פ' ט"ז ה' י"ט בזה"ל אמר הבעל מעצמו תשבעלי
על טענתי אומרין לה השבע וטלי ותשבע בנק"ח כו' עכ"ל. וכ"כ הריטב"א בכתובות
(דף פ"ז) ד"ה הפוגמת כתובה ע"ש.

וכן כתב הבעה"ת שער ט"ז ח"ב אות ה' בשם הרי"ף בתשובה דאם טוען לאשתו הגרושה
פרעתיך הפתובה בתו"ז אינו נאמן להשביעה אבל אם טען פרעתיך אחר הגירושין תשבע
כדין כל מי שיש בידו שטר כו' עכ"ל.

ודברי הרי"ף הנ"ל הובא בנמוקי יוסף לב"מ פ"א בסוגיא דשנים אדוקים בשטר כו'
ע"ש. וכ"כ הרשב"א בתשובה סי' א' צ"ג וביא שם דברי הרי"ף הנ"ל והובא באה"ע
סי' צ"ו ס"ק ח' בב"ש.

וכתבתי כ"ז לפי שראיתי בדרוש וחי' דיש של ר' עקיבא איגר זצ"ל לפתובות (דף פ"ז
ע"א) שכתב להסתפק בזה ואכתוב לשונו בקצרה ואבאר מה שיש לי לפלפל בדבריו:
ענף א וזה לשונו בד"ה מנכסי יתומים כו' מסתפקא בגרושה שגובית מינן' ואמר אשתבע
לי דלא פרעתיך אם משביעין לה פניו דאמרו בגיטין (דף ל"ד) בשבועת אלמנה דהא
דאינה צריכה שבועה דמשום חניא אקילו רבנן א"כ י"ל דדוקא באלמנה תקנו שתשבע
משום דחסו עבור היתומים אבל שבועת אישטבע לי אפטר דאקילו בגרושה משום חניא
דהא התוס' נקטו דגם בגרושה שנייה חניא כו' אולם לרש"י דטעמא דיתומים דתשבע הוי
משום דטוענין להו דאבנהו הנה טוען אשתבע לי א"כ מוכח לפ"ז דגם שבועת אשתבע
לי שנייה בגרושה אבל לפמש"כ התוס' דמתקנת יתומים הוא שפיר י"ל פנ"ל ואף
דמסתימת הפוסקים משמע דמשביעין מ"מ צריה ראי' גדולה לזה ובה מרנוח לישנא
דהש"ס בשבועות (דף מ"א) וכי מה בין זה לפוגם שטרו דמשמע דפריה מברייתא דפוגם
שטרו ולא פריה ממתניתין דפוגמת כתובה כו' והנה מרנוח בזה מה שהקשינו ד' פ"ז
דקאמר שם שבועה מאי עבידתה אר"י א' רב על אפטרופיא שנעשית בחיי בעלה כו'
איהי מי הות ידעה דמותיב לה אפטרופיא.

והא י"ל דמסקא אדעתא שבועה דאשתבע לי כו' עכ"ל. הרי שכתב להסתפק אם שנייה
שבועת אשתבע לי בגרושה על כתובה וכתב דמסתימת הפוסקים משמע דמשביעין.

אכן כבר כתבתי מבואר להדיא בהפוסקים הראשונים והאחרונים הללו דמשביעין גם
שבועת אישטבע לי בגרושה על כתובה. א"כ אינו כמש"כ הגאון הנ"ל דרק מסתימת
הפוסקים משמע דמשביעין דהא להדיא מבואר דס"ל דמשביעין.

ומה שהעיר בזה דאמרו בשבועות וכי מה בין זה לפוגם שטרו ולא פריה מן מתניתין
דפוגמת כתובה וכן מה שהעיר בכתובות (דף פ"ז). כבר כתב הגאון הלז בספרו בחלק
הכתבים סי' קנ"ג ע"ש.

ומה דגיטין (דף ל"ה) אבל גרושה משביעין י"ל דמייירי ביתומים ואף שהפני יהושע
לפתובות (דף פ"ז) פירש דקאי על שבועת אשתבע לי עכ"ז אין מזה הכרח להוכיח

ספיקו של רע"א ו"ל: ואנכי לעצמי אמרתי לישב לישב דהגמ' דמה בין זה לפוגם שטרו ולא קאמר מה בין זה לפוגמת פתובתה ע"פ מה שהקשה הט"ז בח"מ סי' פ"ד על הטור ס"ג דכתב בשם רבינו האי דפוגם שטרו אף בתוך זמנו לא יפרע אלא בשבועה והקשה דלפ"ז מה פריה הש"ס וכי מה בין זה לפוגם שטרו הא נפ"מ בפוגם תו"ז דבשבועת אישתבע לי פטור בתוך זמנו כמבואר בב"ב (דף ה') ובתוס' שם נאלו בפוגם אף בתו"ז צ"ש משום דאיתרע לי' התזקה דתו"ז כמש"כ הסמ"ע שם בס"ק ז' ההסבר מזה.

ובאמת אין זה קשה דהא עיקר קושיות הגמ' ומה בין זה לפוגם שטרו הוא על ר"פ ומבואר בב"ב (דף ה') דר"פ עבד פאבני ורבא ולא ס"ל פלל להתזקה דתו"ז ולכן שפיר הקשה הש"ס. ועפ"ז מדוקדק לשון הש"ס דקאמר מה בין זה לפוגם שטרו ולא קאמר מה בין זה לפוגמת פתובתה משום דהא התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה פי היכי דלא ליטרדן כו' כתבו בשם הר"י דהיא דלא הוי חיוב פטור אף גם אבני ורבא מודו דאין אדם פורע בתו"ז וכ"כ התוס' בב"מ (דף ק"ב ע"ב).

א"כ ה"ה בכתובה דלא ניתנה ליגבות מחיים ואינו פטור דאמי לידי גובינא דשמא לא ימות בסי' או לא יגרשה ע"כ בכה"ג גם אבני ורבא מודו דלא עביד דפרע בתו"ז. ומה שטוען פריעתיה קודם הגירושין זה מקרי תו"ז כמש"כ הרי"ף בתשובה והבעה"ת והנ"י והרשב"א והובא בב"ש סי' צ"ו ס"ק ח'.

ע"כ פריה ומה בין זה לפוגם שטרו דאלו מן פוגמת פתובתה לא הנה קשה דהא בלא פוגמת לא הנה מקום להשביעה בשבועת אישתבע לי דהא ה"ל תו"ז ופטורה מן השבועה רק פוגמת שאני כשיטת ר' האי.

אבל בפוגם שטרו אף בתו"ז תקשה לשיטת ר"פ דס"ל דעביד אינש דפרע בתו"ז א"כ שייך אשתבע לי אף בתו"ז ועיין בספרי נחל יצחק סימן מ"א סעיף ד' מזה ומורנוח לשון הגמ': ומש"מ הגאון הנ"ל להוכיח פן ממה דלא אמרו בכתובות (דף פ"ז) דפטרה מן שבועת אשתבע לי דמוכח דלא שייך שבועת אשתבע לי בכתובה.

אכן עדיין תקשה לשי' רש"י דס"ל דכל שבועת יתומים הוא משום דטוענין להו שבועת אשתבע לי דה"מ אפנהון למטען דמוכח דס"ל דשייך אשתבע לי גם בכתובה דתקשה עדיין אמאי לא אמרו שם דפטרה משבועת אשתבע לי.

ואפשר לומר לפמ"ש"כ התוס' בשבועות (דף מ"א) ד"ה ולמר בר רב אשי כו' דכתבו בשם הריב"ן דפי' בשם הקונטרס דהילכתא פנותי' דקיימא לן פמר בר רב אשי דמהפכינן שד"א כו' והביא ראיה מדקאמר לקמ' האי מאן דמפיק שטרא אי אמר לי' אשתבע לי דלא פריעתיה משבעינן לי' כו'.

הרי דס"ל לשיטת הקונטרס דשם דזהו רש"י. דהו מילתא דמשבעינן בשבועת אשתבע לי על השטר זה תליא בפלוגמת אמוראי אי מפכינן שד"א דלמאן דס"ל דלא מפכינן שד"א ה"ה דלא משבעינן לי' על שטרו אף דטוען אשתבע לי אף למאי דפקו פמר בר רב אשי דמפכינן שד"א אז הלכה דעל טענת אשתבע לי על השטר משבעינן.

ועיין בכתובות (דף פ"ז ודף פ"ח) ברש"י שם ובתוס' ד"ה מיימי לה כו' ובפנ"י שם (דף פ"ז) ובגיטין (דף ל"ה). אבל למ"ד דלא מפכינן לא שינוי כלל שבועת אשתבע לי על השטר.

ע"כ י"ל דהש"ס בכתובות (דף פ"ו) דשקיל וטרי האי שבועה מאי עבידתה דס"ל כמ"ד דלא מפכינן שד"א וכן ס"ל לכל הנה אמונאי דשקלי וטרו שם. ע"כ לא מצי למימר דעל שבועת אשתבע לי קאי המתניתין כיון דס"ל דלא דיגינן כלל להשבועה דאשתבע לי.

ועיין בש"ד סי' מ"ב ס"ק א' דכתב דבדוכתי טובא דרף הש"ס להקשות בסתמא אף דלא הוי הילכתא הכי רק דמקשה פן על אידה מ"ד דלדידה תקשה המתניתין וכן י"ל ה"כא פן י"ל לשיטת רש"י.

ועיין בפני הושע לכתובות (דף פ"ז ע"ב) בד"ה סבר רמי ב"ח כו' מש"כ בדברי רש"י ובהפלאה שם וקצת. ועיין בהרא"ש לשבועות פ"ו סי' ט': ענף ב ועוד גלע"ד ליישב לש"י רש"י במה דלא אמרו בכתובות (דף פ"ו) דעל שבועת אשתבע לי קאי הפטור דפטרה משבועה זו.

ונקדים להא דכתובות (דף י"ט) בתוס' ד"ה מודה בשטר שכתבו אין צריף לקיימו כו' שכתבו אבל אין לפרש דאינו נאמן פרעתי במיגו משום דהוי נגד חזקה דשטרא בידי מאי בעי כו'.

והמהרש"א פתב שם דשפיר יש לפרש פן. ובשמ"ק לכתובות שם פתב בשם איפא דאמרי דכתבו לפרש ג"כ הטעם דלכן ס"ל דאינו נאמן פרעתי משום דאי פרעיה שטרא בידו מאי בעי ע"ש.

ונה לשון רש"י בכתובות שם ד"ה אין המלנה צריף לקיימו כו' וכי אמר פרעתי לא מהימן שהרי בידי המלנה הוא כו'. ומהפלאה שם פתב דס"ל לרש"י לפרש הטעם דמ"ד דמודה בשטר א"צ לקיימו דנהו משום דה"ל נגד חזקה דשטרא בידי מאי בעי ע"ש.

וכ"כ מהפלאה שם בד"ה בגמ' אימא הלכה כר' מאיר כו'. ועיין בפני הושע שם ובב"ב (דף ק"ע ע"א) בהרשב"ם שם.

אבל מן פי' רש"י דכתובות הנ"ל משמע פמו שכתב מהפלאה. ולפי שיטת רש"י והא"ד דבשמ"ק הנ"ל דלרב דס"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו פמבואר בכתובות שם דהטעם הוא משום דס"ל דאלימא לנו החזקה דשטרא בידי מאי בעי ולא מהימן במיגו נגדו.

א"כ חזינו דעדיפא ליה החזקה דשטרא בידי מאי בעי מן חזקה דתו"ז דהא בחזקה דתו"ז הוא איבעיא דלא איפשיטא בב"ב (דף ה') אם אמרינן מיגו נגד חזקה דתו"ז והוי איבעיא דלא איפשיטא פמבואר בח"מ סי' ע"ח סעיף ה' ש"ך ס"ק י"ט.

והתומים שם ס"ק ט' פתב בשיטת הרמב"ם דאיפשיטא האיבעיא הלז במק"א דנאמן במיגו נגד חזקה דתו"ז: ולפ"ז יש להעיר לפי מה דאמרו בב"ב (דף ה') בחזקה דתו"ז דאלימא לפטור אף משבועה בבא ליפרע מיתומים ומן שבועת אשתבע לי בשטר כמש"כ התוס' שם בד"ה אע"ג דאמור רבנן כו'.

א"כ מה"ט יתקנה אלים לנו החזקה דשטר ביד מאי בעי למיפטר משבועה דהא בחזקה דתו"ז מספקא לן אם מהני מיגו נגדו או לא ואפ"ה עדיפא פחה לפטור משבועה. כש"כ פח השטר לשיטת רב דס"ל דנגד החזקה דשטר ביד מאי בעי פשיטא לן דלא מהני מיגו נגדו א"כ מכש"כ דעדיף פח השטר לגבות מיתמי בל"ש וכן מינן בל"ש אף בטוען אשתבע לי.

ועיין בכללי מיגו של הש"ך ס"ק יו"ד שכתב דאין החזקות דומות כו'. והא דמצינו בכתובות (דף פ"ז) גבי פתובה דלא תפרע מהיתומים רק בשבועה ולא מהני התם החזקה דתו"ז זהו כמש"כ התוס' בגיטין (דף ל"ד) ובב"ב (דף קנ"ח) בתוס' ד"ה וב"ה אומרים כו' והובא באה"ע סי' צ"ו בביש ס"ק א'.

אף עדיין תקשה לשיטת רב הנ"ל דאמאי לא מהני התם פח החזקה דשטר ביד מאי בעי למיפטר משבועה ולא מפעיא במקום שכותבין פתובה ואף במקום שאין פותבין פתובה הא ה"ל כמאן דנקט ליה שטר בידו כמבואר בב"מ (דף י"ז).

ורציתי לומר דלשיטת רב לפי פי' רש"י בטעמו דס"ל דנגד חזקה דשטר ביד מאי בעי לא מהני מיגו נגדו. [וכדמצינו כעין זה בב"ב (דף ע') דשקיל וטרי בסוגיא שם אי מהימן החזרת מיגו דנאנסו נגד החזקה דשטר ביד מאי בעי או לא.

ועיין בש"ך ח"מ סי' ק"ח ס"ק ז' שכתב דאין לחלק בין הפה שאסר ובין מיגו וע"כ אין שיטת רש"י רחוק מלומר בטעמא דרב דס"ל דלא מהני מיגו דמוניף אף דה"ל בגדר הפה שאסר כנגד חזקה דשטר ביד כו'.

די"ל לפי שיטת רש"י והאיכא דאמרי דבשמ"ק כתובות הנ"ל. דלדידהו העיקר מה דצ"ש על פתובה לפי דחשו חז"ל דשמא תפסה בעצמה וכמש"כ התוס' בב"ב (דף קנ"ח) וכפי שהובא שיטה זו באה"ע סי' צ"ו ובב"ש שם.

ע"כ לא שניף לדון בזה דיהא פח המעלת חזקה שטר ביד מאי בעי אלימא ביותר למיפטר משבועה דדוקא לענין פרעון שניף למימר זה החזקה אבל בחשש תפסה מעצמה לא שניף לדון כן.

ולפ"ז לא שניף לדון שבועת אשתבע לי דלא פרעתיך את הפתובה אף דיטענון פרעתיך אחר הגירושין דלא שניף לדון בזה להחזקה דתו"ז לכ"ע. מ"מ הא אלימא ליה החזקה דשטר ביד מאי בעי למיפטר משבועת אשתבע לי לשיטת רב דס"ל דלא מהני מיגו נגד החזקה דשטר ביד מאי בעי.

ודוקא לדין דקיי"ל לדינא דלא אלימא החזקה דשטר ביד מאי בעי לדחות פח המיגו בפשיטות. לכן ס"ל דשניף שבועת אשתבע לי על השטר אבל לא לשיטת רב.

ולכן הכא בכתובות דהגמ' מקשה שבועה מאי עבידתה ומשני א' רב יהודה א' רב על אפטרופיא כו' ולא קאמר דקאי על שבועת אשתבע לי. משום דהא לרב דס"ל מודה בשטר א"צ לקיימו לא שניף כלל שבועת אשתבע לי וכן אמרו בכתובות (דף י"ט) בשם רב יהודה בשם רב דהאמר אמנה א"נ ואמר רבא דקאמר לנה וכדרב הונא אמר רב מודה בשטר א"צ לקיימו ועיין במהרש"א בתוס' ד"ה מודה בשטר כו' הנ"ל.

ולכן הקא הנכרח רב יהודה בשם רב לומר דקאי על שבועת אפטרופיא ולא על שבועת אשתבע: והמקשה דפריה האי שבועה מאי עבידתה י"ל בזה כמו שכתב הש"ך בח"מ סי' ל"ט ס"ק ב' בד"ה וגם הכרעת מהרש"ל כו' דכיון דהתראצון הנה שם ר' אילעי אמר רב ע"כ המקשה הנה מבני הישיבה של רב כו' ע"ש.

וכן י"ל הקא דהאי מקשה דפריה האי שבועה מאי עבידתה הנה ג"כ מבני הישיבה של רב דלא שייך למימר פלל שבועת אשתבע לי. ורב נחמן דאמר התם על הפוגמת אף דר"נ ס"ל דמודה בשטר צריה לקיימו פמבואר בכתובות (דף י"ט) עכ"ז אינו קשה דאמאי לא אמר על שבועת אשתבע לי.

משום דהא רש"י פ"י התם דמ"ד משבועת אפטרופיא דדוקא משבועת אפטרופיא ולא מן פוגמת משום דאיהי גרמה לנפשה לא פטר לה. א"כ לרב דאמר משבועת אפטרופיא ולא מפוגמת ע"כ בא ר"נ לחלוק עליו ולהורות הדין דאף משבועת פוגמת פטרה וכש"כ משבועת אפטרופיא ושבועת אשתבע לי.

וכן י"ל בהמקשה דפריה האי שבועה מאי עבידתה דשאל הדין אם קאי הפטור על פוגמת ג"כ אף דגרמה לנפשה או דלא פטרה מפוגמת משום דגרמה לנפשה. ועיקר קושיות רע"א זצ"ל הוא על רב דאמר על אפטרופיא ולא אמר על אשתבע לי וכן במה דמקשה אליבני מי הנות דעה דמותיב לה אפטרופיא הא י"ל דפטרה משבועת אשתבע לי וממילא פטורה גם משבועת אפטרופיא.

בזה שפיר י"ל כמש"כ דכיון דלשיטת רב לא שייך פלל שבועת אשתבע לי על טענת פירעון לכן לא אמרו לשיטתו דקאי על אשתבע לי וא"ש קושיות רע"א הנ"ל: ענף ג ועדיין יש לסתור לכל מש"כ דעדיין תקשה לשי' רב דס"ל מודה בשטר אין צריה לקיימו דכתבתי דהדין נותן אליביה דכח השטר יפטור משבועת יתומים ג"כ ע"פ הקו"ח מן חזקה דתו"ז דפוטור משבועת יתומים פנ"ל.

דתקשה ע"ז מכמה משניות דמוכח דס"ל דהבא בשט"ח לגבות מן יתומים צ"ש כמש"כ התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) בד"ה אע"ג דאמרו רבנן כו' דהוכיחו מן כתובות (דף פ"ד) ומשבועות (דף מ"ח) דאף בשט"ח צ"ש בנפרע מיתומים פמבואר בהמשניות דשם.

וע"כ אין סברא לומר דיפלוג רב על הנהך משניות הנ"ל. ועיין בשבועות (דף מ"ב ע"ב). ולפ"ז תקשה ג"כ מה דהקשיתי לשיטת רב כפי פ"י רש"י והא"ד שבשמ"ק הנ"ל דלא מהני מיגו נגד החזקה דשטרא בידי דאמאי יצטרף ליטבע בנפרע ע"פ שטרו מיתומים. והא הדין נותן דיהיה פטור מהשבועה כמו בחזקה דתו"ז וגם הוי כש"כ פנ"ל.

והצעתי את כל הענין הלז לפני בני הרב הג' מוה' צבי שיחי' והשיב לי כי יש לחלק לשיטת רב דשאני בנפרע מיתומים דאף דס"ל דאליה ליה כח השטר. דמ"מ פון דס"ל לרב דשעבודא לאו דאורייתא פמבואר בב"ב (דף קע"ה ע"ב) רק מדרבנן גובה מלנה בשטר מן היורשין ע"כ י"ל דלכן תקנו שישבע בנפרע מיתומים אף שזהו נגד הדין משום דע"פ הסברא הדין נותן דכח החזקה דשטרא בידי מאי בעי יפטור מהשבועה.

עכ"ז פֿינן דמה"ת אין גובין מ'יורש'ים רק מ'דרבנן' ע"כ הם אָמרו וְהם אָמרו דְלֹא יגָבֵה רק בְּשָׁבוּעָה כְּדִמְצִינוּ כְּעֵין זֶה בְּכַתְּוֹבוֹת (דף י') ובשא"ד כְּעֵין זֶה. וְלִכֵּן לְדִידֵן דְקִי"ל שְׁעָבוּדָא דְאִוְרֵייתָא כְּשִׁיטַת רֹב פּוֹסְקִים הַמְּבֹאָר בְּסִי' ל"ט וְכִשִּׁיטַת הַמְּחַבֵּר וְהֶאֱחָרוּנִים וְדִלֹא כְּהַשְׁ"ף דְשָׁם.

א"כ מה"ת גובין מ'היורש'ין וְלִכֵּן אין יְכוּלִין חַז"ל לְתַקֵּן שְׁיִשְׁבַּע הַנִּפְרַע מִהִתּוֹמִים פֿינן דַּע"פ הַסְּבָרָא אֵלִים לִיָּה פֶּחַ הַחֲזָקָה וְלִכֵּן אָמְרוּ דְחֲזָקָה דְתו"ז פּוֹטֵר מִן הַשְּׁבוּעָה כְּמְבֹאָר בְּב"ב (דף ה') מְשׁוּם דְהָא לְהִלְכָה נִקְטִינן דַּש"ד כַּנ"ל.

משא"כ לְשִׁיטַת רַב דַּס"ל שְׁעָבוּדָא לֹא דְאִוְרֵייתָא ע"כ שְׁפִיר תִּקְנוּ דְלֹא יגָבֵה רק בְּשָׁבוּעָה פֿינן דְעִיקָר הַגְּבִיָּה אֵינוּ רק מְדַרְבְּנָן בְּנִפְרַע מ'יורש'ים. וְכַעֵין חִילּוּק הַזֶּה כְּתֹב כֵּן הַשְׁ"ף בַּח"מ ס' פ"ב ס"ק י"ט לְחַלֵּק בֵּין חוֹב הַלְּוָאָה לְחוֹב כְּתוּבָה דְאֵינוּ רק מְדַרְבְּנָן דְדוֹקָא בְּחוֹב שֶׁהוּא מַה"ת אָמְרוּ דְאֵם הוּא חָשׂוּד אִוְרֵייתָא אֲבָל בְּכַתְּוֹבָה דְאֵינוּ רק מְדַרְבְּנָן ע"כ אָמְרוּ דְאֵם הוּא חָשׂוּד אֵינוּ גוֹבֵה מְשׁוּם דְלֹא תִקְנוּ לְתַקְנַתְם בְּכַה"ג ע"ש.

וְעֵינן בְּאו"ת ס' פ"ב ס"ק ו' וְכַעֵין זֶה כְּתֹב הַקְּצָה"ח בְּסִי' ק"ח ס"ק ט' בְּטַעְמָא דְאֵין אָדָם מוֹרִישׁ שְׁבוּעָה לְבְנָיו דְוִקָּא בְּבֵא לְגָבוֹת מִיתּוֹמִים וְכֵן בְּחָשׂוּד הַבָּא לִיְפָרַע מִיתּוֹמִים מְשׁוּם דַּמַּה"ת לֹא גְבִי מִיתּוֹמִים לְשִׁיטַת רַב וְשְׁמוּאֵל דַּס"ל שְׁעָבוּדָא לֹא דְאִוְרֵייתָא וְעִיקָר הַגְּבִיָּה אֵינוּ רק מְדַרְבְּנָן וְלִהְיֵי כְּשִׁיטַתְנוּ יְכוּל לִישְׁבַּע מִפְּסִיד מִשְׁא"כ מִיְגִיָּה דְגוֹבֵה מַה"ת ע"כ לֹא הִתְמַרְרוּ בְּשָׁבוּעָתוֹ וְרַב וְשְׁמוּאֵל לְשִׁיטַתְיָהוּ דְאָמְרוּ א"א מוֹרִישׁ כו' וְה"ה מְלַקְוֹחוֹת כו' אֲלֵא בְּלַקְוֹחוֹת טַעְמָא אַחְרֵינָא כו' עכ"ל הַקְּצָה"ח וְעַפ"ז יֵשׁ לְדוֹן הַרְבֵּה בְּסוּגֵיָא דְשְׁבוּעוֹת (דף מ"ז) וְקַצְרֵתִי.

וְזֶהוּ כְּעֵין מַש"כ לְחַלֵּק דְדוֹקָא בְּמִדֵּי דְמְדְאִוְרֵייתָא כְּמוֹ לְדִידֵן דַּס"ל ש"ד לִכֵּן אָמְרוּ דְחֲזָקָה דְתו"ז פְּחָה יָפָה לְפָטוֹר מְשָׁבוּעַת יְתוּמִים. מִשְׁא"כ לְשִׁיטַת רַב דַּס"ל שְׁעָבוּדָא לֹא דְאִוְרֵייתָא ע"כ תִּקְנוּ שְׁבוּעָה בְּכָל שְׁטֵר דְגוֹבֵה מִיתּוֹמִים פֿינן דְעִיקָרוֹ הוּא רק מְדַרְבְּנָן.

וּבְאַמַּת י"ל לַפ"ז דַּה"ה בְּחֲזָקָה דְתו"ז אֵם גְּבִי מִיתְמִי דְלְשִׁיטַת רַב דְשְׁעָבוּדָא לֹא דְאִוְרֵייתָא דַּע"ש וּבְנִפְרַע שְׁלֵא בְּפָנָיו דַּע"ש י"ל ג"כ ה"ט דְהָא לְמָאן דַּס"ל שְׁעָבוּדָא לֹא דְאִוְרֵייתָא וְמַה"ת לֹא גְבִי אֲלֵא מִיְגִיָּה דִידֵיָה כַּמַּש"כ הַרְמַב"ן וְהוּבָא בְּקַצָּה"ח ס' ל"ט ס"ק א' דְזֶהוּ בְּתוֹרַת כְּפִיָּה א"כ מַה"ת לֹא שְׁיִיף זֶה אֲלֵא בְּפָנָיו אֲבָל שְׁלֵא בְּפָנָיו דְלֹא שְׁיִיף תּוֹרַת כְּפִיָּה לְקִיָּים הַמְּצָוָה אֵינוּ רק מְדַרְבְּנָן וְכ"כ הַקְּצָה"ח בְּסִי' ר"צ ס"ק ג' ע"ש.

וְכֵינן דְבְשָׁלֵא בְּפָנָיו עִיקָר הַגְּבִיָּה אֵינוּ אֲלֵא מְדַרְבְּנָן ע"כ שְׁפִיר תִּקְנוּ דְיִשְׁבַּע אַף דִּישׁ לְנוּ חֲזָקָה דְשְׁטֵרָא בְּיָדֵי מַאי בְּעֵי. וּבְפּוֹגֵם וְע"א מַעֲיֵד עַל שְׁטֵרוֹ שֶׁהוּא פְּרוּעַ אַף דְגְבִי מִיְגִיָּה וְזֶהוּ מַה"ת לַכ"ע מ"מ י"ל בְּזֶה כְּשִׁיטַת ר' הָאֵי דְהוּבָא בְּטוֹר ס' פ"ד וְהוּבָא בְּסַמ"ע שָׁם ס"ק ז' וְס"ק י"ד דַּס"ל דְבְּפּוֹגֵם אוֹ ע"א מַעֲיֵד שְׁהַשְׁטֵר פְּרוּעַ דְבְּזֶה אַף בְּתוֹף זְמַן צ"ש.

מְשׁוּם דְלֹא אֵלִים בְּזֶה הַחֲזָקָה דְתוֹף זְמַן לְמִיפְטֵר מְשָׁבוּעָה: וּבְקַצְרָה הוּא כֵּן דְלְשִׁיטַת רַב דְסָבִירָא לִיָּה מוֹדָה בְּשְׁטֵר אין צְרִיף לְקִיָּמוֹ מוֹכְרֵחִין לוֹמֵר דְהִיכָא דְהַגְּבִיָּה הוּא מַה"ת אֲזֵי אין סְבָרָא לוֹמֵר דְתִקְנוּ חַז"ל שְׁבוּעָה הִיכָא דִישׁ חֲזָקָה דְשְׁטֵרָא בְּיָדֵי כו' כְּדַמוּכַח מְהָא דְאָמְרוּ גְבִי חֲזָקָה דְתו"ז בְּב"ב (דף ה').

רק היכא דהגביה הוא רק מדרבנן בזה תקנו שבועה אף דיש חזקה מעליא כמו בחזקה דשטר או בחזקה דתו"ז. ולפ"ז י"ל דמה"ט תקנו שבועה בכחונה בראה לפרע מיתומים.

ואין אנו צריכין לומר כמש"כ לעיל בזה דיהיה ס"ל פשיטת הפוסקים דחשו שמה תפסה בעצמה. משום דבאמת זה אינו מספיק דעדיין י"ל דשייך שבועת אשתבע לי בטוען שמה תפסה מעצמה וכמש"כ הט"ז באה"ע סי' צ"ז והובא בב"ש שם דלשיטה זו הדין הוא גם בגרושה דחייבת ליטבע אם הבעל טוען שתשבע שלא תפסה בעצמה.

וע"כ העיקר כמש"כ פעת. ונגזק פשיטת הפוסקים דשבועה שלא תפסה לא הוי רק גלגול שבועה כמש"כ החלקת מחוקק בסי' צ"ו ס"ק י' והב"ש ס"ק י' ע"ש.

ולכן אתי שפיר מה דלא נקט רב פאן דפטרך משבועת אשתבע לי. משום דמוכח לומר לשיטת רב דהיכא דהגביה הוא מה"ת דלא תקנו חז"ל להשבועה משום דאליה ליה החזקה דהשטר והמעשה ב"ד והיכא דהגביה הוא מן הבעל הוא מה"ת לא שייך פלל שבועת אשתבע לי.

ומבואר בהרא"ש פתובות פ"א סי' י"ט דרב ס"ל פתובת אשה הוא מה"ת ע"ש. אף הא כתב הרא"ש שם דלפי' רש"י דדריש הכי מלישנא דכמהר הבתולות א"כ ליכא לאוכוזי מידי כו'.

א"כ לשיטת רש"י דמיידינו הכא אין מקום להוכיח דרב ס"ל פתובת אשה מה"ת מדהתם. אף אין אנו צריכים לזה לשיטת רש"י דלשיטת רש"י מוכח ממק"א דרב ס"ל פתובת אשה מה"ת.

דהלכתם משנה הל' מלכים פ"ד ה"ד פתב דמדברי רש"י בחומש פ' חיי שרה דגורס בסנהדרין (דף כ"א) א' רב יהודה א' רב פלגשים קידושין בלא פתובה ובפי' הרמב"ן על התורה שם חולק על רש"י לפי דהא פתובה הוא מדרבנן א"כ הפתובה אינה מעלה ומוריד ע"ש.

א"כ לשיטת רש"י מוכח דרב ס"ל פתובה מה"ת ולכן הפתובה בלבד מעלה ומוריד: וע"כ שפיר הוכרח רב יהודה א' רב לומר הכא דמשבועת אפטרופיא פטרך משום דאין לומר אליבנייהו דפטרך משבועת אשתבע לי על הפתובה פיון דס"ל פתובה מה"ת וגובין מיניה מה"ת אף למ"ד דשעבודא לאו דאורייתא לכן לא שייך שבועת אשתבע לי לשיטתם משום דעדיפא פח השטר והמעשה ב"ד וכמו דאמרו בחזקה דתו"ז דפוסטר מן השבועה דלא תקנו שבועה היכא דהגביה הוא מה"ת במקום חזקה מעליא.

ולכן שפיר הקשה הש"ס על שיטת רב יהודה ורב דאמרי על אפטרופיא איהי מי הנת דעה כו' דאין לומר על שבועת אשתבע לי דהא לשיטתם מוכח דלא תקנו פלל לשבועת אשתבע לי פיון דגובין מיניה מה"ת ונדקא בגובין מיתומים תקנו שבועה פיון דשעבודא לאו דאורייתא ועיקר הגבוי' הוא רק מדרבנן פנ"ל.

אף לדין לדינא דס"ל מודה בשטר צריך לקיימו ונאמן במיגו וכן קיי"ל (בב"ב דף ע') דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו אף דיש לנו חזקה דשטרך כו' משום דלא אליה לנו

כ"כ פח החזקה דשטררא כו' ע"כ שפיר תקנו חז"ל לשבועת אשתבע לי במקום שטר וכן תקנו לשבועת יתומים אף דקיי"ל כמ"ד ש"ד משום דטוענין להו פשיטת רש"י.

משום דאל"כ אין סברא לומר דתקנו שבועה ליתומים פנין דש"ד וגובין מה"ת ונהם טוענים ספק. ולכן אין לנו הוכחה מן הא דלא אמרו דפטרך משבועת אשתבע לי להוכיח מזה דלא תקנו אשתבע לי בגרושה משום די"ל דרב לשיטתו כו'.

ע"כ דברי בני ודפח"ח: פן י"ל בדרך פלפול לשיטת רש"י וכמש"כ ההפלאה בכוננותו בכתובות (דף י"ט) בטעמא דרב דמודה בשטר א"צ לקיימו משום דה"ל מיגזו במקום חזקה דשטררא כו' וכמש"כ הא"ד דבשמ"ק שם.

אכן לפי מש"כ התוס' שם בטעמא דילי' וקמו שיהביאו שם בשם הקונטרס. ליתא לכל ה"ל.

אף בעיקר קושיות הגאון רע"א ה"ל כפר הקשה פן הפני הושע לכתובות (דף פ"ז) דאמאי לא אמרו שם דפטרך מן שבועת אשתבע לי וכן הקדימו בשיטה מקובצת (שם דף פ"ו) ע"ש. ולכן אין זה הוכחה להוכיח מזה דלא תקנו שבועת אשתבע לי על כתובה: ענף ד ונהגה רע"א זצ"ל פתב שם דצריך ראיה גדולה להוכיח דשייך גם שבועת אשתבע לי על כתובה.

ולענ"ד נראה להוכיח פן מהא דכתובות (דף צ"ג ע"ב) במשנה מי שהיה נשוי ארבע נשים ומת הראשונה קודמת כו' וראשונה נשבעת לשניה כו' ופ"י רש"י אם שניה טוענת השבע לי שלא גבית כו' דילמא לא משתייר לי נכסים פשיעור פתובתי כו'.

והתוס' יו"ט פתב שם להעיר על הרע"ב ורש"י דנשבעת אף שלא טענה השבע לי משום דהוי כמו גפרע ממשעבדי כו'. והפני הושע שם פתב בטעמו של רש"י דאין זה נקרא משעבדי דדוקא במקום דיש הפסד נודאי להלקוחות או להבע"ח נקראו משעבדי וצ"ש אף בלא טענה משא"כ הכא דחוששת דילמא לא משתייר לה פתובה ע"כ אין דינו כמשעבדי וצריך טענה לחייבה שבועה וכמש"כ רש"י והר"נ והרע"ב והריטב"א בלשון דטוענת השבע לי כו' דילמא לא משתייר לי פשיעור פתובתי כו'.

וכ"כ בקול הרמ"ז על משנה דשם פדברי הפני ה"ל. א"כ מוכח מהו משנה דגם בכתובה משבעינן טוענת השבע לי וקמו בשט"ח.

וינדעתי מה די"ל דרש"י לשיטתו דס"ל בכל שבועת יתומים דמשבעינן זהו משום דטוענינן להו מה דאפוהון מצי למטען אשתבע לי אבל לשיטת התוס' צדיין י"ל הכא דלא משום דטוענת השבע לי משבעינן לראשונה אלא דמשום שבועת משעבדי נגעו בה וכמש"כ התוס' יו"ט.

אכן לפי דברי הפני הושע והקול הרמ"ז דאינו שייך שם דין משעבדי משום דלא הוי הפסד ברור. ע"כ י"ל דלכ"ע הא דנשבעת לשניה דזהו משום דטוענת השבע לי ואפושוי פלוגתא לא מפשינן.

וימה דכתב הב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק כ"ד דמן הרמב"ם והטור משמע דנשבעין שלא בטענה. כפר פתבתי לעיל בחידושי לסי' פ"ב סעי' ב' די"ל דטעמיהו משום דקיי"ל

דנשפיעין ליתומים משום דטוענין ליורש בנודאי ע"כ אף דנימא דאין דינן כמשעבדי מ"מ שייך לומר דטוענין להשגיח מה דהוי מצי למטען הבעל ולומר אשתבע לי.

וכן רש"י מודה לדינא לפי מה דקיי"ל דאף לגדולים נשפיעין משום דגם בשבועה טוענין להו וכמש"כ שם בארנפה. אבל לכ"ע העיקר מה דראשונה נשבעת לשני' לת"ק דבן ננס דהרביעית נפרעת שלא בשבועה וס"ל דאין טוענין בחיוב שבועה וכמש"כ שם ובסי' ע"א סעי' י"ט בחידושי.

דמוכח מזה דהא דנשבעת לשני' מיירי בטוענת השבע לי דוקא: והתוס' בכתובות (דף צ"ד) ד"ה שגממא אחת מהו כו' שהקשו וא"ת א"כ נשפיע כל ב"ח דניחוש שמא יכסוף כו'. דמשמע מזה דאף דלא היה שם טענת השבע לי ג"כ משפיעין בזה י"ל ג"כ דזהו לפי מה דקיי"ל דטוענין ליורש וללוקח א"כ ה"ה בזה נטעון עבור הבע"ח דלית' קמן ג"כ מה דהוי מצי הלנה לטעון עבורם השבע לי דהא אף לשיטת התוס' בשבועות (דף מ"א) דשבועת יתומים משום עצמם הוא ג"כ מודו דשייך ג"כ טוענין להו בזה רק דאפילו היכא דלא מצי הלנה לטעון השבע לי ג"כ תקנו בגבייה ממשעבדי ומיתומים דישבע.

וע"כ אף דנימא דאין זה נקרא טורף ממשעבדי וכמש"כ הפני יהושע והקול הרמ"ז מ"מ שייך לומר דטוענין עבורם לומר השבע לי רק מאן דס"ל דמגדולים נפרעין שלא בשבועה ס"ל דאין טוענין ליורש בזה.

ועיין בגיטין (דף נ"ח) ברש"י ד"ה טוענין ליורש כו' שכתב ואפילו למ"ד ב"ב אין טוענין ליורש וללוקח כו'. והתוס' שם ד"ה פגון זה טוענין כו' כתבו דלא מצינו שם פלוגתא כו'.

ולפי מש"כ י"ל דזהו המ"ד דאין טוענין ליורש דהא מאן דס"ל דמן גדולים נפרעין שלא בשבועה מוכח דס"ל דאין טוענין ליורש דהא אפוקהו ה"מ למטען אשתבע לי ואפ"ה גובין מגדולים שלא בשבועה.

ולכן אף במש"כ רש"י בגיטין שם דמצינו פלוגתא בב"ב אם טוענין ליורש דהקשו התוס' דלא מצינו שם פלוגתא. אכן י"ל דזה הוא הפלוגתא אם טוענין ליורש וזה תלוי במה דפליגי ה"כ אם נפרעין מגדולים שלא בשבועה פנ"ל.

ואין אנו צריכין למה שכתבתי בסי' פ"ב סעי' ב' ובסי' ע"א סעי' י"ט לפרש הטעם דמאן דס"ל דמגדולים נפרעין בלא שבועה ע"ש. ויש להאריך בכ"ז: ולכן שפיר י"ל דמה דהקשו התוס' דא"כ נשפיע כל בע"ח כו' דמשמע דאף שלא בטענה משפיעין דאין הטעם משום משעבדי.

רק הטעם הוא משום דלדינא דקיי"ל טוענין ליורש א"כ אף דנימא דאין דינן התם כמשעבדי וכמש"כ הפ"י מ"מ הא למאי דקיי"ל דטוענין ליורש א"כ נטעון עבורם וע"ז תירצו דאטו יש לנו לעשות תקנה לבע"ח דליתיה קמן.

וכן מן דברי התוס' שם שכתבו לקמיה שם בשם רבי דמפרש דמיירי בפטרה מן השבועה אין מזה הכרח לומר דהא דראשונה נשבעת לשני' דזהו משום משעבדי ולכן לא מהני פטור שבועה התם.

דאין זױ ראַיז מױס די"ל דלכּן לאַ מױז פּטורױ מהשׁבועה נגד השׁניױה מױס דכּינן דטױענט השׁבע א"כ השׁניױה היא הבע"ד שׁל הַראשׁוֹנֶה וְזֶה מְקַרֵי ג"כ חב לַאֲחֵרִים וְלֹא מְהַי פּטורױ בְּזֶה.

א"כ לאַ מְצִינוּ מְפֹרָשׁ דִּיפּלוּגוּ אִיזֶה פּוֹסְקִים עַל מַשׁ"כ רש"י וְהַר"ן וְהַרִיטְב"א וְהַרְע"ב דְּמִינֵי שֵׁם בְּטױענט השׁבע דִּילְמָא לֹא מִשְׁתַּיִר לִי פִשְׁעוֹר פְּתוּבְתִי וְכַמְש"כ הַקּוֹל הַרמ"ז וְהַפּנ"י. א"כ זֶהוּ רַאֲיָה דְתַקְנוּ שְׁבועַת השׁבע לִי גַם בְּכַתוּבָה.

רק לְשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּגַבֵּי פְתוּבָה הָיוּ עֵינְקֵר שְׁבועַת הַחֲשֵׁשׁ דְּשִׁמְא תְּפֹסָה בְּעֶצְמָה לַפ"ז י"ל דְּדוֹקָא בְּחֲשֵׁשׁ דְּשִׁמְא תְּפֹסָה חֲשׂוּ לְהַצְרִיכָה שְׁבועַת מַשׁ"כ בְּטַעֲנַת פְּרַעְתִּי הַפְּתוּבָה בְּגֵרוּשָׁה הִיכָא דְלֹא הָיוּ הַחֲשֵׁשׁ דְּתְּפֹסָה י"ל דְּלֹא תַקְנוּ שְׁבועַת בְּזֶה.

אָף ז"א סְבָרָא לְחַלֵּק דְּהָא עכ"פ מְצִינוּ שְׁבועַת בְּכַתוּבָה אָף הִיכָא דְאִי לֹא טַעֲנָן לֹא הִינְנוּ מְחַיִּיבִין שְׁבועַת וְרַק ע"י טַעֲנַת השׁבע לִי מְחַיִּיבִינוּ לָהּ שְׁבועַת. א"כ נְפִשְׁט הַסְּפֵק שׁל רַע"א זצ"ל שְׁפַתְבּ דִּישׁ לְחַלֵּק דְּשִׁמְאֵי בְּאֲשַׁתְּבַע לִי דְאִי לֹא טַעֲנָן לֹא חַיִּיבוּ שְׁבועַת פְּתוּבָה דְּהָא מוֹכַח דְּלֹא מְחַלְקִינוּ בְּזֶה: וְעוֹד דְּאָף דְּנִימָא דְלֹא כַמְש"כ רש"י וְהַר"ן וְהַרְע"ב וְהַרִיטְב"א שֵׁם דְּמִינֵי בְּטױעֲנַת השׁבע לִי רַק דְּנִימָא כַמְש"כ הַתּוֹס' יו"ט שֵׁם דְּמַשׁוּם שְׁבועַת מְשַׁעְבְּדֵי נִגְעוּ שֵׁם.

עכ"ז הָא פְּבָר פְּתַבְתִּי בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק סִי' ע"א סַעִי' י"ט דְּדוֹקָא לְמֵאֵן דַּס"ל ש"ד י"ל דְּנִקְרָאוּ בְּשֵׁם מְשַׁעְבְּדֵי אָבֵל לְמֵאֵן דַּס"ל שְׁעַבּוּדָא לְאוּ דְאִוְרֵייתָא אָף בְּמִלּוּהַ הַפְּתוּבָה בְּתוֹרָה אִין דִּינוּ כְּמַשַׁעְבְּדֵי וְאִין אָנוּ יְכוּלִין לְחַיִּיבָה שְׁבועַת בְּלֹא טַעֲנַת השׁבע לִי א"כ מְמִילָא מוֹכַח מְזֶה דְּשִׁינְךָ שְׁבועַת השׁבע לִי גַם בְּכַתוּבָה לַכ"ע דְּאִין לָנוּ לְהַרְבּוֹת בְּמַחְלֻקָת.

וְעוֹד דְּהָא הַתּוֹס' בְּכַתוּבּוֹת (דָּף צ') ד"ה ש"מ בע"ח מְאֻחַר כו' פְּתַבּוּ דְּהָךְ דְּכַתוּבּוֹת (דָּף צ"ג) דְּרַאשׁוֹנָה נְשַׁבַּעַת לְשׁנֵיהַ מִינֵי בְּמַטְלְטְלֵי כו'. א"כ הָא בְּמַטְלְטְלֵי וְנִדְאִי לֹא שִׁינְךָ לּוֹמֵר דְּהָיוּ שֵׁמֶם בְּשֵׁם מְשַׁעְבְּדֵי דְּהָא לֹא מִשְׁתַּעְבְּדֵי וְאִפ"ה אָמְרוּ דְּרַאשׁוֹנָה נְשַׁבַּעַת לְשׁנֵיהַ א"כ מוֹכַח מְזֶה דְּלֹא מַשׁוּם שְׁבועַת מְשַׁעְבְּדֵי נִגְעוּ הֵתֵם רַק מַשׁוּם שְׁבועַת השׁבע לִי כַמְש"כ רש"י וְהַר"ן.

וְרַאֲיָה לְדְּבַרֵּינוּ דְּבְּמַטְלְטְלֵי לֹא שִׁינְךָ לּוֹמֵר דִּיהֵיָה שֵׁם מְשַׁעְבְּדֵי עֲלֵיהֶם מְהָא דְּכַתְּבוּ הַתּוֹס' בְּב"ב (דָּף ה' ע"ב) בְּד"ה אַע"ג דְּאָמור רַבֵּנן כו' דְּמְקוֹר חַיִּיב שְׁבועַת יְתוּמִים בְּבַע"ח הוּא מְפֹתוּבּוֹת (דָּף פ"ד) דְּתַנּוּ מִי שְׁמַת וְהַנִּיחַ אִשָּׁה וְבַע"ח כו' יְתַנּוּ לִיּוֹרְשִׁים שְׁפּוֹלָן צְרִיכִים שְׁבועַת כו'.

וְאִי נִימָא דְּגַם גַּבֵּי מַטְלְטְלִין יֵישׁ דִּין מְשַׁעְבְּדֵי עֲלֵיהֶם א"כ הָא י"ל דְּלַכּוּן צ"ש הֵתֵם מַשׁוּם דְּדִינוּ כְּמַשַׁעְבְּדֵי דְּמַפְסִיד לְבַע"ח אַחֲרִים וּמְנַלְן לְהוֹכִיחַ מַשֵּׁם לְשְׁבועַת יְתוּמִים וּמוֹכַח מְזֶה לּוֹמֵר דַּס"ל לְהַתּוֹס' דְּכִינּוּן דְּמַטְלְטְלֵי דִּינְתֵמִי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדֵי רַק בְּמִנְחָח בִּיז אַחֲרִים ס"ל דְּנוֹטְלָן הַבַּע"ח ע"כ אִין סְבָרָא לּוֹמֵר דִּיהֵיָה נִקְרָא הַזְּכוּת שִׁישׁ לְהַבַּע"ח בְּהַמְטְלְטְלִין דִּיהֵיָה זֶה בְּשֵׁם מְשַׁעְבְּדֵי.

אָף זֶה יֵישׁ לְדַחוֹת דְּהָא אִי נִימָא דְּעֵינְקֵר חַיִּיב דְּהֵתֵם לְחַיִּיב לְהַבַּע"ח שְׁבועַת נְגַד שְׁאָרֵי בְּבַע"ח הוּא מַשׁוּם דְּמַפְסִיד לְהֵם א"כ לֹא שִׁינְךָ בְּזֶה לּוֹמֵר יְנַתְּנוּ לִיּוֹרְשִׁים שְׁפּוֹלָם צ"ש

ואין היורשים צ"ש הא היכולת ביד הבע"ח למחול לו השבועה פיון דהשבועה הוא רק לטובתם.

ועוד דא"כ היכא דלא הוי רק בע"ח אַחַד דאינו חייב שבועה מה"ט דיהיה הדין דיתנו להבע"ח פיון דאין צ"ש ובאמת אינו במשמע שם פן. ועיין בירושלמי פתובות פ"ט ה"ג וקצרותי.

אכן מסברא שפיר פתבתי לומר פיון דהתוס' פתבו דמייירי במטלטלי מה דראשונה נשבעת לשנייה דמייירי במנוח ביד אחרים ואתיא כר"ט. וכיון דמטלטלי דיתמי לא משמעבדי א"כ אין סברא לומר דיהיה שם משמעבדי עליהם לחייב שבועה משום שבועת משמעבדי א"כ מוכח מזה דמשום טענת השבע לי מחייבנו שם השבועה: ענה ה ועכ"ז אפשר לדון בזה פיון דתנו התם הראשונה קודמת לשנייה א"כ חזינו דלשיטת התוס' דשם דמייירי שם במטלטלין דמוכח דס"ל דיש קדימה במטלטלין וכשיטת הרמב"ן בתשובה שהובא בבית יוסף בח"מ סי' ק"ד ובסמ"ע שם.

ע"כ עדיין י"ל דיש על המטלטלי שם משמעבדי. ואף למ"ד שעבדא לאו דאורייתא עכ"ז הא מדרבנן משמעבדי.

ובמק"א פתבתי מה דיש לדון בדברי הרשב"א דהובא בקצה"ח סי' ל"ט דלמ"ד דש"ד אף מטלטלי משמעבדי מה"ת. ולכן י"ל עדיין אף לפי מש"כ התוס' דמייירי שם במטלטלין מ"מ יש לומר דמשום שבועת משמעבדי אתו עלה שם ולא משום שבועת השבע לי וע"כ אין מזה הכרח כ"כ להוכיח דשייך השבע לי בכתובה ועיין בפ"י המשניות להרמב"ם שם.

אבל לפי מש"כ לעיל בשם הפנ"י והקול רמ"ז דכתבו דאין זה נקרא בשם משמעבדי ודלא פהתוס' יו"ט דשם שפיר י"ל דכ"ע ס"ל פן. ולפ"ז מוכח מהתם דשייך דין השבע לי בכתובה דהא עיקר שבועת הראשונה להשנייה זהו משום השבע לי כמש"כ רש"י והר"ב והריטב"א והרע"ב שם.

ואין לנו הכרח מן התוס' דיפלוגו בזה על דברי רש"י דשם ואין לנו להרבות במחלוקת פידוע. וכש"כ להסוברים בסי' ק"ד דמלנה בע"פ מוקדמת יש לה דין קדימה למלנה בשטר המאןחר א"כ מוכח מזה דאין זכות הבע"ח בנכסי הלנה בשם משמעבדי.

ע"כ לפ"ז בנודאי הדין נותן דשבועת הראשונה להשנייה אין זה בשם שבועת משמעבדי רק משום טענת השבע לי אתינן עלה ועיין בסי' ק"ד בש"א ס"ק ר' ובפנ"י לפתובות (דף צ"ג) ה"ל. ולפ"ז אפשר לומר דהא דכתב הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' בשם הרשב"א בתשובה דאם טוען לאשתו הגרושה השבע לי דלא פרעתיך אחר הגירושין דחייבת לישבע ותטול.

דזהו משום דהרשב"א לשיטתו דס"ל בתשובה סי' תתקי"ד דאפילו משועבדים בפ"י מלנה בע"פ קודמת וכמש"כ הש"ך בשמו בסי' ק"ד ס"ק ר' דזהו משום דס"ל דזכות המלנה בנכסי הלנה אין זה בשם משמעבדי.

וע"כ לא שנייה בזה לומר דאין מלנה בע"פ טורף ממשעבדי. ע"כ ממילא מוכח לומר דהא דראשונה נשבעת לשניה זהו משום טענת השבע לי ולא משום שבועת משעבדי לכן שפיר פסק הרשב"א דשנייה שבועת השבע לי גם בכתובה.

ועפ"ז יש לדון במה שהביא הרשב"א שם בשם הרי"ף בתשובה ועיין בפ"ד שם מה שכתב בשם הרי"ף בדין מלנה בע"פ מוקדמת. ועיין בספרי נחל יצחק סי' ע"א סעי' י"ט מזה: ועדיין יש להוכיח ממק"א דהתוס' ס"ל דהא דכתובות.

דקראשונה נשבעת לשניה אין זה משום טענת השבע לי דהא התוס' בשבועות (דף מ"א ע"א) בד"ה וכי מה בין זה לפוגם שטרם כו' הקשו דתקשה לי' אמתני' דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרעו אלא בשבועה וטעמא משום דאי אבנהו הנה קיים הוי טעון אשתבע לי ומיהו נראה דטעמא לאו משום הכי הוא כו' עכ"ל התוס'.

ולרש"י י"ל דכיון דלא איתמר בפ"א במשנה להו שבועת אשתבע לי ע"כ אין זה קשה כ"כ ועיין בהר"נ כתובות פ"ט במשנה דפוגמת כו' מזה. אבל לשיטת התוס' עדיין יש להקשות ג"כ דתקשה ליה אמתניתין דכתובות (דף צ"ג) דראשונה נשבעת לשניה דזהו משום שבועת טענת אשתבע לי כנ"ל.

ומדחזינן דהגמ' הקשה פן על מימרא דר"פ שם בשבועות מוכח דבלא מימרא דר"פ לא היה לנו הכרח לדון שבועת אשתבע לי על השטר. א"כ מוכח מן שיטת התוס' דס"ל דהו שבועה דראשונה נשבעת לשניה אין זה משום שבועת טענת אשתבע לי רק משום שבועת משעבדי וכמש"כ התיו"ט.

ועכ"ז י"ל דבאמת עיקר הסברא של התיו"ט דמשום שבועת משעבדי נגעו התם דזה תלוי אם שעבודא דאורייתא אז י"ל דצריף הבע"ח לישבע היכא דמפסיד להבע"ח האחרים משום הבא ליפרע ממשועבדים דצ"ש משום דהא זכות שארי הבע"ח בהנכסים הוא מה"ת אבל למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא אף במלנה הכתובה בתורה וכמש"כ הש"ף בשיטת המ"ד הלז בסי' ל"ט ס"ק ב'.

אין סברא לומר דיהיה להם דין משעבדי ולחייב להבע"ח שבועה. ואף דשעבודא מדרבנן לכ"ע עכ"ז הא קיי"ל תקנתא לתקנתא לא עבדינן פמבואר בב"מ (דף ה) ובשבועות (דף מ"ו).

והפ"ל הנה כתב הש"ף בח"מ סי' קע"ה בס"ק י"ט לדון פן גבי הרשאה על מצרנות. א"כ ה"ה הכא פיון דעיקר חיוב שבועה הוא רק מתקנתא דתקנו דהבא ליפרע ממשועבדים צ"ש.

וע"כ להמ"ד דשעבודא לאו דאורייתא רק מדרבנן א"כ הא מה"ת אין שם זכות הבע"ח בהנכסים מה"ת רק מדרבנן הם נקראים בשם משעבדי. ע"כ ה"ל ג"כ כמו תקנתא לתקנתא דלא עבדינן.

א"כ להו מ"ד דשעבודא לאו דאורייתא מוכח דשנייה שבועת השבע לי גם בכתובה דהא הא דראשונה נשבעת להשניה אין זה משום שבועת משעבדי כנ"ל וע"כ זהו רק משום טענת השבע לי.

וכינן דמוכח פן להך מ"ד ע"כ אין לנו להרבות במחלוקת בזה בין המ"ד דש"ד להמ"ד דשל"ד וכעין זה כתב הרא"ש בב"מ פ"ק סי' ג' ראי' פזו וכמש"כ הפלפלא חריפתא ס"ק כ' ע"ש. וע"כ אתי שפיר הך דהקשו פן בשבועות על מימרא דר"פ דשם להקשות פן על משנה דהראשונה נשבעת לשניה.

דהא לשיטת ר"פ דס"ל דשעבודא דאורייתא פמבואר בקידושין (דף י"ב) ובב"ב (דף קע"ו) ועיין בתוס' שם ובש"ך סי' ל"ט ס"ק ב'. א"כ לשיטתו י"ל דהא דראשונה נשבעת לשניה זהו משום שבועת משעבדי וכמש"כ התוס' יו"ט ודלא כהפני יהושע והקול הרמ"ז שם.

ע"כ לא ה"ה מקום להקשות להך קושיא דמה בין זה לפוגם שטרו רק על מימרא דר"פ דהתם. לכן אף לשיטת התוס' בשבועות הלז ג"כ יש מקום עדיין להוכיח המקור מן הגמ' לשבועות השבע לי בגרושה על הפתובה אף דאינה מצד שבועת יתומים ונפשט ספקו של רע"א זצ"ל: שוב ראיתי דמה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ע"א סעי' י"ט בקצרה לדון ולחלק דדוקא למ"ד ש"ד י"ל דנקראו משעבדי כו' וכן כתבתי לעיל פאן להסביר זה ע"פ הפלל דתקנתא לתקנתא לא עבדינן דכעת ראיתי לסתור זה משום דאי נימא דלמ"ד ש"ד נקרא זכות המלוה בנכסי הל"ה בשם משעבדי וצריך שבועה משום דין נכרע ממשעבדי דלפ"ז הדין נותן דגם למ"ד של"ד ג"כ יהיה הדין פן דהא עכ"פ שעבודא דרבנן לכ"ע.

ואי דנימא דאזלינן בזה אחר דין התורה פנ"ל ז"א שייך פאן דהא בהך משנה דמי שיהיה נשוי ד' נשים ומת הראשונה נשבעת לשניה מיירינן. א"כ אם ניזיל בתר דאורייתא הך הדין נותן לפ"ז דלא תטול הראשונה כלל פנין דמת בעלה ועיקר גביית הראשונה מנכסי בעלה לאחר מיתתו אין זה רק מצד דנשטעבדו הנכסים אליה וכן מה"ט אמרו שם דהראשונה קודמת לשניה משום דשעבודא מדרבנן עכ"פ אף למ"ד של"ד.

ולכן אין סבא לחלק ולומר דלכן לא מקרי זכות הפתובה של שארי נשים בשם משעבדי פנין דשל"ד. דא"כ דניזיל בתר דאורייתא אף הראשונה לא תטול.

ואין סבא לומר דגבי הראשונה ניזיל בתר דרבנן ולא לגבי האחרונות גבי ענין שם משעבדי דזה אינו. וכן לא שייך מה"ט לדון דשאני פתובה למ"ד דהני רק מדרבנן.

דהא גם זכות הראשונה בגביות פתובה אינו רק מדרבנן להך מ"ד. ולכן לא שייך פאן לדון להפלל דתקנתא לתקנתא.

דהא עיקר הסבא דתקנתא לתקנתא כו' הוא דאזלינן בזה בתר דאורייתא. והכא לא שייך פן דהא גם זכות הראשונה בכתובתה אינו מדאורייתא ולכן קשה לחלק בזה בין מ"ד דש"ד להמ"ד דשל"ד.

וע"כ פנין דמוכח מן התוס' בשבועות דס"ל לפרש להך דראשונה נשבעת לשניה דזהו משום שבועת משעבדי ודלא כמש"כ הפני יהושע והקול הרמ"ז בשיטת רש"י דזה לא מקרי משעבדי.

דלפ"ז הדין נותן דגם ל"ד של"ד ג"כ יהי הדין פן משום דקשה לומר בזה דתקנתא לתקנתא כו' וניזיל בתר דאורייתא דא"כ גם הראשונה לא תטול פנ"ל. וע"כ לשיטת התוס' בשבועות נדחה ראיתי מהא דכתובות (דף צ"ג) ולכן עדיין אפשר לומר כמש"כ רע"א לחלק דבגרושה לא שייך שבועת אשתבע לי היכא דאינה שבועת יתומין והא דראשונה נשבעת לשניה אף דאין זה שבועת יתומים הא זהו משום שבועת משעבדי ולא משום שבועת השבע לי כמש"כ בשיטת התוס': ענף ו נראה לענ"ד להוכיח בראיה ברורה מן הש"ס דס"ל להגמ' דשייך שבועת אשתבע לי גם בכתובה.

והוא דאי בגיטין (דף נו"ן ע"א) יתומין שאמרו גבי זיבורית קטנים או אפילו גדולים כו' ת"ש דתני אביי קשישא יתומים שאמרו גדולים ואצ"ל קטנים ודילמא הני מילי לענין שבועה דגדול במילי דאבוה פקטון דמי אבל לענין זיבורית לא.

ופי' רש"י לשבועה משום דטענין ליתמי דאם הי' אבנהון קנים הוי טען אשתבע לי כו' והשתא אנו טענין בשביל יתמי ולהא מילתא אפילו גדולים נמי דגדול לגבי מילי דאביו פקטון הוא ולא ידע אי פרע' אבנה או לאו אבל לענין זיבורית דטעמא משום דחסו רבנן כו' קטנים ולא גדולים עכ"ל.

א"כ חזינו להדיא דהש"ס מחלק דבשבועה דשייך טענין לירוש דמה"ט אף בגדולים. ולכאורה תקשה מזה על שיטת התוס' דס"ל דשבועת יתומים אין זה משום דטענין להו דהא אף בפטרה משבועה נגדו ג"כ צ"ש מיתומים.

והא הכא אמרו להדיא לחלק דשאני שבועה דמשום טענין אתינן עלה ומה"ט אף בגדולים וכמו דפי' רש"י בפשט הסוגי' דגיטין דמחלקי בין שבועה לזיבורית וזהו מוכרח בפירוש הסוגיא.

אבל באמת אין זה קשה על שיטת התוס' משום די"ל לפי מה דמחלקי בין שבועה לזיבורית גבי גדולים. באמת הי' ס"ל דלכן הטעם הוא במה דאף מגדולים צ"ש.

משום דהא גם בגדולים שייך טענין להו. ובאמת לפ"ז היכא דאבנהון לא היה יכול להשביעה בפטרה משבועה נגדו פיון דלא שייך טענין לירוש בכה"ג לשיטת התוס'.

על פן לא שייך שבועה בכהאי גוונא רק בנפרע מקטנים ולא מגדולים. משום דבקטנים הטעם בזה משום דחסו עלניהו וס"ל להש"ס דיש לומר דלא חסו רק בקטנים ולא בגדולים.

ולמסקנת הש"ס דגיטין שם דיתומים שאמרו אף לגדולים בין לשבועה בין לזיבורית משום דבמה דחסו לטובת היתומים הדין הוא דאף לגדולים עבדו תקנתא לטובתמולפ"ז ה"ה גבי שבועה אף אם פטרה משבועה נגדו דעכ"ז חייב לישבע נגד הגדולים ג"כ.

ולא ס"ל להתוס' למש"כ רש"י שם גבי זבוריות דהטעם משום דחסו רבנן עלניהו להעמידם על דין תורה כו'. אלא ס"ל להתוס' דחסו עלניהו אף במה שהוא נגד דין תורה פיון דתקנו פבר שבועה להבע"ח הבא ליפרע כו'.

ואינו קשה על התוס' מסוגיא דגיטין הנ"ל. ואף דאמרו שם מתחלה הטעם או דילמא משום דלא מסיק אדעתא דמית לנה כו' עכ"ז י"ל דלהמסקנא הטעם הוא בשביל דחסו

ג"כ לטובת הגדולים בכל גונוי וכמו בקטנים ולא לחלק ביניהם גבי שבועה אף היכא דפטרנה פנגדו וכו' בשארי מילי פו י"ל לשיטת התוס' דאינו קשה עליהו מן הסוגיא דגיטין הלז.

וי"ל דהי' להתוס' הוכחה לזה אף אין העת גורם לי להאריף עוד ולכן קצרתי בזה. וגם פשט הסוגיא בהמסקנא והילכתא יתומים שאמרו בין גדולים כו' בין לשבועה בין לזיבוריות משמע דהכל הוא מן חד טעמא דזהו הכל בשביל דחסו עליהו.

ועיין בתוס' פתובות (דף י"ט ע"א) ד"ה מודה בשטר כו' שכתב המהרש"א שם די"ל דמשמע להו משום דחד טעמא אית להו ע"ש: עכ"פ מצינו הכא דאמרו מתחלה לחלק בין זיבורית לשבועה משום דשאני שבועה דטוענין ליתמי ולכן א' אביי קשישא דמה"ט אף גדולים בכלל יתומים דצ"ש.

והנה התוס' בכתובות (דף צ"ד ע"א) בד"ה שנומצאת אחת מהן כו' שכתבו בסוף הדיבור דמה דקאמר אביי קשישא יתומים שאמרו משמע דאמתניתין דגיטין או דהפכותב קאי דמייירי בכתובת אשה כו'.

וזהו בגיטין (דף ל"ד ע"ב) במשנה דאין אלמנה נפרעת מנכסי יתומים אלא בשבועה. ובכתובות (דף פ"ז) במשנה פו.

א"כ חזינון דמה דתני אביי קשישא קאי על מה דתנו במשנה בכתובה. ואי נימא כמש"כ רע"א זצ"ל דלא שייך שבועת אשתבע לי בגרושה על כתובתה בתובעת מבעלה משום דבשביל חזנא אקילו רבנן גבה ורק באלמנה הבאה לגבות מיתמי חסו לחייבה שבועה בשביל טובת היתומים.

א"כ תקשה לפ"ז איך אמרו בגמ' לחלק דשאני שבועה דבשביל דטוענין ליתמי ע"כ ה"ה בגדולים חייבו שבועה. דהא פיון דבכתובה אף דיטעון הבעל אשתבע לי דלא פרתיה ג"כ לא משבעינן א"כ לא שייך כלל לומר דאביי קשישא אתי עלה בשביל דטוענין ליתמי הא אבוהון לא הנה מצי למטען כלל בזה ואביי קשישא הא קאי בכתובה.

ומדחזינון דהגמ' מחלק דשאני שבועה דשייך לומר דטוענין ליתמי מוכח דהש"ס ס"ל בפשיטות דגם בכתובה אם טען הבעל אשתבע לי הנה מחייבה לישבע. והש"ס לא דחי לזה החילוק רק מסברא אמרו והילכתא בין קטנים וגדולים בין לשבועה ובין לזיבורית ולא מצינו בפירוש בהמסקנא דשם דחזרו ואמרו דהבעל לא הוי מצי למטען השבע לי.

א"כ זהו ראי' חזקה דאף בכתובה הוי מצי טען הבעל השבע לי כמו בשטר: ולולי דברי התוס' בכתובות שכתבו דהך דאביי קשישא קאי על כתובה פנ"ל הנה מקום לומר דאביי קשישא קאי על שט"ח וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) בד"ה אע"ג דאמור רבנן כו' דמצינו משניות דתנו דגם בשט"ח צ"ש בנפרע מיתומים פמבואר בכתובות (דף פ"ד) ושבועות (דף מ"ח) ע"ש.

א"כ לפ"ז יש לפרש דמימרא דאביי קשישא קאי על המשניות דתנו בשט"ח דצ"ש בנפרע מיתומים. ולפ"ז נדחה ראיתי מהך דגיטין (דף נו"ד).

משום די"ל דמה דאמרו שם דיש מקום לחלק דשאני שבועה דתני אבני קשישא דאף מגדולים צ"ש דשייך שם טענינו ליתמי ולגבי הך מילתא אף גדולים בכלל פמו דפי רש"י לפשט הסוגיא דמוכח פן פנ"ל.

דזהו משום דהש"ס מפרש דאבני קשישא קאי בשט"ח. ובשט"ח שפיר מציינו למימר דמשום טוענינו אתינן עלה.

ואפתי י"ל דלפי אותו הטעם יש עדיין מקום לדון דבכתובה פיון דלא שייך לומר דטוענינו להו משום דאבנהון גופא לא הי יכול להשביע בטענת השבע לי כמש"כ רע"א זצ"ל. ע"כ הדין הוא דגם אבני קשישא הנה ס"ל דבכתובה יש לחלק בין קטנים לגדולים לפי מה דהוי ס"ל בטעמו דמשום טוענינו אתי עלה.

ולפי המסקנא דלאו משום טוענינו אתי עלה פנ"ל ע"כ ה"ה אף בכתובה לא מחלקינו בין קטנים לגדולים פן הי מקום לומר. אכן לפי מש"כ התוס' דאבני קשישא קאי על מתני' דכתובה ואפ"ה אמרו בגיטין שם לחלק דשאני שבועה דטוענינו ליתמי א"כ מוכח מזה דגם בכתובה שייך דין השבע לי ועיין ברש"י גיטין שם ד"ה לשבועה כו' ובתוס' שם ד"ה תומין שאמרו כו': ועוד נלע"ד דאף אם נימא דלא פהתוס' דכתבו דאבני קשישא קאי על כתובה אלא נימא דקאי על שט"ח כמש"כ התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) דמציינו משניות דמירי בשט"ח הנפרע מיתומים א"כ לפ"ז ליתא לראייתנו מהך דגיטין הנ"ל.

דעכ"ז יש לנו ראיה לפ"ז ממק"א להוכיח דגם בכתובה שייך דין השבע לי והוא דהא אמרו בכתובות (דף צ"ד) אבני אמר דאבני קשישא איכא בינייהו כו' דת"ק לית ליה דאבני קשישא וב"נ אית ליה דאבני קשישא.

ואי נימא דלא שייך טענת השבע לי בכתובה והא דראשונה נשבעת לשנייה זהו שבועת משעבדי. א"כ קשה אמאי אמרו הלשון דת"ק לית ליה דאבני קשישא הא אי נימא דפרש דאבני קשישא קאי על שט"ח א"כ יכול להיות דגם הת"ק אית ליה דאבני קשישא אף דאבני קשישא מירי בשט"ח דאבנהון הוי מצי למטען נגד הבעה"ש.

השבע לי ע"כ בזה ס"ל לאבני קשישא דיתומים שאמרו אף גדולים משום דהא קיי"ל טוענינו ליורש למה דהוי מצי טען אבנהון וכינו דאבנהון הנה יכול לטעון השבע לי ע"כ גם בגדולים טענינו להו טענת אבנהון וכמו דאמרו בגיטין (דף נ') דגדול גבי מילי דאבנהו קטן הוא כפי רש"י שם.

משא"כ ה"כא גבי כתובה דאביהו לא הנה יכול למטען טענת השבע לי ועיקר שבועת תומים בכתובה זהו משום דחסו חז"ל לתקנת היתומים א"כ לפ"ז עדיין יש לחלק דדוקא בקטנים שקדו לתקנתם ולא בגדולים ויש מקום לומר דגם אבני קשישא מודה בכתובה דרק בקטנים אמרו ולא בגדולים רק דמירי בשט"ח וטוענינו אף לגדולים וכמו דאמרו בגיטין שם ולכן אמר בזה דאף גדולים בכלל.

ומדחזינו דאמרו בפשיטות בלשון דת"ק לית ליה דאבני קשישא משמע דבאמת אין לחלק בין כתובה לשט"ח ולעולם שייך דין השבע לי גם בכתובה ולכן הוכרח לומר דת"ק ל"ל דאבני קשישא בסתמא.

ואין סבֵרָא לומר דכוננת הגמ' בַּמָּה שְׁאָמְרוּ דת"ק ל"ל דאֲבֵי קַשִּׁישָׁא הִינְנוּ דבְּכַתְּוָה ל"ל דאֲבֵי קַשִּׁישָׁא דְּזָה אִינוּ בְּפִשְׁט הגמ' דא"כ ה"ל לְפָרוּשֵׁי וְלֹא לומר בְּסִתְמָא דת"ק ל"ל דאֲבֵי קַשִּׁישָׁא.

וְלָכֵן אִף דְּנִימָא דְּלֹא כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹת דאֲבֵי קַשִּׁישָׁא קָאִי עַל מַתְנֵי דְּכַתְּוָה וְאִז לֹא יְהִיָּה לְנוּ רְאִיָּה מִן גִּיטִין (דָּף נ'). עכ"ז יְהִיָּה לְנוּ רְאִיָּה אַחֲרַת לַפ"ז מִהֵךְ דְּכַתְּוֹת הַגָּ' ל דָּאִין לְחֻלְק בֵּין כְּתוּבָה לַשֵּׁט"ח בְּזָה.

וּבְפִרְט דְּהָא הָעִיקָר כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' לְפָרֵשׁ דאֲבֵי קַשִּׁישָׁא קָאִי עַל כְּתוּבָה. א"כ יְהִיָּה לְנוּ לַפ"ז רְאִיָּה נְכוּנָה מְסוּגִיָּא דְּגִיטִין דְּגַם בְּכַתְּוָה שִׁינְיָה דִּין טַעֲנַת הַשְּׁבַע לִי וְכַמוּ בַשֵּׁט"ח: וְלָכֵן שְׁפִיר כְּתָבוּ כָּל הָרֵאשׁוּנִים וְהֶאֱחָרוּנִים בְּפִשְׁטוֹת בְּלֹא שׁוּם חוּלְק דְּשִׁינְיָה ג"כ דִּין אֲשֶׁתְּבַע לִי בְּכַתְּוָה וְכַמוּ בַשֵּׁט"ח: וְלְכַאוּרָה אֲפֹשֶׁר לְהוֹכִיחַ כֵּן גַּם מִהָא דְּגִיטִין (דָּף ל"ד) דְּמִקְשָׁה הַגַּמ' מֵאִי אִירִיָּא אֶלְמָנָה אֲפִילוּ כ"ע נְמִי כו' דָּאִי נִימָא דְּבַגְרוּשָׁה לֹא שִׁינְיָה אֲשֶׁתְּבַע לִי א"כ הִיָּה מְקוּם לומר וְלְחֻלְק דְּשִׁינְיָה בְּבַע"ח דְּשִׁינְיָה טוֹעֲנִין לִיתְמִי מַה דְּהוּי מְצִי אֲבוּהוֹן לְמַטְעֵן מִשָּׂא"כ בְּכַתְּוָה דְּלֹא הִיָּה יְכוּל הַבַּעַל לְהַשְׁבִּיעָה ע"כ הִיָּה מְקוּם לומר דְּאִינָה חִיִּיבַת לִישְׁבַע נְגִד הִיתּוּמִים ע"כ אֲשֶׁמוּעֵינּוּ דְּחִיִּיבַת שְׁבוּעָה נְגִד הִיתּוּמִים אִף דְּלֹא שִׁינְיָה לומר דְּטוֹעֲנִין לִיתְמִי א"כ לְכַאוּרָה מוֹכַח מְזָה דְּלֹא מְחַלְקִינּוּ בֵּין בַּע"ח לְכַתְּוָה בְּזָה.

אִף זֶה אִינוּ רְאִיָּה דְּהָא עִיקָר סְבֵרַת רַע"א לְחֻלְק בֵּין כְּתוּבָה לְבַע"ח הוּא מְשׁוּם דְּשִׁינְיָה בְּכַתְּוָה דְּאֶקִּילוּ רַבָּנָן מְשׁוּם חִינָא א"כ הַמִּקְשָׁה דְּהֵתָם עֲדִינּוּ לֹא יָדַע מִהַסְבְּרָא דְּמְשׁוּם חִינָא. וְהַתְּרַצוּן תִּירִץ בְּאֶמַת דַּסְד"א מְשׁוּם חִינָא אֶקִּילוּ רַבָּנָן ע"כ אִין זֶה רְאִיָּה מְוַכַּרְחַת.

אֲבָל הָרֵאִיָּה שְׁפַתְּבַתִּי לְעִיל זֶהוּ רְאִיָּה מְוַכַּרְחַת: עֲנָף ז' כָּל הַקּוּנְטְרַס הִיָּה כְּתָבַתִּי לְהַשִּׁיב לְרַב גְּדוּל א' שְׂרָצָה לְדוֹן ע"פ דְּבַרִי רַע"א הַגָּ' לְעֵשׂוֹת זֶה הַדִּין דְּאֲשֶׁתְּבַע לִי בְּכַתְּוָה לְהִיּוֹת סְפִיקָא דְּדִינָא.

וְע"ז הַשְּׁבַתִּי לוֹ דָּאִין זֶה סְפִיקָא כָּלֵל רַק בְּרוּר לְדִינָא כִּי שִׁינְיָה אֲשֶׁתְּבַע לִי גַם בְּכַתְּוָה כְּמוּ בַשֵּׁט"ח. וְהִנֵּה הָרַב הַג' הַגָּ' ל כְּתָב לְהוֹכִיחַ מִן הַתּוֹס' כְּתוּבוֹת (דָּף פ"ח ע"א) מִיְיָתִי לָהּ כו' שְׁכַתְּבוּ דַּנְפ"מ שְׁם בַשֵּׁט"א דְּלֹא מְפַכִּינּוּ וּבְדַרְבְּנָן מְפַכִּינּוּ.

וְקִשְׁיָה הָא שִׁיטַת הַתּוֹס' בַּב"מ (דָּף ב' ע"ב) דַּע"א מְסִייעַ פּוֹטֵר מִן הַשְּׁבוּעָה א"כ אִף אִם יִהְיֶה שְׁם הַשְּׁבוּעָה הָא יִפְטֹר מִן הַשְּׁבוּעָה ע"י הָעֵד מְסִייעַ אִף י"ל בְּזָה כַּמֶּש"כ הַשְּׁ"ךְ בַּסִּי פ"ז ס"ק ל"ה דְּכִינּוּ דְּבִלָּא הָעֵד אִינוּ יְכוּל לְחִיִּיבוּ שְׁבוּעָה ע"כ אִינוּ יְכוּל הָעֵד לְעֵשׂוֹת שְׁנֵי פְּעוּלוֹת.

אֲבָל אֶפְתִּי תִקְשָׁה בְּמָה דְּאָמְרוּ שְׁם אִי פִיקַח הוּא כו' הָא אִם פִּיקַח הוּא יְכוּלַת בְּיָדוּ לְטַעוֹן אֲשֶׁתְּבַע לִי וְתִהְיֶה חִיִּיבַת שְׁבוּעָה בְּלֹא עֵדוֹת הָעֵד וְע"כ כְּשֶׁתִּהְיֶה הַשְּׁבוּעָה עָלָיו יְהִיָּה לוֹ עֵד מְסִייעַ לְפִטוֹר בֵּינּוּ דְּהַשְּׁבוּעָה בָּא בְּלֹא עֵדוֹתוֹ.

וְע"כ מוֹכַח מְזָה דַּס"ל לְהַתּוֹס' דְּלֹא דִינְיָנּוּ שְׁבוּעַת הַשְּׁבַע לִי בְּכַתְּוָה כֵּן הוּא קוּטְב דְּבַרִי הָרַב הַגָּ' ל. וְזֶה מַה שְּׁהַשְּׁבַתִּי לוֹ כִּי בְּעִיקָר דְּבַרִי כְּכָר כְּתָב רַע"א זַצ"ל בְּחֻלְק הַכְּתָבִים סִי קַע"ח זֶה הַסְבְּרָא לִישְׁבַע דְּבַרִי רַש"י דְּכַתְּוֹבוֹת שְׁם וְכֵן הָעִיר הַאוּ"ת בַּסִּי פ"ז ס"ק י"ב בְּקוּשְׁיָא זֹו עַל דְּבַרִי הַתּוֹס' הַגָּ' ל וְהָרַא"ש שְׁם.

אף מש"כ כת"ר להוכיח פן לדינא מדברי התוס' הנ"ל אין זה הוכחה משום דאפתי תקשה
פן על דברי הר"נ שכתב ג"כ בהג' סוגיא דכתובות הנ"ל בהא דאי פיקח כו' דאין לומר
דנפ"מ לענן היפוך דהא בשבועת נשבעין ונוטלין לא מצי מהפך ע"ש.

ותקשה עדיין קושיא הנ"ל דהא בלא"ה לא מצי מהפך דהא העד מסייעו פוטר משובעה
כמש"כ הר"נ בחי' לב"מ (דף ב') דעד מסייע פוטר משובעת התקנה בפשיטות והובא
בגמ' יוסף לב"מ שם ובש"ף סי' פ"ז ס"ק ט"ו.

ואין לומר בזה פסקת הש"ף הנ"ל דשבועה דבא ע"י העד אינו יכול העד לפטור. דהא
אי פיקח הוא יכול לטעון השבע לי פנ"ל ולשיטת הר"נ אין לומר כמש"כ כת"ר לתרץ
זה דמוכח מזה דלא דיינינו שבועת אשתבע לי בכתובה.

דהא להדיא פתב הר"נ במשנה דכתובות דף פ"ז דלכן הבא ליפרע מיתומים צ"ש משום
דטענינו להו מה דה"מ אבנהנו למטען אשתבע לי וכמש"כ רש"י שם וכן הוא הטעם
דממשועבדים צ"ש מה"ט ע"ש.

הרי דס"ל להר"נ להדיא דשייך שבועת אשתבע לי גם בכתובה וכ"כ הר"נ במשנה דפ'
מי שקה נשוי ד' נשים דהראשונה נשבעת לשנייה דזהו בטוענת השבע לי כמש"כ רש"י
שם. ולא ס"ל כמש"כ התוס' יו"ט שם דמשום שבועת משעבדי אתינן עלה.

וכיין דס"ל להר"נ דשייך אשתבע לי בכתובה א"כ תקשה עדיין פנ"ל: וכן תקשה לשיטת
הריטב"א בכתובות (דף צ"ג) שכתב דלכן נשבעת הראשונה לשנייה דמייירי בטוענת
השבע לי.

הרי דס"ל דשייך השבע לי גם בכתובה ואפ"ה פתב בכתובות לעיל (דף פ"ח) דנפ"מ
לענן היפוך שבועה כמש"כ התוס' והרא"ש. אף דס"ל להריטב"א דעד מסייע פוטר
פמבואר בחידושו לריש ב"מ.

וכ"כ הריטב"א להדיא לכתובות (דף פ"ז) בד"ה הפוגמת פתובה כו' דמייירי בלא אמר
אשתבע לי דאי בדאמר אשתבע לי אף בלא פוגמת משתבע כו'. הרי דס"ל להריטב"א
להדיא דשייך אשתבע לי גם בכתובה א"כ תקשה עליו קושיות כת"ר.

וע"כ מוכח דאין מקום להוכיח ע"פ הקושיא הנ"ל למש"כ כת"ר לדון דס"ל דלא שייך
שבועת אשתבע לי בכתובה. וע"ד עיקר הקושיא י"ל כמש"כ האו"ת די"ל דהרא"ש פתב
פן לשיטת הסוברים דעד מסייע אינו פוטר דעכ"ז אין נפ"מ מזה כי שבועת נשבעין
ונוטלין לא מצי מהפך.

וכן י"ל בשיטת הר"נ. ובדברי התוס' י"ל דנפ"מ בכתב לה נאמנות דאין יכולין לטעון
השבע לי ועכ"ז כפיש ע"א אין מועיל הנאמנות כמש"כ התוס' ביבמות (דף ק"ב) ד"ה
מרענא שטרא אפומי' כו' בשם הר"ח וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ע"א סעיף א' מזה.

ועיין בתוס' פתובות (דף צ"ד) ד"ה שנמצאת כו' דר' מפרש דמייירי שפטרה מן השבועה
ע"ש ע"כ י"ל ה"ה הקא דמייירי פנ"ל. וכן י"ל דנפ"מ לשיטת ר' האי דס"ל דבע"א אף
בתו"ז צריך שבועה פמבואר בסי' פ"ד והובא בסמ"ע ובטור שם משא"כ בטענת השבע
לי א"צ שבועה בתו"ז והוי שפיר נפ"מ כו'.

אף לשיטת הרא"ש ליכא למימר דנפ"מ בפטרה משבועה דהא שיטת הרא"ש פ' הפותב ס' י"ח דנאמנות סתם מהני נגד ע"א. אכן לשיטת הרא"ש י"ל דכתב פן לרונקא דמילתא דבלא"ה אין להפך משום דבנשבעין ונוטלין אין יכול להפך ובדברי התוס' י"ל דנפ"מ בפטרה משבועה כנ"ל.

או בתו"ז וס"ל פשיטת ר' האי הנ"ל. וכן י"ל בדברי הריטב"א ועיין פשיטת הריטב"א לכתובות (דף פ"ז) בד"ה ע"א מעיד כו' שכתב דוקא נאמנות מפני נגד ע"א ומשמע דסתם נאמנות לא מהני נגד ע"א וכ"כ הריטב"א שם ד"ה ר"נ א' רבה ב"א על הפוגמת כו' בשם הראב"ד ועיין בפ"ד סי' ע"א ס"ק ב': היוצא לנו דנתבאר דשיטת הראשונים היינו רש"י והר"נ והרע"ב והריטב"א והרי"ף והבעה"ת והרשב"א והנמוקי יוסף והרמב"ם וכן הח"מ והב"ש והטור והמחבר באה"ע פולם פתבו להדיא דשייך שבועת אשתבע לי גם בכתובה.

ולא נמצא שום חולק ע"ז וכן נתבאר דיש ראי' לזה מן הגמ' ע"כ אין בזה שום ספק פלל ושפיר כתב הש"ך הקא בפשיטות דשייך שבועת אשתבע לי גם בכתובה ואין זה שום ספק פלל. אף בטוען אשתבע לי דלא פרעתי בתו"ז זה הוי ספיקא דפלוגתא כמש"כ הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' דלשיטת התוס' בגיטין דכתובה אינו כמו חוב תו"ז משום דהוי בתנאי ב"ד ע"כ יכול לטעון השבע לי אף בטוען פרעתי קודם הגירושין.

ואפשר לומר דלפי מש"כ הטור בח"מ סי' פ"ב והובא בסמ"ע שם בס"ק ל"ג דדוקא בטענת פרעתי משבעינן לבעה"ש משום דלפרעון עומד כו'. א"כ לפ"ז יש לדון דאף לשיטת התוס' דכתובה אין דינה כמו חוב תו"ז משום דתנאי ב"ד שאני ומתפיסה צררי כו' מ"מ י"ל דלא אמרינן בזה להך סברא דלפרעון עומד דהא אינו עומד להפרע אלא לאחר הגירושין והמיתה ושיטת התוס' דשבועת יתומים אינו משום שבועת אשתבע לי כנ"ל.

אכן הא מצינו הרבה פוסקים דס"ל דאף בטענת מחילה נשבע המלוה אף דאינו עומד לקח פמבואר בסי' פ"ב סעי' י"א א"כ ה"ה בזה לשיטת התוס' הנ"ל. וכעין זה מצינו שם סעי' י"ב גבי טענת תנאי דנשבע המלוה משום דתנאי מילתא אחריתי ודמי לפרעון כמש"כ הש"ך שם ס"ק כ"ז ולכן הדין נותן דלשיטת התוס' דשאני פתובה דהוא בתנאי ב"ד ע"כ אינו חוב תו"ז וצ"ש אף בטוען פרעתי בתו"ז וזה הוי ספיקא דדינא ואין להוציא בל"ש.

אבל תפיסה מהני ויכול לטעון קים לי דזה הוי כמו פרעתי בתו"ז דאינו נשבע בנק"ח רק שבועת היסת אחר הפרעון פמבואר בסי' ע"ח סעי' ב' ובש"ך ס"ק ט"ו ובאו"ת ובנתיבות שם ס"ק ז': אבל בטוען פרעתי אחר הגירושין בנודאי חייבת שבועה בטוען אשתבע לי ולא מהני בזה תפיסה וחייבת לעולם לישבע בנק"ח ועיין בסי' פ"ב סעיף ז' ש"ך ס"ק י"ז.

וראיתי בפני יהושע לכתובות (דף פ"ז) בד"ה מנכסים משועבדים כו' שהקשה על רש"י דשם דשבועת משעבדי ויתומים הוא משום טענת אשתבע לי הא תו"ז פטור משבועה זו ועיקר החשש בכתובה הוא משום דסמוך למיתה מתפיסה צררי כו'.

ובבאמת כ"כ התוס' בב"ב (דף קנ"ח) אכל התוס' בגיטין (דף ל"ד ע"ב) ד"ה אין אלמנה
כו' פתבו דשאני אלמנה דאיתא בתנאי ב"ד מתפס צררי אף דהוי בתו"ז ע"ש ע"כ י"ל
דנש"י ס"ל ג"כ כשיטת התוס' הנ"ל ע"כ אינו קשה על דברי רש"י.

ואפשר דשפיר הקשה הפני יהושע פן על רש"י דנקט לשון אשתבע לי דלא פרעתי
דקא גם התוס' לא נקטו רק לדון דאתפסה צררי אכל לא לשון פרעון. וכן הב"ש בסי'
צ"ו ס"ק ח' כתב דלשיטת התוס' דגיטין יש לחוש שמא התפסה צררי קודם הזמן אכל
לא הזכיר לחשש פרעון.

[וגם י"ל דכיון דאסור להשהות אשתו בלא כתובה ע"כ הויטענת פרעון מקודם הגירושין
חשש רחוק רק בחשש צררי שאני דאינו רק כמו משכון ולא נתבטלה הכתובה. אף הא
מבואר באה"ע סי' ס"ו סעי' ב' דרק לפי שעה מותר להתפסה צררי וכמש"כ שם הח"מ
ס"ק י"ב ובב"ש שם ס"ק ד' דאם מתפס צררי למשכון עובר על תקחז"ל ועיין בכתובות
(ד' פ"ב ע"ב) בסופו ובתוס' כתובות (דף נ"ו) ד"ה אין עושין כתובות אשה מטלטלין
כו'].

ועכ"ז בטענת פרעתי הכתובה מקודם הגירושין אינו ברור לחייבה שבועה אף לשי'
התוס' דגיטין (דף ל"ד). ועכ"ז אין להוציא בל"ש אף בטוען פרעתי מקודם הגירושין
דקא מן דברי רש"י כתובות הנ"ל מוכח דס"ל דאף בטוען השבע לי על פרעון בתו"ז
ג"כ צ"ש ויכול לטעון קים לי כן: ז (שם סעיף י') הוציא עליו שטר מקנינים והלנה אומר
שטר מזונייה הוא או שטען חוב זה רבית או שטר אמנה או כחפתי ללות כו' אין שומעין
לו להשביע כו'.

וכעין זה הוא שם לקמן אם טען הלנה מחלת לי כו' יש מי שאומר דמחילה כמו שטוען
אמנה ורבית. וקשה אמאי לא יהיה נאמן הלנה לחייב להמלנה שבועה במיגו שהיה טוען
פרעתי דהיה מחייב להמלנה שבועה בטוען אשתבע לי על הפרעון: ענף א ונהבית
שמואל באה"ע סי' צ"ו ס"ק ח' כתב דאין אומרים מיגו להשביע.

וכן כתב האו"ת בכללי מיגו של הכנה"ג בס"ק קי"ח בזה"ל פי היכי דלא אמרינן מיגו
לפטור משבועה אפשר דלא אמרינן ג"כ מיגו לחייב שבועה עכ"ל. ולפ"ז אתי שפיר
הכא דלכך לא מהימן הלנה לומר אמנה ורבית ומחלת לי לחייב להמלנה שבועה במיגו
שהיה טוען פרעתי משום דלא אמרינן מיגו לחייב שבועה.

אכן יש לעיין בזה לפי מש"כ הכנה"ג דכי היכי דלא אמרינן מיגו לפטור משבועה כו'.
ע"כ זה א"ש לשיטת המחבר בסי' רצ"ו סעי' א' שפסק פהסוברים דלא אמרינן מיגו
לפטור משבועה אכן לפי מה שהביא הרמ"א שם שיטת הסוברים דאמרינן מיגו לפטור
משבועה א"כ תקשה איה סתם הכא הרמ"א דבטוען אמנה כו' אין להשביע הא יש להלנה
מיגו כו'.

ועיין לקמן סי' צ"ג סעי' ב' ובסמ"ע ונש"ף וט"ז שם. ובאמת משמע הכא דהו דינא דטוען
הלנה אמנה ורבית כו' דכ"ע מודו דאין להשביע להמלנה שבועה בנק"ח קודם הפרעון
משום דדעת החולקים שהביא הרמב"ם והטור לא הובא בש"ע ותקשה פנ"ל.

וכן בעיקר דברי הכנה"ג שכתב לדמות למיגו לחיובי שבועה למה דאמרו דלא אמרינו מיגו לפטורי משבועה. יש לעיין בזה דהנה הסמ"ע בסי' רצ"ו ס"ק א' פתב לבאר הטעם דלא אמרינו מיגו לפטורי משבועה משום דדוקא בהוצאת ממון דקשה להוציא הממון מיד בעליו הקילו לומר מיגו פי קשה להוציא ממון כו'.

א"כ לפ"ז יש לדון דשאני מיגו לחיובי שבועה מן מיגו לפטורי משבועה דהא אם נחייב להמלנה שבועה לא יהיה יכול להוציא הממון מן המוחזק בלא שבועה ושאני מיגו לפטורי משבועה דהא ביד המוחזק להיות נשבע ונפטר וכמש"כ הסמ"ע.

אף לפי הטעם שכתב הש"ך שם בסי' רצ"ו ס"ק א' בשם הע"ש דדוקא היכא דהוי מיגו לפטורי מממון אז נאמן משום דאמרינו דהלנה מדקדק לבקש אח"ז משא"כ בשבועה הוא עצמו לא חשב להפטר ע"ש בש"ך.

ה"ה יש לומר פן גבי מיגו לחיובי שבועה פיון דאינו רק לחיובי שבועה ע"כ אינו מדקדק לבקש אח"ז. וכ"ז הוא לפי מה דראיתי בש"ך שם שהביא בקצרה לדברי הע"ש אבל לפי מה דראיתי פעת בעיר שושן עצמו שם הנה עיקר טעמו הוא דלכן לא אמרינו מיגו לפטורי משבועה משום דאדרבה רוצה הנתבע שישבע כדי שיאמינו לו על טענתו כו'.

א"כ זה הטעם לא שייך כ"כ גבי מיגו לחיובי שבועה. ואפשר דגם גבי מיגו לחיובי שבועה שייך לדון פן דיכול להיות דאינו רוצה לחייבו שבועה כדי שלא יאמינו להתובע פנ"ל.

ועדיין אין זה ברור כ"כ. וכן לפי מה שכתבתי בקונטרס א' לבאר הטעם שיטת הסוכרין דלא אמרינו מיגו לפטורי משבועה משום דעיקר חיוב שבועה הוא בשביל דהתורה חייבו לברר את הספק הנולד לנו וע"כ לא מהני מיגו לפטורי משום דכל מה דאיכא לברורי מבררינו וכמו ברובא והארכתי בזה במק"א.

וכן מצאתי בט"ז החדש שגדפס פעת לח"מ סי' רצ"ו שכתב פן ות"ל שפיונותי לדעתו א"כ זה הטעם לא שייך גבי מיגו לחיובי שבועה. לכן עיקר הסברא במה דאמרו דלא אמרינו מיגו לחיובי שבועה זהו מוקשה לכאורה בטעמו.

ואין סברא לומר דאתו עלה לפי דעיקר חיוב שבועה בנוטלין אינו רק מדרבנן ע"כ אמרו פן ועיין בסי' צ"ג סעי' ב' בסמ"ע ונ"ש שם וקצתתי: והנראה לע"ד בזה ע"פ מה שכתבתי בספרי גחל יצחק סי' י"ב סעי' ח' ענף א' שהבאתי למש"כ הקצה"ח שם בשם הכנה"ג דבשטר שאין בו ריעותא הוי כגבוי וכן פתבו התוס' בסוטה (דף כ"ה ע"ב) בד"ה ב"ה אומרים כו' והארכתי בזה שם.

ע"כ לפ"ז יש לדון הך גבי מיגו לחיובי שבועה לבעל השטר דלא אמרינו דהטעם הוא פיון דאין שום ריעותא על עצם השטר רק מה דחייבו חז"ל שבועה לבעל השטר אכן אם ישבע יטול בנודאי ע"כ מקרי בעל השטר ע"פ השטר שת"י כמו דין מוחזק גמור ואמרינו בזה לכ"ע דשטר העומד לגבות עכ"פ בשבועה דדינו כגבוי וע"כ ממילא שייך לדון בזה ג"כ הפלל דאמרינו דמיגו להוציא לא אמרינו ולכן פיון דאם יהיה נאמן במיגו לחיובי שבועה לבעל השטר דלא יהיה נאמן המלנה להוציא הממון מהלנה אם לא ישבע

א"כ מקרי המיגו של הנתבע כמו מיגו להוציא מן בעל השטר דהוי כמחוקק משום דהוי כגבוי ע"כ אין הלנה נאמן במיגו לחייבו שבועה.

והא דקיי"ל דמודה בשטר שכתבו דצריף לקימו דנאמן במיגו דמזוניף ולא אמרינו דהוי כמו מיגו להוציא מה"ט. י"ל דשא"ה דהא אם נימא דנאמן הלנה במיגו דמזוניף א"כ אז אין עומד השטר לגבות כלל בשום אופן בעולם ע"כ אין דינו כגבוי.

אבל בענין לחייבו שבועה דארף דיהיה נאמן במיגו לחייבו שבועה הא ביד המלנה להיות נשבע ונוטל וגם הא עיקר חיוב שבועה אינו רק מדרבנן אבל מה"ת הא עומד לגבות ואי תפס לא מפקינן ועיין בסעי' ו' ע"כ מקרי זכותו בהשטר שת"י כמו גבוי ולכן שפיר י"ל דמקרי המיגו של הלנה כמו מיגו להוציא דלא אמרינו כן י"ל בטעמו של זה הדבר.

והא דשבועות (דף מ"ח ע"ב) גבי אא"מ שבועה אמרו ג"כ דלא הוי כגבוי. שא"ה דאי נימא אא"מ א"כ אין ביד התובע שום עצה לגבות כלל בשום אופן וגם שאני הקא דרק משום מיגו אתו עלי'.

ועיין בירושלמי פתובות פ"ט ה"ז ובש"ף סי' פ"ד ובש"י קרבן שם וקצרת: ובאה"ע סי' קי"ב סעי' ג' הבת בעישור נכסי בע"ח של אחין לפיכך נוטלת בלא שבועה כו'. והוא מן גמ' (פתובות דף ס"ט) וכתב הב"ש שם בס"ק י"ד בל"ש אא"כ טוענין השבע שלא התפיסה אבינו צררי כ"כ הגהות מיימוני עכ"ל הב"ש.

וקשה הא פיון דחזינו דגובה מן האחין בל"ש משום דהוי בע"ח של האחין ולא בע"ח דאביהן א"כ אמאי הצריכוה לישבע אם טוענין השבע לי כו'. וגם הא זה דומה לחוב תו"ז דפטור מן השבועה אף בטוען השבע לי ואף שכתבו התוס' בכתובות (דף ק"ב ע"ב) בד"ה אימא צררי כו' דטפי מתפיס צררי לבתו כמו דאי' בכתובות (דף מ"ג) לענין הרנחה בתו עדיפא לי'.

ועיין באה"ע סי' קי"ב סעי' ו' בח"מ ס"ק י"ט וב"ש ס"ק ט"ו. עכ"ז פיון דאמרו בפירוש דא"צ שבועה בבאתה לגבות מן האחין משום דלא הוי בע"ח שלו רק בע"ח של האחין הרי דלא חיישינן שמה התפיסה צררי לבתו.

א"כ מה"ט לא תהי' חייבת לישבע אף בטוענין השבע לנו שלא התפיסה אבינו צררי. ואין לחלק בין טוען בפירוש לאין טוען בפירוש כדמוכח ומבואר בב"ב (די' ה' ע"ב) בתוס' ד"ה אע"ג דאמור רבנן כו' שכתבו מכאן משמע אם הוציא שט"ח על חבירו וא"ל אישבע לי דלא פרעתיך בגו זמני' א"צ לעשות שבועה.

הרי דמדמינן שבועת אשתבע לי לשבועות יתומים וכש"כ לשיטת רש"י והר"ן והרע"ב דכתבו בכתובות (דף פ"ז) דעיקר שבועת יתומים הוא משום דטוענין להו כו'. ונדעתי מה די"ל בזה לשיטת הסוברים דמילתא דלא שכיח לא טוענין ליתמי ועיין בש"ף סי' ס"ט ס"ק כ"ו ובסי' ק"ח ס"ק ז'.

אף פיון דמבואר בסי' ע"ח דלא משבעינן לטענת השבע לי על השטר תו"ז בנק"ח לכ"ע רק בשבועת היסת לאחר הפרעון בזה יש פלוגמת הפוסקים כמבואר בסי' ע"ח סעיף ב'

ובש"ף ס"ק ט"ו. ואלו ה"א בהגהות מיימוני פ' כ' ה"א אות ד' משמע דס"ל דאם טוענים השבע לי משביענין לה בנק"ח וקשה דהא הוי חוב תו"ז.

ועוד דאף אם נדחוק דכוננת הגהות מיימוני הוא על שבוועת הקיסת לאחר הפרעון עכ"ז תקשה על הב"ש איך הביא לדינא לדברי הג"מ הנ"ל וקא הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' פתב להכריע דהעיקר פהפוסקים דא"צ לישבע אף שבוועת הקיסת לאחר הפרעון גבי חזקה דתו"ז ע"ש.

וכן עיין באה"ע סי' ס"ח סעי' ח' בס"ק כ"א בב"ש. א"כ תקשה האיך הביא הב"ש פאן בפשיטות לדברי הג"מ דצריכה לישבע אם טוענים השבע כו'.

וגם משמע דאתו עלה מן דין שבוועת השבע לי בנק"ח כמו כל השבע לי על השטר. וגם קא חוב עישור נכסי הוי אלים ביותר מן חוב תו"ז דהא לא הוי בע"ח שלו רק בע"ח דאחין ועיין בתוס' (ב"ב דף ה') ד"ה פ' היכי כו': וע"כ נלע"ד לומר דטעם של הג"מ והב"ש הוא משום דנאמנים האחין במיגו שהיו טוענים השבע לנו שלא התפסנו או פרענו לה החוב דעישור נכסי דהיתה חייבת לישבע בנק"ח כמו כל טענת השבע לי על השטר ע"כ נאמנים במיגו זו לומר דהתפיסה אבינו צררי דטוענים ברי ע"ז אף דאפתי תקשה דהא מסיק הב"ש בסי' צ"ו סוף ס"ק ח' דמשמע מדברי הרי"ף דאם הפעל טוען אחר הגט ואמר נתתי צררי קודם הגט א"י להשביע דאין אומרים מיגו להשביע.

אכן לפי מה שפכתתי דלכן אין אומרים מיגו להשביע משום דהוי כמו מיגו להוציא ממון חזקות של השטר דהוי פגבוי פינן דנולד לנו הספק רק אם להשביע את בעל השטר ובדין לישבע ולטול וגם אי תפס בל"ש לא מפקינן מיניה ועיין בסי' זה סעי' ו' בסמ"ע ופ"ף שם.

ומבואר בתוס' גיטין (דף ל"ז ע"א) ד"ה שטר שיש בו אחריות כו' דדוקא בשטר שפנורש בו השעבוד בזה אמרו דהוי פגבוי משא"כ היכא דלא הוי שטר רק מעשה ב"ד בלבד אף דגבי ממשעבדי מ"מ אינו פגבוי.

ולפ"ז י"ל דדוקא היכא דיש להתובע שטר או פתובה בפתב. אז אמרו דאין הנתבע נאמן להשביע אף דיש לו מיגו משום פינן דהוי פגבוי הוי דינו כמו מיגו להוציא.

משא"כ גבי חוב עישור נכסי אף דטרפא ממשעבדי פמבואר בכתובות (דף ס"ט) ובאה"ע סי' קי"ג סעי' ה' מ"מ קא אין להם שטר מפנורש ע"ז וגם קא פרנסה אינה פתנאי פתובה פמבואר בכתובות (דף ס"ח ע"ב) ואף בתנאי פתובה אם אין לו שטר אין דינו פגבוי כמש"כ התוס' בגיטין פנ"ל ע"כ שפיר מהימני האחין במיגו שהיו יכולין לטעון השבע לנו שלא פרענו לה לכן אף בטוענים השבע לנו שלא התפיסה אבינו צררי יכולים להשביע ע"י ה' מיגו משום דזה לא מקרי מיגו להוציא דהא לא הוי פגבוי פינן דהוי חוב שלא בשטר: ענף ב שוב ראיתי דיש לסתור כ"ז דהא מבואר בכתובות (דף פ"ז ע"א) גבי מה דאיבעי להו פוגמת פתובה בעדים כו' דכתב הרא"ש שם דלא איפשיטא הלכך לא תפרע אלא בשבועה וכן פתב הטוש"ע בסי' פ"ד סעיף א' ואף דכתב הש"ף בסי' פ"ז ס"ק י' דהיכא דהוי ספיקא דדינא אי חייב שבועה דלא מחייבינן שבועה.

עכ"ז לא אָמרינוּן פֿון רק היכא דהספֿק הוא בשבועת הַנְּתַבֵּעַ אַז הדין הוא דהממע"ה אָבֿל היכא דנולד הספֿק בשבועת התובֿע אַז הדין הוא דאין מוציאין הסמון מן הספֿק בלא שבועה משום דהממע"ה.

ומדחזינוּן דאָמרוּ פֿון גבֿי פּוֹגֵם שְׁטָרוּ בְּעֵדִים מוֹכַח מְזֵה דאף היכא דהספֿק הוא רק אם להשביעו לבעל השטֿר או לא דגם בְּזֵה דִּינִינוּן דהממע"ה. א"כ מוֹכַח מְזֵה דְּלֵא כּמִש"כ דאם נִימָא כּמִש"כ דְּכִינוּן דְּאָנוּ דְּנִין רק אם להשביעו אם לא בְּזֵה אָמרינוּן דשט"ח העומד לגבות פֿגבוי דְּמִי פֿינוּן דְּבִידוּ לְהִיּוֹת נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל וְגַם הָא אִי תַּפְס לֵא מִפְּקִינוּן כְּמוֹ שְׁפַתְב הסמ"ע בסי' פ"ב ס"ק כ"ב והט"ז שם סעי' ו' וְעֵינֵין בְּש"ף שם.

א"כ לפ"ז מְבַעֵי לְהִיּוֹת הדין הָא גבֿי הָא סְפִיקָא דְּדִינָא אם מְשַׁבְּעֵינוּן לְבַעַל הַשְׁטָר קוֹדֵם שְׁיִטְוֵל או לא דְּהִיָּה הדין נוֹתֵן דִּיגְבָה בל"ש פֿינוּן דְּלֵא הָנִי הַסְּפִק רק בְּהַשְׁבּוּעָה. ומדחזינוּן הָא דְּכַתְבוּ לְדִינָא דאף בכה"ג נְחָשֵׁב הַלְוָה לְמִוֹחֶזֶק נֶגֶד הַבַּעַל הַשְׁטָר א"כ מוֹכַח מְזֵה דאף בכה"ג אָמרינוּן דשט"ח לֵא הָנִי פֿגבוי ע"כ נִסְתָּר כָּל מַה שְׁפַתְבְּתִי.

וְכֵן יֵשׁ לְדוֹן בּכ"ז ע"פ מש"כ התוס' בסוֹטָה (דף כ"ה) ד"ה בש"א כו' דְּמַחֲלָקִים בֵּין הִיכָא דְּעָמְדוּ הַנְּכֹסִים פְּכָר בְּחֻזְקָתוֹ וּבֵין הִיכָא דְּהָנִי סְפִק מְעִיקְרָא ע"ש. א"כ ה"ה בְּטַעֲנַת אָמְנָה וְרַבִּית וְכִיּוֹצֵא ע"כ נִסְתָּר כ"ז מְטַעַם זֶה: וְהִנֵּה הַתּוֹמִים בְּכִלְלֵי מִיגוּ ס"ק קי"ח הִבִּיא בְּשֵׁם הַגִּידוּלֵי תְרוּמָה שְׁהַקְשָׁה עַל הָרִי"ף בְּתִשְׁבּוּבָה שְׁפַתְבֵּי אִם הַבַּעַל טוֹעֵן לְאַחַר שְׁגִירְשָׁה דְּפָרַע לָהּ הַכְּתוּבָה קוֹדֵם הַגִּירוּשִׁין דְּאִינוּ נֶאֱמָן וְאִף שְׁבּוּעָה א"צ מְשׁוּם חֻזְקָה דְּתו"ז וְהַקְשָׁה דִּיהִיָּה מְהִימָן בְּמִיגוּ דְּהִיָּה טוֹעֵן פְּרַעַתִּיהָ לְאַחַר הַגִּירוּשִׁין וְתִי מְשׁוּם דְּאִין אוֹמְרִים מִיגוּ לְהַשְׁבִּיעַ עכ"ל ג"ת.

וְדַחַה הָאו"ת זֶה מְשׁוּם דְּהָא מִיגוּ בְּמִקוֹם חֻזְקָה דְּתו"ז הוּא אִיבְעֵיָא דְּלֵא אִיפְּשִׁיטָא וְלָכֵן פֿינוּן דְּהָנִי סְפִק בְּהַשְׁבּוּעָה לֵא מְשַׁבְּעֵינוּן מְסַפִּיקָא לְהַאשָׁה דְּהָא יֵשׁ לָהּ כְּתוּבָה וְהַתְּשׁוּלוּמִין נוֹדָאֵי כו' עכ"ל הָאו"ת.

וְהִנֵּה בְּעִיקְרָא דְּבָרֵי הַג"ת פֿון פְּתַב הַב"ש בסי' צ"ו בס"ק ח' לְהַעִיר פֿון עַל דְּבָרֵי הָרִי"ף בְּתִשְׁבּוּבָה זו. וְמַה שְׁהַשְׁיֵג הָאו"ת אִין זֶה הַשְּׁגָה כָּלֵל כִּי הַנְּכוּן עִם הַג"ת וְהַב"ש דְּהָא פְּכָר הַבְּאִתִּי לְעִיל לְהוֹכִיחַ מִן הָא דְּסִי' פ"ד סְעִיף א' גבֿי פּוֹגֵמַת בְּעֵדִים דְּאִף דְּהָנִי אִיבְעֵיָא דְּלֵא אִיפְּשִׁיטָא אִם צ"ש דְּמ"מ אִין גּוֹבָה בְּשְׁטָרוּ אֵלָא בְּשַׁבּוּעָה וְכְמוֹ שְׁפַתְבוּ הַר"ן וְהָרָא"ש וְהַטוּש"ע שָׁם.

א"כ ה"ה בְּהָא אִיבְעֵיָא דְּאִם נֶאֱמָן בְּמִיגוּ נֶגֶד חֻזְקָה דְּתו"ז דְּכִינוּן דְּהַלְוָה מְוֹחֶזֶק דְּנֶאֱמָן לְחַיִּיב לְהַבַּעַל הַשְׁטָר שְׁבּוּעָה ע"י הָא מִיגוּ וְשִׁפִּיר הוֹכִיחוּ הַג"ת וְהַב"ש מִן תְּשׁוּבַת הָרִי"ף דְּאִין אוֹמְרִים מִיגוּ לְהַשְׁבִּיעַ.

וְאַחַר כּוֹתְבֵי זֶה רְאִיתִי בְּקִצָּה ח סִי' פ"ב בס"ק ט"ז שְׁפַתְבֵּי פֿון לְדַחַת הַשְּׁגַת הָאו"ת הַנֶּ"ל מְעַל הַג"ת וְלֵא הִבִּיא לְדְּבָרֵי הַב"ש הַנֶּ"ל שְׁפַתְבֵּי ג"כ כַּהַג"ת. וְעֵינֵין בְּכְתוּבוֹת (דף פ"ז ע"ב) וּבְסִפְרֵי נֶחַל יִצְחָק סִי' י"ב סְעִיף ח' עֲנָף ה' בַּהַג"ה שָׁם וְקִצְרַתִּי.

וּבְעִיקְרָא יִסוּד שְׁפַתְבְּתִי לְעִיל לְדוֹן דְּמִיגוּ שְׁל הַנְּתַבֵּעַ הָנִי מִיגוּ לְהוֹצִיא רְאִיתִי כְּעִין זֶה בְּשִׁמ"ק ב"ב (דף ה') ד"ה מִי אָמְרִי בְּמִקוֹם חֻזְקָה מִיגוּ כו' דְּמ"ד דְּשְׁטָר הָנִי פֿגבוי דְּלֵא מְהַי מִיגוּ שְׁל הַנְּתַבֵּעַ דְּה"ל מִיגוּ לְהוֹצִיא ע"ש.

אף דעיקר היסוד שפתי נסתר על פי מה שנתבאר: וכעת נלע"ד לדון טעם אחר במה דאין אומרים מיגו להשביע והוא דהא מבואר לקמן סי' קל"ט סעיף ד' אם הם תלוקים על שדה והביא א' עדים שהוא קרוב יותר כו' צריך לחזור פל פירות שאכל אפי' אין דויע שאכלן אלא ע"פ שהודה בהם.

וכתב הסמ"ע והש"ך שם הטעם דכיון דהקרקע יוצא מת"י דהא בהקרקע ליפא מיגו ע"כ אינו נאמן על הפירות אף דיש לו מיגו וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ג) ד"ה לסוף אודי לי' כו' והג"א שם. ולפ"ז י"ל הקא גבי טוען אמן או רבית או מחלת וכיוצא בו דלכו אינו נאמן לחיוב שבועה להמלנה במיגו דהי' טוען פרעתי והשבע לי.

משום דאף דלדבריו טוען כ"ז. אם הי' מהימן ע"ז.

הדין הוא דחייב בעל השטר להחזיר השטר ליד הלנה או שיקרענו משום אל תשכן באהליך כמבואר בסי' נ"ז וביו"ד סי' קס"א סעי' י"א ברמ"א שם ובתוס' ב"מ (דף ע"ב) ד"ה שטר שיש בו רבית כו' דתני בתוספתא שטר שיש בו רבית יקרענו כו' ובש"ך ח"מ סי' נ"ב ס"ק ד'.

עכ"ז עכשיו דאין להנתבע עדים ע"ז רק דיש לו מיגו דהי' טוען פרעתי והשבע לי נהי דאם הנה טוען פרעתי והשבע לי הדין הוא דאם אין המלנה נשבע דמחוייב להחזיר השטר להלנה כמש"כ הסמ"ע בסי' פ"ב בס"ק כ"ב ע"ש ובט"ז שם סעי' ו'.

עכ"ז עכשיו שאינו טוען טענת פרעתי רק טענות אחרים שאין השטר עומד לכוף דאין המלנה חייב לישבע ע"ז מצד עצמו רק דאנו דנין דיהנה נאמן הלנה להשביעו משום מיגו דהנה טוען פרעתי.

א"כ לפ"ז הדין נותן דאינו נאמן הלנה לכוף להמלנה שיחזיר לו גוף השטר. משום דהא המלנה הוי מוחזק על גוף השטר שתופסו ברשותו א"כ אין הלנה נאמן במיגו שלו להוציא השטר מן המלנה דהא לא אמרינו מיגו להוציא.

וממילא הדין נותן לפ"ז דלא יהנה נאמן הלנה במיגו אף להחזיק החוב ת"י אף דהוי מוחזק. דהא חזינו גבי אכילת הפירות דאף דיש לו מיגו על הפירות לא מהימן פיון דלא מהימן על הקרקע ע"כ לא מהימנינו לי' על הפירות משום דלא מהני מיגו לחצי טענתו.

ועיין בכללי מיגו של הכנה"ג ובאו"ת ס"ק ל"א ל"ב מנה. וה"ה בנ"ד אף דיש לו מיגו דאם הנה טוען פרעתי והשבע לי הי' יכול להוציא גוף השטר מן המלנה אם לא ישבע.

מ"מ פיון דאין יכולת בידינו להוציא גוף השטר מהמלנה משום דלא מהני מיגו להוציא. ע"כ גם בכה"ג שייך לומר דלא מהני מיגו לחצי טענתו ולא מהימן אף להחזיק הפמון בידו ע"י המיגו אף אם לא ישבע המלנה.

משום דאין לחלק דשאני הך דקרקע והפירות דאין לו מיגו כלל על הקרקע דמ"ש פיון דלא מהימן ע"י הך מיגו להוציא גוף השטר ונתבטל טענתו נגד גוף השטר ממילא נתבטל טענתו אף על גוף החוב דמ"ש לפי הך פלגא: וכמו דאמרינו התם גבי הפירות דגרירי בתר הקרקע וכיון דלא מהימן על הקרקע כמו כן לא מהימן על הפירות ה"ה הקא פיון

דאָמרו בקידושין (דף כ"ז) דשטר אפסרא דארעא הוא וכ"כ הרשב"א בחי' לב"ק (דף מ"ט ע"ב) ע"ש.

ע"כ גם בזה שייך לדון פן דכיון דאינו נאמן על גוף השטר לכן אינו נאמן ג"כ על גוף החוב. ואף הפוסקים שהביא הש"ך בסי' קל"ט ס"ק ה' ובסי' קמ"ה ס"ק ב' שחלקו על עיקר הפלל הזה מ"מ י"ל דמודו בנ"ד לפי דשטר אפסרא דארעא הוא וה"ה בשט"ח לפי דהוי אפסרא דרקעות המשועבדים.

ולכן לא מופיעא אם גוף השטר הוא שנה פרוטה לצור ע"פ צלוחיתו ואף אם אינו שנה פרוטה גוף הגנייר של השטר מ"מ הא פתב הש"ך בסי' נ"ד בס"ק ד' דאף דכתב לו שובר מ"מ הגנייר של השטר הוא שנה פרוטה מחמת הראי' שבו אף דאין גופו ממון.

א"כ כש"כ בנ"ד דאין פותב לו שובר דנודאי השטר הוא שנה פרוטה. ולכן שפיר אמרינן בזה ג"כ דכיון דאין לו נאמנות על גוף השטר לכן אינו נאמן גם על גוף החוב.

וגם הא מצינו דאף דשט"ח לאו פגבוי דמי מ"מ בכמה דברים הוי פגבוי וכמש"כ הקצה"ח בסי' י"ב בשם הכנה"ג לכן יש לחלק דאף להסוברים הנ"ל דנאמן במיגו על הפירות שאכל אף דאינו נאמן על הקרקע זהו משום דעכשיו הם שני ענינים מחולקים הקרקע והפירות ואין להם שייכות עכשיו זה עם זה.

אבל הכא גבי עצם החוב ועצם גוף השטר הם הפל ענין אחד דהא הוי פגבוי לכמה ענינים וכמו הא שפכתתי לעיל דשטר הוא אפסרא דארעא וזהו הפל לחד ענין וע"כ כ"ע מודו בזה דכיון דאינו נאמן על גוף השטר דכמו כן לא מהימן במיגו על גוף החוב פנ"ל.

וגם הא מה דאם ישבע המלנה יהיה נוטל את המעות זהו הפל ע"פ השט"ח משום דבלא השט"ח הא הוי מלנה ע"פ וע"כ שפיר נגרר גוף החוב בתר גוף השטר וכ"ע מודו בזה. פן נלע"ד הסבר הענין בזה: ענף ג אף עדיין תקשה דלפי זה אמאי אמרינן דנאמן הלנה לומר פרעתי במיגו דמזוניך כדקיי"ל לדינא.

והא אף דנאמן לומר פרעתי במיגו דמזוניך מ"מ הא אינו נאמן הלנה להוציא גוף השטר מן המלנה דאף בטוען מזוניך אין יכולת בידו להוציא מן המלנה אלא ה"ה ביד המלנה עד שישגי קיום כד"ת עליו וכמבואר בסי' פ"ב סעיף א'.

א"כ לפי מש"כ דכיון דאינו נאמן להוציא גוף השטר מן המלנה ע"כ לא מהני המיגו של הלנה אף להחזיק החוב ת"י א"כ ה"ה התם במודה בשטר שפכתבו לא יהיה הלנה נאמן למיפטר א"ע ע"י המיגו כיון דאינו נאמן על גוף השטר.

א"כ לכאורה מוכח מזה דלא כמו שפכתתי. ויש ליישב זה ע"פ מה שפכתתי בספרי נחל יצחק סי' נ"א סעיף ב' ענף ה' שהעליתי גבי החזרת במיגו דנאנסו נגד השטר דהוי החזרתו כמו טענת עצמו ד יכול לומר דלכן לא חשש להניח השטר בידו דסמך על מה ד יכול לטעון טענת נאנסו וכמש"כ הרשב"ם בב"ב (דף ע') והנימוקי יוסף שם וכ"כ הסמ"ע בסי' מ"ו ס"ק ב' גבי מיגו דמזוניך ד יכול לומר דלכן הניח השטר בידו משום דסמך על מה ד יכול לומר מזוניך כ"ז דלא יקיימו וכ"כ הנתיבות בכללי מיגו ס"ק י"ד פעין זה ע"כ י"ל גבי פרעתי במיגו דמזוניך דאף די"ל דמן צד מיגו לא יהיה מועיל משום

דְּהָא אִינוּ נְאָמְן עַל כָּל טַעְנָתוֹ וְלְהוֹצִיא גּוֹף הַשְּׁטָר דְּמִמִּילָא לֹא יִהְיֶה נְאָמְן גַּם עַל גּוֹף הַחוּב מְשׁוּם דְּשְׁטָר אֶפְסָרָא דְשַׁעְבּוּד נְכָסִי.

מ"מ נְאָמְן לֹוֹמֵר פְּרַעְתִּי נֶגְדַּה הַשְּׁטָר דְּהָא עֵיקַר מַעְלַת הַשְּׁטָר דַּא"נ לֹוֹמֵר פְּרַעְתִּי הוּא מְשׁוּם דְּשְׁטָרָא בְּיַדִּי מֵאֵי בְּעֵי. וְהִיכָא דְנֶאָמְן לֹוֹמֵר מְזַנְיָא ע"כ נְאָמְן לֹוֹמֵר פְּרַעְתִּי מְצַד עֲצָמוֹ מְשׁוּם דְּלֹא חָשֵׁשׁ לְהַנִּיחַ שְׁטָר כְּזֶה כַּמְש"כ הַסְּמ"ע הַגָּ' לְהַדְיָא וְהַנְּתִיבוֹת בְּכָל־לֵי מִיגוֹ ס"ק י"ד וּבְסִי' ק"ח ס"ק א' וּבִשְׂא"ד וּכְמוֹ שְׁפַתְבְּתִי בְּסִפְרֵי גַחַל יִצְחָק שָׁם.

וְהַפְּנוּנָה בַּמְש"כ נְאָמְן לֹוֹמֵר פְּרַעְתִּי בְּמִיגוֹ דְּמְזַנְיָא הוּא דְּלִפִּי דְּבִידּוֹ לְטַעוֹן מְזַנְיָא ע"כ לֹא שְׁיָיְהּ הָכָא מַעְלַת הַחֲזָקָה דְּשְׁטָרָא בְּיַדִּי כּו' וְלִכְּנֹן אֵין מְזַה סְתִירָה לְמַה שְׁפַתְבְּתִי: וְעַפ"ז יֵשׁ מְקוֹם לְיִישָׁב לְקוֹשְׁיוֹת הַתּוֹס' בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף י"ט ע"א) ד"ה מוֹדָה בְּשְׁטָר שְׁפַתְבוֹ כּו' וַא"ת וּמ"ט לֹא מְהִימֵן בְּמִיגוֹ דְּמְזַנְיָא כּו'.

וּלְפִי מַה שְׁפַתְבְּתִי יֵשׁ מְקוֹם לְתַרְץ קוֹשְׁיֵינִי וְהוּא דִּי"ל דְּטַעְמוֹ דְּמֵאן דַּס"ל מוֹדָה בְּשְׁטָר שְׁפַתְבוֹ א"צ לְקִיָּמוֹ דְּזֶהוּ מְשׁוּם דַּס"ל לְהַסְבָּרָא שְׁפַתְבְּתִי דְּהִיכָא דְּאִינוּ נְאָמְן לְהוֹצִיא גּוֹף הַשְּׁטָר ע"כ אִינוּ נְאָמְן אִף ע"י הַמִּיגוֹ לְהַחֲזִיק לוֹ גּוֹף הַחוּב וְע"כ הָכָא בְּטוֹעֵן פְּרַעְתִּי דְּאִף דִּישׁ לוֹ מִיגוֹ דְּמְזַנְיָא מ"מ הָא אִף אִם הָיָה טוֹעֵן מְזַנְיָא לֹא הָיָה לוֹ יְכוּלָת לְהוֹצִיא גּוֹף הַשְּׁטָר וְכַמְבֹּאֵר בְּסִי' פ"ב סַע"א א' וּבְש"ף שָׁם ס"ק ד' דִּיכּוֹל לְעַכְבּוֹ ת"י עַד שְׁיָיְהּ.

וְכִינּוּן דְּאִינוּ נְאָמְן עַל גּוֹף הַשְּׁטָר ע"כ אִינוּ נְאָמְן גַּם עַל גּוֹף הַחוּב מְשׁוּם דְּהַחוּב נֶגְרַר בְּתַר הַשְּׁטָר מְשׁוּם דְּשְׁטָר אֶפְסָרָא דְשַׁעְבּוּד קַרְקַע הָיָה כְּנ"ל כֹּן י"ל בְּטַעְמוֹ דְּהָךְ מ"ד וְלֹא ס"ל לְהַסְבָּרָא שְׁפַתְבְּתִי לְחַלֵּק לְדִינָא לְדִינָא דְּשִׁאנֵי מִיגוֹ דְּמְזַנְיָא עַל שְׁטָר דְּאִזְלָא לְהַחֲזִיקָה דְּשְׁטָרָא בְּיַדִּי כּו'.

וְהַתּוֹס' בְּב"ב (דָּף קנ"ד ע"א) בַּד"ה וְכֹן אָמַר רַבָּה רֵאָוִיָּה בְּעֵדִים כּו' פְּתַבוּ מִיְהוּ אֵי אֲשַׁכְּחֵן בְּשׁוּם מְקוֹם דְּאִית לִיהּ מוֹדָה בְּשְׁטָר שְׁפַתְבוֹ א"צ לְקִיָּמוֹ הָיָה א"ש עכ"ל. וְס"ל לְהַתּוֹס' דְּרַבָּה ס"ל מוֹדָה בְּשְׁטָר שְׁפַתְבוֹ א"צ לְקִיָּמוֹ.

וּמְצִינּוּ בְּב"ב (דָּף ל"ב) דְּרַבָּה ס"ל דְּאָמְרִינּוּ מִיגוֹ לְהוֹצִיא. וּמ"מ יֵשׁ לֹוֹמֵר לְהַטְעֵם שְׁפַתְבְּתִי מְשׁוּם דְּאִף אִם הָיָה טוֹעֵן מְזַנְיָא לֹא הָיָה לוֹ כֹּחַ לְהוֹצִיא גּוֹף הַשְּׁטָר ע"כ מִמִּילָא ה"ה בְּטוֹעֵן פְּרַעְתִּי דִּישׁ לוֹ מִיגוֹ דְּמְזַנְיָא וְלִכְּנֹן שְׁפִיר י"ל כֹּן בְּטַעְמוֹ דְּהָךְ מ"ד דַּס"ל מוֹדָה בְּשְׁטָר א"צ לְקִיָּמוֹ: וְעַדִּין יֵשׁ לְהַעִיר בַּמְש"כ בְּטַעְמוֹ שֶׁל דְּבָר בְּמַה דְּאָמְרִינּוּ אֵין אוֹמְרִים מִיגוֹ לְהַשְׁבִּיעַ כִּינּוּן דְּעֵיקַר הַיְסוּד הוּא בְּשִׁבְלִי מַה דְּלֹא אָמְרִינּוּ מִיגוֹ לְהוֹצִיא וַא"נ לְהוֹצִיא גּוֹף הַשְּׁטָר כּו'.

א"כ עַדִּין יֵשׁ לְהַעִיר עַל הַמְּחַבֵּר וְהַרְמ"א דְּכַתְּבוּ בְּסִי' זֶה דְּבִטְעָנוֹת שְׁאֵין הַשְּׁטָר עוֹמֵד לְכַף אֵין יְכוּל לְהַשְׁבִּיעַ לְהַמְלִיחָה אִף דִּישׁ לוֹ מִיגוֹ דְּפְרַעְתִּי וְהָיָה טוֹעֵן הַשְׁבַּע כְּנ"ל. הָא לְקַמְן סַע"א י"ב הִבִּיא הַרְמ"א שִׁיטַת הַיֵּשׁ חוֹלְקִין וְס"ל דְּאָמְרִינּוּ מִיגוֹ לְהוֹצִיא וְכֹן הַשְּׁ"ף לְקַמְן בְּסִי' פ"ג ס"ק ז' וְס"ק ט' פְּתַב דְּזֶהוּ סְפִיקָא דְּדִינָא ע"ש.

א"כ עַדִּין תְּקוּשָׁה דְּאִיף סְתָמוּ הָכָא בַּש"ע כֹּן לְפִי הַטְעֵם שְׁפַתְבְּתִי דְּזֶה לֹא אֲתִי שְׁפִיר אֵי נִימָא דְּאָמְרִינּוּ מִיגוֹ לְהוֹצִיא א"כ מִמִּילָא יִהְיֶה נְאָמְן לְהוֹצִיא גַּם גּוֹף הַשְּׁטָר אִם לֹא יִשְׁבַּע הַמְּלִיחָה כְּמוֹ דְּהָיָה הַדִּין אִם הָיָה טוֹעֵן פְּרַעְתִּי וְהַשְׁבַּע לִי וְכַמְש"כ הַסְּמ"ע בְּסִי' זֶה בְּס"ק כ"ב.

ומ"מ הנכון עם הטעם שפתי מושום דעיקר דברי הסמ"ע הנ"ל שפתי בפשיטות דבאינש דעלמא אם פיקח הוא הלנה וטוען על המלנה שישבע ויטול או יחזיר לו שטר פדי שלא יתפוס משלו דשומעין לטענות הלנה.

הנה לדעתי איננה מוכרח דהא פינון דס"ל להסמ"ע דאם תפס מהני תפיסתו ולא ענשינו לי' וכ"כ הט"ז שם סעי' ו' ומחלק דשאני בשארי שבועות דענשינו לי' אם תפס ואינו רוצה לישבע מושום דהך שבועה של בעל השטר קילא דהא לא משבעינו לי' בלתי טענת הנתבע השבע לי'.

א"כ פינון דאם יתפוס ינפה בדין ואין מוציאין ממנו כלל ע"כ בנודאי יכול להחזיק גוף השטר ת"י אף דאינו נשבע דהא הני תפוס בהשטר ומה לי אם יתפוס עכשיו במטלטלין ומעות של הלנה או דתופס מכבר את השטר ת"י והא תפיסת השטר אילימא ביותר דהני תפוס ברשות ומקודם ונמסר לו ברצון הלנה וגם אם יתפוס עכשיו מעות של הלנה ע"פ פת השטר שת"י ג"כ בדין יתפוס פי לאחר שתפס אין מוציאין ממנו.

וגם לפי מה שפתי הש"ך שם ס"ק י"ז דאם תפס ענשינו לי' מ"מ יכול להיות דבגוף השטר שנתן לו הלנה מדעתו דאף דלא ישבע אין מוציאין ממנו השטר וגם לא ענשינו לי' עבור תפיסתו להשטר.

וע"כ שפיר י"ל לכ"ע להך טעמא שפתי במה דלא אמרינו מיגו להשביע דכינון דאין לו פת להוציא גוף השטר מן המלנה אף אם היה טוען פרעתי ולא היה נשבע המלנה ולכן עכשיו דטוען טענות דאין השטר עומד לכה אינו נאמן לחייבו שבועה במיגו דפרעתי מושום די"ל פינון דדבריו אינו פועלין להוציא גוף השטר ע"כ ממילא נתבטל פת המיגו שלו ע"פ הסברא דנגרר גוף החוב בטר גוף השטר כנ"ל.

נדומה להך אכילת פירות בסי' קל"ט הנ"ל דכינון דאין לו מיגו על הקרקע כו' וה"ה הכא. ואין סברא לחלק דשאני הכא דעיקר המיגו שלו הוא רק לחיובי שבועה וכינון דבשבועה הדין הוא דאי תפיס לא מפקינן ע"כ במה שנשאר השטר ת"י המלנה לא נתבטל עי"ז פת המיגו שלו.

דזה אינו הא פינון דאף דלא נשבע מ"מ אין לו פת להוציא השטר מהמלנה עכ"פ וע"כ שפיר דיינינו פן: ועוד דאף אי נימא דלשיטת הש"ך שם דענשינו לי' עד שיחזיר מה שתפס דהדין פן בגוף השטר דאם אינו נשבע דענשינו לי' עבור מה שתופס השטר.

מ"מ יש לדון לכל מה שפתי דהא עכ"פ אין לו פת להוציא בדין את גוף השטר רק דענשינו לי' אבל הא לא נחתינו לנכסי' בדרבנן ע"כ שפיר יש לדון פנ"ל וקצתתי. שוב ראיתי באו"ת בסי' פ"ב בס"ק ה' באמצע דבריו שפתי בקצרה על מש"כ הסמ"ע דיכול לתבוע או השבע או קרע השטר.

דלא מצינו זה מבואר דיכול להכריח להמלנה בכך כו' עכ"ל האו"ת. הרי שפתי ג"כ פעין מש"כ דאין פת להלנה להוציא השטר מהמלנה אף אם אינו נשבע רק שקיצר בזה.

ואפשר דלכתחלה החיוב עליו להחזיר השטר מושום דבכל מה דאתו עלי' מן דין תפיסה אינו רק בדיעבד ולא לכתחלה ועיין בנתיבות סי' כ"ח ס"ק ב' וברא"ש לב"ק פ"ח סי'

ב' וקצרת. ומש"כ האו"ת שם בסי' פ"ב בס"ק ה' דלאחר שפסקו הב"ד שבועה לא מהני תפיסתו וכמו ה' דסי' ק"ח גבי א"א מוריש שבועה כו'.

הנכון עם הסמ"ע והט"ז והש"ך שם דלא חילקו בזה משום דאין ראיה מן ה' דסי' ק"ח גבי א"א מוריש כו' דהא מבואר שם דשאני שבועת יתומים דהחמירו בה יותר מכל שבועות המשנה וכש"כ בשבועת אישתבע לי דקילא ביותר כמש"כ הט"ז שם.

ולכן אף דמבואר בסי' ק"ח סעי' י"א דהב"ד קורעין את השטר שא"ה מה"ט אבל בשבועת אישתבע לי י"ל דאין קורעין את השטר שתופסו ברשות הלנה. ועוד יש לחלק דשא"ה בסי' ק"ח דפסקו הב"ד דלא יגבה בהשטר משום דא"א מוריש שבועת יתומים כו' וע"כ שפיר דיינינו דקם דינא ולא מהני תפיסה כלל מה שאין פן הקא גבי חיוב שבועה דפסקו דצ"ש ע"כ שפיר י"ל דמהני תפיסתו אף לאחר הפסק של הב"ד ובפ"ט בתפיסת השטר דהוי תפוס ברשות מעיקרא כנ"ל.

והעיקר כמו החילוק הראשון דקילא ה' שבועת אישתבע לי ועיין בט"ז סעי' ח'. ולכן הנכון עם הסמ"ע והט"ז והש"ך דלא חילקו בזה בין פסקו הב"ד כפר או לא פסקו עדיין. ולכן שפיר י"ל כמש"כ בעז"ה. ועיין בסמ"ע סי' ק"ח ס"ק ל' ובסי' פ"ד.

ומה שכתב הנהיבות בסי' ק"ח סוף ס"ק ד' דהעיקר לדינא כדמשמע מלשון הפוסקים דאף בנתחייב שבועה בב"ד אמרינו הבו דלא לוסקי עלה כו' וקצרת: והנה בחשוד דהוציא שטר מבואר פלוגתא ראשונים בסי' זה סעי' ח' דלחד דיעה הדין הוא דאינו גובה וכן הובא פלוגתא זו בסי' צ"ב סעי' ט' ועיין בש"ך ובט"ז שם.

וזהו בטוען הלנה פרעתי והשבע לי אבל בטוען טענות שאין השטר עומד לכה דאין חייב שבועה הדין הוא דגובה. וקשה דיהיה מהימן הלנה בטענות הללו במיגו דהיה טוען פרעתי דאז לא היה גובה החשוד.

ומה שכתב הכנה"ג בשם הגי"ת דלא אמרינו מיגו לחיובי שבועה כשם שאין אומרים מיגו לאפטורי משבועה. זהו לא שייך בחשוד דהוציא שטר דהא בזה מקרי מיגו לפטורי מממונא דאם יטעון פרעתי והשבע לי לא יגבה החשוד בשום אופן כלל לה' דיעה.

ולפי מה שכתבתי לעיל באופן א' הטעם דלא אמרינו מיגו לחיובי שבועה משום דזה מקרי מיגו להוציא פיון דשטר העומד לגבות הוי כגבוי פיון דביד המלנה להיות נשבע ונוטל ע"כ דינו כמו שטר שאין בו ריעותא גמורה כמש"כ לעיל בארובה.

א"כ הקא בחשוד דאי דינו דצ"ש א"כ ממילא אין יכול לגבות בשום אופן כלל ומקרי שטר שיש בו ריעותא גמורה דלא הוי כגבוי א"כ עדיין יש לדון דיהיה מהימן הלנה אף בטענות שאין השטר עומד לכה במיגו דפרעתי והשבע לי דאז היה הדין דנפטר הלנה וכמו כן יהיה פטור אף בטוען טענות שאין השטר עומד לכה דהא הוי מיגו להחזיק.

אכן לפי מה שכתבתי לעיל באופן השני הטעם דלא אמרינו מיגו להשביע משום דכיון דאינו יכול להוציא גוף השט"ח מן המלנה דהוי תפוס ועומד וגוף החוב גריר בתר גוף השטר וכיון דאינו נאמן על גוף השטר ממילא נתבטל טענתו על גוף החוב אף דיש לו מיגו.

א"כ ה"ט שנייה ג"כ גבי חשוד דהוציא שטר דנראה לי דאף להסוברים דחשוד דאפיק שטר אינו גובה דמ"מ אין מוציאים מן המלגה החשוד את גוף השטר וכמש"כ לעיל הדין באם המלגה אינו רוצה לישבע דמ"מ אין מוציאים גוף השטר ממנו וכמש"כ לעיל בארנפה להסביר זה ודלא כהסמ"ע וכן הבאתי לעיל בשם התנאים דכתב דאין דברי הסמ"ע מוכרחין בזה.

וכיון דאין לנו פת להוציא גוף השטר רק אמרו בחשוד דאפיק שטר דאינו גובה ע"כ שפיר יש לדון גם בחשוד להך טעמא ולכן דוקא בטוען פרעתי והשבע לי דחייב המלגה לישבע ממילא בחשוד דאינו יכול לישבע אינו גובה להך דינעה דס"ל פו.

אבל בטוען טענות שאין השטר עומד לכה דאינו חייב שבועה ע"פ דין לכן אף דיש לו מיגו זה מ"מ אין מועיל המיגו שלו והדין הוא דגובה המלגה אף שהוא חשוד. ומה שכתבתי לעיל לדון לפ"ז דלכן בטוען פרעתי נאמן במיגו דמזונייה משום דכיון דיכול לטעון מזונייה ע"כ ליתא בזה לחזקה דשטר בדי כו'.

זה לא שנייה בחשוד דאפיק שטר כו' משום דה"ל לחוש שמא יעשה תשובה וגם הא לאו כ"ע דינא גמירי כיון דיש פלוגתא בזה וכמש"כ במק"א וקצרתי. ולכן אף בטוען טענת אמנה דנאמן במיגו דמזונייה מה"ט וכמבואר בסי' זה סעיף א' ובש"ך ס"ק א' אבל בחשוד דאפיק שטר וטוען הלנה אמנה אף דיש להלנה מיגו דפרעתי דלא הנה גובה החשוד להסוברים פן מ"מ אינו נאמן הלנה כיון דהוי שטר מקוניים: ולכאורה יש לסתור כ"ז מהא דסי' ס"ו ש"ך ס"ק ל"ה דהביא בשם הרא"ש דס"ל במה דנאמן המוכר לומר פרוע במיגו דמחילה ולא משום דפרוע הוי ג"כ מחילה כמש"כ הש"ך ואף דעל הגנייר א"נ מ"מ נאמן על גוף החוב.

ויש לחלק דשאני היכא דהוי בידו וכעין דברי הר"נ בפרק ג' דקידושין בהסוגיא (דף ס"ד) וקצרתי בזה ועיין בש"ך ס"ו ס"ק נ"ט וס"ק ע"ו מה שהביא בשם הרא"ש. ולפ"ז יש מקום ליישב למה שהבאתי לעיל דברי הב"ש בסי' קי"ג ס"ק י"ד שהביא למש"כ הגהות מיימוני גבי עישור נכסי דהוי בע"ח דאחין וא"צ שבועה דאם טוענין השבע שלא התפיסה אבינוצרי צ"ש.

והקשתי ע"ז דהא הוי תו"ז ועדיף יותר מן חוב תו"ז דהא לא הוי בע"ח של האב פלל וגם מי יימר דתנשא לאיש ושמא תמות. ועיין בב"ב (דף ה') ד"ה פי היכי כו' ובאה"ע סי' קי"ג סעיף ד' בהג"ה.

וכתבתי לפרש דמשום מיגו דהוי יכולים לטעון פרענו לה עכשיו ע"כ יכולים לומר השבע שלא התפיסה אבינו צררי אף דקשה ע"ז דהא הוי מיגו לחיובי שבועה דלא אמרינו. אכן לפי מש"כ פעת לפרש לכוונת הש"ע בסי' זה דלא מהימנינו ליה על אמנה ורבית להשביע לבעהש"ט במיגו דפרעתי והשבע לי משום דכיון דאינו נאמן להוציא גוף השטר ע"כ נגרר גוף החוב בתר השטר ואינו נאמן ע"ז במיגו ע"כ י"ל דוקא היכא דיש שטר להתובע אז שנייה לדון פן אבל הכא גבי חוב עשור נכסי דאין להפנות שטר ע"ז ע"כ לא שנייה לדון לכל מה שכתבתי ולכן שפיר נאמנים האחין במיגו לחיובי שבועה.

וְהָא שְׁפָתַי הַב"ש בְּסִי צ"ו בְּס"ק ח' בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הָרִי"ף דְּאֵם טוֹעֵן פְּרַעְתִּי קוֹנְדָם הֲגֵט
א"נ לְהַשְׁבִּיעָה אֶף דִּיש לֹא מִיגוּ דְפְרַעְתִּי אַחַר הֲגֵט מִשׁוּם דְּהֵנִי מִיגוּ לְחִיּוּבֵי שְׁבוּעָה. יֵשׁ
לוֹמֵר דְּמִינְרֵי הֵתָם דִּיש לָהּ פְּתוּבָה יוֹצֵא מִת"י וְשִׁינָהּ לֹא מֵר הַטַּעַם הַגָּל: עֲנָה ד וְכַעַת
רְאִיתִי דִּיש לְסִתּוֹר כֹּל זֶה דְּהָא מְצִינּוּ בְּסִי זֶה סְעִי א' דְּנֶאֱמָן הַלְנָה לֹא מֵר פְּרַעְתִּי אוֹ אֲמָנָה
אוֹ פְּתַבְתִּי לְלוֹת וְלֹא לְוִיתִי וְנִפְל מְמַנִּי אוֹ עַל תְּנַאֵי אוֹ קִטְוֵן הֵייתִי כֹו' בְּמִיגוּ דְּמִזְוִינָהּ
וּמְבוֹנָר בְּש"ף שָׁם ס"ק ב' דְּאֶף בְּטוֹעֵן שְׁהַעֲדִים יָדְעוּ דְּהוּא אֲמָנָה דְּהוּוּ רְשָׁעִים אִפ"ה
מְהִימֵן בְּמִיגוּ כֹו' וְכֵן בְּטוֹעֵן קִטְוֵן הֵייתִי אֶף דְּחִזְקָה דְּאִין עֲדִים חוֹתְמִין כֹו' מ"מ נֶאֱמָן בְּמִיגוּ
כַּמְש"כ הַשְּׁ"ף שָׁם ס"ק ג'.

וְכַבֵּר פְּתַבְתִּי לְעִיל לְהַעִיר ע"פ הַפְּלֵל שְׁפָתַבְתִּי דְּהִיכָא דְּאִינוּ נֶאֱמָן לְהוֹצִיא גוּף הַשְּׁטֵר
ע"כ אִינוּ נֶאֱמָן עַל גוּף הַחוּב דֵּא"כ אֲמַאי נֶאֱמָן לֹא מֵר פְּרַעְתִּי בְּמִיגוּ דְּמִזְוִינָהּ. וְתַרְצִיתִי
דְּשִׂאנִי פְּרַעְתִּי בְּמִיגוּ דְּמִזְוִינָהּ דְּכִינּוּ דְּבִידוּ לֹא מֵר מִזְוִינָהּ ע"כ לִיתָא בְּזֵה לְחִזְקָה דְּשְׁטֵרָא
בְּיָדֵי כֹו'.

וְכַעַת רְאִיתִי דִּז"א מְסַפִּיק לִינִישׁ בֵּן דְּהָא תִּינַח בְּטוֹעֵן פְּרַעְתִּי דְּכִינּוּ דְּהָא דְּאִינוּ נֶאֱמָן
פְּרַעְתִּי נֶגְדַּה הַשְּׁטֵר הוּא מִשׁוּם מַעְלַת שְׁטֵרָא בְּיָדֵי מַאי בְּעֵי ע"כ הִיכָא דִּיש לֹא מִיגוּ דְּמִזְוִינָהּ
לֹא הֵנִי לְנוּ מַעְלַת הַחִזְקָה דְּשְׁטֵרָא בְּיָדֵי מִשׁוּם דִּי"ל דְּלֹא חֲשַׁשׁ לְזֵה דְּסַמָּה עַל הַמִּיגוּ דִּיש
לֹא וְכַמְש"כ לְעִיל בְּשֵׁם הַסַּמ"ע.

אֲבָל בְּטוֹעֵן אֲמָנָה דְּנֶאֱמָן בְּמִיגוּ דְּמִזְוִינָהּ הָא הֵתָם לֹא הֵנִי הַטַּעַם מִשׁוּם שְׁטֵרָא בְּיָדֵי כֹו'
וְכַמְש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּוּבוֹת (דָּף י"ט ע"א) בְּד"ה מוֹדָה בְּשְׁטֵר כֹו' בְּסֵה"ד דְּגַבֵּי אֲמָנָה לֹא
שִׁינָהּ ה"ט וְעִינּוּ בְּמַהֲרָש"א שָׁם.

וְהִנֵּה רַש"י שָׁם בְּד"ה כְּדָרְב הוּנָא כֹו' פְּתַב דְּלָכֵן א"נ הַלְנָה לֹא מֵר אֲמָנָה מִשׁוּם דְּלֹא עֲבִיד
אִינִישׁ דְּכַתְּב וּמְסַר בְּלֹא הַלְנָאָה. וְלִפ"ז י"ל דְּבִשְׁטֵר שְׂאִינוּ מְקוּיִים דְּכִינּוּ דִּיכּוֹל לֹא מֵר
מִזְוִינָהּ ע"כ סַמָּה לְמַסְוֵר הַשְּׁטֵר אֲמָנָה בִּיד הַמְלָנָה בְּלֹא הַלְנָאָה וְאֶף דְּהִנָּה לֹא לְחוּשׁ שְׂמָא
יִשְׁגִּי קִיּוּם עָלָיו מ"מ הָא פְּיוּצָא בְּזֵה פְּתַב הַסַּמ"ע בְּסִי מ"ו ס"ק ב' ע"ש.

אֲבָל מִן הַתּוֹס' הַגָּל מְשַׁמַּע דְּלֹא ס"ל לֵה"ט שְׁפָתַי רַש"י וְעִינּוּ בְּהַפְּלָאָה פְּתוּבוֹת (דָּף י"ט
ע"א) בְּפִי רַש"י ד"ה אִין הַמְלָנָה כֹו'. אֲלֵא הַטַּעַם הוּא דְּלֹא אֲתִי ע"פ וּמְרַע לְשְׁטֵרָא
וְכַדָּא"ר נֶחְמָן שָׁם גַּבֵּי עֲדִים וְכַמְש"כ שָׁם הַמְהַרְש"א וּבְפִרְט הִיכָא דְּטוֹעֵן דִּינְדְּעוּ הַעֲדִים
דְּהוּא אֲמָנָה דֵּא"נ לְעַשׂוֹת אוֹתָן לְרְשָׁעִים רַק מִשׁוּם הַמִּיגוּ שְׂיֵשׁ לֹא וְגַם הָא הָאִסוּר שְׁל
אֲמָנָה הוּא עַל הַלְנָה ג"כ פִּינּוּ דִּיכּוֹל לְצַאֵת תַּקְלָה חֲשַׁשׁ טִירְפָא מְלַקּוּחוֹת שְׁלֹא פְּדִין
וְהַמְלָנָה בְּנוּדָאי אִסוּר לֹא לְקַבֵּל שְׁטֵר אֲמָנָה וּמִמִּילָא עוֹבֵר הַלְנָה עַל לְפָנֵי עוֹר וְעִינּוּ בְּתוֹס'
ע"ז (דָּף כ"ב) ד"ה תִּפּוּק לִיָּה כֹו' וּבִי"ד סִי ק"ס סְעִי א' בְּהַג"ה.

א"כ יֵשׁ בְּאֲמָנָה סְבָרָא דֵּא"א מִשִּׁים א"ע רְשָׁע לָכֵן אִינוּ נֶאֱמָן אֲלֵא ע"י מִיגוּ דְּמִזְוִינָהּ
[עֲדִים דְּאִינָם נֶאֱמָנִים לֹא מֵר אֲמָנָה אֶף בְּאִין כַּת"י יוֹצֵא מִמֶּךָ א שְׂאִנִּי עֲדִים וְקַצְרִיתִי]. וְכֵן
פְּתַבְתִּי לְלוֹת וְלֹא לְוִיתִי וְנִפְל מְמַנִּי הָא נִפְלִיָּה הֵנִי טַעְנָה גְּרוּעַ וְע"כ א"נ רַק ע"י מִיגוּ וְכֵן
תְּנַאֵי הִנָּה יָדוּעַ דְּתַנַּאי הֵנִי טַעְנָה גְּרוּעַ וְא"נ רַק בְּמִיגוּ וְכֵן קִטְוֵן הֵייתִי הָא אִיכָא חִזְקָה דְּאִין
עֲדִים חוֹתְמִין אִיכָא נַעֲשָׂה בְּגְדוּל וְא"כ רַק ע"י מִיגוּ.

א"כ לפי מש"כ דהיכא דאינו נאמן להוציא גוף השטר לא יהיה נאמן להחזיק הממון ת"י
ארף שיש לו מיגו. א"כ תקשה הא התם בכל הטענות הללו דא"נ מצד עצמו רק ע"י מיגו
תקשה דאמאי נאמן לפטור א"ע הא פנין דא"נ להוציא גוף השט"ח לא יהיה נאמן על
גוף החוב.

ורק בטועו פרעתי דנאמן במיגו דמזונייך שפיר פתבתי לדון דנאמן מצד עצמו פנין דעיקר
מה דבעינו מיגו לטענת פרעתי הוא משום דהוי נגדו חזקה דשטרא בידי כו' וע"כ שפיר
י"ל דכיון דסמך על מה דיכול לומר מזונייך ע"כ לא חשש להניח השטר ביזו פנ"ל.

אבל בטענות זולת פרעתי דלא שנייך פן מזה מוכח דלא כמש"כ: שוב ראיתי בשער
משפט סי' פ"ד ס"ק ג' שכתב לבאר טעמא דאין אומרים מיגו להשביע משום דנה דומה
למש"כ הסמ"ע בסי' קל"ט ס"ק ח' דכיון שהשדה יוצא מת"י לכן חייב להחזיר הפירות
וה"ה ה"כ פנין שאינו נאמן על גוף הפרעון.

ע"כ א"נ לחייב שבועה לשכנגדו דאין שנייך להאמינו לחצאין כו' עכ"ל. והעיר ג"כ פנין
מש"כ ג"כ לדמות זה להך דסי' קל"ט הפנ"ל.

אף דבריו אינו ברור משום דיש לחלק דשא"ה בקרקע ופירות דכיון דא"נ על הקרקע
ע"כ א"נ על הפירות משא"כ ה"כ דאם נימא דנאמן במיגו להשביע לבעהש"ט א"כ לא
יהיה יכול הבעהש"ט לגבות הממון מן הלנה בשום אופן כ"ז דלא הוי תפוס פנ"ל ע"כ
אין פאן שום ביטול פלל אף במקצתו לדברי הלנה פל זמן דלא ישבע המלנה לכן אין זה
דומה להך דקרקע ופירות דשם הוי ביטול מקצת טענות הנתבע מיד לפנינו על הקרקע
משא"כ ה"כ כ"ז דלא נשבע לא יגבה פלל גוף החוב לכן אין זה דומה לדעתם.

ולכן ראיתי לעיל לדון בדרך הזה ע"פ מה שלא יהיה נאמן להוציא גוף השטר כו'. אבל
גם זה נסתר כמש"כ לעיל: ודע דבעיקר הפלל הפנ"ל דכיון דנתבטל המיגו לאיזה ענין
דממילא נתבטל המיגו לכולו דכעין זה הוא בפ"ב דכתובות משנה א' עלה דמודה ר'
הושע שכתב הרע"ב שם בטעמא דר' הושע דכיון דלאיסור והיתר לא מהימנא ע"כ גם
להממון לא מהימנא ועיין שם בתוס' יו"ט ובתוס' רע"ק שם ויש להאריך בכ"ז הרבה
וקצרת: ונלע"ד לפרש טעם דאין אומרים מיגו להשביע בדרך פשטות דאף הסוכרים
דאומרים מיגו לאפטורי משבועה מכל מקום מודו דאין אומרים מיגו להשביע משום
דיש לחלק שפיר בינייהו דשאני במיגו לאפטורי משבועה דהא עיקר מעלת המיגו הוא
משום דאמרינן מה לי לשקר דאי בעי הוי אמר שקר אחר שהיה נאמן ע"ז כדי להרוויח
ונהו שנייך גבי מיגו לאפטורי משבועה דאמרינן דהא היה יכול להעלות על דעתו עצה
טובה ולטעון פה כדי שלא יצטרך להשבע לשקר משא"כ גבי מיגו לחיובי שבועה
לשכנגדו עדיין י"ל דלכן לא העלה על דעתו לטעון טענת המיגו דהיה יכול לטעון משום
דלא ישיג תועלת מזה די"ל דהוא משקר.

והצדק הוא עם התובע ע"כ אף דהיה טוען לטענת המיגו לא היה משיג שום טובה מזה
משום דאף דהיה משיג חיוב שבועה על התובע הא פנין דהאמת הוא עם התובע הנה
יכול לישבע באמת פנין דהאמת עמו א"כ לא היה שום תועלת להנתבע במה שישגי חיוב
שבועה על התובע ולכן לא השתדל הנתבע לומר שקר אחר.

והנה לקמן סי' ק"א סעיף יו"ד ש"ק ה' העלה הש"ך דאף במסלק להבע"ח בקרקע אפ"ה צריף הלנה לישבע שאין לו מטלטלי והקצה"ח שם ס"ק ו' פתב לחלוק עליו מסבא דכיון דבמקום פסידא הדין הוא דמצי מסלקו בקרקע וכיון דכמה אינשי פרשי משבועת אמת לכן מקרי זה כמו מקום פסידא דמצי לסלקו בקרקע עכ"ל.

אבל לפי הכרעת הש"ך מוכח דס"ל דשבועת אמת לא מקרי פסידא התם וע"כ ה"ה הקא לא מקרי רוחא ולכן לא דינינון מיגו לחיובי שבועה. והנה הר"נ פ"ז שבועות בסוגיא דשכיר פתב עלה דאמרו שם וליכתב ליה בל"ש דזהו משום דאיפא אינשי דפרשי משבועת אמת ואפילו בקושטא לא בעי לאישתבועי עכ"ל.

וכעין זה איתא בירושלמי לשבועות פ"ו סוף הל' ה' בזה"ל בין זכאי בין חייב לשבועה לא תיעול. והתם סופר ח' ח"מ סי' צ' פתבפן בשם חובת הלכות ומדרש רבה פ' ויקרא ע"ש.

ולא הביא להירושלמי הנה. וכעין זה אמרו בשבועות (דף ל"ב ע"ב) גבי הפל מודים בכנגדו חשוד מי יימר דמשתבעת הרי דאף בשבועת האמת לאו ברירא הוא שישבע.

ועכ"ז שפיר פתב הש"ך בסי' ק"א הנ"ל פנ"ל משום דמ"מ פסידא לא קרינון בזה וגם כ"ע לאו דינא גמירי רק בשבועת שקר פתב רש"י שם בשבועות (דף ל"ב ע"א) דרוב ב"א אין נשבעין לשקר כו'.

אבל בשבועת אמת אין זה ברור כ"כ רק איפא אינשי דפרשי משבועת אמת כמש"כ הר"נ הנ"ל. וגם הא פתב הרמב"ם פי"א ה' שבועות דמצנה לישבע על האמת.

וע"כ שפיר יש לדון גבי מיגו לחיובי שבועה דלא אמרינון. משום דאין מעלה על דעתו דיהיה לו טובה מן חיוב שבועת אמת על התובע דהא ע"פ סבא הפשוטה הדעת נוטת דמסתמא ישבע פפי האמת ולא יפסיד חובו בשביל זה.

ואין זה שייך למש"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק נ"ו להשיג על תשובת הרא"ש דכתב גבי מיגו הסבא דלאו כ"ע דינא גמירי דמוכח בכ"ד דלא אמרינון פן ע"ש. היינו היכא שיש לו ריוח ברור אז מתחכם להשתדל אחר עצות איהו יהיה טוען ביותר להועיל אבל היכא דאין לו ריוח ברור אז לא שייך פן וע"כ שפיר י"ל פן בטעמא דלא אמרינון מיגו להשביע.

וכעין סברתי פתב פן הנו"ב מ"ק ח' אה"ע סי' ע"ד בשם גאון במה שהקשה בעדות מיוסדת הא יכול לומר לחייב שבועה באתי וע"ז תי' דא"כ מה בצע בעדות שקר הא אם האמת פדבריו ישבע: ובני הרב הג' מו"ה צבי נ"י אמר בטעמא דהה מילתא דאין אומרים מיגו להשביע ע"פ המבואר בשבועות (דף ל"ט) דהעומדים בעת השבועה אומרים סורו מעל הרשעים האלה משום דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם וכן מבואר בח"מ סי' פ"ז סעי' כ'.

[ומה שיש לעיין בזה דהא לקמן (דף מ"ז) איתא דשבועת ד' תהיה בין שניהם אתי למדרש מחושואיל"מ ורב ושמואל דלא ס"ל פן ס"ל דאתי לדרשא דחל על שניהם ולדינא דקיי"ל מחושואיל"מ א"כ מנלן למדרש מזה דחל על שניהם.

ענין מזה במחנה לוי לשבועות (דף מ"ז) דהעיר בנה ואכמ"ל]. והבית יוסף בסי' פ"ז ס"ק ל"ד פתב בשם הגהות שכתב בשם התוס' דפירשו במה דאמרו שבוועת ד' תהיה בין שניהם שחל על שניהם דממ"נ אינו יוצא בלא עונש אם הנשבע נשבע לשקר הרי עונש שבוועה עליו ואם נשבע באמת עונש שבוועה על המשביעו וכן פר"ח וסמ"ג עכ"ל.

וענין בשבועות (דף מ"ז) בתוס' ד"ה חלה על שניהם. ולפ"ז י"ל דלכן לא אמרינן מיגו להשביע משום דהא פלגא הוא בדיני מיגו דלא דינינן מיגו דהיה עושה א"ע רשע וענין בקידושין (דף נ') ותוס' ב"ב (דף ל"ג) ובש"ד בכללי מיגו ס"ק כ"ד.

וכיון דאמרו הכא דמקרי רשע גם התובע משום דשבועת ד' חל על שניהם ע"כ י"ל דלא ניחא ליה להשביע להתובע פלג. ובפ"ט האידנא דמבואר בסי' פ"ז סעיף כ"ב דכל מי שנתחייב שבוועה דיש לו להחרים על כל מי שטוען עליו דבר שאינו חייב כדי להשביעו חנם.

ושיטת הסמ"ע שם דאף בנשבעין ונוטלין הדין כן והט"ז חולק ע"ז. ולפ"ז יש לומר בפשטות מה דאין אמרים מיגו להשביע משום די"ל דאינו רוצה שישבע התובע משום דירא מן עונש החרם שיוטל על המשביעו שאינו משביעו בחנם כן י"ל בטעמא דהך מילתא עכ"ל בני שיקיה ויפה פתב ודפח"ח: ועדיין יש להעיר בכל הטעמים הללו דתינוח בטוען הלנה אמנה או מחילה או רבית וכיוצא ואין טוען מיד לאחר שטען כן שישבע התובע בזה שפיר י"ל מה דלא מהימנינן ליה במיגו דהיה טוען פרעתי והשבע לי משום די"ל דאז מתחלה לא היה רוצה פלג להשביע להתובע משום הטעמים הללו.

הן משום טעמא דידי דכיון דלא הוי רינח ברור לו מה שישבע התובע דהא אפשר דהצדק עם התובע והיה נשבע באמת פנ"ל. והן משום הטעם של בני שי' דלא רצה להיות נקרא בשם רשע או משום עונש חרם הנ"ל.

וכעת נתחרט ורוצה להשביע להתובע ואינו חושש לכל זה וע"כ א"ש מה דלא משביעין להתובע בטענת אמנה כו'. אבל היכא דבעת שהתחיל לטעון אמנה וכיוצא מיד בתכ"ד טען שישבע לו שאינו אמנה או מחילה ורבית וחינוך דרוצה דוקא שישבע לו התובע ואינו חושש לכל הנ"ל א"כ אז שפיר יש לדון דיהא מהימן במיגו דהיה טוען פרעתי והשבע לי להשביע להתובע ובאמת משמעות הפוסקים והטוש"ע דאף בכה"ג אין יכול להשביע להתובע בהטענות שזולת פרעתי: ענף ה' והרמב"ם ה' מלנה פ' י"ד ה' י"ג פתב הוציא עליו שטר מקנינים והלנה טוען מזוניף או רבית או אמנה כו' ואמר הלנה ישבע לי ה"ז מחלוקת בין הגאונים יש מי שהורה שחייב בעהש"ט לישבע כעין של תורה כמו שטען עליו שפרעו ורבתי הורו שלא ישבע המלנה כו' ולזה דעתי נוטה עכ"ל הרמב"ם.

וענין בראב"ד שם ולשון הרמב"ם הנה הובא בטור סי' פ"ב. ולכאורה יש להקשות על הסוברים דהלנה יכול להשביע להמלנה בנק"ח שאין השטר אמנה או רבית וכיוצא א"כ איה גובין בשטר תו"ז מיתומים בלא שבוועה פמבואר בב"ב (דף ה') אמאי לא נטעון להיתומים שמא הוא שטר אמנה ורבית וכיוצא ויהיה צ"ש עדיין.

וַיִּדְעָתִי מֵה דַּיֵּשׁ לְדַחֵק בְּזֶה. וַיּוֹתֵר נִרְאֶה לִי בְּזֶה דְשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים כִּן טַעְמָם הוּא מְשׁוּם דַּס"ל דְּאִמְרֵינּוּ מִיגוּ לְהַשְׁבִּיעַ וּע"כ נֶאֱמַן הַלְוָה לְחַיִּיב לְהַמְלִיחָה שְׁבוּעָה בִּנְק"ח עַל טַעֲנַת אֲמִנָּה וְרַבִּית מְשׁוּם דַּיֵּשׁ לֹא מִיגוּ דְּפָרְעָתִי וְהַשְׁבַּע לִי.

ע"כ בתו"ז דא"נ לטעון פּרעתי ולחייב שבוועה להמלנה אז אינו נאמן הלנה לטעון אַמְנָה וְרַבִּית וְלְחַיִּיב שְׁבוּעָה פִּינּוּן דָּאִין לֹא מִיגוּ ע"ז. וְלִכֵּן שְׁפִיר גּוֹבִין בְּשִׁטְר תו"ז מִיְתוּמִים בל"ש כָּלֵל וְלֹא שְׁיִיף לְדוֹן דְּנִטְעוֹן לְהִיְתוּמִים מֵה דְּמַצִּי אֲבִיָּהוּ לְטַעוֹן טַעֲנַת אֲמִנָּה וְרַבִּית לְחַיִּיבוֹ שְׁבוּעָה דְּהָא בְּחוּב תו"ז פִּינּוּן דְּלֹא מַצִּי לְטַעוֹן פְּרַעָתִי אֲז א"נ גַּם בְּאֲמִנָּה פִּינּוּן דָּאִין לֹא מִיגוּ ע"כ שְׁפִיר גּוֹבִין בְּשִׁטְר תו"ז מִיְתַמִּי בל"ש כָּלֵל.

אֲכֹן לְדִינָא דְּפִסְקִינּוּ דְּעַל אֲמִנָּה וְרַבִּית אִין לְהַשְׁבִּיעוּ מוֹכַח דְּלֹא דִּינִינּוּ מִיגוּ לְהַשְׁבִּיעַ: וְעַדִּינּוּ תַקְשָׁה פנ"ל עַל שִׁיטַת הַסּוֹבְרִין דְּהַלְוָה יְכוּל לְהַשְׁבִּיעַ לְהַמְלִיחָה עַל טַעֲנַת מַחִילָה כְּמִבְּנָאָר בְּסַעֲיָא י"א מְשׁוּם דְּדִינּוּ כְּמוֹ שְׁטוּעֵן פְּרַעָתִי דְּאִמְרֵי גּוֹבִין בְּחוּב תו"ז מִיְתוּמִים בְּלֹא שְׁבוּעָה הָא עַדִּינּוּ יֵשׁ לֹא לְיִשְׁבַּע עַל טַעֲנַת מַחִילָה דְּנִטְעוֹן לְהוּ מֵה דְּמַצִּי אֲבִיָּהוּ לְטַעוֹן וְהָא לְשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים הַלְלוּ הוּי טַעֲנַת מַחִילָה טַעֲנַת עֲצָמוֹ לְהַשְׁבִּיעַ לְהַמְלִיחָה כְּמוֹ בְּפָרְעָתִי.

וּמַצְאָתִי קְוִשָׁא זֹו בְּהַגְהַת ש"ע ח"מ שְׁל רַע"א זצ"ל בסי' פ"ב סַעֲיָא י"א שְׁהַקְשָׁה דְּאִמְרֵי גּוֹבָה תו"ז מִיְתַמִּי בל"ש נְטַעוֹן שְׁמָא מְחִלוּ לְשִׁיטַת הַרְמַב"ן דַּס"ל כִּן וְהָא הַרְמַב"ן ס"ל דְּטַעֲנִינּוּ לֹא שְׁכִיחַ לִיְתַמִּי כְּמִבְּנָאָר בסי' ק"ח כו' וְדוֹחֵק לֹאמַר דְּבִאֲמַת צ"ש שְׁלֹא מְחִלוּ וְצ"ע עכ"ל.

וַיֵּשׁ לִי לְהוֹסִיף עוֹד דְּהָא אַף אִם נִדְחוּק לֹאמַר דְּצָרִיף שְׁבוּעָה שְׁלֹא מְחִלוּ רַק עַל פְּרַעוֹן א"צ לְיִשְׁבַּע בְּתו"ז. עַדִּינּוּ תַקְשָׁה דְּהָא פִּינּוּן דְּנִשְׁבַּע שְׁלֹא מְחִלוּ דְּיִשְׁבַּע בְּתוֹרַת גְּלוּל שְׁבוּעָה שְׁלֹא נִפְרַע דְּהָא חֲזָקָה דְּתו"ז לֹא מְהַנִּי לְמִיפְטֵר מִן שְׁבוּעַת גְּלוּל וְכַעֲיֵן דְּבָרֵי הַש"ף בסי' צ"ד ס"ק ח' שְׁכַתֵּב דְּאַף בְּטַעֲנַת פְּרוֹזְבוּל הִנֵּה לִי וְאֲבָד דְּאִיפָא חֲזָקָה דְּלֹא שְׁבִיב הִיְתִירָא וְכִיּוֹצֵא בּוּ דְּאַף דְּהוּי חֲזָקָה מְעַלְיָא לְמַפְטֵר מְשְׁבוּעָה מ"מ מִן שְׁבוּעַת ג"ש אִינוּ פּוֹטֵר וְכַמְש"כ הַקְצָה"ח שְׁמ וְדִלֹא כְּהִתְוִמִּים שְׁמ.

וּמַצְיָנוּ לְקַמֵּן סִי' קי"ד סַעֲיָא ד' דְּמִשְׁבִּיעִין אֶת הַטּוֹרָף שְׁלֹא נִפְרַע וְלֹא מְחִלוּ וְלֹא מְכָרוּ וְכוּלָל בְּשְׁבוּעַתוֹ שְׁאִין זֶה אֲמִנָּה וְעִיִּין בַּסַּמ"ע שְׁמ. וְז"ל הַטּוֹר שְׁמ דְּנִשְׁבַּע שְׁלֹא נִפְרַע וְכוּלָל בְּשְׁבוּעַתוֹ שְׁאִין זֶה אֲמִנָּה וְלֹא מְכָרוּ וְלֹא מְחִלוּ וְעִיִּין בְּרַמְב"ם פ' כ"ב ה' מְלִנָּה ה' י'.

וְזֶה לְשׁוֹן הַש"ף בסי' נ"ה ס"ק ה' שְׁכַתֵּב בּוּזָה"ל וְאִפְי' אַת"ל דְּמַצֵּד גְּלוּל יְכוּל לְהַשְׁבִּיעוּ עַל מְוִקְדָּם וְרַבִּית כו' ע"ש. הַרִי דְּמַצְיָנוּ דְּמַגְלָגְלִין עַל הַטּוֹרָף שְׁבוּעָה אַף דְּהַלְקוּחֹת טוּעֲנִין שְׁמָא.

[וַיִּדְעָתִי מֵה דַּיֵּשׁ לְהַעִיר בְּכ"ז הָא דְּמִבְּנָאָר בסי' צ"ד סַעֲיָא ב' דְּטַעֲנַת סַפְק אִין מְגַלְגְּלִין כ"ז דְּלִיפָא רְגְלִים לְדָבָר. וּמַצֵּד טַעֲנִינּוּ לְהוּ לֹא שְׁיִיף ג"כ בְּכ"ז דְּהָא הַלְוָה עֲצָמוֹ אִינוּ יְכוּל לְהַשְׁבִּיעַם רַק עַל פְּרַעוֹן וְלֹא עַל מַחִילָה וְאֲמִנָּה דְּהָא לֹא שְׁיִיף כ"כ בְּדִידִי' לְהַשְׁבִּיעַ לְהַמְלִיחָה בְּתוֹרַת גְּלוּל שְׁלֹא מְחִלוּ וְאִינוּ אֲמִנָּה עַל שְׁבוּעָה שְׁלֹא נִפְרַע דְּהָא אִינוּ יְכוּל לְהִיּוֹת פְּרַעוֹן וּמַחִילָה וְאֲמִנָּה בִּיחַד וְעִיִּין בַּא"ה ע"ס צ"ו סַעֲיָא ב' בַּח"מ.

ויש להאריך בכ"ז הרבה. [עכ"פ מצינו דמגלגלין על הטורף מלקוחות לשבועה אף דטוענין שמה משום דהיכא דבא המלנה להוציא שאני.

ומגלגלין אף בטענת שמה ועיין בש"ף ח"מ סי' קמ"ו ס"ק ה' שפכת דמצינו דהיכא דבא ליטול נשבעין אף בטענת שמה וקצרת. ויהיה מאיזה טעם שיהיה פיון דחזינו דמגלגלין שבועה על המלנה בבא לגבות מלקוחות אף דטוענין שמה דלפ"ז הדין נותן דגם בחוב תו"ז הבא לגבות מינמי דיצטרף המלנה לישבע שלא נפרע בתורת ג"ש על השבועה שלא מחלו.

א"כ אף אם נדחוק בהדוחק שפכת רע"א זצ"ל הנ"ל ג"כ לא יהיה מתורץ קושיא זו: והנלע"ד לתרץ קושיא זו ע"פ מה שהעלתי בספרי נחל יצחק סי' ס"ט סעי' ה' להוכיח מן ירושלמי פתובות פ"ב ה"א עלה דאם יש עדים שפיצתה בהינומא פתובתה מאתים ומקשה הירושלמי וקחש לומר שמה מןפת עץ אריו"ח לא קחשו על דבר שאינו מצוי.

וקשה מירושלמי הנה על שיטת הרמב"ן דטוענין ליתמי אף דבר שאינו מצוי והארכתי שם בזה והוכחתי מזה כמש"כ הנתיבות בסי' ס"ט ס"ק י"א לתרץ קושיות הש"ף שם ע"פ פלל שפכת דדוקא היכא דמהני אף טענת שמה בזה ס"ל להרמב"ן דטוענין ליתמי אף מידי דלא שכיח אבל היכא דבעינן דוקא טענת ברי בזה אף להרמב"ן לא טוענין ליתמי דבר שאינו מצוי.

ולכן שפיר אמרו בירושלמי דכינן דמוכת עץ הוי דבר שאינו מצוי ע"כ פתובתה מאתים משום דהא התם בטוען הבעל שמה נאמנת להוציא מאתים משום ברי וחקוקת הגוף כמבואר בכתובות (דף י"ב) ולכן פיון דאין טוענין ליתמי לומר שהיתה מןפת עץ בתורת טענת ברי פיון דהוי דבר שאינו מצוי רק בתורת טענת שמה לכן יכולה להוציא מאתים ומוכח מזה כסברת הנתיבות ודלא כהש"ף שם.

ולכן א"ש מה דגובין חוב תו"ז מיתומים בל"ש משום דלא טוענין להו מידי דלא שכיח בזה אף להרמב"ן דהא בשבועה אין משביעין לבעה"ט אם הנתבע טוען שמה כמבואר בסי' זה סעי' ב' גבי טענת שמה נפרע המלנה.

וה"ה בטענת שמה מחלו דאין משביעין להמלנה במקום דלא הוי גלגול שבועה. [ומש"כ הש"ף בסי' קמ"ו ס"ק ה' הנ"ל.

אין זה פלל ברור בשארי דוכתי ועיין בסי' קכ"א סעי' י' וקצרת]. ולא שייך בטענת מחילה לטעון ליתמי בתורת טענת ברי פיון דמחילה הוי דבר שאינו מצוי וכמש"כ רע"א זצ"ל והסמ"ע בסי' נ"ח ס"ק ט"ו דמתנה הוי דבר שאינו מצוי וכ"כ הבעה"ט שער כ"א ח"ב אות ב' דמחילה לא שכיח.

ומתורץ קושיות רע"א הנ"ל בפשיטות. ומוכח מזה ג"כ כהפלל שפכת הנתיבות בסי' ס"ט הנ"ל משום דלהש"ך שם תקשה לקושיות רע"א הנ"ל.

ואחר פותבי כ"ז ראיתי באו"ת סי' זה ס"ק ז' שהקשה ג"כ לקושיות רע"א הנ"ל ותי' דשאני מחילה דלא שכיח פלל וכ"ע מודו דלא טוענין ליתמי וכ"כ השער משפט פאן בס"ק ז'. ורע"א לא הביא לדבריהם ונתירוצם הוא דוחק.

והעיקר כמו שפתי בזה: ולכאורה יש להביא ראיה לשיטת הסוברים דגם בטען הלנה
שהוא אמנה צריך המלנה לישבע בנק"ח ולא מחלקים בין פרעון לאמנה דהא בכתובות
(דף י"ט ע"א) אי' האומר שטר אמנה א"נ ומקשו בגמ' אילימא דקאמר לנה פשיטא כל
פמינו כו'.

ואי נימא כדפסקינו לחלק בין טענת פרוע לאמנה דפרעתי משבעינו להמלנה ובאמנה
אין משבעינו לבעה"ש א"כ י"ל דרב דאמר האומר שטר אמנה א"נ דזה קאי בלנה דרוצה
להשביע להמלנה על שטר דה"א דיכול להשביעו כמו בטענת פרעתי והשבע לי ע"כ
אשמועינן דבטוען אמנה אינו נאמן להשביע בנק"ח להמלנה.

[ואף דעיקר חיוב שבועה בטוען השבע לי על השטר הוא בשבועות (דף מ"א) מימרא
דר"פ. עכ"ז הא זהו מן דין המשנה וכמש"כ רש"י והר"נ והרע"ב בכתובות (דף פ"ז)
עלה דמנכסים משועבדים צ"ש דזהו משום דטענינו להו מה דמצי הלנה למטען כמבואר
בשבועות כו'.

ועיין בתוס' שבועות (דף מ"א) ד"ה וכי מה בין זה כו' ובספרי נחל יצחק סי' ע"א סעי'
י"ט]. ומדלא אמרו פן מוכח דס"ל להש"ס דאין לחלק בין אמנה לטענת פרעתי בזה.

ומ"מ אין זה קשה על מה דקיי"ל לחלק בזה בין אמנה לפרעתי משום די"ל דהנה דוחק
להש"ס לפרש לה דאין נאמן דקאי רק על חיוב שבועה להמלנה. ועיין בבבאור הגר"א
זצ"ל בסי' פ"ב ס"ק כ"ט שכתב להוכיח מן סוגיא דכתובות זו כשיטת הסוברים לחלק
בזה בין אמנה לפרעתי וקצת בזה: ענף ו נחזור לעניינינו דמוכח ממה דקיי"ל לדינא
דבטענת אמנה ורבית אינו יכול להשביע את המלנה אף דיש לו מיגו דפרעתי דמוכח
דלא אמרינו מיגו להשביע.

והפרישה בסי' פ"ד ס"ק ג' כתב על מה שמבואר בטור שם גבי פוגם שטר דכתב
הרמב"ם בתו"ז נפרע שלא בשבועה עבר זמנו לא יפרע אלא בשבועה וכתב הפרישה
ע"ז דאפילו טען הלנה פרעתי בתו"ז אפ"ה צ"ש המלנה משום דיש להלנה מיגו דהנה
טוען פרעתי לאח"ז עכ"ל.

הרי דס"ל להפרישה דאמרינו מיגו להשביע. אף דתקשה להפרישה ממה דקיי"ל לדינא
דבטוען אמנה ורבית וטען השבע דלא משבעינו אף דיש לו מיגו דפרעתי והשבע לי כמו
דסתם הפרישה פאן בסי' פ"ב ומסכים למה שכתב הטור בסי' פ"ב וכמו שכתב הרמב"ם
דדעתו נוטה דאין משביעין בטוען אמנה וכיוצא.

ואפשר לומר בזה דהא ברמב"ם פ' י"ד ה' מלנה ה' ג' כתב המ"מ להביא ראיה למה
שכתב הרמב"ם להכריע דבטוען אמנה לא משבעינו מן הא דשבועות (דף מ"א) דאר"פ
האי מאן דאפיק שטרא על חברי' וא"ל שטרא פרוע כו' אמרינו אישבע ליה ומדלא
אשמועינן רבותא דאף באמנה הדין פן מוכח מזה דדוקא בטוען פרעתי תקנו שישבע
בעה"ש וכמש"כ הלח"מ שם לבאר זה היטב ע"ש.

א"כ חזינו דעיקר התקנה דתקני שישבע בעה"ש דלא תקנו פן רק בפרעתי ולא בטוען
טענות שאין השטר עומד לקב. א"כ חזינו דהתקנה הנה בזה מפורש דעל טענות אחרות

לא יהיה צ"ש אף דגיש לז תמיד מיגו דפרעתי ע"ז והגוי כמו דהתנו חז"ל בפירוש הקא דלא יהיה מועיל מיגו שלו להשביעו.

וע"כ אין למדין מזה למק"א דלא יהיה מועיל מיגו להשביע אלא מוקמינן בשארי דוכתי על הדין דיהיה מועיל מיגו להשביע פיון דמהני דין מיגו בכולי ש"ס מפני מה ישתנה הדין גבי מיגו להשביע.

אלא הקא גבי שבועת השבע לי על שטר דהיה התקנה בפירוש מתחלה דעל טענות אחרות אין להשביע אף דגיש לז מיגו זה תמיד ואין מדמין גזירת חז"ל זל"ז פידוע וה"ה בתקנת חז"ל.

וכיוצא בזה מציינו להש"ף בסי' צ"ה ס"ק י"ז ובסי' ס"ו ס"ק קכ"ה שכתב דמיגו לאפטורי משבועת היסות לא אמרינן והאו"ת בסי' צ"ה פתב להוכיח פן מן שבועות (דף מ') דמוכח דכן היה התקנה גבי ש"ה דלא יהיה מועיל מיגו שלו.

ובחידושי לסי' צ"ה דחיתי לראיות האו"ת הנ"ל אף הוכחתי פן מן התוס' ב"ק (דף קי"ח ע"א) בד"ה ר"נ וריו"ח כו' שכתבו בשם הר"ת דס"ל כל"ב דר"נ בשבועות דאינו חייב ש"ה רק במודה שיהיה חייב רק שטוען פרעתי אע"ג דליפא עדים בהך הודאה כו'.

הרי דחיינו דכיון דתקנו חז"ל בפירוש גבי ש"ה דלא יהיה מועיל מיגו לאפטורי משבועה ע"כ אין למדין מהתם לשא"ד וקצרתי בזה. וה"ה הקא גבי מיגו לחיובי שבועה דחיינו דתקנו הקא בפירוש דלא יהיה יכול להשביעו בטענות אחרות דאין השטר עומד לכך ע"כ אין למדין מהתם לשארי דוכתי.

ולכן שפיר כתב הפרישה גבי טענת פרעתי בתו"ז פיון דגיש לז מיגו דפרעתי אחר זמנו והי' חייב שבועה פוגם דנאמן להשביע להמלנה במיגו פן י"ל בכוננת הפרישה: וכעין דברי הפרישה הנ"ל ראיתי בהגהת מיימוני להרמב"ם פ' י"ד ה' מלנה הל' א' אות ד שכתב ג"כ בדברי הפרישה.

דהרמב"ם פתב שם גבי פוגם שטרו כו' דלא יפרע אלא בשבועה ואם היה החוב לזמן ותבע בזמנו יפרע שלא בשבועה עבר זמנו לא יגבה אלא בשבועה וכתב הג"מ שם על מה דכתב הרמב"ם ותבע בזמנו היינו בתוך זמנו אוביאמא דמשלם זמניה ועיין בתוס' ב"ב פ"ק עכ"ל.

וכוננתו כמש"כ הפרישה דהאי תו"ז ותבע בזמנו דיפרע שלא בשבועה מייירי בתבעו בתו"ז או ביומא דמשלם זמני' דכתבו התוספות בב"ב (דף ה) דלא אמרינן מיגו דפרעתי השתא ביומא דמשלם זמני' אכל בתבעו אחר זמנו וטוען פרעתי בתו"ז נאמן הלנה להשביע להמלנה במיגו דהיה טוען פרעתי עכשיו לאחר זמנו דהיה צריך בעהש"ט לישבע גבי פוגם שטרו אף בלא טענת השבע לי.

ומוכח דהגהות מיימוני ס"ל כהפרישה דאמרינן מיגו להשביע. אכן מן תשובת רשב"א בשם הרי"ף והבעה"ת דהובא בב"ש לאה"ע סי' צ"ו בס"ק ח' שכתבו אם הבעל טוען אחר הגט שנתן לה הפתובה קודם הגט א"נ להשביעה משום חזקה דתו"ז מוכח דס"ל דלא אמרינן מיגו להשביע וכמש"כ הב"ש שם.

וְהִנֵּה לְעֵיל הַבְּאֵתִי לְדַבְרֵי הַב"ש בְּסִי קו"ג ס"ק י"ד שֶׁהֵבִיא בְּשֵׁם הַגְּהֵת מִיְמוֹנֵי שְׁפָתַי
גְּבִי עֲשׂוֹר נְכֹסֵי דָאָם הָאֲחִים טוֹעֲנִים הַשְּׁבַע שְׁלֵא הַתְּפִיסָה אֲבִינוּ צָרְרֵי חֲזִיקַת לִישְׁבַּע
מִשְׁמַע דְּמֵן דִּין שְׁבוּעַת אֲשַׁתְּבַע לִי אֶתוֹ עֲלֵה וְהַקְּשִׁיתִי דְּהָא ה"ל חוֹב תו"ז וְעַדִּיפָא בְּיֹתֵר
מִן חוֹב תו"ז כַּמְש"כ לְעֵיל.

אֲכֹן פְּעַת רְאִיתִי דְּאִין זֶה קָשָׁה כָּלֵל לְפִי דִי"ל דְּהַגְּהֵת מִיְמוֹנֵי פ' כ' ה' אִישׁוֹת הַל' ו' אֲזִיל
לְשִׁיטְתוֹ כְּפִי שְׁפָתַי בַּהַג"מ פ' י"ד הַל' מְלֻנָּה הַל' א' וְזֶה לְשׁוֹן הַג"מ הַל' אִישׁוֹת שָׁם פָּתַב
רְאֲבִי"ה אִם יִטְעֲנוּ הָאֲחִים בְּפִירוּשׁ הַשְּׁבַע שְׁלֵא הַתְּפִיסָה אֲבִינוּ צָרְרֵי שְׁאָז נִשְׁבַּעַת
כְּעֹבְדָא דְּרַבִּינָא דְּגַבְיָה לְבַרְתִּיהָ דְּרַב אֲשִׁי וְכו' ע"כ ע"ל הַג"מ.

וְלִכְאוּרָה תְּמוּהָ רְאִיתוֹ דְּהָא אָמְרוּ דְּגַבְיָה לְבַרְתִּיהָ דְּרַב אֲשִׁי שְׁלֵא בְּשְׁבוּעָה וּמְנַלֵּן דָּאָם
אָמְרוּ הַשְּׁבַע שְׁלֵא הַתְּפִיסָה אֲבִינוּ דַּצ"ש. וְהַנְּ"ל דְּעֵיקָר פְּנוּנַת הַג"מ בְּרְאִיתוֹ לְמָה דְּאָמְרוּ
שָׁם אַח"ז מְבַרְיָה דְּרַב סְמָא בְּשְׁבוּעָה.

א"כ חֲזִינוּ דְּהִיכָא דְּבָאֵת לְגַבּוֹת מִן יְתוּמִים שֶׁל הָאֲחִין דַּצ"ש כְּדִין שְׁבוּעַת יְתוּמִין וְעֵיקָר
הַטַּעַם דְּצָרִיכָה לִישְׁבַּע בְּבָאֵת לְגַבּוֹת מִן הַיְתוּמִין הוּא מִשׁוּם דְּטַעֲנִינוּ לְהוּ דְּהִיָּה אֲבִיָּהוּ
טוֹעֵן הַשְּׁבַע לִי וְכַמְש"כ רְש"י וְהַר"ן וְהַרְע"ב בְּכַתְּוֹבוֹת (דף פ"ז).

א"כ מִמִּילָא מוֹכַח מְהֵרָ סוּגְיָא דְּכַתְּוֹבוֹת (דף ס"ט) דְּגַם בְּעֲשׂוֹר נְכֹסֵי תִקְנוּ חו"ל לְשְׁבוּעַת
אֲשַׁתְּבַע לִי כְּמוֹ בְּשִׁטְר בְּשְׁבוּעוֹת (דף מ"א). מִשׁוּם דְּבִלָּא הוֹכְחָה זֹו הַיְיִתִּי מְחַלְקֵי דְּשִׁאֲנֵי
עֲשׂוֹר נְכֹסֵי דְּחֶסוּ חו"ל עַל הַפְּנוֹת דְּלֵא יְהִיּוּ נִשְׁבָּעוֹת וְכַמְבֹּאֵר בַּאֲה"ע ס' קו"ב סְעִיף ו'
וּב"ש ס"ק ט"ו דְּאִין הַפְּנוֹת נִשְׁבָּעוֹת עַל הַמְּזוּנוֹת.

וְכַעֲיִן זֶה אֵיתָא בִּירוּשְׁלַמִי לְגִיטִין פ"ה ה"ג בְּנֵי בְּנִים מָה הֵן ר"מ אָמַר בְּנֵי בְּנִים ה"ה
כְּבָנִים ר"י אָמַר אִין ב"ב כְּבָנִים וּפ"י הַפְּנֵי מִשָּׁה דְּקָאֵי עַל עֲשׂוֹר נְכֹסֵי דַס"ל לר"מ דְּכְמוֹ
דְּאִינֵן נִשְׁבָּעוֹת בְּגוֹבִין מִן הַבְּנִים כְּדֵי אִינֵן צ"ש בְּגוֹבִין מְבַנֵּי בְּנִים ע"ש.

ע"כ הֵבִיא הַג"מ לְרְאִיתוֹ מִן סוּגְיֹת הַש"ס דִּילֵן בְּכַתְּוֹבוֹת דְּהִיכָא דְּגוֹבִין מִן יְתוּמִין שֶׁל
הָאֲחִין דְּחֲזִיקַת לִישְׁבַּע. א"כ מוֹכַח מְזֵה דְּגַם בְּעֲשׂוֹר נְכֹסֵי תִקְנוּ לְשְׁבוּעַת אִישְׁתְּבַע לֹו כְּמוֹ
בְּשִׁטְר וְלֵא חֲלָקוּ בִּינֵיהֶם וְע"כ הִיכָא דְּטוֹעֲנִים הָאֲחִין הַשְּׁבַע לְנוּ שְׁלֵא הַתְּפִיסָה אֲבִינוּ
צָרְרֵי חֲזִיקַת לִישְׁבַּע.

וְעֵיקָר פְּנוּנַת הַג"מ בְּרְאִיתוֹ בְּמָה דְּאָמְרוּ בְּסוּף בְּסוּגְיָא זֹו. וְע"כ נִקְטַב לְשׁוֹנוֹ וְכו' וְכֵן
מְצִינוּ בְּכַמְּהָ רַאשׁוֹנִים דְּנִקְטוּ הַרִישָׁא וְכַוְנָתָם לְסוּף הָעֵנִין שֶׁל הַסּוּגְיָא: אִי דְּאֲכַתִּי תִקְשָׁה
דְּהָא הָוֵי נֶגֶד חֲזָקָה דְּתו"ז וְכַמְש"כ לְעֵיל וְהָיָה חוֹב עֲשׂוֹר נְכֹסֵי אֵלִים לֵן בְּיֹתֵר מִן חוֹב
תו"ז כַּמְש"כ לְעֵיל.

וְע"כ כְּתַבְתִּי לְעֵיל דְּטַעֲמוֹ שֶׁל הַג"מ הוּא מִשׁוּם דִּישׁ לְהָאֲחִין מִיָּגוּ דְּהִיּוּ אוֹמְרִים אֲנַחְנוּ
פְּרַעְנוּ לָהּ וְהַשְּׁבַע לְנוּ. וְאִי דְּהָא הָוֵי מִיָּגוּ לְחִיּוּבֵי שְׁבוּעָה מ"מ הָא נִתְבָּאָר דְּשִׁיטַת הַגְּהוֹת
מִיְמוֹנֵי פ' י"ד הַל' מְלֻנָּה הַנְּ"ל דַס"ל דְּאָמְרִינוּ מִיָּגוּ לְהַשְּׁבִיעַ ע"כ שְׁפִיר פָּתַב הַג"מ כָּאֵן
פ' כ' הַל' אִישׁוֹת דָּאָם טוֹעֲנִים בְּרֵי שֶׁהַתְּפִיסָה אֲבִינוּ צָרְרֵי חֲזִיקַת לִישְׁבַּע בְּמִיָּגוּ דְּהִיּוּ
טוֹעֲנִים הַשְּׁבַע לְנוּ שְׁלֵא פְּרַעְנוּ לָהּ בְּעַת שֶׁהִיָּה בְּדַעְתָּהּ לְהַנְּשֵׂא פִינוּן דְּמוֹכַח בְּסוּגְיָא
דְּכַתְּוֹבוֹת דְּגַם בְּעֲשׂוֹר נְכֹסֵי תִקְנוּ חו"ל לְשְׁבוּעַת הַשְּׁבַע לִי ע"כ מִמִּילָא נֶאֱמָן בְּמִיָּגוּ
לְהַשְּׁבִיעַ כֵּן הוּא בְּרוּר וְנִכּוֹן בְּכַוְנַת הַג"מ.

ולפ"ז יש להעיר על הב"ש דכיון דכתב בסי' צ"ו ס"ק ח' דלא אמרינן מיגו להשביע וכמש"כ שם להוכיח מן תשובת הרשב"א וע"כ בטוען הבעל דפרע הפתובה קודם הגט א"נ להשביעה אף דיש לו מיגו כו'.

א"כ תקשה על הב"ש דהביא בסי' קי"ג ס"ק י"ד הנ"ל לדברי הג"מ דצ"ש בטוענים השבע שלא התפיסה אבינו צררי. אבל דברי הג"מ אתי שפיר בפשיטות בעז"ה: ענף ז והנה לעיל פתבתי דדברי הפרישה יסתרו למה שכתבו הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' בשם הרשב"א גבי אם הבעל טוען פרעתי קודם הגט דאינו יכול להשביעה אף שיש לו מיגו דפרעתי אחר הגט והשבע לי משום דאין אומרים מיגו להשביע.

א"כ מוכח דלא פהפרישה דכתב גבי פוגם שטרן דאם טוען פרעתי בתו"ז נאמן להשביע במיגו דהיה טוען פרעתי לאח"ז. וכעת ראיתי דיש לחלק ביניהם והוא דהא לעיל פתבתי דהא תקשה על הפרישה ממה דקיי"ל דבטענות שאין השטר עומד לקה אין יכול להשביע להמלנה אף שיש לו מיגו דפרעתי והשבע לי וכתבתי לחלק דכיון דחזינו גבי שבועת אשתבע לי דבתחלת התקנה היה בפירוש דרק בטענת פרעון יהיה יכול להשביע אבל בטענות שאין השטר עומד לקה אינו יכול להשביע אף שיש לו תמיד מיגו דפרעתי א"כ בזה הוי כמו דהתנו חז"ל בעת התקנה דאשתבע לי דלא יהיה מועיל מיגו בזה.

ע"כ היה בטוען הבעל פרעתי בתו"ז דגם זה הוי כמו טענה דאין השטר עומד לקה פיון דיש חזקה דא"א פורע בתו"ז. רק לשיטת הרמב"ן המוכר לקמן סעי' י"א דמחילה הוי כמו טענת פרעתי אף דאין השטר עומד למחילה מ"מ דינו כמו טענת פרעתי פיון דאין עוקר השטר וכמש"כ הטור והסמ"ע שם.

לכן י"ל דה"ה טענת פרעתי תו"ז אף דאין עומד לקה מ"מ פיון דאין עוקר השטר מעיקרו ע"כ אין זה דומה לטענות אמה ורבית וכיוצא בו. אבל לשיטת הרשב"א והעיסור שהוכר בבעה"ת כפי שכתב הבית יוסף שם דס"ל דעל טענת מחילה ג"כ אין להשביע דדומה לטענת אמה ורבית משום דאין עומד לקה.

א"כ ה"ה בפרעון בתו"ז דהא אין עומד לקה שפרע בתו"ז ע"כ דומה לאמה ורבית דאין משביעין בשבועת אשתבע לי אף דיש לו מיגו דפרעתי משום דבזה התנו חז"ל בפירוש הקא דלא יועיל מיגו להשביע את הבעה"ש"ט בשבועת השבע לי בטענות שאין השטר עומד לקה.

ע"כ שפיר כתב הרשב"א דאין יכול להשביע את האשה אף דיש להבעל מיגו דפרעתי אחר הגט. ולכן אין ראיה מן הרשב"א הלז ולסתור לדברי הפרישה שכתב גבי שבועת פוגם דאם עכשיו עבר זמנו דיכול להשביע לשבועת פוגם אף דטוען פרעתי בתו"ז פיון דיש לו מיגו דפרעתי עכשיו.

משום דדוקא בשבועת השבע לי חזינו דתקנו פן בפירוש דלא יועיל מיגו להשביע. וכיון דלא מציינו פן בפוגם דהתנו חז"ל ה"ה דלא יועיל מיגו ע"כ מוקמינן אדינא דמועיל המיגו שיש לו כמו בקל הענינים ובכל התורה דמהני מיגו וה"ה מיגו להשביע דמ"ש.

ובפרט דמציינו בהגהת מיימוני דכתב ג"כ פדברי הפרישה ע"כ אין לנו להרבות במחלוקת ביניהם וגם הא הגידולי תרומה דהובא בכללי מיגו של הכנה"ג דהובא באו"ת ס"ק קי"ח

שכתב בזה"ל כי היכי דלא אמרינן מיגו לפטורי משבועה אפשר דג"כ לא אמרינן מיגו לחיובי שבועה עכ"ל.

הרי דגם הגי"ת לא כתב זה בדרך ברור רק בלשון אפשר כו' וגם היא פתבתי לעיל דאין זה דומה למיגו לפטורי משבועה בפרט דעיקר מילתא דמיגו לפטורי משבועה לא אמרינן אין זה ברור לדינא כ"כ דהא יש מחלוקת הפוסקים בזה פמבואר בס"י רצ"ו ובס"י צ"ג בש"ד שם.

ואין למילף לכל השבועות המשנה מן שבועת אשתבע לי פמבואר בכ"ד דיש הרבה חילוקים ביניהם לפי מה דמסיק הש"ס בשבועות (דף מ"א) לחלק בין שבועת אשתבע לי ובין פוגם וכיוצא.

ונתבאר דיש לומר דמן הרשב"א דהובא בב"ש סי' צ"ו הנ"ל לא יקנה ממנו סתירה לדברי הפרישה ולדברי הגהות מיימוני פ' י"ד ה' מלנה הלכה א' הנ"ל. ולפי מש"כ לעיל י"ל דהג"מ הנ"ל ס"ל פשיטת הרמב"ן הנ"ל בטענת מחילה פנ"ל וכפי שיבואר לקמן בארובה: אכן מן לשון הגי"ת דהובא בכללי מיגו בס"ק קי"ח הנ"ל לומר לשון הב"ש בס"י צ"ו ס"ק ח' מוכח דס"ל לכלל בכ"ד דאין אמרים מיגו להשביע.

ומוציאין ממון מן המוחזק אף אם לא ישבע התובע. ולפי מש"כ בשם הפרישה והג"מ יש מקום לדון דלא יקנה להוציא מן המוחזק בל"ש היכא דיש להנתבע מיגו לחיובי שבועה להתובע.

וכבר נתבאר למעלה דאף היכא דהוי ספק בחיוב שבועה להתובע אין מוציאין מן המוחזק בל"ש. וכן יש לדון לדינא בטוען הבעל פרעתי הפתובה קודם הגט והשבע לי דכיון דיש לו מיגו דפרעתי אח"ז דיהיה יכול להשביעה ואין להוציא הממון ממנו בל"ש.

ואף לפי מש"כ לעיל דבטענות שאין השטר עומד לקבץ לפי מה דקיי"ל לדינא דאין משביעין להמלנה אף דיש לו מיגו דפרעתי דה"ה בטוען פרעתי בתו"ז דמקרי ג"כ טענה שאין השטר עומד לקבץ.

מ"מ יש לדון בזה לפי שיטת הרמב"ן שיהובא לקמן סעיף י"א דמחילה הוי פטוען פרעתי משום דאין עוקר השטר מעיקרו א"כ לפ"ז ה"ה בטוען פרעתי בתו"ז דאף דאין עומד לקבץ מ"מ היא אינו עוקר השטר וע"כ אין זה דומה לאמנה ורבית.

ולכן אין למילף זה מן אמנה ורבית דלא מהני התם מיגו לחיובי שבועה דכן היה התקנה בפירוש פנ"ל. דהא יש לחלק לשטיה זו דתלוי הפל באם עוקר השטר ע"כ בפרעתי בתו"ז כיון דאין עוקר השטר אין זה דומה לאמנה.

ואף דהוי נגד חזקה דתו"ז מ"מ כיון דיש לו מיגו דפרעתי לאח"ז יש לו לחיובה שבועה משום מיגו לחיובי שבועה דס"ל להפרישה והג"מ דאמרינן ואף דבאמנה וכיוצא מודו דלא מהני מיגו פפי שנתבאר מ"מ היא לשטיה הרמב"ן דתלוי במה דעוקר השטר ע"כ אין למילף מן אמנה וכיוצא בו לטענת פרעתי בתו"ז.

וכיון דכה"ג לא מציינו ע"כ מוקמינן אדינא אף בשבועת אשתבע לי היכא דאינו עוקר השטר דיכול להשביע אם יש לו מיגו אף היכא דאינו נאמן בדין טענת עצמו. כן י"ל לפי

שיטת הרמב"ן וממילא אין להוציא ממון מהמחזק בל"ש דהא יכול לומר קים לי כהרמב"ן דלפי שיטתו מהני מיגו לחיוב שבועה אף בטוען פרעתי תו"ז פנ"ל: ולעיל פתבתי לבאר דברי הג"מ פ' כ' ה' אישות ה' ו' במש"כ דאם טוענים האחין השבע שלא התפיסה אבינו צררי דחייבת הבת לישבע.

ופירשתי טעמו משום דס"ל דה"ה בטוען הלנה פרעתי בתו"ז והשבע לי דחייב לישבע במיגו שהיה טוען פרעתי לאח"ז והשבע לי דמשביעין לבעהש"ט. ואפתי יש להקשות ע"ז דהא חזינן בטענת אמה ורבית וכיוצא דאין, משביעין אף דיש לו מיגו ומוכח מזה דבהשבע לי אין משביעין לבעהש"ט אף דיש לו מיגו משום דכן היה התקנה פנ"ל א"כ ה"ה בטוען פרעתי בתו"ז פנין דאין עומד לקף לא יועיל המיגו להשביע ומ"ש.

ומתחלה היה בדעתי לומר דהג"מ יהיה סובר פשיטת הסוברים דגם באמה ורבית משביעין לבעהש"ט וכמו שכתב הרמב"ם בשמ"פ י"ד ה' מלנה ה"ג ואפשר דטעמם ג"כ הוא משום המיגו דפרעתי שיש לו וכמש"כ לעיל.

אבל זהו דוחק לומר דהג"מ יהיה סובר פשיטה זו דהא הרמב"ם שם הכריע דאין משביעין בטענת אמה אף דיש לו מיגו והג"מ שם דסתם בזה משמע דס"ל פן ואדרבה משמע שם בהג"מ אות ה' דס"ל ג"כ פן דהא כתב שם הטעם דלכן נשבע בעהש"ט משום די"ל דאפשיטי דספרא נייר ליה וכן דרף הלנה להאמין להמלנה בשביל הטובה שעשה לו.

וכמש"כ התוס' בשבועות (דף מ"א) ד"ה ולמר בר רב אשי כו'. וזה הטעם לא שייך רק בטענת פרעתי.

אמנם לפי מש"כ כעת דלשיטת הרמב"ן דמחילה דמי לפרעון פנין דאינו עוקר השטר א"כ י"ל דה"ה בפרעתי תו"ז משביעין פנין דאין עוקר השטר. ולזה אין הכרע כ"כ מן הרמב"ם שם איהו יהיה סובר בהפלוגתא דבין הרמב"ן והחולקין עליו בזה.

וע"כ שפיר י"ל דהג"מ ס"ל גם פן פשיטת הרמב"ן בזה ושפיר כתב בטוען פרעתי בתו"ז דמשביעין פנ"ל. וראיתי בבאר הגולה סי' זה ס"ק ט' לסע"ף י"א דגם הרמב"ם ס"ל פשיטת הסוברים דעל מחילה אין משביעין.

ובאמת פן משמע מן מש"כ הרמב"ם שם פ' י"ד ה' מלנה ה' ג' דאין נשבע אלא בטענת פרעון משום דלפרעון עומד. אף מן מה שראיתי בבעה"ת שער כ"א ח"ב אות ב' שכתב להסברא דגם גבי מחילה י"ל הטעם דקאי למחילה משום דהא אמרו מפייס הוינא ומחיל לי כו'.

א"כ לפ"ז אין הכרע כ"כ להוכיח פן מלשון הרמב"ם. ואף דבפרעון תו"ז לא שייך לומר דעומד לקף וכמש"כ לעיל מ"מ י"ל פנין דאין מפורש זה להדיא כ"כ בהרמב"ם ע"כ אין ראי' כ"כ מן מה דסתם הג"מ שם בזה ושפיר י"ל פנ"ל.

וינדעתי מה די"ל עוד דכיון דשם פרעון הני טענה דהחוב עומד לקף עכ"פ ע"כ ה"ה בפרעתי בתו"ז ג"כ משביעין פנין דעומד עכ"פ לשם פרעון. אבל האמת ברור הוא

דלהסוכרין דאין להשביע בטענות שאין השטר עומד לכה אף דאינו עוקר השטר דה"ה הדין פן בטוען פּרעתי בתו"ז פּינן דאין עומד לפרעון בתו"ז משום חזקה דתו"ז.

ולכן פרור כמש"כ דנה תלוי בהך פלוגתא אם משבעינן בטענה דאין עומד לכה פּינן דאין עוקר החוב דה"ה בפּרעתי בתו"ז שייך לדון דתליא בהך פלוגתא דרבנן וּכמש"כ. ובכּוננת הג"מ י"ל כמש"כ בכּוננתו.

ובטעמו דכתב הג"מ שם פנ"ל אין מזה הוכחה לסתור לכל זה וקצתתי: ולכן שפיר י"ל דהג"מ דכתב בשם הראב"ה בפ"ך ה' אישות ה' ו' דאם טוענין השבע שלא התפיסה אבינו צררי דחייבת לישבע דנהו משום מיגו פנ"ל וס"ל פהרמב"ן דהיכא דאין עוקר השטר אינו דומה לאמנה ורבית דלא מהני התם מיגו.

ואף שטוענין שהתפיסה אבינו צררי בחייו א"כ לפ"ז הוא עוקר החוב מעיקרו פּינן דעיקר החוב הוא על האחין ואם נימא דפרע אביהן בחייו א"כ לא הנה מעולם חייב פּלל על האחין. מ"מ אין זה מקרי עקירת החוב פּינן דעכ"פ הא פרע אביהן בשביל החוב שיש לבנותיו על האחין וגם הא כתב שם בלשון דהתפיסה אבינו צררי וצררי הא הוא משכּוּן ולא פרעון גמור כמבואר בכ"ז ע"כ אין זה מקרי עקירת החוב מעיקרו ואינו דומה לאמנה ורבית כו' וזה פשוט.

ויהנה איה שיהנה פּינן דחזינו דהראב"ה ס"ל דיכול לטעון השבע שלא פרעתי אף בתו"ז ומן דין השבע לי דשטר בנק"ח כדמוכח בכּוננתו וכמש"כ לעיל בכּוננת הג"מ ה"ל. א"כ אף דהרשב"א ס"ל דאינו יכול להשביעה בטוען פרעתי הכתובה בתו"ז וכמש"כ הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' בכּוננת הרי"ף והרשב"א דאין אומרים מיגו להשביע מ"מ לדינא יכול לומר הנתבע שהוא מוחזק קים לי כהג"מ והראב"ה ה"ל דיכול להשביע ע"ז ומספיקא אין מוציאין בל"ש כמש"כ לעיל.

וראיתי פעת בבעה"ת שער ט"ז ח"ב אות ה' שהביא בשם תשובת הרי"ף ה"ל דאם הבעל טוען פרעתי קודם גירושין אינו משביעה משום חזקה דתו"ז כו'. וכתב הגי"ת שם להקשות דאמאי לא הנה נאמן במיגו דפרעתי אח"ז והשבע ות' שני תירוצים.

תי' א' הוא דמיירי סמוך לגירושין דבהא ליכא מיגו דהוי כתבעו ביומא דמשלם זמני' דלא מהימן במיגו א"נ אפי' הנה התביעה כמה ימים אחר הגירושין אפשר לומר כי היכי דס"ל להרמב"ם ורבבו דאין אומרים מיגו לפטורי משבועה הכי נמי אין לומר מיגו לחיובי שבועה כו' עכ"ל הגי"ת.

א"כ לפי תי' קמא של הגי"ת אינו מוכח פּלל מן תשובת הרי"ף למש"כ הב"ש להוכיח ממנו דאין אומרים מיגו להשביע די"ל באמת דאם הנה התביעה כמה ימים אחר הגירושין דנאמן במיגו לחייבה שבועה רק לתי' השני של הגי"ת דכתב בלשון אפשר לומר כו'.

ולכן אין לנו פת להוציא ממון בל"ש מהמוחזק בפרט דחזינו בהג"מ דכתב בשם הראב"ה דיכול להשביע וכן כתב הפרישה פנ"ל. ע"כ לדינא אין להוציא ממון בל"ש אף בטוען פרעתי בתו"ז פּינן דיש לו מיגו דפרעתי לאח"ז והשבע לי.

ואף דהוי ספק ספיקא לחייב שבועה ספק א' שמא הדין הוא דלא אמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז דהא זהו בעיא דלא איפשיטא בב"ב (דף ה') ספק ב' שמא הלכה כהסוברים דחזילה דמי לאמנה דאין יכול להשביע להבעהש"ט פ"ן דאין עומד לכה וממילא מוכח דלא מהני בי' אפילו היכא דיש לו מיגו פנ"ל.

מ"מ הא פ"ן דלא מהני ס"ס להוציא מהמחזק דהא ס"ס הוא מן דין רובא ואין הולכין בממון אחר הרוב. וכ"ן דבספק חייב שבועה על הבעהש"ט לא מפקין בל"ש כמש"כ לעיל מן הא דסי' פ"ד גבי פוגם בעדים.

ע"כ ה"ה אף היכא דהוי ס"ס לפטור מן השבועה מ"מ יכול לומר קים לי פהמיעוט ואין להוציא ממון דהא אין הולכין בממון אחר הרוב. ואף דעיקר שבועה הוא מדרבנן מ"מ פ"ן דהדין הוא דאף בספק שבועה מדרבנן לא מפקין דהוי כמו כל ספק דהממע"ה.

א"כ פ"ן דהדין הוא דלא מפקין ממון ע"פ ס"ס ע"כ הדין פ"ן גם בספק שבועה מדרבנן דאין אנו יכולין להוציא ממון מספק והממע"ה: והנה לעיל פתבתי דלפי מה שנתבאר בכוננת הג"מ דהובא בב"ש סי' קי"ג ס"ק י"ד דבהשבע שלא התפיסה אבינו צררי חייבת לישבע דזהו משום מיגו דפרעתי לאח"ז והשבע לנו.

דלפ"ז יתנה סתירה מזה לדברי הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' דכתב בטוען הבעל פרעתי בתו"ז דא"צ שבועה משום דאין אומרים מיגו להשביע. ולכאורה אפשר לחלק ביניהם והוא כי בספרי נחל יצחק סי' מ"ג סעי' י"ד העליתי דרובא וחזקת חייב מוציאין עפ"ז מהמחזק.

ולפ"ז ה"ה ספק ספיקא עם חזקת חייב הדין נותן דמוציאין עפ"ז מהמחזק א"כ ה"מ בהבעל טוען פרעתי הפתובה מקודם הגירושין דיש שם ספק ספיקא המסייע להאשה היינו ספק א' שמא הדין דלא אמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז וספק ב' שמא הדין הוא דאין דנין מיגו להשביע ודלא פשיטת הג"מ והפרישה הנ"ל וגם הא יש חזקת חייב דהא ידוע לנו דהבעל הנה חייב מכבר חוב הפתובה וכ"ן דיש ס"ס וחזקת חייב המסייע להאשה ע"כ מוציאין מן הבעל את חוב הפתובה אף דלא נשבעת להבעל.

משא"כ בחוב עשור נכסי דאה"ע סי' קי"ג דאם נמא דאביה התפיסה צררי בחייו א"כ ממילא לא הנה לבנותיו שום חייב מעולם על אחיהן ולא שייך לדון להחזקת חייב הנ"ל פ"ן דהוי רק בע"ח של האחין ובס"ס לחודא הא אין מוציאין מהמחזק ועיין בספרי נחל יצחק סי' ט"ט סעי' ה'.

ואף ששקשה להעמיס פ"ן בכוננת ובלשון הב"ש מ"מ לדינא יש לכאורה מקום לדון פ"ן בענין בפ"ע. ועכ"ז לדינא קשה לדון פ"ן דהא ידוע דבספיקא דדינא לא שייך לדון לאוקמי אחזקה דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין א"כ הכא דאף דע"י הספיקא דדינא הספק הוא אם להאמין את הבעל להשביע או דנאמנת בל"ש מ"מ הא עיקר הספק הוא ע"י ספיקא דדינא הנולד לנו בזה היינו ספק א' אם נאמן במיגו נגד חזקה וספק ב' אם דיינינן בטענת פרעתי בתו"ז דדומה לאמנה וכיצא דהא אינו עומד לכה ואף שיש לו מיגו אין לנו להשביע להבעה"ש או דאינו דומה לאמנה משום דהא אינו עוקר החוב ולכן שפיר נאמן במיגו להשביע וכמש"כ ההג"מ.

וכיון דעיקר הספק הוא בשביל ספיקא דדינא ע"כ לא שייך לדון בזה לחזקת חיוב ולכן יכול המונחק לומר קים לי דהדין הוא דיכול להשביע ע"ז ואף דאפתי יש ס"ס פנגדו מ"מ הא בס"ס לחוד אין מוציאין ממון מהמוחזק ואין לנו פח להוציא מן המונחק שטוען פרעתי בתו"ז היכא דיש לו מיגו דפרעתי אח"ז כ"ז דלא ישבע התובע: וראיתי בקצה"ח לסי' פ"ב ס"ק ז' שכתב על מה דכתב המחבר יש מי שאומר דטענת מחלת לי דינו כמו שטוען פרעתי וחיוב בעהש"ט לישבע וז"ל והיא אינה טענה מצד עצמה אלא משום מיגו דפרעתי א"כ משמע דאמרינו מיגו להשביע ועיין ב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק ח' דלא אמרינו מיגו להשביע ובג"ת תלי זה בפלוגתא אי אמרינו מיגו לפטורי משבועה ועיין בקצה"ח שם ס"ק ט"ז עכ"ל.

ודבריו תמוהין דאם כדבריו דמשום מיגו אתינן עלה במה דאמרו דמשביעין על טענת מחילה א"כ תקשה דלפ"ז גם באמנה ורבית הנה הדין דיהנה חייב המלנה שבועה משום מיגו שיש להלנה לטעון טענת פרעתי וע"כ מוכח דאף דיש להלנה מיגו דפרעתי מ"מ לא משבועינן א"כ ה"ה במחילה.

ועיקר קושיות הקצה"ח הנה"ל אינו קשה דאף דמחילה אינו טענת עצמו רק במיגו דפרעתי מ"מ משבועינן להו שיטה דרק לענין פרעון להאמינו להלנה א"נ רק במיגו אכל לשבועה יכול הלנה להשביע להמלנה אף על טענת מחילה דחזינן על טענת פרעתי דאינו נאמן נגד השטר ומ"מ תקנו חז"ל דמשביעו וה"ה במחילה להו דיעה והוא פשוט: ענה ח וראיתי בספר דברי משפט לסי' פ"ב סעי' א' דהביא ראיה דלא אמרינו מיגו לחיובי שבועה מהא דב"מ (דף ל"ה ע"א) ואם אי' לדר"ה לישבע כמה הנה שנה ע"י גלגול ומתריץ במאמינו דאינו ברשותו ואינו מאמינו כמה הנה שנה ואי נימא דאמרי מיגו לחייב שבועה א"כ יהנה נאמן הלנה לחייב שבועה למלנה במיגו דלא הנה מאמינו דאינו ברשותו ואז הנה חייב המלנה לישבע כמה הנה שנה ע"י גלגול ומוכח מזה דלא אמרינו מיגו לחיובי שבועה עכ"ל.

ויש לדחות זה הראיה דהא קיי"ל בכל מיגו דלא מהני רק בתכ"ד דאל"כ הא הני מיגו למפרע דלא אמרינו א"כ י"ל דהו במאמינו מיירי דהאמינו הלנה להמלנה מיד בעת שאמר לו המלנה דאבד המשכון ממנו ומקודם דנולד הסכסוך והקשה כמה הנה שנה המשכון בטענותיהם ע"כ לא שייך לדון פאן לדין מיגו כלל.

וכן משמע פשט לשון המשנה דשם דאמרו המלנה על המשכון ואבד המשכון וא"ל סלע הלוייתו כו' ע"כ שפיר י"ל דמיירי פנ"ל. וי"ל באמת דאם לא האמינו מתחלה רק לאחר שנפל הסכסוך ביניהם דנאמן הלנה במיגו לחייבו שבועה פן י"ל בפשט הסוגיא.

ומן דברי התוס' שם בד"ה תהא במאמינו כו' אין סתירה לזה. ואף אם נימא דמן דברי התוס' הנה"ל מוכח דלא כמש"כ מ"מ י"ל דמן דברי התוס' בלא"ה אינו ראיה להוכחתו והוא דהנה הדברי חיים שם הביא עוד ראיה דלא אמרינו מיגו לחיובי שבועה בשם בנו הרב כו' מן מה דהקשו בתוס' גיטין (דף נ"א ע"א) ד"ה תניא נמי הכי כו' על פי הקונטרס דליהמני' גבי שוורים דהחזירתי להו במיגו דלא מצאתי אלא א' כו' ואי אמרינו מיגו לחייב שבועה יהנה התובע נאמן לחייב להנחבע שבועה במיגו שהנה טוען טענת ברי גמורה

דְּמַצָּאָתָּ שְׁנֵי שְׁנוּרִים כּו' וּמוּכָח דְּהַתּוּס' ס"ל דְּלֹא אֶמְרִינן מִיגוּ לְחַיּוּבֵי שְׁבוּעָה וְשִׁפּוּר
הַקְּשׁוֹ הַתּוּס' וְנִכּוֹן הוּא רְאִיָּה שֶׁל בְּנֵי נ"י הַנְּז"ל עכ"ל הַדְּבָרֵי חַיִּים.

וּלְפִי רְאִיָּתוֹ יִהְיֶה מוּכָח דְּאִף דְּמִן קוֹנְשׁוֹת הַתּוּס' דְּשֵׁם מוּכָח דַּס"ל דְּאֶמְרִינן מִיגוּ לְפִטוּרֵי
מְשׁוּבְעָה וּכְשִׁטְתָּם בְּשֵׁא"ד וּכְמַש"כ הַפְּנ"י שֵׁם מ"מ ס"ל דְּלֹא אֶמְרִינן מִיגוּ לְחַיּוּבֵי
שְׁבוּעָה וְדִלֹּא כַּהֲגִי"ת דְּתוּלָה זֶה אִם אֶמְרִינן מִיגוּ לְפִטוּרֵי מְשׁוּבְעָה: וְלַעֲנ"ד אֵינּוּ רְאִיָּה
מִן הַתּוּס' וְהוּא דְּהָא מְצִינּוּ בַב"מ (דָּף ב' ע"א) בְּתוּס' ד"ה וְזֶה נוּטֵל רְבִיעַ כּו' דְּכָתְבוּ
לְכָלֵּל דְּלֹא אֶמְרִינן מִיגוּ לְהוֹצִיא וְהֵיכָא דְּחֻזְקַת הַבְּתִים (דָּף ל"ב) דְּהִימְנִי רַבָּה לְהוֹצִיא
בְּמִיגוּ כּו' הֵתָם ה"ט דְּאֶפִּי שְׁתִּיק כּו' עכ"ל.

א"כ חֻזְיָנן דְּשִׁטַּת הַתּוּס' שֵׁם דַּכ"ע ס"ל דְּלֹא אֶמְרִינן מִיגוּ לְהוֹצִיא. ע"כ י"ל דְּגַם הַתּוּס'
בְּגִיטִין (דָּף נ"א) דְּהַקְּשׁוֹ עַל רִש"י פְּנ"ל דַּס"ל ג"כ פְּשִׁיטְתָּם בְּרִישׁ ב"מ דַּכ"ע ס"ל דְּלֹא
אֶמְרִינן מִיגוּ לְהוֹצִיא וְהַטַּעַם הוּא מְשׁוּם דְּאֵלִים לֵן חֻזְקַת מְמוּנָא בְּיוֹתֵר מִמְעַלְתַּת הַמִּיגוּ.

א"כ ה"ה הֵיכָא דְּיֵישׁ לְהַתּוּבַע מִיגוּ לְחַיּוּבֵי שְׁבוּעָה לְהַנְּתַבַּע ג"כ דְּיִינְיָנן מַה"ט דְּאִין פֹּחַ
בְּהַמִּיגוּ לְחַיּוּבֵי שְׁבוּעָה לְהַנְּתַבַּע מְשׁוּם דְּאִם נִימָא לְדוּן מִיגוּ בְּזֶה אֲזִי אִם לֹא יִשְׁבַּע הַנְּתַבַּע
יִשְׁלַם מְמוֹן ע"כ מְקַרֵי זֶה ג"כ פְּעִין מִיגוּ לְהוֹצִיא דְּלֹא אֶמְרִינן לְשִׁיטְתָּם כַּדַּס"ל בְּרִישׁ
ב"מ וְלָכֵן שִׁפּוּר הַקְּשׁוֹ הַתּוּס' בְּפִשְׁטוּת פֶּן עַל שִׁיטַּת רִש"י.

וְיַדְעָתִי מַה שְׁכָּתְבוּ הַתּוּס' בַּב"מ (דָּף קט"ז) בַּד"ה וְהָא רַבָּא אֶפִּיק זִוְגָא כּו' בַּסַּה"ד. אָבֵל
דְּבָרֵי הַתּוּס' בְּגִיטִין שִׁפּוּר י"ל דַּס"ל כַּמַּש"כ בְּתוּס' רִישׁ ב"מ דַּכ"ע ס"ל דְּלֹא אֶמְרִינן
מִיגוּ לְהוֹצִיא.

[וְיָמָּה שְׁיֵישׁ לְדוּן בְּדָבָרֵי הַתּוּס' בַּב"מ (דָּף ו') תּוּס' ד"ה אֶגְרַת לִיה בְּלֹא סְהַדֵי כּו' דְּלֹא
פְּתָבוּ דַּה"ל מִיגוּ לְהוֹצִיא וְעֵינָן מְזִה בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק בְּקוּוּטְרַס בְּתַפְיֶסָה בְּדָרְרָא דְּמְמוּנָא
ס' ג' עָנַף א' שְׁתַּרְצָתִי זֶה בַּעז"ה.

וְעֵינָן בְּתוּס' פְּתוּבוֹת (דָּף ט') ד"ה לֹא דְקָא טְעֵן כּו' בַּסַּה"ד שָׁם]. וְע"כ י"ל דַּמַּה"ט לֹא
אֶמְרִינן מִיגוּ לְחַיּוּבֵי שְׁבוּעָה לְהַנְּתַבַּע וְעֵינָן בַּסַּמ"ע ס' רַצ"ו ס"ק א' וּבַשֵּׁ"ף שָׁם ס"ק א'.

אָבֵל הֵיכָא דְּיֵישׁ מִיגוּ לְהַנְּתַבַּע לְחַיּוּבֵי שְׁבוּעָה לְהַתּוּבַע י"ל דְּגַם הַתּוּס' גִּיטִין הַנְּז"ל ס"ל
דְּאֶמְרִינן מְשׁוּם דְּהָא הָנִי לְהַחֲזִיק מְמוֹן דְּאִם הַתּוּבַע לֹא יִשְׁבַּע לֹא יִהְיֶה יְכוּל לְהוֹצִיא מְמוֹן
מִהַנְּתַבַּע וְע"כ אֵין רְאִיָּה מִהַתּוּס' לְזֶה: וּלְפ"ז אִף דְּנִימָא דְּמִן הַתּוּס' בַּב"מ (דָּף ל"ה) בַּד"ה
תְּהָא בְּמַאֲמִינוּ כּו' שְׁכָּתְבוּ שְׁמַפְסִיד בְּמָה שְׁמַאֲמִינוּ כּו' דְּמִשְׁמַע דְּהָא בְּמַאֲמִינוּ הוּא לְאַחַר
שְׁנַפְלוּ הַסְּכָסוּכִים בְּיַנְיָהֶם וְדִלֹּא כַּמַּש"כ לְעֵיל מ"מ אֵינּוּ רְאִיָּה מִן הַתּוּס'.

מְשׁוּם דַּס"ל פְּשִׁיטְתָּם בְּרִישׁ ב"מ הַנְּז"ל דַּס"ל דְּלֹא אֶמְרִינן מִיגוּ לְהוֹצִיא ע"כ אֵינּוּ נֶאֱמָן
הַלְוָה לְחַיּוּבֵי שְׁבוּעָה לְהַמְלִיחָה בְּמִיגוּ וְכַנ"ל. וּבַלְשׁוֹן הַש"ע בַּס"י ע"ב סַע"י י"ב דְּכָתְבַת הָא
דִּין דְּמַאֲמִינוּ וְסַתָּם דְּמִשְׁמַע דְּאִף דְּמַאֲמִינוּ לְאַחַר שְׁהַכְּחִישׁוּ זַא"ז ג"כ הַדִּין פֶּן.

זֶהוּ ג"כ מְשׁוּם דְּלֹא אֶמְרִינן מִיגוּ לְהוֹצִיא פְּמִבְּנָאָר בַּס"י פ"ב סַע"י י"ב. וְסַעַד לְדָבָרֵי הוּא
מִן הַרְמַב"ם פ' י"ג ה' מְלִוָּה ה"ד שְׁלֹא הֵבִיא לְהָא דְּמַאֲמִינוּ דַּב"מ (דָּף ל"ד) וְכָתְבַת הַמַּגִּיד
מְשֻׁנָּה דְּזֶהוּ לְפִי שְׁהוּא פְּשׁוּט.

א"כ ממילא מוכח מזה דהך במאמינו אינו הכרח להוכיח מזה להך דין מן הדין שהוכיח בעל דברי משפט דלא אמרינו מיגו לחיובי שבועה אלא י"ל כמש"כ לומר דמיירי במאמינו מתחלה מקודם שנפלו ההכחשות ביניהם דלא שייך כלל מיגו בזה וע"כ הוי זה דין פשוט ולכן לא הנפיר זה הרמב"ם ומוכח כמש"כ.

או די"ל דלכן לא מהימן במיגו לחיובי שבועה משום דזה הוי כמו מיגו להוציא כמש"כ וע"כ א"ש ג"כ מה דלא הנצרך הרמב"ם להביא להך דמאמינו כי אף דמוכח מזה דלא אמרינו מיגו להוציא מ"מ פיון שמבואר פבר הך דין מפני ברמב"ם פ' י"ד ה' ו' דהביא הך עובדא דב"ב (דף ל"ב) דהלכתא פרב יוסף בזווי ואף בשטר מקוניים לא מהני מיגו משום דלא אמרינו מיגו להוציא ודלא פשיטת הרמב"ן שם.

ועיין בפ"ד לקמן סי' פ"ג סוף ס"ק ט' מה שהביא בשם הרמב"ם דס"ל דלא אמרינו מיגו להוציא. וע"כ לא הנצרך הרמב"ם להביא להך דינא דמאמינו כי אין בזה דין מן הדין כלל ומוכח כמו שפתיבתי: ולפי מה שנתבאר יוצא לנו לדינא דאם יש להתובע מיגו לחייב שבועה להתבטע דלא מהני הך מיגו לחייב שבועה להתבטע משום דהוי כמו מיגו להוציא מן הפונדוק והן בשד"א הדין פן ואף בשבועה דרבנן דלא נחתינן לנכסין רק ענשינן ע"ז ג"כ הדין הוא פן משום דגם זה הוי פעין מיגו להוציא במה דיענשו את התבטע בגופו ומה לי ממון ומה לי שבועה כמו דמוכח בכמה דוכתי.

ועיין בכללי מיגו של הכנה"ג באו"ת ס"ק ז' דלכוף לחלוץ הוי כמו מיגו להוציא דלא אמרינו. ואף להאו"ת שם בס"ק ה"ל עכ"ז שבועה שאני דכינן דבשד"א דנחתינן לנכסין שייך לדון בזה להתחזקת ממונא דלא יועיל מיגו להוציא מהפונדוק א"כ ממילא ה"ה פן בשבועה דרבנן אף דלא נחתינן לנכסין.

דאין סברא לומר דבשד"א לא אמרינו מיגו לחיובי שבועה ובשבועה דרבנן יועיל מיגו לחייבו שבועה וכל דתקון רבנן פעין דאורייתא תקון וקצתתי. אכן היכא דמיירינן במיגו של התבטע לחייב שבועה להתובע בזה יש מקום לומר דיהיה מועיל מיגו של התבטע לחייב שבועה להתובע דאם לא ישבע אין לו יכולת להוציא ממון מהפונדוק משום דמש"כ הב"ש והגי"ת דלא אמרינו מיגו לחיובי שבועה אין זה כלל ברור לדינא כפי מש"כ בשם הפרישה והג"מ ה"ל.

ומש"כ הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' להוכיח פן מתשובת הרשב"א והרי"ף אין זה מוכרח כ"כ כפי שנתבאר לעיל: והנה לעיל פתיבתי סברות נכונות בטעמא דהך מילתא דלא אמרינו מיגו לחיובי שבועה טעמא דידי משום דאין לו רוןחא כ"כ במה ששייג שבועה על התובע דהא אם האמת פדברי התובע אזי ישבע שבועת אמת כמו שנתבאר לעיל בארנפה או ע"פ הטעם שפתיבתי לעיל בשם בני הרב שייח' דהך מילתא דמיגו לחיובי שבועה הוי פעין מה דאמרו דאין דנין מיגו דאי בעי משווי נפשי' רשע וה"ה בזה פיון דאומרים בשבועה סורו נא מעל הרשעים האלה ובפרט האדנא דמחרימין על מי שמשביע לחבירו בחנם והכל כפי שנתבאר לעיל.

והעירותי לעיל דנה יתכן היכא דבעת טענתו בב"ד לא גילה דעתו דרוצה דישיבע תבירו
אבל היכא דהוי בתכ"ד שמגלה דעתו דרוצה דישיבע תבירו אז לא שייך הטעמים הללו
כ"כ.

ולכן הדעת נותנת לחלק בזה דאם אח"ז לאחר שטען לטענתו אז תובע לתבירו שישיבע
אז הדין נותן דלא דייגינן מיגו לחיובי שבועה ע"פ הטעמים הללו דהוי פועל מיגו למפרע.

משא"כ אם מייד דבא לטעון גילה בדעתו לתבוע לתבירו שישיבע אז יש לדון דאמרין
מיגו לחיובי שבועה. ולפ"ז י"ל דהך תשובת הרי"ף ותשובת הרשב"א דהביא הב"ש
בסי' צ"ו ס"ק ח' בטוען הבעל פרעתי קודם הגט דא"י להשביעה אף די"ש לו מיגו דפרעתי
אחר הגט.

משום דמיירי היכא דלא גילה הבעל מייד את דעתו דרוצה להשביעה רק לאח"כ. בזה
שפיר פתבו דא"י להשביעה משום דלא שייך בזה מיגו לחייב שבועה וכפי הטעמים
הללו.

אבל היכא דמייד דבא לתבוע תבע את תבירו דישיבע לו בזה עדיין י"ל דגם הרשב"א
והרי"ף ס"ל דמהני המיגו של הנתבע לחייב שבועה להתובע דלא יתנה יכול להוציא
המזון מהמחזק כ"ז דלא ישיבע.

פי בזה האופן אין לנו הכרח להוכיח מן הרשב"א והרי"ף דיסברו דלא דייגינן מיגו
לחיובי שבועה וכיין דאין לנו הכרח ע"ז ע"כ אין לנו לחידש מדעתנו נגד הסברא
ולהוציא מזון מן המחזק בלא ראיה מוכרחת כנלע"ד.

ועיין מזה עוד לקמן בחידושי לסי' פ"ד סעי' ב' מה שפכתתי עוד בענין מיגו לחיובי
שבועה: היצא לנו מכל מה שנתבאר דהיכא דהוי מיגו של התובע לחייב שבועה להנתבע
דזה לא אמרינן אבל היכא דמיירינן ביש להנתבע מיגו לחייב שבועה להתובע וכמו
בטוען פרעתי בתו"ז ועכשיו עבר זמנו דהיכא דבעת דבא לתבוע לא גילה בדעתו דרוצה
דישיבע לו תבירו רק לאח"כ תובע לו שישיבע בזה הדעת נותנת דלא דייגינן מיגו
להשביעו ולכן יכול התובע להוציא ממנו בל"ש אבל היכא דמייד דבא לטעון טען דישיבע
לו התובע בזה אין לנו פס להוציא המזון בלא שבועה אלא דישיבע ואח"כ יטול: ח (שם
סעיף י"ב הג"ה) ויש חולקים וס"ל דאמרין מיגו להוציא.

וכן הוא שיטת הרמב"ן והרשב"א כמש"כ הש"ך לקמן סי' פ"ג ס"ק ט' ובבבלי מיגו
מכנה"ג באו"ת ס"ק א' ע"ש: ובב"מ (דף ב' ע"ב) מקשה הגמ' ולחזי זוזי ממאן נקט כו'
והאריכו פל הראשונים בפירוש הגושניא זו דהא באין מקחו בידו אינו נאמן ויש מהן
שפירשו דכוננת הגושניא ולחזי זוזי כו' הוא דיהנה נאמן בדין עד מסייע כו'.

ושיטת רש"י הוא דהיכא דלא קיבל דמים אלא מחד מזדכר דכיר ונאמן לעולם. והר"ן
בקידושין פ"ד פתב דזהו מן התקנה דהמוכר נאמן יעו"ש.

ואף דהנה מקום לומר דמיירי הכא דאינו ידוע דהחפץ שאנו דנין עליו הנה שייך מכפר
להמוכר הלז מ"מ הנה דוחק להגמ' לפרש פן וע"כ הקשו בפשיטות ולחזי זוזי כו'. ולולי

דברי הראשונים הנה נלע"ד לפרש פירוש הסוגיא פן והוא דהא הגמ' מסיק לעיל דרישא דזה אומר אני מצאתיה במציאה וסיפא דזה אומר פולה שלי במקח וממכר.

א"כ בבא דמתניתין היו שנים רוכבין על גבי בהמה כו' זה אומר פולה שלי וזה אומר פולה שלי כו' מירי במקח וממכר משום דפשט הלשון בהמשנה דזה אומר פולה שלי הוא על מקח וממכר וכמש"כ הפני יהושע בב"מ (דף ח' ע"א) בגמ' ד"ה וממאי דבמציאה כו' ע"ש.

ומבואר בב"ב (דף ל"ו) דגודרות אין להם חזקה ונאמן המוכר לעולם ליתול הבע"ת מן המתזיק ולומר דלא מכרו א"כ הקא בשנים רוכבים ע"ג בהמה אם הנה המוכר אומר דלא מכר הבהמה להם בנודאי הנה נאמן ליתול מהם לעצמו ואח"ז הנה יכול ליתול ולמסור למי שיירצה מהם.

א"כ לפ"ז יתנה נאמן המוכר לומר למי מהם מכרו במיגו דאי בעי אמר דלא מכרו פלל ונהנה נוטל הבהמה לעצמו משום חזקת מרא קמא. ואף דזה הני מיגו להוציא עכ"ז הא רבו הסוברים דאמרינו מיגו להוציא ג"כ וכמש"כ הסמ"ע בשם הריב"ש.

ויתנה מזה באמת סייעתא לשיטת הסוברים דאמרינו מיגו להוציא. או די"ל פנין דבב"ב (דף ל"ב ע"ב) בעובדא דאמר לחבר'י הב לי מאה זוזי והא שטרך כו' אמר רבה מה לו לשקר כו' א"ל רב יוסף כו' א"כ רבה בנודאי ס"ל דאמרינו מיגו להוציא.

וי"ל דאליבין מקשה הגמ' וליחזי זוזי כו' דאיך יפרש רבה להמשנה וכעין זה פתבו התוס' בב"מ (דף קט"ז ע"א) ד"ה והא רבא אפיק כו' בסה"ד בזה"ל ומיהו למ"ד בחז"ה דאמר מיגו להוציא צ"ל כפי ר"ת כו'.

וכן מצינו בכ"ד דסתמא דגמ' מקשה אף דאינו רק למ"ד שלא אליבא דהלכתא וכמש"כ הש"ך ח"מ סי' מ"ב ס"ק א' וכן מצינו בכ"ד בדברי התוס' והראשונים: ובפרט לפי מש"כ המראה הפנים בירושלמי ב"מ ה"א במשנה ד"ה וזה נוטל רביע כו' דרב פפא ס"ל דאמרינו מיגו להוציא.

א"כ לפ"ז שפיר יש לפרש קושיות הגמ' וליחזי זוזי כו' דקאי על ר"פ דאמר לעיל סיפא במו"מ דיתנה נאמן המוכר במיגו דהא ס"ל דאמרינו מיגו להוציא. אף עיקר דברי המראה הפנים תמוהים במש"כ להוכיח דר"פ ס"ל דאמרינו מיגו להוציא מהא דב"מ (דף ק"י) ושבועות (דף מ"ב) בטוען המלנה סטראי דס"ל לר"פ לא איתרע שטרך ובפרע'י שלא בעדים מהימן המלנה במיגו דלהד"ם והא הני מיגו להוציא כו' עכ"ל.

ותמהני הלא התוס' ב"ב (דף ל"ב ע"ב) סד"ה והלכתא פנותי דרבה כו' פתבו להקשות ג"כ אמאי מהימן המלנה סטראי במיגו דלהד"ם ותי' דשא"ה דאיכא שטרך. וכ"כ הש"ך בסי' פ"ב ס"ק כ"ט בשם בעה"ת והרמב"ן ובכללי מיגו ס"ק א' בשם כ"פ דס"ל פן.

ועוד יש לדון בדברי המראה הפנים ועיין בשבועות שם רש"י ד"ה איתרע שטרך כו' וקצרת. וגם מש"כ להוכיח פן מן הא דב"מ (דף ק"י) דס"ל לר"פ די"ל דהמלנה נאמן לומר משכנתא במיגו דלקוח והא הני מיגו להוציא הקרקע מן חזקת בעלים הראשונים.

גם ז"א ראיה פלל לפמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ב) סד"ה והלקתא פנותי' כו' דלכו
הילכתא פנותיה דרבה בארעא לפי דזה לא מקרי מיגו להוציא פינו דמוקמינו ארעא
בחזקת המחזיק השתא.

א"כ ה"ה התם בב"מ לכו הוכרח ר"פ לומר שם הטעם דשטר פינו דלגובינא קאי כו':
וע"פ מש"כ לעיל לדון בהך דשנים רוכבין ע"ג בהמה להך דגודרות אין להם חזקה יש
לנישב ע"פ זה לקושיות הפני יהושע בב"מ (דף א') במשנה שנים או חזין בטלית כו' דהך
בבא דרישא מנותר לגמרי דבבבא דסיפא היו שנים רוכבין ע"ג בהמה או שהיה אחד
רוכב כו' ה"ל למתני ז"א אני מצאתי כו' ז"א פולה שלי כו' והניח בצ"ע.

אכן לפי מש"כ א"ש בפשיטות דאי לא תני רק בבא דסיפא הוי אמינא דלכו חייבו חכמים
שבועה התם לפי שתפסתו של כ"א בהבהמה אין זהו ראיה מוכחת כ"כ לפי דהא גודרות
אין להם חזקה נגד בעלים הראשונים משום די"ל דעייילי מנפשייהו ואין זה נקרא
תפסתו מוכחת עליו.

ע"כ ה"ה הך בשנים רוכבין כו'. אין תפסת כ"א מוכחת כ"כ לומר דהמחצה הוא של
התופס.

ואף דליכא שם חזקת בעלים הראשונים מ"מ עכ"פ לא אילימא תפסת כ"א לברר על
מחציתו ולכו תקנו חז"ל שבועה שאין לו פחות מחצ'י. ואפתי ה"א בשנים או חזין בטלית
דזהו הוי תפסתו מוכחת לברר דקנאה וכה"ג.

ומה"ט בדברים שאין עשוי להשאיל אין מוציאין מהמחזק ונאמן לומר דהוא שלו אף
דהבעלים הראשונים מערערין עליו. ע"כ מה"ט ה"א דנימא בשנים או חזין בטלית
להסבא זו דתפסתו בהמחצה מוכחת ומבררת לנו דהוא שלו וע"כ א"צ לישובע פן הנה
מקום לומר.

ע"כ הוכרח למתני בבא דרישא היו שנים או חזין בטלית לאשמועינן דגם בהך בבא חייבו
חז"ל שבועה שישבע שאין לו כו' והוי רבותא רבתא. והארבתי בחי' לריש ב"מ: נחזור
לעניינינו דיש מקום לפרש לקושיות הגמ' ולחזי זוזי כו' דזהו למ"ד דאמרינן מיגו
להוציא.

אכן מדחזינו לכל הראשונים ותוס' והרא"ש בריש ב"מ דלא פתבו פן מוכח דס"ל לדינא
דלא אמרינן מיגו להוציא. וגם הא פתבו התוס' בב"מ (דף ב') ד"ה וזה נוטל רביע כו'
דאף למ"ד בב"ב (דף ל"ב) דנאמן במיגו להוציא זהו משום דאף אם הנה שתיק כו'.

ע"כ הוכרחו לפרש שלא כמש"כ. ועוד יש לומר בזה לפי דברי הגתיות בסי' נ"ו ס"ק
י"ח לפרש דע"א לא מהימן אפילו אית ליה מיגו משום דחשדינן אותו דאומר בדדמי כו'
ע"ש.

ע"כ אינו נאמן המוכר משום מיגו רק היכא דמקחו בינו דהוי בינו כו' וזהו עדיף טפי
וקצרתני: ח (שם סע"ף י"ב) ואם הודה המלוה שנעשה על תנאי אלא שאומר שעדיין לא
קיימו הלנה על המלוה להביא ראיה כו' ואין המלוה נאמן במיגו דאין אומרים מיגו
להוציא.

והש"ף ס"ק כ"ח וס"ק כ"ט פתב דמהני מיגו להוציא בזה דהוי שטר מועיל ודקה לדברי בעה"ת דשם: ולענ"ד נראה דהנכון עם הבעה"ת והמחבר בזה דהא עיקר הטעם דמהני מיגו להוציא אם שטר מסייע ליה זהו כפי הטעם שכתב הכנה"ג בכללי מיגו והובא באו"ת בכ"מ ס"ק ח' משום דהשטר הוי פגבוי ואף דנקטינו דלא כבית שמאי עכ"ז לכמה מילי נקטינו ג"כ דהוי השטר פגבוי ע"ש.

ובסוטה (דף כ"ה) בתוס' ד"ה בש"א כו' פתבו דהא דמצינו לב"ש דס"ל נוטלת פתובה ובב"ב (דף קנ"ז וקנ"ח) גבי נפל הבית עליו ועל אביו ונפל הבית עליו ועל אשתו דאמרי ב"ש יחלוקו. לפי דגיש לחלק דשא"ה דהוי ספק אם עמד השטר לגבות מאותן נכסים כלל הלכך חולקין אבל ה"א בכתובה דעמדו כבר הנכסים לגבות מהם אחר מיתת הבעל ע"כ ס"ל לב"ש דהוי פגבוי כו' עכ"ל התוס'.

אלמא דחזינו דאף לב"ש דס"ל בכל שטר דהוי פגבוי דז"א אלא אם הנה לבעה"ש כפר חזקת חיוב על הנכסים שעמדו לגבות מהן והיכא דהוי ספק אם עמדו לגבות אינו פגבוי רק נוטל מחצה. ובאמת גם זה אינו רק דהוי ספק השקול בלא שום חזקה להכריע לפטור.

והיכא דיש לנו חזקה לפטור בזה אף לב"ש אינו נוטל כלל פדמצינו בכתובות (דף י"ב ע"ב) דהנושא האשה ולא מצא בתולים היא אומרת משארסתני נאנסתי כו' דס"ל לר"ג ור"א דנאמנת וכו' שם לקמן (דף י"ג) היא אומרת מוכ"ע אני כו' דר"ג ור"א אומרים נאמנת.

ומבואר שם דזהו משום כרי ושמה בצירוף אוקי אחזקה מוציא מהמחזק. ואי בירושלמי שם ה' ו' דבשאר מילי מודו ר"ג ור"א דאינה נאמנת ליטול הפתובה.

ואף דהא ר' אליעזר הוא שמותי ומתלמידי ב"ש וס"ל כב"ש כמבואר בשבת (דף ק"ל) וביצה (דף ל"ד) וב"ש ה"א ס"ל דכגבוי דמי וע"כ מוכח דכיון דלא התחייב בכתובה רק בתנאי שתהיה בתולה ע"כ יש לנו חזקת פטור של הבעל ואינה נוטלת כלל אף דנקראת מוחזקת מחמת דכגבוי דמי.

ומוכח מזה דהיכא דהחייב הוא בתנאי אז לא נקראת מוחזקת כלל אם נולד לנו ספק בזה: ע"כ ה"ה לדידן דקיי"ל באמת דלאו כגבוי דמי רק לאיזה ענינים אמרי דכגבוי דמי. לכן כש"כ דלא אמרינו פן רק היכא דעמד כבר השטר לגבות מאותן נכסים והי' לנו חזקת חיובא מכבר רק נולד לנו ספק אח"ז בפרעון וכה"ג דכזה מצינו דאמרו דאמרינו מיגו להוציא כמו בטענת סטראי בכתובות (דף פ"ה) ובתוס' ב"ב (דף ל"ב) דזהו המקור למה דאמרו דבשטר מועיל אמרינו מיגו להוציא דזה אינו רק דומיא דהתם דהוי ספק בפרעון דהנה כבר בחזקת שטר מועיל דב"ש ס"ל בכזה דהוי פגבוי אף אם אין לו טענת מיגו המסייעו ע"כ לדידן כיון דיש לו מיגו המסייעו נקטינו בזה דהוי פגבוי.

אבל אם נולד לנו ספק דשמה בטל חיובו למפרע כמו בשטר על תנאי וכה"ג ע"כ בכה"ג לא הוי פגבוי כלל אף לב"ש ולכן לא מהני מיגו בזה משום דזה מקרי מיגו להוציא דלא אמרינו. ובאמת גם הש"ף בכללי מיגו ס"ק ט"ו פתב לחלק בכזה רק דלא פתב ראיות לזה.

ולפמש"כ מוכרח לומר פן. וכן הקצה"ח ס"ק ט"ו פתב זה החילוק בלא ראיה לזה.

ולכן לדינא הנכון עם הבעה"ת והמחבר דאם שעשה השטרעל תנאי ונולד לנו ספק בהתנאי אם קיימו הלנה דבכה"ג פיון דהוי ספק למפרע בעיקר החיוב דכיון דלא הוי פגבוי לכן לא מהני המיגו דהוי מיגו להוציא.

ועיין באה"ע סי' ס"ח ב"ש ס"ק כ"ב: סימן א' בכללי מיגו א בכללי מיגו של הנתיבות ס"ק ד' פתב אם הדבר ביד שלישי והשלישי מסופק ושני הבע"ד טוענין ברי ולאחד יש לו מיגו אם שניהם טוענים ברי אינו נאמן במיגו להוציא מיד השלישי משום דכשהוא ביד שלישי הוי פשניהו מוחזקין בו.

כמש"כ התוס' בב"מ (דף ב') ד"ה ויחלוקו ובלשניהם מוחזקין בו לא מהני מיגו דהוי מיגו להוציא כמש"כ התוס' שם בד"ה זה אומר חציו שלי כו' עכ"ל: ענה א וזה כמה שנים דכתבתי בזה מה דיש לדון ע"פ המבואר בסי' רצ"ב סעיף י' בהגה"ה בשם תה"ד סי' שי"ד אם שנים הפקידו אצל אחד ונאבד א' מהם אזלינו בטר רנבא וכל דפריש מרנבא פריש.

משום דהשתא ליפא חזקה לשום חד מינייהו אזלינו בטר רוב וכמש"כ הש"ך שם ס"ק כ"ז. ועולה על זכרוני מה שראיתי פבר בספר תה"ד דנהו מקור דהך דינא דכתב דאף דכתבו התוס' בריש ב"מ (דף ב') דאם החפץ הוא ביד הנפקד הוי כמו דשניהם מוחזקין בו.

וכיון דאין הולכין בממון אחר הרוב א"כ ה"ה בזה. עכ"ז באמת מה דשליש תופס אין זה כמו מוחזקות דהבע"ד תופסו בעצמו.

ונוקא היכא דבע"ד בעצמו תופסו בזה אין הולכין בממון אחר הרוב. והא שכתבו התוס' בריש ב"מ דנפקד תופס בחזקת שניהם ז"א רק לענין דלא נימא כל דאלים גבר דבסברא מועטת מדחינו להך פסק דכל דאלים גבר.

אבל באמת מה שנפקד תופס בחזקת שניהם לא הוי מוחזק גמור וע"כ מהני רוב בזה. ואין שום חולק על הך דינא כמו שפסקו פן בפשיטות בסי' רצ"ב הנ"ל: ולכאורה יש להסתפק במיגו ורנבא איזהו מהן עדיף ואפשר דשקולים המה דהא מיגו להוציא לא אמרינו.

וכן רוב להוציא לא מהני. דאין הולכין בממון אחר הרוב.

ולכאורה יש להוכיח מן התוס' דב"ב (דף צ"ב ע"ב) ד"ה ואמאי לימא הלא אחר רוב נשים כו' וא"ת נימא דנאמן במיגו דאי בעי א' פרעתי כו'. אלמא אף דהתם קאי אליבא דרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב.

אפ"ה הקשו התוס' דיהיה נאמן במיגו דפרעתי ותי' דרב לטעמי' דגט גובה עיקר. א"כ כש"כ לדידן דאין הולכין בממון אחר הרוב ונדאי דמיגו עדיף מרנבא.

אף יש לדחות לזה הראיה. די"ל דשא"ה דיש שני מעלות נגד הרוב היינו מעלת מוחזק ומעלת המיגו דיש להבעל התם ע"כ מה"ט פרונייהו ביחד עדיפי מן הרוב.

אבל היכא דלא שייך פן עדיין יש להסתפק איזה מהן עדיף. או די"ל דשקולים המה וע"כ ממילא התם בב"ב דהבעל הוי מוחזק ע"כ אין מוציאין ממנו.

משום מאי אולמא: אכן יש להוכיח ממק"א דמיגו עדיף מרוב דהא מצינו לשיטת הרמב"ן והרשב"א והריב"ש דס"ל דאמרינו מיגו להוציא. והובא שיטתם בסי' פ"ב סעי' י"ב.

ובסי' פ"ג ש"ך ס"ק זי"ן ואלו ברוב פוליהו מודו דקיי"ל פשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב. וכן מצינו להכרעת הש"ך בסי' פ"ג ס"ק זי"ן שפכת ולענין הלכה אין בדי להכריע אי אמרינו מיגו להוציא.

ונפ"מ אם תפס המלוה אף בעדים לא מפקינן מיניה ע"ש. ואלו ברוב דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב לא מהני תפיסה וכמש"כ הגת"יב"ב בסוף סי' רל"ב.

משום דזהו פסק ברור. אלמא דמיגו עדיף מן רוב.

ולפ"ז י"ל פמו דמצינו לגבי רובא דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא. עכ"ז פששליש תופסו מהני בזה רוב וכמש"כ התה"ד פנ"ל.

א"כ ה"ה במיגו אף דהתפין מונח ת"י השליש. עכ"ז מהני מיגו דהא אין זה מקרי מוחזק גמור מה שהשליש תופסו מפח שניהם.

וכמו דמהני רוב בזה פמו כן מהני מיגו בזה. דלכל הפחות שקולים הם מיגו ורוב.

א"כ יש לסתור דברי הגת"יב"ב שפכת דגם פשהתפין מונח ת"י השליש לא מהני מיגו של הבע"ד דמקרי מיגו להוציא. דהא מצינו דזה לא מקרי פמו מוחזק גמור.

ומה"ט אזלינן בזה בתר רובא כ"ז פתבתי מכבר. וכעין זה אי' בעירוובין (דף י"א) שכן לא התרת אצל פסי בראות לר"מ.

ועיין בזה בנחל יצחק בקונטרס דררא דמונא סי' א' סוף ענף א': ובמש"כ לעיל להוכיח מהתוס' דב"ב (דף צ"ב) דס"ל דמיגו בצירוף מעלת מוחזק מהני נגד הרוב. לכאורה יש להעיר ע"ז מהא דב"מ (דף ק"י) דהלכה כר"נ דמיגו במקום מנהג לא מהני וכמבואר בכללי מיגו של הש"ך.

אכן יש לחלק עפ"י מה שמצאתי בתשובת מהרי"ט והובא בכללי מיגו של האו"ת ס"ק צ"ב דכתב דמנהג עדיף מן רוב משום דמנהג נהגו פולי עלמא עיין שם: ענף ב וקצת בא לידי התה"ד וראיתי שפכת בסי' שי"ד בזה הלשון על דף עובדא דסי' רצ"ב הג"ל.

וא"ת פיון דשמעון מוחזק הוא בממון ראובן ולוי בזהובים שלהם בחזקת שניהם חשיב פאלו שניהם מוחזקים בעצמו. והכי איתא בתוס' ריש ב"מ דמה שהנפקד תופס במנהג שלישי בחזקת שניהם הוי חשיב פאלו שניהם מוחזקים בו.

וא"כ איכא נמי הכא חזקת ממון לראובן ובעי לוי לאפוקי מיני' מפח רוב. וכה"ג איתא נמי בתוס' בההיא מתניתין דגבי טלית אע"פ ששניהם מוחזקים בשנה מ"מ אי הוי בעי חד מינייהו לזכות פנגד חבירו מפח מיגו לא מצי דמיגו להוציא לא אמרינו.

אלמא דחשיב אפוקי ממונא כה"ג נראה דיש לחלק בההיא דנפקד תופס בחזקת שניהם. וי"ל דלא חשיב חזקת ממונא כה"ג רק לענין ההוא מילתא דקאמר עלה בתוס' דחשיב פמו שהן עצמן מוחזקין דלא נימא פל דאלים גבר דבלאו הכי דינא דכל דא"ג דומה קצת לדינא דפרסאי.

והיכא דאיפא קצת טעמא דחינו לי' ואמרין יחלוקו וכן לא אמרין מיגו בתזקת כל ההיא סוגיא דדחינו למיגו. אבל לעולם לענון שתעמיד התזקה של ממון פנגד הרוב לדחותו בעינו תזקה גמורה שהוא עצמו מוחזק בממון.

ותדע דיש לחלק כו'. ולענון שנים או חזין בטלית חשבינו להו מוחזקים.

לענון דלא אמרין כל דאלים גבר. ואפילו לענון דלא אמרין מיגו משום דחשיבי תזקה. אלא ע"כ נגד הרוב לדחותו בעינו תזקה גמורה ואלימתא כו' עכ"ל התה"ד. והעתקתי כל לשון של התה"ד מחמת פי נצרה פולו לענגנונו.

אלמא דמבאר להדיא בתה"ד דגם לענון מה דלא אמרין מיגו להוציא גם היכא דהנפקד תופסו דכיון דבתזקת שניהם תופסו חשוב כמחזק לענון דלא מהני מיגו של הבע"ד נגדו דגם זה הוי כמו מיגו להוציא.

משום דמקרי מוחזק קצת לענון דלא אמרין כל דאלים גבר ולענון דלא מהני מיגו נגדו. רק לענון רוב זה לא מקרי מוחזק ממש דנגד הרוב בעינו תזקה גמורה ואלימתא.

כל זה מבאר בגוף התה"ד: א"כ שפיר כתב הנתיבות דמה שהוא ביד שלישי מקרי מוחזק ג"כ לענון דלא מהני מיגו דג"ז מקרי מיגו להוציא. רק פח הרוב שאני.

ולפ"ז מוכח מהתה"ד דרוב עדיף מן מיגו. [ומש"כ לעיל להוכיח מן הש"ך דסי' פ"ג.

יש לדחות ע"פ דברי התוס' דב"מ (נ"ב) ד"ה וזה נוטל רביע כו'. דכתבו לחלק דשאני הא דב"ב (נ"ב) דאפילו הנה שותק הנה נאמן כו' ע"ש.

וכן למש"כ לעיל להוכיח מהרמב"ן ושיטת הסוברים דס"ל דאמרין מיגו להוציא ג"כ יש לחלק]. ושפיר כתבתי בכללי מיגו במק"א לבאר הטעם של הסוברים דלא אמרין מיגו לאפטורי משבועה.

משום דכמו דברוב קיי"ל דהיכא דאיפא לברורי מבררין. דה"ה במיגו וכיון דשבועה הוי לברר הספק ע"כ אף דיש לו מיגו חייב לברר בשבועתו כיון דאיפא לברורי.

דהא רוב עדיף מן מיגו ואפ"ה בעינו לברורי ברובא היכא דבידו לברר. כש"כ במיגו והארכתי בכ"ז במק"א: אכן עיקר דברי התה"ד שכתב להוכיח מריש ב"מ מהתוס' שם דבמיגו אף היכא שהוא ביד השלישי כיון דהנפקד תופסו בתזקת שניהם על פן מקרי מיגו של הבע"ד בשם מיגו להוציא.

וכתב לחלק דשאני רובא דעדיף מן מיגו. ובעי תזקה גמורה ואלימתא.

דמנ"ל זה להתה"ד הא התוס' כתבו שם פן גבי שנים או חזין בטלית דלא מהימן לומר חציה שלי במיגו דכולה שלי משום דזה הוי מיגו להוציא דבחציה השני מוחזק זה כמו זה כו'.

והתם הא הוי הבע"ד בעצמם מוחזקים בהטלית וע"כ לא מהני מיגו של הבע"ד משום דמקרי מיגו להוציא. אבל היכא דאין הבע"ד בעצמם מוחזקים רק מנח ת"י הנפקד עדיין יש לומר דכמו דמהני בזה רובא ה"ה דמהני מיגו של הבע"ד להוציא מהנפקד משום דלא הוי מוחזק גמור ומנ"ל להתה"ד זה.

ורק לענין דלא נימא כל דאלים גבר דבזה כתבו התוס' דהיכא דמונח בפקדון דהוי פאלו מוחזקין בעצמם לא אמרינן כד"ג. בזה שפיר כתב התה"ד לחלק דשאני כד"ג דהוי קצת דמיון לדינא דפרסאי ע"כ בטעם קצת דחינו להו דינא דכד"ג.

אבל לעולם י"ל דלענין מיגו להוציא דיינינן מיגו של הבע"ד להוציא מהנפקד משום דכינן דלא הוי מוחזק גמור מהני מיגו כמו ברנבא שכתב התה"ד דמהני רנבא בזה. ואיך הביא ראיה מהתוס' להו דינא דלא מהני מיגו היכא דמונח ביד הנפקד והא התוס' לא מייירי פלל לענין מיגו: ויש לומר דבאמת עיקר סברת התה"ד במש"כ דהיכא דמונח ת"י הנפקד זה לא מקרי מוחזק גמור.

אין הטעם כמו שרציתי לומר בתחלה דסברתו הוי משום דכינן דאין הבע"ד בעצמו תופסו גרע אלא עיקר סברתו דהיכא דשניהם תופסין פיון דכ"א מוחזק על כל משהו זה כמו זה ע"כ זה המוחזקות גרע מן היכא דהבע"ד בעצמו תופסו לכולו.

ולעולם אף היכא דמונח ת"י הנפקד דינו כמו דשני הבע"ד תופסים בהחפץ רק העיקר הוי לפי דשניהם תופסים גרע מוחזקות שלקהם. ולכן שפיר הוכיח התה"ד מהתוס' ריש ב"מ דכתבו בשנים אוחזין בטלית דלא מהימן לומר חצייה שלי במיגו דכולה שלי משום דהוי מיגו להוציא.

דמוכח מזה דהיכא דאין הבע"ד תופסו לכולו רק שניהם תופסים ג"כ לא מהני מיגו של הבע"ד משום דמקרי מיגו להוציא. אלמא דאף היכא דאין הבע"ד בעצמו תופסו לבדו מ"מ פיון דשניהם הוי מוחזקים וכ"א מוחזק על חצי חבירו כתבו התוס' בזה ג"כ דלא מהימן במיגו משום דהוי מיגו להוציא.

א"כ ה"ה היכא דהחפץ מונח ת"י נפקד ג"כ מפעי להיות דלא מהימן הבע"ד במיגו משום דהוי מיגו להוציא. וע"כ שפיר הקשה התה"ד דמוכח מהתוס' הנ"ל דתפיסת הנפקד ג"כ חשוב למוחזקות דלא מהני מיגו נגדו.

א"כ ה"ה ברוב ג"כ הדין נותן דלא יתנה מהני רנבא נגד תפיסת הנפקד. וע"ז כתב התה"ד לחלק דשאני מיגו דע"י טעם קצת דחינו למיגו כמו כל דא"ג דבטעמא קצת דחינו לדינא דכל דא"ג.

אבל פח הרוב אלים ביותר דבעי דוקא מוחזק גמור פנ"ל. אבל בעיקר תפיסת הנפקד דינו כמו כל תפיסת הבע"ד בעצמם ביחד רק לפי דאין א' תופסו לבדו גרע מוחזקות דנא.

פן הוא פנונת התה"ד הנ"ל: ולפ"ז מוכח מהתה"ד הנ"ל דה"ה היכא דהבע"ד בעצמם תופסים רק פיון דאין כ"א מוחזק לבדו במה שתופסו ע"כ מהני בזה רנבא. וכמו בהחפץ מונח ת"י הנפקד דדינם שונה פדמוכח מהתה"ד הנ"ל ששהוכיח מהתוס' ריש ב"מ דאם החפץ ת"י הנפקד לא מהני מיגו של הבע"ד כמש"כ התוס' שם גבי שנים אוחזין בטלית.

והא דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר רוב זהו רק כשתופסו לבדו ולא היכא דכ"א מוחזק על חצי חבירו בשנים אוחזין וכה"ג. וזהו מלתא חדתא ויש עפ"ז להעיר בכמה דוכתי: ענף ג ובעיקר דברי התה"ד הנ"ל דס"ל לחלק דהיכא ק קר דלא הוי מוחזק לבדו

רק כ"א מוֹחֶזֶק בְּכֹלֹ דְבָזָה מְהֵנִי רַבָּא רַק הֵיכָא דְהָנִי מוֹחֶזֶק לְבִדּוּ בְּזָה לֹא מְהֵנִי רַבָּא
כְּמוֹ שְׁנַתְבָּאָר.

יש עפ"ז להעיר בב"מ (דף צ"ז ע"ב) בגמ' שם דאמרו ש"מ מנה לי בינדה והלה אומר
א"י חייב לימא תינהי תיובתא דר"נ כו'. ובתוס' שם ד"ה לימא תינהי תיובתא דר"נ כו'
הקשו וקא מתני' מוקי לה בסמוך פסומכוס דלא אזיל בתר חזקה ואית לי' ממון המוטל
בספק חולקין ולהכי לדידן' פי איכא ברי ושמא ברי עדיף להוציא ור"נ פרבנן כו'.

וי"ל דלסומכוס דאית לי' ממון המוטל בספק חולקין הוי פאלו תרנוייהו מוֹחֶזֶקין בו וכיון
דלדידן' אהני ברי נגד שמא וחיוב הפל ה"נ ה"ל למימר לרבנן דאהני נמי ברי נגד שמא
לכל הפחות לומר שיתלקו עכ"ל התוס'.

וכן פתבו התוס' בב"מ (דף קט"ז ע"ב) בד"ה לימא תינהי תיובתא דר"נ כו'. ולדברי
התה"ד דס"ל לחלק גבי רבא דהיכא דהני תרנוייהו מוֹחֶזֶקים לא מקרי מוֹחֶזֶק גבי רבא
ומהני בזה רוב רק במוֹחֶזֶק גמור לא מהני רבא.

יש להקשות דמאי מקשה הש"ס בב"מ (דף צ"ז ודף קט"ז) לימא תינהי תיובתא דר"נ
הא יש לחלק דדוקא במוֹחֶזֶק] גמור לא מהני ברי לר"נ דחזקת ממונא עדיף. אבל היכא
דהני תרנוייהו מוֹחֶזֶקים כמו בדררא דממונא דכתבו התוס' דלסומכוס חשיב פאלו
תרנוייהו מוֹחֶזֶקין בו ודבריהם מוכרחין בש"ס שם.

ומה"ט ז"א א"י וז"א א"י יתלקו לסומכוס. משום דהני פאלו שניהם מוֹחֶזֶקין.

וע"כ בזה דוקא מהני ברי ליטול פלו. ומדמקשה הש"ס ומוקמי דמייירי בינש עסק שבועה
מוכח מזה דלא מחלקי בין תרנוייהו מוֹחֶזֶקים ובין א' מוֹחֶזֶק לבדו: ובאמת מפשט דברי
התוס' בב"מ (דף צ"ז) שם שכתבו בזה"ל דכיון דלדידן' אהני ברי נגד שמא וחיוב הפל
ה"ל למימר לרבנן דאהני נמי ברי נגד שמא לכל הפחות לומר שיתלקו עכ"ל.

אלמא דס"ל להתוס' ג"כ דהו מוֹחֶזֶקות במה דהני תרנוייהו מוֹחֶזֶקין בו דזה גרע מן היכא
דהני א' מוֹחֶזֶק לבדו. דאל"כ אמאי פתבו דלכל הפחות ה"ל למימר לרבנן שיתלקו.

הא הסברא נותנת לומר דכמו דבהו דסומכוס אהני ברי ליטול כל המחצה דחבירו הני
מוֹחֶזֶק עלי' כמו כן יהיה מועיל לרבנן ליטול פלו. ומדכתבו דלרבנן יהיה נוטל מחצה
ע"י ברי ולא פלו מוכח דס"ל להתוס' ג"כ פועין סברת התה"ד דהו מוֹחֶזֶקות דכ"א
מוֹחֶזֶק על מחצה היכא דתרנוייהו מוֹחֶזֶקים בו דזה לא מקרי מוֹחֶזֶק גמור.

וע"כ ס"ל להתוס' דכיון דבהו דסומכוס נוטל כל המחצה של חבירו ג"כ ממילא נחתינן
דרגא דיהיה מהני לכל הפחות לרבנן ליטול עכ"פ מחצה. ונראה מלשון התוס' דהיו
מסתפקים בזה גופא אם גרע הו מוֹחֶזֶקות או לא ולכן פתבו בלשון דלכל הפחות ה"ל
לומר שיתלקו.

ולא בלשון החלט דה"ל לומר שיתלקו פן הוא פשט דברי התוס': אבל זה מוכח מן
הש"ס לפי דברי התוס' דשם דכמו דהיכא דהני תרנוייהו מוֹחֶזֶקים בו נוטל אף מחצה
של חבירו.

דממילא הדין נותן לכל הפחות היכא דהוי מוחזק לבדו דיהיה נוטל חבירו מחצה מן המוחזקות של חבירו. א"כ מוכח מזה דלא כהתה"ד דס"ל ברוב דהיכא דהוי פתרונאיהו מוחזקים מהני רוב ליטול פולו.

וכבר נתבאר דלאו דוקא בנפקד שתופס בחזקת שניהם ס"ל להתה"ד פן. דה"ה היכא דשניהם מוחזקים בו כמו בשנים אוחזין בטלית ג"כ מהני רובא.

ודוקא לענין מיגו ולענין דלא אמרינן כד"ג בזה כתבו התוס' דמקרי מוחזקין פנ"ל. אבל מהך דב"מ גבי פרי דאמרו פינו דאהני היכא דתרונייהו מוחזקים בו.

ממילא מהני ליטול מחצה היכא דהוי חבירו מוחזק לבדו בכולו. מזה מוכח דלא כהתה"ד.

דקא לפ"ז הדין נותן ברוב דאין הולכין בממון אחר הרוב ושייף כל הממון להמוחזק. והא לפי דברי התה"ד הדין נותן דיטול אותו דהרוב מסייעו לכה"פ מחצה וכפי הפלל שכתבו התוס' דכיון דאהני רובא בכולו היכא דתרונייהו מוחזקים בו.

ממילא יהי מהני להוציא מחצה היכא דהוי חבירו מוחזק בכולו. ובאמת הא קי"ל דכל הממון שייף להמוחזק.

וע"כ מוכח מן זה דלא כהתה"ד דכתב דאע"ג דאם שניהם מוחזקים מהני הרוב על פולו. ואפ"ה במוחזק גמור לא מהני הרוב כלל.

אלא הדין נותן דגם היכא דהוי פתרונאיהו מוחזקים לא יהיה מועיל הרוב כלל ולא לחלק ביניהם. ואף שנתבאר לעיל דגם מהתוס' דב"מ (דף צ"ז) מוכח דמחלקינן ביניהם.

עכ"ז הא מוכח מהתוס' דאין סברא דבתרונייהו מוחזקים יהיה נוטל פולו. ובמוחזק גמור לא יטול כלל פנ"ל.

א"כ מוכח דלא כהתה"ד בזה מדמקשה הש"ס בפשיטות בב"מ דלימא תיהוי תיובתא דר"נ כו'. ולא מחלקי ביניהם: וכן מוכח מהא דב"ב (דף צ"ג) בפלוגתת רב ושמואל אי הולכין בממון אחר הרוב דמקשה הש"ס ת"ש שור שנגח הפרה ונמצא עופרה בצדה ואינו ידוע אם עד שלא נגחה ילדה או משנגחה ילדה משלם חצי נזק לפרה כו' ורביע לולד ואמאי לימא הלא אחר רוב פרות ורוב פרות מתעברות וילדות כו'.

ופי' הרשב"ם שם דקושיות הש"ס הוא אליבא דרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב. והך מתניתין אתי פסומכוס כו' ע"ש.

ולדברי התוס' דב"מ (דף צ"ז וקט"ז) דלסומכוס הוי פל דררא דממונא פאלו פתרונאיהו מוחזקים בו. א"כ לדברי התה"ד דהיכא דשניהם מוחזקים מהני רוב לכ"ע.

א"כ תסוב קושיות הש"ס הנ"ל אף לשמואל דאית לי' אין הולכין בממון אחר רוב. דקא זהו דוקא במוחזק גמור אבל בתרונייהו מוחזקין מהני רובא לכ"ע.

א"כ תקשה קושיות הש"ס שם לפי מה דהיה ס"ל דיש שם רוב פרות מתעברות כו'. דכיון דהוי שניהם מוחזקים יהיה מועיל הרוב שם לכ"ע.

ובאמת לולי דברי הרשב"ם שם הייתי אומר דקנשיות הש"ס שם קאי לכ"ע וכמו דכתב הבעה"מ בכתובות (דף ט"ז) במה דמקשה הש"ס שם. על הא דאשה שנתארמלה אם יש עדים שיצתה בהינמא כו' דניזיל בתר רוב בתולות נישאות.

וכן מקשה הש"ס בב"ב (דף צ"ב). דכתב הבעה"מ דלא פהתוס' שם אלא לכ"ע פריף והובא בפ"י שם.

וכן י"ל בהה"ק קושפא דמקשה הש"ס מהה"ד ששור שנגח הפרה כו'. דמקשו לכ"ע מצד סברת התה"ד הג"ל.

אבל לפמש"כ הרשב"ם דלרב פריף תקשה פנ"ל על התה"ד. ואין סברא לומר דהרשב"ם לא ס"ל להפלל שפכתו התוס' בב"מ (דף צ"ז) דלסומכוס הוי פל דררא דממונא פאלו תרנוניהו מוחזקים בו.

דהא דברי התוס' שם מוכרחים הם עפ"י קנשיות התוס' דשם. וע"כ לפי פל זה מוכח מהש"ס דב"מ (דף צ"ז ודף קט"ז) והרשב"ם בב"ב (דף צ"ג) הג"ל דלא כהתה"ד.

ולכן לולי דמסתפינא הייתי אומר דהה"ד דינא דסי' רצ"ב דהתה"ד הג"ל בפנינים שהפקידו אצל א' ונאבד דסתם הרמ"א כהתה"ד דאזלינן בתר רובא. דזה הוי ספיקא דדינא משום דיש מקום לומר דגם בתרנוניהו מוחזקין לא יתיה מועיל רובא וכבר נתבאר בשם התה"ד דתפיסת הנפקד חשוב לגמרי כמו שנים אוחזין פנ"ל.

באין שום חילוק ביניהם פלל וע"כ דבר זה צ"ע כעת. ותמיהני על האחרונים דלא העירו בכ"ז לכל הפחות.

ולקמן בחידושי לסי' צ"א סעי' ט' ענף ה' יתבאר בעז"ה דהנכון עם התה"ד ואינו קשה עליו למה שהקשתי עליו מן התוס' ב"מ (דף צ"ז ודף קט"ז) הג"ל ומה"ט דהתם אינו קשה עליו גם מהה"ד בב"ב (דף צ"ג) ע"ש: סימן ב בכללי מיגו ב בכללי מיגו הובא פלוגמת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן.

ומרגלא בפומי מכבר הספר הענין דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. משום דהא הדעת נותנת דמיגו ורובא שקולים המה דכמו דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ה"ה דקיי"ל דלא אמרינן מיגו להוציא.

ולא מהני מעלת מיגו ורובא רק להחזיק. והא דהקשו התוס' בב"ב (דף צ"ב) ד"ה ואמאי לימא הלך אחר רוב כו' דנימא דנאמן במיגו דפרעתי כו'.

היינו משום דהתם הוי מיגו בצירוף חזקת ממונא ביחוד. אבל מיגו לבד י"ל דלא עדיף מרובא ועיין מזה באו"ת בכללי מיגו ס"ק צ"ב ואכמ"ל.

וכיון דרוב לא מהני היכא דאיכא לברורי וקיי"ל דהיכא דאיכא לברורי מבררינן. א"כ ה"ה במיגו וכיון דשבועה הוא בירור הספק דגזרה התורה דיברר ע"כ לא מהני מיגו לאפטורי משבועה.

משום דהא ביזו לברר זה עפ"י שבועתו. כ"ז אמרתי כבר.

משום דהסמ"ע והש"ך בריש סי' רצ"ו נדחקו בטעם הדב"ר וליישוב קושיות הרא"ש שבועות פ"ז סי' ג' שהקשה דמה לי ממון ומה לי שבועה אכן לפי מש"כ אתי שפיר. וכעת ראיתי בב"רית אברהם ח' ח"מ סי' י"ד ס"ק ב' שכתב פן בקצרה: וכעת מצאתי סעד לזה מהרמב"ם פ' י"ב ה' גירושין ה' ה' שכתב שם אמר הבעל גרשתי את אשתי אינו נאמן וחוששים לדבריו ותהיה ספק מגורשת נאפילו הודית לו שגרשה אינו נאמן שמה תפנין לקלקלה או בגט בטל גירשה והיא אינה יודעת פנוד האיסור שלה לפיכך אומרים לו אם אמת הדבר אתם קיימין גרש אותה בפנינו עכ"ל הרמב"ם.

ונתפנין לתרץ למה דהקשו התוס' וש"פ בב"ב (דף קל"ד) על מאן דס"ל גרשתי אשתי אינו נאמן והא אית לי מיגו דיגרשה ותירצו משום דאי איתא דיגרשה קלא אית ליה. אבל הרמב"ם לא ניחא ליה בהאי תירוץא ע"כ כתב סברא אחרת על מה דאמרו שם בב"ב דחושבו לה ואינו נאמן לומר גרשתי.

משום דחיישינן שמה בגט פסול גירשה ומכנין לקלקלה: וכן מצינו לשיטת רש"י דס"ל ג"כ לחוש שמה יכנין לקלקלה לאשתו דהא בגיטין (דף כ"ז) על הא דקאמרי עדים מעולם לא חתמנו אלא על גט אחד של יוב"ש.

ופי' רש"י ואותו חתמנו לאיש זה התובעו. והתוס' חלקו שם על רש"י ופירשו דאף דלא אמרו פן ג"כ לא חיישינן שיקלקלה וראייתם מהא דבעל שאומר גרשתי נאמן ולא חיישינן להכי.

ואזלו לשיטתם דכתבו דאף למאי דס"ל דאינו נאמן גרשתי ה"ט משום דאי איתא דיגרשה קלא אית ליה. אבל רש"י לא ס"ל פן וחי'יש לשמה יקלקלה.

ואזיל רש"י לטעמין דריש פ"א דיגיטין (דף ב') על הא דאיתיה בי תרי פי' רש"י דאלו העדים יקיימוה והתוס' והרא"ש הקשו שם על פי' רש"י והעלו דלא חיישי' שיקלקלה וכ"כ התוס' בב"מ (דף י"ח).

וע"כ שפיר כתב רש"י (בדף כ"ז) דבעינן דהעדים יעידו דכתבו זה הגט להאיש התובעו. והרמב"ם ס"ל ג"כ פסברת רש"י הנ"ל דחיישינן לשמה יקלקלה.

ועיין בבית יוסף סי' קל"ב דכתב דהרמב"ם ס"ל כשיטת התוס' בהא דמעולם לא חתמנו אלא על גט א' של יוב"ש. דאף דלא קאמרי לאיש זה התובעו מחזירין ודלא פריש"י ע"ש.

אכן לפמ"ש"כ מוכח דהרמב"ם ס"ל פריש"י דחיישינן לשמה יקלקלה. והתם גבי מעולם לא חתמנו אלא על גט א' כו' י"ל דהרמב"ם ס"ל כשי' רש"י הנ"ל.

דמפרש להש"ס שם דמירי דאמרי דחתמו לאיש התובעו. ואף דבש"ס סתמו מזה כמו כן י"ל להרמב"ם.

דדרכו להביא פלשון הגמ' וע"כ דברי הב"י אינם מוכרחים. ובב"ב (דף קס"ז) בהא דצריכים להפיר שמותייהם בגט כתב הפה"ש"א שם בכוננת הרשב"ם דלכן צריכים להפיר שמותם משום דחיישינן שיקלקלה במתפנין והמהרש"ל כתב דהחשש הוא שיקלקל אשת חבירו.

והתוס' ס"ל שם דעיקר החושש הוא שיתן הגט לאשת חבירו שישמו כשמו להוציא
הכתובה מפעלה. והובא כ"ז בארנפה בס' גט פשוט סי' ק"כ ס"ק י"א.

ושיטת הרשב"ם שם הוא משום דס"ל פשיטת רש"י זקינו הנ"ל דחיישינן לשמא
יקלקלה. אבל שיטת התוס' דלדינא לא חיישינן שיכונן לקלקל לאשתו כמש"כ התוס'
בגיטין (דף ב' ע"ב) ד"ה דאתונה בתרי כו' דלא חיישינן שמא החתים במזיד עדים
פסולים דאינו חשוד להכשילה.

וכ"כ הרא"ש בפ"א דגיטין סי' ב' ופ"ג דגיטין סי' ג' דאינו חשוד לקלקלה תדע דהא בעל
שמא גירשתי נאמן כו' עכ"ל. וכמבואר בירושלמי גיטין פ"א ה"א וחס לומר שמא
החתים עדים פסולים אמר ר' אבין אינו חשוד לקלקלה בידי שמם כו' והדברים
ארנפים.

ועיין באה"ע סימן ל"ח סעיף י"ז וב"מב"ם פ"ז ה"א ובמקנה שם סעיף י"ד וקצתתי:
ובשיטת הרמב"ם פ' י"ב ה"ג הנ"ל שכתב דחיישינן שמא גירשה בגט פסול ויקלקלה.
יש להקשות עליו ממש"כ הרמב"ם ה"ג פ"ז דשנים שהביאו גט בחוזן לארץ אע"פ שלא
נכתב ונחתם בפניהם הואיל ונתן להם הבעל ליתן לאשתו.

הרי אלו נותנים לה ותהיה מגורשת. שהרי איוהבעל יכול לערער בגט זה.

והובא באה"ע סי' קמ"ב סעי' י"ח. וי"א דאם בא הבעל וערער צריך להתקיים בחותמו
דאע"ג דלא עביד לקלקלה היינו כ"ז דלא מערער.

אבל אם מערער וטוען כד טענתו טענה וכמש"כ הב"ש שם ס"ק ל"ו. אבל הרמב"ם ס"ל
דאף בקא לערער אין שומעין לו משום דלא חשדינן לו שיקלקלה.

וזהו פשיטת התוס' והרא"ש והר"נ פ"א דגיטין (דף ג') פנ"ל. ולא פשיטת רש"י שם.

וקשה על הרמב"ם דס"ל גבי בעל שמא גירשתי דחיישינן שמא בגט פסול גירשה א"כ
לא ס"ל לכלל הנ"ל. א"כ קשה דאמאי בהביאוהו שנים פשר הגט.

ויש לחלק ביניהם בדוחק: אבל העיקר מה שנתראה לי בזה ונקדים מה שהקשה הבית
מאיר בסי' י"ז סעי' ב' שהקשה על שיטת הרמב"ם דחייש לשמא יקלקלה וע"כ לא
מהימן במיגו דיגרשה.

דתקשה לפ"ז דאמאי נאמן לומר זה בני לפטור מן היבום במיגו דיגרשה פמבואר ב"ב
(דף קל"ד) ובאה"ע סי' קנ"ו. והא י"ל דכוננתו לקלקלה אם תנשא בלא יבום ותיגרץ
בדוחק דלא"מ לא שייך לומר דינקם ממנה כו' עכ"ל הב"מ: ענף ב' אבל באמת כ"ז אינו
קשה פלל משום דהרמב"ם נתכונן לתרץ כ"ז במש"כ שם בפ"ב ה"ג בזה"ל דבעל
שמא גירשתי את אשתי אינו נאמן שמא מכונן לקלקלה כו' לפיכך אומרים לו אם אמת
הדבר הרי אתם קיימים גרש אותה בפנינו עכ"ל.

הרי דהרמב"ם אתי עלה מטעם דיכול לתמן הדבר ולגרשה בפנינו. וכעין הא דפ' אין
מעמידין (דף ל"ז ע"ב) הא מיא דבשקעתא דנהרא זילו טבולו.

וכ"כ הרמב"ם בפ' ט"ו ה' אה"ט ה"ט בספק טומאה ברה"ר טהור פשיבא לשאל אומרים לו אם טבלת אין בקד הקפסד כו' ובמל"מ ה' מקונאות פי"א ה"ו ע"ש. ובא"א מפני חומר איסורא אף היכא דהלה הבעל אחר שאמר גרשתי מ"מ פיון דבעת שהגיד פן הנה אז בידו לגרשה שנית בפנינו.

ע"כ החרמירו חז"ל דלא יהיה נאמן פיון דהיה אז בידו לברר ע"י שיגרשה שנית בפנינו. וכמש"כ לעיל בטעם הדבר דס"ל להרמב"ם דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן משום דכיון דאיכא לברורי מבירינן אף דאיכא מיגו משום דמיגו לא עדיף מרוב.

א"כ ה"ה בבעל שאמר גרשתי דאינו נאמן. משום דאף דאיכא מיגו דבידו לגרשה מ"מ אומרים לו שיגרשה שנית ויברר הדבר בפנינו.

ועיין בר"נ בקידושין (דף ס"ד) במשנה דהאומר קודשתי את בתי דהיכא דהוי בידו אפשר דעדיף מן מיגו. אבל לאו כ"ע ס"ל פן.

ועיין מזה בשער המלה סוף ה' מכירה ואכמ"ל: והרמב"ם הוכיח זה משום דהיה קשה לו דמפני מה לא מהימן לומר גרשתי אשתי במיגו דיגרשה. ומזה הוכיח הטעם דכיון דהא דמהימן הוא מצד מיגו דיגרשה א"כ הא לא עדיף זה מכל מיגו.

וכיון דבידו לברורי ולתקן ע"כ החיוב מוטל עליו לברר ולתקן. ואף היכא דצריך הוצאות י"ל דמפני חומר איסור דא"א אמרינן דמחויב להוציא הוצאות ע"ז.

ועיין ביו"ד סי' ק"ב. אבל הכא מפני חומר האיסור הוי זה כמו אפשר לברר.

וכיון דמחויב לברר ולגרשה ואינו עושה פן א"כ איתרע חזקת פשרותו. וע"כ שפיר חיישינן שרוצה לקלקלה וע"כ לא מהימן במיגו דיגרשה.

ומצאתי בט"ז באה"ע סי' קנ"ב שכתב בקצרה פן בכוננת הרמב"ם ה"ל דלכן לא מהימן במיגו דיגרשה דכיון דאינו נאמן למפרע רק להבא פמבואר בב"ב (דף קל"ד) ובלהבא הא אפשר לו לגרשה שנית בפנינו ע"כ חשו בזה שמא גרשה בגט פסול עכ"ל הט"ז וקוצר בזה וב"ה שכל דברי נכללו בדברי הט"ז ה"ל: וכיון דנתבאר דעיקר סברת הרמב"ם הוא משום שיכול לגרשה שנית בפנינו.

וע"כ פיון דאינו עושה פן איתרע פשרותו וחיישינן שרוצה לקלקלה. ולפ"ז מתורץ קושיות הב"מ ה"ל דאמאי נאמן לומר זה בני לפטור מהיבום ולא חיישינן לשמא לקלקלה.

דהא במל"מ ה' ביום פ"ג ה"א הביא בשם הרמב"ן בחידושיו שכתב דהיכא דאמר יש לי בנים דנאמן במיגו דיגרשה מהימן אף להתיירא לכהן ודלא כמשמעות התוס' בב"ב שם והנמוקי יוסף שם.

ועיין באו"ת בכללי מיגו ס"ק ל"א וס"ק ל"ב ומה שהביא בשם הרמב"ן והתוס' והמהרש"א שם. ולשיטת הרמב"ן דאף לכהן מותרת א"כ לא שייך לומר היכא דאמר יש לי בנים דיברר ויגרשה בפנינו.

דְּהָא אִי בִּיבְמוֹת (דָּף מ"ד) וּבֵאֵה"ע סִי קִס"א סֵעִי ב' דְּלֵא יִשְׁפֹּךְ אָדָם מִי בּוֹרוֹ וְאַחֲרֵיהֶם צָרִיכִים לוֹ. א"כ לֹא שְׁיִיךְ לֹמַר דִּיגְרָשָׁה שְׁנִית דִּי"ל דְּלֵא עֲבָדִינוּ מַעֲשֵׂה לְפִנְסָלָה מִפְּהוֹנָה.

וְכִינּוּ דְּלֵא שְׁיִיךְ לֹמַר הַטַּעַם דֵּה"ל לְתַמְנָן וּלְבַרְרָא בְּפִנְיָנוּ. ע"כ לֹא חִיָּיִשִּׁינוּ לְשִׁמְאָא יִקְלַקְלָה.

דְּעֵיקַר פְּנוּנַת הָרַמְב"ם הוּא בְּצִירּוֹף טַעַם דֵּה"ל לְתַמְנָן בְּפִנְיָנוּ פְּנ"ל. אַךְ לִפ"ז יֵשׁ לְדוֹן דְּהִיכָא דְּהִיא גְרוּשָׁה בְּלֵא"ה אִז לֹא שְׁיִיךְ בְּזֵה לֹמַר דְּאִינוּ רוּצָה לְפִנְסָלָה לְכַהֲנָה א"כ אִפְתִּי י"ל בְּזֵה פְּסֻכְרַת הַב"מ דְּלֵא מְהִימָן בְּמִיגוּ דִּיגְרָשָׁה מְשׁוּם חֲשֵׁשׁ קְלַקּוּל.

אַךְ בְּאַמַּת יֵשׁ לְתַרְץ קְוִשְׁיוֹת הַב"מ הַנ"ל בְּגִוּוֹנֵי אַחֲרֵינֵי. אוּ דְּבְאַמַּת מוֹכַח מְזֵה פְּסֻכְרַת הַבֵּית מֵאִיר הַנ"ל דְּעַל אַחַר מִיתָה לֹא שְׁיִיךְ לֹמַר דְּרוּצָה לְהַנְקָם מִמְּנָה.

אַבְל מִמַּה דְּהִקְשִׁיתִי מְהֵא דְּאִתְיוּהֵי בִי תְּרִי דְּרִישׁ גִּיטִין דְּפִסְק הָרַמְב"ם דְּאַף בְּבֵא הַבְּעַל וְעַרְעֵר לֹא מְהִימָן זֵה תַקְשָׁה מְאוּד עַל הָרַמְב"ם הַנ"ל וּבְדוּחַק יֵשׁ לְחַלֵּק בֵּינֵיהֶם פְּאַשְׁרֵי הָאֲרַכְתִּי בַמִּק"א בְּזֵה: אַבְל לִפְמַש"כ אֲתִי שְׁפִיר כ"ז בְּפִשְׁטוֹת מְשׁוּם דְּדוּקָא הִיכָא דְּהַבְּעַל לְקַמְן בְּעַת אֲמִירְתּוֹ אִז אֲמִירְנָן אִם רוּצָה יִגְרָשָׁה שְׁנִית מְשֵׁא"כ הִיכָא דְּשׁוֹלַח לָהּ גִּט מִמִּק"א דְּמַה יַעֲשֶׂה הַבְּעַל יוֹתֵר הָא שׁוֹלַח לָהּ גִּט וְע"כ לֹא חִיָּיִשִּׁינוּ בְּזֵה לְשִׁמְאָא יִקְלַקְלָה פִּינּוּ דְּלִיכָא רִיעוּתָא לְקַמְן וַיֵּשׁ לְהֶאֱרִיךְ בַּכ"ז: וּמִן דְּבְרֵי הָרַמְב"ם הַנ"ל הוּא סַעַד גְּדוּל לְמַה שְׁפִתְבַּתִּי מִכְּבָר בְּטַעַם דְּמִיגוּ לְאַפְטוּרֵי מְשֻׁבְּעָה לֹא אֲמִירְנָן מְשׁוּם דְּכִינּוּ דְּאִיכָא לְבַרְרֵי מְבַרְרִינוּ.

דְּהָא הָרַמְב"ם פְּתַב פֶּן בְּהִדְיָא עַל הָא דְּבַעַל שְׁאַמֵּר גְּרָשְׁתִּי אֲשֵׁתִי דְּהִרִי אַתֶּם קִיָּיִמִים בְּפִנְיָנוּ יִגְרָשָׁה שְׁנִית. וְהָא הֵתֵם הוּי הַדְּבָר בִּידוּ.

וּמַכְש"כ בְּמִקּוּם מִיגוּ דְּהָא מַה דְּבִידוּ לְעֲשׂוֹת עֲדִיף מִן מִיגוּ פְּנ"ל. [וְעֵינָן בְּסִפְרֵי בְּאֵר יַצְחָק ח' אה"ע סוֹף סִי ט"ז מַה שְׁהִבְאִיתִי שְׁם בְּשֵׁם הַיְרוּשְׁלָמִי וְהִרְמ"א דְּמִי שְׁגַרְשׁ אֲשֵׁתוֹ בְּגִט פְּסוּל כּוֹפִין אוֹתוֹ לְגְרָשָׁה בְּגִט פְּשָׁר ע"ש.

ע"כ הִכָּא דְּעֵיקַר הַחֲשָׁשׁ הוּא שְׁמָא גְרָשָׁה בְּגִט פְּסוּל ע"כ יְכוּלִים לְכוּף אוֹתוֹ לְגְרָשָׁה בְּגִט פְּשָׁר וְזֵהוּ שְׁיִיכוּת לְעֵנִינֵינוּ וְקִצְרֵתִי]. וְאַף שְׁיֵשׁ לְדַחוּק דְּשֵׁא"ה בְּאוּמֵר גְּרָשְׁתִּי דְּאִם אִיתָא דְּגְרָשָׁה קְלָא אִית לָהּ.

עכ"ז ז"א דְּהָא הָרַמְב"ם שְׁם לֹא נִחִית לְזֵה פְּמִבְּנָאָר שְׁם וְע"כ פְּתַב טַעַם אַחַר דְּלֵא פְּהִתּוּס'. א"כ שְׁפִיר מוֹכַח מִהָרַמְב"ם דַּס"ל דְּמִיגוּ הִיכָא דְּאִיכָא לְבַרְרֵי מְבַרְרִינוּ.

וְע"כ שְׁפִיר פְּסֻק הָרַמְב"ם דְּמִיגוּ לְאַפְטוּרֵי מְשֻׁבְּעָה לֹא אֲמִירְנָן מְשׁוּם דְּיְכוּל לְבַרְר בְּשֻׁבְּעָתוֹ פְּנ"ל: עֲנָף ג וְעפ"ז יֵשׁ לְתַרְץ מַה שְׁהִקְשׁוּ הַר"ן וְשְׁאֵרֵי רֵאשׁוּנִים בְּשֻׁבְּעוֹת ר"פ פֶּל הַנְּשֻׁבְּעִין לְשִׁיטַת הַסּוּבְּרִים דְּמִיגוּ לְאַפְטוּרֵי מְשֻׁבְּעָה לֹא אֲמִירְנָן מְהֵא דְּקִאָמֵר רַבָּה מְפָנִי מַה אֲמָרָה תוֹרָה מ"מ הַטַּעֲנָה יִשְׁבַּע יִהְיֶה מְהִימָן בְּמִיגוּ דְּכִפֵּר הַכֹּל.

הָא זֵה הוּי מִיגוּ לְאַפְטוּרֵי מְשֻׁבְּעָה. אַךְ רַש"י פִּי מְשׁוּם מְשִׁיב אֲבָדָה.

וּלְפַמַּש"כ נִיחָא מְשׁוּם דְּהָא חֲזוּנִין דְּשִׁיטַת רַבָּה בַּב"ב (דָּף ל"א) דְּאֲמִירְנָן מִיגוּ בְּמִקּוּם עֲדִים. וְאַף דְּהָרַשְׁב"ם פְּתַב שְׁם בַּד"ה א"ל כו' דְּרַבָּה חֲזַר בּו מ"מ מִן הַתּוֹס' שְׁם ד"ה אֲמַר רַבָּה כו' מְשֻׁמַּע דַּס"ל דְּלֵא חֲזַר בּוּ וּכְמַש"כ הַמְּהַרְשֵׁ"א שְׁם.

וכן הוא בכתובות (דף כ"ז) ובכורות (דף ל"ו). ולפ"ז י"ל לשיטת רבך דמיגו עדיף מעדים.

א"כ בנודאי אף היכא דאיכא לברורי בנודאי א"צ לברורי. דהא היכא דאיכא עדים ונודאי ל"צ לברורי דאין לה בירור יותר משני עדים.

וכיון דמיגו עדיף מעדים ולכה"פ שקולים המה בנודאי א"צ לברורי היכא דאיכא מיגו לשיטת רבך. ע"כ שפיר מקשה רבך לשיטתו מ"מ אמרה תורה מב"מ ישבע והא יש לו מיגו וא"צ לברר.

וי"ל דלכן ס"ל לרבך בב"ב (דף ל"ב) דאמרין מיגו להוציא משום דאזיל לטעמין דמיגו עדיף מעדים וע"כ מהני מיגו אף להוציא. ועפ"ז יש לדון הרבה למה דמסיק הש"ס התם הלכתא פנותיה דרבך בארעא לפי הרשב"ם שם ועיניו בתוס' שם וקצתתי.

אבל לדין דמיגו להוציא לא אמרין וע"כ דינו פרוך ולכן לא מהני מיגו לאפטורי משבועה משום איכא לברורי פנ"ל. והא דהלכתא פנותיה דרבך בארעא שם פ"ה התוס' שם בענין אחר דלא פהרשב"ם שם.

ולשי' הנ"י ב"ב (דף קס"ט ע"ב) י"ל כמש"כ וכ"ז הוא לשי' התוס' ועיין לעיל בחידושי לסי' פ"א סעי' כ"ג בסופו: ובב"ב (דף ל' ע"ב) תוס' ד"ה מיגו דאי בעי אמר לי מינה זבינת' כו' תימא דאמאי נקט כה"ג ה"ל למימר דנאמן לומר מינו זבינת' דאי מילתא דפשיטא היא דמהימן א"כ השתא נמי מילתא דפשיטא היא דמהימן במיגו עכ"ל.

וי"ל דהא שי' רב יוסף בב"ב (דף ל"ב) דלא מהימן במיגו אף היכא דמחזיק הקרקע בידו משום דכיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת מקרי מיגו להוציא. א"כ ה"ה הכא ה"א דמקרי מיגו להוציא.

ואף דזה פשיטא דנאמן לומר מינה זבינתה. אפ"ה ה"ה דבמיגו לא נאמן משום דמיקרי מיגו להוציא וכשיטת ר"י גופא.

וע"כ שפיר קאמר רב יוסף שם בב"ב דאשמועינן התנא שם דמהימן בזה במיגו והטעם הוא דכיון דהחזיק שלשה שנים הקרקע ע"כ לא מקרי זה מיגו להוציא אף לשיטת רב יוסף גופא ושפיר אשמועינן רבותא בזה.

ואכמ"ל: וכש"כ לשיטת הסמ"ע בריש סי' רצ"ו דכתב הטעם במיגו לאפטורי משבועה לא אמרין משום דלא אמרין מיגו אלא היכא דהוי לענין להחזיק הממון ת"י אבל בשבועה לא שיקף זה ע"ש.

א"כ בנודאי אתי שפיר מה דקאמר רבך מפ"מ מב"מ הטענה ישבע. משום דלרבה דס"ל דאמרין מיגו להוציא אף היכא דלא מסייע לי חזקת ממונא ג"כ ס"ל לרבה דאמרין מיגו.

א"כ בנודאי אמרין לרבה מיגו לאפטורי משבועה ושפיר מקשה רבך מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע. ובעז"ה אחר כותבי זה הטעם על הא דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרין.

מִצָּאתַי בַּט"ז בַּח"מ רִישׁ סִי' רצ"ו הַנֶּדְפֵס מִחֲדָשׁ שְׁפָתַי ג"כ לְהַדְיָא בְּפִירוּשׁ זֶה הַטַּעַם
עַל הָא דְמִיגוּ לְאַפְטוּרֵי מְשׁוּבָעָה לָא אֲמַרִינן מִשּׁוּם דְכִינּוּן דִּיכּוֹל לְבָרַר עַפ"י שְׁבוּעָתוֹ חֲזִיב
לְבָרַר דְּהָא מִיגוּ דִּינוּ כְּמוֹ רַבָּא עֵי"ש.

אִי לֹא הַזְפִּיר לְהַרְמַב"ם הַנ"ל: וְעוֹד יֵשׁ לְדוּן עַפ"י מַה דְּנִתְבָּאָר דְלִכּוֹן לָא אֲמַרִינן מִיגוּ
לְאַפְטוּרֵי מְשׁוּבָעָה מִשּׁוּם דְּאִיפָא לְבָרוּרֵי. דִּי"ל דְּהָא דְרִישׁ פ"ז דְּשְׁבוּעוֹת וּבַח"מ סִי' רצ"ו
דַּס"ל דְּבִשְׁבוּעַת שׁוּמְרִים לָא מְהַי מִיגוּ לְאַפְטוּרֵי מְשׁוּבָעָה.

דְּזֵהוּ עַפ"י מַה דִּי"ל דְּהָא מִילְתָּא דְאַמְרוּ דְּהִיכָא דְּאִיפָא לְבָרוּרֵי מְבָרְרִין דְּאִין זֶה רַק
מְדַרְבְּנָן. א"כ לְפִי זֶה אֲיַפְשֵׁר לֹאמַר ג"כ בְּהָא דְאַמְרוּ דְלָא אֲמַרִינן מִיגוּ לְאַפְטוּרֵי מְשׁוּבָעָה
דְּזֵה אִינוּ רַק מְדַרְבְּנָן מַה"ט.

אָבַל מַה"ת י"ל דְּשִׁפִּיר מְהַי מִיגוּ אִי בְּמָקוֹם דְּאִיפָא לְבָרוּרֵי. לְכֹן שִׁפִּיר אֲמַרוּ בְּרִישׁ פ"ז
דְּשְׁבוּעוֹת דְּשְׁבוּעַת שׁוּמְרִים דְּחֲזִיב רַחֲמָנָא הֵיכִי מְשַׁכַּחַת לֵהּ וְכֹן מַה דְּאָמַר רַבָּה מְפָנִי מַה
אֲמַרָה תוֹרָה מוֹדָה מְקַצֵּת הַטַּעֲנָה כו' וְאֲתֵי שִׁפִּיר בְּפִשְׁטוּת דְּאִינוּ קָשָׁה עֲלֵיהֶם כָּלֵל מְכַל
הַנ"ל.

וְכֹן נִרְאֵה מְלִשׁוֹן הַסַּמ"ע בְּסִי' רצ"ו ס"ק א' ע"ש בְּש"ף. אָבַל בְּאַמַּת זֶה אִינוּ מִשּׁוּם דְּאִין
סְבָרָא לֹאמַר בְּשִׁטַּת הַרְמַב"ם וְסִינְעָתוֹ דְּמַה דְּחֲזִיבּוּ שְׁבוּעָה בְּשׁוּמְרִים אִי בְּמָקוֹם מִיגוּ
דְּאִין זֶה רַק מְדַרְבְּנָן.

דַּא"כ לֹא יִהְיֶה לְהָא שְׁבוּעָה דִּין שְׁבוּעָה דְּאוֹרִינְיָתָא כָּכָל שְׁבוּעַת שׁוּמְרִים. דְּהָא בְּכָל ש"ש
אֲמַרִינן מִתּוֹךְ שְׁאִינוּ יְכוֹל לִישְׁבַע מְשַׁלֵּם.

וְכֹן בְּהִיָּה הַשׁוּמְרֵי חָשׂוּד כְּמִבְּנָאָר בְּסִי' צ"ב סַע"א ח' בְּמַחְבֵּר וְהוּא מִן הַרְמַב"ם. וְכֹן לְעַנְיָן
נִחְתִּיבֵינּוּ לְגַבְסִי'.

וְאִי נִימָא דְּמַה"ת מְהַי מִיגוּ לְאַפְטוּרֵי מְשׁוּבָעָה רַק מְדַרְבְּנָן לָא מְהַי מִיגוּ. א"כ הַדִּין נוֹתֵן
דְּבְּמָקוֹם מִיגוּ יִהְיֶה דִּין הַשְׁבוּעָה בְּזֵה כָּכָל שְׁבוּעָה דְּרַבְּנָן דְּלֹא שִׁינְיָה בִּי כָּל הַנ"ל.

וּבְאַמַּת אִין זֶה בְּמִשְׁמַע מְדַבְּרֵיהֶם וְאִדְרַבָּה מְשַׁמַּע לְהִיפּוֹ. וְאִין לְחַלְקֵי דְּשְׁאִנֵּי בְּזֵה דְּעֵיקָר
הַשְׁבוּעָה הוּא מַה"ת רַק מְחַמַּת הַמִּיגוּ פְּטוּר מְשׁוּבָעָה מַה"ת.

וְלִכּוֹן פִּינּוּן דְּרַבְּנָן תְּקִינּוּ דְּלֹא יִהְיֶה מְהַי מִיגוּ מִמִּילָא דִּין הַשְׁבוּעָה בְּזֵה כָּכָל שַׁד"א. זֶה אִינוּ
דְּהָא מְצִינוּ בְּכַתְּוִבוֹת (דָּף י"ח ע"ב) תּוֹס' ד"ה וּבְכּוֹלֵי בְּעֵי כו' דְּכַתְּבוּ דְּכִינּוּן דְּמַה"ת דִּינוּ
דְּהוּי חָשׂוּד עַל הַשְׁבוּעָה רַק מְדַרְבְּנָן דְּרָאוּ לְחַוְוָר הַשְׁבוּעָה בְּעֵינֵי הַבְּרִיּוֹת ע"כ דִּינוּ כָּכָל
שְׁבוּעָה דְּרַבְּנָן דְּלֹא אֲמַרִינן מִתּוֹךְ כו'.

וּכ"כ הַתּוֹס' בְּב"מ (דָּף ג') ד"ה בְּכּוֹלוֹ כו'. אֲלֵמָא דְּאַי דְּעֵיקָר שְׁבוּעָה הוּא מַה"ת בְּמָקוֹם
דְּלֹא הוּי חָשׂוּד דְּאִיפָא לְמִימַר אֲשַׁתְּמוּטִי כו'.

וְאַפ"ה פִּינּוּן דְּהִיכָא דְּשִׁינְיָה מִיגוּ דְּחָשׂוּד אֲמֻמוֹנָא כו' דְּאִין חֲזִיב בְּזֵה שְׁבוּעָה מַה"ת רַק
מְדַרְבְּנָן דְּיִהְיֶה מֵאִיזָה טַעַם שְׁיִהְיֶה. חֲזִינָן דַּס"ל לְהַתּוֹס' בְּפִשְׁטוּת דְּדִין הַשְׁבוּעָה בְּזֵה רַק
כְּשְׁבוּעָה דְּרַבְּנָן פִּינּוּן דְּמַה"ת אִין נוֹתֵנִין שְׁבוּעָה עַכ"פ.

א"כ ה"ה וכש"כ בְּהַדְרָה דְאֶמְרֵינָן מִיגוּ לְאַפְטוֹרֵי מְשׁוּבְעָה מֵה"ת כו'. וע"כ שְפִיר פְּתָבו
הר"נ וְהָרָא"ש וּש"פ בְּשֵׁי הַרְמַב"ם וְהַרְב"ר יוֹסֵף הַלּוֹי וְסִינְעֵתָם לְדוֹן מְהָא דֵא רַבָּה
ורפ"ז דְשִׁבּוּעוֹת.

דְּוִנְדָאֵי פְּוִנְתַּת הַרְמַב"ם הוּא דְמֵה"ת לֹא אֶמְרֵינָן מִיגוּ לְאַפְטוֹרֵי מְשׁוּבְעָה. וְיֵשׁ לִי עוֹד
לְהַאֲרִיךָ בְּכ"ז.

וּבְמָה דְמִקְשָׁה הַגַּמ' פֶּן בְּרַפ"ז דְשִׁבּוּעוֹת עַל הָא דְאֶמְרוּ שֵׁם לֹא שָׁנוּ אֲלֵא שְׁשִׁכְרוּ בְעֵדִים
כו' וְקִצְרֵתִי מִפְּנֵי יִרְאַת הָאֲרִיכוֹת בְּכ"ז: וְלְכַאֲרָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִן ב"ק (דָּף ק"ז ע"ב)
דְאֶמְרוּ הַטּוֹעֵן טַעֲמַת אֶבֶד וְנִשְׁבַּע וְחִזַּר וְטַעֵן טַעֲמַת גָּנָב וְנִשְׁבַּע וּבָאוּ עֵדִים פְּטוֹר הוּאִיל
וְיֵצֵא בְשִׁבּוּעָה רֵאשׁוּנָה.

וְכִתְבוּ הַתּוֹס' שֵׁם בְּד"ה הוּאִיל וְיֵצֵא כו' דֵאע"ג דְהוּדָה דְלִשְׁקָר נִשְׁבַּע כו' מ"מ נֶאֱמַן בְּמִיגוּ
דְהִיָּה אוֹמֵר אֲמַת נִשְׁבַּעְתִּי כו'. אֲלֵמָא דְמַהֲנֵי מִיגוּ לְאַפְטוֹרֵי מְשׁוּבְעָה.

וְתִקְשָׁה עַל שֵׁי הַרְמַב"ם דְס"ל דְלֹא אֶמְרֵינָן מִיגוּ לְאַפְטוֹרֵי מְשׁוּבְעָה מְהָדָּה סְגִיָּא דְב"ק
הַגְּז"ל. וְכֵן פְּסַק הַרְמַב"ם ה' גְּנִיבָה ה' ג'.

אֲבָל לְפַמֵּשׁ"כ לְעֵיל דְלִמָּאן דְס"ל דְאֶמְרֵינָן מִיגוּ לְהוֹצִיא דְה"ה דְמַהֲנֵי מִיגוּ לְאַפְטוֹרֵי
מְשׁוּבְעָה. ע"כ יֵשׁ לְדוֹן דְהִיכָא דְשִׁינָה הַפָּה שְׁאֶסֶר כו' דְזֵה עֲדִיף מִן מִיגוּ וְכַמֵּשׁ"כ הַתּוֹס'
בְּב"ק (דָּף ע"ב) ד"ה אֵין לָהּ בּוּ כו'.

דֵאף בְּמִקוֹם עֵדִים מְהֵנֵי הַפָּה שְׁאֶסֶר כו'. וְכ"כ הַהַפְּלָאָה פְּתוּבוֹת (דָּף י"ט ע"א).
וְעֵינָן פְּתוּבוֹת (דָּף י"ח) תּוֹס' ד"ה הָרִי אֵלוּ נֶאֱמָנִים כו'. וְכַה"ג פְּתַב הָרִיטְבָא פְּתוּבוֹת
(דָּף י"ח).

וְהִנֵּה לְעֵיל בְּסִי' ל"ז בְּחִידוּשֵׁי שֵׁם הוֹכַחְתִּי דְהִיכָא דְשִׁינָה לּוֹמֵר הַפָּה שְׁאֶסֶר כו' אִז מְהֵנֵי
זֵה אֵף לְהוֹצִיא וְכַמּוֹ שְׁהוֹכַחְתִּי שֵׁם מְהָא דְרַפ"ב דְכְּתוּבוֹת דְנֶאֱמַן לּוֹמֵר שְׁדָה זֹו שְׁל אֲבִיךָ
הִיָּתָה בְּמִיגוּ מִשׁוּם הַפָּה שְׁאֶסֶר כו' וְקִשָּׁה לְרַב יוֹסֵף דְס"ל בְּב"ב (דָּף ל"ב) דְאֵינוּ נֶאֱמַן
בְּמִיגוּ לְהוֹצִיא מְהָא דְקַרְקַע בְּחִזְקַת בְּעֵלְיָהּ כו' וְע"כ מוּכַח לְחֻלְק דְשִׁאֲנֵי הִיכָא דְהִנֵּי הַפָּה
שְׁאֶסֶר כו'.

וּלְפ"ז י"ל דְה"ה בְּמִקוֹם שְׁבּוּעָה מְהֵנֵי הַפָּה שְׁאֶסֶר לְאַפְטוֹרֵי מְשׁוּבְעָה מֵה"ט פִּינּוּ דְמַהֲנֵי
זֵה אֵף לְהוֹצִיא מְמוּזָן. וְהֵתָם בְּב"ק הָא הָוֵי הַפָּה שְׁאֶסֶר כו' דְהָא אֵי בְעֵי שְׁתִּיךְ.

וְאַחַר שְׁנִשְׁבַּע כְּבָר לֹא הִנֵּה צָרִיךְ שׁוּב לְדַבֵּר מִזֵּה וּלְהַשִּׁיב לְהַבַּע"ד הַתּוּבְעוּ. ע"כ הָוֵי זֵה
בְּגִדְרַת הַפָּה שְׁאֶסֶר כו' בְּעַת שְׁהוּדָה דְלִשְׁקָר נִשְׁבַּע מִתְחִלָּה.

[וְשִׁאֲנֵי הָא דְכְּתוּבוֹ הַתּוֹס' בְּב"מ (דָּף ב') ד"ה וְזֵה נוֹטֵל רְבִיעַ כו' דְהָא דְב"ב הָוֵי מִיגוּ דְאֵי
בְעֵי שְׁתִּיךְ. דְהָא הִנֵּה צָרִיךְ עַכ"פ לְבֹא לְב"ד לְהִרְאוֹת שְׁטָרוֹ].

וְהִיכָא דְהָוֵי הַפָּה שְׁאֶסֶר כו' בְּזֵה סְמִכִּינָן אֵף לְפוֹטְרוֹ מְשׁוּבְעָה. ע"כ אֵינוּ קִשָּׁה מְהָא דְב"ק
עַל שִׁיטַת הַרְמַב"ם: וְיֵצֵא לָנוּ דִין מְחוֹדֵשׁ דֵאף הִיכָא דְלֹא אֶמְרֵינָן מִיגוּ לְאַפְטוֹרֵי
מְשׁוּבְעָה.

מ"מ היכא דהוי בגדר הפה שאסר כו' דבזה סמכינן אף לאפטורי משבועה: ** (הגה"ה ובמש"כ לעיל לדון בשי' הרמב"ם דלכן בעל שאמר גרשתי אינו נאמן משום דתיישינן שפא בגט פסול גירש.

דעיקר סברתו הוא דכינן דאיכא לברורי ולגרשה בפנינו ע"כ לא סמכינן על מה דכידו לגרשה. הנה עפ"ז יש לדון בהנה גיטין הפאין מרחוק למדינתנו דקשה להשיג הקיום על חת"י ב"ד דעל הרשאה.

ועיין באה"ע ס"ס קמ"ב בט"ז שם מזה ובאחרונים שם. ודרכי בזה לצוות שיראו הב"ד דשם לומר להבעל המגרש שיכתוב מכתב בכת"י להב"ד דבמקום הגתיתנה ובמקום הגתיתנה מכירין כת"י הבעל.

ע"כ יש לסמוך ע"ז בפשיטות דהא בעל שאמר גרשתי אשתי נאמן עפ"י דין משום דכידו לגרשה. רק הא דלא מהני זהו משום דאם איתני' דגירשה קלא אית לי' כמש"כ הרשב"ם והתוס' בב"ב (דף קל"ה).

א"כ הךא דשולח הגט ממק"א לא שייך בזה לומר דאם אי' דגירשה קלא אית לי' דהא עכשיו פעת שולח הגט ממקום רחוק לפה. א"כ לפי סברת התוס' והרשב"ם לא שייך להחמיר בכה"ג.

ולשיטת הרמב"ם דתייש דשפא בגט פסול גירש. הא נתבאר דעיקר הטעם הוא)**** (משום דאתם קיימים בפנינו יגרש אותה שנית.

א"כ בשולח הגט ממקום רחוק לא שייך זה. ע"כ לכל השיטות אין להחמיר בכה"ג וזהו עצה נכונה לצאת ידי חובת קיום (ע"כ הגה"ה): ** ענף ד ובעיקר מילתא דנתבאר לעיל דהיכא דאיכא לברורי לא מהני מיגו נראה לענ"ד להביא ראיה לזה מן חגיגה (דף כ"ב ע"ב) דאי' שם הא דאמר מעולם לא הטבלתי פלי.

בתוך פלי והא דאמר הטבלתי אבל לא הטבלתי בכלי שאין בפיו פשפופרת הנוד והתניא נאמן עם הארץ לומר לא הונקשו אכל אינו נאמן לומר הונקשו ולא נטמאו. והקשה הטורי אכן דאמאי לא מהימן במיגו דלא הטבלתי פלי בתוך פלי והא דאינו נאמן לומר הונקשו ולא נטמאו במיגו דלא הונקשו י"ל משום דע"ה אינו בקי בהלכות טהרה ושפא נטמא וסבר דלא נטמא אבל זה תקשה כו' וי"ל דה"ט דא"נ משום דהוי כמו הא דחולין כל טבח שא"י הלכות שחיטה אסור לאכול משחיטתו אפילו אמר ברי משום דהוי מילתא דלא רמיא כו' מיהו לא דמי להאי דחולין כ"כ עכ"ל הט"א.

וכוננת חילוקו הוא ע"פ דברי החכם צבי בסי' ק"ד ע"ש. ועיין בט"ז יו"ד סי' ק"צ ס"ק מ"ם.

ומן דברי המהרש"ל המובא בש"ך יו"ד סי' צ"ד ס"ק כ"ח מוכח דלא ס"ל לסברת החילוק שמשלק החכם צבי שם דשאני בשחיטה דיש לנו חזקת איסור ע"כ אמרו בזה להך פללא דמילתא דלא רמי' לאו אדעתיה דהא בגידון של המהרש"ל שם לא הוי חזקת איסור ואפ"ה כתב שם לדון להך מילתא דלא רמיא עלי' דלאו אדעתיה.

ועיין בפרמ"ג שם ובש"ף יו"ד סי' צ"ד ס"ק א' ובפרמ"ג או"ח בהנהגת או"ה סדר שני אות י"ג מזה. ועיין בנו"ב מ"ת ח' יו"ד סי' ט"ז מזה.

וגיש הרבה לדון בכ"ז ואין פאן מקומו וכיון דהטורי אכן בעצמו פתב דאין זה דומה להא דחולין. ע"כ עדיין תקשה לקושיות הטורי אכן בחגיגה הנ"ל: אכן לפי מה שנתבאר דמיגו לא מהני היכא דאיכא לברורי ולתקן הדבר בפשיטות וכמו בבעל שאמר גרשתי א"נ מפני הטעם שכתב הרמב"ם הנ"ל אתי שפיר מה דלא האמינוהו במיגו דאי בעי אמר מעולם לא הטבלתי פלי בתוך פלי משום דזה הוי כמו איכא לברורי ולתקוני דהא יכול בקל להטבילו ולהזות על הפלי מחדש וכמו הא דפרק אין מעמידין (נ"ז ע"ב) הא מיא בנהרא זילו טבולו.

ודומה למש"כ הרמב"ם פ' י"ב ה' גירושין ה' ה' הנ"ל דאומרים לו אם אמת הדבר הרי אתם קיימים גרש אותה בפנינו. דהטעם הוא לפי דאיכא לתקוני בקל עתה לפנינו ע"כ אינו נאמן במיגו דבידו לגרשה.

וה"ה הכא דבידו לתקן בנקל ולהטבילו ולהזות עליו מחדש ע"כ א"נ במיגו. והוי כמו רובא דהיכא דאיכא לברורי בנקל דלא סמכינן על הך רובא וה"ה במיגו וינדעתי.

מה דיש לדון בזה ע"פ דברי הנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' ל"ח בד"ה ואחר שעלה בינדו חידוש דין זה כו' שהביא שם לדברי הצ"ח בפסחים בסוגיא דר"ח ס"ה כו' ע"ש. אכן מן הש"ף יו"ד סי' ק"ב ס"ק ח' לא נראה כן וקצרתי.

ומתורץ עפ"ז קושיות הטורי אכן: והא דאינו נאמן לומר הפירות הוכשרו ולא נטמאו במיגו דלא הוכשרו. יש לומר בזה כמש"כ הטורי אכן.

אבל בהא דהטבלתי ולא הטבלתי בתוך פלי שאין בפיו כשפופרת הנוד דבזה לא שייך כן וכמש"כ הטורי אכן לחלק בין הא דחולין הנ"ל להך דחגיגה. וע"כ מוכח מזה כפי הסברא שכתבתי דמיגו לא מהני היכא דאיכא לברורי ולתקוני בקל.

והא דאמרו שם לסייע לרובא מהא דתנא דא"נ לומר הוכשרו ולא נטמאו וכמו שהרגיש בזה הטורי אכן שם. נלע"ד בזה דכוננת הש"ס הוא להוכיח לחלק דהיכא דהוי דררא דספיקא עכ"פ אז אינו נאמן עם הארץ בטענת עצמו רק ע"י מיגו.

ולכן בהוכשרו ולא נטמאו א"נ משום דהוי דררא דספיקא וממילא פיון דא"נ בלא מיגו לכן היכא דלא שייך המיגו התם וכמש"כ הטורי אכן לכן א"נ. ע"כ ממילא ה"ה בהך דהטבלתי פלי בתוך פלי ולא הנה בתוך פלי שאין בפיו כשפופה"נ פיון דהוי דררא דספיקא ע"כ לא האמינו חז"ל לו פיון דלא מהימן בטענת עצמו.

ואף שיש לו מיגו מ"מ לא מהימן מצד מיגו פיון דאיכא לתקוני בקל וע"כ אינו נאמן כן נלע"ד בכוננת הגמ'. והא דיש להעיר על הא דאמרו התם דלא הטבלתי פלי בתוך פלי דטהור דאפתי יהנה טמא משום מגע ע"ה.

אין זה שייכות לעניינינו דבל"ז יש להעיר כן שם. אף באמת אתי שפיר בפשיטות דהא יש נפ"מ רבתא היכא דאינו טמא משום טומאת מת רק משום מגע ע"ה כדמוכח שם בכולו סוגיא דחגיגה ועיין ברמב"ם פ' י"א ה' מטמאי משכב ומושב ה' י"ב וקצרתי.

ולכן פינו דאָמרינן דלא מהני מיגו כו' משום דאיפא לתקוני בקל ע"כ ממילא הוי דינו של הפלי כמו טמא מת וכמו הך דבעל שאמר גרשתי כו' לשיטת הרמב"ם פנ"ל. והוי מזה סייעתא לדברי הרמב"ם בזה.

ולעיל פתבתי דהיכא דהוי בגדר הפה שאסר כו' מהני זה אף לאפטורי משבועה אף הא דחגיגה אין זה בגדר הפה שאסר דהא צריכים עכ"פ לאמירתו וקצרתיו: ועיין לעיל בחדושי סי' א' בכללי מיגו ענף ב' שהוכחתי דרוב עדיף מן מיגו כמו שהבאתי שם בשם תה"ד.

וכיון דברוב אמרינן היכא דאיפא לברורי מבריינן כש"כ במיגו וכמש"כ שם מזה. ולפי דברי המג"א בסי' תל"ז בס"ק ד' שפתב דהא דיו"ד בסי' א' דלא סמכינן על רוב היכא דאיפא לברורי דשא"ה משום דאיפא חזקת איסור ע"ש.

א"כ לפ"ז יש חלק דדוקא באומר גרשתי את אשתי כו' דכתב הרמב"ם דלכן א"נ משום דאומרים לו בדר דבריה כו' משום דהתם מעמידין אותה בחזקת א"א ע"כ לא סמכינן על מיגו היכא דאיפא לתקוני משא"כ בהך דחגיגה דלא שייך התם להעמידו על החזקה ע"כ הדין נותן דיהיה מהני מיגו אף היכא דאיפא לתקוני.

אכן לפי מה שנתבאר לעיל דהפלי טמא משום מגע ע"ה בלא"ה רק דאנו דנין שם אם הפלי אינו רק טמא משום טומאת ע"ה או דטמא משום טמא מת ונפ"מ אם להטביל בהערב שמש לבד או דטמא משום טמא מת דצריך להזות עליו שלישי ושביעי וכמבואר ברמב"ם פ' י"א ה' מטמאי מו"מ ה' י"ב.

א"כ גם בהך דחגיגה שייך להעמידו על חזקת טומאה דיש להפלי של ע"ה בנודאי. דמעמידין את הפלי על חזקת טומאתו דאינו יוצא מידי טומאתו עד שמזין עליו ג' וז' ואין זה בגדר מחזיקין מאיסור זה לשם איסור אחר פי שם טומאה אחת היא.

ועיין בכתובות (דף ע"ה) תוס' ד"ה ספק טמא כו' וקצרתיו. אף כפר חלק הפר"ח באו"ח סי' תל"ז שם על המג"א שם.

ועיין בפרמ"ג שם ובפרמ"ג ליו"ד בפתיחה להלכות טריפות בסי' ל"ט ע"ש והדברים ארוכין ואכמ"ל. ובעיקר הענין שכתב הרמב"ם בבעל שאמר גרשתי א"נ משום דאומרים לו בדר דבריה כו' י"ל דזהו מדברבן דהחמירו בכה"ג משום חנוך ערוה וקעין זה בהא דחגיגה דהחמירו חז"ל בכזה משום חנוך טהרות וע"ז שייך לומר דאין מדמין גזירות חז"ל זה לזה כדמצינו פועין זה בכמה דוכתי: ענף ה' ובעיקר הדין דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה נלע"ד להעיר מן ב"ב (דף ה') דאמרו שם איבעיא להו תבעו לאח"ז וא"ל פרעתיך בתו"ז מהו מי אמרינן במקום חזקה אמרינן מה לי לשקר או דילמא כו' ולא איפשטא וכן מבואר בח"מ סי' ע"ח סעי' ה' וכמש"כ הש"ך שם.

ויש להקשות דהא מצינו למיפשט להך איבעיא ממה דחזינו דחזקה תו"ז פוטר להמלנה מן שבועת יתומים כמבואר שם בסוגיא זו ואלו מיגו אין לו פח למקפטר מן שבועה וה"ה בשבועת יתומים אף היכא דיש לו מיגו אינו פוטר מן שבועה זו דמ"ש זה מפל שבועות דאין פח למיגו למקפטר משבועה.

[נהו בשד"א ונהו בשד"ר אָמרו פֿן וּכְמוֹ שֶׁהוֹכִיחוּ הַגְּאוּנִים מְהֵרָא דב"ק (דף קי"ד) הַמְּכִיר פֿליו וּסְפָרְיוֹ יִשְׁבַּע כַּמָּה הוֹצִיא וְיִטּוֹל דְּזָהוּ הַמְּקוֹר לְשִׁבּוּעַת הַמִּשְׁכּוֹן דְּזָהוּ הַטַּעַם מִשּׁוּם דְּלֹא אָמְרִינוּ מִיגוֹ לְאַפְטוֹרִי מִשְׁבּוּעָה פֿמִבְּזָר בַּר"נ וּבְרֵא"ש לְשִׁבּוּעוֹת פ"ז וּבַח"מ ס' ע"ב וּס' פ"ט בְּש"ךְ שָׁם].

א"כ חֲזִינוּ דְחֻזְקָה דְתו"ז יֵשׁ לוֹ פֿתַּח בְּיוֹתֵר מִן מִיגוֹ דְהָא חֻזְקָה דְתו"ז פּוֹטֵרַת מִשְׁבּוּעָה וְאֵלּוּ מִיגוֹ אֵינוֹ פּוֹטֵר מִשְׁבּוּעָה ע"כ מִמִּילָא הַדְּיוּנוֹתָן דְּלֹא יִהְיֶה נֶאֱמָר בְּמִיגוֹ נֶגְדַּח חֻזְקָה דְתו"ז מִשּׁוּם דְחֻזְקָה תו"ז יֵשׁ לוֹ מַעְלָה יִתְיָרָה מִן מִיגוֹ.

[וְעֵינֵינוּ בְּאִו"ת בְּכָלֵי מִיגוֹ ס"ק קי"ז דְהוֹכִיחַ דָּאָף הֵיכָא דְהַמִּיגוֹ פּוֹעֵל לְעֵנִין מִמּוֹן דְמ"מ אֵינוֹ פּוֹטֵר מִשְׁבּוּעָה וְזָהוּ פְּשׁוּט מִכַּמָּה מְקוֹמוֹת]. וְכַעֲיֵן זֶה יֵשׁ לְכַאוּרָה לְהַעִיר לְפִי מַה דְקִי"ל דְמִיגוֹ לְהוֹצִיא לֹא אָמְרִינוּ דְהַטַּעַם הוּא מִשּׁוּם דְמַעְלַת מְוַחֲזָק אֲלִימָא בְּיוֹתֵר מִן מַעְלַת מִיגוֹ א"כ מִמִּילָא יֵשׁ לְהוֹכִיחַ דְלֹא אָמְרִינוּ מִיגוֹ בְּמִקּוּם חֻזְקָה דְהָא חֲזִינוּ דְמַעְלַת חֻזְקָה תו"ז אֲלִימָא בְּיוֹתֵר מִמַּעְלַת מְוַחֲזָק דְהָא כָּל חֻזְקָה תו"ז מוֹצִיא מִמּוֹן מִהַמְּוַחֲזָק וְכִינוּ דְמְוַחֲזָק עַדִּיפָא מִן מַעְלַת מִיגוֹ א"כ כַּש"כ מַעְלַת חֻזְקָה תו"ז פִּינוּ דְעַדִּיפָא מִמַּעְלַת מְוַחֲזָק דְתָהָא עַדִּיפָא מִמַּעְלַת מִיגוֹ.

אָף בְּזָה י"ל פִּינוּ דְהַמִּיגוֹ שְׂיֵשׁ לְהַנְתַּבַּע מְסִייעַ גַּם לְמַעְלַת הַמְּוַחֲזָק שְׂיֵשׁ לְהַנְתַּבַּע ע"כ יְכוּל לְהִיּוֹת דְמַעְלַת מִיגוֹ עִם מַעְלַת מְוַחֲזָק בְּיַחַד עַדִּיפֵי מִן מַעְלַת חֻזְקָה דְתו"ז וְע"כ אֵין זֶה קָשָׁה כָּלֵל בְּפִשְׁטוּת.

אָבֵל מַה שְׁכַתְּבֵתִי לְהַעִיר דְהַמִּיגוֹ לְמִיפְשֵׁט הָאָבְעֵיָא מִן מַה דְמוֹכַח לְנוּ הַפֿלֵל דְלֹא אָמְרִינוּ מִיגוֹ לְאַפְטוֹרִי מִשְׁבּוּעָה וּכְמוֹ דְהוֹכִיחוּ מִהַמִּשְׁנָה הַמְּכִיר פֿליו כו' פנ"ל. א"כ מְזָה שְׁפִיר ה"מ לְאוֹכוּחֵי לְמִיפְשֵׁט לְהָאָבְעֵיָא דְבְּזָה לֹא שְׂיֵיף לְדוֹן פֿן וְאַכְתִּי תְקַשָּׁה פנ"ל: וְהִנֵּה לְפִי הַטַּעַם שְׁכַתְּבֵתִי בְּסִי' רצ"ו בְּס"ק א' בְּשֵׁם הַע"ש שְׁכַתְּבֵתִי לְפָרֵשׁ הַטַּעַם שֶׁל הַסּוֹבְרִים דְלֹא אָמְרִינוּ מִיגוֹ לְאַפְטוֹרִי מִשְׁבּוּעָה דְהוּא מִשּׁוּם דְדוֹקָא לְאַפְטוֹרִי מִמּוֹן דְיִינֵינוּ דִּין מִיגוֹ מִשּׁוּם דְבְּמִיגוֹ מַעְלָה ע"ד לְחַקוֹר עַל הַטַּעְנָה מַעְלֵיָא מִשְׁא"כ לְהַפְטֵר מִשְׁבּוּעָה אֵינוֹ מְדַקְדָּק כ"כ וְאַדְרָבָה רוֹצֶה הוּא לְהִיּוֹת חֲזִיב שְׁבּוּעָה כְּדִי שְׂיֵאֱמִינוּ לוֹ כו' עכ"ל.

א"כ לִפ"ז אֵין שׁוּם מְקוּם רְאִיָה לְהוֹכִיחַ דְחֻזְקָה תו"ז עַדִּיפָא מִן מַעְלַת הַמִּיגוֹ ע"פ הַהוֹכָחָה דְמִיגוֹ לֹא מְהַנִּי לְפִטוֹר מִשְׁבּוּעָה כו' מִשּׁוּם דִּי"ל דְלֶכֶן לֹא מְהַנִּי מִיגוֹ לְפִטוֹר מִשְׁבּוּעָה. מִשּׁוּם סְבַרְתָּ הַע"ש הַנִּזְכָּר דְאֵינוֹ רוֹצֶה לְהַפְטֵר כ"כ מִשְׁבּוּעָה.

אָבֵל לְעוֹלָם י"ל דְכַח הַמִּיגוֹ לְעֵנִין מִמּוֹן עַדִּיפָא מִמַּעְלַת חֻזְקָה. וְאֵין מְקוּם לְקוֹשְׂיָא זוּ.

אָכֵן לְפִי הַטַּעַם שְׁכַתְּבֵתִי לְעֵיל בְּשֵׁם הַט"ז לַח"מ ס' רצ"ו דְלֶכֶן לֹא אָמְרִינוּ מִיגוֹ לְאַפְטוֹרִי מִשְׁבּוּעָה מִשּׁוּם דְהֵיכָא דְאִיפָא לְבָרוּרִי לֹא סְמִכִינוּ עַל הַמִּיגוֹ וּכְמוֹ שְׁכַתְּבֵתִי לְעֵיל לְחֻזְקָה סְבָרָא זוּ.

וּבְאַמַּת י"ל דְזָהוּ פְּנוּנַת הַסַּמ"ע שָׁם בְּסִי' רצ"ו ס"ק א' שְׁכַתְּבֵתִי דְלִגְבֵי שְׁבּוּעָה לֹא רָצוּ חו"ל לְפִטְרוֹ ע"י מִיגוֹ. דְכּוֹנְנָתוֹ הוּא ג"כ מִשּׁוּם דְכִינוּ דִּיכּוּל לְבָרֵר זֶה ע"י שְׁבּוּעָתוֹ לֹא פִטְרוּ חו"ל אוֹתוֹ וְהָאָבְעֵיָא לְבָרוּרִי מְבָרְרִינוּ זֶהוּ רַק מְדַרְבְּנוּ וְאִכְמ"ל בְּזָהוּ.

א"כ לפי הטעם הגז שפיר הקשיתי דנפשוט להך איבעיא דמיגו במקום חזקה ממה דחזינו דחזקה פוטרת משבועה אף דשייך גם התם לדון להסבא דאיכא לברר ואלו גבי מיגו לפטורי משבועה דיינינו דאינו פוטר משום דאיכא לברורי הרי דמעלת חזקה אלימא ממעלת המיגו ע"כ תקשה דנפשוט להך איבעיא מן הפלל הגז.

וע"פ הטעמים של הע"ש והט"ז הג"ל בענין מיגו לאפטורי משבועה יש לדון במה שפכתב הכנה"ג בכללי מיגו ס"ק קי"ז ובאו"ת שם דהיכא דהמיגו נוגע להממון אם פוטרת משבועה או לא די"ל דזה תלוי בבאור הטעמים הקלו.

וי"ל להאריך בפרט הגז הרבה רק לפי דהעיקר לדינא כמו שפכתב האו"ת שם להשיג על הכנה"ג בזה ולעולם לא מהני מיגו לפטור משבועה אף היכא דנוגע לענין פטור ממון ע"כ מוכח מזה דהעיקר הוא פהטעם של הט"ז הג"ל.

א"כ בנודאי תקשה לקושא הג"ל דנפשוט להך בעיא דמיגו במקום חזקה ממה דלא מהני מיגו לפטור משבועה פנ"ל: אכן יש לדון ולהוכיח דבשבועת יתומים היכא דיש מיגו להתובע דמהני המיגו לפטור משבועה והוא דאמרו בב"ב.

(דף ל"ג) בעובדא דרבא בר שרשום דאמר אי מהדרנא ארעא ליתמי כו' אמור רבנו הפא ליפרע מנכסי יתומין לא יפרע אלא בשבועה אלא אכבש"י לשטר משפנתא ואוכלה שיעור זוזאי דמיגו דאי בעינא אמינא לקוחה בידי פי אמינא דאית לי זוזי מהימנא כו'.

והתוס' שם הקשו דאפתי יצטרף ליטבע היסת והוכיחו דאין נשבעין ש"ה בכה"ג פיון דאין טוענים ברי וכ"כ הרא"ש והנמוקי יוסף ובחידושי הרמב"ן שם. וכן הוא בח"מ ס' קמ"ט סעי' כ"ב והובא שם בסמ"ע ופ"ד בס"ק כ"ד בשם הראשונים דהקשו דהא חייב ליטבע שבועת המשכון בנק"ח ותיקצו זה ע"ש.

אבל אפתי תקשה דהא אף דיהיה לרבא בר שרשום מיגו דלקוחה דעכ"ז יהיה חייב ליטבע לשבועת יתומים דהפא ליפרע מנכסי יתומים דלא יפרע אלא בשבועה דהא נפרע מיתומים.

אף לפי תירוץ הש"ך בסי' קמ"ט בס"ק כ"ד ובסי' פ"ט ס"ק יו"ד דלכן לא היה חייב שם ליטבע לשבועת המשכון בנק"ח משום דהיה שטר לרבא בר שרשום על חובו ולכן אם יש לו מיגו בתפיסתו להמשכון א"צ ליטבע לשבועת המשכון.

והא לשיתת הסוברין דמיגו לאפטורי מן שבועה לא אמרינו הטעם דשבועת המשכון הוא ג"כ מה"ט כמו דמבואר ברא"ש פ"ז דשבועות ובש"ך סי' ע"ב ס"ק ס"ט ובשאר ראוונים. ואפ"ה בצירוף מיגו ושטר מהני המיגו לפטור משבועה לדברי הש"ך לפי הפלל שלו הג"ל וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ב בס"ק ע'.

ולפ"ז יש לדון דה"ה גבי שבועת יתומים היכא דיש לו שטר אז מהני המיגו לפטורי משבועת יתומים מה"ט. וגם יש להסביר לדברי הש"ך הג"ל ע"פ דברי הסמ"ע בריש סי' רצ"ו דלכן לא אמרינו מיגו לפטורי משבועה משום דדוקא לענין לפטור מממון בזה מהני מיגו משום דחזקת ממונא מסייעו משא"כ לפטורי משבועה דכיון דפוטר א"ע משבועה ע"כ בזה אין חזקת ממון מסייעו כ"כ לכן לא מהני מיגו לפטור משבועה ע"ש.

ולכן פינו דקיי"ל דהיכא דשטר מסייעו בזה מהני מיגו גם להוציא מהמחוקק אף דחזקת ממונא מנגדתו כש"כ גבי מיגו לפטורי משבועה דהיכא דהשטר מסייעו דנדאי אמרינו מיגו לפטורי משבועה דנהי דבזה לא שייך לומר דחזקת ממונא מסייעו דעכ"ז היכא דשטר מסייעו אמרינו מיגו בכה"ג: אכן לפי תירוץ הראשונים דתירצו שם דלכן לא הנה צריף רבא בר שרשום לישיבע לשבועת המשפון משום דבקרקע לא תקנו לשבועה זו או משום דמייירי שפבר אכל להנה פירי וכמבואר בחידושי הרמב"ן שם והובא בפ"ד סי' פ"ט ס"ק י' בשם הבעה"ת ובסי' קמ"ט בס"ק כ"ד.

ולא ס"ל להפלל של הש"ף הנ"ל א"כ תקשה דהא אפתי הנה צריף רבא בר שרשום לישיבע לשבועת יתומים דהא אף דיש לו מיגו עכ"ז הא מיגו לא מהני לפטורי משבועה. וע"כ מוכח מזה דהאמת הוא לדינא דבשבועת יתומים מהני מיגו לפטורי משבועה זו.

וכיוצא בזה מציינו בפ"ז לשבועות ובהר"נ גבי שבועת שכיר ובעה"ב דאם יש מיגו לבעה"ב נאמן בלא שבועה משום דמיגו של הבעה"ב מהני לפוטרו משבועת התקנה זו ואין למדין מזה על שבועת השותפין דאף דהוי נמי תקנה עכ"ז אין לה אלא מה שמונו חכמים דבמה דמצינו בכ"י דאמרו חז"ל דמהני ביה מיגו כו' משא"כ בשארי שבועות אף דהוי מצד תקנה עכ"ז מוקמינו אדינא דלא מהני מיגו לאפטורי משבועה כן הוא קנטב דברי הר"נ והובא בקצרה בפ"ד סי' צ"ג ס"ק ד' ובקצה"ח שם ס"ק א' ע"ש.

וכמו כן יש לדון גבי שבועת יתומים דהנה קים לחז"ל דמהני ביה מיגו לאפטורי משבועה זו וכמו דאמרו בפ"ד ס"ק רפ"ז דשבועות גבי שבועת הבעה"ב להשכיר דמהני ביה מיגו לפוטרו משבועה זו וה"ה בזה ואין למדין ממונו למקום אחר ונסבבת הר"נ הנ"ל.

אף גבי שבועת המשפון דעיקר התקנה דחייב שבועה זו הנה דלא יועיל ביה מיגו לפוטרו משבועה לבעל המשפון וע"כ שפיר הקשו כל הראשונים בעובדא דרבא בר שרשום דהנה חייב לישיבע לשבועת המשפון דהא התם נאמר בפירוש דלא מהני בי' מיגו לפוטרו משבועה דהתם.

אבל גבי שבועת יתומים שפיר יש לדון כן ובפרט דכן מוכח ממה דחזינו דאיבעיא להו במיגו במקום חזקה אם חזקה עדיפא או מיגו עדיפא ולא פשוטו ממה דחזינו דחזקה תו"ז פוטרת משבועת יתומים ואלו מיגו לא מהני לפטור משבועה וכמו דהקשיתי לעיל.

אבל באמת מוכח מזה גופא דכמו דחזקה מהני לפטור משבועת יתומים דממילא ה"ה דמהני מיגו לפטור משבועה זו וע"כ אין מקום לקושיא זו כלל: ענף וינדעתי פי בעיקר קושיתי דה"ל לרבא בר שרשום לישיבע לשבועת היתומים דהאלא מהני מיגו לפוטרו משבועה זו.

דעדיין י"ל בזה דזה תלוי בשני פירושים בהרא"ש לב"ב פ"ג סי' י"ז דהקשה מה אהני לרבא בר שרשום טענה זו הא עדיין חייב לישיבע שבועת היסת ות"י בתחלה דכיון דטוענים שמה אינו חייב היסת וכן הוא בתוס' שם.

ועוד תירץ הרא"ש דכוננת רבא ב"ש הנה דכיון דלא ישיג תועלת ממה שמתין לכשיגדילו היתומים דהא הנה חייב לישיבע ע"כ מוטב לו שלא להמתין אף דיצטרף עדיין לישיבע כו' ע"ש.

ולפי תירוץ השני של הרא"ש הנ"ל אין מקום כלל לקושיא הנ"ל דהא י"ל דבאמת גם עכשיו שיש לו מיגו דלקוחה יהיה חייב ליטבע לשבועת יתומים משום דמיגו לא מהני לפטורי משבועה רק פוננת רבא ב"ש הנה דכינון דלא ירוניס בהמתנה דאף פשיגדילו לא יהיה גובה מהם אלא בשבועה ע"כ אכבשי' לשטר משפנתא כו' ואהני' גובה מהם מיגו אף דיצטרף צדיין ליטבע לשבועת היתומים צדיין.

ואין הכרח לדברי קושניתי הנ"ל רק לפי פירוש הראשון של הרא"ש ונתוס' בב"ב שם. וי"ל דהרא"ש לשיטתו דס"ל דמהני מיגו לאפטורי משבועה פמבואר בהרא"ש פ"ז לשבועות סי' ג' ע"כ מהני מיגו גבי רבא ב"ש למיפטר משבועת היתומים וכן הוא שיטת התוס' כמש"כ הכנה"ג בקללי מיגו אות קי"ג ע"ש באו"ת.

ואותן הסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה י"ל דיסברו לפרש להך סוגיא דרבא ב"ש פפי פירוש השני של הרא"ש הנ"ל דצדיין לא נפטר רבא ב"ש משבועה. רק דכתב הרא"ש פן על היסת משום דהא ס"ל להרא"ש דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה.

אכן לפי שיטת הסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה י"ל דיהני' חייב צדיין ליטבע לשבועת היתומים ואין מקום כלל לקושניתי בזה: אכן שיטת רוב הראשונים נראה דס"ל לפרש להך דרבא ב"ש דלא יהיה חייב ליטבע עכשיו לשבועת היתומים במה דאמר אכבשי' לשטר משפנתא כו' דהא הרבה ראשונים הקשו דצדיין יהיה חייב רבא ב"ש ליטבע לשבועת המשפון פנ"ל.

וכן הראב"ד בהשגות פרק י"ד ה' טוען ה"ט הקשה פן והובא בפ"ק י"ד ובסי' קמ"ט. ואלו בהרמב"ם פ' י"ג ה' מלוה ה"ג ובהלכות שקירות פ"ב ה"ח שכתב הרמב"ם שם דלא אמרינן מיגו לפטורי משבועה ולא השיג הראב"ד שם עליו בזה.

משמע דס"ל להראב"ד ג"כ פדעת הרמב"ם בזה דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה ועכ"ז חזינו דהראב"ד ס"ל לפרש להך דרבא ב"ש דאמר אכבשי' לשטר משפנתא כו' דגובה בלא שבועה וכפשטות לשון הסוגיא דמורה פן ואף דאפתי תקשה דיהיה חייב צדיין ליטבע לשבועת יתומים דאף דיש לו מיגו דלקוחה עכ"ז הא לא מהני מיגו לפטורי משבועה.

וע"כ מוכח מזה הסוגיא דמהני מיגו לאפטורי משבועת יתומים. וכן יש לי לדון ולהוכיח פן אף לפי פירוש השני של הרא"ש הנ"ל רק דאין העת נותן להאריף בזה.

וביותר מוכח פן מן דברי הרמב"ם ה' טוען פ' י"ד ה' ט' שכתב דהיכא שיש לו מיגו דלקוחה ה"ז גובה מן יתומים בלא שבועה כו'. וכ"כ המחבר בסי' קמ"ט סעי' כ"ב דהיכא דהחזיק שני חזקה ויש לו מיגו דלקוחה ה"ז גובה מיתומים שלא בשבועה כו'.

וכ"כ המחבר בסי' ק"נ סעי' ו' דאם יש לו מיגו דלקוחה ה"ז גובה שלא בשבועה מהיתומים. ומשמע דאף בתביעתו לחוב בע"פ ה"ז גובה מהיתומים בלא שבועה אף דעיקר זכותו אינו רק משום המיגו.

וקשה היא שיטת הרמב"ם דלא אמרינן מיגו לפטורי משבועה וכן הוא שיטת הש"ע בסי' רצ"ו סעי' א' ונאפיה ס"ל דנאמן בל"ש לגבות מהיתומים ע"י מיגו ותקשה הא ה"ל מיגו לפטורי משבועה דלא אמרינן לשיטת הרמב"ם והש"ע.

וע"כ מוכח דס"ל להרמב"ם והש"ע דבשבועת יתומים מהני מיגו לפטורי משבועה. והוכיחו פן מן הך דרבא ב"ש דפירשו להך סוגיא כפשטות הלשון דמשמע דרבא ב"ש הנה נאמן בל"ש.

ועיין בש"ע סי' קל"ג סעי' ה' וברמב"ם פ"ט ה' טוען דין ה' דס"ל לדינא דלא טענינן לירושלמי לחייב שבועת הדין פניו דטוענין שמה ובל"ש שם ס"ק י"א ובסי' ק"נ סעי' ו'. ולפ"ז שפיר יכולין לפרש להך דרבא ב"ש כפשטות הסוגיא דהנה גובה בל"ש ואף שבועת הדין לא הנה חייב פניו דהיתומים היו טוענים שמה ואין טוענין להו בכה"ג לשיטתם.

ועיין בש"ע סי' ע"ב ס"ק קמ"ב במש"כ בענין חיוב שבועת הדין ליתומים. ולכן שפיר י"ל דהרמב"ם והש"ע הוכיחו פן מהך דרבא ב"ש דמהני מיגו לפטורי משבועת יתומים על פריעת חוב מהם: ועוד יש לדון בזה פניו דמצינו בהך דב"ב (דף ה') דאיבעיא להו אי אמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז ונשאר בבעיא דלא איפשיטא וכמבואר בח"מ סי' ע"ח סעי' ה' ובש"ע ס"ק י"ט.

ועיין באו"ת שם ס"ק ט' שהאריף לבאר שיטת הרמב"ם במה דלא הביא להך איבעיא דהוי איבעיא דלא איפשיטא ונפ"מ לענין תפיסה והאריף לבאר שיטתו דס"ל דנפשטא האיבעיא ממק"א דאמרינן מיגו במקום חזקה ואף אם תפס המלוה מוציאין מידו והדברים ארוכין ואכ"מ.

ועיין מזה בשו"ת טור האבן סי' ט"ו בד"ה ובדברינו יבואר כו'. ולפי זה יש לדון דכיון דאמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז א"כ חזינו דמעלת מיגו עדיפא ממעלת חזקה דתו"ז ע"כ ממילא מוכח מזה דכמו דבחזקה דתו"ז אמרינן דפוטרת משבועת היתומים א"כ כש"כ דמיגו מהני לפטורי משבועה דיתומים וכן איבעיא אי נימא כמש"כ האו"ת לשיטת הרמב"ם דס"ל דבונדאי אמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז.

ואף לפי מש"כ הפוסקים דהוי איבעיא דלא איפשיטא עכ"ז שפיר פסק הש"ע בסי' קמ"ט ובסי' ק"נ ה"ל דבהחזיק שני חזקה להשדה דיש לו מיגו דלקוחה דנאמן לתבוע חובו מהיתומים בל"ש.

דהא מספיקא אין מוציאין מהמוחזק ואף בקרקע מהני תפיסה בספיקא דדינא וכמש"כ הנתיבות בכללי תפיסה בס"ק כ"ב דשיטת המחבר בח"מ סי' שי"ב סעי' י"ט מוכח דס"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ב) ד"ה והלכתא פנותי דרבה ואף שהתוס' כתבו דדוחק הוא עכ"ז מהרא"ש בתשובה מורה דס"ל פן.

וכן הוא דברי הרא"ש לסנהדרין פ"ד סוף ה' ו'. [ועיין במל"מ ה' שקירות פ"ז ה"ב ובקונטרס הספיקות של אחי הקצה"ח פלל א' ס"ק ב' ואכמ"ל בזה].

וכינן דשיטת הש"ע דמהני תפיסה אף בקרקע במקום ספיקא דדינא ע"כ ה"ה הכא כינן דהוא מן חזק בהשעיה ע"כ נאמן לגבות חובו שלא בשבועה אף מהיתומים משום דיכול לומר קים לי דמהני מיגו במקום חזקה דתו"ז א"כ ממילא מוכח מזה דכמו דמהני חזקה דתו"ז למיפטר משבועת יתומים דה"ה דמהני מיגו למיפטר משבועת הייתומים.

ואין לחלק דשאני הכא דטוען על גוף הקרקע שהוא שלו משא"כ באינו תופס רק עבור חובו. דהא כינן דבספיקא דדינא מהני תפיסה אף בקרקע ע"כ אין לחלק בזה.

ולכן שפיר פסקו הרמב"ם והש"ע לדינא דמהני מיגו לפטורי משבועת יתומים ואין למדין מזה למק"א וכמש"כ הר"ב גבי שבועת בעה"ב לשכיר דכינן דאמרו ברפ"ז דשבועות דמהני התם מיגו לפטורי משבועה אמרינן דחזקה התם הנה ידוע לבעלי הש"ס דהקילו התם דמהני מיגו לפטורי משבועה ואין למדין מהתם על מקום אחר ונהו דלא לוסף עליה.

וה"ה הכא גבי שבועת יתומים דמוכח מהך דרבא ב"ש דס"ל להש"ס דהנה התקנה בשבועת הייתומים דיועיל מיגו לאפטורי משבועה או דמוכח פן מהך דב"ב (דף ה') דאיבעיא להו אי אמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז ולא איפשיטא וכש"כ לדעת הרמב"ם וכמש"כ האו"ת דס"ל דבנודאי אמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז.

דנודאי אמרינן מיגו לפטורי משבועת הייתומים וכמש"כ ולכן אתי שפיר כ"ז. ועיין באו"ת סי' ק"נ ס"ק ה' והעיקר כמו שפתיבתי בעז"ה: ועוד נלע"ד לדון בעיקר הקושיא דהקשיתי במה דאיבעיא להו בב"ב (דף ה') אי אמרינן מיגו במקום חזקה דניפשוט זה ממה דקיי"ל דמיגו לפטורי משבועה לא אמרינן ואלו חזקה פוטרת משבועת יתומים כו'.

וכעין זה ההוכחה פתבו התוס' שם בד"ה מי אמרינן במקום חזקה כו' שהקשו והא הך חזקה עדיפא משטר דבשטר אינו גובה אלא בשבועה ובהך חזקה גובה בל"ש כו'. והוא דבח"מ סי' ע"ח בש"ך ס"ק א' דאף בתובע טוען שפא מהני החזקה דתו"ז והוכיח פנמן יורשים והאו"ת דחי לראי' שלו דשאני יורשים אבל בתובע עצמו דה"ל למידע בזה מגרע החזקה דתו"ז ומספקא להמרדכי אם מהני החזקה דתו"ז אף בתובע טוען שפא או לא ע"ש בש"ך ובאו"ת באורים שם ס"ק א'.

ואי נימא דחזקה דתו"ז מהני אף בתובע טוען שפא משום דאלימא להחזקה דתו"ז יותר משטר דבסי' נ"ט. לפ"ז יש לחלק בפשיטות ולומר דאף דנימא דמיגו עדיפא מן חזקה דתו"ז עכ"ז אתי שפיר מה דאמרו דחזקה דתו"ז פוטרת משבועה ואלו מיגו לפטורי משבועה לא אמרינן.

משום דיש להסביר זה על נכון אף דמיגו עדיפא ממעלת חזקה דתו"ז. דהנה סברת הסוברים דלא אמרינן מיגו לפטורי משבועה כפר נתבאר בשם הט"ז הטעם הוא משום דמה דאיפא לברורי מבררינן וכינן דבידו לברר בשבועתו מחוייב לברר להספק שהטילה התורה או חז"ל עליו לברר ע"י שבועתו.

וע"כ דוקא במיגו דעיקר מעלת מיגו אינו רק בטוען ברי דהא בטוען שפא לא שייך דין מה לי לשקר פלל וע"כ שייך התם שפיר לדון ולחייבו שבועה לברר הדבר אם האמת הוא כדבריו בטענת ברי שלו.

משא"כ במעלת חזקה דתו"ז פינון דאף בטוען שפא ג"כ מהני מעלת חזקה דתו"ז ע"כ לא שייך התם לומר דהא בידו לברר וכל מה דאיכא לברורי מבירינן. דהא אף אם יאמר שאינו יודע בכרי אם נפרע לחובו או לא ג"כ גובה ע"י החזקה דתו"ז ואף בטוען ברי שלא נפרעתי מ"מ הא יכול לשנות טענתו מפטור לפטור ולומר דאינו יודע האמת בזה וכמבואר בסי' ע"ט.

וגם אף דלא יחזור מן טענת ברי שלו עכ"ז לא שייך לדון בחזקה לחייבו שבועה משום כל היכא דאיכא לברורי. דהא באמת אף אם לא יברר לישבע שטוען בכרי פן רק דנולד לו ספק בהפרעון ג"כ יכול להוציא מן הנתבע ע"י החזקה.

ואין אנו יכולין לחייבו שבועה רק שישבע שאינו יודע מן הפרעון. ולפ"ז י"ל דאף דנימא דחזקה דתו"ז גרוע מן מעלת מיגו מ"מ אתי שפיר מה דלא אמרו גבי חזקה דלא יפטור מן השבועה משום דאיכא לברורי כו' וכמו במיגו.

משום דיש לחלק בפשיטות לפ"ז דשאני במיגו דלא שייך לדון למעלת מיגו רק בטוען ברי ע"כ שפיר אמרינן כל מה דאיכא לברורי מבירינן דהא כשישבע פי האמת עמו כפי טענת ברי שלו א"כ אז יתברר לנו על נכון ע"י שבועתו דהטילו חז"ל עליו להאמת להענין.

אבל בחזקה דתו"ז דאף שישבע שנולד לו ספק בהפרעון עכ"ז לא יברר לנו להאמת בכרי ובכה"ג לא שייך לדון דכל מה דאיכא לברורי מבירינן משום דהא אף אחר השבועה דהטילו עליו ג"כ לא יברר לנו האמת על נכון וע"כ בכה"ג לא דיינינן להפיל דכל מה דאיכא לברורי מבירינן.

וכעין זה הסביר כתב הגו"ב במ"ק ח' יו"ד סי' נ"ז גבי ספק ספיקא דאמרו דהיכא דאיכא לברורי מבירינן דזה אינו רק היכא דיתברר שיהיה לנו ונדאי אבל היכא דאף לאחר הברור לא יהיה נודאי רק ספק.

בכה"ג לא דיינינן לומר דכל היכא דאיכא לברורי מבירינן וכ"כ החוות דעת ביו"ד בכללי הספק ספיקא של הש"ך ליו"ד סי' ק"י ס"ק ל"ה ע"ש וכן הסביר נוטה דכיון דאף לאחר שישבע כפי החיוב שהטילו עליו דלא יברר לנו האמת ע"י טענתו.

רק עיקר הספק להוציא הממון מהמוחזק הוא ע"פ מעלת החזקה דתו"ז א"כ לא קרינן בזה איכא לברורי כו' אלא דסמכינן על החזקה בלבד. פן יש לדון בכ"ז ואין מקום לקושיא הנ"ל.

אף כ"ז אי נימא דחזקה מועיל אף בתובע טוען שפא. וכן יש לדון עפ"ז בדברי התוס' דב"ב (דף ה') בד"ה מי אמרינן במקום חזקה כו' הנ"ל ובדברי הש"ע בסי' ע"ח סעי' ב'.

אבל לפי מש"כ הסמ"ע בסי' ע"ח ס"ק א' בפשיטות דחזקה לא מהני בתובע טוען שפא וכן הוא שיטות האחרונים שם ע"כ ליתא לכל מה שכתבתי. וע"כ העיקר פמו שכתבתי מתחלה לתרץ לקושיא זו משום דבאמת גם במעלת מיגו פוטרת משבועת יתומים כנ"ל בארובה: סימן ג בכללי מיגו ג ובענין מיגו להוציא דלא אמרינן נתבאר בחידושי לעיל בסי' ג' בענין תפיסה בדררא דממונא דהיכא דיש חזקת מרא קמא המסייע להתובע דבזה

דַּיְיָנוּ דְמַהְנֵי מִיגוּ לְהוֹצִיא מֵהַמְּוֹחָזֵק כְּמוֹ שֶׁהָאֲרָכְתִּי לְהוֹכִיחַ שָׁם בְּעוֹז"ה ע"ש: וּבְעֵינָיו מִיגוּ בְּמָקוֹם קוֹל פְּתֻבָּתִי לְעֵיל ס' ע"ט בַּש"ף ס"ק כ"ג לְדוֹן דְּבָר מְחֻדָּשׁ בְּזוֹה: וּבְעֵינָיו מִיגוּ לְחִיּוּבֵי שְׁבוּעָה פְּתֻבָּתִי לְעֵיל בְּס' פ"ב סְעִיף י' קוֹנְטָרַס גְּדוֹל בְּזוֹה הָעֵינָן ב"ה.

וְעֵינָן מְזַה לְקַמֵּן בְּחִידוּשֵׁי לְס' פ"ד סְעִי ב'. וְהִנֵּה לְעֵיל בְּס' פ"ב סְעִי יו"ד הַנ"ל הִבְאֵתִי לְהוֹכִיחַ בְּשֵׁם הַגְּהוֹת מִיְיָמוּנֵי ה' אִישׁוֹת פ' כ' הִלְכָה ה' אוֹת ד' דס"ל דְּאֲמַרְיָנוּ מִיגוּ לְחִיּוּבֵי שְׁבוּעָה וְאֲזִיל לְשִׁיטְתוֹ כְּמַש"כ בְּהַג"מ לְרַמְבַּ"ם פ' י"ד ה' מְלִנְה הִלְכָה א' אוֹת ד'.

וְכַעַת נִתְחַדָּשׁ לִי עוֹד בְּעוֹז"ה שְׁרָאִיתִי בְּתִשְׁבּוֹת מִיְיָמוּנֵי ה' מְשֻׁפְּטִים ס' ל"ד שְׁפָתַי בְּאֶחָד שְׁתַּבַּע מִחֲבִירוֹ אֵינָה חוֹב וְהַשִּׁיב לוֹ אֵינִי חַיִּיב וְאֵלּוּ חַיִּיב הַיִּיתִי לָהּ הִנֵּה לָהּ לְעַכְבַּ בְּעַת שְׁקִנְיַת מְמַנֵּי מְעִיל וְנִשְׁאָל אִם מְחַיִּיבִין שְׁבוּעָה וְהַשִּׁיב אִם לִיכָּא עֲדִים עַל קְנִיּוֹת הַמְעִיל וְדַאי דְנִשְׁאָמוּ בְּמִיגוּ וְחַיִּיב ש"ה וְאִם בְּהִנֵּה עֲדִים ע"ז אֵין זֶה דוֹמָה לְסוּף פְּתוּבוֹת דִּיכּוֹל לֹאמַר דְּהִנֵּה יָרָא שְׁלֵא יִמְפָּר לֹא כּו' ע"ש.

הַרִי מְבֹאָר לְהִדְיָא דס"ל לְתִשְׁבּוֹת מִיְיָמוּנֵי דְמַהְנֵי מִיגוּ לְחִיּוּבֵי שְׁבוּעָה דְהָא פְּתַב דָּאִם הִנֵּה מִיגוּ לְהַתּוֹבַע אֲזִי בְּנוֹדַי חַיִּיב הַנְּתַבַּע ש"ה. וְאִם שְׁפָתַי שָׁם דְּהִיכָּא דִישׁ לְהַתּוֹבַע מִיגוּ לְחַיִּיב שְׁבוּעָה לְהַנְּתַבַּע דְּהִנֵּה זֶה כְּעֵין מִיגוּ לְהוֹצִיא דְלֹא אֲמַרְיָנוּ עכ"ז י"ל דְּהָא תִשְׁבּוֹת מִיְיָמוּנֵי ה' מְשֻׁפְּטִים הַנ"ל אֲזִיל כְּשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים דס"ל דְּאֲמַרְיָנוּ מִיגוּ לְהוֹצִיא כְּמְבֹאָר בְּס' פ"ב וּבְס' פ"ג וּבְס' פ"ד בַּש"ף לְפָלְגוּתַת הַפּוֹסְקִים בְּזוֹה.

א"כ הַנֵּה דְבָרֵי הַגְּהוֹת מִיְיָמוּנֵי ה' אִישׁוֹת הַנ"ל וְהַג"מ ה' מְלִנְה הַנ"ל וְדְבָרֵי תִשְׁבּוֹת מִיְיָמוּנֵי ה' מְשֻׁפְּטִים הַנ"ל הֵם הַפֶּל בְּשִׁיטָה א' דְּדַיְיָנוּ מִיגוּ לְחִיּוּבֵי שְׁבוּעָה. וְלִדְיָא כְּבָר נִתְבָּאָר בְּאַרְבָּעָה בְּח' לְס' פ"ב סְעִי י' ע"ש: סִימָן ד' בְּכִלְלֵי מִיגוּ ד הַש"ף ס"ק י' הִבִּיא לְדְבָרֵי הַתּוֹס' ב"ב (דָּף ה' ע"ב) ד"ה מִי אֲמַרְיָנוּ מִיגוּ כו' שְׁפָתַי דְּאִמַּאי בִּיבְמָה שְׁאֲמַרְהָ לֹא נִבְעֵלְתִי דְלֹאחַר שְׁלֵשִׁים מְבַקְשִׁין הִימְנוּ.

וְקָשָׁה הָא אֵית לָהּ מִיגוּ דְאִינוּ יְכוֹל לְבֹא עָלֵי דְנִשְׁאָמְנָת כו'. וּבִיָּאָר הַש"ף טַעְמָם דְּאִי אֲמַרְהָ אִינוּ יְכוֹל לְבֹא עָלֵי דְנִשְׁאָמְנָת דְּזִהוּ מְשׁוּם חֲזוּקָה אֵין אֲשֶׁה מְעִיזָה בְּפָנֵי בְּעֵלָה וְהָאֲרִיף בְּזוֹה.

וְגַם פְּתַב דְּהָא דְנִשְׁאָמְנָת לֹאמַר לֹא נִבְעֵלְתִי בְּתוֹף ל' יוֹם הַטַּעַם ג"כ מְשׁוּם חֲזוּקָה דְאִינָה מְעִיזָה: וְלַעֲנ"ד יֵישׁ לְדוֹן בְּזוֹה טוֹבָא לְפִי מַש"כ הַר"ן בְּסוּף גְּדָרִים (דָּף צ"א) בְּד"ה וְאִיכָּא לְמִדְקָא כו' בְּשֵׁם הַרְמַבַּ"ן ז"ל דְּשֵׁא"ה בְּהָא דְסוּף הַבַּע"י דְּאִיהוּ בְּעֵי לְאִפּוּקֵי אוֹתָהּ מְעִיזָה וּמְעִיזָה כו'.

הַרִי דְהִיכָּא דְאִינוּ חֲפִץ בָּהּ וְאֲדַרְבָּה בָּהּ לְגַרְשָׁה אֲזִי מְעִיזָה וְלִיתָא לְחֲזוּקָה זוּ. א"כ הָא אֲמַרְוּ בִּיבְמוֹת (דָּף קי"ב) עַל הָא דִּיבְמָה שְׁאֲמַרְהָ לֹא נִבְעֵלְתִי וְהוּא אוֹמַר בְּעֵלְתִי דְמִיָּרִי בְּגִיטָה יוֹצֵא מִת"י א"כ לְדְבָרֵי הַיָּבָם כְּבָר יִצְתָה מְרִשׁוֹתוֹ וְאִינָה אֲשֵׁתוֹ.

וְזֶה עֲדִיף מִן גִּדּוֹן דְּהַר"ן הַנ"ל דְּהָא לְפִי דְבָרֵי בְּעֵלָה שְׁבָא עָלֵי כְּבָר א"כ אִינוּ בְּעֵלָה עוֹד עַכְשָׁיו לְאַחַר שְׁנָתָן לָהּ הַגַּט א"כ לֹא שְׁיִיף פֶּלֶל הָכָא לְהַד חֲזוּקָה דְאִינָה מְעִיזָה בְּפָנֵי בְּעֵלָה כִּינּוּן דְּלְדְבָרֵי שׁוּב אִינוּ בְּעֵלָה.

לְכֵן אִינוּ קָשָׁה דְהָא יֵישׁ לָהּ מִיגוּ דְאִינוּ יְכוֹל לְבֹא עָלֵי כו'. דְּהָא י"ל דְּאִינָה נִשְׁאָמְנָת לֹאמַר כֵּן כִּינּוּן דְּלֹא שְׁיִיף בְּזוֹה הַד חֲזוּקָה דְאִינָה מְעִיזָה.

וכן מש"כ הש"ף דלכן נאמנת לומר בתוך שלשים לא נבעלתי דזהו משום חזקה דאינה מעיזה. הא לפי מה שפתי לא שינה התם הך חזקה פלל.

ועוד דהא לפי האוקימתות דמוקמינן שם ביבמות (דף קי"ב) דמייירי בנתן להיבמה גט א"כ הא נפסלה ונאסרה להיבם ע"י הגט. א"כ גם לדברי היבמה דלא נבעלה עדיין ג"כ נאסרה עליו מחמת הגט א"כ ונדאי דלא שינה בזה להחזקה דאינה מעיזה בפני בעלה.

ובדברי הגימוקי יוסף ליבמות (דף קי"א) אשר הובא בתוס' יו"ט ליבמות פ' י"ג משנה י"ב יש לדון עפ"ז טובא וליישוב דברי הנ"י יש לי פמה דרכים. אף מש"כ להעיר על דברי הש"ף אין ענין לזה מן דברי הגימוקי יוסף הג"ל וקצרותי: והא דתוה ל' דכופין אותו שיתחילץ לה נראה לי דהטעם הוא משום אוקימתה דלא נעשה דבר המחוודש של הבעילה וכמו בכל ספק דמוקמינן על חזקה הראשונה כידוע.

וכמבואר בח"מ סי' רמ"א סעי' י' ובסמ"ע ס"ק כ"ג גבי תנאי דקום ונעשה דאינו נאמן לומר דקיים התנאי משום ה"ט ע"ש והדברים ארופין ולכן דברי התוס' והש"ף צ"ע. ואחר כותבי זה ראיתי בתוס' ר' עקיבא איגר זצ"ל במשניות ליבמות פ' י"ג משנה י"ב אות ק"ו שהעיר בקצרה פעין זה על התוס' ב"ב (דף ה') הג"ל ע"ש.

ובנודאי אין סברא לומר בכוננת התוס' דקאי על דברי המקשה דהקשה ביבמות שם עד שכופין אותו לחלוץ ניקפנו ליבם דלא אסיק אדעתה דמייירי בנתן לה גט ולא הקשה רק דניקפנו לייבם אבל מה דמבקשין ממנו לאחר ל' ע"ז הנה ניחא להסוגיא וע"ז הקשו התוס' דהא יש לה מיגו דאינו יכול לבא עלי דנאמנת ומוכח מזה דלא מהני מיגו במקום חזקה.

דזה אינו מספיק ליישוב דברי התוס' דהא י"ל דלכן לא הקשה בתחלת הסוגיא דלא ידעו דמייירי בנתן לה גט דהא יש לה מיגו. משום דהוי מצי מדחי לי' דלא אמרינן מיגו במקום חזקה כדחזינו דאיבעיא להו ע"ז בב"ב שם וע"כ הקשו ביותר דניקפנו לייבם.

אבל פיון דמסיק הש"ס דמייירי בנתן לה גט א"כ אין שום מקום למפשט מדהתם דלא אמרינן מיגו במקום חזקה משום די"ל פנ"ל ועוד יש לי פמה דרכים לדחות זה וע"כ דברי התוס' צ"ע.

וכש"כ בדברי הש"ף הג"ל דאין שום סברא לפירש לדברי הש"ף דקאי למאי דסלקא דעתיה דשם ולכן צ"ע: סימן פג א (סעף ב') אם הלנה מודה בשמי הלואות ונתן לו מנה סתם ולא פירש והמלנה אומר שרוצה לחשוב אותו בפרעון חוב שאין לו פה על הלנה כו' הדין עם המלנה כו'.

וכתב הסמ"ע בשם הטור הטעם דעבד לנה לאיש מלנה. וכ"כ הבעה"ת שער כ' ח"א סי' ב' בזה"ל דעבד לנה לאיש מלנה ולפיקה הרשות ביד המלנה לומר לא אטלם אלא לרצוני: ונראה לי דזה לא שינה רק בפרטי' וזו דבזה יכול המלנה לומר דקבלתי אותם עבור חוב אחר אבל אם הי' הפרעון בקרקע או בחפצים בזה הדין נותן דאם פירש הלנה שנותנו בפרעון חוב פ'.

והמלנה שמתק וקובל את הספץ או הקרקע ומשתמש בהם. בזה נראה לומר דכיון דפירש הלנה דנותנו עבור חוב פ'.

וע"כ לדברי המלנה שרוצה לקבלן עבור חוב אחר א"כ הא אסור לו להשתמש בהקרקע או בהספץ כ"ז דלא גבה אותם בב"ד דהא אסור להמלנה ליטול ספץ מן הלנה ולהשתמש בו כ"ז דלא שם אותו בב"ד.

וצריך גוביניא ואחלטתא מן ב"ד אם הלנה אינו מגבהו מדעתו וכיון דהתנה הלנה בפי' דמגבהו עבור חוב הידוע לו ונקא א"כ פשהמלנה רוצה לקבלן עבור חוב אחר הוי גזל בידו ע"כ אם שמתק בנודאי נתרצה לדברי הלנה.

אכן בפרעון מעות בזה שפיר יכול המלנה לומר דקבלתי עבור חוב אחר דאף דהלנה אינו רוצה לפרוע עבור חוב האחר מקל מקום הא במעות יכול המלנה לתפוס בע"כ של הלנה ולהשתמש בהם בלא רשות ב"ד כמבואר בסי' ע"ב סעי' י"ז דמה"ט בתפס מעות א"צ שבועה בנק"ח ואף במעות צוררים הדין פן וכמש"כ הקצה"ח שם בס"ק כ"ב דמעות יכול לגבות מעצמו בלא שומת ב"ד כו' ע"ש.

וכן כתב הש"ך לקמן סי' ק"י ס"ק ה' לחלק בין תפס מעות לתפס ספץ. וכן מבואר חילוק בין תפס מעות לתפס ספץ בסי' פ"ז בסמ"ע ס"ק כ"ב ובש"ך ס"ק כ"ז בשם הר"נ.

וכוננת הבעה"ת והטור שכתבו דהדין עם המלנה דעבד לנה כו' הפנונה הוא דכיון דהלנה משוועבד להמלנה עבור חוב האחר ג"כ ע"כ יש פח להמלנה לתפוס את המעות בע"כ של הלנה אף דלא גבה אותם בב"ד ונאמן לומר דקבלם על חוב אחר ומה ששמתק כדי שיתן לו המעות וכמש"כ הרמ"א בשם הר"נ בהכותב.

וכן מדוקדק לשון הר"נ שם והרמ"א שכתבו כדי שיתן לי המעות כו' דמשמע דהך דינא לא שייך רק במעות וכן כתב הרמ"א שם אח"ז בשלח עם המלנה מעות לאחרים וקבלם בשתיקה יכול לומר דמה ששמתתי כדי שיתן לי המעות דזה ג"כ במעות.

משא"כ בספץ אינו יכול להחזיק לעצמו כ"ז דלא גבה אותם בב"ד וזהו מורה ג"כ על כל המבואר שם דדוקא במעות שייך כל הנאמר שם. ועיין מזה באה"ע סי' כ"ת סעי' ג' ובקצה"ח סי' ק"ץ ס"ק ה' ובמה שהביא שם להרשב"א בחי' לקידושין (דף י"ג) מזה וקצרותי.

וכ"ז פשוט: ב (שם סעיף ג') אם הלנה אומר מחוב פלוני שפלוני ערב נתיים לה וע"מ פן קבלתם והמלנה אומר לא נתרציתי אלא מחוב פ' שאין בו ערב אם החוב כו' הוא מע"פ נאמן הלנה בש"ה ונפטר הערב כו'.

והקשה השער משפט שבועה זו מה טיבא הא מ"מ חייב הלנה חוב האחר וכיון דמייירי שאין להלנה לשלם כו' ועוד קשה דהא בסי' פ"ז סעי' כ"ה פסק הרב דמי שאין לו לשלם אין משביעין הדין כו' עכ"ל.

וכבר הקדימו הגידולי תרומה לבעה"ת שער עשירים ח"ב אות א' להעיר פועין זה ונשארו בקושיא: ונראה לע"ד ליישב דברי הבעה"ת והש"ע והוא דהקצה"ח בסי' ל"ט ס"ק ה'

כתב דבכל ערב שנסתפק אם פרעו הלנה להמלנה אף במע"פ הוי פכל אינו יודע אם פרעתי דחייב הלנה פשטוען שמא בהפרעון והמלנה אומר פרי שלא נפרעתי ע"ש.

והא דאם הלנה אומר פרעתי והוא מלנה בע"פ נשבע הלנה היסת ונפטור הוא והערב כמבואר בסי' קכ"ט סעי' ח'. אף דהוי הערב כאומר א"י א"פ וקיי"ל לדינא דהפרי של אחר לא מהני וכעין המבואר בסי' ע"ה ש"ף ס"ק נ"ה וכמש"כ בחי' שם.

עכ"ז פטור הערב אם הלנה אומר פרעתי משום דקיי"ל דהיכא דהלנה פטור דאז נפטור הערב כמבואר בבכורות (דף מ"ח) ולעיל סוף סי' מ"ט אבל היכא דהלנה אומר מתחלה פרעתי ואח"כ בעת שמחייבין להלנה שבועה הודה מאימת השבועה שלא פרע בזה הדין נותן דיהיה חייב הערב ולא שייך לומר בזה דהא טען הלנה מתחלה דפרע החוב ויהי' פטור.

דזה אינו דכיון דע"פ דין חייב הערב משום דהוי פכל א"י א"פ פנ"ל רק כ"ז דהלנה עומד בדבריו שפרעו אז אין לחייב להערב משום דכיון דהלנה פטור ממילא נפטור הערב ולכן כיון דעכשיו חוזר הלנה ומודה שלא פרעו ה"ז דומה להא דהלנה אומר שפרעו דנפטור הערב.

אבל אם יבואו עדים להעיד לאח"כ להכחיש לדברי הלנה ומעידין דלא פרעו בזה נודאי חייב הערב דאף דמקודם דבאו העדים הי' פטור הערב מ"מ עכשיו שנתחייב הלנה חייב גם הערב וה"ה פשמודה עכשיו הלנה דהוא חייב כיון דהודאת בע"ד לחובה הוי כמאה עדים הוי זה כמו ברור גמור דיהי' חייב הערב וכיון דהלנה חייב עכשיו ע"כ גבינו מן הערב.

ולכן כתבו שפיר דנשבע הלנה היסת ונפטור הוא והערב. דמשמע מזה דאם מודה עכשיו מאימת השבועה ומודה דלא פרעו דגובין מן הערב אף דאמר תחלה פרעתי: ואפשר דאף דהלנה אומר עדיין שפרעו ואינו רוצה לישבע היסת ע"ז ג"כ יש לדון דגובין מן הערב מה"ט דנתבאר דכל ערב הוי כא"י א"פ רק היכא דמיפטר הלנה אין גובין מן הערב וע"כ כ"ז דאינו נשבע הלנה י"ל דכיון דאינו רוצה לישבע הדין הוא דענשינו להלנה וע"כ ממילא מקרי זה בשם חיוב על הלנה דלא נפטור הערב דזה מקרי חיוב ולא בשם פטור על הלנה והא דסוף סי' מ"ט אפשר דמייירי דכבר נשבע הלנה.

וכן משמע פשט הלשון דאמרו שם בסי' קכ"ט נשבע הלנה היסת ונפטור הוא והערב דמשמע דכ"ז דאינו רוצה לישבע הדין הוא דגובין מן הערב משום דהוי כא"י א"פ. וע"כ אין זה דומה כלל להא דסוף סי' מ"ט הנ"ל וקצרתיו.

אף באמת ז"א דכיון דלא נחתינו לנכסיה בשבועת היסת אף דענשינו לי' מ"מ אין זה נקרא בשם חיוב על הלנה וגם בזה דייגינו דכיון דהלנה פטור ולא נחתינו לנכס' כ"ז דאומר דפרעו ע"כ הדין נותן דאין גובין מן הערב.

אף אם הלנה חוזר מאימת השבועה ומודה דלא פרעו אף דלא נשבע הלנה ע"ז ג"כ גובין מן הערב כפי הטעם שנתבאר. והא דמבואר בסי' קכ"ט סעי' ט' דקודם שנופרע מן הערב צריף הלנה לישבע שעדיין הוא חייב חוב זה כו'.

זה אינו רק לחייב על הלנה אבל אם הלנה אלם ואינו רוצה ליטבע ע"ז רק עומד ומחזיק בדבריו שהיא חייב חוב זה בזה ונדאי גובין מהערב וכמש"כ הקצה"ח בסי' קכ"ט סעיף ט' דאם ברח הלנה ולא נשבע דגובין מן הערב אם הודה הלנה על החוב דעיקר היא ההודאה אבל השבועה שלו אינו מעכב ע"ש.

וה"ה אף אם הלנה בפנינו ואינו נשבע מחמת שהוא אלם דגובין מן הערב פנין דהודה. ולכן אמרו דנשבע הלנה ונפטר הוא והערב משום דאם יודה עכשיו מן אימת השבועה אף דכפר מתחלה מ"מ עכשיו שיהי' מודה אף דלא ישבע ע"ז גובין מן הערב והטעם הוא כמו שנתבאר: ונקדים לדברי המל"מ שהובא בקצה"ח סי' ט' ס"ק א' וכן להכנה"ג ביו"ד סי' קס"ט דכתבו דכופין להלנה לתפוע בכדי שיהי' לו במה לפרוע משום דפריעת בע"ח מצנה כו' וכמש"כ הקצה"ח שם להסביר זה דכיון שיש לו עצה שיהיה ביכולתו לסלק להבע"ח דמחוייב בזה וכופין לו ע"ז פדי שיקנים המצנה ע"ש.

[נעין בב"ק (דף פ"ט) תוס' ד"ה כל לגבי בעלה כו' מש"כ בסה"ד ואם אין לה אין משועבדים לניזק לעשות לו קיומים צ"ע עכ"ל התוס'. וכ"כ בהג"א שם.

ויש לחלק וקצתתי]. א"כ לפי מה דנתבאר דאף דכפר הלנה מתחלה מ"מ אם יודה עכשיו שלא פרע להחוב שנעשה פ' ערב עבורו דאז יהיה הדין דיגבה המלנה לחובו מן הערב.

ע"כ הדין הוא דיכול המלנה לחייב שבועה להלנה דהא המלנה טוען ברי שלא נפרעתי על החוב שנעשה פ' ערב עליו רק קבלתי על חוב אחר. א"כ אתה הלנה יש לה עצה להמציא לי הפרעון מן הערב פשתהי' מודה על האמת ומחוייב הלנה ע"ז מצד פריעת בע"ח מצנה פנין דאם יהיה מודה ע"ז יהיה בידו במה לקיים מ"ע דפריעת בע"ח פנין דבאמת יהיה גובה חובו בדין מן הערב שנתערב לו מרצונו.

א"כ פנין דלדברי המלנה דטוען ברי הדין הוא פן ע"כ בכופר הלנה ע"ז הדין הוא שישבע הלנה ואז אם לא יודה הלנה נפטר הערב אבל אם יודה מן אימת השבועה שלא נפרע המלנה מן החוב שנעשה פ' ערב אז לא נפטר הערב וכמש"כ לעיל בכוננת הרמ"א בסי' קכ"ט סעי' ח' דכתב ג"כ דאם אמר הלנה פריעתי נשבע הלנה ונפטר הוא והערב פנ"ל.

דהפוננה הוא דהחייב על הלנה ליטבע פדי לברר אשר פדבריו פן הוא ואם יודה האמת אז יהיה חייב הערב אף שפטר מתחלה. וה"ה פאן הפוננה שהחייב על הלנה ליטבע ואם יהיה מודה לדברי המלנה יהיה חייב הערב אף שאמר מתחלה להיפך וא"ש לתרץ קושיות הג"ת והשער משפט: עוד הקשה השער משפט בס"ק ג' דאמאי לא יהיה הלנה יחשב כעד דהא לדידן אין שום נפ"מ אם חייב חוב זה או חוב אחר ואם יהי' לו מעות צטרף לשלם להמלנה מחמת חוב האחר וא"כ הוי עד מעליא וכמש"כ הסמ"ע בסי' קכ"ג סעי' י"א כו' דהא סוף סוף חייב להמלנה חוב האחר.

אף לפמ"ש דמירי הקא שיש להלנה נכסים במדינה אחרת ניקח די"ל דהוי נוגע בעדות משום דחייב הלנה נוח לו מחייב הערב ואף דהסמ"ע והש"ף שם ס"ל דל"א השגי נוח לי אלא בקא להוציא אבל לא כשהעד חייב פבר תמהתי בסי' ל"ז סעי' י"א כו' עכ"ל הש"מ.

אכן בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעיף י"א פתבתי לתרץ לתמיהת השער משפט בסי' ל"ז סעי' י"א הנ"ל א"כ העיקר פדברי הש"ך והסמ"ע דלא הוי נוגע משום השני נוח לי כו' בקא ליפטר ותקשה פאן לקושיות הש"מ.

ואפשר דגם הגי"ת להבעה"ת שער עשרים ח"ב אות א' נתפנין לקושיות הש"מ הנ"ל ג"כ: ונלע"ד לתרץ לקושיות הש"מ והוא דהא מבואר לקמן בסי' קל"א סעי' ד' בהגהת הרמ"א דהערב יכול לכוף להלנה לפוטרו מן הערבות כו'.

והש"ך שם ס"ק ו' פתב דלא קאי דברי הרמ"א רק להיש חולקים דהביא שם לעיל. אכן התנאים פתב שם דהרמ"א סתם פן לדברי הכל ע"ש.

וכיון דהערב יכול לתבוע את הלנה שיוציאנו מן הערבות ואף קודם שיפרע הערב להמלנה יכול לתבוע את הלנה ע"ז. ע"כ שפיר אמרו הכא דהלנה שאומר שהמלנה נפרע להחוב שנעשה פ' ערב אין דין עד פשר עליו משום דהוי נוגע בעדות דדוקא היכא דהוי נפ"מ לדידן' אם הוי בע"ד של איש פלוני או של איש האחר בזה שפיר אמרו דהיכא דהוי ליפטר לא הוי נוגע משום השני נוח לי כו' כיון דלא הוי הנפ"מ רק אם חייב לזה או לזה וסוף סוף הא לא הוי בע"ד רק לאחד מהם ע"כ ס"ל דבקא ליפטר לא מיפסל משום נוגע בקנה.

אבל הכא פל זמן דלא ישלם להמלנה החוב שנעשה פלוני ערב אז יהנה להלנה שני תובעים ובעל דין שיהנה להם דין ודברים עליו דהא המלנה יהנה עליו התביעה בנודאי וכן הערב אף מקודם שיפרע להמלנה יהנה תובע ובעל דבר לתבוע מן הלנה שיוציאנו מן הערבות.

הן אם יש להלנה נכסים כמש"כ הש"מ ואף אם אין לו נכסים פלל בשום מקום מפל מקום הא יהנה פל אחד מהם היינו המלנה והערב דין ודברים עליו פנ"ל פמו בשבועת אין לי להשביעו בכל שלשים יום פמבואר בסי' צ"ט.

וא"ה הוי נפ"מ רבתא להלנה דאם יפטר מן החוב שנעשה פ' ערב אז לא יהנה עליו רק בעל דבר ותובע א' היינו המלנה לבדו ואם לא יפטר מן חוב זה אז יהנה לו שני תובעים ובעלי דינים שיעוררו עליו תמיד טענות ותביעות היינו המלנה וכמו כן הערב בטענתו שיוציאנו מן הערבות ועל פן הוי נוגע גדול דבנודאי הוי לו טובה ביותר אם לא יהנה עליו רק בע"ד ותובע א'.

ובנודאי גרע להלנה ביותר אם יהנה עליו שני בעלי דינים ותובעים שיעוררו עליו לצעוק ולתבוע ממנו ע"כ שפיר פתבו הכא דאין להלנה שם עד פשר משום דהוי נוגע גמור.

ואף לפי מש"כ הש"ך דרק לדעת יש חולקים פתב הרמ"א דהערב יכול לכוף ולתובעו להלנה שיוציאנו מן הערבות ולא דברי הכל פן מ"מ הא כיון דיש פלוגתא בזה ע"כ י"ל בקנה לאו כ"ע דינא גמירי וכמש"כ בספרי פמה פעמים בהרבה ראיות דהיכא דהוי פלוגתא אף דלדינא לא קיי"ל פן מ"מ י"ל דטעה הבעל דין בזה.

א"כ ה"ה פאן פיינן דייש סוכרים דיכול לתובעו שיוציאנו מן הערבות ע"כ י"ל דהלנה בעת שפא לב"ד דלא ידע אז הדין לאמיתו מקודם שיגידו לו הב"ד איך הוא הדין בנה הוי אז בשם נוגע בעדות דחושש דיהיה עליו שני תובעים פנ"ל.

ואף לאחר זה דיגידו לו הב"ד איך הוא הדין בנה הא יש בנה חושש דישתדל להחזיק לדבריו הראשונים כדמצינו פעין זה בכמה דוכתי וכיוצא בנה פתב השער המלה פ' ט' ה' אישות ה' י"ב שהביא בשם השיטה לקדושין (דף ס"ג) שפתב בנה דאמרו התם נאמן ליתן גט ואין נאמן לכנוס דפירש דמירי שפא ואמר אני קדשתי ואתן לה גט אז נאמן ונותן לה גט אבל היכא דלא אמר פן מתחלה א"נ אף ליתן גט משום דהוי נוגע להנאתו והשתא פי יהיב גיטא לאחזוקי דיבורו קא עביד.

ונהו פסברת הש"ך בסי' ל"ג ס"ק ט' דחיישינן לאחזוקי דיבורא. והארבתי מזה בספרי נחל יצחק סי' ט"ו.

ואף לפי דברי התנאים בסי' ל"ג ס"ק ח' דהעלה לדינא דלא חיישינן לאחזוקי דיבורא מ"מ א"ש דהא כבר פתבתי בשם התנאים בסי' קל"א דכתב דהרמ"א פתב שם לדברי הפל דהערב יכול לתבוע להלנה להוציא מן הערבות ע"כ בנודאי א"ש ואין זה דומה להך דסי' קכ"ג דכתבו דלא אמרינן השני נוח לי כו' בבא ליפטור משום דיש לחלק בפשיטות דשאני היכא דהוי עליו שני תובעים ועכשיו לפי דבריו לא יהיה עליו רק תובע א' והוי נוגע בעדות ומתורץ קושיות הש"מ:ג (שם ש"ך ס"ק ט' בסופו) דבמוקדם ממש כו' א"כ לדברי המלה השטר פשד ונאמן במיגו עכ"ל.

והבית מאיר באה"ע סי' סח סעי' א' בב"ש ס"ק א' פתב לדחות לדברי הש"ך דיש לומר דהרמב"ם סבירא ליה פדברי הרמב"ן לב"ב (דף ל"א) דמחלק דלכן גבי סטרא נאמן המלנה במיגו אף דמוציא מהלנה משום דאנו דנין שם על המעות דבידו כו' וע"כ י"ל דאף בשטר מעליא ס"ל להרמב"ם דאינו נאמן במיגו להוציא ע"ש.

וכ"כ הקצה"ח פאן ס"ק ד' ושיניהם לדבר א' נתפוננו. ומה שכתב הקצה"ח דבשטר דלא גבי ממשעבדי לא הוי פגבוי הנה בספרי נחל יצחק לסי' י"ב ענף ה' הבאתי להריטב"א פגיטין (דף ל"ז) בשם ר' פנחס הלוי דס"ל דבכל גונני הוי פגבוי ובשמיטה שאני וזהו פדברי הש"ך דהכא דאף בשטר דאינו גובה רק מב"ח ג"כ הוי פגבוי ואמרינן מיגו להוציא.

וגם הא יש טעמא אחרניא במה דאמרו בשטרא מסייע ליה דהוי פגבוי. ושם בספרי תרצתי למה שהקשה הקצה"ח פאן מן ב"ב (דף קנ"ז) ע"ש: וע"פ דברי הקצה"ח דבשט"ח דאינו גובה ממשעבדי לא הוי פגבוי יש מקום לתרץ עפ"ז לקושיות התוס' בכתובות (דף מ"ד ע"א) בד"ה והלקתא אהד זה כו' שהקשו ותיפשוט מהא דתניא לעיל מודה ר' יהודה במארא בתו ובגרה ונשאת שאין לאביה רשות בה ובדלא פתב לה מירי דאי פתב לה הוי שלו הואיל ובירשותו נכתבה ואי ארוסה אין לה פתובה פשיטא דאין לו בה פלום ונראה לרשב"א כו' והמהרש"א ומהר"ם שיף הקשו שם על תי' הרשב"א ע"ש.

אכן לפי מש"כ הקצה"ח לשיטת הרמב"ם דס"ל דשט"ח דאינו גובה ממשעבדי לא הוי פגבוי יש ליישב לקושיות התוס' על נכון. והוא דלכאורה יש להעיר בפוגיא דכתובות

שם במאָרס אַת בתו והשיאָה וגירָשָה דס"ל לרַבָּנּוּ דְכַתְּנֻבָתָהּ שְׁלָהּ מִשּׁוּם דְּבַתְר גְּוֹבְיָנָא אָזְלִינּוּ וְלֹא ס"ל כר' יהודה דאָזְזִיל בְּתַר שְׁעַת פְּתִיבָה.

דְּתַקְשָׁה לְפִי מַה שְׁפַתְבּוּ הַקְצָה"ח בְּסִי' י"ב בְּשֵׁם הַכְּנָה"ג דְּבִשְׁט"ח פְּרוּר הָוִי פְּגָבוֹי וְכַמְש"כ מְזָה בְּסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק סִי' י"ב שָׁם. א"כ הֵכָא דְלֹא דִיִּינִינּוּ בְּעֵינֵיקָר חוּב הַפְּתוּבָה דְהָא הָוִי חוּב פְּרוּר אֲלֵא אָנוּ דְנִינּוּ אִם שִׁינָה הַפְּתוּבָה לְהָאָב אוּ לְבַתּוּ וְהָוִי פְּגָבוֹי א"כ פִּינּוּ דס"ל דְּבַתְר גְּוֹבְיָנָא אָזְלִינּוּ ע"כ מְבַעֵי לְהִיּוֹת פֶּן אַף דְּהַגְבִּי' הִיָּה לְאַחַר שְׁנִיסַת פִּינּוּ דְכַתְּבּוּ הַפְּתוּבָה מְקוּדָם הַנִּישׁוּאִין וְכִדְאָמְרוּ שָׁם אַלִּיבָא דר' יהודה הוֹאִיל וּבְרִשׁוּתוּ נִכְתְּבִין.

דְהָא מִיָּד דְכַתְּבּוּ הַפְּתוּבָה הָוִי פְּגָבוֹי וְנִזְכָּה בָּיָה הָאָב פִּינּוּ דְבִשְׁעַת הַפְּתִיבָה דְהָוִי פְּגָבוֹי הִיָּהּ בְּרִשׁוּתוּ. וְאִין סְבָרָא לְחַלְקַּבְנָה דְשִׁאנִי חוּב פְּתוּבָה דְלֹא נִיתְּנָה לְגַבּוֹת מַחֲזִימִים ע"כ בְּכַתְּנֻבָה אַף הֵיכָא דְהָוִי חוּב פְּרוּר ג"כ לֹא הָוִי פְּגָבוֹי כְּדִקִּי"ל כְּבֵית הִילָל.

דְּזָה אִינוּ דְהָא חֲזִינּוּ דְבֵית שְׁמַאי ס"ל דְּגַם בְּכַתְּנֻבָה אָמְרוּ דְהָוִי פְּגָבוֹי ע"כ אַף דְבֵית הִילָל לֹא ס"ל פֶּן מ"מ לְפִי דְבָרֵי הַכְּנָה"ג דְּבַחֲבוּב פְּרוּר הָוִי פְּגָבוֹי ה"ה דְנִימָא פֶּן אַף בְּחוּב פְּתוּבָה. וּבְאַמַּת מוֹכַח מְכַמָּה סוּגִיּוֹת דְאָמְרוּ דְלְבֵית הִילָל לֹא מְחַלְקִינּוּ בֵּין פְּתוּבָה לְכָל בַּע"ח.

[וְעִינּוּ בְּתוֹס' סוּטָה (דָּף כ"ה ע"ב) ד"ה בֵּית הִילָל סְבָרֵי כו' בְּמַה שְׁהִקְשׁוּ מִן פ' הַמְּקַבֵּל (דָּף ק"י) כו'. וּבְגִיטִין (דָּף ל"ז) וּב"ב (דָּף קנ"ז).]

וְעִינּוּ בְּסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק סִי' מ"ג סַעִי' ז' שְׁפַתְבַּתִּי לְחַלְקַּבְנָה פֶּן אַלִּיבָא דְרִיו"ח לְפִי מַה דְּהִיָּה ס"ל מְעִיקְרָא וְהַדְּבָרִים אַרְוִפִּין]. וְאַפְשָׁר לִזְמַר דְּטַעֲמִיָּהּ דְּרַבָּנּוּ הוּא דְאִי דְהַפְּתוּבָה נִכְתְּבַת בְּרִשׁוּת הָאָב מ"מ פִּינּוּ דְכּוֹתֵב קוּדָם הַחֲנוּפָה וּבְמַעַמַּד הַחֲנוּפָה וְהָוִי כְּמוֹ דְּמַתְּנָה דְעֵיקָר הַפְּתוּבָה דְכּוֹתֵב לָהּ אַז הוּא רַק עַל דַּעַת הַנִּישׁוּאִין וְלֹא הָוִי פְּגָבוֹי מִיָּד בְּעַת שְׁפַתְבּוּ לָהּ רַק אַחַר הַנִּישׁוּאִין וְאַז הָא אִינָה בְּרִשׁוּתוּ.

וְאַף דִּישׁ פְּתוּבָה לְאַרוּסָה מ"מ הָא כ"ז דְלֹא פְתַב הַפְּתוּבָה אַף דְהַחֲבוּב הוּא בְּתַנְאֵי ב"ד לֹא הָוִי פְּגָבוֹי וְכַמְש"כ הַתוֹס' בְּגִיטִין (דָּף ל"ז ע"א) ד"ה שְׁטַר שְׁיֵשׁ בּוּ אַחֲרִיּוֹת כו' דְּדוּקָא בְּחוּב שְׁמִפְנֵי רֵשׁ הַשְּׁעָבוּד בְּשְׁטַר אָמְרוּ דְהָוִי פְּגָבוֹי.

וְאַף בְּכַתְּבּוּ הַפְּתוּבָה לְאַרוּסָה הָא שְׁיִטַת הַרְמַב"ם בְּפָרְק יו"ד ה' אִישׁוֹת ה' י"א וְהוּבָא בְּטוּש"ע אַה"ע סִי' נ"ה סַעִי' ו' דְאִי בְּכַתְּבּוּ פְתוּבָה לְאַרוּסָה אִינָה גּוֹבָה מְשַׁעֲבָדִי. וְהָרָא"ש בְּכַתְּבוֹת פ"ד סִי' ד' הַקְשָׁה עַל הַרְמַב"ם דְּמַפְנִי מַה חֲלוּק פְתוּבַת אַרוּסָתוּ מְכַל שְׁט"ח דְּגָבִי מְשַׁעֲבָדִי וְה"ר יוֹנָה ז"ל תִּירַץ דְכִינּוּ דְלֹא פִירַשׁ אַחֲרִיּוֹת לֹא אָמְרִינּוּ בָּיָה אַחֲרִיּוֹת ט"ס.

וְעִינּוּ עוֹד בְּהָרָא"ש לְכַתְּבוֹת פ"ה ה' ה' מְזָה: וְדְבָרֵי טַעַם הֵם דְכִינּוּ דס"ל לְהַרְמַב"ם דְּכָל זְמַן דְלֹא פְתַב פְתוּבָה לְאַרוּסָה אִין לָהּ פְתוּבָה מִשּׁוּם תְּנַאֵי ב"ד וְע"כ אַף דְכַתְּבּוּ לָהּ לֹא אָמְרִינּוּ בְּזָה אַחֲרִיּוֹת טַעוֹת סוּפֵר דְדִין פְתוּבַת אַרוּסָה כְּמוֹ כָּל שְׁטָרֵי מַתְּנָה דְלֹא אָמְרִינּוּ בָּיָה אַחֲרִיּוֹת ט"ס כָּל זְמַן דְלֹא פִירַשׁ.

ויהיה איה שיהיה פיון דחזינון שיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דכתובת ארוסה אינה גובה מממשעבדי אף בכתב לה ע"כ אתי שפיר מה דלא אמרו הכא בכתובת ארוסה דזכה האב משום דהוי פגבוי.

דקא לדברי הקצה"ח דהיא דאינו גובה מממשעבדי לא הוי פגבוי ע"כ הכא לא הוי פגבוי משעת אירוסין אף בכתב לה. ומה שפוטב לה קודם גישואין סמוך להגישואין הא פיון שכותב על דעת שתנשא לו מיד לא הוי פגבוי אלא אחר הגישואין ולכן אינו זוכה האב: ועוד י"ל בזה דקא לכאורה יש לעיין בטעמיהו דרבנן דס"ל דבטר גוביינא אזלינן דמ"ש מן קנס ובנשת ופגם דלאביה אף דבגרה אחר שעמד בדין פמבואר ר"פ ד' דכתובות וכן אמרו שם דמעשה ידי ומציאתה אע"פ שלא גבתה מת האב ה"ה של אחיו.

ומ"ש פתובה דאזלינן בטר גוביינא וגם לר' יהודה דאזיל בטר שעת פתיבה אין זה אלא מדרבנן כמש"כ התוס' והרא"ש לכתובות שם. [וכן מבואר בירושלמי שם דלר' יהודה זהו רק מדרבנן כדי שיהא אדם מצוי ליתן לבתו בעין יפה.

ועיין בפני יהושע מזה שהביא טעם הירושלמי הזה וכתב דתלמודא דידן לא ס"ל לה"ט: וכ"כ הפני יהושע שם בק"א מזה]. וע"כ מוכח לחלק דס"ל להחכמים דשאני פתובה דכינן דאין זכות לבתו בזה אלא פשתתאלמן ותתגרש ע"כ גרע זכות האב בזכות פתובת בתו מן כל מילי דזוכה האב אף מקודם הגביה משא"כ בכתובה אינו זוכה האב אלא בעת גוביינא דוקא.

וכן ראיתי להפני יהושע בכתובות בסוגיא זו בד"ה גמ' ר' יהודה אומר הראשונה של אב כו' דהעיר פן וכתב לחלק ג"כ דשאני פתובה דלא ניתן לגבות מחיים ולא דמי אפילו לקנס ובנשת ופגם דשייך בהו קצת זכיה כו' ע"ש.

ולפ"ז יש לומר דאף דהוי פגבוי לפי שיטת הסוכרים דשט"ח ברור הוי פגבוי מ"מ פיון דאין זכות לבתו ליטול מיד אלא פשתתאלמן ותתגרש ע"כ אין זכות לאב בזה ואף דכתבתי לעיל דקא מצינו דגם בכתובה אמרו דהוי פגבוי מ"מ לא הוי זכות התובע בהנכסים של הלנה רק כמו משכון שת"י התובע.

ובאמת גם במשכון שהוא רק בתנאי יש לדון לפ"ז דאין זכות לאבי לזכות בהמשכון שת"י בתו שהוא על תנאי דאף דהוי מוחזק מ"מ אינו זוכה האב דעכ"פ אינו דומה לכל זכות שיש לאב בבתו במה דמצינו דהתורה זכתה להאב וכעין חילוק של הפני יהושע הנ"ל: ובטעמא דר' יהודה דס"ל דאזיל בטר שעת הפתיבה י"ל דזהו משום סכרא דכתבתי דבשט"ח ברור הוי פגבוי וע"כ אתי שפיר בפשיטות במה דלא אזיל ר' יהודה בטר עת אירוסין אלא בטר עת הפתיבה משום דקא פתבתי לעיל בשם התוס' גיטין (דף ל"ז) דבחוב שאינו בשטר לא הוי פגבוי אף לב"ש א"כ ה"ה לדין בחוב ברור ג"כ לא הוי פגבוי כ"ז דלא פתב ליה שטר וע"כ בעת אירוסין דלא נכתב ע"כ לא הוי פגבוי ומודה ר"י דלא זכה האב רק בעת הגישואין שכותב לה פתובה לפני הגישואין בזה פיון דהוי פגבוי ע"כ ס"ל לר' יהודה דזכה האב.

וּכְעֵין זֶה רְאִיתִי בְּהָרָא"ש לְכַתּוּבוֹת בְּסוּגְיָא זוּ בְּסִי' ד' דְּכַתְּבִי ג"כ כְּעֵין זֶה בּוּזָה"ל דְּלֹא תִקְנוּ לִיה זְכִינָה כְּלָל אֲלֵא כְּשֶׁנִּכְתְּבָה בְּרִשּׁוֹתוֹ דְּאָז אֵלִים כְּחוֹ דְּקִצָּת כְּגַבּוּי דְּמִי עַכ"ל. הָרִי דְּהָעִיר ג"כ בְּהֶסְבְּרָא שְׁכַתְּבִיתִי לְפָרֵשׁ דְּהַטְעָם הוּא מְשׁוּם דְּהָוִי כְּגַבּוּי.

אִךְ הָרָא"ש אֲתִי עָלָה לְפִי דְּהָוִי קִצָּת כְּגַבּוּי וְזֵהוּ כַּמֶּשׁ"כ הַקְצָה"ח בְּשֵׁם הַכְּנֵה"ג דְּכַכְמָה עֲנִינִים הָוִי הַשְׁטֵר גַּם לְדִינָן כְּגַבּוּי וּמַה"ט אָמְרוּ בְּסִטְרָא דְּנֶאֱמָן הַמְלָנָה בְּמִיגוּ דְּלֶהֱדָ"מ וְלֹא הָוִי מִיגוּ לְהוֹצִיא מְשׁוּם דְּשִׁטְרָא מְסִיעָה לִיה דְּהַטְעָם הוּא דְּהָוִי כְּגַבּוּי קִצָּת וְכַמֶּשׁ"כ הַכְּנֵה"ג בְּכִלְלִי מִיגוּ שְׁהוּבָא בְּתוּמִים ס"ק ח'.

וְעֵינָן בְּאֵה"ע ס' ט' ב"ש ס"ק ד'. אִךְ לְפִי מֶשׁ"כ לְדוֹן כֵּן ע"פ מֶשׁ"כ בְּסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק ס' י"ב ע"פ הַתּוֹסֵ' בְּסוּטָה (דָּף כ"ה) דְּשִׁט"ח בְּרוּר הָוִי כְּגַבּוּי מִמֶּשׁ אֲתִי שְׁפִיר בְּפִשְׁיטוֹת טְעָמָא דְּר' יְהוּדָה דְּאֲזִיל בְּתַר הַפְּתִיבָה מְשׁוּם דְּאָז הָוִי כְּגַבּוּי וְזָכָה הָאֵב בְּדָבָר שֶׁת"י בְּתוֹ כֵּינּוּ דְּהָוִי כְּגַבּוּי.

וּלְפ"ז מִתְנַרְץ קוֹנְשִׁיּוֹת הַתּוֹסֵ' שְׁהַקְשׁוּ דְּנִיפְשׁוּט מְהֵכָא דִּישׁ כְּתוּבָה לְאַרוּסָה כו'. אֲכֵן לְפִי שִׁיטַת הַרְמַב"ם וְסִייעָתוֹ דְּאִךְ בְּכַתְּבִי כְּתוּבָה לְאַרוּסָה אֵינָה גּוֹבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי אֵין רְאִיָּה מִזֵּה לְפִשְׁטוֹת דִּישׁ כְּתוּבָה לְאַרוּסָה מְשׁוּם דִּי"ל דְּמִינֵי בְּכַתְּבִי לֵה וְאִפ"ה ס"ל לר' יְהוּדָה דְּאֵינּוּ זָכָה הָאֵב מְשׁוּם דְּדוֹקָא בְּמָה שְׁפּוֹתֵב הַפְּתוּבָה סְמוּךְ לְהַנִּישׁוּאֵין דְּגוֹבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי בְּזֵה דְּהָוִי כְּגַבּוּי ע"כ ס"ל לר' יְהוּדָה דְּזָכָה הָאֵב מְשׁוּם דְּהָוִי כְּמֹ דְּמֵטָא לִידִיָּה מֶשׁ"כ בְּכַתּוּבַת אַרוּסָה דְּאֵינּוּ גּוֹבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי אִךְ בְּכַתְּבִי לֵה וְלֹא הָוִי כְּגַבּוּי בְּזֵה גַם ר' יְהוּדָה מוֹדָה דְּלֹא זָכָה אִז הָאֵב מְשׁוּם דְּכַתְּבִיבָה לֹא מְהֵנִי הֵיכָא דְּלֹא הָוִי כְּגַבּוּי כְּלָל גַּם לר"י וּמִתְנַרְץ קוֹנְשִׁיּוֹת הַתּוֹסֵ': סִימָן פּד א (סְעִיף ב') בּד"א כְּשֶׁעֲבַר זְמַנּוֹ אֲבָל אִם הוּא תו"ז אע"פ שְׁפָגַם שְׁטֵרוֹ יִכְרַע וְשָׁלָא בְּשַׁבּוּעָה.

וְכַתְּבִי הַפְּרִישָׁה דְּכְשֶׁעֲבַר זְמַנּוֹ אִפִּי טוֹעֵן הַלְנָה שְׁפָרְעוּ תו"ז אִפ"ה צְרִיף לִישְׁבַע בְּמִיגוּ שְׁהֵנָה יָכוֹל לומר פְּרַעְתִּי אַח"ז. אֲבָל הַב"ש בְּאֵה"ע ס' צ"ו ס"ק ח' הוֹכִיחַ מִן תְּשׁוּבַת הָרִי"ף וְהַרְשָׁב"א דְּלֹא אָמְרִינּוּ מִיגוּ לְחַיִּיב שַׁבּוּעָה.

וּלְעֵיל בְּחִידוּשֵׁי לְסִי' פ"ב סְעִיף יו"ד הָאֲרַכְתִּי בַכ"ז: וְכַעַת רְאִיתִי לְהַבִּיא רְאִיָּה לְדָבָרִי הַפְּרִישָׁה מִירוּשְׁלָמִי שַׁבּוּעוֹת פ"ז ה"א בְּסוּגְיָא דְּשְׁכִיר נִשְׁבָּע וְנוֹטֵל וְז"ל הַקְדִּים לוֹ שְׁכָרוֹ בְּדָא נִשְׁבָּע וְנוֹטֵל.

וּפִי' הַפ"מ הַקְדִּים לוֹ שְׁכָרוֹ שֶׁהַבְּעָה"ב טוֹעֵן שְׁהַקְדִּים לוֹ שְׁכָרוֹ בְּדָא נו"נ דְּלֹא תִימָא כֵּינּוּ שְׁטוֹעֵן שְׁהַקְדִּים לוֹ שְׁכָרוֹ יְהֵא נֶאֱמָן דְּקוֹנְדָם שְׁפּוֹרַע לְפוּעֵלְיוֹ בְּסוּף הַיּוֹם אֵינּוּ טְרוּד וְנִכּוֹר קַמ"ל דְּאִפ"ה אָמְרִינּוּ טְרוּד הוּא וְאֵינּוּ זְכוּר וְנִשְׁבָּע הַשְׁכִּיר וְנוֹטֵל עַכ"ל.

וְכ"כ הַרְשָׁב"א בְּחִי' לְשַׁבּוּעוֹת (דָּף מ"ו ע"א) בּד"ה כ"ז שְׁהַטְלִית בֵּינָד הָאֲמָן כו' ע"ש. וְלַעֲנ"ד נִרְאָה כְּוִנָּה אַחֲרַת בִּירוּשְׁלָמִי מְשׁוּם דְּעַל מֶשׁ"כ דְּה"א דְּזוֹכֵר הוּא דְּלִכּוֹן הֵנָּה מְקוּם לומר דִּיהָא נֶאֱמָן תִּקְשָׁה אִיף שִׁינָּה כְּלָל לְמִימַר בְּטוֹעֵן שְׁהַקְדִּים לוֹ שְׁכָרוֹ מְקוֹנְדָם דְּגַמַר מְלֹאכְתּוֹ דִּיהָא נֶאֱמָן הָא קִי"ל בְּטוֹעֵן פְּרַעְתִּי בְּתו"ז אֵינּוּ נֶאֱמָן וְה"ה בְּחֹב שְׁכִירוֹת דְּאֵינּוּ מְשַׁתְּלֵם אֲלֵא בְּסוּף וּבְתו"ז כְּזֵה כ"ע מוֹדוֹ דְּאֵינּוּ נֶאֱמָן לומר פְּרַעְתִּי בְּתו"ז כַּמֶּשׁ"כ הַתּוֹסֵ' ב"ב (דָּף ה') בּד"ה פִי הֵיכִי דְּלֹא לִיטְרָדוֹן כו' וּב"ב מ (דָּף ק"ב ע"ב) מְשׁוּם דְּהֵיכָא דְּלֹא הָוִי חוֹב בְּרוּר עֲדִינּוּ כ"ע מוֹדוֹ.

וכינן דבכל חוב תו"ז הדין הוא דאינו נאמן לומר פרעתי וא"צ התובע לישיבע פלל פמבואר בב"ב (דף ה') א"כ תקשה דמפני מה אמרו בהקדים לו שפירו דיהיה נשבע השכיר הא פינו דבשאר אנשים דאינו שפירין א"צ שבועה בכה"א א"כ אמאי יהיה גרע זכות השכיר והא אדרבה העדיפו זכות השכיר פמבואר בב"מ (דף ק"ג) דפשיט הש"ס מהא דשכיר נו"נ דזהו משום דבעה"ב טרוד בפועליו אבל הכא שוכר מהימן בשבועה לומר פרעתי ביומא דמשלם זמני'.

א"כ פינו דבהקדים לו שפירו הוי פמו דטוען פרעתי בתו"ז אמאי צריה השכיר לישיבע. ועיין בתוס' ב"ק (דף צ"ט) ד"ה אלא במאי מקדשה וכו' ואבע"א ובש"ה ח"מ סי' קכ"ו ס"ק ע"ו ובקצה"ח נשם ובסי' ע"ב ס"ק כ"ג וכן עיין בקצה"ח סי' פ"ט ס"ק ב' בשם השמ"ק וקצרותי: ולכן נ"ל בכוננת הירושלמי דבהקדים לו שפירו צריה לישיבע ויטול הפוננה הוא דהיה מקום לומר דלא יהיה צריה השכיר לישיבע רק ויטול בלא שבועה דלא גרע מפל בע"ח בחוב תו"ז דנוטל בל"ש לכן קאמרי דאף בזה צריה השכיר לישיבע ואח"כ יטול.

והטעם הוא משום דהא יש מיגו להבעה"ב לומר פרעתיה לאחר שגמרת פועלתה ואז היה הדין דישבע השכיר ויטול דהא שכיר בזמנו נו"נ וע"כ נאמן הבעה"ב לחייב שבועה להשכיר במיגו אף היכא דטוען פרעתיה מקודם דגמרת מלאכתה א"כ מוכח מירושלמי הנה דאמרינו מיגו לחיובי שבועה: ולכאורה תקשה עדיין לפי מש"כ התוס' בב"ב (דף ה') דביומא דמשלם זמניה אף דנאמן לומר פרעתי מ"מ אם טוען פרעתי בתו"ז אינו נאמן אף דיש לו מיגו דפרעתי ביומא דמשלם זמניה.

א"כ ה"ה הכא אף אם יש להבעה"ב מיגו דפרעתיה בסוף לאחר שגמרת פועלתה הא זה הוי מיגו דהענה ולא אמרינו. אכן הא יש חולקים על שיטת התוס' וכמו דהובא שיטת החולקים ע"ז בש"ה סי' ע"ח ס"ק ט"ז.

וכמו שכתב השמ"ק לב"ב (דף ה') והרמב"ן בחי' לב"ב שם. וגם י"ל דאף לשיטת התוס' וסייעתם דס"ל דלא דיינינו לומר מיגו דפרעתי ביומא דמשלם זמניה משום דה"ל מיגו דהענה דמ"מ גבי שכיר שאני דלא הוי הענה כ"כ משום דכינן דבעה"ב טרוד בפועליו תלה השכיר דאמר פן מחמת טרדותיו ולא מקרי הענה כ"כ.

והעיקר הוא פשוט דאף לשיטת התוס' אתי שפיר דהא סברת התוס' הוא דיותר טוב לומר פרעתי אתמול ושכחתי. אבל הכא בהקדים לו שפירו מיירי דאומר פרעתי היום מקודם דגמרת מלאכתה לעת ערב דגם עכשיו הוי הענה להשכיר דאומר לו פרעתי ביום הזה ע"כ שפיר שייך למימר מיגו דפרעתי לעת ערב ע"כ אתי שפיר בפשיטות לכל מה שפכתתי אף לשיטת התוס' וסייעתם.

ולפ"ז יהיה מזה סייעתא רבתא לשיטת הפרשה דאמרינו מיגו לחיובי שבועה. ואין לחלק דשאני גבי שכיר פינו דמה"ת הוי זה המיגו מועיל לפטורי אף מממון דהא רק מדרבנן הא דשכיר נשבע ונוטל.

דזה אינו דמה בכך פינו דעכ"פ עכשיו דתקנו חז"ל דהשכיר נו"נ א"כ אינו מועיל הך מיגו לפטורי מממון ואין לנו תועלת מן הך מיגו רק לחיובי שבועה להשכיר ע"כ שפיר

מוכח מזה הפרישה: ומה דהקשיתי לעיל על פי הרשב"א והפ"מ להירושלמי בהקדים לו שְׁכָרוּ כו' דאיהו הנה עולה על הדעת לומר דהבעה"ב יְהִי נֶאֱמָן לומר דהקדים לו שְׁכָרוּ מְקוֹדֵם דְּגַמְר מְלֹאכְתּוֹ וְהָא הוּי פְּמוּ חוּב בְּתוֹ"ז דא"נ מכש"כ הָכָא דְטוֹעֵן דְּהִקְדִּים לוֹ שְׁכָרוּ מְקוֹדֵם דְּנִגְמַר הַחַיִּיב שְׁכִירוֹתוֹ.

ואפשר לומר דזה אתי שפיר לפי מה שהעלה הש"ך בסי' ע"ח ס"ק י"ב גבי שְׁכָר לְכַתְּוּב לוֹ כְּמָה גְּוֹנְטְרִיסִים דְּכִינּוֹן דִּישׁ הַרְבֵּה זְמַנִּים ע"כ נֶאֱמָן לומר פְּרַעְתִּיהּ מְעִיקְרָא בְּעַד פֶּל הַגְּוֹנְטְרִיסִים.

א"כ י"ל דבכה"ג מייירי הך דהקדים לו שְׁכָרוּ דְּבִירוּשְׁלָמִי הַגְּ"ל דְּכִינּוֹן דְּלֹא שִׁינְיָה בְּזֵה לְדִין לְהַךְ דְּחֹב בְּתוֹ"ז ע"כ הָיָה הוּי אֲמִינָא לומר דהבעה"ב יְהִי נֶאֱמָן לומר פְּרַעְתִּיהּ מְקוֹדֵם פִּינּוֹן דְּאֵז לֹא הוּי טְרוּד ע"כ אֲשַׁמְוֵינּוּ הִירוּשְׁלָמִי דְּאִפ"ה אִינוּ נֶאֱמָן מִשּׁוּם דְּגַם בְּתַחֲלַת הַיּוֹם שִׁינְיָה לומר דְּטְרוּד כו' כֵּן יֵשׁ לִינִישׁב דְּבָרֵי הַרְשָׁב"א וְהַפ"מ וְיִהְיֶה מְזֵה סִייעָתָא לְדְבָרֵי הַש"ך בסי' ע"ח הַגְּ"ל.

אכן באמת דחזק לאוקמי דמייירי הירושלמי בהאי גוונא ובלא"ה הא כמה פוסקים חולקים שם על הך דינא דהש"ך הַגְּ"ל ע"כ העיקר הוא פְּמוּ שְׁכַתְּבִיתִי דְּמוּכַח לִפ"ז פְּדְבָרֵי הַפְּרִישָׁה דְּאֲמַרִּינּוּ מִיגוֹ לְחַיִּיבֵי שְׁבוּעָה וְע"כ אִף הִיכָא דְטוֹעֵן פְּרַעְתִּי בְּתוֹ"ז נֶאֱמָן לְחַיִּיב לְהַמְלִיחָה שְׁבוּעָה עַל שְׁטָרוֹ פִּינּוֹן דִּישׁ לוֹ מִיגוֹ דְּפְרַעְתִּי לֹא ח"ז וְכַמְש"כ הַפְּרִישָׁה וְדִלֹא כְּהַב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' הַגְּ"ל: וְלִפִּי מִש"כ לְעִיל בְּגְוֹנְטְרִיסֵי לְסִי' פ"ב סעי' י' גְּדוֹן דְּאִף דְּנִימָא דְּאֲמַרִּינּוּ מִיגוֹ לְהַשְׁבִּיעַ מ"מ י"ל בְּשִׁטְר דְּטוֹעֵן הַלְוָה פְּרַעְתִּיהּ בְּתוֹ"ז דֹּא"צ הַמְלִיחָה לִישְׁבַע מִשּׁוּם דְּהָא חֲזִינּוּ בְּטַעֲנַת אֲמָנָה וְרַבִּית עַל הַשְׁטָר דְּאִינוּ מְשַׁבְּעוּ אִף דִּישׁ לוֹ מִיגוֹ דְּפְרַעְתִּי וְהַשְׁבַּע לִי מִשּׁוּם דְּמוּכַח דְּכֵן הָיָה הַתְּקָנָה דְּעַל טַעֲנוֹת שְׂאִין הַשְׁטָר עוֹמֵד לְכַךְ דְּלֹא יִשְׁבַּע הַמְלִיחָה אִף דְּתַמִּיד יֵשׁ לוֹ מִיגוֹ דְּפְרַעְתִּי.

וה"ה בְּטַעֲנַת פְּרַעְתִּי בְּתוֹ"ז פִּינּוֹן דְּאִין עוֹמֵד לְפְרַעוֹן בְּתוֹ"ז הָרִי זֵה דוֹמָה לְאֲמָנָה וְכִיּוֹצֵא וי"ל דְּזֵהוּ טַעֲמָא שְׁל הַב"ש שְׁם וְאִף דְּאִין זֵה בְּמִשְׁמַעוֹת דְּבָרֵי שְׁם מ"מ י"ל לְהַעֲמִיס כֵּן בְּכּוֹנֵנַת הָרִי"ף וְהַרְשָׁב"א בְּתַשׁוּבָה דְּהוּבָא בְּ"ש שְׁם.

ולפ"ז אין סתירה לדברי הרי"ף הַגְּ"ל אִף לִפִּי הַפְּרִישָׁה שְׁכַתְּבִיתִי בְּכּוֹנֵנַת הִירוּשְׁלָמִי דְּמוּכַח דִּס"ל לְהִירוּשְׁלָמִי דְּאֲמַרִּינּוּ מִיגוֹ לְחַיִּיבֵי שְׁבוּעָה. מִשּׁוּם דִּישׁ לְחַלֵּק דְּשִׁאנֵי בְּחֹב בְּשִׁטְר פְּנ"ל מִשָּׂא"כ בְּחֹב שְׁכִיר דְּאִינוּ מִצַּד שְׁבוּעַת הַשְׁבַּע לִי דְּתַקְּנוּ גְּבִי שְׁטָר כֵּן י"ל בְּזֵה.

ולדברי הרשב"א בְּתַשׁוּבָה דְּהוּבָא בְּ"ש שְׁם הָא הַרְשָׁב"א בְּחִי' לְשְׁבוּעוֹת פִּירֵשׁ לְכּוֹנֵנַת הִירוּשְׁלָמִי הַגְּ"ל דְּלֹא מִשּׁוּם מִיגוֹ לְחַיִּיבֵי שְׁבוּעָה אֲתוּ עֲלֵה דְּהִקְדִּים לוֹ שְׁכָרוּ ע"כ בְּוֹדֵאֵי אִינוּ קָשָׁה עֲלֵיו מִהִירוּשְׁלָמִי אִף אִם לֹא נִחַלֵּק בֵּין שְׁבוּעַת הַשְׁבַּע לִי בְּשִׁטְר וּבֵין שְׂאֵרֵי שְׁבוּעוֹת פְּנ"ל.

ולדינא הַעֲלִיתִי לְעִיל בְּסִי' פ"ב סעי' י' דְּאִין לְהוֹצִיא מִהַמְּוֹחֶזֶק בְּ"ש אִף בְּטוֹעֵן פְּרַעְתִּי בְּתוֹ"ז אִם עֲכָשְׁוּ עֶבֶר זְמַנּוֹ וְצָרִיף הַתּוֹבֵעַ לִישְׁבַע עַל שְׁטָרוֹ וְאִח"ז יִטּוֹל וְכְדָבָרֵי הַפְּרִישָׁה: וְלְכַאֲוֶרָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִן יְרוּשְׁלָמִי פְּתוּבוֹת פ' י"ג סוּף ה' ד' וִירוּשְׁלָמִי לְשְׁבוּעוֹת פ' ו' ה'ל'

ד' גבי פלוגתת אדמון ורבנן הטוען פדי שמן והודה בקנקנים אם טענו פדים ג"כ או שמן בלא קנקנים ופריה עליה וישאלוני ומשני בגשתתק.

ומשמע דאם יאמר דבעת התביעה הנה פונתו על שמן בלא קנקנים דאין יכול לחייבו שד"א רק אם יאמר דהנה פונתו אז על שמן וקנקנים. וקשה הא אף אם יאמר דהנה פונתו בעת התביעה רק על שמן בלא קנקנים ג"כ יהיה יכול לחייב להנתבע שד"א אם יאמר עכשיו דמגיע לו גם הקנקנים רק דלא הנה פונתו אז בעת שתבעו בראשונה רק לתפוע השמן וכעין הא דח"מ סי' פ"ח סעיף י"ד דאמר התובע יש לי בידך שעורים אבל איני שואלם עתה כו'.

דג"כ יהיה נאמן לחייבו שד"א במיגו דאי בעי אמר שהנה פונתו מתחלה לתפוע גם הקנקנים וכיון דהודה הנתבע על הקנקנים יהיה נאמן במיגו לחייבו שד"א. ומוכח מזה דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה.

אף לפי מש"כ בקונטרסי לעיל בסי' פ"ב סעי' י' לחלק דשאני מיגו לחיובי שבועה להנתבע דה"ל מיגו להוציא דלא אמרינן א"כ כמו כן י"ל הקא דלכו אינו נאמן הקא במיגו לחייב שד"א להנתבע דה"ל מיגו להוציא.

וגם י"ל דכוננת הירושלמי הוא דישאלוע' הפנונה הוא דישאלנו אם תובע עכשיו ג"כ להקנקנים או דאין תובעו פלל להקנקנים גם עכשיו ובאמת אם יאמר דתובע עכשיו להקנקנים אף דלא הנה פונתו מתחלה לתפוע להקנקנים ג"כ נאמן במיגו לחייבו שד"א וע"כ אין ראי' פלל מן הירושלמי לזה.

ועיין לעיל בסי' פ' סעי' א' דהעליתי דמן סתימת הש"ס דילן בכתובות (דף ק"ח) מוכח דלא ס"ל פה דירושלמי דמוקמי ליה בגשתתק: ב (שם סעיף ב') בד"א פשעבר זמנו אבל תו"ז יפרע שלא בשבועה.

והסמ"ע ס"ק ז' הביא להטור בשם ר' האי דחולק וס"ל דפוגם תו"ז צ"ש. ועיין בש"ך ס"ק ב'.

והט"ז בטור סעי' ג' הקשה דלפ"ז מאי הקשו בש"ס בשבועות (דף מא) מה בין זה לפוגם שטרו הא נפ"מ לתו"ז: ולענ"ד נראה אדרבה מזה הסוגיא להוכיח פשיטת רבינו האי. והוא דיש להקשות כמה דאמרו בשבועות שם מה בין זה לפוגם שטרו הא עיקר דין דפוגם הוא בכתובות (דף פ"ז) גבי פוגמת פתובה במשנה וכן הוא בשבועות (דף מ"ה) במשנה שם ואלו פוגם שטרו לא תנן במשנה רק בפרייתא שהובא בגמ' פתובות (דף פ"ז ע"ב).

א"כ קשה דאמאי אמרו בשבועות מה בין זה לפוגם שטרו ולא אמרו מה בין זה לפוגמת פתובה דהא שבעת השבע לי דר"פ דיינינן גם בכתובה וכמש"כ בחי' לעיל סי' פ"ב. אבל לפי שיטת רבינו האי אתי שפיר והוא דהא אי' בב"ב (דף ה') דרב פפא ס"ל דעביד אינש דפרע בגו זמנו.

והתוס' שם ד"ה פי היכי דלא ליקטרדן כו' פתבו דהיכא דלא הוי חיוב פרוור רק בתנאי וכה"ג דבזוה כ"ע ס"ל דאינו נאמן לומר דפרע בתוך זמנו וכה"ג פתבו התוס' בב"מ (דף ק"ב ע"ב) ד"ה בחזקת כו'.

והתוס' בב"ב (דף קנ"ח ע"א) ד"ה וב"ה אנמרים כו' פתבו בשם ר' שמשון דעיקר הטעם דצריכה שבועה בכתובה הוא משום חשש צררי קודם מיתה. ולא כמש"כ התוס' בגיטין (דף ל"ד) ד"ה אין אלמנה נפרעת כו' והתוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה נאפילו מיתמי דשאני פתובה משום דהוי תנאי ב"ד.

והובא פלוגתא זו באה"ע סי' צ"ו בב"ש ס"ק א' אם שייך תו"ז בכתובה או לא. ולפ"ז י"ל דלכן לא אמרו בשבועות מה בין זה לפוגם פתובה.

משום דהא י"ל דהוי נפ"מ מעליא בין פוגמת פתובה לבין שבועת אישתיבע לי לענין פוגמת בתו"ז דמשום שבועת אישתיבע לי אין לחייבו שבועה אם טוען הנתבע פרעתי בתו"ז ואלו בפוגמת פתובה אף דהוי בתו"ז דלא ניתנה פתובה לגבות מחייים דבזוה אף ר"פ מודה דלא עביד דפרע תוך זמנו שמהא תמות האשה בחייו ולא הוי חוב פרוור וכמש"כ לעיל בשם התוס'.

[ועפ"ז יש להעיר בב"ב (דף ה' ע"ב) בתוס' ד"ה נאפילו מיתמי כו'. במה שכתבו דאין להביא ראיה משלהי דמכילתין כו' דהא רב הונא ור"פ אמרו בשמעתינן דלית להו חזקה דר"ל כו'.

וע"פ מש"כ יש לדון בדבריהם טובא אף באמת זה אתי שפיר וקצרותי]. עכ"ז בפוגמת פתובה דאיטרע ליה החזקה דתו"ז בזה חייבת שבועה לשיטת ר' האי דטעמו הוא משום דאיטרע ליה הך חזקה דתו"ז כמש"כ הה"מ גבי פוגם שטרו והובא בסמ"ע ס"ק ז' ובקצה"ח ס"ק א'.

ע"כ מן פוגמת פתובה אין להקשות על ר"פ משום די"ל פנ"ל. אבל מן פוגם שטרו שפיר הקשה הש"ס על ר"פ לשיטתו דס"ל דאדם פורע בתו"ז א"כ אף בשטרו בתו"ז יכול להשביעו בטענת השבע לי לשיטת ר"פ ולכן הקשו מה בין זה לפוגם שטרו.

א"כ לפי מה דנתבאר הוי סייעמא מן הא דשבועות לשיטת רבננו האי. וראיתי בתשובת רע"א זצ"ל סי' קנ"ג חלק פתבים שהעיר פן בהך דשבועות דאמרו מה בין זה לפוגם שטרו ולא אמרו מה בין זה לפוגמת פתובה וכן העיר בדרוש וחדוש לרע"א בכתובות (דף פ"ז) ע"ש.

אכן לפי מש"כ אתי שפיר בפשיטות: ובעיקר הענין דשיטת ר' האי אם אמרינן בפוגם תו"ז דאיטרע ליה החזקה דתו"ז. הארכתי בזה לעיל בסי' ע"ח סעיף א' בחידושי שם ותיבצתי שם שיטת המחבר דכאן על נכון בעז"ה ע"ש: ג (שם סעיף ה') ע"א מעיד בשטרו שהוא פרוע לא יפרע אלא בשבועה וכתב הש"ך בס"ק ז' עיין בכ"מ פ' כ"ד הלכה א' שכתב דדוקא פשהבעל או הלוח טוען פרי ואין דבריו נראין לי דהא קי"ל בטוענו בספק ע"פ העד צ"ש כו'.

וכ"כ החלוקת מחוקק בסי' קט"ו בס"ק ל"ד. והאו"ת בס"ק ז' פתב לחלק דשאיני הכא בשבועות ע"א נגד השטר דמה"ת פטור משבועה אלא משום להפיס דעתו של הבעל או המלנה תקנו לשבועה זו כמבואר בכתובות (דף פ"ז) ע"כ היכא דהתובע טוען שמה לא שייך להפיס דעתו ע"ש.

ובאמת מזה הלשון אין כ"כ הכרח דהא מצינו בב"מ (דף ל"ה ע"ב) גבי שבועת שומרים דאמרו ג"כ לשון זה דאי' שם שזכר משעת מיתה קני ושבועה כדי להפיס דעתו של בעל הבית עכ"ל. הרי דאף בשבועת שומרים דעיקרו על טענת ספק של המפקיד והמשפיר מ"מ אמרו ללשון דלהפיס דעתו של בעה"ב כיון דיש מקום לחושדו א"כ כמו כן הכא י"ל דאף בטענת שמה שייך לומר כן וע"כ מן פשט הלשון אין להוכיח כן.

אף זהו חילוק נכון בפ"ע לחלק דשאיני בשד"א משבועה דרפנו בזה: ונלע"ד דהיכא דהלנה טוען פרעתי ותובע גוף השטר באופן שישנה הנגיר ש"פ לצור ע"פ צלוחיתו וכעין הא דקידושין (דף מ"ח ע"א) דשמין הנגיר אם יש בו ש"פ כו' והע"א מעיד שהוא פרוע דאז נראה ברור ופשוט דהע"א מחייבו להמלנה שד"א על גוף הנגיר של השטר דזה הוי שבועה להחזיק וגם לא שייך בזה לומר דאין נשבעין על שעבוד קרקע וכיון דהוי שד"א על גוף הנגיר ממילא יכול לגלגל על המלנה לשבועה על גוף החוב כפי הסף שתובע דלא יהיה יכול להוציא מן הלנה כלל לגוף החוב אף דירצה ליתן להלנה דמי הנגיר וכדין כל גלגול שבועה ואף בנשבעין ונוטלין פתב הקצה"חבסי' צ"ד ובסי' רכ"ו דאף על נוטלין ג"כ יש לדון דיכול לגלגל שד"א ע"ש.

ועיין בחידושי לסי' צ"ד שהארבתי בזה. והא דלא אוקמי בגמ' להך דע"א מעיד שפרוע הוא דלכן חייב שד"א דמייירי בכה"ג משום דהא סתמא תנו לע"א מעיד כו' וע"כ שפיר הקשה רבא לרב"ח כו'.

אבל היכא דהוי כה"ג שפיר י"ל דמחייבו שד"א ומחמת פשיטותו לא פתבו הפוסקים לזה. ויש נפ"מ רבתי לשד"א לשבועה דרפנו.

וכן לפי מש"כ דיש לחלק בין שד"א לדרפנו היכא דנתבע טוען שמה. א"כ אם הנגיר הוא ש"פ אז אף בלנה טוען שמה ג"כ המלנה נשבע שד"א נגד הע"א על גוף הנגיר.

וממילא חייב שד"א מצד ג"ש אף דטוען שמה. אף בזה י"ל כיון דמן דין שד"א אתינן עלי' מצד ג"ש א"כ הא מבואר לקמן בסי' צ"ד סעיף ג' דאם מגלגל טענת ספק ורוצה לשלם עיקר שבועה אינו חייב על הגלגול.

א"כ הכא כיון דמן תורת ג"ש אתו עלה יכול המלנה לסלקו עבור הנגיר או להחזיר לו גוף הנגיר ולתבוע ממנו גוף החוב בלא שבועה כיון דטוען שמה אם נימא דבטענת שמה לא תקנו חז"ל לשבועת המשנה ואף דיש לו פרי ע"פ העד מ"מ דינו כטענת שמה אף לענין הך דסי' צ"ד סעי' ג' הנ"ל ואין לחלק ביניהם.

ועיין לעיל בסי' נ"ד ש"פ ס"ק ד' וקצרתיו: והקצה"ח בס"ק ד' פתב דלכן בע"א בתו"ז נפרע שלא בשבועה משום דעיקר השבועה תקנו בשביל להפיס דעתו ובתו"ז הקילו. ע"כ היכא דגוף הנגיר הוא ש"פ דאז אף בתו"ז חייב המלנה לישבע שד"א וממילא חייב לישבע גם על גוף החוב דלא יהיה יכול לתבוע ממנו כלל בלא שבועה.

משום ג"ש היכא דטוענו פרי דאז אינו יכול לפטור א"ע אף במשלם לעיקר התביעה ונחזקה דתו"ז לא מהני לפטור מן ג"ש וכמש"כ הקצה"ח בסי' צ"ב ס"ק ג' לפרש לדברי הש"ך שם בס"ק ח': וראיתי בהגהות ר' עקיבא איגר זצ"ל פאן שכתב להוכיח מן הרא"ש פתובות פ"ט סי' נא"ו ומן התוס' פתובות (דף פ"ה) והתוס' שבועות (דף מ"ב) דהקשו במה דאמרו שם איכא אינש אחרינא בהדי דמר דלהצריכו שבועה הא ע"א מחייבו שבועה.

ואי נימא דבטוען שפא לא תקנו לחייב שבועה א"כ י"ל דזהו נפ"מ מן קים לי בגנ' לענן זה ומדלא תירצו פן מוכח דס"ל דגם בטענת שפא תקנו חז"ל ל שבועה נגד ע"א: ולענ"ד יש לדון בראייתו והוא דבעיקר הדבר אם תקנו חז"ל ל שבועה בטוען שפא ע"פ העד י"ל דזה תלוי בפלוגתת רבא עם אב"י בב"ב (דף קל"ה) דרבא מוכיח שם זאת אומרת מנה לי בינך והלה אומר א"י פטור ואב"י אומר דשאני הכא דכמנה לאחר בינך דמי וקנטב פלוגתתם הוא היכא דהבע"ד טוען שפא וטוען פרי ע"פ אחר אם זה הוי כמו פרי או לא.

והנה לעיל סי' ע"ה ש"ך ס"ק ל"ה כפי שכתב הנתיבות שם בס"ק ח' מוכח דס"ל דברי על פי אחר אין דינו כמו פרי של הבע"ד. וקשה פנין דחזינון דרבא ואב"י מחולקים בדין זה ואב"י ורבא הלכתא פרבא ורבא הא סבירא ליה דברי ע"פ אחר דינו כמו פרי של הבע"ד ומוכיח עפ"ז להך זאת אומרת א"כ ה"ל למפסק פנותי'.

וכן ראיתי בהר"נ ל שבועות פ"ו בסוגיא דגדול הבא בטענת אביו עסקינן ב שבועות (דף מ"ב) שהביא בשם הרמב"ן דהברי מפי אחר לא מקרי פרי מהא דב"ב (דף קל"ה) דמסקינן דכמנה לאחר בינך דמי.

ותקשה ג"כ עליו דהא אב"י מסיק שם פן אבל רבא הא אינו מחלק פן והלכה פרבא. אכן לפי הנכתב בצידו שם בב"ב דלפמש"כ התוס' בגיטין (דף כ"ו) צ"ל רבה א"ש: ועוד נלע"ד דאף לפי גירסת הש"ס ש'לנו דרבא אמר זאת אומרת כו'.

ג"כ א"ש דברי הש"ך דס"ל לדינא דהברי של אחר לא מקרי פרי משום דאי בכתובות (דף ע"ו ע"א) רב אשי אמר רישא מנה לאבא בינך סיפא מנה לי בינך והתוס' שם ד"ה רישא מנה לאבא כו' כתבו מתחלה לפרש זה ע"פ הא דב"ב (דף קל"ה) דברי שלה לא מהני לאב דהוי כמנה לאחר בינך דב"ב (דף קל"ה) כו' ודחו זה הפירוש.

אכן הרשב"א והר"נ והריטב"א שם כתבו לפרש ג"כ דכוננת רב אשי הוא משום דהוי כמנה לאחר בינך ע"ש. וכיון דרב אשי ס"ל כאב"י דמה שתובע ע"פ אחר אין דינו כמו פרי של הבע"ד ע"כ שפיר פסק הש"ך פן לדינא דהא קיי"ל פרב אשי נגד רבא וכמש"כ הש"ך בח"מ בסי' רס"ז סוף ס"ק ב': והנה עיקר מילתא דשקלו וטרו הראשונים אם משבעינן שד"א ע"פ ע"א היכא דהתובע טוען שפא זהו משום דקיי"ל לדינא דע"פ אחר אין דינו כמו פרי וכמש"כ הרשב"א בחי' ל שבועות (דף מ') בד"ה א' ר"נ א' שמואל ל"ש אלא בטענת מלנה כו' בשם ר' אפרים ז"ל דאם תובע ע"פ העד אינו נשבע דטענת פרי בעינן ואין אדם נעשה פרי ע"י אחרים ואף הר"י הלוי ז"ל סבר פן כו' עכ"ל.

הרי דעיקר הטעם להנהיג דס"ל דאין משביעין ע"פ ברי של הע"א משום דהברי ע"פ אחר לא מקרי ברי רק פטענת שמה וע"כ ס"ל דאף בשבועה ע"י הע"א אין להשביע פיון דמקרי טענת שמה וכלל לא הוא דאין משביעין על טענת שמה פן הוא קנטב סברת שיטת הפוסקים הג"ל.

ולפ"ז י"ל דלהי"ד מ"ד דס"ל בב"ב (דף קל"ה) דגם ברי ע"י אחר דינו כמו ברי של הבע"ד עצמו דלפ"ז בנודאי משביעין במה שתובע ע"פ הע"א משום דאין דין זה כמו טענת שמה רק כמו טענת ברי פיון דתובעו ע"פ הע"א דאומר ברי פיון דס"ל להי"ד מ"ד דגם זה דינו כמו ברי ממש וכמו דנראה מן הדושי הרשב"א הללו.

ולכן שפיר כתבו התוס' בשבועות ובכתובות וקרא"ש פנ"ל להזכיר מן מה דאמר רבא לר"פ אית אינש אחרניא בהדי דמר כו' ולהקשות דאי לשבועה הא כל אדם נאמן להשביעו. ואי דנימא דמייברי דהיה התובע טוען שמה וכמש"כ ר' עקיבא איגר זצ"ל עכ"ז אפתי תקשה פיון דמייבין שם אליבא דרבא דאמר פן לר"פ וכיון דרבא ס"ל בב"ב (דף קל"ה) דאף ברי ע"פ אחר דינו כמו ברי של הבע"ד בעצמו א"כ לשיטתו בנודאי משביעין במה שתובע ע"פ הע"ד דזה הוי כמו טענת ברי.

אכן לדינא לפי מאי דפסקינן פרב אשי דבכתובות (דף ע"ו) הג"ל דס"ל פאביי דמחלק דשאני ברי של אחר מן ברי של הבע"ד ומקרי זה כמו טענת שמה. עדיין י"ל גבי הי"ד שבועת המשנה דתקנו חז"ל להשביע לבעהש"ט ע"פ ע"א דגם בזה דינינו להפיל דאין נשבעין על טענת שמה כמו בכל השבועות.

אף היכא דהוי שד"א בזה כתבו התוס' בכתובות (דף י"ט ע"א) ד"ה מ"מ אמרה תורה כו' ובב"מ (דף ג' ע"א) ד"ה מ"מ אמרה תורה כו' דמשביעין שד"א אף אם תובע שמה ע"פ ע"א וכ"כ קרא"ש לשבועות פ"ו סי' ה' משום דבשד"א דינינו להפיל דכ"מ שב' עדים מחייבין ממון ע"א מחייב שבועה כמש"כ שם.

אבל בשבועה דרבנן אינו מוכח זה מן התוס' וקרא"ש בפסקי' לכתובות שם דיש לחלק פן נאפתי י"ל דס"ל להתוס' וקרא"ש בפסקי' דלדינא אין להשביע לשבועת המשנה ע"פ ע"א אם הבע"ד טוען שמה וראיות רע"א זצ"ל הג"ל אינו מוכרח כ"כ.

ועיין לעיל בסי' נ"ו ש"ף ס"ק ה' ד"ה והשתא אתי נמי שפיר כו' מש"כ שם בשם תשובת קרא"ש. וכן עיין מזה בספרי גחל יצחק סי' נ"ו סעי' א' ענף ב' מזה.

ואף דלפמש"כ התוס' לכתובות (דף ע"ו) בכוננת רב אשי דאמר שם רישא מנה לאבא כו' דאין הטעם משום דהוי כמנה לאחר בינה אלא משום דאין חזקת האשה מועלת לגבי האב. א"כ לפ"ז אין מוכרח כ"כ בשיטת התוס' דכתובות (דף פ"ה) כל מה שפתיתי דלדינא דקיי"ל פרב אשי י"ל דהוי זה פטענת שמה דטוען ע"פ אחר.

עכ"ז הא ידוע מש"כ היש"ש בהקדמתו לב"ק דאין להקשות בסתירת דברי התוס' אהדדי. וגם י"ל דכיון דיש מקום לומר פן בכוננת רבא דכתובות (דף פ"ה) ע"כ לא כתבו שם הנפ"מ להיכא דהנתבע טוען שמה.

וי"ל דזה תלוי בזה פלוגתא דב"ב (דף קל"ה) אם פרי ע"פ אחר נחשב לברי. ולדינא לפי פירוש הרשב"א והריטב"א והר"נ לכתובות (דף ע"ו) בכוננת רב אשי שם שפיר יש לנו לדון לדינא דכיון דלא נחשב זה כמו פרי של הבע"ד ע"כ אין משביעין בכה"ג לשבועת המשנה כיון דהתובע טוען שפא.

ועיין בקרא"ש לכתובות פ"ז סי' ט"ו וקצתתי: ואפשר לומר דלכן אמר רבא שם בכתובות (דף ע"ה) לחלק רישא פאן נמצאו וכאן היו כו' ואינו מחלק כמו שמחלק רב אשי שם דרישא מנה לאפא בידך כו'.

משום דאזיל רבא לשיטתו דס"ל בב"ב (דף קל"ה) דגם פרי ע"פ אחר דינו כמו פרי של הבע"ד ממש וכפ' גירסתינו בהש"ס לכן אינו מחלק כהחלוק של רב אשי דרישא מנה לאפא כו' לפי פירוש רשב"א והריטב"א והר"נ הנ"ל דעיקר טעמו משום דהוי כמו פרי של אחר ויש להאריך בכ"ז.

ועיין מן זה לעיל בחידושי לסי' ע"ה סעיף י"ב ש"ך ס"ק ל"ה מה שכתבתי שם. ונתבאר דראיות רע"א הזאת אינו מוכרח וגם הא הביא רע"א בהגהות שם לדברי התוס' רי"ד בקידושין בסוגיא הן הן שלוחיו ובשם הרא"ה בכתובות בסוגיא דאבימי דס"ל דאין משביעין לשבועת המשנה ע"פ ע"א מעיד שהוא פרוע אם הנתבע טוען שפא ע"כ הוי זה ספיקא דדינא ואין מוציאין בל"ש ואם תפס המלנה אף שלא נשבע לא מפקינן מיני'.

ועיין בחידושי לעיל סי' ע"ה סעיף כ"ג: ד (שם סעיף ה') ע"א מעיד בשטר שהוא פרוע לא יפרע אלא בשבועה. ונסתפקתי בע"א מעיד על שטר שהוא אמנה אם צריך המלנה לישבע להכחיש העד או לא וכמו דמחלקינן בסי' פ"ב גבי טענת הנשבע לי על שטר דאינו פרוע דבטוען אמנה א"צ לישבע מקודם הפרעון רק שבועת היתת לאחר הפרעון.

או דשאני ע"א דכלל הוא דכ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייב שבועה א"כ הא בעדים שאינם עדי השטר נאמנין לומר אמנה להחזיק הממון ת"י הלנה א"כ אפשר דה"ה ע"א נאמן לחייב שבועה בנק"ח.

אף כיון דעיקר שבועה להכחיש העד אינו רק מדרבנן אפשר דבזה אין דין ע"א כשנים. וכדמצינו פאן בע"א מעיד שהוא פרוע בחוב תו"ז א"צ שבועה וכתב הקצה"ח שם דבזה לא שייך הפלל דכ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייב שבועה כיון דעיקר השבועה אינו אלא להפס דעתו הקילו בזה ע"ש.

וה"ה ה"כא יש לדון פן. ואפשר לחלק דאם הע"א מעיד דעדי השטר ידעו שהוא שטר אמנה דבזה אינו נאמן לחייב שבועה אבל באומר דלא ידעו עדי השטר שהוא אמנה דבזה אף עדי השטר נאמנים פמבואר בסי' מ"ו סעיף ל"ז ע"כ אפשר דבזה נאמן ע"א לחייב שבועה: ענף א הגה הרא"ש פ"ו דשבועות סי' י"ט כתב בשם הר"ת דהקשה במה דאמרו שם דהיכא דאיתרע שטרא דחייב המלנה שבועה דהא אמרו בהכותב פגון אפא בר מרי מרענא שטרא אפומי' והא פל ע"א מעיד שהוא פרוע מזקיקו שבועה ותירץ ר"ת דהתם מיירי באומר שטר אמנה ושטר פסים דאפילו תרי סהדי לא מהימני בהכי פמבואר בכתובות (דף י"ט) ומיהו קשה מההוא שטרא דאתא לקמי' דרבא אמר ר"פ ידענא ביה דשטרא פריעא הוא א"כ הא בכל עד חייב שבועה בזה כו' עכ"ל הרא"ש.

ועיין בכתובות (דף פ"ה) וביבמות (דף ק"א) ובשבעות (דף מ"ב) בתוס' שם מזה. ולפי מה דכתב המחבר פאן דבתוך זמנו אין צריף שבועה להכחיש את העד אם פן הא הוי מצי למימר דהתם בהפכות מירי בשטר תו"ז דלא הנה צריף שבועה רק משום דקים לי בגניה צ"ש.

ואפשר דשפיר תקשה לפי המבואר בב"ב (דף ה') דאביי ורבא סברי עביד אינש דפרע תוך זמנו וכן ר"פ ס"ל שם פו. והכא בכתובות אמר זה ר"פ לרבא ולדידהו דלא ס"ל הך חזקה דתוך זמנו שפיר הקשו התוס' והרא"ש פו: נחזור לעניינינו דמבואר בהדיא בדברי הרא"ש דע"א המעיד שהוא שטר אמנה א"צ שבועה.

משום דאף אי אתו עדים ואמרי שהוא שטר אמנה הוי תרי ותרי ואינו נאמנים לבטל השטר לגמרי פי אם לשון ספיקא ואי תפס בעל השטר לא מפקינן מיניה כמבואר פועין זה בכתובות (דף כ') ורבי' מ"ו סעי' ל"ז.

ע"כ ע"א אינו נאמן לחיבו שבועה משום דאין עד א' במקום שנים. ומשמע לפי זה דאם עד אחד מעיד שהוא שטר אמנה שלא ידעו העדים החתומים על השטר שהיה שטר אמנה דאז מחייב שבועה.

דקא מבואר בסי' מ"ו סעי' ל"ז דאף בעדי השטר מעידים שהוא שטר אמנה ולא נודע להם זה פי אם אחר שחתמו דנאמנים אף בכת"י יוצא במקום אחר כמו דהעלה הש"ך שם ס"ק קי"ד משום דזה הוי כמעידים על השטר שהוא פרוע או מחלו וכמש"כ הסמ"ע שם.

וכש"כ דאם עדים אחרים מעידים שהוא שטר אמנה ולא נודע להעדים דנאמנים לבטל השטר לגמרי דזה הוי פעדי פרעון. א"כ כה"ג מחייב ע"א שבועה דבזה לא שייך טעם הרא"ש הנ"ל: שוב ראיתי דמקור דין זה הוא בירושלמי פתובות פ"ט הלכה ז ונ"ל תני הפוגמת לא תפרע אלא בשבועה ולא הפוגמת פתובתה פיצד היתה פתובתה מאתים והיא אומרת מנה נפרעת שלא בשבועה מה בין פוגמת מה בין פוגמת א"ר חגינא פוגמת פא משא ומתן בנתיים פוגמת לא פא משא ומתן בנתיים ר' ירמיה בעא פמה דאת אמר ע"א מעידה שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבועה ודכונתה וע"א מעידה שהיא פחותה לא תפחות אלא בשבועה אר"י בשעה שעד אחד מעיד שהיא פחותה כע"א מכחיש את שנים ואין עד א' מכחיש את שנים עכ"ל הירושלמי.

הרי להדיא דר' ירמיה איבעי' ליה הך דינא דנסתפקנו דקא פוגמת הוא ג"כ אמנה דהפתובה נכתב על מאתים והיא מודית שהתנתה עמו שלא תגבה פי אם מנה כמבואר בש"ס דילן (דף פ"ז) בכתובות.

אלמא דר' ירמיה איבעי' ליה הך דינא ור' יוסי פשט ליה מסברא דכיון דהוא מכחיש שנים אין ע"א נאמן. וזהו פועין סברת הרא"ש הנ"ל דכתב דכיון דאמרו בכתובות (דף י"ט) דאם שנים אחרים אומרים על השטר דאנוסים היו מחמת גפשות לא הוו פי אם פתרי ותרי וה"ה באמנה.

ע"כ אין עד אחד נאמן לשבועה. א"כ מצינו דהספק דנסתפקנו.

נדברי הרא"ש בשם ר"ת הנ"ל מבואר להקדיא בירושלמי פתובות. וכן איתא בירושלמי סנהדרין פ"ח: ולכאורה נראה דהא דמבואר בירושלמי הנ"ל.

דזהו דוקא בעד אחד מעיד דידעו עדי השטר דהיה אמנה. בזה אין נאמן לשבועה דאז שינה לומר דהוא מכחיש השנים משום דאנו סהדי דעדי השטר פנ"ל.

משא"כ היכא דמעיד העד אחד דלא ידעו עדי השטר דהיה אמנה דאז העדים עצמן נאמנים לומר דהיה אמנה פנ"ל משום דלא הוי כעקירת השטר כלל. א"כ לא חשוב בזה כמו אנו סהדי ועל פן עד אחד נאמן לשבועה דבזה לא שינה כ"כ טעם של הירושלמי הנ"ל: אכן באמת מוכח מירושלמי הנ"ל דאף היכא דע"א מעיד דלא ידעו עדי השטר שיהיה אמנה ג"כ אין ע"א נאמן לשבועה.

דהא מתחלה אמרו שם בירושלמי דפוחתת אינה צריכה שבועה ואח"ז אמרו להך דר' ירמיה איבעי ליה בע"ח מעיד על פוחתת ור' יוסי פשיט ליה פנ"ל. ובש"ס דילן בסוגיא זו הקשו דהא פוחתת הוי חספא בעלמא ותיקצו דמיינרי באומרת אמנה הנה בינו לבינה ולא נודע להעדים דהוי אמנה.

וכיון דהעדים לא עשו עולה ע"כ לא הוי השטר כחספא וכמבואר בסי' פ"ד סעי' ד'. ונדברי הסמ"ע שם ס"ק י"א כפר תמה התנאים שם ס"ק י"א.

וא"כ הירושלמי ג"כ דאמר מעיקרא דפוחתת אין צריכה שבועה בנודאי מיינרי ג"כ פועין סוגיות הש"ס דילן דהיה אמנה דלא נודע להעדים. וע"כ פשר השטר לגבות בו.

ואח"ז מסיק הירושלמי דעד א' אינו נאמן לשבועה בפוחתת. בנודאי מיינרי ג"כ דומיא דלעיל מינ' דמיינרי שם מעיקרא בפוחתת דלא נודע להעדים דהיה אמנה: ועוד דהא ר' ירמיה איבעי ליה הך דינא ור' יוסי פשיט ליה.

וקשה אי נימא דר' יוסי פשיט ליה מיינרי היכא דמעיד דידעו עדי השטר דהיה אמנה. א"כ קשה איך פשיט ליה איבעיא של ר' ירמיה הא י"ל דר' ירמיה דאיבעי ליה קאי על פוחתת דמיינרי שם מעיקרא היכא דלא נודע להעדים דהוא שטר אמנה.

וע"כ פוחתת גבי שלא בשבועה. ולכן איבעיא ליה לר' ירמיה בע"א על פוחתת דיש סברא לומר דיחייב שבועה פיון דעדים אחרים היו נאמנים לגמרי וגם עדי השטר נאמנים בזה.

ע"כ גם ע"א נאמן לחייב שבועה. א"כ קשה איך בא ר' יוסי לפשוט לר' ירמיה איבעיא שלו.

הא י"ל דר' ירמיה קאי על הא דמיינרי שם מקודם בפוחתת שלא נודע להעדים מנה דהוא אמנה וע"כ יש מקום לומר בזה דע"א יחייב שבועה. ואיך בא ר' יוסי לסתור דברי ר' ירמיה בפשיטות.

ובהלא אין זה מדברי ר' ירמיה כלל דהא לא פשט ליה מה דקא מבועיא ליה כלל. ומכ"ז נראה להוכיח מדברי הירושלמי דס"ל דאף היכא דמעיד הע"א דלא ידעו עדי השטר דהוא אמנה ג"כ אינו יכול לחייבו שבועה משום דכיון דע"א בשטר אינו אלא מדרבנן ע"כ לא תקנו פי אם בפרוע דאין פאן שום הכחשה להשטר.

משא"כ באומר אַמְנָה דְמַרְע ליה לְשִׁטְרָא. וע"כ ס"ל לחד מ"ד בְּכַתְּוֹבוֹת (דף י"ט) דאף באין פְּתַח יָדָם יוצא ממק"א אינן נְאֻמְנִים לומר מודעא מְשׁוּם דְמַרְע וְעָקֵר לְשִׁטְרָא.

ואף דהתם מְיִירֵי בְּנוֹדַע לְהֵם בְּעַת שְׁחַתְמוּ נְשֵׁיהּ מודעא. עכ"ז י"ל דְלִגְבֵי ע"א לְחֵיבּוּ שְׁבוּעָה דְנִין לְעוֹלָם לְהַשְׁטֵר כְּשֵׁנִים לְגַבֵי זֶה דְלֵא יְהִיָּה יְכוּל ע"א לְחֵיבּ שְׁבוּעָה.

אף היכא דְלֵא יְדַעוּ עַדֵי הַשְׁטֵר דְהוּי אַמְנָה. וְכִמוּ דְהוֹכַחְתִּי מְהֵא דְאִמְרוּ שְׁם מְקוֹדָם בְּפוֹחֶתת דְגַבֵי בְּלֵא שְׁבוּעָה.

וְכִמוּ דְמוֹקֵי בְּש"ס דִּילָן דְמֵיִירֵי בְּאוֹמֵר אַמְנָה בִּינוּ לְבִינָה. וְהָא דְלֵא הִזְכִּירוּ זֶה בִּירוּשְׁלָמִי י"ל דְסִמְכוּ בְּזֶה עַל מַה דִּי"ל בְּפִשְׁיטוֹת כְּמוּ דְמִתְרִץ בְּש"ס דִּילָן: עֲנָף בּ וּבְאַמַּת לְכַאוּרָה צ"ע דְאִמְאֵי לֹא הִקְשׁוּ בִּירוּשְׁלָמִי שְׁם ג"כ כְּעֵין קְוִשְׁיוֹת הַש"ס דִּילָן עַל מַה דְתַנִּי דְפוֹחֶתת גַּבֵי שְׁלֵא בְּשְׁבוּעָה וְהֵלֵא שְׁטֵרָא חֲסָפָא בְּעֵלְמָא הוּא.

וי"ל בְּזֶה עַפ"י מִש"כ הֶרְמֵב"ן בְּחֵי"ל ב"ב (דף ל"ב) דְאִמְרִינוּ מִיָּגוּ לְהוֹצִיא. וְהָא דְב"ב שְׁם מְיִירֵי בְּשִׁטְרָא דְאִינוּ מְקוֹנִים דְאִין ב"ד נִזְקָקִין לְקִיָּמוּ אָבֵל בְּשִׁטְרָא מְקוֹנִים כְּבָר סְמִיכִינוּ אַף עַל מִיָּגוּ לְהוֹצִיא.

וְהִקְשָׁה דֵא"כ מַה הִקְשָׁה הַגַּמ' בְּכַתְּוֹבוֹת (דף פ"ז ע"ב) עַל הָא דְתַנִּי פּוֹחֶתת תְּפָרַע שְׁלֵא בְּשְׁבוּעָה בְּמֵאֵי גַבֵי אֵי שְׁטֵרָא הָאֵי שְׁטֵרָא חֲסָפָא בְּעֵלְמָא הוּא. וְלִשְׁיטת הַסּוֹבְרִים דְלֵא אִמְרִינוּ מִיָּגוּ לְהוֹצִיא אֲתֵי שְׁפִיר קְוִשְׁיוֹת הַגַּמ' הַנ"ל דְהָא אֵינָה נְאֻמְנָת בְּמִיָּגוּ לְהוֹצִיא אָבֵל אִם אִמְרִינוּ מִיָּגוּ לְהוֹצִיא א"כ י"ל דְמֵיִירֵי בְּכַתְּוֹבָה מְקוֹנִיָּמַת וּמְהִימְנָא בְּמִיָּגוּ ע"ש בְּרַמְבַּ"ן שְׁנֵדַחַק בְּזֶה.

וְהוּבָא בְּתוֹמִים בְּכִלְלֵי מִיָּגוּ ס"ק א' וְעֵינֵין בְּש"ף ס' פ"ג: וְנִלְפַעַנ"ד לְתַרְזֵן קְוִשְׁיוֹת הֶרְמֵב"ן הַנ"ל עַפ"י מִש"כ הֶרָא"ש בְּשְׁבוּעוֹת פ"ז ס' ד' וְהָר"ן שְׁם וְהָרֵשֶׁבֶ"א שְׁם דְבִטּוּעֵן עַל הַמְשָׁכוֹן דְנֶאֱמָן כְּדֵי דְמִיָּו בְּמִיָּגוּ דְצָרִיף לִישְׁבַע בִּנְק"ח.

כְּמִש"כ הַגְּאוּנִים וְתִשׁוּבַת הָרִי"ף דְצָרִיף לִישְׁבַע בִּנְק"ח וְאִינוּ נְאֻמְן בְּמִיָּגוּ מְשׁוּם דְמִיָּגוּ לְאַפְטוּרֵי מְשְׁבוּעָה לֹא אִמְרִינוּ. וְעוֹד אִמְרוּ הַגְּאוּנִים טַעַם אַחַר דְכִינוּ דְלֵא אִגּוּפִיָּה דְמְשָׁכוֹן קְטַעֲזִין אֲלֵא בְּעֵי לְאַפּוֹקֵי מְמוֹנָא מְרִשׁוּתָא דְחִבְרֵי לִית לֵי בְּלֵא שְׁבוּעָה חֲמוּרָה.

וְהִבִּיאוּ רֵאִי מְהֵא דְב"ק (דף קי"ד) הַמְפִּיר כְּלָיו וְסִפְרֵיו בְּיַד אַחַר יִשְׁבַע כְּמַה הוֹצִיא וְיִטוּל כו'. וְהוּבָא בְּסִי' ע"ב סְעִי' י"ז בְּמַחְבֵּר שְׁם שְׁפָסַק דְבִטּוּעֵן עַל הַמְשָׁכוֹן צָרִיף לִישְׁבַע בִּנְק"ח: וְכָבֵר פְּתַבְתִּי בְּמִק"א לְהוֹכִיחַ מְזֶה דְאִף הִיכָא דְאִמְרִינוּ מִיָּגוּ לְהוֹצִיא עכ"ז חֵיבּ שְׁבוּעָה בִּנְק"ח.

וְכִמוּ בְּטוּעֵן סְטֵרָאֵי דְסִי' נ"ח דְאִמְרִינוּ מִיָּגוּ לְהוֹצִיא פִּינוּ דְשִׁטְרָא מְסִיָּע לּוּ עכ"ז חֵיבּ שְׁבוּעָה אַף דְלֵא טַעַן הַשְׁבַּע לִי וְכִמִּש"כ הַסֵּמ"ע בְּסִי' נ"ח ס"ק ג'. וְכִמִּש"כ בְּחִידוּשֵׁי שְׁם בְּאַרְוֶפָה וְדֵלֵא כְּהַש"ף שְׁם.

דְכִינוּ דְהוּי אִפּוֹקֵי מְמוֹנָא אַף דְנֶאֱמָן בְּמִיָּגוּ עכ"ז חֵיבּ שְׁבוּעָה בִּנְק"ח. כְּעֵין שְׁבוּעוֹת הַגְּאוּנִים הַנ"ל.

וְכָבֵר מְבוֹאֵר שְׁם דְאִף בְּזִמְן הַמְשָׁנָה הִיָּה הַדִּין כֵּן. וְלִפ"ז בְּפוֹחֶתת דְכִינוּ דְהַשְׁטֵר הוּא חֲסָפָא בְּעֵלְמָא.

ועיקר נאמנות הוא ע"י מיגו א"כ צריכה שבועה בפוחתת. ולפ"ז שפיר הקשה הגמ' על מה דתניא בברייתא שם דפוחתת תפרע שלא בשבועה הא פיון דאינה נאמנת רק ע"י מיגו א"כ צ"ש כמו בשבועות המשפון הג"ל.

וע"כ הוצרך הגמ' לחוקמי דמייירי באומרת אמנה הנה בינו לבינה. ומתורץ קושיות הרמב"ן הג"ל.

והוי מזה סייעתא להגאונים הג"ל דפסקי שבועה בנק"ח לטוען על המשפון כדי דמיו. ועיין באו"ת סי' פ"ד ס"ק י"א שהשיג על הסמ"ע דכתב שם דבאומר אמנה הנה בינו לבינה דנאמן מצד מיגו ובאמת אינו כן.

עיי"ש ולפ"ז שפיר תני דפוחתת גבי שלא בשבועה פיון דנאמן מצד עצמו. ואפשר דהרמב"ן שהקשה פן היינו לשיטת החולקים על הגאונים הג"ל.

ועיין ברמב"ן פ"ז דשבועות במלחמות שם. ובתוס' פתובות (דף פ"ז) ד"ה האי שטרך כו': ועיקר ראיות הגאונים הג"ל דהוכיחו פן מהמשנה דב"ק (דף קי"ד) המפיר פליו וספריו ביז אחר ישבע כמה הוציא ויטול.

אלמא דאף דנאמן כדי דמיו במיגו מ"מ בעי שבועה וכמש"כ הרא"ש ונהרשב"א והר"ן שם. ובאמת בירושלמי בב"ק פ"י ה"ג אמרו דלכן חייב שבועה במפיר פליו וספריו משום כדי שלא יהיה בע"ב מטפלין לגנבים.

והא דהוכיחו הגאונים הג"ל מהמשנה דישבע כמה הוציא ויטול. י"ל דטעמא דכיון דלא הונכר טעם הירושלמי הג"ל בש"ס דילן.

ע"כ מסתמא הטעם הוא משום דהוי מיגו לאפוקי ממונא ולא אמרינן בכה"ג מיגו לאפטורי משבועה. אבל הירושלמי לא ס"ל לשבועת הגאונים הג"ל וכמבואר בירושלמי שבועות פ"ז דאיתא התם הנה משפון ביזו נוטל בלא שבועה והובא בש"ס סוף סי' פ"ט.

וי"ל דירושלמי לטעמי' אזל דס"ל דהא דתנן המפיר פליו וספריו ביז אחר ישבע כמה הוציא ויטול דזהו מצד שלא יהיה בע"ב מטפלין לגנבים. ע"כ אין לשי' הירושלמי שום מקור לשבועת הגאונים הג"ל.

משא"כ לש"ס דילן דלא אמרו להך טעמא על הא דהמפיר פליו ביז אחר ע"כ ס"ל לשבועת הגאונים הג"ל לכן שפיר הקשו במאי גבי בהאי שטרך הא הוי חספא בעלמא. ואף דיש לו מיגו ואמרינן מיגו להוציא לשיטת הרשב"א ורמב"ן עכ"ז הנה צריך לישבע פעין שבועת הגאונים הג"ל.

משא"כ לשיטת הירושלמי דס"ל דהיכא דיש לו מיגו א"צ לישבע ולא ס"ל לשבועת הגאונים הג"ל אתי שפיר הא דפוחתת גבי בלא שבועה משום דיש לה מיגו פנ"ל. ע"כ לא מפקינו להברייתא דפוחתת גבי בלא שבועה מפשטא כמו דמשמע בכמה דוכתי דסתם אמנה הוא היכא דיזעו עדי השטר.

ועכ"ז גבי בלא שבועה משום מיגו פנ"ל: ולא מבעיא לשיטת הרמב"ן ונהרשב"א דס"ל דאמרינן מיגו להוציא. ואף לשיטת הסוברים דלא אמרינן מיגו להוציא.

עכ"ז הא דהו פלוגתא רבה ורב יוסף בב"ב (דף ל"ב) פמבואר בתוס' ב"ב שם ובתוס' פתובות (דף פ"ז). א"כ הא רבה ס"ל דאמרין מיגו להוציא.

וי"ל דהירושלמי ס"ל כמ"ד דאמרין מיגו להוציא. וע"כ גבי שפיר ע"י האי מיגו ובל"ש פנ"ל.

אבל לעולם י"ל דמיירי הא דפוחתת דהובא בירושלמי שם כמו שטר אמנה דכולי ש"ס דילן דמיירי הכל בידעו העדים. וע"כ אמרו סתמא בכתובות (דף י"ט) דאינם נאמנים לומר אמנה ולא פירשו דזה קאי בידעו העדים דנוקא משום דסתמא מורה פן הלשון.

ע"כ סתמו בירושלמי ג"כ בפוחתת ואמרו דע"א אין מחייב שבועה משום דקאי הכל בידעו העדים מתחלה. וכן אח"ז דאיבעי להו פן ופשט לי' דאינו נאמן ע"א לחייב שבועה בפוחתת דקאי הכל בידעו העדי השטר ושייך בזה שפיר סברת הירושלמי משום דאין ע"א מכחיש את השנים.

וכמו דכתב הרא"ש בשבועות שם דלכן אין ע"א מחייב שבועה באמנה משום דאפילו תרי סהדי לא מהימני לגמרי כ"א דיהיה פמו תרי ותרי דכתובות (דף י"ט) וסי' מ"ו סעיף ל"ז. ועדי השטר בעצמם אינם נאמנים כלל.

וע"כ בע"א אף דאינו מעידי השטר ג"כ אינו נאמן על שבועה משום דאין ע"א מכחיש שנים. דדוקא בשנים דינו כמו תרי ותרי פנ"ל.

אבל היכא דמעיד הע"א דלא ידעו עדי השטר. אז שפיר נאמן הע"א לחייב שבועה.

משום דאין זה הכחשה כלל דהא אף עדי השטר נאמנים לומר דהיה אמנה ולא ידעו בעת שחתמו שהיא אמנה אף בכת"י יוצאממק"א כמש"כ הש"ך בסי' מ"ו ס"ק קי"ד וכמש"כ הריטב"א בכתובות (דף י"ט) דזה הני פמו עדי פרעון ומחילה.

ע"כ גם ע"א נאמן לחייב שבועה ואין סתירה לזה מהירושלמי פנ"ל: ענף ג ועוד י"ל דלכן הירושלמי לא הקשה על הא דפוחתת עיה ששש והא האי שטרא חספא בעלמא הוא כמו בש"ס דילן משום די"ל דהירושלמי לטעמי' אזיל דהנה בירושלמי בכתובות פ' ב' ה"ג בסופו אמרו שם דאמר רב דנאמנים העדים לומר שטר אמנה הוא משום דמותר לחתום על שטר אמנה אלא דאסור לקיים שטר אמנה בביתו כו'.

ולא ס"ל פמו בש"ס דילן דאמרו בכתובות (דף י"ט) דאסור לחתום על שטר אמנה משום דהו קרא דאם און בידה הרחיקהו זה שטר אמנה ואעולה לא חתמי. אלא הירושלמי ס"ל דהו קרא הנ"ל לא קאי רק על המלנה דאסור להשהותו בתוך ביתו.

ולא על העדים וע"כ נאמנים העדים לומר דהוא אמנה משום דלא מקרי עולה כלל. ועיין במראה הפנים שם: ולכאורה יש לדון דכיון דעל המלנה מוטל אסור לקיים שטר אמנה בתוך ביתו א"כ ממילא אסור לפני העדים לחתום עליו משום לפני עור דמכשילים העדים את המלנה.

ואפשר דס"ל להירושלמי דלא שייך לפני עור בדרבנן. וכה"ג כתבו הרשב"א והר"ן פ' א"ט והובא בש"ך יו"ד סי' נ"ה ס"ק י"א גבי אבר פרוש פיון דלישראל אין בו אלא מצות פרוש בלבד ע"כ אין בו משום לפ"ע.

ובאמת התוס' בפ' לפני כו' (דף כ"ב) ד"ה תיפוק לי' כו' פתבו להוכיח דשייף לפ"ע אף באיסור דרבנן ע"ש. וכן קי"ל ב"ד סי' ק"ס גבי אבק רבית דעובר הלנה על לפ"ע.

ואפשר לומר דשא"ה באבר פרוש דלא נאסר רק משום מצות פרוש בלבד וכמש"כ הט"ז בסי' נ"ה ס"ק ז' דאיסור זה קיל משארי איסור דרבנן. ולכאורה קשה ע"ז מירושלמי הג"ל דמוכח דלא שייף לפ"ע בדרבנן.

וי"ל דס"ל דבאמת פינו דחזינו בירושלמי דס"ל דהך קרא דאם און בידה הרחיקהו כו' דמזה למדו על איסור אמנה דזה לא קאי רק על איסור המלנה לחוד ולא על העדים. משום דבעדים לא שייף לשון דאם און בידה הרחיקהו ואל תשכן באהליה עולה.

ע"כ י"ל דגם הש"ס דילן ס"ל פו וקא דאסור לחתום על שטר אמנה זהו משום לפ"ע דהעדים מכשילים להמלנה. וע"כ קרו לי' עולה ואעולה לא חתמו.

ולכן אינם נאמנים לומר אמנה הוא וס"ל לש"ס דילן דשייף לפ"ע בדרבנן ג"כ ופליגי בהך דינא ש"ס דילן עם הירושלמי. וסמכינו על ש"ס דילן לפסוק דשייף לפ"ע בדרבנן: וכן מורה לישינא דש"ס דילן בכתובות (דף י"ט ע"א) דאומר שטר אמנה הוא אינו נאמן והקשו אי באין כת"י יוצא ממק"א אמאי לא מהימני ורב אשי תירץ דלכן לא מהימני כדבר פהנא דא' אסור לאדם שישקה שטר אמנה בביתו שנאמר אל תשכן באהליה עולה.

אלמא דמתחלה היה ס"ל להש"ס דעל העדים ליכא איסור לחתום על אמנה ואח"ז מסיק דכינון דאסור להשהות שטר אמנה בביתו ע"כ אינם נאמנים העדים. אלמא דעיקר איסור דאמנה אינו רק על המלנה וממילא מוכח מזה מדרב פהנא דעדים שאמרו אמנה אינם נאמנים.

ואף דלא נאמר בדברי רב פהנא האיסור רק על המלנה ולא על העדים. מ"מ אינם נאמנים משום דמקרי עולה גבייהו משום לפ"ע דגם בדרבנן שייף לפ"ע.

ולפ"ז מוכח כמש"כ הקצה"ח בסי' ל"ה בס"ק ד' שהשיג על התומים דכתב בסי' מ"ו דאם חתמו על אמנה פסולין לעדות. והשיג הקצה"ח ע"ז והעלה דאינם פסולין לעדות. ולפי מש"כ דעיקר העולה דאמנה הוא משום לפ"ע. א"כ י"ל בזה פמו דמצינו בסי' ל"ד סעי' י' דבאבק רבית אינו נפסל אלא המלנה ולא הלנה.

דאף דעובר הלנה אלפ"ע באבק רבית כמבואר ב"ד סי' ק"ס. עכ"ז אינו נפסל לעדות בעובר על לפ"ע בדרבנן וה"ה הקא וקצרת: נחזור לענינינו דחזינו דס"ל להירושלמי דעל העדים ליכא איסור לחתום על שטר אמנה כ"א על המלנה מוטל האיסור.

והנה בש"ס דילן (דף פ"ז) דתירצו דהך פוחתת דכתובה מיירי באומרת אמנה היתה בינו לבינה והשטר פשר. דאף דהמלנה עבר על איסור דאל תשכן באהליה עולה.

מ"מ פינו דהעדים לא חתמו באיסור פינו דלא נודע להם בעת שחתמו מזה ע"כ לא פסלו שטר זה ויש לו דין שטר לגבות בו. ואף דהמלנה עבר על איסור עכ"ז הא העדים חתמו בהקשר.

וע"כ פוחתת פְּזָה גוֹבָה בְּלֹא שְׁבוּעָה וּא"כ ה"ה בְּשֵׁטֶר אֲמָנָה לְשִׁיטַת הִירוּשָׁלַיִם דס"ל דְּהַעֲדִים מְוֹתְרִין לְחֶתָּוּם רַק דְּאִסּוּר מוּטָל עַל הַמְּלִנָּה לְהַשְׁהוּתוֹ בְּבֵיתוֹ מ"מ הָא הָעֲדִים חֲתָמוּ בְּהַכְּשֵׁר וַיֵּשׁ לוֹ דִּין שֵׁטֶר.

וע"כ פוחתת גוֹבָה בְּלֹא שְׁבוּעָה אִף דִּינְדְּעוּ הָעֲדִים שֶׁהוּא אֲמָנָה. וע"כ לֹא הִקְשׁוּ בִירוּשָׁלַיִם כְּמוֹ דְּהִקְשׁוּ בְּש"ס דִּילֵן וְהָא הָאֵי שֵׁטֶרָא חֲסִפָּא בְּעֵלְמָא הוּא.

משום דְּלְשִׁיטַת הִירוּשָׁלַיִם דְּמְוֹתְרִים לְחֶתָּוּם אֵין זֶה חֲסִפָּא אֲלֵא יֵשׁ לוֹ דִּין שֵׁטֶר כְּשֵׁר. דְּהָא חֲתָמוּ בְּהִיתָר: וּלפ"ז י"ל דְּהָא דְּמְבֹנָאָר בִּירוּשָׁלַיִם שָׁם אַחַר דְּהִבִּיא לְהַבְרִיָּתָא דְּפוּחַתַת גוֹבָה שְׁלֵא בְּשְׁבוּעָה.

וְקָאָמַר אַח"ז דְּעַד אֶחָד מְעִיד עַל פּוּחַתַת אֵינוּ יָכוֹל לְחִיבָה שְׁבוּעָה מִשׁוּם דְּהוּי כְּמַכְחִישׁ הַשְּׁנִים דְּעַדֵי הַשֵּׁטֶר. וְקָאֵי הַכֹּל דִּינְדְּעוּ הָעֲדִים שֶׁהוּא אֲמָנָה וְכְמוֹ סֵתָם אֲמָנָה דְּכָל הַש"ס.

וע"כ י"ל הִיכָא דְּמְעִיד דְּלֹא יִדְּעוּ עַדֵי הַשֵּׁטֶר דְּהוּא אֲמָנָה דְּאִזְּ פִּינּוּן דְּעַדֵי הַשֵּׁטֶר עֲצָמָן הָאוּמְרִים דְּהִי אֲמָנָה וְלֹא נוֹדַע לְהֵם בְּעַת שְׁחֲתָמוּ דְּנֶאֱמָנִים מִשׁוּם דְּזִנְה הוּי כְּפִרְעוֹן כְּנ"ל. ע"כ גַּם עַד אֶחָד נֶאֱמָן בְּזִנְה לְחִיבָה שְׁבוּעָה כְּמוֹ כָּל פְּרַעוֹן.

וְאִף דְּלַפְמִש"כ דס"ל לְהִירוּשָׁלַיִם דְּנֶאֱמָנִים לוֹמַר שֵׁטֶר אֲמָנָה. מ"מ פְּשׁוּט דז"א רַק בְּאֵין כַּת"י יוֹצֵא מְמָקוֹם אַחַר אֲבָל בַּכַּת"י יוֹצֵא מִמֶּק"א אֵינָם נֶאֱמָנִים מִשׁוּם דְּהָא עֲקָרִי לְשֵׁטֶרָא כְּמְבֹנָאָר בְּכַתְּנֻבוֹת (דף י"ט) דְּאֶמְרוּ עַל אֲמָנָה אֵי בַכַּת"י יוֹצֵא מְמָקוֹם אַחַר פְּשִׁיטָא דְּלֹא מְהִימְנֵי וְאֵי בְּאֵין כַּת"י יוֹצֵא מִמֶּק"א אֲמָאֵי לֹא מְהִימְנֵי וּמִסְקֵי דְּמִקְרֵי עוֹלָה.

ועכ"ז אִף מְקוֹנָם דְּאֶמְרוּ דְּזִנְה מְקָרֵי עוֹלָה מ"מ בַּכַּת"י יוֹצֵא מִמֶּק"א לֹא מְהִימְנֵי. וע"כ בְּרוּר דְּאִף לְהִירוּשָׁלַיִם אֵינָם נֶאֱמָנִים אֲלֵא בְּאֵין כַּת"י יוֹצֵא מִמֶּק"א מִשׁוּם דְּלֹא מְקָרֵי עוֹלָה לְהִירוּשָׁלַיִם.

וכ"כ בַּכַּת"י יוֹצֵא מְמָקוֹם אַחַר וּבָאוּ עֲדִים אַחֲרֵים וְהִעִידוּ שְׁהִנָּה אֲמָנָה אֵינָם נֶאֱמָנִים לְגַמְרֵי רַק מְצַד תְּרֵי וְתֵרֵי כְּמוֹ בְּאַנּוּסִים מְחַמַּת נְפֻשׁוֹת דְּכַתְּנֻבוֹת (דף כ'). וְכִינּוּן דְּאֵינָם נֶאֱמָנִים שְׁנֵי עֲדִים אַחֲרֵים בְּזִנְה רַק מְצַד תְּרֵי וְתֵרֵי.

ע"כ הַדִּין נוֹתֵן דְּאֵין עַד אֶחָד נֶאֱמָן בְּפוּחַתַת לְחִיבָה שְׁבוּעָה. דְּהָא אֵין ע"א מְכַחֵשׁ אֵת הַשְּׁנִים.

וְאִף דְּלֹא הֲנוֹכַר בִּירוּשָׁלַיִם שָׁם דְּמִיָּרֵי בְּיָדְעוּ שֶׁהוּא אֲמָנָה. מ"מ י"ל דְּכִינּוּן דְּבִכּוּלֵי ש"ס דִּילֵן בְּכַתְּנֻבוֹת דְּאֶמְרוּ דְּאֵינָם נֶאֱמָנִים לוֹמַר אֲמָנָה דְּקָאֵי הַכֹּל בְּיָדְעֵי.

דא"ל יָדְעֵי הָא נֶאֱמָנִים כְּנ"ל. א"כ ה"ה בִּירוּשָׁלַיִם דְּאֶמְרוּ בְּקֶצֶרָה זֶה דְּקָאֵי הַכֹּל בְּיָדְעֵי.

וע"כ אֶמְרוּ דְּאֵין עַד אֶחָד מְכַחֵשׁ שְׁנִים מִשׁוּם דְּחֻשׁוֹב הַשֵּׁטֶר כְּמוֹ אֲנִי סְהַדֵי דְּלֹא הִנָּה אֲמָנָה. אֲבָל בְּלֹא יָדְעֵי דְּנֶאֱמָנִים הָעֲדִים לוֹמַר אֲמָנָה אִף בַּכַּת"י יוֹצֵא מִמֶּק"א וְכְמוֹ עַל פְּרַעוֹן.

א"כ ה"ה ע"א נֶאֱמָן בְּזִנְה לְחִיבָה שְׁבוּעָה. וְכְמוֹ דְּמִשְׁמַע מְדַבְּרֵי הָרֵא"ש דְּשְׁבוּעוֹת הַנָּ"ל: וּב"ה מְצַאֲתֵי בְּתֻשׁוּבַת מֵהִר"ק שְׁכָתֵב בְּסִי' כ"ב בע"א מְעִיד עַל שֵׁטֶר שְׁהִנָּה שֵׁטֶר מְבַרַחַת דְּאֵם הִעִיד דִּינְדְּעוּ עַדֵי הַשֵּׁטֶר בְּעַת שְׁחֲתָמוּ א"כ מְקָרֵי עוֹלָה לְגַבִּיָּהוּ וְע"כ אֵינוּ יָכוֹל

לחייבו שבועה משא"כ באם לא ידעו עדי השטר שהיה מברחת מחייב העד שבועה כמו בפרעון ע"ש.

הרי להדיא דהמהרי"ק מחלק פעין דמשמע מדברי הרא"ש הנ"ל אף לא הביא כלל לדברי הרא"ש והירושלמי הנ"ל. ע"כ ב"ה שפיר פתבתי דע"א מעיד על אמונה דא"ל ידעו העדים בעת שחתמו דיכול לחייב שבועה כמו במעיד על פרעון.

אלא בינדעו העדים לפי עדותו אז אינו יכול לחייב שבועה וכ"ז ברור: ולפמש"כ דהירושלמי ס"ל דנאמנים לומר אמונה ע"כ א"ש מש"כ דירושלמי דפ"ט דאיבעיא ליה בע"א מעיד על פוחתת מייירי בינדעו העדי שטר דהוא אמונה.

משום דבינדעי קשה לומר מה דאיבעיא להו מתחלה שם אם ע"א נאמן על פוחתת דהא פינן דמקרי עולה וא"נ לומר אמונה ע"כ אין סברא לומר כלל ולהסתפק דעד אחרונה יכול לחייב שבועה ע"ז.

אבל לפמש"כ דס"ל להירושלמי דנאמנים עדי השטר בזה אחי שפיר צד האיבעיא הנ"ל. גם כל עיקר קונטרסי בזה הוא רק בלא ידעו עדי השטר משום דבינדעו ונדאי פשוט דא"נ עד אחד לחייב שבועה כלל.

אף בלא ידעו עדי השטר נתבאר דנאמן ע"א לחייב שבועה: הט"ז בסי' הנ"ל סעיף א' השיג על הב"ח במש"כ בכוננת הבעה"ת דפוגם לכת"י נתבטל כל הכת"י ותמה עליו הט"ז. הנה לעיל בחידושי לסי' נ"ד פתבתי לבאר על נכון לדברי הב"ח הנ"ל ע"ש: סימן פה א (סעיף א וסעיף ג) שנים שהוציאו שט"ח וע"ז יכול לומר אלו חייבתי לה פיצד אתה לנה ממני ונאמן לומר פרוע: ונלפענ"ד דמ"מ שבועה צריף דהא בחזקה דתוף זמנו אף בצירוף שטר העלה הש"ף בסי' ע"ח ס"ק ט"ו דצריף לישבע שבועת היסת אחר פרעון.

והא חזינו דחזקה דתו"ז אלימא ביותר מן הך חזקה דאמרו חז"ל אלו חייבתי לה פיצד אתה לנה ממני. דהא בחזקה דתו"ז נסתפקו בש"ס אי מהימן במיגו נגד חזקה דתו"ז ולא איפשיטא כמבואר בב"ב (דף ה').

וע"כ בתפס המלנה יכול המלנה לומר קים לי דלא מהימן הלנה במיגו נגד חזקה זו כמבואר בסי' ע"ח ש"ק י"ט. ואלו בהא דאלו חייבתי לה פיצד אתה לנה ממני מבואר בהגהות אשרי פתובות סי' ט"ו פ' י"ג שכתב בשם הר"ת והמרדכי דאם יש להמלנה מיגו נאמן לתבוע מהלנה.

אף דיש לומר אלו חייבתי לה פיצד אתה לנה ממני. מ"מ נאמן במיגו נגד חזקה זו. והובא בהגהת הרמ"א סוף סעיף ג' שם. ובש"ק ס"ק א'.

אלמא דאף להוציא מהלנה נאמן המלנה במיגו ולא הוי מיגו להוציא דשטרא מסייע לי. אלמא דהך חזקה קילא מן חזקה דתו"ז דהא בחזקה דתו"ז אם תפס המלנה יכול לומר קים לי דלא מהימן הלנה במיגו נגד חזקה דתו"ז ואלו הכא מוציאין מהלנה ע"י מיגו של המלנה.

הרי דנהו דבר ברור דנאמן במיגו נגד חזקה זו. והא דשטר א מסייע ליה אין זה מעליותא רק במקום מיגו להוציא לפי מש"כ הכנה"ג דנחשב השטר בזה להיות פגובי קצת דלכן לא מקרי מיגו להוציא.

ועוד דהא ה"ט שנייה ג"כ גבי חיוב שבועה להלנה. וע"כ הדין נותן דחייב הלנה שבועת ה'סת הקא דאין חזקה זו פוטרו מן ה'סת וכמו בחזקה דתו"ז דהעלה הש"ף בסי' ע"ח דצריה לישבע שבועת ה'סת אחר הפרעון.

והנתיבות ס"ק א' פתב דאינו חייב שבועה משום דהוי כמו אגן סהדי תדע דהא לשיטת רש"י אף מוניין יכול לטעון עכ"ל. ותמהני עליו פיון דהכריע הנתיבות בסי' ע"ח ס"ק ז' דלאחר הפרעון אם תבעו דמשביעו ה'סת בחזקה דתו"ז א"כ ה"ה וכש"כ הקא יצטרף לישבע ה'סת פנ"ל: אכן כל זה הוא לפי דברי הש"ף בסי' ע"ח ס"ק ט"ו דהעלה דחזקה דתו"ז אין פוטרו מן ש"ה אבל לפי מש"כ הב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק ח' בשם תשובת הרי"ף שהובא בבעה"ת שער ט"ז ח"ב סי' ה' דמוכח דס"ל להרי"ף והבעה"ת דחזקה דתו"ז פוטרו מן ש"ה וכיון דהוי ספיקא דפלוגתא בזה אין לחייבו ה'סת ע"ש.

א"כ ה"ה הקא י"ל דחזקה דאלו חייב הייתי לה הנה לה לעכובי בחובה הוי חזקה אלימתא לפוטרו אף מן ש"ה. ומש"כ הש"ף שם לפירוש לדברי הרי"ף והבעה"ת דכוננתם הוא על שבועה קודם פרעון באמת מוכח מלשון הרי"ף בבעה"ת שם כמש"כ הב"ש וכמו שפתב בהפלאה בסי' צ"ו ס"ק ז' דס"ל להרי"ף דפטר אף מן שבועת ה'סת לאחר הפרעון.

אכן מבואר להדיא בבעה"ת שער ל"ד ח"ג גבי ה' דכתובות (דף ק"י) המוציא שט"ח והלה מוציא שמכר לו השדה כו' דאיתרע ליה השטר אף דיש בו נאמנות ונשבע לנה ה'סת ונפטר עכ"ל והובא פאן בבית יוסף.

א"כ חזינו דאף דס"ל להבעה"ת גבי חזקה דתו"ז דפטר אף מן ש"ה אפ"ה הקא גבי הסברא דאלו חייב הייתי לה הנה לה לעכובי בחובה ס"ל דאינו פטר מן ש"ה משום דזה גרע מן חזקה דתו"ז וכמש"כ לעיל להוכיח פן ממה דמהני הקא מיגו להמלנה להוציא מן הלנה כו'.

ע"כ אף לפי הכרעת הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' דלדינא אין לחייב ה'סת להמלנה בחזקה דתו"ז אף לאחר הפרעון מ"מ פאן חייב הלנה ה'סת וכמש"כ הבעה"ת. וכן מצאתי בתשובת פנים מאירות ח"ב סי' פ"ו דפסק ג"כ דחייב הלנה שבועה.

וב"ה פוננתי לדעתו: אכן לפי מה שהובא לעיל בחידושי סי' ג' בכללי מיגו לדברי תשובת מיימוני ה' משפטים סי' ל"ד. מוכח דס"ל לתשובת מיימוני דה' חזקה דאלו חייב הייתי לה הנה לה לעכובי בחובה פוטרו אף מן ה'סת וחולק על הבעה"ת הנ"ל.

ואפשר דזה תלוי בפלוגתת הפוסקים שפתב המהבר פאן אם אומר מוניין דיש אומרים דנאמן וטעמו משום דה' סברא דהנה לה לעכובי בחובה ה"ל כמו אגן סהדי וכמש"כ הנתיבות ע"כ יש לו פח למפטר אף מן ה'סת וכן הוא שיטת תשובת מיימוני.

אַבְל הַבַּעַה"ת י"ל דס"ל פְּשִׁיטַת הַסּוּבְרִים דא"נ לומר מְזוּנִיף ע"כ לָא ה"ל כְּמוֹ אֲנִי סְהַדִּי
לְמִפְטָר אַף מִן הַיָּסֵת. וְאַף שְׁהַשְׁ"ף בַּס"ק ד' פְּתַב דְּלִיכָא פְּלוּגְתָא בְּזָה וְכ"ע ס"ל דא"נ
לומר מְזוּנִיף מ"מ הָא הַאו"ת פְּתַב דְּלָא פְּדַבְרִי וְהַעֲיָקָר כְּפִשְׁט הַמְחַבֵּר דְּפִלְיָגוּ בְּזָה.

ע"כ שְׁפִיר י"ל דְּזָה תְּלִי בְּהַף פְּלוּגְתָא. וְעֵינִי בְּקָרְבִּי נִתְנָא לְכַתְּבוֹת פ' י"ג אוֹת מ"ב
שְׁהַבִּיא ג"כ לְדַבְרֵי הַתּוֹס' שְׁכָתְבוּ גַבִּי שְׁטָר שְׁנַפְלֵי אִיתְרַע דְּנֶאֱמָן לומר מְזוּנִיף אַף בְּשְׁטָר
מְקוּנִים.

וְזָהוּ פְּדַבְרֵי הַתּוֹמִים שְׁהַבִּיא ג"כ לְדַבְרֵי הַתּוֹס' שְׁכ"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּבוֹת (דָּף צ"ב) וּבְגִיטִין
(דָּף ב') וּבב"מ (דָּף י"ג). וְכֵן נִרְאֶה לִי לְהַבִּיא רְאִיָּה לְזָה מִן דְּבַר הַנְּיָמוּקֵי יוֹסֵף לַב"ב
(דָּף ז') גַּבִּי הָהוּא שְׁטָרָא דִּיתְמִי דְּנֶפֶק תְּבָרָא עָלֵיהָ כו' וּמְדָלָא אַפְקִי בְּחִי אֲבוּהוֹן ש"מ
זִיּוּפִי זִיּוּף.

וְכַתְּבוֹ הַנְּיָמוּקֵי יוֹסֵף בְּשֵׁם הַרְשָׁב"א אַע"פ שְׁמִקְנוּיִים בְּחוֹתְמֵי אֲפִילוּ מִפִּי עֲדִים אַפְתִּי
חִיָּשִׁינִי דְכִינִי וְזִיּוּף וְכַהֲיָא דב"ב (דָּף קס"ז) כו'. וְעֵינִי בַּסִּי' ק"ח סַעִי ט"ז וְשָׁ"ף ס"ק
ל"א מְזָה.

הַרִי דְמַצִּינוּ דְהִיכָא דִּיש רִיעוּתָא גְדוּלָּה דְנֶאֱמָן לומר מְזוּנִיף אַף בְּשְׁטָר מְקוּנִים. וְה"ה
הָא י"ל כִּינִי דס"ל דְהַף סְבָרָא דְאֵלוּ חֲטִיב הִיִּיתִי לָהּ הִיָּה לָהּ לְעַכּוּבֵי בְּחוּבָה דְמִשְׁוִינִי
ע"ז לְרִיעוּתָא גְדוּלָּה עַל הַשְׁטָר.

ע"כ ס"ל לְהַנְּהֵף פּוֹסְקִים דְמַה"ט נֶאֱמָן לומר מְזוּנִיף אַף בְּשְׁטָר מְקוּנִים וּמִתְנַרְץ קְנוֹשִׁוֹת
הַשְׁ"ף כְּפֶאן ס"ק ד' וְעֵינִי לְעִיל סִי' ס"ג וּבְחִידוּשֵׁי שָׁם: וְאַף דְלִדְעַת הַסּוּבְרִים דְנֶאֱמָן הַלְּנָה
לומר מְזוּנִיף מִשׁוּם דַּה"ל כְּמוֹ אֲנִי סְהַדִּי וְכַמִּש"כ הַנְּתִיבוֹת וְכ"כ הַסִּמ"ע כְּפֶאן ס"ק ב' דְהַנִּי
כְּפֶאן אֲנִי סְהַדִּי שְׁפָרְעוּ כְּבָר וְאַפ"ה מְהַנִּי אִם יֵשׁ לְהַמְלִיחָה מִיָּגוּ דְלָא מְכַרְתִּי לָהּ וְלֹא קַבְלִיתִי
מִמָּהּ מְעוֹת כַּמִּש"כ הַשְׁ"ף ס"ק א' וְהַרְמ"א לְקַמֵּן סַעִיר ג' פַּנ"ל וְלֹא אֲמַרִּינִי דְהָא ה"ל
כְּמוֹ מִיָּגוּ בְּמִקוּם עֲדִים מִשׁוּם דִּיש לְחַלֵּק כְּפִי דְבַרִי הַהַפְּלָאָה לְכַתְּבוֹת (דָּף י"ט ע"א)
בְּתוֹס' ד"ה אִימָא כו' שְׁמַחֲלֵק דְדוּקָא הִיכָא דְהַנִּי מִיָּגוּ בְּמִקוּם עֲדִים לֹא אֲמַרִּינִי אַבְל מִיָּגוּ
בְּעִיָּקָר הַעֲדִים אֲמַרִּינִי וְכַמוֹ דְמַחֲלִקִּינִי בַּסִּי' ע"א גַּבִּי מִיָּגוּ בְּמִקוּם נֶאֱמָנוֹת לְמִיָּגוּ בְּעִיָּקָר
הַנֶּאֱמָנוֹת ע"ש בְּהַפְּלָאָה.

א"כ ה"ה הָא י"ל דְלִכְּוֹן נֶאֱמָן הַמְלִיחָה בְּמִיָּגוּ מִשׁוּם דְזָה הַנִּי כְּמוֹ מִיָּגוּ בְּעִיָּקָר אֲנִי סְהַדִּי
כִּינִי דְאִינוּ יְדוּעַ לְנוּ עִיָּקָר מַעֲשֵׂה הַמְכִירָה רַק ע"פ וְלִכְּוֹן נֶאֱמָן הַמְלִיחָה אַף דְנִימָא דְנִחְשָׁב
זָה כְּמוֹ אֲנִי סְהַדִּי.

וְעַפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּהַרְאִי שְׁהַבִּאתִי לְעִיל מִן מִיָּגוּ בְּמִקוּם חִזְקָה דְתו"ז. וְעֵינִי בְּשָׁ"ף סִי' ק"ח
ס"ק ז' וּבְקַצָּה"ח שָׁם וּבְסִי' צ"ז בְּקַצָּה"ח ס"ק י"ב וְהַדְּבָרִים אֲרוּפִין.

וְלִכְּוֹן כִּינִי דְהַף דִּינָא בְּטוּעִן הַלְּנָה מְזוּנִיף הַנִּי פְּלוּגְתָא הַפּוֹסְקִים בְּלֹא שׁוּם הַכְּרָעָה וְכִינִי
דְנִתְבָּאָר דִּי"ל דְהַף דִּינָא דְפִלְיָגִי הַבַּעַה"ת וְתִשׁוּבַת מִיָּמוּנִי אִם חֲטִיב הַיָּסֵת דְזָה תְּלִי ג"כ
בְּהַף פְּלוּגְתָא ע"כ קָשָׁה לְחִיָּבוּ שְׁבוּעַת הַיָּסֵת כִּינִי דְלֹא מַצִּינוּ הַכְּרָעָה בֵּין הַנְּהֵף דִּיעוּת.

ובלא"ה פֿינן דהבע"ת חולק בְּזוּה עִם הַמַּימוֹנִי ה"ל סְפִיקָא דְפְּלוּגְתָא דְאִין לְחַיִּיבוּ שְׁבוּעָה.
וְכַעֲיִן זֶה פֿתַּב הַב"ש בְּסִי' צ"ו ס"ק ח' פּנ"ל וְעַיִן לְעִיל בְּחִידוּשֵׁי לְסִי' ע"ה סעי' ב' בְּש"ף
ס"ק ט"ו.

וע"פ מִש"כ שָׁם יֵשׁ לְדוֹן הַרְבֵּה גַם פֿאַן: כ"ז פֿתַּבְתִּי מִפְּכָר וְכַעַת רְאִיתִי בְּשַׁעַר מְשַׁפֵּט
ס"ק ב' שְׁהֵבִיא ג"כ לְדַבְרֵי הַבַּע"ת וְהַמַּימוֹנִי וְהַפּמ"א הַנֶּז"ל וְכַתַּב לְחַלֵּק דְּבַנְיָדוֹן
הַבַּע"ת דְּהִיָּה שְׁטֵר לְהַמְלִיחָה נְהִי דְפִסְלִינֵן לְשְׁטֵרָא מ"מ אִין פֿתַּח לְהוֹכְחָה זֹו לְפִטְוֹר גַּם מִן
ש"ה אֲבָל נִידוֹן תְּשׁוּבַת מַימוֹנִי דְמַיִרִי בְּתַבִּיעָה בַּע"פ ע"כ יֵשׁ פֿתַּח לְהוֹכְחָה זֹו לְפִטְוֹר מִן
ש"ה פֿמֹו דְעַד מְסִיעַ פּוֹטֵר מִן ש"ה ע"כ קוֹטֵב דְּבָרָיו.

וּלְפִי דְעַתִּי יֵשׁ לֹאמֵר בְּזוּה בְּיוֹתֵר לְפִי דְבָרֵי שַׁעַר מְשַׁפֵּט דְּכַתַּב לְדַמּוֹת דְּכַמּוֹ דְעַד מְסִיעַ
פּוֹטֵר מִן ש"ה ה"ה אִיזָה הוֹכְחָה הַמְסִיעֵנוּ דְזוּהוּ סְבָרַת תְּשׁוּבַת מַימוֹנִי. דַּלְפ"ז י"ל
בְּפִשְׁטוֹת דְלָכֵן ס"ל לְהַבַּע"ת דְאִין זֶה פּוֹטֵר מִן הִקְסַת מְשׁוּם דְאֲזִיגֵל הַבַּע"ת לְטַעֲמֵי
דַּס"ל דְעַד מְסִיעַ אִינוּ פּוֹטֵר מִן הִקְסַת פֿמְבִּנְאָר בַּבַּע"ת שַׁעַר כ"א ח' ה' אוֹת ב' וְהוּבָא
בְּטוֹר סִי' פ"ד וּבְבֵית יוֹסֵף לְסִי' ע"ה וּבְבִאָר הַגּוֹלָה לְסִי' ע"ה סעי' ב' ס"ק ו'.

רַק מִדְּבָרֵיהֶם מְשַׁמַּע דַּס"ל לְהַבַּע"ת פֿן בְּכָל שְׁבוּעוֹת דְאִין עַד מְסִיעַ פּוֹטֵרוֹ. אֲכֵן לְמִי
שְׁרׁוּאָה בְּגוֹף הַבַּע"ת שָׁם מְבִנְאָר דַּס"ל דְּבְכָל הַשְׁבוּעוֹת פּוֹטֵר עַד מְסִיעֵנוּ אִף בְּשְׁבוּעוֹת
הִקְסַת ס"ל דְאִין עַד מְסִיעַ פּוֹטֵר מְשׁוּם דַּר"נ תִּיקֵן לְש"ה בְּכָל גְּוֹנֵי וְעַיִן בַּג"ת שָׁם.

וְכַיִּן דַּס"ל לְהַבַּע"ת דְעַד מְסִיעֵנוּ אִינוּ פּוֹטֵר מִן ש"ה מְשׁוּם דַּר"נ תִּיקֵן לְש"ה אִף הִכָּא
שְׁיֵשׁ לוֹ עַד מְסִיעַ ע"כ ה"ה אִף הִכָּא דִישׁ אִיזָה הוֹכְחָה לְסִיעֵנוּ ג"כ אִינוּ פּוֹטֵר מִן ש"ה
וְלָכֵן פֿתַּב הַבַּע"ת דְּמִשְׁתַּבַּע הִקְסַת הַכָּא.

וְלָכֵן לַפ"ז לְמֵאֵי דְקִי"ל דְעַד מְסִיעַ פּוֹטֵר מִן ש"ה הַדִּין נוֹתֵן הַכָּא פְּשִׁיטַת הַמַּימוֹנִי
דְּפּוֹטֵר מִן הִקְסַת. וְמָה שְׁיֵשׁ לְדוֹן לְשִׁיטַת הַבַּע"ת הַנֶּז"ל בְּמָה דְאֲמָרוּ בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"א)
מֵאֵי אִיכָּא בֵּין דְאִוְרֵייתָא לְדַרְבְּנֵן אִין זֶה קִנְשָׁה וְכַמִּש"כ בַּמִּק"א: ב (שָׁם סְעִיף ה) אִפִּי
הִתּוֹמִים קִטְנִים אִין אוֹמְרִים שְׁהֵם יִגְבוּ מִיָּד וְלֹא יִגְבֶּה מֵהֶם עַד שְׁיִגְדְּלוּ פִּינֵן שְׁתַּפְּסוּ בְּחַיִּי
אֲבִיהֶם עַכ"ל.

וְהַקְצָה ח"ב בְּסִי' ק"י ס"ק ג' הַקְנֵשָׁה מְזָה עַל דְּבָרֵי הַסַּמ"ע וְהַשְׁ"ף בְּסִי' ק"י סְעִיף ב' וּבַסַּמ"ע
ס"ק ו' וּבְש"ף ס"ק ה' שְׁפָתָבוּ לְדִינָא בְּשֵׁם ר' יְרוּחֵם דְּבַתְפָּס מְעוֹת מִיתוֹמִים קִטְנִים מְהַנִּי
תְּפִיסָתוֹ אִם יֵשׁ לוֹ שְׁטֵר וְאִין מוֹצִיאִין מִמֶּנּוּ וְכַתַּב דְּגַם הַטוֹר ס"ל פֿן וְקִנְשָׁה מִן הַף דַּסִּי
פ"ה בְּטוֹש"ע שְׁפָתָבוּ הַכָּא פִּינֵן שְׁתַּפְּסוּ בְּחַיִּי אֲבִיהֶם מְשַׁמַּע דְאֲחַר מוֹת אֲבִיהֶם לֹא מְהַנִּי
אִף דְתוֹפְסוּ מְעוֹת כו' וְנִשְׂאָר בַּצ"ע: עָנָף א וְנִלְעַנ"ד לְיִישָׁב ע"פ מָה שְׁהַעֲלִיתִי בְּסִפְרֵי נֶחֱל
צָחָק בְּקוֹנְטְרָסִי בְּתַפְסָה בְּדַרְרָא דְמַמוֹנָא סִי' ד' דְאִין לְחַלֵּק בְּתַפְסָה בְּדַרְרָא דְמַמוֹנָא
לְסַפֵּק דְתָרִי וְתָרִי וְסַפֵּק בְּשְׁטֵר.

רַק הָעֵיקָר תְּלוּי דְשִׁאנֵי הִכָּא דְשִׁינֵי ב"ח קוֹנָה מְשַׁכּוֹן אֲזַ מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּתוֹפְסוּ עֲבוּר חוּבו
לְמַטְלָטְלִין בְּכָל הַנִּי סְפִיקוֹת מְשׁוּם דְזוּה מְקָרִי פֿמֹו טוֹעֵן עַל גּוֹף הַדְּבָר דְהוּי שְׁלוֹ אֲבָל
הִכָּא דְלֹא שְׁיֵיף ב"ח קוֹנָה מְשַׁכּוֹן אֲזַ לֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּתוֹפְסוּ עֲבוּר חוּבו מְשׁוּם דְאִינוּ
תוֹפְסוּ רַק עֲבוּר חוּב וְאִינוּ טוֹעֵן עַל גּוֹף הַדְּבָר דְהוּי שְׁלוֹ.

והארכתי שם בספרי ע"פ דברי היש"ש פ"ב דב"ק סי' ה' והמהרי"ט בסי' ע"ב דכתבו לכלל דאם אינו טוען על גוף הדבר דהוי ש"ל לא מהני תפיסה. והטעם הוא כמו שביארתי שם דכיון דתופס תפיץ בחוב צריך שומא וגוביינא בב"ד ואינו יכול לנפות בהתפיץ רק ע"י הב"ד ובספיקא דדינא או בספק בשטר או בדרךרא דממונא אין הב"ד מנדקקים מספק להגבותו כיון דאינם יודעים האמת עם מי הוא והיכא דלא יבא לידי גוביינא בב"ד אינו רשאי לעכב התפיץ ת"י רק היכא דשייך ב"ח קונה משכון אז שאני כמש"כ בארנקה בספרי שם ע"ש.

ולפ"ז בתופס מעות כיון דא"צ שומא ע"כ אף בתופס המעות עבור חובו ג"כ מהני תפיסתו בכל הנה ספיקי וכמש"כ היש"ש לב"ק שם וחקק בין תופס מעות לתופס מטלטלין. [ועיין בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' מזה.

ועיקר החילוק בין תפיסת מעות למטלטלי הוא בח"מ סי' ע"ב סעיף י"ז ובסי' פ"ז סעיף ט' בסמ"ע ס"ק כ"ב ובש"ך ס"ק כ"ד בשם הר"נ לכתובות. וכן הוא באה"ע סי' צ"ו סעיף י"א ועיין מזה בהר"נ לשבת ר"פ שואל]: ולפ"ז נראה לענ"ד להסביר הטעם של הר"י ירוחם והסמ"ע והש"ך במה שכתבו לחלק דדוקא בתפס מטלטלי אמרו דלא מהני תפיסתו מיתומים קטנים אף דיש לו שטר אבל תפס מעות מהני תפיסתו מיתומים קטנים אם יש לו שטר.

והוא דיש לומר דאף דאמרו חז"ל דאין נזקקין ליתומים קטנים משום חשש צררי עכ"ז לא גרע זכותו של בעל השטר מן כל מי שנולד ספק בהשטר שלו דמהני תפיסה. וכן לא גרע זכותו מן כל ספק דררא דממונא דמהני תפיסה.

וכש"כ כאן כיון דמה"ת גובה בשטרו מן יתומים קטנים ביש לו שטר רק דרבנן תקנו דאין גובין משום חשש צררי וזהו אינו רק מספיקא בעלמא דראו חז"ל לחוש בזה משום ספק צררי.

א"כ לא גרע מן כל ספק בשטר או בספק דררא דממונא דהוי ספק מה"ת ואפ"ה מהני תפיסה כש"כ הקא. ולפ"ז הנה הדין נותן דבתפס מטלטלי מיתומים קטנים יהיה מועיל תפיסה.

ועכ"ז לדינא שפיר פסקו דלא מהני תפיסה במטלטלי. דהא לפי מה שכתבתי לעיל דלא מהני תפיסה רק היכא דשייך ב"ח קני משכון אבל היכא דליכא בי' תורת בע"ח קני משכון אז לא מהני תפיסה על חובו כיון דאינו טוען על גוף הדבר דהוי ש"ל.

ולכן הקא דמייירינן ביתומים ובתפיסה לאחר מיתה דלא שייך קונה משכון בזה וכמש"כ בספרי גחל יצחק בקונטרס לתפיסה בדרךרא דממונא שם ע"כ לא מהני תפיסה מיתומים קטנים הקא.

אבל בתפס מעות דאין צריכין שומא וגוביינא וזה הוי כמו טוען על גוף הדבר דהוא ש"ל לכן מועיל תפיסתו להמעות הקא דמה דחשו חז"ל מספיקא דאין גובין מיתומים קטנים משום חשש צררי אינו רק מחשש ספק צררי דהא חזינו דמן יתומים גדולים גובין בשטר רק בקטנים חששו ולא גרע מן כל ספק דהדין הוא דמהני תפיסה היכא דהוי כמו טוען על גוף הדבר דהוא ש"ל כיון דא"צ החלטה מן ב"ד.

וכן הוא לשון הש"ס בערכין (נף כ"ב) דאמר רב הונא ברי' דרב יהושע אימר צררי אתפסה דזהו מורה כמש"כ דחז"ל לא חשו רק מספיקא דגם לאחר התקנה לא הוי רק ספק צררי וזהו פשוט.

ונדעתי למש"כ הר"נ לכתובות ריש פ' הנושא על מה דאמרו שם בנותיו אימר צררי אתפיסנהו דזהו כמו ונדאי וכעין זה כתבו התוס' בכתובות (נף ל"ה) ד"ה א"ד כו' מ"מ הקא אין זה רק ספק וקצרותי: וכיון דהטעם הוא בתפס מעות מיתומים קטנים דמהני תפיסתו הוא מטעם דלא גרע מן כל ספק דמהני תפיסה א"כ אם חזרו היתומים ותפסו מן המלנה או בתפס האפטרופוס מן המלנה אז הדין נותן דאין להוציא מן היתומים וכמו בכל ספיקא דדינא ודכרא דממונא וספק בשטר דאם חזר חבירו ותפס מן התופס הראשון דאין מוציאין מן התופס השני וכמש"כ היש"ש לב"ק פ"ב סי' ה' וכן קי"ל לדינא וכמש"כ בכללי תפיסה.

ולפ"ז מתורץ קושיות הקצה"ח במה שנקשה מן הך דסי' פ"ה דכתבו הטוש"ע הקא הטעם כיון שתפס בחיי אביהם דמשמע דלולי תפיסה מחיים לא היה מועיל התפיסה אף בתפס מעות. דיש לומר דהוי נפ"מ רבתי מן הטעם הנה לענגן אם חזרו היתומים ותפסו מן המלנה דאי נימא דלא הוי אלא מצד ספק אז היה מועיל תפיסת היתומים אבל לפי הטעם דהוי תפס בחיי אביהם לא מהני תפיסת היתומים במה שחזרו ותפסו.

דקא פבר זכה המלנה בדין ונדאי ע"י מה דתפס בחיי אביהם וכמש"כ המגיה בט"ז הקא לסעריף ד' דכיון דעיקר תקנתא דאין נזקקין לי"ק הוא חששא קלה מהני הך תפיסה אף שאינו תפיסה גמורה ויהי כמו תפס מחיים ממש ע"ש.

וע"כ ע"י מה דהוי זה כמו תפס מחיים כמו שהוכיח זה מהך דכתובות ע"כ הוי זה כמו דין ונדאי דזכה המלנה ולא מהני תפיסת היתומים משום דכה"ג לא גזרו חז"ל לדון דאין נזקקין ליתומים קטנים ויהי נפ"מ רבתי: ואפתי תקשה לפי זה על עיקר דברי הרמב"ן והר"נ ששהוכיחו להך דינא דמהני בזה מה שתפס בחיי אביהם את החוב שהוא חייב להיתומים.

דראיתם הוא ממה דלא אוקמי בגמ' כתובות (נף ק"י) דמייירי ביתומים קטנים דהיתומים גובין ממנו והוא אינו גובה מהם משום דאין נזקקין ליתומים קטנים וע"ז לא היה קשה מה דהקשו שם בגמ' לסוף דליגבינהו ארעא ליתמי כו' ומזה הוכיחו לדבריהם דכיון דהוי תפס מחיים להחוב שהוא חייב לי"ק דמהני תפיסה זו ובכה"ג לא גזרו חז"ל להתקנה דאין נזקקין לי"ק וכמש"כ השיטה מקובצת שם.

דקא לפי מש"כ לפירוש דעיקר טעמם הוא להורות דזהו דין ברור בלא שום ספיקא כולל דלולי זאת היה הדין נותן דלא מהני הך תפיסה רק משום ספק. א"כ אפתי אין ראיה זו מוכרחת להוכיח דהך תפיסה דמהני הוי זה מצד ונדאי.

דקא אפתי יש לומר דקא דלא אוקמי בגמ' דמייירי בי"ק דזהו משום דקא כיון דהוי תפוס להחוב שחייב להם א"כ אין מוציאין ממנו משום ספק פנ"ל. אבל לעולם י"ל דאין זה מצד ונדאי רק משום ספיקא ונשאר עדיין קושיות הקצה"ח דל"ל להטעם דתפס בחיי אביהם קא בלא"ה מועיל תפיסתו משום דקא במעות מהני תפיסה פנ"ל: ועכ"ז שפיר

פְּתַבְתִּי לְתַרְץ לְקַוְשִׁיּוֹת הַקְצֵה"ח הַנִּלְדָּשְׁפִיר הוֹכִיחוּ הָרְאִשׁוֹנִים הַלְלוּ מִן סוּגְיוֹת הַש"ס הַנִּלְדָּה הַמְהִי תַפְס בְּחַי אַבְיָהֶם לְחֻבּוֹ שְׁחִיב לָהֶם בְּתוֹרַת דִּין וְנִדְאִי וּבְכַה"ג לֹא גָזְרוּ חַז"ל.

מִשׁוֹם דָּאִי נִימָא דְלֹא מְהִי תַפְסוֹתוֹ בְּכַה"ג רַק מִשׁוֹם סְפִיקָא. אֲזִי עֲדִינָן תַּקְשָׁה דְאַפְתִּי הַל"ל לְהַש"ס לְאוֹקְמֵי דְמִינְרֵי הַמְשַׁנָּה דְזָה גּוֹבָה וְזָה גּוֹבָה בֵּיתוּמִים קְטַנִּים דְהֵם גּוֹבִין מִמְּנוּ וְהוּא אֵינוֹ גּוֹבָה מֵהֶם.

דְהָא לְפִי דִינָא דְהַש"ס דְמַטְלִטְלֵי דִינְתָמִי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי אֵינוֹ יָכוֹל לְגַבּוֹת מֵהֶם רַק מִן הַשְׂרַקַע וְכִמּוֹ דְמַקְשָׁה הַש"ס דְלִיגְבִינָהּ אַרְעָא לִינְתָמִי וְהַדְר לִיגְבִי מִינְיָהּ כְּדַר"נ. דְאַפְתִּי תַקְשָׁה דְהוּי מְצִי הַש"ס לְאוֹקְמֵי דְמִינְרֵי הַמְשַׁנָּה בֵּיתוּמִים קְטַנִּים דְהֵם גּוֹבִין מִמְּנוּ וְהוּא אֵינוֹ גּוֹבָה מֵהֶם רַק רְאוּי לְגַבּוֹת מִשׁוֹם דָּאִין גְּזַקְקִין לִי"ק.

וְע"ז לֹא תַקְשָׁה דְלִיגְבִינָהּ אַרְעָא לִינְתָמִי כו'. דְהָא פִּינּוֹן דְיִגְבָהּ לְהִתּוּמִים הַקְטַנִּים אֵת הַשְׂרַקַע אֲזִי אֵינוֹ יָכוֹל לְגַבּוֹת מֵהֶם יוֹתֵר דְהָא אֵין גְּזַקְקִין לִי"ק.

וְזָה הוּי לְהוֹצִיא פִּינּוֹן דְגוּף הַשְׂרַקַע קְנוֹי לָהֶם א"כ אַף יִתְפָּס אַח"ז אֵת גּוּף הַשְׂרַקַע הָא בְּשְׂרַקַע לֹא מְהִי תַפְסָה דְשְׂרַקַע בְּחֻזְקָת בְּעִלְיָ וְלֹא יִהְיֶה מְהִי תַפְסוֹתוֹ לְהַשְׂרַקַע עֲבוּר חוּבוֹ. וְאֲזִי יִהְיֶה אֲתִי שְׂפִיר מַה דְאַמְרוּ זָה גּוֹבָה וְזָה רְאוּי לְגַבּוֹת.

וּמִדְלָא אֹקְמֵי בַש"ס פֶּן שְׂפִיר הוֹכִיחוּ הָרְאִשׁוֹנִים הַלְלוּ דְהַדִּין הוּא בְּכַה"ג דְכִינּוֹן דְהִיָּה תוֹפְס בְּחַי אַבְיָהֶם דְלֹא תַקְנוּ בְּכַה"ג לְהַתְקַנָּה דָּאִין גְּזַקְקִין לִי"ק מִשׁוֹם דְאַף דְזָה הוּי תַפְסָה גְרוּעָה מ"מ מְהִי הַף תַפְסָה לְדַחוֹת לְהַתְקַנָּה קְלָה דָּאִין גְּזַקְקִין לִי"ק וְכִמּוֹ שְׂפַתְב הַמְגִיָּה בַש"ס כְּנ"ל.

וּמוֹכַח דְבְּתוֹרַת דִּין וְנִדְאִי הוּא הַף דִּינָא מַה דְאַמְרוּ דְהִיכָא דְהוּי תַפְס בְּחַי אַבְיָהֶם מְהִי דְלֹא תַקְנוּ בְּכַה"ג לְהַתְקַנָּה דָּאִין גְּזַקְקִין לִי"ק. וְע"כ ה"ה אַף הִיכָא דְהִיכָא תוֹמִים חֲזָרוּ וְתַפְסוּ מְהַמְלָנָה ג"כ מוֹצִיאִין מֵהֶם פִּינּוֹן דְכָבֵר זָכָה הַמְלָנָה בְּמַה שְׁתַּפְס בְּחַי אַבְיָהֶם וְהוּי נַפ"מ רַבְתָּא מַמַּה דְכְּתָבוּ זָה הַטַּעַם וּמִתְנַרְץ עַל נְכוֹן לְקַוְשִׁיּוֹת הַקְצֵה"ח הַנִּלְדָּה: עֲנָף בּוּבְעִיקָר הַסְבָּרָא שְׂפַתְבְּתִי לְעִיל לְהַסְבִּיר דְלָכוֹן לֹא מְהִי תַפְסָה לְמַטְלִטְלֵי שְׁל יְתוּמִים קְטַנִּים אַף דִּישׁ לוֹ שְׂטֵר דְאַף דְמִינְרֵי סַפְק לֹא נַפְיָק מ"מ לֹא מְהִי תַפְסוֹתוֹ מִשׁוֹם דְכִינּוֹן דְלֹא שְׁיִיךְ ב"ח קוֹנָה מְשַׁכּוֹן בְּמַה שְׁתוֹפְס מִן הִיכָא תוֹמִים וְהוּי זָה כְּמוֹ דָּאֵינוֹ טוֹעֵן עַל גּוּף הַדְּבָר דְהוּי שְׁלוֹ וְלֹא מְהִי תַפְסָה בְּכַה"ג.

יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת ע"ז הַפְּלֵל מִן הָא דַח"מ ס' ק"ח סְעִי י"א גְבִי הָא דַא"א מוֹרִישׁ שְׁבוּעָה לְבָנָיו דָּאֵם תַּפְסוּ יוֹרְשֵי הַמְלָנָה אֵין מוֹצִיאִין מִשׁוֹם דְזָה הוּי סְפִיקָא דְדִינָא וְכַדְאַמְרוּ בְּשְׁבוּעוֹת (דַּף מ"ח) דְהָאִי דִינָא דְעֵבֵד כַּר"א עֵבֵד.

וְהָא הָתָם מִינְרֵי בְּיָתְמִי דְלֹא שְׁיִיךְ הָתָם קוֹנָה מְשַׁכּוֹן וְאַפ"ה אָמְרוּ דְמְהִי תַפְסָה הָרִי דְמוֹכַח מְזָה דְלֹא כְּמוֹ שְׂפַתְבְּתִי. וְכֵן יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת מְזָה עַל מַה שְׂפַתְבְּתִי בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק בְּסִי' ד' בְּתַפְסָה בְּדַרְרָא דְמְמוֹנָא עֲנָף ג' וְעֲנָף ד'.

אֲכֹן בְּאַמְתִּי אֵין זָה קְשָׁה דִי"ל בְּזָה ע"פ סְבֵרַת הַתּוֹמִים בְּכָלְלִי תַפְסָה ס"ק פ"ז פ"ח צ' דִּישׁ לְחַלְקֵי דַש"ה בְּהַף דַא"א מוֹרִישׁ שְׁבוּעָה לְבָנָיו דְהַעֲיָקָר הוּא כַר' אֶלְעָזָר וְלִיתָא

לדבר ושמואל רק הואיל ונפק מפומי' דרב ושמואל כו' ולכן אמרו התם הבו דלא לוסוף
עלה דרב ושמואל כו'.

וכ"כ התנאים לסברא זו בכללי תפיסה בס"ק ק"ח עד ס"ק ק"ג ע"ש. ולכן שפיר כתבתי
דלא מהני תפיסה מצד ספק בתופס מטלטלי מיתומים פנין דאינו טוען על גוף הדבר
דהוא ש'לו לפי דלא שייך ביתומים לדון דב"ח קונה משכון ושאי התם בהך דא"א מורי'ש
שבועה פנין דהעיקר לדינא כר"א וכמש"כ התנאים ע"כ מהני התם גם תפיסה גרועה
ארף דלא מהני בכה"ג בשאר דוכתי לענין תפיסה בספיקא דדינא וכפי חילוק שפתב
התנאים הנ"ל: ועפ"ז יש לתרץ גם מה שהקשה הקצה"ח בסי' ק"י ס"ק ג' הנ"ל דהא
לשיטת פמה ראשונים דפירשו להך עובדא דרבא בר שרשום דאכל כבד הפירות ואפ"ה
אמרו דכי גדלי נתמי אישתעי דינא בהדייהו וגם הנה ל' שטר והני כמו תפיסת מעות
ואפ"ה לא מהני תפיסתו א"כ מוכח דלא ס"ל כמש"כ הסמ"ע והש"ך בזה.

אכן לפי מש"כ לפרש טעמם דמהני תפיסת מעות זהו לפי דהוי כמו טוען על גוף הדבר
דהוי ש'לו ומהני זה בספיקא דדינא משא"כ במטלטלי דהוי כמו אינו טוען על גוף הדבר
דהוי ש'לו וכנ"ל.

והנה התם בעובדא דרבא בר שרשום בזמן הש"ס מטלטלי דיתמי לא משתעבדי. ומבואר
בכתובות (דף נ"א) דבע"ח אינו גובה מן יתומים פירות שאינם צריכים לקרקע לפי דכל
העומד לגזוז כגזוז דמי וכמש"כ התוס' שם.

וכמו שהעלה הש"ך בח"מ סי' צ"ה ס"ק ט' ובסי' קט"ו ס"ק י"ח דבע"ח אינו גובה
ממטלטלי דיתמי גם מן פירות דא"צ לקרקע ע"ש. ולפ"ז הך דרבא בר שרשום
מסתמא הנה פירות דא"צ לקרקע והיו גמורים הפירות.

א"כ מן דין הש"ס אין לו שום שעבוד כלל על הפירות רק דיכול לעכב דמי הפירות
שת"י עד שיחזירו לו היתומים את גוף הקרקע שהניח להם אביהם פי רק גוף הקרקע
משועבד להבע"ח. ולכן לא הנה מועיל התפיסה לרבא בר שרשום במה דתפס דמי
הפירות שאכל.

לפי דזה מקרי אין לו טענה על גוף הדבר שתפס רק דיכול לתפסו עבור דבר אחר אם
הנה החוב ברור וכינון דתקנו חז"ל דאינו נזקקין ל"ק והני זה כעין ספק ולכן לא מהני
תפיסה כה"ג בספיקא דדינא או בספק דררא דממונא וכנ"ל.

רק האידנא דגובין ממטלטלי דיתמי ויש גם על מטלטלי דין שעבוד וכמש"כ במק"א.
ועיין בספרי נחל יצחק בסי' ל"ט סי' ב' בשעבודא דאורייתא.

לכן שפיר אמרו דמהני תפיסת מעות האידנא גם מיתומים קטנים משום דזה מקרי טוען
על גופו של דבר והני כמו דנפרע כבד. ומיושב קושיות הקצה"ח הנ"ל.

וגם בלא מש"כ לפרש הטעם הלז על מה דמהני תפיסת מעות. ג"כ יש ליישב בקצרה
לקושיות הקצה"ח מן הך דרבא בר שרשום הנ"ל.

דיש לחלק בפשיטות דדוקא האידנא לאחר תקנת הגאונים דגם מטלטלי דיתמי משתעבדי
אז י"ל דהוי פאלו נפרע כבד וכמש"כ הש"ך בסי' ק"י ס"ק ה'. משא"כ לדין הש"ס

דמטלטלי דיתמי אינו משועבד רק דתופסו עבור גוף הקרקע פנ"ל ע"כ לא שייך לדון בזה לסברת הש"ך דהוי פאלו נפרע פבר וזה ברור.

ואחר פותבי פל זה ראיתי בנתיבות סי' ק"י ס"ק ב' שכתב לתרץ לקושיות הקצה"ח מן הא דרבא בר שרשום הנ"ל ע"פ מה שפתיבתי לעיל לנישב בקצרה לקושיות הקצה"ח הנ"ל. אכן לפי מש"כ מקנדם מתרץ בפשיטות קושיות הקצה"ח הנ"ל: ואף לפי מה דכתב הקצה"ח להוכיח דלא מהני תפיסת מעות מן יתומים קטנים אף דיש לו שטר.

עכ"ז נלע"ד לדון דיש לומר דאין הב"ד יכולים להזדקק ולהוציא המעות מן המלוה. דהא פתב הרמב"ם פ"ו ה' גזלה ה' ט"ז ובש"ע ח"מ סי' ש"ע סעי' ז' דכל מי שיש בידו גזל מדבריהם אינו יוצא מידו בדיינים ונקטו זה לכללא.

ונהו דלא כמש"כ התוס' בשבועות (דף מ"א ע"א) ד"ה ולר' יוסי כו' דלא אמרו פן רק היכא דלא הוי גזל רק מפני דרכי שלום כו' אכן מוהרמב"ם וש"ע הנ"ל מוכח דס"ל פן לכללא בכל גזל מדבריהם.

רק היכא דמצינו בפירוש דאמרו דמוציאין בדיינים בזה נחתין לנכסי' אף בגזל דרבנן אבל היכא דלא מצינו בפירוש פן בזה לא נחתין לנכסיו רק דענשינו לי' וכמבואר בשבועות (דף מ"א).

וכמש"כ מזה בספרי נחל יצחק בסי' ג' בשעבודא דאורייתא ריש סי' ל"ט ע"ש א"כ ה"ה בקמה דתקנו חז"ל דאין נזקקין לי"ק דכיון דמה"ת גובין בשטר אף מיתומים אי נימא שעבודא דאורייתא וגם הא מה"ת גובין אף ממטלטלי דיתמי וכמש"כ הקצה"ח בסי' ל"ט ס"ק א' בשם הרשב"א ע"ש.

אלא דרבנן תקנו דאין נזקקין לי"ק א"כ היכא דהמלוה תפס מעות מהיתומים קטנים אף דנימא כהקצה"ח דגם בכה"ג תקנו להפקנה דאין נזקקין לי"ק עכ"ז הא לא הוי רק כמו פל גזל דרבנן דאין מוציאין בדיינים כ"ז דלא מצינו בפירוש דמוציאין בדיינים.

ע"כ יש לחלק דדוקא בתפס מטלטלי די"ק בזה אמרו דמוציאין בדיינים. משא"כ בתפיסת מעות וכמו שכתבו לחלק בסי' פ"ז סעיף ט' בסמ"ע ס"ק כ"ב ובש"ך ס"ק כ"ד גבי תפס ואינו רוצה לישבע דכתבו בשם הר"ן דתפס מטלטלי מפקינן מינ' משא"כ תפס מעות דאין מוציאין רק דענשינו לי'.

ה"ה י"ל בתפס מעות מיתומים קטנים דאף דנימא דלא מהני התפיסה וכמש"כ הקצה"ח עכ"ז לא הוי נחתין לנכסיו רק דענשינו לי' דהא לא מצינו ה"א בפירוש דהו נחתין לנכסיו בזה. והא דרבא בר שרשום דאמרו דמתין עד שייגדילו י"ל דזה הנה פדי דלא יהנה עובר על דברי חז"ל דענשינו לי' פן י"ל אף לדברי הקצה"ח דהוכיח מן ה"ד דרבא בר שרשום דלא מהני תפיסת מעות מן יתומים קטנים.

ועיין בקצה"ח בסי' פ"ט ס"ק א'. והובא בספרי נחל יצחק בסי' ג' לשעבודא דאורייתא ע"ש: ועפ"ז יש לדון בהוכחות הראשונים דהוכיחו מן הא דכתנבות (דף ק"י) דלא אוקמי הש"ס לתרץ דמירי ביתומים קטנים ומזה הוכיחו דמהני מה דהנה תופס מחיים לענין ה"ד דאין נזקקין לי"ק וכמש"כ לעיל.

דלפי מה שפכתבתי לדון די"ל דאף היכא דלא מהני תפיסה מן י"ק מ"מ לא נחתינו לנכסיו א"כ לפ"ז לא הוי מצי הש"ס לאוקמי להך דזה גובה וזה ראוי לגבות ואין לו דמייירי ביתומים קטנים דא"כ לא שייך בזה לשון זה גובה דהא גובה משמעו דגובין ממנו ומוציין בדיינים ממנו ולפי מש"כ הא לא נחתינו לנכסיו בכה"ג רק ענשינו לי'.

ולפ"ז מתורץ קושיות הראשונים הללו. ועכ"ז נראה דשפיר הוכיחו ואין סתירה מדבריהם למה שפכתבתי.

והוא דהא בזמן הש"ס דמטלטלי דיתמי לא משמעדי ואף מן יתומים גדולים אין גובין אלא דעיקר ההוכחה של הראשונים הללו הנה דאף דמקשי בש"ס דליגבינהו ארעא ליתמי וקדר ליגבי מינייהו דאם הנה מוקי הש"ס ביתומים קטנים לא הנה קשה זה.

א"כ שפיר הוכיחו פן דאם נימא דלא מהני תפיסה בכה"ג א"כ שפיר אתי שפיר לישא דזה גובה וזה ראוי לגבות משום דהא אף דתפס מטלטלי מן יתומים קטנים אמרו דמפקינן כש"כ גוף הקרקע לאסר דמגבי להו דלא שייך כלל תפיסה בקרקע פיון דהקרקע נקנה פבר להיתומים.

והנה אתי שפיר לשון זה גובה וזה ראוי לגבות. ומדלא אוקמי בש"ס פן שפיר הוכיחו הראשונים דמהני מה דהנה תופס מחיים לעגנו זה.

ואין סתירה מדבריהם למה שפכתבתי: ענף ג ולפי מה שפכתבתי יש מקום ליישב עפ"ז לקושיות ר' עקיבא איגר זצ"ל בתשובה סוף סי' קל"א על דברי הר"נ לכתובות פ' מי שהנה נשוי דכי אמרינו לכתובה מפקינן מינה דנקא מטלטלין אבל במעות לא דהוי פאלו נפרעה עכ"ל הר"נ והקשה ע"ז מכתובות (דף צ"ב) ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ומת ראובן נאמא בע"ח דראובן וטרף דינא דאמרי לי' מטלטלי שבק אפוקנו גבד ומטלטלי דיתמי לא משמעדי.

והא במעות מהני תפיסה לאח"מ מכש"כ בתפס החוב שחייב לאבי יתומים. וכן הקשה רע"א בדרוש וחיזוש לכתובות (דף צ"ב).

ובתוס' רעק"א למשניות כתובות פ' י' משנה ד' ונשאר בצע"ג. ובספרי באר יצחק סי' ב' פכתבתי לתרץ קושיא זו ע"ש.

אכן לפי מה שנתבאר בעז"ה יש לתרץ בפשיטות לקושיא חמורה זו. והוא דהא פבר נתבאר בשם הרשב"א דמה"ת אף מטלטלי משמעדי אלא מדרבנן אין גובין ממטלטלי דיתמי.

א"כ בע"ח דתפס מטלטלי דיתמי לא מקרי רק גזל דרבנן. וכבר נתבאר דלפי שיטת הרמב"ם והש"ע ח"מ סי' ש"ע דכל גזל מדבריהם אינו יוצא בדיינים.

רק היכא דמצינו בפירוש דאמרו פן בזה שאני אבל אין למדין פן בשארי דוכתי ומוקמינן על הפלל דגזל דרבנן אינו יוצא בדיינים. והא דמצינו בכתובות (דף פ"ד ודף צ"ו) ובשא"ד דבע"ח דתפס מטלטלי דיתמי מוציין ממנו בדיינים.

יש לומר בזה הטעם דכתב הר"נ בכתובות פ"ט בסוגיא דפוגמת גבי נשבעין ונוטלין דאם תפס מטלטלין ואינו רוצה ליטבע מפקינן מיני' דכיון דגוף החפץ אינו שלו ע"כ במה

שמוציאין המטלטלי ממנו אין זה מקרי נחתינו לנכסיו רק דמחזירין הממון ברשות בעליו ולכן בתפס מעות כתב שם דמהני תפיסתו משום דזה מקרי מוציאין ממנו וכיון דבגזל דרבנן אין מוציאין בדיינים ע"כ מהני שם התפיסה להמעות והובא לדברי הר"נ הג"ל בסי' פ"ז בסמ"ע ס"ק כ"ב ובש"ך ס"ק כ"ד ובאה"ע סי' צ"ו סעיף י"א ובחלקת מחוקק שם ס"ק כ"ה וב"ש שם: ולזה נתפנון הר"נ פאן במש"כ דהא דאמרו לכתובה מפקינן דוקא במטלטלי דמפל מקום מחסרי גוביינא אבל במעות לא שיקרי פבר נפרעה כו'.

דבמטלטלי אף דמה"ת משתעבדי מ"מ אין זה בכלל גזל דרבנן דאמרו אין מוציאין בדיינים משום דאין זה מקרי הוצאות ממון כיון דמחסרי גוביינא. [וכמו בתפס מטלטלי ואינו רוצה לישבע כנ"ל].

אבל תפס מעות כיון דכבר נפרעה דהא מה"ת הוי פמו דנפרעה פבר כיון דמן התורה גם מטלטלי ומעות משתעבדי ומקרי פרעון מן התורה וע"כ הוי זה בכלל פל גזל דרבנן דאינו יוצא בדיינים דזה מקרי נחתינו לנכסיו אם יוציאו מידו ולכן אמרינן בזה דהוי זה בכלל פל גזל מדבריהם דאינו יוצא בדיינים ולכן לא מפקינן מיני'.

וי"ל באמת דגם בתפס מעות עונשינו לי' וכמו בכל גזל דרבנן דעונשינו לי' וכמבואר בשבועות (דף מ"א) ובסי' פ"ב בסמ"ע ס"ק כ"ב ובש"ך ס"ק י"ז ובסי' פ"ז בסמ"ע ס"ק כ"ב ובש"ך ס"ק כ"ד. ואף דכתב הר"נ דבמעות לא מפקינן בקצרה י"ל דכוננתו דלא מפקינן בדיינים אבל עונשינו לי'.

וכן מצינו בטור ח"מ סי' פ"ב סעיף ג' שכתב בתפס המלנה ואינו רוצה לישבע דלא מפקינן מיניה. אף דהדין שם דעונשינו לי' וכמש"כ הש"ך בסי' פ"ב ס"ק י"ז והטור קיצר בזה.

וכן סתם המחבר באה"ע סי' צ"ו סעיף י"א וכתב דבתפס מעות לא מפקינן. אף דהדין שם דעונשינו לי' וכמש"כ החלקת מחוקק שם ס"ק כ"ו.

כן י"ל בכוננת הר"נ דכוננתו דלא מפקינן מיני' בתפס מעות היינו בדיינים אבל עונשינו לי' וכמו בכל גזל דרבנן דלא נחתינו לנכסיו. ולא מיבעיא אי פתובה דאורייתא ואף אי פתובה דרבנן מ"מ כיון דתקנו חז"ל לעיקר חוב פתובה דינו פמו פל חוב דאורייתא גבי זה ושייך שפיר פל מה שנתבאר.

וקצרתני: ולפי זה מתורץ גושיות רע"א מעל הר"נ מהא דכתובות (דף צ"ב) ופסחים (דף ל"א) דאמרו ראובן שפטר שדה באחריות כו' דינא הוא דאתי בני ראובן ואמרי לי' מטלטלי שפק אבהונן גבך ומטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי.

הפנונה הוא דאינו רשאי לעכב המעות ת"י וכמו פל גזל דרבנן דהדין הוא דמחוייב להחזיר להתובע ואף דאין מוציאין בדיינים עכ"ז עונשינו לי' כנ"ל. ולעולם י"ל דגם התם אין ביד היתומים להוציא ממנו בדיינים משום דבתופס מעות לא נחתינו לנכסיו משום דזה מקרי הוצאת ממון דלא עבדינו פל בגזל דרבנן וה"ה בחוב דרבנן.

ושפיר כתב הר"נ דבתפס מעות לא מפקינן היינו דאין מוציאין בדיינים אבל אפתי י"ל דעונשינו לי' וכן מש"כ הר"נ לפרש שם עפ"ז להך דכתובות (דף צ"ג) דאמר רישא בשתי

תפיסות כו' דהפנונה ג"כ לענין דאין מוציאין בדיינים ע"ש: ואף דנתבאר לתרץ קושיות רע"א על הר"נ מהא דכתובות (דף צ"ב).

עכ"ז ראיתי פי עדיין יש להקשות על הר"נ מהא דכתובות (דף ק"י) דאמר רמי ב"ח לתרץ למה דתנו זה גובה וזה גובה דמיירי ביהמי וזה גובה וזה ראוי לגבות ומשמע דזה גובה בב"ד ויורדין לנכסיו.

וקא לפי מש"כ הר"נ דלא מפקינן מיניה בב"ד רק ענשינן ליה וכמש"כ א"כ תקשה דאיהו אמרו זה גובה דמשמע דנחתינן לנכסיו אף על מה שהקשה רע"א מהא דכתובות (דף צ"ב) שפיר יש לתרץ כמש"כ.

אבל מהא דכתובות (דף ק"י) דלא הביא רע"א שם להקשות מזה על הר"נ א"כ אף לפי מה שכתבתי תקשה עדיין על הר"נ מהא דכתובות הנ"ל: ואפשר לומר דרמי ב"ח דמוקי להא דכתובות (דף ק"י) דזה גובה ביהמי.

דס"ל כמאן דאמר בכתובות דף ע"ז) דיש לפרש לשון כופין דזהו כפייה במילי ולא בשוטי וכן ס"ל שם לרב נחמן רק ר' אבא הקשה דבדברים לא יוסר. וכן כתבו התוס' בכתובות (דף ע') בד"ה יוציא ויתן פתובה כו' דהירושלמי ס"ל גם כן דשייך כפייה במילי.

וכמו כן יש לומר דגם לשון גובה יש לפרש אף היכא דאין יורדין לנכסיו רק ענשינן ליה וזהו כש"כ להא מ"ד. וגם הא בכתובות (דף ק"י) שקיל וטרי רב נחמן שם בקושיות הגמ' שם מן זה גובה ע"ש ע"כ שפיר יש לפרש כן בשיטת רמי ב"ח.

ועוד י"ל דרמי ב"ח ס"ל דשעבודא לאו דאורייתא ע"כ אין זה בכלל גזל דרבנן וכמש"כ לעיל דהא גם מקרקעי דיתמי אין גובין מה"ת. וכמו כן יש לפרש להא דרמי ב"ח דכתובות (דף צ"ב) ופסחים (דף ל"א) ואין אנו צריכים למה שכתבתי לעיל בזה.

גם אפשר לומר דרמי ב"ח דמפרש להמשנה דזה גובה ביהמי דס"ל כשיטת עולא דגיטין (דף ל') דמוקי מתניתין דהתם כר' יוסי דס"ל גבי מציאת חרש ועני המנקה בראש זית ומצודות חי' דגיטין (דף נ"ט) דה"ז גזל גמור ויוצא בדיינים וכמו דפי' רש"י בגיטין (דף ל') שם דלהא דר' יוסי נתכונן הש"ס שם ע"ש.

וכיון דסתם משנה דגיטין (דף ל') אגזיל אליבא דר' יוסי לשיטת עולא ע"כ יש לפרש ג"כ להא דזה גובה דמשמע דנחתינן לנכסיו משום דהא משנה ס"ל כר' יוסי דאף גזל דרבנן יוצא בדיינים.

אכן לדינא דקיי"ל כרבנן דר' יוסי דגזל דרבנן אינו יוצא בדיינים שפיר יש לומר כמו שכתבתי בכוננת הר"נ דלא מפקינן בדיינים ממי שתפס מעות יתומים בחובו פנ"ל: וע"פ מה שכתבתי לעיל לפרש למה דאמר רמי ב"ח בכתובות דף ק"י דזה גובה כו' דזה גובה וזה ראוי לגבות ואין לו.

דהפנונה דזה גובה ע"י מה דיענשו להנתבע אבל אין מוציאין הממון ממנו בב"ד דלפ"ז אתי שפיר פשט הלשון דתנו זה ראוי לגבות ואין לו. דבבבא קמא (דף ל"ו) ג"כ אמרו כעין זה דראוי ליטול ואין לו ופי' התוס' שם ראוי ליטול אם תפס כו'.

אָבֵל הָכָא דְדַאף דְהוּי תַפְס מְמוֹן הִיתּוּמִים מ"מ לָא מְהַנִּי תַפְסִיתּוּ א"כ אִינוּ מְדַוּקְדָּק הַלְשׁוֹן דְאָמְרוּ רָאוּי לְגַבּוֹת וְאִין לּוּ פִינּוּ דְלָא יִרְשׁוּ קַרְקַע מִן אַבְיָהֶם. דְהָא רַמִּי ר"ח הֵיזֵה ס"ל דְדַאף דִּיגְבוּ הִיתּוּמִים קַרְקַע ג"כ לָא יִגְבֵּה מְהֵם רַק רַבָּא הַקְּשָׁה לּוּ דְלִיגְבִינְהוּ אַרְעָא לִיתְמִי כו'.

וְעֵינִין בְּתוּמִים סִי ל"ט ס"ק ב'. וְדוּחַק לּוֹמַר דְהַפְּנוּנָה הוּא רָאוּי לְגַבּוֹת אִם הֵיּוּ יוֹרְשִׁים קַרְקַע כו'.

אָכֵן לְפִי מַש"כ א"ש בְּפִשְׁיטוֹת דְהַפְּנוּנָה הוּא רָאוּי לְגַבּוֹת הֵינּוּ דְבִידּוּ לְהַחְזִיק הַמְמוֹן ת"י וְלָא יוֹצִיאוּ מְמַנּוּ ב"ד וְכַדִּין כָּל גְּזֵל דְרַבְּנָן דְלָא מְפָקִינוּ בְּדִינֵינִים. וְאִין לּוּ הֵינּוּ דְהָא יַעֲנִישׁוּ לּוּ הַב"ד פּנ"ל: וְכ"ז פְּתַבְתִּי לִיִּישָׁב קוֹשְׁיוֹת רַע"א מְעַל הַר"נ.

אָכֵן לְדִינָא מְשַׁמַּע מִן כָּל הַפּוֹסְקִים דַּס"ל דְדַאף בְּמַעוֹת לָא מְהַנִּי תַפְסָה מִיתּוּמִים וּמְשַׁמַּע דְדַאף מְפָקִינוּ מִיְגִינָה בְּדִינֵינִים. וְהַטַּעַם הוּא דִּי"ל כְּעֵין מַה שְׁפַתְבְּתִי בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק בְּסִי ג' לְשַׁעֲבוּדָא דְאוּרִייתָא בְּסִי ל"ט בְּשֵׁם הַרְדָּב"ז דְדוּקָא בְּגִזְל וּגְבֵהָ דְלָאוּ אֲדַעֲתִייהוּ דְרַבְּנָן קַעֲבִיד בְּזַה אָמְרוּ דְאִינוּ יוֹצֵא בְּדִינֵינוּ אָבֵל בְּעֵינֵינוּ מְשָׂא וּמַתָּן וְכִיּוֹצֵא שְׂאֵנִי דְדַאף בְּמִילֵי דְרַבְּנָן אָמְרִינוּ דִּיּוֹצֵא בְּדִינֵינוּ ע"ש.

א"כ ה"ה בְּמָה דְתַקְנוּ חז"ל דְאִין נִזְקָקִין לִי"ק י"ל דְדַאף בְּעֵבֵר וְתַפְס מְפָקִינוּ מִיְגִינָה בְּב"ד מְשׁוּם דְבַעַת דְהַלְוָה לְחַבְּרֵי מְסַתְמָא נַחֲתִית לְקַיָּים כָּל מַה דְתַקְנוּ חז"ל בְּזַה וְדִינוּ כְּמוֹ דְאוּרִייתָא לְגַבֵּי זַה.

וְכַש"כ לְפִי מַה שְׁפַתְבַּת הַתּוּמִים בְּסִי ל"ט בְּס"ק ב' דְהַבִּיא שָׁם לְשִׁיטַת הַרְשָׁב"א סוּף קִידוּשִׁין דְכַתְבַּת דְמַה"ת גַּם מְטַלְטְלֵי מְשַׁתְעַבְּדִי. וְכַתְבַּת ע"ז דְלָא כֵן מְשַׁמַּע דַּעַת רֹבַּב הַפּוֹסְקִים כו' ע"ש.

וְכֵן פְּתַבְתִּי מְזַה בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק סִי ב' בְּשַׁעֲבוּדָא דְאוּרִייתָא עֲנָף ח'. וְעֵינִין בְּב"מ (דף קי"ד) וְכִי מֵאַחַר שְׁמַמְשַׁכְּנִין לְמָה מַחְזִירִין כו' וְלָא יַעֲשֶׂה מְטַלְטְלִין אֲצֵל בְּנִי כו' וְקַצְרַתִּי.

וּלְפִי דְבַרֵי הַרְדָּב"ז דְהוּבָא לְעֵיל יֵשׁ לְהַעִיר בְּדַבְּרֵי הַש"ף בַּח"מ סִי ע"ר ס"ק א' בְּמָה שְׁהַבִּיא שָׁם בְּשֵׁם הַמְבִי"ט וְקַצְרַתִּי: נַחְזוֹר לְעֵינֵינוּ דְנִתְבָּאָר דְאִין שׁוּם סְתִירָה עַל דְבַרֵי הַש"ף וְהַרְמ"א דְהַבִּיא לְדִינָא לְדַבְּרֵי ר' יְרוּחֵם דְבַתְּפַס מְעוֹת מְהַנִּי אַף בְּתַפְס מִן יְתוּמִים קַטְנִים וְאִין לְנוּ שׁוּם חוֹלֵק עֲלֵיהֶם כָּלֵל.

וּבְמָה שְׁפַתְבְּתִי לְעֵיל דִּישׁ לְדוֹן עֲדִינִין דְאִם חֲזָרוּ הִיתּוּמִים וְתַפְסוּ הַמְעוֹת הֵיזֵה מוֹעִיל הַתַּפְּסָה שְׁלֵהֶם דְאִין מוֹצִיאִין מְהֵם וְכַמְש"כ לְעֵיל. דִּישׁ לְהַעִיר ע"ז מִן הַר"נ שְׁבַת ר"פ שׁוֹאֵל שְׁכַתְבַּת בְּהָא דְאָמְרוּ שָׁם הַלְוֹאת יו"ט דַּס"ל לַר"י דְלָא נִיתְנָה לִיתְבַּע דְאִם תַּפְס מְלִנְה לְזוּזֵי וְהַדַּר הַלְוָה וְתַפְס מִיְגִינָה דְמְפָקִינוּ מִיְגִינָה דְהַלְוָה כו' וְכַעֲיִן זַה הוּא בְּחַדוּשֵׁי רַשָּׁב"א לְשְׁבַת שָׁם.

אָבֵל בְּאַמַּת יֵשׁ לְחַלֵּק בֵּין נִידוֹן הַדְּ שְׁבַת וּבֵין הַדְּ דְאִין נִזְקָקִין לִי"ק. דְהָא חֲזִינוּ דְשָׁם בְּהַדְּ דְהַלְוֹאת יו"ט דְכַתְבוּ הַר"נ וְהַרְשָׁב"א דְמוֹכַח בְּגַמ' שָׁם דְאִם תַּפְס מְלִנְה לְמְטַלְטְלֵי שְׁל הַלְוָה דְלָא מְפָקִינוּ מִיְגִינָה אַף אִם הַדַּר הַלְוָה וְתַפְס מְהַנִּי תַפְסִיתּוּ לְמְטַלְטְלֵי וְאִלוּ הָכָא

בְּהַדָּר דָּאִין גִּזְקִין לִי"ק פִּסְקוּ כָּל הָרֵאשׁוּנִים דְּלֵא מְהַנִּי תְּפִיסַת הַמְּלִנָּה לְמַטְלָטְלִי אַף דִּישׁ לֹא שְׁטַר וּמוֹצִיאִין מִהַמְּלִנָּה.

וְע"כ מוֹכַח דָּאִין לְדַמּוּת אוֹתָן לְהַדְּדִי מְשׁוּם דְּשִׂאנִי הֵד דָּאִין גִּזְקִין לִי"ק דָּאִין זֶה מְשׁוּם קִנְסָא רַק מְשׁוּם חֲשֵׁשׁ צָרְרִי לְכֹן פְּתַבּוּ פְּאֹן דְּמוֹצִיאִין מִן הַמְּלִנָּה הַמְּטַלְטְלִי. וְכִמּוֹ כֹן יִשׁ לְחַלֵּק בִּינֵיהֶם בְּתַפְּיִסַת מְעוֹת וְשִׁפְּיר פְּתַבְתִּי.

וּבְאַמַּת לְכַאוּרָה הֵיזָה מְקוּם לֹמַר לְפִי דְּבָרֵי הַר"ן לְשִׁבְתָּ שֵׁם דְּכַתְּבִי דְּמִן הַלְּשׁוֹן דְּלֵא גִיְתָנָה לִיְתַבַּע דְּאָמְרוּ דְּמִשְׁמַעוּ בַב"ד אֲבָל אִם תְּפִיסַת מְטַלְטְלִי תְּפִיס. א"כ ה"ה הֵכָא בְּמַה דְּאָמְרוּ אִין גִּזְקִין לִי"ק דְּמִשְׁמַעוּ דָּאִין הַב"ד גִּזְקִין אֲבָל אִם תְּפִיסַת לְמַטְלָטְלִי תְּפִיס.

וְנָהוּ סִיּוּעַ לְשִׁיטַת הַב"ח שֶׁהוּבָא בְּסִי' ק"ו בְּשִׁי' ס"ק ה' ע"ש. אֲכֹן הָעֵינְקָר לְדִינָא כְּמוֹ שִׁפְתַּב הַשִּׁי' שֵׁם לְהַשִּׁיג עַל הַב"ח וְע"כ מוֹכַח דְּמַחְלִקִין בִּינֵיהֶם.

אֲכֹן בְּתַפְּיִסַת מְעוֹת שִׂאנִי וְכַמְש"כ: וְלְכַאוּרָה יִשׁ לְהַעִיר לְפִי דְּבָרֵי הַפּוֹסְקִים דַּס"ל בְּהַדָּר דָּאִין גִּזְקִין לִיתוּמִים קְטַנִּים דְּאִם תְּפִיסַת הַמְּלִנָּה מְעוֹת מְהַנִּי תְּפִיסַתוֹ דַּלְפ"ז יִשׁ לְהַקְשׁוֹת בְּהַדָּר דְּעַרְכִין (דָּף כ"ב) דְּשִׁקִּיל וְטָרִי הַש"ס שֵׁם מֵאִי אִיפָא בֵּין הַמ"ד דְּפִלְגִי אִם מְשׁוּם צָרְרִי אוֹ מְשׁוּם דִּיתְמִי קְטַנִּים לֹא בְּנִי מְיַעְבַּד מְצָנָה גִיְהוּ וְאָמְרוּ דְּאִיפָא בִּינֵיהוּ בְּשִׁחְזִיב מוֹדָה כו'.

וְהָא ה"מ לֹמַר דְּאִיפָא בִּינֵיהוּ אִם תְּפִיסַת הַמְּלִנָּה לְמַטְלָטְלִי דִּיתְמִי דָּאִי גִימָא מְשׁוּם צָרְרִי מְהַנִּי תְּפִיסַתוֹ וְאִי מְשׁוּם דִּי"ק לֹא בְּנִי מְיַעְבַּד מְצָנָה לֹא מְהַנִּי תְּפִיסַתוֹ. אֲבָל בְּאַמַּת אִין זֶה קָשָׁה כָּלֵל דְּהָא בְּזִמְן הַש"ס דְּמַטְלָטְלִי דִּיתְמִי לֹא מְשַׁתְּעַבְּדִי לֹא מְהַנִּי תְּפִיסַת מְעוֹת כָּלֵל לַכ"ע וְאָף לְפִי שִׁיטַת הַר"ן בְּכַתְּוֹבוֹת פ' י"א דְּבַמְעוֹת מְהַנִּי תְּפִיסָה מִן יְתוּמִים אַף מְדִינָא דְּהַש"ס.

עַכ"ז הָא כְּבָר הָעֵלִיתִי בְּסַפְרֵי בָּאָר יִצְחָק ח' ח"מ ס' ב' דְּכִנּוּנַת הַר"ן הַגָּ' לְהוּא רַק מְטַעַם מְצָנָה עַל הַיּוֹרְשִׁין לְפָרוּעַ חוֹב אֲבִיָּהֶם ע"ש. א"כ לַפ"ז לֹא מְהַנִּי תְּפִיסַת מְעוֹת מִן יְתוּמִים קְטַנִּים לְדִינָא דְּהַש"ס לַכ"ע.

וְכֹן לְפִי מַה שִׁפְתַּב הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' ק"י ס"ק ב' דְּאָף לְדַעַת הַר"ן הַגָּ' לֹא מְהַנִּי תְּפִיסַת מְעוֹת רַק בְּכַתְּוֹבָה אֲבָל בְּבַע"ח מוֹדָה הַר"ן דְּלֵא מְהַנִּי תְּפִיסָה אַף מְעוֹת ע"ש. לְכֹן לֹא שִׁי' לְדוֹן הֵד גְּפִקוּתָא כָּלֵל בְּזִמְן הַש"ס.

וְגַם הָא פְּתַבּוּ הַתּוֹס' בַּב"ב (דָּף ה' ע"ב) בַּד"ה וְאִפְּלוּ מִיְתְּמִי כו' דָּאִין הֶכְרַח לְהוֹכִיחַ מִן מַה דְּלֵא אָמְרוּ בְּעַרְכִין שֵׁם אִיפָא בִּינֵיהוּ עוֹד כו' ע"ש. אַף בּוּזָה"ז דְּמַטְלָטְלִי מְשַׁתְּעַבְּדִי שִׁפְּיר פְּתַבּוּ הַפּוֹסְקִים דְּמְהַנִּי תְּפִיסַת מְעוֹת מִן יְתוּמִים קְטַנִּים כַּנ"ל: וְנִתְּבָאָר לְדִינָא דְּבַתְּפִסַת מְעוֹת מִן יְתוּמִים קְטַנִּים נַחַח"מ דְּבִישׁ לְהַמְּלִנָּה שְׁטַר דְּמְהַנִּי תְּפִיסַתוֹ אֲכֹן אִם חֲזָרוּ הַיְתוּמִים וְתְּפִסּוּ לְהַמְּעוֹת אִין מוֹצִיאִין מִהֶם: סִימָן פּו א בְּעַנְיָן שֶׁעֲבוּדָא דַּר"ן.

וְהַקְשׁוּ הָרֵאשׁוּנִים דַּל"ל קָרָא עַל שְׁדַר"ן תְּיַפּוֹק לִיָּה דְּהָא כָּל מַה דָּאִית לִיָּה מְשׁוֹנְעַבְּד לְבַע"ח בְּתוֹרַת שֶׁעֲבוּדָא דְּאוּרִיָּתָא וְהוּבָא זֶה בְּקַצָּה"ח רִישׁ ס' פ"ו: וְלַפְעַנ"ד גִּרְאָה דַּנְפ"מ רַבְתִּי מְהָא דְּשְׁדַר"ן לְגַבִּי הָא דְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף נ"ט) דְּקוֹנָם מְפִקִיעַ מְשַׁעְבּוּד.

והקשו התוס' והרא"ש שם דא"כ פל בע"ח יפקיע ע"י קונם ותי' דאלמוה רבנן לשעבוד דבע"ח משום נעילת דלת ויש חולקין וס"ל דחל הקונם אלא דכופין ליה להיות מיתשל אנדריה וכמש"כ הר"נ והנ"י והובא כ"ז בסי' קי"ז סעיף ז'.

א"כ נפ"מ משדר"נ לענין אם הלנה אסר נכסיו על המלנה בקונם דמה"ת הקונם מפקיע משעבוד לכ"ע. אבל מצד שדר"נ דשונן' התורה להלנה השני פאלו הוא בע"ד של המלנה הא' והני פאלו הלנה לו והוא המלנה האמיתי מצד דגזרה התורה ונתן לאשר אשם לו וכמש"כ הקצה"ח בזה.

ע"כ ונדאי לא מהני קונם של הלנה הראשון להפקיע מהמלנה הב' וגובה מהלנה הב' דהוי בע"ד שלו ממש. דדוקא מידי שעבוד מצי להפקיע ע"י קונם.

אבל לא ממה ששייך לו בתורת שלו ממש דהוי בע"ד שלו פנ"ל. וכן י"ל לפ"ז במה דקיי"ל ב"ח קונה משכון ועיין בסי' ע"ב.

דהוי ג"כ נפ"מ לענין דאם אסר הלנה נכסיו בקונם על המלנה דכיון דקונה משכון לא מהני קונם של הלנה להפקיע זכות של המלנה דזיכה לו התורה: ובאמת יש להעיר עפ"ז בהא דב"מ (דף קי"ד ע"ב) דאר"מ מאחר שמתזירין למה ממשפנין שלא תהא שביעית משמטתו ולא יעשה מטלטלי אצל בניו.

והא יכול לומר נפ"מ לענין דלא חל הקונם של הלנה משום דקונה משכון פנ"ל. ואפשר לומר דהא לשיטת התוס' והרא"ש דס"ל דמדרבנן לא חל הקונם דאלמוה לשעבוד הבע"ח.

ע"כ מצי יותר לאשכוחי נפ"מ לענין הנוהג בזה"ז ג"כ. ובזה נדחה מה שכתבתי במק"א להוכיח מסוגיא זו דאף מה"ת מטלטלי לא משתעבדי דאל"כ תקשה דאיך קאמר הנפ"מ לענין שלא יעשה מטלטלי אצל בניו הא מה"ת אף מטלטלי משתעבדי.

אבל באמת הא שיטת הרשב"א לקדושין בסופו דמה"ת אף מטלטלי משתעבדי והובא בקצה"ח ריש סי' ל"ט. וי"ל דהש"ס קאמר להך נפ"מ לשלא יעשה מטלטלי אצל בניו דזהו נוהג בזה"ז דתקנו רבנן דמטלטלי לא משתעבדי.

ובזמן התורה דהיה ממשפן אף דמתזיר י"ל דהוי תועלת לענין שלא תהא שביעית משמטתו והוי חזא מהנה דנקט: אף לפמש"כ התנאים בסי' קי"ז ס"ק י"ב דמטלטלי לכ"ע חל הקונם שלו להפקיע דלאו בני שעבוד נינהו פלל ולא שייך בזה לומר דאלמוה רבנן לשעבוד דב"ח כמש"כ התוס' ע"ש.

א"כ נדחה מש"כ. א"כ אף לשיטת התוס' והרא"ש ה"מ לומר נפ"מ לענין דלא חל הקונם שלו דאם לא היה קונה לו בתורת ב"ח קונה משכון היה חל הקונם שלו לכ"ע אף בזה"ז: אכן באמת ה"מ הש"ס לאשכוחי כמה נפ"מ לענין מה דמשפן לו רק י"ל דהש"ס חזא מינייהו נקט וכעין מש"כ התוס' שם ד"ה למה ממשפנין כו' הקשה הר"ר אלחנן כו' ומ"מ לא רצה הגמ' לתרץ פן פשאומר למה ממשפנין דעדיפא מינה משני ליה עכ"ל ע"ש.

וקצרתי בכ"ז. ועיין במקנה לקידושין (דף י"ג) ד"ה ריו"ח ור"ל דאמרי תרנוייהו כו': ועל פל זה י"ל דשפיר הקשו הראשונים הנ"ל.

דְּהָא בַּמִּשְׁכָּה דַּנְפִּי לְעֵינֵי קוֹנָם י"ל בְּזֵה דְּהָא אֵין חָל הַקּוֹנָם עַל דְּבַר דְּאֵינוּ בְּעוֹלָם לְאַסְרוֹר
עַל חֲבִירוֹ. כְּמַבְּנֵי בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף נ"ט) וּבְהִגָּהוֹת אֲשֶׁרֵי שָׁם וְהוּבָא בְּשֵׁי"ף יו"ד סי' ר"ד
ס"ק ט'.

א"כ פִּינּוֹן דְּקִי"ל דְּמַלְנָה מְקַרֵי אֵינוּ בְּרִשְׁוֹתוֹ וּמַה"ט אֵינוּ בְּהַקְנָאָה וּכְמַש"כ הַתּוֹס' בַּב"ב
(דָּף ע"ז) וּבְמַלְחָמוֹת לַב"ק ר"פ שׁוֹר שְׁנַגַּח וּבְכָל הַפּוֹסְקִים וְהוּבָא בַּקְצָה"ח סי' רי"א
ס"ק ה'. לְכֵן אֵינוּ חָל הַקּוֹנָם שָׁל הַלְנָה בְּלֵאוּ הָכִי לְכֵן שְׁפִיר הַקָּשׁוּ הֶרְאִשׁוּנִים הַנִּל'.

וְעַכ"ז יֵישׁ לֹאמֵר דְּשְׁפִיר פְּתַבְתִּי דְּהָא פְּתַבְתִּי בְּמַקּוֹם אַחַר לְבָאָר עַל גְּכוּן שִׁיטַת הֶרְמַב"ם
וְהַתּוֹס' דְּקִידוּשֵׁין (דָּף ס"ג) דְּסְבִירָא לִיָּה דְּקַנְוִשַׁת הַגּוֹף חָל עַל דְּבַר שְׁלֵא בָּא לְעוֹלָם.
וּכְמוֹ שְׁנַתְבָּאָר כ"ז בְּאַרְנֹכָה בְּחִידוּשֵׁי לְעֵיל בְּקוֹנְטְרַס אַחַד בְּתַפְסָה בְּדַרְרָא דְּמַמוֹנָא וּכְמוֹ
שְׁפַתְבְּתִי בְּסַפְרֵי בְּאָר יִצְחָק ח' יו"ד סי' כ"ד.

לְכֵן אֲתִי שְׁפִיר לְכָל מַה שְׁפַתְבְּתִי לְעֵיל דַּנְפִּי לְעֵינֵי אִם אֲסַרְן הַלְנָה בְּקוֹנָם עַל הַמְלָנָה
מִשׁוּם דְּחָל הַקּוֹנָם דְּהוּי פְּקַנְוִשַׁת הַגּוֹף דְּחָל עַל דְּבַר שְׁלֵא בָּא לְעוֹלָם וְאֵין לְהַאֲרִיף יוֹתֵר:
נְסַתְפַקְתִּי בְּדִינָא דַר' נָתַן דְּקִי"ל מוֹצִיאֵין מִזֵּה וְנוֹתְנִין לְזֵה אִם רְאוּבֵן חֵיב לְכַמָּה בַּע"ח
וּבָא בַּע"ח אַחַד שָׁל רְאוּבֵן וְתַפְס מְלוּי אִם מְהַנִּי תַפְסִיתוֹ כְּמוֹ בַּע"ח עֲצָמוֹ דְּקִי"ל בַּסִּי
ק"ד דְּמַהַנִּי תַפְסִיָּה הֵן בְּמַטְלָטְלֵי וְהֵן בְּקַרְקָעוֹת בְּלָנָה וְלָנָה וְכַתּוּב לְכָל אַחַד וְאַחַד דְּאִקְנִי
אוּ בְּשִׁטְרוֹת יוֹצְאִים בְּיוֹם א'.

אוּ דְלָא מְהַנִּי תַפְסִיָּה מִשׁוּם דִּישׁ חִילוּק בֵּין בַּע"ח בְּעֲצָמוֹ לַבַּע"ח הַב' שְׁאֵינוּ חֵיב כִּי אִם
מִדַּר' נָתַן וְלֹא מְצִיאֵי לְהַפּוֹסְקִים שְׁהַעִירוֹ בְּזֵה: עֲנָף א הַנָּה בְּשֵׁי"ף חוֹשֵׁן מִשְׁפָּט סי' קכ"ה
ס"ק כ"ג פְּתַב בְּשֵׁם הַב"ח לְהַקְשׁוֹת מֵאֵי נ"מ הֵלֵא פִּינּוֹן דְּמוֹדָה מְלָנָה שְׁחֵיב לְשַׁלִּיחַ
וְהַמְשַׁלַּח מְחַוֵּיב לְהַחֲזִירָם לְשַׁלִּיחַ דְּאֵין לוֹ גְּכִסִּים אַחֲרִים אֲפוּכִי מִטְרַתָּא ל"ל.

וְתִרְצֵן דַּנְפִּי אִם חֵיב הַמְלָנָה גַּם לְאַחֲרִים דְּכִינּוֹן דְּלָא זָכָה בְּהֵם הַשְּׁלִיחַ כְּאֵלוֹ לֹא יֵצֵא מִיַּד
הַלְנָה כּו' א"כ כָּל בַּע"ח חוֹלְקִין בְּחֹב זֵה אֲבָל לְסְבָרָא רִאשׁוֹנָה כְּבָר זָכָה בְּהֵם הַשְּׁלִיחַ
וְאֵין לְשַׁאֲרֵי בַּע"ח שׁוּם זְכוּת בְּהֵם עַכ"ל.

וְלֹא יִרְדְּתִי לְסוּף דְּעַתּוֹ דְּהָא טַעַם סְבָרָא הֶרְאִשׁוּנָה הוּא שְׁמַשְׁלַח אוֹמֵר לוֹ אַף אִם הִנֵּה
עַדִּין בְּיָדוֹ הִי מוֹצִיאֵין מִמֶּנּוּ מִדַּר' נָתַן א"כ כְּשֵׁיִשׁ גַּם בַּע"ח אַחֲרִים הִיוּ מוֹצִיאֵין מִמֶּנּוּ
מִדַּר' נ"א א"כ אֲמַאי לֹא יֵהֵא לַבַּע"ח שׁוּם זְכוּת בְּהֵם כּו' עַכ"ל.

אַלְמָא דְּשִׁיטַת הַב"ח דְּאֵינוּ מוֹעִיל תַּפְסִיָּה בַּדַּר' נ"כ כְּמַש"כ הַנְּתִיבוֹת שָׁם לְהַסְבִּיר זֵה. ע"כ
אִם גִּימָא דְּלֹא יֵצֵא מִיַּד הַלְנָה א"כ כָּל בַּע"ח חוֹלְקִין בְּחֹב זֵה.

מִשָּׂא"כ אִם גִּימָא דְּזָכָה בְּהֵם הַמְלָנָה ע"י הַשְּׁלִיחַ א"כ כְּבָר נִקְנָה הַמְעוֹת לְהַמְלָנָה. ע"כ
מְהַנִּי תַפְסִיָּה כְּמוֹ בְּכָל מַטְלָטְלֵי דְּמוֹעִיל תַּפְסִיָּת בַּע"ח א'.

וְהַשֵּׁי"ף הַשִּׁיג עָלָיו מִשׁוּם דְּאֵין אִם זָכָה בְּהֵם הַמְלָנָה ע"י הַשְּׁלִיחַ ג"כ אֵינוּ מוֹעִיל תַּפְסִיָּה.
מִשׁוּם דְּאֵינוּ יְכוּל לְזַכּוֹת כָּל הַחֹב לְאַחַד מִשׁוּם דְּמִשְׁוֹעָבֵד לְכָל הַבַּע"ח בְּשׁוֹנָה וְלֹא מְהַנִּי
הַפְּרַעוֹן לֹא'.

כּמבּוּאָר בּסי' פ"ו דְשַׁעְבוּד דר"נ אַם עֵבֶר וּפְרַע לְהַמְלִיחַ שְׁלוֹ חֲזִיב לְשַׁלֵּם לְמַלְחָה שְׁנֵי דְלָא אָפְטֵר מִדְר"נ. וְהוּ"ה אַם קָדָם וּפְרַע לְבַע"ח א' שֶׁל מַלְחָה שְׁלוֹ פִּינּוֹן דְנִתְחַזֵּיב לְכוּלָם לְפִי עֵרְףֵי א"כ הָוֵי כְּמוֹ שְׁפָרַע לְאִישׁ אַחַר עַל הַיְתָרוֹן מְכַפֵּי עֵרְכוּ הַמַּגִּיעַ לוֹ.

וְנִישׁ לִינִישׁב שֵׁיטַת הַב"ח דְהָא מְבֹאָר בְּסִי' פ"ו בְּש"ף ס"ק י"ד דְאָם קָדָם וּפְרַע לְמַלְחָה וְלֹא הָיָה יוֹדֵעַ שְׁחֲזִיב לְאַחֲרִים אוֹ לֹא הָיָה יוֹדֵעַ שְׁאִין לוֹ נְכֻסִים מְהֵנִי הַפְּרַעוֹן שְׁלוֹ לְהַפְּטֹר מִדְר"נ. א"כ שְׁפִיר כְּתִב הַב"ח הָאֵי נ"מ הֵיכָא דְלָא יָדַע שְׁיִישׁ לוֹ בַּע"ח אַחֲרִים.

א"כ אֵי נִימָא דְזָכָה בְּהֵם הַמְלִיחַ שְׁפִיר מְהֵנִי תְּפִיסְתּוֹ שֶׁל הַשְּׁלִיחַ לְעַצְמוֹ דְהָוֵי כְּמוֹ שְׁתּוֹפֵס נְכֻסֵי לְחָה שְׁלוֹ דְהָא הַלְחָה שְׁשַׁלַּח הַמַּעֲוֹת נְפֹטֵר מִדְר"נ ע"י פְּרַעוֹן שְׁלוֹ ע"י הַשְּׁלִיחַ פִּינּוֹן דְלָא יָדַע מִבַּע"ח אַחֲרִים וְשְׁפִיר כְּתִב הַב"ח לְהָאֵי נ"מ.

דְלִדְעָה קְמִינְתָא אֵין לְשַׁאֲרֵי בַע"ח זְכוּת בְּהֵם דְאַף דְעַכְשָׁיו נּוֹדַע לוֹ מִבַּע"ח אַחֲרִים מ"מ פִּינּוֹן דְבַעַת דְזוּנְפָה הַמַּעֲוֹת לְהַמְלִיחַ לֹא הָיָה יוֹדֵעַ מְהֵם ע"כ נְפֹטֵר כְּבָר מְהֵם וְאֲתֵי שְׁפִיר דְבָרֵי הַב"ח. עכ"פ מְבֹאָר שֵׁיטַת הַב"ח וְהַש"ף דְתְּפִיסָה לֹא מְהֵנִי בְּשַׁעְבוּד דְר"נ כִּי נִשְׁתַּעְבְּד לְכ"א לְפִי עֵרְףֵי: וְלַעֲנֵד נִרְאָה לְהוֹכִיחַ הַיְפָף דַּעַת הַב"ח וְהַש"ף הַנ"ל דְהָא בַח"מ סִי' קי"א סְעִיף כ"ג מְבֹאָר אַם הָיָה לְחָה שְׁנֵי מְלוּיִם שְׁהִלוּ לוֹ וּבָאִים כ"א לְגַבּוּת מִבַּע"ח שְׁלוֹ.

אַם הַלְחָה הַלְחָה לְבַע"ח בְּשַׁטֵּר לְאַחַר שְׁלֹחַ מְשַׁנְיָהֶם יַחְלוּקוּ וְאִם תְּפִיס אֶחָד מְהֵם זָכָה בְּתְּפִיסְתּוֹ כו'. הָרִי מְבֹאָר לְהַדְיָא דְגַם בְּדְר"נ מוֹעִיל תְּפִיסַת הָא' וְכֵן כְּתִב הַבַּע"ח וְהַטּוֹר שָׁם.

א"כ תְּמוּזָה מְאוּד דְבָרֵי הַש"ף וְהַב"ח שְׁפָתְבוּ דְבְדָר"נ אֵינּוּ מוֹעִיל תְּפִיסָה. וְכִדִּי שְׁלֹא יְהֵא דְבָרֵיהֶם תְּמוּזָהִים רְאִיתִי לְתַרְץ דְבָרֵיהֶם.

וְהוּא דְנִלְע"ד לְהַסְבִּיר דְבָרֵיהֶם דְלִכְּוֹן אֵינּוּ מוֹעִיל תְּפִיסָה בְּדְר"נ. מְשׁוּם דְהַרְשָׁבֵי א"א בְּסוּף קְדוּשִׁין כְּתִב לְהַקְשׁוֹת דְאַמְאֵי צָרִיף קְרָא וְנִתְּן לְאַשְׁרֵי אֲשֵׁם לוֹ עַל דִּינָא דְר' נִתְּן וְכֵן רַבְּנָן דְר' נִתְּן אַמְאֵי פְּלִיגֵי עָלְיוּ הָא כָּל מַה שְׁיִישׁ לְחָה נְכֻסִים מְשׁוֹעְבָּדִים לְהַמְלִיחַ א"כ מִמִּילָא הוּ"ה נְכֻסִים הַמְשׁוֹעְבָּדִים גַּם כֵּן מְשׁוֹעְבָּדִים הֵמָּה לְמַלְחָה שְׁלוֹ כְּדִקְיִי"ל שַׁעְבוּדָא דְאוּרְיִינְתָא.

וְתִרְץ דְאֵין שַׁעְבוּד חָל כִּי אַם עַל נְכֻסֵי לְחָה מְמַשׁ הָא בְּנְכֻסִים שְׁנִשְׁתַּעְבְּדוּ לְחָה שְׁאִין גּוּפָן מְמוֹן לֹא. וְכִדִּין מְכָר וְהַקְדָּשׁ שְׁאִין אָדָם מוֹכֵר מְלִיחָה שְׁיִישׁ לוֹ בְּיַד אַחֲרִים וּמְכִירַת שְׁטָרוֹת וּמַעֲמ"ש הַלְכָתָא בְּלֹא טַעְמָא כו' עכ"ל וְהוּבָא בַקְצָה"ח רִישׁ סִי' פ"ו.

וְכִתְּבֵי שֶׁם דְזָהוּ נְכוּן לְשֵׁיטַת הַרְשָׁבֵי א"א דְשַׁטְרוֹת לֹא בְּנֵי גּוּבְיִינָא אַבְּל לְהַחְלוּקִים דְשַׁטְרוֹת בְּנֵי גּוּבְיִינָא לִיכָא לְמִימַר כֵּן ע"ש. וְעִינֵן בְּש"ף סִי' ק"א ס"ק ג': וְלַעֲנֵד נִרְאָה פְּשוּט דְלִכ"ע אֲתֵי שְׁפִיר תְּיָרוּצוֹ שֶׁל הַרְשָׁבֵי א"א הַנ"ל דְאַף לְהַסּוּבְרִים דְשַׁטְרוֹת בְּנֵי גּוּבְיִינָא נִינְהוּ.

עכ"ז מוֹדוֹ דְלָא חָל שַׁעְבוּד עָלֵיהֶם פִּינּוֹן דְאֵין גּוּפָן מְמוֹן וְעַל מַה שְׁאִין גּוּפָן מְמוֹן לֹא חָל הַשַּׁעְבוּד כְּדָאֵמַר בְּב"ק (דָּף פ"ט) דְטוֹבֵת הַנְּאָה מְיָלִי נִינְהוּ וּמְיָלִי לֹא מְשַׁתַּעְבְּדִי. וְהָא דְשַׁטְרוֹת בְּנֵי גּוּבְיִינָא נִינְהוּ לְכ"פ הִינְנוּ דְזָה דוּמָה לְמַטְלְטְלֵי דְאֵין חָל עָלֵיהֶם שַׁעְבוּד וְעכ"ז מְחַמַּת פְּרִיעַת בַּע"ח מְצָנָה יוֹרְדִין ב"ד לְהַמְטְלְטְלִין לְהַגְבּוֹתוֹן לְמַלְחָה כְּדִי שְׁיִקְיִים

הלנה למצנה דפריעת בע"ח כמש"כ הרמב"ן פן אף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא והובא בקצה"ח ריש סי' ל"ט.

ע"כ ה"ה בפטרות אף דלא משתעבדי עכ"ז ב"ד יורדין להגבותן ולהחליטן למלנה. אבל ז"א רק ע"י קנני דב"ד מקנין להמלנה את השטר בכתיבה ומסירה אחר דתקנו חז"ל דשטרות נקני בכ"מ כמש"כ הקצה"ח סי' ק"א ס"ק ב'.

ומהאי טעמא בחובות בע"פ דלא שייך מעמ"ש בע"כ דלנה לא שייך לומר דבני גונבינא המה דהא לאו בני קנני המה כמש"כ הקצה"ח שם ובלא קנני אינם יכולים ב"ד לירד לנכסי הלנה שני דמצי למימר לאו בע"ד דידי אף כמש"כ הרשב"א בקדושין (דף ט"ו) דמה"ט פליגי רבנן על ר"נ משום דמצי למימר לאו בע"ד דידי אף.

והסוברים שטרות לאו בני גונבינא נינהו ס"ל לחלק דשאני מטלטלי דהמה נכסי הלנה לכן יורדין ב"ד להם להקנותן למלנה משום מצות פריעת בע"ח. משא"כ לירד לנכסי הלנה השני לא שייך זה דמצי למימר לאו בע"ד דידי אף.

ולהקנות השט"ח פנין דאין גופן ממון אינם יכולים ב"ד להקנותן בע"כ של לנה כמש"כ הר"נ סוף פתובות דכל שאין גופן ממון אין ב"ד מגבין לו. וע"כ צריכין אנו לקרא ונתן לאשר אשם לו דמפיק ר"נ מני' דמוציאין מזה ונותנין לזה.

אף בלא הקנאת שט"ח בכ"מ או בחוב בע"פ פנ"ל. וגם גוף הקנאת מעמ"ש הוא רק מדרבנן.

משום דגופו של השני משתעבד להראשון. וזהו שיטת הש"ך סוף סי' פ"ה כמש"כ הקצה"ח שם ס"ק ה' ובריש סי' פ"ו.

וגם להסוברים דשטרות משתעבדי באגב כדקיי"ל כמש"כ הש"ך סי' ס"ו ס"ק כ"ז. ז"א רק משום דשיעבדו בפירוש וגם ז"א רק מדרבנן כמו פל אגב קרקע דס"ל לכמה פוסקים דאינו רק מדרבנן.

ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ד' ענף ב'. ובלא"ה פל מכירת שטרות אינו רק מדרבנן לכמה פוסקים.

אבל בלא שיעבדו בפירוש לא משתעבדי כמש"כ הרשב"א דמילי לא משתעבדי ע"כ שפיר צריכין אנו לדר"נ וא"ש דברי הרשב"א בפשיטות. וכ"ז הם דברים פשוטים רק הוצרכתי להאריך במה דשייך לעניינינו: ונלפענ"ד דכן הוא שי' הט"ז באה"ע סי' צ"ו והובא בב"ש שם ס"ק כ"א שכתב שם דבר"נ אם בא המלנה ראשון ומחל ללנה שני דמועיל מחילתו.

והב"ש פליג שם עליו וכתב דהא בכל שעבודא דאורייתא דמשועבדים נכסי הלנה להמלנה אפ"ה אינו יכול המלנה למפור עכ"ל. ובאמת הנכון עם הט"ז דהא שאני שעבודא דר"נ דאינו בא על לנה ב' מצד שעבוד נכסי של מלנה שלו כי אם מצד דהתורה שעבד גופו של השני להראשון ועשאו לבע"ד שלו ממש כמש"כ הקצה"ח בריש סי' פ"ו.

ע"כ ממילא מהני מחילת הראשון משום דגוף החוב נקנה לו מדר"נ. ועפ"ז מתוך קושיות הרשב"א והקצה"ח דהקשה שם בשם הראשונים דמאי נ"מ מדר"נ הא בלא"ה כל נכסי של הלנה משועבדים להמלנה.

ולפי דברי הט"ז הוי נפ"מ רבתי לענון אם מחל המלנה ראשון להלנה השני דמצד דר"נ מועיל מחילת הראשון: ולענ"ד נראה דהך דינא של הט"ז ופלוגתא דב"ש הנ"ל תלי בפלוגתת הסמ"ע והט"ז והחכ"צ בח"מ סי' פ"ה סעי' ו' והובא בקצה"ח שם דס"ל דשעבודא דר"נ אינו רק כמו כל שעבוד נכסי ע"כ אינו מועיל מחילת המלנה הראשון להלנה השני.

משא"כ לפי שיטת הש"ך שם כמש"כ הקצה"ח שם דשעבוד דר"נ הוי מצד דהתורה עשאו לבע"ד של השני ממש ע"כ שפיר יש לדון דמהני מחילה כמש"כ הט"ז באה"ע. ולפ"ז שפיר נוכל לקיים תמיהת הב"ש על הט"ז דהא הט"ז גופא פסק בח"מ סי' פ"ה כהסמ"ע שם ודלא כהש"ך.

ולשיטתו שפיר הקשה דמ"ש משעבודא דאורייתא ואפ"ה אינו יכול למפון. אבל באמת לפמש"כ הקצה"ח לחלק דשאני שעבודא דר"נ דנשתעבד גופו להב' והו"ל בע"ד דידין ע"כ יכול למחול בשעבודא דר"נ.

ואכמ"ל: ענף ב נחזור לענינינו דלפי מה דנתבאר מדברי הרשב"א דעיקר חדושה דר"נ דמפיק מקרא דמוציאין מנה ונותנין לנה. אבל לולי זה לא היה מוציא מהלנה ב' משום דאין חל שעבוד על השעבוד שיש להמלנה על הלנה השני.

וידוע מה דאיתא בכורות (דף מ"ח) דנכסי דאינש ערבין ליה ואם אין לו שעבוד הגוף. ממילא פקע שעבוד נכסי.

כמו שכתב ר"ת גבי מכירת שטרות דלכן מועיל מחילתו. וכן כתב הרא"ש בקדושין פ"א סי' י' דלכן מנה אין פאן משכון אין פאן משום דאינו יכול לשעבד נכסיו אם גופו לא נתחייב.

וע"כ תפסו כל הפוסקים בכמה דוכתי דשעבוד נכסי אין פאן במקום שאין שם שעבוד הגוף. וכיון דעיקר שעבוד דר"נ היינו דהתורה עשאו לבעל דין של השני ויש לו שעבוד נכסי על הב' משום שעבוד גופו דנקנה לו מדר"נ.

והיכא דיש למלנה השני כמה בע"ח עליו א"כ אין פאן שעבוד הגוף לכ"א פי אם לפי ערך החובות כפי המגיע לכאו"א. דהא עיקר שעבוד הגוף דאמרו הוא משום פריעת בע"ח מצנה וגופו משועבד לקיים המצנה כנ"ל.

ע"כ לא מבעיא לפי מש"כ הפני יהושע בכתובות פ"ט דלכן בתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא מהני משום דאין שליח לדבר עבירה. א"כ אינו רשאי הלנה לפרוע לאחד מהם דהא משועבד לכל הבע"ח כפי ערך מדר"נ.

ואף לפמש"כ הקצה"ח בסי' כ"ה לחלוק על הפ"י בבבאור תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים היינו משום דהא לא הוי עבירה למשלם רק להשליח. ע"כ אין זה בגדר אין שליח לדבר עבירה עיי"ש.

אָבֿל הַמַּצָּנָה דִּפְרִיעַת בַּע"ח בְּנוֹדָאֵי לֹא שְׁיִיף לְפָרוּעַ לְאַחַד בְּלוֹ אַף אִם נִימָא דָּאִין זֶה עֲבִירָה. כְּמוֹ שְׁמַצִּינוּ בַּח"מ ס' ק"ה דְּהֵלְוָה מְצִי לְזַפּוֹת לְאַחַד ע"י שְׁלִיחַ אֶלְמָא דְּלֹא מְקָרֵי עֲבִירָה מֵה שְׁמַתְפִּיס לְאַחַד.

אָבֿל לְכַתְחֻלָּה בְּנוֹדָאֵי הַמַּצָּנָה לְפָרוּעַ לְכַאו"א כְּפִי עֶרְףָּ כַּמֶּש"כ הַבֵּית יוֹסֵף בְּסִי ק"ד בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת מִיִּמּוֹנֵי דְּמִי שְׁיִישׁ עָלָיו כְּמָה בַּע"ח וְאִין לוֹ כְּדִי לְפָרוּעַ לְכוֹלֵם דְּאָנּוּ לֹא מְזַדְקִין לְאַתְפוֹסֵי לֹא כְּדִי לְחֹב לְאַחֲרִים וְהַב"י דְּחֶלֶק שֵׁם הֵינּוּ דַס"ל דַּכ"ז דְּלֹא בָּא בַּע"ח ב' לְתַבְּנֹעַ אִין עָלָיו הַמַּצָּנָה כַּמֶּש"כ הַקְצָה"ח בְּסִי ק"ד וְלַכ"ע אִינוּ מַצָּנָה לְשֵׁלֵם לְאַחַד מֵהֶם ע"כ אִין זֶה מְקָרֵי מַצָּנָה.

וְכַש"כ בַּבַּע"ח ב' דָּאִינוּ חַיִּיב לְהֵם כִּי אִם מְדַר"נ בְּנוֹדָאֵי לַכ"ע אִין עָלָיו הַמַּצָּנָה לְפָרוּעַ רַק לְבַע"ח א'. דְּהָא בְּיוֹתֵר מֵהַמְּנָה שַׁת"י אִין עָלָיו הַמַּצָּנָה לְשֵׁלֵם לְהֵם.

וְכִינּוּן דָּאִין לְכַאו"א שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף עַל הֵלְוָה הַשְּׁנִי מְדַר"נ כִּי אִם עַל עֶרְףָּ שְׁלִישׁ מֵהַמְּנָה שַׁת"י ע"כ גַּם שְׁעֵבּוּד נְכֹסֵי דִישׁ לְכַאו"א מְדַר"נ אִין לְכַאו"א כִּי אִם לְפִיעֶרְףָּ שְׁלִישׁ דְּהָא לֹא מְצִי לְהִיּוֹת שְׁעֵבּוּד נְכֹסֵי כ"ז דְּלִיכָא שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף.

וְלִיכָא שְׁעֵבּוּד נְכֹסֵי כִי אִם לְפִי עֶרְףָּ שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף. הֵינּוּ מַצָּנוֹת עֲשֵׂה דִפְרִיעַת בַּע"ח מַצָּנָה דְּזֶהוּ שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף.

ע"כ יֵשׁ לְחֶלֶק דְּשְׁאֵנֵי גַבִּי בַּע"ח עֲצָמוּ דְּמַהֲנֵי תְּפִיסָה בְּבָא מְלוֹה א' וְתַפְסֵי דְּהָא יֵשׁ לְכַאו"א עַל הֵלְוָה שְׁלוֹ שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף לְפָרוּעַ לוֹ כֹּל הַחֹב ע"כ מְשׁוֹנְעָבְדִים נְכֹסֵי לְכַאו"א כְּגַד כֹּל הַחֹב וְלָכֵן מוֹעִיל בְּתַפְסֵי א' מֵהֶם.

מִשָּׂא"כ בַּבַּע"ח שְׁאִינוּ חַיִּיב לְכוֹלֵם כִּי אִם מְדַר"נ דְּיוֹתֵר מֵהַמְּנָה שַׁת"י אִין עָלָיו הַמַּצָּנָה. וְשְׁעֵבּוּד הַגּוֹף אִינוּ רַק לְפִי עֶרְףָּ הַמְּגִיעַ לְכַאו"א.

וְלָכֵן גַּם שְׁעֵבּוּד נְכֹסֵי שֶׁל הֵלְוָה הַב' אִינֵם מְשׁוֹנְעָבְדִים רַק לְפִי עֶרְףָּ. ע"כ אִינוּ מוֹעִיל תְּפִיסַת הָא'.

וְשִׁפִּיר כְּתִבּוּ הַש"ף וְהַב"ח בַּח"מ ס' קכ"ה הַנ"ל דָּאִין מוֹעִיל תְּפִיסָה בְּדַר"נ: וְזֶה אִינוּ שְׁיִיף כִּי אִם הֵיכָא דְּלֹא שְׁעֵבּוּד הֵלְוָה הָרֵאשׁוֹן לְהַמְלוּיִם שְׁלוֹ בְּשְׁעֵבּוּד מְטַלְטְלֵי אַג"ק. אָבֿל הֵיכָא דְּשְׁעֵבּוּד הֵלְוָה לְבַע"ח שְׁלוֹ מְטַלְטְלֵי אַג"ק וְגַם דְּאַקְנֵי דָּאִז אַף דְּהִיָּה הֵלְוָה שְׁלוֹ מְאֻחֲרַת ג"כ זָכָה הַבַּע"ח שְׁלוֹ בְּהַשְּׁטָר שֶׁהֵלְוָה לְב' מִצַּד שְׁעֵבּוּד דְּשְׁעֵבּוּד לְהֵם בְּפִירוּשׁ.

וְאִז שִׁפִּיר מוֹעִיל תְּפִיסַת הָאָחַד דְּהוּי כְּמוֹ לָנָה וְלָנָה וְקָנָה וְכַתֵּב דְּאַקְנֵי דְּדִין דְּמוֹעִיל תְּפִיסָה כְּמַבְנֵאֵר בְּסִי ק"ד אוֹ בְּשְׁנֵי שְׁטָרוֹת הַיּוֹצְאִים בְּיוֹם א' דְּמוֹעִיל תְּפִיסָה. מִשׁוּם דְּכִינּוּן דִּישׁ לַכ"א שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף עַל הֵלְוָה מִמִּילָא נְשַׁתְּעָבְדוּ נְכֹסֵי לְכַאו"א וְיֵישׁ לְכַאו"א שְׁעֵבּוּד נְכֹסֵי עַל נְכֹסֵי הֵלְוָה.

וּמַהֲנֵי תְּפִיסָה מַה"ט. ה"ה בְּשְׁעֵבּוּד הֵלְוָה מְטַלְטְלֵי אַג"ק לְמַלְוּוּיִם שְׁלוֹ וְהוּי הַשְּׁטָר דִּישׁ לְהַמְלוּהָ עַל לָנָה הַב' כְּמוֹ נְכֹסֵי הֵלְוָה מִמֶּשׁ דְּהָא חָל שְׁעֵבּוּד מְטַלְטְלֵי אַג"ק עַל שְׁטָרוֹת כְּמוֹ דְּחַל שְׁעֵבּוּד נְכֹסֵי עַל כֹּל נְכֹסֵי שֶׁל הֵלְוָה מִשׁוּם שְׁעֵבּוּד הַגּוֹף דִּישׁ לוֹ עַל הֵלְוָה שְׁלוֹ.

והזכות של המלנה דיש לו בשטר על הלנה שלו נשתעבד להמלנה שלו ע"כ שפיר מהני תפיסה לבע"ח אחד מהלנה השלישי. כמו דמהני תפיסה במטלטלי דהלנה משום שעבוד הגוף דיש לו על הלנה.

ע"כ אינו קשה על הב"ח והש"ך הנ"ל מהא דסי' קי"א סעי' כ"ג דהא התם בסיפא מיירי דכתב אגב כמש"כ שם המחבר ואם פתב לראשון אגב ע"כ בהלנה ללנה מקודם שלנה משניהם זכה הראשון.

וכן שם בסעי' כ"ב פתב שם המחבר ג"כ אם יש בשטר שיש להמלנה שעבוד מטלטלי אג"ק כו'. וכן פתב הש"ך שם ס"ק י"ט וס"ק כ' וס"ק כ"ב ע"ש.

ע"כ שפיר מועיל תפיסה בזה ודומה ללנה ולנה וקנה וכתב דאקני דמי שגבה זכי כמש"כ הה"מ פ"ק ס' הלכות מלנה ה"א דכיון דשעבודן שונה מה שגבה גבה. משא"כ היכא דלא פתב שעבוד מטלטלי אג"ק דלא זכה המלנה הראשון מצד שעבוד נכסי דהא על מה דאין גופן ממון אינו חל שעבוד נכסי כמש"כ הרשב"א בקידושין פנ"ל אלא הזכות שלו מצד דהתורה שעבד גופו של הג' להראשון כמש"כ הקצה"ח ריש סי' פ"ו.

ע"כ שפיר פתבו הב"ח והש"ך דאינו מועיל תפיסה משום דאין לו שעבוד הגוף כי אם לפי ערף וממילא שעבוד נכסי נמי אינו רק לפי ערף פנ"ל: ויש לדון דהב"ח והש"ך אזלו לשיטתייהו דכתבו בסי' פ"ה ס"ק כ"ב בש"ך שם והביא בשם הב"ח דס"ל ג"כ דאף במקר המאונחר שטרו ג"כ גובה המוקדם מהלוקח שגבה הקרקע.

ואף דמצד שעבוד נכסי של הלנה לא שייך בזה דהא לא פתב דאקני. עכ"ז טורף מהלוקח משום דזכה משעבוד דר"נ דהני פאלו הלנה ללנה ב' בעצמו ע"כ שפיר פתבו הש"ך והב"ח פאן בסי' קכ"ה דאינו מועיל תפיסה בכולו.

ובאמת לשיטת הסמ"ע והט"ז והחכ"צ שם דס"ל דבלא פתב דאקני אינו טורף מהלוקח שגנה השט"ח של המאונחר. אלמא דס"ל דשעבוד דר"נ אינו מצד דהתורה עשה את המלנה הא' כמו שהלנה בעצמו ללנה הב'.

רק ס"ל דהא דזוכה בשעבוד דר"נ ה"ט משום דזוכה בשעבוד של הב' כמו דזכה בשעבוד נכסי של הלנה שלו. ע"כ יש לדון דמהני תפיסה משום דהא יש לו שעבוד הגוף על הלנה שלו והני כמו דתפס מטלטלי של הלנה שלו.

עכ"פ על שיטת הש"ך והב"ח אינו קשה מה שהקשיתי לשאול מהא דסי' קי"א פנ"ל. ועיין בסי' קי"א בש"ך ס"ק כ' וכ"א.

ויש ליישב בקל: אמנם מצאתי בתשובת הרשב"א והובא בטור ח"מ סי' ק"ד בבית יוסף שם שפתב דאם יש לבע"ח א' כמה מלונים ועבר הלנה של הבע"ח ופרע למלנה א' דמה שגבה גבה ע"ש.

והרי הרשב"א ס"ל דשטרות לא משתעבדי באג"ק כמבואר שם בתשובת רשב"א ואפ"ה פתב דמהני הפרעון וזכה בכולו רק לכתחלה נותן לכל אחד ממצה. הרי אף לשיטת הרשב"א דס"ל דלא מהני שעבוד מטלטלי אג"ק אפ"ה מהני תפיסה לזכות בכולו.

ואין לחלק דשאני הכא דפרע לו הלנה בעצמו. דהא אם נימא דלכו לא מהני תפיסה משום דאין לו שעבוד הגוף פי אם לפי ערה כמש"כ לעיל א"כ מה"ט לא מהני אף אם פרע הלנה בעצמו דהא הוי כמו שפרע לאיש אחר.

ולא מפטר הלנה בהכי. וכן בפרע למלנה שילו מחנניב לחזור ולפרוע למי שנתחייב מדר"נ כמבואר בסי' פ"ו.

ואף שאפשר לדחוק ולומר דהרשב"א מייירי בעבר ופרע לא מקודם שנודע להלנה מהמלוים של המלנה שילו כמבואר בש"ך סי' פ"ו ס"ק י"ד דבכה"ג מהני הפרעון להפטר משעבוד דר"נ.

וכיון דלא ידע משארי מלוים רק ממלנה א' ע"כ נתחייב גופו בשעבוד דר"נ רק למי שנודע לו וע"כ זכה בכולו. אבל באמת זה אינו למי שרואה בתשובת הרשב"א שם דו"ל אם הנה ראובן קים והזייתה לו מלנה ביד אחרים והגיע זמן אותו מלנה ובאו שמעון ולוי לגבות ב"ד מוציאים מיד הלנה ונותנים לאלו מחצה על מחצה כו'.

וע"ז סיים דאם קדם ופרע למלנה א' מה שגבה גבה עיי"ש אלמא דמייירי הרשב"א בנודע לו השני מלוים דבאו לב"ד כמש"כ שם. ואפ"ה כתב דמה שגבה גבה וע"כ מוכח דאמרין דיש לכ"א שעבוד גופו על הלנה ב' על פלו דאף דאינו חייב לכולם כ"א מנה א'.

עכ"ז כיון דאם קדם ופרע למלנה יצא ידי פריעת בע"ח מצנה קרינו ביה שעבוד הגוף לכל אחד ואחד וממילא יש לכל א' שעבוד נכסי על פלו ע"כ מהני תפיסת א' בכולו כמו בבע"ח בעצמו ודלא פה"ש"ך והב"ח ה"ל.

ועיין בש"ך סי' קי"א ס"ק כ"ג שהביא תשובת רשב"א ה"ל ובתומים סי' פ"ה ס"ק י' ויש להאריך בדבריהם: ענף ג שוב ראיתי להוכיח ברא"י נכונה דלא פה"ש"ך והב"ח ה"ל והוא דבכתובות (נ"ד פ"ד) איתא במשנה מי שמת והניח אשה ובע"ח ויורשים והנה לו פקדון ומלנה ביד אחרים ר"ט אומר ינתן לפושל שבהם רע"א אין מרחמים בדין אלא ינתנו ליורשים כו' הניח פירות תלושים כל הקודם בהם זכה זכתה אשה יתר מכתובתה כו' [ועיין בהר"נ שכתב שם דר"ט ס"ל כר"מ דמטלטלי משתעבד לכתובה מני' ע"ש].

גמרא מאי לפושל ריב"ח אמר לפושל שברא"י. רבי יוחנן אמר לכתובת אשה משום חנינא.

ופירש רש"י לפושל שברא"י למי ששטרן מאוחר. והרי"ף כתב על משנה זו בזה"ל מאי פושל בע"ח ואמאי קרי לי פושל כו' ומ"ש מלנה ופקדון משום דמטלטלי לבע"ח לא משתעבדי והני כיון דלא אתי לרשות יורשין משתעבדי לבע"ח מדר"נ דתניא מנין לנושה בכתבירו מנה וכתבירו בכתבירו כו'.

והפ"י בכתובות שם תמה על הרי"ף דל"ל בטעמא דר"ט דמשום שעבודא דר"כ אתי עליה. ועוד דהא לקמי' שם בהניח פירות תלושים וכן בזכתה אשה יתר מכתובתה ובע"ח יתר על חובו לא שייך שם שעבודא דר"נ דהא תפסה לאח"מ.

ואפ"ה ס"ל לר"ט ינתן לפושל א"כ למה הוצרך הרי"ף לבא בזה לטעמין דר"ט דמשום שעבודא דר"נ אתי עלי. ונדחק לתרץ זה: ולענ"ד נראה דהנכרח הרי"ף לפרש טעמין דר"ט דמשום שעבודא דר"נ אתי עלה.

דהיה קשה לי דהתם במשנה אמרו אחר הפלוגתא דר"ט ור' עקיבא במלוגה ופקדון ביד אחרים דהניח פירות תלושים כל הקודם זכה משום דתפיסת יורשין או תפיסת בע"ח ואשה מהני לזכות לר"ט.

וקשה דאמאי לא תנא לעיל גבי מלוגה ופקדון ביד אחרים דכל הקודם זכה ויתן לפושל שבהם דאם עבר ותפס זכה אף לכתחלה ינתן לפושל שבהם לר' טרפון ולמה לי לתנא למשבק במה שהתחיל במלוגה ופקדון ותנא כל הקודם בהם זכה בפירות תלושים.

וכן קשה בסוגיא שם מה דהקשה המהרש"א שם על מה דאיתא שם בגמ' ור' עקיבא מאי איריא מותר כו'. איידי דאמר ר' טרפון מותר תנא כו'.

והקשה המהרש"א שם ורע"א בדרוש וחדוש דל"ל לר"ט למיתני הסיפא הא כבר אמר ר"ט ינתן לפושל שבהם גבי מלוגה ביד אחרים יע"ש. ומכל זה הוכיח האלפס דטעמין דר"ט ברישא דס"ל דשייף במלוגה ופקדון ביד אחרים שעבודא דר"נ אף שמת הבע"ח ומטלטלי דיתמי לא משתעבדא.

עכ"ז שעבוד דר"נ שייף בזה אליבא דר"ט וכעין קושית התוס' בפסחים (דף ל"א) ד"ה משעבדנא לב"ח כו'. אף אנו לדינא כפי שפיתבו התוס' שם בתירוץ דגבי מטלטלי דיתמי לא שייף שבדר"נ.

ס"ל כר"ע דפליג כאן על ר' טרפון וס"ל דיתנת ליורשים משום דגבי מטלטלי דיתמי לא שייף שדר"נ. אבל ר"ט ס"ל כעין קושית התוס' הנ"ל דשייף בזה שדר"נ וע"כ גבי בבא דהיה לי מלוגה ופקדון ביד אחרים לא תני ר"ט דכל הקודם זכה רק א' יתן לפושל.

ומשמע דאף עברו היורשים ותפסו מוציאין מידם. משום דשאני במלוגה ביד אחרים דנשתעבד להבע"ח מדר"נ.

ע"כ אף דתפסו היורשים מוציאין מהם כדקיי"ל בכל דר"נ דאף דעבר ופרע להמלוגה ש'לו מוציאין מהבעל חוב ולא מצוי למפטר משדר"נ ע"י פרעון להמלוגה ש'לו דהני כאיש אחר לגבי החוב. ע"כ לא מהני תפיסת יורשים פי אם בסיפא דהניח פירות תלושין דלא שייף בזה שדר"נ אזי מהני תפיסת יורשים לר"ט.

ע"כ לא תני כל הקודם זכה בהרישא פי אם בהסיפא. וממילא מיושב ג"כ קושית המהרש"א ורע"א דלכו הנכרחו למתני פלוגתא דר"ט ור"ע בסיפא גבי זכותה האשה יתר מכתובתה משום דמן הרישא ה"א דדוקא במלוגה ופקדון ס"ל לר"ט יתן לפושל משום דשייף בו שדר"נ פקושית התוס' בפסחים הנ"ל.

אבל בהניח פירות תלושים וזכותה האשה יתר מכתובתה דלא שייף בזה שדר"נ דהא לא נתחייבה האשה בחיי בעלה דהא תפסה לאח"מ וה"א דבזה מודה ר"ט דיתנת ליורשיו ע"כ הנכרחו למתני בסיפא דהמותר ינתן לפושל אליבא דר"ט.

דגם בְּזֶה פְּלִיג וּס"ל דִּינָתָן לְכוּשָׁל: וּמִכָּל זֶה הַקְּוִשְׁיוֹת הוֹכִיחַ הָרִי"ף דְּבָרֵי שָׂא גַבֵּי מְלֻנָּה וּפְקֻדוֹן טַעְמָא דר"ט מְשׁוּם שִׁדְרָ"נ וְע"כ לֹא תִנָּא כּו' כֹּל הַקּוּדָם זָכָה דְלֹא מְהַנִּי תְּפִיסַת הַיּוֹרְשִׁים. כְּמוֹ דְקִי"ל בְּכָל שְׁעֻבּוּדָא דר"נ.

וְהַתּוֹס' בְּכּוֹרוֹת (צ"ג נ"ב) ד"ה וְלֹא בְּרֵאזִי כְּבָמִוּחָזֵק כּו' פְּתַבּוּ בֵּא"ד דְּהָא דְמְלֻנָּה וּפְקֻדוֹן בְּיַד אַחֲרִים אֲתִי כְּרַבָּנָן דר"נ ג"כ לְפִי דְלֹא אֲתִי מְעוֹלָם לִיד הַיּוֹרְשִׁים וְגַם רַבָּנָן מוֹדוּ לְדַר"נ. וְעֵינָן בְּב"ב (צ"ג קכ"ו) בְּתוֹס' ד"ה וְאִין הַבְּכוֹר נוֹטֵל פִּי שְׁנַיִם בְּמְלֻנָּה כּו'.

וּכ"כ הַתּוֹס' בְּכִתּוּבוֹת (צ"ג פ"ב) ד"ה לֹא אֲשַׁכְּחֵן כּו' שְׁכַתְּבוּ ג"כ כְּנ"ל. אַבְל הָרִי"ף ס"ל דְּמִדִּין דר"נ אֲתִינָן עֲלָה וְקוֹשְׁיַת הַתּוֹס' בְּכִתּוּבוֹת (צ"ג פ"ב) הַנְּ"ל תִּיגְרָץ הַקְּצָה"ח בְּסִי ק"ז ס"ק ג'.

אִף זֶה אֵינּוּ לְפִי לְשׁוֹן הָרִי"ף דְּמִשְׁמַע דְּרַק מְשׁוּם דר"נ אֲתִי ע"ז וְלֹא לְרַבָּנָן דְּפְלִיגֵי עַל ר"נ וְאֲפָשָׁר דְּס"ל ג"כ כְּהַתּוֹס' דְּגַם רַבָּנָן דר"נ מוֹדוּ לִיהָ. אִף לְדִינָא לֹא נַפ"מ לְמֵאִי דְקִי"ל כּו' נָתַן.

וּר' עֲקִיבָא דְּפְלִיג טַעְמִיָּה כְּמַש"כ הַתּוֹס' בְּפִסְחִים כְּנ"ל: וְהָרִי"ף פָּתַב שָׁם מֵאִי כּוּשָׁל בְּע"ח וְזָהוּ דְלֹא כְּפִי רַש"י וְהַתּוֹס' כְּמַש"כ הַתּוֹס' בְּכִתּוּבוֹת (צ"ג פ"ו) ד"ה לֹא שָׂא לֹא יִהְיִינוּ כּו'. וְאֲפָשָׁר דְּהוֹכִיחַ הָרִי"ף כֹּן לְתַרְץ קוֹשְׁיַת הַתּוֹס' שָׁם דְּהַקְּשׁוּ דַמ"ש הָא דְאָמְרוּ שָׁם לְב"ח יִהְיִינוּ לֹא שָׂא לֹא יִהְיִינוּ לִי'.

וְהַתּוֹס' אָמְרוּ לְכוּשָׁל דְּחַד אָמַר לְכִתּוּבָהּ. וְאִידָף ס"ל לְמִי שְׁשֻׁטְרוּ מְאֻחָר.

אַבְל בְּשִׁנְיָהֶם שְׁוִין מוֹדוּ דְיִהְיִינוּ לְכִתּוּבַת אֲשָׁה. אַבְל לְשִׁיטַת הָרִי"ף אֵינּוּ קוֹשֶׁה קוֹשְׁיַת הַתּוֹס' הַנְּ"ל דְּהָא י"ל ג"כ דְּזָהוּ טַעְמִיָּה דְמֵאֵן דְּס"ל כּוּשָׁל הֵינּוּ בְּע"ח וְג"כ טַעְמֵנוּ מְשׁוּם נְעִילַת דְלֵת וְיֹתֵר מְשֻׁאֵישׁ רוּצָה לִישָׂא כּו'.

וְהָרִי"ף שְׁכַתְּבוּבוֹת שָׁם פ"ט ס' ב' הֵבִיא דְּבָרֵי הָרִי"ף הַנְּ"ל וְכַתְּבֵנוּ דַנְּפ"מ מְזָה לְמֵאִי דְקִי"ל הָאִידָנָא דְּמִשְׁלֵטְלִי דִּינְתִּי מְשֻׁטְעָבְדִי. וְעֵינָן בְּקֻרְבָּן נְתַנְאֵל שָׁם ס"ק י"ב וּבְרֵא"ש פָּרַק הַנְּ"ל ס' י"א שְׁכַתְּבוּ ג"כ דְּבָרֵי הָרִי"ף הַנְּ"ל: וְהִנֵּה הָרֵא"ש בְּכִתּוּבוֹת פ"ט ס' י"א הֵבִיא שָׁם דְּבָרֵי הָרִי"ף שְׁפָסַק בְּהָא דְאֲמִימָר דְּאִי אִיכָא עֲלִי כְּתוּבַת אֲשָׁה וּבְע"ח וְלֹא חֲזִינָא אֲלֵא לְחַד מִיְיָנִיָּהוּ לְב"ח יִהְיִינוּ לִי' כּו'.

דַּה"ה בְּלֻנָּה וְנִשְׂא וְקָנָה דְּלִבְע"ח יִהְיִינוּ. וְכַתְּבֵנוּ הָרֵא"ש בּוּזָה"ל דְּמִשְׁמַע מִדְּבָרֵי ר' אֶלְפָּס כְּמַש"כ הַרְמַב"ם בְּלֻנָּה וְלֻנָּה וְקָנָה דָּאָם קָדָם א' מִהֶם וְתַפְסֵי הַפֶּל אֵין מוֹצִיאִין מִיָּדוּ.

דְּהַשְׁתָּא נִיחָא דְּמִטְעָם דִּיֹּתֵר מְשֻׁאֵישׁ רוּצָה לִישָׂא כּו'. מִתְּפִיסִין לְבְּע"ח וּפְקַע כֹּחַ הָאֲשָׁה אַבְל אִי אֲמַרִּינוּ דְאֶפְ"י אִם תַּפְסֵי חַד מִיְיָנִיָּהוּ מְפָקִינוּ מִיְיָנִיָּהוּ לֹא מְסַתְּבֵר דְּמִטְעָם דִּיֹּתֵר מְשֻׁאֵישׁ רוּצָה לִישָׂא מְפָקִיעִין כֹּחַ הָאֲשָׁה כִּינּוּן דְאֶפְ"י לֹא חֲסַר שְׂבָא לִיד בְּע"ח עֲדִינוּ יֵשׁ לֹא שָׂא זְכוּת בְּהֵן עכ"ל.

וּכ"כ הַר"נ שָׁם. וּכ"כ הַרְשֵׁב"א בְּחִידוּשָׁיו לְכִתּוּבוֹת שָׁם.

וְהוֹכִיחַ כֹּן מְהֻלְפָּס. דַּא"כ לְקַתָּה מִדַּת הַדִּין.

בְּמָה דְלֹא יִהְיִינוּ לֹא שָׂא. אַע"כ מוֹכַח דְּתַפְיָסָה מְהַנִּי.

ע"כ לב"ח יְהִיבֵנוּ מְשׁוּם דְּאֶחָר שְׁנוּטְלֵן הַבַּע"ח זָכָה בְּהוּ מִן הַדִּין. אֲלֵמָּא דְּכָל הֶרְאִשׁוּנִים הַגְּ"ל ס"ל דְּלֹא שְׁיִיף לִיתָן פְּלוּלֵי לַבַּע"ח פִּי אִם הֵיכָא דְּתַפְס מְהֵנִי.

א"כ ע"כ מוֹכַח מִן הָאֲלָפִס דְּפִי בְּמִימְרָא דְּר"ט דְּיִתָּן לְפּוֹשֵׁל הֵינּוּ לַבַּע"ח. וּלְפַמֵּשׁ"כ שְׁם הָאֲלָפִס דְּלָכּוּן ס"ל לְר"ט פֶּן מְשׁוּם דְּהַנְּפָקֵד וְהַלְוָה מְשׁוֹנְעָבֵד מִדְּר"נ וְכִמּוּ שְׁפַתְבְּתִי לְעִיל.

א"כ מוֹכַח דְּתַפְסָה מְהֵנִי בְּדִר"נ פְּדַמְשָׁמַע בְּסִי קִי"א. דְּאִי גִימָא דְּתַפְסָה לָא מְהֵנִי.

וְכַמֵּשׁ"כ הַשְּׁ"ף וְהַב"ח מְשׁוּם דְּלֹא נִשְׁתַּעְבַּד לְכ"א פִּי אִם לְפִי עֶרְףֵי. א"כ הֵכָא דְּיִשׁ עָלִיו חוֹב פְּתוּבָה וְבַע"ח א"כ נִשְׁתַּעְבַּד לְכ"א רַק מְחַצָּה.

נְאִי תַפְס הַבַּע"ח מְפָקִינוּ מִינֵי עַפְ"י דִּין. א"כ תַּקְשָׁה עַל מַש"כ הָאֲלָפִס גּוֹפָא בְּמִימְרָא דְּר"ט דְּיִתָּן לְפּוֹשֵׁל הֵינּוּ לַבַּע"ח.

וְקָשָׁה קְוִשְׁתִּי הֶרְאִשׁוּנִים הַגְּ"ל בְּזָה דְּאִיף מְפָקִיעִין לְגַמְרִי פֶחַ הָאֲשָׁה וְיִהִיבֵנוּ פְּלוּלֵי לַבַּע"ח. הָא פִּינוּ דְּתַפְס לָא מְהֵנִי בְּשַׁעְבּוֹד דְּר"נ א"כ תַּקְשָׁה אֲמַאי אָמַר ר"ט דְּיִתָּן לַבַּע"ח דְּאִיף מְפָסִידִינוּ זְכוּת הָאֲשָׁה.

וְר"ע לָא פְּלִיג עַל ר"ט בְּזָה רַק ס"ל דְּלֹא מְשַׁתַּעְבַּד פְּלָל לַבַּע"ח. וְאִין לּוֹמַר דְּלִשְׁיטַת הָאֲלָפִס הַגְּ"ל גִּימָא פְּעִין סְבַרְתָּ הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף פ"ו) ד"ה לְאֲשָׁה לָא יְהִיבֵנוּ כּו' בְּשֵׁם הַר' יְחִיאֵל שְׁכ' דְּלָכּוּן יְהִיבֵנוּ לְעִיל לְכַתְּוֹבַת אֲשָׁה מְשׁוּם דְּאִין דִּינוּ שְׁל בַּע"ח לְגַבּוֹת וְאִי הֵנִי יְהִיב נִפְקֵד לִיתוּמִים לָא מְצִי נִקְיֵט לְהוּ בְּדִינָא וְע"ש.

וְה"ה בְּמַאי דְּכ' הָאֲלָפִס דְּיִהִיבֵנוּ לַבַּע"ח גִּימָא הֵי סְבָרָא דְּכִינוּ דְּאִי הֵנִי יְהִיב נִפְקֵד לִיתוּמִים כּו'. ע"כ יְהִיבֵנוּ לַבַּע"ח מְשׁוּם דְּלֹא מְקַרִי פְּסִידָא דְּאֲשָׁה כ"כ.

דְּז"א דְּהָא לְשִׁיטַת הָאֲלָפִס דְּלָכּוּן ס"ל לְר"ט יִתָּן לַבַּע"ח מְשׁוּם שְׁדִר"נ וְהָא קִי"ל בְּשַׁעְבּוֹד דְּר"נ דְּאִי עֶבֶר הַלְוָה וְפָרַע לְמַלְוָה שְׁלוּ מְחֻנְיִיב לְשַׁלֵּם לְמִי שְׁנִתְחַיִּיב מִדְּר"נ. א"כ אִי עֶבֶר נִפְקֵד וְהַלְוָה וִיחַב לִיתוּמִים הֵי צָרִיף לְשַׁלֵּם פְּעַם אַחֲרַת לְכַתְּוֹבַת אֲשָׁה.

[וְכַמֵּשׁ"כ לְעִיל דְּמִזָּה הוֹכִיחַ הַרִי"ף דְּר"ט אֲתִי עֲלָה מִדִּין דְּר"נ]. א"כ תַּקְשָׁה קְוִשְׁתִּי הֶרְאִשׁוּנִים הַגְּ"ל.

וְע"כ מוֹכַח דְּלֹא פְּהַשְּׁ"ף וְהַב"ח. אֲלֵא בְּכָל גְּוֹנֵי מוֹעִיל תַּפְסָה אִף בְּדִר"נ פְּמוּ בַּבַּע"ח עֲצָמוּ.

ע"כ יִתָּן לְפּוֹשֵׁל הֵינּוּ לַבַּע"ח מְשׁוּם דְּאִי מְתַפְסִינוּ לַבַּע"ח שְׁקַל לְהוּ בְּדִין. וְהָא שְׁפַתְבּוֹ הַתּוֹס' בְּשֵׁם הַרְב ר' יְחִיאֵל דְּאִי עֶבֶר נִפְקֵד וִיחַב לִיתוּמִים לָא מְצִי נִקְט לְהוּ בְּדִינָא הֵינּוּ מְשׁוּם דְּסְבִירָא לְהוּ דְּלֹא אֲתִי עַלִי ר"ט מְצַד דְּרַבִּי נָתָן וְלֹא סְבִירָא לְהוּ כַּמֵּשׁ"כ הַרִי"ף ע"כ אִי עֶבֶר וְיִחַב לִיתוּמִים לָא מְצִי לְמִינְקֵט לְהוּ בְּדִינָא: גַּם יִשׁ לְהוֹכִיחַ מִן הָאֲלָפִס הַגְּ"ל דְּגַם בְּפִקְדוֹן שְׁיִיף שַׁעְבּוֹד דְּר"נ.

וְכַמֵּשׁ"כ הַמְּחַבֵּר בְּסִי פ"ו סְעִיף ד' דְּהָא שְׁם בְּמַשְׁנֵה תָּנָן הֵי לּוּ פִקְדוֹן בְּיַד אַחֲרִים. וְהַקְצָה"ח שְׁם ס"ק ד' פְּתַב דְּזָה תַלְיָא בְּפִלְגֵימַת אֲמוֹרָאִי וְהַפּוֹסְקִים אִי נִכְסֵי שׁוֹמֵר מַעַת מְשִׁיכָה מְשַׁתַּעְבַּד דְּאִז שְׁיִיף בְּפִקְדוֹן דִּינָא דְּר"נ.

אָבֿל הַסּוֹבְרִים דְּנִכְסֵי שׁוֹמֵר מַעֲיָדוֹן פְּשִׁיעָה אֲשֶׁתַּעֲבֹד לֹא שִׁינֶה שׁוֹמֵר בְּזֶה וְהַנְּתִיבוֹת חֵלֶק עָלָיו. וּמִדְּבָרֵי רַב אֶלְפֵס הַגָּ"ל שֶׁפָּתַב דְּלִכּוֹ בְּפִקְדוֹן יִהְיֶינּוּ לְבַע"ח מִשׁוּם שׁוֹמֵר א"כ מוֹכַח דְּלִכ"ע אָמְרִינּוּ בְּפִקְדוֹן שׁוֹמֵר.

וְאִי דְּהַשְׁ"ה בְּסִי שׁוֹמֵר א"כ י' פָּתַב דְּהֶאֱלָפֵס ס"ל פְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם דְּנִכְסֵי שׁוֹמֵר מִשְׁתַּעֲבֹד מִמְּשִׁיכָה. דְּלִכ"ז לִיכָּא לְמִילָּה מִן הֶאֱלָפֵס דִּיהָא שִׁינֶה שׁוֹמֵר לְהַסּוֹבְרִים מִפְּשִׁיעָה מִשְׁתַּעֲבָדֵי עַכ"ז יֵשׁ לְהוֹכִיחַ פֶּן לִכ"ע דְּהָא חֲזִינּוּ דְּהָרִי"ף מְפָרֵשׁ פִּי הַמְּשִׁנָּה בְּר"ט מִשׁוּם שׁוֹמֵר אֲתִי עָלָה.

א"כ תִּקְשָׁה לְהַנְּדָה אֲמוֹרָאֵי דְּס"ל בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף ל"ד) וּבב"ק(דָּף קי"ב) דְּנִכְסֵי שׁוֹמֵר מִפְּשִׁיעָה מִשְׁתַּעֲבֹד דְּלִכ"ז לֹא אֲתִי שְׁפִיר מַה דְּאָמַר ר"ט יִנְתֵּן לְפּוֹשֵׁל. וְע"כ מוֹכַח דְּלִכְוֹלֵי עָלְמָא שִׁינֶה שְׁעֵבּוּדָא דְּר"נ אִי בְּפִקְדוֹן.

מִשׁוּם דְּהָא יֵשׁ עָלָיו חַיִּיב הַשְׁבָּה לִכ"ע. וְכַמְּש"כ הַנְּתִיבוֹת: עָנָף ד' וּבֵאָה"ע ס' ק"ב סְעִיף ב' פֶּסֶק הַמַּחֲבֵר דָּאם תְּפִסָּה הָאֲשָׁה אִין מוֹצִיאִין מִיָּדָה וְזֵהוּ שִׁיטַת הָרָא"ש שְׁם דְּהוֹכִיחַ מִמַּש"כ הָרִי"ף דְּלִכְוֹשֵׁל הִינּוּ לְבַע"ח.

וְאִפ"ה בְּקִדְּמָה הָאֲשָׁה וְתִפְסָה זְכָתָה כְּמִבְּנָאָר שְׁם גָּבִי הַנִּיחַ פִּירוֹת תְּלוּשִׁין וְהוֹבָא בְּבִיאוֹר הַגָּר"א שְׁם ס"ק ד'. וְהַרְמ"א הִכְרִיעַ כְּהַיֵּשׁ אוֹמְרִים דְּלֹא מְהַנִּי תְּפִיסָתָה.

וְהַב"ש ס"ק ז' פָּתַב שְׁם בְּשֵׁם הַמְּהַר"ם. מִשׁוּם דְּמִלְּשׁוֹן הַגַּמ' לִיכָּא לְהוֹכִיחַ.

כַּמְּש"כ הַב"ש שְׁם שְׁהוֹכִיחַ פֶּן מִלְּשׁוֹן הָרִי"ף דְּכַתְּבַת דְּמַטְלֵטְלֵי לְבַע"ח יִהְיֶינּוּ לְאֲשָׁה לֹא יִהְיֶינּוּ. דְּמִוֵּרָה לְשׁוֹנוֹ דְּלֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה.

וְכ"כ הַח"מ שְׁם ס"ק ט'. וְקִשְׁיָה לְפַמְש"כ הָרָא"ש וְהַר"ן וְהַרְשָׁב"א בְּכַוֵּנֵת הָרִי"ף הַגָּ"ל דְּלִכְוֹן לְבַע"ח יִהְיֶינּוּ מִשׁוּם דְּתִפְסָה מְהַנִּי דָּאִי נִימָא תְּפִיסָה לֹא מְהַנִּי א"כ אִיךָ מְפָסִידִין זְכוּת הָאֲשָׁה כ"כ.

אָבֿל אִם תְּפִיסָה מְהַנִּי שְׁפִיר יִהְיֶינּוּ לְבַע"ח דְּלֹא עָבְדִּינּוּ כָּלֵל לְהָאֲשָׁה. כִּי אִם שְׁאִין מִנִּיחִין אֲנַחְנוּ לְהָאֲשָׁה לְגַבּוֹת.

וּמִמִּילָּא כְּשֶׁגִּבּוּבָה בַע"ח שִׁינֶה לוֹ כְּלוֹל עַפ"י דִּין לְאַחַר הַתְּפִיסָה שְׁאֵנוּ מִתְּפִיסִין לִיָּה וְזוֹכָה עַפ"י דִּין. וְהַקְצָה"ח בְּסִי ק"ד ס"ק ח' הֶעֱלָה בְּקִדְּמָה מִלְּנָה אֶחָד וְתִפְסֵי דְּזוֹכָה בּוֹ מִדִּין בַע"ח קוֹנָה מִשְׁכּוֹן.

וְע"כ בְּעֵבֶר מִלְּנָה אַחַר וְתִפְסוּ מִמְּנוּ מוֹצִיאִין מִמְּנוּ דְּהָרָאשׁוֹן שְׁקִדְּמָה זְכָה בּוֹ. ע"ש.

וְעִינּוּ בְּנַחַל יִצְחָק בְּקוֹנֵי תְּפִיסָה בְּדִרְרָא ס' ב' עָנָף ג'. א"כ תִּקְשָׁה אֲמַאי פֶּסֶק הַרְמ"א דְּתִפְסָתָה לֹא מְהַנִּי דְּבִזָּה תִּקְשָׁה קוֹשְׁיוֹת הָרָא"ש וְהַרְשָׁב"א וְהַר"ן הַגָּ"ל דְּאִיךָ מְפָסִידִין זְכוּת הָאֲשָׁה דְּהָא אַחַר דְּתִפְסָה זְכָתָה בּוֹ מִן הַדִּין.

וְשֵׁם מִיָּרִי אִי בְּגִירוּשְׁתּוֹ כַּמְּש"כ הַרְמ"א בְּסְעִיף א' א"כ לְקַתָּה מִדַּת הַדִּין כַּמְּש"כ הַרְשָׁב"א וְהָרָא"ש וְהַר"ן פְּנ"ל אַחַר שְׁמוֹצִיאִין מִמְּנָה. וְאֶפְשָׁר לוֹמַר דְּזֵהוּ דְּוּוֹקָא בְּעִינְיָה הַתְּקִנָּה דְּתִקְנוּ חז"ל דְּלֹא יִהְיֶינּוּ לְכַתְּוֹבָה.

בְּזֶה שֶׁפִּיר הִקְשׁוּ דָּאֵי גֵימָא דְלָא מְהֵנֵי תְּפִיסַת א' מֵהִבְעָה א"כ אִיךְ יְכוּלִין לְתַקְּנוּ בְּשִׁבִיל יוֹתֵר מִשְׁהָאִישׁ רוּצָה כּו' לְהַפְסִיד זְכוּת הָאִשָּׁה. אָבֵל לְאַחַר דְּתַקְּנוּ חו"ל דְּלָא יְהִיבֵנוּ לָהּ וְאִינְהּ רִשְׁעָה הָאִשָּׁה לְתַפְּנוּס ע"פ תַּקְּחוּז"ל.

ע"כ אַף בְּדִיעֵבֵד לֹא מְהֵנֵי תְּפִיסַת הָאִשָּׁה מִמִּילָא מְשׁוּם דְּעֵבְרָה עַל תַּקְּחוּז"ל. כְּדָאֲמָרוּ בְּכַתְּוִבוֹת (דָּף פ"א) דְּכָל מַה דְּאָמְרוּ רַבְּנָן לֹא תִזְבְּנוּ אִי זָבִין לֹא מְהֵנֵי.

וְעֵינָן בְּתַשׁוּבוֹת רַע"א ס' קכ"ט שֶׁהִבִּיא בְּשֵׁם הַפְּנִים מְאִירוֹת דְּפִי דְלָכֵן אִי זָבִין לֹא מְהֵנֵי מְשׁוּם דְּהִיכָא דְחִזּוּ חו"ל וְאָמְרוּ וְשִׁלָּא לְהַפְקִיעַ זְכוּתָא דְאַחֲרִינָא גַם דִּיעֵבֵד לֹא מְהֵנֵי. וְע"ש.

וְהִ"ה בְּזֶה כֵּינּוּן דְּתַקְּנוּ חו"ל דְּלָא תַתְּפוּס הָאִשָּׁה וּבְהַדְּ תַקְּנָהּ לֹא מִפְּסֻדִין לָהּ כ"כ דְּהָא תְּפִיסַת הִבְעָה מוֹעִיל ע"פ דִּין ע"כ מִמִּילָא אַף בְּדִיעֵבֵד לֹא מְהֵנֵי תְּפִיסַתָּהּ מְשׁוּם דְּעֵבְרָה עַל תַּקְּחוּז"ל כְּנ"ל. ע"כ אִין הִתְקַרַח לֹא מְהֵנֵי דְהַסְוֵבְרִים דְּתְּפִיסַת הָאִשָּׁה לֹא מְהֵנֵי.

דְּפִלְגִי עַל סְבָרַת הָרָא"ש וְהַרְשָׁבָ"א וְהָר"ן הַג"ל: וּבְאַמַּת לֹא דְבָרִיהֶם הָיָה מְקוּם לֹא מְרָא דְלָכֵן יְהִיבֵנוּ לְב"ח וְלֹא לְאִשָּׁה וְלֹא חֲזִינְשִׁין לְפְסִידָא דְאִשָּׁה כ"כ. מְשׁוּם דְּהָא פְּסֻק הָאֲלָפְסֻס כְּתוּבָה דְּרַבְּנָן בְּסוּגְיָא דְפ"פ.

ע"כ בְּטַעֲמָא דִּיּוֹתֵר מִשְׁהָאִישׁ כּו' מִפְּסֻדִין לְהָאִשָּׁה דְּהָא לְבַע"ח מְחַנְיֵיב עַפ"י תוֹרָה. וְיָדוּעַ דְּדְאוּרְיִיתָא יֵשׁ דִּין קְדִימָה לְדְרַבְּנָן.

וְכַמֵּשׁ"כ בְּסִפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק חֵלֵק יו"ד ס' י"ט לְפִלְפֵל בְּדְבָרֵי הָרִי"ף הַג"ל. וְכַה"ג אִיתָא בִּירוּשְׁלַמִי גִיטִין פ"ה ה"א דְּנִזְקִין וּמְלֻנָּה בַע"פ גְּזִקִין קוּדְמִין.

מְשׁוּם דְּנִזְקִין מְלֻנָּה הַפְּתוּבָה בְּתוֹרָה וְשֶׁעֲבוּדָא לָאוּ דְאוּרְיִיתָא. וְכַה"ג כְּתִב הַנְּיֻמִּיקֵי יוֹסֵף ב"מ פ"ט וְהוּבָא בְּמ"מ הַלְכוֹת מְלֻנָּה פ"א ה"ח דְּדְאוּרְיִיתָא קוּדְמִין לְחוּב דְּרַבְּנָן ע"ש וּבַח"מ ס' צ"ו בְּבֵית יוֹסֵף שָׁם.

וְעַפ"ז הָיָה מְקוּם לִיֵּשֵׁב מַה דִּישׁ לְהַקְשׁוֹת עַל הַסְוֵבְרִים דְּתְּפִיסַת הָאִשָּׁה לֹא מְהֵנֵי. וְהָא הָרָא"ש הוֹכִיחַ מִמְּשָׁנָה דְּהַנִּיחַ פִּירוֹת תְּלוּשִׁים כָּל הַקוּדְמִין זָכָה.

וְאַף לְכַתְּחֵלָה יְהִיבֵנוּ לְהַב"ח כַּמֵּשׁ"כ הָרִי"ף. וְאַפ"ה מְהֵנֵי תְּפִיסַת הָאִשָּׁה.

וּלְפַמֵּשׁ"כ י"ל דְּר"ט יְסוּבֵר כְּתוּבָה דְאוּרְיִיתָא דְּהָא פְּלוּגְמָא דְּתַנְאִי הוּא וְע"כ ס"ל לְר"ט דְּרַק דְּלְכַתְּחֵלָה מִקְדָּמִין לְהִבְעָה אָבֵל לֹא בְּדִיעֵבֵד כְּקוּשְׁיַת הָרָא"ש וְהַרְשָׁבָ"א דְּלָא מְצִינָן לְהַפְסִיד זְכוּת הָאִשָּׁה כ"כ בְּמָה דְּזָכְתָּה מַה"ת.

אָבֵל לְדִידוֹן דְּכַתְּוִבָה דְּרַבְּנָן שֶׁפִּיר פְּסֻק הָרִי"ף דְּאִף דִּיעֵבֵד לֹא מְהֵנֵי תְּפִיסַתָּהּ וְאַפְּשָׁר דְּזַהוּ כְּפֻנּוֹת הַב"ש דְּכְתִב שָׁם ס"ק ז' דְּקוּלֵי כְּתוּבָה הִיא דְּתְּפִיסָה לֹא מְהֵנֵי. וְיֵשׁ לְדוֹן דְּעַכְשָׁיו שְׁמַתְחִיב עַל הַכְּתוּבָה הִיא כְּתוּבָה מַה"ת כַּמֵּשׁ"כ הַטּוֹר הָאֲבָן ס' י"ח ד"ה וּמְכָאן יְבוֹאֵר דְּלָא כּו'.

וְהַפְּנֵי יְהוֹשֻׁעַ גִּיטִין (דָּף ל"ה) ד"ה אִי מְשׁוּם הָא כּו'. אָבֵל ז"א דְּהָא גַם בְּתוֹס' כְּתוּבָה אָמְרוּ בַּא"ע ס' ק"ב סְעִיף ב' דְּבַע"ח קוּדְמִין וְתוֹסַפַּת כְּתוּבָה וְנִדְאִי דְּהוּא מִן הַתוֹרָה.

עַל כֵּן נִרְאֵה דְּאִינוּ סְבָרָא לְחֵלֵק בְּזֶה: וְעוֹד יֵשׁ לְדוֹן בְּמָה דִּישׁ לְהַקְשׁוֹת עַל הַסְוֵבְרִין דְּלָא מְהֵנֵי תְּפִיסַתָּהּ. דְּהָא מוּכַח בְּמִשְׁנָה בְּפִירוֹת תְּלוּשִׁין דְּמוֹעִיל תְּפִיסַת הָאִשָּׁה.

די"ל דטעמייגהו דס"ל דלא מְהַי תְּפִיסְתָּהּ וְלֹא חָשׂוּ לְסִבְרַת הָרֵא"ש וְהַרְשָׁב"א וְהָר"ן שְׁפָתָבוּ דְמַחְמַת יוֹתֵר מִשְׁהָאִישׁ רוּצָה לִישָׂא אִשָּׁה לָא מְפָסְדִינן זְכוּת הָאִשָּׁה מֵה שְׁמַגִיעַ לָהּ ע"פ ד"ת. וְאַף דְאַחַר דְתַפְסָה הָאִשָּׁה הוּא שְׂלָה.

כמש"כ הקצה"ח בסי' ק"ד פנ"ל. עכ"ז יכולים חז"ל לתקן שלא תזכה האשה במה דתפסה.

דְהָא בְּזִמְנָן הִזָּה דְלִיכָא ב"ד סְמוּכִים אִין שׁוּם זְכוּת לְבַע"ח שְׁתַּפְּס לְזָכוּת בְּהַמְשָׁכוֹן. דְהָא בְּלֵא ב"ד אִינוּ יָכוֹל לְהַחְלִיט הַמְשָׁכוֹן לְעֲצָמוֹ דְמֵאן שָׁם לָךְ וּבְעֵי ב"ד מְוַמְחִין.

כמש"כ הש"ף בסי' ע"ג ס"ק מ'. ומה"ת הָא בְּעֵי ב"ד סְמוּכִים כְּדִקְי"ל בסי' ג' אף אָנן שְׁלִיחוֹתֵיהוּ דְקַמְאֵי עֲבָדִינן.

וְזִהוּ מְדַרְבְּנָן כְּמִש"כ הַרְשָׁב"א וְהַרְמַב"ן וְהוּבָא בְּנִתְיָבוֹת סִי' א' ס"ק א'. וְכִינן דְמַה"ת בְּעֵי ב"ד סְמוּכִין אַף בְּהוֹדְאוֹת וְהַלְוָאוֹת.

וְעַכְשָׁיו דְלִיכָא ב"ד סְמוּכִין אִין בְּזָה שׁוּם עֲצָה מַה"ת לְזָכוּת בְּהַתְּפָסָה שְׁתַּפְּסָה. דְהָא בְּלֵא ב"ד אָמְרִינן מֵאן שָׁם לָךְ.

וְכַבֵּר כְּתַבְתִּי בְּסַפְרֵי בָאָר יִצְחָק חֶלֶק ח"מ סִי' ב' לְהוֹכִיחַ דְהִיכָא דְאִין ב"ד מְזַדְקִין עַל הַגְּבִייהַ מִמֵּילָא מְחַוְיָיב לְהַחְזִיר הַחֶפֶץ מִשׁוּם אִיסוּר גְּזֵל ע"ש. אֲלֵא מְדַרְבְּנָן דְתַקְּנוּ דְב"ד בְּזִהוּ יָכוֹלִין לְדוֹן יָכוֹל לְזָכוּת בְּהַתְּפָסָה שְׁתַּפְּסָה.

א"כ שפיר יכולין חז"ל לתקן דתחזיר האשה לתפיסתה ולא שנייה בזה לומר פקוןשית הרא"ש דאיהו יכולים חז"ל להפסיד במה שזכתה ע"פ דין. די"ל דהפוסקים הנ"ל ס"ל פנין דמה"ת בְּעֵי ב"ד סְמוּכִים אִין לָהּ שׁוּם תּוֹעֵלַת לְגַבוֹת בְּמַה שְׁתַּפְּסָה אֲלֵא מְדַרְבְּנָן יִשׁ לָהּ זְכוּת לְגַבוֹת ע"פ ב"ד דזזה"ז.

א"כ שפיר יכולים חז"ל לתקן פן דהוי פמו דאמרינן בכ"מ הם אמרו והם אמרו. ועוד דְהָא שְׁלִיחוֹתֵיהוּ דְקַמְאֵי עֲבָדִינן.

וְע"ז לֹא עָשׂוֹ אוֹתָנוּ לְשְׁלוּחִים ע"כ אִין אָנוּ יָכוֹלִים לְהַזְדַּקְק בְּזָה. דְהָא בְּדַבְרֵיהֶם יָכוֹלִים חז"ל לְתַקְּנוּ כְּפִי רְצוֹנָם.

וְכִינן דְמַה"ת אִין לָהּ שׁוּם זְכוּת לְגַבוֹת בַּע"כ שֶׁל הַבְּעָלִים לָא מְקַרִי זֶה פְּסִידָא מֵהַתּוֹרָה כ"כ. וְכַה"ג פְּתַב הַרְשָׁב"ם ב"ב (דף מ"ח) ד"ה הָתָם נָמִי נִימָא אַגַּב אֲוֹנְסִי' גְּמַר וּמְגַרְשׁ כּו' דְכִינן דְבָלְאוּ הָכִי לֹא תַעֲמֹד אֲצִלוֹ ע"כ לֹא מְפָסִיד כָּלוּם בְּהַגֵּט.

וה"ה בזה לֹא מְקַרִי פְּסִידָא מַה"ת פִּינן דְבִלֵּא"ה לֹא יִזְכָּה כָּלֵל בְּהַחֶפֶץ דְהָא אִינוּ רִשְׁאֵי לְהַשְׁתַּמֵּשׁ בְּהַחֶפֶץ כ"ז דְלֵא גְבַהּוּ ע"פ ב"ד. וּבְדַרְבְּנָן דְתַקְּנוּ דְב"ד דְזִמְנָה"ז יָכוֹלִים לְהַחְלִיט לָהּ שְׁפִיר יָכוֹלִים חז"ל לְתַקְּנוּ דְתַחְזִיר מַה שְׁתַּפְּסָה כְּדִהוּכִיחוּ מְלִשׁוֹן דְאָמְרוּ לֹא שָׁה לָא יְהִיבִינן כְּמִש"כ הַח"מ וְהַב"ש פנ"ל: וּלְפַמֵּשׁ"כ מְדוּקְדָק מְאוֹד הַלְשׁוֹן דְאָמְרוּ בְּגַמְרָא לֹא יְהִיבִינן לֹא שָׁה.

לְב"ח יְהִיבִינן דַּה"ל יִנְתֵּן לְב"ח וְלֹא לֹא שָׁה פְּמוֹ דְאָמְרוּ בְּמִשְׁנֵה יִנְתֵּן לְכּוֹשֵׁל אוּ יִנְתֵּנוּ לִיּוֹרְשֵׁין. אַף לְפַמֵּשׁ"כ מְדוּקְדָק הַלְשׁוֹן לֹא יְהִיבִינן הִינְנוּ דְכּוֹנְנַת הַגַּמ' פִּינן דְאִין אָנוּ ב"ד

סמוכין דהא אמרימר משמין דרב תמא אמר להו מימרא בכתובות (דף פ"ו) והמה לא היו
ב"ד סמוכין כמבואר ברש"י פתובות (דף מ"ג) דרבי הוא סמוך ולשון רב הוא אינו
סמוך.

א"כ אנו דאין אנו סמוכין ואין לה זכות פי אם מדרבנו לא יתבינו אנו דאין אנו מזדקין
להגבות. וממילא צריכה להחזיר מה"ת כמש"כ בספרי פנ"ל ואף דמדרבנו יכולים
להחליט לה עכ"ז הא בדרבנו יכולים לתקן שלא להחליט פנ"ל.

ואנו לא עבדינו לה שום פסידא רק ממילא פיון דאנולא מזדקין להגבות לה אף מה
שתפסה ממילא צריכה להחזיר דהם אמרו והם אמרו. וע"כ אמרו בלשון לא יתבינו לה
וממילא בזמן הגה דליפא סמוכין אף בארץ ישראל אין לה שום זכות כלל מה"ת ע"כ
שפיר מפקעין מנה בזמה"ז כמו שהוכיחו מלשון הרי"ף.

אבל בזמן המשנה דהיה מצוי סמוכים ויש להאשה זכות מה"ת לילך לב"ד סמוכים שיגבו
לה מה שתפסה. ע"כ שפיר אמרו במשנה בפירות תלושים דכל הקודם זכה משום דרק
לכתחלה יכולים חז"ל לאלם יד הבע"ח.

דאז לא מפסדינו כ"כ להאשה כעין סברת הרא"ש והרשב"א והר"ן הנ"ל דהא לאחר
שתפס הבע"ח זכה מן הדין. אבל לאחר שתפסה האשה וזכתה בו מה"ת דהא מחוייבים
ב"ד להזדקק ולהגבותה ע"כ אין יכולים חז"ל לתקן משום בשביל יותר משהאיש רוצה
לישא כו'.

להפסיד זכות האשה דזכתה מה"ת. א"כ אינו קשה להסוברים דתפיסה לא מהני ממשנה
הנ"ל.

ובעז"ה זהו עצה נכונה לתרץ שיטת הפוסקים הנ"ל. וע"פ מוצא הדברים יש ללמוד
בתפסה מעות דאין צריך שומא וגוביינא דב"ד ונדאי מהני תפיסתה כמבואר כה"ג
באה"ע סי' צ"ג סעי' י"ג ובח"מ סי' ע"ב סעיף י"ג ובש"ף סי' ק"י ס"ק ה'.

ומכל הנ"ל מוכח דתפס מעות שאני. ובאה"ע סי' צ"ג ב"ש ס"ק מ"ג דתפס מעות שאני.

וכ"כ הר"ן בשפת ר"פ השואל גבי הלונאת יו"ט לחלק בין תפיסת מעות וע"ש. וכן היכא
דהגבהו הב"ד להאשה הוי שלא כמבואר בב"ש וח"מ שם דהא כבר הגבהו לה וזכתה מן
הדין: ועוד י"ל דהסוברים פן ס"ל כמש"כ התוס' בכתובות (דף פ"ו ע"א) ד"ה לאשה
לא יתבינו כו' כמש"כ שם ברב ר' יחיאל דכיון דאם תפסו היורשים לא מפקינן
מהם ע"כ העדיפו בזה פח האשה.

יעוי"ש.

וה"ה ס"ל דמה"ט מהני תפיסת האשה אם תפסה כמבואר במשנה שם אף דלכתחלה
ניתן לבע"ח עכ"ז פיון דאם תפסו היורשים זכו ע"כ לא שייך לאלם פח הבע"ח בזה כ"כ
דלא יתא מועיל תפיסת האשה.

דלא תתא גרע כחה מהיכא דתפסו היורשים. אבל לדין דלא מהני תפיסת היורשים
שפיר י"ל דאלמוהי לכח הבע"ח דלא יתא מועיל תפיסת האשה.

ואף דלאחר דתפסה זכתה עפ"י דין. עכ"ז י"ל דלא פליגי על סברת הרא"ש ונהרשב"א וזהו"ל שכתבו דלא שייך לגרוע פח האשה היכא דלא מהני תפיסה.

דשא"ה דכיון דתקנו חז"ל פן הוא דומה להך דכתובות דכל מה דאמרו רבנן לא תזבן אי זבין לא מהני פנ"ל וכמש"כ לעיל בתירוץ הא' ויש להאריך בכ"ז: נחזור לענינינו דבעיקר סברת הרא"ש ונהרשב"א וזהו"ל שכתבו דלא שייך לניפות פח הבע"ח היכא דלא מהני תפיסה י"ל דכ"ע מודו ואין לנו להרבות במחלוקת ביניהם.

ועוד דהא לשיטת הרא"ש ונהרשב"א וזהו"ל בשיטת הרי"ף דכתבו דהיכא דלא מהני תפיסה לא שייך לניפות פח הבע"ח. א"כ בנודאי מוכח לדבריהם מן הרי"ף דמהני תפיסה בדר"נ.

דאל"כ אמאי אמר ר"ט במלנה דיתן לבע"ח. והא בזה לא מהני תפיסת יורשי' כמו בכל שעבודא דר' נתן דקיי"ל דלא מיפטר בזה דקדם ופרע למלנה שלו פנ"ל.

א"כ לא שייך בזה סברת הר' חייאל. ונהרי"ף אתי עלה משום שדר"נ.

אע"כ מוכח דגם בשדר"נ מהני תפיסה וכמו שהוכחתי מתשובת הרשב"א המוכח בב"י סי' ק"ד. ויש לפלפל עוד בזה בעונבדא דמלוגא דשטר אכתובות (דף פה) ובח"מ סי' ס"ד: ב (שם סעיף א' ש"ף ס"ק ג) דתמה על הרמב"ם דפסק בפ' ג' ה' עבדים כת"ק דמוכר את עצמו אין מעניקין לו.

והא בקידושין (דף ט"ו) מסקי בסוגיא שם דמאן דס"ל פן טעמי' דלא ס"ל כר' נתן משום דמאן דס"ל שעבודא דר' נתן ס"ל דלו ולא לבע"ח. א"כ הרמב"ם דפסק כר"נ קשה דאמאי פסק דמוכר אין מעניקין לו מן לו ולא למוכר א"ע הא אתי ללו ולא לבע"ח: ותי' הש"ף בשם הריטב"א די"ל דהרמב"ם ס"ל דלא ילפינן שכיר שוכר מוכר עצמו ממכרוהו ב"ד כו' עכ"ל: ענה א וילדעתי יש לתמוה בזה מהא דקידושין (דף כ') ת"ר נמכר במנה והשביח ועמד על מאתים מניין שאין מחשבין אלא מנה כו' נמכר במאתים והכסיר ועמד על מנה מניין שאין מחשבין אלא מנה ת"ל כו' נמכר לישראל מנלן ת"ל שכיר שכיר לגז"ש.

וכן פסק הרמב"ם פ"ב הלכות עבדים הלכה ח' אלמא דהרמב"ם ס"ל דילפינן שכיר שכיר ועיין בתוס' קידושין (דף י"ד) ד"ה מוכר עצמו כו'. לכן העיקר פתירו צים האחרים שכתב הש"ף שם: ובדרך פלפול אמרתי בזה עפ"י מה דנסתפק המל"מ פ"ג הלכות עבדים הלכה י"ד די"ל דאין כופין על הענקה משום דהוי מ"ע שמתן שכרה בצידה כמו בצדקה דס"ל לכ"פ דמקרי מ"ע שמתן שכרה בצידה.

ומה דמחלק המל"מ שם בחילוק א' זהו דחסק והחילוק ב' שכתב שם דחה בעצמו ועיין מזה בסי' רמ"ה סעיף ד' ואכמ"ל. וכבר כתבתי לעיל בחידושיי הש"ף לח"מ סי' ל"ד דיש מקום לומר דכמו דבעשה דמתן שכרה בצידה לא פייפינן דהוא הדין בלאו הנחתק לעשה וכמש"כ הרשב"א בתשובה ובח"מ סי' צ"ז דבהשבת העבוט אין כופין והובא במל"מ שם.

וְכַתְּבֵתִי לְתַרְצֵן קוֹנְשִׁיּוֹת הַמַּל"מ ע"ז מְהֵא דְסוֹף חֲנֻלִין גְּבִי שְׁלוּחַ הַקֶּן דְּנִגְדָּל ר"י אַף דְּהוּי לָאו הַנִּיחָתָא לְעֵשָׂה. וְכַתְּבֵתִי לְחַלְקָא דְשִׂאנִי הֵיכָא דְמִשְׁפַּחַת בִּי מְלָקוֹת לְפַעְמִים אַז כּוֹפִין עַל לָאו הַנִּיחָתָא לְעֵשָׂה אַף הֵיכָא דְלֹא הוּי בַר מְלָקוֹת וְאַף דְּהוּי מ"ע שְׁמַתָּן שְׂכָרָה בְּצִידָה.

מִשׁוּם דְּזֶה חֲמוּר מִן עֵשָׂה וְכַמְש"כ הָאו"ת גְּבִי פְּסוּלֵי עֵדוּת בְּסִי ל"ד מִשָּׂא"כ הֵיכָא דְלֹא מִשְׁפַּחַת מְלָקוֹת פְּלֵל גְּבִי לָאו הַנִּיחָתָא לְעֵשָׂה אַז אִין כּוֹפִין עֲלֵי הֵיכָא דְּהוּי מְצִינָה שְׁמַתָּן שְׂכָרָה בְּצִידָה כ"ז פְּתַבְתִּי שָׁם: וְהִנֵּה גְּבִי הַעֲנָקָה פְּתַב הַמַּל"מ שָׁם דְּאַף אִם שְׁרַף הַנְּכָסִים שְׁחִיב לְהַעֲנִיק מִהֶם שׁוֹב לִיתָא בְּתַשְׁלוּמִין וְכִמּוּ דְאַמְרוּ בְּפִאָה דָּאם אֲבַד הַקְּצִיר נְפֻטָר וְאִינוּ דוּמָה לְהַשְׁבֵּת הָעֵבוֹט וְגִזְלָה דְאַמְרוּ בְּמַכּוֹת (דָּף ט"ז) דְּאִיתָא בְּתַשְׁלוּמִין אַף בְּשִׂרְפּוֹ.

וְעכ"ז לֹא שְׁיִיף הָתָם בְּטָלוּ וְלֹא בְּטָלוּ לְהִיּוֹת לוֹקָה עַל לָאו דְּהַעֲנָקָה מִשׁוּם דְּהוּי לָאו דְּאִין בּוּ מַעֲשֵׂה עִי"ש בַּמַּל"מ. וְלַפְעַנ"ד יֵשׁ לְדוֹן בְּזָה לְפִי שְׁיִטַּת הָרִי"ף וְהַרְמַב"ם פ' ט"ז ה' סְנֵהֲדָרִין דַּס"ל דְּמֵאן דְּאָמַר דְּבִיטְלוּ וְלֹא בִיטְלוּ תְּלִיא חֲחִיב מְלָקוֹת בְּלָאו הַנִּיחָתָא לְעֵשָׂה א"כ לְמֵאן דַּס"ל כֵּן חָל חִיב מְלָקוֹת בְּעַת שְׁעֵבַר בְּיָדִים עַל הָעֵשָׂה וְע"כ לֹא מְקַרֵי הַתְּרַאָת סָפֵק.

וְכַמְש"כ הָרִיטְב"א בְּמַכּוֹת (דָּף ט"ז) רֵאִי לְזֶה מִמָּה דְּקָאָמַר הַגַּמ' שָׁם אִי דְקִטְלָה קִלְב"מ אֲלֵמָא דְּחִיב מְלָקוֹת וְחִיב מִיתָה בְּאִין פְּאָחַד בְּעַת דְּקִטְלָה ע"ש וְלֵמָאן דַּס"ל בְּלֵא קִיִּימוּ חִיב מְלָקוֹת עֵיקָר עֲבִירוֹת הֵלָאוּ הוּא בְּעַת דְּעֵבַר עַל הֵלָאוּ וְכִינּוּן דְּאִינוּ יְכוּל לְקַיִים הָעֵשָׂה מְמִילָא עֵבַר לְמַפְרַע בְּעַת עֲבִירוֹת הֵלָאוּ.

וְע"כ מְקַרֵי הַתְּרַאָת סָפֵק דְּהָא סָפֵק אִם יְקַיִים הָעֵשָׂה אוּ לֹא וְע"כ ס"ל לְהַךְ מ"ד דְּהַתְּרַאָת סָפֵק שְׁמִי הַתְּרַאָה. אֲבָל לְמֵאן דַּס"ל בִּיטְלוּ וְלֹא בִיטְלוּ לֹא מְקַרֵי הַתְּרַאָת סָפֵק וְהוּי הַתְּרַאָת וְנִדְאִי בְּעַת דְּמַבְטֵל הָעֵשָׂה.

וְלְהַיָּפֵף מִמַּש"כ הַתּוֹס' וְרַש"י שָׁם בְּמַכּוֹת וְכִמּוּ שְׁהֶאָרִיף בְּזֶה הַפְּנִי מִשָּׁה בְּבִיאוּר שְׁיִטָּה זוּ בִירוּשְׁלָמִי מַכּוֹת פ"ג הַלְכָה ד' בְּאַרְיִכוֹת. וְגַם שְׁיִטַּת הַרְמַב"ם פ' ט"ז הַלְכוֹת סְנֵהֲדָרִין כְּשִׁיטָּה זוּ.

וְכִמּוּ שְׁהֶאָרְכְּתִי בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' א"ע ס' א' עֲנָף ד' ע"ש: וְלַפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּאֵם יִצְאָ הַעֲבָד חֲפָשִׁי מִמֶּנּוּ וְלֹא נָתַן לוֹ אַז חוֹב הַעֲנָקָה שְׁמֻנְטֵל עֲלֵיו וְאַח"ז שְׁרַף בְּיָדוֹ אֵת כָּל נְכָסָיו. דְּלֵמָאן דַּס"ל דְּבִיטְלוּ וְלֹא בִיטְלוּ הַדְּבָר תְּלוּי יֵשׁ לְדוֹן דְּחִיב מְלָקוֹת פִּינּוּן דְּעֵיקָר חִיב מְלָקוֹת חָל בְּעַת דְּעֵבַר עַל הָעֵשָׂה דְּבִיטְלוּ בְּיָדִים וְאַז קָעֲבַד מַעֲשָׂה ע"כ מְקַרֵי לָאו שְׁיִשׁ בּוּ מַעֲשָׂה.

וְכַמְש"כ הַרְמַב"ם פ"א ה' חֲמִץ דָּאם קָנָה חֲמִץ בְּפִסְחָ לְקִי דַּה"ל לָאו שְׁיִשׁ בּוּ מַעֲשָׂה אַף דְּעֵיקָר לָאו כָּל יִרְאָה אִין בּוּ מַעֲשָׂה. וְכַה"ג מְבִנְאָר בִירוּשְׁלָמִי שְׁבוּעוֹת פ"ג הַלְכָה ז גְּבִי שְׁבוּעָה שְׂאוּכַל כְּפָר זֶה הַיּוֹם וְעֵבַר הַיּוֹם וְלֹא אֲכָלָה דְּאִינוּ לוֹקָה מִשׁוּם לָאו דְּאִין בּוּ מַעֲשָׂה.

אֲבָל בְּשִׂרְפָה וְהַשְׁלִיכָה לִים לְקִי דְּהָרִי יֵשׁ בָּהּ מַעֲשָׂה וְה"ה בַּנ"ד. וְעֵינִין מְזָה בְּתוֹס' שְׁבוּעוֹת (דָּף ד') ד"ה אֲבָל אוֹכַל כו' בַּמַּש"כ שָׁם דָּאם זְרִקוּלִים וְהִתְרוּ בּוּ כו' וְבַגְנַת וְנִרְדִים פְּלֵל כ"ב מְזָה.

ואין פאן מקום להאריה בזה. אבל מאן דס"ל דבלא קיימו נתחייב מלקות מן עת דעבר על הל"ת.

וכינן דעיקר עבירות הלאו קעבר אז בעת דעבר על הל"ת ואח"ז דאינו מקינים להעשה עבר למפרע על הלאו ואז לא ה"ל לאו שיש בו מעשה וע"כ לא לקי בזה משום דה"ל לאו דאין בו מעשה. וע"כ הו"ל מילתא אם משפחת מלקות גבי לאו דהענקה תליא בפלוגתא אמוראי דר"י ור"ל אם הדבר תלוי בביטולו ולא בקיימו או בקיימו ולא קיימו: ענף ב ולפ"ז יש להעיר בסוגיא דמכות (דף ט"ז) דאר"י שם אין לנו אלא זאת ועוד אחרת.

הא לשיטת הרמב"ם והרי"ף דר"י ס"ל דבקיימו ולא קיימו תליא אתיא שפיר דלא מנה שם הענקה בכלל מלקות משום דלמאן דס"ל לא קיימו לא משפחת מלקות כלל בהענקה. אבל לפי מש"כ הריטב"א שם וכן כתב הרמב"ן ס"פ שבועות הדיינין במלקמות דהא דקאמר ר"י אין לנו אלא זאת ועוד אחרת פוננתו למאן דס"ל בביטולו ולא בקיימו משום דלמאן דס"ל לא קיימו משפחת תלתא מילי היינו שילוח הקן ופיאה.

ואונס שגירש. והא דקאמר ר"י שם רק שני דברים משום דקאי אליבא דר"ל דס"ל בביטולו ולא בקיימו ע"ש.

א"כ קשה הא למאן דס"ל בביטולו ולא בקיימו משפחת עוד לא הניחק לעשה דלוקה היינו הענקה פנ"ל. וי"ל דכוננת הגמ' במאי דקאמרי אנו אין לנו אלא זאת ועוד אחרת היינו דיהנה משפחת חיוב מלקות לשני המ"ד ביחד גבי ענין א'.

ולא משפחת פן אלא בשילוח הקן וגבי פיאה דבהו בין למ"ד בביטולו ולא בקיימו בין למ"ד קיימו ולא קיימו משפחת בהו מלקות. משא"כ גבי הענקה לא משפחת מלקות אלא למ"ד דס"ל בביטולו ולא בקיימו וגבי אונס שגירש לא משפחת מלקות אלא למ"ד קיימו ולא קיימו.

אבל לשני המ"ד ביחד לא משפחת בהו ע"כ לא קחשיב זה לריו"ח בכלל דקחשיב התם. וזהו פוננתו במאי דקאמר אנו אין לנו כו' היינו לדידן ביחד.

וכן מוכרח לומר גבי נותר שכתב הרמב"ן בספר הזכות דאם זרקו לים לוקה משום בביטול עשה. ומדלא קחשיב להא דנותר מוכח פנ"ל.

ע"כ אין מזה סתירה למש"כ: וידוע דגירסת הרמב"ם דריו"ח ס"ל קיימו ולא קיימו וגם הא פסק הרמב"ם דעיקר חיוב מלקות חל היכא דאינו יכול לקיים העשה שוב בעולם כלל. וריש לקיש ס"ל דבביטולו ולא בקיימו תליא ועיין בר"נ סוף חולין.

ולפ"ז י"ל דלמ"ד בביטולו ולא בקיימו י"ל דב"ד כופין על הענקה אע"ג דה"ל מ"ע שמתן שכרה בצידה. משום דכינן דמשפחת בי' מלקות א"כ חמיר זה מן עשה כמו דחזינן גבי פסולי עדות פנ"ל.

וכינן דלא מצינו רק בעשה דמתן שכרה בצידה דאין כופין. א"כ דומה הו"ל דהענקה לשילוח הקן דמצינו בסוף חולין דכופין ע"ז.

אָבֵל לְמֵאן דַּס"ל דְּבֵלֵא קִיַּיִמוּ הַדְּבָר תְּלוּי א"כ אֵין כּוֹפִין עַל הַעֲנָקָה כְּמוּ בְּהַשְׁבַּת הַעֲבוֹט דְּאֵין כּוֹפִין אַף דְּהוּי בְּלֵאוּ דְּכִינּוּן דְּלֵא מִשְׁפַּחַת בֵּי חַיּוּב מְלַקּוֹת לְעוֹלָם ע"כ דִּינוּ כְּמוּ כּוֹפֵל עֲשֵׂה דְמַתָּן שְׁכָרָה בְּצִידָה.

וּמִצְאָתִי בַּס' הַמְקַנָּה קִדּוּשֵׁין (דָּף ט"ו) נִשְׁכַּתְבּ בְּפִשְׁיטוֹת דְּאֵין כּוֹפִין עַל הַעֲנָקָה מִשּׁוּם דְּהוּי כְּמוּ כּוֹפֵל מִצְנָה שְׁמַתָּן שְׁכָרָה בְּצִידָה. וְכ"כ שָׁם בְּקִדּוּשֵׁין (דָּף י"ד) עַל מַה דְּאָמְרוּ שָׁם דְּלִהְרַצְאָת הָאָדוֹן קְאָתִי דְּכִינּוּן דְּאֵין כּוֹפִין ע"ז ע"כ בְּעֵינּוּ קָרָא לְהַרְצָאָת הָאָדוֹן ע"ש בְּמַקְנָה אַף לֹא הִבִּיא כְּלָל לְדְבָרֵי הַמַּל"מ שְׁהַקְדִּימוּ בְּזָה.

אֵלֵא הַמַּל"מ פֶּתַח אַח"ז לְהַכְרִיעַ דְּזָה לֹא ה"ל כְּמוּ מִצְנָה שְׁמַתָּן שְׁכָרָה בְּצִידָה אָבֵל הַמְקַנָּה פֶּתַח כֵּן בְּפִשְׁיטוֹת וּבְאִמַּת הַעֵינָר כְּדְבָרֵי כּוֹפֵל: וְזָה נִלְפַעַנ"ד בְּפִשְׁיטוֹת דְּאֵין כּוֹפִין עַל הַעֲנָקָה אִז לֹא שְׁיָיִף כְּלָל שְׁדַר"נ בְּחֻב הַעֲנָקָה.

דְּהָא עֵינָר מְלִתָּא דְּשְׁדַר"נ דְּקָאָמַר מְנַיִן שְׁמוּצִיאֵין מְזָה כּו' דב"ד כּוֹפִין לוּ וְלֹא מְצִי לוֹמַר לָאוּ בַע"ד דִּידֵי אַתָּה. וְכַמְש"כ הַרְשָׁב"א בְּחִידוּשֵׁי הַקָּא בְּקִדּוּשֵׁין (דָּף ט"ו) הַנֶּ"ל דְּעֵינָר פְּלוֹגְמַת רַבָּנָן וּר"נ הִינּוּ אִם יָכוֹל לְכוּפּוֹ וְלֹא מְצִי לוֹמַר לָאוּ בַע"ד דִּידֵי אַתָּה ע"ש.

וְכִינּוּן דְּאֵין כּוֹפִין עַל הַעֲנָקָה לְהַךְ מ"ד ע"כ אַף בְּלֵא יִלְפוּתָא מְקָרָא מִמִּילָא יְדַעִינּוּ דְּלֵא שְׁיָיִף שְׁדַר"נ בְּחֻב הַעֲנָקָה. וְכַה"ג פֶּתַח הַאו"ת בְּסִי' פ"ו ס"ק ג' בְּפִשְׁיטוֹת דְּבְחֻב הַעֲנָקָה כִּינּוּן דְּלֵא נִשְׁמַעְבְּדוּ נְכֻסֵי לְזָה אַף דְּכוּפִין לוּ בְּזָה מ"מ כִּינּוּן דְּלִיכָא שְׁעַבּוּד נְכֻסֵי ע"כ לֹא שְׁיָיִף גְּבִיָּה שְׁדַר"נ.

וְהָאָרִיף שָׁם לְהַסְבִּיר זָה. אַף עֵינָר הַפְּלֵל נִשְׁלוּ בַּמַּש"כ אֵלִיבָיָה דְּהַרְמְב"ם דְּבְחֻב הַעֲנָקָה לֹא שְׁיָיִף שְׁעַבּוּד נְכֻסֵי לֹא יְדַעְתִּי מְנַיִן לוּ זָה.

וְאֵי מִשּׁוּם דְּזָהוּ כְּמוּ חוּב צְדָקָה הָא בְּצְדָקָה ג"כ שִׁיטַת הַרְמְב"ם בַּפ"ז ה' מִתְּנוֹת עֲנִיִּים דב"ד יוֹרְדִין לְנְכֻסֵי וְכַמְש"כ הַמַּל"מ בַּפ"ג ה' עֲבָדִים הַל' י"ד. וְעֵינּוּ בַּקְצָה"ח סִי' ר"צ וּבְכַתּוּבּוֹת (דָּף מ"ח) בַּר"נ מְזָה.

וּקְצַת יֵשׁ לְחַלֵּק דְּשְׁאֵנֵי הַעֲנָקָה עַפְמַש"כ הַמַּל"מ דָּאָם נִשְׁרְפוּ הַנְּכֻסִים שְׁהִיָּה חַל עֲלֵיהֶם חוּב הַעֲנָקָה מִיְכָפֵטֵר הָאָדוֹן מִהַעֲנָקָה. וְע"כ אֵינּוּ דוֹמָה זָה לְחוּב צְדָקָה.

אָבֵל גַּם זָה דוֹחֵק: אֲכַן לְפַמַּש"כ בְּשֵׁם הַמְקַנָּה דְּהַעֲנָקָה הוּי מִצְנָה שְׁמַתָּן שְׁכָרָה בְּצִידָה א"ש בְּפִשְׁיטוֹת דְּשְׁאֵנֵי צְדָקָה דְּאִית בֵּיָה תְּרֵי לְאֵנִי לֹא תִאֲמַץ וְלֹא תִקְפֹּן וְכַמְש"כ הַתּוֹס' פְּתוּבּוֹת (דָּף מ"ט) ד"ה אֲכַפְיָי רְבָא כּו'.

מִשְׁא"כ הַעֲנָקָה לִיכָא אֵלֵא לָאוּ א' וְאֵין כּוֹפִין בֵּיָה. וְע"כ וְנִדְאֵי לִיכָא שְׁעַבּוּד נְכֻסֵי בֵּיָה וְגַם שְׁעַבּוּד הַגּוֹף לִיכָא בֵּיָה.

כִּינּוּן דְּאֵין כּוֹפִין לוּ בְּזָה. ע"כ יְדַעִינּוּ מִסְבָּרָא בְּעֵלְמָא דְּלֵא שְׁיָיִף שְׁדַר"נ בְּחוּב הַעֲנָקָה וּכְעֵין סְבָרַת הַתְּנַמִּים הַנֶּ"ל.

ע"כ שְׁפִיר פְּסַק הַרְמְב"ם דְּהָךְ דְּרִשְׁא דְּהַעֲנָק תַּעֲנִיק לוּ אִתִּי לְדְרִשְׁא דְּלוּ וְלֹא לְמוֹכַר עֲצָמוֹ. מִשּׁוּם דְּלִמְעַט לוּ וְלֹא לְבַע"ח לֹא צְרִיכָה.

כַּיְנוּן דְּפֶסֶק דְּבִלְאָ קַיְיִמוּ הַדְּבָר תְּלוּי ע"כ לֹא שְׁיִיף בֵּיה חַיִּיב מְלָקוּת כָּלֵל. וְאִין הַב"ד כּוֹפִין לוֹ עַל חוּב הַעֲנָקָה כְּמוֹ כָּל מַצְוָה שְׁמַתָּן שְׁכָרָה בְּצִידָה וְכִינּוּ דְלֹא כְּיִיפִינּוּ ע"ז בְּנוֹדָאֵי לֹא שְׁיִיף שְׁדַר"נ בֵּיה.

וְהָא דְאָמְרוּ שֵׁם דַּר"א ס"ל דְּמוֹכַר עֲצָמוּ מַעֲנִיקִין לוֹ וְדַרְשׁ לוֹ וְלֹא לְבַע"ח. י"ל דַּס"ל דְּלוֹקִין עַל לָאוּ דְאִין בּוּ מַעֲשֵׂה דָאז כּוֹפִין עַל חוּב הַעֲנָקָה דְדוּמָה לְשִׁילוּחַ הַקֵּן דְּכּוֹפִין כַּיְנוּן דְּמִשְׁכַּחַת בֵּיה חַיִּיב מְלָקוּת.

וְה"ה בְּהַעֲנָקָה הֵיכָא דְאִינוּ יָכוֹל לְקַיְיִם לְהַעֲשֵׂה לֹא ח"ז אֲז מְלָקִין לִיה עַל לָאוּ דְלֹא תְשַׁלְּחֵנוּ רִיקָם לְהַךְ מ"ד דְּלוֹקִין עַל לָאוּ דְאִין בּוּ מַעֲשֵׂה. ע"כ שְׁפִיר אֲיָצְטְרִיף לוֹ וְלֹא לְב"ח לְמַעַט בֵּיה מִן שְׁדַר"נ.

אַבְל לְדִינָא דְקִי"ל דְּלָאוּ שְׁאִין בּוּ מַעֲשֵׂה אִין לוֹקִין עָלֵיו. וְגַם קִי"ל דְּבִלְאָ קַיְיִמוּ הַדְּבָר תְּלוּי א"כ לֹא מִשְׁכַּחַת בֵּיה לְעוֹלָם חַיִּיב מְלָקוּת.

וְע"כ אִין כּוֹפִין בֵּיה וְכְמוֹ כָּל מַצְוֹת שְׁמַתָּן שְׁכָרָה בְּצִידָה ע"כ לֹא שְׁיִיף שְׁדַר"נ בְּזָה כַּיְנוּן דְּלִיכָא שְׁעָבוּד נְכָסִיו וְשְׁעָבוּד הַגּוּף. וְעִיקַר שְׁדַר"נ הוּא מַצַּד דְּהַתּוֹרָה שְׁעָבְדָה נְכָסִיו וְגוֹפּוֹ שְׁל הַלְוָה כַּנ"ל.

וְע"כ לְפִי מַה דְּנִתְבָּאָר דְּבַהַעֲנָקָה לֹא שְׁיִיף שְׁדַר"נ ע"כ אִין צָרִיף בֵּיה קָרָא לְמַעוּטֵי. בְּנוֹדָאֵי קָאֵי הַךְ דְּרִשָּׂא דְהַעֲנָק תַּעֲנִיק לוֹ לְמַעַט מוֹכַר עֲצָמוּ וְשְׁפִיר פֶּסֶק הַרְמַב"ם: וְהָא דְהַנְצָרָה הַש"ס לּוֹמַר שֵׁם דְּבַעֲלָמָא לֹא ס"ל כַּר' נִתְּן י"ל דְּזָהוּ לְפִי דְאִבְיֵי קְאָמַר שֵׁם דַּכ"ע יְלִיף שְׁכִיר שְׁכִיר.

וּבְאֲמַת יִהְיֶה מוֹכְרָח לַר"ל דַּס"ל בִּיטְלוּ וְלֹא בִיטְלוּ א"כ יִהְיֶה מוֹכַח דַּת"ק דַּר"א לֹא יְלִיף שְׁכִיר שְׁכִיר. דַּא"כ אֲמַאי דְרַשׁ לְהַךְ תַּעֲנִיק לוֹ וְלֹא לְמוֹכַר עֲצָמוּ דְלִמָּא אֲתִי לְדַרְשָׂא דְלוֹ וְלֹא לְבַע"ח דְאִין לּוֹמַר דְּכִינּוּן דְאִין כּוֹפִין בְּחוּב הַעֲנָקָה ע"כ לֹא אֲצְטְרִיף קָרָא לְזָה.

דַּז"א לַר"ל דַּס"ל דְּבִיטְלוּ הַדְּבָר תְּלוּי א"כ מִשְׁכַּחַת בֵּיה חַיִּיב מְלָקוּת. א"כ כּוֹפִין בְּזָה כְּמוֹ בְּשָׂרֵי מְלָה הַכְּתוּבָה בַּתּוֹרָה וְאִיכָא שְׁעָבוּד נְכָסֵי וְשְׁעָבוּד הַגּוּף וְאֲצְטְרִיף לוֹ וְלֹא לְבַע"ח.

וְלָכֵן הַנְצָרָה הַש"ס לּוֹמַר דְּבַעֲלָמָא לֹא ס"ל כַּר"נ. דַּא"כ אִיף קְאָמַר דַּכ"ע יְלִיף שְׁכִיר שְׁכִיר הָא לַר"ל מוֹכַח דַּת"ק דַּר"א לֹא יְלִיף שְׁכִיר וְלֹא שְׁיִיף לּוֹמַר דַּכ"ע יְלִיף ש"ש.

וְגַם הָא מְצִינוּ בְּמִכּוֹת (דָּף ט"ז) וּבְחֻלִּין (דָּף קמ"א) דְּקְאָמַר סְתָמָא דְהַש"ס הִנְיָחָא לְמֵאן דְּתַנִּי קַיְיִמוּ וְלֹא קַיְיִמוּ אֶלָּא לְמֵאן דְּתַנִּי בִיטְלוּ וְלֹא בִיטְלוּ כו'. אֶלְמָא דְאָף דַּר' יוֹחֲנָן קְאָמַר שֵׁם בְּמִכּוֹת כֵּן מְפָל מְקוּם סְבִירָא לִיה לְהַש"ס לּוֹמַר דְּיִהְיֶה א"ש אָף לַר"ל הַךְ מִימְרָא שְׁל רִיו"ח.

א"כ ה"ה הָכָא בְּסוּגְיָא דְקִידוּשֵׁין רוּצָה הַש"ס לְאֹקְמֵי דְיִהְיֶה א"ש הָא דְקְאָמַר דַּכ"ע יְלִיף ש"ש אָף לַר"ל. וּבְפֶרֶט לְפִי הַמְבֹרָךְ שֵׁם בְּקִידוּשֵׁין (דָּף י"ד) בְּרַש"י שֵׁם וְהוּבָא בְּתוּס' שֵׁם ד"ה הוֹאִיל וְכָל קַיְיִנוּ בְּכֶסֶף כו' דַּסְתָּמָא דַּגַּמ' שֵׁם הוּא כַּר"ל.

ואף דהתוס' הקשוישם בזה עכ"ז הרשב"א בחידושיו שם פתב לתרץ זה ע"ש. וכינון דהתחלת הסוגיא שם קאי אליבא דר"ל ע"כ י"ל דבסוף המסקנא שם דקאמר דכ"ע גליף ש"ש אתי ג"כ אליבא דר"ל.

ולר"ל מוכח לומר דטעמא דת"ק הוא משום דלא ס"ל כר"נ: ובאמת מה דאמרו שם דבעלמא לא ס"ל כר"נ. א"ש בפשיטות לשיטת אב"י בפסחים (דף ל"א) דס"ל למפרע גובה גליף הש"ס זה מהא דאמר ר"נ שם יתומים שגבו קרקע בחוב אביהם חוזר וגובה מהם משום דלמפרע גובה ואח"ז דחי לי' הש"ס משום דר"נ.

א"כ אב"י י"ל דלא ס"ל דר"נ וכמש"כ התוס' בגיטין (דף ל"ז) ובקידושין בסוגיא זו להוכיח מפסחים דהלכה כר"נ. אבל לאב"י לא שנייה הוכחה זו ויש להאריך בכ"ז: אבל לדינא דפסק הרמב"ם דלאו הנחתק לעשה תליא בקיימו ולא קיימו.

שפיר הוצרך הא דהענק תעניק לו ולא למוכר עצמו משום דבשדר"נ לא צריך קרא פיון דאין כופין בזה משום דלא משפחת ביה מלקות כנ"ל. ע"כ דינו כמו השבת העבוט כנ"ל.

וא"ש פסק הרמב"ם על נכון: ענף ג ועפ"י מה שנתבאר דהרמב"ם ס"ל דילפינו שכייר שכייר יש מקום לתרץ דברי הרמב"ם התמוהים בה' עבדים פ"ב הלכה ח' דפסק דע"ע הנמכר לישראל מגרע פדיונו ויוצא הן כסף והן שנה כסף ונמכר לנכרי אינו נגאל כי אם בכסף דוקא ולא בש"כ שצאמר כסף ממכרו בכסף הוא נגאל ולא בשנה כסף ויפה פת הנכרי מכח הישראל כו'.

וכתב הכ"מ דכן מבואר בירושלמי פ"ק דקדושין דבכל אתר את עביד ש"כ ככסף והכא לית את עביד ש"כ ככסף אמר ר' אבא שניא היא ששנה עליו הפתוב כסף ככסף עי"ש. והלח"מ תמה שם על הרמב"ם מהא דקדושין (דף ח') בפלוגתא דרבה ור"י דמיייתי רב יוסף ראיה מברייתא דתניא מכסף מקנתו בכסף הוא נקנה ואינו נקנה בתבואה וכלים האי תבואה וכלים ה"ד אלימא דלא מקני ביה כלל ישיב גאולתו אמר רחמנא לרבות שנה כסף ככסף כו' ואידך ה"ק בתורת כסף הוא נקנה ואינו נקנה בתליפין ולר"נ דאמר כו'.

אלמא דאליבא דכולהו פשיטא להו דנפדה אף בש"כ גם ע"ע הנמכר לנכרי דהא קרא דמכסף מקנתו בע"ע הנמכר לנכרי מירי כו'. ונשאר בצ"ע: ולפענ"ד נראה לתרץ משום דלכאורה קשה עוד כמו שהקשה הלח"מ שם דמנלן לאוקמי להאי ישיב גאולתו לרבות ש"כ דזה קאי על נמכר לישראל פיון דעיקר הפרשה נאמר בנמכר לנכרי.

וי"ל בזה דלמאן דס"ל דילפינו שכייר שכייר לא הוצרך לנו למילף דנפדה בש"כ מן הא דשיב גאולתו משום דאף בלא זה ידענא ממילא דש"כ ככסף. דהא באמה העבריה פתיב והפדה דמזה דרשו בקדושין (דף ט"ז) מלמד שמגרע פדיונה ויוצאת וכינון דלא פתיב כסף בפירוש בעבריה ונדאי ש"כ ככסף.

ודוקא היכא דכתיב כסף בפירוש בזה הוצרך למילף מאיזה דרש דש"כ ככסף פמבואר בתוס' קדושין (דף ב') ד"ה בפירוטה כו'. אבל היכא דלא פתיב כסף בפירוש כ"א והפדה לביד ונדאי אף ש"כ בכלל.

וכינן דמצינו באמה העבריה ש"כ פכספ ממילא ילפינן דה"ה בע"ע הנמפר לישראל ג"כ ש"כ פכספ גבי גרעון פספ ונגאל בע"כ של האדון ע"י ש"כ. דהא בקדושין (דף י"ד) מבואר דע"ע דמכרוהו ב"ד אתקש לעבריה ומוכר עצמו יליף מגז"ש ש"ש דנאמר במכרוהו ב"ד כי משנה שוכר שכיר.

ונאמר במוכר עצמו פשכיר פתושב יהיה עמו. וכינן דמכרוהו ב"ד ילפינן מהקישא דאמה העבריה דנפדה בש"כ.

א"כ ממילא ילפינן למוכר עצמו מגז"ש הנ"ל דנפדה בש"כ. ונמפר לנכרי שאני דשנה עליו הפתוב פספ פכספ פמבואר בירושלמי פנ"ל: והא דתקשה דא"כ האי ישיב לרבות ש"כ למאי קאתי פין דכתיב בפרשה דנמפר לנכרי ובנמפר לנכרי אינו יוצא בע"כ של האדון בש"כ.

י"ל דלעולם האי ישיב קאי ג"כ על מה דאייירי בהאי פרשה בנמפר לנכרי. ונקדים הא דמבואר בירושלמי קדושין פ"א הלכה ב' בזה"ל אמר ר' חייא בר אדא פכספ הוא נגאל ואינו נגאל לא בתבואה ולא בכלים בכל אטר את עבד ש"כ פכספ והכא לית את עביד ש"כ פכספ אמר ר' אבא מרי שנייא היא ששנה עליו הפתוב פספ פכספ אף ר' חייא בר אדא יודה שאם בקש לגרוע שמגרע ויוצא אף בתבואה ואף בכלים עכ"ל הירושלמי.

ופירש הפ"מ פוננת הירושלמי דאם בקש לגרוע דזה קאי במגרע מעט שנים הנותרות דלא פתיב פספ לעכב אלא בגאולה מכל שני' כו' ע"ש. ובאמת חסר העיקר בירושלמי והא עיקר ה' מילתא נאמר במשנה בלשון גרעון פספ אלמא דכ"ז מקרי בלשון גרעון פספ: ע"כ נראה לפענ"ד לפירש פוננת הירושלמי באופן אחר והוא דהריטב"א בקדושין (דף ב' ע"א) וכן ה"ר"ן בריש קדושין תרצו לקושיות התוס' דהקשו שם דמנלן דבקדושי פספ ש"כ פכספ ותירצו דכינן דהקדושין הוא מדעת שניהם ע"כ בזה שנה פספ פכספ משא"כ היכא שהוא בע"כ של חבירו ע"כ אצטריף לריבוי דש"כ פכספ כמו גרעון פספ ונזקין ע"ש.

ולפ"ז י"ל דזהו פוננת הירושלמי במה דקאמרי שם דנמפר לנכרי אינו נפדה בע"כ של הנכרי בש"כ. ומסיק דזה אינו אלא במגרע בע"כ אבל בנתרצו שניהם על הגרעון בזה ש"כ פכספ.

ונה מזוקדק בלשון הירושלמי דקאמר שאם בקש לגרוע מגרע ויוצא בש"כ. היינו אם בקש הנכרי האדון לגרוע.

וי"ל דע"ז אתי הא דדרשינן מן ישיב לרבות ש"כ פכספ דהאי ישיב קאתי היכא דנתרצה הנכרי לגרעון פספ דאז שנה פספ פכספ וקונה העבד א"ע ע"י זה. משא"כ בלא נתרצה נתמעט בי' ש"כ ובצינן פספ דוקא.

ואף דהריטב"א והר"ן פסיקא להו לזה מסברא. עכ"ז הא חזינו להתוס' שם בריש קדושין דהקשו דמנלן דבקדושין ש"כ פכספ ותירצו דילפינן מע"ע.

אלמא דס"ל דאף היכא דהוא מדעת שניהם ג"כ בעינן ילפותא מקרא דש"כ פכסוף. ע"כ
י"ל דשפיר אצטריוהו האי ישיב לרבות ש"כ על היכא דנתרצה האדון הנכרי על הגרעון
פסוף.

וכמו דפירש הפ"מ במאי דכתב לפרש הירושלמי דקאי על מעט שנים הנותרות דנה
דרשינן מן ישיב כו'. וה"ה י"ל למאי דפירשתי דקאי על אם הגרעון פסוף הוא מרצון
הנכרי דע"ז אתי האי ישיב לרבות ש"כ.

אף דבגמפך לנכרי שנה עליו הפתוב פסוף פכסוף דז"א אלא בע"כ דאינו נפדה בש"כ.
משא"כ היכא דנתרצה שאני.

ובנה יפה פת הנכרי מפח הישראל דבישראל פתיב והפדה באמה העבריה דאתקש
למכרוהו ב"ד ומוכר עצמו ילפינן בגז"ש ש"ש. וע"כ אף בע"כ של האדון הישראל נפדה
בש"כ משא"כ בנכרי פנ"ל: ענה ד ולכאורה י"ל דמנלן למילף גז"ש ש"ש מוכר עצמו
ממכרוהו ב"ד דנפדה בע"כ אף בש"כ.

דקא י"ל אפכא ולמילף עפ"י גז"ש ש"ש הנ"ל בישראל מן עבד עברי הנמכר לנכרי
דאינו יוצא בע"כ בש"כ. וכמש"כ התוס' בקדושין (דף י"ד) ד"ה מוכר עצמו כו' דמאן
דרנש הך דגז"ש ש"ש יליף ליה נמכר לישראל מנמכר לנכרי.

וכן מבואר שם (דף ט"ו) דמאן תנא דלא יליף ש"ש רבי היא כו' ואי ס"ד יליף ש"ש
אמאי קאמר ומה מי שאינו נגאל באלה גילף ש"ש. אלמא דילפינן נמכר לישראל מנמכר
לנכרי בגז"ש ש"ש.

אבל זה אינו קשה לפי מש"כ רש"י בקדושין (דף כ' ע"ב) ד"ה או דלמא לקולא אמרינן
כו' פדאמר קרא גבי השביח ולבסוף הכסוף דאזלינן לקולא עכ"ל. ועיין בלח"מ פ"ב ה'
עבדים ה"ז ד"ה ויש לו ללות ולגאול כו' בסה"ד שהביא לדברי רש"י הנ"ל דכיון דחזינן
דאזיל בי קרא לקולא ונדאי דילפינן להקל ולא להחמיר ומשום הכי פשיטא לי' דילפינן
ג"ש להקל גבי ע"ע הנמכר לנכרי משנה אחרונה עכ"ל הלח"מ.

ועפ"ז מתורץ קושיות התוס' שם ד"ה גאולתו כו'. א"כ ה"ה י"ל פן גבי הא דילפינן מוכר
עצמו מן מכרוהו ב"ד דנגאל אף בש"כ.

משום דמכרוהו ב"ד ילפינן מן היקישא דאמה העבריה דכתיב והפדה סתמא פנ"ל דנהו
להקל על העבד. ולא דגילף מן נמכר לנכרי דשם יפה פת האדון הנכרי.

דנהו להחמיר על העבד משום דיותר יש לנו למילף לקולא פנ"ל: ועוד יש לדון בנה
עפ"י המבואר בב"ק (דף ג') בתוס' ש"י ד"ה דומיא דרגל כו' דמדה הוא בתורה דלקולא
וחומרא לחומרא גמרינן לא שנה באיסורא ול"ש בממונא ומוציאין ממון עי"ז.

[ועיין ב"מ (דף צ"ה) תוס' ד"ה אתמר פשיעה כו'. וברא"ש ב"מ פ"א סי' מ' ובח"מ סי'
שע"ד סעי' ד' ובבאר הגולה שם וקצרותי].

וכיון דעבד עברי גופו קנוי לאדונו א"כ ממילא בהספק אם יצא העבד לחירות. די"ל
דמקרי האדון בשם מוחזק משום חזקת מרא קמא.

וע"כ כמו דאמרו התם בב"ק דומיא דרגל להחמיר ולהוציא מן המוחזק. כמו כן בגז"ש דאיפא למילף במוכר עצמו דאינו נגאל בש"כ בגז"ש ש"ש מן נמכר לנכרי.

וכן איפא למילף בגז"ש ש"ש מן מכרוהו ב"ד דנגאל בש"כ. מיבעיא לן למילף להחמיר ולהוציא מן הבעלים הראשונים דמקרי מוחזקים ולמילף דנגאל בשנה פספ.

ועיין בקצה"ח סי' פ"ח ס"ק ט' שהעלה דבמקום ספיקא לא מקרי העבד מוחזק ותפוס כינון דעבד גופו קנוי נבעלים והוי ספק בזה גופא אם תפיסתו תפיסה או לא דלא מהני תפיסה מספק ע"ש. וה"ה בעבד עברי דגופו קנוי לאדונו.

ועיין במל"מ פ' ט"ו מטוען בשם המהראנ"ח דכל מילתא דלחזרה קאי מוקמינן לי' בחזקת הבעלים. אבל שאני בע"ע דגופו קנוי לאדונו עד סוף ש"ש ויש לרבו קנין הגוף בו ע"כ שאני ושאני ע"ע מהה' מילתא של המל"מ הנ"ל.

ועיין בקצה"ח סי' מ"ב ס"ק ב' וקצרתיו: אף באמת זה אינו דהא אמרינן בקדושין (דף כ' ע"א) דפריה הגמ' מאי חזית למדרש לקולא דרשיניהו לחומרא כו'. אלמא דדרשינו אף להוציא מגופו של עבד ומה דהוי לזכות האדון זה מקרי הוצאת ממון.

ומוכח מזה דבכל ספק בע"ע מקרי הע"ע בשם מוחזק. משום דקנין הגוף של הע"ע לא אלים כ"כ.

וכמש"כ התוס' בב"מ (דף צ"ט) ד"ה דלא קני ליה. דאף על גב דבפ"ק דקדושין אמרינן דעבד עברי גופו קנוי היינו לענין שאין גרעונו מחול אם מחל בע"פ.

וכתבתי במק"א לבאר לפי דעיקר הענין דע"ע גופו קנוי הוא כמו שכירות דהע"ע מושפך להאדון וע"כ אין גרעונו מחול בלא קנין כמו שכתבנו בא"ח סי' שט"ו דבתצר המושפך לא מהני מחילת השוכר להמשפיר בלא קנין.

אבל מכ"מ לענין מוחזק אם נולד ספק בהשכירות מקרי המשפיר מוחזק ובמק"א הארכתי בזה. והא דהיה סלקא דעתך שם בקדושין למדרש לחומרא.

זהו ג"כ עפ"י סברת התוס' בב"ק (דף ג') הנ"ל. וע"כ העיקר כמש"כ לעיל דיותר יש לנו למילף עפ"י גז"ש שכיר שכיר לקולא על העבד כמו דאמרו שם בקדושין בגמ' במסקנא דמסתברא למדרש לקולא מדאקיל רחמנא לגביה כו'. נחזור לענינינו דלמאי דקיי"ל דילפינן גז"ש ש"ש א"כ ילפינן מוכר עצמו ממכרוהו ב"ד דאפקש לאמה העברי' דיליף מן והפדה דאף ש"כ בכלל.

והא דאמרו בקדושין (דף ט"ז) בגרעון פספ דיליף מן והפדה. משום דס"ל דיליף גז"ש ש"ש וע"כ אף למוכר עצמו ידעינן דיוצא בגרעון פספ מן והפדה.

ויש להאריך עפ"י ב"מ דאמרו שם אח"י וקונה א"ע בכסף ובש"כ כו'. וזהו בנמכר לישראל אבל נמכר כו' דשנה עליו הפתוב פספ בכסף בעינן פספ דווקא.

והאי ישיב לרבות ש"כ ככסף דכתיב גבי נמכר לנכרי אתי להיכא דנתרצה האדון דיכול הע"ע לקנות א"ע אף ע"י ש"כ: ולפ"י ניחא סוגיא דקדושין (דף ח') דמוכית רב יוסף דבעינן קיץ מהא דדרשו בכסף נקנה ואינו נקנה בתבואה וכלים.

אילימא דלא מקני ביה קלל ישיב גאולתו אמר רחמנא לרבות ש"כ פכסוף. וכיון דמפרק ביה איקנוני נמי מקנייה ביה כמו דפירש רש"י שם.

ולקמן (דף י"ד ע"ב) נמפר כו' מנלן דנקנה פכסוף אמר קרא והפדה כו' ופירש"י דאלמא פכסוף נקנה דאי לא קנאה בידים מאי מגרעה. ותמהו המפרשים דדילמא נקנה בשטר ונתן דמיו ומגרע הדמים.

והריטב"א פי' שם דמוכח דכמו דקונה לעצמו פכסוף כמו כן מה דנקנה לאחרים ג"כ נקנה פכסוף. ובאמת פן מבואר בפסוגיא דהכא (דף ח') דיליף דש"כ פכסוף לקנין מן ישיב דנפדה בש"כ: ולפי מה דנתבאר דהאי ישיב לרבות ש"כ מייירי בנתרצה האדון על הגרעון פסוף דאזי ש"כ פכסוף גם בנמפר לנכרי דמייירי מיניה קל הפרשה.

ע"כ שפיר מוכיח רב יוסף דהא דאמרו אינו נקנה בתבואה וכלים. דאין לומר דלא נקנה כש"כ דהא חזינו דקונה א"ע בש"כ כמו דדרשו מן ישיב כו'.

אלמא דהיכא דנתרצה האדון הנכרי לגרעון פסוף מהני שנה פסוף פכסוף. א"כ ה"ה בקנין דהעבד מקנה א"ע להנכרי ונתרצו שניהם על הקנין דהא קנין הוא מרצון שניהם.

א"כ נודאי ש"כ פכסוף כמו בגרעון פסוף דישב מרבה ש"כ משום דנתרצה פנ"ל. א"כ ה"ה בקנין לנכרי פיון דהוי מרצונו של העבד הוי ש"כ פכסוף.

וע"כ מוכיח מזה רב יוסף דבעי מידי דקניין: ולפ"ז לא פליג הש"ס דילן על הירושלמי דכולהו בחד שיטה קנימי וס"ל דנמפר לנכרי אינו נפדה בש"כ משום דיפה פח הנכרי מפח הישראל.

רק הש"ס דילן מייירי היכא דנתרצה הנכרי בש"כ על הגרעון פסוף וכדאמרו בירושלמי דבזה ש"כ פכסוף. ע"כ א"ש דברי הרמב"ם שפסק פמבואר בירושלמי דנמפר לנכרי אינו נפדה בש"כ דיפה פח הנכרי מן נמפר לישראל דנפדה בש"כ ע"פ גז"ש ש"ש.

והא דלא כתב הרמב"ם דהיכא דנתרצה האדון הנכרי על הגרעון פסוף כש"כ דהוי פכסוף. י"ל דסמך על מה שכ' בפ"ב ה' עבדים ה"א דש"כ פכסוף גבי הא דע"ע נקנה פכסוף וש"כ.

ולא חילק שם בין נמפר לישראל לנמפר לנכרי בזה. אלמא דגבי קנין ע"ע ש"כ פכסוף.

א"כ ה"ה בקונה לעצמו ג"כ ידענו דש"כ פכסוף. דאי נימא דשאני קנין דהוא מדעת שניהם.

דא"כ בגרעון פסוף היכא דנעשה מדעת שניהם ג"כ מבעי להיות ש"כ פכסוף. ע"כ סמך הרמב"ם בזה וסתם פנ"ל.

וכ"כ הרמב"ם פ' ה' הלכות עבדים ה' ב' גבי עבד פנעני שכ' דבין פסוף ובין ש"כ שנה הן לקנותו לעצמו והן להקנותו לאחרים וא"ש דברי הרמב"ם: סימן פז א (סעף א סמ"ע ס"ק ה') בין במלנה בין בפקדון לאפוקי מדעת רש"י דס"ל דבפקדון אף כופר הפל חייב שד"א כו': והתוס' בב"ק (דף ק"ז ע"א) ד"ה עירוב פרשיות כו' תמהו על שיטת רש"י מכמה משניות.

ובצאת צריף ביאור לשיטת רש"י הנ"ל דלא יסתור לכמה משניות מפונרשות כ"כ. וע"כ נלע"ד ליישב דברי רש"י והוא דקא מצינו בשבועות דף מ' גבי שבועת היסט דחד לישנא דר"נ ס"ל דלא תקנו ש"ה רק בדאיכא דררא דמונא היינו בטענת פרעתי דהיה עליו חזקת חיוב אבל בטענת להד"ם דלא היה עליו מעולם חזקת חיוב לא תקנו ש"ה בזה.

ואף דקיי"ל פלישנא קמא דר"נ גבי ש"ה. מ"מ יש לדון גבי חיוב שבועה דאורייתא בכופר בכל לשיטת רש"י דמקורו הוא מהא דחזינו דחיובה התורה שבועה בטענת נאנסו.

ואינו מחלק בין היכא דחבירו מפיר בשקרו כו' כמש"כ התוס' שם לחלק. והא בכל טענת שומרים מקרי דררא דמונא דקא העלה הש"ף בסי' רצ"א ס"ק מ"ד בשם פמה מהראשונים דס"ל דכל שומר דטען איני יודע כו' ה"ל פאומר איני יודע אם החזרתי משום דה"ל חזקת חיוב עליו להחזיר החפץ בעודו בעיני אף למ"ד דס"ל נכסי שומר מעת פשיעה נשתעבד.

ועיין בקצה"ח סי' ש"מ ס"ק ד'. ולפ"ז מקרי שבועת השומרים בשם דררא דמונא דקא עד עת דנאנסה ממנו היה עליו חזקת חיוב להחזירו כנ"ל.

ולכן ה"ה בכופר בכל בפקדון דחיוב דקא לשי' רש"י ג"כ י"ל דלא מצינו לחייב ד"א רק במקום דררא דמונא וכעין הנדון דהוא ש"ש. והיינו בטענת החזרתי אף דכופר בכל מ"מ פינו דהיה עליו מעולם חזקת חיוב ע"כ חייבשד"א.

אבל בטענת להד"ם בכופר בכל דלא הוי דררא דמונא פלל דקא לדבריו לא היה לו עליו מעולם שום חזקת חיוב פלל ע"כ גם רש"י מודה בזה דאין שום מקום פלל לחייב ד"א בזה דקא אין לנו שום הוכחה לחייב ד"א בזה בכופר בפל.

רק במודה מקצת חייב אף בטענת להד"ם. וגם הא פתבו התוס' בב"ק (דף קי"ח ע"א) ד"ה ר"נ וריו"ח כו' שכתבו בשם הר"ת דגבי ההוא רעיא דב"מ (דף ה') פינו דאתו סהדי דאכל תרתי מינייהו ה"ל כעין דררא דמונא ע"ש.

וה"ה י"ל סברא זו גבי פל מ"מ דאף בטענת להד"ם על מחצה השנה מקרי זה בשם דררא דמונא ג"כ: ולפ"ז מתורץ פל המשניות דהובא בתוס' ב"ק (דף ק"ז) דמוכח משום דאף בפקדון פטור כופר בכל משד"א.

משום די"ל דהתם מיירי בטענת להד"ם ע"כ אף לרש"י מיפטר בזה משד"א. והא דמחייב רש"י הקא ד"א בפקדון בכופר בכל היינו בטענת החזרתי דאף דבמלנה פטור גם בטענת פרעתי פולו אבל בפקדון חייב בזה פינו דלא עשה לו טובה.

והא דקיצר רש"י בזה י"ל דסמך על הפשיטות דינעין מסתמא דהוי דומיא דש"ש דה"ל דררא דמונא כנ"ל. פן י"ל בכוננת רש"י דלא יהיה מוקשה כ"כ ולא יהיה סותר לכמה משניות המפונרשות כ"כ: ואף פי עדיין יש להקשות על שיטת רש"י מכמה סוגיות בש"ס עכ"ז בזה לא יוגדל התמ' כ"כ דקא רש"י פתב פן בב"ק רק בשיטת ר' חייא בר יוסף ולא לכולי עלמא ויש לי בזה הרבה ע"פ דרכי הפלפול ליישב דברי רש"י שלא יקשה עליו מהסוגיות כ"כ.

ועיקר התמיות על שי' רש"י הוא ממשיכות המפורשות וכמש"כ גם השמ"ק בב"ק (דף ק"ז) לתמוה על רש"י. אכן לפי מש"כ אין להגדיל התמין' כ"כ.

ואף דמן הטור פאן משמע דלשיטת רש"י אף בכופר בפקדון ואומר אין לה בדי פלום ולקד"ם ג"כ חייב שד"א מ"מ יש לפרש כמש"כ בשי' רש"י דלא כמש"כ הטור בשיטתו וגם יש מקום לומר דגם מן הטור אין כ"כ סתירה לדברינו.

ועיין בבבאור הגר"א זצ"ל בס"ק ח' ובתוס' פתובות (דף י"ח ע"א) ד"ה חזקה א"א מעיז כו': ב (שם סעיף א' ש"ף ס"ק ג') דפקדון אע"ג שאינו מונחן בידו ה"ל הילך כו'. והנתיבות ס"ק א' העלה דדוקא בפקדון אבל בגזלה אם תבעו שני פלים שגזלו ממנו והודה על פלי א' שעומד בביתו לא ה"ל הילך דגזלה לא קאי ברשות הבועלים עד שעת השבה לפני הב"ד דהא בגזל ולא נתיאשו א"י להקדישו לפי שאינו ברשותו וכיין שאינו ברשות הבועלים ע"כ לא הוי הילך ואף דבב"ק (דף ק"ד) אמרו כיין דאודי לי' כמאן דא"ל הנה בידך דמי הא כתבו התוס' שם דוקא כששמתק והלך לו כו' עכ"ל הנתיבות: ענף א וילפי דברי הנתיבות דגזלה לא ה"ל הילך במודה מעצמו כש"כ דגזל לא ה"ל הילך בהעצאת עדים דר"ח אם תבעו ב' פלים והביא עדים שמעידים שראו שגזל פלי א' דחייב שד"א אף דהכלי הוא בעין ברשות הגזלן.

ולקמן סי' צ' ש"ף ס"ק א' משמע להיפך דז"ל הש"ף בשם הלח"מ שהקשה על מה שתקנו תקנת נגזל דנשבע ונוטל הא בלא"ה חייב שד"א מן דין העצאת עדים דר"ח שמעידים שראו שהיה פלים תחת כנפיו וחסוד על השבועה שפנגדו נשבע ונוטל ומירץ דהכא קנסו אפילו אמר נטלתי פלי זה ובעה"ב טוען שנטל זה וכלי אחר דמה שאמר פלי זה הוי הילך ואע"פ שאמר ששלו נטלו מ"מ טענתו אינו פלום ומה שחייב ע"פ עדים או ע"פ הודאתו הוי בעין והילך ואינו חייב שד"א כו' עכ"ל הלח"מ.

ועוד י"ל דל"ד לחשוד כו' עכ"ל הש"ף: הרי להדיא דאף בהעצאת עדים על גזלה אם הכלי הוא בעין מקרי הילך אע"ג דכופר עדיין כש"כ במודה מעצמו על מקצת הגזלה די"ל בזה הסברא דכיין דאודי לי' כמאן דא"ל יהיה בידך דמי וה"ל כפקדון וכמו שהעיר בזה הנתיבות.

ונדאי דה"ל דין הילך ופטור מן שד"א א"כ מוכח מזה דלא פהנתיבות. ואפשר לומר בזה דאין זה ראי' מוכרחת כ"כ דהנתיבות בסי' צ' ס"ק א' כתב בדברי הלח"מ הנ"ל לדון ע"פ דברי התוס' לשבועות (דף מ"ו) ד"ה בטוענו פלים כו' שכתבו דמירי שפכר החזיר לו דזהו רק לרבנן דהתם.

ומה שכתב הלח"מ דמירי בהילך זהו לר' יהודה דהתם ע"ש בנתיבות. ולפ"ז י"ל במה דא"ר יהודה שם עד שתהא מקצת הודאה אף דבלא הודאתו אפתי דינו כמודה במקצת משום העצאת עדים דר"ח כקושיות התוס' דהתם.

י"ל דכוננת ר' יהודה הוא דאלו משום העדים יכול לומר החזירתי אבל במודה במקצת שלא החזיר עדיין אף דאפתי ה"ל הילך אפ"ה תקנו בי' דין נגזל נו"נ כמש"כ הנתיבות שם בשם הר"נ.

ועיין באו"ת שם ס"ק א' והדברים ארוכים ואכמ"ל: עכ"פ לפי מש"כ הגנתיבות דמה שכתבו דמיירי בהילף זהו רק לדברי ר' יהודה. לפ"ז יש לדון בראייתי שכתבתי להוכיח דגזלה ג"כ מקרי הילף.

והוא דהתוס' בב"ק (דף ע' ע"א) ד"ה פסחם וחינאה כו' כתבו וי"ל דדלמא ר' יהודה פל שילקטו נמי שרי ולא נקט פל שילקטו אלא לרבותא כו' ועי"ל כו' עכ"ל התוס'. הרי דס"ל להתוס' בתי א' די"ל דר' יהודה לא פליג על ר' דוסא דכל שילקטו שרי ואין לנו להרבות במחלוקת ביניהם בלא הכרח ועיין מזה בספרי נחל יצחק בקונטרס תפיסה בדררא דממונא סי' א' ענף א' בהג"ה שם.

ועיקר סברת הגנתיבות דגזלה לא הוי הילף לפי דגזל ולא נתייאשו אינו יכול להקדיש לפי דאינו ברשותו פנ"ל. ע"כ י"ל דדוקא לדין דקיי"ל לדינא דא"י להקדיש לגזלה ע"כ שפיר פתב הגנתיבות דלא מקרי הילף משום דקמו דא"י להקדישו ולהקנותו ה"ה דלא מקרי הילף מה"ט דהוי אינו ברשותו.

אבל לר' יהודה דס"ל פצנועין ור' דוסא דיכול להקדיש ולהקנות לגזלה אף דאינו ברשותו ה"ה די"ל דמה"ט ס"ל לר' יהודה דגזלה מקרי הילף אף דאינו ברשותו פינו דהוא בעיני עכ"פ ובדודו למפור לאחר ע"כ מקרי הילף פו יש לדון בראייתי: ומ"מ האמת יורה דרכו דשפיר כתבתי בראייתי להוכיח דלא פהגנתיבות דהא עיקר סברת הגנתיבות דגזלה לא מקרי הילף דכיון דאינו ברשותו לכן לא שייך לומר בגזל סברת הגמ' דאמרו פינו דא"ל הילף כמאן דנקט להו מלנה דמי.

ע"כ י"ל פו לסברא זו אף לר' יהודה וצנועין ור' דוסא דס"ל דיכול להקדיש לגזלה משום דבאמת גם אינהו ס"ל דגזלה הוי דבר דאינו ברשותו אף דס"ל דאף דהוי דבר שאינו ברשותו עכ"ז אית' בהקנאה.

אבל גבי דין הילף דסברת הגמ' דפטור משום דכמאן דנקט להו מלנה דמי זה אינו שייך רק בדבר שברשותו אבל בגזלה דהוי דבר שאינו ברשותו לכ"ע דהא לא שייך לומר דצנועין ור' יהודה יסברו דגזלה מקרי דבר ברשותו.

ע"כ לפי סברת הגנתיבות הלז הדעת נותנת דלכ"ע הדין הוא דגזלה לא הוי הילף. ומדחזינן דהלח"מ והש"ף כתבו בפשיטות דגם בגזלה אם הוא בעיני הוי הילף אף דלא השיב לו בהשבה עדיין מ"מ פינו שהוא בעיני מקרי הילף א"כ מוכח דס"ל דלא פהגנתיבות: ועוד יש לדון דאף דנימא דבהעדאת עדים על מקצת גזלה לא הוי הילף.

מ"מ יש לחלק דשאני הודאה במקצת על גזלה וכמו שהעיר הגנתיבות לומר די"ל דכיון דאודי ליה כמאן דא"ל יהנה בנדף דמי ואף שהגנתיבות דחה זה. עכ"ז מציינו להתוס' ב"מ (דף ו' ע"א) ד"ה הקדישה בלא תקפה כו' שכתבו דאי נימא פינו ששמת אודויי אודי ליה הוי פפקדון שיש לו ביד אחרים דיכול להקדיש כו' ומסקנא דלא הוי הקדש משום דשתיקתו אינו פהודאה עכ"ל התוס'.

ועיין במהרש"א ומפרשים שם. וס"ל להתוס' דאף בגזלה היכא דמודה ליה דינו פפקדון שיכולים הפעלים להקדישו ולפ"ז הדין נותן דמודה במקצת על גזלה בעיני יש לה דין הילף פינו דהפעלים יכולים להקדישו.

אף עיקר דברי התוס' הנ"ל לאו כ"ע ס"ל כן דהרמב"ן במלחמות לב"ק פ"ד על מה דאמרו שם אנו יד עניימאנו (בדף ל"ו) שם כתב בפירושו דגזלה אף אם רוצה להשיבו אינם יכולים הבצעים להקדישו פיון שפאת לידו בתורת גזלה ע"ש.

וכעת ראיתי בחידושי ר' עקיבא איגר זצ"ל ליו"ד סי' רנ"ח סעי' ז' שהביא לדברי התוס' ב"מ הנ"ל ולדברי הרמב"ן במלחמות הנ"ל וכ"כ הקצה"ח סי' רי"א ס"ק ג'. לכן יש לומר דאף דנימא דבהעדאת עדים על גזלה בעינן אין לו דין הילף.

דיש לחלק דהיכא דמודה במקצת על גזלה שאני ע"פ סברת התוס' דס"ל דאף בגזלה אם הודה לו ה"ל כפקדון ויכולים הבצעים להקדישו א"כ ממילא דינו כמו פקדון דה"ל הילף ושייף גם בזה הטעם דאמרו דכמאן דנקט ליה מלנה דמי.

וכן ראיתי בחידושי רע"א ליו"ד שם שהביא כן בשם הרנ"ה לב"ק פ"ד דס"ל ג"כ כהתוס' דאם הודה על הגזלה יכולים הבצעים להקדישו. לכן מספיקא אין יכולין להשיבו שד"א דיכול לומר קים לי כהסוברין דאם הודה דינו כמו פקדון דיכול להקדישו וה"ל דבר ברשותו וה"ל הילף.

ועיין בש"ף סי' פ"ז ס"ק יו"ד שכתב דבמקום ספיקא דפלוניתא מצי למימר קים לי כמאן דפטר משבועה: ויש להוכיח מן ב"מ (דף ד' ע"ב) דמודה במקצת על גזלה בעינן פטר מן שד"א דהגמ' שם מקשה מהא דתנן טענו פלים וקרקעות הודה מקצת פלים חייב ש"מ הילף חייב כו'.

ועיקר קושיות הגמ' הוא דאל"כ ה"ל משנה יתירה כמש"כ בחידושי הר"נ והשמ"ק שם. ואי נימא דמודה במקצת על גזלה לא הוי הילף הוי מצי הגמ' לומר דהו דטענו פלים וקרקעות מיירי בתובעו פלים וקרקעות שגזלו ואשמעינן מתניתין להו דין שכתב הנתיבות דגזלה לא הוי הילף ולא שייף להקשות ע"ז מאי קמ"ל כו' דהא זהו לאו מילתא דפשיטותא.

ומדהקשה הגמ' בפשיטות שם מוכח דגם במודה במקצת על גזלה יש לו דין הילף וכן יש לדון הרבה עפ"ז בכולי סוגיא שם. ומה דהוכיח הנתיבות להו דין מהא דריש הבית והעלף דאם הוה מפיר מקצת אבנים הוי מודה במקצת וקשה הא ה"ל הילף ומזה הוכיח להו דין מחודש.

ובאמת אין זה מוכרח די"ל דמיירי שנשברו האבנים מה שהודה וכמש"כ הנתיבות בעצמו לקמן סי' קס"ד ס"ק ח' וכה"ג כתב השער משפט בסי' קס"ד ס"ק ב' וע"כ אין הכרח להוכיח מזה להו דין של הנתיבות.

ולכן במודה במקצת על גזלה בעינן אין לחייבו שד"א דהא י"ל כהסוברים דמיד דאודי ליה ה"ל כפקדון ומקרי דבר ברשותו ויש לו דין הילף וגם בהעדאת עדים על גזלה בעינן יש לומר דה"ל הילף וכמש"כ הלח"מ והש"ף דאף דכ"ז דלא הודה בעצמו אינם יכולים הבצעים להקדישו דה"ל דבר שאינו ברשותו מ"מ ס"ל דאם הוא בעינן ה"ל הילף ואין אנו יכולין לחייבו שד"א: ענף ב ולכאורה אפשר לחלק דהלח"מ והש"ף שכתבו דמה שאמר פלי זה הוי הילף היינו דוקא היכא שהגזלן אוחד הפלי בידו לפני הב"ד ואומר פלי זה נטלתי דכיון שהפלי לפני הב"ד א"כ אפשר דבכה"ג אמרינן דיכולים

הבעלים להקדישו וה"ל כמו דבר ברשותו דהא דאמרו דגזול ולא נתניאשו א"י להקדיש לפי דאינו ברשותו זהו היכא דאין החפץ הגזול לפני הב"ד בזה אמרו דה"ל דבר שאינו ברשותו משום דשמא יבריש הגזולן בתוך פה לדבר הגזול.

וגם יש לדון בזה סברת התוס' בסוטה (דף כ"ה ע"ב) ד"ה לאו פגבוי דמי כו' דלכן אמרו דשט"ח לאו פגבוי דמי משום דלא הוי בידו דמי יומר דמזדקקי ליה כו'. א"כ י"ל דמה"ט אמרו דבמטלטלין הגזולין א"י להקדיש פיון שאינו ברשותו אף שיכול להוציא בדיינין משום דמי יומר דמזדקקי ליה פנ"ל וע"כ הוי זה לדבר שאינו ברשותו.

משא"כ היכא שדבר הגזול בפני הב"ד וכבר הזדקקו הב"ד לענין הלז ואינו יכול להבריחו מעתה ע"כ אפשר דהוי כמו דבר ברשותו ויכול להקדישו ודומה לקרקע דאמרו פיון דיכול להוציא בדיינין יכול להקדישו משום דלא שייך הברחה בקרקע והארץ לעולם עומדת וה"ה אפשר גם כן במטלטלין הנגזלים כשהם לפני הבית דין.

ולכן ס"ל להלח"מ והש"מ דכה"ג מקרי הילף משא"כ היכא דאין דבר הגזול לפני הב"ד עדיין יש לומר דלא מקרי הילף: אף באמת נראה שלא לחלק כן דהא סתמו דבמטלטלין אף שיכול להוציא בדיינין אינו יכול להקדישו.

ומשמע דאף היכא שחפץ הגזול הוא לפני הב"ד שתופסו הגזולן בידו לפנייהם דג"כ אינו יכול להקדישו כדמוכח בתוס' ב"מ (דף ו' ע"א) ד"ה הקדישה בלא תקפה כו' שכתבו דלא דמי לגזול כו' דכיון דאודי ליה הוי כפקדון שיש לו ביד אחרים דיכול להקדיש כדמוכח בהמוכר את הספינה כו' עכ"ל ועיין במהרש"א ומפרשים שם.

הרי דאתו עלה דזה הוי כמו פקדון. אבל לא מהטעם שכתבתי לחלק דשאני היכא שהוא לפני הב"ד ותופסו לפנייהם דהא ה"ה מייירי דתופסו להטלית בפני הב"ד ואפ"ה אתו עלה מטעם דהוי כפקדון פיון דאודי ליה.

ולכן שפיר יש להוכיח מן הלח"מ והש"מ דס"ל דאף דהוי דבר שאינו ברשותו מ"מ מקרי הילף גם גבי העדאת עדים. ואחרי כותבי כל זה מצאתי בתוס' ר"ע איגר זצ"ל למשניות שבעות פ"ז משנה ב' שכתב להסתפק בהעדאת עדים על פקדון והוא כופר דיש להסתפק אם זה הוי הילף כמו הודאת פיו או דיש לחלק דשאני היכא שכופר דהוי פגזולן וא"י הבעלים להקדישו דהוי דבר שאינו ברשותו וע"כ לא הוי הילף אבל אם הוא מודה על דבר שגזול דזה מקרי הילף וכמש"כ התוס' בב"מ בפ"ק דב"מ בסוגיא דתקפו פהו דכיון דאודי ה"ל כפקדון ונדעתו נוטה דבעדים מעידים על זה דלא הוי הילף אף בהודה שאני יעו"ש.

ותמהני עליו דלא הביא לדברי הלח"מ והש"מ דס"ל בפשיטות דגם בעדים מעידים על גזלתו דג"כ הוי הילף. אף באמת הדעת נוטה פדברי הנתיבות והתוס' רע"א הנ"ל דהא עיקר סברת הגמ' דהילף פטור משום דמה דמודי כמאן דנקט להו מלנה דמי וז"א שייך אלא על מה דעומד ברשותו אבל על דבר דאינו ברשותו כמו גזול לא שייך לומר כן.

ובפרט לפי מה שכתב הש"מ פאן ס"ק ג' בשם הראשונים שכתבו דלכן בפקדון ה"ל הילף אף שאינו מזומן בידו משום דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא. וכמו שראיתי

בחדושי הריטב"א ובחדושי הר"נ פ"ק דב"מ בסוגיא דהילך ובר"נ ר"פ שבועת הדיינים
ובנ"י פ"ק דב"מ שם ובמ"מ ספ"ג ה' טוען ובשמ"ק לב"מ בסוגיא דהילך שכתבו פולם
הטעם דפקדון הוי הילך אף שאינו מונחן לפני הב"ד משום דכל היכא דאי ברשותא
דמרא איתא.

א"כ לפ"ז בגזלה דהוי דבר שאינו ברשותו פדמצינו פן בכמה דוכתי בנודאי הדין נותן
כמש"כ הנתיבות דבגזלה לא הוי הילך רק פשנותנו לפני הב"ד דעיקר הטעם בפקדון
הוא משום דכל היכא דאי ברשותא דמרא איתא ע"כ בגזלה דלא הוי ברשות הפעלים
לא הוי הילך: ולפ"ז תקשה על הלח"מ והש"ף שכתבו בפשיטות דגם גבי גזל שנייה דין
הילך אף היכא שאינו רוצה להחזירו לבעליו ובנודאי כ"ז שאינו מקנים מצנת השבה
מקרי דבר שאינו ברשותו ואפ"ה כתבו דהוי הילך ותקשה עליהם דהא מן כל הראשונים
הנ"ל מוכח דעיקר הטעם בפקדון דהוי הילך משום דכל היכא דאיתא ברשותא כו' א"כ
בגזלה דלא שנייה פן ה"ל לומר דלא שנייה דין הילך בגזלה כ"ז שאינו מחזירו.

ויש ליישב דברי הלח"מ והש"ף ע"פ ה' דסנהדרין (דף ע"ב) דאמרו מסתברא מילתין
דבר פשיבר אכל נטל לא כו' ולא היא כי אוקימנא רחמנא ברשותין לעננו אונסין אכל
לעננו מיקנא ברשותין דמרייהו קיימי מידי דהוי אשואל עכ"ל הגמ'.

ופי' רש"י בד"ה אכל נטל כו' דכיון דקיימין הו כל היכא דאיתנהו דמרייהו ניהו ואין זה
חייב בתשלומין דפקדון בעלמא ניהו גבי' עכ"ל רש"י וכן עיין ברש"י שם לקמין. הרי
דמצינו להדיא דגם על גזלה אמרו הלשון דכל היכא דהם קיימין בעינין ברשותיהו
דמרייהו קיימי.

ואף דאמרו בשאר דוכתי דגזלה אינו ברשות הפעלים בע"כ מוכח לחלק דדוקא לעננו
להקדישו ולהקנותו בזה אמרו דאף שגוף החפץ שנייה לבעליו כל מקום שהוא מונח מ"מ
כיון דאינו ברשות הפעלים א"י להקדישו אכל גבי דין קלב"מ כיון שגוף החפץ הוא של
הפעלים ואינו מחוסר החלטה לא דיינינו בי' קלב"מ ומה שאמרו שם גבי גזל דכל היכא
דאיתא ברשותא דמרא איתא הכוננה הוא דגוף החפץ שנייה לבעליו כמו פקדון ואינו צריך
החלטה.

עכ"פ מצינו בגמ' להדיא דאמרו הלשון דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא אי' גם על
גזלה א"כ ה"ה יש לומר פן גבי הילך כמש"כ כל הראשונים בלשונם דפקדון הוי הילך
בכ"מ שהוא עומד משום דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא.

דהו סברא והלשון הלז שנייה ג"כ על גזלה בעינין פדמצינו בש"ס להדיא שאמרו פן על
גזלה. וס"ל להלח"מ והש"ף דגם גבי דין הילך דבעינן שיתנונו לפני ב"ד דזה אינו רק
במלנה וכו' ג דהוי מידי דמחוסר החלטה אכל במה ששנייה גוף החפץ לבעליו כמו גזל
כיון דאינו צריך החלטה הדין הוא דהוי הילך אף שאינו רוצה להשיבו בדין השבת הגזלה
ואף דעדיין מקרי אינו ברשותו מ"מ שנייה ביה דין הילך ואתי שפיר דברי הלח"מ והש"ף
אינו קשה עליהם מן דברי הראשונים הנ"ל.

ואף לדברי רב דסנהדרין (דף ע"ב) דאינו מחלק בין שיבר לנטל י"ל דמודה בזה ושאני התם גבי קלב"מ. וגם עיין באו"ת סי' צ' ס"ק א' שדעיר מה שיש להקשות על הלח"מ הנ"ל דמה יענה לר' חניא דס"ל הילך חייב ותי' שם.

כמו כן י"ל אליבא דרב אף דנימא דס"ל פשיטתו גם גבי הילך וקצרתיו: ענה ג' וכן נראה לענ"ד להוכיח פדברי הלח"מ ונהש"ך מהא דכתבו התוס' בב"ק (דף ע') ד"ה לא פתבינו אורכתא אמטלטלי הנגזלין כו' דפקדון מצי להקדישו ושקלו וטרי בראיות לזה וכ"כ הרשב"א בחי' לב"ק שם וכ"כ השמ"ק שם וכ"כ הנמוקי יוסף לב"מ בסוגיא דמסותא.

וכ"כ הרמב"ם פ' כ"ב ה' מכירה ה"ט והמ"מ פתב שם להוכיח בראיות לזה והובא בטור ח"מ סי' רי"א ובבית יוסף שם. ומה דיש להעיר על כל הפוסקים הנ"ל דאמאי לא הוכיחו כן מקודשין (דף מ"ז) וב"מ (דף ל"ח) פבר פתבתי לתרץ זה בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעיף י"ט ענה ג' ע"ש.

וכעת ראיתי בביתאור הגר"א זצ"ל לח"מ סי' רי"א סעיף ז' ס"ק ח' שדביא ראיה מן ב"מ (דף ל"ח) לזה. אבל לפי מה שפתבתי בספרי אתי שפיר.

עכ"פ מצינו שרצו להוכיח בראיות להך דינא דיכול להקנות לפקדון אף שאינו ברשות המפקיד משום דגם זה מקרי דבר ברשותו. ונהה בש"ך ס"ק ג' פתב בשם הראשונים דפקדון ה"ל הילך אף שאינו לפני הב"ד וכתב דכן נראה עיקר בש"ס רפ"ק דב"מ גבי ת"ש דתני רמי ב"ח וע"ש בתוס' עכ"ל הש"ך.

וכבר הקדימו הר"נ בחי' לב"מ (דף ד' ע"א) בד"ה ונהילך כו' בראי' זו וביאר בארובה לראי' זו מדמקשינו מדתני רמי ב"ח כו' ואי איתא דפקדון לא מקרי הילך אלא בזמן שהוא בידו ומזמן להחזירו מאי קא מקשה לאו דא"ל הילך כו' ולמה ליה לשנויי דמתו בפשיעה כו', וכ"כ הריטב"א לב"מ (דף ד' ע"א) ד"ה אלא פי איתמר ותנא תונא כו' וכ"כ השמ"ק לב"מ (דף ד' ע"א) בד"ה ונהילך כו' ולקמן (דף ה' ע"א) ד"ה ה"ד לאו דא"ל הילך כו' בשמ"ק שם וכ"כ הר"נ לאלקסי ר"פ שבועת הדנינים ראי' זו.

ומש"כ הש"ך ע"ש בתוס'. פונתו להתוס' ב"מ (דף ה') ד"ה ש"ח פטור כו' שפתבו להקשות דאמאי לא מקשה מכמה משניות כו' דמייירי בפקדון הא הילך הוא כו'.

אלמא דס"ל ג"כ בפשיטות דפקדון ה"ל הילך אף שאינו מזמן לפני הב"ד. ועיין בב"י פאן: ולעיל סי' ע"ב סעיף כ"ז פתב המג"י בט"ז שם ראי' זו להוכיח דפקדון הני הילך אף שאינו מזמן להחזירו לפני הב"ד מהא דב"מ (דף ה') כו' ע"ש.

ובאמת פבר הקדימו הש"ך בראי' זו מהא דב"מ וכל הראשונים הנ"ל. עכ"פ חזינו דמוכח מן הגמ' דפקדון ה"ל הילך אף שאינו לפני הב"ד.

ואי נימא פהנתיבות דהך מילתא דהילך תלוי במה דמקרי ברשותו לענן הקדישו והקנאתו ומה דלא מקרי ברשותו לענן שיהא יכול להקדישו זה לא מקרי הילך א"כ ה"ל להתוס' וכל הפוסקים הנ"ל להוכיח דפקדון מקרי דבר ברשותו לענן שיהיה יכול להקדישו מן הא דמצינו דפקדון מקרי הילך אף אם אינו מזמן להחזירו בפני הב"ד פדמוכח זה בסוגיא דהילך.

ומדלגא הוכיחו ולא הזכירו ראיה זו פלל מוכח דאף מה דלא הוי דבר ברשותו כמו גזלה
עכ"ז הוי ביה דין הילף אם הוא בעיניו אף אם אינו מזומן להשיבו בפניי הב"ד וכמש"כ
הלח"מ והש"ף.

אף בשיטת הרמב"ם פ' כ"ב הל' מכירה ה"ט שהזכרתי לעיל דברי המ"מ שם יש לדון
בזה ע"פ דברי המ"מ פ"ג ה' טוען ה' ט"ו מה שפתיב שם בשיטת הרמב"ם. אבל אין
דבריו מוכרחין כ"כ בכוננת הרמב"ם כמש"כ הבית יוסף פאן ע"ש.

אכן פיון שפ"ל הראשונים הנ"ל ס"ל פולם דפקדון מקרי הילף אף שאינו מזומן בידו
וכ"כ המ"מ פ"ג ה' טוען בשם הרמב"ן והרשב"א ע"ש וכן נראה שיטת התוס' פנ"ל לכן
שפיר פתבתי להוכיח דס"ל כהלח"מ והש"ף: והנה לעיל סי' ע"ב סעיף כ"ז במחבר
שפתיב או שאמר המלנה א"י כמה נפחת נשבע המלנה ה'ס'ט ונפטר והקשה הסמ"ע
והש"ף ס"ק קכ"ב והט"ז שם דאמאי לא הוי מחושואיל"מ ותיקצו דהמלנה טוען איני
יודע כמה נפחת פלל כו' ובשם אביו הגאון ז"ל פתיב לתרץ ג"כ והש"ף העלה דה"ל הילף
וכעין זה פתיב הסמ"ע בסוף ס"ק פ"ז דמשפון בזה ה"ל הילף.

והמגיה בט"ז שם הביא למש"כ הש"ף דמייירי שהמלנה מניחו בב"ד כו' והעלה דאפילו
בסתם פטור דה"ל כפקדון דה"ל הילף אף שאינו לפניי הב"ד משום דברשותא דמרא אי
וה"ה בהך משפון המונח ת"י המלנה עכ"ל.

אכן לפי הפלל דכתבו הנתיבות ובתוס' רע"א דהיכא דלא הוי דבר ברשותו לענין הקנאתו
דאינו יכול להקדישו אז גם לענין הילף לא הוי ביה דין הילף. א"כ לפ"ז יש לדון הקא
גבי משפון שהוא ת"י המלנה ששנה יותר מן סף החוב דכה"ג לא הוי הילף לפי המבואר
ביו"ד סי' רנ"ח סעי' ז' ברמ"א דאם יש לו משפון ביד חבירו דהמותר יכול להקדיש
וי"א דאפילו המתר אינו יכול להקדיש.

א"כ לפי דעת הי"א דאין הלנה יכול להקדיש המותר מדמי החוב משום דגם זה מקרי
אינו ברשותו דכ"ז דאינו מסלק להמלנה החוב במעות אינו יכול להוציא בדינין וכמו
שפתיבתי מזה בספרי נחל יצחק סוף סי' ע"ג בקצרה ע"ש.

וכיון דהוי מקוסר ממונא אין זה בידו וכמש"כ המג"א סי' תמ"א ס"ק ג' בשם הר"נ כה"ג
גבי הואיל. וכיון דלהך דיעה אין הלנה יכול להקדיש המותר משום דאין דינו כפקדון
אלא הוי כאינו ברשותו ע"כ אין דינו כהילף לכן שפיר הקשה הט"ז ואביו של הש"ף
ולא נחתו לומר דה"ל הילף משום דאפתי יש להקשות איך סתם הרמ"א הקא לדברי
המחבר דאם אינו יודע כמה נפחת דנשבע המלנה ה'ס'ט ונפטר דהא להך דיעה דביו"ד
דא"י הלנה להקדישו א"כ אין דינו כהילף וה"ל מחושואיל"מ ואף דהוי פלוגתא שם
ביו"ד עכ"ז נפ"מ לענין תפיסה.

אף לפי מש"כ הש"ף בח"מ סי' רי"א ס"ק ה' דאף להך דיעה דס"ל ביו"ד דאין הלנה
יכול להקדיש המותר דז"א אלא בהקדש אבל במכירה כ"ע מודו דהלנה יכול למכור
וכמש"כ הנתיבות להסביר שם זה החילוק ע"ש.

לכן שפיר פתיב הש"ף הקא והסמ"ע בסוף והחכם צבי בהגהותיו להט"ז דדין המשפון
כפקדון דה"ל הילף אף להש"ף בעיניו דמניחו בב"ד ולהחכ"צ אף פשהוא בביתו ה"ל

הילך. אכן לפי מה שפכתתי בחידושי לסי' רי"א לבאר דלדעת הסוברים דאינו יכול הלנה להקדיש המותר דה"ה דאינו יכול למפור המותר משום דס"ל דהוי דבר שאינו ברשותו פנ"ל ע"כ שפיר פתב הט"ז ואביו של הש"ך דה"ל המלנה מחושואיל"מ משום דאף כשמניחו בב"ד ג"כ הא אינו מונח ברשותו של הלנה דהא הוי מקוסר ממונא ואינו דומה לפקדון ע"כ הוכרחו לתרץ מטעם אחר דאמאי לא ה"ל הכא המלנה מחושואיל"מ.

וקצרתי בכ"ז: וכ"ז לשיטת הנתיבות ותוס' רע"א אבל לפי מה שפכתתי בשם הלח"מ והש"ך דהך מילתא דהילך אינו תלוי במה דלא הוי בהקנאה ע"כ שפיר כתבו בפשיטות הש"ך והחכ"צ בסי' ע"ב הנ"ל דה"ל דין הילך משום דאין זה תלוי כלל בהפלוגתא שבי"ד אם יכול הלנה להקדיש המותר.

ולדינא לא מבעיא במודה על גזלה בעיני' דה"ל הילך משום דכיון דאודי לי' ה"ל כפקדון לשיטת התוס' בב"מ (דף ו') וכמש"כ הקצה"ח בסי' רי"א פנ"ל. ואף בהעצאת עדים עלגזלה בעיני' אף שלכאורה הסבא נוסה בזה כדברי הנתיבות ותוס' רע"א.

מ"מ קשה להוציא ממון לחייבו שד"א בזה פינו דס"ל להלח"מ והש"ך דבכל גנוני ה"ל הילך. וכבר פכתתי לעיל אף דיש מקום לחלק דהלח"מ והש"ך מייירי היכא דהספך הגזול שאינו רוצה להחזירו הוא לפני הב"ד דמ"מ גם בכה"ג הוי דבר דאינו ברשות הבועלים כמו שפכתתי לעיל.

א"כ לפ"ז מוכח דלשיטתם ה"ה היכא דהך דבר הגזול בעיני' אינו לפני הב"ד ג"כ מקרי לשיטתם הילך וע"כ גם בכה"ג קשה לחייבו שד"א משום די"ל דגם זה מקרי הילך פינו דהוי בעיני' ואינו צריף החלטה מן ב"ד.

ושאני חוב דמקוסר החלטה על הגוביינא כמש"כ לעיל בארנפה: ג (שם סעיף א' ש"ך ס"ק ג') שהעלה דפקדון אף דאין הפקדון לפנינו מ"מ ה"ל הילך כו'. ונלע"ד דזה אינו רק אם הוא באופן שיכול הנפקד להחזיר להמפקיד פקדונו מיד אבל אם הוא באופן שאינו יכול להחזיר הפקדון להמפקיד שהוא בתוך הזמן שקיבל עליו לשמור ומבואר לקמן סי' רצ"ג סעי' א' דאם הפקידו אצלו לזמן ידוע אינו יכול להכריחו לקבלו ממנו תוך הזמן.

א"כ יש לדון דאף דעיקר הפקדון שהודה הנפקד מקרי הילך מ"מ החיוב שיש על הנפקד לשומרו עד הזמן אם הוא באופן שהוא שנה פרוטה אם היה צריף לשפור לאחר שקיבל עליו חיוב השמירה עד זמן פ' אף בחיוב ש"ח ונחייב הלז הוא שנה פרוטה לכה"פ ע"כ שפיר יש לדון ולחייבו שבועה דאורייתא וכדין כל מודה במקצת משום דהחיוב שיש עליו לשמור עד זמן פ' פינו דהוא שנה פרוטה א"כ זה לא מקרי הילך.

ובזה לא שניף לומר דמה דמודה פמאן דנקט להו מלנה דמי. והוי כמו דמודה דיש עליו חיוב לשלם לחבירו ממון או דמודה דיש עליו חיוב שמירת הפקדון פינו דהוא שנה לכה"פ פרוטה.

ואף די"ל דזה לא מקרי דבר קצוב ובאמת הא בעיני' שיודה בדבר שבמדה ושכמנין כמבואר בשבועות (דף מ"ב) ובסי' פ"ח סעי' כ"ג. עכ"ז י"ל דבכה"ג מקרי דבר שבמנין וקצוב פינו דעכ"פ ידעינו דיש עליו חיוב ברור לשמור הפקדון עד זמן פלוני א"כ הוי

עָלִיו חַיִּיב קָצוּב וּבְרוּר רַק בְּאוֹמֵר מֵה שְׁהַנְחַת אֶתְה נּוֹטֵל זֶה מִקְרִי אֵינּוּ דְבָר קָצוּב דְּלֹא יְדַעִינּוּ בְּעַת הַוּדָאָתוּ בְּכַמָּה יֵשׁ עָלָיו הַחַיִּיב לְחַיִּיבוּ.

מִשָּׂא"כ בִּנ"ד אֵף דְּלֹא יְדַעִינּוּ מִקְוֵדִים הַשּׁוֹמְא אֵיף הוּא שְׁוֹנֵינִי שֶׁל הַחַיִּיב ע"פ הַדְּמִים מ"מ הָא זֶה דּוֹמָה לְאוֹמֵר עַד הַיְזִי וְעַד הַחֲלוֹן הֵם הַפְּירוֹת אֵף דְּלֹא נִתְבָּרַר אֲזִי שְׁוֹנֵינִי בְּדַמְיו מ"מ מִקְרִי דְבָר קָצוּב וְדְבָר שְׁבַמְדָּה וּמָה לִי אִם הַחַיִּיב עָלָיו לְשֶׁלֶם פְּירוֹת פְּדָה וְכָף אוֹ מָה דְמוּדָה דִּישׁ עָלָיו חַיִּיב לְשִׁמּוֹר הַפְּקֻדוֹן עַד זְמַן פ'.

וְעֵינִן בְּשָׂף ד' ס' ע"ב ס"ק נו"ן וּבְקִצָּה"ח ס' ע"ב ס"ק י"ז. וְהַקְצָה"ח שֶׁם הַקְשָׁה עַל הָא דס' ע"ב ס' ע"ב ט"ז בְּמוּדָה שְׁהַטְבַּעַת שְׁבִיד הַשְׁוֹלְחָנִי שְׁנָה לְשֶׁלּוּ דְחַיִּיב שִׁד"א דְהָא זֶה לֹא מִקְרִי דְבָר שְׁבַמְדָּה פִּינּוּ דְלֹא נִתְבָּרַר אֲזִי לְפָנֵי הַב"ד שְׁוִיוֵי הַטְבַּעַת שֶׁל הַשְׁוֹלְחָנִי כו' ע"ש. וְכ"כ שֶׁם ס"ק י"ט. וְכִיּוֹצֵא בְּזֶה הַקְשָׁה הַקְצָה"ח בְּס' פ"ח ס"ק כ' ע"ש.

וְלַעֲנֵנ"ד י"ל דְּאֵינּוּ קָשָׁה דְּדוֹקָא בְּאוֹמֵר מֵה שְׁהַנְחַת אֶתְה נּוֹטֵל זֶה מִקְרִי אֵינּוּ הַחַיִּיב בְּרוּר לָנוּ בְּכַמָּה יֵשׁ לָנוּ לְחַיִּיבוּ פִּינּוּ דְהוּדָה בְּדְבָר שְׂאִין לוֹ שׁוּם קָצָבָה לְפָנֵינוּ מִשָּׂא"כ בְּהוּדָה שְׁהַטְבַּעַת שְׁנֶאֱבָד הוּא שְׁנָה לְטְבַעַת שֶׁל הַשְׁוֹלְחָנִי א"כ זֶה בְּרוּר לָנוּ דִּישׁ עָלָיו חַיִּיב לְשֶׁלֶם כְּפִי שְׁוִיוֵי שֶׁל הַטְבַּעַת שְׁבִיד הַשְׁוֹלְחָנִי א"כ זֶה מִקְרִי חַיִּיב בְּרוּר לָנוּ עַכ"פ בְּמַהוּת וְכַמָּה יֵשׁ לָנוּ לְחַיִּיבוּ וְאֵינּוּ לוֹ שׁוּם עֲצָה וְטַצְדָּקִי לְהַפְטֵר מִן הַוּדָאָתוּ עַל הַחַיִּיב שְׁלוֹ.

ע"כ אֵינּוּ זֶה דּוֹמָה כְּלָל לְהַף דְּמָה שְׁהַנְחַת אֶתְה נּוֹטֵל. וְעֵינִן בְּנִתְיָבוּת ס' פ"ח ס"ק ח'. וְאִכְמ"ל.

לְכֵן בְּרוּר לְדַעֲתִי דָאֵם מוּדָה שְׁיֵשׁ עָלָיו חַיִּיב לְשִׁמּוֹר הַפְּקֻדוֹן עַד זְמַן פ' וְעַדִּינִן הוּא בְּתוּף זְמַנּוּ בְּאִנְפֵּן שְׁשׁוּה עַכ"פ פְּרוּטָה זֶה הַחַיִּיב שְׁמֹנְטֵל עָלָיו לְשׁוֹמְרוֹ דְּבַכָּה"ג יֵשׁ לְחַיִּיבוּ שִׁד"א. וְעֵינִן בִּט"ז ס' ע"ג סְעִיף ב' שְׁחֹלֵק עַל הַדְּיִינִים וְהַעֲלָה דָאֵף בְּמוּדָה עַל הַחַיִּיב שְׁהוּא בְּתוּף זְמַנּוּ חַיִּיב שִׁד"א וְכַש"כ בְּפְקֻדוֹן בְּתו"ז י"ל דְּגַם לְשִׁיטַת הַדְּיִינִים דְּשֶׁם חַיִּיב שִׁד"א וְעֵינִן בְּאוֹ"ת ס' ע"ג ס"ק ב': וְהִנֵּה הַתּוֹס' בְּב"מ (דָּף ה' ע"א) תּוֹס' ד"ה שׁוֹמֵר חֲנָם כו' כְּתָבוּ וְאוֹ"ת אֲמָאֵי לֹא מִקְשָׁה מְכַמָּה מְשַׁנְיֹת דְּזֶה אוֹמֵר עַד הַיְזִי כו' וּמִתְנִיתִין דְּהַשׁוֹאֵל דְּזֶה אוֹמֵר שְׁאוּלָּה וְזֶה אוֹמֵר שְׁכוּרָה דְּמִיִּירִי בְּפְקֻדוֹן הָא הִילָף הוּא כו'.

וְהָא דְהַקְשׁוּ הַתּוֹס' מִן זֶה אוֹמֵר שְׁאוּלָּה דְּב"מ (דָּף צ"ז) י"ל בְּפִשְׁיטוֹת דְּאֵינּוּ קָשָׁה דְּהָא בְּב"מ (דָּף צ"ז ע"ב) שֶׁם עַל הַף בְּבָא דו"א שְׁאוּלָּה כו' הַקְשׁוּ בְּגַמ' וְאֲמָאֵי מָה שְׁטַעֲנוּ לֹא הוּדָה לוֹ וְתִרְצוּ דַע"י גְּלָגוּל דַא"ל אִישְׁתַּבַּע לִי דְכַדְרָכָה מִתָּה כו'.

א"כ לִפ"ז לֹא הִנֵּה יָכוֹל לְהַקְשׁוֹת כָּאֵן עַל רַב שְׁשֵׁת דַס"ל הִילָף פְּטוֹר מִהָף דו"א שְׁאוּלָּה כו' דִּי"ל דְּרַב שְׁשֵׁת יְפָרֵשׁ ג"כ כְּהָף אוֹקִימָתָא וְעֵינִן בְּרִש"י שֶׁם ד"ה וְאֲמָאֵי מָה שְׁטַעֲנוּ כו'. וּבְעֵינֵיקָר קוֹנְשֵׁינְתֵם מִן זֶה אוֹמֵר עַד הַיְזִי כו' יֵשׁ לִינִישׁב לְפִי מָה שְׁפִתְבְּתִי וְהוּא דִי"ל דְּמִיִּירִי הֵתֵם בְּמוּדָה דִישׁ עָלָיו חַיִּיב לְשִׁמּוֹר הַפְּקֻדוֹן עַד זְמַן פ' וְעַדִּינִן הוּא בְּתו"ז וּבְאִנְפֵּן שְׁפִתְבְּתִי דְּבְזֶה חַיִּיב שִׁד"א דְּזֶה לֹא מִקְרִי הִילָף.

אֵף בְּאוֹמֵר מֵה שְׁהַנְחַת אֶתְה נּוֹטֵל פִּינּוּ דְּלֹא הָנִי חַיִּיב קָצוּב עָלָיו בְּדְבָר שְׁבַמְדָּה כְּמִש"כ לְעֵיל ע"כ פְּטוֹר אֵף בְּכָה"ג. וְלָכֵן לֹא הַקְשׁוּ הֵכָא בְּגַמ' רַק מֵהָא דְתַנִּי רַמִּי ב"ח אַרְבָּעָה שׁוֹמְרִים צָרִיכִין כְּפִירָה וְהוּדָאָה כו' שְׁפִיר הַקְשׁוּ דְהָא ה"ל הִילָף דַאֵינּוּ לְזִמְרֵי דְּמִיִּירִי

בהודעה על הפקדון שהוא בתו"ז שקיבל ע"ע לשמור הפקדון ועדיין לא כלה הזמן שנה החיוב שיש עליו הוי זה נחשב להודעה במקצת.

דנה אינו דהא רמי ב"ח מונה התם שואל לחד מהנה ארבעה שומרים. ובשואל הדין הוא דאף בקיבל עליו השאלה לזמן ג"כ יכול השואל לחזור בו ולתן אותו להמשאל אף בתוך זמן השאלה כמו שפתיב המחנה אפרים ה' שומרים סי' י"ח בשם הריטב"א לפרק האנמני דכל השומרים אינם יכולים לחזור בו בתו"ז רק שואל יכול לחזור בו אף בתוך זמן השאלה ולהחזיר השאלה להמשאל כי הזמן לא נקבע רק לתועלת השואל שלא יתבענו המשאל דומיא דקביעת זמן של חוב עכ"ל.

וכפי המבואר בסי' ע"ד סעיף ב'. ועיין באה"ע סי' פ"ה בח"מ ס"ק ז' ובב"ש שם ס"ק ו'.

וכיין דבשואל אף בתוך זמן השאלה יכול להחזיר החפץ השואל להמשאל א"כ אף במודה על השאלה שהוא בתו"ז אין זה נקרא שנה פרוטה בהודעת החיוב עליו ושפיר הקשו מזה דהא ה"ל הילף ומתנרץ גושיות התוס'.

ועיין לקמן סי' פ"ח סעיף כ"ד ובש"ף ס"ק מ"ו וס"ק מ"ז: ד (שם סעיף א') התובע מחבירו ממון כו' ואפילו מודה מקצת אם אמר לו הילף כו' ואינו נקרא הילף א"כ כו' מוכן בידו לפני ב"ד כו'. הש"ף ס"ק ג' כ' מוכן בידו בפני ב"ד כו' שוב מצאתי בדברי בר' ירוחם ונ"ל פירש"י הילף והנם בביתי ושאר מפרשים אמרו כי אינו הילף אלא פשוטן מיד בב"ד אבל בפקדון פשוטן הנה בביתי די כי כל פקדון ברשותא דמרא איתא כו'.

ונה לשון הגהות אשרי בפ"א דב"מ סי' ד' ולא הוי הילף אלא פשטחזיר אותו מעות עצמו כו' אבל אם אמר כו' והם מעות אחרים אין זה הילף ותייב וכן משמע מתוך פי' רש"י. וכ"כ הר"נ בכוננת רש"י והובא בבית יוסף דלא הוי הילף אלא פשטחזיר אותו מעות שיהלנהו כו'.

והשיטה מקונצת לב"מ דף ד' ע"א) הביא לדברי רש"י דשם בד"ה והילף לא הוצאתים והו' שלף בכל מקום שהם כו' ותמה עליו הא פינו דמלנה להוצאה ניתנה א"כ כל שאינם שם בב"ד אין פאן פרעון כלום ושאיני פקדון דכל היכא דאיתני ברשותני דמארגי איתני' כו' עכ"ל.

ועיין בב"ח על הטור פאן ובסי' ע"ה. ובפני יהושע מה שכתבו בכוננת דברי רש"י: ענה א ונלע"ד נראה להסביר דברי רש"י מטעם אחר ונקדים להמבואר בקידושין (דף מ"ז) דרשב"א ות"ק פליגי במלנה ברשות בעלים לחזרה ואמרו שם הא דאמר רב הונא השואל גורדם מחבירו בקע בו קנאו כו' עד פאן לא פליגי אלא במלנה דלא הדרא בעיני' כו'.

וכתב שם הריטב"א לפרש דלכן לא בקע בו לא קנאו משום דאינו דומה למתנת מטלטלין דמקני במשיכה משום דבשאלהאין פאן קנין הגוף כלל כו' והא דנקנה בבקוע לאו דינא אלא תקנתא דרבנן דתקנו כן כדי שיהא קיום לדבריהם שלא יחזור בו ויפסיד פעולתו פדתקנו בפועלים שהתחילו במלאכה כו' והיינו מה דאמר רשב"א דמלנה ברשות בעלים

לחזרה דכינון דלנה חגיב באונסין ולא יתיב לי' גופא אלא תשמיש המעות לא מקני ללנה במשיכה עד שיתחיל להוציא ממנה.

מיהו לית הלכתא פרב הונא אלא כר' אלעזר דאמר התם פשם שתקנו משיכה בלקוחות כן תקנו משיכה בשומרים כו' אף דמדינא אין מועלת משיכה בשואל דלא קני גופא אלא דרבנן תקנו הכי והתם תניא פנותי' והכא נמי רבנן כר' אלעזר קיימא אלא פרב הונא משני לי' לדעתיה הילכך שאלה נקנית במשיכה פדין מתנה וה"ה למלוה אפילו פולה בעינה ואם קידש בה את האשה אינה מקודשת פרב עכ"ל הריטב"א.

וכ"כ השמ"ק בב"מ (דף צ"ט) בקצרה. וכוננת הריטב"א הוא דהא דס"ל לת"ק דרשב"א דמלוה בעיני' אינו לחזרה וקנאו הלנה דזהו רק מצד תקנת חז"ל וכמו משיכה בשאלה דלא קנהו מה"ת רק מדרבנן כדס"ל לר"א משום דאין זה קנן הגוף דה"ה במלוה כ"ז דהוא בעיני'.

ובאמת זהו מוכרח אליביה דר' אלעזר דס"ל דמשיכה קונה מדרבנן בשאלה דאי נימא שמשלק דשאני שאלה דהדרא בעיני' משא"כ מלוה דלא הדרא בעיני'. [וכמו שאמרו בקידושין בסוגיא שם (דף מ"ז) אליבי' פרב הונא דס"ל בשאלה דלא בקע בו לא קנאו דשאני מלוה דלא הדרא בעיני'.]

דקנהו מה"ת במלוה פינון דלא הדרא בעיני' אליבא דר"א. א"כ תקשה על ר"א מן פלוגתת ת"ק ורשב"א דהא חזינון דרשב"א ס"ל דמלוה בעיני' כולים הבעלים לחזור ולא קנהו הלנה פלל אף מדרבנן א"כ תקשה מן רשב"א על ר' אלעזר דס"ל דתקנו משיכה בשומרים ואין לומר דר"א קאי בשיטת הת"ק דרשב"א דס"ל דמלוה אינו ברשות הבעלים לחזרה.

דזה אינו דהא שאני מלוה פינון דלא הדרא בעיני' א"כ קנהו מה"ת א"כ מנלן לר' אלעזר לחדש דחז"ל תקנו משיכה בשאלה וכינון דחזינון דרשב"א ס"ל דלא הנה תקנת חז"ל על קנן משיכה במלוה וכש"כ בשאלה א"כ איך פליג ר"א עליו.

וע"כ מוכח דר' אלעזר ס"ל דהא דס"ל לת"ק דרשב"א דמלוה אינו ברשות הבעלים לחזרה דזהו משום הטעם דתקנו משיכה בשאלה ואינו מחלק בין מלוה לשאלה רק רב הונא מחלק ביניהם וכמש"כ הריטב"א.

ולפ"ז מוכח אליבא דר' אלעזר דאף מלוה דלא הדרא בעיני' ג"כ אינו נקנה במשיכה מה"ת רק מדרבנן. כן הוא קוטב דברי הריטב"א ומוכח כן בהסוגיא שם פפי שנתבאר: והא דאינה מקודשת במלוה בעיני' הטעם הוא פינון דחז"ל תקנו דנקנה במשיכה עכ"פ א"כ לאו מידי יתיב לה דהא אינו ברשותו לחזור עכ"פ.

ואין לזה סתירה מהא דב"מ (דף מ"ח ע"א) ברש"י ד"ה קאי באבל כו' שכתב ונפ"מ לענן איסורא פגון אם קידש בו את האשה לר' יוחנן הני קידושין דמדאורייתא קניני' נדידן הוא כו' עכ"ל.

הרי דאזלינן בכה"ג בתר דאורייתא. דשא"ה כמש"כ הפני יהושע שם בד"ה בפ"י רש"י בד"ה קאי באבל כו' דהקשה במש"כ רש"י דלריו"ח אם קידשה במעות הני קידושין

דאמאי הוי קידושין אף לריו"ח פיון דתקנו חכמים דלא ליקני והלה יכול לחזור בו א"כ תו לא הוי פדידן דהא אפקינהו רבנן לכספא מיני' ע"פ תקנתם כו' ותירץ דלריו"ח פיון דהוי קנין גמור מה"ת כו' מ"מ פל פמה דלא קיבל עליו מי שפרע המעות ברשות המוכר קיימי ויכול להשתמש בהם ולהוציאם כו' עכ"ל הפ"י.

וזהו כמש"כ התוס' בב"מ (דף מ"ג ע"א) ד"ה מאי איירא הוציא כו' בסה"ד דלריו"ח דמעות קונות מה"ת לא הפקיעו פח שיש להמוכר להשתמש בהם כו'. א"כ זה אינו שייך אלא התם דיש עליו חיוב לקבל מי שפרע אבל היכא דאין עליו חיוב מי שפרע פלל שפיר י"ל פנ"ל.

ועיין במחנה אפרים ה' מכירה קנין משיכה סי' י"א שהביא לדברי רש"י הג"ל ודברי הריטב"א שם וקצרותי. ולכן שפיר פתבתי בשם הריטב"א דקידושין דהא דמלנה אינו ברשות בעלים לחזרה דזהו רק מדרבנן אבל מה"ת לא קנהו משום דדינו פשאלה דאינו קונה במשיכה מה"ת לשיטת ר"א וכדקיי"ל לדניא כר' אלעזר וכמש"כ המח"א ה' מכירה קנין משיכה סי' ב' והביא שם לדברי התוס' בב"מ (דף ע"ט) ודברי הרמב"ם וקצרותי.

וע"פ פל זה יש לדון ולתירץ קצת לדברי הרמב"ם דהובא בב"ש לאה"ע סי' כ"ח ס"ק י"ט שכתב הב"ש בכוננתו דאם עדיין בעינו בידיה מקודשת ותמה עליו ע"ש. ועיין בבית יוסף ובבאר היטב שם ואכמ"ל: ואפתי יש לסתור לזה מהא דב"מ (דף מ"ג ע"א) המפקיד מעות מותרין ישתמש בהן א' ר"ה אפילו נאנסו כו' איתיבי ר"נ לר"ה המפקיד מעות אצל שולחני כו' ואם מותרין ישתמש בהן לפיכך אם הוציא מעל הגזבר ואי אמרת אפילו נאנסו מאי איירא הוציא אפילו לא הוציא נמי עכ"ל הגמ'.

ואי נימא כמש"כ דקנין משיכה במלנה בעיני' אין זה רק מדרבנן א"כ אין מקום להקושיא זו לפי מש"כ התוס' בב"מ (דף ע"ט ע"א) ד"ה תקנו משיכה בשומרין כו' בסה"ד דמעילה בהקדש לא שייך אלא ע"י קנין דאורייתא משום דבקנין דרבנן הוי חומרא דאתי לידי קולא דחבירו מותר לבקע בו לכתחלה.

א"כ לפ"ז אינו קשה על מה דא' רב הונא אפילו נאנסו מהא דאם הוציא מעל הגזבר די"ל דלכן דוקא הוציא משום דבלא הוציא אף דחייב גם באונסין משום דדינו פמלנה מ"מ לא עדיפא ממלנה בעיני' דאינו נקנה במשיכה מה"ת רק מדרבנן וכינון דהכא מייירי בענין מעילת הגזבר ע"כ דוקא אם הוציא מעל אבל כ"ז דלא הוציא אינו חייב בדין מעילה דכינון דלא הוי רק קנין דרבנן א"כ הוי חומרא דאתי לידי קולא אם יהיה בזה דין מעילה דחבירו יהיה מותר להוציא אף לכתחלה כמש"כ התוס' וע"כ נקטו דוקא אם הוציא מעל הגזבר ולא שמועין הך דינא ומדהקשו בגמ' בפשיטות מאי איירא הוציא כו' ומתירץ לי ה"ה אע"ג דלא הוציא כו'.

א"כ מוכח מזה דאף מלנה בעיני' נקנה במשיכה מה"ת ואף לרב הונא דס"ל כר' יוחנן דמשיכה אינו רק מדרבנן פמבואר בב"מ (דף מ"ז) ובתוס' בב"מ (דף מ"ח) ד"ה נתנה לסיטון כו' דס"ל לרב הונא כריו"ח דד"ת מעות קונות.

מ"מ הא היכא דליכא חסרון פספא משיכה קונה מה"ת כמש"כ התוס' בע"ג (דף ע"א) והארכתי מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ז ע"ש. וה"ה מלנה בעיני' דג"כ

ליכא חסרון פספא דנקנה במשיכה מה"ת לכ"ע: אכן באמת אין מזה סתירה לכל מש"כ משום דהא מבואר בקידושין (דף מ"ז) דרב הונא דס"ל השואל קורדם לא בקע בו לא קנאו דמחלק דשאני מלנה דלא הדרא בעיניו.

וס"ל לרב הונא דלא הנה מעולם תקנת חכמים על קנין משיכה בשאלה והא דמלנה אינו ברשות הבועלים לחזרה י"ל דזהו באמת מה"ת משום דלא הדרא בעיניו למאי דס"ל לרב הונא לחלק פן ע"כ שפיר הקשה ר"נ לרב הונא דס"ל אפילו נאנסו דמאי איריא הוציא כו' דהא פנין דס"ל לר"ה דמלנה בעיניו נקנה במשיכה מה"ת א"כ אפילו לא הוציא נמי יהיה בו דין מועל בהקדש.

אכן לר' אלעזר וכדקיי"ל פנותי דמשיכה קונה בשאלה מדרבנן דמוכח לפ"ז דאף מלנה בעיניו אינו נקנה מה"ת במשיכה רק מדרבנן ומזה יליף ר' אלעזר דמשיכה בשאלה קונה עכ"פ מדרבנן וס"ל דהא דמלנה בעיניו נקנה כדס"ל לת"ק דרשב"א דזהו רק מדרבנן משום דאין להרבות במחלוקת בין רשב"א להת"ק וכנ"ל וע"כ שפיר פתב הריטב"א דאף מלנה בעיניו אינו נקנה מה"ת במשיכה רק מדרבנן משום דאין זה מקרי קנין הגוף.

ולא מבעיא לשיטת הרמב"ן דהבאתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג דס"ל שלא לחלק בין מתנה דליכא חסרון פספא למכירה דבכילהו אינו קונה משיכה רק מדרבנן. ואף לשיטת התוס' דהבאתי שם דמחלקים דשאני היכא דליכא חסרון פספא דאז משיכה קונה מה"ת מ"מ מלנה בעיניו דאין זה קנין הגוף וכמש"כ הריטב"א ע"כ אינו נקנה במשיכה מה"ת רק מדרבנן: וכן לפי מש"כ בספרי באר יצחק שם סי' כ"ג ענף ח' דאף דמשיכה הוא קנין דרבנן עכ"ז קנין חצר וקנין ידו קונה מה"ת לכ"ע.

ועכ"ז משמע דמלנה בעיניו אף שהוא ברשות הלנה ג"כ לא נקנה מה"ת רק מדרבנן דהא חזינו דרשב"א ס"ל דמלנה ברשות בועלים לחזרה ומשמע אף היכא דהוי המלנה כפר ברשות הלנה ג"כ יכולים לחזור וליקחנו מהלנה.

והטעם הוא משום דאין זה מקרי בשם קנין הגוף וכמש"כ הריטב"א. א"כ ה"ה אף לת"ק דס"ל דמלנה אינו ברשות הבועלים לחזרה דנתבאר דזהו רק מדרבנן אבל מה"ת לא קנהו.

אף צריך ביאור דמ"ש מן מכירה דנקנה ע"י קנין חצר וידו מה"ת דאף שמתחייב לשלם מחירו מ"מ פנין דגוף חפץ הנמכר אינו חוזר לבועלו מקרי זה בשם קנין הגוף ונקנה ע"י חצרו וידו מה"ת לכ"ע.

א"כ ה"ה יהיה פן במלנה בעיניו דהא גוף ההלנאה אינו עומד לחזור לבועלו ויכול לסלק בפרעון חובו במילי אחרני א"כ אמאי חילקו ביניהם. ואפשר דהטעם הוא דשאני מכירה דחוב הפרעון הוא בדברים שאינם ממין החפץ הנמכר משא"כ בבע"ח דצריך לפרוע במעות בהמין שהלנוהו ע"כ אין זה מקרי בשם קנין הגוף וכמש"כ הריטב"א.

ויהיה מזה סייעתא לדברי הנתיבות בסי' ק"ז ס"ק ד' דהא דבע"ח מחוייב לפרוע במעות זהו מה"ת משום דזוויי יחייב זוויי שקיל ועיניו בקצה ח' סי' ק"א ס"ק א' ואכמ"ל בזה: ענף ב ולפי מה שנתבאר דמלנה בעיניו אינו נקנה מה"ת ע"י קנין משיכה אלא מדרבנן יש להסביר עפ"ז לדברי הרמב"ם ה' מלנה פ' כ"ו ה' י"ב שכתב האשה שלותה ונשאת דאם

הוא מלנה בע"פ אין גובין משום דבעל פלוקס ואם הנה אותן מעות ההלואה עצמן קימיין
יחזירו אותן למלנה וכתב המ"מ שם דהוכיח פן ממ"ש בגמ' בב"ב (דף קל"ט) האשה
שילנה ואכלה ועמדה ונשאת כו' דמשמע דאם איתנהו בעין מחזירין למלנה.

והנמוקי יוסף שם פתב דאף במעות בעין הדין פן משום דמלנה להוצאה ניתנה ומה דנקטו
ואכלה לאו דוקא. ובאה"ע סי' צ"א סעיף ד' מבואר דאם המעות שהלנה בעין חייב לשלם
ועיין בב"ש שם ס"ק יו"ד.

ובאמת צריך טעם דאמאי פסקו דאם המעות בעין צריך לשלם והא מלנה להוצאה ניתנה.
[והא דסי' צ' סעיף ט' באשה שמכרה נ"מ דאם הדמים שלקחה מהלקוחות קימיים
בעצמם מחזירין ללקוחות שא"ה דכינן דה"ל מקח טעות א"כ ממילא הדמים חוזרים
וקדין כל מקח טעות.

ועיין בקידושין פ"ב ברא"ש סי' ל"א שהביא לדברי הירושלמי על הא דמכרו וקידיש
בדמיהו דייקקי מינה שמקדשין בגזל. ובאה"ע סי' כ"ח סעיף כ"ב וב"ש שם ובח"מ סי'
רל"ב סעיף כ"ג ברמ"א שם ובב"ב (דף צ"ב ע"ב) תוס' ד"ה אי דליכא לאישתלומי כו'
ובמקום אחר הארכתי בזה]: אכן לפי מה שנתבאר אתי שפיר די"ל דכינן דהא דבעל
פלוקס בנכסי אשתו הוא מדרבנן משום תקנתא ע"כ י"ל דדוקא היכא שזכות האשה הוא
זכותה מה"ת בזה עשו התקנה דבעל פלוקס אבל היכא דזכות האשה עצמה אינו זכות
רק מדרבנן ע"כ י"ל דלא עשו בזה התקנה דבעל פלוקס משום דתקנתא לתקנתא לא
עבדינן.

וכעין הא דשבועות (דף מ"א וב"מ דף ה'). וביותר מצינו פן בפ"ק סי' קע"ה סעי' כ"ב
ס"ק י"ט שכתב לפרש לדברי הטור בשם הרמ"ה דמכרו אינו יכול להרשות לאחר אפי'
שיהיה להמכרו דהטעם הוא דכינן דהרשאה היא תק"ח ומצרנות נמי תקנתא היא
ותקנתא לתקנתא לא עבדינן עכ"ל.

הרי דס"ל לדון פן אף במה דלא מצינו בפירוש בגמ' דאמרו בזה הפלל דתקנתא לתקנתא
לא עבדינן ודנו פן מסבא ע"פ הפלל הלז. וה"ה הכא י"ל דזהו טעמן של הראשונים
הללו דכתבו דאם מעות ההלואה הוא בעיני גובין מהבעל משום דהא מה"ת שייך המעות
להמלנה וע"כ אמרינן בזה הפלל דתקנתא לתקנתא לא עבדינן.

והוכיחו פן מן מה דאמרו בגמ' ולנה ואכלה ועמדה ונשאת כו' דמשמע דוקא אכלה כו'
וכמש"כ המ"מ. והטעם הוא ע"פ הסבא הנ"ל דזהו סברת הגמ': ** (הגה"ה וזה זמן
כפיר שפתתתי בקונטרס א' לדון ע"פ סבא זו במש"כ האו"ת בסי' מ"ג סעיף כ"ג דאם
יקתבו הרשאה זה לזה יגבה מלקוחות שקנו מאייר ואילך שכתב האו"ת שם דדוקא אם
רוצים אבל אין כופין אותם לכתוב הרשאה וכ"כ השלטי גבורים בס"פ מי שהיה נשוי.

והאו"ת שם בס"ק כ"ו הביא בשם הכנה"ג דכופין אותן משום מדת סדום. והסברתי
דהטעם הוא פיון דכתבו התוס' בב"ב (דף י"ב ע"ב) בד"ה כגון זה כופין על מדת סדום
כו' בסה"ד ועוד הא דכופין על מדת סדום בזה נהנה וזה לא חסר היינו בשפכר דר בחצר
חבירו שאינו מעלה שכר אבל הא פשיטא שייכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו כו'
אלא מתקנת חכמים קאמר הכא דכופין על מדת סדום כו' עכ"ל התוס'.

וכינן דהא דכופין על מדת סדום אין זה רק מדרבנן ע"כ הדין נותן דאין לכוף על פתיבת הרשעה זל"ז דהא הרשעה גופא אינו מועיל רק ע"פ תקחז"ל א"כ אין לכוף מצד מדת סדום ע"ז דה"ל פועין תסקנתא לתסקנתא כו'.

וניש לדון בזה ע"פ דברי התוס' בכורות (דף מ"ט) אם שניהם מצויים לפנינו כו'. ועיין בסי' ס' סעיף ט' ובש"ך שם בשם מהרש"ל.

ונידעתי מה דינש לחלק בכ"ז וקצתתי פי אכמ"ל. ועיין בנחלת צבי ח"מ סי' רע"ו: (ע"כ הגה"ה) ** והמג"א בסי' ת"ן ס"ק א' פתב על הא דמבואר שם סעיף א' בלנה פפר מתבירו קודם הפסח צריף לפרוע אחר הפסח דאע"ג דלכתחלה אסור לקבל חליפי חמץ הקא פינון שבשעה שנותן לו פפר זה אין הראשון בעין לאו חליפי חמץ ניהו עכ"ל.

ומשמעות דבריו דאם הפפר הראשון הוא בעין הנה אסור משום דהוי חליפי חמץ. וקשה הא מלנה להוצאה ניתנה וה"ל כמו דאינו בעין וראיתי במקור חיים שהעיר בזה ונדחק ליישב.

אכן לפי מש"כ דהא דמלנה להוצאה ניתנה אין קונהו רק מדרבנן ע"כ שפיר פתב המג"א דדוקא אם אין הראשון בעין מותר אבל אם הנה בעין אסור משום דלחומר אולינו בטר דאורייתא ומה"ת ה"ל עדיין קנוי להפעלים הראשונים ובכשיתם עומדת ע"כ מקרי חליפי חמץ דהא מה"ת לא נקנה מעולם להלנה.

וכן הוא בע"ג (דף ס"ב ע"ב) דבי ר' ינאי יזפי פירות שביעית מעניינים ופרעי להו בשמינית כו' וכתבו התוס' בד"ה יאות הו עבדין דכינן דבהיהא שעמא לא הו הנה בעין לא חליפין ניהו כו' ולפ"ז אפילו בשביעית עצמה היו יכולין לפרוע אם פפר אכלו פירות שביעית כו' עכ"ל.

ונהו כמש"כ המג"א דדוקא אם אכלו אבל אם הנה בעיני' אף דלהוצאה ניתנה מ"מ פינון דמה"ת לא נקנה בקנין המועיל ע"כ אולינו בזה בטר דאורייתא. והא דקיי"ל כת"ק דרשב"א דאם קידשה במלנה בעיני' אינה מקודשת היינו פינון דחז"ל אפקינהו מרשותו א"כ לאו מידי יהיב לה והוי כמו דאינו שנה פרוטה וכמש"כ לעיל משא"כ הקא גבי איסור חליפי פירות שביעית וחליפי חמץ: ועפ"ז יש לתרץ לדברי המחבר בח"מ סי' ע"ב סעיף ל"ח דינש מי שאמר דה"ה למעות שהלנה כו' ונפלו המעות כו' ומצאם כו' יחזיר כו' והרמ"א פתב דלי נראה דבמעות הם של המוצא דמעות להוצאה ניתנו וכבר יצאו לגמרי מרשות הנותן.

ולפמש"כ דהא דמלנה להוצאה ניתנה לא קנהו הלנה רק מדרבנן א"כ לפי המבואר בח"מ סי' ס"ו סעיף כ"ה במקירת שט"ח דאם אינו אלא מדרבנן דלא תקנו זה לכל ועיין בש"ך שם ס"ק פ"ה דדוקא משום מכירת שטרות דאורייתא אמרו שם פן וכן הוכיח הקצה"ח שם ס"ק ל"ב מב"ק (דף צ"ו) דבעי רבא השביית כו' א"ל ר"א מדיפתי לרבינא תסקנתא כו' ניקם וניעבד ע"ש.

ועיין בספרי נחל יצחק שם מזה. ולכן שפיר פסק המחבר דאם מצאם כו' יחזיר להפעלים משום דלא קנהו הלנה דשם פינון דאינו רק מצד התקנה ולא תקנו לכל.

ואחר פותבי כ"ז ראיתי באו"ת סי' ע"ב ס"ק נ"ד ששהיר בזה ג"כ ע"ש: ענף ג ואחר שנתבאר ב"ה הך מילתא חדתא דמלנה בעיני' לא קנהו הלנה מה"ת רק מדרבנן. לפ"ז יש לפרש על נכון לדברי רש"י בב"מ (דף ד' ע"א) בד"ה והילך דפי' רש"י הילך לא הוצאתים והן שלף בכל מקום שהן דהקשה השמ"ק דהא מלנה להוצאה ניתנה ואין זה דומה לפקדון.

די"ל דכוננת רש"י הוא פן פיון דע"פ דין תורה לא קנהו הלנה ויכול לחזור בו המלנה וליקחנו מן הלנה א"כ מן התורה דינו כמו פקדון דמקרי הילך אף בעת שהוא ברשות הנפקד משום דכל היכא דאיתא ברשות דמרא איתא.

ואף דמצד תקנת חז"ל דהקנוהו להלנה ואפקעינהו מרשות המלנה מכל מקום הא קיי"ל דכל האומר אי אפשי בתקנת חז"ל שומעין לו. א"כ ה"ה בהך תקנה דתקנו דמלנה בעיני' לא הדרא וקנהו הלנה דתקנו זה לטובת הלנה משום דטובת המלנה לא שייכא בזה דהא לענן חיוב אונסין אף אי נימא דלא קנהו הלנה ג"כ נתחייב באונסין מעת משיכה דאף לרב הונא דס"ל בשואל קורדם לא בקע בו לא קנאו מ"מ מעידן משיכה מתחייב באונסין כמבואר בב"מ (דף צ"ט) ובקידושין (דף מ"ז).

וכן לענן אם יכול הלנה לחזור בו ולהחזירו להמלנה הא אף דנימא דקנהו מ"מ הא יכול להחזירו אף בתוך זמ"פ דהא הזמ"פ הוא לתועלת הלנה כמבואר בסי' ע"ד. א"כ אין להמלנה שום טובה מן קניות הלנה רק להלנה יש תועלת וטובה אם נימא דקנהו לענן שלא יהיה יכול המלנה לחזור בו וליקחנו מן הלנה ע"כ יכול הלנה לומר אי אפשי בתק"ח דתקנו זה לטובתי א"כ מוקמינן על דין תורה ולא קנהו מעולם וה"ל הנה מעות כמו פקדון ושפיר מקרי הילך אף דהם ברשות הלנה.

ונה שכתב רש"י והילך לא הוצאתים והן שלף בכ"מ שיהם. הפנונה דהם שלף משום דאי אפשי בתק"ח.

והנה בקנן משיכה במקרה דקיי"ל דמעט דקנהו הלוקח במשיכה אף דנאנס ונשרף החפץ מ"מ חייב הלוקח לשלם מחירו ואינו יכול לומר א"א בתק"ח דיהא כמו דלא קנהו מעולם ע"פ דרכי הקנן'.

משום די"ל דקנן משיכה לאחר שתקנו דמעות אינן קונות לטובת הלוקח א"כ ממילא תקנו דקנן משיכה יהיה קנן המועיל משום תקנת התגרים דזהו טובת הלוקח והמוכר דיהיה קנן המועיל לטובת שניהם.

משא"כ קנן משיכה במלנה בעיני' דמזה אינו טובה רק להלנה פנ"ל ע"כ שפיר יכול לומר א"א בתק"ח וה"ל שפיר הילך אף דהם ברשות הלנה. [נהא דסי' קצ"ח סע"ף ה' דאם התנו להדא דמעות יקנו דקני עיין בש"ף שם ס"ק יו"ד ובב"ח בטור שם ס"ק ט"ז וקצרותי].

ונהו דוקא במלנה בעיני' דה"ל הילך משום א"א בתק"ח כו' אבל במלנה שהוציא לא ה"ל הילך כ"ז שאינם מוכנים לפני הב"ד ליתנו לו מיד כמבואר פאן. ועדיין י"ל דאם המעות הם לפני הב"ד גם רש"י סבירא ליה דמקרי הילך וכשיטת פל הפוסקים רק רש"י כתב פן לאשמועין דהיכא דה"ל בעיני' אז אף דהם בביתו שלא בפני הב"ד ג"כ ה"ל

הילך משום א"א בתק"ח כו': וטעם החולקים על רש"י וס"ל דאף במלנה בעיני' לא מקרי הילך היכא שאינם לפני הב"ד י"ל דס"ל דמלנה בעיני' נקנה מה"ת בקנן חצר ואף בקנן משיכה מה"ת פינון דליכא חסרון פספא בזה וכמש"כ לעיל ע"פ דברי התוס' פ' השוכר את הפועל (נ"ד ע"א ע"א) ד"ה פרושני כו' דהיכא דליכא חסרון פספא לכ"ע קונה במשיכה מה"ת.

ומה"ט פתב הקצה"ח בסי' ר"ד ס"ק ד' דהיכא דמוכר לו בעד חובו לכ"ע קונה במשיכה מה"ת וכ"כ המקור חיים הל' פסח סי' תמ"ח ס"ק ה'. וכן פתבתי מזה בארובה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ז' וענף ח' ע"ש.

אכן לפי מש"כ לעיל דמוכח בסוגיא דקידושין (נ"ד מ"ז) דמלנה בעיני' אינו נקנה במשיכה מה"ת רק מדרבנן וכמש"כ הריטב"א שם ומשום דאין זה קנן הגוף. ע"כ נלע"ד לומר דבאמת גם החולקים על רש"י וס"ל דמלנה בעיני' לא מקרי הילך די"ל דמודים ג"כ לכל מש"כ דמלנה בעיני' אינו נקנה מה"ת ואפ"ה ס"ל דלא שייך לומר בזה א"א בתקנת חכמים כו'.

משום דטעמם הוא דעיקר מילתא דא"א בתק"ח שומעין לו הוא דיכולה לומר איני ניוזנית כו'. דלא מצינו זה רק היכא שיש לו זכות אם ירצה לזכות בזה אמרו דיכול לומר א"א בתק"ח ואיני רוצה לזכות בזכות הסקנה שתקנו חז"ל לטובתי וכ"ז דלא גביתה המזונות לא היו שלה מעולם.

משא"כ ה"א במלנה בעיני' דמיד דמשך המלנה בעיני' קנה כפר את הפעות מצד תק"ח ועכשיו שאומר א"א בתק"ח רוצה לעקור למפרע למה שזכה בגוף החפץ ע"פ תק"ח ע"כ י"ל דס"ל דבכה"ג לא מהני לומר א"א בתק"ח < ובפרט לפי מש"כ הפוסקים דקנן דרבנן מהני בדאורייתא משום דכיון דזכה המזון כפר ע"פ הפקר כו' ונעשה ש"ל ממש ולכן הוי בדאורייתא.

ועיין באה"ע סי' כ"ח ב"ש ס"ק ו' ובמח"א הלכות מכירה קנן משיכה סי' ב' ובאחרונים מזה. וכיון דזכה כפר פדין זוכה מהפקר ע"כ לא שייך לומר בכה"ג א"א בתק"ח דהא לאחר שזכה כפר הוי ש"ל מה"ת.

ולכן שפיר ס"ל להחולקים על שיטת רש"י לדון דאף מלנה בעיני' לא הוי הילך דכיון דקנהו כפר ואפקינהו חז"ל מרשותו בתורת הפקר כו' וקנהו כפר הלנה ע"כ אינו יכול לומר א"א בתק"ח: והא דב"ק (נ"ד ח') בלקח עידיות באחרונה דמסיק הסוגיא דכיון לומר טעמא מאי אמור רבנן אין נפרעין ממשועבדים במקום שיש ב"ח משום תקנתא דידי א"א בהא תקנתא לא ניחא לי דהאומר א"א בתק"ח כו'.

אף דהתם לא הוי מחוסר גובינא זה הזכות שזיכו חז"ל להלוקח דלא יטרפו ממנו כ"ז שיש ב"ח א"כ הא הוי כמו שזכה כפר לרשותו להזכות שתקנו לטובתו ואפ"ה חזינו דגם בכה"ג שייך לומר א"א בתק"ח כו'.

שא"ה דהא גם עכשיו שאומר א"א בתק"ח הוי השדה ברשותו כ"ז שלא גבהו הבע"ח דהא בע"ח מפאן ולהבא גובה לכן לא שייך לומר בזה להסבא שפתבתי לעיל. אבל היכא שזכה כפר לגוף החפץ מצד תק"ח ועכשיו ע"י א"א בתק"ח רוצה לעקור לזכיותו

מה שזכה כבר בגוף החפץ בזה שפיר הסברא נוטה דאינו יכול לומר בכה"ג א"א בתק"ח דהא זכה כבר פדין זוכה מהפקר והוי כמו דהוא שלו מדאורייתא.

וגם יש לחלק דשאני היכא דכבר גילה דעתו דרוצה בתקנת חו"ל שתקנו להסתנה זו וקצרת: ובשיטת רש"י דנתבאר דטעמו הוא משום א"א בתק"ח פדי שלא יתחייב שד"א אף שזכה כבר מן עת המשיכה להמלנה בעיני' מ"מ ס"ל לרש"י דגם בכה"ג שייך לומר א"א בתק"ח.

וכמו שמיצינו כה"ג בב"ק (דף ח') דגם במה שזכה כבר והוא ברשותו ג"כ יכול לומר א"א בתק"ח ואינו מחלק פנ"ל. וי"ל דס"ל לרש"י פהסוכרים דקנין דרבנן לא מהני בדאורייתא משום דאף לאחר שזכה בהממון הוי זכותו רק בשם קנין דרבנן ולא נקרא בשם קנין דאורייתא פלל מעולם וע"כ שייך עדיין עליו לומר א"א בתק"ח.

ובפרט לפי מה שמוכח מן ב"ק (דף ח') דאף היכא דלא הוי מחוסר גונביינא זכותו שתקנו לו חו"ל מ"מ יכול לומר א"א בתק"ח ואינו מחלק פפי החילוק שפכתתי לעיל לשיטת החולקים על רש"י.

וגם הא חזינו דאף היכא שתבעה זמן רב מזונות מבעלה אפ"ה יכולה לומר אח"ז על ימים הבאים איני גיזונית כו'. הרי דאף דהיה גילוי דעת ממנה שרצית בהסתנה מ"מ יכולה לומר אח"ז א"א כו'.

רק להחולקים על רש"י יש עדיין לחלק דשא"ה דכל יום ויום הוא חיוב בפ"ע ע"כ אין זה מקרי גילוי דעת כ"כ משא"כ ה"כא שפכר קיבל המעות בהלנאה ע"כ מקרי זה שפיר גילוי דעת שרוצה בהסתנה זו ע"ז המעות ויש להאריך בכ"ז: ענף ד שוב ראיתי פי באמת מוכח דהיכא שפכר זכה בהחפץ שתקנו חו"ל שיהיה שייך לו דאז אינו יכול לומר אח"ז א"א בתק"ח ולעקור למפרע למה שזכה כבר לגוף החפץ וכמש"כ לעיל להסביר שיטת החולקים על רש"י דהא מיצינו בכתובות (דף פ"ג ע"א) הפותב לאשתו דו"ד אין לי בנכסייך דמאי פותב אומר ומשום א"א בתק"ח נגעו בה ומקשו א"ה אפילו בשואה נמי ומתוך דידו פינדה או ידו עדיפא מינדה.

הרי להדיא דהיכא שפכר זכה בהזכות שתקנו חו"ל להבעל שיהיה פלוקס להפירות בנכסי אשתו לאחר הנישואין דאינו יכול לומר שוב א"א בתק"ח לעקור למפרע למה שזכה כבר ונדקא בעודה ארוסה דלא זכה עדיין בזה יכול לומר א"א בתק"ח אבל לא בשואה.

א"כ ה"ה מ בנ"ד במלנה בעיני' דזכה כבר מן עידן דמשכו לרשותו להמעות דנקנה לו גוף המעות מצד תק"ח דהדין נותן דלא יהיה יכול לומר א"א בתק"ח להפקיע זכותו מה שזכה כבר לגוף המעות.

ולפ"ז מוכח פהחולקים על שיטת רש"י דס"ל דמלנה בעיני' לא נקרא הילך משום דאינו יכול לומר א"א בתק"ח לעקור זכותו למפרע וה"ל כמו סילוק על זכותו שיש לו כבר דלא מהני וכמו בכותב דו"ד אין לי בנשואה דלא מהני אף דאינו רק מדרבנן: אף יש לחלק ולתרוץ לשיטת רש"י די"ל דשאני במלנה בעיני' דאף דקנהו כבר מדרבנן מ"מ אינו בדאורייתא דאף דנימא פהסוכרים דקנין דרבנן מהני בדאורייתא.

עיקר הטעם הוא דכינן דזוכה מדרבנן הוי כמו זוכה מהפקר משום דהפקר כו' הפקר. וכמש"כ היש"ש פ' מרובה סי' ז' והובא בב"ש סי' כ"ח ס"ק ו' וכפי שפיתבו האחרונים מזה.

אבל במלנה בעינן חזינן דלא עשו זה דיהיה דינו כמו זוכה מהפקר דאם נימא דבכל מלנה בעינן הוי דין הלנה כמו זוכה מהפקר דהא ע"פ דין תורה חוזרת המלנה בעינן להמלנה רק רבנן אפקרינהו וזכה הלנה מן הפקר.

א"כ לא יהיה שייך דין איסור רבית מה"ת בכל הלואה בעולם דהא בכל הלנואות הוי מתחלה מלנה בעינן וכינן דהוי הפקר בעת שמתחיל להוציא המעות שלנה א"כ לא שייך בכה"ג דין רבית קצוצה מדאורייתא דעיקר איסור רבית מה"ת הוא על המעות של המלנה שמקודם שהתחיל הלנה להוציא המעות הנה שייך המעות להמלנה ויוצא המעות מן רשות המלנה לרשות הלנה.

אבל היכא שהיה הפקר מקודם שנכנס לרשות הלנה ועיקר זכיות הלנה הוא מן ההפקר בנודאי לא שייך בכה"ג רבית דאורייתא. ואף דמדרבנן י"ל דגם בכה"ג שייך איסור אבק רבית משום דמן עת שמשך המעות חל על הלנה החוב ובעת שמושך לרשותו אח"ז זכה מן ההפקר וע"כ שייך גם בכה"ג רבית דרבנן אכן רבית מה"ת לא שייך בכה"ג פיון שבעת שמתחיל להוציא המעות ה"ה זוכה מהפקר דהא עד עת שהפקירו חז"ל הנה המעות שייך להמלנה וכינן דמקודם דזוכה הלנה הנה הפקר א"כ מה"ת אינם יוצאים המעות מן רשות המלנה לרשות הלנה רק רשות ההפקר הפסיק בגמתיים וכן מה שזוכה הלנה למלנה בעינן הוי כמו זוכה מהפקר א"כ לא שייך בזה רבית דאורייתא: וכש"כ לשיטת רש"י דהובא ב"ד סי' קס"ו סעי' ב' דגם אחר ההלואה שהתנה לתת רבית בעת הרנוסת הזמן ג"כ מקרי ר"ק דאורייתא וכמבואר ברש"י ב"מ (דף ס"ד ע"ב).

ואי נימא דכל הלואה פיון דמקודם דהוציא המעות הנה המלנה בעינן דזכהו הלנה אז מן ההפקר א"כ לא שייך בזה רבית קצוצה לאחר ההלואה דהא עכשיו בעת הקציצה הוי לאחר שזכה הלנה כבר מן ההפקר.

ולכן אף אם נדחוק לומר דאם הנה הקציצה בעת שהבטיחו להלוות דאף דזכהו הלנה להמלנה בעינן מן ההפקר מ"מ שייך בזה ר"ק מה"ת פיון דהקציצה הנה מקודם דהפקירו. אכן היכא דהתנה לתת הרבית בעת הרנוסת הזמן א"כ מה"ת לא שייך בזה איסור רבית פיון דמה"ת הוי זכות הלנה בהמעות כדין זוכה מהפקר דהא הפקר כו' הפקר מה"ת.

ולא שייך בזה רק רבית דרבנן דהא חז"ל יכולים לתמן דגם בכה"ג שייך רבית דרבנן. וכינן דחזינן דגם לאחר שתקנו חז"ל דכל מלנה בעינן אינו בחזרה מ"מ שייך ר"ק מה"ת.

ע"כ מוכח דלא עשו חז"ל לנה הזכות שזיכפו לטובת הלנה דיהיה קונהו במשיכה דיהיה דינו כמו זוכה מהפקר. וחקלו בזה משום דלא רצו לתמן בזה התקנה דיהיה כמו זוכה מהפקר כו' דא"כ יהיה נעקר רבית קצוצה בהלואה מה"ת לגמרי.

וגם הא מציינו בתוס' ב"ק (דף ע"ט ע"א) סד"ה תקנו משיכה כו' דלא תקנו היכא דאמי לידי קולא כו'. ועיין במח"א ה' מכירה קנין משיכה סי' ב'.

ואף דיש לחלק בנידון התוס' דב"מ ה"ל דשאני התם. מ"מ מצד הסכרא בלא ראיות התוס' ה"ל ג"כ י"ל פן דלא רצו לתקן תקנה דיהיה כמו זוכה מהפקר דיהא נעקר עי"ז עיקר דין איסור דאורייתא דלא יהיה שייך פלל הו דין מה"ת.

וע"כ לא עשו זכות הלנה דיהיה דינו כמו זוכה מהפקר רק כמו תקנת חז"ל בעלמא שתקנו אף היכא דלא שייך הפקר כו' הפקר פדמצינו פן בכמה דוכתי. רק היכא דהיו יכולים לתקן תקנה בממון משום הפקר ראו לתקן פן אבל היכא שלא היו יכולים לתקן פן כמו בנ"ד דיהיה נעקר עי"ז דין רבית קצוצה דאורייתא ע"כ לא אלמיה לתקנתם דיהיה בתורת הפקר כו' רק כמו הרבה תקנות שתקנו אף היכא דלא שייך פלל הפקר כו'.

ועיין בספרי נחל יצחק בקונטרס ביאור ספק תקנה ענף ג' ובסי' ל"ט סי' ג' בקונטרס ש"ד ענף ב' וקצרותי. וכן במה שהבאתי שם דברי הכ"מ: וכיין דנתבאר דבהו תקנה דמלנה בעיני' נקנה במשיכה להלנה דלא עשו בהו תקנה דינו כמו זוכה מהפקר.

ע"כ לא שייך בזה לומר דלאחר שזכה כבר הלנה בהמלנה בעיני' יהיה דינו פדאורייתא דהא עיקר הטעם דהוי דינו פדאורייתא הוא משום דעשו זה כמו זוכה מהפקר פנ"ל וכיין דבנ"ד לא עשו זכותו דיהיה כמו זוכה מהפקר ע"כ נשאר זכותו מה שזיכו לו חז"ל כמו דרבנן מפש ולא הוי זכותו אלימא כמו דאורייתא.

ע"כ שפיר פתבתי לעיל להסביר שיטת רש"י דס"ל דאף לאחר שזכה הלנה יכול לומר א"א בתק"ח לעקור זכותו למה שזיכו לו חז"ל למפרע דהא אף לאחר זכייתו הוי עליו שם דרבנן בלבד.

ובכר פתבתי לעיל להוכיח מן ב"ק (דף ח') דאף במה שזכה כבר לזכותו שזיכו לו חז"ל יכול לומר א"א בתק"ח. ואף שיש עדיין מקום לחלק דשאני היכא דכר גילה בדעתו דרוצה בהזכות שזיכו לו חז"ל מ"מ זה החילוק אינו מוכרח כ"כ ע"כ שפיר י"ל בשיטת רש"י כמו שפתבתי.

וכן לפי מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף א' בשם היש"ש דחד מ"ד גליף מניין שהפקר כו' הפקר מן פל אשר לא יבא כו' וחד מ"ד גליף מן אלה הנחלות אשר נחלו כו' וכתב דהוי נפ"מ רבתי ביניהם ע"ש.

ובנ"ד אף להמ"ד דבתורת הנחלת רנושה אמינן עלי' דגם בכה"ג לא שייך איסור רבית פינן דעיקר זכיות הלנה הוא בתורת מה שמנחילין הזקנים והראשים וכמש"כ לעיל אליבא דמ"ד דבתורת הפקר כו' אתו עלה.

ועוד דנ"ל דאף לר"א דגליף לי' מן אלה הנחלות כו' ס"ל ג"כ דמתחלה הפקירו ואח"ז הנחילו להזוכה משום דהא אמרו בגיטין (דף ל"ו) וביבמות (דף פ"ט) בזה"ל מניין שהפקר כו' ר"א א' מהכא אלה הנחלות כו' דמשמע דר"א קאי אדלעיל דהו הפקר כו' נלמד מן אלה הנחלות כו'.

משום דבלא הפקר כו' לא שייך לומר דמנחילין כו'. דהא על דבר שיש לו בעלים לא שייך הנחלתם.

ולכן מוכח מן אלה הנחלות כו' דיכולים להפקיר ואח"ז יכולים להקנותן למי שימצאו אף בלא דרכי הקנין וכמש"כ בספרי שם להך מ"ד דיליף מן אלה הנחלות כו' דזהו הנפ"מ בין הנה מ"ד: ועפ"ז יש להעיר בדברי המראה הפנים לפיאה פ"ה ה"א בירושלמי בד"ה אמר לי ר' יוסא כו' ואכמ"ל.

ועיין בספרי נחל יצחק סי' ב': ולכן שפיר י"ל דהא דכתובות (דף פ"ג) דבגשואה פיון שזכה הבעל פ"ב לא שייך לומר בזה א"א בתק"ח משום דאחר שהקנו חז"ל להבעל בתורת הקנאה וקדין נחלת הראשונים הוי ש"ל ממש פ"ד מ"ה שזוכה לאיזה ענין מדאורייתא.

אכן במלוא בעיני פיון דחזינו דלא דנו בכה"ג לדין הפקר כו' דא"כ יתנה נעקר דין איסור רבית מה"ת ע"כ שפיר יש לדון בזה אף לאחר שזכה פ"ב לומר א"א בתק"ח פנ"ל. וכן יש מקום לדון דכיון דמוטל על הלנה החיוב לשלם להמלנה את חובו ע"כ לא שייך בזה לומר הפקר כו' דא"כ איך יחול החיוב עליו פיון דהוא זוכה מהפקר.

והיכא דלא שייך הפקר כו' תקנו לתקנתם אף היכא דלא שייך הפקר כו' וכדמצינו להכ"מ ה' שמ"ט פ"ט ה' ט"ז שכתב דלהוציא לא אמרינו הפקר כו'. ואפ"ה חזינו דתקנו כ"מ תקנות אף להוציא ממון.

הרי דלא תליא בזה וה"ה בנ"ד. ומ"מ העיקר כמש"כ לעיל דכיון דיתנה נעקר איסור רבית מה"ת ע"כ לא עשו בזה לדין הפקר כו' משום דלפי מש"כ פ"ע דא"כ איך חל החיוב על הלנה פיון דזוכה מהפקר.

זה יש לדחות דאפתי י"ל דבעת שמושך הלנה המעות חל אז החיוב עליו וכדאמרו בקידושין (דף מ"ז) וב"מ (דף צ"ט) דלאונסין החיוב חל עליו לכ"ע מעת המשיכה. ואחר שמושכו הפקירו ונכה אז מהפקר ע"י חצירו וכה"ג.

או מן מה שהזקנים מנחילין כו' פנ"ל דלפ"ז לא בעי דין קנין פלל וכמש"כ היש"ש שהובא בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ובספרי נחליצחק סי' ב' פנ"ל. אכן לפמש"כ משום דיתנה נעקר איסור רבית מה"ת א"כ אף דנאמר דלאחר שמושכו הפקירו והו' והקנו לו ג"כ לא שייך איסור רבית פיון דמקודם שהוציא המלנה הנה עליהם דין הפקר ואין פ"א הוצאה מרשות המלנה לרשות הלנה וכמש"כ לעיל ע"כ הדבר מוכרח פנ"ל: ואחר שנתבאר שיטת רש"י על נכון ב"ה ע"כ לדינא י"ל דאם אומר הלנה הילך על מעות בעיני' שהלנהו והם ברשות הלנה די"ל הלנה קים לי כשיטת רש"י דאין לחייבו שד"א משום דיכול לומר א"א בתק"ח ודינו כמו מעות פקדון דה"ל הילך אף דהם ברשות הנפקד.

ואף דלא נראה פ"ו מדברי הפוסקים מ"מ לפי מה שהסברתי כ"ז שפיר י"ל פ"ו וקשה לחייבו שד"א וקדין פ"ל ספיקא דדינא: ה' (שם סעי' ה' ש"ף ס"ק י"ב) העלה דהיכא דנתחייב במקצת משום מתוך שאין לשלם פ"ו באומר על מקצת לא ידענא וע"א מעיד על מקצת או פ"ו נסבא דר' אבא דאף דמשלם המקצת מצד מחשואיל"מ מ"מ על המותר שתובעו אינו נשבע רק היסת דזה לא הוי כמו העדאת עדים דר"ח לחייבו שד"א על

המותר וכמו שפסק הרמב"ם ספ"ד הל' גזלה והטור סי' שס"ד ודלא כדעת יש אומרים דהובא שם.

וכן פסק המחבר לקמן סי' שס"ד סעי' ו': ולענ"ד יש לתמוה בזה מן הא דסי' ע"ב סעיף ל' דכתב המחבר שם דהיכא דשמעון ה"ל מחשוואיל"מ על דינר הג' מצד שומר שמסר לשומר דנתחייב מצד משואיל"מ ע"כ חייב שד"א על דינר הרביעי דהוי כמו העדאת עדים דר"ח: וכמו שפירש הש"ך שם ס"ק קכ"ט.

וקשה הא כיון דפסק הש"ך הכא דהיכא דנתחייב משום משואיל"מ זה לא הוי כמו העדאת עדים לחייבו שבועה על המותר. א"כ ה"ה בשומר שמסר לשומר דחייב משום משואיל"מ כמו שכתב המחבר להדיא.

דלא ישבע על המותר שד"א רק היסת. וגם דברי המחבר סתרי אהדדי מן הא דסי' שס"ד להא דסי' ע"ב.

אף לולא דברי הש"ך הנה אפשר לחלק דשאני היכא דטוען הנתבע ברי כמו הא דסי' שס"ד דטוען דידי חטפי ע"כ לא הוי כמו העדאת עדים דר"ח. משא"כ בשומר שמסר לשומר דטוען איני יודע אם נאנסו או לא ע"כ הוי כמו העדאת עדים.

אכן לפמש"כ הש"ך הכא דאף דטוען על המקצת לא ידענא ג"כ אינו נשבע על המותר רק היסת א"כ תקשה מהא דסי' ע"ב ע"ז. ודוחק לחלק דשאני היכא דלא נתחייב משום משואיל"מ מצד טענתו אלא ע"י העד הבא לאחיו.

משא"כ היכא דנתחייב מתוך טענתו כמו בשומר שמסר לשומר דמיד דבא לב"ד דנסתפק אם נאנסו או נגנבו דחייב משום מחויב שבועה ואין יכול לישבע משלם. דמ"ש הא עיקר החיוב הוי הפל משום מתוך כו'.

ונהו צע"ג ולא ראיתי לאחד מהאחרונים שיעוררו בזה: ומחמת חוקר הקושיא נלענ"ד לחלק דהא בהא דסימן ע"ב דמייירי התם באומר נאנסו ואינו פטור רק בטענת אונס משום דהא ס"ל להמחבר שם דה"ל ש"ש וכמש"כ הש"ך שם בסי' ע"ב ס"ק קכ"ז יע"ש.

ומבואר בב"ב (דף ע') דנאנסו לא שכיח וכמבואר בח"מ סי' ק"ח ובשא"ד. א"כ הוי פטורו בטענה דלא שכיחא.

ע"כ בזה ע"י צירוף להא דהוי משואיל"מ הוי זה כמו העדאת עדים דר"ח דמבררים דמגיע הממון בכירור. וכמו בא"י אם פרעתי דכתב הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י"ג דכיון דנתחייב עי"ז בב"ד הוי זה כמו העדאת עדים דר"ח לחייבו שד"א על המותר והוי כמו אנו סהדי.

ע"כ ה"ה ברוב וצירוף משואיל"מ הוי זה כמו אנו סהדי אף להרמב"ם והמחבר דסי' שס"ד. ונדקא משואיל"מ דליכא רובא לסייע לי' זה לא הוי כמו העדאת עדים דר"ח.

אבל כשהרוב מסייעו הוי זה דבר ברור כמו כל אנו סהדי. דהא באמת סוקליו ושורפיו על סמך הרוב.

אֵלָא בְּמִמּוֹן לָא מְהַי רְבֵּא לְהוֹצִיא מִהַמְּוִחָזָק. אַבְּל הֵיכָא דִּישׁ צִירוּף סְבָרָא לְזֵה אַזִּי הָוִי
הָרוּב כְּמוֹ אַנּוּ סְהַדֵּי פִּינּוֹן דְּמוֹצִיאִין מִהַמְּוִחָזָק מִצַּד אֵינָה טַעַם עַכ"פּ מְשׁוּם דְּהָרוּב מְבָרַר
לָנוּ עֵיקָר הָעֲנָנּוּ וְלָכֵן הָוִי זֵה כְּמוֹ הַעֲדָאת עֲדִים דַּר"ח.

וּעַפ"ז יֵישׁ לְדוֹן בַּמַּש"כ הַש"ך בְּסִי' ע"ב עַל מַה דְּנִקְטוּ הֵתֵם דְּטוֹעֵן נְאָנְסוּ מִיַּד לְוִי דַּה"ה
נִגְנַב וְנִאָבֵד לְשִׁיטַת הִיא דְּמַלְגָּה עַל הַמְּשָׁפוֹן ה"ל ש"ח. אַבְּל לְפַמַּש"כ י"ל דְּדוֹקָא נְאָנְסוּ
דַּה"ל טַעֲנָה דְּלֵא שְׁכִיחָא מִשָּׂא"כ נִגְנַבוּ וְנִאָבְדוּ דְּשְׁכִיחַ וְכַמַּש"כ הַכְּנֵה"ג וְהוּבָא בְּתַנּוּמִים
סִי' ק"ח ס"ק ה' דְּכַתְּבַת בְּשֵׁם הַרְבֵּה מְחַבְּרִים דְּגִנְיָבָה וְאַבְיָדָה וְשְׁכִיחַ וְדוֹקָא אֲנִינְס לָא שְׁכִיחַ
ע"ש.

וּלְפ"ז י"ל דְּבִטְעֵנַת נִגְנַבוּ פִּינּוֹן דְּמִיפְטָר בְּטַעֲנָה דְּשְׁכִיחָא ע"כ לָא הָוִי חַיּוּבוּ אֵלָא מִצַּד
מִשְׁוֵאֵיל"מ לְחַוְדָּי' וְזֵה הָא לָא הָוִי כְּמוֹ הַעֲדָאת עֲדִים דַּר"ח פְּנ"ל. אַף אֶפְשָׁר לֹמַר דְּהָא
כְּתַב הַש"ך בְּסִי' קכ"א ס"ק ס"א דְּגִנְיָבָה וְאַבְיָדָה לָא שְׁכִיחַ ג"כ כְּדַמְּשָׁמַע בַּר"פ הַמְּפָקִיד
יַעו"ש.

ע"כ שְׁפִיר כְּתַב הַש"ך הָכָא בְּסִי' ע"ב הַנ"ל דַּה"ה בְּטַעֲנַת נִגְנַבוּ וְאִין זֵה סְתִירָה לְכָל
מַש"כ: הֵינְצָא לָנוּ מְכָל זֵה דִּין מְחַוְדָּשׁ דְּאַף דְּמִשְׁוֵאֵיל"מ לָא הָוִי כְּמוֹ הַעֲדָאת עֲדִים דַּר"ח.
עַכ"ז הֵיכָא דְּרְבֵּא מְסִייע לִי' הָוִי זֵה כְּמוֹ הַעֲדָאת עֲדִים דַּר"ח לְחַיּוּבוּ שַׁד"א עַל הַשְּׂאָר.

וְגַם לְמַדְנּוּ מְהָא דְּסִי' ע"ב הַנ"ל דְּכַתְּבַת הַמְּחַבֵּר לְהַדְיָא דְּשׁוֹמֵר שְׁמִסָּר לְשׁוֹמֵר חַיּוּב מְשׁוּם
מִשְׁוֵאֵיל"מ. וְכִסִּי' רַצ"א ש"ך ס"ק מ"ד הֵבִיא שֵׁם שִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּשׁוֹמֵר שְׁמִסָּר לְשׁוֹמֵר
דְּחַיּוּב זֵהוּ מְשׁוּם אִינִי יוֹדַע אַם הַחֲזוֹרְתִי.

וְשְׂאָרֵי פּוֹסְקִים ס"ל דְּחַיּוּב מְשׁוּם מִשְׁוֵאֵיל"מ. אַבְּל הָכָא מִהַמְּחַבֵּר הַנ"ל מוֹכַח לְהַדְיָא
דְּס"ל דְּחַיּוּבוּ הָוִי מִצַּד מוֹשׁוֹאֵיל"מ.

וְעֵינּוּ מְזֵה בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק סִי' ע"ב סְעִיף ל' מַש"כ שָׁם: סַע' ו' ש"ך ס"ק י"ט מְלַבֵּד
בְּחֻשׁוֹד כו'. וְכֵן מוֹכַח מִן הַתּוֹס' ב"ב (דָּף קס"ד) בַּד"ה גּוּפָא א' רַב כו' שְׁפָתְבוּ בַּא"ד
וְאִין לֹמַר שְׁיִכְתּוּב בְּשִׁבְלֵוּ לְעַנְיָן אַפּוֹקִי מְמוֹנָא מְחֻשׁוֹד.

דְּלֵא מְהִימָן אֵלָא בְּשַׁבּוּעָה וְכַמַּש"כ בְּהַגָּהַת הַב"ח שָׁם. הָרִי דְּס"ל לְהַתּוֹס' בְּפִשִּׁיטוֹת דָּאִין
מוֹצִיאִין מְהַחֻשׁוֹד ע"י ע"א בְּלֵא שַׁבּוּעָה.

וְעֵינּוּ בְּנִתְיָבוֹת וְקַצְרֵתִי: ו (שָׁם סְעִיף ו' ש"ך ס"ק ט"ו) בְּשָׁנֵי פְתִי עֲדִים הַמְּכַחִישִׁים זֵה
אֵת זֵה דְּאַמְרִינּוּן סְלַק עֲדוּתָן וְכַמָּאן דְּלִיתְנָהוּ וְאִם הִיָּה חַיּוּב הֵיָּסֵת כו' הַשְּׂתָא נְמִי מְשַׁתְּבַע
הָךְ שַׁבּוּעָה כו' עכ"ל.

וְהַתּוֹמִים הַשִּׁיג עָלֵיו. וְהַקְצָה"ח וְהַנְּתִיבוֹת כְּתַבוּ לְפָרַשׁ פְּוֹנַת הַש"ך דְּשָׁנֵי שַׁבּוּעָה
דְּעֵיקָרוּ הוּא לְבָרַר הַסְּפָק א"כ גַּם בְּתַרִי וְתַרִי עֲדִינּוּ הַסְּפָק בְּמִקּוֹמוּ וְחַיּוּב לִישְׁבַע שַׁד"א
אוּ הֵיָּסֵת עִי"ש: עָנָף א וּלְפַעַנ"ד יֵישׁ לְדוֹן בְּשַׁבּוּעַת הֵיָּסֵת בְּתַרִי וְתַרִי הַמְּכַחִישִׁים זַא"ז.

דְּהָא עֵיקָר הַטַּעַם דְּשַׁבּוּעַת הֵיָּסֵת אָמְרוּ בְּשַׁבּוּעוֹת (דָּף מ') דְּעֵיקָר הַטַּעַם הוּא מְשׁוּם חֲזָקָה
אִין אָדָם תּוֹבַע אֵלָא א"כ יֵישׁ לוֹ עָלֵיו. וְהֵיכָא דְּלִיכָא חֲזָקָה הַנ"ל אִין טַעַם לְהַשְׁבִּיעוּ.

וְכַמוֹ שְׁפָתְבַת הַהַפְּלָאָה בַּא"ע סִי' פ' סַע' ט"ז טַעֵן הוּא שְׂאִינָה עוֹשָׂה וְהִיא אוֹמְרַת שְׂאִינָה
נִמְנַעַת מְלַעֲשׁוּתָן כו'. וְכַתְּבַת הַח"מ שָׁם דְּלֵא תַקְנּוּ שְׂהִיא תִשְׁבַּע הֵיָּסֵת עַל טַעֲנָתוּ כו'.

וְכַתֵּב הַהִפְלָאָה שֵׁם ס"ק י"ח דְּלִכְּן פְּטוּרָה מִשְׁבוּעָה כִּינּוּן דְּעִיקָר טַעַם שְׁבוּעַת הַיְסוּת מִשּׁוּם
חֲזָקָה א"א תּוֹבֵעַ כּו'. וְהָכָא עִיקָר חֲזָקָה כְּנִגְדוּ דְחֲזָקָה אֵין אִשְׁהָ מְעִינָה כּו' וּאֵע"ו דְּגַבֵּי
ב"ח נָמִי אִיפָא א"א מְעִיז פְּנִי בְּפָנֵי ב"ח.

בְּאַמַּת מִקְשָׁה הַש"ס פֶּן בְּשְׁבוּעוֹת וּמִשְׁנֵי מִשּׁוּם אֲשַׁתְּמוּטֵי עכ"ל. אֲלָמָא דְמַצִּינוּ דְהִיכָא
דְלֵא שְׁיִיף הַטַּעַם דְהַגְמ' הַנ"ל לָא אֲמָרִינוּ דִישְׁבַע הַיְסוּת.

וְעֵינָן בְּמַהֲרֵי"ט ס' קנ"א בח"מ שְׁפַתְב דְּעִיקָר ש"ה הוּא מִשּׁוּם חֲזָקָה א"א תּוֹבֵעַ וְזֶה אָנוּ
רוֹאִין שְׁתּוֹבֵעַ אַע"פ שא"י לָא תִקְיָנוּ רַבְּנָן וְכַעֲיִן זֶה פְּתַב הַמְקַנָּה בְּסִי' מ"ט: וּבְאַמַּת מַצִּינוּ
סְתִירָה לְזֶה מִמַּש"כ הַתּוֹס' בְּב"מ (נ"ד ו') ד"ה אֲלָא הָא דְאָמַר ר"נ כּו' דְּפִירָשׁ רַב הָאֵי
גָאוֹן דְּמִשְׁבִּיעֵין ש"ה אֲקַרְקְעוֹת אַע"ג דְלֵא שְׁיִיף בְּהוּ אֲשַׁתְּמוּטֵי וְקָשָׁה דְבַפ' שְׁבוּעַת
הַדִּינָיִן מִשְׁמַע דְלֵא מְחִיב הַיְסוּת אֲלָא מִשּׁוּם אֲשַׁתְּמוּטֵי.

וּי"ל דְכִינּוּן דְבִאִינוּ בְּעֵין מִשְׁתַּמֵּט אַף כְּשֵׁהוּא בְּעֵין לָא פְּלוּג רַבְּנָן א"נ אֲקַנְשִׁיא דְר' חֲזִינָא
סְמִיף עכ"ל. אֲלָמָא דְס"ל לְרַב הָאֵי וְהַתּוֹס' דְאַף הִיכָא דִישׁ חֲזָקָה דֵא"א מְעִיזוּ"כ אִיפָא
חֲזָקָה נֶגְד חֲזָקָה א"א תּוֹבֵעַ.

מ"מ חֲזִיב הַיְסוּת מִשּׁוּם לָא פְּלוּג וְדְלֵא פְּהַהִפְלָאָה הַנ"ל וְעֵינָן בְּח"מ ס' צ"ה וּבְשֵׁא"ד
דְלִדְיָנָא קִי"ל כְּתִירָץ א' שֶׁל הַתּוֹס' הַנ"ל. וְעֵינָן בְּשְׁבוּעוֹת (נ"ד מ') בְּתוֹס' ד"ה אֲשַׁתְּמוּטֵי
הוּא דְקַמְשַׁתְּמִיט כּו'.

וּמָהָא דְח"מ ס' ע"ח בְּש"ף ס"ק ט"ו דְכַתֵּב שֵׁם בְּחֲזָקָה דְתו"ז צָרִיף הַמְלִינָה לִישְׁבַע הַיְסוּת
לְאַחַר הַפְּרַעוֹן. וְעֵינָן בְּאֵה"ע ס' צ"ו בְּב"ש ס"ק ח'.

וְלֵא אֲמָרִינוּ דְהָא נֶגְד חֲזָקָה דֵאִין אָדָם תּוֹבֵעַ כּו' יֵשׁ כְּנִגְדוּ חֲזָקָה דְתו"ז. דְז"א דְהָא
חֲזָקָה דְתו"ז עֲשָׂה פְּעוֹלָתוֹ לְהוֹצִיא מִהַמְּנוּחָק.

דְהָא הַמְּנוּחָקוֹת שֶׁל הַלְוָה דְהִי' מִתְחַלָּה וּבְצִירוּף חֲזָקָה דֵאִין אָדָם תּוֹבֵעַ כּו' דְהִשְׁתָּא
מְצַטְרִפִין נֶגְד חֲזָקָה דְתו"ז וְע"כ חֲזִיב ש"ה. וְזֶה הַטַּעַם שְׁיִיף ג"כ בְּחֲזָקָה דְשְׁלֵשׁ שָׁנִים.

אַף כ"ז הוּא הִיכָא דְהִיָּה חֲזָקָה א"א תּוֹבֵעַ כּו' דְאַף דְאֲמָרִינוּ לָא פְּלוּג כַּמַּש"כ הַתּוֹס'
בְּתִירוּץ א' דְב"מ הַנ"ל. זֶהוּ בְּסוּף דִינָא דְכִינּוּן דִישׁ פְּאֹן חֲזָקָה דֵא"א תּוֹבֵעַ אַף דֵאִיפָא
כְּנִגְדוּ חֲזָקָה הַסּוּתְרוֹ מ"מ כ' הַתּוֹס' בְּתִירוּץ קָמָא הַנ"ל דְאֲמָרִינוּ לָא פְּלוּג.

אַבְל הִיכָא דְלִיכָא חֲזָקָה דֵא"א תּוֹבֵעַ פְּלִל בְּנוּדָאֵי לָא מַצִּינוּ דְאֲמָרוּ בְּזֶה לָא פְּלוּג דְהָא לָא
שְׁיִיף בְּזֶה תְּחִלַּת דִינָא פְּלִל. וּי"ל דְמוֹדוּ בְּזֶה לְתִירוּץ הַב' שֶׁל הַתּוֹס' בְּב"מ הַנ"ל.

וְכַמַּש"כ הַתּוֹס' בְּשְׁבוּעוֹת (נ"ד מ') ד"ה אֲשַׁתְּמוּטֵי כּו' פּנ"ל. וְעֵינָן מְזָה לְעֵיל ס' ע"ה סְעִי
כ"ג בְּעֶנְף בֵּית בַּמַּש"כ שָׁם.

וְכַעֲיִן זֶה פְּתַב הַט"ז בְּסִי' צ"ד סְעִי ו' דְכִינּוּן דְעִיקָר ש"ה הוּא מִשּׁוּם חֲזָקָה א"א תּוֹבֵעַ ע"כ
הִיכָא דִי"ל אִם אֵי פֶן ה"ל קְלָא וְאִתְרַע הַחֲזָקָה זֹו דְפְטוּר מַש"ה: וּלפ"ז יֵשׁ לְדוֹן לְפִי מַה
דְּמַצִּינוּ בְּח"מ ס' מ"ו סְעִיף ל"ז בְּשִׁטְר שְׁשָׁנִים אֲוֹמְרִים שְׁהוּא פְּרוּעַ וּשְׁנִים אֲוֹמְרִים אֵינוּ
פְּרוּעַ לָא מְגַבִּינוּ בִי'.

כמש"כ הרשפ"א והובא בפש"ף שם ס"ק ק"א וכ"כ הפש"ף בסי' ע"א ס"ק ב' באה"ד שם.
ועיין בתנאים סי' נ"ח ס"ק ה' מש"כ שם בשם הפר"ח ומה ששיג עליו.

א"כ מוכח מזה דלא מהני חזקה דמצד בירור הדבר היכא דתרי ותרי מכחישין זא"ז. וקא
דאמרינן בכ"מ בתרי ותרי מדאורייתא אזלינן בטר חזקה.

היינו אוקי אחזקה. אבל חזקה דמצד בירור הדבר לא מהני בתרי ותרי.

דקא זה לא עדיף מאילו באו עוד עדים להעיד דקא תרי כמאן וכמש"כ התוס' בב"ק (דף
ע"ב) ובב"ב (דף ל"א) גבי מיגז ע"ש. ושאני אוקי אחזקה משום דכן גזרה התורה בכל
ספק למיזל בטר אוקי אחזקה.

וכן מצאתי בתשובת רע"א זצ"ל סי' קל"ז שכתב לדון בתרי ותרי במקום רוב דנסתפק
בזה בעל שושנת העמקים. וחקם אחד רצה להוכיח לזה מהא דתרי ותרי בפרעון השטר
דלא מגבינו אף דאיכא בזה חזקה דשטרא בידי מאי בעי.

וכתב הרע"א לדחות זה דנהי דשטרא בידי מאי בעי אלים מרוב. מ"מ קא חזקה דשטרא
בידי מאי בעי הוי כמו הוכחה דאנו סהדי והוי כמו פת עדים דאמרינן תרי כמאן.

משא"כ במקום רוב י"ל דבתרי ותרי פינו דהוי ספק גיזיל בטר רוב דכף אמרה התורה
דבכל ספק תיזיל בטר רוב. וה"נ בתרי ותרי כו'.

וכ"כ רע"א שם בסי' קל"ו להסתפק בתרי ותרי דאיכא חזקה דאין אדם פורע תו"ז
דאפשר דלא אזלינן בזה בטר חזקה משום דחזקה דמצד בירור דהוי כמו אנו סהדי א"כ
קא תרי כמאן ע"ש.

וכ"כ הפרמ"ג ליו"ד בפתיחה לה' שחיטה דמהני רוב בזה: ויש להביא ראיה לזה ממש"כ
הריטב"א בכתובות (דף כ' ע"א) ד"ה אלא אמר ר"נ כו' דבתרי ותרי דהתם דאמרי קטנים
היו לא שייך לאוקמי אחזקה דאין עדים חותמין על השטר אלא א"כ נעשה בגדול משום
דלא מהני הך חזקה היכא דאיכא עדים דמכחישין לה כו'.

וכ"כ הרשפ"א בכתובות (דף כ"ב ע"א) ד"ה עירעור דמאי כו'. ולא כתבו להסביר דמפני
מה לא תועיל חזקה זו כמו שארי אוקי אחזקה אף בתרי ותרי.

[ועיין בתוס' כתובות (דף כ') ד"ה אלא אמר רב נחמן כו']. דקא סמכינן על חזקה זו
דאין עדים חותמין כו'.

אף להוציא ממון כמבואר שם. אבל לפמש"כ רע"א זצ"ל דבחזקה דתו"ז פינו דהיא
אלימא ע"כ לא מהני זה במקום תרי ותרי כנ"ל.

א"כ ה"ה גבי הך חזקה דאין עדים חותמין כו' ולא עדיף מאלו באו עוד עדים דקא תרי
כמאן. וזהו פנונת הריטב"א והרשפ"א הנ"ל.

וזהו סיעתא לסברת הגאון הנ"ל: ** (הגה"ה ולכאורה יש להוכיח מהתם דאף רוב לא
מהני בתרי ותרי. דקא כתבו התוס' בכתובות (דף י"ח) דאנוס מחמת נפשות לא שכיח.

א"כ במעידים עדים אחרים על עדי השטר דהיו אנוסים מחמת נפשות. א"כ מפני לן
לומר אוקי תרי לבהדי תרי ונסמוך על הרוב דאנוסים מחמת נפשות לא שכיח.

וכמש"כ רע"א זצ"ל דרוב מהני בתרי ותרי. ויש לדחות משום דהא דרוב מהני משום דכד גזרה התורה למיזל בתר רוב במקום ספק והא לא מהני בממון דאין הולכין בממון אחר הרוב.

והא דלא מהימן הלנה לומר דהיו אנוסים מחמת נפשות. בע"כ הטעם משום דאנוסים מחמת נפשות לא שכיח כלל.

א"כ זה הרוב הוי ג"כ מצד בירור הדבר והוי כמו אנו סהדי. א"כ הא זה לא מהני בתרי ותרי כמו בחזקה דתו"ז או חזקה דשטר בדי מאי בעי דלא מהני בתרי ותרי כנ"ל.

ומ"מ זהו דוחק דזהו נגד הסברא וקצרת. (ע"כ הגה"ה): ** ובעיקר ראיתי מהא דכתובות הנ"ל דלא מהני חזקה דאין עדים חותמין כו' במקום תרי ותרי וכמש"כ הרשב"א והריטב"א כנ"ל.

יש לחלק דשא"ה דהא באמת עדי השטר אין מעידים לפנינו כלל האף הנה המעשה. ועדים אחרים מעידים שהיו אנוסים.

ואמרנו דזה הוי בתרי ותרי. וכן במעידים שהיו קטנים.

משום דסתם שטר הבא לפנינו הוי כאילו מעידים לפנינו דלא היו קטנים משום חזקה דאין עדים חותמין. וכן באנוסים מחמת נפשות מחשב השטר בתרי משום סברא דאנוסים לא שכיח.

דאילו מחמת חזקת פשרות של העדים לא שייך רק באנוסים מחמת ממון. א"כ לא שייך בזה לדון אוקי תרי לבהדי תרי ונסמוך על חזקה הנ"ל או על לא שכיח כלל כנ"ל.

דהא עיקר מה דאמרנו דהשטר הוי בתרי המעידים לפנינו זהו הפל העיקר מחמת החזקה ולא שכיח כלל כנ"ל. א"כ כבר נסתלק החזקה והרוב גמור הנ"ל.

משא"כ בחזקה דתו"ז וכה"ג במקום תרי ותרי המכחישים זא"ז בע"פ לפנינו. שפיר י"ל עדיין אוקי תרי לבהדי תרי ולא נסתלק מעולם החזקה הנ"ל.

ע"כ אין זה שייכות כלל לענין הספק של רע"א זצ"ל הנ"ל. וגם י"ל דזהו פנונת הריטב"א והרשב"א הנ"ל.

ועפ"ז יש לעיין הרבה בסוגיא דכתובות ובתוס' שם. וראיתי בשב שבעתא ושמעתא ו' פ' כ"ב שכתב ג"כ לדון בתרי ותרי במקום חזקה דתו"ז דלא מהני.

והו חזקה הוי כמו אנו סהדי ותרי כמאה. וה"ה רובא אינו יכול להכריע בתרי ותרי משום דרוב הוא מצד ראיה שנוטה להתיר יותר מלאיסור.

ודוקא חזקה דמעיקרא מהני בתרי ותרי משום דזהו מצד דאין יכול להוציא מחזקתו קמא כו'. ובזה מתנרץ קושיות הרא"ה דהקשה דבקטנים איכא חזקה דאין עדים חותמין כו' משום דחזקה דהוי מצד סברא לא מהני במקום עדים יותר מאלו באו עוד עדים דהא תרי כמאה עכ"ל הש"ש בקצרה.

הרי דכתב ג"כ בחזקה דתו"ז וכה"ג וכן ברוב לא מהני בתרי ותרי. ודלא כסברת רע"א דכתב לחלק דשאני רוב.

אף מש"כ לתרץ קושיות הרא"ה לפי מה שפתיחתי לחלק אינו ענין זה לחזקה דתו"ז או רוב במקום תרי ותרי המכחישים לפנינו בע"פ. וגם לא הביא לדברי הרשב"א וקה"א דכתובות ה"ל: ע"פ ב ובעיקר פלוגמת הש"ש עם רע"א בתרי ותרי במקום רוב.

נלע"ד דזה תלוי במש"כ השמ"ק לב"מ (דף ו') גבי קפץ א' מן המנויים לתוכן דפסור ממעשר בהמה. והקשו בתוס' שם דנבטל ברוכא.

ותי' הש"מ בשם הריטב"א דהא דרוב מהני אין זה רק מצד גזה"כ אבל באמת כל רוב אינו אלא ספק רק גזה"כ הוא למיזל בתר רוב. ולפ"ז שפיר כתב רע"א זצ"ל דבתרי ותרי אולינו בתר רוב.

דקא רוב אינו מצד בירור רק משום גזה"כ. א"כ זה דומה לחזקה דמעיקרא דאולינו בתרי ותרי למאי דקיי"ל.

אכן לפמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז ע"פ ד' וע"פ ה' דדברי הש"מ ה"ל אינו שייך רק ברוכא דאיתא קמן. אבל ברוב דליתא קמן דזהו מצד בירור לא שייך בזה סברת הש"מ ה"ל עי"ש.

על פן יש לדון דבתרי ותרי במקום רוב גםהש"מ מודה דלא סמכינן על רוב וכמש"כ הש"ש פנ"ל: ולפי מה דנתבאר דבתרי ותרי לא מהני חזקה דתו"ז או חזקה דשטרא בידי מאי בעי דהוי מצד בירור א"כ לא עדיף מן עוד פת עדים ושאני חזקה דמעיקרא פנ"ל.

א"כ לפ"ז יש לדון בתרי ותרי דלא שייך בזה שבועת הדין. כיון דעיקר השבועה הוא משום חזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו עליו.

וכיון דבתרי ותרי לא מהני חזקה דמצד בירור. א"כ ה"ה לא שייך בזה חזקה אין אדם תובע ה"ל דקא זה הוא רק מצד בירור הדבר.

דקא לא שייך בזה לומר דכך גזירה התורה א"כ לא עדיף מן עוד פת עדים פנ"ל. ואף דחזקה דאין אדם תובע לא הוי חזקה אלימתא דקא להוציא ממון לא סמכינן ע"ז רק לענין שבועה בלבד.

מ"מ עיקרו הוא מצד בירור לגבי זה. וכיון דחזקה לא מהני בתרי ותרי ה"ה דלא מהני הך חזקה דא"א תובע להטיל שבועה על הלנה במקום תרי ותרי.

פן יש לומר לכאורה דגבי שבועת הדין הנכון עם התנאים דאינו חייב ש"ה אף לא מטעמי. ואפשר לדחוק דעיקר הסברא דחזקה דא"א תובע כו' הפנונה הוא דמתמת חזקה ה"ל.

נולד לנו ספק ונחשש להטיל שבועה על הלנה. א"כ זה הטעם שייך עדיין אף בתרי ותרי דקא עכ"פ מידי ספיקא לא נפקא ויש עדיין חזקה דא"א תובע להטיל שבועה על הלנה.

והוי פועל רגלים לדבר דסי' ע"ה סעי' י"ז. ולפי דיש עדיין לענין בזה הרבה ע"כ ראיתי לבאר עיקר הדבר מה שכתבו הש"ש ורע"א זצ"ל בתרי ותרי במקום חזקה דתו"ז וכה"ג:

ונלע"ד לדון בכ"ז מהא דכתובות (דף כ"ב ע"ב) שנים אומרים נתגרשה או מת ושנים אומרים לא נתגרשה ולא מת הרי זו לא תנשא ואם נשאת לא תצא.

הבא עליה באשם תלוי קאי ומשני דניסת לא מעדי' ובאומרת ברי לי'. והקשו התוס' דהא בחטאת קאי ותי' דחזקה דדייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א.

ואי נימא דבתרי ותרי לא מהני שום ענגן חזקה דמועיל מצד בירור הענגן דזה לא עדיף מאלו באו עוד עדים להכחישן. ודוקא אוקי אחזקה הראשונה מהני בתרי ותרי שלא להוציא מחזקה קמייתא וכמש"כ הש"ש ורע"א הנ"ל.

א"כ קשה אמאי אמינן בניסת לא מעדי' לא תצא וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ב) ג"כ משום חזקה דדייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א. הא מבעי לן לאוקמי עדיין על חזקת א"א דהא אוקי אחזקה קמייתא סמכינן אף בתרי ותרי משום דכן גזרה התורה שלא להוציא מחזקה הראשונה וכמש"כ בפ"ה המשניות להרמב"ם בגזיר (דף ס"ג) פ"ט על משנה שחזקת טמא טמא וחזקת טהור טהור כו'.

משא"כ בחזקה דמהני מצד בירור הענגן כמו חזקה דתו"ז דכתבו דזה לא מהני בתרי ותרי יותר מן עוד עדים. א"כ מפני מה מועיל הך חזקה דדייקא ומינסבא במקום תרי ותרי דהא לא עדיף הך חזקה מן עוד עדים דתרי כמאה.

ומפני מה יזנה מועיל כלל הך חזקה דדייקא ומינסבא להיות מרע לחזקת א"א דהא בתרי ותרי לא מהני כלל שום חזקה דמצד בירור הענגן ובנדאי אין סברא לומר דדוקא חזקה דמועיל ביותר מצד דהוי חזקה אלימתא וכמו חזקה דתו"ז דמוציאין עי"ז מן המוחזק נהני בירור אלים.

דזה לא מהני במקום תרי ותרי. אבל חזקה דלא הוי אלים טובא דלא הוי דינו רק כמו אוקי אחזקה וממילא מהני במקום תרי ותרי.

דז"א סברא לחלק בזה כלל דמ"ש דהא ניזיל בטר טעמא ושכתב דחזקה דמצד בירור אינו מועיל לברר במקום תרי ותרי. רק אוקי אחזקה שאני דכף גזרה התורה.

אבל בחזקה דדייקא ומינסבא דלא שייך בזה לומר דבזה גזרה התורה. דהא לא רמינא בתורה רק תו"ל אמרו לזה מצד בירור קצת.

א"כ הא לא שייך זה במקום תרי ותרי. וע"כ מוכח דאף חזקה דמהני משום בירור ג"כ סמכינן בתרי ותרי: וזה ההוכחה אינו רק לשיטת התוס' דב"ב (דף ל"ב) וכתובות (דף כ"ב) דכתבו להקשות דאמאי לא תצא והא בחטאת קאי כנ"ל.

אבל הרשב"א יש לו שיטה אחרת בזה והוא דהרשב"א בחי' לקדושין (דף ס"ו) גבי תרי אמרי אשתבאי ותרי אמרי לא אשתבאי כו'. דהקשה הרשב"א עלה דכתובות (דף כ"ב) הנ"ל פקושיות התוס' הנ"ל דאמאי אמרו באשם תלוי קאי ובניסת לא מעדי' לא תצא הא מבעי לן לאוקמי אחזקת א"א.

ותי' הרשב"א דהיכא דאמר ברי לי נאמן ע"ע אף להכחיש את החזקה. והובא כ"ז בפני הושע כתובות (דף כ"ב) בארובה.

ועיין בר"נ בכתובות שם. ומה דהקשו התוס' דמאי קאמר בא"ת קאי ה"ל לומר בתטאת קאי תי' הרשב"א שם בתי אחר וכ"כ הר"נ שם.

אלמא דלא ס"ל להרשב"א להפלל של התוס' דדניקא ומינסבא מרע לחזקת א"א א"כ לפי דברי הרשב"א ליכא ראי' זו. דהא לדידן' אינו מוכרח לומר דהו' חזקה דדניקא כו' מועיל במקום תרי ותרי.

אלא הטעם הוא משום דהברי שאומרים נאמנים ע"ע אף נגד חזקת א"א ונסתר ראי' זו. ומ"מ ה'א פנין דלא מצינו להרשב"א דיפלוג בפירוש בזה על התוס' א"כ מנלן להרבנות במחלוקת.

וכן נראה מן הרמב"ם פ' י"ב הל' גירושין שכתב דלכן בתרי אמרי נתגרשה ותרי אמרי לא נתגרשה אם ניסת לא' מעידי' לא תצא משום דחזקה היא שאין מקלקליו את עצמן כו'. והובא באה"ע סי' קנ"ב סעיף ג' ובב"ש שם ס"ק ה'.

אלמא להדיא דהרמב"ם ס"ל ג"כ דאף בתרי ותרי סמכינן על חזקה המבררת. ודלא בדברי רע"א והש"ש.

וראיתי בתשובת הרא"ש פל' נ"ב סי' ג' ד' שכתב דבתרי ותרי סמכינן על רוב והובא באה"ע סי' קנ"ו סעי' ה'. ועיין ביאור הגר"א שם ס"ק כ"א.

והרא"ש כתב שם פן בתורת כש"כ מן חזקה הרי להדיא דלא כהש"ש: וכן מוכח מהא דכתובות (דף כ"ב) שם דקאמרי ראה ר' יוחנן דבריו של ר' מנחם ב"ר יוסי בגירושין ולא ראה במיתה מאי טעמא מיתה אינה יכולה מכחישתו גירושין יכולה מכחישתו ומי חציפא פולי האי והא א' ר"ה חזקה אין אשה מעינה כו'.

הני מילי היכא דליכא דמסייע לה כו'. אלמא דהש"ס ס"ל דגם בתרי ותרי נאמנת מצד חזקה דאין אשה מעינה ופריף פן פנ"ל.

והוכרחו לתרץ דשאני היכא דמסייע לה. והא החזקה דאין אשה מעינה הוי חזקה אלימתא.

והא דיש להקשות התם דהא שלא בפניי הבעל מעינה פמבואר בכתובות (דף כ"ג) ובסי' י"ז סעי' ב'. והתם ה'א מיירי שלא בפניי הבעל.

י"ל בזה דהא דאמרו התם דליהמנה מצד ה' חזקה אין אשה מעינה. הפוננה הוא דקאי עלה דאמרו התם דמיתה אינה יכולה מכחישתו.

אבל גירושין יכולה מכחישתו וע"כ אינה נאמנת משום דאין הוכחה לדבריה. וע"ז פריף הש"ס דהא גם בגירושין יש הוכחה לדבריה דמירתתא דלמא יבא בעלה ולא תהיה יכולה להעזי פנגדו.

וכמש"כ הנו"ב במ"ת סי' צ"א לפלפל בדברי הרשב"א דסי' א' רנ"ג. ולפ"ז י"ל דשאני ה' חזקה דאמרו שם.

ואין זה ראי' כ"כ לנ"ד דיש לחלק קצת דשאני התם דכיון דהוי שלא בפניי הבעל א"כ לא הוי חזקה אלימתא כ"כ. ושאני בחזקה אלימתא דמהני מצד פירור א"כ לא עדיף מן

עדים כמש"כ פנ"ל: ועכ"ז ממה דמצינו נשם בפסוקיא דאמרו לחלק דשאני מיתה דאינה יכולה להכחישו ע"כ לא תצא נשאני גירושין דליכא ביה הוכחה וכן מקשה הגמ' הא גם בגירושין איכא הוכחה דלא תוכל להעיו בפניו.

והא אי נימא דבתרי ותרי לא מהני שום הוכחה וחוזה דמצד בירור. א"כ האיך סמכו שם ע"ז ההוכחה דאינה יכולה מכחישתו דזהו פועין סברת דייקא ומינסבא.

והא לא מהני שום בירור כלל במקום תרי ותרי משום דלא עדיף מן עוד פת עדים פנ"ל. וכן מבואר בירושלמי יבמות פ' י' הלכה ג' בזה"ל מה בין מיתה מה בין גירושין גבי הא דשנים אומרים מת כו' שנים אומרים נתגרשה כו' דר' חייא משמין דר' יוחנן אמר הדעת מכרעת בעדי מיתה דלא תצא מאחר שאילו יבוא הוא מכחיש עכ"ל.

וזהו ג"כ כמו בש"ס דילן הנ"ל. ואין לדחוק ולומר דבאמת לא מהני שום חזקה מצד בירור בתרי ותרי אף שאני התם דעפ"י סברא יש לומר דבתרי ותרי דהוי ספק השקול נאמנים על עצמם אלא מצד חזקת א"א אינם נאמנים.

אף במיתה דאינה יכולה להכחישתו נסתלק החזקת א"א ונהוי ספק השקול דנאמנים. דזה אינו דהא פנין דמצד הוכחה לא שייך לדון בתרי ותרי דלא עדיף מן שני עדים אחרים.

ואלו אוקי אחזקה מהני א"כ עדיין תקשה פנ"ל. ואף דאנן פסקינן דגם בגירושין לא תצא אף דליכא הוכחה הנ"ל.

עכ"ז הא בזה דאמרו בשם ריו"ח דשאני מיתה דאינה יכולה להכחישתו ומהני מצד בירור במקום תרי ותרי בזה לא מצינו חולק עליו: ענף ג וכן תקשה ביותר במה דאמר רב אשי שם בכחנכות דלכן ס"ל לריו"ח דתצא בשנים אומרים מת כו'.

דאמרי עדים עכשיו מת עכשיו גירשה מיתה ליכא לברורי גירושין איכא לברורי דאמרינן לה אם איתא דהכי הוי אחוי לן גיטא. וכן פסקו כל הפוסקים דהיכא דאמרי עכשיו גירשה לא מהימנה בתרי ותרי פמבואר באה"ע סי' קנ"ב סעי' ג'.

ומבואר ברמב"ם פ' י"ב ה' גירושין ה' ו' בזה"ל שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה הרי היא בחזקת א"א גמורה כו' ותצא והולד ממזר. בד"א דאמרו עכשיו נתגרשה שגרי אמרינן לה אם אמת הדבר הוצא גיטתו כו'.

אבל אם אמרו דמכמה ימים נתגרשה יש לומר דאבד הגט כו' ואם אמרה א"י ה"ז תצא והולד ספק ממזר עכ"ל הרמב"ם. אלא דאף בתרי ותרי היכא דאיכא הוכחה מצד אינה סברא דלא הוי ספק השקול אלא אמרינן דהוי בחזקת א"א גמורה.

והולד ונדאי ממזר כמש"כ הרמב"ם פנ"ל: ובאמת יש לדון לפי מה דמצינו בכולי ש"ס דנפילה הוי טענה גרוע משום דנפילה לא נשכח. א"כ אף היכא דאין אומרים עכשיו גירשה אלא גירשה פבר ואבדה הגט.

הוי ג"כ טענה גרוע דנפילה לא נשכחא ובתרי ותרי מוקמינן על רוב המברר. אלא דיש לומר דסמכה בזה על הך תרי עדים דאמרי גירשה ע"כ לא נזהרה בשמירת הגט וע"כ לא הוי נפילה בזה טענה גרוע.

וכמש"כ כה"ג הסמ"ע בריש סי' מ"ו. דלכן יכול לומר פרעתי במיגו דמזונין ד יכול לומר דסמך על המיגו שלו ולא חשש על שטרן דביד חבירו.

וכה"ג פתב הרשב"ם בב"ב (דף ע' ע"א) ד"ה וליטעמך אלו א"ל נאנסו כו' עיי"ש. וזולת זה יש לומר דנפילה כל זמן דלא מצאו אחר אינו דומה להא דאמרו בכולי ש"ס דנפילה לא שקיח.

משום דהתם הפוננה דלא שקיח דיאבד ממנו ואחר ימצאנו פמבואר ביבמות (דף קט"ו) ובב"ב (דף קע"ב) ברשב"ם ובתוס' שם. וכבר פתבתי במק"א לדון בהא דב"מ (דף ק"י) דמלנה נאמן לומר שטרן איכפס ליה במיגו דלקוח הוא בידי.

אף דנפילה הוא טענה גרוע וכן הארכתי בהא דח"מ סי' ס"ט ש"ף ס"ק ט"ז ובריש סי' מ"ו ובאה"ע סי' קנ"ב סעיף יו"ד. ובקונטרס א' על היתר עגונה פתבתי בזה הרבה.

וכן יש לדון בדברי החלקת מחוקק בסי' י"ז ס"ק מ"ב דכתב דחיישינן לאבידה ואכמ"ל: וחינוך בסוגיא זו דהיכא דאומרים דבשעה פורתא איכפס לה הגט. זה הוי טענה גרוע משום דהוי מילתא דלא שקיח שלא להיות נזקרת בשעה פורתא.

וע"כ אף בתרי ותרי סמכינן אהך סברא דהיא בחזקת א"א גמורה אף בניסת לא מעידי. וקשה דאף דנימא דהך סברא דבשעה פורתא מירפס גיטא זהו אינו בגדר חזקה רק בגדר רובא דלא שקיחא וכמו כל רוב.

א"כ אי נימא פשיטת הש"ש הנ"ל דעל רוב לא סמכינן בתרי ותרי. א"כ קשה במאי הוי בחזקת א"א גמורה והנלד הוי ממזר ונדאי.

הא יש לנו לומר דזה לא עדיף מן אלו באו עוד שני עדים ויעידו לסייע להנהך תרי האומרים לא נתגרשה. ועכ"ז אם ניסת לא מעידי לא תצא משום דכיין דתרי פמאה א"כ מהני ברי שלא דלא תצא כמו בתרי ותרי.

ולשי' הרשב"א משום דנאמנים על עצמן אף נגד אוקי אחזקת א"א. והו' לשיטת התוס' משום דייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א פנ"ל.

ע"כ מוכח מזה דלכל הפחות היכא דאיכא רובא סמכינן עלי' אף בתרי ותרי. ואין לחלק דשא"ה דהוי לחומרא.

דהא פינן דבספק השקול סמכינן על ברי שלהם א"כ אמאי התמירו בזה. ואין לומר דזהו חומרא מדרבנן.

דהא הרמב"ם פתב דהוי בחזקת א"א גמורה והנולד ונדאי ממזר. אלמא דזהו מה"ת מצד הדין דהיא א"א גמורה משום הך סברא דבשעה פורתא נזקרת לשמור את הגט.

אלמא דאף בתרי ותרי היכא דאיכא רוב סמכינן עלי' וכמש"כ רע"א זצ"ל דעל רוב סמכינן בתרי ותרי ואף דעל חזקה לא מצוי להוכיח מזה. די"ל דהך סברא דבשעה פורתא כו' אין זה בגדר חזקה רק בגדר רוב דהוי מילתא דלא שקיח.

אבל על רוב שפיר מוכח מזה אף בתרי ותרי. א"כ אף לשי' הרשב"א הנ"ל דאין להוכיח מהא דלעיל שם דבתרי ותרי לא תצא.

דמהני תזקה בתרי ותרי וכמש"כ לעיל. עכ"ז הא מהא דעכשיו גירשה לא מהימנא בתרי ותרי ותצא והוולד ממזר פנ"ל.

מוכח מזה אף לשיטת הרשב"א דרוב מהני בתרי ותרי. וכש"כ לשיטת התוס' דשם דכתבו דלכן לא תצא בתרי ותרי משום דדייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א פנ"ל.

ונדאי מוכח דאף תזקה המבררת מהני בתרי ותרי דאל"כ הא לא עדיף הו סברא דדייקא ומינסבא יותר מן עוד פת עדים דהיו מעידים דנתגרשה דעכ"ז מפעי לן לומר דתצא משום אוקי אחזקת א"א דהא תרי פמאה וכן"ל.

וע"כ מוכח מזה דאף תזקה המבררת מצד הסברא מהני בתרי ותרי: ובעיקר הראיה שכתבתי לעיל לדון דמוכח מהא דתרי ותרי המכחישין אהדדי אם הוא פרוע או לא דלא מגבינו מהלנה אף דאיכא תזקה דשטרא בידי מאי בעי וכמש"כ רע"א זצ"ל פנ"ל.

נלע"ד די"ל דאינו ראיה מזה לתרי ותרי במקום תזקה דתוף זמנו. משום דבהו תזקה דשטרא בידי מאי בעי י"ל דדומה להא דשנים אומרים נתגרשה וב' מכחישים אותה דנשאת לא תצא.

ולא אמרינו דהא איכא רוב דמכחיש אותה בקמה דאומרת דנפל ממנה הגט דהו טענה גרוע משום דנפילה לא שכיח. ומבאר ביבמות (דף קט"ו) וב"ב (דף קע"א) דנפילה לא שכיח משום דמיזנה זהיר ביה.

ורע"א הנ"ל כתב שם בעצמו דרוב מהני במקום תרי ותרי. וע"כ מוכח פועין הסברא שכתבתי די"ל דבזה לא שייך לומר דמיזנה זהיר ביה משום דיכולה לומר דסמכה על העדים דאומרים נתגרשה דהא מספקא לן דלמא האמת עמהם.

וכת הב' המה משקרים ע"כ לא שייך בזה לומר דמיזנה זהיר ביה וכמש"כ הסמ"ע פועין זה בריש סי' מ"ו גבי פרעתי במיגו דמזוניף דיכול לומר דסמך והניח שטרו ביז חבירו לפי דסומך על המיגו שלו.

וכמש"כ הרשב"ם בב"ב (דף ע' ע"א) ד"ה וליטעמיה אלו אמר לו נאנסו כו' ונפקד נמי לא הוי חייש לשטרא משום דה"מ למיפטר נפשיה בטענת אונס כו' וכמש"כ לעיל. ועיין מזה באו"ת סי' פ"ז סעי' ו' ובנתיבות שם ס"ק ז' ובנתיבות בכללי מיגו ס"ק י"ד ובסי' רצ"ו ס"ק א'.

וה"ה די"ל כן בהו תזקה דשטרא בידי מאי בעי. וי"ל דלכן לא חשש להשטר דביז חבירו משום דסמך על העדים האומרים דבפניהם פרע הלנה להמלנה.

א"כ לפי דברי העדים המעידים דפרוע הוא השטר א"כ לדבריהם לא שייך פלל תזקה דשטרא בידי מאי בעי. דהא לא ידע דיבואו עדים להכחישם בשקר לפי דבריו האומר דהשקר עמהם.

אבל בתזקה דתוף זמנו או ברוב דאף לפי דברי העדים המסייעים לו שייך הו תזקה או הרוב ג"כ. שפיר מוכח מפל הסוגיא דכתובות (דף כ"ב) הנ"ל.

דאף בתרי ותרי מהני אף חזקה מצד הבירור או ה'רוב'. וע"כ בתרי ותרי בחזקה דתו"ז הדעת נוטה דמגבינו מהלכה.

ועיין ביו"ד סי' א' באם שני עדים מכחישים אהדדי אם נשחט פהנגן או לא דכתב המהרי"ק שם דיש לומר אוקי עד לגבי עד נאוקי על רוב המצויין אצל שחיטה מומחין הם. אף אין זה דומה לנ"ד ועיין בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ז ד"ה ולפ"ז יש לדון בזה דיו"ד סי' ל"ט סעי' ט"ז כו' וקצרתיו: נחזור לענינינו דלפי דעת רעק"א והש"ש הנ"ל דס"ל דבתרי ותרי לא מהני חזקה המבשרת מצד הסברא.

א"כ יש לדון בתרי ותרי המכחישים אהדדי דיהיה פטור מש"ה. דכיון דעיקר הטעם דהשבועה הוי מצד חזקה א"א תובע כו' ומוכח בשבועות (דף מ"א) מצד חזקה זו הוי כעין בירור לטענת התובע.

דאי נימא דהך חזקה עושה זה התביעה דיהיה ספק אצלינו. דא"כ מאי מקשה הגמ' שם הא לגבי הנתבע איכא חזקה א"א מעיז פניו.

הא י"ל דכיון דהך חזקה דא"א תובע מכחיש את החזקה דא"א מעיז פניו. א"כ ממילא נולד ספק אצלינו כיון דהחזקות סתרי אהדדי.

א"כ ה"ל כמו דררא דמונא הנולד לנו להסתפק ולהטיל שבועה על הלוח. משום דבלא הך חזקה דא"א תובע לא הוי שום ספק לנו.

ומדמקשה הגמ' פן בפשיטות מוכח דס"ל להש"ס דהך חזקה דא"א תובע דהטילו משום זה שבועה על הלוח הוי זה כעין בירור דהנכון עם טענת התובע. ולכן בתרי ותרי כיון דלא מהני בזה חזקה מצד בירור כדברי הגאונים הנ"ל ע"כ הדעת נוטה דבתרי ותרי לא מהני חזקה דא"א תובע ויהיה פטור מש"ה ודלא כהש"ף.

ואי מצד רגלים לדבר הא לא יהא עדיפא מהוכחה גמורה: אכן לפי מה דנתבאר דלא כדבריהם אלא דאף בתרי ותרי מהני ג"כ מצד החזקה שצד בירור וכנ"ל. ע"כ אף בתרי ותרי חייב ש"ה וכהש"ף משום דגם בזה מהני החזקה דא"א תובע.

וכמו כן נתבאר דבתרי ותרי מהני חזקה דתו"ז ולהוציא ממון מהמוחזק וכה"ג: וכן מוכח בזה דשבועות (דף מ"א) דקאמרי בגמ' שם מאי איכא בין שד"א לדרבנן. ואי נימא דבתרי ותרי פטור מן ש"ה ושאיני שד"א א"כ ה"מ הגמ' לומר נפ"מ אם איכא תרי ותרי וע"כ מוכח כמש"כ הש"ף דגם בש"ה הדין הוא דחייב במקום תרי ותרי.

וכעין זה הוכיח המרדכי בב"מ פ"ק סי' רכ"ט דבטענת גזלתני חייב ש"ה דאל"כ הא ה"מ הגמ' בשבועות הנ"ל לומר האי נפ"מ ע"ש. ועיין בש"ף סי' זה ס"ק ל"ח וקצרתיו: ובעיקר דברי הש"ף דכתב בתרי ותרי דסלק עדותו וחייב שד"א או ש"ה יש להעיר מהא דכתובות (דף כ"ב) דשנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה דלא תנשא לכתחלה אף באומרת ברי ולאחד מעדי' והריטב"א שם כתב דלכתחלה אסורה להנשא אף בלא דרב אפי' דשם וכ"כ השמ"ק שם.

א"כ ה"ה במקום ספיקא דתרי ותרי אם נשבע בשקר או באמת הדין נותן דהב"ד לא ניחו אותו לישבע לכתחלה. אכן בספרי נחל יצחק סי' מ"ו סעיף ל"ז כתבתי הרבה

חילוקים מה דגש לחלק בין ה' דכתובות לה' נידון של הש"ך ע"ש: וראיתי בפתיחה לה' שחיטה בפרמ"ג שורש ד' בד"ה משפחת פתרי כו' שפתב דהא דתרי ותרי דלא תנשא לכתחלה זהו משום לזות שפתים ומשום חזקת א"א כו' ע"ש.

ונעלם ממנו דברי הריטב"א והשמ"ק הנ"ל דכתבו דמן הדין הוא דאסורה להנשא אף בלא הא דרב אסי. וכן במש"כ דמשום חזקת אסור דא"א הוא תמהני עליו דהא גם בשנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה הדין הוא דלא תנשא כמבואר שם ובאה"ע סי' מ"ז ולכן העיקר כמש"כ בספרי שם וע"פ מש"כ שם יש לדון בה' דינא של הפרמ"ג שם: ז (שם סעיף י') מי שחייב שבועה מדרבנן וקדם ותפס ולא רצה לישבע לא מפקינן מיניה.

וכתב הסמ"ע שם ס"ק כ"ב והש"ך שם ס"ק כ"ד בשם הר"נ פ' הכותב דדוקא תפס מעות אין מוציאין. אבל תפס מטלטלין לא מהני תפיסה.

וכן פתב המחבר באה"ע סי' צ"ו סעיף י"א. והבית מאיר שם הקשה על הר"נ דכתב דמטלטלי דגופייהו לא מקני ליה מפקינן מיניה.

דהא מבואר בח"מ סי' ק"ח סעיף י"א ואה"ע ריש סי' צ"ו דאם קדמו היורשים ותפסו אף מטלטלי אין מוציאים מידם ויכולים לומר קים לי דאדם מוריש שבועה לבניו. אלמא דאף במטלטלי מהני תפיסה.

וכן הוא שיטת הר"נ שם. ובלא"ה צ"ע מאיזה טעם מחלקים בין מטלטלי למעות.

וביותר יש להקשות מכל ספיקא דדינא בפלוגתא דרבנן דמהני תפיסה אף במטלטלי עבור חוב דנימא ג"כ פיון דגופייהו לא מקני להו ע"כ לא יהיה פדיון מוחזק. ובאמת הא מבואר בכללי תפיסה של הש"ך והאו"ת שהשיגו על היש"ש והמהרי"ט דמחלקי בזה: ענף א ונלענ"ד לתרץ זה ע"פ המבואר במל"מ ה' זכ"י ומתנה פ"ט הל' י' על מש"כ הרמב"ם שם דשכ"מ שציונה ליתן מתנה במקום דאסור מדרבנן ליתן מתנה אין שומעין לו.

משום דבמקום אסורא לא תקנו רבנן. וכ"כ הר"נ בתשובה גבי תקנת פעוטות דתקנו רבנן דמכרו קיים דבמקום אסורא דרבנן לא תקנו זה.

והובא בסי' רל"ה סעיף א' ברמ"א שם. וידוע דמי שתופס חפץ למשכון עבור חובו אינו יכול לגבות ממנו בלא ב"ד.

ובעי ב"ד מןחזין כמו שהעלה הש"ך בסי' ע"ג ס"ק מ' משום דאמרינן מאן שם לה. והא דאלמנה סגי ב"ד הדיוטות זהו משום חזקת א"א ואלא מדרבנן.

אבל מה"ת דקיי"ל עירוב פרישיות פתוב פאן ושנים שדנו אין דיניהם דין. א"כ בעינן מה"ת ב"ד סמוכים להודאות והלנואות.

וה"ה למה דצריכים ב"ד לגובינא והחלטה דמ"ש. רק מדרבנן מפני שלא תנעול דלת בפני לווין ותקנת השוק כמש"כ התוס' בריש סנהדרין.

לכן סגי ב"ד דאינן סמוכין פמבואר בח"מ סי' ג' דשליחותיהו עבדינן. וידוע מש"כ הרשב"א ונהרמב"ן דזה אינו רק מדרבנן כמש"כ לעיל בחדושיי' סי' א'.

וכיון דמצינו דבמקום איסורא לא תקנו רבנן לתקנתא דידהו אף היכא דעיקר האיסור אינו אלא מדרבנן. כמש"כ הר"ן בתשובה סי' מ"ד גבי מזונות הבת דאינו אלא מדרבנן דאם עברו הבנים ומכרו בהגיעו לעונת הפעוטות דלא תקנו בזה לתקנתם.

וכיון דהדין הוא דמי שמתחייב לישבע שבועה דרבנן ותפס ואינו רוצה לישבע דאף דלא מפקינן מיניה מכ"מ מקרי גזלן דרבנן. פמבואר בשבועות (דף מ"א ע"א).

וכיון דזה מקרי מילתא דאיסורא. לכן לא תקנו רבנן להזדקק ב"ד דאינן סמוכין להגבות המשפון לו פיון דכל פתם אינו אלא מדרבנן.

וכיון דלא נתנו להם רשות בזה ע"כ אין דינן כב"ד לענין זה. ובלא גוביינא דב"ד אמרינן מאן שם לך.

וכבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' לתרץ קושיות האו"ת דהקשה לשיטת הנהרמב"ן דס"ל בהא דמצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם אף ממטלטלי דאם ירצו ב"ד כופין רק אינו מחוייבים להזדקק.

והקשה דא"כ אמאי בתפס מטלטלי דיתמי לאח"מ מפקינן מיניה. ותירצתי דכיון דהב"ד אינם מזדקקין להגבות מחמת שיותר טוב להיות שב ואל תעשה במצנת עשה דמתן שוכרה בצידה.

וכיון דב"ד אינם מגבין לו להחפץ ע"כ מחוייב להחזיר החפץ משום איסור גזל עי"ש: ולפ"ז הנה במי שתפס ואינו רוצה לישבע פיון דאינן מזדקקין הב"ד להגבות ע"כ ממילא מחוייב להחזיר משום איסור גזל.

[ועפ"ז יש לדון הרבה בשיטת הרמ"ה סוף פ"ק דב"ק ברא"ש שם דס"ל דהא דבקנס אי תפס לא מפקינן אין זה אלא מדרבנן. וקצאתי בזה].

והא דמבואר בסי' ע"ב סעיף י"ז בש"ך ס"ק ע"א שכתב דאם אינו רוצה לגבות מגוף המשפון רק להחזיקו אצלו יכול לתפוס המשפון היינו משום דהא בידו לילך לב"ד שיתליתו לו החפץ.

וכן הא דמלוגא דשטרי דפ' הפותב ובח"מ סי' ס"ד דכיוול לתפוס השטרות למשפון אף דאינו יכול לגבות בלא פתיבה ומסירה. שאני התם דהא הב"ד יכולים להחליט לו גוף הנזיר בשומא עד שיפרע לו החוב.

משא"כ היכא שמסרב ואינו רוצה לישבע א"כ הא לא מצי בשום אופן לגבות בלא שבועה ולא יבא לידי גוביינא לעולם בל"ש. והא דמבואר בסי' ק"ד דתפס שטרות לא הוי כתפס ממון.

י"ל דמ"מ מה שיהיה נישום שומת שווי' של הנזיר. מה שיכול לתפוס בידו פדי לכוף להלנה שלו פמבואר סי' ס"ד הנ"ל.

בזה הני כתפס ממון. רק על מותר שווי' מסד זו זה לא הני כתפס ממון: א"כ מתורץ קושיות הבית מאיר מה דהקשה מהא דקיי"ל בסי' ק"ח וכן בכללי תפיסה של הש"ך בתקפו פהו ס"ק קי"ב ובתומים שם ס"ק הנ"ל לשהשיגו על הרש"ל למהרי"ט דס"ל דלא מהני תפיסה בספק פלוגתא דרבנותא כ"א בטוען על גוף הדבר שהוא שלו משא"כ בתופס עבור חוב.

אלא פסקו לדינא דבכל גונו מועיל תפיסה. א"כ קשה על סברת הר"ן בשם הרמב"ן שכתבו דבתפס מטלטלי ואינו רוצה לישבע מפקינן מיניה משום דלא מקרי מוחזק.

וכן מבואר בסי' מ"ב סעיף ח' וסי' מ"ו סעיף ל"ז ש"ך ס"ק ק"א בשם הראשונים דתפס מטלטלין לא מפקינן. אכן לפמש"כ אתי שפיר משום די"ל דכל ספיקא דדינא שאני פיון דהוא מוחזק ותפוס.

שפיר מנדקין הב"ד להגבותו גוף החפץ. משא"כ בתפס ואינו רוצה לישבע דכיון דהוי מילתא דאיסורא דהוי גזל דרבנן פנ"ל.

א"כ לא שייך בזה לתקנה דעבדינן שליחותיהו דינדקו ב"ד דאינם סמוכים דבזה לא נתנו להם רשות להחליט החפץ. וכיון דב"ד הדיוטות דזה"ז אינם יכולים להנדק להגבות גוף החפץ וכן על נתינת רשות למפור החפץ ע"כ ממילא צריך להחזיר גוף החפץ כשאינו רוצה לישבע: וזה שכתב הר"ן והח"מ והב"ש סי' צ"ו ס"ק כ"ה ונ"ל דוקא תפסה מעות אבל מטלטלי פיון דגופייהו לא מקנינן לה מפקינן מינה וחדר לא גביא אלא בשבועה עכ"ל.

וכ"כ הרשפ"א בחידושו לכתובות (דף פ"ח) שכ' ג"כ בזה"ל דבתפס מטלטלי פיון דגופייהו לא מקנינן לה ע"כ מפקינן מינה. דמדוקדק שפיר בלשונם למש"כ.

דקא לא כתבו פיון דגופייהו אינו קנוי לה. אלא בלשון מקנינן פנ"ל.

אלמא דכוננתם הוא פנ"ל דכיון דהב"ד לא ינדקו להקנותו ממילא יצטרף להחזיר משום דהוי מילתא דאיסורא לגבות החפץ בל"ש. ע"כ ממילא מחוייב להחזיר החפץ פיון דאינו בידו לגבות מהחפץ בל"ש בשום אופן לאחר דתקנו חז"ל לישבע ע"כ מפקינן מיני'.

אבל בתפס מעות דאין צריך ב"ד לזה כמבואר בח"מ סי' ע"ב סעי' י"ז בשם הטור ובעה"ת. וכ"כ הר"ן פ' אלמנה ניוזנית דבתפס מטלטלי דיתמי מפקינן אבל בתפס מעות דא"צ שומא ולא שייך בי' למימר מאן שם לך מהני תפיסה דהוי כפרוע.

וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב'. וכן כתב הר"ן בשבת בר"פ השואל גבי הלונאת יו"ט ניתנה ליתבע כו' דמחלק בין תפס מעות למטלטלין.

וכן כתב הש"ך סי' ק"י ס"ק ה' דבתפס מעות לא דיינינן בי' אין נזקין ליתומים קטנים משום דהוי כגפרע פבר עיי"ש. ע"כ ה"ה בתפס מעות ואינו רוצה לישבע לא מפקינן מיני' דקא א"צ בזה לגבינא דב"ד ומתורץ קושיות הבית מאיר הנ"ל: ענף ב והקצה"ח סי' פ"ז ס"ק י"ג הקשה על הר"ן דמחלק בין תפס מעות פנ"ל.

דלפ"ז תקשה קושיות הפני יהושע שהקשה על הר"ף שכתב על מימרא דר"פ דאי פיקח מייתי לידי שד"א דנפ"מ אי תפס. דא"כ ל"ל כל הטורח לפרוע לה כתובתה באפי סהדי.

תפוק ליי פיון דכבר תפסה המטלטלי הרי יכול לתובעה ע"פ העד שתחזיר המטלטלי או הפרעון הראשון דתו אינו שבועת נוטלין אלא נשבעין ולא משלמין והניח בצ"ע. והקצה"ח תירץ זה דכיון דאינו תופס המטלטלי אלא למשכון הוי עדיין שעבוד קרקעות דלא פקע שעבודו ע"י המשכון ואין בזה שד"א: ומוכיח מזה הקצה"ח דמוכח משיטת הרי"ף דאף במטלטלין מועיל תפיסה דאי ניאא פשיטת הר"נ בשם הרמב"ן דדוקא במעות מהני תפיסה משום דהוי פכרוע א"כ הנה נתבטל ע"י הפרעון השעבוד קרקעות ותקשה לפ"ז קושיות הפני יהושע הנ"ל עיין שם בקצה"ח.

אכן לפמש"כ אתי שפיר דהא מבואר במל"מ פ"ט ה' זכני' דהוכיח מב"ב (דף קל"ז) דהיכא דמצי לעשות האיסור ע"י מעשה דמועיל מה"ת אז מועיל מעשה דידי' אף היכא דלא הוי ממש במעשה שלו רק ע"י תקנתא דרבנן.

אלא היכא דאינו יכול להוציא לאורה מחשבתו לעשות האיסור כ"א ע"י תקנתא דרבנן. בזה כתב הר"נ בתשובה לדון דבמקום איסור לא תקנו רבנן ע"ש.

ולכן בזמן הגמ' דהנה אז ב"ד סמוכים דמצו לדון מה"ת. ואז הדין נותן דאם תפס מטלטלי ואינו רוצה לישבע לא מפקינן מיני' כמו כל גזל דרבנן.

דהא לא שייך בזה לדון להפיל של הר"נ הנ"ל דבמקום איסורא לא תקינו רבנן. דהא הב"ד מחוייבין להזדקק ולהגבותו מה"ת ובדאורייתא לא שייך לומר כן.

ע"כ אף היכא דאינו הולך לב"ד סמוכים רק לב"ד הדיוטות. שפיר יכולים להגבותו משום דהא יכול לפעול לפעולתו לעבור על האיסור לילה לב"ד סמוכים שיגבוהו החפץ.

ואף דיש לדון בזה לפי המבואר בשבת (דף מ"ו) דדוקא ב"ד הדיוטות מקרי בידו משא"כ היכא דבעי מומחה מכש"כ ג' מומחין. ועיין מזה בירושלמי פתובות פ"א ה"ט במראה הפנים ד"ה נאמנת מזה.

אף כבר כתבתי בספרי ח' או"ח סי' ב' ענף בית בסתירת הש"ס מהא דשבת הנ"ל להא דקדושין (דף ס"ב). וכתבתי שם שני תירוצים.

ולתירץ הב' דשם א"ש משום דשאני היכא דמצוונים הב"ד על מצנת עשה דבבב"ד תשפוט. ובמק"א פתבתי מה דיש להעיר בזה מן התוס' סוטה (דף כ"ה) ד"ה לאו פגבוי דמי כו' ואכמ"ל.

אף אף לפמש"כ התוס' בסוטה הנ"ל דאף היכא דמצוונים הב"ד פנ"ל מ"מ אמרינן דהוי לאו בידו משום מי יימר דמזדקקי לי' כו'. עכ"ז בנ"ד הא לא בעינן דיהנה בידו רק פיון דמשפחת לי' באיזה אופן עכ"פ כו'.

דאל"כ לא ינהי מהני שום תפיסה למטלטלין על איזה חוב לפי ה"ט דנתבאר. דהא כל ב"ד לא הוי בידו לפמש"כ התוס' בסוטה הנ"ל: לכן הוא הדין בנ"ד דכיון דהב"ד סמוכין יכולים וגם מחוייבין להזדקק ולהגבותו להמטלטלין שתפס אף דאינו רוצה לישבע.

ע"כ לא מקרי גזל בידו כ"ז דלא הגבוהו לו החפץ כמש"כ לעיל דהא עכ"פ מצי להיות גובינא בידו פשילה לב"ד סמוכין. ולכן בזמן הש"ס דהנה אז ב"ד סמוכים הנה הדין אז דלא מפקינן מיני' המטלטלי אף דאינו רוצה לישבע.

ולכן אף לפי מה שפתי בספרי שם ע"פ הא דקדושין (דף ס"ב) דאין זה בידו כ"כ משום מי יזמר דמזדקקי לי'. מ"מ שפיר פתבתי דכינן דמצי עכ"פ שיוחלט לו החפץ ע"י ב"ד סמוכים ובזה לא בעינו דיהיה בידו פנ"ל.

וע"כ לא שייך בזה לדון הך פלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן עפ"י דברי המל"מ הנ"ל. ולפ"ז מתורץ גושיות הקצה"ח דהקשה דכינן דמירי להר"ן בתפס מעות א"כ אף היכא דלא פרע שנית באפי סהדי הנה מחונייב שד"א דהא אין בזה שעבוד קרקעות פיון דהוי פנפרע פבר.

דז"א די"ל דמירי הכל בתפס מטלטלין. רק הרי"ף בא לפרש לכוננת הגמ' דאמרו אי פקח מיימי לידי שד"א דנפ"מ אי תפס.

וי"ל דזה מירי בתפס מטלטלי ואין בזה שד"א פיון דעדיין לא גבה החפץ א"כ לא פקע השעבוד קרקע שלו. ומ"מ לא מפקינו מיניה פיון דראוי לו החפץ אם יגבה מזה ע"פ ב"ד סמוכין.

ע"כ אף כ"ז שלא הגבוהו הב"ד ג"כ לא מפקינו מיניה כמש"כ לעיל בשם הש"ך סי' ע"ב ס"ק ע"א פנ"ל ואתי שפיר: אכן בעיקר מש"כ לדמות זה בספרי באר יצחק שם להך דסי' ק"ז הנ"ל. דכינן דאין ב"ד מזדקקין להגבותו ממילא מחונייב להחזיר משום איסור גזל.

יש לחלק ביניהם דשאני במטלטלי דיתמי לאח"מ דאין לו שום זכות פלל כ"ז דלא הוחלט לו החפץ. משא"כ בתפס מטלטלין מן הבע"ח בעצמו.

דהא קיי"ל דקונה משפון כר' יצחק לכן שפיר י"ל דאף דבזה"ז הב"ד לא יזדקקו להחליטו משום דבמקום איסורא לא תקנו רבנן. עכ"ז אין זה גזל בידו משום דהא קני משפון ושאני התם בתפס מיתמי דלא שייך בזה לומר דקני משפון.

אף גם זה א"ש דהא מבואר בש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' דנוקא היכא דמשפנו ברשות ב"ד קני משפון. וכן העלה שם הגתיות ס"ק ו' דהיכא דמשפנו המלנה שלא ברשות ב"ד היינו היכא דאין רשות להב"ד למשפנו אז אם משפנו בזרוע לא קני משפון.

ולכן פיון דעפ"י דין חייב ליטבע עפ"י תקחז"ל. א"כ פשאינו רוצה ליטבע מקרי זה משפנו שלא ברשות ב"ד ולא שייך בזה לומר דקני משפון.

ואף דסברת הגתיות במש"כ הטעם בזה לא שייך כ"כ בב"ד ע"ש. מ"מ הא גם בלא סברת הגתיות הנ"ל ג"כ י"ל פיון דעכ"פ אין רשות להב"ד למשפנו והנה מאיזה טעם שיהיה.

ע"כ י"ל דבכה"ג לא קני משפון. דהא בלא"ה שיטת המל"מ פ' י' ה' שכירות דבלא ב"ד לא קני משפון.

ע"כ בכה"ג י"ל דכו"ע מודו להמל"מ בזה. ולכן שפיר פתבתי לדמות זה להך דסי' ק"ז הנ"ל: אף לפ"ז י"ל בקצרה ליישב גושיות הבית מאיר הנ"ל.

והוא די"ל דהא דקיי"ל דמהני תפיסה בספק עבור חוב ג"כ ודלא כהיש"ש והמהרי"ט.
משום דזהו עפ"י סברת הרשב"א המוכא בסי' ע"ב ש"ק ק"ט דכיון דקני משכון
מקרי התופסו למחזק כמש"כ במק"א.

א"כ י"ל דדוקא בספיקא דדינא דמותר למשכנו כמש"כ התקפו פהו דאף בחוב הלואה
כיון דאיכא פסידא ע"כ אין בו איסור דמשכנו שלא ברשות. והוא בקונטרס הספיקות
של אחי הקצה"ח פלל ט'.

ועיין בתקפו פהו של הש"ך ס"ק קי"א בסופו שכתב בפירוש דאף במקום ספיקא מותר
לכתחלה לתפוס היכא דמהני תפיסה. והקצה"ח בסי' ד' כתב לדון בזה עי"ש.

ואנכי לעצמי אמרתי להוכיח זה מהא דאמר אב"י בב"מ (דף ו') שפא מלוה ישנה כו'.
וקשה דנימא עדיין מיגו דחשיד אממונא דהא אסור למשכנו שלא ברשות.

ומבואר בסי' שנ"ט בשם פוסקים דס"ל דנפסל משום זה לעדות. וכן מבואר בסי'
צ'.

א"כ תקשה עדיין דנימא מיגו דחשיד אממונא משום לאו דלא תבוא לביתו לעבנט עבטו
לשיטת הסוברים דנפסל היכא דמשכנו שלא ברשות. רק לשיטת התוס' בב"מ (דף קי"ג)
ד"ה אימא כו' דניתוח בשוק אינו אסור רק מדרבנן ניהא דהא פסולי דרבנן צריף הכרזה.

ועיין בש"ך סי' ל"ד ס"ק כ"ג. אבל לשיטת הרמב"ם המוכא בח"מ סי' צ"ז בסמ"ע ס"ק
ז' ובתנאים שם ס"ק ב' דאף ניתוח בחוץ עבר מה"ת על לאו דלא תבוא אל ביתו היינו
רשותו א"כ תקשה פנ"ל.

אכן אי נימא דבמקום פסידא יכול לתפוס משום עביד דינא לנפשי' ועיין בסי' ד'. אינו
קשה.

וכיון דאם לא תפוס לא יהיה נאמן רק ע"י תפיסתו יהיה מהימן ע"כ מותר לו לתפוס
משום מלוה ישנה ואינו פסול לשבועה ואכמ"ל: ולכן בספק בשטר או בספק פלוגתא
באיזה חוב מותר לו לתפוס דעביד דינא לנפשי'.

א"כ ממילא קני משכון דהוי פאלו משכנו ברשות ב"ד ולכן מועיל תפיסתו. משא"כ הכא
דתפס ועבר על גזל דרבנן כמו בנ"ד פשאינו רוצה לישבע א"כ זה מקרי משכנו שלא
ברשות ב"ד דהא הב"ד אינם יכולים למשכנו בלא שבועתו וע"כ לא קני משכון.

ואף דמבואר בסי' צ"ז סעי' ט"ז דאף במשכנו בזרוע אמרינן דקני משכון אף דאסור
למשכן בזרוע מ"מ זה אינו רק היכא דהב"ד היה יכולים למשכנו. משא"כ היכא דהב"ד
לא היו יכולים למשכנו כמו בנ"ד אז לא קני משכון וממילא אין דינו כמחזק ומפקינן
מינן' ולפ"ז מתורץ בפשיטות קושיות הבית מאיר משום די"ל דהיכא דלא קני משכון.

בזה אף החולקים על היש"ש והמהרי"ט מודים דלא מקרי התופס למחזק ע"כ מוציאין
ממנו פשאינו רוצה לישבע. משא"כ בספיקא דדינא אף דהב"ד לא היו יכולים למשכנו
מ"מ כיון דלא עבד איסורא כמו שנתבאר ע"כ קני משכון ומהני תפיסתו.

וְדִינֵינוּ בְּזוֹה עֲבִיד דִּינָא לְנַפְשֵׁיהּ: אִךְ הַיּוֹמֵר נִכּוֹן כְּפִי שְׁפַתְבְּתִי בְּתַחֲלָה לְתַרְזַן זֶה ע"פ
הַפְּלֵל דְּבַמְקוֹם אִיסוּרָא לֹא תִקְנוּ רַבְּנָן. וְאַף שְׁפַתְבְּתִי הִנְתִּיבוֹת בְּסִי' רַל"ה ס"ק ב' לְחַלֵּק
דְּדוֹקָא בְּמַכִּירַת קְטָן דְּהוּא מְשׁוּם כְּדִי חֲזִיו בְּזוֹה כְּתַב הַר"ן בְּתַשׁוּבָה סִי' מ"ד לְדוֹן דְּבַמְקוֹם
אִיסוּרָא לֹא תִקְנוּ רַבְּנָן ע"ש.

עכ"ז מן דְּבָרֵי הַמַּל"מ וְהַשְּׁעָה"מ פ"ט ה' זְכַיְיָ מוֹכַח דְּלֹא ס"ל לְהַחֲזִילוּק שְׁל הִנְתִּיבוֹת
אַלָּא בְּכָל מְקוֹם דְּהוּי תִקְנַת חו"ל דִּינֵינוּ לְהַדָּה פְּלֵלָא דְּבַמְקוֹם אִיסוּרָא לֹא תִקְנוּ רַבְּנָן.
וְלָכֵן שְׁפִיר כְּתַבְתִּי דְּכִינֵן דְּתִקְנוּ חו"ל שְׁיִשְׁבַּע וְאִינוּ רוּצָה לִישְׁבַּע דְּהוּי מְקוֹם אִיסוּרָא
דְּלֹא תִקְנוּ רַבְּנָן לְתִקְנָתָם.

וְהָא דֹאה"ע סִי' צ"ו סְעִיף ה' אִינוּ עֲנִינֵן לְזוֹה דְּהִתָּם הָא מִיָּוֵרֵי עכ"פ בְּנִשְׁבָּעָה לְבַסּוּף אַבְל
הִיכָא דְּאִינוּ רוּצָה לִישְׁבַּע פְּלֵל שְׁפִיר י"ל כַּמְש"כ. וְאַף דְּהַב"ד לֹא עֲבָדֵי אִיסוּרָא עכ"ז
כִּינֵן דַּע"י גְּבִיְיָתָם יְתַעְבְּדֵי אִיסוּר דְּרַבְּנָן עכ"פ ע"י מַעֲשֵׂיהֶם ע"כ גַּם בְּזוֹה שְׁנִיף ה"ט וְאִין
לְחַלֵּק פְּלֵל.

וְעוֹד דְּהָא אִיהוּ הַזּוֹכָה וְאִיהוּ הָא קַעְבֵּר עַל אִיסוּר דְּרַבְּנָן כְּמוֹ שְׁנַתְבָּאָר. וְכַעַת רְאִיתִי
בְּסַפֵּר שְׁעַר מְשַׁפֵּט בַּס"ק ט' שְׁתַּמָּה ג"כ עַל הַר"ן הַגָּ' לְנִסְתֵּר זֶה.

אֲכֹן לְפִי מַש"כ מְתוּרָן קוֹשְׁיָתוֹ ג"כ. וְלָכֵן לְדִינָא הָעֵינְקָר כְּדְּבָרֵי הַסַּמ"ע וְהַשְּׁ"ף בְּשֵׁם
הַר"ן שְׁמַחֲלֵק דְּבַתְּפִס מְטַלְטְלֵי לֹא מְהַנִּי תְּפִיסוֹתוֹ כְּשֶׁאִינוּ רוּצָה לִישְׁבַּע: וְכַעַת נִלְע"ד
לְהוֹכִיחַ כְּדְּבָרֵי הַר"ן שְׁפַתְבְּתִי לְחַלֵּק דְּדוֹקָא בְּתַפְס מְעוֹת מְהַנִּי תְּפִיסוֹתוֹ אַבְל בְּתַפְס מְטַלְטְלֵי
לֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה.

מְהָא דִּיבְמוֹת (דָּף פ"ט ע"א) דְּאָמְרוּ נְטִלָה מְזָה וּמְזָה תַחְזִיר פְּשִׁטָא וּמְשַׁנֵּי מְהוּ דְּתִימָא
כִּינֵן דְּתַפְסָה לֹא מְפַקִּינוּ קַמ"ל. וְהַתּוֹס' שָׁם בַּד"ה מ"ט תִּקְנוּ כו' כְּתַבּוּ דְּאַף בְּכַתוּלָה שְׁיִש
לָה כְּתוּבָה מְה"ת ג"כ מִיָּוֵרֵינֵן שָׁם.

וְיִשׁ לְהַקְשׁוֹת ע"ז לְפִי מַה דְּקִי"ל דְּגִזְלֵי מְדַבְּרֵיהֶם אִינוּ יוֹצֵא בְּדִינֵינוּ א"כ הִתָּם הָא הוּי
זֶה רַק גִּזְלֵי מְדַבְּרֵיהֶם כִּינֵן דְּמַה"ת יִשׁ לָה כְּתוּבָה רַק דְּרַבְּנָן קִנְסוּהָ א"כ בְּתַפְסָה מִן בַּעַל
רֵאשׁוֹן דְּמַה"ת יִשׁ לָה כְּתוּבָה רַק מְדַבְּרָנָן לִית לָה הוּי דִּין זֶה כְּמוֹ כֵּל גִּזְלֵי דְּרַבְּנָן דְּהַדִּין
נִוְתָן דְּאִין מוֹצִיאִין בְּדִינֵינוּ.

וְקוּשָׁה דְּאִמַּי אָמְרוּ הִכָּא דְּאִם נְטִלָה מְזָה וּמְזָה תַחְזִיר דְּמִשְׁמַע דְּאַף נִחְתִּינוּ לְנַכְסֵי בְּזוֹה
וּמוֹצִיאִין מְמַנָּה בְּדִינֵינוּ הָא הוּי רַק גִּזְלֵי דְּרַבְּנָן. רַק לְשִׁיטַת הַתּוֹס' דְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"א
ע"א) ד"ה וְלַר' יוֹסִי כו' דְּהָא דְּלֹא נִחְתִּינוּ לְנַכְסֵי שָׁם אִין זֶה אַלָּא בְּהִיא גִּזְלָה דְּלֹא הוּי
אַלָּא מְפַנֵּי ד"ש כו'.

אֲתִי שְׁפִיר הָדֵי דִיבְמוֹת מְשׁוּם דְּאִין זֶה לְכַלְל גְּמוּר בְּכָל גִּזְלֵי דְּרַבְּנָן. אֲכֹן לְפִי מַש"כ
הַרְמְב"ם פ"ו ה' גִּזְלָה ה' ט"ז וּבַש"ע ח"מ ס' ש"ע סְעִי' ז' דְּנַקְטוּ לְכַלְלָא דְּבְכָל גִּזְלֵי
דְּבַרְיָהֶם אִינוּ יוֹצֵא בְּדִינֵינוּ וְכְמוֹ שְׁפַתְבְּתִי בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק בְּסִי' ג' בְּשַׁעְבוּדָא דְּאוּרִיְיָתָא
לְסִי' ל"ט ע"ש.

א"כ לַפ"ז תְּקוּשָׁה בְּהָדֵי דִיבְמוֹת דְּאִמַּי אָמְרוּ שָׁם דְּתַחְזִיר וּמִשְׁמַע דְּמוֹצִיאִין בְּדִינֵינוּ ג"כ
דְּמוּצָא דְּאִינְהוּ וְסַתְמוּ בְּזוֹה. אֲכֹן לְפִי דְּבָרֵי הַר"ן הַגָּ' לְדְמַחֲלֵק דְּבַתְּפִס מְטַלְטְלֵי לֹא מְהַנִּי

תפיסה וכפי פשטות דברי הר"נ ולא כמש"כ לעיל לפרש לדבריו ע"פ פנונה אחרת
שביארתי רק נימא זה לכלל גמור דבתפס מטלטלי עבור חוב פיון דגופניהו אינו קנוי לו
ע"כ מוציאין בדיינים אף במקום גזל דרבנן.

אתי שפיר לפ"ז להך דיבמות דאמרו דאם נטלה מזה ומזה תחזיר. משום דמייירי בתפסה
מטלטלי [כדמשמע הלשון נטלה משום דבמעוהו שייך לשון דנפרעה וכמש"כ הר"נ
בכתובות ר"פ אלמנה ניוזנית ע"ש].

וע"כ מוציאין אף בדיינים ויהיה מזה ראי' לדברי הר"נ בעיקר חילוקו. ולפ"ז א"ש מה
דאמרו בהך דיבמות ה"ל מהו דתימא פיון דתפסה לא מפקינן.

דקשה איך היה הוי אמינא דתפיסה שלשה יהיה מועיל. אכן לפי מש"כ א"ש דהוי אמינא
דאף דאמרו אין לה פתובה עכ"ז היה מקום לומר דיהיה מועיל תפיסתה על הפתובה
משום דאין זה רק כמו גזל דרבנן דאין מוציאין בדיינים ע"כ אשמועינן דאף בתפסה על
הפתובה מבעלה הראשון דג"כ תחזיר ומשמע דמוציאין בדיינים ג"כ וזה דנקטו נטלה
מזה ומזה תחזיר עיקר הרבנותא הוא בנטלה מבעלה הראשון הפתובה וכנ"ל.

והטעם הוא כפי דברי הר"נ ה"ל דתפס מטלטלין שאני. אכן באמת עיקר הוכחתי מהך
דיבמות אין זה הכרח כ"כ דמצינו בכמה דוכתי בש"ס דאמרו דאף היכא דגוף הדבר הוא
שלו מה"ת ג"כ תקנו חז"ל דנתתינו לנכסיו ומוציאין ממנו.

אף זהו רק היכא דאמרו פן בפירוש ואין למדין פן למק"א ועת לקצור. ועיין מזה בספרי
נחל יצחק בשעבודא דאורייתא בסי' ג'.

ובסי' פ"ה סעי' ה' בחידושי שם: ח (שם סעיף י' ש"ף ס"ק כ"ה) ובפסקי מהר"ם רקנטי
כתב ואם הנתבע הוא חשוד ונשכנגדו תפס משלו מאחר דליכא דין היפוך שבוועה בלא
דעת הנחשד היה נ"ל שאין תפיסתו מועלת פלום כו' ורפיא בידי וצ"ע עכ"ל ולי נראה
ברור דאין תפיסתו פלום בחשוד עכ"ל הש"ף.

והנה מצאתי בשיטה מקוננות לב"מ פ"א (ד' ה' ע"ב) עלה דאמרו שם ותקנתא לתקנתא
לא עבדינן גבי ש"ה שכתב בד"ה לא עבדינן כו' ונ"ל בתשובה לרבינו זצ"ל היה הכופר
בכל חשוד כו' מיהו אי תפיס מינ' מידי ואתא האי חשוד וקא תבע לי משתבע האיך
היסת דלא שקל מינ' מידיאלא כדין פן נראה ע"כ עכ"ל השמ"ק.

א"כ מצינו להדיא בתשובה קדמאי דמה דנסתפק הפסקי מהר"ם רקנטי אם מהני תפיסה
של התובע מהנתבע חשוד שהיה כופר בכל ונשאר בצ"ע וכן הכריע הש"ף לדיון נודאי
דאין תפיסתו פלום ומוציאין ממנו דעכ"ז היה פשיטא לתשובת קמאי הנה דיהיה מועיל
תפיסה של התובע בזה ונשבע היסת ונפטר.

וע"כ מייירי בתפס בעדים משום דאי נימא דמייירי בתפיסה שלא בעדים ונאמן משום
מיגו א"כ לא היה צריך לומר הך דינא בנתבע חשוד דלא נשבע מעולם דהא גם בנתבע
אינו חשוד אף דנשבע היסת ג"כ מועיל תפיסת.

התובע בתפס שלא בעדים וכמבואר בסי' פ"ז סעי' ל'. וע"כ מוכח דמייירי הך תשובה
דהביא השמ"ק בתפיסה בעדים.

ובאופן דלית לי' מיגו ועכ"ז בחשוד נתבע מהני תפיסת התובע א"כ מוכח להדיא דלא כהש"ך בזה וגם לא כהפסקי רקנטי: ובאמת הסביר נוטה בדברי הש"ך דלא יהיה מועיל תפיסה.

אכן מדחזינן להשמ"ק דס"ל דמהני תפיסה ומסיים פן נראה הרי דהיה פסיקא ליה הטעם בזה דיהיה מועיל תפיסה. ע"כ נראה לי להסביר דבריו בזה והוא פי השמ"ק שם בד"ה לא עבדינו פתב וא"ת א"כ הוי מחוייב שבועה ואיל"מ פיון דחייב היסת ואינו נשבע מצד שהוא חשוד ותי' דבשבועה דרבנן לא דייגינן מתוך שאיל"מ עכ"ל.

וכעין זה פתבו התוס' בב"מ שם (דף ה' ע"ב) בד"ה ותקנתא לתקנתא כו' וכמש"כ המהר"ם שם בכוננת דבריהם. ולפי דברי התוס' בב"מ שם בד"ה שפנגדו קאמינא כו' בקושיותם ובתירוץם הראשון דבכל חשוד יש לו דין מתוך שאיל"מ אף דאנן אין מניחין לו ליטבע.

אף הא דלא דייגינן בכל ש"ה בחשוד דיהיה חייב משום מחושואיל"מ הטעם הוא לפי דבשבועה דרבנן לא דייגינן פן ומבואר בסי' ע"ה סעי' י"ד ובכתובות (דף י"ח) בתוס' ד"ה ובכולי בעי דלודי כו' וב"מ (דף ג') בתוס' ד"ה בכולי בעי דלודי כו' וכמש"כ השמ"ק פנ"ל.

ועיקר הטעם דלא דייגינן לומר מחושואיל"מ בשבועה דרבנן אף דזהו מה"ת ולא מקרי תקנתא לתקנתא מ"מ לא דייגינן פן בשבועה דרבנן לפי דדוקא בשד"א דנחתינן לנכסיו אמרינן דהיכא דא"ל משלם אבל בשבועה דרבנן דלא נחתינן לנכסיו ע"כ לא דייגינן מחושואיל"מ בדרבנן.

ונה אינו שייך אף כ"ז דלא תפס התובע מהנתבע אבל אם תפס התובע אף בש"ה מהני תפיסת התובע וכמש"כ הרדב"ז בח"ד סי' רי"ז והובא באו"ת. ואין להעיר בזה מהך דסי' נ"ד ש"ך סוף ס"ק ד' משום דשא"ה וקצרת.

ע"כ ה"ה בהנתבע חשוד פיון דחייב ליטבע היסת ואינו יכול ליטבע דמקרי זה מחושואיל"ל דמשלם דאף דלא דייגינן פן בשבועה דרבנן זהו רק לענין להוציא מן הנתבע דאין לנו פח למיחת לנכסיו בב"ד אכל הבע"ד הא מצי לתפוס ולמיעבד דינא לנפשיה בכל חייב ש"ה אם אינו נשבע הנתבע וכנ"ל.

ע"כ ה"ה בהנהנתבע חשוד ותפס התובע דמהני תפיסתו וכיון דמהני תפיסתו ע"כ ממילא פיון דחשוד שאינו נשבע הוי מתוך שאינו יכול ליטבע וע"כ הדין נותן דיהיה מהני תפיסתו לומר דיהיה מחושואיל"מ.

פן יש לומר ולהסביר לדברי השמ"ק שפתב דמהני תפיסת התובע בנתבע חשוד דלא יהיה מוקשה כ"כ במש"כ דכן נראה: ולפי מה שפתב הקצה"ח בס"ק י"ב דהכריע דלא מהני תפיסה בזה מהא דקיי"ל הנה המלנה חשוד נוטל בל"ש אע"ג דהלנה מוחזק ותפוס עכ"ל.

א"כ יש לומר דלהך דיעה דס"ל בהנהנתבע חשוד דאינו גובה כמבואר פלוגתת הראשונים בזה בסי' צ"ב סעיף ט' דטעמם הוא ג"כ משום דס"ל לדון בשבועה דרבנן

דין מתוך שאיל"מ ואף דלא דייגינן פן בשבועה דרבנן מ"מ הכא דהוי הלנה תפוס ומחזק
יכול הלנה להחזיק המעות ת"י פיו דאינו נשבע המלנה וכנ"ל.

וי"ל דהך תשובה שהביא השמ"ק דס"ל ג"כ פהנה רבנותא דבשטר שהמלנה חשוד אינו
גובה משום דהוי הלנה תפוס וע"כ ה"ה בכל ש"ה שהנתבע חשוד דמהני תפיסת התובע
פן י"ל בטעמו דהך תשובה.

אכן לדינא דקיי"ל דבשטר שהמלנה חשוד גובה ע"כ לדינא נקטינן דלא מהני תפיסת
התובע מהנתבע חשוד בכופר הפל וכמש"כ הש"ך והקצה"ח. והנה הש"ך בס"י נ"ח ס"ק
כ"ג הביא לדברי התוס' דכתובות (דף פ"ד) דפרעון בפני ע"א איתרע שטרא והקשה הו
בשבועה דרבנן לא דייגינן מחושואיל"מ ע"ש.

אכן לפי מש"כ בטעמא דהסוברים דחשוד שהוציא שטר דאינו גובה וכן בטעמו דהך
תשובה דשמ"ק ה"ל משום דאף דלא אמרינן מתוך שאיל"מ בשבועה דרבנן עכ"ז היכא
דהוי מחזק שאני ואין לנו פח להוציא בכה"ג מהמחזק משום דהמחזק יכול לתפוס גם
בשבועה דרבנן לומר מתוך שאיל"מ פנ"ל ע"כ א"ש דברי התוס' דס"ל דגם בפרעון
בע"א איתרע שטרא ואינו מוציא מן הלנה והדברים ארנפין: שוב ראיתי פי בעיקר
הראיה שהבאתי בשם התשובה שבשמ"ק ה"ל דמוכח דס"ל דאף בתפס בעדים מהני
תפיסת התובע בנתבע חשוד מפני חיוב ש"ה משום דאין לומר דמייירי בתפס שלא בעדים
דא"כ לא ה"ל למנקט להך דינא בנתבע חשוד דהא גם בנשבע פכר ג"כ מהני תפיסת
התובע אם יש לו מיגו פמבואר בסעי' למ"ד בלא שום חולק.

וכעת ראיתי דיש לדחות זה לפי דראיתי במרדכי לב"ק פ"ט ע"ה דאמרו שם דרב ס"ל
נשבע ואח"כ באו עדים פטור דלית הלכה פנותי' ולכן אף דלא באו עדים אלא תפס
התובע שיש לו מיגו דנאמן אף דנשבע הנתבע פכר אכן בשערי שבועות האלפס סוף
שער הראשון כתב שיקבל התובע השבועה במקום גביות ממון שצאמר ולקח בעליו כו'
משמע דלא פדברי מורי כו' עכ"ל המרדכי.

והש"ג לשבועות סוף פ"ז הביא לדברי המרדכי הללו ובאר שם דהשערים מודים בבאו
עדים אלא בתפיסה בלא עדים סבירא ליה להשערים דנאמן הנתבע להוציא מן התובע
התופס משום דאחר דנשבע לא מהני תפיסת התובע כלל אף דיש לו מיגו ע"ש.

וע"כ יש לומר דגם התשובה שהביא השמ"ק לב"מ ס"ל ג"כ כשיטת בעל השערים דבכל
נשבע לא מהני שוב תפיסת התובע אף בתפיסה בלא עדים ע"כ אשמועינן דעכ"ז בנתבע
חשוד פיון דלא נשבע לכן מהני תפיסת התובע אם הנה תפיסה שלא בעדים ואף דהנתבע
יצא בפטור ע"פ ב"ד מפכר עכ"ז לא אמרינן דקם דינא בזה דיפטר לעולם אלא אם תפס
בלא סהדי מהני תפיסת התובע ונשבע ונפטר התובע על תפיסתו ולכן לפ"ז אינו ראיה
כלל מן הך תשובה דבשמ"ק דיפלוג על הך דינא שהכריע הש"ך דלא מהני תפיסת
התובע בנתבע חשוד די"ל דגם איהו מודה לנה.

ולכן לדינא בנודאי מוציאין מן התובע למה שתפס מהנתבע חשוד בתפיסה בעדים: וגם
יש לומר עוד בכוננת התשובה דבשמ"ק ה"ל לפי מה שכתב שם בזה"ל הנה הכופר

בְּכָל חֲשׂוֹד מִחֲרִים הַתּוֹבֵעַ ח"ס עַל כָּל מִי שֶׁחֵיֵב לוֹ פְּלוּם וְאִינוּ מוֹדֶה וְנוֹתֵן מִיְהוּ אֵי תַפְסִים מִיָּגוּל מִיָּדֵי מִשְׁתַּבֵּע הַיִּסֵּת כּו' עכ"ל.

דְּזֶה מִיָּרִי בַתְּפִיסָה בְּלֹא עֵדִים וְכַנ"ל וְאֶשְׁמוּעֵינוּ דְּאִף דְּקִיבֵל ח"ס וְכַמְבֹּאֵר בְּסִי' צ"ב סֵעִי' ב' בְּסִמ"ע וְט"ז שָׁם. לֹא אֶמְרִינוּ דִּיהֵיָה הַדִּין בְּזֶה כְּמוֹ דְנִשְׁבַּע כְּבָר וְכִפִּי דְכַתְּבִתִּי דְהֵךְ תְּשׁוּבָה ס"ל קְשִׁיטַת הַשְּׁעָרִים דְּאַחַר שֶׁנִּשְׁבַּע אִינוּ מוֹעִיל שׁוֹב תְּפִיסַת הַתּוֹבֵעַ אִף דִּישׁ לוֹ מִיָּגוּל וְהֵיָה מְקוּם לוֹמַר דַּה"ה בַּח"ס לְאַחַר שֶׁקִּיבֵל.

ע"כ אֶשְׁמוּעֵנוּ דְדוֹקָא בְּשׁוּבָה אֶמְרִינוּ דְלִקְיַחַת הַשְּׁבֻעָה הוּא בְּמְקוּם הַתְּשׁוּבָה מִיָּגוּל דְנִלְמַד מִפְּסוּק וְלִקְחָה בְּעֵלְיוֹ כּו' וְכַמְש"כ הַשְּׁעָרִים בְּסוּף שְׁעַר הָרֵאשׁוֹן כְּנ"ל. אַבְל בַּח"ס אִינוּ פֶּן וְהִגִּי תְּפִיסָה בְּלֹא עֵדִים.

וְשִׁפִּיר נִקְט לְהֵךְ דִּינָא בְּחֲשׂוֹד דוֹקָא וְהָא דְכַתְּב מִשְׁתַּבֵּע הַיִּסֵּת אִף דְמֵן צַד מִיָּגוּל אֶתּוּ עֲלֵהּ וְא"כ ה"ל לִישְׁבַּע בְּנִק"ח כְּכָל תּוֹפְסֵי מִשְׁכּוֹן. אִין זֶה קִשְׁיָה כְּלָל דְהָא גַם הַמְחַבֵּר בְּסֵעִי' לְמ"ד דְמִיָּרִי בַתְּפִיסָה שְׁלֵא בְּעֵדִים דְמִשׁוּם מִיָּגוּל אֶתּוּ עֲלֵהּ כְּתַב ג"כ דְנִשְׁבַּע הַיִּסֵּת וְע"כ מוֹכַח דְמִיָּרִי בַתְּפִיסָה מְעוֹת אוֹ דְאִינוּ רוֹצֵה לְגַבּוֹת מִהַמְשַׁכּוֹן אוֹ כְּעִין פִּירוֹת שֶׁכָּבַר אַכְל דְמְבֹאֵר בְּסִי' ע"ב סֵעִי' י"ז וְבִשְׁ"ף שָׁם דְאִינוּ נִשְׁבַּע רַק הַיִּסֵּת וְה"ה י"ל פֶּן בְּכּוֹנוֹת הַתְּשׁוּבָה הַנ"ל.

וְכֵן אִין לוֹמַר דְאִי נִימָא דְהֵךְ תְּשׁוּבָה מִיָּרִי בַתְּפִיסָה שְׁלֵא בְּעֵדִים דַּא"כ לֹא ה"ל לְסַתּוּמֵי אֲלֵא לְפְרוּשֵׁי דְמִיָּרִי בַתְּפִיסָה בְּלֹא עֵדִים דְזֶה אִינוּ הַכְּרַח כְּלָל דְהָא פּוֹמְצִינוּ לְהָרֵא"ש בְּפִסְקֵי בְב"מ פ"ב ס' ט' וּבַתְּשׁוּבַת הָרֵא"ש כְּלָל ח' ס' ה' דְזֶהוּ הַמְקוּר דְסֵעִי' לְמ"ד דְהָא דְאִף שֶׁנִּשְׁבַּע עכ"ז יְכוֹל הַתּוֹבֵעַ לְתַפְּסֵי מִמֶּנּוּ.

וְלֹא כְּתִבּוּ שָׁם דְזֶה קָאִי בַתְּפִיסָה בְּלֹא עֵדִים אִף סְמָכוּ עַל הַפְּשִׁיטוֹת וְכ"כ י"ל בְּכּוֹנוֹת הַתְּשׁוּבָה זֶה דְסְמָכוּ עַל הַפְּשִׁיטוֹת. וְכַמְש"כ הַשְּׁ"ף דְאִין סְבָרָא לוֹמַר כְּלָל דִּיּוֹעִיל תְּפִיסָה מִן הַחֲשׂוֹד וְע"כ מִיָּרִי בַתְּפִיסָה בְּלֹא עֵדִים וְע"כ אִין לְסַתּוּר לְדַבְּרֵי הַשְּׁ"ף מִן הַתְּשׁוּבָה וְשִׁפִּיר י"ל כַּמְש"כ: ט (שָׁם סְעִיף י"א שְׁ"ף ס"ק כ"ט) ד"ה וְעוֹד נ"מ בֵּין דַּעַת רַש"י וְהַתּוֹס' וְסִינְיַעְתֶּם כּו' דְלְדַעַת רַש"י וְהַתּוֹס' יוֹכֵל לְהַפֵּךְ אוֹתָהּ שְׁבֻעָה עֲצָמָה שֶׁנִּתְחַיֵּב מִפְּחַ הַעֵד וְשׁוֹב לֹא יוֹעִיל הַעֵד לְהִיּוֹת עַד מְסִינְיַע כּו'.

וְכ"כ הַשְּׁ"ף סְבָרָא זֶה לְקַמֵּן ס"ק ל"ה בְּד"ה וְעוֹד דְלִמְאִי דְקִי"ל עַד מְסִינְיַע פּוֹטֵר מִשְׁבֻּעָה כּו' וְכֵן לְמ"ש רַש"י וְהַתּוֹס' בְּאֶמֶת דְנ"מ לְעַנְיֵן הַיְּפוּךְ לֹא קִשְׁיָה דְהָא יְהֵיָה לוֹ עַד מְסִינְיַע דְהָא פִּינֵן דְהַעֵד יוֹעִיל לְחֵיֵב שְׁבֻעָה א"כ יוֹכֵל אַח"כ לְהַפֵּךְ אוֹתָהּ שְׁבֻעָה וְלֹא יוֹעִיל הַעֵד לְפִטּוֹר שְׁהָרִי כְּבָר הַעֵד לְחֵיֵב שְׁבֻעָה כּו'.

וְכ"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' צ"ב ס"ק ח'. וְהַקְצֵה"ח כְּתַב לְהַשִּׁיג עַל הַשְּׁ"ף דְלֹא מְצַאֲתִי בְּרֵאשׁוֹנִים סְבָרָא זֶה וְעִיָּקֵר דִּין עַד הַמְסִינְיַע הוּא מְהֵר"ם מְרוֹטְנִבּוֹרְג וּבַתְּשׁוּבַת מִיָּמֹנִי לְסַפֵּר מִשְׁפָּטִים ס' ס"א בְּשֵׁם מְהֵר"ם ב"ר בְּרוּךְ מִשְׁמַע דְגַם בְּכַה"ג עַד מְסִינְיַע פּוֹטֵר וְכ"כ בַּהַג"מ פ' י"א ה' שְׁבֻעוֹת דְמַש"ה לֹא פִירֵשׁ רַש"י גְּבִי אֵי פִקַּח מִיָּתִי כּו' דְנ"מ לְעַנְיֵן הַיְּפוּךְ מִשׁוּם דְעַד מְסִינְיַע פּוֹטֵר: עֲנָף א וְזֶה לְשׁוֹן הַרְשָׁב"א בְּחִידוּשָׁיו לְשְׁבֻעוֹת (דָּף מ"א ע"א) בְּד"ה הָא דְאָמַר מֶר בַּר רַב אֲשִׁי אֶפִּילוּ בְּדִאֲוִרֵיָּתָא מְפָכִינוּ וְרַב הָאִי גְּאוֹן ז"ל וְרַבּוּתֵינוּ הַצְּרָפְתִים שְׁגוֹרְסִים וְהַלְכְתָא כְּמַר בַּר ר"א כּו' וְכַתְּב לְתַמּוּנָה לְדִידוֹן דְקִי"ל

בנספא דר"א ובחמשין ידענא כו' אמאי יטול שפנגדו בלא שבועה ליפנה עליו שבועה כו'.

ומדהקשה פו בפשיטות על הא דנספא דר"א דיהפף השבועה מוכח דס"ל פסברת הש"ף דבכה"ג דעיקר חיוב השבועה הוא ע"י העד דאין העד פוטר מן חיוב שבועה דבא על ידו דאל"כ אין מקום לקושיותו די"ל דלכך א"צ לישוב התובע ע"י היפוף משום דהעד מסייע פוטר.

אף י"ל דהרשב"א ס"ל פשיטת הרמב"ן דאין עד מסייע פוטר מן שד"א וכמש"כ בפשוט הר"נ והנ"י בריש ב"מ. ועיין באו"ת ס"ק י"ב דהביא בשם הרשב"א בתשובה דס"ל דעד מסייע פוטר דוקא משבועת התקנה.

ובאמת י"ל בטעמם מה דס"ל להראשונים הנ"ל דמפכינן בשד"א דלכך בנספא דר"א אמרו מתוך שאיל"מ ולא חייבו להתובע לישוב פדין היפוף משום דס"ל כמש"כ הג"מ שהובא בקצה"ח דבכל גונו עד מסייע פוטר א"כ בנספא דר"א דעיקר החיוב הוא ע"י העד ע"כ א"צ לישוב התובע משום דהעד מסייע פוטר.

ומה דהקשה הרשב"א בהא דחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהוי מחושואיל"מ דאמאי לא ישובע התובע פדין היפוף שבועה. י"ל דטעמם דס"ל דבכה"ג אינו יכול להפף שבועה משום דאין נשבעין על טענת ספק אף בשבועת היפוף וכמש"כ הש"ף בס"י פ"ז ס"ק ל"ב בשם ב"דק הבית שכתב לתמוה על מש"כ דאי טעין לישוב השותף דחשיד לי בכף הדין עמו דהא אין נשבעין על טענת ספק.

ומש"כ הש"ף שם לתרץ דשאני שבועת השותפות דתקנו לישוב עיקרו אף ע"י טענת ספק ה"ה דיכול להפף דכנותי' ע"ש. הא זה אינו שייך בחמשין ידענא כו' דעיקרו הוא רק בטענת ברי ע"כ ס"ל להנהך ראשונים שפיר דאינו מחוייב לישוב התובע על טענת הנתבע דחמשין לא ידענא.

ובאמת מוכח מן הרשב"א שהקשה פו דס"ל דלא פסברת הב"ד הבית והש"ף הנ"ל אלא שבועת היפוף שאני כיון דיש לשבועה בעולם מתחלה עכ"פ על הנתבע ע"כ ממילא יכול להפף אף ע"י טענת ספק.

ויהיה מוכח מן פלוגמת הרשב"א עם הראשונים הנ"ל דפליגי בהך דין דכתב הבד"ה והש"ף הנ"ל. ולפ"ז יהיה מוכח מן שיטת הפוסקים דס"ל דמפכינן בשד"א ואפ"ה אמרינן בנספא דר"א דה"ל מחושואיל"מ ואינו חייב שבועה פדין היפוף.

משום דס"ל דעד מסייע פוטר אף היכא דעיקר החיוב שבועה בא ע"י אותו העד עצמו וזהו דלא פסברת הש"ף הנ"ל. אף אפ"ש לומר דטעמם דס"ל דכיון דה"ל הנתבע מחושואיל"מ הן בנספא דר"א והן בחמשין לא ידענא א"כ פקע לי שבועה לגמרי מן העולם ואין פאן חיוב שבועה רק כמו כל חיוב ממון דאינו בהיפוף פלל וכמש"כ הרא"ש סברא כה"ג בב"מ פ"א סי' ג' דהיכא דה"ל מחושואיל"מ אין העד מסייע פוטר מה"ט והובא בש"ף סי' ע"ב ס"ק ס"א וע"כ אינו מוכח מן הפוסקים הנ"ל דיחלוקו על סברת הש"ף בזה: ובעיקר דברי הגהות מיימוני שכתב לפרש בפשיטת רש"י דכתובות (דף פ"ח)

דלכן לא פתב לפרש בהך דאי פיקס מייתי לידי ש"ד דנ"מ בענן היפוך משום דס"ל דעד מסייע פוטר ופ"ז יהיה מוכח דס"ל לרש"י דלא פסברת הש"ך.

ולולי דברי הג"מ הייתי אומר דרש"י לא נחית להסברא דעד מסייע פוטר משום דהא רש"י בריש ב"מ דף ב' במה דאמרו לחזי זוזי ממאן נקט פירש שלא כמש"כ התוס' והרא"ש שם דקושיות הגמ' הוא דיהא פוטר משבועה אלא פירש באופן אחר לכוננת הגמ' ע"כ מוכח מזה דרש"י ס"ל דאין עד מסייע פוטר משבועה.

והא דלא פירש רש"י במה דאמרי אי פיקס מייתי לש"ד דנ"מ לענן היפוך כמש"כ רש"י שם מקודם (דף פ"ז ע"ב) ד"ה שד"א כו' י"ל כמש"כ המהרש"א שם לתרץ זה ומה דיש להעיר בדברי המהרש"א פבר העיר המגיני שלמה שם.

והא דלא פירש רש"י לעיל בדברי רמי בר חמא דסבר למימר דשד"א היא דנ"מ לענן נק"ח פבר תירץ זה המגיני שלמה שם דס"ל לרש"י דכל שבועת המשנה הוא בנק"ח אלא שבועת עד א' פיון דהיא להפיס דעתו ע"כ הקילו בה דא"צ נק"ח.

והקדמו בזה ההג"מ פ' י"א ה' שבועות והובא בפני יהושע שם ע"ש: ועוד נלע"ד לומר דלכן הוכרח רש"י לפרש בכוננת רמי בר חמא דסבר למימר דשד"א הן בפוגמת והן בעד א' מעיד שהיא פרוצה דנ"מ לענן היפוך.

משום דיש להעיר במה שהקשה לו רבא ואמר שתי תשובות בדבר על הא דע"א מעיד כו' חדא דכל נשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והיא נו"נ ועוד אין נשבעין על שעבוד קרקעות.

[ועיין בתשובת רע"א זצ"ל בכתבים סי' קנ"ג שכתב דשיטת רמי ב"ח הוא דס"ל דשעבוד קרקע אינו פקרקע]. והא יש לדון דמשכחת שפיר דתהא מחוייבת האשה ליטבע שד"א בע"א מעיד שהיא פרוצה והוא דהיא דגוף נזיר של הכתובה הוא ש"פ לצור ע"פ צלוחיתו וכמו דמצינו בקידושין (דף מ"ח) דאמרו שמיין הנזיר אם יש בו ש"פ כו' ובאה"ע סי' כ"ח סעיף ח' ובש"ך ח"מ סי' ס"ו ס"ק ע"ו.

וכיון דלדברי הבעל שפרע פתובה מחוייבת האשה להחזיר לו גוף הפתובה שת"י דהא הבעל נותן שכר הסופר כמבואר בב"ב (דף קס"ז) ובאה"ע ריש סי' ס"ו. ולדברי האשה דלא פרע לה הפתובה שייך גוף הפתובה לה א"כ מחוייבת האשה ליטבע שד"א להכחיש את העד אם הבעל תובעה שתחזיר לו גוף הנזיר דהא בשבועת ע"א נשבעין אף על ש"פ כמבואר בשבועות (דף מ') וזה מקרי נשבעת ולא משלמת.

לא מבעיא לשיטת הסוברים דגוף הנזיר קנוי להמלוה עד שיפרע לו וכמש"כ הקצה"ח לבאר זה בסי' ס"ו ס"ק כ"ז ואף להסוברים דהשטר הוא פמשכון ת"י המלוה וכמש"כ הש"ך מזה בסי' ס"ו ס"ק נ"ט וס"ק ע"ז מ"מ מקרי על תפיסת המשכון נשבעין ולא משלמין כמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק י"ג רק דמקרי בשם כפירת שעבוד קרקעות ע"ש.

וכן מוכח בסי' ע"ב סעי' כ"ג דשבועת ע"א לבעל המשכון מקרי שד"א ודינינן בי מחשוואיל"מ ע"ש: א"כ בקושיא הראשונה שהקשה רבא לרב"ח עלה דע"א מעיד

שהוא פרוע דה"ל נשבעין ונוטלין. יש לדון בזה דאם הוא במקום שפותבין פתובה והננייר הוא ש"פ דאז מחוניבת האשה לישיבע שד"א על גוף הננייר שתובע ממנה לשיטת רב"ח דשעבוד קרקע אינו בקרקע ונשבעין ע"ז.

וכיון דמחוניבת לישיבע שד"א על גוף הננייר ממילא חייבת לישיבע גם על החוב שתובעת מהבעל משום גלגול שבועה דהא גם על נשבעין ונוטלין מגלגלין שד"א כמש"כ התוס' בב"מ (דף י"ד) ד"ה דינא הוא כו' והובא בקצה"ח סי' רכ"ו ובנתיבות סי' צ"ד.

[ולקמן ריש סי' צ"ד הארכתי בחידושי מזה]. וקיי"ל בג"ש דאף דלא תבע התובע לגלגל דב"ד עצמן מגלגלין ואף ברוצה לשלם התביעה הראשונה אינה נפטרת מהג"ש.

א"כ תקשה דאיך קאמר רבא בפשיטות דשתי תשובות בדבר חדא דכל הנשבעין כו' והיא נו"נ. דהא משפחת ליה דתהיה מחוניבת לישיבע שד"א על חוב פתובה ג"כ בדין ג"ש.

ואין לומר בזה עדות שבטל מקצתו בטל כולו וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ג' בהג"ה ובספרי נחל יצחק סי' ל' ענף א' דהיא דחזי לאצטרופי עם אחר ואין עליו פסול הגוף דלא דינינן בזה לומר בטל מקצתו בטל כולו ע"ש.

ועיין בכתובות (דף ט"ז ודף פ"ט) דמשני במקום שאין פותבין פתובה עסקינן משמע דלולי פן הדעת נוטה דמייירי במקום שפותבין פתובה ג"כ א"כ מה תקשה רבא לרב"ח בפשיטות חדא דכל הנשבעין כו' והיא נו"נ דהא משפחת דתצטרף לישיבע בדין ג"ש.

ועוד דלשיטת הסוברין דהננייר נקנה בקנין הגוף להמלנה כ"ז שאין הלנה פורעו פנ"ל יש לומר דגם קושא השנייה שהקשה רבא דהא ה"ל שעבוד קרקעות אינו קשה לפ"ז. דדוקא היא שתופסו למשפון בזה ה"ל עדיין בשם שעבוד קרקעות וכמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק י"ג להוכיח פן משבועת העדות ע"ש.

אבל היא דלדברי התופסו יש לו קנין בגוף החפץ אין זה בשם שעבוד קרקע ושפיר מחוניב לישיבע שד"א להכחיש להע"א בנידון תפיסתו לגוף הננייר דהכחשתם אין זה בשם שעבוד קרקעות והוי כמו שני תביעות כלים וקרקעות ומיגו דמשתבע אכלים נשבע בג"ש על שעבוד קרקע: ומדהקשה רבא פן בפשיטות ואמר דמקריא נו"נ כו' ואין נשבעין שד"א מוכח דכוננת רב"ח הנה במה דסבר למימר שד"א דנ"מ לענין היפוף משום דדינו כשד"א ממש לכל דינו דלא מפכינן ע"כ שפיר הקשה רבא בפשיטות דכיון דהוי נו"נ ומה"ת אין לה לישיבע לכן אף די"ל דתשבע בדין ג"ש מ"מ הא אף ג"ש מהפכינן כמו שכתב המחבר בסי' צ"ד סעיף ח' ושפיר הקשה לרמי ב"ח פן.

ולכן פירש רש"י דכוננת רב"ח הנה לענין היפוף. ואף דבשבועת פוגמת דסבר רב"ח כו' לא שייך כל זה מ"מ פנין דבשבועת ע"א יש לדון כל זה ע"כ פירש רש"י לעיל דשד"א הוא לענין היפוף וממילא ה"ה לענין שבועת ע"א דלקמן דהכל בחדא מחתא.

ויהנה מוכח לפ"ז מן שיטת רש"י כמו שפסק הטור והמחבר שם דג"ש מהפכינן ועיין בש"ף סימן צ"ד ס"ק י"ב. פן הנה מקום לפירש דברי רש"י לולי דברי ההג"מ שכתב

לְפָרְשׁוֹ דְשְׁבוּעַת פּוֹגְמַת אֶף דְּמִדְּרַבְּנֵי צְרִיכָה בְּנִקּוּ"ח: עֲנָף בּ וְכָל זֶה לְפִי מִש"כ הַמְהַרְשֵׁ"א
בְּכּוֹנוֹנַת דְּבָרֵי רִש"י (דָּף פ"ח) ד"ה אֵי פִּיקֻחַ כּו' לִידֵי שְׁד"א כּו'.

אֲכַן בְּאַמַּת דְּבָרֵי אֵינָם בְּרוּרִים כ"כ וְכִמּוֹ שֶׁהַעִיר הַמַּג"ש בְּדְבָרָיו ע"ש. ע"כ יְהִי מְוַכַּח
מִן דְּבָרֵי רִש"י הַנֶּ"ל כַּמֶּש"כ הַהַג"מ דִּס"ל לְרִש"י דְּעַד מְסִינֵע פּוֹטֵר אֶף לְאוֹתוֹ שְׁבוּעָה
שְׂבָא עַל יָדוֹ וְדָלָא כְּדְבָרֵי הַשֵּׁ"ף.

וְלַעֲנַ"ד נִרְאָה לְפָרְשׁ לְכּוֹנוֹנַת דְּבָרֵי רִש"י (בְּדָף פ"ח) שֶׁלֹּא פָּתַב דַּהֲנַ"מ הוּא לְעַנְנֵי הַיְפּוּף
כַּמֶּש"כ לְעִיל. וְהוּא דִּישׁ לְהַעִיר בְּמָה דְאַמְרוּ יְהִיב לָהּ פְּתוּבָתָה כּו' וּמוֹקֵי לְהוּ לְהַנְדֵּף קַמְאֵי
בְּמַלְוָה דְּמִשְׁמַעוֹת הַלְשׁוֹן הוּא דְּדוֹקָא פְּשׁוּוֹתָן לָהּ כָּל פְּתוּבָתָה אֲזִי יָכוֹל לְהַטִּיל עָלֶיהָ שְׁד"א
אַבְל פְּשׁוּרַע לָהּ רַק מְקַצָּת אֵין לוֹ עָלֶיהָ שְׁד"א עַל הַמְּוַתֵּר דְּכּוֹן מִשְׁמַע לְקַמְן (דָּף צ"ז
ע"ב) דְּלְשׁוֹן פְּתוּבָתָה הוּא עַל כָּל הַפְּתוּבָה בְּמָה דְאַמְרוּ שֶׁם מְכָרָה פְּתוּבָתָה כּו' רִש"א
אֵע"פּ שֶׁלֹּא מְכָרָה פְּתוּבָתָה אֲלֵא מִחְצִיתָה כּו' וְעֵינֵין בֵּאֵה"ע סִי' צ"ג ב"ש ס"ק י"א בְּמָה
דְאַמְרוּ הַתּוֹבַעַת פְּתוּבָתָה כּו'.

וְאִם הָיָה מְהֵי לְהַשְׁבִּיעָה שְׁד"א אֶף ע"י פְּרַעוֹן קֶצֶתוֹ ה"ל לְאַשְׁמוּעֵינֵן כּוֹן בְּפִירוּשׁ הַף
עֲצָה וְכּוֹן לְשׁוֹן לְהוּ לְהַנְדֵּף קַמְאֵי דְאַמְרוּ דְּהוּא לְשׁוֹן רַבִּים מִשְׁמַע כּוֹן וְאִם הָיָה מְהֵי אֶף
סִילוּק מְטַבֵּעַ א' ה"ל לְמִימֵר וּמוֹקֵי לְהַף קַמְא בְּמַלְוָה.

וּבְאַמַּת לְכַאוּרָה. יֵשׁ מְקוּם לְדוֹן דְּאֶף ע"י פְּרַעוֹן בְּמַקְצָת יְהִיב יָכוֹל לְחַיִּיבָה שְׁד"א בְּכָל
הַפְּתוּבָה דְּכִינוּן דְּעַל סָף הַמַּקְצָת דְּפָרְעָה יֵשׁ לוֹ עָלֶיהָ שְׁד"א לְהַכְחִישׁ אֶת הַעֵד מִמִּילָא יֵשׁ
לוֹ עַל הַמְּוַתֵּר ג"כ גְּלָגוּל שְׁבוּעָה דְּהָא כְּבָר פְּתַבְתִּי לְעִיל בְּשֵׁם הַתּוֹס' ב"ב"מ (דָּף י"ד ע"א)
דְּגַם עַל נִשְׁבָּעִין וְנוֹטְלִין יָכוֹל לְגַלְגַּל שְׁד"א.

וּלְשִׁיטַת הַמַּחְבֵּר וְהַטּוֹר סִי' צ"ד סְעִיף ח' דְּבִטְעַנַּת הַגְּלָגוּל יָכוֹל לְהַפְּכָה וְאֵין לְהַגְּלָגוּל דִּין
שְׁד"א מִמַּשׁ בְּדִין הַיְפּוּף אֲתִי שְׁפִיר לְפַמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּכַתּוּבוֹת (דָּף פ"ח) שֶׁם דַּהֲנַ"מ הוּא
לְעַנְנֵי הַיְפּוּף שְׁבוּעָה.

ע"כ מְדוֹקְדָק שְׁפִיר מַה דְּהַצְרִיכוּ דוֹקָא לְסַלֵּק לָהּ כָּל הַפְּתוּבָה מִשׁוּם דְּבִסִּילוּק מְקַצָּת
דְּהוּא רַק מִן דִּין גְּלָגוּל עֲדִינֵין תַּהֲיָה יָכוֹלָה לְהַפְּכָה עָלֵיו. וְיְהִיבָה מִזֶּה רְאִיָּה לְשִׁיטַת הַטּוֹש"ע
דְּבַגְלָגוּל שְׁד"א ג"כ מְהַפְּכִינֵן.

אֲכַן לְשִׁיטַת הַשֵּׁ"ף סִי' צ"ד ס"ק י"ב דַּג"ש יֵשׁ לוֹ כָּל דִּין שְׁד"א דְּלֹא מְהַפְּכִינֵן וְכּוֹן לְשִׁיטַת
הַרַ"א שׁ בְּכַתּוּבוֹת וְהַטּוֹש"ע בְּסִי' פ"ז סְעִיף י"א דְּכָל הַנִּשְׁבָּעִין וְנוֹטְלִין לֹא מְהַפְּכִינֵן ע"כ
יְהִיב מוֹכַח מִן הָא דְאַמְרוּ דְּדוֹקָא בְּמַסְלַק כָּל הַפְּתוּבָה מִיְיַתִּי לִידֵי שְׁד"א כּו' דְּמוֹכַח
דְּבִנְשָׁבְעִין וְנוֹטְלִין אֵינּוּ יָכוֹל לְחַיִּיבוּ שְׁד"א ע"י גְּלָגוּל וְכַמֶּש"כ הַקְּצָה"ח לְדוֹן בְּזָה בְּרִישׁ
סִי' צ"ד: אֶף י"ל בְּזָה לְפִי מַה שֶׁפְּתַבְתִּי לְקַמְן בְּחִידוּשֵׁי רִישׁ סִי' צ"ד לְהַעִיר בְּהַף דִּינָא
שְׁנַסְתַּמַּק הַקְּצָה"ח בְּרִישׁ סִי' צ"ד אִם יָכוֹל לְגַלְגַּל שְׁד"א עַל הַנִּשְׁבָּעִין וְנוֹטְלִין.

דִּישׁ לְדוֹן לְפִי דַעְתִּי דְּזָה תְלוּי בְּפִלּוּגְמַת ר"מ וְרַבְּנֵן בְּסוּטָה (דָּף י"ח) דַּר"מ ס"ל דְּסוּטָה
נִשְׁבַּעַת ע"י גְּלָגוּל אֲמֵן שֶׁלֹּא אֶטְמָא הָרִי דִּס"ל דְּמַגְלָלָה גַּם עַל הַעֲתִיד וְכּוֹן פְּסַק הַרְמַב"ם
פ"ד ה' סוּטָה הִלְכָה י"ז וְהַכ"מ שֶׁם פָּתַב בְּטַעֲמוֹ דְּכִינוּן דְּרַב אֲשִׁי בְּעֵי שֶׁם אֲלִיבָא דַּר"מ
הִלְכָה כְּוֹנְתִיָּה.

וכתבתי שם לבאר דלרבנן דס"ל דאין לגלגל בסוטה על העתיד דס"ל דאין לגלגל שד"א על נשבעין ונוטלין פנין דעיקר ג"ש מסוטה גמרין וג"ש על נו"נ גם זה מקרי על העתיד דהא בעת שתובע הממון לא תפס אז את הממון ת"י והגלגול בזה הוי על הממון שיטול מתבירו דנשבע שמגיע לו ואף דהשבועה הוי על העבר מ"מ עיקר הממון שאנו חושדין אותו שיטול בגזל הוא חשש דלהבא ע"כ לרבנן אין להשביעו שד"א על נשבעין ונוטלין.

אבל לר"מ דמגלגל בסוטה על חשש דלהבא כש"כ דמגלגלין על נו"נ שד"א אבל לרבנן אין לנו ילפותא על זה דיגלגלו בכה"ג פנין דעיקר החשש שיטול שלא פדין הוי חשש דלהבא: ולפ"ז יש לומר דבאמת לדינא לפי מה דקיי"ל כר"מ בסוטה.

דאם פיקח הוא מיייתי לה לידי שד"א אף בפרעה מקצת הפתובה דמגלגלין שד"א על כל הפתובה דהא לדין דקיי"ל כר"מ מגלגל אף על נו"נ וכש"כ דמגלגל על שעבוד קרקע לכ"ע. והא דקאמר בסוגיא שם דיהיב לה פתובה כו' ומוקי להנהו קמאי במלנה דמשמע דיסלק כל סף הפתובה זהו משום דבפלוגתא לא קמיירי.

ולא שיניף לומר בזה אי פיקח הוא כו' משום דאין זה עצה טובה כ"כ דאפתי יש לחוש דילמא יפסקו הב"ד כמ"ד דס"ל גבי סוטה דאין מגלגלין על העתיד ולפ"ז ה"ה אין לגלגל על נשבעין ונוטלין שד"א ואפתי לא יפעול ע"י פעולתו והשתדלותו לחייבה שד"א על כל הפתובה.

וראיה לזה דהסוגיא דשם ראו לתת עצה שיהיה יכול להטיל שד"א עלי' לכ"ע ולא שיהיה רק אליבא דחד מ"ד אף דקיי"ל פנותי'. דהא אמרו בסוגיא שם יהיב לה פתובה באפי חד סהדא וסמיה סהדא קמא כו' ומתקני לה רב שישא האיך סמיה סהדא קמא אסהדא בתרא כו' והקשו התוס' שם מאי קשיא ליה הא איכא מ"ד דלא בעי ראיה פאחד וכתב המהרש"א והמהר"ם שיף לתמה על קושיות התוס' דהא פנין דמצרפינו סהדא קמא לבתרא א"כ אינו לפנינו הע"א להשביעה על פרעון קמא.

וכבר הקדימם בזה השמ"ק שם שכתב פן להדיא לתרץ קושיות התוס'. והמהר"ם שיף כתב דעיקר קושיות התוס' הוא על פי' רש"י שם שכתב בד"ה היכי סמיה כו' ותשבע ותטול שלישיית ונמצא מפסיד.

הרי דס"ל לרש"י בכוננת הגמ' דס"ל דלא מצרפינו עדות מיוחדת. ובאמת פומורה פשטות הלשון דאמרו היכי סמיה סהדא קמא אבתרא וכמש"כ שם ההפלאה ולכן הוכרח רש"י לפרש פן.

וע"כ מוכח מזה באמת מדהקשה הגמ' בפשיטות דהיכי מצרפינו עדות מיוחדת דאף דקיי"ל לדינא דמצרפינו מ"מ פנין דאיכא פלוגתא דתנאי ואמוראי בזה בסנהדרין (דף למ"ד) ע"כ לא שיניף לומר בכה"ג אי פיקח הוא כו' דהא אפתי יש מקום לחוש שמא יבא הענין לפני הב"ד דיפסקו כהמ"ד דלא מצרפינו.

ונמצא מפסיד. והא דבפסחים (דף ל"א) וכתובות (דף צ"ב) דאמרו אי פיקח הוא מגבי להו ארעא כו' ומסיק שם דזהו משום שעבודא דר"נ אין זה דומה לנ"ד דשא"ה דעיקר החוב הוא חוב ברור לשלם להיתומים ואין לו עצה אחרת רק להגבות קרקע וקצרת: וכינון דנתבאר דמוכח דהו סוגיא דאי פיקח כו' ראו שיהי' העצה זו אליבא דכ"ע בלא

שום פלוגתא ע"כ א"ש מה דאמרו יתיב לה פתובתה דמשמע כל הפתובה משום בפרעון במקצת אין זה עצה כ"כ פיון דאיכא פלוגתא בזה כו'.

ועפ"ז יש לבאר ביותר לתרץ קושיות התוס' שם על הא דסמיה סהדא קמא כו' דהא מצרפינו ובפרט למה דקיי"ל פן לדינא. משום די"ל דלכן הקשה הש"ס בפשיטות דאיה סמיה סהדא קמא כו' דהוכיחו מן מימרא דר"פ דאמר בלשונו יתיב לה פתובתה ומוקי להו הנה קמאי במלנה דמשמע מזה דדוקא במסלק כל פתובתה כו'.

ואף דלדינא למאי דקיי"ל כר"מ דמשביעה לסוטה אמן שלא אטמא א"כ מוכח דגם על נו"כ מגלגל א"כ הוי סגי דבמסלק מקצת הפתובה יחייבה שד"א על פולו. ובפרט דהא רב אשי נזכר שם בהה סוגיא ובסוטה (דף י"ח) אמרו בעי רב אשי כו' אליבא דר"מ דמזה הוכיח הכ"מ דהלכה כר"מ.

ומוכח דאף דס"ל להסוגיא בכתובות דהלכה כר"מ מ"מ אין זה עצה נכונה כ"כ פיון דאיכא פלוגתא בזה פנ"ל וכיון דמוכח דהה עצה אי פיקח מיייתי לש"ד הוא עצה דיהנה אתי לכ"ע ע"כ הקשה ליה שפיר איה סמיה סהדא קמא כו' דהא אפתי אין זה עצה המועיל לכ"ע: ועכשיו דנתבאר דכוננת הסוגיא דאמרו אי פיקח כו' הוא עצה דיהנה מועיל אליבא דכ"ע בלא פלוגתא.

לכן אתי שפיר מה דהוכרח רש"י לפרש דנ"מ הוא לענין נק"ח כו' דאין לומר הנ"מ לענין היפוף דהא פיון דמצינו פלוגתא דאמוראי בשבועות (דף מ"א) אם מפכינן שד"א או לא. וגם פתבתי לקמן בחידושי לסי' צ"ד סעיף ח' להסביר שיטת הסוכרים דגלגול שד"א מפכינן ע"פ שיטת הסוכרים דבג"ש לא אמרינן מתוף שאיל"מ דכיין דלא אילימא כ"כ פח הג"ש לענין מחושואיל"מ דה"ה דקילא לענין היפוף וכתבתי שם לחזק זה הסברא ע"פ דברי הרשב"א בחי' לשבועות (דף מ"א) דמאן דס"ל דמהפכינן לשד"א ס"ל דלא דינינן פלל למתוף שאיל"מ ע"ש.

ולפ"ז י"ל דעיקר מילתא אי מפכינן לשד"א תלוי בפלוגתת תנאי נאמוראי אם אמרינן מחושואיל"מ או לא דהנה דס"ל דלא אמרינן מתוף שאיל"מ ס"ל שפיר דמפכינן אף שד"א. ועיין בב"מ (דף צ"ז ע"ב) תוס' ד"ה ה"נ פגון שיש עסק שבועה כו' ובב"ב (דף ל"ד) תוס' ד"ה וכל המחוייב שבועה כו' ובשבועות (דף מ"ז) ובתוס' ד"ה מתוף שאיל"מ כו'.

וכיון דלענין היפוף שבועה בשד"א אין זה עצה המועיל אליבא דכ"ע ע"כ לא ניקח לרש"י לפרש להה אי פיקח מיייתי לידי ש"ד דהנ"מ הוא לענין היפוף דהא זה לא אתי אליבא דכ"ע דהא לכמה מ"ד תהיה יכולה להפך אף לשד"א והא חזינו דהה סוגיא מהדר דיהנה עצה המועיל אליבא דכ"ע ע"כ פירש רש"י ביותר דנ"מ לענין נק"ח ובשם כו'.

ולפ"ז נסתר למה שכתבתי לעיל בכוננת רש"י דלעיל (דף פ"ז) שכתב כד"ה שד"א דנ"מ הוא לענין היפוף דהוכרח לפרש פן פדי דיהא א"ש לקמן גבי ע"א מעיד כו' דסבר רב"ח למימר שד"א כו' דאל"כ תקשה דהא חייב שד"א על גוף הנזיר אם הוא ש"פ ומגלגלינן עליו כו' וכמש"כ לעיל בארובה.

ונהו הפל לפי שיטת הפוסקים דבג"ש מהפכינן. אכן לפי מש"כ פעת בכוננת דברי רש"י (בדף פ"ח) בהה דאי פיקח כו' דנהו הפל לפי שיטת הסוכרין דבגשד"א לא מהפכינן דאי גימא פהסוכרין בזה דמהפכינן א"כ שפיר ה"מ רש"י לפרש הנ"מ לענן היפוף משום דלפ"ז אינו מוכח לומר דמהדר אליבא דכ"ע דהא עיקר ההוכחה הוא לפמש"כ מן מה דהצריכו לתת פל פתובתה וקא להסוכרין דבג"ש מהפכינן הוי א"ש בפשיטות דהצריכו ליתן פל הפתובה דאל"כ דלא הנה רק בדין ג"ש ה"מ להפך עדיין.

וע"כ לפי מה שהעליתי פעת. העיקר לומר בכוננת רש"י דלעיל (דף פ"ז) דלכו הוכרח לפרש הנ"מ לענן היפוף משום דס"ל דשבועת פוגמת אף דהוי מדרבנן מ"מ צריכה נק"ח ובשם וכמש"כ ההג"מ בכוננתו: ולכאורה יש להעיר במש"כ דה"מ לסלק מקצת הפתובה ויהיה יכול לגלגל עליו כו'.

דלפי המבואר לעיל סי' ע"ד סעי' ד' דבהגיע זמ"פ אינו מחוייב לקבל הפרעון בפרוטרוט א"כ ה"ה בזה. אבל באמת שפיר פתבתי דהא מבואר במרדכי פ' האומנים דדוקא בשט"ח אמרו פן אבל בחוב פתובה מקבלת הפרעון אף בפרוטרוט כמו דאמרו בערכין (דף כ"א ע"ב) דאיכא דניחא לי באשה דשקלא על יד.

ומשמע מהמרדכי דאף בע"כ של האשה יכול לפרוע לה המקצת ומחוייבת לקבל פמה שנותן לה והחילוק ברור לחלק ביניהם. ומה דיש לדון דאינה מחוייבת לקבל הפרעון מחצית חוב פתובה משום דאינה רוצית להיות פוגמת פתובתה.

זה אינו דהא יכולה לכתוב הפרעון על הפתובה עצמה וכמבואר בסי' פ"ד סעי' ג' דבכה"ג אין דינה כפוגמת להחסיב שבועה ועיין בש"ך ובאו"ת שם וקצתתי. ואף דבמקום שאין פותבין פתובה לא שייך פן מ"מ ה"ל לאשמועין הך עצמה בפרעון מקצת ובמקום שכותבין פתובה ולא למנקט הפלל דדוקא בסילוק פל הפתובה כו' ולכן שפיר פתבתי בכוננת רש"י: ענה ג וכו' הוא בדרך פלפול.

ובקצרה י"ל דלכן פתב רש"י דאי פיקח מייתי לידי ש"ד דהנ"מ הוא לענן נק"ח ובשם כו' ולא פתב הנ"מ לענן היפוף כמש"כ לעיל. משום דרש"י אגיל לשיטתו דבשבועות (דף מ"א ע"א) בתוס' ד"ה ולמר בר ר"א כו' פתבו בשם ריב"ן בשם הקונטרס דהלכתא פנותי דמר בר ר"א דאף בדאורייתא מפכינן.

וכיון דס"ל לרש"י להלכה פמר בר ר"א ע"כ לא ניחא ליה לפרש להך סוגיא דאי פיקח כו' דנהו לענן היפוף דא"כ יהיה מוכח מן פל הנהך אמוראי דשקלו וטרו שם דיהנה סוכרים דבאורייתא לא מפכינן דהא זהו שלא אליבא דהלכתא לכן פתב לפרש דהנ"מ הוא לענן בנק"ח ובשם.

אבל לעיל בהא דסבר רמי ב"ח למימר שד"א הוכרח רש"י לפרש דהנ"מ הוא לענן היפוף משום דשם אין לפרש דהנפ"מ הוא לענן נק"ח ובשם דהא בשבועת פוגמת גם רש"י ס"ל דדינה בנק"ח ובשם וכמש"כ ההג"מ פנ"ל ע"כ הוכרח רש"י לפרש שם פן.

ולפ"ז אין ראיה מן רש"י דס"ל דעד מסייע פוטר אף היכא דהשבועה הוא ע"י העד. ומצאתי בפני יהושע לכתובות (דף פ"ח) שפתב ג"כ כמש"כ בדרך קצרה הנ"ל.

ונתבאר פמה גנוני די"ל דאין הקרם להוכיח כמש"כ ההג"מ לפ"ש פן לדברי רש"י דס"ל דעד מסייע פוטר אף היכא דהשבועה בא ע"י אותו העד אלא י"ל פדברי הש"ך וכדמוכח מן הרא"ש בסוגיא דאי פיקח כו' דכתב דאין לומר הנפ"מ לענין היפוך כו'.

ומשמע דאלו הנה הדין דבנשבעין ונוטלין ג"כ מהפכינן לא הנה העד מסייעו פוטר אף דהרא"ש ס"ל בר"ש פ"ק דב"מ דעד מסייע פוטר משבועה. וכן הוכיח הנ"ב במ"ת ח' ח"מ סי' כ"ז מתשובת הרא"ש דהובא בש"ך סי' צ"ב ס"ק ח' דס"ל פהש"ך דבכה"ג אין העד מסייע פוטר.

ועיין מזה בתשובת רע"א זצ"ל בכתבים סי' קע"ח. ומה שהקשה שם על מה שכתב הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י"ט להטעם של ההג"מ הא לפי מש"כ הש"ך בסי' צ"ב ס"ק ח' הוא מטעם אחר דאין הע"א עושה שתי פעולות.

פן הקשה הנתיבות בסי' פ"ו ס"ק ה' ותיגרין היטב ע"ש: אכן פיון שמבואר בהגהות מיימוני בפירוש דעד המסייע פוטר מן שבועה אף לאותו שבועה דבא ע"י אותו העד ע"כ ה"ל זה גופא ספיקא דדינא פיון שהרא"ש לא ס"ל פן וכמו שכתב הש"ך פן לדינא וע"כ ה"ל זה לכה"פ ספיקא דדינא.

ועיקר הענין לסברת הש"ך דאין העד פוטר בכה"ג משום דאין העד עושה שתי פעולות נלע"ד דזה תליא בהנהגה שני טעמים שכתב הרא"ש בר"ש פ"א דב"מ סי' ג' בשם הר"מ רוטנבורג ז"ל שכתב דלכן עד מסייע פוטר משום דלכל עון ולכל חטאת אינו קם אכל קם לשבועה וזהו בין לחיוב שבועה בין ליפטר משבועה ועוד קו"ח הוא אינה פת מרובה פת המוחזק או פת שאין מוחזק א"כ קו"ח הוא ומה פשהעד מסייע למי שאין מוחזק זרק את המוחזק ליטבע פשהעד מסייע למוחזק כש"כ שיפטרנו מהשבועה כו' וכ"כ המרדכי בר"ש פ"א דב"מ וכ"כ בתשובת מיימוני לספר משפטים סי' ס"א ובשו"ת מהר"ם מרוטנבורג סי' תתקנ"ד ובשו"ת מהר"ם בר"ך החדש סי' שמ"ג.

ולפי הטעם דקם לשבועה בין לחייב ובין ליפטר א"כ אף היכא שפא ליפטר לאותו שבועה שפא ע"י ג"כ פוטר דהא בענין עסק שבועה אמרה התורה דמועיל ע"א וע"כ אין לחלק בזה. אכל לפי הטעם דילפינו בקו"ח מן מה דמחייב שבועה א"כ לפ"ז אין לנו הוכחה רק לענין פעולה אחת ודי לבא מן הדין להיות כפודון דעיקר חיוב שבועה ג"כ אין זה רק בשם פעולה אחת.

ולכן שפיר י"ל לומר עדיין דהיכא דבא לחייב שבועה ואח"כ בא ליפטר לאותו שבועה דבא ע"י דבכה"ג דהוי שתי פעולות ע"י אותו העד דמנלן דפוטר בכה"ג פיון דעיקרו הוא מפח הקו"ח א"כ אין לנו ילפותא רק על פעולה אחת דמועיל ע"א אכל לא על שתי פעולות פן יש להסביר לסברת הש"ך ולדינא ה"ל זה גופא ספיקא דדינא: וכן יש לדון עפ"ז במש"כ הרמ"א לעיל סעי' ו' די"א דה"ה בנשבע ונוטל אם יש לו עד המסייע פוטר משבועה.

והט"ז שם הקשה ע"ז פיון דעיקר ראיות תשובת מיימוני הוא מן הא דנספא דר"א כו' א"כ לדין דבכל מחשואיל"מ א"צ התובע ליטבע ליתא לראיה זו א"כ מנלן דאף בנו"ג פוטר עכ"ל. ויש לדון לכאורה בזה דעיקר מלתא דנא תלוי בהנהגה טעמים שכתבנו פנ"ל

דלפי הטעם דע"א קם לשבועה בין לחייב בין לפרט א"כ ה"ה בנו"נ פוטר משבועה
אבל להטעם דילפי בקו"ח דכח המונחזק מרובה כו' א"כ לפ"ז י"ל דדוקא בבא לפרט
להמוחזק כו' אבל בנו"נ פיון דאינו מונחזק ע"כ מנלן דפוטר בכה"ג.

אבל באמת זה אינו דגם בנו"נ יש לדון להך קו"ח פיון דחזינו דנפה פח התובע דמוציא
מזמן מהמוחזק עכ"פ בשבועה. ואלו שבועת הנתבע לא מהני להפרט ע"כ גם בזה שנייך
לדון קו"ח זה.

ועוד דגם בבנין אב יש לדון פן פמו דמחייב שבועה ומגרע פח המונחזק פמו כן יכול
לפטור להתובע דיש לו זכות ליטבע וליטול אף דמגרע פח המונחזק וזה פשוט. וכן עיקר
קושיות הט"ז אינו קשה פלל דהא פן מוכח מן המקור דהך דינא דעד מסייע פוטר
דהוכיחו מן ריש ב"מ דליחזי זוזי ממאן נקוט והתם בשנים אוחזין בטלית הוא בכלל שם
נשבעין ונוטלין כמש"כ הש"ך בס"י קל"ח ס"ק ג' וכ"כ בשערי שבועות לרב אלפס
בשער השני דחייב להך דשנים אוחזין בכלל נשבעין ונוטלין ע"ש.

והטעם הוא ע"פ סברת התוס' בב"מ (דף ב') ד"ה וזה נוטל רביע דבחייו השני מונחזק
זה פמו זה כו' וע"כ מקרי נו"נ א"כ מוכח מזה דאף בנו"נ עד מסייע פוטר וכן מוכח מן
מש"כ הרא"ש בר"ש פ"א דב"מ סי' ג' גבי הא דשבועות (דף מ"ה) דאם יש עדים שאמר
האב ששטר זה אין פרוע גובה שלא בשבועה דה"ה ע"א פוטר משבועה.

א"כ מוכח דס"ל להרא"ש ג"כ דאף בנו"נ פוטר משבועה וזהו הפל ע"פ מה דמוכח פן
מן הך וליחזי זוזי ממאן נקוט פנ"ל. והש"ך לעיל ס"ק י"ח דהביא שמות הפוסקים דס"ל
דאף בנו"נ עד מסייע פוטר ולא הביא להך דברי הרא"ש הלז.

והנה לו להביא לדברי הרא"ש. ולכן שפיר פסק הרמ"א דאף בנו"נ עד מסייע פוטר.

אף כ"ז לא שייך בנ"ד דאף דנימא למילף ע"י סברת במה מצינו למילף דפוטר משבועה
פמו דמצינו דמחייב שבועה להמוחזק מ"מ ליפא למילף רק על ענין א' דיהיה מועיל ע"א
פמו ביה דמחייב שבועה דהוא רק על ענין א' אבל מנלן דנפה פח ע"א על שתי פעולות.

ולכן שפיר כתבתי דנ"ד תלוי בהנה טעמים הנ"ל וה"ל ספיקא דדינא הך דינא דאם עד
אחד פוטר לאותו שבועה שפא ע"י אותו העד פנ"ל: י (שם סעיף י"א) האו"ת בס"ק
י"ד הביא בשם תשובת שבות יעקב סימן קנ"א שכתב בשנים שתבעו זא"ז ואחד נתחייב
שד"א ואחד שבועה דרבנן אין אומרים שמי שנתחייב שד"א ישבע תחלה אלא יטילו
גורל ויהי ראיה כו' ע"ש.

והאו"ת דחה ראיה זו והביא ראיה מהריטב"א דכתב דמי דחייב שד"א לו משפט הקדימה.
וכן מסיק האו"ת לדינא אם לא שרואין הב"ד שאם יקדימו לשני יבא הדבר לפשרה אז
יכולים לאחרו עכ"ל.

ולפי דיש לי לדון בכ"ז הרבה ע"כ הנני לבאר פל זה היטב בעז"ה וגוף תשובת ש"י אינו
פעת ת"י: ענף א הנה לכאורה יש לדון בזה לפי מה שכתב הצ"ח בברכות (דף נ"א
ע"ב) בד"ה שהיו גורם לקדושה שתאמר כו' דמה שהוא מה"ת מקרי מקודש נגד מה
שהוא מדרבנן ויש לדאורייתא משפט הקדימה יעו"ש.

וכן פתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ט. א"כ לפ"ז י"ל דה"ה במצנות עשה
שמןחוניבים ב"ד לשפוט בין אדם לחבירו דמשפט הקדימה על ב"ד להזדקק ולהשביע
מקודם למי שנתחייב שד"א דזהו דאורייתא ומצנה זו מוטלת עליהם מה"ת.

ולאחר למי שנתחייב ש"ה דזו המצנה אינו חל עליהם רק מדרבנן כן י"ל לכאורה בזה:
אכן יש להוכיח להקפד מהא דשבועות (דף מ"א) דאמרו מאי איכא בין שד"א לשבועה
דרבנן כו' ולר' יוסי מאי איכא למימר כו'.

והתוס' שם ובגיטין (דף ל"ה) ועוד כמה ראשונים הוכיחו דשבועה דרבנן צריד נק"ח
מדלא אמרו הך א"ב. והובא בש"ס סי' פ"ז ס"ק ל"ח.

ושיטת הר"ן והרא"ש דהובא שם טעמם דהגמ' לא בעי נפקותא על תקון השבועה אלא
נפקותא לעגנו דינא קבעי ע"ש. א"כ אי נימא דשד"א לו משפט הקדימה נגד שבועה
דרבנן הא הוי מצי הש"ס לומר הך נפקותא דזהו לעגנו דינא.

ומוכח מזה דאין מקדימין לשד"א נגד דרבנן. אכן ראיתי בקצה"ח סי' ט"ו ס"ק ב' דהביא
לדברי השבות יעקב הג"ל וחלק עליו דכיון דשד"א נחתין לנכסיו אם אינו רוצה לישבע
ושבועה דרבנן לא נחתין לנכסיו ע"כ נזקקין תחלה להשביע שד"א ואח"כ שבועה
דרבנן ע"ש.

ולפ"ז יש לתרץ למה שהקשיתי על האו"ת מהא דלא אמרו הך נפ"מ בשבועות. והוא
די"ל בזה דהא מתחלה דקבעי הש"ס מאי איכא בין שד"א לרבנן לא הנה יודע הך דין
דבשד"ר לא נחתין לנכסיו והנה ס"ל דגם בשד"ר נחתין לנכסיו ע"כ שפיר אמרו מאי
איכא בין שד"א לרבנן.

דהא לפי סברת הקצה"ח עיקר הטעם דמקדימין שד"א לרבנן זהו משום מעלת שד"א
דנחתין לנכסיו ע"כ בעת דהנה ס"ל דגם ברבנן נחתין אז אין לשד"א קדימה נגד
רבנן ע"כ אמרו שפיר מאי איכא כו' וכן לר' יוסי דס"ל דברבנן ג"כ נחתין מאי איכא.

ולבסוף דחידשו לנו הך פללא דבדאורייתא נחתין וברבנן לא נחתין לנכסיו ממילא
נדעין הך דינא דהקדימה הוא לשד"א וכפי שפתב הקצה"ח להסביר כן א"כ נסתר
הוכחת: אכן עיקר סברת הקצה"ח שפתב לבאר זה ע"פ הא דבשד"א נחתין וברבנן
לא נחתין כנ"ל.

צריד ביאור ומתחלה נבאר למה שפתב הש"ס בסי' פ"ז ס"ק כ"ה בשם רמב"ם שפתב
דמחוניבים שבועה דרבנן ואינו רוצה לישבע והתובע תפס משלו מספקא לי וצ"ע עכ"ל.
ולקמן בש"ס ל"ח כתב דיכול לתפוס עד שישבע בנק"ח א"כ נדאי דס"ל להש"ס
דמהני תפיסה וכ"כ הנתיבות ס"ק ט'.

וכ"כ התומים באורים ס"ק כ"ד בשם הרדב"ז ח"א סי' רי"ו דפסק דאם הנתבע אינו
רוצה לישבע שבועת היסת ותפס התובע דמהני תפיסה עכ"ל. והוא ט"ס וצ"ל ברדב"ז
ח"ד סי' רי"ז וכיון דס"ל להרב"ז דמהני תפיסה ע"כ נדאי קיי"ל כן לדינא וכמו שפסק
הש"ס והאו"ת והנתיבות ג"כ דמהני תפיסה: והקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק י"ב כתב דלא מהני

תפיסה בש"ה לפי דכיון דאין ב"ד יורדין לנכסיו אמאינו רוצה לישבע ע"כ לא מהני תפיסתו עכ"ל.

ובאמת אין זה הכרח פלל דהא מצינו בכמה דוכתי דאף דאין הב"ד יורדין לנכסיו עכ"ז מהני תפיסת הבע"ד. ומתן בקהא דכתובות (דף צ"ו) ובתוס' שם ד"ה אלמנה שתפסה כו' דשיטת הערוך והר"ח לדינא פמר בר רב אשי דמהני תפיסת מטלטלי בין בכתובה ובין במזוני אף דמדינא דש"ס לא משתעבדי מטלטלין וכן פסק הרמב"ם הל' אישות פ' י"ח הלכה י"א ואף לאותן דפסקו דלא מהני תפיסת מטלטלי בכתובה טעמם משום דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים כמש"כ התוס' שם.

אבל למזוני לכ"ע מהני תפיסה. ועיין בכתובות (דף פ"ד) בתוס' ד"ה והוא שתפס מחיים. ובר"נ ר"פ אלמנה נזונית. וכ"כ הטור אה"ע סי' צ"ג ובש"ע שם סעי' כ"ג.

אלמא דאע"ג דהב"ד לא נחתי למטלטלי עבור חוב כתובה ומזוני מ"מ מצינו דמהני תפיסה. וכמו בקנס וקלב"מ דמהני תפיסה וכן בחיוב לצאת ידי שמים דאף דשיטת הש"ך בח"מ סי' כ"ח ס"ק ב' ובסי' ע"ה ס"ק כ"ו ובסי' ע"ו ס"ק י"ב ובסי' קפ"ב ס"ק א' בשם הריב"ש דלא מהני תפיסה בחיוב לצי"ש.

עכ"ז הא מצינו פן גבי אבק רבית דשיטת הראב"ד הוא דמהני תפיסת הלנה והובא בטור יו"ד סי' קס"א. ובש"ע שם לא פסקו פן.

ומה שהקשה האו"ת בסי' כ"ח ס"ק ד' מהא דסנהדרין (דף ע"ב) דלרבא איגנבי לי דיכרי במחמתרא כו' מצאתי בתשובת מהר"ם מרוטנבורג החדשים סי' תכ"ה שהקשה פן ותיירץ זה ע"ש ואכמ"ל. ועיין במל"מ ה' מלנה פ' י"א ה' ז.

ואף דיש לחלק קצת בין כל מה דנתבאר דהתם יש עליו עכ"פ חיוב לצי"ש לשלם המזון ובין שבועה דרבנן דאין עליו חיוב תשלומי מזונא רק דמחוייב לישבע. עכ"ז הא עכ"פ מצינו דאף היכא דאין הב"ד יורדין לנכסיו דמ"מ מצינו דמהני תפיסה ודלא פהפלל של הקצה"ח הג"ל.

ולכן פיון דאין הכרח לדברי הקצה"ח בסברתו ע"כ ונדאי קיי"ל לדינא כמש"כ הרדב"ז. דמהני תפיסה פיון דהב"ד עכ"פ מענישין למי שאינו רוצה לישבע ש"ה פמבואר בשבועות (דף מ"א): ועוד י"ל בטעם הדבר דמהני תפיסה במי שחייב ש"ה כמש"כ הרדב"ז שם דכיון שאין רוצה לישבע רגלים לדבר שמשקר.

ויש להסביר זה דכיון דעיקר טעמא דחייבו ש"ה זהו משום דאמרינן חזקה א"א תובע אלא א"כ יש לו עליו פמבואר בשבועות (דף מ'). וכל זמן דלא נשבע נשאר החזקה הג"ל במקומה והוי זה פעין דררא דמזונא דקיי"ל דמהני תפיסה בטוען פרי אע"ג דהב"ד לא נחתי לנכסיו מ"מ אמרינן בזה עביד אינש דינא לנפשי' וה"ה בזה דכל זמן דלא נשבע נולד לנו ספק מפאת החזקה הג"ל.

והב"ד לא נחתי לנכסיו כמו בכל הספיקות דהמע"ה ומ"מ מהני תפיסה. ואף דשיטת האו"ת והנתיבות בכללי תפיסה דבדררא דמזונא עבור חוב לא מהני תפיסה עכ"ז הא בקונטרס הספיקות שלי העלתי דמהני אף בזה אם תפס.

וענין בסי' ע"ה ש"ק ס"ד ובטור ח"מ סי' רס"ב אף אין זה ענין לנ"ד. וגם הא פתב
הרדב"ז שם עוד טעם דלכן מהני תפיסה בחיוב ש"ה משום דכיון דאלמויה רבנן לתקנתא
כו' אלמויה נמי לענין אי תפס לא מפקינן כו'.

ונהו פועין מה שפתבתי לעיל. ועוד טעמים פתב הרדב"ז שם: ענף ב והנה בהטעם שפתב
הקצה"ח לפרש דמפני מה משפט הקדימה למי שחייב שד"א דנהו לפי דבשד"א נחתנין
לנכסיו כו'.

יש להסביר זה ביתר ביאור דהא מי שנתחייב שד"א הדין הוא מה"ת דאם אינו נשבע
מחוייב לשלם ממון לחבירו והוי פמי שתופס ממון של חבירו. וע"כ יכול לומר לו חבירו
דמחוייב ש"ה דהא אף דמחוייב אני לישבע ש"ה מ"מ אין אתה יכול לתפוס ממון שלי
אף אם אני רוצה לישבע ש"ה וע"כ ממילא מחוייב מקודם לישבע שד"א או לשלם
הממון.

וכל זה לפי שיטת הקצה"ח עצמו דס"ל דלא מהני תפיסה במקום חיוב ש"ה. אכל לפי
מה דנתבאר בשם הרדב"ז וש"פ דס"ל דמהני תפיסה במקום חיוב ש"ה אם אינו נשבע.

לפ"ז הדין נותן דאף דחייב שד"א מ"מ יכול לומר דהא אף אם אני חייב לה ממון בנודאי
מ"מ הרשות בידי לתפוס מה שבידי בשביל חיוב ש"ה שיש לי עליה דהא כ"ז דלא
נשבעת לי הרשות בידי לתפוס ממונה.

ועיקר שבועה הוא כדי לאפרושי מאסור גזלה וכיון דאף דהיה ממון גמור ת"י יכול
לתפוס עד שישבע חבירו לש"ה א"כ ה"ה לשבועה דאורייתא שמחוייב לישבע דאין
הב"ד יכולים לכופו שישבע מקודם: ולכן לדינא לפי מש"כ דהעיקר הוא דמהני תפיסה
במקום חיוב ש"ה ע"כ הדין הוא דאין יכולים הב"ד לכופו למי שנתחייב שד"א דישבע
תחלה דיכול לומר דאני תופס עבור חיוב ש"ה שיש לו על חבירו.

וראני לזה מהא דשבועות (נף מ"א) דאמרו מאי אקא בין שד"א לדרבנן ולא אמרו האי
א"ב לענין קדימה לשד"א וכמו שפתבתי בארנפה לעיל. וכן אמרו בגמ' שם דלר' יוסי
דס"ל דנחתנין לנכסיו בש"ה מאי בינייהו ולא אמרו הך א"ב משמע דאם היה הדין
דנחתנין לנכסיו אף בש"ה דלפ"ז אין להקדים לשד"א נגד דרבנן.

ואף דבכל מקום הדין הוא דמידי דהוי מה"ת הוא קודם למידי דהוי מדרבנן וכנ"ל. עכ"ז
הא מוכח בסוגיא זו דאם היה הדין דנחתנין לנכסיו אף בש"ה דמ"מ אין לשד"א דין
קדימה נגדו משום דיכול לומר הבע"ד דמחוייב לישבע שד"א דאני תופסו עבור חוב
ש"ה שיש לי עליה ואין הב"ד יכולים לכפותו שישבע מקודם משום דאין אנו יכולים
להוציא ממנו במקום שיש לו טענה ולעכב ת"י עבור חוב ש"ה.

א"כ ה"ה לדין דאף דקיי"ל פרבנן דר' יוסי דס"ל דלא נחתנין לנכסיו בשבועה דרבנן
מ"מ פנין דאי תפס מהני אף בחיוב ש"ה פנ"ל ע"כ ג"כ יכול לומר דאני מעכב השבועה
דאורייתא ת"י עבור חוב ש"ה שיש לי עליה.

ולכן לפי מה דהכריע האו"ת בסי' פ"ז פְּהַרְדָּב"ז דְּמַהְנֵי תְּפִיסָה בְּמָקוֹם ש"ה ע"כ הָעֵינָקָר לְדִינָא פְּהַשְּׁבוֹת יַעֲקֹב דְּהַעֲלָה דְּאִין לְשַׁד"א קְדִימָה נֶגְד דְּרַבְּנָן וְדִלָּא כְּהַאו"ת דְּחֹלְק עֲלֵיו. וְדִנְקָא הַקְּצָה"ח דִּס"ל בְּעֶצְמוֹ דְּלָא פְּהַרְדָּב"ז ע"כ שְׁפִיר פֶּסֶק דְּלָא פְּהַשְּׁבוֹת יַעֲקֹב.

אָבֵל לְדִינָא דְּקִי"ל פְּהַרְדָּב"ז פְּנ"ל ע"כ הָעֵינָקָר לְדִינָא פְּהַשְּׁבוֹת יַעֲקֹב: וּמָה שְׁהִבִּיא הַאו"ת רְאִיָּה בְּשֵׁם הָרִיטָב"א דב"מ דְּכַתֵּב דְּהִלְנָה נִשְׁבַּע שַׁד"א מְקוֹדֵם דְּנִשְׁבַּע הַמְּלָנָה לְשְׁבוּעָה דְּאִינוּ בְּרִשׁוֹתוֹ אֶדְ מְשׁוּם שְׁמָא יוֹצִיא אֶת הַמְּשָׁכוֹן חֵיבֻוּהוּ לִישְׁבַע מְקוֹדֵם אֶלְמָא דְּהִדִּין הוּא דְּשַׁד"א הוּא קוֹדֵם לְדְרַבְּנָן עכ"ל הַאו"ת.

לענ"ד אִין זֶה רְאִיָּה דְּהָא הָתָם אִין לִלְנָה עַל הַמְּלָנָה אֶלְא חֲשַׁד מְגוּף הַחֲפֵץ בְּלִבְד דְּחֵינְשִׁינוּ שְׁמָא עֵינְיוּ נִתְּנָן בְּהָ לְכֹן אִין הִלְנָה יְכוּל לֹמַר אֲנִי תוֹפֵס לְשַׁד"א שְׁלִי עֲבוּר הַחֹב שְׁאִתָּה חֵיב לִי לִישְׁבַע שְׁבוּעָה דְּאִינוּ בְּרִשׁוֹתוֹ מְדְרַבְּנָן בְּשִׁילָם וְלָא רְצָה לִישְׁבַע.

דְּהָא כָּל זְמַן דְּהִלְנָה לָא נִשְׁבַּע שַׁד"א חֵיב לֹ מְמוֹן בְּנוֹדָא דְּהָא נִחְתִּינָן לְנִכְסֵיוּ בְּשַׁד"א. וְהִלְנָה אִין לֹ עַל הַמְּלָנָה אֶלְא חֲשַׁד מְגוּף הַחֲפֵץ שְׁמָא מְעַכְּבוּ ת"י וְעוֹבֵר עַל לָא תַחֲמוּד אָבֵל לָא גְזָלָה מִמֶּשׁ.

וְהָא פְּתַב הַר"נ פ' שְׁבוּעַת הַדֵּינִים בְּסוּגִיָּא דְּהַמְּלָנָה עַל הַמְּשָׁכוֹן דְּאָרְף אִם הַמְּשָׁכוֹן הוּא בְּעִין ת"י הַמְּלָנָה וְאִין רוּצָה לְהַחְזִירוֹ אֶרְף דְּהַמְּלָנָה עוֹבֵר עַל לָא תַחֲמוּד מ"מ צָרִיף הִלְנָה לְשִׁלָם הָעוֹדָר מִהַמְּשָׁכוֹן וְאִע"פ שְׁאֶפְשָׁר כו' אָבֵל אִין הִלְנָה נִפְטָר מִחֵיבּוֹ בְּכָף כו' ע"ש בַּהַר"נ.

ע"כ פִּינּוֹן דְּקוֹדֵם שְׁנִשְׁבַּע הִלְנָה יֵשׁ ת"י מְמוֹן שְׁל הַמְּלָנָה ע"כ אִינוּ יְכוּל לְעַכְּבוּ ת"י עֲבוּר חֲשַׁד מְגוּף הַחֲפֵץ שְׁיֵשׁ לֹ עַל הַמְּלָנָה וְכַמְּש"כ הַר"נ. וְגַם י"ל בְּאַמְת דְּמַצִּינָן לְכֹנֵף לְהִלְנָה לְשִׁלָם הִתְרוֹן מְדָמִי הַמְּשָׁכוֹן וְהַר"נ גּוֹפָא מְסַתְּפָק בְּזָה וְכַתֵּב שְׁאֶפְשָׁר לֹמַר שְׁאִין הַב"ד נִזְקָקִין לְכֹנֵף אֶת הִלְנָה כ"ז שְׁהַמְּלָנָה עוֹבֵר עַל לָא תַחֲמוּד.

אֶלְמָא דְּנִסְתְּפָק הַר"נ בְּזָה. וִי"ל דְּזָה אִינוּ רַק בְּיָדוּע שְׁמַעְכְּבוּ ת"י אָבֵל לָא בְּמָה שְׁמִסּוּפָקִים אִם הַמְּשָׁכוֹן הוּא ת"י הַמְּלָנָה.

וְגַם הָא פְּתַב הַר"נ דְּזָה בְּרוּר דְּהִלְנָה אִינוּ נִפְטָר מִחֵיבּוֹ עַד שְׁיִשְׁלָם הִתְרוֹן מִהַחֹב ע"כ מַה"ט י"ל דְּלִכְּן פְּתַב הָרִיטָב"א דְּחֵיב הִלְנָה לִישְׁבַע מְקוֹדֵם. וְעַדִּין י"ל דְּהִיכָא דְּלְדַבְּרִי הַבַּע"ד דְּמַעְכָּב ת"י לְהַשַׁד"א שְׁלֹ דְּלְדַבְּרִי דְּמַגִּיעַ לֹ מְמוֹן מִחְבִּירוֹ בְּנוֹדָא וְע"כ חֵיב חְבִירוֹ לֹ ש"ה דָּאם תְּפִס אִין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ וּמַעְכָּב ת"י ע"פ דִּין וּבְהִתְרָה דַּה"ה דְּמַה"ט יְכוּל לְעַכָּב ת"י חֵיב שַׁד"א שְׁמַחְוִיב עַד שְׁיִשְׁבַע לֹ חְבִירוֹ ש"ה וְע"כ אִין הִכְרַח מְהָרִיטָב"א לְדַחוּת לְדַבְּרִי הַשְּׁבוֹת יַעֲקֹב הַנִּזְל: וּבַח"מ ס' פ"ב סְעִיף ג' פְּתַב הַמְּחַבֵּר כְּשִׁטְעֵן שְׁפָרַע הַשְּׁטָר וְאָמַר יִשְׁבַע לִי כו' וְאִם טְעֵן הִלְנָה שְׁאִין לֹ יִשְׁבַע הִלְנָה שְׁאִין לֹ כו'.

וְזֶהוּ שִׁיטַת הַרְמַב"ם שְׁהוּבָא בְּטוּר שָׁם. וְהַגְּאוּנִים פְּתַבוּ שְׁאִין אֶחָד מֵהֶם נִשְׁבַּע כו'. וְהַט"ז שָׁם פְּתַב לְהַלְכָה כְּשִׁיטַת הַגְּאוּנִים אָבֵל הַשְּׁטָר פֶּסֶק לְהַלְכָה פְּהַרְמַב"ם וְהַמְּחַבֵּר. וְהַטְעַם הוּא דְּכִינּוֹן דְּמַה"ת א"צ הַמְּלָנָה לִישְׁבַע עַל שְׁטָרוֹ ע"כ בַּכַּה"ג מוֹקְמִינָן עַל דִּינָא דְּאוּרְזִינָא.

ולכאורה י"ל דמה"ט בנ"ד דמי שנתחייב שד"א יתנה מחוייב לישבע מקודם דמוקמינן על דאורייתא. אבל באמת אין זה דומה כלל לנ"ד דשאני הכא כמי שיש לו על חבירו חוב ש"ה דמחוייב חבירו לישבע נגדו דיכול לומר מי שמחוייב לישבע שד"א דאני מעפבו ת"י עבור חוב ש"ה שיש לי עליה דהא מוטל החיוב על חבירו לישבע ש"ה.

משא"כ התם גבי שבועת השבע לי על שטרן דאין יכול לומר השבע לי כ"ז דלא השליש לו המזון פיון דטוען אין לי א"כ אין לו עליו חיוב שבועת השבע לי על שטרן פיון דאחר שישבע המלנה לא יטול המזון.

והני זה פועין הא דב"מ (דף ה') דאמרו ומי יתבינן לי פוליא וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קכ"ג דהיכא דאחר שישבע לא יטול המזון אינו מחוייב לישבע. ע"כ אין להלנה שום חיוב שבועה על המלנה פיון דטוען אין לי לכן בכה"ג מוקמינן על דאורייתא משא"כ בנ"ד דיש לו חוב שבועת היסת על חבירו שפיר יכול לעכב ת"י השד"א שלו עד שישבע לו חבירו ש"ה.

וכן אין להוכיח כלל מן שיטת הגאונים דס"ל דאין כ"א מהם נשבע. דשא"ה דהא עיקר חיוב שבועת אין לי הוא רק מתקנת הגאונים ע"כ לא שייך שם לדון ולומר דנוקמי על דינא דאורייתא כמש"כ הש"ך.

דהא מה"ת פטור הלנה מן השבועה ע"כ בזה אמרו הגאונים דאין כ"א נשבע. ע"כ אין להוכיח מן שיטת הגאונים הנ"ל פשיטת השבות יעקב הנ"ל דבאמת אין להוכיח לנ"ד מן הרמב"ם ומן שי' הגאונים הנ"ל כלל: ונתבאר דהעיקר להלכה כמש"כ השבות יעקב דאין דין קדימה לשד"א נגד דרבנן ואין אנו יכולין לכופו שישבע מתחלה.

וכעת הגיע לידי ספר שבות יעקב וראיתי שם בסי' קנ"א שכתב ג"כ ראי' זו מהא דשבועות (דף מ"א) דמדלא אמרו ה' א"ב לענין קדימה דמוכח מזה דאין קדימה לשד"א אף שכתב בקצרה. ובעז"ה אנכי בארתי כל זה היטב: ענף ג ועכשיו נבאר בעיקר מילתא מה דכתבו האחרונים בשנים שנתחייבו ש"ה דטילו גורל מי מהן ישבע תחלה דיש לדון בזה הרבה.

והוא דהא אי' בסנהדרין (דף ל"ב) צדק צדק תרדף אחד לדין וא' לפשרה פיצד כו' היו שתייהן קרובות שתייהן רחוקות הטל פשרה ביניהן ומעלות שחר זו לזו. וכן מבואר בח"מ סי' ער"ב סעיף י"ג י"ד שניהם טעונים שניהם רוכבים או ריקנים הטל פשרה כו'.

וכה"ג מבואר בסי' קנ"ד סעי' ג' בהג"ה דאם באו שניהם לפתוח בבת אחת כו' דאם שניהם חסרים יעשו פשרה ביניהם וכמש"כ הנ"י בשם הריטב"א ס"פ חזקת הבתים. וקשה דאמאי לא אמרו דטילו גורל כמו בחלוקת השותפות וחלוקת החרצר בסי' קע"ג ובסי' קע"ד ובכמה דוכתי: ויש לומר דבאמת מוכח מזה דהטלת גורל לא שייך אלא היכא דבעצם הענין אין שום נפ"מ לכ"א מהצדדים דהא לא אמרינן דטילו גורל אלא בקרקע שנה שניהם עדיות או בינונית וזיבורית.

ומה"ט בשני שדות א' עדיות והב' זיבורית הא חולקים כל שדה בפ"ע כמבואר בסי' קע"ד. ע"כ פיון דאין שום יתרון בהה' פלגא יותר מן אידה' פלגא בזה אמרו דטילו גורל.

והא דב"ב (דף קכ"ב) בתלוקת הארץ שאני התם דהיה אלעזר באורים ותומים ויהושע וכל ישראל עומדים כו' והיה מכנין ברוה"ק ואומר זבולון עולה תחום עפו עולה עמו כו'. וכן אמרו בב"ב (דף ק"ז) אי מה להלן קלפי ואורים ותומים כו'.

וכן הא דסנהדרין (דף מ"ג ע"ב) דא"ל אל תוציא לעז על הגורלות שעתידה ארץ ישראל שתחלק בגורל כו' והיה ג"כ באורים ותומים כמו בתלוקת הארץ. אבל גורל שלנו דאינו באורים ותומים לא מצינו דמהני רק בתלקים שוים פנ"ל: ולכן התם בשניהם טעונות או רוכבים דכ"א צריף לאותו ענין וכן בפתיחת החלון דמייגרי שם דשניהם חסרים וכ"א אומר שאני רוצה בהאי זכות ואם הגורל יזכה לא' איבד הב' את זכותו ע"כ לא מהני בזה גורל פי אין פח בהגורל להפקיע זכות א' מהם לכן אמרו דייעשו פשרה ביניהם.

וכן פתב הט"ז ביו"ד סי' ט"ז ס"ק ט' גבי אותו ואת בנו דכל מי שישחוט תחלה זריז ונשפר דאין לב"ד להכניס א"ע בדבר ולומר שפילו גורלות מי מהם ישחוט תחלה פי אין להם להפקיע זכות של כ"א שרוצה להקרא זריז שיש לכ"א היתר לשחוט עכ"ל הט"ז.

הרי מבואר דאין הגורל יכול להפקיע זכות של כ"א שרוצה לזפות באיזה דבר. והא דיומא (דף כ"ב) בהפניסות שהיה שם הא אין זה רק מדרבנן כמו דאמרו שם דמה"ט לא תקנו רבנן פייסא בעבודה של תרומת הדשן כו' פינן דחזו דקאתו לידי סכנה תקנו רבנן פייסא.

ואין מדמין תקנת חז"ל להדדי. ולכן שפיר אמרו בהא דח"מ סי' ער"ב וסי' קנ"ד ובט"ז יו"ד הנ"ל דייעשו פשרה ולא הטלת גורל.

וראיתי בספר תפארת למשה על יו"ד סי' קנ"ז סעיף א' בהג"ה דלא יתנו מהם אחד אא"כ יחזוהו כו' דכתב דע"פ גורל שרי והביא ראיה מן עובדא דיונה וגבעונים ע"ש. ובאמת אין זו ראיות מוכרחות דהא בעובדא דיונה היה הגורל כדי שידעו בשל מי הרעה הזאת פדכתיב ביונה א' ובפרקי דר"א שהובא שם בפ"י רש"י שהיה שארי ספינות בשלום ושלחם משתברת כו'.

ובלא"ה אין ראיה מהמלחים דהתם פידוע. וכן מהא דגבעונים הלוא היה ע"פ קליטת הארון כמבואר ביבמות (דף ע"ט) שהעבירום לפני הארון כו' והיה כמו ע"פ שכינה.

וכן י"ל בהא דסנהדרין (דף י"ז) דא"ל בואו וטלו פיתקיכם כל מי שעלה בידו זמן אמר קבר קידוש שמים. ועיין בח"מ סי' קס"ג ש"ף ס"ק י"ח וקצרת.

וכן ראיתי להנתיבות בסי' קנ"ד ס"ק ו' שכתב שם דלא מהני הטלת גורל התם אף שכתב בקצרה ע"ש: ולפי מה דנתבאר דלא מהני הטלת גורל להפקיע זכות של כ"א. ע"כ יש לדון בשנים שנתחייבו שבועה זה לזה דלא מהני בזה הטלת גורל פינן דכ"א טוען פי האמת אתי ואתה לא תוכל ליטבע באמת על טענתי וע"כ רצוני דהשבע אתה תחלה פי שפא תפרוש מאימת השבועה ותתחייב לי א"כ למה אשבע בחנם ואע"ג דהאמת אתי מ"מ הא כמה אינשי פרשי משבועת אמת כמש"כ הר"נ בשבועות ר"פ כל הנשבעין על מה דמקשה הגמ' שם גבי שכיר נשבע ונוטל דליבת ליה בלא שבועה דזהו משום דאיפא

למיחש בכדי חזיו דהא איפא אינשי דפרשי משבועת אמת ואפי בקוושטא לא בעי לאשטבועי עכ"ל הר"נ.

[ועיין בפ"ד סי' פ"ט ס"ק יו"ד באה"ד בד"ה אף קשה לי כו' בסה"ד שם בקוושטא על הרמב"ן]. וע"כ טובתי וזכותי דאתה תשבע תחלה והדעת נוטה דאין יכולת ביד ב"ד לכופו לישיבע תחלה ע"פ הגורל רק מהראוי לב"ד להשתדל ולעשות פשרה ביניהם כמו בהא דשניהם טעונות וכל הנ"ל.

ואפשר דלכו נהגו להטיל גורל בזה וכמש"כ האחרונים לפי דהא מקודם דישיבע חבירו מקודם מחייב השני להשליש בטחונות טובים כפי ראות עיני הב"ד בזה שישיבע בנודאי לבסוף או ישלם כפי התביעה ע"כ באמת אין שום נפ"מ לכ"א או שישיבע בסוף או בתחלה ע"כ הנהוג בזה להטיל גורל.

ולפ"ז יש לדון דהיכא דלפי ראות עיני הב"ד יהיה פסידא למי שיהיה צריך לישיבע תחלה כפי ראות עיניהם לפי קנטב הענין כידוע לפעמים בענינים פאלה דבזה קשה לחייבו לישיבע תחלה ע"פ הגורל אלא מהראוי לב"ד להשתדל ולעשות פשרה ביניהם מי יהיה הקודם.

וכן מן דברי הגמתיבות בסי' קנ"ד ס"ק ו' פנ"ל הוי סייעתא לדברינו: כ"ז פתבתי מכבר. וכעת ראיתי בספר תבואות שור סי' ט"ז בשמלה חדשה סעי' ט' ובתבואות שור ס"ק כ"ט שכתב במה שכתב הט"ז שם גבי אותו ואת בנו דאין לב"ד להכניס א"ע ולהטיל גורל כו'.

דאינו כן לדינא והעלה דמתחלה יראו לפשר ביניהם ע"י ממון שיעלו שפר זה לזה אבל אין לכוף שום א' מהם ע"ז ואם לא יתרצו יטילו גורל. והביא שם להא דסנהדרין (דף ל"ב) דשניהם טעונות מעלין שפר זה לזה כו' ע"ש.

ומשמע מדבריו דה"ה בהא דסנהדרין הנ"ל הדין הוא דאם לא יתרצו לעשות פשרה ביניהם דיוטל גורל ביניהם מי יהיה הקודם. ע"כ שפיר נהגו בכל בתי דינים להטיל גורל ביניהם מי ישיבע מקודם רק מתחלה יתירו אולי יהיה יכולת בידם לפשר ביניהם בזה.

אף אם לא יתרצו על פשרה מי מהם ישיבע תחלה אז יטילו גורל רק ישליש השני בטחונות טובים שישיבע אח"ז או ישלם כל תביעת חבירו. ואף היכא שיגיע פסידא למי שיצטרף תחלה לישיבע ע"פ הגורל ג"כ היכולת ביד הב"ד לכופו ע"פ הגורל שישיבע מקודם ודלא כמו שכתבתי מתחלה ושפיר נהגו בכל בתי דינים להטיל גורל בזה: ענף ד נעוד גלע"ד לדון בשנים שתבעו זא"ז ונתחייבו כ"א שבועה לחבירו די"ל דאין אחד יכול להכריח לחבירו לישיבע עד אחר שישיבע שבועה המוטלת עליו לישיבע נגד חבירו ואף ע"פ גורל לא יהיה יכול להכריח לחבירו לישיבע מקודם.

והוא דהא עיקר מקלמא דחייב ש"ה הוא משבועות (דף מ') דאמרו מ"ט ואמרו משום חזקה א"א תובע א"א כ' יש לו עליו ומקשו דהא איכא חזקה א"א מעיז ומשני אישתמוטי כו'. ובאה"ע סי' פ' סעי' ט"ז כתב המחבר טען הוא שאינה עושה והיא מכחישתו מושיבין אשה ביניהם וכ"כ הרמב"ם פ' כ"א ה"א ה' יו"ד.

וכתב ההפלאה בק"א שם דהא דלא תקנו שבועת ה'יסת שם טעמו דהא עיקר ש"ה הוי משום חזקה א"א תובע כו' ע"כ היכא דאיכא חזקה אין אשה מעיזה הסותרתו פטורה מן ש"ה. והם דברי טעם ועיין בהפלאה בק"א סי' צ"ו ס"ק ו' מזה.

וכה"ג פתב השער המשפט בסי' ע"ח ס"ק ז' דהיכא דאיכא חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דפטור מן ש"ה ודוקא במה דאיכא חזקה א"א מעיז היכא דליכא אשתמוטי כמש"כ התוס' בב"מ (דף ו') ד"ה אלא הא דאמר ר"נ דלא פלוג רבנן אבל בשארי מילי היכא דאיכא חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' בזה מיפטר מן ש"ה וכמש"כ ההפלאה פנ"ל: ולפ"ז יש לדון בשנים שתובע כ"א מנה לחבירו דכיון דחזינו דאף בהשני שתובע מהראשון שייך ג"כ הך חזקה דא"א תובע כו' דאם נימא דבהשני לא שייך כ"כ הך חזקה דאפשר דעושה פן מחמת דהתחיל הראשון לתבוע ממנו.

דא"כ הנה הדין נותן דלא יהיה חייב הראשון ש"ה על טענת השני וע"כ מוכח דגם בהשני אמרינן הך חזקה דא"א תובע כו' רק חזקה א"א מעיז לא שייך בהנתבע משום דאמרינן אשתמוטי כו'.

וכיון דלכל אחד מהם מסייע הך חזקה דא"א תובע כו' ועיקר חיוב ש"ה הוי משום חזקה דא"א תובע כו' וכמש"ה מזה בחידושי לסי' פ"ז סעי' ו' בש"ך ס"ק ט"ו לדון עפ"ז בתרי ותרי אם חייב ה'יסת ע"ש.

ואם נימא לחייב לחבירו ש"ה משום חזקה דא"א תובע כו' א"כ הא יש להשני ג"כ הך חזקה דא"א תובע כו'. והן אם נימא דהנהך חזקות אינן סותרים להדדי דבאמת מוכח מהני חזקות דכ"א חייב לחבירו.

והן אם נימא דהנהך חזקות סותרות כ"א לחבירו הא נתבאר דאף אם איכא חזקה הסותרתו דלא מצינו לחייבו ש"ה כמש"כ ההפלאה פנ"ל. וכיון דאם הנה ידוע דכ"א חייב לחבירו מנה הא הנה יכול כ"א לעכב ת"י מה שחייב לחבירו ע"כ ה"ה במה דתקנו עיקר חיוב ש"ה דזהו משום חזקה דא"א תובע כו'.

לכן פינו דיש להשני ג"כ הך חזקה דלא מצינו לחייב לחבירו ש"ה כ"ז דלא נשבע ואמרינן אוקי חזקה להדי חזקה והוי כמאן דליתנהו להני חזקות א"כ אין פאן עיקר שבועה פלל מעולם דעיקרו ניתקן משום חזקה דא"א תובע.

לכן הדעת נותנת דכ"ז דלא נשבע אחד מהם אין פאן חיוב שבועה פלל על חבירו רק לאחר דנתרצה אחד מהם לישבע ואיבטל ליה החזקה דא"א תובע כו' של חבירו אז אח"ז יש לו חיוב שבועה על חבירו: והא דסי' ע"ב סעי' כ"ח דשניהם נשבעים ש"ה אין זה סתירה לנ"ד.

וי"ל דלפמש"כ דאין כ"א נשבע נגד חבירו זהו בתובע כ"א מנה מחבירו ושני התביעות הם שוות דאמרינן אוקי חזקה בהדי חזקה כו'. אבל אם תובע א' מחבירו שלשה דינרים וא' תובע מחבירו דינר א' דבזה י"ל דאף דנימא אוקי חזקה להדי חזקה והוי כמו דליתנהו דמ"מ עדיין חייב לישבע אותו שתובעין ממנו שלשה דינרין דאף דנימא אוקי חזקה כו' ויש לו חזקה המסייעו על דינר א' עכ"ז הא יש להב' חזקה דא"א תובע כו' על השני

דינרין דתובע מתבירו וע"כ הדין נותן בזה דמקודם מחוייב לישבע אותו הבע"ד שתובעין ממנו התביעה גדולה שהוא יותר מתביעתו.

וממילא מחוייב לישבע ג"כ על הדינר השלישי ג"כ דאף דעל דינר א' יש לו חזקה המסייעו מ"מ הא מבואר בפ"ד סי' צ"ד ס"ק ח' דחזקה לא מציי למיפטר מן גלגול שבועה אף בחזקה אלימתא.

ע"כ פינו דעל הענף מן תביעת חבירו מחוייב לישבע לכן חייב לישבע משום גלגול שבועה אף על דינר הג' דאף דנימא דהך חזקה דא"א תובע דיש לו על הבע"ד השני מן תביעת דינר א' הוא סותר להך חזקה מ"מ הא אין פס בחזקה למיפטר מן ג"ש.

וע"כ שם בסי' ע"ב סעי' כ"ח דמייירי שם דהמלנה תובע מהלנה דינר א' והלנה תובע מהמלנה שלשה דינרין הדין נותן בזה דמתחלה ישבע המלנה ואח"כ ישבע הלנה על דינר א' ולא שייך התם הטלת גורל פלל אלא מי שנתבע ביותר מן תביעתו על חבירו דהוא ישבע מקודם: וכן יש לדון היכא דהדין הוא אף אם הנה ידוע לנו דכ"א חייב לחבירו מנה דכ"א גובה שלו כמו הא דסי' פ"ה סעיף ג' דנה גובה ונה גובה ולא אמרינן הפוכי מטרתא ל"ל.

דבזה הדין נותן אף בתביעות שוות דיש לכ"א חייב שבועה על חבירו דאין לומר בזה אוקי חזקה בהדי חזקה כו'. דהא אף אם הנה מבורר לנו דכ"א חייב לחבירו מנה מ"מ הנה הדין דכ"א ישלם לחבירו וע"כ שפיר יש פאן חייב שבועה לכ"א על חבירו.

ועיין בקצה"ח סי' ע"ג ס"ק ב'. אבל היכא דהדין הוא דהפוכי מטרתא ל"ל כמבואר התם ובפ"ד סי' ע"ב ס"ק ע"ט ע"כ בכה"ג אין פאן חייב שבועה פלל לכ"א על חבירו כ"ז דלא נשבע אהד נגד חבירו.

ועיין באה"ע סי' צ"ו בח"מ ס"ק י"ב מש"כ בשם הר"נ. ואף גורל לא מהני בזה ונהי פועין מה דמציינו לשיטת הגאונים בח"מ סי' פ"ב בטור שם והובא שם בסמ"ע ס"ק י"ח ובט"ז ופ"ד שם דס"ל התם דאין כ"א מהן נשבע רק לאחר דנשבע התובע אז ישבע הלנה שאין לו אבל מקודם דנשבע התובע על שטרו אין א' מהם יכול להכריח לחבירו לישבע פלל ולא הנפירו שם פלל הטלת גורל.

ושיטת הרמב"ם והמחבר שם דשא"ה דהא מה"ת א"צ בעהש"ט לישבע פלל על שטרו כמש"כ הש"ך שם. ואף דיש לחלק נ"ד מן הא דגאונים הנ"ל עכ"ז הא נתבאר בלא ראיה זו מילתא בטעמא די"ל בנ"ד דאין פל אהד יכול לחייב לחבירו שבועת הדין עד אחר שישבע האהד פנ"ל פן נ"ל לדון בזה: אכן מהפוסקים לא משמע פן וכן המנהג דאף בתביעות שוים ואף היכא דשייך הפוכי מטרתא דמ"מ הב"ד מטילים גורל מי מהם ישבע מקודם אם השני ישלש בטחונות דישבע אח"כ ג"כ.

ובאמת מוכח מזה דלא כמש"כ ההפלאה הפלל שלו דאם יש חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דפטור מן ש"ה. אלא דמוכח מזה דאף בכה"ג אמרינן לא פלוג רבנן וכמש"כ התוס' בב"מ (דף ו') פנ"ל.

וכמש"כ מזה בסי' ע"ח על הש"ך שם ס"ק ט"ו בְּחִידוּשֵׁי שָׁם ע"ש. אף זה ברור לענ"ד דאם סף התביעות אינן שוין כ"א לחבירו דבזה הדין הוא דישלבע מקנדם אותו הבע"ד שתובעין ממנו ביותר מן תביעתו על חבירו דהא טענתו אילימא לנו ביותר מן תביעת חבירו ממנו פנ"ל ואמרין אוקי תדא לגבי תדא ונשאר לנו העודף מן תביעת חבירו וממילא חייב לישלבע מצדגלגול שבועה פנ"ל.

ואף שמן האו"ת בסי' ע"ב ס"ק מ"ה לא משמע פן דהא שם מירי דשני התביעות הם אינן שוין ותביעת א' הוא סף היותר מן תביעת חבירו ואפ"ה פתב האו"ת שם דאם שניהם נשבעים הלא אי אפשר שישלבעו פאחד וא' נשבע תחלה או בגורל או בריצוי הצדדין כו' עכ"ל האו"ת.

וכ"כ הנתיבות בסי' ע"ב ס"ק מ'. עכ"ז נראה לי דהעיקר כמש"כ.

פינן דע"פ דין יש לומר דבתביעות שוין הדין הוא כמש"כ אלא דנהגו להטיל גורל בזה אכל אם תביעת א' עולה ביותר מן תביעת חבירו בכה"ג י"ל מה"ט דנתבאר דישלבע מקנדם אותו שתובעין ממנו סף היותר: עוד נלע"ד לדון בזה דכ"ז לא שייך אלא בתובעין שניהם ביחד זא"ז אכל אם א' מהן תובע תחלה דינדקרו הב"ד תחלה לחייב שבועה למי מהן שהיה נתבע מתחלה.

וכמבואר בכה"ג בכתובות (דף ק"י) בתוס' ד"ה סוף סוף פי אתו למגבי כו' דהיכא דל"ל פסידא דנדקרו למי שתבע מתחלה וכמש"כ הנתיבות בסי' כ"ד ס"ק א' ע"ש. אף אם לפי ראות עיני הב"ד יש מזה פסידא למי שישלבע מקנדם אז י"ל דאף בכזה יטילו גורל דהא במקום פסידא אין נזקקין לתובע תחלה.

ואין לומר דבאמת ישלבע מקנדם לדבריו דאומר דהאמת עמו די"ל בזה פעין מש"כ הר"נ רפ"ז דשבועות דמקשה הגמ' שם וליתב ליה בל"ש דגם בזה שייך פדי חזיו דכמה אינשי פרשי משבועת אמת.

וכיון דזה מקרי דנוגע לכדי חזיו ונדאי דמקרי זה פעין פסידא. ועיין בקצה"ח סי' ק"א ס"ק ו'.

אכל היכא דלפי ראות עיני הב"ד אין בזה פסידא למי שישלבע מקנדם אז הדין הוא דינדקרו הבית דין להתובע מתחלה לחייב לבעל דין שלו השבועה מקנדם פן י"ל בזה: היצא לנו מפל זה דבחיוב ש"ה מהני תפיסה ודלא כהקצה"ח.

והיכא דיש לא' על חבירו שד"א והב' יש לו על חבירו שבועה דרבנן דיטילו גורל וכמש"כ השבות יעקב בסי' קנ"א אכל לא ישלבעו שניהם ביחד כמש"כ הש"י שם. ואם יש לכ"א ש"ה על חבירו דיטילו גורל מי ישלבע תחלה דאז ישליש השני מעות ת"י הב"ד לבטוחות דישלבע לאח"ז.

וכעין מש"כ הש"ך בסי' פ"ב ס"ק י"ב דאומרים לו הבא מעות דוקא ולא משפון ואח"כ ישלבע ויטול. ועיין באו"ת שם ס"ק י"ז באורים.

וכ"ז הוא אם התביעות הם שוין אכל אם תביעת א' הוא סף גדול מתביעת חבירו י"ל בזה דישלבע מקנדם אותו הבע"ד שתובעין ממנו הסף הגדול ואח"ז ישלבע השני. ואם א'

מהם תבע לחבירו מקודם תביעת השני י"ל בזה דנוקין למי שתבע מתחלה אם אין פסיקא למי שישבע מקודם כנ"ל: יא (שם סעי' י"ב ש"ף ס"ק ל"ה) בד"ה אבל לפעד"נ דמהרא"י והד"מ והב"ח שגו וטעו בזה כו' ועוד דאפילו כו' א"כ גם אם הוי מתחייב ש"ד הנה יכול לומר כו' והשבע לי היסת כו'.

והקצה"ח בס"ק ט"ז פתב דמ"ש הש"ף בדרכים הראשונים אינו מוכרח דע"כ לא אמרו במודה במקצת דישבע היסת אחר הפרעון משום דכי פרע תו ליפא דין מודה במקצת אבל היכא שנתחייב ש"ד ע"פ עד ולא רצה לישבע ושיקלם נראה דגם אחר פרעון ליפא היסת אף למ"ד אין עד מסייע פוטר דהדין הוא כ"ז שאינו נשבע להכחיש העד ה"ה פשנים כו' שוב ראיתי בחידושי הרשב"א כו'.

ובספר תרומת הפרי שם הביא בשם העיטור שפתב להיפוך ע"ש. ועיקר סברת הקצה"ח שפתב לחלק דשאני בע"א דכ"ז דלא נשבע פנגדו ה"ה פשנים י"ל דזה תלוי בהנהך תירוצים שפתבו התוס' בב"ב (נ"ד ל"ד ע"א) בד"ה הוי מחושואיל"מ כו' והובא בש"ף ס"א ע"ה ס"ק מ"ג ועיין באו"ת ס"א ע"ה ס"ק ט' וקצרת: ולענ"ד נראה לחלק בחילוק אחר דשאני שבועת ע"א מן שבועת מודה במקצת לענין ש"ה לאחר הפרעון והוא דלקמן ס"א צ"ד סעיף ג' ענף ה' פתבתי להעיר במש"כ שם לעיל בשם ההפלאה דהיכא דיש חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דכה"ג לא תקנו לש"ה והקשיתי שם ע"ז מהא דסי' פ"ח סעי' כ"ב גבי שבועת מודה במקצת דאם לא רצה לישבע שד"א ושיקלם דיכול לטעון עליו ולהשביעו היסת לאחר פרעון דהא בכה"ג יש חזקה דא"א תובע כו' דהנה להתובע הראשון מתחלה בעת שתבע א"כ החזקה הלז סותר להחזקה דא"א תובע כו' דיש להתובע השני עקשיו וע"כ לכאורה הדין דאינו יכול לחייב ש"ה לאחר הפרעון.

והעליתי שם לחלק דשא"ה די"ל דעיקר שד"א במודה במקצת ג"כ הוא משום החזקה דא"א תובע כו' ולכן פיון דהועיל החזקה כו' לחייב שד"א ע"כ אינו מועיל שוב להיות פוטר את הנתבע השני מן ש"ה וכעין סברת הש"ף דהכא גבי ע"א דאינו יכול לפעול שתי פעולות היינו לחייב שבועה ולפטור אח"ז כו'.

ונה אינו שייך רק גבי שבועת מודה במקצת די"ל דהוא ג"כ מטעם חזקה דא"א תובע כו'. אבל שבועה הפא ע"י ע"א דאין זה מטעם חזקה דא"א תובע כו' דהא קי"ל דאף בטענו בספק ע"פ העד ג"כ חייב שד"א פמבנאר בסי' ע"ה סעי' כ"ג וכמש"כ הש"ף שם ס"ק פ' דכן הלכה רונחת בישראל.

ע"כ שפיר יש לדון גבי שבועת ע"א דאם לא נשבע והוכרח לשלם דאינו יכול להשביע את המלנה ש"ה לאחר הפרעון פיון דעיקר ש"ה הוא משום חזקה דא"א תובע כו' והכא יש חזקה דא"א תובע כו' דהנה להתובע הראשון בעת שתבע ממנו מתחלה ונהו סותר להחזקה דא"א תובע דיש להתובע השני ע"כ אין מקום לחייב ש"ה לאחר הפרעון גבי שבועת ע"א ושאני שבועת מודה במקצת: ועדיין יש לדון בזה לפי מה שפתבתי לקמן ס"א צ"ד סעי' ג' ענף ה' דלכן אמרו בסי' פ"ב סעי' י' ובסי' ע"ח גבי חזקה תו"ז דיכול להשביע היסת לאחר הפרעון ולא אמרינו דהא איפא חזקה דא"א תובע כו' דהנה להתובע הראשון דהו סותרת להחזקה דהשתא משום דשא"ה דאין פ"ח כ"כ בהחזקה הראשונה

לפי די"ל דכינון דהשטר או החזקה דתו"ז מסייעתו כו' וכעין סברת ההפלאה בסי' צ"ו סעי' י"א ע"ש.

א"כ ה"ה יש לדון פן בשבועת ע"א דאין פח כ"כ בהחזקה דא"א תובע כו' ש"ל די"ל ב"ה ג"כ דכינון דאיכא ע"א המסייע לו דמעיו ומעיו פדמצינו באה"ע סי' י"ז ובב"ש ס"ק ו' בשם הטור דאף אם ע"א מסייע לה מעינה.

אכן פיון דזה גופא ה"ל פלוגתא דרבנותא כמו דמסיק הב"ש שם בשם הרא"ש וכמבואר באה"ע סי' קמ"א סעי' נ"ה ובב"ש ש"ק פ"א ע"כ מספיקא אין יכולין לחייב ש"ה לאחר הפרעון גבי שבועת ע"א דדילמא הדין הוא דבע"א מסייעו ג"כ אינו מעיו א"כ אילמא לי' החזקה דא"א תובע כו' דהיה להתובע הראשון ושפיר מצית לסתור להחזקה השנייה דשקולים הם.

ואפשר דזהו פלוגתת הרשב"א עם העיטור הכא בנ"ד שהובאו בקצה"ח ובספר תרומת הפרי ויש להאריך בכ"ז. ולדינא אין לחייב ש"ה לאחר הפרעון בשבועת ע"א אף אם נימא דאין עד מסייע פוטר בכה"ג: יב (שם סעיף י"ג) ואם השביעוהו בשבועה שצריכה נק"ה בלא חפץ הוי טעות וחוזר.

וראיתי בהפלאה בק"א סי' צ"ו ס"ק ל' שכתב על דברי הב"ש שם ס"ק ל"ט דצריכה לחזור ולישבע ונראה דבדיעבד לא אמרינו בזה א"א מוריש שבועה. ופשוט הוא דעכ"פ צריכים היורשים לישבע שבועה שלא פקדנו ונראה דנפקא לי' להב"ש מהא דאמר ומודה רב בקופצת משמע דלא נשבעה בנק"ח כו' וצ"ל דס"ל לרב דהך דינא דיתומים מן היתומים אין גובין לא חמירא פולי האי וכינון דנשבעה חוץ לב"ד תו לא אמרינו בי' מתוך שאיל"מ ולפ"ז נ"מ בכל חוב במת לזה בחיי מלנה אם המלנה נשבע קודם מותו בלא נק"ח אף דקיי"ל דצריף לחזור ולישבע מ"מ אם מת לא אמרינו בי' א"א מוריש שבועה לבניו וצ"ע שלא הזכירו הפוסקים עכ"ל ההפלאה: ענף א ולענ"ד יש לדון הרבה בדבריו.

והנה הר"נ גיטין פ"ד ובסוגיא דהתקינו שתהא נודרת ליתומים כו' פתב על מה דאמרו מודה רב בקופצתופי' רש"י הואיל וקפצה ונשבעה תגבה וכן משמע בירושלמי אבל ר"ח ז"ל פתב מודה רב בקופצת שפיון שעברה ונשבעה משביעין אותה שבועה פתקנה ע"ד ב"ד ומוכח לה מן ב"ק (דף ק"ו) פאן בקפץ אלמא בקפיצה לא חשיבה שבועה ולאו ראיה היא דלעולם שמי שבועה והתם ה"ט כו'.

וכן פתב הרשב"א בחי' לגיטין (דף ל"ה) עלה דאמרו מודה רב בקופצת לפלוגתת רש"י עם הר"ח הנ"ל. וכ"כ הרשב"א בחי' לב"ק (דף ק"ו) ובשמ"ק לב"ק שם להך פלוגתת הראשונים הנ"ל.

והנה שיטת רש"י וסייעתו דמה דמודה רב בקופצת דס"ל דגם שבועה בקפצה ונשבעה מועלת ואינו ראיה מהא דב"ק כמבואר שם בדברי הראשונים הללו. א"כ אינו ראוי מהתם להוכיח להך דינו דחידוש ההפלאה די"ל דשא"ה דעיקר התקנה דנמנעו בכתובה להשביעה משום חשש שתשבע לשקר ולכן רב לא מגבי כתובה לארמלתא דזה אינו רק לכתחלה אבל פיון דעברה ונשבעה כפי הדין של שבועתה בדיעבד סמכינו על שבועתה.

וע"כ אינו ראיה מהתם להוכיח להך דין מתוך דש של ההפלאה ומוקמינו על הסברא דכינו דשבועה בלא נק"ח לא מהני כלל במקום דצריד נק"ח ונהוי כמו דלא נשבע לשבועת היתומים כלל וממילא דיינינו גם בזה להך דא"א מוריש כו'.

ועיקר ראיות ההפלאה הוא לפי שיטת החולקים על רש"י וס"ל דשבועה בקופץ לא הוי נחשב לשבועה כלל כ"ז דלא השביעוהו הב"ד וכמו דהוכיחו מן הא דב"ק (דף ק"ו). ומ"מ חזינו דמודה רב בקופצת דיכולין להשביעה שנית ואף דהוי בחשש שתשבע לשקר שנית ג"כ מ"מ פיו דכבר נשבעה עכ"פ אף דלא מועלת מ"מ לא התמירו בכה"ג בשבועת יתומין לומר דזה יהיה עיפוב לעגנו הפרעון.

ועיין ברא"ש שבועות פ"ז סי' ט"ו. א"כ ה"ה בכל שבועת יתומין אף דהתמירו שם למידן בזה א"א מוריש כו' דמ"מ פיו דנשבע אף לשבועה דאינו מועיל מ"מ לא דיינינו בזה א"א מוריש כו'.

וכינו דראיות ההפלאה הוא רק לשיטת הסוברים דבקופצת צריכה לחזור ולישבע משום דשבועת קופצת לא מהני א"כ לא היה צריד ההפלאה להוכיח פן ע"פ מש"כ דמשמע דשבועת קופצת דהתם היתה בלא נק"ח.

דא"א דנימא דקופצת דהתם היה בנק"ח מ"מ יש להוכיח פן לפי מה דס"ל להך שיטה דשבועת קופצת לא מהני כ"ז דלא נשבעת ע"פ דעת הב"ד ואפ"ה ס"ל דמהני שבועת קופצת לעגנו דיהיה מועיל להשביעה שנית לשבועה המועיל ע"פ ד"ת.

דה"ה לעגנו א"א מוריש כו' דאם נשבע המלוה עכ"פ לאיזה שבועה אף דאינו מועיל דמ"מ יהיה מהני שבועת היורשים שישבעו לשבועה שלא פקדנו כו' בשבועה בנק"ח. אף לפי שיטת רש"י וסייעתו דשם אין זה הוכחה פנ"ל.

וי"ל באמת לשי' רש"י וסייעתו דקופצת דהתם היה בשבועה בנק"ח וס"ל דשבועה בקופץ ג"כ מהני בכל חיובי שבועות דעלמא וע"כ אף בשבועת אלמנה דתקנו שלא להשביעה דזה לא היה רק על לכתחלה אבל אם קפצה מהני גם בכתובה.

משום דהתקנה לא היה רק על לכתחלה אבל לא לעיפובא: ובח"מ סי' פ"ז סעי' ט"ז שנים שנשבעו שלא יטענו אלא האמת י"א דאינו נפטר בשבועה הראשונה וי"א דאם נשבעו בנק"ח א"צ לחזור ולישבע כו'.

ומבואר בבאר הגולה שם ס"ק יו"ד בשם תשובת הרשב"א שכתב הטעם דלכן אינו נפטר בשבועה הראשונה לפי דבשעה דנשבע לא יצתה מפיו לשקר כו' וכ"כ הסמ"ע שם ס"ק מ"ג. והנש"ך שם ס"ק מ"ג ציין לעיין לקמן סעי' ל"ד והוא בש"ך שם ס"ק פ'.

ועיין לעיל סי' ל"ד סעי' ח' ובסי' צ"ב סעי' ב' מזה. ולענ"ד יש לדון בזה טעם אחר לפי שיטת הר"ח וכפי הכרעת דעת הרשב"א בחי' לגיטין שם פדעת הר"ח דשבועת קופצת לא מהני לצאת ידי חובת שבועת הדיינין משום דבעינן בשבועת הדיינין דהב"ד ישבעו אותו וכ"ז דלא השביעוהו הב"ד אין זה מקרי איום בשבועתו דהא הב"ד מאיימין עליו פמבואר בשבועות (דף ל"ט) ולקמן סעי' כ' ואלו בקופץ ונשבע לא יצא ידי חובת האיום וע"כ ס"ל להך שיטה דשבועה דקפץ ונשבע לא מהני א"כ בנשבעו מתחלה שלא יטענו

אלא האמת לא יצא ידי חובת שבועת הדייגין משום דה"ל כמו קפץ ונשבע דלא מהני לשיטה זו.

והיש אומרים דס"ל דיצא ידי חובת שבועה במה דנשבע מתחלה שישטעון האמת י"ל דס"ל פשיטת רש"י וסייעתו דגם שבועת קופצת מהני אף בשבועה שצריך בנק"ח א"כ ה"ה במה שנשבע שישטעון האמת ג"כ מהני לצאת חובת שבועתו.

ואפשר לומר ולחלק דאף אם נימא דשבועת קופצת לא מהני מ"מ היכא דנשבע מתחלה שישטעון האמת והב"ד מזכירין לו אותו שבועה כמבואר בסעי' ט"ז בהגהת הרמ"א לשיטת ה"ש אומרים דיצא בזה ידי חובת שבועתו א"כ מה דהב"ד מזכירין לו עונש השבועה ומאימין לו ע"ז א"ז.

דס"ל להך שיטה דגם בזה יוצאין ידי חובת האיום משא"כ בקופצת דנשבעת מכפר על העבר דלא שייך פן: ועכ"פ פשיטת הסוברים דלא יצא במה שנשבע מתחלה שישטעון האמת את חובת השבועה המוטל עליו י"ל דס"ל דגם זה דמי לקופץ ונשבע דס"ל דלא מהני.

והרשב"א בחי' לגיטין (דף ל"ה) דס"ל פשיטת הר"ח דשבועת קופצת לא מהני ואפ"ה כתב פאן הבאר הגולה בשם תשובת הרשב"א הטעם דלכן לא יצא חובת השבועה במה שנשבע מתחלה לטעון האמת משום דבעת השבועה הראשונה לא יצתה אז השבועה מפיו לשקר.

י"ל דנפ"מ בטעם זה היכא דאינו חייב רק שבועת ה'יסת דבשבועת ה'יסת א"צ איום כמבואר לקמן סעי' כ"א והוא מן הרמב"ם ה' שבועות פ' י"א ה' ט"ו והלכה י"ט. והנה לפי הטעם שכתבתי פשיטת הסוברים דקופצת לא מהני משום דלא שייך בזה תורת דין איום א"כ י"ל דזה אינו שייך רק בשבועת הדייגין דבעינן איום אבל בשבועת ה'יסת דלא בעינן ביה דין איום ע"כ מהני ביה גם שבועה בקפץ ונשבע.

ע"כ כתב הרשב"א בתשובה טעם אחר דלכן לא יצא ידי חובת שבועתו במה שנשבע שישטעון האמת משום דלא יצתה אז מפיו לשקר דלפ"ז ה"ה דלא מהני זה לפטור אף בש"ה פן יש מקום לדון בכ"ז.

וכן ראיתי בבית יוסף פאן בס"ק כ"ו שהביא לדברי הרשב"א שכתב הטעם דלכן לא יצא חובת שבועתו במה שנשבע מתחלה שישטעון האמת משום שבשעה שנשבע לא יצא מפיו לשקר כו' וכמש"כ הבאר הגולה בשם הרשב"א בתשובה פנ"ל: ענה ב כ"ז כתבתי מכפר וקצת ראיתי בתשובת הרשב"א סי' תתקס"ד שכתב בהנידון דשנים שנתעצמו בדין כו' ואח"כ נתחייב לחבירו שבועת ה'יסת דיש אומרים דיצא ידי חובת השבועה מהיא דאמרינן מודה רב בקופצת וי"א שאין זה מצילו מן השבועה.

תשובה הדין עם התובע דהיא דמודה רב בקופצת ר"ח ז"ל כתב שמשביעין אותה פעם אחרת בנק"ח כו' אע"פ שרש"י ז"ל לא פירש פן כו' ומ"מ אפילו לדברי רש"י ז"ל אין דומה זה משום דהתם השבועה שנשבעת כו' דכאן וכאן נשבעת שלא נפרעת אבל פאן כו' עוד תדע לה שבועה זו חמורה מהראשונה כו' שבשעה שנשבע לא עבר על שבועתו

וכדאמרין פֿרַק פֿל הַנְּשַׁבְּעִין וְשִׁפְטֵי דְּחַשׁוּד עַל הַשְּׁבוּעָה כּו' פֿי קְתָנֵי שְׁבוּעָה דְּכִי מִשְׁתַּבֵּעַ בְּשִׁיקְרָא מִשְׁתַּבֵּעַ כּו' עכ"ל הַרְשָׁב"א בְּתַשׁוּבָה שָׁם.

הַרִי לְהַדְיָא דְּהַרְשָׁב"א בְּעֶצְמוֹ הַעִיר שָׁם בְּהַגְיָדוֹן דִּילְיָה מְהָא דְּגִיטִין (דָּף ל"ה) דְּמוֹדָה רַב בְּקוֹפְצָת וּלְפִי פְּלֹגְמַת רַש"י וְהַר"ח דְּלִשְׁיטַת רַש"י דְּקוֹפְצָת דְּהַתָּם מְהַנִּי לְעַנְנֵי דַא"צ לַחְזוֹר וְלִישְׁבַּע דַּה"ה דְּיִצְא חוֹבַת שְׁבוּעָתוֹ בְּמָה שְׁנִשְׁבַּע מִתְּחִלָּה שְׁיִטְעוֹן הָאָמַת אָבֵל לְדַעַת הַר"ח דַּס"ל הַתָּם דְּלֹא מְהַנִּי הַתָּם בְּקוֹפְצָת דַּה"ה בְּהַגְיָדוֹן דִּילְיָה לֹא מְהַנִּי לְהַפְטֵר חוֹב שְׁבוּעָתוֹ אַף בְּשְׁבוּעַת הַיִּסְת דְּמִיָּרִי שָׁם בְּהַשְׁאָלָה דִּילְיָה.

וְאַף לְדַעַת רַש"י מ"מ בְּהַגְיָדוֹן דִּילְיָה מוֹדָה רַש"י דְּלֹא מְהַנִּי לְפִנְטֵרוֹ מִשְׁבוּעָתוֹ מִשׁוּם סְבָרְתוֹ דְּבַעַת דְּנִשְׁבַּע בְּרַאשׁוֹנָה לֹא יִצְתָה אֲזִי מִפִּי לְשַׁקֵּר כֵּן הוּא קוֹטֵב דְּבָרֵי הַרְשָׁב"א בְּתַשׁוּבָה שָׁם.

וּמְבֹאֵר שָׁם דְּלֹא פָּמוֹ שְׁכַתְבִּי לְעֵיל לְחַלֵּק דְּאַף לְשִׁיטַת הַר"ח דַּס"ל דְּלֹא מְהַנִּי קוֹפְצָת דְּזָה אִינוֹ אֱלָא בְּשְׁבוּעָה שְׁצָרִיף אִיוֹם אָבֵל בְּשְׁבוּעַת הַיִּסְת דַּא"צ אִיוֹם מְהַנִּי אַף לְהַר"ח שְׁבוּעַת קוֹפְצָת. דְּזָה אִינוֹ לְפִי מַש"כ הַרְשָׁב"א בְּעֶצְמוֹ שָׁם וּמוֹכַח דַּס"ל לְהַרְשָׁב"א דְּלִשְׁיטַת הַר"ח דַּס"ל דְּקַפֵּץ וְנִשְׁבַּע לֹא מְהַנִּי דַּה"ה לְעַנְנֵי שְׁבוּעַת הַיִּסְת ג"כ דְּיִנְיִן כֵּן מִשׁוּם דְּאַף דְּלֹא בְּעִי אִיוֹם בַּש"ה מ"מ לֹא מְהַנִּי בְּקַפֵּץ וְנִשְׁבַּע לְשִׁיטַת הַר"ח וְהָא שְׁכַתְבִּי הַרְשָׁב"א שָׁם לְדוֹן לְהַסְבָּרָא דְּלֹא יִצְתָה אֲזִי הַשְּׁבוּעָה מִפִּי לְשַׁקֵּר כְּתִב כֵּן דְּאַף לְשִׁיטַת רַש"י דַּס"ל דְּקַפֵּץ וְנִשְׁבַּע מְהַנִּי מ"מ שְׁאֵנִי הַתָּם ע"פ סְבָרָא זוֹ: וְכֵן מוֹכַח מְמָה דְּאַמְרוּ מוֹדָה רַב בְּקוֹפְצָת וּלְשִׁיטַת הַר"ח דְּשְׁבוּעַת קוֹפְצָת לֹא מְהַנִּי אֱלָא צָרִיכָה לַחְזוֹר וְלִישְׁבַּע.

וְהָא מְבֹאֵר לְקַמְן סְעִיף כ"א דְּבְּשְׁבוּעָה הַבָּאָה עַל טַעְנַת סְפַק אִין מְאִיָּמִין א"כ הַתָּם בְּשְׁבוּעַת אַלְמָנָה עַל כְּתוּבָתָה דְּאִין מִי שְׁטוּעֵן כְּנִגְדָה לְהַכְחִישָׁה דַּא"צ אִיוֹם. וְאַף דְּקִי"ל דְּמָה דְּטוּעֵנִין לִיּוֹרֵשׁ הוּי כְּמוֹ טַעְנַת בְּרִי מ"מ ז"א שְׁיִיף הַתָּם דְּהָא עֵיקַר הַטַּעַם דְּעַל טַעְנַת בְּרִי לְהַכְחִישׁוֹ בְּעִינֵי דִין אִיוֹם הוּא כַּמֶּש"כ הַסַּמ"ע לְקַמְן שָׁם ס"ק ס"ז דְּכִינֵן דְּהַתוּבַע עוֹמֵד כְּנִגְדוֹ וּמְכַחִישׁוֹ כּו'.

א"כ כ"ז דְּאִין הַתוּבַע טוּעֵן בְּרִי לְהַכְחִישׁוֹ דְּלֹא שְׁיִיף סְבָרָא זוֹ לֹא בְּעִינֵי דִין אִיוֹם וּמִשְׁמַע דְּאַף בְּנִשְׁבְּעִין וְנוֹטְלִין דְּיִנְיִן כֵּן דְּעַל טַעְנַת סְפַק לֹא בְּעִינֵי דִין אִיוֹם. וְאַפ"ה ס"ל לְהַר"ח וְסִייעָתוֹ דְּקוֹפְצָת לֹא מְהַנִּי וְצָרִיכָה לַחְזוֹר וְלִישְׁבַּע דְּמוֹכַח דַּס"ל דְּלֹא תְּלִיא הֵף דִּינָא דְּקוֹפְצָת בְּמָה דְּלֹא בְּעִינֵי דִין אִיוֹם דְּאַף הִיא דְּלֹא בְּעִינֵי דִין אִיוֹם מ"מ לֹא מְהַנִּי קוֹפֵץ וְנִשְׁבַּע וְאִינוֹ תְּלוּי זָה בְּאִידָף א"כ ה"ה בְּשְׁבוּעַת הַיִּסְת ג"כ דְּיִנְיִן כֵּן דְּאַף דְּלֹא בְּעִינֵי דִין אִיוֹם בַּש"ה מ"מ לֹא מְהַנִּי שְׁבוּעָה דְּקַפֵּץ וְנִשְׁבַּע לְשִׁיטַת הַר"ח: וּבְבִיאוֹר הַגְּר"א זצ"ל לְסִי' פ"ז ס"ק נ"ו כְּתִב עַל הֵף פְּלוּגְמָת דְּמְבֹאֵר שָׁם סְעִיף ט"ז בְּשָׁנִים שְׁנַתְעֶצְמוּ וְנִשְׁבְּעוּ שְׁיִטְעֵנוּ הָאָמַת כּו' דְּרַאִיָּתָם מִן הַשּׁוֹלַח דְּמוֹדָה רַב בְּקוֹפְצָת וּסְבָרָא הַרַאשׁוֹנָה ס"ל כְּפִי הַר"ח שָׁם נְעוּד אֶפִּילוֹ לְפִי רַש"י אִין זָה דוּמָה לְשָׁם דְּכָאן נִשְׁבַּע לְהַבָּא וְלֹא נִפְסַל עָלֶיהָ כַּמ"ש בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"ו) בְּתוֹס' שָׁם כּו' ע"ש בְּבִיאוֹר הַגְּר"א זצ"ל.

וְזָהוּ כְּמוֹ שְׁכַתְבִּי הַרְשָׁב"א בְּתַשׁוּבָה סִי' תַתְקַס"ד פַּנ"ל. וְרַאִיָּתִי בְּבֵית יוֹסֵף בַּח"מ סִי' פ"ז ס"ק ל"ה שְׁכַתְבִּי מ"כ אִם קַפֵּץ וְנִשְׁבַּע קוֹדֵם שְׁנַתְחַיֵּיב אִינוֹ נִפְטֵר בְּכָף וְהָיָא דְּמוֹדָה רַב בְּקוֹפְצָת ע"ד הַב"ד נִשְׁבְּעָה כּו' וְעִינֵי בַהַר"נ וּמְרַדְכִי פ' הַשּׁוֹלַח כּו' עכ"ל הַב"י.

הרי דהמ"כ ס"ל לחלק בחילוק אחר דאף דגימא דמודה רב בקופצת לענין דא"צ לחזור ולהשביעה דמ"מ ז"א רק היכא דנתחייבה פבר שבועה בב"ד אבל לא היכא דנשבועה מקודם דנתחייבה שבועה בב"ד.

אף מן דברי הרשב"א בתשובה הנ"ל נראה דלא ס"ל לחלק פן. וראיתי במרדכי פ' השולח עלה דמודה רב בקופצת שכתב דלא דמי למה דאמרו האי דיינא דאשבוע בלא נק"ח חוזר דילמא שא"ה פנין שפאה לב"ד יש לעשות פראוי וה"ר ר"ב בר"א פי' דחוזרת ונשבועת ע"ד ב"ד.

ומן דברי הרמ"א לקמן סעיף ט"ז במש"כ דאם נשבועו תחלה בנק"ח כו' והוא בשם תשובת הרא"ש והמרדכי ר"פ שבועת הדיינין מוכח דלא ס"ל להחילוק של המרדכי פ' השולח הנ"ל. ועיין לקמן סעיף ל"ד ובש"ף שם ס"ק פ' שהביא לדברי המרדכי דשבועת הדיינין הנ"ל ולדברי הגהות מיימוני ולתשובת מהר"ם מזה ע"ש.

ומן דברי המרדכי פ' השולח נראה דס"ל לפירוש דהך דמודה רב בקופצת הנה בשבועה בלא נק"ח. וכ"כ הרשב"א בחי' לגיטין דהיתה שבועתה בלא נק"ח רק דס"ל דחוזר ומשבועה וכמש"כ המרדכי שם בשם ה"ר ר"ב בר"א הנ"ל.

אבל לפי שיטת רש"י וסייעתו י"ל דהיה שבועה בנק"ח אף דקפצה ונשבועה בלא דעת הב"ד וס"ל דמ"מ מהני שבועתה ושא"ה בב"ק (דף ק"ו) כמש"כ הרשב"א בגיטין שם בשם הרמב"ן דלא קרינו ביה ולקח בעליו כו' וכמש"כ הר"ן בגיטין שם להרי"ף ובחידושיו לגיטין (דף ל"ה) ועיין בדרכי משה סי' זה ס"ק ז': והנה בהרמב"ם ה' שבועות פ' י"א ה' ט"ו במה שכתב דעל שבועה שיתחייב בה בטענת ספק א"צ איום וכמבואר לקמן סעיף כ"א.

והכ"מ שם הקשה דמנלן להרמב"ם זה. והלחם משנה שם כתב דבשילמא בשבועת הדין דא"צ איום הטעם הוא דכיון דא"צ בנק"ח כו'.

אבל בשבועה הבא על טענת ספק פנין דצריף נק"ח א"כ קשה למה א"צ איום ולא ידעתי לו מוצא עכ"ל הלח"מ. ולענ"ד יש לומר דהרמב"ם הוכיח זה מהא דגיטין דמודה רב בקופצת.

וס"ל פשיטת רש"י וסייעתו דקופצת מהני להגבות פתובתה וא"צ לחזור ולישבוע משום דאף בקופצ ונשבוע מהני בדיעבד והא דב"ק (דף ק"ו) שא"ה כמש"כ הרמב"ן והר"ן שם. והא רב ס"ל דחויז לב"ד אין משביעין אותה משום דבעינן שבועה בנק"ח וכמש"כ הרשב"א בחי' לגיטין שם.

ודוקא בנודרת ליתומים הקילו באלמנה אבל בשבועה לא הקילו בה רק בעינן בהשבועה שמהא דדינא בנק"ח פן הוא שיטת רב וכמש"כ הרשב"א שם. ואפ"ה ס"ל לרב דבקופצת ונשבועה בנק"ח מגבינן הפתובה.

והא קופצת הנה השבועה שילה בלא איום מן הב"ד פנין דקפצה ונשבועה דאם הנה האיום מן הב"ד א"כ אינה נקראת קופצת. והא שבועת אלמנה על פתובתה הוי שבועת הדיינין בנק"ח ואפ"ה מהני בדיעבד אף ששבועה בלא איום א"כ מזה הוכיח הרמב"ם דינו

דְּדוֹקָא הֵיכָא דְבַע"ד תּוֹבַע בְּבָרִי וּמְכַחֲשׁוּ בְּזָה בְּעֵי אִיוּם וּכְמַש"כ הַסְּמ"ע וְהַפְּרִישָׁה בְּטַעְמוֹ.

מִשָּׂא"כ בְּשִׁבּוּעָה הַבָּא ע"י טַעֲנַת סְפֵק אַף הֵיכָא דְצָרִיף בְּנִק"ח מ"מ א"צ אִיוּם. וּלפ"ז אֲפָשֶׁר לְדוֹן דְּשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּשִׁבּוּעַת קוֹפְצָת לָא מְהֵנִי כְּמוֹ דְּהוֹכִיחוּ מִן ב"ק (דָּף ק"ו) דְּבִאֲמַת טַעֲמָם דַּס"ל דָּאֵף בְּשִׁבּוּעָה הַבָּא עַל טַעֲנַת סְפֵק ג"כ צָרִיף אִיוּם פִּינּוֹן דְּצָרִיף בְּנִק"ח וְלָכֵן בְּהָא דב"ק (דָּף ק"ו) דְּהוֹכִיחוּ מְזָה דְּשִׁבּוּעָה בְּקַפְצָא לָא מְהֵנִי אַף דְּהֵתָם מִיָּרִי בְּשִׁבּוּעַת הַשּׁוֹמְרִים דְּהָנִי עַל טַעֲנַת סְפֵק מ"מ ס"ל דְּלָא מְהֵנִי קוֹפְצָא וְנִשְׁפַּע דִּי"ל דְּטַעֲמָם דַּס"ל דָּאֵף בְּכַה"ג בְּעֵינָן דִּין אִיוּם דַּהַב"ד יֵאָזְימוּ עָלָיו וּכְמַש"כ הַכ"מ וְהַלַּח"מ לְתַמּוּהָ עַל הַרְמַב"ם בְּזָה וְלָכֵן בְּקוֹפְצָא וְנִשְׁפַּע לָא מְהֵנִי שְׁבּוּעָתוֹ פִּינּוֹן דְּנִשְׁפַּע בְּלֵא הָאִיוּם.

אַבְל הַרְמַב"ם י"ל דַּס"ל דְּקוֹפְצָת מְהֵנִי וְכַשִּׁיטַת רַש"י וְסִייעָתוֹ וְכַפִּי פִּשְׁטוֹת הַסּוֹגֵיָא דְּגִיטִין ע"כ הוֹכִיחַ מְזָה דְּשִׁבּוּעָה עַל טַעֲנַת סְפֵק א"צ אִיוּם. כ"ז פְּתַבְתִּי מִפְּבָר.

וְכַעַת רְאִיתִי לְדַחוֹת זָה לְפִי דְּנִרְאָה דְּכָל הָאִיוּמִים הַנֶּאֱמָר בְּשִׁבּוּעוֹת (דָּף ל"ט) אִין זָה לְעִיפּוּבָא וְכֵן רְאִיתִי בְּשׁו"ת בְּשָׂמִים רֵאשׁ בְּכֶסֶף דְּהַרְסָנָא סִי' ר"ד בד"ה עוֹד קִשְׂיָא לִי מֵאִי דְּכְתָבוּ הַתּוֹס' בְּשִׁיטְתָא דְּמִיגוֹ דְּחָשׁוּד כּו' שְׁפַתְבִּי ג"כ בְּפִשְׁיטוֹת דְּהָאִיוּמִין הִלְלוּ אִינּוֹן מְעַפְבִּין דִּיעֵבַד ע"ש: עָנָף ג נְחִזֹּר לְעֵינֵינוּ בְּמָה שְׁהוֹכִיחַ הַהַפְּלָאָה מֵהָדָּ דְּגִיטִין דָּאֵף בְּנִשְׁפַּע בְּלֵא נִק"ח מְהֵנִי זָה עכ"פ לְעֵנָן דְּלָא דִּינֵינוּ בְּכַה"ג א"א מוֹרִישׁ וְנִשְׁפַּעוּ הַיּוֹרְשִׁים שְׁבּוּעָה בְּנִק"ח דְּלָא פְּקִדְנוּ.

וְלַעֲנִי"ד אִין זָה מְוֹכַרְח מִשּׁוּם דְּבִאֲמַת טַעֲמָא בְּעֵי בְּמָה שְׁפַתְבוּ הַרְאִשׁוֹנִים בְּגִיטִין שְׁם דְּהָדָּ דְּמוֹדָה רַב בְּקוֹפְצָת לְשִׁיטְתָם דְּצָרִיכָה לְחִזֹּר וְלִשְׁפַע דְּמֵאִיזָה טַעַם יְהִיָּה כֵּן הָא נִמְנָעוּ לְהַשְׁבִּיעָה מִשּׁוּם חֲשַׁשׁ שְׁבּוּעַת שְׁקָר וְכִינּוֹן דְּהַתְקַנְהָ הִיָּה כֵּן א"כ אַף עַכְשָׁיו שְׁנִשְׁפַּעָה כְּבָר בְּקוֹפְצָת הָא פִּינּוֹן דְּהַשְׁבּוּעָה הַרְאִשׁוֹנָה לָא הִיָּה כַּדִּין א"כ עַכְשָׁיו דְּמִשְׁבִּיעִין אוֹתָהּ שְׁנִית הָא הָנִי זָה נִגְדַּת הַתְקַנְהָ.

וְלָכֵן נִלְעַ"ד דְּטַעַם הַדְּבָר הוּא כֵּן דְּהִנְהָ הַתּוֹס' בְּקִידוּשִׁין (דָּף מ"ה ע"ב) בְּד"ה בְּפִירוּשׁ כּו' בְּקִטְנָה שְׁהִלֵּף אַבִּי לְמַדִּינַת הַיָּם וְנִתְקַדְּשָׁה וְאָסֵר הַר"מ לְקִיָּמָה מִשּׁוּם דְּחִיָּשִׁין שְׁמָא יְקִדְשׁ אַף שְׁמָא קִידְשׁ לָא חִיָּשִׁין וְכִמוֹ דְּגִיטִין (דָּף כ"ח) דְּשְׁמָא מַת לָא חִיָּשִׁין וְשְׁמָא יְמוֹת חִיָּשִׁין וְהַר"ת חוֹלֵק מִשּׁוּם דְּכָל שְׁעָה וְשְׁעָה י"ל דְּעֵדִין לָא קִידְשׁ כּו'.

וְעֵינָן בְּנו"ב בְּמ"ק ח' יו"ד סִי' נ"ו מִש"כ בְּכּוֹנוֹת הַר"מ וְכֵן בְּנו"ב מ"ת ח' יו"ד סִי' ק"ג מְזָה. אָכֵן פִּשְׁטוֹת הָעֵנָן מוֹרָה דְּכּוֹנוֹת הַר"מ הוּא דְּלָכֵן אָסֵרָה לְקִיָּמָה מִשּׁוּם דְּחִיָּשִׁין שְׁמָא יְבֵא לֵאח"ז תְּקִלָּה עַל יְדוֹ וְכִמוֹ דְּכְתָבוּ הַתּוֹס' בְּגִיטִין (דָּף י"ז ע"ב) בְּד"ה זְנוּת לָא שְׁכִיחָא כּו' דְּטַפִּי אֵיכָא לְמִיחַשׁ לְשְׁמָא תְּזַנְהָ מִלְּשְׁמָא זִינְתָהּ.

וְהַמְהַר"ם שִׁירָף שְׁם כָּתַב דְּזָהוּ כְּדָאֲמַרִּין לְקַמּוֹן שְׁמָא יְמוֹת חִיָּשִׁין אַבְל אִינוּ מְחַנּוֹר לְמָה קָרְאוּ פָּאן תְּזַנְהָ וְלֵא זִינְתָהּ כִּי אִין לִינְשִׁבוּ שְׁפִיר עכ"ל הַמַּהֲרַמ"ש. וְכ"כ הַח"ש שְׁם.

וְאִכְמ"ל בְּכּוֹנוֹת הַתּוֹס'. וְעֵינָן בְּהַפְּלָאָה פְּתוּבוֹת (דָּף ב') ד"ה שְׁאָם הִיָּה לוֹ שְׁפַתְבִּי עַל נְכוּן לְפָרֵשׁ כְּוֹנוֹת הַתּוֹס'.

אָבֵל עכ"פּ מוכּח בַּתּוֹס' הַגָּל דס"ל ג"כ דְיוֹתֵר יֵשׁ לְחוּשׁ עַל חֲשֵׁשׁ שְׁתַּצָּא תַקְלָה ע"י
לאח"ז משא"כ בַּחֲשֵׁשׁ דְלַעֲבָר לֹא חֲיִישִׁינּוּ מִשּׁוּם דְבִמְיָדֵי דְלַעֲבָר מוֹקְמִינּוּ עַל חֲזָקָה דְלֹא
נַעֲשֶׂה דְבָר מְחֻדָּשׁ מִשָּׂא"כ בַּלְהֵבֵא לֹא שִׁינּוּ לְהַעֲמִידוּ עַל חֲזָקָה וְעִינּוּ בְסַפְרֵי בָּאֵר יִצְחָק
ח' אה"ע סי' א' עֲנָף ד'.

ולפ"ז יֵשׁ לוֹמֵר דְלִכּוֹן בְּנִשְׁבָּעָה כְּבָר עַל פְּתוּבָתָה דְמִשְׁבִּיעִין אוֹתָהּ שְׁנִית בּב"ד מִשּׁוּם דְאָף
דְנִמְנָעוּ לְהַשְׁבִּיעָה וְהִיא הַתַּקְנָה שְׁלֵא יִשְׁבִּיעוּ אוֹתָהּ הַב"ד מִשּׁוּם חֲשֵׁשׁ שְׁתַּצָּא תַקְלָה מִן
ת"י הַב"ד דְתִשְׁבַּע לְשִׁקָר עַל יְדֵי הַב"ד וְאָף דְיֵשׁ לָהּ חֲזָקָת כְּשֵׁרוֹת דְלֹא תִשְׁבַּע לְשִׁקָר
מ"מ הָא בְּעַת דְהַב"ד אוֹמְרִים לָהּ שְׁתִּשְׁבַּע הַרִי זֶה מְקַרִי כְּמוֹ חֲזָקָה לְאַחַר זְמַן דְנִתְבָּאֵר
דְבַכָּה ג' לֹא סְמִיכִין עַל חֲזָקָה מִשּׁוּם דְזָהוּ בְגֵדֵר חֲזָקָה דְלַהֲבֵא וְאָף דְלִפִּי טַעַם הַנו"ב בּמ"ק
סי' נ"ו אִין זֶה דוֹמָה כ"כ לְהַף דְקִידוּשִׁין (דָּף מ"ה) דְחֲשֵׁשׁ הַר"מ לְשִׁמָּא יִקְדָּשׁ.

מ"מ הָא זֶה דוֹמָה לְמִשָּׂא"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין (דָּף י"ז) דְיוֹתֵר יֵשׁ לְחוּשׁ לְשִׁמָּא תַזְנָה כּו' פּנ"ל.
אָבֵל הֵיכָא דְנִשְׁבָּעָה כְּבָר אָף הֵיכָא דְבִשְׁבוּעָתָה דְנִשְׁבָּעָה לֹא יִצְתָה עֲדִינּוּ יְדֵי חוֹבֵת דִּין
הַשְׁבוּעָה שְׁצָרִיכָה לְיִשְׁבַּע מ"מ מְהֵנִי זֶה לְעִנּוּ דִיכוּלִּין לְחֻזּוֹר וּלְהַשְׁבִּיעָה כְּדִינָה וְלֹא
נִיחוּשׁ שְׁמָא תַצָּא תַקְלָה מִן ת"י הַב"ד דְאוּלַי תִּשְׁבַּע לְשִׁקָר דְהָא ע"ז יֵשׁ לָנוּ חֲזָקָת
כְּשֵׁרוֹתָה דְלַעֲבָר דָּאִם נִימָא דְתִשְׁבַּע לְשִׁקָר לֹא ח"ז א"כ הַרִי כְּבָר יִצְתָה מִן חֲזָקָת כְּשֵׁרוֹתָה
כְּמָה שְׁנִשְׁבָּעָה כְּבָר לְשִׁקָר.

וע"כ בַּכָּה ג' לֹא תִקְנוּ לְחוּשׁ לְחֲשֵׁשׁ שְׁבוּעַת שִׁקָר מִשּׁוּם דְכִינּוּ דְיֵשׁ בְּזָה חֲזָקָת כְּשֵׁרוֹת
דְמִבְרַרְת לָנוּ בְּמִיָּדֵי דְלַעֲבָר א"כ יֵשׁ לָנוּ לְסַמּוֹף ע"ז וי"ל דְלֹא הִיא הַתַּקְנָה בַּכָּה ג'. וע"כ
אָף דְבַמָּה דְנִשְׁבָּעָה כְּבָר לֹא מְהֵנִי זֶה לְצֵאת חוֹבֵת שְׁבוּעָה כ"ז דְלֹא נִשְׁבָּעָה בְּנִק"ח בְּדַעַת
הַב"ד מ"מ מְהֵנִי מַה דְקִפְצָה בְּדַעַת לְכָרֵר עַל חֲזָקָת כְּשֵׁרוֹת בְּמִיָּדֵי דְלַעֲבָר וְהָיִי כְּמִשָּׂא"כ
הַתּוֹס' דְלְשִׁמָּא תַזְנָה חֲיִישִׁינּוּ וּלְשִׁמָּא זִינְתָה וּשְׁמָא קִידוּשָׁה לֹא חֲיִישִׁינּוּ וְעִינּוּ בַּתּוֹס' יוֹמָא
(דָּף נ"ה ע"ב) דְבוּר הַמִּתְחִיל אֲלֵא בְּחֻטָּאת כּו': וּלְשִׁיטַת הַסּוֹבְרִין דְלֹא לְחַלֵּק בֵּין חֲשֵׁשׁ
דְלַעֲבָר לְחֲשֵׁשׁ דְלַהֲבֵא כְּמוֹ דס"ל לְהַר"ת בַּתּוֹס' קִידוּשִׁין (דָּף מ"ה) דְמַחְלֵק דְשִׁאנֵי בְּהָא
דְשִׁמָּא מֵת לְשִׁמָּא יְמוֹת דְגִיטִין (דָּף כ"ח) כְּמִשָּׂא"כ הַתּוֹס' שָׁם.

הִנֵּה לְשִׁיטַתָּם י"ל דס"ל בְּאַמַּת כְּשִׁיטַת רַש"י וְסִינְעָתוֹ בְּפִירוּשָׁם לְהַף דְמוֹדָה רַב בְּקוֹפְצָת
וְדִלֵּא כְּשִׁיטַת הַר"ח וְסִינְעָתוֹ הַגָּל וְעִינּוּ בְּרִשְׁבָּ"א לְחֵי בְּקִידוּשִׁין (דָּף מ"ה) וְקִצְרֵתִי א"כ.
לפ"ז אִין מְקוּם רֵאִי לְהוֹכַחַת הַהַפְלָאָה הַגָּל.

וְעִדִּין י"ל בְּהָא דֵא"א מוֹרִישׁ כּו' דְאָף דְנִשְׁבָּע אַבִּיהֶם שְׁבוּעָה שְׁלֵא בְּנִק"ח דְגַם בְּזָה יֵשׁ
לְדוֹן דֵא"א מוֹרִישׁ כּו' כִּינּוּ דְנִשְׁבָּע שְׁלֵא כְּדִין הַשְׁבוּעָה הַמוּטָל עָלָיו ע"כ גַּם בַּכָּה ג' א"א
מוֹרִישׁ כּו': עֲנָף ד וְעוֹד נִלְע"ד לוֹמֵר בְּטַעַם דְמוֹדָה רַב בְּקוֹפְצָת דְמְהֵנִי מַה שְׁתַּחֲזוֹר וְתִשְׁבַּע
כְּדִין שְׁבוּעָתָה וְהוּא דְבִירוּשְׁלָמִי לְגִיטִין פ"ד ה"ג עָלָה דֵאִין אֲלִמְנָה נְפָרַעַת כּו' נְמָנְעוּ
מְלַהֲשִׁיעָה הַתְּקִין כּו' בְּרֵאשׁוֹנָה הָיוּ נִשְׁבָּעוֹת לְשִׁקָר וְקוּבְרוֹת בְּנִיחָם וְעוֹד שְׁאִימַת נְדָרִים
עָלֵיהֶן יוֹתֵר מִן הַשְׁבוּעוֹת.

והפ"מ שָׁם כְּתִב שְׁאִימַת נְדָרִים עָלֵיהֶן כּו' אַע"פ שְׁבָאַמַּת שְׁבוּעוֹת חֲמוּרִין יוֹתֵר כּו' עכ"ל
הַפ"מ. וְכֵן מְבִנְיָר בְּנְדָרִים (דָּף כ"ח וד' י"ח) דְשְׁבוּעוֹת חֲמוּרִין יוֹתֵר מִן נְדָרִים מִשּׁוּם
דְכְּתִיב גְּבִי שְׁבוּעוֹת לֹא יִנְקָה.

וסבבת הירוּשְׁלָמִי שְׁאָמְרוּ דְאִימַת נְדָרִים עָלֵיהֶן יוֹתֵר מִן הַשְּׁבוּעוֹת נִלְע"ד לְפָרֵשׁ דְּזֵהוּ מִשּׁוּם דְּבִמָּה דְּנוֹדְרַת לִיתּוּמִים הוּא בְּנִדָר שְׁיֵשׁ בּוּ עֵינּוּי נָפֵשׁ וְשִׁתְּהִיָּה בְּאִיסוּר כָּל יְמֵי כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ כְּנָעַן (דָּף ל"ה) בְּתוֹס' וּבְרָא"שׁ וּבִשׁ"ע אַה"ע סִי' צ"ו סְעִיף י"ט ע"כ זֵהוּ חֲמִיר לְהֵם בְּיוֹתֵר מִן שְׁבוּעָה דְּבִשְׁבוּעָה לְאַחַר דְּנִשְׁבְּעָה לְשִׁקְרָא אִינְהָ עֲוֹשֵׁית אִיסוּר שׁוּב לְאַח"ז.

מִשָּׂא"כ בְּנוֹדְרַת מַה שְׁיִרְצוּ הִיתּוּמִים בְּנִדָר לְכָל יָמֵיהָ בְּעֵינּוּי נָפֵשׁ א"כ בְּכָל יוֹם וְיוֹם הִיא בְּחֻשׁ דְּתַעֲשֶׂה אִיסוּר ע"כ זֵהוּ חֲמִיר בְּיוֹתֵר לְהֵם. וְכַעֲיִן זֵה פֶתֶב הִר"נ בְּיוֹמָא פ"ח דְּלָכּוּן שׁוֹחֵט לְחוּלָה בְּשִׁבְתָּ וְלֹא נֶאֱכִילְנּוּ נִבְלָה כּו'.

וְעֵינּוּ בְּסִפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' אַה"ע סִי' א' עֲנָף ב' וּבְכִתּוּבוֹת (דָּף ב' ע"א) ד"ה שְׁאֵם הִיָּה לּוֹ טַעֲנַת כּו' בְּסֵה"ד וְקִצְרֵתִי. אִף בִּשְׁ"ס דִּילּוּ מִשְׁמַע דְּהִטְעַם הוּא דְּלָכּוּן נִמְנָעוּ מִלְּהַשְׁבִּיעָה מִשּׁוּם דְּיֵשׁ לְחוּשׁ שְׁתִּשְׁבַּע לְשִׁקְרָא וְקוּבְרַת בְּנֵי מִשָּׂא"כ בְּנִדָרִים דְּקִילָא וְכִמוּ דְּאָמְרוּ בִּירוּשְׁלָמִי מִתְחַלָּה.

וְרֵאִיתִי בְּשִׁירֵי קֶרְבֵּן לִירוּשְׁלָמִי שֵׁם בְּד"ה בְּרֵאשׁוֹנָה הָיוּ נִשְׁבְּעוֹת לְשִׁקְרָא דְּמָה הוֹעִיל ר"ג בְּתַקְנָתוֹ שְׁתֵּהָא נּוֹדְרַת הָא אִי בְּשִׁבְתָּ (דָּף ל"ב) וּכְתוּבוֹת (דָּף ע"ב) דְּבַעֲזוֹן נְדָרִים בְּנֵים מִתִּים ע"ש. וּבְאֲמַת כְּבָר הַקְּדִימוֹ הִר"נ לְגִיטִין שֵׁם וְכִתְבֵּי בְּקִצְרָה בְּזֵה"ל וְאֶפְיָלוּ תַעֲבֹר אִין עוֹנֵשִׁין שְׁל נְדָרִים חֲמִיר כ"כ פְּעוֹנֵשִׁין שְׁל שְׁבוּעוֹת שְׁנִפְרָעִין מִמֶּנּוּ וּמְכָל הָעוֹלָם וּבִירוּשְׁלָמִי אָמְרוּ כּו'.

וְהוּבָא בְּתוֹס' יו"ט שֵׁם. אִף אִין זֵה מְדוּקְדָק כ"כ בְּמָה דְּאָמְרוּ בִּשְׁ"ס דִּילּוּ וּבִירוּשְׁלָמִי בְּלִשׁוֹנָם דְּנִשְׁבְּעוֹת לְשִׁקְרָא וְקוּבְרוֹת בְּנֵיהֶם וּמַעֲשֶׂה בְּאַחַד כּו' שְׁמַת א' מְבַנֵּי כּו'.

וּבְיוֹתֵר אֲתֵי שְׁפִיר לְפִי מִשְׁ"כ הַתּוֹס' בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף ל"ט ע"א) בְּד"ה וְאִין בְּשִׁרָף כּו' דְּבַעֲזוֹן נְדָרִים בְּנֵים מִתִּים כְּשֵׁהֶם קִטְנִים כְּמִבְּנֵי אֶרֶץ כְּנָעַן (דָּף ל"ב) אֲבָל גְּדוּלִים לֹא וְכ"ש מִן מִשְׁפַּחְתּוֹ לֹא הִיָּינוּ בְּנִדָרִים אֲבָל שְׁבוּעָה אֶפְיָלוּ כָּל מִשְׁפַּחְתּוֹ נְעַנְשִׁים דְּקָרָא אִיירֵי כּו' עכ"ל הַתּוֹס'.

א"כ לִפ"ז מְדוּקְדָק שְׁפִיר הַלְּשׁוֹן דְּאָמְרוּ דְּבִשְׁבִּיל שְׁבוּעַת שְׁקָרָא קוּבְרוֹת בְּנֵיהֶם וְלָכּוּ נִמְנָעוּ מִלְּהַשְׁבִּיעָה הַפְּנוּנָה הוּא דְּאִף בְּנֵים גְּדוּלִים מִתִּים בְּשְׁבִּיל שְׁבוּעַת שְׁקָרָא וְלָכּוּ חֲשִׁשוּ בְּיוֹתֵר בְּמָקוֹם חֲשִׁשׁ שְׁתִּשְׁבַּע לְשִׁקְרָא.

וְה"ה דֵּה"מ לְמִימַר דְּחֲשׂוּ בְּשְׁבִּיל מִשְׁפַּחְתָּהּ אִף דְּקִיצְרוּ בְּזֵה. וְעֵינּוּ בְּשְׁבוּעוֹת שֵׁם דְּמִסְקֵי הַתָּם בְּדִינָא אַחְרֵינָא הָכָא בְּדִינָא דִּידָן' כּו' וְקִצְרֵתִי.

וְהִשְׁ"ק שֵׁם פֶתֶב דְּלָכּוּן חֲשׂוּ לְשְׁבוּעַת שְׁקָרָא מִשּׁוּם דְּנִפְרָעִין מִהֶרָה מִשּׁוּם דְּכִתִּיב לֹא יִנְקָה. וְהִנֵּה שְׁמוּאֵל ס"ל שֵׁם דְּל"ש אֶלָּא בְּב"ד אֲבָל חוּץ לְב"ד מִשְׁבִּיעִין אוֹתָהּ מִשּׁוּם דְּלֹא הָיוּ שְׁבוּעָה בְּנִק"ח ע"כ לֹא חֲשׂוּ בְּזֵה כ"כ דְּאִין עוֹנֵשׁוּ חֲמִיר כ"כ כְּמוֹ שְׁבוּעָה בְּנִק"ח וְאִף דְּדִינָה הָיוּ בְּנִק"ח מ"מ תִּקְנוּ כָּאֵן לְהַקְלֵי בְּכַף פְּדָרָף שְׁתִּקְנוּ לְהַקְלֵי בְּנוֹדְרַת כּו'.

וְכִמְש"כ הִרְשָׁפְ"א וְהִר"נ שֵׁם. וּבְשִׁיטַת רַב דְּס"ל דְּאִף חוּץ לְב"ד אִין מִשְׁבִּיעִין אוֹתָהּ י"ל דְּטַעֲמוֹ דְּכִינּוֹן דְּנִתְבָּאָר דְּעִיקָר הַטְעַם דְּחֲשִׁשוּ הוּא מִשּׁוּם דְּבִשְׁבוּעַת שְׁקָרָא בְּנֵי הַגְּדוּלִים מִתִּין וְנִפְרָעִין מִמִּשְׁפַּחְתָּהּ וּמְכָל הָעוֹלָם וְכִמְש"כ הִר"נ.

א"כ לפ"ז אף בשבועה בלא נק"ח ג"כ יש לחוש לכה דהא בכל שבועת שקר ושווא נפרעין ממנו מהרה ונפרעין ממשפחתו ומכל העולם משום דהא כתיב בהו לא ינקה. ועיין בשבועות (דף כ"א) דבאכלתי ולא אכלתי גמרינו למלקות מהו דלא ינקה דב"ד של מטה מלקין אותו כו'.

וכן במה דדרשו בשבועות (דף ל"ט) מן פסוק אל תתן את פיה לחטיא את בשקר כו' זה הוי אף בשבועה שלא בב"ד וכן מה דדרשו שם מן הפסוק שונאמר אלה וכחש כו' זה הוי אף בשבועה בלא נק"ח ע"כ ס"ל לרב דאף דאקילו גבה להיות נודרת מ"מ לא רצו להקל עליה שתשבע בלא נק"ח משום דס"ל לרב דגם בשבועה בלא נק"ח יש למיחש שיענשו מהרה בנזילי ומשפחתה וגם כל העולם וע"כ לא רצו לתקן להקל עליה השבועה אלא דתהא נודרת וממילא אף היכא דקפצה ונשבעה ג"כ לא מגבינו לה הפתובה פיון דלא הנה השבועה פדיון השבועה המוטלת עליה והתקנה לא הנה אלא להקל עליה ע"פ מה דתהא נודרת.

וכיון דלא רצו להקל עליה אף בשבועה הקל ממילא מוקמינו על הדין כפי מה דבעינו מן הדין בתקסיסי השבועה המוטלת עליה רק בנודרת אקילו גבה פן הוא שיטת רב. ויש לכונן זה בדברי חדושי הרשב"א לגיטין שם בד"ה הא דאמרינו מודה רב בקופצת כו' בסה"ד שם: וכיון דנתבאר דלכן אין משביעין אותה אף בשבועה חוץ לב"ד משום דאף בשבועה דאינו יוצא ידי חובת שבועת הדיינין ג"כ יש לחוש שיצא תקלה ע"י שבועתה שיענשו משפחתה במהרה כנ"ל וזהו שיטת רב דס"ל דאין משביעין אותה אף בשבועה הקל.

א"כ לפ"ז אתי שפיר בטעמא דמודה רב בקופצת ואף דלא מהני שבועתה במה דקפצה ונשבעה להגבות פתובה פיון דלא הנה השבועה פתיקונה אלא בעינו דמתחזור ותשבע פדינה מ"מ בכה"ג לא שייך לחוש במה דנמנעו להשביעה משום מכשול הרבים משום דאם נימא החשש דתשבע לשקר א"כ כבר גרמה מכשול הרבים לקרוביה ולכל העולם במה שנשבעה כבר אף במה דקפצה ונשבעה דהא אף היכא דלא הוי שבועת הדיינין ג"כ שייך כל המבואר בשבועות (דף ל"ט) בעונש הרבים ע"י שבועת שקר ומה דנהנה הנה דהא כבר עברה ונשבעה ואין לנו שום עצה לתקן זאת ואף דע"י מה דמתחזור ותשבע לשקר יתרבה העונש ביותר על כל משפחתה מ"מ הא לא מצינו תקנה לזה רק מצינו דחז"ל להשתדלו בתקנת משפחתה וכל העולם לשמור אותם מן איזה תקלה לגמרי אבל לשמור אותם שלא יענשו ביותר.

תקנה כזה לא מצינו לתקן מדעתנו וע"כ מוקמינו כזה על דינו דהא מה"ת לא נחשדו על שבועת שקר. וכיוצא בזה מצינו באה"ע סי' קט"ו סעי' ג' בנודרת ואינה מקיימת תצא בלא פתובה דאם מביאה עדים שגם הוא עובר על נדרים לא אבדה פתובה אף אם היא עוברת והטעם הוא דהאי גברא לא בעי בני כמבואר שם.

והא עדיין י"ל דהא אף דגם מצידו ימותו בניו מ"מ הא יתרבה העונש ע"י מה דגם היא עוברת על נדרים וע"כ מוכח דמה דיתרבה העונש אין זה טענה. ודוחק לחלק דשא"ה דבקפידת הבעל תלוי דהא אם רצה לקיימה מקיימה.

דְּזֶה אֵינוֹ דְּהָא עֲדִינָן יְכוּל לֹמַר דְּהוּא חוּשֵׁשׁ דְּיִתְרַבָּה הָעוֹנָשׁ בְּיֹתֵר ע"י מַה שְּׁהִיא עוֹבְרַת
עַל הַנְּדָרִים ג"כ. וְאַף דְּיִצְרֹו תוֹקְפוֹ לְהִיּוֹת עוֹבֵר עַל הַנְּדָרִים מ"מ הוּא מְקַפֵּיד בְּמַה שְּׁאֵשְׁתּוּ
עוֹבְרַת ג"כ עַל הַנְּדָרִים דְּיִתְרַבָּה הָעוֹנָשׁ בְּיֹתֵר ע"י ז.

וְאַף אִם נִדְחֹוק עֲדִינָן לְחַלְקֵי בְּזֵה עכ"ז הַסְּבָרָא מִצַּד עֲצָמוֹ נוּטָה דְּכִינּוֹן דְּכָבֵר יֵצֵא הַמְּכָשׁוּל
מִן שְׁבוּעָה שְׁלָה אִם נִיחֹושׁ שְׁבוּעַת שְׁקֵר דַּע"י הַשְּׁבוּעָה דְּעֵבְרָה וְנִשְׁבְּעָה יֵצֵא כְּבָר הַתְּקֵלָה
לְמִשְׁפַּחְתָּהּ א"כ אֵין לָנוּ לְתַמְנָן זֶה כְּלָל כִּי מַה דְּהִנּוּ הִנּוּ וּבִכְה"ג לֹא מְצִינּוּ דְּתַקְנּוּ חַו"ל
לְחוּשׁ דְּיִתְרַבָּה הָעוֹנָשׁ ע"כ ס"ל לְהַש"ס דְּמוֹדָה רַב בְּקוֹפְצַת דְּאַף דְּלֹא מְהַיֵּי זֶה לְצִאת יָדֵי
חוֹבֵת דִּין שְׁבוּעַתָּה הַמוּטָל עֲלֵי עכ"ז יְכוּלִין לְחַזֵּר וּלְהַשְׁבִּיעַ כְּדִינָה מְשׁוּם דְּבִכְה"ג לֹא
תַקְנּוּ לְחוּשׁ כ"כ כִּן י"ל בְּטַעְמָא דְּהַד מִיְלָתָא: וּבִירוּשְׁלַמִי גִיטִין שְׁם אֲמָרוּ עֵבְרָה וְנִשְׁבְּעָה
ר"ה אָמַר אִם נִשְׁבְּעָה נִשְׁבְּעָה וְהוּבָא בְּרִשְׁבָּ"א וְהַר"נ בְּמַה שְּׁהוֹכִיחוּ מִזֵּה.

וּלְפִי מַש"כ יֵשׁ לֹמַר דְּהִירוּשְׁלַמִי נִתְפָּוֵן לְאַחַת מִן שְׁנֵי הָאוּפָנִים שְׁנִתְבְּאַרוּ הֵן לְפִי מַש"כ
לְעֵיל לְחַלְקֵי וּלְבֵאֵר דְּלָכֵן מְהַיֵּי מַה שְּׁנִשְׁבְּעָה כְּבָר אַף לְשְׁבוּעָה דְּאִינָה כְּפִי הַדִּין דַּמ"מ יֵשׁ
תּוֹעֵלַת מִזֵּה לָנוּ דְּהִנּוּ ע"י זֵי חֲזַקַת כְּשֵׁרוֹת בְּמִיָּדֵי דְּלַעֲבֵר אוֹ מְשׁוּם דְּכִינּוֹן דְּכָבֵר עֲשֵׂתָה אֵת
שְׁלָה בְּחֻשׁ מְכָשׁוּל הַרְבִּים בְּדָבָר הַתְּקֵלָה שְׁיִוְצֵא מִן שְׁבוּעָה שְׁלָה עַל כִּן אֵין בְּיָדֵינוּ עֲצָה
לְתַמְנָן אֵת זֶה כַּנ"ל.

הִנּוּ אַחַת מֵאַלְהֵי יֵשׁ לְכוּנָן בְּפִשְׁט הִירוּשְׁלַמִי בְּמַה דְּאֲמָרוּ עֵבְרָה וְנִשְׁבְּעָה מַה שְּׁנִשְׁבְּעָה
נִשְׁבְּעָה דְּהִנּוּ מִיָּדֵי דְּלַעֲבֵר כַּנ"ל. וְעַל כִּן יֵשׁ לָנוּ כַּח לְהַשְׁבִּיעַ שְׁנִית וְכַשִּׁיטַת הַר"ח
וְסִייעָתוֹ וְעִינָן בְּשִׁירֵי קַרְבָּן שְׁם.

וְסַעַד לְדַבְּרֵינוּ לְחַלְקֵי בֵּין תְּקֵלָה דְּלַהֲבֵא יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִן ב"מ (דָּף נ"ב) דְּלֹא יִמְכַרְנָה לֹא
לְתַגָּר שְׁמַרְמִין אֲחֵרִים וְקָשָׁה הָא מְבוֹאֵר בְּמִנְחוֹת (דָּף מ"ג) דְּמִן הַתַּגָּר כְּשִׁירָה דְּלֹא מְרַע
נִפְשֵׁי. אָכֵן לְפִי מַה שְּׁנִתְבְּאַר לְחַלְקֵי בֵּין תְּקֵלָה לְהֵבֵא וּבֵין לְעֵבֵר א"ש דְּהִתָּם ב"ב מִן יִחוּשׁ
שְׁיֵצֵא תְּקֵלָה מִת"י לֹא ח"ז שְׁיִרְמוּ אֲחֵרִים ע"כ חֲשׂוּ מַשֵּׁא"כ בְּהָא דְּלִקְחַ טְלִית מְצִוִּינָתָּ
דְּהִנּוּ מִיָּדֵי דְּלַעֲבֵר ע"כ לֹא חֲשׂוּ כַּנ"ל: וּלְפִי מַה דְּנִתְבְּאַר בְּפִשְׁט הָעוֹנָשׁ מַה דְּאֲמָרוּ מוֹדָה
רַב בְּקוֹפְצַת דְּחוּזָר וּמִשְׁבִּיעָה כְּדִינָה א"כ אֵין מְקוֹם רֵא"י מִזֵּה כְּלָל לְמַה דְּהוֹכִיחַ הַהִפְלָאָה
מְשִׁם לְהַד דִּין מְחוּדָשׁ דְּהוֹכִיחַ דַּה"ה גְּבִי שְׁבוּעָה דַּא"א מוֹרִישׁ כו' ג"כ דְּיִינְיָנוּ הֵכִי דְּאֵין
זֶה רֵא"י כְּלָל.

וּבְקִצְרָה י"ל בְּפִשְׁטוֹת דַּשֵּׁא"ה דְּבְמַה דְּנִשְׁבְּעַת שְׁנִית עכ"פ מְבַרְרַת אֵת הָעוֹנָשׁ בְּבִירוֹר
בְּשְׁבוּעַתָּה וְאַף שְׁנִחְשָׁדוּ עַל שְׁבוּעַת שְׁקֵר מ"מ כִּינּוֹן דְּחוּז"ל מְזַדְּקִים לְהַשְׁבִּיעַ שְׁנִית
כְּדִינָה ע"כ שְׁפִיר יְכוּלִים לְהַגְבּוֹת אֵת כְּתוּבָתָהּ מַשֵּׁא"כ בְּשְׁבוּעָה דַּא"א מוֹרִישׁ כו' דְּכִינּוֹן
דְּאֲבִיָּהֶם נִשְׁבַּע שְׁבוּעָה בְּלֹא נַק"ח דְּהִנּוּ כְּמוֹ דְּלֹא נִשְׁבַּע כְּלָל.

וְעַכְשָׁיו אַף דְּהִירוּשָׁיִם יִשְׁבְּעוּ שְׁבוּעָה דְּלֹא פְקִדְנוּ כו' מ"מ הָא בְּכִזָּה דְּיִינְיָנוּ א"א מוֹרִישׁ
כו' כִּינּוֹן דְּאֲבִיָּהֶם נִתְחַיֵּיב לִישְׁבַּע בְּנַק"ח שְׁלֵא נִפְרַע בְּנוֹדָאֵי דְּאֵין שְׁבוּעַת הִירוּשָׁיִם מְסַפִּיק
לְצִאת חוֹבֵת שְׁבוּעַת אֲבִיָּהֶם כְּפִי שְׁנִתְחַיֵּיב וְע"כ מִצַּד הַסְּבָרָא בְּנוֹדָאֵי נִרְאָה דְּלֹא כַּמַּש"כ
הַהִפְלָאָה: עָנָף הַ וּלְדַבְּרֵי הַהִפְלָאָה דַּס"ל דְּאַף בְּנִשְׁבַּע אֲבִיָּהֶם שְׁבוּעָה דְּלֹא נִפְרַע אַף בְּלֹא
נַק"ח ג"כ מְהַיֵּי מַה דְּיִשְׁבְּעוּ הִירוּשָׁיִן שְׁבוּעָה דְּלֹא פְקִדְנוּ וְלֹא דְּיִינְיָנוּ בְּהַד לְהַד דַּא"א
מוֹרִישׁ כו' א"כ לַפ"ז יֵשׁ לְפָרֵשׁ לְמַה דְּאֲמָרוּ בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"ח ע"א) בְּסוּגָא דַּא"א

מוריש כו' מתיב רב אושעיא מתה יורשי' מזפירין כו' הב"ע שושבועה ומתה כו' ה"נ שושבועה ומתה.

דלפי דברי ההפלאה יש לפרש דכוננת הגמ' הוא דנשבועה אף בלא נק"ח ג"כ יכולין היורשים ליטבע שבועת היורשים וגובין. אף מן סוגיא זו שם לקמ' דאמרו ת"ש אבל יורשיו משביעין אותה ואת יורשיה ומתריץ רב שמעיה לצדדין קתני אותה באלמנה ויורשי' בגרושה ופי' רש"י בד"ה אבל יורשיו כו' ומדקתני יורשיו משביעין אותה אלמא בדלא נשבועת עסקינן וקתני כו'.

א"כ מזה יש להוכיח דלא פדברי ההפלאה דאי פדברי ההפלאה דאם נטבע אביהם אף בלא נק"ח לא דיינינן בכה"ג דא"א מוריש כו' הני מצי הש"ס לאוקמי להו משנה דירשיו משביעין אותה ואת יורשיה דמירי בנשבועה האלמנה פבר בלא נק"ח דאף דזה לא מהני דמ"מ מהני זה שיכולין היורשים ליטבע שבועת היורשין ולגבות הפתובה וקאי שפיר לשון המשנה אבל יורשיו משביעין אותה ואת יורשיה דמירי הכל באלמנה ובנשבועה מכבר לשבועתה בלא נק"ח ולא הוי צריף לדחוקי ולתרוצי דלצדדין קתני כו'.

ומדחזינן דהש"ס מוכרח לתרוצי דלצדדין קתני כו' מוכח מזה דלא הנה עצה אחרת להש"ס לתרוצי רק בכה"ג דלצדדין קתני. א"כ מוכח דס"ל להש"ס דאף היכא דנשבועה בלא נק"ח ג"כ דיינינן דא"א מוריש כו' פיון דנשבועה שלא פדין השבועה המוטל עליה דהוי כמו דלא נשבועה פלל דא"א מוריש כו' ולא מהני שבועת היורשים ודלא פההפלאה בזה: ובכתובות (דף פ"ו ע"ב) במשנה אבל יורשיו משביעין אותה ואת יורשיה פי' רש"י אם נתאלמנה והיא או יורשיה נפרעין מן היתומין צ"ש כו' וכ"כ הרע"ב בכתובות פ"ט משנה ו' והתוס' יו"ט שם תמה עליהם הא הדין הוא דא"א מוריש כו' ע"ש.

ובאמת הא מבואר להדיא בשבועות (דף מ"ח) דהש"ס מקשי זה ומוקמי דלצדדין קתני כו' והיא קושיא אלימתא על רש"י והרע"ב דלא פירשו פן. ואפשר לומר לפי דדרף רש"י לפרש בפשטות לשון המשנה ע"כ פירש פן משום דמה דאוקמי הש"ס בשבועות דלצדדין קתני הוא דחוק קצת ע"כ פירש פן אף דאינו אליבא דהלכתא.

ועוד נלע"ד לומר לפי מש"כ הקצה"ח בסי' ק"ח ס"ק ט' בעיקר הך מילתא דא"א מוריש כו' דזהו לפי שיטת רב ושמואל דשעבודא לאו דאורייתא ואינו גובה מן היורשים רק מדרבנן לכן אמרו בזה דא"א מוריש כו' ע"ש.

ובסוגיא דשבועות (דף מ"ז) מוכח דלא פדברי הקצה"ח הנ"ל במה דשקל וטרי שם הגמ' עלה דהיו שניהם חשודים חזרה שבועה רבותינו שבבב"ל כו' רבותינו שבא"י כו' רבותינו שבבב"ל רב ושמואל דתנן כו' רב ושמואל כו' וא"א מוריש כו'.

ולדברי הקצה"ח איזה דמיון הוא הא י"ל דשאני הך דיתומין מן היתומין דשעבודא לאו דאורייתא כו' משא"כ בשניהם חשודים דמנינ' גובה מה"ת ע"כ יש לחלק ביניהם בפשיטות וכן אפשר דאף רבותינו שבא"י בנספא דר' אבא דמודו בהך דא"א מוריש כו' אי שעבודא לאו דאורייתא.

ע"כ מוכח מן הסוגיא דהתם דלא כהקצה"ח. ויש לי להאריך עוד בכ"ז וקצרת: אף לדברי הקצה"ח הנ"ל שכתב דמה דאמרו רב ושמואל דא"א מוריש זהו לפי דאזלי

לְשִׁיטְתָם דס"ל של"ד ובש"ף סי' ל"ט ס"ק ב' הָאָרִיף בְּשִׁיטַת הַתּוֹס' דְּמַחְלָקִים דְּבַמְלָנָה
הַפְּתוּבָה בַּתּוֹרָה ש"ד ובמלנה שאינה פתובה בתורה של"ד והא דהקשה הש"ס בב"ב
(דף קע"ה) על רב ושמואל מן הא דהחופר בור כו' משום דרב ושמואל ס"ל דאף במלנה
פתובה בתורה של"ד.

ולפ"ז י"ל דאיתי שפיר מה דפירש רש"י בכתובות על המשנה דירוש' משביעין אותה
ואת יורש' דמייירי הכל באלמנה משום דרש"י ס"ל ג"כ לחלק בין מלנה הפתובה בתורה
כו' דבמלנה הפתובה בתורה הדין הוא דש"ד ובאינה פתובה בתורה של"ד ולכן א"ש מה
דמסקינן בשבועות (דף מ"ח) לדינא דאין מוציאין מן היתומים משום דא"א מוריש כו'
וכן ר"פ אמר שם פן דזהו לפי דר"פ ס"ל של"ד במלנה שאינה פתובה בתורה וכמבואר
סוף ב"ב ובתוס' שם וס"ל לרש"י ג"כ פן לדינא וע"כ מסקי לדינא דדיינינן א"א מוריש
כו'.

אבל בכתובה דהוי מלנה הפתובה בתורה למאן דס"ל פתובה דאורייתא לפי שיטת הרבה
פוסקים ועיין במל"מ ה' נערה בתולה פ"א ה' ג' בד"ה וראיתי לרש"י ז"ל בפירוש
החומש שכתב מהר ימקרה כו' שהביא בשם הרא"ם שכתב בשיטת רש"י דס"ל פתובה
אשה מה"ת ע"ש.

וכן משמע בפ"י רש"י לחומש חיי שרה פ' כ"ה על פסוק ולבני הפלגשים כו' נשים
בכתובה פלגשים בלא פתובה והרמב"ן שם הקשה עליו דהא פתובה מדרבנן. אכן רש"י
ס"ל דכתובה מה"ת ועיין ברא"ם שם.

ולפ"ז שפיר פירש רש"י בכתובות דהא אבל יורשיו משביעין אותה כו' דמייירי באלמנה
ולא דיינינן א"א מוריש כו' משום דכיון דס"ל לדינא פתובה אשה מה"ת ובמלנה הפתובה
בתורה ס"ל דש"ד ולכן לא דיינינן בכתובה להא דא"א מוריש כו' ולכן פירש להמשנה
דירוש' משביעין כו' כפי פשטות הלשון דמייירי הכל באלמנה וכן ס"ל לדינא.

והא דמקשה הש"ס על רב ושמואל דס"ל א"א מוריש כו' מן הנה משניות דמייירי בכתובה
ולא מחלקי דשאני מלנה הפתובה בתורה י"ל דזהו משום דהא רב ושמואל ס"ל דאף
במלנה הפתובה בתורה אמרינן של"ד וכמש"כ הש"ף פנ"ל.

גם יש מקום לומר אף להסוברים פתובה הוי מדרבנן מ"מ פיון דתקנו רבנן לכתובה
פעין דאורייתא תקנו ודינה ככל מלנה הפתובה בתורה לענין ש"ד במלנה הפתובה בתורה
וקצרתי.

ועיין בש"ף סי' פ"ב ס"ק י"ט: אף ליישב דברי הרע"ב במשניות קשה לתרץ עפ"ז דהא
חזינן דהרע"ב כתב להא דינא דא"א מוריש כו' לקמן בכתובות ריש פ' יו"ד במשנה א'
במה דתנו שם שניה וירוש' קודמין הרי דס"ל לדינא לדון פן גם בכתובה ולא ס"ל
להחילוק שכתבתי לחלק אליבין דשיטת רש"י הנ"ל א"כ תקשה עליו קושיות התוס'
יו"ט הנ"ל על מה דפירש הכא במשנה דירוש' משביעין אותה ואת יורש' כו' דמייירי
הכל באלמנה.

ואפשר לומר דזה תלוי במש"כ לעיל לדון פן דאי פתובה מה"ת אז אפשר לחלק לפי
דברי הקצה"ח הנ"ל דשאני מלנה הפתובה בתורה דש"ד א"כ לדינא לפי מה דס"ל

להרע"ב דכתובה לא הוי מן התורה כמבואר בסוף פתובות פ'ק י"ג משנה י"א בהרע"ב שם ע"כ פתב בפ'ק יו"ד משנה א' דמייירי בנשבעה כו' אבל הכא בפ"ט משנה ה' הוכרח הרע"ב לפי פשוטות המשנה אף שלא אליבא דדינא ואתי המשנה כמאן דס"ל פתובה מה"ת וכנ"ל ומתורץ קושיות התוס' יו"ט: נחזור לענינינו דמוכח מן שבועות (דף מ"ח) מדהוכרחו לתרץ דלצדדין קתני אותה באלמנה ויורשי' בגרושה ולא מוקמי דמייירי בנשבעה שבועה בלא נק"ח דמוכח מזה דלא פדברי ההפלאה.

ונידעתי מה די"ל בזה דבאמת לפי מה דמסיק הש"ס בשבועות שם (דף מ"ח) דהבו דלא לוסקיף עלה דרב ושמואל וחווינו דאקילו בהו מילתא דא"א מוריש כו' ע"כ אז אפשר לומר דאף בנשבעה בלא נק"ח ג"כ הוא בכלל דהבו דלא לוסקיף עלה דרב ושמואל אלא דבזה מהני שבועת היורשין וגובין וכדברי ההפלאה משא"כ בתחלת הסוגיא דהקשו על רב ושמואל מן המשנה דאבל יורשי' משביעין אותה כו' דלא ידעו אז מן הפלל דאמרו הבו דלא לוסקיף כו' ע"כ ממילא מוקמינו אדינא וכפי הסברא דגם בנשבעה בלא נק"ח מפעי לן לדון להפלל דא"א מוריש לשיטת רב ושמואל וע"כ הקשו אז שפיר והוכרחו לתרץ דלצדדין קתני כו' פן הנה מקום לדון לכאורה.

אבל באמת זה אינו דהא עיקר יסוד של ההפלאה הוא במה דלמד פן ממה דאמרו בגיטין (דף ל"ה) מודה רב בקופצת ומשביעין אותה שנית פדינה א"כ לפי דבריו חוינו דרב בעצמו הנה ס"ל גם בגביות מן יתומים דמהני מה דנשבעה בלא נק"ח לענין לחזור להשביעה שנית וה"ה לענין א"א מוריש וכמש"כ ההפלאה לדמות אותן להדדי א"כ שפיר תקשה דמה הקשו הש"ס מן הו דאבל יורשי' משביעין אותה כו' והוכרחו לתרץ דלצדדין קתני כו' הא ה"מ לתרוצי דמייירי בנשבעה בלא נק"ח דחווינו דרב מודה בכזה דמשביעין אותה שנית התם בגיטין וה"ה הכא וכמש"כ ההפלאה ומדחווינו דהש"ס לא תירצו פן במה שהקשו פן על רב ושמואל ותירצו פנ"ל דמוכח מזה דלא פהפלאה בזה: ענף ולפי מה דנתבאר דלא פדברי ההפלאה א"כ לפ"ז צ"ע במה שכתב הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ל"ט על דברי הרמ"א שם סעיף כ"א דצריכה לחזור ולישבע דכתב ע"ז הב"ש דבדיעבד לא אמרינו בזה א"א מוריש כו' דמזה הוכיח ההפלאה את דינו המיוחד הנ"ל.

אבל לפי מה דנתבאר להוכיח דלא פדבריו א"כ צריף ביאור לדברי הב"ש: והנלע"ד פוננה אחרת בדברי הב"ש דאין ה'כרח להוכיח מדברי הב"ש להו דינא שחידש ההפלאה. דזה לשון המחבר שם יש מי שאומר האידנא משביעין אלמנה בב"ד כו' שתודה מה שקיבלה לכתובתה ואין העונש מרובה כ"כ כו' וצריכה לישבע בפני ג' פשרים ואם נשבעה לפני קרובים צריכה לחזור ולישבע עכ"ל הש"ע והוא מן הרא"ש והב"י בשם הרשב"א בתשובה.

וע"ז פתב הב"ש דבדיעבד לא אמרינו בזה א"א מוריש כו'. ונקדים למש"כ ההפלאה עוד שם להקשות במש"כ הרשב"א דאם נשבעה לפני ג' קרובים צריכה לחזור ולישבע הא אמרינו בב"מ (דף י"ז) בנתחייב שבועה ואמר נשבעתי נאמן ומשמע דלא אמר נשבעתי בב"ד כו' וכן משמע בח"מ סי' פ"ז סעיף כ"ז כו' וצ"ע עכ"ל ההפלאה שם.

ונלע"ד לתרץ קונשנייתו והוא דזה ננדאי בכל שבועות הדיינין דא"צ לישיבע בב"ד רק הב"ד אומרים לו שישבע דנשבע אף חוץ לב"ד ויוצא חובת שבועתו. והא דגיטין (דף ל"ה) ל"ש אלא בב"ד אבל חוץ לב"ד כו' דמשמע דשבועת הדיינין הוא בב"ד.

הא מבואר ברש"י ותוס' ובכל הראשונים שם דהפנונה הוא דבב"ד בעי בנק"ח ושם משא"כ חוץ לב"ד אינה בשם ובנק"ח א"כ אין הפנונה שם דתשבע בב"ד רק דשם ב"ד דאמרו שם הפנונה דיהיה בנק"ח ובשם וכמבואר בש"ע פאן סעיף י"ט.

וע"ז כתב המחבר שם סעיף כ"א דהאידין נהגו להשביעה בב"ד שתודה כו' לפי ששבועה דלהבא דאין השבועה יוצא מן פי' לשקר בעת השבועה לא חשו בה כ"כ וכמש"כ הרא"ש בטעמו דשבועה דלהבא לא פתיב בה לא ינקה.

וקוטב הענין הוא פן דבזמן הש"ס היו משביעין אותה חוץ לב"ד בלשון עבר רק דאקילו עליה שלא תשבע בשם ובנק"ח והאידין נהגו להשביעה בלשון דלהבא ובשם. ובענין בנק"ח הנה הט"ז והב"ש כתבו דא"צ נק"ח בשבועה זו.

והקרן נתאל ברא"ש גיטין שם בס"ק ל"מ דכתב דצריך נק"ח לשבועה זו והביא פן בשם המהרש"ק וכ"כ בתפארת שמואל שם. ומה דנהגו האידין להשביעה בלשון דלהבא אף דלענין שבועת הדיינין מבואר בח"מ סי' פ"ז סעיף ט"ז דלא מהני בזה מה ששבע שבועה דלהבא בשיטת המחבר שם והוא בשם הרשב"א בתשובה וכן הוא שם לקמן סעי' ל"ד מזה מ"מ פאן בשבועת אלמנה על כתובתה דחזינן דאקילו עליה חז"ל דסגי בנודרת אף דלא הוי ע"ז בלא ינקה ה"ה דמהני שבועה דלהבא אף דלא הוי בלא דלא ינקה וכמש"כ הראשונים בזה.

ועכ"ז פיון דהוי בלשון דלהבא לכו נהגו שיהיה השבועה לפני הב"ד ואף דבכל שבועת הדיינין לא התמירו שישבע לפני הדיינין וכמש"כ בהפלאה להוכיח פן מ"מ בשבועה זו דנהגו האידין להשביעה בלשון דלהבא פיון דלא מהני כה"ג בכל שבועת הדיינין לשיטת הסוברים פן וכנ"ל ע"כ אף דאקילו בכזה בשבועת אלמנה מ"מ התמירו בה שיהיה השבועה בפני הב"ד דהא המקור לזה הוא מן הא דגיטין (דף ל"ה) דאמרו אדרה בב"ד ואשבעה חוץ לב"ד דהברירה בידי היתומים על א' מהם וכמש"כ הרשב"א בחידושו לגיטין שם ובתשובת הרשב"א המובא בבית יוסף לאה"ע סי' צ"ו.

וכעין זה כתוב בפ"י המשניות להרמב"ם ובר"נ וברא"ש שם. וכיון דהמקור מה דנהגו להשביעה האידין בלשון דלהבא הוא ממה דראו דאקילו עליה דתהא נודרת.

והא אמרו בגיטין שם בלשונם אדרה בב"ד ואשבעה חוץ לב"ד וזהו דהקפידו שתהיה הנדר בפני הב"ד ונקא דהא לענין נודרת לא שייך לומר דמה דאמרו אדרה בב"ד כו' הפנונה הוא לענין נק"ח ובשם דהא נקא לענין שבועה שייך לומר פן למה דאמרו ל"ש אלא בב"ד כו' דאמרו דעיקר הפנונה הוא לענין בנק"ח ובשם משא"כ בנדר לא שייך זה כ"כ.

ועיין בנדרים (דף י"ד) וביו"ד סי' רי"ב וקצרת. וכן לא מצינו שיאמרו שתהא נודרת בנק"ח ובשם אלא אמרו דמדירין אותה בב"ד דהפנונה הוא דמ"מ חמור הוא האיום מן הנדר אם נודרת בפני הב"ד ועיין בלשון המחבר שם סעיף י"ט.

וה"ה בשבועה אף דאקילו עליה האינדנא דיהיה סגי בלשון דלהבא מ"מ החמירו עליה מצד אחר דתשבע בפניי הב"ד. וילענין שבועה מצינו דחמור ביותר אם השבועה הוא בפניי הב"ד פדחזינו בשבועות (דף כ"ט) גבי שבועת ביטוי דאמרו בפניי ב"ד ושללא בפניי ב"ד וכן הוא שם (דף ל"ד) גבי שבועת העדות.

הרי דהיה מקום לומר דיהיה השבועה דוקא בפניי ב"ד וכן הוא שם (דף ל"ו) גבי שבועת הפקדון דאמרו בפניי ב"ד ושללא בפניי ב"ד. הרי דהוצרכו לומר פן שם להדיא: וביותר מצינו להרמב"ם ה' שבועות פ"ט הל' א' שכתב דאם היה השבועה בפניי הב"ד חייבים העדים משום שבועת העדות אם השביעם התובע אע"פ שללא נשבעו ולא ענו אמן וענין שם בכ"מ ובלח"מ.

הרי דמצינו להדיא דשבועה בפניי ב"ד יש לה חומר בזה הענין ביותר מן שבועה שלא בפניי ב"ד ויש להאריך בדברי הרמב"ם הנ"ל ואכמ"ל. ע"כ י"ל דאף דבכל שבועת הדיינין לא החמירו בה דיהיה השבועה דוקא בפניי הב"ד מ"מ זה אינו רק בשבועה דלעבר אכל במה דנהגו האינדנא להשביע להאלמנה בלשון להבא דזהו מצד דאקילו חז"ל עליה דסגי בנודרת אף דלא הוי בלאו דלא ינקה פנ"ל מ"מ החמירו בה מצד אחר דניבעי דתשבע בפניי הב"ד דיש לה חומר קצת ביותר וכמו דאמרו בלשונם אדרה בב"ד דהחמירו עליה בנודרת דתצטרף בב"ד וה"ה בנוסח השבועה דלהבא דנהגו האינדנא להקל עליה אף שהוא נגד הדין דהא בשבועת הדיינין ס"ל לכמה פוסקים דלא מהני שבועה בנוסח לשון דלהבא ואפ"ה אקילו בה האינדנא וסמכו לדון פן מן מה דראו דאקילו חז"ל עליה דסגי בנודרת כו'.

ומ"מ פיון דהוי זה נגד הדין דהא בזמן הש"ס לא היו משביעין אותה בלשון דלהבא רק בלשון עבר לשטיט הפוסקים דס"ל פן בח"מ סי' פ"ז סעיף ט"ז פנ"ל. ע"כ החמירו בה קצת חומר דיהיה השבועה זו דוקא בפניי ב"ד וכמו דאמרו בנודרת דנודרת בב"ד פמבואר בגמ' ובש"ע פאן פן הוא קוטב הענין מן השבועה דנוהגין האינדנא להשביע את האלמנה בב"ד וכפי שכתב המחבר והרמ"א בשם תשובת הרשב"א: ולפ"ז מתורץ קושיות ההפלאה דבאמת בכל שבועות הדיינין לא בעינו דיהיה השבועה בפניי ב"ד וכמו שהוכיח ההפלאה רק דהכא שאני לפי דמה שמשביעין האינדנא את האלמנה בנוסח דלהבא הוי זה נגד הדין לפי שיטת הרשב"א בעצמו שהובא בח"מ סי' פ"ז סעיף ט"ז דס"ל דבשבועה המחוייב ע"פ דין לא מהני אם נשבע בלשון דלהבא וכמש"כ הרשב"א בתשובה סי' תתקס"ד ואפ"ה פאן כתבו דלכ"ע הנהוג הכא באלמנה להשביע אותה בלשון דלהבא משום דראו האינדנא להקל בזה וכיון דזהו אינו מצד הדין ע"פ דינא דגמ' רק מצד המנהג שיש להם סמוך ממה דאקילו חז"ל דתהא נודרת פנ"ל.

ע"כ לא נהגו פן אלא באופן דתהא השבועה בפניי ב"ד ולכן אם נשבעה לפניי ג' שהם קרובים צריכה לחזור ולשבע דהא בכזה לא נהגו פיון דהוי שבועה דלהבא וכיון דנשבעה חוץ לב"ד מוקמינן על הדין לפי דינא דגמ' דלא מהני שבועה דלהבא לצאת עי"ז חובת השבועה המוטל עליה וגם מצד המנהג הא לא נהגו פן אלא בנשבעה לפניי הב"ד.

ע"כ אם נשבעה שבועה דלהבא שלא בפני ב"ד צריכה לחזור ולישבע פיו דזהו נגד הדין ונגד המנהג ומתורץ על נכון לקושיות ההפלאה הנ"ל: ענף ז וכ"ז לשיטת הרשב"א דס"ל דשבועה בלשון להבא אינו מועיל במקום חיוב שבועה וכמבואר שיטת הסוברים פן בח"מ סי' פ"ז סעיף ט"ז.

אכן לפי מה שהביא הרמ"א שם שיטת המרדכי והרא"ש דס"ל דבכל מקום שמחוייב שבועה מהני לפוטרו אף בנשבע שבועה דלהבא פמבואר. א"כ לפ"ז ה"ה הכא גבי שבועת אלמנה על פתובתה פיו דע"פ דינא דגמ' מהני שבועתה אף בלא נק"ח א"כ ה"ה אף בנשבעה בנחס לשון דלהבא.

לא מיבעיא לשיטת הט"ז והב"ש דא"צ נק"ח ואף לשיטת הקרבן נתנאל ותפארת שמואל דכתבו דצריכה נק"ח. מ"מ הא בעיקר השבועה שלא לא בעינו נק"ח וגם לא בעינו דיהנה בשם.

א"כ פיו דס"ל להנה פוסקים דבכל מקום דמחוייב שבועה מהני אף בנשבע בלשון דלהבא. א"כ ה"ה במה דנהגו האידנא להשביעה בלשון דלהבא שתודה האמת מה שקיבלה לתובתה דאף אם לא נשבעה בפני ב"ד פשר ג"כ מהני מה דנשבעה וא"צ לחזור ולישבע.

דקא לשיטתם מהני שבועה דלהבא לצאת ידי חוב השבועה המוטל עליו מן הדין וכבר נתבאר דבעיקר הדין לא בעינו דיהנה השבועה בפני ב"ד וסגי במה דהב"ד מזכירין לה אותו השבועה פמבואר בסי' פ"ז סעיף ט"ז בהרמ"א שם.

אף פיו דהוי ספיקא דדינא אם הלכה פהסוברים דיוצא ידי חובת שבועתו ע"י מה דנשבע להבא או דאינו יוצא ע"י שבועה דלהבא וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' פ"ז סעיף ל"ד סוף ס"ק פ' ע"ש. ע"כ הקא דבאה להוציא מן היתומים מספיקא אינה מוציאה ממון מן המוחזק עד שתשבע בפני ב"ד פשר.

ועיין בח"מ סי' פ"ד סעיף א' פן נלע"ד בכ"ז: ולפי מה דנתבאר אתי שפיר דברי הב"ש במה שפתיב דאם נשבעה חוץ לב"ד לא דיינינו ביה להך דא"א מוריש כו' ויכולין היורשים לישבע שבועה שלא פקדנו ויגבו את הפתובה.

משום דקא הוי ספק ספיקא בנ"ד המסייע להאשה לגבות הפתובה דקא בעיקר הדין דא"א מוריש כו' אין זה רק מספיקא פמבואר בשבועות (דף מ"ח דדיינא דעבד כר"א עבד כו' והוי ספיקא דדינא אם הלכה פרב ושמואל דאמרו א"א מוריש כו' ומה"ט אם קדמו היורשים ותפסו אין מוציאין מידם פמבואר בח"מ סי' ק"ח סעי' י"א.

א"כ יש לנו ספק א' אם דיינינו כלל להך דא"א מוריש כו' ועוד ספק יש לנו במה דנשבעה לשון להבא אף שלא בפני ב"ד דלשיטת הרא"ש והמרדכי מהני שבועה דלהבא לצאת חובת השבועה המוטל עליו פמבואר בח"מ סי' פ"ז סעי' ט"ז ואף דלא פתיב בשבועה דלהבא לא ינקה מ"מ ס"ל דיוצא עי"ז.

וצ"ל דס"ל דמה דאמרו בשבועות (דף ל"ט) וכאן נאמר לא ינקה. דאין זה לעיפובא משום דאף בנשבע לשון להבא דלא פתיב ביה לא ינקה ג"כ יוצא חובת השבועה.

וּכְעֵין זֶה רְאִיתִי בְּסֵפֶר בְּשָׁמַיִם רֹאשׁ סִי' ר"ד בְּכֶסֶף דְּהֶרְסָנָא בּד"ה עוֹד קִשְׁיָא לִי מֵאִי דְכְתָבוּ הַתּוֹס' בְּשִׁטְתָּא דְמִיגוּ דְחָשִׁיד כּו' דְהֶאֱיוּמִים דְשְׁבוּעוֹת הַנְּ"ל אֵינן מְעַכְבִּים דִּיעֲבַד ע"ש. וְעֵינן פְּאֵן בּב"ש ס"ק ל"ח.

א"כ יֵשׁ לָנוּ שְׁנֵי סְפִיקוֹת הַמְּסִייעַ לְהֵאשְׁבֵה לְגַבּוֹת פְּתוּבָתָהּ וְלָכֵן יְכוּלִים הַיּוֹרְשִׁים לְגַבּוֹת ע"י שְׁבוּעָה דְלֹא פְקֻדְנוּ וְלִהְיוּצִיא מִן הַיְתוּמִים. וְאַף דָּאִין מוֹצִיאִין מָמוֹן ע"י סְפִיקָא מְשׁוּם דָּאִין הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרֹב וְה"ה בּס"ס דְהוּי פְּמוֹ רֹבָא עכ"ז הָא פְּכָר הָעֵלִיתִי בְּסֵפֶרִי נַחַל יִצְחָק סִי' מ"ג סְעִי' י"ד עֲנָף ב' דְע"י רֹב וְחֻזְקַת חַיּוּב בִּיחַד מוֹצִיאִין מָמוֹן מִהַמְּחֻזָּק ע"ש.

וְלָכֵן בּנ"ד דְהֶסְפֵּק הוּא בְּהַפְרָעוֹן יֵשׁ לָנוּ רֹב הַיְיָנוּ סְפִיקָא הֲלֹז בְּצִירוּף חֻזְקַת חַיּוּב שְׁהִיָּה עַל הַנְּכֻסִים דִּירְשׁוּ הַיְתוּמִים. [וְעֵינן מְזָה בְּסֵפֶרִי נַחַל יִצְחָק סִי' ס"ט סְעִי' ה' שְׁפַתְבַּתִּי הִרְבֵּה לָדוֹן אִם שְׁיִיף לְחַיִּיב הַיּוֹרְשִׁים מְשׁוּם א"י אִם פְּרַעְתִּי].

וּבְפֻרְט דְעֵיקָר מִיְלָתָא דֵא"א מוֹרִישׁ אֵינּוּ רַק מְדַרְבְּנֵן וּבְכַתוּבָה ס"ל לְכַמָּה פּוֹסְקִים דְהוּי מִה"ת. וְעכ"פ הָא יֵשׁ לָנוּ פְעֵין רֹב וְחֻזְקָה ע"כ שְׁפִיר פְּסֵק הַב"ש דְאַף דְנִשְׁבַּעַה בְּלִשׁוֹן לְהַבָּא שְׁלֵא בְּפִנֵי ב"ד דִּיכוּלִין הַיּוֹרְשִׁים לִישְׁבַּע שְׁלֵא פְקֻדְנוּ וְלִהְיוּצִיא הַפְּתוּבָה מִהַיְתוּמִים וְע"כ אֵין הֶכְרַח לְהוֹכִיחַ מִן דְבָרֵי הַב"ש הֲלֹז לְמָה דְחִידֵשׁ הַהַפְּלָאָה: וּכְעֵין זֶה מְבֹאֵר בֵּאֵה"ע לְמָן סוּף סִי' צ"ח סְעִי' ז' בְּהֶרְמ"א בְּשֵׁם י"א דְלַגְבֵי יוֹרְשִׁי אֵינּוּ מוֹעִיל הַפְּטוֹר כּו' אֲבָל אִם מִתָּה יוֹרְשִׁיָּהּ נוֹטְלִין פְּתוּבָתָהּ וְכַמְש"כ הַב"ש שְׁמֵס"ק ט"ז דְלֹא אֲמַרִינן תְּרִי קוּלָא א' דְבָרֵי אֲבָא שְׁאוּל ב' דְבָרֵי רַב וְשְׁמוּאֵל כו'.

וּי"ל דְגַם זֶה הוּא מְשַׁעַם סְפִיקָא פְּנ"ל. אֲף לְפִי מָה דְרְאִיתִי בְּשׁו"ת הַרִיב"ש סִי' קס"ט דְכַתֵּב בּוֹזֵה"ל דְאַפִּילוּ לְדַעַת הַפּוֹסְקִים דָּאִין מוֹעִיל נְאֻמָּנוֹת מְפֻרְשׁ לְעַקוֹר תַּק"ח מ"מ פְּשַׁמַּת הַמְּלוּהָ אֵין יוֹרְשִׁי מְפֻסְדִין כּו' דְלֹא דִיִּינִינן לִיהַ תְּרִי קוּלָא אֲבָא שְׁאוּל וְקוּלָא דְרַב וְשְׁמוּאֵל פְּדֻאֲמַרִינן עֲלֵה הַתָּם הַבּו דְלֹא לוֹסִיף עֲלֵה כּו' עכ"ל הַרִיב"ש דְהוּא הַמְּקוֹר לְהַדֵּד דִּין שְׁפַתֵּב הַרְמ"א הַנְּ"ל.

הַרִי דְלֹא אֲתִי עֲלֵה מִן דִּין סְפִיקָא דְהָא פְּתַב דְאַף הַפּוֹסְקִים דּס"ל פְּאַבָּא שְׁאוּל מוֹדוּ לָזֶה. וְע"כ הַטְעַם שְׁפַתְבוּ שְׁם דְלֹא דִיִּינִינן תְּרִי קוּלָא אֵין זֶה מְשׁוּם ס"ס רַק לְפִי דְעֵיקָר מִיְלָתָא דְאַבָּא שְׁאוּל הוּי ג"כ מְצַד קוּלָא פְּמוֹ דְאַמְרוּ בְּכַתוּבּוֹת (דָּף פ"ז) בְּלִשׁוֹן דְבָרֵי אֲבָא שְׁאוּל דְאַמַר בְּלִשׁוֹן אֲבָל מָה אֲעֲשֶׂה כּו'.

אֲבָל הֵכָא בְּדְבָרֵי הַב"ש שְׁפִיר פְּתַבְתִּי דְמִן דִּין סְפִיקָא דִישׁ לָנוּ בְּדִין זֶה אֲתִי עֲלֵה וְנִתְבָּאָר עַל נְכוֹן דְבָרֵי הַב"ש הַנְּ"ל דְלִדִּינָא יֵשׁ לָנוּ לְסַמְנָה עַל דְבָרֵי הַב"ש אִף שְׁנִיתְבָּאָר דְלֹא כַמְש"כ הַהַפְּלָאָה.

מְשׁוּם דְהֵיכָא דְנִשְׁבַּע בְּלֹא נַק"ח הוּי פְּמוֹ דְלֹא נִשְׁבַּע פְּלָל וְשְׁפִיר דִּיִּינִינן דֵא"א מוֹרִישׁ כּו' וְלֹא מְהִי שְׁבוּעַת הַיּוֹרְשִׁים לִישְׁבַּע שְׁלֵא פְקֻדְנוּ. אֲף הֵכָא שְׁאֵנִי דְהָא נִשְׁבַּעַה שְׁבוּעָה הַמוֹעִיל לְשִׁיטַת הָרֵא"ש וְהַמְרָדְכִי וְיֵשׁ לָנוּ דִין ס"ס עַל נְכוֹן בְּזֵה פְּנ"ל: וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְמַשְׁדֵּי נְרָגָא בְּדִין סְפִיקָא הֲלֹז לְפִי הַמְּבֹאֵר בִּיּו"ד סִי' ק"י סְעִי' ט' בְּהַגְהַת הַרְמ"א דְכַעֲבִינוּ דוֹקָא שְׁהִיּוּ נוֹדְעוּ שְׁנֵי הַסְפִיקוֹת בִּיחַד.

א"כ הָאָהָא בְּנִידוֹן הַב"ש הַנ"ל הָאָהָא הַסְּפֵק רֵאשׁוֹן נוֹלַד מִתְחִלָּה בְּעֵת שְׁנֹשְׁבָעָה הָאִשָּׁה בְּלִשׁוֹן
לְהֵבֵא שְׂלֵא בְּפָנֵי ב"ד וְהַסְּפֵק הַשְּׁנִי נוֹלַד לֵאח"ז כְּשִׁמְתָהּ וּבְאִין יוֹרְשִׁיָּהּ לִטְוֹל אֶת הַכְּתוּבָה
א"כ הָאָהָא לֹא נוֹדְעוּ הֵנָּה שְׁנֵי סְפִיקוֹת הַלְלוּ בְּיַחַד.

אָבֵל בְּאֵמַת שְׁפִיר פְּתַבְתִּי דְּהָא הֶרַמ"א בִּי"ד שֵׁם קָאֵי עַל אִסּוּר דְּאוֹרְיִיתָא וּכְמַש"כ
הַשְּׁנִי שֵׁם ס"ק ס"ב דְּבִדְרַבְנָן מְקַלִּינָן אַף אִם סְפֵק רֵאשׁוֹן נוֹלַד מִקְּוֹדֵם הַסְּפֵק הַשְּׁנִי וּכ"כ
הַב"ש בַּאֲה"ע ס"א ב' ס"ק י"ד.

וּעַפ"ז י"ל בְּדִבְרֵי הַמַּג"א בְּסִי' תַל"ט ס"ק ג' ע"ש. לְכֹן הָאָהָא דְּעֵינָר מִקְּלָתָא דְּמִשְׁבִּיעִין
אוֹתָהּ עַל כְּתוּבָתָהּ אִינוּ רַק מְדַרְבְּנָן לְכֹן שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן סְפֵק סְפִיקָא בְּכַה"ג אַף דְּלֵא נוֹלְדוּ
הַשְּׁנֵי סְפִיקוֹת בְּיַחַד וּבְפֶרֶט בְּסְפִיקָא דְּדִינָא כְּמַש"כ הַפְּרַמ"ג בִּי"ד ס"א ק"י בְּדִינֵי סְפֵק
סְפִיקָא בְּס"ק א' לְחַקוֹר בְּחִילוּק הַלְזוּ ע"ש.

וּבִנ"ד הָאָהָא הָיִי סְפִיקָא דְּפְלוּגְתָא ע"כ ה"ל סְפֵק סְפִיקָא מְעַלְיָא אַף דְּלֵא נוֹלְדוּ הֵנָּה סְפִיקוֹת
בְּיַחַד: הַיּוֹצֵא לָנוּ מְכַל הַקּוּנְטָרַס הַלְזוּ דְּאַף בְּנֹשְׁבַע הַמְּלִנָה כְּבָר עַל שְׁטְרוּ שְׂאִינוּ פְּרוּעַ אַף
דְּלֵא הָיָה שְׁבוּעָה בְּנַק"ח וְאִח"ז מֵת הַמְּלִנָה לְאַחַר שְׁמַת הַלְנָה מִקְּוֹדֵם וּבְאִים יוֹרְשֵׁי הַמְּלִנָה
לְתַבְּנֹעַ דְּדִינֵינָן בְּזָה לֹמַר א"א מוֹרִישׁ כו' מְשׁוּם דְּשְׁבוּעָתוֹ הָיָה בְּלֵא נַק"ח וְה"ל כְּמוֹ
דְּלֵא נִשְׁבַּע כָּלֵל.

וְכֹן נִתְבָּאֵר דְּבְכָל שְׁבוּעוֹת דְּב"ד מִשְׁבִּיעִין לֹא בְּעֵינָן דִּישְׁבַּע דְּוָקָא בְּפָנֵי הַב"ד. רַק
בְּשְׁבוּעַת אֲלֻמָּה עַל כְּתוּבָתָהּ כִּינּוֹן דְּנֹשְׁבַעַת בְּלִשׁוֹן דְּלְהֵבֵא מִצַּד הַמְּנַהֵג לְכֹן הַצְּרִיכוּ דִּיהֵינָה
הַשְׁבוּעָה בְּפָנֵי ב"ד וְהַכֹּל מִצַּד הַמְּנַהֵג כְּמוֹ שְׁנֹתְבָאֵר לְעִיל בְּאַרְבָּעָה.

וְאִם נִשְׁבַּעַת הָאֲלֻמָּה בְּלִשׁוֹן לְהֵבֵא שְׂלֵא בְּפָנֵי ב"ד וּמֵתָה לֹא דִינֵינָן בְּזָה לֵא"א מוֹרִישׁ
כו' וְנִשְׁבַּעִין הַיּוֹרְשִׁים שְׂלֵא פְקִדְנוּ וְגוֹבִין וּכְמַש"כ הַב"ש וְגַם הָאֲרַכְתִּי בְּשִׁיטוֹת פְּלוּגְתָא
הֵרֵאשׁוּנִים אִם קָפֵץ וְנִשְׁבַּע מְהֵינִי אוֹ לֹא: יג (שֵׁם סַעִי' ט"ז) שְׁנֵימִים שְׁנֹתְעַצְמוּ בְּדִין וְנִשְׁבַּעוּ
שְׂלֵא יִטְעֲנוּ אֶלָּא הָאֵמַת יֵשׁ אוֹמְרִים שְׂאִינוּ נִפְטָר בְּשְׁבוּעָה הֵרֵאשׁוּנָה כו'.

וְשֵׁם סַעִיף ל"ד הַתּוֹקַע כְּפוֹ לְחַבְּרוֹ לֹא נִפְטָר מִשְׁבוּעָה כו'. וְהַשְּׁנִי בְּס"ק פ' הָאֲרִיף בְּזָה.
וְהַקְּצָה"ח בְּס"ק כ"ט פְּתַב טַעַם אַחַר בְּזָה. וּבְנֵי הַרְבַּ מו' צְבִי יַחִי הַגַּאב"ד דַּק"ק מִיטַאוּוִי
אָמַר בְּזָה טַעַם אַחַר בְּשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּמָה שְׁנֹשְׁבַע לְשִׁלְמָה לְחַבְּרוֹ דְּאִינוּ יוֹצֵא בְּזָה חוֹבַת
הַשְׁבוּעָה.

וְהוּא דְּהָא נִשְׁבַּע לְקַיָּים הַמְּצָנָה וְלֹא קַיָּים פְּטוֹר מִקְּרַבָּן וּמִמְלַקוֹת לְשִׁיטַת הֶרַמְב"ן פ"ג
דְּשְׁבוּעוֹת וְהוּבָא בְּקַצָּה"ח ס"א ע"ג ס"ק ה'. וּלְפ"ז בְּנֹשְׁבַע לְשִׁלְמָה לְחַבְּרוֹ מַה שְׁחִיב לּוֹ
דְּזָהוּ נִשְׁבַּע לְקַיָּים הַמְּצָנָה וְכֹן בְּנֹשְׁבַע שְׂלֵא יִטְעוֹן אֶלָּא הָאֵמַת הָיִי זֶה נִשְׁבַּע לְקַיָּים הַמְּצָנָה
דְּמַדְבַּר שְׁקַר תְּרַחַק כְּמִבְּנוֹאֵר בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף ל"א ע"א) ע"כ אִינוּ יוֹצֵא בְּזָה יְדֵי חוֹבַת
הַשְׁבוּעָה הַמְּוֹטֵל עָלָיו רַק צְרִיף לְחַזוֹר וְלִישְׁבַּע שְׁבוּעָה שְׂאִינוּ חִיב לְחַבְּרוֹ וּכְדִין שְׁבוּעַת
הַפְּקִדוֹן דְּחִיבִיתוּ תוֹרָה קְרַבָּן בְּנֹשְׁבַע עַל שְׁקַר וְהָיִי בְּזָה חוֹמֵר שְׁבוּעָה.

וְזָהוּ טַעַם הַסּוֹבְרִים דְּאִינוּ יוֹצֵא בְּזָה דִּין חוֹבַת שְׁבוּעָתוֹ. וְהָאֲרִיף בְּזָה בְּטוֹב טַעַם.
וְיָפָה פְּתַב לְהַעִיר בְּזָה: יד (שֵׁם סַעִיף כ') הַעוֹמְדִים שֵׁם אוֹמְרִים סוּרוּ מֵעַל אֲהֻלֵי הַרְשָׁעִים
הָאֻלָּה. וְכַתְּבַת הַסַּמ"ע דְּמִשְׁמַע עַל הַנִּשְׁבַּע וְעַל הַמְּשַׁבֵּיעַ כו'.

והתוס' בשבועות (דף מ"ז ע"ב) ד"ה חלה על שניהם כתבו דנענש המשביע אפי' הדין עמו כדפני' בקונטרס לעיל (דף ל"ט) וכן נראה כו'. אכן הבית יוסף הביא בשם הגהות מיימוני דכתב אבל התוס' פירשו בין שניהם ממ"נ אינה יוצאה בלא עונש אם הנשבע נשבע לשקר הרי עונש שבועה עליו ואם נשבע באמת עונש שבועה על המשביעו וכן פר"ח וסמ"ג עכ"ל.

וכן הוא בהג"מ להרמב"ם פ' י"א ה' שבועות ה' י"ח בהג"מ שם שהביא פלוגתת הפוסקים בזה. ומסתמא ה"ה פתוב פן בהתוס' שהיה לפניו ולא כמש"כ בתוס' שלפנינו.

ובירושלמי פ"ו דשבועות ה' ה' אי' בזה"ל בין שניהם אינה זזה מבין שניהם לעולם אם המשביע משביע לשקר סוף לצאת עליו אם הנשבע נשבע לשקר סוף לצאת עליו מ"ט ובאה אל בית הנשבע בשמי לשקר כו'.

וכעין לשון זה אי' בתוספתא שבועות פ"ו ובמדרש רבה ויקרא פ' ו' והובא בי לקוט משפטים כ"ב ע"ש. ומן כ"ז הוי סייעתא לשיטת הג"מ בשם התוס' דאם נשבע לשקר אין עונש שבועה על המשביעו רק על הנשבע לבדו.

והשמ"ק ב"מ (דף ב' ע"ב) בד"ה אלו ואלו באין לידי ש"ש כו' כתב ומכאן אתה למד שאין אדם יכול להשביע את חבירו אלא בדבר שמספק בו אבל במשביעו בדבר שיודע שחבירו אומר אמת נקרא חוטא אבל ביודע שהוא משקר מותר להשביעו והלעיטהו לרשע וימות ומדת חסידות הוא להביאו לידי שבועה וכשרואה שרוצה לישבע לא יניחנו לישבע כו' ומה שכתב אבל אם יודע שהוא משקר מותר להשביעו כו' רש"י ז"ל והתוס' כתבו שהמשביע נענש אפילו הדין עמו בפרק כל הנשבעין (דף מ"ז) בד"ה חלה על שניהם כו' עכ"ל השמ"ק.

ובירושלמי שם אמרו ר' יונה א' על שקר ר' יוסי א' אף על האמת ופי' הפ"מ והיפ"מ שם דכוננת ר' יוסי הוא דאף שסובר הנשבע דנשבע באמת רק דטועה בזה פהו עובדא דשם ופרק השולח דג"כ נענש ע"ש.

אכן במדרש ויקרא פ"ו שם איתא פלוגתא זו ופי' היפה תנאר שם דר' יונה דאמר שם אפי' על אמת כוננתו דנענש המשביע אף דהאמת עם המשביע ע"ש. א"כ יש בזה פלוגתת אמוראי: ומצאתי ראיתי בתשובת הרדב"ז ח' רביעי סי' קנ"ב שכתב לדון אם המשביע יודע כי הנתבע נשבע בשקר אם יש על המשביעו עונש והביא להו דשבועות ופי' רש"י וכתב מכאן משמע בהדיא דיש עונש גם על המשביע אלא דק"ל שנמצאו אוכלים ממונו של חסיד שאינו רוצה להשביעו כו' אלא אדרבה הלעיטהו לרשע וימות.

ור"ת פי' חל על שניהם דרף כלל כלומר על א' מהם והיינו על שניהם שאם נשבע שלא כדיון עונש שבועה עליו ואם חבירו משביעו שלא כדיון עונש השבועה על חבירו וי"מ דזימנין דחל על שניהם כשחברו מהפך עליו השבועה ויודע שנשבע לשקר.

הרי לה שדחו פי' של רש"י וגם הוא ז"ל לא אמרה אלא שנכשל בה לפי שלא דקדק אבל לא שיניח להפסיד ממונו כדי שלא ישבע זה לשקר והעושה פן נקרא אצלי חסיד שוטה שהתורה אמרה כי יתן איש אל רעהו עד האלקים יבא דבר שניהם לשבועה אלא ישביעו ולא יחוש והלעיטהו לרשע ולצאת ידי מחלוקת וספק שבועה ראוי לכל ירא

שמים להביאו לידי שבועה ולהודיעו עונשו אולי יפרוש ויודה ואם רואה שרוצה לישבע
עכ"פ לא ישביעוהו אלא יטילו ח"ס על כל מי שלא יודה לחבירו והנלע"ד פתבתי עכ"ל
הרדב"ז.

והעסקתי דבריו הנחמדים כדי שיידעו איך להתנהג בזה. ואחר פותבי כ"ז מפבר ראיתי
פעת בבניאורהג"א זצ"ל בס"ק ע' שהביא לדברי הג"מ והירושלמי והתוספתא והניקרא
רבה פ"ו ע"ש: ולכאורה יש להקשות בעיקר מילתא דהביאו הרמב"ם והטוש"ע וכל
הפוסקים להך דסורו מעל האנשים הרשעים כו' דהא בשבועות (דף מ"ז ע"ב) אמרו ורב
ושמואל האי שבועת ד' מאי דרשי בי' ומשני להך דשבועות ד' חל על שניהם.

א"כ לדינא דקיי"ל דאמרין מחושואיל"מ א"כ אתי הך שבועות ד' בין שניהם ע"ז א"כ
מגלן דחל על שניהם. ואפשר שהוציאו זה מירושלמי שבועות פ"ו ה' ה' דאמרו שם
שבועות ד' בין שניהם להוציא היורש כו'.

[ועיין במראה הפנים שם]. בין שניהם אינה זזה מבין שניהם כו'.

הרי להדיא דאף דדרשו להך בין שניהם להוציא היורש לענן מחושואיל"מ וכדקיי"ל
לדינא בש"ס דילן שם אפ"ה דרשו שם מהך דבין שניהם לענן דחל על שניהם ג"כ
ואפשר דתתתי נפקי להו מזה.

ועוד י"ל דהך מילתא דחלה על שניהם אין זה רק לאסמכתא בעלמא ועיקרו אינו רק
מדרבנן. וכעין זה הוא במכילתא פ' משפטים פ' ט"ז דבין שניהם להוציא היורשים בין
שניהם להביא שפגדו חשוד על שבועה דנגדו נשבע ונוטל ועוד איזה דרשא שם.

והא זה שפגדו חשוד על השבועה אינו רק מדרבנן פידוע וע"כ זה אינו רק סמך בעלמא
ואסמכותא אקרא אף דדרשו עיקר פסוק זה על מחושואיל"מ ולהוציא את היורש. וכעין
זה הוא בתוספתא שבועות פ"ו דדרשו להך שבועות ד' בין שניהם על חשוד כו' וגם להך
דחל על שניהם והובא זה בילקוט משפטים אות כ"ז ע"ש.

ועיין במחנה לוי לשבועות (דף מ"ז) שהקשה בן. והעיקר כמו שפתבתי.

ועיין ביבמות (דף כ' ע"א) ובגדה (ד' י"ב ע"א) דמי שעובר על דרבנן ג"כ מקרי רשע:
טו (שם סעיף כ"א) אין מאיימין אלא בשבועת הדיינין שהיא ע"י טענה ונדאית כו' אבל
בשבועה שנתחייב בטענת ספק וכן בש"ה א"צ איום כו'.

והסמ"ע בס"ק ס"ז ביאר הטעם דכיון דהתובע עומד לנגדו כו' ובש"ה דהיא בלא נק"ח
א"צ איום עכ"ל. והוא מן הרמב"ם ה' שבועות פ' י"א ה' ט"ו והלכה י"ט.

והכ"מ הקשה דמגלן להרמב"ם זה והלח"מ פתב דבש"ה דא"צ איום הטעם הוא דכיון
דא"צ בנק"ח כו' אבל בשבועה דצריף נק"ח אף בבא על הספק קשה מפני מה אין צריף
איום ולא ידעתי לו מוצא עכ"ל הלח"מ: ומפבר רציתי לומר דהרמב"ם הוכיח זה מן
גיטין (דף ל"ה) דמודה רב בקופצת.

ושיטת רש"י וסייעתו שם דשבועת קופצת מהני וא"צ לחזור ולישבע והא דב"ק (דף
ק"ו) שא"ה כמש"כ הרמב"ן והר"נ שם. והנה רב ס"ל דאין משביעין לאלמנה חוץ לב"ד

משום דבעי שבועה בנק"ח וכמש"כ הרשב"א בחי' לגיטין שם דדוקא בנודרת אקילו
באלמנה משא"כ בשבועה בעינן כל תכסיי שבועה לשיטת רב וכמש"כ הרשב"א שם.

ואפ"ה ס"ל לרב דקופצת בשבועה בנק"ח מגבינן הכתובה דס"ל דרק לכתחלה נמנעו
מלהשביעה. והא קופצת הנה השבועה בלא איום דאם הנה האיום מן הב"ד אינה נקראת
קופצת.

ושבועת אלמנה הוי בנק"ח ואפ"ה מהני בדיעבד בנשבעה בלא איום ומנה הוכיח
הרמב"ם דינו דדוקא היכא דבע"ד תובע ומכחישו כמש"כ הסמ"ע בזה בעי איום. משא"כ
בשבועה ע"י טענת ספק פן רצייתי לומר מפבר: אף באמת אין זה ראי' פלל דהא פל
האיומים הנאמר שם ובשבועות (דף ל"ט) אין זה לעיכובא ולכן שפיר מהני בקופצת
בדיעבד אף דלא הנה באיומים הנאמרים שם.

וכן ראיתי בשו"ת בשמ"מ ראש בכסא דהרסנא סי' ר"ד בד"ה עוד קשיא לי מאי דכתבו
התוס' בשיטתא דמיגו דחשיד כו' שפכת ג"כ בפשיטות דהאיומין הללו אינן מעכבין
דיעבד ע"ש. וכן מוכח מן שבועות (דף מ"א) דהש"ס שקיל וטרי מאי איכא בין שד"א
לשד"ר והיגו ש"ה פמבואר שם ובפ' רש"י וקשה הא ה"מ הש"ס לומר דאיכא בינייהו
הך מילתא דהאיומין הנאמר שם בשבועות (דף ל"ט) גבי שבועת הדייגין דבשבועת
היסת א"צ איום כמש"כ הרמב"ם והש"ע.

ומדלא אמרו פן מוכח מנה דהאיומין אינן לעיכובא. אף יש לדחות זה הראי' לפי מש"כ
הר"נ והרא"ש שם לשיטתם דש"ה א"צ נק"ח דהקשו אמאי לא קאמר הך נ"מ ותירצו
דלא בעי על תיקון השבועה אלא נפקותא לענין דינא קבעי והובא לעיל בש"ס"ק ל"ח.

א"כ פמו כן י"ל דלכן לא אמרו להך נ"מ לענין איום משום דלא בעי על תיקון השבועה
כו': אכן לשיטת הסוברים דשבועת היסת צריף נק"ח. וראיתם מדלא אמרו בש"ס שם
להך נפקא מנה וכמו שפכת הש"ס שם בשם המרדכי והתוס' וסייעתם א"כ לפ"ז שפיר
יש להוכיח עדיין דמדלא אמרו להך נ"מ לענין איומים דמוכח מנה דהאיומין אינן
מעכבין.

אף יש לדחות ג"כ לזה דהא עיקר יסוד דהרמב"ם דשבועת היסת א"צ איום אף דחבירו
תובע ומכחישו הוא כמש"כ הלח"מ והסמ"ע דכינן דא"צ בנק"ח בש"ה דעיקרו הוא
משום לאימו ע"כ ה"ה דלא בעינן דין איום פלל בש"ה.

ע"כ ממילא יש לדון להסוברים דש"ה צריף בנק"ח דלשיטתם אפשר לומר דגם צריכים
להאיומים גם בש"ה דאין לנו לחלק ביניהם. ע"כ נדחה הראיה זו לכל השיטות.

ומ"מ אף שנדחה ראיה זו. עכ"ז הדעת נוטה כמש"כ הבשמים ראש דהאיומים הללו אינן
מעכבין דיעבד.

וכן מה דתנו בסנהדרין (דף כ"ט ודף ל"ד) דמאיימין על העדים וכמבואר בח"מ סי' כ"ח
סעי' ז' ובהרמב"ם ה' סנהדרין פ' י"ב ה"ג ובהלכות עדות פ' י"ז ה' ב' אין זה לעיכובא.
וכדמצינו בהא דתנו בסוטה (דף ז' ע"א) דמאיימין על הסוטה פדרף שמאיימין על עדי
נפשות.

דאין זעה לעיכונבא וכמש"כ התוס' להדיא בסוטה שם בד"ה מה להלן כו' דהאיום בסוטה אין זעה לעיכונבא ע"ש. ועיין בבבאור הגר"א זצ"ל פאן.

ולעיל סי' הלז סעי' י"ג ענף ב' פתבתי ג"כ מזה: טז (שם סעיף כ"ז) מי שנתחייב שבועה ויצא ואמר נשבעתי נאמן. והובא בסמ"ע ס"ק פ"ה ובש"ך ס"ק ס"ה בשם הטור שכתב בשם רבינו האי דמחלק בין שד"א לדרבנן.

ולכאורה קשה דלפ"ז הא ה"מ הגמ' בשבועות לומר האי נפ"מ בין שד"א לדרבנן דבשד"א אם טען נשבעתי חייב היסת ובדרבנן פטור מש"ה והש"ס קאמרי שם (דף מ"א) מאי איכא כו'. ואפשר דלא ניחא להו לומר האי נפ"מ דלא הוי רק בש"ה אם ישבע היסת או לא.

ויותר נראה לי לומר דעיקר חילוקו של ר' האי הוא דבשד"א דנתחייב לנכסיו הוי זעה כתובעו ממון דחייב ש"ה משא"כ כתובעו ש"ה דאף דלא נשבע לא נתחייב לנכסיו ע"כ הוי זעה כתובעו תביעה שאינו ממון דאין נשבע היסת ע"ז.

א"כ הש"ס בשבועות דמקשה מאי איכא כו' לא ידע אז החילוק ביניהם אי נתחייב לנכסיו ע"כ שפיר הקשו מאי איכא כו'. וכן לר' יוסי דס"ל בדרבנן נמי נתחייב לנכסיו א"כ גם בש"ה כ"ז דלא נשבע הדין הוא דנתחייב לנכסיו ע"כ אף בטוען נשבעתי צריך לישבע ש"ה כמו בשד"א לשי' ר' האי וע"כ שפיר אמרו מאי איכא כו' ופשוט.

והנה מן התוס' פתובות (דף פ"ה) ד"ה אלימא מחזי פשיקרא כו' דכתבו שלא להצריכה עדים היום ולמחר. דמוכח דס"ל להתוס' דא"נ לומר נשבעתי בשד"א.

וכן ראיתי בהפלאה שם שהעיר בזה. אכן ראיתי בש"ט מן קנבצת לכתובות שם שהביא לדברי התוס' הלז והעיר ג"כ דהא נאמן לומר נשבעתי ודחי זעה ההוכחה ע"ש.

ע"כ אינו ראיה מן התוס' הלז להוכיח פן לפמש"כ השמ"ק שם: יז (שם סעיף כ"ח) נשבע היסת ואח"כ הודה מעצמו במקצת אם דרך תשובה הודה כו'. ואם הודה שלא ע"ד תשובה אינו נפסל לשבועה ע"פ עצמו.

וכ' הסמ"ע ס"ק פ"ח זעה לשון הטור כו' וכתבתי בפרישה דר"ל דחוזר ונשבע על השאך שהרי הודה ששבועתו הראשונה היתה לשקר כו'. והמחבר השמיט ולא כתב להא דכו' הטור נשבע על השאך צ"ל דלשיטתו אזל שבב"י כתב דל"ד קאמר כו' עכ"ל הסמ"ע.

וכ"כ הש"ך שם בשם הע"ש והב"ח והשיגועל הב"י. ודעתם דחוזר ונשבע עכשיו שד"א ומה"ט ס"ל להרי"ף בתשובה שהובא בטור שכתב בזה דכנגדו נשבע ונוטל.

אף תמהו עליו דהא לא נעשה חשוד ע"פ עצמו. ומה"ט כתב הש"ך בס"ק ע"ב דאם רצה התובע נשבע ונוטל בע"כ כדלקמן סי' צ"ב.

וזה אינו אלא בשד"א פידוע. ובאמת דברי הב"י דס"ל דא"צ לישבע עכשיו הוא תמוה כמו שהקשו פולם על הבית יוסף: ענף א ולענ"ד נראה לתרץ דברי הב"י דנכונים הם בסברא.

והוא דהא ידוע פלוגמת ראשונים אי אמרינן מיגו לאפטורי משבועה או לא ויהא דחייב לכ"ע שד"א במודה במקצת וכן בש"ש ואינו נאמן לומר נאנסו במיגו דהתנורת או להקד"ם. טעמם משום דה"ל מיגו דהעצה פמבואר רפ"ז דשבועות בר"נ והרא"ש שם והובא בח"מ סי' רצ"ו.

ובכללי מיגו בפ"ה ס"ק ו'. ומצינו בכתובות (דף י"ח) ושבועות (דף מ"ב) דהיכא דליפא לתזקה דא"א מעיז כמו בבנו דפטור משבועה משום דהוי כמשיב אבידה.

והנה הכא דהע"ז פבר וכפר הכל וגם נשבע י"ל דבזה לא שייך התזקה דא"א מעיז. וראי' לזה מהא דמבואר בטור אה"ע סי' י"ז גבי אשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת משום תזקה דאינה מעיזה.

וסמכינן ע"ז אף באמתחוק איסורא דא"א וכתב הטור שם דאם נתקדשה לאחר מתחלה שלא בפניו דליתא בזה להו תזקה כו' משום די"ל דלהתזיק דבריה אומרת פן. וכ"כ הטור שם בסי' קנ"ב.

והבדק הבית בבית יוסף בסי' י"ז פתב דגם התשובת הרא"ש דכתב שם דבניסת מקודם דבא בעלה ליתא להו תזקה דמשום כדי שלא תעשה עצמה זונה אומרת פן אף בפניו. דגם איהו מודה דאף בנתקדשה אמרינן פן והמעשה היה שם בניסת עכ"ל הבדק הבית: ובש"ע אה"ע סי' י"ז סעיף ב' כתב בזה"ל דבניסת לאחר שלא בפני בעלה אעפ"י דכשפא בעלה אומרת לו בפניו גרשתני אינה נאמנת דכיון שפבר גיסת מעיזה ומעיזה שלא תעשה עצמה זונה ויש מי שאומר דאפילו לא גיסת עדיין אלא נתקדשה כו' ג"כ אינה נאמנת.

והח"מ שם וכן הב"ש שם ס"ק ז' הביאו בשם הבדק הבית דגם הדעה הראשונה מודה בנתקדשה דג"כ אינה נאמנת רק מעשה שהיה כף היה עכ"ל. עכ"פ בנשאת כ"ע מודו דמעיזה ומעיזה דבשביל שלא תעשה עצמה זונה עבידא לאחזוקי דיבורה.

ואף דעצם התזקה דאין אשה מעיזה הוי תזקה אלימתא. דלכמה פוסקים נאמנת אף להנשא לכתחלה אם אמרה לבעלה גרשתני אף דאמתחוק איסורא דא"א.

ואף בידיע בעדים דהיא אשתו מהני תזקה דאינה מעיזה פמבואר בב"י בסי' י"ז ובב"ש שם ס"ק ד'. ועכ"ז היכא די"ל דתתבזה ומעשה עצמה זונה.

דאז מעיזה ומעיזה. ומשמע מן דבריהם דאם נשאת לאחר אף דלא נבעלה עדיין רק דנכנסה לחופה ולא נבעלה ג"כ מעיזה ומעיזה.

דכיון דנשאת עכ"פ אז ליתא לתזקה זו. וגם בנתקדשה מצינו דס"ל לכ"פ פנ"ל דכיון דהיה מעשה עבידא לאחזוקי להמעשה שעשתה מקודם: אכן באמרה שלא בפני בעלה גרשני בזה לא קיי"ל פהריב"ש דהובא בדרכי משה לאה"ע סי' קנ"ב וסי' י"ז דס"ל דאף בזה אמרינן דעבידא לאחזוקי לדיבורה הראשון.

ובאמת לכאורה י"ל להריב"ש הנ"ל דבנ"ד דכפר הפל מתחלה בב"ד בפניו דאף דלא נשבע עדיין שבועת ה'סת. ואם אח"ז הודה במקצת י"ל דאינו חייב לישבע שד"א לפי דהא יש לו מיגו דאי בעי עומד בטענתו הראשונה ויפטר.

נאין לומר פֿדרבֿה דְּכָל מ"מ אין לוֹ מִיגוֹ דְּאֵי בְּעֵי כְּפָר הַפֿל מְשׁוּם חֲזָקָה א"א מְעִיז בְּפָנֵי בע"ח. די"ל דְּהָכָא פִּינּוֹן דְּכָפֿר הַפֿל מִתְחַלָּה בְּפָנֵינוּ וּבב"ד ע"כ יוֹתֵר נוֹחַ לוֹ לְהַעֲזִיז פָּנֵינוּ נֶגְדַּ בַּע"ח פְּדֵי שְׂלָא יִצְטָרֵף לְחֲזוֹר מְדַבְּרֵי הֶרְאָשׁוֹנִים פִּי מִיְכָסֶּף מִלְחֲזוֹר לְפִי דִּיגּוֹלָה לְפֿל דְּאָמַר שְׂקָר מִתְחַלָּה.

וְהָא הֵךְ חֲזָקָה דְּאִין אֲשֵׁה מְעִינָה הוּי חֲזָקָה אֲלִימְתָא בְּיוֹתֵר מִן הֵךְ חֲזָקָה דֵּא"א מְעִיז פָּנֵינוּ בְּפָנֵי בע"ח. דְּהָא עַל חֲזָקָה דֵּא"א מְעִיז בְּפָנֵי בע"ח לָא סְמַכִּינוּ ע"ז בְּעַצְמָם הָעֲנִינוּ רַק בְּמָקוֹם מִיגוֹ אָמְרוּ בּוֹ.

וְגַם הָא קִי"ל דְּבְמָמוֹן אָמְרִינוּ מִיגוֹ דְּהַעֲזָה ג"כ רַק בְּמָקוֹם לְאַפְטוֹרֵי מְשַׁבּוּעָה לָא אָמְרִינוּ לְמִיגוֹ דְּהַעֲזָה פְּמִבְּרָאָר בְּכִלְלֵי מִיגוֹ שֶׁל הַשְּׂ"ף ס"ק ו'. וְאֵלּוּ חֲזָקָה דְּאִינָה מְעִינָה בְּפָנֵי בְּעֵלָה הוּי חֲזָקָה בְּעַצְמָם הָעֲנִינוּ.

א"כ מַעֲלַת חֲזָקָה דְּאִינָה מְעִינָה בְּפָנֵי בְּעֵלָה הוּי סְבָרָא אֲלִימְתָא בְּיוֹתֵר מִן הֵךְ חֲזָקָה דְּאִין מְעִיז בְּפָנֵי הַבַּע"ח. וְאִפְ"ה בְּמָקוֹם חֲזָרָה מִן דְּבָרֵינוּ הֶרְאָשׁוֹנִים אָמְרִינוּ דְּלִיתָא לְהַחֲזָקָה זוֹ פִּי נוֹחַ לָהּ לְהַעֲזִיז נֶגְדַּ הַבַּעַל פְּדֵי שְׂלָא תִצְטָרֵף לְחֲזוֹר.

א"כ כַּש"כ בְּמָקוֹם חֲזָקָה דֵּא"א מְעִיז בְּפָנֵי בע"ח דְּלִיתָא בְּזָה לְהֵךְ חֲזָקָה הֵיכָא דִּיִצְטָרֵף לְחֲזוֹר מְדַבְּרֵי הֶרְאָשׁוֹנִים. וּמְדַאָּמְרוּ פְּוֹלָם דְּאָרְף בְּכָפֿר הַפֿל מִתְחַלָּה דַּמ"מ אִם הוּא מ"מ דִּישְׁבַּע שַׁד"א עַכְשָׁיו.

וְגַם הַפּוֹסְקִים דַּס"ל דְּאָמְרִינוּ מִיגוֹ לְאַפְטוֹרֵי מְשַׁבּוּעָה כְּמוֹ דְּכַתְּבַּ הַרְמ"א בַּסִּי' רַצ"ו דְּהֵבִיא לְשִׁיטַת הֶרְאָשׁוֹנִים דַּס"ל דְּרַק בְּמָקוֹם הַעֲזָה לָא מְהַנִּי מִיגוֹ לְאַפְטוֹרֵי מְשַׁבּוּעָה. וְאֵלּוּ הֵכָא בַּסִּי' פ"ז לָא הֵבִיאוּ לְשׁוּם חוֹלֵק ע"ז.

מְשַׁמַּע מְזָה דְּלָא ס"ל לְסַבְּרַת הַרִיב"ש הַנֶּ"ל: אִיךְ בְּזָה יֵשׁ לְחַלֵּק דִּי"ל דְּשִׁאנֵי הֵתָם בַּמַּש"כ הַרִיב"ש דָּאִם אָמְרָה גְּרַשְׁנֵי שְׂלָא בְּפָנֵי בְּעֵלָה דְּבָזָה שְׁפִיר י"ל דְּעַבִּידָא לְאַחְזוֹקֵי דִּיבּוֹרָה הֶרְאָשׁוֹן מְשׁוּם דְּמִיְכָסֶּפָא לְחֲזוֹר דְּאִזּוּ יְגוֹלָה לְכָל דְּהִיָּה רַצוֹנָה מִתְחַלָּה לְהַנְשֵׂא בְּאִיסוֹר מְדַאָּמְרָה גְּרַשְׁנֵי.

וְע"כ בְּמָקוֹם דְּהוֹצִיאָה שְׂקָר בְּזָה מִיְכָסֶּפָא עַכְשָׁיו לְחֲזוֹר מְדַבְּרֵי. מִשָּׂא"כ הֵכָא דְּכָפֿר הַפֿל מִתְחַלָּה דִּי"ל בְּזָה כְּמוֹ דְּאָמְרִינוּ בַּב"מ (דָּף ה') דְּהַפּוֹפֿר בְּמִלְּנָה כְּשֶׁר לְעֵדוֹת מְשׁוּם דְּאֲשַׁתְּמוּטֵי קָא מְשַׁתְּמִיט.

וְע"כ י"ל עֲדִינּוּ בְּזָה דְּמַחְמַת חֲזָקָה דֵּא"א מְעִיז בְּפָנֵי בע"ח הַנְּכַרְח לְהִיּוֹת מוֹדָה בְּמַקְצָת. מְשׁוּם דְּנוֹחַ לוֹ לְחֲזוֹר בְּזָה דְּהָא י"ל דְּמְשׁוּם אֲשַׁתְּמוּטֵי אָמַר בּוֹן מִתְחַלָּה לְכַפּוֹר הַפֿל.

וְע"כ אִין זָה דוֹמָה לְהֵךְ דְּכַתְּבַ הַרִיב"ש הַנֶּ"ל וְאִין מְזָה שׁוּם סְתִירָה לְהַפְּלֵל שֶׁל הַרִיב"ש. וְלִכּוֹן לַכ"ע הַדִּין בְּכָפֿר הַפֿל מִתְחַלָּה דָּאִם הוּא מ"מ עַכְשָׁיו דִּישְׁבַּע שַׁד"א פְּדִין כָּל מ"מ: וְכ"ז אִינּוּ רַק בְּלֵא נִשְׁבַּע מִתְחַלָּה.

אָבֵל הֵיכָא דְּנִשְׁבַּע מִתְחַלָּה הִיָּסַת בְּעַת שְׁכָפֿר הַפֿל. בְּזָה שְׁפִיר י"ל דְּאָרְף דְּהוֹדָה עַכְשָׁיו בְּמַקְצָת דְּבָזָה יְהִיָּה פְּטוֹר מִן שַׁד"א.

משום דהא יש לו מיגו דאי בעי הנה עומד בטענתו הראשונה ויפטר. דהא כמו דמצינו בנשאת או בנתקדשה דכתב הטור בסי' י"ז ובסי' קנ"ב דליתא בזה להך חזקה דאינה מעינה בפני בעלה משום דמעינה ומעינה.

דבסי' י"ז פתב בזה"ל דבנתקדשה שלא בפניו דאין הקידושין כלום משום דמעינה ובסי' קנ"ב פתב ג"כ בזה"ל דאינה צריכה גט משני. אלמא דאף להקל אמרינן בפשיטות דבמקום מעשה הקידושין דעשתה מתחלה וכש"כ בנשאת דבשביל שלא תעשה עצמה זונה מעינה ומעינה.

א"כ ה"ה בנ"ד דנשבע מתחלה על מה דכפר הפל ועכשיו לפי דבריו דהוא מ"מ א"כ נשבע שקר בנודאי. דנה דומה לנשאת דלכ"ע אמרינן דמעינה ומעינה כדי שלא תעשה עצמה זונה ותתבזה בעיני הבריות.

דמשמע אף דלא נבעלה עדיין ג"כ אמרינן פן. א"כ ה"ה בנ"ד דמודה דנשבע לשקר מתחלה דאף דלא נפסל עפ"י עצמו מכ"מ הא מיכסף מלחזור.

וכדמצינו בב"ב (דף מ"ה) דמשום שלא ינה לנה רשע בעיני הבריות מעיד שקר כמש"כ הש"ך בסי' ל"ז ס"ק א'. וגם הא הוי בנ"ד מעשה השבועה דנשבע מתחלה.

ע"כ זהו כש"כ מן הך דנשאת ולא נבעלה עדיין או בנתקדשה פנ"ל דאמרינן דבכה"ג מעינה ומעינה כי גזם לה יותר להחזיק בדבריה הראשונים כדי שלא תצטרף לחזור ויגולה חרפתה בעיני הכל.

ולכה"פ ה"ה בנ"ד דנשבע מתחלה דאינו חייב כלל. בנודאי י"ל בזה דאף דעכשיו הוא מודה במקצת מ"מ א"צ לינשבע שד"א משום דיש לו מיגו דאי בעי הנה עומד בטענתו הראשונה דהעיו כפר וגם נשבע כפר היסת.

דגזם לו להעיו נגד הבע"ח כדי שלא יצטרף לחזור מדבריו הראשונים דיוציא שם רע על עצמו דנשבע לשקר ובכה"ג מעיו ומעיו. וכעין זה פתבו התוס' בשבועות (דף מ"ו ע"ב) ד"ה פי מטא זמן כו' שכתבו וי"ל פיון שהתחיל לכפור שוב לא יודה כו' פן יהא מוחזק שקרו עכ"ל.

ויש לחלק קצת וקצרותי: ונדעתי מה דיש לחלק בסברא קלושה דשאני בחזקה דאינה מעינה בפני בעלה דבזה בעינן דיהנה חזקה גמורה. ע"כ היכא דנתקדשה או נשאת דאין שייך בכה"ג החזקה הנ"ל ע"כ לא אמרו בזה להחזקה זו.

משא"כ בטמן מיגו לאפטורי משבועה דהא באמת אמרינן מיגו דהענה כדקיי"ל לדינא אף במקום מיגו לאפטורי משבועה בזה אמרו דלא אמרינן מיגו דהענה. ע"כ י"ל בזה דאף במקום הענה קצת ג"כ לא דינינן להמיגו דמ"מ הוי קצת הענה אף בכה"ג.

אבל באמת ז"א סברא כלל לחלק פן. דהא אמרו שם באה"ע גבי ניסת כו' בהלשון דמעינה ומעינה.

אלמא דס"ל בפשיטות דלא שייך בזה כלל להך סברא דאמרו דאינה מעינה בפני בעלה. ע"כ בנודאי דאין לחלק פן בנ"ד.

וגם מְנַלן לְהוּ לְחַיִּיב שד"א בכה"ג בְּמִקּוֹם מִיגוֹ דְּאִי בְּעֵי הָיָה עוֹמֵד בְּטַעֲנָתוֹ הֶרְאֵשׁוּנָה וְיִפְטֹר. דְּאִיָּהּ יְכוּלִין לְהוֹצִיא מִמּוֹן אִם לֹא יִשְׁבַּע.

וְאִם הָיָה מִקּוֹם סֶפֶק בְּזָה הָיָה אֶפְשָׁר לֹאמַר דְּשִׁאֲנֵי שְׁבוּעָה דְּעִיקְרוּ הוּא לְבַרְר הַסֶּפֶק וְכַמְש"כ הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' פ"ז ס"ק ד' וְהַקְצָה"ח שָׁם וּבַקְצָה"ח סִי' פ"ב ס"ק י"ט. אָבֵל בְּאֲמַת הָא פְּבָר נִתְבָּאָר דַּס"ל הֵתֵם גַּבֵי אִשָּׁה וְשִׁאֲמָרָה גְרִישְׁנֵי שְׁלֵא בְּפָנֵי בַעֲלָהּ וְנִתְקַדְּשָׁה דְּאָמְרוּ דְּאִין בְּזָה חֲשֵׁשׁ קִידוּשֵׁין פְּלָל כַּמְש"כ הַטּוֹר בַּאֲה"ע שָׁם.

א"כ חֲזִינוּ דְּאִין בְּזָה שׁוּם סֶפֶק פְּלָל וְאִף שְׁפַתְבּ הַשְּׁ"ף בְּכִלְלֵי מִיגוֹ ס"ק ל"ב שְׁדוּחִין הַמִּיגוֹ בְּסִבְרָא מוֹעֲטָת. עכ"ז בנ"ד נִרְאָה דְּאִין זֶה סִבְרָא מוֹעֲטָת פְּלָל.

דְּהָא חֲזִינוּ הֵתֵם גַּבֵי חֲזִיקָה דְּאִינָה מְעִינָה דְּבִנְשִׁאֲת שְׁלֵא בְּפָנֵי בַעֲלָהּ לֹא חִיִּישֵׁין לְהַקִּידוּשֵׁין פְּלָל וְאִינָה צְרִיכָה גַט מִמֶּנּוּ פְּלָל פְּנ"ל. אֲלַמָּא דְּזָה הָיָה סִבְרָא פְּשׁוּטָה לְהֵם בְּנִדְּאֵי דְּבַכָּה"ג לֹא שְׁיִיף הַחֲזִיקָה הַנְּ"ל פְּנ"ל.

וְה"ה בנ"ד דְּנִדְּאֵי לִיתָא בְּזָה פְּלָל לְהַחֲזִיקָה דַּא"א מְעִיז בְּפָנֵי הַבַּע"ח פְּנ"ל. וְכַאֲמַת לְחַלְק בְּסִבְרָוֹת קְלוּשׁוֹת בְּלֹא הוֹכְחוֹת בְּרוּרוֹת וְנִדְּאֵי אִין לְנוּ לְחַלְק בְּסִבְרָא בַּעֲלָמָא: עֲנָף ב וְכִינּוּ דְּנִתְבָּאָר דְּאִם נִשְׁבַּע מִתְחַלְלָה וְשִׁאֲנֵי חַיִּיב לוֹ פְּלָל דְּבַכָּה"ג לֹא שְׁיִיף הַחֲזִיקָה דַּא"א מְעִיז בְּפָנֵי בַעֲלָ חוּבוּ.

ע"כ הַדִּין נוֹתֵן דְּאִף דְּהוּדָה בְּמִקְצָת אַח"ז דְּלֹא שְׁיִיף בַּכָּה"ג לְחַיִּיבוּ שד"א מְשׁוּם מוּדָה בְּמִקְצָת. דְּהָא פִּינּוּ דְּלִיתָא בְּזָה שׁוּב לְחֲזִיקָה זוֹ ע"כ הוּי פְּמַשִּׁיב אֲבִידָה דְּלֹא יִשְׁבַּע.

פְּמוֹ הָא דְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף י"ח) וְשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"ב) דְּכִינּוּ דְּבִבְנוּ מְעִיז הוּי מְשִׁיב אֲבִידָה. וְכַה"ג מְבִנְיָר בְּסִי' ע"א סְעִיף כ"א בַּמְש"כ שָׁם הַשְּׁ"ף ס"ק מ"ט בְּשֵׁם הַבַּ"ח וְהַג"ת דְּלָכוֹן א"צ לִישְׁבַּע שד"א מְשׁוּם דְּמְעִיז פִּינּוּ דְּמַסִּיעַ לִיָּה הַנְּאָמְנוֹת.

וְה"ה בנ"ד דְּהָא אָמְרוּ בַּאֲה"ע הַנְּ"ל דְּבַכָּה"ג מְעִיז. וְכֵן מְצִינוּ בַּב"מ (דָּף ד' ע"ב) גַּבֵי סְלַעִין דִּינְרִין דְּלֹנָה אָמַר שְׁלֵשׁ דַּס"ל לר"ע דַּה"ל מְשִׁיב אֲבִידָה וּפְטוֹר.

וְהַטַּעַם הוּא מְשׁוּם דְּקָא מְסִיעַ לִיָּה שְׁטָרָא וְכַמוֹ דְּפִי רַשִׁי שָׁם וְהַתּוֹס' שָׁם בַּד"ה וְש"מ דְּהִילָף פְּטוֹר כּו'. וְהַסְמ"ע בְּסִי' פ"ח ס"ק נ"ז דְּבַכָּה"ג מְעִיז.

וְכַאֲמַת הָא הָךְ דְּסְלַעִים דִּינְרִין לֹא הוּי סִיעַ גְּמוּרָה. דְּהָא בַּח"מ סִי' מ"ב בְּשְׁ"ף ס"ק כ"ה הִבִּיא בְּשֵׁם ג"ת דְּהַקְשָׁה עָלָה דְּאָמְרוּ שָׁם גַּבֵי סְלַעִין דִּינְרִין דְּאִי תְּפִיס הַמְלִינָה מְפָקִינוּ מִינְי'.
מְהָא דַּב"מ (דָּף ק"י) וּבַח"מ סִי' שט"ז דְּבִשְׁטָר דְּכַתִּיב שְׁנִין סְתָמָא דְּאִי תְּפִיס מְלֹנָה לֹא מְפָקִינוּ. וְיָמָה דְּמַחְלֵק הַשְּׁ"ף שָׁם הַשִּׁיג עָלָיו הַאו"ת שָׁם ס"ק י"ד.

וְכֵן הַסְפִּים לְדְּבָרֵי הַנְּתִיבוֹת שָׁם ס"ק י' וְכַתְּבוּ לְחַלְק דְּתְּפִיס בְּרִשׁוֹת מְהַנִּי. אֲלַמָּא דְּהָא מִיְלַתָּא דְּסְלַעִים דִּינְרִין הוּי סֶפֶק.

וְאֵלוּ הָיָה הוֹכְחָה בְּרוּרָה לֹאמַר דְּסְתָם סְלַעִים הוּי שְׁנַיִם א"כ לֹא הָיָה מְהַנִּי תְּפִיסָה בְּרִשׁוֹת ג"כ. וְע"כ מוֹכַח דְּזָה הוּי סְפִיקָא וְלֹא הוּי הוֹכְחָה בְּרוּרָה מְהָךְ סְלַעִים דְּהוּי שְׁנַיִם.

וכמש"כ הנ"י שם. ושא"ה גבי מלנה א' חמש ולנה א' שלש דלכן אמרו דהוי משיב אבידה משום דיש לו מיגו דאי בעי פפר הכל.

ולא הוי מיגו דהעצה דמשום דהוי סיוע קצת לדבריו על פן מעיז ומעיז. וכמש"כ השמ"ק והריטב"א ובחידושי הר"נ שם.

אלמא דמצינו דבמקום סיוע קצת פינו דאיפא למימר דמעין פטור משד"א. וה"ה במקום אחר דאיפא למימר דמעין ומעיז אף דהוי מטעם אחר דמ"ש.

ועיין בני"ו ובר"נ ושמ"ק וריטב"א ריש ב"מ בסוגיא דסלעים דינרין: והרא"ש בב"מ פ"א סי' ג' הביא ראיה דע"א מסייע פוטר משד"א מהא דב"מ (דף ד') דאמר לך ר' חייא שאני הקא דמסייע ליה שטרא. משום דלשון שטר שפתיב בו סלעין מסייע ליה כו' וכיון דפטרין ליה משבועה בסיוע שטר בעלמא אע"פ שאין פאן עדות גמורה כש"כ בע"א שפעיד פדברי הנתבע עכ"ל.

ונהו פעין מש"כ דהך דמסייע ליה שטרא לא הוי סיוע גמורה. אף בעיקר ראיתו י"ל דלכן ס"ל להרבה פוסקים דאין עד מסייע פוטר.

משום דס"ל דכיון דהא הש"ס מוכיח שם דהילך פטור מהא דלנה אמר שתיים דפטור. וכן למאי דתירצו שם א"נ משום דה"ל שעבוד קרקעות כו'.

אלמא דס"ל דהך סיוע דמסייע ליה שטרא אין בו פח לפטור מן שד"א דלא הוי סיוע גמורה וכמש"כ. וכן מוכח בח"מ סי' פ"ח סעיף ל"ב בשט"ח שפתיב סלעים ולנה א' שתיים דפטור לפי שלא הודה אלא מה שבשטר ואין פאן הודאה.

וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק נ"ה. אלמא דס"ל לדינא דלא אמרינן בזה לפוטרו משד"א משום דמסייע ליה שטרא.

דס"ל פהך לישנא דגמ' הנ"ל דלא מהני הך דמסייע לי' שטרא לפוטרו משד"א. וכן מבואר ברא"ש לב"מ פ"א סי' ו' ע"ש.

והטעם הוא דזה לא הוי סיוע גמורה לפוטרו מן שד"א. וא"ש דברי הראשונים דס"ל דאין עד מסייע פוטר משבועה.

ואפ"ה אם לנה א' שלש לכ"ע ה"ל משיב אבידה דקיי"ל כר"ע. וכמש"כ הסמ"ע הטעם דיש לו מיגו דכפר הכל דמעין בכה"ג פנ"ל.

וכמבואר בסי' פ"ח סעיף ל"ב בסמ"ע ס"ק נ"ז. ועיין במלקמות ריש ב"מ ובבעל המאור שם: וכה"ג פתבו התוס' בגיטין (דף כ"ז ע"א) ד"ה אין הבעל מודה כו' דאינה נאמנת לומר גרשתי דכיון דאיפא גט דמסייע לה מעינה ומעינה.

וכ"כ התוס' בב"מ (דף י"ח) ד"ה אין הבעל מודה כו'. וכ"כ הב"ש בסי' קנ"ג ס"ק א'.

ואף דשם לא הוי הוכחה ברורה כ"כ דהא באמת אין מחזירין הגט לא לזה ולא לזה. אפ"ה פינו דהוי סיוע קצת לדבריה בפני הבריות ע"כ מעינה.

וכה"ג מבואר בגיטין (דף ס"ד). וכ"כ הלח"מ ה"ג פ"ז הלכה כ"ד.

וְהָא דְמִבְּנֵי אֲרָם בְּסִי ע"ה וּבְסִי פ"ז בְּשֵׁם שִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְּבְמוֹדָה בְּמִקְצַת וּע"א מְסִינְעוּ
אִינוּ פּוֹטֵר. י"ל דְּלֹא מְבַעֲיָא לְשִׁיטַת הָרֵא"ש דְּהוּבָא בֵּאֵה"ע ס' קמ"א סְעִיף נ"ה גְּבִי
אִשָּׁה הָאוֹמֶרֶת גְּרִשְׁתָּנִי דָּאף דִּישׁ ע"א מְסִינְעוּ לָהּ מ"מ שְׁיִיף הַחֲזִיקָה דְּאִינָה מְעִינָה א"כ
ה"ה בְּשִׁבְעַת מוֹדָה בְּמִקְצַת וּע"א מְסִינְעוּ לוֹ.

שְׁיִיף בְּזָה ג"כ מַה דְּאָמַר רַבָּה חֲזַקָה א"א מְעִיזוּ פְּנֵי בְּפָנֵי בַע"ח. וְאָף לְשִׁיטַת הַטּוֹר בְּסִי
י"ז וְהוּבָא בְּב"ש ס' י"ז ס"ק ו' דָּאף בַּע"א מְסִינְעוּ לָהּ מְעִינָה.

עכ"ז שְׁאֵנִי בְּמוֹדָה בְּמִקְצַת דְּהָא הַע"א אִינוּ מְעִיד רַק עַל מַה דְּכּוֹפֵר בְּמִקְצַת וּמְסִינְעוּ.
וּבְמַה שֶּׁהוּא מוֹדָה בְּמִקְצַת לִיפָּא בְּזָה עַד דְּמְסִינְעוּ לְהַעִיד שֶׁהוּא פְּטוֹר מִזָּה.

ע"כ לֹא שְׁיִיף כָּלֵל הָתָם לְדוֹן כֵּן וּכ"ז פְּשׁוּט: וְלִכְּן לְפִי כָּל מַה דְּנִתְבָּאָר א"כ הַנְּכֹון הוּא
עַם הַבֵּית יוֹסֵף דְּסִי פ"ז ס"ק מ"ג. וְז"ל הַבֵּית יוֹסֵף כָּתַב הָרִי"ף בְּתוֹשׁבָה כו' וְצָרִיף לְפָרֵשׁ
דְּהִיבָא קְאָמַר וּמוֹעִיל לוֹ שְׁבֻעָתוֹ שְׁנֻשְׁבַּע קוֹדֵם לְכֵן עַל הַשְּׂאָר עכ"ל ה"י.

וְהַשִּׁיגוּ פְּנֵלָם עַל הַבֵּית יוֹסֵף. וּבְאֵמַת תְּמוּהֵים דְּבָרָיו דְּהָא מְבֹאָר בְּסִי פ"ז סְעִיף י"ד דְּאֵם
כְּפָר הַפֶּל וְנֻשְׁבַּע הָיְסֵת וְאֵח"כ הִבִּיא ע"א נֻשְׁבַּע בְּנִק"ח.

וְכַמְבֹּאָר בְּשִׁבְעוֹת (דָּף ל"ח ע"ב) הָאִי דִּינָא דְּאֻשְׁבַּע בְּלֹא נִק"ח חוֹזֵר. וּבְרֵא"ש שָׁם ס' ב'
ב' בְּשֵׁם הָאֵלְפֵס.

א"כ בְּנוֹדָאֵי לֹא יַעֲלֶה עַל הַדַּעַת לֹאמַר דִּיהִיָּה סְגִי בְּמָה דְּנֻשְׁבַּע מִתְּחִלָּה הָיְסֵת פִּינּוֹן דְּמִחְוִיב
עַכְשָׁיו לִישְׁבַּע שְׁד"א כְּדִין כָּל מ"מ: אָבָל לְפִי מַה דְּנִתְבָּאָר הַנְּכֹון עַם הַבֵּית יוֹסֵף וִי"ל
דְּגַם כְּנוֹנֵת הַב"י הוּא לְכָל מַש"כ דְּמָה שֶׁכָּתַב הַב"י דְּמוֹעִיל לוֹ שְׁבֻעָתוֹ שְׁנֻשְׁבַּע קוֹדֵם לְכֵן
כו'.

הַכְּנוּנָה הוּא דְּכִינּוֹן דְּנֻשְׁבַּע כְּבָר ע"כ עֵבִיד לְאַחְזוּקֵי דְּבוּרוֹ וּמַעֲשֵׂה הַשְּׁבֻעָה דְּנֻשְׁבַּע כְּבָר
וְלֹא יַעֲשֶׂה אֵת עֲצָמוֹ לְשַׁקְרָן וּלְהוֹצִיא שָׁם רַע עַל עֲצָמוֹ דְּנֻשְׁבַּע לְשַׁקְרָן. וְשִׁבְעוֹת שַׁקְרָן
חִמְרֵא לְאִינְשֵׁי מְאוֹד כְּמִבְּנֵי אֲרָם בְּב"מ (דָּף ה') תּוֹס' ד"ה דְּחֻשִׁיד אֲמִמוֹנָא כו'.

ע"כ מִיְכָסֵף לְהוֹדוֹת עַל עֲצָמוֹ דְּנֻשְׁבַּע לְשַׁקְרָן וְיִתְבַּזֶּה בְּעֵינֵי הַבְּרִיּוֹת כְּמוֹ דְּאָמְרוּ בְּנִשְׁאֵת
וְנִתְקַדְּשָׁה שְׁלֵא בְּפָנֵי הַבַּעַל דְּמַעֲיָנָה וּמַעֲיָנָה וְה"ה בְּזָה דְּמַעֲיָנָה וּמַעֲיָנָה. וּכְבָר נִתְבָּאָר דְּבִאִינָה
סְבָרָא קִצַּת דְּרָאוּ חוֹז"ל דִּישׁ לֹאמַר בּוֹ דְּמַעֲיָנָה אֵז מְהִימָן בְּמִיגוֹ וְהוּי מְשִׁיב אֲבִידָה.

וְהוּא הַדִּין בְּזָה דְּכִינּוֹן דְּנֻשְׁבַּע כְּבָר ע"כ פּוֹעֵל זֶה דִּיהִיָּה מְהִימָן בְּמִיגוֹ דְּאִי בְּעֵי הִיָּה עוֹמֵד
בְּטַעֲנָתוֹ הָרֵאשׁוֹנָה וְיַפְטֵר. וְגַם הָא שְׁיִיף בְּכָל זֶה לְסִבְרַת הַנְּש"ף בְּסִי ע"ט ס"ק כ"ג גְּבִי
מִיגוֹ בְּמִקוֹם קוֹל דְּהִיבָא דְּהַעֲיִז כְּבָר וְהַכְחִישׁ לְהַקוּל דְּאֵז שְׁפִיר מְהִימָן בְּמִיגוֹ דְּאִי בְּעֵי
הִיָּה עוֹמֵד בְּטַעֲנָתוֹ הָרֵאשׁוֹנָה לְהַפְטֵר פִּינּוֹן דְּחֻזִּינּוֹ דְּאִינוּ חוֹשֵׁשׁ לְהַקוּל ע"ש.

וְכַש"כ בְּנִידוֹן דִּינּוֹ דְּחֻזִּינּוֹ דְּהַעֲיִז כְּבָר בְּבֵית דִּין נִגְדַת הַבַּעַל דִּין וְגַם נֻשְׁבַּע הָיְסֵת עַל זֶה
עַל כֵּן וְדִאֵי יֵשׁ לוֹ מִיגוֹ דְּאִי בְּעֵי הִיָּה עוֹמֵד בְּטַעֲנָתוֹ הָרֵאשׁוֹנָה וְיַפְטֵר: וְהָא דְּס"ל לְהָרִי"ף
בְּתוֹשׁבָה שָׁם דָּאף דְּנֻשְׁבַּע הָיְסֵת מ"מ עַכְשָׁיו דְּמוֹדָה בְּמִקְצַת חוֹזֵר וְנֻשְׁבַּע אֵלָא מִחֲמַת
שֶׁהוּא חֻשׁוֹד לְכֵן כְּנִגְדוֹ נֻשְׁבַּע וְנוֹטֵל כַּמַּש"כ הַטּוֹר בְּשָׁמוֹ.

י"ל דְּטַעַם הָרִי"ף הוּא דְּס"ל כְּשִׁיטַת הָרֵאשׁוֹנִים דְּס"ל דְּמִיגוֹ לְאַפְטוֹרֵי מְשֻׁבְּעָה לֹא
אֲמַרִּינּוּ. וְעֵינּוּ מִזָּה בְּרֵא"ש וְבַר"נ רפ"ז דְּשִׁבְעוֹת.

וע"כ אף היכא דאיכא למימר דמעיו ומעיו מ"מ חייב שד"א במודה במקצת משום דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן: אף לפענ"ד נראה דאף להסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה וכמש"כ הרמב"ם והמחבר בריש סי' רצ"ו.

עכ"ז בכה"ג י"ל דגם אינהו מודו דא"צ לישבע ונפיר חלקו על הרי"ף בזה לפי פוננת הב"י. והוא דהא לכאורה יש להוכיח פהסוברים דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה.

מהא דב"ק (דף ק"ז ע"ב) דאמר ר' אסי א' ריו"ח הטוען טענת אבד ונשבע וחרז וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור הואיל ונצא ידי בעלים בשבועה ראשונה. וכתבו התוס' שם ד"ה הואיל ונצא כו' דאע"ג שהודה דלשקר נשבע אין חייב מן הדין לישבע פעם ב' שנגנב כו' אלא נאמן שלא בשבועה לומר שנגנב במיגו דאי בעי אמר באמת נשבעתי והיה פטור כו' פינון שמן הדין לא היה לו לישבע עכ"ל התוס'.

והובא זה ברמב"ם הל' גניבה פ"ד הלכה ג'. א"כ תקשה מסוגיא מפורשת הנ"ל על הסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה: ענף ג והנלפענ"ד בזה ע"פ מש"כ בכללי מיגו שלי לתרץ מה שהקשו פנלם על הרמב"ם דס"ל דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה מהא דא' רבה מפני מה מודה במקצת ישבע.

ותרצתי דעיקר הטעם דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה משום דכמו דברנפא בעינו לברר היכא דאיכא לברורי ה"ה במיגו דשקולים הם. וע"כ בחיוב שבועה דהתורה הצריכה לברר הספק ע"י שבועה לא מהני מיגו משום דכיון דאיכא לברורי מבררינן.

אבל רבה דס"ל בב"ב (דף ל"ב) דאמרינן מיגו להוציא ע"כ לדידי' אלים מיגו דלא בעינו לברר. וגם הא רבה ס"ל דאמרינן מיגו במקום עדים פמבואר בב"ב (דף ל"א ע"א) ע"כ ס"ל דמהני מיגו לאפטורי משבועה.

ועיין בתוס' ובמהרש"א ובגומיקי יוסף שם בב"ב. ולכן יש לדון עפ"ז דהיכא דהוי בגדר הפה שאסר דזה עדיף מן מיגו.

ומה"ט פתבו התוס' בב"ק (דף ע"ב) ד"ה אין לה בו כו' דהפה שאסר עדיף מן מיגו ומהני אף במקום עדים. וכן העלה ההפלאה בכתובות (דף י"ט ע"א) בתוס' ד"ה אימא כו' דדוקא מיגו במקום עדים לא אמרינן אבל מיגו בעיקר העדים אמרינן וכמו בהא דח"מ סי' ע"א במיגו בעיקר הנאמנות.

וכ"כ הריטב"א לכתובות (דף י"ח) לחלק בין הפה שאסר כו' למיגו. ועיין בש"ף ח"מ סי' ק"ח ס"ק ז': ולפ"ז יש לדון דה"ה במיגו לאפטורי משבועה דאף דלא אמרינן מ"מ זה אינו רק במיגו אבל היכא דהוי הפה שאסר כו' בזה יש לפוטרו עי"ז משבועה פינון דכה"ג מהני אף בעיקר העדים.

וגם הא לעיל בסי' ל"ז העליתי בענף א' בחדושי שם דאף דקיי"ל דלא אמרינן מיגו להוציא. דמ"מ היכא דהוי הפה שאסר כו' דזה מהני אף להוציא ממון.

וגם רב יוסף מודה בזה לרבה דאמרינן מיגו להוציא פמו שהוכחתי שם מן רפ"ב דכתובות דתנן מודה ר"י באומר לחבירו שזהו של אביה היתה ולקחתיה ממנו שנגאמן שהפה שאסר כו'.

ואף דרב יוסף ס"ל בב"ב (דף ל"ב) דאף בקרקע דהלוקח מן חזקת בעלים הראשונים ועכ"ז אמרו במשנה הנ"ל דנאמן בהפסד שאסר להוציא מן חזקת בעלים הראשונים.

וע"כ מוכח דשאני הפסד שאסר כו' דזה מהני אף להוציא ממון. ולפ"ז כמו דכתבתי לשיטת רבה דס"ל דמיגו מהני לאפטורי משבוועה.

ה"ה לדידן ע"י הפסד שאסר כו'. ושאני הא דב"מ (דף ב') בתוס' ד"ה וזה נוטל רביע כו' שכתבו דהא דב"ב (דף ל"ב) גבי ההוא שטרא ויפא כו'.

דהתם הנה מיגו דאי בעי שתיק כו'. שא"ה דהא הנה צריף עכ"פ להראות שטרו להב"ד לכן אין זה בגדר הפסד שאסר כו'.

וע"כ פליגי שם רבה ורב יוסף אי מהימן במיגו להוציא. אבל היכא דהוי הפסד שאסר כו' דכיון דמהימן אף נגד עדים.

כש"כ דמהימן אף להוציא לכ"ע. וה"ה דמה"ט מהני היכא דהוי הפסד שאסר לפטור אף מן שבוועה.

וכן לפמש"כ הסמ"ע בר"ש סי' רצ"ו הטעם דלכן לא אמרינן מיגו לאפטורי משבוועה משום דלא מהני מיגו אלא היכא דשייף להעמיד ממון בחזקתו כו'. דלפי טעם הלז ג"כ היכא דמהני המיגו להוציא דמה"ט מהני אף לאפטורי משבוועה.

א"כ ה"ה היכא דשייף הפסד שאסר כו' ל: ולכן אתי שפיר בהא דב"ק (דף ק"ז) הנ"ל היכא דנשבע כפר על טענת אבד ואח"כ הודת דלשקר נשבע מתחלה. דשפיר כתבו התוס' שם דא"צ מן הדין לישבע אף דהודת דשקר נשבע מתחלה משום דיש לו מיגו דאי בעי הנה עומד בטענתו הראשונה דזהו בגדר הפסד שאסר.

דהא אי בעי הוי שתיק. ואין מחוייב לטעון יותר ולהשיב להתובע שוב אחר דנשבע כפר על טענת אבד וכיון דהוי הפסד שאסר ע"כ א"צ לישבע שוב אף דהודת עכשיו דלשקר נשבע מתחלה.

ושפיר אמרו בב"ק שם דהואיל ויצא ידי בעלים בשבוועה ראשונה משום דכיון דנשבע כפר ויצא ידי חובתו דא"צ להשיב ולדבר יותר להבעלים ע"כ בכה"ג סמכינו דזה מהני לאפטורי משבוועה.

וע"כ אין שום סתירה מהא דב"ק הנ"ל על שיטת הסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבוועה: ולפ"ז אתי שפיר שיטת הבית יוסף דס"ל דכיון דנשבע כפר הקסת על כפירת כולו ויצא ידי הבעלים וא"צ להשיב יותר אף לדבר מזה הענין כ"ל.

דהא כשנפטרים מלפניו יהיו בעיניו זכאים ובפירט לאחר השבוועה פידוע. ואין לה הפסד שאסר כו' יותר מזה דנשבע כפר.

דבכה"ג מהני אף לאפטורי משבוועה אף לשיטת הסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבוועה. וכש"כ בנ"ד דהוי מודה במקצת דה"ל משיב אבידה וכמבואר בכתובות (דף י"ח) דמקשה שם בפשיטות וכי ראב"י לית ליה משיב אבידה פטור.

ובצאמת אין לה משיב אבידה גדולה מזו דלאחר שנשבע פדינו יבא להודות במקצת. וע"כ שפיר כתב הבית יוסף דפטור מן שד"א בזה דנשבע היסת כפר.

ולכן אף דס"ל להמחבר לקמן בסי' רצ"ו פשיטת הרמב"ם דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה עכ"ז שפיר כתב הב"י הקא דא"צ לישבע שד"א עכשיו. ולפי דברתי היטב לשיטת הבית יוסף.

ע"כ לדינא נלע"ד דהנכון עם הבית יוסף ולא פדברי האחרונים דהשיגו על הבית יוסף פי י"ל דהנכון עמו: ענף ד והנה הקצה"ח פאן בס"ק כ"ז הביא למש"כ המהרי"ט ח' ח"מ סי' ל"ו בנשבע היסת כפר ואח"ז הודה במקצת וא"ל הילך דס"ל להמהרי"ט דנשבע היסת עכשיו כיון שהודה דלשקר נשבע מתחלה.

וע"ז השיגו הקצה"ח דנעלם ממנו התוס' דב"ק (דף ק"ז) הנ"ל ע"ש בקצה"ח: וישגיג לומר דלא נעלם מן המהרי"ט התוס' ב"ק הלז די"ל דס"ל להמהרי"ט כמש"כ הש"ך בח"מ סי' ס"ו ס"ק קכ"ה ובסי' צ"ה ס"ק י"ז דאפילו למ"ד דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה חמורה עכ"ז מודה דמיגו לאפטורי מן ש"ה לא אמרינן.

וכן הוכחתי לקמן בסי' צ"ה ע"ש. לכן י"ל דהא דכתבו התוס' בב"ק דנאמן שלא בשבועה במיגו דאי בעי אומר בצאמת נשבעתי.

דשא"ה דהוי מיגו לאפטורי מן שד"א דאמרינן לשיטת התוס'. אבל לענין לפטור מן ש"ה י"ל כהמהרי"ט דכיון דהודה ע"ע דלא יצא מעולם מידי חיוב שבועה ע"כ אף דאית לי מיגו מ"מ לא מהני מיגו לאפטורי מן שבועת היסת.

ושפיר כתב המהרי"ט. אכן לפמש"כ לחלק דשאגי הפה שאסר דנ"ד דנפטר כפר מן הבע"ד.

דמוכח בצאמת מן הסוגיא דב"ק הנ"ל דכה"ג כ"ע מודו דמהני מיגו לאפטורי משבועה דאל"כ תקשה מהא דב"ק על שיטת הסוברים דלא מהני מיגו לאפטורי מן שבועה. ע"כ י"ל דבכה"ג גם במקום שבועת היסת מהני מיגו לאפטורי.

ע"כ בנ"ד דכבר נפטר מן הבע"ד שפיר מהני הפיגו וא"צ לישבע שנית אף לשבועת היסת. ועיין לקמן סי' פ"ח ש"ך ס"ק נ"ו ובסי' ע"ה ס"ק ט': ** (הגה"ה וקא דמבואר הקא דאם הודה דרף תשובה פטור מן שד"א ונאף מן היסת).

יש להעיר בזה לפמש"כ האחרונים בהא דמבואר באה"ע סי' קט"ו באישה האומרת טמאה אני לה דאינה נאמנת שפא עיניה נתנה באחר וכתבו לדון דאף בהודאה דרף תשובה לא מהימנה דאמרינן דערומי קא מערמת כמש"כ הנו"ב במ"ק סי' ע"א ונהבית אברהם סי' ע"ד וכמבואר בתה"ד סי' רכ"ב.

ודלא פהסוות יאיר דהחמיר אם הודית דרף תשובה. ואי נימא דיש מקום לומר אף בהודאה דרף תשובה דזהו משום חשש הערמה.

א"כ תקשה דאמאי פטרו הקא מן שד"א הא כיון דאיכא חשש הערמה בזה. א"כ יתנה חייב שד"א וכדאמרו בב"מ (דף ד' ע"ב) דאמרו האי אערומי קא מערים כו' וכמש"כ הר"נ בשבועות בסוגיא (דף מ"ב) עלה דאמר רבה עי"ש.

ואף בספק הערמה הדין נותן דיהיה חייב שד"א פיון דקדמה תביעה להודאה. דהא עיקר
שבוועה הוא לקרר הספק.

וע"כ אף בספק הערמה עדיין הספק במקומו ויהיה מחוייב לישבע ולקרר הספק פיון
דלא הוי ספק בדינא וכמש"כ כה"ג הגתיבות בסי' פ"ז ס"ק ד' והקצה"ח שם ובסי' פ"ב
בקצה"ח ס"ק י"ט. ועיין בסי' פ"ח סעיף י"ד וסעיף ט"ז ובש"ך סי' ע"ה ס"ק ט' והדברים
ארונין.

וכיון דאמרו הקא דבהודה דרף תשובה פטור מן שד"א אף לפי שיטת הסמ"ע והש"ך
והלבוש והב"ח דס"ל בהודה שלא על דרף תשובה חייב שד"א. וע"כ מוכח דס"ל
בפשיטות דבהודה דרף תשובה אין שום מקום להסתפק בתשע הערמה.

והוי מזה סייעתא לדברי החוות יאיר דמתמיר בהודנית דרף תשובה. ויש לי מה להאריך
ולחלק בכ"ז.

וכן י"ל מהתוס' יבמות (דף ל"ט) ד"ה א' רב דכתבו דאם באים לחלוץ מניחין ליבם
ע"ש. הרי דלא חיישינן להערמה.

והדברים ארונין ואכ"מ (ע"כ הגה"ה): ** ונהנה הקצה"ח הקא ס"ק כ"ז כתב דה"ה
אם טען לא לויתי ונשבע דלא לנה ונחזר ואמר לויתי ופרעתי דפטור וא"צ שבוועה אחרת
מה"ט כו'. ולכאורה יש לדון בזה לפמש"כ הגתיבות בסי' ע"ב ס"ק ל"ד דהא דיכול
לשנות מפטור לפטור הטעם משום דטענה הראשונה לאו בדיוק אמרה.

ולכן באם כתב הטענות א"י לשנות אף מפטור לפטור משום דכשנכתב נודאי בדיוק
אמרה כו' עכ"ל הגתיבות. ולפ"ז יש לדון אם טען לא לויתי ונשבע ע"ז.

בזה י"ל דנודאי דייק דהא במקום שבוועה נודאי דייק. ומה"ט אם נשבע לא מהני טענת
משטה ושללא להשביע כמבואר בסי' פ"א סעיף כ"ח.

וכן הוא בסי' ר"ז גבי אסמכתא. א"כ י"ל דהיכא דנשבע מתחלה לא יהיה יכול לשנות
טענתו מפטור לפטור דהא בזה לא שייך סברת הגתיבות הנ"ל.

אף באמת מהתוס' ב"ק (דף ק"ז) הנ"ל שהביא הקצה"ח מוכח מזה דאף במקום שנשבע
מתחלה ג"כ יכול לשנות טענתו מפטור לפטור. וגם הקצה"ח בסי' פ"ב כתב פועין טעם
אחר על מה דיכול לשנות מפטור לפטור ע"ש בס"ק ג' וקצרת: הינצא לנו מן כל מה
דנתבאר דהנכון הוא עם הב"י דאם נשבע כבר היסת על כפירת פולו דאף דעכשיו הוא
מב"מ.

מ"מ פטור מן שד"א וכן מן ש"ה ואין להוציא ממון מן הנתבע. ולכה"פ הוי זה ספיקא
דדינא פי דברי הב"י דברי טעם הם: יח (שם סעיף ל"ח) אם נראה שהטענה מרומה אין
להשביע וכתב התנאים ס"ק צ"ט דדוקא היכא דליכא דררא דממונא אמרו פן כו' ונלע"ד
להוכיח פן משבועות (דף מ"א) דקאמר הגמ' מאי אוקא בין שד"א לדרבנן כו'.

והא ה"מ לומר נפ"מ בטענה מרומה דשד"א נודאי נשבעין וש"ה אין נשבעין. אבל
לפמש"כ האו"ת א"ש.

דְּהָא בְּדַרְרָא דְּמִמוּנָא נִשְׁבְּעִין אַף בְּטַעֲנָה מְרֻנְמָה. וְהָא כָּל שַׁד"א מְקַרֵי דְּרַרָא דְּמִמוּנָא כַּמְש"כ הַתּוֹס' בַּב"ק (דָּף קי"ח) ד"ה ר"נ ור"י כו' דְּכִינּוּן דְּאָכַל תְּרֵי מִיְנֵיהּ הֵנּוּ זֶה דְּרַרָא דְּמִמוּנָא וְכֵן כְּתִיב הַתּוֹס' בְּשִׁבְעוֹת (דָּף מ"א) ד"ה וּמֵאן דְּמַתְּנֵי כו'.

א"כ כָּל מ"מ הֵנּוּ דְּרַרָא דְּמִמוּנָא אִם כֵּן בְּמִקּוּם דְּרַרָא דְּמִמוּנָא הָא חַיִּיב שְׁבֻעַת הַיִּסְתָּא אַף בְּטַעֲנָה מְרֻנְמָה וּמוּכַח כַּהַאו"ת. וְעֵינָן בְּמַרְדְּכֵי ב"מ פ"א ס' רכ"ט דְּמוּכָיִח כַּה"ג מִן הָא דְּשִׁבְעוֹת הַנָּ"ל דְּבִטּוּעָן גְּזֻלְתָּנִי נִשְׁבַּע הַיִּסְתָּא.

וְהָא דְּלֹא אָמְרוּ שֵׁם נַפ"מ בְּתוֹבְעוֹ טוֹבַת הַנָּאָה דְּמִבְּנֹאֵר לְעֵיל סְעִיף ל"ה דְּאִין נִשְׁבַּע הַיִּסְתָּא י"ל דְּהָא לְמ"ד ט"ה אִינוּ מְמוּן אִינוּ נִשְׁבַּע אַף שַׁד"א ע"כ לֹא אָמְרוּ הָא נַפ"מ וְעֵינָן בְּש"ף ס"ק פ"ב. וְעֵינָן לְעֵיל ס' ט"ו בְּעֵנָן דִּין מְרֻנְמָה וְקַצְרְתִּי: סִימָן פַּח א (סְעִיף ה') יֵשׁ אוּמְרִים דְּשִׁבְעוֹת שׁוּמְרִים נְמִי בְּעֵי שְׁתֵּי כְּסָף: וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְדוֹן דְּלֶהֱדָף דְּעָה דַּס"ל דְּשִׁבְעוֹת שׁוּמְרִים בְּעֵי שְׁתֵּי כְּסָף דַּה"ה חַיִּיב דִּין שׁוּמְרִים לְשֵׁלֵם כ"א כְּדִינוּ דְּכַפְחוֹת מְשִׁתֵּי כְּסָף לֹא שְׁיִיף חַיִּיב תַּשְׁלוּמִין.

וְכַמוֹ עֲבָדִים וְשִׁטְרוֹת וְקַרְקָעוֹת שְׁנַתְּמַעְטוּ מִן שְׁבֻעָה דְּנַתְּמַעְטוּ ג"כ מִן חַיִּיב תַּשְׁלוּמִין שְׁל חַיִּיב שׁוּמְרִים. א"כ ה"ה פְּחוֹת מְשִׁתֵּי כְּסָף דַּמ"ש.

וְעֵינָן ר"פ מְרֻבָּה. וּבְזֶה הָיָה מְקוּם לְתַרְזַן לְמַה שְׁהִקְשׁוּ הָרֵאשׁוֹנִים בְּהָא דְּקִידוּשֵׁין (דָּף מ"ז) בְּאִמְרַת הַתְּקַדְּשִׁי בְּפִקְדוֹן שְׁיֵשׁ לִי בְּיָדְךָ דְּאִם נִשְׁתַּיִיר שְׁנָה פְּרוּטָה מְקוּדָשָׁת.

וְהִקְשׁוּ הָא הֵנּוּ לִיָּה שְׁתִּיקָה דְּלֹאֲחַר מִתֵּן מְעוֹת דְּלֹא כְּלוּם הִיא כְּמִבְּנֹאֵר בְּקִידוּשֵׁין (דָּף י"ב). וְעֵינָן בְּקֶרְבֵן גְּזֻלָּה בְּקִידוּשֵׁין פ"א ס"ק פ"ז.

אֲכֹן לְפַמְש"כ א"ש דִּי"ל דְּהֵתֵם מִיְיָרִי בְּפִקְדוֹן פְּחוֹת מִן ב' מְעֵין א"כ לֹא הָיָה בְּזֶה דִּין שׁוּמְרִים כְּלָל. ע"כ לֹא שְׁיִיף בְּזֶה לֹאֲמַר לְהָא דְּאָמְרוּ בְּקִידוּשֵׁין (דָּף י"ג) דְּהֵתֵם בְּתוֹרַת פְּקוּדוֹן יְהִיבֵנָהוּ נִיְהִלָּה סְבָרָה אִי שְׁדִינָא מְחַיִּיבָנָא בְּהוּ.

וְדוֹקָא בְּהָא דְּקִידוּשֵׁין (דָּף י"ב) הַנָּ"ל דְּתַנִּי כְּסִי סְלַע בְּפִקְדוֹן וְחִזֵּר וַא"ל הַתְּקַדְּשִׁי כו' דִּישׁ בּוֹ דִּין שְׁמִירָה וְשְׁיִיף לֹאֲמַר דְּסְבָרָה אִי שְׁדִינָא כו'. כֵּן י"ל לְכַאוּרָה בְּזֶה: אֲכֹן מְצִאתִי לְהַר"ן בְּשִׁבְעוֹת פ"ו עַל מְשֻׁנָּה דְּאֵלוּ דְּבָרִים שְׁאִין נִשְׁבְּעִין עֲלֵיהֶם כו'.

דְּכַתֵּב הַר"ן לְהַדְּיָא דַּע"ג שְׁאִין שְׁבֻעַת שׁוּמְרִין פְּחוֹת מְשִׁתֵּי כְּסָף מ"מ דִּין שׁוּמְרִין בְּחַיִּיב תַּשְׁלוּמִין לְש"ח בְּפִשְׁעָה וּש"ש בְּגַנְיָבָה וְשׁוֹאֵל בְּאֲוֹנָסִים שְׁיִיף גַּם בְּפְחוֹת מְשִׁתֵּי כְּסָף לְפִי דְּפִטוֹר דְּפְחוֹת מְשִׁתֵּי כְּסָף לֹא כְּתִיב אֲלֵא בְּשׁוּמְרֵי חַנּוּם גְּבִי שְׁבֻעָה וְאִין לְמַדִּין תַּשְׁלוּמִין מִהֵתֵם וְהֵאָרִיף בְּזֶה עִי"ש.

ע"כ נִסְתַּר מַה שְׁרַצִּיתִי לֹאֲמַר כַּנָּ"ל. אַף מִן הַשְּׁיִטָּה מְקוּבָצָת לַב"ק (דָּף ס"ג ע"א) ד"ה וְאִי סְלִקָא דְּעֵתָהּ הָאִי כָּל דְּבַר פֶּשַׁע כו' שְׁפַתְבּ דְּהָא דְּדַרְשׁוּ בְּשִׁבְעוֹת מַה כְּסָף כו' וּמַה כְּלִים כו' לֹא אָמְרִינָן הֵכִי אֲלֵא לְעֵנָן מוֹדָה בְּמִקְצָת.

אֲבָל לְפִטְרוֹ מְחַיִּיב שְׁל ש"ח וּמַש"ש לֹא דְּלִיכָא לְמִימַר דְּאִי אֲפָקִיד גְּבִי פְּרוּטָה וּפֶשַׁע בְּהַ? פִּטְרֵי בֵּינוֹן דְּגְבִי שׁוּמְרִים אֲחֵרִים רַבָּה רַחֲמָנָא כָּל הַמְטַלְטֵל וְגוֹפּוֹ מְמוּן וְחַיִּיב נְמִי כְּפָל בֵּין בְּטוּעָן טַעֲנָת גַּנְבּ בֵּין בְּגַנְבּ עֲצָמוֹ דְּהָא אֲתַרְבִּי בְּפִרְשֵׁתִי'.

וְזוֹ פְּדָבְרֵי הָאוֹמְרִים דְּלֹא בְּעֵינֵינּוּ שְׂתִי פְּסָףּ בַּשֵּׁשׁ כּו' עַכ"ל הַשֵּׁמ"ק. א"כ מוֹכַח מִן הַשֵּׁמ"ק דַּס"ל דְּאֵי בְּעֵינֵינּוּ ב' פְּסָףּ בְּשָׁבוּעַת שׁוֹמְרֵי דַה"ה בְּחֵיבּ תַּשְׁלוּמֵינּוּ שְׁל שׁוֹמְרֵי ג"כ בְּעֵי שְׂתִי פְּסָףּ דְּוִקָּא.

אִךְ הֶעֱיָקָר הוּא כַּמֶּשׁ"כ הַר"ן פֶּנ"ל. וְגַם הַשֵּׁמ"ק בַּב"ק שֵׁם הֵבִיא בְּשֵׁם הַרְמְב"ן דְּכַתְּבַב ג"כ דְּדָרְשָׁא דְּמַה פְּסָףּ כּו' אֵינּוּ רַק לְשָׁבוּעָה וְלַכְּפָל.

אָבֵל בְּחֵיבּ תַּשְׁלוּמֵינּוּ דְּשׁוֹמְרֵי אִךְ פְּחוֹת מִשְׂתִּי פְּסָףּ חֵיבּ עִי"ש: וְלַפְמֶשׁ"כ מִתְּחִלָּה דִּישׁ מְקוֹם לֹמֵר דְּלִמְאֵן דְּסָבִירָא לִיהֵדְבָעֵינּוּ שְׂתִי פְּסָףּ בְּשׁוֹמְרֵי דְּמַהֲאֵי טַעְמָא פְּטוֹר גַּם מִן דִּין חֵיבּ תַּשְׁלוּמֵינּוּ בְּשׁוֹמְרֵי בְּפָחוֹת מִשְׂתִּי פְּסָףּ.

הֵנָּה לַפ"ז יֵשׁ לְהַעִיר בְּהָא דַּב"ק (דַּף נ"ז ע"א) דְּהוֹכִיחַ הַשֵּׁמ"ס שֵׁם מִן הָא דַּא' ר' חֵינְיָא בַּר אֲבָא אַרְיִו"ח הַטּוֹעֵן טַעְנַת גַּנְבַּ בְּאַבְיָדָה מְשַׁלֵּם תַּשְׁלוּמֵי כְּפָל וְאֵי ס"ד ש"ש הֵנִי אֲמַאי מְשַׁלֵּם כְּפָל קַרְנָא בְּעֵי שְׁלוּמֵי וּמוֹקֵי בְּטוֹעֵן טַעְנַת לְסָטִים מְזַנְיָן.

וְקָשָׁה הָא מְצִי לְמִימַר דְּמִיָּרֵי בְּפָחוֹת מִשְׂתִּי פְּסָףּ דְּאֵינּוּ בּוֹ דִּין שׁוֹמְרֵי וּפְטוֹר לְשַׁלֵּם אִם נִגְנַב. ע"כ שְׁיִיד בִּי טוֹעֵן טַעְנַת גַּנְבַּ דְּמְשַׁלֵּם כְּפָל.

א"כ לְכַאוּרָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מְזַה פְּשִׁיטַת הַסּוֹבְרֵי דְּבְשׁוֹמְרֵי לֹא בְּעֵינֵינּוּ שְׂתִי פְּסָףּ. אָבֵל זֶה אֵינּוּ דְּהָא אִךְ לְפִי שִׁיטַת הַסּוֹבְרֵי דְּבְשׁוֹמְרֵי לֹא בְּעֵי שְׂתִי פְּסָףּ.

הָא טַעְמָם הוּא כַּמֶּשׁ"כ הָרַא"ש בְּשָׁבוּעוֹת פ"ו ה"ו ו' מִשׁוּם דַּס"ל עִירוֹב פְּרָשִׁיּוֹת כְּתוּב כָּאֵן דְּכֶסֶף וְכֹלִים אֲמַלְוָה הוּא דְּכַתִּיב עִי"ש. א"כ הָא הֵכָא דְּמִיָּרֵינּוּ לַר' חֵינְיָא בַּר אֲבָא אַרְיִו"ח.

וּמְצִינּוּ בַּב"ק (דַּף ק"ו ע"ב) דַּס"ל לַר' חֵינְיָא בַּר אֲבָא אַרְיִו"ח דְּלֹא אֲמַרִּינּוּ עִירוֹב פְּרָשִׁיּוֹת. וְעֵינֵינּוּ בְּסַנְהֶדְרִין (דַּף ב') בְּתוֹס' שָׁם.

א"כ תִּקְשָׁה עַדִּינּוּ פֶּנ"ל דְּהָא הֵנִי מְצִי לְאוּקְמֵי לְהָא דַּר' חֵינְיָא בַּר אֲבָא אַרְיִו"ח. דְּהֵנָּה פְּחוֹת מִשְׂתִּי פְּסָףּ דְּאֵינּוּ דִּין שׁוֹמְרֵי נוֹהֵג בְּהוּ.

וְאִךְ דְּטוֹעֵן טַעְנַת גַּנְבַּ אֵינּוּ שְׁיִיד רַק בְּנִשְׁבָּע. מ"מ י"ל דְּמִשְׁכַּחַת שְׁבוּעַת הַדִּינָיִם בְּהוּ ע"י גְּלָגוּל.

וּכְעֵינּוּ מִשׁ"כ הַתּוֹס' בַּב"ק (דַּף ס"ב ע"ב) ד"ה יִצְאוּ קַרְקָעוֹת כּו'. וְגַלְגוּל וְנִדְאֵי שְׁיִיד אִךְ בְּפָחוֹת מִשְׂתִּי פְּסָףּ.

וְהָא דְּלֹא אוּקֵי פֶּן הַתּוֹס' לְקַמֵּן (דַּף ק"ג) ד"ה הַגּוֹזֵל מִתְּבִירוֹ כּו' י"ל דְּעַדִּיפָא מִיָּנִי נְקִטּוֹ הַתּוֹס'. וּבְנוֹדְאֵי אֵינּוּ לְחַלְקַב בְּזָה פְּחוֹת מִשְׂתִּי פְּסָףּ מִן קַרְקָעוֹת לַעֲנֵן גְּלָגוּל: אִךְ לַפְמֶשׁ"כ הַתּוֹס' בַּב"ק (דַּף ס"ג ע"א) ד"ה לְמָה לִי כּו' דְּכָפַל וְשָׁבוּעָה הַכֹּל אֶחָד וְכִי הֵיכִי דְּדָרְשִׁינּוּ לַעֲנֵן שְׁבוּעָה מַה פְּלִים כּו' ה"נ לַעֲנֵן כְּפָל כּו'.

וּכ"כ הַשֵּׁמ"ק בַּב"ק (דַּף ס"ג) בְּשֵׁם הַרְמְב"ן. א"כ לַפ"ז אֵינּוּ הַתְּחִלָּה כְּפָל לְקוֹנְשִׁינֵי הַנָּ"ל. מִשׁוּם דַּבְּלֵא"ה לֹא הֵנָּה יְכוּל לְאוּקְמֵי דְּמִיָּרֵי בְּפָחוֹת מִשְׂתִּי פְּסָףּ. דְּהָא לֹא שְׁיִיד כְּפָל כְּפָל בְּפָחוֹת מִשְׂתִּי פְּסָףּ.

וכה"ג כתב הר"נ לשבועות פ"ו על הסוגיא דשם (דף מ"ב) להעיר דכפל ושבועה תלוי בהדדי והעיר פן על הא דב"ק (דף ק"ו). ועיין ברש"י וברמב"ן שם.

גיש לעיין מזה בשיטת הרמב"ם פ"ב הל' גניבה ובפ"ד שם דלא הביא זה. ואפשר לומר דהרמב"ם לשיטתו דס"ל דלא בעי בש"ש שתי כסף ע"כ ה"ה גבי כפל וכמש"כ השמ"ק בב"ק (דף ס"ג) לחד פירושא.

וכן יש לדון במה דלא הביא הרמב"ם שם להו דבר שאינו מסוים דשם. ועיין בב"ק שם תוס' ד"ה דבר שאינו מסוים כו' ולקמן (דף ס"ד) ד"ה למעוטי דבר שאינו מסוים.

ועיין בטור ח"מ סי' ש"נ ואכמ"ל. אכן לפי מה דכתב הר"נ דאף פחות משתי כסף חייב בקל דין שומרים לתשלומין.

א"כ אתי שפיר בשיטות מה דהוכיחו בב"ק (דף נ"ז) הנ"ל מן הא דאמר ריו"ח דאין דינו כש"ש. משום דאם דינו כש"ש א"כ אף פחות משתי כסף ג"כ חייב לשלם בנגנבה האבדה: וראיתי בשער המשפט סי' פ"ח ס"ק ג' שכתב דפחות משתי כסף אין מגלגלין ג"כ ודלא כהב"י ע"ש.

ובאמת ז"א דהא כתבו התוס' בב"ק (דף ס"ג) ד"ה ל"ל כו' בזה"ל ולפי מה שפירשתי דכפל ושבועה הפל אחד פי היכי דדרשינן לענין שבועה מה פלים ב' ה"נ לענין כפל כו' ואפילו היכא דנשבע ע"י גלגול בדבר שאינו מסוים פטור מכפל עכ"ל.

א"כ מוכח דגם פחות משתי כסף שייך בו גלגול ע"כ איצטריך למעוטי זה מכפל. וכמש"כ התוס' פן גבי דבר שאינו מסוים פנ"ל.

דאל"כ לא איצטריך למעוטי מכפל. ולכן העיקר כהב"י דמגלגלין אף על פחות משתי כסף: ב (שם סעיף י"ב) תבעו חטים והודה בשעורים פטור כו'.

והתנאים ס"ק וא"ו כתב דבטוען הפקדתי בידך חטים וזה משיב פקדון שעורים לא שייך בזה טעמא דמחילה. דהא בחפץ בעיני לא מהני לשון מחילה כמבואר בסי' ע"ג סעיף י"ט.

והקצה"ח השיג עליו בס"ק י"ג די"ל דהו אומדנא מהני לומר דמוכחין מזה דנתפנין ג"כ על מתנה היכא דבעינן לשון מתנה ונא. והוכיח פן מהא דב"ב (דף כ"ט) גבי חזקה דשילש שנים עד תלת שנין לא קפיד טפי קפיד.

ומדשתק מחיל. אע"ג דבקרקע לא מהני אלא לשון מתנה.

ובע"כ מוכח דאמרינן דה"ה דנתן לו במתנה עכ"ל הקצה"ח: ובאמת אין זה ראי' כלל דהא בחזקה דשילש שנים בעינן לחזקה שיש עמו טענה. אף מחמת החזקה דשילש שנים מוכיחין מזה דטענתו אמת דקנה ממנו.

אבל היכא דלא הוי חזקה שיש עמו טענה רק דהוי אומדנא דמחיל לו עדיין י"ל דלא הוי מזה הוכחה על נתינה בלשון מתנה. והא דאמרו שם בב"ב מקודם בזה"ל שתא קמיינתא מחיל תרתי מחיל תלת לא מחיל.

הא שם מיידינו לענגן הפירות שאכל המחזיק כפי רש"י שם. וכיון דתלת לא מחיל הפירות ע"כ מוכיחין מזה דמסתמא האמת פדבריו דקנה ממנו.

וע"כ אין זה ראיה פלל. ולכן עדיין י"ל לפמש"כ רש"י והתוס' הטעם דטענו חטים והודה בשעורים דפטור משום דמחל לו.

ע"כ י"ל דבפקדון דלא מהני מחילה דחייב להחזיר לו שעורים וכמש"כ האו"ת. וקא דאמרו בסוגיא דב"ק בהיו המזיקין שנים.

י"ל בזה כמש"כ הקצה"ח שם דכיון דמחל לו ע"כ אין יכולת ביז הב"ד לחייבו ע"י העמדה בדין עי"ש: אכן לפענ"ד נראה להוכיח דאף היכא דאמרו בגמ' לשון מחילה עכ"ז הוא לאו דווקא. והוא דקא בב"ב (דף מ"א ע"א) איתא גבי רב עגון שקל בידקא בארעין כו' אתו לקמין דר"נ כו' א"ל וקא אחיל כו' ופי' רשב"ם דמוכיחין מזה דהקנהו לו בתורת הקנאה וכמאן דאמר לי' לך חזק וקני דמי וכ"כ הנ"י שם.

וכמבואר כ"ז בח"מ סי' קמ"ב. אלמא דאף דנקטו בפ"י לשון מחילה.

וקא ה"מ דמיידי בקרקע דלא שייך מחילה. אפ"ה מהני זה ואמרינן דלאו דווקא נקטו כן בלשונם.

ובאמת מוכיחין מזה האומדנא דהיה מתנה בפ"י בתורת הקנאה. וה"ה בהך דטענו חטים כו' דאף דנקטו הראשונים בלשונם לשון מחילה.

עכ"ז ה"ה היכא דלא מהני לשון מחילה. מוכיחין מזה האומדנא דנתן לו בלשון מתנה.

ודברים שפלב לא שייך בזה משום דהוי אומדנא דמוכחא לפל. וכמש"כ הקצה"ח בסי' י"ב ס"ק א' דמחילה פלב לא מהני וקא דטענו חטים כו' הוי זה אומדנא דמוכחא לכל ע"ש.

וכן מצאתי להריטב"א בכתובות (דף מ"ד) והשמ"ק שם דכתבו זה ההוכחה מהא דב"ב דרב עגון הנ"ל. עלה דאמרו שם בשני שטרות כו' דאימר אחולי אחלי' כו' דזה מהני אף לקנות גוף השדה.

וכמש"כ התוס' והרא"ש שם משום דהך לישנא דאחולי כו' הוא לאו דווקא. וע"כ העיקר לדינא בזה כמש"כ הקצה"ח ודלא כהאו"ת.

ועיין בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט: ג (שם סעיף י"ב) תבעו חטים והודה בשעורים פטור כו' (הג"ה) דהוי פאלו מחלו כו': ענה א והקשה הקצה"ח ס"ק י"א לפ"ז מאי פריך קא לא מיייתי ראיה שקיל פדאמר מזיק כו' וגובה מן התם כפי רש"י.

קא בירושלמי אמרו בפ' אלו נערו דקנס אינה יכולה למחול קודם העמדה בדין כו' מיהו הר"נ פתב עוד טעם אחר בהא דס"ל לש"ס דילן ביתומה ומפנתה דזה דומה לכותב דין ודברים אין לי בנכסייך כו' עכ"ל הקצה"ח.

אבל עדיין תקשה לפמש"כ התוס' בכתובות (דף כ"ט) ד"ה ועל אשת אחיו כו' דרב פפא דמוקי הך מתניתין במפנתה ס"ל כמ"ד בירושלמי דאינו פטור רק מפנשת ופגם אבל מקנס אינו פטור.

וכ"כ התוס' בסנהדרין (דף ע"ג ע"ב) בד"ה במפנותה כו'. א"כ לפ"ז תקשה בסוגיא דס"פ המניח דמבואר שם דר"פ הקשה פן עלה דטענו חטים כו'.

דקא לא מייתי ראי' שקיל פדאמר מזיק ופי' רש"י וגובה מן התם. וזה מוכרח לפמש"כ הנמוקי יוסף בשם הרא"ה שם דקא דמועד הזיק הגדול או הקטן אין זה דומה לחטים ושעורים כו' והובא בפ"ד סי' פ"ח ס"ק ט"ז שהשיג עליו.

אבל מלשון רש"י הנ"ל משמע ג"כ כהנ"י ואכמ"ל. א"כ לפי מה דס"ל לר"פ דלא מהני פיתוי בקנס לפוטרו ואף מן דין סילוק לא מהני ולא ס"ל לסברת הר"נ הנ"ל.

א"כ תקשה על ר"פ לקושיות הקצה"ח הנ"ל: אבל באמת אין זה קשה כלל דקא ר"פ ס"ל פלגא נזקא ממונא כמבואר בב"ק (דף ט"ו). ועיקר קושיות הקצה"ח הנ"ל הוא על מה דהקשו שם בסוף הסוגיא בסתמא דגמ' עלה דטענו חטים כו' מהא דהיה הנזקין שנים כו'.

וסתמא דגמ' מסתמא ס"ל כדקיי"ל לדינא פלגא נזקא קנסא וכמש"כ הרא"ש והיש"ש והלח"מ פ"ט ה' נזקי ממון ה' ט' דמה דקאמרי על גופא אמר רבה ב"נ כו' ונדאי הוא פהלקתא דפ"נ קנסא והובא בפ"ד ס"ק ט"ז.

דבזה שפיר הקשה הקצה"ח פנ"ל. וע"ז שפיר תירץ די"ל דסוגיות הש"ס לדינא ס"ל כמש"כ התוס' בכתובות שם דס"ל לסוגיות הש"ס דילן דמפנותה פטור מקנס.

ע"כ י"ל שפיר בזה כסברת הר"נ לכתובות דמן דין סילוק נגעו בה וה"ה בזה ושפיר פתב הקצה"ח וכ"ז פשוט: ומרגלא בפנמי לתרץ למה שהקשה הש"ס לקמן ס"ק ל"ה על המחבר סעיף י"ז דאם השיב איני יודע אם חטים או שעורים דמשלם שעורים והקשה הש"ס עליו מן ס"פ המניח דאמרו דקאמר נזק ברי ומזיק שפא כו'.

ונראה לי לתרץ דשאני באיני יודע אם חטים כו' דה"ל חזקת חיוב עליו מקודם דמחל. דקא הספק הוא שפא חייב שעורים וע"כ דמחלו.

ע"כ התם בב"ק דמייירי בקנס והא קנס לא נתחייב מקודם העמדה בדין. ועיין בקצה"ח סי' ת"ז ס"ק א' ע"כ לא שייך התם חזקת חיוב.

אבל באיני יודע אם חטים כו' דה"ל חזקת חיוב א"כ ה"ל כמו פל איני יודע אם פרעתי דחייב משום ברי וחזקת חיוב. וזהו עפ"י מש"כ הרא"ש בספ"ג דב"ק דהסוגיא אתי כמ"ד דס"ל פלגא נזקא קנסא.

ועפ"ז יש להאריך בהא דח"מ סי' ת' וברמב"ם פ"ט ה' נ"מ. פל זה אמרתי מכבר.

אבל באמת זה ליתא דקא ר"פ מייירי התם בסוגיא דקאמרי דקאמר נזק ברי ומזיק שפא. א"כ לר"פ דס"ל פ"נ ממונא לא שייך כ"ז.

והא דכתב הרא"ש שם דהסוגיא ס"ל פ"נ קנסא. פנונתו על מה דקאמרי בסוגיא שם לקמן גופא אמר רבה ב"נ כו' פנ"ל: ענף ב ואכתוב פאן מה שאמרתי כבר ע"פ זה לתרץ דברי הרמב"ם בפ"ז ה' נזקי ממון הלכה ה'.

והוא דְהַרְמַב"ם פֶּסֶק שְׁמֵם דְּאֵם הַכְּנִיס שׁוּרוֹ לְחֻצָּר בַּעַה"ב בְּרִשׁוֹת וְנִגְח לְשׁוּר בַּעַה"ב פֶּטוּר. מִשׁוּם דְּפֶסֶק פְּרָבִי דְּבִסְתָמָא לֹא קִיבֵל גְּטִירוּתָא.

וע"פ סְבֵרַת הַתּוֹס' דב"ק (דף מ"ז ע"ב) ד"ה אִימָא סִיפָא כו' דְּכַתְּבוּ דְּעַכְשָׁיו סוּבְר דְּלִרְבִי פְּשִׁמְכְנִיס שׁוּרוֹ בְּרִשׁוֹת ה"ה פְּאֵלוּ מְפָרֵשׁ בְּהִדְיָא שְׁיִפְטָר כ"א וּא' בְּנִגְיַחַת שׁוּרוֹ וּבְכַל גְּזִקִין כו'. וכמש"כ ה"ה מ' שָׁם: וְהִלָּחֵם מִשְׁנֵה שְׁמֵם הַקְּשָׁה עָלָיו דְּאִיף פֶּסֶק דְּאִמְרִינוּ אֲנִמְדָּנָא זֹו דְּהוּי פְּפִירֵשׁ בְּהִדְיָא שְׁיִפְטָר כַּאו"א כו' דְּהָא לְקָמֵן (דף מ"ח ע"ב) מְקַשָּׁה הַגַּמ' עַל הַבְּרִייתָא דְּכְנוּס שׁוּרָה וְשָׁמְרוּ כו' דְּסוּתֵר הִרְיָשָׁא לְהַסִּיפָא וּמְתַרְץ שְׁמֵם ר' אֶלְעָזָר וּרְבָא וְרַב פְּפָא בְּשִׁינוּיָא אַחְרִינָא וְלֹא ס"ל לְסְבֵרַת ר' זִירָא דְּלַעִיל (דף מ"ז).

וכמש"כ הַתּוֹס' שְׁמֵם ד"ה טַעְמָא דַּא"ל שְׁמָרוּ כו' דְּכֹלֵי הַף סוּגְיָא פְּרָבָא דְּלַעִיל דְּלִר' זִירָא לֹא קָשָׁה פְּלָל רִישָׁא לְסִיפָא כו'. וְכ"כ הַתּוֹס' שְׁמֵם (דף מ"ז ע"ב) ד"ה אִימָא סִיפָא כו' בַּזֵּה"ל דְּעַכְשָׁיו סוּבְר דְּלִרְבִי פְּשִׁמְכְנִיס שׁוּרוֹ בְּרִשׁוֹת כו'.

וּלְפִי הָאָמֶת לְרַבֵי אֵם הַכְּנִיס שׁוּרוֹ בְּרִשׁוֹת וְהִזִיק חֵיב כו'. א"כ קָשָׁה אִיף פֶּסֶק הַרְמַב"ם כַּר' זִירָא הָא פְּלוּי הֵנָּה אֲמוּרָאֵי לֹא ס"ל הַף פְּלָלָא דַּר' זִירָא.

וְהַלַּח"מ גִּשְׁאָר בַּצ"ע. וְגַם הִרָא"ש הַקְּשָׁה פֶּן עַל הִרִי"ף.

וְדַבְרֵי הַרְמַב"ם הַנִּזְל הוּבָא לְהִלְכָה בַּח"מ סִי' שַׁצ"ח סַעִי' ה' עִי"ש בְּשָׁ"ף: וְנִלְפַעַנ"ד לְתַרְץ דְּבַרְיָהֶם מִשׁוּם דִּישׁ לְהַעִיר בְּכַוֵּנַת הַתּוֹס' הַנִּזְל שְׁכַתְּבוּ דַּה"ה כְּמִפְרֵשׁ בְּהִדְיָא שְׁיִפְטָר כ"א מִן גְּיַחֲוֹת שׁוּרוֹ.

דְּהָא קִי"ל בַּח"מ סִי' ר"ט סַעִי' ד' דְּאִין יָכוֹל לְמַחְזֵל לְדַשְׁלַב"ל וְלֹא מְהַנִּי מַחֲזִילָה קוּדָם הַחַיּוּב. א"כ קָשָׁה אֲמַאי מְהַנִּי בְּהַתְּנָה בְּפִירוּשׁ שְׁפּוּטָרוֹ מִן גְּיַחֲוֹת שׁוּרוֹ שְׁיַגַּח לְשׁוּרוֹ לַאח"ז.

הָא הַחַיּוּב עֲדִינן אִינוּ חָל רַק פְּשִׁיגַח לְשׁוּרוֹ אַחַר זְמַן א"כ הָא לֹא מְהַנִּי מַחֲזִילָה קוּדָם הַחַיּוּב. וְאִין לֹאמַר דְּלָכֵן מְהַנִּי הַפֶּטוּר לְפּוּטָרוֹ מִגְּיַחֲוֹת שׁוּרוֹ מִשׁוּם דְּקִי"ל אִי שְׁמִיט וְאָכַל לֹא מְפָקִינוּ מִיְנֵיהּ כְּמַבְוָאָר בַּב"מ (דף ס"ו) גְּבִי מוֹכֵר דַּשְׁלַב"ל וּבְסִי' ר"ט.

דַּז"א דְּהָא שְׁמִיט וְאָכַל לֹא מְהַנִּי רַק פְּשִׁיגַח הַמוֹכֵר מִהַתְּפִיסָה וְכַמְש"כ הַשָּׁ"ף בְּסִי' ס"ו ס"ק ס"ו דְּאִזְ אֲמַרִינוּ דְּלָמָּה הַנִּיחוּ לְתַפְּסוּס וְע"כ דְּמַחֲל לֹו. א"כ זֵה לֹא מְהַנִּי בְּתַפְּסוּס מַאֲלִיו פְּמוֹ בַּנ"ד דְּהוּי מְוַחֲזֵק מִמִּילָא מַעֲיָקָרָא דְּלֹא שְׁיָיָהּ בְּזֵה הַסְּבָרָא דְּמַדְּהַנִּיחוּ לְתַפְּסוּס כו'.

וְעִינן בְּשָׁ"ף סִי' פ"א ס"ק י"א. וְזֵה מְוַכְרַע מְהָא דְּקִי"ל דְּאִינוּ יָכוֹל לְמַחְזֵל דַּשְׁלַב"ל.

וְכַמְש"כ הַר"ג בְּתַשׁוּבָה וְהוּבָא בְּרַמ"א סִי' ר"ט אֶלְמָא דְּלֹא מְהַנִּי אִף דְּהַנְּתַבַּע מְוַחֲזֵק. וְהָא דב"ק (דף צ"ב) דְּקַרְע פְּסוּתֵי ע"מ לְפִטְוֵר דְּפִטְוֵר הִינְנוּ מִשׁוּם דְּשָׁתַק בְּשַׁעָה דְּקַרְע לֹו וְהַנִּיחוּ לְקַרְעֵי אֲמַרִינוּ דְּמַחֲל לֹו אָבַל בַּנ"ד לֹא שְׁיָיָהּ זֵה: וְאִין לֹאמַר דְּלָכֵן מְהַנִּי הַפֶּטוּר שְׁפּוּטָרוֹ מִגְּיַחֲוֹת שׁוּרוֹ דְּהוּי פְּקִיבֵל ע"ע שְׁמִירָה מִשׁוּר הַנְּכָנָס.

דְּזֵה אִינוּ דְּהָא רַבֵי ס"ל דְּבִסְתָמָא לֹא קִיבֵל עָלָיו גְּטִירוּתָא א"כ אֵלוּ נִגְח שׁוּר הַנְּכָנָס לְשׁוּר דְּעָלְמָא וְנִדְּאֵי חֵיבֵי בַּעַל הַשׁוּר. וְע"כ הָא דְּפִטְוֵר פְּאֵן זֵהוּ מִשׁוּם דְּמַחֲלוּ א"כ קָשָׁה הָא לֹא מְהַנִּי מַחֲזִילָה קוּדָם הַחַיּוּב.

ועוד דאף אם ג'דחוק ב'זה ע'דיין ק'שה ד'הא ש'יטת ר'וב פ'וסקים ו'הרמב"ם ד'שומר אינו מתחייב עד ש'ימשנה פ'מבואר בסי' רצ"א ש"ק י"ג. א"כ ב'שלקמא אם ג'גח ש'ור הנכנס לש'ור בעל ה'חצר פ'טור בעל ש'ור הנכנס מ'שום ד'בעל ה'חצר ק'יבל ש'מירה ו'תצירו ק'ונה לו.

אבל איך י'פטר אם ג'גח ש'ור בעל ה'חצר לש'ור הנכנס הא בעל ש'ור הנכנס לא ע'שה ש'ום ק'ננו ב'שור ד'בעל ה'חצר ש'יתחייב ב'דין ש'מירה. אם פ'ן ת'קשה איך מ'הני הפ'טור הא ע'דיין לא נ'תחייב ב'ההיזק.

ובנודאי אין ס'ברא ל'ומר ב'זה ד'פוטרו מ'ן ח'יוב ש'מירתו ד'חייבו ה'תורה לש'מור לש'ורו. ד'הא ב'אמת ק'ודם ש'נעשה ה'היזק אינו י'כול ל'כוף אותו לש'מור.

ד'הא אם לא י'רצה בעל הש'ור לש'מור ש'ורו אינו י'כול ש'ום איש ל'כופו ב'זה. רק ד'התורה ח'ייבה ל'בעל הש'ור ל'שלם אם י'גח ו'עייין בב"ק (ד'ף כ"ג) ובח"מ סי' שצ"ז ס'עיה א'.

א"כ ק'שה הא ע'דיין אין לו ע'ליו ש'ום ח'יוב פ'לל רק ע'יקר הח'יוב מתחיל א'חר ז'מן פ'שיגח. א"כ ת'קשה ד'הא ה'ני מ'חילה ק'ודם הח'יוב: ו'אין ל'ומר ד'רבי א'זיל ל'טעמ' דס"ל א'דם מ'קנה ד'שלב"ל פ'דאי ב'קידושין (ד'ף ס"ב).

ד'זה אינו ד'הא מ'בואר בב"ב (ד'ף ע"ט) ב'תוס' ד"ה אימר ד'שמעין לר"מ כו' ד'דוקא בע'ביד ד'אתי כו' א'בל ב'לא ע'ביד ד'אתי א'ף ד'ליכא רק ח'ד מ'י י'מר לכ"ע אין מ'קנה ד'שלב"ל ו'הא ד'שחרור ע'בד מ'יירי ב'הבטיחו לש'חרר ע"ש.

וכן פ'תבו ה'תוס' פ'תובות (ד'ף נ"ח ע"ב). ו'ה"ה ל'רבי ד'הא א'מרו ב'יבמות (ד'ף צ"ג) ד'רבי כר"מ.

ומיירי ב'הבטיחו ל'מפור לו ה'עבד פנ"ל. ו'אף ד'לת' ה'ב' ש'כ'תבו ה'תוס' ש'ם ד'דוקא הי'כא ד'יש ב' מ'י י'מר.

אבל ב'חד מ'י י'מר מ'קנה ד'שלב"ל א"ש. א'כן ע'דיין ת'קשה לתי' א' ש'ל ה'תוס' בב"ב ו'כתובות ה'נ"ל ל'קושיות ה'תוס' בב"ק ה'נ"ל.

ו'יש ל'דון ב'זה ה'רבה לתי' ר' א'לעזר ד'שם. ו'אפ'שר ל'ומר בכ"ז ד'לה' ש'יטה דס"ל בח"מ סי' קע"ו ד'ש'תפ'ות מ'ועיל א'ף בד'שלב"ל מ'שום א'גב ד'ב'עי ל'קנות ג'מר ומ'קני.

ד"ל ד'גם ב'זה ש'יך ס'ברא ה'נ"ל: ו'הע'יקר מה ש'נלע"ד ב'זה ע"פ מ'ש"כ הר"נ ל'פ'תובות ספ"ג ע'לה ד'כתובות (ד'ף מ') ד'המ'פתה פ'טור מ'קנס ו'הביא ש'ם מה ד'פליגי א'מוראי ב'ירושלמי אי מ'פ'תה פ'טור מ'קנס או לא.

ו'הכריע ב'שם הרמב"ן ז"ל ד'הלכה כמ"ד ד'פ'טור מ'קנס אע"פ ש'לא ז'כתה ע'דיין ד'זה ד'ומה ל'כותב ל'ארוסתו ד'ין ו'דברים אין לי ב'נכסייך כו'. וכמ'ש"כ המל"מ פ' כ"ג ה"א ד'שיטת הר"נ ד'סילוק מ'הני ב'דאורייתא.

ועפ"ז ניחא ד'ברי ה'תוס' בב"ק ה'נ"ל ד'לכן מ'הני ב'התנה ש'יפ'טור מ'נגיחות ש'ורו מ'שום ד'ין ס'ילוק. ו'אף ד'קיי"ל באה"ע סי' צ"ב ד'לא מ'הני ס'ילוק ק'ודם א'ירוסיין.

עכ"ז הָא פֿתבּ הַהפֿלָאָה ס'י צ' ס"ק מ' דָּמָן שְׁעָבוּד יְכוּל לְסַלֵּק בְּלִשׁוֹן סִילּוּק אָף קוּדָם אַירוֹסין. וְדוּקָא בְּהָד דר"פ הַפּוֹתבּ דִּישׁ לְבַעַל קִנְיָן פִּירוֹת לְכוּן לֹא מְהַנִּי קוּדָם אַירוֹסין.

וכה"ג מְבֹאָר בַּט"ז ח"מ ס'י ר"ט סְעִיף ד' דְּדוּקָא מְחִילָה לֹא מְהַנִּי אָבֵל לִשׁוֹן סִילּוּק מְהַנִּי וְעֵינָן בַּסַּמ"ע וּבַקְצָה"ח וּבְנִתְיבוֹת שָׁם. ע"כ י"ל דְּלִכּוֹן מְהַנִּי בְּהַתְנָה לְפִטוֹר מְנַגִּיחוֹת שׁוּרוֹ דְּזָה מְהַנִּי מִן דִּין סִילּוּק: עָנָף ג' נְעוּד י"ל דְּהַר"נ תִּירָץ בְּכַתְּוֹבוֹת שָׁם עוּד דְּלִכּוֹן ס"ל לִש"ס דִּילּוֹ דְּמַפְּנֹתָה פִּטוֹר מְקַנְס מִשׁוּם דְּהַנְּזִק הִיָּה בְּרִשׁוֹתוֹ ע"כ אֵינוֹ מְחַוֵּיב לְשַׁלֵּם ע"ש.

וה"ה י"ל פֿון בְּהָא דְּהַתְנָה לְפִטוֹר מְנַגִּיחוֹת שׁוּרוֹ דְּאָף דְּאִין אָדָם מוּחַל דְּשַׁלֵּב"ל עכ"ז מְמִילָא גַּפְטֵר מִשׁוּם גְּתִינַת רִשׁוֹתוֹ. וְאָף דִּי"ל דְּבַהַתְנָה לְפִטוֹר מְנַגִּיחוֹת שׁוּרוֹ דְּהַנִּי גְּתִינַת הַרְשׁוֹת מְקוּדָם שְׁפָא לְעוֹלָם דְּהוּא קוּדָם חֲלוֹת הַעֲנָנִי מְהַנְּגִיחָה דְּאִז חַל הַחַיִּיב ע"כ אֵינוֹ דוֹמָה לְהָא דְּמַפְּנֹתָה דְּהַתָּם הַעֲנָנִי מְהַבִּיאָה נַעֲשֶׂה בַּעַת הַגְּתִינַת רִשׁוֹת וְלֹא אַחַר זְמַן וְעכ"ז הָא מְבֹאָר בַּמַּל"מ פ' כ"ז ה' אִישׁוֹת ה"א בְּעוֹבְדָא שְׁהַבִּיא שָׁם הַמַּל"מ שְׁפִטוֹר מְטַעַם שְׁבַרְצוֹנוֹ נַעֲשֶׂה אוֹתוֹ מַעֲשֶׂה אָף שְׁנִתְינַת הַרְשׁוֹת הִיָּה קוּדָם חֲלוֹת הַעֲנָנִי וְכַמַּש"כ הַמַּל"מ פ' ט"ו ה' אִישׁוֹת ה"א דְּאָם מְחִילַת עוֹנָה הַנִּי מִן דִּין גְּתִינַת הַרְשׁוֹת מְהַנִּי אָף בַּדְּשַׁלֵּב"ל: וְהַמַּל"מ הוֹכִיחַ שָׁם דְּאָף גְּתִינַת הַרְשׁוֹת לֹא מְהַנִּי קוּדָם הַחַיִּיב.

מְהָא דַּח"מ ס'י קנ"ד סְעִי' י"ז דְּאָמַר לְחַבְּירוֹ חֲצֵר זֹו לְכַשְׁאֲקַחְנָה אֲנִי נוֹתֵן לָהּ רִשׁוֹת לְפִתּוּחַ חֲלוֹנוֹת לֹא מְהַנִּי עכ"ל שָׁם. וְלִי נִרְאֶה לְחַלֵּק דְּלִכּוֹן לֹא מְהַנִּי זֶה לְפִתּוּחַ בְּחַצְיָרוֹ בְּהַתְנָה פְּנ"ל.

מִשׁוּם דְּקִי"ל דְּהָאֹמַר לְחַבְּירוֹ קָרַע כְּסוּתִי יְכוּל לְחַזְּרוּר בּוֹ. וְה"ה בְּהַיְזִק רְאִיָּה שְׁפָל שְׁעָה וְשְׁעָה מְזִיקוֹ מְכָאן וְלַהֲבָא כַּמַּש"כ הָרַא"ש בַּפ"ק דַּב"ב ה' ב' דְּכַתַּב שָׁם פֿון.

א"כ לְכוּן בְּחֲלוֹן לֹא מְהַנִּי גְּתִינַת הַרְשׁוֹת מִשׁוּם דִּיְכוּל לְחַזְּרוּר מְכָאן וְלַהֲבָא. אָבֵל מְהַיְזִק שְׁנַעֲשֶׂה כְּבָר מְחַמַּת גְּתִינַת הַרְשׁוֹת י"ל דְּמְהַנִּי שְׁלֹא יִהְיֶה מְחַוֵּיב כָּל כֵּינּוֹן דְּהַיְזִק נַעֲשֶׂה בְּרִשׁוֹתוֹ.

וְעַדִּין יֵשׁ לְעֵינָן בַּנ"ד אִם שְׁיִיף גְּתִינַת הַרְשׁוֹת. וְהַעֲיָקֵר כַּמַּש"כ לְעֵיל דַּבַּנ"ד מְהַנִּי מִן דִּין סִילּוּק וְכַמַּש"כ הַר"נ בְּשֵׁם הַרְמַב"ן: וְלַפ"ז י"ל דְּהַרְמַב"ם ס"ל דְּאֶפּוֹשִׁי פְּלוּגְתָא בֵּין הַנְּדָף אֲמוֹרָאֵי דַּב"ק הַנְּ"ל לֹא מְפָשִׁינָן.

וְאִין סְבָרָא לֹוֹמַר דַּר' זִירָא ס"ל לְהַדָּף אֲנוּמְדָנָא דְּהַנִּי כְּהַתְנָה לְפִטוֹרוֹ מִן גְּגִיחוֹת שׁוּרוֹ וְכַמַּש"כ הַתּוֹס'. וְאֵלוֹ ר' אֶלְעָזָר וְרַבָּא וְר"פ לֹא ס"ל לְהַדָּף אֲנוּמְדָנָא הַנְּ"ל דְּאִין סְבָרָא לְהַרְבוֹת בְּמַחְלֻקַּת.

אֵלָא דְּכוּ"ע ס"ל לְאֲנוּמְדָנָא הַנְּ"ל דְּמִי שְׁמַכְנִיס שׁוּרוֹ בְּרִשׁוֹת הַנִּי כְּהַתְנָה לְפִטוֹר זַא"ז כַּד ס"ל לַר' זִירָא. אֵלָא רַבָּא וְר' אֶלְעָזָר וְר"פ דְּלֹא ס"ל כֵּן וּמַהֲדַרִּי לְתַרוּצֵי שְׁנוּיָא אַחַר־נִי בְּבַר־יִתָּא דְּכְנוּס שׁוּרָף כו'.

זֶהוּ מִשׁוּם דְּאֲזִילִי לְטַעַמִּיהוּ דַּס"ל דְּמַפְּנֹתָה אֵינוֹ פִּטוֹר מְקַנְס מִשׁוּם דַּס"ל דְּסִילּוּק לֹא מְהַנִּי בְּדַאֲרֵיִתָּא כְּאֲשֶׁר יְבוֹאֵר: וְהוּא דְּבִירוֹשְׁלַמִי כְּתוּבוֹת פ"ג ה"ז א' דְּרַבָּא מְשַׁנֵּי דְּהָא דְּמַפְּנֹתָה פִּטוֹר קָאֵי עַל בְּוִשְׁתּוֹ וּפְגָם.

אָבֵל בִּקְנָס לֹא מְהֵנִי לִפְטוֹר אַף מִן דִּין סִילּוּק לְפִי סְבֵרַת הַר"ן בְּשֵׁם הַרְמַב"ן הַגַּל. וְאַפְשָׁר דַּעפ"ז נִיחָא בְּהָא דַּרפ"ט לְכַתְּוֹבוֹת דַּא' רַבָּא אִי אֶפְשֵׁי בְּתַקְנַת חֲכָמִים שׁוֹמְעִין לוֹ. וְנִדְחַק הַר"ן לְפִי שִׁיטְתוֹ דַּס"ל דְּסִילּוּק מְהֵנִי בְּשָׁל תּוֹרָה. וְתִי דְרָבוּתָא אֲשֶׁמוּעִינוּ דַּאֲף בְּדַרְבְּנֵי דַּאֲיָא לְמִימַר עֲשׂו חִיזוּק לְדַבְרֵיהֶם כּו' ע"ש.

אָבֵל לִפְמַש"כ נִיחָא דְרַבָּא אֲזִיל לְטַעְמֵי דַּס"ל דְּסִילּוּק לֹא מְהֵנִי בִּקְנָס מְשׁוּם דַּס"ל דְּסִילּוּק לֹא מְהֵנִי בְּדַאֲוֲרֵייתָא ע"כ דְּוָקָא בַּתַּק"ח יָכוֹל לֹאמַר א"א. אָבֵל לְמֵאִי דְקִי"ל בְּש"ס דִּילָן דְּמַפְּוֹתָה פְּטוֹר מִקְנָס מוֹכַח דְּסִילּוּק מְהֵנִי בְּדַאֲוֲרֵייתָא: וְלִרְב פּוֹא מְצִינוּ בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף כ"ט) תּוֹס' ד"ה וְעַל אֲשֶׁת אַחִיו כּו' וּבְסִנְהֶדְרִין (דָּף ע"ז) תּוֹס' ד"ה בְּמַפְּוֹתָה כּו' שְׁפַתְבוּ דַּר"פ דְּמוּקֵי שָׁם בְּסִנְהֶדְרִין דְּמִינְרֵי הַמְּשַׁנָּה בְּמַפְּוֹתָה דַּס"ל כְּשִׁיטַת מ"ד בִּירוּשְׁלַמֵי דַּאִין יָכוֹל לְמַחְוֹל קָנָס כְּנ"ל.

וּי"ל דְּכֵן ס"ל לְהַרְמַב"ם בְּשִׁיטַת ר"פ: וְלַר' אֶלְעָזָר מְצִינוּ בִּירוּשְׁלַמֵי שָׁם כְּתוּבוֹת פ"ג ה"ז עַל הַמְּשַׁנָּה הַגַּל דַּר' יְרֵמְיָה בְּשֵׁם ר' אֶלְעָזָר א' תִּזְפַּתֵּר שְׁמַחְלָה לוֹ וְיֵשׁ אָדָם מוֹחֵל דְּבַר שְׂאִינוּ שְׁלוֹ פְּתַר לָהּ בֵּיתוּמָה עַכ"ל הִירוּשְׁלַמֵי שָׁם.

וְהַתִּיב"ט לְכַתְּוֹבוֹת פ"ג מְשַׁנָּה ו' כְּתַב לְפָרֵשׁ לְהַרְמַב"ם בִּירוּשְׁלַמֵי הַגַּל דְּמֵאֵן דְּפַתֵּר לָהּ בֵּיתוּמָה זֶהוּ מְשׁוּם דַּס"ל לַר' יְרֵמְיָה וְר' אֶלְעָזָר הַגַּל דְּקָנָס אֵינָהּ יָכוֹלָה לְמַחְוֹל. וּמַפְּוֹתָה אֵינוּ פְּטוֹר רַק מְבִנְשֵׁת וּפְגָם.

וּבְנַעֲרָה שְׁנַתְּאַרְסָה אֵין שְׁיָיָהּ לָהּ רַק הַקָּנָס וְלֹא הַבְּנוּשֵׁת וְלָכֵן תִּי דְּמִינְרֵי בֵּיתוּמָה דְּמְהֵנִי מַחִילָה לְבִנְשֵׁת וּפְגָם שְׁשִׁיָּיָהּ לָהּ. וְהָא דַּתְּנֵן שְׁנַתְּאַרְסָה וְנַתְּגַרְשָׁה רְבוּתָא אֲשֶׁמוּעִינוּ כּו' עַכ"ל הַתִּיב"ט.

וְעֵינֵן בְּפָנֵי מְשָׁה שְׁפִי שָׁם דְּהָרְפַתֵּר לָהּ בֵּיתוּמָה קָאִי עַל ר' יְרֵמְיָה בְּשֵׁם ר' אֶלְעָזָר הַמּוֹבָא שָׁם לְעִיל וּכְפִשְׁטוֹת לְשׁוֹן הִירוּשְׁלַמֵי דַּאֲף שְׁבַעֲיָקֵר כְּוֹנֵת הִירוּשְׁלַמֵי נִרְאָה דַּהַפ"מ פִּי בְּפִי אַחַר.

עַכ"ז אֵין לְהַזְנִיחַ לְדַבְרֵי רַבִּינוּ הַתִּיב"ט וְיֵשׁ לְהַאֲרִיף בְּכ"ז: וְכֵינֵן דְּמְצִינוּ דַּר' אֶלְעָזָר וְרַבָּא וְר"פ ס"ל דְּלֹא מְהֵנִי סִילּוּק בְּדַאֲוֲרֵייתָא וְע"כ ס"ל לְכֹוֹלֵי הַגָּה אֲמוֹרָאֵי דְּמַפְּוֹתָה אֵינוּ פְּטוֹר מִקְנָס. ע"כ א"ש דַּס"ל בְּסוּגְיָא דַּב"ק הַגַּל דְּלִרְבִּי דַּס"ל בְּסַתְּמָא לֹא קִיבֵל עָלָיו נְטִירוּתָא דָּאֵם נְגַח שׁוֹר הַנְּכַנָּס לְשׁוֹר בַּעַה"ב דְּחִיָּיב וְכֵן לְהִיָּפֵף.

דְּדִינֵוּ כְּחֻצֵר הַשְּׁוֹמְפִין דְּחִיָּיב. וְאַף דַּכ"ע ס"ל לְהַרְמַב"ם אֲנִמְדָּנָא שְׁפַתְבוּ הַתּוֹס' דְּהֵנִי כְּהַתְּנָה בְּהַדְּנָא שְׁיָפְטַר כ"א בְּנִגְיָחוֹת שׁוֹרוֹ.

מְשׁוּם דְּהָא אַף אִם הַתְּנָה בְּפִי לְפִנוֹטְרוֹ מְנִגְיָחוֹת שׁוֹרוֹ לְאַחַר זְמַן לֹא מְהֵנִי. מְשׁוּם דְּהֵנִי מַחִילָה קוֹדֵם הַחִיּוֹב וְסִילּוּק ג"כ לֹא מְהֵנִי לְשִׁיטְתָם.

וְכֵן הַמְּקַשָּׁה דְּפָרִיף שָׁם רִישָׁא רַבְּנֵן סִפָּא רַבִּי. כְּוֹנֵתוֹ לְהַקְשׁוֹת לְפִי שִׁיטַת הַגָּה אֲמוֹרָאֵי דַּס"ל דְּלֹא מְהֵנִי סִילּוּק בְּדַאֲוֲרֵייתָא כְּנ"ל.

וְכַש"כ לִפְמַש"כ הַשְּׁ"ף בַּח"מ ס' ל"ט ס"ק ב' עָלָה דְּסוּף ב"ב דְּבַנְי הִישִׁיבָה שְׁהַקְשׁוֹ שָׁם הוּא מְשׁוּם דְּהוּוּ מְבַנְי הִישִׁיבָה שְׁל הַתְּרַצָּן כּו' ע"ש וְה"ה בְּזָה. אָבֵל לְדִידֵן דְּקִי"ל

בכתובות בש"ס דילן דמפנתה פטור מקנס וכמש"כ התוספות בכתובות (דף כ"ט) ד"ה ועל א"א וכדמוכח (בדף ל"ב) משום דסילוק מהני בדאורייתא.

ע"כ ממילא פטור לרבי בסתמא אם נגחו השוונרים זה לזה וכדס"ל לר' זירא דאפוש' פלוגתא לא מפשינו. כיון דיש לומר דר' אלעזר ורבא ורב פפא ס"ל גם כן פן ואזלי לשיטתם.

וע"כ שפיר פסק הרמב"ם והמחבר בח"מ פן ומתורץ על נכון כל זה בעז"ה. וגם מתורץ קושיות הרא"ש על הרי"ף שם פנ"ל: ובהא דח"מ סי' קנ"ד סעי' י"ז הנ"ל דמבואר שם בשו"ת פ"מ דאם קודם חלוקה אמר לחבירו לפתוח חלון לרשותו דלא מהני משום דהוי דבר שלא בא לעולם.

ע"ש פטור בשם תשובת הרא"ש. נראה לפי עניות דעתי דין מחודש.

דקא דקיי"ל אחים שחלקו לקוחות הן משום דאין בריה. והתוס' בגיטין (דף מ"ז) ד"ה טבל וחולין פתבו שם דקא דאין בריה הוי מספק וי"ל דשמא הגיע לכ"א שלו ודלא כפירש"י שם.

ועיין בשאגת ארי' סי' צ' ובגתיבות סי' ל"ז ס"ק ג' ואכמ"ל. א"כ לפ"ז בנ"ד אין יכול לכופו לסתום חלונו דקא בזה הוי בעל החלון מוחזק וכמש"כ הסמ"ע בסי' קנ"ג ס"ק ל"ב והגתיבות שם ס"ק י"ג.

וע"כ מוכח דמייירי הפוסקים והטוש"ע הנ"ל לענין לכוף לבעל החצר להרחיק מנגד החלון דבזה הוי בעל החצר מוחזק מספיקא ויכול לומר דלמא לא הגיע לו לחלקו והוי לוקח וכאומר שדה זו לכשאקחנה דלא מהני.

והפוסקים קצרו בזה. כנלענ"ד בכל זה.

והארכתי בכ"ז בתשובה אחת. מה שהשבתי בכ"ז לרב גדול א': ד (שם סעיף י"ב הגה"ה) נאפילו יודע הנתבע שחייב לו השעורים פטור דהוי פאלו מחל לו.

כ' הש"ף ס"ק י"ז דהסמ"ע ס"ק כ"ג והב"ח פתבו בשיטת הרא"ש דס"ל ג"כ להטעם דמחילה והא דכתב הטעם דהודאה פוננתו דממילא הוי מחילה ודחה הש"ף דבריהם אלא העיקר בכוננת הרא"ש דלא ס"ל טעם דמחילה אלא לטעמא דהודאה כו'.

והתומים בס"ק ז' העלה דהעיקר בכוננת הרא"ש כהסמ"ע דאף דכתב הטעם דהודאה מ"מ עיקר פוננתו הוא דכיון דהודאה לו ע"כ אמרינו דמחל לו והוכיח פן מן הרא"ש ב"מ בסוגיא דשאלה ושכורה ע"ש: וכן נלע"ד דגם הרא"ש ס"ל דעיקר הפטור בטענו חטים והודעה בשעורים הוא משום הודאה דהוי כמחלו בפ"י משום דאי נימא להטעם דהודעה ולא להטעם דמחילה תקשה לשיטת הרא"ש עצמו דכתב בגיטין פ"ד סי' ל"ב בכתבתי ונתתי שדה לפלוני והוא אומר לא נתן לי דהודאת המקבל כמאה עדים דזהו משום דהודאת הנותן אינה ברורה כו'.

ומשמע דאם היו שקולים הודאת הנותן והודאת המקבל היינו אומרים דינתן השדה להמקבל משום דאזלינו בטר הודאת הנותן וכמו שכתב בתשובות הרשב"א המינוחסות

להרמב"ן בסי' קי"ז להדיא פן לשיטת התוס' בגיטין שם דכתבו ג"כ פדברי הרא"ש שם דלכן אָזְלִינוּ שם בַּת הוֹדָאָה הַמְקַבֵּל מִשׁוּם דִּי"ל דְּטַעַה הַנּוֹתֵן בְּזוֹהַ.

דלפ"ז היכא דלא שניף למתלי בטעות הדין הוא לשיטתם דאזלינן ביותר אחר הודאת המתחייב ע"ש. רק לפי הטעם דאמרינן דכינון דתבירו הודה והוא הודה להיפך ומכחישו תלינן דמחל לו.

וכן פתב הרא"ש לב"ב פ"ח סי' מ"ם בשם הר"מ דלכן בהודה שחייב לו והלה אומר אינף חייב לי פטור וכן בזה אומר אחיה הוא ויש לה ליטול בירושתו והלה משיבו אינו אחי דאינו נוטל חלק ירנשה דזהו הפל משום דאמרינן דכינון דהודה להיפך דהוי פאלו מחל לו.

משום דלולי הטעם דמחילה לא הנה מיפטר אף דהוי תרי הודאות דסתרי אהדדי משום דס"ל דאזלינן ביותר בַּת הוֹדָאָה הַנּוֹתֵן וְלֹא ס"ל כְּשִׁיטַת הַרְשָׁב"א בְּגִיטִין שָׁם דְּכַתַּב דְּתַרֵּי הוֹדָאָה דְּסַתְרֵי הָיִ סַפֵּק הַשְּׁקוּל אֲלֵא ס"ל דְּאֲזַלִּינוּ בַּת הוֹדָאָה הַנּוֹתֵן.

א"כ מדכתב הרא"ש הָכָא גַּבֵּי טַעְנוּ חֲטִים וְהוּדָה בְּשַׁעוֹרִים דְּפִטוֹר מִשׁוּם טַעְמָא דְּהוֹדָאָה שָׁל הַתּוֹבֵעַ אִף דִּישׁ לָנוּ הוֹדָאָה שָׁל הַמִּתְחַיֵּב א"ע בע"כ מוכח דעיקר הפטור הָכָא הָיִ לְשִׁיטַת הָרָא"ש ג"כ מִשׁוּם מְחִילָה וְכַמֶּש"כ הַסַּמ"ע וְהַתּוֹמִים בְּכּוֹנֵנַת הָרָא"ש.

אף הָתָם בְּגִיטִין דְּלֹא שְׁנִיף טַעְמָא דְּמְחִילָה לָכֵן פֶּתַב הָרָא"ש שָׁם דְּזוּהוּ מִשׁוּם דְּהוֹדָאָה הַנּוֹתֵן אֵינָה בְּרוּרָה כו'. וְעֵינָן מִזֵּה לְעֵיל בַּח' לַסִּי ע"ה סְעִיף י"א בְּמָה שְׁפַתְבְּתִי שָׁם: הַ (שָׁם סְעִיף כ"א) שְׁנִי בַּע"ד שְׁפַל א' תּוֹבֵעַ כו' וְהַשְּׁנִי טוֹעֵן כּוֹר חֲטִים יֵשׁ לִי בְּיָדְךָ וְזוֹ הוּדָה בְּמִקְצַת אִם הוֹדָאָתוֹ שָׁל שְׁנִי שָׁנָה כְּמוֹ שֶׁהוּדָה הָרָאשׁוֹן פִּטוֹר מִשְׁד"א דְּהָא הִילָךְ הוּא כו'.

והאו"ת בס"ק מ"ה באורים פתב דאף דהמחבר ס"ל דמשכונ לא ה"ל הילף ה"מ משכונ דצריף שומא אבֵּל מְעוֹת בְּעֵין לַכ"ע ה"ל הִילָךְ עכ"ל. וְכַעֲיֵן זֶה רְאִיתִי בְּגִידוּלֵי תְרוּמָה לְבַעַה"ת שְׁעַר ז' אוֹת כ"ט שְׁפַתַּב ג"כ לְחַלֵּק דְּשִׁאֲנֵי מִשְׁכּוֹן דְּמַחְסוֹר גְּנוּבִינָא דְּאֵינוּ מְנִיחַ הַמִּשְׁכּוֹן בְּיָדוֹ בְּתוֹרַת פְּרַעוֹן כו'.

וְזוֹ לְשׁוֹן הַקְצָה"ח בַּס"ק י"ח עֵינָן מִשְׁכ"כ בַּסִּי פ"ז ס"ק ד' דְּצָרִיף ג' תְּנָאִים לְמִשְׁכּוֹן דְּלִהְיֵי הִילָךְ כו' הַשְּׁלִישִׁי שְׁיִהְיֶה יָדוּעַ דְּלִית לֵיהּ זוּזֵי לְמִפְרַע כו' אֲמַאי הָיִ הָכָא הִילָךְ פִּינּוֹן דְּזוֹ דֵּינוּ בְּזוּזֵי וְזוֹ צָרִיף לְמִפְרַע בַּחֲטִים דּוֹקָא וְלֹא הָיִ הַמְעוֹת שְׁבִיד הָרָאשׁוֹן אֲלֵא מִשְׁכּוֹן עַל הַחֲטִים וְלֹא לְפְרַעוֹן גְּמוֹר וְאֶפְשָׁר דְּהָכָא מְיִירֵי גְּמֵי דְּלִית לֵיהּ חֲטִים וְעַמֶּש"כ שָׁם בַּסִּי פ"ז ס"ק ד' עכ"ל הַקְצָה"ח: עֲנָף א וְהִנֵּה הַקְצָה"ח בַּסִּי פ"ז ס"ק ג' פֶּתַב עַל מִשְׁכ"כ הַשְּׁ"ף שָׁם בַּס"ק ד' דְּהִיכָא דְּאֵין לוֹ זוּזֵי אֲזַ ה"ל הַמִּשְׁכּוֹן הִילָךְ אִם פּוֹרְעוֹ לוֹ בַּע"כ בְּהַמִּשְׁכּוֹן אִם נוֹתֵן לוֹ בְּפְרַעוֹן גְּמוֹר וְדָמִיו קְצוּבִין.

דְּדַעְתּוֹ אֵינוּ פִּינּוֹן דְּלִדְיָנָא קִי"ל דְּאֵינוּ יָכוֹל לְפְרֹעַ בַּע"כ אִף הִיכָא דְּלִית לֵיהּ זוּזֵי דְּיָכוֹל לוֹמַר הַנְּנִי מִמֵּתִין עַד שְׁיִהְיֶה לָךְ לְפְרֹעַ בְּזוּזֵי כְּפִי הַדִּין ע"כ אֵין זֶה מִקְרֵי הִילָךְ עכ"ל הַקְצָה"ח שָׁם.

וכן פסק הטור בח"מ סי' ש"ג דאם הנה צריף הש"ש לשלם להם פל דמי הבהמה דצריף לשלם לו פל דמי טירחא שצריף לטרונם ולקנות בהמה אחרת עכ"ל. ועיין בסמ"ע בסי' ש"ג ס"ק ט' ובפרישה שם.

הרי דמצינו דגם דמי טירחא נחשב לתביעה מעליא דהא צריף השומר לשלם להבעה"ב בעד זה. וכיוצא בזה כתב הריטב"א לב"מ פ"ג והובא באו"ת לסי' ע"ב ס"ק כ"ט שחולק על הרמב"ם שם במה שמחלק במינו מצוי בשוק דהא עדיין יצטרף לטרונם ולקנות.

ואף להרמב"ם והש"ע שם י"ל דלכן לא חיישי שם לטירחא משום דמשום חשש טירחא אין לחייבו שבועה דאינו ברשותו מספק חשש שמא עיניו נתן בה. וראיתי בהגהות הב"ח להרא"ש בב"מ פ' ז' סי' ט"ו שכתב דש"ש שהיה לו לקדם כו' דהדר שקיל דמיהו מבעה"ב דנפ"מ לטירחא כו'.

א"נ לכושרא דחיותא כו'. דהקשה ע"ז לפי מה דמשני רבא באינהו נשף (דף ס"ג) דגם הלוקח נותן דמי סרסרות יש נפ"מ דאם יקנה אחרים יתן סרסרות מחדש ותימא למה לא משני כף לפי דברי רבא עכ"ל.

ובאמת אין זה קשה לפי מש"כ לעיל בשם הפרישה ליו"ד סי' קע"ה דכתב דרבא ורב אשי לא פליגי כלל בזה רק כ"א לפי מנהג מקומו קא אמר פן שם. ע"כ י"ל דה"ה הכא במה דא"ל ר"פ לאב"י הכא ומשני נפ"מ לכושרא דחיותא א"נ לטירחא דהנה מנהג מקומם דהלוקח אינו נותן שכר הסרסור וע"כ הוכרח לומרנפ"מ לכושרא א"נ לטירחא יתירתא ומינושב קושיות הב"ח ה"ל.

אף בנ"ד לענין הילף י"ל דלא מקרי הילף כ"ז דאינו נותן לו דמי טירחא שיצטרף לקנות חטים בעד מעותיו שנותן לו: ומ"מ פנין דאמרו בגמ' נפ"מ לכושרא דחיותא א"נ לטירחא א"כ משמע דלפי מה דאמר מתחלה לכושרא דחיותא דלפ"ז היכא דלא שייף כושרא דחיותא שאינו מכיר את בהמתו דאז לא הוי שום נפ"מ משום דא"צ לשלם דמי טירחא. ובאמת אין סברא לומר דיפלגו הנה לישנא בדין זה. וגם הא פסקו דצריף לשלם דמי טירחתו פנ"ל.

וע"כ מוכח דגם זה גופא תלוי במנהג המקומות דהא רש"י כתב שם בד"ה לטירחא יתירתא שלא יצטרף לחזור אחרי בהמות ולקנות. א"כ היכא דלא יצטרף לחזור אחרי זה דמשיגים בקל לקנות אז א"צ לשלם לו בעד טרחתו דלא הוי זה בר דמים וכעין הא דאמרו בב"מ ה"ל זוי דאינשי עבדי סרסרותו.

כמו כן י"ל דהיכא דמצוי הרבה מוכרים דגם בזה נאמר זוי דאינשי עבדי טרחתו וע"כ בכה"ג אמרו דנפ"מ לכושרא דחיותא ולא יותר ואח"ז אמרו א"נ לטירחא היינו היכא דשייף טירחא. ע"כ שפיר י"ל לדינא בהלוהו חטים דיכול לפורעו בזוי היכא דמצוי חטים בשוק ובאופן שלא יצטרף לחזור ולקנותם דלא יצטרף לטרונם דאז יכול לסלקו במעות.

וע"כ בכה"ג הוי הילף כשמשלמו במעות עבור הלואת חטים ומיירי כן בכה"ג וע"כ א"ש דברי הש"ע כאן: ענף ב ובעיניקור מילתא דנא דהו דברי הש"ע בח"מ סי' פ"ז ס"ק

ד' בַּשֵּׁם הַרִיטְבָ"א לב"מ דַּאף בְּנוֹתָן לֹו אֶת הַמְּשָׁפוֹן לְפָרְעוֹן גָּמוֹר אֵין זֶה הִילָף מְשׁוֹם דְּלָאוּ כָּל כְּמִינֵי לְמַפְרְעֵי בַע"כ אֶלָּא בְּזוּזֵי כּו' וּכ"כ עוֹד הֶרְבֵּה רֵאשׁוּנִים שְׁהוּבָא בַּשֵּׁ"ף שָׁם וְכֵן הִסְפִּים הַשֵּׁ"ף שָׁם לְדִינָא רַק הִיכָא דְלִית לִי זוּזֵי שְׁאֵנִי וּכְמַש"כ הַקְצָה"ח לְהַעִיר ע"ז.

וְהוּא דְהָךְ דִּינָא דְבַע"ח דִּינוּ בְּזוּזֵי אִם יֵשׁ לֹו מְעוֹת נִרְאָה דְזֶה אֵינוֹ רַק מְדַרְבְּנָן וְכִמּוֹ שְׁפַתְבּוֹ הַסַּמ"ע בְּסִי' ק"ץ בְּס"ק י"א בַּאֲה"ד דְּשָׁם בּוּזָה"ל וּמַגְבִּיהוּ מִן הַזִּיבּוּרִית כְּדִין בַּע"ח דְּגוּבָה מִן הַזִּיבּוּרִית מַה"ת אֶלָּא מְשׁוֹם גְּעִילַת דְּלַת תַּקְנוּ שְׁיִגְבֵּה מְבִינּוּנִית וְכֵאֵן לֹא שְׁיִיף טַעַם דְּנַעֲלִילַת דְּלַת וּמַש"ה יָכוֹל לְפָרְנֵעַ לֹו אַף מִן הַזִּיבּוּרִית אַף שְׁיֵשׁ בְּיָדוֹ מְעוֹת כְּדִין תּוֹרָה כּו' עַכ"ל הַסַּמ"ע.

וּכ"כ הַקְצָה"ח בְּסִי' ק"א ס"ק ה' דְּהָךְ דְּבַע"ח דִּינוּ בְּזוּזֵי אֵין זֶה מַה"ת רַק מְדַרְבְּנָן וּמַה"ט בְּמִקּוּם פְּסִידָא מְסַלְקוּ אַף בְּמִלְי אַחֲרֵינֵי ע"ש. אַף לֹא הִבִּיא שָׁם לְדַבְרֵי הַסַּמ"ע הַגָּ"ל.

וְנִקְדִּים לְדַבְרֵי הַשֵּׁ"ף בַּח"מ סִי' שַׁפ"ו ס"ק יו"ד דְּכַתֵּב דְּאֵין לְחַיִּיב שַׁד"א עַל מְמוֹן דְּאֵינוֹ רַק מְדַרְבְּנָן וּמַה"ט בְּדִינָא דְגָרְמֵי לְפִי הַסּוֹבְרִים דְּאֵינוֹ רַק מְדַרְבְּנָן דְּאֵין לְחַיִּיב בְּזֶה שַׁד"א וְלֹא דִּינֵינֵן בִּי דִין מַחוּשׁוּאִיל"מ וְזֶהוּ שְׂיִטַּת הַיֵּשׁ"ש לְב"ק פ"ו.

וּכ"כ הַשֵּׁ"ף בְּסִי' שַׁפ"ח ס"ק ל"ו ע"ש. וּלְפ"ז נִרְאָה לְדוֹן דְּהִיכָא דְּנוֹתָן לֹו הַמְּשָׁפוֹן לְפָרְעוֹן גָּמוֹר יֵשׁ לֹו דִין הִילָף לְמִיפְטָר מִן שַׁד"א דְּהָךְ מַה"ת מְהַי הַפָּרְעוֹן בַּע"כ אַף בְּמַסְלָקוֹ בְּמַטְלָטְלִין אֶפִּילוּ יֵשׁ לֹו מְעוֹת דְּהָךְ מַה"ת פּוֹרְעוּ בַּע"כ בְּמֵאֵי דְבַעֲי כַּנ"ל.

ע"כ אֵין פֶּאֶן שׁוּם חוֹב מַה"ת עָלָיו כְּלָל רַק לְפִי מַה דְּתַקִּינוּ חַז"ל דְּאִם יֵשׁ לֹו מְעוֹת דִּינוּ בְּזוּזֵי ע"כ אֵין זֶה נִחְשָׁב לְפָרְעוֹן מְדַרְבְּנָן וְלָכֵן לְפִי תַקְנַת חַז"ל אֵין לְזֶה דִין הִילָף. וְכֵינֵן דְּבַהוּדָה עַל חוֹב דְּאֵינוֹ רַק מְדַרְבְּנָן אֵין זֶה מְבִיאֵו לִידֵי שַׁד"א לְפִי דְבָרֵי הַשֵּׁ"ף הַגָּ"ל ע"כ הַדִּין נוֹתֵן בְּזֶה דִּיהֵינָה לֹו דִין הִילָף וְאֵין לְחַיִּיבוּ שַׁד"א פִּינֵן דְּאֶזְלִינֵן בַּכָּה"ג בְּתַר דְּאוּרְיִיתָא כַּנ"ל.

וְכִמּוֹ דַּס"ל דְּאֵין לְחַיִּיב שַׁד"א עַל כְּפִירַת חוֹב דְּאֵינוֹ רַק מְדַרְבְּנָן ה"ה דְּהוּדָתָא מְמוֹן דְּאֵינוֹ רַק חוֹב מְדַרְבְּנָן אֶבָּל מַה"ת מִיפְטָר כְּמוֹ בַּנ"ד דְּנִרְאָה דְּלִשְׂיִטַּת הַשֵּׁ"ף הַגָּ"ל אֵין לְחַיִּיבוּ שַׁד"א בַּכָּה"ג פִּינֵן דְּמַה"ת הָיִי פְּרַעוֹן מְעַלְיָא אַף בְּפָרְעוֹן בַּע"כ.

וְזֶהוּ עֲצָה נְכוֹנָה לְמַשְׁוּנֵי הִילָף וּלְהַפְטָר מִן שַׁד"א. וְה"ה בְּהַלְוָהוּ חֲטִים מְהַי הַפָּרְעוֹן בְּזוּזֵי עַל הַמְּקַצָּת שְׁמוּדָה כְּדִי דִּיהֵינָה לֹו דִין הִילָף פִּינֵן דְּמַה"ת מְשַׁלֵּם בְּכָל מֵאֵי דְבַעֲי הַלְוָה וּפּוֹרְעוּ בַּע"כ שֶׁל הַמְּלָנָה: וּלְפ"ז יֵשׁ לְהַעִיר עַל הַשֵּׁ"ף דְּהַסְפִּים ג"כ לְהַרְאֵשׁוּנִים דַּס"ל דַּאף בְּנוֹתָנוּ לְפָרְעוֹן גָּמוֹר לֹא הָיִי לִיָּה הִילָף פִּינֵן דְּדִינוּ בְּזוּזֵי דְהָךְ הַשֵּׁ"ף הַעֲלָה בְּסִי' שַׁפ"ו וּבְסִי' שַׁפ"ח דְּאֵין לְחַיִּיב שַׁד"א עַל מְמוֹן דְּרַבְּנָן וְחוֹלֵק שָׁם עַל הַבַּעֲה"ת וְהַנְּמַשְׁכִּים אַחֲרֵיו א"כ אֲמַאי הַסְפִּים ג"כ הִכָּא לְהַסּוֹבְרִים דְּאֵין לְזֶה דִין הִילָף וּמַחֲיִיבוּ שַׁד"א.

וְאֵין סְבָרָא לְחַלֵּק דְּשְׁאֵנֵי הִיכָא דְּעֵיקָר הַחוֹב הוּא רַק מְדַרְבְּנָן כְּמוֹ הֵתָם בְּסִי' שַׁפ"ו וּבְסִי' שַׁפ"ח מַשְׁא"כ הִכָּא דְּעֵיקָר הַחוֹב הוּא מַה"ת. דְּאֵין סְבָרָא לְחַלֵּק בְּכַזֶּה.

וכן נראה מדברי הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ל"ב ע"ש דאינו מחלק בזה. ואפשר לומר דבאמת יהיה מוכח מן דברי הש"ך הג"ל דס"ל פמו שראיתי בנתיבות סי' קיז ס"ק ד' שכתב דהא דבע"ח דינו בזווי אם יש לו דנהו מן התורה ע"ש.

והנתיבות שם לא הביא לדברי הסמ"ע בסי' ק"ץ הג"ל אמנם מן דברי הש"ך יש להוכיח פהנתיבות ולא כהקצה"ח בסי' ק"א בס"ק ה' הג"ל: ודברי הש"ך בסי' שפ"ו ובסי' שפ"ח דהספיקם לדברי היש"ש פ' הכונס סי' ל"מ"ד דלא משבעינן שד"א על ממון מדרבנן וחולק על דברי בעה"ת שם.

הובא כ"ז בקצה"ח סי' פ"ז ס"ק ל"ב והשיג על דברי הש"ך והוכיח מן הרמב"ם דמתייב שד"א בחוב פתובה דס"ל דנהו מדרבנן וכן הוכיח מן הר"נ לשבועות הדיינין דחייב נחבל נשבע ונוטל אף דאינו רק מדרבנן אפ"ה מתייבו שד"א ומן היש"ש אינו ראיה כו' עכ"ל הקצה"ח.

וכן ראיתי בשו"ת טור האבן סי' י"ח באמצע התשובה שם בד"ה ומכאן יבואר דלא כמש"כ הש"ך בסי' שפ"ו ס"ק יו"ד ובסי' שפ"ח כו' והביא ראיות הקצה"ח הג"ל ע"ש. וכן נראה לי להוכיח מן הא דח"מ סי' ל"א סעיף ב' מלנה שיש לו על לנה א' שני שטרות כו' אם הוציאן פאחד לא ישלם אלא מנה וישבע על השאר בנק"ח כו' ונהו מהרמב"ם וכמש"כ הש"ך שם בס"ק ב'.

והא ידוע שיטת הרמב"ם המובא בסי' כ"ח סעיף י"ב דעדות בשטר אינו רק מדרבנן משום געילת דלת כו'. ואפ"ה כתבו פאן דע"פ עדות בשטר מתייבינן שד"א פמו בהעדאת עדים דר"ח.

הרי דחזינו דגם בממון דאינו רק מדרבנן דג"כ מתייבינן שד"א ונהו פמו שכתב הקצה"ח. וינדעתי מה דיש לחלק בין חוב דעיקרו מדרבנן ובין היכא דעיקרו מה"ת.

אבל ממה שהביא הקצה"ח ראיתו שם ממה שכתב הר"נ בנחבל כו' ומשאר ראיות שלו שם חזינו דלא ניחא לי לחלק בזה. וכן הוא באמת דבלא סברא מוכרחת אין לנו לחלק מעצמינו בזה וע"כ העיקר לדינא כמש"כ הקצה"ח והטור האבן הג"ל דאף על חוב דרבנן מתייבינן שד"א.

וע"כ ה"ה בנ"ד ודאי העיקר לדינא כמש"כ הראשונים והש"ך בסי' פ"ז דאף בנותן לו המשפון לפרעון ג"כ אין זה הילך ותייב שד"א היכא דדינו בזווי אף דנימא דנהו אינו רק מדרבנן ודלא כמש"כ לעיל: ו (שם סעיף כ"ח ש"ך ס"ק מ"ח) אלא משלם החמשים שהודה ועל השטר שפפר ישבע בעה"ש ויטול והא דאינו נאמן הלנה במיגו דהיה כופר הבע"פ והיה מודה מה דבשטר דהא אף נגד שטר אמרינן מיגו לקמן סי' רצ"ו ס"ב שאני הכא פיון דלעולם השטר בתקפו משא"כ בסי' רצ"ו דאי הוי טען נאנסו לא היה השטר פלום עכ"ל הש"ך: והנתיבות ס"ק ט' פתב לפרש לכוונת הש"ך משום דמיגו לאורועי שטרא לא אמרינן והא דנאמן החזרתי במיגו דנאנסו זהו לפי דכל שאפשר לפטור א"ע מהשטר לא חשש להניחו בידו וליכא חזקה דשטרא בידי מאי בעי משא"כ הכא כו'.

וכה"ג פתב האו"ת בסי' ק"ח סעי' ח' ס"ק ט' דלא מהני מיגו נגד חזקה דשטרא בידי מאי בעי דהוי חזקה אלימתא ושא"ה בהחזרתי מיגו דנאנסו פועין סברת הנתיבות הג"ל. אבל

בְּאֵמֶת זֶה לֹא נִהְיָה לִי דֵּהָא בְּמִיגוּ בְּמִקוּם תְּזַקֵּה דְתוּף זְמַנּוּ אֲבַעֲיָא דְלֹא אֲפִשְׁטָא הוּא
בב"ב (דף ה') וְלִכּוֹן אֵין מוֹצִיאִין מִמּוֹן מֵהִלְנֵה פְּמִבְּנֹאָר בְּסִי' ע"ח.

וְהָא תְּזַקֵּה דְתוּ"ז עֲדִיפָא מִשְׁטֵר דֵּהָא בְּתְזַקֵּה תוּ"ז גּוֹבָה שְׁלֵא בְּשִׁבּוּעָה וּבְשְׁטֵר אֵינוּ גּוֹבָה
רַק בְּשִׁבּוּעָה מִשּׁוּם דִּי"ל אֲפִשְׁטִי דְסִפְרָא זְיִיר לִיה וְכֵה"ג כְּמוֹ בְּב"מ (דף ט"ז) דְאָמְרִינן
בְּשְׁטֵר אֵימור אֲשַׁתְּמוּטִי קָא מִשְׁתְּמִיט לִיה א"נ אֲפִשְׁטִי דְסִפְרָא כו' וְכַמֶּשׁ"כ הַתּוֹס' בְּב"ב
(דף ה' ע"ב) ד"ה מִי אָמְרִינן בְּמִקוּם תְּזַקֵּה מַה לִּי לְשַׁקֵּר כו'.

וְכִינּוּן דְנִגְדַּד תְּזַקֵּה אֵין מוֹצִיאִין מִהֶמְחֻזֵּק אִם יֵשׁ לוֹ מִיגוּ. כַּש"כ דְּבִשְׁטֵר דְגָרַע מִתְּזַקֵּה
דְּהֵדִין נוֹתֵן דְלֹא יוֹצִיאֵו מִהֶמְחֻזֵּק אִם יֵשׁ לוֹ מִיגוּ.

וְע"כ עֵינֵי הַפְּלֵל שְׁפֶתֶב הַאו"ת וְהַנְּתִיבוֹת דְמִיגוּ לְאוּרוּעֵי שְׁטֵרָא לֹא אָמְרִינן אֵין זֶה
בְּרוּר. וְעֵינֵי בְּכָלֵי מִיגוּ שְׁל הַכְּנֵה"ג וְבַאו"ת ס"ק צ"ד מְזַה.

וּבְתוֹס' פְּתוּבוֹת (דף י"ט ע"א) ד"ה מוֹדָה בְּשְׁטֵר שְׁפֶתֶבו כו': וְהַנְּרָאָה לִי בְּכַוְנַת הַשְּׁ"ף
הָכָא דְכַתְּב דְלֹא מְהַנִּי מִיגוּ נִגְדַּד הַשְּׁטֵר דִּי"ל דְסִפְרָתוּ הוּא ע"פ מִש"כ בְּחִידוּשֵׁי לְעִיל סִי
י"ב וְסִי מ"ז דְשֵׁט"ח בְּרוּר שְׁאֵין בּוֹ רִיעוּתָא דְהָיִי דִינוּ פְּגָבוּי לְכ"ע.

וְאַף הַסּוֹבְרִים דְמַחֲלֵה וְנִקְט שְׁטֵרָא מְהַנִּי מְחִילָה י"ל דְמוֹדוֹ לְזֶה כַּמֶּשׁ"כ שָׁם. וְלִפ"ז י"ל
דְלִכּוֹן מְהַנִּי מִיגוּ לְאוּרוּעֵי שְׁטֵרָא דְכִינּוּן דְאֵין שׁוּם רִיעוּתָא עַל הַשְּׁטֵר בְּעֶצֶם רַק מַה שְׁטוּעֵן
הִלְנֵה נִגְדַּד הַשְּׁטֵר וְכִינּוּן דְלוּלִי הַמִּיגוּ לֹא הִנֵּה נֶאֱמָן לְבַטֵּל לְהַשְּׁטֵר ע"כ הָיִי הַשְּׁטֵר פְּגָבוּי
פִּינּוּן שְׁלֵא נוֹלַד בּוֹ רִיעוּתָא וְאֵיזָה סָפֵק.

לִכּוֹן לֹא מְהַנִּי בְּזֶה מִיגוּ שְׁל הִלְנֵה לְבַטֵּל לְהַשְּׁטֵר דְזֶה הָיִי כְּמוֹ מִיגוּ לְהוֹצִיא דְקִי"ל דְלֹא
אָמְרִינן וְה"ה לְהוֹצִיא מִתְּזַקֵּה הַשְּׁטֵר דְהָיִי הַמְּלִנֵה כְּמִתְּזַקֵּה דְהָיִי פְּגָבוּי. וְאַף דְקָשָׁה
לוֹמַר כֵּן בְּכַוְנַת הַשְּׁ"ף דֵּהָא הַשְּׁ"ף ס"ל לְעִיל סִי י"ב ס"ק י"ז דְאָף שֵׁט"ח דְאֵין בּוֹ
רִיעוּתָא לֹא הָיִי פְּגָבוּי ע"ש.

מ"מ אֲפִשְׁר לּוֹמַר כֵּן מְעַצְמֵינוּ לְתַרְזַן לְקוֹשְׁיֹת הַשְּׁ"ף הַנֶּ"ל שְׁהַקְּשָׁה עַל הַטּוֹר וְהַמְּחַבֵּר
דְלָמָּה אֵינוּ נֶאֱמָן הִלְנֵה בְּמִיגוּ דְהִנֵּה כּוֹפֵר הַבַּע"פ וְהִנֵּה מוֹדָה מַה שְׁבִשְׁטֵר כו' מִשּׁוּם דִּי"ל
דְכַוְנַתָּם הוּא כַּמֶּשׁ"כ.

וְלִפ"ז יֵשׁ לְדוֹן דְּבִשְׁטֵר דְאֵין בּוֹ אַחֲרִיּוֹת נְכָסִים דְאֵינוּ גּוֹבָה מִמְּשַׁעֲבָדֵי רַק מִבְּנֵי חוּרִין
וְאֵינוּ יְכוֹל לְטַעוֹן פְּרַעֲתֵי כַּמֶּשׁ"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' ס"ט ס"ק י"ד ע"פ הָא דְב"מ (דף י"ג) פִּינּוּן
דְשָׁם שְׁטֵר עָלָיו. וְכִינּוּן דְאֵינוּ גּוֹבָה מִמְּשַׁעֲבָדֵי אֵין דִּינוּ פְּגָבוּי פְּמִבְּנֹאָר בְּגִיטִין (דף ל"ז)
כַּמֶּשׁ"כ מְזַה לְעִיל בְּחִידוּשֵׁי לְסִי' י"ב.

וְהָא דְב"ב (דף קנ"ז) בִּיאֲרֵתִי שָׁם הֵיטֵב דְלֹא הָיִי סְתִירָה לְזֶה ע"ש. א"כ י"ל דְּבִשְׁטֵר כְּזֶה
הִנֵּה נֶאֱמָן בְּמִיגוּ נִגְדוֹ דֵּהָא דְנִקְא בְּשְׁטֵר דִּישׁ בּוֹ אַחֲרִיּוֹת נְכָסִים שְׁיֵיף לּוֹמַר הָאֵי טַעֲמָא:
וְהַעֲיָקֵר מַה שְׁנַלְע"ד בְּכַוְנַת הַטּוֹר וְהַמְּחַבֵּר דְלֹא מְהַיִּמֵן בְּמִיגוּ דְאֵי בְּעֵי כְּפַר לְמַה דְּבִשְׁטֵר.

וְהוּא דְהַתּוֹס' בְּב"ב (דף ה') ד"ה וְכָא בְּזַמְנֵנוּ כו' שְׁפֶתֶבוּ בְּשָׁם הַר"י דְלִכּוֹן לֹא אָמְרִינן
דְהִנֵּה נֶאֱמָן בְּמִיגוּ דְאֵי בְּעֵי אִמַר פְּרַעֲתֵיף עֲתָה מִשּׁוּם דְלֹא חֲצִיף אֵינְשׁ לְמִימַר פְּרַעֲתֵיף
הַיּוֹם כו'. וְהוּכָא בְּשְׁ"ף סִי' ע"ח ס"ק ט"ז.

ובבאמת זה צריך ביאור דמאיזה טעם לא נימא מיגו בזה דהא אמרינן מיגו דהעצה כמש"כ התוס' בב"ב (דף נ"ב ע"ב) ד"ה דברים העשויים כו' ובשא"ד ובש"ף בכללי מיגו מזה. ומוכח מזה כמש"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק ע"ז הטעם בזה דשא"ה פ"נ דהוי מיגו נגד חזקה וגם מיגו דהעצה ע"כ נגד צירוף הג"ל ביחד לא מהני מיגו ע"ש.

ויש לומר דאף שיטת הפוסקים החולקים שם על התוס' בב"ב הג"ל וס"ל דאף ביומא דמשלם זמניה נאמן במיגו דפרעתיך עתה כמש"כ הש"ף בסי' ע"ח ס"ק ט"ז. עכ"ז י"ל דמודו להכלל הג"ל שפכת האו"ת דלא מהני מיגו נגד חזקה היכא דהוי גם מיגו דהעצה ואין להרבות במחלוקת רק התם דס"ל דנאמן במיגו דפרעתיך היום טעמם משום דס"ל דאין זה העצה יתירה מן מה דאומר פרעתיך בתו"ז: ולפ"ז מתורץ מה שהקשו הכא דהא נאמן להכחיש להשטר במיגו דאי בעי הנה כופר להמלוה בע"פ.

משום דהא זה הוי מיגו דהעצה דאם מודה מה שבשטר ה"ל הילך א"כ ה"ל כופר הפל וכמש"כ הגת"יב"ת רק דקושיות הש"ף הוא דהא אמרינן מיגו דהעצה לאפטורי מממון וכמש"כ הגת"יב"ת. לכן יש לומר ולתרוץ בזה כמש"כ בש"ף דמיגו לאורועי שטרא לא אמרינן משום דמיגו נגד חזקה דשטרא בידי מאי בעי לא אמרינן אם הוי גם מיגו דהעצה כמו דכתבו התוס' פ"נ גבי מיגו אם הוי מיגו דהעצה אז לא אמרינן להמיגו.

ה"ה במיגו במקום חזקה דאף דנימא דאמרינן מיגו במקום חזקה מ"מ נגד שטר דאף דאמרינן מ"מ אם הוי גם מיגו דהעצה אז לא אמרינן. משא"כ בהא דסי' רצ"ו בשטר בפקדון דנאמן לומר נאנסו במיגו דהחזרתי אף דהוי גם מיגו דהעצה.

מכל מקום התם אין דינו כשטר דהא לא שייך התם החזקה דשטרא בידי מאי בעי כ"כ כמש"כ האו"ת והגת"יב"ת פנ"ל דיכול לומר דסמך על טענת נאנסו דבידו לטעון תמיד. אבל היכא דשייך החזקה דשטרא בידי מאי בעי שפיר יש לומר דבמקום צירוף דהוי מיגו דהעצה לא אמרינן מיגו בזה.

ואפשר דלזה נתפזן הש"ף הכא בתירוץ הג"ל. ולפ"ז ה"ה בשטר דאין בו אחריות רק דחתומים עליו שני עדים ג"כ לא מהני מיגו נגדו משום דה"ל בנ"ד מיגו דהעצה ג"כ דהא אם יכפור למלוה בע"פ ויהא מודה להשטר יהי' כופר הפל לפמש"כ הש"ף דלינא בסי' פ"ח ס"ק נ"א דמודה בדבר שאינו יכול לכפור ה"ל הילך אף אם לא הוי ש"ק.

לכן גם בזה לא מהני מיגו נגדו וכן הוא נכון לדינא ועיין באו"ת סי' פ"ח באורים ס"ק נ"ה: ז (שם סעי' כ"ח ש"ף ס"ק נ) לעיל סי' נ"א סעי' ב' בחידושי שם פתבתי בארנפה מה ששייך לזה ע"ש: סימן פט א (סעי' א' ש"ף סוף ס"ק א') וכ"ז אם טען פרעתיך בנודאי אבל אם טען איני יודע אם פרעתי פשיטא שחייב לשלם לשכיר וא"צ השכיר שבועה דלא גרע משאר תובע.

עכ"ל הש"ף. וכתב ע"ז השער משפט ס"ק א' דבעבר זמנו יש להסתפק אם הדין פ"נ פ"נ דאיכא חזקה דבל תלין וחזקה דאין שכיר משהא שכרו א"כ מסתמא פרע ובפרט לפמש"כ ה"ט"ז סוף סי' ע"ה דהטעם דא"י א"פ חייב משום דמוקמינן בחזקת חיוב דמעיקרא א"כ הכא דאיכא תרתי חזקה להיפך שפרע דפטרין ליה וצ"ע עכ"ל.

ועיקר דברי הש"ך הנ"ל מבואר פן בהג"א לב"מ (דף קי"ב) במשנה דשכיר נו"נ: ולכאורה יש לדון לפי דברי השער משפט ב"ה דשבועות (דף מ"ה) וב"מ (דף קי"ב) דלכן שכיר נו"נ משום דבעה"ב טרוד בפועליו ושיטת התוס' דנהו משום דהוי פאני יודע אם פרעתי ולכן מקשה הגמ' וליבת בל"ש ואח"כ הקשו אי הכי אף עבר זמנו נמי כו' מפי מטי זמן חיובא רמי אנפשי' ומידכר כו' איפא תרי חזקה חדא אין בעה"ב עובר בבל תלין וחדא אין שכיר משהה ש"כרו.

ועיין בתוס' שם ד"ה וכי שכיר עובר כו'. ואי נימא כדברי השער משפט דהיכא דאיפא חזקה הסותרת לחזקת חיוב של הבעה"ב דאז אינו חייב משום א"י א"פ.

א"כ קשה דלמה להגמ' לומר דכי מטי זמן חיובא רמי אנפשי' ומידכר וה"ל פטוען פרי פרעתי. ה"א אף אם נימא דלא רמי אנפשי' וה"ל עדיין טרוד בפועליו דה"ל כא"י א"פ דחייב מ"מ בעבר זמנו דיש חזקה דאין שכיר משהה ש"כרו הסותרת לחזקת חיוב מןפטר הבעה"ב.

ואף דהחזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין לא שייך אם לא הנה מסיק להסברא דרמי אנפשיה ומידכר מ"מ שייך לדון להחזקה דאין שכיר משהה ש"כרו וכיון דחזינו דס"ל להש"ס דאם לא הוי רמי אנפשיה ומידכר הנה חייב משום א"י א"פ אף דאיפא חזקה דאין שכיר משהה ש"כרו הסותרת לחזקת חיוב א"כ ה"ה אף היכא דאיפא תרתי חזקה ג"כ הדין נותן דיהנה חייב משום א"י א"פ ודלא פהשער משפט.

דמה לי אם חזקה אחת סותרת להחזקת חיוב או דשני חזקות סותרות להחזקת חיוב. גיזיל בתר טעמא דהוי כמאן דליתא לחזקת חיוב.

אף יש לחלק דאם לא הנה מסיק להסברא דרמי אנפשיה ומידכר אף דאיפא חזקה אין שכיר משהה ש"כרו הסותרת לחזקת חיוב ואוקי חזקה להדי חזקה דהוי ליה כמו פרי בלא חזקת חיוב דאינו מוציא ממון.

מ"מ יש לדון להחזקה דאין שכיר עובר בבל תגזול כמבואר בש"ס. א"כ החזקה זו סותרת להחזקה דאין שכיר משהה ש"כרו וממילא יש לו פח להוציא ממון מהבעה"ב כמו פל א"י א"פ רק לפי דמסיק דרמי אנפשיה ומידכר ממילא שייך לדון אז להחזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין והוי תרתי חזקה הסותרות לחזקת שכיר דאינו עובר כו'.

ולכן יש מקום עדיין לדברי השער משפט משום דאינו מוכח לסתור דבריו. ועדיין יש לדון באומר בפ"א א"י א"פ דכמו דמסתפק הבעה"ב עכשיו דאולי הנה שכוונ מעיקרו ומיד וע"כ לא שייך לדון בזה להחזקה דאינו עובר בבל תלין פיון דהנה מסתפק הבעה"ב מעיקרא בזה וכמו דחזינו בש"ס דאילו לא היו מסקי למימר הסברא דרמי אנפשי' ומידכר לא הנה שייך לדון להחזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין.

וכיון דלא שייך לדון בכה"ג להחזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין רק להחזקה דאין שכיר משהה ש"כרו לחודא א"כ ממילא פנגדו חזקה דאין שכיר עובר בבל תגזול הסותרת לחזקה דאין שכיר משהה ש"כרו א"כ ה"ל ממילא פרי ומעלת חזקת חיוב דחייב הבעה"ב משום א"י א"פ: ואפשר לדחוק ולומר דמחמת החזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין דיינינו דכשהגיע זמנו בנודאי הי' דייק הבעה"ב שלא לשכונת פדי שלא יעבור על פל

תלין וְהוּי שפיר הנה תרתי חזקה דכתב השער משפט ואמרין השתא דכבר פָּרְעוּ וְיָצְאוּ
מחשש דבל תלין אז נשפח מהבעה"ב את הפרעון וה"ל מילתא דלא רמיא עליו פעת כ"כ
פן אפשר לדחוקי בכ"ז.

ועוד יש לדון במש"כ לעיל לדון דלמה ליה להש"ס להסברא דרמי אנפשי' ומידפך כו'
לפי דברי השער משפט. דיש לומר דהש"ס הנצרה לדון פן כדי שלא תקשה למ"ד דמנה
לי בידה והלה אומר איני יודע אם הלוייתי ג"כ חייב משום ברי ושמא ברי עדיף דאז אף
אם הוי דיינינו דנסתלק החזקת חיוב ע"י החזקה דאין שכיר משקה שָׁכְרוּ מ"מ תקשה
דיהי' חייב הבעה"ב דהוי טרוד בפועלו וה"ל כמו טוען שמא דמ"מ יהי' חייב משום ברי
של השכיר.

ועיין בשבועות (דף מ"ה ע"א) ד"ה וניתב ליה בל"ש כו' ובב"מ (דף קי"ב ע"ב) ד"ה אי
הכי אפילו קצין נמי כו' וקצרת. ואתי שפיר דברי השער משפט דיש להסתפק בעבר
זמנו דאין מוציאין מהבעה"ב אף דאומר א"י א"פ: ומ"מ זהו דוחק דהא הסברא נוטה
דכמו דמסתפק עכשיו הבעה"ב בהפרעון דכמו כן הנה מסופק מעיקרא א"כ ממילא לא
שייף לדון להחזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין.

ומש"כ לעיל הוא דוחק גדול. וכן מוכח מדברי התוס' בב"מ (דף קי"ג ע"א) ד"ה וכי
שכיר עובר בבל תגזול כו' שכתבו בסה"ד בזה"ל אלא כששתייהן ביחד הוי פנגד חזקת
שכיר והוי ברי וברי והממע"ה עכ"ל.

א"כ משמע מדבריהם דאף כשיש שני חזקות ביחד היינו חזקה דאין בעה"ב עובר בבל
תלין וחזקה דאין שכיר משקה שָׁכְרוּ מ"מ אם לא הנה ברי וברי הדין דחייב הבעה"ב
כמו כל א"י א"פ.

ודוחק לומר דכתבו פן דיהיה אתי שפיר אף למ"ד דמנה לי בידה והלה אומר א"י אם
נתחייבתי דחייב משום ברי ושמא ברי עדיף: וביומר נלע"ד להוכיח דלא כהשער משפט
מירושלמי שבועות פ"ז הל' א' על הא דשכיר נו"נ דאמרו שם דע"י שבעה"ב עסקיו
מרבין תקנו פן ודכונתה תיקנו בבעה"ב שאם עבר זמנו שלא ישבע ויטול תני ר"ח אם
יש עדים שתבעו בזמנו אפילו לאחר שנה נו"נ אמר ר' יוסי אין לו אלא אותו היום בלבד
עכ"ל הירושלמי.

וצריך ביאור מה דאמרו בלשון ודכונתה תיקנו בבעה"ב שאם עבר זמנו שלא ישבע
ויטול. הא עיקר מילתא דשכיר נו"נ הוא רק מן התקנה א"כ ממילא היכא דראו איזה
טעם דלא תקנו שם להשפיר שישבע ויטול הוי דינו מה"ת שהבעה"ב פטור.

וקשה איך אמרו בהלשון ודכונתה תקנו בבעה"ב שאם עבר זמנו כו' דהא הבעה"ב פטור
מה"ת וא"צ להתקנה בזה. ויש לומר דכונת הירושלמי הוא פן דאחר שתקנו להאמין
להשפיר שישבע ויטול א"כ לפ"ז הנה מקום לומר דגם בעבר זמנו יהיה נאמן השכיר
ע"כ קאמרי דתקנו בבעה"ב דבעבר זמנו שלא ישבע ויטול דראו חז"ל לחלק בין עבר
זמנו כו'.

דאף דאמרו דבעה"ב טרוד בעסקיו וה"ל כאיני יודע אם פרעתי וכמש"כ התוס' מ"מ
בעבר זמנו ראו שלא לדונו כאומר א"י א"פ וכסברת התלמוד דכי מטי זמנו רמי אנפשי'

ומינדכר ניש תרי חזקה כו' וע"כ אמרו דכונתי' תקנו בבעה"ב כו': ולדברי השער משפט
דגם באמר הבעה"ב בפ"א איני יודע אם פרעתי הדין הוא בעבר זמנו דפטור משום תרתי
חזקה ואמרינו דכי מטי זמנו רמי אז אנפשיה ומינדכר פדי שלא יעבור על כל תלין ותלינו
דאח"ז נשפח ממנו הפרעון וכנ"ל.

א"כ תקשה דאיך שייך בזה מה דאמרו בלשון דכונתי' תקנו בבעה"ב שאם עבר זמנו
כו'. הא אף אם נימא דכל שכיר יש לו זכות מה"ת ליטול דה"ל ממש כמו א"י א"פ.

מ"מ בעבר זמנו דיש שם תרי חזקה וסברת דכי מטי זמנו רמי אנפשי' ומינדכר לא שייך
התם לדון פלל ולחייב להבעה"ב משום א"י א"פ א"כ הבעה"ב פטור אף מה"ת ולא מצד
התקנה לבד. ומדאמרו הלשון ודכונתי' תקנו בבעה"ב כו' מוכח דדוקא משום התקנה
אמרו בעבר זמנו אינו נו"נ.

אבל מה"ת הנה חייב הבעה"ב האומר א"י א"פ ולא מהני הנה תרי חזקה לפוטרו משום
דמעלת פרי וסזקת חיוב עדיפא ממעלת הנה חזקה אלא בשכיר דעיקר זכותו ליטול הוא
רק מצד התקנה דעשאוהו כאומר א"י א"פ בזה התקינו לחלק דעבר זמנו שאני ואין דינו
כאומר א"י א"פ ואוקמוהו על דאורייתא אבל באומר בפ"א א"י א"פ בזה הדין הוא דחייב
מה"ת ולא מציינו לומר מסבא לפוטרו מצד התקנה דמנלו דהנה התקנה לפטור הבעה"ב
גם בכה"ג ואמרינו בזה הבו דלא לוסף עלה כמו דאמרינו כה"ג בכמה דוכתי.

א"כ מוכח מירושלמי דבאמר הבעה"ב א"י א"פ חייב אף בעבר זמנו ודלא פהשער
משפט: ולכאורה רציתי לומר דכוננת הירושלמי דאמרו לשון תקנו בבעה"ב הוא להורות
הדין דאם תבעו כל זמנו דב"מ (דף ק"ג) דגותנין לו רק פנגד אותו היום של תביעה.

ובאמת לכאורה הנה הדין נוטה לדון דישבע ויטול לעולם פיון דלא שייך בכה"ג החזקה
דאין בעה"ב עובר בכל תלין וכמש"כ התוס' בב"מ (דף ק"ג) שם ד"ה וילעולם. רק מצד
דאין זה תקנה טובה שיהא נאמן לעולם לומר לא פרע לי כמש"כ שם.

ולכן אמרו בלשון ודכונתי' תקנו שאם עבר זמנו שלא ישבע ויטול. דאף דתקנו פבר
דהשפיר נאמן כ"ז דליכא חזקה דאין בעה"ב עובר בכל תלין מ"מ לא האמינו לעולם
להשפיר וזהו מצד התקנה אף שהוא פנגד הסבא לחלק ביניהם.

כן הנה מקום לכאורה לומר בזה. אבל באמת ז"א דהא לא מיירי שם בירושלמי מתחלה
מן תבעו בזמנו רק לאחר שאמרו דכונתי' תקנו בבעה"ב כו' אמרו תני ר"ח אם יש עדים
שתבעו בזמנו כו'.

וגם זהו שם בפלוגתא דר"ח ס"ל אפילו לאחר שנה נאמן השכיר. ועוד דלשון שאם עבר
זמנו משמע דאין לו שום זכות פלל לאחר זמנו ובאמת הא יש לו פנגד אותו היום כו'.

ע"כ העיקר כמש"כ מתחלה ומוכח דבאמר א"י א"פ נאמן השכיר לעולם אף בעבר זמנו:
ובטור סעף ה' פתב דאם טוען הבעה"ב ספק נוטל השכיר בלא שבועה והב"ח העיר
דלמה הנצרך הטור לכתוב זה.

והנה לפמש"כ י"ל דזהו פנונת הטור לאשמועינו דאף בעבר זמנו הדין פן ולא נימא כסברת השער משפט. אף דוחק להעמיס פן בכנונת הטור דהא שם לאח"ז בסעי' ז' פתב מן דין תבעו אחר שעבר זמנו כו' ולעיל מנין' לא מנירי רק בתו"ז ע"ש.

וע"כ העיקר שם כמש"כ הב"ח בכנונת הטור ועיין בפרישה שם: ובסימן צ"א סעיף ב' מבואר בהקדשת פועלים עם החנוני דכ"ע ס"ל דפועלים נוטלים מן הדין דא"י אם פרעתי חייב והש"ך שם ס"ק י"ב פתב בשם בעה"ת ושאר ראוני דס"ל דגם החנוני נוטל מן הדין משום דיש שם חזקה שלים עושה שליחותו.

ואפ"ה ס"ל לכ"ע דהפועלים נוטלים מן הדין לפי דהבעה"ב טוען א"י א"פ. ולא אמרינו דכיון דיש שם חזקה שלים עושה שליחותו דה"ל חזקה מעליא לשיטת הראשוני והש"ך הג"ל א"כ סותר הך חזקה להחזקת חייב ויהא פטור הבעה"ב מן הדין לשלם להפועלים.

ומוכח דלא אמרינו אוקי חזקה להדי חזקה ונסתלק ממילא החזקת חייב וכעין סברת השער משפט. וע"כ מוכח דאף היכא דיש חזקה הסותרת לחזקת חייב דמ"מ חייב פיון דיש אצל התובע מעלת פרי וצירוף החזקת חייב ביחד.

ודוחק לחלק דשאני בנידון השער משפט דיש שם שני חזקות היינו חזקה אין בעה"ב עובר כו' וחזקה דאין שכיר משהא שפרו דמה בכך דניזל פתר טעמא דכיון דסותר עכ"פ להחזקת חייב כו'.

וקא דשבועות (דף מ"ה) וב"מ (דף קי"ב) דאמרו דיש להבעה"ב הנה פרי חזקות. היינו משום דאל"כ יש שם חזקה להשכיר דאינו עובר בכל תגזול הסותר לחזקה.

אבל בנידון דידן אין לחלק בין חזקה לשני חזקות. ובפרט דהוכחתי פן מן הירושלמי דלעולם חייב הבעה"ב אם טוען א"י אם פרעתי ויש לדחות ראיה זו לפי דגם בפועלים יש להם חזקה דאינם עוברים בכל תגזול הסותר לחזקה שלים עושה כו' ולכן שפיר מהני החזקת חייב להצטרף להפרי של הפועלים וליטול גם היכא דמשלם ב' תשלומין היינו להחנוני ג"כ מ"מ יש לדון פן.

ועיין בפסקים (דף י"ד) ובתוס' ד"ה בבת אחת כו' וקצרת. ובמק"א פתבתי די"ל דטעמו של המ"ד דמנה לי בידך והלה א"י דחייב דטעמו אפשר ג"כ משום דיש להתובע חזקה דאינו עובר בכל תגזול המסייע להתובע ואף דיש שם חזקת פטור המסייע להנתבע מ"מ ס"ל פן מה"ט וקצרת.

אף פבר נתבאר להוכיח מן הירושלמי דלא פהשער משפט: ב (שם סעיף ב' הג"ה) הנה השכיר קטן או עבד או חשוד נשבע בעה"ב ונפטר כו'. טור בשם הראב"ד.

וברמב"ם פ' י"א ה' שכירות ה' ו' אפילו הנה השכיר קטן השכיר נשבע ונוטל. והראב"ד השיג דאף מוסרין שבועה לקטן.

והמ"מ פתב ליישב דכיון דהשבועה הוא להפיס הבעה"ב דינו אע"פ שאינו בר עונשין ואין בשבועתו לשוא עונש מ"מ משביעין אותו לאינם עליו עכ"ל. והכ"מ פתב דהעיקר פהנסחא דאפ"י אם השוכר קטן וכמש"כ הטור.

והמל"מ שם תמה ג"כ דהא אין מוסרין שבוועה לקטן ואפילו למ"ד דקטן אוכל גבילות
אין מצווין להפרישו לספות לו בנדים אסור כו' עכ"ל. וכן תמה הרדב"ז ח"ג סי' תפ"ט
דאיך מוסרין לו שבוועה וכן אי' בירושלמי דאין מוסרין שבוועת שכיר לחשוד ועבד כו'.
וננסקא משוּבְּשֵׁת נזדמנה להם כו' עכ"ל וכן הקשה הלח"מ פ"ה ה' טוען ה' יו"ד. ובלא"ה
עיקר סברת המ"מ שכתב אע"פ שאינו בר עונשין מ"מ משביעין אותו לאימו.
הוא דוחק דכיון שאינו בר עונשין א"כ לא הוי שום תועלת משבוועתו. והטור לא החליט
בשיטת הרמב"ם כנסקאות אפילו השוכר קטן כו'.

ע"כ מהראוי ליישב נוסקאות הישנות שפתוב אפילו השכיר קטן: ענף א והנלע"ד בכ"ז
ע"פ מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ז' דגם קטן שהגיע לכלל דעת מןזקרה שלא לישבע
בשקר רק דאינו בר עונשין בב"ד אבל איסורא ועונש בידי שמים איכא ע"ש.

ולפ"ז אתי שפיר הננסקא אפילו השכיר קטן דנו"נ דכיון דהוי בר עונשין ביד"ש ע"כ
הוי תועלת רב משבוועת הקטן. [ומיירי בהגיע לכלל דעת ולא הוצרכו לפרושי להדיא
משום דמוכח כן מסתימות דבריו דאל"כ לא הוי שום תועלת משבוועתו].

ומה שהקשו והא אין מוסרין שבוועה לחשוד וה"ה לקטן לא ספינו ליה איסור בנדים. יש
לדון בזה ולחלק דשאני חשוד דאינו נאמן באיסורין כמבואר בסי' קכ"ז ביו"ד ואלו קטן
מצינו דנאמן בדרכו היכא דלא איתחזק איסורא כמבואר ביו"ד סי' קכ"ז סעיף ג'
ברמ"א.

וכעין זה מצינו באה"ע סי' י"ז סעיף י"ג בט"ז דקטן שהגיע לעונת הפעוטות עדותו מהני
בעדות אשה שמת בעלה וע"ש. ובספרי נחל יצחק סי' מ"ט סעי' ב'.

ואלו חשוד אינו נאמן שם וכהנה רבות ע"כ אין לדמות חשוד לקטן. ויש להסביר זה
ביותר ביאור ע"פ הא דסנפה (דף מ"ב) דקטן היודע לשמור אוכלין ע"י טהרות וכתב
הר"נ שם אע"ג דקטן לא מהימן בדאורייתא כו' ה"מ היכא דאיתחזק איסורא כו' אבל
להעמיד על חזקתו מהימן עכ"ל הר"נ.

והנה הש"ך יו"ד סי' קכ"ז ס"ק ל"א הביא בשם הריב"ש שכתב דלכן קטן נאמן על
שמירת טהרות לפי דהוי דבר שבדו. ויש להוכיח כן מהא דתמיד פ"א משנה א' בשמירת
המקדש דהרובים שומרים ופי' המפרש הם פחותים מן י"ג שנה וכ"כ הכ"מ ברמב"ם ה'
בית הבחירה פ"ח ה' ד' והתוס' יו"ט שם.

ואף דקטן אינו נאמן בדאורייתא א"כ ה"ה התם דמצווים מה"ת לשמור המקדש. א"כ
יש לחוש שמה לא ישמור הקטן.

וע"כ מוכח דהיכא דהוי דבר שבדו נאמן א"כ התם שפיר סמכינו למסור שמירת המקדש
להקטן כיון דהוי דבר שבדו ועיין במל"מ שם. לתרוץ הר"נ דשאני היכא דאיתחזק
היתרא א"כ תקשה התם דהא לא שייך התם ענין איסור והיתר רק עצם השמירה.

ואפשר לחלק דשאני בשמירת טהרות דעכשיו אנו מסופקים אם שמרו מתחלה כהוגן
ואלו עכשיו הא לא הוי זה בידו כלל רק דהיה בידו מתחלה ואף דבאיסורין נאמן ע"א

אף דלא הוי עכשיו בידו רק פנין דהיה בידו מתחלה כו' פמבנאר ביו"ד סי' קכ"ז סעי' א' זה אינו רק בעדות גדול ולא בקטן.

ולכן הוכרח הר"נ לומר דשאני היכא דאיסתזק היתירא. אבל בשמירת המקדש דעיקר הספק הוא בעת שמוסרין שמירת המקדש להקטנים שמא לא ישמרו פהגון ולא יקיימו הפהגים מצות שמירה המוטל עליהם אז באותו השעה שהקטנים מקבלים השמירה עליהם ע"כ בזה שפיר יש לומר פנין דאז בעת שמקבלים השמירה עליהם הוי זה דבר שבידם לשמור פהגון ע"כ שפיר יכולים אז למסור שמירת המקדש להקטנים ומקיימין ע"י מצות שמירת המקדש אז.

ועכשיו לאחר ששמרו הא אין זה נוגע כלל לעגון איסור והיתר ולכן א"ש זה לכ"ע. וקצרותי ג"כ במה שיש לדון בדברי המל"מ שם ואכמ"ל: וכדברי הר"נ סנפה הנ"ל כ"כ הריטב"א בסנפה והובא בביתאור הגר"א זצ"ל ליו"ד סי' קכ"ז ס"ק ל"ב שפתיב בשם הריב"ש פנ"ל והריטב"א פתיב לחלק דשאני היכא דאיסתזק היתירא כו'.

ולפ"ז יש לומר ולהסביר על נכון מה שמוסרין שבועה לקטן שכיר ואף דלא ספינו לי' איסורא בידיים כמו שהקשה המל"מ. משום דיש לחלק דשאני הכא בשבועה פנין דהקטן אומר ברי לי שלא פרע לי הבעה"ב את שכרי שהיה חייב לי ויש לנו חזקת חיוב ונדאי רק דהספק הוא בעת בהפרעון א"כ במקום שיש חזקה המסייע לדברי הקטן נאמן גם הקטן כמו התיב בשמירת טהרות.

ומשמע שם דאף היכא דהוי נוגע בעדותו דיש לו הנאה מזה כגון שלוקח שכר שמירה וכה"ג דג"כ מהימן הקטן פנין דהחזקה מסייעו ויש לומר דאף לדברי הריב"ש דכתב לחלק דלכן נאמן בשמירת טהרות לפי דהוי דבר שבידו.

דג"כ מודה דהיכא דאנו דנין רק על הקטן עצמו אם מותרין למסור לו דבר זה דאז י"ל דהקטן על עצמו בנדאי נאמן היכא דיש חזקה המסייעו. ולכן בנ"ד דיש חזקת חיוב יכולין למסור השבועה להקטן האומר ברי לי שהנני נשבע באמת.

ולכן אף שפתיבתי לעיל דקטן מוזהר על שבועת שקר מ"מ פנין דאומר ברי נאמן במה שנוגע לו עצמו פנין דחזקת חיוב מסייעו. והנה בסי' צ"ב סעיף ב' בחידושי העליתי דמה דאין ב"ד מוסרין שבועה לחשוד פמבנאר שם סעיף א' דאין זה רק מדרבנן משום דמה"ת יכולין ב"ד למסור שבועה לחשוד פנין דהחשוד אומר ברי לי שהנני נשבע באמת ונאמן על עצמו ועיין בר"נ ספ"א דע"ג.

א"כ הכא בקטן דאומר ברי שהנני נשבע באמת אין על הב"ד שום איסור במה שמוסרין לו שבועה דהא בדרבנן נאמן הקטן פמבנאר ביו"ד סי' קכ"ז סעיף ג' ואף לפי מש"כ המג"א בסי' תל"ז ס"ק ח' דדוקא במה שבידם נאמנין אבלבאינו בידם אינם נאמנים פמבנאר בעירוובין (דף נ"ט) ובתוס' שם ובאו"ח סי' ת"ט.

י"ל דשאני היכא דיש חזקה המסייע לדבריו כמו הכא בשכיר דהספק הוא בהפרעון ויש לנו חזקת חיוב לכן י"ל דכ"ע מודו דנאמן הקטן על עצמו אף דלגבי עצמו הוי חשש דאורייתא פנין שמוזהר על ש"ש.

וכן במה שנוגע להב"ד שיש עליהם איסור שאין רשאים למסור שבועה להחשוד פיון דאין זה רק איסור מדרבנן ובמקום דלא הוי מדאורייתא רק מדרבנן הא נאמן הקטן בדרבנן היכא דיש חזקה המסייעו.

ואף היכא דיש הנאה להקטן ג"כ נתבאר דנאמן הקטן משא"כ בחשוד. ועיין ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק כ' וקצרותי.

ונתבאר דיש מקום להסביר על נכון במה שמוסרין שבועה לקטן שכיר. ועיין באה"ע סי' ז' סעיף א' די"א דקטן נאמן אף במקוון להעיד וכ"כ הר"נ פתובות פ"ב וכן הוא בירושלמי פ"ב פתובות ה"ט.

וי"ל דטעמא הוא דבדרבנן נאמן הקטן ובכרט התם דאימתחזק היתירא וקצרותי: והא דמבואר בהרמב"ם פ"ה ה' טוען הלכה יו"ד ובח"מ סי' צ"ו סעיף ב' שאין משביעין הקטן כלל לפי שאינו יודע עונש השבועה.

הנה היכא דהספק הוא בעיקר החיוב כלל בזה שפיר יש לדון דאין משביעין להקטן ע"י היפוך ואין מוסרין לו שבועה לפי דהא אדרבה יש התם חזקת פטור המבשר לנו דלא נתחייב מעולם.

א"כ זה דומה למש"כ הר"נ בסנפה והריטב"א דהיכא דאימתחזק איסורא בנודאי אינו נאמן הקטן כלל ואין ממש בדבריו. ה"ה היכא דיש חזקת פטור של הלנה אינו יכול הקטן לישבע ע"י היפוך שפלוני חייב לו כמבואר שם נידון זה משום דאין ממש בדבריו היכא שהחזקה מכחישו.

[ואין שייכות לנ"ד מה שכתב הפני יהושע לכתובות (דף כ"ב ע"א) בתוס' ד"ה הבא עלי' בא"ת כו' בשם הרשב"א בחידושו לקדושין דכל אדם נאמן ע"ע אף נגד החזקה כו' דשאני קטן וקצרותי].

ואף דמשמע שם בסי' צ"ו וברמב"ם פ"ה ה' טוען הנ"ל דאף היכא דהכחשת הבע"ד עם הקטן הוי בהפרעון אם פרע חובו להקטן אם לא דג"כ אינו יכול להפך השבועה על הקטן דהא סתמו שם. אפ"ה א"ש מה דכתבו דאין משביעין להקטן ע"י היפוך כמו שכתבו שם הטעם לפי שאינו יודע עונש השבועה.

משום דהא בסנפה (דף מ"ב) אמרו דקטן היודע לשמור אוכלין ע"י טהרות אלמא דבעינן דוקא שהגיע לכלל דעת. וכמו כן בפסחים (דף ד') גבי בדיקת חמץ שנאמן הקטן פיון דהוי דרבנן ומבואר באו"ח סי' תל"ז סעיף ד' דדוקא ביש בו דעת לבדוק.

כמו כן יש לחלק ה"כא גבי שבועת קטן דאם יש בו דעת שיודע ומבין עונש השבועה דבכה"ג מוסרין לו שבועה פיון דבאמת קטן אין בו חשש וחשד שישבע בשקר רק מפאת חסרון ידיעתו לכן היכא שיודע ומבין זה שפיר יכולים למסור לו שבועה משא"כ בחשוד על שבועת שקר.

ואזלינן בזה בטר טעמא פפי שכתבו שם הטעם לפי שאין יודע עונש השבועה. א"כ מוכח מזה דהיכא שיש בו דעת להבין עונש השבועה דשפיר יכולין להשביעו.

[ועיין בתוס' יבמות (דף ק"ד ע"ב) ד"ה והא אמרי כו' ובגיטין (דף כ"ב) ד"ה והא לאו כו' ובחולין (דף י"ב ע"ב) וקצרותי]. וכעין זה מצינו חילוק באה"ע סי' קס"ט סעיף ח' דקטן שהוא מפיר ונבון נאמן בהפרכת אחי המת וכ"כ בט"ז אה"ע סי' י"ז סעיף י"ג פועין זה: וכמו כן יש לדון הקא גבי שבועת הקטן דמה שכתבו בסי' צ"ו דאינו יכול להפך השבועה על הקטן לפי שאינו יודע עונש השבועה דמייירי בלא הגיע לכלל דעת להבין ענין עונש ש"ש שמונהר גם הקטן ע"ז.

וגם י"ל דכ"ז שלא הגיע לכלל דעת דבזה אינו מוזהר פלל הקטן אף על ש"ש וכמו שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ז' פלל מחודש ע"פ דברי החתם סופר ליו"ד סי' שי"ז ע"ש. והא שסתמו מזה שם בסי' צ"ו והרמב"ם פ"ה ה' טוען י"ל דסמכו על הפשיטות בזה וגם על הטעם שכתבו שם לפי שאינו יודע עונש השבועה דמשמע ממילא דהיא לשיודע עונש השבועה דיכולין להשביעו.

וכמו כן מצינו בהא דאה"ע סי' י"ז סעיף י"ג וב"מ פ"ה ה' גירושין פ' י"ג הלכה ח' דקטן אינו מעיד שמת בעלה. וכתב הט"ז שם דאם הגיע לכלל דעת דס"ל להרמב"ם דנאמן ואפ"ה סתמו שם הרמב"ם והש"ע מזה.

וע"כ כתבו בסי' צ"ו בסתימות דאין משביעין להקטן פלל. והחמירו שם בקטן ביותר מן החשוד דהא בחשוד אינו מוסרין לו שבועה גמורה אבל שבועה קלה יכולין למסור לו כמבואר בסי' צ"ב סעיף י"א ואף הטלה בפירוש יכולין למסור לו כמש"כ הסמ"ע והט"ז שם.

ואלו בקטן אמרו שם דאף הטלת כו' אינו יכולין למסור לו משום דקטן שלא הגיע לכלל דעת גרע מן חשוד. אבל הקא גבי שבועת שקיר נשבע ונוטל י"ל דמייירי בהגיע לכלל דעת להבין עונש השבועה.

ע"כ שפיר משביעין להקטן. והא דסתמו מזה י"ל דהא פועין זה מצינו בפסחים (דף ד') דקטן נאמן בבדיקת חמץ וסתמו מזה בגמ' ופוסקים שם.

ואלו בש"ע או"ח סי' תנ"ז סעיף ד' מבואר דזה אינו רק בקטן שיש בו דעת. אלמא דמצינו דסתמו בזה וסמכו על הפשיטות.

כמו כן יש לומר דאף דסתמו הקא מ"מ סמכו על הפשיטות דמוכח ע"פ סברא דזה לא שייך רק אם הגיע הקטן לכלל דעת דיודע ומבין ענין עונש השבועה: ענף ב' אמנם יש לסתור פל זה ע"פ המבואר בהרמב"ם פ"ה ה' טוען ה' י"א ובח"מ סי' צ"ו סעיף ג' דאם קפד הקטן ממתינים עד שיגדל וישבע היסת וכתב הסמ"ע שם דבקטנותו אין משביעין אותו דא"י עונש השבועה.

ולפמש"כ דאם הגיע לכלל דעת ויודע ומבין עונש השבועה יכול התובע להשביעו א"כ קשה למה לי להמתין עד שיגדל דמשמע שיהיה גדול ממש הא סגי פשיגדל ויהיה יודע ומבין עונש השבועה.

ונה ברור דאם התובע אינו רוצה להשביעו כ"ז שלא יהיה בן י"ג שנה בנודאי אין הקטן יכול לומר הנני רוצה לישבע מיד. דכיון דלא הוי בר עונשין פחות מן י"ג שנה אף

שְׁמוֹנָה עָרְף בְּקִטְנוֹתוֹ פְּשִׁיזְעָה וּמְבִין וּכְמִשׁ"כ ע"כ"ז בְּנוֹדָאֵי הַזְכוּת בְּיַד הַתּוֹבֵעַ לְהַמְתִּין עַד שְׂיִגְדֵל מִמֶּשׁ וַיְהִי בֶן י"ג דְּבִנְדָאֵי יוֹתֵר טוֹב הַשְּׁבוּעָה שְׂיִשְׁבַּע בְּגִדְלוֹתוֹ.

וְעֵינָן בְּסַמ"ע ס"א פ"ט ס"ק ה' שְׁפָתַי דְּקִטָּן אֵינוֹ בֵּר עוֹנֵשִׁין לְקָדָה לֹא הָאֲמִינוּהוּ. אָבֵל לְשׁוֹן הַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר בְּסִי צ"ו מְשַׁמַּע דְּאָרְף אִם הַתּוֹבֵעַ מְתַרְצָה שְׂיִשְׁבַּע קוֹדֵם שְׂיִהְיֶה גְדוֹל בֶּן י"ג שְׁנָה דַּמ"מ אֵין מְשַׁבְּעִין אוֹתוֹ וְכִמוֹ שְׁנִרְאָה מִן דְּבָרֵי הַסַּמ"ע א"כ מוֹכַח דְּלֹא כַּמִּשׁ"כ.

וְהָא דְּמְבִנְדָאֵר בְּסִי ע"ב סְעִיף ל"ה דְּהַחֲמִשִּׁים הָאֲחֵרִים יִתֵּן בְּיַד הַשְּׁלִישׁ עַד שְׂיִגְדֵלוֹ וַיִּשְׁבַּעוּ כו' דְּמְשַׁמַּע דַּכ"ז דְּלֹא יִגְדֵלוֹ מִמֶּשׁ אֵינוֹ יָכוֹל הַתּוֹבֵעַ לְהַשְׁבִּיעוֹ פְּשִׁיזְעָה יוֹדֵעַ וּמְבִין עוֹנֵשׁ הַשְּׁבוּעָה.

יֵשׁ לֹמֵר דְּשִׁאֲנֵי הֵתָם דְּמִיָּרֵי בְּפִירוּשׁ דְּהַסְפֵּק הֵיךָ בְּעִיקָר חוֹב שָׁל הַהֲלֹאָה פְּמָה הֵיךָ ע"כ בְּכַה"ג הָא נִתְבָּאָר דְּאֵין מוֹסְרִין שְׁבוּעָה לְקִטָּן פִּינּוֹ דְּהַחֲזִיקָת פְּטוֹר מְנַגְדָּתוֹ. וְעוֹד דְּהָא בְּאֲמַת לְדִינָא ס"ל לַהֲטוּש"ע וְשִׁאֲרֵי פּוֹסְקִים גְּבִי שְׁכִיר קִטָּן דְּאֵין מוֹסְרִין לוֹ שְׁבוּעָה וּכְמִשׁ"כ הַרְאָב"ד.

אָבֵל מִן דְּבָרֵי הַרְמַב"ם פ"ה ה' טוֹעֵן הַנ"ל דְּמְשַׁמַּע דְּגַם אִם מְחַוְלָקִים בְּהַפְרָעוֹן אֵין הַתּוֹבֵעַ יָכוֹל לְהַשְׁבִּיעַ לְהַקְטָן. א"כ לְכַאוּרָה מוֹכַח מְזָה דְּלֹא כַּמִּשׁ"כ לִיִּשְׁבַּע בְּנוֹסְחָאוֹת הַרְמַב"ם אִפִּי הַשְּׁכִיר קִטָּן: אָבֵל בְּאֲמַת מְזָה אֵינוֹ סְתִירָה לְדְבָרֵינוּ בְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם מְשׁוּם דִּישׁ לֹמֵר הַטַּעַם בְּפְשִׁיטוֹת דְּלָכֵן אֵין מְשַׁבְּעִין לְהַקְטָן כָּלֵל וְכִמוֹ דְּתַנּוּן בְּשְׁבוּעוֹת (דָּרָף ל"ח ע"ב) בְּמִשְׁנָה דְּאֵין מְשַׁבְּעִין אֶת הַקְטָן וּמְשַׁמַּע דַּכ"ז שְׁאֵינוֹ בֶּן י"ג אֵין מְשַׁבְּעִין אוֹתוֹ.

דְּזַהוּ לְפִי דְּקִטָּן פְּחוֹת מִן בֶּן י"ג לֹא בְּנֵי מֵיעֶבֶד מְצוּהָ הֵנִי וְכִמוֹ הָא דְּעָרְכִין (דָּרָף כ"ב) וּב"ב (דָּרָף קע"ד) דִּינְתָמֵי פְּחוֹתִים מִן י"ג לֹא בְּנֵי מֵיעֶבֶד מְצוּהָ נִיגְהוּ. וְאָרְף דְּרַב הוּנְאָבְרִי דְּרַב יְהוֹשֻׁעַ פְּלִיג שָׁם וְקִי"ל כְּנוֹתִיָה הַטַּעַם הוּא מְשׁוּם דְּשַׁעֲבּוּדָא דְּאוּרִיָּתָא אוֹ מְשׁוּם שְׁעֵבּוּדָא דְּרַבְּנָן וְעֵינָן בְּש"ף ס"א ל"ט ס"ק ב'.

וְזַהוּ דְּנִקָּא בְּחוֹב בְּרוּר אָבֵל בְּחִיּוֹב שְׁבוּעָה דְּהַטִּילָה הַתּוֹרָה עַל הַבַּע"ד לִיִּשְׁבַּע אוֹ שְׁבוּעָה מְדַרְבְּנָן פִּינּוֹ דְּלֹא שְׂיִיָּדָה כ"כ שְׁעֵבּוּד גְּכִסִּי בְּשְׁבוּעָה פִּינּוֹ דְּלֹא נִתְבָּרַר הַחוֹב מִמֶּשׁ ע"כ אֵין מְשַׁבְּעִין לְהַקְטָן מְשׁוּם דְּאֵינוֹ מְצוּנָה בְּמִצְוֹת הַתּוֹרָה שְׂצִיּוּנְתָהּ הַתּוֹרָה לִיִּשְׁבַּע.

רַק בְּגְדוֹל פִּינּוֹ שְׂמִצְוָה לִיִּשְׁבַּע מִמִּילָא הַדִּין הוּא דְּנִחְתִּינָן לְגַכְסִי אִם אֵינוֹ רוֹצֵה לִיִּשְׁבַּע. וְאֵין אָנוּ צְרִיכִים לְטַעַם שָׁל הַסַּמ"ע שְׁפָתַי שָׁם בְּסִי צ"ו דְּלָכֵן יִמְתִּין עַד שְׂיִגְדֵל מְשׁוּם דְּאֵינוֹ מְבִין עוֹנֵשׁ הַשְּׁבוּעָה.

אֵלָא יֵשׁ לֹמֵר הַטַּעַם כַּמִּשׁ"כ. וּלפ"ז בְּאֲמַת יֵשׁ לֹמֵר דְּאִם הַקְטָן הַנְּתַבֵּעַ מְתַרְצָה לִיִּשְׁבַּע וְכֵן הַבַּע"ד הַתּוֹבֵעוֹ רוֹצֵה שְׂיִשְׁבַּע מִיָּד אִזְ שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם כְּפִי הַנְּנוֹסְחָאוֹת דְּבִשְׁכִיר קִטָּן יָכוֹל לִיִּשְׁבַּע כְּנ"ל.

דַּה"ה אִם תּוֹבְעִים לְקִטָּן מְלֻנָה ע"פ וְהַכְחָשָׁתָם הוּא בְּהַפְרָעוֹן אִם פְּרָעוֹ הַקְטָן אוֹ לֹא דְכִינּוֹן דְּשִׁנְיָהֶם מְרוֹנְצִים שְׂיִשְׁבַּע הַקְטָן מִקּוֹדֵם שְׂיִהְיֶה בֶּן י"ג דִּיכוֹלִים לְהַשְׁבִּיעוֹ אִם הַגִּיעַ לְכָלֵל דַּעַת לְהַבִּין עוֹנֵשׁ הַשְּׁבוּעָה.

והא שהוצרך הרמב"ם פ"ה מטוען ה' יו"ד לכתוב דלכן אינו יכול להפך השבועה על הקטן לפי שאינו יודע עונש שבועה. זהו דוקא בהיפוף שבועה דהקטן תובע לגדול ורוצה להשביע לגדול א"כ לכאורה היה מקום לומר דיהיה יכול הנתבע להפטר מן חיוב השבועה ע"י היפוף דלא יהיה עדיף זכות הקטן מן תביעת גדול ד יכול הנתבע להפך השבועה על התובע ע"כ הוכרח לומר הטעם דאינו יכול להפך לפי שאינו יודע עונש השבועה.

וממילא הוי דינו כמו חשוד דסי' צ"ב סעיף י"ג דאינו יכול להפך השבועה עליו אלא מחוייב הנתבע לישבע. אבל בתובעים לקטן פטור בלא טעם זה משבועה לפי שאינו מצווה ומחוייב לישבע שבועת היסט וכה"ג פ"ג פ"ג דלאו בני מיעבד מצווה גינהו.

ולכן לא הוי שום סתירה מזה לכל מש"כ בשיטת הרמב"ם בגנוסחא דהיה השכיר קטן דישבע וא"ש פל מש"כ. והא דכתב הרמב"ם פ' י"ז ה' מלנה ה"ב ובש"ע סי' ק"ח סעיף ה' דאם היה קטן פשמת מורישו דישבע פשיגדיל כו' אין זה ענין לנ"ד כלל דשא"ה דאינו יכול להוציא ממון מהנתבע כ"ז שלא ישבע פשיגדיל ממש פנ"ל: וראיתי בעיר שושן סי' צ"ו סעיף ג' שכתב דאם פטר הקטן ממתנינים עד שיגדל וישבע דבקטנותו לא שייך להשביעו שאינו יודע עונש השבועה עכ"ל וזהו כמש"כ הסמ"ע.

ונפ"מ מן הטעם שלהם דאף אם התובע והנתבע הקטן מתרצים שישבע הקטן מיד דג"כ אין מוסרין הב"ד לו השבועה לפי שאינו יודע עונש השבועה ונמתין עד שיהיה בן י"ג וזהו לפי מה דקיי"ל לדינא בהיה השכיר קטן דאין משביעין אותו.

אבל לפי מה שפכתתי לבאר גנוסחא של הרמב"ם דהיה שכיר קטן דמשביעין אותו שפיר יש לומר דאינו קשה ע"ז מן דברי הרמב"ם פ"ה ה' טוען ה' י"א הלז דיש לפרש הטעם כמש"כ. ולפ"ז באמת יש לדון גם התם דאם התובע והקטן הנתבע מתרצים שישבע מיד דאם הכחשתם הוא בהפרעון דיכולים למסור להקטן השבועה אף קודם שיהיה בן י"ג שנה פ"ג שהגיע לכלל דעת שישבע ומבין ענין עונש השבועה פנ"ל: ענף ג ועוד נלע"ד לומר דאף אם נימא דבאמת משמעות הרמב"ם פ"ה ה' טוען ה' י"א הנ"ל הוא דאף אם התובע והקטן הנתבע מרוצים שישבע הקטן מיד שאינם יכולים למסור לו שבועה מקודם שישגדיל ויהיה בן י"ג שנה.

וע"כ הטעם הוא לפי שאין מאמינים לו שישבע באמת. ועכ"ז אין מזה סתירה לדברינו במש"כ לבאר גירסת הרמב"ם בה' השכיר קטן דישבע.

משום דיש לחלק ביניהם. דהא עיקר הטעם הוא לפי מש"כ דלכן יכולים למסור לו השבועה ולא חיישינו לחשש חילול ד' כמו בחשוד שאין מוסרים לו שבועה מה"ט כמש"כ הסמ"ע בסי' צ"ב ס"ק א'.

דשאני קטן דיש לו נאמנות היכא דהחזקה מסייעו כמש"כ בארנפה לעיל בשם הר"ב דסנפה ספ"ג דאף בענין דאורייתא נאמן הקטן היכא דהחזקה מסייעו כו'. ולכן בשכיר דיש חזקת חיוב של הבעל הבית המסייע לדברי הקטן ע"כ יכולין למסור לו השבועה.

והא מציינו בכל ע"א דנאמן באיסורין דהיכא דהוי ע"א בהכחשה לא מהימן הו בהכחשת עד אחר והו בהכחשת הבע"ד כמבואר ביו"ד סי' קכ"ז. ע"כ י"ל דה"ה וכש"כ בקטן דארף דמציינו דהימנוהו היכא דהתזקה מסייעו.

מ"מ י"ל דאם יש בע"ד המכחישו דאז לא מהימן הקטן דלא עדיף נאמנות הקטן היכא דהימנוהו מן גדול היכא דנאמן ומ"מ אמרו דבהכחשה אינו נאמן. וגם יש לדון לפמ"ש"כ התוס' בגיטין (דף ב' ע"ב) ד"ה הוי דבר כו' דמספקא לן אם ע"א מהימן היכא דאתחזק איסורא.

וכ"כ הרשב"א בחידושו ורובא בש"ף יו"ד סי' קכ"ז ס"ק ט"ז ואין זה דבר ברור מה דאמרינן דע"א אינו נאמן במקום חזקת איסור רק מספקא לן. ועיקר הספק הוא דאם מעלת פרי עדיפא מן מעלת חזקה או לא.

ועיין מנה בספרי נחל יצחק בסי' ג' בקונטרס תפיסה בדררא דממונא ענף א' במש"כ שם בשם השמ"ק לב"מ (דף ק') בהא דהלוקח א' גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול משום דמעלת פרי עדיפא מן מעלת חזקת מרא קמא ארף דהוי חזקה אלימתא ע"ש: ולפ"ז י"ל דלכן כתב הרמב"ם פ"ה ה' טוען ה' י"א דאם גדול תובע לקטן דממתינין עד שייגדל וישבע ומשמע דגם אם מחולקים בהפרעון ג"כ אין מוסרין שבוועה לו עד שייגדל ויהי' בן י"ג.

משום דשא"ה דינש לפנינו פרי של הבע"ד התובעו המכחיש להקטן ע"כ ממילא נסתר מעלת החזקת חיוב ונשאר אמירת הקטן לבד והוי כמו אמירת הקטן במקום דליכא חזקה המסייעו דאינו נאמן הקטן.

וגם הא הוי בהכחשה ומגלן דנאמן הקטן ארף דהתזקה מסייעו אם אחר מכחישו דהא לא מציינו כה"ג. וע"כ בכה"ג יש איסור עלינו שלא למסור לו שבוועה וכמו בחשוד שיש איסור עלינו שלא למסור לו שבוועה במקום חשש חילול ד'.

וכ"ז הוא בהא דפ"ה ה' טוען ובח"מ סי' צ"ו סעיף ג' דינש שם בע"ד המכחישו. וארף דהוי הבע"ד נוגע להנאת עצמו מ"מ הא מציינו גבי ע"א בהכחשה דלא מהימן דארף בהכחשת הנוגע להנאתו ג"כ לא מהימן הע"א כמבואר ביו"ד סי' קכ"ז ובשאר דוכתי.

אבל בהא דשכיר קטן פיון דאמרו חז"ל דבעה"ב טרוד בפועליו ועשאוהו כמו שאומר הבעה"ב איני יודע אם פרעתי וה"ל כמו דטוען הבעה"ב טענת שפא. א"כ ממילא ליכא לפנינו טענת פרי להכחישו לכן שפיר יש לדון דכיון דינשו לפנינו חזקת חיוב של הבעה"ב נאמירת הקטן א"כ מעלת חזקה נאמירת הקטן ביחד מועלת לנו שיהיה מהימן הקטן לעגן שיכולים למסור לו שבוועה וכמש"כ.

ולא הוי שום סתירה לנחסת הרמב"ם בה"י השכיר קטן דינש דיש לחלק בן. ומה שכתבתי לעיל דסמכו על הפשיטות דינענא דמסתמא מייירי בהגיע לכלל דעת שידוע ומבין עגן עונש השבוועה והבאתי לעיל דכה"ג מציינו בכמה דוכתי.

הנה פועין זה מציינו בח"מ סי' ע"ב סעי' ל"ה ש"ף ס"ק קמ"ד דכתב דמייירי שם בקטנים פקחים כו'. ואפ"ה סתמו הראשונים והש"ע שם מזה וה"ה י"ל הכא בנ"ד: ויש לומר דהרמב"ם הוכיח כו מן הא דב"מ (דף קי"א) עבר זמנו אינו נשבע ונוטל.

ואי נימא דהי' השכיר קטן ישבע בעה"ב ויפטר א"כ לפי מה שהעלה השער משפט ס"ק ד' דכשיגדיל השכיר יכול לישבע וליטול דלא שייך בזה חזקה אין שכיר משקה שכרו כו' ע"ש. א"כ משפחת ליה עבר זמנו דנשבע ונוטל בשכיר קטן דכשיגדיל ויהי' אז עבר זמנו מ"מ יהי' יכול לישבע וליטול וקשה איך נקטו לכללא עבר זמנו אינו נו"נ.

ומזה הוכיח הרמב"ם דאם היה השכיר קטן דישבע ויטול א"כ גם בשכיר קטן אינו נו"נ כשיגדיל דה"ל עבר זמנו וכמו בכל השכירים הגדולים. ואף שפתיבתי לעיל דהך מילתא דשכיר קטן נו"נ הוא רק בהגיע לכלל דעת.

א"כ אפתי משפחת ליה עבר זמנו דיהי' יכול לישבע וליטול אם היה השכיר קטן שלא הגיע עדיין לכלל דעת כו' עכ"ז יש ליישב גם זה וקצתתי. ונתבאר דאין להזניח כ"כ גוססאותהרמב"ם שכתב הי' השכיר קטן ישבע ויטול דיש להסביר זה שלא יגדל התמי' כ"כ ע"ז.

אמנם לדינא בנודאי אין לזוז מן דברי הש"ע והראשונים דכתבו לדינא אם היה השכיר קטן ישבע בעה"ב ויפטר: ענף ד ובעיקר דברי השער משפט שכתב דכשיגדיל הקטן שכיר יהי' יכול לישבע וליטול דלא שייך בזה עבר זמנו נו"נ משום חזקה אין שכיר משקה שכרו דהא פיון דהצריכו להשפיר להמתין עד שיגדל וישבע איבטלא ליה החזקה כו' עכ"ל.

הנה יש לדון בזה דבב"מ (דף קי"ג ע"א) אמרו אם יש עדים שתבעו בזמנו נו"נ ולעולם כו' ופי' רש"י בתמי' כו' וכי כל כף השקה שכיר שכרו. והתוס' ד"ה ולעולם הקשו על פי' רש"י וכתבו דהכי פירושו ולעולם שכיר נו"נ אין זה תקנה טובה שיהא נאמן לעולם לומר לא פרע לי עכ"ל.

והנמוקי יוסף בב"מ שם כתב דלכן אין נותנין לו בעבר זמנו רק כנגד אותו היום של תביעה דכיון שנתרשל בדבר איכא למימר נמי בפועל דטרוד בעסקיו הוא אינו נשבע ונוטל עכ"ל הנמוקי יוסף וכן כתב הר"ן בריש פרק ז' דשבועות.

וזהו פשיטת רש"י דכתב הטעם דכי כל כף השקה השכיר שכרו. ומןושב קושיות התוס' על רש"י לפ"ז וכן כתב הרא"ש שם.

אכן התוס' ס"ל הטעם דלכן אין נותנין לו רק כנגד אותו היום של תביעה לפי שאין זה תקנה טובה שיהי' נאמן לעולם השכיר. ולא אתו עלה משום דנתרשל ולא תבעו כמש"כ רש"י והנ"י אלא משום דאין זה תקנה טובה שיהי' נאמן לעולם השכיר והטעם י"ל ג"כ פועין סברת הנמוקי יוסף דכיון דהוי לזמן מרובה יש לומר דשכח את העסק ואינו זוכר על פוריו אם נפרע או לא ולא האמינו להשפיר רק כנגד אותו היום דהוי בזמן מועט אז הוי פרי שלו נחשב לברי טוב.

ויהי' איה' שיהי' פיון דחזינו דס"ל להתוס' דאין סברא להאמין לעולם להשפיר ותקנת שפיר נו"נ לא היה רק פנגד אותו היום כו'. ואף דלא שייך התם בתבעו פל זמנו לדון התקנה דאין בעה"ב עובר בבל תלין כמש"כ התוס' שם מ"מ לא הימננהו להשפיר לעולם.

והא דמקשה הגמ' אי הכי אפילו עבר זמנו נמי. ולא אמרו הטעם בפשיטות משום דאין סברא להאמינו לעולם.

י"ל דאכתי תקשה דהי' להאמינו גם בעבר זמנו על זמן מועט שהוא פנגד אותו היום של זמנו וע"ז תירצו בגמ' דכי מטא זמן חיובי' רמי אנפשי' ואיכא תרי תקנה כו'. וע"כ בעבר זמנו אינו נו"נ אף פנגד אותו היום.

ועיין בתמדת שלמה ח' ח"מ סי' ו' שהקשה פן ובאמת אין זה קשה כלל פנ"ל. עכ"פ חזינו דכתבו התוס' שלא האמינו להשפיר שעבר זמנו ותבעו פל זמנו ביותר מפנגד אותו היום אף שלא שייך התם תקנה אין בעה"ב עובר בבל תלין ובאמת הא בעינן לתרתי תקנה היינו תקנה אין שפיר כו' ותקנה אין בעה"ב עובר כו' כמש"כ התוס' בסוגיא דקציצה.

ואפ"ה לא היה התקנה להאמין להשפיר לעולם יהיה מאיזה טעם שיהי'. ע"כ לדברי התוס' אין להוציא ממון מן הבעה"ב לאחר שיגדיל השפיר וישבע דאז יהי' עבר זמנו.

אף לשיטת רש"י והנ"י הדין הוא כמש"כ השער משפט. ולכן ה"ל ספיקא דפלוגתא דרבנותא ואין מוציאין מן המוחזק.

ועפ"ז יש לדון בדברי הירושלמי שבועות פ"ז ה' א' שאמרו דתקנו בבעה"ב שאם עבר זמנו שלא ישבע ויטול ואמרו בזה לשון דתקנו וקצתתי ועיין מזה בחידושי לעיל סי' פ"ט סעיף א'.

ולפמש"כ התיבות ס"ק ח' בכוננת התוס' דלכן אין זה תקנה טובה משום דלא שכיח שישקה שכירותו יש מקום לדברי השער משפט. אבל זהו רחוק בכוננת התוס' דא"כ אין מקום לקושיותם על רש"י: והנה המל"מ פ' י"א ה' שכירות ה' ו' הקשה על הגירסא הי' השוכר קטן השפיר נו"נ דמאי קמ"ל בזה אדרבה כו' והובא באו"ת ס"ק ג'.

וכבר הקדימם הרדב"ז ח"ג סי' רפ"ט וכתב דקמ"ל דאע"ג דבעלמא אין נשבעין על טענת קטן הקא בשפיר נשבעין כו' עכ"ל. ועוד י"ל דאשמועינן דאע"ג דמה"ת אין במעשה קטן פלום אף בהגיע לעונת פעוטות והא היכא דהשפיר עושה בלא דעת הבעה"ב רק הי' יורד שלא ברשות לא תקנו בזה להך דין דשפיר נשבע ונוטל כמש"כ הקצה"ח ס"ק ד' דכינן דמעצמו ירד ליתג' גבי' תקנת שפיר.

א"כ הי' מקום לומר בקטן ששכר פועלים פיון דמה"ת הוי כמו יורד בלא דעת הבעה"ב א"כ לא תקנו בכה"ג הך דין דשפיר נו"נ והוי כמו תקנתא לתקנתא לכן קמ"ל דגם בקטן ששכר שייך תקנת שפיר נו"נ דדוקא בירד מעצמו אמרו דלא שייך פדי חיו אבל היכא דקטן שפיר שפיר.

ועיין באו"ת באורים ס"ק ה' וקצתתי: ולעיל ריש קונטרס הנה הבאתי למה שפכתתי בספרי נחל יצחק סי' ז'. ע"כ הנני לבאר פאן מה דיש להעיר בספרי שם והוא דראיתי

שם לבאר דברי הרמב"ם פ"ח ה' גזלה ה' י"א שכתב נתן הפסוף לאנשי משמר ומת אין יורשי הגזלן יכולין להוציא כו' ואפילו הנה הגזלן קטן שאין מתנתו מתנה אין יורשי הגזלן יכולין להוציא כו'.

וכעת ראיתי כי עיקר הדברים הללו נאמרים במדרש רבה סדר נשא פ"ח בזה"ל איש אשר יתן לפהו לו יהי אמרת מתנת איש מתנה אין מתנת קטן מתנה אין לי אלא מתנת איש ומנין את מרבה מתנת אשה ויורשי קטן אמר ואיש אשר יתן לפהו לו יהי עכ"ל.

והובא בילקוט נשא אות תש"ד. ולפ"ז אתי שפיר בפשיטות דברי הרמב"ם דהא דברי מבוארין להדיא במ"ר ובילקוט.

אבל באמת שפיר כתבתי שם לתמונה על הרמב"ם דהא אמרו בב"ק (דף ק"י) על מה דתנו במשנה שם נתן הפסוף לאנשי משמר ומת אין היורשין יכולין להוציא שנא ואיש אשר יתן לפהו כו' ואמר אב"י ש"מ כסף מכפר מחצה כו'.

ואף דיליף לזה מקראי מ"מ ס"ל לאב"י דהטעם הוא משום דכיפר מחצה דאל"כ אין סבא לומר דלא יחזירו וכמש"כ שם במשנה זו בתוס' יו"ט בד"ה אין היורשין יכולים כו'. וכיון דאמרו בש"ס בלא שום חולק דדוקא משום דכסף מכפר מחצה אחינן עלה אבל אם לא הי' פפדה כלל אז הי' הדין דיחזירו הפהנים להיורשים.

א"כ בגזלן קטן שנשבע לשקר דלאו בר עונשין הוא ולא בעי פפדה ע"כ הדין נותן בגזלן קטן שנתן הפסוף לאנשי משמר ומת דיהי' יורשי הגזלן יכולין להוציא מידם כיון דלאו בר פפדה הוי.

ואף דמבואר במדרש ובילקוט דגם ב"יורשי גזלן קטן הדין כן עכ"ז גם זה גופא טעמא בעי דהא זהו סותר למה דאמרו בגמ' דמשום פפדה אחינן עלה ואין זה משום גזה"כ וכמש"כ התוס' יו"ט שם.

וידוע מה דאמרו לכללא דאין למדין מן אגדות כו' ועיין בתוס' יו"ט לברכות פרק ה' משנה ד' ובתוס' רע"ק שם למה שהביא בשם הפר"ח וכש"כ הוא דסותר למה דנאמר להדיא בש"ס להיפוך דזהו לכלל פשוט דהעיקר לדינא פהמבואר בש"ס ע"כ שפיר כתבתי בספרי שם לתמונה על הרמב"ם.

ובעז"ה תרצתי שם לדברי הרמב"ם על נכון ע"פ מה שהעליתי שם דאף קטן בעי פפדה אם נשבע לשקר ולכן א"ש דברי הרמב"ם וכן הוא טעם של המדרש והילקוט דכתבו כן. ואין אנו צריכים לומר דפליגי המ"ר והילקוט על הש"ס דילן: וכעין זה ראיתי בשו"ת הרדב"ז ח"ה סי' ש"א רפ"ד שהביא לדברי הרמב"ם פ"ח ה' גזלה הללו והקשה עליו דהא אין מוסרין שבועה לקטן ותיגר דמייירי בקפץ ונשבע כו' ודוחק הוא לומר שאם קפץ הקטן ונשבע שתהיה שבועתו מסייבת קרו וחומש ואשם וע"כ כתב דהנכון הוא דהא איירי שגזל אביו כו' ונשבע לו ואח"כ הודה ומת ונתן בנו של הגזלן הפסוף לאנשי משמר ומת אין היורשין מוציאין והא דקרי ליה גזלן כו' עכ"ל הרדב"ז.

הרי דגם הרדק"ז לא הביא לדברי המדרש והילקוט הזה ותמה ג"כ על הרמב"ם. וטעמו ג"כ כמו שפתי ליישוב את מה שפתי בספרי לתמוה על הרמב"ם משום דאף דמבואר במדרש ובילקוט פן מ"מ הא אין למדין הלכה מן אגדות וכנ"ל.

ועיקר דברי הרדק"ז במה שפתי ליישוב לדברי הרמב"ם דמייגרי בגזל אביו ונשבע לו והודה ומת ונתן פנו של הגזלן דהוא קטן הפסד לאנשי משמר ומת אין היורשים מוציאין מהפגנים כו'.

הנה דבריו מוקשין דהא מבואר בב"ק (דף ק"י) במשנה הנה מעלהאת הפסד והאשם ומת הפסד ינתן לבניו כו' משום דאין פפדה למתים וכפ"י רש"י וכדאמרו בזבחים (דף ה') ובהוריות (דף ו') ובשא"ד.

והא דנתן הפסד ומת כו' הטעם הוא פדאמרו בגמ' שם דכיפר מחצה. א"כ היכא דאביו הגזלן הודה ששבע לשקר ומת אח"ז.

אף דנתן פנו הקטן את הפסד לפגנים לאחר שמת אביו הגזלן הדין נותן דיחזירו הפגנים את הפסד פיון דאין ממש במתנת הקטן וכמש"כ הרמב"ם שם שאין מתנתו מתנה א"כ מאיזה טעם לא יהיו הפגנים חייבין להחזיר להפסד וע"כ דברי הרדק"ז אינם מובנים על נכון.

ויש לי מה לדון בכ"ז ע"פ מה דמבואר בש"ע או"ח סי' רפ"ד סעיף ז' בהג"ה וביאור הגר"א זצ"ל ס"ק י"ז ובסי' תרכ"א סעיף ו' בט"ז ומג"א שם. והדברים ארוכים וקצרותי.

והעיקר כמש"כ בספרי ליישוב דברי הרמב"ם דגם קטן בעי פפדה בנשבע לשקר וע"כ מהני תפיסת הפגנים וא"צ להחזיר וכמש"כ בארנקה שם וכן הוא העיקר בכוננת המדרש והילקוט: ג (שם סעיף ב' הגה"ה) השכיר נשבע ונוטל מיורשי בעה"ב כו'.

והוא מן הירושלמי פ"ז דשבועות דאמרו מת בעה"ב השכיר נשבע ליורשיו ונוטל כו': ולפענ"ד יש לדון בזה מילתא חדתא והוא דהנה הקצה"ח הקא ס"ק א' הביא בשם הש"ך בתקפו פהו שפתי דכל הנשבעין ונוטלין פגון השכיר והנגזל והנחבל אם הנתבע אינו רוצה לשלם אין יורדין לנכסיו משום דה"ל כמו גזל דדבריהם וגזל מציאת חש"ו כו'.

והקצה"ח השיג עליו והעלה דאף בנשבעין ונוטלין מדרבנן דינו פגזל דאורייתא ונחתינן לנכסיו ורק בשבועה דרבנן ובמציאת חש"ו בזה מצינו דאין יורדין לנכסיו. אבל היכא דלא מצינו בפירוש פן אמרינן כל דתקון רבנן פדאורייתא תקון ועיין בשבועות (דף מ"א) תוס' ד"ה ולר"י כו'.

והדברים ארוכים ונחתינן. והנה הש"ך בח"מ סי' ע"ר ס"ק א' הביא בשם המבי"ט דאם גזל מקטן דבר שנקנה לו מדרבנן פגון ע"י מתנת שכ"מ אינה יוצאה בדינין והש"ך פתי דזה צ"ע: ולפענ"ד נראה להסביר דברי המבי"ט הנ"ל עפ"י מה דמצינו באה"ע סי' כ"ח ובב"ש ס"ק נ"ב בשם הרא"ש וש"פ דאמרו דתרי דרבנן הוי דבר שאין לו עיקר בתורה ועיין שם בביאור הגר"א זצ"ל ס"ק נ"ה.

וכעין זה מצינו גבי אמתזק איסורא בדרבנן דבתרתי דרבנן הקילו כמש"כ המל"מ ה' מקנאות פ"י הל' ו' והראב"ד שם. והובא בחוות דעת בכללי ספק ספיקא ס"ק כו'.

ומה"ט מדמה הש"ס לתרתי דרבנן דהתם להך דספק עירוב פמבואר בעירובין (דף ל"ה).
ואף דמצינו בכמה דוכתי דבספק עירוב הקילו יותר מבכל מילי דרבנן.

וכמש"כ התוס' בעירובין (דף מ"ה) ד"ה איבעית אימא הוי ספק דבריהם כו' אפ"ה דימו
תרתי דרבנן בשארי מילי להך דספק עירוב וכמש"כ שם החו"ד עי"ש. אלמא דתרתי
דרבנן מדמינן למה דמצינו באיזה תקחז"ל איזה קולא דראו להקל בו יותר מבכל
התקנות.

ועיין ביבמות (דף פ"א) תוס' ד"ה מאי היא. ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ו מזה והנה
גבי דעת אחרת מקנה לקטן דקונה.

כתב המ"מ פ' כ"ט ה' מכירה והובא במח"א ה' זכיה סי' ד' דאינו אלא מדרבנן. ועיין
בקידושין (דף י"ט) תוס' ד"ה אומר אדם כו' ובתוס' גיטין (דף ס"ה) ובתוס' פסחים (דף
צ"א ע"ב).

ובקצה"ח סי' רל"ה וסי' רמ"ג. ולפ"ז יש לדון אם נתנו מתנת שכ"מ לקטן.

דזה הוי תרתי דרבנן לשיטת המ"מ ה"ל. (א) דרבנן מתנת שכ"מ דאינו רק מדרבנן.

(ב) דעת אחרת מקנה לקטן אינו רק מדרבנן לפי דעת המ"מ ה"ל. לכן יש לומר דמדמינן
זה למה דמצינו באיזה תקנה דקילא כמו מציאת חש"ו ושבועה דרבנן דלא נחתינן
לנכסי'.

דה"ה י"ל פן בתרתי דרבנן. וכמו דמדמה הש"ס בעירובין (דף ל"ה) תרתי דרבנן לעירוב
פנ"ל ודוקא בחדא דרבנן אמרינן כל דתקון רבנן כדאורייתא תקנו ונחתינן לנכסיו.

רק היכא דאמרו חז"ל בפירוש דלא נחתינן לנכסיו כו'. אבל תרי דרבנן הא מדמינן זה
לתקנת חז"ל דקילא.

אלא היכא דמצינו דתקנו בפירוש אף בתרתי דרבנן דנחתינן לנכסיו שאני. אבל היכא
דלא מצינו בפירוש פן בזה שפיר י"ל דדינו כמו תקנת חז"ל הקילא דלא נחתינן לנכסיו
ושפיר כתב המבי"ט.

אלא דיש לדון קצת בזה דשאני מתנת שכ"מ דעשאוה כש"ל תורה וגם דהוי אסמכתא
לזה מקראי פמבואר כ"ז בב"ב (דף קמ"ז) וברמב"ם פ' ח' ה' זכיה ה' ב'. ואפשר דזהו
סברת הש"ך דהעלה שם בצ"ע: ולפ"ז יש לדון במה דאמרו דשכיר נשבע ונוטל מן
יורשי בעה"ב.

די"ל בזה דאף דהעיקר כמש"כ הקצה"ח ה"ל דבכל נשבעין ונוטלין נחתינן לנכסיו.
דעכ"ז י"ל דזה אינו רק בבעה"ב עצמו.

אבל בבא לגבות מיורשיו לפי מה דמסיק הש"ך לעיל בסי' ל"ט להסתפק דאפשר לומר
שעבודא לאו דאורייתא. וגם הא שכיר לא הוי מלנה הפתובה בתורה.

לפמש"כ התוס' בקידושין (דף י"ג) ד"ה מלנה הפתובה בתורה והרשב"א בחידושיו שם
גבי מלנה דלא הוי מלנה הפתובה בתורה אע"ג דכתיב האיש אשר אתה נושה בו כו'.
ועיין בתוס' פתובות (דף נ"ו) ד"ה הרי זו מקודשת כו'.

וכ"כ בְּחֻנְיָ נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל לְהַסּוּבְרִים דְּאִינוּ רַק מְדַרְבְּנָן. דִּי"ל בְּכָל זֶה דְּבִיּוּרָשִׁים בְּכַה"ג
לֹא נִחְתִּינָן לְנִכְסֵיהֶם מִשּׁוּם דְּהוּי תְּרַמֵּי דְּרַבְּנָן בְּיַחַד דְּקֵאָתִי בְּעַת דְּזוּכָה בְּשִׁבּוּעָתוֹ לְהִיּוֹת
נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל.

וְהָא דְּאָמְרוּ בִּירוּשְׁלַמֵי פְּשִׁיטָא מַת הִבְעָה"ב הַשְּׁכִיר נִשְׁבַּע לִיּוּרָשִׁי וְלֹא מְשׁוּוּ חִילּוּק בְּזָה.
י"ל דְּהִירוּשְׁלַמֵי לְטַעֲמִיהָ אֲזִיל דְּהָא סָתָם יְרוּשְׁלַמֵי הוּא ר' יוֹחָנָן.

וְר' יוֹחָנָן הָא ס"ל שְׁעִבּוּדָא דְּאוּרִיזְיָא פְּמִבְּנָאָר בְּקִידוּשֵׁין (דְּרַף י"ג) וְסוּף ב"ב. אֲבָל לְדִידוֹן
דְּלֹא הוּי אֲלֵא סְפָק אִם ש"ד אוֹ לֹא שְׁפִיר י"ל דְּבִיּוּרָשִׁי הִבְעָה"ב אִינוּ אֲלֵא פְּדִין כָּל גְּזוּל
דְּרַבְּנָן.

וּבְזָה י"ל דְּהַנְּכוּן כְּפִי שְׁפָתַב הַש"ף בְּתַקְפּוֹ פִּהוּן שְׁהוּבָא בְּקִצָה"ח כְּנ"ל. וְהָא דְּמַתְּנַת שְׁכ"מ
בְּתוֹרַת חֵיּוּב עַל יוּרָשִׁי.

שְׁאֵנִי דְּהָא עֵינָר מַתְּנַת שְׁכ"מ הוּא רַק לְאַח"מ. וְהוּי כְּמוֹ דְּתַקְנּוּ בְּפִירוּשׁ דְּלֹא מְשׁוּוּיָן
חִילּוּק בִּינֵיהֶם אֲבָל הִכָּא דְּאֵנוּ מְצַרְפִּין תְּרַמֵּי דְּרַבְּנָן לְהַדְּדִי מִדְּעַתְּיָנוּ.

וְלֹא מְצִינּוּ בְּפִירוּשׁ דְּתַקְנּוּ בְּזָה לְמַתְּנַתְּם. רַק דְּאֵנוּ מְצַרְפִּין לְהַנְּדָה תְּרַמֵּי דְּרַבְּנָן בְּיַחַד.

בְּזָה שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן דְּלֹא נִחְתִּינָן לְנִכְסֵיוֹ בְּכַה"ג וְיֵשׁ לְהַאָרִיף בְּזָה בְּשְׁאָרֵי דְּוִכְתִּי. וּבְמָה
שְׁפָתַב הַרְדָּב"ז בַּח"א ס' תְּקִי"ז דְּכָל גְּזוּלָה דְּרַבְּנָן אִף גְּזוּל גְּמוּר אִין מוֹצִיאִין בְּדִיּוּנִין
וְהַאָרִיף שָׁם בְּזָה.

וְכֵן מִשְׁמַע מִלְּשׁוֹן הַש"ע בַּח"מ ס' ש"ע סְעִיף ז' וְהוּא לְשׁוֹן הַרְמַב"ם ע"ש. וְעֵינִין בִּיּוּ"ד
ס' קס"א סְעִיף ד' וְקִצְרִתִּי.

וְגַם יֵשׁ לְדוֹן בַּח"ז ע"פ מַש"כ הַרְדָּב"ז בַּח"א ס' תְּק"ג בְּמִלְיָ דְּרַבְּנָן בְּמָה שְׁהוּא מִדְּעַתוֹ
כְּמוֹ בְּמַשָּׂא וּמַתָּן וְקִנְיָנִים אִף דְּהוּי רַק מְדַרְבְּנָן דְּבְּזָה נִחְתִּינָן ג"כ לְנִכְסֵיוֹ כְּאִילוּ הוּא מְדִין
תּוֹרָה מִמֶּשׁ ע"ש.

וְזָהוּ מִקְלָתָא חֲדָתָא. וְעֵינִין מְזָה בְּסַפְרֵי גַחַל יִצְחָק בְּקוּנְטְרָס שְׁעִבּוּדָא דְּאוּרִיזְיָא ס' ג'
לְסִימָן ל"ט: ד (שָׁם סְעִיף ג') וְכֵן אִם תְּבַעוּ אַחַר זְמַנּוֹ כו' יִשְׁבַּע בַּע"ב הִיָּסַת כו' שְׁתַּבְּעוּ
כָּל זְמַנּוֹ כו' וּבִיּוֹם שְׁלִישִׁי אִינוּ נו"נ עכ"ל.

וְלְכַאֲוָרָה יֵשׁ לְדוֹן בְּתַבְּעוּ כָּל זְמַנּוֹ דְּאִין לוֹ רַק כְּנִגְדַּת אוֹתוֹ הַיּוֹם שֶׁל תְּבִיעָה וְלָכֵן בִּיּוֹם
שְׁלִישִׁי אִינוּ נו"נ. מ"מ אֲפֹשֶׁר דְּחִיָּב הִבְעָה"ב שְׁבִיעָה בְּנִק"ח כְּעִין שְׁבִיעַת הַתְּקִנָה דְּחִיָּב
הִבְעָה"ב לִישְׁבַע הִכָּא דְּהַשְּׁכִיר הוּא חָשׂוּד כְּמִבְּנָאָר שִׁטַּת הַר"ן וְסִינְעָתוֹ שְׁהוּבָא לְעִיל
בְּש"ף ס"ק ג'.

וְאִף לְפִי מָה שְׁהַעֲלָה הַש"ף שָׁם דְּהַעֲיָקָר דְּאִינוּ חִיָּב בַּע"ב שְׁבִיעָה בְּנִק"ח רַק הִיָּסַת
לְאַחַר שְׁתַּקְנּוּ דְּהַשְּׁכִיר נו"נ וְהִכָּא דְּאִין דִּינוֹ לִיְטוּל אִין כְּאִין שְׁבִיעַת הַתְּקִנָה. מ"מ יֵשׁ
לְחַלֵּק דְּשִׂא"ה דְּמִיָּרִי בְּתוֹף זְמַנּוֹ דַּבְּעָה"ב טְרוּד בְּפוּעֲלֵיו ע"כ לֹא תַקְנּוּ שְׁבִיעָה עַל
הִבְעָה"ב רַק עַל הַשְּׁכִיר כְּמַש"כ הַנְּתִיבוֹת ס"ק ב'.

אֲבָל הִכָּא דְּמִיָּרִינָן לְאַחַר זְמַנּוֹ דְּאִינוּ נו"נ הַשְּׁכִיר ע"כ אֲפֹשֶׁר דְּתַקְנּוּ הַשְּׁבִיעָה חֲמוּרָה עַל
הִבְעָה"ב וְדוּמָה לְהָא דְּמִבְּנָאָר לְקַמְן סְעִיף ד' דְּאִם הִכְחָשְׁתֶּם הוּא בְּהַקְצִיעָה דְּנִשְׁבַּע

הבעה"ב בנק"ח וכמש"כ הסמ"ע שם הטעם דכיון דהשפיר נושא נפשו התמירו על הבעה"ב ש"ח.

ואף לפמש"כ הש"ך שם ס"ק ט' דהעיקר דבקציצה אינו חייב הבעה"ב שבועה בנק"ח. הטעם הוא דלא נשכיח דיקפון הבעה"ב בפחות מפדיחיו בקציצה כמש"כ הש"ך שם.

משא"כ ה"א שי"ך פנה בהכחשתם בהפרעון: והא דאמרו ה"א בתבועו אחר זמנו דישבע בעה"ב היסת י"ל הטעם הוא משום חזקה אין בעה"ב עובר בבל תלין. אבל הי"א דתבועו פל זמנו כו' דלא שי"ך החזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין וכמש"כ התוס' בב"מ (דף ק"ג) ד"ה ולעולם כו' עדיין י"ל דחייב הבעה"ב שבועת התקנה שהוא שבועה בנק"ח פנ"ל: ומצאתי בשמ"ק לב"מ (דף ק"ג ע"א) ד"ה פנגד אותו היום של תביעה כו' שכתב וקרוב אני לומר שכל שתובעו שכיר לבעה"ב פל זמנו אע"פ ששקה אח"כ זמן מרובה נשבע בעה"ב שבועת התקנה דכיון דליכא למימר חזקה אין בעה"ב עובר משום בל תלין שיהי תבועו פל זמנו אין לפטור בעה"ב משבועת התקנה כו' וכ"ת חזקה אין שכיר משקה שכרו איכא נמי חזקה דאין שכיר עובר משום בל תגזול וכל ששקולות הן נשבע בעה"ב מן התקנה וכמו שכתבנו למעלה הר"נ עכ"ל השמ"ק.

הרי להדיא דהשמ"ק בשם הר"נ כתב דיש מקום לחייב להבעה"ב שבועת התקנה שהוא שבועה בנק"ח. ואפשר דהר"נ לשיטתו דס"ל בהיה השכיר חשוד דישבע בעה"ב שבועה בנק"ח כמש"כ בשמו בס"ק ג' פנ"ל.

ונה לשון רש"י בב"מ (דף ק"ג ע"א) ד"ה ולעולם כו' ואם רוצה בעה"ב לישבע לא נאמין כו'. ומשמע דס"ל ג"כ דעכ"פ חייב הבעה"ב שבועת התקנה דאלו שבועת היסת מאן דכר שמה ואין פאן מקומה של שבועת היסת.

אף אין זה הכרח כ"כ דכה"ג כתב רש"י בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה מה לי לשקר כו' נאמן בשבועה עכ"ל. ושם פנונתו לשבועת היסת פנ"ל ה"א דכוננת רש"י לשבועת היסת.

אף השמ"ק כתב להדיא דיש לחייב הבעה"ב שבועה חמורה: ואפשר לומר דהשמ"ק לשיטתו אזיל דשם לעיל מיניה בד"ה וכי שכיר עובר משום בל תגזול הקשה וא"ת והא חזקה דבל תגזול איכא נמי גבי בעה"ב ותיגרז דגבי בעה"ב אין פאן כ"כ בל תגזול שאם לא יתן היום מחמת שחקה יתן למחר אבל שכיר אם יטול שלא פדין עובר מיד משום בל תגזול עכ"ל.

ונהו פעין מה דאמרינן בכמה דוכתי בש"ס דאשתמוטי קא משתמיט עד דה"ל זוני. והתוס' בב"מ שם ד"ה וכי שכיר עובר בבל תגזול כו' הקשו לזה הקושיא והא בעה"ב אית לי נמי החזקה שאינו עובר בבל תגזול ותירצו כו'.

הרי דהתוס' ס"ל דגם בבעה"ב אית לי החזקה שאינו עובר בבל תגזול. והנה עיקר סברת השמ"ק שיש לחייב הבעה"ב שבועת התקנה הוא לפי דליכא למימר חזקה אין שכיר משקה שכרו דהא איכא נגדו החזקה דאין שכיר עובר על בל תגזול וכל ששקולות הן נשבע בעה"ב מן התקנה.

א"כ זהו דוקא לשיטת השמ"ק דגבי בעה"ב לא שייך חזקה דאינו עובר בבל תגזול. אבל לשיטת התוס' בב"מ ושבועות (דף מ"ה) דגם בבעה"ב שייך חזקה דאינו עובר בבל תגזול שפיר יש לדון דיפטר בעה"ב משבועת התקנה משום דאיפא חזקה אין שכיר משקה שכרו.

ואין לומר דיש פנגדו חזקה דאין שכיר עובר בבל תגזול. דהא גם להבעה"ב איפא חזקה דאינו עובר בבל תגזול לשיטת התוס'.

א"כ ממילא נשאר החזקה דאין שכיר משקה שכרו בתקפו ופוטרת להבעה"ב משבועת התקנה דהיא נשבעה חמורה פפי שכתב השמ"ק מתחלה. דאם הנה שייך חזקה דאין שכיר משקה שכרו הנה פטור משבועת התקנה: שוב ראיתי דזה אינו פיון דמזירינו הקא בתבעו פל זמנו א"כ חזינו דעבר הבעה"ב על בל תלין א"כ ממילא לא שייך לדון להחזקה דאין בעה"ב עובר בבל תגזול אף לשיטת התוס'.

דהא עיקרו הוא משום חזקת פשרותו וכינון דחזינו דעבר על בל תלין א"כ ממילא הוא נחשד שיעבור גם על בל תגזול דהכל חדא ובפטר לפמש"כ התוס' שם דחמור לאינשי לאו אחד פתרי לאוי.

(ובעיקר סברת התוס' הנה פתבתי במק"א לדון ע"פ דברי התוס' ביבמות (דף פ"ה ע"ב) ובכתובות (דף י"ח ע"ב). ועוד דהא פיון דתבעו פל זמנו ולא פרעו הרי עובר מיד גם על בל תגזול כמבואר בב"מ (דף קי"א ע"א) א"כ עבר כפר הבעה"ב על בל תגזול.

ע"כ אף לשיטת התוס' שייכים דברי השמ"ק דכינון דבעה"ב לא שייך לדון להחזקה דלא עבר בבל תגזול. אבל על השכיר יש לדון להחזקה דאינו עובר בבל תגזול וסותרת להחזקה דאין שכיר משקה ע"כ ממילא חייב הבעה"ב ליטבע שבועה בנק"ח.

ומ"מ לדינא קשה לדון דיהיה חייב הבעה"ב שבועה בנק"ח מצד דחשו לטובת השכיר לכדי חיי דהא גם השמ"ק כתב רק בלשון וקרוב אני לומר כו' דמשמע דלא הנה פריא ל"כ"ג. וגם יש לדון דכמו דחזינו דהתקנה דתקנו דשכיר נו"נ לא תקנו לעולם רק בכנגד אותו היום של תביעה משום דאין זה תקנה טובה שיהיה נאמן לעולם וכמש"כ התוס'.

וכש"כ לפמש"כ הנתיבות בס"ק ח' להסביר דלכן לא תקנו להאמין להשכיר לעולם משום דאינו שכיח שישקה השכיר שכירותו זמן הרבה ע"כ לא עשו תקנה במדידי דלא שכיח ע"ש. ע"כ ה"ה הקא בחיוב שבועת התקנה על הבעה"ב ג"כ יש לדון פן דכינון דלא שכיח שישקה שכירותו כ"כ.

ע"כ ממילא לא תקנו גם להתקנה לחייב להבעה"ב שבועת התקנה ולא שייך פדי חיי בכה"ג דהא השכיר פשע דלא הנה לו להשהות מלתבוע שכירותו זמן הרבה. ולכן שפיר סתמו הטוש"ע בנה ומשמע דליפא בכה"ג חייב שבועת התקנה על הבעה"ב וע"כ דינו כמו פל פפירות ממון דאינו חייב רק שבועת הדין וסמכו על מה שכתב בש"ע לעיל מינה דישבע בעה"ב הדין דמשמע דה"ה אח"ז במש"כ בתבעו פל זמנו כו' ג"כ אינו נשבע רק הדין וכן י"ל בדברי הרמב"ם פ' י"א ה' שכירות ה' ו': ובעיקר הענין שחייבו להבעה"ב שבועת הדין בתבעו אחר זמנו יש להעיר מן מש"כ לעיל בחידושי לסי' פ"ז

סעיף ו' דהיכא דלא שייך תזקה דא"א תובע דיש תזקה אחרת הסותרו אין לחייב ש"ה
א"כ ה"א דיש תזקה אינו עובר בבל תלין ותזקה אין שקיר כו' הסותר לתזקה דא"א
תובע א"כ יפטר מש"ה.

אבל באמת אינו קשה כלל דשא"ה דהנה תזקה דאינו עובר בב"ת כו' עשה פעולה לגרוע
זכות שיש להשקיר לישבע וליטול ע"כ אינו בכחו לסתור לתזקה דא"א תובע כו'. וכן
מוכח ממה דס"ל לכ"פ לחייב ש"ה לאחר הפרעון בתו"ז אף דיש תזקה דא"א פורע תו"ז
וכן בתזקה דש"ל שנים דסי' ק"מ וכמש"כ שם בחידושי מנה ע"ש: ה (שם סעיף ג')
וכן אם תבעו אחר זמנו כו' הממע"ה כו'.

הטעם הוא פדאמרינו בב"מ (דף קי"ג) דתזקה אין בעה"ב עובר משום בל תלין ותזקה
אין שקיר משהא שקרו וכן הוא בשבועות (דף מ"ה). ומבואר בפסוקיא ובתוס' שם ד"ה
ולעולם כו' דתזקה אין שקיר משהא שקרו אינו מועלת אלא היכא דאיכא תזקה דאין
בעה"ב עובר בבל תלין כו'.

וכעין זה כתבו התוס' בב"ב (דף מ"ה ע"ב) ד"ה נתנה לו כו' ובתוס' ב"מ שם ד"ה השתא
דמטא זמן כו' ובתוס' שבועות שם ד"ה פי מטי זמן כו'. וכלל הוא דבעינו דוקא הנה
תרתי תזקות ביחד.

וכ"כ הג"א ב"מ פ"ט סי' מ"ד ע"ש: ונראה לע"ד לומר דלפ"ז היכא דמוחזק הבעה"ב
לנו שהיא חשוד מכבר לעבור על בל תלין דלא שייך ביה לומר תזקה אין בעה"ב עובר
על בל תלין דהא חזינו דעבר מכבר על בל תלין ע"כ הדין נותן דגם אחר זמנו יהיה נאמן
השקיר לישבע וליטול פינו דבעינו הנה תרתי תזקות ביחד דוקא אבל תזקה אין שקיר
משהא שקרו לחודה אינו מועיל לפטור הבעה"ב משום דיש פנגדו תזקה אין שקיר עובר
בבל תגזול כמבואר בפסוקיא שם.

וכעין זה מציינו באה"ע סי' ל"ג סעיף א' ברמ"א די"א דפנוי הבא על הפנויה בפני עדים
חוששים שמא פינו לשם קידושין ותזקה אין אדם עושה בעילת זנות אבל אם כבר הוחזק
לזנות כו' לא חיישינו.

וכ"כ הרדב"ז ח"א סי' שנ"א בהמגרש אשתו וחזר ובעלה בפני עדים דקיי"ל דצריכה
גט משום תזקה א"א עושה בעילת זנות דאם הוא פרוץ בעריות דכיון דלא קפיד בהכי
לאדיינינו לתזקה זו ואמרינו דבעל לשם זנות בעלמא כו'.

וכעין זה כתב הרי"ף בשבועות פ"ז בהסוקיא שם (דף מ"ו) בהשער השמיני במה דאמרו
דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן דאם היה מוחזק ומפורסם בגניבה מחזקינן ונאמן
לומר גנבים וכ"כ הטור בח"מ סי' צ' ובמחבר שם סעיף י"א ובסמ"ע ופ"ד שם בשם
פמה פוסקים דמוחזק בגנב אם טוען גנבים דינו כטוען שאולים ונאמן.

וכעין זה כתבו התוס' בשבועות (דף מ"ו ע"א) ד"ה עביד אינש כו' דהא דאמרו עביד
אינש דגזים ולא עביד זהו דוקא בסתם אדם אבל במוחזק בכף לא וכן נראה עכ"ל.
ונראיתי בתה"ד סי' ר"ט שהביא ראיות הללו להפך דין שהובא לעיל דאם הוחזק לזנות
אין חוששין לקדושין.

ועיין בכתובות (דף ל"ו ע"ב) מכיין דמהדר אזינא כו'. ומכל הלין נראה ברור ופשוט דאם הבעה"ב מוחזק מקבר להיות עובר על כל תלין דכיין דלא שייך ביה הסזקה דאין בעה"ב עובר על כל תלין ע"כ הדין נותן דהשפיר נאמן אף בעבר זמנו ליטול.

ולא שייך לומר דדין לא פלוג במה דהתקינו דאם עבר זמנו אינו נו"נ דהא חזינו בסוגיא דקציצה ובתוס' שם דהיכא דלא שייך הנה תרי חזקות דהשפיר נאמן כמש"כ לעיל בשם התוס' הרי דלא דייגינן בזה לומר לא פלוג ונדעתי מה שיש לדון עפ"ז בכוננת הירושלמי דשבועות רפ"ז שאמרו ודכונתה תקנו בבעה"ב שאם עבר זמנו שלא ישבע ויטול דאם נימא לדון לא פלוג כנ"ל הנה א"ש מה דאמרו לשון תקנו בבעה"ב.

אכן לפמש"כ דלא דייגינן בזה לא פלוג ע"כ העיקר כמש"כ לעיל בחידושי לסעיף א' בכוננת הירושלמי הלז: והתוס' בשבועות (דף מ"ה ע"ב) ד"ה וכי שכיר עובר כו' הקשו דמה בקה דאין שכיר עובר בבל תגזול מ"מ כיין דבעה"ב רמי אנפשיה ומדכר ה"ל ברי וברי ופטור כיין דכופר הפל כו'.

והנמוקי יוסף בב"מ בסוגיא דקציצה והשמ"ק בב"מ שם פתבו דכוננת הגמ' הוא דיתקנו שבועה חמורה על הבעה"ב משום פדי חיינו דשכיר אכל לא ליטול דכיין דבעה"ב רמי אנפשי' ומדכר ה"ל ברי וברי ע"ש.

אף כ"ז הוא לפי מה דמסיק הסוגיא שם לעיל מיניה דלכן עבר זמנו אינו נו"נ משום חזקה דאינו עובר הבעה"ב בכל תלין ואף דטרוד בפועליו מ"מ מפי מטי זמן חיוב רמי אנפשי' ומדכר וה"ל ברי וברי.

א"כ זה אינו רק היכא דשייך חזקה אין בעה"ב עובר בכל תלין ולכן מחמת חוקר האיסור דכל תלין רמי אנפשי' ומדכר. אכל היכא דחשוד ומוחזק הבעה"ב להיות עובר בכל תלין אז לא שייך לומר דכי מטי זמן חיוב רמי אנפשי' ומדכר כיין דאינו חושש לחוקר איסור כל תלין וה"ל טרוד כו' וחיוב לשלם להשכיר לכ"ע אף לשיטת הנ"י והשמ"ק הנ"ל: ומ"מ אין לומר דיהא נאמן השכיר לעולם בנ"ד ליטול מהבעה"ב דהא מצינו בב"מ (דף קי"ג) ביש עדים שתבעו כל זמנו דמקשה הגמ' ולעולם ומסיק דאין לו רק כנגד יום של אותו תביעה.

ולשיטת רש"י הטעם דאין שכיר משהא שכרו. ואף דהתוס' הקשו שם על רש"י מ"מ לפי מש"כ הנ"י בב"מ שם והר"נ בשבועות דשאני היכא דנתרשל השכיר כו'.

א"כ א"ש שיטת רש"י על נכון. וכן התוס' מפרשים שם דהטעם הוא דאין זה תקנה טובה שיהא נאמן השכיר לעולם.

ופירושם הוא די"ל פעין סברת הנ"י והר"נ שם דמסקי דכיין דנמשך זמן רב אפטר דהפועל שכח לפי דטרוד בעסקיו ולא האמינו להפועל רק בזמן עונה אחת אחר זמנו. ועיין בנתיבות ס"ק ח' שכתב טעם אחר במה שלא האמינוהו שם לעולם אכל אין זה במשמע מדברי התוס' שם.

ויהיה איה שיהיה פינו דחוינו אף בתבעו פל זמנו דבזה נודאי לא שיהיה חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין דעכ"ז לא האמינו להשפיר לעולם רק עונה אחת אחר זמנו וכמבואר בש"ס ובשו"ע ובט"ז.

דה"ה בנ"ד דמחזק הבעה"ב להיות עובר בבל תלין דאין להשפיר רק עונה אחת אחר זמנו ולא בזמן רב יותר דכן הוא זמן שקצבו חז"ל כמו דאמרו בב"מ דאין לו רק פנגד יום כו' וכן אמרו בירושלמי שבועות ריש פ"ז דאמר ר' יוסי אין לו אלא אותו היום בלבד.

וקא דמקשה הגמ' אי הכי אפילו עבר זמנו נמי כו' היינו משום דמשמע דבעבר זמנו אין לו שום זמן כלל לתבוע וליטול והיה לו להשפיר להיות נאמן עונה אחת אחר זמנו ולכן משני ומסיק דיש שני חזקות כו'.

אבל היכא דליכא חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין נאמן השכיר בעונה אחת אחר זמנו: ועפ"ז יש ליישב קושיות האו"ת ס"ק י"ב והקצה"ח בס"י ש"ו ס"ק ג' על הרמב"ן שהוקא בש"ך ס"ק יו"ד שתירץ קושיות הראשונים על הגאונים שכתבו דמלנה על המשפון ישבע בנק"ח מהא דהנותן טליתו לאומן כו' דשא"ה דאומן קונה בשבבח פלי.

דא"כ למה חילקו בברייתא דהנותן טליתו לאומן דבזמנו כו' ועבר זמנו הממע"ה הא עיקר הטעם דעבר זמנו כו' הוא משום חזקה אין בעה"ב עובר בבל תלין וכיון דאומן קונה בשבבח פלי אין פאן בל תלין כלל כו'.

אכן לפי מה שכתבתי אתי שפיר דברי הרמב"ן והוא דהא אף היכא דלא שיהיה חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין כמו בתבעו פל זמנו אינו נאמן השכיר לעולם רק ביום אחד וקצבו חז"ל גם בזה זמן מועט כנ"ל.

ע"כ ה"ה אף היכא דאיכא שבבחה ולא שיהיה בל תלין כלל מ"מ אינו נאמן השכיר לעולם רק כפי הזמן שנתנו לו חז"ל היינו עונה אחת אחר זמנו. והכא דמייירי בנתנה לו הטלית לבעה"ב.

מתחיל שיעור העונה אחר מסירת הטלית בחזרה להבעה"ב דבשיעור העונה הלז נאמן השכיר. ובעבר זמנו פירוש דעבר זמנו שנתנו לו חז"ל כמבואר בב"מ (דף קי"ג) דזהו פירוש של המשנה (שם דף קי"א) דאם יש עדים שתבעו בזמנו הרי נ"נ דפירשו בגמ' שם דקאי על זמן עונה אחת אח"ז וזהו שאמר בברייתא נתנה לו בזמנו נ"נ הפוננה בזמנו שקצבו לו חז"ל בהך משנה דב"מ הנ"ל.

אבל בעבר זמנו דהוא לאחר העונה הלזו אז אינו נאמן האומן משום דלא הימנוהו לעולם. וקא דמקשה הגמ' בסוגיא דקציצה אי הכי עבר זמנו נמי כו' שפיר הקשו דהא ע"כ הפירוש של המשנה דאמרו שכיר בזמנו נשבע ונוטל עבר זמנו אינו נשבע ונוטל הפוננה הוא על זמנו שנתנו חז"ל מתי הוא הזמן שעובר על בל תלין כמבואר בב"מ (דף ק"י ע"ב) במשנה.

דאין לומר דפירושו הוא זמנו שקצבו לו חז"ל העונה אחת אחר זמנו דהא קתני שם במשנה אח"ז בב"מ דאם יש עדים שתבעו בזמנו הרי נו"נ דפירשו שם בגמ' דזהו כנגד אותו יום של תביעה.

א"כ ע"כ הא דקתני שם מתחלה עבר זמנו אינו נו"נ פירושו לזמנו המבואר שם מתי עובר בבל תלין ואח"ז קתני אם יש עדים שתבעו בזמנו הרי נו"נ זהו על זמן שקצבו חז"ל העונה אחר יום התביעה והקשו בש"ס שפיר אי הכי אפילו עבר זמנו נמי כו'.

אבל בהברייתא דהנזמן טליתו להאמן כו' נתנה לו בזמנו כו' עבר זמנו הממע"ה. שפיר יש לפרש כמש"כ ומתנן דברי הרמב"ן על נכון: והנה לעיל בחידושיי לסעיף א' כתבתי לדון במה דמבואר לקמן סי' צ"א בפועלים וחנוני דלכ"ע פועלים נוטלים מדינא דה"ל הבעה"ב פאומר א"י א"פ.

והקשתי דלשיטת הראשונים דהובא בש"ף שם ס"ק י"ב דבחננוני שייף החזקה שלית עושה שליחותו א"כ סותרת להחזקת חיוב. וכתבתי די"ל דשייף בפועלים לדון להחזקה דאינו עובר בבל תגזול א"כ זה החזקה סותר להחזקה דשליח החנוני עושה שליחותו וממילא נשאת החזקת חיוב בתוקפה ומצטרפת להברי של הפועלים כ"ז כתבתי שם.

אכן לפי המבואר בסי' צ"ב סעיף ט' בש"ף שם דפועלים החשודים ג"כ נוטלים מהבעה"ב כמש"כ האו"ת שם באורים ס"ק כ"ד בשם הראשונים יע"ש. והא בפועלים החשודים לא שייף החזקה דבל תגזול דהא משמע אף שמוחזקים להיות עוברים על בל תגזול מ"מ נוטלים מהבעה"ב א"כ מוכח מזה דאף היכא דלא שייף החזקה דבל תגזול ג"כ נוטלים הפועלים משום א"י א"פ ואף דהחזקה שלית עושה שליחותו דגבי חנוני סותר להחזקת חיוב.

בע"כ מוכח כמש"כ בחידושי לסעיף א' שם דבכל גונוני אמרינו דאיני יודע אם פרעתי מוציא מהמוחזק אף דיש איזה חזקה הסותרת להחזקת חיוב. וזהו שייכות לענינינו דכתבתי דבמוחזק לגזול לא שייף החזקה דאינו עובר כנ"ל: ו (שם סעיף ד' ש"ף ס"ק ט') ולענין מה שדחקו כו' אף מ"ש הרמב"ן דמעיקרא קס"ד כו' דכיון דמיזכר דכיר חזקה אינו עובר משום בל תלין ובל תגזול כו' לא ירדתי לסוף דעתו דהא בזמנו עסקינן הקא דליכא משום בל תלין כו': ענף א' והפני יהושע לב"מ (דף קי"ב) בתוס' ד"ה שקליה רבנן כו' כתב ליישב דברי הרמב"ן דכוננתו דלא שייף להשביע להבעה"ב משום דמיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ומלנה ישנה ואשתמוטי לא שייף בשכר שכיר דהא עובר בבל תלין ומשום ביומו תתן שכרו וליתא בחזרה.

ובאמת קשה לשיטת הרי"ף וסייעתו דס"ל בריש פ"ק דב"מ דלכן משביעין ולא אמרינו מיגו דחשוד אממונא כו' משום דהלכה פאביי דמשום מלנה ישנה כו' א"כ איך אמרו בסוגיא דקציצה דשקלו רבנן שבועה מבעה"ב ושידוה אשכיר הא לא שייף מעולם שבועה על בעה"ב משום מיגו דחשוד אממונא ואשתמוטי וכן מלנה ישנה לא שייף דהא קשיאי זמנו ולא ישלמו יעבור מיד על בל תלין וביומו תתן שכרו וליתא בחזרה.

וגם החליט הפני יהושע שם דשבועה דאורייתא במודה במקצת לא שייך התם בבעה"ב
כיון דלא שייך אשתמוטי דהא פשיגינע זמנו תו ליכא לאשתמוטי שיקרי בע"כ צריך לשלם
לו פדי שלא יעבור על כל תלין ואם אין לו לשלם אונס רחמנא פטרי עכ"ל הפני יהושע.

וכן פתב המהנה לוי בשבועות (דף מ"ה ע"ב) דבשכר שכיר לא שייך אשתמוטי וספק
מלנה ישנה פעין סברת הפני יהושע ולא הביא לדברי הפ"י הנ"ל. אף באמת תקשה בהא
דשבועות (דף מ"ו) באומן אומר שמים קצצת כו' דמסיק דישבע בעה"ב וכן מבואר הךא
דבעה"ב נשבע וכ"ע מודו דנשבע היסת עכ"פ.

וקשה לפי מה דפסקו הטוש"ע בסי' צ"ב וקרא"ש והנ"י בב"מ (דף ו') דהעיקר פאביי
דאמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' אלא משום מלנה ישנה משבעינן וכיון דבשכר שכיר
ליתא בחזרה ולא שייך אשתמוטי א"כ קשה איך משבעינן להבעה"ב באמת.

אף מש"כ הפני יהושע לתרץ לדברי הרמב"ן עולה יפה די"ל דקס"ד מעיקרא לומר
דאינו חייב הבעה"ב לישבע אף במודה במקצת. דהיה ס"ל פעין סברת הפני יהושע
והמהנה לוי אבל לדינא דקיי"ל דחייב שבועה תקשה קושיות הפנ"י באמת.

וכן תקשה לעיל סעיף ג' בתבועו אחר זמנו דישבע הבעה"ב היסת וכן לעיל סעיף ב' דאם
היה השכיר חשוד דישבע בעה"ב: ומש"כ הפני יהושע דלכן משבעינן להבעה"ב ולא
אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' זהו הפל משום טעמא דכדי חיינו דשכיר כו'.

זה לא מסתבר פלל דהא כיון דהוי חשוד איסורא למסור לו שבועה משום מיגו דחשוד
כו' א"כ איך יתקנו שבועה להבעה"ב. וכן יש להקשות על דברי הפני יהושע דכתב
דמשום תקנת פדי חיינו ראו לחייב להבעה"ב שבועה אף דשייך לומר מיגו דחשוד
אממונא כו'.

דהתינח בשבועת התקנה אבל הא מצינו בעבר זמנו ותבעו דישבע בעה"ב היסת כמבואר
בסעיף ג' והא בעבר זמנו לא חשו לכדי חיינו דהא מה"ט לא תקנו התם שבועה בנק"ח
ותקשה איך משבעינן ליה לדברי הפ"י.

אף באמת מהא דתבעו אחר זמנו אינו קשה פלל דהא מבואר בב"מ (דף ק"י ע"ב) ובסי'
של"ט דאינו עובר על כל סלין אלא עד פקר ראשון ע"כ בתבועו אחר זמנו דינו כמו חוב
דשייך בי' אשתמוטי וספק מלנה ואינו קשה פלל מזה על דברי הפנ"י.

אכן מש"כ לעיל להקשות על דברי הפ"י שפיר הקשיתי. ועיקר סברת הפנ"י והמהנה
לוי דבשכר שכיר לא שייך שמא מלנה ישנה דליתא בחזרה.

כן פתב השמ"ק בב"מ (דף ה') והריטב"א שם פעין סברתם דלשיטת אביי ליתא לשבועה
בטוענו לקחת ממני רבית קצוצה והלה כופר דאינו דומה לגזלת ממני שנשבע לד"ה
דהתם פי פריש משום שבועה מתקן לאוי בחזרה אבל רבית לא מתקן לאוי בחזרה לדברי
רבינו הגדול ומורי הרשב"א חלוק בזה עכ"ל.

והא דח"מ סי' פ"ב וי"ד ס"ס קס"ט דנשבעין על טענת רבית אף דשיטת הש"ע בסי'
צ"ב פאביי דמשום מלנה ישנה כו'. הטעם הוא כמש"כ הריטב"א בב"מ (דף ה' ע"ב)
דלא משמע לאינשי דרבית לא מתקן לאוי בחזרה ע"ש.

אָבֵל בְּעוֹשֶׁק שְׂכָר שְׂכִיר דְּמִפְנֵי רֵשׁ בַּתּוֹרָה לֹא תֵלִין וּבִיוֹמוֹ תַתֵּן שְׂכָרוֹ וּבְיוֹדָאֵי מִשְׁמַע לְאִינְשֵׁי אִיסוּרָא ע"כ הָיִי מִזֵּה סִינֵיעֵתָא לְדַבְרֵי הַפְּנִי יְהוֹשֻׁעַ וְהַמְחַנֶּה לּוֹי בְּסִבְרַתְמָם. וְעַיִן מִזֵּה בְּסִפְרֵי גַחַל יִצְחָק סִי' ס"ו סְעִיף ל"ט: וְלַעֲנִיד נִרְאֶה לְיִשְׁבֵּי קְוִשְׁיוֹת הַפְּנִי יְהוֹשֻׁעַ וְהוּא דְלִדְיָנָא שְׂפִיר יְכוּלִין לְחַיֵּיב שְׁבוּעָה לְהַבְעָה"ב מִן הַדִּין דְּלֹא שְׂיִיף בְּיָה לּוֹמַר מִיגוֹ דְחָשׂוּד אִמְמוֹנָא חָשׂוּד אִשְׁבוּעֵתָא מִשּׁוּם דְּגַם בְּעוֹשֶׁק שְׂכָר שְׂכִיר אַף דְּבַהֲגִיעַ זְמַנּוֹ יַעֲבֹר עַל בַּל תֵּלִין וּבִיוֹמוֹ תַתֵּן שְׂכָרוֹ מ"מ שְׂיִיף אִשְׁתְּמוּטֵי כו'.

וְנִקְדִים דְּבָרֵי הַשֵּׁמ"ק ב"ב"מ (דָּף ה' ע"ב) ד"ה פְּגוֹן דְּאָתוּ סְהַדֵי כו' וְנָה לְשׁוֹנוֹ וּא"ת בְּמִלְוָה נְמִי אִם בָּאוּ עֲדִים שְׁהִיָּה בְּרִשׁוֹתוֹ ב"ב"ד פְּשִׁפְפֵר לְמָה אֵינּוּ פְּסוּל וּי"ל דְּמִלְוָה פִּינּוֹן דְּנִתְנָה לְהוֹצָאָה אִיכָּא לְמִימַר דְּהוּי צָרִיף לְהוּי לְהִנְהוּי זְוִי לְמִקְלָתָא אַחֲרִיתִי שְׁהִיָּה דְּחוּק עָלָיו בְּיוֹתֵר וּבְעֵי לְאִשְׁתְּמוּטֵי מֵהָאֵי אָבֵל בְּפִקְדוֹן כו' הָרִיטְבָ"א וּמ"ה נר"ו פְּתַב עוֹד וְנ"ל וּא"ת גַּבֵי מִלְוָה נְמִי אִי אָתוּ סְהַדֵי דְּאִית לִיָּה זְוִי לִיכָּא לְאִשְׁתְּמוּטֵי וְאַמְאֵי פֶשֶׁר וּי"ל דְּלַעוֹלָם אִיכָּא לְאִשְׁתְּמוּטֵי דִּילְמָא מִלְוָה אַחֲרֵת יֵשׁ עָלָיו שְׁדוּחַק אוֹתוֹ יוֹתֵר וּא"ת אַפְתִּי אִיכָּא לְאוּקְמִי פְּגוֹן שְׁהוּדָה בְּפִנֵי עֲדִים שְׂאִין עָלָיו מִלְוָה אַחֲרֵת וְהַמְעוֹת הָאֵלוּ שְׁלוֹ מִמֶּשׁ בְּגוֹנוֹנָא דְּלִיכָּא לְאִשְׁתְּמוּטֵי פְּלָל וּי"ל דְּאִי בַכָּה"ג פְּסוּל וְרַב חֲסִדָּא אֵינְרִי בְּסִתְּמָה מִלְוָה דְּאִיכָּא לְאִשְׁתְּמוּטֵי וּבְסִתְּמָה פְּקִדוֹן דְּלֹא נִיתֵן לְהוֹצָאָה וְנִקְטֵי לִי בְּיָדוֹ דְּלִיכָּא לְאִשְׁתְּמוּטֵי עכ"ל.

וְלִכְאוּרָה צָרִיף בְּיֹאוֹר בְּסִבְרַת מ"ה נר"ו שְׁפַתְב דְּהָא דְּאָמְרוּ אִשְׁתְּמוּטֵי כו' פְּרִוּשׁוֹ הוּא דִּילְמָא מִלְוָה אַחֲרֵת יֵשׁ עָלָיו כו'. דְּהָא לְקַמְן מְסִיק אַבְיֵי הָף סְבָרָא דְּשָׂמָא מִלְוָה יִשְׁנָה כו'. אָבֵל שְׁמַעֲתָא דְּסוּגִיָּא שֵׁם לְעִיל מִינְיָה לֹא אָתוּ עֲלֵי. מִשּׁוּם שְׂמָא מִלְוָה יִשְׁנָה כו'.

וְהַטְעַם הוּא דַס"ל פִּינּוֹן דְּטַעֲנַת חוּב יֵשׁ לִי בְּיָדָף הָיִי טַעֲנָה גְרוּעַ וְאֵינּוּ נֶאֱמָן בְּלֹא מִיגוֹ ע"כ חֲזִינּוּ דְּהוּא חָשׂוּשׁ רַחוּק. א"כ מִמִּילָא כְּמוֹ כֵן הִכָּא בְּמָה דְּאָמְרוּ אִשְׁתְּמוּטֵי כו' דְּעֵיקְרוֹ הוּא מִשּׁוּם שְׂמָא יֵשׁ אֵינְה מִלְוָה אַחֲרֵת עַל הַנְּתַבָּע וּכְמַש"כ הַשֵּׁמ"ק א"כ הָא זְהוּ חָשׂוּשׁ רַחוּק לּוֹמַר כֵּן.

וְהַשֵּׁמ"ק בְּתִי מ"ה נר"ו לֹא אָתִי עֲלָה רַק מִטְעַם שְׂמָא מִלְוָה יֵשׁ לְאַחֲרִים עַל הַבַּע"ד הַנְּתַבָּע וְלִכֵּן מִשְׁתַּמְיֵט מִינְיָ. וּבְיוֹדָאֵי אֵין לְחַלְק בֵּין חָשׂוּשׁ דְּשָׂמָא מִלְוָה יִשְׁנָה יֵשׁ לְהַנְּתַבָּע עַל הַתּוֹבָע לְבִין חָשׂוּשׁ דְּשָׂמָא יֵשׁ לְאַחֲרִים מִלְוָה עַל הַנְּתַבָּע.

וְלָדוֹן בְּזָה פְּעִין סְבַרְתַּה גַּמ' דַּב"ב (דָּף קע"ב) בֵּין גַּפִּילָה דְּיַחֲדִיד לְגַפִּילָה דְּרַבִּים זֶה אֵינּוּ מְכַמָּה טַעֲמִים וְקַצְרֵתִי: וְיֵשׁ לְחַלְק דְּהָא גַּמ' מְקַשָּׁה לְקַמְן עֲלָה דְּאָמַר אַבְיֵי חֲזִינְשִׁין שְׂמָא מִלְוָה יִשְׁנָה כו' אִי הָכִי נִשְׁקוּל בְּלֹא שְׁבוּעָה וּמְסִיק דְּחִינְשִׁין שְׂמָא סְפַק מִלְוָה יִשְׁנָה כו'.

וְכִינּוֹן דְּהָא חָשׂוּשׁ דְּאָמַר אַבְיֵי הוּא לְחוּשׁ שְׂמָא מִלְוָה יִשְׁנָה. ע"כ סְתָמָא דַּגְמ' דְּלַעֲלִיל מִינְיָה שֵׁם לֹא הִיָּה נִיחָא לְהוּי לּוֹמַר כֵּן מִשּׁוּם דַּס"ל דְּזְהוּ חָשׂוּשׁ רַחוּק לְחוּשׁ שְׂמָא סְפַק מִלְוָה כו' וְנִשְׁפַח מִמֶּנּוּ הָעֵנִין בְּבִירוֹר רַק דְּנוֹלָד לוֹ סְפַק כֵּן הוּא סְבַרְתַּה סְתָמָא דַּגְמ' הַחֹלֵק עַל סְבַרְתַּה אַבְיֵי.

אָבֵל בְּהָף אִשְׁתְּמוּטֵי כו' דְּכַתְבַּת הַשֵּׁמ"ק דְּעֵיקְרוֹ הוּא מִשּׁוּם דְּשָׂמָא יֵשׁ עַל הַנְּתַבָּע אֵינְה מִלְוָה הַדּוּחַקְתּוֹ כו' א"כ בְּזָה שְׂפִיר יֵשׁ לְחוּשׁ שְׂמָא מִלְוָה וְנִדְּאִית יֵשׁ עָלָיו הַיּוֹדַע בְּבִירוֹר שְׁהוּא חֲזִיב לְאַחֲרִים.

והא בזה לא שינוי לומר אי הכי יפטר משבוועה. משום דאף אם האמת הוא פן מ"מ אין זה מועיל להפטר ע"פ דין משום דהא אין קדימה במטלטלין וע"פ דין יחלקו אותו הבע"ח שאין לפנינו עם אותו התובע שלפנינו.

וכיון דבזה מועיל החשש דשמא מלנה ונדאית יש לאחר על הבע"ד הנתבע ע"כ כ"ע ס"ל להסברא דשמא מלנה כו' ולא דיינינו מה"ט לסברא דמיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא: ועוד יש לחלק דהא על עיקר דברי אב"י דאמר שמא מלנה ישנה כו' הקשו הבעל המאור והרמב"ן במלחמות והר"ן והנ"י והשמ"ק והריטב"א דא"כ יאמר שיש לו מלנה על התובע ויהי נאמן במיגו וכתבו ליישב זה בכמה אנפי.

ע"כ י"ל דמה"ט לא הי' ניחא לסתמא דגמ' לומר כסברת אב"י דמשום מלנה ישנה כו' דס"ל דא"כ ה"ל לומר דיש לו מלנה ישנה על התובע פקושייתם. אבל בחשש שיש לאחרים מלנה עליו הדוחקתו כמש"כ השמ"ק בזה אינו קשה דה"ל לומר פן די"ל דאם הי' אומר פן לא הי' הב"ד מוסרים לבעל חובו הדוחקתו דהיו הב"ד פוסקין דיחלקו ביניהם.

ע"כ בזה כ"ע ס"ל דיש לומר דילמא יש לאחרים מלנה עליו ולא נימא מיגו דחשוד אממונא כו'. ועוד י"ל דדוקא בחשש שמא מלנה ישנה יש להתבצע על התובע שפיר יש לומר פן פיון דזה זכותו להפטר מן בע"ד התובעו לפנינו.

אבל בחשש שיש לאחרים מלנה עליו י"ל דאינו רוצה לאלומא לחוב שיש לאחרים עליו וכמש"כ רש"י בסנהדרין (דף כ"ט ע"ב) ד"ה פותבין כו' ולא ניחא לי' לאלומא כו' עכ"ל. ולכן אינו רוצה להגיד בפירוש לפני הב"ד שיש לאחר חוב עליו ולאדם חוב של האחר פעת פי חושש אולי יהי' איזה ענין שלא יהי' בידו לסלק לו.

ולכן כ"ע ס"ל להחשש שמא יש לאיזה איש חוב עליו ומשתמיט מן הבע"ד התובעו לפנינו ואתי שפיר דברי השמ"ק. ועיין בב"ב (דף מ"ו ע"ב) ובתוס' ד"ה לוקח ראשון כו' דחייש שמא יבא ב"ח כו' ויש לחלק: אף עדיין יש להקשות על השמ"ק שכתב דלכן כופר במלנה פשר לעדות משום דתלינו שמא יש לאחרים מלנה הדוחקתו להתבצע.

דהא לקמן כתבו התוס' בד"ה ספק מלנה ישנה כו' דכופר בפקדון אין להכשירו משום ספק מלנה ודוקא בענין מיגו דחשוד אממונא דלא הוי ונדאי חשוד תלינו בספק מלנה. א"כ הכא בכופר במלנה ונדאית לנו וגם ידוע בעדים שיש מעות ברשותו איך אמרינו להכשירו לעדות משום שמא מלנה יש לאחר עליו והא אם לא היו אמרינו שמא מלנה כו' הנה מיפסל בנדאי א"כ בכה"ג הא לא אמרינו שמא מלנה ישנה.

ואפשר לומר דהשמ"ק אזיל לטעמי' דכתב לקמן תירוץ אחר על הא דכופר בפקדון פסול לעדות ולא אמרינו שמא מלנה ישנה ע"ש מש"כ בשם הר"ש דיודי"ש ז"ל. וגם יש לדון בתירוץ דשם דאכתי תקשה בגזלן ודאי דנימא להכשירו משום ספק מלנה וכמש"כ התוס' שם.

ועיין בשער משפט סי' צ"ב ס"ק ד'. ויש להאריך בכ"ז הרבה.

וכן לפי מש"כ לעיל יש לחלק הכא ג"כ וקצרתיו: ענף ב ואחרי כ"ז יש לדון דגם בעונשק
שכר שכיר שייך אשתמוטי קא משתמיט כו' דהא מבואר בב"מ (נף קי"ב ע"א) דאם אין
לו מעות בעת שתבעו השכיר אינו עובר בבל תלין וכן מבואר בסי' של"ט סעי' י'.

ע"כ שפיר יש לומר אשתמוטי קא משתמיט בשכר שכיר דילמא יש עליו איזה בע"ח.
וע"כ אף דיש לו מעות בעת שתבעו השכיר י"ל שפ"מ צריך המעות עבור בע"ח אחר
הדוחקתו.

וכמו דחזינו בעיקר דברי השמ"ק שכתב דאשתמוטי כו' דשפ"מ יש עליו בע"ח הדוחקתו
אף דהדין הוא שיתחלק ביניהם המעות שיש לו אם אינו מספיק לכולם דהא אין קדימה
במטלטלין.

אפ"ה י"ל דמורי היתירא בזה פ"ן דע"פ דין הוא מחנניב לכאו"א מן הבע"ח. וכי"ן דיש
בע"ח אחר הדוחקו סובר דיכול למסור מה שיש לו לבע"ח אחר.

כמו כן י"ל בחוב שכר שכיר דכי"ן דיש עליו חוב ג"כ מן אחר הדוחקו מורי היתירא
דיכול למסור לאותו הבע"ח לבדו. א"כ ממילא אין לו מעות ברשותו בעת שתבעו השכיר
לפניו ואינו עובר על כל תלין לפי דעתו: ויש להסביר ביתר ביאור דיש לחוש שפ"מ יש
עליו בע"ח אחר הקודמת לחוב שכירות שתובע ממנו בעת.

ואף דאין קדימה במטלטלין מ"מ לאו כ"ע דינא גמירי וכעין זה כתב הרמב"ן במלחמות
לב"מ (נף ו') על קושיות הבעה"מ בחשש מלנה ישנה דיאמר בפירוש שיש לו חוב מלנה
ותירץ דלאו כ"ע דינא גמירי כו' וכ"כ השמ"ק ונהריטב"א שם.

ובנ"ד יש לומר לכ"ע הך סברא דלאו כ"ע דינא גמירי דהא מצינו דעת המחבר בסי' ק"ד
סעי' א' דלכתחלה יש דין קדימה במטלטלין וכמש"כ הסמ"ע שם פ"ן בשם תשובת
הרמב"ן וכן כתב הקצה"ח שם בשם התוס' פתובות (נף צ') דס"ל דיש דין קדימה
לכתחלה במטלטלין.

ואף דלדינא לא קיי"ל פ"ן כמש"כ הסמ"ע והאו"ת שם מ"מ פ"ן דמצינו דיעה אחת דס"ל
פ"ן שפיר י"ל דטעו אינשי וסברי כשיטת הפוסק דס"ל פ"ן. וכמש"כ בספרי באר יצחק ח'
אה"ע סי' ט"ז ענף א' בשם הנש"ף ח"מ סי' מ"ב ס"ק כ' וס"ק כ"ב.

ובשם התוס' ב"מ (נף ט"ו) ובסנהדרין (נף נ"ג). וכ"כ בספרי נחל יצחק סי' י"ז ענף א'
ובסי' מ"ב סעי' ט' מזה.

ולכן שפיר יש לומר בתבעו חוב שכירות דשפ"מ יש עליו איזה חוב הקודמת לחוב שכר
השכיר. וטועה וסובר דיש דין קדימה במטלטלין לכתחלה פ"ן דחד שיטה ס"ל פ"ן לדינא
ואף דלא קיי"ל פ"ן לדינא מ"מ לאו כ"ע דינא גמירי בזה.

והא דאינו אומר פ"ן בפירוש לפני הב"ד שיש עליו חוב הקודמתו ולפי דעתו הדין הוא
למסור לאחר אף ע"י ב"ד. יש לומר כמש"כ לעיל דלכן אינו אומר פ"ן בפירוש לפני
הב"ד דלא ניתא ליה לאלומא להחוב של האחר פי מי יודע איזה סביבה שייכול להנולד
לאחר זמן שלא יהי באפשריות בידו לסלק לבע"ח הדוחקתו ממנו.

[נגם י"ל בזה ג"כ לאו כ"ע דינא גמירי ועיין בסי' צ"ט ש"ק ס"ק ו' שפתי דנאמן במיגו לומר שיש עליו חוב ע"י מיגו ואין זה נקרא מיגו במקום חזקה מה שפחת ידו הוא שלו ומחלק שם.

אבל אפתי יש לומר דטעמי נסבר דגם כה"ג הוי כמו מיגו במקום חזקה מה שת"י הוא שלו ולא כ"ע גמירי בזה כל כף וקצרת]. וכינן דיש לחוש שמה יש לו מלנה אחרת הדוחקתו.

א"כ מורי היתירא וסובר דכה"ג הוי כמו דאין לו מעות ברשותו בעת שתבעו השכיר ממנו ואינו עובר בכל תלין וע"כ שייך שפיר אשתמוטי אף בחוב שכר שכיר לכ"ע: ואף לפמש"כ להקשות על השמ"ק דהא בכופר בפקדון כינן דהוי גזלן ונדאי לא תלינן בשמא מלנה ישנה.

מ"מ ה"א בהכחשת הבעה"ב להשפיר כינן דלא הוי חשוד ונדאי אף דיש לדון אפתי מיגו דחשוד אממונא כו' מ"מ יש לנו לומר אשתמוטי כו' מן חשש שמא מלנה אחרת יש עליו הדוחקתו והקודמת כנ"ל.

וכש"כ לפי שיטת הפוסקים דהלכה פאביי דשמא מלנה ישנה כו'. ואף דבכל מקום קיי"ל דחוב יש לי בידי הוי טענה גרוע מפל מקום לענין דלא נימא מיגו דחשוד אממונא כו' כינן דלא הוי חשוד ונדאי אמרינן שמא מלנה ישנה לשיטת אביי.

ע"כ שפיר יש לומר דה"ה בחוב שכירות אף דליתא בתורה מ"מ מורי היתירא מחמת חשש שמא יש לאחרים מלנה עליו הקודמת לחוב שכירות כנ"ל וחושב דזה הוי כמו דאין לו מעות א"כ לדעתו לא עבר מעולם על כל תלין ולא הוי חשוד כלל.

ולכן אף אם ידוע שבעת שתבעו השכיר ממנו יש לו אז מעות ת"י עכ"ז לא דיינינן בזה מיגו דחשוד אממונא כו'. והא דאמרו בעבר זמנו אינו נשבע ונוטל דהטעם הוא משום חזקה אין בעה"ב עובר בכל תלין כו' ולא אמרינן שמא לא היה לו מעות אז ברשותו או דשמא איזה מלנה שיש עליו כנ"ל.

זהו משום דבאמת לא שכיח לומר דלא הי' לו מעות אז דמסתמא כינן ששכר הפועל הי' לו אז מעות. וגם חשש מלנה שיש עליו הוא דבר רחוק באמת כמו דאמרינן בכ"ד דחוב יש לי בידי הוי טענה גרוע ואינו נאמן לומר סטראי רק במיגו דלהד"ם.

רק לענין דלא נימא מיגו דחשוד אממונא כו' בזה שפיר תלינן לומר שמא מלנה כו' כמו דקאמר אביי כ"ז דלא הוי חשוד ונדאי כנ"ל. וכן מוכרח לומר במה דקאמרי בתבעו אחר זמנו אינו נו"נ משום חזקה אין בעה"ב עובר בכל תלין אף דכ"ז דלא תבעו אינו עובר בכל תלין אם כן אפשר לומר דלא תבעו עד לאחר זמנו אם כן ממילא לא עבר בכל תלין ולא שייך חזקה זו כ"כ.

מ"מ כינן דמסתמא תבעו בזמנו ע"כ דיינינן חזקה זו ולא חיישינן למידי דלא שכיח: נחזור לעניינינו דלא מבעיא לפי תירוץ השמ"ק בשם מ"ה נר"ו דתירץ דשייך אשתמוטי כו' משום חשש מלנה כו' בנדאי שייך כן גם בחוב שכירות דחייב הבעה"ב שבועה דמשבעינן ליה כנ"ל.

ואף לפי תירוץ הראשון שפכת השמ"ק שם בשם הריטב"א די"ל דצריף להמעות למילתא אחריתי שהי' דחוק עליו ביותר. י"ל פן בפשטיות גם בחוב שכירות דשמא צריף להמעות על אינה ענגו שהיה דחוק עליו ביותר לפי הוראת היתר שלו א"כ ממילא ה"ל כמו דאין לו מעות לפי טעותו בדעתו ע"כ ממילא לא הני חשוד דהא לפי דעתו ה"ל כמו דאין לו מעות דאינו עובר בבל תלין ושייף שפיר אשתמוטי כו' כמו בכל חוב.

וע"כ שייף חיוב שבועה אף שבועת מודה במקצת בחוב שכירות. ומוכח פן מפל הפוסקים שכתבו חיוב שבועה להבעה"ב בטענת שכיר פנ"ל: ענף ג והנה לעיל סעי' ג' פתבתי בשם השמ"ק לב"מ (דף קי"ז ע"א) אם תבעו כל זמנו דנותנין לו פנגד יום של תביעה ואם שהה השכיר יותר אינו נו"נ דמ"מ גשבע הבעה"ב שבועת התקנה וכן הבאתי בשם רש"י ב"מ (דף קי"ג) ד"ה ולעולם כו' דבעה"ב גשבע.

וקשה הא פיון שתבעו בזמנו ולא פרע לו א"כ מבןרר לנו שעבר הבעה"ב על לאו דבל תלין והני דינו כמו חשוד ונדאי ויהא פסול לשבועה. ואף לפמש"כ הפני יהושע דמשום תקנת פדי חיי דשכיר נתנו לו שבועה ומשביעין לו ולא חיישינו למה דהני מיגו דחשוד אממונא כו'.

עכ"ז תקשה היכא דהני הבעה"ב חשוד ודאי דהני דין ברור לנו דאין מוסרין שבועה לחשוד. דאיף מוסרין שבועה לחשוד.

דאיף מוסרין שבועה לבעה"ב חשוד וכמו דקאמרי בירושלמי פ"ז דשבועות ה"א בהנה השכיר חשוד אין מוסרין שבועה לחשוד וכמבואר לעיל סעיף ב'. ואף דעיקר זכות השכיר ליטול הוא משום פדי חיי.

כש"כ היכא דאין זכותו ליטול רק להשביע להבעה"ב. ואין לנו להאריף פי בונדאי פשוט דאם הנה הבעה"ב חשוד דאסור למסור לו שבועה.

א"כ קשה דאיף משביעין להבעה"ב שעבר בונדאי על לא תלין: אכן לפמש"כ אתי שפיר דיש לנו לומר דאפשר שלא הנה לו מעות אז בעת שתבעו השכיר. ואף דזהו מילתא דלא שכיח מדחזינו דאמרו בעבר זמנו אינו נו"נ משום חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין ולא אמרינו שמא לא הנה לו מעות אז וכנ"ל.

מ"מ לענגן שלא יהיה חשוד ונדאי תלינו אף בחשש רחוק ולא להוציא מן חזקת פשרות וכדמוכח ממה דתקנו שבועה על הבעה"ב וכמו שהקשה הפני יהושע פנ"ל. וגם היכא שידוע שהנה לו מעות ברשותו בעת שתבעו השכיר י"ל לפי דברי השמ"ק שפכת בשם מ"ה נר"ו דאמרינו דשמא מלנה הנה עליו הדוחקתו כו' א"כ ה"ה הכא לא הני חשוד מה"ט וכמש"כ.

אכן לדינא אין לסמוך על סברא זו היכא דהיו עדים שתבעו השכיר בזמנו ולא פרעו וגם מעידים שהנה לו אז מעות ברשותו דזה דומה לכופר בפקדון דכתבו התוס' והריטב"א בב"מ דהיכא דהנה חשוד ונדאי לא אתי ספק שמא מלנה ישנה להוציא מידי ונדאי וכמבואר בסי' צ"ב סעי' ג' ובסמ"ע שם.

והשמ"ק שפתיב פון פבר נתבאר דאזיל לשיטתו פסונגיא דב"מ (דף ו') שם דהעלה טעם אחר במה דלא אמרינו בכופר בפקדון דשפא הנה לו מלנה ישנה כו' אבל לדינא דהראשונים לא כתבו פו.

וכן העיקר דאל"כ תקשה בגזלן גמור נימא ג"כ להכשירו דשפא מלנה ישנה כו' וכמש"כ התוס' שם. וילדברי השמ"ק בטעמו צריכים אנו לדחוקי בזה ואכמ"ל.

וע"כ לכאורה נראה דבכה"ג מיפסל לעדות ולשבועה ובנודאי אין סברא לחלק בין חשש שפא מלנה ישנה של הנתבע על התובע לחשש שפא יש לאחרים מלנה על הנתבע דגזיל בטר טעמא דלא אחי ספק שפא מלנה כו' להוציא מידי נודאי.

אכן לפמש"כ די"ל בכה"ג אשתמוטי כו' ומורי היתירא דשפא נצרך להפעות על אינה עגנו הדוחקתו וסובר דזה מקרי כמו דאין לו מעות דאינו עובר בבל תלין ע"כ אף בתבועו קל זמנו ולא פרעו וידוע שיש לו מעות אז.

מ"מ לא הוי פסול לעדות ולשבועה משום ה"ט די"ל גם בכה"ג אשתמוטי כו'. ודוקא במלנה לא תלינו אם ידוע בעדים דהוא חשוד משום דמלנה הוא חשש רחוק ביותר כמו דאמרינו דטענת חוב יש לי בידיה הוא טענה גרוע.

ולכן שפיר סתמו בזה ומשמע דבכל גונוי משבעינו להבעה"ב דאין דינו כמו חשוד: ענף ובעיקר דברי הפני יהושע והמחנה לוי שפתיבו לדון דבעובר על בל תלין מיפסל לשבועה.

נלע"ד לומר דאין דינו כמו חשוד ונקדים למה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ל"א ענף ו' במה דקיי"ל דעד חמס מיפסל לעדות אף דאין לוקין על לאו דגזיל וכה"ג משום דעד חמס שאני אבל בעינו דיעבור בקום ועשה משא"כ היכא דעבר באיסור חמס על לאו דאין בו מעשה לא מיפסל לעדות.

והא דכופר בפקדון פסול הטעם הוא משום דבכפירתו איתעביד מעשה דנתחייב באונסין ע"ש. א"כ לפ"ז יש לדון בעבר הבעה"ב על לאו דבל תלין פיון דחטאו הוא בלא מעשה והוי לאו דאין בו מעשה וכמו שהקשה החכם צבי בסי' כ"ו על התוס' ב"מ (דף ס"א) שפתיבו דלקי על לאו דעושה ש"ש דהא הוי לאו דאין בו מעשה.

וכ"כ השער המלך מזה בפ"א הל' חמץ ומצה ע"ש. וכ"כ בטורי אבן לחגיגה (דף ה' ע"א).

וראיתי בפני יהושע ב"מ (דף ס"א) תוס' ד"ה לעבור עליו בשני לאוין כו' שפתיב ליישב קושיות החכם צבי הנ"ל ונ"ל ועי"ל דלאו דעושה לא מקרי לאו דאין בו מעשה דנדאי לא עבר אלאו דעושה אלא מעשה שפתיב"ד וכפירה זו מקרי מעשה דקיי"ל עקימת שפתיבו הוי מעשה ואף שהתוס' כתבו דבעינו דוקא שע"י כף נעשה איזו מעשה ה"נ מקרי מעשה דמעשה שפתיב קאי ברשותו לעגן אונסין עכ"ל.

ודבריו מסייעין למש"כ בספרי נחל יצחק הנ"ל גבי כופר בפקדון דהוי כמעשה משום דע"י כפירתו איתעביד מעשה חיוב אונסין. וכונתו דלעיל מיניה כתב הפני יהושע שם דעושה דשם מוקמינו לי' בב"מ (דף מ"ח) שייחד לו פלי לעושהו לריו"ח דמעוות קונות

ולר"ל בנטלו וחקור והפקידו אצלו א"כ בכה"ג שניף לומר דע"י פפירתו להפלי שחקור וקניב מן השכיר בפקדון דנתחייב באונסין וע"כ ה"ל כמו מעשה.

אבל בכופר חוב שכירות שלא נטל פלי עבור החוב שכירות מעולם הא לא שניף בי' לומר דנתחייב באונסין ע"י פפירתו דהא בלא"ה כ"ז דאינו משלם לו מחייב הבעה"ב לשלם לו ולא שניף בזה לומר דנתחייב באונסין פלל ע"י פפירתו.

וע"כ בנודאי מקרי כופר לשכר שכיר ועובר על כל תלין לאו דאין בו מעשה ולא מיפסל מה"ת לעדות: וכמו כן דלא מיפסל בלאו שאין בו מעשה לשבועה דהא חזינו דלעדות מיפסל גזלן מה"ת וכיוצא בו.

ואלו לשבועה כתבו התוס' בב"מ (דף ה') ובכתובות (דף י"ח ע"ב) בשם יש מפרשים דגזלן לא מיפסל לשבועה אלא מדרבנן ואף לשיטת הר"י חסיד דשם מ"מ אין להחמיר לפסול לשבועה ביותר מן פסולי עדות וכמבואר במ"מ פ"ב הל' טוען ה"ב דלפסול לעדות שנה להפסולים לשבועה וכן משמע בסי' צ"ב.

א"כ אף בעבר הבעה"ב על כל תלין מ"מ פינו דאין בו מעשה לא נפסל לשבועה מה"ת רק מדרבנן וכמש"כ המל"מ בפ"ד הל' מלנה הל' ו' דהיכא דעברו על לאו שאין בו מעשה לא נפסל מה"ת רק מדרבנן וכמבואר בסי' ל"ד דעבר עבירה שאין בו מלקות נפסל עכ"פ מדרבנן היכא שיש בו חימוד ממון לכ"ע.

ומש"כ הנתיבות בסי' ל"ד ס"ק ה' בהחולק עם הגנב דאינו נפסל אף שהוא חוטא דהטעם הוא דלא עבר רק על עשה דהשבת אבידה דלא נפסל. הנה באמת לפמש"כ בספרי נחל יצחק שם בסי' ל"א להוכיח מן התוס' סנהדרין (דף כ"ד) דבסודרי שביעית אם בשביעית דאורייתא נפסלין מה"ת אף דאינו רק עשה דלאכלה ולא לסחורה. והעיקר תלוי בחטא שיש בו מעשה.

א"כ אף בעשה דהשבת אבידה אף דאין בו מעשה ולא מיפסל מה"ת אבל מדרבנן ה"ל להיות פסול עכ"פ ולא גרע מן עבירה מדבריהם דמיפסל מדרבנן בעבירה של חימוד ממון. וכמש"כ המל"מ כן בלאו שאין בו מעשה דמיפסל מדרבנן ואין סברא לחלק בזה בין עשה ללאו שאין בו מעשה.

והא דיבמות (דף ז' ע"א) דל"ת חמור מן עשה הא פירש רש"י שם שהרי לוקין עליו וקצרתו. והשער משפט בסי' ל"ד ס"ק ה' כתב כן בשם מהר"ם מלובלין בתשובה כסברת הנתיבות הנ"ל והקשה הרי מבואר בר"ס רנ"ט דהנוטל אבידה ע"מ לגנוזלה עובר משום לא תגזול ולא תוכל להתעלם כו' ואולי לא משמע לאינשי איסורא בהכי עכ"ל.

ובקושיותו י"ל דהא אינו מבואר לנו בעת שחולק עם הגנב דנטלה ע"מ לגנוזלה דאינו מוכח מן מעשה זה דאפשר דנטלה ע"מ להחזירה דאינו עובר רק משום השב תשיבם ואף במודה הא אין נפסל ע"פ עצמו.

עכ"פ מן הא דחולק עם הגנב דאינו נפסל אינו מוכח דאף מדרבנן אינו נפסל די"ל דנפסל עכ"פ מדרבנן והוא בכלל מה שאמרו בסי' ל"ד דעבירה שאין בה מלקות פסול מדרבנן וש"א"ה בחולק עם הגנב דלא משמע איסורא לאינשי.

וילשון הרמב"ם הל' עדות פ' י' ה"ד ועוד יש רשעים שהן פסולים לעדות כו' הואיל ולוקחים ממון שאינו שלהם בתקום פסולים כו'. ומשמע דבעינן מעשה שילקחו ממון בתקום וכמש"כ דמה"ת אינן נפסלים אף בתקום כ"ז דלא עשו מעשה: ובב"מ (דף ה') אמרו התם אשתמוטי כו' תדע דאמר רב אידי א' ר"ח הכופר במלנה פשר לעדות כו'.

ומשמע דאם לא היו אומרים אשתמוטי כו' הנה מיפסל לעדות הכופר במלנה. ובמאנה דפריעת בע"ח הוא העשה דהו' שלף צדק לשיטת רש"י פתובות (דף פ"ו) ולשיטת החולקים עליו המצות עשה הוא מן יוציא אליה העבוט וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ל"ט בקונטרס לסי' ב' בענין שעבודא דאורייתא.

וברמב"ם ה' גזלה פ"א ה' ד' פתב דאם אינו משלם לחוב הלנאה ה"ז עובר על לא תעשוק כו'. והובא בהרדב"ז ח"ב סי' תר"י ע"ש.

וכן י"ל דבכופר במלנה עובר על לאו דלא תשקרו ועיין בב"ק (דף ק"ה ע"ב). וגם על העשה דמדבר שקר תרחק ועיין בשבועות (דף ל"א) וב"ב (דף צ"ב ע"ב) בתוס' וקצת.

אבל כל אלו הלא אינן והעשה הני רק איסור דאין בו מעשה דהא קיי"ל עקימת פיו לא הני מעשה היכא דלא אתעביד ע"י מעשה ולא נפסל עי"ז לעדות. והא דאמרו דמשום אשתמוטי כו' דהכופר במלנה פשר לעדות יש לומר דהא פבר נתבאר דמדרבנן מיפסל אף בעבר על לאו דאין בו מעשה וכמש"כ המל"מ פ"ד ה' מלנה פנ"ל א"כ קשה איך אמרו דהכופר במלנה פשר לעדות הא פסול מדרבנן עכ"פ לכן שפיר הוכיח הש"ס מזה דאמרינן אשתמוטי כו': ואפתי תקשה על מה שפכתתי מן הא דאמרו בב"מ (דף ה') שם דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא דאלת"ה האי דאמר רחמנא מודה מקצת הטענה ישבע נימא מיגו דחשוד אממונא כו'.

ומשמע דהוכחתם הוא מן מאי דכתבה התורה דמודה במקצת ישבע. והא לפמש"כ דמה"ת לא מיפסל לשבועה אם עבר על לאו שאין בו מעשה א"כ אינו קשה כלל על מה דאמרה תורה דמודה במקצת ישבע.

וביותר תקשה על מה שפכתתי מן התוס' פתובות (דף י"ח) ד"ה ובכולי בעי דלודי כו' שכתבו בשם רש"י בב"מ על מה דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מקצת הטענה ישבע כו' ובכולי בעי דלודי כו' דפירושו הוא דלא תימא אמאי נשבע נימא מיגו דחשוד אממונא כו' וקשה לר"י כו' ואין לומר דמן התורה חשוד נמי אשבועתא כו' וכ"כ התוס' בב"מ (דף ג' ע"ב) ד"ה בכולי בעי דלודי כו'.

הרי להדיא דמה"ת הני חשוד למיפסל לשבועה מי שכופר במלנה אם לא הנה מסיק לומר והאי בכולי בעי דלודי ליה והאי דלא אודי אשתמוטי כו'. ומוכח מזה דלא כמש"כ דאף בלאו דאין בו מעשה ג"כ מיפסל לשבועה והני מזה סתירה לכל מש"כ: ענה ה' אמנם י"ל דאין מזה סתירה לדברי.

והוא די"ל דלדינא למאי דקיי"ל דאין לוקין על לאו שאין בו מעשה משום דכיון דאין בו מעשה הני מן הקלות וכמש"כ הטורי אבן בתגיגה (דף ה') דכיון דאין לוקין עליו ה"ל בכלל קלות דתשובה לחוד מכפר.

ועינין ביומא (דף ל"ו) תוס' ד"ה על עשה כו'. ומה"ט לא נפסל לעדות דלא הוי עליו שם
רשע פנין דאינו חייב מלקות.

וה"ה מה"ט מחמת קלות איסורו דאין בו מעשה ע"כ גם בפסול עד חמס דפסלתו התורה
אף דלא הוי בני מלקות מ"מ בעינין דיהיה חטא של מעשה וכמש"כ הרמב"ם דפסול עד
חמס הוא שלוקח ממון שאינו שלו פנ"ל דמשמע דעשה מעשה בלקיחות הממון שאינו
שלו.

אבל היכא דלא עשה מעשה י"ל דכיון דכה"ג הוי מן הקלות דאינו לוקה ע"כ ה"ה לא
מיפסל משום עד חמס. וכ"ז לדין דקיי"ל דאין לוקין בלאו דאין בו מעשה אבל למאן
דס"ל דלוקין אף על לאו דאין בו מעשה משום דס"ל שלא לחלק בין עשה מעשה ללא
עשה מעשה ואף דכתיב לעשות גבי חיוב מלקות כמבואר במכופות (דף י"ג ע"ב).

עכ"ז הנהך תנאי דס"ל דגם לאו שאין בו מעשה לוקין עליו. ס"ל שלא לחלק אם עשה
מעשה או לא עשה מעשה כלל.

ע"כ ה"ה בפסול עד חמס דפסלתו התורה לעדות ג"כ אין לחלק בין עשה מעשה או לא
והכל שוים דכיון דעבר על לאו או עשה דחמס דמיפסל לעדות וה"ה לשבועה מה"ת.
ותקשה עדיין להנהך תנאי דס"ל פן מן הא דכתבה התורה דמודה במקצת ישבע דנימא
מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא מה"ת.

ולכן הנוכרח רבה לומר הסברא דאשתמוטי כו'. וכן מצינו בש"ס בכמה דוכתי דפריי
סתם ונהקושיא הוא לחד תנא או אמורא כמש"כ הש"ך בסי' מ"ב ס"ק א'.

וכ"כ הרשב"א כה"ג בחי' לשבועות (דף מ"ה ע"א) בד"ה וליכתב ליה בל"ש כו' דכן הוא
דריה התלמוד להקשות כו'. ובפרט ממה שכתבה התורה שלא תקשה על הך תנא או
אמורא מן מה דמצינו בתורה להדיא להיפך.

וכן י"ל בכוננת הש"ס דב"מ (דף ה') דאמרו להוכיח ממה דאמר רחמנא דמודה מקצת
ישבע דנימא מיגו דחשוד אממונא כו' ה"תם אשתמוטי כו' כדריבא כו' דההוכחה הוא למ"ד
דלוקין אף בלאו שאין בו מעשה פנ"ל.

והא דאמרו תדע דאמר רב אידי כו' הכופר במלנה פשר כו' הא נתבאר דזהו לדין ג"כ
דעכ"פ מיפסל מדרבנן גם בלאו דאין בו מעשה פנ"ל. וע"כ אתי שפיר למש"כ בספרי
נחל יצחק סי' ל"א דבאין בו מעשה לא נפסל מה"ת רק מדרבנן לדין דקיי"ל שאין
לוקין על לאו שאין בו מעשה פנ"ל: ואחר שנתבאר דלדינא נקטינן דאם לא עשה מעשה
דלא מיפסל מה"ת לעדות וה"ה לשבועה רק מדרבנן מיפסל.

א"כ מינושב על נכון קושיות הפני יהושע ומהחנה לוי שהקשו איך מוסרין שבועה
להבעה"ב על טענת השכיר והא יש לומר בזה מיגו דחשוד אממונא כו'. ושמא מלנה
ישנה לא שייך בזה דהא ליתא בחזרה דעבר על כל תלין וביומו תתן שפירו וכיון דשיטת
הרי"ף הוא דהלכה פאביי דאמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' א"כ לא שייך כלל חיוב
שבועה על בעה"ב.

והוא דנקדים מש"כ המראה הפנים בירושלמי ב"מ פ"א ה"א ד"ה סליקו הן כו' בפלוגתא
אב"י ור' יוחנן דאב"י דס"ל דמשום מלוגה ישנה משבעינן ס"ל דלכן אמרינן מיגו דחשוד
אממונא משום דגזלן גמור מיפסל מה"ת ולכן אף היכא דלא הוי נדאי חשוד ג"כ יש לדון
מיגו דחשוד אממונא כו' רק משום מלוגה ישנה משבעינן.

וסוגיות הש"ס דס"ל דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' ס"ל דגזלן גמור לא מיפסל
אלא מדרבנן ולכן היכא דלא הוי נדאי חשוד לא דיינינן לומר מיגו דחשוד אממונא כו'
ע"ש. וגם לשיטת הרב ר"י חסיד דס"ל דגזלן גמור פסול לכ"ע מה"ת הא פתב הטעם
דלכן ס"ל דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' דשמא ע"י השבועה יפרוש כו'.

אבל אב"י לא ס"ל סבא זו. וכ"ז בפסול מה"ת ולכן מסיק אב"י דמשום שמא מלוגה ישנה
משבעינן.

אבל בפסול שהוא רק מדרבנן גם אב"י ס"ל ומודה דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו'
כיון דלא הוי פסול נדאי. וכמש"כ התוס' דגזלן גמור לא מיפסל רק מדרבנן ע"כ לא
אמרינן ביה מיגו דחשוד אממונא כו' ואף הר"י חסיד מודה לזה רק לפי דס"ל דגזלן
גמור פסול מה"ת לכן הוכרח לומר להסבא דע"י השבועה יפרוש כו'.

וכיון שנתבאר דאם עבר על לאו דבל תלין אינו פסול רק מדרבנן. ע"כ כ"ע מודו דיכולין
למסור שבועה להבעה"ב אף דלא שייך שמא מלוגה ישנה כו' משום דהא לימא בחזרה.

מ"מ לא אמרינן בכזה להך מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא כיון דעיקר הפסול
הוא רק מדרבנן וכל זמן דלא נתברר פסולו בנדאי יכולין למסור לו שבועה. ומתורץ
קושיות הפני יהושע והמתנה לוי: ולדברי הפני יהושע והמתנה לוי דכתבו דאם עבר
הבעה"ב על בל תלין הוי חשוד למיפסל לשבועה.

א"כ לפ"ז נראה דאם ידוע דעבר הבעה"ב על בל תלין ולא פרעו בזמנו נעשה חשוד
בנדאי. א"כ תקשה מהך דב"מ (דף קי"ג ע"א) אם יש עדים שתבעו כל זמנו דכתב רש"י
שם בד"ה ולעולם כו' דמוסרין לבעה"ב שבועה.

וכ"כ השמ"ק שם בשם הר"נ דמחייבין לבעה"ב שבועת התקנה. והא כיון דיש עדים
דעבר הבעה"ב על בל תלין א"כ הוי חשוד ברור להיות פסול לשבועה ואף שכתב הפ"י
דלא דיינינן מיגו דחשוד אממונא כו' משום תקנת שכיב ודחשוד לכדי חזיו אבל זה אינו
שייך היכא דהוי חשוד נדאי וכמש"כ לעיל.

אכן לפמש"כ דאינו נעשה חשוד מה"ת רק מדרבנן א"כ אינו פסול לשבועה עד שיכריזו
עליו כמש"כ התוס' בב"ק (דף ס"ב ע"א) ד"ה חמסן יהיב דמי כו' וכ"כ הרשב"א בב"ק
שם. ועיין מזה בגליון המשניות סנהדרין פ"ג אות ט' ובשער משפט סי' צ"ב ס"ק י"ד
ואכמ"ל.

ע"כ שפיר יכולין למסור שבועה לבעה"ב כ"ז שלא הכריזו עליו ויהיה לפ"ז סייעתא
לשיטת הסוברים דגם לשבועה לא מיפסל עד שיכריזו עליו. אכן אם הכריזו עליו וידוע
בצדדים שהיה לו מעות בעת שתבעו השכיב כל זמנו בזה הדין נותן דנעשה חשוד להיות
פסול לשבועה עכ"פ מדרבנן: והנה לפמש"כ לעיל בשם השמ"ק לב"מ (דף ה') דכתב

בכופר במלנה דכשר לעדות אף אם ידוע שיהיה לו מעות אז בראשיתו משום דאמרין
שפא מלנה יש עליו כו'.

א"כ ה"ה בני"ד יש לומר פן פנ"ל בארנפה ולא מןפסל כלל. אמנם לפמש"כ לעיל דלדינא
אין לומר פן משום דלא תלינו במלנה היכא דידוע בעדים שנעשה חשוד.

ע"כ מסתבר דפסול לשבועה פנ"ל. אכן לפמש"כ לעיל דיש לדון גם בזה אשתמוטי
דשפא היה נצרך להמעות על איזה ענין הדוחקתו והיה סובר דזה מקרי פמו דאין לו
מעות בראשיתו דאינו עובר על כל תלין.

ע"כ גם הכרזה אינו פועל לפוסלו לעדות ולשבועה ומותרין למסור לו שבועה בכל גונו:
ז (שם סעיף ה' ש"ף ס"ק יו"ד) לעיל בסי' נ"ח בחידושי פתבתי בארנפה למה ששייך
לדון בענין זה ע"ש: סימן צ א (סעיף א' ש"ף ס"ק א') וכתב בספר לח"מ ונ"ל וא"ת
דכל חשוד על השבועה קנסו כו' עכ"ל הלח"מ ועוד י"ל דל"ד לחשוד כו'.

עכ"ל הש"ף. והנה לעיל בחידושי לסי' פ"ז סעיף א' בש"ף ס"ק ג' פתבתי להוכיח מן
דברי הלח"מ והש"ף דס"ל דגם בגזלה אם הוא בעיני הני הילך אף דלא השיב לו בהשבה
עדיין מ"מ פינון שהיא בעיני דינו ככל הילך ופטור מן שד"א ומוכח מזה דלא כמש"כ
הנתיבות בסי' פ"ז ס"ק א' דבגזלה שהודה על פלי א' ועומד בביתו בעיניה לא ה"ל הילך
משום דגזלה לא קאי בראשית הפעלים עד שעת השבה לפני הב"ד כו' ע"ש.

והארבתי מזה בחידושי שם ע"ש: ב (שם סעיף ג') היה ע"א מעידו כו' ה"ז נשבע שלא
גזל. וכתב הסמ"ע בס"ק י"ג ה"ז נשבע ה"ספת משום דהיכא דאין ב' מחייבין ממון אלא
ע"י שבועה אז אין ע"א מחייבו שבועה.

וכן מבואר בסי' ע"ה סעיף י' ובטור שם ובש"ף ס"ק מ"ז. ובסי' צ"א סעיף ו' בש"ף ס"ק
כו'.

ומשמע מהש"ף דאף היכא דעיקר השבועה לא הוי רק מדרבנן ג"כ אינו מחויב שד"א
בכפירתו להעד. והתנאים בסי' ע"ה ס"ק י"א פתב דאם השבועה אינו מה"ת רק מדרבנן
אז הוי מחושואיל"מ ע"י הע"א וכ"כ הקצה"ח בסי' צ"א ס"ק ח': והנה אחי המנוח הרב
הג' חו"ב בחדרי תורה סוע"ה כו' כש"ת מו"ה אברהם אהרן זצ"ל אמר להוכיח פדבריהם
מהא דלעיל סי' נ"א סעיף ב' בשם הרמב"ם הוציא שט"ח בע"א וטען הלנה פרעתי ה"ז
מחושואיל"מ טען ישבע לי שלא פרעתי ה"ז נשבע כו'.

וקשה לפי הפלל שכתבו דהיכא דצריך שבועה אז לא הוי מחויב שבועה. א"כ תקשה
פינון דטען ישבע לי שלא פרעתי דאז אף בשנים היה צריך בעהש"ט לישבע ואפ"ה אמרו
בזה דה"ל מחושואיל"מ.

וע"כ מוכח פסקרת האו"ת והקצה"ח דכיון דמה"ת א"צ שבועה רק מדרבנן צ"ש ע"כ
לא שייך בזה הפלל הזה. ואין לחלק דשאני בשבועות השבע לי דצריך לטעון טענת
השבע לי דהא עכ"פ לאחר דטען השבע לי צ"ש.

וענין בשבועות (דף מ"א) דצריך הש"ס ומה בין זה לפוגם שטרו כו' וקצתתי. ואף
דשיטת הרמב"ם והמחבר דס"ל דשטר לא מהני מה"ת רק מדרבנן פמבואר בסי' כ"ח

עכ"ז דינו של השטר לאחר דתקנו דיהיה מועיל שטר עכ"פ מדרבנן דדינו פדאורייתא כדמצינו כה"ג במה דאמרו קיום שטרות מדרבנן ומה"ת הוי פנחקה עדותן וע"כ הקילו גבי קיום שטרות וכמש"כ המהרי"ק והובא בקצה"ח סי' מ"ו ס"ק ה' ע"ש.

והוא ראי' נכונה ודפח"ח. ועיין לקמן סי' צ"ב ש"ך ס"ק י"ד וקצרתיו.

ועיין בנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ל"ג ובנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' ה': ג (שם סעיף ז) מדליק אש כו' האמינו לניזק לישיבע וליתול כל מה שהוא אמוד כו'. והש"ך בס"ק י"ד פתב ועוד י"ל דלעגנן גזל וטמון באש דמדינא לא שקיל אלא מן תק"ח הבו דלא לוסוף עלה והיבא דלא אמיד לא תקנו עכ"ל.

והקצה"ח בס"ק ג' הקשה עליו מן סי' ע"ה סעיף י"ט בטענו כו' ואם הודה הרי הודה במקצת ומתוך שאיל"מ ונדקא שטענו דבר שהוא אמוד בו כו'. הרי להדיא דאף בדבר שהוא מה"ת ג"כ הדין הוא בטוענו דבר שאינו אמוד דאינו יכול לתבוע ומוכח דעיקר החילוק הוא דאפוקי ממונא שאני עכ"ל: ולענ"ד נראה ליישב קושיותו ע"פ ה"א דב"מ (דף ג' ע"ב) סלעים דינרין מלנה אומר חמש לנה אומר שלש כו' רבי עקיבא אומר אינו אלא כמשיב אבידה ופי' רש"י דה"ל למימר שתים דהשטר מסייעו כו'.

וכמש"כ הגימוקי יוסף שם והריטב"א והשמ"ק בשם הרמב"ן להסביר זה ביתר ביאור דטעמא דחשיב לי' ר"ע הקא משיב אבידה טפי ממודה מקצת דעלמא דכיון דמסייע לי' שטרא יכול להעזי פניו כדאמר בכתובות פיון דאיכא עדים דמסייע לה מעיזה ומעיזה אבל במודה מקצת דעלמא אינו יכול להעזי ואע"ג דבמסקנא אוקימנא טעמיה דר"ע משום דמסייע לי' שטרא לאו למימרא כו' אלא מעיקרא ס"ל דסיוע בעלמא הוא דמסייע לי' ובמסקנא אמרו דסהדותא מעליא היא למיפטר משבועה כו' עכ"ל.

[ועיין בהרא"ש ב"מ פ"א סי' ג' שכתב להוכיח מן ה"ך דב"מ הנ"ל דע"א מסייע פוטר דכיון דפטרנין שם משבועה בסיוע שטר בעלמא אף שאין כאן עדות גמורה כו' וקצרתיו]. הרי דמצינו דבשבועת מודה במקצת היבא דהוי סיוע קצת אף דלא הוי סיוע גמור מ"מ פטור מן שד"א ואמרינן דנאמן במיגודה"ל כופר הפל פיון דלא שייך בכה"ג חזקה אין אדם מעזי פניו פיון דאית ליה סיוע פל דהו וע"כ ה"ל משיב אבידה שם.

ולכן מה"ט התם בסי' ע"ה סעיף י"ט בתבועו דבר שאינו אמוד והודה במקצתו פטור מן שד"א משום דלא שייך בזה להחזקה דאין אדם מעזי פניו פיון דסברת מה שתובעו דבר שאינו אמוד מסייע להנתבע וע"כ הוי מצי להיות כופר הפל, ומה שהודה במקצת הוי משיב אבידה וכמו בה"ך סלעים דינרין דלנה אומר ג' דפטור מה"ט אף דמה דמסייע לי' שטרא לא הוי סיוע גמור.

ולכן עדיין יש לומר כמש"כ הש"ך דבדבר שהוא מה"ת לא מפקיעין זכותו ע"י מה דלא הוי אמוד משום די"ל דאין זה סייעתא גמור רק דהוי סיוע קצת לעגנן לפטור משד"א גבי מודה במקצת. וממילא לא דינינן התם להיות מחוייב שבועה ואיל"מ מה"ט פיון דלא שייך התם שד"א כלל מהאי טעמא ואינו קשה על הש"ך מה"ך דסי' ע"ה סעיף י"ט: ד (שם סעיף י"א) וי"א דבטוען גנובים הם דינו פטוען שאולים הם כו'.

וְכַתַּב הַסֵּמ"ע בִּס"ק ל"ד הַטַּעַם דְּלֹא הָיָה מְיֻגָּד לְהוֹצִיא כו' וְכֵן הַשֵּׁ"ף ס"ק כ"ב פָּתַח לְבָאָר
זֶה. וְהִנֵּה בְּסִפְרֵי נֶחֱל יִצְחָק בְּקוֹנְטְרָסִי בְּתַפְסָּה בְּדִרְרָא דְּמִמוֹנָא סִי' ג' בְּאַרְתִּי בְּטוֹב טַעַם
מִפְּנֵי מַה מְהִימָן הָכָא בְּמִיגוֹ אַף דְּהָיָה מְיֻגָּד לְהוֹצִיא וְהַעֲלִיתִי דְּהַטַּעַם הוּא פִּינּוֹן דְּחֻזְקַת מ"ק
מְסִייעַ לְהַבְּעֵלִים ע"כ אֲמָרִינּוּ בְּכַה"ג אַף מְיֻגָּד לְהוֹצִיא ע"ש.

וְהֶאֱרַכְתִּי בְּחִידוּשֵׁי שָׁם בַּעֲז"ה ע"ש: סִימָן צֵא א (סֵעִי א' שֵׁ"ף ס"ק ג') דְּאַף לִמ"ש לְקַמָּן
סִי' קמ"ט סְעִיף י"ד דְּלְכֹאֲרָה מִשְׁמַע מְדַבְּרֵי הָרַב הַמְּגִיד פ' י"ד מְטוֹעֵן דְּאִין מִשְׁבִּיעִין
הִיסֵּת ע"פ בְּרִי שָׁל כו' עכ"ל < וְזֶה לְשׁוֹן הַרְמַב"ם פ' י"ד ה' טוֹעֵן ה' ה' תַּחֲזוֹר הַשְּׂדָּה
לְבַעֲלִים בְּלֹא שׁוּם שְׁבוּעָה שְׁלֹא תִקְנוּ שְׁבוּעַת הִיסֵּת אֲלֵא לְיִשְׂרָאֵל כו' שְׁאִין אֲכִילְתוּ רְאִיָּה
עכ"ל.

וְהִמ"מ פָּתַח שָׁם טַעַם שְׁאִין טַעֲנַת כו' טַעֲנָה לְהַשְׁבִּיעַ עָלֶיהָ כו'. וְהוּבָא בִּסֵּמ"ע סִי' קמ"ט
סְעִיף י"ד ס"ק כ"ג וּבִשְׁ"ף שָׁם.

וְהִבִּיא שָׁם בְּשֵׁם הַרְשָׁפ"א דס"ל דְּחֻזְבִּינּוּ טַעֲנָתוֹ לְטַעֲנַת בְּרִי ע"ש. וּבְאַמַּת יֵשׁ לֹוֹמֵר
דְּעֵיקָר טַעֲמוֹ שָׁל הַרְמַב"ם הוּא עפ"י הָא דב"ק (דָּף צ"ו ע"א) דְּלֹא עֲבָדִינּוּ תַקְנֵתָא לְכָל
וְה"ה בְּהַדְּ תַקְנָה דְּשְׁבוּעַת הִיסֵּת וְכַמֵּש"כ פְּעִין זֶה הַקְּצָה"ח בְּסִי' ס"ו ס"ק ל"ב גְּבִי תַקְנָה
דְּמַכִּירַת שְׁטָרוֹת ע"ש.

וְהָא שְׁפָתַב הַרְמַב"ם בִּפ' י"ד מְטוֹעֵן שָׁם דְּיִשְׂרָאֵל הִבָּא כו' אִין אֲכִילְתוּ רְאִיָּה וּמִשְׁמַע דְּאַף
בְּזוֹ אִינוּ נִשְׁבַּע וְכַמֵּש"כ הִמ"מ שָׁם. י"ל דְּטַעֲמוֹ הוּא דְּגַם בְּכַה"ג שְׁיִיָּה סְבָרָא זֹו וְכַעֲיִן הָא
דב"ק שָׁם דְּאַמְרוּ דְּזַבְּנִיָּה לְיִשְׂרָאֵל דְּהִבָּא מִחֲמַת כו' ה"ה כו'.

וְהֶרַאב"ד בְּהַשְׁגוֹת שָׁם פ' י"ד מְטוֹעֵן שְׁאֵם מְכָרָה לְיִשְׂרָאֵל כו' שְׁיִשְׁבַּע כו'. וְהַשִּׁיג עַל
הַרְמַב"ם שָׁם בְּזֶה.

וּמִשְׁמַע דְּלַעֲיִל מְיֻנְיָה הִיכָא דְּלֹא מְכָרָה כו' מוֹדָה דְּאִינוּ נִשְׁבַּע. טַעֲמוֹ דס"ל כַּמֵּש"כ לְדַמּוֹת
זֶה לְהָא דב"ק דְּלֹא תִקְנוּ תַקְנֵתָא לְכָל אֲלֵא הִיכָא דְּמְכָרָה שְׁאִנִּי מִשׁוּם דְּיֵשׁ לְחֻלְק בֵּין הַדְּ
דְּמְכָרָה לְהַדְּ דב"ק דְּזַבְּנִיָּה לְיִשְׂרָאֵל וְהַחֲזִילוּק פְּשוּט לְכֵן קִצְרַתִּי בְּזֶה.

וְכֵן בְּמַה שְׁפָתַב הַשֵּׁ"ף הָכָא וּלְקַמָּן בְּסִי' קמ"ט ס"ק י"ג בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הַרְשָׁפ"א הַמוּבָא
בב"י סִי' ע"ב מְחֻזְדָּשׁ י"ח וּלְקַמָּן סוּף סִי' קפ"ה דס"ל דְּחֻזְבִּינּוּ טַעֲנָתוֹ לְטַעֲנַת בְּרִי יֵשׁ
לֹוֹמֵר דְּשֵׁא"ה דְּהָיָה עֲכָשְׁיוֹ לְטוֹבַת הַיִּשְׂרָאֵל.

וְהִמ"מ שָׁם פ' י"ד מְטוֹעֵן אֲתִי עָלָה מִהַטַּעַם דְּגַם זֶה מְקַרִּי טַעֲנַת שְׁמָא וְכַמֵּש"כ הַסֵּמ"ע
וְהַשֵּׁ"ף בְּסִי' קמ"ט בְּשֵׁם הִמ"מ. וְכֵן הוּא בְּסִי' קע"ו סְעִיף ל"ו בִּסֵּמ"ע ס"ק ע"ו וּבִשְׁ"ף
שָׁם ס"ק מ"ט: אֲכֵן לְפִי מִשְׁ"כ בְּסִפְרֵי נֶחֱל יִצְחָק סִי' ס"ו סְעִיף כ"ה לְחֻלְק דְּשְׁאִנִּי הִיכָא
דְּהָיָה לְתַקְנַת הַמְּסַחֲרוֹר דְּאִינוּ דוּמָה זֶה לְהַדְּ דב"ק ע"ש א"כ ה"ה הָכָא יֵשׁ לְחֻלְק בְּזֶה.

וּבְעֵיקָר הַדְּ מְיֻלְתָּא דְּכַתְּבֵתִי לְדוֹן ע"פ הָא דב"ק (דָּף צ"ו) דְּלֹא עֲבָדוּ תַקְנֵתָא לְכָל. יֵשׁ
לְהַעֲיִר עפ"ז בְּמַה שְׁפָתַב הַרְמַב"ם ה' זְכִינִי פ"ט ה' י' בְּזֶה"ל אֲבָל שְׁכ"מ שְׁצִינָה לִיתָן כו'
מִתְּנָה אִין שׁוּמְעִין לוֹ שְׁנָה כְּמוֹ שְׁצִינָה לְעַבְדוֹר עֲבִירָה עכ"ל וְכֵן פָּתְבוּ בַח"מ סִי' רנ"ו
סְעִיף ג'.

ואי נִימָא לְכָלְלָא דְלֵא תִקְנוּ לְכָל רַק כּו' א"כ בלא"ה לֵא מְהֵינִי שָׁם מִתְנַת שְׂכ"מ דְהָא לֵא תִקְנוּ לְכָל ע"כ אַף הֵיכָא דְלֵא הוּי עֲבִירָה ג"כ אֵינוּ קוּנְהָ. וְאַפְשָׁר לְחַלֵּק דְשֵׁא"ה דְתִקְנוּ מִשׁוּם שְׂלֵא תִטְרוּף דְעָתוּ כּו': עֲנָף א וְהִנְהוּג בְּבִתֵי הַדִּינִים לְחַיִּיב שְׁבוּעַת הִיסָת לְכָל מִי שְׁבָא לְתַבְנֹעַ אֶת יִשְׂרָאֵל.

וְכַעַת אַפְשָׁר לְדוּן לְפִי הַמְקוּמוֹת דְּבְדִינֵיהֶם אֵינֵן מְחַיִּיבִין שְׁבוּעָה עַל תְּבִיעָה בַּע"פ בְּמִשְׁפָּטֵיהֶם א"כ זֶהוּ דוּמָה לְמָה דְּמִבְּנֹאֵר בַּב"ק (דָּף קי"ג ע"א) שְׁבָאוּ לְדִין אִם אִתָּהּ יְכוּל לְזַכְּהוּ כּו' בְּדִינֵי כּו' זַכְּהוּ וְאַמְרֵן לּוּ כְּדֵינְכֶם וְהוּבָא בְּהֶרְמַב"ם פ' י' ה' מְלָכִים ה' י"ב.

א"כ ה"ה בנ"ד אַף דְּנִימָא דְנִהְגִינֵן לְהַשְׁבִּיעַ לְכָל מִי שְׁבָא לְתַבְנֹעַ מִשׁוּם דְּנִקְטִינֵן דְּהִדִּין הוּא לְחַיִּיב שְׁבוּעַת הִיסָת אַף בַּכּה"ג מ"מ הֵיכָא דְּבְמִשְׁפָּטֵיהֶם אֵינֵן דְּנִין לְחַיִּיב שְׁבוּעָה עַל תְּבִיעָה בַּע"פ א"כ הִדִּין הוּא לְדוּן וְלוֹמַר כְּדֵינְכֶם דְּאֵינֵן מְחַיִּיבִין שְׁבוּעָה עַל טַעְנָה בַּע"פ: וְהִנְהוּ הֵרָא"ש בַּב"ק פ"ק סי' י"ט פְּתַב עַלְהָ דְאָמְרוּ שָׁם בְּנֵי חוּרִין כּו' א"נ דְּשׁוּר שְׁל א"י שְׁנַגְח כּו' אֵינֵן מוֹצִיאֵינֵן מִמֶּנּוּ אֲלָא בְּעֵדִים כְּשֶׁרִים וְהוּבָא בְּטוֹר ח"מ סי' ת"ח וּבַסַּמ"ע שָׁם.

וְקִשָּׁה אִמַּאי לֵא נִימָא בְּזָה כְּדֵינְכֶם. וּמִצָּאתִי בִיש"ש לַב"ק פ"ק סי' מ"א שְׁהַקְשָׁה זָה וְסִרְיָן דְּאֵינֵן אוֹמְרִים כְּדֵינְכֶם רַק לְהַחְזִיק אֲבָל לֵא לְהוֹצִיא וְהוּבָא דְבְרֵי הִיש"ש בְּתוֹס' רַעַק"א לְמִשְׁנֵיּוֹת בַּב"ק פ"א מְשַׁנָּה ג' אוֹת י"א.

וְהִנְהוּ לְפִי מַש"כ הֶרְמַב"ם ה' גְּזָקֵי מְמוֹן פ"ח דְּבְדִינֵיהֶם אֵינֵן מְחַיִּיבִין עַל גְּזָקֵי שׁוּר וְכַמֵּש"כ הַמ"מ שָׁם אֵינֵן מְקוּם לְקוּשְׁיוֹת הִיש"ש. אַף לְפִי שֵׁיטַת הַשֵּׁגַת הֶרָאָב"ד שָׁם שְׁפִיר הַקְשָׁה וְהוּכִיחַ מִזָּה כְּלָל מְחַוֵּדֵשׁ הַלְזוּ.

וַיֵּשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל הַכְּלָל הַזֶּה מִן יְרוּשְׁלַמֵי לַב"ק פ"ד ה' ג' עַל מְשַׁנָּה שׁוּר שְׁל כּו' בֵּינֵן תָּם בֵּינֵן מוֹעֵד מְשַׁלֵּם כּו' רַב אָמַר רָאָה כּו' חֲזַקְנִי אָמַר הוֹפִיעַ כּו' ר' אַבְנֹה בְּשֵׁם ר' יוֹחָנָן כְּדִינֵיהֶם כּו'. הֵרִי לְהַדְיָא מְפֹרֵשׁ בִּירוּשְׁלַמֵי בְּשֵׁם רִיו"ח דְּאַף לְהוֹצִיא דְּיִינֵינֵן כְּדִינֵיהֶם.

וְגַם מוּכַח בִּירוּשְׁלַמֵי כְּשֵׁיטַת הֶרָאָב"ד דְּבְדִינֵיהֶם דְּיִינֵינֵן לְחַיִּיב עַל גְּזָקֵי שׁוּר. וְאַפְשָׁר כֵּינֵן דְּשִׁאֲרֵי אֲמוּרָאֵי שָׁם בִּירוּשְׁלַמֵי וְכֵן בַּב"ק בְּש"ס דִּילֵן (דָּף ל"ז ע"ב) לֵא תִקְרָצוּ כֵּן א"כ מוּכַח מִזָּה דְּאֵינֵן דְּנִין כְּדֵינְכֶם לְהוֹצִיא.

וְכֵן הָא אָמְרוּ בִּירוּשְׁלַמֵי שָׁם לְאַחַר דְּאָמַר ר' אַבְנֹה בְּשֵׁם רִיו"ח כְּדִינֵיהֶן דְּר' אַבְהוּ לֵא עַל הַדָּא אִיתְאַמְרַתְּ אֲלָא כִּהְדָּא דְּתַנִּי ר' חֵיָא כּו'. ע"כ שְׁפִיר כְּתַב הִיש"ש לְהַכְּלִל הַלְזוּ דְּשִׁאֲנֵי הֵיכָא דְּהוּי לְהוֹצִיא: וּבְעֵיקָר מִקְלָתָא אִם אֲמַרִינֵן כְּדֵינְכֶם לְהוֹצִיא אוּ לֵא נַלְע"ד דְּזָה תְּלוּי בְּמָה דְּמִבְּנֹאֵר בְּהֶרְמַב"ם פ"ט ה' מְלָכִים ה' י"ד דְּעֵיקָר מִקְלָתָא דְּנִצְטוּוּ עַל הַדִּינֵין הֵינֵנוּ שְׁיֹשְׁבֵיבוּ דְּיִינֵין לְדוּן כּו'.

וְהַפְסָף מְשַׁנָּה שָׁם כְּתַב בְּשֵׁם הֶרְמַב"ן בְּפִי הַתּוֹרָה בְּפָרְשַׁת וַיִּשְׁלַח דְּצוּוּי הַדִּינֵין הוּא לְהַתְּנַהֵג בְּהַדִּינֵין ע"פ חֲוִקֵי הַתּוֹרָה כּו'. אָכֵן מְדַבְּרֵי הֶרְמַב"ם מְשַׁמַּע דְּעֵיקָר הַתְּנַהֲגוֹת מְצוֹת הַדִּינֵין הוּא אַף ע"פ חֲוִקֵי הַנִּימוּסִיּוֹת כּו'.

וּלְפִי זֶה יֵשׁ לְדוּן דְּהָא מִקְלָתָא אִי אֲמַרִינֵן כְּדֵינְכֶם לְהוֹצִיא אוּ לֵא דְּזָה תְּלוּי בְּהָא פְּלוּגְתָא דְּאֵי נִימָא דְּהַתְּנַהֲגוֹת הַדִּינֵין הוּא ע"פ חֲוִקֵי דַת הַתּוֹרָה אִזּוּ הַדִּין נוֹתֵן דְּלֵא אֲמַרִינֵן כְּדֵינְכֶם

דינכם להוציא משום דהא עיקר מצות דינין הוא ע"פ מצות התורה וכינן דדין התורה הוא פטור א"כ אין לנו פח לחייבו ולהוציא ממנו ממון שלא ע"פ דין התורה.

והא דאמרין פה דינכם זהו רק לפטור ונהו פצין גדר הפקעת כו' דלהחזיק שאני. ואפשר דמטעם זה פסק הרמב"ם בפירק יוד ה' מלכים ה' י"ב בענין פה דינכם דיראה לו דאין דינן פן כו' תושב כו' משום דאזיל לשיטתו דס"ל דעיקר צווי דינין הוא ע"פ חוקי הנימוסיות הקבועין ולכן לעולם דינן לו כדיניהם וכמש"כ הרמב"ם שם.

אבל לשיטת הרמב"ן דעיקר מצות דינין הוא שיתנהגו ע"פ דיני התורה א"כ היכא דאמרין פה דינינו אין לחלק כו'. ואי נימא כמשמעות הרמב"ם דצוויי הדינין היא ע"פ חוקי הנימוס אז הדין נותן לומר פה דינכם להוציא גם פן פינן דעיקר מצות דינין הוא על פי חוקי הנימוס: ואפשר דלכן כתב הרמב"ם פ"ח ה' גזקי ממון ה' י"ג אין הגזקין משתלמין כו' אלא בראי' ברורה שלא תאמר הואיל ואין מצויין כו'.

ונהו לתרץ מה דהקשה הרא"ש בב"ק (דף ט"ו) ע"ל דאמרו שם בני חורין כו' דמה אשמועינן בזה ותירוץ הרמב"ם הוא כמ"ש הרא"ש שם בתירוץ קמא וכמש"כ הלח"מ שם והובא בפור סי' ת"ח ובבית יוסף ובסמ"ע שם.

ולא ניחא להרמב"ם לתרץ כמו שכתב הרא"ש שם בתירוץ השני הנ"ל משום דלשיטתו דאמרין פה דינכם להוציא אינו יכול לתרץ פה. אף זה אינו הכרח לפי מ"ש לעיל בשם הרמב"ם פ"ח ה' גזקי ממון ה' ה' דאינן דינן לחייב על גזקי כו' א"כ אינו שייך פלל פה דינכם ולפ"ז נסתר זה ההוכחה.

ובאמת גם לשיטת הרמב"ם יש מקום לתרץ כמו שתירץ הרא"ש בת"י השני. והרמב"ם חדא מינייהו גקיט משום דלא נחית לזה: ועיקר הך מילתא אם מצות דינין הוא ע"פ דיני התורה או ע"פ חוקי הנימוס אמרתי מכבר דבר נחמד בזה ומצאתי פן בתשובת הרמ"א סי' יו"ד שכתב דזה תלוי בפלוגמת אמוראי בסנהדרין (דף נ"ו ע"ב) דר' יוחנן אמר ניצו אלו הדינין וכן הוא אומר כו' פי אתא ר' יצחק תני איפכא כו' אלהים זו דינין דכתיב ונקרב בעל הבית אל האלהים כו'.

דלמאן דס"ל למילף דדינין מן אלהים א"כ עיקר מצות דינין ע"פ חוקי דיני התורה דכתיב אלהים בפסוק ונקרב בעל הבית אל האלהים דקאי על דיני התורה אבל לר' יוחנן דס"ל למילף דינין מן ניצו כו' א"כ יכול להיות מצות הדינין ע"פ חוקי הנימוס.

ולכן לפי דהוכיח הרמ"א שם דהלכה כר' יצחק לכן הדין נותן דמצות דינין הוא ע"פ חוקי דיני התורה כמו דהאריך שם הרמ"א בתשובה. ולפ"ז נלענ"ד לומר דר' יוחנן דס"ל למילף דינין מן ניצו ומצות דינין הוא ע"פ חוקי הנימוס הקבועין ע"כ הדין נותן דאמרין פה דינכם אף להוציא פינן דנהו עיקר הציווי.

ולכן אמר ר' יוחנן בירושלמי בב"ק פ"ד ה"ג על משנה שור של כו' דזהו מטעם דכדיניהם דינינו ואף להוציא דינין פן ואזיל ר' יוחנן לשיטתו בסנהדרין פנ"ל. אכן לדינא לפי מה דכתב הרמ"א בתשובה דקיי"ל כר' יצחק דיליף מן אלהים דעיקר מצות דינין הוא מן אלהים דהוא ע"פ חוקי דיני התורה ע"כ שפיר פסק הרא"ש וכפי מש"כ היש"ש דלא

אָמרינן פֿךּ דינְכֶם להוֹצִיא וְאֵינוּ קָשָׁה ע"ז מִן הִירוּשָׁלַיִם מִשּׁוּם דְּהֵתָם אָמַר זֶה ר' יוֹחָנָן וְאֶזְנֵל לְשִׁיטָתוֹ.

וְסַעַד לְדַבְרֵי הַרְמָ"א בְּתוֹשֻׁבָּה דְּפֶסֶק כּו' יִצְחָק דְּבִסְנֵה־דְרִין (דף נ"ו). רְאִיתִי בְּמִדְרָשׁ בְּרֵאשִׁית פ' ט"ז דְּאָמְרוּ בְּשֵׁם ר' לוי דְּוִיצוּ זֶה עֲבוֹדַת כּוֹכָבִים אֱלֹהִים אֱלוֹ הַדִּינִים ע"ש.

א"כ ס"ל לר' לוי כר' יצחק וה"ל ר' יוחנן יחיד לגבייהו: עָנָף וּפ"ז יֵשׁ מְקוֹם לְיִישָׁב מֵה דְהַקְשִׁיתִי פֶּכֶר בְּהָא דַּע"ג (דף ט"ו ע"א) דְּאָמְרוּ גְזִירָה מִשּׁוּם שְׂאֵלָה וּמִשּׁוּם שְׂכִירוֹת שְׂאֵלָה קִנְיָה וְאֶגְרָא קִנְיָה וּפ"י רש"י בד"ה שְׂאֵלָה קִנְיָה לִימֵי שְׂאֵלָתָה דְּכִינּוֹן דְּחִיב בְּאֻנְסִין הָרִי הִיא שְׁלוֹ עכ"ל.

וְהִנֵּה בַח"מ ס' ש"א סְעִיף ט' א"י שְׁהַפְקִיד כּו' אֵין לוֹ דִּינֵי הַשּׁוֹמְרִים כּו' וּבִסְמ"ע שָׁם ס"ק י"ב וּמַה"ט נְמִי אִם הִנֵּה הַנְּפָקֵד מִתְחַלֵּה כּו' דָּאֵין לוֹ דִּין שׁוֹמֵר עכ"ל. וּכ"כ הַקְצָה"ח בְּסִי' ע"ב ס"ק מ"ג וְעֵינֵין בְּנִתְיָבוֹת שָׁם ס"ק נ"ג וּבְמִשׁוֹבֵב נִתְיָבוֹת ס' ע"ב ס"ק נ"ג מְזָה.

וּלְדַבְרֵי הַנִּתְיָבוֹת דַּס"ל דְּחִיב הָא"י בְּדִינֵי שׁוֹמְרִים כַּמֶּש"כ שָׁם תְּקַשָּׁה עָלָיו מִן הַסְּמ"ע הַנֶּז"ל דְּכַתֵּב לְהַדְיָא דְּאֵינוּ חִיב. וְיֵשׁ לְיִישָׁב דְּשֵׁא"ה בְּנִידוֹן דְּכַתֵּב הַסְּמ"ע דְּמִיָּרֵי דְּהִנֵּה בְּתַחֲלָה א"י וְאֵת"פ כּו' וְכִינּוֹן דְּעַכְשָׁיו הוּא יִשְׂרָאֵל לֹא שְׂיָף בְּזָה הַטַּעַם שְׂפַתֵּי הַנִּתְיָבוֹת שָׁם.

וְלִכּוֹן אֵינוּ סְתִירָה מִדְּבַרֵי הַסְּמ"ע לְדַבְרֵי הַנִּתְיָבוֹת. אָכֵן מִן דְּבַרֵי רש"י בַּע"ג הַנֶּז"ל דְּכַתֵּב לְהַדְיָא דְּמַפִּי שְׂאֵלָה נִתְחַיֵּב בְּאֻנְסִין.

א"כ מוֹכַח מְזָה כַּמֶּש"כ הַנִּתְיָבוֹת וְתַקְשָׁה עַל הַקְצָה"ח דְּכַתֵּב דְּאֵינוּ חִיב בְּדִינֵי הַשּׁוֹמְרִים דְּהָא פָּתַר רש"י לְהַדְיָא דְּחִיב בְּאֻנְסִין בְּשְׂאֵלָה. וְלִכְאוּרָה הִנֵּה אֶפְשָׁר לְחַלֵּק דְּשְׂאֵנֵי שְׂאֵלָה דְּכָל הַנָּאָה שְׁלוֹ ע"כ חִיב אֻנְסִין בְּשְׂאֵלָה נוֹהֵג לְפָל.

וּבַפֶּרֶט לְפִי דְּבַרֵי הַתּוֹס' בְּכַתּוּבוֹת (דף נ"ו) ד"ה הָרִי זֶה מְקוֹן דְּשֵׁת כּו' בַּסְּה"ד שָׁם שְׂפַתְבוּ לְפָרֵשׁ לְמַה דְּאָמְרוּ בַּב"מ (דף צ"ד) שְׂאֵנֵי הָקָא דְּמַעֲיָקְרָא לֹא שְׂיַעֲבֹד נְפִשָׁה א"נ ש"ה דְּחִיבָתוּ תוֹרָה כּו' וְשׁוֹאֵל דְּכָל הַנָּאָה שְׁלוֹ וּמִשְׁעֲבָדִים עֲצָמָם כּו'.

וּכַמֶּש"כ בְּסִפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' ח"מ ס' ג' בַּד"ה וּבַב"מ (דף צ"ד ע"א) כּו'. אָבָל בְּאֶמֶת זֶה אֵינוּ פִי אֵין מְקוֹם לְחַלֵּק בֵּין שׁוֹאֵל לְשְׂאֵרֵי שׁוֹמְרִים וְכַמְבּוֹאֵר בְּכַמְהָ דְּוִכְתִּי וּכַמֶּש"כ בְּחִדּוּשֵׁי לַח"מ ס' צ"ו סְעִיף א'.

וְעוֹד דְּהָא בַּפ' שׁוֹאֵל פְּתִיב ג"כ וְכִי יִשְׂאֵל אִישׁ מֵעַם רַעְהוּ כּו'. וְלִכּוֹן אֵין סְבָרָא לְחַלֵּק כָּלֵל בֵּין שׁוֹאֵל לְכָל הַשּׁוֹמְרִים וְע"כ שְׁפִיר מוֹכַח מִן רש"י דְּלֹא כַּהַקְצָה"ח.

וְכֵן מוֹכַח מִן הַרְמָב"ם פ' י"ג הַלְכוֹת מְכִירָה דִּין ז' וּבַח"מ ס' רכ"ז סְעִיף כ"ו גְּבִי אוֹנָאָה דְּכָל עַם מְצֻוּנִין לְהַחֲזִיר אוֹנָאָה שְׂאֵל הִנֵּה תְּמוּרָה כּו' וּכַמֶּש"כ הַסְּמ"ע שָׁם בַּס"ק מ"ה וּבִיש"ש לַב"ק. וְכ"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין (דף י"ג) ד"ה בְּמַעֲמַד ג' כּו'.

א"כ מוֹכַח מְפָל זֶה דְּלֹא כַּהַקְצָה"ח: וְהַנְּלַע"ד דִּי"ל דְּרַש"י ס"ל דְּאָמְרִינן פֿךּ דִּינְכֶם אָף לְהוֹצִיא וְדָלָא כַּהִיש"ש וּכַמֶּש"כ לְעֵיל לְשִׁיטַת הַרְמָב"ם דְּעֵינְקֵר מְצֻוֹת דִּינִים הוּא ע"פ חֻקֵי הַנִּימוּסִיּוֹת הַקְּבועִין. וְעֵינֵין בַּלַּח"מ פ"ט הַלְכוֹת מְלָכִים הִלְכָה י"ד בַּמֶּש"כ לְשִׁיטַת רש"י בְּסִנְהֵדְרִין וְיֵשׁ לְדוֹן הַרְבֵּה בְּזָה וַאֲכַמ"ל.

וְיַדְעֵתִי מִשׁ"כ הַרְמָ"א בְּתוֹשׁוּבָה סִי' יו"ד דְּרַשׁ"י ס"ל דְּהִלְכָה כַר' יִצְחָק ע"ש אַבְל לְדַעֲתִי
יֵשׁ לְדוֹן בְּדַבְרֵי וְלִכְּוֹן יֵשׁ לֹמֵר דְּרַשׁ"י בַּע"ג ס"ל פְּשִׁיטַת הַסּוּבָרִים בְּפִירוּשׁ הַדִּינִים
דְּהַצּוּוֵי הוּא הַתְּנַהֲגוֹת חֲנֻקֵי הַגִּימּוּסִיּוֹת וְלִכְּוֹן הַדִּין נוֹתֵן דְּאֶמְרֵינוּ כְּפִי דִינְכֶם אִף לְהוֹצִיא.

וּמָהָא דַּב"ק (דָּף ל"ז) אֵין סְתִירָה לְזֵה דִי"ל דְּאֶפְשָׁר דְּלֵא הָיָה בְּרִירָא לְהַשׁ"ס אִיף הַדִּין
בְּדִינֵיהֶם וְכִדְחֻזִּינוּ בְּאַמַּת דְּהַרְמָב"ם ס"ל דְּאִינוּן מְחִיבִין כּו' וּכְמַשׁ"כ הַרְמָב"ם פ"ח הַלְכוֹת
נְזָקֵי מָמוֹן וְכַנ"ל. וְאִף דְּמֵן הִירוּשְׁלַמִי לַב"ק שָׁם לֹא מִשְׁמַע פֶּן פְּנ"ל עַכ"ז מֵן ש"ס דִּילֵן
בַּב"ק שָׁם לֹא הָוֵי סְתִירָה לְזֵה.

וְלִכְּוֹן שְׁפִיר פְּתַב רַשׁ"י דְּבִשְׁאֲלָה חֲזִיבִין בְּאַוּנְסִין מְשׁוּם דְּזֵהוּ דִין הַנוֹהֵג לְכָל וְהַדִּין הוּא
לֹמֵר כְּפִי דִינְכֶם אִף לְהוֹצִיא. וְלְהַרְמָב"ן דַּס"ל דְּמַצְנוֹת דִּינֵין הוּא שְׁיִתְנַהֲגוּ ע"פ דִּינֵי הַתּוֹרָה
לֹא אֶמְרֵינוּ כְּפִי דִינְכֶם לְהוֹצִיא וְלִכְּוֹן שְׁפִיר פְּתַב הַקְצֵה"ח דְּאִינוּ נוֹהֵג דִּין שׁוּמְרִים לְכָל עַם
רַק כּו'.

וְדַבְרֵי הַסַּמ"ע בְּסִי' ש"א ס"ק י"ב אֲתִי שְׁפִיר לְכָל הַשְּׁיטוֹת דְּהָא מִיִּירֵי שָׁם בְּהִיָּה הַנִּפְקָד
מִתְחַלָּה כּו' וְאַח"פ כּו' א"כ לֹא שְׁיִיף בְּכַה"ג בְּלֵא"ה לְדוֹן בְּזֵה לְהַרְמָב"ם כְּפִי דִינְכֶם וּכְמַשׁ"כ
לְעִיל. וּמֵן לְשׁוֹן הַרְמָב"ם פ' י"ג הַלְכוֹת מְכִירָה וְהַמְחַבֵּר בַּח"מ סִי' רַכ"ז סְעִיף כ"ו שְׁפָתָבו
הַטַּעַם שְׁלֵא יְהִיָּה חֲמוּר כּו' פְּנ"ל מִשְׁמַע דְּלֵא אֲתוּ עֲלֵה מְשׁוּם כְּפִי דִינְכֶם רַק מְשׁוּם שְׁלֵא
יְהִיָּה חֲמוּר כּו' א"כ מִשְׁמַע מְזֵה דְּלֵא כַהֲקֵצֵה"ח פְּנ"ל: וְעַכְשָׁיו אַבְאָר פְּנוּנַת דְּבַרֵי רַשׁ"י
בַּע"ג הַנ"ל שְׁפָתָבו הַטַּעַם דְּלִכְּוֹן שְׁאֲלָה קַנְיִיָּה לִימֵי שְׁאִילְתָּה דְּכִינוּן דְּחִיבֵי בְּאַוּנְסִין הָרִי הוּא
שְׁלוֹ דְּלְכַאוּרָה קָשָׁה מִי הַכְּרִיחַ לְרַשׁ"י לְפָרֵשׁ הַרְמָב"ם טַעְמָא דְּהָא חֲזִינֵן גַּבֵּי שְׁכִירוֹת דְּאֶמְרוּ
שָׁם אַגְרָא קַנְיִיָּה הָרִי דְּאִף גַּבֵּי שְׁכִירוֹת דְּאִינוּ חֲזִיבֵי בְּאַוּנְסִין ג"כ ס"ל לְהַשׁ"ס מִתְחַלָּה
דְּקַנְיִיָּה.

וְעוֹד דְּהָא מִמָּה שְׁחֲזִיבֵי בְּאַוּנְסִין אֵין הַכְּרִחַ לֹמֵר דְּקוֹנָה כְּמוֹ דְּמַבְּנֵאָר בַּב"מ (דָּף נ"ט ע"א)
עַל הָא דְּאֶמְרַר רַב הוּנָא שְׁוֹאֵל קְוֹרְדִם בְּקַע בּוֹ קִנְאוֹ כּו' אֵילִימָא לְאוּנְסִין כּו' אֵלֵא לְחֻזְרָה
כּו'. וְכַעֲזֵן זֵה הוּא בְּקִיְדוּשֵׁין (דָּף מ"ז).

א"כ אֵין זֵה הוֹכְחָה לֹמֵר דְּמַדְקְנֵי לְאוּנְסִין דִּיהִיָּה שְׁלוֹ דְּהָא אֵינוּ רְאָיָה מַחֲיוֹב אַוּנְסִין:
וְהַנְּלַע"ד בְּכּוֹנוּנַת רַשׁ"י דְּהִיָּה קָשָׁה לְרַשׁ"י עַל מָה דְּקַאֲמְרֵי סְתַמָּא דַּגְמ' שְׁאֲלָה קַנְיִיָּה
דְּמַאִיזָה טַעַם יְהִיָּה קוֹנָה בְּשְׁאֲלָה הָא שְׁיטַת רַשׁ"י יְדוּעַ דְּפּוֹסֵק לְדִינָא כַר"ל דְּמְשִׁיכָה
מְפּוֹרְשֵׁת מַה"ת פְּמַבְּנֵאָר בְּפִרְקַת הַשׁוּכְרָ אֵת הַפּוֹעֵל (דָּף ע"א) בְּתוֹס' ד"ה רַב אֲשִׁי אֶמְר
כּו' וּבִי"ד סִי' ש"ף.

א"כ לְפִי שְׁיטְתוֹ קַנְיִיָּה הָא"י הוּא בְּכֶסֶף וְלֹא בְּמְשִׁיכָה א"כ קָשָׁה אִיף אֶמְרוּ הֵכָא בְּפִשְׁיטוֹת
שְׁאֲלָה קַנְיִי' וְהָא לֹא קַנְהוּ בְּמְשִׁיכָה. בְּשְׁלָמָא הָא דְּאֶמְרוּ אַגְרָא קַנְיִיָּה אֲתִי שְׁפִיר מְשׁוּם
דְּקַנְהוּ ע"י קַנְיִן פְּסָרְף דִּישׁ בְּשְׁכָרָה מִשְׁא"כ בְּשְׁאֲלָה דְּלִיכָא פְּסָרְף שָׁם.

וּכְבָּר פְּתַבְתִּי בְּסִפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' יו"ד סִי' כ"ג עֲנָף זִי"ן לְהוֹכִיחַ דְּרַשׁ"י ס"ל פְּשִׁיטַת
הַרְמָב"ן דְּאֵין לְחַלֵּק בֵּין מְכָר דְּאִיכָא פְּסָפָא לְמַתָּנָה דְּלִיכָא פְּסָפָא אֵלֵא בְּכָל גְּוּוּנֵי אִם נִימָא
דְּהַדִּין הוּא דְּבַמְכִירָה אֵינוּ קוֹנָה מְשִׁיכָה דַּה"ה בְּמַתָּנָה אֵינוּ קוֹנָה מְשִׁיכָה וְכַמְבְּנֵאָר בְּרַשׁ"י
שָׁם ד"ה פְּרִדְשָׁנִי כּו' וְע"ש בְּתוֹס' ד"ה פְּרִדְשָׁנִי כּו'.

א"כ ה"ה שאלה אף דליכא פספא שם מ"מ אינו נוהג בו קנין משיכה פנין דהדין הוא דבעינו בא"י קנין מעות ונוקא ומשיכה אינו קונה ביה: ובספרי באר יצחק שם הארכתי לבאר הא דב"מ (דף צ"ט) דאמר ר' אלעזר פדרה שתקנו משיכה בלקוחות פה תקנו משיכה בשומרים ובשיטת ר' אמי דשם דס"ל דמשיכה קונה בשאלה מה"ת וכתבתי דיש לחלק בין מכירה ומתנה דהוי קנין עולמית לשאלה דאין זה קנין עולמית ע"כ לא שינוהו ביה קנין משיכה.

ועיין שם במה שהבאתי בשם השמ"ק לב"מ שם בשם הריטב"א. ונקדים הא דח"מ סי' ל"ט סעיף י"ז דהביא שם שיטת הר"י בן מיגש והרמב"ן דס"ל דהיכא דיש שם שעבוד נכסי ה"ל כמו חליפין ולכן ס"ל דאחר שפתיב השטר דזכה המלוה בשעבוד נכסי של הלנה דאין המלוה יכול לחזור בו וכמש"כ הש"ך שם בס"ק מ"ט.

ועיין באה"ע סי' כ"ט סעיף נ"א"ו ובב"ש וח"מ שם דהביאו פלוגתת הראשונים אם שט"ח שמתחייב א"ע ה"ל כמו פס"ק או דכיון דהוי אגיד גביה אין דינו כפס"ק. והקצה"ח בסי' ל"ט ס"ק ח' ובנתיבות שם האריכו בזה וכן הקצה"ח בסי' ק"ץ ס"ק ו' האריה הרבה אם חיוב שמתחייב א"ע ה"ל כמו פס"ק או לא והביא להו דקידושין (דף ה') ופי' רש"י שם דס"ל דחיוב שמתחייב א"ע ה"ל כמו פס"ק.

וי"ל דה"ה בדין קנין חליפין והדברים ארוכים ואכ"מ: והנה הש"ך בסי' ל"ט ס"ק מ"ט שם הקשה על שיטת הר"י בן מיגש והרמב"ן מהא דקידושין (דף מ"ז) ומן ב"מ (דף צ"ט) דר"ה ס"ל השואל קורדם בקע בו קנאו כו' ור' אלעזר ס"ל דמצד תקנה אחי עלה.

הרי דאף דזכה המשאל בשעבוד נכסי של השואל אפ"ה לא ה"ל זה כמו חליפין והאריה בזה. ואכתוב כאן קוטב דברי האו"ת שם בס"ק כ"ז בשינוי לשון קצת וזהו דעיקר הדין מילתא תלוי במה דפליגי אמוראי בב"ק (דף קי"ב) ובכתובות (דף ל"ד) אם נכסי שומר משתעבדי מעידן משיכה או מעת אונסין וגיבקה פי זהו פלוגתת הראשונים המובא בסי' שמ"א סעי' ד' בסמ"ע ונש"ך שם א"י קי"ל לדינא בזה.

א"כ י"ל דלמאן דס"ל דמשעת אונסין נשתעבדו נכסיו ע"כ אין בזה דין חליפין ולכן ס"ל לרב הונא ונוקא בקע בו קנאו וכן ס"ל לר' אלעזר רק משום תקנה דתקנו משיכה בשומרים כו' אבל מ"ד דמעט משיכה נשתעבדו נכסי י"ל דס"ל מה"ט דמה"ת קונה משיכה בשאלה משום דה"ל כמו חליפין.

ואפשר דזהו טעמו דר' אמי דס"ל שם המשאל קורדם כו' דס"ל דנקנית במשיכה מה"ת וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ע"ט). וי"ל דאף ר' אמי ס"ל דמה"ת לא שינוהו משיכה בשאלה פנין דאינו קנין עולמית רק משום דס"ל נכסי שומר מעט משיכה עשתעבדי וה"ל כמו חליפין ולכן קונהו במשיכה פן הוא קוטב דברי האו"ת שם: ולפ"ז אחי שפיר פוננת רש"י במה שכתב לבאר דלכן שאלה קניני דכיון דחייב באונסין ה"ה שלו.

משום דהנה קשה לרש"י על מה דאמרי בסתמא דגמ' בפשיטות שאלה קניני דהא לדינא לפי שיטתו דפוסק כר"ל דמשיכה מפורשת מה"ת א"כ אינו קונה הא"י את השאלה ע"י קנין משיכה. בשלמא הא דאמרו שכירות קניני י"ל דקונהו מן דין פס"ק אבל בשאלה הא אין כאן קנין פס"ק.

ומזה מוכיח רש"י די"ל דס"ל להש"ס לדינא דאמרינן פה דינכם להוציא וע"כ חייב באונסין מן הדין. וס"ל להאי סוגיא דנכסי שואל משתעבדי מעת משיכה וכמש"כ לעיל בשיטת ר' אמי והרמב"ם פסק להלכה כר' אמי [ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ח' מזה וכן תעניין בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ג'].
לכן ס"ל להך סוגיא לדינא דמשיכה בשאלה קונה לכל בתורת קנין חליפין משום דזוהי מיד בשעבוד נכסי ע"כ ממילא קונהו השואל להך שאלה. והתוס' בקידושין (דף ג') בד"ה ואשה בפחות מש"פ כו' פתבו בשם הר"ת דקנין חליפין שייך בכל עם ועיין בח"מ סי' קכ"ג סעי' י"ד ובש"ף נשם.

ולפ"ז יהיה מוכח מן שיטת רש"י דס"ל ג"כ בשיטת הר"ת בזה. [אף זה יש לדחות די"ל דהקא שאני דה"ל דין חליפין שנה בשנה ואפשר לחלק בזה או דאפשר לומר דהקא נחתי בתורת קנין פסד דשייך ג"כ בזה וקצרתי].

וכן יהי מוכח לפ"ז מהך סוגיא דאמרינן פה דינכם אף להוציא ולכן אמרו בפשיטות שאלה קניני' ואתי שפיר דברי רש"י בעז"ה. ועכ"ז לשיטת הסוברים דלא אמרינן פה דינכם להוציא אין להקשות מהסוגיא הלז דאמרו בפשיטות שאלה קניני'.

משום די"ל דס"ל כמו שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ח' בשיטת ר' אמי דס"ל בב"מ (דף צ"ט) דמשיכה קונה מה"ת בשאלה [לכל העם] משום דהיא דליכא פספא משיכה קונה בפשיטות מה"ת ולכן א"ש אף לשיטת הסוברים בסוף סי' ל"ט דאף שנקתב השטר וזכה המלוה בשעבוד נכסי עכ"ז יכול המלוה לחזור בו משום דס"ל דשעבוד נכסי אין דינו כמו חליפין וכמש"כ הש"ף נשם להוכיח מהסוגיא דב"מ (דף צ"ט) בהמשאל קורדום כו'.

עכ"ז א"ש מה דאמרו בהך סוגיא דשאלה קניני' משום דס"ל ג"כ כמש"כ דשאני היכא דליכא פספא פנ"ל. וכש"כ לשיטת הפוסקים כריו"ח דד"ת מעות קונה מן לעמיתה כו'.
אכן מן שיטת רש"י מוכח דס"ל דאמרינן פה דינכם להוציא ג"כ. גם י"ל בשיטת הרמב"ם דמשום שלא יהיה חמור כו': ענף ג' ובי"ד סי' קל"ב סעי' א' א"י שנגע ביין מותר ליקח דמיו כו' וכתב הש"ף נשם ס"ק ב' דאפילו אסרו בשוגג מותר ליקח דמיו כו' וכ"כ הרשב"א והב"ח עכ"ל.

ואפשר דטעמם הוא דאף דע"פ דין פטור בנספו בשוגג מ"מ חייב משום פה דינכם להוציא ג"כ. ולפ"ז י"ל לפי מש"כ הבית יוסף נשם דמן הרמב"ם משמע דדוקא בנתפוגין להזיקו מותר ליקח דמיו וכ"כ הב"ח נשם בשם הרמב"ם ע"ש.

דיהיה מוכח מן הרמב"ם דיהיה ס"ל דלא אמרינן פה דינכם להוציא. וכן הוא שיטת התוס' בפרק ר' ישמעאל (דף נ"ט ע"ב) ד"ה א' רב אשי כו' דמורה נשם דס"ל דדוקא בנספו במזיד חייב לשלם פדתנן בהנזקין המנסה במזיד חייב כו'.

ומשמע דסבירא ליה גם כן דלא אמרינן פה דינכם להוציא. והנה לעיל כתבתי בשיטת הרמב"ם להיפך משום דס"ל דעיקר מצות דינין הוא כו'.

אכן באמת אין הכרח מזה לפי מה דראיתי בחי' הריטב"א פ' ר' ישמעאל (דף נ"ט) בד"ה אמר רב אשי כו' שפתי בתחלה בשם יש אומרים דדוקא בנסכו במזיד אבל בנסכו בשוגג אסור למיסקל דמי מינ' פיון דדינינו כה"ג פטור כו' ויש דוחין כו' וזה דעת מורי הרא"ה ז"ל דלעולם מותר לטול דמי' ואפילו עשה בשוגג וגם הוא פטור בדיניהם וטעמא נפקא לקמן כו' עכ"ל הריטב"א.

הרי שפתי להדיא דפטור בדיניהם בזה ע"כ לא שייך לדון בזה להך פה דינכם כלל. וע"כ מוכח מה דס"ל לחייב אף בנסכו בשוגג כמש"כ הרא"ה והש"ך והב"ח דלא אתו עלה מטעם פה דינכם רק מטעם אחר.

וכמו שראיתי בתם סופר על מסכת הנ"ל בפ"ק ר' ישמעאל (דף נ"ט) שם טעם אחר בקמה דשרי למיסקל דמי אף דהיה שוגג ע"ש: והתוס' פ' השוכר את הפועל (דף ע"א ע"ב) הקשו עלרש"י דאם פן לא יתחייב לשלם גזלו בשום ענין.

ועיין בעירובין (דף ס"ב ע"א) בתוס' שם מזה. ולפי שיטת הרא"ש והיש"ש דס"ל דלא אמרינו פה דינכם להוציא שפיר הקשו.

אכן לשיטת הסוברים דאמרינו פה דינכם להוציא י"ל בזה ג"כ דמן פה דינכם מסוייבין על הגזל. ויש הרבה נפ"מ בין החיוב מצד פה דינכם כו' וקצתתי.

ועפ"ז הארכתי הרבה בסופה (דף ל') בסוגיא שם דא"ל רב הונא להנהו אונןפרי פי זבניתו אסא כו' וקרקע אינה נגזלת כו' ליישב מה דיש להקשות מזה על הסוברים דמהני יאוש בקרקע ועיין בח"מ סי' שע"א ובש"ך שם.

וגם הארכתי הרבה עפ"ז בתרוץ קושיות הט"ז באו"ח סי' תרס"ד ס"ק נא"ו דלמה השמיטו הראשונים מימרא דר"ה. ולפי שאין להאריך בענינים הללו ע"כ קצתתי בכל זה: ובי"ד סי' קס"ט סעי' ג' וכן אם העמידו כו' ואמר הניחם ע"ג קרקע וכן עשה ונסתלק דלקחן השני משם מותר.

ובט"ז וש"ך שם הקשו דהא בגמ' אי הניחם ע"ג קרקע והפטר וכתב הב"י דזהו לאו דוקא וקשה מנלן להטור לפרש פה דהא מצינו בח"מ סי' ק"כ דבאומר זרוק לי חובי עדיין חייב הלנה באחריות כו'.

וכמבואר בב"ק (דף צ"ג) דבאתי ליד' בתורת שמירה אף דאמר קרע את פסוטי חייב ע"ש. ולענ"ד יש ליישב דברי הטור משום דס"ל לחלק דדוקא ע"פ דין התורה הדין הוא דהיא דאתי ליד' לא מהני קרע את פסוטי או זרוק לי חובי.

אבל אותן שאין דנין ע"פ דיני התורה רק ע"פ חוקי הנימוס הדין הוא דמיפטר באמר קרע כו' או זרוק כו'. לכן שפיר ס"ל להטור דהך והפטר דאמרו בגמ' הוא לאו דוקא משום דמיד דאמר הניחם ע"ג קרקע מיפטר מן האחריות משום דאמרי' פה דינכם להחזיק לכ"ע וכיון דמיפטר מן האחריות אין בו איסור רבית כמבואר בכל הסוגיא דב"מ (דף ע"א): וקא דב"מ (דף ע"א ע"ב) דאמרו וכיון דדיני' כו' דאזיל בתר ערב איהו גיהו דקא שקיל ריביתא א"ר ששת שקיבל כו'.

ולא אמרו שם לדון בע"כ משום כך דינינו להחזיק משום דמי צאית כמו דאמרו להדיא בערכין (דף כ"ב ע"א) אילימא בב"ח כו' מי ציית כו' דמשמע באמת דאם הנה ציית היינו דינן פו ליפטר.

וכן ביקא דב"מ (דף ק"ח ע"ב) דאמרו זבין כו' נדאי לאו בר ועשית הישר והטוב דזהו ג"כ מה"ט דמי ציית פנ"ל. ולהסוברין דלא דינינו פו להוציא א"ש זה בפשיטות משום דהתם הוי זה להוציא.

ועיין באו"ת סי' ק"י ס"ק ג' שכתב להעיר ביקא דערכין (דף כ"ב) הנ"ל על דברי הרמ"א בתשובה סי' יו"ד הנ"ל וכתב לחלק דשאני מילתא דרבנן דלא נצטוו ע"ז משא"כ בדין התורה ע"ש. ויש להקשות עליו מהא דגיטין (דף י"ג ע"ב) בתוס' ד"ה במעמד שלשתן כו' שכתבו דאם הנותן כו' נראה דקנה דאם ממונו כו' הפקיעו ע"י מעמד ג' כו' כש"כ ממון כו' וכ"כ הרא"ש והר"נ והטור והש"ע בס"י קכ"ו הרי להדיא דאף בתקנת חז"ל דינינו פו לכל עם: והנה התוס' והרא"ש לגיטין שם פתבו בזה"ל ועוד דדיניהם דינינו ליה כו' ע"ש.

א"כ מוכח משם דס"ל להתוס' והרא"ש דאף היכא דלא הוי להחזיק ג"כ דינינו להדיא דכך דינקם. ואפשר לחלק דאף דלא הוי התם להחזיק עכ"ז גם להוציא לא מקרי זה דהא הממון מונח ביז אחר.

ועוד יש לחלק דשא"ה דהא דינינו הוי קנין מעליא הך דמעמד שלשתן וגם דיניהם הוי זה לקנין מעליא ע"כ שפיר פתבו התוס' והרא"ש שם דדיניהם דינינו ליה. אבל היכא דלא הוי רק דיניהם ולא דינינו עדיין יש לחלק דלא דינינו כך דינקם להוציא ממש וע"כ אינו ראיה מהתוס' והרא"ש לזה: נחזור לענינינו דמוכח מן התוס' והרא"ש דס"ל דאף לתקנתא דרבנן דינינו לכל עם ואף היכא דלא הוי להחזיק ממש וכש"כ היכא דהוי להחזיק ממש כמו בנגידון הך דערכין בתקנתא דאין נזקקין ליתומים קטנים דהוי להחזיק ממש ונדאי דינינו לכל עם ודלא כהאו"ת.

ולכאורה יש להוכיח פסברת האו"ת הנ"ל מהא דח"מ סי' רפ"ג סעי' א' שכתבו שם דאינו יורש את אביו כו' אלא מדבריהם שפא יחזור כו' ותנאי מועיל בירוששה זו הואיל ואין כו' מחוייב לעמוד בתקנת חכמים וזהו מן הרמב"ם פ"ו ה' נחלות דין ט'.

הרי מבואר להדיא דלא דינינו לתקנת חכמים לכל וזהו פדברי האו"ת. אבל באמת אין זה ראי' פלל לדברי האו"ת דשא"ה דעיקר תקנת חכמים הנה משום שפא יחזור כו' וע"כ היכא דהתנה המוריש שלא יהיה יורשו רק אחרים יירשו אותו בזה לא שייה החשש דשפא יחזור כו' משום זה דהא אף אם יחזור כו' לא יהיה יורשו פנין שצינה המוריש דלא יהיה יורשו רק תנתן הירוששה ליורשים אחרים ואז בשום פתי דינן לא יהיה יורשו ולא יהיה לו תועלת פלל להשיג ירושה ע"י מה שיחזור כו'.

וכיון דלא שייה הטעם דהתקינו דיהיה יורשו ע"כ שפיר אמרו דאינו מחוייב לעמוד בתק"ח. [וגם הא על המוריש לא הנה התקנה רק התקנה הנה על היורש שיהיה יורשו אף זה יש לדחות דהא אין זה במשמעות הלשון דאמרו שם דאין כו' מחוייב לעמוד בתקנת חכמים וע"כ העיקר כמש"כ למעלה לחלק].

ולכן פינון דאָמרו פֿל הָראַשוֹנִים לְדוֹן לְתַקְנָתָא דַּמַּעַמִּי לְכָל ע"כ מוֹכַח דְּלֹא כְּהַאוּ"ת.
אַכּוֹן לְפִי מַש"כ בְּסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק ס' ס"ו סע"א כ"ה לְחַלְקֵי דְהִיכָא דְהִיכָא מְשׁוּם תַּקְנַת
הַתְּגָרִין וְהַמְסַחֲרוֹר שְׂאֵנִי בְּכֻזָּה ע"ש.

ע"כ ה"ה הָכָא יֵשׁ לְחַלְקֵי דְשְׂאֵנִי בְּתַקְנַת מַעַמִּי דְנִתְקַנָּה מְשׁוּם תַּקְנַת הַמְסַחֲרוֹר וְתַקְנַת
הַשׁוּק ע"כ דִּינִינֵן לְזֶה לְכָל עַם. מַשְׂא"כ בְּהַתְּקַנָּה דְאִין נִזְקָקִין לִיתּוּמִים קְטַנִּים כו'.

וְעוֹד יֵשׁ לְחַלְקֵי דְשְׂאֵנִי הִיכָא דְהִיכָא בְּדַרְכֵי הַקְּנִין פֶּמּוּ מַעֲמַד שְׁלִשְׁתָּן דְּבַרְצוֹנוֹ הַטּוֹב קִיבֵל
ע"ע לַעֲשׂוֹת קִנְיָן זֶה הַמוֹעִיל עכ"פ מְדַרְבְּנָן א"כ לֹא גָרַע זֶה מִן סְמִיטוּתָא הַמוֹעִיל עכ"פ
מִצַּד מְנַהֵג ע"כ מְהִינֵי קִנְיָן זֶה לְכָל עַם.

מַשְׂא"כ בְּעִנְיָן תַּקְנַתָּא דְרַבְּנָן פֶּמּוּ הֵךְ דְאִין נִזְקָקִין לִיתּוּמִים קְטַנִּים דְּמַעוֹלָם לֹא קִיבֵל זֶה
ע"ע. לְכוּן שְׁפִיר פְּתַב הַאוּ"ת בְּזֶה דְלֹא דִינִינֵן לְהֵךְ תַּקְנַתָּא לְכָל עַם.

כֵּן יֵשׁ לְחַלְקֵי דְלֹא תַקְשָׁה עַל הַאוּ"ת מְהֵךְ דְּמַעֲמַד ג' וַיֵּשׁ לְהַאַרְיָךְ בְּזֶה וְעַתָּה לְקַצֵּר בְּכ"ז:
וּבְמָה שְׁהוּבָא לְעִיל לְמָה שְׁמַבְּנֹאֵר בַּח"מ ס' רכ"ז סע"א כ"ו דְּכָל עַם מְחַנְיָב לְהַחֲזִיר
הַאוּנָאָה שְׁלֵא יְהִיָּה חֲמוּר כו' וְכַמֶּשׂ"כ הַסַּמ"ע שָׁם.

וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַעִיר ע"ז דַּלְפ"ז גַּם בְּרַבִּית ג"כ יְהִיָּה הַדִּין כֵּן דְּנִידוֹן גַּם שָׁם לְהַטַּעַם שְׁלֵא
יְהִיָּה חֲמוּר כו' וּבְאַמַּת הָרִי אָמְרוּ גַבִּי רַבִּית דְּגוֹבִין וְכַמְבֹּאֵר בַּב"מ (דף ע"ב) וּבַשְּׂא"ד
וּבִי"ד ס' קס"ט סע"א י' וּבְסִי' קע"א.

אַבְל בְּאַמַּת אִין זֶה קִשָּׁה פְּלֵל דְשְׂאֵנִי בְּרַבִּית דְּמַפְּנֹרֶשׁ לְהַדְיָא בַּתּוֹרָה דְשָׂרִי לְהוּ וְכַמְבֹּאֵר
בַּב"מ (דף ע' ע"ב) וּבַתּוֹס' ד"ה תְּשִׁיבָה כו'. וְהוּבָא בְּתַנּוּמִים ס' ק"י ס"ק ג' לְדַבְרֵי הַתּוֹס'
הַנֶּ"ל בְּקַצְרָה ע"ש.

וְזֶה פְּשׁוּט. וְכֵן יֵשׁ לְהַעִיר בְּעִיקָר הַפְּלֵל שְׁלֵא יְהִיָּה חֲמוּר כו' בְּהֵךְ דְּפִסְחִים (דף ל"א ע"ב)
דַּס"ל לְת"ק יִשְׂרָאֵל כו' אַבְל יִשְׂרָאֵל כו' לֹא קִנְיָן וּר"מ סָבַר יִשְׂרָאֵל כו' קִנְיָן יִשְׂרָאֵל כו'
לֹא כַּש"כ.

וּבְטַעַמּוֹ דַּר"מ י"ל דְּזֶהוּ מְשׁוּם הֵךְ פְּלֵלָא שְׁלֵא יְהִיָּה חֲמוּר. א"כ לְכַאוּרָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִן
הַת"ק דְּלֹא ס"ל כֵּן דְלֹא קִי"ל לְהֵךְ פְּלֵלָא דְשְׁלֵא יְהִיָּה חֲמוּר.

אַכּוֹן יֵשׁ לְחַלְקֵי דַּשְׂא"ה גַבִּי קִנְיָן מְשָׁכוֹן דְאִין זֶה זְכוּת כ"כ בְּמָה דְקִנְיָן מְשָׁכוֹן דְאַף דְהִי
זְכוּת מְזָה לְאִיזָה עֲנִינִים מ"מ אִין זֶה זְכוּת גְּדוֹל כ"כ וְע"כ לֹא דִינִינֵן שָׁם לְהֵךְ פְּלֵלָא.
מַשְׂא"כ הִיכָא דְדִינִינֵן בְּעִיקָר הַחִיּוּב אוֹ דְפִטוּר לְגַמְרֵי בְּזֶה דִינִינֵן שְׁפִיר לְכ"ע לְהֵךְ פְּלֵלָא
דְשְׁלֵא יְהִיָּה חֲמוּר: ב (שָׁם סְעִיף א') וְה"ה אִם אָמַר הַלְלוּנִי מְנָה וּפְרַע לְבַע"ח כו'.

ש"ף ס"ק ז' לֹא תִימָא דְנֹקָא לְחַנּוּנִי תַקְנֵנוּ כֵּן מְפַנֵּי שְׂרָגִיל לְהַקִּיף כו' וְדַלָּא כַּהֲמ"מ בְּשָׁם
יֵשׁ מִי שְׁפַתְבּ וּמְבִיאֵוּ בַב"י עכ"ל. וְז"ל הַמ"מ פ' ט"ז הַל' מְלֻנָּה הַל' ה' וַיֵּשׁ מִי שְׁפַתְבּ
שְׁדִין מְשַׁנְתֵּנוּ אִינוּ אֵלָא בְּחַנּוּנִי דְנֹקָא שְׁתַּקְנֵנוּ לוֹ אַבְל בְּשָׂאֵר שְׁלִיחוֹת אִם אָמַר תֵּן לְפָלוּנִי
כֶּף וְכֶף מַעוֹת בְּשַׁבִּילִי וְאָמַר נְתַתִּי אִינוּ נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל אֵלָא צָרִיף לְהַבִּיא רְאִיָּה פִּינוֹן שְׂאֵנוּ
מְסוּפָקִים בְּעִיקָר הַדְּבָר אִם עֲשָׂאוּ אִם לֹאוּ עכ"ל.

וְז"ל הַב"ח ס"ק א' אַבְל הַמ"מ כו' נִרְאֶה דִי"ל דְאִין חֲזִיב לְשַׁלֵּם לְשַׁלִּיחַ דַּה"ל כַּא"י אִם
הַלּוּיִתְנִי וְנֹקָא גַבִּי חַנּוּנִי עֲשׂוּ תַקְנָה לְפִי שְׁדָרָךְ הַחַנּוּנִי לִיתְּנֵן לְבַע"ה בְּהַקְפָּה כו' וְכִינוּן

שָׁכַף דָּרְכוֹ שֶׁל בַּעַה"ב לְהַאֲמִינוֹ לְחַנּוּנֵי עַל פְּנִיקְסוֹ וְכַמ"ש כּו' לְפִיכָף עָשׂוּ תַקְנָה לְחַנּוּנֵי כּו' וְשִׁיחָא נְאֻמֵּן עַל פְּנִיקְסוֹ כּו' אֲבָל בְּשִׁלְיחוֹת אַחֲרַת לֹא עָשׂוּ תַקְנָה אֲלָא הַנִּיחוּהוּ עַל דִּין תּוֹרָה אֲבָל דַּעַת בַּעַה"ת וְרַבֵּינוּ כּו' ה"נ חַנּוּנֵי לֹא דוֹקָא כּו' וְהָכִי נִקְטִינּוּ עַכ"ל הַב"ח.

וְהוּבָא בְּקִצְרָה בְּבֹאֵר הַגּוֹלָה ס"ק ה': וּבב"מ (דף נ"ח) בְּנֵי הָעִיר שֶׁשָּׁלְחוּ שְׁקָלִיהֶן נִשְׁבְּעִין לְגִזְזֵיבְרִים כּו' א' שְׁמוּאֵל הָכָא בְּנוֹשָׂא שְׁכָר וְנִשְׁבְּעִין לִיטּוֹל שְׁכָרָן כּו' וְכֵן קִי"ל לְדִינָא בְּסִי"ס' ס' ס' ס' וּבְש"ף א' וּבְש"ף ס' ש"ג ס"ק ה' בְּשֵׁם הַמ"מ.

וְלִכְאוּרָה קִשָּׁה דְאֵמַי נְאֻמֵּן הַש"ש בְּשִׁבּוּעָה לְהוֹצִיא שְׁכָר שְׁמִירְתּוֹ הָא ה"ל א"י אִם נִתְחַיֵּיבְתִי דְפֶטוּר דְהָא אָנוּ מְסוּפָקִים בְּעִינְקָר חַיִּיב הַשְׁכִּירוֹת דְהָא לֹא נִתְחַיֵּיב הַשְׁכִּירוֹת רַק ע"מ שֶׁיִּשְׁמָר פְּרָאוֹי כַּמֶּש"כ רַש"י בְּב"מ שָׁם ד"ה אֲגַרְיָהּ כּו' וְע"מ פֶּן נּוֹטְלִין שְׁכָר כּו'.

א"כ צָרִיף הַשׁוֹמֵר לְהִבִּיא רְאִיָּה שְׁנִתְקַיֵּים הַתְּנָאֵי פְּמִבְּנֹאֵר בְּסִי"ר מ"א סְעִיף י' דְמַתְּנָה בְּתֵנָאֵי דְקוּם וְעָשָׂה עַל הַמְקַבֵּל לְהִבִּיא רְאִיָּה שְׁנִתְקַיֵּים הַתְּנָאֵי וְכ"כ בְּסִי"ר מ"ו בְּש"ף ס"ק ק"ז. וְכֵן מְבִנְיָר בַּאֲה"ע ס' ל"ח סְעִיף ל"ט.

נֶאֱרָא לְהִישׁ אֲוִמְרִים דְשָׁם דַּס"ל דְאָרְף בְּקוּם וְעָשָׂה נְאֻמֵּן כָּל שְׂאִין פְּנִגְדוֹ מְכַחִישׁוּ. הֲלֹא פְּתַב הַמְקַנָּה שָׁם דְדוֹקָא גְבִי קִידוּשִׁין דְלֹא שְׁיִיף הֵתָם חֻזְקַת מְמוּנָא בְּזַה ס"ל פֶּן וְחֻזְקַת פְּנוּי' הָא אִיִּתְרַעֵי אֲבָל בְּמִמּוֹן מוֹדָה לְמַש"כ הַר"נ שָׁם דַּה"ל כַּא"י א"נ דְפֶטוּר.

א"כ קִשָּׁה דְאֵמַי נְאֻמֵּן הַשׁוֹמֵר לֹמֵר דְקִיָּים תְּנָאוֹ וְשָׁמַר פְּרָאוֹי וְלִיטּוֹל שְׁכָרוֹ וְכַמֶּש"כ הָכָא דְאִיפָא רִיעוּתָא לְפְנִינּוּ שְׂאִין הַחֶפֶץ לְפְנִינּוּ. וְהָא ה"ל א"י א"נ וְשָׁם בְּב"מ שְׁמוּאֵל אָמַר דְנִשְׁבְּעִין לִיטּוֹל שְׁכָרָן וּבב"ק (דף מ"ו) אָמְרוּ דַּס"ל לְשְׁמוּאֵל דְאָרְף נִיזְק אֲוִמֵר פְּרִי וּמִזִּיק שְׁמָא דַּהַמְמַע"ה וְעִיָּין בְּתוֹס' שָׁם וּבְכַתְּוִבוֹת (דף י"ב): וְהַנְרָאָה לִי דְלָכֵן אָמְרוּ דְנְאֻמֵּן הַש"ש שְׁנִתְקַיֵּים וְנוֹטְלִין שְׁכָרוֹ דְמַשׁוּם תַקְנַת חַנּוּנֵי נִשְׁבְּעַת וְנוֹטְלִין נִגְעוּ בְּזַה דְכִמּוֹ שְׁנִתְקַיֵּים חַנּוּנֵי לְהִיּוֹת נִשְׁבְּעַת וְנוֹטְלִין לֹמֵר שְׁקִיָּים שְׁלִיחוֹתוֹ מַה שְׁקִיָּבֵל ע"ע לִיתָן ע"פ צִוּוּי שֶׁל הַבַּעַה"ב דַּה"ה מַה"ט נְאֻמֵּן לֹמֵר דְנִתְקַיֵּים וִיחַא נִשְׁבְּעַת שְׁכָרוֹ מַשׁוּם דְשָׁמַר פְּהוֹגֵן וְטַרְחַ בִּי ע"פ צִוּוּי שֶׁל הַמְפָקִיד דְמַה לִי אִם הוֹצִיא מְמוֹן ע"פ או דְטַרְח בְּהָ ע"פ.

אָרְף אִי מְהִימֵן מַה"ת לֹמֵר דְנִתְקַיֵּים וְלִיטּוֹל שְׁכָרוֹ יֵשׁ לֹמֵר דְזַה תְּלוּי בְּפִלְגֻמַת הַרְאִשׁוֹנִים הַמוּבָא בְּסְעִי' ב' וּבְש"ף ס"ק י"ב דְהַרְמַב"ם וְסִיִּיעָתוֹ ס"ל דְחַנּוּנֵי נִשְׁבְּעַת מַשׁוּם דַּה"ל פְּרִי וְחֻזְקָה שְׁלִיחַ עוֹשָׂה שְׁלִיחוֹתוֹ כַּמֶּש"כ הַבַּעַה"ת בְּשֵׁם הַרְב"ר יוֹסֵף אָבֵן פְּלָאֻט. [וְהַטְעַם שֶׁכְּתִיב הַש"ף מְתַחֲלָה מַשׁוּם דַּס"ס תִּפְּוֹק מְמוּנָא מְרִשׁוֹתוֹ כּו'. פְּכַר דְחָה זַה הַאו"ת בְּס"ק ג' וְכֵן מוֹכַח מַכ"ד וְקִצְרִיתִי].

א"כ ה"ט שְׁיִיף ג"כ בְּש"ש נִשְׁבְּעַת וְנוֹטְלִין דְגַם הֵתָם שְׁיִיף לְדוֹן הַף חֻזְקָה שְׁלִיחַ עוֹשָׂה שְׁלִיחוֹתוֹ לְמַה שְׁקִיָּבֵל עָלָיו לְשָׁמֵר הַחֶפֶץ וְסַמָּה חֲבִירוֹ עָלָיו. ע"כ ה"ל פְּרִי שֶׁל הַשׁוֹמֵר בְּצִוּוּרֵי חֻזְקָה דְשְׁלִיחַ עוֹשָׂה כּו' דְנִתְקַיֵּים מַה"ט אָרְף מַה"ת לְהוֹצִיא מְמוֹן.

וְלִשְׁטִיטַת הַחוֹלְקִים דַּס"ל דְחַנּוּנֵי נִשְׁבְּעַת לֹא מְדִינָא הוּא אֲלָא מְצַד הַתַּקְנָה הַיְמָנוּהוּ פִּינּוֹן דַּהַבַּעַה"ב צִיָּה לֹא לִיתָן הַמְמוֹן וְטוֹעֵן דְנָתַן פֶּן ע"פ צִוּוּיָיו. א"כ מַה"ט נְאֻמֵּן הַש"ש לֹמֵר דְשָׁמַר הַחֶפֶץ פְּהוֹגֵן וְטַרְח בְּשְׁמִירְתּוֹ ע"פ צִוּוּי שֶׁל הַמְפָקִיד.

וגם הא לא שינה לומר בשומר דה"ל לשמור בעדים א"כ הוי זה כש"כ מן חנוני. וראיתי בפני יהושע בב"מ (דף נ"ח) שפכת בקצרה להסתפק אם השומר נאמן מה"ת ליטול שָכרו בלא שבועה או דאף בשבועה אינו נאמן ומסיק דמה"ת נוטל שָכרו בל"ש ורק חז"ל תקנו שישבע ע"ש.

ולא העיר פלל בכל מש"כ. והנה רע"א זצ"ל בכתבים סי' קע"ה הקשה בהא דשבועות (דף מ"ה) דאמרו ש"ש דחייב רחמנא היכי משפחת לה.

דבש"ש לא שינה מיגו דלקד"ם דיותר טוב לו לומר שגאנס פדי שיטול שָכרו ואף דאין זה קשה אף העיר שם פמה ענינים עפ"ז. אכן אי נימא דמשום תקנת חנוני נגעו בי' א"כ אין מקום לדבריו דהא אמרו שם ש"ש דחייב רחמנא היכי משפחת ורְבא קאמר שם זה ומצינו בב"ב (דף קל"ה) דס"ל לרְבא דמנה לי בינדה והלה אומר א"י דפטור.

ומדוקדק לפ"ז הלשון שאמרו דחייב רחמנא כו'. אף לשיטת הרמב"ם וסייעתו דחנוני נוטל מה"ת שפיר י"ל דה"ה ש"ש נאמן מה"ת ליטול שָכרו ושפיר כתב הגאון הנ"ל.

והעיקר פי זה תלוי בפלוגתת הראשונים הנ"ל: והא שצריף הש"ש לישבע וליטול אף לשיטת הרמב"ם והמחבר דהיכא דאינו משלם אלא תשלום א' גם החנוני א"צ לישבע משום דנוטל מדינא.

י"ל דשאני שומר לפמש"כ הש"ף בס"ק א' לחלק דנוקא התם שחייב תשלום א' מהן אבל היכא שייכול להיות שאינו חייב שום תשלום בזה צ"ש אף להרמב"ם. א"כ מה"ט צריף הש"ש לישבע משום דילמא לא שמר פהגון ואינו חייב פלל.

[ובפרט במקום ריעותא דאין החפץ לפנינו וגם הא איכא פסידא להמפקיד שגאבד החפץ שלו וכן בכל הדברים נשבע השומר ליפטר ג"כ ע"כ אף היכא דפטרתו התורה מלישבע מ"מ היכא דבא ליטול תקנו חז"ל שישבע].

ואף לפי הנראה מן דברי בעה"ת שהובא בש"ף ס"ק י"ב דהיכא דאיכא ברי ושמא בצירוף חזקה שלית כו' א"צ לישבע פלל בשום גונוני היכא דליכא מאן דמכחיש לי'. עכ"ז יש לחלק דשאני בש"ש דטוען גאנסו דמיירי הסוגיא דב"מ שם.

דגאנסו לא שכיח כמש"כ התוס' ב"ב (דף ע'). ועיין בש"ף סי' ק"ח ס"ק ח' א"כ הרוב מנגדת לטענת השומר דטוען גאנסו ע"כ צ"ש דרוב עדיר מן ברי דע"א במקום חזקה אינו נאמן וה"ה במקום רוב דעדיר מחזקה.

ועיין בפני יהושע פתובות (דף ט"ז) ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז. וע"כ פמו דבהכחשת בע"ד צ"ש ועיין בש"ף ס"ק י"א.

ה"ה במקום דהרוב מנגדתו לכ"ע צ"ש. ויש להאריך בכ"ז: ולפי דעת יש מי שפכת שהביא המ"מ דנוקא בחנוני תקנו שיהיה נוטל אבל בשארי שליחות עליו להביא ראיה פניו שאנו מסופקים בעיקר הדבר אם עשאו.

א"כ תקשה מנלן להוּי הא שאמרו דנשבעין ליטול שְכָרָן והא דוקא בתנוני תקנו פו.
ולפמש"כ הש"ה סברת החילוק בין תנוני כו' מפני שרגיל להקיר.

ע"כ י"ל דמה"ט ה"ה שומר שדרפן בכך ע"כ דימו זה לתקנת תנוני לכ"ע אף לפי הנראה
מלשון הב"ח דעיקר החילוק הוא דמעלת התנוני הוא מחמת פנקסו א"כ צדיקן יש לדון
בזה. ואפשר לומר דאף להסוברים בתנוני אינו נוטל מדינא אף דיש שם חזקה שלית כו'
מ"מ טעמם הוא דס"ל דלא שייך בתנוני החזקה שלית כו' דיכול להיות דחזר מן הבטחתו
שהבטיח להלוותו דאימר חקר דלאו בטוח הוא או שפא לא הנה לו אז מעות או כה"ג
ובפרט בנתינה מרובה דלא הוי אף מחוסר אמנה.

ועיין באו"ת ס"ק ג' ובנתיבות סי' קפ"ג ס"ק ה'. אבל בשומר דנשתעבד מה"ת להיות
יושב ומשמר וא"י לחזור מה"ת ע"כ הוי בי' הך חזקה לחזקה אלימתא.

ושייך ביה חזקת פשרות ג"כ בהך ספק לשעבר דאנו דנין ולכן מהני ברי שלו להוציא
שכרו לכ"ע. ויש לדון בזה טובא.

והעיקר נראה לי להוכיח מזה פהסוברים שלא לחלק בין תנוני לשארי שלוחים בהך
תקנה. ואחר כותבי כ"ז ראיתי בספר הכתב והקבלה לחומש פ' משפטים כ"ב פסוק י"ד
שכתב לפרש פוננת הפסוק אם שכיר הוא בא בשכרו דזהו להורות דש"ש נאמן ליטול
שכרו ע"ש.

אבל באמת הא מבואר במכילתא שם דהך אם שכיר כו' קאי בשוכר ולא בש"ש וכמו
שכתב רש"י שם. ופרשה שניה נאמרה בש"ש כמבואר בב"מ (דף צ"ד).

אבל הך אם שכיר מייירי בשוכר וכן משמע מכ"ז. ועיין בתוס' ב"ק (דף ד' ע"ב) ד"ה
ש"ח כו' וקצרתי והעיקר כמו שכתבתי דמתקנת תנוני נגעו ביה: ג (שם סעיף ג' הג"ה)
מי שהוציא הוצאות ברשות חבירו נשבע התובע ונוטל כו'.

וכעין זה מבואר לקמן סי' שע"ה סעיף ח' פל מי ששמין לו בין שהיה ידו על העליונה
כו' אינו נוטל עד שישבע בנק"ח כו': ענף א מקור הענין הנ"ל הוא בכתובות (דף ע"ט)
המוציא הוצאות על נכסי אשתו ישבע כמה הוציא ויטול.

ולכאורה י"ל דמה"ת דינו ליטול פיון דידוע שהוציא מקצת א"כ ה"ל כמו חמשין ידענא
וחמשין לא ידענא דה"ל מחושואיל"מ. אף באמת ז"א לפי מה שהעלה הש"ה בסי' ע"ב
ס"ק נ"א דאף לשיטת הרמב"ם וסייעתו דגם בלא ה"ל למידע ה"ל מחושואיל"מ מ"מ
היכא דהתובע מודה דהנתבע אינו יודע דבזה לא ה"ל מחושואיל"מ.

א"כ הך במוציא הוצאות אף אם ידוע שהוציא מקצת מ"מ לא ה"ל מחושואיל"מ פיון
דהתובע מודה דהנתבע אינו יודע. וזה לשון הר"נ שבועות ריש פ"ז ותנן נמי המוציא
הוצאות על נכסי אשתו כו' אמאי לא תקנוהו כו' ומוציא הוצאות על נכסי אשתו נמי
מדינא שקל בלא שבועה דברי ושמא הוא ואע"ג דלאו ברי עדיף הךא פיון שהוציא
ברשות והשביח נאמן מדינא וישקיל בל"ש אלא שחכמים החמירו עליו לישבע כו' עכ"ל
הר"נ.

וכוננתו דארף דהיכא דלא הנה שבת אין דינו ליטול מה"ת אבל פשהשבת אז דינו ליטול מה"ת משום סבא דכיון דהשבת לו והוא עשה את השבת ולולי טרחתו לא הנה השבת כלל ע"כ הדעת נותנת דיהנה נאמן ליטול הוצאתו וכש"כ לשיטת הסוברים אמן קונה שבת כלי כמבואר בסי' ש"ו.

ובלא קלקל דאינו קונה שבתו לכ"ע הטעם הוא כמש"כ הרשב"א בב"ק (דף צ"ח) דאדעתא שיהנה השבת לבעלים הוא מתקנה ומשביחו ומקנהו להבעה"ב וכמש"כ הגתיות בסי' ש"ו ס"ק ג'. וגם בקרקע שייך לומר אמן קונה שבת כלי כמש"כ הגתיות שם ס"ק ד'.

רק דאינו יכול לומר בניני אני נוטל לפי שהקנהו להבעה"ב כמש"כ הסמ"ע בסי' שע"ה ס"ק י"ד ע"ש. ע"כ הדין נותן במוציא הוצאות והשבת דיהנה נאמן משום דיש לו חזקת מרא קמא וכעין מש"כ המהרי"ט סי' קנ"ב והובא בש"ס סי' קצ"א ובגתיות שם ס"ק ג' בקנה קרקע וספק אי נתן הדמים דמעמידין בחזקת מ"ק ע"ש.

ויש לי להאריך בזה אף לפי שבהך דינא אי אמן קונה שבת כלי זהו פלוגתא דאמוראי כמבואר בב"ק (דף צ"ט) והך דינא דמוציא הוצאות הוא במשנה. ע"כ העיקר בכוננת הר"נ דכיון דהשבת ולולי טרחתו לא הנה השבת כלל ע"כ הדין נותן דיהנה נאמן מה"ת לכ"ע: ולפ"ז י"ל דהיכא דלא הנה שבת לא יהנה נאמן אף בשבועה כיון דעיקר הך דינא מתנייגבי הא דהוציא הוצאות על נכסי אשתו והשבת דיהנה נאמן בשבועה כמה הוציא.

וכיון דס"ל להר"נ דהיכא דהשבת עדיפא ונאמן מה"ת א"כ מנלן דתקנו דמוציא הוצאות וליפא שבתא דיהנה נאמן. ובאמת הא מבואר בסי' שע"ה סעיף ח' דכל מי ששמיין לו בין שהנה ידו על העליונה כו' נשבע ונוטל.

ומבואר שם לעיל סעיף ד' דהיורד ברשות ידו על העליונה שאם הנה הוצאה יתירה על השבת נוטל ההוצאה. והוא מן הרמב"ם פ' יו"ד ה' גזלה.

והמ"מ כתב דמקורו הוא מהמשנה דכתובות דמוציא הוצאות נשבע ויטול. ולפי דברי הר"נ הנ"ל אין שום הוכחה מהתם להיכא דליפא שבת דשאני במוציא הוצאות בנכסי אשתו דנוטל הוצאה שיעור שבת ואז נאמן מה"ת.

משא"כ בדליפא שבתא מנלן. ושם בסי' שע"ה לא נזכר שום חולק על דין זה.

וע"כ נ"ל לומר די"ל דהא דמוציא הוצאות ברשות חבירו וידו על העליונה להיות נשבע ונוטל הוצאה יתירה מן השבת. דנהו מן הא דחנני נשבע ונוטל מצד התקנה לכ"ע דארף דה"ל כא"י אם נתחייבתי מ"מ חייב הבעה"ב משום דהימני' וציונה לו להוציא ממון ע"פ טוען שעשיתי כפי צווייך.

ואף דשייך התם בחנני לדון עדיין דה"ל ליתן בסהדי מ"מ תקנו חז"ל דיהנה נאמן כמש"כ הראשונים. א"כ ה"ה במוציא הוצאות ע"פ צווי שלו וגם הא לא שייך לומר במוציא הוצאות דה"ל להוציא פן בעדים ע"כ תקנו חז"ל דיהנה נאמן בשבועה: והא

שכתב הר"נ דהא דמוציא הוצאות על נכסי אשתו נשבע ונוטל משום דאיכא שכתב ונאמן מדינא.

היינו לפי דמוציא על נכסי אשתו דמייגרי דלא ציננותה האשה לבעלה בפירוש שיוציא רק לפי דע"פ דין עשו להבעל פירוד ברשות כמו בשותף ע"כ הדין הוא דנוטל הוצאה שיעור שבח ולא יותר פיון דלא אמרה לו בפירוש שיוציא.

וכן הוא הדין בשותף פמבואר בסי' קע"ח. וע"ז הקשה הר"נ דה"ל לתנא למיתניג' הך דמוציא הוצאות בנכסי אשתו בהא דרפ"ז דשבועות דאלו נשבעין ונוטלין.

דליכא למימר דזהו נכלל בהא דחננני נשבע ונוטל. דהא בתקנת חננני הוא משום דצינה לו בפירוש שיוציא ממון ע"פ ואלו במוציא על נכסי אשתו לא אמרה לו שיוציא א"כ אין זה דמיון כלל לתקנת חננני.

ולכן תירץ הר"נ דמוציא הוצאות בנכסי אשתו נוטל מדינא פיון דהשביח. ולפ"ז הדין נותן גם לתירוצי הר"נ דהיכא דצינה לו בפ"י שיוציא הוצאות דנאמן בשבועה כמו בחננני.

ויש לומר דזהו פנונת התוס' בב"מ (דף ל"ד ע"ב) ד"ה שמה יוציא כו' שכתבו דהא דלא חשיב בפ"ז דשבועות להא דמוציא הוצאות בנכסי אשתו משום דהוי בכלל שכיר עכ"ל. ולכאורה צ"ע דאינה דמיון הוא להא דשכיר דהא הטעם דשכיר נשבע ונוטל הוא משום דבעה"ב טרוד בפועלו וה"ל כא"י א"פ פמבואר ברפ"ז דשבועות ובתוס' שם וגם ז"א אלא במכחישין בפרעון ולא בקציצה.

וז"א שייך כלל בהא דמוציא הוצאות ברשות. וע"ד הפלפול יש להאריך בזה.

אבל העיקר בכוננת התוס' שכתבו דהוי בכלל שכיר. דכוננתם הוא דמוציא הוצאות הוי בכלל חננני נשבע ונוטל.

והא שכתבו דהוי בכלל שכיר היינו לפי דבריש מה דחשיב התם בנשבעין ונוטלין חשיב בראשונה שכיר כו' ומסיים בחננני ע"כ נקטו שכיר וה"ל כמו דכתבו דהוי בכלל שכיר וכו' כן הוא פשטיות כוננת התוס'.

וזהו הוכחה למה שכתבתי דמוציא הוצאות נוטל משום דזהו נלמד מהא דחננני. והתוס' אינם מחלקים בין מוציא על נכסי אשתו ובין הך דחננני דס"ל דאף דלא אמרה לו בפ"י שיוציא מ"מ פיון דדינו פירוד ברשות ע"כ דומה ממש לחננני.

והא דאינו נוטל הוצאה יותר מהשבח כמו כל יורד ברשות י"ל באמת הטעם בזה כמש"כ הריטב"א לכתובות (דף ע"ט) והשמ"ק שם דכיון דיש לו זכות בנכסים שלא ע"כ אמרינן דמחל המותר על השבח פיון דלא התנה ע"ש.

אף הר"נ ס"ל דיש לחלק ביניהם כנ"ל וא"ש דברי הר"נ: ענף ב והנה שיטת הרמב"ם וסייעתו דחננני נוטל מדינא וכמש"כ המחבר לעיל סעי' ב' והש"ך ס"ק ב' משום דשייך ביה חזקה שלים עושה שליחותו וה"ל פרי בחזקה.

א"כ לפ"ז אין לומר דהא דמוציא הוצאות נוטל הוצאה יותר על השבח משום דזה דומה לחננני. דהא שאני חננני דשייך ביה חזקה שלים עושה שליחותו משא"כ מוציא הוצאות

דלא שײַנדיג בײַה תּזקָה שְׁלִיחַ עוֹשֶׂה שְׁלִיחוּתוֹ וכּמִשׁׁכּ הַשֵּׁנִי ׀ ס״ק י״ב וּס״ק כ״ב בְּשֵׁם
בעה״ת.

וְהַטַּעַם פְּשוּט דְּדוֹקָא בְּצִינְהוּ לְחַנּוּנֵי לִיתָן לְפוֹעֲלֵיו סְלַע שײַנדיג בְּזַה שְׁפִיר תּזקָה דְּעִשָׂה
שְׁלִיחוּתוֹ כְּפִי שְׁקִיבֵל עָלָיו לִיתָן לָהֶם. וְעֵינֵן לְקַמֵּן סַעִי ז' שׁ״ךְ ס״ק כ״ח וּס״ק כ״ט וּבִט״ז
שָׁם.

אַבְל בְּצִינְהוּ לְהוֹצִיא הוֹצָאוֹת עֲדִינֵן יֵשׁ לְהַסְתַּפֵּק דָּאָךְ דְּקִיבֵל עָלָיו פֶּן מ״מ י״ל עֲדִינֵן
דְּיִלְמָא לֹא הוֹצִיא כְּפִי הַסֵּף שְׁאוּמֵר עֲכָשְׁנוּ דְּיִכּוּל לְהִיּוֹת דְּרָאָה דָּאִין צָרִיךְ הוֹצָאוֹת כ״כ
לְהַעֲסֹק וְלֹא הוֹצִיא וְלָכֵן לֹא שײַנדיג בְּזַה תּזקָה דְּשְׁלִיחַ עוֹשֶׂה כו'.

וּלפ״ז לֹא שײַנדיג פֶּלֶל לְמִילָךְ מוֹצִיא הוֹצָאוֹת מִן חַנּוּנֵי. אָךְ בְּשִׂיטַת הַר״ן שְׁפִיר פְּתַבְתִּי
דְּמוֹצִיא הוֹצָאוֹת דְּנוֹטֵל הוֹצָאָה תִּתְרָה עַל הַשֵּׁבַח דְּזַהוּ מִצַּד תְּקַנַּת חַנּוּנֵי.

לְפִי דַהַר״ן אֲזִיגֵל לְשִׂיטְתוֹ דְּהָא שִׂיטַת הַר״ן הוּא דְּחַנּוּנֵי נוֹטֵל מִצַּד הַתְּקַנָּה וְלֹא מִשּׁוּם דִּינָא
וְהוּבָא בַּשֵּׁנִי לְעֵיל ס״ק י״ב. וְלֹא ס״ל לְהַךְ תּזקָה שְׁלִיחַ כו' וכּמִשׁׁכּ הַאֲוִ״ת בַּס״ק ג'
לְבָאָר הַיֵּטֵב הַטַּעַם דְּלֹא מְהַנִּי הַךְ תּזקָה שְׁלִיחַ ע״שׁ.

וְעִיקַר הַטַּעַם דְּחַנּוּנֵי נוֹטֵל זַהוּ מִשּׁוּם הַתְּקַנָּה דְּכִינּוּן דְּצִינְהוּ לְהוֹצִיא מִמּוֹן ע״פ ע״כ תְּקַנּוּ
שְׁיִהִיָּה נְאָמָן בְּשׁוּבָעָה וְה״ה. מַה״ט שײַנדיג לְהַאֲמִין לְהַמוֹצִיא הוֹצָאוֹת מִצַּד.

[הַתְּקַנָּה וְכֵן מוֹכַח מִן דְּבָרֵי הַר״ן בַּפ״ז דְּשׁוּבָעוֹת וּפ״ב דְּקִיּוּשֵׁין שְׁפַתְבּ דְּחַנּוּנֵי צָרִיךְ
שְׁבוּעָה אַךְ בְּמָקוֹם דָּאִין הַפּוֹעֲלִים מְכַחֲשִׁין לוֹ מִשּׁוּם דְּכִמּוּ דְּמוֹצִיא הוֹצָאוֹת צ״שׁ אַךְ
דְּלִיכָא מֵאֵן דְּמְכַחֲשִׁי לִיהּ כו'.

הַרִי דַס״ל דְּלֹא שײַנדיג תּזקָה שְׁלִיחַ כו' פֶּלֶל בְּחַנּוּנֵי דַאל״כּ הָא יֵשׁ לְחַלֵּק דְּשִׂאנֵי חַנּוּנֵי דִישׁ
לוֹהַךְ תּזקָה שְׁלִיחַ כו' מִשֵּׂא״כּ מוֹצִיא הוֹצָאוֹת]. אַכֵּן לְשִׂיטַת הַרְמַב״ם וְהַמְחַבֵּר וְסִייעָתָם
אִין לְדַמּוּת פֶּלֶל מוֹצִיא הוֹצָאוֹת לְחַנּוּנֵי לָכֵן יֵשׁ לְדוֹן דְּמַנְלֵן לַהּ הָא דְּמוֹצִיא הוֹצָאוֹת נוֹטֵל
בְּשׁוּבָעָה: וַיֵּשׁ לוֹמֵר דְּבִאָמַת לָכֵן הִנְכַרַח הַרְבּ הַמ״מ לְכַתּוּב בַּפ' י' הַלְכוֹת גְּזֻלָּה הַלְכָה י'
דְּמַה שְׁפַתְבּ הַרְמַב״ם דְּכָל מִי שְׁשָׁמִין לוֹ דְּנִאָמָן בְּשׁוּבָעָה דְּזַהוּ גְלַמַּד מֵהָא דְּמוֹצִיא הוֹצָאוֹת
בְּנַכְסֵי אִשְׁתּוֹ.

[וַיֵּשׁ לְעֵינֵן הַרְבֵּה בְּלִשׁוֹן הַמ״מ שָׁם]. וְלֹא פְתַב דְּזַהוּ גְלַמַּד מֵהָא דְּחַנּוּנֵי מִשּׁוּם דִישׁ לְחַלֵּק
בִּינֵיהֶם פְּנ״ל.

וְעֵינֵן בַּמ״מ פ' ט״ז הַלְכוֹת מְלָנָה הַלְכָה ה'. מִשּׁוּם דְּבִאָמַת לְשִׂיטַת הַרְמַב״ם דְּחַנּוּנֵי נוֹטֵל
מִדִּינָא וְהוּא מִשּׁוּם תּזקָה שְׁלִיחַ כו' ע״כ אִין שׁוּם דְּמִיּוֹן פֶּלֶל מוֹצִיא הוֹצָאוֹת לְחַנּוּנֵי וְלָכֵן
פְתַב דְּזַהוּ גְלַמַּד מֵהָא דְּמוֹצִיא הוֹצָאוֹת בְּנַכְסֵי אִשְׁתּוֹ דְּכִינּוּן דְּדִינּוּ פִּיּוּרְד בְּרִשׁוֹת לָכֵן
הִימְנוּהוּ בְּשׁוּבָעָה א״כּ ה״ה וּכְשׁ״כּ לְמִי שְׁצִינְהוּ בְּפִירוּשׁ שְׁיִוִּצִיא הוֹצָאוֹת דְּנִאָמָן
בְּשׁוּבָעָה.

וְהָא דִישׁ לְחַלֵּק דְּשִׂאנֵי הוֹצָאוֹת בְּנַכְסֵי אִשְׁתּוֹ דְּנוֹטֵל הוֹצָאָה שְׁיַעוּר שְׁבַח וְכִינּוּן דַּאִיכָא
שְׁבַחָא נוֹטֵל מַה״ת כּמִשׁׁכּ הַר״ן. י״ל דַס״ל לְהַרְמַב״ם בְּזַה דְּלֹא כַהַר״ן אֲלֵא אַךְ הִיכָא
דַּאִיכָא שְׁבַחָא אִינוּ נְאָמָן מִדִּינָא אֲלֵא מִצַּד הַתְּקַנָּה.

וכן מוכח מן ה'רשפ"א ב'חידושי' ל'שבועות (דף מ"ד) בד"ה השכיר כו' ד'הקשה ג"כ אמאי לא קתני המוציא הוצאות ב'נכסי' אשתו כו' ו'תירץ ב'שם הר"ח ד'לא דמי להני ד'בכל הני ה'נתבע טוען ב'רי כו' א'בל ה' ד'אשה א"י כ'מה הוציא כו' וא"ת א'פתי ל'תני המכיר כ'ליו כו' ו'לא היא ד'התם מדינא ה"ל ל'טול בל"ש א'לא ת'קנה כו' עכ"ל ה'רשפ"א.

וכן הוכח בקצרה תי' ה'נ"ל ב'שם הר"ח בר"נ ל'פתובות (דף ע"ט) ו'בחי' ה'ריטב"א שם. הרי אף דגם לפי תירוץ ה'נ"ל א'מרו ד'לא ת'ני ברפ"ז ד'שבועות ב'נשבעין ו'נוטלין לה'נה ד'מדינא שקיל בל"ש.

ואפ"ה ה'וכרחו ל'תריץ ד'לכן לא ת'ני שם המוציא הוצאות ב'נכסי' אשתו לפי ד'לא דמי להני ד'בכל הני נ'תבע טוען ב'רי נ'גד התובע ו'בהוצאות אינה מכחשת אותו. ו'לא ת'ירצו ל'סברת הר"נ דתי' ד'לא ת'ני מוציא הוצאות לפי ד'יש ש'בח ו'נוטל הוצאות ש'יעור ש'בח מדינא.

וע"כ מוכח דס"ל לה'רשפ"א ד'מה ש'הבעל נוטל הוצאות ש'יעור ש'בח ד'זהו לאו מדינא רק מצד התקנה תקנו ש'יהיה מהימן ב'שבועה. ו'לא ס"ל לה'רשפ"א ל'סברת הר"נ ש'כתב ד'היא ד'איכא ש'בחה נוטל מדינא: ו'כן מוכח מן התוס' ב'כתובות (דף פ') ד"ה י'שבע כ'מה הוציא ש'כתבו ב'שם פי' הר"ח ש'הקשה מאי ד'לא ת'ני לה' נ'שבע ו'נוטל ב'תוה' אלו נ'שבעין ו'נוטלין ותי' ד'לא ת'שיב א'לא מ'ידי ש'מכחישין א'ת ה'נשבע כו' ומה"ט לא ת'שיב ה'בא ל'פרע כו' ו'נראה ד'התם לא ת'שיב כו' ואע"פ ד'שכיר ל'מאי ד'חשיב ל'יה ט'רוד ב'כוע'ליו מן הדין ה"ל ל'טול כו' א'בל ה'נהו ד'חשיב ב'הדי ה'בא ל'פרע מ'נכסי' י'תומים אי לאו ד'אשמעינן ה"א ד'נוטלין בל"ש מ'חמת ה'שטר לא ת'שיב להו כו' ד'הכא ק'תני לא י'פרעו א'לא ב'שבועה מ'שמע כו' עכ"ל התוס'.

ו'פ'שט ד'ברי התוס' מ'שמע ד'אף ל'בסוף ד'מסקי ד'לא ת'ני ה'תם לה'נה ד'נוטלין מדינא אפ"ה על מה ד'לא ת'ני שם לה'מוציא הוצאות ב'נכסי' אשתו כו'. ה'תירוץ הוא כמש"כ שם ל'עיל מ'ינה ד'לא ת'שיב שם א'לא ה'נה ש'מכחישין א'ת כו'.

א'בל מ'שום ד'נוטל מדינא לא ש'ינה' ל'תרוצי ה'תם עפ"ז. א'לא מ'הדרי ל'תריץ ל'בסוף ל'מאי ד'לא ת'ני שם לה'נה ד'בא ל'פרע מ'נכסי' י'תומים ו'הנה' ד'חשיב ב'הדי'יהו כ'ן הוא פ'שט ד'ברי התוס' ב'אמת לה'מעין שם.

הרי דס"ל לה'תוס' ד'מה ד'הבעל נוטל הוצאה ש'יעור ש'בח ד'זהו לאו מדינא. ו'לא ס"ל למש"כ הר"נ ב'שם הר"ח.

ו'ב'אמת ה'א ח'זינן ד'סותרים ד'ברי הר"ח א'הדדי דהר"נ ב'שבועות פ'תב כ'ן ב'שם הר"ח ד'נוטל מדינא נ'גד ה'שכח ו'אלו ה'רשפ"א ו'התוס' ב'שם הר"ח פ'תבו ת'רוץ א'חר כ'נ"ל. ו'גם הר"נ ע'צמו ב'פ"ח ד'כתובות פ'תב ת'רוץ א'חר ע'לה ד'לא כמש"כ הר"נ ב'שם הר"ח ב'פ"ז ד'שבועות.

הרי דהר"ח ע'צמו לא ה'נה ב'רירא ל'יה ה' מ'קלמא ד'מה ד'הבעל נוטל הוצאה ש'יעור ש'בח ד'זהו מדינא. מ'שום די"ל ד'אף ד'איכא ש'בח מ"מ אינו נוטל א'לא מצד התקנה.

ויש לדון בכ"ז ע"פ מה דינש להעיר בתירוץ הר"נ ברפ"ז בשבועות דכיון שהשפית נוטל מדינא כו'. וכן במה שכתב הר"נ שם התירוץ בשם הרמב"ן דלכן לא תני שם להמוציא הוצאות לפי דאינו נוטל אלא נגד השבח.

דעדיין תקשה להמ"ד בכתובות (דף פ') דאמרו על הא דא"ר אסי למאי הילכתא כו' ועיין בפ"י רש"י שם דמשמע דהיה מקום לומר דישטול אף הוצאה יתירה על השבח דאפתי קשה דליתני להך דמוציא הוצאות ברפ"ז דשבועות.

אבל באמת אתי שפיר דאין זה הכרח כ"כ וקצתתי פי אכמ"ל: וכן הוא שיטת הטור בשם הרמ"ה באה"ע סי' פ"ח שכתב דבאלמנה אם לא נתברר שהוציא כו' לא יקחו הירששים פלום דלבעל הוא דתיקון רבנו דליהמניה בשבועה ולא לירושין כו'.

והובא בש"ע אה"ע סי' פ"ח סעיף י"א ובחלקת מחוקק ס"ק כ"א. הרי אף דהבעל אינו נוטל הוצאה יתירה מהשבח.

ואף במוציא הוצאות בנ"מ של אשתו קטנה ג"כ אינו נוטל הוצאה יתירה מהשבח. ומה שכתב הב"ש שם ס"ק כ' פ"ב חלק עליו ההפלאה בק"א שם והעיקר פדבריו.

ואפ"ה כתבו דלדידן הוא דתקון רבנו כו'. הרי להדיא דאף היכא דאיכא שבחא מ"מ אינו נאמן ליטול ההוצאות רק מדברבנו.

א"כ נתבאר דשיטת הרשב"א והתוס' פתובות וטור והרמ"ה דאף היכא דאיכא שבח נגד ההוצאה אינו נאמן מדינא רק מצד תקנתא. ולא ס"ל לסברת הר"נ הנ"ל.

ע"כ י"ל דכן הוא שיטת הרמב"ם והמ"מ וע"כ שפיר כתב המ"מ על מש"כ הרמב"ם דכל מי ששומין לו וידו על העליונה אף ליטול הוצאה יותר מהשבח דזהו גלמוד מהא דבעל נוטל הוצאה שיעור שבח בשבועה.

דגם זהו מצד התקנה לפי דע"פ דין אין הבעל נאמן רק לפי דדינו פיורד ברשות ע"כ הימנוהו חז"ל. א"כ ה"ה וכש"כ היכא דיורד ע"פ רשות בעה"ב בפירוש ודאי דנאמן מצד התקנה.

וזהו מוכרח בכוננת הרמב"ם דאם לא פן מנלן לשיטתו דס"ל דמעלת חננני הוא מן הדין משום חזקה שלים עושה שליחותו. א"כ במוציא הוצאות דלא שייך חזקה הנ"ל כמש"כ הבעה"ת והש"ך.

תקשה דמנלן דנאמן בשבועה דהא אינו דומה כלל לחננני. וע"כ מוכח דהוציא דין זה מן בעל שהוציא הוצאות כו': ולכאורה יש להוכיח מן הא דכתובות (דף פ') דהיכא דהוציא ע"פ ציווי של חבירו דנוטל הוצאה יתירה מהשבח ע"פ שבועה דהא אמרו שם הריא איתתא דנפלו לה ד' מאה זוזי אזיל גברא אפיק שית מאה כו' א"כ ה"ל הוציא ולא אכל ישבע כמה הוציא ויטול.

ולא אמרו דלא יטול אלא הוצאה שיעור שבח אלא סתמו ומשמע דנאמן אף ליטול הוצאה יתירה מהשבח. ואף דהבעל אין לו הוצאה יתירה מהשבח עכ"ז נראה דדוקא היכא דלא אמרה האשה בפירוש לבעלה שיוציא אז אינו נוטל ההוצאה יתירה מהשבח אף דדינו פיורד ברשות.

אָבֵל אַם אָמְרָה בְּפִירוּשׁ שְׂיֻצִיא הוּצָאוֹת אָז לֹא גָרַע זְכוּתוֹ מִפֶּל מִי שְׂיֻרְד בְּרִשׁוֹת ע"פ שְׁנוּטֵל הַהוּצָאָה יִתְּרָה מִהַשְּׁבַח כְּמִבְּנוֹר בַּח"מ ס"א שֶׁע"ה. וְהֵתָם גַּבֵּי הַף עֲנֻבְדָּא דְנִפְלוּ לָהּ אַרְבַּע מָאָה זִוְזֵי בִי חוּזָאֵי בִינּוֹן דְּאִין יָכוֹל הַבְּעַל לְתַבְּנֵעַ בְּלִתֵּי הַרְשָׁאָה מְאַשְׁתּוֹ כְּמִבְּנוֹר בַּח"מ ס"א קכ"ב סְעִיף ח' וּבִשְׁ"ף ס"ק ל"ג בְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם וְסִינְעָתוֹ דְּנִנְקָא הֵיכָא דְּאִיפָּא פִירוֹת בְּהַקְרָקַע א"צ הַרְשָׁאָה.

וּבְהַף יִרְנֹשֶׁה ד' מָאָה זִוְזֵי שְׁנִפְלוּ לָהּ י"ל דַּא"י הַבְּעַל לְתַבְּנֵעַ מִהֵם בְּלִתֵּי הַרְשָׁאָה מִמְּנָה. וְאַף שְׁבִמְעוֹת מְזֻנְמָנִים א"צ הַרְשָׁאָה כַּמֶּש"כ הַשְּׁ"ף שֶׁשֶׁם בְּשֵׁם הַתְּה"ד וְכֵן מְבֻנָּר בַּא"ה ע" ס"א פ"ה סְעִיף ד' בְּרַמ"א וְעֵינֵן ב"ש שֶׁשֶׁם ס"ק ז'.

עכ"ז י"ל דז"א אֵלָא אִם הַמְּעוֹת בָּאוּ לִיְדָה כְּבָר אָבֵל מְעוֹת יִרְנֹשֶׁה בִּינּוֹן שְׁלֹא הָיוּ הַמְּעוֹת בְּיְדָה כְּלָל מְעוֹלָם אָז צָרִיף הַרְשָׁאָה כְּעֵינֵן מַה שְׁפָתַב הַב"ש בְּס"א פ"ג ס"ק ה' וְעֵינֵן בַּא"ה ע" ס"א ק' בַּח"מ ס"ק י"ט. וְכִינּוֹן שְׁהֵינָה בְּהַרְשָׁאָה מְאַשְׁתּוֹ א"כ הָיוּ זֶה כְּמוֹ דְּאָמְרָה לוֹ בְּפִי שְׂיֻצִיא הוּצָאוֹת ע"ז וְדִינוֹ שְׂיֻטְלוֹ אַף הוּצָאָה יִתְּרָה מִהַשְּׁבַח וְלָכֵן סָתְמוּ בְּזָה וְאָמְרוּ שְׂיֻשְׁבַּע כְּמָה הוּצִיא וְיֻטוֹל מִשׁוּם דְּהֵיכָא דְּיֻרְד בְּרִשׁוֹת בְּפִירוּשׁ נוּטֵל בְּשִׁבּוּעָה אַף הוּצָאָה יִתְּרָה מִהַשְּׁבַח.

וי"ל דְּמִזָּה הַסּוּגִיא הוּצִיא הַרְמַב"ם לְהַף דִּינָא דְּנִנְאָמֵן בְּשִׁבּוּעָה אַף לִיְטוֹל הוּצָאָה יִתְּרָה מִן הַשְּׁבַח. שׁוּב רְאִיתִי בְּהַפְלָאָה לְק"א אַה"ע ס"א פ"ח ס"ק ז' שְׁפָתַב ג"כ לְפָרֵשׁ לְהַף עֲנֻבְדָּא דְּנִפְלָה לָהּ ת' זִוְזֵי דְּמִסְתִּימַת הַגַּמ' מִשְׁמַע דְּנוּטֵל הַהוּצָאָה יִתְּרָה מִהַשְּׁבַח וְדַחָה לִיָּה בִּינּוֹן דְּמְעוֹת מְזֻנְמָנִים א"צ הַרְשָׁאָה ע"ש.

וְאַף שְׁפָתַבְתִּי לְעִיל לְהַעִיר מִהָא דְּס"א פ"ג דְּהֵיכָא דְּלֹא בָּאוּ לִיְדָה שְׁאֲנִי. עכ"ז רְאִיתִי דְּהִנְכוּן עִם הַהַפְלָאָה מִשׁוּם דִּי"ל דְּנִנְקָא בְּחוּב בִּינּוֹן שְׁאִינוּ בְּעֵינֵן לָכֵן בְּזָה אָמְרוּ בִּינּוֹן שְׁלֹא בָּאוּ לִיְדָה מְעוֹלָם צָרִיף הַרְשָׁאָה אָבֵל בִּירוּשָׁה לְמְעוֹת מְזֻנְמָנִים דְּכָל הֵיכָא דְּאִיתִיָּה קָאֵי בְּרִשׁוֹת יוּרְשִׁיו בְּזָה י"ל דְּדִינוֹ כְּמוֹ כָּל מְעוֹת מְזֻנְמָנִים דַּא"צ הַרְשָׁאָה.

אַף בַּלֵּא"ה י"ל דְּהֵינָה הַעֲנֻבְדָּא הַנְּ"ל שְׁאָמְרָה לוֹ הָאֲשֶׁה בְּפִירוּשׁ שְׂיֻצִיא הוּצָאוֹת ע"ז וְגַם יָכוֹל לְהִיּוֹת שְׁלֹא הָיוּ הַמְּעוֹת בְּעֵינֵיָה וְהֵינָה צָרִיף הַרְשָׁאָה מִמְּנָה בִּינּוֹן שְׁלֹא בָּאוּ הַמְּעוֹת לִיְדָה כְּנ"ל וְע"כ א"ש פְּשׁוּטִיּוֹת לְשׁוֹן הַגַּמ' דְּסָתְמוּ דִּישְׁבַּע כְּמָה הוּצִיא וְיֻטוֹל דְּמִשְׁמַע אַף הוּצָאָה יִתְּרָה מִהַשְּׁבַח: וְהָרֵא"ש בְּסוּגִיא הַנְּ"ל וְכֵן הָרִיטְב"א וְהַשֶּׁמ"ק שֶׁשֶׁם פִּירוּשׁוֹ בְּהַף עֲנֻבְדָּא דִּישְׁבַּע כְּמָה הוּצִיא וְיֻטוֹל שְׂעִינֵר הַשְּׁבַח וְזֶהוּ דְּלֹא כַּמֶּש"כ לְפָרֵשׁ הַסּוּגִיא דְּקִאָמְרֵי דִּיְטוֹל אַף הוּצָאָה יוֹתֵר מִהַשְּׁבַח.

וּבְעֵיקָר מִיְלְתָא שְׁפָתַב הַהַפְלָאָה דִּישׁ לְדוֹן דָּאִם אָמְרָה לְבַעְלָהּ בְּפִירוּשׁ שְׂיֻצִיא הוּצָאוֹת דְּאָז נוּטֵל הַבְּעַל הוּצָאָה יִתְּרָה מִהַשְּׁבַח דְּלֹא גָרַע מֵאַחַר שְׂיֻרְד בְּרִשׁוֹת. יֵשׁ לְדוֹן בְּזָה דְּשִׁפִּיר גָּרַע בְּזָה לְפַמֶּש"כ הָרִיטְב"א וְהַשֶּׁמ"ק בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף ע"ט ע"ב) דְּלָכֵן בַּעַל שְׂהוּצִיא אִינוּ נוּטֵל הוּצָאָה יִתְּרָה מִהַשְּׁבַח אַף דְּהָיוּ יוּרְד בְּרִשׁוֹת.

דְּכִינּוֹן דְּשִׁינֵי בְּנְכָסִים דִּיו שְׂיֻטְלוֹ הוּצָאָתוֹ בְּשִׁבּוּעָה וְאִידָף מִיְמַחֵל מְחַל בִּינּוֹן שְׁלֹא הַתְּנָה עכ"ל. א"כ ה"ט שִׁינֵי ג"כ אַף אִם אָמְרָה לְבַעְלָהּ בְּפִירוּשׁ שְׂיֻצִיא הוּצָאוֹת דְּכִינּוֹן דְּלֹא הַתְּנָה שְׁתַּשְׁלֵם לוֹ הוּצָאָה יִתְּרָה מִהַשְּׁבַח ע"כ י"ל אֲנַמְדָּנָא זוֹ ג"כ דְּמַחֵל לָהּ.

ואפשר לחלק דיוקא היכא דלא אמרה לו אז י"ל דה"ל להתנות אבל אם אמרה בפ"א אז י"ל דסמך עליה ולא ה"ל להתנות. ועפ"ז יש לדון בשנותף ועיין בסי' קע"ח ואכמ"ל.

ואף שאין ראיה מוכרחת מן הגמ' דכתובות ה"ל דמוציא הוצאות יתירה נוטל בשבועה ההוצאה יתירה מהשבח לפמש"כ הראשונים ה"ל דכוננת הגמ' בהך עובדא הוא דישבע ויטול הוצאה שיעור שבח.

עכ"ז שפיר פסק הרמב"ם והטוש"ע בסי' שע"ה דכל מי ששמין לו ישבע ויטול אף הוצאה יתירה מהשבח. משום דדימו זה למוציא על נכסי אשתו ולא ס"ל לחלק בין היכא דאיכא שבחא או לא.

ולפ"ז מוכח דאף היכא דאיכא שבח אינו נאמן מה"ת רק מתקנתא. וכן מוכח מהרשב"א בחי' לשבועות והתוס' פתובות (דף פ') והטור והרמ"ה באה"ע סי' פ"ח ה"ל.

ולשיטת הר"נ ברפ"ז דשבועות דמחלק בין יש שבח או לא א"כ באיכא שבח נוטל מה"ת ובדליכא שבח אינו רק מצד תקנת חננני וכן הוא לפי שיטת התוס' בב"מ (דף ל"ד ע"ב) ד"ה שמה יוציא כו' פנ"ל.

ולא ס"ל לחלק דשאני בחננני דיש שם חזקה שלית כו' דהא לא ס"ל להחזקה ה"ל במקומו כמש"כ האו"ת בס"ק ג' פנ"ל. אכן הרמב"ם וסייעתו דס"ל למעלת חזקה שלית כו' גבי חננני פנ"ל ומה"ט ס"ל דחננני נוטל מה"ת.

ולפ"ז אין למילף למוציא הוצאות מן חננני משום דמוציא הוצאות לא שייך החזקה שלית ה"ל: והא דסע"ף ז' בלא נתן קצבה פמה יתן לפועליו דנוטל בל"ש העיקר בזה כמש"כ האו"ת ס"ק י"א לחלק בין מוציא הוצאות להך דלא נתן קצבה ע"ש ועיין בנתיבות בחדושים ס"ק כ'.

והא דמוציא הוצאות נוטל בשבועה אף אם ליכא שבחא נלמד ממוציא הוצאות בנכסי אשתו ולא ס"ל לחלק דשאני היכא דאיכא שבחא א"כ מוכח מכל זה דלא כמש"כ הנתיבות ס"ק ב' בפשיטות לדינא דבמקום דיש שבח נאמן מה"ת כמש"כ הר"נ.

דלפי מה דנתבאר מוכח מכל הפוסקים ה"ל דלא ס"ל לחלק פן וע"כ אין להוציא ממון נגדם. ונ"מ דאם מת המוציא דאין יורשיו נוטלים אף אם יש שבח וגם טוענים פרי וכמו דכתב הנתיבות שם דאם ליכא שבח אין היורשים נוטלים וע"ש בטעמו.

ומש"כ הנתיבות לחלק דאם יש שבח שאני. זה אינו לדינא לפי שיטת פמה פוסקים והרמב"ם והמ"מ ה"ל.

וכמו דכתבו באה"ע סי' פ"ח סע"ף י"א דאם מת הבעל לא יטלו היתומים פלום דלבעל הוא דתקון רבנן דליהמניה בשבועה ולא ליורשים כו' וכמש"כ הח"מ והב"ש שם: וכמש"כ לעיל בארנפה: ענף ג' והנה הרמ"א בתשובה סי' פ"ו כתב דהא דאמרו דשנותף פירוד ברשות דמיינרי דידוע שהועיל לתבירו אבל אם לא ידוע שהועיל לתבירו א"נ לומר שירד ברשות או שהועיל לו דאל"כ לא שבקת חיי דכ"א יאמר שירד ברשות והוציא הוצאות וכ"כ המרדכי בפ' האשה שנפלו כו' כש"כ במקום שאמרת האשה

דילמא לא הוציא בעלה פלום ומשקר בכולו א"כ הוי כמו איני יודע אם אני חייב לך דפטור עכ"ל.

וכעין זה פתב הנתיות בסי' ש"ג ס"ק ט' דמטעם מוציא ברשות א"א לחייבו רק פשידוע שהוציא וא"י כמה כו' והעיר שם מן מה שפתב המ"מ פ"ג ה' שכירות ע"ש. וכעין זה מצינו גבי תקנת נגזל נשבע ונוטל דכתבו הראשונים והובא בח"מ סי' צ' ש"ף ס"ק ט"ו דהא דעשו תקנת נגזל בפקדון זהו דוקא אם ידוע או שמודה ליה בחיוב ממון אלא שאינו ידוע בכמה דה"ל כמו דררא דממונא בזה תקנו דישבע ויטול אבל היכא דליכא דררא דממונא כלל בזה לא תקנו לתקנת נגזל בפקדון.

וכן פתב הקצה"ח בסי' צ' ס"ק ב' להוכיח בתקנת נגזל עצמה דלא תקנו דהנגזל נשבע ונוטל אלא היכא דהוי ליה דררא דממונא אבל אם אינו ידוע שהוציא כלים כלל בזה לא תקנו ע"ש. ע"כ י"ל דה"ה בהתקנה דמוציא הוצאות נשבע ונוטל דלא תקנו פן אלא אם ידוע שהוציא ואינו ידוע כמה הוציא אבל אם מסופקים אם הוציא פלום בזה לא תקנו וכמש"כ הרמ"א בתשובה.

וכן הוא משמעות לשון הרמ"א הקא שכתב מי שמוציא הוצאות כו' וא"י כמה נשבע ונוטל דמשמע דוקא בכה"ג: אגמם יש להוכיח להיפך מן מה שכתב הטור בשם הרמ"ה באה"ע סי' פ"ח גבי מוציא הוצאות על נכסי אשתו דבאלמנה אם נתברר שהוציא ולא אכל יגבו היתומים מה שנתברר שהוציא ואם לא נתברר שהוציא או הוציא ולא נתברר כמה הוציא לא יקחו היורשים פלום כו' עכ"ל.

הרי דדוקא ביתומים אם לא נתברר שהוציא לא יקחו ומשמע דהבעל עצמו אף אם לא נתברר שהוציא ה"ז נשבע ונוטל א"כ לכאורה מוכח מזה דלא כמש"כ הרמ"א בתשובה. אכן פיון שהרמ"א פתב פן בפשיטות ובפרט שהם דברי טעם ע"כ נראה לומר דאין הקרח כ"כ להוכיח מן הרמ"ה והטור דלא ס"ל פן.

די"ל דכוננתם דמייירי בידוע שטרח והשביח השדה אף אינו ידוע אם הוציא הבעל הוצאות ע"ז לכן פיון דחייבת לו לשלם עכ"פ איזה סך בעד טרחתו אף מה שתובע עוד הבעל שהוציא ממון ג"כ ע"ז זה אינו ידוע כלל לכן בהבעל עצמו פיון דה"ל כעין דררא דממונא לכן תקנו דיהנה נשבע ונוטל אבל לא תקנו פן גבי יתומים.

אבל באינו ידוע כלל אם טרח והשביח בזה שפיר פתב הרמ"א בתשובה דלא תקנו שיהנה נאמן. וכן משמע פשט לשון המשנה דאמרו המוציא הוצאות על נכסי אשתו הוציא ולא אכל ישבע כמה הוציא דמשמע דידוע שהוציא אף אינו ידוע כמה הוציא דבזה מצינו שתקנו אבל מנלן לחדש מדעתנו שתקנו פן אף באינו ידוע אם הוציא פלום בפרט דכן מצינו גבי תקנת נגזל דחילקו בזה פנ"ל.

ואין לנו לחלוק על הרמ"א שמימיו אנו שותין בכ"מ ובפרט דמסתברים דבריו. ואחר פותבי כ"ז ראיתי בספר בית יעקב להגאון מליסא באה"ע סי' פ"ח סעיף י"א שכתב בקצרה מסבא בבעל שהוציא פיון דדינו פירוד ברשות לכן אף אם אינו ידוע כלל אם הוציא דנאמן הבעל ע"ש.

אכן העיקר פהרמ"א: והבית יעקב לא ראה דברי הרמ"א הנ"ל. וכן יש לי עוד לפלפל ולעיין בדברי הבית יעקב בסי' הנ"ל בכמה ענינים אף אין העת גורם לזה והעיקר כמש"כ: ודברי הרמ"א בתשובה הנ"ל הם בשיטתו ובכעל בנכסי אשתו דכירד ברשות הם עכ"ז אינם נאמנים אלא פשידוע שהוציאו עכ"פ איזה סף אז נוטל מהשבח אבל באינו ידוע אם הוציאו והשביחו כלל אינם נאמנים פנ"ל.

ולפ"ז יש לדון בירד ברשות שאמר לו שיוציא איזה הוצאות על השדה או על איזה עסק ידעו על העליונה ליטול הוצאה יתירה מהשבח אף דינו אם לא ידוע כלל אם הוציא פלום אם נאמן בשבועה או לא.

והנראה לי דלפי מש"כ לעיל דלשיטת הר"נ ותוס' בב"מ (דף ל"ד) דעיקר דין דירד ברשות נוטל הוצאה יותר מהשבח דזהו גלמד מן דין חנוני נשבע ונוטל מצד התקנה א"כ לפ"ז נראה דאף אם אינו ידוע כלל אם הוציא פלום דג"כ נשבע ונוטל כמו בתנוני דמסופקים אנחנו אם נתן פלום להפועלים והני ספק בעיקר החוב מ"מ נאמן מצד התקנה דכחול לומר אני עשיתי שליחותך שצוית לי ליתן לפועלים א"כ ה"ה מה"ט בצניהו להוציא הוצאות אף דמסופקים אם הוציא פלום דג"כ נוטל משום תקנתא דחנוני.

אף לשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דטעמא דחנוני נוטל זהו משום חזקה שלים כו' א"כ לפ"ז מוכרח לומר דהא דירד ברשות נוטל דאין זה מטעמא דחנוני דהא במוציא הוצאות לא שייך חזקה שלים פנ"ל.

וע"כ מוכח דהוכיחו דין זה מן בעל שהוציא הוצאות כו'. א"כ כמו דבעל שהוציא בנכסי אשתו אינו נאמן רק פשידוע שהוציא וא"י כמה כמש"כ הרמ"א בתשובה.

ה"ה מי שירד ברשות ע"פ ציווי הבעה"ב אינו נוטל רק פשידוע שהוציא אף א"י כמה. משום דבלא הוכחה מנלן מדעתנו לחדש התקנה דירד ברשות נאמן אף באינו ידוע כלל אם הוציא וכיון דמן הדין אינו נוטל פינון דלא שייך התם שלים כו'.

ע"כ אין לנו לומר פן אלא היכא דהוי דומיא דבעל שהוציא הוצאות בנכסי אשתו פינון דמקור הדין הוא מן הך דבעל שהוציא כו'. ועיין בר"נ פ"ח דכתובות ובשבועות רפ"ז שכתב בשם הר"ח דמהכא שמעינן דכל היכא דהאי ידע כו' נשבע וישקיל בעושה ברשות וכ"כ המרדכי פ"ח דכתובות והמהרי"ק סי' יו"ד וקצרת: שוב ראיתי דיש לדון לפי שיטת הר"נ בר"פ כל הנשבעין דהא דבעל נוטל הוצאה שיעור שבח בשבועה משום דכיון דהשביח ע"כ נאמן מדינא.

ולפ"ז יש לומר דאין הבעל נאמן לומר שהוציא רק אם ידוע שהשביח וכפי השבח הידוע שהשביח פן כפי סף השבח נאמן לומר שהוציא הוצאות אבל אין נאמן לומר שהוציא אם אינו ידוע סף השבח.

פינון דעיקר הסברא דנאמן משום דאין סברא לומר שלא יהא נאמן כפי שיווי השבח שהשביח כמש"כ לעיל. ע"כ לפ"ז בעינן שיהי' ידוע סף השבח שהשביח וכש"כ לפמש"כ לעיל בסברת הר"נ הנ"ל א"ש בפשיטות למאן דס"ל אןמן קונה שבח פלי ויש לו דין חזקת מ"ק.

א"כ כמו דהיכא דמעמידין הספק בחזקת מרא קמא בעינן שיהי' החזקת מ"ק מבןרר לנו ואז מוקמינן בחזקת מ"ק כ"כ הקא בעינן שיהי'ה ידוע השבח שהשביח ואז שייך לומר דנאמן.

אך אף לפי מה שכתבתי לעיל דעיקר הספר דברי הר"ח הוא דכיון דהשביח ולולי טרחתו לא הי'ה השבח ע"כ נאמן. א"כ מה"ט ג"כ אינו שייך זה רק אם ידוע שיעור השבח שהשביח אבל אם אינו ידוע שיעור השבח שהשביח אף אם ידוע שהוציא והשביח קצת מ"מ י"ל דאינו נאמן דמנלן דהאמינו להבעל אף בכה"ג.

ושאני יורד ברשות ע"פ ציווי של הבעה"ב דיש לו דין תקנת חנוני. דנוטל אף אם אנו מסופקים אם נתן כלום וה"ה במוציא הוצאות פנ"ל: ענף ד וכן יש לדון בעיקר דברי הרמ"א בתשובה שכתב דהא דבעל נאמן בשבועה היינו בידיע שהוציא וא"י פמה אבל במסופקים אם הוציא כלום אינו נאמן שהוציא.

די"ל בזה לפי מש"כ לעיל דהתוס' בב"מ (דף ל"ד) ד"ה שמה יוציא כו' ס"ל דהא דבעל נאמן פמה הוציא זהו ע"פ דין תקנת חנוני וכמו דחנוני נאמן ע"פ תקנה ה"ה הבעל דיש לו דין יורד ברשות אף דלא ציונותה לו בפירושו.

א"כ לפ"ז י"ל כמו בתקנת חנוני דנאמן ליטול אף דאנו מסופקים בעיקר הנתינה לפועלים אם נתן כלום אפ"ה נאמן א"כ ה"ה הבעל נאמן לומר שהוציא והשביח אף שאינו ידוע כלל אם הוציא כלום.

ולפ"ז יש לומר דאתי שפיר מה שכתבתי לעיל בשם הטור באה"ע סי' פ"ח שכתב בשם הרמ"ה בזה"ל דאם לא נתברר שהוציא או הוציא ולא נתברר פמה הוציא לא יקחו היתומים כלום דלית' לבעל דלישתבע ולבעל הוא דתקון כו' עכ"ל.

דמשמע מזה דהבעל עצמו אף אם לא נתברר שהוציא כלום דג"כ נאמן. וזהו דלא קהרמ"א בתשובה.

ומש"כ לעיל בכוננת הרמ"ה הוא דחוק. לכן נראה לי לומר דהרמ"ה ס"ל כשיטת התוס' בב"מ הנ"ל וע"כ נאמן הבעל לומר שהוציא והשביח אף באינו ידוע לנו אם הוציא והשביח כלום.

והרמ"ה לשיטתו דס"ל דחנוני נאמן זהו מצד התקנה ולא מדינא פמבןאר שיטתו בטור סי' צ"א ובש"ע שם סעי' ב' ברמ"א שצינינו שם פן בשם טור בשם הרמ"ה וע"כ ס"ל דאין חנוני נוטל לעולם אלא בשבועה.

ולא ס"ל להך חזקה שליח כו' גבי חנוני ע"כ שפיר י"ל כשיטת הרמ"ה דס"ל כשיטת התוס' הנ"ל דהא דבעל נוטל דזהו מן תקנת חנוני נגעו ביה ולכן ס"ל דנאמן הבעל אף אם אינו ידוע שהוציא כלום ולא פדברי הרמ"א בתשובה.

ומזה הוא סייעתא לדברי הבית יעקב באה"ע סי' פ"ח סעי' י"א דכתב דהבעל נאמן אף אם אינו ידוע אם הוציא כלום. וה"ה בכל יורד ברשות ע"פ ציווי הבעה"ב מצד כש"כ: אמנם לשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דלכן חנוני נאמן מדינא משום דיש שם חזקה שליח כו' א"כ לפ"ז אין לדמות כלל הך דבעל שהוציא להך דחנוני כמש"כ לעיל.

ולפ"ז אין לנו שום מקור עלה שכתבו ד'יורד ברשות נאמן בהוצאה יתירה מהשבח וע"כ מוכח לומר דמקור דין זה הוא מן בעל שהוציא על נכסי אשתו כנ"ל. ועיקר הטעם דבעל שהוציא נאמן הטעם הוא משום תקנת חז"ל דאמרו פ"ן דהוי יורד ברשות ע"כ האמינוהו מצד התקנה.

ולפ"ז שפיר כתב הרמ"א בתשובה דאין הבעל נאמן רק פשידוע שהוציא פלוס דה"ל פ"עין דררא דממונא כמש"כ לעיל בפ"ש הראשונים גבי תקנת נגזל בפקדון לחלק בזה. וע"כ מנלן דתקנו בבעל שהוציא להאמינו אף אם אין פ"אן שום דררא דממונא ושפיר כתב הרמ"א בתשובה פ"ן לשיטת הרמב"ם וסייעתו.

ולפ"ז יש לדון דה"ה בכל יורד ברשות ע"פ ציווי הבעה"ב דאינו נאמן בשבועה לומר שהוציא רק אם ידוע שהוציא פלוס וה"ל פ"עין דררא דממונא אז דומה זה ממש להך דבעל שהוציא דכתב הרמ"א דאינו נאמן רק פשידוע שהוציא פלוס וכדמשמע פ"שט דברי המשנה כמש"כ לעיל.

אבל מנלן להאמינו אף אם אינו ידוע אם הוציא פלוס. וע"כ הדין נותן דכל יורד ברשות ע"פ ציווי הבעה"ב דג"כ אינו נאמן אם אינו ידוע שהוציא פלוס דאינו עדיף מן מקור הדין דבעל שהוציא כו': וכן יש להסביר זה ב"יתר ביאור לפמש"כ הש"ך בס"ק כ"ג דלכן יורד ברשות נאמן לומר פ"מה הוציא לפי דהימניה חבירו בשבועה.

וכי"ן דעיקר הטעם משום נאמנות דהאמינו א"כ ה"א קי"ל בס"י ע"א דנאמנות צריף קנין או שעת הלואה ובלא קנין וגם לא ה"ה בשעת הלואה לא מה"ני הנאמנות ע"ש. ע"כ יש לומר דאם אנו מסופקין אם הוציא פלוס דאינו נאמן דאף דנימא דה"א האמינו מתחלה בעת שצי"נה לו להוציא הוצאות כמש"כ הש"ך עכ"ז ה"א יכול לחזור ולא מה"ני נאמנות מפ"רש בכה"ג וכש"כ בלא האמינו מפ"רש.

אבל אם ידוע שהוציא פלוס ע"פ ציווי אז ה"י זה כמו נאמנות בשעת הלואה פ"ן דלא חזר בו מקודם דהוציא ע"פ ומשתעבד שפיר אז ע"פ מה שהאמינו והוציא קצת ע"פ ה"י זה נאמנות המועיל ואינו יכול לחזור ולכן נאמן לומר שהוציא ס"ה מסויים ע"פ.

ולפי זה הדין נותן ג"כ דאינו נאמן לומר בשבועה שהוציא ע"פ רק אם ידוע שהוציא פלוס וכ"עין דברי הרמ"א בתשובה גבי בעל שהוציא כו': ולכאורה יש לומר פ"ן ב"מה שכתב הרב המגיד ב"פרק יו"ד ה' גזלה ה' יו"ד על מש"כ הרמב"ם דכל מי שש"מין לו נאמן בשבועה ד"זה נלמד מה"א דהאשה שגפלו דאמרו הוציא ולא אכל ישבע פ"מה הוציא נ"טול.

ואע"ג דבעל פ"יורד ברשות עכ"ל.

והובא לעיל דפ"שט לשון המ"מ נראה דמראה מקום על מש"כ הרמב"ם דבעי שבועה מדמסיים המ"מ שם בלשוןו אע"ג דבעל פ"יורד ברשות. אבל ב"מה דנאמן לומר פ"מה הוציא ולי"טול משמע ד"זה א"צ רא"ה מאיזה מקום נלמד.

וי"ל דזהו מסבבא דהימניה כמש"כ הש"ף אף על מה דכתב הרמב"ם דצ"ש על זה מראה מקום מן בעל שהוציא כו'. אף באמת ז"א דא"כ לא הוי שום הוכחה לחייבו שבועה מהא דבעל שהוציא.

דשא"ה דלא הרשתה בפירוש לבעלה שיוציא א"כ לא שניף לומר התם דהימניה נעדיין י"ל דהיכא דצינה בפירוש שיוציא דלא יהיה צ"ש משום דהימניה. ולכן העיקר בכוננת המ"מ שם דלא נחית התם להך סבבא דהימניה כמש"כ הש"ף.

ובאמת עיקר הטעם דכל יורד ברשות נאמן ליטול זהו ע"פ התקנה דבעל שהוציא דנתנו חז"ל לו נאמנות וה"ה יורד ברשות בפירוש מכש"כ. והך סבבא דהימני' מש"כ הש"ף הוא לאו בדוקא אלא עיקרו הוי מדרבנן דה"ל כמו דהימני' בפ"י.

ולשון המ"מ שם הוא לאו בדוקא על מה שסיים לכתוב שם להוכיח דצ"ש. דבאמת גם שיהיה נוטל צריף לרא' מהא דבעל שהוציא כו' וכמש"כ לעיל בארובה.

ועיין באו"ת ס"ק י"א מה שהביא בשם בעה"ת דס"ל בלא נתן קצבה כמה יתן לפועלי' דס"ל דנאמן בל"ש ומחלק בין בעל שמוציא הוצאות לבין אחר שצינה להוציא דלא יהיה צ"ש. וזהו בע"כ מטעם נאמנות דהימני'.

אבל לא נראה פן מפל הראשונים. והעיקר בכוננת המחבר שם דכתב דאם לא נתן קצבה דיטול בל"ש כמש"כ האו"ת שם דמייירי בלא נתן יותר מפדי שרכן.

או אפשר דכיון דפשע הבעה"ב דהא ה"ל ליתן קצבה. [ועיין בנתיבות בחדושים ס"ק כ].

ע"כ אמרינו דמסתמא הימני' ולכן א"צ שבועה כמו בכל נאמנות אף במלוה ע"פ וכמש"כ הש"ף בסי' ע"א ס"ק א' בתירוץ הראשון ובאו"ת ונתיבות שם. משא"כ במוציא הוצאות דלא פשע הבעה"ב דלא שניף התם לומר דה"ל ליתן קצבה ע"כ אין לנו להוכיח דהימני' אלא עיקרו מה דנוטל ה"ל זה תק"ח וע"כ ישבע כמו פל נשבעין ונוטלין.

ויש לי להאריך בכ"ז: והעיקר כמש"כ לעיל דבכל מוציא הוצאות אינו נאמן ליטול רק כשידוע שהוציא פלוס ואז ה"ל פועל דררא דממונא. אבל אם אינו ידוע כלל אם הוציא פלוס דזה לא הוי דררא דממונא בזה לא מצינו דתקנו.

וכש"כ לפי הטעם של הש"ף דהימני' פנ"ל אף דאין זה כמו נאמנות מפורש אלא די"ל דכוננתו דרבנן עשו זה כמו דהימני' וגם כיון דמסופקים אנחנו אם הימני' או לא ע"כ תקנו חז"ל דה"ל כמו דהימני' בפירוש כדמשמע מהפוסקים דעיקרו אינו רק מדרבנן בפרט היכא דליכא שבחא עכ"פ לא עדיף זה מן נאמנות מפורש שלא היה בשעת הלואה דלא מהני ולכן אם מסופקים בעיקר הדבר אם הוציא פלוס אז לא שניף כלל הטעם דהימני' פנ"ל.

והא דסתמו הפוסקים בזה י"ל דהא עיקרו הוא בסי' שע"ה וברמב"ם פ"י ה' גזלה ושם מייירי מי שיירד לשדה חבירו ובנה ונטע א"כ הו' חזינן דהוציא הוצאות עכ"פ. אף א"י כמה הוציא בזה מצינו דאמרו נשבע ונוטל.

וכן היא דסי' קנ"ח סעיף ח'. אבל בא"י אם הוציא פלוס מזה לא פתבו שם ונשפיר י"ל דלא מהימן בכזה: שוב ראיתי דהא לשיטת הסוברים בחנוני דלאו מטעם חזקה שלית כו' אתי עלה.

א"כ לפי שיטתם כבר פתבתי לעיל דאף היכא דאינו ידוע אם הוציא פלוס דג"כ נאמן לומר דהוציא משום תקנתא דחנוני דג"כ מסופקים בעיקר הדבר אם נתן מאומה להפועלים ואפ"ה תקנו שיהי' נאמן.

אף עיקר מילתא שפתבתי הוא רק לשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דהא דחנוני נוטל דנהו משום חזקה שלית כו' וכמש"כ הבעה"ת. א"כ לפ"ז יש לחלק דשאני מוציא הוצאות דכיון דלא שניף ביה חזקה שלית כו' ע"כ אינו דומה כלל לחנוני ולא מצינו אליבנייהו התקנה שיהיה מהימן מוציא הוצאות אף בכה"ג כנ"ל בארובה.

מ"מ יש לומר דעיקר הטעם דלא שניף במוציא הוצאות ע"פ ציוויי דה חזקה שלית כו' הוא משום די"ל דילמא ראה השלית דלא צריף מעות כפי הסף שאומר שהוציא ולא הוציא באמת כפי הסף שאומר.

א"כ ז"א שניף אלא היכא דאנו מסופקים פמה הוציא ודילמא לא היה צריף הוצאות כ"כ. אבל היכא דאנו מסופקים אם הוציא פלוס בזה שפיר י"ל דשניף חזקה שלית כו' גם בזה לברר לנו עכ"פ דהוציא איזה סף משום דבזה שניף שפיר חזקה שלית כו' דקיבל עליו להוציא איזה הוצאות על הענין הנצרך להבעה"ב כפי הבטחתו וחזקה דעשה שליחותו א"כ הוי כמו דידוע לנו דהוציא עכ"פ ומה לי אם ידוע פן ע"פ עדים או דידוע פן ע"פ החזקה שלית כו' דזה מועיל ע"פ דין תורה לשיטת הרמב"ם וסייעתו.

ע"כ הוי ג"כ פעין דררא דממונא דנאמן לישיבע וליטול משום תקנתא דבעל שהוציא כנ"ל לכ"ע ולכן סתמו הפוסקים בזה. אכן היכא דהוי עיקר ציווי הבעה"ב לו להוציא ע"פ איזה תנאי היינו שהתנה עם השלית באם שיראה לפי ראות עיניו שצריך הענין להוציא איזה הוצאה שיוציא וא"י פלוס אם נצרך הענין לאיזה הוצאה בזה שפיר פתבתי די"ל דלשיטת הרמב"ם וסייעתו דעיקרו הוא מן בעל שהוציא כו'.

א"כ בעינו דיהיה דררא דממונא עכ"פ כמו התם גבי בעל וכמש"כ הרמ"א בתשובה. אבל היכא דהוי ספק שמא לא נצרך הענין לאיזה הוצאה א"כ בזה הא לא שניף כלל החזקה שלית כו' לברר שהוציא איזה סף מועט משום דיכול להיות שמא לא היה נצרך העסק כלל לשום הוצאה ולא הוי שום דררא דממונא כלל.

אף לשיטת הר"נ והתוס' ב"מ הנ"ל דמדמין דה מילתא דמוציא הוצאות לחנוני ולא מחלקים דילמא שאני חנוני דקיבל עליו ליתן סף מסוים לפועליו שחייב להו שכירות כפי הסף שצינה.

משא"כ מוציא הוצאות דיכול להיות שמא לא היה צריף העסק להוצאות כפי הסף שאומר שהוציא. וע"כ מוכח דס"ל דאין לחלק בזה דכיון דלא ס"ל להחזקה שלית כו' במקומו.

א"כ ע"כ עיקר הטעם דתקנו בְּחִנּוּי פּוֹ. הוא משום דְּכִינּוּן דְּצִינּוּהוּ לְהוֹצִיא מִמּוֹן ע"פ וְהִמְנִי ע"כ הִימְנוּהוּ חו"ל אף הִיכָא דְהָיָה סִפְקָא בְּעִיקְרָא דְהַעֲנִינּוּ.

לְכַן ה"ה בְּמוֹצֵי הוֹצָאוֹת אף הִיכָא דְהָיָה סִפְקָא אִם הוֹצִיא פְּלוּם דַּמ"ש. אָבֵל לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם וְסִינְעֵתוֹ עֲדִינּוּ יֵשׁ לְחַלְקָא בְּזַה וְלְכַן לְדִינָא אִין לְהוֹצִיא מִמּוֹן הִיכָא דְהָיָה סִפְקָא בְּעִיקְרָא דְהַעֲנִינּוּ אִם הוֹצִיא פְּלוּם וּבְאִנּוֹן שְׁפַתְבִּיתִי לְעִיל דְהָיָה הַצִּיּוּי בְּדַרְךָ תְּנַאי דִּי"ל דְכַה"ג אִינוּ נֶאֱמָן לומר שְׁהוֹצִיא: ועפ"ז א"ש שִׁיטַת יֵשׁ מִי שְׁפַתְבִּי שְׁהוֹבָא בַּמ"מ פ' ט"ז ה'ל' מְלָנָה ה'ל' ה' שְׁפַתְבוּ שְׁדִין מְשַׁנְתִּינוּ אִינוּ אֵלָא בְּחִנּוּי דְנֻקָא שְׁתַּקְנוּ שְׁנִשְׁבַּע וְנוֹטֵל אָבֵל בְּשַׁאֲרֵי שְׁלִיחוֹת אִם אָמַר תּוֹן לְפִלוֹנִי כֶּה וְכֶה מְעוֹת בְּשִׁבְלֵי אִינוּ נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל פִּינוֹן שְׁאֵנוּ מְסוֹפְקִים בְּעִיקְרָא דְדָבָר אִם עֲשָׂאוּ אִם לָאו עכ"ל וְהוֹבָא לְעִיל בְּחִידוּשֵׁי סַעִי' א' וּבְש"ף ס"ק ז'.

וְלְכַאוּרָה צ"ע דְמַפְנֵי מַה יְהִיָּה גְרַע זֶה מִן אַחַר שְׁיָרֵד בְּרִשׁוֹת הַבַּעַה"ב לְהוֹצִיא הוֹצָאוֹת דְנֶאֱמָן לְיִשְׁבַּע וְלִיטּוֹל וְלֹא אֲשַׁתְּמִיט שׁוּם פּוֹסֵק דִּיחֲלוּקָא עַל דִּין זֶה. וְגַם בְּהַרְבַּה מַמ"מ פ"י ה'ל' גִּזְלָה לֹא הוֹבָא שׁוּם דִּיעָה הַחֹלְקֵת עֲלֶיהָ דְמִבְּנֵי אֲרָר שֵׁם דְנֶאֱמָן לִיטּוֹל אף הוֹצָאָה יִתְיָרָה מִהַשְׁבַּח.

אָבֵל לְפַמְש"כ א"ש דְהָא מוֹצִיא הוֹצָאוֹת אִינוּ נֶאֱמָן לִיטּוֹל רַק הִיכָא דְהָיָה דְרָרָא דְמְמוֹנָא אָבֵל אִם מְסוֹפְקִים שְׁמָא לֹא הוֹצִיא פְּלוּם אִז אִינוּ נֶאֱמָן. א"כ בְּאִמַר לוֹ תּוֹן מְנָה לְפִלוֹנִי דְמְסוֹפְקִים אִם נָתַן מְאוּמָה וְלֹא הָיָה שׁוּם דְרָרָא דְמְמוֹנָא פְּלוּם וּבְזַה אִינוּ נֶאֱמָן הַמוֹצִיא הוֹצָאוֹת לִיטּוֹל א"כ ה"ה הָיָה דְאִמַר תּוֹן מְנָה לְפִלוֹנִי אִינוּ נֶאֱמָן פִּינוֹן דְלֹא ס"ל לְהָיָה חֲזָקָה שְׁלִיחַ כו' וְלְכַן אָמְרוּ דְלֹא תַקְנוּ פּוֹ רַק בְּחִנּוּי.

א"כ מְסוֹפְקִים בְּעִיקְרָא דְהַעֲנִינּוּ ע"כ בְּכַה"ג אף מוֹצִיא הוֹצָאוֹת אִינוּ נֶאֱמָן וְכֵן הוּא לְשׁוֹנֵם שְׁפַתְבוּ פִינוֹן שְׁאֵנוּ מְסוֹפְקִים בְּעִיקְרָא דְדָבָר כו' פּוֹ. וְזֶהוּ סִינְעֵתָא לְכָל מַה שְׁפַתְבִּיתִי: עֲנָף ה' וְעַכְשָׁיו נִבְאָר מַה שְׁיֵשׁ לְדוֹן ע"פ כָּל מַה שְׁנִתְבְּאָר בְּדַבְרֵי הַנְּתִיבוֹת סִי' קפ"ז ס"ק ה' וְזֶה לְשׁוֹנוֹ בְּסוֹפּוֹ וְעכ"פ לְמַדְנוּ מְדַבְרֵי הַרִיטְב"א בְּרִאוּבֵן שְׁאִמַר לְשִׁמְעוֹן זָבִין לִי הָאִי מִיָּדִי מִמְעוֹתֶיךָ וְטַעַן שְׁמַעוֹן שְׁקִנְהָ לּוֹ וְנֶאֱמַר מִיָּדוֹ נִשְׁבַּע שְׁמַעוֹן ש"ש שְׁקִנְהָ וְנֶאֱמַר מִיָּדוֹ וְחִיב רְאוּבֵן לְשִׁלֵּם לוֹ עכ"ל.

וְשֵׁם מִתְחַלְהָ פְּתַב הַנְּתִיבוֹת דְהָא דְנֶאֱמָן לְיִשְׁבַּע וְלִיטּוֹל הוּא מִן דִּין חִנּוּי עַל פְּנֻקְסוֹ וּמִן דִּין רֵד בְּרִשׁוֹת עכ"ל. וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְדוֹן דְאִין זֶה דוּמָה לְחִנּוּי כו' פִּינוֹן דְכְּתַבוּ הַתּוֹס' בַּב"ב (דף ע' ע"ב) ד"ה מֵאֵן דְאִמַר כו' דְנֶאֱמַר לֹא שְׁכִיחַ וְכַמְבֹּאֵר בְּסִי' ק"ח סַעִי' ד'.

א"כ יֵשׁ לְחַלְקָא דְדוּקָא הִיכָא דְטוֹעֵן טַעְנָה דְשְׁכִיחַ בְּזַה תַּקְנוּ לְהַאֲמִין לְחִנּוּי. אָבֵל מְנָלֵן דְתַקְנוּ לְהַאֲמִינוּ אף בְּטוֹעֵן נֶאֱמַר דְהָא יֵשׁ לְחַלְקָא פִינוֹן דְנֶאֱמַר לֹא שְׁכִיחַ א"כ י"ל דְאִינוּ נֶאֱמָן לְהַכְחִישׁ הַרּוֹב וְלְהוֹצִיא מִמּוֹן וּמְנָלֵן דְתַקְנוּ אף בְּכַה"ג.

אף לְפַמְש"כ הַש"ף בְּכָלְלִי מִיָּגוּ ס"ק כ"ב דְנֶאֱמַר שְׁכִיחַ שְׁפִיר פְּתַבוּ דְנֶאֱמָן לְטַעַן נֶאֱמַר פְּמוֹ בְּתַקְנַת חִנּוּי אָבֵל לְשִׁיטַת הַתּוֹס' וּש"פ עֲדִינּוּ יֵשׁ לְדוֹן בְּזַה. אף יֵשׁ לְהוֹכִיחַ בְּדַבְרֵי הַנְּתִיבוֹת הַנ"ל מִן ב"מ (דף נ"ח ע"א) דְאִמְרוּ דְשְׁלוּחִים נִשְׁבַּעִין לִיטּוֹל שְׁכָרוֹ וְנֶאֱמַר לומר נֶאֱמַר.

הרי דאף בטענת נאנסו נאמנים ליטול שְכָרן אף דה"ל כמו א"י א"נ ועיקרו הוא ג"כ משום תקנת חנוני וכמש"כ לעיל בחדושי לסי' צ"א סעי' א' ע"ש. א"כ מצינו דאין לחלק בזה ובכל גונו תקנו להאמינו מצד תקנת חנוני נשבע ונוטל א"כ ה"ה בנידון שפתיב הנתיבות נאמן השליח לומר שקנה עבורו ונאנס מידו וליטול כל מה שאומר שהוציא ע"פ: ועדיין יש לדון בראי' הנ"ל דלשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דחנוני נאמן מדינא משום חזקה שלים כו' א"כ ה"ה בהאי שלים דצינה לו זיל זבין לי דשייך בו חזקה שלים כו' וע"כ שפיר יש לדון הראי' מהא דשלוחים נשבעין ליטול שְכָרן דכמו דהתם מצינו דנאמן לומר נאנסו וליטול שְכָרן משום חזקה שלים כו' א"כ ה"ה בהך מילתא.

אבל לשיטת החולקים על הרמב"ם וסייעתו וס"ל דמה דחנוני נאמן אין זה מדינא אלא מתקנתא. וטעמם נ"ל דס"ל דלא מהני הך חזקה שלים כו' בהא דחנוני די"ל דילמא לא הנה לו מעות ליתן לפועליו או שפא ראה לבסוף כי לא בטוח הוא וחזר בו ובפרט בסוף מרובה די"ל דה"ל כמו מתנה מרובה דאין בו מחוסר אמנה ויכול לחזור בו וכעין סברא זו ראייתי בנתיבות סי' קפ"ג ס"ק ה' ע"ש.

וי"ל דזהו הסבר שיטת הסוכרים דחנוני אינו מדינא רק מתקנתא. ולפ"ז יש לחלק דשאני הא דב"מ דנשבעין ליטול שְכָרן משום דהתם י"ל דנאמן מה"ת לכ"ע לפי דה"ל התם פרי של השלוחין בצירוף חזקה שלים כו' וזהו מעין חזקת פשרות דהא פנין דנשבעדו ע"פ דין לשמור את החפץ ואינם יכולים לחזור כלל משמירת החפץ אף בהנה שפטרמן התורה מתשלומין.

וכיון דנאמנים מה"ת אף להוציא ממון ע"י פרי בצירוף חזקה כמש"כ הש"ך והבעה"ת להוכיח פן מהא דכתובות (דף י"ב). לכן י"ל דמה"ת נאמנים אף נגד הרוב ולהוציא מחזקת ממון.

אבל בהא דשליח שטען שקנה עבור המשלח דכיון דלא שייך בי חזקה שלים כו' פנ"ל ואינו נאמן רק מצד התקנה דחנוני. ע"כ עדיין יש לומר דמגלן דתקנו להאמינו בטענת נאנסו דלא שכיח < ולפ"ז נסתר הראי' מהא דב"מ.

אכן פנין שהריטב"א כתב להדיא דנאמן לומר שנאנסו וליטול דמיו עבור מה שקנה עבורו וכמש"כ הנתיבות ע"כ הכי נקטינן לדינא: אף יש לדון דזה אינו שייך רק היכא דצינה להשליח לקנות לו יין סתם וכפי מקח השער שיצא אז על היין.

דבזה שפיר יש לדון דהוי בזה החזקה שלים כו' כמו בחנוני לשיטת הסוכרים דמשום חזקה אתו עלה. אבל אם צינה לשלוחו לקנות יין במקח הזול ולא יצא השער כ"כ עליו דיש לומר דבזה לא שייך החזקה שלים כו'.

כמו דמצינו בב"מ (דף ע"ג ע"ב) במאן דיהיב זוזי לחבר' למיזבן לי חמרא פדקא אזיל אפרוותא דזול שפוט כו' דרב אשי אמר אפילו יין סתם ה"ל אסמכתא כו' התם בידו הכא לאו בידו.

ופירשו התוס' שם ד"ה התם בידו כו' דכיון דשער דזול שפט לא משיך פולי האי דשפא פשיבא לקנות לא ימצא באותו שער כו'. הרי דמצינו דאם אין שער משיך פולי האי דזהו דבר שאין בידו של השליח.

ולכן י"ל דמה"ט לא שייך לומר על שליחות פנה להחזקה שליח כו'. וכעין מה שפיתבו התוס' בגיטין (דף ס"ד ע"א) ד"ה אסור בכל הנשים כו' דמן הדין מותר בכל הנשים דאין זה חזקה גמורה דאינה בידו להתקדש שמה לא תתראה כו' אלא קנסא בעלמא הוא כו' עכ"ל.

ועיין בגזיר (דף י"ב) בתוס' שם וכעין זה בקידושין (דף ס"ד ע"א). ובתוס' ישנים פתובות (דף כ"ב) ואכמ"ל.

א"כ פאן פיון דלא הוי שער דמשיך ע"כ לא שייך פנה הך חזקה שליח כו' דיכול להיות שמה לא השיג לקנות כפי המקח שציננהו לקנות עבורו וכיון דלא הוי פנה החזקה שליח לכן יש לחלק דשאני חנוני דנוטל מדינא לשיטת הרמב"ם משום דשייך התם החזקה שליח כו'.

אבל בגידון פנה פיון דלא שייך הך חזקה שליח כו' פנ"ל ע"כ אינו ראיה להוציא ממון ע"פ הא דחנוני נשבע ונוטל. אף להסוברים בהא דחנוני נשבע ונוטל דזהו מצד התקנה ולא מדינא משום דלא ס"ל להחזקה שליח כו' אלא חז"ל תקנו להאמין להחנוני שאומר שהוציא ממון ע"פ ציווייו אף בלא החזקה כו'.

א"כ ה"ה בכה"ג י"ל דנאמן פיון שחבירו צינה לו להוציא ממון ע"פ ובכל גנוני שייך התקנה הנ"ל. אבל להרמב"ם וסייעתו יש לחלק בין הך דחנוני ובין נ"ד.

וכש"כ בצינה לו לקנות יין זה בנודאי לא שייך פנה החזקה שליח כו' כמו דאמרו בב"מ (דף ע"ג) דביין זה מי יומר דמזבני לי ניהלי' וכן הוא בב"מ (דף ט"ז) דבשדה זו מי יומר דמזבני לה ניהליה.

וכמו כן היכא דצינה לו לקנות איזה חפץ ולהוציא מעות באם שייכשר בעיניו לקנות את החפץ או תנאי אחר דכיון דהיה השליחות בדרך תנאי ולא בהחלט. דבכה"ג יש לדון לשיטת הרמב"ם וסייעתו דזה אינו דומה לחנוני פיון דלא שייך בכ"ז הך חזקה שליח כו' משום דיכול להיות דלא הוה נשבע בעיניו לקנותו וכה"ג בשארי תנאים.

ע"כ אין לנו פת להוציא ממון בכ"ז משום דה"ל כמו איני יודע אם נתחייבתי דפטור פיון דלא מצינו הוכחה אליבנייהו דמוציאין ממון בכה"ג דהא אינו דומה פלל לחנוני. וכן מטעם מוציא הוצאות אין לחייבו משום דהא נתבאר דהיכא דהוי ספק אם הוציא ממון פלום דאז אין לחייבו ממון.

ויורד ברשות דנוטל הוצאה הא מייירי דידוע דהוציא פלום וא"י פמה הוציא פנ"ל בארובה. ואף דלשיטת הר"נ והתוס' בב"מ אינו פן.

עכ"ז הא נתבאר דלשיטת הרמב"ם וסייעתו אינו פן ע"כ מספיקא אין להוציא ממון והמע"ה. אף אם ידוע שקנה החפץ עבורו אלא דאינו ידוע פמה חפצים קנה פנה פיון דה"ל כעין דררא דממונא א"כ לכ"ע נאמן לישבע וליטול פדין יורד ברשות להוציא הוצאות: העולה מכל מה שנתבאר דמוציא הוצאות אף אם יש שבח ג"כ אינו ברור לכ"ע דהיה נוטל מה"ת ולכן אם מת אין יורשיו נוטלים אף שטוענים פרי וכעין המבואר באה"ע סי' פ"ח סעי' י"א.

וכן נתבאר דמוציא הוצאות אינו נוטל רק היכא דידוע דהוציא פלום אף א"י פמה אכל
אם יש להסתפק דילמא לא הוציא פלל בזה אין מוציאין ממון מהמחזק והיגו אם הנה
בדרה תנאי משום דאם הנה בהחלט הוי לכ"ע כעין דררא דממונא ונאמן כנ"ל.

ואם תפס המוציא הוצאות יכול לומר קים לי פשיטת הר"נ וש"פ דבכל גנוני נאמן
המוציא ליתול בשבועה משום תקנתא דחננוי ואין זהו בכלל ספק תקנה. דהא פתבתי
בקונטרס ספק תקנה שלידהיכא דטועו ברי מהני תפיסה אף בספק תקנה ובפרט בספק
פלוגתא דרבנותא כמש"כ שם וגם נתבאר במי שציינה לחבירו לקנות עבורו בהחלט וטען
השליח שקנה ונאנס ממנו דאם הנה כמו יין סתם ובשער המצוי דבזה נאמן לישבע
וליתול.

אבל אם הנה יין זה או אף כמו יין סתם אף שלא הנה שער משיף או שהנה בתנאי וכה"ג
אינו נאמן להוציא. אלא אם ידוע שקנה עבורו וא"י פמה אז נאמן בכל הני לישבע
וליתול: ד (שם סעיף ט' ש"ף ס"ק ל"ג בסופו) בד"ה וילענין דינו של הסמ"ג פששניהם
אדוקים בדינר כו' אי נימא גם בזה אוקמה אחזקת מרא קמא קמא דלא מציינו פן אלא
בעומדת כו'.

והשב שמעתתא שמעתא ד' פרק י"ג ופרק י"ד האריף בדברי הש"ף הלז והעלה דבחצר
של שניהם וכן בשניהם אדוקים בו מוקמינן בחזקת מ"ק ולא אמרינן פיון דאם תפס
בכולה הוי מחזק בכולה וה"ה ברשות שניהם או בשניהם אדוקים נימא דכ"א הוי מחזק
בהפלגא דז"א פיון דמבואר בב"ב (דף פ"ד) דחצר השותפין אין קונין זה מזה ותפיסה
תליא בקנין פמבואר ברמב"ן דלכן לא מהימן התופס השטר לומר דהנה לו פתיבה או
שהנה קנין אג"ק פיון שאין תפיסתו קנין ע"כ לא הוי פמחזק.

וה"ה בחצר השותפין פיון דלא הוי פקנין כו'. וכן בשניהם אדוקים פיון דאמרינן בב"מ
(דף ח') דאם מגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו נעשה כמו שפונחת ע"ג קרקע ולא
קנה לא זה ולא זה א"כ הכא לא שייך מגביה מציאה לחבירו דבעלים לא מצי מזכה אלא
ע"י אחר ולא ע"י ע"כ אין דינו פמחזק על הפחצה וממילא מוקמינן בחזקת מ"ק עכ"ל
בקצרה בשנינו לשון קצת ודברי הרמב"ן דתפיסה תלוי בקנין הובא בקצה"ח סי' ס"ה
ס"ק י"ח ובסי' ע"ב ס"ק כ' וכ"כ הר"נ פ' הכותב ע"ש: ענף א ולענ"ד נראה דלא
כהש"ש.

דבשניהם אדוקים דינו פמחזק על הפחצה ע"פ דברי התוס' ב"מ (דף ח' ע"ב) ד"ה או
דילמא מנהיג כו' וכן לעיל דקאמר אלימא מהא שנים אוחזין האי אמר פולה הגבהתי
אבל שנים שהגביהו לא קנו התם גמי אע"ג דכמו שהם תפוסים לא קנו מקרי מחזק פיון
דאם הנה מגביה לחודי' אילו לא הנה חבירו תפוס בצד השני הנה קונה לכה אקרי מחזק
אפילו עם חבירו כו'.

ופירש המהרש"א דה"פ דאם לא הנה חבירו תפיס בצד השני והנה גותקה מידו מקרי
לגבי שני שעדיין הצד האחר בידו הגובהה למעלה מג' על ידו וקני כמש"כ התוס' לקמן
גבי הואיל ויכול לנתקו כו' ועי"ל דמייירי הכא בטלית שאינו ארוך כ"כ כו' עכ"ל
המהרש"א וכ"כ המהר"ם שיף שם.

הרי שהתוס' ג"כ ס"ל פסברת הרמב"ן בהפ'לל הנ"ל דאם לא הוי קנן לא מקרי מוחזק ואפ"ה כתבו לדון גבי שנים שהגביהו מציאה דארף דנימא דלא קנו מ"מ אם כ"א טוען אני הגבתי תחלה הוי דין שלקחם פמוחזקים כ"א להפלגא ע"פ הסברא דאם לא הנה חבירו תפיס בצד השני הנה יכול השני לקנותה ע"י גנותה כו' או אם אינו טלית ארוך כו'.

א"כ ה"ה בשנים אדוקים בהדינר יש מקום לומר כמש"כ הש"ך דלא דייגינן בזה לחזקת מ"מ משום די"ל דכ"א הוי מוחזק בהמחצה וארף דלא הוי קנן כ"ז שהבעלים הראשונים תופסים בצד השני וכמש"כ הש"ש.

מ"מ פינו דאם לא הנה חבירו תופס בצד השני הנה השני קונה את המטבע בנודאי פינו דבזה שייך לדון פן ארף לפי תירוץ השני של המהרש"א דהא מטבע בנודאי לא הוי ארוך ולא הנה ראשו מגיע לארץ.

ובאמת הדין פן הוא ארף בטלית אם המוכר והלוקח אדוקים בו דגם הלוקח מקרי מוחזק על המחצה משום סברת המהרש"א בתירוץ הראשון דכתב דהנה יכול לקנותה ע"י מה שנה גנותה אם לא הנה חבירו תפיס וכינו דהנה בידו לעשות פן ע"כ מקרי בשם מוחזק ארף בטלית ארוך וכו' הדברים מוכרחים בפשט הסוגיא דשם.

ע"כ לא מהני בכה"ג חזקת מ"מ של המוכר להוציא המחצה השניה מן הלוקח התופסו דכינו דנקרא בשם מוחזק וכינו דעדיפא מעלת המוחזק ממעלת חזקת מ"מ ע"כ ה"ה דאין מוציאין מהלוקח המחצה השניה.

ושפיר כתב הש"ך רק שקוצר בזה: וזה אינו שייך רק בשניהם אדוקים בדינר אבל אם הדינר או הטלית מונח ברשות שניהם פינו דבזה לא שייך לומר כעין סברת המהרש"א דהנה ביד חבירו להיות קונה ע"י מה דהנה יכול לגנותה.

ע"כ י"ל לכאורה דבזה הנכון עם הש"ש דאין דינו של הלוקח פמוחזק וע"כ ממילא מהני חזקת מ"מ של המוכר לקבר ולהוציא פל החפץ [או בהדינר לגבי בעלים הראשונים]. ושאני שניהם אדוקים דהנה ביד חבירו לגנותה כו'.

ועכ"ז גם במונח בחצר של שניהם אין דברי הש"ש ברורים כ"כ. ולא מבעיא לפי מש"כ הקצה"ח עצמו בסי' קע"ו ס"ק א' על מה שכתב המחבר שם או ששכרו מקום בשותפות דהא דחצר השותפין אין קנן זה מזה היינו לקנותו פולו אבל להיות הדבר בשותפות מהני גם חצר השותפין ע"ש.

א"כ ה"ה במונח החפץ בחצר שניהם פינו דיכול להיות קנן ע"י החצר שותפות להחפץ שיהנה ג"כ בשותפות ע"כ ממילא מקרי בשם מוחזק על המחצה שמונח בחלקו. והנתיבות בסי' קע"ו ס"ק ב' השיג על הקצה"ח דמה הפרש יש בין לקנות פלגא ובין לקנות פולה: והנה התוס' בקדושין (דף ח' ע"ב) ד"ה אם הנה סלע שלקח כו' פי' בקונטרס דחצירה קונה לה ולא נהירא דא"כ מאי בעי סלע של שניהם מהו פשיטא דאינה קונה פינו דהוי חצר של שניהם כו'.

וכ"כ הר"נ שם. ואי נימא דמחצה מצי לקנות ע"י חצר השותפים א"כ שפיר י"ל דמקודשת ע"י מה דקנתה המחצה מהמנה.

ואם לא אמר במנה זו רק במנה סתם ה"ז מקודשת וינשלים פמבואר בקידושין (דף ח' ע"א) ובאה"ע סי' כ"ט סעיף ז' [ולא שייך לומר בקידושין סברת אגיד גביה כמו בגט פמבואר בב"מ (דף ז') דשא"ה דבעינו פרישות משא"כ בקידושי אשה וע"כ אף דבכל מטבע ומטבע מן המנה יש להבעל זכות בי"מ הוי קידושין.

וקא דאה"ע סי' כ"ט בב"ש ס"ק יו"ד שיטת הרמב"ן ורשב"א דהוי אגוד אצלו. הלא גם בקנין פסך אמרו פן וכמש"כ האבני מילואים שם ס"ק י"ב דהטעם הוא דלא הוי פסך הראוי לקנין ועיין בקצה"ח סי' ל"ט ס"ק ח' ובנתיבות שם ס"ק י"ז וקצרת'.

ומדהקשו התוס' והר"נ בפשיטות פן מוכח דס"ל דאף לקנות להמחצה ג"כ אינו קונה ע"י חצר השותפות וכמש"כ הנתיבות. ואפשר לומר דלכן הקשו פן משום דאם הנה מייירי במנה סתם א"כ פשיטא דמקודשת ע"י זכות המחצה שנקנית להאשה דהא לקנות להמחצה פשיטא להו דקנתה א"כ מאי קא מיבעיא לרב ביבי שם.

וע"כ פירשו דמייירי במנה זו ואז צריכים שיהיה קנין בכל המנה ולכן הקשו פן: ואינו ראיה מדבריהם לסתור דברי הקצה"ח: ויש להסביר דברי הקצה"ח דמחצה קנה אף בחצר השותפין.

דהמקנה בק"א לקידושין סי' למ"ד סעי' ג' פתב דלכן בנתן הקידושין על מקום שניהם הוי קידושי ספק משום דאי נימא יש ברירה א"כ פינון ששניהם מתרצים על הקדושין אמרינו הוברר הדבר דמקום הקידושין קנוי לה באותו שעה כו'.

וכינו דמספקא לן אי יש ברירה או אין ברירה ע"כ הוי קידושי ספק כו' וכן לענין קנין אין להוציא מחזקת מ"ק ע"ש. וידוע שיטת רש"י בגיטין (דף מ"ז ע"ב) דאי נימא אין ברירה אמרינו דמעורבים החלק של כ"א בכל משהו ומשהו והתוס' שם חלקו עליו והובא כ"ז בארנפה בשאגת אריה סי' צ'.

א"כ לשיטת רש"י שפיר י"ל דנקנית בשותפות להשותפים בהחצר לחצאין דאי נימא יש ברירה אז נקנה פולו להלוקח כמש"כ המקנה פינון דשניהם מתרצים על הקנין אמרינו הוברר דמקום החפץ קנוי לו באותו שעה.

וא"ת אין ברירה מ"מ פינון דיש זכות להלוקח בכל משהו ומשהו בהחצר ע"כ יש לו דין חצירו לקנות להמחצה. ואף דאמרו בב"מ (דף ח' ודף ט') היכא דאוגדו ברשות חבירו לא קנה ועיין בנתיבות סי' קצ"ה ס"ק ב'.

ובשבת (דף צ"א וצ"ב). מ"מ היכא דתופסו בידו וברשותו קנה למה שתפוס בידו וברשותו פמבואר בב"מ (דף ט') ובס"י רע"א סעי' ג' ובש"י ס"ק ב' פעין זה.

א"כ לשיטת רש"י הנכון עם הקצה"ח שפתב דלמחצה נקנית אף בחצר השותפין. וגם לשיטת התוס' גיטין החולקים על רש"י וכפי הכרעת השאגת ארי' בסי' צ' כהתוס' מ"מ יש להסביר ג"כ דברי הקצה"ח דאף דנימא שפא אין ברירה ואז ממילא י"ל דילמא פל זכות המקום שמונח החפץ הוא שייך להמוכר ולא הוי שום דין קנין חצר פלל.

מ"מ י"ל פִּינּוֹן שְׁפֶתֶב הַר"נ לְנֶדְרִים (דָּף מ"ה) דְּכָל שְׁוֹתֵף יֵשׁ לוֹ קִנְיָן שְׁעֵבּוּד כְּמוֹ זְכוּת שְׁכִירוֹת בְּחֻלְקוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ. א"כ זֹכֶה עִי"ז כְּמוֹ חֲצָר הַשְּׁכוּרָה דְּזֹכֶה לְדַבֵּר הַנְּקִיטָה.

וְעֵינָן בְּסִי' שִׁי"ג שִׁי"ד ס"ק א' מֵה שְׁבִיֵּאֵר שֶׁם לְתַרְזֵן קִנְיָנוֹת הַרְאָב"ד עַל הַרְמַב"ם מִן שׁוֹכֵר אֵת מְקוֹמוֹ כּו' דְּדַעַת אַחֲרֵת מְקַנָּה שְׁאֵנִי. וְלִכֵּן פִּינּוֹן דִּישׁ לְהַלּוֹקֵם זְכוּת בְּכָל מַשְׁהוֹ בְּהַחֲצָר עַכ"פּ בְּשְׁכִירוֹת מִמִּילָא יֵשׁ לוֹ דִּין חֲצָר לְקִנּוֹת לְהַמְחִצָּה וְדַבְּרֵי הַקִּצָּה"ח מְסַתְּבָרִים.

וְהַש"ש שְׁחֹלֵק עַל הַש"ף הָא פֶּתֶב בְּפִשְׁטוֹת שֶׁם פ' י"ד דְּחֲצָר הַשְּׁוֹתֵפִין אֵינּוּ קוֹנֵה אֶפִּילוֹ מְחִצָּה ע"כ הַעֲלָה דְּכִינּוֹן דְּלֹא הָיָה קִנְיָן דְּלֹא מְקַרֵי מְוַחֲזָק. אֲבָל לְפִי דַבְּרֵי הַקִּצָּה"ח שְׁפִיר פֶּתֶב הַש"ף דִּי"ל דְּבַחֲצָר שְׁנִיָּהֶם דִּינוֹ כְּמְוַחֲזָק עַל הַמְחִצָּה וְלֹא מְהַנִּי בֵּיהּ חִזְקַת מ"ק.

וְע"פ מִש"כ יֵשׁ לְדוֹן בְּדַבְּרֵי הַקִּצָּה"ח ס' ר"ס ס"ק א' וְהַנְּתִיבוֹת שֶׁם ס"ק יו"ד שְׁפֶתֶבוֹ לְדוֹן בְּחֲצָר הַשְּׁוֹתֵפִין דְּאֵינּוּ קוֹנֵה לְהַמְצִיאָה דְּהָיָה כְּמוֹ דְּמַחֲצִית הַשְּׁנִי מְוַחֲזָק בְּקַרְקַע דְּב"מ (דָּף ח') כּו'. וּבְאַמַּת יֵשׁ לְחַלֵּק דְּשֵׁא"ה בְּקִנְיָן הַגְּבִיָּה דְּהוּא מִשׁוּם דְּהַגְּבִיָּה מְפָחוּ בְּזָה אָמְרוּ דְּאֵם הַצָּד הַשְּׁנִי מְוַחֲזָק בְּקַרְקַע לֹא קָנָה אֶף לְחַלֵּק שְׁמֻנְגָבָה מְפָחוּ.

אֲבָל לְמָה שְׁתַּפּוּס בִּידּוֹ אוֹ בְּרִשׁוֹתוֹ שְׁפִיר קָנָה אֶף דְּהַצָּד הַשְּׁנִי מְוַחֲזָק בְּקַרְקַע וְכְמוֹ דְּאָמְרוּ בְּב"מ (דָּף ט') זֶה קָנָה חֲמוּר וּבֵית פְּגִי' וְזֶה קָנָה מֵה שְׁתַּפּוּס בִּידּוֹ וְהַשְּׁאָר לֹא קָנָה כּו'. וְאֶפְשָׁר לֹמַר דְּשֵׁא"ה דְּלִכֵּן קָנִי לְמָה שְׁתַּפּוּס בִּידּוֹ לְפִי דְּהָיָה כְּמֵאן דְּפָסִיק כְּמֵבְנָאָר בְּב"מ (דָּף ז').

אֲבָל הֵכָא בְּחֲצָר הַשְּׁוֹתֵפִים דְּמַעֲוֹרְבִים הַחֻלְקִים בְּכָל מַשְׁהוֹ וּמַשְׁהוֹ דְּלֹא שְׁיִיף לֹמַר כְּמֵאן דְּפָסִיק דְּמִי ע"כ י"ל כְּסִבְרָתָם. וּבְדַבְּרֵי הַיְרוּשְׁלָמִי דְּסוּף ב"מ שְׁהוּבָא בְּקִצָּה"ח שֶׁם יֵשׁ לְהַאֲרִיף טוּבָא וְאִכ"מ: עָנָף ב' וְהַנְּתִיבוֹת בְּסִי' קַע"ו ס"ק ב' פֶּתֶב לְפָרֵשׁ דְּלִכֵּן מְהַנִּי שְׁכִירוֹת מְקוֹם בְּשׁוֹתֵפּוֹת לְקִנּוֹת א' מְחִבְרֵי לְהַשְׁוֹתֵפּוֹת לְפִי דְּמָה דְּחֲצָר הַשְּׁוֹתֵפִין אֵינּוּ קוֹנִין זֶה מְזֶה הַטַּעַם הוּא דְּתִיכְף פְּשִׁהֲנִים הַחֲפִץ שֶׁלּוֹ בְּחֲצָר הַשְּׁוֹתֵפִין הַנְּבָרֵר הַדְּבָר שְׁהַמְקוֹם שְׁהַנִּיחַ עָלָיו הַחֲפִץ הוּא שֶׁל רְאוּבֵן וְכִינּוֹן שְׁיֵשׁ רִשׁוֹת לְכָל אֶחָד לְהַנִּיחַ מֵה שְׁיִרְצָה וְשׁוּב לֹא הָיָה מְקוֹם זֶה חֲצִירוֹ שֶׁל שְׁמַעוֹן כּו' ע"ש.

א"כ לִפ"ז שְׁפִיר י"ל אִם הַחֲפִץ מְוַחֲזָק בְּחֲצָר שְׁנִיָּהֶם דְּאֶף דְּלֹא הָיָה קִנְיָן מ"מ מְקַרֵי מְוַחֲזָק וְכַעֲיִן סְבָרַת הַתּוֹס' ב"מ (דָּף ח') ד"ה אוֹ דִּילְמָא מְנַהִיג כּו' שְׁפֶתֶבוֹ פִּינּוֹן דְּאֵם הִנֵּה מְגַבִּיָּה לְחֻדְיָא אֵילוֹ לֹא הִנֵּה חֲבִירוֹ תַּפּוּס בְּצַד הַשְּׁנִי הִנֵּה קוֹנֵה לְכָף אֶקְרִי מְוַחֲזָק אֶפִּילָא עִם חֲבִירוֹ.

וְהוּבָא לְעֵיל דַּבְּרֵי הַתּוֹס' הַלְזוּ. וְה"ה בְּנ"ד יֵשׁ לֹמַר כְּעֵין סְבָרָתָם דְּהָא אִם לֹא הִנֵּה חֻלְק הַחֲצָר הַשְּׁנִי שְׁיִיף לְהַמּוֹכֵר שְׁיִנִּיחַ שֶׁם כָּל מֵה שְׁיִרְצָה אִזְ הִנֵּה קוֹנֵה הַלּוֹקֵם לְמַחֲצָה הַחֲפִץ ע"י חֲצִי חֲצִירוֹ פִּינּוֹן דְּאִז לֹא שְׁיִיף סְבָרַת הַנְּתִיבוֹת שְׁפֶתֶב דִּי"ל בְּרִירָה שְׁתִּיכְף שְׁהַנִּיחַ הַחֲפִץ שֶׁלּוֹ בְּהַחֲצָר הַשְּׁוֹתֵפִין הַנְּבָרֵר שְׁנַקְנָה לוֹ הַמְקוֹם כּו'.

דְּהָא הָיָה אִז כְּמוֹ חֲצָר הַשְּׁוֹתֵפִין שֶׁל אַחֲרִים וְלֹא שֶׁל הַמּוֹכֵר א"כ מִמִּילָא הִנֵּה קוֹנֵה ע"י חֻלְקוֹ בְּהַחֲצָר לְחֲצִי הַחֲפִץ. וְכְמוֹ דְּקִי"ל לְדִינָא בְּאַמַּת דְּאֵם שְׁכָרוֹ מְקוֹם בְּשׁוֹתֵפּוֹת דְּקוֹנָה א' מְחִבְרֵי ע"י זְכוּת חֲצִירוֹ.

[וכן בָּהֵא דס"ר ר"ס סעי' ד' דחצור השנותפין זוכה למציאה]. משום דע"י זכות חלקו בהחצור מצי זכי מתצה בהחפץ אף שיש להמוכר זכות בהחצור.

רק היכא די"ל בריירה דהנברר הדבר דהמקום שהניח עליו החפץ הוא שלו פנין שיש לו רשות להניח מה שירצה א"כ אז לא שייך קנין חצור. אבל היכא דלא שייך לומר פן שפיר מצי קני ע"י חלקו בהחצור להמתצה.

ע"כ שפיר י"ל גם במונח בחצור השנותפין דכיון דאם לא ה"ה חלק השני בהחצור שייך להמוכר באופן שניניח שם כל מה שירצה דאז ה"ה קונה הלוקח למתצה החפץ ע"י חלקו בהחצור.

ע"כ ממילא הוי מוחזק אף שיש להמוכר חלק בהחצור וכסברת התוס' הנ"ל. ועיין במחנה אפרים ה' מכירה קנין חצור סי' ו' והובא בנתיבות סי' קע"ו ס"ק ב' שהשיג עליו ע"ש.

כָּלְלוּ ש"ד לפי מה דקיי"ל לדינא שם דשכרו מקום לשותפות נקנה להם ע"י קנין חצור הן לפי מש"כ הקצה"ח והן לפי דברי הנתיבות פנ"ל שפיר י"ל דאם מונח החפץ בחצור השנותפין שיש להמוכר חלק בו דג"כ דין הלוקח פמוחזק על המתצה ולא דייגינן ביה חזקת מ"ק ודלא כהש"ש שפכת בפשיטות דאין דין הלוקח פמוחזק כָּלְלוּ.

ובעיקר דברי המח"א והקצה"ח יש להעיר מירושלמי נדרים פ"ה ה"א. אבל י"ל דכוננת הירושלמי שם לחלק דשאני במודד לתוף קופתו וכעין הך דש"ס דילן בב"ב (דף פ"ד ע"ב): ובב"מ (דף ב' ע"ב) ולחזי זוזי ממאן נקט ופירשו דהא נאמן המוכר בתו"ע.

וקשה דהא יש לפרש דהך בבא דזה אומר פולה שלי דמייירי במקח וממפר. י"ל דמייירי דהמוכר והלוקח מכחישים זא"ז דהלוקח טוען דמכר לו והמוכר מכחישו דלא מכר לו מעולם א"כ הוי המוכר נוגע בעדות ואינו נאמן ולכן יחלקו.

ומדלא אוקמינן בכה"ג ומקשו ולחזי זוזי כו' מוכח דס"ל להש"ס דאם ה"ה המוכר והלוקח מכחישים זא"ז לא ה"ה הדין דיחלקו אלא ה"ה שייך פולו להמוכר משום חזקת מ"ק וכמש"כ הש"ש דבשנים אדוקים פנין דלא הוי קנין ע"כ לא הוי מוחזק.

אף באמת אין זה הכרח כָּלְלוּ לא מבעיא לשיטת רש"י דס"ל בב"מ שם דזוקא היכא דליכא רמאי דאיכא למימר לשניהם נתרצה המוכר בזה אמרו דיחלקו א"כ היכא דהמוכר והלוקח מכחישים זא"ז דבזה איכא רמאי הדין הוא דיהא מונח כו'.

ואף לשיטת התוס' וסייעתם דאף היכא דאיכא רמאי הדין דיחלקו. עכ"ז הא שיטת התוס' ב"מ (דף ב' ע"ב) ד"ה אי תנא מציאה כו' אבל מו"מ כו' ומדתפיס סבור ש"ל הוא נתרצה המוכר כו' אימא לא ישבע כו' עכ"ל.

א"כ לא שייך הך בבא דמו"מ רק בנקט זוזי מתרוננייהו ומחולקים הקונים בהדדי. אבל אם ה"ה מייירי בהכחשת המוכר והלוקח דלא שייך לומר רבותא זו ע"כ אין סברא לפרש להבבא דמו"מ רק בהכחשת הקונים זא"ז ושפיר מקשו ולחזי זוזי כו'.

ואין זה ראיה כָּלְלוּ ופשוט: ענף ג שוב ראיתי דיש לדון מטעם אחר דבשניהם אדוקין בדינר או בהחפץ דאף דנתבאר דדינם פמוחזק כ"א על המתצה. מ"מ י"ל דמהני ביה חזקת מרא קמא לברר דהחפץ שייך לבועלים הראשונים.

והוא דלקמן סי' רצ"ב סעיף י' בהג"ה בשנים שהפקידו אצל אחד ונאבד או נגנב א' מהן
אזלינו בטר רובא. והוא מן תה"ד סי' שי"ד שפיאר זה דאע"ג דהתוס' בריש ב"מ פתבו
דמה שהנפקד תופס הוי פאלו שניהם מוחזקים בו.

מ"מ לא הוי מוחזק גמור להדחות להרוב רק דהוי פמוחזקים לענין דלא נימא פל דאלים
גבר. וכן מש"כ התוס' בב"מ שם (דף ב') ד"ה וזה נוטל רביע כו' דלא מהימן במיגו
דכולה שלי דהוי מיגו להוציא זהו ונקא לענין דחיות מיגו אכל להדחות לרובא בענין
דנקא שיהיה מוחזק לבדו.

אבל היכא ששניהם מוחזקים בהספץ הוי מוחזקות גרוע ואין פח בזה להדחות לרובא
ושפיר דיינינו בכה"ג למיזל בטר רובא זהו קוטב דברי התה"ד שם. ומדמה התה"ד להד
מוחזקות דהנפקד תופס בחזקת שניהם דזהו דומה להמוחזקות דשנים אוחזין בטלית.

וטעמו דאי נימא דהמוחזקות דשנים אוחזין עדיפא מן מה דהנפקד תופס בחזקת שניהם
א"כ מאי מקשה הגמ' בב"מ (דף ג') לימא מתניתין דלא כר' יוסי כו' הא יש לחלק
בפשיטות דשאני התם בשנים שהפקידו אצל א' דלא הוי מוחזקות אלימא ע"כ אמר ר'
יוסי יהיה מונח כו' אבל בשנים אוחזין דהוי מוחזקות אלימא מודה ר' יוסי דיתלוקו.

ומדמדמה הגמ' בפשיטות אותם להדדי ע"כ שפיר כתב התה"ד לפירש דשאני לענין מיגו.
אבל לענין שארי דברים אף דשנים אוחזין.

מ"מ אין דינם פמוחזק גמור ודינם כמו הא דנפקד תופסו בחזקת שניהם דאזלינו ביה
בטר רובא: ונקדים לדברי התה"ד סי' שמ"ט דכתב דכינו דהוחזקה נחלה באותו שבת
אין פח בהרוב להוציא הממונהחזקה דהא לא אזלינו בממון בטר רובא כו'.

והובא בקצה"ח סי' ר"פ ס"ק ב'. והשיג ע"ז דדוקא פמוחזק ממש לא אזלינו בטר רובא
אבל היכא שנסתפקנו בקרקע אם מכרו מרא קמא בזה אזלינו בטר רובא דחזקת מ"ק
לא עדיפא מפל החזקות דרובא עדיף מחזקה כו' עכ"ל הקצה"ח.

אכן בקונטרס הספיקות של אחי הקצה"ח פלל ו' אות י"א העלה דנגד חזקת מ"ק לא
מהני רובא דדינו פמוחזק ממש ע"ש. ולענ"ד נראה להוכיח דבמקום חזקת מ"ק לא מהני
רובא דדינו בזה כמו מוחזק ממש.

דבב"ב (דף צ"ג) מקשה הגמ' מהא דשור שנגח הפרה כו' דלימא רוב פרות מתעברות
ויולדות כו'. ופירש הרשב"ם דלרב קפריה כו'.

והנה בב"ק (דף מ"ו ע"א) תוס' ד"ה שור שנגח כו' דמייירי בקיימא באגם כו'. ואי נימא
כהקצה"ח דבמקום חזקת מ"ק מהני רובא דאינו פמוחזק ממש בזה.

א"כ יש להקשות ג"כ לשמואל דס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב דניזיל שם בטר רוב
פינו דשור עומד באגם דלא הוי המזיק מוחזק ממש אלא חזקת מ"ק מסייעו ואזלינו בי'
לכ"ע בטר רובא א"כ הך קושיא תסוב גם לשמואל.

ומוכח מזה כהתה"ד דחזקת מ"ק דינו פמוחזק דאין הולכין ביה אחר הרוב ג"כ ולכן לא
הקשו שם רק אליבא דרב: ויש לדון בזה עדיין דהשמ"ק בב"ק (דף מ"ו ע"א) ד"ה זו

דברי סומכוס כו' פתב בשם הרשב"ם דמתניתין בשור שנגח הפרה מיירי אף אם המזיק מוחזק פינו דטוען שמה ס"ל לסומכוס דיתלקו.

וכ"כ התוס' בב"מ (דף ק') ד"ה הא מני סומכוס כו' דטוען שמה ס"ל לסומכוס דיתלקו אף במוחזק. והפני יהושע לב"ק (דף מ"ו) תוס' ד"ה שור שנגח כו' הנ"ל פתב להעיר בדברי התוס' הנ"ל דהא מתני' מיירי בשמה ושמה מדנקט ואינו ידוע א"כ מצי מיירי אף דהמזיק הוא מוחזק דס"ל לסומכוס דחולקין.

ובאמת פבר הקדמו השמ"ק בשם הרשב"ם פנ"ל. א"כ לפ"ז אין שום הכרח למש"כ להוכיח מהרשב"ם דב"ב דכתב דקושיות הגמ' מן שור שנגח כו' הוא רק אליבא דרב דמוכח דחזקת מ"ק דינו פמוחזק דאין הולכין ביה אחר הרוב.

דהא י"ל דמיירי במוחזק ממש וכמש"כ הרשב"ם עצמו שהובא בשמ"ק. ע"כ שפיר פתב הרשב"ם דלשמואל אינו קשה מן שור שנגח הפרה דניזיל פתר רוב פרות כו' משום דמפרש להמשנה דהוי המזיק מוחזק ואזיל הרשב"ם לשיטתו.

ובאמת י"ל לפי מש"כ התוס' בר"פ שור שנגח כו' דמיירי בעומדת באגם. דקושיות הגמ' בב"ב שם הוא אף לשמואל ג"כ.

ואף דפשט הסוגיא בב"ב שם משמע דזהו שייכות לפלוגתת רב ושמואל דהתם אם הולכין בממון אחר הרוב. מ"מ אין זה הכרח כ"כ דכעין זה מצינו במה דמקשה הגמ' בב"ב (דף צ"ב ע"ב) בפוגיא שם מן האשה שנתארמלה כו' ואמאי לימא הלך אחר רוב נשים פתולות ניסת.

ובכתובות (דף ט"ז) מקשה סתמא דגמ' פינו דרוב נשים פתולות נישאת פי לא אתו עדים כו'. ופירש הבעה"מ שם דקושיות הגמ' הוא בין לרב ובין לשמואל דכינו דיש שם חזקת הגוף המסייע להרוב כ"ע מודו דאזלינן פתר רוב.

והרמב"ן בפלחמות שם חולק ע"ז ופי' דלרב פריה וכמש"כ התוס' שם. ועכ"פ מצינו דשיטת הבעה"מ דקושיות הגמ' שם הוא לכ"ע.

ועכ"ז הקשו פן בב"ב בפוגיא דפלוגתת רב ושמואל דמשמע מזה דהקושיא הוא רק אליבא דרב וע"כ מוכרח לפירש באמת דקושיות הגמ' בב"ב הוא גם לשמואל והא דנקטו זה שם בפוגיא משום דלרב תקשה ביותר ובאמת קאי הקושיא גם לשמואל.

ע"כ י"ל דה"ה לשיטת התוס' ר"פ שור שנגח דכתבו דמיירי בעומדת באגם דלא הוי להמזיק רק מעלת חזקת מ"ק. דלפ"ז קושיות הסוגיא בב"ב שם מן שור שנגח כו' דקושיא זו קאי גם לשמואל דהיא דלא הוי מוחזק מודה שמואל דהולכין אחר הרוב נגד חזקת מ"ק.

ונקטו הך קושיא שם בפוגיא דפלוגתת רב ושמואל משום דלרב תקשה ביותר ובאמת ה"ה לשמואל פן י"ל ואין הכרח להראיה שפכתבתי: ועכ"ז נראה לי דשפיר הוכחתי משום דדוקא בקושיות הגמ' מן האשה שנתארמלה כו' דמיירי במקום מוחזק עכ"פ ע"כ יש לזה שייכות לפלוגתת רב ושמואל.

אָבֵל מֵהָא דְשׁוֹר שְׁנַגַּח כּו' לְפִי שֵׁיטַת הַתּוֹסֵ' בּב"ק דְּמִיָּרִי בְּעוֹמְדַת בְּאַגַּם א"כ אִין זֶה שׁוּם שֵׁיכּוֹת כְּלָל לְפִלְגֻגְתָּם אִי נִימָא דְחֻזְקַת מ"ק לֹא הָיִי דִינּוּ כְּמִוְחָזֵק מִמֶּשׁ. וְעוֹד נִלְע"ד בְּאַמַּת כִּי הַסְּנֵיגָא דב"ב (דף צ"ב) דְּהִקְשׁוּ מִן הָאִשָּׁה שְׁנַתְּאַרְמְלָה כּו' דְּנִיזִיל בְּתֵר רַבָּא דְכִינּוּ דְהִקְשׁוּ כֹן בְּסוּגְיָא דְפִלְגֻגְתַּת רַב וְשִׁמוּאֵל אִם הוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר הָרֹב.

דְּמוּכַח מְזַה דס"ל בְּאַמַּת דְּזֶה הַקְּשָׁיָא הוּא רַק לְרַב. אִף סוּגְיָא דְכְּתוּבוֹת (דף ט"ז) דְּהִקְשׁוּ סְתָמָא דְנִיזִיל בְּתֵר רֹב נְשִׁים בְּתוּלוֹת כּו' כִּינּוּ דְלֹא הוֹזְכָר שָׁם כְּלָל הָעֵנִין אִם הוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר הָרֹב וְע"כ מוּכַח דס"ל לְהֵךְ סוּגְיָא דְכְּתוּבוֹת דלכ"ע מְבַעֵי לָן לְמִיזֵל שָׁם בְּתֵר רֹב מִשׁוּם דְּחֻזְקַת הַגּוֹף מְסִייעַ לְהָרֹב וּכְמִש"כ הַבְּעָה"מ.

וּנ"ל דְּהֵנָּה סוּגְיּוֹת דְכְּתוּבוֹת וּב"ב פְּלִיגִי אֶהְדְּדִי דְסוּגְיָא דב"ב ס"ל דְּלִשְׁמוּאֵל לֹא אֶזְלִינּוּ בְּתֵר רַבָּא אִף הִיכָא דְחֻזְקַת הַגּוֹף מְסִייעוּ. וְהַסְּנֵיגָא דְכְּתוּבוֹת ס"ל דְּהִיכָא דְאִיכָא חֻזְקַת הַגּוֹף מְסִייעַ לְהָרֹב כ"ע ס"ל דְּאֶזְלִינּוּ בְּתֵר רֹב וְכֹן מְצִאתִי לְהַרְמַב"ן בְּמִלְחָמוֹת בְּכְתוּבוֹת רפ"ב שְׁפֵתַב דְקֻשְׁיּוֹת הַגַּמ' שָׁם נִיזִיל בְּתֵר רֹב נְשִׁים בְּתוּלוֹת נִישְׂאוֹת הוּא רַק לְרַב וְהִרְאִיהַ הַגְּמוּרָה שֶׁהִקְשׁוּ מִמֶּנָּה לְרַב בְּפָרֵק הַמּוֹכֵר פִּירוֹת וְכֹן מְצִינּוּ שֶׁהִקְשׁוּ בַּגַּמ' סְתָם לְדַבְּרֵי הַיְחִיד כּו' עכ"ל.

הָרִי שְׁהַרְמַב"ן פֵּתַב בְּפִירוּשׁ שְׁפֵסוּגְיָא דב"ב מוּכַח בְּנוֹדָאֵי שֶׁהַקְּשָׁיָא דְשָׁם הוּא רַק לְרַב וְלֹא לְשִׁמוּאֵל דֹּא"כ אִינְהָ שֵׁיכּוֹת הַקְּשָׁיָא שָׁם. ע"כ י"ל דְּלכ"ע מוּכַח דְּמָה דְשָׁקְלוּ וְטָרוּ בּב"ב בְּסוּגְיָא דְפִלְגֻגְתַּת רַב וְשִׁמוּאֵל דְּמָה דְהִקְשׁוּ שָׁם הוּא רַק לְרַב אָבֵל לְשִׁמוּאֵל נִיחָא. וְאִף דְּהַבְּעָה"מ פֵּתַב דְּמָה דְהִקְשׁוּ בְּכְתוּבוֹת הוּא לכ"ע. עכ"ז מוֹדָה דבב"ב קִיאֵי הַקְּשָׁיָא רַק לְרַב וְהֵם סוּגְיּוֹת חִלּוּקוֹת בְּזֶה.

וְעוֹד י"ל דְּאִף דְּנִדְחֻזֵק לֹא מְשַׁיְטַת הַבְּעָה"מ דָּגַם בּב"ב קִיאֵי הַקְּשָׁיָא לכ"ע. מ"מ בְּקֻשְׁיּוֹת הַגַּמ' שָׁם מִן שׁוֹר שְׁנַגַּח כּו' אִין לֹא מְשַׁיְטַת כְּלָל דְּהַקְּשָׁיָא הוּא לכ"ע דֹּא"כ תִּקְשָׁה דֵּה"ל לְהַקְשׁוֹת כֹּן בּר"פ שׁוֹר שְׁנַגַּח כּו' בְּסוּגְיָא שָׁם דְּנִיזִיל בְּתֵר רֹב פְּרוֹת מְתַעַבְרוֹת כּו' דְשָׁם הוּא עֵיקַר הַמְשָׁנָה מְזַה.

וּבְמָה דְהִקְשׁוּ עַל מְשָׁנָה דְהָאִשָּׁה שְׁנַתְּאַרְמְלָה דְנִיזִיל בְּתֵר רֹב נְשִׁים בְּתוּלוֹת נִישְׂאוֹת בְּאַמַּת הַקְּשׁוּ כֹן בְּכְתוּבוֹת (דף ט"ז) בְּסוּגְיָא דְהִיכָא מְשָׁנָה. מִשָּׂא"כ בְּסוּגְיָא דּר"פ שׁוֹר שְׁנַגַּח כּו' לֹא הִקְשׁוּ שָׁם כֹּן.

אִף בּב"ב בְּסוּגְיָא דְפִלְגֻגְתַּת רַב וְשִׁמוּאֵל הִקְשׁוּ כֹן. מוּכַח מְזַה דְרַק לְרַב הִקְשׁוּ כֹן אָבֵל לְשִׁמוּאֵל נִיחָא וּכְמִש"כ הַרְשֵׁב"ם וּכ"ע מוֹדוּ בְּזֶה לְפִירוּשׁ הַרְשֵׁב"ם.

ע"כ שְׁפִיר כְּתִבְתִּי לְהוֹכִיחַ מִן שֵׁיטַת הַתּוֹסֵ' בּר"פ שׁוֹר שְׁנַגַּח כּו' דְּמִיָּרִי שָׁם בְּעוֹמְדַת בְּאַגַּם. דלפ"ז יֵשׁ לְהוֹכִיחַ דְחֻזְקַת מ"ק דִּינּוּ כְּמִוְחָזֵק דְלֹא אֶזְלִינּוּ בְּתֵר רֹב נְגִדוּ.

וְכֹן רִאִיתִי בְּחִידוּשֵׁי הַרְשֵׁב"א לַב"ק (דף מ"ו) שְׁפֵתַב לְפָרֵשׁ דְּהַמְשָׁנָה דְשׁוֹר שְׁנַגַּח כּו' מִיָּרִי בְּעוֹמְדַת בְּאַגַּם וּמְתַרְץ לְמָה שֶׁהִקְשׁוּ הַתּוֹסֵ' שָׁם דְּלֹא יִשְׁמַעְאֵל לֹא תִתְיַשֵּׁב מִשׁוּם דְכִינּוּ דְהָיִי כְּמוֹ אֶפּוֹתִיקֵי מְפּוֹרֵשׁ כּו' ע"כ אִין נִקְרָאִים הַבְּעָלִים כְּמִוְחָזְקִים וְהוּבָא ג"כ בְּשִׁמ"ק לַב"ק שָׁם.

ובשמ"ק לכתובות (דף ט"ז ע"א) ד"ה וכינן דרוב נשים בתולות כו' הביא בשם הרשב"א שכתב ג"כ כמש"כ הרמב"ן במלחמות שם שהקושיו הוא רק לרב כמו דמקשו מזה על רב בב"ב ריש פ"ק המוכר פירות כו' ע"ש.

א"כ חזינן דהרשב"א ס"ל דמוכח בסוגיא דר"פ המוכר פירות דמה דהקשו שם הוא רק לרב ולא לשמואל. וכינן דהרשב"א בב"ק פ"ק פ"ג דמיירי הך דשור שנגח כו' בעומדת באגם דעיקר זכות הבצלים הוא רק משום חזקת מ"ק.

ואפ"ה לשמואל הוי א"ש מה דלא אזלינן בטר רוב פרות מתעברות כו'. א"כ מוכח בנודאי דחזקת מ"ק עדיפא מרובא ושפיר פתבתי להוכיח פן: ענף ד וכן מוכח מן הרא"ש בקידושין פ"ב סי' ח' בסוגיא דנתקדשה לדעת אביה והלך למדה"י ועמדה ונישאת שכתב בזה"ל ואם היינו מפרשים לפי שרוב פועמים אין האב מוחה כו' הילכך אכלה בתרומה דאזלינן בטר רובא ובממונא הוא דלא אזלינן בטר רובא ולכן אם מתה אינו יורשה ע"ש.

הרי להדיא דס"ל להרא"ש דמה שהחזקה נחלה בחזקת יורשי האשה דינן פמוןחזקים דלא אזלינן בטר הרוב להוציא נחלה מחזקתם. וזהו להדיא כמש"כ התה"ד דאין הולכין אחר הרוב להוציא מחזקת מה שהחזקה נחלה באותו השבט וה"ה וכש"כ במקום חזקת מ"ק ממש אם אנו מסופקים שמכרו או לא דלא אזלינן בטר רוב להוציא מחזקת מ"ק.

וע"כ העיקר כמש"כ בקונטרס הספיקות של אחי הקצה"ח דבמקום חזקת מ"ק לא מהני רובא. וכמו שהבאתי בשם התה"ד שכ"כ.

וכמו שהוכחתי מן ב"ב (דף צ"ג) ומן הרא"ש קידושין פ"ב. וכעין זה כתב הש"ך פ"א לעיל בסד"ה ואם אין הדבר ידוע כו' דלא מהני ספק ספיקא במקום חזקת מ"ק משום דלא עדיפא מן רובא.

ועיין בקצה"ח פ"א: והנה לכאורה יש להעיר בזה מן הא דייבמות (דף ל"א] ע"א) דמוכיח הגמ' דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן מהא דנכסי דבר שטיא דתרי אמרי פשהוא חלים זבין ותרי אמרי פשהוא שוטה זבין דאמרו אוקי תרי להדי תרי ואוקמי ארעא בחזקת בר שטיא.

והתוס' בכתובות (דף כ') ד"ה ואוקי ארעא כו' פתבו דדוקא בקרקע הוא דאמרינן הכי אבל במטלטלין הוא בחזקת המוןחזק כו'. ואי נימא כמש"כ להוכיח חזקת מ"ק דינו פמוןחזק א"כ קשה בהוכחת הגמ' דבתרי ותרי מוקמינן מה"ת אחזקה מנכסי דבר שטיא דאמרו אוקי ארעא בחזקת בר שטיא.

דהא י"ל דבתרי ותרי לא מהני חזקה הראשונה לברר דלא עדיפא מן אלו באו עוד עדים וכעין סברת התוס' בב"ב (דף ל"א ע"ב) בתוס' ד"ה וזו באה כו' ובב"ק (דף ע"ב ע"ב) תוס' ד"ה אין לה בו כו'. והא דנכסי דבר שטיא כו' אין זה מצד חזקה המבשרת רק משום מעלת המוןחזק דדין חזקת בצלים הראשונים משום חזקת מ"ק הוי כמו מעלת מוןחזק דמטלטלין דאין מוציאין מן התופסן.

ומדחזינן דהש"ס הוכיח מהך דנכסי דבר שטיא דבתרי ותרי מוקמינן על חזקה המבשרת א"כ לכאורה מוכח מזה דלא כמש"כ אלא יהנה מזה סייעתא לדברי הקצה"ח דחזקת

מ"ק אינו משום מעלת מוֹחֶזֶק רק כְּמוֹ כָּל הַחֲזָקוֹת: וְאֶפְשָׁר לומר דְּשֵׁאֲנֵי בְּנִכְסֵי דְּבַר שְׁטִיָּא פִּינּוּ דְּעֵיקָר הַזְכוּת שֶׁל בַּר שְׁטִיָּא לְהַעֲמִיד הַנִּכְסִים בְּחֲזָקתוֹ הוּא אִם נִימָא דְּזַבִּין קְשָׁהוּא שׁוּטָה.

וּכְבָר גַּתְבָּאר בְּשֵׁם הַתּוֹס' ב"מ (דף ח') דְּמָה דְּלֵא הָוֵי בַר קִנְיָן אִין בּוּ מַעְלַת מוֹחֶזֶק וּכְמַש"כ ה"ר"נ וְהַרְמַב"ן בְּכַתְוֵבוֹת (דף פ"ה) בְּסוּגְיָא דְּמִלוּגָא דְּשִׁטְרֵי דְּמָה דְּלֵא הָוֵי בַר קִנְיָן כו'. א"כ ל"פ"ז אֶפְשָׁר לומר דְּבִשׁוּטָה פִּינּוּ דְּלֵא הָוֵי בַר קִנְיָן ע"י עֲצָמוּ כָּלל כְּמִבְּנָאָר בְּסִי' רמ"ג סְעִיף ט"ז א"כ אַף אִם הִיָּה תוֹפְס בְּיָדוֹ וּרְשׁוּתוֹ אִיזָה חֲפִץ שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק עָלָיו אִם הוּא שְׁלוֹ אוֹ לֵא.

פִּינּוּ דְּלֵא הָוֵי בַר קִנְיָן ע"כ מְמִילָא אִין בּוּ מַעְלַת מוֹחֶזֶק כָּלל. א"כ ה"ה בְּמַעְלַת חֲזָקַת מ"ק שְׁיֵישׁ לְהַשׁוּטָה ע"י חֲזָקַת אַבוּתָיו מ"מ לֵא עַדִּיפָא זֶה מִן מַעְלַת מוֹחֶזֶק מִמֶּשׁ שֶׁל הַשׁוּטָה דְּלֵא מְהֵנִי בְּמָקוֹם שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק אִם יֵצֵא מְרְשׁוּתוֹ אוֹ לֵא וְע"כ לֵא דְּנֻוּ לְהַחֲזָקַת מ"ק שְׁלוֹ בְּתוֹרַת דִּין מוֹחֶזֶק רַק בְּשֵׁם חֲזָקָה הַמְּבַרְרַת כְּמוֹ כָּל הַחֲזָקוֹת.

דְּהָא בְּעַת לִידַת הַסְּפֵק שְׁאֲנוּ מְסוּפְקִים אִם הִיָּה שׁוּטָה בְּעַת שְׁמִכְר לֵא הִיָּה אִז אֵלִימָא זְכוּת הַחֲזָקַת מ"ק שְׁלוֹ בְּתוֹרַת מוֹחֶזֶק וְנֻדְאֵי פִּינּוּ דְּלֵא הָוֵי בַר קִנְיָן ע"כ גְּרוּעַ מְמִילָא מַעְלַת הַמּוֹחֶזֶקוֹת שְׁלוֹ.

וְלָכֵן שְׁפִיר הוֹכִיחוּ בַּש"ס שֶׁם מְהֵרָה דְּנִכְסֵי דְּבַר שְׁטִיָּא דְּבַתְרֵי וְתַרֵי מוֹקְמִינּוּ עַל חֲזָקָה הַמְּבַרְרַת. וְעֵינּוּ בַּקְצָה"ח ס' קל"ג ס"ק א' וּבְנִתִיבוֹת שֶׁם כֵּן יֵישׁ לומר לְכַאוּרָה.

וּלְפִי שֶׁהוּא מִקְלָתָא חֲדָתָא וְנוֹגַע לְכַמָּה עוֹנִינִים וְיֵישׁ לְדוֹן בְּזָה טוֹבָא ע"כ קִצְרֵתִי בְּזָה הַפְּרִט כְּעַת: וְהַעִיקָר מָה שְׁנוֹלֵע"ד פְּשוּט דְּסִבְרַת הַש"ס הוּא דְּדוֹקָא הֵיכָא דְּלֵא הָוֵי שׁוּם אָדָם מוֹחֶזֶק כְּעַת כָּלל בְּהַדְּבָר שְׁאֲנוּ דְּנִין עָלָיו רַק עוֹמְדַת בְּאַגַּם בְּזָה שְׁפִיר יֵישׁ לְדוֹן דְּחֲזָקַת מ"ק יֵישׁ לוֹ דִּין מוֹחֶזֶק וְכִמוֹ שֶׁהוֹכַחְתִּי.

אַבְל בְּנִכְסֵי דְּבַר שְׁטִיָּא דְּמִיָּרֵי דְּהַלּוּקְס מוֹחֶזֶק וְתוֹפְס לְהַקְרָע ע"כ אִין כַּח וְזְכוּת לְבַר שְׁטִיָּא לְהוֹצִיא מִן הַלּוּקְס הַתּוֹפְס מִשׁוּם מַעְלַת חֲזָקַת מ"ק אִם נִימָא דְּהוּא מִשׁוּם מַעְלַת מוֹחֶזֶק. דְּהָא הַלּוּקְס ג"כ הָוֵי בְּשֵׁם מוֹחֶזֶק קִצְתָא אַף דְּלֵא הָוֵי מוֹחֶזֶק גְּמוּר וְכִמוֹ דְּמַצִּינוּ כְּעֵין זֶה ב"ב (דף ל"ב ע"ב) תוֹס' ד"ה וְהַלְכָתָא כְּנוּתִיָּה כו' דְּבַקְרָע הַתּוֹפְסוֹ נֶאֱמָן בְּמִיָּגוּ נֶגַד בְּעָלִים הֶרְאִשׁוּנִים מִשׁוּם דְּהָוֵי מוֹחֶזֶק קִצְתָא.

וְכִינּוּ דְּעֵיקָר הַטַּעַם מָה דְּמוֹקְמִינּוּ נִכְסִים בְּחֲזָקַת הַמּוֹחֶזֶק הֵיכָא שְׁנוּלֵד הַסְּפֵק עָלֵיהֶם הוּא מִשׁוּם דְּאִין לָנוּ כַּח לְהוֹצִיא מִהַמּוֹחֶזֶק בְּלֵא רֵאִי בְּרוּרָה. ע"כ הֵיכָא דְּהַלּוּקְס הַתּוֹפְסוֹ דְּהָוֵי ג"כ קִצְתָא בְּשֵׁם מוֹחֶזֶק אִין לָנוּ כַּח לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ בְּמָקוֹם לִידַת הַסְּפֵק ע"י מַעְלַת חֲזָקַת מ"ק אִם הוּא רַק מִשׁוּם מַעְלַת מוֹחֶזֶק.

דְּהָא אֶפְתִּי יֵישׁ לומר לְהִקְפֵּד דְּאִין לָנוּ כַּח לְהוֹצִיא מִן הַלּוּקְס הַתּוֹפְסוֹ דְּהָוֵי קִצְתָא מוֹחֶזֶק בְּלֵא רֵאִיָּה בְּרוּרָה פִּינּוּ דְּהָוֵי מְקוֹם לִידַת הַסְּפֵק בְּפִנְיָנוּ ע"י הִנְיָה תַרֵי וְתַרֵי. וְע"כ ס"ל לְהַש"ס דְּהָא דְּאָמְרוּ דְּמוֹקְמִינּוּ נִכְסֵי בְּחֲזָקַת בַּר שְׁטִיָּא הוּא רַק מִשׁוּם מַעְלַת חֲזָקַת מ"ק בְּשֵׁם חֲזָקָה הַמְּבַרְרַת וְע"ז שְׁפִיר אָנוּ מוֹצִיאִין מִן הַלּוּקְס דְּהָוֵי רַק מוֹחֶזֶק קִצְתָא.

וְדוֹקָא בְּמוֹחֲזוֹק גָּמוּר כְּמוֹ אִם הִיָּה תוֹפֵס בְּמַטְלֵטְלִי בְּזֵה מוֹקְמִינֵן הַמַּטְלֵטְלִי בְּרִשׁוֹת הַלּוֹקֶחַ מִשׁוּם דְּמַעְלַת מוֹחֲזוֹק גָּמוּר עַד־יָפֵא מִן חֲזַקַת מ"ק אַף דְּהוּי בְּשֵׁם חֲזַקַת הַמְּבַרְרַת וְעֵינֵין בְּתוֹס' פְּתוּבוֹת (דָּף ע"ו) ד"ה עַל בַּעַל הַחֲמוּר כו' אֲבָל בְּקַרְקַע דְּלֵא הוּי הַלּוֹקֶחַ בְּשֵׁם מוֹחֲזוֹק גָּמוּר ע"כ שְׁפִיר יֵשׁ לָנוּ פֶּחַ לְהוֹצִיא מִמֶּנּוּ ע"י חֲזַקַת מ"ק בְּתוֹרַת חֲזַקַת הַמְּבַרְרַת וְשְׁפִיר הוֹכִיחַ הַש"ס מְנַכְסֵי דְבַר שְׁטֵיָא כו' דְּבַתְרֵי וַתְרֵי מוֹקְמִינֵן עַל חֲזַקַת הַמְּבַרְרַת.

וּמַה דִּישׁ לָדוֹן בְּזֵה דַמ"ש מִן מִיגוֹ דְּלֵא מְהֵי בְּתֵרֵי וַתְרֵי כַמֶּש"כ הַתוֹס' פְּנ"ל אֵין פֶּאן מְקוּמוֹ לְהַאֲרִיךְ וְלַחֲלַק בֵּינֵיהֶם: וְכֵן מוֹכַח מִן מַה דְּמַצִּינוּ שֵׁיטַת הָרֵא"ש דְּהוֹבָא בְּנִתְיבוֹת בְּכָלִי תְּפִיסָה אוֹת כ"ב דְּמְהֵי תְּפִיסָה בְּקַרְקַע בְּמְקוֹם פְּלוּגְתָא דְּרַבְּנֹותָא וּבְתִיקוּן.

דְּאַף דְּקַרְקַע בְּחֲזַקַת בְּעָלִי עוֹמְדַת מ"מ פִּינֵן דְּהַלּוֹקֶחַ תוֹפֵס הַקַּרְקַע וְהוּי קָצַת מוֹחֲזוֹק וּבְצִירוֹף סְבָרְתוֹ דַּה"ל כְּמוֹ טַעֲנַת בְּרִי בְּטַעֲנַת קִים לִי ע"כ אֵין לָנוּ פֶּחַ לְהוֹצִיא מִהַלּוֹקֶחַ בְּמְקוֹם לִידַת הַסַּפֵּק ע"י מַעְלַת חֲזַקַת מ"ק בְּתוֹרַת מוֹחֲזוֹק.

וּמַה דִּישׁ לָדוֹן בְּזֵה בְּשֵׁם חֲזַקַת הַמְּבַרְרַת כְּמוֹ בְּנַכְסֵי דְבַר שְׁטֵיָא. ס"ל לַחֲלַק דְּשֵׁאֲנֵי סְפִיקָא דְּדִינָא דְּלֵא דִּינֵינֵין בִּי לַחֲזַקַת הָרֵאשׁוֹנָה דְּאֵין לָנוּ פֶּחַ לְבַרְרַת הַסַּפֵּק בְּהַדִּין ע"י הַחֲזַקַת כַּמֶּש"כ הַפּוֹסְקִים דְּאֵטוּ בְּשִׁבִיל הַחֲזַקַת יִשְׁתַּנָּה הַדִּין וְעֵינֵין מְזַה בְּקוּוֹנְטֵרַס הַסַּפִּיקוֹת שְׁל אַחֵי הַקְּצָה"ח בְּכָלִי ה' אוֹת וְא"ו וּבִתְשׁוּבַת רַע"א זצ"ל בְּפִסְקִים סִי' ל"ז.

וּבְאַמַּת מִן שֵׁיטַת הַתוֹס' בַּב"ב (דָּף ל"ב ע"ב) ד"ה וְהַלְכְתָא פְּנוּתֵי דְרַבָּה כו' דְּכַתְבוּ דְּדוֹחַק לַחֲלַק בֵּין סְפִיקָא דְּדִינָא לְסַפֵּק ע"י תְּרֵי וַתְרֵי בְּזֵה. הִנֵּה לַכַּמֶּש"כ דְּמִשׁוּם מַעְלַת מוֹחֲזוֹק דִּישׁ לְבַעַל חֲזַקַת מ"ק לֵא דִּינֵינֵין ע"י לְהוֹצִיא מִן הַתוֹפֵס לְהַקַּרְקַע כְּעַתָּה.

כְּדַמוּכַח מְהֵא דְּנַכְסֵי דְבַר שְׁטֵיָא דִּיבְמוֹת פְּנ"ל. בַּע"כ מוֹכַח לוֹמֵר דְּהַתוֹס' וְסִייעָתָם יִהְיֶה ס"ל דְּגַם בְּמְקוֹם סְפִיקָא דְּדִינָא שְׁיִיךְ לָדוֹן לְהַעֲמִידוֹ עַל חֲזַקְתוֹ הָרֵאשׁוֹנָה אַף הִיָּא דְּאֵין בּוֹ מַעְלַת מוֹחֲזוֹק וְכַמֶּש"כ רַע"א זצ"ל שֵׁם בְּכּוּוֹנַת הַתוֹס' דַּב"ב הַנֶּ"ל דַּס"ל שְׁלֵא כְּפִי הַכָּלִל שְׁל הָאֲחֵרוֹנִים דְּנַקְטוּ לוֹמֵר דְּבְּמְקוֹם סְפִיקָא דְּדִינָא לֵא דִּינֵינֵין לְהַחֲזַקַת אֵלָא גַם בְּסְפִיקָא דְּדִינָא מַעֲמִידִין עַל חֲזַקַת דְּעִיָּקֵר הַיְסוּד הִנֵּה הוּא פְּלוּגְתָא דְּרַבְּנֹותָא וְלֵאוּ כ"ע מוֹדוּ בְּזֵה.

וּלְכַמֶּש"כ מוֹכַרְח פֶּן בְּשֵׁיטַת הַתוֹס' דַּב"ב וְסִייעָתָם וַאֲכַמ"ל בְּפֶרֶט הִנֵּה: וְרֵאִיתִי בְּטוּרֵי אֲבֹן לְמַגִּילָה (דָּף ג' ע"ב) בְּאַבְנֵי מְלוּאִים ד"ה נִידוֹן כְּכַפֵּר שְׁהַקְּשָׁה דְּאַמַּי הַבֵּית חֲלוּט בְּבִתֵי עָרֵי חוּמָה בְּסוּף שְׁנָה דְּנִיחֹשׁ שְׁמָא קְדָמָה יִשְׁכַּתָּה לְחוּמָתָה וְאַף דְּרֹב עֵיירוֹת קְדָמוּ הַקְּיָפֹן לִישִׁיבְתָן מ"מ הָא אֵין הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרֹב כו' וַתִּירֵץ דְּהָא הִיָּא דְּלִיָּפֵא חֲזַקַת דְּמָמוֹנָא אֲזֵלִינֵן בְּתַר רֹבָא וְאַע"ג דְּקִי"ל קַרְקַע בְּחֲזַקַת בְּעָלִים עוֹמְדַת מ"מ הָא מְכִירָה גָּמוּרָה הִיא וְכַבֵּר יִצְאָת מְחֲזַקַת בְּעָלִים הָרֵאשׁוֹנִים ע"י הַמְּכִירָה לְפִיכָף לֵא חָשׁוּ לְמִיעוּט כו' עכ"ל.

וְהִנֵּה לְפִי דְּבַרֵי הַקְּצָה"ח דְּהוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרֹב בְּמְקוֹם חֲזַקַת מ"ק בְּנוֹדָאֵי אֲתֵי שְׁפִיר מַה דְּדִינֵינֵין בְּבִתֵי עָרֵי חוּמָה דְּהוֹחֲלֵט הַבֵּית לְהַלּוֹקֶחַ וְלֵא חָשׁוּ לְמִיעוּט מִשׁוּם דְּאֲזֵלִינֵן בְּתַר הָרֹב דְּקְדָמוּ הַקְּיָפֹן לִישִׁיבְתָן.

וּלְפִי דְּבַרֵי הַתַּה"ד וְכַפֵּי שְׁהוֹכַחְתִּי דִּישׁ דִּין מוֹחֲזוֹק לְבַעַל חֲזַקַת מ"ק וְכַמֶּש"כ בְּקוּוֹנְטֵרַס הַסַּפִּיקוֹת פְּנ"ל וְלֵא אֲזֵלִינֵן בְּתַר רֹב לְנַגְדוֹ שְׁפִיר הַקְּשָׁה הַגָּאוֹן הַנֶּ"ל. אַף י"ל גַּם בְּזֵה

פינון דהלווקת תופס ומחזיק להשרקע ע"כ אין יכולת ביד בעל חזקת בעלים הראשונים להוציא מן התופסו דהוי קצת ג"כ בשם מוחזק כמש"כ להוכיח מיבמות (דף ל"א) בהך דנכסי דבר שטיא כו'.

ומצד חזקה המבשרת הא רובא עדיף מן החזקה וע"כ א"ש. אף בלא"ה י"ל דשא"ה בבתי ערי חומה ע"פ דברי הרשב"א דהובא במל"מ פ' ט"ו מטוען ובקונטרס הספיקות של הקצה"ח ובנתיבות בכללי תפיסה אות כ"ב דאם הנה מכירת השרקע בנודאי ונולד ספק אם הנה תנאי בהמכירה או לא דבזה מעמידין השרקע ביד הלווקת פינון דהנה מכירה ונדאית רק הספק הוא בעיקר התנאי ע"ש.

וה"ה בבתי ערי חומה פינון דהנה מכירה ונדאית רק הספק הוא מצד אחר ע"כ אין זה שייכות כלל לענינינו. וזהו פנונת הטורי אבן במש"כ פינון דהנה מכירה גמורה וכבר יצאת מחזקת בעלים הראשונים ע"י המכירה לפיכך אזלינן בתר רובא.

ונתבאר דחזקת מ"ק עדיפא מן רובא. ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' נ"ט ס"ק ב' שכתבתי להוכיח מן הראשונים בב"מ (דף ק') שהקשו במשנה דהלווקת אומר גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול דלמאן דאית לי חזקת ממונא עדיפא ממעלת ברי דאמאי זכה בגדול והוכיחו מזה דין מחודש.

דמוכח דס"ל דחזקת מ"ק דומה לחזקת ממונא ע"ש. ובספרי נחל יצחק סי' ע"ב סעיף י"ח ענף ב' פתבתי ג"כ מזה: ענף ה' ואחרי כל ההצעות האלה נשובה לנ"ד בשניהם אדוקים בדינר דכתבתי לעיל דהנכון כפי שכתב הש"ך דלא אוקמינן הדינר בחזקת מ"ק משום דנקרא כ"א מוחזק על המחצה ודלא כהש"ש.

אכן לפי מה שנתבאר בשם התה"ד ונהרמ"א סי' רצ"ב דשנים שהפקידו אצל א' וה"ה שנים אדוקים בהספז אינו נקראים מוחזקים ממש רק לענין דלא דיינינן להאמין לאחד במיגו דהוי מיגו להוציא אבל בתר רובא אזלינן נגד מוחזקות כה"ג.

וגם הא נתבאר דחזקת מ"ק עדיפא ממעלת רובא. א"כ ממילא יש לדון בשנים אדוקים פינון דהמוחזקות שלהם הוי מוחזקות גרוע דאזלינן בתר רוב נגד המוחזקות פזה וכינון דחזקת מ"ק עדיפא מן רובא א"כ כש"כ דאזלינן בתר חזקת מ"ק במקום מוחזקות גרוע כה"ג.

ולכן נלע"ד לומר דהנכון כפי שכתב הש"ש לדינא דבשנים אדוקים אזלינן בתר חזקת מ"ק אף לא פטעמין: וע"פ דברי התה"ד הנ"ל יש להעיר במש"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק ל"ה להסתפק אם מהימן במיגו נגד הרוב דאפשר דמעלת מיגו עדיפא מן הרוב.

והא דהקשו התוס' בב"ב (דף צ"ב ע"ב) ד"ה ואמאי לימא כו' דיהא נאמן במיגו נגד הרוב כו'. י"ל דשא"ה דיש להנתבע מעלת מוחזקות בצירוף המיגו והם ביחד עדיפא מן מעלת הרוב לחודא.

וכן י"ל בהא דב"מ (דף ק"י) דחד מ"ד ס"ל שם דנאמן במיגו נגד מנהג י"ל דטעמו ג"כ כמו שכתבתי דמעלת מוחזק עם המיגו עדיפא מן המנהג. ועיין בש"ך בכללי מיגו ס"ק ב' ובאו"ת בכללי מיגו ס"ק צ' צ"א צ"ב מזה.

ועיניו בספרי נחל יצחק סי' ס"א סעיף ה' סוף ענף ג' ואכמ"ל מזה. אכן לפי מש"כ התה"ד דבשנים אוחזין בטלית הוי מוחזקות גרוע דרנפא עדיפא ממעלת מוחזקות שלהם.

ואלו לגבי מיגו הוי מוחזקות שלהם נחשב למוחזקות לענני דנימא דזה נקרא מיגו להוציא דלא אמרינו א"כ חזינו דמעלת רוב לחודה עדיפא ממעלת מיגו לחודה פן יש להוכיח לפי דברי התה"ד: ובעיקר דברי התה"ד שפתב דשנים אוחזין בטלית אף דכ"א מוחזק בהמחצה כמש"כ התוס' מ"מ הוי מוחזקות גרוע ואזלינו בכה"ג בטר הרוב משא"כ במוחזק גמור כו' יש להעיר עליו מן דברי התוס' דב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה לימא תיהוי תיובתא דר"נ כו' וא"ת והא מתניתין מוקי לה פסומכוס כו' וי"ל דלסומכוס דמזון המוטל בספק חולקין הוי פאילו תרנוניהו מוחזקים בו כו' עכ"ל התוס'.

הרי דהגמ' מדמה מה דשניהם מוחזקין למה דאחד מוחזק לבדו ומקשו מזה על ר"נ. ואלו לדברי התה"ד דמחלק דשאני מה דאחד מוחזק לבדו אז לא אזלינו בטר רנפא אבל במה ששניהם מוחזקים בדבר אחד גרע המוחזקות שלהם ואזלינו בטר הרוב.

א"כ כמו כן יש לחלק לענני מעלת ברי ושפא דנפא במונה לי בינדה והלה אומר איני יודע דהנתבע הוא מוחזק לבדו בזה אלימא מעלת המוחזקות שלו אבל במה דהוי שניהם מוחזקין גרוע זכות המוחזקות שלהם ומהני מעלת ברי כמו דמצינו דמהני בכה"ג מעלת רנפא ומדחזינו דהש"ס מדמה אותן להדדי ומקשו בפשיטות על ר"נ מוכח מזה דלא כהתה"ד דמחלק ביניהם: אף באמת אין זה קשה כלל די"ל דשאני דררא דמונא דהוי לסומכוס כמו דשניהם מוחזקין בו דעיקר הטעם הוא פיון דהוי ספק לב"ד בלא טענותיהם וזהו פירוש דררא דמונא כמש"כ התוס' בכ"ד.

דכינן דאתחזק לב"ד הספק שלהם אף מקודם שטענו א"כ הוחזק לכ"א מהם המחצה של הדבר שנולד הספק עליו והוי כמו דיש בנודאי לכ"א המחצה שלו לבדו וע"כ עדיפא זה מן שנים אוחזין בטלית דאלו המוחזקות דהטלית במה ששניהם אוחזין בו הוי פאלו כל משהו ומשהו מהטלית הוא ברשות שניהן וכ"א הוא מוחזק בכלו וע"כ לא חשיבא כל קד המוחזקות של כ"א לבדו.

אבל בדררא דמונא לסומכוס הוי פאלו כ"א מוחזק בהמחצה לבדו וע"כ יש להמחצה דכ"א הוא מוחזק לבדו כמו כל דין מוחזקות של הנתבע לבדו. וע"כ שפיר מדמה הש"ס הך מוחזקות דדררא דמונא אליבא דסומכוס להך דמונה לי בינדה והלה אומר א"י דס"ל לר"נ דפטור משום דחזקת ממונא עדיפא ממעלת ברי ושפא דה"ה בדררא דמונא דהוי כ"א מוחזק בהמחצה לבדו הדין הוא דיטול המחצה שהוחזק להב"ד בלא טענותיהם דהוא שלו דהא הוי כמו דהוא מוחזק לבדו על המחצה שלו וגם בכה"ג נימא חזקת ממונא עדיף ממעלת ברי ושפא: וראיה לזה מן ב"מ (דף ב' ע"ב) דאמרו לימא מתניתין דלא פסומכוס דאי פסומכוס האמר מזון המוטל בספק חולקין בל"ש כו' ומה התם דלא תפסי תרנוניהו חולקין בל"ש הךא דתרנוניהו תפסי לא כש"כ כו' כי אמר סומכוס היכא דאיפא דררא דמונא כו'.

הרי דמצינו דבשנים אוחזין בטלית חייב כ"א לישיבע שבועת המשנה ואלו בדררא דממונא לסומכוס חולקין בלא שבועה הרי דס"ל דעדיפא המוחזקות בדררא דממונא לסומכוס מן המוחזקות דשנים אוחזין בטלית.

ובסוגיא שם מעיקרא דאמרו השתא התם דלא תפסי תרנוייהו חולקין בל"ש הכא דתרנוייהו תפסי לא כש"כ. הנה סברת המקשה דיפה זכות של שנים אוחזין בטלית ביותר מן פח וזכות דררא דממונא.

אבל לבסוף מסיק הסוגיא דיפה פח דררא דממונא ביותר. והא דמסיק הש"ס התם ולא קו"ח ומה התם דאיפא דררא כו' ואיפא למימר פולה למר כו' כדרבי יוחנן כו'.

הא פירש המהר"ם לובלין שם בתוס' ד"ה ומה התם כו' דבאמת יפה זכות דררא דממונא יותר רק עיקר הקו"ח הוא פיון דאיפא למימר פולה למר כו'. וכן ראיתי בשמ"ק שם שכ"כ לשיטת התוס' דשם.

וא"ש דברי התה"ד: ענף ו וע"פ מה שנתבאר יש ליישב למה שיש להקשות בב"ב (דף ד' ע"ב) דא"ל רבא מפרזיקא כו' לא יעשו לא זה ולא זה ופירש התוס' שם (דף ב' ע"א) ד"ה לפיכך כו' דהוי של שניהם אף בלא חזית כו'.

וקשה הא י"ל דלכן בעינן חזית אם יטעון אחד פולו שלו והשני יודה על האמת דחציו שלו ומבואר בב"מ (דף ב') דזה אומר פולו שלו וז"א חציה שלו דזה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל חלק רביע דכלל הוא דמה שנולד הספק בו יחלקו א"כ ה"ה הכא אם לא הנה עושין חזית הנה נוטל זה שאומר פולו שלו שלשה חלקים והשני רביע ע"כ תקנו לעשות חזית כדי שלא תצא תקלה זו מת"י.

ומצאתי בקצה"ח סי' קנ"ז ס"ק ג' שהעיר בקצרה מזה. אבל לפמש"כ לעיל א"ש והוא דהתוס' בב"מ (דף ב' ע"א) ד"ה וזה נוטל רביע כו' הקשו דיהנה מהימן ליטול חציו במיגו דכולה שלו ותירצו דמיגו להוציא לא אמרינן דבחציו השני מוחזק זה כמו זה.

ויש מן הראשונים דתירצו דה"ל פועין מיגו בדדמי פיון דבמתני' ליפא רמאי. א"כ לשיטתם א"ש בפשיטות גבי נפל הפותל דאף אם יטעון חציו שלו יהנה מהימן במיגו דכולה שלו דהא התם לא שייך לומר דהוי מיגו בדדמי.

אף לשיטת התוס' דתירצו דה"ל מיגו להוציא שפיר יש להקשות פן: ומכבר אמרתי ליישב זה ע"פ דברי התוס' ב"ב (דף ב' ע"א) ד"ה לפיכך כו' שכתבו דאפילו נפל לרשות דחד מינייהו לא יפסיד האחר זכותו והא דב"מ (דף ק') דליחזי ברשות דמאן קיימא כו' היינו משום דמתחלה מבנרר הנה הדבר וברשות אחד מהן נולד הספק אבל הכא מעיקרא נולד הספק בו ולא אמרינן פל דאלים גבר משום דהכא איפא דררא דממונא עכ"ל התוספות.

וקוטב פנונתם הוא דכיון דהכא נולד הספק מעיקרא ע"כ הוי תפיסתו ע"י מה דנפל לרשות אחד כמו תפיסה לאחר שנולד הספק דס"ל להתוס' דהתם דאף דטוען ברי לא מהני והוי דררא דממונא.

והקצה"ח סי' קנ"ז ס"ק ג' הקשה דמאיזה סבבא כתבו דהכא הוי דררא דממונא כו'. וי"ל דסברתם הוא פנין דשכיח הוא דשניהם עושין את הפותל לפי דנהו טובת שניהם ע"כ ה"ל דררא דממונא דהחזק לנו אף מקודם טענותיהם דהפותל הוא של שניהם וע"כ ה"ל פציו דררא דממונא פן הוא קנטב דבריהם.

ובאמת השמ"ק שם הביא בשם תוס' הרא"ש דכתב שלא פדברי התוס' הלז דמהני תפיסה שם אף התוס' לא ס"ל פן. ולפי דבריהם שפיר יש לדון דאם הנה אחד טוען פל הפותל שלו הוא והשני הנה אומר חציו שלו דהנה נאמן ליטול מחצה במיגו דכולה שלו.

ולא שייך לומר ה"ל מיגו להוציא הן בנפל לרשות דחד מינייהו והן בעוד הפותל קיים. דבעוד שהפותל קיים אף שכתבו התוס' דה"ל דררא דממונא והיכא דליכא חזקה לזה יותר מלזה גם רבנן מודו לסומכוס וכ"כ התוספות בב"ב (דף ל"ה) ד"ה ומ"ש כו'.

ולסומכוס כתבו התוס' בב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה לימא תיגוי כו' דהיכא דה"ל דררא דממונא הוי פאלו שניהם מוחזקים בו. א"כ פנין דבמקום דליכא חזקה לזה יותר גם רבנן מודו לסומכוס.

ולכאורה הדין הוא דגם לרבנן הוי פאלו שניהם מוחזקים בו. מ"מ יש לומר דדוקא לסומכוס הוא דהוי פאלו שניהם מוחזקים בו אבל לרבנן אין דינו כמו דשניהם מוחזקים רק ה"א דס"ל דחולקין הוא משום דכיון דה"ל ספק ע"כ חולקין וכן מצאתי בקונטרס הספיקות של הקצה"ח בכלל ח' ס"ק ז' שכתב פן ע"ש.

ע"כ שפיר יש לומר דנאמן לומר חציו שלו במיגו דכולה שלו משום דלא שייך בזה לומר דה"ל מיגו להוציא כמש"כ התוס' דדוקא בשנים או חזין כתבו התוס' פן. אבל בדררא דממונא אליבא דרבנן אין דינם פמוחזקים וע"כ שפיר מהימן במיגו ליטול חציו.

ואלו בנפל הפותל לרשות דחד מינייהו ג"כ מהימן התובע לומר חציו שלו במיגו דכולה שלו ולא הוי מיגו להוציא פנין דס"ל להתוס' דלא מהני תפיסתו משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק בדררא דממונא דלא מהני מוחזקות שלו וע"כ לא נחשב המוחזקות שלו פלל ולא קרינן בכה"ג דה"ל מיגו להוציא.

ועיין בסי' קל"ג ש"ק י"ג וקצרתיו. א"כ לפ"ז שפיר פריף הגמ' לא יעשו חזית לא זה כו' דהא לעולם יהיה נאמן דחציו שלו במיגו דכולה שלו פן יש לומר לשיטת התוס': אף בעיקר דברי הקונטרס הספיקות שכתב דלרבנן דסומכוס לא דיינינן שיהיו כמו מוחזקים וכמו שכתבתי.

יש לדון בזה מן דברי התוס' דב"מ (דף קט"ז ע"ב) ד"ה לימא תיגוי תיובתא דר"נ כו' שכתבו ועוד דבפרק השואל פי' דכל ממון המוטל בספק חשיב פאלו שניהם מוחזקין בו עכ"ל. ואי נימא דדוקא אליבא דסומכוס כתבו פן התוס' בב"מ (דף צ"ז) אבל אליבא דרבנן אין דינם פשניהם מוחזקים בו.

א"כ תקשה דמאי פריף הגמ' בב"מ (שם דף קט"ז) לימא תיגוי תיובתא דר"נ מהמשנה דהתם. ה"ל דהך משנה דהתם לא אתי פסומכוס אלא פרבנן ועכ"ז חולקין פנין דליכא

חזקה לזה יותר מלזה כמש"כ התוס' בב"ב (דף ב' ע"א ודף ל"ה ע"א ק"ה ע"א) תוס' ד"ה אָבָל בָּא בְּתַחֲלַת חוֹדֶשׁ כו'.

ואף דבב"מ (דף ק') וב"ק (דף מ"ו) מוקי שם להמתניתין פסומכוס. עכ"ז הא מצינו בב"ק (דף ל"ה) דמוקמינו שם להמתניתין דלא פסומכוס א"כ ה"ה הכא י"ל דמתניתין דהבית והעלייה אתי כרבנן דסומכוס ואינו קשה מזה על ר"נ.

ומדהקשו על ר"נ מוכח דס"ל להתוס' דאף לרבנן דסומכוס הדין הוא דהיכא דאין לזה חזקה ביותר דהוי הספק שלהם פאילו שניהם מוחזקים בו. והתוס' שם מייירי לאוקימתא דלעיל מיניה דמשני דיימתבן בחצר דתרונויהו או ברה"ר כמבואר בתוס' שם.

א"כ מוכח מהתוס' דשם דס"ל דאף לרבנן הוי כמו דשניהם מוחזקים במה שנולד הספק ודלא כמש"כ הקונטרס הספיקות בזה. ולפ"ז נסתר תירוצי דלעיל דאכתי תקשה דמאי פריף לא יעשו לא זה כו' דהא י"ל דיהיה תועלת רב מעשיות החזיו לענין אם יטעון א' כולה שלו והשני יטעון חציו שלו דאינו נאמן במיגו דה"ל מיגו להוציא פיו דהוי כשניהם מוחזקים גם לרבנן דסומכוס.

ועוד תקשה אף לפי מש"כ לעיל וכפי סברת הקונטרס הספיקות. דכיון דלסומכוס ה"ל בונדאי כשניהם מוחזקים בו א"כ מאי מקשים לא יעשה לא זה כו' הא י"ל דמתניתין דריש ב"ב אתי פסומכוס וכמו דמצינו בב"ק (דף מ"ו) וב"מ (דף ק') דמוקי מתני' דהתם פסומכוס ולא היו צריכים לתרוצי לא צריכא דקדים חד מינייהו ועבד דידיה כו'.

ומוכח מזה דהף קושיא דלא יעשו לא זה כו' הוא אליבא דכ"ע וע"כ תקשה עדיין פנ"ל: והנלע"ד לתרץ זה ע"פ מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ג' בתפיסה בדררא דמונא דהיכא שיש לו חזקת מ"ק המסייעו דנאמן ע"י מיגו אף להוציא.

ע"כ י"ל דדוקא בשנים או חזין בטלית דעיקר לידת הספק שלהם הוא רק בעת טענתם דהא לא הוי דררא דמונא ע"כ אינו נאמן במיגו דכולה שלו דהוי מיגו להוציא דהא ליכא שום חזקה המסייעו.

אבל בכנותל שנפל פיו דהוי דררא דמונא כמש"כ התוס'. וידוע פ"י התוס' על דררא דמונא דזהו לידת הספק בלא טענותיהם.

וע"י לידת הספק הוחזק החפץ ברשות שניהם אף מקודם טענתו וע"כ נאמן במיגו אף להוציא וזהו עיקר יסוד דררא דמונא לסומכוס דחולקין אף במקום חזקת ממונא דכיון דע"י דררא דמונא שנולד לנו מתחלה אף בלא טענותיהם הוי כמו דהוחזק לנו הדבר הנדון בחזקת שניהם.

ולכן הכא דאף בעוד שהיה קיים הכנותל נולד הספק דררא דמונא כמש"כ התוס' ריש ב"ב ע"כ הוחזק לנו מעיקרא הכנותל ברשות שניהם. ואף רבנן דסומכוס מדו פיו דליכא לזה חזקה יותר מלזה ולכן נאמן לומר חציו שלו במיגו דכולה שלו אף דהוי להוציא פיו דהחזקה מסייעו ומתורץ שפיר הקושיא הנ"ל: כ"ז אמרתי מכבר.

אכן לפמש"כ לעיל לחלק דשאני הא שכתבו התוס' דמזון המוטל בספק הוי כשניהם מוחזקים בו דהוי כמו דכ"א מוחזק בהמחצה שלו לבדו משא"כ בשנים אוחזין דבכל חתיכה וחתיכה תשיב פאלו שניהם מוחזקים בכל משהו ומשהו.

ולכן עדיפא זכות כ"א מהם בדררא דממונא ביותר מן זכותן בשנים אוחזין. משום דהוחזק המחצה ברשות כאו"א אף מקודם דטוענים לפנינו.

ע"כ נאמן לומר חציו שלו במיגו דכולה שלו גבי נפל הפותל משום דאין זה מיגו להוציא רק הוי מיגו להחזיק המחצה שלו ברשותו. משא"כ בשנים אוחזין דכ"א הוי מוחזק בכל משהו ומשהו ע"כ כתבו דה"ל מיגו להוציא.

כן הוא ברור ונפיר פריף הגמ' לא יעשו חזית לא זה כו'. ועוד י"ל בקצרה דדוקא בשנים אוחזין דעיקר הספק בא ע"י טענותיהם ולכן כשזה טוען פולה שלי וזה טוען חציו שלו אז אמרו דמה דנולד בו הספק חולקין וזה נוטל רביע וזה נוטל ג' חלקים.

אבל בכותל שנפל דה"ל דררא דממונא והוחזק לנו מחצה ברשות כאו"א מקודם טענתם ואף שנפל לרשות חד מינייהו לא מהני מוחזקות שלו משום דכיון דנולד הספק דררא דממונא בעוד שהיה הפותל קיים ה"ל כמו שכ"א הוא מוחזק במחצה.

ע"כ אף זולת מיגו דכולו שלו י"ל דנוטל מי שטוען חציו שלו ע"פ דין להמחצה פיון דהוחזק ברשותו המחצה אף מקודם טענתו. ואחר כותבי כ"ז מצאתי בשמ"ק לב"ב (דף ד' ע"א) ד"ה פשיטא כו' שהקשה דנדאי איצטריף דאי לאו הכי אם זה טוען פולו שלו וז"א חציו שלו הדין שזה יטול ג' חלקים וזה רביע כו' וניחא דהתם כו' אבל פאן שהמקום כו' נהרי האבנים פאלו מוחזקים ותפוסים פולם ביז שניהם בשונה זה כזה כו' כדאמרינן בפ"ק דב"מ דמאי דתפיס האי דידן' כו' ואילו היו שנים אדוקין בטלית זה במחציתו וזה במחציתו אע"פ שז"א פולו שלו וז"א חצי שלו אין מוציאין את הרביע מת"י של זה ונותנים לחבירו וה"נ דכונתן' עכ"ל.

ויש להאריך בדבריו. ויש לכונן דבריו קצת בכעין מש"כ ב"ה: וע"פ מש"כ א"ש מה דמצינו אלבא דסומכוס דס"ל חולקין אף במקום חזקת מ"ק משום דה"ל כשניהם מוחזקים וכמש"כ התוס'.

דאין סתירה מזה על מש"כ לעיל דחזקת מ"ק עדיפא מהמוחזקות היכא דשניהם תופסים דבר א' משום דשאני דררא דממונא דכ"א מוחזק בהמחצה שלו לבדו ע"י מה דהוחזק לנו כל מחצה לכ"א לבדו ע"כ ה"ל כמו כל זכות מוחזק לבדו דאין מוציאין ממנו ע"י חזקת מ"ק.

משא"כ שנים אדוקים דנגרע זכות מוחזקות של כ"א לפי דכ"א לבדו אינו תופסו בידו ורשותו דהא כל חתיכה וחתיכה הוא ברשות שניהם ע"כ מהני בזה חזקת מ"ק להוציא מן זכות המוחזקות כמו שנתבאר בארנפה: ולעיל הבאתי סוגיא דב"מ (דף ב' ע"ב) דאמרו לימא מתניתין דלא פסומכוס כו' אפילו תימא סומכוס כו' ולא קו"ח הוא כו' ופירש המהר"ם לובלין דכוננת הגמ' הוא דאע"ג דאיכא דררא דממונא ויפה פחו ביותר מפל מקום פיון דאיכא למימר פולה למר כו' הסברא ביותר לחייב שבועה שם מן שנים אוחזין דאיכא למימר דתרנוייהו הוא כו' וכ"כ השמ"ק.

ומשני הש"ס אפילו תימא סומכוס שבועה זו מדרבנן כדר' יוחנן כו'. ופי' השמ"ק דהחילוק הוא דבמילתא דשכיחא תקנו שישבע ובהיא דסומכוס לא שכיח שיינולד ספק בענין זה.

ובחידושי רע"א זצ"ל לב"מ שם פירש דכוננת הגמ' דדוקא פשהספק הוא רק מטענתם שיהיה לחוש שילהי כל אחד ויתקוף בטלית של חברו כו' ע"ש. ולפי מה שפכתתי דדררא דממונא הוי כמו דכ"א מוחזק בהמחצה לבדו פנ"ל.

א"כ יהיה מזה סייעתא לשיטת הסוברים דאף על מה שתופס בידו צריף לישבע וכמש"כ התוס' לקמן (דף ז') והש"ך סי' קל"ח ס"ק ה' דאלו להסוברים דעל מה שתופס בידו א"צ לישבע א"כ ה"מ הגמ' לתרוצי דלכן לסומכוס א"צ שבועה משום דבדררא דממונא הוי כ"א כמו שתופס בידו וא"צ שבועה.

ומדלא אמרו פן אלא תירצו באופן אחר מוכח דס"ל דצ"ש אף על מה שתופס בידו. ודוחק לומר דזהו פנונת הגמ' במה דמשני כדר' יוחנן כו' דהעיקר חסר מן הספר.

ואפשר דס"ל דשאני היכא שתופס בידו ממש. אבל עכ"ז אפתי ה"מ הגמ' לחלק פן וקצרת: ענף ז ועוד נלע"ד לדון קצת בסיוגו אחר בהי' דינא דשנים אדוקין אם מוקמינן על חזקת מ"ק או לא כמש"כ הש"ך.

ונקדים לדברי הרמב"ן לחידושיו בב"ב (דף ל"ד) ד"ה זה אומר של אבותי כו' דהאריף לבאר דהיכא דתפסי תרנוייהו או ביד שליח חולקין ואי לא תפסי תרנוייהו כו' וליכא דררא דממונא כל דאלים גבר ואי איכא דררא דממונא וליכא חזקת מ"ק חולקין בלא שבועה כו' וס"י בזה"ל ובכל הנה דיני בין בדינא דיחלוקו בשבועה או בלא שבועה בין בכל דאלים גבר א"נ ביהא מונח הני מילי בכרי וכרי אבל בכרי ושמא בכולהו כרי עדיף דהא ליכא לחד מינייהו חזקה דממונא אבל היכא דאיכא חזקה דממונא בין דאיתא השתא ברשותו בין דמוקי ליה אחזקת מ"ק כגון המחליף פרה בתמור לרבנן אפילו בכרי ושמא חזקה דממונא עדיפא וכרבנן דאמרי זה כלל גדול הממע"ה אפילו נזק אומר כרי ומזיק אומר שמא פמבואר בב"ב (דף מ"ו) עכ"ל הרמב"ן.

וכ"כ הריטב"א בחי' לב"מ (דף ב' ע"ב) סוף ד"ה אפילו תימא סומכוס כי קאמר סומכוס כו' כמש"כ הרמב"ן הנ"ל ע"ש: והעתקנו דבריהם שיש ללמוד מזה פמה הלכות רבנותא והוא פי ס"ל דבדררא דממונא דחולקין שלא בשבועה וכיו"ב בו אם א' אומר כרי והשני אומר שמא וליכא חזקת מ"ק דאמרינן כרי ושמא כרי עדיף.

ומוכח מזה לחלק דס"ל דדוקא לסומכוס אמרינן דבדררא דממונא הוי שניהם מוחזקים ולא דיינינן ביה לומר כרי ושמא כרי עדיף וכמש"כ התוס' בב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה לימא תיהוי תיובתא כו' דלסומכוס הוי פאילו תרנוייהו מוחזקין בו כו' וזהו מוכרח ממה שיקשו שם ע"ש.

אבל לדידן דקיי"ל כרבנן דסומכוס ע"כ אף בדררא דממונא וליכא חזקת מ"ק לא דיינינן להו כמוחזקים ולכן אמרינן כרי ושמא כרי עדיף וזהו כמש"כ בקונטרס הספיקות כלל ח' אות ז. והנה לעיל הבאתי בשם התוס' ב"מ (דף קט"ז ע"ב) ד"ה לימא תיהוי תיובתא דר"נ דכתבו בתירוץ השני דכל ממון המוטל בספק הוי פאלו שניהם מוחזקים בו ומשמע

דאף לרבנן דסומכוס פתבו פון דכיון דהוי דררא דממונא וליפא חזקת מ"ק הוי שניהם מוחזקים מחמת שהחזק לנו ע"י ב"ד בלא טענותיהם דזהו של שניהם וע"כ אינו נאמן הטוען פרי ליתול פולו.

ונהו שלא פדברי הרמב"ן והריטב"א דכתבו דאף בדררא דממונא אמרינן פרי ושמא פרי עדיף. ולשיטת הרמב"ן והריטב"א י"ל דס"ל בהא דב"מ (דף קט"ז) ה"ל פתרוין הראשון של התוס' שם וע"כ אין הכרח לומר דאף לרבנן דסומכוס הוי פאילו שניהם מוחזקים בו: עוד למדנו מדברייהם דבשנים אוחזין בטלית אם א' טוען פרי והשני אומר שמא דבזה אמרינן פרי ושמא פרי עדיף לכ"ע.

וכן כתב הפני יהושע לב"מ (דף ב' ע"א) במשנה ד"ה זה ישבע כו' וסיים דנהי דבעלמא מהני תפיסה מספק היינו שמחזק לבדו משא"כ הכא דהשני ג"כ מוחזק וטוען ג"כ פרי תו לא מהני תפיסת השני מספק עכ"ל הפני יהושע.

ואף שפתבו התוס' שם דאינו נאמן לומר חציו שלו במיגו דכולה שלו דהוי ליה מיגו להוציא דבחציו השני מוחזק זה כמו זה וכן כתב הרמב"ן פריש ב"מ והובא בשמ"ק שם וכ"כ הריטב"א סברא זו שם ע"ש.

עכ"ז י"ל כמש"כ התה"ד בסי' שי"ד והובא לקמן סי' רצ"ב סעי' י' דהך מוחזקות דשנים אוחזין בטלית לא הוי מוחזקות אילימא כ"כ רק לענין להדחות ולא לדון מיגו דבסברא דעלמא מדחינן מיגו אבל לענין רוב דאף דאין הולכין בממון אחר הרוב מ"מ זהו רק במוחזק גמור אבל במוחזקות דשנים אוחזין דמוקי ליה בתפיסי בכרפשתא אין זהו מוחזקות גמורה כ"כ וע"כ אזלינן בטר רובא פון הוא קוטב דברי התה"ד.

וע"כ י"ל דכן הוא סברת הרמב"ן והריטב"א דכתבו דבשנים אוחזין אמרינן פרי ושמא פרי עדיף משום דאין זהו מוחזקות גמורה. ומדבריהם יהיה סייעתא לדברי התה"ד דכיון דכתבו פון פרי ושמא א"כ כש"כ ברובא דהא רוב עדיף ממעלת פרי וכמש"כ הפני יהושע בכתובות (דף ט"ז) תוס' ד"ה פיון דרוב נשים כו'.

[והדברים ארוכין ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז וקצרת]. וזה אינו על מה שתופס בידו דבמה שתופס בידו בנודאי הוי פמוחזק גמור ולא דיינינן בזה פרי ושמא פרי עדיף.

רק פיונדתפיסי בכרפשתא רק דהטלית הוא פיד שניהם ע"י מה שהגובה מפחם ולא בתורת יד ונצר בזה אמרינן דלא דיינינן בכה"ג חזקת ממונא עדיף. ואזלינן בזה בטר רובא או בטר מעלת פרי.

ונתבאר פי דברי התה"ד יש להם מקור מן דברי הרמב"ן והריטב"א: עוד למדנו מדבריהם דחזקת מרא קמא עדיף ממעלת פרי ושמא וגם חזקת מ"ק שם חזקת ממונא עליו כמש"כ שם בין דמוקמינן לי' אחזקת מ"ק כו' חזקה דממונא עדיף כו' וכדאייתא בב"ק פ' שור שנגח.

ולפי מש"כ התוס' בב"ק (דף מ"ו ע"א) ד"ה שור שנגח כו' דהמשנה מיירי בעומדת באגם וכ"כ הרשב"א בחי' שם ותירץ קושיות התוס' דשם ע"ש. וכיון דמיירי בעומדת באגם וע"ז מסקי אכל חכמים אומרים אפילו נזק אומר ברי ומזיק אומר ושם הממע"ה.

לפ"ז שפיר הוכיח הרמב"ן והריטב"א דאף במקום חזקת מ"ק לבד אמרינו דחזקת מ"ק עדיפא ממעלת ברי ושמא. וכן פסק הטור בסי' רכ"ג ובסי' שצ"ט דחזקת מ"ק עדיפא ממעלת ברי ושמא.

וכן מבואר בש"ע סי' שצ"ט סעי' ג' בשור שנגח הפרה ונמצא ענברה מת ואין ידוע אם מחמת נגיחה הפילה או הפילה קודם הממע"ה אפילו נזק טוען ברי והמזיק טוען שמא ואפילו שאין המזיק מוחזק פגון שעומדת באגם פטור עכ"ל.

הרי דסתם המחבר בלא שום חולק דחזקת מ"ק עדיפא ממעלת ברי וכן פתב הרמ"א בסי' רכ"ג סעי' ב' בשם הטור. והא שכתב שם בשם י"א אין זה הכרח לומר דדיעה ראשונה חולק ע"ז פידוע דרף הש"ע דכותבין לשון י"א אף במה דכ"ע ס"ל פו.

והמחבר דנקט שם זה אומר אינו יודע כו' ג"כ י"ל דמודה לזה פדמוכח ממה שכתב המחבר להדיא פו בסי' שצ"ט פנ"ל בלא שום חולק. וגם י"ל דשא"ה דחזקת מענברה והשתא הוא דילדה מסייע לטענת הלוקח וכמש"כ התוס' בב"מ (דף ק' ע"א) ד"ה הא מני כו' סברא זו וכ"כ התוס' סברא זו בב"ק (דף מ"ו ע"ב) ד"ה מידע ידעי כו' ע"ש.

ואף דחזקת מ"ק חשיבא טפי מ"מ ע"י צירוף למעלת ברי דטוען התובע יש לנו לסמוך להוציא מהמוחזק פעיו הא דכתובות (דף י"ב ע"ב) אי נמי עד פאן לא קאמר ר"ג התם דאמרינו אוקמה אחזקה והפירוש הוא דע"י צירוף להברי סמכינו להוציא ממון מהמוחזק.

וי"ל דס"ל להך שיטה דאף ע"י חזקה העשויה להשתנות כמו חזקת מענברה דג"כ מצרפינו זה לטענת ברי להוציא ממון מהמוחזק דטוען שמא והדברים ארנפין ואכמ"ל. ובקצרה הוא פיון דמצינו בפירוש בסי' שצ"ט בטוש"ע דכתבו להדיא דחזקת מ"ק עדיפא ממעלת ברי ע"כ נקטינו פו.

וכ"כ הש"ך פאן לעיל בס"ק ל"ג ד"ה ולפ"ז נראה דאפילו התנוני טוען שמא כו' כדקיי"ל גבי מחליף פרה בחמור אף דהלוקח טוען ברי והמוכר שמא מוקמינו בחזקת מ"ק. ומה דסיים הש"ך שם ומ"מ צ"ע פיון דהרמב"ם ס"ל בז"א א"י חלקו.

דברי הש"ך אינו מוכרח דשא"ה בהמחליף פרה דפסק הרמב"ם חלקו משום דה"ל דררא דמונא וקצרת: ובב"מ (דף ק') במשנה הלוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול והקשו הר"נ והנ"י והשמ"ק שם דתקשה מזה לר"נ דס"ל דחזקת ממונא עדיף מן ברי ושמא והוכיחו מזה דאף על גלגול שבועה אמרינו מחשוואיל"מ ומיירי מתניתין ביש עסק שבועה ביניהם והובא שיטה זו בח"מ סי' ע"ה סעי' ט"ו.

אף לכאורה י"ל לפי שיטת י"א שהובא שם דס"ל דלא אמרינו בשבועה ע"י גלגול מחשוואיל"מ דמוכרחים לתירץ לקושיות הראשונים הנ"ל מן המשנה דזכה בגדול על ר"נ דס"ל חזקת ממונא עדיף דשאני התם דמיירי דעומד באגם והא דלא מוקמינו בחזקת

מ"ק בע"כ הטעם הוא כמש"כ השמ"ק שם בשם הראב"ד דטענת ברי ושפא עדיפא מן חזקת מ"ק.

אכן לפי מה שפכתתי דשיטת הש"ע והטור דלדינא קיי"ל דחזקת מ"ק עדיפא מן טענת ברי. בע"כ מוכח דשיטת יש אומרים דהובא בסי' ע"ה דס"ל דלא אמרינן בגלגול מחושואיל"מ.

דיסברו לתרץ להא דתקשה מהמשנה דנכה בגדול על ר"נ דחזקת ממונא עדיף. דיתרצו כמו שפכת השמ"ק בב"מ שם בשם פמה ראשונים דכתבו לתרץ אליבא דר"נ דמוקי מתניתין בדמי עבד או בכסות עבד וה"ל מחושואיל"מ וכאוקימתא דרב ושמואל ולית לי פירכא דר' אושעיא ע"ש.

ולפ"ז אין הכרח לומר דהך שיטה יתיה ס"ל דטענת ברי עדיף מן חזקת מ"ק. וגם הא פתב הש"ך בסי' ע"ה ס"ק נ"א דהעיקר לדינא דארף בגלגול שבוועה אמרינן מחושואיל"מ.

ועיקר הוכחתם הוא מן הא דתנו במשנה דנכה בגדול. ומוכח דס"ל לדינא דחזקת מ"ק עדיף מן מעלת ברי: ענף ח ואחר שנתבאר דבשנים או חזין בטלית אמרינן ברי ושפא ברי עדיף משום דאין דינו כמחזיקים גמורים כמש"כ הרמב"ן והריטב"א והפני יהושע.

וכן נתבאר דלדינא נקטינן דחזקת מרא קמא עדיפא מן מעלת ברי. א"כ פיון דאמרינן דמעלת ברי עדיפא מן זכות מוחזקות שלו ע"י מה דשנים או חזין פיון דאינו תופסו לבדו.

ע"כ יש לדון דכש"כ דחזקת מ"ק עדיפא ממעלת זכות המוחזקות שלו ע"י מה דשנים או חזין. פיון דחזקת מ"ק עדיפא ממעלת ברי ומעלת ברי עדיפא מן המוחזקות דכה"ג.

אם כן קו"ח דחזקת מ"ק עדיפא מן המוחזקות דכה"ג פיון דהוי מוחזקות גרוע. וה"ה וכש"כ אם מונח ביד שלישי משניהם ונולד איזה ספק דארף דהנפקד תופס בחזקת שניהם כמש"כ התוס' ריש ב"מ מ"מ אזלינן בטר חזקת מ"ק פיון דהוי מוחזקות גרוע פכל הג"ל.

וכן ראיתי במל"מ פ' ט"ו הל' טוען הל' ט' שפכת דבמטלטלין אם הם מונחים ת"י שלישי מוקמינן לי בחזקת מ"ק והביא שם דברי הרא"ש בב"מ פ"ג סי' ב' גבי איבעיא דהתם דמוקמינן להפריה בחזקת מ"ק ע"ש.

ארף יש לחלק דשא"ה דאחד מהם הפקידו אצלו וגם הא הבעל חזקת מ"ק הפקידו אצלו ומסרו בתורת השלשה כמש"כ המל"מ שם בנידון דילי'. וכן נידון הרא"ש הא לא הוי נפקד מן שני הבע"ד.

וכיוצא בזה פתב הנתיבות בסי' ס"ה ס"ק ו' בשם השמ"ק שפחלק דדוקא כשהוא נפקד משניהם אמרינן דהוי בחזקת שניהם משא"כ אם יש להסתפק שפא אחד בלבד הפקידו ע"ש. א"כ ה"ה בנידון הרא"ש דנולד ספק לנו על הפכל שביד הגנב למי הוא שנייה א"כ הוי זה כמו דנולד הספק מי מהם הפקיד אצלו משום דאם הפריה שנייה להבעלים אז הוי הגנב כמו נפקד מהבעלים ואם שנייה להשומר הוי כמו שהוא נפקד מן השומר דהוא תופסו עבור מי ששנייה לו ע"פ דין וע"כ מוקמינן בחזקת מ"ק.

אבל כשהוא נפקד מן שניהם שפיר יש לדון עדיין דדינא כמחזיקים וכמו שנים אדוקים דס"ל להש"ך דאזלינן בטר המוחזקות. אכן פבר נתבאר בראיות נכונות דבכל אלו

הפרטים אוליגו בטר חזקת מ"ק: וכל זה אם תפיסי בכרפשתא אבל אם תופס אינה חלק של הטלית בידו פינו דאמרינו דזה נוטל עד מקום שיידו מגעת וכמאן דפסק דמי כמבואר בב"מ (דף ז') ע"כ בנודאי דינו כמו מוחזק גמור ולא אוליגו בזה בטר חזקת מ"ק וכ"כ השב שמעתתא שמעתא ד' פ' י"ד בסופו לפמש"כ הש"ש שם מקודם הטעם דלכו אוליגו בשנים אדוקים בטר חזקת מ"ק משום דכיון דלא הוי קנין ע"כ לא הוי מוחזק וע"ז כתב דמה שתופס בידו דה"ל כמאן דפסק דנוטל למה שתופס בידו.

וה"ה יש לומר פן לפי מה שכתבתי הטעם דלכו אוליגו בכה"ג בטר חזקת מ"ק משום דהוי מוחזקות גרוע. א"כ ז"א שייך רק במה שאנו דנין על מה שאינו תפוס בידם.

אבל במה שתופסים בידם הוי כמחזק גמור ופשוט: ולכאורה יש לדון דכ"ז הוא באם שניהם אוחזין בטלית ואנו דנין על מה שאינו תופס כ"א בידו רק על מה שיוצא חוץ למה שתופסים בידיהם דאף דהוי כמחזקים מ"מ פינו דעל מה שאנו דנין אינם תופסין ברשותן רק דהוא מוגבה מפתחם ע"כ בזה אמרינו דלא הוי כמחזקים גמורים.

וע"כ אוליגו בזה בטר רובא ובטר מעלת רובא ובטר מעלת חזקת מ"ק. אבל אם מונח בחצר שניהן פינו דהם תופסים את כל החפץ ברשות חצירם ע"כ אפשר דדינם כמחזקים גמורים ולא אוליגו בכה"ג בטר רוב ולא בטר חזקת מ"ק ולא בטר מעלת ברי.

ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ח' ד"ה והקצה"ח בסי' קצ"ח כו' במה שכתבתי לחלק בין קנין הגבהה דהגבהה מפחו ובין היכא דתופס פולו בידו ובחצירו ע"ש. ובקונטרס הספיקות פלל א' אות ד כתב לחלק דבשנים אדוקין לא אוליגו בטר חזקת מ"ק אכן במונח בחצר שניהם אוליגו בטר חזקת מ"ק אכן לפמש"כ יש לומר להיפך.

ועכ"ז נראה לי דגם במונח בחצר שניהם אוליגו בטר חזקת מ"ק דאף שמונח פולו ברשות שניהם עכ"ז הא לא שייך בכה"ג לומר דהוי כמאן דפסק פינו דכל חתיכה וחתיכה הוא שייך לכאו"א.

ועוד דהא במונח ברשות הנפקד מן שניהם אמרו דאף דתופס בחזקת שניהם מ"מ אוליגו בטר רובא כמש"כ התה"ד. והא מה שמונח בחצר הנפקד הוי כמו שמונח ברשות המפקיד כמש"כ הרשב"ם בב"ב (דף פ"ה) דרשות הנפקד הוי כמו רשות המפקיד והובא בט"ז סי' קפ"ט: וכן כתב הרא"ש בפסחים פ"א סי' ד' כה"ג ע"ש.

ע"כ ברור דכמו דבשנים אוחזין נתבאר דלא הוי מוחזקות גמורה לכל הנ"ל. דה"ה אם מונח בחצר שניהם ג"כ לא הוי מוחזקות גמורה כ"ז שאינו מונח פולו ברשות חד מינייהו או מקצתו בתפיסת ידו של א' מהם לגמרי דהוי כמאן דפסק דמי כנ"ל.

ומטעם זה א"ש מה דמדמו בב"מ (דף ג') הך דשנים אוחזין להמנה דברשות הנפקד וכמש"כ לעיל: ובספרי נחל יצחק בקונטרסי בתפיסה על ידי שליח סי' ב' ענף א' הקשיתי בהא דאה"ע סי' נ"ג בנדוניות חתנים במונח ת"י שליח דאמאי לא אוליגו בטר חזקת מ"ק דהא גם במעות שייך חזקת מ"ק כדמוכח בתוס' פתובות (דף ע"ו) ד"ה על בעל החמור וכמש"כ הקצה"ח בסי' צ"א להשיג על הש"ף שם.

וכתבתי לתרץ דמה דמנח ביד שלישי הוי כמו דמנח בתוקת שניהם וכיון דשניהם מונחין על פו לא מהני תוקת מ"ק עיין למש"כ שם. אכן לפי מה שהעליתי הקא דאם מנח ברשות השלישי אולינו בתר תוקת מ"ק.

א"כ אפתי תקשה בנדוניות חתנים דניזול בתר תוקת מ"ק וינתן להאב. וע"כ העיקר כמש"כ שם בענף הלז בד"ה ומה דהקשיתי דלמה לא מוקמינו הקא כו' והעליתי שם לתרץ על נכון ע"ש.

ולכן אין ראיה מהתם לסתור לכל מה שכתבתי. וכן מורה פשט דברי המל"מ פ' ט"ו ה' טוען ה"ט ממה שסתם מתחלה שם וכתב בקצרה דבמטלטלי אם מונחים ביד שלישי מוקמינו בתוקת מ"ק.

ומשמע דאף היכא דהוי שלישי משניהם הדין פו. רק לבסוף כתב שם לפיכך מי שהקנה לתבירו חפץ על תנאי שיעשה פו והניחו החפץ ביד השלישי כו'.

וגם ממש"כ שם לשון והניחו משמע דה"ל שלישי משניהם ואפ"ה ס"ל דינתן לבעל תוקת מ"ק. וזהו כעין מש"כ פעת: ענף ט ועתה הנני לבאר דברי הש"ך במש"כ דצ"ע אם יש לדון בהדינר לומר אוקי אחזקת מ"ק פיון דמעוה להוצאה ניתנה ולא שייך לומר מ"ק עכ"ל.

והקצה"ח השיג ע"ז כמש"כ בספרו ש"ש שמעתא ד' סוף פ' ט"ו דהתוס' פתובות (דף ע"ו) ד"ה על בעה"ח כו' פתבו בזה"ל והא שמואל גופיה אית ליה המוכר שור ונמצא נגחן דאין המעות חוזרין ולא מוקמינו בתוקת מ"ק ע"ש הרי מבואר דגם במעות אמרינו אוקי בתוקת מ"ק עכ"ל: ולענ"ד נראה דיש לחלק דשא"ה במוכר שור ונמצא נגחן דאי נימא דהוי מקח טעות מחמת דרובא לרדא זבגי א"כ ממילא שייך מעוה המכירה בתורה להלוקח בעל מ"ק פיון דלא נתפס שום קנין פלל בהנמכר וכמו פל מקח טעות דחוזרים לבעליהו.

אבל בנתן הבעה"ב דינר להחנוני א"כ אף מקודם דמשך הפירות נקנו הפירות מה"ת להבעה"ב דד"ת מעוה קונות ומבואר בב"מ (דף מ"ג ע"א) תוס' ד"ה מאי איריא הוציא כו' דלריו"ח דאית ליה ד"ת מעוה קונות יכול המוכר להשתמש בהמעות אף מקודם משיכה.

אף לר"ל דמעוה אינן קונות אסור להשתמש בהמעות ולא הוי שואל עליוהו ולכך נתנה לספר לא מעל עד שימשוך כו'. א"כ לדידן דקיי"ל כריו"ח דד"ת מעוה קונות יכול המוכר לאשתמושי בהו מיד דנתן לו הלוקח והוי שואל עליוהו.

וע"כ לא שייך לדון על המעות לאוקמינהו בתוקת מ"ק פיון דניתנו להוצאה כמש"כ הש"ך. ואף דבמכר פירות ומחולקים אם נתן הדינר או לא שכתב הש"ך לדון ביה תוקת מ"ק על הפירות והקצה"ח השיג ע"ז דכיון שמודה שמכרו ואינו תובע רק הדמים לא שייך לדון בזה תוקת מ"ק.

והנתיבות בס"ק ט' פתב לתרץ דברי הש"ך משום דכיון דאינו משלם מחירו הוי דבר הנמכר גזל בידו והאריך בזה. ובמק"א הארכתי בעיקר דבריו ואכ"מ.

וניש לומר דאינו שייך לדון פן רק בהחפץ הנמכר דאם אינו משלם לו הוי גזל בידו למפרע דלא מכר לו רק באופן שישלם מחירן. אבל בהמעות שנתן הלוקח להמוכר י"ל דאף אם אינו רוצה המוכר ליתן החפץ הנמכר להלוקח וחוזר בו.

מ"מ י"ל פיון דבעת שנתן המעות להמוכר היה אז קנין מעות חשוב לקנין מה"ת ומה"ט רשאי המוכר להשתמש בהו מיד כמש"כ התוס'. ע"כ אף דאם חוזר בו המוכר ואינו מוסר לו החפץ הנמכר מ"מ יש לדון דלא הוי גזל בידו המעות אלא דיינינו על המעות דדינו פמלנה דניתן להוצאה משום דשאני מעות מן חפץ בעינינו: וראיה לזה מן הרא"ש קידושין פ"ב סי' ל"א דהמקדש בערלה כו' אינה מקודשת מכרן וקידוש בדמיהן מקודשת כו' וא"ת והא הני זוזי לאו דידן? כו' נאי לאו הירושלמי לא קשיא מידי דהני זוזי לאו גזל בידו כו' אבל הני זוזי להוצאה נתנו לו עכ"ל הרא"ש.

וכ"כ הר"נ שם דאפשר לומר דהנה זוזי נתן לו להוציאן וה"ל הלואה בידו כו' וכ"כ הרמב"ם שם להסתפק בזה. וכן מבואר באה"ע סי' כ"ח סעי' כ"ב עבר ומכר איסורי הנאה וקידוש בדמיהן כו' ולא ידע הלוקח שהם איסורי הנאה ה"ה ספק מקודשת.

והב"ש ס"ק נ"ט פתב דאפילו לא ידע י"ל דהוי פהלואה בידו כו' וכתב בב"ה דדברי טעם הם עכ"ל הר"ש. וכיוצא בזה מציינו בב"ב (דף צ"ב ע"ב) תוס' ד"ה אי דליכא לאישתלומי כו' שכתבו דהיכא דה"ל מקח טעות אם איתנהו להנהו זוזי צריף להחזירם ולא דמי להלואה דלהוצאה ניתנה כו'.

אכן הרא"ש בב"ק פ"ה סי' א' פתב דהיכא שנתבטל המקח הוי הנה מעות פהלואה כו' וכ"כ הרא"ש בב"ק פ"א סי' ה'. וכ"כ הגמוקי יוסף בב"ב ריש פ"ו והובא בח"מ סי' רל"ב סעי' כ"ג.

[ומה שיש לעיין בהכרעת הרמ"א שם דזהו סותר להא דאה"ע סי' כ"ח סעי' כ"ב הנ"ל? ובואר זה במק"א ואכ"מ]. וכ"כ התוס' בב"ק (דף מ"ו ע"ב) ד"ה אי דליכא לאישתלומי כו' בשם ר"ת דבמקום מקח טעות דינו פדין בע"ח כו'.

ואף דבנותן במחיר איזה חפץ לחבירו עבור איזה חפץ אחר ונמצא בו מום וכה"ג דונדאי חוזר גוף החפץ לבעליו. עכ"ז במעות לא דיינינו פן אלא אמרינו גם בזה דדינו פמלנה דלהוצאה ניתנה כו'.

והא דאמרינו דלר"ל דמעות אינו קונות ד"ת הדין הוא דאסור להשתמש בהמעות כמש"כ התוס'. בע"כ מוכרח לחלק דשאני היכא דמחוסר משיכה עדיין ובין היכא דמסר לו החפץ הנמכר רק דנמצא בו מום או חפץ הגזול וכמש"כ הקצה"ח בסי' ס"ו ס"ק ד' והנתיבות שם ס"ק ה' ע"ש: הרי דמציינו חילוק בין נותן מעות עבור חפץ הנמכר דאף דנמצא בו מום ומקח טעות וכה"ג דאף דלא ידע הלוקח מ"מ יש להסתפק שפא אמרינו דהני זוזי ניתנו להוצאה וכמבואר באה"ע סי' כ"ח דהוי ספק מקודשת.

ואלו בנותן חפץ עבור איזה מחיר ונמצא מום בהחפץ הנמכר דחוזר החפץ לבעליו פנ"ל. פמו כן יש לחלק בין חפץ הנמכר לבין הדמים עבור איזה חפץ דאף דבחפץ הנמכר ס"ל להש"ף דאם לא פרע לו דמי הוי החפץ גזול בידו וכמש"כ החלקת מחוקק באה"ע סי' ק"כ והנתיבות פנ"ל.

אבל במעוות המכירה אף דאינו נותן לו החפץ מ"מ פיון דנתפס בהמעוות אינה קנין עכ"פ מה"ת והגוי שואל עליוהו ע"כ לא דיינינו בהו אומדנא לומר דלא הקנה המעות לו בתורת הלואה אם לא יתן לו החפץ הנמכר ואפשר לומר דשאני זוי דאף אם חוזר בו מן החפץ שפכר לו מ"מ אמרינו דהגוי זוי ניתנו לו להוצאה והגוי פמומעוות הלואה משום דהא חזינו דיש חילוק בין מעוות ובין חפץ פנ"ל.

ע"כ ה"ה אפשר דיש לחלק פמו כן הכא או לא וזהו מקום הספק של הש"ך שכתב דצ"ע אם דיינינו על הדינר אוקי אחקת מ"ק או לא וע"כ בשניהם אדוקים בדינר יחלקו ואם מונח ברה"ר כל דאלים גבר משום דהגוי ספק אם דינו פמו מעוות הלואה דניתנו להוצאה ושייך גוף המעות להמוכר או דאין דינו פמו מעוות הלואה א"כ ממילא שייך גוף הדינר להלוות.

ועיין לעיל בש"ך בד"ה ולענן דינו של הרי"ף ורמב"ם כו' מש"כ דבדבר שהב"ד מסנפקים הדיו עם מי מחמת דמספקא לן מי יהיה נאמן נגד חבירו כו'. וה"ה הכא דהספק הוא מי מהם נאמן דאי נימא דה"ל פמו מעוות הלואה א"כ ממילא המוכר נאמן דה"ל מוחזק ואי נימא דאין דינו פהלואה א"כ הלוות נאמן משום חזקת מ"ק שאלו וע"כ שפיר יש לדון פל דאלים גבר: ומ"מ אין דברי הש"ך מוכרח כ"כ דאם נימא דס"ל להסתפק אם דינו פמו מעוות הלואה או לא פנ"ל א"כ יש לדון בזה גופא אוקי הדינר בחזקת מ"ק פמו בקל ספיקא דדינא דקיי"ל דמוקמינו אחקת מ"ק וה"ה הכא ביה ספיקא דדינא אם יצא הדינר מרשות הלוות או לא ג"כ נימא אוקי אחקת מ"ק.

ואי דנימא דס"ל להש"ך להכריע פפי הכרעת הרמ"א בסי' רל"ב סעיף כ"ג דהגוי כבע"ח בנודאי. א"כ ממילא ה"ל המוכר פמוחזק פיון דגוף הדינר שייך לו דהא יכול לסלק לו בזוי אחרוני ומבעי לן למידן בזה הממע"ה.

אף יש לומר דשפיר כתב הש"ך לדון במונח הדינר ברה"ר פל דאלים גבר. משום דאף דנימא דה"ל המוכר פמו בע"ח דניתנו לו להוצאה בנודאי וה"ל המוכר פמו מוחזק בנודאי פנ"ל מ"מ יש לדון דהלוות יהיה נאמן במיגו משום דהא ע"כ מייירי דהלוות מודה דנתן הדינר ליד המוכר דאם אומר שלא נתן הדינר לידו מעולם רק הניחו מתחלה ברה"ר פמו שנמצא מונח עכשיו הדינר ברה"ר.

א"כ לא שייך לומר בזה פלל הך סברא דלהוצאה ניתנה וה"ל פמועוות הלואה דהא אף הלואה בעי שיזכה הלנה בהמעוות ע"פ דרכי הקנאה. וכינון דלא הגיע פלל המעות מעולם ברשות המוכר רק מונח הפל מתחלה ברה"ר א"כ בנודאי לא יצא הדינר מעולם מרשות הלוות ונהי שאלו לגמרי.

וע"כ מייירי דהלוות מודה דנתן פכר הדינר ליד ורשות המוכר ואח"ז הניחו המוכר להדינר ברה"ר א"כ יש לדון בזה דהלוות יהי נאמן במיגו דאי בעי לא היה מודה שנתן פכר הדינר ביד המוכר דאז בנודאי היה זוכה הלוות ע"פ דין משום חזקת מ"ק.

ע"כ אף דמודה דנתן פכר הדינר ליד המוכר. א"כ לפי דברי הודאתו אין לו שוב חזקת מ"ק פיון דניתנה להוצאה וכמו שפסק הרמ"א בח"מ סוף סי' רל"ב.

ועכ"ז הא יש לו מיגו ונאמן ע"י המיגו פן הנה מקום לדון לכאורה: ענף י אכל באמת גם בכה"ג יש לומר דאין הלוקח נאמן אף דיש לו מיגו הלז. ונקדים לדברי הש"ך דלעיל בד"ה ועוד נראה דאפילו הסנגני מודה שא"ל קני בכלי זה לא הוי הבעה"ב מןחזק דהא לא נקרא מןחזק אלא ע"פ חנגני שהודה והרי הסנגני טוען שלא נתן לו הדינר ומיגו דאי בעי לא הודה כלל ומ"מ צ"ע בזה אי אמרינן מיגו בכה"ג עכ"ל הש"ך.

וכוננתו דלכן צ"ע אם מהימן במיגו משום דכה"ג הוי מיגו להוציא דלא אמרינן. ומה שהניח בצ"ע י"ל דהא העליתי בספרי נחל יצחק בסי' ג' בקונטרס בתפיסה בדרךא דממונא דהיכא דחזקת מ"ק מסייעו אמרינן מיגו להוציא א"כ ה"ה הכא הרי יש חזקת מ"ק המסייע להסנגני וע"כ נאמן במיגו אף דהוי להוציא.

אכן לפי הנראה מן דברי הש"ך בסי' קל"ג ס"ק י"ג שפכתב שם דלכן במפיר פליו ספרי העשוי להשאיל ולהשפיר נאמן לומר נגנבו ממני במיגו ולא הוי מיגו להוציא פיון שנוטל דמים כו' ועוד יש לחלק כו' והראשון עיקר עכ"ל הש"ך שם.

ועיין בש"ך סי' צ' ס"ק כ"ב מנה. א"כ נראה מדברי הש"ך דלא נחית להכלל שפכתבתי וכמש"כ בספרי שם.

[והעיקר כמש"כ שם לחזק הפלל הזה ע"ש]. והעיקר נלע"ד בכוננת הש"ך שפכתב להסתפק אם מהימן הסנגני במיגו לומר שלא נתן לו הדינר ואף דהוי מיגו להוציא.

מ"מ יש לחלק דשאני בכל מיגו להוציא דלא אמרינן משום דכיון דידוע דהוא מןחזק ע"כ מעלת מןחזקות עדיפא מן מעלת מיגו. אבל הכא שלולי הודאת הסנגני הנה נחשב הסנגני למןחזק משום חזקת מ"ק שלו כמש"כ הש"ך רק לאחר שהודה שא"ל קני בכלי זה אז נחשב הבעה"ב למןחזק ע"פ הודאת הסנגני וזהו מקרי מיגו בעיקר מעלת המןחזקות.

וע"כ יש מקום לומר דאמרינן מיגו בכה"ג כמו דמצינו בנאמנות בסי' ע"א שפכתבו לחלק דמיגו במקום נאמנות לא אמרינן אבל מיגו בעיקר הנאמנות אמרינן. וכן מצינו במיגו במקום עדים דאם הוא מיגו בעיקר העדים דאמרינן כמש"כ התוס' בב"ק (דף ע"ב ע"ב) ד"ה אין להו בו אלא כו' ובתוס' פתובות (דף י"ח ע"ב) ד"ה הרי אלו כו'.

וכמש"כ ההפלאה בכתובות (דף י"ט ע"א) בתוס' ד"ה אימא כו' שהאריה בהפלל הזה ע"ש. ועיין בש"ך סי' ק"ח ס"ק ז'.

א"כ כש"כ במיגו להוציא דלא אמרינן דיש מקום לחלק דדוקא אם ידוע המןחזקות של הנתבע אז לא אמרינן אבל היכא דאינו ידוע המןחזקות שלו ואי בעי לא הודה כלל וכמש"כ הש"ך בלשונו פן.

ע"כ יש מקום לומר דנאמן ע"י מיגו אף דהוי להוציא. פן יש להסביר דברי הש"ך מה שהניח בצ"ע אם מהימן הסנגני במיגו או לא: ולפ"ז י"ל דזהו פנונת הש"ך במש"כ לדון אם הדינר מנח ברה"ר כל דאלים גבר.

משום דס"ל להסתפק אם מהימן הבעה"ב במיגו דאפשר דזה הוי כמו מיגו להוציא פיון שמודה דמסרו כפר להסנגני ונכה בו וכמש"כ לעיל ע"פ סברת התוס' בב"מ (דף מ"ג).

וכן י"ל באמת דנהו סברת הסמ"ג שכתב דאם שניהם אדוקים בדינר דינשבע ויטול התנוני משום דס"ל כעין סברת התוס' הג"ל.

ונקרא הבעה"ב בשם טענת מיגו להוציא דלא אמרינן וכן ראיתי בקצה"ח פאן שכתב פן בכוננת הסמ"ג. אבל באמת לדינא יש לדון בזה הרבה דשאני הכא דזה ה"ל כעין מיגו בעיקר מעלת המוחזקות של התנוני דהא אם לא היה מודה שמסר לידו הדינר מכבר רק שהיה אומר שהניחו מתחלה ברה"ר אז היה שייך הדינר להבעה"ב משום חזקת מ"ק שלו.

וע"כ ה"ל מיגו בעיקר מעלת המוחזקות של התנוני. וכבר כתב הש"ך להסתפק בכזה במיגו של התנוני על הפירות פנ"ל.

וע"כ העלה הש"ך דהא אם הדינר מונח ברה"ר דאמרינן כל דאלים גבר משום דס"ל להסתפק בהפלה הנה אם אמרינן מיגו בעיקר מעלת המוחזקות או לא ובכה"ג אמרינן כל דאלים גבר אף דהוי ספק בדין וכמש"כ הש"ך לעיל בד"ה ולענן דינו של הרי"ף והרמב"ם כו' פנ"ל.

ואין עליו סתירה מן תוס' פתובות (דף ע"ו) ד"ה על בעל החמור כו' שכתבו דדיינינן חזקת מ"ק על המעות היכא שהוי מקח טעות. משום דהתוס' אזלי לשיטתייהו דכתבו בר"פ המוכר פירות דהיכא דנתבטל המקח חוזר המעות בעיני' להלוקח ואין דינו כמו מעות הלואה.

אבל לדינא הא קיי"ל בח"מ סוף סי' רל"ב דה"ל כמו בע"ח פנ"ל ע"כ שפיר כתב הש"ך וכן"ל. וראיתי בש"ש שמעתא ד' סוף פ' ט"ו שהשיג על הש"ך מן דברי התוס' פתובות הג"ל וכתב ג"כ די"ל דהתוס' פתובות אזיל לשיטתי' פנ"ל.

אף שקיצר בזה. ובאמת י"ל דלפ"ז אינם מוקשים דברי הש"ך ואף שמשמעות לשון הש"ך לא משמע פן מ"מ י"ל פן.

ואף אם נימא דלא נתפגין הש"ך לזה מ"מ הוא ענין נכון בפ"ע לומר כמו שכתבתי: והקצה"ח כתב להסביר דלכן אין התנוני נאמן לתבוע הדמים במיגו דאי בעי אמר לא מכרתי משום דכיון שהודה שמכרן יצאו הפירות מרשותו א"כ ה"ל כמו מיגו להוציא כו' וזהו פנונת שיטת הרי"ף והרמב"ם כו'.

אכן לפי מש"כ דיש לומר דמיגו בעיקר המוחזקות שאני ונאמן א"כ הכא דאם לא היה מודה התנוני שמכרו. א"כ בנדאי היה התנוני מוחזק משום חזקת מ"ק ע"כ ה"ל מיגו בעיקר המוחזקות ונאמן וכמו במיגו בעיקר הנאמנות ובעיקר העדים פנ"ל.

ומה שכתב הטור בסי' ק"נ בשם רבינו יונה בטוען חובשאינו ידוע על הקרקע שיש לו מיגו דלקוח דאינו נאמן משום דה"ל כמו מיגו להוציא. שא"ה דהא ידוע לנו שיש חזקת בעלים הראשונים בנדאי לבעל הקרקע רק דיש לו מיגו דלקוח.

אבל היכא דאינו ידוע פלל אם היה לו שום זכות פלל מעולם בהנמכר לולי הודאתו ע"כ שפיר יש לחלק דשאני מיגו בעיקר המוחזקות. וכן אמרו בכתובות (דף י"ז) מודה ר' יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתי ממנו נאמן שהפה שאסר כו'.

והתוס' שם ד"ה ומודה ר' יהושע כו' ובד"ה ה' התם שור שחוט כו' כתבו דאף בהלה תובעו נאמן מדלא נקטו אם תבעו אינו נאמן כו'. ובב"ב (דף ל"ב) בההוא דאמר לתבירו מאי בעית בהאי ארעא א"ל מינה זבינתין והא שטרא א"ל שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא ה"ל ואירכס אמר רבה מה לי לשקר כו' א"ל רב יוסף אמאי סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא.

ופירשו התוס' והפוסקים שם דס"ל לרב יוסף דזהו מיגו להוציא דלא אמרינן פיון דהקרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת ע"כ אף דיושב הלוקח בהקרקע עכ"ז הוי מיגו להוציא רק אנון ס"ל דהלכתא פנותי דרבה בארעא דזה מקרי מיגו להחזיק אבל רב יוסף ס"ל דזה הוי מיגו להוציא.

ולכאורה קשה לרב יוסף דס"ל דאף דמחזיק הלוקח את הקרקע מ"מ מקרי מיגו להוציא לפי דמוציא מחזקת בעלים הראשונים. א"כ קשה אמאי נאמן לומר לקוחה במיגו דלהד"ם כמו דאמרו במשנה פתנבות דמודה ר' יהושע כו' והא הוי מיגו להוציא מחזקת בעלים הראשונים.

ואין לומר דשא"ה דמיירי בירוש וה"ל כמו פרי ושמא דאמרינן מיגו להוציא. דז"א דהא פיון דטוענין לירוש ה"ל כמו טענת פרי וכמו דאמרו בכתובות רפ"ב דה"ל פרי וכרי ופירש הרא"ש שם פ"ב סי' א' דמה דטוענין לירוש ה"ל כמו טענת פרי: ולכן נ"ל דמה יש להוכיח דמיגו בעיקר המוחזקות אמרינן.

והתם אף דס"ל לרב יוסף דכיון דהקרקע בחזקת בעלים הראשונים ה"ל מרא קמא בשם דין מוחזק. מ"מ פיון דהנה יכול לומר להד"ם דלא הנה של אביה מעולם ה"ל כמו מיגו בעיקר המוחזקות שלו דכה"ג מודו כ"ע דאמרינן מיגו אף היכא דה"ל להוציא.

וזהו פירושו של אין שור שחוט לפניה דאמרו שם אף דהתוס' ושאר ראשונים כתבו להוכיח מהמשנה דמיירי בהלה תובעו מ"מ פיון דיש לו מיגו דלא הנה של אביה מעולם ולא ה"ל שום זכות ודנרא דממונא פלל בהקרקע ע"כ ה"ל כמו אין שור שחוט.

וזהו ראיה ברורה לכל מה שכתבתי לחלק דמיגו בעיקר המוחזקות אמרינן. ולולי דברי הש"ך שכתבתי לעיל דס"ל להסתפק אם אמרינן מיגו בעיקר המוחזקות או לא.

הנה נראה לדעתי לומר דזהו ברור דאמרינן מיגו בעיקר המוחזקות. אף פיון שהש"ך הניח בצ"ע אם החנני מודה שא"ל קני בכלי זה כו' אם אמרינן מיגו בכה"ג כמו שכתב בד"ה ועוד נראה דאפילו החנני מודה שא"ל קני בכלי זה כו' וכמש"כ לעיל לבארו.

וכן כתבתי לעיל פוננתו במש"כ הש"ך דאם הדינר מונח ברה"ר פל דאלים גבר. לכן אני מבטל דעתי מפני דעת הש"ך וה"ל לכל הפחות דין זה לספיקא דדינא: העולה לנו מפל מה שנתבאר דבשנים אדוקים בהחפץ שאנו דנין עליו אם מכרו או לא שהמוכר והלוקח אחזין בו דאזלינן בזה בטר חזקת מרא קמא דמעלת חזקת מ"ק עדיפא מן זכות המוחזקות גרוע דכה"ג.

וגם נתבאר דמעלת חזקת מ"ק עדיפא מן מעלת רובא. וכן דעדיפא חזקת מ"ק ממעלת פרי ושמא.

ואם הסגנוני והבעה"ב אדוקים בהדינר אם הוא באופן שלדברי הבעה"ב יצא פְּכָר הדינר מרשותו וכמש"כ לעיל שאומר הבעה"ב שְׁמָסֵר פְּכָר הדינר ליד הסגנוני ולא נָתַן לו הפירות א"כ ה"ל על הדינר כמו מעות הלואה וכמש"כ לעיל בארנפה ע"כ לא שייך בכה"ג חזקת מ"ק להבעה"ב על הדינר.

ואף שיש לו מיגו מ"מ הא ה"ל פְּעִין מיגו להוציא. ולא שייך לומר דהחזקת מ"ק מסייעו דאמרינן בכה"ג מיגו להוציא וכמש"כ בספרי נחל יצחק בסי' ג' בתפיסה בדררא דממונא וכו'.

דְּהָא לְדַבְּרֵי דְהוּדָה דִּיצָא פְּכָר הדינר מחזקתו א"כ לא שייך בזה לומר דהחזקת מ"ק מסייע לו. ולא דיינינן בזה לומר דה"ל מיגו בעיקר מעלת המוחזקות פנ"ל דְּהָא פִּינוּ דְשִׁנְיָהֶם אֲדוּקִין בְּהַדִּינָר לָא מְקַרִי זֶה מיגו בעיקר המוחזקות.

וגם הא פתבתי דהש"ך מסתפק בזה וה"ל כמו כל ספיקא דדינא דאם שנייהם אוחזין הדין הוא דיתלקו. והיכא דלדברי הבעה"ב לא יצא פְּכָר הדינר מחזקתו דבונדאי דיינינן על הדינר בשם חזקת מ"ק ע"כ הדין הוא דיינתן הדינר להבעה"ב משום זכות החזקת מרא קמא שלו דעדיפא מן מעלת מוחזקות דשנים אוחזין פנ"ל.

וכן נתבאר דמיגו בעיקר מעלת המוחזקות ה"ל ספיקא דדינא אם מהני מיגו להוציא או לא. וכן נתבאר בשם הרמב"ן לב"ב (דף ל"ד) והריטב"א בב"מ (דף ב') דבשנים אדוקים וא' אומר פרי וא' אומר שפא דלא דיינינן בזה דחזקת ממונא עדיפא ממעלת פרי כדקיי"ל אלא דיינינן בכה"ג דיינתן למי שאומר פרי.

משום דמה דשנייהם אוחזין אין דינו של המוחזקות על הפלגא פדין מוחזק גמור. וכמש"כ התה"ד לדון פן ברנפא דאזלינן בכה"ג בטר רנפא משום דזה לא הוי מוחזק גמור וה"ה לגבי פרי ושפא דמעלת פרי עדיף מן מוחזקות דנא וכמש"כ הרמב"ן והריטב"א.

וראיתי בשו"ת ושב הפהן סי' ס"ב וסי' ס"ג שכתב להיפך ממש"כ והוא דהעלה שם דכמו דקיי"ל דחזקת ממונא עדיף ממעלת פרי ואין מוציאין ממנו אף שטוען שפא דה"ה בשנייהם מוחזקים בהחפץ דכ"א על המחצה מוחזקות שלו דינו פמוחזק גמור בכולו.

ולכן אף שטוען שפא והשני טוען פרי דמ"מ ינתן המחצה דהוי מוחזק לו ואין מוציאין המחצה ממנו אף שטוען שפא ע"ש. אכן לדינא אינו פן וכמו שכתבתי להוכיח פן בשם הרמב"ן והריטב"א.

ולדברי הראשונים אנו שומעין: כ"ז פתבתי פְּכָר. וכעת הגיע לידי ספר דברי אמת וראיתי שם בסי' י"א דף ל"ד ע"א בד"ה ויש לע"ד ראיה לדברי מהר"ר ישראל מדברי התוס' ספ"ק דכתובות גבי תיבוק הנמצא כו' שהביא לדברי תה"ד בסי' שי"ד שכתב דלענין שתעמוד החזקה של ממון פנגד הרוב לדחותו בעיני חזקה גמורה שהיא עצמו מוחזק בפמון.

והכריח פן מדברי התוס' הללו דהכא פתבו דלגבי אבידה לא מהני חזקת ממון נגד הרוב הואיל ולא מדעת הפעלים באתה האבידה לידו ולענין שנים אוחזין בטלית פתבו התוס' ריש ב"מ דחשבינן להו מוחזקים לענין דלא נימא פל דאלים גבר ואפילו לענין דלא

אמרין מיגו משום דחשיב חזקה אלא ע"כ נגד לדחותו להרוב בעינן חזקה גמורה
ואלימא עכ"ל התה"ד.

ונראה נפלאתי איך דימה הא דשנים אוחזין להא דתינוק דהתם בשנים אוחזין שניהם
המוצאים האבידה מחולקים זה עם זה וכל אחד לגבי חבירו שפיר קרינן ליה מוחזק אבל
גבי תינוק שמוצא האבידה דינו עם בעל האבידה ואין לו חזקה של פלום לגבי התינוק
שלא החזיקוהו בפעלים עכ"ל דברי אמת.

ובאמת דברי התה"ד בהוכחתו מהו דתינוק דכתבו התוס' דחזקת של המוצא אבידה אינה
חזקה מעליא להדחות להרוב. דהוכיח מזה התה"ד דה"ה בשנים מוחזקים אזלינן בתר
הרוב.

דזהו תמוה דאין זה שום שייכות ראיה כלל וכמש"כ בעל דברי אמת פנ"ל: ועכ"ז לדינא
הנכון עם התה"ד דבשנים אוחזין וכן בדבר המושלש אף דהנפקד תופס בחזקת שניהם
דאזלינן בזה בתר הרוב וכמו דכתב הרמ"א בס"א רצ"ב סעיף י' פנ"ל.

דחא פתבתי לעיל בשם הרמב"ן לב"ב (דף ל"ד) ובשם הריטב"א לב"מ (דף ב') דכתבו
דבשנים אוחזין אם אחד טוען ברי והשני אומר שמא דאמרין ברי עדיף משום דמה
דשנים אוחזין אין זה נחשב למוחזקות גמורה.

ע"כ מוכח מזה דה"ה ברובא דחא רוב עדיף ממעלת ברי וכמש"כ הפני יהושע לפתובות
רפ"ב והובא לעיל וכינון דמה דשנים אוחזין אין זה נחשב למוחזקות גמורה להדחות
למעלת ברי כש"כ דאין זה נחשב למוחזקות להדחות להרוב ודוקא במוחזק גמור אין
הולכין אחר הרוב משא"כ היכא דלא הוי מוחזקות גמורה וכעין דברי התוס' ספ"ק
דכתובות גבי מוצא אבידה דכיון דלא הוי מוחזקות גמורה דהולכין אחר הרוב: ועוד
נלע"ד לומר דשפיר יש מקום שייכות ראי' להו דשנים מוחזקין מהו דספ"ק דכתובות
גבי תינוק הנ"ל לענין רובא דהולכין בתר רוב בשנים אוחזין.

והוא דחא חזינן גבי מוצא אבידה דהולכין בתר רוב להוציא האבידה מן המוצא להאבידה
וכמש"כ התוס' גבי הו דתינוק דמה דתופס בעל האבידה להאבידה אין זה נחשב למוחזק
מש.

ואלו גבי מעלת ברי חזינן דנחשב מוחזקות של המוצא להאבידה למעלת מוחזק דלא
מהני בזה מעלת ברי להוציא האבידה מן המוצא דטוען שמא וכמש"כ בספרי באר יצחק
ח' אה"ע סי' ו' ענף ד' וכפי קושיות הפני יהושע לפתובות (דף י"ב) דל"ל סימנים באבידה
הא היכא דליכא חזקת ממונא ברי עדיף ומוצא האבידה דלא הוי שלו ע"כ אין בזה חזקת
ממונא ויהא מהימן הבע"ד דטוען ברי שהחפץ שלו.

ומש"כ הפני יהושע דיש רובא דעלמא המנגדו פתבתי שם לדחות דחא נגד רוב דעלמא
יש לנו רוב הסותרו דנפילה לא שכיחא. וע"פ דברי התוס' בב"מ (דף כ"ב ע"ב) ד"ה אי
דליכא סי' כו' דלא חיישינן שמשקר שאבד ממנו חפץ אלא חיישינן דכי היכי דממנו אבד
החפץ דלמא כן נאבד מאדם אחר ע"ש.

ולכן כתבתי שם בספרי דהא דבעינו סימנים דוקא אבל בלא סימנים אין מוציאין האבידה
ע"פ טענת התובע דאומר פרי לי שהחפץ הוא שלי משום דהמוצא האבידה נחשב למחזק
בזה דאין פח להאומר פרי להוציא האבידה ממנו דגם בכה"ג נחשב תפיסתו בשם מחזק
קצת לענין דלא יהיה מהני בזה לדון ולמיוזל בטר מעלת פרי.

ודוקא בטר רובא אמרו דאין נחשב תפיסת בעל המוצא האבידה למעלת מחזק ממשי
וע"כ הולכין בזה בטר רובא וכמש"כ התוס' ספ"ק דכתובות וכמו שהארכתי בזה בספרי
שם. ומה דתקשה עדיין על מ"ד דברי עדיף אף להוציא ממחזק גמור דל"ל סימנים
באבידה דיהיה נאמן בטענת פרי להוציא האבידה הנה בספרי שם כתבתי לתרץ זה בטוב
טעם ע"ש.

א"כ מוכח על פי זה דמעלת רוב עדיפא ממעלת פרי ושמה לענין ממון דהא ע"פ מעלת
פרי אין מוציאין האבידה מן התופסו ואלו ע"פ מעלת רוב מוציאין האבידה וכמש"כ
התוס' ספ"ק דכתובות משום דלא נחשב תפיסתו להאבידה בשם מחזק גמור.

ע"כ ממילא מוכח לפי דברי הרמב"ן והריטב"א הנ"ל דבשנים אוחזין אף דהוי בשם
מחזקין לענין דלא מהני מיגו נגדו וכן דלא אמרינן בזה כל דאלים גבר עכ"ז לענין
מעלת פרי אינו נחשב זה בשם מעלת מחזק ונותנים למי שאומר פרי כיון דאינו מחזק
לבדו רק שנים אוחזין.

א"כ כש"כ ברוב דהא עדיפא ממעלת פרי לענין להוציא ממוצא האבידה דבנודאי כש"כ
דדיינינו בשנים אוחזין או בנפקד משניהם דאזלינן בזה בטר רובא כיון דאין זה בשם
מחזק גמור כדמצינו בדברי הראשונים הללו לענין מעלת פרי דאין זה נחשב למחזקות.
ולכן שפיר יש שייכות מעליא להך נידון דשנים מחזקין להוכיח ע"פ דברי הרמב"ן
והריטב"א הללו במכש"כ מהך דמעלת פרי כנ"ל לפי דברי התוס' דספ"ק פתובות גבי
תינוק וכנ"ל.

ושפיר כתב התה"ד להוכיח פן מדברי התוס' דספ"ק דכתובות אף שקיצר בזה. ואתי
שפיר דברי התה"ד ומתורץ קושיות בעל דברי אמת.

ואף דנימא דקשה להעמיס זה בכוננת התה"ד. מ"מ זהו ענין נכון בפ"ע לדון לדינא עפ"ז
דהנכון והעיקר לדינא להוכיח עפ"ז וכפי שנתבאר.

דבשנים אוחזין או בדבר שת"י נפקד משניהם דאזלינן בזה בטר רובא וכפי דברי הרמ"א
בסי' רצ"ב סעיף י' וכנ"ל: סימן צב א (סעי' א') החדשוד כו' אין משביעים אותו כו'.
והקצה"ח בס"ק א' הביא לדברי רש"י בב"מ (דף ו' ע"א) בד"ה נימא גבי שבועה שאינה
ברשותו מיגו דחדשוד אממונא שמה ברשותו וכפר חדשוד אשבועתא.

והקשה דהוי מצי לפרש פן גבי שבועה שלא שלחתי דהוי חדשוד אממונא וכמש"כ התוס'
בב"מ (דף ג' ע"ב) ד"ה בכולי בעי דלודי כו' וכ"כ התוס' פתובות (דף י"ח ע"ב) וכן
העיר המהרש"א בב"מ (דף ו') ברש"י ד"ה ג' שבועות כו' וכן הקשה הפני יהושע שם
ויש לדון הרבה בדבריהם: והנלע"ד ליישב דברי רש"י די"ל דס"ל דבעבירה דשליחות
יד לא נעשה פסול מה"ת לעדות ולשבועה.

דהשיטה מקובצת בב"מ ס"פ המפקיד בסוגיא דשליחות יד כתב דשליחות יד ליתין אלא בפקדון ושמו מוכיח עליו וכדאמר קרא גבי שומרים אם לא שלח ידו והנוטל לגזול ע"ד ליטול פולו או מקצתו או שיסרנה ולא ישלם לבעליו הוא חייב באונסין כו' והשולח יד בפקדון דעתו ליטול ולחסר הפל או מקצת ע"ד לשלם לבעלי עכ"ל.

והובא בקצה"ח סי' רצ"א ס"ק ב'. וע"ש עוד נ"מ בין שליחות יד דשומרין לגנב וגזלן כו' וכן הא דחזית רחמנא בשומרין לחייב משום שולח יד ע"י שלוחו אינו אלא בשומרים אבל גנב וגזלן פטור ע"י שליח.

וכו הביא הקצה"ח לדברי השמ"ק הנ"ל בסי' שמ"ח ס"ק א' וסיים דבאינש דעלמא אינו חייב באונסין אם הגבי' ע"מ לשלם. ועיין בנתיבות סי' רצ"ב ס"ק ד'.

ולפ"ז נראה לדון בדברי הש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' שהעלה שם בסופו דאם משפנו שלא ברשות נעשה עליו גזלן וחייב באונסין לכ"ע. דלפי דברי השמ"ק דהגבי' ע"מ לשלם אינו חייב באונסין מי שאינו שומר.

א"כ ה"ה בנטל משכונן מרשות הלנה בע"כ פיון דנוטלו עבור חובו דומה למי שנטל ע"מ לשלם דאינו חייב באונסין פיון דאינו נוטלו שיהיה אצלו בחנם רק לעכבו עבור החוב. ולקמן סי' שנ"ט סעי' ו' החוטף משכונן שלא ברשות ה"ז גזלן כו' וכתב הסמ"ע שם ס"ק י"ב בשם הטור דנקרא גזלן ר"ל שהוא בכלל איסור גזלה וגם פסול לעדות ולשבועה אבל עיקר הגזלה דאזנה הכתוב לא מייירי בחוטף למשפנו על מה שחייב לו כו'.

והש"ך שם ס"ק ה' כתב לדון בזה הרבה והביא בשם המגדול עוז שכתב דלא מקרי גזלן אלא לקנותו להעמידו באחריותו ולא שיופסל לעדות ולשבועה כו'. אכן לפי דברי השמ"ק הנ"ל יש לומר דאין לו דין גזלן להיות חייב באחריות אונסין פנ"ל: ויש לומר דהש"ך וסייעתו ס"ל כמו שכתב הריטב"א בב"מ (דף מ"א) ד"ה פגון שנטלה ע"מ לגזלה פולה ואפילו דעתו לשלמה גזלה מקרי דכינו דדעתו לגזלה פולה לא בעינו חסרון דאין לה חסרון גדול מזה כו'.

הרי דס"ל דאף דעתו לשלם חייב באונסין ודלא בדברי השמ"ק ולכן שפיר פסק הש"ך דבמשכונן שלא ברשות חייב באונסין. ואפשר לומר דשיטת הרמב"ן במלחמות דאפילו במשפנו שלא ברשות פטור מאונסין וכמש"כ הש"ך בשמו בסי' ע"ב סוף ס"ק ט' דזהו משום דס"ל כשיטת השמ"ק דבגזל ע"מ לשלם אינו חייב באונסין ויש להאריך בכ"ז הרבה: ולשיטת השמ"ק בגזל ע"מ לשלם פיון דאין דינו להתחייב באונסין מוכח דה"ה דס"ל דאין בכה"ג לאו דגזלה רק בשומר חזית רחמנא דחייב באונסין ומקרי עבירה כמבואר בכ"ד דשליחות יד מקרי עבירה אבל אינו פלוא וגם לאו דלא תחמוד לא קעבר בנטלו ע"מ לשלם דהא אמרינן דלא תחמוד בלא דמי משמע להו.

הו לפי האמת לשיטת הרבה פוסקים והו רק דמשמע לאינשי כו' וכינון דנוטלו ע"מ לשלם ובפרט בשומר שנוטל החפץ שמופקד אצלו וחושב לשלם לאח"ז בעת שיבאו הבעלים ליטול את החפץ ע"כ אף דאינו נותן במזומן בעת שהגבי' להחפץ ע"מ לשלם ג"כ י"ל דאין עובר בלאו דלא תחמוד ולא משמע להו איסור מה"ת בזה.

ועיין לקמן סי' שנ"ט סעי' ב' אבל אין זה ענין לנ"ד. ועיקר חיוב שליחות יד דחייב רחמנא רק בשומרים דהוא בהגב"י ע"מ לשלם אין על זה לאו מפונרש רק דינו כמו עובר על עשה דהך מילתא דשליחות יד שחייבה התורה בשומרים הוא בכלל הדינים שצויתה התורה לדון בכל דיני שומרים כמבואר ברמב"ם ריש הלכות שכירות ובחינוך פ' משפטים.

ועיין בכ"מ פ"ט ה' מלכים ה' י"ד מש"כ בשם הרמב"ן בפ' שבת וישלח. אבל לא נכתב לאו מפונרש בחיוב שליחות יד דחידת רחמנא בשומרים.

ולכן י"ל דלא מיפסל לעדות ולשבועה מה"ת בעבידה דשליחות יד. וכעין מש"כ הנתיבות בסי' ל"ד סוף ס"ק ה' דעובר על מצות עשה לא מיפסל אף דמירי התם בעשה דחמוד ממון והטעם דבעינן רשע דחמס דהוא בלאו אבל היכא דלא נכתב לאו מפונרש כיון דאינו דומה לרשע דחמס לא מקרי רשע ואינו פסול לעדות מה"ת: וגם י"ל דאף דנימא דהלכה כהריטב"א דבנוטל ע"מ לשלם דינו כמו כל גזלה עכ"ז י"ל דלא מיפסל מה"ת משום דלא משמע לאינשי איסור מה"ת בזה וכמו בלאו דלא תחמוד דבלא דמי משמע להו.

וכיון דהוי בזה פלוגתת השמ"ק והריטב"א אם דינו כמו גזלה או לא א"כ י"ל בכה"ג דכ"ע לאו דינא גמירי כמו שמבואר בכמה דוכתי דהיכא דמצינו פלוגתא אף דלא קי"ל פנותי' לדינא מ"מ י"ל דטעו בזה כיון דלאו דינא גמירי וכדמצינו כה"ג בנוטל משפון שלא ברשות הלוח דס"ל להרבה פוסקים דלא מיפסל לעדות משום דלא משמע לאינשי דליהוי גזלן בהכי אף דכתוב מפונרש בתורה דלא תעבט עבטו וכמבואר בסי' שנ"ט סעי' ו' ובש"ף ס"ק ה'.

ע"כ י"ל דה"ה בחיוב שליחות יד היינו בנוטל ע"מ לשלם דחייבה תורה בשומרים וכן בשליחות יד ע"י שליח כיון דלא נכתב מפונרש בתורה ע"כ י"ל דלאו כ"ע דינא גמירי. ולכן הוכרח רש"י לפרש דהוכחת הש"ס דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' הוא משבועה שאינו ברשותו משום דשבועה שלא שלחתי י"ל דלא מיפסל מה"ת אף דשלח בו יד דעיקרו הוא בנוטלו להגב"י ע"מ לשלם [או אם שלח ידו ע"י שלוחו דלאו כ"ע דינא גמירי] ודומה ללאו דלא תחמוד דבלא דמי משמע להו: והט"ז בח"מ סי' רצ"ב סעי' א' כתב דבהגב"י לעשות תשמיש שאינו מחסרו דחייב משעת תשמיש מפני שהוא שואל שלא מדעת דהוי כגזלן דלא משמע לאינשי שיהיה גזלן בכך כדאמרינן בפ"ק דב"מ דלא תחמוד בלא דמי משמע להו כו' עכ"ל הט"ז.

א"כ שפיר יש להשביעו שלא שלח בו יד היינו שלא נשתמש בו תשמיש שאינו מחסרו דלא משמע להו שיהיה גזלן ולא מיפסל ע"ז לשבועה ואף דזה לא מקרי שליחות יד כמבואר שם עכ"ז הא מצינו כה"ג בסי' רצ"ו סעי' ז' במי שטוען שלא נעשה שומר שיכלול שלא שלח בו יד.

דאף שאינו שליחות יד דחייבה התורה בשומרים דהא כיון שטוען שלא נעשה שומר א"כ אינו חייב על שליחות יד וע"כ מוכח דלאו דוקא הוא הלשון שליחות יד וה"ה י"ל הכא ג"כ דאין זה שליחות יד הנאמר בתורה בחיוב שומרים.

וכן הוא מציינו פלוגתא בשליחות יד אם צריכה חסרון אף דאנן קי"ל דא"צ חסרון עכ"ז י"ל דטעה בזה גופא וכמש"כ פנה בכ"ד בספרי באר יצחק ונחל יצחק ע"כ לא מופסל לעדות בכה"ג: ושיטת התוס' דב"מ (דף ג' ע"ב) ובכתובות (דף י"ח) דכתבו דבשליחות יד נעשה גזלן ופסול מה"ת י"ל דס"ל פמו שפתי בתי בספרי נחל יצחק סי' ל"א ענף ו' להוכיח דהיכא דעבר אף על עשה בקום נעשה דמופסל מה"ת לעדות ולשבועה פינו דהוי חטא של חטמוד ממון ע"ש.

א"כ ה"ה עבירה בשליחות יד אף דלא הוי בלאו מ"מ פינו דעבר בקום נעשה ושלח יד מופסל מה"ת פן י"ל בשיטת התוס'. אבל בשיטת רש"י י"ל דס"ל דאף הוי עבירה דקום נעשה מ"מ פינו דלא הוי בלאו ע"כ לא מופסל מה"ת ולכן הוכרח לפרש דהוכחת הש"ס הוא מן שבועה שאינו ברשותו וגם היא נתבאר טעמים אחרים די"ל גבי שליחות יד דלא משמע לאינשי אסורא מה"ת ע"כ אחי שפיר בפשיטות דברי רש"י: ב (שם סעיף א') ואם אמר התובע אקבל שבועתו אע"פ שהוא חשוד אין שומעין לו.

והמרדכי פ' שבועת הדיינין הביא בשם הרשב"ט דחולק ע"ז. והקצה"ח ס"ק ב' הביא לדברי המ"מ פ"ב ה' טוען ה"א שכתב ראיה דאין שומעין לו מהא דפ' שבועת הדיינין ותמה ע"ז הקצה"ח וקבר הקדימו הלח"מ לתמוה פן על דברי המ"מ בראייתו וכתב דדברי הרמב"ם הוא מסבא ע"ש.

והקצה"ח הביא ראיה לדברי הרמב"ם מן שבועות (דף ל"ב) דאמרו הפל מודים בע"א ושפנגדו חשוד על השבועה כו' ולימא ליה מי יימר דמשתבעת פגון ששניהם חשודים ומוכח מזה דאף אם ירצה הנתבע להשביע להתובע אין מוסרין לו שבועה דאל"כ אפתי שייך לומר בזה מי יימר דמשתבע כו' עכ"ל הקצה"ח.

והוא ראיה נכונה משום דמש"כ הלח"מ דהוציא הרמב"ם פן מסבא זהו דוחק. ובפרט לפמש"כ לקמן בחי' לסעי' ב' דעיקר מילתא זה אינו רק מדרבנן ולא מה"ת א"כ אין הסבא נוטה כ"כ לזה: ובאמת דברי הרשב"ט צריך ישוב דמה יענה בסוגיות הגמ' הלז דמוכח ה"ת דאין מוסרין שבועה לחשוד פלל אף אם ירצה הבע"ד וכמש"כ הקצה"ח.

ואפשר לומר בזה דעיקר סברת הגמ' דאמרו מי יימר דמשתבעת דאף דלדברי העד הוא שבועת אמת ויכול לישבע מ"מ פינו דכמה אינשי פרשי מן שבועת אמת וכמו שכתב הר"ן רפ"ז דשבועות בסוגיא דשכיר נו"נ בבבאור הגמ' דהקשו וליתיב ליה בל"ש דזהו משום דאיכא למיחש בכדי חיי דאיכא אינשי דפרשי משבועה ואף בקושטא לא בעי לאישתבעי עכ"ל הר"ן.

ואיתא בירושלמי פ"ו שבועות הל' ה' דבין זכיי ובין חייב לשבועה לא תיעול. ועיין בפתח סופר סי' צ' ולא הביא לירושלמי הזה ע"ש.

וזהו הפל משום שצריך לשמור אפילו משבועת אמת ע"ש. ולכן אמרו מי יימר דמשתבעת דאפשר דלא ירצה לישבע אף שבועת אמת.

אבל בחשוד שנשבע כבר לשקר לא שייך ביה לומר מי יימר דמשתבע ולא ירצה לישבע שבועת אמת פינו דחזינו שאינו מקפיד אף על שבועת שקר א"כ כש"כ שישבע שבועת

אמת ואנו סהדי דבונדאי ירצה לישבע שבועת אמת לכו חייב העד קרבן שבועה משום דהוי כפירת ממונ גמור וא"ש שיטת הרשב"ט.

ועיין בפ"ק סי' פ"ט בס"ק י' בד"ה אף קשה לי על הרמב"ן כו' בשה"ד וקצרתיו: ולכאורה יש להעיר על הרשב"ט מן ב"מ (נ"ה ה') דשקיל וטרי הגמ' דנימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא גם בנשבעין ונפטרין זולת היכא דשייך אשתמוטי כו'.

וקשה לשיטת הרשב"ט דאם ירצה התובע להשביעו דמוסרין לו שבועה א"כ י"ל בפשיטות על כל הנשבעין ונפטרין דלכו נשבעין ולא אמרינו מיגו דחשוד אממונא כו'. דמה בכך פינו דרוצה התובע להשביעו ממילא משבעינו להנתבע דלא שייך לומר מיגו דחשוד כו' דישבע התובע ויטול אף בשד"א דהא גם בשבועת התובע שייך לומר מיגו דחשוד אממונא כו'.

אבל באמת אין זה קשה כלל דהא עיקר חיוב שבועה שהטילה התורה לישבע זהו משום בירור הענין שיברר ע"פ שבועתו פינו שאינו חשוד לישבע בשקר וממילא פינו שהטילה התורה כפר חיוב עליו לישבע.

ע"כ ממילא ה"ה היכא שהוא חשוד על ש"ש אף שלא שייך התם לברר ע"י שבועתו מ"מ יכול התובע לומר שישבע הנתבע כמש"כ הרשב"ט. וכיין שעיקר חיוב שבועה הוא לברר הענין ע"כ שפיר שקלו וטרו דנימא מיגו דחשוד אממונא כו' ופשוט: ובירושלמי שבועות פ"ז ה"א אמרו הנה חשוד וב"ד מוסרין שבועה לחשוד.

ובלשון בתמיה ועיין ברדב"ז ח"ג סי' תפ"ט. אף שם מיירי בנשבעין ונוטלין ע"כ שפיר אמרו דאין מוסרין שבועה לחשוד להיות נשבע ונוטל.

וגם בנפטרין היכא דאין הבע"ד מתרצה אין להשביעו. ובירושלמי שבועות פ' ששי ה"ו אמרו עלה דאם חשוד נשבע שבועת הפקדון דחייב משום שבועת ביטוי דהא אין ב"ד מוסרין שבועה לחשוד אלא בשעבר ונשבע עיין שם בפני משה.

ואי נימא דברצה התובע שישבע הנתבע חשוד שמוסרין לו שבועה א"כ שפיר משפחת לי לחשוד שיהיה נשבע אף לכתחלה לשבועת הפקדון ולמה לי' לומר דמיירי בעבר ונשבע.

אף אפשר לומר דא"כ היה להחשוד להיות חייב גם משום שבועת הפקדון פינו דשבועתו היה ע"פ דין. ומ"מ מן הלשון ירושלמי דאמרו בפשיטות דאין ב"ד מוסרין שבועה לחשוד משמע דהאיסור הוא על הב"ד שלא יניחוהו להחשוד שישבע.

ומשמע מזה כדברי הרמב"ם והש"ע וי"ל דמזה הוציאו הך דינא דאין שומעין להתובע להשביעו משום דהאיסור מוטל עלינו שלא יניחוהו לישבע. ועיין באו"ת סי' פ"ט ס"ק ד' שהביא ירושלמי הנ"ל ותמה עליו אכן לפי פירוש הפני משה שם אתי שפיר ע"ש: וכ"ז בשבועה דלעבר אבל בשבועה דלהבא מוכח מן הא דאה"ע סי' ק"מ סעי' י"א דאף בחשוד מוסרין לו שבועה דמבואר שם בכופר השולח גט דישביעוהו שלא יבטל את הגט והשליחות כו' וכן הוא שם סי' קמ"א סעי' נ"ט ובסדר הגט סעי' כ"ו.

ולכאורה קשה איה מוסרין שבועה שם בחשוד לכל התורה הא אין מוסרין שבועה לחשוד. וע"כ מוכח מזה דדוקא בשבועה דלעבר דהוי בחשש דיוצא מפיו השבועה לשקר בזה חשו לומר דאין מוסרין שבועה לחשוד.

וכעין דברי הסמ"ע בלשונו בס"ק א' ע"ש. משא"כ בשבועה דלהבא דאין יוצא מפיו אז השבועה לשקר וכעין הא דשבועות (דף מ"ו) דאמרו לחלק בשבועה דלהבא דבקושטא קא משתבע.

ועיין בתוס' וברא"ש שם דיש פוסקים דס"ל דמה"ט בעובר על שבועה דלהבא אינו נפסל לעדות וכמבואר בח"מ סי' ל"ד סעי' ה' ובסי' פ"ז סעי' ט"ז ובסי' צ"ב סעי' ב' מזה. וע"כ לא חשו בשבועה דלהבא לומר בזה דאין מוסרין שבועה לחשוד.

ואף להסוברים דגם בשבועה דלהבא מןפסל ולא מחלקים בזה עכ"ל ה"א ב"מ דאין מוסרים שבועה לחשוד כ"ע ס"ל דיש לחלק בזה ומוסרין שבועה דלהבא להחשוד ולכן כתבו בפשיטות כן באה"ע בלא שום חולק שם.

ולפ"ז יש לדון בחשוד שהוציא שטר דיש סוברים דאינו גובה כמבואר בסעי' ט' וכן בחשוד שהוציא שטר על היתומים דכ"ע ס"ל דאינו גובה פינון שאינו יכול לישבע כמבואר בסעי' י"ב וברא"ש פ"ז דשבועות סי' ט"ו וכדאמרו בגיטין (דף ל"ה) דרב לא מגבי כחובה לארמלתא.

דאפתי יכול לומר דישבע שבועה דלהבא היינו דישבע מקודם דיטעון האמת וכמו דמבואר בסי' פ"ז סעי' ט"ז דליש אומרים נפטר בשבועה זו. ובזה הא מוסרין שבועה ככה"ג אף לחשוד.

אף י"ל דאף דמוסרין שבועה דלהבא לחשוד היינו דמותר למסור לו שבועה על להבא אבל מ"מ אין זה מקרי בירור בשבועתו הפוטלת עליו לברר בשבועתו פינון דהוא חשוד ואין לו נאמנות בשבועתו ע"כ אינו יוצא י"ח שבועתו הפוטלת עליו מדרבנן וע"כ אמרו דכיון דלא הוי בירור על נכון ע"י שבועתו לכן אינו גובה בשטר: ולפ"ז י"ל מילתא חדתא בהא דמבואר לקמן סעי' ז' בשנים חשודים דס"ל להמחבר דהוי מתוך שאיל"מ ובהא דלקמן סעי' ט' לשיטת י"א דחשוד שהוציא שטר דגובה בל"ש וכן בנתחייב החשוד היסת דנפטר בל"ש כמבואר בסעי' י"א.

דבכל הנה"ך י"ל דאפתי יכול הבע"ד לומר דישביעו הב"ד להחשוד בנפסח דלהבא פגון שישבע מקודם שיטעון דיטעון האמת. וכעין המבואר בסי' פ"ז סעי' ט"ז בשנים שושבעו שלא יטענו אלא האמת כו' דמקרי זה שבועה דלהבא.

ואם הוא לאחר שטענו אפתי יכולין להשביעו שיגיד האמת על מה שישאלו ממנו פעת וכיוצא בו ובאופן שיהיה בנפסח שבועה דלהבא דנתבאר דמוסרין שבועה כזה להחשוד.

אף לכאורה תקשה ע"ז מהך דשבועות (דף ל"ב) הפל מודים בשכנגדו חשוד מקשה הש"ס הא מי ימר דמשתבע אלא בשניהם חשודים. ולפי מש"כ דגם בשניהם חשודים יכול הנתבע להטיל להתובע חשוד שישבע שבועה דלהבא א"כ אפתי תקשה ב"מ

דמתרין בשניהם חשודים דגם בזה תקשה מי יומר דמשתבע שבועה דלהבא דיכול
הנתבע לחייב להתובע.

אכן לפי מש"כ לעיל לנישב קושיות הקצה"ח מעל הרשב"ט. דבשניהם חשודים לא
שייך פלל לדון למי יומר דמשתבע משום דכינן דהוי חשוד וחינן דאינו מקפיד על
שבועת שקר ע"כ בנודאי ישבע שבועת אמת.

לכן א"ש במה דתי' בשניהם חשודין משום דאף דיכול להשביעו בשבועה דלהבא עכ"ז
דיינינו שם למחושואיל"מ ולא שייך לומר דמי יומר דמשתבע דהא כינן דהוא חשוד
לישבע בשקר כש"כ דישבע שבועת אמת ע"כ אינו קשה מזה על הכלל שפתי ונאף
שהוא מילתא חדתא שלא העירו האחרונים מזה עכ"ז נראה לע"ד לדון פן וכמו דהוכחתי
מקא דאה"ע בגט כופר כו'.

וידעתי מה דיש לדחוק ולחלק דשאני בחשש שישבע שקר משום הנאת ממונא בזה אמרו
דאין מוסרין שבועה לחשוד. משא"כ התם באה"ע דיש שם עצות אחרוני פדאמרו שם
דיעשה שליח לקבלה כו'.

והוי חשש רחוק על חשש ביטול ע"כ מוסרין שבועה שם לחשוד ולא חשו לשבועת
שקר שם. אבל באמת ז"א פלל לכל המעיין שם באה"ע סוף סי' ק"מ בלשון הש"ע.

ע"כ העיקר כמש"כ לחלק דשאני שבועה דלהבא. והא דסעי' י"א דאמרו ומ"מ מתרימינן
כו' על מי שפפר ממון חבירו ואינו משלם לו.

היינו דהא יותר טוב בזה כדי שיהיה בלשון עבר דזהו חמור ביותר אף דאינו שבועה רק
ח' אבל אם יתרצה על לשון להבא יכול להשביעו ג"כ בלשון דלהבא וכנ"ל. וכיוצא בזה
פתי הרא"ש בגיטין פ"ד דין ח' גבי שבועת אלמנה דנמנעו להשביעה דמ"מ משביעין
אותה האינדנא שתודה על מה שקיבלה בכתובתה לפי דזהו שבועה דלהבא ואין העונש
מרוכה כו'.

וכן פתי הטור באה"ע סוף סי' צ"ו ובבית יוסף ובש"ע שם סעיף כ"א וכמש"כ הרא"ש
שם והובא בב"ש שם ס"ק ל"ח דאף להסוברים דנעשה חשוד על השבועה בעבר על
השבועה דלהבא מ"מ אין העונש מרוכה כ"כ.

ע"כ יש לנו עצה להשביע לכל חשוד ג"כ ע"י עצה זו שיוודה על האמת וזהו מקרי שבועה
דלהבא וכבר נתבאר דמוסרין שבועה דלהבא אף לכתחלה להחשוד. וכן י"ל בטעמו של
הדבר במש"כ דגם באלמנה משביעין אותה בזה"ז בלשון דלהבא והפל הוא בסיגנון
אחד: וע"פ דברי הרא"ש בגיטין פ"ד דין ח' הנ"ל יש לנישב למה שהקשה המהרי"ט
והובא במל"מ פ"ד הל' סוטה הל' י"ז על דברי הרמב"ם שם שכתב דמגלגל על שבועת
סוטה שלא תזנה תחתי וכו' דא"כ למה שותה וחוזרת ושותה וכמו שפסק הרמב"ם
פ"א הל' סוטה הל' י"ב וכמבואר בסוטה (דף י"ט).

ועיין במל"מ ובמרפכת המשנה פ"א הל' סוטה הל' י"ב מזה. אכן לפי דברי הרא"ש
שכתב דאף להסוברים דנעשה חשוד בעבר על השבועה דלהבא דמ"מ אין עונשה מרוכה
כמו בעובר על שבועה לשעבר.

וכמש"כ הב"ש פן בסי' צ"ו ס"ק ל"ח פנ"ל. א"כ לפ"ז מתנרץ קושיות המהרי"ט והוא דאף דמגלגל עליה שבועה שלא תזנה מ"מ הא אם עברה לאחר שבועתה וזינתה דאין זה מקרי רק עוברת על שבועה דלהבא.

ע"כ שותה וחוזרת ושותה משום דאז תהיה שבועתה על העבר. ולא מבעיא לשיטת הסוברים לחלק בין שבועה בלהבא לשבועה לשעבר לענין שיהיה חשוד לעדות ולשבועה כמבואר בסי' ל"ד סעי' ה' ובסי' צ"ב סעי' ב'.

ואף להחולקים וס"ל דנעשה חשוד אף בעובר על שבועה דלהבא וכמבואר כ"ז בשבועות (דף מ"ו) בתוס' והרא"ש שם. מ"מ הא כתב הרא"ש בגיטין דמ"מ אין עונש של העובר על שבועה דלהבא חמור כמו עונש שבועה בלעבר.

א"כ שפיר משבעינן שנית להסוטה משום דאז תהיה עונשה מרובה ביותר. ואתי שפיר אף לשיטת הרמב"ם הל' טוען ונטען פ"ב ה"ב שכתב המ"מ שם דס"ל דאין לחלק גבי חשוד בין עובר על שבועה להבא לבין עובר על שבועה לשעבר.

מ"מ א"ש מה שפסק הרמב"ם כר"מ דמגלגל בשבועת סוטה שלא תזנה ואפ"ה פסק שותה וחוזרת ושותה משום דבמה דתשתה שנית ותשבע אז יהיה אז עונשה מרובה ביותר מן מה שעברה על שבועה דלהבא מעיקרא: והנה לעיל בסי' פ"ז סעי' ט"ז שנים שנתעצמו בדין ונשבעו שלא יטענו אלא האמת כו' י"א שאינו נפטר בשבועה הראשונה.

הג"ה וי"א דאם נשבעו תחלה בנק"ח כו' א"צ לחזור ולשבע אלא מזכירין לו אותה שבועה. ועיין שם סעיף ל"ד ובש"ך ס"ק פ'.

אכן הסביר נותנת דאף לשיטת הסוברים גבי חשוד דאין לחלק בין שבועה דלהבא לשעבר. עכ"ז פיון דכתב הרא"ש דעונש השבועה בלעבר מרובה יותר מן עונש שבועה דלהבא.

ע"כ הדין נותן גבי שבועת הדייגין דאינו יוצא ע"י שבועה דלהבא משום דהא עונש שבועה בלעבר חמור ביותר וע"כ יכול הבע"ד להשביעו בשבועה לשעבר. אכן אף להסוברים גם גבי שבועת הדייגין דיוצא ידי חובתו אף בשבועה דלהבא דאף דעונש שבועה בלעבר חמורה ביותר מ"מ יוצא גם בשבועה דלהבא מ"מ שאני סוטה דנפקא להו מקראי דשותה וחוזרת ושותה כמבואר בסוטה (דף י"ט) די"ל דהטעם הוא דכיון דעונש בלעבר חמורה ע"כ ציונותה התורה לשתות שנית ואין אנו צריכין לומר דזהו גזה"כ משום די"ל הטעם פנ"ל: ג (שם סעיף ב') נקרא חשוד מי שנשבע לשקר כו'.

ונה לשון התוס' בב"ק (דף ק"ח ע"א) ד"ה ותרי כפילי מחמת שנעשה פסול בשבועה שני' משעה שנמצא שקרן בראשונה אין לפוטרו משום דחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמפסל כדמוכח בשבועות (דף מ"ה) דקתני ושכנגדו חשוד על השבועה ומשמע ה"מ דמדרבנן הוא וכיון דמה"ת שבועתו שבועה מחייב כפל עכ"ל.

ולכאורה דבריהם צ"ע במש"כ דמשמע ה"מ דמדרבנן הוא דמנלן להו זה דאין זה מה"ת דהא אין שום משמעות שם להוכיח פן: ענף א והנלע"ד בכוננתם ע"פ מש"כ התוס' בכתובות (דף פ' ע"א) ד"ה ישבע כמה הוציא כו' דבכל הנה נשבעין ונוטלין דשבועות

(דף מ"ה) לא תשיב אלא אותם שצריך להשמיענו דנוטלין דאי לאו דאשמועינן ה"א דאף בשבועה אינן נוטלין כו' אבל הנהו דחשיב בהדי הבא ליפרע מיתומים אי לאו דאשמועינן ה"א דנוטלין בלא שבועה מחמת השטר לא תשיב להו התם והלשון מוכיח פן כו' עכ"ל.

ועיין בב"מ (דף ל"ד ע"ב) תוס' ד"ה שמה יוציא כו'. ובכתובות (דף פ"ז ע"ב) תוס' ד"ה ואלו נשבעין כו'.

ובב"מ (דף ה' ע"א) תוס' ד"ה שפנגדו כו' וא"ת מ"ש דבחדש על השבועה שפנגדו נשבע ונוטל אמאי לא אמרינן מתוך שאיל"מ וי"ל דאי אמרינן משלם לא שבק חיי כו' ועוד דהתם כו'. א"כ לתירוץ קמא של התוס' דס"ל בכל חשוד על השבועה דכיון דאינו יכול לישבע ה"ל כמו פל מחושואיל"מ דמשלם ע"פ דין רק חז"ל הטילו שבועה על שפנגדו אבל מן הדין משלם בל"ש.

ולפ"ז תקשה איך תשיב להך דחשוד על השבועה א' שבועת העדות וא' שבועת הפקדון כו' בכלל הנהך דנשבעין ונוטלין רפ"ז דשבועות והא מן הדין הוא דחשוד על השבועה משלם משום מחושואיל"מ רק מה שפנגדו נשבע הוא מצד התקנה א"כ לא ה"ל למיתני זה התם כפי דבריהם בכתובות.

ומזה הוכיחו התוס' דחשוד על השבועה לא מיפסל אלא מדרבנן אבל מה"ת יכול לישבע א"כ עיקר חיוב התשלומין בחשוד הוא רק מדרבנן ולכן שפיר מונה להך דחשוד על השבועה א' שבועת העדות כו' בהנהך נשבעין ונוטלין משום דהא דינו מה"ת להיות נשבע ונפטר ואף בנשבע מכבד לשקר עכ"ז יכול לישבע עכשיו ולהפטר רק מדרבנן הוא דמיפסל לשבועה.

ולכן שפיר כתבו התוס' שם דכיון דמה"ת שבועתו שבועה מחייב פסל. וי"ל דזהו משום דהך מימרא דתרי פפלי רב פפא אמר זה שם בב"ק.

ור"פ הא ס"ל בשבועות (דף ל"א) דמשחק בקוביא פיון דמה"ת מיחזא חזי כו' אזלינן בתר דאורייתא ע"כ שפיר ס"ל פאן דכיון דמה"ת שבועתו שבועה ע"כ חייב פסל. ויש להאריך בזה.

וכן ראיתי בהר"נ ובחידושי הרשב"א לשבועות רפ"ז שהקשו ג"כ אמאי תני לחשוד על השבועה בהנהך נשבעין ונוטלין הא מה"ת משלם משום מחושואיל"מ ע"ש. וזהו פועל מה שכתבתי בכוננת התוס' דמזה הוכיחו פן: וע"פ דברי התוס' הלז יש לתרץ מה שיש להקשות בשבועות (דף ל"ב) דאמר אב"י הפל מודים בשפנגדו חשוד על השבועה ופריך דחשוד מאן כו' ולימא ליה מי ימר דמשתבעת כו'.

וקשה הא יש לומר דאב"י ס"ל פשיטת ר"פ דס"ל דאזלינן בתר דאורייתא פנ"ל. וכיון דמה"ת הוי פל חשוד כמו פל מחושואיל"מ פנ"ל ורק מדרבנן הטילו שבועה על שפנגדו.

א"כ שפיר חייב ק"ש משום דאזלינן בתר דאורייתא ומאי פריך הגמ' וכן ראיתי באו"ת סי' צ"ב ס"ק י' שהקשה פן. ומצאתי בחידושי רשב"א לשבועות (דף ל"א) שהקשה פן.

אכן לפי שיטת התוס' דחשוד על השבועה לא מיפסל רק מדרבנן אין מקום לקונשיא הג'ל דהא מה"ת יכול החשוד ליטבע ולהפטור. וי"ל דבאמת לפי תירוץ א' של התוס' ב"מ (דף ה') הג'ל נסייעתם דס"ל דכל חשוד דיינינן ליה דה"ל מחושואיל"מ דיהנה מוכח לפ"ז פשיטת התוס' בב"ק דחשוד על השבועה לא מיפסל אלא מדרבנן.

דאל"כ תקשה הך דשבועות דפריה הש"ס בפשיטות דמי ימר דמשתבע פנ"ל. ולשיטת הרשב"א בחידושו לשבועות (דף ל"א) דהקשה פן ונשאר בצ"ע וכן לפי מה שהקשה הרשב"א ברפ"ז דשבועות דאיך תני לחשוד על השבועה בהנה נשבעין ונוטלין הא מה"ת חייב החשוד לשלם דה"ל מחושואיל"מ.

ומשמע מזה דס"ל להרשב"א דחשוד מיפסל מה"ת לשבועה. ולפ"ז תקשה עליו קושיות התוס' בב"ק (דף ק"ח) הג'ל דהא מיפטר מן הפסל משום שנעשה פסול בשבועה שנייה משעה שנמצא שקרן בראשונה.

וי"ל דהרשב"א אגיל לשיטתו דבחי' הרשב"א לב"ק (דף ק"ח) הקשה ג"כ זה ותי' בשם הראב"ד תי' אחר ע"ש. ע"כ אין הרכח אליביה להוכיח פשיטת התוס' בב"ק הג'ל.

וכן י"ל לשיטת הר"נ רפ"ז דשבועות שהקשה ג"כ דאיך תשיב שם הך דחשוד פנ"ל. ונתבאר על נכון שיטת התוס' בבבא קמא (דף ק"ח) בהוכחתם מן הא דשבועות ריש פ"ק ז' דחשוד על השבועה לא מיפסל אלא מדרבנן: והתוס' בב"מ (דף ה' ע"ב) ד"ה דחשוד אממונא כו' פתבו דגזלן לא מיפסל לשבועה אלא מדרבנן ולעדות הוא דפסול מה"ת משום אל תשת רשע עד.

ולשיטת הר"י יהודה חסיד שם משמע דגזלן מיפסל לשבועה מה"ת. והדעת נוטה כמש"כ התוס' בתירוץ קמא דגזלן לא מיפסל לשבועה אלא מדרבנן משום דהא קי"ל דחשוד לדבר א' אינו חשוד לדבר אחר ונדקא לעדות מיפסל אף דלא הוי רק חשוד לדבר אחר משום גזה"כ דאל תשת רשע עד וכמש"כ התוס' והרא"ש בבכורות (דף ל"ו ע"א) ד"ה אימר דא"ר מאיר כו'.

והנה התוס' בכתובות (דף י"ח ע"ב) ד"ה ובכולי בעי כו' פתבו ג"כ בשם הר"י חסיד דגזלן מיפסל מן הדין לשבועה פיון שהוא גזלן ונדאי וי"מ דגזלן פשר לשבועה מה"ת כו' וא"ת ומ"ש דלעדות פסול כו' ולשבועה פשר וי"ל כו' שפ"ל העולם נדעזע כו' נעוד כו'.

וכעין זה פתבו התוס' בב"מ (דף ה') ד"ה דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא דהטעם משום דשבועה חמורה שהעולם נדעזע כו'. ובאמת לולי דבריהם יש לומר בפשיטות דאינו קשה מן עדות דהא חזינו דלדינא קי"ל דחשוד לדבר א' אינו חשוד לדבר אחר רק בעדות שאני מגזה"כ דאל תשת רשע כו' וכמש"כ בשם התוס' בכורות הג'ל.

והש"ף יו"ד סי' קי"ט ס"ק י"ח פתב פן בקצרה, וכ"כ הרשב"א בתשובה סי' ת"ל ות"פ"ו והובא בבית יוסף ליו"ד סי' קי"ט ע"ש. ולפ"ז לא היו צריכים התוס' לומר הטעם דלכן חשוד אממונא לא חשוד אשבועתא משום דשבועה חמורה שהעולם נדעזע כו'.

אָלאַ י"ל בלא"ה דְּכִינּוּן דְּחֲשׂוּד לְדָבָר אֶחָד אֵינּוּ חֲשׂוּד לְדָבָר אַחֵר. א"כ הָכָא דְּאִיסוּר גְּזֵל וְאִיסוּר שְׂבוּעַת שְׁקָר הֵם שְׁנֵי אִיסוּרִים מְחֻלְקִים ע"כ שְׁפִיר אָמְרוּ דְּחֲשׂוּד אֲמֻמּוֹנָא לֹא חֲשׂוּד אֲשְׁבוּעַתָּא וְרַק מְדַרְבְּנָן מִיְפְסָל גְּזֵלָן לְשְׂבוּעָה.

וּבְדְרוּשׁ וְחֲדוּשׁ לְרַע"א זצ"ל בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף י"ח) תּוֹס' ד"ה וּבְכוּלֵי כו' פְּתַב ג"כ דִּישׁ לְחַלֵּק דְּשֵׁאנֵי עֵדוּת דְּלֹא הָאֲמִינַתֶּם הַתּוֹרָה לְעַנְנָן מָמוֹן וְכַהֲנָה כ"ז שְׁאִינָם מְנַקִּים מְעוֹן וְשֵׁאנֵי שְׂבוּעָה דְּבָא לְפִטוּר א"ע ע"ש.

וַיֵּשׁ לְכוּיִן דְּבָרֵיו דְּלִזְהָ נִתְפַּוּיִן ג"כ הֲרִשְׁבֵי"א בְּתַשׁוּבָה שְׁהוּבָא בְּבֵית יוֹסֵף לִיז"ד ס' קי"ט בְּדְבָרֵיו הַקְּצָרִים ע"ש: עֲנָה ב וְאֶפְשָׁר לומר דְּהַתּוֹס' הַנּוֹצְרָכוּ לומר הַטַּעַם דְּלִכְּוֹן חֲשׂוּד אֲמֻמּוֹנָא לֹא חֲשׂוּד אֲשְׁבוּעַתָּא מִשּׁוּם דְּשְׂבוּעָה חֲמוּרָה שְׁהָעוֹלָם נִזְדַּעְזַע כו'.

דאל"כ תִּקְשָׁה אֲלִיבָא דר"מ דס"ל חֲשׂוּד לְדָבָר אֶחָד חֲשׂוּד לְכָל הַתּוֹרָה פְּנֻלָה פְּמִבְּנֹאָר בְּבִכּוּרוֹת (דָּף ל"ה). דא"כ אֲלִיבָא דר"מ תִּקְשָׁה דְּאִיָּה אָמְרוּ לְהִנָּף נִשְׁפָּעִין וְנוֹטְלִין דְּקִשָּׁה דְּנִימָא מִיָּגוּ דְּחֲשׂוּד אֲמֻמּוֹנָא חֲשׂוּד אֲשְׁבוּעַתָּא כְּמוֹ דְּמִקְשָׁה הַגַּמ' ב"מ (דָּף ו' ע"א) דְּהָא דְּתַנִּי ר' חֲזִיָּא שְׁנֵינָהֶם נִשְׁפָּעִין וְנוֹטְלִין תִּקְשָׁה דְּנִימָא מִיָּגוּ דְּחֲשׂוּד אֲמֻמּוֹנָא כו' וְעֵינֵין בְּתוֹס' שָׁם ד"ה דְּתַנִּי ר"ח כו'.

וּבְשְׂבוּעוֹת (דָּף מ"ה) בְּמִשְׁנֵה דרפ"ז דְּחֲשָׁב הֵתָם לְכָל הַנִּשְׁפָּעִין וְנוֹטְלִים וְכֵן חֲשׂוּד שְׁפָנְגָדוּ נִשְׁפָּע וְנוֹטֵל וְאח"ז תַּנִּי הֵתָם הֵיוּ שְׁנֵינָהֶם חֲשׂוּדִים חֲזַרָה שְׂבוּעָה לְמִקּוּמָה ור"מ אומר יְחֻלּוּקוּ וְעֵינֵין לְקַמְן (דָּף מ"ז ע"א).

דְּמִשְׁמַע דְּהִיכָא דְּלֹא הִיָּה שְׁפָנְגָדוּ חֲשׂוּד מוֹדָה ר"מ דְּנִשְׁפָּע וְנוֹטֵל. [וְכֵן מוּכַח מִכְּמָה דְּוֹכְחֵי דְּגַם לר"מ אָמְרִינָן לְהִנָּף נִשְׁפָּעִין וְנוֹטְלִין וְגַם סַתְּמֵי מִשְׁנֵה הוּא ר"מ וְהוּא בַר פְּלוּגְתִּיָּה דר' יְהוּדָה תְּמִיד כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף ל"ו ע"א) ד"ה וְאִם אֵי תָא כו'.

וְשָׁם בְּמִשְׁנֵה דרפ"ז דְּשְׂבוּעוֹת נִזְכָּר שָׁם כְּמָה פְּעָמִים דְּבָרֵי ר' יְהוּדָה בְּכָלֵל דְּהִנָּף נִשְׁפָּעִין וְנוֹטְלִין ע"ש א"כ בְּנוֹדָאֵי מוּכַח מִזֶּה ג"כ דר"מ ס"ל ג"כ דִּישׁ לְדוֹן לְנִשְׁפָּעִין וְנוֹטְלִין [וְקַצְרֵתִי]. וְתִקְשָׁה אֲלִיבָא דר"מ דס"ל חֲשׂוּד לְדָבָר א' חֲשׂוּד לְכַה"ת דְּנִימָא מִיָּגוּ דְּחֲשׂוּד אֲמֻמּוֹנָא חֲשׂוּד אֲשְׁבוּעַתָּא דְּאָף דְּהוּי שְׁנֵי אִיסוּרִים מְחֻלְקִים עכ"ז הָא הוּי חֲשׂוּד לְכַה"ת.

וְלִכְּוֹן הַנּוֹכְרָחוּ הַתּוֹס' לומר הַטַּעַם דְּשְׂבוּעָה חֲמִירָא שְׁהָעוֹלָם נִזְדַּעְזַע כו' וע"כ ל"ע א"ש דְּלֹא אָמְרִינָן מִיָּגוּ דְּחֲשׂוּד אֲמֻמּוֹנָא כו'. וְהָא דְּגִזְלָן מִיְפְסָל לְשְׂבוּעָה זְהוּ מְדַרְבְּנָן כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּתִירוּץ א': וְהַעֲקָר מַה שְׁנִלְע"ד דְּלִכְּוֹן הַנּוֹכְרָחוּ הַתּוֹס' לומר הַטַּעַם דְּחֲשׂוּד אֲמֻמּוֹנָא לֹא חֲשׂוּד אֲשְׁבוּעַתָּא מִשּׁוּם דְּשְׂבוּעָה חֲמוּרָה כו'.

דאל"כ יֵשׁ מְקוּם לְדוֹן דְּנִימָא מִיָּגוּ דְּחֲשׂוּד אֲמֻמּוֹנָא הִיָּה חֲשׂוּד אֲשְׁבוּעַתָּא דְּאָף דְּהֵם שְׁנֵי אִיסוּרִים נִפְרָדִים. עכ"ז הָא פְּתַב הַבֵּית יוֹסֵף בִּיז"ד סוֹף ס' קי"ט לְהוֹכִיחַ מִבְּכּוּרוֹת (דָּף ל') דְּאָמְרוּ חֲשׂוּד עַל הַשְּׂבִיעִית אֵינּוּ חֲשׂוּד עַל הַמַּעֲשָׂרוֹת כו' וְאָמְרוּ מֵאֵי טַעְמָא כו' וְלֹא אָמְרוּ הַטַּעַם דְּהָא הוּי שְׁנֵי אִיסוּרִים מְחֻלְקִים וְהַעֲלָה לְתַרְזֵי דְּכִינּוּן שְׁפָלָם הֵם בְּדָבָר מֵאֲכָל אָף שְׁהֵם אִיסוּרִים מְחֻלְקִים מ"מ אָמְרִינָן דְּאִם נִחְשָׁד עַל אִיסוּר אֶחָד נִחְשָׁד גַּם עַל אִיסוּר אַחֵר.

אָבֵל אַם הֵם אֵינָן מִן עֲנָנִים אֶחָד אֲזֵי אָמְרוּ דְנִחְשָׁד עַל אִיסוּר א' אֵינּוּ נִחְשָׁד עַל אִיסוּר אַחַר כְּמוֹ הָא דְמוֹמָר לְעֵרְלוֹת אֵינּוּ חֲשׂוּד עַל שְׁחִיטָה כִּינּוּן שְׁהֵם שְׁנֵי עֲנָנִים נִפְרָדִים לְגַמְרֵי ע"ש בְּבֵית יוֹסֵף.

וּכ"כ הַב"ח שָׁם וְהַט"ז לִי"ד ס' קי"ט ס"ק ח' וְהַש"ף שָׁם ס"ק י"ב בְּקֶצֶרָה. וּלפ"ז י"ל דַּה"ה בְּמִי שֶׁנִּחְשָׁד עַל אִיסוּר גְּזֵל לְפִי שְׁתַּאֲנוֹת הַמָּמוֹן מְעַבְּירוּ א"כ מִמִּילָא נִחְשָׁד ג"כ לְשִׁבוּעַת שְׁקָר שְׁיִמְלֵא תַּאֲנוּתוֹ לְמַעַן אֶהְבֵּת הַמָּמוֹן וְלְגִזּוֹל מִן חֲבִירוֹ כִּינּוּן שֶׁהַכֹּל הוּא עֲנָנִים א' בְּתַאֲוֹת הַמָּמוֹן.

ע"כ שְׁפִיר יֵשׁ לוֹמֵר בְּזֶה חֲשׂוּד עַל מָמוֹן חֲשׂוּד עַל שְׁבוּעַת שְׁקָר לְמַעַן אֶהְבֵּת הַמָּמוֹן. וְרַק לְפִי שְׁשִׁבוּעָה חֲמוּרָה שֶׁהָעוֹלָם נִזְדַּעַזַע כּו' אָמְרוּ דְחֲשׂוּד אֲמִמוֹנָא לֹא חֲשׂוּד אֲשִׁבוּעָתָא מַה"ת.

וְרַק מְדַרְבְּנָן פְּסָלוֹ לְמִי שֶׁהוּא גְּזֵל וְנִדְאֵי שְׁמִיפְסָל לְשִׁבוּעָה. כֵּן יֵשׁ לוֹמֵר בְּמָה שֶׁהוֹצֵרְכוּ הַתּוֹסֵף לוֹמֵר הַטַּעַם דְּשִׁבוּעָה חֲמוּרָה כּו'.

אָבֵל בְּקוֹנְשֵׁייתָם דַּמ"ש מַעֲדוֹת לוּלֵי דְבְּרִיהֶם י"ל כַּמֶּש"כ לְעֵיל: וְשִׁיטַת הַר"י חֲסִיד דְּגִזְלוֹן פְּסוּל מַה"ת לְשִׁבוּעָה. וִי"ל דְּטַעְמוֹ דַּס"ל כַּמֶּש"כ דְּכִינּוּן דְּהוּא הַכֹּל בְּעֲנָנִים תַּאֲוֹת הַמָּמוֹן ע"כ שְׁפִיר אָמְרִינּוּ דְחֲשׂוּד אֲמִמוֹנָא חֲשׂוּד אֲשִׁבוּעָתָא וְרַק בְּמִי שֶׁלֹּא הִנְחִיזוּ לְפָנֵינוּ בְּגִזְלוֹן גָּמוּר אֲזֵי שְׁפִיר י"ל דִּיקְלָא ע"י שְׁבוּעָה יִפְרוֹשׁ מִהַגְּזֵל וְכַמֶּש"כ הַר"י חֲסִיד לְחֻלְקָא כּו'.

וְעוֹד יֵשׁ לְהַסְבִּיר בְּיֹתֵר שִׁיטַת הַר"י חֲסִיד ע"פ הָא דְמַבְּנֵאָר בִּי"ד ס' ב' סְעִיף ג' דְחֲשׂוּד לְאַכּוֹל גְּבִלוֹת אִף שֶׁנִּשְׁבַּע שֶׁשַׁחַט בְּסַפִּין יִפָּה אֵינּוּ נֶאֱמָר וְכֵן מַבְּנֵאָר בִּי"ד ס' קי"ט סְעִיף ח' וְהַטַּעַם הוּא לְפִי שֶׁכָּבֵר חֲשׂוּד הוּא לְעַבְּוֹר עַל הַשְּׁבוּעָה שֶׁמִּן שְׁבַע מַהֵר סִינֵי.

וְמָה שֶׁהִקְשָׁה הַט"ז בְּס' ב' ס"ק ו' כָּבֵר תִּירֵץ זֶה הַנִּקְה"כ שָׁם וְכַפִּי שֶׁבִּינֵי הַיֵּטֵב הַתְּבוּאוֹת שׁוֹר בְּס' ב' ס"ק י"ב דְּמַקְרִי חֲשׂוּד לְאוֹתוֹ דְּבָר כִּינּוּן דְּהַסְפִּים לְאַכּוֹל גְּבִלוֹת לְתַאֲנוּתוֹ גָּמַר בְּלִבּוֹ לְעַבְּוֹר אִיסוּר זֶה אִף שֶׁיִּתְלַוְנָה אֵלָיו אִיסוּר חֲמוּר כְּשִׁבוּעָה וְכִיּוֹצֵא בּוֹ כּו' וְגַם כִּינּוּן דְּאֵין לָנוּ לְסַמְּוֵה רַק עַל שְׁבוּעָתוֹ לְחֹדֵד דְּחִינּוּן לָהּ אֶפְיָלוֹ ע"י עֲבִירַת מִן שְׁבַע וְעוֹמֵד כּו' ע"ש בַּתב"ש שֶׁהָאֵרִיף בְּזֶה.

א"כ י"ל דַּה"ה בַּנ"ד כִּינּוּן שֶׁכָּבֵר גְּזֵל פְּעַם אֶחָד וּמִשׁוּם תַּאֲנוֹת מָמוֹן עֲבַר עַל אִיסוּר גְּזֵל ע"כ חִיּוּשֵׁינּוּן דְּאִף שֶׁנִּשְׁבַּע ג"כ יַעֲבֹר אִף שֶׁיִּתְלַוְנָה לוֹ אִיסוּר חֲמוּר דְּהָא כָּבֵר הוּא מִן שְׁבַע מַהֵר סִינֵי ע"ז.

וְלִכֵּן לֹא מִהֵנִי בְּחֲשֵׁשׁ זֶה הַשְּׁבוּעָה שָׁלוֹ וּמַקְרִי שְׁפִיר חֲשׂוּד לְאוֹתוֹ דְּבָר וְכַמֶּש"כ הַנִּקְה"כ וְהַש"ף שָׁם. וְכ"כ הַשֵּׁמ"ק בַּב"מ (דָּף ה' ע"ב) ד"ה מִיגוֹ דְחֲשׂוּד אֲמִמוֹנָא בְּשֵׁם הַר"ת וְהַרְמַב"ן וְז"ל דְּכִינּוּן שֶׁכָּבֵר גְּזֵל פְּעַם אֶחָד וְעַכְשָׁיו אֵנּוּ חוֹשְׁשִׁים שְׁמָא הוּא שׁוֹנָה בָּהּ וְנִעֲשִׂית לּוֹ כְּהִיתֵר וּמִשׁוּם שְׁבוּעָה לֹא מִיִּמְנַע שֶׁהָרִי בְּשִׁבִיל חוֹמֵר שְׁבוּעָה זוֹ לֹא יִחְזִיר מָמוֹן שֶׁגְּזֵל בְּרַאשׁוֹנָה כּו' אָבֵל זֶה שֶׁלֹּא גְּזֵל פְּעַם אַחֲרַת אֵלָא שֶׁעַכְשָׁיו אֵנּוּ חוֹשְׁשִׁים כּו' אָבֵל כִּינּוּן דְּטַעַם טַעְמָא דְאִיסוּרָא וּפְקָר בְּמָמוֹנָא חֲשִׂיד אֲשִׁבוּעָתָא עַכ"ל הַשֵּׁמ"ק.

וְכ"כ הַרִיטְב"א בַּב"מ (דָּף ה' ע"א) בַּד"ה הַהוּא רְעֵיָא כּו' בְּשֵׁם הַר"ת דְּכֹל שֶׁגְּזֵל פְּעַם אַחַת אֵין מוֹסְרִין לוֹ שְׁבוּעָה דְכָשֵׁם שֶׁגְּזֵל וְטַעַם טַעְמָא דְאִיסוּרָא כְּפִי יִשְׁבַּע לְשְׁקָר כּו'.

וכ"כ הנ"י פריש ב"מ שם בשם הר"ת ונהו כמש"כ דזה דומה לדברי הרשב"א והרמב"ן דביו"ד סי' ב' וסי' קי"ט דחשוד אינו נאמן אף בשבועה משום דמקרי חשוד לא"ד.

א"כ מדברי הר"י חסיד מוכח דס"ל ג"כ פשיטת הרשב"א והרמב"ן הנ"ל. ואפשר דהרמב"ן אגיל לשיטתו כפי שכתב השמ"ק בשמו בב"מ פנ"ל.

ולפי תירוץ א' של התוס' בב"מ דגזלן לא מיקסל לשבועה מה"ת א"כ חזינו דס"ל דחשוד נאמן בשבועה ולא הוי חשוד לשבועה. א"כ ה"ה יש לומר דאף בחשוד לאכול נבלות דמ"מ אם נשבע ששחט בסכין יפה נאמן משום דדינו כמו חשוד לד"א דאינו חשוד לדבר אחר.

ואפשר לומר דכמו דתקנו חז"ל דגזלן מיקסל לשבועה מדרבנן לממונא והוי חשוד על השבועה מדרבנן לממונא דה"ה אף באיסורא י"ל דהוי חשוד מדרבנן שלא לסמוך עליו ע"י שבועתו.

[א"כ מן דברי הש"ע ביו"ד סי' ב' וסי' קי"ט הנ"ל אין הכרע להוכיח פדברי הר"י חסיד הנ"ל]. וגם יש לומר דלא שייך בזה לומר איסורא מממונא לא ילפינו כעין מש"כ הש"ך ביו"ד סי' קי"ט ס"ק כ"א והנקה"כ בסי' ב' ס"ק ו'.

משום דהא גיזל בתר טעמא דהא עיקר הטעם דאין מוסרין שבועה לחשוד זהו משום חשש חילול ה' כמש"כ הסמ"ע ס"ק כ"א דחז"ל תקנו פן לשיטת הסוברים דכ"ז הוא מדרבנן. א"כ ה"ט שייך פן אף באיסורין דאין מוסרין לו שבועה ואף בנשבע מעצמו ג"כ א"נ מה"ט פיון דלא הנה רשאי לכתחלה להיות נשבע ששחט בסכין יפה.

ולכן אף דנימא פהסוברים דפסול גזלן הוי רק מדרבנן לשבועה ג"כ א"ש פסק הש"ע בפיו"ד סי' ב' וסי' קי"ט הנ"ל. ועיין בדברי חמודות בכורות פ"ה סי' ט"ז: ענה ג ולפי מה שנתבאר שיטת הר"י חסיד דס"ל דגזלן מיקסל לשבועה מה"ת דזהו משום דמקרי חשוד לאותו דבר.

א"כ יש לדון בזה דהיכא דלא הוי פסולו משום איסור גזל רק שארי עבירות כמו חילול שבת ויו"ט ולבישת פלאים וכיוצא בו די"ל בזה דאף דנפסל לעדות מה"ת עכ"ז לשבועה ינהי פשר משום דדוקא לעדות דחידית רחמנא אל תשת רשע עד פנ"ל.

אבל בכה"ת פולה הא קיי"ל חשוד לדבר אחד אינו חשוד לכה"ת א"כ ינהי פשר לשבועה. וכן משמע מן דברי הרשב"א בתשובה שהובא בפיו"ד סי' קי"ט בבית יוסף שכתב בזה"ל וחסוד אממונא למ"ד חשוד אשבועה שא"ה דהוי כחשוד לאותו דבר פיון דעבר משום ממון עכ"ל.

הרי שכתב הטעם דהוי כחשוד לא"ד פיון דעבר משום ממון. דמשמע דהיכא דלא הוי עבירת ממון פשר לשבועה.

וכן כתב התבואות שור בסי' ב' ס"ק י"ב דמתשובת הרשב"א הלז משמע דס"ל דלא מיקסל לשבועה פי אם בחשוד על עבירת ממון דה"ל כחשוד לא"ד ול"ד לעדות דפסלה תורה פל עובר עבירה ואין להאריך בזה פאן עכ"ל התב"ש.

אָכּוּן בַּטּוּר וּשׁ״ע סְעִיף ג' מְבֹאָר דָּאָף אוֹכֵל גְּבֻלוֹת וְכִינְצָא בָּהֶם כּו' וּכ"כ וְכֵן הַפְּסוּל לְעֵדוּת מִחֻמַּת עֲבִירָה כּו' דְּמִשְׁמַע דַּס"ל דָּאָף בְּעִבְרָה שְׂאִינוּ שֶׁל גְּזֵל מְמוֹן חֲבִירוֹ ג"כ מִיְפְסָל לְשִׁבוּעָה פִּינּוֹן דְּמִיְפְסָל לְעֵדוּת וּכ"כ הָרַמְבַּ"ם פ"ב ה' טוּעֵן ה' ב' בּוּזָה"ל וְכֵן פֶּל הַפְּסוּל לְעֵדוּת כּו' פֶּגוּן בְּעֲלֵי רַבִּית וְאוֹכְלֵי גְבֻלוֹת כּו'.

וְזֶה לְשׁוֹן הַמ"מ שֵׁם ד"ה וְכֵן פֶּל הַפְּסוּל לְעֵדוּת כּו' וְכַתֵּב רַבִּינוּ פֶּל הַפְּסוּל לְעֵדוּת וּפְשׁוּט הוּא שֵׁאֵע"פ שְׁלֵא נִשְׁנוּ פְּנֻלָם בְּמִשְׁנֵתֵינוּ הַדִּין שְׁנוֹה בָּהֶם עַכ"ל הַמ"מ. הָרִי שְׁכַתֵּב הַמ"מ לְהִקְדִּיף דְּהַדִּין שְׁנוֹה בָּהֶם דְּכָל מִי שְׁפָסוּל לְעֵדוּת דְּמִיְפְסָל לְשִׁבוּעָה.

וּדְבָרָיו מְוַכְרְחִין מִמַּש"כ הָרַמְבַּ"ם בְּלִשׁוֹן פֶּל הַפְּסוּל לְעֵדוּת כּו' וְגַם נִקֵּט אוֹכְלֵי גְבֻלוֹת. וְאָף דְּכַתֵּב רַש"י בְּסִנְהֶדְרִין (דָּף כ"ז) ד"ה ה"נ אוֹכֵל גְּבֻלוֹת לְתַאֲבֹוֹן דְּמִשְׁוִים מְמוֹן קַעֲבִיד כּו'.

מ"מ אֵין זֶה מִין א' עִם חֲשׁוּד עַל מְמוֹן חֲבִירוֹ לְגִזְלוֹ. וְדוֹקָא אִם הֵם פְּנֻלָם בְּעִנְיַי מְאָכֵל וְכַדוּמָה.

בְּזֶה כַּתֵּב הַבֵּית יוֹסֵף בִּי"ד ס' קי"ט בְּסוּפּוֹ דָּאָף דְּהָיִי אִיסוּרִים מְחַוְלָקִים נְחָשֵׁב כְּאִיסוּר א' כּו'. אָבֵל מִן תַּאֲנוֹת מְאָכֵל אִיסוּר וְתַאֲנוֹת גְּזֵל מְמוֹן חֲבִירוֹ הֵם שְׁנֵי עִנְיָנִים נִפְרָדִים וְחֲשׁוּד עַל א' אֵינוֹ חֲשׁוּד לַד"א פְּנ"ל.

רַק לְעִנְיַן פְּסוּלֵי עֵדוּת לְרַבָּא פֶּל מַה שְׁעוֹבֵר לְהַנְאֹתוֹ הָיִי בְּכָלֵל עַד חֲמָס כַּמַּש"כ הַתּוֹס' בְּסִנְהֶדְרִין (דָּף ט' ע"ב) ד"ה לְרִצּוֹנוֹ כּו' דָּאָף בְּבִיאַת אִיסוּר פִּינּוֹן שְׁעוֹבֵר לְהַנְאֹתוֹ הָיִי כְּמוֹ רִשְׁעָה דְּחֲמָס ע"ש. וְכֵן כַּתֵּב הַמְרָדְכֵי פ"ח דב"ק דְּהַמְגִּבִּיהַ יָדוּ עַל חֲבִירוֹ מִיְפְסָל לְשִׁבוּעָה וְהוּבָא בַּסַּמ"ע ס' ל"ד ס"ק ז' וּבַבְּאָר הַגּוֹלָה שֵׁם ס"ק יו"ד וּבְס' צ"ב ס"ק ו'.

הָרִי דָּאָף בְּעִבְרָה שְׂאִינוּ שֶׁל גְּזֵל ג"כ מִיְפְסָל לְשִׁבוּעָה וְעֵינּוּ בְּרַמְבַּ"ם וְטוּש"ע לְקַמֵּן סְעִיף י"ד אִם לְקַה חוֹזֵר לְכַשְׁרוֹתוֹ כּו'. וְזֶהוּ בְּאִיסוּר שְׂאִינוּ בְּמְמוֹן פִּיְדוּעַ.

וְעֵינּוּ בְּמַהְרָשֵׁ"א לַב"מ (דָּף ה' ע"ב) תּוֹס' ד"ה בְּלֵא דְּמִי כּו' שְׁכַתֵּב דְּכָל הַפְּסוּל לְעֵדוּת פְּסוּל לְשִׁבוּעָה מִיֵּהַת מְדַרְבְּנָן עַכ"ל: אָף כ"ז צָרִיף בִּיאוֹר דְּמַאֲיָזָה טַעַם אָמְרוּ דְּכָל מִי שְׁפָסוּל לְעֵדוּת יִהְיֶה פְּסוּל לְשִׁבוּעָה.

וְרֵאִיתִי בַּתב"ש ס' ב' ס"ק י"ב שְׁכַתֵּב דְּשִׁבוּעַת מְמוֹן יְלַפִּינָן מִן עֵדוּת דְּכִי הֵיכִי דְּפִסְלָה תּוֹרָה לְעֵדוּת מְמוֹן אָף בְּעוֹבֵר עַל שׁוּם עֲבִירָה ה"נ לְשִׁבוּעָה כּו' עַכ"ל. אָבֵל בְּאַמַּת אֵין זֶה דוּמָה לְעֵדוּת דְּכַתֵּב רַחֲמָנָא אֵל תְּשֵׁת רִשְׁעָה עַד מַשֵּׂא"כ בְּשִׂאָרֵי אִיסוּרִים דְּקִי"ל חֲשׁוּד לַד"א אֵינוֹ חֲשׁוּד לַכַּה"ת וְכַמַּש"כ הַתּוֹס' בְּכוֹרוֹת (דָּף ל"ו ע"א) ד"ה אֵימֵר דַּא"ר מְאִיר כּו' וְהָרַא"ש פ"ה שֵׁם ס' ח'.

וּבַתְּשׁוּבַת הָרַשְׁבַּ"א ס' ת"ל וְתַרפ"ו שְׁהוּבָא בְּבֵית יוֹסֵף לִי"ד ס' קי"ט שְׁכַתֵּב כְּעֵין זֶה וּבְשִׂאָף יו"ד ס' קי"ט ס"ק י"ח וּבַשֵּׂא"ד. וְעֵינּוּ בְּתוֹס' ב"מ (דָּף ה') ד"ה דְּחֲשִׁיד כּו' בַּמַּש"כ בְּתִירוֹץ א' שֵׁם.

וּכְבָר כַּתֵּבְתִי לְעִיל מַה שְׁיֵישׁ לְהַעִיר בְּדְבָרֵי הַתּוֹס' בְּכַתְּנוּבוֹת (דָּף י"ח) ד"ה וּבְכוּלֵי בְּעֵי כּו' שְׁהַקְשׁוּ וּמ"ש דְּלְעֵדוּת פְּסוּל וְלְשִׁבוּעָה כְּשֵׁר. דְּהָא לְדִינָן דְּקִי"ל חֲשׁוּד לְדְבָר אַחַד אֵינוֹ חֲשׁוּד לְכָל הַתּוֹרָה אִם כֵּן הָא לָא יְלַפִּינָן לַכַּה"ת מִן עֵדוּת.

ואפשר לומר לפי מש"כ לעיל די"ל דמה דהנצרכו התוס' בב"מ לומר הטעם דלכן חשיד
אממונא לא חשיד אשבועתא משום דשבועה חמורה לפי שגזעזעו כו'. פדי דיהיה א"ש
אף אליבא דר"מ דס"ל חשוד לדבר א' חשוד לכה"ת וכמש"כ לעיל בארנפה.

א"כ י"ל דמה"ט א"ש מה שהקשו התוס' דמ"ש שבועה מן עדות דאין לומר דשאני עדות
דחזית רחמנא משא"כ בשארי איסורים דקיי"ל חשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת. דזה
אינו מספיק דהא אפתי תקשה לר"מ דס"ל חשוד לד"א חשוד לכה"ת א"כ מפני מה
אמרינן אליבין' דר"מ ג"כ דחשוד אממונא לא חשוד אשבועה והתוס' קוצרו בזה פדמצינו
כ"כ בכ"ד.

כן יש לדחוק בכוננת התוס' דכתובות. וראיתי בעיר שושן סי' צ"ב סעי' א' שכתב
דהחשוד אין משביעין אותו כו' דהתורה פסלה רשע להיות עד משום שצריכין להשביעו
שלא יעיד שקר פדכתיב ושמע קול אלה וכיון שהוא רשע לא יחוש לשבועת קול אלה
ויעיד שקר לפיכך אין משביעין אותו כו' עכ"ל הע"ש.

והובא בסמ"ע ס"ק א' וכתב הסמ"ע דלא ידעתי מי הכריחו לזה אבל י"ל דהע"ש נצרך
לזה לפי דהיה קשה לו דמאיזה טעם אמרו דחשוד לעבור איזה עבירה יהיה פסול
לשבועה דהא קיי"ל חשוד לד"א כו' פנ"ל.

וע"ז תירץ לפי דזה גופא דרשע מיפסל לעדות זהו לפי דנפסל לשבועה וכ"כ הע"ש ה"ט
מדנפשי': אבל באמת בעיקר דבריו הם דחוקים כמש"כ הסמ"ע לתמוה עליו וזהו נגד
דברי התוס' ב"מ וכתובות הנ"ל שכתבו דחשוד שהוא גזלן פשר מה"ת לשבועה אף
לעדות מיפסל.

הרי שאין הטעם כמש"כ הע"ש. דעיקר פסול רשע להעיד הוא משום שגחשד על שבועת
שקר ואף להתירוץ של הר"י חסיד דס"ל דגזלן מיפסל מה"ת לשבועה ג"כ הא נתבאר
דעיקר טעמו משום דמקרי פמו חשוד לא"ד וגם הא הוי מןשבע מהר סיני פמו בהא
דיו"ד סי' ב' וסי' קי"ט גבי חשוד שגשבע ששחט בספין יפה פנ"ל.

וע"כ אינו מוכח מן הר"י חסיד לומר הטעם של הלבוש. אף בלא"ה דבריו הם דחוקים.
והעיקר מה שנ"ל דלכן כתבו הפוסקים לדינא דכל מי שהוא פסול לעדות אף בעבירה
שאינה של' ממון דמיפסל לשבועה. דאין זה מה"ת רק מדרבנן וכמש"כ התוס' בתירוץ
א' בב"מ וכתובות כעין זה דגזלן לא מיפסל לשבועה רק מדרבנן וה"ה בשארי פסולי
עדות.

ולמדו זה מהא דחזינו דגזלן מיפסל לשבועה. וע"כ הטעם דרבנן תקנו לדמות דין חשוד
לשבועה דיהי' דומה לפסולי עדות.

א"כ ה"ה בשארי פסולי עדות דהשוו חז"ל אותן להדדי כמש"כ המ"מ פנ"ל. ולפ"ז יהיה
מוכח מן הרמב"ם והטוש"ע דס"ל כתי' א' של התוס' דפסול גזלן הוי מדרבנן משום דאי
נימא כשיטת הר"י חסיד דנפסל מה"ת א"כ קשה מנלן להו דכל פסולי עדות הם פסולים
לשבועה הא מן פסול גזלן אינו מוכח דהא י"ל שאני פסול גזלן דהוי פמו חשוד לא"ד

ומיפסל מה"ת א"כ מנזלן למילף לךל פסולי עדות שאינן משום איסור גזל שינפסלו לשבועה.

[והא דמשחמי בקוביא ומלנה ברבית ומפריחי יונים שאני דכינן דהם באיסור גזל אף דהוי רק מדרבנן מ"מ דינם פמו. כל גזלן גמור דמיפסל מן הדין לשבועה].

ובנודאי אין סברא לחדש מדעתנו ולומר שינפסלו לשבועה מצד תקנת חז"ל כ"ז דלא מצינו שתקנו כן בפירושו. וכבר כתבתי דמן דברי הרשב"א בתשובה משמע דס"ל באמת דעל עבירה שאינה של גזל ממון חבירו דלא נפסל לשבועה וכמש"כ התב"ש בסי' ב' ס"ק י"ב.

ולכן נראה לי להוכיח מן דברי הטוש"ע ונהרמב"ם וש"פ הנ"ל דס"ל לדינא דאף גזלן גמור לא נפסל מה"ת לשבועה משום דגם בזה יש לדון דחשוד על דבר א' לא נחשד לכה"ת. ומש"כ בשם הרשב"א והנקה"כ ביו"ד סי' ב' דמקרי חשוד לא"ד ומחמת דהוי מושבע מהר סיני כו'.

באמת זה דוחק דהא חשוד על הקל אינו חשוד על החמור כמבואר בכ"ד: וכבר כתבתי לעיל דלדינא אין להוכיח מן הא דיו"ד סי' ב' וסי' קי"ט דכתבו דחשוד שגשבע ששחט בספין יפה א"נ דיהיה מוכח מזה פשיטת הר"י חסיד.

דזה אינו הוכחה די"ל דכינן דחז"ל תקנו דחשוד לעבירה מיפסל לשבועה א"כ משום הטעם דתקנו כן לפי דיש חילול ד' בזה. א"כ ה"ט שייך ג"כ באיסור.

דהדין הוא דאין אנו רשאים להניחו ליטבע וע"כ אף בעבר ונשבע א"נ אכל לעולם י"ל דעיקר פסולו הוא רק מדרבנן. וכינן דס"ל לדינא דאף גזלן גמור לא נפסל מה"ת לשבועה רק מדרבנן.

הרי דחזינו דהשוו חז"ל פסול שבועה לפסולי עדות דפסולין מה"ת. א"כ ילפינן מזה דה"ה בשארי פסולין שאינו משום חשש גזל וכיצא דמ"מ פינן דפסולין לעדות דה"ה דנפסלין לשבועה.

וכמש"כ התב"ש בסי' ב' ס"ק י"ב בקצרה דילפינן פסולי שבועה מן פסולי עדות דנפסלין אף בעובר על שארי עבירות שאינן של ממון רק שכ"כ בקצרה. וי"ל דכוננתו דמצד תקנת חז"ל דיינינן כן משום דילפינן זה מן פסול גזלן כנ"ל.

וכמש"כ המהרש"א לב"מ (דף ה' ע"ב) בתוס' ד"ה בלא דמי כו' וכמש"כ לעיל בשמו. ובירושלמי ב"מ פ"א הלכה א' במראה הפנים ד"ה סליקו הן דרב כו' כתב דיש להסתפק בדעת הרמב"ם בפ"ב מטוען אם ס"ל דגזלן פסול לשבועה מה"ת או מדרבנן.

ועיין בשבועות פ"ז ה"ד ד"ה החשוד בשבועה כו' מש"כ מזה. אכן לפי מה שכתבתי יש להוכיח מן הרמב"ם דפסק דמשונינן כל פסולי עדות דנפסלין ג"כ לשבועה.

דמוכח מזה דאף גזלן גמור לא נפסל אלא מדרבנן דאל"כ מנזלן דהנה פלל תקנת חז"ל שיהיה דומין פסולי שבועה לפסולי עדות כנ"ל: ענף ד ויש להסביר כ"ז ביתר ביאור דהמראה הפנים בב"מ שם כתב דלמאן דס"ל חשוד אממונא לא חשוד אנשבעתא אף גזלן גמור לא מיפסל לשבועה אלא מדרבנן כמש"כ התוס' בב"מ (דף ה') לתי' א' דאלו

לְאַבְיֵי דַס"ל דְחָשׁוּד אֲמֻמּוֹנָא חָשׁוּד אֲשׁוּבוּעָתָא נִרְאָה דַס"ל דְגִזְלֵן גְּמוּר מִיַּפְסָל מַה"ת
וְע"כ אַף כ"ז דְלֹא נוֹדַע פְּסוּלוֹ בְּנוֹדָאֵי ג"כ יֵשׁ לְדוֹן מִיָּגוּ דְחָשׁוּד אֲמֻמּוֹנָא חָשׁוּד אֲשׁוּבוּעָה
וּלפ"ז יֵשׁ עוֹד חִילוּק בֵּין אַבְיֵי לְדַר' יוֹחֲנָן ע"ש.

וְעֵינָן מִזֶּה בְּמַהְרָ"ם שִׁיף לַב"מ (דָּף ו' ע"א) ד"ה וְאַלְא הָא דַאר"נ כו' וּבפ"י לַב"מ (דָּף
ג') בְּתוֹס' ד"ה בְּכוּלֵי בְּעֵי כו'. וְלִכְּנֹן לְפִי מַה שֶׁהַעֲלָה הַמַּרְאָה הַפְּנִים שָׁם דְמוּכַח מִן
הַרְמַב"ם פ"ט מְטוּעֵן דַס"ל דְלֹא פְּאַבְיֵי אֲלֵא כְרִיו"ח דְלֹא אֲמַרִינָן מִיָּגוּ דְחָשׁוּד אֲמֻמּוֹנָא
חָשׁוּד אֲשׁוּבוּעָתָא ע"ש.

וְלִכְּנֹן שִׁפִּיר י"ל דְמִזֶּה הוֹכִיחַ הַרְמַב"ם דְכָל פְּסוּלֵי עֲדוּת נִפְסְלוּ לְשִׁבוּעָה מִשׁוּם דְמִדְמִינָן
אוֹתָם לְהַדְדֵי כְּמוֹ דְחִזְינָן בְּגִזְלֵן דְנִפְסָל לְשִׁבוּעָה רַק מְדַרְבְּנָן. וְע"פ דְבַרֵי הַמַּרְאָה הַפְּנִים
א"ש דְבַרֵי הַרְשָׁב"א בְּתוֹשִׁבָה ס' ת"ל דְהוּבָא בְּבֵית יוֹסֵף לִי"ד ס' קי"ט שֶׁפְּתַב דְדוֹקָא
בְּעֲדוּת שְׁצָרִיף עֲדִים כְּשָׂרִים בְּזֶה נִפְסְלוּ רְשָׁעִים אֲבָל בְּאַיְסוּרֵינָן שְׁאָף עֶבֶד וְשִׁפְחָה
כְּשָׂרִים ע"כ אַף חָשׁוּד לְדָבָר אֲחָד כְּשֶׁר לְדָבָר אַחֵר כו' וְחָשׁוּד אֲמֻמּוֹנָא לְמ"ד חָשׁוּד
אֲשׁוּבוּעָתָא שֶׁא"ה דְהוּי פְּחָשׁוּד לֹא"ד פִּינָן דְעֵבֵר מִשׁוּם מְמוֹן עכ"ל הַרְשָׁב"א שָׁם: וְכַתֵּב
לְחַלֵּק עַל נִכּוֹן דַמ"ש עֲדוּת מִן כַה"ת וּכְקוֹשְׁיֹת הַתוֹס' פְּתוּבוֹת (דָּף י"ח ע"ב) וְתִירָץ
דְשֶׁאֲנֵי עֲדוּת דְבְּעֵינָן עֲדִים כְּשָׂרִים וְעֶבֶד וְשִׁפְחָה פְּסוּלִים שָׁם וְכֵן קְרוּבִים וְכִיּוֹצֵא בָהֶם
נִפְסְלוּ לְעֲדוּת וּכ"כ גְּזֵרָה תוֹרָה דְרָשָׁע לַד"א פְּסוּל לְעֲדוּת וְאִין מוֹצִיאִין מְמוֹן ע"י עֲדוּתוֹ
וְעֵינָן בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק ס' ל"ד סְעִיף כ"ו עֲנָף ב' מִזֶּה.

מִשֶׁא"כ בְּאַיְסוּרֵינָן דָּאָף עֶבֶד וְשִׁפְחָה כְּשָׂרִים וּכ"כ בַע"ד כְּשֶׁר וְנֶאֱמָן ע"ז וְאִין צְרִיכִים
לְהַעֲיֵד שָׁם בְּתוֹרַת עֲדוּת. [וְזֶהוּ כְּעֵין דְבַרֵי רַע"א זצ"ל בְּדְרוֹשׁ וְחַדוֹשׁ לְפְתוּבוֹת (דָּף י"ח
ע"ב) לְתַרְץ קוֹשְׁיֹת הַתוֹס' שָׁם וְהוּבָא לְעִיל].

וְאִח"ז הַקְּשָׁה הַרְשָׁב"א דְחָשׁוּד אֲמֻמּוֹנָא לְמ"ד חָשׁוּד עַל שִׁבוּעָה קוֹשָׁה דְהָא חָשׁוּד לַד"א
אִינּוּ חָשׁוּד לַד"א וְתִירָץ דְשֶׁא"ה דְהוּי פְּחָשׁוּד לֹא"ד כו'. וְלִכְּאוּרָה קוֹשָׁה דְהָא ה"ל
לְהַרְשָׁב"א לְהַקְשׁוֹת בְּיוֹתֵר אֲלִיבָא דַכ"ע דְאַמְאֵי גִזְלֵן מִיַּפְסָל לְשִׁבוּעָה פִּינָן דְחָשׁוּד לַד"א
אִינּוּ חָשׁוּד לַכַה"ת.

אֲכֹן לְפִי דְבַרֵי הַמַּרְאָה הַפְּנִים הַנִּזְ"ל אִישׁ מִשׁוּם דְלָמ"ד דְחָשׁוּד אֲמֻמּוֹנָא אִינּוּ חָשׁוּד
אֲשׁוּבוּעָתָא א"ש מִשׁוּם דִי"ל דְגִזְלֵן לֹא מִיַּפְסָל אֲלֵא מְדַרְבְּנָן וְע"כ לֹא דָנוּ פֶן אֲלֵא בְּמִי
שֶׁהוֹחֲזֵק לָנוּ בְּנוֹדָאֵי גִזְלֵן מְכַבֵּר אֲבָל לוֹמֵר עֵי"ז מִיָּגוּ דְחָשׁוּד אֲמֻמּוֹנָא כו' לֹא אֲמַרִינָן
וּכְמַש"כ הַשִּׁמ"ק בַב"מ (דָּף ה') לְהַסְבִּיר זֶה.

אֲכֹן לְמ"ד דְמִיָּגוּ דְחָשׁוּד אֲמֻמּוֹנָא חָשׁוּד אֲשׁוּבוּעָתָא דְזֶהוּ מַה"ת דָּאֵי ס"ל דְעֵיקְרוּ אִינּוּ
אֲלֵא מְדַרְבְּנָן א"כ אִיף אֲמַרִינָן מִיָּגוּ דְחָשׁוּד כו' וּלפ"ז תִּקְשָׁה הָא חָשׁוּד לַד"א אִינּוּ חָשׁוּד
לַכַה"ת וְע"ז תִּירָץ הַרְשָׁב"א דַס"ל לְהַפ"ד דְשֶׁא"ה דְהוּי פְּחָשׁוּד לֹא"ד כו'.

א"כ מִן דְבַרֵי הַרְשָׁב"א הוּי סִייעָתָא לְדְבַרֵי הַמַּרְאָה הַפְּנִים דְכַתֵּב דְעֵיקְרֵהּ מִקְלָתָא אִי
גִזְלֵן פְּסוּל לְשִׁבוּעָה מַה"ת אוֹ לֹא זֶה תְלוּי בְּפִלּוּגְמַת רִיו"ח וְאַבְיֵי אִי אֲמַרִינָן מִיָּגוּ דְחָשׁוּד
אֲמֻמּוֹנָא כו'.

וְאַפְשָׁר לוֹמֵר דָּאָף דְמִשְׁמַע מְהַרְשָׁב"א דְדוֹקָא בְּעֵבִירַת גִּזְלֵן נִפְסָל לְשִׁבוּעָה מִשׁוּם דְהוּי
פְּחָשׁוּד לֹא"ד וּכְמַש"כ הַתַּב"ש בַּסִּי' ב' ס"ק י"ב לְהוֹכִיחַ פֶן מְהַרְשָׁב"א. עכ"ז י"ל

דְּהַרְשָׁבִי אֶת כְּתוּבָה בְּרַק לְמַדְדֵי דְסַלְדֵי דְמִיגוּ דְחָשׁוּד אֶמְמוֹנָא חָשׁוּד אֶשְׁבוּעָתָא דְלִדְיָדִי הָא
דְּגִזְלוּ פְסוּל לְשְׁבוּעָה זְהוּ מַה"ת וְע"כ אֵין לְנוּ הוֹכְחָה דְהִיָּה תְקַנְתָּ חַז"ל לְדַמּוֹת פְּסוּלֵי
לְשְׁבוּעָה לְפְסוּלֵי עֵדוּת.

אֲבָל לְמַאן דְסַלְדֵי דְהִלְכָה פְּסוּלָא דְסוּגְיָא דְב"מ (דָּף ה') דְלֵא אֶמְרִינן מִיגוּ דְחָשׁוּד אֶמְמוֹנָא
כו' וּלפ"ז מוֹכַח דְסַלְדֵי דְגִזְלוּ מִפְּסוּל מְדַרְבְּנָן. א"כ כְּמוֹ דְחַזְוִינן דְתַקְנּוּ פֶּן בְּפְסוּלֵי גִזְלוּ
לְדַמּוֹתֵם לְפְסוּלֵי עֵדוּת ה"ה דְתַקְנּוּ פֶּן בְּכָל פְּסוּלֵי עֵדוּת דִּינְפְּסוּלוּ לְשְׁבוּעָה.

ע"כ מִן הַרְשָׁבִי אֵין הִכְרַח לֹמַר דְסַלְדֵי לְדִינָא דְלֵא יִנְפְּסוּלוּ לְשְׁבוּעָה רַק פְּסוּל גִּזְלוּ. דִּי"ל
דְסַלְדֵי כְּמַדְדֵי דְלֵא אֶמְרִינן מִיגוּ דְחָשׁוּד אֶמְמוֹנָא וְכַמְש"כ הַמ"פ לְהַרְמַב"ם פְּנ"ל.

וְע"כ לְדִינָא אֵין הִכְרַח כ"כ לְהוֹכִיחַ פֶּן מְהַרְשָׁבִי אֵין גַּם הַתְּב"ש שֶׁם כְּתוּב דְמִשְׁמַע קֶצֶת
כו' ע"ש: וְנִתְבָּאָר דְכָל פְּסוּלֵי שְׁבוּעָה שְׂאִינֵם עֲבִירַת גִּזְלוּ וְכִיּוּצָא בּוּ פִּינן דְלֵא הָוֵי שְׁל
מְמוֹן א"כ פְּסוּלֵם אֵינּוּ אֶלָּא מְדַרְבְּנָן.

אִף גִּזְלוּ יֵשׁ בּוּ פְּלִגְתָּת רַאשׁוֹנִים אֵי לֵא מִפְּסוּל אֶלָּא מְדַרְבְּנָן אוּ כְּשִׁיטַת הַר"י חֲסִיד
וְסִייעָתוֹ דְמִפְּסוּל מַה"ת. וְעַכ"ז לְדִינָא פְּתַבְתִּי דְמוֹכַח מִן דְבְּרֵי הַטּוֹש"ע וְהַרְמַב"ם דְסַלְדֵי
דְלֵא מִפְּסוּל אֶלָּא מְדַרְבְּנָן.

אִף אִם פְּסוּל מִחֲמַת שְׁנִשְׁבַּע פְּכָר לְשִׁקָּר. בְּזַה הַדִּין הוּא לְשִׁיטַת הַתּוֹס' דְב"מ (דָּף ה')
וּבְכַתְּוֹבוֹת (דָּף י"ח) דְלִכּוֹן גִּזְלוּ לֵא מִפְּסוּל אֶלָּא מְדַרְבְּנָן מִשׁוּם דְשְׁבוּעָה חֲמוּרָה שְׁנִדְעוּעַ
כו' אוּ מִשׁוּם דְבְּשְׁבוּעָה יֵשׁ בָּהּ שְׁנֵי לְאוּי כְּמַש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת שֶׁם בְּסוּפוֹ.

א"כ הִיכָא דְנִשְׁבַּע פְּכָר ש"ש וּבְכַפִּירַת מְמוֹן בְּזַה הַדִּין הוּא דְמִפְּסוּל לְשְׁבוּעַת מְמוֹן מַה"ת
גַּם הָוֵי חָשׁוּד לֵא"ד. וְהָא דְשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"ז ע"א) הִיָּה א' מְהֵן מְשַׁחַק בְּקוּבָיָא כו' הָא
תּוּ ל"ל תְּנָא פְּסוּלָא דְאוּרִייתָא וְקַתְנֵי פְּסוּלָא דְרַבְּנָן.

י"ל דְפְּסוּלָא דְאוּרִייתָא הִיָּינוּ פְּסוּל ש"ש דְקַתְנֵי שֶׁם מְקוּדָם וּפְסוּלָא דְרַבְּנָן הָוֵי מַאי דְתַנִּי
שֶׁם הִיָּה א' מְשַׁחַק בְּקוּבָיָא כו' וּבְאַמַּת ה"ה אִף פְּסוּל גִּזְלוּ גְמוּר ג"כ לֵא מִפְּסוּל אֶלָּא
מְדַרְבְּנָן לְשִׁיטַת תּוֹס' בְּתִי א' רַק דְתַנִּי מְשַׁחַק בְּקוּבָיָא לְרַבּוּתָא כו'.

אֲכַן שִׁיטַת הַתּוֹס' בְּב"ק (דָּף ק"ח ע"א) ד"ה וְתַרִי כְּפִילֵי כו' דְהוּבָא לְעֵיל דְסַלְדֵי דְאִף
חָשׁוּד עַל הַשְׁבוּעָה לֵא מִפְּסוּל אֶלָּא מְדַרְבְּנָן. וְלְשִׁיטַתֵּם תְּקַשָּׁה מְהָא דְשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"ז)
דְאָמְרוּ תְּנָא פְּסוּלָא דְאוּרִייתָא וְהָא אֵין שֶׁם שׁוּם פְּסוּלָא דְאוּרִייתָא.

וְאִף בְּנִשְׁבַּע שְׁבוּעַת הַפְּקָדוֹן דְחֲמוּרָה מְשְׁבוּעַת הַעֵדוּת וּמַכְש"כ מְשְׁבוּעַת שְׁוֵא פְּמִבְּנָאָר
בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף ל"ז). [וְעֵינן מְזַה בְּאוּ"ת סִי' ע"ה ס"ק כ"ד].

ג"כ מְשַׁמַּע מְהַתּוֹס' ב"ק הַנִּזְלֵי דְסַלְדֵי דְלֵא מִפְּסוּל אֶלָּא מְדַרְבְּנָן דְהָא הַתָּם מִיָּרֵי הַתּוֹס'
בְּנִשְׁבַּע שְׁבוּעַת הַפְּקָדוֹן לְשִׁקָּר וְאִפ"ה כְּתוּבוּ דְלֵא מִפְּסוּל אֶלָּא מְדַרְבְּנָן. וִי"ל דְהַתּוֹס'
פְּרָשׁוּ לְהָא דְאָמְרוּ תְּנָא פְּסוּלָא דְאוּרִייתָא הַכּוּנָה דְהָוֵי פְּסוּלִים לְעֵדוּת מַה"ת.

וְעֵינן בְּמַרְאֵה הַפְּנִים בִּירוּשְׁלָמֵי לְב"מ פ"א ה"א ד"ה סְלִיקוּ כו' וּבְשְׁבוּעוֹת פ"ז ה"ד מְזַה.
וְלְכַאוּרָה י"ל דְמְזַה הַסּוּגְיָא יְהִיָּה סִיעָתָא לְדְבְרֵי הַתּוֹס' דְחָשׁוּד שְׁנִשְׁבַּע לְשִׁקָּר מְכַבֵּר
אֵינּוּ גְפְּסוּל רַק מְדַרְבְּנָן דַּל"כ תְּקַשָּׁה מַאי פְּרִיָּה הַמְקַשָּׁה הָא תּוּ ל"ל אִטּוּ לֵא יָדַע דִּישׁ
לְחַלֵּק דְשְׂאֵנֵי פְּסוּלֵי דְרַבְּנָן.

אכן לדבריהם א"ש פיון דגם בעבר ונשבע לשקר ג"כ אינו פסול אלא מדרבנן א"כ ממילא מדתני חשוד שנשבע לשקר ידעין דיש דין לחשוד גבי שבועה כמו פסולי עדות דתקנו חז"ל לדמותם להדדי וע"כ מקשה הא תו ל"ל.

וע"ז משני תנא פסולא דאורייתא כו' היינו דה"א דרק בפסולי עדות דאורייתא ראו לדמותן אבל לא בפסולי עדות מדרבנן. לכן תני משחק בקוביא כו' להורות דגם בפסולי עדות דרבנן מדינן אותם מצד תקנת חז"ל וכמש"כ המ"מ פנ"ל: ולכאורה יש להעיר דהא המ"מ הגמ' לומר דלכן תני הנה משחק בקוביא כו' להורות דאע"פ שאינו חשוד לא"ד ואלו מהא דתני א' שבועת העדות כו' ה"א דדוקא התם דהוי חשוד לא"ד כו'.

אכן לשיטת הר"י חסיד ולדברי הרשב"א בתשובה שהובא בב"י ליו"ד סי' קי"ט דגם חשוד על ממון מקרי חשוד לא"ד א"ש מה דהוכרח לתרץ תני פסולי דרבנן כו' ויש להאריך בכ"ז. ולשיטת התוס' דב"מ וכתובות דמוכח דס"ל דחשוד שנשבע לשקר מיפסל מה"ת לשבועה ופליגי על שיטת התוס' בב"ק.

ותרצו הסוגיא דב"ק דהתם פפי שפתב הרשב"א בחי' ובשמ"ק שם: ענף ה ובאמת עיקר דברי התוס' דב"ק דכתבו דאף מי שנשבע לשקר מכבר לא מיפסל מה"ת לשבועה. צ"ע דהא הוי חשוד לאותו דבר ומבואר בכמה דוכתי דחשוד לא"ד איבד נאמנותו מן א"ד לכ"ע היכא שהוא נוגע בדבר להנאתו א"כ דבריהם אינם מובנים לכאורה.

ונראה לענ"ד להסביר דבריהם והוא דבענן חשוד שאינו נשבע יש בו שני טעמים. טעם אחד פיון דעיקר חיוב שבועה הוא לברר הספק שנולד לנו ע"י טענותיהם היכא שהטילה התורה עליו שישבע והאמינתו התורה ע"י שבועתו ולכן היכא דהוי חשוד על השבועה א"כ לא הני שום פירור לנו מן שבועתו פיון דהוי חשוד לא"ד ואיבד נאמנות שלו שיכול להיות שישבע לשקר בשביל הנאתו להרוויח ממון.

ולכן אמרו בחשוד על השבועה שישבע שפנגדו ויטול משום דלא מהני שבועת הבע"ד בזה. ולפי טעם זה יש לדון היכא דהתובע מתרצה שישבע הנתבע ומאמינו אף שהוא חשוד א"כ אז מחוייב החשוד הנתבע לישבע פפי החיוב שהטילה התורה עליו ואף דבאמת לא הוי פירור גמור לפנינו מן שבועתו מ"מ פיון שהתובע מתרצה מחוייב הנתבע לישבע וגם יכול להיות שמחמת אימת השבועה יפרוש עכשיו ולא ישבע לשקר ויחזור ממה שנשבע לשקר מכבר.

וכה"ג עוד ענינים רבים שיכול להיות וישלם ולא ישבע לשקר. ויהיה איה שיהיה פיון שהתובע מתרצה שישבע הנתבע החשוד א"כ מחוייב לישבע.

ובאמת מצינו עוד טעם שני על מה שאין חשוד נשבע משום חשש חילול ה' שיש לחוש שישבע לשקר. ובאמת מה"ט אף אם התובע מתרצה שישבע הנתבע ג"כ אין אנו מניחין לו כמבואר ברמב"ם ה' טוען פ"ב הל' א' ובטוש"ע סעיף א' וכמש"כ הסמ"ע ס"ק א' בשם המ"מ דלכן אף באמר התובע אקבל שבועתו אין שומעין לו משום שהוא נחשד שיוציא ש"ש מפיו לשקר יש חילול השם בדבר: ויש לומר דעיקר הך מילתא דאמרו דאם התובע מתרצה שישבע הנתבע חשוד דאין שומעין לו דזהו רק מדרבנן משום דמה"ת אין לנו לחוש פיון דהנתבע טוען פרי לי שהנני נשבע באמת.

[נעיין בהר"נ ספ"א דע"ג במש' דל"ע ליפא התם וקצרת]. א"כ אין אנו יכולין למחות בידו.

רק דרבנן תקנו דלא ישבע משום חשש חילול ד' וכמש"כ המ"מ להוכיח פן מהש"ס. ונעיין בלח"מ שם ובביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ב' וקצרת.

וגם מצינו בפרדכי פ' שבועת הדיינים שהביא בשם רשב"ט דס"ל דאם התובע מבקש שישבע חשוד הנתבע דיכולין להשביעו והובא באו"ת סוף ס"ק יו"ד. ולכן אף דרבו החולקים על הרשב"ט וכן קי"ל לדינא דאין שומעין להתובע.

עכ"ז י"ל דאין זה רק מדרבנן ולא מה"ת ואפוא פלוגתא לא מפשינן. ולפ"ז אתי שפיר דברי התוס' בב"ק (דף ק"ח) שכתבו דאע"ג שישבע לשקר מפקר ונעשה פסול בשבועה שניי' מ"מ פיון דמה"ת שבועתו שבועה מחייב כפול.

הפנונה פיון דמה"ת אם רצה התובע שישבע החשוד מחייב החשוד לישבע א"כ מקרי הך שבועה שניי' בשם שבועת הדיינים לחייבו כפול. [נעיין בב"ק (דף ק"ו) ובתוס' ב"ק (דף ס"ב ע"ב) ד"ה יצאו קרקעות כו' דבעינו שבועת הדיינין לחייבו כפול.

וקפץ ונשבע לא מהני לזה]. ולכן אף דמקרי חשוד לא"ד ואיבד נאמנותו אף ע"י שבועתו.

מ"מ מתחייב כפול ע"י שבועתו פיון דמחייב מה"ת לישבע אם רצה התובע. ואף דמן תקחז"ל אינו נשבע.

מ"מ אזלינן בטר דאורייתא וכמש"כ לעיל דכיון דהסוגיא דב"ק מייירי אליבא דר"פ ור"פ הא ס"ל בשבועות (דף ל"א) דאזלינן בטר דאורייתא: ועדיין יש לדון בזה לפמש"כ לעיל לבאר פנונת התוס' דכתבו דמוכח בשבועות (דף מ"ה) דמה"ת שבועתו שבועה ולא מופסל וזהו מהא דקתני חשוד בכלל נשבעין ונוטלין דאל"כ הא הוי מה"ת בכלל מתוך שאיל"מ כו' וכמש"כ לעיל בארנקה.

וע"פ תירוצ קמא של התוס' וכמש"כ לעיל. ואי נימא דגם התוס' מודו דשבועת חשוד שישבע לשקר פיון דהוי חשוד לא"ד דלא מהני שבועתו לברר הספק שנולד ע"י טענותיהם.

א"כ אפתי תקשה דאיך חשב להך דחשוד בכלל נשבעין ונוטלים מדרבנן הא הך חשוד חייב מה"ת לשלם פיון דאינו יכול לברר ע"י שבועתו את הספק שהטילה התורה עליו לישבע. א"כ יש לדון בזה מתוך שאינו יכול לישבע ולברר את הספק הוי מחושואיל"מ מה"ת.

ולכן נראה לי להוכיח מדברי התוס' דב"ק הלז דס"ל דשבועה שהטילה תורה עליו לא הוי לברר הספק. אלא כדמצינו בירושלמי שבועות פ"ד ה"א ובסנהדרין פ"ג ה"ט גבי שבועת הפקדון דזהו משום שמצונו להפיסו להתובע ויש להאריך הרבה בפ"י הירושלמי דשם.

יכעין זה אי' בתמורה (דף ג' ע"ב) דשבועת ד' הוא לפייס את חבריו ע"ש. [נהא דכתובות (דף פ"ז) דאמרו גבי שבועת ע"א דשבועה זו מדרבנן כדי להפיס דעתו כו' ובריש פ"ז דשבועות אין זה ענגן לנ"ד וקצתתי].

וביותר מצינו בב"ק (דף ק"ו) דאמר רב נשבע ואח"כ באו עדים פטור שנא' ולקח בעליו כו' פיון שקבלו הבעלים השבועה פטור. הרי דאמר בזה לשון שקבלו בעלים שבועה וזהו מורה ג"כ פעין מה דאמרו בירושלמי דשבועה בא להפיס דעתו של התובע דזה הוי פצוי להתובע שיש לו חיוב שבועה על הנתבע שמחוייב לילף ולישבע ואם ישבע לשקר יהיה עליו עונש ש"ש ע"כ הוי זה כמו תשלומי ממון לפייסו.

וקא היכא דבאו עדים לאחר שבועתו לא שנייה לומר דהיה שבועתו מצד בירור הענגן דהא בנודאי שני עדים נאמנים ע"פ דין לברר לשלשקר נשבע ורק עיקר הטעם של רב הוא פיון שעי"ז הוי התובע מפייס ומה שיהיה עונש ש"ש על הנתבע זהו חשוב במקום תשלומין.

רק בהודה מעצמו לשלשקר נשבע הוי גזה"כ דחייב קרן וחומש משא"כ בעדים. ואף דלא קייל פ"ל פ"ב בזה מ"מ אין לנו להרבות במחלוקת בעיקר דבריו די"ל דכ"ע ס"ל בזה פסברתו דהשבועה אינו בא לברר הספק רק דבא לפייס להתובע ומ"מ אם נשבע לשקר ס"ל לדינא דחייב משום דנתברר דלשקר נשבע אינו מפויים בזה פעין הא דאמרו בירושלמי ה"ל מפייסו על האמת ואינו מפייסו על השקר.

[ועפ"ז יש לדון הרבה בדברי רב וריו"ח דשם בירושלמי ובמה דס"ל לרב נשבע ואח"כ באו עדים פטור ואכמ"ל]. וכן הוא לשון שערי שבועות לרב אלפס שער הראשון בסופו ה"ו שאמרתי שיקבל התובע לקיחת השבועה במקום גבית ממון כדכתב כו' ולקח בעליו ולא ישלם הרי לקיחת השבועה במקום תשלומין ועיין במרדכי פ"ט דב"ק ואשר"י ואלפסי שם עכ"ל.

[ועיין בסי' פ"ז סעי' ל']. הרי שפכת ג"כ לדינא דחייב שעל התובע לישבע הוא במקום תשלומין ואף שהתובע צועק שידע לשלשקר נשבע ויש לו בירור ע"ז ע"י מגז' מ"מ אמרו דזהו חשוב במקום תשלומין ואף החולקים עליו וכדקיי"ל י"ל דמודו לזה ואין לנו להרבות במחלוקת.

יכעין זה אי' בב"מ (דף ל"ה ע"ב) גבי שבועת שומרים דשבועה זו הוא כדי להפיס דעתו של בעה"ב וגם בטענת פרי שנייה ש"ש לשיטת כ"פ: א"כ י"ל דזהו סברת התוס' בב"ק דכתבו דחשוד על השבועה הוי שבועתו שבועת הדנינים לחייבו פלפיון דמחוייב לישבע מה"ת ואף דלא מהני שבועתו בזה מצד בירור הענגן פיון דהוי חשוד לא"ד מ"מ חייב לישבע מצד שמחוייב לפייס את התובע כי אם ישבע לשקר ויהיה עליו עונש שבועה התמורה נחשב זה למקום תשלומין וגם אולי ע"ז יתרצה הנתבע לשלם ולכן הטילה עליו התורה חיוב שבועה.

ולכן לא הוי כל חשוד להיות דינו מה"ת כמו כל מתוך שאיל"מ לפי די"ל דכיון דרוצה החשוד לישבע סגי בשבועתו אף שלא יהא בירור ע"י שבועתו פיון דהוי חשוד לא"ד מ"מ חייב לישבע מה"ת ולפייס את התובע ע"ז.

וע"כ מה"ת לא הוי פל חשוד להיות בכלל מחושואיל"מ רק דרפנן תקנו שלא ישבע משום חשש חילול ד' ולכן שפיר חשב להך דחשוד על השבועה בכלל נשפיעין ונוטלין שלא מן דין תורה רק משום תקנת חז"ל.

והא דאמרו מתוך שאיל"מ כמו בשניהם חשודים דחזרה שבועה כו' זהו דוקא היכא שאינו יכול לישבע פלל אבל היכא דנשבע אף דלא הוי לנו בירור הענגן מ"מ סגי בזה כן הוא הספר דברי התוס' דב"ק על נכון.

ועפ"ז יש לדון בהא דח"מ סי' ל"ד סעי' כ"ז אם מצטרפין הבע"ד לפוסלו לאחר שישבע וכתב הסמ"ע שם ס"ק ס"ח דכיון דהאמינו התורה בשבועתו כו' ובבבאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק נ"ח. דלפמש"כ בשי' התוס' אין השבועה מצד נאמנותו של הבע"ד רק כדי דיהיה הבע"ד מפויס ע"י מה דיצטרף לילה ולישבע ויהיה עליו עונש רבתי אם ישבע לשקר.

ובאמת יש שם פלוגתא דרפננותא בזה: ענף ו והר"נ והרשב"א רפ"ז דשבועות שפכתו בקושיותם דשייך בחשוד לדון דהוי מחושואיל"מ כיון דאינו יכול לישבע ע"כ הוי מה"ת בר חיוב תשלומין.

א"כ לכאורה יש להוכיח דס"ל דחשוד אינו יכול לישבע מה"ת אף אם ירצה התובע משום חשש חילול ד'. אבל באמת אין לנו להרבות במחלוקת וגם הדעת נוטה דאין בזה איסור מה"ת בפרט דהא מצינו דעת הרשב"ט דהובא במרדכי פ"ו דשבועות דס"ל דאם ירצה התובע להשביע להנתבע דשומעין לו וכמש"כ לעיל וע"כ אין סברא לומר דהחולקים עליו יסברו דיש בזה איסור מה"ת.

וכן יש להעיר מהא דסנהדרין (דף ס"ג ע"ב) דאסור לאדם שיעשה שותפות כו' והתורה אמרה לא ישמע כו' ובתוס' שם ד"ה אסור לאדם כו' ובכורות (דף ב') ובאו"ח סי' קנ"ו ובבב"א שם ובח"מ סי' קע"ו סעי' נ"א ויו"ד סי' קמ"ז.

והנה לפי המבואר במ"מ פ' י' הל' מלכים ה"ז דכמה פוסקים ס"ל דכולם מוזהרים שלא לישבע לשקר. [ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ז' ענף ב' ובפרשת דרכים דרוש שלישי מזה].

א"כ היה להם לחוש שישבע לשקר כיון דהוי חשוד כו'. ועיין בח"מ סי' כ"ח סעי' ד' בט"ז שם.

אכן אי ניא דעיקר חשש זה אינו אלא מדרבנן א"ש משום דכיון דאינו רק מדרבנן ע"כ יש לחלק דלא תקנו זה רק ביישראל וקצת. ועיין בבשמים ראש סי' ר"ד בכסא דהרסנא שיהביא להמל"מ הנ"ל וכתב טעם אחר: ולכן נלע"ד לומר דעיקר סברת הרשב"א והר"נ שפכתו לדון בקושיותם בכל חשוד דמה"ת הוי כמו פל מתוך שאיל"מ.

משום דס"ל דעיקר חיוב שבועה שהטילה התורה הוא כדי לברר את הספק שזולד לנו וע"י השבועה האמינותו התורה כמש"כ הבית יוסף בח"מ סי' ל"ד בטור סעיף ל"ח בשם הרשב"א בתשובה וכתובה בתשובה להרמב"ן סי' ק"ט שנסאל ע"ז והשיב כיון

שְׁהֶאֱמִינְתוּ תוֹרָה לְהַכְחִישׁ ע"א שׁוֹב אֵין הָעֵד נֶאֱמַן לְפָנֶסְלוֹ כו' וּכ"כ הַסְּמ"ע בְּסִי' ל"ד ס"ק ס"ח.

וּי"ל דְּהַרְשָׁב"א אֲזִיל לְשִׁיטְתוֹ בְּזֶה פִּינּוֹן דְּס"ל דְּעֵיקָר שְׁבוּעָה הוּא לְבָרַר הַסְּפֵק וְע"י הַשְׁבוּעָה הֶאֱמִינְתוּ תוֹרָה לְבָרַר הַסְּפֵק ע"כ שְׁפִיר פָּתַב הַרְשָׁב"א בְּרַפ"ז דְּשְׁבוּעוֹת שְׁיִישׁ לְדוֹן בְּכָל חֲשׂוֹד פִּינּוֹן דְּאִינוּ נֶאֱמַן ע"י שְׁבוּעָתוֹ מְשׁוּם דְּהוּי חֲשׂוֹד לֹא"ד ע"כ מְמִילָא דִּינוּ כְּמוֹ כָּל מִתּוֹף שְׁאִיל"מ וְע"כ מֵה"ת זְכוּת בַּע"ד שְׁלוֹ לְהִיּוֹת נוֹטֵל מִמֶּנּוּ וְכֵן ס"ל לְהַר"נ שְׁם וְלָכֵן שְׁפִיר הֶקְשׁוּ שְׁם פֶּן.

וְכֵן יֵשׁ לְפָרֵשׁ שִׁיטַת הַר"י חֲסִיד דְּס"ל דְּגִזְלוֹן מִיְפָסֵל מֵה"ת כַּמְש"כ הַתּוֹס' בְּב"מ (דָּף ה') וּבִכְתוּבוֹת (דָּף י"ח) בְּשִׁמּוֹ דִּי"ל דְּס"ל ג"כ כַּמְש"כ בְּשִׁיטַת הַר"נ וְהַרְשָׁב"א דְּס"ל דְּשְׁבוּעָה הוּא לְבָרַר הַסְּפֵק וְכִינּוֹן דְּחֲשׂוֹד אֵין לוֹ נֶאֱמָנוֹת ע"כ שְׁפִיר י"ל דְּחֲשׂוֹד פִּינּוֹן דְּלֹא מְהַיְיָ שְׁבוּעָתוֹ לְבָרַר ע"כ הוּי מֵה"ת בְּכָלֵל מַחוּשׁוּאִיל"מ.

רַק חַז"ל תִּקְנוּ שְׁבוּעָה לְהַנּוֹטֵל מְשׁוּם דְּלֹא שְׁבִקְתָּ חַיִּי כו' וְכַמְש"כ הַתּוֹס' בְּב"מ (דָּף ה' ע"א) ד"ה שְׁפָנְגָדוֹ כו'. וְעַיִן בְּנו"ב מ"ת ח' ח"מ ס' ט' שְׁפָתַב לְהַשִּׁיג עַל הַב"ח דְּגַם לְתִירוּץ ב' שֶׁל הַתּוֹס' הוּי חֲשׂוֹד בְּכָלֵל מִתּוֹף שְׁאִיל"מ רַק פִּינּוֹן שְׁהוּא רוֹצֶה לִישָׁבַע תִּקְנוּ חֲכָמִים שְׁיִשָּׁבַע שְׁפָנְגָדוֹ ע"ש וְאִכְמ"ל.

וְהָא דְתַנִּי חֲשׂוֹד בְּכָלֵל הַנֶּה נִשְׁפָּעִין וְנוֹטְלִין י"ל דְּס"ל כַּמְש"כ הַר"נ וְהַרְשָׁב"א בְּרַפ"ז דְּשְׁבוּעוֹת לְתַרְץ זֶה. אוֹ כַּמְש"כ הַתּוֹס' בְּב"מ (דָּף ל"ד ע"ב) ד"ה שְׁמָא יוֹצִיא כו'.

וְלָכֵן הֵיכָא דְהַתּוֹבֵעַ רוֹצֶה שְׁיִשָּׁבַע הַחֲשׂוֹד הַנִּתְבָּע. נִרְאֶה דְמֵה"ת יְכוּל לֹמַר פֶּן רַק מְדַרְבְּנָן הָא דְאֵין שׁוֹמְעִין לוֹ: אִף מִמָּה שְׁפָתַב הָרַב ר' יְהוּדָה חֲסִיד דְּלָכֵן אֶמְרִינּוּ.

דְּמִיגוּ דְחֲשׂוֹד אֶמְמוּנָא חֲשִׁיד אֲשְׁבוּעָתָא לֹא אֶמְרִינּוּ מְשׁוּם דְּיְכוּל לְהִיּוֹת דְּעַל יְדֵי הַשְׁבוּעָה יִפְרוֹשׁ. אִם פֶּן מְזַה מוֹכַח לְכַאוּרָה דְּס"ל דְּאִף מֵה"ת אֵין שׁוֹמְעִין לְהַתּוֹבֵעַ אִם רוֹצֶה שְׁיִשָּׁבַע הַנִּתְבָּע הַחֲשׂוֹד.

דְּאִל"כ הָא בְּלֹא"ה י"ל דְּלָכֵן לֹא אֶמְרִינּוּ מִיגוּ דְחֲשׂוֹד אֶמְמוּנָא כו' מֵה"ת מְשׁוּם דְּיְכוּל לֹמַר הַתּוֹבֵעַ אֲנִי מִתְרַצֶּה שְׁיִשָּׁבַע הַנִּתְבָּע אַע"פ שְׁלֹא יִהְיֶה בְּרִירוֹר הָעֵנָּן ע"י שְׁבוּעָתוֹ. וְדַבְרֵי הַר"י חֲסִיד מְשַׁמַּע דְּקָאֵי עַל דְּאוּרֵיָתָא.

אֲכֵן גַּם מְזַה אֵינוּ מוֹכַח כְּלָל דִּי"ל פִּינּוֹן דְּס"ל דְּעֵיקָר חַיּוּב שְׁבוּעָה הוּא לְבָרַר ע"כ אֵי נִימָא מִיגוּ דְחֲשׂוֹד אֶמְמוּנָא חֲשׂוֹד אֲשְׁבוּעָתָא מֵה"ת א"כ לֹא שְׁיִיךְ לְעוֹלָם בְּרִירוֹר הָעֵנָּן ע"י שְׁבוּעָתוֹ וְתַקְשָׁה שְׁפִיר דְּנִימָא מִיגוּ דְחֲשׂוֹד כו' וְאֵין סְבָרָא לֹמַר דְּהַתּוֹרָה הִטִּילָה שְׁבוּעָה אִף שְׁלֹא יִהְיֶה לְעוֹלָם שׁוּם בְּרִירוֹר הָעֵנָּן ע"י הַשְׁבוּעָה פִּינּוֹן דִּי"ל לְעוֹלָם מִיגוּ דְחֲשׂוֹד אֶמְמוּנָא כו'.

אֲבָל עַכְשָׁיו דְּאֶמְרִינּוּ דְּלָכֵן לֹא אֶמְרִינּוּ מִיגוּ דְחֲשׂוֹד אֶמְמוּנָא כו' מְשׁוּם דְּע"י הַשְׁבוּעָה יִפְרוֹשׁ וְיֵשׁ לָנוּ לְעוֹלָם בְּרִירוֹר ע"י שְׁבוּעָתוֹ וְא"ש מֵה שְׁהִטִּילָה הַתּוֹרָה בְּעֵיקָר חַיּוּב הַשְׁבוּעָה. ע"כ מְמִילָא יֵשׁ לְדוֹן שְׁפִיר דְּאִף בְּחֲשׂוֹד ג"כ אִם הַתּוֹבֵעַ מִתְרַצֶּה שְׁיִשָּׁבַע הַנִּתְבָּע חֲשׂוֹד דְּשׁוֹמְעִין לוֹ מֵה"ת וְאֵינוּ מְפָסִיד הַתּוֹבֵעַ זְכוּתוֹ שְׁיֵשׁ לוֹ מֵה"ת לְחַיּוּב שְׁבוּעָתוֹ דְּיְכוּל הַתּוֹבֵעַ לֹמַר דְּלֹא יִהְיֶה נִגְרַע זְכוּתוֹ ע"י מֵה דְּהוּי הַנִּתְבָּע חֲשׂוֹד.

ומה"ט שפכת הר"י חסיד דע"י השבועה יפרוש ויש לנו לעולם בירור ע"י שבועתו ע"כ שפיר י"ל דבכחשוד שאין מבררת לנו השבועה שלו די"ל ביה מתוך שאיל"מ. ועוד דקא בנשבעין ונוטלין דמוכח הש"ס בב"מ (נ"ה ה') שם מזה דלא אמרינן מגו דחשוד אממונא כו' בזה בנודאי בעינן שיהיה בירור ע"י שבועת התובע פינן דעיקר זכותו מה שזיכו חז"ל להתובע להיות נאמן להוציא ממון הוא רק ע"י שבועתו שהאמינו לו חז"ל.

ע"כ בזה תקשה דנימא מגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא א"כ אין לנו בירור ע"י שבועתו ואף מה"ת אין לו נאמנות לחשוד גזלן ע"י שבועה משום דהוי חשוד לא"ד לשיטת הר"י חסיד. אם פן תקשה דנימא מגו דחשוד אממונא אף דלא הוי גזלן בנודאי.

ונקא לתי' קמא דמה דגזלן איבד נאמנות שלו אף בשבועתו הוא רק מדרבנן שפיר חילקו דדוקא חשוד בנודאי כו' אבל מגו דחשוד לא אמרינן. אכן לתי' הר"י חסיד דמה"ת אין לחשוד נאמנות ע"י שבועה א"כ תקשה איך יכול להיות מנשבעין ונוטלין והא יש לומר מגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ואין לנו לעולם שום בירור ע"י שבועתו.

ולכן הנכרח לומר דכיון דיש לומר דע"י השבועה יפרוש ולא יגזול ע"כ הוי שפיר לנו בירור ע"י שבועתו. ולכן י"ל דאף הר"י חסיד ס"ל כמש"כ לעיל דמה"ת יכול התובע לומר אקבל שבועת הנתבע חשוד ואף דעיקר השבועה שהטילה התורה הוא לברר הענין עכ"ז יכול התובע לומר כי לדידי מספיק אף שבועת החשוד ואין סברא לומר דיהיה חוטא נשפך ויפטר משבועה לפי שהוא חשוד: ונתבאר דעיקר מילתא דכתבתי במק"א דשבועה הוא לברר הענין וכמש"כ הט"ז בח"מ סי' רצ"ו סע"א פ'עין זה ע"ש.

דבאמת זה גופא הוא פלוגתא דרבנותא פי לשיטת הר"נ והרשב"א ור"י חסיד מוכרח לומר דס"ל פן. אכן לשיטת התוס' דב"ק דנתבאר דס"ל דאף חשוד על השבועה לא דיינינן ביה לומר מתוך שאיל"מ משום דגם שבועתו מספיק לענין החיוב שבועה שהטילה התורה עליו בע"כ מוכח דס"ל דשבועה אינו לברר הענין רק להפיס דעת התובע [ואולי יתחרט ויפרוש מאימת השבועה].

וגם פינן שיהיה עליו עונש ש"ש לכן זה נחשב במקום תשלומין מה שמוטל עליו לטרוח ולישבע וכמש"כ לעיל בארנפה. וזהו נפ"מ רבתא לכמה ענינים.

נדברי התוס' דב"ק הלז הובאו בפרדכי פ' ז' דשבועות וזה לשון המרדכי בסוף פ' הגזל בתרא פתוב בתוספות דחשוד על השבועה פסול מדרבנן עכ"ל המרדכי ומשמע דס"ל פן לדינא.

וכן משמע מן שערי שבועות לרב אלפס שער העשרים דין רביעי וז"ל מי שפגדו חשוד על השבועה הוא שיהא חשוד הנתבע שעליו השבועה ויתברר לנו שלשקר נשבע אמרו חכמים להעביר השבועה מן החשוד ולא יפטר משבועתו אלא ישבע התובע ויטול פדתנן כו' והשני מן החשודין שאין נאמן בשבועה הוא מפסולי עדות כגון מלוה ברבית כו' עכ"ל.

הרי שפכת להדיא דמי שנתברר שלשקר נשבע אמרו חכמים להעביר השבועה מהחשוד ולא יפטר כו'. דמשמע דלולי שהיה תק"ח להעביר השבועה ממנו הנה נשבע החשוד מה"ת רק חז"ל תקנו להעביר השבועה ממנו ולא יפטר אלא שפגדו ישבע ויטול.

ואפשר שפוננתו במש"כ פדתנו ואלו נשבעין ונוטלין עד שפנגדו חשוד על השבועה כו'. כמש"כ לעיל לפרש לכוונת התוס' דב"ק בהוכחתם מהא דרפ"ז דשבועות דתנא להך חשוד דכנגדו נשבע ונוטל בכלל נשבעין ונוטלין וכמש"כ לעיל בארנפה.

א"כ נתבאר דגם המרדכי והשערי שבועות ס"ל ג"כ פשיטת התוס' דחשוד יכול מה"ת ליטבע. וגם נתבאר די"ל לכ"ע דאם רצה התובע שישבע הנתבע חשוד על השבועה דשומעין לו מה"ת רק דאם הוי עיקר דין שבועה לברר הענין או לא בזה פליגי רבנותא פנ"ל וס"ל דכיון דעיקר שבועה הוא לברר הענין ע"כ דיינינן בחשוד ליטבע לשקר לומר ביה מתוך שאיל"מ.

אבל אם רצה התובע להיות מספיק בשבועתו שומעין לו מה"ת רק מדרבנן אין שומעין לו וזהו נפ"מ רבתא לכמה ענינים. ועיין לקמן סעיף ג' בחידושי שם: ואפתי יש לדון דמן דברי הרשב"א בב"ק (דף ק"ח) שהקשה פקושיות התוס' דשם דאמאי חייב פכל בשבועה שניה והא פיון דנמצא שקרו בשבועה ראשונה א"כ אין זה שבועת הדיינים ותיירץ דמירי דעבד תשובה.

ומשמע דלא ניחא להרשב"א לתרץ כמש"כ התוס'. א"כ משמע דס"ל דאף מה"ת אין שומעין להתובע להשביע להחשוד דאל"כ ה"מ לתרוצי כמש"כ התוס'.

וי"ל דמזה אינו ראיה פלל משום דס"ל להרשב"א דאף דנימא דמה"ת שומעין להתובע מ"מ פיון דרבנן תקנו שאין שומעין להתובע בזה משום חשש חילול ה' ע"כ ממילא אין זה מקרי שבועת הדיינים לחייבו פכל פדמצינו בכ"ד דאמרו למיזל בטר דרבנן בכזה.

ומש"כ לעיל בכוונת התוס' דב"ק דס"ל פיון דר"פ אמר פן בב"ק שם ולר"פ הא מצינו בשבועות (דף ל"א) דמשחק בקוביא פיון דמדאורייתא מחזי חזי כו' אזלינן בטר דאורייתא. י"ל דהרשב"א אזיל לשיטתו דבחידושי הרשב"א לשבועות (דף ל"א) שם הקשה באמת דמ"ט דר"פ שם ותיירץ פיון דהיה תועלת מפסולי עדות דרבנן אם יעידו דמהני תפיסה או שמא האחר תבניש ממנו אם היה מעיד פיון דמה"ת חזי ע"כ שפיר אזלינן שם בטר דאורייתא לר"פ ע"ש.

א"כ הך דלא שייך פן לכן י"ל דכ"ע מודו בזה דלא אזלינן בטר דאורייתא. [ועיין בסנפה (דף כ"ג) וביומא (דף ע"ד) ושא"ד ואכמ"ל].

וע"כ לא היה רוצה הרשב"א לתרץ כמש"כ התוס' שם. אבל בעיקר הדין של התוס' י"ל דגם הרשב"א מודה דמה"ת שומעין להתובע אם ירצה שישבע הנתבע חשוד.

ואף דס"ל דבחשוד שייך מה"ת לדון ביה מתוך שאיל"מ וכמש"כ ברפ"ז דשבועות וכנ"ל ולדידיה נסתר הוכחת התוס' משם. עכ"ז י"ל דס"ל פן מצד הסברא ובפרט דהא מצינו דעת הרשב"ט דס"ל דשומעין להתובע בזה גם האידנא משום דלא היה תקנת חז"ל ע"ז.

ע"כ אין לנו להרבות במחלוקת וכמש"כ לעיל: העולה לנו מכל מה שנתבאר דבפסולי שבועה אם אינו עבירה של ממון. דלא הוי חשוד מה"ת להיות פסול ליטבע רק מדרבנן.

ובעבירה של גזל וכיוצא בו יש בו פלוגתא דרבננותא אם פסול מה"ת או רק מדרבנן. והיכא דנשבע לשקר בזה יש פלוגתא דרבננותא ג"כ אי מיפסל מה"ת לשבועה או רק מדרבנן.

וכן נתבאר דלענין אי מהני שבועתו בתורת בירור הענין בנודאי לכ"ע אין לו נאמנות ע"י שבועתו פנין דהוי חשוד לא"ד. רק לענין אם יכול התובע לומר אקבל שבועתו אע"פ שהוא חשוד בזה יש לומר דכ"ע מודו דיכול התובע לומר פן מה"ת אף מדרבנן הא דאין שומעין לו.

וכן נתבאר דיש פלוגתא דרבננותא אם שבועת הבע"ד שיהטילה התורה עליו הוא משום בירור הדבר או כדי להפיס דעת הבע"ד. וכמו דאמרו בב"מ (דף ל"ה ע"ב) דשבועה כדי להפיס דעתו וכמש"כ לעיל משום דחייב שבועה שיהטילה התורה עליו הוא במקום תשלומין משום עונש ש"ש שיהיה עליו אם ישבע בשקר כנ"ל.

וכפי לשון הגמ' בתמורה (דף ג' ע"ב) גבי שבועה דזהו לפיכא את חבירו וכמש"כ לעיל: ואחר פותבי כ"ז ראיתי בתשובת הרדב"ז ח"א סי' קע"ד דמשמע דס"ל דמי שנשבע לשקר מיפסל מה"ת לשבועה ע"ש שקיצר בזה.

ולא הביא לדברי התוס' ב"ק (דף ק"ח) והמרדכי פ"ז שבועות ושערי רב אלפס הנ"ל דס"ל דלא מיפסל מה"ת רק מדרבנן. והעיקר כמש"כ בארנקה ב"ה דכיון דמצינו שיטת התוס' בב"ק והמרדכי ושערי רב אלפס הנ"ל ע"כ ה"ל ספיקא דדינא כנ"ל.

וגם י"ל דכוננת הרדב"ז הוא לענין אם מהני שבועתו לברר אבל אם התובע רוצה שישבע דמיי"ל דאין שומעין לו דזה אינו רק מדרבנן ולא מן התורה כנ"ל: ד (שם סעיף ב) נקרא חשוד כו' ושבועת שוא וביטוי כו' וי"א דוקא בשבועה דלעבר אבל בשבועה.

דלהבא פגון שלא אוכל ואכל לא. ופ"י הסמ"ע בס"ק ז' דאע"ג דנאסר על האוכל בשבועתו וה"ל פאוכל גבלות כו' מ"מ יש ליצה"ר לגרותו פנין שלא אסרתו התורה כו'.

וכן הוא לעיל בסי' ל"ד סעיף ה' ובסמ"ע שם ס"ק י"ב דבשעה שנשבע דעתו ה"ה לקיים שבועתו ואח"כ יצרו ולבו אנס' לעבור על השבועה דאינו איסור מצד עצמו אלא הוא אסרו אנפשו בשבועתו כו'.

ומקורו הוא מן שבועות (דף מ"ו ע"ב) ובתוס' שם ד"ה אבל שבועת ביטוי דאיכא למימר בקושטא מישתבע כו'. וברא"ש ור"נ שם: ולכאורה יש לדון דה"ה במי שצדק בקונם כפר זה עליו ועבר ואכלו דג"כ י"ל לפי הך שיטה דס"ל בשבועה דלהבא דלא נפסל לעדות ולשבועה משום דבשעה דקיבל עליו ה"ה אז בדעתו לקיים שבועתו ואח"כ יצרו אנסו דה"ה גבי נדרים וקונמות דלהך שיטה לא מיפסל.

אכן יש לחלק דשאני בקונמות ונדרים דמיתסר חפצא עלי' כמבואר בנדרים (דף ב' ע"ב) ע"כ דינו כמו ההקדשות וכיוצא דנאסרין על האוכלן. והעובר עליהן היי' כמו אוכל גבלות וטרפות דנאסר גופן על האוכלן דבנודאי מיפסל לעדות ולשבועה.

ואין זה דומה לשבועה דלא מיתסר חפצא. רק דמיתסר נפשיה מן חפצא לכן חילקו שם בין לשעבר ולהבא לענין פסול עדות ושבועה משא"כ בעובר על נדרים.

מהה דאל תתן פיה לחטיא את בשורה כו'. לפ"ז מוכח דאף בעוברת על השבועה דלהבא ובשב ואל תעשה ג"כ הדין פן דהא הוה פסוק הוא בקהלת ה' מייירי בנדרים הקדש וצדקה וכמבואר בחולין (דף ב') ובנדרים (דף ט') על הפסוק דבקהלת שם לעיל מיני' טוב אשר לא תדור כו' וכש"כ למאן דס"ל שם דקאי באומר הרי עלי כו'.

והוי זה חטא דלהבא ובשב וא"ת א"כ מוכח מהה קרא דאף בכה"ג אמרו דבעון פנה בנים מתים. ע"כ להה מ"ד אין לחלק פאן בנה.

אכן לרב נחמן דיליף פן מן הוה דלשוא הפיתי כו'. עדיין יש לחלק דדוקא בהה דלשוא דהוי בלעבר או בנדרים איסור דמיתסר תפצא דאין לחלק בנדרים איסור בין לשעבר וללהבא בנה אמרו פן.

אבל בעוברת על שבועה דלהבא אין להוכיח מהה קרא דלשוא. וכן לפי שיטת הריב"ש בס"א ש"א שמתקלקל דבשבועה שלא אוכל ואכל דמיתפסל לעדות משום דהא לוקה משא"כ בשבועה שאוכל ולא אכל דהא הוי לאו שאין בו מעשה ואינו לוקה והבא בסמ"ע סי' ל"ד ס"ק י"ב ובש"ש ס"ק ה' והכריע להלכה פדברי הריב"ש.

א"כ מהה קרא דלשוא אין להוכיח רק בעוברת על שבועה דלהבא בקום ועשה דהוי חטא של מלקות דומיא דלשוא בנה. ועדיין י"ל דבשבועה דלהבא בשב וא"ת פינו דאין לוקין ע"ז א"כ אין זה דומה להה דלשוא דהא בשוא דהוי לשעבר לוקין ע"ז.

וכיון דקילא ואינו בר מלקות אינו דומה לשוא: ואפשר לומר דרב נחמן דיליף מן לשוא כו' ס"ל לפירוש להה דאל תתן פיה לחטיא כו' דלא קאי על נדרים אלא ס"ל לפירוש פשיטת האמוראים דבמדרש לקהלת שם דמפרשי להה פסוק על ענין אחר וקעין זה בתרגום יונתן שם.

ולכן אמר רב נחמן למדרש פן מן פסוק דלשוא. ולפ"ז הוי נפ"מ רבתא בין המ"ד דיליף לזה מן אל תתן פיה כו' לבין ר"ג דיליף מן לשוא הפיתי כו'.

בענין עוברת על שבועה דלהבא בשב ואל תעשה דלר"ג אין לנו הוכחה ע"ז ומסבא בלא הוכחה אין לנו לומר פן מדעתנו. וי"ל דאיתשיל שם בכתובות הנה מימרות דאמוראי הללו בפלוגתתם לענין דינא דעוברת ע"ד דיוצאות שלא בכתובה דבמשנה שם.

א"כ ממילא הלכה פרב נחמן בדיני. ועיין בהר"ג לנדרים (דף פ"ח ע"ב) ד"ה ולענין הלכה פסק הנגיד כו' פינו דעיקר פלוגתניהו בדיני תליא כו' נקטינו פשמואל דהלכתא פנותי' בדיני עכ"ל.

ובתוס' שבועות (דף מ"ג ע"ב) סוף ד"ה מתני' בדפריש כו' ובש"ש ח"מ סי' פ"ט ס"ק ח'. ובשבת (דף ל"ב ע"ב) אמרו פן בשם ר"ג בר יצחק ועיין בח"א להמהרש"א שם.

ועכ"ז הוי לן ספיקא דדינא אם כהמ"ד דיליף מן אל תתן פיה כו' או כהמ"ד דיליף מן לשוא כו'. ולכן אין דין זה ברור כ"כ משום דיש להסתפק עדיין בעוברת על שבועה דלהבא בשב ואל תעשה.

ובירוּשְׁלַמִי פְתוּבוֹת פ"ז ה"ו הביא רק הַדְרָשׁ דְלִשְׁנָא כו': וּבְגִיטִין (דף ל"ה) אָמְרוּ דְלִבְנוֹ
נִמְנָעוּ מִלְהַשְׁבִּיעַ אֶלָּא נוֹדְרַת מְשׁוּם מַעֲשֵׂה בְּאֲדָם אֶחָד בְּשָׁנֵי בַצְּנוּת כו' שְׁמַת א' מִבְּנֵי
כו'. ובירוּשְׁלַמִי לְגִיטִין פ"ד ה"ג בְּרַאשׁוֹנָה הָיוּ נִשְׁבָּעוֹת לְשִׁקָּר וְקוֹבְרוֹת בְּגֵיהֶם שְׁנֵאמַר
לְשְׁנָא הַפִּיתִי אֶת בְּנֵיכֶם כו'.

ובבְּשִׁירֵי קֶרְבֵן שָׁם הִקְשָׁה דְהָא בְּכַתְּנֻבוֹת פֶּרֶק הַמְדִיר אָמְרוּ בְּבַבְלֵי וִירוּשְׁלַמִי נוֹדְרַת וְאִינָה
מְקַיֶּמֶת תְּצַא שְׁלֵא בְּכַתְּנֻבָּה שְׁנֵאמַר לְשְׁנָא הַפִּיתִי כו' וּמְחַלֵּק שָׁם. וּבְאַמַּת פֶּבֶר הַקְּדִימוֹ
הַר"ן לְגִיטִין שָׁם וּמְחַלֵּק דְאִין עֲוֹנָשׁוֹן שֶׁל נְדָרִים חָמוּר כ"כ כְּעֲוֹנָשׁוֹן שֶׁל שְׁבוּעוֹת שְׁנֵפְרָעִין
מִמֶּנּוּ וּמִפְּלֵ הָעוֹלָם.

והובא בתוס' יו"ט לְגִיטִין פ"ד מִשְׁנֵה ג'. וְכַעֲיֵן זֶה פְתוּבוֹת הַתּוֹסְפוֹת בְּשְׁבוּעוֹת (דף ל"ט)
ד"ה וְאִין בְּשִׁרְהָ כו' דְּמַחְלִיקִים בֵּין עֲוֹנָשׁוֹן נְדָרִים וּבֵין עֲוֹן שְׁבוּעוֹת דְחַמּוּרָה.

א"כ לפ"ז יֵשׁ לְהַעֲרִיר עַל הַמ"ד דְּיִלְיָהּ לְהַדְרָה דְּבַעֲוֹן נְדָרִים בְּנֵים מֵתִים מֵהָדָּ דְלִשְׁנָא הַפִּיתִי
כו'. וְהָא יֵשׁ לְחַלֵּק דְשִׁאנֵי בְּהָדָּ דְלִשְׁנָא דְהוּא שְׁבוּעָה דְחַמּוּרָה מְעוֹן נְדָרִים וּמְנַלֵן לְהוֹכִיחַ
כֵּן עַל עֲוֹן נְדָרִים מִן לְשְׁנָא דְפִשְׁטֵי הוּא עַל שְׁבוּעַת שְׁנָא.

אָבֵל בְּאַמַּת אִין זֶה קִשָּׁה פֶּלֶל דְהָא אָמְרוּ בְּשְׁבוּעוֹת (דף ל"ט) דַּת"ר שְׁבוּעַת הַדְּיִינִין כו'
וְכָל עֲבִירוֹת שְׁבַתוֹרָה נִפְרָעִין מִמֶּנּוּ וְכָאן מִמֶּנּוּ וּמִמְשַׁפְּחָתוֹ שְׁנֵאמַר אֵל תִּתֵּן אֶת פִּיהָ לְחַטִּיא
בְּשִׁרְהָ וְאִין בְּשִׁרְוֹ אֶלָּא קְרוּבוֹ כו'.

ובתוס' שָׁם ד"ה וְאִין בְּשִׁרְהָ כו' וְאֵע"ג דְּכַפְרָק בְּמָה מְדַלִּיקִין (דף ל"ב) נִפְקָא לֵן מֵהָא
קָרָא דְבַעֲוֹן נְדָרִים בְּנֵים מֵתִים כְּשֵׁם קְטָנִים אָבֵל גְּדוּלִים לֹא וְכַ"כ מִמְשַׁפְּחָתוֹ לֹא הִינּוּ
בְּנְדָרִים אָבֵל שְׁבוּעָה אֶפִּילוֹ כֹּל מִשְׁפָּחָתוֹ נִעְנָשִׁים דְקָרָא אִיירֵי בְּתַרְנוּיָהּ אֵל תִּתֵּן פִּיהָ
אִיירֵי בְּשְׁבוּעָה וְלָמָּה יִקְצוּן עַל קוּלָּהּ וְחַבֵּל מַעֲשֵׂה דְיָהּ דְמִשְׁמַע בְּנֵים דְּוָקָא אִיירֵי בְּנְדָר
עַכ"ל הַתּוֹס'.

לפ"ז אֲתִי שְׁפִיר מַה דְּרָשׁ ר"ן דְּבַעֲוֹן נְדָרִים בְּנֵים מֵתִים מִן לְשְׁנָא הַפִּיתִי עַל עֶסְקֵי שְׁנָא
וּפִי רִש"י בְּשִׁבַּת (דף ל"ב ע"ב) בַּד"ה עַל עֶסְקֵי שְׁנָא שְׁשִׁקְרוּ בְּנְדָרֵיהֶם דְּדָמִי לְשְׁבוּעָה.
מְשׁוּם דְמוּכַח דְהָדָּ לְשְׁנָא הַפִּיתִי בְּנֵיכֶם מִיירֵי בְּנְדָרִים דְאִי נִימָא דְקָאִי בְּשְׁבוּעַת שְׁנָא מִמֶּשׁ
א"כ תִּקְשָׁה דְאַמַּי אָמַר לְשְׁנָא הַפִּיתִי בְּנֵיכֶם דְמִשְׁמַע בְּנֵיכֶם בְּלַבַּד.

וְהָא בְּאַמַּת נִפְרָעִין בְּעוֹנָשׁוֹן שְׁבוּעָה אִף מִמְשַׁפְּחָתוֹ כְּמוֹ דְדָרְשׁוּ בְּשְׁבוּעוֹת (דף ל"ט)
בְּבְרִייתָא בְּלֹא שׁוּם חוֹלֵק דְאֵל תִּתֵּן פִּיהָ לְחַטִּיא בְּשִׁרְהָ דְהוֹכִיחוּ מִזֶּה דְאִף מִקְרוּבֵי נִפְרָעִין
קְדִינֵי'.

וע"כ הוֹכִיחַ ר"ן דְהָדָּ לְשְׁנָא הַפִּיתִי בְּנֵיכֶם דְקָאִי בְּנְדָרִים דְהוּי בְּכָלֵל עֶסְקֵי שְׁנָא שְׁשִׁקְרוּ
בְּנְדָרֵיהֶם כְּמוֹ דְפִירִש"י בְּשִׁבַּת: וְזֶהוּ כְּעֵין דְבְרֵי הַתּוֹס' בְּשְׁבוּעוֹת שָׁם וְכַ"ל דְהַמ"ד דְיִלְיָהּ
לְזַהֲמֵן וְחַבֵּל מַעֲשֵׂה דְיָהּ דְמִשְׁמַע בְּנֵים דְוָקָא דְהוֹכִיחַ מִזֶּה דְקָאִי רַק בְּנְדָרִים.

כְּמוֹ כֵּן י"ל בְּכַוְנַת ר"ן דְיִלְיָהּ כֵּן מִן לְשְׁנָא הַפִּיתִי כו' וְא"ש זֶה בְּפִשְׁטוּת. וְר"ן ס"ל
דְמַהָּ וְחַבֵּל אֶת מַעֲשֵׂה דְיָהּ אִין לְפָרְשׁוֹ עַל הַבְּנֵים אֶלָּא כְּמוֹ דְאָמְרוּ בַּמ"ר לְקַהֲלַת ה' שָׁם
וְהוּבָא בְּפִי רִש"י לְקַהֲלַת ה'.

ע"כ הוכרח לדרוש פן מן לשוא הפיתי כו': נחזור לענינינו דלפי גירסת הש"ס בכתובות דרב נחמן יליף מן לשוא על עסקי שוא ונהלכתא פנותיה דר"נ בדיני א"כ אין לנו מקום להוכיח על שבועה דלהבא בשב ווא"ת דיהיה דינה פְּעוּבָרַת ע"ד דהא אינו מוכח משם רק על ענין כמו שוא דבמלקות משא"כ היכא דאינו במלקות וגם ענין דלהבא דלא יצתה מפיו לשקר די"ל דבעת דנשבע הנה בדעתו לקיים פנ"ל לחד שיטה.

ואף לפי גירסת הש"ס בשבת ר"נ ב"י מ"מ הוי ספיקא דדינא פנ"ל. אף אפשר לדון עדיין דאף דיהיה ספק פְּעוּבָרַת על שבועה דלהבא אם דינה פְּעוּבָרַת ע"ד לפי דבניו מתים או לא.

ממילא הדין הוא דמצא בלא פְּתוּבָה דמספיקא אינו יכול לדור עמה דילמא ימותו בניו בעונש שבועה שְׁלָה וע"כ שפיר כתב הב"ש דאף פְּעוּבָרַת על שבועה דלהבא הדין הוא דמצא שְׁלָה בכתובה ודינה פְּעוּבָרַת ע"ד ויכול לגרשה בע"כ: ועכ"ז יש לדון לכל מה שנתבאר בענין מה דאמרו באה"ע סי' קט"ו סעי' ג' בנודרת ואינה מקיימת דאם הבעל עובר על נדרים ושבועות לא איבדה פְּתוּבָתָהּ כו'.

דהיכא דהבעל עובר על שבועה דלהבא בשב ווא"ת והאשה עוברת על נדרים ושבועות בקום ועשה דמצא בלא פְּתוּבָה דעיקר הטעם הוא דהא ההוא גברא לא פְּעִי בְּנִים. א"כ בזה עדיין י"ל דהבעל אינו חשוד ומומר לעבור היכא דנודאי ימותו בניו.

וע"כ יכול הבעל לומר דרק על ספק כמו שבועה דלהבא בשוא"ת אינו מקפיד אכל שבועה דלהבא בקום ועשה מקפיד ומצא בלא פְּתוּבָה ודינה פְּעוּבָרַת ע"ד ויכול לגרשה בע"כ כמו כל עוברת ע"ד.

אף גם היכא דהבעל אינו עובר והאשה עוברת על שבועה דלהבא בשוא"ת. ג"כ אינו ברור לדינא לפי גירסת הש"ס בכתובות דרב נחמן דרש זה מן לשוא הפיתי כו'.

וגם י"ל דאף למ"ד דדרש פן מן וחבל מעשה ידיה כו' אפתי י"ל דכינון דההוה אל תתן פיה לחטיא בשורה קאי בשבועת שקר כדאמרו בשבועות (דף ל"ט) בבבביתא שם וכמש"כ בתוס' שם רק הוה וחבל מעשה ידיה מייירי בנדרים.

א"כ אף דהפסוק דלמעלה שם לעיל מיני' דטוב אשר לא תדור משתדור ולא תשלם מייירי בנדרים צדקה וקדוש. עכ"ז כינון דהפסיק בנתיים בההוה דאל תתן פיה לחטיא בשורה דמייירי בשבועות.

א"כ עדיין י"ל דההוה וחבל מעשה ידיה קאי בנדרים שעבר בקום ועשה ומנלן דקאי גם בנדרים דעוברת בשוא"ת. ע"כ אף לההוה מ"ד אינו ברור לדון פן בנדרים דעוברת בשוא"ת.

והנה למ"ד דדרש פן מן לשוא הפיתי כו' ונדאי אינו מוכח פן רק בנדרים דהוי בעונש מלקות ומנלן פְּעוּבָרַת בשוא"ת. ולכן אין דינו של הב"ש ברור בזה.

ועדיין יש לדון דבעוברת על שבועה דלהבא בשוא"ת אין דינה פְּעוּבָרַת ע"ד: ה (שם סעיף ג') וכן הפסול לעדות מחמת עבירה כו' נקרא חשוד. והיכא שיש שני פתי עדים

המכחישים זא"ז אם עֲשֶׂה עֲבִירָה זו או לא מְבִינָה בסי' ל"ד סעי' כ"ח דה"ל ספק פסול כו'.

וּנְבָאָר אִיךָ הוּא הַדִּין לְעֲנֹן שְׁבוּעָה אִם מְשִׁבִיעִין לְמִי שְׁיֵשׁ שְׁנֵי כִּפְתֵי עֵדִים הַמְּכַחֲשִׁין זא"ז אִם עֲשֶׂה עֲבִירָה זו או לא דָּאִם דִּינוֹ פְּחָשׁוּד לְשְׁבוּעָה או לא: עֲנָף א מְקוֹר הַדְּבָרִים מִזֶּה הוּא בְּכַתְּנֻבּוֹת (דף כ"ב) אִי עֲרָעַר דְּגִזְלָנוּתָא תְּרִי וְתִרִי נִינְהוּ וּפְלִי רִשְׁ"י דְּלֹא מִתְּכַשָּׁר בְּהִכִּי וְהַתּוֹס' שָׁם הִקְשׁוּ דָּאִית לָן לְמִימַר אוֹקִי גְבָרָא אַחְזָקַת פְּשָׁרוֹת.

וְשִׁיטַת הָרִי"ף וְהַר"ן פְּשִׁיטַת רִשְׁ"י דְּלֹא מְהַנִּי חֲזָקַת פְּשָׁרוֹת לְהוֹצִיא מִחֲזָקַת מְמוֹנָא וּכ"כ הָרַמְבַּ"ן בְּמִלְחָמוֹת שָׁם לְהַשִּׁיג עַל הַבַּעַה"מ מִשּׁוּם דְּהָא אִף רַבָּא דְּעַדִּיפָא מִחֲזָקָה לֹא מְהַנִּי לְהוֹצִיא מִהַמְּוִחָזֵק כִּש"כ דְּחֲזָקָה לֹא מְהַנִּי וְעוֹד דְּלֹא אָמְרִינָן אוֹקִי תְּרִי לְבַהֲדֵי תְּרִי וְאוֹקִי אַחְזָקָה אֲלֵא בְּתֵרוּמָה וְלֹא לְעֲנֹן יוֹחֲסִין וּכִש"כ לְאַפּוֹקִי מְמוֹנָא כו' ע"ש בְּמִלְחָמוֹת.

וְלִכְאוּרָה דְּבָרֵי הָרַמְבַּ"ן צָרִיךְ בִּיאוּר דְּהָא הֵךְ סוּגְיָא דְּכַתְּנֻבּוֹת שָׁם מִיִּירֵי עַל מַה דְּקָאָמְרִי שָׁם אר"א אר"ה א' רב שֶׁלֶּשָׁה שְׁיִשְׁבוּ לְקִיָּים כו' וע"ז הִקְשׁוּ אִי עֲרָעַר דְּגִזְלָנוּתָא תְּרִי וְתִרִי נִינְהוּ וְרַב הָא ס"ל דְּהוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר הָרוּב פְּמִבְּנָאָר בּב"ב (דף צ"ב) וְאִיךָ פְּתַב בְּפִשְׁטוֹת דְּרוּב לֹא מְהַנִּי בְּמִמּוֹן.

וְאַפְשָׁר דְּעִיָּקַר פְּוִנְתּוֹ הוּא לְדִינָא לְמֵאִי דְּקִי"ל דְּאִין הוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר הָרוּב א"כ לִפ"ז הַדִּין נוֹתֵן דְּבַתְּרִי וְתִרִי הַמְּכַחֲשִׁין דִּיְהִיָּה סָפֵק פְּסוּל דְּלֹא נוֹצִיא מְמוֹן ע"י מַה"ט. וְעוֹד דְּגַם לְרַב הָא ז"א רַק בְּרוּב דְּעַדִּיף מִחֲזָקָה אֲבָל בְּאוֹקִי אַחְזָקָה גַּם רַב מוֹזְדָּה דְּאִין מוֹצִיאִין מְמוֹן כְּדְמוּכַח מִכְּפָה דְּוִכְחִי.

וְעִיָּין בְּכַתְּנֻבּוֹת (דף ט"ז) אֲבָל בְּבָרִי וּבָרִי לֹא אָמַר וְאִכְמ"ל. וְהָרַשְׁבַּ"א שָׁם פְּתַבוּ דְּלִכְּוֹן לֹא מוֹקְמִינָן עַל חֲזָקַת פְּשָׁרוֹת וְלְהַכְשִׁירוֹ לְעֵדוֹת מִשּׁוּם דְּמוֹקְמִינָן מְמוֹנָא בְּחֲזָקָתוֹ וְגַם הָא תְּרִי וְתִרִי סְפִיקָא דְּרַבְּנָן כו'.

וְהָאוּרִים וְתוֹמִיִּים סִי' ל"ד ס"ק כ"ז הִבִּיא לְדְבָרֵי הַתּוֹס' פְּתוּבּוֹת (דף כ"ב) הַגָּ"ל וְהִבִּיא בְּשֵׁם הַמְּפָרְשִׁים שֶׁהִקְשׁוּ עַל הַתּוֹס' שֶׁכְּתַבוּ דְּמוֹקְמִינָן גְּבָרָא בְּחֲזָקַת פְּשָׁרוֹת וְהָא תְּרִי וְתִרִי סְפִיקָא דְּרַבְּנָן הָוִי.

וְתִרְצָן דַּס"ל לְהַתּוֹס' דְּכִינּוֹן דְּמִיִּירֵי שָׁם בְּעֲנֵן קִיּוּם שְׁטָרוֹת דְּאִינוּ רַק מְדַרְבְּנָן וּבְמִלְתָּא דְּרַבְּנָן אִף בְּתִרִי וְתִרִי מוֹקְמִינָן אַחְזָקָה כו' וְהָאָרִיף בְּזֵה. וּכְבָר הַקְּדִימוּ הַשִּׁיטָה מְקוֹנְפָצַת בְּכַתְּנֻבּוֹת שָׁם שֶׁהִקְשָׁה ג"כ עַל הַתּוֹס' דְּהָא תְּרִי וְתִרִי סְפִיקָא דְּרַבְּנָן וְאִיךָ נְעַמִּיד אוֹתוֹ בְּחֲזָקַת פְּשָׁרוֹת וְכַתְּבֵם דוֹחִים וְאוֹמְרִים דַּע"ג דְּפְסוּל מְדַרְבְּנָן הִכָּא גְּבִי קִיּוּם שְׁטָרוֹת שְׁאִינוּ אֲלֵא מְדַרְבְּנָן נְעַמִּידוּ עַל חֲזָקַת פְּשָׁרוֹת וְסִיָּים שְׁפַל זֶה דוֹחַק וְעוֹד כו' עכ"ל הַשַּׁמ"ק.

הָרִי שְׁכ"כ הַשַּׁמ"ק לִיִּישֵׁב דְּבָרֵי הַתּוֹס' כַּמֶּש"כ הָאו"ת: וְהִנֵּה הָאו"ת הֶעֱלָה שָׁם דְּהִיכָא דְּתִרִי מְעִידִים עָלָיו שֶׁעָבַר עֲבִירָה מְדַרְבְּנָן וְתִרִי אַחֲרֵינִי מְכַחֲשִׁין אוֹתוֹן דְּהוּא פְּשָׁר דְּבַדְּרַבְּנָן מוֹקְמִינָן עַל חֲזָקַת פְּשָׁרוֹת וְהָאָרִיף שָׁם בְּזֵה וּכ"כ הָאו"ת שָׁם לְדִינָא בְּאוּרִים ס"ק ס"ה.

וּלְפַעַנ"ד נִרְאֶה דְּמוּכַח דַּאִף בְּעֲבִירָה דְּלֹא מִיְפָסֵל מַה"ת לְעֵדוֹת רַק מְדַרְבְּנָן ג"כ הַדִּין הוּא בְּתִרִי וְתִרִי מְכַחֲשִׁין בְּזֵה דְּאִינוּ פְּשָׁר לְעֵדוֹת לְהוֹצִיא מְמוֹן ע"י. וְהוּא דְּהָא שִׁיטַת רִשְׁ"י

והרי"ף והר"ן וסייעתם דמאי דפריה הגמ' שם אי ערער דגזלנותא תרי ותרי גינהו היינו דלא מיתכשר בהכי ומזה הוכיחו הך דינא בתרי ותרי המכחישים אם הוא פסול דמיפסל לעדות.

ואי נימא כמש"כ האו"ת דבפסול דרבנן הדין הוא דכשר לעדות אף להוציא ממון א"כ מאי פריה הגמ' בפשיטות הא יש לומר דמיירי בקרא ערער בפסול מדרבנן עליו ובזה מהני עדותן שמכחישים אותם ואומרים שלא עבר עבירה זו וכשר לעדות.

וע"כ מוכח דאף בפסול דרבנן ג"כ הדין הוא דמיפסל לעדות ואין מוציאין ממון ע"י. ואין לומר דלכו לא מוקמינן דמיירי בקרא ערער בפסול דרבנן דא"כ הא לא מיפסל אלא ע"י הכרזה פדין כל פסולי דרבנן.

וכיין דהערעור יצא אחר שישבו לקיים השטר וחתמו א"כ הא בעת שחתמו לא היה מיפסל לעדות עד שעת הכרזה. [ורק מן עת שפאו הנה שתי פתי עדים להכחיש זא"ז אז כיין דהדין הוא דפסול לעדות כמו שיבואר א"כ אז מההיא שעתא יכולין להכריז עליו שהוא פסול להוציא ממון ועיין בספרי נחל יצחק סי' ל"א ענף ז' וענף ח' וקצתתי].

דזה אינו דהא יכולין לומר דהך קרא ערעור הוא שמעידים שני עדים עליו שעבר עבירה דרבנן מכבר והכריזו עליו אז פדין כל פסולי דרבנן ולפי דבריהם נפסל לעדות מכבר. ובאו עדים אחרים להכחישו שלא עבר עבירה זו פלל אז וההכרזה היה שלא פדין עליו א"כ שפיר מצינו לפרש פן להך דקרא ערעור ומתכשר שפיר לעדות משום דבררבנן מוקמינן לי' על חזקת פשרות שלא עבר עבירה כלל מעולם.

ומדלא מוקמינן פן אלא הקשו בפשיטות אי ערער דגזלנותא תרי ותרי גינהו כו'. מוכח מזה דאף בפסול דרבנן ג"כ הדין הוא דמיפסל לעדות משום דגם בזה שייך הטעם שכתב האלפסוהר"ן ונהרמב"ן וסייעתם דאין פח בחזקת פשרות להוציא מן חזקת ממונא ועיין בש"ף סי' מ"ו ס"ק ס"ו: ואף לפי הטעם שכתב הרא"ש והרשב"א דלכו הוי ספק פסול לענן דאין מוציאין ממון ע"י לפי דבתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן.

עכ"ז לענן ממון אף במילתא דרבנן ג"כ הדין הוא כמו כל מילי דאורייתא לגבי הוצאת ממון דגם בזה דנין דאין מוציאין מן המוחזק בלא ראיה ברורה. ורק לענן איסורים אמרו דבמילתא דרבנן הדין הוא בתרי ותרי דמוקמינן אחזקה.

[והא דלא אמרו בזה בפשיטות דספק דרבנן לקולא עיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ה']. וכעין זה מצינו במה דנקטינו לכללא דספיקא דרבנן לקולא ומוקמינן על דין תורה.

ואפ"ה בממונא בענן ספק תקנה בארתי בארנפה בספרי נחל יצחק בקונטרסי לביאור ספק תקנה דאף דאמרו דבספק תקנה לא מהני תפיסה דזה אינו רק בספק התקנה עצמה אבל במה שנולד הספק מצד אחר אף במה שעיקרו הוא רק מצד התקנה ג"כ דיינינן הממע"ה ולא אמרינן דמוקמינן בזה על דין תורה.

וכן כתבתי שם עוד כמה פרטי חילוקים הרבה דאף בספק תקנה ג"כ אין מוציאין מהמוחזק ולא דיינינן בזה לומר אוקי על דין תורה. ואף דבאיסורי דרבנן בכל גוונא

אמרנו ספיקא דרבנן לקולא בע"כ מוכח דשאני חזקת ממונא דאף במה דלענן איסורי דרבנן אמרנו לקולא מ"מ הוצאות ממון שאני ודינו ככל מילי דאורייתא בזה אף במה שעיקרו אינו רק מצד תקנת חז"ל וכ"כ הסמ"ע בסי' ל"ה ס"ק י"ד דהוצאת ממון הוי כדאורייתא אף במידי דהוי מדרבנן.

והדברים ארופין ואכמ"ל. וכיון דמוכח מן סוגיא דכתובות (דף כ"ב) ה"ל דאף בפסול דרבנן ג"כ אמרנו תרי ותרי גינהו ולא מיתפשר לעדות לכו מןכרח כמש"כ לבאר הטעם בזה.

ולדינא נלע"ד דאף בעבירה דלא מיקפסל מה"ת רק מדרבנן גם פן הדין הוא דבתרי ותרי המכחישים אם הוא פסול או פשר דאין מוציאין ממון ע"י עדותו ודלא כמש"כ האו"ת להכריע דנאמן להוציא ממון.

וכן משמע לשון המחבר בסי' ל"ד סעיף כ"ח שכתב שנים שהעידו שהוא פסול באחד מאלו העבירות ובאו שנים כו' אבל אם באו שנים והכחישום כו' ה"ז ספק פסול ואין מוציאין ממון בעדותו כו' עכ"ל.

הרי שכתב שהוא פסול באחד מאלו העבירות ושם בכל הסימן לעיל מיניה הא מייירי ג"כ בפסולי דרבנן א"כ משמע דגם במש"כ תיקף אח"ז אבל אם באו שנים והכחישום כו' קאי ג"כ אף בעבירה מדרבנן ומשמע כמו שכתבתי דבכל גונוי אין מוציאין ממון בעדותו: ענף ב נחזור לעניינינו במה שהקשה האו"ת והמפרשים על התוס' שכתבו להכשירו לעדות מטעם אוקי אחזקת פשרות והא תרי ותרי הוי ספיקא דרבנן.

הנה פעין זה הקשיתי על מש"כ הנש"ף ביו"ד סי' ל"ז ס"ק כ"ד בשם ר"י בן הר"א ש במעשה שהיו שנים מכחישים זא"ז אם הנה חוט פשר מקיף וכתב הרבה טעמים להכשיר ועוד דאוקי תרי לבהדי תרי ובהמה שנשחטה בחזקת היתר עומדת ומשמע שם דאף שהנה זה טריפה גמורה ולא מצד חומרת הגאון ג"כ הנה מכשיר מטעם דאוקי תרי כו'.

וקשה הא ה"ל ספיקא מדרבנן ודוקא באיסור דרבנן מוקמינן בכה"ג בחזקת היתר וכן העירותי מזה בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ז ע"ש. אף בזה י"ל דהר"י בן הר"א ש"ס"ל פשיטת הסוברים והובא בר"נ לכתובות בסוגיא דשם (דף כ"ו) דס"ל דהא דמצינו בתרי ותרי דהוי ספיקא דרבנן דלא אמרו פן רק באיסור א"א א"נ לעבודה וקעובדא דינאי אבל בתרומה לא הקמירו אפילו בתרומה דאורייתא כו' ע"ש.

והובא דברי הר"נ הלז בבית יוסף אה"ע סי' ג' ובמהרשד"ם ח' יו"ד סי' ל"ט ע"ש ובבית שמואל סי' מ"ז ס"ק ב'. ועיין בב"ש סי' ג' ס"ק י"ד ובתוס' יו"ט כתובות פ"ב מ"ח וקצרותי.

א"כ י"ל דהר"י בן הר"א ש"ס"ל ג"כ פשיטת הסוברים פן דאף באיסור דאורייתא אמרנו אוקי תרי לבהדי תרי ומוקמינן אחזקה וא"ש בפשיטות. וכעת מצאתי בפר"ח יו"ד סי' כ"ט ס"ק א' שהקשה פן על הר"י בן הר"א ש"ס"ל: אכן פשיטת התוס' דכתובות (דף כ"ב) הלז אין סברא לומר דס"ל פשיטת הסוברים ה"ל.

דְּהָא שְׂיִטַת הַתּוֹס' בְּכַמָּה דְּוֹכְתִי דְּבִאִסּוּר דְּאוֹרְיִיתָא לָא מוֹקְמִינְן אַחְזָקָה בְּמָקוּם תְּרִי וּתְרִי. וּבְפִרְט דְּהָא הַתּוֹס' בְּכַתְּנֻבוֹת שָׁם מְשַׁמַּע דְּזֵהוּ מִן דְּבָרֵי הַר"י כַּמֶּש"כ שָׁם וְע"כ לְר"י כו'.

וְאֵלּוּ בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף כ"ו ע"ב) ד"ה אֲנִי אַחְתִּינִן כו' פְּתַבּוּ בְּשֵׁם הַר"י דַּס"ל דְּרַק בְּתַרוּמָה דְּרַבְּנָן הַקְּלוּ וְלֹא בְּתַרוּמָה דְּאוֹרְיִיתָא וְכ"כ הַתּוֹס' בַּב"ב (דָּף ל"ב) ד"ה אֲנִי מְסַקִּינִן כו' בְּשֵׁם הַר"י. ע"כ שְׁפִיר הִקְשׁוּ עַל הַתּוֹס' פְּתַנְבוֹת אִיךָ פְּתַבּוּ לְהַכְשִׁירוֹ לְעֵדוֹת מְטַעַם אוֹקִי אַחְזָקָה.

וּמִש"כ הַאו"ת דְּשֵׁא"ה דְּמִיָּרֵי בְּקִיּוּם שְׁטָרוֹת דְּהוּי רַק מְדַרְבְּנָן זֵהוּ דוֹחֵק כְּמוֹ שְׁפַתְבְּתִי לְעֵיל בְּשֵׁם הַשֶּׁמ"ק וְקַצְרְתִּי. לְכֵן נִלְע"ד לֹא מְרַב דְּסַבְּרַת הַתּוֹס' הוּא דְּשֵׁאֲנִי חֲזַקַת כְּשֵׁרוֹת דְּהוּי חֲזַקָה אֲלִימָתָא בְּיוֹתֵר מְכַל אוֹקִי אַחְזָקָה וְכַמֶּש"כ בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' יו"ד ס' י"ח ע"ש.

וְנִשׁ לְהַסְבִּיר זֶה בְּיוֹתֵר בְּיֹאזֵר מְשׁוּם דְּרוּב אֲנָשִׁים אִינְן פְּסוּלִים לְעֵדוֹת מְחַמַת עֲבִירָה דְּרוּב אִינְן עוֹשִׂין עֲבִירוֹת שְׂיֹפְסְלוּ לְעֵדוֹת א"כ הוּי בְּהַדְּ חֲזַקַת כְּשֵׁרוֹת רַב וְאוֹקִי אַחְזָקָה. וְנִדְוַע דְּרוּב וְחֲזַקָה אֲלִימָתָא אֵף לְהוֹצִיא מְמוֹן מִהַמְּוֹחֵק כַּמֶּש"כ בְּסַפְרֵי גַחַל יִצְחָק ס' מ"ג סְעִיף י"ד עֲנָף ב' ע"ש.

וְע"כ אֵף דְּמַצִּינוּ דְּאִמְרוּ בְּתַרִּי וּתְרִי הוּי סְפִיקָא דְּרַבְּנָן וְלֹא מוֹקְמִינְן אַחְזָקָה. י"ל דְּזו"א רַק בְּחֲזַקָה בְּלִבְד אֲבָל הֵיכָא דְּהוּי רַב וְחֲזַקָה בְּיַחַד דְּעַדִּיפָא טוֹבָא בְּזֵה לֹא מְצִינוּ דְּהַחְמִירוּ חו"ל וּמְמִילָא מוֹקְמִינְן עַל דִּין תּוֹרָה.

וְעוֹד דְּהָא מְצִינוּ בְּעִירוּבִין (דָּף ל"ו) דְּאִמְרַרְבָּא הֵתֵם תְּרִי חֲזַקִי לְקוּלָא וְהֵכָא חֲזַקָה. א"כ מוֹכַח מִהֵתֵם דְּהֵיכָא דִּישׁ תְּרִי חֲזַקִי גַם בְּתַרִּי וּתְרִי מְקַלִּינִן אֵף מְדַרְבְּנָן דְּהָא דְּאִמְרִינִן תְּרִי וּתְרִי סְפִיקָא דְּרַבְּנָן הֵינְנוּ בְּחֲזַקָה חֲזַקָה.

וְכַמוֹ שְׁרָאִיתִי בְּשֵׁב שְׂמַעְתָּא שְׂמַעְתָּא ו' פ' י"ז וּפְרַק י"ח ש"כ כ' לְדִינָא ע"ש. וְאֵף דְּחֲכָמִים פְּלִיגִי עַל ר"מ בְּזֵה שָׁם הֵינְנוּ מְשׁוּם דְּכָל הַטְּוֵמָאוֹת כְּשַׁעַת מְצִיאוֹתָן.

א"כ לַפ"ז דְּכַמֶּש"כ הֵיכָא דִּישׁ רַב וְאוֹקִי אַחְזָקָה כִּינֵן דְּרוּבָא עֲדִיף מִן אוֹקִי אַחְזָקָה דְּבִנְוֹדָא לֹא הַחְמִירוּ חו"ל בְּזֵה אֵף בְּמָקוּם תְּרִי וּתְרִי. וְלְכֵן א"ש בְּפִשְׁיִטוֹת דְּבָרֵי הַתּוֹס' פְּתַנְבוֹת דַּס"ל לְהַכְשִׁירוֹ לְעֵדוֹת אֵף בְּמָקוּם תְּרִי וּתְרִי.

מְשׁוּם דַּס"ל דִּישׁ בְּזֵה רַבָּא וְאוֹקִי אַחְזָקַת כְּשֵׁרוֹת דְּלֹא נַעֲשֶׂה דְּבָר הַמְּחַוֵּדֵשׁ שֶׁל הַעֲבִירָה כְּמוֹ כָּל הַחֲזַקוֹת דְּעִיְקָרוּ הוּי מְשׁוּם כָּל הַטּוֹעֵן דְּבָר מְחַוֵּדֵשׁ עָלָיו לְהַבִּיא רְאִיָּה וּמוֹקְמִינִן שְׁהִיָּה בְּשֵׁב וְאֵל תַּעֲשֶׂה כְּמִבְּנָאָר בַּכ"ד: וְשִׂיטַת הַחוֹלְקִים עַל הַתּוֹס' וַס"ל לְפִסְוֹל בְּזֵה מְשׁוּם דְּהוּי סְפִיקָא דְּרַבְּנָן.

י"ל דַּס"ל דְּלֹא שְׁנִיךָ בְּזֵה רַבָּא רַק חֲזַקָה לְבַד וְכַמוֹ שְׁנַרְאָה מִן דְּבָרֵי הַרְמַב"ן בְּמַלְחָמוֹת שָׁם וְקַצְרְתִּי. וְהִנֵּה בַמֶּש"כ לְעֵיל דְּשִׂיטַת הַתּוֹס' הוּא בַּכ"ד דְּתַרִּי וּתְרִי סְפִיקָא דְּרַבְּנָן.

הִנֵּה בְּעִירוּבִין (דָּף ל"ו ע"א) תּוֹס' ד"ה הֵכָא בְּשֵׁנִי פִתִּי עֲדִים כו'. מְשַׁמַּע דַּס"ל דְּאֵף בְּאִסּוּר דְּאוֹרְיִיתָא מוֹקְמִינִן אַחְזָקָה אֵף בְּתַרִּי וּתְרִי וְזֵהוּ כְּשִׂיטַת הַמְּפָרְשִׁים דְּהוּבָא בַּר"נ

פְּתוּבוֹת פ"ב הַנ"ל דְּדוֹקָא בְּאִסּוּר א"א אוּ לְעִבּוּדָה הֶחְמִירוּ וְאִף דְּשִׁיטַת הַתּוֹס' בַּכ"ד לְהִקְפֹּד עַכ"ז הָא יָדוּעַ דְּאִין לְהַקְשׁוֹת דְּבָרֵי הַתּוֹס' אֶהְדְּדִי וְעֵינִן בְּגִלְיוֹן הַש"ס שָׁם וַאֲכַמ"ל.

וְעֵינִן בְּבִיאוֹר הַגָּר"א זצ"ל בַּח"מ ס' ל"ד ס"ק סמ"ד: שׁוּב רְאִיתִי דְּיֵישׁ לְסַתְּנָר לְכָל מַש"כ בְּכַוֵּנַת הַתּוֹס' דַּס"ל דְּשִׁאנִי הֵיכָא דְּהָגִי רַחֵב וְאוּקִי אַחְזָקָה בְּיַחַד דְּבַכָּה ג' הַקְּלִי וְאִף בְּתַרֵי וְתַרֵי בְּמָה דְּהָגִי מְדַאֲרֵייתָא.

דְּהָא בְּכַתְּבוֹת (דָּף כ"ו) וּב"ב (דָּף ל"ב) גְּבִי תַרֵי וְתַרֵי דְּמַכְחִישִׁין אִם אָבִיו נָשָׂא גְרוּשָׁה וְחִלּוּצָה דְּכַתְּבוֹ הַתּוֹס' שָׁם דְּבַתְּרוּמָה דְּאֲוֲרֵייתָא מְחַמְרִינֵן. וְלַפְמַש"כ דְּשִׁאנִי הֵיכָא דְּהָגִי חֻזְקַת פְּשָׁרוֹת דְּהָגִי חֻזְקָה אֲלִימְתָא בְּיוֹתֵר וּבְצִירוּף אוּקִי אַחְזָקָה דְּלֹא נַעֲשֶׂה דְּבָר הַמְּחַוְּדָשׁ דְּבָהּ מְקַלְיָנָא אִף בְּדַאֲוֲרֵייתָא.

א"כ הֵתָם בְּחֻשׁ שְׁמָא נָשָׂא אָבִיו אֲשֶׁה גְרוּשָׁה א"כ יֵישׁ בְּזָה חֻזְקַת פְּשָׁרוֹת דְּהָיָה לְאָבִיו מְקוּדָם דְּנָשָׂא בְּעֵבִירָה אֲשֶׁה הֶפְסוּלָה לוֹ מַה"ת. וְגַם הָא יֵישׁ שָׁם סְבֵרַת אוּקִי אַחְזָקָה דְּלֹא נַעֲשֶׂה בְּאֲשֶׁה שְׁנָשָׂא שׁוּם דְּבָר מְחַוְּדָשׁ שְׁל מַעֲשֶׂה הַגְּירוּשִׁין אוּ חִלּוּצָה.

וּמִשְׁמַע אִף הֵיכָא שְׁהָיָה מְבֹרָר אָבִיו לְנוּ שְׁהָיָה מְחַזְק בְּכַשְׁרוֹת וְאִפ"ה הִקְשׁוּ הַתּוֹס' וְהַעֲלוּ דְּדוֹקָא בְּתַרוּמָה דְּרַבָּנָן מְסַקִּינָא אֲבָל לֹא בְּתַרוּמָה דְּאֲוֲרֵייתָא א"כ מוֹכַח דְּאִין לְחַלֵּק כֵּן אֲלֹא בְּכָל גְּוֹנֵי אֲמַרִינֵן דְּתַרֵי וְתַרֵי הָגִי סְפִיקָא דְּרַבָּנָן.

וְדוֹחֵק לְחַלֵּק דְּשִׁא"ה דְּאִין אָנוּ דְּנִינַן עַל אָבִיו שְׁאִינוּ לְפָנִינוּ. וּבְעֵינָר מִלְּתָא בְּמַקּוֹם תַּרֵי וְתַרֵי וְרוֹב אִם מְהֵי רַחֵב מַה"ת אוּ לֹא כְּבָר פְּתַבְתִּי מְזָה בְּסִי' פ"ז סְעִיף ו'.

וְעֵינִן מְזָה בְּפָרִי מְגִדִים בְּפִתְיָה לְהַלְכוֹת שְׁחִיטָה שׁוֹרֵשׁ ד' שְׁכַתְּב בְּפִשְׁיטוֹת דְּמַה"ת אֲמַרִינֵן אוּקִי אֲרַחֵב אִף בְּמַקּוֹם תַּרֵי וְתַרֵי אֲלֹא דְּרַבָּנָן הֶחְמִירוּ. וְהַש"ש שְׁמַעְתָּא ו' פ' כ"ב פְּתַב לְהִקְפֹּד ע"ש וּבַתְּשׁוּבַת רַע"א זצ"ל ס' קל"ז מַה שְׁהֵבִיא בְּשֵׁם שׁוֹשְׁנַת הַעֲמֻקִים וְשָׁם בְּסִי' קל"ו.

וְעֵינִן בְּתַשׁוּבַת הָרֵא"ש פְּלָל נ"ב ס' ג' ד' בַּמַּש"כ בְּתַרֵי וְתַרֵי הַמְּכַחֲשִׁים אִם חֵי הַנּוֹלָד שְׁלֵשִׁים יוֹם דְּמוֹקְמִינָן עַל רַחֵב וְהוּבָא בְּאֵה"ע ס' קנ"ו סְעִיף ה' וּבִיאוֹר הַגָּר"א שָׁם ס"ק כ"א וְאֶפְשָׁר דְּשִׁא"ה דְּהָגִי מִיַּדֵי דְּרַבָּנָן.

אִף אִין זֶה בְּמִשְׁמַע לְכָל הָרוּאָה שָׁם: עָנָף ב וּבְעֵינָר קוֹשְׁיוֹת הָאו"ת עַל הַתּוֹס' דְּכַתְּבוֹת (דָּף כ"ב) שְׁכַתְּבוֹ בְּתַרֵי וְתַרֵי מוֹקְמִינָן גְּבָרָא בְּחֻזְקַת פְּשָׁרוֹת וּמוֹצִיאִין מְמוֹן ע"י עֲדוּתוֹ. דְּהָא קִי"ל תַּרֵי וְתַרֵי הָגִי סְפִיקָא דְּרַבָּנָן וְכַמַּש"כ הָרֵא"ש.

גַּלְע"ד דְּסְבֵרַת הַתּוֹס' הוּא דַּס"ל דְּלֹא מְצִינוּ כֵּן רַק בְּאִסּוּרִין דְּהַחְמִירוּ רַבָּנָן בְּמַקּוֹם תַּרֵי וְתַרֵי אֲבָל בְּמַמוֹנָא דְּלֹא מְצִינוּ כֵּן בְּפִירוּשׁ אִין לְנוּ לְהַחְמִיר. וְאֲמַרִינֵן בְּכָה"ג מְמוֹנָא מִן אִיסוּרָא לֹא יִלְפִינֵן וְכַעֲיִן דְּבָרֵי הַתּוֹס' ב"מ (דָּף כ') ד"ה אִיסוּרָא מְמוֹנָא כו'.

וְאִף שְׁכַתְּבוֹ הַתּוֹס' שָׁם דְּבַא"א הֶחְמִירוּ עַכ"ז י"ל דְּהַתּוֹס' דְּכַתְּבוֹת ס"ל דַּה"ה בְּאִיסוּרָא שְׁאִינוּ אִיסוּר א"א ג"כ אִין לְמִילָף מִיְנֵן עַל מְמוֹנָא וְרֵאָיָה לְזָה מִן הָא דִּיבְמוֹת (דָּף ל"א) דְּהַש"ס מוֹכִיחַ דְּלֹא אֲמַרִינֵן בְּתַרֵי וְתַרֵי דְּהָגִי סְפִיקָא דְּאֲוֲרֵייתָא מְהָא דְּנַכְסֵי דְּבָר שְׁטִיָא כו' דְּאֲמָרוּ אוּקִי תַרֵי כו' וְאוּקְמָא אֲרַעָא בְּחֻזְקַת בַּר שְׁטִיָא וְכַוֵּנַת הַש"ס הוּא דְּאִי נִימָא דְּתַרֵי וְתַרֵי הָגִי סְפִיקָא דְּאֲוֲרֵייתָא וְלֹא מוֹקְמִינָן אַחְזָקָה א"כ לַפ"ז הַדִּין נוֹתֵן גְּבִי הַךָ דְּבָר

שְׁטֵינָא דִּישְׂאָר הַקְּרָקַע בְּיַד הַלּוֹקֵחַ שְׂיוֹשֵׁב בְּהַקְּרָקַע כְּמוֹ בְּסִפְקַ הַנּוֹלָד בְּקְרָקַע הֵיכָא שְׂאִין שָׁם שׁוּם חֲזָקַת בְּעָלִים הָרְאשׁוֹנִים דְּהֵדִין הוּא דְּמִי שְׁתּוֹפֵס הַקְּרָקַע הוּא שְׁלוֹ וְדוֹקָא הֵיכָא שְׂיֵשׁ חֲזָקַת בְּעָלִים הָרְאשׁוֹנִים מוֹצִיאִין מִן הַתּוֹפֵס וְיֹשֵׁב בְּהַקְּרָקַע.

וְעֵינֵין בְּב"ב (דף ל"ב) תוס' ד"ה וְהִלְכְתָּא פְּנוּתֵי דְרַבָּה בְּאַרְעָא כו' וּבְכַתְּנוּבוֹת (דף כ') תוס' ד"ה וְאוֹקֵי אַרְעָא כו'. א"כ אִי נִימָא דְבַתְרֵי וְתַרְי לָא מְהַנִּי אוֹקֵי אַחְזָקָה וְה"ל כְּמוֹ דִּין סְפָק.

לפ"ז אִין מוֹצִיאִין מֵהַלּוֹקֵחַ דְּמַחְזִיק הַקְּרָקַע. [ובמק"א הוֹכַחְתִּי מְזַה הַסּוֹגֵינָא דְחֲזָקַת מ"ק הוּא כְּמוֹ כָּל חֲזָקָה הַמְּבַרְרַת וְלֹא מְצַד מְנוֹחֲזָקוֹת דַּא"כ אִין מְקוּם לְהוֹכַחַת הַגַּמ' וְאִכְמ"ל].

וְכֵינֵן דְּאֶמְרִינֵן אוֹקֵי אַרְעָא בְּחֲזָקַת בַּר שְׁטֵינָא וּמוֹצִיאִין מֵהַלּוֹקֵחַ א"כ מוֹכַח מְזַה דְּאֶף בַּתְרֵי וְתַרְי מוֹקְמִינֵן עַל חֲזָקַת בְּעָלִים הָרְאשׁוֹנִים וְה"ה בְּשְׂאָרֵי אוֹקֵי אַחְזָקָה אֶלָּא דְּהוּי סְפִיקָא מְדַרְבְּנֵן דְּרַבְּנֵן הֶחְמִירוּ דְּלֹא מוֹקְמִינֵן אַחְזָקָה.

וְאִי נִימָא דְּהַךְ סְפִיקָא דְּרַבְּנֵן דְּתַקְּנוּ חַז"ל דְּדִינֵינֵן כֵּן אֶף בְּמִמוֹנָא א"כ אִפְתִּי תַקְּשָׁה דְּאִמְרֵי אֶמְרוּ בְּהַךְ דְּבַר שְׁטֵינָא דְּמוֹצִיאִין הַקְּרָקַע מֵהַלּוֹקֵחַ ע"י הַךְ דְּאוֹקֵי אַחְזָקַת בַּר שְׁטֵינָא הָא פִּינֵן דְּחַז"ל תַּקְּנוּ דְּהוּי סְפִיקָא דְּרַבְּנֵן וְלֹא סְמִיכֵינֵן עַל אוֹקֵי אַחְזָקָה בְּמִקּוּם תַּרְי וְתַרְי א"כ לפ"ז אִין יְכוּלִין לְהוֹצִיא מִן הַלּוֹקֵחַ הַתּוֹפֵס הַקְּרָקַע וְע"כ מוֹכַח דְּכֵינֵן דְּאִינוּ אֶלָּא סְפִיקָא דְּרַבְּנֵן ע"כ בְּמִמוֹנָא הֶעֱמִידוּ עַל דִּין תּוֹרָה דְּאֶמְרִינֵן אוֹקֵי אַחְזָקָה אֶף בַּתְרֵי וְתַרְי.

וּבְאַמַּת דְּבַרֵי הַתּוֹס' בְּעִירוּבֵין (דף ל"ו ע"א) ד"ה הֵכָא בְּשִׁנֵי פְּתֵי עֲדִים כו' שְׁפַתְבוּ לְהוֹכִיחַ מִפְּתוּבוֹת (דף כ') דְּאֶמְרִינֵן אוֹקֵי אַרְעָא בְּחֲזָקַת בַּר שְׁטֵינָא דְּה"ה בְּכָל תַּרְי וְתַרְי אֶמְרִינֵן אוֹקֵי אַחְזָקָה.

דְּבַרֵיהֶם צ"ע דְּהָא בְּפִירוּשׁ אֶמְרִינֵן בִּיבְמוֹת (דף ל"א) דְּבְכָל תַּרְי וְתַרְי סְפִיקָא דְּרַבְּנֵן רַק בְּמִמוֹנָא שְׂאֵנֵי כְּנ"ל. וְכֵן מְצַאֲתִי בְּגִלְיוֹן הַש"ס שָׁם וּבְדְרוּשׁ וְחֲדוּשׁ שֶׁל רַע"א שָׁם שְׁהַקְּשָׁה כֵּן עַל הַתּוֹס' הַלְּזוֹ: וְעוֹד יֵשׁ לְהַעֲרִיר עַל קְנוּשְׁיוֹת הַתּוֹס' עִירוּבֵין הַלְּזוֹ דְּהָא אֶף דְּר"מ ס"ל הֵתֵם בַּתְרֵי וְתַרְי דְּלֹא מוֹקְמִינֵן אַחְזָקָה עַכ"ז הָא ר' יוֹסִי פְּלִיג שָׁם עַל ר"מ וּס"ל דְּאוֹקֵי אַחְזָקָה אֶף בַּתְרֵי וְתַרְי כְּמוֹ שְׁפִי רַש"י שָׁם וְדוּעַ דְּקִי"ל הֵתֵם כַּר' יוֹסִי מְשׁוּם דְּר"מ וְר"י הַלְּכָה כַּר' יוֹסִי.

א"כ שְׁפִיר אֶמְרוּ בְּהַךְ דְּכַתְּנוּבוֹת אוֹקֵי תַרְי כו' וְאוֹקֵי אַרְעָא בְּחֲזָקַת כו' וְדְבַרֵיהֶם צ"ע. וְעֵינֵין בְּתוֹס' כְּתוּבוֹת (דף כ"ו ע"ב) ד"ה אֲנִן אַחְתִּינֵן כו' שְׁפַתְבוּ שָׁם וְהֵכָא בְּתַרוּמָה דְּרַבְּנֵן הַקְּיָלוּ וּבַפ' בְּכָל מְעַרְבֵין כו'.

וּכ"כ הַמ"מ פ' כ' הַל' אִיסוּרֵי בִיאָה ה' ט"ז וּכ"כ הַרְשֵׁב"א בְּקִדּוּשֵׁין (דף ס"ו). וּבְאַמַּת גַּם שָׁם יֵשׁ לְהַעֲרִיר כֵּן עַל קְנוּשְׁיֵיהֶם דְּהָא י"ל דְּלְדִינָא דְּקִי"ל כַּר' יוֹסִי דְּאֶמְרַר שָׁם סְפָק עִירוּב כְּשֶׁר מְשׁוּם דַּס"ל דְּאֶף בַּתְרֵי וְתַרְי מוֹקְמִינֵן אַחְזָקָה.

וּי"ל דְּטַעְמוֹ מְשׁוּם דְּתַרוּמָה בּוּזָה"ז דְּרַבְּנֵן כְּמוֹ דְּאֶמְרוּ בְּנִדְהָ (דף מ"ה) דַּס"ל לַר' יוֹסִי תַרוּמָה בּוּזָה"ז דְּרַבְּנֵן וְעֵינֵין בִּיבְמוֹת (דף פ"ב) וּבְתוֹס' שָׁם. אוּ דִי"ל דְּמִיַּרְי שָׁם בְּתַרוּמַת פִּירוּת דְּהוּי מְדַרְבְּנֵן כְּמוֹ שְׂרָאִיתִי בְּדְרוּשׁ וְחֲדוּשׁ בְּעִירוּבֵין (דף).

ל"ו) שכתב בשם התוס' כתובות הנ"ל דקושיותם הוא דהא תרומת פירות דרבנן. אף לשון התוס' כתובות שם אינו במשמע כן.

א"כ י"ל דבאמת טעמו של ר' יוסי דס"ל ספק עירוב פשר אף בתרי ותרי דזהו משום דס"ל דבמדי דרבנן מוקמינן אחזקה אף בתרי ותרי וקיי"ל כר' יוסי לדינא ולכן אמרו בסוגיות הש"ס בכ"מ דבדרבנן מוקמינן אחזקה אף בתרי ותרי.

ויש להאריך בזה הרבה. וכעת ראיתי בפרי מגדים ליו"ד בפתיחה להלכות שחיטה שורש ד' שהעיר קצת מזה ע"ש.

אבל לא נחית להקשות פן על התוס' שם וקצרתי. ועיין לקמן בהגה"ה שכתבתי לתרץ זה הקושיא: נחזור לעניינינו דכיון דמוכח מן סוגיא מפונרשת כתובות ויבמות (דף ל"א) דבממונא לא תקנו לתקנתם דתקנו דלא נסמך אחזקה בתרי ותרי.

אלא באיסורין אמרו פן דהוי ספיקא דרבנן. ע"כ א"ש בפשיטות דברי התוס' בכתובות (דף כ"ב) דכתבו דאמרינן אוקי אחזקת פשרות אף בתרי ותרי משום דהא מיירי התם בממונא דלא תקנו חז"ל לתקנתם דתקנו בכל תרי ותרי דהוי ספיקא דרבנן.

והרא"ש ו"פ שכתבו שם לדון דלא אמרינן אוקי אחזקת פשרות משום דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן יש לומר דטעמם דאף דמצינו ביבמות (דף ל"א) דבממונא אמרינן אוקי אחזקה אף בתרי ותרי ולא תקנו בממון לומר דהוי ספיקא דרבנן.

משום דהא דהוי ספיקא דרבנן הוא להחמיר א"כ בממונא היכא דהוי מצד חומרא הדין גותם דאין מוציאין מהפונדק וכיון דקרקע בחזקת בעלי ע"כ ממילא מוקמינן ארעא בחזקת בר שטיא.

אבל באמת ז"א דהא פכר כתבתי דמוכח מסוגיא דיבמות הנ"ל דהא חזקת בעלים הראשונים זהו מצד חזקה המבררת דאם נימא דזהו מצד מוחזקות א"כ אף דנימא דהוי ספיקא דאורייתא ג"כ ממילא מוקמינן בחזקת בר שטיא מצד מוחזקות כמו בכל ספק.

וע"כ מוכח דאם הנה ספיקא אז הדין הוא דאין מוציאין מהלוקח המחזיק הקרקע כיון דאין לנו חזקת בעלים ראשונים לברר במקום תרי ותרי. ע"כ ה"ה אם נימא דהא ספיקא דרבנן הוי ג"כ בממונא דלא דיינינן בזה להחזקה המבררת א"כ ממילא אין לנו פח להוציא מהמחזיק.

ולכן שפיר כתבתי לפרש שיטת התוס'. ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח.

אף יש לומר דשיטת הרא"ש ו"פ דס"ל לדון בזה להא ספיקא דרבנן דטעמם דכיון דהוי נפ"מ מן עדותם שאנו מסופקים אם הוא פשר לעדות ע"י הא תרי ותרי גם בענייני איסורים אם יעיד ע"כ ממילא גם בענין עדות ממון ג"כ דיינינן דהוי ספיקא דרבנן.

משא"כ בהא דנכסי דבר שטיא דאין שם הספק אז רק בענין ממון לבד ע"כ לא תקנו שם לתקנתם כלל. עכ"פ שיטת התוס' א"ש.

וי"ל לפ"ז דאף להתוס' דס"ל דאמרינן אוקי אחזקת פשרות בתרי ותרי דז"א רק בממונא אבל בעדותו לענין איסורים גם התוס' מודו דלא מוקמינן ליה על חזקת פשרות ופסול

בְּזֶה לְעֵדוּת: ** (הגה"ה) שׁוּב רְאִיתִי בְּמָה שֶׁהִקְשִׁיתִי לְעִיל עַל הַתּוֹסֵ' פְּתוּבוֹת (דָּף כ"ו)
ד"ה אָנּוּ אַחְתֵּינּוּ כּו' דִּהְקָשׁוּ דְהָא בְּעִירוּבֵינּוּ (דָּף ל"ה) אָמְרִינּוּ דְאָף בְּדַרְבְּנָן לָא מוֹקְמִי
אַחְזָקָה וְהִקְשִׁיתִי דְהָא ר' יוֹסִי פְּלִיג שָׁם וְקִי"ל כּר' יוֹסִי.

דְּבִאֲמַת אֵין זֶה קָשָׁה דְהָא מְבֹאֵר בְּעִירוּבֵינּוּ (דָּף ל"ה) דְּבִסְפֵק ר"מ וּר' יְהוּדָה אוֹמְרִים
ה"ז חֲמַר גְּמַל וְכִינּוּ דְמוֹקְמִינּוּ שָׁם דְּמִינְרִי בְּשַׁנֵּי פְתֵי עֵדִים א"כ מוֹכַח דַּס"ל לר' יְהוּדָה
דְּבִתְרֵי וְתֵרִי לָא מוֹקְמִינּוּ אַחְזָקָה אָף בְּתֵרוּמָה דְּרַבְּנָן כַּמֶּש"כ הַתּוֹסֵ'.

וְהִנֵּה בְּמִשְׁנֵה פְּתוּבוֹת (דָּף כ"ג) אִי ר' יְהוּדָה אוֹמֵר אֵין מְעַלִּין לְפְתוּבָה כּו' אָמַר ר"א
אִימְתִי כּו' רַשְׁבַּ"ג א' כּו'. וּפְיֵרֵשׁ הַרְשָׁבָ"ם בּב"ב (דָּף ל"א ע"ב) ד"ה אָמַר ר"א אִימְתִי
כּו' דְלִפְרֵשׁ דְּבָרֵי ר' יְהוּדָה בָּא.

וְכִינּוּ דְאָמְרִינּוּ שָׁם בְּסוּגֵיָא דר"א ס"ל ג"כ דָּאם לָא נִיחֻוּשׁ לְזִילוּתָא דב"ד הָנִי מְסַקִּינּוּ
לִיָּה אָף בְּמָקוֹם תְּרִי וְתֵרִי מְשׁוּם אוֹקִי אַחְזָקָה קְמִינְתָּא. וְכֵן בְּמִסְקֵנָא הַטַּעַם דר"א מְשׁוּם
דַּס"ל דָּאִין מְצַרְפִּין עֵדוּתָם.

וּר"א דְּמִפְרֵשׁ לְדְבָרֵי ר' יְהוּדָה א"כ מְשַׁמַּע דְּגַם ר"י ס"ל בְּתֵרִי וְתֵרִי אָמְרִינּוּ אוֹקִי אַחְזָקָה
בְּתֵרוּמָה דְּרַבְּנָן וְלָכֵן שְׁפִיר הִקְשׁוּ הַתּוֹסֵ' מִן הָא דְּעִירוּבֵינּוּ דְּסַפֵּק ה"ז חֲמַר גְּמַל לְדְבָרֵי ר'
יְהוּדָה דְּטַעְמוֹ מְשׁוּם דְּאָף בְּדַרְבְּנָן לָא סְמִכִינּוּ עַל חֲזָקָה בְּמָקוֹם תְּרִי וְתֵרִי.

וְתִירוּצָם א"ש גַּם לר' יְהוּדָה דְּהָא ס"ל תְּחוּמִין דְּאוֹרְיִיתָא כַּמֶּש"כ הָרָא"ש פ"ד דְּעִירוּבֵינּוּ
סִי ח' וְהַתּוֹסֵ' קִיָּצְרוּ בְּזֶה. וְא"ש דְּבָרֵי הַתּוֹסֵ' פְּתוּבוֹת הִלְזוּ.

וַיֵּשׁ לְהֶאָרִיף עוֹד בַּכ"ז וּבְמָה שֶׁיֵּשׁ לְדוֹן בְּדְבָרֵי הַתּוֹסֵ' פְּתוּבוֹת שָׁם בְּתִירוּצָם. וְעֵינֵינּוּ מִזֶּה
בַּפְּרָמ"ג יו"ד בְּפִתְיָה לְה' שְׁחִיטָה בְּשׁוֹרֵשׁ ד' וְאִכְמ"ל.

(ע"כ הגה"ה): ** וְאַחַר כּוֹתְבֵי כ"ז רְאִיתִי בְּמִהְרָשׁ"ל וּמִהְרָשׁ"א לְפְתוּבוֹת דָּף כ"ו)
תּוֹס' ד"ה אָנּוּ אַחְתֵּינּוּ כּו' בַּמֶּש"כ לְתַרְצֵן דְּבָרֵי הַתּוֹסֵ' לְעִיל (דָּף כ"ב) וַיֵּשׁ לְכּוֹנֵן לְכָל
מֶש"כ בְּדְבָרֵיהֶם. וְנִתְבָּאֵר דְּאָף לְשִׁיטַת הַתּוֹסֵ' פְּתוּבוֹת (דָּף כ"ב) דְּכִתְבוּ דְּבִתְרֵי וְתֵרִי אִם
הוּא פְּסוּל אוֹ לָא דְּמוֹקְמִינּוּ אַחְזָקָת פְּשָׁרוֹת וְכָשֵׁר לְהַעֲיִד דְּזֶה אֵינּוּ רַק לְעַנְיַן עֵדוּתוֹ
בְּמִמוּנָא אֲבָל בְּאִיסוּרֵינּוּ גַם הַתּוֹסֵ' מוֹדוֹ דְּלָא מוֹקְמִינּוּ אַחְזָקָת פְּשָׁרוֹת.

א"כ לַפ"ז בנ"ד דַּע"י תְּרִי וְתֵרִי נוֹלֵד לָנוּ סְפֵק אִם הוּא כָּשֵׁר לְשְׁבוּעָה אוֹ לָא דְּהֵדִין נוֹתֵן
דָּאִין אָנוּ נוֹתְנִין לוֹ שְׁבוּעָה פִּינּוּ דְּזֶהוּ חֲשֵׁשׁ חִלּוּל ד' כַּמֶּש"כ הַסַּמ"ע בַּס"ק א' וְזֶהוּ בְּמָקוֹם
אִיסוּרָא דַּכ"ע מוֹדוֹ דְּהָנִי סְפִיקָא דְּרַבְּנָן וְע"כ אֵינּוּ רִשְׁאֵי לִישְׁבַּע.

וְכַש"כ לְפִי מַה דְּקִי"ל בַּסִּי ל"ד סַעִי כ"ח פְּהִסוּבְרִים דְּהָנִי סְפֵק פְּסוּל גַּם לְעַנְיַן עֵדוּת
מְמוּן מְשׁוּם דְּהָנִי סְפִיקָא דְּרַבְּנָן וְעֵינֵינּוּ בְּהֶגְהַת הַט"ז שָׁם. וְכִינּוּ דָּאִין אָנוּ רִשְׁאִים לְמִסְוֵר
לוֹ שְׁבוּעָה ע"כ לְכַאוּרָה הֵדִין נוֹתֵן דָּאִם הוּא בְּמָקוֹם חַיִּיב שְׁבוּעָה דְּאוֹרְיִיתָא דִּישְׁבַּע
שְׁכַנְגָדוֹ וַיִּטּוֹל דְּהָא גַּם בַּכּה"ג שְׁיִיף לְדוֹן לְסִבְרַת הַתּוֹסֵ' בַּב"מ (דָּף ה') ד"ה שְׁכַנְגָדוֹ כּו'
דְּכָל חֲשׂוֹד ה"ל מִתּוֹף שְׁאִיל"מ פִּינּוּ שְׁאִינּוּ יָכוֹל לִישְׁבַּע עַכ"פ וְהָא דִּישְׁבַּע שְׁכַנְגָדוֹ זֶהוּ
מְשׁוּם דְּלָא שְׁבַקְתָּ חַיִּי כּו'.

וְאָף לְתִירוּץ הַשְּׁנֵי שְׁל הַתּוֹסֵ' שָׁם שְׁכַתְבוּ דְּלָא שְׁיִיף שָׁם לְדוֹן פֶּן מְשׁוּם דְּהוּא בְּרַצוֹן
יִשְׁבַּע אִם נִיחֻוּשׁוֹ כּו' הָא פְּתַב הַנּו"ב בַּמ"ת ח' ח"מ סִי ט' לְהַשִּׁיג עַל הַב"ח מְשׁוּם דְּגַם

לתי' השני ג"כ מה"ת ה"ל מחשוואיל"מ רק דרַבָּנָן תקנו שישָׁבַע פְּנִגְדוֹ לְפִי דְהוּא בְּרִצּוֹן
ישָׁבַע כּו' ע"ש.

א"כ גם היכא דה"ל הכחשת תרי ותרי אם פֶּשֶׁר לְשִׁבּוּעָה או לא י"ל בְּזָה דְכִינּוֹן דְּאִינוּ
יְכוּל לִישָׁבַע עכ"פ ה"ל מה"ת מחשוואיל"מ וישָׁבַע שְׁפִנְגְדוֹ וְיִטּוֹל: אָכֵן יֵשׁ לְחִלְקֵי בְּזָה
לְפִי שִׁיטַת הַסּוֹבְרִים בְּכָל מַחֲשׂוֹאֵיל"מ הִיכָא דְלָא ה"ל לְמִידַע דְּלָא דְיִינְיָנוּ בְּזָה דה"ל
מחשוואיל"מ וכמש"כ התוס' בב"ק (דף מ"ו) והוא פְּלִגְגַת רֵאשׁוֹנִים כְּמִבְּנָאָר בְּסִי ע"ב
סעי' י"ב ובש"ף ס"ק נ"א.

א"כ לפ"ז יש לדון דדוקא בְּמִי שֶׁהוּא חָשׂוּד וְנִדְאֵי שְׁפִיר יֵשׁ לִזְמַר דה"ל מחשוואיל"מ
לְפִי דְפֶשַׁע וְנִעְשָׂה חָשׂוּד לְשִׁבּוּעָה ע"י מַעֲשָׂיו. וכמש"כ הש"ף שם גְּבִי שׁוֹמֵר שְׁפֶשַׁע
וְעָרְבָן בְּפִירוּתָיו דְּכִינּוֹן דְּבָא ע"י פְּשִׁיעֲתוֹ מֵה שְׁאִינוּ יְכוּל לִישָׁבַע דִּינוֹ דה"ל מחשוואיל"מ
אף להסוברים דבְּלָא ה"ל לָא ה"ל מחשוואיל"מ.

אָבֵל בנ"ד דה"ל סָפֵק חָשׂוּד ע"י הַכְחָשֶׁת תְּרֵי וְתְרֵי אִם עָשָׂה פְּלָל לְהַעֲבִירָה זֹו א"כ יְכוּל
לִזְמַר דְּאִינוּ לָא פְּשִׁיעֲתִי פְּלָל מְעוֹלָם כִּי לָא עָשִׂיתִי מְעוֹלָם לְהַעֲבִירָה. וְאִם שָׁנַעְשָׂה סִיבָה
ע"י הַכְחָשָׁתָם דְּמִשׁוּם זֶה אִינוּ יְכוּל לִישָׁבַע מ"מ פִּינּוֹן דְּלָא הָוִי ע"י פְּשִׁיעֲתוֹ בְּבִירוֹר אִין
לְדוֹן בְּזָה דה"ל מחשוואיל"מ כְּמוֹ כָּל הִיכָא דְלָא ה"ל לְשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים הַנִּל.

וע"כ קָשָׁה לְהוֹצִיא מִמּוֹן בנ"ד וּלְחַיִּיבוּ מִשׁוּם מַחֲשׂוֹאֵיל"מ וְאִם שֶׁהָשָׁף הַכְרִיעַ שָׁם
כְּשִׁיטַת הַרְמָב"ם מ"מ הָא לָא נִרְאָה כִּן מְדַבְּרֵי הָאֲחֵרוֹנִים. וְלָכֵן י"ל בְּזָה דְּאִין לְחַיִּיבוּ
מִשׁוּם מַחֲשׂוֹאֵיל"מ וכש"כ לְפִי מִש"כ הַשֵּׁמ"ק בב"מ (דף ה' ע"ב) דְּהָא דְחָשׂוּד שְׁפִנְגְדוֹ
נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל זֶהוּ מִשׁוּם קָנֵס דְּקָנְסוּ לְהַחְשׂוֹד א"כ הִיכָא דה"ל סָפֵק חָשׂוּד לָא שְׁיִיף
לְמַקְנָסִי וְלָכֵן לָא שְׁיִיף לְדוֹן בְּזָה דְיִשְׁבַּע הַתּוֹבַע וְיִטּוֹל וע"כ נִפְטָר הַנִּתְבָּע לְגַמְרֵי וכש"כ
בְּשִׁבּוּעַת הַקִּסַּת דְּנִפְטָר הַנִּתְבָּע וְלָא יִשְׁבַּע כִּי אִין רִשָּׁאִים לְהַנִּיחוּ שְׁיִשְׁבַּע מִשׁוּם חָשׂוּשׁ
סָפֵק חִילּוּל ד' כִּן יֵשׁ לְדוֹן בְּזָה: עֲנָף ד' ומ"מ לְדִינָא יֵשׁ לִזְמַר דְּרִשָּׁאִי לִישָׁבַע וְהוּא דְּהִיכָא
דה"ל סָפֵק חָשׂוּד ע"י הַכְחָשֶׁת הָעֵדִים אִם עָשָׂה עֲבִירָה שְׁאִינוּ בְּגִזְל וְכֵה"ג כְּמוֹ אֲכִילַת
בְּבֵלָה וְחִילּוּל שְׁבֵת.

[שְׁאִינוּ בְּפִרְהָסִיא]. וְכַהֲנָה אִף דְּהֵדִין הוּא דְגַם ע"י עֲבִירָה שְׁאִינוּ מִצַּד שְׁחָשׂוּד הוּא לִיקַח
מִמּוֹן חֲבִירוֹ ג"כ ה"ל חָשׂוּד וּפְסוּל לְשִׁבּוּעָה וכמש"כ הַמ"מ פ"ב ה' טוֹעֵן ה"ב דְּכָל הַפְּסוּלֵי
עֵדוּת הֵם פְּסוּלִים לְשִׁבּוּעָה.

ועכ"ז הָא נִתְבָּאָר בְּחִידוּשֵׁי לְעִיל סִי הִלְזוּ סֵעִי ב' דְּאִין זֶה רַק מְדַרְבָּנָן מִשׁוּם דַּע"פ דִּין
הָא קִי"ל חָשׂוּד לַד"א אִינוּ חָשׂוּד לְדָבָר אַחֵר. וְכָבֵר נִתְבָּאָר לְעִיל דְּבְמִקְלָתָא דְּרַבָּנָן קִי"ל
בְּתַרֵי וְתַרֵי מוֹקְמִינָן אַחְזָקָה וְכ"כ הַפְּר"ח לִי"ד בְּכָלְלֵי ס"ס ס"ק א' ע"ש.

ואה"ע ס' ג' ב"ש ס"ק י"ד. א"כ הָכָא דְמַה"ת פֶּשֶׁר לְשִׁבּוּעָה וְהַסָּפֵק אִינוּ רַק בְּדַרְבָּנָן
לָכֵן כְּפֶשֶׁר לְשִׁבּוּעָה לְהִיּוֹת נִשְׁבַּע מִשׁוּם דְּמוֹקְמִינָן לִיה אַחְזָקַת כְּשִׁירוֹת.

אִף הִיכָא דְנוֹלַד לָנוּ הַסָּפֵק ע"י הַכְחָשֶׁת הָעֵדִים אִם גְּזוּל מְכָבֵר או לא. בְּזָה יֵשׁ לְדוֹן
לְפַמֵּשׁ"כ הַתּוֹס' בב"מ (דף ה' ע"ב) בַּד"ה דְּחָשׂוּד אִמְמוֹנָא כּו' בְּשֵׁם הַר"י חִסִּיד [ובש"מ"ק
שָׁם כְּתִבּוּ כִּן בְּשֵׁם הַר"ת וְכ"כ הַרִיטָב"א וְבְּחִידוּשֵׁי הַר"ן וְהַנ"י שָׁם בְּשֵׁם הַר"ת].

דמשמע מדבריו דס"ל דגזלן מיפסל מה"ת לשבועה א"כ ה"ל חששא בדאורייתא ולכן הדין נותן בזה כמש"כ לעיל דאין אנו רשאים להניחו להיות נשבע משום דה"ל חשש בדאורייתא דלא מוקמינן אחזקה בתרי ותרי.

וכש"כ היכא דנולד ספק ע"י הכחשת העדים אם נשבע פכר לשקר או לא דאם האמת הוא שנשבע פכר לשקר א"כ מיפסל מה"ת לשבועה פדין חשוד לאותו דבר דבכה"ג דינו פכל מידי דאורייתא דלא מוקמינן אחזקה בתרי ותרי: אף גם בזה יש לדון פיון דהתוס' בב"מ (דף ה' ע"ב) פתבו בתירוץ קמא שם דאף גזלן לא פסול לשבועה אלא מדרבנן וכ"כ התוס' בכתובות (דף י"ח ע"ב) ד"ה ובכולי כו' בשם י"מ.

א"כ אי נימא דלא מיפסל אלא מדרבנן אז בנודאי פשר בנ"ד לשבועה משום דה"ל תרי ותרי בדרבנן דמוקמינן אחזקה בדרבנן. ולכן אף דה"ל ספיקא בפלוגתא דרבננותא אם הלכה פהסוברים דגזלן לא מיפסל אלא מדרבנן או דמיפסל מה"ת.

מ"מ יש לדון בזה ספק ספיקא ולהכשירו לשבועה דהא פתב הש"ך ביו"ד סי' פ"ג ס"ק ט"ו ובסי' ק"י בכללי ספק ספיקא ס"ק ט"ז דהיכא שיש ס"ס אם אסור מה"ת או לא ובדרבנן ה"ל ספק א' דמותר. א"כ ה"ה הכא ה"ל ספק ספיקא אם הוא חשוד מה"ת לשבועה או לא.

היינו ספק אחד שמה האמת פדברי העדים שמעידים שלא גזל מעולם ואת"ל דהאמת פהעדים שגזל מפכר אפתי יש ספק שני שמה הלכה פהסוברים דגזלן גמור לא מיפסל אלא מדרבנן א"כ ה"ל ס"ס מדאורייתא.

ובדרבנן דאם האמת שגזל א"כ ה"ל פסול מדרבנן לשבועה. הא בדרבנן מהני ספק א' דהא בדרבנן קיי"ל דמוקמינן אחזקה וכשר.

ע"כ ה"ל ס"ס מעליא מה"ת וספק א' בדרבנן המועיל להכשירו לשבועה. וכן יש לדון אף היכא דמכחישין העדים אם נשבע פכר לשקר או לא דג"כ י"ל לס"ס הלז.

דהא שיטת התוס' בב"ק (דף ק"ח ע"א) ד"ה ותרי פפילי כו' דאף חשוד ע"י שנשבע לשקר אינו מיפסל אלא מדרבנן. וכ"כ המרדכי בפ"ז דשבועות בשם התוס' ומשמע דס"ל פן לדינא.

וכן משמע בשערי רב אלפס שער עשרים דין ד' דאף מי שנשבע לשקר לא מיפסל מה"ת רק חז"ל ראו להעביר השבועה ממנו ע"ש: והא דאמרינן דספק ספיקא לא מהני בממונא להוציא מהמון חזק היינו היכא שאנו דנין אם הוא חייב או לא.

אבל הכא בנ"ד דברור לנו שהוא חייב שבועה ע"פ דין רק דאנו דנין אם מותרין אנחנו להניחו לישבע או לא א"כ הוי זה חשש איסורא ובאיסורא הא קיי"ל דמהני ס"ס בדאורייתא וספק א' בדרבנן המועיל לנו לברר דהוא פשר לשבועה וממילא מחווייב לישבע פפי הדין שמחוייב לישבע.

ואפתי יש לדון בס"ס הנ"ל לפי מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ל"ח דתרי ותרי המכחישים הוי כמו איקבע איסורא פעין תערוכות חז בחד דלא מהני להצטרף לס"ס וכעין דברי הש"ך ביו"ד סי' ק"י בכללי ספק ספיקא ס"ק כ"א וס"ק כ"ד וס"ק כ"ה.

ועיין בספרי שם סוף ענף ה' מש"כ שם ע"פ דברי הכ"מ פ"ח ה' שגגות. אכן באמת לדינא י"ל דתרי ותרי אין דינו כמו תערוכות חד בחד ומקרי בשם לא איקבע איסורא וכמו דמוכח מן תוס' פתובות (דף כ"ב ע"ב) ד"ה באשם תלוי כו' שכתבו ולמאן דמפרש משום דבשתי חתיכות איקבע איסורא ה"נ איקבע איסורא שהיתה בחזקת א"א כו'.

ולא כתבו בפשיטות דזה מקרי איקבע איסורא משום דהא יש תרי ותרי המכחישים וכעין דברי הכ"מ הנ"ל. אלא דאתו עלה משום שהיתה בחזקת א"א א"כ מוכח די"ל דתרי ותרי מקרי בשם לא איקבע איסורא וכמו כל הספיקות.

ולכן שפיר כתבתי לדון בזה דין ספק ספיקא: ענף ה' ולכאורה יש לסתור למה שכתבתי. ע"פ דברי התוס' בעירובין (דף ל"ה ע"ב) ד"ה אמר ר' ירמיה כו' שכתבו בזה"ל והכא נמי י"ל דניחא ליה לשנויי אפילו סבר ר"מ תחומין דרבנן דהשתא לא מצוי לשנויי הכי משום דמתניתין איכא חזקה לחומרא דכיון דאיכא נמי חזקה לקולא ה"מ למימר דהוי עירוב דספיקא דרבנן לקולא מש"ה מוקי מתניתין בשני פיתי עדים דלא שנייה למימר הכי כיון דאיכא פת דמפקי לה מחזקתה כו' עכ"ל התוס'.

וקוטב דבריהם הוא דאע"ג דבספיקא דרבנן אזלינן לקולא עכ"ז היכא דיש שני פיתי עדים המכחישים לא אזלינן לקולא אף בדרבנן. ואפשר דטעמם הוא דזהו כעין מה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ל"ח סוף ענף ה' דיש לדון בתרי ותרי דהוי כמו חד בחד דאיקבע איסורא וכפי דברי הכ"מ פ"ח ה' שגגות וע"כ אף בדרבנן אזלינן לחומרא בזה ע"ש.

ומן דברי התוס' עירובין הלז יהיה סייעתא לדברי הכ"מ וכמש"כ בספרי נחל יצחק שם. אף באמת זה אינו דהא אמרו בעירובין שם דר"מ ס"ל בספק דרבנן דאף היכא דאימתחזק איסורא ס"ל דספיקו להקל כמו בהא דטמא שירד לטבול ספק טבל כו' דאמר ר"מ ספיקו טהור והש"ס מדמה שם להך ספק עירוב לולד הטומאה דר"מ שם וכמש"כ החוות דעת בכללי הספק ספיקא ס"ק כ' ע"ש.

וכיון דאף היכא דאימתחזק איסורא בדרבנן ס"ל לר"מ לקולא ע"כ אין סברא לומר טעמו דר"מ דלכן מחמיר בשתי פיתי עדים אף דתחומין דרבנן משום דהוי כמו איקבע איסורא כמו חד בחד.

דז"א דהא עיקר הטעם דהחמירו בתערוכות חד בחד משום דהוי כמו חזקת איסורא דהחמירו אף בדרבנן וכמש"כ הש"ך ביו"ד בכללי הס"ס ס"ק כ"א. ומה"ט הפר"ח בכללי הס"ס ס"ק ט"ו דס"ל להקל בדרבנן אף היכא דאימתחזק איסורא א"כ כש"כ היכא דאיקבע איסורא כמו בתערוכות חד בחד ונדאי דמקלינן ע"ש.

ובאמת זה פשוט דאיקבע איסורא קילא ביותר מן אימתחזק איסורא דהא אימתחזק איסורא הוי איסור ונדאי משום דמוקמינן אחזקה ואלו באיקבע איסורא אינו רק איסור ספק. ועיין ביו"ד סי' קכ"ז בט"ז ס"ק ו' ובנקה"כ שם.

ולכן כיון דס"ל לר"מ דאף באימתחזק איסורא ספיקו להקל בדרבנן א"כ כש"כ היכא דלא אימתחזק איסורא רק דאיקבע איסורא ונדאי דלר"מ ספיקו להקל. וע"כ אין סברא לומר

הטעם של ר"מ בשני פתי עדים דלכּוּ הַחֲמִיר אף בְּדַרְבָּנָן מִשּׁוּם דְּהוּי כְּמוֹ אִיקְבַּע אִיסוּרָא.

וע"כ מוכח דְּמַצַּד טַעַם אַחַר הַחֲמִיר ר"מ שֵׁם בְּהַד דְּשָׁנֵי פִתֵּי עֵדִים אף בְּדַרְבָּנָן דְּכִינּוֹן דְּקִיָּמֵי פֶת עֵדִים לְפָנֵינוּ וְאוּמָרִים שְׁנִתְקַלְקַל הָעִירוּב לְכּוֹן אֵין סְבָרָא לְהַקְלִי בְּזַה פֶּן הוּא פָּשַׁט לְשׁוֹן הַתּוֹס' שֵׁם: וְיִהְיֶה אִיף שְׂיִהְיֶה פִינּוֹן דְּחֻזִּינוּן דְּהַתּוֹס' ס"ל דְּבִשְׁנֵי פִתֵּי עֵדִים מְחַמְרִינוּ אף בְּדַרְבָּנָן מֵאִיזָה טַעַם.

א"כ נִסְתָּר כָּל מַש"כ לְדוֹן בְּזַה דִּין ס"ס וּסְפַק רֵאשׁוֹן הוּא שְׁמָא הָאָמַת הוּא פְּדַבְרֵי הָעֵדִים שְׂאִינוּ חֲשׂוּד. דְּהָא פִינּוֹן דְּאִיפָּא עֵדִים הַמְעִידִים שְׁהוּא חֲשׂוּד א"כ לֹא מְצַרְפִּינוּ זַה לַס"ס כְּמוֹ דְּלֹא מְקַלִּינוּ ע"פ סְפַק זַה בְּדַרְבָּנָן א"כ לְכַאוּרָה מוּכַח מַכ"ז דְּלֹא כְּמוֹ שְׁכַתְּבָתִּי: אָכּוֹן בְּאָמַת שְׁפִיר פְּתַבְתִּי וְאֶדְרָבָה הוּי סִייעָתָא מְשָׁם לְכָל מַש"כ.

וְהוּא דְּהָא ר' יוֹסִי פְּלִיג שֵׁם וּס"ל סְפַק עִירוּב כְּשֶׁר וְכּוֹן קִי"ל לְדִינָא כְּמִבְּנֹאָר שֵׁם וּבַאו"ח ס'י שַׁצ"ד דְּהִלְכָה כַר' יוֹסִי לְגַבֵּי ר"מ וּר"י. וְלֹאֻקִּמְתָּא דְּרַבָּה וּר"י דְּמוּקֵי בְּשָׁנֵי פִתֵּי עֵדִים כו'.

א"כ אף דר"מ ס"ל לְהַחֲמִיר בְּסְפַק דְּרַבָּנָן הֵיכָא שְׁשָׁנֵי פִתֵּי עֵדִים מְכַחֲשִׁין זַא"ז אָבֵל ר' יוֹסִי ס"ל לְהַקְלִי אף בְּתַרֵּי וְתַרֵּי דְּאֵין לֹמַר מִשּׁוּם אוּקִי תְרוּמָה אַחְזַקְתּוּ דְּהָא ס"ל לְהַתּוֹס' שֵׁם דְּחֻזָּקָה שְׁלֹא עִירַב ה"ל חֻזָּקָה מְעַלְיָא ג"כ וְטַעַמוֹ מִשּׁוּם דַּס"ל תְּחֻזְמִין דְּרַבָּנָן וּכְדַס"ל לְרַבָּנָן דְּפְלִיגֵי עַל ר"ע וְכּוֹן הוּא שִׁיטַת רֹב תַּנְּאֵי וְאִמּוּרָאֵי.

וְהָא דְּקָאָמַר שֵׁם בְּעִירוּבִין בְּהַד סְנֻגְיָא (דָּף ל"ו ע"א) דְּקֶסֶבֶר ר' יוֹסִי תְּחֻזְמִין דְּרַבָּנָן דְּמִשְׁמַע לְכַאוּרָה דְּרַק לְפִי אוּקִימְתָּא דְּשֵׁם קְאָמְרֵי כּוֹן אָבֵל מִתְחַלְּהָ לֹא הֵיזָה הֶכְרַח לֹמַר כּוֹן. ז"א קְשָׁה לְפַמַּש"כ הַנּוּ"ב בַּמ"ק ח' אַה"ע ס'י ב' דְּכּוֹנּוֹת הַגַּמ' שֵׁם הוּא דְּקֶסֶבֶר ר"י תְּחֻזְמִין דְּרַבָּנָן הֵינּוּ אֶפְיָלוּ י"ב מִיַּל וְע"כ אֵין לוֹ עֵיָקָר מַה"ת.

מִשּׁוּם דַּבֵּל"ז אֵין סְבָרָא לֹמַר קֶסֶבֶר ר"י תְּחֻזְמִין דְּרַבָּנָן דְּהָא כּוֹן הוּא שִׁיטַת רֹב תַּנְּאֵי וְאִמּוּרָאֵי ע"ש. וְכִינּוֹן דַּר' יוֹסִי ס"ל דְּבְּדַרְבָּנָן לְהַקְלִי אף בְּתַרֵּי וְתַרֵּי הַמְכַחֲשִׁין זַא"ז מִשּׁוּם דְּגַם הַד סְפַק דִּינוֹ כְּמוֹ כָּל סְפִיקָא דְּרַבָּנָן דְּאֶזְלִינוּ לְקוּלָא וּס"ל שְׁלֹא לְחַלְקִי בִּינֵיהֶם.

א"כ מוּכַח מְזַה לְדִינָא לְדִינּוֹן דְּקִי"ל כַר' יוֹסִי דְּגַם הַד סְפִיקָא דְּתַרֵּי וְתַרֵּי הוּי סְפַק מְעַלְיָא לְהַקְלִי עִי"ז בְּדַרְבָּנָן וּמַמְיָלָא ה"ה לְצַרְפּוֹ לְסְפַק סְפִיקָא ג"כ דְּיִינְיָנוּן לְהַנְּהֵי תַרֵּי וְתַרֵּי לְהִיּוֹת סְפַק הַשְּׁקוּל וְה"ל סְפַק סְפִיקָא מְעַלְיָא הֵיכָא דִּישׁ עוֹד סְפַק שְׁנֵי.

וְלַכּוֹן שְׁפִיר פְּתַבְתִּי לְדוֹן בַּנ"ד דִּין ס"ס דִּיכּוּלִּין לְהַשְׁבִּיעוֹ שְׁבוּעָה הַמְּוַטְלָת עָלָיו ע"פ דִּין הַזֶּה שַׁד"א וְכָכֵל תְּוִקְרָה שְׁיֵישׁ לְכָל שַׁד"א לְעַנְּנָן נְחֻתִינוּ לְנִכְסֵיוּ וְהוּן שְׁבוּעַת הַיִּסָּת פְּדִינוּ: עֲנָף וְאַחַר כּוֹתְבֵי כ"ז רְאִיתִי בְּדְרוּשׁ וְחֻדוּשׁ לְהַגְאֹן רַע"א זַא"ל בְּעִירוּבִין (דָּף ל"ה ע"ב) שְׁהַקְשָׁה עַל מַש"כ הַתּוֹס' שֵׁם בַּד"ה א' ר' יִרְמְיָה כו' דְּנִיחָא לִי לְשִׁנוּיֵי אֶפְיָלוּ סְבֵר ר"מ תְּחֻזְמִין דְּרַבָּנָן כו' פִּינוֹן דְּאִיפָּא פֶת דְּמַפְקֵי לָהּ מְחֻזָּקָה.

וְהַקְשָׁה דְּמַה בְּכָף דְּתַרֵּי וְתַרֵּי מַפְקָא לָהּ מְחֻזָּקָה הָא כִּי הֵיכִי דְּמַפְקָא מְחֻזָּקָה דְּתַרֵּי וְתַרֵּי מַפְקֵי ג"כ מְחֻזָּקָה דְּתַחֲוּם בֵּיתוֹ וְהוּי סְפַק הַשְּׁקוּל דְּמַקְוִילִין וַצ"ע עכ"ל. וְזַהוּ כְּמוֹ שְׁכַתְּבָתִּי לְעִיל לְהַעִיר עַל דְּבַרֵּי הַתּוֹס' הַלְּזוֹ וְכּוֹן הַקְשָׁה בְּתוֹסְפוֹת רַע"א בְּמִשְׁנֵיּוֹת פ"ג מְשַׁנָּה ד ע"ש.

ובאמת מש"כ לעיל דסברת התוס' הוא פיון דיש פת עדים לפנינו המעידים שנתקלקל העירוב ע"כ אין להקל בזה. זהו דוחק ויש להביא פמה ראיות הסותרות לזה ולכן שפיר הקשה.

אכן כמו כן יש להעיר בדברי התוס' פתובות (דף כ"ו ע"ב) ד"ה אנו אמתנינו כו' שפתבו שם ובפ' בפל מערבין גבי תרומה ונטמאה כו' ספק ה"ז חמר גמל ומוקי לה רבה ורב יוסף בשתי פתי עדים ולא מוקמינו לה אהזקה דלא נטמאת אע"ג דתרומה בזה"ז דרבנן היינו משום דעירובי תחומין דאורייתא א"נ שא"ה דאיכא ריעותא דהרי נטמאת לפניה כו' ה"א דאיכא שתי פתי עדים לא אמרינו השתא הוא דאיטמי עכ"ל התוס'.

ומה שיש להעיר על תירוץ הראשון של התוס' דמה בכך דתחומין דאורייתא פיון דתרומה בזה"ז דרבנן א"כ ממילא הוי סעודה הראויני' לאכילה בה"ש. פבר הקשה פן הפרמ"ג ליו"ד בפתיחה להלכות שחיטה שןרש ד' ע"ש ואכמ"ל בזה.

והנה מדהקשו התוס' דאמאי לא מוקמינו שם אהזקה דלא נטמאת כמו דמוקמינו אהזקה בכל תרי ותרי דרבנן. ולא חילקו דשא"ה דיש פנגדו חזקת תחום ביתו מוכח מזה דס"ל להתוס' פתובות דהך חזקת תחום ביתו ולא עירב לא ה"ל חזקה מעליא וכמש"כ התוס' בעירובין (דף ל"ה) שם מתחלה דהך חזקה שלא עירב לא חשיב לי' הש"ס לחזקה.

וכמש"כ הריטב"א בעירובין שם להסביר זה דכיון דהניח העירוב עכ"פ ע"כ איתרע לי' החזקה שלא עירב וה"ל הך חזקה דהשתא הוא דאיטמי ע"ש. ולכן שפיר הקשו התוס' בכתובות דנימא שם אוקי אהזקה דהשתא הוא דאיטמי וע"כ מוכח מזה דאף דרבנן לא מוקמינו על חזקה בתרי ותרי.

ותקשה על מש"כ שם דרבנן מוקמינו אהזקה בתרי ותרי: ותירצו התוס' בתירוץ השני דשא"ה פיון דנטמאת לפניה דאף דחזקה דמעיקרא עדיף מן חזקה דהשתא מ"מ בשני פתי עדים לא מוקמינו אהזקה רק היכא דלא איתרעי החזקה.

א"כ חזינו דס"ל להתוס' דכתובות ג"כ דהיכא דליכא חזקה אז אף דרבנן מחמרינו בתרי ותרי כמו ה"ה דרבנן אף דהוי חזקה דהוי חשוב לחזקה בשארי דוכתי רק לפי דבתרי ותרי בעינו חזקה מעלייתא כו'.

א"כ כש"כ היכא דליכא שום חזקה פלל נודאי דמחמרינו בתרי ותרי אף דרבנן. וה"ה בדברי התוס' פתובות הלז אין לומר כמש"כ לעיל בדברי התוס' עירובין (דף ל"ה) די"ל דלא פתבו פן רק אליכא דר"מ אכל לר' יוסי דפליג על ר"מ מוכח דס"ל דאף היכא דליכא שום חזקה פלל ג"כ מקלינו דרבנן אף בתרי ותרי כמש"כ לעיל בארנפה.

דבדברי התוס' פתובות אין לומר פן דהא לפי מה דס"ל להתוס' פתובות דהך חזקה שלא עירב והעמידנו על תחום ביתו לא ה"ל חזקה. א"כ לפ"ז י"ל דטעמא דר' יוסי דס"ל שם דספק עירוב פשר זהו משום דהוי ה"ה חזקה שלא נטמאת ואף דהשתא טמאה לפניה עכ"ז הא חזקה דמעיקרא עדיף מחזקה דהשתא בכ"מ.

ומה דכתבו התוס' שם דבמקום דאיכא שני פתי עדים שאני ובעינו חזקה מעליא י"ל דס"ל לר' יוסי שלא לחלק פן רק ר"מ ס"ל לחלק כמש"כ התוס'. ולכן אין לנו ה"ה

להוכיח מן ר' יוסי דיהנה ס"ל להקל בדרבנן בתרי ותרי אף היכא דליכא חזקה פלל די"ל דדוקא התימ דיש חזקה דמעיקרא עכ"פ ע"כ ס"ל לר' יוסי פן אבל היכא דליכא שום חזקה פלל מנלן להרבות במחלוקת ולומר דאף בכה"ג פליג ר' יוסי על ר"מ.

ולכן באמת מן דברי התוס' פתובות מוכח דלא כמש"כ לעיל. אלא אדרבה מוכח דגם לדינא אין לנו לדון דין ספק דרבנן לקולא אם שני פיתי עדים מכחישים זא"ז היכא דליכא חזקה: ולפ"ז תקשה גם על דברי התוס' דכתובות פמו שהקשה רע"א בדרוש וחדוש בעירובין פנ"ל דכיון דהוי הכחשת העדים במידי דרבנן א"כ אף היכא דליכא חזקה ג"כ נימא ספק דרבנן לקולא.

וכן יש להקשות במש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ב ע"א) ד"ה אנו אסתנינן כו' דבתרומה דרבנן הקלו בתרי ותרי לאוקמי אחרונה וכן הוא לשון התוס' בכתובות שם ובקידושין (דף ס"ו) דלכו בתרומה דרבנן מקלינן לפי דמה"ת אוקמינן אחרונה רק דהוי ספיקא מדרבנן ע"ש.

וקשה הא אף אם אין החזקה לפנינו ג"כ נידון בתרי ותרי בדרבנן להקל משום ספק דרבנן לקולא. [ונהי פועי קושיות רע"א זצ"ל בדרוש וחדוש בעירובין ה"ל].

וכבר הקשיתי פן בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ה' וכתבתי שם שני תירוץ ותירוץ ראשון הוא דטעמם פנין דנולד ספק עליו גבי מילי דאורייתא דספיקו לחומרא ע"כ ה"ה במילי דרבנן ג"כ ספיקו לחומרא ע"ש.

ונהי התירוץ לא שייך רק התימ גבי תרי אמרי פן גרושה הוא ותרי אחרני אמרי פהו הוא דנולד ספק עליו אם הוא מותר בתרומה דאורייתא וכה"ג. וע"כ שפיר י"ל בזה דכיון דאנו מחמירין על הגוף הזה בדאורייתא ע"כ ראו להחמיר בתרי ותרי אף בדרבנן וכמש"כ שם.

אבל בהא דעירובין דהספק הוא רק לענין העירוב אם נטמא מבע"י או לא דאין זה הספק נוגע פלל בדאורייתא פנין דתרומה בזה"ז דרבנן וכמש"כ התוס' שם ואפ"ה חזינו דכיון דאיתרעי חזקה הראשונה ס"ל לר"מ להחמיר בזה.

[ועיין בעירובין (דף ל"ו ע"א) תוס' ד"ה הכא בשני כו' וקצתתי]. הרי דאף בספק שאין נוגע פלל בדאורייתא אפ"ה החמירו בתרי ותרי אף בדרבנן ועפ"ז נסתר התירוץ הראשון שכתבתי בספרי שם.

ועיין שם בספרי: ולכן העיקר פהתירוץ השני שכתבתי בספרי שם דלכו החמירו בתרי ותרי אף בדרבנן היכא דליכא חזקה משום דהוי כמו חז דבחד דאיכבוע איסורא וכעין סברת הכ"מ פ"ח ה' שגגות דע"י הכחשת העדים הוי כמו איכבוע איסורא ע"ש.

ולכן לא מקלינן בספק דתרי ותרי אף בדרבנן משום דבמקום דאיכבוע איסורא מחמירין בספיקו אף בדרבנן. ומה שכתבתי לעיל להקשות ע"ז דהא ר"מ ס"ל ספק דרבנן להקל אף באמתחזק איסורא פמבואר בעירובין (דף ל"ה) שם א"כ עדיין תקשה מ"ט דר"מ וכמש"כ לעיל בארובה.

י"ל דבאמת מזה יהיה סייעתא לסברת הפרמ"ג ביו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס ס"ק כ"א דחד בחד גרע מן ספק איסור שיש לו חזקת איסור ע"ש. ולא הביא ראי' לזה.

ולפמש"כ מוכח פן מן הא דחזינו דס"ל לר"מ להקל בספק דרבנן שיש לו חזקת איסור ואלו בתרי ותרי היכא דלא הוי חזקה מעליא ס"ל לר"מ להחמיר בדרבנן כמש"כ התוס' בכתובות ובעירובין.

וע"כ מוכח דזה גרע מן ספק שיש לו חזקת איסור וכסברת הפרמ"ג ה"ל. ומתורץ על נכון קושיות רע"א זצ"ל בדרוש וחדוש לעירובין (דף ל"ה) ובתוס' רע"א במשניות שם: ענף ז ונתבאר דלדינא אין לצרף ספק הנולד ע"י תרי ותרי היכא דליכא חזקה.

לעוד ספק שני ולדונו בדין ספק ספיקא משום דהא חזינו דהוה מילתא דתרי ותרי אין אנו דנין בו שיהיה כמו כל ספק דרבנן דלקולא וע"כ ה"ה דאין לדון בכה"ג לדין ס"ס וכעין מש"כ הש"ך ביו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס ס"ק כ' דמזמין אותם להדדי ועיין שם בש"ך ס"ק כ"ד וקצרתי.

ואף לפמש"כ לעיל לדון דמן התוס' עירובין (דף ל"ה) מוכח דר' יוסי פליג בזה על ר"מ וס"ל דאף תרי ותרי בדרבנן אף אם ליכא חזקה ג"כ מקלינן דהא ס"ל להתוס' שם דחזקה שלא עירב ה"ל ג"כ חזקה מעליא וסותרת לחזקה השני' פנ"ל.

אבל מן התוס' כתובות (דף כ"ו) ה"ל מוכח דס"ל לדינא דהיכא דליכא חזקה לא מקלינן אף בדרבנן פנ"ל וכן מוכח מהתוס' ב"ב (דף ל"ב) וקידושין (דף ס"ו) פנ"ל. אף היכא דאיכא חזקה פינו דבכה"ג מקלינן בדרבנן אף בתרי ותרי לכו ה"ה בדאורייתא היכא דאיכא חזקה אף דהוי ספיקא דרבנן מ"מ לא גרע מפל ספק ומצרפינן אותו לספק שני לדון דין ס"ס ואדרבה קילא הוה ספק דתרי ותרי מפל ספק דהא היכא דיש חזקה לא נאסר רק מדרבנן.

וגם הא פינו דבדרבנן היכא דיש חזקה מקלינן א"כ ממילא מצרפינן אותו לספק שני אף בדאורייתא וכעין מש"כ הש"ך ביו"ד בכללי ס"ס ס"ק כ' כעין זה גבי ספק דרבנן שיש לו חזקת איסור בשם הרשב"א לדמותו להדדי ע"ש.

ובכתובות (דף י"ד) באלמנת עיסה פי' רש"י שזרק לה גט ספק קרוב לה כו'. והקשה הב"ש בסי' ב' ס"ק י"ד על הסוברין דספק בגוף וספק בתערובות לא הוי ס"ס דהא באלמנת עיסה ה"ל ספק בגוף וספק בתערובת ואפ"ה אמרו בש"ס שם דה"ל ספק ספיקא ועיין ברשב"א ובפ"י שם.

אבל העיקר מה שנ"ל לתרץ קושיות הב"ש ע"פ דברי התוס' גיטין (דף ע"ח) ד"ה וזה א"א לצמצם כו' וא"ת נימא אוקי תרי בהדי תרי ואוקי אחזקת א"א וי"ל דספיקא דרבנן הוא. וכינון דהוה מילתא דספק קרוב לה דהיא ספק מגורשת אינו רק מדרבנן משום דמה"ת אמרינן אוקי אחזקת א"א.

והא בדרבנן אמרינן ס"ס אף דהוי ספק בגוף וספק בתערובת כמבואר ביו"ד סוף סי' ק"י ובב"ש באה"ע שם ומתורץ קושיות הב"ש. ועיין מזה בספרי נחל יצחק בקונטרס ביאור ספק תקנה ענף ה' בהג"ה שם: ולפ"ז יהיה מזה ג"כ סייעתא למה שפכתתי לדון

דין ס"ס אף אם ספק ראשון הוי ע"י הכחשת תרי ותרי היכא דהוי חזקה המסייע להיתירא ואדרבה בכה"ג עדיפאדאף דהוי ספק בגוף ספק בתערובות ג"כ דיינינו להד"ס.

[ועיין בשער המלך פ"ז ה' אישות דין ב' מה שהביא שם בשם מוהרד"ב שכתב לדון דין ספק ספיקא בשנים אומרים נתקדשה מרצונה ושנים אומרים נתקדשה באונס כו' ע"ש. וי"ל דשא"ה דהוי להקמיר וקצרת].

א"כ בנ"ד דיש חזקת פשרות המבררת לנו דלא עבר עבירה מעולם ומה"ת אוקי אחזקת היתר רק דהוי ספיקא דרבנן בהנהגה תרי ותרי ולכן שפיר יש לדון דין ס"ס ולמסור לו שבועה פניו דע"פ דין מחוייב ליטבע א"כ לא שייך בזה לדון להכליל דאין מוציאין ממון ע"י ס"ס.

דנ"ד הוי כמו איסורא אם מותר למסור לו שבועה ובאיסורא הא מהני ס"ס וכיון דנתבאר דכה"ג ה"ל ס"ס מעליא ע"כ מותר ליטבע וממילא מחוייבין לו שבועה הו"ש ד"א והו"ש שבועת היתת הכל ככל דיניהם השייכים להם.

וכש"כ לפי מה שנתבאר לעיל בחידושי לסעיף ב' די"ל דמה"ת יכול התובע למסור שבועה להחשוד אף בגשבע כפר לשקר והא דמבואר דאין שומעין להתובע זהו רק מדרבנן. ע"כ בנודאי בנ"ד דיש הכחשת תרי ותרי אם הוא חשוד על ש"ש או לא דבנודאי יכולין להשביעו דהוי ככל מילתא דרבנן דמוקמינן אחזקת היתר אף בתרי ותרי וה"ה בנ"ד על חזקת פשרותו ומחוייב ליטבע.

וממילא בשד"א אם אינו רוצה ליטבע נחתינן לנכסיו וקדין כל שד"א: וכ"ז בשבועת הנפטרינן אכל בשבועת נוטלין כמו בהנהגה נשבעין ונוטלין דרפ"ז דשבועות פניו דע"פ דין אינו נוטלין כלל אף בשבועה אלא דחז"ל תקנו דישלו בשבועה ובזה בנודאי הוי השבועה לברר את הספק ולכן היכא שיש לחוש שעבר כפר על ש"ש הדין הוא דאינו נאמן ע"י שבועתו כלל דהוי חשוד לא"ד.

ע"כ בהספק שנוולד לנו ע"י הנהגה תרי ותרי אינו יכול להיות נשבע ונוטל ולהוציא ממון מהמחזק. דבכה"ג שאנו דנין אם יש לו נאמנות ע"י שבועתו לברר הענין י"ל דכ"ע מודו דאיבד נאמנותו.

ואף להתוס' ב"ק (דף ק"ח) וסייעתם דכתבו דחשוד על השבועה לא מיפסל אלא מדרבנן ג"כ י"ל דס"ל דהיכא שנוצרה לברר הענין ע"י שבועתו לא מהימן היכא דהוי חשוד. א"כ בספק חשוד לא נאמן להוציא ממון ע"י שבועתו.

וגם היכא דהוי הכחשת הנהגה תרי ותרי אם עבר שארי עבירה דנתבאר לעיל דע"פ דין הא לא איבד נאמנות שלו שע"י שבועתו דחשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת רק מדרבנן מיפסל לשבועה מ"מ היכא דבא להוציא ממון ואם אנו נאמר דהוי חשוד אז דינו דאינו יכול ליטול ולהוציא ממון מהמחזק ע"י שבועתו משום דבכה"ג לא הימנוהו חז"ל להוציא ממון פניו דע"פ דין תורה פטור.

וה"ל כמו כל דין ס"ס דאין מוציאין ממון ע"י מהמחזק משום דאם נימא דיש לו דין חשוד ממילא אין לו זכות כלל בהממון שאנו דנין עליו ואין זה הספק נוגע בהאיסור לבד אלא גם בהממון דהוי ספק בעיקר החיוב של הנתבע אם נתחייב ע"י שבועת תובע ולכן אינו יכול לישבע וליטול.

אף היכא דה"ל מן נשבעין ונוטלין באופן שאין השבועה מעכבת להממון שפא להוציא כעין הא דלקמן סעיף ט' ובש"ד לקמן ס"ק י"ד שהכריע דכיון ששטר מקוים בידו גובה בל"ש. ועיין באו"ת שם.

בזה י"ל דנותנין לו שבועה אם נולד ספק עליו ע"י תרי ותרי פיון דאף אם לא ישבע יהיה נוטל הממון ועיקר הספק הוא רק לענין איסור אם מותרין למסור לו שבועה. שפיר י"ל בזה דין ס"ס הג"ל דיכולין להשביעו וממילא מחוייב לישבע כדינו כיון דמותרין ע"פ דין להשביעו כנ"ל.

[ועיין בש"ד לקמן ס"ק י"ד מה שפכתב לחלק בין נשבעין ונוטלין דאינם נוטלין כלל ע"פ דין ובין הגוף דנוטלים ע"פ דין בל"ש רק חז"ל תקנו להשביעם]. וכעין זה ראיתי בט"ז ח"מ סי' פ"ז סעיף כ"ה שפכתב המג"א שם בקצרה לחלק גבי שבועת העבד בין נשבעין ונוטלין לנשבעין ונפטרין ע"ש.

ונהו כמו שפכתבתי לדון לחלק כן בין שבועת נוטלין לנשבעין ונפטרין משום דשאני נשבעין ונוטלין דעיקר זכות התובע הוא רק ע"י שבועתו ולכן היכא דהוי ספק חשוד אינו יכול להוציא מהמחזק על ידי שבועתו: והנה לעיל בחידושי לסעיף ב' העליתי דיש לדון דאף להסוברין דגזלן מיקסל מה"ת וכ"כ מי ששבע לשקר דמיקסל מה"ת לישבועה.

די"ל דזה אינו רק לענין שאינו נאמן ע"י שבועתו לברר דאיכא נאמנותו אבל אם התובע רוצה שישבע הנתבע בזה י"ל דמה"ת יכול לומר התובע שישבע הנתבע ורק מדרבנן אין שומעין להתובע.

וע"כ בנ"ד דתרי ותרי מכחישין זא"ז אם הוא חשוד על השבועה מחמת ששבע לשקר מכבר או לא יש לנו לדון דבונדאי יכול התובע לומר שישבע הנתבע פיון דעיקר הספק הוא רק בדרבנן דהא מה"ת אף בהיה נודאי חשוד יכול התובע לומר כן.

ובדרבנן הדין הוא בתרי ותרי דמוקמינן אחזקת פשרות ויכולין אנחנו למסור לו שבועה ואין אנו צריכין לדין ספק ספיקא אלא בספק אחד ע"י הגוף תרי ותרי ג"כ הדין הוא דיכול התובע לומר כן.

ונתבאר דבתרי ותרי יכול התובע להשביעו ע"פ שני טעמים טעם א' משום ספק ספיקא. טעם ב' משום דבדרבנן מהני חזקת פשרות לברר לנו דהוא פשר.

ומצאתי בהרדב"ז ח"ב סי' תשמ"ט שפכתב ג"כ דבתרי ותרי אם יש עוד ספק אחר אית לנו למיזל לקולא היכא דיש חזקת פנוי' ע"ש והוא סעד לדברינו. ועיין בהרדב"ז ח"ד סי' ר"ה.

וְרֵאִיתִי בְּתֻשׁוֹבַת הָרֹא"שׁ כָּלֵל נ"ב ס' ג' ד' שְׁפֶתַב בְּתָרִי וּתְרִי דְאֶזְלִינָן בְּתַר רֹב נֹלְדִים כּו' וְעוֹד שְׁיֵשׁ כָּאֵן עֲדוֹת מְנֻחָשׁוֹת וְהוּי סְפִיקָא דְרַבְּנָן עכ"ל. א"כ מוֹכַח דס"ל דְּבִדְרַבְּנָן מְקִילָן בְּתָרִי וּתְרִי אַף הֵיכָא דְלִיכָא חֻזְקָה לְהִתְיָרָא וְאֶפְשָׁר דְּשֵׁא"ה דְּנִישְׁאֵת לְאַחַר.

וְהוּבָא זֶה בֵּאֵה"ע ס' קנ"ז סְעִיף ה' וְעֵינָן בְּב"ש שְׁם ס"ק ט': עֲנָף ח נְכַעַת רְאִיתִי בְּבֵית יוֹסֵף ח"מ ס' ל"ד סְעִיף ה' שְׁהֵבִיא בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הָרֵשֶׁבֶ"א שְׁפֶתַב שְׁחָשׁוּד עַל הַשְּׁבוּעָה אֶפְיָלוּ ש"ש אֵין מוֹסְרִין לוֹ שְׁבוּעָה לְעוֹלָם וְשִׁפְנִגְדוֹ נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל כּו' וְכַתֵּב עוֹד שְׁם וְאִם יֵצֵא עָלָיו קָלָא דְלֹא פְּסִיק אֵין חוֹשְׁשִׁין לוֹ וְאֵין מוֹסְרִין לוֹ שְׁבוּעָה וְאֵין מוֹצִיאִין מְמוֹן בְּעֲדוֹתוֹ דְּאֵין מוֹצִיאִין מְמוֹן אֶלָּא בְּעֲדוֹת בְּרוּרָה אַע"פ שְׁבִחַתְּוֹת כְּשֶׁר הָיָה וְאֵין פּוֹסְלִין אוֹתוֹ בְּקָלָא דְּעֵלְמָא מ"מ מִיחֻשׁ חִיּוּשִׁינָן לִי וְאֶפְיָלוּ אֵיִתְתָּא מְפָקִין מְנֻטְעוֹן בְּדָבָר מְכֻנְעָר וְקָלָא דְלֹא פְּסִיק כְּש"כ זֶה שְׁאֵין מוֹסְרִין לוֹ שְׁבוּעָה וְכִש"כ דְּלֹא מְפָקִין מְמוֹנָא אֶפְוֹמִין כּו' עכ"ל.

וְלִדְיָנָא קִי"ל דְּלֹא כְּהֵרֵשֶׁבֶ"א כְּמִבְּנֵי אָר בְּסִי ל"ד סְעִיף כ"ה דְּאֵין נְפֹסֵל ע"י קוֹל וּמוֹצִיאִין מְמוֹן ע"י עֲדוֹתוֹ וְכַמְש"כ הַסְּמ"ע שְׁם ס"ק ס"א וְסִיִּים שְׁם וְזֶהוּ דְּלֹא כְּהֵרֵשֶׁבֶ"א. וְחֻזְיָנָן דְּשִׁיטַת הָרֵשֶׁבֶ"א הוּא דְּחִיּוּשִׁינָן לְקָלָא וְאֵין מוֹצִיאִין מְמוֹן ע"י עֲדוֹתוֹ וְגַם אֵין מוֹסְרִין לוֹ שְׁבוּעָה וְהֵנָּה הָא דְּאֵין מוֹצִיאִין מְמוֹן ע"י עֲדוֹתוֹ הַטְּעַם הוּא מְשׁוּם דְּאֵלִימָא לְנוּ חֻזְקַת מְמוֹנָא טוֹבָא וְכַמְש"כ הָרֵשֶׁבֶ"א דְּאֵין מוֹצִיאִין מְמוֹן אֶלָּא בְּעֲדוֹת בְּרוּרָה.

וְס"ל לְהֵרֵשֶׁבֶ"א ג"כ דְּאֵין מוֹסְרִין לוֹ שְׁבוּעָה. וְאַף דְּחֻזְמַת הָרֵשֶׁבֶ"א דְּמַחְמִיר לְחוּשׁ לְקוֹל אֵין זֶה מִן דִּין וְנִדְּאֵי רַק מְסָפִיקָא בְּעֵלְמָא דְּהָא לֹא עֲדִיר הֵךְ מִלְּתָא דְּחִיּוּשִׁינָן לְקוֹל יוֹתֵר מִן תְּרִי וּתְרִי כִּידוּעַ וְאֶפ"ה ס"ל דְּאֵין מוֹסְרִין לוֹ שְׁבוּעָה.

א"כ מוֹכַח מִן הָרֵשֶׁבֶ"א דְּלֹא ס"ל לְהֵךְ שְׁפֶתַבְתִּי לְדוֹן דִּין סְפִיקָא לְמִסוּר לוֹ שְׁבוּעָה. וְכֵן מוֹכַח דְּלֹא סְבִירִי לִיָּה לְמָה שְׁפֶתַבְתִּי לְדוֹן בְּזָה דִּין סְפִיקָא דְּרַבְּנָן לְקוֹלָא: וְהֵנָּה בְּמִש"כ לְדוֹן דִּין סְפִיקָא.

י"ל דְּהֵרֵשֶׁבֶ"א אֶזְיָל לְשִׁיטְתוֹ לְפַמְש"כ הָרֵשֶׁבֶ"א בְּחִי' לְב"ק (דָּף ק"ח) לְהַקְשׁוֹת פְּקוּשׁוֹת הַתּוֹס' שְׁם ד"ה וּתְרִי כְּפִילִי כּו' וְלֹא תִּירָץ לְתִירוּץ הַתּוֹס' שְׁם דְּכַתְּבוּ דְּחָשׁוּד עַל הַשְּׁבוּעָה מִיְפֹסֵל מְדְרַבְּנָן לְשְׁבוּעָה וְלֹא מַה"ת.

א"כ מוֹכַח דס"ל לְדִינָא דְּחָשׁוּד עַל הַשְּׁבוּעָה מִיְפֹסֵל מַה"ת לְשְׁבוּעָה. וְכֵן מוֹכַח מִן דְּבָרֵי הָרֵשֶׁבֶ"א בְּחִי' רפ"ז דְּשְׁבוּעוֹת דְּכַתְּבֵי דְּחָשׁוּד ה"ל מִן הַדִּין לְשִׁלְּם בְּל"ש מְשׁוּם דַּה"ל מִתּוֹךְ שְׁאִיל"מ וְהַקְשָׁה דל"ל לְמִיתְנֵי הֵךְ דְּחָשׁוּד עַל הַשְּׁבוּעָה בְּכָלֵל הֵךְ דְּנִשְׁבַּעִין וְנוֹטֵלִין.

א"כ מוֹכַח דס"ל דְּחָשׁוּד עַל הַשְּׁבוּעָה ה"ל פְּסוּל מַה"ת לְשְׁבוּעָה. וְכַמְש"כ מְזָה לְעֵיל הַפֶּל בְּאַרְנוֹכָה ע"כ לְשִׁיטַת הָרֵשֶׁבֶ"א לֹא שְׁיָיָךְ לְדוֹן בְּזָה דִּין סְפִיקָא מְשׁוּם דְּאֵין כָּאֵן רַק סְפִיקָא א'.

אֲבָל לְדִידוֹן דְּמִסְפָּקָא לֹן דִּילְמָא הִלְכָה כְּשִׁיטַת הַתּוֹס' וְהִמְרָדְכִי פ"ז דְּשְׁבוּעוֹתוֹ שְׁעָרֵי רַב אֶלְפֵס דְּנִתְבְּאָר דס"ל דְּחָשׁוּד עַל הַשְּׁבוּעָה לֹא מִיְפֹסֵל רַק מְדְרַבְּנָן שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן דִּין סְפִיקָא סְפִיקָא כְּמוֹ שְׁנִתְבְּאָר דִּיכּוֹלִים לְמִסוּר לוֹ שְׁבוּעָה: אֲכֵן לְפִי מִש"כ בְּטַעַם הַשְּׁנִי דִּישׁ לְדוֹן בְּנ"ד דִּין סְפִיקָא דְּרַבְּנָן לְקוֹלָא מְשׁוּם דִּי"ל דכ"ע מוֹדוֹ דְּמָה דְּאֵין שׁוֹמְעִין לְהַתּוֹבַע לְהַשְׁבִּיעוֹ אֵין זֶה רַק מְדְרַבְּנָן.

בְּזֶה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִן דְּבָרֵי הַרְשָׁבָ"א דס"ל דְּגַם ע"י קוֹל אֵין מוֹסְרִין לוֹ שְׁבוּעָה דְּמוֹכַח דס"ל לְהַרְשָׁבָ"א דְּמָה דְּאֵין מוֹסְרִין שְׁבוּעָה לְחַשׂוּד הוּא מַה"ת דְּאֵי נִימָא דְּזֶהוּ רַק מְדַרְבְּנֵן א"כ אֲמַאי חוֹשֵׁשׁ הַרְשָׁבָ"א בְּקוֹל לְדוֹן דְּאֵין מוֹסְרִין לוֹ שְׁבוּעָה וְהָא קוֹל אַף אֵי נִימָא דְּחִיּוּשֵׁינֵן לְקָלָא מ"מ אֵינוּ אֱלָא מִן דִּין סָפֵק א"כ הָא סָפֵק דְּרַבְּנֵן לְקוֹלָא.

וְגַם יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִן סוּגְיָא דְּגִיטִין (דָּף פ"ט ע"א) דְּשָׁם הַמְקוֹר דְּחִיּוּשֵׁינֵן לְקָלָא. דְּמוֹכַח שָׁם דְּבִאִסוּר דְּרַבְּנֵן לֹא חִיּוּשֵׁינֵן לְקוֹל וְהוּא דְּאָמְרוּ שָׁם הֵהוּא דְּנִפְקַע עֲלֵה קָלָא דְּאִיְקוּדָשָׁא בְּאַצִּיפָא דְּתוֹחָלָא כּו' עֵינֵינוּ רַבְּנֵן בְּקִידוּשֵׁיהָ וְלֹא הָוֵי שְׁוֵה פְּרוּטָה.

וְקָשָׁה הָא אַף בְּפָחוֹת מִש"פ חִיּוּשֵׁינֵן לְקִידוּשֵׁין כְּמַבְּנֵן אֲרַבְּנֵן בְּקִידוּשֵׁין (דָּף י"ב) וְע"כ מוֹכַח דְּבְּקִידוּשֵׁי דְּרַבְּנֵן לֹא חִיּוּשֵׁינֵן לְקוֹל. וְעֵינֵן בְּרֵא"ש בְּקִידוּשֵׁין (דָּף י"ב) וּבֵאֵה"ע ס' ל"א ב"ב"ש ס"ק ו' מִש"כ פְּלִגְמַת הַפּוֹסְקִים בְּזֶה וְקִצְרַתִּי.

וְע"כ פִּינֵן דְּחִיּוּשֵׁינֵן לְהַרְשָׁבָ"א דְּהַחְמִיר לְחוּשׁ לְקוֹל דְּאֵין מוֹסְרִין לוֹ שְׁבוּעָה מוֹכַח דס"ל דְּמָה"ת אֵין מוֹסְרִין שְׁבוּעָה לְחַשׂוּד וּמוֹכַח דְּלֹא כְּמוֹ שְׁכַתְּבִתִּי. וְיֵשׁ לְהַעִיר מְזִה בְּסִנְהֶדְרִין (דָּף ס"ג ע"ב) וּבֵאֵה"ח ס' קנ"ו וּבֵי"ד ס' קמ"ז סע"ג וּבֵח"מ ס' קע"ו סע"ג נ"א.

וְיֵשׁ לְחַלֵּק וְקִצְרַתִּי: וְע"כ"ז אֵין לְסַתּוֹר מִן דְּבָרֵי הַרְשָׁבָ"א הֵלֵז לְכָל מִש"כ. וְהוּא דְּמַצִּינוּ פְּלִגְמַת רֵאשׁוּנִים אֵי חִיּוּשֵׁינֵן לְקוֹל בְּאִסוּר דְּרַבְּנֵן אוֹ לֹא כְּמַבְּנֵן אֲרַבְּנֵן בְּרַמְב"ם פ' י"ז ה' אִסוּרֵי בִיָּאָה ה' ד' דְּהַרְמַב"ם פְּתַב דְּיָצָא עֲלֵיהָ קוֹל שְׁהִיא חִלּוּצָה אֵין חוֹשֵׁשֵׁין לָהּ וְהַרְאָב"ד הַשִּׁיג עֲלֵיו וּס"ל דְּאֵין בְּיָצָא קוֹל חִלּוּצָה חוֹשֵׁשֵׁין לָהּ כְּמַבְּנֵן אֲרַבְּנֵן בַּה"מ שָׁם.

וְזֶהוּ מְהֵא דְּגִיטִין (דָּף פ"ט) דְּיֵשׁ גּוֹרְסִין שָׁם חִלּוּצָה אֵין חוֹשֵׁשֵׁין לָהּ וְעֵינֵן בְּרֵא"ש שָׁם וּבְקִרְבֵּן נִתְנָאֵל ס"ק נ"ח. וְהַמְל"מ פ"ט ה' אִישׁוֹת ה' כ"ב הֵבִיא בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הַרֵב פ"מ וּמֵהֵרָאנ"ח דְּפְלִיגֵי בְּדִין קָלָא דְּסִבְלוֹנוֹת אִם חִיּוּשֵׁינֵן וְכַתְּבַת הַמְל"מ לְתַמּוּנָה עֲלֵיהֶם דְּהָא זֶהוּ מִתְּלֻקַת בֵּין אַבּוֹת הָעוֹלָם דְּהַרְמַב"ם ס"ל דְּאֵין חוֹשֵׁשֵׁין וְהַרְאָב"ד ס"ל דְּחוֹשֵׁשֵׁין.

וְעֵינֵן בְּתוֹס' יו"ט סוּטָה פ"ח מְשֻׁנָּה ה' וּבְרִיטְב"א רפ"ג דְּמַכּוֹת וּבְתוֹס' רע"א בְּסוּטָה שָׁם. וְהָדָּךְ פְּלִגְמַת הוּבָא בֵּאֵה"ע ס' ו' סע"ג ה' ו' וּבְב"ש שָׁם ס"ק י"ב דְּגִירְסַת הַרִי"ף וְהַרְא"ש חִלּוּצָה אֵין חוֹשֵׁשֵׁין לְקוֹל חִלּוּצָה מִשְׁמַע דְּמִתְּרַת לְכַתְּחֵלָה וְעַדִּיף מְסַפֵּק חִלּוּצָה וְהַרְאָב"ד ס"ל קוֹל הַפְּנוֹחִזְק ב"ב דְּהָוֵי כְּבִירוֹר וְתַצָּא כּו' עכ"ל הַב"ש שָׁם.

וּמִש"כ לְעֵיל לְהַעִיר מְהֵא דְּגִיטִין (דָּף פ"ט) דְּבְּקָלָא דְּיֵשׁ לְמַתְּלֵי דְּנִתְקַדְּשָׁה בְּפָחוֹת מִש"פ לֹא חִיּוּשֵׁינֵן. כְּבָר הַעִיר מְזִה הַב"ש בְּס' מ"ו ס"ק י"א דֹּאע"ג דְּקִי"ל דְּחִיּוּשֵׁינֵן שְׁמָא ש"פ בְּמַק"א וְלֹא תְּלִינֵן לְקוֹלָא מ"מ בְּקוֹל לֹא מִחְמִירִין בְּזֶה וְעַדִּיף טְפֵי מְקוֹל חִלּוּצָה עכ"ל הַב"ש.

וְהַטַּעַם הוּא פִּינֵן דְּאֵין אִם יְדוּעַ ש"פ בְּמַק"א אֵין זֶה רַק מְדַרְבְּנֵן לְשִׁיטַת כְּמָה רֵאשׁוּנִים וְלָכֵן בְּסָפֵק שְׁמָא ש"פ בְּמַק"א הַקִּילוּ שְׁלֵא לְחוּשׁ לְקוֹל פִּינֵן דְּאֵין אִם קוֹדְשָׁה בְּפָחוֹת מִש"פ אֵין זֶה רַק חוֹמְרָא כְּעֵין תְּרַתִּי דְּרַבְּנֵן וְע"כ לֹא חִיּוּשֵׁינֵן לְקוֹל בְּזֶה אַף לְשִׁיטַת הַרְאָב"ד וְגַם י"ל דְּמִיְיָרֵי בְּדָבָר שְׁאֵינוּ מְתַקְּנִים וְכַמְבּוֹאֵר בֵּאֵה"ע ס' ל"א סע"ג ג'.

וקצרתיו: ענף ט ונראה לענ"ד להוכיח פהסוכרין דאף באיסור דרבנן חשו לקול המוחזק בב"ד. דבכתובות (דף כ"ו) אמרו דמוחזק לנו באבוה דהאי דכהן הוא ונפק עליו קלא דב"ג וב"ח הוא ואחתנינן' כו' אנו אחתינו ואנו מסקינן ליה.

והתוס' שם ד"ה אנו אחתינו כו' העלו דשם קאי בתרומה דרבנן דהקילו בתרי ותרי לאוקמי אחזקה. וכ"כ פתבו התוס' שם לעיל מינן' בד"ה ואסקינן' כו' אי נמי בתרומה דרבנן הקילו וכ"כ התוס' בב"ב (דף ל"ב) ובחידושי הרשב"א לקידושין (דף ס"ו) ע"ש.

וכיון דהסוגיא שם מייירי בתרומה דרבנן ואפ"י הכי אמרו דאם נפק עליו קלא דב"ג וב"ח הוא ואחתנינן' והטעם הוא משום דחשו לקלא להחמיר היכא דיש חשש איסור. הרי להדיא דאף באיסור דרבנן כמו בתרומה דרבנן ג"כ חשו לקלא.

ומוכח מזה כשיטת הסוכרין דאף בדרבנן חשו לקלא באיסורין. וקשה מזה על שיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דבאיסור דרבנן לא חשו לקול.

ואפשר לומר דיפרשו להך ואחתנינן' דאמרו כמו שכתוב בצידו של התוס' כתובות שם ד"ה ואסקינן' כו' בזה"ל אי נמי אחתנינן' לאו דוקא אלא שירד מעצמו. וכעין זה כתב הריטב"א שם והשמ"ק בשם רש"י והתוס' דפירשו דהך קלא דהתם לא איתחזק בב"ד והך ואחתנינן' לאו הורדה גמורה אלא חששא בעלמא.

אכן מדברי התוס' שם וכן מדברי הריטב"א שם דאם הנה קול המוחזק בב"ד הוי הורדה גמורה ופסול מוכח מזה פהסוכרין דאף בדרבנן חשו לקלא. ודוחק לחלק דשא"ה פיון דהנה חשש בהך קול גם בתרומה דאורייתא ע"כ החרמירו ממילא לחוש אף בתרומה דרבנן משום קלא.

משא"כ ביצא קול שהיא חלוצה וכן בקול דסבלונות דלא הוי שם שום חשש דאורייתא פלל ע"כ ס"ל דלא חשו לקול וכעין זה החילוק פתבתי בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ה' בד"ה וזהו מוכרח כו' ע"ש.

אבל אינו במשמע חילוק זה מפשטות הסוגיא והתוס' שם וקצרתיו. ועוד דהא אמרו שם דנפק עליו קלא דבן חלוצה ואחתנינן' והא חלוצה הוי רק מדרבנן ואפ"ה אמרו ואחתנינן' א"כ מוכח בפשיטות דקול גם בדרבנן חיישינן ונסתר החילוק שפתבתי: ולפי מה שנתבאר דשיטת הראב"ד והתוס' והריטב"א וחי' הרשב"א לקידושין (דף ס"ו) הנ"ל דס"ל דאף באיסור דרבנן חשו לקול והטעם הוא כמש"כ הב"ש בסי' ו' ס"ק י"ב דס"ל דקול המוחזק בב"ד הוי פבירור ואין דינו כמו ספק דרבנן דלקולא אלא חז"ל החרמירו לחוש לקול ותקנו לחוש אף באיסור דרבנן דיהיה דינו כמו ונדאי איסור.

ע"כ שפיר נכונים דברי הרשב"א בתשובה דס"ל דאף ביצא עליו קלא דלא פסיק שהוא חשוד על השבועה דאין מוסרין לו שבועה דאף דלפי מה שפתבתי דהא דאין מוסרין שבועה לחשוד אין זה רק מדרבנן לכ"ע.

מ"מ הא פיון דחזינו דאף באיסורין דרבנן תקנו לחוש לקול א"כ ה"ה בהך מילתא דתקנו חז"ל דאין מוסרין שבועה לחשוד ג"כ דינו ככל איסורין דרבנן דחשו לקול דהוי דינו כמו ונדאי איסור.

וס"ל להרשב"א דעיקר הך מילתא דמצינו בגיטין (דף פ"ט) דחיישינו לקלא. דלאו דוקא באיסורי אישות וזנות ופסולי פהונה חשו לקלא דה"ה בכל איסורין חיישינו לקלא אף בדרבנן כמו דחזינו דאף בתרומה דרבנן חשו לקול.

ולפ"ז אין לסתור לכל מה שכתבתי לדון בתרי ותרי המכחישים אם הוא חשוד או לא דמותר למסור לו שבועה משום דבדרבנן מוקמי אהזקה. דשאני קול דהוי דינו כמו ונדאי איסור דרבנן וכדחזינו בהא דכתובות (דף כ"ו) דבתרומה דרבנן הקילו בתרי ותרי ובקול הקמירו אף בתרומה דרבנן פנ"ל וכמש"כ הב"ש בס"י ו' ס"ק י"ב דקול המוחזק הוי כמו ונדאי איסור.

אף לפמש"כ הרשב"ם בב"ב (דף ל"ב) והר"נ ספ"ב דכתובות דהך ואחתינ' הוא לפי שפעלה עשו בתרומה ובכהונה להורידו עד שיבדקו. ע"כ אינו ראיה משם לשארי איסורין וקצרותי: והמשאת בנגמין סי' נ"א הביא לדברי הרשב"א בתשובה הנ"ל והקשה דדברי הרשב"א קשה להולמן וכסתרי אהדדי דבתחלה כתב דקלא דלא פסיק אין חוששין לו דמשמע דאין חוששין לקול וכשר לעדות ואח"כ כתב דאין מוסרין לו שבועה ואין מוציין ממון בעדותו ונדחק ליישב ע"ש.

ולענ"ד נראה ליישב דברי הרשב"א והוא דלעיל מיניה כתב הרשב"א שם שחשוד על השבועה כנגדו נשבע ונוטל ע"ז כתב הרשב"א אם יצא עליו קלא דלא פסיק אין חוששין לו. הפונה דלא אמרינן בכה"ג דשפנגדו נשבע ונוטל דאף דאמרו חז"ל דבאיסורין הוי קול גמור כמו בירור.

עכ"ז במזון לא אמרו פן משום דחזקת מזון אילימא טובא וכמש"כ הרשב"א שם דאין מוציין מזון אלא בעדות ברורה. וכעין זה אמרו בגיטין (דף פ"ט) הקדיש פ' נכסיו אין חוששין להן והטעם הוא משום דבמזון לא מהני קול להוציא מהמוחזק וע"כ יכול לומר דהנני אינו חשוד ולא שייך ביה מה דאמרו חז"ל בחשוד דכנגדו נו"נ רק לענן דאין מוסרין לו שבועה שפיר יש לחוש אף לקלא משום דבמקום איסור חיישינו לקול.

וסיים דאין מוציין ממון בעדותו הטעם הוא משום דחזקת מזון מונא מסייע להמוחזק ע"כ אין פח להעד שיצא עליו קלא דל"פ להוציא מזון. ולכאורה יש להקשות על דברי הרשב"א דס"ל דלאו דוקא באיסורי אישות מן א"א ופסולי פהונה חשו לקול דה"ה בכל האיסורין חיישינו לקול א"כ אמאי אמרו בגיטין (דף פ"ט) הקדיש פ' נכסיו אין חוששין לאסור נכסיו עליו כמש"כ רש"י שם.

וקשה הא יש לחוש לאיסור מעילה ואף דלענן הוצאות מזון מרשותו לרשות הקדש י"ל כיון דלהוציא מזון מהמוחזק אין סומכין על הקול ע"כ א"ש זה. אבל אפתי תקשה דיאסרו הנכסים עליו.

ויש לחלק בכמה גוונ. והעיקר מה די"ל דשאני הקדיש נכסיו כיון דאומר ברי לי שלא הקדשתי הנכסים א"כ יש לו מיגו דאי בעי מיתשל אהקדישו כעין דאמרו ביבמות (דף פ"ח) אי דידי' משום דבידו לאיתשולי עלי'.

וְדוֹקָא אַם עֲדִים מְעִידִים בְּפָנֵינוּ דְהַקְדִּישׁ נְכֶסֶיו וְהוּא מְכַחֵשׁם אֵינוּ נֶאֱמָן בְּמִיגוּ מְשׁוּם
דְּהוּי מִיגוּ בְּמִקּוּם עֲדִים דְּקִי"ל דְּלֹא אֲמָרִינוּ אֲבָל בְּמִקּוּם קוּל בְּנוּדָאֵי נֶאֱמָן בְּמִיגוּ לְהַכְחִישׁ
לְהַקּוּל לַכ"ע.

[עֵינֵינוּ בַב"ב (דָּף ל"א ע"א) וְשֵׁם (דָּף ל"ג ע"ב) וְקִצְרֵתֵי]. אֲבָל אֵין לֹמַר הַטַּעַם בְּזוּה
דְּלִפִּי שְׂאוּמַר בְּרִי לִי שְׂלֵא הַקְדַּשְׁתִּי ע"כ אֵין אָנוּ יְכוּלִים לְאַסְוֹר נְכֶסֶיו עָלָיו ע"י הַקּוּל
דְּנֶאֱמָן ע"ע נְגַד הַקּוּל.

דז"א דְּהָא ע"י קוּל מְפָקִינוּ מִן הַנְּטָעָן אַף דְּהַנְּטָעָן וְהָאִשָּׁה אוֹמְרִים בְּרִי מ"מ אֲסָרִינוּ אוֹתָם
ע"י הַקּוּל. ע"כ הָעֵינֵינוּ כַּמֶּש"כ דְּשֵׁא"ה דִּישׁ לוּ מִיגוּ דְּבִידוּ לְאִתְּשׁוּלֵי.

יֹתֵר אֵין לִי לְהַאֲרִיף לְפִי שֵׁאכ"מ: וּבִירוּשְׁלָמִי שְׁבוּעוֹת פ"ז ה' א' אָמְרוּ דְּאֵין ב"ד מוֹסְרִין
שְׁבוּעָה לְעֶבֶד וְכַמֶּש"כ הַט"ז בְּסִי פ"ז סְעִיף כ"ה וְהַמְגִי' שֵׁם לְפָרֵשׁ לְהִירוּשְׁלָמִי הֲלִז וְאִף
דְּלֹא הָוִי נוּדָאֵי גִזְלוֹן וְכַה"ג מ"מ פְּסָלוּ אוֹתוֹ לְשְׁבוּעָה א"כ לְכַאוּרָה הוּא סְתִירָה לְכָל
מֶש"כ.

וְעֵינֵינוּ בְּתִשְׁבּוּת רַדְב"ז ח"ג ס' תפ"ט. אַף לְפַמֶּש"כ הַמְגִי'ה שֵׁם לְפָרֵשׁ דִּישׁ לְחַלֵּק דְּשֵׁא"ה
דְּמִיָּרִי בְּנִשְׁבָּעֵין וְנוּטְלִין וְע"כ אֵין זֶה שׁוּם שְׁיִיכּוֹת לְעַנְיָנוּ וְכַמֶּש"כ לְעֵיל לְחַלֵּק פֶּן.

וְעוּד דְּהָא שְׂאֵנִי עֶבֶד דְּהוּא בְּחִזְקַת גִּנְבָּה וְקוּבִיּוֹסְטוּס כְּמִבּוּאָר בַב"ב (דָּף צ"ג) וְכַתְּנֻבוֹת
(דָּף נ"ח) וְהוּי פְּנוּדָאֵי גִזְלוֹן וְכַמֶּש"כ הַמְגִי'ה שֵׁם. וְע"כ אַף בְּנִשְׁבָּעֵין וְנִפְטָרִין אֵינוּ נִשְׁבָּע
הָעֶבֶד.

אַף עֵינֵינוּ דְּבְרֵי הַמְגִי'ה הַנֶּ"ל הוּא מְחַלְוֹת הַחֲלֵקַת מְחֻזְקָה וְהַב"ש בְּסִי י"ז סְעִיף ג' דְּבַח"מ
שֵׁם ס"ק ט' כְּתִב דְּלִכּוֹן עֶבֶד פֶּשֶׁר לְעֵדוּת אִשָּׁה דְּאִף דְּאֲמָרִינוּ בְּכ"ד דְּסֵתָם עֶבְדִּים פְּרוּצִים
בְּעִבְרֹת כְּמוֹ שְׂאֲמָרוּ נִמְצָא גִנְבָּה וְקוּבִיּוֹסְטוּס הִגִּיעוּ וְכַמֶּש"כ הַרְמַב"ם פ' ט"ו ה' מְכִירָה
כו' דִּישְׂרָאֵל בַּעַל עִבְרִיהָ גָרַע מֵעֶבֶד אַף שֶׁהוּא בְּחִזְקַת בַּעַל עִבְרִיהָ עַכ"ל.

וְהַמְרָאוֹת הַצּוּבָאוֹת שֵׁם כְּתִב לְפָרֵשׁ דְּבְרֵי הַח"מ הֲלִז דְּאִף דְּאֲמָרוּ דְּסֵתָם עֶבְדִּים הֵם
בְּחִזְקַת גִּנְבָּה עַכ"ז אֵינוּ עוֹמֵד זֶה נְגַד חִזְקַת פֶּשֶׁרוֹת שְׂיִישׁ לְכַאוּ"א דְּאֵלִים טוּבָא
ע"ש. וְלִפ"ז יֵישׁ לְדוֹן דְּעֶבֶד לֹא הָוִי נוּדָאֵי חֲשׂוּד רַק סְפִק חֲשׂוּד דְּרַבְּנָן עֲשָׂאוּהוּ לְסַפֵּק
חֲשׂוּד וְכַמֶּש"כ הַמַּה"צ שֵׁם.

לִכּוֹן יְכוּל לִישְׁבָּע שְׁבוּעַת הַנְּפִטְרִין וְכ"ז לְדְּבְרֵי הַח"מ. אֲבָל הַב"ש שֵׁם ס"ק י' כְּתִב דְּסֵתָם
עֶבֶד פְּסוּל מַה"ת מְחַמַּת עִבְרִיהָ וְשֵׁם מִיָּרִי בִּידוּעַ שֶׁהוּא פֶּשֶׁר עַכ"ל הַב"ש.

וְכַדְּבָרֵינוּ מִשְׁמַע פֶּן בַב"ב (דָּף צ"ג) דְּאֲמָרוּ דְּכּוּלְהוּ עֶבְדִּים הִכִּי אֵימְנָהוּ וְכַמְבּוּאָר פֶּן בַּח"מ
ס' רל"ב סְעִיף י' שֶׁפֶל הָעֶבְדִּים בְּחִזְקַת שְׂיִישׁ לָהֶם כָּל הַרְעוֹת וְכ"כ הַרְמַב"ם פ' ט"ו ה' מְכִירָה
מְכִירָה ע"כ הָעֵינֵינוּ כַּהַב"ש.

וְכַדְּבְרֵי הַמַּה"צ הַנֶּ"ל יֵישׁ לְדוֹן טוּבָא וְאִכ"מ. וְלִכּוֹן הָעֵינֵינוּ דְּאִף לִישְׁבָּע וְלִפְטָר אֵין מוֹסְרִין
שְׁבוּעָה לְעֶבֶד וְכַמֶּש"כ הַמְגִי'ה דְּהוּי כְּמוֹ נוּדָאֵי חֲשׂוּד וְאֵין זֶה סְתִירָה לְדְּבְרֵינוּ שְׁכַתְּבָנוּ
דְּסַפֵּק חֲשׂוּד יְכוּלִין לְמַסּוֹר לוֹ שְׁבוּעָה וְלַהֲפִטָר: עֲנָף י וְרֵאִיתִי בְּכַנְסַת הַגְּדוּלָה ס"ק ו' עַל
מֶש"כ הַטּוֹר דָּאֵם אָמַר הַתּוֹבָע אֲקַבֵּל שְׁבוּעָתוֹ אַע"פ שֶׁהוּא חֲשׂוּד אֵין שׁוּמְעֵין לוֹ.

דלאו דוקא ודאי חשוד אלא אפילו ספק חשוד פגון שושבע שאוכל ולא אכל דלדעת רש"י לא הוי חשוד ולדעת ר"ת הוי חשוד אין שומעין לו הרש"ך עכ"ל הכנה"ג. ועיין שם לקמן ס"ק ט' שפתיב דבספק חשוד לא מפקינן ממונא וכתב פן בשם הרשד"ם ח' ח"מ סי' קע"ה וסי' קפ"ג < והטעם פרוור דדוקא בחשוד ודאי תקנו שפנגדו נו"נ משום דכינן דפישע בןודאי שפעשה חשוד שאין שבועתו מבררת לנו ע"כ תקנו שפנגדו נו"נ אבל בספק חשוד יכול לומר קים לי דשבועתי דינה פכל שבועות הפשרים דמבררות לנו וע"כ אין מוציאין ממון ממנו.

אבל במש"כ הכנה"ג דבספק חשוד פטור הנתבע משבועה ואין שומעין להתובע שאומר אקבל שבועתו וכ"כ הרשד"ם סי' קע"ה. א"כ מוכח מזה דס"ל דלא כמש"כ.

ולכאורה יש לסתור עפ"ז לכל דברינו שהעלינו לדון דבספק חשוד אם אומר התובע שישבע הנתבע ומוסרין לו השבועה: אבל באמת אין זה סתירה לדברינו והוא דבספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ה' פתבתי בדברי התוס' פתובות (דף כ"ו) וקידושין (דף ס"ו) וב"ב (דף ל"ב) דכתבו דלכו בתרי ותרי בתרומה דרבנן הקילו משום דמוקמינן אחזקת היתר.

והקשיתי דלמה לא אמרו בלא"ה דברבנן ספיקו לקולא אף היכא דליכא חזקה וכתבתי די"ל דטעמם כיון דנולד הספק עליו לגבי מילי דאורייתא דספיקו לחומרא ע"כ ה"ה גם במילי דרבנן ספיקו לחומרא ולכן הוכרחו התוס' לומר דאוקי אחזקת היתר דבזה מקלינן דברבנן אף דלגבי דאורייתא מחמירנן ולא מוקמינן אחזקה מ"מ הא מה"ת גם בדאורייתא מוקמינן אחזקה.

וכעין זה כתב רע"א זצ"ל בתשובה בפסקים סי' ס"ד דבספק בכור אסור להטיל בו מום דדינן מזה על זה כיון דלענין גיזה ועבודה הוי הספק בדאורייתא גם הטלת מום דרבנן אסור ודוקא בשני חתיכות ובשני גופין אין דנין מזה על זה אבל בגוף א' אף דהוי שני ענינים מחולקים דינינן מזה ע"ז ע"ש.

ועיין בתשובת רע"א סי' מ"ט. וגם בספיקא דדינא הוכיח רע"א שם בתשובה לסי' ס"ד דדינינן מן זה על זה וכ"כ הפרמ"ג ליו"ד סי' ק"י בכללי ספק ספיקא סוף ס"ק א' בשם הכנה"ג דגם בפלוגתא דרבנותא דינינן מזה ע"ז ע"ש.

ועיין בש"ש שמעתא ג' פ' י"ח ושמעתא ד' פ"ג ובשער המלך ה' מקנאות פ"י פלל ו' וקצרותי. וזה מבואר בהפוסקים דכתבו לדון דבספיקא דדינא לא שייך לדון אוקי אחזקה דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין כמש"כ רע"א זצ"ל בסי' ל"ז בשם הכנה"ג ליו"ד והש"ג והמל"מ פ"ב ה' טומאת צרעת וכ"כ התבואות שור ליו"ד ריש סי' כ"ט בשם הפר"ח.

וכ"כ הפרמ"ג ליו"ד סי' כ"ג ס"ק ח' בשם הכנה"ג והפר"ח והתב"ש ע"ש ובמחן דשים לספק ספיקא אות ד' וקצרותי: ואחרי הדברים האלה אין שום סתירה מן דברי הכנה"ג והרשד"ם לדברינו. והוא דהרשד"ם והכנה"ג מייירי התם בספיקא דפלוגתא דרבנותא אם הוי חשוד בשבועה דלהבא להיות פסול לעדות ולשבועה או לא.

וכיין דהספק נולד גם בדאורייתא לענגן אם נאמנים להעיד וכן אם שבועתם מועיל לברר היכא דצריכים לישבע למען בירור הענגן דבנה הדין הוא דספיקו להחמיר ע"כ ה"ה במה נולד לנו הספק אם מותרין למסור לו שבועה או לא דאף דבארתי די"ל דלכ"ע אין זה רק מדרבנן מ"מ לא דייגינן בזה ספיקו לקולא פיון דמתמרינן בספיקו הנולד לנו בדאורייתא ע"כ דייגינן מזה על דרבנן ג"כ דיהיה ספיקו לחומרא פיון דהכל הם בגוף אקד.

ואף דתיכף פשוטיל עליו הספק בדאורייתא כמו כן נולד עליו אז הספק מיד בדרבנן ג"כ מ"מ גם בכה"ג דייגינן מן דאורייתא על דרבנן וכמש"כ רע"א זצ"ל בסי' ס"ד הנ"ל להוכיח ולדון פן במה דאסור להטיל מום בבכור ספק כמש"כ שם ואף דהתם ג"כ בעת לידת הספק עליו נולד אז הספק מיד אם מותרין להטיל בו מום ואפ"ה דייגינן פן וה"ה בנ"ד פיוןדהוי הפל בגוף אקד.

וכ"ז בספיקא דדינא דלא שייך לדון בזה אוקי אחזקה וכמש"כ הכנה"ג בעצמו וש"פ הנ"ל. אבל בנ"ד בספק הנולד ע"י תרי ותרי פיון דיש שם אוקי אחזקה פשרות לברר המעשה איה הנה ע"כ שפיר כתבתי דמותרין למסור לו שבועה אם ירצה התובע דבכה"ג לא דייגינן מן דאורייתא על דרבנן וכמש"כ התוס' והרשב"א וש"פ לדון פן בתרומה דרבנן דאוקי על חזקת היתר אף נולד הספק גם בתרומה דאורייתא וכה"ג וכמו שנתבאר.

ע"כ ה"ה בחששא דרבנן דתקנו דאין מוסרין שבועה לחשוד אף אם ירצה התובע שישבע החשוד. דכיון דהוי ספק ע"י הכחשת תרי ותרי אם הוי חשוד או לא א"כ בספק בהמעשה שנולד לנו יש לנו לאוקמי אחזקה פשרותו פיון דהוי מידי דרבנן לפי מה שנתבאר.

ע"כ י"ל דגם הרשד"ם והכנה"ג יודו לכל מש"כ ואינו שום סתירה מדבריהם לכל מה שכתבתי ב"ה. ולפי מה שנתבאר הדין הוא דבספיקא דדינא אם הוי חשוד לשבועה דאין מוסרין לו שבועה פלל.

אבל בתרי ותרי דיש לנו לדון אוקי אחזקה פשרות בנה הדין הוא דמוסרין לו שבועה אם ירצה התובע להשביעו וכו"ל: הינצא לנו מכל מה שנתבאר בתרי ותרי המכחישים אם הוא פסול לעדות דאף אם הוא בפסול דרבנן ג"כ אין מוציאין ממון בעדותו ודלא כהאו"ת בסי' ל"ד ס"ק כ"ז.

ולענגן אם למסור לו שבועה אם הוא מן הנשבעין ונפטרין מוסרין לו שבועה הן שד"א והן שבועת הדין פדינו אף אם הכחשתם הוא אם נשבע פבר לשקר או לא. ובנשבעין ונוטלין אינו נשבע ליתול וכ"ז בהכחשת תרי ותרי דיש לדון אוקי אחזקה פשרות אבל בספיקא דדינא אם הוא חשוד אין מוסרין לו שבועה פלל וכמש"כ הכנה"ג והרשד"ם.

וגם נתבאר בכל תרי ותרי המכחישים אם הוא בדרבנן הדין פן אם הספק נוגע גם בדאורייתא אז אף בדרבנן ספיקו להחמיר אם אין חזקת היתר לפנינו רק אם חזקת היתר לפנינו אז בדרבנן מוקמי אחזקה היתר.

והיכא דאין הספק נוגע בדאורייתא רק בדברבנן הנה לשיטת התוס' עירובין (דף ל"ה) מוכח דספקו לקולא אף אם ליכא חזקה אבל לשיטת התוס' פתובות (דף כ"ו) מוכח דס"ל דאם ליכא חזקה פלל דאזלינן לחומרא גם בכה"ג.

ומן תשובת הרא"ש פלל נ"ב סי' ג' נראה דס"ל דבדברבנן מקלינן אף בהכחשת תרי ותרי אפילו ליכא חזקה וכמש"כ לעיל: ואחר פותבי כ"ז ראיתי מה דיש לעיין עדיין בהענן שפתבתי בענף ט' נידון חשש קול בחלוצה דרבנן דשיטת הרמב"ם פ' י"ז הל' א' אסורי ביאה דלא חיישינן לי' וכמש"כ המ"מ שם טעמו דחלוצה שהיא מדבריהם לא חשו לקול והעירותי ע"ז מן הא דכתובות (דף כ"ו) דנפק עליו קלא דב"ג או בן חלוצה ואחתינן' והא חלוצה דרבנן לא חיישינן לקול וגם הא מייגרי התם בתרומה דרבנן אף לפמש"כ התוס' שם ד"ה ואסקינן' כפי הנרשם שם בצידו דהך ואחתינן' לאו הורדה גמורה אלא חששא בעלמא וכעין מש"כ הריטב"א שם והובא לעיל א"ש וכפי פל מש"כ לעיל בענף ט"ת.

ועדיין יש להעיר בזה מן דברי הרמב"ם פ' כ' הל' א' אסורי ביאה הל' ט"ז שפתב דמי שהחזיק אביו כהן ויצא עליו קול שהוא ב"ג או חלוצה חוששין לו ומורידין אותו כו'. וכ"כ הטוש"ע אה"ע סי' ג' סעי' ז' בהך לישנא ע"ש.

ומשמע מזה דס"ל לפירוש להך ואחתינן' דהוא הורדה גמורה וקשה הא הרמב"ם ס"ל דבחלוצה שהיא מדרבנן לא חשו לקול וכן הוא באה"ע סי' ו' סעי' ה' וכתב הב"ש שם ס"ק י"ב דמותרת לכתחלה ועדיף מן ספק חלוצה.

ומצאתי במחנה אפרים הל' אישות סי' ד' שהקשה זה ותירץ ע"פ דברי הר"נ פ"ב דכתובות דהא נחתינן לי' ע"פ הקול היינו משום דמעלה עשו בתרומה עכ"ל. ואין תירוצו מספיק דהא בכל מקום מחמירין יותר בפסולי נשים לכהונה יותר מן אכילת תרומה כמבואר בכ"ד וגם הא בנושא לאשה שהיא בחשש חלוצה יש לחוש להבנים שינולדו שיאכלו תרומה: ולכן נלע"ד ליישב דברי הרמב"ם והש"ע ע"פ דברי השמ"ק בב"ב (דף קל"ה) שכתב דהך דכתובות דמחזיק לנו באבונה דהאי דכהן הוא ונפק עליו קלא דב"ג וב"ח ואחתינן' אף דלא הוי קול גמור ג"כ חיישינן משום דלית לי' חזקה דגופא רק חזקה דאבהתי' משום הכי חיישינן לקלא לברר הדבר אבל באשה שפכר היתה בחזקת ודאי כי ההיא דגיטין לא חיישינן לקלא דעלמא לאוסרה עד שיגיעו לדבר הכרור פדכתיבנא עכ"ל השמ"ק.

ועיקר חילוקו הוא דדוקא היכא דמה שאנו דנין עליו יש לו חזקה מחמת עצמו בזה לא חיישינן כ"כ לקול שאינו גמור. אבל היכא שאין לו חזקה מחמת עצמו רק משום חזקת אבותיו בזה חשו אף לקול שאין בו ממש כ"כ.

ואף דבאמו של האיש שאנו דנין עליו יש למידן עליה ג"כ אוקי אחזקה דכשירה לכהונה ולא נתגרשה ונעשית חלוצה מ"מ פיון דאין אנו דנין עליה פעת רק על בנה ע"כ לא אילימא כ"כ חזקה שלה להיות לחזקה מעליא על האיש שדנין עליו ואף שיש לו חזקת אבהתא מ"מ פיון דאין לו חזקה מחמת עצמו ע"כ החמירו בכה"ג לחוש לקול ביותר מן הוא קוטב דברי השמ"ק.

וי"ל דכעין זה נתפנין רש"י בקידושין (דף ס"ו) ד"ה סמוך אהני כו' ואי אמרת אוקי תרי כו' ה"מ אי הוואי איהי קמן וקיתיה באה לב"ד להתייה אכל בנה הנידון אין לו חזקה דכשרות כו' והתוס' שם ובכתובות (דף כ"ו) הקשו דתינהני לי' חזקה דאימי' דהא לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה.

אכל באמת י"ל דס"ל לרש"י לחלק כעין דברי השמ"ק הנ"ל דדוקא התם במה שאמר דדברי המכשיר בה מכשיר בבתה דאנו דנין שם גם על האם עצמה וכיון דיש להאם חזקה דעצמה ע"כ ממילא מועלת חזקה שלה להכשיר בתה.

אכל ה"א בתרי אמרי אשתבאי כו' דאין אנו דנין על האם שאינה לפנינו ע"כ אינו מועיל חזקת האם לבנה. והא דאמרו בכתובות (דף כ"ו) דאנו אחתינו ואנו מסקינן דאוקי תרי להדי תרי ואוקי גברא אחזקתלי'.

הא פירש רש"י בכתובות (דף כ"ו) שם דאוקמינן אחזקתלי' קמייתא דאסקינן ע"פ עד הראשון שהוא נאמן כו'. א"כ י"ל דזה מקרי ג"כ כעין חזקה מחמת עצמו דמועלת אף במקום תרי ותרי.

אכל התם בקידושין גבי תרי אמרי אשתבאי כו' פינו דאין לו חזקה מחמת עצמו לא אילימא לי' חזקה דאבהתי במקום תרי ותרי וכעין סברת התוס' בכתובות (דף כ"ו) ד"ה אנו אחתינו כו' באה"ד שם שכתבו אע"ג דלגבי מקנה אמרינן השתא הוא דחסר ה"א דאיכא שתי פתי עדים לא אמרינן השתא הוא דאיטמי כו' עכ"ל.

משום דבמקום תרי ותרי בעינן לחזקה מעליא ביותר וקצרת. ומצאתי קצת מעין זה בהפלאה פתובות (דף כ"ו) בתוס' ד"ה אנו אחתינו כו' שכתב בקצרה לתרץ דברי רש"י כמש"כ ע"ש: וע"פ הדברים האלה יש ליישב למה שכתבתי לעיל בפענף ב' לתרץ לדברי התוס' דכתובות (דף כ"ב) שכתבו לדון בתרי ותרי על האיש שאנו דנין עליו לומר אוקי אחזקת פשרות דאף דקיי"ל דהוי ספיקא דרבנן מ"מ ס"ל להתוס' דשא"ה דיש לנו רוב ואוקי אחזקה ביחד דבכה"ג לא החמירו רבנן לדון דיהיה ספיקא דרבנן.

והקשיתי ע"ז מהא דכתובות (דף כ"ו) דנפק עליו קלא דב"ג ונחלוצה דאמרינן אוקי תרי בהדי תרי וה"ל ספיקא דרבנן במילי דאורייתא. והא התם ג"כ יש לנו רוב ואוקי אחזקה כו' כמש"כ שם בארנקה.

ובאמת לפי מש"כ כעת יש לחלק ביניהם דשא"ה דאין אנו דנין על אבי' רק על האיש שלפנינו ע"כ לא מהני בזה הרוב וחזקה הנ"ל כ"כ במקום תרי ותרי וא"ש לדברי שכתבתי שם. ועפ"ז יש לומר דלזה נתפנין המהרש"ל בכתובות (דף כ"ו) בתוס' ד"ה אנו אחתינו כו' שכתב אולי יש לחלק דלפסול את האדם ולעשותו רשע בע"כ אחזוקי ברשיעי לא מחזקינן ועיין במהרש"א עכ"ל.

וי"ל דנתפנין לכל מש"כ שם בארנקה להסביר זה. ומה דתקשה עליו דא"כ גם בהא דנפק עליו קלא דב"ג ונחלוצה נימא ג"כ דאין סברא להחזיק לאבי' לרשע דנשא גרושה ונחלוצה דאחזוקי ברשיעי לא מחזקינן.

[ואי דגימא שְׁנַשָּׂא אוֹתָהּ בְּשׁוּגְגָּ זְהוּ ג"כ לֹא שְׂכִיחַ]. אָבֵל לְפִי מִשׁ"כ א"ש דְּכִינּוּ דְּאִין אָנוּ דְּנִין עַל הָאָב דְּאִינוּ לְפִנְיֵנוּ ע"כ שְׁפִיר אֲמָרוּדָה"ל סְפִיקָא דְּרַבְּנָן פֶּן י"ל בְּכ"ז.

ולפ"ז גַּם מִן דְּבָרֵי הַמְּהַרְשֵׁ"ל רְאָיָה לְהַחֲלִיזֵיק הֲלִיז. וְעַכ"ז שְׁפִיר פְּתַבְתִּי שְׁם דְּדוֹחֵק לְחַלֵּק פֶּן וּלְתַרְצֵי עַפ"ז לְשִׁיטַת הַתּוֹס' דְּהָא הַתּוֹס' בְּקוֹשְׁיֵינָם עַל רִש"י מִן הָא דְּמַכְשִׁיר בְּהַ מַכְשִׁיר בְּבִתָּה חֲזִינּוּ דְּלֹא נְחַתִּי לְחִילֵיק הֲלִיז.

וְאִם פִּי יֵשׁ עוֹד עֲדִינּוּ לְדוּן וּלְבָאָר בְּאַרְנוּפָה דְּהַתּוֹס' מוֹדִים לְזָה אָף זָה צְרִיף בְּיֹאֵר דְּבָרִים הַרְבֵּה וְקַצְרֵי: וְעַכְשָׁיו דְּאִתִּינּוּ לְהַחֲלִיזֵיק שְׁפַתְבִּי הַשִּׁמ"ק לְחַלֵּק פֶּן בְּעֵנִין קוֹל דְּשִׁאנִי הִיכָא דְּיֵשׁ לוֹ חֲזַקַת הַגּוֹף מִצַּד עֲצָמוּ דְּבִזָּה לֹא חָשׂוּ כ"כ לְקוֹל שְׁאִינוּ גְמוּר מִשִּׂא"כ מִי שְׁאִין לוֹ חֲזַקָה דְּעֲצָמוּ רַק חֲזַקַת אֲבוֹתָיו בְּזָה חָשׂוּ אָף לְקוֹל שְׁאִין בּוֹ מִמֶּשׁ כ"כ.

כְּמוֹ כֵּן יֵשׁ לְחַלֵּק וּלְתַרְצֵי לְדְבָרֵי הַרְמַב"ם דַּס"ל דְּיִצְאָ עֲלֵיָה קוֹל שְׁהִיא חֲלוּצָה דְּלֹא חֲזִינְשִׁינּוּ וְכַמְבֹּאָר בְּגִיטִין (דָּף פ"ט) לְפִי גִירְסַתְם דְּיִצְאָ קוֹל חֲלוּצָה לֹא חֲזִינְשִׁינּוּ דְּכִינּוּ דְּיֵשׁ לְהֵאשְׁרָה חֲזַקָה דְּעֲצָמָה ע"כ לֹא חָשׂוּ בְּזָה אָף לְקוֹל גְמוּר פִּינּוּ שְׁהוּא מְדַבְּרֵיהֶם.

אָבֵל בְּהָא דְּכַתְּבוֹת (דָּף כ"ו) דְּמִן חֲזַקָה בְּאֲבוּהָ דְּכֵהֵן הוּא וְאִין לוֹ חֲזַקָה דְּעֲצָמוּ דְּהָא יֵשׁ לָנוּ לְחוּשׁ דְּנוֹלָד בְּפִסּוּל וְאָבִיו הָא אִינוּ לְפִנְיֵנוּ וְכֵן אִמּוֹ אִין אָנוּ דְּנִין עֲלֵיָה. ע"כ לֹא מְהַנִּי בִּי כ"כ חֲזַקָה דְּאָבִיו וְאִמּוֹ וּבְכַה"ג חָשׂוּ לְקוֹל אָף בְּדַרְבְּנָן וְכַדְאָמְרוּ דְּנִפְקַ עֲלֵיו קְלָא דְּבָן חֲלוּצָה וְאִתְּיִנְיָ.

וּמִזָּה הַסּוֹנְגִיא הוֹכִיחַ הַרְמַב"ם לְדִינוּ כְּפִי שְׁפַתְבִּי. וְא"ש בְּפִשְׁטוֹת דְּבָרֵי הַרְמַב"ם וְהַטּוֹש"ע הִפְלַע עַל גְּכוּן ב"ה: ו (שְׁם סְעִיף ג') וְכֵן הַפְּסוּל לְעֵדוּת כּו' דְּשְׁמָא סְפַק מְלוּה יְשִׁינָה כּו'.

וְכַתְּבֵי הַאו"ת בְּשֵׁם הַר"ן דְּאִם מְחַל לוֹ כָּל תְּבִיעוֹת שְׁיֵשׁ לוֹ עַד הַיּוֹם הַזֶּה דְּאִז אִין שְׁיִיף לְהַשְׁבִּיעוּ מִשּׁוּם סְפַק מְלוּה בְּמָקוֹם דְּלֹא שְׁיִיף אֲשַׁתְּמוּטִי כּו' וְכ"כ הַגְּיֹמִיקֵי יוֹסֵף וְהַרִיטְב"א בְּב"מ (דָּף ו').

וְהוּבָא פֶּן בַּקְצָה"ח ס"ק ג' וְכַתְּבוּ וּלְפ"ז צְרִיף הַדְּיִין לְדַקְדַּק הִיכָא שְׁנַתְּנוּ פְּטוּרִים זָה לְזָה עַד הַיּוֹם כּו'. וְהַנְּתִיבוֹת ס"ק ב' פְּתַב לְחַלֵּיק עֲלֵיהֶם דְּהָא מ"מ י"ל שְׁמָא מְסוֹנְפַק בְּטַעֲנָה שְׁטוּעֵן הַנְּתַבְּעַ פְּגוֹן שְׁטוּעֵן פְּרַעְתִּיף וְהַתּוֹבַע מְכַחִישׁוּ י"ל שְׁשַׁכַּח וּמְסוֹנְפַק לְכַף טוּעֵן בְּבָרֵי עַד שְׁיִזְכּוֹר וְשֵׁם בְּב"מ לֹא מְצִי אֲמַר כְּף דְּשֵׁם קָאֵי עַל הַשְּׁבוּעָה שְׁתִּיקְנוּ שְׁלֹא יְהִיָּה כ"א הוֹלָף וְתִנְקָף דְּמִשּׁוּם שְׁנִים אוֹחְזִין דְּאוֹמַר בְּדַמִּי לֹא תִיקְנוּ שְׁבוּעָה רַק מִשּׁוּם חָשׂוּשׁ דְּלֹא יְהִיָּה תִנְקָף בְּמִזִּיד וְע"כ צ"ל מִשּׁוּם סְפַק מְלוּה יְשִׁינָה מִשִּׂא"כ הִכָּא עַכ"ל הַנְּתִיבוֹת: עֲנָף א וְהִנֵּה גוֹף הַסְּבָרָא שְׁפַתְבִּי הַנְּתִיבוֹת דְּעֲדִינּוּ יֵשׁ לְחוּשׁ שְׁמָא מְסוֹנְפַק הַבַּע"ד בְּעֲצָם הַטַּעֲנָה שְׁלֹו יְפָה פְּתַב אָף מִשׁ"כ לְתַרְצֵי מַה שְׁתִּקְשָׁה לְפ"ז דַּה"ל לְהַש"ס לּוֹמַר פֶּן בְּב"מ בְּשְׁבוּעַת הַמְּשָׁנָה שְׁם דְּיִשְׁבַע שְׁאִין לוֹ בְּהַ פְּחוֹת מְחַצְיָ דְּהַטַּעַם הוּא מִשּׁוּם דְּשְׁמָא נוֹלָד לוֹ סְפַק בְּעִיקָר הַדְּבָר אִם הוּא הַגְּבִי' תַּחֲלָה אוֹ חֲבִירוֹ הַגְּבִי' מְקוֹדֵם וְכֵן בְּמִקְחָ וּמִמְכָּרָ וְתִנְרִץ מִשּׁוּם דְּלֹא שְׁיִיף לְפ"ז הַטַּעַם דְּאֲמָרוּ דְּשְׁלֹא יְהִיָּה כ"א הוֹלָף וְתִנְקָף כּו'.

זָה אִינוּ בְּרוּר כ"כ דְּהָא כְּמוֹ דְּאֲמָרוּ שְׁלֹא יְהִיָּה כ"א הוֹלָף וְתִנְקָף בְּשִׁבִיל סְפַק מְלוּה כְּמוֹ כֵּן יֵשׁ לּוֹמַר שְׁלֹא יְהִיָּה כ"א הוֹלָף וְתִנְקָף בְּשִׁבִיל אִיזָה סְפַק שְׁיִנּוּלָד לוֹ בְּגוֹף הַחֲפִץ ע"פ אִיזָה עֲנִינּוּ. וְאֲפָשֶׁר דְּכִינּוּ דְּזָהוּ לֹא שְׂכִיחַ כ"כ ע"כ לֹא שְׁיִיף כ"כ לְתַנּוּ שְׁבוּעָה מִשּׁוּם שְׁלֹא יְהִיָּה הוֹלָף וְתִנְקָף.

אָבֵל זֶה דִּוְחֵק וְכֵן רְאִיתִי בְּאוֹ"ת ס"ק ד' שֶׁהֵעִיר קִצֵּת מְזֵה: אָכֵן לַעֲנִי"ד נִרְאָה לְבָאָר פִּיז בְּאַנְפֵּן אַחַר וְנִקְדִּים לְדַבְרֵי הָאוֹ"ת בְּסִי' ע"ה ס"ק ו' שֶׁהוֹכִיחַ מִן הָא דְאַבְיֵי דְשָׁמַא סָפֵק מְלִנְה יְשִׁינְה כּו' דְּמוּכַח מְזֵה דְסָפֵק פְּרַעוֹן קוֹדֵם לְהִלְוֹאָה ה"ל פְּאִינִי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּי דַּל"כ הָא ה"ל פְּאִינִי יוֹדַע אִם נִתְחַזְּבִיתִי דְפִטוּר וְכַבֵּר הָעִירוֹתִי ע"ז מְהָא דב"ב (דף קל"ה) דְאַבְיֵי אֵית לִי דְמָנָה לִי בְּיַדְךָ וְהִלָּה אֹמֵר אֵינִי יוֹדַע חֲזִיב וְכַמְש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת (דף י"ב ע"ב) ד"ה רַב הוּנָא כּו' דְאַבְיֵי אֵית לִי מָנָה לִי בְּיַדְךָ וְהִלָּה אֹמֵר א"י חֲזִיב כְּמִבְּנָאָר בב"ב (דף קל"ה) ע"ש.

אַף יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מִן תּוֹס' שְׁבוּעוֹת (דף מ"ז ע"ב) דַּס"ל דְאַבְיֵי סוֹבֵר מָנָה לִי בְּיַדְךָ וְהִלָּה אֹמֵר א"י פִּטוּר דְזֵה לְשׁוֹן הַתּוֹס' שָׁם בַּד"ה אֵי אֲמַרְתָּ בְּשִׁלְמָא אָבִיו כַּה"ג מְחִיב. תִּימָא לְמַ"ד בַּפ' הַשּׁוֹאֵל מָנָה לִי בְּיַדְךָ דְבָרֵי עֲדִיף הֵיכִי מוֹקִי לְהֵאֵי קָרָא כּו' וי"ל דְמוֹקִי לָהּ כְּרַב וְשׁוֹאֵל דְבִסְמוּךְ כּו' עכ"ל.

וְיֵשׁ לְהַקְשׁוֹת דְמָה יַעֲנוּ אֲלֵיבָא דְאַבְיֵי דְאֵית לִי מָנָה לִי בְּיַדְךָ וְהִלָּה אֹמֵר א"י דְחֲזִיב וְס"ל לְאַבְיֵי בב"מ (דף ל"ד) כּו' אָבָא דְפְּלִיג עַל רַב וְשׁוֹאֵל וְס"ל דְדִינִינֵן מַחוּשׁוֹאֵיל"מ וְכַמוּ שֶׁהִקְשׁוּ הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת (דף י"ב) הַנְּ"ל כֵּן אֲלֵיבָא דְאַבְיֵי.

וְכֵן מְבִנְיָא בְּשְׁבוּעוֹת (דף ל"ב) דְאָמַר אָבְיֵי הַפֵּל מוֹדִים בַּע"א דר' אָבָא דְאָמְרִינֵן מַחוּשׁוֹאֵיל"מ. וְע"כ מוּכַח דְהַתּוֹס' בְּשְׁבוּעוֹת ס"ל דִּישׁ לֹאֲמַר אֲלֵיבָא דְאַבְיֵי דַס"ל דְמָנָה לִי בְּיַדְךָ וְהִלָּה אֹמֵר א"י פִּטוּר וְלָכֵן אֵינְצִטְרִיף קָרָא דְשְׁבוּעַת ד' לְחֲזִיבוּ בְּאוֹמֵר נוֹן יַדְעָנָא וְנוֹן לָא יַדְעָנָא מְשׁוּם מַחוּשׁוֹאֵיל"מ.

וְהָא דב"ב (דף קל"ה) דְאַבְיֵי אָמַר לְעוֹלָם אֵימָא לָךְ חֲזִיב כּו' הַפְּוֹנְהָ הוּא לְדַחּוֹת הוֹכַחַת רַבָּה דְאָמַר שָׁם זֹאת אוֹמְרַת מָנָה לִי כּו' פִּטוּר. דִּי"ל דְאֵין לְהוֹכִיחַ כֵּן מִן הַמְּשֻׁנָּה דִישׁ מְקוֹם לְדַחּוֹת זֶה הַהוֹכַחָה דְשְׁאֵנִי הֵכָא דְכְּמָנָה לְאַחַר כּו'.

אָבֵל לְעוֹלָם לְדִינָא י"ל דַּס"ל לְאַבְיֵי דְחֻזְקַת מְמוּנָא עֲדִיף מִן מַעֲלַת בְּרִי. וְהַתּוֹס' שְׁבוּעוֹת חוֹלְקִים עַל שְׁיִטַּת הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת דְכַתְּבוּ דְאַבְיֵי ס"ל מָנָה לִי בְּיַדְךָ וְהִלָּה אֹמֵר א"י חֲזִיב.

וּלפ"ז אֲתִי שְׁפִיר דְבָרֵי הָאוֹ"ת בְּסִי' ע"ה הַנְּ"ל דְמוּכַח מִן מִימְרָא דְאַבְיֵי דְשָׁמַא מְלִנְה יְשִׁינְה דְסָפֵק פְּרַעוֹן קוֹדֵם לְהִלְוֹאָה חֲזִיב דַּה"ל פְּאִינִי יוֹדַע אִם פְּרַעְתִּי. וְשָׁם בְּחִידוּשֵׁי לְסִי' ע"ה פְּתַבְתִּי לְחַלֵּק דְשֵׁא"ה בְּתוֹפְסֵי חֲפִץ ע"ש: וּלפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּשָׁנִים אוֹחְזִין בְּטִלִּית דָּאִם אֶחָד טוֹעֵן בְּרִי דְכּוֹלָה שְׁלִי וְהַשְׁנִי טוֹעֵן שָׁמַא הוּא הַגְּבִיל תְּחִלָּה וְכַה"ג בְּמו"מ דְכִינֵן דכ"א נְחָשֵׁב לְמוֹחֲזֵק עַל הַחֲצִי.

א"כ כְּמוֹ דְכְּמָנָה לִי בְּיַדְךָ וְהִלָּה אֹמֵר אֵינִי יוֹדַע חֻזְקַת מְמוּנָא עֲדִיף ה"ה בְּכַה"ג דְאָף דְחִבְרִי טוֹעֵנוּ בְּבָרִי מ"מ כִּינֵן דְאֵיהוּ מוֹחֲזֵק אֲזִלֵּינֵן בְּתַר חֻזְקַת מְמוּנָא אָף דְהַנְּתַבַּע טוֹעֵן שָׁמַא. וְאָף בְּמִזְמוֹן דְשָׁנִיָּהֶם מוֹחֲזֵקִים בּוּ דִינוּ ג"כ דְעַל הַמְּחֻצָּה דְטוֹעֵן הַמּוֹחֲזֵק שָׁמַא אָמְרִינֵן חֻזְקַת מְמוּנָא עֲדִיף כְּמִבְּנָאָר בב"מ (דף קט"ז ע"ב) בְּתוֹס' ד"ה לִימָא תִיְהִי תִיּוֹבְתָא דר"נ כּו' בַּסֵּה"ד: וְעֵינֵן בְּתוֹס' ב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה לִימָא תִיְהִי תִיּוֹבְתָא דר"נ כּו'.

וְכִינֵן דְנִתְבָּאָר דְאַבְיֵי ס"ל דְמָנָה לִי בְּיַדְךָ וְהִלָּה אֹמֵר אֵינִי יוֹדַע פִּטוּר דְחֻזְקַת מְמוּנָא עֲדִיף וְכְדְמוּכַח מִן תּוֹס' שְׁבוּעוֹת (דף מ"ז) הַנְּ"ל. ע"כ שְׁפִיר יֵשׁ לָנוּ לְדוֹן כְּסָבְרַת הַנְּתִיבוֹת דְאָף

במחל לו כל הטו"ת שעד היום הזה ג"כ צריף להשבע דלא דיינינו לומר מיגו דתשוד כו' דאמרין שמה נולד לו איזה ספק בעצם טענתו שטוען לפנינו פעת.

וקא דלא קאמר אביי כן זהו דהא אביי קאי התם עיקר מימרא שלו על מתניתין דשנים אוחזין. ושם אפילו נימא דשמה תופס הטלית בשביל מה נולד לו ספק שמה הגבי' הוא תחלה וכן במו"מ דשמה גתרצה המוכר למפור לו מקודם.

א"כ לפ"ז באמת א"צ להחזיר את מה שתופס בידו לחבירו כיון דחזקת ממונא עדיף. ולפ"ז אין לנו להשביעו קלל כיון דאף לפי דבריו דמספקא לי' בזה הדין עמו.

ולכן הוכרח אביי לומר דשמה ספק מלנה ישנה כו' ואז באמת אם יודה שתופסו משום ספק מלנה ישנה יצטרף להחזיר לחבירו משום דה"ל כמו ספק פרעון קודם להלוואה וכמש"כ האו"ת בסי' ע"ה או כמש"כ בחידושי שם דשאני בתופס חפץ.

וע"כ דינו כמו איני יודע אם פרעתי ולכן שפיר שניף להשביעו משום ספק מלנה ישנה אבל אם לא היה שניף לומר ספק מלנה ישנה רק שמה מספקא לי' בעצם ענין טענתו במה טוען כולה שלו אז לא שניף להשביעו כיון דאם יהיה האמת כן הדין עמו וא"צ להחזיר: ולא מבעיא לפי מש"כ שיטת התוס' בשבועות (דף מ"ז) דס"ל דאביי סובר דמנה לי בידה והלה אומר א"י פטור כו' ואף לפי שיטת התוס' בכתובות (דף י"ב) דכתבו להוכיח מן ב"ב (דף קל"ה) דאביי ס"ל מנה לי בידה והלה אומר א"י חייב.

מ"מ שפיר יש לומר דלכן הוכרח אביי לומר שמה ספק מלנה ישנה דאם היה אומר דשמה נולד לו ספק בעצם טענתו. אפתי היה תקשה למאן דס"ל מנה לי בידה והלה אומר א"י פטור דהא זהו פלוגתא אמוראי בכמה דוכתי.

וכש"כ לפי מה שכתב השמ"ק לב"מ (דף ו') דמה דאמר אביי שמה ספק מלנה ישנה אתי לפרש לדברי ר' יוחנן דאמר דתקנו שבועה שלא יהיה כ"א הולך ותוקף כו' דכוננת ר' יוחנן הוא שלא יהיה תוקף משום ספק מלנה ע"ש.

ור' יוחנן אית ליה דמנה לי בידה והלה אומר א"י פטור כמבואר בב"ק (דף קי"ח) וב"מ (דף צ"ז) ובשא"ד ע"כ אמר שמה ספק מלנה ישנה כדי דיהיה אתי שפיר לכולי עלמא. ולכן לדינא שפיר יש לנו לומר דאף היכא דלא שניף להשביעו משום ספק מלנה ג"כ משבעינן ליה משום ספק שמה מספקא ליה בעצם הענין היכא דהדין דאינו נוטל ומחזיק מספק כפי שיבואר: כ"ז פתבתי מכבר וקעת ראיתי דיש לפקפק על זה לפי מה שפתבתי בחידושי לעיל סי' צ"א סעי' ט' ענף ז בשם חידושי הרמב"ן לב"ב (דף ל"ד) בד"ה זה אומר של אבותי כו' והריטב"א לב"מ (דף ב' ע"ב) סוף ד"ה א"ת סומכוס כו' דס"ל דבשנים אוחזין בטלית אם אחד טוען ברי והשני אומר שמה דבזה כ"ע ס"ל דאמרין ברי עדיף כיון דלא הוי מוחזקות גמורה.

וכ"כ הפני יהושע לב"מ (דף ב' ע"א) במשנה והארכתי שם בזה. א"כ לפ"ז נסתר כל מה שפתבתי לתרץ קושיות הנתיבות דאמאי לא קאמר אביי שמה נולד לו ספק בעצם טענתו דאז אינו נוטל ע"פ דין החצי < ועכ"ז יש לתרץ ע"פ מה שפתבתי בזה ברור דאף לפי מה שפתב הרמב"ן והריטב"א דבשנים אוחזין בטלית אינו זוכה ע"פ דין בהחצי אם הוא טוען שמה.

דָּוָה אֵינוֹ רַק בְּמַה שְּׂאִינוֹ תּוֹפְסוֹ בְּיָדוֹ כְּמוֹ דְמוֹקְמִינֵן לִיהּ בַּגַּמ' בַּב"מ (דָּרָף ז') דְּמַתְּנִיתִין מִיִּנְרֵי בְּתַפְסִי בְּכַרְפְּשָׁתָא וְכִינֵן דָּוָה לֹא הָוֵי מְוַחֲזָקוֹת גְּמוּרָה ע"כ הִדִּין הוּא דְּמִי שְׂטוּעֵן בְּרִי נוּטֵל כְּלוּל ע"פ דִּין.

אַבְל בְּהַחֲלָק שְׂתוֹפְסוֹ בְּיָדוֹ כִּינֵן דָּוָה הָוֵי מְוַחֲזָקוֹת גְּמוּרָה כְּדַאֲמְרִינֵן בַּב"מ שְׁמַ דְּכַמְאֵן דְּפָסִיק דְּמִי ע"כ הִדִּין הוּא דְּאָף דְּטוּעֵן שְׂמָא ג"כ נוּטֵל לְמַה שְׂתוֹפְסוֹ בְּיָדוֹ אָף דְּחַבְרִירוֹ טוּעֵן בְּרִי דְּבָזָה שְׂיִיָּהּ שְׂפִיר לֹמֵר דְּחֻזְקָת מְמוֹנָא עֲדִיפָא מִן טַעֲנַת בְּרִי וְכַמוֹ שְׂפַתְבְּתִי מְזָה בְּחִידוּשֵׁי לְעִיל סִי צ"א סֵעִי ט' עֲנָף ה' ע"ש.

וּמְבוֹאֵר בַּב"מ (דָּרָף ז' ע"א) בְּתוֹס' ד"ה מְחִוֵי ר' אַבְהוֹ בְּשַׁבּוּעָה דְּאָף בְּמַה שְׂתוֹפְסוֹ בְּיָדוֹ צְרִיָּה שְׁבּוּעָה. וְכֵן הִכְרִיעַ הַשֵּׁי"ף בְּסִי קל"ח ס"ק ה' לְדִינָא.

וּלְפ"ז שְׂפִיר כְּתַבְתִּי דְּלִכְּוֹן לֹא קְאָמֵר אַבְיֵי דְּשְׂמָא נוֹלַד לֹו סָפֵק בְּעִיקָר טַעֲנָתוֹ. דְּלִפִּי זֶה תִּקְשָׁה דְּלָמָּה צְרִיָּה לְיִשְׁבַּע עַל מַה שְׂתוֹפְסוֹ בְּיָדוֹ דְּהָא אִם נִימָא דְּנוֹלַד לֹו סָפֵק בְּעֵצָם טַעֲנָתוֹ ג"כ נוּטֵל לְמַה שְׂתוֹפְסוֹ בְּיָדוֹ אָף דְּטוּעֵן שְׂמָא.

א"כ אִפְתִּי קָשָׁה דְּאֵמַאי יִשְׁבַּע וְלֹא אֲמַרִינֵן מִיגוֹ דְּחָשׂוּד אֲמִמוֹנָא כו'. ע"כ הִנְכַרְח אַבְיֵי לֹמֵר שְׂמָא סָפֵק מְלוֹהָ יִשְׁיָנָה: וְלִפִּי זֶה שְׂפִיר יֵשׁ לָנוּ לֹמֵר לְדִינָא דְּאָף בְּמַחֲל לֹו כָּל הַטו"ת עַד הַיּוֹם הַזֶּה ג"כ יֵשׁ לָנוּ לְהַשְׁבִּיעוֹ אִם תּוֹבַע מְלוֹהָ בְּשִׁטְר אוֹ עַל הַמְשָׁכוֹן שַׁת"י.

מִשּׁוֹם דְּיֵשׁ לָנוּ לֹמֵר דְּשְׂמָא נוֹלַד לֹו סָפֵק בְּעֵצָם טַעֲנָתוֹ דְּהָא אִם הוּא טוּעֵן סָפֵק אֵינוֹ נוּטֵל ע"פ דִּין. אָכֵן בְּתוֹבַעוֹ חֲפָץ בְּעֵינָי' שְׂהוּא לְפָנֵינוּ וְהַנְּתַבַּע מְכַחֲשֵׁוֹ וְאוֹמֵר שְׂלֵא הִיָּה דְּבָרִים מַעוֹלָם וְלֹא הִיָּה הַחֲפָץ מַעוֹלָם שְׂיִיָּהּ לְהַתּוֹבַע.

דְּהִדִּין הוּא שְׂיִשְׁבַּע הַנְּתַבַּע ש"ד אִם הוּא מוֹדָה בְּמַקְצַת בְּאוֹפְן דְּלֹא הָוֵי הִילָף וּבְכוּפֵר הַפֵּל יִשְׁבַּע הִיָּסַת אָף אִם לֹא שְׂיִיָּהּ אֲשַׁתְּמוּטִי כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בַּב"מ (דָּרָף ו' ע"א) בַּד"ה אֵלֵא הָא דְּאָמֵר ר"נ כו'. וּבָזָה אִם מַחֲל לֹו כָּל הַטו"ת עַד הַיּוֹם הַזֶּה יֵשׁ לָנוּ לֹמֵר כַּמֶּש"כ הַר"נ וְהַרִיטְב"א וְהַנ"י דְּבְמַחֲל אֵינִן לִיתָן לֹו שְׁבּוּעָה אִם הוּא בְּאוֹפְן דְּלֹא שְׂיִיָּהּ אֲשַׁתְּמוּטִי מִשּׁוֹם דִּי"ל מִיגוֹ דְּחָשׂוּד אֲמִמוֹנָא כו'.

דְּאֵינִן לֹמֵר דְּשְׂמָא נוֹלַד לֹו סָפֵק בְּעִיקָר טַעֲנָתוֹ דְּטוּעֵן לְהַד"ם וְלֹא הִיָּה שֶׁל חַבְרִירוֹ מַעוֹלָם. דְּהָא אָף אִם לֹא יִטְעוּן בְּרִי רַק שְׂמָא ג"כ הִדִּין הוּא דְּשְׂיִיָּהּ הַחֲפָץ לְהַנְּתַבַּע הַמְּוַחֲזָק מִשּׁוֹם דְּחֻזְקָת מְמוֹנָא עֲדִיפָא מִן מַעֲלַת בְּרִי שֶׁל הַתּוֹבַע.

וְלִכְּוֹן הִיכָא דְּלֹא שְׂיִיָּהּ שְׂמָא סָפֵק מְלוֹהָ יִשְׁיָנָה אֵינִן לָנוּ לְמַסּוֹר לֹו שְׁבּוּעָה כִּינֵן דַּס"ל לְאַבְיֵי דְּאֲמַרִינֵן מִיגוֹ דְּחָשׂוּד אֲמִמוֹנָא כו'. אַבְל הִיכָא דְּהַנְּתַבַּע טוּעֵן לְקוּחַ עַל הַחֲפָץ שְׂתוֹבַעוֹ הַתּוֹבַע וְהוּא לְפָנֵינוּ בְּאוֹפְן דְּלֹא שְׂיִיָּהּ אֲשַׁתְּמוּטִי בָּזָה שְׂפִיר יֵשׁ לָנוּ לְהַשְׁבִּיעוֹ אָף בְּמַחֲל לֹו כָּל הַטו"ת.

מִשּׁוֹם דְּבָזָה שְׂפִיר יֵשׁ לֹמֵר כְּסַבְרַת הַנְּתִיבוֹת שְׂמָא נוֹלַד לֹו אֵינָה סָפֵק אִם קָנָה הַחֲפָץ אוֹ לֹא. וְאִם הִיָּה מוֹדָה לְפָנֵינוּ דְּטוּעֵן לְקוּחַ ע"פ טַעֲנַת סָפֵק אִזְ הִיָּה הִדִּין לְהוֹצִיא הַחֲפָץ מִהַנְּתַבַּע הַמְּוַחֲזָק כִּינֵן דְּטוּעֵן שְׂמָא וְכַמֶּש"כ בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק סִי נ"ט ס"ק ב' לְהוֹכִיחַ מְהָא דַּסִּי קַפ"ה סֵעִי ה' דְּמַעֲלַת חֻזְקַת מְרָא קָמָא בְּצִירוּף בְּרִי וְשְׂמָא עֲדִיפָא מִמַּעֲלַת מְוַחֲזָק ע"ש.

וע"כ בטוען לקוח שפיר שינה להשביעו אף היכא דלא שינה שמה ספק מלנה ישנה משום דאפתי יש לומר דשמה נולד לו ספק בעיקר טענתו דטוען לקוח. פללו של דבר דהיכא דהדין הוא דאם נמא דטוען פה לפי דנולד לו ספק בעיקר טענתו דהנה הדין אז דאינו שינה הספך להמחזק.

דאז יכולין למסור לו שבועה אף במחל לו כל מלנה ישנה. אבל היכא דהנה הדין דאף אם יהיה טוען מספק ג"כ אין מוציאין ממנו הספך אז אין למסור לו שבועה רק אם י"ל שמה ספק מלנה ישנה.

ולכן היכא דמחל לו כו' אין להשביעו וכמש"כ הר"נ והנ"י והריטב"א. וכוונתם בזה שפיתבו דבמחל לו כו' הוא הנפ"מ בין ר' יוחנן ואב"י.

דזהו בכה"ג שפיתבתי: ענף ב ועל עיקר סברת הר"נ שפיתב דבמחל לו מקודם פל התביעות אין להשביעו. הקשה הגתיות דמה בכך שמחל לו כל תביעות הא מ"מ אם הנה ידוע שבשעת מחילה שכח מחוב אחד נדאי דמחילה בטעות לא הני מחילה רק שאינו נאמן לומר שבשעות הנה ואם הוא בעצמו יודע ונדאי דיכול לתפוס ולטעון בב"ד שלי הן דהא פשיש לו מיגו נאמן ואפשר שהר"נ ס"ל מחילה בטעות הני מחילה ולפי מה דקיי"ל מחילה בטעות לא הני מחילה לא שינה סברא זו מטעם שפיתבתי ולכך אין צריך ליזהר בזה פלל עכ"ל הגתיות.

וע"פ דבריו יש לתרץ גושיות דרישה על הרא"ש שפיתב דאין שום נפ"מ בין ר' יוחנן לאב"י. דהא יש נפ"מ ביניהם במחל לו כל הטו"ת וכמש"כ הר"נ והנ"י.

אכן לפי דברי הגתיות א"ש דברי הרא"ש דכיון דמחילה בטעות לא הני מחילה י"ל דשכחן פנ"ל. והנני לבאר זה ביתר ביאור ע"פ מה שפיתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף א' לבאר הא דב"מ (נ"ד ס"ו) דמסיק הש"ס דבזבני מחילה בטעות הני מחילה ובהלואה לא הני מחילה.

דשיטת רש"י והג"א וש"פ הא דמחילה בטעות הני מחילה הוא מן דין יאוש רק בהלואה דיש איסור רבית שאני. ולר"ת הא דבזבני הני מחילה בטעות מחילה הוא משום דיש אומדנא דמוכחי דאנן סהדי דלא הנה חוזר ומתנה שלא מדעת הני מתנה ופלוגתא זו הובא בס"ר"ז בהג"ה סעי' יו"ד והני ספיקא דפלוגתא כמו שהארבתי בספרי שם.

ולפ"ז י"ל באם אהד מחל לחבירו כל התביעות שלו וטוען אח"כ ששכח חוב א' בעת המחילה והנה תופס בלא עדים דיש לו מיגו להיות מהימן ע"ז כמש"כ הגתיות. זה תלוי בהך פלוגתת ראשונים דלהסוברים דמחילה בטעות הני מחילה משום אומדנא דניחא לי דליקו בהקמנותי א"כ ה"א דלא שינה אומדנא זו הדין הוא דמחילה בטעות לא הני מחילה.

אבל להסוברים דמחילה בטעות הני מחילה משום יאוש דהא כל יאוש הני ע"י טעות דאם ידע היכן האבדה לא הנה מייאש וכמש"כ הקצה"ח בס"י קמ"ב בכוננת הג"א דב"מ (נ"ד ס"ו). א"כ ה"ה ה"א שינה לומר דאף דהנה מחילה בטעות מהני מחילתו משום דין יאוש.

ולכן פתב הר"נ והנ"י נפ"מ אם מחל לו כו' משום דהנמוקי יוסף בב"מ פ"ה בסוגיא שם (דף ס"ו) פתב לפרש לכוננת הגמ' שם התם זביגי הקא הלואה דבהלואה דאיפא אוסור רבית לא הוי מחילתו מחילה וכ"כ הרי"ף שם.

ע"כ שפיר פתבו דנפ"מ הוא אם מחל לו כו' דאז אינו יכול לתופסו משום שפא מלנה ישינה משום דהוי מחילה ע"פ דין יאוש אף דנשפח ממנו אז החוב בעת המחילה. אכן לדינא דזה הוי ספיקא דדינא ואם תפס יכול לומר קים לי דמחילה בטעות לא הוי מחילה היכא דלא שייך אןמדינא כו'.

ע"כ שפיר יכולין להשביעו אף במחל לו פלתיביותו משום חשש דשפא יודע בעצמו ששפח ממנו אז החוב שתופסו עברו וכמש"כ הגת"יבות: ועדיין יש להעיר בזה לפי מה ששקלה בהגהת הט"ז בח"מ סי' קס"ג סעיף ג' דבחוב לא מהני יאוש משום דנתחייב בפרעון החוב.

ונה דומה למש"כ התוס' בב"ק (דף ס"ו ע"א) ד"ה הקא נמי פינו דמיאש כו' דלא נקנית ביאוש הואיל ונתחייב בהשפחה ע"ש. א"כ לפ"ז אף דנימא פהסוכרים דמחילה בטעות הוי מחילה משום דין יאוש מ"מ הקא בחוב שיהיה לו פבר חיוב הגוף על הלנה לפרוע לו הדין נותן דלא יהא מהני יאוש שיהיה נפטר הלנה מתשלומי החוב וע"כ לא מהני בזה לומר דמחילה בטעות הוי מחילה משום דין יאוש דהא יאוש בחוב לא מהני.

ואף לפי שיטת המהרי"ק והרמ"א שם דיאוש מהני בחוב והטעם הוא כמש"כ הקצה"ח בסי' קס"ג ס"ק א' דשאני גזילה דבאיסורא אטאי לידן' ע"ש. אפתי יש לדון דאף במחל לו פל התיביות יהיה יכול ליטבע ע"פ סברת הגת"יבות שפא נשפח ממנו אינה חוב גזילה דגזל ממנו.

[וכעין הא דמצינו בב"מ (דף ס"ד ע"א) דאמרו דילמא מיגזל גזלני' ואבלע לי' בחשפון כו']. ובחוב הפא ע"י גזילה לא מהני יאוש לכ"ע פינו דבאיסורא אטאי לידן'.

וביותר יש לדון בכ"ז לפי מה דאמרו בב"מ (דף ס"ז) דבחוב אונאה לא שייך לדון מחילה בטעות הוי מחילה משום דלא ידע דאיתן' אונאה דמחיל גבי' וכ"ע מודו בי' דלא הוי מחילה א"כ אפתי יש לומר שפא יהיה לו פעין חוב אונאה עליו דבכה"ג בנודאי לא שייך לומר דמחילה בטעות הוי מחילה.

וע"כ שפיר י"ל דתופסו משום ספק חוב אונאה ששנפר נודע לו אחר מחילתו מן הספק הזה ותופסו עד ששנודע לו בפרי וכמש"כ התוס' בב"מ (דף ו') בד"ה ממון אפשר בחזרה כו'. ודוחק לומר דכיון דחוב פנה לא שכיח ע"כ לא חשו לזה: ועוד נלע"ד לדון בזה דאף לפי הסוכרים דמחילה בטעות הוי מחילה משום דין יאוש.

מ"מ אם שפח אינה חוב בפשעת מחילתו י"ל דכ"ע ס"ל דלא הוי מחילה דגם בכה"ג יש לומר דדמי לאונאה דלא ידע דמחל וכמש"כ הרא"ש בב"מ פ"ה סי' ל"ב דכל מידי דלא ידע דמחיל לא הוי מחילה. דהא פינו דטוען דנשפח ממנו עיקר החוב בעת המחילה א"כ הא לא ידע מה דמחל לו.

וְשֵׁנִי הָא דְאִיזְהוּ נִשְׁפָּה (דָּרָף ס"ז) בְּהָא דְהִדְרָא אַרְעָא וְהִדְרִי פְּרִי וּבְמוֹכַר פִּירוֹת דְקָל דְאִי שְׁמִיט וְאָכַל כּו' דְשִׁקְל וְטָרִי הַגְּמ' שָׁם בְּעֵנְיָן מְחִילָה בְטָעוֹת כּו' דִּינְדַע לְעִיקַר הַחֲפִיץ ע"כ"פ. וְכֵן רְאִיתִי בְּנִתְיָבוֹת סִי י"ז ס"ק א' שְׁפָתַב בְּעֵנְיָן בַּע"ד שְׁתַּבַּע חֲבִירוֹ בְּפָחוֹת כּו' דְשִׁקְלוֹ וְטָרוּ הָאו"ת וְהַקְצָה"ח שָׁם בְּעֵנְיָן מְחִילָה בְטָעוֹת הָוֵי מְחִילָה ע"פ דְבָרֵי הַרִיב"ש.

וְהַשִּׁיג הַנְּתִיבוֹת עֲלֵיהֶם דְּזָה דְּמִי מְמַשׁ לְאוֹנָאָה דְלֹא יָדַע דְמַחֲל דְהָא אֵינּוּ יוֹדַע פְּלֵל אִם יֵשׁ לוֹ אִיזְהוּ דְבָר בְּיַד חֲבִירוֹ ע"כ"ל הַנְּתִיבוֹת שָׁם. וְהָ"ה בַּנ"ד יֵשׁ לוֹמַר סְבָרָא זֹו וְע"כ ל"כ"ע לֹא הָוֵי מְחִילָה בְטָעוֹת כַּה"ג נְחָשָׁב לְמְחִילָה.

א"כ תִּקְשָׁה עֲדִינָן עַל דְבָרֵי הַר"נ וְהַנ"י וְהַרִיטְב"א שְׁפָתַבּוּ נַפ"מ בְּמַחֲל פֵּל הַתְּבִיעוֹת וְכִמוֹ שְׁהַקְשָׁה הַנְּתִיבוֹת עַל הַר"נ: וְעוֹד יֵשׁ לְדוֹן בְּתִירוֹץ הַנְּתִיבוֹת שְׁפָתַב דַּהַר"נ ס"ל מְחִילָה בְטָעוֹת הָוֵי מְחִילָה כּו'.

דְּהָא לֹא כ"ע דִּינָא גְּמִירִי וְכַמֶּש"כ בְּסַפְרֵי בְּאָר יִצְחָק ח' אַה"ע סִי ט"ז עֲנָף א' וּבְסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק סִי י"ז סְעִיף י"ב וּבְסִי מ"ב סְעִיף ט' מְזָה דְהִיכָא דְאִיכָא פְּלוּגְתָא י"ל דְטָעָה הַבַּע"ד וְסָבַר דְהִדִּין הוּא כְּפִי שְׁיטָה אִף דְרַבּוֹ הַחוֹלְקִים עָלָיו ע"ש.

וְכֵן מְצִינּוּ גַבִּי פְּסוּל חֲמֶסֶן בַּב"מ (דָּרָף ה') דְלֹא תַחֲמוּד בְּלֹא דְמִי מְשַׁמַּע לְהוּ אִף דְבִאָמַת אִין הִדִּין כֵּן כְּפִי שְׁיטַת הַתּוֹס' בַּב"ק (דָּרָף ס"ב) וְאִין מוֹצִיאִין אוֹתוֹ מִחֻזְקַת פְּשָׁרוֹת כ"ז דְאַפְשָׁר לוֹמַר דְטָעָה בְּזָה.

ע"כ ה"ה הָכָא פִּינּוֹן דְמְצִינּוּ דַעוֹת חוֹלְקוֹת אִי מְחִילָה בְטָעוֹת הָוֵי מְחִילָה אוֹ לֹא הִיכָא דְלֹא הָוֵי לְנוֹ אֲנוּמְדָנָא דְמוֹכַח ע"כ יֵשׁ לוֹמַר דְטָעָה וְסָבַר דְמְחִילָה בְטָעוֹת לֹא הָוֵי מְחִילָה מִן דִּין יֵאוּשׁ אֲלֵא מִן דִּין מַתְנָה דְנִיחָא לִי דְלִיקוּ בְּהִימְנוּתֵי.

וְכִינּוֹן דְהָכָא לֹא שְׁיִיף כֵּן ע"כ תּוֹפְסוֹ עַד עַת שְׁיִזְכּוֹר וַיֵּשׁ לְמִסוֹר לוֹ שְׁבוּעָה אִף בְּמַחֲלוֹ פֵּל מְלוֹה יְשִׁינָה. וּבְפִרְט לְפִי מַה שְׁהַכְרִיעַ הַנְּתִיבוֹת עֲצָמוּ בְּסִי קַס"ג ס"ק א' דִּיאֹשׁ לֹא מְהַנִּי בְּחוֹב ע"כ לֹא שְׁיִיף הָכָא לְדוֹן פְּלֵל דִּיהִנָּה מוֹעִיל הָכָא מְחִילָה בְטָעוֹת ע"פ דִּין יֵאוּשׁ וְכַמֶּש"כ לְעֵיל.

[וּבְדְבָרֵי הַנְּתִיבוֹת שָׁם בְּסִי קַס"ג שְׁפָתַב דְבָרֵי הַכְרִיעַ הָאו"ת דְלֹא מְהַנִּי יֵאוּשׁ בְּחוֹב יֵשׁ לְתַמּוּה דְאַדְרָבָה דַּעַת הָאו"ת לְהִיפּוֹף כְּפִי מַה שְׁפָתַב הָאו"ת בְּסִי ס"ה סוֹף ס"ק י"ג דְהוֹכִיחַ שָׁם כַּהִמְהָרִי"ק דְאַף לְגַבִּי חוֹב מְהַנִּי יֵאוּשׁ ע"ש.

וּבְעִיקַר הַדְּבָרִים הָאֵלֶּה יֵשׁ לְדוֹן הַרְבֵּה וְעִינָן מְזָה בְּסַפְרֵי בְּאָר יִצְחָק ח' או"ח סִי ג' עֲנָף ב' וְאִכְמ"ל]. וּבְעִיקַר קוֹשְׁיוֹת הַנְּתִיבוֹת עַל הַר"נ נִלְע"ד בְּפִשְׁיטוֹת דַּהַר"נ ס"ל דְהָא דְחָשׁוּ שְׁמָא מְלוֹה יְשִׁינָה כּו' וְתוֹפְסוֹ עַד שְׁיִזְכּוֹר מְשׁוּם דְזָהוּ שְׁכִיחַ דִּיהִנָּה לוֹ לְגִידַת הַסְּפֵק עַל אִיזְהוּ עֲנָן וּמַתְחִלָּה הִנָּה יוֹדַע הָעֵנְיָן בְּבָרִי וְאִח"ז נוֹלַד לוֹ אִיזְהוּ סְפֵק בְּהַמְלָנָה יְשִׁינָה.

אָבַל לוֹמַר שְׁמָא שְׁכַח חוֹב לְגַמְרֵי בַּעַת הַמְּחִילָה וְכַעַת נוֹלַד לוֹ סְפֵק וְתוֹפְסוֹ עַד שְׁיִזְכּוֹר זָהוּ לֹא שְׁכִיחַ פְּלֵל וְע"כ לֹא תְלִינָן כֵּן בְּמַחֲל לוֹ פֵּל מְלוֹה יְשִׁינָה. וְכַה"ג פְּתַב הַר"נ בְּשׁוּבוֹת פ"ד דְמֵן אֵינָם יוֹדְעִים לִיּוֹדְעִים לֹא מְקַרִּי חוֹזֵר וּמַגִּיד וְעִינָן בְּסִי כ"ט.

והפל הוא מה"ט דמן ספק לונדאי זהו מצוי אבל מן ונדאי לונדאי זה לא שכיח דישפח לגמרי ויאמר ההיפוך. וכעין זה ראיתי בנתיבות סי' ל"ד ס"ק ג' שכתב לחלק בכה"ג במש"כ דיכול לטעון שכחתי ע"ש.

ולכן הכא פיון דבעת המחילה נשפח ממנו לגמרי החוב דאם הנה לו מקום לידת הספק בזה בונדאי לא הנה שותק מלהזכירו. וע"כ לא שכיח לומר שפא בעת המחילה הנה שכיח ממנו לגמרי וכעת נולד לו ספק בזה.

כן יש לומר בסברת הר"נ והנ"י והריטב"א שכתבו דבמחל לו כל מלנה כו' אין להשביעו משום דמש"כ הנתיבות זהו חשש רחוק ולא מציינו בכה"ג. וגם י"ל לפמש"כ הרא"ש בב"מ פ"א סי' ט' בפירוש שפא ספק מלנה ישנה כו' ותפוס מספק ואם ינפור שלא הנה חייב לו יחזירונו כו'.

ונהו דלא כמש"כ התוס' בב"מ (דף ו') ד"ה ממון אפטר בחזרה. ולא חייש הרא"ש לקושיות התוס' דשם משום דיש לחלק דשאני ספק ממונא דאפטר בחזרה אם ינפור שאינו חייב לו ע"כ אף כ"ז שלא ינפור בבירור ג"כ מורי היתירא לתפוס מספק.

וי"ל דזה אינו רק אם לא מחלו מעולם. אבל במחל לו כל מלנה ישנה רק אז נתברר לו ע"פ זכרון דעתו שחבירו חייב לו ויודע בבירי שבעת המחילה נשפח ממנו אז החוב דאז נתבטל המחילה משום דהוי מחילה בטעות כמש"כ הנתיבות.

דזהו דיקא לאתר שנודע ונזכר שבבירור נשפח ממנו אז בעת שמחלו להחוב הנה וע"כ הוי זה מחילה בטעות. אבל כ"ז שלא נזכר על בוריה להחוב הנה לא מקרי זה ספק ממונא רק גזל נדאי דהא פיון דהנה מחילה בונדאי לכל המלנה ישנה יש לו עליו א"כ הוי ספק טעות במחילה שלו דהי' בונדאי לפנינו.

וטעיתי הוי טענה גרוע כ"ז שאינו יודע בונדאי ולכן אין לחוש מספיקא כ"ז שאינו יודע בונדאי וע"כ לא שייך לומר דיתפוס מספק אף כ"ז שלא ינפור כמש"כ הרא"ש. דהא בכה"ג הוי גזלן בונדאי ולא שייך לומר דמורי היתירא בזה.

דהא הוי זה דבר רחוק פנ"ל. ולכן שפיר יש לומר מיגו דחשוד אממונא כו' בכה"ג פן י"ל בכוננת הר"נ והנ"י והריטב"א: ענה ג ועוד י"ל בזה דהא הנתיבות כתב בזה"ל ואם הוא בעצמו יודע נדאי דיכול לתפוס ולטעון בב"ד שלי הו דהא פשיש לו מיגו נאמן כו' עכ"ל.

הרי דכתב דדוקא היכא שנאמן לומר טעיתי במיגו אז יש לומר שפא שכח ותופסו עד שינפור אבל אם לא הנה נאמן במיגו לומר טעיתי אין לנו לחוש שפא טעה בעת המחילה דכיון דאינו נאמן במיגו לומר טעיתי דזהו משום דהוי כמו אנו סהדי דלא טעה ע"כ אין לומר חשש רחוק כ"כ דטעה ונשפח ממנו זה בעת המחילה.

דהא לא מציינו בגמ' לומר רק חשש מלנה ישנה כו' אף דגם זהו חשש רחוק לומר חוב יש לי בידיך ואינו נאמן ע"ז רק במיגו כמבואר מ"מ אמרו שפא ספק מלנה ישנה פיון דנאמן עכ"פ ע"ז במיגו.

אַבְל הֵיכָא דְאִינוּ נְאָמְוֹן בְּמִיגוּ אַז לֹא מְצִינוּ דְאָמְרוּ לְמַתְלֵי בְּחַשְׁשׁ רְחוּק כ"כ. א"כ אַתִּי שְׁפִיר דְבָרֵי הַר"נ בְּמַש"כ הַנֶּפֶס מְבַחֵל לֹו כָּל מְלִנְה יְשִׁינְה כֹו' לְפִי מַש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי פ"א ס"ק ס' דְשִׁיטַת הַר"נ ספ"א דְגִיטֵין דְאִינוּ נְאָמְוֹן לֹוּמַר טְעִיתִי בְּמִיגוּ דְפְרַעְתִּי מְשׁוּם דְהָיוּ כְּמוֹ אֲנִי סְהָדֵי ע"כ ה"ה הֵכָא דְמַחֵל לֹו כָּל מְלִנְה יְשִׁינְה אִין לֹוּמַר דְטַעְה וְשָׂכַח אַז חֹב אַחַד הַמַּגִּיעַ לֹו כִּינֵן דְאִינוּ נְאָמְוֹן ע"ז אַף בְּמִיגוּ.

וְאִף דְהֵכָא לֹא שְׁיָיְדָה לְדוֹן תּוֹרַת מִיגוּ דְהָא אִינוּ טוֹעֵן לְפָנֵי הַב"ד דְתוֹפְסוּ עֵבֹר חֹבֹו. מ"מ כִּינֵן דְזֵהוּ חַשְׁשׁ רְחוּק דְאִף ע"י מִיגוּ אִינוּ מְהִימֵן לְכֹן אִין לְנוּ לְמַתְלֵי בְּזֵה וְלְמַסּוֹר לֹו שְׁבוּעָה וְכַמְש"כ הַנְּתִיבוֹת דְדוֹקָא אִם נְאָמְוֹן בְּמִיגוּ אַז תְּלִינֵן שְׁמָא סָפֵק מְלִנְה יְשִׁינְה כֹו': וְאִף לְפִי מַש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי פ"א ס"ק סמ"ד הַנ"ל לְהַסְתַּפֵּק בְּשִׁיטַת הַר"נ ספ"א דְגִיטֵין דְאִפְשָׁר לֹוּמַר דְמוֹדָה הַר"נ דְבִינֵשׁ לֹו מִיגוּ נְאָמְוֹן לֹוּמַר טְעִיתִי וְכֹן מְסִיק הַשְּׁ"ף שְׁם לְדִינָא.

מ"מ יֵשׁ לְחַלֵּק דְהָא דְמְצִינוּ שְׁם דְנְאָמְוֹן לֹוּמַר טְעִיתִי בְּמִיגוּ דְפְרַעְתִּי וְכֹן בְּהָא דְסִי קכ"ו סְעִי י"ג הַפֶּל הוּא הֵיכָא דְהוֹדָה שְׁהוּא חֲטִיב לְחַבְרֹו וְכִינֵן דְהוּא מְוַחֲזֵק יֵשׁ לֹוּמַר דְלֹא דְקִדֵּק כ"כ וְסמ"ד עַל הַמְוַחֲזָקוֹת שְׁלֹו.

וְכֹן בְּסִי פ"א סְעִי ל' דְס"ל לְחַד דִּיעָה דְאִף בְּנִתְּן לְשֵׁם רִינוּחַ נְאָמְוֹן בְּמִיגוּ לֹוּמַר דְטַעְה מְשׁוּם דִּי"ל דְסמ"ד עַל מַה דְהוּא מְוַחֲזֵק בְּהַקְרָן ת"י כְּמַבְוֹאֵר שְׁם. אַבְל הֵיכָא דְמַחֵל לְחַבְרֹו כָּל מְלִנְה יְשִׁינְה אִינוּ נְאָמְוֹן לֹוּמַר דְטַעְה אַף בְּמִיגוּ מְשׁוּם דְה"ל לְדְקִדֵּק הֵיטֵב וְה"ל כְּמוֹ אֲנִי סְהָדֵי.

וְכַעֲיִן זֵה כְּתִב הַשְּׁ"ף בְּסִי פ"א ס"ק ע"ו וְס"ק ע"ט דְבְּנִתְּן לְחַבְרֹו בְּשֵׁם רִינוּחַ אִינוּ נְאָמְוֹן לֹוּמַר טְעִיתִי בְּמִיגוּ מְשׁוּם דְאִין אַחַר מַעֲשֵׂה הַנְּתִינְה כְּלוּם ע"ש. וְאִף דִּישׁ לְחַלֵּק דְשִׁא"ה דְהִיָּה מַעֲשֵׂה הַנְּתִינְה מִשִּׂא"כ הֵכָא בְּמַחֵל לֹו כָּל מְלִנְה לֹא הִיָּה אַז מַעֲשֵׂה הַנְּתִינְה.

מ"מ יֵשׁ לְחַלֵּק כֹּן מְסַבְרָא דְשִׂאנֵי הֵיכָא דְהִיָּה מְוַחֲזֵק בְּעַת הוֹדְאָתוּ. וְכַדְמְצִינוּ סְבָרָא זֹו בְּסִי פ"ח גְּבִי תוֹבְעוּ חֲטִיִּים וְהוֹדָה בְּשְׁעוֹרִים דְפְטוֹר דְאִם הִיָּה הַתּוֹבְעַ תְּפּוּס יְכוּל לֹוּמַר דְסַמְכְתִי עַל הַמְוַחֲזָקוֹת שְׁלִי כְּמַבְוֹאֵר שְׁם בְּסמ"ע ס"ק כ"ז בְּשֵׁם הַטּוֹר.

וְכַעֲיִן זֵה מְצִינוּ בְּסִי פ"א סְעִי ד'. וְכִינֵן דְלֹא מְצִינוּ דִּיהִיָּה נְאָמְוֹן לֹוּמַר טְעִיתִי בְּמִיגוּ רַק הֵיכָא דְהָיוּ מְוַחֲזֵק ע"כ מְנַלֵּן לְחַדֵּשׁ מַדְעַתִּינוּ דִּיהָא נְאָמְוֹן לֹוּמַר טְעִיתִי אַף הֵיכָא דְלֹא הִיָּה אַז מְוַחֲזֵק.

וְגַם הָא מַה דְנְאָמְוֹן לֹוּמַר טְעִיתִי בְּמִיגוּ דְפְרַעְתִּי פְּלִיגֵי שְׁם רַבְּנוֹתָא כְּמַבְוֹאֵר בְּסִי פ"א סְעִי כ"ג וּבְש"ף שְׁם ס"ק סמ"ד וְאִף דְלֹא קִי"ל כֹּן לְדִינָא מ"מ מְנַלֵּן לְהַרְבוֹת בְּמַחֲלֻקַּת אַף בְּכַה"ג. וְעִינֵן בְּקִידוּשֵׁין (דָּף י"א) בְּתוֹס' ד"ה הִנְהוּ קָלָא אִית לִיה כֹו' וּבְכוֹרוֹת (דָּף י"ג ע"ב) שְׁחִילְקוּ שְׁם דְשִׂאנֵי הֵיכָא דְנִתְּן הַמְּעוֹת כֹו' וְהַפֶּל הוּא מַה"ט דְבִלְאָ נִתְּן הַמְּעוֹת י"ל דְסמ"ד עַל הַמְוַחֲזָקוֹת שְׁלֹו.

וְהָא דְמַבְוֹאֵר בְּסִי רל"ב סמ"ע ס"ק ח' אִין זֵה עֲנִינֵן לנ"ד וְעִינֵן בְּשַׁעַר מְשַׁפֵּט סִי ע"ה ס"ק ו' וּבְסִי רכ"ז ס"ק א': וְעוֹד נִלְע"ד דְאִף דְנִימָא שְׁלֹא לְחַלֵּק וְגַם בְּמַחֵל כָּל מְלִנְה אִם יֵשׁ לֹו מִיגוּ נְאָמְוֹן לֹוּמַר דְטַעְה וְשָׂכַח אַז בְּעַת הַמַּחֲלִילָה וְכִמוֹ שְׁנַרְאָה מְדַבְרֵי הַנְּתִיבוֹת.

וְהָא דְסִי פ"א סְעִי ל' בְּנִתְנִי לְשֵׁם רִינָח דְאִינוּ נְאָמְנָן לֹמֵר דְטַעַה לְפִי מַה דְקִיִּי"ל שְׁם וְכֵן
הָא דְקִיִּדוּשִׁין וּבְכֹרֹת הַנָּ"ל שְׁאֵנִי הֵתֵם דְהִיָּה מַעֲשֵׂה הַנְּתִיבָה וְכַמְש"כ לְעִיל מ"מ נ"ל
לֹמֵר דָּאֵם הוּדָה לְפָנֵי ב"ד שְׁאִין לֹ שׁוּם חוּב כְּלָל עַל חֲבִירוֹ דָּאֵז אִין לְהַשְׁבִּיעוּ ע"פ
סְבֵרַת אַבְיִי מִשׁוּם מְלָנָה יְשִׁינָה כו'.

דְהָא הָעֵלָה הַשְּׁ"ף בְּסִי פ"א ס"ק סְמָךְ דְבַהוּדָה לְפָנֵי ב"ד אִינוּ נְאָמְנָן לֹמֵר טְעִיתִי בְּמִיגוֹ
דְפִרְעָתִי מִשׁוּם זֵה"ל לְדַקְדָּק הַיֵּטֵב. א"כ בְּכַה"ג הָוֵי חֲשֵׁשׁ רְחוּק לְמַתְלֵי דְאוּלֵי טְעָה
וְשִׁכַח.

וְכֵן יֵשׁ לְדוֹן לְפִי מַה דְמְבֹרָךְ בְּסִי פ"א סְעִי כ"ח דְבְּנִשְׁבַּע אִינוּ נְאָמְנָן לֹמֵר שְׁטַעַה וְשִׁכַח
אֶף שְׁיֵשׁ לֹ מִיגוֹ וְכַמְש"כ הַשְּׁ"ף שְׁם ס"ק ס"ח. א"כ אֶף שְׁהוּדָה שְׁלֵא בְּפָנֵי ב"ד שְׁאִין לֹ
שׁוּם חוּב כְּלָל עַל חֲבִירוֹ וְנִשְׁבַּע ע"ז אִין לָנוּ לֹמֵר דְשָׁמָא הִיָּה לֹ אִיזָה מְלָנָה יְשִׁינָה וְשִׁכַחוּ
מִשׁוּם דְבִשְׁבוּעָה מְדִיִיק בְּנוֹדָאֵי וְכִינּוּן דְאִינוּ נְאָמְנָן בְּכַה"ג אֶף ע"י מִיגוֹ ע"כ הָוֵי בְּזָה חֲשֵׁשׁ
רְחוּק לְמַתְלֵי בְּחוּב שְׁנִשְׁכַּח מִמְּנֹו.

וּלְפ"ז הָוֵי נַפ"מ בְּזָה בֵּין ר' יוֹחָנָן לְאַבְיִי אֶף לְפִי דְבָרֵי הַנְּתִיבוֹת הֵיכָא דְנִשְׁבַּע ע"ז אוֹ
הֵיכָא דְהוּדָה כֵּן בְּפָנֵי ב"ד: וּלְפ"ז תְּקַשָּׁה עַל דְבָרֵי הָרָא"ש שְׁכַתְּבִי דְלִדְיָנָא אִין שׁוּם נַפ"מ
בֵּין ר' יוֹחָנָן לְאַבְיִי וְכַתְּבִיתִי לְעִיל דִּי"ל דִּס"ל כְּסְבֵרַת הַנְּתִיבוֹת הַנָּ"ל.

אֲכֹן לְפִי מַש"כ דְבְּנִשְׁבַּע אוֹ בְּהוּדָה בְּב"ד יֵשׁ נַפ"מ לְדִינָא בֵּינֵיהֶם א"כ אֶפְתִּי תְקַשָּׁה
לְדְבָרֵי הָרָא"ש הַנָּ"ל דְהָא יֵשׁ נַפ"מ הַנָּ"ל בֵּינֵיהֶם. וְהַעֲיָקֵר מַה שֶׁנֶּ"ל דְהָרָא"ש ס"ל דְאֶף
הֵיכָא דְאִינוּ נְאָמְנָן לֹמֵר טְעִיתִי בְּמִיגוֹ כַּנָּ"ל מ"מ יֵשׁ לָנוּ לְמִסְוֵר לֹ שְׁבוּעָה וְלְמַתְלֵי אֶף
בְּחֲשֵׁשׁ רְחוּק דְשָׁמָא נִשְׁכַּח מִמְּנֹו.

וְאִין לָנוּ לְדוֹן בְּזָה לֹמֵר מִיגוֹ דְחֲשׂוּד אֲמִמוֹנָא כו' כְּמוֹ דְאֲמַרִּין שְׁמָא מְלָנָה יְשִׁינָה אֶף
דְגַם זֵהוּ חֲשֵׁשׁ רְחוּק דְהָא חוּב יֵשׁ לִי בְּיָדָךְ הוּא טַעֲנָה גְרוּעָה כְּמִבְּנוֹרָא בְּכ"ד וְכַש"כ לֹמֵר
דְשָׁמָא סְפַק מְלָנָה וְנִשְׁכַּח מִמְּנֹו.

וְלֹא ס"ל לְחִלְקֵי דְשְׁאֵנִי הֵיכָא דְאִינוּ נְאָמְנָן אֶף ע"י מִיגוֹ כֵּן הוּא שִׁיטַת הָרָא"ש. אֲבָל הַר"ב
וְהַנְּיָמוּקֵי יוֹסֵף וְהַרִיטְב"א שְׁכַתְּבוּ לְחִלְקֵי דְבְּמַחֲל לֹ כָּל מְלָנָה יְשִׁינָה אִין לְהַשְׁבִּיעוּ מוֹכַח
דִּס"ל דְלֹא תְלִינּוּ דְשָׁמָא נִשְׁכַּח מִמְּנֹו אִיזָה חוּב בְּעַת הַמַּחֲלָה וְכַמְש"כ לְעִיל לְחִלְקֵי בְּכַמָּה
גְּוֹנֵי.

וְלִדְיָנָא הַעֲיָקֵר כְּדְבָרֵיהֶם דְשִׁיטַת הָרָא"ש הוּא דַּעַת יְחִידָאָה נְגִיד הַר"ב וְהַנְּיָמוּקֵי וְהַרִיטְב"א
וְלָכֵן הֵיכָא דְמַחֲל לֹ כָּל מְלָנָה יְשִׁינָה אִין לְמִסְוֵר לֹ שְׁבוּעָה הֵיכָא דְלֹא שְׁיָיֵךְ אֲשֶׁתְּמוּטֵי
וְכַמְש"כ הַאוּ"ת וְהַקְצָה"ח לְדִינָא וְכַש"כ בְּהוּדָה בְּב"ד אוֹ בְּנִשְׁבַּע וְכַנָּ"ל.

אֶף הֵיכָא דִּישׁ לֹמֵר שְׁמָא נוֹלַד לֹ סְפַק בְּעַצְמֵם טַעֲנָתוֹ וְע"פ הָאֲוֹן שְׁכַתְּבִיתִי לְעִיל דָּאֵם
הוּא בְּאֲוֹן שְׁאֵז אִינוּ נוֹטֵל וּמַחֲזִיק הַחֲפֵץ רַק מוֹצִיאִין ע"פ דִּין מִמְּנֹו דָּאֵז מְשַׁבְּעִין לִיהּ
בְּכָל גְּוֹנֵי.

אֲבָל אִם הוּא בְּאֲוֹן דְאֶף אִם יִטְעוֹן בְּסְפַק עַל גּוּף הַחֲפֵץ הַדִּין הוּא דְאִין מוֹצִיאִין מִמְּנֹו אֵז
אִין לְהַשְׁבִּיעוּ הֵיכָא דְמַחֲל כָּל מְלָנָה יְשִׁינָה וְכַדְבְּרֵיהֶם: עֲנָף דְ כָּל זֵה כְּתַבְתִּי מִכְּבָר וְכַעַת

ראיתי לומר כי עיקר קושיות הנתיבות על הר"נ וש"פ דהקשה דאפתי יש לחוש שמה שכתב חוב אחד בעת המחילה והוי מחילה בטעות כו'.

לענ"ד אין זה קשה דהא פיון דהוציא בפיו לשון מחילה שמוחלו לכל התביעות וחובות שיש לו עליו א"כ אף אם היה במחשבתו שלא למחול לחוב אחד מן החובות שלו לא היה מהני מחשבתו כלל לבטל למה שאמר בפירושו בפיו כמבואר ביו"ד סי' ר"י ובקידושין (דף נ') ובבב"א שם.

וכש"כ בנ"ד דהחשש הוא שמה שכתב מן חוב אחד שלא עלה על דעתו אז בעת המחילה מן חוב הנ"ל ונדאי דזה מקרי דברים שבלב דלא הוי דברים לסתור למה שהוציא בפיו לשון מחילה לכל חוב שיש לו עליו והא קיי"ל דמהני מחילה אף לדבר שאינו קצוב כמבואר בסי' ס' ועיין בסי' רל"ב.

ואין לומר דשמה היה השערתו בעת המחילה למחול רק ערוך סוף כף וכף ולא יותר מחמת שנספח ממנו חוב אחד וע"כ הוי זה בגדר מחילה בטעות. דזה אינו דהא מבואר בטור ח"מ סי' קנ"ד סעיף ל"ח דמחילה בטעות היכא דלא מוכח מילתא אז הטעות לכ"ע הוי מחילה.

והב"י בבב"ד הבית ס"ל דשם הוי מוכח מילתא לכל דהוי בטעות ע"ש. ודברי הטור הלז הובא בסמ"ע סי' רמ"א ס"ק י' לדינא ועיין בתשובת הרמ"א סי' ע"ד מזה.

והסברא הוא פשוט דכיון דקיי"ל דדברים שבלב לא הוי דברים רק היכא דיש אומדנא דמוכח הוי כפירוש כמש"כ התוס' גיטין (דף ל"ב) והר"נ בקידושין (דף נ') והתוס' וש"פ והמהרי"ט סי' מ"ה ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י' ובקצה"ח סי' י"ב סוף ס"ק א'.

ע"כ דוקא היכא דהמחילה בטעות הנה מוכח לכל כמו הא דב"מ (דף ס"ו) במה דשקיל וטרי הגמ' שם אי מחילה בטעות הוי מחילה או לא דשם מוכח הטעות לכל ע"כ אין זה מקרי דברים שבלב. אבל בנ"ד דאמר בפיו בפירושו שמוחל לו לכל חוב שלו וקזינן דנחת למחילה מדעתו באמת.

א"כ אף דנימא שמה היה בדעתו אז שלא למחול רק סוף מסוים ולא יותר מחמת שנספח ממנו אז חוב אחד אם כן הא זה לא היה מוכח לכל לומר ולהסתפק שמה שכתב לחוב אחד בעת המחילה.

דאדרבה יש לנו לומר פיון דטעיתי הוי טענה גרוע ולא שכיח שישפח את חוב שיש לו על אחרים. ע"כ אדרבה מוכח לכל דמחל לו לכל חובות שלו וכמשמעות פשוט לשונו דמוחל לו לכל חובות שיש לו עליו.

ואין לנו שום אומדנא לומר דעד סוף כף וכף דרכו למחול אבל לא יותר. וכיון דזה מקרי טעות דלא מוכח לכל ע"כ אף דנימא שמה שכתב לחוב אחד בעת המחילה.

עכ"ז מקרי זה בשם דברים שבלב דלא הוי דברים ולא מהני לבטל למה שאמר בפירושו לשון מחילה לכל חובות שלו. ולכן אתי שפיר פשוט דברי הר"נ וש"פ במש"כ הנפ"מ במחל לו לכל התביעות שלו דאין זה נכנס כלל בגדר מחילה בטעות.

והא דשקלי וטרי הפוסקים לעיל סוף סי' י"ז בבע"ד שתבע בפחות כו' מן ענין מחילה בטעות כו'. הא שם הנה זה הטעות דמוכח לכל דהנה זה מחמת טעות בדין ולא נחת פלל למחילה מדעתו.

וכן בהא דב"ב (דף מ"א) גבי רב ענין שקל בידקא כו'. אבל בנ"ד נחת למחילה באמת ואמר פן בפירוש בפיו ע"כ ברור דאף לדבריו דהנה במחשבתו פן מ"מ מקרי זה דברים שבלב: אף אם לא אמר לשון מחילה רק בלשון הודאה לפני עדים שאין לו שום טו"ת עליו אז שפיר י"ל כעין סברת הנתיבות שפא יודע בעצמו שהודה פן בטעות דבזה לא שינה לדון להסבא שפכתתי במחילה דהא בהודאה בטעות חוזר פמבואר בסי' מ' ש"ף ס"ק א' ובש"ד.

וכ"ז בהודה לפני עדים דמהימן לומר טעיתי במיגו ע"כ אין זה חשש רחוק. אבל בהודה לפני ב"ד דא"נ לומר טעיתי במיגו כמש"כ לעיל דהוי חשש רחוק לחוש לשפא טעה וכמו דמשמע בנתיבות דדוקא היכא דנאמן לומר טעיתי במיגו אז שפיר יש לחוש לשפא שכתח איזה מלנה וטעה בזה משום דזה לא הוי חשש רחוק < א"כ בהודה לפני ב"ד דאינו נאמן לומר טעיתי במיגו אף הנתיבות מודה דלא שינה לחוש בכה"ג לשפא הנה ההודאה בטעות ולכן לא משפיענו ליה בכה"ג היכא דלא שינה אשתמוטי.

אף בהודה לפני עדים בלשון הודאה ולא בלשון מחילה אז שפיר משפיענו משום די"ל דגם הר"נ וש"פ מודו לסברת הנתיבות דיש לחוש לשפא טעה. ומן מה שכתב הר"ן והנ"י והריטב"א אין הכרח דלא ס"ל לסברת הנתיבות משום דהם מייירי באמר לשון מחילה וכבר נתבאר דבלשון מחילה נדחה סברת הנתיבות.

אבל בלשון הודאה י"ל דס"ל לסברתו. ובמש"כ בענין מחילה דהוי דברים שבלב אין לומר דלאו כ"ע דינא גמירי ודילמא טעי ולא ידע הדין דדברים שבלב לא הוי דברים.

דז"א דהא בדין ברור דלית ביה פלוגתא פלל ליכא למתלי פלל בטעות כמו שפכתתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף א'. ודוקא במה שמצינו בש"ס להדיא כמו בהא דלא תחמוד בלא דמי משמע להו שאני.

וכמו דחזינו שפכת הנתיבות בשיטת הר"ן דכיון דס"ל מחילה בטעות הוי מחילה ע"כ ליכא למיחש שפא הנה לו ספק מלנה ושכח כו' וכמש"כ לעיל להעיר בדבריו. אבל היכא דלא הוי ביה פלוגתא פלל בנודאי אין לומר מעצמינו שפא טעה כו'.

פן הוא ברור בכוננת הר"נ והנ"י וכן הוא עיקר לדינא: ז (שם) ביאור דין אם אמרינו מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם בטוען התובע שפא ג"כ או דוקא בטוען התובע פרי: ענף א (סעף ח') הנה החשוד שומר וטוען שאבד או נגנב שפנגדו אינו יכול לישבע וליטול כו'.

והובא זה בטור שם סעף י"א בשם הרמב"ם דהשומר פטור לגמרי. והט"ז שם פתב להקשות דמ"ש משניהם חשודים דס"ל להרמב"ם והמחבר דמשלם פולו משום דהוי מחשואיל"מ.

ותירץ דס"ל להרמב"ם והמחבר דעיקר מחשואיל"מ ילפינן מקרא דשבועת ד' תהיה בין שניהם כו' פי' היכא דאמר נ' ידענא ונ' לא ידענא כו'. א"כ דוקא בכה"ג שהתובע טוען ברי אמרה תורה פן משא"כ בטוען את השומר ספק וסברא טובה היא לחלק פן דאיה נאמר שישלם לתובע מה שהוא מסופק לו עצמו אם תיב לו עכ"ל הט"ז.

וכעין זה פתב הט"ז בסי' ע"ה סעי' י"ב ליישב דברי הטור שם דמשמע שם דבטוענו ספק ע"פ העד לא הוי מחשואיל"מ: ולענ"ד נראה לי לתמוה על הט"ז דכתב בשיטת הטור והמחבר דבתובע טוען שמה לא אמרינן מחשואיל"מ.

דקא מבואר לעיל סי' ע"ב סעי' ל' ובטור סי' ע"ב סעי' כ"ד ראובן משפן משפון ביד שמעון והלה שמעון ומשפנו ביד לוי נאנס מיד לוי ותובע ראובן משפנו מיד שמעון כו' גם צריף שמעון לישבע שבועת השומרים שנאנסו וא"ל לישבע פיון שלא נאנס בידו ולוי אינו יכול לפנותו בשבועתו שנאנס כי יאמר לא מהימן לי לוי הלכה ה"ל שמעון מחשואיל"מ כו' ע"ש.

הרי להדיא דהטור ומחבר ס"ל בשומר שמסר לשומר דתיב משום מחשואיל"מ אף בתובע טוען שמה דקא המפקיד אינו יודע כלל: ובאמת בכל שומר שמסר לשומר י"ל דלכן תיב משום דה"ל פאינו יודע אם פרעתי וכמש"כ הש"ך סי' רצ"א ס"ק מ"ה.

או די"ל דתיב משום מזיק כמש"כ הגת"ב ס"ל רצ"א ס"ק ב' בארובה. אף בר"פ דב"מ ברא"ש סי' ג' כתב דשומר שמסר לשומר תיב משום מחשואיל"מ.

ובאמת יש לתמוה על הש"ך דשם דלא הביא פלל דברי הטור ומחבר דסי' ע"ב הנ"ל דכתבו בפירוש לתיב בשומר שמסר לשומר משום מחשואיל"מ. עכ"פ על הט"ז יש לתמוה דקא מבואר להדיא בטור ומחבר הנ"ל להיפך ממש"כ הט"ז בדבריהם דקא אף בתובע טוען שמה ס"ל דאמרינן מחשואיל"מ: ונלפענ"ד לתרץ עפ"י מה דמבואר בב"ב (דף ע') דנאנסו לא שכיח פמבואר בתוס' שם וכן איתא בסי' ק"ח ובשא"ד.

ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז העליתי דרוב עדיף מן אמירת ברי אף בברי של הבע"ד. וכמש"כ הפני יהושע בקדושין (דף ס"ג).

וכמש"כ שם להוכיח מנדרים (דף י"ח) ויו"ד סי' ר"ח. וכן ראיתי בפני יהושע פתובות (דף ט"ז) שכתב שם דרוב עדיף מן ברי.

וכ"כ ההפלאה שם עי"ש. ובספרי פתבתי לחלק בין רוב דאיתא קמן לרוב דליתא קמן ופלפלתי שם הרבה לדחות דברי הגו"ב.

וכמש"כ השאגת אריה בר"ה (דף כ"ב ע"ב) ד"ה פי אתא עולא בפשיטות דרוב עדיף מן אמירת ברי עי"ש. והארבתי שם בזה.

א"כ לפי מה דהוכחתי שם דרוב דליתא קמן עדיף מן ברי של הבע"ד ג"כ ולכל הפחות שקולים הן: לפ"ז אתי שפיר הא דאמרו בסי' ע"ב סעי' ל' הנ"ל גבי מלנה על המשפון דטוען לוי דנאנסו ממנו.

ומיירי שם בכל הסעף דטוען נאנסו. וכן הטור שם בסוף מסיק דהספק הוא אם נאנס ביד לוי.

וכיון דנאנסו לא שכיח וְהוּי כְמוֹ רַב א"כ כְּמוֹ דְאִם טָעַן בְּרֵי בְצִירוּף מְחוּשׂוּאִיל"מ מְהֵנִי.
ה"ה רוב בְּצִירוּף מְחוּשׂוּאִיל"מ מְהֵנִי לְהוֹצִיא.

ובְּזֶה אַף הַט"ז מוֹדָה. וְדוֹקָא בְּהֵי הַחֲשׂוּד שׁוּמְר וְטוֹעֵן נִגְנַב אוּ נֶאֱבַד דְּגִיבָה וְאֲבִידָה
שְׂכִיחַ כְּמַש"כ הַכְּנָה"ג וְהוּבָא בְּתַנּוּמֵי סִי ק"ח ס"ק ה' דְּכַתְּבַת בְּשֵׁם הַרְבֵּה מְחַבְּרִים דְּגִיבָה
וְאֲבִידָה שְׂכִיחַ וְדוֹקָא אֲנָס לָא שְׂכִיחַ.

וְעֵינֵן בְּש"ף סִי קכ"א ס"ק ס"א מְזָה עִי"ש. וְבְּזֶה שְׂפִיר כְּתַב הַמְּחַבֵּר בְּסִי צ"ב דְּלָא
אֲמַרִינֵן מְחוּשׂוּאִיל"מ מְשׁוּם דְּבְטוֹעֵן הַתּוֹבֵעַ שְׂמָא לָא אֲמַרִינֵן כִּן כִּינֵן דְּלִיכָא רַבָּא דְּמְסִיעַ
לוֹ: וּלפ"ז י"ל מַה שְׂכַתְּבַת הַש"ף בְּסִי ע"ב ס"ק קכ"ז עַל מַה שְׂכַתְּבַת הַמְּחַבֵּר שְׁם דְּנֶאֱנָס
מִיַּד לְוֵי דַה"ה נִגְנַב וְנֶאֱבַד לַהִי"א דְּמַלְוָה עַל הַמְּשַׁכּוֹן הָוֵי ש"ח עִי"ש.

אֲבָל לַפְמַש"כ בְּשִׁיטַת הַט"ז כְּנ"ל. י"ל דְּדוֹקָא הִיכָא דְטוֹעֵן לְוֵי נֶאֱנָסוּ דְהוּי רַב הַמְּכַחֵשׁוּ
בְּזֶה אֲמַרוּ דְחִיבֵי מְצַד מְחוּשׂוּאִיל"מ אַף דְּתוֹבֵעַ טוֹעֵן שְׂמָא כְּמוֹ דְּכַתְּבוּ שְׁם הַטוֹש"ע לְחִיבֵי
מְשׁוּם מְתוּדָה כו'.

אֲבָל בְּחֲשׂוֹשׁ גְּנִיבָה וְאֲבִידָה דְהוּי שְׂכִיחַ בְּזֶה לָא אֲמַרוּ מְחוּשׂוּאִיל"מ כְּמוֹ בְּסִי צ"ב דְּהֵי
הַחֲשׂוּד שׁוּמְר וְטוֹעֵן נִגְנַב וְנֶאֱבַד כו' כְּמַבְּרָא שְׁם. וִי"ל דַּג"כ שְׁם בְּדִיּוּק נִקְטוּ וְטוֹעֵן נִגְנַב
וְנֶאֱבַד מְשׁוּם דְּבְטוֹעֵן נֶאֱנָסוּ אֲזֵ אֲמַרִינֵן מְחוּשׂוּאִיל"מ אַף דְּתוֹבֵעַ טוֹעֵן שְׂמָא מְשׁוּם דְּרַב
דְּנֶאֱנָסוּ דְלָא שְׂכִיחַ מְסִיעַ לִי כְּנ"ל: וּלפ"ז מוֹכַח לְוִמֵר בְּכָל שׁוּמְר שְׂמָסַר לְשׁוּמְר אַף ש"ח
דְּחִיבֵי דְזֶה הוּא לָאוּ מְטַעַם מְחוּשׂוּאִיל"מ דְּהַתּוֹבֵעַ טוֹעֵן שְׂמָא.

רַק הַטַּעַם בְּזֶה כְּמַש"כ הַנְּתִיבוֹת סִי ש"א בְּשֵׁם הַשֵּׁב יַעֲקֹב דְּחִיבֵי מְשׁוּם מְזִיק וְחֲשָׁדִין
לִי דְּהַחֲפִץ הוּא בְּרִשׁוּתוֹ וְחִיבֵי מְשׁוּם מְזִיק. וּבְאַמַּת הִיכָא דִּינְדְעִין דְּנֶאֱבַד הַחֲפִץ מִן שׁוּמְר
הַב' וְהַסְּפֵק הוּא אִם בְּפִשְׁעָה אוּ לָא דְאֲזֵ אִינוּ חִיבֵי מְצַד מְזִיק רַק מְשׁוּם מְחוּשׂוּאִיל"מ
כְּמַש"כ הַנְּתִיבוֹת סִי רצ"א וְסִי ש"א עִי"ש.

דְּבָזֶה י"ל לְשִׁיטַת הַט"ז דְּכַתְּבֵעַ טוֹעֵן שְׂמָא אִינוּ חִיבֵי מְשׁוּם מְחוּשׂוּאִיל"מ רַק בְּש"ש
דְּעִיקָר פְּטוּרוֹ הָוֵי מְשׁוּם נֶאֱנָסוּ דְּבָזֶה חִיבֵי מְשׁוּם מְחוּשׂוּאִיל"מ מְשׁוּם רַב דְּנֶאֱנָסוּ לָא
שְׂכִיחַ כְּנ"ל. וְאַף דְּנִימָא דְשְׂקוּלִים הֵמָּה בְּרֵי וְרַב א"כ כְּמוֹ דַּע"י בְּרֵי שְׁל הַתּוֹבֵעַ אֲמַרִינֵן
מְחוּשׂוּאִיל"מ ה"ה הִיכָא דְרַבָּא מְסִיעַ לְהַתּוֹבֵעַ כְּנ"ל.

וּלְקַמֵּן יִתְבָּאָר דְאֵף כָּל ש"ח שְׂמָסַר לְש"ח חִיבֵי מְצַד מְחוּשׂוּאִיל"מ אַף לְשִׁיטַת הַט"ז:
** (הַגַּה"ה וְלִפִּי מַש"כ יֵשׁ לְתַרְזַן עַפ"ז מַה דִּינֵשׁ לְתַמּוּהָ עַל הַמְּחַבֵּר דְּכַתְּבַת בְּסִי ע"ב סַעִי
ל' שְׁם דְּכִינֵן דְּשְׂמַעוֹן ה"ל מְחוּשׂוּאִיל"מ עַל הַדִּינָר הַג' ע"כ נְשַׁבֵּעַ שְׂד"א עַל דִּינָר ד' כְּדִין
מוֹדָה בְּמַקְצַת דְהוּי כְּמוֹ הַעֲדָאָת עֲדִים דַּר"ח וְכַפְּלֵי הַש"ף שְׁם ס"ק קכ"ט.

וְקָשָׁה דְהָא הַעֲלָה הַש"ף בְּסִי פ"ז ס"ק י"ב דְּהִיכָא דְנִתְחַיֵּיב עַל קִצְתוֹ מְשׁוּם דְהוּי
מְחוּשׂוּאִיל"מ. לָא הָוֵי זֶה כְּהַעֲדָאָת עֲדִים דַּר"ח לְחִיבֵי שְׂד"א עַל הַמְּוִתָּר.

וְכִן פְּסַק הַמְּחַבֵּר לְקַמֵּן סִי ש"ס ד סַעִי ו' כְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם דְאֵף שְׁנַתְחַיֵּיב עַל עֲשָׂרִים זְהו'
מְצַד מְחוּשׂוּאִיל"מ. עכ"ז עַל הַמְּוִתָּר נְשַׁבֵּעַ הִיטַת.

וּמְטַעַם זֶה מְסִיק הַש"ף בְּסִי פ"ז ס"ק י"ב הַנְּ"ל דְּבִאוּמֵר עַל מַקְצַת לָא יִדְעָנָא וְהַעֲד מְעִיד
עַל מַקְצַת דְאֵף דְנִתְחַיֵּיב עַל מַקְצַתוֹ מְצַד מְחוּשׂוּאִיל"מ מ"מ עַל הַמְּוִתָּר נְשַׁבֵּעַ רַק הִיטַת.

א"כ ה"ה הקא בשומר שפסר לשומר דחייב משום מחושואיל"מ דישבע על המותר רק הקסת.

ואיך פתבו דישבע שד"א. והנה סותר דברי המחבר אהדדי.

וגם הש"ך לא הזכיר זה כלל. ולולי דברי הש"ך הייתי מחלק ביניהם.

דשאני התם דסי' שס"ד ושיטת הרמב"ם משום דהתם מייירי דטוען ברי כמו בנסכא דר' אבא דאומר דידי חטפי. אבל לדברי הש"ך דסי' פ"ז דאף באומר על מקצת שפא מ"מ אין דינו כמו העדאת עדים דר"ח.

א"כ תקשה מהא דסי' ע"ב הנ"ל. ודוחק לחלק דשאני היכא דהנה יכול לטעון ברי וגם מקודם דבא העד לפנינו לא הנה אז בגדר מחושואיל"מ.

משא"כ בשומר שפסר לשומר דמזד דבא לב"ד הוי מחושואיל"מ. דמ"ש פינו דעיקר החיוב הוי משום מתוך שאיל"מ.

ולא ראיתי לשום א' מהאחרונים שיעוררו בזה: ומחמת חוקר הקושא הנ"ל נלפענ"ד לחלק ע"פ מש"כ לעיל דשא"ה דמייירי באומר נאנסו ופטורו הוי מחמת טענת אונס דלא שכיחא. וע"כ ע"י צירוף למחושואיל"מ הוי זה כמו העדאת עדים דר"ח.

דמברר דמגיע הממון בבירור. וכמו בא"י אם פרעתי דכתב הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י"ג דכינן דנתחייב בב"ד עי"ז הוי זה כמו העדאת עדים דר"ח לחייבו שד"א על המותר וכמו אנו סהדי.

וה"ה ברוב בצירוף מחושואיל"מ הוי זה כמו אנו סהדי אף להרמב"ם והמחבר בסי' שס"ד. ודונקא מחושואיל"מ דליכא רובא לסייע ליה.

זה לא הוי כמו העדאת עדים דר"ח אבל פשהרוב מסייע ליה הוי זה דבר ברור כמו כל אנו סהדי. דהא באמת היו סוקלין ושורפין על הרוב רק במקומו לא מהני רובא.

אבל היכא דיש צירוף סברא לזה אזי הוי הרוב כמו אנו סהדי על בירור והוי זה כמו העדאת עדים דר"ח. וינצא לנו דין מחודש דאף דמחושואיל"מ לא הוי כמו העדאת עדים דר"ח.

עכ"ז היכא דרובא מסייע לו הוי זה כמו העדאת עדים דר"ח לחייבו שד"א על השאר. ויש להאריך בכ"ז.

(ע"כ הגה"ה: **) ענה ב ובשבועות (דף מ"ז) אמר רבא פנותי דר' אבא מסתברא דתני ר' אמי שבועת ד' תהנה בין שניהם ולא בין היורשין ה"ד כו' אלא לאו דא"ל מנה לאבא בידה וא"ל חמשין ידענא וחסמשין לא ידענא כו'.

ולכאורה קשה דהא קרא דשבועת ד' תהי בין שניהם קאי על שבועת שומרים. א"כ יותר ה"ל להש"ס למנקט דרחמנא מייירי בשומר שטוען שאינו יודע אם נאנסו או לא דהא הפרשה שנייה מייירי בש"ש שטוען נאנסו.

א"כ באינו יודע אם נאנסו חייב משום מחושואיל"מ. אבל לא בין היורשים דאם אינם יודעים אם פשע אביהם או לא פטורין.

ול"ל להש"ס לפרש דקאי על שבועת מודה במקצת. אכן לפי שיטת הט"ז הנ"ל דבטוען
שפא לא אמרינן מחושואיל"מ אתי שפיר דלכן לא מוקי הש"ס התם רק בשבועת מודה
במקצת.

משום דשבועת שומרים דמייגרי בתובע טוען שפא. דהא בתובע טוען פרי פתב הש"ף
בסי' ע"ב ס"ק קט"ו דבטוענו פרי לא שייך פלל שבועת השומרים.

ועיקר הוא רק בטוענו שפא. דהא בזה לא אמרינן מחושואיל"מ.

ואף להחולקים על הש"ף וס"ל דגם בטוען פרי שייך שבועת השומרים. עכ"ז הא לא
שכיח דחבירו יטעון פרי בזה.

ואחר פותבי זה מצאתי להפני יהושע בב"מ (דף צ"ז) דכתב להקשות פן נכתב ג"כ מן
סברא דנפשי' כמש"כ הט"ז הנ"ל. אף לא הביא לדברי הט"ז שהקדימו בדין זה: אף זהו
רק לשיטת הש"ף בסי' ע"ב ס"ק קט"ו דבתובע טוען פרי לא שייך פלל ש"ש.

אבל לשיטת החולקים על הש"ף שם וכמש"כ התנאים והנתיבות שם. עדיין תקשה אף
לשיטת הט"ז הנ"ל דה"מ לאוקמי היכא דתובע טוען פרי והשומר טוען א"י אם נאנסו
דחייב משום מתוך כו'.

ומש"כ לעיל הוא דוחק: וי"ל בזה דלא מצי לאוקמי לקרא דשבועת ד' תהיגה כו' דמייגרי
בתובע טוען פרי שלא נאנס. דא"כ אף בלא מתוך שאיל"מ נתחייב השומר.

דהא מבואר בכתובות (דף י"ב) דברי ואוקי אחזקה מוציא מן חזקת ממונא א"כ כש"כ
פרי בצירוף רובא עדיף מחזקת ממונא. דהא רוב עדיף מחזקה וכמש"כ הפני יהושע ריש
פ"ב דכתובות דרובא וברי מוציא מהמחזק וכיון דנאנסו לא שכיח א"כ נדאי אם התובע
טוען פרי בצירוף רוב דלא שכיח אונס.

מוציאין עי"ז מן המחזק אם השומר טוען שפא. א"כ אף בלא מתוך כו' נתחייב השומר
משום פרי ורוב דמסייע להתובע ולא בעי למתוך כו'.

וע"כ הוכרחו לפרש להך דשבועת ד' תהיגה דמייגרי בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא.
נהוי מזה שפיר סייעתא להט"ז: אכן לפמש"כ להוכיח מהטור והמחבר בסי' ע"ב
דבטענת נאנסו פיון דהוי רוב דנאנסו לא שכיח.

דכה"ג אף בתובע טוען שפא ג"כ הוי מחושואיל"מ. א"כ עדיין תקשה דה"ל להש"ס
לאוקמי להך קרא דשבועת ד' תהי'.

מענינא דקרא דמייגרי בש"ש דטוען נאנסו דבזה אם טוען איני יודע אם נאנסו דחייב ג"כ
משום מתוך כו'. דהרוב הוי כמו מעלת פרי של תובע דחייב משום מתוך כו'.

ול"ל לפרש על מודה במקצת דאינו מענין הקרא כ"כ: ונלפענ"ד לומר לפי מה דמבואר
בתוס' ב"מ (דף צ"ז) ד"ה פגון שיש עסק בשבועה ביניהם כו' בשם ר"ת דר' יוסי דס"ל
יחלקו ס"ל ג"כ מחושואיל"מ וכ"כ התוס' בב"ב (דף ל"ד) ובשבועות (דף מ"ז) וקרא"ש
שבועות שם סי' ז' בארנקה.

דעיקר טעמין דר"י דס"ל יתלוקו הני משום דכיון דאינו יכול הנתבע לישבע ע"כ משלם
התצי וס"ל לר"י ג"כ מתוך כו'. ונקדים מה דינש להקשות למאן דס"ל הולכין בממון
אחר הרוב דאמאי מהימן השומר לומר נאנסו ופטור והא הרוב מכחישו דאנסא לא
שכיח.

וע"כ מוכח לומר דדוקא בשניהם טוענים שפא או שניהם טוענים פרי כמו ברפ"ב
דכתובות וב"ב (דף צ"ב) בזה ס"ל לרב דהולכין בממון אחר הרוב. אבל היכא דהמוןחזק
טוען פרי והתובע טוען שפא בזה אלים לי פרי בצירוף חזקת ממוןא ועדיף מן הרוב.

וכעין הך דכתובות (דף י"ב) דברי בצירוף אוקי אחזקה עדיף מן חזקת ממוןא. וע"כ
נאמן השומר לומר נאנסו כיון דהתובע טוען שפא פשיטת הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קט"ו
פנ"ל.

ובב"ב (דף צ"ג) איתא דר' יוסי ס"ל הולכין בממון אחר הרוב וכ"כ התוס' ביבמות (דף
ס"ז) ד"ה אין חוששין למיעוט בשה"ד ע"ש. ולפ"ז מוכרח רבא לאוקמי לקרא דשבועת
ד' תהי' כו' על מ"מ משום דאי ניקא דהקרא מייירי על שבועת ש"ש בטוען א"י אם נאנסו
דמייירי מזה הקרא.

א"כ תקשה דל"ל לחייבו משום מתוך כו' הך בלא"ה חייב בזה למאן דס"ל הולכין בממון
אחר הרוב. דכיון דא"י הנתבע וליכא פרי להכחיש להרוב.

א"כ ממילא מהני הרוב להוציא מן המוןחזק כיון דנאנסו לא שכיח ונתחייב השומר בזה
אף בלא השבועה ול"ל הקרא דשבועת ד' כו' לחייבו משום איל"מ. ורבא מפרש הדרש
דקרא דשבועת ד' כו' דיהנה אתי הילפותאלכ"ע אף לר' יוסי דאית לי' מתוך כו'.

וע"כ הוכרח לפרש דקאי על שבועת מ"מ: והא דמצינו בב"מ (דף ל"ו) דס"ל לרב
דשומר שפסור לשומר פטור אף בש"ש. ואף דרב ס"ל הולכין בממון אחר הרוב.

עכ"ז שא"ה דהא השומר הב' אומר פרי לי דנאנסו ומצד פרי של חבירו לחזקת ממוןא
של השומר הא'. ואף למאן דס"ל בב"ב (דף קל"ה) דברי של אחר לא מהני.

י"ל דהיינו דוקא להוציא מן המוןחזק. אבל להחזיק יש לומר דלא מחלקינן.

ועל פן לרב כיון דלא סבירא ליה להסבירא דאת מהימנית לי האי לא מהימן לי ע"כ ס"ל
שומר שפסור לשומר דפטור: ואף לשיטת הראשונים וחד תירוץ בתוס' שם דס"ל דר'
יוסי דאמר יתלוקו לית לי' מתוך וע"כ פתבו דר' נחמן דאוקי למתניתין דב"מ (דף צ"ח)
שיש עסק שבועה ביניהם היינו דמוקי למתניתין כר"מ.

אבל איהו דס"ל כר"י דיתלוקו לית לי' מתוך כו'. עכ"ז אתי שפיר למש"כ.

משום דבשבועות (דף מ"ה) גרסי במשנה שם הוי שניהם חשודים חזרה שבועה למקומה
דברי ר"י רמ"א יתלוקו. ובגמ' לקמן (דף מ"ז) אמרו דא"ל רבא לר"נ היכא תנן היינו
אם ר"י אומר יתלוקו או ר"י אומר חזרה שבועה.

א"ל לא דענא כו' איתמר אמר ר' יוסף בר מניומי כו' ר"י יתלוקו כו'. אלמא דרבא לא
דע מעיקרא אם ר"י ס"ל חזרה שבועה למחוייב לה וס"ל להך מתוך כו' או לא.

וע"כ שפיר מוכרח רבא לאוקמי להאי שבועת ד' תהיה כו' דקאי על שבועת מ"מ וחסמין ידענא. דאי נימא דמיירי בשבועת ש"ש דא"י אם נאנסו.

א"כ תקשה אי נימא דס"ל לר"י דחזרה שבועה למחוייב לה דזהו מוכח מקרא דשבועת ד'. דהא לשיטתו בלא"ה חייב ש"ש באומר א"י אם נאנסו משום דהא אגיל ר"י בממונא בטר רבא.

וע"כ שפיר הוכרח רבא לאוקמי הך קרא על חמין ידענא וחסמין לא ידענא. פדי דיהיה אתי שפיר ילפותא לכ"ע דס"ל למתוך כו'.

ומתוך שפיר מה דהקשיתי וכמו דהקשה הפ"י פנ"ל. וע"כ שפיר פתבתי דבשומר האומר א"י אם נאנסו דחייב משום איל"מ אף לשיטת הט"ז הנ"ל: ועוד י"ל בזה דלא מצי הש"ס לאוקמי לקרא דשבועת ד' דמיירי בש"ש דא"י אם נאנסו.

דהא מבואר בבעה"מ ר"פ ב' דכתובות ובתוס' שם דהיכא דאיכא רוב וחקקה מוציאין מהמחזק לכ"ע. וכן משמע בתוס' ב"ק (דף ל"ח) וכתובות (דף ק"ט) ד"ה ועל כו'.

ומצינו לחד לישנא בכתובות (דף ל"ד) דרבא ס"ל נכסי שומר אשתעבד משעת משיכה. ומבואר בראשונים בר"ן ובנ"י ושמ"ק לב"מ (דף צ"ז) דס"ל דאי נימא דנכסי שומר נשתעבדו מעת משיכה הוי כל שומר בספק הנולד בו כמו א"י אם פרעתי משום חזקת חיוב.

ולפ"ז י"ל דנוקא היכא דטוען הש"ש ברי דנאנסו אז מהימן משום דמעלת ברי ומחזק עדיף מן רוב וחקקה. אבל היכא דהשומר א"י אם נאנסו או לא דכיון דליכא ברי לפנינו.

אז נודאי מוציאין ממנו ע"י רבא וחקקה לכ"ע. א"כ הא הש"ס בשבועות שם אמרו זה בשם רבא דמפרש להך שבועת ד' על מתוך כו'.

וי"ל דרבא אמר זה בקצרה. אבל הש"ס מפרש על חמין ידענא כו'.

משום דעל ש"ש לא היה צריך לחייבו משום מתוך כו'. דהא לחד לישנא אליבא דרבא חייב.

בלא"ה משום רוב וחקקה דהא הוי בי' חזקת חיוב פנ"ל. וע"כ הוכרח הש"ס לפרש להקרא דשבועת ד' על נ' ידענא כו' פדי דיהיה אתי אליבא דכ"ע ומתוך קושיא הנ"ל: ענה ג והקצה"ח בסי' ע"ה ס"ק ט' הביא דברי הט"ז הנ"ל וסתר דבריו מהא שפתבו התוס' וקרא"ש והר"ן וכל הראשונים שהקשו בב"מ (דף צ"ז) על מתניתין דב"מ (דף צ"ז) זה אומר איני יודע וזה אומר א"י יחלקו.

הא צריך לישבע שנאנסה וע"י גלגול משתבע דשכורה מתה ומחוייב שבועה ואיל"מ ע"ש. הרי מבואר דאף בתובע טוען שמא שנייה ג"כ מתוך שאיל"מ ודלא כהט"ז עכ"ל הקצה"ח: ולפענ"ד נראה ליישב דברי הט"ז והוא דהא מבואר בכולי ש"ס ניו"ד סי' קכ"ז דע"א לא מהימן לאסור היכא דאמתחזק היתירא פמבואר בגיטין (דף נ"ד) וש"ד.

משום דחקת היתר עדיף מן ברי. ואף בכרי של בע"ד מצינו דחקקה עדיפא ועכ"פ שקולים המה.

דְּהָא בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף כ"ב ע"ב) גָּבִי שְׁנַיִם אוֹמְרִים מֵת אוֹ נִתְגַּרְשָׁה וְשְׁנַיִם אוֹמְרִים לֹא מֵת וְלֹא נִתְגַּרְשָׁה דָּאֵם נִיֶּסֶת לֹא תֵצֵא וּפְרִיָּה תְּרִי וְתִרִי הֵבֵא עָלֶיהָ בְּאַשְׁמֵם תְּלוּי קֵאִי וּמְשַׁנֵּי בְּנִיֶּסֶת לֹא מַעֲדִי וּבְאוֹמְרֵת בְּרִי לִי.

וּבְתוֹס' שְׁם ד"ה הֵבֵא עָלֵי בְּאַשְׁמֵם תְּלוּי קֵאִי הִקְשׁוּ דְמֵאֵי מְשַׁנֵּי כְּשֵׁנִיסֵת לֹא מַעֲדִי הָא בְּחֻנְקָא קֵאִי דְאוֹקֵי אֲחֻזְקָתָא אֲשֶׁת אִישׁ וְתִרְצוּ דְדִיֶּיקָא וּמִיֶּנְסָבָא מְרַע לְחֻזְקָתָא א"א. הָרִי דַס"ל לְהַתוֹס' דְחֻזְקָה עֲדִיפָא מִן בְּרִי וְלִכְּנֵן רְצוּ לֹמַר דְבְּחֻנְקָא קֵאִי אִף דְאִיפָא הֵתֵם בְּרִי שְׁל הִבְע"ד בְּנִיסֵת לֹא מַעֲדִי.

אַלְמָא דְחֻזְקָה עֲדִיפָא מִן בְּרִי שְׁל הִבְע"ד וּבְאַמְתָּ שֵׁיטָת הִרְשַׁבְּ"א בְּחִי לְקִידוּשֵׁין (דָּף ס"ו) וְהוּבָא בְּפִנֵי יְהוֹשֻׁעַ בְּכַתְּנֻבוֹת שְׁם שְׁפָתַב לְתַרְזֵן קְוִשְׁוִית הַתוֹס' הַנְּ"ל דְלִכְּנֵן מְהַנֵּי בְּרִי שְׁלָהֶם נִגְד חֻזְקָתָא א"א מְשׁוּם דְאָדָם נְאָמֵן ע"ע.

[ועפ"ז יש לדון בשי' הַרְשַׁבְּ"א הַמוּבָא בִּי"ד סִי' קכ"ז בַּשְּׁ"ף ס"ק ט"ז דְאִף בְּאַתְחֻזְקָא הִיִּתִירָא מְהַנֵּי בְּרִי שְׁל הַעֵד וִי"ל דְשָׁאֲנֵי בֵּין חוּמְרָא לְקוּלָא וְאִכְמ"ל]. אֲבָל שֵׁיטָת הַתוֹס' דְהַבְּרִי שְׁל הִבְע"ד ג"כ אֵינּוּ יָכוֹל לְדַחֹת לְהַחֲזִיקָה.

וְגַם מִן הַרְשַׁבְּ"א אֵינּוּ הִכְרַע כ"כ דְשֵׁא"ה דְאָדָם נְאָמֵן ע"ע כְּנ"ל. וְלִכְּנֵן פְּרִי שְׁל הִבְע"ד וְהַחֲזִיקָה שְׁקוּלִים הֵמָּה.

וְע"כ כְּמוֹ דְבַתוּבַע טוֹעֵן בְּרִי אֲמַרִינֵן מִתּוֹף שֵׁאִיל"מ. ה"ה הִיכָא דִּיש חֻזְקָתָא חַיִּיב דְהָנִי עַכ"פ כְּמוֹ בְּרִי דְבָזָה אִף בַּתוּבַע טוֹעֵן שְׁמָא הַט"ז ג"כ מוֹדָה דְאֲמַרִינֵן מִתּוֹף שֵׁאִיל"מ: וִי"ל לְהַסְבִּיר זֶה בְּיַתֵּר בְּיָאוֹר דְהָא חֻזְקָתָא דְהַבְּרִי בְּצִירוּף חֻזְקָה מְהַנֵּי לְהוֹצִיא מְמוּנָא כְּמוֹ בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף י"ב).

וְכֵא"י א"פ דְהַטְעַם הוּא מְשׁוּם בְּרִי וְחֻזְקָתָא חַיִּיבָא. א"כ ה"ה בְּמַעֲלַת מִתּוֹף שֵׁאִיל"מ בְּצִירוּף לְחֻזְקָתָא חַיִּיב ע"י שְׁנִיָּהֶם מְצַרְפִּין לְהוֹצִיא מְמוּנָתָא.

דְהָא מַעֲלַת מַחוּשׁוּאִיל"מ עֲדִיף מְמַעֲלַת בְּרִי וְשְׁמָא דְהָא בְּבְרִי וְשְׁמָא אֵין מוֹצִיאִין מְמוֹן כְּדִקְיִי"ל. וְאֵלוּ ע"י מִתּוֹף שֵׁאִיל"מ מוֹצִיאִין מְמוֹן הִיכָא דְשְׁנִיָּהֶם טוֹעֵנִים בְּרִי וְכְמוֹ בְּשְׁנִיָּהֶם חֻשׁוּדִים וְנִסְכָּא דר"א.

וְכִינּוּן דַּע"י מַעֲלַת בְּרִי וְחֻזְקָה מוֹצִיאִין מְמוֹן כַּש"כ וְה"ה בְּמַעֲלַת מַחוּשׁוּאִיל"מ וְחֻזְקָה מוֹצִיאִין מְמוֹן מִהַמְּוִחֻזְקָא אִף בְּטוֹעֵן שְׁמָא: וְנִקְדִּים דְבְּרִי הַשְּׁ"ף בְּסִי' רצ"א ס"ק מ"ד דְהַעֲלָה דְכָל הַשׁוֹמְרִים דְאוֹמְרִים א"י אִם נִגְנְבוּ אוֹ נִאֲנָסוּ דְהָנִי כֵא"י אִם הִחֲזַרְתִּי.

וְהָא דב"מ (דָּף צ"ז) דֵאִי הֵתֵם עַל הָא דְשָׁאֵל א' וְשָׁכַר א' וּמִתָּה א' הַמְּשָׁאֵל אוֹמֵר שְׁאוּלָה מִתָּה וְהִלָּה אוֹמֵר א"י חֲטִיב וְאֲמַרוּ בְּגַמ' ש"מ מְנָה לִי בְּיָדָה וְהִלָּה אוֹמֵר א"י חֲטִיב לִימָא תִּיְהִי תִיּוֹבְתָא דר"נ כו'. כְּבָר כְּתָבוּ הַתוֹס' שְׁם דְשֵׁא"ה בִּינּוּן שְׁמַחֲזִיר לוֹ אַחַת מִהֵן ה"ל כְּאוֹמֵר א"י א"נ.

אֲבָל אִם הִנָּה אוֹמֵר א"י וְלֹא הִנָּה מַחֲזִיר לוֹ אִף א' ה"ל א"י אִם הִחֲזַרְתִּי. עִי"ש בַּשְּׁ"ף וּבְאַמְתָּ תְּמוּהַ דְבְּרִי הַשְּׁ"ף דְהָא הַתוֹס' מְסִיָּמִי שְׁם.

וְכֵן בְּפִרְהָ א' שֵׁאִי אִם מִתָּה בְּעוֹדָה שְׁאוּלָה ה"ל ג"כ כֵּא"י אִם נִתְחַזְּקִיתִי. וּמְצִאתִי בְּקִצָה"ח סִי' ש"מ ס"ק ד' שְׁתַּמָּה כֵּן עַל הַשְּׁ"ף בְּזָנָה.

אָבֿל עֵיקָר הַדְּבָרִים מְבוֹאָר הֵיטֵב בְּחִידוּשֵׁי הָר"ן לִב"מ (דָּף צ"ז) וּבְגִימּוּקֵי יוֹסֵף שֵׁם בְּשֵׁם הָרַמְבַּ"ן וּבִשְׁמ"ק שֵׁם דְּלָפִי מַה דַּס"ל לְהִלְכָה דְנִכְסֵי שׁוֹמֵר מִשְׁתַּעֲבָד מִשְׁעֵת פְּשִׁיעָה וְכַלִּישְׁנָא בְתָרָא דְכְתוּבּוֹת (דָּף ל"ד) ה"ל פְּאוּמֵר לוֹ אֵינִי יוֹדֵעַ אִם נִתְחַיֵּבְתִּי וְשִׁפִּיר מִקְשָׁה הַגַּמ' לִימָא תִיְהוּי תִיּוֹבְתָא דר"נ.

אָבֿל לְשִׁיטַת הָרַמְבַּ"ם דְּפֶסֶק דְנִכְסֵי שׁוֹמֵר מַעֲת מְשִׁיכָה גִשְׁתַּעֲבָד. י"ל דְדִינּוּ כְמוֹ אֵינּוּ יוֹדֵעַ אִם הִחְזַרְתִּי.

וְעַכ"ז שִׁפִּיר מִקְשָׁה הַש"ס מִשׁוּם דְדוּקָא בְּשִׂאָלָה לְחֻצֵי הַיּוֹם וּשְׂכָרָה חֻצֵי הַיּוֹם הֵי הַיּוֹם זֶה כַּא"י אִם הִחְזַרְתִּי אָבֿל שְׂאֵל א' וְשְׂכָר א' דְהַסְפֵּק הוּא מְעִיקָרָא אִם נִתְחַיֵּב בְּדִין שְׂאֵלָה עֲלִי אוֹ לֹא. אוֹ בְשְׂכָרָה לְחֻצֵי הַיּוֹם וּשְׂאֵלָה לְחֻצֵי הַיּוֹם זֶה הֵי כְּאֵינּוּ יוֹדֵעַ אִם נִתְחַיֵּבְתִּי.

מִשׁוּם דְלֹא מְסַתֵּימִים מִיְלֻתָא דְהַמְשַׁנָּה גָּט דוּקָא שְׂאֵלָה חֻצֵי יוֹם וְאִח"ז שְׂכָרָה חֻצֵי הַיּוֹם דְהָא סְתָמָא קְתוּנֵי כו'. וְה"ה בְּשִׂאָלָה הַיּוֹם וּשְׂכָרָה לְמַחְרָד בְּמִשְׁנָה שֵׁם שְׁיִיף ג"כ לֹמֵר כֵּן כְּמוֹ בְּשִׂאָלָה חֻצֵי כו' עַכ"ל הֵרָאשׁוּנִים הַנ"ל בְּקִצְרָה: וּלפ"ז י"ל דְבִאֲמַת לְדִין דְּפֶסֶק הַמְחַבֵּר בְּסִי' שְׁמ"א פְּשִׁיטַת הָרָא"ש דְנִכְסֵי שׁוֹמֵר גִּשְׁתַּעֲבָדוּ מַעֲת פְּשִׁיעָה א"כ הֵי כֹּל שׁוֹמֵר כְּמוֹ א"י א"נ.

וְשִׁפִּיר מִקְשָׁה הַש"ס שֵׁם אֲלִיבָא דְדִינָא דְלִימָא דְלֹא כָּרֵב נִחְמַן דְהָא זֶה הֵי כַּא"י א"נ. וּמְסַתֵּמָא סְבִירָא לִיהַּ כֵּן לר"נ לְדִינָא דְהָא הִלְכְתָא כְּנוֹתִיָה דר"נ בְּדִינָא.

וְכַמִּש"כ הַתּוֹס' שֵׁם דְכָל שׁוֹמֵר הֵי כַּא"י א"נ וְכַמִּש"כ הַקְצָה"ח כַּנ"ל. אָבֿל לְחַד לִישְׁנָא דְכְתוּבּוֹת (דָּף ל"ד) וּר"פ הַגּוֹזֵל בְּתָרָא דְנִכְסֵי שׁוֹמֵר גִּשְׁתַּעֲבָד מַעֲת מְשִׁיכָה.

וּלפ"ז הֵי כֹּל שׁוֹמֵר כַּא"י אִם פְּרַעְתִּי בְּשִׂאָלָה לְחֻצֵי הַיּוֹם וּשְׂכָרָה לְחֻצֵי הַיּוֹם וְכַמִּש"כ הָר"ן וְהַנ"י וְהַשְׁמ"ק כַּנ"ל. וְהֵי כֹּל שׁוֹמֵר בְּחֻזְקַת חַיִּיב בְּכָל סֶפֶק שְׁיִקְרָה בְּשׁוֹמְרִים.

וְכָבֵר בְּיִצְרָתִי דְהִיכָא דִּישׁ חֻזְקַת חַיִּיב אִז אֲמַרִּינּוּ אַף בְּתוֹבֵעַ טוֹעֵן שְׂמָא מִתּוֹף שְׂאִיל"מ כַּנ"ל אַף לְסִבְרַת הַט"ז. ע"כ שִׁפִּיר הַקְּשׁוֹ הַתּוֹס' וְהָרָא"ש וְהָר"ן וְש"פ עַל הַמְשַׁנָּה דְזֶה אוֹמֵר א"י וְזֶה אוֹמֵר א"י דִּיחְלֻקוּ.

לְהַף לִישְׁנָא דַּס"ל אֲלִיבָא דְרָבָא בְּכְתוּבּוֹת וּב"ק שֵׁם עַל הָא דְאָמַר רָבָא הַנִּיחַ לְהֵם אֲבִיהֶם פָּרָה שְׂאוּלָה דְאִם הַנִּיחַ לְהֵם אֲבִיהֶם אַחֲרֵינֵם נְכֹסִים חִיבִין לְשֵׁלֵם אַף בְּמִתָּה. א"כ לַפ"ז הֵי לִיהַּ כֹּל שׁוֹמֵר בְּחֻזְקַת חַיִּיב.

וְהָא מְצִינּוּ דַּס"ל לְרָבָא מִתּוֹף שְׂאִיל"מ כְּמִבְּנָאָר בְּב"מ (דָּף צ"ח) וּשְׁבוּעוֹת (ד' מ"ז). וְהָא לְרָבָא דַּס"ל מִתּוֹף כו' וְגַם לְחַד לִישְׁנָא מְצִינּוּ אֲלִיבָא דְרָבָא דַּס"ל נְכֹסֵי שׁוֹמֵר מַעֲת מְשִׁיכָה גִשְׁתַּעֲבָד.

א"כ ה"ל חֻזְקַת חַיִּיב בְּכָל שׁוֹמֵר א"כ שִׁפִּיר אֲמַרִּינּוּ בְּזֶה מִתּוֹף כו' אַף לְסִבְרַת הַט"ז. וְאַף שְׁהַתּוֹס' סְתָמוּ בְּקוֹשְׁיֵיהֶם עַכ"ז מְצִינּוּ בְּכַמְהָ דְּוִכְמֵי דְדָרְף הַתּוֹס' לְהַקְשׁוֹת סְתָמָא.

וְכַנּוֹנָתָם הוּא אֲלִיבָא דְחַד מ"ד אַף דְלֹא פְּסִקִּין כְּנוֹתִי'. וְכַמִּש"כ הַש"ף בְּסִי' רַס"ח ס"ק ב' בְּכַנּוֹנַת הַתּוֹס' דְב"מ כו' בְּקוֹשְׁיֵיהֶם אַף דְהַקְשׁוֹ סְתָמָא עַכ"ז כְּנוֹנָתָם רַק לְרָבָא דַּס"ל יְאוּשׁ שְׂלֵא מַדְעַת הֵי יְאוּשׁ דְאִיף יְהִיָּה רָבָא גָּד הַמְשַׁנָּה.

וכה"ג פתב האו"ת בכ"מ בס"ק ק"ד וְכִהְיֶה רַבּוֹת בְּשׁוֹ"ס: וְעוֹד י"ל בְּאֶפְסוֹן אַחַר קֶצֶת
בְּקֶצֶרָה בְּשִׁי הַתּוֹס' בְּקִנְיָנֵיכֶם דַּס"ל כַּמֶּש"כ הַר"ן וְהַנ"י שֶׁם דְּשִׁאֲלָה חֲצִי הַיּוֹם וְשִׁכְרָה
חֲצִי יוֹם כְּמוֹ א"י אִם הִתְחַזְרְתִּי.

אָבֵל שֶׁאֵל א' וְשִׁכְרָה א' אוֹ שִׁכְרָה חֲצִי הַיּוֹם וְשִׁאֲלָה חֲצִי יוֹם זֶהוּ כְּמוֹ א"י א"נ דֶּהָא בְּמִשְׁנֵה
שֶׁם נִכְלָל ג"כ שִׁכְרָה חֲצִי הַיּוֹם וְשִׁאֲלָה חֲצִי כו' פְּנ"ל בְּשִׁמְמָם. וְע"כ שְׁפִיר הַקְּשׁוֹ בַּגְּמ'
לִימָא תִּיְהִי תִּיּוֹבְתָא דַּר"ן כו' הֵינּוּ מִן שִׁכְרָה חֲצִי הַיּוֹם וְשִׁאֲלָה כו'.

אָבֵל הֵךְ בְּבֹא דְשִׁאֲלָה חֲצִי הַיּוֹם וְשִׁכְרָה כו' זֶה הֵנּוּ כְּמוֹ א"י אִם הִתְחַזְרְתִּי וְהֵנּוּ בְּחֻזְקַת חַיּוֹב
כַּמֶּש"כ הַר"ן וְהַנ"י וְהַשֶּׁמ"ק שֶׁם לְחַד תִּי'. וְהָא דַּתְּנִן בְּמַתְּנִיתִין ז"א א"י וּז"א א"י יַחְלֻקוּ
בְּנוֹדָאֵי עַל כָּל הַכּוֹבוֹת דַּתְּנִן שֶׁם לְעִיל מִיְּנֵה קָאֵי וְגַם עַל שִׁאֲלָה חֲצִי יוֹם כו'.

וְע"כ שְׁפִיר הַקְּשׁוֹ הֶרְאִשׁוּנִים ע"ז דֶּהָא י"ל בְּזֵה מִתּוֹךְ שְׂאִיל"מ כִּינּוּן דֶּהֵנּוּ בְּחֻזְקַת חַיּוֹב.
וּבְזֵה אָף בְּתוֹבַע טוֹעֵן שְׂמָא אֲמַרִּינּוּ מִתּוֹךְ שְׂאִיל"מ.

אָבֵל לְעוֹלָם י"ל דֶּהֵיכָא דְלִיכָא חֻזְקַת חַיּוֹב וְהַתּוֹבַע טוֹעֵן שְׂמָא דְבְּזֵה כָּל הֶרְאִשׁוּנִים הַנ"ל
ס"ל כְּשִׁיטַת הַט"ז דְּלֹא אֲמַרִּינּוּ בְּזֵה מִתּוֹךְ שְׂאִינּוּ יָכוֹל לִישְׁבַע מְשַׁלֵּם: עֲנָף ד' וּבְמָה שְׂפִסְק
הַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר הִזְהִי הַחֲשׂוֹד שׁוֹמֵר דְּלֹא אֲמַרִּינּוּ בְּזֵה מִתּוֹךְ כו' מִשׁוּם הַתּוֹבַע טוֹעֵן שְׂמָא
כְּסֻבְרַת הַט"ז הַנ"ל.

י"ל דַּס"ל דְּכָל שׁוֹמְרִים בְּסִפְיָקָם הֵנּוּ כְּמוֹ א"י א"נ. וְדִלָּא כְּהַש"ף דַּס"ל דְּאָף דְּנִימָא דְּמַעַת
פְּשִׁיעָה נִשְׁתַּעְבַּד עַכ"ז הֵנּוּ כַּא"י אִם הִתְחַזְרְתִּי.

אֵלָא ס"ל לְהַמְחַבֵּר וְהַרְמַב"ם דֶּהֵנּוּ כַּא"י א"נ. וְלֹא מִבְּעֵינָא לְשִׁיטַת הַמְחַבֵּר דְּפִסְק בְּסִי
שַׁמ"א סְעִי ד' כְּשִׁיטַת הַרְא"ש דְּמַעַת פְּשִׁיעָה נִשְׁתַּעְבַּד וְנוֹדָאֵי דֶּהֵנּוּ כַּא"י א"נ וְכַמֶּש"כ
הַר"ן וְהַנִּימוּקֵי יוֹסֵף וְהַרְמַב"ן וְשַׁמ"ק פְּנ"ל.

וְאָף לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם דְּפִסְק דְּמַעַת מְשִׁיכָה נִשְׁתַּעְבַּד עַכ"ז יֵשׁ לוֹמֵר דְּסִבְרָא לִיָּה כְּשִׁיטַת
הַרִיטְב"א הַמּוֹבָא בְּשַׁמ"ק לַב"מ (דָּף צ"ז) דְּכַתְּב דַּלְכוּ"ע הֵנּוּ כָּל שׁוֹמֵר כַּא"י אִם
נִתְחַזְּיבְתִּי. וְאָף דְּמַעַת מְשִׁיכָה נִשְׁתַּעְבַּד עַכ"ז הָא לֹא נִשְׁתַּעְבַּד רַק אִם יִהְיֶה פְּשִׁיעָה וְע"כ
הֵנּוּ כַּא"י א"נ ע"ש: וְכֵן מוֹכַח מִן הַרְמַב"ם פ"ג מַה' שִׁאֲלָה ה' ג' שְׁכַתְּב בְּשִׁאֲלָה חֲצִי יוֹם
וְשִׁכְרָה חֲצִי יוֹם דְּאָף בְּאוֹמֵר הַמְשִׁאֵל בְּרִי וְהַשׁוֹאֵל אֲמַר שְׂמָא ג"כ פְּטוֹר הַשׁוֹאֵל כְּדִין
א"י א"נ.

וּבְאַמַּת הַלַּח"מ שֶׁם הַקְּשָׁה דְּלִפִּי מַש"כ הַנִּימוּקֵי יוֹסֵף דְּלְשִׁיטַת הַרְמַב"ם דְּפִסְק דְּשׁוֹמֵר
נִשְׁתַּעְבַּד מַעַת מְשִׁיכָה ה"ל כַּא"י אִם הִתְחַזְרְתִּי א"כ בְּשִׁאֲלָה חֲצִי יוֹם וְשִׁכְרָה חֲצִי יוֹם ה"ל
לְחַזְּיבּוֹ כְּמוֹ כָּל א"י אִם פְּרַעַתִּי וְנִשְׂאָר בַּצ"ע.

וּבְאַמַּת ז"א קְשָׁה דִּי"ל דְּהַרְמַב"ם ס"ל כְּשִׁיטַת הַרִיטְב"א שֶׁם דְּכַתְּב דַּלְכוּ"ע ה"ל כְּמוֹ א"י
אִם נִתְחַזְּיבְתִּי דְּפְטוֹר. וְכֵן מוֹכַח מִן הַמְחַבֵּר דְּפִסְק בְּסִי שַׁמ"ד סְעִי ד' דְּאָף בְּשִׁאֲלָה חֲצִי
הַיּוֹם וְשִׁכְרָה חֲצִי הַיּוֹם מִיְּפִטֵּר בְּאוֹמֵר א"י אָף דְּתוֹבַע טוֹעֵן בְּרִי מִשׁוּם דַּס"ל דְּדִינוֹ כְּמוֹ
א"י אִם נִתְחַזְּיבְתִּי וְכְשִׁיטַת הַרִיטְב"א הַנ"ל.

ע"כ שְׁפִיר י"ל בְּמָה דְּפִסְק הַמְחַבֵּר וְהַרְמַב"ם הִזְהִי הַחֲשׂוֹד שׁוֹמֵר דְּפְטוֹר מִשׁוּם דֶּהֵנּוּ כַּא"י
אִם נִתְחַזְּיבְתִּי. ע"כ פְּטוֹר בְּתוֹבַע טוֹעֵן שְׂמָא דֶּהָא לֹא מְקַרִּי חֻזְקַת חַיּוֹב כְּלָל פְּנ"ל.

וְהָא דְשׁוֹמֵר וְשׁוֹמֵר לְשׁוֹמֵר חֵיִיב י"ל דְּזֵהוּ מְשׁוּם סְבִירָת הַשָּׁב יַעֲקֹב דְּהוֹבָא בְּנִתְיָבוֹת סִי
ש"א דְּחִיּוּבוֹ הָיִי מִצַּד מְזִיק דְּלֹא מְהִימְנִינֵן לִיה דְּדִלְמָא הַחֲפִיץ בְּרִשׁוּתוֹ: וְעוֹד י"ל דְּבִאָמַת
פֶּל שׁוֹמֵר וְשׁוֹמֵר לְשׁוֹמֵר חֵיִיב מְשׁוּם מִתּוֹף שְׂאִיל"מ וְכַמְש"כ הָרֵא"ש בְּב"מ פ"א ס' ג'
דְּחֵיִיב מְשׁוּם מִתּוֹף שְׂאִיל"מ ע"ש.

רַק דִּי"ל בְּזֵה כַּמְש"כ הַנִּימוּקֵי יוֹסֵף ר"פ הַגּוֹזֵל בְּשֵׁם הָרֵא"ה דְּהַשׁוֹאֵל חֲמוֹר לְרַפְנוֹב עָלָיו
וְנִתְּנָה לְשְׁלוּחוֹ וְהַדְּבָר סָפֵק הוּא אִם מִתָּה מִחֲמַת מְלָאכָה חֵיִיב מְשׁוּם פּוֹשֵׁעַ, פְּשָׁמְסָרָה
לְשְׁלוּחוֹ שְׁהָרֵי אֵין הַשׁוֹאֵל רִשְׁאֵי לְהַשְׁאִיל וְהוּא מִתְּחֵיִיב מִשְׁעֵת פְּשִׁיעָה כּו'.

וְהוֹבָא בְּש"ף ס' רצ"א ס"ק מ"ג. וְהַקְצָה"ח בִּיָּאָר זֵה הֵיטֵב בְּסִי ש"מ ס"ק ד' מְשׁוּם
דְּבִמְסָרָה לְאַחַר בְּמָקוֹם שְׁלֹא הָיָה לוֹ לְמִסְוֹר הָיִי זֵה כְּהַתְחַלַּת פְּשִׁיעָה וְנִעְשָׂה מְשׁוּם זֵה עַל
הַסָּפֵק דִּיקָרָה לְאַח"ז כְּמוֹ א"י אִם הִתְחַוְרְתִי וְהָיִי בְּחֻזְקַת חֵיִיב וְהֵאָרִיף הַקְצָה"ח שֵׁם לְבִאָר
זֵה הֵיטֵב.

ע"ש.

ע"כ י"ל דְּלִכְּוֹן בְּכָל שׁוֹמֵר וְשׁוֹמֵר לְשׁוֹמֵר חֵיִיב מְשׁוּם מִתּוֹף שְׂאִיל"מ מְשׁוּם דְּכִיּוֹן דְּאִינוּ
רִשְׁאֵי לְהַפְקִידוֹ בְּיַד אַחַר א"כ מִיָּד מִתְחִיל הַפְּשִׁיעָה וְה"ל מְשׁוּם זֵה כְּמוֹ א"י אִם הִתְחַוְרְתִי.
אִף דְּמְשׁוּם זֵה לֹא הָיִי פְּשִׁיעָה גְּמוּרָה דְּהָא בְּנִאָנְס מִיָּד הִב' פְּטוּר.

רַק לְגַבֵּי זֵה לְבַד דִּיהָא כְּמוֹ א"י אִם פְּרַעְתִּי מִקְרִי זֵה הַתְחַלַּת פְּשִׁיעָה וְכַמְש"כ הַקְצָה"ח
שֵׁם בְּאַרְכּוּפָה אִף מְשׁוּם א"י אִם פְּרַעְתִּי לְבַד אֵין לְחֵיִיב שׁוֹמֵר וְשׁוֹמֵר לְשׁוֹמֵר מְשׁוּם דְּהָא
בְּשִׁנְיָהֶם טוֹעֵנִים שְׁמָא פְּטוּר אִף בְּאוֹמֵר א"י אִם פְּרַעְתִּי כְּמִבְּנָאָר.

רַק מְשׁוּם חֻזְקַת חֵיִיב דְּאִיפָּא בְּזֵה מְהִי זֵה לְהַצְטַרֵף לְסְבִירָת מִתּוֹף שְׂאִיל"מ לְחֵיִיבוֹ אִף
דְּתוֹבֵעַ טוֹעֵן שְׁמָא וְכַשִּׁיטַת הַט"ז ג"כ. מְשׁוּם דְּהֵיכָא דְּאִיפָּא חֻזְקַת חֵיִיב גַּם הַט"ז מוֹדָה
דְּאַמְרִינֵן מִתּוֹף שְׂאִיל"מ.

אַבְל הָיָה הַחֲשׂוֹד שׁוֹמֵר שְׁפִיר י"ל דְּדִינוֹ כְּמוֹ א"י אִם נִתְחַיִיבְתִּי וְלִיפָּא בְּזֵה חֻזְקַת חֵיִיב.
וְלֹא מִבְּעֵיָא לְשִׁיטַת הַמְחַבֵּר דְּפִסְק בְּסִי ש"מ א דְּנִכְסֵי שׁוֹמֵר מַעַת פְּשִׁיעָה נִשְׁתַּעֲבַד דְּוִנְדָּאֵי
הָיִי כְּמוֹ א"י אִם נִתְחַיִיבְתִּי לְרֹב פּוֹסְקִים.

וְאִף לְשִׁיטַת הַרְמְב"ם מ"מ הָא הוֹכְחֵתִי מְהֵרְמְב"ם הַל' שְׂאֵלָה פ"ג דְּס"ל כְּהֵרִיטְב"א
דְּלַעוֹלָם הָיִי כְּמוֹ א"י אִם נִתְחַיִיבְתִּי וְלִיפָּא חֻזְקַת חֵיִיב בְּזֵה. ע"כ שְׁפִיר כְּתִב הַט"ז בְּזֵה
דְּטַעֲמָם מְשׁוּם דְּכַתוּבֵעַ טוֹעֵן שְׁמָא לֹא אָמְרִינֵן מִתּוֹף שְׂאִיל"מ.

וְאֵין סְתִירָה עָלָיו מִקְוִשְׁתֵּי הַתּוֹס' וְהָר"ן וְש"פ בְּב"מ (דָּף צ"ז) כְּמוֹ שְׁהַקְשָׁה הַקְצָה"ח
עָלָיו. מְשׁוּם דִּי"ל דְּגַם אֵינְהוּ מוֹדוֹ לְדִינָא שְׁל הַט"ז בְּזֵה הֵיכָא דְּלִיפָּא חֻזְקַת חֵיִיב.

וְעַפ"י מֵה שְׁכַתְבְּתִי יֵשׁ לְעֵינֵין בְּסִי צ"ד סְעִי ב' וְבִשְׁ"ף ס"ק ו' וְכַסִּי ש"מ ד' סְעִי ד' וְבִשְׁ"ף
שֵׁם וְקַצְרְתִּי: וְכַעַת רְאִיתִי דְּבַמְש"כ לְעֵיל בְּכּוֹנְנַת הַתּוֹס' בְּב"מ (דָּף צ"ז) עַל ז"א א"י
וְז"א א"י דִּיחֲלֹקוּ דְּנִימָא מִתּוֹף שְׂאִיל"מ מְשׁוּם דְּהָא בְּשְׂאֵלָה חֲצִי הַיּוֹם וְשְׁכָרָה חֲצִי יוֹם
ה"ל כְּמוֹ חֻזְקַת חֵיִיב כְּנ"ל.

יֵשׁ לְעֵינֵין בְּזֵה מִן מְש"כ הַתּוֹס' בְּב"ק (דָּף מ"ו ע"ב) ד"ה מִיָּדַע יָדְעִי וְכו' בְּסֵה"ד בְּשֵׁם
ר"י דְּכַתֵּב דְּשְׁמָא י"ל דְּהָאֵי יִחֲלֹקוּ לֹא אֲשַׁאֲלָה הַיּוֹם וְשְׁכָרָה לְמַחַר קָאֵי אֲלֵא אֲשַׁאֲלָה א'

ושָׁכַר א' קָאָי עכ"ל. אַף בְּאַמַּת הָא חֲזִינָן דְּהַתּוּס' פְּתָבוּ שָׁם בְּשֵׁם הַר"י בְּלִשׁוֹן וְשָׂמָא י"ל כּו' הָרִי דְּהַתּוּס' לֹא בְּרִירָא לְהוּ כ"כ מְשׁוּם דְּבְּאַמַּת זְהוּ דְּוָסְק: וְעֵינָן בְּשֵׁם"ק שָׁם בְּב"מ דְּתִי תִי אַחַר עַל קְוִשְׁיֹת הַתּוּס' דְּשָׁם.

וְאַף דְּהַתּוּס' בְּב"מ (דָּף ק') ד"ה הָא מְנִי סוּמְכוּס בְּסֵה"ד פְּתָבוּ ג"כ דְּיַחְלֹקוּ לֹא קָאָי אֲשָׁאֵלָה הַיּוֹם וְשָׁכְרָה לְמַחַר. עכ"ז לִפ"ד הַשֵּׁם"ק אִין הֶכְרַח לְזֵה פְּדַחְזִינָן בְּלִשׁוֹנָם בְּתוּס' בְּשֵׁם הַר"י דְּכַתֵּב בְּלִשׁוֹן וְשָׂמָא י"ל כְּנ"ל.

אַלְמָא דְּזֵה לֹא הָיָה בְּרוּר כ"כ לְהַר"י וְע"כ שְׁפִיר הִקְשׁוּ בְּתוּס' בְּב"מ (דָּף צ"ז) כְּנ"ל. וְרֵאִיתִי בְּפָנִים מְאִירוֹת בְּחִי' לְב"ק (דָּף מ"ו) שְׁפִתָּב ג"כ דְּזֵה דְּוָסְק גְּדוּל לְאוּקְמִי דְּיַחְלֹקוּ לֹא קָאָי אַכּוּלִי בְּבָא דְּמַתְנִיתִין וְהָאָרִיף שָׁם הֶרְבֵּה בְּזֵה. וַיֵּשׁ לְהָאָרִיף בְּכ"ז הֶרְבֵּה. וְע"כ שְׁפִיר פְּתַבְתִּי לְעֵיל.

וּלְקַמְן יְבוֹנָר עוֹד תִּירוּץ אַחַר עַל קְוִשְׁיֹת הַקְּצָה"ח הַנְּ"ל: עוֹד הִקְשָׁה הַקְּצָה"ח שָׁם עַל הַט"ז מְהָא דְּכַתְּוּבוֹת (דָּף פ"ה) בְּעוֹבְדָא דְּאַבְיָמִי דְּטוּעֵן סְטְרָאִי וְהָיָה הַפְּרָעוֹן בְּפָנֵי הַשְּׁלִיחַ דְּכַתְּבוּ הַתּוּס' וְהַרְמְב"ן וְש"פ שָׁם דְּקוֹדֵם שְׁנַתְּקִנָּה שְׁבוּעַת הַיְסוּת הָיָה דִּינוֹ כְּמוֹ גִּסְפָּא דְּר"א וּמְחוּשׁוּאִיל"מ אַף דְּהַתּוּבַע טוּעֵן שָׂמָא כּו' עכ"ל.

וְדַבְּרֵי הַקְּצָה"ח בְּזֵה הוּא תְּמוּהָ דְּהָא הֵתָם מִיְיָרִי בְּמַכְחִישׁ הַלְּוָה לְהַמְלִיחָה בְּעֵיקָר חוּב הָאָחַר אִם מַגִּיעַ מְמַנּוּ. דְּהָא הַלְּוָה טוּעֵן בְּרִי דְּלֹא מַגִּיעַ לוֹ שׁוּם חוּב זוּלַת הַשְּׁטָר א"כ הָא הַתּוּבַע טוּעֵן בְּרִי וְאִין מְקוּם לְקוֹשְׁיָתוֹ כְּלָל.

וְאַפְשָׁר דְּכּוֹנְנַת הַקְּצָה"ח הוּא לְכַמְש"כ הַט"ז בְּסִי' ע"ה סְעִיף י'. דְּהַבְּרִי שָׁל הַתּוּבַע שְׂאִינוּ יְדוּעַ לוֹ אַף מְהוֹדָאֵת הַנְּתַבַּע זֵה לֹא מְקַרִי בְּרִי וְכַמְש"כ הַשְּׁטָר שָׁם ס"ק ל'.

וְהָאוּ"ת הָאָרִיף שָׁם בְּזֵה. ע"כ בְּעוֹבְדָא דְּאַבְיָמִי דְּאִינוּ יוֹדַע הַלְּוָה מִן גּוּף הַפְּרָעוֹן רַק ע"י הוֹדָאֵת הַמְלִיחָה.

אַפְשָׁר דְּזֵה לֹא מְקַרִי בְּרִי לְשִׁטַּת הַט"ז גּוּפָא הַנְּ"ל. וְאַפ"ה אָמְרוּ בְּזֵה מִתּוֹךְ כּו'. וְשְׁפִיר הִקְשָׁה הַקְּצָה"ח. אַבְּל בְּאַמַּת גַּם לִפ"ז אִינוּ קוֹשָׁה דְּהָא זֵה בְּרוּר דְּחֻזְקַת מְמוּנָא עָדִיף מִן בְּרִי.

דְּהָא בְּרִי וְשָׂמָא חֻזְקַת מְמוּנָא עָדִיף. א"כ י"ל דְּהָא דְּכַתֵּב הַט"ז דְּבְּטוּעֵן שָׂמָא לֹא אָמְרִינָן כּו' הֵינּוּ בְּרוּצָה לְהוֹצִיא מִן הַמּוֹחֲזֵק אִז בְּעֵי דְּיִטְעוֹן בְּרִי.

אַבְּל הֵתָם בְּעוֹבְדָא דְּאַבְיָמִי דְּאִם גִּימָא דְּהַמְלִיחָה טוּעֵן סְטְרָאִי ה"ל מְחוּשׁוּאִיל"מ אִז יְהִיָּה פְּטוּר הַלְּוָה. א"כ הָא מְוַחֲזֵק בְּרִשׁוֹת עָדִיף מִן בְּרִי וְשְׁפִיר אָמְרִינָן בְּכַה"ג מִתּוֹךְ כּו'.

וְעֵינָן בְּתוּס' ב"מ (דָּף ק') ד"ה וְלִיחְזִי בְּרִשׁוּתָא כּו' דְּכַתְּבוּ ג"כ דְּמוֹחֲזֵק מְעִיקָרָא א"צ לְטָעוֹן בְּרִי וְדוּקָא הַתּוּפָס בְּעֵי דְּיִטְעוֹן בְּרִי עֵי"ש. וְאַף דְּהַשְּׁטָר בְּסִי' נ"ח ס"ק כ"ג פְּתַב דִּי"ל דְּהָא דְּאַבְיָמִי מִיְיָרִי בְּתַר פְּרָעוֹן.

מ"מ י"ל כְּנ"ל וְכַמְש"כ הַשְּׁטָר שָׁם דְּפָשַׁט דְּבְּרִי הַתּוּס' וְש"פ לֹא מְשַׁמַּע כֵּן וְקַצְרִתִּי. א"כ גְּתַבָּאָר דְּאִין שׁוּם סְתִירָה כְּלָל לְדַבְּרֵי הַט"ז הַנְּ"ל הֵן לְקוֹשְׁיַת הַקְּצָה"ח וְהֵן מַה שְׁהַקְּשִׁיתִי לְעֵיל דְּכָל זֵה אֲתִי שְׁפִיר: עָנָף הַ נְעֻדְיָן יֵשׁ לְהַעִיר עַל הַט"ז הַנְּ"ל מְהָא דְּכַתְּוּבוֹת (דָּף

י"ב) תוס' ד"ה ר' הונא ור"י אמרי חייב באה"ד שיקשו לאפיי דאית ליה ברי ושמה ברי עדיף א"כ איך דרש מן שבועת ה' תהיה כו' למחושואיל"מ ותגרץ דאתי היכא דהבע"ד אינו יודע אלא ע"פ העד.

אלמא דאף בטוענו בספק ע"פ העד הוי מחויב שבועה ואיל"מ ודלא כט"ז. וי"ל משום דהא דכתב הט"ז דבטוען שמה לא הוי מחושואיל"מ הטעם הוא כמש"כ הט"ז שם דכיון דעיקר מילתא גלפינו מן שבועת ה' תהיה כו' והקרא מיגרי בתובע טוען ברי ע"כ מגלו לחדש פן היכא דתובע טוען שמה וע"כ לא אמרינו בזה מתוך כו'.

אבל למאן דס"ל ברי עדיף מן חזקת ממון בע"כ מוכח דס"ל לפרש להך שבועת ה' תהיה דאתי לטוענו בספק עפ"י העד ואף דתובע טוען שמה מ"מ אמרינו מתוך כו'. א"כ להך מ"ד בע"כ מוכח דאף בתובע טוען ספק ג"כ אמרינו מתוך כו'.

אבל לדידן דאין לנו הוכחה ע"ז מה"ת. אמרינו שפיר דבטוען שמה לא אמרינו מתוך כו' מסבא בלא הוכחה.

דהא עיקר מילתא דמתוך אין זה מסבא רק מצד גזה"כ דשבועת ה' תהיה. ע"כ במה דאין לנו הוכחה ע"ז לא אמרינו פן ולכן אין שום סתירה על הט"ז מן התוס' הג"ל: ועכשיו דאתינו להכי יש ליישב באופן אחר לקושיות הקצה"ח הג"ל מן התוס' ב"מ (דף צ"ז) דהקשו עלה דנה אומר א"י ונה אומר א"י דיתלקו דקשה דנימא מתוך כו'.

והא התובע טוען שמה. והארכת לעיל ליישב קושיותו.

וכעת נראה לי לתרץ בפשיטות. והוא דהא נתבאר דלאפיי דס"ל ברי ושמה ברי עדיף ואית ליה ג"כ מתוך כו' פמבואר בב"ב (דף ל"ד).

וכמש"כ התוס' בכתובות (דף י"ב) פנ"ל דהאי קרא שבועת ה' תהיה אתי לטוענו בספק עפ"י העד. ומוכח לאפיי דאף בטוענו שמה אמרינו מתוך כו'.

ואליבא דהך מ"ד שפיר הקשו התוס' בב"ב מ שם דנימא מתוך שאיל"מ. והוכיחו התוספות מזה שפיר במש"כ התוספות שם בתירוץ.

וכבר פתבתי לעיל דכן מצינו דרף התוס' בכמה דוכתי פנ"ל. וא"ש הקושא הג"ל ואין פאן שום השגה על סברת הט"ז הג"ל: ** (הגה"ה ומדברי התוס' דכתובות הג"ל דכתבו לאפיי אתי הך דשבועת ה' תהיה על טוענו בספק ע"פ העד.

יש להוכיח מזה כמש"כ הש"ף בסי' ע"ה ס"ק ל"ה דכתב שם דהא מבואר שם דאינו יודע אם פרעתי וע"א מעיד שלא פרע ה"ל מחושואיל"מ ולא נתחייב משום א"י אם פרעתי משום דמיגרי בטוענו בספק ע"פ העד ע"ש.

ולא אמרינו דיצטרף הברי של העד דיהיה כמו התובע טוען ברי דחייב הלנה משום א"י אם פרעתי. משום דברי של בע"ד שאני.

אבל ברי של אחר לא נחשב לברי. ומוכח פן ממש"כ התוס' פתובות הנ' דדוקא משום מתוך נתחייב בטוענו ספק ע"פ העד.

אָבֵל מִשׁוּם בְּרִי וְשָׂמָא לֹא נִתְחַיֵּיב מִשׁוּם דְּשִׂאנֵי בְּרִי שֶׁל אַחַר. אַף בְּעֵינֵי הַף מִקְלָתָא יֵשׁ לְעֵינֵי דְהָא בַב"ב (דָּף קל"ה) ס"ל לְרַבָּא לְהוֹכִיחַ מִמְשַׁנָּה דְזָה אַחֲרֵי כו' דְּבָרֵי וְשָׂמָא פְּטוּר. וְאַבְיֵי מְחַלֵּק שָׁם דְּשִׂאנֵי בְּרִי שֶׁל אַחַר מִן בְּרִי שֶׁל בַּע"ד. אָבֵל רַבָּא לֹא מְחַלֵּק בֵּינֵיהֶם וַע"כ הוֹכִיחַ מִשָּׁם דְּמָנָה לִי בְּיָדָהּ וְהֵלָה אֹמֵר א"י פְּטוּר.

וְהָא אַבְיֵי וְרַבָּא הֵלְכָה פְּרָבָא. וְהָא דְלָמַר ר' אֲשֵׁי בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף ע"ו) רִישָׁא מָנָה לְאַבָּא בְּיָדָהּ סִיפָא מָנָה לִי בְּיָדָהּ.

הָא הַתּוֹס' שָׁם בַּד"ה רִישָׁא מָנָה לְאַבָּא כו' פְּתַבּוּ דְהֶעֱיָקַר כַּפִּי רִשְׁ"י ע"ש. א"כ אֵין הֶכְרַח לֹמַר דַּר"א ס"ל קְאָבְיֵי.

וַע"כ י"ל דְּהֵלְכָה פְּרָבָא. וְעֵינֵי בְּש"ף ס' ע"ב ס"ק קל"ג: וּמִש"כ לְעֵיל לְהוֹכִיחַ מִהַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף י"ב) הַנְּ"ל דַּס"ל לְחַלֵּק בֵּין בְּרִי שֶׁל הַבַּע"ד לְבָרִי שֶׁל אַחַר.

אֵין זֶה רְאָיָה כָּלֵל לְדִינָא דְהָא הַתּוֹס' בְּכַתְּוֹבוֹת שָׁם מִיְיָרִי אֲלִיבָא דְאַבְיֵי וְהָא אַבְיֵי גּוֹפָא ס"ל לְחַלֵּק בֵּין בְּרִי שֶׁל הַבַּע"ד לְבָרִי שֶׁל אַחַר. ע"כ לְדִינָהּ שְׁפִיר פְּתַבּוּ הַתּוֹס' דְּטוֹעֵנוּ בְּסַפֵּק ע"פ הָעֵד לֹא הָיָה בְּרִי מְעַלְיָא.

אָבֵל לְדִינָא י"ל דְּהֵלְכָה פְּרָבָא דְלֹא מְחַלֵּק בֵּינֵיהֶם. וְכֵן הוּא פְּנוּנַת הַתּוֹס' בְּשַׁבְּעוֹת (דָּף מ"ז ע"ב) ד"ה אֵי אֲמַרְתָּ בְּשִׁלְמָא כו'.

בַּתִּי הַב' שָׁם. וּמָה דִּישׁ לְעֵינֵי עַל תִּי א' דְּשַׁבְּעוֹת שָׁם.

דְּמָה יַעֲנוּ לְאַבְיֵי כַּמִּש"כ בְּכַתְּוֹבוֹת. פְּתַבְתִּי לִישֵׁב בַּמִּקְ"א.

אָכֵן לְפִי הַגִּירְסָא דְגָרְסַת שָׁם בַּב"ב (דָּף קל"ה) רַבָּה וְכַפִּי דְכַתְּבוּ הַתּוֹס' בְּגִיטִין (דָּף כ"ז) ד"ה הָתָם כו' דְּהֵיכָא דְנִקְטוּ אַבְיֵי בְּתַרְיָה דְגָרְסִינָן רַבָּה וְכַמִּש"כ הַתּוֹסְפוֹת בְּסַנְהֶדְרִין (דָּף ס"ב) ד"ה וְרַבָּא וּבִשְׂא"ד.

וְהָא שְׁיִטַת הָרָא"ש ב"מ פ"א ס' מ"ט וְז"ל דַּע"כ רַבָּה הוּא דְפָלִיג עָלָיו פִּינּוּן שְׁנִקְבַּע דְּבָרָיו לְפָנֵי אַבְיֵי וְקִי"ל מֵאַבְיֵי וְרַבָּא הֵלְכָה כְּבַתְרָאֵי אַף כְּנֶגֶד רַבּוֹתָם. וְעֵינֵי בַב"ש בַּא"ע ס' ל"ט ס"ק ו' מְזָה.

וּבַב"מ בְּרָא"ש פ"ד ס' י"ט פְּתַב ג"כ דְּהֵיכָא דְנִזְכָּר רַבָּא מְקוּדָם אַבְיֵי בְּנוּדָאֵי גָרְסִי רַבָּה וְהֵלְכָה כְּאַבְיֵי דְבַתְרָאָה הוּא. וְזֶה פְּלוּגָתָא דְרַבְּנוֹתָא וְיֵשׁ הַרְבֵּה סְתִירוֹת בְּזָה וְאַכְמ"ל.

וּלְפ"ז שְׁפִיר פְּסַק הַש"ף דְּבָרֵי שֶׁל אַחַר לֹא הָיָה כְּמוֹ בְּרִי שֶׁל הַבַּע"ד וְאֵין אָנוּ כּוֹלִים לְהוֹצִיא מִמּוֹן עִי"ז. דְּדַלְמָא הֵלְכָה כְּהַסוּבְרִים דְּהֵלְכָה כְּאַבְיֵי נֶגֶד רַבָּה דַּס"ל דְּבָרֵי שֶׁל אַחַר לֹא מְהַנִּי אַף הֵיכָא דְהֵיכָא מְהַנִּי בְּרִי שֶׁל הַבַּע"ד.

וְכ"כ הָר"ן בְּשַׁבְּעוֹת פ"ו בְּשֵׁם הַרְמְב"ן בְּסוּגָיָא דְאֵין נִשְׁבְּעִין לְקַטְוִן בְּפְלוּגָתָא רַב"י וְרַבְּנָן דְּהוֹכִיחַ מְהָא דַּב"ב הַנְּ"ל דְּבָרֵי שֶׁל אַחַר לֹא מְהַנִּי וְקִצְרַתִּי בַּכ"ז. (ע"כ הַגַּה"ה): (** וַע"פ הַנְּ"ל יֵשׁ לִישֵׁב קְוִשְׁיוֹת הַאֲוִ"ת בַּסִּי' צ"ב ס"ק יו"ד שְׁהַקְשָׁה לְשִׁיטַת הַרְמ"ה וְר' יִשְׁעִיָה דַּס"ל בְּהֵיכָא הֶחָשׂוּד שׁוֹמֵר דְּנוֹטֵל הַמִּפְקִיד וְכְמוֹ דְּהוּבָא בְּטוּר שָׁם.)

וה"ה בטוענו בספק ע"פ העד דדונסק לחלק ביניהם. א"כ מאי מקשה הגמ' בשבועות (דף ל"ב) אמר אב"י הכל מודים בכנגדו חשוד על השבועה דחשוד מאן אילימא דחשוד לנה לימא מי ימר דמשתבע.

הא ה"מ לאוקמי דמייירי בטוען בספק ע"פ העד להחשוד דנוטל בל"ש. ודונסק לומר דלא ס"ל פהדיעה דיכול לתבוע בספק ע"פ העד אלא ס"ל פהסוכרים דאין לחייב שבועה בטוען בספק ע"פ העד.

דקא הטור לא הכריע פאן פלל בפלוגמת ר"י והרמ"ה פלל. ובסוף סי' ע"ה פסק דבטוען ספק ע"פ העד מחייב שבועה וכן הקשה האו"ת סי' פ"ז ס"ק ז': ולמש"כ מתחלה ניקא קושיות האו"ת הנ"ל משום די"ל דטעם הר"י והרמ"ה דס"ל בהיה החשוד שומר משלם בל"ש.

משום דס"ל פשיטת הש"ך דסי' רצ"א דכל שומרים בטענתם הוי כמו איני יודע אם החזרתי אף למ"ד דס"ל נכסי שומר נשמתעבד מעת פשיעה כו'. וגם הר"י והרמ"ה י"ל דס"ל פסקרת הט"ז דבתובע טוען שמה לא אמרינן מתוך שאיל"מ.

וקא דהיה החשוד שומר שאני דהוי שם חזקת חיוב ונה הוי לכל הפחות כמו מעלת ברי וכמו שהוכחתי לעיל דחזקה עדיף מברי. אבל לאב"י דס"ל ברי ושמה ברי עדיף מחזקת ממונא כמש"כ התוס' כתובות (דף י"ב).

ובב"ב (דף קל"ה) כתבו התוס' אליבא דאב"י דאף במקום דלא ה"ל למידע ג"כ ברי עדיף. ולפ"ז מוכח אליבא דאב"י דמעלת ברי עדיף ממעלת חזקה דקא במעלת ברי יכולים להוציא מחזקת ממונא אף במקום דלא ה"ל להנתבע לידע.

ואלו ע"י מעלת חזקה לכו"ע אינו מוציא מחזקת ממונא כמו בריש פ"ב דכתובות דבברי וברי לא אמר ר"ג אף במקום חזקת הגוף: והנה אף דהתוס' בכתובות (דף י"ב) כתבו דלאב"י קאי הא דשבועת ד' תהיה בין שניהם על טוענו בספק עפ"י העד.

אבל בשבועות (דף מ"ז ע"ב) ד"ה אי אמרת כו' כתבו בקצרה לחד תירוץ דלמאן דס"ל ברי עדיף דכוננת הפסוק דשבועת ה' היכא דשייכא ולא כן היו"שים דפטורים עכ"ל. והיינו בנספא דר"א וכה"ג.

ולפ"ז גם אליבא דאב"י אינו מוכח דהתורה מייירי בטוען שמה הא י"ל דהתורה מייירי בטוען ברי ומגלן עדיין בטוען שמה. [ומה דיש לפלפל בתירוץ שם התוס' הנ"ל כתבתי מזה במק"א].

ואין לומר דאפתי משפחת היכא דהוי חזקת חיובא דמחלקים בפרעון ותובעו בספק פרעון ע"פ העד דבזה אמרינן מתוך כנ"ל. דקא ז"א אליבא דאב"י די"ל דדונקא במעלת ברי אמרינן מתוך שאיל"מ.

אבל היכא דתובע טוען שמה אף דיש לו חזקת חיוב ג"כ לא אמרו מתוך כו' דקא לאב"י ברי עדיף טפי. וע"כ י"ל פסקרת הט"ז דבתובע טוען שמה אף במקום חזקת חיוב לא מהני כנ"ל.

והתם בשבועות הָא אבני הוא דקאמר להָא דהפל מודים בכנגדו חשוד על השבועה ע"כ לא מצי לאוקמי פקושיות התומים ומתורץ קושיותו. וע"פ מש"כ אליבא דאבני דברי עדיף מן חזקה.

יש לדון עפ"ז בהא דקידושין (נ"ה ס"ה) במה דא' אבני א"ל נטמאו טהרותיה והלה שותק דנאמן. ובהא דגיטין (נ"ד ג"ד).

ומה דיש לחלק בין ברי של בע"ד לברי של אחר ואכמ"ל בכ"ז: ענף ו והנימוקי יוסף ר"פ הגזול בתרא פתב בשם הרא"ה בשאל חמור ומסר לשלוחו וא"י אם מתה בפשיעה דחייב דהוי זה כא"י אם החזרתי כו'.

והקשה ע"ז רע"א זצ"ל בחילוקא דרבנן שנדפס בחידושי הר"ן לב"מ בסוגיא דשומר שפסר לשומר. ובאות י"ב.

דאמאי לא פתב הנ"י לחייבו משום מתוך שאיל"מ דלא שייך בזה לומר דלא ה"ל למידע דהא עשה שלא כהוגן כמו בשומר דערבן עם פירותיו כמו בס"ר רצ"ב. ובש"ף ס"י ע"ב.

וכן הקשה הקצה"ח ס"י ש"מ ס"ק ד'. ועוד הקשה היש"ש והובא בקצה"ח שם דאיך חייב בזה משום א"י א"פ והא בשניהם טוענים שפא פטור אף בא"י א"פ.

וכתבו שם בשי' הרא"ה הנ"ל דס"ל בשבועה שלא פשעתי אינו רק מצד גלגול שבועה ע"ש: אבל לפמש"כ אחי שפיר משום די"ל בכוננת הנ"י בשם הרא"ה דס"ל פשיטת הט"ז דבתובע טוען שפא לא אמרינן מתוך שאיל"מ.

וע"כ בשומר שפסר לשומר לא מתחייב משום מתוך כו' רק עיקר חייבו הוי כמו בא"י א"פ דחייב משום מעלת ברי וחזקת חייבא. א"כ ה"ה מעלת מחושואיל"מ בצירוף חזקת חייב.

דהא מתוך כו' עדיף מן מעלת ברי דכיון דחזינו דחזקת ממון עדיף מן ברי. והיכא דהוי מחושואיל"מ מוציאין ע"י מהמחזק היכא דטוענים ברי.

כמו בשניהם חשודים ונסכא דר' אבא. ע"כ כמו דע"י צירוף ברי לחזקת חייב מוציאין ע"י מן המחזק כש"כ דע"י מחושואיל"מ בצירוף חזקת חייב דמוציאין מן המחזק אף דתובע טוען שפא.

והא דלא פתב הנימוקי יוסף לסכרא דמחושואיל"מ. משום דזה פשוט לפל.

רק עיקר פנונת הנ"י דהכא שאני אף דתובע טוען שפא מ"מ מסייע לי' חזקת חייב למחושואיל"מ. כמו בא"י א"פ דע"י צירוף ברי לחזקת חייב מחייבין לי' ומתורץ קושיותם: והרא"ש בב"מ פ"ח ס"י ד' פתב היכא דשאל חמור ומתה בדרה ולא הרגיש בעיפות וטורח הדרה לא יוכל ליטבע שמתה מחמת מלאכה וחייב.

והובא בטור ס"י ש"מ. ובש"ע ס"י הנ"ל סעי' ג' ברמ"א.

והב"י שם תמה ע"ז איך מחייב מספק. והש"ף שם ס"ק ז' פתב לתמוה על הב"י דהא חייב משום מתוך שאיל"מ.

אָבן לפי שיטת הט"ז הַנ"ל דְּבִתּוּבַע טוֹעַן שְׁמָא לֹא אָמְרִינן מִתּוֹךְ כּו' שְׁפִיר תָּמָה הַב"י פּנ"ל. וְהַפְּיָאוּר הַגָּר"א זצ"ל בְּסִי' ש"מ ס"ק י"ד פֶּתַב דְּלָכּוּן בְּלֹא יוּכַל לְיִשְׁבַע שְׁמָתָה מִחֲמַת מְלָאכָה חֲזִיב מְשׁוּם דְּהוּי כְּשׁוֹמֵר שְׁמִסֵּר לְשׁוֹמֵר דְּחֲזִיב מְשׁוּם דְּאִין יוּכַל לְיִשְׁבַע עכ"ל.

אָבַל לִפְמַש"כ לְעֵיל יֵשׁ לְחַלְק דְּשִׁאנֵי בְּשׁוֹמֵר שְׁמִסֵּר לְשׁוֹמֵר דְּמִקְרֵי כְּמוֹ א"י א"פ מְשׁוּם הַתְּחַלַּת פְּשִׁיעָה בְּמָה דְּמִסֵּר לְאַחַר כְּמַש"כ לְעֵיל בְּשֵׁם הַנ"י בְּשֵׁם הָרָא"ה פּנ"ל וְהַקְּצָה"ח בְּסִי' ש"מ. וְע"כ שְׁפִיר תָּמָה הַב"י דְּאִזְנִיל לְשִׁיטְתוֹ דְּפֶסֶק בְּסִי' צ"ב בְּהִיָּה הַחֲשׂוּד שׁוֹמֵר דְּלֹא אָמְרִינן מִחוּשׁוּאִיל"מ בְּתוּבַע טוֹעַן שְׁמָא דְּהוּי כְּמוֹ א"י א"נ וְלִיכָּא בְּזָה חֲזַקַת חֲזִיב בְּכָל הַשׁוֹמְרִים: וְעכ"ז י"ל בְּמָה דְּפֶסֶק הָרָמ"א וְהָרָא"ש וְהַטּוֹר דְּחֲזִיב בְּלֹא יוּכַל לְיִשְׁבַע שְׁמָתָה מִחֲמַת מְלָאכָה.

דִּי"ל דְּבִנְיָה גַם הַט"ז מוֹדֵה דְּחֲזִיב. דְּהָא עֵינָר הַסְּפֵק לְנוּ בְּזָה אִי מִתָּה מִחֲמַת מְלָאכָה אִו דְּאִירַע אֲנֹס.

וְהַש"ף בְּכָלְיִי מִיגוֹ ס"ק כ"ב פֶּתַב דְּלְשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים דְּנֶאֱנָסוּ לֹא שְׁכִיחַ צ"ל בְּמֵאֵי דְּאִיכָּא ר"פ הַמְּפָקִיד דְּמִתָּה מִחֲמַת מְלָאכָה לֹא שְׁכִיחַ הֵינְנוּ דְּלֹא שְׁכִיחַ כָּלְל. א"כ נֶאֱנָסוּ שְׁכִיחַ יוֹתֵר מִן מִתָּה מִחֲמַת מְלָאכָה.

וּלפ"ז י"ל בְּסְפֵק אִי נֶאֱנָסָה אִו מִתָּה מִחֲמַת מְלָאכָה א"כ הָרֹב מְסִייעַ יוֹתֵר דְּנֶאֱנָסוּ. דְּהָא נֶאֱנָסוּ שְׁכִיחַ יוֹתֵר מִמִּתָּה מִחֲמַת מְלָאכָה.

וּכְלָלָא הוּא בְּכוּלֵי ש"ס דְּמֵאֵי דְּהוּי שְׁכִיחַ יוֹתֵר מִחֲבִירוֹ דִּינוּ כְּרֹב. וְאַף אִם הָרֹב מְרֻבָּה מִחֲבִירוֹ רַק בְּמִיעוּט מִקְרֵי רֹב לִילָף אַחֲרֵיוּ כְּמִבְּנָאָר כַּה"ג בִּי"ד ס' ק"ט וּבִפְרָמ"ג בְּפִתְיָה לֵה' תַּעֲרוּבוֹת.

וּבְחִינּוּף בֵּית הַהוֹדָה ס' ה' וּש"פ דְּהוּכִיחוּ מִן דְּיִינִים דֹּא יוּכַל לְהַכְרִיעַ וְכַמְש"כ בְּסְפֵרֵי בְּאָר יִצְחָק ח' או"ח ס' י"א מְזָה. וְה"ה רְנָבָא דְּלִיתָא קָמֵן וְכַמְש"כ רַש"י בְּחֻלִּין (דָּף י"ב) בְּמִסְקָנָא דְּאִין לְחַלְק בֵּין רְנָבָא דְּאִיתָא קָמֵן לְרְנָבָא דְּלִיתָא קָמֵן דַּמ"ש הָאֵי מֵהָא ע"ש.

וְאִכְמ"ל.

וּכְבָר בְּאַרְתֵי לְעֵיל דְּהִיכָּא דְּהָרֹב מְסִייעַ לְמַחְזִיב שְׁבוּעָה וְאִיל"מ דְּאִז מְהִנֵי אָף בְּטוֹעַן שְׁמָא פּנ"ל. א"כ שְׁפִיר פֶּתַב הָרָא"ש וְהַטּוֹר וְהָרָמ"א שְׁם דְּחֲזִיב מְשׁוּם מִחוּשׁוּאִיל"מ וְאִין מְזָה סְתִירָה לַהט"ז הַנ"ל: וּבְסִימֵן ש"ג סְעִי' יו"ד רוּעָה שְׁהִנִּיחַ עֲדָרוּ וּבָא לְעִיר וּבָא זָאב וְטָרַף אִם הִיָּה יוּכַל לְהַצִּיל בְּרוּעִים וּמְקִלוֹת חֲזִיב וְאִם לֹא פְטוֹר וְאִם אִין הַדְּבָר יְדוּעַ חֲזִיב.

וְהַש"ף שְׁם ס"ק י' תָּמָה עַל הַב"י וְהַסְמ"ע דְּכַתְּבוּ דְּלָכּוּן חֲזִיב מְשׁוּם דְּמֵן הַסְתָּם הִיָּה יוּכַל לְהַצִּיל בְּרוּעִים וּמְקִלוֹת וְהַקְּשָׁה עֲלֵיהֶם דַּמְנ"ל זָה וְכַתְּבוּ דְּלָכּוּן חֲזִיב מְשׁוּם מִתּוֹךְ שְׁאִיל"מ. וְלִפְמַש"כ אֲתֵי שְׁפִיר דְּבָרֵי הַב"י וְהַסְמ"ע דְּכַתְּבוּ זָה בְּדַקְדוּק הַיֵּטֵב.

דְּהִיָּה קְשָׁה לָהֶם אִיף מְחִיבִין בְּזָה מְשׁוּם מִתּוֹךְ שְׁאִיל"מ. וְהָא עֵינָר הַדִּין הוּא מְהָרְמָב"ם פ"ג ה'ל' שְׁכִירוֹת ה'ל' ח'.

שְׁפָתַי דָּאָם אֵין הַדְּבָר יָדוּעַ חֵיב לְשַׁלֵּם וְכ"כ הַטּוֹר דִּין זֶה בְּשֵׁם הַרְמַב"ם. וְקָשָׁה הָא
לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם וְהוּבָא בְּסִי' צ"ב בְּהִנְיָה חֲשׂוֹד שׁוֹמֵר דְּלֹא אֲמָרִינן בְּזֵה מַחוּשׁוּאִיל"מ
מִשׁוּם סְבָרַת הַט"ז דְּבִטּוּעָן שְׁמָא לֹא אֲמָרִינן כּו'.

וְע"כ הוֹכִיחַ הַב"י לֹאמַר דְּלִכּוֹן בְּאִינוּ יָדוּעַ אִם הִנְיָה יָכוֹל לְהַצִּיל בְּרוּעִים וּמְקֻלוֹת חֵיב
מִשׁוּם דְּאֲמָרִינן דְּמִן הַסְּתָם הִנְיָה יָכוֹל לְהַצִּיל כּו'. וְאִף דְּהָא סְבָרָא דְּמִן הַסְּתָם הִנְיָה יָכוֹל
לְהַצִּיל כּו' לֹא עָדִיף מְכַל רְנָפָא וְהָא אֵין הוֹלְכִין בְּמִמּוֹן אַחַר הָרֹב.

עכ"ז הָא לְעִיל נִתְבָּאָר דְּבַחֲשֵׁשׁ שְׁמָא נֶאֱנָסוּ בְּזֵה חֵיב הַשׁוֹמֵר מִשׁוּם מַחוּשׁוּאִיל"מ דְּכִינּוּ
דְּאִיכָא רְנָפָא הַמְּסִייעַ לְדַבְּרֵי הַתּוֹבֵעַ דְּנֶאֱנָסוּ לֹא שְׁכִיחַ הָיִי זֶה לְכַה"פ כְּמוֹ מַעֲלַת בְּרִי
דְּאֲמָרִינן בִּי מִתּוֹף כּו'.

א"כ ה"ה אֵי גִימָא דְּלֹא הִנְיָה יָכוֹל לְהַצִּיל בְּרוּעִים כּו' דְּמַקְרִי זֶה אֲנָס וְכִינּוּ דְּאֲנָס לֹא
שְׁכִיחַ ע"כ הָרֹב מְסִייעַ לֹאמַר דְּהִנְיָה יָכוֹל לְהַצִּיל בְּרוּעִים כּו'. וּבְצִיּוּרָא מַחוּשׁוּאִיל"מ שְׁפִיר
מְחִיבִינן אִף לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם בְּהִנְיָה חֲשׂוֹד שׁוֹמֵר.

וְאִתִּי שְׁפִיר דְּבְרֵי הַב"י וְהַסְּמ"ע וּמִתּוֹרֵץ קוֹנְשִׁיטַת הַש"ף. וְאִף דְּמִן דְּבְרֵי הַב"י בְּסִי' צ"ב
מִשְׁמַע קֶצֶת דְּלֹא כְּדַבְּרֵי הַט"ז הַג"ל.

עכ"ז הָיִי עֲנִינּוּ נְכוּן בְּפ"ע לֹאמַר כּו': וְלְשִׁיטַת הַט"ז הַג"ל יֵשׁ לְעִינּוּ בְּדַבְּרֵי הַתּוֹה"ד סִי'
שֶׁל"ג דְּכַתְּבֵי לְחֵיב בְּכָל שׁוֹמֵר חֲנָם בְּסַפֵּק אִם פְּשַׁע דְּחֵיב מִשׁוּם מַחוּשׁוּאִיל"מ. וְהוּבָא
בְּסַמ"ע וְש"ף ס' רצ"א ס"ק ט"ו.

וּבְאַמַּת לְשִׁיטַת הַט"ז הַג"ל יֵשׁ לְדוֹן שְׁם דְּהָא הַתּוֹבֵעַ טוּעֵן שְׁמָא לֹא מְחַוְּבֵי מִשׁוּם מִתּוֹף
כו'. וְאִפְשָׁר דְּלְשִׁיטַת הַש"ף דְּפַסֵּק בְּסִי' רצ"א ס"ק מ"ד דְּכָל שׁוֹמֵר מְקָרִי א"י א"פ אִף
לְהַסּוּבְרִים דְּנֶכְסֵי שׁוֹמֵר מַעַת פְּשִׁיעָה נִשְׁמַעְבַּד.

א"כ הָיִי בְּכָל ש"ח בְּחֻזְקַת חֵיב וְאִז מְחַוְּבֵינן שְׁפִיר מִשׁוּם מִתּוֹף כּו'. וְכֵן מִש"כ הַש"ף
בְּסִי' ע"ה ס"ק ל"ה דְּבִטּוּעָנוּ בְּסַפֵּק ע"פ הָעֵד הָיִי מְחַוְּבֵי שְׁבוּעָה וְאִיל"מ.

י"ל דְּקָאֵי הֵתָם עַל א"י א"פ דְּהָיִי חֻזְקַת חֵיב דְּאִז מְחַוְּבֵינן שְׁפִיר מִשׁוּם מִתּוֹף כּו'. וּמַה
שְׁמַבְּוֹרָאָר שְׁם בִּא"י א"נ דְּחֵיב מִשׁוּם מַחוּשׁוּאִיל"מ אֵי אִיכָא חַד סְהָדָא.

י"ל דְּזֵה קָאֵי עַל אֲמִירַת בְּרִי שֶׁל הַתּוֹבֵעַ מְנָה לִי בְּיָדָהּ דְּנִזְכָּר שְׁם. אֲבָל לְפִי מַה דְּמְבֹרָאָר
בְּתוֹס' ב"מ (דָּף צ"ז) ד"ה וְהִלָּה אֹמֵר א"י כּו' דְּגַם בְּפָרָה א' פְּשָׁאוֹמֵר א"י אִם מִתָּה
בְּעוֹדָה שְׁאוּלָה מְקָרִי א"י א"נ.

וְכַמֵּש"כ הָר"ן וְהַג"י וְהַשְּׁמ"ק וְהַרִיטְב"ק דְּמַקְרִי א"י א"נ. עֲנִינּוּ יֵשׁ לְדוֹן בְּכָל ש"ח דְּסַפֵּק
אִם פְּשַׁע דָּאֵין לְחֵיבּוּ מִשׁוּם מִתּוֹף כּו'.

דְּהָא הַתּוֹבֵעַ טוּעֵן שְׁמָא וְהִכָּא דְּלִיכָא חֻזְקַת חֵיב לֹא אֲמָרִינן מִתּוֹף כּו' כְּשִׁיטַת הַט"ז
הַג"ל: אֲכֵן בְּשׁוֹמֵר שְׁכָר חֲשׂוֹד יֵשׁ לְדוֹן דְּמִשְׁלָם מִשׁוּם דְּהָא אִיכָא רְנָפָא דְּמְסִייעַ לְהַתּוֹבֵעַ
כִּינּוּ דְּנֶאֱנָסוּ לֹא שְׁכִיחַ.

וכש"כ בשואל דמתה מחמת מלאכה לא שכיח כלל פמבואר בר"פ המפקיד ובלש"ף בכללי
מגו הג"ל. ובזה אף הט"ז מודה דאמרינו בו מתוך כו' וכן בטוענו בספק עפ"י העד בספק
הלואה והלואה משיב איני יודע אם נתחייבתי וע"א מעיד על ההלואה.

י"ל דלשיטת הט"ז לא אמרינו בזה מתוך כו' פינו דלא הוי שם חזקת חיוב רק בטוענו
בספק פרונו והלואה משיב איני יודע אם פרעתי וע"א מעיד ע"ז. אז אף בתובע טוען
שמה אמרינו מתוך כו'.

משום דאיכא חזקת חיוב פנ"ל. ושיטת ר' ישעיה והרמ"ה דשם הא לא הובא בש"ע כלל.
וגם הא פתבתי לעיל די"ל דגם אינהו מודו לזה פנ"ל לעיל בארנקה: ועפ"ז יש לנישב
מה שהקשיתי לעיל על הט"ז מהתוס' פתובות (דף י"ב) ד"ה רב הונא כו'. שכתבו שם
דמשפחת הך שבועת ד' תהיה בין שניהם היכא דע"א מעיד דחייב לחבירו מנה כו' אף
דשניהם לא ידעי אלמא דאף בתובע טוען שמה אמרינו מתוך כו' וקשה על הט"ז.

אבל לפמש"כ אתי שפיר די"ל דכוננת התוס' שם היכא דהספק הוא אם פרע או לא וע"א
מעיד דלא פרע ואיכא חזקת חיוב ובכה"ג אף בתובע טוען שמה אמרינו מתוך כו"ל. אף
לפמש"כ לעיל אליכא דאביי דאית ליה ברי עדיף מן חזקת ממונא עדיין יש לעיין במש"כ
קצת.

אכן כפר פתבתי לעיל תי' אחר דלא תקשה על הט"ז מן תוס' פתובות הג"ל. וא"ש כל
דברי הט"ז הג"ל: אף מה דמשמע מן הט"ז דסי' ע"ה סעי' י"ב דדווקא בברי ושמה
אמרינו מתוך כו'.

דמשמע מזה דבברי וברי לא אמרינו מתוך כו'. זה בנדאי אינו דהא בשניהם חשודים
ונסבא דר"א אמרינו מתוך כו' אף ששניהם טוענים ברי.

ובנדאי העיקר בכוננת הט"ז דבתובע טוען שמה לא אמרינו מתוך כו'. וכן במש"כ הש"ף
בסי' צ"ב ס"ק י"א דבתובע שמה ע"פ העד להחשוד לא אמרינו מתוך כו'.

י"ל דלפי שיטת הט"ז הג"ל זה אינו רק בתובעו בספק הלואה. אבל בתובעו בספק
פרעון במקום דאיכא חזקת חיוב בנדאי דבזה אמרינו מתוך כו' לפי הכלל דנתבאר
דחזקת חיוב הוי כמו טענת ברי פנ"ל.

ומה דלא מוקי הש"ס בשבועות (דף ל"ב) פן וכמו שהקשה האו"ת בסי' צ"ב כפר פתבתי
לעיל לתרץ זה: ובעיקר מילתא בחשוד שומר בש"ש דכתבתי לעיל דחייב. זהו לפי
שיטת הט"ז בכוננת הרמב"ם והמחבר בסי' צ"ב.

אבל לשי' הרב המ"מ ברמב"ם פ"ב הל' טוען הל' ד' שכתב בטעמו של הרמב"ם דלכן
היה החשוד שומר פטור משום דאל"כ יהיה כל חשוד המקבל פקדון חייב באונסין דהא
לא יהיה נאמן לומר נאנסו ולא מצינו שהחמירו חז"ל עליו עכ"ל.

וזהו פוען סברת התוס' בב"מ (דף ה') דלא שבתת חיי לכל חשוד. ובאמת לשי' הרמ"ה
והר"י מוכרח לומר כמש"כ הט"ז בסי' צ"ב שם דטעמם דס"ל דדווקא במודה במקצת
שייך בזה לומר לא שבתת חיי כו'.

משא"כ בשומר חשוד הרי ביד החשוד שלא לקבל שמירה. אבל הרמב"ם והמחבר שם לא ס"ל פן אלא דגם בזה שייך לומר לא שבקת חיי לחשוד שומר.

והחוקא בפשיהם חשודים הרי ביד החשוד שלא לישא וליתן עם חבירו החשוד. משא"כ בעסק עם כל אדם בענין שמירה.

ועיקר סברת המ"מ פיון שאין חבירו יכול ליטבע ע"כ אינו נוטל שפנגדו וכמש"כ הקצה"ח בסי' צ"ב ס"ק ז'. א"כ לפ"ז אף בחשוד ש"ש טוען נאנסו ג"כ אינו משלם.

ודלא כמש"כ מתחלה לשיטת הט"ז. משום דהא העיקר תלוי פיון דאין פנגדו יכול ליטבע להמ"מ הנ"ל.

ולפ"ז י"ל דגם המ"מ ס"ל פסברת הט"ז דבטוען ששא לא אמרינן מתוך כו'. והא שכתב המ"מ להטעם דלא שבקת חיי היינו דנפ"מ מזה דגם בש"ש ושואל אינם משלמין אם טוענים נאנסו ומתה מחמת מלאכה דאף דלא שכיחא עכ"ז לא אמרינן בהו מתוך כו' פיון דאין שפנגדו נשבע.

וס"ל דלאו דווקא נקטו וטען נגנב או נאבד דה"ה בנאנסו. אבל לדינא י"ל דמודה להט"ז.

א"כ נתבאר דאין שום סתירה לשיטת הט"ז הנ"ל: ענף ז ועפ"י דברי המ"מ והקצה"ח הנ"ל יש לתרץ למה שהקשה לי רב גדול א' פבר על מש"כ הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י"ט בהא דמבואר שם דבנשבע ונוטל אם יש לו עד מסייע דפוטרו וכתב הש"ך מלבד בחשוד דאל"כ כל מי שיש לו ע"א יוציא ממון מהחשוד וכן מוכח בשבועות (דף ל"ב ע"ב) עכ"ל הש"ך.

והקשה דהא מן הגמ' הנ"ל אינו מוכח רק בע"א דאם הנתבע הוא חשוד לא מקרי כפירת ממון משום דמי ימר דמשתבע שפנגדו משום דע"א אינו פוטרו משבועה דבאמת עיקר הטעם בזה בלא"ה כמש"כ הש"ך לקמן ס"ק ל"ה וסי' צ"ב ס"ק ח' דהעד המסייע שבועה אינו יכול אותו העד לפוטרו משבועה.

וע"כ עיקר פנונת הש"ך דהוצרף לומר טעם דכ"א יוציא ממון מהחשוד. היכא דהיה החשוד ג"כ מודה מקצת ואז פשיהיה לו ע"א ג"כ יוציא ממנו בל"ש וכמש"כ הגת"י בסי' פ"ז ס"ק ה'.

א"כ קשה הא בזה אין לו הוכחה מהש"ס די"ל דלכן לא מוקי ליה הש"ס להפל מודים בכנגדו חשוד על השבועה היכא דהוי מ"מ ויש לו ע"א המסייע להתובע. די"ל דאף דפוטרו משבועה מ"מ אינו חייב הע"א ק"ש משום דיכול העד לומר לו אשתבע השתא ושקול ולא הפסדתה ממון בנודאי דהא בידה עדיון להיות נשבע ונוטל.

וקשה על הש"ך דאין זה הוכחה ברורה עכ"ל: ונלפענ"ד לתרץ עפ"י שי' המ"מ והקצה"ח דס"ל בהנה החשוד שומר דלפי דאין פנגדו יכול ליטבע ע"כ מפטר החשוד. א"כ לפ"ז נראה לדון היכא דלהתובע יש לו ע"א דפשע השומר חשוד.

דאז הדין נותן דנוטל מהחשוד שומר משום דע"א פוטרו לכנגדו משבועה. וכיון דעיקר הטעם דאינו נוטל מהחשוד שומר משום דכיון דאין יכול ליטבע ע"כ אינו נוטל וכמש"כ המ"מ וקצה"ח פנ"ל ע"כ בכה"ג דיש ע"א המסייע הנה נוטל המפקיד.

א"כ הא ה"מ הש"ס לאוקמי להא דהפל מודים בכנגדו חשוד על השבועה דמיינרי בשומר חשוד דאם הנה מעיד הע"א הנה נוטל. ועכשיו שלא העיד הפסידו ואינו יכול לומר לו אשתבע.

דקא התובע טוען שפא. ומדלא אוקי הש"ס כה"ג מוכח מזה דגם בזה אמרינן פנין דאינו נשבע ע"כ אינו נוטל מהחשוד.

דאל"כ כל מי שיש לו ע"א יוציא ממון מהחשוד שומר. וכסברת המ"מ דלא שבתת חיי כו'.

א"כ ממילא מוכח לפ"ז דה"ה במ"מ ויש להתובע ע"א המסייעו דג"כ אינו נוטל כ"ז דלא נשבע משום הך סברא. דאל"כ כל מי שיש לו ע"א יוציא ממון מהחשוד.

ושפיר הוכיח הש"ס ועפ"ז יש לעיין בדברי הנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' כ"ז וסי' ט"ז וסי' י"ז וקצרותי. וראיתי בשו"ת גבעת שאול סי' כ"ו שהקשה פן על הש"ס פנ"ל.

ולענ"ד נראה כמש"כ: ועוד יש לתרץ קושיות הג"ש הנ"ל דקא איתא בשבועות (דף ל"א) פפר א' והודה א' חייב וקשה הא יכול לומר העד הכופר דקא לא הוי כפירתו כפירת ממון דגם בלא עדותו חייב הנתבע שבועה נגד העד שהודה ומי יימר דמשתבע א"כ לא הפסדתה ממון בבירור.

ומצאתי בנתיבות סי' ר"צ ס"ק י"א שהקשה פן בשם הקצה"ח. ותרץ דכיון דגורם לממון לאו כממון דמי א"כ בלא עדותו לא הנה זכות התובע רק בשם גורם לממון משום מי יימר דמשתבע הנתבע.

ואלו העיד העד הב' הוי ממון גמור ומקרי כפירתו כפירת ממון גמור מש"ה חייב הכופר ק"ש עכ"ל הנתביבות. וכדבריו מוכח מהא שכתבו התוס' שם בשבועות ד"ה הפל מודים בעד טומאה כו' ואין העד יכול לומר בלא עדותו ע"י עדי קנוי וסתירה תשתה ותמות ויפטר בעלה מכתובתה משום דאיכא למימר שפא זכות יתלה לה ולא חשיבי אלא גורמים עכ"ל התוס'.

אלמא פנין דבלא עדותו לא הנה רק בשם גורם לממון ע"כ מיחייב ק"ש על כפירתו וה"ה בנידון הנ"ל. והא דיש לדון דלמ"ד גורם לממון כממון דמי אמאי חייב בעד טומאה אמאי אפרו הפל מודים בעד טומאה.

יש לחלק ואכמ"ל: ולפי דברי הנתביבות הנ"ל יש לתרץ קושיות הגבעת שאול הנ"ל על הש"ס. והוא דלכאורה קשה במאי דאפרו בשבועות שם דחשוד מאן אילימא דחשוד לנה מי יימר דמשתבע.

והא יכול התובע לומר להעד פנין דאתה יודע האמת דאני יכול לישבע א"כ הפסדת לי ממון ברור. בשלמא לעיל שם במשביע ע"א חייב למאן דס"ל גורם לממון כממון דמי ופי' רש"י דזה מקרי גורם לממון דרוב ב"א אינו נשבעין לשקר.

אבל פאן לא שייך הכי. וע"כ מוכח מהגמ' הנ"ל דאף היכא דזכותו הוא ע"י שישבע ויטול עכ"ז לא הוי זה רק גורם לממון.

משום דכמה אינשי פְּרָשֵׁי מְשֻׁבְּעַת אַמַּת וכמש"כ הר"נ ר"פ כל הנשבעין גבי הא דליתב להשפיר בל"ש. ולפ"ז חייב הע"א בכפירתו אף דהחשוד מודה מקצת והיה ביד התובע לישבע ולקטול אף בלא עדותו.

משום דיכול התובע לומר לו דהא אלו הודית והיית מעיד היה לי ממון גמור דהייתי נוטל בל"ש ועכשיו דלא העדת לא מקרי זכותי רק בשם גורם לממון פיון דאינו יכול לקטול רק ע"י שבועה.

וכבר נתבאר הפלל בשבועת עדות דהיכא דבלא עדותו לא הוי רק גורם לממון ואלו היה מעיד הוי ממון גמור דחייב ק"ש משום כפירת ממון. א"כ שפיר הוכיח הש"ך דמדלא אוקי הש"ס בהאי גוונא מוכח דכה"ג אינו פוטר מן שבועה.

ומצאתי בספר מיני תרגימא של הגאון ר' ישעיה פיק זצ"ל ששהוכיח מזה הסוגיא דשבועות (דף ל"ב) דאמרו שם מי יזמר דמשתבע כו' דמצוה למנוע מן שבועת אמת ג"כ. ע"ש פ' נאנתחנן סי' ו' פסוק י"ג.

אף באמת כבר מבואר זה בירושלמי שבועות פ' ו' הלכה ה' בסופו בזה"ל הדין מילתא אמרה בין זכאי בין חייב לשבועה לא תיעול וכן הוא במדרש רבה פ' ויקרא ע"ש. אלמא דמבואר בירושלמי דאף לשבועת אמת אין להכניס עצמו.

א"כ שפיר מתרץ פנ"ל קושיות הג"ש הנ"ל. ומה דיש לפלפל בסוגיא זו דהפל מודים בכנגדו חשוד על השבועה דה"מ לאוקמי בגוונא אחרוני.

באמת זה מבואר אצלי באריכות במק"א דאינו קשה ואין פאן מקום להאריך: ענף ח א"כ נתבאר דאין פאן שום סתירה כלל על סברת הט"ז דבטוען שפא לא אמרינן מתוך כו'. ובגני הרב מהו צבי הירש שיחזי' הגאב"ד דק"מ מיטאווי אמר להעיר בזה מן התוס' ב"ב (ד' ע' ע"ב) ד"ה מאן דאמר נשבע וגובה פולו כו'.

מוכח דס"ל דאף בטוען התובע טענת שפא ג"כ אמרינן מתוך כו'. דהא התוס' שם הקשו גבי שטר פיס היוצא על היתומים דאמאי פטורים היורשים נימא מתוך שאיל"מ ותיירצו דביורשים לא אמרינן מתוך כו'.

וכ"כ שם הגהות אשרי והנ"י. אלמא דלולי דהיו יורשים הוי אמרינן מתוך כו' בשבועת נאנסו אף דהתובע אינו יודע אם פשע או נאנס מידו.

א"כ מוכח מזה לכאורה דלא כהט"ז. ותיירץ דאינו ראיה כלל די"ל דהתוס' קאי התם על מה דאמרו נשבע וגובה מחצה.

א"כ הוי כמו העדאת עדים דר"ח דמחייב על מחצה המותר שד"א. ובזה שפיר קאמרי התוס' דיהיו חייבים היורשים משום מתוך כו'.

דהא אינם יכולים לישבע שבועת מב"מ והעדאת עדים כו' והתובע הא טוען פרי שלא החזיר לו. וזהו מוכרח בכוננת התוס' דהא התוס' לעיל שם סוף ד"ה סוף סוף כי אמר לי נאנסו כו' פתבו בשם ר"ת דהו שבועת נאנסו דהתם אינו רק שבועה מדרבנן משום דמה"ת אינו חייב שבועה בנאנסו בלא הודאה במקצת לשיטת ר"ת.

והא בשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך. וא"כ איך פתבו התוס' שם אח"ז בפשיטות לחייב בזה משום מתוך כו'.

וע"כ מוכח דכוננתם על שבועת העדאת עדים דר"ח פנ"ל. א"כ אינו קשה מזה על הט"ז פלל.

ועוד דהא התוס' פתבו שם דנאנסו לא טענינו א"כ בע"כ לא קאי אנאנסו עכ"ל. ויפה העיר בזה בגי' שיקנה: אבל הרמב"ן בחידושו לב"ב (דף ע') שם פתב בזה"ל ואיפא דקשנא לי' ונימא גבי יתמי דמחייבי שבועת הפקדון מתוך שאיל"מ.

ולאו מילתא היא דתני בשבועות (דף מ"ו) שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים כו' וקרא פתיב ולא בין היורשים ואף בשבועת שומרים פתיב עכ"ל הרמב"ן. הרי להדיא דהרמב"ן פתב דאף בשבועת הפקדון אמרינן מתוך כו'.

א"כ מוכח מהרמב"ן הנ"ל דלא פהט"ז דהא הרמב"ן פתב שם פן על שבועת הפקדון. וכתב שם בסה"ד הנ"ל דלא כשי' התוס' אלא ס"ל דטוענין ליתמי נאנסו והא דגובה פלו' משום דמייגרי בגדולים הפאים בטענת עצמן.

ועיין בנתיבות סי' ס"ט ס"ק י"א וקצרת: אכן לפמש"כ לעיל דהיקא דאיפא חזקת חיוב אז אמרינן מתוך כו' אף להט"ז. ושי' הרמב"ן הובא בר"נ ונ"י ושם"ק לב"מ (דף צ"ז) דס"ל למאן דאית לי' נכסי שומר מעת פשיעה נשתעבד וכדקיי"ל.

דכל שומר הוי א"י א"נ. אבל למאן דאית לי' נכסי שומר מעת משיכה נשתעבד הוי כל שומר כמו א"י א"פ.

ולפ"ז לחד לשון בכתובות (דף ל"ד) ור"פ הגוזל דרבא ס"ל נכסי שומר ממשיכה נשתעבד. א"כ אליפא דרבא הוי כל שומר בחזקת חיוב.

ומצינו לרבא דאית לי' מתוך כו' כמבואר בב"מ (דף צ"ז) ובשבועות (דף מ"ז). ושם בב"ב (דף ע') א' רבא הלכה נשבע וגובה מחצה.

א"כ לרבא גופא תקשה הא חייבין היורשים משום מתוך כו' פינן דאיפא חזקת חיוב ואז אמרינן מתוך אף בטוען שפא. [וכבר פתבתי במק"א לדון אם שיגף גבי יורשים חזקת חיוב שקהיה חל על אביהם וכמש"כ הבית מאיר בסי' קע"ח ואכמ"ל].

וע"ז תי' הרמב"ן דביוורשים ליפא מתוך כו' והוכרח לתרץ פן דיהנה א"ש לכו"ע. אבל אליפא דדינא דס"ל דכל שומר הוי א"י א"נ פנ"ל.

שפיר י"ל כהט"ז דלא אמרינן מתוך כו' בכה"ג ואין פאן שום סתירה פלל על הט"ז פנ"ל: היוצא לנו מכ"ז דבהקלל נפתב הט"ז דאם תובע טוען שפא לא אמרינן מתוך כו' אין עליו שום סתירה פלל.

וע"כ אם תובע טוען שפא בספק הלואה והנתבע משיב א"י א"נ ואיפא חד סהדא דמעיד על ההלואה דלא אמרינן בי' מתוך פינן דליפא חזקת חיוב. ואין להוציא מזהמחזק לפי דכחול לומר קים לי כהט"ז.

ודלא כהקצה"ח דכתב לסתור שי' הט"ז לגמרי. משום דבאמת אין על הט"ז שום סתירה פלל: ז (שם סעיף ט') נתחייב החשוד שבועה כו' וטען הלנה ואמר ישבע לי כו'.

וכתב הסמ"ע בס"ק כ"ח דקאי על שבועת השבע לי. אכן המל"מ פ"ב ה' טוען ה' ה' פתב לפרש דהך טען הלנה השבע לי קאי על פוגם דבחשוד פיון דלא מצי ליטבע ע"כ אין השבועה מעכב הפרעון אא"כ טען השבע לי ע"ש.

ובעיקר דין זה פבר בארתי זה לעיל בחידושיי לסי' פ"ב סעיף ח': ח (שם סעיף ט' ש"ף ס"ק י"ד) שכתב דעיקר להלכה כהי"א כו' וכן משמע לי מפי' רש"י פ' הפותב (דף פ"ה) הדיא איתתא דאיתחייבה שבועה אפכה רבא כו' וכ"כ הר"נ כו' דלא תימא דמייירי בנתחייבה שבועה על פתובתה משום דבכה"ג לא הוי אפכה רבא אשכנגדה עכ"ל.

ולקמן שם בהש"ף פתב דלכו העיקר לדינא שפיון דהשטר בידו גובה בל"ש דזהו משום דאמרו תקנתא לתקנתא לא עבדינו ומוקמינו על דין תורה. א"כ לפ"ז עדיין תקשה דאמאי לא פירשו רש"י והר"נ להך דהדיא איתתא דאיתחייבה שבועה דמייירי בנתחייבה שבועה על פתובתה דליכא למימר דמוקמינו על דין תורה דהא מצינו לרבא דס"ל פתובה דרבנן פמבואר בכתובות (דף יו"ד) דאר"נ א"ש חכמים תקנו כו' והם האמינוהו כו' א' רבא חזקה א"א טורח כו'.

הרי דס"ל לרבא פתובה דרבנן ולפ"ז הדין נותן דבחשודה דיהיה השבועה מעכב הפרעון דלא שייך בזה לומר דמוקמינו על ד"ת פיון דעיקר פתובה הוא מדרבנן לשיטת רבא. ע"כ עדיין י"ל פיון דהכא גבי האי איתתא דאיתחייבה שבועה הנה זה לפני רבא דא"ש מה דאפכה לשבועה אשכנגדה לפי שיטתו.

ותקשה עדיין על פי' רש"י והר"נ דאמאי לא פירשו פו': ובאמת מוכח מזה דרש"י והר"נ ס"ל דאף למ"ד פתובה דרבנן הדין הוא בחשודה דאף דאינה נשבעת מ"מ השבועה אינו מעכב הפרעון דגם בזה שייך לומר דמוקמינו אדינא לאחר שתקנו חז"ל לחוב פתובה א"כ פל דתקונו רבנן פדאורייתא תקנו.

וכעין זה מצינו במה דאמרינו בכמה דוכתי דבקים שטרות אקילו רבנן אף דשיטת הרמב"ם ידוע דס"ל דעיקר שטר אינו רק מדרבנן פמבואר בח"מ סי' כ"ח דמה"ת אמרינו מפיהם ולא מפי כתבם.

וע"כ מוכח דאמרינו דכיון דכבר תקנו חז"ל להכשיר השטר א"כ דינו פדאורייתא וכמש"כ הקצה"ח בסי' מ"ו ס"ק ה' בשם המהרי"ק סי' מ"ע ש. וכעין זה מצינו ביבמות (דף קכ"א ע"ב) דהוא דנהה קאמר מאן איכא בי חסא טבע חסא ואינסבא דלא מפקינו מיני' וכמבואר באה"ע סי' י"ז סעיף ל"ד דאפילו בא"י מסל"ת האומר טבע פ' ונישאת ע"פ לא תצא דהפל הוא מה"ט דלאחר שתקנו חז"ל להאמין במסל"ת א"כ דינו פדאורייתא ומוקמינו בדיעבד אדאורייתא וה"ה בנ"ד.

והש"ף בח"מ סי' פ"ב ס"ק י"ט פתב לתרץ סתירות המחבר מהתם לאה"ע סי' צ"ו סעיף י"ב דבכתובה פיון דאינו רק מדרבנן הלכך הם אמרו והם אמרו דלא תפרע אלא בשבועה וע"כ בחשודה אוקמה על דאורייתא ולית לה פתובה עכ"ל.

וכ"כ הט"ז באה"ע סי' צ"ו ס"ק ט"ו לחלק פו. [ובט"ז לח"מ סי' פ"ב סעיף ח' כתב חילוק אחר].

ואף דהש"ף ס"ל לחלק בין חוב פתובה לחוב הלואה בתשועה מ"מ מן רש"י והר"נ הנ"ל מוכח לפי מה דפירש הש"ף בכוננתם דיספרו דלא לחלק בזה בין פתובה להלואה. רק הש"ף לנפשי' ס"ל לחלק ביניהם בכוננת הש"ע דלא יספרו אהדדי: אף בעיקר ראיות הש"ף מן מה דלא פירשו רש"י והר"נ שם לההיא איתתא דאתחייבה בשוועה דמיירי בתובעת פתובה דהוכיח מזה דס"ל דבתשועה אין השוועה מעפכת הפרעון.

דינש לומר דאין זה ראיה לפי מה דנתבאר דרבא ס"ל פתובה דרבנן א"כ מה"ט היו מוכרחים רש"י והר"נ לפירש שם דמיירי שיהיה אדם תובעה ממון משום דאי נימא דמיירי בתובעת פתובה א"כ תקשה במה דאמרו שם בהך סוגיא דזימנין הו"י יתבי קמי' דרבא ר"פ ורב אדא אייתי ההוא שטרך גבי' א"ל ר"פ ידענא בי' דשטרך פריעא הוא כו' א"ל רב אדא ולא יתא ר"פ כבת ר"ח כו'.

ואי נימא דהך איתתא דאיחייבא בשוועה הנה זה בתובעת פתובה א"כ לפ"ז תקשה דאיך הקשה לי' רב אדא בפשיטות ולא יתא ר"פ כבת ר"ח. הא י"ל דמה דדן רבא להך קים לי זהו דוקא גבי פתובה לפי שיטתו דפתובה דרבנן ע"כ דייגינן ע"פ קים לי להפקיע זכות פתובה ומגלן בחוב דאורייתא למידן הך קים לי.

וכמו דמציינו דאמרו מה"ט בכתובות (דף יו"ד) חכמים תקנו כו' ולכן נאמן לומר פ"פ מצאתי. וכמו דמחלק הט"ז והש"ף באמת בין חוב פתובה לחוב הלואה בענין חשוד פנ"ל.

ואף די"ל דרבא דהשיב לרב אדא בת ר"ח קים לי בגוה כו' דהנה יודע הדין לפי דעתו דס"ל לדון להך קים לי אף בדאורייתא. מ"מ תקשה איך הקשה רב אדא כ"כ בפשיטות לרבא פו.

וע"כ הוכרחו רש"י והר"נ לפירש דמיירי הך עובדא דההיא איתתא כו' שיהיה אדם תובעה ממון כו' וע"כ שפיר הקשה רב אדא לרבא פו פו י"ל בכוננתם. וידעתי מה דינש לדון בכ"ז לפי מש"כ הפני יהושע לגיטין (דף ל"ה) בגמ' בד"ה אי משום הא מאי איריא כו' בסה"ד דהיא דכתב לה פתובה י"ל דלכ"ע פתובה דאורייתא וכעין זה ראיתי בשו"ת טור האבן סי' י"ח בד"ה ומכאן יבואר דלא כמ"ש הש"ף הך כו' ע"ש אבל באמת אין הדין פו וכדמוכח באה"ע סי' ס"ח גבי האומר פ"פ דכתבו לחלק דדוקא בעיקר פתובה נאמן ולא על התוס' דמשמע דבעיקר פתובה אף בכתב לה ג"כ נאמן משום דדינו פדרבנן משום דלא כתב לה רק מצד מה דחייבוהו רבנן [ועיין בב"ב (דף קע"ה ע"א) בתוס' ד"ה ורבי ושמואל כו' וקצתתי].

וכן מוכח בכמה דוכתי ואכמ"ל. וכן ידעתי מה די"ל הך דה"מ לפירש דמיירי באשה התובעת תוספת פתובה אבל אין זה במשמע בדברי הש"ף.

כ"ז פתבתי מקבר: וכעת ראיתי די"ל בפשיטות במה שכתבו רש"י והר"נ הך לפירש דמיירי שיהיה אדם תובעה ממון והיא כופרת משום דאי נימא דמיירי בתובעת פתובה תקשה כפי שיבואר.

והוא דלכאורה יש להקשות בהסוגיא דכתובות שם אח"ז דאר"פ השתא דאמרת קים לי בגנוה מילתא היא כו' מרענא שטרא אפומיה ופי' רש"י דלא אנדקק לגבות באותו השטר ולא קרענא לי'.

וניש להקשות דאמאי בעובדא קמייתא דהיא איתתא דאיחייבה שבועה דע"י קים לי אפכה רבא לשבועה אפנגדה. א"כ ה"ה בהך בתרייתא דשם ה"ל ג"כ למיפסק דישיבע הנתבע.

וראיתי בפני יהושע שכתב דאפשר דלא שייך לפסוק שבועה בכה"ג פיון דעד מסייע פוטר עכ"ל. אף זה אי אפשר לומר בשיטת רש"י דהא משמע בריש ב"מ במה דפי' רש"י שם בכוננת הגמ' ולחזי וזוי ממאן נקט דס"ל דאין עד מסייע פוטר משבועה ודלא כמש"כ התוס' והרא"ש שם.

וע"כ העיקר כמש"כ הפני יהושע דעיקר הסברא דמרענא שטרא אפומיה דלא קרעינו ולא גבינו משום דכיין דהדיין רואה פי הוא דין מרומה לא ינדקק לו כמבואר בס"ט"ו. א"כ במי שפא לתבוע בשטר שיש לומר שם קים לי כו' דשטרא פריעא הוא ע"כ לא ינדקק הדיין לו אלא יסתלק משא"כ בעובדא דהיא איתתא דאיחייבה כו' שהיה אדם תובעוה כו'.

לא שייך לומר התם דיסתלק הדיין דא"כ יהיה חוטא נשפר ע"כ ננדקק ואפכה לשבועה אפנגדה כן הוא קוטב דברי הפני יהושע שם: ולפ"ז מוכרח רש"י והר"נ לפרש דמייירי שהיה אדם תובעוה ממון משום דאי נימא דמייירי בתובעת פתובה א"כ תקשה דה"ל לרבא לדון גם בזה דלא גבינו ולא קרעינו וכמו בהך דמרענא שטרא אפומי' לפי' רש"י דהא מוכח שם דאף היכא שהיה יכול הדיין לדון שישבע הנתבע אפ"ה דנו דמרענא שטרא כו'.

א"כ ה"ה אי נימא דמייירי בתובעת פתובה תקשה דה"ל לפסוק דיסתלק הדיין ולא גבינו ולא קרעינו וע"כ פירשו דמייירי שהיה אדם תובעוה ממון דאז א"ש מה דלא אמרו מרענא הפתובה כו'.

ולכאורה אפשר לחלק דדוקא היכא ששייך לדון הך קים לי בגנוה ע"י עדותו דשטרא פריעא הוא בזה מצינו דדנו דמרענא שטרא ואף דזהו הפסד גדול להתובע מ"מ פיון דנראה ע"פ אומדן דעתו של הדיין דהשטר הוא פרוע ע"כ יש בלח הדיין לומר מרענא ולא ינדקק להגבות משא"כ בהך עובדא דהיא איתתא דאיחייבא שבועה דאמרה בת ר"ח ידענא בה דחשודה אשבועה.

דכיין דבגוף הענין לא אמרה פלום רק הריעותא הוא ע"י מה דקשה להם ליתן לה שבועה ע"כ אפשר לומר דבכה"ג אין כח ביד הדיין להסתלק דהא עי"ז יהיה פסידא להאשה ולכן דנו להפוך השבועה על פנגדה דזהו יותר טוב להאשה כן היה מקום לחלק: אבל באמת זה אינו דהא מצינו בגיטין (דף ל"ה) דרב לא מגבי פתובה לארמלתא בשביל שהיו חשודות בעיניו לעבור על השבועה וכמבואר שם בכולי סוגיא.

הרי דמצינו דבשביל שהיה בחשד בעלמא על השבועה דלא היו נזקקין להגבותה פתובה. א"כ כש"כ היכא דנחשדת בפרט כמוהא דאמרה בת ר"ח ידענא בה דחשודה

אשבועה דנונדאי הנה הדין בזה דלא ינדקו להגבות פתובתה כמו דמצינו בהה דגיטין דאף דלא נחשבת בהפרט רק היו בכלל נחשדות דלא מגבינו פתובה דהטעם הוא דכיון דהשבועה מעפב הפרעון ביתומים לכ"ע וכמבואר בסעי' י"ב הקא וכמש"כ הרא"ש בשבועות פ"ז סי' ט"ו בסופו ע"ש.

ע"כ ה"ה אי נימא פשיטת הסוכרים דבכל שבועה הדין הוא דחשוד שהוציא שטר דאינו גובה בו א"כ הנה הדין נותן לדון בכה"ג ע"י הה קים לי דהיא חשודה דידונו לומר מרענא הפתובה ולא ינדקו להגבות הפתובה.

ואין לומר דשאני בהא דגיטין בארמלתא דלא שייך התם להפך השבועה על שפנגדו משא"כ בגרושה שיש להפך השבועה על בעלה. דז"א דהא מצינו דהיכא דיש לומר מרענא שטרא לא דיינינו להפך השבועה על פנגדו וכדאמרו בהה דמרענא שטרא ע"י הה קים לי כנ"ל.

א"כ ממילא ה"ה היכא שפחשדת על השבועה דמצינו דלא הנה מגבי פתובה בכה"ג ע"כ הנה להם לדון גם בזה דמרענא הפתובה. ולכן מדחזינו דנדקו ודנו להפך השבועה אשפנגדה מזה הוכיח רש"י לפרש דהה עובדא הנה דהנה אדם תובעה ממון כו' ע"כ הנה דן שפיר להפך השבועה ע"י הה קים לי כו'.

ואין לומר לפי שיטת רש"י בפירושו להא דמרענא שטרא כו' דלכן לא הנה באפשרי לדון בזה דמרענא הפתובה ולא ינדקו להגבותה דשמא תבא לב"ד אחר דלא ידעו מן עדות של בת ר"ח ויתנו לה שבועה על הפתובה ויהיה חשש איסור של שבועת שקר.

דז"א דא"כ תקשה במה דאמרו דמרענא שטרא אפומיה דפי' ג"כ השמ"ק בכתובות שם לשיטת רש"י בפירושו למרענא שטרא דיהנה יכול לבוא לב"ד אחר דלא ידעו מזה ויגבוהו. דהא ג"כ יכול לבא לידי שבועת שקר דהא אם יטעון הלנה השבע לי על השטר הדין הוא דמשבעינן לי' א"כ ג"כ יהנה חשש לשבועת שקר פינן דיש עד המעיד דשטרא פריע הוא והנה קים להו בגוניה.

וע"כ מוכח דלא חיישינן לזה א"כ ה"ה בזה ג"כ. ולכן שפיר פתבתי לבאר דהנה החרת לרש"י והר"נ לפרש דלא מיירי בתובעת פתובה רק דהנה אדם תובעה ממון כו'.

ולכן אין החרת לדברי הש"ך בהוכחתו מן רש"י והר"נ. ועדיין י"ל דגם רש"י והר"נ סברו פשיטת הסוכרים דחשוד דאפיק שטרא דלא יגבה פן נלע"ד לדון בזה.

ועיין לעיל בסי' פ"ב סעיף ח' בחידושי שם: ט (שם סעיף י"ב) החשוד על השבועה ומוציא שטר על היתומים פינן שאין נפרעין מיתומים אלא בשבועה והוא א"י לישבע יפסיד. מקורו הוא מן הרא"ש פ"ז דשבועות סי' ט"ו שהביא ראיה לזה מגיטין (דף ל"ה) דרב לא מגבי פתובה לארמלתא וכ"כ בחי' הרשב"א לשבועות (דף מ"ח) והר"נ ספ"ז דשבועות דחשוד הבא ליפרע מיתומים אין לו פלום והיינו דרב ושמואל וראייתם מהא דרב לא מגבי פתובה לארמלתא ע"ש: ענף א והיכא דתפס החשוד מן היתומים מצינו זה בפירושלמי גיטין פ"ד ה"ג עלה דאי' במשנה שם דנמנעו מלהשביעה רב אמר לכלתי אילולא דאנא ונתרן אפילו קליוסותי דעל רישיה דידי הוא שמואל אמר זכתה בפלים שפלי'.

ופי' הקרבן העדה דהייתי נוטל ממך שהוא שלי דרב לא מגבי כתובה לארמלתא משום דנמנעו מלהשביעה כו'. הרי דאמרו גבי חשוד המוציא שטר על יתומים דאף היכא דהוי תפוס ג"כ מוציאין ממנו כיון דלא מגבינו כתובה לארמלתא ולא מהני בי' תפיסה.

א"כ לפ"ז ה"ה בכל חשוד שהוציא שטר על יתומים אף אם הוי תפוס ג"כ לא מהני ומוציאין ממנו כיון דהמקור לזה הוא מן הא דרב לא מגבי כתובה כו' פן יש לדון לכאורה. אף לדינא אינו פן דהא עיקר הטעם בחשוד שהוציא שטר על היתומים דאינו גובה אף דקיי"ל בשארי שבועות בחשוד דאפיק שטרא דאין השבועה מעכב הפרעון כמבואר לעיל סעיף ט' ובש"ף ס"ק י"ד מ"מ שבועת יתומים שאני וכמש"כ הט"ז והסמ"ע והרא"ש והרשב"א והר"נ והטור פנ"ל.

ומבואר בסי' ק"ח סעיף י"א דאם קדמו יורשי המלנה ותפסו אין מוציאין משום דאמרו בשבועות (דף מ"ח) דיינא דעבד כר' אלעזר עבד. וכיון דאמרו פן גבי הך דא"א מוריש שבועה כו' א"כ ה"ה בחשוד דאפיק שטרא דהמקור הוא מהך דא"א מוריש כו' ע"כ הדין נותן דמהני תפיסה.

והא דאמרו בירושלמי הנ"ל דצריכה להחזיר אף מה שתפסה אין זה ראיה לדינא משום דהא רב אמר שם פן וי"ל דרב לשיטתיה דס"ל דהלכה ברורה לדינא דא"א מוריש כו' ואינו גובה ואין בזה שום ספק כלל וכמבואר בשבועות שם ע"כ אמר רב דצריכה להחזיר אף מה שתפסה כיון דאינה יכולה לישבע שבועת היתומים.

אבל לדינא דמסקינן בשבועות שם דבעיקר הך דינא דא"א מוריש פליגי רב ושמואל עם ר"א ואמרו דהאי דיינא דעבד כר"א עבד וע"כ מהני תפיסה מה"ט. א"כ ה"ה בחשוד דאפיק שטרא על יתומים דהמקור הוא משום דהוי ספיקא ומהני תפיסה.

ועיין באה"ע סי' צ"ו סעיף א' ברמ"א שם ובאו"ת פאן. והיכא דבא החשוד להב"ד לתבוע מן היתומים ומסר השטר לב"ד ופקדו שלא לגבות בו דמבואר בח"מ סי' ק"ח סעיף י"א דקורעין ב"ד את השטר וכמו שהביא שם בשם הטור וכמבואר בהרא"ש לשבועות (דף מ"ח) דה"ה הך פן: שוב ראיתי דיש עדיין לדון בזה והוא דאמרו בגיטין (דף ל"ד ע"ב) במשנה אין אלמנה נפרעת כו' נמנעו מלהשביעה כו' ופי' רש"י והיתה מפסדת הכתובה.

הרי דמבואר במשנה דחשוד הבא ליפרע מיתומים אינו גובה ותקשה על ר' אלעזר דס"ל דאף במת לנה בחיי מלנה נוטלין היתומים ופליגי על רב ושמואל כמבואר בשבועות (דף מ"ח) וכיון דס"ל לר"א דאין השבועה מעכבת הפרעון אף בשבועת היתומים א"כ תקשה עליו מהך משנה דגיטין דאמרו דכיון דנמנעו מלהשביעה היתה מפסדת הכתובה.

הרי דשבועת היתומים מעכב הפרעון ומוכח מזה דחשוד גרע ממת דמפסיד ע"י פשיעתו ואף ר"א מודה דשבועתו מעכב הפרעון. ולפ"ז הדין נותן דחשוד דמוציא שטר על היתומים דלא מהני תפיסתו בזה דלא שייך לדון בזה דדיינא דעבד כר"א עבד.

דהא אף ר"א מודה בחשוד דאינו גובה כדמוכח מהך משנה דנמנעו להשביעה והיתה מפסדת הכתובה. אכן זה אינו לפי מש"כ הש"ף לעיל בס"ק י"ד דאין סברא לחלק בין חשוד למת והביא ראיות לזה ע"ש.

ולפ"ז תקשה עדיין על ר"א מהמשנה דנמנעו להשביעה והיתה מפסדת הפתובה. ואפשר לומר דשאני פתובה וכמש"כ הש"ך בסימן פ"ב ס"ק י"ט לחלק דשאני פתובה דרבנן הם אמרו והם אמרו לא תפרע אלא בשבועה ובחשודה אוקמי אדאורייתא כו' וכ"כ הט"ז באה"ע סי' צ"ו סעיף י"ב לחלק מה"ט בין פתובה לבע"ח ע"ש.

לכן אתי שפיר הא דנמנעו להשביעה והיתה מפסדת הפתובה אף לר"א דח"ל דבמת המלנה גובין היתומים מן היתומים דז"א רק בבע"ח אבל בפתובה דאינו רק מדרבנן ע"כ מפסדת הפתובה היכא דהיא חשודה ואינה יכולה ליטבע ואינו קשה מהמשנה על ר"א: אבל באמת דוחק לומר דהמשנה דגיטין דנמנעו להשביעה יתיה אתי רק כמ"ד דפתובה דרבנן.

וגם יש להוכיח לכאורה דר' אלעזר דמזירינו אליביה דס"ל לר"א פתובה דאורייתא. דבכתובות (דף ט) אמר ר' אלעזר האומר פ"פ מצאתי נאמן לאוסרה ופי' רש"י דלהפסיד פתובה אינו מהימן.

ועיין בתוס' שם ע"ב ד"ה נאמן להפסידה כו' וסיקמו דבירושלמי משמע דלר"א א"נ להפסיד פתובה זהו משום דס"ל פתובה דאורייתא משום דאם פתובה דרבנן בנודאי מהימן כמבואר שם לקמן (דף י') דאמר ר"נ כו' חכמים תקנו כו' והם האמינוהו כו'.

ואין לנו להרבות במחלוקת לומר דאף דס"ל פתובה דרבנן עכ"ז ס"ל דלא מהימן להפסיד הפתובה משום דלית ליה להחזקה א"א טורח כו'. דז"א משום דאפושאי פלוגתא לא מפשינן וע"כ פשטיות הענין מורה דר"א דס"ל דא"נ להפסיד פתובה דס"ל פתובה מה"ת.

ע"כ אין סברא לומר אליבא דר"א דהך סתם משנה דגיטין יתיה ס"ל פתובה דרבנן דלא אליבא דהלכתא לר"א לשיטתו: ועוד יש להוכיח דהך משנה דגיטין דנמנעו להשביעה התקין ר"ג שתהא נודרת ליתומים.

ובפירוש המשניות להרמב"ם שם מבואר דהיה גורס התקין רשב"ג כו'. ומצינו בכתובות (דף יו"ד) דאמרו בשם רשב"ג דס"ל פתובה מה"ת ומקשו ומי אמר רשב"ג הכי כו' איפוך כו' דתנו רשב"ג אומר נותן לה ממעות קפוטקיא.

וכ"כ הרמב"ם בפ"ה המשניות סוף פתובות דס"ל לרשב"ג פתובה דאורייתא. וכן אי' בירושלמי לגיטין פ"ד ה"ג דגרסי במשנה דהתקין רשב"ג שתהא נודרת ליתומים וזהו פגירת הרמב"ם פנ"ל.

וידעתי מה דמבואר בירושלמי סוף פתובות דרבנן רשב"ג ס"ל פתובה דרבנן וזהו דלא פשיטת הש"ס דילן בכתובות פנ"ל. אכן מן מה דגרס הרמב"ם דהתקין רשב"ג וכן כתב בסוף פתובות דרבנן רשב"ג ס"ל פתובה דאורייתא פנ"ל.

ע"כ אין סברא לומר דהך משנה דגיטין ס"ל פתובה דרבנן דהא רשב"ג אמר שם פן ולרשב"ג דס"ל פתובה דאורייתא תקשה עדיין על ר"א דס"ל גם בשבועת יתומים דאין השבועה מעכב הפרעון א"כ ה"ה בחשוד לא תהא השבועה מעכבת פרעון הפתובה דהגוי מה"ת.

ואין לחלק בין חשוד למת וכמש"כ הש"ף לעיל דאין לחלק ביניהם פנ"ל. ועוד י"ל דמה שפתי לעיל לחלק דשאני חשוד דמפסיד ע"י פשיעתו דהוי חשוד.

דז"א שייך אלא במי שהוא חשוד ונדאי אבל בהנה נשים דעלמא דנמנעו להשביעה דלא נתברר שהיא חשודה רק דחשו שמא היא חשודה על השבועה ויהיה חילול ד' ע"כ לא שייך לומר בכה"ג דגריע זכותה דהיא פושעת דהא לא נתברר זה.

אך בלא"ה הא נתבאר בשם הש"ף דאין לחלק בין חשוד למת. וכן אין סברא לומר דחשוד גרע ממת משום דבמת הא נשבעין היורשים עכ"פ לשבועה שלא פקדנו משא"כ בחשוד דאין שם שום שבועה כלל.

דגם ז"א פדמוכח מן הש"ף הנ"ל דאינו מחלק בין חשוד למת גם מה"ט. לכן תקשה מהמשנה דגיטין על ר"א פנ"ל.

וזולת כל זה הנה בעיקר דברי הש"ף דמחלק בין בע"ח לכתובה כבר הקשה ע"ז הקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק ה' וסתר זה ע"ש: לכן נלע"ד לומר דבאמת אין הכרח מן המשנה דגיטין לדון דחשוד דאפיק שטר אפסיד משום דיש לפרש למה דאמרו ונמנעו להשביעה דהפוננה הוא ונמנעו להשביעה והיתה גובה כתובה בל"ש.

ואח"ז התקין ר"ג שתהא נודרת ליתומים וגובה כתובה. הפוננה הוא דתיקו דדוקא בנודרת תגבה כתובה וכשלא תהיה נודרת לא תגבה הכתובה.

ומה דפירש רש"י שם וכן כתב הר"ן לגיטין שם וכ"כ הרע"ב לפירוש המשניות לגיטין שם דנמנעו להשביעה והיתה מפסדת הכתובה. זהו משום דקיי"ל לדינא פרב ושמואל דשבועת היתומים מעכב הפרעון שלא להוציא מן היתומים ע"כ פירשו הכא דנמנעו להשביעה דהיתה מפסדת הכתובה.

אבל ר"א דס"ל דשבועת היתומים אין מעכב הפרעון ע"כ יפרש להמשנה דנמנעו להשביעה והיתה גובה הכתובה וזהו מוכרח דאל"כ תקשה מן המשנה דגיטין על ר"א: וכן מוכח מן ה"א ש"ש לשבועות פ"ז ה' ט"ו שכתב להוכיח דחשוד שהוציא שטר על היתומים אינו גובה מהא דגיטין (דף ל"ה) דרב לא מגבי כתובה לארמלתא.

וכ"כ הר"ן לשבועות בפ"ז ראיה זו ע"ש. וכ"כ הרשב"א בחי' לשבועות (דף מ"ח) ראיה זו.

ואי נימא דאין שום סברא לפרש להמשנה דגיטין (דף ל"ד) דנמנעו להשביעה דהיתה גובה הכתובה אלא כמו דפירש רש"י דהיתה מפסדת הכתובה. א"כ ל"ל לה"א ש והרשב"א והר"ן להביא ראיה דשבועת יתומים מעכב הפרעון בחשוד מן ה"א דגיטין (דף ל"ה) דאמרו דרב לא מגבי כתובה לארמלתא.

יותר ה"ל להוכיח פן מן משנה דהתם דמפורש שם דכיון דנמנעו להשביעה היתה מפסדת הכתובה הרי דשבועת היתומים מעכב גבי חשוד. ומדחזינו דלא הוכיחו פן מהמשנה דגיטין שם רק הוכיחו פן ממימרא דרב לא מגבי כתובה לארמלתא.

מוכח מזה דבאמת אין הכרח לפרש להמשנה דגיטין דהיתה מפסדת הפתובה דיש מקום לפרש דהיתה גובה הפתובה אף דנמנעו להשביעה ע"כ הוכרחו להוכיח פן מהו מימרא דרב כו'.

ונהו ראיה ברורה לכל מש"כ בעז"ה: ענף ב שוב ראיתי דיש עדיין לדון בראיה זו דהנה הש"ך בסי' פ"ב ס"ק י"ט והט"ז באה"ע סי' צ"ו סעי' י"ב כתבו לחלק בין בע"ח לפתובה דהוי מדרבנן וכמש"כ לעיל בשמם.

והקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק ה' הקשה עליהם מן הרא"ש לשבועות פ"ז הנ"ל שהביא ראיה דחשוד שהוציא שטר על היתומים אינו גובה מהא דרב לא מגבי פתובה לארמלתא הרי דלא מחלקינן בין פתובה לבע"ח ומכח זה סתם דבריהם בהחילוק הזה.

ולענ"ד נראה דאינו קשה מזה על הש"ך והט"ז לפי דמוכח מן הרא"ש לפתובות פ"א סי' י"ט דס"ל להרא"ש שם דרב ס"ל לפתובה דאורייתא דהנה כתב שם דרב דס"ל הלכה כר"א וכיין דס"ל לר"א כר"ע דדרש אשך לא אנרסה לג"ש כו' א"כ מוכח דס"ל לפתובה דאורייתא וכ"כ הרא"ש בע"ג פ"א סי' ז' דס"ל לרב פתובה דאורייתא ועיין בפלפלא חריפתא שם.

[וכן יש להוכיח מן סנהדרין (דף כ"א) דאמר רב פלגשים בלא פתובה נשים בפתובה כו' והובא זה ברש"י על החומש חיי שרה פ' כ"ה ועיין ברמב"ן על התורה שם שכתב על גירסת רש"י שם דאי פתובה דרבנן אין לחלק בזה.

ויש לדון בזה טובא]. א"כ לפי מה דס"ל להרא"ש בשיטת רב דס"ל לפתובה דאורייתא ע"כ שפיר כתב הרא"ש להוכיח מהו דרב לא מגבי פתובה לארמלתא דאף דכתובה דאורייתא עכ"ז לא מגבי בחשודה א"כ ה"ה בחשוד שהוציא שטר ומתורץ קושיות הקצה"ח: ולפ"ז י"ל דמה"ט לא הביא הרא"ש וסייעתו ההוכחה לזה מן המשנה דנמנעו להשביעה והיתה מפסדת.

משום די"ל דהו משנה ס"ל לפתובה דרבנן ולכן עדיין יש לחלק דשט"ח שאני וכעין חילוק של הש"ך והט"ז לכן הביא הראיה מן הא דרב לא מגבי פתובה והא רב ס"ל לפתובה דאורייתא וכפי שיטת הרא"ש פנ"ל נאפ"ה ס"ל דשבועת היתומים מעכב הפרעון א"כ ה"ה בשט"ח דאין החשוד גובה.

ולפ"ז נסתם ראיתי שהוכחתי מן הרא"ש וסייעתו דלא הביאו להוכיח פן מן המשנה דנמנעו להשביעה והוכחתי מזה דיש מקום לפרש להו דנמנעו להשביעה דעכ"ז היתה גובה פתובתה.

דלפי מש"כ אין הכרח לזה משום די"ל דרצו להוכיח פן אף למ"ד דכתובה מה"ת: אכן באמת זה אינו דכבר פתבתי לעיל דאין סברא לומר דהו משנה דנמנעו להשביעה והנה אתי רק כמ"ד דכתובה דרבנן.

ובלא"ה העיקר כמו שכתבתי אליבא דר' אלעזר דשבועות דיפרש להו דנמנעו להשביעה דעכ"ז היתה גובה פתובתה וכמש"כ לעיל: נחזור לענינינו דלפי מה שהבאתי לעיל בשם הש"ך ס"ק י"ד דאין לחלק בין חשוד למת וכמש"כ הש"ך שם פן בשם הר"נ דלפ"ז

מוכח לדון דלר' אלעזר דס"ל דבמת גובין היתומים מן היתומים ופליג על רב ושמואל
במה דס"ל א"א מוריש שבועה כו'.

וכיין דקיי"ל במת מלנה דאם תפס מועיל תפיסתו דהאי דיינא דעבד כר"א עבד א"כ
ממילא מה"ט ה"ה בחשוד שהוציא שטר על יתומים דאף דאמרו הכא דמפסיד דעל פל
זה אם תפס החשוד אין מוציאין ממנו וכמש"כ לעיל: ואחר כותבי כ"ז מצאתי להפלאה
על פתובות בק"א סי' צ"ו ס"ק ב' שפתב ג"כ להעיר בחשוד שהוציא שטר על היתומים
אם מהני תפיסה כמו בהך דח"מ סי' ק"ח גבי מת מלנה דאם תפסו היתומים מן היתומים
מהני תפיסה או יש לחלק דחשוד גרע ממת משום דבחשוד אף ר"א מודה כדמוכח
ממשנה דגיטין (דף ל"ד) דנמנעו להשביעה והביא פן בשם הפני יהושע לגיטין (דף ל"ד)
דכתב דפשוט המשנה דנמנעו כו' מוכח דהיתה מפסדת הפתובה ע"כ י"ל דלא מהני תפיסה
כו'.

מיהו י"ל דכיין דקיי"ל בשבועה דרבנן שאם תפס ואינו רוצה לישבע אין מוציאין מיִדו
א"כ ה"נ י"ל פן בחשוד וצ"ע עכ"ל להפלאה. וכן ראיתי להפני יהושע לגיטין (דף ל"ד)
בד"ה אין אלמנה נפרעת כו' שהעלה דאף ר"א דשבועות מודה בחשוד כו' והביא דברי
הש"ך בסי' פ"ב דמחלק בין פתובה דרבנן לבע"ח וסברתו דשאני חשוד דמפסיד ע"י
פשיעתו וכן שם (דף ל"ה) אי משום ה"א מאי איריא כו' סתר דברי הש"ך הג"ל מן
הרא"ש לשבועות וכמו שהביא הקצה"ח בשם הפ"י.

אכן כפר פתבתי דמשנה דגיטין דנמנעו להשביעה לא שייך לומר דתפסיד ע"י פשיעתה
דהא לא הני חשודה בנודאי. וכן פתבתי לתרץ קושיות הקצה"ח והפ"י מעל הש"ך הג"ל.

ובעיקר דברי הפ"י וההפלאה דכתבו דמן המשנה דגיטין מוכח דבחשוד כ"ע מודו
דשבועת יתומים מעכב הפרעון. כפר פתבתי להוכיח מן הרא"ש והרשב"א והר"נ מדלא
הביאו הראיה מן המשנה דגיטין הג"ל דמוכח דאין הכרח כ"כ לפרש להמשנה דהיתה
מפסדת כו' פנ"ל: ומה שפתב להפלאה דכיין דבתפס ואינו רוצה לישבע אין מוציאין
מיִדו דה"ה בחשוד מהני תפיסה מה"ט.

הנה זה אינו ברור לדעתי דא"כ ל"ל לומר בשבועות (דף מ"ח) דהאי דיינא דעבד כר"א
עבד ומה"ט מהני תפיסה כמבואר בסי' ק"ח ובסי' כ"ה בש"ך ס"ק ב'. ה"א אף לרב
ושמואל הדין פן דאם תפס ואינו נשבע אין מוציאין ממנו וכמש"כ הרא"ש לב"ב פ"ג
סי' י"ח משום דבדרבנן לא נחתינן לנכסיו ואף בשבועת יתומים פתב פן הרא"ש שם
וכ"כ הטור בסי' ק"ח והובא כ"ז בש"ך סי' פ"ב ס"ק י"ז.

וע"כ מוכח דאף דאם תפס מן היתומים מועיל תפיסה ואין מוציאין ממנו עכ"ז ה"א ענשינן
לי עד דמשתבע וכמש"כ הרא"ש והטור והש"ך שם ולכן אתו עלה משום דהאי דיינא
דעבד כר"א עבד דלא ענשינן לי פלל.

ולכן עדיין יש לדון ולהסתפק אם מועיל תפיסה בחשוד שיש לו שטר על היתומים לענין
אם ענשינן ליה או לא. ועיין בסעיף י"א ובסמ"ע ס"ק ל"מ"ד.

ועוד דהא פתב הסמ"ע בסי' פ"ז ס"ק כ"ב דהא דמועיל תפיסה באינו רוצה לישבע וזהו
דוקא בתפס מעות אבל בתפס מטלטלין לא וכ"כ הש"ך שם ס"ק כ"ד בשם הר"נ והמחבר

באה"ע סי' צ"ו. א"כ לפ"ז יש עדיין לדון להספק הנה בחשוד שהוציא שטר אם תפס מטלטלין.

ועיין בספרי נחל יצחק סי' א' סעיף א' ענף א' מזה. והעיקר דאף בחשוד שהוציא שטר על יתומים מועיל תפיסה אף בתפס מטלטלין וכמש"כ לעיל דאף בחשוד שינה לומר האי דינא דעבד כר"א עבד כו'.

וגם ההפלאה הניח זה בצ"ע מטעם אחר ואף שכתבתי דטעמו אינו ברור אכן ע"פ הסברא שהעלתי נלע"ד ברור דמועיל תפיסה: סימן צג א 9 סעיף א') אלו נשבעין בטענת שמה השותפים כו'.

והנתיבות ס"ק א' כתב דדוקא בטענת שמה נשבעין אבל בטענת פרי כיון שיש להנתיב חזקה א"א מעיזו אינו יכול להשביעו שבועה חמורה רק שבועת היסוד אם לא שיש לו עליו שבועת השותפות מפי טענות שמה יכול לגלגל ג"כ אטענת פרי כמבואר בסעיף י"ב עכ"ל.

וכן מבואר ברמב"ם פ' יו"ד ה' השותפין ה' א' דעל טענת פרי אין שותף נשבע שבועה בנק"ח א"כ מגלגל על שבועת השותפות וכמבואר בסעיף י"ב הנ"ל. ומן לשון הטור שכתב אלו נשבעין בטענת שמה אע"פ שאינו טוענו ודאי כו'.

משמע דס"ל דבטוענו פרי כש"כ דאיכא עליו שבועת השותפות. אכן כיון דהטור סעיף י"ט הביא ג"כ לשון הרמב"ם הנ"ל א"כ חזינו דס"ל ג"כ דעל טענת פרי אין להשביע שבועת השותפות אלא ש"ה וכמש"כ הנתיבות.

בע"כ מוכח לומר בכוננת הטור דכתב אע"פ שאינו טוענו ודאי דקאי לשיטת הסוברים דבעי הודאה במקצת וכמש"כ הסמ"ע ס"ק זיין ולפ"ז אם טוענו ודאי חייב שד"א לכן כתב בלשון אע"פ כו': אכן במרדכי פ' כל הנשבעין משמע דס"ל דאף בטענת פרי חייב שבועת השותפין ונ"ל תשובת מור"ם ומה שטען ראובן שהלוה לשמעון ממעות השותפין מ' ליטרא ולא פרעו עדיין ושמעון משיבו שפרעו ישבע שפרעו ויפטר כו' דשותפין נשבעין אפי' שלא בטענת פרי פדתנו אלו נשבעין שלא בטענה השותפין כו' כש"כ הקא שכל אחד טוען טענת פרי עכ"ל.

הרי להדיא דס"ל למילף מכש"כ דכיון דשותפין נשבעין בטענת שמה דכש"כ בטענת פרי דנשבעין ש"ח. דאלו לשבועת היסוד הא אין זה במשנה דתנן אלו נשבעין כו'.

ומדכתב המרדכי פדתנו אלו נשבעין כו' מוכח דס"ל דבטענת פרי כש"כ דחייב שבועה חמורה. וזהו דלא כמש"כ הנתיבות.

ועיין בש"ף סי' פ"ז ס"ק ל"א וקצרתי. וכן משמע בט"ז סעי' א' במה שהשיג על הסמ"ע ס"ק ג' דס"ל דאף בטענת פרי חייב שבועת השותפין.

וכן הדעת נוטה דיותר יש מקום לחייב שבועה ע"פ טענת פרי מן ע"פ טענת שמה. וגם הא איכא בטענת פרי לחזקה דא"א תובע כו' הסותר לחזקה דא"א מעיזו כמבואר בשבועות (דף מ"ו ע"ב).

שִׁטְעֵן עַל חֲבִירוֹ טַעֲנוֹת בְּרִי אֵין לוֹ עָלָיו שְׁבוּעַת הַשְּׁוֹתְפוֹת אֶלָּא אִם יֵשׁ לוֹ עָלָיו שְׁבוּעַת הַשְּׁוֹתְפוֹת יְכוּל לְגַלְגֵּל עָלָיו הַ טַעֲנוֹת בְּרִי וְאִשְׁמוּעֵינּוּ דְאִף דְרוּצָה לְשִׁלְמֵ עֵינְקֵר תְּבִיעֵתוֹ לֹא מִיְפֹטֵר מִן ג"ש.

וּכְמַש"כ הֶרְמֵב"ם לְהַדֵּי דִינָא בְּהַלְכוֹת טוֹעֵן פ"א ה' י"ג. וְלִכֵּן שְׁפִיר קְאָמֵר הִירוּשְׁלָמִי דר' זְעִירָא ס"ל כר' יוֹסִי דְעַל בְּרִי אֵין לוֹ שְׁבוּעַת הַשְּׁוֹתְפוֹת וְלִכֵּן אֲתִי עֲלֵה מִצַּד גִּלְגוּל שְׁבוּעָה.

לִכֵּן שְׁפִיר כְּתֵב הֶרְמֵב"ם וְהַטּוֹש"ע דְעַל טַעֲנוֹת בְּרִי לִיכָּא שְׁבוּעַת הַשְּׁוֹתְפוֹת רַק ע"י ג"ש כִּי זֶהוּ יְרוּשְׁלָמִי מִפְּנֵי רֵשׁ פְּנ"ל. וְכ"ז בְּרוּר בְּכּוֹנֵנַת הִירוּשְׁלָמִי וְהֶרְמֵב"ם.

וְכֵן הוּא דִּרְדֵּי הֶרְמֵב"ם שְׁלֵא לְכַתּוּב רַק הַמְּבּוֹאֵר בַּגְּמ' וִירוּשְׁלָמִי. וְלִכֵּן לְדִינָא הָעֵינְקֵר הוּא דְעַל טַעֲנוֹת בְּרִי לֹא תִקְנּוּ שְׁבוּעַת הַשְּׁוֹתְפוֹת.

וְהָא דְכְּתֵב הֶרְא"ש בְּכַתְּנוּבוֹת פ"ט ס' כ"ח אֶבֶל לֹא עַל פְּלִפְּהָ וְעֵיפְסָתָה בְּטַעֲנוֹת שְׁמָא אִם לֹא בְּטַעֲנוֹת בְּרִי. וְהוּבָא בַּאֲה"ע ס' צ"ז וּבְבִיאוֹר הַגָּבֵר א"א זצ"ל ס"ק ג'.

כּוֹנֵנַתוֹ דְעַל טַעֲנוֹת בְּרִי אִיכָּא שְׁבוּעַת הַיִּסְתָּ. אֶבֶל שְׁבוּעַת הַשְּׁוֹתְפוֹת לִיכָּא בְּטַעֲנוֹת בְּרִי וְכֵן הוּא עֵינְקֵר לְדִינָא: ב (שָׁם סְעִיף י"ג) רְאוּבֵן שֶׁהִטִּיל לְכִיס כּו' אֵין אוֹמְרִים שְׁיִשְׁבַּע רְאוּבֵן שְׁבוּעַת הַשְּׁוֹתְפוֹת שְׁפָחְתּוּ כֶּף וִישְׁלֵם שְׁמַעוֹן מִבֵּיתוֹ כּו' שְׁאִין הַשְּׁוֹתְפֵי מְנַשְׁבְּעִין וְנוֹטְלִין כּו' עכ"ל.

וְהַקְּשָׁה הָאוּ"ת ס"ק י' בְּשֵׁם הַשֵּׁב יַעֲקֹב דַּמ"ש מִן כָּל הַמוֹצִיא הוֹצָאוֹת בְּרִישׁוֹת דְנִשְׁבַּע וְנוֹטֵל א"כ הָא גַּם שְׁוֹתְפֵי הוֹצִיא וְנִשְׂא וְנָתַן בְּרִישׁוֹת וְלָמָּה לֹא יִשְׁבַּע וְיִטּוֹל וּבְכַרְט שְׁהֶרְמֵב"ם גּוֹפֵי' כְּתֵב בַּפ"י ה'ל' גְּזֵלָה שְׁוֹתְפֵי כְּיּוֹרֵד בְּרִישׁוֹת וּמָה שֶׁהוֹצִיא יָדוֹ עַל הָעֲלִיּוֹנָה וְנוֹטֵל בְּשְׁבוּעָה כּו' עכ"ל.

וְהִנֵּה מָה שְׁכַתֵּב הָאוּ"ת בְּשֵׁם הַשֵּׁי לְהַקְשׁוֹת מִן מַש"כ הֶרְמֵב"ם דְּשְׁוֹתְפֵי כְּיּוֹרֵד בְּרִישׁוֹת. אֵין זֶה קֶשֶׁה דֵּהָא מְבּוֹאֵר לְקַמְּן ס' קע"ח סעי' ג' דְּשְׁוֹתְפֵי כְּיּוֹרֵד בְּרִישׁוֹת דְנוֹטֵל הַהוֹצָאָה וְאֵינוֹ נוֹטֵל הוֹצָאָה רַק כְּשִׁיעוֹר שְׁבַח וְאִם לֹא הַשְּׁבִיחַ אֵינוֹ נוֹטֵל כְּלוּם וְזֶהוּ בְּשֵׁם הַנְּמוּקֵי יוֹסֵף פ' חֲזַקְתָּ.

וְכֵן מְבּוֹאֵר לְקַמְּן ס' שע"ה סעי' ד' וְסעי' ה' וּבַסַּמ"ע ס"ק ח' וְס"ק ו"א שְׁפִירָשׁ לְדַבְּרֵי הֶרְמֵב"ם וְהַשֵּׁע שְׁכַתְּבוּ שָׁם דְּשְׁוֹתְפֵי דֵינוֹ כְּיּוֹרֵד בְּרִישׁוֹת וְיָדוֹ עַל הָעֲלִיּוֹנָה דַּכ"ז הוּא שְׁיִטְוֹל הוֹצָאָה שְׁיַעוֹר שְׁבַח וְלֹא יוֹתֵר.

א"כ לַפ"ז אֵין מְקוּם לְקוֹשְׁיּוֹת הַשֵּׁב יַעֲקֹב מִן מַש"כ הֶרְמֵב"ם דְּשְׁוֹתְפֵי ה"ל כְּיּוֹרֵד בְּרִישׁוֹת דֵּהָא אִם בָּא לְיִטְוֹל הוֹצָאָה הִיכָּא דְלֹא הַשְּׁבִיחַ אֵין דֵינוֹ כְּיּוֹרֵד בְּרִישׁוֹת. וְהִכָּא הָא מִיִּירִינָן שְׁהִנֵּה הַפְּסֹד וְלֹא הַשְּׁבִיחַ ע"כ י"ל דְּשְׁפִיר כְּתֵבוּ דְאֵין דֵינוֹ כְּיּוֹרֵד בְּרִישׁוֹת לְהַאֲמִין לוֹ בְּשְׁבוּעָה.

וְאִפְשָׁר דְהַשֵּׁב יַעֲקֹב ס"ל כְּמוֹ שְׁכַתֵּב הַב"ש בַּאֲה"ע ס' פ"ח ס"ק כ' דְחוֹלֵק עַל הַסַּמ"ע וְס"ל דְשִׁיטַת הֶרְמֵב"ם הוּא דְשְׁוֹתְפֵי נוֹטֵל הוֹצָאָה יוֹתֵר מִהַשְּׁבַח ע"ש. לִכֵּן שְׁפִיר כְּתֵב הַשֵּׁב יַעֲקֹב לְדַמּוֹת זֶה לְדַבְּרֵי הֶרְמֵב"ם הַנ"ל.

אִף בְּאֲמַת אֵין דַּבְּרֵי הַב"ש מְוַכְרְחִים וּכְמַש"כ הַהַפְּלָאָה בַּק"א שָׁם לְהַשְׁיֵג עַל הַב"ש. וְאֵין ת"י סִפֵּר שֶׁב יַעֲקֹב לְעֵינּוֹ שָׁם: עֲנָף א אִף בְּעֵינְקֵר קוֹשְׁיּוֹת הָאוּ"ת בְּשֵׁם הַשֵּׁב יַעֲקֹב הוּא

קונשיא אלימתא דהא חזינו הכא דאילו הנה ידוע שהנה הפסד בעסק השותף הנה שותפו משלם מביתו כמו דס"ל להרמב"ם והש"ע.

ומה שקשה ע"ז מן הא דסי' קע"ו סעי' ו' בשם הרמ"ה דשותף אינו משלם מביתו כפר הקשה זה הט"ז והש"ך והב"ח והמ"ח והאו"ת נכתבו לחלק. ועיין בנתיבות סי' קע"ו ס"ק י"א שפתב לתרץ דהרינח שנטל מכפר זהו משועבד להשלים ההפסד לכ"ע.

וכבר הקדמו האו"ת ס"ק י"א. עכ"פ הא חזינו דאם הנה הפסד הידוע לנו הנה מחוייב השותף לשלם מביתו ההפסד.

ואף דנתבאר דאין שותף נוטל הוצאה רק פשיעור השבח ולא יותר מ"מ הא שאני התם דמייירי דהשותף לא הנה יורד ברשות ע"פ שותפו חבירו בפירוש ממנו שיוציא את ההוצאה רק מייירי שם בהרמב"ם פ"י ה"ג ובח"מ סי' קע"ו ובסי' שע"ה דהשותף ירד מעצמו להוציא הוצאה להשביח העסק בזה כתבו דאינו דינו פירד ברשות ליטול הוצאה אם לא השביח.

ואף אם הנה ידוע בעדים הוצאות שהוציא ג"כ אינו נוטל משום דלא הוי פירד ברשות ממש וכן הוא הדין בבעל בנכסי אשתו. אבל הכא הא מייירי שהנה ההסכם מדעת שניהן לישא וליתן בעסק השותפות וראובן נשא ונתן בעסק השותפות בהסכם דעת שמעון שותפו וע"כ אם ידוע בעדים או ע"פ הודאת חבירו הנה שמעון חייב להשלים ההפסד.

אף אם אינו ידוע כן. בזה כתב הרמב"ם והש"ע דאינו נאמן בשבועה ליטול.

ולכן שפיר הקשה הש"ב יעקב והאו"ת דמ"ש זה מן כל מוציא הוצאות שיירד ברשות בפירוש מדעת חבירו דנאמן בשבועה. אף דמיינו של הש"ב יעקב לדברי הרמב"ם הנ"ל אין זה דומה כלל כנ"ל: והאו"ת כתב לתרץ זה לפי שמחלק דשאני מוציא הוצאות דנחית אדעתא שיוציא כו' אבל בשותפות וכי נחית מתחלה שיהיה ודאי פחת בשותפות אלו כן לא היו משתתפים רק כל דעתם ומחשבתם לרינח ולא נחית כלל אדעתא דהפסד כו' א"כ אין זה דומה כלל למוציא הוצאות כו' עכ"ל.

וחילוק ש"ל אינו ברור כ"כ דהא הדין הוא פירד ברשות ע"פ רשות הבעלים שנוטל הוצאה יתירה על השבח כמבאר בסי' שע"ה סעיף ד' והא התם ג"כ שייך לומר סברת האו"ת הנ"ל דלא הנה מחשבתו ודעתו בעת שציננה להוציא הוצאות שיהיה הוצאה יתירה מן השבח.

וגם הא לא נתנו שם שיעור לזה ומשמע דאף אם אומר שהוציא הרבה עד שעולה לסך גדול לפי דבריו שהוציא כן לצורך הענין דג"כ נאמן בשבועה ליטול. והא התם שייך ג"כ סברת האו"ת במש"כ דלא הנה דעתו ומחשבתו לזה וא"כ יטול כל אשר לו כמש"כ האו"ת שם גבי הפסד השותפות.

ואפ"ה חזינו דהדין הוא דכיון דציננה להוציא הוצאות לטובת העסק להשביחו ואם ידוע כן מחוייב לשלם והימננהו חכמים בשבועה. א"כ ה"ה הכא כיון דאם הנה ידוע מן ההפסד של השותפות הנה חבירו מחוייב לשלם הן מצד מה שהתנה בפירוש והן אף אם לא התנה מ"מ הדין הוא לשיטת הרמב"ם דשותף משלם מביתו וזהו משום אומדנא דמסתמא

נתרצו לזה נהגי כמו דהתנוו בפי' בעת התחלת השותפות וכמש"כ הרא"ש בכתובות פ' יו"ד סי' יו"ד.

וכ"כ הב"ח בסי' קע"ו דעיקר הטעם דמשלם השותף מביתו אם היה הפסד במשא ומתן דזהו משום אומדנא דמסתמא הספיקו לזה ע"ש. וכיון דחזינו דבאמת עלה אז בדעתו בעת התחלת השותפות אם יהיה הפסד.

וע"כ לא שייך לומר בזה הסברא שפתב האו"ת דמשום דלא אסיק אדעתיה אז שיהיה הפסד לכן אינו דומה למוציא הוצאות להיות נאמן בשבועה. דהא חזינו דעלה עלדעתו להתנות פן הן בפי' והן מצד אומדנא.

וע"כ אין אני רואה בזה חילוק ברור דמ"ש מן מוציא הוצאות דנוטל הוצאה אף שלא השביח כלל משום איזה סיבה הנולד ואפ"ה סתמו ומשמע דנוטל לעולם הוצאה בשבועה כיון דירד ברשותו בפירוש א"כ ה"ה הקא דירד ברשותו שציונה לו לעסוק בהשותפות ולישא וליתן כפי דעתו.

והאו"ת נדחק מאוד בזה וכתב דרק התנו שאם יהיה פחת שישלם אבל לא היה דעתם רק על הרינוח כו' וסיים ואלו היה ספק שקול וסברא נכונה כו' אף מכש"כ בסברא קלושה כזה כו' עכ"ל. ובאמת אין זה סברא קלושה ואדרבה הסברא הוא דזה דומה ממש להוצאה יתירה הרבה מהשבח דנוטל בשבועה אף דהתם שייך ג"כ לומר דלא העלה אז בדעתו דאלו היה מעלה בדעתו אז שיהיה הוצאה מרובה יותר מהשבח לא היה מרשהו להוציא אלא בע"כ מוכח דאמרינו דנחית אז בשביל הספק שיהיה או שבח או הוצאה מרובה ביותר מהשבח ולכן נאמן בשבועה.

א"כ ה"ה הקא נאמר דנחית אדעתא דהספק או רינוח או הפסד. וידעתי כי יש לדחוק בכ"ז אבל האמת הוא דהם דומין להדדי ולכן קושיותם במקומה עומדת: ולכן נראה לענ"ד ליישב קושיותם ע"פ מה שפיתתי לעיל בסי' צ"א סעי' ג' בענין מוציא הוצאות ע"פ בפירוש דלשיטת הרמב"ם וסייעתו והובא שם סעיף ב' דס"ל דחננוי נוטל מדינא משום חזקה שלית כו' א"כ לפ"ז מוכח לומר דעיקר מקורו דהך דינא דמוציא הוצאות ברשות נוטל דזהו נלמד מן בעל שהוציא כו'.

א"כ כמו דגבי בעל שהוציא ברשות אינו נאמן בשבועה אלא כשידוע שהוציא אף א"י כמה כמש"כ הרמ"א בתשובה סי' פ"ו. ה"ה בכל מוציא הוצאות ע"פ הבבליים ג"כ אינו נאמן ליטול רק אם ידוע שהוציא קצת אף א"י כמה דזה ה"ל כפיין דררא דממונא והימנוהו חז"ל בכה"ג אבל אם אינו ידוע אם הוציא כלל בזה לא מצוינו דתקנו להאמינו כמו שהארכתתי שם בכ"ז.

א"כ י"ל דהרמב"ם והמחבר דכתבו הקא דאין נאמן השותף ליטול משום דאזלי לטעמייהו דס"ל דכל מוציא הוצאות אינו נאמן ליטול אלא אם הספק הוא כמה הוציא כדמשמע לשון הרמ"א בסי' צ"א סעיף ג' שפתב בזה"ל מי שהוציא הוצאות כו' והנחתע אינו יודע כמה התובע נשבע ונוטל.

דמשמע ג"כ כמש"כ דיןקא אם הספק הוא פמה הוציא נאמן כו'. א"כ הכא בטוען השותף שגפחת ת"ק דינרים וחקירו אינו יודע אם הנה קלל אינה הפסד ע"כ בכה"ג אף מוציא הוצאות אינו נאמן לשיטתם לכן שפיר פסקו בפשיטות דאינו נאמן.

ולפ"ז י"ל דבאמת לפי מש"כ לעיל בחידושי לסי' צ"א סעי' ג' דלשיטת הר"נ וסייעתו דס"ל דחנני אינו נוטל מדינא א"כ יש לדון דמה"ט ה"ה פל מוציא הוצאות ברשות נאמן אף אם הספק הוא אם הוציא קלל כמש"כ שם בארובה.

דה"ה הכא בשותף הטוען דהנה הפסד אף דמסופקים אנהנו אם הנה הפסד כלום דג"כ נאמן בשבועה כמו פל מוציא ברשות וה"ה הכא דנשא ונתן ברשות חבירו מדעתו בפירוש ואף דאין פאן שום דררא דממונא קלל ג"כ נאמן מצד תקנתא דחנני לשיטתם.

וקא דסתם הרמ"א הכא ואף דלעיל בסי' צ"א סעיף ב' בהג"ה הביא הרמ"א שיטת הר"נ וסייעתו דאין החנני נאמן בל"ש. י"ל דזהו משום דה"ל ספיקא דדינא אי הלכה כהרמב"ם וסייעתו דשם או הלכה כהר"נ וסייעתו ע"כ הביא שם לשיטת הר"נ והרמ"ה בשם י"א ומשום ספיקא אין מוציאין מהבעה"ב בל"ש.

לכן שפיר סתם הרמ"א הכא פדברי המחבר דכתב דאין השותף יכול להוציא מחבירו דהא בספיקא דדינא הדין עם המוחזק. ולפ"ז יש לומר דאם השותף טוען דהנה הפסד סוף פה בהשתתפות דאם הוא תפס מחבירו מהני תפיסתו אף דהנה תפיסה בעדים וכמו פל ספיקא דרבנותא ויכול לומר קים לי דהלכה כהר"נ וסייעתו דלדידהו אף אם הספק בעיקר הדבר אם הוציא כלום דג"כ מהני שבועתו לתפוע הוצאתו וה"ה הכא בתביעת הפסד פינו דנשא ונתן ברשות.

ואין זה מקרי ספק בתקנה דלא מהני תפיסה. דהא כבר נתבאר בקונטרס תפיסה בדררא דממונא בספרי גחל יצחק דהכא דהבעל דין טוען ברי מהני תפיסה אף בספק בתקנה וכש"כ בפלוגתא דרבנותא כמבואר שם בארובה: ענף ב ועוד נראה לענ"ד לתרץ קושיותם שהקשו דמ"ש מן מוציא הוצאות דנאמן א"כ ה"ה הכא דנשא ונתן ברשות יהא נאמן להוציא.

והוא דלקמן סי' קל"א סעי' ז' בהג"ה ואין הערב נאמן אף בשבועה פמה הוציא כו' אלא צריך עדים שהוצרך להתפשר כו' מפח הערבות ואז נוטל בשבועה אם לא שמעידים דבר ברור אז נוטל בל"ש כו'.

וכתב הסמ"ע שם ס"ק י"ז ה"ט פינו דהכניסו לערב כו' ועליו לפצותו ה"ל פאליו הוציא על חבירו ברשות דנתבאר דנשבע ונוטל עכ"ל. ולכאורה יש להקשות על הסמ"ע דכתב דדינו של הערב כמו מוציא הוצאות ברשות א"כ אף אם ליכא עדים שהוצרך להתפשר עמו ג"כ יהיה נאמן הערב לומר פמה הוציא כמו פל יורד ברשות.

אכן לפמש"כ לעיל לדון בכל מוציא הוצאות דאינו נאמן רק אם ידוע שהוציא הוצאות וא"י פמה אבל אם הספק הוא שמה לא הוציא קלל אז לא תקנו בכה"ג להיות נאמן בשבועה. ע"כ אתי שפיר דברי הסמ"ע דאף דדין הערב הוא כמו יורד ברשות מ"מ היכא שאנו מסופקים שמה לא הוציא קלל ע"כ אינו נאמן הערב אלא אם יש עדים שהוצרך

להתפטר מפת הערבות א"כ ידוע לנו שהוציא הוצאות לפצותו אף הספק הוא כמה הוציא
דבזה שפיר פתב הסמ"ע דנאמן ליטול כמו כל יורד ברשות דנאמן בכה"ג.

[ועיין בסמ"ע סי' צ"א ס"ק ט"ז ובש"ף שם]. והתם גבי הערב הוי ליה כמו יורד ברשות
ע"פ ציווי הפעלים דעיקר חיוב של הלנה להתזיר ההוצאות להערב הוא משום דה"ל
כמו התנה עמו בעת שנעשה ערב עבורו כמש"כ האו"ת שם ס"ק ו' בשיטת המהרי"ק
והרמ"א דכתבו לחלק דבאונס דלא שכיח פטור.

דזהו משום דס"ל דעיקר החיוב דשם הוא משום אןמנדנא דה"ל כמו התנה ובמילי דל"ש
לא קאי התנאי כמש"כ המהרי"ק שם: והנה במרדכי פ' י' בב"ק פתב שם להו דנא
שפתב הרמ"א שם בסי' קל"א הנ"ל דאינו נאמן הערב על ההוצאות אלא אם יברר כמה
הוציא שפתב שם שצריך להביא עדים שנתפטר עמו בסוף פה כו'.

ונהו דלא פלשון הרמ"א שפתב התם סתמא שצריך להביא עדים שנתפטר עמו עבור
הערבות. ומשמע דאף דהעדים אין מעידים בכמה נתפטר אפ"ה נוטל בשבועה.

ולקמן סי' שפ"ח סעי' ז' פתב הרמ"א שם בזה הלשון אם ידעו שהוצרך להתפטר כו'
בכהו וכך כו' וזהו מן דברי המרדכי פ"י דב"ק הנ"ל. ואלו התם בסי' קל"א שהוא ג"כ מן
המרדכי הנ"ל השמיט הרמ"א הלשון בכהו וכך רק פתב סתמא שהוצרך להתפטר כו'.

ונה צריך טעם בבקאור דברי הרמ"א. אכן לפי מש"כ בכוננת הסמ"ע דהטעם דאם יש
עדים שנתפטר עמו אף דאינו יודעים הסוף מ"מ נשבע ונוטל דזהו משום דה"ל כמו
מוציא הוצאות ברשות דנשבע ונוטל.

והנה המרדכי בב"ק שם פתב הטעם דלכן חייב לשלם להערב כל ההיזק שלו משום
דה"ל כמו זבין אמיצרא כי וזהו בגדר מזיק ע"פ גרמי וכמש"כ האו"ת שם ס"ק ו'. ע"כ
אין לחייב שם הלנה ע"י תקנתא דמוציא הוצאות דהא פתב הסמ"ע בסי' צ"א ס"ק ט"ז
דהיכא דהיה ההוצאה בע"כ אין זהו בכלל מוציא הוצאות ע"כ פתב המרדכי שאינו נאמן
הערב עד שיביא עדים שבסוף פה נתפטר עמו.

אבל פשאינו מביא עדים רק על שנתפטר סתמא אינו נאמן בשבועה. אכן הרמ"א דס"ל
דעיקר הטעם דחייב זהו משום דה"ל כמו התנה ולכן ס"ל לחלק דבמידה דלא שכיח אינו
חייב וכמש"כ האו"ת שם.

וכיון דהוי אןמנדנא דה"ל כמו התנה על פן שפיר יש לחייבו אף אם אין העדים מעידים
על הסוף שהוצרך להתפטר אלא מעידים שנתפטר סתמא ג"כ נאמן הערב על פמות הסוף
משום תקנה דמוציא הוצאות דנשבע ונוטל פינו דידוע דהוציא קצתו וה"ל דררא
דמונא.

ואתי שפיר כוננת הרמ"א בהשמטתו למש"כ המרדכי דנתפטר בסוף פה. ודברי הסמ"ע
נכונים: שוב ראיתי בבקאור הגר"א זצ"ל בסי' קל"א ס"ק ט"ו שפתב על מש"כ הרמ"א
שם דצריך עדים שהוצרך להתפטר מפת הערבות ר"ל שהעדים יודעין כמה נתפטר
ואינו יודעים אם בשביל הערבות וע"ל סי' שפ"ח כו' דלא כסמ"ע שפתב משום דחשיב
כאלו מוציא ברשות דא"כ אפילו ברישא שלא ידעו כמה יטול בשבועה כו' עכ"ל.

והנה לפמש"כ א"ש דברי הסמ"ע ולפי מה שנתבאר בכוננת הרמ"א דהשמיט לתובת
שנתפטר בכך כמש"כ המרדכי א"כ עיקר החיוב הוא משום מוציא ברשות והמרדכי
אזיל לטעמיה פנ"ל.

אף באמת פשט דברי הרמ"א משמע כמש"כ הביאור הגר"א זצ"ל דגם ברישא מיירי
הרמ"א דינדעו דהוציא רק לא ידעו פמה הוציא כמש"כ הרמ"א בלשונו דאין הערב נאמן
פמה הוציא כו' דמשמע דהספק הוא פמה הוציא אבל קצתו ידוע דהוציא א"כ שפיר
הקשה הגר"א על הסמ"ע.

וינדעתי שיש לדחוק בזה וליישוב וכפי שפכתתי מתחלה לתרץ דברי הסמ"ע. אבל האמת
יורה דרכו דפשט דברי הרמ"א הוא גם בהרישא דהוי הספק בכמה הוציא.

ובסיפא קיצר הרמ"א בלשונו אלא דבעינן שיעידו בכמה נתפטר עבור הערבות כמש"כ
הרמ"א בלשונו שהוצרך להתפטר מפח הערבות ואפ"ה פינו דיש לחוש שמה הוצרך
לפטר גם משום ענין אחר או דשמה הנה יכול להתפטר בפחות או שמה הערים וכמש"כ
הש"ך בסי' שפ"ח ס"ק ל"ה ע"ש.

ע"כ צריך שבועה ולפי שבאמת הוי זה חשש רחוק ע"כ מהני שבועתו משום דלפי הדין
אין לחוש לכל זה כלל. ומה"ט גם בהא דסי' שפ"ח סעיף ז' מהני ג"כ אם עדים מעידין
על הסף ונאמן בשבועה אף דהתם בנודאי לא שייך הטעם דמוציא הוצאות כלל דהא הנה
בע"כ וכנ"ל.

אלא דהצריכו שבועה אף בחשש רחוק פינו דבא ליטול. ועיין בש"ך סי' קמ"ו ס"ק ה':
והנה לפמש"כ מתחלה בכוננת הסמ"ע דמשום תקנה דמוציא הוצאות דנוטל אתו עלה
ולכן אף דמשמעות דברי הרמ"א הוא לפמש"כ דמיירי דאין העדים מעידין על פמה
נתפטר אפ"ה נאמן בשבועה וכתב הרמ"א דגם ע"א מעיד על דבר ברור פוטר מן
שבועה.

וזהו כעין מש"כ הרמ"א בסי' פ"ז סעיף ו' דה"ה בנשבע ונוטל ע"א מסייע פוטר
משבועה. ומשמע לפ"ז דאף אותן דמן הדין אינם נאמנים כלל אפ"ה ע"א מסייע פוטר.
אכן האו"ת בסי' פ"ז ס"ק ה' העלה דאותן דמן הדין אינם נשבעין ונוטלין אלא מצד
התקנה. אין ע"א פוטר משבועה וכ"כ בשם חוט השני ע"ש.

וכ"כ תשובת הב"ח הישנות בסי' ס"ד. א"כ לפי דבריהם תקשה על מש"כ הרמ"א
והמרדכי התם דע"א מסייעו פוטר משבועה.

אכן לפמש"כ בשם הגר"א דפירש לדברי הרמ"א דמיירי דיש עדים שנתפטר על הסף
וכמה הנה. אף עדיין יש לחוש שמה הנה ג"כ בשביל ענין אחר או הערמה פנ"ל דע"פ
דין אין זה חשש לעכב הפרעון אלא לשבועה חשו אף בחשש רחוק ועיקר השבועה הוא
מדרבנן ולכן מהני שפיר ע"א לפוטר.

ולכן אינו קשה מדברי הרמ"א והמרדכי על דברי הב"ח ושהוט השני והאו"ת הנ"ל.
ובאמת לפי מש"כ האו"ת בסי' קל"א ס"ק י"ח באורים כדברי הסמ"ע דמשום מוציא
הוצאות מחייבין לו.

ואפ"ה פתב הרמ"א שם דע"א מסייעו פוטרו א"כ יהיה מוכח מזה דלא כמש"כ האו"ת
בסי"פ ז' ה"ל. וי"ל דהאו"ת ג"כ ס"ל לפירש דברי הסמ"ע כמש"כ לחלק דהרישא מיירי
דלא נתברר לנו אם הוציא פלל.

ומש"כ הרמ"א בלשונו דאין הערב נאמן בשבועה פמה הוציא הוא לאו דוקא פדמצינו
כה"ג בכ"ד. ועיין בדרכי משה בסי"קל"א.

אכן פינו דהגר"א זצ"ל לא פירש פן ע"כ פדבריו הקדושים נקטינו בכוננת הרמ"א
דברי שא הספק הוא בכמה הוציא ואינו נאמן אלא במעידים על הסף פמה הוציא. וכן
הוא פשט לשון הרמ"א בהרישא כמש"כ לעיל: ולפ"ז צריך ביאור דמפני מה לא יהיה
מהימן הערב לומר פמה הוציא פינו שידוע דהוציא קצתו א"כ ה"ל בכלל מוציא הוצאות
דנשבע ונוטל.

ולכאורה י"ל דכיון דעיקר החיוב להחזיר ההגזק להערב הוא משום ראיות המרדכי מהך
דזבין אמיצרא כו'. א"כ הוי זה בע"כ ולא שייך בכה"ג דין מוציא ברשות וכמש"כ
הסמ"ע בסי"צ"א ס"ק ט"ז.

אף ז"א שייך רק להטעם שכתב המרדכי והרא"ש בתשובה מן הא דזבין ארעא אמיצרא
כו'. אבל להטעם שכתב הרא"ש בתשובה דחייב לפצות להערב דה"ל כמו התנה והובא
באו"ת שם סי"קל"א ס"ק ו' פנ"ל.

והעיקר לדינא דחיוב דמוטל על הלנה לפצות להערב הוא משום אנומדינא דה"ל כמו
התנה משום דהא קיי"ל בסי"קע"ה סעיף מ' בהגהות רמ"א גבי מוכר אמיצרא כו' דכ"ז
שלא קיבל עליו לשלם פטור מלשלם א"כ בע"כ הקא דכתבו בש"ע לחייבו הוא משום
הטעם דה"ל כמו התנה וכמש"כ האו"ת שם בסי"קל"א.

וגם י"ל בכוננת הרא"ש בתשובה שם פלל י"ח סי"ז דמשום שני הטעמים הנ"ל פתב
לחייבו דכיון דזה דומה להא דזבין אמיצרא כו' א"כ מוטל עליו חיוב בידי שמים לכ"ע
בנודאי אף אם לא קיבל עליו בפ"ל לכן משום אנומדינא זו אמרינו דמסתמא נתרצה
להתחייב לפצותו וה"ל כמו התנה ע"ש.

עכ"פ פינו דעיקר הטעם שכתב הרמ"א לחייבו הוא משום אנומדינא דה"ל כמו התנה.
ומה"ט פתב הרמ"א בשם המהרי"ק דבאונס דלא שכיח פטור וכמש"כ האו"ת שם.

א"כ תקשה דאמאי פתב הרמ"א דאין הערב נאמן פמה הוציא. הא יהיה דינו כמו פל
מוציא ברשות דנאמן היכא דהיה מדעת חבירו: ענף ג' והנראה לי בכוננת הרמ"א דאף
דס"ל דחייבו הוא משום דה"ל כמו התנה אפ"ה ס"ל דאין זה דומה למוציא הוצאות.

ע"פ דברי המהרי"ק סי' י' בסופו שכתב בזה"ל גבי ענין מוציא הוצאות ואשר הביא
ראיה ממש"כ ר' מאיר דאין הערב נשבע ונוטל אלא צריך להביא ראיה נראה דלא דמי
דהתם לא היה ללנה להתנות שלא יתן אלא בעדים דלא אסיק אדעתיה שכיבא לידי פך
כו' אבל הקא שאמר לו בהדיא שיוציא ואם יוציא יפרע לו פשיטא שחייב לפרוע פל מה
שהוציא דאי איתא שלא נתרצה לפרוע אלא מה שיקרר בעדים ה"ל לאתנויי שלא יוציא

אָלָא בְּעֵדִים וּמִדְּלֵא הִתְנָה אִיהוּ דְּאַפְסִיד אַנְפְּשִׁיָּה וְחֵיב לְשַׁלֵּם כָּל מַה שְׁיִשְׁבַּע יַעֲקֹב שְׁהוֹצִיא כּו' עכ"ל הַמַּהְרִי"ק.

הָרִי דֵּהמַהְרִי"ק הִקְשָׁה זֶה עַל מַש"כ הַמְרָדְכִי בְּשֵׁם ר"מ דָּאִין הָעֵרַב נְאֻמָּן כְּמַה הוֹצִיא וּמ"ש מִן כָּל מוֹצִיא הוֹצֵאוֹת. וְתִרְץ דְּשִׂאנִי כָּל מוֹצִיא הוֹצֵאוֹת דְּפִירֵשׁ לוֹ שְׁיִוְצִיא וְאִם יוֹצִיא יִפְרַע לוֹ דֵּה"ל לְאַתְנוּיִי שְׁלֵא יוֹצִיא אָלָא בְּעֵדִים וּמִדְּלֵא הִתְנָה אִיהוּ דְּאַפְסִיד אַנְפְּשִׁיָּה וְלָכֵן חֵיב לְשַׁלֵּם כְּשִׁישְׁבַּע.

וּכְעֵין הָא דב"מ (דף ג') גָּבִי חֲנֻנִי דְּאַמְרוּ אֵת הָאֲמֻנְתִּי דְּלֵא אֲמַרְתָּ לִי בְּסֻדְי הַב לִי. מַשׂא"כ הֵתָם גָּבִי הָעֵרַב דְּלֵא אֲסִיק אַדְעֵתִי שְׁיִגִיעַ הַפְּסֵד לְהָעֵרַב א"כ לֹא שְׁיִיף הֵתָם לוֹמַר דֵּה"ל לְאַתְנוּיִי שְׁיִעֲמִיד עֵדִים כִּינֹן דְּלֵא אֲסִיק אַדְעֵתִיָּה וְלֹא דִיבֵר מִזֶּה הָעֲנִין כָּלֵל וְע"כ לֹא שְׁיִיף הֵתָם גָּבִי חֵיב לְפִצּוֹת לְהָעֵרַב לְהָאֲמִין לְהָעֵרַב כְּדִין כָּל מוֹצִיא בְּרִשׁוֹת.

וּמוֹכַח לְהִדְיָא מִן דְּבָרֵי הַמַּהְרִי"ק הַנֶּזְ"ל דְּלֵא כַּמַּש"כ הַסַּמ"ע שָׁם בְּסִי קל"א ס"ק י"ז דְּשְׁיִיף הֵתָם הָךְ דִּין דְּמוֹצִיא בְּרִשׁוֹת. אָלָא כַּמַּש"כ בְּבִיאֹר הַגָּר"א זצ"ל שָׁם לְחֻלּוֹק עַל הַסַּמ"ע דְּלֵא שְׁיִיף הֵתָם דִּין מוֹצִיא בְּרִשׁוֹת: וְהִנֵּה לְפִי הַטַּעַם שְׁכַתְבַּת הַמְרָדְכִי וְהָרֵא"ש בְּתִשְׁבָּה דְּלָכֵן חֵיב לְפִצּוֹת לְהָעֵרַב מִשּׁוּם דְּזָהוּ דוּמָה לְהָא דוֹבִין אַרְעָא אֲמִיץְרָא א"כ בְּנוֹדָאִי א"ש דְּבָרֵי הַמַּהְרִי"ק מַש"כ דְּשָׁם גָּבִי הָעֵרַב לֹא אֲסִיק אַדְעֵתִיָּה שְׁיִבֵּא לִידֵי כְּפֹ.

אָךְ לְפִי הַטַּעַם שְׁכַתְבַּת הָרֵא"ש דֵּה"ל כְּמוֹ הַתְּנָה ח"פ י"ש לְדוֹן דְּלֵא שְׁיִיף בְּזֵה לוֹמַר דְּלֵא אֲסִיק אַדְעֵתִיָּה שְׁיִבֵּא לִידֵי כְּפֹ. דֵּהָא אֲמַרִּינוּ הָאֲנוּמְדָנָא בְּזֵה דֵּה"ל כְּמוֹ הַתְּנָה.

א"כ אִם לֹא הָיָה מְסִיק אַדְעֵתִיָּה שְׁיִבֵּא לִידֵי כְּפֹ אִין לָנוּ לוֹמַר הָאֲנוּמְדָנָא זֹו. אָכֵן לְכַמַּש"כ הָאוּ"ת בְּסִי קל"א ס"ק ו' דְּעֵיקַר סְבִרַת הַחִילּוֹק דְּכַתְבַּת הַרְמ"א לְחֻלּוֹק דְּבִאֲנוּס דְּלֵא שְׁכִיחַ פְּטוֹר לְפִצּוֹתוֹ.

דְּזָהוּ ע"כ לְהַטַּעַם דְּחֵיב לְפִצּוֹתוֹ דֵּה"ל כְּהַתְּנָה מִשּׁוּם דְּלְטַעַם דֵּה"ל כְּמוֹ זָבִין אַרְעָא אֲמִיץְרָא כּו' אִין לְחֻלּוֹק בֵּין שְׁכִיחַ לְלֹא שְׁכִיחַ כַּמַּש"כ הָאוּ"ת שָׁם. וְכִינֹן דְּמַה שְׁכַתְבַּת הַרְמ"א לְחֻלּוֹק בֵּין שְׁכִיחַ כּו' הוּא מִן הַמַּהְרִי"ק ס' ז'.

א"כ מוֹכַח מִזֶּה דֵּהמַהְרִי"ק ס"ל לְעֵיקַר הַטַּעַם דְּלָכֵן חֵיב לְפִצּוֹתוֹ דֵּה"ל כְּמוֹ הַתְּנָה ע"פ הָאֲנוּמְדָנָא. וְאַפ"ה חֲזִינוּ דֵּהמַהְרִי"ק כְּתֵב לְחֻלּוֹק דְּלָכֵן אִינוּ דוּמָה לְמוֹצִיא הוֹצֵאוֹת מִשּׁוּם דְּלֵא ה"ל לְלוֹה לְהַתְּנוֹת שְׁלֵא יִתֵּן אָלָא בְּעֵדִים מִשּׁוּם דְּלֵא אֲסִיק אַדְעֵתִיָּה.

וּמִשְׁמַע דְּגַם הַמַּהְרִי"ק ס"ל כֵּן לְדִינָא ג"כ דָּאִין הָעֵרַב נְאֻמָּן בְּשַׁבּוּעָה כְּמַה הוֹצִיא אָלָא צָרִיף עֵדִים. וּמוֹכַח דְּאַף לְהַטַּעַם דֵּה"ל כְּמוֹ הַתְּנָה אַפ"ה שְׁפִיר כְּתֵב הַמַּהְרִי"ק דֵּהתָם לֹא ה"ל לְלוֹה לְאַתְנוּיִי שְׁלֵא יִתֵּן אָלָא בְּעֵדִים מִשּׁוּם דְּלֵא מְסִיק אַדְעֵתִיָּה.

וְהַכְּנוּנָה דְּאַף דְּחֲזִינוּ דְּאַסִיק אַדְעֵתִיָּה מִזֶּה מְדַאֲמְרִינוּ בְּזֵה הָאֲנוּמְדָנָא דֵּה"ל כְּמוֹ הַתְּנָה. מ"מ שְׁיִיף לוֹמַר דְּלָזָה לֹא אֲסִיק אַדְעֵתִיָּה לְחוּשׁ לְאַתְנוּיִי שְׁלֵא יִתֵּן אָלָא בְּעֵדִים מִשּׁוּם דְּיִשׁ לוֹמַר דְּלֹא חָשַׁשׁ כ"כ הַלְּנָה.

וְלָכֵן לֹא הַתְּנָה בְּפִירוּשׁ שְׁלֵא יִתֵּן אָלָא בְּעֵדִים. וְעֵיקַר הַסְּבָרָא הוּא דְּלָכֵן מוֹצִיא הוֹצֵאוֹת נְאֻמָּן בְּשַׁבּוּעָה כִּינֹן דְּעֵיקַר הָעֲנִין וְהַמְעַמֵּד שְׁעֵשָׂה עִם מִי שְׁמַבְקָשׁוּ שְׁיִוְצִיא הוֹצֵאוֹת הוּא רַק עַל הָעֲנִין לְהוֹצִיא הוֹצֵאוֹת.

ע"כ ה"ל לאתנוני שלא יתן אלא בעדים. [ועיקר סברת המהרי"ק הוא מסייע לסברת הש"ך בסי' צ"א ס"ק כ"ג דמוציא הוצאות דנאמן הוא משום דהימניה.

ואף דעיקרו הוא משום תקחז"ל מ"מ י"ל דמשום טעם הלז תקנו חכמים פנ]. משא"כ בגידון דערב עבירו דעיקרו אינו משום ענין חשש הפסד שיהיה בזה ושיצטרף להוציא הוצאות.

אלא עיקרו הוא פדי שישמוך המלנה על הערב וילנה לו. ואפשר שיפרע הערב גוף החוב לא אסיק אדעתיה כמש"כ המהרי"ק שם להדיא.

וע"כ לא חשש הלנה כ"כ לאתנוני: ועוד י"ל דאף דמחייבים את הלנה לפצות להעבר משום אומדנא דה"ל כמו התנה. עכ"ז י"ל בזה פנין סברת הנתיבות בסי' קצ"ז ס"ק ד' במה דאמרו בב"מ (דף ל"ד) להאומדנא דנעשה כאומר לו פשתגוב ותשלמני פירתי קנוני לה.

דאף דלא היה דעתם אז לשם קנין מ"מ הטעם הוא כמש"כ הש"ך בסי' שנ"ח דאי איפא אומדנא קנה אע"ג דלא הוי המתנה מדעתו ול"ד ליאוש שלא מדעת כו' עכ"ל הנתיבות. א"כ ה"ה הקא גבי התחייבות אמרינו אומדנא דאילו היה עולה על דעתם חשש הפסד שיכול להיות להעבר מפת ערבותו שפונדאי היה הלנה מתחייב א"ע לו.

דכמו דאמרינו אומדנא פזו גבי קנין ה"ה דאמרינו פן גבי חיוב ע"ע. ולכן שפיר פתב המהרי"ק דהתם גבי הערב לא שייך לומר דה"ל לאתנוני.

משום דלא אסיק אדעתיה שיבא לידי פה. ואפ"ה עיקר החיוב לפצותו קל עליו משום אומדנא דאם היה עולה על דעתו היה נתרצה להתחייב בכה.

ונפ"מ מן הטעמים שכתבתי בבאור סברת המהרי"ק. דאלו לפמש"כ מתחלה י"ל דה"ה אף בהתנה בפירוש לפצותו מן הפסד שיהיה להעבר ג"כ אין להעבר דין מוציא ברשות משום די"ל דלא חשש לאתנוני כ"כ על חשש רחוק פמותו וכנ"ל.

אבל לפי הטעם שכתבתי דכיון דלא עלה אז על דעתו פלל מן ענין הפסד אתו עלה. א"כ היכא דהתנה בפירוש לשלם להעבר הפסד שיהיה לו.

ע"כ גם בזה שייך לומר דמדלא התנה שלא יתן רק בעדים א"כ הימניה ונאמן גם בזה בשבועה כמו כל מוציא הוצאות: ובפשטיות י"ל עוד דדוקא אם דיבר בפירוש אם יהיה הפסד להעבר שישלם לו אז שפיר שייך לומר דכיון דהתחיל מענין זה ה"ל לאתנוני שלא יתן רק בעדים כמו במוציא הוצאות דמה"ט אמרינו דהימניה.

אבל אם לא דיבר בפירוש מזה אף דנימא דבאומדן דעתו היה פנונתו אז לשלם הפסד שיהיה לו עכ"ז פנין שלא דיבר בפ"י מזה לא שייך לומר דה"ל לאתנוני בפירוש כו'. אף מן לשון המהרי"ק לא משמע פן אלא דאתי עלה משום דלא אסיק אדעתיה כו' [וענין בסי' קי"ב סעיף א' בכתב לו מקצת אחריות כו'].]

וכן מן מש"כ המהרי"ק שם דאפשר שיפרע הערב גוף החוב לא אסיק אדעתיה כו'. משמע כמש"כ מתחלה דאף בדיבר בפיו שישלם לו את הפסד שיהיה לו דג"כ אינו דומה פלל

למוציא הוצאות פינון דאין זה עיקר העסק וזהו חשש רחוק ע"כ לא שייך לומר בזה
דה"ל לאתנויי כו'.

ואפשר לכוין דברי האו"ת דסי' צ"ג הנ"ל שנתפנון פעין דברי המהרי"ק הנ"ל. אף
המהרי"ק ביאר זה ביתר ביאור דעל ענין הפסד שיכול להיות לא שייך לומר דה"ל
לאתנויי כו'.

[ובעיקר דברי המהרי"ק שכתב הטעם דמוציא הוצאות נאמן משום דאמרינו ה"ל
לאתנויי שלא יתן רק בעדים ומדלא התנה אמרינו דהימני' וכעין סברת הש"ך בסי' צ"א
ס"ק כ"ג. יש לדון דזה אינו רק לפמש"כ בחדושי לסי' צ"א סעיף ג' דלשיטת הר"נ
וסייעתו נלמד הך דין דמוציא הוצאות מן דין חנוני ולכן כמו דבתנויי אמרו בב"מ (דף
ג') הטעם דאת האמנתי' כו' ה"ה במוציא הוצאות.

אבל לפמש"כ שם דלשיטת הרמב"ם נלמד הך דין דמוציא הוצאות ברשות מן בעל
שהוציא על נכסי אשתו כמו שהארכתי שם. א"כ הא בבעל שהוציא על נכסי אשתו לא
שייך ה"ט דה"ל לאתנויי כו' ובפרט בבעל בנכסי אשתו קטנה כו'.

ומוכח דלאו משום דה"ל לאתנויי אתו עלה ויש להאריך בזה]. ועיקר דברי המהרי"ק
הנ"ל נעלם מן האחרונים בקושיותם דאמאי אין השותף נשבע ונוטל על טענת הפסד
דמ"ש מן מוציא הוצאות.

ולפי מה שנתבאר חזינו דהמהרי"ק הקדימם להקשות פן על הפסד של הערב דאמאי לא
יהיה נאמן כמו כל מוציא הוצאות: ענף ד והנה לפמש"כ להסביר דברי המהרי"ק
בחילוקו שכתב לחלק בין מוציא הוצאות להך דהערב הנה בכל האופנים שכתבתי לעיל
אתי שפיר הא דכתב הרמב"ם והש"ע דאין השותף נאמן לישבע וליטול.

דא הרמב"ם ס"ל דע"פ דין השותף משלם מביתו הפסד משום אומדנא אף דלא פירש
בפירושו. וכן לפמש"כ הב"ח והובא בש"ך סי' קע"ו ס"ק י"ג דאם הפסד הוא מכח משא
ומתן לכ"ע משלם מביתו.

וכן לפמש"כ האו"ת לפרש דהרינוח שנטל לכ"ע משתעבד להקרן וכ"כ הנתיבות בסי'
קע"ו ס"ק י"א. דכ"ז הוא מצד אומדנא וכמש"כ הב"ח בסי' קע"ו.

א"כ לפמש"כ לעיל לפרש דברי המהרי"ק דלכן לא שייך התם גבי הערב לומר דה"ל
לאתנויי כו' משום שלא היה רק ע"י אומדנא לעיקר החיוב לשלם להערב הפסד. א"כ
ה"ה הקא גבי הפסד של השותף פינון דעיקר החיוב הוא משום אומדנא ע"כ לא שייך
לומר דה"ל לאתנויי כו'.

וכש"כ לפמש"כ מתחלה לפרש דברי המהרי"ק דכוננתו אף בפירוש בפירושו לשלם
ההפסד שיהיה להערב דג"כ אין הערב נאמן פדין מוציא הוצאות. וכן הוא העיקר בדברי
המהרי"ק כמש"כ לעיל.

א"כ ה"ה בשותף אף אם דיבר בפירושו לשלם הפסד שיהיה ג"כ אין נאמן משום דלא
שייך לומר בזה ה"ל לאתנויי שלא יתן אלא בעדים. משום דגם בזה שייך לומר

דלא אסיק אדעתין אז בעת התחלת השותפות שיהיה הפסד כלל וע"כ לא חשש כ"כ לאתנויי כו' פנין דעיקר מחשבתם הוא רק על הריוח וכמש"כ האו"ת רק שקיצר בזה.

משא"כ במוציא הוצאות פנין דע"כ יתנה איזה הוצאה הן רב הן מעט עכ"פ בנודאי כי זהו עיקר עסקו עם המוציא הוצאות א"כ ה"ל לאתנויי שלא יוציא אלא בעדים כמה שיהיה ומדלא התנה א"כ חזינו דהימני' ואתי שפיר דברי הרמב"ם והש"ע ע"פ דברי המהרי"ק: והנה לעיל פתבתי דיש לדון דאם ידוע דהיה פסידא רק אינו ידוע כמה היה ההפסד דכה"ג נאמן השותף לומר דהיה הפסד סך פך וכך.

ובאמת לפי דברי הסמ"ע בסי' קל"א ס"ק י"א כפי שפתבתי לבאר דברי הסמ"ע. מוכח דגם בענין הפסד של הערב ג"כ נאמן הערב כמה הוציא היכא דיש דררא דממונא כנ"ל.

ואף היכא דלא התנו בפירוש על ההפסד אלא דעיקר החיוב הוא משום אומדנא וה"ל מה"ט פהתנה. אפ"ה יש לו דין מוציא ברשות דנאמן בשבועה פנין דעיקר החיוב הוא מפאת אומדן דעתו דהסכים לשלם ההפסד.

א"כ לפ"ז ה"ה בשותף אף אם לא התנו בפירוש לשלם ההפסד דמ"מ פנין דאמדינן לדעתו דנשתעבד לשלם ההפסד מביתו וצניניהו לישא וליתן ה"ל ככל יורד ברשות דנאמן בשבועה.

אכן לפמש"כ דבאמת אין דין הערב פדין מוציא הוצאות וכמש"כ ביאור הגר"א זצ"ל שם. וכמו שפתב המהרי"ק לבאר זה היטב א"כ כמו דהתם גבי הפסד של הערב אינו נאמן ע"פ דין מוציא הוצאות אף אם הספק הוא בכמה הוציא וה"ה הכא גבי הפסד השותפות אינו נאמן כלל אף אם יש לנו דררא דממונא.

וכן במש"כ לעיל דלשיטת הר"נ דנלמד כל מוציא ברשות מן חנוני דלפ"ז י"ל דבכל גונוני נאמן השותף לומר כמה היה ההפסד. אבל לפמש"כ בשם המהרי"ק א"כ גם לשיטת הר"נ אינו נאמן משום דשאני מוציא הוצאות דה"ל לאתנויי כו' משא"כ בשותף גבי ענין חשש הפסד דלא ה"ל לאתנויי ולחוש כ"כ לזה ע"כ אינו דומה לכ"ע למוציא הוצאות ושפיר סתמו הפוסקים בזה דבכל גונוני אינו נאמן ואף היכא דידוע דהיה הפסד אף אינו ידוע כמה היה ההפסד ג"כ אינו נאמן להוציא בשבועה: ועוד יש לחלק דשאני מוציא ברשות דעוסק לטובת משלחו ע"כ אינו סברא דלא יתנה נאמן משא"כ שותף העוסק לצורך שותפות דעוסק ג"כ לטובת עצמו ומשום הכי לא מקרי עבד ואינו חוזר כמש"כ הסמ"ע בסי' קע"ו ס"ק נ"ח.

ע"כ לא דינינו בשותף להתקנה דמוציא ברשות. וכה"ג כתב האו"ת בסי' קל"א ס"ק ו' לחלק כעין סברא זו בין שותף לערב ע"ש: ונראה לענ"ד דהרמב"ם וש"פ דכתבו דאין השותף נאמן פדין יורד ברשות ומחלקים ביניהם ככל החילוקים שנתבאר.

דהוכיחו פן מהא דב"ב (דף מ"ב ע"ב) דאמר שמואל שותף פירד ברשות דמי ושקלו וטרו בכוננתו ומיקי דכוננתו דנוטל בשדה שאינו עשוי ליטע כו' וזהו הוצאה שיעור שבה כמש"כ הנ"י שם.

וקשה היא יש לפרש דכוננת שמואל הוא למאי דאמר שמואל בעצמו בכתובות (דף צ"ג) דשנים שהטילו לפיס זה מנה וזה ר' השכר לאמצע. ושיטת הרמב"ם וש"פ הוא דאף להפסד ג"כ הוא לאמצע אף לשלם מביתו ומאי דנקט שמואל השכר הוא לאו דנוקא דה"ה להפסד א"כ לפ"ז יש לפרש דמה דאמר שמואל שנתף פיורד ברשות היינו דאם השנתף תובע בטענת הפסד דנאמן כמו היורד ברשות דנאמן לתבוע ההוצאה בשבועה.

ומדלא מוקמינו פן מזה הוכיחו הראשונים דשנתף אינו נאמן משום דמוכח מזה דיש לחלק בין שנתף למוציא הוצאות: ולכאורה יש להעיר בזה דכתבו דשנתף אינו נאמן לומר שהיה הפסד דהא מצינו בב"מ (דף נ"ח) דנשבעים ליטול שכרן לומר דנאנסו וכמבואר פן בסי"ג ש"ג ש"ק ה'.

ואף דנאנסו לא שכיח כמש"כ התוס' בב"ב (דף ע') ואפ"ה נאמן לומר נאנסו ולהוציא שכרו אף דהתם ה"ל פאיני יודע אם נתחייבתי כמש"כ בחידושי לסי' צ"א סעיף א'. א"כ אמאי אינו נאמן השנתף לומר פסיד עיסקא והא התם בטענת נאנסו דלא שכיח ג"כ שנייף לומר דלא אסיק אדעתיה שיארע אונס וכמש"כ המהרי"ק גבי הפסד דערב דמשום דלא אסיק אדעתיה כו'.

וכמש"כ האו"ת הקא דלכן אינו נאמן השנתף כמו במוציא הוצאות משום דלא אסיק אדעתיה שיהיה הפסד כו'. והא הפסד בעיסקא שכיח יותר מן נאנסו בשומרים.

דהא עגנו הפסד עיסקא יכול להיות מן יוקרא וזולא דשכיח כמבואר בח"מ סי' רכ"ז סעי' ט' דדף השערים להשתנות תמיד. וכמו דאמרו בב"מ (דף ס"ד) כיון דמקבל עליו זולא קרוב לזה ולזה הוא וכ"כ הוא בב"מ (דף ע') דסתם עיסקא מקרי קרוב לזה ולזה.

וכמבואר בכתובות (דף נ"ו) דמה"ט מקרי אין דמיהן קצובין משום דמוקרי ומוזלי וכן יכול להיות הפסד בהעסק משום שמוכרין בהקפה ואשראי ספק אתי כו'. וכהנה רבות.

וגם חשש נאנסו יכול להיות בעסק שנתפות ג"כ לשיטת הסוברים דאף באונס שלא מפח מו"מ חייב השנתף לשלם מביתו. א"כ זה ברור דנאנסו הוא לא שכיח ביותר מן טענת הפסד בעסק.

ואפ"ה חזינו דנאמן לתבוע שכרו בש"ש שטוען נאנסו וזהו מצד תקנה וכמש"כ לעיל בחי' שם. א"כ הא התם ה"ל ספק אם מגיע לו פלל חוב שכירות וגם הא גם התם שנייף לומר דלא אסיק אדעתיה ואפ"ה נאמן א"כ הקא בשנתף ג"כ יהיה נאמן לתבוע חלק הפסד שישלם מביתו: ענף ה' והנה בש"ש שטוען נאנסו י"ל דנאמן משום חזקה שלית עושה שליחותו וכמש"כ הבעה"ת והובא בסי' צ"א ש"ק י"ב גבי חנוני.

וע"כ י"ל דה"ה גבי ש"ש לכן נאמן משום דשנייף ביה ג"כ חזקה שלית כו' דהא נשתעבד מן הדין להיות יושב ומשמר ושנייף ביה ג"כ חזקת פשרות דמסתמא טרח כהוגן. ואף לשיטת הרמ"ה והר"נ דס"ל דלאו משום חזקה שלית כו' אתו עלה דחנוני.

מ"מ י"ל דנוקא גבי חנוני דהבטיח ליתן עבורו מנה. בזה ס"ל דלא שנייף התם החזקה שלית כו' די"ל דילמא חזר בו מלהלוות לו סף זה ובפרט בנתינה מרובה דאף מחוסר

אמנה לא הניגם י"ל דאמור נודע לו דהבעה"ב אינו בטוח וכעין מש"כ הנתיבות בסי' קפ"ג ס"ק ה' פ"א ב"ה.

אבל בשומר דמחוייב הוא לטרונם ולשמור ואינו יכול לחזור בו מן הדין ואף היכא דפטרותו התורה משלומין מ"מ מחוייב הוא להיות שומר פדיונו וע"כ שייך ביה חזקה שלים כו' ונאמן מה"ת לתבוע שקרו.

והנה הך חזקה שלים כו' שייך ג"כ בשותף שהתחייב א"ע לטרונם בהעסק ואינו יכול לחזור כמבואר בסי' קע"ו ע"כ גם בדידין' שייך הך חזקה שלים כו' ובנדאי טרח ועשה הכל כהוגן.

א"כ תקשה דמפני מה ישמנה הדין גבי שותף דכתבו דאינו נאמן לתבוע הפסידו דמ"ש זה מן ש"ש דנאמן לומר נאנסו ולתבוע שקרו אף דאין הספץ לפנינו א"כ ה"ה הכא יהיה נאמן לומר שהוציא ע"פ סף זה אף דאין הספץ לפנינו: והנראה לי לחלק ביניהם והוא דשאני בשומר דבמה דנסתפקנו אם שמר כהוגן או לא דבזה שייך שפיר הך חזקה שלים כו' לברר את הענין הספק שנסתפקנו דבנדאי שמר כהוגן כמצננה בזה ע"פ דין וקנים כל מה שקיבל עליו לשמור כהוגן את הספץ שקיבל לידו ולכן נאמן.

אבל הכא בשותף דטוען דפסיד עסקא לפי דטוען דקנה איזה סחורה במקח כפי דבריו ולבסוף הניזל ומחמת זה נעשה ההפסד או שאומר שמכר באשראי ולבסוף לא שילם לו וכה"ג הרבה גונוי דמשפחת ליה בהפסד ע"י משא ומתן.

או שאומר שקנה סחורה באיזה מקום ובדרך הילוכו נאנס ממנו ע"י שודדים או נשרפו. ועיין בב"ח ס"א קע"ו.

דבכל הנה גונוי וכהנה לא מהני הך חזקה לברר את הענין שהוא כדבריו דהא אף דנימא ביה החזקה דעשה שליחותו לפי דשותפין הם כשלוחים זה לזה. מ"מ הא יש עדיין להסתפק דילמא באמת לא קנה כלל את הספץ שאומר שקנה לעסק השותפות דשמא באמת לא הוטב בעיניו לקנות אותו הסחורה מחמת איזה טעם.

או אם היה טענת הפסד מחמת איזה הקפה י"ל דאף אם היה לו רשות ליתן בהקפה מ"מ שמא לא רצה להקיפו באמת לפי טובת העסק ע"פ ראות עיניו. וכן בטענת שקנה איזה מין סחורה באיזה עיר ובדרך הילוכו נאנס ממנו גם בזה י"ל דילמא באמת לא נתרצה מעולם לקנות אותו הסחורה.

וכה"ג בשארי ענינים בכל הנה אין החזקה שלים כו' מבררת לנו את הספק שמסופקים אנחנו דיכול להיות להיפך מחמת החזקה שלים כו' לא קנה או שלא נתן באשראי את הסחורה ובכה"ג משפחת פן בכמה גונוי פ"דוע.

ע"כ פסקו דאין השותף נאמן לומר על איזה הפסד משום דאין החזקה מבררת לנו בכ"ז. וה"ל ברי בלא סיוע מן החזקה שלים כו' ודומה למש"כ הבעה"ת והובא בש"ך ס"א צ"א ס"ק י"ב וס"ק כ"ב דבמוציא הוצאות לא שייך חזקה שלים כו'.

ונהוה הפל מן ה"ט שכתבתי לפי דגם במוציא הוצאות י"ל שמא לא הוציא סף כפי שאומר לפנינו משום דבאמת לא היה צריך לסף ההוצאות כפי שאומר. וע"כ לא שייך במוציא הוצאות התזקה שליח כו'.

והא דנאמן מוציא הוצאות היינו בע"כ מהטעם שכתב המהרי"ק דה"ל לאתנויי כו' פנ"ל ומטעם זה הימנוהו חז"ל. א"כ הכא בשותף דלא שייך לומר דה"ל לאתנויי כו' והימני' כמו במוציא הוצאות.

משום סברת המהרי"ק והאו"ת די"ל דלא אסיק אדעתיה שיהיה הפסד פנ"ל. ע"כ אינו נאמן פיון דלא שייך ביה התזקה שליח כו': ולפ"ז יש לדון דאם ידוע בעדים שקנה את הסחורה בסוף כף כפי שאומר לפנינו.

וטוען דנפלו עליו אנסים ושדדוהו וכה"ג אונס אחר בזה י"ל דנאמן לתבוע הפסידו מחבירו שישלם מביתו חלקו בהפסד המזון שהוציא ע"פ ציווייו. כמו ש"ש שנאמן לתבוע שכן טרחתו אף שאין החפץ לפנינו משום תזקה שליח כו'.

ונאמן לומר שלא עיכב את החפץ ת"י ונשלא פשע אלא עשה הפל פהוגן כפי שקיבל עליו. ה"ה הכא נאמן לומר שלא עיכב הסחורה לעצמו ונשלא פשע בשמירתו ונאנס ממנו כי גם בזה שייך התזקה שליח כו' לברר את הספק שנולד לנו אם שמר פהוגן ולא עיכבו ת"י ונאמן בשבועה להוציא את חלקו בהפסד כפי הסף שהוציא ע"פ לעסק השותפות.

דאין לחלק בין ש"ש שתובע שכן טרחתו שקצבו באופן שישמור פראוי להא דשותף שהוציא ממון ע"פ והתחייב לשלם ההפסד באם שיקרה איזה פסידא. אף כ"ז אינו שייך אלא אם היה נצרך הסחורה שקנה שיהיה ת"י מונח עד הזמן שיגיע למפון לטובת העסק ובתוף כף טוען שאירע איזה אונס.

אבל היכא שהיה רשות בידו למפון הסחורה מיד כפי ראות עיניו. הנה בזה שפיר יש עדיין לומר ולהסתפק דילמא מכר בתוף כף את הסחורה ולא היה הסחורה מונח כלל בהתנות א"כ גם בכה"ג אין התזקה שליח כו' מבררת לנו שהוא כדבריו ולכן אין זה דומה לש"ש שנאמן על שכו'.
[ועיין בקצה"ח סי' רכ"ד ס"ק ב' ובנתיבות שם וקצרתי מחמת שאין זה שייכות כ"כ לעניינינו]. אכן היכא שהיה נצרך להתזיק הסחורה עד זמן פ' ובתוף כף טוען דנאנסו או נשורפו בכה"ג שייך שפיר התזקה שליח כו' לברר הספק שנולד לנו אם האמת כדבריו או שמא פשע ושמא הוא ברשותו משום דאמרינו גם בזה התזקה שליח כו' שעשה בשמירת החפץ והסחורה של שותפות כפי שקיבל עליו לשמור ואם ישבע שלא פשע ואינו ברשותו ועשה פהוגן בעסק השמירה אז נאמן לתבוע חלקו בהפסד כמו הש"ש דנאמן על שכו'.

ואין לחלק ביניהם ע"פ איזה סברא. וכללו של דבר דהיכא ידוע דקנה הסחורה והיה מחוייב ע"פ תנאי השותפות שיהיה מונח ת"י עד זמן פרעון ולא יהיה יכול למכרו בתוף הזמן.

דאם טוען נאָנסו. א"כ פֿשנשבע שאינו ברשותו ולא פֿשע דינו דומה לש"ש נשטוען נאָנסו
דנאָמן על שְכָרו בשבועה משום דהחזקה שלים כו' מבררת לנו את הספק בזה.

וכן דומה זה למש"כ הנתיבות בסי' קפ"ז ס"ק ה' שהביא דברי הריטב"א בב"מ דכתב
דאם אָמר לא' שיקנה אינה סחורה עבורו וטוען שקנה ונאָנס ממנו דנשבע ונאָמן לתפוע
דמיו ע"ש. ונהו הפל מה"ט וכש"כ היכא דידוע דקנה בנדאי את הסחורה שציווהו
לקנות: ונדעתי פי יש לחלק בין שותף העוסק ג"כ לטובת עצמו ובין אחר שעוסק רק
לטובת משלחו וכמש"כ לעיל.

אכן באמת אין לחלק בזה וכמו שנראה מן דברי האחרונים בקושיותם דמ"ש שותף מן
מוציא הוצאות דנאָמן בשבועה ולא מחלקים בחילוק הנ"ל. וכן הדעת נוטה שלא לחלק
בן.

ולכן העיקר דאם הוא באופן שנתבאר פנ"ל דנאָמן בשבועה ששמרו כהגון וכמו התם
בשלושים דב"מ (דף נ"ח) הנ"ל דנשבעים ונוטלים. ואף דהתם בב"מ נתמעטו מן דין
שומרים אפ"ה צריכים ליִשבע א"כ ה"ה שותף אף היכא דהוי שמירה בבבועה צריף
ליִשבע משום דאם לא שמר כהגון אינו בדין שיטול הפסידו.

[ועיין בנתיבות סי' רצ"א ס"ק ל"ד. ואכ"מ להאריף בענין הנ"ל].

ועיין ברש"י ב"מ שם ד"ה הכא בנושא שְכָר כו' ובגמ' שם נהי דשלומי לא משלמי
אגרייהו מיהא לכפסיד. אבל אם אינו באופן שנתבאר א"כ לא שייף בזה הף חזקה שלים
כו' לומר דשמרו כהגון ולברר את הספק שנסתפקנו פנ"ל.

אז הדין ברור דאין שותף נאָמן לתפוע את ההפסד אף אם ידענו שהיה הפסד אף
דמסופקים אנחנו כמה היה ההפסד ג"כ אינו נאָמן להוציא משום דאינו דומה למוציא
הוצאות כמו שנתבאר ב"ה: סימן צד א (סעיף א') ויש מי שכתב דאם בא לו שבועה
ע"י הפוכו כו' אין מגלגלין עליו.

והוא בתה"ד סי' שכ"ז והובא בש"ף ס"ק ב' בקצרה וכ"כ הש"ף בשם הריטב"א בפ"ק
דקדושין שכתב ג"כ כדברי התה"ד דבשבועה ע"י היפוף אין מגלגלין עליו. והש"ף הניח
בצ"ע לדינא.

אכן ראיתי בהרדב"ז ח"א סי' תכ"ו שהביא לדברי התה"ד והכריע פן לדינא ע"ש. ועיקר
טעמם הוא דאף לשיטת הר"י דהובא בשבועות (דף מ"ט) בתוס' שם ד"ה לכל מגלגלין
כו' דזוקא נקט שְכָר כו'.

דה"ה בשבועת ע"י היפוף פיון דע"פ דין הא קיי"ל דשד"א לא מפכינן משום דאומרים
לו השבע או תשלם א"כ הא דמפכינן בדרבנן אין זה מן הדין ע"כ אין לגלגל עליו כו'
ע"ש בתה"ד. וכיון דהרדב"ז הכריע ג"כ לדינא כהתה"ד ע"כ נראה לפסוק פן להלכה
וכדברי התה"ד והריטב"א דאין מגלגלין בשבועה הבאה ע"י היפוף: אף יש לומר דזוקא
היכא דהנתבע טוען ברי ואעפ"כ אינו רוצה ליִשבע בעצמו ורוצה להפך השבועה על
התובע בזה שפיר י"ל דאין מגלגלין על שבועת התובע הבא ע"י היפוף משום דעיקר

היפוף שבועה בכה"ג אינו מן הדין משום דע"פ דין מחוייב לישבע בעצמו ולא להפוך דהא באמת בדאורייתא לא מפכינן כמש"כ התה"ד.

אבל היכא דהנתבע טוען ואומר דלכן איני נשבע לפי שלבי נוקפי ע"ז ולא אוכל לישבע בבירור וכפי מה שפתי האו"ת לקמן ס"ק ח' דלכן מהפכין ג"ש בדאורייתא משום דיכול לומר לפי נוקפי והנני מסופק כו' בשלמא בשד"א עצמה אם הוא מסופק א"כ ישלם פדין מחושואיל"מ בשד"א אבל בג"ש דאורייתא דכיון דלא אמרינן בג"ש מתוך שאיל"מ ע"כ אינו מחוייב לשלם באומר איני יודע על הגלגול ומה"ט יכול להפוך שבועת הג"ש על חברו ועפ"ז תירץ שם לקושיות הש"ך על המחבר שם ע"ש.

ובחידושי לקמן סי' צ"ד סעי' ח' ש"ך ס"ק י"ב כתבתי להסביר דברי האו"ת הלז ביקור ביאור דלא אמרינן דישבע שאינו יודע ויפטר משום דיכול לומר דע"י שבועתי שאינני יודע לא יהיה עדיין בירור הענין על נכון דאפתי יהיה עליו חיוב לצאת ידי שמים כמבואר בסי' ע"ה סעי' ט' ע"כ יכול לומר דישבע התובע שיודע בברי שחייב אני לו ואלשלם ומה"ט פסק המחבר לקמן סעי' ח' דיכול להפוך ג"ש דאורייתא כמו שהארכתי בחידושי שם.

וחזינן דבכה"ג הדין הוא דמהפך אף בג"ש דאורייתא פיון דלא דיינינן מתוך שאיל"מ בג"ש. א"כ ה"ה בשבועת הדין דאם אומר איני יודע דלא אמרינן בדרבנן מתוך שאיל"מ ע"כ מן הדין יכול להפוך על התובע שישבע לברר הענין על בוריו וכיון דמן הדין הוא דיכול להפוך ע"כ ממילא יכול לגלגל עליו דלא שייך בזה סברת התה"ד דכתב דהיפוף שבועה הוא שלא ע"פ דין דהא בדאורייתא לא מפכינן.

דבאמת בכה"ג אף בדאורייתא מפכינן כמו דנתבאר דגם בג"ש דאורייתא מהפכינן: וזה אינו רק באם הכחשתם הוא בההלואה אבל אם הכחשתם הוא בהפרעון א"כ אף שיאמר לפי נוקפי ומסופק אני בהפרעון ג"כ שייך בזה סברת התה"ד דהיפוף שבועה הוא שלא מן הדין פיון דבדאורייתא לא מפכינן דהדין הוא שישבע או ישלם דאינו יכול לטעון דמסופק אני בהפרעון דא"כ הדין הוא שישלם כמו כל איני יודע אם פרעתי וכיון דעיקר הפטור שלו הוא רק ע"פ טענתו דאומר ברי לי על הפרעון ע"כ שייך שפיר לומר דהיפוף שבועה הוא שלא ע"פ דין דאין יושבע או ישלם ולכן בכה"ג שפיר יש לדון כמש"כ התה"ד והריטב"א והרדב"ז דאינו יכול לגלגל פיון דהיפוף הוא שלא ע"פ דין.

ומה שהקשה הט"ז דא"כ בשבועת הדין ג"כ לא יגלגלו דהא חיוב ש"ה הוא מדרבנן. י"ל דס"ל להתה"ד דהרדב"ז לחלק דשאני ש"ה דיש טעם לזה משום הא דשבועות (דף מ') דחזקה א"א תובע כו' מסייע להתובע א"כ ה"ל פועין רגלים לדבר שחייב לו ולכן מקרי ש"ה חיוב ע"פ דין פיון דיש סברא מעליא שתקנו פו.

וכעין זה מוכרח לומר בדברי הר"י בתוס' שבועות (דף מ"ט) דלכן אין מגלגלין על שבועת שכיר משום דהשבועה הוא שלא ע"פ דין דהיה להשפיר ליטול בלא שבועה כו'. ואף דמה דאמר דשכיר נוטל משום דבעה"ב טרוד בפועליו זה גופא הוא רק משום תמנתא דחז"ל ועיין בסי' פ"ז ש"ך ס"ק כ"ה ובשבועות (דף מ"ו).

מ"מ פינון דראו חו"ל לומר הסכרא דבעה"ב טרוד בפועליו מקרי זה ע"פ דין. וה"ה בנ"ד משא"כ בהיפוף שבועה דאומרים לו אם האמת כדבריה דתשבע וזהו קצת נגד הסכרא מה שאינו רוצה לישבע על האמת ע"כ זה מקרי שלא ע"פ דין ואין מגלגלים עליו.

וקא עיקר ג"ש ילפינו מסוטה ושם ריע טענת האשה ע"י קנוי וסתירה וה"ה בכל חיוב שד"א ועיין בב"מ (נ"ד ד' ע"א) תוס' ד"ה הצד השנה כו' דכשמודה מקצת או עד מכחישו נראה דמשקר כו'. וכן י"ל בשובעת שומרים דרגלים לדבר שהוא ברשותו כמש"כ הסמ"ע בסי' רצ"ד ס"ק ג'.

וכיון דיש בכל הני רגלים לדבר דמשקר הנתבע בטענתו ע"כ גזרה התורה לגלגל עליו שארי מילי די"ל כמו דנראה למשקר בעיקר טענתו כ"כ בהגלגול. וה"ט שייך ג"כ בש"ה לאחר דתקנו שבועת היסת משום חזקה א"א תובע כו' א"כ גם בזה י"ל דנראה כמשקר כו'.

אבל בהפוף שבועה אדרבה מצד הסכרא נראה דהנתבע משקר דאל"כ למה לא ישבע על האמת לפי דבריו ע"כ אף דחו"ל תקנו שיכול להפך על התובע מצד להפיס דעת הנתבע וכיוצא בזה מ"מ פינון דאין לומר בזה דהתובע משקר ע"כ לא מצינו כה"ג ג"ש וזה דומה לשובעת שקיר דאין מגלגלין עליו מה"ט.

ויש להעמיס דברינו בדברי הפוסקים דכתבו דאין מגלגלין על ההיפוף שבועה: הינא לנו מזה דהיא דהנתבע טוען ברי לי ממש רק דאינו רוצה לישבע אף על האמת או באם הכחשתם הוא בהפרעון אז אף בטוען לפי נוקפי ומסנפק אני ואיני יכול לישבע בבירור בזה הדין נותן דאינו יכול לגלגל על השבועה שמהפך להתובע וכמש"כ התה"ד והריטב"א והרדב"ז פינון דעיקר היפוף שבועה הוא שלא ע"פ דין פנ"ל.

אבל היא דהכחשתם הוא בההלואה וטוען פי לפי נוקפי ומסנפק אני כו'. בזה הדין נותן דיכול לגלגל על שבועת היפוף כדמצינו בג"ש דאורייתא פנ"ל.

א"כ ההיפוף בכה"ג הוא מן הדין וגם הא בכה"ג לא נראה טענת הנתבע כמשקר דהא נותן אמתלא נכונה לדבריו דמה דאינו נשבע הוא לפי שאינו יודע על בוריו לברר הענין ע"י שבועתו פנ"ל ונחבירו דאומר ברי יכול לברר ע"י שבועתו א"כ ישבע על טענתו להוציא ממון וכיון דבזה לא שייך סברת התה"ד שכתב דהיפוף הוא שלא ע"פ דין דבדאורייתא לא מפכינן.

דקא בכה"ג מצינו דמהפכינן בג"ש דאורייתא פינון דלא דיינינן בג"ש מחשוואיל"מ ע"כ ה"ה בשובעת היסת ע"י היפוף דיכול לגלגל על התובע: ב בסי' צ"ד נסתפק הקצה"ח בס"ק א' אם מגלגלין שבועת התורה במלוה בשטר וטען הלואה פרעתי ועוד תבע הלואה להמלוה בע"פ ובע"א אם מחנייב המלוה לישבע שד"א על שטרות גלגול או פינון דכתיב בפ' ולקח בעליו ולא ישלם וילפינו מנה דליכא שבועה דאורייתא בנוטל א"כ ה"ה גם גלגול ליכא מה"ת בזה וכעת צ"ע עכ"ל הקצות החושן: ענף א ולענ"ד מוכח מן התוס' ב"מ (נ"ד י"ד) ד"ה דינא הוא כו' דהקשה מאי נפ"מ דראובן המוכר יהיה בע"ד דידיה ותיקצו דנפ"מ אם יש לראובן עליו שבועת התורה יגלגל עליו שלא פרע כו' עכ"ל.

אלמא דס"ל להתוס' דאף בנוטלין מגלגלין בשד"א. משום דעיקר קושיות התוס' בכתובות (דף צ"ב ע"ב) דמאי נפ"מ הוא אי משום דיטעון טענת אשתבע לי הא בל"ז צריה שבוועה פדין טורף ממשעבדי.

וע"כ מוכח דס"ל להתוס' בב"מ דמגלגלין אף בנוטלין שד"א. וזהו שסיימו התוס' בב"מ שם אבל לשמעון לא ישבע אלא שבוועה דרבנן כו' ויש חומר בשד"א יותר משבוועה דרבנן עכ"ל.

וכ"כ הרשב"א בחידושי לכתובות (דף צ"ב) שם וז"ל ורש"י ז"ל פתב דנפ"מ דא"ל אישתבע לי. וא"י מהו הא אין נפרעין ממשעבדי אלא בשבוועה וסיים לתרץ בשם אחרים דפירשו דנ"מ לענין גלגול כו'.

עכ"ל הרשב"א. ואפשר לומר דכוננת הרשב"א הוא לענין מה דמבואר בח"מ סי' ע"א סעיף ה' ש"ק י"ד דיש פוסקים דס"ל דפטור סתם לא מהני לפטור ע"י גלגול ע"ש. ומיירי התם בפטרו ונתן לו נאמנות אף נגד ב"כ. וענין בסי' ע"א ש"ק מ"ב.

אף קשה לומר פן בכוננת הרשב"א ה"ל. והעיקר פנ"ל דס"ל דמגלגלין שד"א בנוטלין ג"כ.

וכן פתב השמ"ק לכתובות (דף צ"ב) בשם הרמב"ן שפתב ג"כ נפ"מ לענין גלגול פנ"ל. אלמא דס"ל לכולהו פוסקים ראשונים ה"ל דאף בגשבע ונוטל ג"כ מגלגלין על שד"א ודינו כמו דאורייתא.

ומצאתי בקצה"ח סי' רכ"ו שהעיר ג"כ מדברי התוס' דב"מ ה"ל ודחה דמיירי פתב פרעון ע"ש. אף זה דוחק להעמיס פן בכוננת הגמ' שם דהא מיירי שם בטורף מן לקוחות. ומסתמא מיירי באין להמוכר אף מטלטלי דאל"כ הא קיי"ל לדינא דאמרינן אף במטלטלי הנחתי לה מקום לגבות ממנו. וכמו דהעלה האו"ת בסי' קי"א ס"ק ג' ודלא פהמהרש"א לב"ק (דף ק"ט).

ואי דנימא דמיירי בטורף פכר מן הלוקח. ג"כ אין לומר פן דהא אמרו בלשון הגמ' שם דמפקת מיניה עלי דידי הדר דמשמע דמיירי דלא טרף עדיין מהלוקח וזה לשון להבא. וגם הא בב"ק (דף ח') אמרו אי מפקת מיניה דלשון זה משמע ונדאי להבא. וענין ברכות (דף ל"ח) דהמוציא דמפיק משמע ולהבא ע"ש.

וענין פסחים (דף קט"ז) וקצתתי פי אכמ"ל בכ"ז. וע"כ שפיר מוכח מתוס' וראשונים ה"ל ספיקו של הקצה"ח.

ויפה פתב הנתיבות פאן ג"כ לפשוט ספיקו של הקצה"ח ה"ל מהתוס' דב"מ ה"ל: אף עדיין יש לדחות הוכחה זו ע"פ מש"כ המ"מ בפ' כ"ג ה' מלנה והובא בח"מ סי' נ"ד ש"כ ס"ק ד' דאם טען שהשטר אצל המלנה ועתה הניחו בכיסו ישבע המלנה היסת.

ואע"פ שאין נגירו של שטר שנה פרוטה מ"מ מחמת הראיה שבו יתן לו הלנה יותר מפרוטה כו' עכ"ל המ"מ. אלמא דתביעת גוף השטר ראיה מהמלנה מקרי ש"פ ונשבעין ע"ז.

ע"כ י"ל דכוננת התוס' וראשונים הנ"ל דאף די"ל דס"ל ג"כ דעל נשבעין ונוטלין אין לגלגל שד"א. מ"מ היכא דהמוכר בא לתבוע את המלוה ה הטורף שיתזיר לו מזד גוף השטר משום דהראיה שיש עליו הוא ש"פ פנ"ל.

ואף דיטורף מן הלוקח מ"מ כיון דמפקת מנייה עלי' דידי הדר. או משום דלא ניתא ליה דליהוי תרעומות עליו פדאמרו בגמ' שם בזה.

ע"כ מקרי זה השטר ראיה ש"פ לגביה משום סברת המ"מ הנ"ל. דיתן לו הלנה המוכר יותר מפרוטה.

ונה מקרי נשבעין ולא משלמין דהא המלוה תופס ת"י גוף הנזיר. [ועיין בח"מ סי' ע"ב ש"כ ס"ק נ"ט ובאו"ת ונתיבות שם ואכמ"ל].

ולכן שפיר מגלגל זה הטענה על שד"א להיות דינו כמו שד"א ממש. אבל בנשבע ונוטל שפיר י"ל דס"ל דאינו מגלגל על שד"א מן התורה.

ונדחה ראיה זו: אבל יש לעיין בזה מהא דכתנבות (דף פ"ז) דסבר רמב"ח למימר בשבועת פוגמת וע"א דהמה שד"א והקשה ליה רבא והא כל נשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין. ועוד הא אין נשבעין על שעבוד קרקעות.

ולפמש"כ דשבועת בעהש"ט על שטרו מקרי נשבע ואינו משלם פנ"ל. א"כ קשה מאי מקשה ליה רבא הא י"ל דכוננת רמב"ח הוא משום דצריף לישבע על גוף השטר שמתזיק ת"י פנ"ל.

בשלא פוגמת י"ל דלא שייף מודה במקצת בזה דהא כ"ז דחייב לו מקצת יכול להחזיק כל השטר ת"י. אבל בשבועת ע"א שפיר י"ל דנשבע שד"א להכחישו כדי דיהיה יכול להחזיק גוף השטר ת"י.

ואפשר דכיון דתנו סתמא א"כ מיירי ג"כ במקום שאין פותבין פתובה. ועיין לעיל (דף ט"ז ודף פ"ט): ובאמת בלא"ה אינו קשה כלל זה משום דהא כתב הש"ף בסי' נ"ד ס"ק ד' הנ"ל.

דהא דכתב המ"מ דמחמת הראיה שבו הוא ש"פ דלא שייף זה רק גבי שבועה דרבנן. משום דבאמת אינו ש"פ ממש דאל"כ הא דקיי"ל אין נשבעין על שטרות משום דאין גופן ממון ה"ל לישבע עליהן משום דש"פ מחמת ראיה שבו כו' עכ"ל.

ולפ"ז שפיר פתבתי לדון דמה דמתזיק גוף השטר ת"י זה הוי טענה ש"פ והוי בכלל נשבע ואינו משלם כיון דגוף הנזיר הוא ת"י. ואף דאין גופו ממון ואימעט משבועה מ"מ יכול לגלגל על שד"א כמו כל קרקע ושטר דמגלגלין על שד"א פמבואר בסי' צ"ה סעיף ה'.

אבל לומר דיהיה חייב שד"א בלא גלגול משום גוף השטר דת"י כדי להכחיש הע"א כמו דסבר רמב"ח למימר. ונדאי אין זה סברא משום דהא אין נשבעין על שטרות.

וע"כ נודאי ליכא למימר כן בכוננת רמב"ח: והא דהוי ס"ל לרמב"ח דנשבעין מה"ת אף דהוי שעבוד קרקע כדמקשה ליה רבא י"ל בזה כמש"כ רע"א זצ"ל בתשובה בכתבים

סי' קנ"ג דטעמו דס"ל ישעבוד קרקע אינו פקרקע לענגן שבועה וגם ר"פ ס"ל פן בשבועות (דף ל"ז) יע"ש.

ובהא דהוי ס"ל לרמב"ח דחייב שד"א אף דהוי נשבע ונוטל פבר פ"א בזה הפני יהושע והפלאה שם היטב ע"ש. ואנכי לעצמי אמרתי בפ"א דבר זה משום דמש"כ ההפלאה שם דסבר רמב"ח דשטר העומד לגבות הוי פגבוי.

זה דוחק דהא זהו פלוגתת ב"ש וב"ה גבי מתו בעליהן עד שלא שיתו בסוטה (דף כ"ה). וב"ש במקום ב"ה אינה משנה.

ועיין בפ"א סי' י"ב ס"ק י"ז. וע"כ נלע"ד לומר בכוננת רמב"ח ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ריש ענף ד' בשם התוס' סוטה (דף כ"ה) ד"ה ב"ה סברי כו'.

דבשט"ח ברור אף ב"ה מודו דהוי פגבוי ע"ש. ולפ"ז י"ל ה"ה היכא דבשבועה יתנה מהימן לגבות בשטרו אז לאחר שישבע הוי השטר פגבוי אף לב"ה.

כיון דאזי יתנה שט"ח ברור להוציא מהנתבע. וע"כ ס"ל לרב"ח דמקרי נשבע ואינו משלם כיון דהא כתיב ולקח בעליו ולא ישלם והאי לא ישלם קאי לאחר שישבע.

ואז איגלאי למפרע דהוי פגבוי כיון דמברר בשבועתו דמהימן להוציא. וע"כ ס"ל לרב"ח דמקרי נשבע ואינו משלם פן י"ל בכוננת רב"ח.

[ועיין בנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' ל"ב שכתב מסברא דנפשיה לזון דבשט"ח ברור הוי פגבוי. ולא הביא דברי התוס' סוטה (דף כ"ה) הנ"ל.

ותמהני עליו בזה. ובמק"א הארכתי בזה].

אף לפמש"כ התוס' גיטין (דף ל"ז) ד"ה שטר שיש בו כו'. דדוקא בשטר דכתוב בו ישעבוד נכסים בזה ס"ל דהוי פגבוי ע"ש.

ולפ"ז מוכרח לומר דסברת רב"ח הנ"ל קאי במקום שכותבין פתובה דאל"כ לא שייך ביה לומר דהוי פגבוי. אכן לפמש"כ תוס' בשבועות (דף ל"ז) ד"ה ואין מביאין כו' שפיר י"ל פן בכל גונוי וזהו סברת רב"ח.

וי"ל בזה ע"פ מש"כ השמ"ק בב"ב (דף ו') ד"ה מי אמרינן דרב"ח סבר דשט"ח פגבוי דמי ובמק"א הארכתי בזה: ועפמש"כ דגוף השטר שמחזיק ת"י הוא ש"פ פסברת המ"מ הנ"ל. יש ליישב עפ"ז תמיהת הנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' י' שיקשה על מש"כ המסבר בסי' ל"ז סעיף י"א ראובן שיש לו שט"ח על שמעון ונתנו ללוי בכו"מ והיה שמעון א' מעדי השטר ה"ז פסול משום דהוי נוגע דהשני נזח לו כו'.

וכ"כ בסי' ס"ו סעיף כ"ב. ותמה הנו"ב הא כתב הש"ך בסי' קכ"ג ס"ק כ"ד דדוקא היכא דבא להוציא אמרו הסברא דזה נזח לו כו'.

ולא בבא להחזיק. א"כ הא התם הוי להחזיק ע"ש.

אכן לפמש"כ י"ל בקושיות הנו"ב הנ"ל דהוי ג"כ להוציא גוף השטר מן התופסו דגוף הנזיר הוא ש"פ מחמת הראיה שבו. ואף שכתב בלשון דרוצה שיפטר מבע"ד.

ג"כ י"ל הפנונה דרוצה להפטר ולהוציא שטר ראיה שיש לו עליו פדי שיפטר ממנו לעולם ולא יהיה לו עליו כלל שטר ראיה. ובמק"א הארכתי בזה: ועוד נלע"ד אדון בראיות התוס' והרמב"ן הנ"ל שכתבו דנפ"מ דיגלגל עליו שד"א משום דהרמב"ן בחי' לב"ב (דף קכ"ד) כתב מילתא חדתא דאב"י דס"ל למפרע גובה.

י"ל דס"ל דכל מלנה מקרי מוחזק וכמאן דגביא דמאי לגבי ירושת בכור וכה"ג יעו"ש. ולפ"ז אפשר לומר דלאב"י הוי כל בע"ח הטורף מרקעות בשם נשבע ואינו משלם פיון דהוי פגבוי מחמת דלמפרע גובה.

[ועיין בב"ק (דף ל"ג) תוס' ד"ה הקדישו נזק כו'. בשני תירוצים של התוס' שם ולתני' הב' שם דאף מקודם דיגבה אמרינו כן].

ודנוקא בגובה ממטלטלי דבזה אף אב"י מודה דלא אמרינו למפרע גובה כמש"כ הרמב"ן בפסחים (דף ל"א) במלקמות שם ע"כ מקרי נשבע ונוטל. משא"כ בגובה מרקעי פיון דהוחזק כבר הרקע בי"דו דהוי ספק בפרעון שייך בזה לומר קרקע בחזקת בעלי' והוי מוחזק מה"ט.

וגם י"ל דזהו סברת רב"ח בכתובות דהיה ס"ל דשד"א היא משום די"ל דס"ל פסברת אב"י דלמפרע גובה. ועיין בקצה"ח סי' רע"ח ס"ק י"ד ובקצה"ח סי' ק"ז ס"ק ב' שהביא שם דברי הרמב"ן הנ"ל: ולפ"ז יש לדון דהא דכתבו התוס' והרמב"ן בהא דאמר אב"י בב"ק (דף ח') וב"מ (דף י"ד) הנ"ל בראובן שמכר שדה ואתי בע"ח וטרף דינא הוא דאזיל ראובן ומשתעי דינא בהדי' כו' דנפ"מ לענין גלגול שבועה דאורייתא.

משום דהא אב"י קאמר זה שם. ולאב"י י"ל דמקרי נשבע ואינו משלם משום דכמאן דגביא דמאי לדידי' והוי ספק אם יצתה מרשותו ע"י פרעון.

וע"כ נדחה ראיה זו די"ל דש"א דקאי אליבא דאב"י כנ"ל. אף יש לחלק דשאני גבי ירושת בכור וכה"ג.

דבזה אף היכא דמונח אצל אחר. מ"מ פיון דגוף החפץ שייך לו מקרי מוחזק וכמש"כ הרמ"א בח"מ סוף סי' רע"ח דבנגבבו לו ספרים מקרי מוחזק.

ע"כ י"ל דבזה כתב הרמב"ן אליבניה דאב"י דכיון דלמפרע גובה מקרי מוחזק גבי בכור. משא"כ גבי נשבע ואינו משלם עדיין י"ל אף לאב"י דלמפרע גובה מ"מ לא מקרי נשבע ואינו משלם.

ויש להאריך בזה הרבה אף כבר פתבתי סברא אחרת מה שיש לדחות ראיה זו: ענה ב ובעיקר סברת הקצה"ח שכתב לחלק דשאני נשבע ונוטל דכתיב בפי' ולקח בעליו ולא ישלם. אין זה ברור כ"כ דהא עיקר גלגול שבועה ילפינו מסוטה אף דכתיב התם גבי שבועת הפהו דמשביע להסוטה מבלעדי אישך שקדמה שכיבת בעל.

או דכתיב איש למעוטי קטן ואפ"ה מגלגלין שבועה ע"ז. וכמש"כ התוס' בקידושין (דף כ"ז) בד"ה ה"ג אלא לאו ע"י גלגול כו'.

אלמא אף דכתוב בפ"א גבי שבועת סוטה פל ה"ל אפ"ה מחייבין לה לישבע בתורת גלגול אף ע"ז. וה"ה בממונא דילפינו בקו"ח מסוטה פמבואר בקידושין (ד' כ"ח) ובירושלמי סוטה פ"ב ה' ו' אף במה דמיעטה התורה בפ"א מ"מ בתורת גלגול מגלגלינו.

ע"כ עיקר סברתו אינו ברור כ"כ: אף לכאורה יש לחלק חילוק אחר דלכו אין לגלגל שבועת נוטלין משום דזה הוי חשש בלהבא דהא עדיין לא נטל ממון חבירו ת"י. רק בשבועת נשבע ולא משלם דכבר נטל ממון חבירו ת"י והוי חשש דלעבר בזה מצינו דהתורה חייבו שבועה אם אמת כדבריו.

אבל אפשר בחשש דלהבא דאפשר דיטול להבא ממון חבירו שלא פדין מנלן בזה לגלגל שבועה על שבועה דלעבר. וכש"כ היכא דאין התובע רוצה לתבוע עכשיו בהשטר דמנלן בזה לחייבו שבועה על להבא שיהיה עליו שבועה דאורייתא על להבא דאם ירצה לתבוע ממנו לא יתבע ממנו בשקר.

אכן באמת מצינו בסוטה פ"ב (דף י"ח) דר' מאיר ס"ל גבי שבועת סוטה דחייבת לישבע בתורת גלגול אמן שלא אטמא ורפנו פליגי עליו וס"ל דאינה נשבעת על להבא. א"כ לר"מ דאף על להבא מגלגלין והרמב"ם פסק בפ"ד ה' סוטה ה' י"ז כר"מ וכמש"כ שם הכ"מ וכמש"כ המראה הפנים בירושלמי סוטה סוף פ"ב הלכה ו' שכתב דאף דהרמב"ם בפירושו פסק דאין הלכה כר' מאיר.

וכן כתבהרע"ב אלא שבהיבואו חזר בו הרמב"ם ופסק אמן משעבר אמן להבא פדנתו שם הראב"ד והכ"מ ז"ל טעם דרב אשי בעי אליבא בגמ' ש"מ דסוגיא פנומי' אתיא עכ"ל. ולכן לפי מאי דקיי"ל כר"מ דאף על להבא מגלגלין.

לכן אף בשבועת נוטלין ואף דאינו תובע עכשיו בהשטר מ"מ הדין נותן דמגלגלין על טענת לשעבר. ועפ"ז תרצתי קושיות המל"מ פ"ו ה' אישות ה"ב בהא דקידושין (דף ס"ב) דלר"מ חנקי מבעי ליה.

והקשה הא בלעבר לא בעינן משפטי התנאים. אבל לפמש"כ א"ש דהא לר"מ דס"ל דשבועת סוטה הוי בלהבא ג"כ.

וגם הא קיי"ל לדינא פן פנ"ל. ע"כ שפיר הקשה הש"ס לר"מ דחנקי מבעי ליה דהא הוי תנאי להבא ובעינן משפטי התנאים ובמק"א הארכתי בזה: ולפי זה הדין נותן בשבועת השותפות אף בתוך זמן השותפות.

אם נתחייב השותף לו שבועה דאורייתא. ומשביעו שד"א בתוך זמן השותפות דיכול לגלגל עליו בשד"א על חשש דלהבא שלא יטול ממנו שולו שלא פדין.

ואף דהוי חשש בלהבא מ"מ יכול לגלגל מה"ת כמו דס"ל לר"מ דמגלגל שבועה שלא אטמא על שעבר: והנה בקידושין (דף כ"ז ע"ב) אמרו אשכחן סוטה דאיסורא ממנו מנלן כו'. והקשה הפנ"י שם הא ממה דמגלגלין שלא נטמאת שומרת יבם ונדאי מצינו למילף גלגול שבועה לענין ממון דלמאן דלית לי' דרב המנונא דשומרת יבם שזינתה אסורה ליבמה א"כ עיקר שבועה דשומרת יבם היינו להפסיד פתובתה לחוד כמו שפירש רש"י בסוטה ריש פרק ארוסה.

א"כ מדרשיו אמן אמן לשומרת יבם וכנוסה שפיר שמעינו גלגול שבועה במזון. ותייר דאפתי מעיקר קרא לא מצינו למילף גלגול שבועה דמזון פיון דאיפא לאוקמי לענין ארוסה לחוד עכ"ל הפני יהושע.

ולפ"ז מוכח דאף בנשבעין ונוטלין מגלגלין מה"ת דהא באמן שלא נטמאתי פשהיא שומרת יבם עיקר השבועה הוא לענין מזון שתיטול הפתובה. וכמש"כ הפני יהושע לדידן דלא קיי"ל פ"ב המנונא דאמר דשומרת יבם שזינתה אסורה.

א"כ מוכח דמשביעין אף בשבועת נוטל בתורת גלגול מה"ת: אכן באמת דברי הפנ"י הקמה תמוהים דהא הגמ' בסוטה (דף י"ח) מקשה על הא דקתני שלא שטייתי שומרת יבם וכנוסה דמוכיח מזה רב המנונא דשומרת יבם שזינתה אסורה דאם לא אסורה היכי מתני בהדא וקא תנן זה הפלל כל שאלו תבעל ולא תהיה אסורה לו לא היה מתנה עמה ודחי לי הגמ' דהא מני ר' עקיבא היא.

אלמא דמבואר בפירוש דשבועת שומרת יבם אינה משום מזון רק משום איסור. וכן פסק הרמב"ם ה' סוטה פ' ד' ה' י"ז דאם פנס יבמתו אינו מגלגל עלי' שלא זינתה פשהיתה שומרת יבם אבל מגלגל עלי' שלא זינתה תחת אחיה ואף שפסק בפ"ב ה' סוטה ה' ב' דשומרת יבם אינה שותה ולא נוטלת פתובה.

אפ"ה משום מזון דכתובה אינה נשבעת. משום דבפירוש אמרו במשנה סוטה (דף י"ח) הנ"ל דנה הפלל כל שתבעל ולא היתה אסורה לא היה מתנה עמה.

ונעלם כל זה מהפני יהושע. ולפ"ז מוכח מדחזינו דהיכא דאינה אסורה עליו אינה משביעה אף דהוי נפ"מ לענין פתובה דאם זינתה בעודה שומרת יבם אין לה פתובה ואפ"ה אינה נשבעת.

דמוכח מזה דעל נשבעין ונוטלין אין מגלגלין אף בתורת גלגול. ובנודאי אין לחלק דשאני התם דהוי גלגול מזון על איסור.

דז"א דהא ילפינן בקו"ח בקידושין (דף כ"ז) מזון מאיסור. א"כ פיון דמגלגלין איסור על איסור ה"ה דמגלגלין מזון על איסור.

ומדחזינו דאינה נשבעת משום הפתובה בתורת גלגול מוכח דעל נשבעין ונוטלין אין מגלגלין: ולפ"ז י"ל דבמקום שפותרין פתובה ותובע ממנה גוף הנזיר משום דש"פ אצלו מחמת הראי' שבו כמש"כ המ"מ דהובא לעיל דלפ"ז י"ל דנה מקרי נשבע ולא משלם.

דלפ"ז יהיה יכול לגלגל על שומרת יבם שלא זינתה בעודה שומרת יבם. פדי שלא תצטרף להחזיר גוף הפתובה.

אכן באמת מדלא מצינו פן ומשמע דאף בזה אינו מגלגל עליה וסתמו בזה. ע"כ מוכח מזה דבזה לא שניי' גלגול משום דמזון על איסור אין מגלגלין.

רק באיסור על איסור או מזון על מזון מגלגלין דהוי בידמי לי'. משא"כ מזון על איסור דלא הוי בידמי לי' אין מגלגלין ונדחה ראי' זו.

גם י"ל בזה לפמש"כ המקנה בקידושין שם (ד' כ"ז) בקונשיות הפני יהושע דמאי דקאמר
שם אשפחן סוטה דאיסורא כו'. הא סוטה הוי איסורא דאית בי' ממונא.

ותירץ המקנה משום דכתובה הוי נשבעת ונוטלת עי"ש. אף י"ל דשא"ה דעיקר השבועה
הוי נשבע ונוטל וקצרת: ענף ג וב"ה מצאתי בירושלמי שבועות פ"ז סוף הלכה א' ונ"ל
מהו לגלגל שבועת תורה על שבועת תורה נישמענה מן הדא מגלגלין שבועת תורה על
שבועת תורה שבועת תקנה על שבועת תורה על שבועת תקנה שבועת
תקנה על שבועת תורה תמן זה נשבע ואינו משלם ביום הכא זה נשבע ונוטל וזה נשבע
ואינו משלם עכ"ל הירושלמי.

וכתב הפ"מ שם הגירסא הוא מהו לגלגל שבועת תורה על שבועת תקנה. וכוננתו הוא
דשבועת התורה מקרי מה שנשבע ואינו משלם.

ושבועת התקנה מקרי מה שנשבע ונוטל משום דכל נשבעין שבועת תורה נשבעין ולא
משלמין. ואם מגלגל שבועת נשבע ונפטר על שבועת נוטל זה מקרי שבועת התורה על
שבועת התקנה וכן להיפך.

ונה מוכרח דאל"כ למה לנו לגלגל על שבועת שד"א. אכן לפמש"כ הש"ך בסי' צ"ד ס"ק
ח' דהיא דטוען בהיתר לקחתי הרבית וכה"ג אף דאיכא חזקה מעלייתא לפוטרו
משבועה עכ"ז מגלגול שבועה אינו פטור.

וכה"ג כתב השער המשפט דאם יש לו עד מסייע על טענת ג"ש אבל על העיקר אין לו
עד מסייע דבזה אין ע"א פוטרו דכיון דצריף שבועה על העיקר ממילא נשבע גם על
טענת גלגול ע"ש.

ולפ"ז משפחת נפ"מ דאף דמחוייב לישבע שד"א מ"מ מן מה שישלגל שבועה זו אף
בשבועה דרבנן הנה נפ"מ דלא יפטור ע"פ עד מסייע או משום חזקה פנ"ל דכיון דחייב
לישבע ממילא מגלגלין טענת גלגול.

אף להעמיס זה בכוננת הירושלמי הנ"ל הוא דוחק כמבואר למעניין. ולכן העיקר כמש"כ
לעיל: וכך הוא הצעת הירושלמי לפי דברי הפ"מ הנ"ל דנסתפקו אם יכול לגלגל שבועת
נפטר על שבועת נוטל.

וע"ז קא פשט מברייתא דתני מגלגלין שבועת תורה על שבועת תורה שבועת תקנה על
שבועת תקנה. וכיון דתנינן פן בברייתא דשייף גלגול אף על שבועה דרבנן כמו בשבועת
התורה.

א"כ ה"ה דמגלגלין שבועת תורה על שבועת תקנה וכן שבועת תקנה על שבועת תורה.
ודחי לי' הירושלמי אח"ז משום דשאני נשבע ואינו משלם דמגלגלין על נשבע ואינו
משלם וכן נשבע ונוטל על נשבע ונוטל.

דכיון דדמאי להדדי מגלגלין משא"כ הכא זה נשבע ונוטל וזה נשבע ואינו משלם ולא
דמיינו להדדי. ע"כ י"ל דאין מגלגלין בכה"ג זהו קוטב דברי הירושלמי לפירוש הפ"מ.

ולפ"ז מוכח דאין מגלגלין שבועת נפטר על נשבע ונוטל אף מדרבנן לפי מסקנת הירושלמי ה"ל: אמנם באמת מבואר ברש"י בשבועות (דף מ"ח) דאיבעיא להו התם מהו לגלגל מדרבנן ומסיק דמגלגלין בדרבנן.

ופי' רש"י שם ד"ה מהו לגלגל כו' שבועת האריסין שחלקו על שבועה דרבנן פגון היסט או של נשבעין ונוטלים כו'. אלמא דאף על שבועת נוטלין ג"כ מגלגלין שבועה בנשבע ונפטר.

וכן מצינו באה"ע סי' צ"ז דחד דעה ס"ל דהא דצריכה לישבע שבועת חנונית זהו מצד גלגול שבועה על מה דנשבעת ליטול פתובתה. אלמא דמצינו דכתבו הפוסקים לדינא דגם שבועת נפטר מגלגלין על שבועת נוטל וקשה איך סתמו בפשיטות לפסוק להיפך מן המבואר בפי' בירושלמי דאין מגלגלין: ובהא דמבואר בירושלמי הלז דשבועת נוטלין על שבועת נוטלין מגלגל.

אינו קשה מזה על שיטת ריצב"א בשבועות (דף מ"ט) והובא בתוס' ד"ה לכל מגלגלין כו'. דכתב דעל כל נוטלין אין לגלגל.

משום די"ל דס"ל דכינודאמרו בש"ס דילן לכל מגלגל חוץ משכיר א"כ ה"ה כל נוטלין בכלל דלא ס"ל לחלק בין שכיר לשארי מילי. אבל במה שפסקו לדינא דגם נפטר מגלגל על נוטל הא בזה אינו מוכח בש"ס דילן להיפך.

אף י"ל דאף דכתבו התוס' בשבועות (דף מ"ט) ה"ל בשם ר"י דדוקא על שכיר אין מגלגל אבל בשארי נוטלין מוכח בש"ס דילן דמגלגלין מדלא נקטו רק שכיר. וכמש"כ הש"ך בסו"ט צ"ד ס"ק ב' דקיי"ל כפי' הר"י ה"ל דעל כל נוטלין מגלגלין.

אבל מנלן דגם נפטרין מגלגלין על נוטלין דלמא פוננת הש"ס דילן דנוטלין על נוטלין מגלגלין. אבל לא נפטרין על נוטלין וכדקאמר בירושלמי בפי' לחלק פנ"ל.

במה דהביא שם ברייתא דשבועת תקנה על שבועת תקנה מגלגלין דזהו נוטלין על נוטלין כו'. [ובאמת יש לדון לפי מה דמבואר בירושלמי ה"ל דתקנה על תקנה מגלגל.

דיש להעיר מזה על הא דכתב הרא"ש בפ"ז דשבועות סי' י"ט דס"ל לירושלמי דאין מגלגל בדרבנן. ע"ש שכתב פן לשי' הרי"ף ובאמת הא מבואר בירושלמי דהובא לעיל להיפך.

ומצאתי במראה הפנים סוף פ"ז דשבועות ד"ה ר' זירא פהדא דר"י כו' דהעיר מזה ע"ש]. וקשה אמאי פתבו להיפך מהמבואר בירושלמי בפי' דנפטר על נוטל אין מגלגלין: ענף ד וע"כ נראה לפרש פנונת הירושלמי דלא כהפ"מ.

אלא פן הוא דמתחלה נסתפק הירושלמי אם מגלגל שבועת נפטר על נוטל. וקפ"ש לי' מברייתא דתנינו מגלגל תורה על תורה ותקנה על תקנה א"כ ה"ה תורה על תקנה פן קפ"ש לי'.

או אפשר דתנינו מפורש בברייתא דתורה על תקנה מגלגלין. ואח"ז איבעי' לי' אם מגלגלין שבועת תקנה על שבועת תורה.

דכינן דחזינן דארף שבוועות שאינן דומות זו לזו מגלגל ג"כ כמו שבוועת תורה על תקנה ארף שאינן דומות זו לזו. א"כ אפער דהוא הדין שבוועת תקנה על תורה ג"כ מגלגל.

וקפשט לי מסברא דאין לדמותם אהדדי דתמן זה נשבע ואינו משלם ברם הכא זה נשבע ונוטל וזה נשבע ואינו משלם והפנונה דתמן בשבוועת תורה על תקנה ארף שאינן דומות להדדי עכ"ז הא נשבע ואינו משלם דזהו עיקר השבוועה מה"ת מה שנשבע ואינו משלם פדכתיב ולקח בעליו ולא ישלם.

וע"כ פיון דנשבע שבוועת נוטלין מדרבנן דארף דלית' פנותי' בדאורייתא. כש"כ דמגלגל עלי' שבוועת נשבע ונפטר דאי' פנותי' בדאורייתא.

אבל הכא בשבוועת תקנה דליתא פנותי' בדאורייתא דהא פל נשבעין בתורה לא משלמין. ונדאי אין מגלגלין על שבוועת נשבע ואינו משלם.

משום דהא פתוב מפנרש בתורה ולקח בעליו ולא ישלם וכעין סברת הקצה"ח הנ"ל. רק שבוועת נוטלין על שבוועת נוטלין מגלגלין משום דכינן דעיקר שבוועה הוא שבוועת נוטלין דתקנו רבנן היכא דראו לתמן פו.

ע"כ ממילא גוררת עוד שבוועה דכונתי' לגלגל פמותה על טענת גלגול דשניהם הוי נוטלים. משא"כ נוטל על נפטר אין לגלגל משום סברת הקצה"ח.

ומזה נראה דארף מדרבנן אין לגלגל נוטל על נפטר משום דהא אמרו בב"מ (דף ד') דלא מתקני רבנן שבוועה דליתא פנותי' בדאורייתא יע"ש. וע"כ אמרו בירושלמי סתמא דארף מדרבנן אין לגלגל נוטל על נפטר.

או אפער לומר דירושלמי איבע' לי בזה הסברא דקאמר תמן זה נשבע ואינו משלם ברם הכא כו' ודחי למאי דקאמר מעיקרא לדמותם להדדי בפשיטות. ויותר נראה לומר בכוננת הירושלמי דקאמר בסוף פו בפשיטות.

הנה איך שיהי' עכ"פ מוכח ומבואר דהירושלמי נסתפק בהך דין של הקצה"ח אם יכול לגלגל שבוועת נוטלין על שבוועת נפטרין וע"כ הך דין צ"ע. ואם הנוטל תפס קשה להוציא ממנו ולחייבו שד"א.

וגם מוכח מן הירושלמי דגם שבוועה מדרבנן אין לגלגל להנוטל. בתורת גלגול על שבוועת נפטרין: ועוד יש לדון בכוננת הירושלמי דקא מחלק תמן זה נשבע ואינו משלם ברם הכא זה נשבע ונוטל זה נשבע ואינו משלם.

משום די"ל בזה כמש"כ הפ"מ דלכן אין לגלגל שבוועת נוטל על נפטר משום דלא דמי להדדי. רק שאני שבוועת נפטר דזה מגלגל על נוטל וכמו שהוכחתי לעיל.

ודלא כהפ"מ בזה. משום די"ל דבעת דמחוייב התובע לישבע ולקטול.

אזי גם שבוועת נפטר דנשבע התובע על טענה אחרת דתובע ממנו הנתבע. זה מקרי ג"כ נשבע ונוטל.

משום דאם לא ישבע על הפטור אזי הוא בחשד שיש ת"י ממון של החייב א"כ יכול החייב לומר דזה התביעה דיש לו עליו והנה זה לפרעון. וכמש"כ הקצה"ח בסי' כ"ד

והנתיבות סי' ע"ה ס"ק ה' דטענת הלנה יש לי בידך עושה זאת לפרעון ואינו בכלל זה גובה וזה גובה.

וכמש"כ באה"ע הח"מ סי' צ"ו ס"ק י"ב בשם הר"נ כה"ג יע"ש. וכינן דאינו יכול ע"פ דין ליטול ולהוציא מהחייב אם יש ת"י ממון של החייב.

ע"כ גם שבועת נפטר הוי בכלל נשבע ונוטל והפל שבועה חזא היא. ולכן שפיר אמרו באה"ע סי' צ"ז דצריכה לישבע שלא תפסה בעצמה בתורת גלגול על שבועת פתובה וכ"כ שבועת חנונית.

וכן מה שפי' רש"י בשבועות (דף מ"ח) דחייב לישבע שבועת אריסין בגלגול על שבועת נוטלין פנ"ל. משום דאם לא ישבע להפטר אזי לא יהיה נוטל משום דיכול לנכותו ע"פ דין וע"כ הוי הפל שבועה אחת ומקרי הפל בשם שבועת נוטל.

אבל שבועת נוטל על נשבע ונפטר אינו יכול לגלגל משום דלא דמיין להדדי. דהא בזה לא שייך סברא הנ"ל.

משום דאף דלא ישבע ליטול מ"מ כשנשבע פטור הוא פעת מקודם שנוטל מחבירו. ע"כ אינו מגלגל שבועת נוטל על נשבע ונפטר פן י"ל בכוננת הירושלמי.

עכ"פ יהיה איהו שיהיה מבואר הוא בפירוש בירושלמי ספיקו של הקצה"ח הנ"ל. ותמהני על הקצה"ח והנתיבות שלא העירו מזה פלל: ולפמש"כ לעיל לחלק בסברא אחריתי דלכן אין לגלגל נשבע ונוטל על נשבע ונפטר משום דזה תלוי בפלוגתת ר"מ ורבנן דספ"ב דסוטה דרבנן ס"ל דסוטה אינה נשבעת שלא תזנה רק על עבר משביעין.

ולפ"ז ה"ה שבועת נוטלין אין להשביע ע"י גלגול משום דהא עדיין לא נטל מחבירו וכעת כ"ז שלא נטל אין זה רק חשש בלהבא. ואף דהשבועה הוא על עבר מ"מ עיקר החשש הוא לנו דלא יעשה איסור גזל להבא כמו התם בסוטה דהחשש הוא על להבא שלא תזנה.

ועפ"י סברא פשוטות יש לדמותם להדדי לכאורה. ולכן י"ל דירושלמי דס"ל דאין לגלגל שבועת נוטל על נשבע ונפטר.

משום דאזיל בשי' רבנן דפליגי על ר"מ וס"ל דאין מגלגל בסוטה על להבא. ולכן אין מגלגלין שבועת נוטל דזה מקרי שבועה בלהבא כ"ז שלא נטלו.

רק שבועת נוטל על שבועת נוטל מגלגלין דכינן דראו חז"ל להשביע בנוטל היכא דראו חז"ל לתמן פן לכן מושכת ממילא לגלגל עליו שבועה דכנותה וכמו פל גלגול דהעיקר מושף דכנותי'.

וכ"ז הוא לרבנן. אבל לפי מה דפסק הרמב"ם כר"מ משום דסתמא דש"ס דילן אזיל בפתר ר"מ פנ"ל.

ע"כ י"ל דמגלגל שבועת נוטל על שבועת נפטר דהא גם להבא משביעין בתורת גלגול בסוטה על עבר. וה"ה בממון דילפינן בקו"ח מסוטה.

פן י"ל בזה לכאורה. אכן באמת פיון דמבואר בירושלמי דאין לגלגל בזה.

ע"כ הוי זה ספיקא דדינא. והיכא דהתובע הטוען תפס לאחר דנשבע פבר ליפטור ולא רצה לישבע וליתול אז אין מוציאין ממנו וקשה להוציא מהמחזק בזה.

דקא מן הירושלמי הוי סייעתא דאין מגלגלין בזה. ומצאתי בתשובת מהרי"ט ח' ח"מ סי' ק"ה שהעיר ג"כ בשבועת השותפים דלהבא בזה דס"ל לר"מ דסוטה נשבעת שלא אטמא ע"י גלגול ע"ש: ג (שם סעיף ב') אין מגלגלין כו' אבל על טענת ספק של התובע מגלגלין ובלבד שיהיה רגלים לדבר כו'.

ועיין בש"ך ס"ק ז'. ויש להקשות מהא דלקמן סי' רצ"ד סעיף ב' בשבועת השומרים דישבע שאינו ברשותו ומגלגלין שלא פשע ושלח בו יד קודם לכו.

הרי דמגלגלין אף על טענת ספק של התובע אף היכא דליכא רגלים לדבר. ובאמת התוס' בב"מ (דף ו') ד"ה שבועה שלא שלחתי כו' פתבו מתחלה דשבועה שלא שלחתי הוא מצד ג"ש ולבסוף פתבו בשם הר"ת דאפילו ע"י גלגול לא ישבע על שלא שלח יד משום דאין מגלגלין אלא בדבר הדומה דלמה י"ל ששלח בו יד כו'.

א"כ לדינא לפי מאי דפסק המחבר ה"כ דאין מגלגלין היכא דליכא רגלים לדבר על טענת ספק דתקשה בזה דפסק לקמן דישבע מצד ג"ש על שלא שלח בו יד: ענף א והנלע"ד בזה דהתוס' בב"מ (דף צ"ז ע"א) ד"ה ביום שהיתה שאולה כו' פתבו דלכו אין מגלגלין ושכורה מתה על שבועת השומרים לפי דאין מגלגלין פשוטען התובע שמה אלא בדבר דדומה קצת שהוא אמת כו' וכגון סוטה שרגלים לדבר שקינא ונסתרה ויש לחוש שמה זינתה גם באירוסין כו'.

וכוננתם דאע"ג דקיי"ל דחזקה דמעיקרא עדיף מן חזקה דהשתא כמבואר ביו"ד סי' א' ש"ך ס"ק ח' דאף דנמצא עכשיו חשוד לא מחזקינא לי' בחשוד למפרע וכ"כ הבית יוסף בשם התוספתא ע"ש.

וכן הוא בח"מ סי' ל"ד סעי' כ"ג דכל מה שהעיד פשר עד דינדעינו דעבר קודם לכו והטעם הוא דחזקה דמעיקרא עדיף מחזקה דהשתא. מ"מ י"ל דזהו מצד גזה"כ דינפינו דאזלינן בטר חזקה דמעיקרא אף היכא דאיתרעי עכשיו וכמו דאי' בחולין (דף יו"ד ע"ב) והתוס' שם ד"ה ודילמא אדנפיק כו' דכתבו דה"נ יש ריעותא גדולה דאע"ג דאישתכח שחסר לאחר שבועה כו'.

אבל מצד הסברא י"ל דאזלינן בטר חזקה דהשתא. וכיוצא בזה פתב החמדות שלמה ח' אה"ע סי' כ"ג בד"ה ונראה להסביר דבריו דבעיקר מילתא דאזלינן בטר חזקה אין טעם לדבר רק התורה גזרה להעמיד כל דבר על חזקתו הראשונה ועיין בנזיר פ"ט במש"כ התוס' יו"ט בשם הרמב"ם והדברים ארוכים ואכמ"ל: ועכ"פ י"ל דעיקר סברת התוס' שכתבו דכיון דקינא ונסתרה ע"כ מקרי זה בשם רגלים לדבר לחוש שמה זינתה מעיקרא בעת אירוסין דכיון דיש חזקה דהשתא עכשיו זינתה פעם ע"י הקינוי והסתירה שלפנינו ע"כ ממילא חיישינן ג"כ שמה זינתה מקודם בעת האירוסין וכמו שכתב הרא"ש בב"מ פ"ח סי' יו"ד ועוד י"ל שאין מגלגלין שבועה בטענת שמה של התובע אלא בדבר הדומה קצת אמת כגון אריסין ושנותפין דמורו מקצת היתירה להננות ממזון חביריהם וכגון ג"ש דסוטה שרגלים לדבר שהיא זונה שהרי קינא ונסתרה ולכך יש לחוש שמה זינתה אף

באירוסין אע"פ שאז לא הנה רגלים לדבר פי הוכיח סופה על תחלתה אבל הקא כו' עכ"ל הרא"ש.

ונה לשון הבית יוסף ס"ק ח' בפשועת השנותפין שיש קצת רגלים לדבר דומיא דסוטה כו'. הרי דהרא"ש הרגיש להעיר דהא אז בעת האירוסין לא הנה רגלים לדבר דזינתה אז.

ואפ"ה פיון די"ל הוכיח סופה על תחלתה וזהו פועל חזקה דהשתא דעי"ז אמרינו דמקרי בשם רגלים לדבר והוי דבר הדומה קצת אמת להשביעו מצד ג"ש כמש"כ הרא"ש בלשונו דכיון דדומה קצת אמת כמו אריסין ושותפין דמורו מקצת היתירא וכגון סוטה כו'.

דילפינו מן סוטה דכיון דיש סברא לומר הוכיח סופה על תחלתה ע"כ גזרה התורה להשביעה מצד ג"ש וזה מקרי דומה קצת אמת ומקרי כזה בשם רגלים לדבר. וכן בשותפין דמורו מקצת היתירא אף דאפתי י"ל דשמא לא אורי היתירא מ"מ פיון דהנה ממון חבירו בידו והנה בידו ליטול ולהעלים מן חבירו והנה קצת הוראת היתר דלא הנה בשם גזלן ע"כ מקרי זה בשם רגלים לדבר להשביעו משום ג"ש: והנה בסוטה דאף שושבעה עכשיו אמן שלא סטיתי מן איש זה א"כ הוי כמו שנתברר שליכא כלל רגלים לדבר עכשיו ע"י הקינוי והסתירה דהא עכשיו שושבעה פדין מותרת לבעלה אף דהנה קינוי וסתירה א"כ הוי כמו דנסתלק לגמרי הריעותא דהנה בה מן הקינוי והסתירה ולפ"ז הנה סברא לומר דאף דלא נשבעה שבועת גלגול שלא סטיתי מן איש אחר ג"כ תהא מותרת לבעלה דהא עיקר הטעם שצריכה לישבע מצד ג"ש שלא זינתה באירוסין הוא משום דאמרינו הוכיח סופה על תחלתה כמש"כ הרא"ש והתוס' א"כ היכא דנשבעה לברר את עיקר הספק א"כ לא שייך לומר הוכיח כו'.

וע"כ מוכח דעיקר הטעם דג"ש הוא פיון דמקודם דנשבעת לברר עיקר הספק היא נחשדת לנו ע"י הקינוי והסתירה בחשד זנות וממילא יש לומר הוכיח סופה כו' לכן ה"ה אף לאחר שתשבע לברר הספק בהעיקר ג"כ אמרינו דכיון דנתחייבה לישבע ולברר גם הספק בהגלגול דכ"ז דלא תשבע לברר הספק בהגלגול דבאיסורא קיימא ועדיין לא פקע שם רגלים לדבר דהצריכה התורה לישבע על הגלגול כדי לברר הספק וזהו עיקר תורת דין שבועת גלגול: וכיון דמצינו בסוטה דהצריכה התורה לישבע שלא זינתה באירוסין וזה מקרי רגלים לדבר משום הרגלים לדבר שגמצא בה ע"י החשד מן הקינוי והסתירה דהוי רגלים לדבר שזינתה עכשיו וממילא מחזקינן לחוש אף למפרע בעת האירוסין ע"י החזקה דהשתא דהוא רק מחמת רגלים לדבר אף דלא נתברר בבירור גמור שזינתה פועת.

א"כ י"ל דה"ט שייך אף בשבועת שומרים שהצריכה התורה לישבע שבועת אינו ברשותו משום דיש רגלים לדבר לחשוד אותו שהחפץ הוא ברשותו וכמש"כ הסמ"ע בסי' רצ"ד ס"ק ג' ועיין בש"ך ח"מ סי' ס"ו ס"ק קכ"ד.

וכינן דנחשד על גזלה מצד רגלים לדבר וע"כ הטילה התורה עליו שישיבע לברר הספק. ממילא יש לחשוד אותו ששלח יד בו מקודם כינן דאיתרעי חזקת פשרות שלו פעת ושייך לומר בזה ג"כ הוכיח סופו על תחלתו כמו דאמרו בסוטה פנ"ל.

ואף שנשיבע שבועה שאינו ברשותו ונסתלק החשד מעיקרו מ"מ מן מקום חשד אין להוציאו כ"ז שלא נשיבע שלא שלח בו יד וכמש"כ לעיל גבי סוטה דהחשד במקומו עומד כ"ז שלא נשיבע הג"ש שהטילה התורה עליו לברר הספק שנחשד ע"פ רגלים לדבר מקודם שנשיבע.

כללו של דבר דכמו בסוטה דמחמת חזקה דהשתא דנחשדה עכשיו משום הקינוי והסתירה דמחזקין לחוש למפרע ג"כ וצריכה לשיבע משום ג"ש. דה"ה בשומר כינן שנחשד על גזלה שמא הוא ברשותו עכשיו דמחזקין לחוש למפרע ג"כ שמא שלח בו יד מקודם ג"כ כינן דהחפץ הנה ברשותו מקודם והנה יכול לעשות בו כחפצו דהנה אז בידו לעשות כל מה שירצה וכינן דעכשיו יצא מן חזקת פשרותו ע"י הרגלים לדבר ממילא יש לנו לחוש אף על למפרע דשמא שלח יד מקודם בשביל הנאתו.

[והא דאין מגלגלין טענת ספק של התובע היינו היכא דליכא שום רגלים לדבר כלל]. ואף דנשיבע שאינו ברשותו א"כ נסתלק ממילא מקום החשד שלו מ"מ הא כינן דמקודם שנשיבע הנה נחשד לנו ע"י הרגלים לדבר ע"כ אף לאחר שנשיבע לא יצא מידי חשד אף על שליחות יד ולכן מחוייב לשיבע על שלא שלח יד בתורת ג"ש וכמש"כ לעיל גבי סוטה.

ואתי שפיר מה שהצריכו לשיבע שלא שלח יד בתורת ג"ש אף שטוען התובע טענת ספק: ענף ב ואפתי תקשה לשיטת הסוברים דשבועה שלא פשע הוא עיקר השבועה ומגלגלין שלא שלח יד דבזה לא שייך לומר הסברא שפתי ליעיל דאיתרע עכשיו חזקת פשרותו כו' דהא בפשיעה לא איתרע פשרותו וע"כ תקשה דאיך מגלגלין טענת ספק שמא שלח יד.

והא דס"ל לדיעה הראשונה בסי' רצ"ד סעי' ב' דעיקר השבועה הוא שאינו ברשותו ומגלגלין שלא פשע. י"ל דס"ל דזה מקרי רגלים לדבר ג"כ דהא חזינו דשיטת הרבה פוסקים דס"ל דשבועה שלא פשעתי הוא עיקר השבועה לפי דאונסין וגניבה לא שכיחי וכמש"כ הסמ"ע בסי' רצ"ד ס"ק ג' ע"כ אף דדיעה קמיינתא דשם לא ס"ל כן מ"מ מקרי קצת רגלים לדבר מה"ט להשביעו על חשש פשיעה בתורת ג"ש.

אבל על דיעה בתריינתא דסי' רצ"ד סעיף ב' ברמ"א דס"ל דעיקר השבועה הוא שלא פשע ומגלגלין שלא שלח בו יד תקשה הא הני טענת ספק בלא שום רגלים לדבר. ואפשר לומר דבאמת שיטת הסוברים דעיקר ש"ש הוא שלא פשע ונשיבע ע"י ג"ש שלא שלח יד דס"ל דאף היכא דליכא רגלים לדבר משביעין בתורת ג"ש על טענת ספק ג"כ ובפרט בשבועת שומרין לפימש"כ הרשב"א בחי' לקידושין (דף כ"ח) דעיקר חיוב ש"ש הוא רק על טענת ספק לפי דידוע דהנה בידו חפץ המופקד אצלו וספק אם נאבד באונס כו'.

וע"כ ממילא מגלגלין אף טענת ספק דדינו כמו העיקר ש"ש דבא על הספק וכ"כ הר"נ בקידושין בסוגיא שם (דף כ"ז) להדיא כן ע"ש. וכמש"כ התוס' סברא זו בב"מ (דף צ"ז

ע"א) ד"ה ביום שְהִיְתָה שְאוּלָה מְתָה כו' דְהִיכָא דְהוּי הַג"ש פְעִין שְבוּעַת הָעֵינָר דְוַנְדָא מְגַלְגְלִין פְעִין הָעֵינָר וְעֵינִין בְּמַהֲרָשׁ"א שְם וּבְנִיתִיבוֹת סִי' ע"ה ס"ק י"א מַה שְהֵאָרִיף בְּזָה.

ע"כ פִּינָן שְנִשְׁבַּע שְלֵא פִשַׁע מְצַד דְגִזְרָה תוֹרָה לִישְׁבַע בְּשׁוֹמְרִים עַל טַעֲנַת סָפֵק ה"ה דְנִשְׁבַּע בַּג"ש אַף עַל טַעֲנַת סָפֵק שְמָא שְלַח יָד. וּבְאַמַּת לְכַאוּרָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ דְשְבוּעַת שׁוֹמְרִים אֵינָה מְצַד רְגָלִים לְדַבָּר אֲלֵא מְצַד סָפֵק בְּעֵלְמָא דְגִזְרָה תוֹרָה פֶּן בְּשׁוֹמְרִים דְהִנָּה בַב"ק (דָּף ק"ז) אָמְרוּ וּמ"ש מְלוֹה כו' אָבֵל גְּבִי פְקִדוֹן מְעִיז וּמְעִיז פְּמוֹ שְפִירְשׁוּ שְם רַש"י וְהַתּוֹס'.

נְאִי נִימָא כַּמֶּש"כ הַסֵּמ"ע בְּסִי' רַצ"ד דְעֵינָר חַיּוּב ש"ש הוּא בְשִׁבִיל רְגָלִים לְדַבָּר הַגּוֹי מְצִי הַגַּמ' לְחַלֵּק דְשְאֵנִי מְלוֹה דְלִיפָא רְגָלִים לְדַבָּר מִשְׁא"כ בְּפְקִדוֹן דְיֵשׁ רְגָלִים לְדַבָּר דְהַסְפִּין הוּא בְּרִשׁוֹתוֹ וּגְנִיבָה נְאֻנְסִין לָא שְכִיחִי.

אַף זֶה אֵינּוּ הוֹכְחָה פְלִל לְפִי דְהָא בְּמְלוֹה הִיכָא דְכוּפֵר הַפֵּל אַף בְּמִקּוּם דְאִיפָא רְגָלִים לְדַבָּר אֵין מְשַׁבְּעִין שְבוּעַת הַתּוֹרָה. רַק שְבוּעַת הַיִּסּוֹת מְצִינּוּ לִישׁ אֹמְרִים דַּס"ל דְמְחִיבִין ש"ה פְּמַבְּוֹרָא בְּסִי' ע"ה סְעִיף י"ז בְּרַמ"א וּבְש"ף שְם ס"ק ס"ג.

וְלָכֵן פְּרִיף הַש"ס שְפִיר מ"ש מְלוֹה וּמְחַלְקֵי דְשְאֵנִי פְקִדוֹן דְמְעִיז וּמְעִיז לָכֵן חִיבָה תוֹרָה לִישְׁבַע ש"ש בְּמִקּוּם דְיֵשׁ רְגָלִים לְדַבָּר: וְיֵשׁ לוֹמֵר דְשִׁיטַת הַמְּחַבֵּר פֶּאן דְפִסְק דְאֵין מְגַלְגְלִין עַל טַעֲנַת סָפֵק שְל הַתּוֹבַע אִם לִיפָא רְגָלִים לְדַבָּר דְעֵינָר הוֹכְחַת שִׁיטָה זֹה הוּא כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' וְהָרָא"ש בַּב"מ (דָּף צ"ז) דְהִקְשׁוּ דְאַמַּאי לָא יִשְׁבַּע שְשִׁכּוּרָה מְתָה בַּג"ש דְכַדְרָפָה מְתָה וְהוֹכִיחוּ מְזָה פֶּן.

דַּס"ל בְּעֵינָר ש"ש דְעֵינָר הַש"ש הוּא שְאֵינּוּ בְּרִשׁוֹתוֹ וּשְבוּעָה שְלֵא שְלַחְתִּי הוּא בַּג"ש מִהַטְעַם שְפַתְבְּתִי לְעִיל דְכִינּוֹן דְאַתְרַעֵי חֲזַקַת פְּשָׁרוֹתוֹ כו' וְכַמוּ בְּסוּטָה פַּנ"ל. אָבֵל שִׁיטַת הַסּוּבְרִין דְעֵינָר שְבוּעָה הוּא שְלֵא פִשַׁע ג"כ וְנִשְׁבַּע שְלֵא שְלַח יָד בְּתוֹרַת ג"ש וְכַמוּ דְאַמְרוּ בְּכַמָּה דְוֹכְחֵי דְשְלֵשָׁה שְבוּעוֹת מְשַׁבְּעִין אוֹתוֹ כו'.

וְשְלֵא פְשַׁעְתִּי הוּא עֵינָר הַשְׁבוּעָה וְשְלֵא שְלַחְתִּי הוּא בַּג"ש וּמְשַׁמַּע דְאַף הִיכָא דַּא"צ לִישְׁבַע שְאֵינּוּ בְּרִשׁוֹתוֹ כְּגוֹן דְנִמְצָא מְתָה לְפִנְיֵנוּ וְאֵינּוּ נִשְׁבַּע רַק שְלֵא פְשַׁעְתִּי דַּמ"מ נִשְׁבַּע שְלֵא שְלַחְתִּי מְצַד ג"ש וְהַטְעַם הוּא דְכַמוּ דְחִיבָה הַתּוֹרָה לִישְׁבַע ש"ש ע"פ טַעֲנַת סָפֵק דַּה"ה דְנִשְׁבַּע עַל ג"ש שְלֵא שְלַחְתִּי יָד.

וּמַה"ט ס"ל לְשִׁיטַת הַרְבֵּה פּוֹסְקִים דְבָהָא דַּב"מ (דָּף צ"ז) דַּע"פ דִּין צָרִיף לִישְׁבַע שְשִׁכּוּרָה מְתָה מְצַד ג"ש עַל שְבוּעַת הָעֵינָר שְפַדְרָפָה מְתָה וְכַמֶּש"כ הַרְשֵׁפָ"א לְקִידוּשִׁין (דָּף כ"ז) וְהַתּוֹס' וְהָרָא"ש לַב"מ (דָּף צ"ז) בְּתִירוֹץ קָמָא דְמִיָּרִי הַמְשַׁנָּה שְם הִיכָא דַּא"צ לִישְׁבַע ש"ש.

וְכ"כ הַר"נ לְקִידוּשִׁין שְם דְכַמוּ דְנִשְׁבַּע ש"ש עַל הַסְפֵּק פֶּן נִשְׁבַּע בְּתוֹרַת ג"ש עַל טַעֲנַת סָפֵק וְכ"כ הַרְבֵּה רַאשׁוֹנִים בַּב"מ שְם וְכֵן הוּא שִׁיטַת הַמְּחַבֵּר לְקַמְן סִי' שַׁד"מ סַע"י ד' דְנִשְׁבַּע ש"ש וַע"י גְּלַגּוּל יִשְׁבַע שְשִׁכּוּרָה מְתָה.

ובסתירת דברי הש"ע הקשה הש"ף פאן בס"ק ז'. והמחבר פאן דפסק דאין מגלגלין על טענת ספק של התובע דעיקר ההוכחה הוא כמו שפיתבו התוס' והרא"ש בב"מ (דף צ"ז) דלכן אין מגלגלין ששכורה מתה על ש"ש וס"ל דגם בש"ש אין מגלגלין על טענת ספק.

בע"כ מוכח דאזלי בשיטת הש"ע בסי' רצ"ד דפסק המחבר שם דעיקר ש"ש הוא שאינו ברשותו ומגלגלין שלא שלח יד והטעם הוא כמש"כ לעיל דכיון דאתרעי עכשיו חזקת פשרותו כו': ואפתי תקשה על הרא"ש דס"ל דאין מגלגלין על טענת ספק של התובע גם בש"ש כמש"כ הרא"ש לב"מ (דף צ"ז).

ואלו בב"מ פ"ג סי' כ' כתב הרא"ש דעיקר ש"ש הוא שלא פשע ונשבע שלא שלחתי בתורת ג"ש וקשה פיון דס"ל להרא"ש דאין מגלגלין על טענת ספק אף בש"ש ולא ס"ל סברת הר"נ בקידושין בסוגיא שם (דף כ"ז) הנ"ל.

א"כ אמאי מגלגלין שלא שלחתי בתורת ג"ש על שבועה שלא פשעתי. ואפשר לומר דהא דכתבו דמגלגלין שלא שלחתי משום די"ל דגם זה מקרי רגלים לדבר קצת ע"פ סברת הסמ"ע בסי' נ"ו ס"ק ט' דיכולים להשביע את השליש אפילו בטענת שפא משום דהא השליחים והשותפים צריכים ליטבע אף בטענת שפא דמורו היתירא כו'.

והש"ף בסי' נ"ו שם ס"ק ט' השיג על הסמ"ע דהיכא דלא התעסק במזון חבירו רק שיהיה מופקד אצלו בתורת פקדון לא שייך לומר דמורי היתירא כו'. וכה"ג כתב האו"ת בסי' צ"ג ס"ק ו' דבכה"ג לא שייך דמורי היתירא דמה אהני ליה זוניי יחיב זוניי שקיל מתחלה כו' ע"ש.

ועכ"ז י"ל פיון דעיקר מילתא דשליחות יד דחייב רחמנא בשומרים הוא שהגביל את החפץ ע"מ לשלם וכמש"כ השיטה מקובצת בב"מ ס"פ המפקיד בסוגיא דשליחות יד והובא בקצה"ח סי' רצ"א ס"ק ב'.

ע"כ י"ל דדוקא לחשוד את השומר שפא נטל ע"מ שלא לשלם בזה לא שייך לומר דמורי היתירא כמש"כ הש"ף והאו"ת. אבל היכא דדיינינו לענין חיוב אונסין דמתחייב אם שלח יד בשומרים היינו הגביל ע"מ לשלם בזה שפיר י"ל דמורי היתירא ליטול ע"מ לשלם בשביל טרחתו בהפקדון ובפרט היכא דמשתדל בהחפץ המופקד לשוטחה ולנצרה וכיוצא בו.

וכיוצא בזה ראיתי בנתיבות סי' רצ"ב ס"ק ד' שכתב דמאן דס"ל שליחות יד א"צ חסרון וכדקיי"ל דזהו בשביל דהוי גילויי דעת ממנו שמחזיקו להיתר תשמיש ומה"ט אם נטל מקצת ע"ד לשלם מקרי שליחות יד להיות חייב בכלולו משום דחזינו דמורי היתירא להשתמש ע"ש.

ועיקר הסברא דמורי היתירא שמחזיקו להיתר תשמיש שפיתבו הוא הפל משום דמורי היתירא בשביל טרחתו כמש"כ. ולכן שפיר מקרי חשד שליחות יד בשם רגלים לדבר קצת להשביעו משום ג"ש כמש"כ התוס' והרא"ש בב"מ (דף צ"ז) בלשונם דהיכא דאיכא רגלים לדבר קצת יש להשביעו משום ג"ש ואף דאין להשביעו מצד עצם חיוב שבועה על שלא שלח יד מ"מ בתורת ג"ש יש להשביעו דלזה סגי מה דמקרי בשם רגלים

לדבר קצת פן י"ל בזה: ענף ג ועוד נראה לענ"ד לומר דלכן משביעין בתורת ג"ש שלא שלח בו יד אף היכא דא"צ לישבע שאינו ברשותו רק שבועה שלא פשעתי.

דכמו שפתבתי לעיל לבאר דלכן מגלגלין שלא שלח יד על שבועה שאינו ברשותו פיון דאיתרעי עכשיו חזקת פשרותו כו' ממילא יש לנו מקום לחשוך לו על למפרע וכמו שפתבו התוס' והרא"ש גבי סוטה.

דהסברא הנ"ל יש לדון כמו כן להסוברים דמגלגלין שלא שלח יד על חשש שלא פשעתי. דהנה לעיל בחידושי לסי' צ"ב סעי' א' פתבתי לדון בשיטת רש"י ב"מ (דף ו') די"ל דס"ל דבשליחות יד לא נעשה דינו כגזלן גמור להיות פסול לעדות ולשבועה מדאורייתא משום דהא שליחות יד הוא בנוטלו ע"מ לשלם א"כ דומה למה דאמרו דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע כו' ואין זה באיסור לאו רק כמו איסור עשה דלא מיפסל לעדות.

[וגם הא לא הוי זה דבר המפורש בתורה להדיא]. וכמש"כ בחידושי שם בארנפה.

ולפ"ז י"ל דכמו דנחשד עכשיו על פשיעה דהא ע"פ דין מחוייב השומר להשגיח שלא יהיה שום פשיעה ממנו וכ"כ ש"ש מחוייב להיות יושב ומשמר אף מן גניבה. א"כ שומר שפשע ולא שימר בהוגן ביטל דין שומרים דמצננה ע"פ דיני שומרים להשגיח שלא יהיה פשיעה.

ובפרט לפי מש"כ הרמב"ם פ"ב ה' שכירות הלכה ג' דכל הפושע מזיק הוא. ולכן פיון דנחשד עכשיו לנו בחשד שפשע מצד רגלים לדבר דאונסין לא שכיחי.

דהוא פרט א' מן דיני שומרי דנצטונה השומר בזה כמו כן יש לחושדו שמה שלא יד דעיקר חיובו הוא רק בשומרים דחזית רחמנא לחייב על שליחות יד בשומרים דנחשד לנו על דיני השומרים דאינו מקיים הפרטי דינים שמצננה השומר: ואין לומר דהוא נחשד שפשע דהא לא מיפסל על ידי זה לעדות ואין אנו מוציאים אותו מחזקת פשרותו משא"כ בחשש שליחות יד דמיפסל לעדות ומוציאים אותו מחזקת פשרותו ע"כ י"ל דלא שלח יד ולהעמידו על חזקת פשרותו.

דזה אינו לפי מש"כ בשיטת רש"י דגם אם שלח יד לא נפסל לעדות מה"ת וע"כ גם עכשיו דחשדינו ליה ששלח יד אין אנו מוציאים אותו מחזקת פשרותו לכן שפיר מקרי זה רגלים לדבר דכמו דנחשד לנו בחשש פשיעה דהוא פרט א' מן דיני שומרי כמו כן נחשד שמה שלא יד מקודם פיון דחזקה דהשתא הוא שנחשד בכזה.

וכמו שפתבתי לעיל לדון פן בסוטה דכיון דנחשדת בחשש זנות ע"י רגלים לדבר דקינוי וסתירה כמו כן יש לחוש למפרע דזינתה באירוסין ונאסרה מכבד לבעלה אז למפרע.

וכבר פתבתי לעיל דאין לומר דשא"ה דיש ריעותא דסתירה דנשארת הריעותא אף לאחר השבועה של הסוטה דזה אינו דהא פיון דנאמנת בשבועה שלה אף שהיה סתירה ומותרת לבעלה אף שהיתה בחשש זנות ע"י קינוי וסתירה משום דנסתלק לגמרי החשש הלז.

א"כ ה"ה היכא דיש לחשוך לו ע"י רגלים לדבר בחשש פשיעה דאף שנשבע שלא פשע ונסתלק עיקר החשד הלז מ"מ פיון דקודם שנשבע הוא בחשד הזה ע"כ לא פקע גם חשד

שְׁמָא שְׁלַח יָדוֹ מִפְּקַדְוֵי וְנִתְחַיֵּיב אֲזִי בְּעֵת שְׁלִיחוֹת יָדוֹ דְּהָא דִּינֵוּ שְׁל שׁוֹלַח יָד הוּא כְּגִזְלָן לְהִיּוֹת חַיִּיב בְּאַנְוָסִין וּלְשַׁלֵּם כְּעֵת הַגְּזֵלָה וְה"ה כְּעֵת הַשְּׁלִיחוֹת יָד.

וְשׁוֹמֵר אֵינֵו חַיִּיב רַק מֵעַת הַפְּשִׁיעָה כַּמֶּשֶׁכּ הַמ"מ וְהַשְּׁ"ף וְהוּבָא בַּקְצָה"ח ס"א רצ"א ס"ק א' וּבְנִתְיָבוֹת שְׁם ס"ק א'. וְהוּי נַפ"מ רַבְתָּא מִן מַה דְּנִחְשָׁד לָנוּ עַל חֲשִׁשׁ שְׁפִשְׁעָה וּמִן מַה שְׁנִחְשָׁד לָנוּ ג"כ שְׁמָא שְׁלַח יָד מִקְוֵי דְעִי"ז מִתְחִיל הַחַיִּיב תְּשַׁלּוּמִין אֲזִי מִן עֵת הַשְּׁלִיחוֹת יָדוֹ וְנָהוּ נַפ"מ לְכַמָּה עֲנִינִים וְקִצְרֵתִי: וְזֶה לְשׁוֹן הַסֵּמ"ע בְּסִי רצ"ד ס"ק ה' צָרִיף לְיִשְׁבַע שְׁלָא פִשְׁעָה כּו' טַעֲמָם כִּינּוֹן דְּלֹא מִוְחָזֵק בְּזֶה בְּרִשְׁעָה פְּלוּי הָאֵי מ"ה חִיּוּשִׁין לִיה מִשְׁא"כ בְּשְׁלַח בָּהּ יָד לְשִׁמְשׁ בּוֹ דְּעֵבֵר ע"ד הַמְּפָקִיד בְּיָדִים וּכ"ש אִם הָיָה דַּעְתּוֹ לְחַסְרָה ע"י שְׁשִׁלַח יָד דְּגִזְלָן בְּיָדִים עַכ"ל הַסֵּמ"ע.

הָרִי דְכַתֵּב דְּבִפְשַׁע אֵינֵו מִוְחָזֵק בְּרִשְׁעָה פְּלוּי הָאֵי א"כ מִשְׁמַע דַּס"ל ג"כ לְהַסְבְּרָא שְׁפַתְבְּתִי דְאִם פִּשְׁעָה הָרִי זֶה נִחְשָׁב לְחַטָּא מַה שְׁלָא שְׁמַר כַּהֲנֵן רַק דְּאֵינֵו מִוְחָזֵק בְּרִשְׁעָה פְּלוּי הָאֵי אֲבָל שְׁם רִשְׁעָה קִצְתָּ יֵשׁ עָלֵיו וְאִם שְׁלַח יָד לְשִׁמְשׁ עֵינָהּ חוּמְרָא שְׁלֵוֹ הוּא מַה דְּחַטָּא בְּקוּם וְעִשָּׂה.

[וּבַמְק"א פְּתַבְתִּי לְדוֹן הַרְבֵּה אִם חַטָּא בְּחַטָּא עֲשִׂה שְׁאִין בּוֹ לְאוֹ אִם מִקְרִי רִשְׁעָה אוֹ לֹא כְּמוֹ דְכַתְּבוּ גַבֵּי פְּסוּלֵי עֲדוּת בְּסִי ל"ד וְכַתְּבִי לְהַעִיר מִן הָא דְזַבְּחִים (דָּף ז' ע"ב) עוֹלָה דוֹרוֹן כּו' אֵי דְלֹא עֵבֵד תְּשׁוּבָה זָבַח רִשְׁעִים תּוֹעֵבָה כּו' וּבְשִׁבוּעוֹת (דָּף י"ב ע"ב) מְזָה.

וּבְנִדָּה (דָּף י"ב ע"א) וּבְנִזִּיר (דָּף כ"ג) וּבְתוֹס' פְּסוּחִים (דָּף ק"ז ע"ב) ד"ה דִּילְמָא אָתִי לְמִיכַל אֲכִילָה גָּסָה בְּתִי הַשְּׁנִי בְּתוֹס' שְׁם. וּבִשְׁא"ד מְזָה וּכְמ"ל].

וּמִשְׁכּ הָרִא"ש בְּב"מ פ"ג ס' כ' דְּאֵין לְהַשְׁפִּיעוּ עַל שְׁלָא שְׁלַח יָד דְּאִחְזוּקִי אֵינְשֵׁי בְּרִשְׁעִי לֹא מִוְחָזֵקִין וְכֵן הוּא לְשׁוֹן הַטּוֹר וְהַסֵּמ"ע בְּסִי רצ"ד ס"ק ג' אָף דְּכָבֵר פְּתַבְתִּי בְּחִידוּשֵׁי לְסִי צ"ב סְעִי א' דְּשְׁלִיחוֹת יָד דְּחִיּוּבָה הַתּוֹרָה בְּשׁוֹמְרִים אֵינֵו כְּמוֹ גִּזְלָן מִמֶּשׁ וְלֹא דְלֹא תִּגְזַל לֹא נֶאֱמַר עַל שְׁלִיחוֹת יָד מ"מ כִּינּוֹן דְּהוּי חַטָּא דְקוּם וְעִשָּׂה שְׁיָיָה לְקָרוֹתוֹ בְּשֵׁם רִשְׁעָה וְהָא דְאִמְרוּ בְּפְסוּלֵי עֲדוּת דְּדוֹקָא בְּחַטָּא שְׁיֵשׁ בּוֹ מְלָקוֹת מִקְרִי רִשְׁעָה מִן וְהָיָה אִם בֵּין הַכּוֹת הַרִשְׁעָה כּו' פְּתַבְתִּי בַּמְק"א דְּהַטַּעַם הוּא דְכִינּוֹן דְּלֹא מְצִינוּ בְּפִירוּשׁ בְּתוֹרָה דִּיהָ נִקְרָא בְּשֵׁם רִשְׁעָה לְחַטָּא שְׁאֵינֵו בְּמְלָקוֹת ע"כ לֹא מִשְׁמַע לְאֵינְשֵׁי חַטָּא שְׁאֵינֵו בְּמְלָקוֹת דְּהוּא חַטָּא חֲמוּר כ"כ שְׁיָהִיָּה נִקְרָא בְּשֵׁם רִשְׁעָה.

ע"כ בְּעֵינֵן דְּנִקְרָא חַטָּא מְלָקוֹת אוֹ חַטָּא שְׁל חִימוּד מְמוֹן כְּמוֹ רִשְׁעָה דְּחַמְסָה דַּע"כ פ' הוּא בְּלֹא אֲבָל הֵיכָא שְׁאֵינֵו בְּלֹא מְפִיר שְׁפִיר י"ל דְּלֹא נִפְסַל מַה"ת עִי"ז אָף דְּבִאֲמַת שְׁמוֹ רִשְׁעָה כַּנ"ל. וְעֵינֵן בְּסִפְרֵי נַחַל יִצְחָק ס' ל"א עֲנָף ו' שְׁהוּכְחִתִּי דְּבַעֲבָר עַל עֲשִׂה בְּקוּם וְעִשָּׂה דְּמִיפְסַל מַה"ת הֵיכָא דְּהוּי חִימוּד מְמוֹן: וְיַדְעֵתִי מַה דִּינֵשׁ לֹא מִן מַה שְׁפַתְבְּתִי לְעִיל דְּכִינּוֹן דְּהוּא בְּחִשְׁדָּ לָנוּ שְׁפִשְׁעָה דְּהוּא בְּחַטָּא אָף דְּאֵינֵו חֲמוּר כ"כ דַּמ"מ נִקְרָא זֶה בְּשֵׁם רַגְלִים לְדָבָר לְחִשְׁדָּ אוֹתוֹ עַל שְׁלִיחוֹת יָד.

דְּהָא קִי"ל דְּחִשְׁדָּ עַל הַקַּל אֵינֵו חִשְׁדָּ עַל הַחֲמוּר כְּמִבְּנִיָּא בְּכּוֹרוֹת (דָּף לָמ"ד) וּבְסִנְהֶדְרִין (דָּף כ"ז) א"כ אָף לְפִי מִשְׁכּ דִּי"ל דַּע"י חַטָּא שְׁלִיחוֹת יָד לֹא מִיפְסַל מַה"ת לְעֲדוּת וּכְמִשְׁכּ בְּשִׁיטַת רִשְׁ"י בְּחִידוּשֵׁי לְסִי צ"ב סְעִיף א'.

דמ"מ מקרי חטא של שליחות יד חטא חמור מן חטא פשיעה דהא חטא שליחות יד הוא עבירה בקום ועשה משא"כ חטא פשיעה דהוי בפש ובאל תעשה וכמש"כ הסמ"ע פנ"ל דמה"ט לא משבעינו על שליחות יד בלא גלגול.

ע"כ י"ל דמה"ט לא מקרי פנה אף בשם רגלים לדבר דהא דמצינו בסוטה דכתבו דמקרי רגלים לדבר פניו דנחשת לבו בזנות עכשיו כמו כן יש לחושדה על זנות מקודם דהא הוא הפל בחטא א' משא"כ בחטא קל י"ל דאין זה מקרי רגלים לדבר לחשדו על החמור.

אף באמת זה אינו דהא בסוטה מגלגלין עלי' שלא זינתה באירוסין והא מצינו בסנהדרין (דף נ') דארוסה שזינתה חטאה חמורה מן זנות דנשואין ומה"ט דינה בסקילה שפן מחללת את אבי'.

הרי דאף מן חטא לחטא החמור ביותר ממנו חשדינו לי למפרע דמקרי בשם רגלים לדבר עכ"פ וה"ה בנ"ד וגם הא אף דבר הדומה קצת מקרי בשם רגלים לדבר לענין ג"ש וכמש"כ הרא"ש והתוס' בב"מ (דף צ"ז) פנ"ל.

ולכן אף דעל שליחות יד בלא ג"ש לא משבעינו לי משום דאין זה מקרי רגלים לדבר כ"כ מ"מ לענין ג"ש מגלגלין ע"ז דעכ"פ מקרי בשם רגלים לדבר קצת ולכן אתי שפיר מש"כ הפוסקים דמגלגלין שלא שלחתי על שבועה שלא פשעתי אף לשיטת הסוברים דאין מגלגלין טענת שמא אף על שבועת השומרים כמש"כ התוס' והרא"ש בב"מ (דף צ"ז) וכן הוא שיטת המחבר כאן.

משום דשאני התם בשליחות יד על ש"ש דהוי רגלים לדבר קצת וכמש"כ הבית יוסף כאן בס"ק ח' בלשוננו דשבועת השותפין דמשבעינו משום דיש קצת רגלים לדבר דומיא דסוטה כו': והא דס"ל להר"ת דהובא בב"מ (דף ו') בתוס' ד"ה שבועה שלא שלחתי כו' דאין מגלגלין על שליחות יד לפי דאין מגלגלין אלא בדבר הדומה כו'.

י"ל דס"ל בטעמו פניו דמירי התם היכא שהיא מתה לפנינו פמבואר שם בתוס' להדיא ואז עיקר השבועה הוא שלא פשעתי וכמו שכתבו התוס' בכתובות (דף י"ח ע"ב) ד"ה ובכולי בעי דלודי כו' ע"ש.

ולכן ס"ל להר"ת דשליחות יד מקרי בשם דבר שאינו דומה כ"כ משום דאף דנחשד על פשיעה דהוי חטא שאינו נפסל לעדות מ"מ אין לנו לחושדו על שליחות יד דהא מיפסל ע"ז לעדות א"כ הא חזקת פשרות מנגדתו וס"ל כמש"כ התוס' בב"מ (דף ג' ע"ב) ד"ה בכולי בעי דלודי כו' דבשליחות יד מיפסל מה"ת וכ"כ התוס' בכתובות (דף י"ח ע"ב) ד"ה ובכולי בעי דלודי כו' ולא ס"ל כמש"כ לשיטת רש"י דב"מ (דף ו').

גם י"ל דסברת הר"ת דלכן לא מקרי שליחות יד בשם רגלים לדבר דכיון דעיקר שליחות יד הוא בהגביל ע"מ לשלם א"כ אפשר לומר דלא הנה נצרך לגוף החפץ פניו שנוטלו ע"מ לשלם ויש לדון בזה טובא.

אבל לשיטת הפוסקים וכדקיי"ל דמגלגלין על שליחות יד שפיר י"ל כמש"כ לעיל: ענין ד ולפי מה שהעלה הנתיבות בסי' ע"ה ס"ק י"א דבשבועת השומרים לדין דעיקר

שבועת השומרים הוא שלא פשעתי וכיון דעיקר השבועה הוא בטענת ספק ע"כ מגלגלין ג"כ על טענת ספק.

א"כ לפ"ז א"ש בפשיטות מה דמגלגלין לשליחות יד על שלא פשעתי וכ"כ האו"ת בסי' צ"ד ס"ק ג'. ועיקר הסברא זו מבואר פן בהר"ן והרשב"א לקידושין (דף כ"ז) עלה דאמרו התם אשפחו נודאי ספק מנ"ל דש"ש אינו בכלל הלז דכיון דעיקר הש"ש הוא על הספק גלגולו נמי על הספק כסוטה ע"ש.

אף לשיטת התוס' והרא"ש בב"מ (דף צ"ז) שכתבו דאין מגלגלין ששכורה מתה על ש"ש ומזה הוכיחו הך דינא שכתב המחבר פאן דאין מגלגלין על טענת ספק. מוכח דס"ל דאף על ש"ש אין מגלגלין.

וי"ל דאף דס"ל להרא"ש דעיקר ש"ש הוא שלא פשעתי ג"כ וכמש"כ הרא"ש בב"מ פ"ג סי' כ' וכן הוא שיטת התוס' פתובות (דף י"ח ע"ב) ד"ה ובכילי בעי כו' ובתוס' ב"מ (דף ו' ע"א) ד"ה שבועה שלא שלחתי כו'.

מ"מ אין מגלגלין טענת ספק עליו משום דגם שבועה שלא פשעתי הוא מצד רגלים לדבר וכמש"כ הסמ"ע סי' רצ"ד דגניבה ואונס אינם שכיחין. [ועיין בח"מ סי' קכ"א ש"ך ס"ק ס"א ובאו"ת סי' ק"ח ס"ק ה' וקצרת].

ע"כ אינו דומה הג"ש להעיקר. ומה שכתב הנתיבות שם בכוננת התוס' דב"מ שם ליישב קושיות המהרש"א משום דס"ל דעיקר ש"ש הוא שאינו ברשותו.

הנה אף שידיוע דאין להקשות מן סתירת דברי התוס' אהדדי עכ"ז יש להוכיח דלא כדבריו דהא גם הרא"ש כתב פן בב"מ משום ומצינו להרא"ש בב"מ פ"ג פנ"ל שכתב דגם שלא פשעתי הוא מצד רגלים לדבר וע"כ אינו דומה הג"ש להעיקר שבועה ומינשב קושיות המהרש"א על התוס' לכל השיטות וקצרת: ולפ"ז י"ל דגם בשבועת שומרים אין מגלגלין טענת ספק של התובע.

והא דמצינו דמגלגלין על שליחות יד י"ל דזהו משום דמקרי רגלים לדבר קצת דכמו דנחשד לנו על פשיעה דהוא מן פרטי דיני שומרים כמו כן נחשד לנו למפרע על שליחות יד דגם הוא מן פרטי דיני שומרים.

אבל אין זה מקרי בשם רגלים לדבר לחשוד אותו באיזה עסק הלואה וכיוצא בו שכופר במה שת"י. משום דהם שני ענינים מחולקים דזהו עסק שומרים וזהו עסק הלואה רק אם טוען טענת ברי יכול לגלגל.

אבל בטוען שמא אין זה מקרי בשם רגלים לדבר דאין זה דומה לסוטה כו'. וגם י"ל דשמא לא הנה מעות של התובע כלל ת"י הנתבע כפי דבריו ושאי חשש שליחות יד דכיון דהנה החפץ בפקדון ת"י הנפקד והנה בידו לעשות בהחפץ כרצונו ע"כ מקרי זה בשם רגלים לדבר לחשוד אותו וכמש"כ לעיל.

ולכן שפיר פסק המחבר פאן דאין מגלגלין על טענת ספק של התובע אלא אם יש רגלים לדבר. והא דלקמן סי' קי"ד סעיף ד' בטורף מלקוחות צ"ש שלא נפרע ולא מחלו ולא מכרו וכולל שאין זה שטר אמנה כו'.

ויכעין זה פתב החלקת מחוקק באה"ע סי' צ"ו ס"ק י"א דשבועות אלו מן דין גלגול נגעו
בה. אף דהלקוחות והיורשים טוענים שמא מ"מ פיון דטוענים ליורשים ולקוחות ה"ל
כמו טענת פרי כמבואר ברפ"ב דכתובות וברא"ש שם.

ואף דהבע"ד עצמו לא הוי מצי להשביע על טענת פרוע ומחילה ומכירה ואמנה ביחד
דקא אם השטר הוא פרוע לא שייך טענת מחילה ומכירה ואמנה. מ"מ פיון דמה דנשבעין
ללקוחות ויתומים הוא אף היכא דלא מצי הלנה עצמו להשביעו כמש"כ התוס' בשבועות
(דף מ"א) ד"ה וכי מה בין זה כו'.

ולכן פיון דיש על הטורף חיוב שבועה עכ"פ ממילא מגלגלין על כל הנה דמשום דטענין
להו גם מה דה"מ הבע"ד עצמו למטען א"כ נחשב זה לטענת פרי לענין ג"ש ועיין לעיל
ש"ף סי' נ"ה ס"ק ה' וקצרתיו.

וכן יש להעיר לקמן סי' רצ"א ש"ף ס"ק ל"ד שכתב דקא דפטורה משבועה פשיש עדים
כו' דאל"כ פשיטא דיכול להשביע עזי ג"ש. וקשה הא אין מגלגלין על טענת ספק.

ואפשר דהתם הוי כמו רגלים לדבר פיון דש"ש חייב התם דה"ל לפרש כמש"כ הש"ף
שם ס"ק ל"ג רק ש"ח פטור משום דהוי פועל אונס גניבה כמש"כ שם הגתיבות. א"כ
הדעת נוטה דמסתמא אמר לאמו שהם מעות פקדון פיון דזהו באמת טובה להמפקיד
ובסתם השתדל לפקח ביותר לטובת בעל החפץ ועיקר קושטא זו העיר פן הגתיבות שם:
ובאה"ע סי' קט"ו סעי' ז' מי שראה אשתו שזינתה כו' משביעה בנק"ח שלא זינתה תחתיו
אבל בדבר אחר א"י להשביעה כו' ופירש הח"מ שם כו'.

וההפלאה שם ס"ק כ"ב פתב לפרש שא"י להשביעה על זנות אחר שלא ראה דאף
שזינתה עם זה מ"מ על איש אחר ה"ל טענת שמא אא"כ יש רגלים לדבר יכול לגלגל
עכ"ל. א"כ מוכח מזה דס"ל להרמב"ם והמחבר שם דאין מגלגלין על טענת ספק של
התובע אם ליכא רגלים לדבר.

ועיין בס' צ"ג בבית יוסף ס"ק כ' ובב"ח שם ס"ק כ' ובס' צ"ד בבית יוסף ס"ק ח'
ובב"ח ס"ק ז' ששקלו וטרו בשיטת הרמב"ם אם ס"ל בג"ש לגלגל על טענת שמא
בדליכא רגלים לדבר או לא. ומה שכתב ההפלאה דאף שזינתה עם זה מ"מ על איש אחר
ה"ל טענת שמא אא"כ יש רגלים לדבר.

אף שכתבו התוס' והרא"ש דכיון דנחשדות בזנות מן איש זה שנסתרה עמו ע"כ מקרי
רגלים לדבר לחשוד אותה על זנות מן איש אחר אף באירוסין. מ"מ יש לחלק דדוקא
היכא דיש לנו רגלים לדבר ע"י קינוי וסתירה דזה מקרי רגלים לדבר הנראה לב"ד בזה
יכולים לגלגל אף על טענת שמא.

משא"כ ה"כא דעיקר החשש הוא רק ע"י טענת הבעל שטוען שראה שזינתה מן איש זה
אף שלדבריו ה"ל מקום לחשדו גם מן איש אחר דה"ל רגלים לדבר ע"י טענתו דמ"מ
כה"ג אין מגלגלין וכמו שכתב האו"ת פאן ס"ק ג' בסופו ובאורים ס"ק ח' בזה"ל שהב"ד
יפירו שיש רגלים לדבר לספיקו של המשביע ולא סגי במה שהוא אומר שיש רגלים
לדבר ע"ש.

ואף שפראיות האו"ת שם מן התוס' יש לפקפק מ"מ דבריו נכונים בפשיטות דהא עיקר דברי התוס' בב"מ (דף צ"ז) הוא כן דהיכא דה"ל טענת הגלגול כעין טענת העיקר דה"ל טענת פרי בנודאי יכול לגלגל אף אם ליכא רגלים לדבר והיכא דאינו דומה טענת הג"ש לטענת העיקר מחמת שאינו טוען פרי בזה בעינו שיהיה רגלים לדבר כמו בסוטה.

וכיון דעיקר ילפותא הוא מן סוטה ע"כ בעינו שיהיה רגלים לדבר הנראה להב"ד כמו בסוטה דנראה להם לחשדו ע"י הקינוי והסתירה אבל היכא דאינו נראה לב"ד לקרותו בשם רגלים לדבר אף שלדברי התובע ה"ל בשם רגלים לדבר אין לנו ילפותא להשביעו ע"ז כיון דאינו דומה לעיקר שבועה דהא בעיקר שבועה אין להשביע כלל ע"י רגלים לדבר רק ע"י טענת פרי דוקא וגם הא אינו דומה לסוטה כנ"ל ואפשר דזהו פוננת האו"ת שם רק שקיצר בזה.

ועיין לעיל סי' ע"ה סעי' י"ז במחבר והרמ"א בדין רגלים לדבר גבי שבועת ה"סות ובש"ך ס"ק ס"ג דמחלק דאם ב"ד רואין שיש רגלים לדבר שאני וקצרתיו: ולפ"ז יש לדון היכא דיש לו על הנתבע עיקר שבועה ש"ה ועל טענת הגלגול אין תובע בטענת פרי רק ע"י טענת שפא ויש לו רגלים לדבר לפי טענת התובע רק דאינו רגלים לדבר הנראה לב"ד.

דלפי המבואר בסי' ע"ה סעיף י"ז ברמ"א שם די"א דמשביעין ה"סות על טענת שפא אם יש רגלים לדבר ומשמע דלהך דיעה אף דאינו רגלים לדבר לפני הב"ד רק לפי דברי התובע. א"כ בזה יכול לגלגל אף דאינו רגלים לדבר הנראה לב"ד דכיון דגם בעיקר שבועת ה"סות משביעין אף היכא דהוי רגלים לדבר רק לפי דברי התובע להך דיעה.

ע"כ משביעין בש"ה גם על הגלגול בכה"ג ונפ"מ להיכא דפטרן משבועה וכמש"כ הש"ך בס"ק ח' נפ"מ מזה ע"ש. אף לדינא לפי מה שהעלה הש"ך בסי' ע"ה ס"ק ס"ד דדוקא אם יש רגלים לדבר הנראה להב"ד בזה יכול להשביע ה"סות כו' ע"ש.

ע"כ גם אם עיקר השבועה הוא ש"ה אין לגלגל אם אינו תובע פרי אף דאמר דיש לו רגלים לדבר כיון דאינו רגלים לדבר הנראה להב"ד וכמש"כ האו"ת ואין לחלק בין שד"א לש"ה: וראיתי בשער משפט סי' צ"ד ס"ק ד' שהקשה מן מה שמשביעין על שליחות יד בתורת ג"ש ומכל הנ"ל דמוכח מזה דגם על טענת ספק מגלגלין ע"ש.

אכן לפמש"כ לתרץ אינו מוכח משם כלל לסתור להך דין שכתב המחבר פאן ולכן לדינא ה"ל זה ספיקא דדינא גם בש"ש אם מגלגלין טענת ספק ודינו ככל ספיקא דדינא בהיוב שבועה דלא משביעין אכן אם תפס התובע מהני תפיסתו עד שישבע הנתבע על הג"ש וכמש"כ הש"ך פ"ז סוף ס"ק ל"ח בספיקא ע"י פלוגתא דרבנותא אם חייב שבועה או לא.

ועיין בקונטרס ביאור ספק תקנה בספרי נחל יצחק וקצרתיו: (שם סעיף ג') מי שנתחייב שבועה והתחיל התובע לגלגל כו'. ש"ך ס"ק ח' כ' ואין להקשות הא בטענות נדאי בלא"ה יכול להשביעו ה"סות כו' י"ל כו' או פגון פרוזבול ה"ה לי ואבד כו' או פגון רבית שטוען בהיתר לקחתי כו'.

והקשה האו"ת דאם סמכינן אהך חזקה למדחי היסת למה לא יועיל לדחות אף ג"ש. והקצה"ח תירץ זה דה"נ אשקחן בהחזיק ג"ש דעת הרשב"א דאין מחייבין לו לישבע היסת ואלו ע"י גלגול חייב לישבע כו' עכ"ל.

אף לא ביאר היטב סברת החילוק מאיזה טעם ישמנה חיוב שבועת היסת מן ג"ש: ענף א ולענ"ד נראה להסביר דברי הש"ך ע"פ דברי הט"ז סעי' ו' שכתב דהיכא דאיפא רנפא המסייע לטענת הנתבע אין מחייבין לו שבועת היסת דהא מבואר בשבועות (דף מ') דעיקר חיוב ש"ה הוא משום חזקה א"א תובע א"כ יש לו עליו ע"כ היכא דאיפא רנפא דמסייעו פינו דרנפא עדיפא מחזקה אין מקום לחייב ש"ה משא"כ בג"ש דהא אמרינן בקידושין (דף כ"ח) עד היכן ג"ש דא"ל השבע לי שלא נמפרת לי בע"ע דאף דאיפא למימר דאם אי' דנבין ליה בע"ע ה"ל קלא מ"מ נשבעין ע"י ג"ש כו' זהו קנטב דברי הט"ז.

וזהו פוננת הש"ך שכתב דבטענת פרוזבול היה לי ואבד או ברבית שטוען בהיתר לקחתי דאינו נשבע היסת משום דכיון דעיקר חיוב שבועת היסת הוא משום חזקה א"א תובע כו' ע"כ היכא דאיפא חזקה דלא שביק היתירא כו' דדוחה לחזקה דא"א תובע כו' אינו חייב ש"ה כמו דמקשה הגמ' בשבועות (דף מ') אדרבה חזקה א"א מעיז כו' ומשני אשתמוטי כו'.

הרי דס"ל להש"ס דהיכא דאיפא חזקה אחרת הסותר להחזקה דא"א תובע כו' אינו חייב ש"ה א"כ ה"ה בהך חזקה דלא שביק היתירא כו'. ואפ"ה מן ג"ש אינו פוטר וכמו בהשבע לי שלא נמפרת לי בע"ע: אף בעיקר דברי הש"ך שכתב דהיכא דאיפא חזקה מעליא פוטר מן ש"ה יש לדון הרבה דלעיל סי' ע"ח ש"ך ס"ק ט"ו העלה דחזקה דתוה זמנו אינו פוטר משבועת היסת וסיים בזה"ל דלא אלימא חזקה לאפוקי מש"ה.

א"כ קשה על מש"כ הש"ך הך חזקה פוטר מן ש"ה ובפרט לפי מה שהסברתי דברי הש"ך דטעמו דכיון דיש חזקה הסותרת לחזקה דא"א תובע כו' ע"כ אין מקום לחייבו ש"ה א"כ ה"ט ש"ך ג"כ בחזקה דתו"ז.

ודונק לחלק ולומר בזה דאין כל החזקות שוות כמש"כ הך פללא בכללי מגו ש"ך אות יו"ד. ועוד קשה דהא חזינו דחזקה דתוה זמנו עדיפא מן חזקה דלא שביק היתירא כו' דאלו בטענת בהיתר לקחתי דגבי רבית שכתב הש"ך הך דפוטר מן ש"ה.

חזינו דהך חזקה גרוע מן חזקה דתו"ז דבסי' פ"ב סעי' יו"ד ש"ך ס"ק כ"א דאם המלנה מודה שיש בו רבית אבל בהיתר נעשה דצריף לישבע בנק"ח קודם שיטול כמש"כ הרמ"א ביו"ד סוף סי' קס"ט.

וכ"כ הסמ"ע שם ס"ק ל"ה. ובחזקה דתו"ז מבואר בסי' ע"ח ובתוס' ב"ב (דף ה') ד"ה אע"ג דאמור רבנן כו' דאם הוציא שט"ח על תבירו וא"ל אשתבע לי דלא פרעתיה בתו"ז דא"ל לישבע וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ח ס"ק ט"ו דא"צ שבועה קודם הפרעון בחוב תו"ז רק לאחר הפרעון צריף ש"ה.

הרי דחזקה תו"ז עדיפא מן חזקה דלא שביק היתירא דגבי רבית. ואפ"ה אמרו דחזקה דלא שביק היתירא דגבי רבית פוטר מן שבועת היסת א"כ כש"כ דחזקה דתו"ז תפטר

מן שבועת ה'קיסת ותקשה סתירת דברי הש"ך דסי' ע"ח שכתב דאין תזקה פוטר מן ש"ה ואלו ה'כא פתב הש"ך דתזקה דלא שביק ה'יתירא פוטר מן ש"ה: ואפשר לומר בזה לפי מש"כ הש"ך בסי' ע"ח ס"ק ט"ו דלכן אין תזקה דתו"ז פוטר מן ש"ה דזה דומה לתזקה דש"ל שנים דמקרי תזקה פיון דלא מיחה ג"ש תזקה שמכר לו ואפ"ה צריך לישבע ה'קיסת פדלקמן ר"ס ק"מ עכ"ל הש"ך.

א"כ ממילא מוכח לדעת הרשב"א והרמב"ן וש"פ דס"ל גבי תזקה דג"ש דא"צ ש"ה פמבואר שיטתם לקמן סי' ק"מ סעי' ב' ובש"ך ס"ק ד' שם. דכיון דס"ל דתזקה דג"ש פוטר מן ש"ה דה"ה לכל תזקה דפוטר מן ש"ה.

וכמש"כ הקצה"ח ה'כא על דברי הש"ך דתזקה פוטר מן ש"ה דה"נ אפשר ב'התזיק ג"ש להרשב"א כו'. ולפ"ז י"ל דהש"ך דכתב ה'כא ליישב דברי המחבר שכתב דמי שנתחייב שבועה והתחיל התובע לגלגל עליו כו' דהקשה דהא בלא"ה יכול להשביעו ה'קיסת וע"ז תירץ דנפ"מ לה'כא דיש תזקה דלא שביק ה'יתירא כו' דפטר מן ש"ה.

וכוננתו דזהו לשיטת המחבר לקמן סי' ק"מ סעי' ב' שכתב ב'התזיק ג"ש אין מוסרין אותו ל'שבועה. דהמחבר פאן אזיל ל'שיטתו שם סעי' ב' ואף שהרמ"א שם פתב דזהו סכרא אחרת וחולקת על מה שכתב ראשונה היינו שם בסעי' א'.

אפ"ה פיון שהמחבר מביא שני דיעות דפליגי בזה א"כ ממילא לפי דעת המחבר אין לחייב ש"ה ב'התזיק ג"ש דמספיקא אין מחייבין שבועה פמבואר בסי' פ"ז ש"ך ס"ק יו"ד. אבל לדינא לפי מה שהכריע הש"ך בסי' ק"מ ס"ק ה' דהעיקר דתזקה ג"ש אין פוטר מ'שבועה וכשיטת הרמב"ם והמחבר שם סעי' א'.

לכן שפיר הכריע הש"ך בסי' ע"ח דתזקה דתו"ז אינו פוטר מן ש"ה פן י"ל לכאורה: ענף ב' אבל באמת זה אינו דעדיין תקשה על שיטת הטור דבסי' ק"מ פסק הטור לדינא דתזקת ג"ש אין פוטר מן ש"ה וכמבואר שם סעי' א'.

ואלו ה'כא בסי' צ"ד הביא הטור ג"כ ה'ך דינא בסעי' ט' דמי שנתחייב שבועה ובא התובע לגלגל כו' דתקשה עדיין ג'ושיות הש"ך דבלא"ה יכול להשביעו ה'קיסת כו'. וביותר תקשה עדיין לפי מש"כ הש"ך ה'כא בזה"ל מי שנתחייב שבועת ה'קיסת וכן הוא שיטת הרמב"ם ואין להקשות דבלא"ה יכול להשביעו ה'קיסת ותירץ דמשכחת ליה בטוען כו'.

א"כ פיון דעיקר ג'ושיות זו רק על הרמב"ם דכתב להדיא בפ"א ה' טוען דין י"ג מי שנתחייב אפילו שבועת ה'קיסת כו'. א"כ ה'ך שיטת הרמב"ם דתזקת ג"ש אינו פוטר מן ש"ה פמבואר שיטתו לקמן ריש סי' ק"מ א"כ תקשה עדיין על שיטת הרמב"ם דס"ל דתזקת ג"ש אינו פוטר מן ש"ה וכן שיטת הרמב"ם בתזקה דתו"ז דחייב שבועת ה'קיסת לאחר הפרעון כמש"כ הש"ך בשמו בסי' ע"ח ס"ק ט"ו.

דאיך קאמר דמי שנתחייב ש"ה והתחיל התובע לגלגל כו' וכמו שהקשה הש"ך ה'כא: ודברי הקצה"ח ה'כא שכתב להסביר דברי הש"ך דזה דומה לתזקה ג"ש דדעת הרשב"א דפטר מן ש"ה.

אינם מכוננים דהא עיקר דברי הש"ך הוא לשיטת הרמב"ם והא הרמב"ם ס"ל בהחזיק ג"ש דחייב ש"ה. ואפשר לומר בזה דעיקר מלתא דנא אם חזקה ג"ש פוטר מן ש"ה כמו חזקה דלא שביק היתירא כו' דכתב הש"ך הךא דפוטר מן ש"ה.

דזה תלוי במש"כ הקצה"ח בסי' ק"מ ס"ק ב' לחקור בטעמא דמילתא דמהני חזקה ג"ש והביא בשם הרמב"ן דכתב דזהו מצד סברא דכיון דשתק ג"ש מוכח מילתא דמכר לו והקצה"ח האריף לבאר בשם הרמב"ם דטעמא דחזקה ג"ש הוא משום תקנת חכמים דחשו לתיקון העולם כו'.

ע"כ אי נימא דחזקה ג"ש הוא משום דהוא בירור הענין והוכחה דמכר לו מדשתק ג"ש וכדברי הרמב"ן ע"כ שפיר כתב הש"ך בסי' ע"ח לדמות דכמו דחזקה ג"ש פוטר מן ש"ה כדקיי"ל לדינא וה"ה חזקה דתו"ז.

אבל לשיטת הרמב"ם דטעמא דחזקה ג"ש הוא משום תקנת חכמים דחשו לתיקון העולם כמש"כ הקצה"ח שם בארובה. ע"כ אין סברא דחזקה ג"ש תפטר מן ש"ה דאף דמהני חזקה ג"ש ע"פ תקנת חכמים מ"מ לא תהא עדיפא מן מוחזקות גמורה דאין פס במוחזקות גמורה לפטור מן ש"ה.

ולפ"ז י"ל דאף דכתב הש"ך הךא לשיטת הרמב"ם דחזקה דלא שביק היתירא פוטר מן ש"ה דזה אינו רק בחזקה דמהני מצד דהוי חזקה המבשרת ע"פ הוכחה. אבל חזקה דג"ש דאינו מועיל משום חזקה המבשרת רק משום תיקון העולם כיון דלא מהני מצד בירור רק מצד דעשו את המחזיק ג"ש הקרקע דדינו כמוחזק גמור ע"כ חייב ש"ה.

ועיין בקונטרס הספיקות שבקצה"ח ובגמתיבות סי' ל"ד ס"קט"ו שכתבו דחזקת ממונא לא הוי חזקה המבשרת. ולכן אין פס במוחזקות לפטור מן ש"ה וה"ה בחזקה ג"ש לפי דברי הקצה"ח בסי' ק"מ.

ולכן שפיר כתב הש"ך הךא לתרץ דברי הרמב"ם שכתב מי שנתחייב ש"ה והתחיל כו' דמשפחת ליה היכא דאיכא חזקה דלא שביק היתירא כו' דפוטר מן ש"ה משום דזהו מצד בירור הענין.

אבל חזקה ג"ש דס"ל להרמב"ם דחייב ש"ה שא"ה דלא הוי מצד בירור: ואפשר לומר דהא דס"ל להרמב"ן דחזקה ג"ש פוטר מן ש"ה כמש"כ הש"ך בשמו בסי' ק"מ ס"ק ד' הוא משום דאזיל לטעמי' דס"ל להרמב"ן דחזקה ג"ש הוא משום הוכחה כמש"כ הקצה"ח בשמו בסי' ק"מ ע"כ דינה כמו חזקה דלא שביק היתירא כו' פנ"ל.

ומן דברי התוס' ב"מ (דף ק"י ע"א) ד"ה א"ל רבינא כו' שהקשו וא"ת א"כ לעולם יהיה בעל הקרקע כו' ותירצו דהוי מיגו במקום עדים דאנו סהדי אם הנה פא בגזל לא הוי שתיק אלא הנה מוחה עכ"ל התוס'.

מוכח דס"ל להתוס' כשיטת הרמב"ן בטעמא דחזקה ג"ש דזהו משום בירור והוכחה ולא כמו שהעלה הקצה"ח ואדרבה הא כתבו דזהו כמו אנו סהדי דלא מהני מיגו נגדו. א"כ לפ"ז הדין נותן דחזקה ג"ש פוטר מן ש"ה כיון דאילימא כמו עדים ולא מהני מיגו נגדו.

ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ז בד"ה ובהא דאמר הירושלמי מיליין דרבנן כו' שהבאתי שם שיטת הנמוקי יוסף ריש פ'ק חז"ה דתזקה ג"ש הוא תק"ח ובארתי שם עפ"ז לדברי הירושלמי ע"ש.

והש"ך דסי' ע"ח דכתב לדמות תזקה דתו"ז לתזקה דג"ש דכמו דתזקה ג"ש אינו פוטר מן ש"ה דה"ה תזקה דתו"ז. מוכח דס"ל להש"ך דתזקה ג"ש הוא משום הוכחה מדשתק ג"ש וכשיטת הרמב"ן דאל"כ איך מדמה אותן להדדי.

ויש להאריך בכ"ז הרבה. נחזור לעניינינו דתקשה על מש"כ הש"ך הךא דתזקה דלא שביק היתירא כו' פוטר מן ש"ה ואף דמייירי בשיטת הרמב"ם כו' פנ"ל.

ואלו בסי' ע"ח גבי תזקה דתו"ז העלה הש"ך בשם הרמב"ם דתייב לישבע היסת לאחר הפרעון וכו' פסק לדינא דלא אילימא תזקה לאפוקי מן ש"ה. ואפשר לומר דלפי מה שהכריע הרמ"א בסי' ע"ח סעי' ב' דא"צ שבוועה בתזקה דתו"ז ונהו ע"פ דברי הבית יוסף שכתב דהרמב"ם ס"ל דא"צ שבוועה והובא בש"ך שם.

ע"כ שפיר יש לומר דס"ל להמחבר דה"ה בתזקה דלא שביק היתירא כו' דפוטר מן ש"ה ולכן א"ש מש"כ הש"ך הךא לתרץ לדברי המחבר. אבל באמת ז"א דהא מסיק הש"ך בסי' ע"ח להשיג על הבית יוסף והוכיח דהרמב"ם ס"ל דצ"ש בתזקה תו"ז והךא הא מייירי לתרץ דברי הרמב"ם פנ"ל: ענף ג והעיקר נלע"ד בכ"ז דזוקא היכא דאין אנו צריכים להתזקה רק לענין חיוב שבוועה להנתבע כמו בטענת הלנה להמלנה לקחת ממני רבית והמלנה משיב בהיתר לקחתי דכיון דהמלנה הוא מוחזק ואין אנו צריכים להתזקה דלא שביק היתירא כו' לענין להחזיק גוף הממון ביד המלנה.

ע"כ פח התזקה בתוקפה וסותרת להתזקה דא"א תובע כו' ולכן פוטר מן ש"ה שאנו דנין פעת. אבל בהא דסי' ע"ח בתזקה דתו"ז דע"י פח התזקה דתו"ז אנו מוציאים הממון מן הלנה וכיון דעשינו פעולה ע"י הך תזקה להוציא הממון ע"כ אין פח שוב בהך תזקה דתו"ז להיות פוטר משבוועת היסת לאחר הפרעון דאין פח בהתזקה לפעול כ"כ היינו להוציא ממון וגם לפטור מן ש"ה.

[ועיין בש"ך סי' פ"ט ס"ק יו"ד מש"כ פלל חדש בענין שבוועת המשכון בנק"ח ובמש"כ הש"ך בסי' צ"ב ס"ק ח' ובסי' פ"ז ס"ק ל"ה וקצרותי. וזה פוננת הש"ך בסי' ע"ח ס"ק ט"ו שכתב דצ"ש לאחר הפרעון דהך תזקה דתו"ז משוי ליה פאלו המלנה מוחזק בממון ודומה לתזקה דג"ש כו'.

דזהו כיון דעשה התזקה דיהיה נחשב המלנה מוחזק בהממון ע"כ אין פח לפעול יותר דה"ל כמו שנתבטלה התזקה דתו"ז מפבר כיון שנעשה מעשה ע"י פח התזקה דתו"ז. וה"ה בתזקה דג"ש דע"י פח התזקה די שתהא מפקעת זכות הבעלים הראשונים דקרע בתזקת עליה עומדת ומשום פח התזקה ג"ש אנו מצמידין הקרע בתזקת המחזיק אבל אין בה פח לפעול כל כף ולפטור אותו מן ש"ה ג"כ: והא שכתב הש"ך הךא דמשפחת ליה בטוען פרוזבל היה לי ואבד דפטור מן ש"ה אף דהתזקה דלא שביק היתירא ועשה פרוזבול היה תועלת ע"ז להוציא הממון מן הלנה.

עכ"ז י"ל דבאמת היכא דהמלנה טוען שהלנה ישלם לו החוב ע"י טענתו דפרוזהבל הנה לי ואבד בנה י"ל ג"כ פיון דע"י התזקה הלז עשינו מעשה להוציא הממון מן הלנה ע"כ אין פח שוב בהתזקה הנ"ל להיות פוטר את הלנה מן ש"ה לאחר הפרעון.

וי"ל דהא שפכתבו התוס' בגיטין (דף ל"ז ע"ב) בד"ה לא שביק כו' בשם ר"ת דנאמן המלנה בלא שבועה וכ"כ הרא"ש שם. היינו לענין שבועה קודם הפרעון אבל לעולם י"ל דשבועה לאחר הפרעון צריף כמו דאמרו בתזקה דתו"ז.

וקא שפכתב הש"ך הכא דמשפכת ליה בטוען פרוזהבל הנה לי כו' דפטור מן ש"ה. י"ל דמשפכת ליה היכא דהמלנה אין רוצה לגבות בשטרו ולהוציא החוב מן הלנה כגון דהלנה הוא עני וכה"ג וע"כ אינו רוצה להזדקק ולטעון מן הלנה.

אלא מייירי היכא דהלנה רוצה וטוען שהמלנה יחזיר גוף השטר להלנה ומייירי דגוף הנזיר הוא ש"פ לצור ע"פ צלוחיתו כעין הא דקידושין (דף מ"ח) דאמרו שמין את הנזיר אם יש בו ש"פ כו'.

או כעין מש"כ הש"ך בסי' נ"ד ס"ק ד' בשם הה"מ דהשטר הוא ש"פ מחמת הראיה שבו ונשבעין היתת ע"ז ע"ש. וכיון דמייירי היכא דהמלנה אינו מנדקק לתבוע מן הלנה את החוב ש"פ מן מחמת איזה טעם וסיבה א"כ צדיין לא עשה שום פעולה פח התזקה דלא שביק היתירא.

אף דאנו דנין בתביעת הלנה להמלנה גוף הנזיר משום דלדברי הלנה שטוען ברי דלא עשה המלנה פרוזהבל א"כ שייף גוף הנזיר להלנה כמבואר בסי' ס"ז סעי' ל"ז ועיין בסמ"ע וט"ז שם.

וכיון דצדיין לא עשה שום פעולה פח התזקה דלא שביק. ע"כ התזקה בתוקפה להיות פוטר את המלנה מן ש"ה פדין כל תזקה הסותר להתזקה דא"א תובע כו' ופוטרת מן ש"ה כנ"ל.

והש"ך קיצר בנה וכיון דמשפכת ליה עכ"פ איזה אופן דיהנה תועלת מן התזקה לפטור מן ש"ה ע"כ א"ש מה דכתבו דרוצה לגלגל עליו. דנפ"מ אם הוא באופן הזה: ועוד י"ל דשאני הך טענה דפרוזהבל הנה לי ואבד דנאמן אף בלא שבועה.

משום דמייירי במקום שרגילין פולן לכתוב פרוזהבל וכמש"כ הב"ח לח"מ סי' ס"ז ס"ק ל"ד לחלק דבמקום שרגילין נאמן בלא שבועה ובמקום שאין רגילין אינו נאמן בלא שבועה אבל בשבועה נאמן בכל גונו ע"ש בב"ח.

ע"כ י"ל דאף דמשמע מהפוסקים דנאמן לומר פרוזהבל הנה לי ואבד אף בלא שבועה לאחר הפרעון ג"כ. די"ל דזהו במקום שרגילין כו' אבל במקום שאין רגילין צריף שבועה.

ואפשר לומר דבכה"ג צריף שבועה בנק"ח אף קודם הפרעון וכמו בטענת בהיתר לקוחתי הרבית דצריף שבועה בנק"ח מקודם הפרעון כמבואר ביו"ד סוף סי' קס"ט ובח"מ סי' פ"ב ש"ך ס"ק כ"א. ולכן א"ש מה דאמרו בטענת פרוזהבל הנה לי ואבד דנאמן לגבות

בל"ש משום חזקה דלא שביק כו' ואלו גבי רבית צ"ש בנק"ח פשטוען בהיתר לקחת
אף דאיכא חזקה דלא שביק כו'.

משום דשאני בפרוזהל דמיירי שרגילין פולן לכתוב פרוזהל. וע"כ א"ש מה דכתבו גבי
טענת פרוזהל הנה לי דא"צ שבועה פלל ומשמע דאף לאחר הפרעון ג"כ א"צ שבועה.

משום דיש לו מעלת דרגילין פולן כו'. ע"כ בצירוף החזקה דלא שביק כו' סמכינו דא"צ
שבועה פלל אף לאחר הפרעון.

וא"ש דברי הש"ך ודלא סתרי אהדדי: ולפמש"כ א"ש מה דיש להעיר בהא דסי' פ"ב סעי'
יו"ד בהוציא שט"ח וטען טענות דאין השטר עומד לכה דישבע היסת לאחר הפרעון.
ולא אמרינו דהא נגד החזקה דא"א תובע כו' יש פנגדו החזקה של השטר.

משום דכיון דכבר עשה השטר פח להוציא הממון מן הלנהע"כ נתבטל תוקף השטר
ונשאר רק החזקה דא"א תובע כו' ומחייבנו ש"ה עי"ז. ומטעם זה אתי שפיר הא
דמבואר בסי' פ"ט סעי' ג' דאם תבע השכיר להבעה"ב אחר זמנו ישבע בעה"ב היסת
דלקאורה קשה לפי מה שנתבאר דהיכא דאיכא חזקה הסותרת לחזקה דא"א תובע כו'
אין לחייב ש"ה.

א"כ התם הא איכא חזקה דאין שכיר משהא שכרו וחזקה דאין בעה"ב עובר בכל תלין
פמבואר ברפ"ז דשבועות. וזהו סותר לחזקה דא"א תובע כו' ואמאי חייב היסת.

אכן לפמש"כ ניחא דשא"ה דכבר עשה פעולה הך חזקה דאין בעה"ב עובר בכל תלין
וחזקה דאין שכיר משהא שכרו להיות מגרע עי"ז הזכות שנתנו חז"ל להשכיר להיות
נשבע ונוטל ע"י מה דאמרו ברפ"ז דכל הנשבעין דרק מחמת הנה חזקה דאין שכיר כו'
דאין בעה"ב עובר כו' נגרע זכות השכיר.

וכיון דכבר נעשה פעולה ע"י פח החזקות הנ"ל ע"כ אין פח בהנה חזקות להיות פוטר
מן ש"ה וא"ש הפל על נכון: ואחר פותבי פל זה ראיתי בהפלאה בק"א לכתובות סי' צ"ו
ס"ק ו' שכתב ג"כ להעיר בדברי הש"ך דסי' ע"ח דפסק דאף בחזקה תו"ז צריף שבועת
היסת לאחר הפרעון והקשה הא פיון דנסתר החזקה דא"א תובע כו' א"כ אין מקום
לחייבו ש"ה ותיגרץ דכיון דכבר הועיל החזקה דתו"ז להוציא ממון אינו מועיל לפטור
משבועה נגד חזקה דא"א תובע עכ"ל ההפלאה וקיצר בזה ות"ל שפיוננתי לדעתו
הגדולה.

ולפ"ז יוצא לנו דין מחודש מכל מה שנתבאר בע"ה דהיכא דאיכא חזקה הסותרת
לחזקה דא"א תובע כו' פטור מן שבועת היסת אבל היכא דכבר הנה לנו תועלת מן
החזקה אז אין פח בחזקה הסותרת כו' לפטור מן ש"ה וחייב שבועת היסת.

ובעיקר הדבר שנתבאר דהיכא דאיכא חזקה הסותרת לחזקה דא"א תובע כו' דאין לחייבו
ש"ה כעין זה ראיתי בהפלאה בק"א לכתובות באה"ע סי' פ' סעי' ט"ז טען הוא שאינה
עושה והיא אומרת שאינה נמנעת מלעשותן מושיבין אשה ביניהם.

והקשה הח"מ והב"ש דאמאי לא תקנו שבועה כו' וכתב ההפלאה בזה"ל נראה ליתן טעם
פיון דאמרינו בגמ' דשבועות דטעם תקנת שבועת היסת הוא משום חזקה דא"א תובע כו'

והכא איכא חזקה פנגדו דחזקה אין אשה מעינה כו' ותו דחזקה דאין אשה מעינה איזלימא טובא כו' עכ"ל ההפלאה.

ונהו פועין הסברא שכתבתי לעיל בשם הט"ז סעי' ו' פאן שכתב ג"כ פועין הפלל הנ"ל: ענה דשוב ראיתי דיש להעיר בכ"ז בדברי התוס' בב"מ (דף ו' ע"א) בד"ה אלא הא דא' ר"נ כו' וכן פ' רב האי גאון שמשפיעין שבועת היסת אקרקות אע"ג דלא שייך אשתמוטי וקשה דבפרק שבועת הדיינים משמע דלא מחייב ש"ה אלא משום אשתמוטי דפריה אדרבה א"א מעיז ומשגי דמשתמיט וי"ל פיון דבשאינו פועין משתמיט אף כשהוא פועין לא פלוג רבנן א"נ אקושיא דר"ח סמך עכ"ל התוס'.

ובשבועות (דף מ' ע"ב) בתוס' ד"ה אישתמוטי כו' הקשו ג"כ פמו שהקשו בב"מ ותיירצו כמש"כ התוס' בב"מ בתירוצ' ב'. ובמרדכי פ"ו דשבועות הביא בשם רב האי דש"ה נשפועין על קרקעות אע"ג שמוכח שם דעיקר ש"ה ניתקן בדבר דשייך אשתמוטי מ"מ הואיל והתחילו התקנה תקינו בכל דבר ואפילו בחפץ שהוא פועין כו'.

ונהו לפי תירוצם בשבועות ובב"מ בתוס' בתירוצ' השני מוכח דס"ל דנקא היכא דשייך אשתמוטי תקנו שבועת היסת אבל בתבעו קרקע או חפץ זה פיון דאינו שייך אשתמוטי אין לחייבו ש"ה פיון דאיכא חזקה א"א מעיז.

[וס"ל להתוס' דלאו דנקא בפני בע"ח אמרו פנ]. הרי דמוכח לפ"ז דהיכא דאיכא חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' אין לחייבו ש"ה.

ולפ"ז שפיר כתבתי לעיל לשיטת הט"ז לדון דהיכא דאיכא איזה חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דאין לחייב ש"ה וכמש"כ ההפלאה פלל זה אבל לפי תירוצ' הראשון של התוס' בב"מ והמרדכי בשבועות דאף בחפץ פועין אף דאינו שייך אשתמוטי מ"מ נשפועין ואע"ג דאיכא חזקה א"א מעיז כו' הסותרת כו' מ"מ תקנו ש"ה משום לא פלוג בתקנתם.

הרי דמוכח דס"ל דאף היכא דאיכא איזה חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' מ"מ תקנו ש"ה ולא חלקו בתקנתם. וידעתי מה דיש לדחוק ולחלק ביניהם אבל מ"מ האמת יורה דרכו דכמו דמצינו דתקנו ש"ה אף היכא דאיכא חזקה הסותרת לחזקה דא"א תובע כו' דה"ה אף היכא דאיכא חזקה אחרת הסותרת כו'.

א"כ הפלל שכתב ההפלאה לדון בטען שאינה עושה כו' דלכן פטורה משבועה לפי דיש חזקה דאין אשה מעינה כו' הסותרת לחזקה דא"א תובע כו'. זה תלוי בהנהג' תירוצים של התוס' והמרדכי ולפי מה דקיי"ל לדינא דמשפיעין ש"ה אף על קרקעות וחפץ פועין א"כ מוכח דאף היכא דאיכא חזקה הסותרת כו' ג"כ תקנו ש"ה.

אף מש"כ הט"ז פאן סעיף ו' דהיכא דאיכא רוב הסותר להחזקה דא"א תובע כו' אינו נשבע היסת. א"ש אף לדינא לפי דהא רוב עדיף מחזקה לכן אף להנהג' תירוץ של התוס' והמרדכי דאמרינן לא פלוג בתקנתם מ"מ אינו מוכח פן רק היכא דאיכא חזקה השקולה פמו חזקה א"א תובע כו' דבזה תקנו ש"ה אבל היכא דאיכא רובא דעדיף מחזקה או איזה חזקה אלימא ופעין דברי ההפלאה בסי' פ' שם שכתב ותו דחזקה דאין אשה מעינה אלימא וטבא כו' דכה"ג פטור מן ש"ה לכל הנהג' תירוצים: אף י"ל דאין ראי' מן תירוצ' א' של התוס' ב"מ והמרדכי הנ"ל לסתור להפלל שכתב ההפלאה.

והוא דהא פתבו התוס' ב"מ (דף ה') בד"ה ל"מ"ד הילך פטור כו' בזה"ל ושמא גם בקרקע שנייה קצת אשתמוטי כי שמא משפנה וסבר עד דה"ל זוני ופרענא לי'. ולפ"ז י"ל דמה שפתבו התוס' בב"מ (דף ו') ה"ל דבקרקע לא שנייה אשתמוטי כו' ע"כ פנונתם דלא שנייה בקרקע אשתמוטי כל פה פה פמו במטלטלין וכמש"כ המהר"ם ש"ך בב"מ (דף ו') בתוס' שם.

ולכן י"ל דאף לפי מש"כ התוס' שם דלא פלוג בתקנתם דזהו דוקא התם דאע"ג דלא שנייה אשתמוטי בקרקע פמו במטלטלין מ"מ קצת אשתמוטי שנייה בי'. וע"כ איתרע לי' פח התזקה דא"א מעיז כו' דאין ביה פח לסתור למעלת התזקה דא"א תובע כו' משום דגם בכה"ג י"ל קצת אשתמוטי כו'.

ואף דאם לא הי' סברת לא פלוג לא היו מתקנים ש"ה בכה"ג מ"מ עכשיו שתקנו ש"ה היכא דשנייה שפיר לדון אשתמוטי כו' ע"כ אף היכא דלא שנייה לדון כ"כ אשתמוטי ג"כ תקנו. וכעין זה מצינו בגיטין (דף י"ח ע"א) בתוס' ד"ה הנהו קלא אית להו כו' וי"ל גזירה שמא יחפה על בני ממזרים כו'.

וכתב הפני יהושע שם דאף דמשום זה לחוד לא הי' מתקנים לכתוב זמן בגט מ"מ עכשיו דתקנו כו' ממילא שנייה התקנה הלז אף היכא דלא שנייה רק החשש שיחפה על בני ממזרים משום לא פלוג כו' ע"ש.

אבל היכא דיש לפנינו חזקה מעליא ולכה"פ פועין החזקה דא"א תובע כו'. בזה שפיר יש לדון פדברי ההפלאה דפטור מן ש"ה וכפי פשט הסוגיא דשבועות (דף מ') דהקשו אדבריה חזקה א"א מעיז כו' דמוכח דס"ל דכיון דאיכא חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דלא תקנו ש"ה בכה"ג ומן דברי התוס' בב"מ (דף ו') אינו מוכח לסתור זה.

וכיון דמן התוס' בשבועות בתירוץ וכן מן תירוץ ב' של התוס' בב"מ מוכח פדברי ההפלאה. ע"כ אין לנו להרבות במחלוקת לפי מה שנתבאר די"ל דכ"ע מודו לזה ולכן שפיר יש לדון להפיל של ההפלאה וכן מיסתבר.

ואחר פותבי כ"ז מצאתי בשער משפט סי' ע"ח ס"ק ז' שהעיר ג"כ קצת פדברי ההפלאה וכתב לחלק בזה במש"כ התוס' בפ"ק דב"מ (דף ו') ע"ש. אבל העיקר פמו שפתבתי בע"ה: ענף ה' ועדיין יש להעיר על זה מן המבואר בח"מ סי' פ"ח סעיף כ"ב דמי שנתחייב שד"א מחמת שהיה מודה במקצת ולא רצה ליטבע ושלם דאחר הפרעון יכול להשביעו ה"סות וכמבואר בטור שם סעיף כ"ה שיטעון עליו שנטל ממנו מומן שלא פדין וישביעו ה"סות.

וקשה דהא מתחלה דהי' הנתבע הלז בשם תובע בעת דתבע ממנו מעיקרא ונתחייב אז שד"א א"כ הי' אז להתובע הראשון חזקה דא"א תובע כו' שהיה מסייעתו. ע"כ לכאורה הדין נותן דעכשיו שנהפך הנתבע הראשון להיות בשם תובע דלא יהי' מחוייב הנתבע דהיה תובע הראשון להיות נשבע ה"סות כיון דעיקר חיוב ש"ה הוא משום חזקה דא"א תובע כו'.

וכבר נתבאר דהיכא דאיכא חזקה הסותרת כו' דבכה"ג לא תקנו ש"ה. א"כ נגד החזקה דאין אדם תובע כו' דיש להתובע השני עכשיו.

הא איפא חזקה דא"א תובע כו' דהנה מפבר להתובע הראשון דנהו מקבר פדברי התובע הראשון וסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דיש להשני ניהי' פטור מן ש"ה ומדחזינן דגם בכה"ג תקנו דין ש"ה א"כ מוכח לדינא לומר דאף היכא דאיפא איזה חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דגם בכה"ג תקנו לחיוב ש"ה משום לא פלוג וכעין פשטות דברי התוס' בב"מ (דף ו') בתירוץ קמא שם וכמש"כ המרדכי בפ"ו דשבועות ודלא פדברי ההפלאה: ויש לומר דגם מזה אין סתירה לדברינו והוא דהא לעיל פתבתי לבאר דהיכא דהנה תועלת מן החזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דבכה"ג הדין הוא דחייב ש"ה ע"פ החזקה דא"א תובע כו' משום דהחזקה הסותרת עשה פעולתו מפבר וה"ל כמו דנתבטלה פבר ופקע לי' פח החזקה הלז וכמאן דליתא דמי.

ומה"ט בחזקה דתו"ז פיון דהועיל להוציא ממון מהמחזק ע"כ אינו מועיל להיות פוטר גם משבועה לאחר הפרעון דאין בכחה להיות פועל של ענינים וכמש"כ ההפלאה סברא זו בקצרה בסי' צ"ו ס"ק ו' פנ"ל וה"ה יש לדון פן בהך שכתבו להשביע ש"ה לאחר הפרעון במי שנתחייב שד"א מתחלה משום הודאה במקצת.

די"ל דגם עיקר חיוב שד"א במודה במקצת דנהו ג"כ משום החזקה דא"א תובע כו' דיש להתובע שטוען פרי דהא דחייבה התורה להיות נשבע שד"א במודה במקצת על טענת פרי של התובע י"ל דנהו ג"כ משום חזקה דא"א תובע כו' דיש להתובע.

א"כ פיון דהחזקה דא"א תובע כו' הנה פועל לחייב שד"א להנתבע ע"כ אינו יכול לפעול יותר וכעין סברת הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ל"ה גבי עד מסניע דאין העד יכול לפעול שתי פעולות היינו לחייב שבועה ואח"כ לפטור וכ"כ בסי' צ"ב ס"ק ח'.

וה"ה הך דאין יכולת שוב בכח החזקה דא"א תובע כו' דהנה להתובע הראשון לחייב שד"א דכיון דלא רצה לישבע והוכרח לשלם מחמת החיוב שד"א ע"כ אינו יכול שוב לפטור את הנתבע השני מן ש"ה ע"י החזקה דא"א תובע דהנה לו מפבר פיון דכבר עשה פעולה דמחמתו הוכרח לשלם פבר.

ולכן אין מזה סתירה לדברינו: ועדיין יש להעיר במה שמבואר בסי' פ"ב סעי' י' דאם טען על השטר טענות שאין השטר עומד לכה דישלם ואח"כ יטעון עליו להשביעו היסת. דקשה ג"כ דהא בעת דבא המלוה בשטר לתבוע מן הלנה הנה לו אז חזקה דא"א תובע כו' דמסייע לדבריו.

א"כ פח החזקה דא"א תובע כו' דהנה להמלוה בעת שפא לתבוע בשטר מתחלה ונהו סותר להחזקה דא"א תובע כו' דיש להתובע השני פעת ע"כ הדין נותן דלא יצטרף לישבע ש"ה לאחר הפרעון.

ובזה אין לומר כמש"כ לעיל גבי חיוב שד"א דאם לא רצה לישבע ושיקלם דמשביעו ש"ה לאחר הפרעון. דשא"ה די"ל דעיקר חיוב שד"א הוא ג"כ משום החזקה דא"א תובע כו' פנ"ל.

אבל בתביעתו עם השט"ח דהא בזה לא אתינן להצטרף להחזקה דא"א תובע כו' אלא משום פח השטר שהנה ת"י יכול לגבות מן הלנה. ואף דאם בעל השטר טוען שמא אינו

גובה כמבואר בסי' נ"ט היינו משום דכיון דה"ל למידע וטוען ששם איתרע פח השטר וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ב ס"ק י"ז וכמש"כ בספרי נחל יצחק לסי' נ"ט.

ועוד דהא בטענות הלנה על השטר בהטענות שאין השטר עומד לכה בנה הדין הוא דאף אם בעל השטר טוען ששם ג"כ גובה וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ב ס"ק י"ז דדוקא בטענות פרוע כיון שהשטר עומד לפרעון אינו גובה אם המלנה טוען ששם וכמש"כ מזה בספרי נחל יצחק סי' נ"ט ע"ש.

ע"כ בנודאי לא פעינו להחזקה דא"א תובע כו' בעת שתבע בשטרו מן הלנה לכן שפיר יש בנה פח החזקה דא"א תובע כו' דהיה להמלנה בעת שפא לתבוע בשטרו מהלנה דזהו סותר להחזקה דא"א תובע כו' דיש להלנה בעת שפא לטעון על המלנה לאחר הפרעון.

וכיון דישנו להחזקה כו' הסותרתו א"כ הדין נותן דלא יוכל להטיל שבועה על המלנה לאחר הפרעון והוי מזה סתירה לדברינו ולדברי ההפלאה: ויש ליישב ע"פ דברי ההפלאה בסי' צ"ו סעי' ט"ז שכתב דהיכא דאיפא שטרא דמסייע להחזקה דא"א תובע כו' דנסתר מעלת החזקה דא"א תובע כדמצינו בכמה דוכתי בכה"ג ע"ש.

וכן מצינו בב"מ (דף י"ח ע"ב) בתוס' ד"ה אין הבעל מודה כו' דכיון דהגט מסייעה מעינה פניה. וכ"כ התוס' בגיטין (דף כ"ז) ואף דבאמת מצינו דכתבו לדינא דאם יאמר א"א בתק"ח כו' יכול להשביעו היסת.

היינו דאף דאין פח מעליא כ"כ בהחזקה דא"א תובע כו' בכה"ג מ"מ יכול להשביעו היסת כיון דיש קצת פח החזקה דא"א תובע אף בכה"ג. אבל מ"מ אין פח בהחזקה דא"א תובע דהיה להמלנה בעת שפא לתבוע בשטרו מהלנה להיות סותר עכשיו להחזקה דא"א תובע כו' דיש להלנה הפא לתבוע שנית מן המלנה לאחר הפרעון דהא גרוע פח החזקה כו' דהיה להמלנה בראשונה לפי די"ל דכיון דהשטר מסייעתו ע"כ תבע מהלנה ונסכרת ההפלאה.

וכיון דאילימא פח החזקה דא"א תובע כו' דיש להלנה בעת שפא לתבוע מהמלנה לאחר הפרעון ע"כ שפיר פסקו דיכול להשביעו היסת ואין מזה סתירה לדברינו. וכן יש להעיר לכאורה עפ"ז מן הא דחזינו דאם שני בע"ד כ"א תובע מחבירו מנה דהדין הוא דכ"א נשבע היסת להפטר מחבירו ועיין בסי' ע"ב סעי' כ"ח.

דלפי מש"כ דהיכא דיש חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דאינו נשבע היסת א"כ היכא דכ"א תובע מחבירו דיש לכ"א חזקה דא"א תובע כו' המסייעתו הדין נותן דלא יצטרכו כ"א לישבע לפי דה"ל כמו דנתברר ע"י החזקה דא"א תובע כו' דכ"א חייב לחבירו מנה דהדין נותן דכ"א יעמוד בשלו ואפוכי מטרטא ל"ל היכא דאין נפ"מ בהפרעון כמבואר בסי' פ"ה ועיין בסי' ס"ו ש"ך ס"ק ע"ד.

אף י"ל דגם מזה אין סתירה לדברינו דשאני היכא דהוי ריעותא בעיקר החוב דתובע ע"י חזקה הסותרת. משא"כ ה"מ דאין ריעותא בעיקר החוב רק דהיכא דהוי חוב דיוע אמרינו דאפוכי מטרטא ל"ל והיכא דיש נפ"מ באיזה ענין אמרו דזה גובה וזה גובה.

וה"ה הקא די"ל דילמא א' לא ירצה לישבע ע"כ שפיר אמרו דכ"א ישבע היסת. וכן מה דקיי"ל בסי' ע"ח ש"ף ס"ק ט"ו בתזקה דתו"ז דנשבע היסת לאחר הפרעון.

י"ל בזה ג"כ כמו שפתי לעיל לחלק דשאני בשטר לאחר הפרעון דנשבע היסת דזהו ע"פ סברת ההפלאה דהנה השטר מסייעתו. וה"ה היכא דהתזקה דתו"ז הנה מסייעתו ולכן אזלא בזה מעלת התזקה דא"א תובע כו' וכנ"ל: ועיין לעיל בחידושי לסי' פ"ז סעי' י"ב מה שפתי שם לחלק ע"פ הנ"ל דשאני שבועה דבא ע"י ע"א מן שבועת מודה במקצת דמשביעו היסת לאחר הפרעון.

וראיתי בספר ברית אברהם ח' ח"מ סי' י"ד אות נא"ו שפתי לחקור דרוך הא מועיל לפטור משבועה ע"ש. ולפי מש"כ לעיל די"ל דעיקר שד"א במודה במקצת הוא ג"כ משום תזקה דא"א תובע כו' א"כ גם בזה יש לדון למה שפתי הט"ז פאן סעי' נא"ו דהיכא דאיכא רובא המסייע להנתבע פטור מן ש"ה פינו דרוך עדיף מתזקה ע"כ איתרע לי' פת התזקה דא"א תובע כו'.

וה"ה י"ל פן בשד"א לפי מש"כ פנ"ל. ויש לדון בכל הנ"ל הרבה.

והא דאמרינן בכל תובע מחבירו מנה הלוייתו או גולתני דמשביעין היסת ולא אמרינן אוקי אחזקה דלא נעשה דבר מחודש של ההלואה וכש"כ בטענת גולתני דאיכא תזקת פשרות המסייע להנתבע וזהו סותר להתזקה דא"א תובע כו'.

משום דשאני אוקי אחזקה דאין זה תזקה מצד בירור הענין אלא מצד גזירת התורה וכמש"כ התמזת שלמה ח' אה"ע סי' כ"ג ע"ש. אבל לעולם י"ל דהיכא דיש תזקה מצד בירור הענין הסותר להתזקה דא"א תובע כו' דבכה"ג פטור משבועת היסת וכמש"כ ההפלאה: ה (שם סעיף ג' ש"ף ס"ק ח') והלח"מ תירץ דמייירי שקיבל עליו בב"ד לישבע עיקר שבועה ולא להפך.

פוננתו אף דמבואר לקמן סעיף ו' ובסמ"ע ס"ק י"ב דיכול לומר על העיקר אשבע והגלגול יכול להפך. מ"מ ז"א רק היכא דבידו להפך אף עיקר השבועה אם הנה רוצה הנתבע להפך ע"כ אף היכא דרוצה בעצמו לישבע עיקר השבועה מ"מ יכול להפך הגלגול משום דיש להגלגול דין עיקר השבועה דהנה יכול להפכה.

אבל היכא דקיבל עליו לישבע דנקא עיקר השבועה ולא להפך א"כ פינו דאינו יכול כלל להפך להעיקר ה"ה דאינו יכול להפך להגלגול ג"כ. וכעין דברי הש"ף לקמן ס"ק י"ב דבגלגול שבועה דאורייתא פינו דאינו יכול להפך להעיקר ע"כ אינו יכול להפך גם להג"ש דכחד שבועה דמי וה"ה הקא שייך לומר הסברא דיש להג"ש כל תוקף שבועת העיקר נאמי שפיר דברי הלח"מ.

וראיתי בחידושי הגהות ר"ע איגר זצ"ל שנסאר בצע"ג על דברי הש"ף בשם הלח"מ ע"ש אבל באמת אין זה קשה כלל פנ"ל: ו (שם סעיף ה') פשמגלגל עליו תביעות נדאיות ואמר הנתבע איני רוצה להשבע אלא הרני משלם כו' אין שומעין לו כו'.

ומקורו הוא מירושלמי ב"מ פ"ג ה"א ושבועות פ"ז פ"ח והובא באלפסי לשבועות ספ"ז וברא"ש שם. וברמב"ם פ"א ה' טוען ה' י"ג במ"מ שם: ויש לדון במה דקיי"ל דמגלגלין על פל נשבעין ונוטלין חוץ משפיר כמבואר בשבועות (דף מ"ט).

דבזה הדעת נוטה דלא דיינינן פן אלא היכא דהוא נשבע ונוטל אבל היכא דאומר עכשיו דאיני רוצה לישבע וליטול דבזה הדין נותן דאין לגלגל עליו פלל משום דיכול לומר א"א בתקנת חכמים וכעין המבואר בסי' פ"ז סעיף י"ב.

וגם היכא דהוא נשבע ונוטל מה"ת כמו בטוען על שטר ג"כ יכול לומר דאיני רוצה בזכות זה פלל וכעין הא דסי' פ"ב סעיף ט' דגם בנשבע על שטר יכול לומר א"א בזכות זה והחילוק הוא פשוט דדוקא במי שנתחייב שבועה להפטר בזה שפיר שייך לומר דכיון דהוטל עליו חיוב שבועה פבר ע"כ אמרו דשבועה גוררת שבועה אף דיכול למיפטר מן עיקר שבועה אם ישלם ממון עכ"ז כיון דאין יכולים לחייבו ממון כ"ז דלא הודה רק שבועה ע"כ קרינן בי' דהוא חייב שבועה וממילא יכולין לגלגל עליו עוד לחיוב שבועה.

משא"כ בנשבעין ונוטלין דכ"ז דאינו נוטל הממון אין עליו חיוב שבועה פלל רק אם ירצה להוציא הממון אז הדין דאין יכול להוציא בלא שבועה ע"כ לא שייך בכה"ג דין ג"ש כ"ז דאינו נשבע להיות נוטל.

והא חזינו דגם בעיקר הדין דאם משלם לעיקר שבועה אם מיפטר מן ג"ש הוא פלוגתא בב"מ בירושלמי רפ"ג דב"מ דר' יוסי ס"ל דלא חייבה תורה שבועה להחמיר אלא להקל עליו שיהיה יכול למיפטר ע"י שבועה וע"כ במשלם לעיקר שבועה ס"ל לר"י דאין יכול לגלגל עליו.

ואנן קיי"ל כת"ק דהתם דפליג על ר"י וכמש"כ האלפסי בספ"ז דשבועות וכמו דס"ל לר' זעירא בסוף פ"ז דשבועות בירושלמי ע"כ הסברא נותנת דכיון דאין לנו הכרע דגם בנשבעין ונוטלין ס"ל להת"ק דר' יוסי דמגלגל עליו לעולם אף באומר עכשיו איני רוצה לישבע וליטול לכן אין לנו לחדש מדעתנו ולדון דיהיה תורת ג"ש גם בכה"ג כיון דר' יוסי ס"ל דבכל גונוי ליכא תורת ג"ש בכה"ג ואין לנו להרבות בפלוגתא פידוע פלל זה בכ"ד.

ואף דלפי פי' הרא"ש בספ"ז דשבועות אין לדון פן עכ"ז יש לדון פן לפי' האלפסי שם דפירש דפליגי בזה הדין ר' יוסי עם הת"ק ש'לו פנ"ל: וכן יש להוכיח מן ב"מ (דף ז') דתני רב תחליפא כו' שנים אדוקין בטלית זה נוטל כו' והשאר חולקין בשנה מחוי ר"א והשאר בשבועה וכגירסת הרמב"ם פ"ט ה' טוען ה"ט ובח"מ סי' קל"ח סעיף ג'.

ומבואר שם דבדין ג"ש לעולם נשבע אף על מה שתפוס בידו וכמש"כ שם המ"מ ע"ש. וקשה דא"כ אמאי אמרו והשאר בשבועה הא כיון דנשבע על השאר ממילא חייב לישבע אף על מה שתפס בידו משום ג"ש וכעין קושיות הש"ס בב"מ (דף ל"ה) דקאמרי כיון דמשתבע מלנה שאינו ברשותו לישתבע נמי אג"ש כמה היה שנה.

ומה דמתרץ הש"ס התם תהא במאמינו לא שייך הקא כיון דקאמרי והשאר בשבועה אם פן לישתבע משום גילגול שבועה עדיין. וכעין זה הקשה השיטה מקובצת לב"מ (דף ה') עלה דתני רב"ח ארבעה שומרים צריכין כפירה והודאה במקצת דהא כיון דנשבע על

פְּרָה דְּכַפִּירָה מִמִּילָא יִשְׁבַּע עַל פְּרָה דְּנֶאֱנָסָה מִשּׁוּם ג"ש וְתִי שֵׁם בְּשֵׁם הָרֵאשׁוֹנִים דְּאֵתָא קָרָא לְמִימַר דְּאֶפִּילוּ הֵיכָא דְּאֵינוּ רוּצָה לְהַשְׁבִּיעוּ עַל פְּרָה דְּכַפִּירָה דְּנִשְׁבַּע עַל פְּרָה דְּאֶנְסִין כו'.

וְהוּבָא בְּאו"ת לְסִי צ"ד ס"ק נָא"ו וְכַתְּבַּ דְּמִזָּה מוּכַח דְּהֵיכָא דְּעִיקָר טַעֲנָה הוּא טַעֲנַת סָפֵק דְּאָז אִם אֵינוּ מִשְׁבִּיעוּ עַל הָעִיקָר אָז אֵין יָכוֹל לְהַשְׁבִּיעוּ מִשּׁוּם גְּיָלְגוּל שְׁבוּעָה פְּלִל וְכַמוּ שְׁפַתְבַּ הָרַמְבַּ"ם הֵלְכוֹת טוֹעֵן פָּרָק א' הֵלְכָה י"ג וּבְשׁו"ע שָׁם.

אֲכַן הֵכָא דְּתַנִּי שְׁנַיִם אָדוּקִין בְּטַלִּית כו' וּמִסִּיִּים וְהַשְׁאָר בְּשְׁבוּעָה הָרִי דְּמִיָּרִי בְּטוֹעֲנִים בְּרִי וּמְכַחֲשִׁין זַא"ז וְכַמוּ דְּאָמְרוּ בְּמִשְׁנָה ז"א פְּוֵלָה שְׁלִי וּז"א כו' א"כ אָף הֵיכָא דְּאֵינוּ רוּצָה לְיִשְׁבַּע עַל הַשְׁאָר וְלִיטּוֹל ג"כ יִהְיֶה חַיִּיב לְיִשְׁבַּע עַל מַה שְׁתּוֹפֵס בְּיָדוֹ בְּתוֹרַת ג"ש עֲדִינָן דְּהָא גַם בְּמִשְׁלַם עִיקָר הַטַּעֲנָה אֵינוּ נִפְטָר מִג"ש.

וְיַדְעִיתִי מַה דְּיֵשׁ לְדַחּוּק וְלוֹמַר דַּנִּפ"מ מִמַּה דְּאָמְרוּ דְּעַל מַה שְׁתּוֹפֵס בְּיָדוֹ אֵינוּ חַיִּיב שְׁבוּעָה דְּזָהוּ אִם יָבוֹאוּ עֲדִים לְמִפְטָרְנָי מִן עִיקָר הַשְׁבוּעָה עַל הַשְׁאָר דְּאָז אֵינוּ חַיִּיב לְיִשְׁבַּע עַל מַה שְׁתּוֹפֵס בְּיָדוֹ.

וְכַן י"ל דַּנִּפ"מ הֵיכָא דְּלִיכָא שְׁאָר פְּלִל בְּנִתְיִים רַק כ"א תּוֹפֵס בְּיָדוֹ כֹּל הַמְּחַצָּה דְּאָז אֵינוּ שְׁיָיָף ג"ש פְּלִל. דַּכ"ז דְּוַחַק דְּהָא עַכ"פ בְּמַה דְּאָמְרוּ שָׁם דְּמִיָּרִי דְּלִיכָא עֲדִים וַיֵּשׁ לָנוּ הַשְׁאָר שְׁאֵינוּ תּוֹפֵסִים בּוֹ וְע"כ אָמְרוּ דְּהַשְׁאָר בְּשְׁבוּעָה מִשּׁוּם דְּמִיָּרִי בְּדִלִיכָא עֲדִים ע"ז.

ע"כ תִּקְוָה פִּינּוּן דְּטַעֲנָה לְהַכְחִישׁ זַא"ז עַל הַשְׁאָר ג"כ. דְּבָזָה אָף הֵיכָא דְּאֵינוּ רוּצָה לְיִטּוֹל הַשְׁאָר וְלִיִּשְׁבַּע דַּג"כ הָא חַיִּיב עֲדִינָן לְיִשְׁבַּע עַל מַה שְׁתּוֹפֵס בְּיָדוֹ מִשּׁוּם ג"ש.

אֲכַן לְפִי מַש"כ דְּבִנְשַׁבְּעִין וְנוֹטְלִים הַדִּין הוּא דְּהֵיכָא דְּאֵינוּ רוּצָה לְיִטּוֹל וְלִיִּשְׁבַּע דְּאָז אֵין בְּזָה תּוֹרַת ג"ש פְּלִל אֵתִי שְׁפִיר מַה דְּאָמְרוּ וְהַשְׁאָר בְּשְׁבוּעָה מִשּׁוּם דְּהָא מַה דְּאָמְרוּ בְּשְׁנַיִם אוֹחֲזִין בְּטַלִּית דַּז"א פְּוֵלָה שְׁלִי כו' דְּיִשְׁבַּע כו' הָא זֶה מְקַרִי נִשְׁבַּע וְנוֹטֵל וְכַמַּש"כ הַשְׁאָר בַּח"מ ס' קל"ח ס"ק ג' דְּלִיכָא בְּזָה תּוֹרַת הַיְּפוּף שְׁבוּעָה מִשּׁוּם דְּהָא מְבֹאָר בְּסִי פ"ז סְעִיף י"א וי"ב דְּבִנְשַׁבְּעִין וְנוֹטְלִין לִיכָא תּוֹרַת הַיְּפוּף שְׁבוּעָה.

הָרִי דְּזָהוּ בְּשֵׁם נִשְׁבְּעִין וְנוֹטְלִין מִשּׁוּם סְבֵרַת הַתּוֹס' בַּב"מ (דָּף ב') ד"ה וְזָה נוֹטֵל רְבִיעַ כו' דְּבַחֲצֵי הַשְּׁנַיִ מוֹחֲזֵק זֶה כְּמוֹ זֶה. וְלִכֵּן הַדִּין נוֹתֵן דְּאָף דְּטַעֲנָו כ"א פְּוֵלָה שְׁלִי וַיֵּשׁ שָׁם הַשְׁאָר מַה שְׁאֵינוּ אָדוּקִין בּוֹ עַכ"ז אִם אֵינוּ רוּצָה לְיִטּוֹל הַשְׁאָר וְלִיִּשְׁבַּע רַק לְמַה שְׁתּוֹפֵס בְּיָדוֹ בְּלִבְד בְּזָה שְׁפִיר אָמְרוּ דְּהַשְׁאָר בְּשְׁבוּעָה הַפְּנוּנָה הוּא דְּרַק אִם יִרְצָה לְיִטּוֹל הַשְׁאָר אָז בְּשְׁבוּעָה גַם עַל מַה שְׁתּוֹפֵס בְּיָדוֹ חַיִּיב לְיִשְׁבַּע מִשּׁוּם ג"ש אֲכַל אִם אֵינוּ רוּצָה לְיִטּוֹל הַשְׁאָר רַק לְמַה שְׁפִידוֹ בְּלִבְד פְּטוֹר מִן שְׁבוּעָה דְּלִיכָא בַּכַּה"ג דִּין ג"ש וְכַמַּש"כ לְבָאָר דְּהַסְבְּרָא נוֹטָה כֵּן דְּכִינּוּן דְּאֵינוּ רוּצָה לְיִטּוֹל וְלִיִּשְׁבַּע א"כ לֹא הִי עָלְיוּ מְעוֹלָם דִּין חַיִּיב לְיִשְׁבַּע וְלִיטּוֹל כ"ז דְּאֵינוּ נוֹטֵל וְכַמַּש"כ לְעֵיל דְּגַם בְּמַה שְׁנוֹטֵל מִן הַדִּין יָכוֹל לוֹמַר אִי אֶפְשִׁי וְכַמְבֹּאָר בְּסִי פ"ב סְעִיף ט' וּבַשְּׁ"ף ס' פ"ז ס"ק ל"ה גְּבִי שְׁטָר ע"ש.

וְאֵין סְבָרָא לוֹמַר דַּר' אַבְהוּ סוֹבֵר כְּשִׁיטַת ר' יוֹסִי דְּבִירוּשְׁלָמִי דְּזָה אֵינוּ דַּא"כ ה"ל לְמִפְסָק כַּר' יוֹסִי פִּינּוּן דַּס"ל כֵּן ר"א בַּשְּׁ"ס דִּילָן ע"כ ז"א: וְגַם הָא מְצִינוּ בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"ט) בְּתוֹס' ד"ה לְפַל מְגַלְגְּלִין חוּץ מִשְׁכִּיר דְּפִי רִיצַב"א דְּקַמָּא נִקְטַת וְה"ה לְכָל הַגִּי דְּתַנִּי בְּהַדְּנָי

פינון ש'השבוועה לטובתם אין לגלגל עליהם ואין נראה דשבוועות ש'כיר אינה לטובתו דמן הדין הנה נוטל בל"ש כו' עכ"ל.

וכן הוא במ'רדכי וכמש"כ המ'רש"א שם. ואף דמהד'ש'כיר נוטל אין זה רק מ'רפ'ן מצד התקנה מ"מ לאחר ש'ראו חז"ל לחיוב להבעה"ב משום ד'טרווד בפועליו הני זה כמו ד'קה נוטל מן הדין וזהו נפ"מ לכמה מילי.

ואף ד'אנן קיי"ל פשיטת הר"י דחולק על הריצב"א. עכ"ז י"ל ד'זהו דוקא היכא דהוא נ'שבע ונוטל ב'זה ס"ל דמגלגלין א'כל היכא ד'אינו נ'שבע י"ל דב'זה מודה הר"י להריצב"א ד'אין לגלגל עליו פינון ד'קה עיקר התביעה ד'אם ירצה ל'שבע ול'טול אין זה רק לטובתו א'כל לא לחובתו וע"כ י'כול לומר א"א כו' ולא הי' בר חיובא פ'לל מעולם על השבוועה וע"כ אין לגלגל.

וי"ל ד'אין לנו להרבות במחלוקת ב'זה בין הר"י להריצב"א. ולכ'אורה הנה מקום ל'פרש למה ד'אמרו ב'שבוועות ש'ם לפ'ל מגלגלין חוץ מ'ש'כיר פ'עין פ'י הריצב"א דה"ה ל'כל נ'שבעין ונוטלין רק ד'קמא נ'קט וק'אי על היכא ד'רוצה ל'שלם לעיקר התביעה דקיי"ל ד'אינו י'כול למיפטר מן ג"ש רק ב'נ'שבעין ונוטלין ד'יכול לומר אי א'פשי כו' פנ"ל ולא הנה בר חיוב שבוועה פ'לל מעולם וב'זה אין מגלגלין וכפ'י הטעם ש'פכתבי.

ועכ"ז אין לנו להוכיח מ'דלא פ'י הר"י פ'ן משום ד'דוחק ל'פרש פ'ן ב'כוננת הגמ' ד'קה לא ה'נזכר פ'לל בגמ' ש'ם מ'זה ד'מיי'רי ב'רוצה ל'שלם לעיקר התביעה ע"כ אינו ר'אי מ'זה לסתור למה ש'פכתבתי לדון פ'ן: וע"כ ל'דינא נראה לענ"ד ד'אם אינו ר'צה ל'שבע ול'טול ד'אין לגלגל עליו שום ג"ש פ'לל.

ואחר פ'תבי כ"ז ר'יתי ב'שער מ'שפט ס"ק ה' ש'פכתב ב'פשיטות ד'אף בנו"נ א'ף אם אינו ר'צה ל'שבע ול'טול ג"כ אינו נ'פטר מג"ש משום ד'חיישינן ד'אומר פ'ן ב'ש'ביל ש'לא י'גלגלו עליו עכ"ל.

א'כן ל'דעתי נראה להיפ'ך פ'י לא פ'תב שום ר'אי ל'דבריו ומש"כ ד'חיישינן ד'אומר פ'ן ב'ש'ביל ש'לא י'גלגלו עליו. הנה ל'דעתי נראה ד'אף ב'אומר פ'ן ב'פירו'ש ד'עושה פ'ן ב'ש'ביל ש'לא י'גלגלו עליו ג"כ אין עליו חיוב ג"ש פ'לל כ"ז ד'אינו נו"נ ד'לא ה'ני בר חיוב שבוועה פ'לל מעולם כ"ז ד'אינו ר'צה ל'טול וע"כ אין לנו על מה לגלגל עליו פ'לל וכן הוא פ'שוט ב'ס'ר'א: וב'כתובות (ד'ף נ"ד ע"ב) תנאי פ'תובה פ'כתובה נפ"מ כו' ולפ'גמ'ת כו' ופ'י רש"י כו' ו'התוס' ו'הרא"ש פ'ירשו ד'אם פ'גמה פ'תובה לא ת'גבה גם התוס' א'לא ב'שבוועה כו'.

וי'ש להקשות על פ'י התוס' ו'הרא"ש ד'קה א'ף אי נ'ימא ד'מה ש'פ'גמ'ת הפ'תובה לא נ'חשב פ'פ'גמה התוס' פ'ינון ד'כותבין ב'שני ש'טרות. עכ"ז ה'א פ'ינון ד'היא ח'ייבת ל'שבע על פ'תובה משום פ'וגמ'ת פ'תובה מ'מילא ח'ייבת ל'שבע משום ג"ש על התוס'.

וה'א קיי"ל אפ'י לא ת'בע התוב'ע לגלגל דב"ד מעצמ'ם מגלגלין על פ'ל נ'שבעין ונוטלין וכ'מבואר ב'שבוועות (ד'ף מ"ט). ואין לומר ד'ה' ס'גיא ד'שבוועות י'ספור פ'שיטת רב ח'סד'א דס"ל ש'ם ד'אין פ'ותחין ב'גלגול כ"ז ד'לא ט'ען ה'בע"ד ע"ז ד'זהו אינו ד'א"כ ה"ל ל'כל ה'ראשונים למיפסק כר"ח ל'דינא פ'ינון ד'חיינון ד'סתמ'א דגמ' ה'ק'א ב'כתובות ס"ל כר"ח ל'דינא ולא פ'רב הונא.

ועוד דהא הר"ן בשבועות שם כתב דלשיטת הרי"ף שם מוכח דר"ח לא פליג שם על רב הונא וכ"ע ס"ל דגם בשבועה דרבנן אף שלא טען התובע לגלגל דהב"ד עצמם מגלגלין והובא זה גם בתשובת הרדב"ז ח"א סי' ת"ך ע"ש.

ולכן שפיר הוכחתי לעיל מהא דב"מ (דף ז') דאמרו והשאר בשבועה כו' פנ"ל. א"כ תקשה עדיין דאף דאי נימא דפגימת הפתובה לא הוי כפוגמת התוס' דעכ"ז הא חייבת ליטבע מצד ג"ש על השבועה דנשבעת על הפתובה: אכן לפי מש"כ לדון דבנשבעין ונוטלין היכא דאינו רוצה ליטבע ולטול דאין עליו שבועת גלגול ע"כ אתי שפיר מה דאמרו לפוגמת דהוי כמו דפגימת התוס' משום דלולי זה הייתה גובה התוס' בל"ש אם לא רצתה ליטבע על הפתובה ולטול.

ולפ"ז יהיה מוכח מסוגיא זו כמו שפכתתי לחלוק על השער משפט. אף אפשר ליישב גם לפי דברי השער משפט דהא גם לדבריו לא דיינינן פן רק היכא דאין העיכוב מצד הנתבע רק מצד התובע דאינו רוצה ליטבע ולטול בזה שייך לדון לסברת השער משפט דאינו יכול למיפטר מן הג"ש עדיין אבל היכא דהוי המניעה מצד הנתבע כגון אם אין לו כמה לשלם למה שנתחייב לשלם להתובע אם ישבע אז הדין נותן אף לסברת השער משפט דלא שייך בכה"ג דין ג"ש פלל דהא לא היה מעולם חייב שבועה להתובע אם אינו משלם הנתבע להתובע מאיזה סיבה שיהיה וזה פשוט.

ע"כ י"ל דשפיר אמרו שם נפ"מ לפוגמת וכגון אם אין הבעל משיג לשלם בעד הפתובה והתוס' רק בעד התוס' לבד דאז היה היכולת ביד האשה לגבות התוס' בלא שבועה דהא ליכא בכה"ג דין ג"ש אף לסברת השער משפט.

ועיין בסי' פ"ג. ע"כ אשמועינן דפגימת הפתובה הוי כפוגמת התוס' וחיובת ליטבע לעולם על התוס' ג"כ מצד חייב שבועה על התוס' אף דליכא בכה"ג דין ג"ש ואתי שפיר אף לסברת השער משפט.

וע"כ אינו ראיה מזה להוכיח למה שפכתתי. אמנם לדינא כבר פכתתי לעיל לבאר ולהוכיח ממק"א דלא פהשער משפט בזה: ונדעתי מה דיש מקום לומר וליישוב אף לפי דברי שער משפט דא"ש מה דאמרו בב"מ (דף ז') והשאר בשבועה.

דהפוננה הוא דאם יש שם הוויכוח על השאר דאז השאר בשבועה וכן גם על מה שתופס בידו מצד ג"ש. אבל זה דוחק להעמיס פן בכוננת הש"ס ע"כ העיקר כמש"כ להוכיח מזה דלא פדברי שער משפט דלפ"ז א"ש בפשטות למה דאמרו והשאר בשבועה.

דהפוננה הוא דאם ירצה ליטול השאר אז דינו בשבועה גם על מה שתופס בידו משום ג"ש פנ"ל אבל אם אינו רוצה ליטול השאר אז פטור משבועה על מה שתופס בידו אף שטען מתחלה פולה שלי וכמבואר בהמשנה דע"ז קאי מה דתני רב תחליפא שם משום דיכול לומר איני רוצה עכשיו ליטול ולשבע וגם הא הסברא נוטה פן וכמש"כ לעיל וע"כ קצרתי בזה: ז (שם סעיף ח') נתחייב לו שבועה מה"ת וברא לגלגל עליו ש"ה יכול לומר שד"א אשבע ועל הגלגולים תשבע ותטול.

והש"ף ס"ק י"ב הקשה דהא ג"ש דאורייתא ובראורייתא לא מפכינן והוכיח פן מן הרשב"א והריטב"א דקידושין והאו"ת ס"ק ח' הקשה על הש"ף בשלמא בגוף השבועה

אמרנו זיל השבע ואם אין רצונה או שאינה יודע שלם אבל בג"ש אומר אין רצונה לישבע פי לפי נוקפי ואני מספק בו ואיני נאמא לו אם אינו פרי לה שלם הא באומר א"י לא דנין בג"ש מחושואויל"מ כו' עכ"ל האו"ת.

וכן הכריע האו"ת לדינא באורים ס"ק י"ט דלדין דקיי"ל דלא אמרנו מחושואויל"מ בג"ש הדין הוא כמש"כ הטושו"ע דיכול להפך. ודבריו מסתברין לשיטת הש"ך דס"ל דאיני נאמא דלא דיינינו בג"ש מחושואויל"מ אינו נשבע שד"א על טענת איני יודע משום דליפא שד"א באיני יודע פמבואר בסי' ע"ה ש"ך ס"ק נו"ן וס"ק נ"ז ונשבע ש"ה שא"י ע"כ יכול להפך שבועתו על התובע בג"ש שטוען לפי נוקפי ואני מספק בו וכמש"כ האו"ת.

אבל לפי מש"כ הט"ז בסי' ע"ה סעי' ט"ו ובסי' צ"ד סעי' ב' דנשבע שד"א שאינו יודע והוא בקצה"ח ס"ק ב'. א"כ הדעת נוטה דאף דאמר דהנני מספק פעת ואיני יכול לישבע בפרי דמ"מ יהיה יכול לומר לו התובע דנשבע שד"א שאין אתה יודע ותפטר ובשד"א לא מהפכינו ע"כ אינו יכול להפך על התובע טענת הג"ש.

ובר"נ לב"מ (דף צ"ח ע"א) ובנ"י שם מבואר פשיטת הט"ז הנ"ל: ענף א והקצה"ח ס"ק ה' הקשה על סברת האו"ת דיכול לומר לפי נוקפי כו' דלשיטת הש"ך דבטוען על הגלגול א"י אינו נשבע שד"א שא"י א"כ לא יוכל לחזור כלל מטענת פרי לטענת שפא דהני מן חיוב לפטור דלא מצי לחזור כמש"כ הש"ך בסי' פ' ס"ק ה' בשם הגהות מיימוני דאף מן חיוב שבועה לא מצי לחזור להיות פטור מהשבועה עכ"ל.

ולדעתי נראה לדון בזה לדינא דנאמא היכא דלטענת חזרה שלו לא יהיה מחוייב שבועה ולא ירצה לישבע אז אמרו דאינו חוזר דה"ל כמו כל חוזר מןחיוב לפטור דאינו חוזר אבל היכא דרצה לישבע עכשיו על טענת איני יודע י"ל דנאמן לומר איני יודע בשבועה במיגו דאי בעי הנה עומד בטענתו הראשונה פמבואר בסי' ע"ה סעי' ט' ובסי' ע"ט סעי' ט' גבי ש"ה.

וה"ה גבי ג"ש דאורייתא דאף דטען מעיקרא טענת פרי על הגלגול והנה חיוב לישבע שד"א בתורת ג"ש מ"מ יכול לומר אח"כ איני יודע לשיטת הסוברים דלא דיינינו מחושואויל"מ גבי ג"ש. ונאמן בשבועה לומר איני יודע במיגו דאי בעי הנה עומד בטענתו הראשונה דהנה נאמן בשבועה חמורה וה"ה עכשיו דנשבע שבועה חמורה שאינו יודע.

ואף דאין נשבעין שד"א על איני יודע מ"מ זה דומה למה דקיי"ל דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו גבי פקדון פמבואר בב"ב (דף ע'). ואף דמה"ת לא שייך חיוב שבועה גבי טענת החזרתי אם אינו מודה במקצת דהא זהו אינו בגדר שבועת השומרים פידוע.

מ"מ פיו דנשבע שבועה חמורה על טענת החזרתי נאמן במיגו דנאנסו. וה"ה הכא אם ישבע שבועה בנק"ח על טענת איני יודע נאמן במיגו דאי בעי הנה עומד בטענתו הראשונה והנה נשבע שד"א ונפטר.

אף אם אינו רוצה לישבע שבועה בנק"ח על טענת איני יודע דחוזר פעת שפיר כתב הקצה"ח דאינו חוזר משום דה"ל חזרה מן חיוב לפטור: ולפ"ז י"ל דמצי להפך השבועה

על התובע אף דנימא דעכשיו שטוען לבי נוקפי ומסופק אני דאין אנו יכולין לחייבו לישבע בתורת ג"ש דאורייתא כמש"כ האו"ת.

דמ"מ חייב לישבע שבועה חמורה על טענת איני יודע פיון דעיקר נאמנותו הוא משום מיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה פנ"ל. ועכ"ז מצי להפך השבועה כמו דמצינו בש"ף סי' פ"ז ס"ק ל"א ובסי' רצ"ו ס"ק ג' גבי החזרתי במיגו דנאנסו דאף דנשבע שבועה חמורה מ"מ מצי להפך השבועה פיון דעיקר חיוב שבועה בטענת החזרתי אינו מה"ת רק מצד שהיא משום מיגו דנאנסו.

וה"ה ה"א גבי שבועת איני יודע פיון דמה"ת אינו נשבע על איני יודע בג"ש לשיטת הש"ף רק שמחוייב לישבע שבועה חמורה מצד דעיקר נאמנות שלו הוא במיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה והיה מחוייב לישבע שד"א ולכן יכול להפך השבועה על התובע פן היה מקום לומר לקאורה.

אבל באמת ז"א דהא כבר הקשה האו"ת בכללי מיגו ס"ק קי"ב על הש"ף במש"כ גבי החזרתי במיגו דנאנסו ד יכול להפך השבועה פיון דעיקר נאמנות שלו הוא משום מיגו דנאנסו וכינן דנאנסו לא היה יכול להפך ע"כ ה"ה בטענת החזרתי יש לו פל תוקף דין שבועת נאנסו.

וכן הקשה הנתיבות על הש"ף בסי' פ"ז ס"ק יו"ד. ובאמת העיקר בכוננת הש"ף דשם כמש"כ הנתיבות בסי' רצ"ו ס"ק א' דהוה מיגו דנאנסו אינו פשארי מיגו רק הטעם הוא פיון דבידו להיות טוען נאנסו שוב לא נזהר ליקח שטרו דסמך על טענת נאנסו דבידו עכ"ל.

ובכר הקדימו הרשב"ם והנ"י בב"ב (דף ע') שפכתבו פן ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' נ"א ענף ה'. ובנ"ד דאינו נאמן לומר איני יודע רק משום מיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה לכן פיון שבטענתו הראשונה היה מחוייב לישבע שד"א בתורת ג"ש ולא היה יכול להפך משום דג"ש יש לו פל דין שד"א דלא מפכינן.

ע"כ ה"ה אף עכשיו שטוען לבי נוקפי ומסופק אני וה"ל פטוען איני יודע כסברת האו"ת מ"מ אם התובע רוצה לישבע שבועה חמורה שאינו יודע הדין נותן שמחוייב הנתבע לישבע ואינו יוכל להפטר מזה ע"י מה שמהפך על שפנגדו.

ולא מבציא לפי שיטת הט"ז דס"ל דאף לדעת הפוסקים דלא אמרינן בג"ש מחושואיל"מ מ"מ מחוייב לישבע שד"א שאינו יודע א"כ נדאי דינו ככל שד"א דלא מפכינן דמ"ש וקנושיות הש"ף. ואף לשיטת הש"ף דמה"ת אינו נשבע שבועת איני יודע על הגלגול מ"מ פיון דטען מתחלה טענת ברי ונתחייב אז שד"א בתורת ג"ש דלא היה יכול להפך בע"כ של התובע.

ע"כ אף עכשיו שטוען לבי נוקפי ומסופק אני כמש"כ האו"ת מ"מ אינו יכול להפך בעל פרחו של התובע ויכול התובע להכריחו לישבע שבועת איני יודע בנק"ח פיון דעיקר נאמנות שלו הוא במיגו דאי בעי עומד בטענתו הראשונה והיה צריך לישבע שד"א ולא היה יכול להפך ע"כ גם עכשיו בטענת א"י אינו יכול להפך בע"כ של התובע ולהיות פטור משבועתו ושפיר כתב הקצה"ח דזה ה"ל חזרה מן חיוב לפטור ואינו נאמן בלא

מִיגוּ וְכִמוּ שְׁפֶתֶתִי וְלִכְּוֹן הַדַּעַת נוֹטָה דְּלֹא כְּמוֹ שְׁפֶתֶת הָאוֹת וְאֵינִי יָכוֹל לְהַפִּיף בְּעַ"כ אֶלֶּא
דְּיָכוֹל לְהִיּוֹת נִפְטָר ע"י שְׁבוּעַת אֵינִי יוֹדֵעַ בְּשִׁבוּעָה בִּנְק"ח.

וְהַנִּכּוֹן עִם הַקְּצָה"ח וְדִלֹּא כְּמִש"כ הַנְּתִיבוֹת ס"ק ג' דְּדַבְּרֵי הַקְּצָה"ח הֵם תְּמוּהִים מְאוֹד
רַק שֶׁהַקְּצָה"ח קִיָּצַר בְּזָה וְכ"כ בְּמִשׁוֹבֵב נְתִיבוֹת דְּדַבְּרֵי בַקְּצָה"ח הֵם בְּרוּרִים וְג"כ קִיָּצַר
בְּזָה: עֲנָף ב וְעַל כָּל זֶה יֵשׁ לְדוֹן בְּעֵינֵי קוֹנְשִׁיּוֹת הַשֵּׁ"ף דַּמ"ש ג"ש לְעַנְּוֹן הַיְּפוּף.

יֵשׁ לוֹמֵר דְּסִבְרַת הַטּוֹשׁו"ע הוּא פִּינּוֹן דְּלֹא אֶמְרִינּוּן בַּג"ש מַחוּשׁוֹאִיל"מ וְכִמִּש"כ הָאוֹת
לְדִינָא: וְאִף דְּבִסִּי ע"ה סְעִי ט"ו הֵבִיא הַמַּחְבֵּר פְּלִגְתָּת רֵאשׁוֹנִים בְּזָה מ"מ פִּינּוֹן דְּהוּי
סְפִיקָא דְּפִלּוּגְתָּא אֵין מוֹצִיאִין מִיַּד הַמְּוֹחֲזֵק וְעֵינּוֹן בְּשֵׁ"ף הַשֵּׁם ס"ק נ"א.

וּלְפ"ז יֵשׁ לְחַלֵּק בְּסִבְרָא דְּשִׁאנֵי גוּף שְׁבוּעָה דְּאוֹרְרֵיטָא דְּקִי"ל דְּלֹא מְפָכִינּוּן מְשׁוּם דְּאֵלִים
כַּח חַיִּיב הַשְּׁבוּעָה דְּהִיכָא דְּאֵינִי יָכוֹל לִישָׁבַע מְשַׁלֵּם ע"כ אֵלִים כַּח הַשְּׁבוּעָה דְּאֵינִי יָכוֹל
לְהַפְּכָה דְּמִיָּד דְּאֵינִי רוֹצֵה לִישָׁבַע בְּעַצְמוֹ דִּינִי שִׁישְׁלֵם כְּמוֹ הִיכָא דְּאֵינִי יָכוֹל לִישָׁבַע
דְּמְשַׁלֵּם.

מִשָּׂא"כ בַּג"ש לְדִידוֹן דְּאֵין מוֹצִיאִין מִהַמְּוֹחֲזֵק וְלֹא דִּינֵינּוּן בִּיָּה מַחוּשׁוֹאִיל"מ ע"כ יָכוֹל
לְהַפִּיף עַל הַתּוֹבֵעַ דְּהָא חֲזִינּוּן דְּלֹא אֵלִים כַּח כ"כ כְּמוֹ עֵינֵי הַשְּׁבוּעָה וְאֵין לְמַדִּין
זֶה מִן עֵינֵי שְׁבוּעָה דְּלֹא מְפָכִינּוּן דְּהָא חֲזִינּוּן דִּישׁ חִילּוּק בִּינֵיהֶם לְעַנְּוֹן דִּין מַחוּשׁוֹאִיל"מ.

וְהָא מְצִינּוּ בְּשִׁבוּעוֹת (דַּף מ"א) דְּמָר בַּר רַב אָשִׁי ס"ל דְּאִף בְּדִאוֹרְרֵיטָא מְפָכִינּוּן א"כ
אִפּוֹשִׁי פְּלוּגְתָּא לֹא מְפָשִׁינּוּן כִּיְדוּעַ דְּאֵין לָנוּ לְהַרְבּוֹת בְּמַחְלֻקָת וי"ל דְּבַכָּה"ג בַּג"ש כְּמוֹ
דְּלֹא אֶמְרִינּוּן בִּיָּה מַחוּשׁוֹאִיל"מ כְּמוֹ כֵּן כ"ע מוֹדוֹ דְּמְפָכִינּוּן.

וי"ל בְּאַמַּת בְּטַעְמוֹ דְּמָר בַּר רַב אָשִׁי דְּאִף בְּדִאוֹרְרֵיטָא מְפָכִינּוּן מְשׁוּם דַּס"ל כְּרַב וְשִׁמוּאֵל
דְּשִׁבוּעוֹת (דַּף מ"ז) דְּלֹא דִּינִין מַחוּשׁוֹאִיל"מ. וְכִמוֹ שְׁרֵאִיתִי בְּחַדוֹשִׁי הַרְּשָׁב"א לְשִׁבוּעוֹת
(דַּף מ"א) שְׁפֶתֶת לְהַקְּשׁוֹת עַל הַסּוֹבְרִים כְּמָר בַּר רַב אָשִׁי דְּמְפָכִינּוּן בְּדִאוֹרְרֵיטָא דַּא"כ
אִמְאֵי אֶמְרִינּוּן בְּחַמְשִׁין יְדַעְנָא וְחַמְשִׁין לֹא יְדַעְנָא מַחוּשׁוֹאִיל"מ וְכֵן בְּנִסְפָא דַּר' אַבָּא
דְּלִיפּוּף עָלִיו שְׁבוּעָה כו' וַא"ת א"כ אֶפִּילוּ לְמָר בַּר רַב אָשִׁי תִקְשָׁה כֵּן לֹא הִיא דְּדַלְמָא
בְּנִסְפָא דַּר' אַבָּא וּבְחַמְשִׁין יְדַעְנָא כְּדִינֵי גוֹלָה דְּהֵינּוּן רַב וְשִׁמוּאֵל ס"ל דְּפָקַע מְמוֹנָא וְחֲזַרְהָ
שְׁבוּעָה לְסִינֵי כְּהָ נ"ל עכ"ל הַרְּשָׁב"א: וּבְעֵינֵי קוֹנְשִׁיּוֹת הַרְּשָׁב"א עַל הַסּוֹבְרִים דְּאִף
בְּדִאוֹרְרֵיטָא מְפָכִינּוּן דַּא"כ אִמְאֵי אֶמְרִינּוּן מַחוּשׁוֹאִיל"מ דְּהָא יָכוֹלִים לְהַפִּיף הַשְּׁבוּעָה עַל
הַתּוֹבֵעַ.

יֵשׁ לוֹמֵר דְּשִׁאנֵי הִיכָא דְּהֵדִין הוּא לוֹמֵר מִתּוֹף שִׁאִיל"מ דְּאֵין כָּאן שְׁבוּעָה בְּעוֹלָם כְּלָל
וְדִינִי כְּמוֹ חַיִּיב מְמוֹן עַל הַנְּתִבָּע. רַק הִיכָא דִּישׁ חַיִּיב שְׁבוּעָה עַל הַנְּתִבָּע יָכוֹל לְהַפִּיף אוֹתָהּ
הַשְּׁבוּעָה עַל הַתּוֹבֵעַ.

וְכַעֲיִן זֶה מְצִינּוּ בְּרֵא"ש לַב"מ פ"א ס' ג' שְׁפֶתֶת דְּהִיכָא דְּנִתְחַיֵּיב מְמוֹן ע"י מַחוּשׁוֹאִיל"מ
אֵין עַד מְסִייעוֹ פּוֹטְרוֹ דְּזָה לֹא נִקְרָא חַיִּיב שְׁבוּעָה רַק חַיִּיב מְמוֹן. וְכ"כ הַשֵּׁ"ף בְּסִי ע"ב
ס"ק ס"א בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הַרְּשָׁב"א שְׁהוּבָא בְּב"י שָׁם.

וכעין זה פתב הש"ך בסי' ע"ה ס"ק נ"ב דהיכא דנתחייב לשלם משום מחושואיל"מ אין בזה ג"ש משום דאין פאן שבועה פלל והדברים ארנפין וקצרותי. עוד יש לדון בקנשיות הרשב"א שהקשה בחמשין לא ידענא דיהפך השבועה.

דלעיל בסי' פ"ז סעי' י"א פתב המחבר גבי שבועת השותפין וכיוצא בו שבאות על הספק אין מהפכין שהרי זה טוענו ספק ומיהו יש מי שאומר דאי טעין לישתבע לי דחשיד לי בקה הדין עמו.

וכתב הש"ך בס"ק ל"ב בשם ב"דק הבית דהקשה הא אין נשבעין ע"י טענת שמה ותיגרין הש"ך דשא"ה דעיקר חיוב שבועת שותפין הוא ע"י טענת ספק כו'. ולפ"ז יש לדון במה דקיי"ל במנה לי בידך והשיב איני יודע דנשבע ש"ה שאינו יודע ופטור כמבואר בסי' ע"ה סעי' ט' ובב"ק (דף קי"ח) ברש"י ובתוס'.

דאינו יכול להפך השבועה על התובע וישבע על טענת פרי שלו ויטול. משום דהא גם לענו היפוך נקטינו להכלל דאין משביעין ע"י טענת ספק כמש"כ הבד"ה והש"ך רק בשבועת השותפין שאני שעיקר חיוב שבועה שלו הוא על טענת ספק.

א"כ בטענת מנה לי בידך והלה משיב א"י דעיקר חיוב שבועה הני ע"י טענת פרי ע"כ לא שייך בזה סברת הש"ך הנ"ל לכן הדין נותן בזה דאינו יכול להפך ומחוייב לישבע שא"י או ישלם ע"י ח"ס על התובע.

ועיין בש"ך סי' פ"ז ס"ק מ"ד וקצרותי: אכן לפי מה שכתב הרשב"א להקשות על הסוברים בשד"א מפכינו דלפ"ז אמאי אמרו בחמשין לא ידענא דמשלם הא יכול להשביע את התובע ע"י היפוך.

ולכאורה קשה דהא ה"ל טענת ספק ואין משביעין בזה אף ע"י היפוך וכמש"כ הבד"ה והש"ך. וע"כ מוכח דהרשב"א ס"ל דשאני היכא דהשבועה הוא ע"י היפוך דכיון דיש פאן חיוב שבועה בעולם על הנתבע ע"כ ממילא יכול להפכה על התובע שטוען פרי אף ע"י טענת ספק של הנתבע פיון שהתובע יכול לישבע.

משא"כ שבועת השותפות אם אינו טוען לישתבע לי דחשיד בקה אז אינו יכול להפכה פיון דלא מצוי התובע לישבע משום דהא טוען שמה. אבל בטוען לישתבע דחשוד לי מהפכין שפיר בפשיטות לדברי הרשב"א.

וכן ראיתי בהפלאה לכתובות (דף פ"ז ע"ב) ברש"י ד"ה שבועה דאורייתא כו' שכתב שם בד"ה עוד י"ל הא דפירש"י כו' דבחדושו על ח"מ סי' פ"ז השיג על דברי הב"ד הבית שכתב דאינו יכול להפך שישבע דחשיד לו בקה משום דה"ל טענת ספק די"ל פיון דאומר לישתבע דחשוד לו ותטול א"צ טענת פרי דנשבע ונוטל נשבע אף על טענת שמה כדאיתא בח"מ סי' קמ"ו כו' עכ"ל.

הרי דנחית מטעם אחר לדון שלא כדברי הבד"ה והש"ך. אף לא הביא ראיה לדבריו.

אכן לפי דברי הרשב"א שכתב פן מוכח דס"ל דשבועה ע"י היפוך יכולין להפך אף ע"י טענת שמה ולכן פתב בחמשין לא ידענא כו' יכול להפך השבועה אי נימא דמפכינו כדאורייתא.

ולפ"ז יוצא לנו דין חדש היכא דתובעו ברי מנה לי בידך והלה משיב איני יודע ד יכול הנתבע להפך השבועה על התובע. ואף דטוען ספק מ"מ יכול להפך הו מטעמא דידי דכינן דיש חיוב שבועה בעולם עכ"פ שאני.

או משום טעם של ההפלאה דכינן דנוטל שאני דנשבועין אף בטענת שמה. והארבתי בדברי הרשב"א הנ"ל פדי להוכיח דין מחודש הלז.

וע"פ דברי הרשב"א הלז יש לדון הרבה בדברי תשובת מיימוני לספר משפטים סי' ס"א והובא באו"ת ס"ק א' ובקצה"ח סי' פ"ז ס"ק ט"ז וקצת: נחזור לעניינינו דנתבאר בשם הרשב"א דמר בר רב אשי דס"ל מפכינן שד"א ס"ל דלא אמרינן מחושואיל"מ.

א"כ לפ"ז י"ל דהא דקיי"ל לדינא דשד"א לא מפכינן הוא משום דקיי"ל לדינא דאמרינן מתוך שאיל"מ וכינן דגדול פח שד"א כ"כ דהיכא דאינו יכול לישבע משלם ע"כ חמור פח שד"א גם לענין דלא מפכינן דמיד דאינו נשבע בעצמו מחוייב לשלם.

ומר בר רב אשי דס"ל דמפכינן הוא משום דס"ל דלא אמרינן מתוך שאיל"מ. ולכן בג"ש דלא אמרינן מתוך שאיל"מ קילא פח הג"ש גם לענין דמפכינן ואין לנו להרבות במתלוקת דמנלו לחדש דהנה דפליגי על מר בר רב אשי וס"ל דבדאורייתא לא מפכינן דס"ל דאף היכא דלא אמרינן מתוך שאיל"מ כמו בג"ש דאף שם לא מפכינן.

דהא יותר נוטה הסברא לומר דבכה"ג כ"ע מודו לשיטת מר בר רב אשי לכן שפיר י"ל לדינא דבג"ש מפכינן ואין לנו פח להוציא ממחוקק. ומש"כ הש"ך להוכיח מן הרשב"א והריטב"א דאף בג"ש לא מפכינן אין זה הוכחה לדינא.

די"ל דהרשב"א והריטב"א לטעמייהו אזלי דס"ל דאף בג"ש אמרינן מתוך שאיל"מ כמו שכתב האו"ת ס"ק ח' בשם הרשב"א והריטב"א דס"ל דאף בג"ש אמרינן מתוך שאיל"מ. א"כ שפיר יש לדון דלדין דלא אמרינן בג"ש מתוך שאיל"מ כ"ע מודו לשיטת מר בר רב אשי דמפכינן משום דטעמו ג"כ פיון דס"ל דלא אמרינן מתוך שאיל"מ וכמש"כ הרשב"א בחי' לשבועות.

ויהנה מן דברי הרשב"א לשבועות סייעתא לדברי הטוש"ע דבג"ש מהפכינן. ועיקר הטעם דקילא ג"ש הוא משום דהא בג"ש לא שייך סברת התוס' דב"מ (דף ד') ד"ה הצד השונה כו' וקצת: ענה ג ועוד נע"ד להסביר על נכון דברי הטוש"ע דבג"ש מהפכינן ע"פ דברי האו"ת שכתב הטעם דכינן דקיי"ל דלא דיינינן בג"ש מתוך שאיל"מ ע"כ יכול לומר לבי נוקפי ומסופק אני כו'.

ולעיל הקשיתי על סברת האו"ת דכינן דמחוייב לישבע שבועת איני יודע מה"ת הן לדברי הט"ז והן לדברי הש"ך כמש"כ לעיל בארובה א"כ יהנה דינו כמו פל שד"א דלא מפכינן. ע"כ יהנה יכול התובע לומר שתשבוע שבועת איני יודע ובנק"ח ולא מצי להפך בע"כ על התובע פן הקשיתי לעיל.

וכעת ראיתי דיש לחזק סברתו והוא דעיקר חיוב שבועה שחייבה התורה הוא משום לברר הספק וכמש"כ במק"א דזהו משום דאיכא לברורי דקיי"ל דמבררינן אם נולד

איזה ספק וע"כ היכא דגזרה התורה כמו במו"מ וש"ש ושבועת ע"א דנולד הספק צנוחה התורה שישבע פדי לברר הספק וכיוצא בו פתב הט"ז לח"מ סי' רצ"ו סעי' א' ע"ש.

ובשד"א דקיי"ל דלא מפכינן הטעם הוא פיון שהטילה התורה חיוב שבועה על הנתבע לברר הספק אינו יכול להפך על התובע שישבע פדי לברר הספק די"ל דכיון דגזרה תורה על הנתבע שישבע פדי לברר ע"כ עליו דוקא החיוב לישבע ולברר ואם אינו רוצה לברר בשבועתו מחוייב לשלם.

ועפ"ז יש לדון בראיות הריב"ן שבתוס' שבועות (דף מ"א) ד"ה ולמר בר רב אשי כו' שהוכיח דהלכתא כמבר"א מהא דמאן דמפיק שטר א כו' דאם א"ל אשבע לי כו' והאריכו בראי' זו. ולפי מש"כ יש לחלק ביניהם וקצתתי.

והיכא דטוען חמשין ידענא כו' וכה"ג דהדין הוא דאמרינן מתוך שאיל"מ ואינו יכול הנתבע לומר שישבע חבירו לברר הספק זהו משום דגזרה התורה דהיפכא דאיל"מ א"כ יש עליו חיוב ממון ואינו מחוייב התובע לישבע ולברר הספק.

וכמש"כ לעיל לדון בקושיות הרשב"א לשבועות שהקשה על כל מחשוואיל"מ דישבע התובע. משום דפקע חיוב שבועה לגמרי וה"ל כמו כל חיוב ממון דאינו יכול הנתבע להכריח להתובע לישבע לברר הספק וכמו באיני יודע אם פרעתי דקיי"ל דצריף לשלם בלא שבועת התובע.

ובאמת י"ל דשיטת מהר"ם בתשובת מיימוני לספר משפטים סי' ס"א דבכל מחשוואיל"מ מחוייב התובע לישבע טעמו משום דיכול הנתבע לומר בברר בשבועתה פיון דתוכל אתה לברר פו לדבריה.

אכן לא קיי"ל פו לדינא: ולפ"ז יש לומר בג"ש אם טוען איני יודע דהדין הוא דלא דייגינן בג"ש מתוך שאיל"מ. א"כ שפיר יכול הנתבע לומר להתובע פיון דע"י מה שאשבע שבועת איני יודע לא יתברר הענין על נכון ולא אהיה יוצא ידי שמים ע"י שבועת איני יודע.

דקא באומר מנה לי בידך והלה משיב איני יודע הדין הוא דחייב לצאת ידי שמים כמבואר בב"ק (דף קי"ח) ובסי' ע"ה סעי' ט' א"כ יכול הנתבע לומר פיון דאף לאחר שאשבע שבועת איני יודע לא יבנרר הענין להוציא הדבר לאמתו דקא עדיין מחוייב אני לצי"ש ע"כ אתה הטוען ברי תוכל לברר ע"י השבועה על טענת ברי שלך.

וכיון דביד התובע לברר ע"י השבועה שלו א"כ ק"ל דמה דאיכא לברורי מבררינן. בשלמא בטוען הנתבע טענת ברי שפיר יש לומר דכיון דביד הנתבע לברר ע"י שבועתו ע"כ לא יוכל להפך על התובע דקא התורה גזרה שמוטל בירוור ע"י השבועה על הנתבע דוקא לברר.

אבל היכא דטוען א"י פיון דלא יוכל לברר ע"י שבועתו ע"כ מצי להפך על התובע שיש בידו לישבע ולברר הענין להוציא לאמתו. ודוקא היכא שהדין הוא דאמרינן מתוך שאיל"מ אז שפיר י"ל דכיון דגזרה התורה שישלם ע"כ א"צ לברר יותר דה"ל כמו

שְׁנַת־בְּרַר אָבֵל בַּג"ש פִּינּוֹן דְּלָא דְנִין בִּי מִתּוּף שֵׁאִיל"מ ע"כ שְׁפִיר יָכוֹל לְהַפֵּךְ הַשְּׁבוּעָה בַּע"כ שֶׁל הַתּוֹבֵעַ שְׂיִבְרַר ע"י הַשְּׁבוּעָה הָעֲנִין עַל נִכוּן.

וְלָכֵן שְׁפִיר פֶּתַב הָאו"ת דִּיכוֹל לֹמַר בַּג"ש לְבִי נֹקְפִי וּמְסַנְפֵּךְ אֲנִי כו' וְה"ל פְּאוּמַר אֲנִי יוֹדֵעַ דְּכִינּוֹן דְּלָא דִּינִינְבֹג"ש מִתּוּף שֵׁאִיל"מ ע"כ יָכוֹל לְהַפֵּךְ הַשְּׁבוּעָה אֲף דְּהִנִּי שַׁד"א. וי"ל בְּאַמַּת בְּטַעְמוֹ שֶׁל מָר בַּר רַב אָשִׁי דַס"ל דְּמַפְכִּינּוֹן בַּשַּׁד"א דְּזָהוּ ג"כ ע"פ סְבֵרַת הָאו"ת שְׂיִכּוֹל לֹמַר לְבִי נֹקְפִי וּמְסַנְפֵּךְ אֲנִי ע"כ אֲנִי נִשְׁבַּע שְׁבוּעַת אֲנִי יוֹדֵעַ וְג"כ הוּא ע"פ הַסְּבָרָא שְׁפֶתְבִּתִּי דְּכִינּוֹן דְּאֵף לְאַחַר שְׂיִשְׁבַּע שְׂאִינוֹ יוֹדֵעַ יִהְיֶה עֲדִינּוֹן מְחֻנְיָב לְצִי"ש וְלֹא יִבְרַר לְנִכוּן עֲדִינּוֹן ע"כ יָכוֹל לֹמַר לְהַתּוֹבֵעַ שְׁטוּעֵן בְּרִי שְׂיִשְׁבַּע וְיִבְרַר ע"י שְׁבוּעַתוֹ לְנִכוּן.

וְלֹא שְׂיִיף לֹמַר דְּכִינּוֹן דְּטַעֵן א"י ה"ל מִחוּשׁוֹאִיל"מ וְכַמְש"כ לְעִיל לְדִידּוֹן דְּאֲמַרִּינּוֹן מִחוּשׁוֹאִיל"מ. דְּהָא כְּבָר נִתְבָּאָר בְּשֵׁם הַרְשָׁבָ"א לְשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"א) דְּכַתְּבַת דְּמָר בַּר רַב אָשִׁי ס"ל פָּרַב וּשְׁמוּאֵל דְּלָא דִּינִינְבֹג"ש מִתּוּף שֵׁאִיל"מ ע"כ שְׁפִיר אֲמַר דְּמַפְכִּינּוֹן בַּשַּׁד"א וְאֲזִיל לְטַעְמִיהָ.

א"כ י"ל כַּמְש"כ לְעִיל דְּאִין לְהַרְבּוֹת בְּמַחְלֻקַּת דְּהָא י"ל דְּהִיכָא דְּלֹא אֲמַרִּינּוֹן מִתּוּף שֵׁאִיל"מ כְּמוֹ בַּג"ש דַּכ"ע מוֹדוֹ לְשִׁיטַת מָר בַּר ר"א דְּמַפְכִּינּוֹן אֲף בַּשַּׁד"א: וְאֵף דַּה"ל טוּעֵן טַעֵנַת סָפֵק מ"מ מְהַפְכִּינּוֹן לְפִי סְבֵרַת הָאו"ת.

וּמוֹכַח מְזָה כַּמְש"כ לְעִיל דְּבַשְׁבוּעָה ע"י הַיְפּוּף הַדִּין הוּא דְּמַפְכִּינּוֹן אֲף ע"י טַעֵנַת סָפֵק וְכַמְש"כ לְעִיל בְּשֵׁם הַהַפְּלָאָה. וְגַם י"ל דְּאֵף לְפִי שִׁיטַת הַבְּדָק הַבֵּית בַּסִּי' פ"ז שְׁהוּבָא לְעִיל דַּס"ל דְּאִין יָכוֹל לְהַפֵּךְ שְׂיִשְׁבַּע דְּחַשִּׁיד לֹו בְּכָף מִשׁוּם דַּה"ל טַעֵנַת סָפֵק.

דְּמוֹדָה בַּנ"ד דְּמַפְכִּינּוֹן ע"פ הַסְּבָרָא שְׁפֶתְבִּתִּי לְעִיל דִּיכוֹל לֹמַר פִּינּוֹן דְּאַחַר שְׂאֲשְׁבַּע שְׁבוּעַת אֲנִי יוֹדֵעַ לֹא יִבְרַר לְנִכוּן וְיִהְיֶה חַיִּיב עָלֵי לְצִי"ש ע"כ תְּבָרַר אֲתָה ע"י שְׁבוּעַתְךָ שְׁטוּעֵן בְּבָרִי. וְאִזּוּ יִבְרַר עַל נִכוּן.

מִשָּׂא"כ בְּשְׁבוּעַת אֲיִשְׁתְּבַע לִי דְּאֵף לְאַחַר שְׂיִשְׁבַּע שְׁחַשִּׁיד לֹו בְּכָף לֹא יִבְרַר עֲדִינּוֹן לְנִכוּן דְּהָא מ"מ ה"ל טַעֵנַת סָפֵק. וְגַם אִם יִשְׁבַּע הַשְּׁנוֹתָף הַנִּתְבָּע שְׂאִינוֹ יוֹדֵעַ אִם נָטַל מִחֻבְרִירוֹ הַשְּׁנוֹתָף ג"כ יִהְיֶה פְּטוּר אֲף לְצִי"ש דְּהָא חֻבְרִירוֹ תּוֹבְעוֹ בְּטַעֵנַת שְׂמָא ע"כ לֹא שְׂיִיף הֶתֵּם לְדוֹן לְהַסְּבָרָא שְׁפֶתְבִּתִּי וּבַנ"ד אֲף הַבְּדָה"ב מוֹדָה דִּיכוֹל לְהַפְּכָה אֲף ע"י טַעֵנַת שְׂמָא.

וְלָכֵן י"ל בְּהַנְּדוֹן שְׁפֶתְבִּתִּי לְעִיל בְּטוּעֵנוֹ מְנָה לִי בְּנִדָּה וְהִלָּה מְשִׁיב אֲנִי יוֹדֵעַ דְּנוֹדָאֵי מְצִי לְהַפֵּךְ אֲף דְּהִנִּי בְּטַעֵנַת סָפֵק מִשׁוּם דִּי"ל תִּשְׁבַּע וְתִבְרַר פִּינּוֹן דַּע"י שְׁבוּעַת אֲנִי יוֹדֵעַ לֹא יִתְבָּרַר עַל נִכוּן וְגַם הַבְּדָה"ב מוֹדָה בְּזָה ע"פ הַחִילּוּק הַלְּזוֹ.

וְכַש"כ דִּינִצָּא יְדֵי שְׂמִימִם אִם יִטַּעֵן הַשְּׁבַע אֲתָה עַל טַעֵנַת בְּרִי שְׁלָף וְתַטּוֹל. וְגַם י"ל דַּבַּג"ש שְׂיִיף סְבֵרַת הַשְּׂאִי' בַּסִּי' פ"ז ס"ק ל"ב דְּשָׂאֲנִי שְׁבוּעַת הַשְּׁנוֹתָפוֹת דְּתַקְנּוֹ לִשְׁבַּע בְּשָׂמָא כו'.

א"כ ה"ה בַּג"ש דִּיכוֹל לְגַלְגֵּל אֲף ע"י טַעֵנַת שְׂמָא אִם יֵשׁ רַגְלִים לְדַבֵּר כְּמַבְנֵאָר לְעִיל סַעִי ב' וּבַסַּמ"ע ס"ק ט'. [וְעִינּוֹן בַּאו"ת בְּאוּרִים ס"ק ח' וְקַצְרֵתִי].

וְלָכֵן יָכוֹל הַנִּתְבָּע לומר לבי נוקפי כו' ויותר נראה לדעתי שאין אני חייב לו ומ"מ אני יכול לישבע פִּינֵן שאינו פָּרִי מִמֶּשׁ אֵלֵי וְעַכָּפֹּי טוֹעֵן ע"פ רגלים לדָבָר כְּפִי רְאוּת דַּעְתוֹ שְׁאִינוֹ חַיִּיב לוֹ.

א"כ גם בְּזֶה שִׁינָה סְבֵרַת הַשֵּׁי"ף הַנֶּ"ל דְּכִמּוֹ דְתַקְנּוּ הַשְּׁבוּעָה לְהַשְׁבִּיעַ ע"פ רגלים לדָבָר בְּתוֹרַת ג"ש ה"ה דִּיכוֹל לְהַפְקָה ע"י רגלים לדָבָר. וְעַיִן בְּסִי' ע"ה סְעִי' י"ז וּבַשֵּׁי"ף ס"ק ס"ג.

אף אין אָנוּ צָרִיכִים לַכ"ז דְּכָבֵר נִתְבָּאָר בְּשֵׁם הַרְשָׁבָ"א דְשְׁבוּעוֹת דַּס"ל בְּפִשְׁיטוֹת דִּיכוֹל לְהַפְקָה הַשְּׁבוּעָה אַף ע"י טַעֲנַת סָפֵק וְלָכֵן אִין לָנוּ לְהַאָרִיף בְּזֶה הַפְּרִט יוֹתֵר: וְנִתְבָּאָר עַל נְכוֹן סְבֵרַת הַאו"ת בְּמָה שֶׁמִּתְרַץ שִׁיטַת הַטוֹשׁו"ע עַל נְכוֹן בְּטַעֲמָם דִּיכוֹל לְהַפְקָה ג"ש לְדִידוֹ דְלֹא דִיַּיְנִינֵן מִתּוֹף שֵׁאִיל"מ בַּג"ש.

אף זֶה אִינוֹ שִׁינָה רַק הֵיכָא דְטוֹעֵן הַנִּתְבָּע שְׁלֹא הָיָה הַהִלְוָאָה מְעוּלָם. אָבֵל הֵיכָא שְׁטוֹעֵן פְּרַעְתִּי בְּזֶה לֹא שִׁינָה סְבֵרַת הַאו"ת שִׁינָה יָכוֹל לְהַפְקָה ג"ש ע"פ טַעֲנַת לְבִי נוֹקֵפִי וּמְסוֹפֵק אָנִי כו' דְהָא אִם הַסָּפֵק הוּא בְּהַפְרָעוֹן מִמִּילָא חַיִּיב לְשַׁלֵּם כְּדִין כָּל א"י אִם פְּרַעְתִּי דְקִי"ל דְמַשְׁלֵם בְּלֹא שְׁבוּעַת הַתּוֹבָע.

וּלפ"ז בַּמִּשְׁכ"ח לְעִיל דִּי"ל בְּטַעֲמוֹ דְמַר בַּר ר"א דְמַפְכִּינֵן בְּדַאוּרֵייתָא הוּא ג"כ מְשׁוּם סְבֵרַת הַאו"ת הַלְזוּ. מְנוֹכְרִים לומר דְעַיְקָר מִימָרָא דְמַר בַּר ר"א לֹא קָאֵי רַק אִם מְכַחֲשִׁים הַבַּע"ד זַנ"ז בְּהִלְוָאָה אָבֵל אִם הַכְחָשְׁתָּם הוּא בְּהַפְרָעוֹן דְלֹא שִׁינָה בְּזֶה סְבֵרַת הַאו"ת כַּנ"ל א"כ הַדִּין נוֹתֵן דְגַם לְשִׁיטַת מַר בַּר ר"א לֹא יְהֵא מְצִי לְהַפְקָה בַּשַּׁד"ח בַּכַּה"ג.

אָבֵל זֶה נִסְתָּר מִן דְבָרֵי הַתּוֹס' וְהַרָא"ש לְשְׁבוּעוֹת (דַּף מ"א) שְׁהִבִּיאוּ בְּשֵׁם רַב הַאי גְּאוֹן שְׁהוֹכִיחַ דְהִלְכָה כְּמַר בַּר ר"א מְהָא דְמֵאֵן דְמַפִּיק שְׁטָרָא וַא"ל אֲשַׁתְּבַע דְמַשְׁבְּעִינֵן לִי כו'. וְהָא הֵתֵם הַכְחָשְׁתָּם הוּא בְּפְרָעוֹן וְאַפ"ה ס"ל דְלְשִׁיטַת מַר בַּר רַב אֲשִׁי מְהַפְכִּינֵן גַּם בַּכַּה"ג א"כ בְּשִׁיטַת מַר בַּר ר"א דְנוֹחַק לומר כַּמִּשְׁכ"ח.

אָכֵן בְּשִׁיטַת הַטוֹשׁו"ע שְׁפִיר י"ל דְכַוְנַנְתָּם הוּא ע"פ קוֹטְב סְבֵרַת הַאו"ת וְכִמּוֹ שְׁפַתְבְּתִי לְהַסְבִּיר זֶה עַל נְכוֹן: וְלִפִּי מַה שְׁנִתְבָּאָר דַּבְּג"ש דְאוּרֵייתָא יָכוֹל לְהַפְקָה הַשְּׁבוּעָה אִם הַכְחָשְׁתָּם הוּא בְּהִלְוָאָה.

א"כ לְפִי מַה שְׁפַתְבַּ בְּהַגְהוֹת ר' עֲקִיבָא אֵיגָר עַל ח"מ סִי' ע"ה סְעִיף ד' דְבְּהַעֲדָתָא עֲדִים דַּר"ח אַף דְמַחְוִיב שַׁד"א מ"מ לֹא אֲמַרִינֵן בְּטַעֲנַת אִינִי יוֹדַע דַּה"ל מַחוּשׁוּאִיל"מ פִּינֵן דְאַתֵּיָא מַג"ש דַּס"ל לְהַרְבֵּה פּוֹסְקִים דְלֹא אֲמַרִינֵן בִּי מַחוּשׁוּאִיל"מ בְּשָׂמִים רֹאשׁ סִי' י"ז עַכ"ל.

א"כ דִּינוֹ בְּהַעֲדָתָא עֲדִים דַּר"ח ג"כ כְּמוֹ בַּג"ש דִּיכוֹל לְהַפְקָה הַשְּׁבוּעָה עַל הַתּוֹבָע וְשִׁינָה בִּי ג"כ הַטַּעֲמִים שְׁנִתְבָּאָרוּ בַּג"ש דְמְהַפְכִּינֵן מְשׁוּם דְלֹא דִיַּיְנִינֵן בִּי מִתּוֹף שֵׁאִיל"מ וְה"ה בְּהַעֲדָתָא עֲדִים אִם הַכְחָשְׁתָּם הוּא בְּהִלְוָאָה.

פִּינֵן דְאַתֵּיָא מַג"ש א"כ דִּינוֹ כְּמוֹ ג"ש דְמְהַפְכִּינֵן. אָכֵן לְפִי מִשְׁכ"ח לְעִיל בְּחִידוּשֵׁי לְסִי' ע"ה סְעִי' ד' לְהוֹכִיחַ דְלֹא כְּהַבְשָׂמִים רֹאשׁ ע"כ לִיתָא לָזֶה וְגַם בְּהַעֲדָתָא עֲדִים דַּר"ח דִּינוֹ כְּכָל

שד"א דלא מפכינן כמשמעות הסוגיא בשבועות (דף מ"א): ח (שם ש"ף ס"ק י"ב) ועל הגלגולים תשבע ותטול כו'.

כו' ולא מפעינא לדעת הפוסקים דהיכא דטוען על הגלגולים איני יודע הני משואיל"מ כו' ועוד דא"כ אמאי הני משואיל"מ יהפך הגלגול על שפגדו שישבע שידע שחייב לו כו' עכ"ל. ואף דטוען איני יודע מ"מ ס"ל להש"ף דיכול להפך.

מזה מוכח כמש"כ לעיל ע"פ דברי הרשב"א בשבועות (דף מ"א) דכתב דלמאן דס"ל דמפכינן שד"א הדין הוא בטוען חמשים ידענא וחמשים לא ידענא דיכול להפך שבועה על התובע כנ"ל. ואף דטוען טענת ספק מ"מ יכול להפך ואף דאין נשבעין על טענת ספק מ"מ היפוך שבועה שאני כמש"כ לעיל בארובה לדון הרבה ע"פ דברי הש"ף בסי' פ"ז ס"ק ל"ב והבדק הבית שם.

ומזה מוכח דס"ל להש"ף ג"כ דבשבועת היפוך מהפכינן אף על טענת ספק וכפי הסברא שפכתתי לעיל וכפי מש"כ ההפלאה כנ"ל. והא דלעיל סי' פ"ז ס"ק ל"ב בש"ף הנ"ל יש לחלק וקצתתי: ט (שם סעיף ח') נתחייב לו שבועה מה"ת ובא לגלגל עליו יכול לומר כו' על הגלגולים תשבע ותטול.

והש"ף ס"ק י"ב פתב יגעתי לדעת מקור דין זה ולא מצאתיו כו'. וכבר פכתתי לעיל להסביר על נכון הך דינא.

וכעת נלע"ד להוכיח כן מן הא דכתובות (דף פ"ח ע"א) דאר"פ אי פיקח הוא מייתי לה לידי שד"א יחייב לה פתובה באפי חד סהדא כו' ומוקים להו להנה קמאי במלנה כו' אלא א' רב שימא כו' יחייב לה פתובה כו' אלא א' רב אשי והוא דמודע להו.

והנה פשוט הלשון יחייב לה פתובה משמע דצריף ליתן לה כל פתובה אבל כשםסלמ מקצת הפתובה אינו מועיל פעולתו בשום אופן לחייבה שד"א על כל הפתובה. דאי נימא דאף כשנותן לה קצת פתובה יחייב לה שד"א על כל הפתובה ה"ל לומר ולא שמוענין כן בפירוש להעצה זו.

וגם הא מצינו לממן בכתובות (דף צ"ז ע"ב) דתניא מכרה פתובה משפנה פתובה עשמה פתובה אפתיקי אין לה מזונות דברי ר"מ ר"ש אומר אע"פ שלא מכרה ולא משפנה פתובה אלא מחציתה אבדה מזונותי הרי דמצינו בלשון פתובה דקאי על כל הפתובה דוקא.

וכן מצינו בתוס' והרא"ש ריש פ' אע"פ בהא דאמרו התובעת פתובה אין לה מזונות דדוקא כשתבעה כל הפתובה והובא באה"ע סי' צ"ג בב"ש ס"ק י"א וכתב כן בשם הרמב"ם והמרדכי ע"ש. וכן משמע מן הא דאמרו בלשון תובעת פתובה דמשמע על כל הפתובה דוקא דאל"כ ה"ל לאשמוענין כן בפירוש כיון דאיכא מקום למטעי וכן"ל: ובאמת לכאורה יש מקום לדון הכא דאף כשנותן לה מקצת פתובה ג"כ יהי יכול לחייבה שד"א על כל הפתובה דהא על המקצת שפרע לה בנודאי יכול לחייבה שד"א על אותו הסף שנשבעת להכחיש את העד דה"ל נשבעת ולא משלמת ולא מקרי שעבוד קרקע.

וממילא יכול לגלגל עליה שתשבע ג"כ בתורת ג"ש על המותר סף פתונה ואף דהוי מן הנשבעין ונוטלין ג"כ יכול לגלגל על שד"א ודינו ככל שד"א וכמש"כ התוס' ב"מ (דף י"ד ע"א) ד"ה דינא הוא כו' והובא בקצה"ח סי' רכ"ו ס"ק א' ובקצה"ח פאן ס"ק א' ובגתיות פאן ס"ק ג'.

ובאמת י"ל דלכן אמרו יחייב פתונה דמשמע דבסילוק מקצת הפתונה אינו יכול להטיל שד"א על המותר משום דמוכח מזה דעל נשבעין ונוטלין אינו יכול לגלגל ג"ש דאורייתא וכמש"כ בחדושי ריש סי' צ"ד להוכיח פן מן ירושלמי וע"כ הצריכו דוקא לסלק פל פתונה דאז יהיה יכול לחייבה שד"א על פל הפתונה.

אכן לפי מש"כ התוס' בב"מ דאף על נו"נ יכול לגלגל שד"א תקשה פן. ולכן נלע"ד לומר לפי מש"כ התוס' בכתובות (דף פ"ח ע"א) בד"ה מייתי לה לידי שד"א בסה"ד דהנפ"מ הוא לענין היפוף כו' וכמש"כ רש"י שם (דף פ"ז ע"ב) ד"ה שד"א כו'.

א"כ אי נימא דאף דג"ש על שד"א דינו ככל שד"א לכל מילי מ"מ לענין היפוף אין דין ג"ש כמו שד"א אלא יכול להפקה וכמש"כ הטוש"ע פאן א"כ א"ש מה דהצריכו לסלק פל הפתונה משום דבסילוק מקצת הפתונה אף דיהיה יכול לגלגל פדין שד"א מ"מ עדיין תהי' יכולה להפך עליו פדין פל נ"ש ע"כ נתנו עצה שישלק פל הפתונה ואז יהיה לו חיוב שד"א עליה כמו פל תוקף שד"א גם לענין היפוף דאינו בהיפוף.

ונהו סעד נכון לדינא דג"ש ישנו בהיפוף ואף דלשיטת הטוש"ע לעיל סי' פ"ז סעיף י"א דכל הנו"נ אינו בהיפוף לא שייך לדון פן במה דאמרו אי פיקח מייתי לידי שד"א כו' וכמש"כ הרא"ש שם ועיין בש"ך שם ס"ק למ"ד.

מ"מ לדינא י"ל פן בענין בפ"ע ולהוכיח מזה דגלגול שד"א ישנו בהיפוף. וידעתי מה די"ל בזה ע"פ המבואר לעיל בסי' ע"ד סעיף ד' דבהגיע זמ"פ א"צ לקבל הפרעון בפרוטרוט.

אבל הא מבואר במרדכי פ' האומנים דדוקא בבע"ח אמרו פן אבל באשה לכתובה מקבלת הפרעון אף בפרוטרוט כמו דאמרו בערכין (דף כ"א ע"ב) דאיפא דניחא לי' באשה דשקלא על יד ומשמע בהמרדכי דאף בע"כ של האשה פורעה המחצית ומחוייבת לקבל כמה שנותן לה.

והא דיש לדון דינא מחוייבת לקבל ולהיות פוגמת פתונה. דגם ז"א דהא יכולה לכתוב על הפתונה עצמה וכמבואר בסי' פ"ד סעי' ג' וכמש"כ האו"ת שם לתרץ קושיות הש"ך שם ס"ק ד' ובמקום שכותבין פתונה וקצרת: סימן צה א (סעיף א' בהגה"ה) יש אומרים דתלוש ולבסוף חברו בקרקע לאו בקרקע דמי ויש חולקין.

ובש"ך שם ס"ק ח' מסלק דדוקא בכותל בגין לאו בקרקע דמי. אבל בית ה"ל בקרקע כו' תדע דהא משמע בכל דוכתא דבית נקנה בכסף ושטר וחזקה וגם מקרי נכסים שיש לו אחריות לענין שעבוד וקדימה כו' עכ"ל.

והקצה"ח שם ס"ק ג' כתב דיש לחלק דין שעבוד משארי מילי לפי מה דאמרו בש"ס (דף ס"ו) בב"ב גפי צנור שחקקו ולבסוף קבעו דשאני שאיבה דרבנן ע"ש בסוגיא וכיון

דלמ"ד שעבודא דאורייתא מטלטלין נמי משעבדא מן התורה וכמש"כ הרשב"א סוף קידושין אלא דמדרבנן מטלטלין לא משעבדא הובא אצלנו בס"ל"ט ס"ק א' וא"כ במידי דרבנן מודים חכמים דהוי כמקרקעי.

אבל בשומרים ושבועה דהוי מה"ת לא אמרינן דהוי כמקרקעי אפילו בית כו' עכ"ל הקצה"ח: ענף א ונראה לי להביא ראיה להקצה"ח לחלק בין שעבוד לשארי מילי מהא דשביעית פ' יו"ד משנה ג' פנורת דבורים רא"א הרי היא כמקרקע וכותבין עליה פרוזבול כו' ונחכמים אומרים אינו כמקרקע ואין כותבין עליה פרוזבול כו'.

וכתב הרע"ב שם כשהיא מחוברה בטיט הפל מודים שהיא כמקרקע ואם היתה מנוחת על גבי יתדות הפל מודים שאינה כמקרקע לא נחלקו אלא שמנוחת על גבי קרקע ואינה מחוברה בטיט וטעמא דר"א דהוי כמקרקע משום דכתיב ביצרת הדבש מה יער התולש ממנו חייב אף דבש הרודה ממנו חייב כו' עכ"ל.

ובתוס' רעק"א שם פתב בזה"ל תמוה לי דזה לא כס"ד דהש"ס ב"ב (דף ס"ו) דפליגי בתלוש ולבסוף חב"ו א"כ מיירי דוקא במחובר בטיט ולמסקנא גם ר"א ס"ל דכתלוש דמי וטעמא דר"א מן יצרת הדבש ומיירי לר"א אף בתלוש לגמרי ולרבנן דלא דרשי פן אף במחובר בטיט הוי כתלוש כמבואר בסוגיא דב"ב שם.

וצ"ע עכ"ל רע"א זצ"ל: ולפענ"ד נראה ליישב הקושיא הנ"ל דהא מבואר פן בירושלמי שביעית שם. דזה לשון הירושלמי ר"י ב"ר בון בשם ריש לקיש אמר שמעיה יתה פן ויטבול אותה ביצרת הדבש מה אנו קיימין אם במחובר לקרקע פל עמא מודים שהיא כמקרקע אם בנתונה על גבי שתי יתדות פל עמא מודים שאינה כמקרקע אלא פי אנו קיימין במנוחת על גבי קרקע עכ"ל הירושלמי.

אלמא דדברי הרע"ב הנ"ל הם דברי הירושלמי להדיא. אכן באמת יש לתמוה על הירושלמי הנ"ל ג"כ כפ"ע קושיות רע"א הנ"ל דהא בש"ס דילן בב"ב (דף ס"ו) מסקינן דרבנן דר"א ס"ל דאף במחובר לקרקע אין דינו כמקרקע כמבואר פן במשנה דכלים פ' ט"ו משנה ב'.

דף של נחתומין שקבעו בפנותל ר"א מטהר ונחכמים מטמאין ובדף של מתכת מחלוקת כמבואר כ"ז בב"ב שם. אלמא דאף במחובר לקרקע ס"ל לרבנן דאין דינו כמקרקע.

א"כ קשה אמאי אמרו בירושלמי דמחובר לקרקע גם רבנן דר"א מודו דדינו כמקרקע: אכן לפמש"כ הקצה"ח דלגבי שעבוד פיון דמה"ת אף מטלטלין משעבדי לכו אף תלוש ולבסוף חב"ו הוי כמקרקע.

אתי שפיר דברי הירושלמי משום דהא הירושלמי מיירי שם פל הסוגיא לענן פרוזבול. וכו' עיקר פל הפרק שם הפל לענן שביעית.

ובב"ק (דף י"ב) גבי הא דאין גובין מעבדים א"ל אנא מתניתא ידענא דתנא פרוזבול חל על העבדים כו'. אלמא דזהו הפל חזא מילתא דכיון דאין גובין בתורת שעבוד מעבדים ע"כ ממילא אין כותבין פרוזבול ע"ז.

דעיקר הטעם מן פתיבת פרוזבול רק על הקרקע דכינן דיש לו קרקע הוי פגבוי כמו בקטינא דארעא. וילדברי הקצה"ח דתלוש וסוף חבירו הוי פקרקע לגבי שעבוד ע"כ ה"ה לגבי פרוזבול כותבין על תלוש וסוף חבירו.

לא מבעיא למאן דס"ל שביעית בזה"ז דרבנן. ואף למאן דס"ל שביעית בזה"ז דאורייתא כמבואר בגיטין (דף ל"ו) ברש"י ותוס' שם.

עכ"ז פיון דתלוש וסוף חבירו משועבד עכ"פ א"כ ממילא כותבין פרוזבול ע"ז. פיון דהוי פגבוי כנ"ל.

ועיין בתוס' גיטין (דף ל"ז) ובב"ב (דף כ"ז) וקידושין (דף כ"ו). ולפ"ז י"ל דהא דאמרו בירושלמי דבמחנה לוקח הפל מודים שהוא פקרקע י"ל דכוננתם לענין פרוזבול דמבואר בפלוגתא ר"א ורבנן דהתם משום דלענין פרוזבול דתלוי בשעבוד ע"כ פיון דסוף חבירו הוי ביה תורת שעבוד לכן ה"ה דכותבין פרוזבול ע"ז: ולפ"ז מיושב קושיות רע"א זצ"ל על הרע"ב במה דכתב דבמחנה לוקח הפל מודים שהוא פקרקע.

דכוננתו לענין פרוזבול דמבואר שם להדיא דפליגי בזה וכל הפך יו"ד עיקרו הפל לענין דיני שביעית. אף לענין קושית רע"א על הרע"ב אינו מיושב רק על לשון הרע"ב בסוף עוקצין דכתב שם בזה"ל דבמחנה לוקח הפל מודים שהוא פקרקע.

וי"ל דז"א אלא לענין פרוזבול. אבל הך שביעית דכתב הרע"ב בזה"ל דבמחנה לוקח הפל מודים שהוא פקרקע לכל דבר.

בזה שפיר הקשה רע"א זצ"ל דהא לכל דבר לא שייך בזה. דהא חזינן בב"ב (דף ס"ו) וכפי המבואר בפ' ט"ו בכלים גבי דף של נחתומין דפליגי ר"א ורבנן אם הוי פקרקע או לא.

אלמא דפליגי אף בתלוש וסוף חבירו. א"כ שפיר הקשה רע"א על לשון הרע"ב דשביעית.

אבל על הירושלמי אינו קשה די"ל דכוננתו רק לענין פרוזבול: ענה ב ובר"ש סוף עוקצין הביא בשם התוספתא דטבול יום דאמר ר' יהודה הפל מודים במחנה לוקח שהוא פקרקע לכל דבר על הך פלוגתא דכוננת דפליגי ר"א ורבנן ע"ש.

ולפ"ז תקשה על התוספתא דקאמר דהפל מודים במחנה לוקח שהוא פקרקע לכל דבר דהא באמת מסקינן בב"ב (דף ס"ו) עפ"י משנה דכלים ה"ל דגם במחנה לוקח ס"ל לרבנן דלאו פקרקע.

ודחוק לומר דהתוס' פליג ע"ז. ואפשר לומר דהא בתוספתא ה"ל מבואר שם דר' יהודה אמר כן דבמחנה לוקח הוי פקרקע לכל דבר.

א"כ י"ל דר' יהודה דנוקא ס"ל כן. אבל באמת רבנן פליגי עליה דר"י וס"ל דלא הוי פקרקע לכל דבר לרבנן דר"א.

וכינן דרבנן פליגי עליה דר"י ע"כ הלכתא כת"ק דר"י דאף במחנך לקרקע פליגי וכמש"כ רע"א זצ"ל: וזולת זה י"ל דהתוספתא אגזיל לטעמיה דהנה בפ"ק דמעילה איתא בתוספתא שם הדר בצלו של שובה או בצלו של מערה לא נהנין ולא מועלין.

והובא תוספתא זו בכ"מ הל' מעילה פ"ה הל' ה'. והשעה"מ פ"ג ה' אישות ה"ג פירש לתוספתא זו דס"ל בתלוש וסוף חבירו חשוב כמחנך דליכא למימר דשובה דקתני מיירי בשובה העומד מאליה דהוי מחנך מעיקרו דא"כ היינו צל מערה.

וע"כ מיירי בצל שובה דתלוש וסוף חבירו ע"ש בשעה"מ. ע"כ י"ל דהתוספתא אגזיל לשיטתו ולכה נקטו לכלל גמור בתוספתא סוף טבול יום דתלוש וסוף חבירו הוי פקרקע לכל דבר.

אבל לדין דקיי"ל גבי הקדישו משכיר להבית דהדר ביה במעילה קאי כמבואר בערכין (דף כ"א). אלמא דבית דהוי תלוש וסוף חבירו הוי פתלוש גבי מעילה וכו' אמרו בחולין (דף ט"ז) דהוי פתלוש.

ע"כ שפיר אמרו בב"ב (דף ס"ו) דלרבנן מחנך לקרקע לא הוי פקרקע. וה"ה גבי הא דח"מ סי' צ"ה ואינו קשה מהתוספתא עליהם.

כן י"ל בכוננת התוספתא ה"ל: אבל מהא דקאמרי בירושלמי שביעית בשם מימרא ולא בשם התוספתא דבמחנך לקרקע הפל מודים שהוא פקרקע. ולא סייעו לכל דבר כמו הלשון דהתוספתא ה"ל.

ע"כ מוכח דלא נתפוננו להך תוספתא ה"ל. משום די"ל ג"כ דדווקא ר' יהודה קאמר כן להא דתוספתא ה"ל.

דאם ה"ה כוננת הירושלמי להך תוספתא ה"ל לא הוי קאמר ליה בלשון מימרא בפ"ע. וגם ה"ל למימר בלשון התוספתא דתני בלשון לכל דבר שני פעמים שם ע"ש.

א"כ מזה הירושלמי ראיה לסברת הקצה"ח ה"ל דדין שעבוד שאני דבזה אף תלוש וסוף חבירו הוי פקרקע: ולכאורה י"ל דכוננת הירושלמי ה"ל עוד למאי דכתב הרע"ב והרשב"ם בב"ב (דף ס"ה) במאי דאמר ר"א שם גבי פנונת דבורים דהרי הוא פקרקע.

דכוננתו לענין לקנות בכסף ושטר וחזקה. וכינן דקיי"ל כר' יוחנן דדבר תורה מעות קונה.

א"כ הא דמשלטלין אינו נקנין בכסף הוי זה מדרבנן וכינן דבמילי דרבנן הוי תלוש וסוף חבירו פקרקע וכמו דמבואר בב"ב (דף ס"ו) דשאני שאיבה דרבנן וכמש"כ הקצה"ח פנ"ל. ע"כ י"ל דלענין לקנותו בכסף גם רבנן מודו דהוי פקרקע מה"ט.

אף מ"מ זה אינו דהא משמע בירושלמי שם דר"ל קאמר להדא מילתא. והא ר"ל ס"ל משיכה מה"ת כמבואר ג"כ בירושלמי בב"מ פ' ד' סוף ה' ב' ע"ש.

ואף דנדחק לומר דמה דסייעו בירושלמי שביעית שם להך דמה אנו קיימין אם במחנך לקרקע הפל מודים שהוא פקרקע כו' דאין זה מן דברי ר"ל דמקודם שם. עכ"ז אין סברא לומר דכוננת הירושלמי הוי על לקנותו בכסף.

דְּהָא עַל שְׁטַר וְחִזְקָה לֹא שִׁינְיָה לְוֹמֵר כּוֹ. וְגַם כִּינּוּן דְּזֵה לֹא מְוַזְכֵּר בְּפִירוּשׁ בְּהַמְשָׁנָה שְׁם אֱלָא בְּכָלֵלָא דֵּה"ה פְּקָרְקַע ע"כ אִין סְבָרָא לְפָרֵשׁ כּוֹ.

וְיֹוֹתֵר נִרְאֵה כִּמְש"כ לְעֵיל דְּמוּכָח דְּקָאִי עַל פְּרוּזְבוּל דְּנִזְכָּר שְׁם בְּפִירוּשׁ בְּהַמְשָׁנָה. וְגַם עֵינְקֵר פֶּל הַפְּרָק דְּשָׁם מִיָּגְרִי הַכֹּל לְעִנּוּן דִּינִי שְׁבִיעִית.

וְע"כ מוּכָח מִהִירוּשְׁלָמִי כִּהַקְצָה"ח: עֲנָף ג' אִף בְּעֵינְקֵר סְבָרַת הַקְצָה"ח שְׁפָתַב דְּכִינּוּ דְּמַטְלָטְלִין מֵה"ת מִשְׁתַּעְבְּדִי אִף מְדַרְבְּנֵן לֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי וְכִמְש"כ הִרְשָׁב"א בְּסוּף קְדוּשִׁין ע"כ הָוִי זֶה מִיָּלִי דְּרַבְּנֵן.

יֵשׁ לְדוּן בְּזֵה הַרְבֵּה דֵּהַסְבָּרָא נֹוֹתְנָת כִּינּוּן דְּמָה דְּמַטְלָטְלִי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי מְדַרְבְּנֵן זֵהוּ מְשׁוּם דְּלֹא סְמָכָה דְּעָתוֹ עַל מַטְלָטְלִין מְשׁוּם דִּיכּוּל לְהַבְרִיחֵם וּלְהַצְנִיעֵם כִּמְש"כ רִשְׁ"י בַּב"מ (דף ס"ז).

א"כ מִמִּילָא מֵה"ט גַּם מֵה"ת לֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי כִּינּוּן דְּלֹא סְמָכָה דְּעָתוֹ עָלֵיהֶם וְהָוִי כְּמוֹ דְּמַסְלָק א"ע מֵהֶם. א"כ אִינוּ דוּמָה לְהָא דַּב"ב דְּאָמְרוּ דְּגַבִּי שְׁאִיבָה דְּרַבְּנֵן הָוִי תְלוּשׁ וּלְבַסּוּף חִיבְרוּ פְּקָרְקַע.

דְּשִׁאֲנִי שְׁאִיבָה דְּרַבְּנֵן דְּגַם עֲכָשְׁיוֹ לְאַחַר שְׁתַּקְנוּ חז"ל דְּמִים שְׁאוּבִין פּוֹסְלִין אִין זֵה אֱלָא רַק מְדַרְבְּנֵן. מִשְׁא"כ בְּהָא דְּמַטְלָטְלִי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי דְּנִיזוּל בְּתַר טַעְמָא דְּלֹא סְמָכָה דְּעָתוֹ עָלֵיהֶן א"כ מִמִּילָא מְטַעַם זֵה אִף מֵה"ת לֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי וּבְאֲמַת כּוֹן מִשְׁמַע בִּירוּשְׁלָמִי כְּתוּבוֹת פ"ט בְּמִשְׁנֵה ב' דְּמִי שְׁמַת וְהִנִּיחַ אִשָּׁה וְע"כ וְהָיָה לוֹ פְּקָדוֹן אוֹ מְלוּהָ בִּיד אַחֲרִים ר' טַרְפוֹן אָמַר כּוֹ וְרַע"א יִנְתֵן לִירוּשָׁיִם כּוֹ.

וְאָמְרוּ בִירוּשְׁלָמִי הִגַּע עֲצָמָה שְׁפָטְרוּ מִשְׁבּוּעָה זֹו תוֹרָה זֹו אִינוּ תוֹרָה. וּפִי' הַפ"מ שְׁם לְפִי מֵאִי דְּהָא דְּאִין גּוֹבִין מִמַּטְלָטְלִין הָוִי זֵה מֵה"ת ע"כ אִינוּ מֵה"ד לְגַבּוֹת מֵהַמַּטְלָטְלִין.

אֲלָמָא דְּמָה דְּמַטְלָטְלִי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי הָוִי זֵה מֵה"ת וְדִלָּא כִּהַקְצָה"ח וְהִרְשָׁב"א הֲנָ"ל: שׁוּב רְאִיתִי בְּחִזְקָתִי הִרְשָׁב"א לְסוּף קְדוּשִׁין שְׁפָתַב שְׁם בּוּזָה"ל דְּמָה"ת גּוֹבָה בַּע"ח מִמַּטְלָטְלִי דִּינְתָמִי אֱלָא מְדַרְבְּנֵן לֹא מִשְׁתַּעְבְּדִי מְשׁוּם דְּלֹא סְמָכָה דְּעָתוֹ דְּכִינּוּן דְּעֵינְקֵר אֶסְמַכְתָּא דְּלוּהָ לִיתָא אֲמַטְלָטְלִי לֹא גַבָּה מִינֵיהֶוּ וְכֵן מִשְׁמַע בִּירוּשְׁלָמִי פ' הַכּוֹתֵב גַּבִּי הָא דַּר"ע דְּאָמַר שְׁכּוֹלָן צְרִיכִין שְׁבּוּעָה וְאִין הִירוּשָׁיִם צְרִיכִים שְׁבּוּעָה וְגָרְסִינָן עָלֵהּ בִירוּשְׁלָמִי הִגַּע עֲצָמָה שְׁפָטְרוּ מִן הַשְׁבּוּעָה וּמִשְׁנֵי זֹו תוֹרָה זֹו אִינָה תוֹרָה מ"מ מֵהָאִי טַעְמָא הוּא מְשׁוּם דִּירְדָּה תוֹרָה לְסוּף דְּעָתָן שְׁל בְּרִיּוֹת דְּמַסְתָּמָא לָאוּ עֵינְקֵר אֶסְמַכְתִּינָהוּ אֲמַטְלָטְלִי.

וּמִיָּהוּ הִיכָא דְּשִׁיעְבַּד לִיה בְּפִירוּשׁ מַטְלָטְלִין גַּבִּי אֶפִּילוּ מִיִּתְמִי כּוֹ עַכ"ל הִרְשָׁב"א. הָרִי לְהִדְנָא דְּגַם הִרְשָׁב"א כְּתַב דְּהָאִדְנָא לְאַחַר תַּקְנַת חז"ל דְּרָאוּ דְּדַעְתָּן שְׁל בְּרִיּוֹת לֹא סְמָכוּ דְּעִתְיָהוּ אֲמַטְלָטְלִין ע"כ אִף מֵה"ת אִינוּ מְשׁוּעְבַּד וְהִבִּיא ג"כ לְהִירוּשְׁלָמִי דְּפָרְק הַכּוֹתֵב הֲנָ"ל דְּכְתַב דְּזֹו אִינָה תוֹרָה כּוֹנֵן.

וְכִינּוּן דְּאָמְרִינָן דְּלֹא סְמָכוּ דְּעִתְיָהוּ אֲמַטְלָטְלִין א"כ אִף מֵה"ת אִינוּ מְשׁוּעְבַּד עֲכָשְׁיוֹ. וּלְפ"ז מִבְּעֵי לְהִיּוֹת דָּאִף תְלוּשׁ וּלְבַסּוּף חִבְרוּ לֹא הָוִי פְּקָרְקַע גַּם לְגַבִּי שְׁעָבוּד.

משום דהא באמת לא הוי פקרקע במילי דאורייתא דגם זה הוא מילי דאורייתא דניזול
ביתר טעמא א"כ סברת הקצה"ח אינו פרו: אמנם עיקר סברת הקצה"ח שכתב דשעבוד
מטלטלין מה דאינו משועבד מקרי זה מילי דרבנן.

יש להביא ראיה לזה מב"ק (דף י"ב) דאין גובין מן העבדים וכתבו התוס' והרא"ש שם
משום דבמילי דרבנן הוי פמטלטלין. והש"ך ריש סי' ל"ט הוכיח מזה דס"ל להרא"ש
שעבודא לאו דאורייתא.

אבל היש"ש בב"ק שם פתב דס"ל להרא"ש דש"ד. ותמה הש"ך עליו שם.

אבל הקצה"ח ריש סי' ל"ט פתב שם לבאר דברי היש"ש הנ"ל עפ"י סברת הרשב"א
דסוף קידושין הנ"ל דמה"ת אף מטלטלין משתעבדי רק מדרבנן אינו משועבד. וכיון
דזהו רק מדרבנן ע"כ דינו כמו מטלטלין לענן מילי דרבנן.

וה"ה גבי קנין אגב דעבדים נקנין אג"ק כמש"כ היש"ש שם. והשער המשפט פתב כן
בריש סי' ר"ב וכמו דמבואר בסי' ר"ב סעי' ח' דאם עומדין העבדים בתוך הקרקע קנה.

ואף דזהו נגד הדין התורה דהא אג"ק הוי רק מדרבנן. עכ"ז פיון דתקנו דבמילי דרבנן
הוי ממילא פמטלטלין כו'.

ה"ה בזה דלגבי שעבוד דאף דמה"ת מטלטלין ג"כ משתעבדי. עכ"ז פיון דזהו מילי דרבנן
דתקנו דמטלטלין אינו משועבדים ע"כ גם עבדים נכללו בלשון מטלטלין דלא משתעבדי
מדרבנן עי"ש בקצה"ח סי' ל"ט.

וגם הקצה"ח בסי' צ"ה רמז לשם. וכ"כ הפנ"י בב"ק (דף י"ב) ובסוף ח"ג לטור סי' ל"ט:
ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ז' הבאתי ראי' לדבריהם מירושלמי קדושין פ"א
ה"ג דאמרו שם אית מתניתין אמרה עבדים פמטלטלין כו'.

אית מתניתין אמרה עבדים פקרקעות כו'. מיליהון דרבנן אמרי עבדי פמטלטלי דא"ר
יוסי בשם רבנן אין גובין מעבדים פקרקעות כו'.

ופירשתי שם דכוננתם ליישב סתירות דמצינו בעבדי דאית דנוכתא דדין פקרקעי ואית
דנוכתא דדין פמטלטלי וכמו דהקשה הפ"י בקידושין (דף כ"ב) דעבד נקנה במשיכה.

ותירצתי דשא"ה דד"ת מעות קונה וקנין משיכה הוי דרבנן וברבנן הוי עבדי פמטלטלי.
וזה דסיימו בירושלמי דמיליהון דרבנן אמרי עבדי בכלל מטלטלי.

דבמילי דרבנן הוי עבדי בכלל מטלטלי ובהביאו ראי' מהא דא"ר יוסי אין גובין מעבדים
וכעין דברי התוס' דב"ק (דף י"ב). ע"ש בספרי שהארכתי שמה.

א"כ לפ"ז מוכח מירושלמי ומהא דב"ק דאין גובין מעבדים דשעבוד מטלטלי דלא חל
עליהם הוי זה רק מדרבנן ע"כ ה"ה גבי תלוש וסוף חיבירו פיון דמה"ת משתעבדי י"ל
דדין פקרקעי וכמש"כ הקצה"ח: אכן באמת גם זה טעמא בעי במה דאמרו גבי עבדים
דלא משתעבדי אף דש"ד משום דהוי זה מילי דרבנן.

וכמש"כ הרשב"א והקצה"ח. הא פיון דלא משתעבדי למטלטלי משום דלא סמכה דעתו
עליהו וכמש"כ הרשב"א לקדושין בשם הירושלמי דפ' הכותב דזו אינה תורה.

א"כ ממילא מה"ת לא משתעבדי מה"ט. א"כ הוי זה מילי דאורייתא דהוקשו עבדי לקרקעות.

וע"כ דבר זה צריך ביאור עדיין לפי שיטת היש"ש דאף אי ש"ד ג"כ אין גובין מעבדים וכמש"כ הקצה"ח בריש סי' ל"ט פנ"ל. דהא זה הוי מילי דאורייתא ובמילי דאורייתא הא אתקשו עבדי לקרקעות.

ובאמת שי' הש"ף בסי' שס"ג ס"ק ב' דכתב בשם פמה ראשונים דכתבו דלכו אין גובין מעבדים משום דגם בהו שייף לומר הטעם דלא סמכה דעת המלנה עליהם כמו במטלטלין. משום דיכולין לברוח עי"ש.

אבל הפוסקים שכתבו הטעם משום דבמילי דרבנן הוי בכלל מטלטלין אלמא דלא ס"ל לסברת הש"ף בשם הראשונים הנ"ל. א"כ הא זה הוי מילי דאורייתא.

וקשה דאמאי כתבו דהוי מילי דרבנן. הא ניזיל בטר טעמא דהא דמטלטלין לא משתעבדי משום דלא סמכה דעתו עליהם.

אם כן הא בעבדים לא שייף ה"ט דהא לא סבירא להו לסברת הש"ף בסי' שס"ג הנ"ל. מדכתבו הטעם דלכו אין גובין משום דהוי מילי דרבנן א"כ תקשה פנ"ל.

וכעין זה מצינו בתוס' בכורות (דף נ"ב) שכתבו בשם הר"ת דעכשיו דתקנו הגאונים שגובין ממטלטלין דיתמי הוי זה מה"ת. והובא זה בפני יהושע לב"ק (דף י"ב) על תוס' ד"ה אנה מתנייתא דענא כו'.

ובפנ"י בסוף ח"ג על טור ח"מ סי' ל"ט. ובתנאים סי' ק"ז ס"ק ד'.

ונזהו מה"ט דכיון דתקנו הגאונים דגובין ממטלטלין דיתמי א"כ ממילא סמכה דעתו עליהו ע"כ ממילא משתעבדי מה"ת וקצתתי: ** (הגה"ה ובעיקר הדבר אי מטלטלין משתעבדי מה"ת.

יש לדון בזה לפמש"כ הרשב"ם בב"ב (דף קע"ה) בד"ה שעבודא דאורייתא יוציא אליף העבוט וה"ה למקרקעי עכ"ל. ועיין בתוס' שם ד"ה דבר תורה כו'.

ובחידושי פני יהושע לטור ח"מ סי' ל"ט שביאר היטיב דברי הרשב"ם הנ"ל. א"כ משמע דס"ל להרשב"ם דמה"ת אף מטלטלין משתעבדי.

ומצאתי פעת באו"ת סי' ל"ט ס"ק ב' שהעיר בדברי הרשב"ם הנ"ל. ועפמש"כ יש לעיין בדבריו וגם יש לדון על פי זה בפסגיא דב"מ (דף קט"ו) במה שאמרו מאחר שמתזרין למה ממשפנין כו' ולא יעשה מטלטלין כו'.

ובמק"א הארכתי בזה (ע"כ הגה"ה): ** ענף ד והנראה לענ"ד בזה עפ"י מש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ט בזה"ל ובלא"ה ג"כ צריך ביאור במש"כ הרשב"א דמטלטלין לא משתעבדי מדרבנן. דהא פיון מה דלא משתעבדי הוי זה משום דלא סמך המלנה דעתו עליהם והוי כמו דמחל השעבוד א"כ ממילא אין עליהם שעבוד כלל אף מה"ת.

ובחידושי לח"מ פתבתי לפרש פנונת הרשב"א הנ"ל די"ל דהא דאמרו דאינו סומך המלנה דעתו עליהם אינו אלא בגדר סילוק. משום דהא מחילה בפירוש לא הוי לפנינו.

ולכן לא הני זה אלא כמו פותב לו דו"ד אין לי בנכסייך וכמו הך דכתובות (דף צ"ה). והני כמו דסילק א"ע ממטלטלין ומבואר בתוס' פתובות שם בד"ה וכי פתבה כו' דמה דטורף מן לקוחות לא מהני סילוק דזה הני כמו פותב בעודה נשואה דין ודברים אין לי בנכסייך דאין בדבריו פלום אף במה דאינו טורף מלקוחות מהני הסילוק עי"ש.

ולכן מה"ת דטורף אף מן המטלטלין הנמכרים. ע"כ אף דלא סמך דעתו עליהן עכ"ז משמעדי מה"ת דלא י'הא עדיף מן סילוק בפירוש דלא מהני מה"ת.

ואף במטלטלין היכא דגוף החפץ הני שלו הא לא מהני סילוק. אף דיכול להבריהו ולהצניעו מכ"מ הא לא מהני סילוק דכתב לו דין ודברים אין לי.

והוא הדין גבי שעבוד פיון דיכול לטורף מלקוחות א"כ הני זה כמו דגוף החפץ הני שלו וכמש"כ התוס' פנ"ל. אכן עכשיו שתקנו חז"ל דאינו טורף מטלטלין מלקוחות משום דלאו בני קול נינהו במבואר בב"ק (דף י"א) וב"ב (דף מ"ד).

ומה"ט אף היכא דכתב בשטר מטלטלין וקרקע ולא פתב אגב ג"כ אינו גובה ממשעבדי משום דלית לי קלא וזהו מצד תק"ח ז"ל. וכמש"כ התנאים בסי' ק"ד ס"ק א' בשם הרמב"ן והרשב"א עי"ש.

לכן היכא דלא פתב בפירוש מטלטלין וקרקע מהני סילוק גבייהו דאינו גובה אף מיתמי. וכיון דאינו סומך דעתו עליהם הני זה כמו סילוק גמור דזה מהני במטלטלין האידנא לאחר שתקנו חז"ל דאינו טורפן מלקוחות.

ולפ"ז פקע שעבודם אף מה"ת לאחר תקחז"ל דאינו טורפם מלקוחות עכ"ל בספרי שם: ולפ"ז י"ל דגם היש"ש וסייעתו ס"ל דגם גבי עבדים שיניך לומר דלא משמעדי כמו במטלטלין. משום דגם בהו שיניך הטעם לומר דלא סמכה דעתו עליהם משום דיכולין לברוח.

וכמש"כ הנש"ך בסי' שס"ג הנ"ל בשם פמה ראשונים. וכן פתבו התוס' ביבמות (דף צ"ט) ד"ה מני ר"מ היא.

וכן פתב הרשב"ם בב"ב (דף קכ"ח ע"א) ד"ה ור"נ אמר אין גובין. רק דהנה קשה להו ע"ז הטעם דזה אינו מספיק לחודא.

משום דעדיין תקשה הא תינח היכא דהני מלנה ע"פ דאז אינו טורף מלקוחות. א"כ הני זה כמו פותב לה בעודה ארוסה דכיון דאין החפץ ברשותו דהא אינו יכול לטורף מהלקוחות ע"כ מהני סילוק וכמש"כ התוס' בכתובות פנ"ל.

וה"ה היכא דלא סמכה דעתו דזה הני כמו סילוק בפירוש. אבל במלנה בשטר דטורף לעבדים הנמכרים מלקוחות דהא הוקשו לקרקעות.

א"כ ממילא אף די"ל דלא סמך המלנה דעתו על שעבוד העבדים. מ"מ לא יהי עדיף מן סילוק בפירוש דלא מהני פיון דטורפן מלקוחות.

א"כ הני זה כמו פותב לה בעודה נשואה דלא מהני. א"כ קשה האיהו אמרו דאין גובין מן העבדים ומשמע אף במלנה בשטר.

וְלָכֵן פָּתְבוּ לומר הטעם בְּזֶה מִשׁוֹם דְּבִמְקִילֵי דְרַבְּנָן הוּי עֲבָדֵי בְּכָלֵל מִטְּלָטְלִין. וְכִינּוּן דְּתַקְנּוּ חַז"ל גְּבִי מִטְּלָטְלִין דְּאִף הֵיכָא דְשִׁעְבְּדוּן בְּפִירוּשׁ כָּל זְמַן דְּלֹא פָּתַב אַגַּב דְּלֹא יִהְיֶה גּוֹבָה מִן הַמִּטְּלָטְלִין מִשׁוֹם דְּלִית לֵי קָלָא.

א"כ ה"ה בְּהַדְּ תַקְחוּ חַז"ל דְּתַקְנּוּ פֶּן עַל מִטְּלָטְלִין נְכָלֵל בְּזֶה גַם עֲבָדִים דְּהָא בְּמִקְלֵי דְרַבְּנָן הוּי עֲבָדֵי בְּכָלֵל מִטְּלָטְלִין. רַק בְּעֵשָׂה עֲבָדֵי אֲפֹתִיקֵי שְׂאֵנֵי דְבְּזֶה אִית לֵי קָלָא.

וְכִינּוּן דְּעֲבָדֵי הוּי בְּכָלֵל מִטְּלָטְלֵי לְעֵנֵן מִקְלֵי דְרַבְּנָן. וְכוּ לְעֵנֵן לְגַבּוּתָן מִמְּשַׁעְבְּדֵי דְתַקְנּוּ דְאִינוּ גּוֹבָה מִלְּקוּחוֹת לְמִטְּלָטְלִין הַנְּמַכְרִים דְּגַם עֲבָדֵי הוּי בְּכָלֵל זֶה.

ע"כ מְהֵנֵי מַה דְּלֹא סְמַכָּה דְעֵתוֹ עַל שְׁעֵבוּד הָעֲבָדִים וְהוּי כְּמוֹ סִילּוּק בְּפִירוּשׁ דְּמְהֵנֵי. וְע"כ אִין דִּין שְׁעֵבוּד פָּלֵל עַל הָעֲבָדִים אִף בְּמַלְוָה בְּשִׁטָּר.

וְלָכֵן אִין גּוֹבִין עֲבָדִים הֵן מִיְתוּמִים וְהֵן מִלְּקוּחוֹת. וְא"ש דְּבָרֵי הַיִּש"ש וְסִייעָתוֹ דְּכָתְבוּ הַטַּעַם דְּאִין גּוֹבִין מִן הָעֲבָדִים מִשׁוֹם דְּבִמְקִילֵי דְרַבְּנָן הוּי בְּכָלֵל מִטְּלָטְלִין אִף דַּס"ל שְׁעֵבוּדָא דְאִוּרְיִיתָא: וְלִפ"ז אִינוּ שׁוֹם סְתִירָה מִיְרוּשְׁלָמֵי דְכְּתוּבוֹת פ' הַפּוֹתֵב דְאָמְרוּ גְּבִי מִטְּלָטְלִין דְּזוֹ אִינוּ תוֹרָה.

מִשׁוֹם דְּעֲכָשְׁיוֹ דְּתַקְנּוּ חַז"ל דְּאִינוּ טוֹרָף מִמִּטְּלָטְלִין הַנְּמַכְרִים ע"כ מִמִּילָא מְהֵנֵי סִילּוּק בְּהוּ. וְה"ה מִשׁוֹם מַה דְּרָאוּ חַז"ל דְּלֹא סְמַכּוּ דְעֵת הַבְּרִיּוֹת עַל מִטְּלָטְלִין דְּהֵנֵי כְּמוֹ סִילּוּק בְּפִירוּשׁ דְּמְהֵנֵי מַה"ת.

וְהוּי כְּמוֹ כָּל אֲוִמְדָנוֹת דְאָמְדוּ חַז"ל כְּדִמְצִינוּ בַּש"ס סְבַכְמָה דְּוֹכְתֵי דְזֶה מִקְרֵי דְאִוּרְיִיתָא. וְהָא דְאָמְרוּ בִירוּשְׁלָמֵי לְקַדוּשֵׁין דְמַה דְאִין גּוֹבִין מִן הָעֲבָדִים הוּי זֶה בְּכָלֵל מִקְלֵי דְרַבְּנָן.

הַטַּעַם הוּא מִשׁוֹם דָּאֵם הָיָה מִקְלֵי דְאִוּרְיִיתָא א"כ הִי גּוֹבָה מִן הַלְּקוּחוֹת בְּמַלְוָה בְּשִׁטָּר וְלֹא הִי מְהֵנֵי אִף סִילּוּק בְּפִירוּשׁ. אִף מִשׁוֹם דְּהֵנֵי מִקְלֵי דְרַבְּנָן מַה דְּלֹא גְּבִי מִמִּטְּלָטְלִין הַנְּמַכְרִים.

א"כ עֲבָדֵי בְּכָלֵל מִטְּלָטְלִין בְּמִקְלֵי דְרַבְּנָן וְע"כ מְהֵנֵי סִילּוּק בְּהוּ מַה דְּלֹא סְמַכָּה דְעֵתוֹ עַל עֲלִיָּהּ דְזֶה הוּי כְּמוֹ סִילּוּק. וְגַם י"ל דְמַה דְּלֹא סְמַכָּה דְעֵתוֹ הוּי כְּמוֹ יֵאוּשׁ.

וְיֵאוּשׁ הָא לֹא מְהֵנֵי רַק בְּדָבָר שְׂאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ וְכַמֶּש"כ הַקְצָה"ח וְהַנְּתִיבוֹת בְּסִי' רנ"ט. וְע"כ הֵיכָא דְטוֹרָף מִמְּשַׁעְבְּדֵי הוּי זֶה כְּמוֹ דְבָר דְּבִרְשׁוּתוֹ דְּלֹא מְהֵנֵי הֵיאוּשׁ.

וְיֵשׁ לְהַאֲרִיף בְּזֶה הַפְּרָט הַרְבֵּה. וְע"כ הָעֵינְקָר כַּמֶּש"כ לְעֵיל דְּבַתוֹרַת סִילּוּק נִגְעוּ בִי'.

וְאֵתִי שְׁפִיר לִפ"ז דְּלֹא סְתָרֵי דְבָרֵי הַיְרוּשְׁלָמֵי לְהַדְּדֵי וְכַפִּי שְׁכַתְבִּיתִי בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק בְּכַוֵּנָת הַיְרוּשְׁלָמֵי דְקַדוּשֵׁין כַּנ"ל: עֲנָף הַ וְעַכְשָׁיו נַחְזוֹר לְדַבְּרֵי הַקְצָה"ח בְּהָא דְתַלּוּשׁ וְסוּף חִיבְרוּ שְׁכַתְבּוּ דְכִינּוּן דְמַה דְּמִטְּלָטְלִין לֹא מִשְׁתַּעְבְּדֵי הוּי מִדְּרַבְּנָן ע"כ בְּזֶה הוּי תַלּוּשׁ וְסוּף חִיבְרוּ פְקָרְקַע.

דְּבַאֲמַת לִפִּי מַה שְׁהִבֵּאתִי לְעֵיל לְשׁוֹן הַרְשָׁפ"א דְסוּף קַדוּשֵׁין דְּכַתְבּוּ דְיִרְדָּה תוֹרָה לְדְעֵתָן שְׁל בְּרִיּוֹת דְּלֹא סְמַכָּה דְעֵתֵיהוּ אִמִּטְּלָטְלִין וְע"כ אָמְרוּ בִירוּשְׁלָמֵי כְּתוּבוֹת דְּזוֹ אִינָה תוֹרָה.

א"כ לפ"ז מוכח דגם לשי' הרשב"א הוי הא דמטלטלי לא משתעבדי כמו כל מילי דאורייתא מצד אומדנא דאמרו חז"ל. וכמו כל אומדנות דמצינו בש"ס בכ"ד דדינא כמו דאורייתא ממש.

וע"כ הא דמטלטלי לא משתעבדי הוי זה האידנא מצד אומדנות חז"ל על דעתן של בריות דלא סמכה דעתיהו כמו כל מילי דאורייתא. וע"כ כמו בכל מילי דמצינו דמחלקים בין מטלטלי למקרקעי דה"ה בהה מילתא.

ולכן תלוש וסוף חיברו דאין דינו פקרקע לרבנן דר"א במילי דאורייתא. ה"ה בזה דלא משתעבדי מטלטלי.

וע"כ אף תלוש וסוף חיברו הוי בכלל מטלטלי וזה נכלל במה דאמרו חכמים דר"א גבי פנונת דבורים דאין דינן פקרקע כמו דאמרו בפירושו. והרשב"ם והרע"ב פירשו שם דקאי על לקנותו בכסף ושטר ונזקה.

ובאמת י"ל דה"ה לענין שעבוד ג"כ אין דינן פקרקע מדסתמו בזה. ואף במקושר לקרקע פליגי רבנן וכמש"כ רע"א זצ"ל להקשות על הרע"ב ה"ה.

כדמוכח ממשנה דכלים בדרך של נחתומין פנ"ל. ומה דכתב הקצה"ח לחלק דשאני שעבוד דהוי מילי דרבנן.

נדחה זה לכמש"כ דגם זה הוי בכלל מילי דאורייתא: אכן יש לדון בתלוש וסוף חיברו לענין שעבוד דיהיה דינו כמו קרקעי היכא דיש לו מלוג בשטר. לא מיבעיא אם כתב בשטר מטלטלי ומקרקעי אף דלא כתב אגב קרקע.

פינן דאז משתעבדי אף מטלטלין מה"ת אלא מצד תקוז"ל דתקנו דאינו גובה ממטלטלי משום דלית להו קלא וכמש"כ התנאים בסי' ק"ד ס"ק א'. א"כ הא פינן דמה"ת משתעבדי וגובה מן לקוחות אלא מדרבנן לא גבי.

ע"כ בכה"ג דומה זה שפיר להא דשאייבה דרבנן דבזה אף תלוש ולבסוף חיברו הוי פקרקע. ולפ"ז ה"ה אף היכא דלא כתב מטלטלין בפירושו מ"מ פינן דיש לו מלוג בשטר דמה"ת טורף מלקוחות אף מטלטלין.

ואף דלא סמכה דעתו על מטלטלין מ"מ הא לא עדיף מן סילוק בפירושו דלא מהני היכא דיכול לטרוף מלקוחות כמש"כ התוס' בכתובות (דף צ"ה). והא דמהני סילוק במטלטלין זהו משום דהאידינא דתקנו חז"ל דאינו טורף מטלטלין מן הלקוחות הוי זה כמו דבר שאינו ברשותו דמהני סילוק.

אכן בתלוש ולבסוף חיברו הדין נותן דטורף מלקוחות במלוג בשטר כמו כל קרקע פינן דמה"ת אף מטלטלין טורף מלקוחות. א"כ דומה זה לשאיבה דרבנן דבכה"ג הוי תלוש ולבסוף חיברו פקרקע פינן דמה דאינו טורף מן הלקוחות אינו אלא מדרבנן.

ובתלוש ולבסוף חיברו במילי דרבנן אוקמי אדאורייתא. ודווקא גבי עבדים פתבו הראשונים דבמילי דרבנן דינו כמטלטלין.

אבל לא בתלוש ולבסוף חיברו כמבואר בב"ב (דף ס"ו). לכן הדין נותן במלנה בשטר דאף תלוש ולבסוף חיברו דינו פקרקע להיות גובה ממשעבדי.

וכיין דגובה ממשעבדי ע"כ אף דנימא דגם בתלוש ולבסוף חיברו לא סמכה דעתו עליו כמו כל מטלטלין. וכמו שפירא מדברי הש"ך דגם בתלוש ולבסוף חיברו שיניף לומר ג"כ דלא סמכה דעתו.

דאל"כ ה"ל להש"ך לומר בקיצור דלכן בית משועבד משום דלא שיניף בזה לומר דיכול להצניעו. עכ"ז כיין דטורפן מלקוחות היכא דכתב מטלטלין וקרקע אף בלא אגב הדין נותן דלא מהני סילוק.

וה"ה מה"ט אף בלא כתב מטלטלין בפירוש ג"כ הדין נותן דלא מהני אף סילוק בפירוש דהוי כמו פותב לה בעודה נשואה דין ודברים אין לי עליה דלא מהני. כיין דאם לא הנה מסלק א"ע הנה טורפן מלקוחות ע"כ אינו מועיל סילוק פנ"ל: הינצא לנו מזה גבי תלוש ולבסוף חיברו דבמלנה ע"פ דינו כמטלטלין.

ובמלנה בשטר כיין דטורף הקרקע מלקוחות וגם מטלטלין הא טורף מה"ת. ע"כ תלוש ולבסוף חיברו דינו פקרקע אף דלא כתב מטלטלין בפירוש.

אף במלנה ע"פ אף דמה"ת טורף לקרקע מן הלקוחות למאן דס"ל ש"ד. עכ"ז כיין דעכשיו דתקנו חז"ל דמלנה בע"פ אינו טורף מן לקוחות לכן מהני סילוק.

דעיקר הטעם תלוי היכא דיכול לטרוף בכל שעה אז הוי זכות השעבוד כדבר שפידו דלא מהני סילוק וכמש"ש הנתיבות בסי' ר"ט ס"ק ו' עי"ש. א"כ ה"ה מה"ט הוי תלוש וסוף חיברו כמטלטלין כיין דאף בלא הסילוק לא הנה יכול לטרוף ממשעבדי עכ"פ הנה מאיזה טעם שיהיה.

ע"כ ממילא משום מה דלא סמכה דעתו על המטלטלין הוי זה כמו סילוק דמהני היכא דאינו יכול לטרוף מלקוחות אף אם לא הנה מסלק מהם בפירוש במלנה בע"פ. אבל במלנה בשטר דאם לא הנה מסלק מהם הנה טורפן ממשעבדי אף בתלוש וסוף חיברו.

משום דבמילי דרבנן דתקנו דלא יטרוף למטלטלין מלקוחות הוי תלוש ולבסוף חיברו פקרקע כמש"כ הקצה"ח וטורפן מלקוחות אם לא הנה מסלק מהם. וע"כ ממילא לא מהני סילוקו וע"כ במלנה בשטר הוי תלוש וסוף חיברו פקרקע: ולפ"ז יש לפרש למאי דקאמרי בירושלמי דהפל מודים במקורב לקרקע שהוא פקרקע וכתבתי לעיל לפרש דכוננתו לענין פרוזבול דכל הפרק דשם מייירי לענין שביעית.

די"ל דקאי על מלנה בשטר כמבואר שם בשביעית ריש פרק יו"ד דשביעית משמטת אף מלנה בשטר כו'. ור' יוחנן דרצה לומר שם דזהו בשטר שאין בו אחריות נכסים חזר בו בסוף כמבואר בגיטין (דף ל"ז) ובירושלמי ריש פרק יו"ד דשביעית דאמר מפני שאנו מדמין נעשה מעשה.

ע"כ אינו סתירה מהירושלמי לדברינו: ועוד יש לומר בכוננת הירושלמי במאי דאמר הפל מודים במקורב לקרקע שהוא פקרקע דקאי אף במלנה בע"פ. ואף לפי מה שנתבאר דבמלנה ע"פ הוי תלוש ולבסוף חיברו לאו פקרקע לענין שעבוד.

מ"מ י"ל דְּכוּתְבִין פְּרוּזְבוּל ע"ז פִּינּוּ דְּעֵיקָר מַה דְּצָרִיף פְּרוּזְבוּל אִין זֶה רַק מְדַרְבְּנּוּ
כַּמְבּוֹאָר בְּגִיטִין (דָּף ל"ו) דְּמִקְשׁוּ מִי אִיכָא מִיָּדִי דְּמִדְּאוּרִייתָא מְשַׁמְטִי שְׂבִיעִית וְאִתְקִין
הִלְל דְּלֹא מְשַׁמְטִי וְתִי אַבְיִי בְּשִׁבְעִית בּוּזָה"ז ור' הִיא.

וְעֵינּוּ בְּתוֹס' שָׁם ד"ה מִי אִיכָא מִיָּדִי כו' דְּרָבָא לֹא בְּעֵי לְשִׁנוּי הֵךְ קוּשְׁיָא. וּכ"כ הַכ"מ שָׁם
מְטַעַם אַחַר.

וְכֵינּוּ דְּעֵיקָר מִלְתָּא דְּבְּעֵי פְּרוּזְבוּל אִין זֶה רַק מְדַרְבְּנּוּ. ע"כ הָא בְּדַרְבְּנּוּ הָוִי תְּלוּשׁ וּלְבַסּוֹף
חִיבְרוּ פְּקַרְקַע דְּמוֹקְמִינּוּ אִדְּאוּרִייתָא בְּזָה כְּמוֹ הָא דב"ב גְּבִי פְּשׁוּטִי פְּלִי עֵץ וּשְׂאִיבָה
דְּרַבְּנּוּ פנ"ל.

וְאַף דְּאִין עָלִיהֶן תּוֹרַת שְׁעֵבוּד מ"מ כּוּתְבִין פְּרוּזְבוּל ע"ז מְשׁוּם לֹא פְּלוּג רַבְּנּוּ פִּינּוּ דְּשָׁם
קַרְקַע ע"ז. וְכַמְש"כ הַתּוֹס' כה"ג בב"ק (דָּף י"ב) ד"ה פְּרוּזְבוּל חָל עַל הַקַּרְקַע כּו' וְנ"ל
אִין כּוּתְבִין פְּרוּזְבוּל אֲלֵא עַל דְּבָר שְׂאִי אֲפָשָׁר לְכַלּוֹתוֹ וְאֵע"ג שְׂכוּתְבִין עַל עֲצִיץ נְקוּב
פִּינּוּ דְּחֻשׁוּב קַרְקַע לֹא פְּלוּג רַבְּנּוּ עכ"ל.

וּמְשַׁמְעֵה הַתּוֹס' דְּדִין שְׁעֵבוּד אִינוּ חָל עַל עֲצִיץ נְקוּב דְּכֵינּוּ דְּאֲפָשָׁר לְכַלּוֹתוֹ ע"כ לֹא סְמָכָה
דְּעֵתוֹ עָלָיו כְּמוֹ בְּכָל מְטַלְטְלִין דְּלֹא סְמָכָה דְּעֵתוֹ עָלִיהֶן מִפְּנֵי שְׂיִכּוּלְהוּצִיאָן דְּזִיל בְּתַר
טַעְמָא.

וְאַפ"ה כּוּתְבִין פְּרוּזְבוּל עַל עֲצִיץ נְקוּב כַּמְבּוֹאָר בְּגִיטִין (דָּף ל"ז) מְשׁוּם פִּינּוּ דְּשָׁם קַרְקַע
עָלָיו ע"כ כּוּתְבִין פְּרוּזְבוּל ע"ז. וְאַף דְּעֵיקָר הַטַּעַם דְּבְּעֵי קַרְקַע לְפְּרוּזְבוּל הָוִי מְשׁוּם
דְּחֻשׁוּב כְּגַבּוּי.

עכ"ז פִּינּוּ דְּנִתְקִימִים תְּקַנְתָּ חז"ל דְּתַקְנוּ דְּיִכְתּוּבוּ פְּרוּזְבוּל עַל קַרְקַע סְגִי בְּזָה אַף דְּלֹא שְׁיִיף
כ"כ הַטַּעַם הַנֶּ"ל. מ"מ מְהֵנִי לְעַנְנֵי פְּרוּזְבוּל.

א"כ ה"ה בְּתְלוּשׁ וּלְבַסּוֹף חִיבְרוּ פִּינּוּ דְּבְּדַרְבְּנּוּ הָוִי פְּקַרְקַע ע"כ יֵשׁ לְכַתּוּב פְּרוּזְבוּל עָלָיו.
וְלָכֵן קְאָמְרִי בִּירוּשְׁלַמִי דְּבַמְחֻזְבָּר לְקַרְקַע הַכָּל מוֹדִים שְׁהוּא פְּקַרְקַע לְעַנְנֵי פְּרוּזְבוּל.

וְאַף דְּנִתְבָּאָר דְּשְׁעֵבוּד לִיכָא עָלָיו בְּמִלְוָה ע"פ. עכ"ז פִּינּוּ דְּשָׁם קַרְקַע עָלָיו ע"כ יוֹצֵא יָדִי
חוּבְתוֹ בְּכַתִּיבַת פְּרוּזְבוּל דְּהִצְרִיכוּ שְׂיִהִיָּה לּוֹ קַרְקַע: וְלָכֵן שְׁפִיר כְּתִיבַתִּי לְחַלְקֵי בֵּין שְׁטַר
לְבֵּין מִלְוָה ע"פ בְּתְלוּשׁ וּלְבַסּוֹף חִיבְרוּ לְעַנְנֵי שְׁעֵבוּד.

רַק בֵּית שְׂאֵנִי כַּמְש"כ הַשְּׁ"ף לְחַלְקֵי בֵּין בֵּית לְשְׂאֵרֵי תְּלוּשׁ וּלְבַסּוֹף חִיבְרוּ כַּמְבּוֹאָר שָׁם
לְחַלְקֵי בֵּין פּוֹתֵל בְּנֵן לְבֵית דְּבֵית ה"ל פְּקַרְקַע לְכָל דְּבָר. אֲבָל בְּשְׂאֵרֵי תְּלוּשׁ וְסוּף חִיבְרוּ
יֵשׁ לְחַלְקֵי בֵּין מִלְוָה בְּשְׁטַר לְבֵּין מִלְוָה בַּע"פ ע"פ סְבָרַת הַקְּצָה"ח.

רַק דְּלֹא כַּהַקְּצָה"ח דְּלֹא מְחַלְקֵי בֵּין שְׁטַר לְבַע"פ. וְיֵשׁ עוֹד לְהִזְרִיף בְּכָל זֶה רַק עֵת לְקַצֵּר.
וְעֵינּוּ בַּמַּג"א ס' תרל"ז ס"ק ז' וּבְסִפְרֵי ח' או"ח ס' ד' עֲנָף ה'. בַּד"ה וּבַמַּג"א ס' תרל"ז
כו': ב (שָׁם סְעִיף ד' שְׁ"ף ס"ק י"ז בַּא"ד) בַּד"ה אֲכֵן לְעַנְנֵי דִּינָא כּו' כְּתִבַּת דְּאַף לְמ"ד
דְּאֲמַרִּינּוּ מִיגוֹ לְאֲפְטוּרֵי מְשֻׁבְּעָה הִינּוּ מְש"ח.

אֲבָל בַּש"ה לֹא פְּלוּג רַבְּנּוּ בְּתַקְנָתָא כַּמְבּוֹאָר בְּרִיטְב"א דְּלֹא אֲמַרִּינּוּ מִיגוֹ לְאֲפְטוּרֵי
מְשֻׁבְּעַת הִיפְסַת. וּכ"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי ס"ו ס"ק קכ"ה.

ועיין בפ"ד סי' ס"ד ס"ק ו'. והתנאים בסי' צ"ה ס"ק ו' כתב להוכיח פן משבועות (דף מ') בלישנא בתרא דלא חייב ר"נ ש"ה אלא באומר לניתי ופרעתי אבל לא באומר להקד"ם וקשה הא יש לו מיגו דלהקד"ם וצ"ל דאף דיש לו מיגו מ"מ תיקן ר"נ היסת עכ"ל: ואין זה ראיה דהא שם בשבועות מיירי בהודאה בפני עדים.

וע"כ באמר אין לה בידו חייב רק באומר נתינו לה פטור א"כ אין לו מיגו כלל. אכן פן מבואר להקד"ם בתוס' בב"ק (דף קי"ח ע"א) ד"ה ר"נ וריו"ח כו' בשם ר"ת דס"ל כל"ב דר"נ דשבועות ה"ל דאינו חייב ש"ה רק במודה שהוא חייב רק שטוען פרעתי אע"ג דליכא עדים בההוה הודאה והיה יכול לכפור בשעה שטוען פרעתי אפ"ה חייב ש"ה.

א"כ מוכח פהש"ה דמיגו לאפטורי מש"ה לא אמרינו. וכ"כ בהגהות מרדכי לב"מ פ' שנים אוחזין.

ועיין בכללי מיגו של הכנה"ג דהובא בתנאים ס"ק קי"ג בשם התוס' דס"ל דאמרינו מיגו לאפטורי משבועה. והתוס' בב"ק שם פתבו בלשון אע"ג דהתם בשבועות יש עדים בהודאה ולפי פשט הלכה משמע דלמאן דמתני אסיפא חשיב לה דררא דמונא משום דאיכא עדים בהודאה שא"ל אתמול הן ואין יכול עתה לכפור כו'.

אפ"ה ס"ל לר"ת דאף היכא דליכא עדים והיה יכול לכפור ולומר להקד"ם אפ"ה חייב שבועת היסת ולא מהני מיגו. ונעלם התוס' ה"ל מהאו"ת.

וכ"כ הגימוקי יוסף בב"ק שם ע"ש. וע"כ לדינא העיקר פהש"ה דלא אמרינו מיגו לאפטורי משבועת היסת: וכן מוכח מהא דיו"ד סי' ס"ט סעי' כ"ה במה שהביא הט"ז שם למש"כ הרא"ש דאם טוען הנתבע טענת בהיתר לקוחתי הרבית א"צ שבועה.

ואם טוען להקד"ם חייב שבועה. והקשה הבית יוסף דיהיה מהימן במיגו דהיה בהיתר ות"י הב"י דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינו.

והובא בבאר הגולה שם. וע"ז תמה הט"ז הא אי' בח"מ סי' צ"ג בשם הרא"ש דס"ל דאמרינו מיגו בזה.

אמנם לפמש"כ הש"ה דבשבועת היסת כ"ע מודו דלא אמרינו מיגו לאפטורי אתי שפיר פוננת הבית יוסף. ובאמת הט"ז אגיל לשיטתו כפי שכתב הט"ז בסי' צ"ה סעי' ד' דאין לחלק בין שבועת היסת בזה למאן דס"ל דאמרינו מיגו לאפטורי משבועה ע"ש.

ע"כ שפיר הקשה פן על הבית יוסף. ומה דתירץ הט"ז ביו"ד שם דלכן לא מהימן במיגו דהיה בהיתר דאפשר דאינו יודע ההיתר.

אין זה נכון לדינא לפמש"כ הש"ה בח"מ סי' ס"ו ס"ק נ"ו דאמרינו מיגו אף בהנה"ה מיגו שצריכין לימוד ועומק גדול בים התלמוד דאל"כ בטלו כמה דיני מיגו ע"ש. ואפשר לומר בזה דהא הט"ז כתב שם פן ביו"ד לתרץ דברי הרא"ש.

והא הרא"ש ס"ל שם כפי דהובא בפ"ד שם דס"ל דבמיגו ג"כ אמרינו לאו כו"ע דינא גמירי. א"כ שפיר י"ל כסברת הט"ז לתרץ דברי הרא"ש לשיטתו.

אָבֵל לְדִינָא לִפְמִשׁ"כ הַשְּׁ"ף וְשֵׁם דְּלָא פְּהֵרָא"ש בְּזָה. וְאַפְ"ה אָמְרוּ בִּיּו"ד שְׁם גַּבִּי טוֹעֵן לְהַדְ"ם דְּצָרִיף שְׁבוּעָה וְלָא מְהִימֵן בְּמִיגוּ דְּבַהֲיָתֵר לְקַחְתִּי הַרְבִּית.

דְּשִׁפִּיר מוּכַח מְזָה דְּלָא אָמְרִינְן מִיגוּ לְאַפְטוּרִי מִשׁ"ה. וְגַם הָא פְּתַב הַשְּׁ"ף וְשֵׁם בְּסִי' ס"ו ס"ק נ"ו הַנְּ"ל דְּהֵרָא"ש סוּתֵר ד"ע בְּזָה.

וְעַל פִּי זָה יֵשׁ לְתַרְזֵן מַה שְׁהַקְשָׁה הַקְצָה"ח בְּסִי' פ"ז ס"ק כ"ז עַל הַמַּהֲרִי"ט מִן הַתּוֹס' ב"ק (ד' ק"ז ע"ב) ד"ה הוֹאִיל וְיִצְא יְדֵי בְּעָלִים כו'. וּבִמְק"א הָאֲרַכְתִּי בְּזָה: ג (שְׁם סְעִיף ד') שְׁטֵר מְסַרְתִּי לָהּ כו' אוּ שְׁטָעֵן שְׁאָבֵד פְּטוּר אַף מְשִׁבוּעַת הַיִּסְת כו'.

וְהַסְמ"ע וְהַשְּׁ"ף תְּמַהוּ עַל דְּבָרֵי הַמְּחַבֵּר בְּזָה. וְעֵינֵינוּ לְעֵיל סִי' ס"ו סְעִי' ל"ט עֲנָף ב' שְׁפַתְבָּתִי לְתַרְזֵן קוֹשְׁיָתָם בַּעֲזוֹ"ה.

וְהִנֵּה הַסְמ"ע וְהַשְּׁ"ף כְּתָבוּ פְּנֻלָם לְחַלֵּק דְּבִטּוּעֵן לְהַדְ"ם חֲזִיב לִישְׁבַע הַיִּסְת מְשׁוּם דְּהַתּוּבַע תְּבַעוּ בְּבָרִי אָבֵל בְּטַעֲנַת אָבֵד פְּטוּר מְשִׁבוּעַת הַיִּסְת מְשׁוּם דְּטַעֲנַת הַתּוּבַע אִינוּ אֵלָא טַעֲנַת שְׁמָא וְכַמִּשׁ"כ הַמ"מ בְּפ"ה ה' טוֹעֵן ה' ו'.

וְכ"כ הַמְּחַבֵּר לְעֵיל סִי' ס"ו סְעִי' ל"ט דְּנִשְׁבְּעִין עַל שְׁטָרוֹת הַיִּסְת אִם הִיָּה שְׁם טַעֲנַת וְדָאִי. אָבֵל בְּטוּעֵן נְאֻנְסוּ וְכִיּוֹצֵא בּוּ דָאִין הַתּוּבַע טוּעֵנוּ בְּבָרִי אִינוּ נִשְׁבַּע הַיִּסְת וְכַמִּשׁ"כ שְׁם הַשְּׁ"ף בְּס"ק כ"ה אַף הַשְּׁ"ף הֶעֱלָה שְׁם דְּשִׁבוּעָה שְׁאִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ נִשְׁבַּע אַף עַל שְׁטָרוֹת וְזָהוּ שְׁבוּעַת הַמְּשֻׁנָּה ע"ש: וּמִן דְּבָרֵי הַתּוֹס' ב"ב (דָּף ע' ע"ב) ד"ה סוּף סוּף פִּי א"ל נְאֻנְסוּ לָאוּ שְׁבוּעָה בְּעִי כו' מוּכַח דִּס"ל דְּגַם בְּטַעֲנַת נְאֻנְסוּ מְחִיבִינְן שְׁבוּעַת הַיִּסְת וְנ"ל הַתּוֹס' תִּימָא לְמֵאִי דְּמַפְרֵשׁ ר"ת כו' וְאִין לוֹמַר לָאוּ שְׁבוּעָה בְּעִי שְׁבוּעַת הַיִּסְת קָאֵמַר דְּהִיכִי תִּיּוֹסֵק אֲדַעְתִּיָּה דְּרַב עֲמֵרָם דְּנֵאָמֵן דְּקָאֵמַר רַב חֲסִדָּא לִיפְטֵר אַף מְשִׁבוּעַת הַיִּסְת כו' עכ"ל הַתּוֹס'.

הָרִי לְהַדְיָא דִּס"ל לְהַתּוֹס' דָּאֵף בְּטוּעֵן נְאֻנְסוּ מְחִיבִינְן ש"ה וְדָלָא כַּמִּשׁ"כ כָּל הַפּוֹסְקִים הִלְלוּ. וּבִאֲמַת יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל הַתּוֹס' דְּהָא קִי"ל דְּלָא מְשַׁבְּעִינְן עַל טַעֲנַת סָפֵק.

וְאַפְשָׁר דְּהַתּוֹס' הָכָא ס"ל לְסַבְּרַת הַרְשָׁבָ"א בְּחִי' לְקוּדִישִׁין (דָּף כ"ז ע"ב) בַּד"ה אֲשַׁכְּחֵן בְּרִי שְׁמָא מְנַלֵּן כו' שְׁפַתְבּוּ וְיֵשׁ לְדַקְדָּק וְהָא אִיכָּא שְׁבוּעַת הַשׁוֹמְרִים דְּעִיקְרוּ סָפֵק וִי"מ דָּאֵף הִיא אִינָה אֵלָא בְּרִי דְּהוֹאִיל וּבְרִי שְׁהַפְקִיד וְאִינוּ יוֹדַע שְׁנַפְטֵר מְמַנּוּ בְּבָרִי חֲשְׁבִינְן לִיָּה וְהַרְמַב"ן כְּתַב שְׁאִינוּ מְחַנּוּר מְשׁוּם שְׁאִין חֲיוֹב שֶׁל שׁוֹמְרִים עַד שְׁיִאָרַע בְּהֵן אֲנֻס פְּדֵאֲמִרִינְן בְּהַגּוֹזֵל וּבְאֵלוּ נְעֻרוֹת אַר"פ הִיָּתָה פְּרָה שְׁאוּלָּה וְטַבְּחָה כו' עכ"ל הַרְשָׁבָ"א.

א"כ י"ל דְּגַם הַתּוֹס' ב"ב ס"ל דְּבָכָל שׁוֹמְרִים יֵשׁ עָלְיוּ חֲזַקַת חֲיוֹב וְכַמִּשׁ"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' רַצ"א ס"ק מ"ד בְּכּוֹנְנַת הַתּוֹס' ב"ב מ (דָּף צ"ז ע"ב) ד"ה וְהִלָּה אֹמַר אִינִי יוֹדַע כו' דִּס"ל בְּכָל חֲיוֹב שׁוֹמְרִים דַּה"ל כְּמוֹ אִינִי יוֹדַע אִם הִתְחַזְרְתִּי כו'.

וְאַף לְפִי דְּבָרֵי הַקְצָה"ח בְּסִי' ש"מ ס"ק ד' בְּכּוֹנְנַת הַתּוֹס' דַּב"מ הַנְּ"ל דְּלָא פְּהֵי"ף מְשׁוּם דְּהָא סִיָּמוּ הַתּוֹס' שְׁם וְכֵן בְּפָרָה אַחַת כו' ע"ש. עכ"ז י"ל לְהַתּוֹס' ב"ב ס"ל דְּלָא כְּמוֹ שְׁפַתְבּוּ ב"ב מְשׁוּם דְּיִדּוּעַ דָּאִין לְהַקְשׁוֹת בְּסִתִּירַת הַתּוֹס' אֶהְדְּדִי.

ויש להאריך עוד בעיקר הפלל הזה. ולכן כמו דע"י טענת פרי מחייבין לישיבע שבועת היסט כמו כן היכא דהרוב מנגד להמוחק ומסייע להתובע.

הדעת נותנת דע"י הרוב מחייבין לישיבע היסט ולכן בטוען נאנסו דלא שכיחא ע"כ ס"ל להתוס' דחייב היסט. [ועיין בשו"ת ברית אברהם ח' ח"מ סי' י"ג שכתב לדון דרוב יתיה מחייב שבועה בקו"ח מעד א' ויש להאריך בדבריו ואכ"מ].

ולפ"ז י"ל דאף לדברי התוס' דכתבו בפשיטות דחייב היסט על טענת נאנסו דז"א רק על טענת נאנסו דס"ל להתוס' וסיעתייהו דה"ל לא שכיחא. אבל בטוען נגבבו ונאבדו בשטרות י"ל דגם התוס' מודו דאינו חייב היסט משום דדוקא בטענת נאנסו דלא שכיח כתבו כן אבל מנלן לדון כן על טענת נגבבו ונאבדו וזהו שכיחא וכמש"כ האו"ת בסי' ק"ח ס"ק ה' בשם הכנה"ג בשם הרבה מחברים דס"ל דגניבה ואבידה שכיחא ע"ש.

[ועיין מזה בש"פ סי' קכ"א ס"ק סמ"ך שכתב להסתפק ולומר דדוקא נאנסו לא שכיח אבל גניבה ואבידה י"ל דשכיח ע"ש]. ולפ"ז י"ל דהא דכתב המחבר בסי' ס"ו סעי' ל"ט דאין נשבעין היסט בשטרות אם אין שם טענת ודאי.

די"ל דזהו רק בטענת גניבה ואבידה דהוי שכיח משא"כ בטענת נאנסו דלא שכיח א"כ יש רוב הסותר לטענתו ושפיר מצינו לחייב להנתבע ש"ה: אכן מן דברי הש"פ בסי' ס"ו ובסי' צ"ה הקא ומן דברי שארי פוסקים משמע דלא מחלקינן וגם בטענת נאנסו אינו חייב ש"ה.

וי"ל דזהו משום דס"ל להש"פ דנאנסו שכיח או דגם בטענת דלא שכיחא לא מחייבין ש"ה ודוקא בטענת פרי דיש חזקה דאין תובע אא"כ כו' וכמבואר בשבועות (דף מ') בזה תקנו ש"ה.

א"כ בטענת שפא אף היכא דהרוב מסייע להתובע פיון דליכא חזקה דא"א תובע כו' אין לנו פח לחייבו ש"ה. ואף דיש לדון בזה דרובא וחזקה רובא עדיף מ"מ יש לחלק דשאני חזקה מן אוקי אחזקה דדוקא כנגד אוקי אחזקה אמרו דרובא עדיפא אבל במקום חזקה דהוי מצד הסברא להיכא דאמרו כן י"ל דיש בי' מעלה יתירה מן רובא וכמו בחזקה דא"א פורע בתו"ז וכמש"כ מזה הראשונים.

ועיין מזה בתרומת הדשן סי' ר"ז. ואף דהך חזקה דא"א תובע כו' לא הוי חזקה מעליא כמו כל החזקות ורק לענין חיוב ש"ה אמרו חז"ל להך חזקה דא"א תובע כו' מ"מ פיון דדנו חז"ל ע"פ הך חזקה לחייבו ש"ה ממילא דינו גבוי זה כמו כל החזקות דעדיפי מן רובא.

וע"כ אין לנו פח לחייב שבועת היסט בשטרות היכא דאין התובע טוען פרי אף על טענת נאנסו וכיצא בו. ובפרט די"ל כפי שיטת הש"פ ו הפוסקים דנאנסו שכיחא.

ושפיר כתבו כל הפוסקים כן לדינא ולא הביאו פלל לשיטת התוס' בב"ב הנ"ל: וברמב"ם ה' שאלה ופקדון פ"ג ה' ג' כתב השואל פרה כו' שאל א' ושכר א' כו' ביום ששיתיה שכורה מתה והמשאיל אומר איני יודע כו' ישבע השוכר על השכורה שמתה כו' עכ"ל.

והובא דברי הרמב"ם הללו בבית יוסף לח"מ סי' שמ"ד והבדק הבית שם הקשה דהיכן מצינו שבועה על טענת שמוא כו' ואפשר לומר בטעם הרמב"ם דלכן מחייב שם ש"ה על טענת שמוא משום דס"ל בכל חיובי שומרים ה"ל חזקת חיוב וכמש"כ הש"ך בס"י רצ"א ס"ק מ"ד.

ובפרט לשיטת הרמב"ם דס"ל נכסי שומר מעת משיכה משתעבד וכמבואר בס"י שמ"א סעיף ד' בסמ"ע ס"ק י"ג ובש"ך שם ס"ק ו'. וכיון דיש שם חזקת חיוב ע"כ ה"ל כמו טענת ברי וכמש"כ לעיל בשם הרשב"א לקדושין (דף כ"ח) בשם י"מ ואתי שפיר דברי הרמב"ם.

וכן הקשה הלח"מ שם על דברי הרמב"ם דהא אין נשבעין על טענת ספק וכן הקשה התוס' יו"ט בב"מ פ"ח משנה ב'. ומה שפתיבתי לתרץ דבריו דטעמו משום חזקת חיוב.

יש לסתור זה מן מש"כ הרמב"ם בפ"א ה' טוען ה"ט בא"י אם פרעתי דישלם ולא ישבע התובע ש"ה כו'. ומוכח מזה דהרמב"ם ס"ל דגם היכא דיש שם חזקת חיוב ג"כ אין משביעין ש"ה בטוענו מן ספק וכמש"כ לעיל.

ומה שפתיבתי הלח"מ שם בפ"ג ה' שאלה ה"ג אין זה ברור וכמו שפשוט בא"ע. ודברי הרמב"ם הללו הובא בשו"ע ח"מ סי' שד"מ סעיף ד' והסמ"ע והע"ש האריכו שם.

והש"ך שם ס"ק ג' העלה דאין משביעין היסת משום דטוענו שמוא ואפילו בטוען א"י אם פרעתי ג"כ לא משביעין היסת כו' עכ"ל. וזהו פ'עין מה שפתיבתי רק שקיצר בזה ועוד דהא מוכח בב"מ (דף צ"ז) דחיוב שומרים ה"ל כא"י א"נ וכמש"כ הש"ך בס"י רצ"א לחלק ע"פ דברי התוס' דשם דשא"ה דהחזיר לו פרה אחת ע"ש.

א"כ הא הרמב"ם שם ה' שאלה דמייירי בשני פרות כו' ע"כ אין זה דומה לא"י א"פ וע"כ העיקר כמו שהעלה הש"ך בס"י שד"מ נקצרת: ד (שם סעיף ו') החופר בשדה חבירו כו' שטענו שחפר שתי מערות והוא אומר לא חפרתי אלא א' כו' פטור משד"א וי"א דוקא שתבעו למלאות החפירות כו'.

והוא פלוגתת הרמב"ם והראב"ד פ"ה ה' טוען ה"ב והובא בארנקה בש"ך ס"ק י"ח. והראב"ד הביא ראי' מהא דשבועות (דף מ"ד) בנחבל דר' יהודה אומר עד שתהא שם מקצת הודאה כיצד א"ל חבלת בי שתיים והלה אומר לא חבלתי אלא אחת.

אלמא דדמי קרקע דינו כמטלטלין ונשבעין ע"ז. והה"מ שם פתב דדוקא עבדים הוקשו לקרקע אבל ב"ח לא איתקש.

והש"ך העלה דהעיקר דאף ב"ח הוקשו לקרקע וע"כ יפה הוכיח הראב"ד. ובחדושי רשב"א לשבועות (דף מ"ב) פתב ג"כ דלאו ראי' היא משום דב"ח לא הוקש לקרקע ע"ש: ולכאורה י"ל בראיות הראב"ד הנ"ל דדלמא ס"ל לר' יהודה דאמר עד שתהא שם מקצת הודאה גבי נחבל כו' דס"ל בב"ק (דף צ"ו) דנשבעין על עבדים.

אף ז"א קשה דהא חכמים דפליגי שם על ס"ל דאין נשבעין על עבדים והא סתם רבנן דפליגי על ר"מ הוא ר' יהודה כמש"כ התוס' בכתובות (דף ל"ו ד"ה) ואם אי' כו'. אכן בעיקר מילתא אם נשבעין על טענת ע"ע וב"ח יש לדון בזה לפי שיטת הירושלמי דאף

דנימא דב"ח לא הוקש לקרקע מ"מ י"ל דאין נשבעין ע"ז דו"ל הירושלמי בב"ק פ"ז
ה"א יצאו קרקעות שאינן מטלטלין יצאו עבדים שאין להם ביהו אלא תשמיש כו'.

והפוננה הוא דאין לה ביהו אלא תשמיש משום דגוף האדם במיתתו אסור בהנאה וכמו
דאמרו בירושלמי בב"ק פ"א ה"א יצאו קרקעות שאינן מטלטלין יצאו אדם שאין לו הנני'
במותו ע"ש בפ"מ.

וע"כ אין לה באדם אלא זכות תשמיש בתיי'. ומדלא קאמרי בירושלמי יצאו עבדים
שהוקשו לקרקעות כמבואר בכ"ד.

ע"כ מוכח דכוננת הירושלמי הוא להורות דאף על טענת ע"ע וב"ח ג"כ דינן כעבדים
במה דמיעטן התורה ע"י פלל ופרט. לפי דאינן אלא לתשמיש ושייף ה"ט אף בע"ע
וב"ח: וכעין זה אמרו בירושלמי שבועות פ"ו ה"ו על משנה דאין נשבעין על עבדים
דיצאו קרקעות כו' כ' יצאו עבדים שאין להם קנס כו'.

ולעיל בחידושי לסי' כ"ה סעי' ג' בארתי לכוננת הירושלמי הלז דאין להם קנס דאם יזיק
שור הבעלים להעבד פטור אם היה תם כמו דמבואר בב"ק (דף מ"ב) דר"ע דריש נקי
מדמי עבד. ובירושלמי בב"ק פ"ד ה"ה ע"ש.

ומבואר בירושלמי שם דלמאן דדריש נקי מדמי עבד ס"ל ג"כ דשור תם שנגח ב"ח
דפטור מפןפ"ר ג"כ ועין בתוס' ופני' יהושע לב"ק (דף מ"ב) וקצתתי. א"כ חזינן להטעם
דאמרו בירושלמי שבועות דאימעטו עבדים מן הפלל ופרט ביהו דאין נשבעין על
העבדים דזהו לפי דיצאו עבדים שאין להם קנס דה"ט שייף אף בב"ח.

וכן אמרו בירושלמי שבועות שם אח"ז סברא אחרת דלכן יצאו עבדים לפי דאין דמיו
קצובין. והפוננה הוא דיש שקונה אותם בנדמים הרבה וכעין סברת התוס' בב"ב (דף ס"א
ע"ב) ד"ה ש"מ שיורי שייר כו' גבי קרקע דלא שייף הדמים מודיעין דפעמים קונה
קרקע הרבה יותר משוויי' ע"ש.

ואפשר דמה"ט לא אמרינן בשכירות פועלים הדמים מודיעין כמבואר בב"מ (דף פ"ג)
דאמרו לא צריכא דטפא להו אאגרייהו כו'. ועיין בקצה"ח סי' של"א ס"ק א' ובסי' ש"ב
ס"ק ב' ואכמ"ל: וחזינן דהירושלמי מהדר אחר טעמים אחרים ולא אמר בקצרה דיצאו
עבדים שהוקשו לקרקעות.

משום דס"ל דאף ע"ע וב"ח דינן כעבדים דאין נשבעין ע"כ נקט שארי טעמים משום
דלכל הנה טעמים הדין גם בב"ח דינן כעבדים הן לפי הטעם דיצאו עבדים שאין ביהו
קנס וכן לפי הטעם דאין דמיו קצובין דכל הנה טעמים שייף גם בב"ח וכן לפי הטעם
דירושלמי בב"ק דיצאו עבדים שאין להם אלא תשמיש כו'.

א"כ לשיטת הירושלמי דס"ל דגם בב"ח דינן כעבד דאין נשבעין על תביעתו. ולא הוזכר
שום מ"ד ותנא דחולק בירושלמי שם ע"ז.

א"כ לפ"ז שפיר הוכיח הרמב"ד מן הא דא"ר יהודה דאם יש מקצת הודאה גבי נחבל
כו'. א"כ מוכח מזה דאם אין תובעו למלאות החפירות דבזה דינו כמטלטלין ונשבעין
בזה.

דאל"כ תקשה לשיטת הירושלמי מן הא דא"ר יהודה במשנה שבועות פן. לכן אף דנימא דדוקא עבדים הוקשו לקרקעות ולא ע"ע וב"ח א"כ אף לפי מה דאמרו בש"ס דילן הטעם דיצאו עבדים דהוקשו לקרקעות.

דלפ"ז דוקא עבדים אימעטו מפלל ופרט ולא ב"ח עכ"ז לפי שיטת הירושלמי בטעמם הדין הוא דאף ב"ח הוקשו לעבדים בזה דאין נשבעין עליהן. א"כ יהי מוכח מהמשנה דא"ר יהודה עד שתהא מקצת הודאה דזה אין דינו פקרקע כיון דאין תובעו למלאות הפירות.

ואף דהראב"ד כתב לי סתמא לרא' זו עכ"ז מצינו פן בכמה דוכתי דכן הוא דרף התוס' להוכיח פן אף ממ"ד שאינו אליבא דהלכתא ונקטו סתמא לראייתם. כדמצינו להש"ף סי' רס"ח ס"ק ב' שפכת פועין זה בכוננת התוס' ע"ש בח"מ.

ובאו"ת בכללי מגזו ס"ק ק"ד בכוננת התוס' במכות ע"ש. וכן מצינו בכ"ד בש"ס ובתוס' ועיין בש"ף ח"מ סי' מ"ב ס"ק א' ע"כ אף דנימא דהראב"ד יהי ס"ל דב"ח לא איתקש עכ"ז שפיר הוכיח פן: ומה דהוכיח הש"ף מקידושין (דף כ"ח) דע"ע הוקש לקרקע.

כפר הקדימו ברא' זו התה"ד בסי' שי"ח והביא שם לדברי הרמב"ם דס"ל דפועל דינו פקע לעגנו דאין לו אונאה וקבלן דינו כמטלטלין ע"ש. וכמבואר לקמן סי' רכ"ז.

ובמק"א פתבתי לפרש דמה"ט פועלים נקנו בהתחלת מלאכה דזהו מעין קנין חזקה דשי' הרמב"ם דשדה נקנה באכילת פירות. ובשכירות לכ"ע נקנה באכילת פירות.

וכן בעבד דרף תשמישו ומה"ט פועלים דדינן פקרקע נקנין בהתחלת מלאכה דזהו דרף תשמישו והוי קנין חזקה דמהני בקרקעות ולא במטלטלין וכן קבלן אינו נקנה בהתחלת המלאכה מה"ט.

והארכתי בזה במק"א ואכמ"ל. ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ל"ט סעיף י"ז.

ושם הבאתי לדברי רש"י בקידושין (דף מ"ז) שפכת על הא דהשואל קורדם בקע בו קנאו דקנאו ע"י חזקה. ואף דמטלטלי לא נקנה בחזקה מ"מ י"ל פמו שפכת השמ"ק בב"מ (דף מ"ז) דהו דבקע בו קנאו זה הוי מתקנתא דרבנן ע"ש בספרי.

וכן כתב הריטב"א לקידושין (דף מ"ז) בד"ה הא דרב הונא כו' ע"ש: סימן צו א (סעיף א') אבל אם שמר לקטן כו' וי"א דאין נשבעין לו שבועת שומרים כו' וכן נ"ל עיניך. וה"ה דאין דין שומרים לקטן בדין תשלומין דחיוב שומרין וכמש"כ הש"ף בס"ק ב'.

וראיתי במחנה אפרים ה' שומרים סי' יו"ד שפכת וקטן שהשאל מדי לגדול נראה דהוי שואל גמור דלעגנו שאלה לא כתיב איש כו' עד פאן לשון המחנה אפרים: אף לקמן סי' ש"ב סעיף ב' לא משמע פן דזה לשון המחבר שם קטן שהפקיד או השאל לגדול נשבע שבועת שומרים וע"ז כתב הרמ"א שם דיש חולקין א"כ משמע דגם בקטן שהשאל ג"כ חולקין משום דס"ל דאין דין שאלה ג"כ בקטן וכן משמע בטור שם שפכת בזה"ל וכתב הרמב"ם קטן שהפקיד או השאל לגדול נשבעין על טענתו ואני פתבתי למעלה בסי' צ"ו סברת א"א ז"ל שאין נשבעין על טענתו עכ"ל הטור.

הרי מבואר דלשיטת החולקין ה"ה דגם בשאלה אינו נשבע לקטן וה"ה דאין עליו חיוב תשלומין דהכל הוא מה"ט שפכת הסמ"ע דס"ל דאיש פי יתן קאי על כל טענה דהשומר ואלו פדברי המח"א דיש עליו חיוב תשלומין בשאלה מקטן לפי דבשאלה לא פתיב איש ממילא הדין נותן דיהיה עליו חיוב שבועה שמתה מחמת מלאכה שזהו עיקר שבועה בשאלה וכדין כל ש"ש שנושבעין על טענת ספק כמבואר בב"ק (דף ק"ז) הטעם דחייב ש"ש על הספק וכמש"כ התוס' שם.

וע"כ מוכח דלשיטת החולקין הנ"ל ה"ה דס"ל דגם בשאלה מקטן נתמעט מן דין שומרים דילי'. ועיין ברמב"ם פ"ב ה' שכירות ה"ז בהשגת הראב"ד שם.

ונדעתי מה דיש לדחוק ולחלק דדוקא לענין שבועה ס"ל להנה פוסקים דשואל מקטן פטור משבועה אף דלא פתיב איש בשאלה משום דהא עיקר חיוב שבועה לא פתיב בפרישה שאלה רק בפרישה ש"ח וש"ש פתיב ולכן פיון דכתיב איש בש"ח וש"ש ע"כ אין חיוב שבועה כלל אף בשאלה דלא פתיב בי איש.

משא"כ בחיוב תשלומין דשאלה דכתיב בגוף פרישה של שואל ע"כ שפיר פתיב המח"א דחייב אף בשאל מקטן. אבל באמת זה אינו דלפ"ז יש לדון פן בחיוב גניבה ואבידה דשואל פיון דלא פתיב בפרישה דשואל רק ילפינו לחייבו בגניבה ואבידה מן פ' ש"ש כמבואר בב"מ (דף צ"ה).

דגימא ג"כ דנופטר בשאל מקטן על גניבה ואבידה פיון דעיקר חיוב פתיב בש"ש וש"ש פתיב איש. וממילא הדין נותן דנופטר בשאל מקטן על נשבר או מת מצד כש"כ פיון דגימא דבגניבה ואבידה מיפטר בשאל מקטן כש"כ דמיפטר מאונסין.

וע"כ מוכח מכל זה דלא כהמח"א: ועיקר דברי המח"א שפתיב לחלק דשאני שאלה דלא פתיב בי א"ש. אינם מוכרחים דהא מבואר בב"מ (דף צ"ה) בזה"ל אלא אמר קרא וכי ישאל ו' מוסיף על ענין ראשון וילמד עליון מתחתון ותחתון מעליון דמה ש"ש חייב בגניבה ואבידה אף שואל פן כפי רש"י ועיין ירושלמי שבועות פ"ח ה"א.

וכה"ג אי' בב"ק (דף ק"ז ע"ב) תני רמי ב"ח ד' שומרים צריכין פפירה והודאה במקצת א' רבא מ"ט דרב"ח ש"ח כו' ש"ש כו' שואל וכי ישאל ו' מוסיף על ענין ראשון. ולמד דין שואל מן ש"ש וש"ח כמו דבעינן התם מודה במקצת ה"ה בשואל וכ"כ הרא"ש בשבועות פ"ו סי' כ"ד גבי אלו דברים שאין נשבעין עליהן כו' בזה"ל וה"מ למימר שואל אינו משלם אונסין ובגניבה ואבידה דאיתקש לש"ש דכתיב וכי ישאל ו' מוסיף על ענין ראשון כדדרשינן פ' השואל (דף צ"ה) כו' עכ"ל הרא"ש.

וכ"כ הגימוקי יוסף ב"מ פ"ד בסוגיא דש"ח אינו נשבע וש"ש אינו משלם בשטרות וקרקעות וכ"כ התיו"ט פ"ו דשבועות משנה ה' וכ"כ הריטב"א לב"מ (דף נ"ו). הרי דמקשינן שואל לש"ש בכל דיניו ומה דפטור בש"ש ה"ה דפטור בשואל ג"כ.

א"כ ה"ה בהך דכי יתן איש דכתיב בש"ש דמיפטר בחיוב שומרים בקיבל מן הקטן דה"ה דמיפטר אם שאל מן הקטן דמקשינן שואל לש"ש בזה"ל ג"כ דמאי שנא ואין לנו לחלק בסברות קלושות ביניהם.

וע"כ העיקר דלא כהמח"א בזה. וקא דב"ב (דף פ"ז ע"ב) בסוגיא דהשולח בנו אצל חנני כו' דאמרו במסקנא שם הב"ע שנטלה למוד בה לאחרים ובשואל שלא מדעת.

מר סבר שואל הוי כו' וכעין זה כתבו התוס' שם בד"ה הלוקח כלי מבית האמן כו' לכאורה נראה דחייבו הוא משום דחשוב פשוטל כו' עכ"ל התוס'. ומשמע דיש לו דין שואל גמור.

הרי דמצינו דיש עליו דין שואל אף בקיבל מן הקטן. אין זה סתירה לדברינו משום דשאני התם דגוף הצלוחית הוא של הבעה"ב ולא של הקטן ובקיבל הצלוחית מן יד הקטן מתחייב בדין שאלה להבעלים של החפץ וכעין הא דסי' קפ"ג דאמרינו דנתחייב לבעל המעות ונ"ד הוא כש"כ מהתם אבל היכא שהחפץ הוא של הקטן שפיר כתבתי לדון דאינו מתחייב בדין שואל פינו שבעל החפץ אינו איש וכנ"ל.

וכן אי' להדיא בב"מ (דף צ"ו) ובסי' שמ"ו סעי' י"ז וב"מ (דף מ"ב) בתוס' ד"ה הקא בספסיקרא כו' דאף היכא דקיבל החפץ מן אחר עכ"ז נעשה שומר של הבעלים של החפץ וכמו בשו"כ פרה מחבירו והשאילה לאחר דהתשלומין של הראשון דנעשה שואל של הראשון וכמבואר בב"מ (דף ל"ה) וכמש"כ הגת"י בסי' רצ"א ס"ק כ"ו ע"ש.

וע"כ התם בב"ב (דף פ"ז) גבי צלוחית הנ"ל אף דקיבל הצלוחית מן הקטן נעשה שומר של הבעלים פינו דהוי חפץ שלהם. וע"כ אין שום ראי' כ"ל מן הך דצלוחית לסתור למה שכתבתי דלא כהמח"א: ב (שם סעיף א') אבל אם שמר לקטן כו'.

(הג"ה) ויש אומרים דאין נשבעין לו שבועת שומרינו כו' שהנתינה הנה כשהיה קטן כו'. והש"ך ס"ק ב' בשם הר"נ שאינו מתחייב אפילו פשע כו'.

ובחרש ושוטה מבואר לקמן סעי' ה' דאין נזקקין להם לכל טענה לא לטענתם על אחרים כו' ויש מי שכתב שדין החרש כדיון הקטן אבל השוטה כו' ופירש הסמ"ע שם ס"ק ט"ז דזהו לענין שנתבאר בס"ג אם טענו בדבר שהיה לקטן הנאה ממנו וה"ה בחרש.

ומשמע מסתימות הרמ"א שם דה"ה במה שכתב הרמ"א מקודם להכריע דאין דין שומרים לקטן דה"ה דאין דין שומרים לחרש ושוטה ואם קיבל חפץ של חרש ושוטה דאין להפקח הנפקד דין שומרים להיות חייב בדיני שומרים להתשלומין והשבועה: ענף א אכן לדינא יש לעיין בזה דהנה הר"ש פ"א דתרומות משנה א' הביא לירושלמי שם עלה דחמשה לא יתרומו מאת כל איש פרט לקטן אשר ידבנו פרט לחרש ולשוטה דמשמע דאין בו דעת לנדב כו'.

הרי דמן איש לא ממצטינו חרש ושוטה רק קטן בלבד משום דחרש ושוטה מקרי ג"כ בשם איש ולא נתמעט חרש ושוטה בתרומה רק מן אשר ידבנו לבו דאין בו דעת לנדב כו'. א"כ ה"כ גבי דין שומרים דאין דין שומרים לקטן דדרשינו זה מן ואיש פי' תן א"כ הא גם חרש ושוטה הוי בכלל איש וליכא ילפותא למעט אם קיבל הפקח הנפקד חפץ של חרש ושוטה ואף דאין בהם דעת מה בכך פינו דנקראים בשם איש עכ"פ.

וכן מצינו ביבמות (דף ק"ד) גבי חליצת קטן דאינו פלוג פמבואר שם (דף ק"ה) וכמש"כ התוס' שם (דף ק"ד) ד"ה וקא אמרי כו' דמצטינו קטן משום דאיש כתיב בפרשה כו'.

ואלו בתליצת חרש אָמרו שְחִלְצָתָן פְּסוּלָה פְּמִבְּנֵי יוֹסֵף וּבְחֵן הַרְשָׁבָ"א בִּיבְמוֹת
שָׁם וְהוּבָא בֵּאֵה"ע ס"ט סע"י מ"ג דְּהָא דְּפָסְלוּ חִלְצַת חֲרָשׁ הַטַּעַם הוּא לְפִי שְׂאִינוּ
בְּאָמַר וְאָמְרָה פְּמִבְּנֵי אָר שָׁם (דָּף ק"ד) ע"כ חִלְצָתָן פְּסוּלָה וְאֵלּוּ בְּקָטָן דְּנִתְמַעֵט מִן אִישׁ
חִלְצָתוֹ אֵינּוּ כְּלוּם.

וּבְאָמַת שִׁיטַת הַרְמַב"ם ה' יבּוּם פ"ד ה' ט"ז כְּתִב דְּחִלְצַת חֲרָשׁ דִּינּוּ פְּחִלְצַת קָטָן דְּאִינוּ
כְּלוּם וְכִתֵּב הַמ"מ שָׁם דְּטַעְמוֹ דְּהַשְׁוּוּ אוֹתָם חֲז"ל לְכָל דְּבָר וְכ"כ הַב"ש שָׁם ס"ק מ"ד
בְּדַעַת הַרְמַב"ם דְּחֲרָשׁ דִּינּוּ פְּקָטָן בְּכָל מְקוּם.

אָף כָּל הַרְאִשׁוֹנִים שָׁם תְּמָהוּ עַל שִׁיטַת הַרְמַב"ם וְעֵינֵן בְּבִיאוֹר הַגָּר"א שָׁם ס"ק קכ"ט.
וְעֵינֵן בְּכַתְּבוֹת (דָּף ע"ג ע"ב) בְּרַש"י ד"ה קָטָן אֵין קוֹדוּשְׁוֹ כְּלָל כִּי יִקַּח אִישׁ כְּתִיב.

וּבְאָמַת ה"ה חֲרָשׁ וְשׁוּטָה דְּעִיקָר הַטַּעַם הוּא מְשׁוּם דְּלֵאוּ בְּנֵי דִיעָה פְּמִבְּנֵי אָר בִּיבְמוֹת (דָּף
ק"י"ב) בְּרַש"י: א"כ לִפ"ז הַדַּעַת נוֹתֵן דְּבַחֲפָז שָׁל חֲרָשׁ וְשׁוּטָה כִּינּוּן דְּהוּי בְּכָלֵל שָׁם אִישׁ
ע"כ חֲיִיב הַנִּפְקֵד בְּדִין שׁוֹמְרִים לְשַׁלֵּם לָהֶם דִּין תְּשׁוּלוּמֵי הַשׁוֹמְרִים וְשִׁבְעַת הַשׁוֹמְרִים
רַק קָטָן דְּלֵא הוּי בְּשָׁם אִישׁ נִתְמַעֵט מִן דִּין הַשׁוֹמְרִים מְדַכְתִּיב כִּי יִתֵּן אִישׁ.

[וְעֵינֵן בְּיוֹמָא (דָּף מ"ג ע"א) וּבִיבְמוֹת (דָּף ע"ב ע"ב) וּבְתוֹס' שָׁם ד"ה חוּץ מִן חַש"ו כו'
וְאֵין זֶה שְׂיִיכוֹת לְעַנְיָנוּ וְקַצְרֵתִי]. וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְדוֹן דְּמַטַּעַם אַחַר יֵשׁ לְפִטוֹר בְּזָה לְפִי
הַמְּבֹאֵר בַּח"מ ס"י רמ"ג סע"י י"ט דְּמֵי שְׂמַתְחִיב לְקָטָן בֵּין בְּשִׁטָּר וּבְקִנְיָן כִּינּוּן שְׂאִין אוֹתוֹ
דְּבָר תַּחַת יָדוֹ אֵינוּ זוֹכֵה וְה"ה בְּמֵי שְׂמַתְחִיב לְחֲרָשׁ וְשׁוּטָה דַּמ"ש וְעֵינֵן שָׁם.

א"כ י"ל דַּה"ה בְּדִינֵי שׁוֹמְרִים דְּחֲיִיבָה תוֹרָה אוֹתָם דְּזַהוּ לְפִי דִּירְדָה תוֹרָה לְדַעְתָּם
דְּמַתְחִיבִים בְּדִינֵי שׁוֹמְרִים כַּמֶּש"כ הַתוֹס' בְּכַתְּבוֹת (דָּף נ"ו) ד"ה ה"ז מְקוֹדְשַׁת כו'
בֵּאֵה"ד שָׁם עַל הָא דְּמַתְנֵה ש"ח לְהִיּוֹת פְּטוֹר מִהַשְׁבּוּעָה כו' וְעֵינֵן מְזָה בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק
ח' ח"מ ס"י ג'.

ע"כ אֵינוּ מוֹעִיל מַה שְׂרוּצָה לְהַתְחִיב בְּדִינֵי הַשׁוֹמְרִים לְהַחֲרֵשׁ וְשׁוּטָה כִּינּוּן שְׂאִין אוֹתוֹ
דְּבָר ת"י דְּהַזְכָּה. וְעֵינֵן מְחֻסָּר גְּבוּבֵינָא מַה שְׂמַתְחִיב בְּדִינֵי הַשׁוֹמְרִים לָהֶם לְכֹן מְמִילָא
אֵין דִּין שׁוֹמְרִים נוֹהֵג בָּהֶם.

אָף זֶה אֵינוּ דַּא"כ תְּקַשָּׁה דַּל"ל לְמִילָף בְּשִׁבְעוֹת (דָּף מ"ב) בְּקָטָן מִן הָא דְּכִי יִתֵּן אִישׁ כו'
לְשִׁמּוֹר דְּאֵין נְתִינַת קָטָן כְּלוּם וְכַמוֹ שְׂפַתְבוּ כָּל הַפּוֹסְקִים דְּלָכֵן בְּקָטָן אֵין דִּין שְׂמִירָה לְפִי
דְּנִתְמַעֵט מִן כִּי יִתֵּן אִישׁ וְלֵא קָטָן הָא בְּלֵא"ה יְדַעִינֵן זֶה ע"פ הָא סְבָרָא דְּאִינוּ מוֹעִיל
הַתְּחִיבוֹת בְּדִין הַשׁוֹמְרִים לְהַקָּטָן דְּלֵא עֲדִירָא מִן אֵלּוּ הֵיךְ מַתְחִיב בְּפִירוּשׁ.

וְע"כ מוֹכַח דְּשִׂאֲנֵי הָא חַיּוּב דִּינֵי שׁוֹמְרִים דְּכִינּוּן דְּהַתוֹרָה הַטִּילָה עַל הַשׁוֹמְרִים הַחַיּוּב
בְּדִינֵיהֶם מְמִילָא מְהֵי הָא חַיּוּבָא הֵיכָא דְּנַעֲשֶׂה שׁוֹמֵר גַּם לְהַקָּטָן. וְהוּי כְּמוֹ חַיּוּב נִזְקִין
שְׂאֵם הַזִּיק חֲפָז שָׁל הַקָּטָן דַּג"כ חֲיִיב.

וְה"ה בְּדִינֵי שׁוֹמְרִים דְּהַתוֹרָה שִׁיעֲבַד אוֹתוֹ בַּע"כ לְאַחַר שְׂקִיבֵל דִּין שְׂמִירָה עָלָיו וְכַמוֹ
דַּא"י בַּב"ק (דָּף ד' ע"ב) שְׁלִשָּׁה עֶשֶׂר אַבּוֹת נִזְיָקִין וְחָשַׁב אַרְבַּעָה שׁוֹמְרִים בְּכָלֵל הַמְּנִין
וְדִינָן כְּמוֹ נִזְקִין. וְכַעֲזָן זֶה א"י בַּב"ק (דָּף נ"ו ע"ב) דַּאִיכָא דְּמַפְרָשִׁי כַּש"ש דְּמֵי כִּינּוּן
דְּרַחֲמָנָא שְׂעֲבָדִיהּ בַּע"כ הֵילְכָף כַּש"ש דְּמֵי.

ואף דעיקר החיוב בדיני שומרים הוא לפי שירדה תורה לדעתן שרוצים להתחייב בדיניהם פנ"ל. עכ"ז לאחר שחייבו התורה מטעם זה ממילא חייב מחמת חיוב התורה ומקרי מלנה הכתובה בתורה כיון דנקראים בשם אבות נזיקין.

ועיין בערכין (דף ו' ע"ב) ובקדושין (דף י"ג ע"ב) בתוס' ד"ה מלנה כתובה בתורה כו'. ודנקא היכא שיעקר החיוב הוא מחמת שמתחייב א"ע בחיוב מחדש ע"ע בזה אמרו דבמתחייב לקטן לא מהני חיובו מה שאין פן בנ"ד דעיקר חיוב שומרים נגמר ע"פ חוקי התורה לכן הנה מהני החיוב שלו אף לקטן ע"כ בעינן למילף זה מדרשא דכי יתן איש ולא קטן.

ולכן שפיר י"ל דבחרש ושוטה כיון דהוי בשם איש ע"כ נוהג דין שומרים על החפץ ששלחם ועיין בגיטין (דף כ"ג ע"א) בשלמא חשו דלאו בני דיעצה ופי' רש"י וגבי שליחות איש בעינן ולא קטן.

ובאמת שא"ה דהטעם הוא משום דלאו בני דיעצה. ועיין בירושלמי בש"ק שם ובקצה"ח סי' קפ"ח ס"ק ג': אכן מן סוגיא דשבועות (דף מ"ב) מוכח דאין לחלק בין חרש ושוטה לקטן בזה דהא אמרו שם אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן מ"ט דאמר קרא וכי יתן איש כו' ואין נתינת קטן פלוג.

ופירש רש"י דהא איש כתיב והחרש והשוטה פקטנים הם בלא דעת עכ"ל. וכ"כ הר"נ והתיו"ט שם.

ושיתת הראב"ד פ"ב ה' שכירות והרמב"ן המוכח ברא"ש ה"א סי' כ"ג דס"ל דעיקר הדין מילתא דאמרו אין נשבעין על טענת חשו ויילפי זה מן פי יתן איש כו' דקאי על שבועת שומרים וכ"כ הר"נ ובחידושי הראב"א פאן.

והרא"ש הביא בשם הרמב"ן שהוכיח פן מן מה דהקשו רישא לסיפא ולא מתרץ דסיפא קאי על ש"ש כו' וכ"כ בחידושי הראב"א הוכחה זו. וכיון דכתבו לפרש דהדין דאין נשבעין על טענת חרש ושוטה וקטן קאי על שבועת שומרים ויילפי זה מן פי יתן איש כו' דכתיב בשומרים א"כ ממילא מוכח להדיא דאף לחרש ושוטה אין דין שומרים נוהג בהו משום דס"ל דה"ה חרש ושוטה דינם פקטנים הם גבי זה וכמש"כ רש"י דכיון דהם בלא דעת ע"כ הושוו לקטן.

ועיין בלחם משנה פ"ב ה' שכירות ה"ז. וכן מוכח מן מה דכתב הראב"ד שם להוכיח פן מן ב"ק (דף ק"ו ע"ב) דאמרו דלא דמי לאבדה דאבדה אתי מפת בן דעת אבל פקדון של קטן לא אתי מפת בן דעת.

וכ"כ הר"נ והראב"א הוכחה זו ע"ש. א"כ חזינו דלא נקטו שם הטעם בלשון דאבדה קאתי מפת גדול אבל ה"ה בפקדון של קטן לא אתי מפת גדול אלא נקטו הלשון דתלוי באתי מפת בן דעת.

א"כ מבואר דס"ל להגמ' דעיקר מילתא דאיש ולא קטן דכתיב בשומרים הוא משום דקטן לא הוי בן דעת. ע"כ ממילא ה"ה חרש ושוטה כיון דלא הוי בן דעת לכן גם בהו

נתמעט דין שומרים וכמש"כ רש"י פנ"ל: ענה ב אף באמת הדבר צריך טעם לפי מה דנתבאר לעיל דבכל מקום לא ממעטינו מדכתיב איש רק לקטן ולא לחרש ושוטה.

א"כ מאי שנא הכא דאמרין למילף מן איש ולא קטן דה"ה חרש ושוטה משום דלא הוי בגי דעת. ואפשר לומר לפי מש"כ התוס' בסוטה (דף י"ד ע"א) ד"ה פדי ליגעה כו' דאף למ"ד דלא דרשינו טעמא דקראי הוא דוקא היכא שכתוב סתמא בקרא וכולל הפל כו' אבל היכא דלא שייך פן לכ"ע דרשינו טעמא דקראי.

והובא התוס' הלז בספר שיבת ציון סי' צ"ח ונקט שם לכללא דדוקא היכא דע"י הטעם אנו מוציאין ממשמעות פשט הכתוב בזה קיי"ל דלא דרשינו טעמא דקראי אבל היכא שאין אנו מוציאין מן משמעות פשט הקרא אנו מפרשין להקרא בטעמו.

ועיין באו"ת סי' צ"ז ס"ק ט' מה שהביא בשם הרמב"ם בספרו המורה הפלל בזה. א"כ כמו כן הכא י"ל דס"ל להגמ' הטעם דמיצטת התורה הכא וכי יתן איש ולא קטן משום דכינן דכבר נתבאר לעיל דעיקר חיוב דין שומרים הוא לפי דירדה התורה לדעתן דמתחייב א"ע בחיוב דיני השומרים א"כ כמו דלא מהני מתחייב א"ע להקטן וחרש ושוטה כמבואר בסי' רמ"ג ה"ה דלא מהני חיובו בדיני שומרים פינן דאין זה חיוב מפאת גזה"כ אלא מפני חיוב שמקבל ע"ע ולכן מהני תנאו בזה דלא מקרי מתנה על מש"כ בתורה להיות תנאו בטל פנ"ל ולא עדיף זה מן אלו בא להתחייב א"ע בפירוש.

ע"כ ממילא שייך הטעם הלז ג"כ בחרש ושוטה וגמרינו להו שפיר מהא דכתיב איש ולא קטן דנתמעט מה"ט דה"ה ה"ט שייך על חרש ושוטה. ולכן אמרו בב"ק (דף ק"ו) דעיקר הטעם דנתמעט קטן בשומרים הוא לפי דאינו בן דעת וזהו לפי דאינו מועיל חיובו בדיני שומרים למי שאינו בן דעת ודלא כמש"כ לעיל לחלק בין חיוב ע"ע לחיוב דין שומרים דמוכח להיפך.

ועדיין יש לעיין בזה לפי מה שכתב הקצה"ח בסי' רמ"ג סעי' י"ט בהך דינא דמי שמתחייב לקטן בשטר ובקנין דלא מהני דזה אינו רק במתחייב לקטן אבל במי שמתחייב לקטנה מהני וכ"כ הגמ"ב שם.

א"כ לפי מה שכתבתי דעיקר מילתא דאין דין שומרים לקטן הוא מפני דאין יכול להתחייב לקטן א"כ לפ"ז לכאורה הדין נותן דיהיה דין שומרים לקטנה ובאמת זה אינו. אמנם לפי מה שנראה מן דברי הגמ"ב שם רל"ה ס"ק י"ב דהך מילתא דחילקו בקטנה מן דין קטן הוא רק מדרבנן.

וכעין מש"כ התוס' ב"מ (דף יו"ד) גבי חצר קטנה דילפינו דהתם הוא מדרבנן כמו כן י"ל דהך דחילקו בין קטן לקטנה גבי התחייבות להם דאינו רק מדרבנן. וכן נראה מלשון הסמ"ע בסי' רל"ה ס"ק כ"ח שכתב בפ"י דתו"ל הניחו לקטנה קנין סודר כמו בגדול כו' הרי דהוא מדרבנן לכן אין לסתור למה שכתבתי משום דיש לחלק דשאני היכא דלא התחייב בקנין בפירוש.

וגם הא הש"ך בסי' רל"ה ס"ק ג' חולק על דברי הרמב"ם והטושו"ע שם בטוב טעם: ועכ"פ לדינא זה ברור דאין דין שומרים לחרש ושוטה כמו דאין דין שומרים לקטן. וכמו כן אין דין שומרים לקטנה אף לפי מה שכתבתי דעיקר הטע' הוא לפי דלא מהני חיובו

לקטן א"כ לפ"ז יש לדון דלקטנה פינון דהובא לעיל בפשם הקצה"ח והנתיבות דלקטנה מהני חיובו של הגדול עכ"ז י"ל פינון דעיקר מילתא דלקטנה מהני חיובו הוא דבההו מילתא שוינהו חז"ל פגדולה וכמש"כ הנתיבות בסי' רל"ה ס"ק י"ב א"כ י"ל דדונקא היכא שמתחייב א"ע בפירוש אז שוינהו לקטנה פגדולה אבל בדין השומרים דלא הוי חיובו בדין שומרים בפירוש אלא מפאת דירדה תורה לדעתו של אדם כו' פנ"ל וגם הא מצינו בכמה אנפי דלא הוי בהו דין שומרים כמו בקרקעות ושטרות ועבדים ובפעלים וכינצא בהו פינון דלא הנה חיובו בפירוש ע"כ ה"ה בההו מילתא דאמרה תורה דבעינו איש ולא קטן ומה"ת גם קטנה כמו דין קטן גם גבי זה וכמש"כ לעיל ע"כ לא שוינהו חז"ל בקטנה דיהנה דינה כמו גדולה והעמידו בזה על דין תורה וגם הא אין פתוב בפירוש הטעם בהתורה דלכן לא הוי דין שומרים לקטן משום דלא מהני חיוב לקטן רק חז"ל אמרו כן מסברא כמו שהוכחתי לעיל ע"כ לא חילקו חז"ל בזה בין קטן לקטנה כן מוכח מסתימות הפוסקים בזה: ולכאורה יש להביא ראיה לדברי הקצה"ח והנתיבות במה שכתבו דלקטנה מהני התחייבות מן הא דיבמות (דף קי"ג) דקטנה יש לה פתובה וכן מבואר באה"ע סי' קט"ז סעי' ו'.

הרי דמהני התחייבות לקטנה. אף זה יש לדחות דשאני ההו חיוב דכתובה דמתחייב מצד תקנת חז"ל אף למ"ד דכתובה מדרבנן וכמש"כ לעיל לחלק בין היכא דהחיוב הוא מצד רצון המתחייב דנתרצה להתחייב א"ע ובין היכא דמתחייב מצד מלוה הפתובה בתורה וה"ה בחיוב מדרבנן דזה מהני אף לקטנה.

אכן יש להוכיח פדבריהם מן הא דכתובות (דף ק"א) דממאנת אין לה פתובה אבל תוספת יש לה וכמבואר בסי' קט"ז סעי' ה'. וכעין זה אמרו ביבמות (דף קי"ג) דפקח שנשא חרשת אין לה פתובה אבל אם כתב לה אפילו מאה מנה פתובה קנימת ומהני לפי שרצה לזדוק בנכסיו ועיין ירושלמי פתובות פ"א ה' ב' מזה.

וכן מבואר באה"ע סי' ס"ז סעי' ט'. הרי דמבואר להדיא דאף היכא דאין לה מצד תקנת חז"ל מ"מ פינון שהתחייב לה מרצונו מתחייב לתת לה כפי חיובו שהתחייב לה הרי דמוכח פדברי הקצה"ח והנתיבות ואף דלקטן לא מהני התחייבות פמבואר בח"מ סי' רמ"ג מ"מ לקטנה וחרשת שאני דאל"כ תקשה מזה על הא דסי' רמ"ג הג"ל.

ויש לדחות כל זה לפי מה שכתב הקצה"ח בסי' רמ"ג ס"ק ו' דהא דהתם זהו דהוי כמו שזכר שפחה לשמשו פמבואר התם ביבמות ושכר מלאכה אף חרשןשוטה אית להו וכמש"כ התוס' רפ"ח דסנהדרין דשכר מלאכה מן התורה אית לקטן ע"ש.

ועיין בחלקת מחוקק סי' קט"ז ס"ק יו"ד שכתב דלכן יש תוספת לממאנת משום הנאת חיבת ביאה וכמש"כ רש"י בכתובות (דף ק"א ע"א) ע"ש. ע"כ אין ראיה מהתם למתחייב בחיוב חדש מרצונו לקטנה היכא דלא שייך דין שכירות ונדחה ראיתי.

ועכ"ז לדינא נראה פדברי הקצה"ח והנתיבות דמתחייב לקטנה שאני. אף בהא דשומרים דאין דין שומרים לקטן דה"ה דלקטנה אין דין שומרים וכמש"כ לעיל.

וכן לחרש ושוטה אין דין שומרים כמש"כ לעיל: ואפשר לומר דזהו פנונת הירושלמי פתובות פ"א ה' ב' דאמרו להקשות על מה דתני שם פיקח שנשא חרשת יש לה מזונות

ובכתובה כו' שהוא רוצה לזוזק לה נכסיו כו' והקשו וחרשת יש לה קנין ויש לה כתובה כו' עכ"ל.

דלשון יש לה קנין כו' פוננת הירושלמי הוא להקשות דכיון דאין לה דעת לקנות א"כ לא מהני בזה דעת המתחייב וכעין הך דח"מ סי' רמ"ג. ומה דמסיים ויש לה כתובה פוננתו פיון דלא תקנו חז"ל כתובה לחרשת וכן מצד התחייבות שלו לא מהני פיון דהיא אינה בת דעת ע"כ אף היכא דכתב לה בפירוש ג"כ לא מהני וע"כ הוכרח הירושלמי לאוקמי דמייירי בכנסה פיקחת ונתתרשה.

ונהו דלא כמו דאמרו בש"ס דילן דבכתב לה יש לה כתובה פנ"ל. ואף דהפני משה כתב שם דהירושלמי שם מייירי בלא כתב לה ע"ש מ"מ י"ל כמו שפתיבתי פי דברי הפני משה אינם מוכרחין בזה.

אכן פיון דהעיקר לדינא כמו דמבואר בש"ס דילן דבכתב לה יש לה כתובה ע"כ מוכרח לומר כמש"כ לעיל הטעם דמשום שכירות אלו עלה וכמש"כ הקצה"ח והשיג שם על המ"מ בזה. דלפי מש"כ לעיל דהטעם הוא משום סברת הקצה"ח והנתיבות דלקטנה שאני וה"ה חרשת.

אפתי תקשה דהא אמרו שם פן בפקח שפשא שוטה דכתובתה קיימת ובשוטה נדאי לא שייך לדון פן דהא אינה זוכה לעצמה: ואם קיבל בקנין להיות חייב דיני שומרים על החפץ שקיבל לשמור מן הקטן ג"כ אינו מועיל וכמבואר בסי' רמ"ג סעי' י"ט דמי שמתחייב לקטן בין בקנין כו' לא מהני.

א"כ ה"ה הכא פיון שהתורה פטרנו מן דין שמירה בקיבל מן הקטן ע"כ לא מהני אף בהתחייב בפירוש ובקנין פיון דלא מהני התחייבות לקטן אף בקנין. ושאני הא דב"מ (דף נ"ח) ובח"מ סי' ש"א סעי' ד'.

אכן בקיבל בקנין לקטנה על חיוב שמירה לחפץ של הקטנה יש לדון דהא מועיל ההתחייבות על חיוב שומרים אם קנו ממנו על זה וכמו שפתיבתי במחבר בח"מ סי' רל"ה סעי' ו' והקצה"ח והנתיבות בסי' רמ"ג סעי' י"ט פנ"ל.

ואף דאם לא התחייב א"ע בפירוש ובקנין על דיני שומרים אינו חייב גם לקטנה וכמש"כ לעיל. וזהו רק היכא דלא התחייב א"ע בפירוש משום דהתורה פטרנו לחיוב דיני שמירה ואין לחלק בזה בין קטן לקטנה.

אבל היכא דהתחייב א"ע בפירוש אז יש לומר דמהני אם קיבל החיוב עליו בקנין משום דלקטנה מועיל קנין על התחייבות וכנ"ל. אבל חיוב בשטר לא מהני בחיוב שומרים ככל וכמש"כ הש"ך בסי' מ' ס"ק ד'.

אף לשיטת הש"ך בסי' רל"ה ס"ק ג' אינו מועיל גם קנין על חיוב בפירוש גם לקטנה משום דס"ל דאין לחלק בזה בין קטן לקטנה. ועכ"ז העיקר לדינא כפי דברי הרמב"ם והמחבר שפתיבו בפשיטות בלא שום חולק דשאני קטנה מן קטן בזה: וגם בעיקר הדין דלקטן אינו מועיל קנין על התחייבות אינו מוסכם כ"כ דהא בסי' רמ"ג סעי' י"ט כתב

המחבר בלשון יש מי שאומר דהתחייבות לקטן בקנין לא מהני פניו שאין הדבר ת"י הקטן כו'.

והמקור מזה הוא מן התוס' גיטין (דף ס"ה ע"א) בד"ה צרור וזרקו כו' לפי תירוץ השני. אבל לתי' קמא של התוס' שם מבואר דדוקא בפחות מפשיעור צרור וזרקו לא מהני קנין אבל בנותנים לו צרור וזרקו כו' דזוכה לעצמו מהני בי' גם קנין.

וכן הר"נ בהד' סוגיא פתב ג"כ הנה שני תירוצים. ולכן אפשר לדון בהתחייבות ע"י קנין להקטן פשהגיע לשיעור צרור וזרקו דזוכה לעצמו ע"כ ה"ה בחיוב ע"י קנין להד' תי' קמא של התוס' ותירוץ בתרא של הר"נ.

ואם תפס מהני תפיסתו לומר קים לי וכמו בכל ספיקא דפלוגתא. וכמו כן יש לדון גבי חרש דזוכה לעצמו וכמבואר בסי' רמ"ג סעיף י"ז דדינו כמו הקטן וכמש"כ הרמב"ם בפ"ד ה' זכיי' ה' ז' וה"ה ע"י קנין להנה תירוצי.

אכן המחבר בסי' רל"ה סעי' ו' פתב בפשיטות דאין קנין מועיל לקטן כלל ולא פתב שם בלשון יש מי שאומר וכמש"כ הסמ"ע בסי' רמ"ג ס"ק ל"ג בשם הטור והמחבר בסי' רל"ה והרמב"ם. א"כ חזינן דנקטו פן עיקר לדינא דכ"ז דאין אותו הדבר ת"י הקטן הזוכה דלא מהני בי' קנין כלל וע"כ הדין נותן דלא מהני תפיסה כלל בזה: ענף ג ונבאר בעז"ה דברי הרמב"ם בפ"ד ה' זכיי' ה"ז ה"ל וזה לשון הרמב"ם שם קטן שנותנים לו צרור וזרקו אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים פחות מזה אינו זוכה לא לו ולא לאחרים וכן השוטה אינו זוכה לא לו ולא לאחרים והמזפה לשוטה ע"י בן דעת זכה אבל החרש זוכה לעצמו כמו שבארנו בה' גזילה עכ"ל הרמב"ם.

והלח"מ פתב לא ידענא היכן הוא בהלכות גזילה ושם לא פתב רק שמציאת חש"ו יש בו גזל מפני דרכי שלום אבל אין ענין כלל זה לזה ופשוט הוא עכ"ל הלח"מ. ובאמת זהו תמי' רבתי דהא שם בהלכות גזילה במציאת חרש שוטה וקטן לא הוי רק מפני דרכי שלום בעלמא.

ולפי זה יהיה גם בשוטה הך דינא דיהיה זוכה לעצמו וכמו דאמרו במציאת שוטה התם. והכא גבי מתנה לשוטה אמרו דאינו זוכה לעצמו כלל ומוכח מזה דגבי מתנה לשוטה אין בו אף מפני דרכי שלום משום דלא שייך ד"ש רק במציאה.

א"כ לפ"ז ה"ה בחרש יהיה הדין דלא יהיה זוכה המתנה פניו דאינו דומה מתנה למציאה גבי שוטה א"כ מ"ש חרש. ועוד קשה במש"כ הרמב"ם החרש זוכה לעצמו כמו שבארנו ה' גזילה.

הא מדכתב לשון זוכה לעצמו משמע דהוי ממון גמור ש'לו אף להוציא בדיינים וכמש"כ שם גבי קטן שנותנים לו צרור וזרקו כו' דזוכה לעצמו דזוכה מן הדין וכמש"כ התוס' בקידושין (דף י"ט) ד"ה אומר אדם לבתו הקטנה כו' דבדעת אחרת מקנה יש להקטן זכיי' מה"ת [ועיין מזה בגיטין (דף ס"ד ודף ס"ה) בתוס' שם ובפני יהושע לגיטין (דף ס"ד) בתוס' ד"ה שאני שתופי מבואות כו' ובקצה"ח סי' רל"ה ס"ק ד' וסי' רמ"ג ס"ק ה' ובמחנה אפרים ה' זכיי' סי' ד'].
[

ואף להסוּבְרִין דְבַדְעַת אַחְרַת מְקַנָּה לְהַקְטִין אִינוּ זֹכָה מֵה"ת רַק מְדַרְבְּנָן אַבְל עַכ"פ דִּינוּ כְּמוֹ מָמוֹן גָּמוּר אֶף לְהוֹצִיא בְּדִיּוּנֵינוּ. ע"כ מְדַכְתֵּב הַרְמַב"ם בְּחַרְשׁ דְּזֹכָה לְעַצְמוֹ וְכִמוֹ דְּכַתֵּב שָׁם גַּבִּי קָטָן מִשְׁמַע דְּחַד דִּינָא אֵית לְהוּ וְכַמְש"כ הַסְמ"ע שָׁם בְּסִי רַמ"ג ס"ק ל"א דְּחַרְשׁ זֹכָה דְּדִינוּ כְּמוֹ קָטָן.

וּבְאַמַּת הָא אִינוּ רַק מְפָנֵי ד"ש כִּינּוֹן שְׁפַתְב הַרְמַב"ם כְּמוֹ שְׁבָאֲרָנוּ בְּהַלְכוֹת גְּזֵילָה וְשָׁם אִינוּ רַק מְפָנֵי ד"ש וְאִין מוֹצִיאִין בְּדִיּוּנֵינוּ. וְע"כ דְּבָרֵי הַרְמַב"ם הֵם תְּמוּהִים וְכִמוֹ דְּהַקְשָׁה הַלַּח"מ בְּקַצְרָה: וְהַנְלַע"ד לִיִּשְׁב דְּבָרֵי הַרְמַב"ם כִּי יֵשׁ מְקוֹר לְדְבָרֵי הַרְמַב"ם בְּמָה דְּמַחְלֵק בֵּין חַרְשׁ לְשׁוֹטָה בְּזָה.

דְּהַנָּה עֵיקַר סְבָרַת הַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר בְּסִי רַמ"ג סְעִיף ט"ו דְּקָטָן שְׁנוֹתָנִים לוֹ צְרוּר וְזוּרְקוֹ זֹכָה לְעַצְמוֹ וּפְחֻחוֹת מְזָה אִינוּ זֹכָה כּו' הַטַּעַם הוּא דְּבְפַחוֹת מְזָה אִין לוֹ שׁוּם יָד כְּלָל רַק בְּהַגִּיעַ לְשִׁיעוּר זָה יֵשׁ לוֹ יָד.

וְשִׁיטַת הַש"ך שָׁם ס"ק ו' דְּגַם גַּבִּי מְצִיאָה יֵשׁ לוֹ יָד וְאִין סְבָרָא לְחַלֵּק בֵּין דְּעַת אַחְרַת מְקַנָּה לְמְצִיאָה. וְע"פ סְבָרַת הַרְאָב"ד וְהַרְשָׁב"א דְּבַדְעַת אַחְרַת מְקַנָּה לֹא בְּעֵינֵינוּ כְּוֹנָה לְזַכּוֹת ע"כ בְּשׁוֹטָה דְּאִין לוֹ יָד כְּלָל אִינוּ זֹכָה אֶף בְּדַעַת אַחְרַת מְקַנָּה וְה"ה בְּקָטָן בְּפַחוֹת מִן הַשִּׁיעוּר מִשָּׂא"כ בְּקָטָן שְׁנוֹתָנִים לוֹ צְרוּר וְזוּרְקוֹ דְּאֵית לֵי יָד ע"כ מְהַנִּי בִּי דְּעַת אַחְרַת מְקַנָּה כִּינּוֹן דְּלֹא הָנִי רַק חֶסְרוֹן כְּוֹנָתוֹ כּו' עַכ"ל הַקְצָה"ח.

וְכִן יֵשׁ לְדוֹן דְּמַה"ט ה"ה חַרְשׁ יֵשׁ לוֹיָד לְהִיּוֹת זֹכָה בְּמַתְנָה כְּמוֹ דְּמְצִינוּ בְּחַרְשֵׁת שְׁהַשִּׁיאָה אַבִּי שִׁיּוֹצָאָה בְּגִט וְאָמְרוּ לוֹ אֶף זֹ כִּיּוֹצָא בָּהּ וְכַמְבֹּאֵר בִּיבְמוֹת (דָּף קי"ב) בְּמַשְׁנֵה שָׁם דְּמוּכָח מְזָה דְּחַרְשֵׁת יֵשׁ לָהּ יָד דְּאֵם לֹא הִנָּה לָהּ דִּין יָד לֹא הִיָּתָה מְתַגְרָשֶׁת מִן הַתּוֹרָה וְכַמְבֹּאֵר בִּיבְמוֹת (דָּף קי"ג) דְּאָמְרֵי דְּבִי רַבִּי יֵנְאִי דְּהִיכָא דְּאִינָה יוֹדַעַת לְשְׁמוֹר גִּיטָה אִינָה מְתַגְרָשֶׁת מֵה"ת מִשׁוּם דְּכַתִּיב וְנָתַן בְּיָדָהּ מִי שִׁישׁ לָהּ יָד לְגַרְשׁ עַצְמָהּ יִצְתָה זֹ שְׂאִין לָהּ יָד.

מִשׁוּם דְּבְעֵינֵינוּ דִּין יָד לְהַאֲשֶׁה הַמְתַגְרָשֶׁת וְע"כ שׁוֹטָה אִינָה מְתַגְרָשֶׁת וְעַכ"ז חַרְשֵׁת מְתַגְרָשֶׁת. מוּכָח מְזָה דְּחַרְשֵׁת מְקַרִּי יֵשׁ לָהּ יָד וְכִמוֹ בְּקַטְנָה בְּהַגִּיעָה לְהַשִּׁיעוּר דְּמַקְרִיא יֵשׁ לָהּ יָד דְּמַתְגְרָשֶׁת.

דְּאֵם לֹא הִיָּתָה מְקַרִּיא חַרְשֵׁת דִּישׁ לָהּ יָד לֹא הִיָּתָה מְתַגְרָשֶׁת הִיכָא דְּנִתְקַדְשָׁה בְּקִידוּשֵׁי דְּאוֹרֵיִתָא. וְכִינּוֹן דְּמוּכָח דִּישׁ יָד לְחַרְשֵׁת ע"כ יֵשׁ יָד לְחַרְשׁ לְהִיּוֹת זֹכָה בְּמַתְנָה וְכִמוֹ בְּקָטָן שְׁנוֹתָנִין לוֹ צְרוּר וְזוּרְקוֹ דְּזֹכָה לְעַצְמוֹ מִשׁוּם דִּישׁ לוֹ יָד כְּמוֹ בְּקַבְלַת הַגִּט וְכַמְש"כ הַמְחַנָּה אֶפְרַיִם ה' זְכַנִּי ס' ד' לְהוֹכִיחַ דְּכִינּוֹן דְּקַטְנָה מְתַגְרָשֶׁת בְּקִידוּשֵׁי אַבִּיָּה מוּכָח מְזָה דְּאֵית לָהּ יָד מֵה"ת לְזַכּוֹת לְעַצְמָהּ בְּמַתְנָה ע"ש.

וְכִן כְּתִב הַרְשָׁב"א בְּתַשׁוּבָה ס' תַּתְקַצ"ז הוֹכְחָה זֹ ע"ש. וְה"ה בְּחַרְשׁ כִּינּוֹן דְּמְצִינוּ דְּחַרְשֵׁת מְתַגְרָשֶׁת א"כ חֲזִינוּ דִּישׁ לָהּ יָד.

רַק שׁוֹטָה דְּאִינָה מְתַגְרָשֶׁת מֵה"ת אִם אִינָה יוֹדַעַת לְשְׁמוֹר גִּיטָה מוּכָח מְזָה דְּאִין דִּין יָד לְשׁוֹטָה לְזַכּוֹת לְעַצְמָהּ בְּמַתְנָה מִשָּׂא"כ בְּחַרְשׁ. וְזָהוּ רַאִי בְּרוּרָה לְדְבָרֵי הַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר בְּמָה שְׁפַתְבוּ דְּחַרְשׁ זֹכָה לְעַצְמוֹ בְּמַתְנָה.

ומשמע דאף מה"ת זוכה לעצמו וכמו בקטן ע"י דעת אחרת מקנה לשיטת כמה פוסקים דזהו מה"ת פנ"ל: ובאמת יש לדון לשיטת רש"י בגיטין (דף ס"ה) דגרס הפעוטות כו' וכנגדן בקטנה מתגרשת כו' דס"ל דדוקא בהגיע לעונת פעוטות מתגרשת אבל כ"ז שלא הגיע לעונת פעוטות אף שהגיע לשיעור צרור וזרקו עכ"ז אינה מתגרשת.

וכן הוא דעת הרא"ש והתוס' והטור והובא שיטה זו באה"ע סי' קמ"א סעיף ו'. ולשיטה זו מוכח לכאורה דכל זמן שלא הגיעה לעונת פעוטות אין לה יד מה"ת.

ולפ"ז הא דאמרו צרור וזרקו דזוכה לעצמו מוכח דאין זה רק מדרבנן. אבל לשיטת הרא"ף והרמב"א והרמב"ם בגירסתם וכמש"כ הבית יוסף באה"ע סי' קמ"א מוכח דצרור וזרקו יש לה יד מה"ת אף לזכות לעצמה במתנה.

אף יש לומר דשאני התם בגט דהא פתב רש"י בגיטין שם דלכן בהגיע לעונת פעוטות מתגרשת ולא קודם משום דבעי משלחה ואינה חוזרת ע"ש וכ"כ הר"נ שם. ע"כ יש לומר דלכ"ע יש לה יד מה"ת בהגיעה לשיעור צרור וזרקו גבי קבלת מתנה ודוקא בגיטין בעינן שיעור שתגיע לעונת פעוטות משום דבגט בעינן משלחה ואינה חוזרת.

ולפ"ז יהי עוד נפ"מ בין הדרש דר' ינאי מן ונתן בינה ובין הדרש דבי ר' ישמעאל מן ושלחה מביתו ושלחה ואינה חוזרת יצתה זו ושלחה וחוזרת כפי דאמרו ביבמות (דף קי"ג) ועיין שם בתוס' ד"ה יצתה זו שאין לה יד כו' ובהרא"ש שם.

אכן לפי משמעות דברי הר"נ לגיטין (דף ס"ה) הנ"ל דכתב דלפי גירסת רש"י שלא רצו להתיר אישות דאורייתא בפחות מעונות פעוטות כו' ע"ש. זה מורה דס"ל דהא דאמרו דלא תהי' מגורשת כ"ז שלא הגיעה לעונת פעוטות דאין זה רק מדרבנן אבל מה"ת יש לומר דמתגרשת לכ"ע בהגיעה לשיעור צרור וזרקו משום דקרינן בזה דיש לה יד מה"ת ויש להאריך בזה ואכ"מ: ולפ"ז נלע"ד לומר במש"כ הרמב"ם פ"ד ה' זכיי' דהשוטה אינו זוכה לא לו ולא לאחרים כו' אבל החרש זוכה לעצמו כמו שבארנו ה' גזילה.

דזה תמוה מאוד וכמו דתמה הלח"מ דהא בהלכות גזילה אינו מוכח כלל מזה. וכן ראיתי פעת בבבאור הגר"א זצ"ל בח"מ סי' רמ"ג ס"ק כ"ז שהגיה זה בצ"ע וסיים וכן הקשה הלח"מ עכ"ל.

אכן לפי מה שפכתתי מקור לדברי הרמב"ם דמחלק בין חרש לשוטה דהוכיח פן ממה דמצינו בחרשת דמתגרשת מה"ת פנ"ל דמוכח מזה לחלק בין חרש לשוטה דהא בשוטה אינה מתגרשת מה"ת היכא דאינה יודעת לשמור גיטה דמזה הוכיח הרמב"ם דינו הנ"ל.

והנה ראיתי בבבאור הגר"א זצ"ל שם בס"ק הנ"ל בליקוט שכתב להביא ראיה לדברי הרמב"ם דמחלק בין חרש לשוטה מן הא דגיטין (דף נ"ט) דחרש דין פעוטות יש לו גבי מקח וממכר אבל שוטה אין ממכרו פלום עכ"ל.

ולפ"ז הראי' אינו מוכח רק דבחרש יהי' זוכה מדרבנן. אכן לפי מה שפכתתי להוכיח פן מה דחרשת שמתקבלת גיטה יתנה זה ההוכחה לדון דיהנה החרש זוכה לעצמו מה"ת בדעת אחרת מקנה פנין דיש לו יד מה"ת ויהי' דינו כמו הקטן דס"ל לכמה פוסקים

דבדעת אחרת מקנה יתנה זוכה לו מה"ת פנ"ל: ולכן י"ל דהיה פתוב בהרמב"ם פ"ד ה' זכני' הנ"ל בזה הלשון בראשי תיבות החרש זוכה לעצמו פמו שבארנו בה"ג.

והיא סובר המדפיס לפרש לכוננת הרמב"ם דנתפגין הרמב"ם למה שפכת בהלכות גזילה. אבל לדעתי לא כן הוא כי פוננת הרמב"ם הוא למה שפכת הרמב"ם בהלכות גירושין פ' יו"ד ה' כ"ג דמי שנתחרשה אשתו ה"ז מגרשה בגט ותהי מגורשת אבל אם נשתטית אינה מגורשת אלא אם יודעת לשמור גיטה ואם יודעת לשמור עצמה מגורשת בדיעבד וכמש"כ המ"מ שם בכוננת הרמב"ם ע"ש.

ומקור הדברים הללו הוא ביבמות (דף קי"ב) במשנה דפקח שנשא פקח ונתחרשה אם רצה יוציא נשתטית לא יוציא וכמבואר בסוגיא שם (דף קי"ג) וכנ"ל. הרי דחרשת יש לה יד משא"כ בשוטה.

ע"כ שפיר פתב הרמב"ם כמש"כ בהלכות גירושין דמוכח מן שם לחלק בין חרש לשוטה בזה משום דחרש יש לו יד משא"כ בשוטה ואתי שפיר דברי הרמב"ם הנ"ל: ואחר פותבי כל זה ראיתי בבאר הגולה בח"מ סי' רמ"ג סעיף י"ז על הא דחרש זוכה לעצמו בס"ק ב' שפכת מקור לזה מהא דב"מ שמתקנת חכמים דלא לייתי לאנצויי עכ"ל.

וכבר כתבתי לעיל מה שיש לתמוה על זה וכמו שהובא דברי בה"ג הנ"ל בביאור הגר"א זצ"ל שם בס"ק כ"ז וכמו שכתבתי לעיל בשם ביאור הגר"א הנ"ל. וכן ראיתי בבית יוסף בסי' רמ"ג ובפרישה והב"ח שכתבו מקור לחלק בין חרש לשוטה מהא דסי' רל"ה דחרש דינו כקטן במטלטליו דמעשיו קיימין.

וזהו פמו שכתבתי לעיל בשם ביאור הגר"א זצ"ל בליקוט שם. ולדעתי העיקר פמו שכתבתי.

ומן כל שנתבאר מוכח דחרש עדיף מן שוטה וכמבואר להדיא בשבת (דף קנ"ג) דחרש ושוטה לשוטה. איבעיא להו חרש וקטן מאי כו' עד סוף הסוגיא שם.

ועיין בתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל סי' רי"ח בד"ה ומ"ש מעלתו בענין שוטית שזינתה תחת בעלה דהמ"ל כתב בפשיטות דחרשת ושוטה דמיא לקטנה כו' ע"ש. ובירושלמי פסחים רפ"ח ה"א משמע דחרש עדיף גם מן קטן דאמרו שם קטנה שזינתה אין לה רצון ליאסר על בעלה כו' וחרשת אין את יכול דכתיב ואמרה האשה אמן כו'.

ומשמע דמשום דאין לחרשת רצון פמו דאמרו שם בקטנה לא שייף. משום דס"ל להירושלמי דיש לחרשת רצון ליאסר על בעלה ודלא כהמל"מ ורע"א.

ויהי' מוכח מזה דחרש עדיף מן קטן. אף יש לדחות די"ל דמזירי התם דהיתה פקחת ונתחרשה לאחר זמן וע"כ אין להוכיח מזה כלל: ענף ד ומה שכתב הרמב"ם שם דהמזפה לשוטה ע"י בן דעת זכה וכן פסק השו"ע בס"רמ"ג סעיף ט"ז.

והמתנה אפרים ה' זכני' סי' ל"ב והקצה"ח בסי' רמ"ג ס"ק ו' הביאו בשם הרא"ש פ"ב דכתובות דס"ל דדוקא במי שהיא עתים חלים וע"ש זכין לו דאתי לכלל דעת אבל בשוטה וחרש אין מזפין לפי דשאני קטן דאתי לכלל דעת והובאו בנתיבות.

אכן יש להוכיח פדברי הרמב"ם מן הא דב"מ (דף ח') דאמרו בשלמא חרש קנה דקא מגבה לי' פיקח אלא פיקח במאי קנה כו'. דמוכח מזה דמזכין לחרש וע"כ אף דחרש אינו עושה שליח עכ"ז מצי נכי לי' הפיקח והטעם הוא דאף חרש מקרי אתי לכלל דעת פועין סברת התוס' בגיטין (דף כ"ב ע"ב) ד"ה והא לאו בני דיעה כו' דחשיבי בני פרייתות הואיל אם נשתפה השוטה הוי בני פרייתות.

וה"ה גבי הפלל גבי זכין דבעי אתי לכלל דעת דגם חרש ושוטה מקרי אתו לכלל דעת אם ישתפו. ותקשה מהו דב"מ על שיטת הרא"ש.

ואפשר לומר דהו דב"מ ס"ל פועין סברת רב אשי דב"מ (דף ע"א ע"ב) דמחלק דרק גבי השליח בעינן פרטי השליחות אבל בהמשלח לא בעינן דין שליחות ע"כ י"ל דלרב אשי דוקא אם השליח הוא חרש לא מהני אבל היכא דהשליח הוא בר שליחות רק המשלח הוא חרש בזה שפיר נעשה הפיקח שליח להחרש.

ולכן י"ל דהו סוגיא דב"מ דאמרו מעיקרא בשלמא חרש קנה דקא מגבה לי' פיקח כו' היינו דיש מקום לומר פסברת רב אשי דבהחרש המשלח לא בעינן פרטי שליחות ושפיר מצי הפיקח להיות שליח להחרש לזכות עבורו.

ובאמת למסקנת הסוגיא שם מסקינן דלא קנה רק מעיקרא י"ל דלא נחת כ"כ לזה ואף דנדחו דברי רב אשי בב"מ (דף ע"א) שם. עכ"ז י"ל דהמקשה ראה להקשות ביותר איך פיקח קני משום דעל החרש יש מקום לדחות ע"פ סברת רב אשי בב"מ פנ"ל פן יש לתרץ דברי הרא"ש הנ"ל: ובספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' ענף ה' הבאתי ראי' לדברי הרמב"ם דמזכין לשוטה מן הא דסוטה (דף כ"ה) דמי שנתחרש ונשתטה ב"ד מקנין לאשתו וזהו בתורת זכות פמבואר שם א"כ מוכח מזה פשיטת הרמב"ם דמזכין לשוטה משום דגם זה מקרי אתי לכלל דעת וע"פ סברת התוס' בגיטין (דף כ"ב) הנ"ל.

והארכתי מזה בספרי שם: וכן מוכח בירושלמי קידושין פ"א ה"ג על הא דמשנה שם בכסף ע"י אחרים ר' ירמיה' א' מאחר לרבו כו' זה זוכה לכן דעת כו' הגע עצמה שהי' חרש א"ל איש הגע עצמה שהי' קטן א"ל דרכו להגדיל עכ"ל הירושלמי.

ופי' הקרבן העדה הגע עצמה שהי' העבד חרש ואינו בן דעת אם יוצא לחירות או לא משום דאין זכין לו וא"ל איש ופי' הק"ע הואיל ומינו בני דעת אמרינן לא פלוג. והדר בעי הי' העבד קטן שמינו בן דעת וגם רוב קטנים אינו בני דעת כו' והשיב לו דקטן דרכו להגדיל.

והפ"מ פירש א"ל איש כתיב בזכיי' נאפי' חרש. דרכו להגדיל נאפי' בקטן אמרינן דזוכה בכה"ג שפן קבלתו של זה גרמה לו עכ"ל הפ"מ.

ובאמת יש לומר דכוננת הירושלמי בקמה דא"ל איש כתיב הפנונה הוא כמו שבהאתי לעיל בשם הירושלמי ר"פ תרומות משנה א' דיליף מן מאת כל איש פרט לקטן אשר ידבנו לבו פרט לחרש ושוטה משום דחרש ושוטה הם בכלל איש.

וה"ה הקא גבי איש דכתיב בזכיי' דלא נתמעט מזה חרש. עכ"פ חזינו דמבואר בירושלמי דמהני זכין לחרש וזכין לו.

ומבואר שם דאדרבה בחרש יותר סברא דמזכין לו מבקטן דהא אחר דא"ל איש ומנהי גם בחרש. ונהדר בעי איה הדין בקטן עבד אם זכין לו או לא א"ל דגם בקטן יוצא לחירות משום דרכו להגדיל והפנונה הוא פועל דב"מ (נ"ב ע"ב) דקטן אית לי זכין משום דאתי לכלל שליחות פשיגדיל.

ואין אנו צריכים לומר כמו דפירש הפ"מ דלכן מהני בקטן משום דקבלת רבו גרמה לו. משום דעדין י"ל דמשום זכין אתינן עלה דהא קיי"ל דזכין לקטן.

וכדמוכח בכולי סוגיא בירושלמי שם דמשום זכות הוא מה דמהני פס"ע"י אחרים וכעין שיטת הרי"ף לקידושין (נ"ב כ"ג) והרמב"ם פ"ה ה' עבדים דין ב' לרבנן דר"מ והובאו ביו"ד סי' רס"ז סעיף כ"ו בפ"ה ס"ק מ"ג ובבאור הגר"א ס"ק ס"ה.

אלא עיקר הטעם הוא כמו דאמרו בירושלמי שם הטעם דקטן דרכו להגדיל וכמו דפירשתי דמשום דאתי לכלל גדלות זכין לקטן. ולפירוש הפ"מ אין הבנה למה דאמרו בירושלמי שם הטעם דרכו להגדיל דהא אתי עלי משום הטעם דקבלת רבו גרמה לו והוא פועל דברי הירושלמי פסחים רפ"ח ה"א דרצייתי לומר דס"ל להירושלמי שם דחרש עדיף מן קטן וכמש"כ לעיל.

ולפירוש הקרבן העדה דלכן זכין לחרש משום דמינו בני דעת ולא פלוג ועדיף זה מקטן שאינו בן דעת כו' ולכן איבעי לי על קטן אף דפשט לי על חרש כפר יש לומר דזהו פועל סוגיות הגמ' בשבת (נ"ב קנ"ג ע"ב) דלקטן יהיב ולא לחרש דאתי לאיחלופי בגדול ע"ש ולדברי הק"ע אין זכין מועיל בחרש רק מדרבנן.

אכן לפי מש"כ דזהו מה"ת. עכ"פ מוכח דזכין לחרש וכשיטת הרמב"ם: ובירושלמי לקידושין פ"ב ה"א אמרו א"ר זעירא נעשה החנוני שלוחו של בעל הבית לזכות לפועל א"ר היילא פועל זוכה לבעל הבית משל החנוני וחזור זכה לעצמו אף הכא ע"ד דר"ז כו' מה נפק מן ביניהון הי' החנוני חרש כו' הי' הפועל חרש ע"ד דר' היילא לא חשש שאין זכיות לחרש ע"ד דר"ז חשש עכ"ל הירושלמי.

ולכאורה נראה דהירושלמי הלז סותר לירושלמי דקידושין פ"א ה"ג הנ"ל דהכא אמרו דאין זכיות לחרש ואלו התם אמרו דחרש זוכה. אבל באמת אין זה שום סתירה כולל דדוקא בהך דפ"א דמייירי התם בנידון דזכין אחרים מן הנותן עבור העבד חרש בזה אמרו דמזכין עבור החרש וכמו שפסק הרמב"ם והשו"ע דהמזכה לשוטה ע"י בן דעת זכה.

אבל בהך דירושלמי פ"ב דמייירי שם דהחרש הפועל יהי זוכה לבעה"ב בזה שפיר אמרו דאין החרש זוכה לאחר היינו הבעה"ב וכדקיי"ל דאף קטן שנותנים לו צרור נזרקו אינו זוכה לאחרים כמבואר בגיטין (נ"ב ס"ד ונ"ה ס"ה) וברמב"ם שם ובח"מ סי' רמ"ג סעיף ט"ו.

ע"כ אין שום סתירה מן דברי הירושלמי להדדי כולל: והרמב"ם פ"ז ה' תרומות ה' ט"ו כתב חרש שוטה וקטן שקנו עבדים אינן אוכלין תרומה אבל אם קנו להם ב"ד או אפטרופוס או שנפלו להן בירושלמי הרי אלו אוכלין עכ"ל והוא תוספתא פ"ט יבמות.

אף שנתבאר לעיל בשיטת הרמב"ם דהחריש זוכה לעצמו כמו דין קטן וזהו מה"ת לשיטת הרמב"ם כמש"כ הרמב"ם ה' לולב פ"ח דין יו"ד דקטן קונה מה"ת בדעת אחרת מקנה וכמש"כ המ"מ פ' כ"ט ה' מכירה.

עכ"ז בקנו עבדים אינן זוכין מה"ת לפי דאין נתינתו בדים נתינה מה"ת ע"כ אינו קונה מה"ת בקנין וכמש"כ המ"מ שם ה"א. ומה שפכת הרמב"ם שם ה' י"א קטן שקנה קרקע תעמוד בידו.

אין זה רק מדברנו וכמש"כ הקצה"ח בסי' רל"ה ס"ק ד'. לכן פסק הרמב"ם בקטן וחרש שקנו עבדים אינן אוכלין בתרומה משום דס"ל דקנין דרבנן לא מהני בדאורייתא.

ונדקא בקנו להם ב"ד ואפטרופוס אוכלין בתרומה משום דס"ל דכח אפטרופוס אלים מה"ת וכשיטת הרשב"א גיטין (נ"ב) והובא בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' ענף ד. ואפתי תקשה דהא במתנה זוכה החרש מה"ת וכן בקטן שנותנים לו צרור וזרקו זוכה מה"ת א"כ משפחת דיאכלו עבדיו תרומה בניתן במתנה.

ומן לשון הרמב"ם ותוספתא משמע דנדקא בקנו ב"ד או בירושא אוכלים בתרומה ובאמת היא משפחת לי' גם בניתן להם במתנה לשיטת הרמב"ם דזוכה מה"ת פנ"ל.

אבל באמת אין זה קשה משום דהרמב"ם והתוספתא מייירי שם בחרש שוטה וקטן והנה שוטה וקטן שלא הגיע לשיעור צרור וזרקו דאינן זוכין במתנה אינן אוכלין עבדים תרומה ולא משפחת בהו אכילת עבדים רק ע"י מה שקנו הב"ד ואפטרופוס או ע"י ברושה לכן לא נקטו שם דין מתנה כיון דלא משפחת זה בשוטה וקטן בפחות מפשיעור רק נקטו קנו ב"ד וברושה דבזה אוכלין עבדים אף בשוטה וקטן בפחות מפשיעור.

וע"כ אין מזה שום סתירה לכל מה שפכתתי לעיל בשיטת הרמב"ם: ענף ה' וברושלמי יבמות פ' י"ד ה"א על הא דחרש שנשא פיקחת כשם שפונס כף הוא מוציא דמתניתא בקידשה בכסף אבל בקידשה בביאה קידושיו מעשה וגירושיו אינו מעשה והובא בגמרא יוסף ר"פ י"ד ליבמות ובחגי' הרשב"א ליבמות שם.

ואמתי מכבר בכוננת הירושלמי והוא דהא נתבאר דחרש זוכה מה"ת בדעת אחרת מקנה ע"כ בחרש שקידש פיקחת חלו קידושיו מה"ת אם קידשה בביאה משום דהאשה שנתקדשה להחריש הני כמו דעת אחרת מקנה בקנין קידושי' לו.

רק בקידשה בכסף ושטר דאין נתינת החרש פלום וכמש"כ לעיל בשם המ"מ גבי קטן שקנה קרקע ע"כ אין קידושיו פלל מה"ת. וכן ראיתי באבני מילואים בסי' מ"ג ס"ק ב' שפכת פן ע"ש.

ובדברי הרשב"א בחי' ליבמות שהביא דברי הירושלמי לדינא יש להוסיף עוד די"ל דהרשב"א אזיל לטעמי' דהנה הרשב"א בתשובה סי' תתקצ"ז פתב דקטן יש לו זכני' מדאורייתא דהא בקטנה מתגרשת בקדושי אבי' עכ"ל.

הרי דס"ל דקטן יש לו יד מה"ת כמו בגט ואף דהוי חסרון פנונה עכ"ז הא הרשב"א בחי' לגיטין (נ"ב כ') פתב דבדעת אחרת מקנה לא בעינן פנונת הקונה. ע"כ מפילא בקטן כיון

דְּמַצִּינוּ דִּישׁ לוֹ יָד מְמִילָא זֹכָה בְּמִתְנָה מֵה"ת א"כ ה"ה בְּחֶרֶשׁת פִּינוֹן דְּמַצִּינוּ דִּישׁ לָהּ יָד לְהַתְגַּרְשׁ וּכְמִשׁ"כ לְעִיל.

ע"כ שְׁפִיר הִבִּיא הֶרְשֵׁב"א בְּחִי לִיבְמוֹת לְדִינָא לְדַבְרֵי הִירוּשְׁלָמִי דְּבִקְדִישׁ חֶרֶשׁ לְפִיקְחַת בְּבִיאָה הֵנִי קִידוּשֵׁי תוֹרָה: וְהָא שְׁפַתְב הַבֵּית יוֹסֵף בֵּאֵה"ע סִי ק"כ"א דְּלֹא רְאִיתִי לְאַחַד מִן הַפּוֹסְקִים שְׂיִבְתְּבוּ פֶן וְהוּבָא בְּמִל"מ פ"ב ה' גִּירוּשִׁין מְשׁוּם דִּס"ל דְּאַף בְּקִידֵשׁ חֶרֶשׁ לְפִיקְחַת בְּבִיאָה ג"כ אֵינֵן קִידוּשִׁין מֵה"ת.

אַף דְּנִתְבְּאָר דְּחֶרֶשׁ יֵשׁ לוֹ יָד מֵה"ת בְּדַעַת אַחֲרַת מְקַנָּה. עכ"ז טַעְמִייהוּ הוּא דְּהָא פְּתַב הַמְחַבֵּר בְּסִי רמ"ג סעי' י"ט דְּמִי שְׁמַתְחִיב לְקַטֵּן אֵינֵן זֹכָה פִּינוֹן שְׂאִין הַדְּבָר ת"י הַחֶרֶשׁ הַזֹּכָה ע"כ ה"ה בְּמָה דְּנִתְקַדְשֶׁת לְהַחֶרֶשׁ פִּינוֹן דְּבִזְכוּת הַקִּידוּשִׁין דְּזֹכָה הַבַּעַל בְּהָ אֵין הַדְּבָר הַזֶּה ת"י הַבַּעַל בְּעֵינֵי לָכֵן אֵינֵן זֹכָה הַחֶרֶשׁ בְּזְכוּת קִידוּשֵׁיהָ מֵה"ת פֶן י"ל בְּטַעַם הַפּוֹסְקִים דְּלֹא נְקֻטוּ לְהִירוּשְׁלָמִי לְדִינָא.

וְהָאֲבֵי מִלּוּאִים שָׁם פְּתַב עוֹד טַעַם בְּמָה דְּלֹא נְקֻטוּ לְהִירוּשְׁלָמִי לְדִינָא. אָכֵן מִן הֶרְשֵׁב"א וְהַנְּמוּקֵי יוֹסֵף לִיבְמוֹת דְּהִבִּיאוּ לְהִירוּשְׁלָמִי לְדִינָא מוֹכַח דִּס"ל דְּגַם הֵיכָא דְּאֵין הַדְּבָר ת"י הַקְּטָן וְהַחֶרֶשׁ הַזֹּכָה ג"כ זֹכָה מֵה"ת ע"י דַּעַת אַחֲרַת מְקַנָּה וּכְמִשׁ"כ לְעִיל דְּעֵיקַר הַף מִקְלָתָא דְּח"מ סִי רמ"ג סעי' י"ז תְּלוּי בְּהֵנָּה שְׁנֵי תִירוּצִים בְּתוֹס' גִּיטִין (דָּף ס"ה) וּבִר"נ שָׁם: וְרִאִיתִי בְּמִתְנָה אֲפָרִים ה' שְׁלוּחִין סִי כ"ד דְּהִבִּיא לְדַבְרֵי הֶרְשֵׁב"א בְּחִי לְקִידוּשִׁין (דָּף ח') דִּס"ל דְּאֵין הַחֶרֶשׁ זֹכָה לְעַצְמוֹ אַף בְּדַעַת אַחֲרַת מְקַנָּה וְחוֹלַק עַל הַרְמַב"ם דִּס"ל דְּהַחֶרֶשׁ זֹכָה לְעַצְמוֹ עכ"ל הַמַּח"א וְגַם הִבִּיא הַמַּח"א שָׁם לְהִירוּשְׁלָמִי פ"ב דְּקִידוּשִׁין ה"א דְּאֵין זְכִיָּה לְחֶרֶשׁ לְאַחֲרִים וְכִמוֹ שְׁהִבְאִתִּי לְעִיל לְהִירוּשְׁלָמִי הַלְזוּ אָכֵן לְפִי מִשׁ"כ לְעִיל מוֹכַח דְּהֶרְשֵׁב"א בִּיבְמוֹת ס"ל דְּחֶרֶשׁ זֹכָה לְעַצְמוֹ מֵה"ת וְכִמוֹ בְּקַטֵּן.

וְאַפְשָׁר לוֹמַר דְּעֵיקַר הַף מִקְלָתָא גַם בְּקַטֵּן דִּיהֵנָּה זֹכָה לְעַצְמוֹ מֵה"ת מְצִינוּ לְהֶרְשֵׁב"א בְּקִידוּשִׁין פ"ב (דָּף מ"ב) דְּהִבִּיא לְשִׁיטַת הַתּוֹס' דִּס"ל דְּאֵין לְקַטֵּן זְכִיָּה מֵה"ת לֹא ע"י עַצְמוֹ וְלֹא ע"י אַחֲרִים וּמָה שְׁהַקְשָׁה ע"ז מֵהַף דְּפָרַק הַשּׁוֹלַח הַעֲלָה בַצ"ע אָבָל לֹא סָתַר בְּפִשְׁטוֹת כ"כ לְשִׁיטַת הַתּוֹס' בְּזָה.

ע"כ י"ל דְּלָכֵן גַּבֵּי קִידוּשֵׁי אִשָּׁה בְּמָה שְׂאֵמַר תּוֹן מְנָה לְפִלוּנֵי חֶרֶשׁ וְאַתְקַדֵּשׁ אֲנִי לָהּ דְּהִבִּיא לְהִירוּשְׁלָמִי מִפְּנֵי דְּחָשַׁשׁ לְחוּמְרָא לְשִׁיטַת הַתּוֹס' דְּאֵין לְקַטֵּן זְכִיָּה מֵה"ת ע"כ חֵינְשִׁינֵן לְחוּמְרָא גַבֵּי תּוֹן מְנָה לְחֶרֶשׁ וְאַתְקַדֵּשׁ דְּאֵי גִימָא דְּאֵינֵן זֹכָה מֵה"ת ע"כ לֹא הֵנִי קִידוּשִׁין וְנִדְּאֵי נְאִי קִידְשָׁה אַחַר צְרִיכָה גִט מְשֻׁנְיָהֶם פֶן אֲפְשָׁר לוֹמַר בְּזָה.

אַף אֵין זֶה בְּמִשְׁמַעוֹת הַלְשׁוֹן דְּהֶרְשֵׁב"א שָׁם. וְאַחַר כּוֹתְבֵי כָל זֶה מְצִאתִי רְאִיתִי בְּסִפְרָא קַהֲלַת יַעֲקֹב לְמַהֲרִי"ט אֶלְגָּאזִי תוֹסְפַת דְּרַבְּנָן אוֹת א' שְׁהִבִּיא לְדַבְרֵי הַמַּח"א הַנְּ"ל בְּשֵׁם הֶרְשֵׁב"א לְקִידוּשִׁין הַנְּ"ל דְּאֵין הַחֶרֶשׁ זֹכָה לְעַצְמוֹ וְהַקְשָׁה ע"ז מִן מִשׁ"כ הֶרְשֵׁב"א בְּתוֹבָה ח"א סִי תַתְקַצ"ז הַנְּ"ל וְהָאֲרִיף בְּזָה ע"ש.

וְכֵן רְאִיתִי שָׁם שְׁהַקְשָׁה עַל הַרְמַב"ם פ"ז ה' תְּרוּמוֹת דְּהָא מְשַׁכַּח לִיה גַם בְּנִיתָן בְּמִתְנָה לְהַחֶרֶשׁ דִּיאֲכִלוּ עֲבָדֵיו בְּתְרוּמָה וְנִשְׂאָר בְּקוֹשְׁיָא אָכֵן כְּבָר רְאִיתִי לְעַצְמִי ג"כ לְהַקְשׁוֹת וּלְתַרְזֵן כְּמוֹ שְׁפַתְבִּי לְעִיל: וְרִאִיתִי בְּגִלְיוֹן בְּשֵׁם צִיּוֹן יְרוּשָׁלַיִם לִירוּשְׁלָמִי קִידוּשִׁין פ"ב ה"א שְׁפַתְב בּוֹה"ל ע"ד הִילָא לֹא חָשַׁשׁ שְׂאִין זְכִיָּה לְחֶרֶשׁ עֵינֵן פ"ק וְעַמ"ש לְעִיל שָׁם

דמשמע דחרש אית ליה זכיה וְכֵן אָמְרוּ דַּאִין לֹו זְכִיָּה וְצ"ע דְּהִירוּשְׁלָמִי סוּתֵר זֶה אֵת זֶה עכ"ל.

וְכִנּוּנְתוּ לִירוּשְׁלָמִי לְעִיל פ"ק ה"ג דְּהִבְאֵתִי לְעִיל וְעִינְתִי שָׁם וְלֹא נִכְתַּב מִזֶּה לְעִיל בְּצִיּוֹן יְרוּשָׁלַיִם שָׁם כָּלֵל וְאוּלַי נִשְׁמַט מִשָּׁם. וּבְעֵינָקֵר קִנְשִׁיתוּ פְּבַר פְּתַבְתִּי לְעִיל לְרַחֵץ בְּפִשְׁטוֹת דַּאִין שׁוּם סְתִירָה כָּלֵל מִדְּבָרֵי הִירוּשְׁלָמִי לְהַדְדִי דְּהִנֵּה פִּשְׁטוֹת הִירוּשְׁלָמִי הִכָּא בַּפ"ב ה"א בְּמָה שָׁאָמְרוּ אִין זְכִיָּה לְחַרְשׁ דְּקָאֵי עַל מָה דְּאָמַר ר' הִילָא פּוֹעֵל זֹכָה לְבַעַה"ב וְחוּזֵר וְזֹכָה כּו' דְּזִהוּ בְּגֵדֵר דְּהַפּוֹעֵל חַרְשׁ יְהִיָּה זֹכָה עֲבוּר הַבַּעַה"ב א"כ שְׁפִיר אָמְרוּ דַּאִין הַחַרְשׁ זֹכָה לְאַחֲרִים מִשָּׂא"כ לְעִיל בַּפ"ק דְּמִיָּרִי דְּזִכְנֵן ע"י אַחַר עֲבוּר הַחַרְשׁ בְּזִהוּ שְׁפִיר מְהִי הַזְכִּיָּה וְכַשִּׁיטַת הַרְמַב"ם וְהַשׁו"ע כְּמוֹ שְׁנַתְבָּאֵר לְעִיל.

דְּבִאָמַת מָה דַּפִּי הַרְשָׁב"א בַּחֲלִי לְקִדּוּשִׁין (דָּף ח') דַּפִּי לְדְבָרֵי הִירוּשְׁלָמִי הַנֶּ"ל דְּלֹא זֹכָה מִמֶּשׁ לְאַשָּׁה אָמְרוּ אֶלְא עֲשָׂאוּהוּ כְּזֹכָה כּו' כְּטַעְמָא דְּגַמְרִין דְּאָמַר דְּמִקְוֵדְשַׁת מִן דִּין עֲרַב כּו'. זֶהוּ דִּוְחַק בְּכִנּוּנַת הִירוּשְׁלָמִי וְכַמְש"כ הַמְחַנֵּה אֶפְרַיִם ה' שְׁלוּחִין סִי' כ"ד דר' זְעִירָא וְר' הִילָא דְּבִירוּשְׁלָמִי לֹא ס"ל כְּטַעְמָא דְּתַלְמוּד דִּידֵן דְּאָמַר רַבָּא תָּן מְנָה לְפִלוּנִי וְאַתְקַדְשׁ דְּמִקְוֵדְשַׁת מִן דִּין עֲרַב אֶלְא מִשׁוּם דְּזֹכָה כּו'.

אִף אִף לְפִירוּשׁ הַרְשָׁב"א דְּהַחַרְשׁ פּוֹעֵל אוֹ חַרְשׁ עֲנִי זֹכָה לְעַצְמוֹ ג"כ אִינוּ שׁוּם סְתִירָה כָּלֵל מִן דְּבָרֵי הִירוּשְׁלָמִי הַנֶּ"ל לְהַדְדִי דְּעַדִּין יֵשׁ לְחַלֵּק דְּדוֹקָא הִיכָא דְּהַחַרְשׁ זֹכָה לְעַצְמוֹ בְּזִהוּ שְׁפִיר פְּסָקוּ דַּאִין הַחַרְשׁ זֹכָה לְעַצְמוֹ וְכַמּוֹ דְּכַתְבַּת הַמַּח"א בְּכִנּוּנַת הַרְשָׁב"א שָׁם דַּס"ל דַּאִין הַחַרְשׁ זֹכָה לְעַצְמוֹ וּמִשְׁמַע דְּגַם מְדַרְבְּנֵן אִינוּ זֹכָה לֹו מִשׁוּם דַּס"ל דִּין הַחַרְשׁ הוּא כְּמוֹ הַשׁוּטָה דַּאִינוּ זֹכָה לְעַצְמוֹ.

וְעכ"ז הָא גַם בְּשׁוּטָה פְּסָק הַרְמַב"ם וְהַשׁו"ע דְּהַמְזַכֵּה לְשׁוּטָה ע"י בֵּן דַּעַת זְכָה הַשׁוּטָה א"כ ה"ה וְכַש"כ חַרְשׁ דְּמִזְכִּין לֹו ע"י אַחַר ע"כ אִין שׁוּם סְתִירָה כָּלֵל מִהִירוּשְׁלָמִי דַּפ"ק עַל הָא דַּפ"ב דְּאֵלוּ לְעִיל מִיָּרִי בְּזְכִיָּה עֲבוּר הַחַרְשׁ ע"י אַחַר וְאֵלוּ בַּפ"ב מִיָּרִי בְּזְכִיָּה ע"י עַצְמוֹ דַּאִינוּ זֹכָה מִשׁוּם דְּלִפְנֵי הַרְשָׁב"א דִּינוּ כְּמוֹ שׁוּטָה.

וְע"כ עַל כָּל הָאוֹפְנִים אִין שׁוּם סְתִירָה כָּלֵל מִדְּבָרֵי הִירוּשְׁלָמִי לְהַדְדִי וּמִתּוֹרֵץ בְּפִשְׁטוֹת הַצ"ע שְׁל צִיּוֹן יְרוּשָׁלַיִם הַנֶּ"ל: וְרֵאִיתִי בְּהַרִיטְב"א בַּחֲלִי לְקִדּוּשִׁין (דָּף ח' ע"ב) בַּד"ה ת"ר הַתְּקַדְּשִׁי לִי בְּמִנְהַ תְּנִים עַל הַסֵּלַע כּו' שְׁהִבִּיא לְהִירוּשְׁלָמִי קִדּוּשִׁין פ"ב ה"א הַנֶּ"ל דְּפִירוּשׁוֹ טַעְמָא דְּמִקְוֵדְשַׁת מְפָנִי שְׁהוּא זֹכָה לְאַשָּׁה וְחוּזֵר וְזֹכָה לְעַצְמוֹ וְאִם הִנֵּה חַרְשׁ שְׁאִין לֹו יָד לְזִכּוֹת אִינָה מְקוֹדְשַׁת אֶכּוּ גְמָרָא דִּילָן דְּמַדְמִי לָהּ לְעַרְב לֹא אֲזִיל כָּלֵל בְּהֵאִי שִׁטְתָּא וְאַנְן אַגְמִי דִּילָן קָא סְמְכִינֵן כּו' עכ"ל הַרִיטְב"א.

הַרִי דְּהַרִיטְב"א ס"ל בְּכִנּוּנַת הִירוּשְׁלָמִי בְּפִשְׁטוֹת כְּמוֹ שְׁכַתְבַּתִּי לְעִיל וְכַמּוֹ שְׁכַתְבַּת הַמַּח"א בְּכִנּוּנַת הִירוּשְׁלָמִי אִף הַרְשָׁב"א יֵשׁ לֹו דְּרָף אַחֲרַת לְפָרֵשׁ לְהִירוּשְׁלָמִי לְהַשְׁוֹתוֹ לְש"ס דִּילָן כְּנ"ל.

וְעִינֵן בְּמִקְוֵה לְקִדּוּשִׁין (דָּף ט' ע"א) ד"ה א' רַבָּא א' ר"נ כּו' בֵּין ע"י עַצְמָה מְקוֹדְשַׁת מְדַעְתּוֹ כּו' שְׁהִבִּיא לְדְבָרֵי הַרְשָׁב"א וְהַרִיטְב"א הִלְלוּ בְּקַצְרָה וּשְׁקִיל וְטָרִי שָׁם בְּהַדְּלָמָן (דָּף י"ט) בְּאוּמֵר לְבַתּוֹ קְטַנָּה צָאִי וּמְבִלִי קִדּוּשִׁין כּו'.

ע"כ אין שום סתירה פלל מהירוש'למי הלז על דברי הרמב"ם דפסק דחרש זוכה לעצמו משום דהא הירוש'למי מייירי שיהח'רש יהיה זוכה לאחרים ובזה הא גם הרמב"ם ס"ל דאין ח'רש וקטן אף בהגיע לשיעור זוכה לאחרים פנ"ל: שוב ראיתי דאף לפי מאי דס"ל להרשב"א בפשט הירוש'למי הנ"ל דס"ל דהפועל הח'רש או העני הח'רש זוכה לעצמו וכמו בתלמוד דידן עכ"ז יש לומר דאינו ראיה מהירוש'למי להוכיח לדינא דאין הח'רש זוכה לעצמו משום דיש לדון דהירוש'למי בקידושין אגיל לטעמיה דהנה בירוש'למי לגיטין פ"ה ה"ט אמרו ג' מדות בקטן פל שנותנין לו אגוז ומשליכו כו' המוציא בידו פמוציא לאשפה אגוז ונוטלו כו' אגילו אגל מפני דרכי שלום נוטלו ומצניעו כו' אגילו אגל אמור זוכה לעצמו אבל לא לאחרים כו'.

וכן הוא בירוש'למי מעשר שני פ"ד ה"ג ובירוש'למי עירובין פ"ז ה"ו. והירוש'למי הנה הובא בש"ס סי' רמ"ג ס"ק ו' ועיין בפני יהושע לגיטין (דף ס"ד) ובמח"א ה' זכיה סי' ד'.

ובקצה"ח שם ס"ק ה' דכתב דהירוש'למי חולק עם הש"ס שלנו. והירוש'למי הנ"ל מייירי אף בנותנים מתנה להקטן וס"ל דקטן שנוטל אגוז כו' אין זוכה רק מפני ד"ש אבל אין אגילו אגל אמור להוציא בדיינין.

אף בנוטלן ומצניעו זוכה מן הדין. לכן י"ל דמה"ט ס"ל להירוש'למי גבי ח'רש דאין לו זכיה משום דלא עדיף מן קטן שנוטל צרור וזורקו אגוז ונוטלו דס"ל דאינו זוכה מן הדין ואף דיש בומפני ד"ש עכ"ז לא מהני זה גבי קידושין פנין דאינו זוכה מן הדין וכן גבי אמר אדם לפועל הילך דינר כו' פן ס"ל להירוש'למי גבי קטן ומה"ט ה"ה בח'רש.

אבל לפי שיטת ש"ס דילן גיטין (דף ס"ה) דקטן שנותנים לו צרור וזורקו דזוכה לעצמו מן הדין במתנה הן מה"ת והן מדרבנן לשיטת כמה פוסקים. ע"כ שפיר י"ל דה"ה בח'רש שפיר פסק הרמב"ם דזוכה לעצמו וכמש"כ לעיל להוכיח פן מש"ס דילן וגם מן הירוש'למי אין סתירה לזה די"ל פנ"ל.

ועדיין יש לדון בזה הרבה: וביותר יש לומר בזה דהירוש'למי דקידושין דס"ל דאין הח'רש זוכה לעצמו דאגיל לטעמי' דבירוש'למי יבמות פ' י"ד ה"ב על הא דבמשנה שם אריו"ח ב"נ מפני מה האשה שנתח'רשה יוצאת והאיש אינו מוציא כו' אמרו שם ר' חנניה בעא קומי ר' הילא נראין הדברים בפקחת שיש בה דעת שהיא יוצאה בין לדעת בין שלא לדעת וחרשת שאין בה דעת לא תצא אלא לדעת כו'.

וכוננת הירוש'למי דס"ל לר"ח לחלק כמה דאמרו לו דבמשנה דאינו דומה האיש המק'רש לאשה המתגרשת שהאשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה דה"ה חרשת ע"ז בא ר"ח לחלק דשאני פקחת שיש בה דעת היינו דיש לה יד ע"כ יוצאה שלא לדעת משא"כ בחרשת שאין בה דעת היינו דאין לה יד ע"כ לא תצא אלא לדעת אביה.

ואח"ז בירוש'למי שם שקיל וטרי הש"ס בהך דר"ח דאמר קומי דר' הילא כמש"כ הפ"מ שם. [ובעיקר דברי הירוש'למי שם בהך סוגיא יש לפרש באופן אחר דלא כהפ"מ והק"ע שם כי פירושם אינו ברור כ"כ ואכ"מ להאריך בזה].

עכ"פ חזינן דר"ח ס"ל פמו דס"ל לרי"ח בן נורי דאשה שנתחרשה אינה יוצאה לפי דאין לה יד וכמו דמטיק בש"ס דילן ביבמות (דף קי"ג ע"ב) דריו"ח ב"נ ס"ל דכי היכי דאיש לא מצי מגרש אשה נמי לא מיגרשה.

וי"ל דגם ר' הילא הסכים לר"ח בזה פנין דלא דחה לדברי ר"ח במה דא"ל פן לפניו. והנה בירושלמי גיטין פ"ה ה"ו א"י ר' חנינא בעי קומי ר' אימי נראין דבריו בפיקחת שיש לה דעת כו' אבל הכא בירושלמי יבמות הגירסא ר"ח בעא קומי ר' הילא.

[וי"ל דבמה דאמר פן לפני ר' הילא היינו משום דבירושלמי יבמות פ' י"ד ה"א אמרו על הא דנשתטית לא יוציא דר' זעירא ור' הילא אמרין שאינה יכולה לשמור גיטה היינו שאין לה יד.

ועיין בשני קרפון שם ד"ה מפני גרידה במש"כ שם. ועיין ביבמות (דף קי"ג ע"ב) בתוס' ד"ה יצתה זו כו' דגרסי בשם הירושלמי דר' זירא ור' מנא אמרי שאין יכולין לשמור גיטה.

וע"כ אמר ר"ח לפני ר' הילא דחרשת שאין לה יד לא תהא מגורשת ויש להאריה בזה]. וכיין דר' הילא הסכים ושתק במה דא"ל ר"ח דנראין דבריו וכדאמרו בירושלמי גיטין פ"ה ה"ו ה"ג"ל דאמר ר"ח דנראין דבריו.

וי"ל דהפוננה הוא דנראין דבריו של ריו"ח בן נורי דאשה שנתחרשה אינה יוצאה וטעם הוא משום שאין לה יד לחרשת: ולפ"ז י"ל דלכן אמרו בירושלמי לקידושין פ"ב ה"א הנה הפועל חרש ע"ד דר' הילא לא חשש שאין זכיה לחרש.

דאף לפי פירוש הרשב"א דמוכח דס"ל לירושלמי דאין חרש זוכה לעצמו. עכ"ז יש לומר דאינו ראיה מירושלמי לדינא משום די"ל דהא אמרו פן שם בירושלמי אליבא דר' הילא פדאמרו שם ע"ד דר' הילא הנה הפועל חרש לא חשש שאין זכיה לחרש.

משום דר' הילא לטעמיה דס"ל דאין לחרשת יד גם לקבל גיטה ע"כ ה"ה אין יד לחרש להיות זוכה לעצמו במתנה. אבל לדינא לפי מה דקיי"ל דחרשת מתגרשת ע"י עצמה דמוכח לדינא דחרשת יש לה יד ע"כ ה"ה דחרש זוכה לעצמו במתנה וכמו בקטן שהגיע לשיעור צרור וזרקו כו' דזוכה במתנה פנין דיש לו יד.

ע"כ אף דהוי חסרון פנונתו עכ"ז הא בדעת אחרת מקנה מהני מה דיש לו יד פנ"ל. א"כ ה"ה בחרש וע"כ לדינא אינו ראיה מוכרחת מהירושלמי דקידושין אף לפירוש הרשב"א בכוננת הירושלמי דקידושין.

וכש"כ לפי פירוש הריטב"א והמתנה אפרים בכוננת הירושלמי דקידושין וכן נוטה פשט לשון הירושלמי דמירי דהחרש הנה זוכה לאחרים. ע"כ בנודאי אינו ראיה מן הירושלמי לסתור לדברי הרמב"ם והשו"ע דפקדו דהחרש זוכה לעצמו.

ולכן לא הובא שיטת הרשב"א במה דס"ל דאין חרש זוכה לעצמו בהש"ע אף בשם יש אומרים משום דכן הוא עיקר לדינא דהחרש יש לו יד וזוכה לעצמו במתנה ע"י דעת אחרת מקנה: ג (שם סעיף א' במחבר) אין נשבעין על טענת חש"ו כו' אבל אם שמר לקטן וטוען שאבד ה"ז נשבע שבועת השומרים כו'.

ונהו שיטת הרמב"ם פ"ב ה' שכירות ה' ז' ובהלכות טוען פ"ה ה"ט. וכן הוא ש"י הר"ר ר' יוסף הלוי ז"ל.

והובא ברא"ש לשבועות פ"ו סי' כ"ג ובר"נ לשבועות שם ובח"י הרשב"א שם. והלח"מ שם הקשה על ש"י הרמב"ם וסייעתו דס"ל דש"ש נשבעין אף לקטן דא"כ מאי מקשה הגמ' בשבועות (דף מ"ב) על מה דתנן במשנה שם אבל נשבעין לקטן הא י"ל דמייירי בש"ש.

הנה פבר הקדימו בקושיא זו הר"נ והרשב"א וקרא"ש שם: ונלפענ"ד לתרץ קושיותם והוא דהנה הרשב"א והר"נ הקשו שם עוד על ש"י הר"י הלוי מהא דב"ק (דף ק"ו) דא"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל ואותבי' ר' אבא בר ממל לר"ח בר אבא כי יתן איש אין נתינת קטן פלוס אין לי כו' ואם אי' תהוי באבידה ופריק רב אשי אבידה קא אתי מפח בן דעת.

משמע מהא דמדין שומרין מעטי' רחמנא לקטן כו' דאם אי' דמחייביןו שבועה אטענתו אמאי לא מחייביןו בה נמי בפילא עכ"ל הר"נ והרשב"א שם. ועיין בהשגת הראב"ד פ"ב ה"ש ה' ז' מזה: ולדעתי אין זה קשה דהא עיקר ש"י הרמב"ם והר"י הלוי דס"ל דש"ש נשבעין לקטן אף דכתיב כי יתן איש ואין נתינת קטן פלוס כדאמרו בשבועות (דף מ"ב).

ואף דזה כתיב גבי שומרים מ"מ ס"ל דזה קאי על שבועת מ"מ משום דעירוב פרושיות פתוב פאן. וכמש"כ הרא"ש והרשב"א והר"נ והרב המגיד פ"ב ה' שכירות ונהרדב"ז ח"ד סי' ר"ל ע"ש.

וי"ל דהרמב"ם אגיל לטעמו דס"ל פן בפ"ב ה' שכירות ה"ח ופ"ג ה' טוען ה' ו' דש"ש לא בעינן בי' שתי כסף ונהו דרשא דמה פלים כו' ומה כסף כו' אמרינן בזה עירוב פרושיות כו'. וכמו שהובא שיטת הרמב"ם וסייעתו בזה ברא"ש פ"ו דשבועות סי' ו' ובר"נ רשב"א שם ולעיל סי' פ"א סעיף ה'.

לכן ס"ל פן הקא גבי הא דכי יתן איש ואין נשבעין לקטן דזה קאי על מ"מ משום דעירוב פרושיות. והנה עיקר הך מילתא דעירוב פרושיות זהו פלוגתא דאמוראי בב"ק (דף ק"ז) דר' חייא בר אבא א"ר יוחנן ס"ל דהטוען טענת גנב בפקדון אינו חייב עד שייכפור מקצת ניודה מקצת מ"ט דאמר קרא כי הוא זה ופליגא דר' חייא בר יוסף דאמר ר' חייא בר יוסף עירוב פרושיות פתוב פאן כו' תני רמי בר חמא ארבעה שומרין צריכין כפירה והודאה במקצת כו': א"כ לר' חייא בר אבא אריו"ח דס"ל דלא אמרינן עירוב פרושיות לגבי כי הוא זה.

א"כ ה"ה לגבי הא דכי יתן איש ולא קטן ולכן התם בסוגיא דלעיל מינה דא"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן דטוען טענת גנב באבידה משלם כפל שפיר אותבי לר' חייא בר אבא מהא דתניא כי יתן איש כו'.

דזה פנין דס"ל דלא אמרינן עירוב פרושיות א"כ גם לענין כפל נתמעט קטן. [וכמש"כ התוס' לעיל בב"ק (דף ס"ג) ד"ה למה לי כו'.

דְּכַפֵּל וְשְׂבוּעָה הַפֵּל חֲדָא הוּא וּכְמוֹ שְׂכַתְבְּתִי לְעִיל בְּחִידוּשֵׁי סִי פ"ח סְעִיף ה'. וְעַיִן
בש"מ"ק שָׁם].

וּמְקַשָּׁה לִי שְׁפִיר דְּתִיגְוֵי נְמִי פְּאַבְיָדָה. וּמְחַלְק דְּשְׂאֲנֵי אַבְיָדָה דְּקָא אֲתִיָּא מִפְּח בְּוֹן דַּעַת
כו'.

אַבְל לְדִידֵן דְּקִי"ל דְּעִירוּב פְּרִישׁוֹת לְהָא דְּכִי הוּא זֶה וְלָכֵן ש"ש לֹא בְּעֵי הוּדְאָה בְּמַקְצָת.
א"כ ה"ה גְּבִי הָא דְּכִי יִתֵּן אִישׁ לֹא קָאִי רַק עַל הָא דְּשְׂבוּעוֹת מ"מ.

אַבְל לְגַבֵּי ש"ש וְכַפֵּל לֹא קָאִי זֶה. א"כ מִתְנַרְץ שְׁפִיר קְוִשְׁיָתָם מִן הָא דְּב"ק:ועפ"ז יֵשׁ
לְתַרְץ מַה שְׁהַקְשָׁה הַלַּח"מ הַנֶּ"ל וְכָל הָרֵאשׁוּנִים עַל שִׁי הַסּוּבְרִים דְּנִשְׁבְּעִין ש"ש לְקַטֵּן
דֵּא"כ אֵין מְקוּם לְקוֹשְׁיוֹת הַש"ס בְּשְׂבוּעוֹת (דָּף מ"ב) מִן הָא דְּתַנּוּ אַבְל נִשְׁבְּעִין לְקַטֵּן
דְּהָא ה"מ לְאוּקְמֵי דְּמִיָּרֵי בִּש"ש.

דִּי"ל דְּהַגְּמָ' מְקַשָּׁה עַל מ"ד דֵּס"ל דְּאֵין עִירוּב פְּרִישׁוֹת פְּתוּב פְּאֵן כְּדֵס"ל לְרַמֵּי בַר חֲמָא
וּלְר' חֲזִיָּא בַר אַבְא א"ר יוֹחֲנָן הַנֶּ"ל. א"כ לְדִידְהוּ תְּקַשָּׁה מִן הַמְּשַׁנָּה הַנֶּ"ל.

וְכֵן דְּרַף הַש"ס בְּכ"ד לְהַקְשׁוֹת סְתָמָא אַף דְּאֵינוּ מְקַשָּׁה רַק עַל חֲד מ"ד. וְכַמֶּש"כ הַש"ף
בְּסִי מ"ב ס"ק א' וּבְסִי פ"ח ס"ק ט"ז.

וְכֵן מְצִינוּ בְּתוֹס' בְּכ"ד. וְכַה"ג אִי בְּב"מ (דָּף צ"ח ע"א) דְּאֲמָרוּ שָׁם.

וּלְרַמֵּי בַר חֲמָא דְּאָמַר ד' שׁוּמְרִין צָרִיכִין פְּפִירָה וְהוּדְאָה בְּמַקְצָת מְשַׁכְּחָתָּ לַה רִישָׁא בְּג'
וְסִיפָא בְּד' כו'. אֲלָמָא דְּהִי מְהַדְרַת הַש"ס לְתַרְץ לְהַמְשִׁנָּה דְּלֹא תְּקַשָּׁה מִזֶּה עַל רַמֵּי ב"ח.

וְהִ"ה י"ל בְּהָא דְּשְׂבוּעוֹת דְּמְקַשָּׁה בְּוֹן עַל שִׁי רַמֵּי ב"ח וּר' חֲזִיָּא ב"א א' רִיו"ח דֵּס"ל דְּלֹא
אֲמָרִינוּ עִירוּב פְּרִישׁוֹת. גְּבִי מ"מ.

וְהִ"ה גְּבִי כִי יִתֵּן אִישׁ. וּבְכַרְט לְפִי הַמְּבֹנְאָר בְּשְׂבוּעוֹת (דָּף מ"ב) הַנֶּ"ל דְּשְׂמוּאֵל ג"כ מְהַדְרַת
לְתַרְץ מַה שְׁהַקְשׁוֹ שָׁם מִן אַבְל נִשְׁבְּעִין לְקַטֵּן כו'.

וְיָדוּעַ שְׁיִטַּת רִש"י בְּסִנְהֶדְרִין (דָּף ג') דְּשְׂמוּאֵל דֵּס"ל שְׁנַיִם שְׂדָנֵי דִּינִיָּהֶם דִּין ס"ל אֵין
עִירוּב פְּרִישׁוֹת פְּתוּב פְּאֵן. וְעַיִן בְּתוֹס' שָׁם ד"ה וּמְדַאֲוֵרִיָּתָא חֲד נְמִי פֶּשֶׁר כו' וּבְשִׁי
הַרְמַב"ם דְּהוּבָא בְּש"ף רִישׁ סִי ג' וְקַצְרִתִּי.

א"כ לְשְׂמוּאֵל דֵּס"ל לְשִׁי רִש"י דְּאֵין עִירוּב פְּרִישׁוֹת פְּתוּב פְּאֵן. א"כ לְדִידְנִי קָאִי הָא דְּכִי
יִתֵּן אִישׁ עַל ש"ש.

ע"כ שְׁפִיר הַוְּכַרְח לְתַרְץ לְהָא דְּנִשְׁבְּעִין לְקַטֵּן דְּקָאִי בְּבָא לְיַפְרַע מְקַטֵּן. וְכֵן הָא דְּרַב מְהַדְרַת
לְתַרְצֵי שָׁם יֵשׁ לוֹמַר דֵּס"ל גַּם בְּוֹן פְּנ"ל.

וּא"ש לְקוֹשְׁיוֹת הָרֵאשׁוּנִים הַנֶּ"ל: וְעַכ"ז לְפִי מִש"כ הַרְמַב"ם ה' גְּנִיבָה ה"ט דְּבְּטוּעֵן
טַעֲנַת גַּנְבַּ בְּפִקְדוֹן שָׁל קָטֵן כו' ה"ז פְּטוּר מִן הַכְּפָל שְׁנֵא' כִּי יִתֵּן אִישׁ כו'. אֲלָמָא דֵּס"ל
לְהַרְמַב"ם דְּהָא כִּי יִתֵּן אִישׁ קָאִי גַם עַל כְּפָל.

א"כ שְׁפִיר הַקְשׁוֹ הָרֵאשׁוּנִים עַל שִׁי הַרְמַב"ם דֵּס"ל דְּבִש"ש לֹא בְּעֵינֵן שְׁיִהְיָה גְּדוּל.
מִשׁוּם דֵּס"ל דְּכִי יִתֵּן אִישׁ קָאִי רַק עַל שְׂבוּעַת מ"מ מְשׁוּם דְּעִירוּב פְּרִישׁוֹת גַּם בְּזֶה וְכַדֵּס"ל
לְהַרְמַב"ם בְּוֹן גְּבִי שְׁתֵּי כְּסָף פְּנ"ל.

דָּהָא פִּינּוּן דַּס"ל דְּגַבִּי פְּפֹל קָאֵי הֵךְ פִּי יִתְּנֵן אִישׁ. א"כ ה"ה בְּשִׁבּוּעָה דָּהָא פְּפֹל וּשְׁבִיבָה
הַפֵּל חָדָא וּתְלוּיִים הֵם בְּהֶדְדֵי פְּנ"ל.

וְאֵלּוּ גַבִּי מַה דְּפִסְק ר"ח ב"א אַרְיִו"ח שֵׁם בַּב"ק דְּהַטּוּעֵן טַעֲנַת גַּנָּב בְּפִקְדוֹן אִינוּ חַיִּיב עַד
שְׂיֻדָּה מְקַצֵּת לֹא פִסְק הֶרְמֵב"ם פֶּן. מִשּׁוּם דָּהָא קִי"ל דְּעִירוּב פְּרָשִׁיּוֹת פְּתוּב פֶּאֶן.

מִשּׁוּם דָּהָךְ פִּי הוּא זֶה קָאֵי רַק עַל שְׁבִיבָה מ"מ וְלֹא עַל פְּפֹל וּש"ש וּכְמוֹ דְּפִסְק הֶרְמֵב"ם
גַּבִּי ב' פְּסָף. א"כ מ"ש הֵךְ דְּכִי יִתְּנֵן אִישׁ דְּכָתֵב לְחֵלֶק בֵּין פְּפֹל וּבֵין ש"ש.

וְלָכֵן לְדִינָא שְׁפִיר הִקְשׁוּ עַל הֶרְמֵב"ם: וּכְבָר הִכְרִיעַ הֶרְמֵב"א הֵכָא בְּסִי' צ"ו דְּהַעֲיָקָר דְּגַם
ש"ש נִתְמַעַט מִן הֵךְ פִּי יִתְּנֵן אִישׁ כו'. וי"ל דְּהַמְחַבֵּר הֵכָא אֶזְיָל לְטַעֲמִיָּה דַּס"ל לְהַמְחַבֵּר
כְּעִין זֶה בְּסִי' פ"ח סַעִי' ה' דַּש"ש א"צ ב' פְּסָף וְהַפֵּל הוּא מִשּׁוּם הַטַּעַם דְּעִירוּב פְּרָשִׁיּוֹת.

וְאֵלּוּ הֶרְמֵב"א דְּהַכְרִיעַ בְּסִי' פ"ח שֵׁם דְּהַעֲיָקָר הוּא דַּבְּש"ש בְּעִינָן ג"כ ב' פְּסָף א"כ ה"ה
בְּזָה וְע"כ הִכְרִיעַ פֶּן הֵכָא. וְגַם י"ל דְּאֵף הַסּוֹבְרִים גַּבִּי ב' פְּסָף דְּלֹא בְּעִינָן בַּש"ש.

מ"מ שְׂאֵנִי הֵכָא דָּהָא כְּתִיב פִּי יִתְּנֵן אִישׁ בְּשׁוֹמֵר שְׂכָר וְהֵתָם לֹא פְתִיב פִּי הוּא זֶה. כַּמֶּש"כ
הֶרְמֵב"ן וְהוּבָא בְּרַא"ש פ"ו דְּשְׁבִיבָה סִי' כ"ג וּבְחִי' הֶרְשֵׁב"א לְשְׁבִיבָה (דָּף מ"ב).

וְע"כ לְדִינָא הַעֲיָקָר דְּגַם ש"ש נִתְמַעַט בְּקַטְוִן דְּאִין נִשְׁבְּעִין: ד (שֵׁם סַעִי' ו') הִבִּיא הַט"ז
בְּשֵׁם הַב"ח דְּכָתֵב בְּאֶחָד שְׁחִיב לְבַע"ח הִרְבֵּה וּמֵאֶחָד מֵהֶם לְקַח סְחוּרָה בְּהַקְפָּה אִם הֵם
בְּעִין אִין לְאַחֲרִים חֵלֶק בְּהֶם.

וְעִינָן בַּקְצָה"ח שֵׁם. וְס"ל לְהַב"ח דְּזָהוּ מִן הַדִּין.

וְהַצְמַח צָדֵק סִי' קי"ז פְּתַב דַּז"א מִן הַדִּין רַק מִצַּד הַתְּקִנָּה ד' אַרְצוֹת וְחוֹלֵק עַל הַב"ח שֵׁם
וְהוּבָא בַּב"ש סִי' צ' ס"ק ל"ח. וְעִינָן בְּבֵית מֵאִיר שֵׁם סִי' צ' סַעִי' ט' מִזָּה: עֲנָף א וּבְאֶמַת
יֵשׁ לְדוֹן דְּהַנְּכֹון עִם הַב"ח לְפַמְש"כ הַחֲלֵקֶת מְחֻוּקָק סִי' ק"ד ס"ק ה' דָּאִם הַסּוֹפֵר נִתְּנָן
וְכָתֵב הַגֵּט לְשֵׁלֶם לֹא מִיָּד וְאִינוּ מְשַׁלֵּם לֹא הֵוִי הַגֵּט גִּזְלִי בְּיָדוֹ רַק בְּמוֹכֵר בְּהַקְפָּה שְׂאֵנִי.

וְהַנְּתִיבוֹת בְּסִי' צ' א"ס"ק ט' פְּתַב לְבָאָר דְּבָרֵי הַח"מ הַנ"ל דְּאִין הַפְּנוּנָה דְּהִיָּה תְּנַאי מְפֻרְשׁ
כו' אֶלְא אֵף שְׁלֵא פִּירֵשׁ בְּדִינֵי תְּנַאי רַק שְׂמוּכֵר בְּהַקְפָּה אִם לֹא קִבַּע זְמַן לְפִירְעוֹן אִם לֹא
שְׁיָלֵם לֹא נִתְבַּטַּל הַמְּכָר.

רַק בְּמוֹכֵר בְּהַקְפָּה דְּקִבַּע זְמַן וְלֹא שְׁיָלֵם לְזְמַן בְּזָה לֹא נִתְבַּטַּל הַמְּכָר פִּינּוּן דְּכָבֵר זְקוּף עָלָיו
בְּמִלְוֵה הַמְּעוֹת. וְכ"כ הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' ק"צ ס"ק ז' בְּשֵׁם הַמַּח"א דָּאִם אִינוּ מְשַׁלֵּם מְעוֹת
הַמְּכִירָה נִתְבַּטַּל הַמְּקַח וְהֵוִי הַמְּקַח גִּזְלִי בְּיָדוֹ אֶלְא בְּקִבַּע זַמ"פ שְׂאֵנִי אִם לֹא הִיָּה עֵינִיל
וְנִפְיָק אַזְוִי ע"ש: וּלְפַעַנ"ד נִרְאָה לְהַבִּיא רְאָיָה דָּאִם מְכָר חֶפְצֵן לְחַבְּירוֹ וְלֹא קִבַּע זְמַן
פְּרַעוֹן דָּאִם לֹא שְׁיָלֵם לֹא דְּמֵי הַמְּכִירָה בְּטַל הַמְּכָר לְמַפְרַע.

וְשִׁיף גוּף חֶפְצֵן מְמִילָא לְהַמּוֹכֵר בְּלֹא שׁוּם דְּרָכֵי הַקְּנִיָּן כָּלֵל ג"כ. מֵהָא דַּב"ק (דָּף ק"ו)
דְּאָמְרוּ שֵׁם וְכַחֲשׁ בָּהּ פִּרְט לְמוֹדָה בְּעִיקָר פִּיצַד שׁוּרֵי גַּנְבָּתָה וְהוּא אוֹמֵר לֹא גַּנְבָּתִי מַה טִּיבוֹ
אֶצְלָךְ אַתָּה מְכַרְתּוֹ לִי אַתָּה נִתְתּוֹ לִי בְּמַתְנָה כו'.

פי תנאי היתה דקאמר ליה הילך כו' אתה מכרתו לי מאי מודה בעיקר איפא ל"צ דא"ל לא נתתי לך דמי שקיל תורף וזיל אתה נתתו לי מאי מודה בעיקר איפא דא"ל ע"מ דעבידנא לך נניח דנפשיה ולא עבדי לך ושקיל תורף וזיל כו' עכ"ל הגמ'.

והנה במתנה אמרו שם ע"מ דעבידנא כו'. ואלו במקר לא אמרו ע"מ דאתן הדמים.

ואי נימא דהיכא דלא פרע דמי המכירה אין גוף הספץ שייך להמוכר בלא קנין מחדש וכמו בסי' קפ"ט. משום דאין המוכר רק כמו כל בע"ח.

אלא גוף הספץ שייך עדיין להלוקח. א"כ מאי מודה בעיקר איפא במקר פשמודה דלא נתתי הדמים דהא עדיין לא קנה המוכר את הספץ וצריף קנין חדש בגוף הספץ.

וע"כ מוכח דכיון דלא משלם דמי המכירה הוי למפרע גזל בידו דכה"ג לא אקני ליה ונתבטל המכירה. והוי דומיא דאתה נתתו לי ע"מ דעבידנא לך נניח נפשא ולא עבד ליה כמבואר שם בפירוש דנתבטל המתנה למפרע.

וה"ה במכירה אף בלא תנאי נתבטל. א"כ מוכח פדברי הח"מ הנ"ל.

ובנודאי א"ל דמירי שם בעייל ונפק אזוי. דא"כ ה"ל להש"ס לומר פן בפירוש פיון דזהו העיקר וכמו דאמרו שם במתנה דע"מ דעבידנא לך כו'.

וע"כ מוכח פנ"ל. וזה ראיה נכונה לדבריהם.

וגם היכא דאינם מחולקים הבע"ד רק בגוף הספץ ג"כ שייך שבועת התורה בזה פדמוכח ברפ"ק דב"מ בתוס' ד"ה וליחזי זוי כו'. א"כ בכה"ג הא לא מקרי מודה בעיקר גבי שבועת הפקדון ומוכח פנ"ל: וקצת ראיתי ברש"ב"א על ב"ק ושם"ק על סוגיא זו דב"ק הנ"ל דכתבו בזה"ל אתה מכרתו לי מאי מודה בעיקר איפא דא"ל נתתי דמים כלומר בתנאי שאתן לך דמים ביומו ולא נתתי ונתבטל המקח ונהרי הוא לפניה.

א"כ מסתברא דאפילו בטוען אתה מכרתו לי ונתקיים המקח במשיכתי אלא פיון שלא נתתי הדמים הילך השור. דאע"ג דבעלמא אינו יכול לבטל המקח אחר משיכה ולא הילך הוא.

שא"ה דבעל השור אינו מודה לו במכירתו ורוצה בשורו עכ"ל הרשב"א. וז"ל הרמ"ה ז"ל אתה מכרתו לי אדעתא דיהיבנא לך דמי השתא דלא יהיבנא לך דמי שקול תורף וזיל.

אתה נתתו לי במתנה אדעתא דעבידנא לך שליחותה השתא דלא עבידנא לך שקול תורף וזיל. שמעינו מינה דמאן דמזבן לחבר' מידי אדעתא דיהיב לי דמי ולא יהיב לי לא הוי זבינ' זבינ'.

וכן מאן דיהיב מתנה לחבר' אדעתא דעביד לי שליחותא ולא עביד לי לא הוי מתנה עכ"ל השם"ק. הרי דהרשב"א והרמ"ה הרגישו במה דהקשיתי דמ"מ מקרי זה מודה בעיקר פיון דאינו אלא כבע"ח.

וע"כ כתב הרשב"א בת' ראשון לומר דמירי דאמר בפ' בדרף תנאי. דמשמע מזה דאם לא הי' בדרף תנאי לא נתבטל המקר.

וכה"ג פתב הרמ"ה שם דמיירי דאמר אדעתא דניהיב לי דמי. אף אפשר דכוננת הרמ"ה הוא דסתמא הוי ג"כ כמו דהתנה בפ"א וכמש"כ בהגותיבות לפ"ש לכוננת הח"מ הג"ל.

אבל בת"י השני ס"ל להרשב"א דבאמת לא נבטל המקח רק פנין דרוצה לסלק ליה בהשור ואמר לו הילך השור דאף דהבעל השור יכול לומר דאין אני רוצה ליקח השור בעד המעות וכדין מוכר סחורה דסי' ק"א.

עכ"ז פנין דבעל השור רוצה ליטול השור מקרי זה מודה בעיקר. ובנדאי משום מה דבעל השור אינו מודה במכירה אין זה מקרי מודה בעיקר.

דקא בע"כ מיירי דהנתבע יכול לכפור השור דאל"כ לא שייך בזה כלל כפירה והודאה. וע"כ עיקר טעם הרשב"א בת"י השני דכיון דבעל השור נתרצה ליטול את השור בעד דמי המכירה והנתבע רוצה לסלקו בזה.

מקרי זה מודה בעיקר. פן הוא סברת הרשב"א בתירוץ השני: אבל באמת ת"י הראשון דהרשב"א דמשמע דמפרש להגמרא דמיירי בתנאי דיהיבנא דמי.

זהו דוחק דקא לא אמרו להך על מנת רק במתנה ע"מ דעבידנא לך נייח נפשא. אבל במכירה אמרו בקיצור בגמ' לא נתתי לך דמי כו'.

וגם ת"י השני דהרשב"א אינו מוכן כ"כ דקא פנין דלא נתבטל המקח א"כ הוי בעל השור כמו פל ב"ח דכ"ז דאינו עושה קנין במה דמגבין להמלנה לא קנה ויכול הלנה לחזור כמבואר.

א"כ אף מקרי זה מודה בעיקר דכיון דיכול לחזור א"כ אפתי ברשות הנתבע קיימא והוי כמו דנתרצה הנתבע לחזור וליתן במתנה להבעלים דאין זה מקרי מודה בעיקר. ולכן אמרו במתנה שם ע"מ דעבידנא לך נייח נפשא פדי דיתבטל המתנה מעיקרא אף לפי דברי הנתבע ולכן זה אינו ברור כ"כ: אכן מצאתי ברמב"ם הלכות שבועות פ"ח הלכה י"א.

ונ"ל אם אמר אתה מכרתו לי וצדיין לא נתתי דמי' אם תרצה קח דמי' או הרי שלך לפניך או שאמר לו אתה נתת לי בשכר מלאכה שאעשה לך אם תרצה שאעשה לך או קחנה ולך כו' פטור משבועת הפקדון שהרי לא פטר עצמו מכלום.

עכ"ל הרמב"ם. הרי להדיא דהרמב"ם ס"ל דאף דרוצה ליתן גם הדמים א"כ בנדאי לא נתבטל בזה המכירה.

מ"מ פנין דנתרצה ליתן לו השור בעד חוב דמי המכירה מקרי זה מודה בעיקר. אלמא דהרמב"ם ס"ל כסברת הרשב"א בתירוץ השני הג"ל.

ואפשר דזה אתי שפיר לפמש"כ הגותיבות בסי' קצ"ט ס"ק ב' בכוננת הרמב"ם דפסק דמלנה קונה במקר משום דכיון דנתרצה להגבותו מזה בתורת גוביינא קנה המלנה אותו למפרע מעת נתינת המעות וא"צ קנין חדש בזה.

ע"ש.

א"כ ה"ה הקא פֿינן דַּנטרצָה להגבּוּתוֹ להשׁוּר בַּעַד דְּמֵי הַמְּכִירָה א"כ קִנְיָהּ לַהשׁוּר בְּלֹא קִנְיָן פֿלֶל פֿון י"ל בְּכּוֹנֵנֵת הַרְמַב"ם. אָבֵל בְּאַמַּת מְפֵל הַפּוֹסְקִים מוֹכַח דְּלֹא ס"ל פֿון פֿמְבּוֹאָר בְּכַמָּה דְּוֹכְתֵי דְּמִלְנָה אִינוֹ קוֹנֵה בְּמִכָּר אֲלֵא צָרִיף הַמְּלִנָה לַעֲשׂוֹת קִנְיָן בְּדָבָר הַגְּבִיבָה לֹו וּפְרַעוֹן בַּע"כ לֹא מְהַיֵּי רַק לְהִיּוֹת פֿטוֹר הַלְּנָה.

וּע"כ יוֹתֵר נוֹטָה פֿירוּשׁ הַסּוֹנְגֵיָא דב"ק הַנִּי"ל פֿסְבֵּרֵת הַח"מ וְהַמַּח"א וּנְתִיבוֹת דְּכֻתְבוֹ דְּאָף דְּלֹא פֿי' בְּדָרְךָ תִּנְאֵי רַק פֿינן דְּלֹא קִבַּע זמ"פ. מְמִילָא פֿינן דְּלֹא שְׂיִלָם לֹו בְּטַל הַמְּכִירָה לַמְּפָרַע וְהַחֲפֵץ הוּא גִזְל בְּיָדוֹ.

וּמְסוֹנְגֵיָא הַנִּי"ל סִייעֶתָא לְדַבְּרֵיהֶם. לִוְלֵי דְבָרֵי הָרֵאשׁוּנִים הַנִּי"ל.

וְעֵינֵן בַּקְצָה ח"ס ע"ג ס"ק ב' שְׂפָתַב דְּאָף הֵיכָא דְּאִינן מְחַוְלָקִים רַק בְּגוּף הַחֲפֵץ שְׂיִינְךָ ג"כ שד"א וְקַצְרֵתִי: אָף מִן תִּי רֵאשׁוֹן שֶׁל הַרְשָׁב"א י"ל דס"ל ג"כ פֿסְבֵּרֵת הַח"מ הַנִּי"ל. וְכַמֶּשׁ"כ הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' צ"א לְפָרַשׁ פְּנוּנֵת הַח"מ הַנִּי"ל כְּמוֹ כֵּן יֵשׁ לְפָרַשׁ פְּנוּנֵת הַרְשָׁב"א בְּתִי' הַא'.

אָבֵל לְתִי' הַב' שֶׁל הַרְשָׁב"א מוֹכַח דס"ל דְּלֹא פְּהֶאֱתְרוּנִים הַנִּי"ל. אָף בְּלִשׁוֹן הַרמ"ה שָׁם ג"כ יֵשׁ לְפָרַשׁ פְּדַבְּרֵי הַח"מ הַנִּי"ל דְּסֵתָם הָיִי כְּמוֹ אֲוִמְדָנָא וְכַדְאָמַר בְּפִירוּשׁ עַל מְנַת דִּיהֵיבְנָא לָךְ דְּמֵי.

וּמְדַבְּרֵי הַרְמַב"ם הַל' שְׁבוּעוֹת הַנִּי"ל מוֹכַח ג"כ דס"ל דְּלֹא נְתַבְטַל הַמְּכִירָה אָף בְּלֹא שְׂיִלָם הַמְּעוֹת דֵּאל"כ מנ"ל לְהַרְמַב"ם לְפָרַשׁ פֿון וְכַנ"ל. וְאָפְשָׁר לֹוּמַר דְּתִשׁוּבַת הַרְשָׁב"א הַמּוֹבָא בְּתִשׁוּבַת מַהֲרִי"ט סִי' קנ"ב וּבְנְתִיבוֹת סִי' קצ"א א"ס"ק ג' בְּאֵם הַמּוֹכֵר וְהַלּוֹקֵחַ מְחַוְלָקִים אִם נָתַן דְּמֵי הַמְּכִירָה אוֹ לֹא.

דס"ל לְהַרְשָׁב"א דְּהַלּוֹקֵחַ נְאָמֵן לֹוּמַר פֿרַעֲתֵי מִשׁוּם דְּהַקְרָקַע פְּכָר נִקְנָה לְהַלּוֹקֵחַ וְהַמּוֹכֵר אִין לֹו רַק תְּבִיעַת דְּמִים עַל הַלּוֹקֵחַ הָיִי כְּמִלְנָה ע"פ דְּנְאָמֵן לְטַעוֹן פֿרַעֲתֵי. רַק בְּמִקּוּם שְׂאִין קוֹנֵינן בְּשִׁטְרַע עַד שְׂיִתָּן הַפְּסָרָף דְּאִזּוֹ הַמּוֹכֵר נְאָמֵן דְּהָיִי פֿטוּעוֹן שְׂלֵא מְכָר לֹו הַקְרָקַע פֿלֶל וְאוֹקֵי קְרָקַע בְּחֻזְקַת מ"ק כו'.

אָבֵל בְּמִקּוּם דְּקוֹנֵינן בְּשִׁטְרַע לְבַד וְהַמְּקַח אִינוֹ מְתַבְטַל מִשׁוּם דְּלֹא הָיִי עֵינִיל וְנִפְיָק אִזּוֹי אִזּוֹ הַלּוֹקֵחַ נְאָמֵן עכ"ל הַמַּהֲרִי"ט. וּבְאַמַּת לְפִי דַעַת הָאֲתְרוּנִים הַנִּי"ל דְּאֵם הַלּוֹקֵחַ אִינוֹ נוֹתֵן הַמְּעוֹת פֿלֶל דְּבַטַל הַמְּקַח אָף דְּלֹא הָיִי עֵינִיל וְנִפְיָק אִזּוֹי.

א"כ תְּמִיד הַמּוֹכֵר נְאָמֵן פֿשְׁטוּעוֹן שְׂלֵא נָתַן עֵדֵינֵן הַמְּעוֹת. דְּהֵא לְדַבְּרֵי הַמּוֹכֵר שְׁטַעוֹן דַּעֲדִינֵן לֹא נָתַן דְּמִים בְּטַל הַמְּקַח א"כ אוֹקֵי אַרְעָא בְּחֻזְקַת מ"ק אִם לֹא דִישׁ עֵדִים דְּזָקַף עָלָיו הַמְּעוֹת בְּמִלְנָה.

וְכֵן מְצִאתִי שָׁם בְּנְתִיבוֹת סִי' קצ"א א"ס"ק ג' שְׂפָתַב פֿון בְּפִירוּשׁ בְּזָה וְדִלֹא כַּהַמַּהֲרִי"ט הַנִּי"ל. אָכֵן לְפִי מַה שְׁנִתְבְּאָר דְּהַרְשָׁב"א בב"ק הַנִּי"ל מוֹכַח דס"ל דְּלֹא פְּהֶאֱתְרוּנִים הַנִּי"ל אֲלֵא אָף דְּלֹא שְׂיִלָם דְּמֵי הַמְּכִירָה ג"כ לֹא נְתַבְטַל הַמְּכִירָה.

א"כ שְׂפִיר כְּתַב הַרְשָׁב"א בְּתִשׁוּבָה פֿנ"ל דְּהַלּוֹקֵחַ נְאָמֵן מִשׁוּם דְּהַרְשָׁב"א אִזּוֹל לְטַעֲמָהּ. וְעַפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּב"מ (דף ע') בְּמָה דְּאָמְרוּ שָׁם וְאִי לֹא מְשַׁכַּח לְבַהֲמָה תְּפִיס לְנוֹלָד ה"ל יְד כו'.

דְּהָא בלא"ה גַּתְבַּטַּל הַמְקַח פְּשָׁאֵינוּ מְשַׁלֵּם כְּפִי שְׂיִטַּת הָאֲחֵרוּנִים הַגְּזָל. אָף י"ל דְּהָא מִיָּרִי הַתָּם אָף בְּקֻבְעָה זמ"פ וְהוּי כְּמוֹ זָקָף עָלָיו בְּמִלְוָה כַּנ"ל וְלִכְּנָן אֶתְּוּ עֲלֵהּ מְשׁוּם יָד כּו' בְּאֲמָצַע. וְעֵינָן בְּתוֹס' שָׁם וּבְתוֹס' פְּסָחִים (דָּף ו') וְקִצְרֵתִי. וְכַעַת רְאִיתִי בְּבֵית מְאִיר סִי' צ' סַעִי' ט' שְׁפָתַב בְּקֻצְרָה לְדוּן לְאֲנֻמְדָּנָא דְלֵא מְכַר לּוֹ אֶלְא ע"מ לְשַׁלֵּם ע"ש.

אָבַל לֹא הָעִיר בְּכָל מַש"כ: הִינְצָא לָנוּ מִן כָּל זֶה דְּאָף דְּהִנְתִּיבוֹת בְּסִי' קַצ"א פְּתַב בְּשֵׁם הַשֵּׁם"ק ג"כ דָּאָם אֵינוּ מְשַׁלֵּם דְּמֵי הַמְכִירָה אֲזִי בְּטַל הַמְקַח מְשׁוּם אֲנֻמְדָּנָא דְלֵא מְכַר לִי רַק ע"מ לִיתָן הַדְּמִים. וּבְאֲמַת כְּבָר הַבְּאֵתִי רְאִיָּה בְּרוּרָה לְזֶה מְסֻנְגִיּוֹת הַש"ס דב"ק הַגְּזָל.

עכ"ז פִּינּוֹן דְּמַצִּינוּ לְהַרְשָׁפ"א וְהַרְמַב"ם הַגְּזָל דְלֵא ס"ל כֵּן א"כ הוּי זֶה סְפִיקָא דְדִינָא. וְאִם נִימָא פְּדֻבְרֵי הָאֲחֵרוּנִים הַגְּזָל דָּאָם לֹא שְׂיָלֵם לּוֹ הוּי גְּזַל בְּיָדוֹ.

ע"כ נִרְאֵה פְּדֻבְרֵי הַב"ח דס"ל דב"ח ג"כ יֵשׁ לּוֹ קְדִימָה בְּסַחֲוֵרָה דְּמְכָר אִם הוּא בְּעֵינָן ע"פ דִּין. מְשׁוּם דכ"ז דְלֵא פָּרַע דְּמֵי הַמְכִירָה הוּי הַחֲפָץ גְּזַל בְּיָדוֹ וּבְנוֹדָאֵי מְחֻזְרִים לְהַבְעָלִים.

אָבַל לְהַסּוֹבְרִים דְלֵא גַּתְבַּטַּל הַמְכִירָה רַק דִּינוּ שָׁל הַמוֹכֵר כְּבַע"ח ע"כ אֵין לְהַמוֹכֵר מְשַׁפֵּט הַקְדִּימָה ע"פ דִּין רַק מְצַד תְּקֵנָה וּכְדֻבְרֵי הַצ"צ הַגְּזָל: עֲנָף ב עֲנֻבְדָּא בָּא לְיָדֵי בְּבוֹרַח א' שְׁהִיָּה עָלָיו בַּע"ח הַרְבֵּה.

וְזֶה זְמַן קְרוֹב שְׁקֵנָה סַחֲוֵרָה בְּהַקְפָּה וְהִיָּה בְּעֵינָן וְלֹא הִיָּה זמ"פ רַק כָּל יוֹמָא זְמַנּוּ. רַק הִיָּה מְדוֹבָר בְּעַת קְנִיּוֹת הַסַּחֲוֵרָה שְׂיִשְׁלֵם בְּמַעוֹת כְּפִי סָף הַהֲשֻׁנוּאָה: וְאֲמַרְתִּי בְּזֶה דְכַה"ג י"ל דְּהַמְקַח בְּטַל לְמַפְרַע בְּנוֹדָאֵי.

מְשׁוּם דבב"ד לֹא נוֹדַע בְּעַת שְׁקֵנָה הַסַּחֲוֵרָה שְׁהוּא עֲנִי וְאִם"כ גַּתְבַּרְר שְׁהִיָּה עֲנִי לְמַפְרַע בְּעַת שְׁקֵנָה. וְהַמוֹכֵר חָקֵר וְדָרַשׁ ע"ז אֲזִי וְלֹא נוֹדַע לּוֹ.

כִּי הִיָּה אָמוּד בְּכִי הַבְּרִיּוֹת וּבְחֻזְקַת בָּטוּחַ. וְנ"ל בְּזֶה דְּהָא מְבֹאָר בְּסִי' קכ"ו סְעִיף י' בְּהַמְחָהוּ בְּמַעֲמַד שְׁלִשְׁתָּן וְנִמְצָא הַלְוָה עֲנִי הָרִי זֶה חוֹזֵר מְפָנִי שְׁהַטְעָהוּ כּו' וּמְקוֹרוֹ הוּא בִירוּשָׁלַיִם קִידוּשֵׁינָן פ"ג ה"ד וְהוּבָא בְּרִי"ף ב"מ פ' הַמְקַבֵּל.

וְהַש"ף בְּסִי' קכ"ו ס"ק מ"ג הִבִּיא מְכָמָה רֵאשׁוּנִים לְכּוֹנוֹת הִירוּשָׁלַיִם ע"ש. וְהִנֵּה בְּסִי' ס"ו סַעִי' ל"ד פְּסָק הַמְחַבֵּר בְּמוֹכֵר שֵׁט"ח וְהִיָּה הַלְוָה עֲנִי בְּשַׁעַת מְכִירָה ה"ה בְּכָלֵל אֲוִנָּאָה אֵין לְשַׁטְרוֹת אֲוִנָּאָה.

וְהַש"ף שָׁם ס"ק קי"ג הַקְשָׁה דְּבָרֵי הַשׁו"ע אֶהְדְּדִי וְכַתַּב בְּשֵׁם בַּעַה"ת לְחַלֵּק בִּינֵיהֶם וְעֵיקָר הַחֲזִיקוּק הוּא דְשֵׁא"ה בְּסִי' קכ"ו דְּהַמְחָהוּ לִיתָן לּוֹ מְעוֹת וְהַבְּטִיחוּ לִיתָן מְעוֹת ע"כ אִם הוּא עֲנִי אֵין מְקַח טְעוֹת גְּדוֹל מְזָה וְהוּי כְּמוֹ מוּם בְּמְקַח מִשֵׁא"כ בְּמְכַר שֵׁט"ח נִיחָא לִי דְלִיָּהוּ אֵינְךָ עֻבְד לְוָה דִּילְקִי.

וְעֵיקָר הַטְעַם בְּקֵנָה שֵׁט"ח דָּאֵין בּוֹ מְקַח טְעוֹת מְשׁוּם דְלֵא דִּיבְר כָּלֵל מְנַתִּינַת הַמְעוֹת רַק בְּשֵׁם קְנִיּוֹת שֵׁט"ח לְבַד. א"כ ה"ה בְּקֵנָה סַחֲוֵרָה וְהַתְנָה לִיתָן לּוֹ מְעוֹת סָף כְּפִי בְּעַד הַסַּחֲוֵרָה.

וְכִינּוֹן דְּהִיָּה מְדוֹבָר בְּפִי לִיתָן לּוֹ מְעוֹת. א"כ בְּכַה"ג אִם נִמְצָא עֲנִי לְמַפְרַע הוּי מְקַח טְעוֹת.

ויכמו דאם הָיָה נותן לו חוב אחר ע"ז ונמצא הלנה עני הוי זה מקח טעות. א"כ ה"ה בנותן לו חוב עצמו דהא אין סברא לחלק ביניהם.

וגם הא פתב הש"ך שם בשם הרמב"ן דלכן לא הוי התם מק"ט משום דה"ל לשאול עליו. ומה"ט פתב הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק מ"ג בשם המהר"א בן ששון נשכח דכיון דעיקר הטעם הוי משום דה"ל לשאול עליו כמש"כ הרמב"ן.

א"כ בנ"ד דשאל עליו ומה הָיָה יכול לעשות א"כ לא שייך טעם זה עכ"ל. א"כ לפ"ז בנ"ד דחקר ונשאל אצל אחרים על הלוקח אם הוא בטוח או לא ואמרו לו הפל שהוא בטוח.

א"כ בכה"ג לא שייך סברת הרמב"ן וה"ל מום ומקח טעות דחוזר. ושייך הסחורה להבעלים משום דהוי מק"ט בהשט"ח שנתן לו הקונה דמה לי אם נתן לו שט"ח של עני אחר או שט"ח של עצמו דנודע דהיה עני בעת הקני'.
וכיון דהוי מום ממילא חוזר כמו בסי' קכ"ו דמחמת המק"ט הנ"ל חוזר בחובו על המקחה ולא מהני הפטור שלו. וכמו כל מק"ט דאם נמצא מום במקחו חוזר דמי המקח להבעלים כמבואר בקדושין פ"ב (דף נ"ז) וברא"ש שם סי' ל"א במקור ונמצא ערלה בשם הירושלמי ע"ש.

וכן הוא בב"ב (דף צ"ב) וב"ק (דף מ"ו) להגורסים אי דליתנהו להני זויזי כו'. וכש"כ בחפץ בעיני' רק במעות די"ל דלהוצאה ניתנו יש שם פלוגתא בזה.

ועיין במחנה אפרים הל' גזלה סי' כ"ג: וגם אף אם הָיָה מקבל המוכר שט"ח מהלוקח ג"כ הדין כן דחוזר משום מק"ט דאילו ידע דהוא עני לא הָיָה מקבל את השט"ח ממנו כיון דהיה מדובר בפירוש ליתן לו מעות.

והא הש"ך בסי' ס"ו ס"ק קי"ג לא מחלק בין קבל שטר או דלא קבל רק חוב בע"פ. אלא מחלק דהעיקר תלוי אם דיבר בפירוש ליתן לו מעות כנ"ל.

א"כ בנ"ד דהיה מדובר ליתן לו מעות א"כ זה דומה להא דסי' קכ"ו הנ"ל דכיון דנודע דהיה עני בעת המכירה אין לה ערמה גדולה מזה. דהא הלוקח ידע בעצמו דהוא עני אז.

ע"כ הדין נותן דכה"ג שייך מן הדין הסחורה להמוכר ואין לשארי ב"ח שום זכות בהו פלל. וגם אם לא נודע אם הָיָה עני בעת הקני' רק עכשיו נמצא עני.

י"ל דמן הסתם הָיָה עני למפרע בעת המכירה כמבואר סי' קכ"ו סעי' י"א בתומים שם דטענת עשיר ונהעני הוי טענה גרועה ע"ש. אף בזה הפרט יש לעיין טובא.

ועיין בשער המשפט שם ואכמ"ל. אבל בנודע שהיה עני אז בעת המכירה הדין כמש"כ. וכ"ז הוא מן הדין. אבל מצד תקנה של ד' ארצות בכל גונוי שייך הסחורה להבעלים וכמש"כ הצ"צ.

אף לפי דנפ"מ בין מה שהוא מצד הדין או מה שהוא רק מצד התקנה פאשר יבואר. אם כן היכא דהוי מקח טעות אז מן הדין שייך הסחורה להבעלים וכנ"ל: ענף ג והיכא דאינו אלא מצד התקנה.

נלע"ד לדון היכא דהב"ח האחר תפס לידו את הסחורה שלקח בהקפה מא' די"ל דלשיטת הצ"צ מועיל תפיסה של הב"ח האחר. והוא דבכתובות (דף פ"ו) איתא אמר אמימר האי מאן דאיכא עלי פתובת אשה וב"ח דאי ליכא אלא חד ארעא לב"ח יתבינו לאשה לא יתבינו.

וכתב הרא"ש שם סי' י"א דמשמע מדברי רב אלפס שם כמש"כ הרמב"ם בלוגה ולוגה וקנה דאם קדם א' ותפס הכל אין מוציאין מידו. דהשתא ניחא דמשמע דיותר משקאיש רוצה לישא כו' מתפיסין לבע"ח ופקע פח האשה.

אבל אי אמרינו דאפילו אי תפס חד מינייהו מפקינן מיניה לא מסתבר דמשמע דיותר משקאיש רוצה לישא כו'. מפקעינן פח האשה פינו דאף לאחר שפא ליד הבע"ח עדיין יש להאשה זכות בהן עכ"ל.

וכן כתב הר"ן שם דאם הדין נותן דיתלקו האיך גוזלין את האשה ונותנין לבע"ח. אלא פינו דמהני תפיסה לא' בכולו ע"כ אין אנו מניחין להאשה לתפוס וממילא גבי לי' בע"ח לכולו ואז זכי מן הדין פינו דאתי לרשותו ממילא.

וכ"כ הרשב"א והריטב"א שם. אלמא דהראשונים ס"ל דלא שייך לתמן תקנה להקדים דין בע"ח נגד האשה רק היכא דתפיסה מהני.

וע"פ התקנה דלא מניחין להאשה לתפוס ממילא זכי הבע"ח. אבל היכא דגם אם תפס לא מהני אין סברא לגזול את האשה מצד התקנה: ועפ"ז הערתי בקונטרס אחד לדון במש"כ המחבר והרמ"א באה"ע סי' ק"ב סעי' ב' דהמחבר ס"ל במטלטלי דאם תפסה האשה אין מוציאין מידה להבע"ח.

וזהו שיטת הרא"ש שם דהוכיח ממש"כ הרי"ף שם דלכושל היינו בע"ח ואפ"ה בקדמה האשה ותפסה זכתה כמבואר במשנה שם גבי הניח פירות תלושין והוכא בביאור הגר"א שם ס"ק ד'.

והרמ"א הכריע שם כהי"א דלא מהני תפיסתה. ועיין בב"ש ובח"מ שם.

וכתבתי להוכיח דמהני תפיסה של האשה. מדברי הר"ן והרשב"א והרא"ש והריטב"א שכתבו בכוננת הרי"ף דלכן תקנו ליתן לבע"ח ולא להאשה משום דתפיסה מהני דאי נימא דתפיסה לא מהני.

א"כ איך מפסידין זכות האשה ע"פ התקנה. רק אי נימא דתפיסה מהני שפיר יתבינו לבע"ח דהא לא עבדינו לה הזיק כלל.

רק דאין מניחין לה לתפוס וממילא פשגובה הבע"ח שייך לי' כולו לאחר התפיסה שאנו מתפיסין לו וזוכה עפ"י דין. והקצה"ח בסי' ק"ד ס"ק ח' העלה היכא דקדים מלוגה א' ותפס דזוכה במטלטלי בתורת בע"ח קונה משכון.

וע"כ בעבר מלוגה אחר ותפסו מהתופס הראשון מידו לפי דהראשון דקדם וזכה קנהו בתורת קניות משכון. ע"ש.

א"כ לפ"ז מוכח דאם תפסה האשה אין מוציאים מידה דהא פיון דבהאי גוונא לא מהני תפיסת השני לאחר שזכה הראשון. א"כ אין מן הדין לגזול את האשה וליתן להבע"ח כמש"כ הר"נ והרשב"א והרא"ש והריטב"א פנ"ל.

והארכתי בזה הרבה בקונטרס א': אכן לפמש"כ במק"א לדון בשם כמה פוסקים דס"ל דדוקא בחוב הלואה אמרו דבע"ח קני משכון. אבל בחוב שאינו הלואה לא אמרו בי' דקני משכון.

והארכתי שם בפלוגתת הראשונים בזה. א"כ לפ"ז י"ל דדוקא בחוב הלואה הדין נוטן דאם תפס בע"ח להחפץ אז לא מהני תפיסת השני משום דקנהו בתורת בע"ח קני משכון וכמש"כ הקצה"ח פנ"ל.

אבל בחוב פתובה ותוס' פתובה דאין דינו פהלואה וכמבואר בכתובות (דף נ"ה) בתוס' ד"ה ולשביעית כו'. ובגיטין (דף י"ח).

א"כ יש לדון בכתובה ותוס' פתובה דלא קנתה להתפיסה בתורת בע"ח קני משכון. ע"כ אפשר בזה דגם מן הדין יועיל תפיסת הבע"ח לשי' הסוכרין דלא שייך בזה בע"ח קני משכון.

ולכן א"ש מה שפסק חזד שיטה דלא מהני תפיסת האשה במטלטלי ומוציאים מידה. אף בפסק הרמ"א קשה לומר כן.

דהא מבואר באה"ע סי' כ"ח סעי' ט"ו דבחיוב שכירות פתב הרמ"א שם דהוי פמלנה שיש עליו משכון. גם יש להאריך בהא דנדריים (דף ס"ו) ואכמ"ל: ולפ"ז יש לדון בהה' תקנות ד' ארצות דתקנו דמצד התקנה יתיה הבע"ח שפכר סחורתו בהקפה והם בעין דהוא קודם לקל הבע"ח אם הם בעיני'.

דכיון דמן הדין אין לו קדימה. וכמו שהוכיח הצ"צ דלא פהב"ח מהא דב"מ (דף ק"ד) דאמרו דלהכי קרו לי' עיסקא דלא נעשה מטלטלי אצל בניו.

ומשמע דלולי זה לא הי' לו זכות בהם אף דהוי כמו סחורה בהקפה ע"ש. רק מצד התקנה לו משפט הקדימה.

א"כ פיון דבהתקנה דהי' בזמן הש"ס הקשו הראשונים דאין סברא לגרוע זכות האשה ולהפסיד לה. רק היקא דאחר דתפס אז ממילא שייך לו מן הדין פנ"ל.

א"כ כש"כ בתקנת ד' ארצות דאחר חתימת הש"ס ונדאי דיש לדון דאין סברא לגזול את השני פיון דזכה עפ"י דין לאחר דקני לי' על חוב הלואה בתורת בע"ח קני משכון. דאז מן הדין אף בקדם אחר ותפס ממנו לא מהני תפיסתו א"כ איך יכולים להפסיד זכותו שזכה עפ"י דין כפר.

אלא דכ"ז שלא תפס שום אחד מהם בזה פיון דלאחר דמתפיסין לו ממילא זכה פולו עפ"י דין. ע"כ שפיר תקנו דמי שהסחורה הוא שלו.

הוא מוקדם לשארי הבע"ח דאז זוכה ממילא עפ"י דין לאחר דתפסו. אבל אם המה כבר ברשות אחר אין נכון לתקן תקנה זו ולהוציא מהאחר שזכה בו כבר בתורת בע"ח קני משכון ולא מהני עפ"י דין תפיסת השני כמש"כ הקצה"ח פנ"ל.

ע"כ אינם יכולים לתקן כה"ג. ועוד דמנ"ל דתקנו באופן זה דיהי' נגד דין התורה.

ועיין באה"ע סי' ק"ב דהובא שם בבאר היטיב בשם הכנה"ג דס"ל דמהני תפיסת האשה במטלטלין: וראיתי בלשון תקנת בורח דהובא בספר עטרת צבי שכתב בזה"ל דאף בלקח אהד מהבורח אותן סחורות בעיני' מחוייב להחזיר להמלנה סחורות שלו.

אלמא דלא כמש"כ אלא דתקנו דאף לאחר שתפס יחזיר להמוכר. ועכ"ז קשה לסמוך על תקנה זו ולהוציא מהמוחזק.

דראיתי בתם סופר ח' ח"מ סי' נ"ה שכתב דלא נתפשט עיקר התקנה זו רק במדינתם ולא במדינתנו ע"ש. וכן מוכח בש"ך סי' ל"ט ס"ק מ"ט באה"ט שכתב שם בשם המבי"ט במכר צמר ומת הלוקח דמשמע שם דלא ס"ל להי' תקנה הנ"ל.

ע"כ י"ל דאף דבמדינתנו נתפשטה תקנה זו בכל פתי דינים עכ"ז בכה"ג י"ל דלא קבלנו פיון דמצינו בפירוש לחלק פן אף בתקנת הש"ס כש"כ בתקנות ד' ארצות. וראי' לזה דהא מבואר שם עוד תקנה בבורח דכל מי שתפס בתוך רבע שנה לבריחתו מחוייב לחלק בין כל או"א.

והתקנה זו הובא בב"ש אה"ע סי' נ"ג ס"ק י"ד. וכן הובא זה בקצה"ח סי' צ"ט ס"ק ד' עי"ש.

נאפ"ה הא לא נתפשטה תקנה זו במדינתנו. והטעם נראה לי ג"כ דזהו מצד פיון דעפ"י דין לאחר דתפסו קנהו בתורת בע"ח קני משכון וזכה לכולו עפ"י דין תורה ע"כ לא נתפשט לתקנה זו במדינתנו.

א"כ ה"ה בהי' תקנה דאם הסחורה בעיני' דלא נתפשט לנו. רק כ"ז דלא תפסו שום א' מהם נתקבל תקנה זו דיהי' לו משפט הקדימה.

אבל מנ"ל לנו לדון לתקנה זו אף לאחר שקדם ותפס ולהוציא ממנו. פיון דיש לזה יסוד עפ"י הראשונים הנ"ל דלא יהי' מועיל תפיסת הב' לאחר שזכה הראשון עפ"י דין תורה.

ובפרט בספק תקנתא ונדאי קשה להוציא מן התופסו דהא י"ל דהתקנה לא נתקבל לנו רק היכא דלא תפס שום א' מהם: וכן יש לדון היכא דעבר הלנה ומכרם להסחורה בעיני' לאחר בתורת מכירה.

דאפשר דכה"ג לא מצי המוכר סחורה לגבות מן הלוקח של הלנה. דמנלן דעשו זכותו אלים כ"כ לגבות ממשעבדי פיון דעיקר מילתא דנא זהו רק מצד התקנה.

וכמש"כ הצ"צ וי"ל דעיקר זכותו לא הני אלא מצד מה דאין אנו מניחין להבע"ח האחרים לתפוס. ע"כ ממילא תופס המוכר סחורה.

אָבֵל פִּינּוֹן דְּמַכְר לְאַחַר וְנִזְכָּה הַלּוֹקֵחַ מִן הַדִּין לְחַלּוּטֵינּוּ וְנִדְאֵי אֵינּוּ סִבְרָא לְהוֹצִיאֵהוּ מִיָּדוֹ דְּמַנְלָן דְּתַקְנּוּ ג"כ עַל אַנְפֵּן זֶה וּע"כ אַף הֵיכָא דְהִתְפַּצְצִים וְסַחֲוֹרָה הֵמָּה עֲדִינּוּ בְּרִשּׁוֹת הַלְּוָה רַק דְּמַכְר לְאַחַר בְּדַרְכֵי הַקְּנִינָן קִשְׁיָה לְטָרוּף מְמַנּוּ.

וה"ה הֵיכָא דְקָדָם וְתַפְסוּ א' מֵהֵבַע"ח בְּתוֹרַת תְּפִיסָה כַּנ"ל. קִשְׁיָה לְעֲשׂוֹת מַעֲשֵׂה וְלְהוֹצִיא מְמַנּוּ: וְאַף הֵיכָא דְלֹא הִי קַבִּיעוֹת זַמ"פ רַק בְּלֹא זַמ"פ.

עכ"ז הָא פְּתַבְתִּי לְעִיל דְּזֵהוּ סְפִיקָא דְדִינָא אִם נִתְבַּטַּל הַמְּכָר פְּשִׁלָא שְׂיִלָם לֹו לְזַמ"פ אִו לֹא וּע"כ הֵיכָא דְהָוִי מְוַחֲזָק יָכוֹל לֹוּמַר קִים לִי דְלֹא נִתְבַּטַּל הַמְּכָר וְלֹא הָוִי רַק כַּבַּע"ח א"כ מְמִילָא מְהֵנִי תְּפִיסָתוֹ.

אָכֵן הֵיכָא דְנוֹדַע דְּבַעַת דְּקִנְיָה הַסַּחֲוֹרָה הִי אִז עֲנִי לְמַפְרַע. בְּזֵה י"ל דְּהָוִי מְקַח טְעוֹת וְכַנ"ל בְּאַרְנָפָה.

וְכַמוֹ דְּכַתְבַּת הַשֵּׁ"ף פְּעִינּוּ זֶה בְּסִי' ל"ט ס"ק מ"ט בַּאֵה"ד שֵׁם בְּמַכְר צְמָר וּמַת הַלּוֹקֵחַ כּו' דְּכַשְׁנוֹדַע בְּנִתְיָם שְׂיִגִיעַ לְמַלְוָה אִיזָה הַפְּסַד מְזָה שְׁלֵא יִהְיֶה בְּטוֹחַ בְּמַעוֹתָיו וְכַה"ג יָכוֹל הַמְּלָוָה לְחַזֵּר בּוֹ כּו' ע"ש.

וּמִן אַנְמִדְנָא זֹו פְּסַק דְּהָוִי מַק"ט. וּמַכַּש"כ דְּנוֹדַע דֵּהִי עֲנִי בְּעַת הַמְּכִירָה דְלַכ"ע ה"ל מַק"ט כַּנ"ל בְּאַרְנָפָה.

[וְעִינּוּ בַב"ק (דָּרָף ט' ע"א) בְּתוֹס' ד"ה מְשַׁהֲחַזִּיק בְּהַ כּו' גְּבִי יִצְאוּ עֲלִיו עֲסִיקִין וְכַסִּי רַכ"ו סַעִי' ה' וְקַצְרִתִּי]. וְכִינּוּ דְהָוִי מַק"ט כְּמוֹ בְּהָא דְסִי' קַכ"ו הַנ"ל.

ע"כ שְׁפִיר יֵשׁ לֹוּמַר דְּמוֹצִיא אַף מִן הֵבַע"ח דְּתַפְסוּ מְשׁוּם דְּהָא ה"ל גְּזַל בְּיָדוֹ. אָבֵל בְּלֹא נִתְבַּרְר דְּהָיָה עֲנִי בְּעַת קְנִיּוֹת הַסַּחֲוֹרָה אִז קִשְׁיָה לְהוֹצִיא מִן הַמְּוַחֲזָק אִו מִן הַלּוֹקֵחַ כַּנ"ל: וְהַלּוֹקֵחַ הַסַּחֲוֹרָה אַף דְּאִינּוּ עֲדִינּוּ בְּרִשּׁוֹתוֹ עַכ"ז מְקַרִי מְוַחֲזָק.

וְכַמוֹ בִּיבְמוֹת (דָּרָף ל"ח) וּב"ק (דָּרָף מ"ו) תוֹס' ד"ה שׁוֹר שְׁנַגַּח כּו'. דְּהָא הֵבַע"ח הִבָּא לְטָרוּף מְמַנּוּ הָוִי מְחַוְסַר גְּוַבְיָנָא.

אַף י"ל בְּסַפְק דַּנ"ד אִם לֹא שְׂיִלָם לֹו דְּמִי הַמְּכִירָה אִי הָוִי גְּזַל בְּיָדוֹ. א"כ אִז מְמִילָא גּוּף הַחֲפִץ שְׂיִיף לְהַמּוֹכַר סַחֲוֹרָה וְיֵשׁ בְּזֵה ג"כ חֲזַקַת מ"ק וְלֹא מְקַרִי הַלּוֹקֵחַ בְּשֵׁם מְוַחֲזָק לְגַבִּי סַפְק זֶה.

וְאַפְשָׁר דְּהַלְוָה הָוִי תוֹפְס עֲבוּר שְׁנִיָּהֶם כְּמוֹ בְּרִישׁ ב"מ דְּהַנְּפַקְד תוֹפְס בְּחֻזַקַת שְׁנִיָּהֶם. וְאִין מוֹצִיאִין מֵהַמְּוַחֲזָק ע"י חֻזַקַת מ"ק וְעִינּוּ בְּסִי' רַצ"ב סַעִי' י'.

וְעִי' בְּסִי' צ"ט בַּשֵּׁ"ף וּבְחֻמָּיִם שָׁם. וְכ"ז הוּא הֵיכָא דְלֹא הִי קַבִּיעוֹת זַמ"פ פְּלָל.

אָבֵל בְּמוֹכַר בְּהַקְפָּה לְזַמֵּן פְּלוּנִי וְלֹא הִי בְּאַנְפֵּן דְּעִינִיל וּנְפַק אַזּוּזִי הַמְּבֹאֲרַר בְּסִי' ק"צ. דַּז"א רַק מַצַּד תַּקְנָה לְחוּדָה כַּנ"ל שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן דְּאִין לְהוֹצִיא מִן הַלּוֹקֵחַ אִו מִן הַתוֹפְסוֹ.

וּבְאַנְפֵּן שְׁלֵא הִי מַק"ט כַּנ"ל. וְאַחַר פּוֹתְבִי כ"ז רְאִיתִי בְּגִט פְּשוּט סִי' ק"ך ס"ק ח' שְׁפַתְבַּ ג"כ דְּאִם הַלּוֹקֵחַ מְכָרָה מֵה שְׁעֲשֵׂה עֲשׂוֹי ע"ש.

וקינצ'ר בְּזוּה אֶכּוּן כְּבָר נְתַבָּאָר בְּטוּב טַעַם כ"ז: וּבְסִפְרֵי בָּאָר יִצְחָק ח' יו"ד ס' כ"ג עֲנָף ח' בהגה"ה פְּתַבְתִּי לְהַעִיר ע"ד הָאֲתְרוּגִים שְׁקוּנִים וְאִינָן מְשַׁלְמִים הַדְּמִים מִיָּד דִּישׁ לְדוֹן דְּאִינָם יוֹצְאִים לְהַסּוּבְרִים דְּקַנְגוּ דְּרַבְּנָן לָא מְהַנִּי בְּדַאֲרֵייתָא כו'.

אָף לְפִי מַש"כ שֶׁם דִּידוּ וּרְשׁוּתוֹ קוּנָה מַה"ת לַכ"ע שְׁפִיר יוֹצְאִים. וְעֵינָן מְזַה בְּמַחְנָה אֲפָרִים ה' מְכִירָה קַנְיָן מְשִׁיכָה ס' ב'.

וְכַעַת רְאִיתִי דְּעַדְיָן יֵשׁ לְדוֹן דִּיהִל' כ"א זְהִיר לְשַׁלֵּם מִיָּד מְשׁוּם דָּאָם לָא יִשְׁלַם מִיָּד יֵשׁ לְחוּשׁ שְׁמָא יִפְשַׁע וְלָא יִשְׁלַם אָף אַח"ז א"כ יְהִי הָאֲתְרוּג לְמַפְרַע גְּזוּל בְּיָדוֹ וְכַמַּש"כ לְעִיל בְּשֵׁם הַח"מ וְהַב"ש בַּאֲה"ע ס' ק"ך וּבַב"ש ס"ק ג' גְּבִי גֵט דָּאָם לָא פְּרַע לְהַסּוּפֵר הָוִי הַגֵּט גְּזוּל וְכַמַּש"כ לְעִיל בְּאַרְנוּפָה לְחֻזַּק דְּבְרֵיהֶם ע"פ רַאִי מִן ב"ק (דף ק"ו).

וּמַצִּינּוּ בְּפִסְחִים (דף צ') דְּאִין שׁוֹחֲטִין וְזוֹרְקִין עַל טְמֵא שְׁרִיץ דְּאָף שְׁבִידוֹ לְטַבּוּל מ"מ דְּלִמָּא פְּשַׁע וְלָא טְבִיל וְכַמוֹ שְׁפִסְק הֶרְמֵב"ם בַּפ"ו ה' ק"פ ה"א פְּדַרְב יְהוּדָה אָמַר רַב דַּס"ל בְּפִסְחִים שֶׁם פֶּן. וְכַעֲיָן זֶה ס"ל לְרַב יְהוּדָה אָמַר רַב בְּנִדְרִים (דף י"ד ע"ב) גְּבִי קוּנָם עֵינִי בְּשִׁנְיָה הַיּוֹם אִם אִישׁוֹן לְמַחֵר דָּאֵל יִשׁוֹן הַיּוֹם שְׁמָא יִשׁוֹן לְמַחֵר מְשׁוּם דְּלָא מִיְנִידְהָר בְּתַנְאָה.

וְהַטַּעַם הוּא הַפֶּל מְשׁוּם דְּחֵיִישִׁינָן שְׁמָא יִפְשַׁע בְּדַבָּר וְכַעֲיָן סְבַרְת רַב יְהוּדָה א' רַב בְּפִסְחִים דְּחֵיִישׁ שְׁמָא יִפְשַׁע וְכַדְאָמְרוּ שֶׁם בְּפִסְחִים מִתְחַלֵּת הַסְּנֵגִיא בְּטַעֲמָא דְּרַב. [וְעֵינָן בַּכ"מ פ"ו ה' ק"פ ה"א מַש"כ שֶׁם וּבַצַּל"ח לְפִסְחִים שֶׁם וְאַכְמ"ל בְּזוּה].

וְהָא דַּאֲה"ע ס' קמ"ג סְעִיף ב' דְּבַתְנַאי שְׁבִידָה דְּמוֹתְרַת לְהַנְשֵׂא וְשִׁיטַת הֶרְמֵב"ם דְּאָף בְּתַנַּאי בְּקוּם וְעַשָּׂה אָמְרוּ פֶּן וְכַמַּש"כ הַב"ש שֶׁם בַּס"ק ד'. שַׁא"ה פְּמוֹ דְּכַתְב הַרְש"ל וּבַט"ז יו"ד ס' ר"כ ס"ק י"ט וְכַדְכַתְב הֶרְשֵׁב"א בַּח' לְגִיטִין (דף פ"ג) ד"ה בְּכּוּלְהוּ תַנַּאי בְּעַלְמָא כו' דְּהַקְשָׁה שֶׁם מְהַף דְּנִדְרִים (דף י"ד) וְכַדְקִי"ל פֶּן לְדִינָא וְכַתְב לְחַלְק דְּשִׁאֲנִי בְּאִיסוּר א"א דְּמַתוּף חוֹנְמֵר שְׁהַחְמַרְתָּ עַלִּי בְּסוּפָה כו' שְׁנַאֲסְרָה עֲלִיו וּבְנִי מְמַזְרִים מִיְנִידְהָרָא טְפִי כו' ע"ש.

וְעֵינָן בְּתַפְאָרְת שְׁמוּאֵל לְנִדְרִים פ"ב אוֹת ב'. וְגַם הָא דְּבָר שְׁבַמְמוֹן הָוִי פְּעֵין דְּבָר שְׁאִינוּ בְּיָדוֹ פְּמוֹ שְׁפַתְבוּ הַתּוֹס' בְּגִיטִין (דף פ"ב ע"ב) ד"ה שְׁרַבִּי אֲלִיעֶזֶר מַתִּיר כו' וְהוּבָא בַּב"ש ס' קמ"ג ס"ק ד'.

וְלָכֵן יֵשׁ לְחוּשׁ בְּקַנְיּוֹת הָאֲתְרוּגִים דָּאָם אִינָן מְשַׁלְמִין מִיָּד דִּישׁ לְחוּשׁ שְׁמָא לָא יִשְׁלַם לְאַח"ז א"כ הָוִי לְמַפְרַע גְּזוּל בְּיָדוֹ וְלָא יִצְאָ י"ח. אָף בְּהַתְנָה בְּפִירוּשׁ לְשַׁלֵּם לְאַחַר יו"ט אַז הָוִי פְּמוֹ דְּלוֹקֵם חַפְץ בְּהַקְפָּה דְּלָא נְתַבְטַל הַמְקַח עִי"ז וְכַמַּש"כ הַח"מ וְהַב"ש גְּבִי גֵט.

אֶכּוּן גַּם בְּזוּה יֵשׁ לְחוּשׁ שְׁמָא יְהִיָּה עֵינִיל וְנִפְיָק אַזוּזִי וּמְמִילָא יִתְבַּטַּל הַמְכִירָה לְמַפְרַע וְכַמוֹ שְׁפַתְב פְּעֵין זֶה הַתּוֹרַת גִּיטִין בַּאֲה"ע ס' ק"כ ס"ק ה' וְהַבֵּית מַאִיר שֶׁם פֶּן גְּבִי גֵט דְּנָתַן לוֹ הַסּוּפֵר לְהַבְעֵל בְּהַקְפָּה יַעו"ש.

וְהַגֵּט מְקוּשָׁר בְּסִדְר ג"ר אוֹת י"ז הַשְּׁיָג שֶׁם ע"ז דְּהָא בְּמוֹכֵר מְפַנֵּי רְעֻתָהּ גַּם בְּעֵינִיל וְנִפְיָק אַזוּזִי קְנָה וְאִינוּ דוּמָה לְחַפְץ דְּהָא הַגֵּט אִינוּ שְׁנוּה לוֹ כְּלוּם כו' ע"ש. א"כ י"ל פְּעֵין זֶה גְּבִי אֲתְרוּג אַחַר יו"ט.

וכ"ז במוכר האתרוג בהקפה ומרחיב לו זמ"פ בפירושו. אבל בקונה האתרוג בסתם וממילא נמשדהפרעון עד אחר זמן בזה שפיר יש לדמות לגט דכתבו הח"מ והב"ש לחוש דהוי הגט גזול למפרע.

ואף דאינו שנה פלל גוף הגט להסופר פעת לאחר שנקתב הגט לשם הבעל מ"מ פתבו גדולי הפוסקים הח"מ והב"ש דהוי גזול למפרע א"כ ה"ה באתרוגים. ונדעתי למה שפתב הגט מקנשר שם להעיר על דברי הח"מ והב"ש הנ"ל.

אבל באמת בזה העיקר פדברי הח"מ והב"ש ולגדולי הפוסקים אנו שומעין ע"כ מהראוי להזהיר להקונים האתרוגים שיראו לשלם קודם הקג דלא יבאו לחשש הנ"ל. מאיזה סיבה שיכול להיות שלא ישלמו לאח"ז א"כ הוי האתרוג גזול למפרע ולא יצאו י"ח אתרוג.

וידעתי מה די"ל פיון דאין תובעין ביו"ט ע"כ ממילא הוי זה פמו דקבע זמן בפ"י על אחר יו"ט. אבל ז"א פיון דזהו רק מחמת איסור תביעה ביו"ט.

ועיין במג"א סי' ש"ו ס"ק ט"ז ובסי' ש"ז ס"ק ט"ו וקצרת: ולכאורה יש לסתור לכל מש"כ דהא בשבת (דף קמ"ח) אמרו דערב פסח שחל בשבת מניח טליתו כו' ועושה עמו חשבון לאחר יו"ט. והנה במניח טליתו י"ל דאין לחוש בזה שפא יפגע ולא ישלם דהא יש לו משכון ע"ז.

אבל ממה שאמרו שם אם אינו מאמינו מניח טליתו כו' משמע דבמאמינו יכול ליקח הפסח ולצאת י"ח וכן אמרו שם בגמ' בפ"י דאם ניתנה ליתבע אמאי מניח טליתו ליתן לי' וליתבעוה.

הרי דלא חיישינן לשפא יפגע ולא ישלם דאז לא יצא מעולם י"ח פסח לפי מה דנתבאר גבי אתרוג. אכן באמת אין מזה סתירה פלל דהא פכר נתבאר דבקונה ומרחיב זמ"פ בפירושו אין לנו לחוש פלל דאז הוי פמו גט דנתן לו בהקפה בקביעות זמ"פ דאף אם אינו משלם לו לא הוי גזול בידו.

א"כ י"ל דהך דשבת בערב פסח שחל בשבת דנוטל פסחו מייירי בכה"ג ולכן במאמינו יכול ליקח פסחו ולצאת י"ח משום דבכה"ג אין לנו לחוש. אבל היכא דלא קבע זמן בפ"י י"ל דיש לחוש פנ"ל.

ומה דאין פורעין ביו"ט פמבואר בב"מ (דף ע"ה) אין זה פמו קביעות זמ"פ בפ"י דהא יכול ליתן לו בעד חובו משכון וכמש"כ המג"א בסי' ש"ו ס"ק ט"ז במקום מצנה ע"ש. ע"כ אין זה פמו קבע לו זמ"פ בפ"י.

וי"ל באמת כ"ז דלא קבע לו זמ"פ בפ"י. החיוב על הקונה לתת לו משכון לבטוחות דבמקום מצנה מותר זה פמבואר שם רק בקבע זמ"פ בפ"י שאני וקצרת: ה (שם סעיף ו') א"א שנתחייבה שבועה כו'.

(הג"ה) אבל אין בעלה חייב לשלם כו'. ע' ש"ף ס"ק ט' כ' דאילו הבעלים מינו אותן שלוחים כו'.

נכתב הנתיבות נראה דהכא משום תקנת השוק עדיפא משליח דאילו בשנית צריה לברר
שלה משא"כ באשה אפי' אם אינה רוצה לישובע חייב לשלם עבורה כדמוכח במרדכי
ובמהרי"ק ע"ש עכ"ל הנתיבות.

ולענ"ד אינו כן דהנה לפי משמעות לשונו נראה דס"ל דאף בנתחייבה שבועת היסט
ואינה רוצה לישובע חייב לשלם. אבל זה אינו עולה כלל על הדעת דהא בשבועת היסט
לא נחתינו לנכסיו רק ענשינו לי' כמבואר בשבועות (דף מ"א).

ע"כ אין לנו לחייב הבעל שיסתן ממונו. ובנודאי לא שייך להענישו ע"ז בהעונש המבואר
בשבועות שם פיון דבאמת אינו יודע מזה.

ובנודאי לא שייך לדון בזה למה דמבואר באה"ע סי' צ"א סעיף ד' בעברה על התקנה
דבעלה חייב לשלם. דהא בנ"ד פיון דאמרת להד"ם או פרעתי א"כ בידה לישובע ולא
היו עונשינו אותה ע"ש בח"מ וב"ש.

כן אין לומר בזה הסברא שכתב הש"ך בסי' ס"ו ס"ק ל"ו ובסי' פ"ו ס"ק י"ח דכשהמוכר
אינו רוצה לישובע על שטריו הוי פאלו אומר פרוע כו'. א"כ ה"ה הכא י"ל לכאורה דכיון
דאינה נשבעת לברר טענתה אז הוי פאלו מודה שהיא חייבת להתובע.

אבל באמת ז"א דא"כ בכל שבועת היסט דאם אינו רוצה לישובע דלא נחתינו לנכסיו.
הא יש לנו לדון ע"פ סברא זו דכיון דאינו נשבע א"כ הוי פאלו מודה על החוב.

וע"כ מוכח דבאמת אין זה הוכחה כלל דהא כמה אינשי פרשי אף משבועת אמת וכמש"כ
הר"נ בשבועות רפ"ז בסוגיא דקציצה ע"ש. ובהא דסי' ס"ו בש"ך ס"ק ל"ו הנ"ל כבר
העיר הקצה"ח בסי' ס"ו ס"ק כ"א להשיג על הש"ך שם דאין זה פאלו הודה די"ל דמונע
עצמו אף משבועת אמת רק החיוב על המוכר שם הוא מן דין אחריות ע"ש.

לכן אין סברא כלל בנ"ד לחייב הבעל במזון כ"ז שאין האשה מודה בפ"י וכיון דלא
נתברר החוב בעדים או בעדים והיא כופרתו אף שאינה נשבעת מ"מ אין אנו יכולין
לחייב הבעל שותק ממונו עבור חיוב שבועתה.

פיון דגם על האשה עצמה אין לנו כח למיחת לנכסיה פנ"ל: ומש"כ הנתיבות דכן מוכח
במרדכי ובמהרי"ק. הנה ראיתי במרדכי ב"ק פ' החובל ובמהרי"ק סי' קצ"ב ולא נמצא
שם כתוב למש"כ הנתיבות דאם אינה נשבעת חייב הבעל לשלם עבורה.

אלא ז"ל המרדכי פסק הראב"ן פיון שהנשים רגילות לישא וליתן בזה"ז ה"ה פאלו מינו
אותן שלוחים ואם יש עדים חייבים לשלם ואם אין עדים נשבעת כו' ואח"ז הביא שיטת
הר"מ החולק ומסיק דאין להשביעה משום דמה שקנתה אשה קנה בעלה ואין לה ממה
לשלם פי אין בעלה חייב לשלם עבורה כו' עכ"ל המרדכי.

וכן הוא בהגהות מיימוני פ"ד ה' חובל ע"ש. וכתבו בשם הראב"ן דאם כופרת נשבעת.

אבל לא כתבו דאם אינה נשבעת דיהא חייב בעלה לשלם עבורה. ואפשר דכוננת
הנתיבות דכתב דמוכח במרדכי דאם אינה נשבעת חייב הבעל.

פּוֹנוֹתוֹ מִן מִשׁ"כ הֶרְאָב"ן פִּינוֹן שְׁהַנְשִׁים רְגִילוֹת לִישָׂא וְלִיתָן הָיוּ פְּאָלוּ מִיָּנוּם לְשִׁלוּחִים וְאִם יֵשׁ עֲדִים מְשַׁלְּמִין מִפְּנֵי תַק"ה וְאִם אֵין עֲדִים נִשְׁבַּעַת כּו'. דְּמִשְׁמַע דְּלִפִּי דְּכַתְּב לְדוֹן הֵךְ תַק"ה דְּהַבְעֵל מְשַׁלֵּם עֲבוּרָה דְּלִכְּוֹן פְּתַב אַח"ז דָּאִם אֵין עֲדִים נִשְׁבַּעַת דְּזֵהוּ פְּדִי לְחַיִּיב אֶת הַבְּעֵל אִם לֹא תִשְׁבַּע.

מִשׁוּם דָּאִם לֹא מְחַיִּיבִינוּן לְהַבְעֵל רַק שְׂוִיכֵל הַתּוֹבֵעַ לְהַשְׁבִּיעַ אֶת הָאִשָּׁה א"כ אֵין זֶה שְׂוִיכוֹת לְתַקְנַת הַשּׁוֹק דְּאָמַר מְקוֹדֵם דְּהָא אַף בְּלֹא תַקְנַת הַשּׁוֹק הַדִּין הוּא דְּהִיא חַיִּיבַת לִישְׁבַּע. פֶּן י"ל בְּכּוֹנוֹת הַנְּתִיבוֹת בְּמִשׁ"כ דְּכֹן מוֹכַח מִהַמְרָדְכִי: אַבְּל בְּאִמַּת אֵין זֶה הוֹכְחָה פְּלִל דְּזֵה לְשׁוֹן הַמַּהֲרִי"ק בְּסִי' קצ"ב דְּהִבִּיא לְדַבְּרֵי הַמְרָדְכִי שְׁפַתְב בְּשֵׁם הֶרְאָב"ן וְלְדַבְּרֵי הַר"מ הַחוֹלֵק וְכַתְּב דְּמֵן הַר"מ מוֹכַח דְּאָף בְּעִנְיָן מִשָּׂא וּמִתָּן אֵין לְחַיִּיב הַבְּעֵל מִשׁוּם דְּל"ל הֵךְ תַק"ה דָּאִם לֹא פֶן תַקְשָׁה בְּמִשׁ"כ הַר"מ דָּאֵין לְהַשְׁבִּיעַה מִשׁוּם דְּמָה שְׁתַּקְנָתָה אִשָּׁה קָנָה בְּעֵלָה וְאֵין לָהּ מָה לְשַׁלֵּם אַף פְּשַׁתוּדָה.

[וְזֵהוּ פְּדַבְּרֵי הַב"ח שֶׁהוּבָא בְּש"ף ס"ק ז' וְקַצְרַתִּי]. וְהָא לְשִׁיטַת הֶרְאָב"ן יֵשׁ לָנוּ לְהַשְׁבִּיעַה פְּדִי שְׁתוּדָה וְיִהְיֶה חַיִּיב הַבְּעֵל בְּהוֹדָאָתָה הִיכָא שְׁהִיא נו"נ אֶלָּא וְדָאִי פְּלִיג עַל הֶרְאָב"ן כּו' ע"ש בְּמַהֲרִי"ק.

הָרִי דְּהַמַּהֲרִי"ק פְּתַב דְּרַק אִם דְּנִין לְהֵךְ תַק"ה אַז מִשְׁבַּעִינוּן לָהּ פְּדִי שְׁתוּדָה וְיִהָא חַיִּיב הַבְּעֵל בְּהוֹדָאָתָה אַבְּל אִם ל"ל לְהֵךְ תַק"ה אֵין לְחַיִּיבָה שְׁבוּעָה הִיכָא דָּאֵין לָהּ מְמוֹן שְׂאֵין לְבַעֲלָה רְשׁוּת בְּהוֹן מִשׁוּם דְּהָיוּ פְּאָלוּ אֵין לָהּ מְמָה לְשַׁלֵּם דְּהָא מָה שְׁתַּקְנָתָה אִשָּׁה קָנָה בְּעֵלָה וְכַמִּשׁ"כ הַר"מ שָׁם.

רַק אִם דְּיִינְיָנוּן לְתַק"ה הַזֹּאת אַז מְחַיִּיבִינוּן לָהּ שְׁבוּעָה מִשׁוּם דְּזֵה מַקְרִי יֵשׁ לָהּ לְשַׁלֵּם פְּשַׁתוּדָה דָּאֵין יִהְיֶה חַיִּיב הַבְּעֵל לְשַׁלֵּם ע"פ הוֹדָאָתָה פֶן הוּא קוֹטְב דַּבְּרֵי הַמַּהֲרִי"ק שָׁם. וְלִפ"ז אֵין שׁוּם רְאִיָּה וְהוֹכְחָה מִהַמְרָדְכִי דְּיִהְיֶה ס"ל דָּאִם אֵינָה נִשְׁבַּעַת דְּיִהְיֶה חַיִּיב הַבְּעֵל לְשַׁלֵּם וְכַמִּשׁ"כ הַנְּתִיבוֹת.

דְּפִשְׁטוֹת פְּנוֹת הַמְרָדְכִי בְּשֵׁם הֶרְאָב"ן הוּא פֶן דָּאִם לֹא הָיוּ דְּיִינְיָנוּן לְהֵךְ תַק"ה אַז אֵין לְהַשְׁבִּיעַה בְּכוּפְרַת מִשׁוּם דְּהָיוּ פְּאָלוּ אֵין לָהּ מְמָה לְשַׁלֵּם דְּמָה שְׁתַּקְנָתָה אִשָּׁה כּו' וְכַמִּשׁ"כ הַר"מ שָׁם. אַף לְאַחַר שְׁהַעֲלָה לְדוֹן לְתַק"ה אַז שְׁפִיר יֵשׁ לְחַיִּיבָה ש"ה פְּדִי שְׁתוּדָה וְיִהְיֶה חַיִּיב הַבְּעֵל ע"פ הוֹדָאָתָה וְאֵין זֶה פְּאָלוּ יֵשׁ לָהּ מָה לְשַׁלֵּם וְכַמִּשׁ"כ הַמַּהֲרִי"ק פֶּן הוּא פְּנוֹת הַמְרָדְכִי בְּפִשְׁטוֹת: וְלִפ"ז אֵין לָנוּ שׁוּם הוֹכְחָה מִהַמְרָדְכִי לְדוֹן לְחַיִּיב הַבְּעֵל פְּשַׁאֵין אִשְׁתּוֹ נִשְׁבַּעַת רַק אִם יֵשׁ עֲדִים אוֹ פְּשַׁמוּדִית אַז דְּנוּ דִין תַק"ה לְחַיִּיבוֹ וְכַמִּשׁ"כ הַמַּהֲרִי"ק דְּעֵינְקֵר חַיִּיב שְׁבוּעָתָה הוּא פְּדִי שְׁתוּדָה וְאֵין יִהְיֶה חַיִּיב הַבְּעֵל.

א"כ מִשְׁמַע דְּכ"ז דְּלֹא תוּדָה בְּפִירוּשׁ אֵין לָנוּ לְחַיִּיבוֹ. וְכַמִּשׁ"כ הַנְּתִיבוֹת דְּכֹן מוֹכַח בְּמַהֲרִי"ק.

הֵנָּה בְּאִמַּת אֵין שׁוּם הוֹכְחָה מִהַמַּהֲרִי"ק ע"ז פְּלִל. וְאַדְרָבָּה מִלְּשׁוֹן הַמַּהֲרִי"ק שְׁפַתְב דְּיֵשׁ לְהַשְׁבִּיעַה פְּדִי לְחַיִּיב הַבְּעֵל בְּהוֹדָאָתָה.

דְּמִשְׁמַע מְזֵה דְּכ"ז דְּאֵינָה מוּדִית אֵין לְחַיִּיבוֹ פְּלִל אַף פְּשַׁאֵינָה נִשְׁבַּעַת וְאֵין דְּנִימָא דְּמְזֵה אֵין הֶכְרַח כ"כ לְהוֹכִיחַ דְּלֹא יִהְיֶה חַיִּיב הַבְּעֵל פְּשַׁאֵינָה נִשְׁבַּעַת. אַבְּל עכ"פ הָא זֶה אֵינּוּ

פתוב בפ' בהמהרי"ק ד'היה חייב הבעל פ'שלא ת'שבע וא' שום הוכ'ה ל'זה אינו מוכ' מהמהרי"ק פ'לל.

ע"כ מ'לן ל'נו ל'דון ל'חייב הבעל אם אין א'שתו נ'שבעת. ומ'מילא מוק'מין על ד"ת ד'אינו חייב פ'לל ע"פ ד'ין ל'שלם ע'בורה.

והבו ד'לא ל'וסף על ה' תק'נה ד'הא ה'ר'ה חולקים על ה'ראב"ן ול"ל לה' תק'נה פ'לל וכמ'ש"כ ה'מהרי"ק ל'דינא. ול'כן א' ד'הש"ך ה'כריע פ'שיטת ה'ראב"ן מ"מ אין ל'נו פ'ת ל'חייבו רק אם יש ע'דים או ב'מודה א'בל ב'מכ'ח'ש'ת א'ף ד'אינה נ'שבעת אין ל'נו פ'ת ל'חייבו.

וגם מן ה'ראב"ן ב'עצמו אין שום מ'קום הוכ'ה ד'היה ס"ל ל'חייבו פ'שאינה נ'שבעת ע"כ אין להוציא מ'מון מ'הבעל פ'שאינה נ'שבעת: וד'י ל'נו ב'מה ש'אמרו ל'דון לה' תק'נה ל'חייב ב'אם ת'ודה ד'הא ח'זינן ב'כל ש'ליח ב'פירו'ש מ'המשל'ח ד'עש'או ל'שלי'ח דכ"ז ש'לא נ'תברר ב'ע'דים אין ל'חייב להמ'של'ח א'ף פ'שהש'לי'ח מ'ודה וכמ'ש"כ ה'נתיבות ש'ם.

וכן ה'דין ב'ש'ותפ'ין ד'א'ף ד'הוי פ'שלו'חים זל"ז מ"מ אינו נ'אמן ל'חייב ל'חבירו ה'ש'ותפ' ע"פ ה'ודאתו פ'מב'ואר ב'סי' ע"ז סעי' ב' וב'סי' ל"ז סעי' ד'. ול'כן א'ף ד'ב'זה י'יפו פ'ת ה'א'שה הנו"נ ד'היה חייב הבעל פ'ש'ת'ודה וכמ'ש"כ ה'ראב"ן ו'סי'ע'תו מ"מ אין ל'נו ל'דון מ'עצ'מ'ינו ל'חייבו פ'ש'מכ'ח'ש'ת א'ף ד'אינה נ'שבעת.

וגם ב'ערב א'ף ד'הדין הוא מה"ת ל'חייבו אם ה'ל'נה מ'ודה. מ"מ אם ה'ל'נה מ'כח'יש להמ'ל'נה ד'חייב ש'בו'עה ד'אם אין ה'ל'נה ר'וצ'ה ל'י'שבע אינו חייב ה'ערב ד'כל'לא הוא ד'אין נ'פרעין מ'הערב עד ש'יביא ר'א'יה ש'לא נ'פרע וכמ'ש"כ ה'רמב"ם פ' כ"ו ה' מ'ל'נה ה' ה' וב'טור ח"מ סי' קכ"ט סעי' ט"ו וב'שו"ע ש'ם סעי' י"ב.

א'בל פ'ש'אין לו ר'א'יה רק ת'בי'עה בע"פ ב'לא ב'רור ב'ע'דים אין נ'פרעין מ'הערב כ"ז ש'ה'ל'נה אינו מ'ודה. ו'ה'ל'נה חייב ל'י'שבע וכ'מב'ואר ש'ם סעי' ח' א'בל אין ל'נו ל'חייב לה'ערב א'ף אם ה'ל'נה אינו נ'שבע ד'זה לא מ'קרי ר'א'יה.

וכמ'ש"כ ל'עיל ד'מן מה ש'אינו ר'וצ'ה ל'י'שבע אין ז'ה הוכ'ה ל'ומר ד'הוי פ'אלו מ'ודה. מ'שום ד"ל ד'כ'מה אינ'שי פ'ר'שי א'ף מ'ש'בו'עת א'מת.

וכמ'ש"כ ל'עיל לה'וכי'ח פ'ן. וכש"כ ב'בעל ד'עיקר ח'יובו הוא רק מ'שום ת'ק'נתא ד'אין ל'נו ל'דון מ'עצ'מ'ינו ל'חייבו ע"ז ש'לא ת'ודה ב'פירו'ש רק ד'אינה נ'שבעת וכ"ז ד'לא מ'צינו ב'פירו'ש ד'תק'נו פ'ן אין ל'נו פ'ת ל'חייבו מ'דע'ת'ינו ו'הבו ד'לא ל'וסף ע'לה.

וגם הי'כא ד'ה'א'שה היא מ'ודה ב'מקצ'ת ו'יש ע'ל'יה ח'יוב שד"א ד'נ'ח'תינן ל'נכ'ס'י ג"כ אין ל'נו פ'ת ל'חייב הבעל כ"ז ש'אינה ר'וצ'ית ל'י'שבע ד'עכ"פ ז'ה לא מ'קרי ר'א'יה וב'רור. ו'כן ג'בי ע'רב א'ף ד'מ'ח'ויב ע"פ ד"ת ל'שלם ע'בור ה'ל'נה מ"מ כ"ז ש'אין ה'ל'נה מ'ודה ב'פירו'ש א'ף ד'הוא מ"מ ו'חייב שד"א ו'אינו נ'שבע אין ל'חייב לה'ערב ד'עכ"פ ר'א'יה לא מ'קרי.

וכ'עין ז'ה מ'צינו ב'סי' פ"ז ש"ך ס"ק י"ב ב'ש'ם ה'טור ב'סי' שס"ד ו'ה'רמב"ם נ'עוד ראש'ו'נים ד'א'ף הי'כא ד'נ'ת'חייב ה'ל'נה ב'מקצ'תו מ'שום ד'ה"ל מ'ח'שוואיל"מ מ"מ אין ז'ה פ'מו ה'ע'דאת ע'דים דר"ח ל'חייבו שד"א על ה'מ'ותר ו'הטעם הוא מ'שום ד'אין ז'ה מ'קרי ח'יוב ב'רור

וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק י"ט דבמה שמתחייב מחמת שאינו נשבע לא קרינו בזה
אנו סהדי כו' ע"ש.

ולכן אף בנתחייבה שד"א ואינה נשבעת אין לנו לחייבו כ"ז שאינה מודית וליכא עדים.
ורק במה דכתבו בפ"י דבייש עדים או במודית דמחייבנו להבעל בזה דיינינו כן ולא במה
דלא מצינו כן בדבריהם מפוךש.

וכן מורה לשון הש"ך שכתב להכריע פשיטת ראב"ן דלא מסתבר שתקח ממון והבעל
ידע מזה ויאכלו ביחד ולא ישלמו כו'. מזה משמע דרק היכא דידע הבעל מזה ס"ל
להש"ך לדון לתקנה זו א"כ כ"ז דלא נודע זה בבירור להבעל אז כ"ע מודו דלא דיינינו
לתקנה זו.

וכן מורה לשון מהרש"ל פ' החובל דהובא בש"ך שם שכתב דבנו"נ חייב הבעל לשלם
אם היא חייבת בדין כו' ע"ש א"כ היכא דמקחשת אף דחייבת שבועה הא לא קרינו בזה
דהיא חייבת בדין.

וכמו שנתבאר בטוב טעם כ"ז: וגם היכא דהיא מודית דבזה ונדאי חייב הבעל פיו
דקיי"ל פשיטת הראב"ן. מ"מ יש לדון דיהנה חייב הנוטל לישבע וכמו שפצינו בתקנת
חננוי דתקנו מצד התקנה שיטול מ"מ לא הימנוהו רק בשבועה אף דליכא מי דיקחישנו
וכמבואר שיטת הרמ"א בסי' צ"א סעי' ב'.

וכיוצא בערב דאף בלנה מודה אין נפרעין מהערב רק בשבועה כמבואר בסי' קכ"ט סעי'
ט' ובקצה"ח שם ס"ק ד' דאף דלנה מודה מ"מ צריף המלנה שבועה דלא עדיפא משטר
דאינו נוטל רק בשבועה ע"ש.

וכש"כ בהך תקנת השוק לחייב הבעל דלא מצינו זה בפ"י בש"ס דאף דדיינינו להך תק"ה
דמ"מ לא יטול רק בשבועה משום חשש קנוניא פיון דבא להוציא כן יש מקום לדון
לקאורה. אכן מסתימות דבריהם משמע דבמודית להמלנה דנוטל המלנה בל"ש דאלמוה
לתק"ה בכה"ג וראיה לזה מן מה שכתבתי לעיל בשם המהרי"ק לשיטת הראב"ן דעיקר
מה דמשביעין לא"א הוא לפי דאם תודה ישלם הבעל ואל"כ לא שייף להשביעה וכמש"כ
לעיל.

והנה לעיל בסי' צ"א סעי' ו' ובש"ך ס"ק כ"ו דהיכא דאף פשיודה לא יטול אלא בשבועה
אז אין משביעין היסת על כפירתו. ובספרי נחל יצחק סי' נ"א סעי' ב' ענף ב' כתבתי
בשם אחי הרב הג' כו' מוה' אברהם אהרן זצ"ל שהוכיח לחלק בכעין זה דהיכא דנוטל
מה"ת שאני רק בעיקרו דרבנן אמרו להכלל הנ"ל.

א"כ אם נימא דאף פשיודה האשה אין נוטל המלנה בל"ש. א"כ ממילא לא שייף
להשביע להאשה במכחישתו דהא אף פשיודה לא יטול רק בשבועה.

והכא עיקרו הוא רק מדרבנן א"כ בנודאי יש לדון להך פללא דכינון דלא יטול רק
בשבועה אין לחייבה ש"ה במכחישתו. ומוכח מזה דאם מודה האשה דנוטל בל"ש ע"כ
שפיר חייבו ש"ה להאשה במכחישתו.

וְיַדְעֵתִי מַה דְּיָשׁ לְחַלֵּק בְּכ"ז בְּדוֹחֵק. אָבָל בְּאַמַּת מוֹכַח מְזַה לְפִי פְּשָׁטוֹת הָעֲנָנִים דְּהַמְלִיחָה גוֹבֵה בל"ש פְּשֻׁתוּדָה הָאֲשֶׁה.

וְכֵן מוֹכַח מְסֻתִימוֹת הַפּוֹסְקִים בְּזָה. וְהָעֵינָקָר כִּי זֶה תְּלוּי כְּפִי רְאוּת עֵינֵיהֶם דָּאֵם יֵשׁ לְחוּשׁ לְקִנּוּיָא אֲזִי יִטִּילוּ ח"ס אוֹ שְׁבוּעָה כְּפִי הַנְּרָאָה לָהֶם בְּזָה.

וְאִם אֵין הַדְּעַת נוֹטָה לְחוּשׁ לְקִנּוּיָא אֲזִי גוֹבֵה בל"ש פְּשֻׁתוּדָה. אָכֵן כ"ז דְּלֹא תוֹדָה אַף דְּנִתְחַיֵּבָה שְׂד"א וְאִינְהָ רוּצָה לִישְׁבַע דְּבִזָּה אֵין לְחַיֵּיב לְהַבְעֵל: ו (שָׁם) י"א דָּאֵין לְהַשְׁבִּיעַ הָאֲשֶׁה כְּשֶׁהִיא מְעוֹבְרָת.

וְהַתּוֹמִים כְּתִב דָּאֵין לְזָה שְׁוֹרֵשׁ וְכָל דִּין שְׁבוּעָה מְסוּטָה יִלְפִינּוּ וּבְסוּטָה מְשַׁקִּין הַמְעוֹבְרָת וְלֹא מְמַתִּינִין עַד שְׁתַּלַּד עכ"ל. וְהַחֲתָם סוֹפֵר סי' ע"ז כְּתִב לְחַלֵּק דְּשִׁאֲנֵי סוּטָה דָּאֵם תְּשַׁבַּע בְּאַמַּת לִיכָא לְמִיחַשׁ שְׁתַּסְתַּכּוּן דְּהָא וְנִזְרָעָה וְתַלְד בְּרִיוּחַ מִשְׂא"כ בְּכָל שְׁבוּעוֹת דְּאָף שְׁתַּשְׁבַּע בְּאַמַּת יֵשׁ סְכָנָה כְּמִבְּנָאָר בְּגִיטִין (דָּף ל"ה) כו' ע"ש.

וְלַעֲנִ"ד אֵין חִילּוּקוֹ מְסַפִּיק דְּהָא בְּסוֹנְיָא דְּגִיטִין שָׁם בְּתוֹס' ד"ה לֹא הָיוּ יָמִים מוֹעֲטִים כו' וּא"ת וּמֵאֵי טַעְמָא אֲיַעֲנוּשׁ כ' וי"ל דְּהָכָא גְבִי פְּקֻדוֹן ה"ל לְהַזְהִיר בְּיֹתֵר כו' וּכ"כ הַר"ן בְּחִי' שָׁם. וְכַעֲיִן זֶה אֵי בִירוּשְׁלָמִי שְׁבוּעוֹת פ"ו ה' ה' דְּמַה"ט אָמְרוּ בֵּין זְכַיִי בֵּין חַיֵּיב לְשְׁבוּעָה לֹא תִיעוּל וּכְמַש"כ שָׁם הַפ"מ שְׁצָרִיף לְשִׁמּוֹר עֲצָמוֹ מִהַשְׁבִּיעָה אֲפִילוּ סְבוּר שְׁהוּא זְכַאי וְאַמַּת מְשוּם שְׁיִכּוּל לְהִיּוֹת שְׁטַעָה כו' עֵינִין שָׁם בְּד"ה עוֹבְדָא הִיָּה כו' וְכֵן הוּא בְּמִדְרַשׁ וִיקְרָא פ' ו' שְׁהוּבָא הָךְ עוֹבְדָא דְּמִטְעֵם זֶה אָמְרוּ דְּבֵין זְכַאי כו'.

הַרִי מְבֹנָאָר לְהַדְיָא דְּדוֹקָא מְשוּם שְׁהָיָה בְּשִׁגְגָה בְּשְׁבוּעָתוֹ אַף דְּבִדְעָתוֹ הִיָּה שְׁוֹשְׁבַע בְּאַמַּת מ"מ אֲיַעֲנוּשׁ לְפִי דְּה"ל לְהַזְהִיר וּכְמַש"כ הִיָּפָה מְרָאָה לִירוּשְׁלָמִי שְׁבוּעוֹת פ"ו ה"א. אָבָל הִיָּכָא דְּהָאֲמַת הוּא כְּשְׁבוּעָתוֹ בְּזָה לֹא מְצִינּוּ שָׁם דְּיִהְיֶה עוֹנֵשׁ וְחַשְׁשׁ סְכָנָה וְלָכֵן הִיָּכָא שְׁשְׁבוּעָתוֹ הוּא בְּאַמַּת וְכַעֲיִן שְׁבוּעַת אַמַּת דְּסוּטָה אֵין בְּזָה שׁוּם חַשְׁשׁ כְּלָל.

וְאִדְרָבָה מְצוּהָ שְׁיִשְׁבַע וּכְמַש"כ הַרְמְב"ם ה' שְׁבוּעוֹת פ' י"א ה' א' וּבְסִפֵּר הַמְצוֹת לְהַרְמְב"ם עֲשִׂינּוּ מְצוּהָ ז' ע"ש. וְעֵינִין בְּתַמּוּרָה (דָּף ג' ע"ב) מְזַה.

וְהָךְ דְּמ"ר רִישׁ מְטוֹת וּבֵאוּ"ח סי' קנ"ו סְעִיף א' אֵין עֲנָנִים לְכָאן דְּהָתָם מִיַּגְרִי בְּשְׁבוּעָה שְׁאֵין בָּהּ צוּרָף כ"כ וּכְמַש"כ בְּמַגִּילַת אֶסְתֵר בְּמ"ע ז' הַנְּ"ל ע"ש. וְעֵינִין יְרוּשְׁלָמִי שְׁבוּעוֹת פ"ג ה"ח וּבְחֲתָם סוֹפֵר ח"מ סי' צ'.

וְלָכֵן אֵין תִּירוּצוּשׁ לְהַחֲתָם סוֹפֵר עוֹלָה יָפָה. אַף לַפ"ז יֵשׁ לִישְׁבַע בְּקִצְרָה בְּפִשְׁיטוֹת דְּדוֹקָא בְּכָל שְׁבוּעוֹת מְמוֹן דִּיכּוּל לְהִיּוֹת חַשְׁשׁ טְעוֹת וְשׁוּגְגָ בְּזָה יְכוּל לְהִיּוֹת חַשְׁשׁ סְכָנָה בֵּינוּ דְּכָאֲמַת אֵינוֹ כְּשְׁבוּעָתוֹ מִשְׂא"כ בְּסוּטָה דָּאֵין שָׁם חַשְׁשׁ טְעוֹת וְשׁוּגְגָ דְּהָא וְנִדְאֵי יוֹדְעַת הָאֲמַת אִם זִינְתָה בְּרִצּוֹן ע"כ מְשַׁבְּעִינּוּ אַף לְהַמְעוֹבְרָת.

וְעֵינִין בְּר"ג לְשְׁבוּעוֹת רִישׁ פ"ז שְׁכַתֵּב דְּאִיכָא אֵינְשֵׁי דְּפָרְשֵׁי אַף מְשְׁבוּעַת אַמַּת כו'. וְאֵין זֶה עֲנָנִים לְנ"ד וְקִצְרָתִי.

וּבְעֲנָנִים הִיָּה רְאִיתִי מְפָרָר בְּסִפֵּר מִיַּגְרִי תְּרַגְמָא וְאֵינוֹ כְּפַעַת ת"י: וְהָעֵינָקָר מַה שְׁנַלַע"ד לִישְׁבַע קוֹשְׁיוֹת הָאוּ"ת. דְּשִׁאֲנֵי סוּטָה ע"פ הָךְ דְּחוֹלִין (ד' קמ"א) דְּס"ד הוּאִיל דְּגְדוּל הַשְּׁלוּם כו'

וכמה דלא מטהר אסור בתשמיש כו' דמה"ט ה"א למדחי עשה דשלוחם הקן ולא להמתין עד שישיג אחרות משום דגדול השלום לטהרה לבעלה במהרה.

ע"כ משקין סוטה מעונבת ואין ממתניין עד שתלד משום דכ"ז דלא שנת ולא נבדקה אסורה לבעלה ע"כ משקין אותה בכדי שתהא מותרת לבעלה מיד אם היא טהורה. והנה בעיקר הדין דמשקין המעונבת שיטת התוס' בסוטה (דף כ"ו) ד"ה מעונבת עצמו כו' דמעונבת אינה שוטה דלא למקטלי לולד.

והרמב"ם ה' סוטה פ"ב ה"ז פסק כשיטת רש"י וכמש"כ המל"מ. ומן שיטת התוס' הוי סייעמא לדברי הרמ"א דאין משביעין למעונבת.

אכן יש לחלק דשאני השקאת סוטה דהוי לנו רגלים לדבר שזינתה פנין דהי' קניני וסתירה ואין לה חזקת פשרות וכמש"כ התוס' בחולין (דף יו"ד ע"ב) ד"ה התם הלכתא גמירי כו' ובתוס' נדה (דף ב') דכיון דקניא ונסתרה יש רגלים לדבר ואתערע חזקתה.

ע"כ חיישינן ולא משקין למעונבת משום דיש ספק ספנה להולד. משא"כ בכל חיוב שבועה גבי ממון דהא חשיד אממון לא חשיד אשבועתא משום דיפרוש מאימת השבועה או משום ספק מלנה ישנה ושבועה ליחא בחזרה כמבואר בב"מ (ד' ו') ויש לו חזקת פשרות לאחר שישבע למה דהטילה התורה עליו לקרר ע"י שבועתו דהימני' התורה.

ע"כ פנין דאומר ברי שישבע באמת ע"כ אין לנו לחוש לסכנתא דולד דהא אחר שישבע נאמן ע"פ מה דהאמינתו התורה. ולכן אין ראיה מן שיטת התוס' לדברי הרמ"א: ולכאורה יש לדון לפי המבואר ברא"ש פ"ד דגיטין דין ח' במה דנמנעו משבועת אלמנה משום חשש דקוברת בני'.

דמ"מ האידנא משביעין אותה בשבועה שתודה האמת דבכה"ג אין העונש מרובה כ"כ אף להסוברים דנעשה חשוד גם בלהבא. וכ"כ הש"ג שם ובטור אה"ע סי' צ"ו ובשו"ע שם סעי' כ"א וב"ש שם.

וכן אפשר לדון במה דכתב הרמ"א דאין להשביע להמעונבת. דהיא דמתרצה התובע שיתשבע בלשון דלהבא שתודה על מה שישאלו ממנה.

דכיון דבכה"ג אין העונש חמור כ"כ דיכולים להשביעה אף דהיא מעונבת וכיון דמצינו חילוק זה גבי שבועת אלמנה דמבואר בש"ס ובמשנה דנמנעו מלהשביעה דעכ"ז בלשון דלהבא משביעין כש"כ בהך דמעונבת דאין לזה שום יסוד מן הש"ס דוודאי דיינינן פו.

פן אפשר לדון אכן באמת מוכח דאין לחלק בזה בשבועת מעונבת דהא מסיים הרמ"א דהא מוציאין אותה מבהכ"נ כשנותנין כו'. וסתם ח' הוא על ענין דלהבא כמו דמבואר בכ"ד.

א"כ מוכח מזה דגבי חשש שבועת מעונבת החמירו ביותר ואף בלשון דלהבא אין להשביעה: ובאו"ח סי' תר"ב דאין משביעין אדם בב"ד עד אחר יוה"כ מפני שהעולם תלוי בדין. וכתב הפרמ"ג במשפחות דאם הבע"ד רוצה לישבע מניחין אותו לישבע.

ומשמע מזה דטעם הדבר הוא משום טובת הנתבע דאין פח בתובע להעמיד את הנתבע בסכנת הדין ולכן אם הנתבע רוצה לישבע דנשבע. ולכאורה טעמא בעי דהא שם הטעם

דבֿעוֹן שְׁבוּעַת שְׁוֹא נִתְפָּס כֹּל הָעוֹלָם וְכַמְבוֹאֵר בְּשִׁבוּעוֹת (דָּף ל"ט) א"כ לֹא כֹל כְּמִינֵיהּ
דְּהַנְתָּבַע לִישְׁבַע וְלִהְיָא הָעוֹלָם לִידֵי סְפַנַּת הַדִּין.

וְאִפְשָׁר לְהַסְבִּיר זֶה דְּעִיקָר הַטַּעַם דְּחִשּׁוֹ שִׁישְׁבַע בְּשִׁקָּר דָּאָף דְּטוֹעֵן בְּרִי דִישְׁבַע בְּאַמַּת
מ"מ חִשּׁוֹ דִישְׁבַע אֲנִסְיָא וְכִיּוֹצֵא מֵאִיזָה סִיבָה מְוַכְרַחַת לְדַעְתּוֹ דְּאִינוּ רּוֹצֵה לְשַׁלֵּם לְחַבְרֵירוֹ
ע"כ יִשְׁבַע שְׁקָר כְּדִי לְהַפְטֵר מִטַּעֲנוֹת הַתּוֹבַע.

וְנָה אִינוּ שְׁיָיָד רַק הֵיכָא דַּהֲב"ד יִכְרִיחוּהוּ לִישְׁבַע מִיָּד. אֲבָל הֵיכָא דְּאִין כּוֹפִין לוֹ לִישְׁבַע
מִיָּד וּמְרַחֲבִין לוֹ הַזְּמַן לְאַחַר יוֹה"כ וְעַכ"ז רּוֹצֵה הַנְתָּבַע לִישְׁבַע מִיָּד וְאִף שְׁמוּדִיעֵין לוֹ
גְּוַדְל הַחֲשָׁשׁ שִׁיבִיא עָלָיו וְעַל כֹּל הָעוֹלָם בְּיַמֵּי הַדִּין וְעַכ"ז רּוֹצֵה לִישְׁבַע מְפָנִי דְּטוֹעֵן בְּרִי
דִישְׁבַע בְּאַמַּת וְאִין לוֹ שׁוּם טַעֲנוֹת כְּלָל כְּמוֹ בְּעוֹבְדָא דְּגִיטִין (דָּף ל"ה) וְכַנ"ל וְכִיּוֹצֵא.

וְאִין לוֹ שׁוּם אִימָה נְפַחַד כְּלָל דְּהָא בְּשִׁבוּעַת אַמַּת מְמַשׁ אִין עָלָיו שׁוּם עֲנוּשׁ כְּלָל. וְלִכּוֹן
שְׁפִיר כְּתַב הַפְּרַמ"ג דָּאֵם הַבַּע"ד רּוֹצֵה דְּנִשְׁבַּע אָף בְּיַמֵּי עַשִׁי"ת.

וְכֹן מְשַׁמַּע הַלְשׁוֹן בְּאו"ח שֵׁם דְּכְתָבוּ דְּאִין מְשַׁבְּיעֵין בְּב"ד כּו' וְלֹא כְּתָבוּ בְּלִשׁוֹן דְּאִין אָדָם
נִשְׁבַּע עַד אַחַר יוֹה"כ דְּמְשַׁמַּעוֹת הַלְשׁוֹן דְּרַק עַל שְׁבוּעָה דְּמְשַׁבְּיעֵין הַב"ד בְּדָרְךָ כְּפִינֵיהּ
בְּזָה אָמְרוּ דְּאִין מְשַׁבְּיעֵין לוֹ מִשְׁא"כ בְּרּוֹצֵה לִישְׁבַע וְאוֹמֵר בְּפִירוּשׁ דְּאִין לוֹ מְקוּם לְחוּשׁ
כְּלָל אִזּ מְנִיחִין לוֹ לִישְׁבַע.

וְלֹא חֲשָׁדִינוּ לִיָּה שִׁיכְנוּן לְקַלְקַל בְּיוֹתֵר וּבְזָה יֵשׁ לְדוֹן לְחַזְקָה דְּלֹא שְׁבִיק הִיתִירָא כּו' דָּאָף
בְּקַלוֹת הָאִיסוּר דְּיִיגִינוּ כֹּן וְכַמְש"כ הַתְּבוּאַת שׁוּר כְּעִין זֶה בְּיּוֹ"ד ס' ב' ס"ק ז' ע"ש:
וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְדוֹן בְּדַבְּרֵי הַפְּרַמ"ג הַלְלוּ דְּכִינוּן דְּקִי"ל שְׁבוּעַת ד' תְּהִיָּה בֵּין שְׁנֵיהֶם וְגַם
הַתּוֹבַע הַמְשַׁבְּיעוֹ נִעְנָשׁ אִם יִשְׁבַע הַנְתָּבַע בְּשִׁקָּר וְכַמְבוֹאֵר בְּשִׁבוּעוֹת (דָּף ל"ט).

וְדָף מ"ז) ע"כ בְּמָה דְּאָמְרוּ דְּאִין מְשַׁבְּיעֵין מְקוּדָם יוֹה"כ דָּאָף דְּהַנְתָּבַע רּוֹצֵה לִישְׁבַע מִיָּד
וְלִהְפְטֵר מ"מ אִפְשָׁר דִּיכּוֹל הַתּוֹבַע לְעַכְבּ דִישְׁבַע אַחַר יוֹה"כ מְשׁוּם דְּחוּשׁשׁ מֵאִמַּת הַדִּין
שִׁישׁ עָלָיו אִם יִשְׁבַע הַנְתָּבַע לְשִׁקָּר וְכִפִּי טַעֲנוֹת הַתּוֹבַע לְהַכְחִישׁ לְהַנְתָּבַע בְּטַעֲנוֹתוֹ.

אֲכֹן זֶה אִינוּ דְּאִין זְכוּת לְהַתּוֹבַע בְּזָה כְּלָל רַק לְהַנְתָּבַע הַזְכוּת הַזֶּה בְּיָדוֹ וְאִדְרָבָה יְכוֹל
הַנְתָּבַע לֹאמַר דְּמַה"ט יִשְׁבַע מִיָּד וּפְשׁוּט: וְכֹן יֵשׁ לְדוֹן הֵכָא דְּלִשׁוֹן הַרְמ"א הוּא יֵשׁ אוֹמְרִים
דְּאִין מְשַׁבְּיעֵין אוֹתָהּ כְּפִינֵיהּ מְעוֹבְרָת.

דְּמְשַׁמַּעוֹ ג"כ דְּזָהוּ אִם הַב"ד מְשַׁבְּיעֵין אוֹתָהּ וּמְכַרִּיחִין לָהּ לִישְׁבַע בְּזָה חִשּׁוֹ לְסַפְנַת
הַנּוֹלָד. [וְכַמְש"כ הָעִיר שׁוֹשֵׁן הַטַּעַם שֶׁל סְפַנַּת הַנּוֹלָד.

וְהַחֲתָם סוֹפֵר כְּתַב הַטַּעַם שְׁלֵא תִסְתַּכֵּן בְּלִידָה. וְאִין זֶה שְׁיִיכּוֹת לְעַנְיָנוּן].

אֲבָל הֵיכָא דְּהֵאָשָׁה מְרַצוֹנָה מְרַנְצִית לִישְׁבַע מִיָּד בְּלֹא שׁוּם הֶכְרַח וְכְפִינֵיהּ כְּלָל. בְּזָה יֵשׁ
לְדוֹן דִּינִיחוּהָ לִישְׁבַע כִּינּוּן דַּהֲב"ד מְאִימִין עָלֶיהָ וּמוֹדִיעֵין לָהּ שְׁתּוּכַל לְהִבִּיא הַנּוֹלָד וְאוֹתָהּ
בְּסַפְנַת הַדִּין מְחַשֵּׁשׁ שְׁבוּעַת שְׁקָר וְעַכ"ז הִיא אִינָה חוֹשֶׁשֶׁת וּמְרַנְצִית לִישְׁבַע מִיָּד.

בְּזָה אִין לְנוּ לְעַכְבּ אוֹתָהּ מְלִישְׁבַע. וְהָא כֹּל עִיקָר דִּין זֶה אִין לוֹ שׁוֹרְשׁ מִן הַש"ס וְכַמְש"כ
הַאו"ת.

ולכן בכה"ג דינש לחלק פן מסברא וכעין דברי הפרמ"ג באו"ח ה"ל. אין לנו פח למנועה משבועתה בפרט היכא דהוי ברשות בעלה פיון דאומרת ברי דתשבע באמת בלא שום טעות ושגגה כלל כי זוכרת בבירור את כל הענין שתוכל לישבע באמת לאמתו.

וכש"כ היכא דאין שם טענת ברי של התובע להכחישו וכמו בשבועה הבאה על טענת ספק בזה הסברא נותנת דיכולה לישבע מיד פיון דאין שום מכריח לה ואין לפנינו טענת ברי להכחישו.

ובאמת אף היכא דינש טענת ברי להכחישו ג"כ הדין נותן במרוצת לישבע מיד דמניחין לה לישבע פיון דמאמינן עלי' ומודיעין לה גודל הסכנה שתוכל להביא על עצמה ועל הוולד בגודל העונש ביותר מן מה שתשבע בשקר לאחר לידתה וכדאי בשבת (דף ל"ב) ג' בדקי מיתה באשה כו'.

א"כ למה לה לישבע בשקר מיד היא בידה לישבע אחר שתלד דאז לא יהיה העונש סכנה חמור כמו קודם לידתה. ובזה יש לדון כעין חזקה לא שביק היתירא כו' דאף בקלות האיסור דייגינן פן וכמש"כ התב"ש סי' ב' ס"ק ז' ע"ש.

והעיקר דהיכא דנראה לב"ד לפי ראות עיניהם דאין שום מקום לחושדה שתשבע מיד בשביל איזה תועלת לטובתה שתהיה לה במה שתשבע מיד ביותר מן מה שתשבע לאחר לידתה דאז יכולין להניחה לישבע מיד אם בעלה אינו מקפיד ע"ז ולאחר שיוודעו לה כל זה ובאיום שיאיימו עליה ואז יכולה לישבע מיד אף בעודה מעוברת וכפי רצונה וכעין דברי הפרמ"ג: סימן צז הלכות גבית מלנה א (סעיף ו') והנה הנתיבות בס"ק א' פתב דבעסקא שהוא פלגא מלנה ופלגא פקדון מותר לתפוס משכונ כו' אף שאפשר לו לתפוס חפץ קטן בעד פלגא פקדון ותופס בכינון חפץ גדול כדי שיהי' בידו גם בעד פלגא מלנה וראי' לזה מב"מ (דף ל') בהא דבעי התם שטחה לצורכו ולצורכה מאי ופשיט מהא דהכניסה לרבקה ודשה פשירה בשביל שתינק ותידש פסולה ומשני שא"ה דכתיב אשר לא עבד בה מ"מ.

הרי מוכח דבמקום דליכא גזה"כ מותר פשמוכין בשביל דבר המותר ובשביל דבר האסור עכ"ל הנתיבות. ומשמע מדבריו דלצורכו וצורכה מותר לשוטחה.

ודבריו תמוהים דהא בדרף דחי' אמרו שם להך דשא"ה כו' דכוננת הנש"ס הוא דשא"ה דכתיב אשר לא עבד מ"מ ולא מצינו למפשט מהתם לאיסור. ולדינא היא קיי"ל שם דאסור לשוטחה לצורכו ולצורכה וכמו שכתבו בח"מ סי' רס"ז סעיף י"ח ע"ש.

וכמש"כ הרא"ש שם דלא איפשיטא נאזלינן לחומרא וכ"כ הרמב"ם פ' י"ג ה' גזילה ה' י"א והמ"מ שם דהך בעיא לא איפשיטא ולחומרא. אף לדינא אין ראי' כלל מהתם לנ"ד דשא"ה דלכן אסרו לצורכו ולצורכה משום דחשו שמה יניחנה שטוחה יותר מפדי צורכה עד שיתקלקל וכמש"כ התוס' והרא"ש שם והסמ"ע בח"מ שם.

והא דהי' סלקא דעתין למיפשט זה מהך דהכניסה בשביל שתינק ותידש פסולה. פתב השמ"ק שם בשם הראשונים דזהו משום דגם בפרה הנה ס"ד דלכן פסולה משום גזירה דשמה ישקה אותה לדוש אחר שתפסוק להניק ומסיק דשא"ה דכתיב אשר לא עבד מ"מ ופסולה מה"ת ולא נפשט האיבעיא.

ואפֿשֿר דְּלִזָּה גַּתְּפוּיִן הַגְּתִיבוֹת אַף שְׂקִינְצֵר בְּזָה וְעִיקֵר פְּנוּנְתוֹ הוּא דְּבַפְרָה דְּפִסוּלָה בְּהַכְנִיסָה לְרַבְקָה בְּשָׁבִיל שְׁתִּינּוּק וְתִדְוֹשׁ דְּזָהוּ מִשׁוּם גִּזְה"כ שֵׁם. וּבְהָא דְּאֶסְרִינּוּ לְצִוְרָכוֹ וְצִוְרָכָה זָהוּ מִשׁוּם סְבֵרַת הַתּוֹס' וְהָרָא"ש דְּחָשׂוּ שְׂמָא וַיִּחַנְנָה שְׁטוּחָה יוֹתֵר מִכְּדֵי צִוְרָכָה פְּנ"ל.

א"כ בְּתַפְסִית מִשְׁפּוֹן בְּשָׁבִיל פִּלְגָא פִּקְדוֹן וּפִלְגָא מְלוּה דְּלִיפָא בְּזָה גִזְה"כ לְאִיסוּר וְגַם לֹא שְׂיִיף בְּזָה לְהַף גְּזִירָה דְּגִזְרוּ בְּשִׁטְיָה לְצִוְרָכוֹ וְצִוְרָכָה. ע"כ מְוֹתֵר לְתַפְסִית הַמִּשְׁפּוֹן בְּכַה"ג כֵּן יֵשׁ לֹמֵר בְּכּוּנְנַת הַגְּתִיבוֹת.

וְעִינּוּ בְּחִידוּשֵׁי הַר"נ לַב"מ שֵׁם וּבִשְׁמ"ק שֵׁם וּלְפִי דְּבַרֵי הַר"נ שֵׁם יֵשׁ עֲדִינּוּ לְדוּן וּלְהַחְמִיר בְּנ"ד וְקִצְרֵתִי: וּבְעִיקֵר סָפֵק דִּין זֶה נִלְע"ד לְדוּן ע"פ דְּבַרֵי הַר"נ בְּשִׁבְתָּ ס"פ י"ג דְּהִבִּיא בְּשֵׁם הַרְשָׁב"א דַּס"ל דְּמִוֹתֵר לְנַעֲוֹל בֵּיתוֹ בְּשִׁבְתָּ וּלְשִׁמּוֹר בֵּיתוֹ וְצָבִי שְׁבִתוֹכּוֹ וְכִינּוּן שְׂצָרִיף לְשִׁמּוֹר בֵּיתוֹ אַע"פ שֵׁע"י כֶּף נִיצוּד הַצָּבִי מִמִּילָא מְוֹתֵר וּבְלִבְד שְׂלֵא יִתְפּוּיִן לְשִׁמּוֹר הַצָּבִי דְּהִי גְרִסִּינּוּ בִּירוּשְׁלַמִי הִיָּה צָבִי רַץ כְּדָרְכּוֹ וְנִתְפּוּיִן לְנַעֲוֹל בְּעֵדוֹ וְנַעֲל בְּעֵדוֹ וּבְעֵד הַצָּבִי מְוֹתֵר כּו' שְׂאֵלוֹ צָרִיף לְנַעֲוֹל בְּעֵדוֹ מְוֹתֵר אַע"פ שְׂמִתְכּוּנּוּן שְׂיָהָא צָבִי נִיצוּד בְּתוֹכּוֹ עַכ"ל הַרְשָׁב"א.

וּדְבַרֵי תְּמוּהִים הָאִיף אֶפְשֵׁר דְּבְמִתְכּוּנּוּן לְנַעֲוֹל בְּעֵדוֹ וּבְעֵד הַצָּבִי יָהָא מְוֹתֵר וְכִי מְפָנִי שְׂצָרִיף לְנַעֲוֹל בֵּיתוֹ נִתִּיר לוֹ לַעֲשׂוֹת מְלָאכָה בְּשִׁבְתָּ אֶלָּא שְׂאֵנִי אֹמֵר שְׂאֶפְלוֹ אִינּוּ מִתְכּוּנּוּן לְנַעֲוֹל בְּעֵד הַצָּבִי כֹּל שְׂהוּא יוֹדֵעַ שְׂהַצָּבִי בְּתוֹכּוֹ וְאִי אֶפְשֵׁר שְׂלֵא יָהָא הַצָּבִי נִיצוּד בְּתוֹכּוֹ אִיסוּר דְּמוּדָה ר"ש בְּפִסִּיק רִישׁוֹ כּו' עַכ"ל הַר"נ.

וְהַשְּׁלֵטִי גְבוּרִים שֵׁם כְּתִב לִיִּישָׁב שִׁיטַת הַרְשָׁב"א. וְהוּבָא כ"ז בְּמַג"א ס' ש"ט"ז ס"ק י"א וְסִיִּים דְּאִין לְהַקְל.

וְהַמְרַכְּבַת הַמִּשְׁנָה הָאִרִיף לִיִּישָׁב שִׁיטַת הַרְשָׁב"א כְּמַש"כ בְּפִרְק יו"ד ה' כ"ג ע"ש. וּבְפִרְק א' הַלְכוֹת שְׁבֵת.

וּלְדִינָא נִקְטִינּוּ כְּדְבַרֵי הַר"נ: וּלְפ"ז מוֹכַח דְּהִיכָא דְּמִכּוּנּוּן בְּעֵד דְּבַר הַמְּוֹתֵר וְדְבַר הָאִיסוּר דְּאִיסוּר וִי"ל דְּאִיף הַרְשָׁב"א מוּדָה בְּזָה דְּשֵׁא"ה כְּמַש"כ הַמְרַכְּבַת הַמִּשְׁנָה שֵׁם לְבָאֵר סְבֵרַת הַרְשָׁב"א וְקִצְרֵתִי בְּזָה.

וְהָא דְּהוּצְרָכוֹ בְּב"מ (דָּף ל') לְמִילָף מְקָרָא דְּשֵׁא"ה דְּכְתִיב אֲשֶׁר לֹא עֵבֵד בָּהּ דְּלָכּוּן בְּשָׁבִיל שְׁתִּינּוּק וְתִדְוֹשׁ פְּסוּלָה דְּמִשְׁמַע דְּלוּלִי זֶה לֹא הִיָּתָה פְּסוּלָה וְכַמַּש"כ הַגְּתִיבוֹת. י"ל דְּשֵׁאֵנִי הִתָּם דְּאִין אָנוּ דְּנִינ עַכְשָׁיו לַעֲשׂוֹת דְּבַר הַמְּוֹתֵר וְהָאִיסוּר.

רַק אָנוּ דְּנִינ בְּעַנְיָן עֲבָר בַּע"ע דְּפִסְלָה הַתּוֹרָה אִם דְּשָׂה דְּהִיָּה מְקוּם לֹמֵר פִּינּוּ דְּלֹא הִיָּה כְּפּוּנְתוֹ בְּשָׁבִיל דְּיִשָּׂה בְּלִבְד רַק בְּשָׁבִיל שְׁתִּינּוּק וְתִדְוֹשׁ דְּלֹא תִהְיֶה פְּסוּלָה דְּאִין זֶה בְּכָלֵל הָאִיסוּר.

ע"כ הוּצְרָכוֹ לְמִילָף מִן אֲשֶׁר לֹא עֵבֵד בָּהּ מ"מ. אַבְל בְּעַנְיָן לַעֲשׂוֹת דְּבַר הִתֵּר וְאִיסוּר וּמִכּוּנּוּן בְּעֵד שְׁנִיָּהֶם וְדֵאִי דְּאִיסוּר.

וְלָכּוּן בְּנ"ד דְּמִכּוּנּוּן לְתַפְסִית הַמִּשְׁכּוּן בְּעֵד הַמְּלוּהָ וְהַפְּקָדוֹן י"ל דְּאִיסוּר. וְאִיף בְּאִינּוּ מְכּוּנּוּן לְתַפְסִית רַק בְּעֵד הַמְּלוּהָ ג"כ יֵשׁ לְדוּן דְּאִיסוּר דְּהָא הִנּוּ פְּסִיק רִישׁוֹ דְּאִיסוּר אַף בְּשִׁאֲרֵי

אִסוּרִים וּכְמִשׁ"כ הַתּוֹס' בְּשֵׁבֶת (דָּף כ"ט ע"ב) ד"ה וּבְלִבְד שְׁלֵא יִתְפַּוּן כּו' וּבְפִסְחִים (דָּף כ"ה ע"ב).

וּכ"כ הָרֵא"ש בְּשֵׁבֶת פ' י"ד ס' ט' דְּאֶדְרָבָה בְּשִׁאֲרֵי אִסוּרִים יֵשׁ לְאַסּוֹר בְּיוֹתֵר מִן אִסוּרֵי שֵׁבֶת בְּפִסְיָק רִישׁוֹ דְּלֹא נִיחָא לִי אִף לְשִׁיטַת הָעֵרוּף וְהוּבָא בְּמַג"א ס' ש"ף ס"ק כ'. וְעֵינָן בְּטוּרֵי אָבֵן לר"ה בְּאַבְגֵי מְלוּאִים דָּף כ"ח מֵה שְׁהַקְשָׁה עַל הַר"ן בְּחֻלְיֵין פ"ז דְּמַחְלָק בֵּין אִסוּר שֵׁבֶת לְשִׁאֲרֵי אִסוּרֵין בְּזָה.

וְעֵינָן בְּיו"ד ס' ש"א וּאִכ"מ. וְלִכְּן יֵשׁ לְדוֹן לְכַאוּרָה דָּאִף בְּאִינוּ מְכַוֵּן לְתַפְּסוֹן הַמְּשֻׁכּוֹן בְּעַד הַפְּלָגָא פְּקֻדוֹן דְּמ"מ אִסוּר לְתַפְּסוֹן חֲפִץ גְּדוֹל שְׁשֻׁנָה בְּיוֹתֵר מִן הַפְּלָגָא פְּקֻדוֹן בֵּינוּ שְׁמַמְיָלָא הוּא ת"י וְיִהְיֶה יְכוּל לְעַכְבּוֹ בְּעַד פְּלָגָא מְלוּוָה: אִף בְּאִסוּר נִיתוּחַ דְּלֹא נֶאֱסַר רַק מְדַרְבְּנָן וּכְמִשׁ"כ הַתּוֹס' בְּב"מ (דָּף ק"ג) ד"ה אִימָא לֹא יִנְתַּחֲנוּ כּו'.

דְּבָזָה לֹא אֶסְרִינָן פְּסִיָק רִישׁוֹ בֵּינוּ דְּאִינוּ מְכַוֵּן וּכְמִשׁ"כ בְּסִפְרֵי בְּאֵר יֶצְחָק ח' או"ח ס' ט"ו לְהַכְרִיעַ כַּהֲתֵה"ד דְּהוּבָא בְּמַג"א ס' ש"י"ד דְּפִסְיָק רִישׁוֹ בְּדַרְבְּנָן מְוֹתֵר ע"ש. וְגַם יֵשׁ לְדוֹן אִף בְּמַקּוֹם דְּנֶאֱסַר לְמַשְׁכֵּן מֵה"ת דג"כ מְוֹתֵר לְתַפְּסוֹן לְמַשְׁכּוֹן בְּעַד פְּלָגָא פְּקֻדוֹן אִף שְׁשֻׁנָה יוֹתֵר בֵּינוּ דְּאִינוּ מְכַוֵּן לְתַפְּסוֹן בְּעַד פְּלָגָא מְלוּוָה.

מִשׁוּם דְּשִׁאֲנֵי בְּנוּעַל בֵּיתוֹ לְשִׁמּוֹר מֵה שְׁבִתוֹכּוֹ אִף דְּלֹא נִתְפַּוּן לְצוּד הַצְּבִי. דְּמ"מ הָא נִעְשָׂה מְעֻשָׂה אִסוּר צִידָה דְּאִסוּר בְּשֵׁבֶת וְאִף דְּלֹא נִתְפַּוּן לְצוּדוֹ דְּמ"מ מִתְעַבֵּיד אִסוּרָא דְּמִלְאֲכַת צִידָה וְלִכְּן אִסוּר אִם הוּי פְּסִיָק רִישׁוֹ.

מִשָּׂא"כ בְּאִסוּר דְּלֹא תַעֲבֹט עֲבוּטוֹ דְּעֵיקָר הָאִסוּר הוּא דְּלֹא יִמְשַׁכְּנוּ עַל חוּבוֹ. וְהָא דִּין מְשֻׁכּוֹן הוּא לְקַנּוּתוֹ לְעַנְיָן אִם מֵת דְּשׁוּמְטוֹ מֵע"ג בְּנֵיו וְאִין שְׁבִיעִית מְשַׁמְטתוּ פְּמִבְּנָאָר בְּב"מ (דָּף קט"ו).

וְאִין קוּנְהוּ לְדִין מְשֻׁכּוֹן רַק אִם בֵּינוּ לְקַנּוּתוֹ בְּתוֹרַת מְשֻׁכּוֹן אֲבָל אִם לֹא מְכַוֵּן לְקַנּוּתוֹ וְדֹאֵי לֹא קְנָהוּ לְהַמְשֻׁכּוֹן פְּמִבְּנָאָר בְּכַתּוּבוֹת (דָּף פ"ה) בְּהֵיִא אִיתְתָּא דְּהוּי מְפַקְדֵי גַבְהַ מְלוּגָא דְּשִׁטְרֵי דְּצָרִיכָה לְבָרֵר בְּעַדִּים דְּתַפְּסָה בְּחַיִּים אֶת הַחֲפִץ לְמַשְׁכּוֹן.

מִשׁוּם דְּבִלָּא פְּוֹנָה לֹא קְנָתָה לְהַמְשֻׁכּוֹן. וְגַם מִצַּד חֲצִירוֹ קוּנָה שְׁלֵא מִדְּעַתּוֹ לֹא שְׁיָיָף בְּזָה וּכְמִשׁ"כ הַתּוֹס' בְּב"ב (דָּף נ"ד ע"א) ד"ה אֲדַעְתָּא דְּצִיבֵי כּו' דָּאִם יוֹדַע שְׁהוּא בְּחֲצִירוֹ וְאִינוּ מְכַוֵּן לְקַנּוּתוֹ לֹא קָנִי.

וְעֵינָן בְּסִפְרֵי בְּאֵר יֶצְחָק ח' יו"ד ס' א' עֲנָף ד. וְע"כ אִין עָלְיוֹ שְׁמ מְשֻׁכּוֹן פְּלָל אִם לֹא נִתְפַּוּן לְקַנּוּתוֹ.

וְע"כ הַדִּין נוֹתֵן דְּמְוֹתֵר לְתַפְּסוֹן חֲפִץ גְּדוֹל אִף שְׁשֻׁנָה יוֹתֵר מִן פְּלָגָא פְּקֻדוֹן אִם לֹא נִתְפַּוּן לְתַפְּסוֹן עֲבוּר פְּלָגָא מְלוּוָה מִשׁוּם דְּאִין עַל הַמְּוֹתֵר שְׁמ עֲבוּט פְּלָל. וְלִכְּן לֹא שְׁיָיָף בְּזָה לְדוֹן פְּלָל לְהַדְּפִיָק דְּפִסְיָק רִישׁוֹ בֵּינוּ דְּלֹא אִיתְעַבֵּיד שְׁמ אִסוּר פְּלָל כ"ז דְּלֹא נִתְפַּוּן לְתַפְּסוֹן הַחֲפִץ בְּתוֹרַת מְשֻׁכּוֹן עֲבוּר חוּב הַלְּנָאָה: וְיֵשׁ לְדוֹן עֲדִינָן בְּעֵיקָר הַדְּבָרִים הַלְּלוּ.

אִף בְּאַמַּת יֵשׁ לְסַתּוֹר כָּל מֵה שְׁפִתְבְּתֵי לְדוֹן לְאִסוּר אִם מְכַוֵּן לְתַפְּסוֹן גַּם עֲבוּר פְּלָגָא מְלוּוָה ע"פ דְּבָרֵי הַר"ן סוּף פ' י"ג דְּשֵׁבֶת הַנָּ"ל. כִּי יֵשׁ לְהוֹכִיחַ לְהִיפּוּף מִן הַר"ן בִּיצָה

פ"ב בָּמָה דְאָמְרוּ שָׁם (דף י"ז) מְמַלְאָה קַדְרָה בְּשׂוֹר אַע"פ שא"צ אֵלָא לַחֲתִיכָה א' וּמְמַלְא קַבִּית שָׁל מִים כו'.

וְכַתֵּב הַר"ן דְּמִשְׁמַע מְזָה דְלַרְבּוֹת בְּשִׁיעוּרָא בִּי"ט מוֹתֵר פִּינּוֹן דְּסָגִי בְּחַד טִירְחָא וְהָא דְאִין מְזַמְנִין שְׁמָא יִרְבֵּה הִינְנוּ שְׁמָא יִרְבֵּה בַקְדֻרָה אַחֲרַת כו' וּבְמַנְחוֹת (דף ס"ד) מִשְׁמַע דְּפִשְׁיטָא לָן דְּשָׁנִים בְּעוֹקֵץ א' וְשִׁלְשָׁה בְּעוֹקֵץ א' שְׁתֵּים מִיִּתְיָנָן שְׁלֵשׁ לֹא מִיִּתְיָנָן דְּלַרְבּוּי בְּשִׁיעוּרָא אֲסוּר כו' וּמְסִיק דְלָא דְמִי רַבּוּי בְּשִׁיעוּרָא בִּי"ט לַרְבּוּי שִׁיעוּרָא בְּשַׁבַּת שְׁהַשְׁבַּת דְּחוּיָה אֲצֵל חוּלָה וְלֹא הוֹתֵרָה כו' אֲבָל יו"ט שְׁאֵינְךָ לְנֶפֶשׁ הוֹתֵר בָּהּ כו' מְרַבֵּה עַל הָעֵינָן וּבְלִבְד שְׁיָהָא בְּטוֹרְחָא חַד תּוֹסַפְתּוּ כְּמוֹהוּ כו'.

עכ"ל הר"ן. וכ"כ הָרַא"ש בַּפ"ב דְּבִיצָה ס' י"ד בַּקְצָרָה דָּאָם לֹא הִרְבֵּה בְּשִׁבְלֵי אֵלָא בַקְדֻרָה שְׁהוּא מְבַשֵּׁל בָּהּ לִיכָא חֲשֵׁשׁ אִסוּר זָה כו'.

וכ"כ הָרַמְ"א בַּאו"ח ס' תַק"ג וְס' תַק"ב סַע"ג. וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת מְזָה עַל דְּבָרֵי הַר"ן פ' י"ג דְּשַׁבַּת הַנָּ"ל דְּמְסִיק הַר"ן שָׁם דְּאֲסוּר לְנַעֲוֹל בֵּיתוֹ כְּדֵי לְשַׁמּוֹר בֵּיתוֹ וְלִצְוֹד הַצְּבִי.

דְּהָא פִּינּוֹן דְּמְסִיק הַר"ן בְּבִיצָה דְּמוֹתֵר לַרְבּוֹת בְּשִׁיעוּרָא בִּי"ט פִּינּוֹן דְּסָגִי בְּחַד טִירְחָא. א"כ ה"ה הֵתָם פִּינּוֹן דְּמוֹתֵר לְנַעֲוֹל בֵּיתוֹ וְלְשַׁמּוֹר מַה שְׁבַתוֹכוֹ א"כ מַה"ט יִהְיֶה מוֹתֵר אַף דְּמַכּוּיָן ג"כ לְשַׁמּוֹר הַצְּבִי בְּתוֹכוֹ פִּינּוֹן דְּהוּי חַד טִירְחָא: וְע"כ מוֹכַח לוֹמַר דְּשִׁאֲנֵי בְּנוֹעַל בֵּיתוֹ לְשַׁמּוֹר בֵּיתוֹ עִם הַצְּבִי.

דְּהָא בְּמַה שְׁמַכּוּיָן לְשַׁמּוֹר בֵּיתוֹ אִין בְּזָה שׁוּם מְלַאכַת צִידָה כְּלָל וְאֵלּוּ בְּמַה שְׁמַכּוּיָן לְשַׁמּוֹר הַצְּבִי יֵשׁ בְּזָה מְלַאכַת צִידָה. ע"כ שְׁפִיר כְּתֵב הַר"ן בְּשַׁבַּת שָׁם וְכִי מְפַנֵּי שְׁצָרֵיהּ לְנַעֲוֹל בֵּיתוֹ נִתִיר לוֹ לַעֲשׂוֹת מְלַאכָה בְּשַׁבַּת.

מִשָּׂא"כ בְּרַבּוּי שִׁיעוּרָא בִּי"ט שְׁפִיר כְּתֵב הַר"ן דְּכִינּוֹן שְׁאֵינְךָ לְנֶפֶשׁ הוֹתֵר בִּי"ט ע"כ מְרַבֵּה עָלָיו פִּינּוֹן דְּהוּי חַד טִירְחָא דְּהָא בְּמַה שְׁהוֹתֵרָה לוֹ הוּי ג"כ מְלַאכַת בִּישׁוּל בִּי"ט לְכֵן גַּם בְּרַבּוּי שִׁיעוּרָא אִין זָה מְקַרֵי מְלַאכָה בַּפ"ע רַק דְּנִגְרָר הַפֵּל ע"י מְלַאכַת הַהִיתֵר דְּהוֹתֵרָה לוֹ פִּינּוֹן דְּהוּי הַפֵּל בְּחַד טִירְחָא מוֹתֵר זָה.

א"כ ה"ה בַּנ"ד פִּינּוֹן דִּישׁ שָׁם מְשַׁכּוֹן בְּמַה דְּמִשְׁפָּנוּ בַּע"כ בְּעַד פִּלְגָא פְּקֻדוֹן דְּהוֹתֵרָה לוֹ א"כ מְמִילָא מוֹתֵר לְמִשְׁכּוֹן בְּהַמוֹתֵר שְׁיֵשׁ בְּהַחֲפֵץ בְּעַד פִּלְגָא מְלֻנָה אַף שְׁמַכּוּיָן לְתַפְנוֹס גַּם בְּעַד פִּלְגָא מְלֻנָה פִּינּוֹן דְּהוּי חַד טִירְחָא א"כ הַדִּין נוֹתֵן דְּזָה מוֹתֵר וְכִמוֹ בְּרַבּוּי שִׁיעוּרָא בְּאִסוּר בִּישׁוּל בִּי"ט.

וְהָא דְּמַנְחוֹת (דף ס"ד) דְּמִשְׁמַע דְּשָׁנִים בְּעוֹקֵץ א' וְשִׁלְשָׁה בְּעוֹקֵץ א' שְׁתֵּים מִיִּתְיָנָן שְׁלֵשׁ לֹא מִיִּתְיָנָן הַטַּעַם הֵתָם פִּינּוֹן דְּשַׁבַּת דְּחוּיָה הִיא אֲצֵל חוּלָה וְלֹא הוֹתֵרָה וְכַמְש"כ הַר"ן בַּפ"ב דְּבִיצָה שָׁם.

אֲבָל הִיכָא דְּמוֹתֵר לוֹ לַעֲשׂוֹת מְלַאכָה זֹו בְּהִיתֵר כְּמוֹ הַדְּרַבּוּי שִׁיעוּרָא בִּי"ט בְּמַקּוֹם אֲוֹכֵל לְנֶפֶשׁ דְּהוֹתֵרָה לוֹ דְּמִמִּילָא מוֹתֵר לוֹ לַעֲשׂוֹת אַף לְמַעַן הַדְּבָר דְּנִאֲסְרָה לוֹ פִּינּוֹן דְּהוּי בְּחַד טִירְחָא דַּה"ה לְתַפְנוֹס הַחֲפֵץ לְמִשְׁכּוֹן דְּמוֹתֵר בְּמַכּוּיָן בְּשִׁבְלֵי הַפִּלְגָא פְּקֻדוֹן וְהַפִּלְגָא מְלֻנָה וְכַמְש"כ הַנְּתִיבוֹת וְנִקְטִינָן כֵּן לְדִינָא.

ואף דהר"נ פ"ב דביצה שם פתב עוד טעם על הא דרבוויי בשיעורא מותר ביו"ט מ"מ
הא פתב מתחלה הטעם דכיון דהוי בחד טירחא בעד דבר המותר עם דבר האסור דמותר.
ולא דחי לזה הסברא.

וגם הביא שם מקודם לשיטת הרשב"א וסייעתו דגם רבוי בשבת לא מיתסר אלא מדרבנן
והר"נ דחי זה כמו שמחלק דשאני בחולה דדחוייה אצל שבת. אבל בדבר המותר ממש
כיון דהוי בחד טירחא מותר ולא נמצא חולק ע"ז רק לרנוחא דמילתא פתב עוד טעם
ע"כ שפיר יש לנו לסמוך על הנתיבות וכנ"ל: ב (שם סעיף ט"ז) בתומים ס"ק י"ד פתב
להסתפק בהא דמבואר שם במשכונ דמועיל שלא יעשה מטלטלין אצל בניו.

ונסתפק אם מכרו הלנה בעת שהחזיר לו המלנה לקנים מצות השבת העבוט אם גובה
מלקוחות או לא. וכן מצינו בעשה שורו אפותיקי דאינו גובה מלקוחות אבל מיתמי גובה
כמש"כ הרשב"א.

ואם נימא דטורף מלקוחות א"כ הל"ל בגמ' דב"מ (דף קט"ו) במה דאמרו שם גבי משכונ
דלא נעשה מטלטלין אצל בניו הא הל"ל בקצרה דאין להם תורת מטלטלין כלל והאריף
בזה ונשאר בצ"ע: ולפענ"ד נראה לדון בזה ולהוכיח דגבי מלקוחות.

וראיות התומים מדנקטו בלשונם דלא נעשה מטלטלין אצל בניו משמע דוקא אצל בניו
אבל מלקוחות לא גבי. יש לדון בזה דהא בב"מ (דף ק"ד) גבי עסקא אמרו להכי קרי לי'
עסקא דאם מת לא נעשה מטלטלין אצל בניו.

ומבואר ברמב"ם פ"ז הלכות שלוחין והובא ביו"ד סי' קע"ז סעיף ל"ב דאם נתן המתעסק
מתנה לאחרים והביא בעל המזון ראיה שהם מזה העסק מוציא מידם כו'. והא דלא נקטו
פן שם במקורן פתב הנש"ף שם ס"ק נ"ט בשם הפרישה דהא כל עסקא ניתנו למכר
וברשות קנאו ממנו.

אבל מהמקבל מתנה מוציאים ממנו אף דדינו כמשעבדי כמבואר בסי' קי"ז סמ"ע שם
ס"ק י"ב בשם הרשב"א. ועיין בתוס' פתובות (דף מ"ט) ד"ה הוא ואשתו גזונים מהם
ובתומים שם ס"ק ו'.

אלמא דאף דהמקבל מתנה דינו בכל מקום כמו משעבדי וכמבואר בח"מ סי' קי"א סעיף
י"א. מ"מ בעיסקא גובה ממנו.

והא דלא נקטו בש"ס שם בלשון רק דלא נעשה מטלטלין אצל בניו. בע"כ מוכח דלא
דוקא אצל בניו דבאמת ה"ה לענין משעבדי ואינו קשה כלל מה דלא נקטו בעסקא דאין
להם תורת מטלטלין כלל כמש"כ התומים במשכונ משום דזהו ידעינו מן הא דרבנו.

א"כ י"ל כמו כן גבי משכונ. ואין לומר דשאני התם בעיסקא דהא במקרו לא גבי.

זה אינו דהא זהו משום הטעם שפתב בהפרישה פנ"ל. א"כ גם בקרקע שקנה לצורך
העסקא ג"כ אין מוציאים במקרו משום האי טעמא דניתנו למכר וברשות קנאו פנ"ל.

אם פן תקשה כעין קושיות התומים הנ"ל דהוי לי' למימר הלא בלשון דאין להם תורת
מטלטלין כלל. וע"כ מוכח דזה אינו דיוק כלל.

א"כ כמו כן יש לומר דמה דמדייק התומים על הא דב"מ (דף קט"ו) ה"ל. דבאמת אין מזה הדיוק שום ראי' פלל: ואפשר לומר דשאני התם בעסקא דהא רב אידי בר אבין אמר שם בב"מ (דף ק"ד) דאם מת נעשה מטלטלין אצל בניו וע"ז חולק רבא שם ואמר להכי קרי לי' עסקא דאם מת לא נעשה מטלטלין אצל בניו.

א"כ י"ל דכיון דרב אידי נקט בלשונו לרבנותא דאף אצל בניו נעשה מטלטלין ע"כ נקט רבא ג"כ בלשונו פן. א"כ אין מזה דחזקה לדברי התומים ה"ל בהוכחתו דהא יש לומר פן: אבל נראה לי להוכיח דגם במשפון אף לאחר שהחזירו המלנה להלנה ומכרו הלנה דגבי מלקוחות.

מהא דב"מ (דף ק"ד ע"א) עלה דר"י בן קרחה אומר המלנה חבירו לא ימשכנו יותר מחובו שפך פותב לו תשלומתא דאית לה עלי פל לקבל דיכי טעמא דכתב ליה הכי הא אי לא פתב לו הכי לא קני והא אמר ריו"ח משפנו והשיב לו המשפון נמת שומטו מע"ג בניו אהני לה פתיבה לגירעון.

והתוס' שם ד"ה אהני פתיבה כו' פתבו לפרש דכוננת המקשן הוא משום דמשמע דהלנה הנה מקנה המשפון להמלנה בתורת קנין. וע"כ בעת שמתחזיר המשפון להלנה בתורת השבת העבוט אינם בידי הלנה רק בתורת שאלה.

דמשמע דדוקא משום זה שומטו מע"ג בניו. וע"ז הקשה המקשה הא בל"ז יש לו לשומטו מע"ג בניו דהא בע"ח קנה להמשפון.

וע"ז תי' הגמ' דאהני פתיבה לגירעון. ואי נימא דבעת דהחזיר המלנה להלנה ומכרו הלנה אינו טורף מהלוקח.

א"כ תקשה דהא אינו קשה פלל קושיות הגמ' דהא נפ"מ מה שכתב והקנה המשפון להמלנה בתורת הקנאה דאז בנודאי טורף מהלוקח דהא אינו בידי הלנה רק בתורת שאלה. והני כמו פל שואל שפך חפץ השואל לו דנודאי טורף המשאיל מהלוקח.

א"כ נפ"מ רבתא ממה שהקנה וכתב לו המשפון בתורת קנינה. ומדמקשה הגמ' פן והוכרח לתרץ לו דאהני פתיבה לשלם הגרעון.

מוכח מזה דאף כשלא הקנה המשפון להמלנה מ"מ אם הלנה מכר בעת שמוחזר המשפון לי' דטורף המלנה מן הלוקח ושפיר הקשה הגמ' והוכרח לתרץ פנ"ל. א"כ נתבאר דלעולם טורף המשפון מן הלוקח אף שמכרו בעת שהוחזר ליד הלנה: וכן מוכח מן מש"כ התוס' ב"מ (דף קט"ו) ד"ה למה ממשפנים כו' הקשה הר' ר' אלתנן למה חוזרים וממשפנים פנין דבלאו הכי אין שביעית משמטתו ושומטו מע"ג בניו כו'.

ואי נימא דמהני מכירת הלנה בעודו בידו. א"כ נפ"מ למה שחוזר וממשפן לענין אם מכר הלנה.

דאם לא הי' חוזר למשפנו הי' מועיל מכירת הלנה בעודו בידו. אבל עכשיו שחוזר וממשפנו אינו מועיל מכירתו אם מכר בעודו בידו.

דהא פנגד חובו נודאי לא מהני מכירתו של הלנה פשהמשפון הוא ת"י המלנה משום דמקרי לגבי הלנה דבר דאינו ברשותו משום דהמלנה קנה להמשפון נגד חובו בנודאי.

כּמבּוֹאֵר בִּיּוֹ"ד ס' רנ"ח וּבִש"ף ח"מ ס' ריא"א ס"ק ה' דְּמָה שְׁנֵגֵד חוּבוֹ לֹא מְהַי מְכִירְתוֹ
רַק הַמְּוֹתֵר מִן הַחוּבְפְּלִיגִי שָׁם עִי"ש. וּבִיּוֹ"ד ס' רכ"א.

וְאִף דְּבַעַת שְׁמַחְזִיר הַמְשָׁכּוֹן לְהִלְוֵה מְהַי מְכִירְתוֹ לְהַמְשָׁכּוֹן. מ"מ בְּעַת שְׁהַמְשָׁכּוֹן הוּא
ת"י הַמְּלִוֵה יִהְיֶה בְּטוּחַ אֲזֵ דְלֹא מוֹעִיל מְכִירְתַּת הַלְוֵה.

א"כ ה"ל לְהַתּוֹס' לְתַרְזֵן פֶּן וְאִין מְקוּם לְקוֹשְׁיָתָם. [וְהָא דְלֹא מְתַרְזֵן הַגַּמ' פֶּן פְּשִׁיקְשׁוּ
לְמָה מְמַשְׁכְּנִין מְעִיקְרָא.

י"ל בְּזֵה כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּתִירוּצָם דְּעֵדִיפָא מִיַּנְי' מְשַׁנֵּי הַגַּמ'. וּמְדַהֲקֵשׁוּ הַתּוֹס' פֶּן מוֹכַח
מְזֵה דְאִף בְּעַת דְּהַמְשָׁכּוֹן הוּא מְוַחְזֵר ת"י הַלְוֵה וּמְכָרוּ דְטוּרְף הַמְּלִוֵה מִהַלְקוּחוֹת מְשׁוּם
דְּאֵלִים הַזְּכוּת שֶׁל הַמְּלִוֵה דְקָנָה לְהַמְשָׁכּוֹן.

אִף רַא' קַמְיִיתָא שְׁפַתְבְּתִי לְעִיל עֵדִיפָא מְבַתְּרִייתָא: וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַעִיר לְשִׁיטַת רַבִּינוּ
בְּרוּךְ וּבְהַגְהוֹת מְרַדְכִי לַב"מ דְּכַתְבַּ דְּהָא דְמְשָׁכּוֹן אִינוּ נַעֲשֶׂה מְטַלְטְלִין אֲצֵל בְּנֵי הַיְיָנוּ
בְּמַשְׁכְּנוֹ שְׁלֹא בְשַׁעַת הַלְוִואָה.

אֲבָל בְּמַשְׁכְּנוֹ בְשַׁעַת הַלְוִואָה דְּהַפְּקִידוֹ בְּיַד הַלְוֵה נַעֲשֶׂה מְטַלְטְלִין אֲצֵל בְּנֵי. וְהוּבָא בְּתַנּוּמִים
ס' ס"ז ס"ק ו' עִי"ש.

וּלפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּמָה דְּהַקְשָׁה הַגַּמ' בַּב"מ (דָּף ק"ד) הַנֵּ"ל טַעֲמָא דְכַתְבַ לִי הָכִי כו'. הָא
אִיפָא לְמִימַר דַּנְפ"מ מִן הַפְּתִיבָה עַל מְשָׁכּוֹן בְשַׁעַת הַלְוִואָתוֹ.

אֲבָל זֶה אִינוּ קָשָׁה כָּלֵל דְּהָא הַפְּתִיבָה הוּא בְּעַת שְׁמַחְזִיר הַשְּׁבַת הָעֵבוֹט לְהִלְוֵה כּמבּוֹאֵר
בַּש"ס שָׁם. וְהָא בְּמַשְׁכּוֹן בְשַׁעַת הַלְוִואָה לִיתָא לְמַצּוֹת הַשְּׁבַת הָעֵבוֹט כּמבּוֹאֵר בְּסִי' צ"ז
סְעִיף ט"ז.

וּע"כ מוֹכַח דְּזֵה מִיַּרְי בְּמַשְׁכּוֹן שְׁלֹא בְשַׁעַת הַלְוִואָתוֹ א"כ שְׁפִיר מְקָשָׁה הַגַּמ' פֶּן. וּלפ"ז
יֵשׁ לְדוֹן דְּלַדְיָנָא דְקִי"ל דְּאִף בְּמַשְׁכּוֹן בְשַׁעַת הַלְוִואָתוֹ דְּקָאִי בְּרִשׁוֹת הַמְּלִוֵה וְשׁוּמְטוֹ מַעַל
גְּבִי בְּנֵי וְכַמֶּש"כ הַתּוֹמִים בְּסִי' ס"ז ס"ק ו'.

דִּי"ל דַּעַכ"ז מְלַקוּחוֹת לֹא גְבִי בְּזֵה. מְשׁוּם דְּבְמַשְׁכּוֹן בְשַׁעַת הַלְוִואָתוֹ לִיתָא לְרָאִי' זו
שְׁפַתְבְּתִי כַּנ"ל.

דְּהָא הַג"מ מִיַּרְי שָׁם בְּמַשְׁכּוֹן שְׁלֹא בְשַׁעַת הַלְוִואָתוֹ. אִף בְּמָה שְׁנִסְתַּפֵּק הַתּוֹמִים פֶּן
בְּמַשְׁכּוֹן שְׁלֹא בְשַׁעַת הַלְוִואָתוֹ וְנִשְׂאָר בַּצ"ע.

לְדַעַתִּי גַּפְשֵׁט הַסְּפֵק בְּזֵה דְּהַדִּין בְּרוּר הוּא דְלֹא מְהַי מְכִירְתוֹ שֶׁל הַלְוֵה בְּמַשְׁכּוֹן שְׁלֹא
בְשַׁעַת הַלְוִואָה וְטוּרְף הַמְּלִוֵה מִהַלְקוּחוֹת: ג (שָׁם סְעִיף כ"א) פְּשַׁמְחְזִיר לוֹ הַמְשָׁכּוֹן צְרִיף
לְהַחְזִיר בְּעֵדִים וּלְהַתְרוֹת בִּי' אֵל תַּחְזִירָהוּ לִי אֵלָא בְּפָנֵי עֵדִים דַּא"כ הִי' נְאָמֵן לוֹמַר
הַחְזִירְתִּי אוֹ פְּרַעַתִּי בְּמִיגוֹ דְּהַחְזִירְתִּי וּבְלִבְד שְׁלֹא יִהְיֶה תוֹף זְמַנּוֹ.

וְכַתְבַּ הַסַּמ"ע שָׁם ס"ק מ"ג דְּבִלָא מִיגוֹ אִינוּ נְאָמֵן לוֹמַר פְּרַעַתִּי דְּכִינּוֹן דְּהַחְזִירוּ בְּעֵדִים
ה"ל כְּאֵלוֹ עֵדִינּוֹ הַמְשָׁכּוֹן בְּיַד הַמְּלִוֵה כו'. שָׁם ס"ק מ"ד וּבְלִבְד שְׁלֹא יִהְיֶה תוֹף זְמַנּוֹ כו'.

הקשה דהא נתבאר בסי' ע"ח דנאמן לומר פרעתי תוך זמנו במיגו משום דזהו איבעיא דלא איפשטא כו' ותיירץ דכיון דהתחזיר המשכון בפני עדים לא מקרי הלנה מוחזק. וע"כ אינו נאמן במיגו כו' עכ"ל הסמ"ע.

והש"ך שם דחה דין זה משום קושיות הסמ"ע הנ"ל: ענה א והנלפע"ד לדון בזה משום דטעם הסמ"ע שפתיב דבלא מיגו אינו נאמן דה"ל פאלו עדיין ברשותו. יש להעיר בזה דלאו כולי עלמא מודו בזה ובפרט לשי' המחבר גופיה.

דבסי' ע"ב סעי' כ"ג פתיב המחבר בשם הרמב"ן אם עדים מעידים דבתורת משכון פא החפץ לנד המלנה ואינם יודעים בכמה דהלנה מקרי מוחזק משום דמלנה על המשכון אין לו רק שעבוד.

וכה"ג פתיב המחבר שם סעי' כ"ד. והש"ך שם ס"ק ק"ט חלק ע"ז והעלה דדוקא היכא דטוען ספק אז לא מקרי מוחזק אף היכא דנולד הספק בפרעון.

משא"כ בטוען ברי פינן דבע"ח קונה משכון ה"ל המלנה מוחזק על המשכון דתחת ידו ע"ש. אלמא דמצינו פלוגתא דרבנן דמלנה על המשכון אף דהוא תחת ידו אם דינו כמוחזק מחמת דקנה משכון או דלא מקרי מוחזק משום דלא ה"ל רק שעבוד בעלמא.

והא דאין הלנה נאמן לומר פרעתי פשהמשכון בינד המלנה לפי הסוברים דלא מקרי מוחזק אף פשהמשכון תחת ידו. הטעם הוא משום דה"ל פטוען פרעתי על שטר דאינו נאמן משום דשטר בדי מאי בעי דה"ה במשכון שייך טעם זה וכמש"כ הבעה"ת והובא בנתיבות סי' ע"ב ס"ק ל"ה ע"ש: ולפ"ז תקשה דמפני מה לא יהיה נאמן הלנה לומר פרעתי מצד טענת עצמו אף בלא מיגו היכא דהמשכון הוא ת"י הלנה בחזרה.

בשלמא להסוברים דזכות המלנה על המשכון הוי ליה פקונה גוף החפץ ויש עליו דין מוחזק. לכן אף פשהמשכון הוא בחזרה ת"י הלנה מ"מ מוציא ממנו משום דה"ל כמו חפץ העשוי להשאיל ולהשפיר דמוציאין משום חזקת מ"ק מהמוחזק.

וכמש"כ במק"א לדון בזה טובא דכיון דלא שייך בזה לומר תפיסתו מוכחת על קנייתו ממילא מוציאין משום חזקת מ"ק. וה"ה בזה דהתחזיר המשכון להלנה לקיים מצנת השבת העבוט פינן דלא שייך בזה לומר תפיסתו מוכחת עליו ע"כ מוציאין ע"י חזקת מ"ק דיש להמלנה.

אבל להסוברים דלא מקרי מוחזק דאינו רק שעבוד בעלמא והא דלא מהימן הלנה לומר פרעתי בהמשכון ת"י המלנה. זהו משום דה"ל כמו שטר דשייך ביה ג"כ לומר משכונך בדי מאי בעי וכמש"כ הבעה"ת פנ"ל.

[וזהו מוכרח דנודאי אין לחלק דשאני היכא דה"ל חזקת חיוב בנודאי משא"כ בהא דסי' ע"ב הנ"ל דה"ל ספק בעיקר החוב. דז"א דכיון דאין לו רק שם שעבוד בעלמא ע"כ אין אנו יכולים לומר דכיון דאתחזק חיובא שאני דהא עכ"פ לא מקרי מוחזק.

וכמו פל א"י אם פרעתי בשניהם טוענים שמא או בשניהם טוענים ברי דאין מוציאין מהמוחזק ע"י חזקת חיוב כמבואר]. א"כ היכא דהמשכון הוא ת"י הלנה דלא שייך טעם זה דמשכונך בדי כו'.

בְּזֶה הַדִּין נוֹתֵן דִּיְהִיגָה נְאֻמָּן הַלְּנֶה לּוֹמֵר פְּרַעְתִּי בְּטַעֲנַת עֲצָמוּ בְּלֹא מִיגוּ ג"כ. וּע"כ לְשִׁיטַת הַמַּחְבֵּר בְּסִי' ע"ב צָרִיף טַעַם דְּלָמָּה פְּתָבוּ הֵכָא דְאִינוּ נְאֻמָּן פְּרַעְתִּי רַק ע"י מִיגוּ.

וְעַיִן בַּקְצָה ח ס"ה הַג"ל ס"ק יו"ד דְּהַרְגִישׁ בְּזֶה. אֲבָל לַפְּמַש"כ אִינוּ מְסַפִּיק בְּדַבְּרֵינוּ לְתַרְץ זֶה ע"ש: וְהַנִּלְפַעֵנ"ד טַעַם אַחַר בְּזֶה ע"פ מַש"כ הַתּוֹס' פְּתוּבוֹת (דָּף צ"ו) ד"ה נְכֹסֵי בְּחֻזְקַת אֱלֻמְנָה קְיָיְמִי כו'.

וּא"ת מַה טַעַם דְּלֹא חֲשַׁבְינָן נְכֹסֵי בְּחֻזְקַת בַּע"ח וְאִמָּאֵי מְהִימְנֵי יְתָמֵי לְמִימַר פְּרַעְנוּ בְּמַלְוָה בַּע"פ. וְכִי תִימָא דְחֲשַׁבְינָן לִיָּה בְּחֻזְקַת אֱלֻמְנָה טְפִי מְשׁוּם דְּמוֹכְרַת לְמִזּוֹנוֹת שְׁלֹא בַב"ד אִם פֶּן לְרַב וְשְׂמוּאֵל נְהִי דְלִית לְהוּ כָּל הַטּוֹעֵן אַחַר מַעֲשֵׂה ב"ד לֹא אָמַר פְּלוּם מ"מ פְּשָׁאִיבְדָּה פְּתוּבָתָה לֹא יְהִיגָה יְתוּמִין נְאֻמְנִים לּוֹמֵר פְּרַעְנוּ דְכִינוּ דְמוֹכְרַת לְכַתְּוּבָתָה שְׁלֹא בַב"ד נְכֹסִים בְּחֻזְקָתָה פִּי הֵכָא כו'.

מִיָּהוּ הֵיכָא דְאִיפָּא עֲדִים שְׁנַשְׂרָפָה לֹא לִיְהֻמְנוּ וְשְׂמָא י"ל אִי אִיפָּא עֲדִים ה"נ א"נ מִזּוֹנוֹת שְׂאֲנֵי כו' עַכ"ל הַתּוֹס'. אֱלֻמָּא דְהַתּוֹס' בְּתִי קָמָא ס"ל דְּגַם בְּחֻזֵב פְּתוּבָה מְקַרִי הָאִשָּׁה מְוַחֲזַקַת מְשׁוּם דְּמוֹכְרַת שְׁלֹא בַב"ד: וְהַר"נ שָׁם פְּתַב דְּהָא דְנְכֹסֵי בְּחֻזְקַת אֱלֻמְנָה קָאִי זֶהוּ מְשׁוּם דְכִינוּ דְהוּי מְתַנָּאֵי ב"ד הַחֲזוּקָה חֲזו"ל בְּנְכֹסֵי ע"ש.

וְכ"כ רַש"י שָׁם דְּהַטַעַם הוּא דְהוּי מְתַנָּאֵי ב"ד. א"כ ז"א שְׁיָיְף רַק בְּחֻזֵב דְהוּי מְתַנָּאֵי ב"ד. אֲבָל בְּחֻזֵב שְׂאִינוּ מְתַנָּאֵי ב"ד לֹא שְׁיָיְף זֶה. כ"ז הוּא לְשִׁיטַת הַר"נ וְרַש"י.

אֲבָל מִתּוֹס' הַג"ל נִרְאֶה דְלֹא לְחַלֵּק בְּזֶה דַּא"כ מָה הַקְּשׁוּ מְכָל חוֹב בַּע"פ וְהוֹכְרָחוּ לְחַלֵּק דְשְׂאֲנֵי חוֹב מִזּוֹנוֹת וְכַתְּוּבָה דְמוֹכְרַת שְׁלֹא בַב"ד דְמַשְׁמַע מְדַבְּרֵיהֶם דִּה"ה אַף בְּחֻזֵב שְׂאִינוּ בְּתַנָּאֵי ב"ד ג"כ הֵיכָא דְמוֹכְרַת שְׁלֹא בַב"ד מְקַרִי מְוַחֲזַק מְשׁוּם דְלֹא ס"ל סְבַרְת הַר"נ וְרַש"י הַג"ל.

וְכֵן רִאִיתִי בְּשִׁיטָה מְקוּבָצָת לְכַתְּוּבוֹת (דָּף צ"ו) שֶׁהֵבִיא שִׁיטַת הַתּוֹס' הַג"ל דְמוֹכְרַת מְהֵם דַּס"ל דִּה"ה חוֹב שְׂאִינוּ בְּתַנָּאֵי ב"ד ג"כ מְקַרִי מְוַחֲזַק הֵיכָא דְמוֹכְרַת שְׁלֹא בַב"ד ע"ש. וְהַב"ש ס' ק"ג ס"ק ז' מַשְׁמַע דַּס"ל דְּגַם בְּכַתְּוּבָה אֲמַרִינוּ נְכֹסֵי בְּחֻזְקַת הָאִשָּׁה קָאִי וְכַתִּי קָמָא שְׁל הַתּוֹס' הַג"ל: אֲכֹן יֵשׁ לְתַמְנֵה עֲלֵיו בְּמָה שֶׁהַקְּשָׁה שָׁם הַב"ש דְּלָמָּה הוֹכְרָחוּ בַּש"ס לְהַדַּר אַחַר טְעָמִים דְּמַפְנֵי מָה אֱלֻמְנָה מוֹכְרַת שְׁלֹא בַב"ד.

תִּיפּוֹק לִיָּה דְהָא קִי"ל דְּהַנְּכֹסִים הֵם כְּמַשְׁכּוֹן בְּיַד הָאֱלֻמְנָה וְהָא גַבִּי מַשְׁכּוֹן קִי"ל דְמוֹכְרַת שְׁלֹא בַב"ד כְּמַבְּנֹאֵר בַּח"מ ס' ע"ג כו' עַכ"ל הַב"ש. וְדַבְּרֵינוּ תְּמוּהִים דְהָא בַּמַּש"כ דְּהַנְּכֹסִים הֵם כְּמַשְׁכּוֹן בְּיַד הָאֱלֻמְנָה זֶהוּ מַטַעַם שֶׁפְּתָבוּ הַתּוֹס' בְּכַתְּוּבוֹת הַג"ל דְנְכֹסֵי בְּחֻזְקַת אֱלֻמְנָה קְיָיְמִי מְשׁוּם דְמוֹכְרַת לְכַתְּוּבָתָה שְׁלֹא בַב"ד פְּנ"ל.

א"כ דוֹקָא עֲכָשְׁיוּ דְתַקְנוּ דְמוֹכְרַת שְׁלֹא בַב"ד בְּזֶה אֲמָרוּ דְהַנְּכֹסִים הֵם כְּמַשְׁכּוֹן בְּיַדָּהּ וְכַמַּש"כ הַב"ש ס' צ"ג ס"ק כ"ה וְכַשֵּׁם הַפְּרִישָׁה ע"ש. אֲבָל אִם הִיָּתָה צָרִיכָה ב"ד לֹא הִיוּ הַנְּכֹסִים כְּמַשְׁכּוֹן בְּיַדָּהּ.

וְהוּי כְּמוֹ כָּל בַּע"ח דְּעֻלְמָא דְלֹא הִיוּ כְּמַשְׁכּוֹן כ"ז שְׁלֹא הוּי בְּרִשׁוּתוֹ וְע"כ אִין הִבְנָה לְקוֹשְׁתוֹ. עַכ"פ לְמַדְנֵנוּ מִן דְּבַרִי הַב"ש הַג"ל דַּס"ל כַּתִּי א' שְׁל הַתּוֹס' פְּתוּבוֹת הַג"ל דְּאִף בְּכַתְּוּבָה אֲמַרִינוּ דְנִקְרָאֵת מְוַחֲזַקַת.

וכ"כ ההגהות אֲשֶׁרֵי בְּתוּבוֹת (דף צ"ו) דגם בְּתוּבוֹת אֲמַרִינוּ דְּנִקְרֵאת מְוַחֲזָקת בְּנִכְסִים וְכַתִּי קָמָא שְׁל הַתּוֹס' הַנִּל: וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ לְהִיפּוּף מִן מַש"כ הַאֲלֶפְסִי בַספ"ט דְּתוּבוֹת וְהוּבָא בְּרֵא"ש פ"א דב"מ סי' מ"ד דְּכַתֵּב דְּהָא דְּהוֹצִיאָה גַט גּוֹבָה כְּתוּבוֹת מִיַּרְי בְּמָקוֹם שְׁאִין כּוֹתְבִין כְּתוּבוֹת.

וכ"כ הַרְמַב"ם פ' ט"ז ה' אִישׁוֹת וּבְשׁו"ע אה"ע סי' ק' סעי' ו' שִׁיטַת הַמַּחְבֵּר שָׁם. וְדִלָּא כְּשִׁיטַת הַטּוֹר שָׁם בְּשֵׁם ר"י וְהַתּוֹס' וְהוּבָא שִׁיטַתְּם בְּרַמ"א שָׁם דַּס"ל דְּאָף בְּמָקוֹם שְׁכּוֹתְבִין כְּתוּבוֹת אֲמַרוּ כֵּן יַעו"ש.

א"כ לְשִׁיטַת הַר"ף וְהַרְמַב"ם וְהַמַּחְבֵּר דַּס"ל דְּהָא דְּאֲמַרוּ הַטּוֹעֵן אַחַר מַעֲשֵׂה ב"ד לֹא אָמַר כְּלוּם מִיַּרְי בְּמָקוֹם שְׁאִין כּוֹתְבִין כְּתוּבוֹת א"כ תִּקְשָׁה קוֹשְׁיוֹת הַתּוֹס' כְּתוּבוֹת (דף צ"ו) הַנִּל דַּל"ל בְּכְתוּבוֹת בְּמָקוֹם שְׁאִין כּוֹתְבִין כְּתוּבוֹת לְהָא דְּכָל הַטּוֹעֵן אַחַר מַעֲב"ד.

הָא בְּלֵא"ה אִינוּ נֶאֱמָן לומר פְּרַעְתִּי מִשׁוּם דְּנִכְסֵי בְּחֻזְקַת הָאִשָּׁה קָאֵי גַם בְּכְתוּבוֹת. בְּשִׁלְמָא בְּמָקוֹם שְׁכּוֹתְבִין כְּתוּבוֹת י"ל כַּתִּי הַתּוֹס' כְּתוּבוֹת הַנִּל דְּשֵׁא"ה דְּרִיעַ טַעֲנַת הָאִשָּׁה לְפִי דְּאִין הַפְּתוּבָה בְּיָדָהּ.

אָבֵל לְשִׁי הַר"ף וְהַרְמַב"ם וְהַשׁו"ע אִין לומר כֵּן. דְּהָא מִיַּרְי בְּמָקוֹם דְּאִין כּוֹתְבִין כְּתוּבוֹת.

א"כ מוֹכַח מִשִׁיטַתְּם דַּס"ל כַּתִּי ב' שְׁל הַתּוֹס' כְּתוּבוֹת דְּבְּכְתוּבוֹת לֹא אֲמַרִינוּ נִכְסִים בְּחֻזְקַתָּה: אֲכַן בְּאֵמַת אִין זֶה רְאִיָּה כָּלֵל דְּהָא מְבֹאָר בְּסִי ק"ג בַּא"ה ע"ס ע"ג דְּגְרוּשָׁה אִינָה מוֹכֶרֶת אֶלָּא בְּב"ד וְכֵן אָף אֶלְמָנָה אִם נִיסַת בְּעֵיָא ב"ד וְכֵן פֶּסֶק הַרְמַב"ם וְהֵרָא"ש בְּכְתוּבוֹת (דף צ"ז) כְּרִיו"ח דְּמִשׁוּם שְׁלֵא תִתְבַּזֶּה אֲמַרוּ כֵּן וּבְגְרוּשָׁה לֹא שְׁיָיָה זֶה יַעו"ש.

א"כ נפ"מ מְהָא דְּכַתְּבוּ דְּאִינוּ נֶאֱמָן לומר פְּרַעְתִּי מִשׁוּם דְּהָיִי כְּמֵאן דְּנִקְטַט שְׁטָרָא בְּיָדוֹ. דְּבַל"ז הִיָּה נֶאֱמָן לומר פְּרַעְתִּי אִם נִתְגַּרְשָׁה אוֹ אִם נִיסַת לְאַחַר.

דְּמִשׁוּם דְּהַנִּכְסִים בְּחֻזְקַתָּה זֶה לֹא שְׁיָיָה בְּנִיסַת כְּמִבְּוֹאָר בְּכְתוּבוֹת (דף צ"ו) תְּנִי לוֹי אֶלְמָנָה כ"ז שְׁלֵא נִיסַת עַל הִתּוֹמִים לְהִבִּיא רְאִיָּה נִיסַת עַלִּי לְהִבִּיא רְאִיָּה וּפְיִרְשׁ רַש"י דְּבְּנִיסַת אִין הַנִּכְסִים בְּרִשׁוּתָהּ.

נְאֻפְשֵׁר הַטַּעַם מִשׁוּם דְּכָל עֵינְקֵר הַסְּבָרָא הוּא מִשׁוּם דְּמוֹכֶרֶת שְׁלֵא בְּב"ד א"כ כִּינּוּן דְּבְּנִיסַת אִינָה יְכוּלָה לְמַפְוֹר שְׁלֵא בְּב"ד כְּנ"ל ע"כ אִין הַנִּכְסִים בְּרִשׁוּתָהּ. אָבֵל מִשׁוּם דְּהָיִי טוֹעֵן אַחַר מַעֲשֵׂה ב"ד.

אִינוּ נֶאֱמָן כְּכ"ז נְאֻף לְהִי"א דַּס"ל דְּאַחַר שְׁנִיסַת אִין לְהָ פַח מַעֲשֵׂה ב"ד וְנֶאֱמָן לומר פְּרַעְתִּי כְּמִבְּוֹאָר בְּסִי ק' סעי' ו' בַּהגה"ה שָׁם. וְעֵינּוּן בְּסִי ק' א"ב ב"ש ס"ק ו' מְזָה.

עכ"ז הָא כְּתֵב הַחֻזְקַת מְחֻזְקֵי בְּסִי ק' ס"ק ל"ו דְּאִם קוֹדֵם שְׁנִיסַת מַצַּעַת לְפָנֵי ב"ד שְׁלֵא נְפָרַעַת מִכְּתוּבוֹתָהּ דִּינָה כְּאֵלוֹ לֹא נִיסַת וְכ"כ הַב"ש שָׁם ס"ק ל"ד עי"ש. א"כ עֵדִינּוּן נַפ"מ בְּכַה"ג דְּאִזּוּ יֵשׁ לְהָ פַח מַעֲשֵׂה ב"ד ג"כ אָבֵל אֵלוֹ מִשׁוּם נִכְסֵי בְּחֻזְקַתָּה קָאֵי לֹא שְׁיָיָה בְּזֶה כִּינּוּן דְּאִינָה יְכוּלָה לְמַפְוֹר כְּנ"ל.

ע"כ כְּתְּבוּ הַטַּעַם דְּטוֹעֵן אַחַר מַעֲב"ד לֹא אָמַר כְּלוּם. וְלִכֵּן אִין סְתִירָה מְהַרְמַב"ם וְהַר"ף וְהַמַּחְבֵּר לְכָלֵל הַזֶּה.

ולכן פינון דמשמע מהב"ש וכן מבואר בהגהות אשרי דס"ל כתי' קמא של התוס' פתובות דאף בכתובה קיי"ל דנכסים בתזקתה הכי נקטינו: ענף ב ולכאורה יש להעיר לפי מה דקיי"ל דבמזונות לכ"ע הנכסים בתזקתה.

ומה"ט פתב הב"ש סי' צ"ג ס"ק כ"ב לבאר דברי הרא"ש פתובות פ' י"א סי' ד' במה דאמרו שם אלמנה ששקתה שתיים ושלש שנים ולא. תבעה מזונות איבדה מזונותיה פאן בענייה פאן בעשירה א"נ פאן בצנועה פאן בפרוזה.

דפסק הרא"ש דלא איבדה בשתי שנים עד שתהא ענייה ופרוזה. וכתב הב"ש טעמו משום דנקראת מן הזקת במזונות וכבר כתבתי דבכל פלוגתת הפוסקים היא מן הזקת ע"ש שכתב דגם הרמב"ם ס"ל פן.

וכן כתב שם ס"ק כ"א גבי פלוגתת הפוסקים אם מוחלת מזונות בשביל הגדוניה דנקראת מן הזקת ויש לה מזונות. וכן פתב הב"ש בס"ל צ"ד ס"ק ז' גבי בעי' דלא איפשיטא דנקראת מן הזקת ומוציאה מהיורשים ע"ש: והנה מצינו בהנהג' איבעיות פתובות (דף נ"ג ע"ב) בבת שני ובת ארוסה ובת יבמה דהוי איבעי' דלא איפשיטא דאין לה מזונות.

כמש"כ הרא"ש שם ובאה"ע סי' קי"ב סעי' ה' וכמש"כ הב"ש ס"ק י"א רק אם תפסה אין מוציאין ממנה בשם רבינו ירוחם. [והא דיש להקשות דהא ה"ל ספק תקנה דלא מהני תפיסה כבר כתבתי במק"א ליישב זה ואכ"מ להאריך].

אף דזה ברור דגם במזונות הבת מוכרת שלא בב"ד. דהא מבואר ברש"י בכתובות (דף צ"ז) במשנה שם דמן הנשואין לכ"ע מוכרת שלא בב"ד אף לר"ש.

משום שאי אפשר לה להיות יושבת ומתענה ואף דלא ס"ל לר"ש הטעם דאמרו שם שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד. וכן בגמ' שם אמרו בשלמא מן הנשואין משום מזוני אלא מן הארוסין מ"ט נ' דאף דלא ידעו הטעם שלא תתבזה אשתו מ"מ הנה ניחא לי על מה דמן הנשואין מוכרת שלא בב"ד משום הטעם דא"א להיות יושבת ומתענה כמש"כ רש"י ונהר"ן שם.

א"כ האי טעמא שייך ג"כ בבת אשתו. וכן מצינו ברמב"ם הלכות אישות פ' י"ט הלכה י"א ובאה"ע סי' קי"ב סעי' ו' דמזונות הבת לא בעי הכרזה וכדדף שמוכרין למזון האלמנה וכסותה כו' ע"ש.

וכמו דמדמין מזונות הבת למזון האלמנה בענין מכירה בלא הכרזה ה"ה דמדמין מזונות הבת למזונות האלמנה בענין מוכרת שלא בב"ד. ועיין ברש"י פתובות (דף פ"ז) דלמזוני מזבנין בלא אכרזתא היינו מזון האשה והבנות.

ואף להטעם שלא תתבזה בב"ד ג"כ יש לדמות אותן להדדי לפי המבואר בב"ק (דף י"א) דמה שעל בנייהן ובנותיהן אין שמיין משום דבזיון להם להביאן לב"ד כפי' רש"י שם והסמ"ע בח"מ סי' רפ"ח. אלקמא דגם אף על בזיון בנותיו חס אביהן.

וע"ש בכתובות (דף צ"ז) דאמרו פי היכי דאיהי לא ניחא לי דתתבזה יורשיו נמי לא ניחא לי דליבזו ע"ש. אלא דמצינו בכתובות (דף מ"ג) דלענין זילותא אלמנתו צדיפא לי'.

וניש להאריך בזה עכ"פ לפי הטעם דכתב רש"י ונהר"ן דלכו מן הנשואין מוכרת שלא בב"ד משום שלא תהיה מתענה זה הטעם שיידג"כ בנודאי על מזון הבת וכו"ל. ובמק"א הארכת בזה בהרבה הוכחות: א"כ לפ"ז תקשה בהנהגה איבעיות אם מגיע להבת מזונות או לא דפסקו דאין לה מזונות כ"ז דלא תפסה.

הא פנין דמוכרת הבת למזונות שלא בב"ד א"כ הוי הנכסים בחזקתו כמו במזונות אשתו במקום ספק. וע"כ מוכח לחלק דשאני היכא דהוי חזקת חיוב בנודאי אז אם ספק אם יצאו מהחיוב או לא כמו באלמנה ששתקה שתי שנים דמספקא לן אם מחלה בעשירה וכה"ג.

דיש לה מזונות משום דמספק לא יצאו מהחיוב וכמו כן שם ס"ק כ"א בב"ש פנ"ל. אבל בהספק אם מגיע לה מעולם חוב מזונות נולד לנו ספק בעיקר החיוב.

בכה"ג אין דינה פמחזקת וע"כ אין מוציאין מהמחזקת. וכמו בכל ספק בקרקע דדיינינו ב' חזקת בעלים הראשונים.

אם נולד ספק שמה יצאו מרשות בעליהן. ה"ה הכא בהאי פללא דבמזונות וכתובה הוי היא מחזקת משום דהזכות שהיה לה על הנכסים הוי כמו חזקת מרא קמא אצלה.

ובאמת אף גבי מטלטלין מוכח דדיינינו להו נכסי בחזקת אלמנה קיימי כדמוכח מהא דכתב הרמב"ם והטור והש"ע דבמזונות הנכסים בחזקתה ואינם נאמנים לומר פרענו אף דהאידידנא גובין מזונות ממטלטלין ג"כ ואפ"ה לא חילקו בזה.

וע"כ מוכח דהאי זכות דנכסי בחזקתה קאי שיידג"כ אף במטלטלין. והטעם הוא דנהו כמו דברים העשויין להשאיל ולהשכיר דמוציאין מהמחזקת משום חזקת מ"ק דבכה"ג אילימא לי' חזקת מ"ק וכמש"כ במק"א לבאר זה.

וה"ה בזה דהוי כמו דיש לה חזקת מ"ק על המטלטלין מחמת דמוכרת שלא בב"ד ונהו כמו דגוף החפץ הוא שלה. ובספק אם יצאו מחזקת מ"ק קשלה מוקמינו לי' בחזקתה.

משא"כ בספק אם היה מעולם פלל עיקר החיוב על מזונות וכה"ג. ולכן בכל הנהגה איבעיות דהוי ספק אם מגיע להבת פלל מעולם חיוב מזונות ע"כ אין מוציאין.

וכ"כ בהא דכתובות (דף נ"ו) דבעי רב אשי נכנסה לחנופה ופרסה נדה דהוי תיקו ומספיקא אין לה כתובה משום דהתם הוי ג"כ ספק בעיקר החיוב מעולם. ומה"ט הקשו שפיר בהא דכתובות (דף ט) גבי פ"פ מצאתי דנאמן משום חכמים תקנו כו' אבל אם הוי מה"ת אינו נאמן והקשו כולם מ"ט הא הוי כא"י אם נתחייבתי.

ג"כ שפיר הקשו משום דכיון דהוי ספק בעיקר החיוב שאני פנ"ל. וכה"ג כתבו התוס' בסוטה (דף כ"ה) ד"ה בית שמאי אומרים כו' ובד"ה ב"ה אומרים כו' לחלק פן עי"ש.

וכ"ז ברור ופשוט: ועפ"ז יש ליישב קושיות הב"ש בסי' צ"ד ס"ק ז' גבי איבעיא דכתובות (דף ק"ג) שיפצה מהו ופסק הרא"ש שם סי' ו' דמספיקא לא תשפץ וכן פסקו בש"ע סי' צ"ד סעי' ב'. דהקשה הב"ש הא גבי אלמנה ששתקה שתי שנים כו' פסק הרא"ש לעיל (דף צ"ו) דמספיקא לא הפסידה מזונותיה דנקראת מחזקת א"כ מ"ש גבי דירה.

וכן הקשה הקרפן נתנאל ע"ש. אכן לפמש"כ אינו קשה דדוקא גבי שתקה ב' שנים דהוי ספק אם מחלה או לא פינון דלא הוי ספק בעיקר החיוב שאני פנ"ל.

אבל גבי איבעיא דשיפצה מהו דנולד ספק בעיקר חיוב זכות דירה אם הנה לה פלל מעולם זכות לתקן דירתו ע"כ פינון דלא הנה לה חזקת חיוב פלל מעולם בנודאי. לכן דינו כמו כל הספיקות דאין מוציאין מהמחזק עכשיו.

וכן בכתובות (דף ע"ג) דאמרו שם ספק ממונא לקולא דנולד הספק בעיקר החיוב. וכן בהא דריש פ"ב דכתובות דפריה הש"ס התם פינון דרוב נשים בתולות ניסת פי לא אתו עדים מאי הוי.

וכתבו התוס' שם דלרב פריה משום דלשמאל אינו קשה דהא ס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא. אף דלפמש"כ דגם בחוב כתובה נקראת מחזקת.

עכ"ז פינון דהתם נולד הספק בעיקר החיוב ע"כ לא נקראת מחזקת. ולכן כמו דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ה"ה התם משום דהבעל מקרי מחזק וספק הוא בעיקר החיוב אם ניסת בעודה בתולה או לא: ועפ"ז יש לדון בדברי המרדכי בכתובות פ' אלמנה ניוניית דהובא בשב שמעתא שמעתא א' פ' כ"ד.

שכתב לתרץ לקושיות התוס' ביבמות (דף ס"ה) דמשמע שם דלענגן ממון הולכין שם אחר הרוב ותירץ דשא"ה דמירי בכתובה דאלימ מעשה ב"ד וכמחזקת היא. וכתב הש"ש שם דה"ה בשטר מהני נמי רובא כו' ע"ש.

אבל לפמש"כ י"ל דשא"ה בכתובה פינון דמוכרת שלא בב"ד ע"כ נקראת מחזקת בצירוף רובא המסייע לה. משא"כ חוב בשטר.

והא שכתב המרדכי שם דאילימא מעשה ב"ד. י"ל דס"ל כמש"כ הר"נ בכתובות פנ"ל דדוקא בתנאי ב"ד אמרו כן.

ואף לפמש"כ דבספק בעיקר החוב לא אמרו כן. עכ"ז י"ל דס"ל להמרדכי דבמקום דאיכא רוב אזי סמכינן בכה"ג על הרוב להוציא פינון דאי נימא דהדין עמה אז היא נקראת מחזקת: ועפ"ז יש לתרץ דברי הרי"ף בב"ב (דף קל"ב) דהפוטב נכסיו לבניו איבדה פתובה ובעי רבא פריא איהו ולא איפשיטא הבעיא וכתב הרי"ף שם דמספיקא מוקמי פתובה אחזקה ועל הבעל להביא ראיה.

וכ"כ הגהות אשרי שם. והובאו בב"ש סי' ק"ו ס"ק ג'.

ותמהו פולם ע"ז דהא קיי"ל שטר העומד לגבות לאו פגבוי דמי פמבנאר כ"ז בארובה בש"ף בתקפו פהן ע"ש: אבל לפמש"כ אתי שפיר די"ל דשאני פתובה דמוכרת שלא בב"ד ע"כ פינון דנולד ספק במחילה הוי האשה מחזקת וס"ל כתי' קמא של תוס' פתובות דגם בכתובה אמרינן דנכסי בחזקתה קאי.

והא דמתו בעליהן עד שלא שתו דסוטה (דף כ"ה) דקיי"ל כב"ה דלאו פגבוי דמי שאני התם. והוא דהא לכאורה קשה על תי' התוס' פתובות הנ"ל דגם בכתובה אמרו דנכסי בחזקת האשה קאי.

וניש להקשות ע"ז מהא דמתו בעליהן עד שלא שיתו דשטר העומד לגבות לאו פגבוי דמי. והא התם הוי הספק פעין ספק בפרעון דהא הוי ספק שמה זינתה והפסידה פתנפתה דהיה לה על בעלה.

וע"כ מוכח לחלק דשא"ה בסוטה דכיון דקינא לה ונסתרה הוי פנולד ריעותא בה. וכעין מש"כ התוס' פתנבות (דף צ"ו) ה"ל דלכן סבירא ליה לחד מ"ד דנאמן לטעון פרעתי במעשה בית דין משום דאיתרע טענתו שאין לו שטר ואף דיש לחלק עדיין בין ריעותות ה"ל.

על כל זה יש לחלק דבאמת מוכח מזה דלא מהני הך פלגא דנכסי בחזקת אלמנה קאי רק בטוען טענת ברי. וכמו הו' דכתנבות (דף צ"ו) דמיירי התם דהאלמנה טוענת ברי דלא נפרעה.

אבל בטוענת ספק לא מצינו להאי פלגא. וע"כ י"ל דבטוען טענת ספק לא אמרו פן. ובסוטה (דף כ"ה) שם תוס' ד"ה ב"ה אומרים או שותות כו' הקשו באה"ד למאן דס"ל ברי ושמה ברי עדיף דאמאי לא נוטלת פתנבה הו' היא טוענת ברי ותירצו דכיון דהתורה עשאה לספק עד שתשתה ע"כ אינה יכולה לטעון טענת ברי עכ"ל.

אלמא דלא נקראת טוענת ברי מחמת דהתורה עשאה לספק. ה"ה לגבי הך פלג דנכסי בחזקת אלמנה קאי דבעינו דוקא טוענת ברי וכיון דבסוטה לא מקרי זה טענת ברי ע"כ אינה נוטלת הפתנבה מספיקא: וכעין זה מצינו בח"מ סי' ע"ב סעיף כ"ד דאם המלנה טוען שמה אף דנולד הספק בפרעון והמשפון הוא ת"י המלנה מ"מ לא מקרי המלנה מוחזק ואף לשיתט הרשב"א דהובא בש"ך שם דמלנה על המשפון מקרי מוחזק כיון דקנה משפון.

מ"מ כתב הש"ך שם לחלק דלא אמרו פן רק היכא דמלנה טוען ברי ולא בטוען שמה. ואף דהתם מיירי במלנה טוען שמה והלנה טוען ברי.

מ"מ הו' חזינו אף במה דאמרו דמקרי מוחזק מ"מ אין דינו פמוחזק גמור. וגם מצינו פעין זה בחו"מ סי' רכ"ג סעיף ב' שיטת הרמב"ם דאף דבשניהם טוענים ברי במחליף פרה בחמור דמוקמינו אחזקת מרא קמא אף בקנימא באגם מ"מ בשניהם טוענים שמה אין הדיו פן.

אלמא דמצינו דאף דמהני בשניהם טוענים ברי מ"מ בשניהם טוענים שמה לא מהני. וה"ה י"ל פן בהא דאמרו הפלג דנכסי בחזקת אלמנה קנימי דלא מהני זה הפלג רק בשניהם טוענים ברי ולא בשניהם טוענים שמה.

ומוכח פן מהא דאמרינו דמתו בעליהן עד שלא שיתו דלאו פגבוי דמי: ולפ"ז י"ל דשפיר כתב הרי"ף באיבעיא דבריא המחלק נכסיו דכיון דהוי בתיקו ע"כ הפתנבה בחזקתה משום דגם גבי פתנבה נכסי בחזקת האשה קאי.

משום דאיבעיא דלא איפשטיא דינו פמו טענת ברי וכמו שכתב הש"ך בתקפו פהן סי' נ"ד וסי' ע"ט לבאר שיטת הרי"ף דס"ל בכל תיקו דמהני תפיסה משום דדין התופס פמו

טענות פרי דזיך לומר פרי לי דהדין פך וכמו שפכתב המהרי"ק סי' קס"א והובא שם
ואתי שפיר דברי הרי"ף.

משא"כ בכתו בעליהן כו' אין דינו כמו טענת פרי וגם הגהות אשרי דב"ב ה"ל אגיל
לטעמי דכתב בכתובות (דף צ"ז) דגם בכתובה מקרי האשה מוחזקת עי"ש: והא דכתב
הרמב"ם והמחבר בסי' ק"ו באה"ע דלא פהרי"ף אלא אף בפריא המחלק נכסיו דלא
מפיקו פתובה מספק.

י"ל דטעמם דס"ל דכינו דמספקא לן בתיקו ע"כ לא מקרי טענת פרי. וכמש"כ במק"א
אלבי' דשיטת הרמב"ם ומחבר דכינו דס"ל בספק בכור דתקפו פהן אין מוציאין דס"ל
דאף בטוען שמהי תפיסה מספק.

א"כ ה"ה בכל תיקו דס"ל דמהני תפיסה אין הכרח לומר לדידהו דס"ל דכל תיקו הוי
טענת התופס פאומר פרי לי. דהא באמת לשיטתם אף בטוען טענת ספק מהני תפיסה
והארכתי בכ"ז בקונטרס א' בענין ספק תקנה.

ע"כ פיון דנתבאר דהא דנכסי בחזקת אשה קאי לא אמרו זה רק בטוען פרי ע"כ בספיקא
דדינא לא שייך זה פיון דאינו טוען פרי. אבל לעולם י"ל דס"ל דגם בכתובה אמרו נכסי
בחזקתה: ועפ"ז יש לתרץ קושיות הב"ש סי' צ"ד ס"ק ז' והק"נ ברא"ש פתובות פ' י"ב
סי' ו' דכ' גבי איבעיא דשיפצה מהו דמספיקא לא תשפץ.

והקשו מן מש"כ הרא"ש פ' ה"ל סי' ד' באלמנה ששהתה שנים ושלוש שנים אבדה
מזונותי דאי שם תרי לישני. וכתב הרא"ש דמספיקא לא מפסידו מזונותי.

משום דנכסי בחזקתה קאי ואמאי כתב הכא להיפך והובא לעיל קושיא זו. אבל לפמש"כ
אתי שפיר משום דהש"ף בתקפו פהן סי' ע"ח כתב לחלק בין בעיא דלא איפשטא דלא
נאמר בי' תיקו ובין היכא דאמרו בי' תיקו דהיכא דנאמר תיקו אין שום אדם יכול לפושטו
לספק זה.

משא"כ אם לא אמרו תיקו יכולים לפושטו וע"כ שייך בי' טענת פרי וביותר כתב פן שם
בשם המהרש"ל ע"ש. ע"כ יש לחלק דשאני בהך איבעיא דשיפצה מהו דסיימו בתיקו
ע"כ אינו יכול לומר פרי ולכן לא אמרו בי' נכסים בחזקתה.

משא"כ בכתובות (דף צ"ו) גבי אלמנה ששהתה ב' וג' שנים דנאמרו בי' תרי לישני ולא
אמרו בזה לשון תיקו דכה"ג שייך לומר דזהו כמו טענת פרי פנ"ל. וע"כ אמרו בי' נכסי
בחזקתה.

[יש לדון בזה בדברי הרא"ש בכמה סוגיות וקצרותי]. ואתי שפיר דברי הרא"ש ה"ל:
ענף ג' ועדיין יש להקשות על שיטת התוס' בתי' קמא דכתבו דגם בכתובה אמרינו נכסי
בחזקתה קאי.

דקשה ע"ז משבועות (דף מ"ח) בסוגיא דאין מוריש שבועה לבניו דהקשו מהא דמתה
יורשי' מזכירין פתובה עד חמש ועשרים שנים וכן מהא דנשא ראשונה ומתה כו'.
ואח"ז מקשה הש"ס מהא דקתני שבהן גובה שלא בשבועה ותי' הא מני ב"ש דשטר

העומד לגבות פגבוי דמי אלמא דאי נימא פגבוי דמי מוריש ממון פנה לבניו פפירש רש"ל שם.

א"כ תקשה אי נימא דגבי פתובה ג"כ אמרו נכסי בחזקה קאי. א"כ מה הקשו ממה דמצינו גבי פתובה דמוריש שבועה לבניו.

הא יש לחלק דשאני פתובה דנכסי בחזקה אלמנה קאי והוי מוחזקה. והתם הא נולד ספק בהפרעון: אכן לפמש"כ להוכיח מהא דמתו בעליהו עד שלא שיתו דלא אמרו לכלל הגהה דנכסי בחזקה קאי רק היכא דטוען ברי.

אבל בטוען שמא לא עשו אותו פמוחזק אתי שפיר מה שהקשיתי. דהא התם בשבועות מייירי ביורשים הבאים לתפוע פתובת אדם וטוענים שמא.

ואף דטוענין ליורשים עכ"ז הא להוציא לא טוענין ליתמי וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' ע"ב ס"ק קמ"ב והתוס' פתובות (דף ל"ו) ד"ה והחרישת כו'. רק להחזיק טוענין ליתמי והוי אז פטענת ברי וכמש"כ הרא"ש רפ"ב דכתובות.

א"כ הוי התם כמו טענת שמא ובזה לא אמרינו נכסי בחזקה קאי. ואף דאי נימא נכסי בחזקה קאי הוי אז פמוחזקים וטוענין להו בכה"ג.

עכ"ז פיון דאי לא הוי נכסי בחזקה דיןם אז פטענת שמא ע"כ בכה"ג פיון דלולי הפלל דנכסי בחזקה כו' דיןם פטענת שמא. ע"כ לא אמרו בזה לכלל הגהה.

והוי התם כמו דטוען בעהש"ט טענת שמא. והבע"ח פטענת ברי דהא טוענין להחזיק עבור יתמי.

ובכה"ג לא אמרינו להפלל ה"ל. אף אין לומר דשאני התם בשבועות דמייירי ביורשים. ויורשים אינם יכולים למכור פתובה שלא בב"ד וע"כ אין דיןם פמוחזקים. דז"א דהא אמרינו בכתובות (דף צ"ז) לחד טעמא דמשום שלא תתבזה אמרו פן א"כ אף יורשים לא ניחא להו דליבזי.

ואף למ"ד משום חינא עכ"ז ביורשי נקבות ג"כ מוכרין שלא בב"ד פדקתני התם יורשי פתובתה מוכרים שלא בב"ד ומוקי התם פגון שירשתה בתה ואחותה ועיין בב"ש ריש סי' ק"ג. וע"כ מוכח לומר דשאני התם בשבועות משום דלא מקרי בכה"ג טענת ברי פנ"ל: ועוד יש לומר בזה דהנה הגהות אשרי לכתובות (דף צ"ו) פתב בזה"ל דלכתובה מקרי האלמנה מוחזקה בנכסי לאחר שתשבוע.

אבל למזוני מקרי מוחזקה אף בלא נשבועה כו' עכ"ל הג"א. ונלפענ"ד להסביר דבריו דהא עיקר הטעם דמקריא מוחזקה בנכסים זהו משום דמוכרת למזונות שלא בב"ד פנ"ל.

ובאה"ע סי' צ"ו סעיף ד' מבואר פלוגמת הרי"ף עם הרמב"ן והרשב"א דהרי"ף ס"ל דאם מכרה לכתובה שלא בב"ד כ"ז דלא נשבועה על פתובתה דס"ל להרי"ף דאם נשבועה לבסוף אז מהני מכירתה למפרע.

אָבֿל הַרְמַבּוֹן וְהַרְשָׁפֿ"א לְפִתּוּבוֹת (צַף צ"ח) פֿתּבוֹ דכ"ז וְשֵׁלָא נִשְׁבָּעָה לָא מְהֵנִי מְכִרְתָּהּ
שֵׁלָא בב"ד וּמְפָרְשֵׁי לְהָא דְכִתּוּבוֹת שֵׁם דְאַמְרוּ מוֹכְרַת שֵׁלָא בב"ד צָרִיכָה שְׁבוּעָה דְהֵינּוּ
שְׁבוּעוֹת אֶלְמָנָה לִיתּוּמִים עַל פֿתּוּבָתָהּ.

יע"ש בְּתוּס' ד"ה מוֹכְרַת שֵׁלָא בב"ד וְהוּבָא בְּבִיאוֹר הַגֵּר"א זצ"ל סי' צ"ו ס"ק י"ז ע"ש
וס"ל דכ"ז שֵׁלָא נִשְׁבָּעָה לָא נִתְּנוּ לָהּ רְשׁוּת לְמַפְּוֹר שֵׁלָא בב"ד. וְכִינּוּ דְאִינָהּ יְכוּלָה לְמַפְּוֹר
שֵׁלָא בב"ד כ"ז דְלָא נִשְׁבָּעָה א"כ לָא הִחְזִיקוּהָ בְּנִכְסִים כ"ז דְלָא נִשְׁבָּעָה.

וע"כ שְׁפִיר פֿתּבּ הַג"א דְלָא מְקַרִי מוֹחְזָקַת כ"ז דְלָא נִשְׁבָּעָה מִשׁוּם דְכִינּוּ דְעֵיקַר טַעְמָא
דְנִכְסֵי בְּחִזְקַת אֶלְמָנָה קְיָיְמִי הוּי מִשׁוּם דְמוֹכְרַת שֵׁלָא בב"ד לְכּוּן פִּינּוּ דכ"ז דְלָא נִשְׁבָּעָה
אִינוּ בְּרִשׁוּתָהּ לְמַפְּוֹר שֵׁלָא בב"ד.

ע"כ לָא מְקַרִי מוֹחְזָקַת כ"ז דְלָא נִשְׁבָּעָה רַק לְמִזּוּנֵי דְנִיזוּנִית אַע"ג דְלָא נִשְׁבָּעָה כְּמִבְּוֹרָא
בְּסִי' צ"ג סְעִי' י"ט ע"כ מְקַרִי מוֹחְזָקַת לְעוֹלָם. מִשָּׂא"כ לְכִתּוּבָהּ: וְלְכּוּן אֲתִי שְׁפִיר הָא
דְשְׁבוּעוֹת דְאִין מוֹרִישׁ שְׁבוּעָה לְבְּנָיו גַּם בְּכִתּוּבָהּ מִשׁוּם דְכָל זְמַן דְלָא נִשְׁבָּעָה לָא דִּינִינּוּ
לְכָל הַג"ל.

וְהֵתָם הָא מִיָּרִי בְּלָא נִשְׁבָּעָה ע"כ מְקַרִי יוֹרְשֵׁי בְּעֵלָה בְּשֵׁם מוֹחְזָקִים. אֶלָּא הִכָּא דְנִשְׁבָּעָה
פְּבָר וְהִיָּה בְּרִשׁוּתָהּ פֿעַם אֶחָד לְמַפְּוֹר הַנִּכְסִים שֵׁלָא בב"ד.

ע"כ אַף בְּנוֹלַד סָפֵק אַח"ז בְּאִיזָה עֵנְוּ בְּהַפְּתוּבָהּ אַז אַמְרוּ דְנִכְסֵי בְּחִזְקַת אֶלְמָנָה קָאִי.
דְכִינּוּ דְהוֹחְזִיק הַנִּכְסִים בְּרִשׁוּתָהּ וְנוֹלַד הַסָּפֵק בְּפֿרְעוֹן וְלָא בְּעֵיקַר הַחַיּוּב.

ע"כ אַז אַמְרוּ דְמְקַרִי מוֹחְזָקַת. וְכַמִּש"כ הַתּוּס' בְּסוּטָה (צַף כ"ה) ד"ה ב"ש אוֹמְרִים כו'
לְחַלֵּק פְּעִין זָה ע"ש.

אָבֿל לָא פְּשֵׁלָא נִשְׁבָּעָה. וְכִינּוּ דְלָא הוֹחְזָקָה פְּבָר בְּנִכְסֵי ע"כ אִם נוֹלַד אִיזָה סָפֵק בְּכִתּוּבָהּ
לָא מְקַרִי מוֹחְזָקַת: וְאֲתִי שְׁפִיר הָא דַּא"ע רִישׁ סִי' צ"ו דְדוֹקָא בְּתַפְּסָה מְהֵנִי אָבֿל בְּלָא
תַּפְּסָה אַמְרִינוּ ג"כ בְּכִתּוּבָהּ א"א מוֹרִישׁ שְׁבוּעָה.

וְלָא אַמְרִינוּ דְהָא פִּינּוּ דְמִסְפָּקָא לָן אִי הִלְכָה פְּרַב וְשְׁמוּאֵל אוֹ כר"א א"כ הָאֲשָׁה מְקַרִי
מוֹחְזָקַת וְכַמִּש"כ הַב"ש בְּסִי' צ"ג ס"ק כ"א וְס"ק כ"ב. דְאַף בְּסִפִּיקָא דְדִינָא דִּינִינּוּ
דְנִקְרַאת מוֹחְזָקַת וְכַמִּש"כ לְעֵיל.

אָבֿל לְפִי מַה דְנִתְּבָאָר דְבְּכִתּוּבָהּ כ"ז דְלָא נִשְׁבָּעָה לָא מְקַרִי מוֹחְזָקַת דְהָא לָא הִיָּתָה
יְכוּלָה לְמַפְּוֹר שֵׁלָא בב"ד כ"ז דְלָא נִשְׁבָּעָה ע"כ א"ש כ"ז. וְכַמִּש"כ לְפִי שִׁי' הַמְּחַבֵּר בַּא"ה ע
סִי' ק"ו דְאַף בְּרִיא הַמְּחַלֵּק נִכְסֵי לְבְּנָיו אֶבְדָּה פֿתּוּבָתָהּ וְכַמִּש"כ לְעֵיל דְבְּסִפִּיקָא דְדִינָא
לָא דִּינִינּוּ לְהַפְּלֵל הַג"ל מִשׁוּם דְמְקַרִי טוּעֵן שְׁמָא בְּנוּדָאִי א"ש הָא דְרִישׁ סִי' צ"ו הַג"ל.

וּבְכַה"ג לָא טַעְנִינוּ לִיתְמִי פְּנ"ל. וְלְכּוּן א"ש מְהָא דְשְׁבוּעוֹת (צַף מ"ח) וְאִינוּ קֹשֶׁה פְּנ"ל:
וְעַפ"ז יֵשׁ לִישֵׁב מַה דְהַקְשִׁיתִי לְעֵיל מְהָא דְמָתוּ בְּעֵלֵיהֶן עַד שֵׁלָא שָׁתוּ דְאִינּוּ נוּטְלוֹת
הַפְּתוּבָהּ וְלָא אַמְרִינוּ הָא נִכְסֵי בְּחִזְקַתָּהּ קָאִי פְּנ"ל.

דִּישׁ לְחַלֵּק בְּפִשְׁטוּת דְשֵׁאנִי הִכָּא דְנוֹלַד הַסָּפֵק בְּחַיִּי בְּעֵלָה פִּינּוּ דְלָא נִתְּנָה פֿתּוּבָהּ לְגָבוֹת
מַחִיִּים וְלָא הִיָּה לָהּ מְעוּלָם זְכוּת לְמַפְּוֹר לְכִתּוּבָתָהּ שֵׁלָא בב"ד ע"כ לָא מְקַרִי מוֹחְזָקַת.

משא"כ היכא דהיה פבר זמן פרעון והיה בינדה למפור הפתובה שלא בב"ד לכן אם נולד ספק אח"ז אם פרענה היתומים או לא.

וכן בגרושה שנולד ספק אם פרע לה הפתובה לאחר גירושיה. בזה שפיר אמרינן נכסי בתוקתה קיימי פיון דכבר אתחזק הנכסים בינדה ע"כ בנולד הספק אח"ז מקריא מוחזקת.

ועדיין י"ל לפ"ז בב"ב (דף קנ"ז) וסוטה (דף כ"ה) ושבועות (דף מ"ח) ובגיטין (דף ל"ז) וקצרותי. וכה"ג פתב האו"ת בסי' ע"ה ס"ק כ"ב דלא הוי התם כמו א"י אם פרעתי ע"ש.

ועפ"ז יש לדון בהא דיבמות (דף נ"ח) דאמרו שם ואבני שאני פתובת אשה דמשום חנינא וכן הוא בתוס' פתובות (דף פ"א). דהכוננה הוא דכיון דמוכרת שלא בב"ד משום חנינא כמבואר בכתובות (דף צ"ז) ע"כ מקריא מוחזקת ויש להאריך בזה: ענף ד ועכשיו שנתבאר על נכון שי' התוס' בתי' קמא דגם בכתובה שינה נכסי בתוקתה קיימי פיון דמוכרת שלא בב"ד.

ואף דבעינן ב"ד הדיוטות כמבואר בב"מ (דף ל"ב). עכ"ז פיון דאינה צריכה ב"ד מוחזין מקריא מוחזקת.

והטעם הוא דהא התוס' בסוטה (דף כ"ה) פתבו דלכן שט"ח העומד לגבות לאו כגבוי דמי משום דכיון דצריף דינינים ולאוי בידו משום דמי יימר דמוזקקי לי' תלתא כדאי' בקדושין (דף ס"ב).

ועיין בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' דהעליתי שם דהיכא דסגי הדיוטות דבזה אמרינן דמקרי דבר שבידו כמבואר בשבת (דף מ"ו) ע"ש. ע"כ פיון דאינה צריכה למפור בב"ד מוחזין אף דבעינן הדיוטות מ"מ מקרי זה דבר שבינדה.

אף התוס' בתי' ב' בכתובות (דף צ"ו) ה"ל שכתבו דבכתובה לא הוי מוחזקת אף דמוכרת לכתובה שלא בב"ד. י"ל דטעמם הוא דהא דנוקא למפור לא בעינן ב"ד היכא דאין שום מוחה בינדה.

אבל אם אינם רוצים להניח לה למפור אז צריכה לילף לב"ד מוחזין להגבותה ולשפן משפטה. ע"כ דינה כמו כל שט"ח דלאו כגבוי דמי פיון דצריכה ב"ד לגובינא וזהו לאו בינדה כמש"כ התוס' בסוטה פנ"ל: ונחזור לענינינו במה דמבואר קמא בסי' צ"ז סעי' כ"א דכשמתזיר המשכון צריף להתזיר בעדים דאל"כ נאמן לומר פרעתי במיגו דהתזירתי.

וכתב הסמ"ע דבלא מיגו דהתזירתי אינו נאמן. והקשיתי לשאול ע"ז לעיל.

אכן לפי מה שנתבאר דהיכא דמוכר שלא בב"ד מוחזין מקרי מוחזק. א"כ לפ"ז י"ל מקילתא חדתא דה"ה גבי משכון דמבואר בסי' ע"ג סעי' ט"ו דמוכר למשכון שלא בב"ד מוחזין רק בב"ד הדיוטות.

והש"ף שם השיג על המחבר והעלה דבעינן ב"ד מוחזין והאו"ת והקצה"ח פתבו שם ליישב שי' המחבר דכיון דבע"ח קונה משכון ע"כ א"צ ב"ד מוחזין. ע"ש.

וכינן דמצינו דבמזונות וכתובה אף דבעי ג"כ ב"ד הדיוטות. וגם בדיעבד ס"ל לכמה פוסקים דאם מכרה בינה לבין עצמה דמכרה בטל דהא דבעי ב"ד הדיוטות זהו לעיפובא כמבואר דיעה זו באה"ע סי' צ"ג סעי' כ"ה.

וכן הוא שיטת התוס' כמש"כ הגר"א זצ"ל שם ס"ק נ' ובסי' ק"ג. ואפ"ה פיון דא"צ ב"ד מןמחין כתבו התוס' דמקרא בשם מןחזק דנכסי בתזקתה קאי וס"ל דמה דבעי ב"ד הדיוטות זה מקרי בידו כמבואר בשבת (דף מ"ו) פנ"ל.

ולפ"ז ה"ה במשפון לשי' הש"ע דס"ל פהריב"ש דבמכירת משפון לא בעי ב"ד מןמחין. ע"כ היכא דנולד ספק בהפרעון אף דהמשפון הוא ת"י הלנה.

דמקרי המלנה בשם מןחזק על גוף המשפון שהוא לפנינו. וע"כ לא מהימן הלנה לומר פרעתי עפ"י טענת עצמו רק ע"י מיגו דהחזרתי משום דבלא מיגו קאי המשפון בתזקת המלנה.

וכמו במזונות וכתובה דכינן דנכסי בתזקתה קאי לא מהימן לומר פרעתי: ולפ"ז אתי שפיר מש"כ שם גבי משפון דבתוך זמנו אינו נאמן לומר פרעתי במיגו דהחזרתי. והקשו דהא מספיקא דהוי איבעיא דלא איפשטיא אי נאמן במיגו נגד חזקה דתו"ז מהני תפיסה.

א"כ ה"ה בזה פיון דהוי הלנה מןחזק כשהמשפון הוא ת"י בתורה יהיה מהימן במיגו אף בתו"ז. והסמ"ע נדחק בזה ליישב.

והש"ף שם דחה זה בפשיטות משום זה. אכן לפמש"כ א"ש בפשיטות די"ל דהמחבר והרמ"א לטעמייהו אזלי דס"ל דמכירת משפון לא בעי ב"ד מןמחין.

וע"כ אף בהי' איבעיא דלא איפשטיא אי מהימן בתו"ז במיגו הוי המלנה בשם מןחזק אף כשהמשפון הוא ת"י הלנה. וכבר הבאתי לעיל בשם הב"ש בס"י צ"ג ס"ק כ"א וס"ק כ"ב שכתב גבי ספיקא דדינא במזונות דמקרי האשה מןחזקת.

וה"ה הכא פיון דהוי ספק בפרעון וגם טוען המלנה ברי ע"כ הוי מןחזק ולא מהימן הלנה אף במיגו נגד חזקה דתו"ז. ואף לפמש"כ לעיל בשיטת המחבר באה"ע סי' ק"ו גבי איבעיא דבריא שחולק נכסיו דמספק הפסידה כתובה.

שא"ה דאינה יכולה לטעון טענת ברי בזה. ובטוען שמה לא אמרינו זה וגם תיקו הוי טענת שמה פנ"ל בארובה דהוי ספק אם תקנו חכמים התם דהפסידה.

משא"כ הכא דטוען המלנה ברי לי שלא נפרעתי ע"כ דינו כמןחזק גמור ולא מהימן הלנה משום דהלנה מקרי מוציא מחבירו ועליו הראיה לברר הדין דמהימן במיגו נגד החזקה: והא דמהימן הלנה לומר פרעתי במיגו דהחזרתי ולא אמרינו לפ"ז דהא ה"ל מיגו להוציא פיון דאמרינו דהמשפון שת"י הלנה ה"ל פאלו הוא ברשות המלנה.

זה אינו קשה כלל. דהא מצינו פעין זה בדברים העשוי להשאיל ולהשפיר דס"ל לכמה פוסקים דמהימן התובע לומר גנובים במיגו דהשאלתים ולא מקרי מיגו להוציא ולא ס"ל סברת מהר"ר דודי שכתבו התוס' בשמו בב"מ (דף קט"ז) וב"ב (דף נ"ב) דזה מקרי מיגו להוציא וכמבואר בס"י צ' וס"י קל"ג.

והטעם בזה כתב האו"ת בסי' צ' ס"ק ז' וס"ק ט' דכיון דהוי דבר העשוי להשאיל ע"כ ברשות הבעלים עומד ולא מקרי מיגו להוציא. ועכ"ז אם ליכא עדי ראה נאמן הלוקח לומר לקוח במיגו דהתורתא רק שי' הרי"ף בזה דאף בליכא עדי ראה אינו נאמן וכמבואר באו"ת שם וסי' קל"ד ס"ק א' באו"ת שם רק דלא קיי"ל פנותיה דהרי"ף בזה.

והדברים ארנפין ע"ש: וכעין זה מצינו בב"ב (דף ל"ב) בתוס' ד"ה והלכתא פנותיה דרבה בארעא כו' דאף דקיי"ל קרקע בחזקת בעליה עומדת לענין ספק ומוקמינו בחזקת מ"ק. עכ"ז פשיש להמתזיק הקרקע מיגו נאמן במיגו ולא הוי מיגו להוציא פיון דתופס עכ"פ ת"י עי"ש.

אלמא דמצינו בכמה מקלי אף דהוי ברשות בעלים ראשונים עכ"ז פשיש להתופסו מיגו נאמן במיגו ולא הוי מיגו להוציא. ה"ה בההו דמשכון אף דהוי בחזקת המלנה ומקרי המלנה מוחזק עליו.

מ"מ פשיש להלנה מיגו נאמן ולא מקרי מיגו להוציא. ודוקא ביש להלנה מיגו.

אבל באין ליה מיגו מוקמינו בכל ספיקותיו בחזקת המלנה. ולכן לא מהימן הלנה במיגו נגד חזקה דתו"ז משום דכיון דהוי ספק בדין הוי המלנה מוחזק בזה: והא דכתבו הטושו"ע בסי' ע"ב סעי' כ"ג דמלנה לא מקרי מוחזק באם ראו עדים שהיה ממושכן החפץ ת"י המלנה ואינם יודעים בכמה עי"ש.

י"ל דהא כבר כתבתי לעיל דדוקא היכא דנולד הספק בפרעון בזה אמרו נכסי בחזקת אלמנה קאי. אבל בנולד הספק בעיקר החיוב בזה לא אמרו כלל הנ"ל.

וע"כ התם בסי' ע"ב דהוי ספק בעיקר החוב בכמה היה ממושכן אצל המלנה דכיון דהוי ספק בעיקר החוב בזה לא אמרו להפיל הנ"ל. וע"כ אף דמלנה על המשכון יש לו דין מוחזק משום דמוכר שלא בב"ד.

עכ"ז היכא דהוי ספק בעיקר החוב מתחלה לא אמרו פן. ושאני הא דסי' צ"ז דהוי ספק בפרעון: והא דסעי' כ"ד בסי' ע"ב בספק פרעון במשכון היכא דהמלנה נסתפק בהפרעון אמרו שם דאינו גובה המלנה אף שהמשכון ת"י המלנה.

שאני התם דהא כתבתי לעיל דאף היכא דנולד ספק בפרעון מ"מ פיון דטוען בע"ד שפא ואין לו טענת ברי לא דייגינן לומר פן. א"כ פיון דאינו טוען ברי לכו לא דייגינן לכלל הנ"ל: ולפ"ז אתי שפיר שיטת המחבר בסי' צ"ז הנ"ל והרמ"א שם.

דאזלי לטעמייהו דס"ל לעיל בסי' ע"ג דמשכון לא בעי ב"ד מומחין וסגי בהדיוטות פנ"ל ע"כ מקרי המלנה בשם מוחזק. והש"ף בסי' צ"ז ס"ק י"א דחלק על הרמ"א שם וכתב דהלנה נאמן לומר פרעתי במיגו דהתורתא אף בתוך זמנו.

היינו דהש"ף אגיל לטעמיה דס"ל בסי' ע"ג ס"ק מ' דמכירת משכון בעי ב"ד מומחין דוקא. ע"כ אם המשכון הוא ת"י הלנה מקרי הלנה מוחזק ומהני תפיסתו ואתי שפיר הפל על נכון: והנה הב"ש סי' צ"ג ס"ק כ"ה כתב על מש"כ המחבר שם באלמנה שתבעה מזונות כו' דעל היתומים להביא ראיה או תשבע שבועת הקסת ותטול.

והקשה הב"ש מ"ש ממלנה על המשפון דנשבע בנק"ח ותירץ בשם הפרישה משום דהנכסים מוחזקים בידה יותר ממשפון. והב"ש הקשה ע"ז ע"ש.

ולפי מה שפתי דמשפון דמוכר שלא בב"ד לשיטת השו"ע דדינו כמוהו הא דנכסי בחזקת אלמנה קיימי. א"כ אין לחלק ביניהם כלל דהא הו"טעמא דבמזונות נכסים בחזקתה שיהי"ג"כ במשפון לשיטת השו"ע דפסק דמכירת משפון לא בעי ב"ד מןמחין < ואפשר דכוננת הפרישה לחלק ביניהם עפ"י תירוץ שני דהתוס' בכתובות (דף צ"ו) דשאני חוב מזונות דיש לה לעולם עד שתתבע כתובה משא"כ חוב כתובה דמיד שגפרעה נסתלקה ע"ש.

א"כ לפ"ז עדיף חוב מזונות מן חוב שבמשפון מה"ט. אבל לפמש"כ לומר דגם בכתובה ס"ל לשו"ע דדינו כמו בחוב מזונות וכמו כן בחוב שיש משפון ת"י המלנה ואף בעת שהוא מוחזר להלנה הוי בחזקת המלנה א"כ אין לחלק ביניהם כלל.

ובלא"ה הקשה הב"ש שם דהא חזינו במלנה על המשפון אף דשתיק הרבה שנים לא הפסיד החוב. ובחוב מזונות ששתיק שנים הפסידה כמבואר שם: לכן נלפענ"ד לחלק דלכן אין האשה נשבעת בנק"ח רק היסת דיש לחלק ע"פ מש"כ הסמ"ע בסי' ע"ב ס"ק פ"ז.

וכמש"כ הנתיבות שם ס"ק ע"ז כהסמ"ע דכתב דדוקא במחולקין בעיקר החוב אמרו דישבע בעל המשפון בנק"ח. אבל במחולקים בפרעון דינו כמו בשטר דאינו נשבע בנק"ח כ"ז דלא טען השבע לי וכמש"כ הבעה"ת והובא בנתיבות שם.

וע"כ שפיר כתבו בשו"ע נטור והרמב"ם דהאשה תשבע היסת משום דמחולקין הם בפרעון ומתורץ קושיות הב"ש והפרישה הנ"ל: ובאמת בריטב"א כתובות (דף צ"ו) והובא בבית יוסף שפתי ב"ש גירסת הרמב"ם דתשבע בנק"ח וכתב לדמות זה למשפון.

וכ"כ הר"נ בכתובות בסוגיא הנ"ל אף הר"נ כתב ג"כ לחלק דשאני חוב מזונות דהנכסים בחזקתה ביותר. וי"ל דכוננתו דשאני מזוני שהוא מתנאי ב"ד כמש"כ שם הר"נ מקודם וכ"כ רש"י שם.

א"כ לדבריהם נראה להוכיח דבחוב שיש עלי' משפון אף שמחולקים בפרעון ג"כ תקנו דישבע בנק"ח ודלא כהסמ"ע הנ"ל. ובאמת זה לוי בפלוגתת הראשונים שם.

אבל מן מש"כ הטור והרמב"ם והשו"ע שם גבי אלמנה שתשבע היסת כנ"ל שפיר מוכח כמש"כ הסמ"ע דהיכא דמחולקים בפרעון א"צ לישבע בנק"ח. ובפרט לפמש"כ דהשו"ע ס"ל דאף בחוב שאינו תנאי ב"ד ג"כ דיינינו ליה בחזקת מוחזק פיון דמוכר שלא בב"ד כנ"ל.

בנודאי מוכח ממש"כ גבי אלמנה דלא תשבע רק היסת. דהיכא דמחולקים בפרעון שאני ולא תקנו לישבע בנק"ח.

דהא אין מקום לחלק ביניהם כלל. ועיין ברמב"ם ה' אישות פ' י"ח ה' כ"ז במ"מ ומל"מ שם והעיקר כנ"ל: ענה ה ועפ"י מה שנתבאר יש לפרש על נכון הא דאמרו בכתובות (דף פ"ז) על פוגמת דסבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא כו' אמר רבא שתי

תשובות בדבר חדא דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והיא נשבעת ונוטלת ועוד דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות.

והקשה הפני יהושע והפלאה שם איה הנה ס"ד דרמב"ח ע"ש. בשלמא הא דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות י"ל בפשיטות כמש"כ רע"א זצ"ל בתשובה סי' קנ"ג דטעמא דרמב"ח דס"ל שעבוד קרקע אינו כקרקע.

אבל הא קשה מאי יענה במשנה דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין ובמק"א פתבתי הרבה תירוצים לזה. אבל כעת נ"ל בקצרה לפי מה שפתבתי דגם בכחובה אמרינו דנכסי בחזקת האשה קאי אם נולד הספק בפירעון.

ע"כ ה"א בפוגמת דהוי הספק בפירעון פיון דהוי האשה מוחזקת ע"כ מקריא נשבעת ולא משלמת כן י"ל בסברת דרמי בר חמא. ומש"כ ההפלאה שם די"ל דרמב"ח ס"ל דכגבוי דמי.

יש להסביר דבריו ע"פ מש"כ השמ"ק בב"ב (דף ו' ע"ב) ד"ה מי אמרינו מיגו במקום חזקה כו' דרמב"ח דשבועות (דף מ"ה) ס"ל דשט"ח הוי כגבוי ע"ש. וי"ל בזה דרמב"ח א"ל לטעמיה בזה.

אף באמת יש לדון הרבה בדברי השמ"ק דשם ואכ"מ. לכן מה שפתבתי כעת אתי שפיר בפשיטות: ולפ"ז אתי שפיר מה דאמרו בירושלמי פתובות פ"ט ה' ז על הא דפוגמת אמר ר' זעירא כעין שבועת תורה ירדו להם וכחובה לא הוחזקה בידו לגבות אלא כל שגבת מיכן והילך והוא כתובעה עם השטר של מאתים פרוע והיא אומרת מנה לא תפרע אלא בשבועה עכ"ל.

וצריך ביאור פנונת הירושלמי. ונלפענ"ד לפרש פנונתו והוא דהירושלמי נותן טעם על שבועת פוגמת דמפני מה צריכה לישבע הא כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין וה"א נשבעת ונוטלת כקושיות רבא בש"ס דילן.

ומאי דתירצו בש"ס דילן דפרע דייק כו' לא הנה ניחא זה להירושלמי. וכינון דליתא דכונותיה בדאורייתא לא מתקני רבנן שבועה וכמו דאמרו פעין זה זה בב"מ (דף ד').

וע"כ נותן הירושלמי טעם אחר על שבועת פוגמת והוא דבאמת מה"ת אין דינה כמוחזקת על פתובתה דהא כתב הר"נ ר"פ אלמנה ניוזנית דהא דאמרו נכסי בחזקת אלמנה קאי היינו לפי דרבנן העמידו הנכסים בחזקתה ע"ש.

אלמא דעיקר מלתא זה אינו רק מדרבנן. ומה"ת אין דינה כמוחזקת ונקראת מה"ת נשבעת ונוטלת ופטורה מה"ת משבועה.

רק לפי דמדרבנן העמידו הנכסים בחזקתה ונקראת מוחזקת ונשבעת ולא משלמת. ע"כ חייבת מדרבנן שבועה פעין דאורייתא לפי דהוי כמוחזקת והבעל בא לתפוע ממנה והאשה מודה במקצת ולכן חייבת שבועה בפוגמת מדרבנן.

וגם לפי מש"כ לעיל דעיקר טעם דנקראת מוחזקת משום דמוכרת שלא בב"ד. גם זהו רק מדרבנן משום חזנא או משום שלא תתבזה ע"כ מה"ת לא נקראת מוחזקת.

ואף דעקשין דתקנו חז"ל דמוכרת שלא בב"ד. מ"מ מה"ת יש לומר דאין דינה כמחזיקת ומצינו הרבה פעין זה בש"ס ותקצר היריעה מהכיל.

ואתי שפיר פנונת הירושלמי: והא דמקשה רבא הא היא נשבעת ונוטלת. אינו קשה על מש"כ דגם בכתובה מקריא מחזיקת.

משום די"ל דהא עיקר הטעם דנקראת מחזיקת בכתובה משום דמוכרת שלא בב"ד כמש"כ התוס' שם פנ"ל. א"כ הא מצינו בכתובות (דף צ"ז) דר"ש ס"ל דמן הנשואין דוקא מוכרת שלא בב"ד לפי שמוכרת למזונות.

אבל לכתובה בעיא בב"ד כמבואר שם. והנה פאן במשנה דפוגמת כתובה דתשבע מבואר בסיפא שם דר"ש אומר כ"ז שהיא תובעת כתובה הירשים משביעין אותה כו'.

אבל ברישא דפוגמת כתובה תשבע משמע דמודה ר"ש. והא לר"ש לא נקראת מחזיקת דהא בעיא בב"ד למכירת כתובה וע"כ שפיר מקשה רבא לרמב"ח: גם י"ל לפי מה דקיי"ל דלכן מוכרת שלא בב"ד משום שלא תתבזה א"כ בגרושה בעיא בב"ד דאינו מקפיד על ביוזי שלה כמבואר בסי' ק"ג.

והא הך מילתא דפוגמת מייירי בגרושה כמבואר. ובגרושה הא לא מקריא מחזיקת משום דבעיא בב"ד שפיר הקשה רבא.

ועוד י"ל לפי מה דקיי"ל דיכולין לומר אי אפשי בתקנת חכמים. א"כ הך האשה יכולה לומר אי אפשי בתקנת חכמים דעשו אותה למחזיקת.

או משום סברת הר"נ הנ"ל או משום דלא צריכה בב"ד וכל זה הוא רק מדרבנן. ע"כ יכולה לומר א"א בתק"ח ואזי היא לא נקראת מחזיקת א"כ א"צ לישבע מה"ת וא"ש סברת רבא: אף י"ל בזה לפמש"כ המרדכי פ' שני דייני גזירות דלהוציא לא אמרינן א"א בתק"ח.

והובא באו"ת סי' ק"ב ס"ק ג' וכ"כ בתשובת מיימוני לספר קנן פ' י"ד. ובח"מ סי' קע"א סעיף ג' בהגה"ה ובביאור הגר"א זצ"ל ס"ק י' ע"ש.

א"כ ה"ה הך אם תאמר א"א אזי תוציא מהבעל בלא שד"א. והוי זה בכלל א"א להוציא דלא אמרינן ויש לחלק.

אבל עיקר פלל זה אינו ברור לכו"ע דהא ז"א רק לחד תירוץ שם. ויש שם שארי תרוצים וגם מן מה דמבואר בח"מ סי' פ"ז סעיף י"ב בשם הרמב"ם ושארי ראשונים דבנשבעין ונוטלים דא"י להפך מ"מ אם יאמר התובע א"א בתק"ח וישבע לי היסת שומעין לו.

אף דהוי להוציא. ויש לחלק קצת וקצרותי.

עכ"פ נתבאר בסברת רבא דאין ראיה לסתור למש"כ. ורמב"ח י"ל דהיה ס"ל דגם גרושה מוכרת שלא בב"ד וכמ"ד משום חזנא כמבואר (דף צ"ז) ואתי שפיר כ"ז.

ואין להקשות על מש"כ דגם בכתובה בנולד ספק בפרעון מקרי האשה מוחזקת דא"כ בקא דקיי"ל בסי' צ"ו סעי' י"א דבשבועת דצריכה האשה ליטבע על כתובה אם תפסה לא מפקינן מינה. ולפ"ז הא לעולם דינה פמוחזקת ולא תצטרף ליטבע.

ז"א קשה כלל דלפ"ז תיעקר דין שבועת כתובה לעולם וע"כ לא מהני בזה הך דנכסי בחזקת אלמנה קאי אלא דוקא פשתפסה. וגם הא פתב הר"נ והובא בח"מ שם דדוקא תפסה מעות.

אבל לא תפיסת מטלטלי. ופשוט.

ועפ"ז יש להעיר במש"כ הב"ש לדון בסי' ס"ו ס"ק ט' גבי אי מהני בסוף ביאה מחילה על הכתובה וכתב לדמות זה להא דח"מ סי' ס"ה דנד הנמחל על התחתונה ע"ש. ולפמש"כ די"ל דמקריא מוחזקת א"כ ה"ה התם: ענף ו ובעיקר הנה שני תירוצים של התוס' כתובות (דף צ"ו) הנ"ל שפתבו בתי' קמא דגם בחוב כתובה פיון שמוכרת שלא בב"ד נכסים בחזקתה.

ובתי' ב' פתבו דמזונות שאני דכתובה מיד שפנרעה נסתלקה אבל מזונות לעולם יש לה מזונות עד שתתבע כתובה הלכך הוי נכסים בחזקתה במזונות טפי מכתובה עכ"ל. יש עוד לדון נפ"מ לענין מזונות ג"כ היכא דנהגו פאנשי יהודה דהיו כותבין עד שירצו היורשים ליתן כתובתיה.

וכמבואר (דף נ"ב) ואף דקיי"ל פאנשי גליל פמבואר בסי' צ"ג סעיף ג'. עכ"ז היכא שנהגו דיכולין היורשין לפרוע לה הכתובה ולסלקה ממזונות הרשות בידין פמבואר ברי"ף וברמב"ם וברא"ש ובש"ע שם.

והיכא שנהגו פן יש לדון דהיכא דמחולקים היורשים עם האלמנה במזונות שעברו פמבואר שם בסעי' ט"ו דעל היתומים להביא ראיה משום דנכסי בחזקת אלמנה קיימא פנ"ל. עדיין יש להסתפק דלפמש"כ התוס' בכתובות (דף צ"ו) ד"ה נכסי בחזקת אלמנה קיימא בתירץ השני לחלק דמזונות שאני מכתובה משום דכתובה מיד שפנרעה נסתלקה.

אבל מזונות לעולם יש לה עד שתתבע כתובה כו'. א"כ זה אינו שייך רק לאנשי גליל דהרשות בידיה להיות נזונת לעולם עד שתתבע כתובה.

משא"כ לאנשי יהודה דהרשות בידי היורשים נסלקה ע"י פרעון הכתובה. א"כ לא שייך לומר לפי טעם זה דהנכסים יהיה בחזקתה.

ודומה לכתובה דאין הנכסים בחזקתה ונאמנים היורשים לומר פרענו. רק לפי תי' קמא של התוס' דגם בכתובה פיון דמוכרת שלא בב"ד הנכסים בחזקתה.

אינם נאמנים במזונות. וברור דזה תלוי בשני תירוצים הנ"ל: ולכאורה יש להביא ראיה דהתוס' ס"ל דהעיקר כתי' קמא ממש"כ התוס' שם ד"ה נוסת עליה להביא ראיה כו' מדלא משפח עליה להביא ראיה אלא בניסת ש"מ דנתקבלה כתובה או דתבעה כתובה בב"ד אפילו במזונות שעברו עליהן להביא ראיה עכ"ל.

ואי נימא כתי' הב' דמזונות שאני משום דיש לה לעולם מזונות. עד שתתבע כתובה א"כ היכא שתבעה דלא שייך סברא זו לא יהיה בחזקתה.

וע"כ מוכח מהתוס' דס"ל לעיקר כתי' קמא. וכן מצאתי בהפלאה שם שהוכיח פן. אבל באמת זה אינו ראיה די"ל דכינון דמקודם שתבעה הנה בכתובה שיש לה מזונות עד שתתבע הכתובה והנה ביגדה שלא לתבוע הכתובה ע"כ מוקמינו בכתובה הראשונה דהיתה נקראת מוחזקת.

וליתא לראיה זו: אכן יש להוכיח דהעיקר כתי' קמא של התוס' הנ"ל. והוא דהא בכתובות (דף נ"ד) דרב אמר הלכה פאנשי יהודה ושמואל אמר הלכה פאנשי גליל ופסק שם הרי"ף ובשם מר ר' משה גאון.

דהלכה פשמואל והוכיחו שם בראיות ע"ז. ובעל המאור שם פסק דהלכה כרב ע"ש. ודחה ראיות הרי"ף שם. והרי"ף הביא שם ראיה מקריבי דר' יוחנן דסוף פ"ד דכתובות דמוכח דס"ל לר' יוחנן פאנשי גליל ע"ש.

והרא"ש דחה שם ראיה זו. ואי נימא דהך סוגיא דכתובות (דף צ"ו) דקאי אליבא דר' יוחנן דנכסי בכתובת אלמנה קיימא הטעם הוא כמש"כ התוס' בתי' ב'.

א"כ מוכח מר' יוחנן דס"ל פאנשי גליל משום דאם ס"ל לריו"ח דהלכה פאנשי יהודה ויכולין לסלק לה הכתובה בע"כ. א"כ מפני מה הנכסים בכתובה.

א"כ ל"ל להרי"ף להוכיח מקריבי דריו"ח דס"ל פאנשי גליל. והרא"ש דחה זה. יותר ה"ל להביא סוגיא זו דמוכח דריו"ח ס"ל פאנשי גליל. וגם ממה דקיי"ל שם נכסי בכתובת אלמנה קיימי.

א"כ ה"ל להוכיח מזה דהלכה פאנשי גליל. וגם הא הבעל המאור פתב שם דלשיטתו דהלכה פאנשי יהודה א"כ הסוגיא דכתובות (דף צ"ו) יהיה שלא אליבא דהלכתא.

וע"כ מוכח מזה דמהך סוגיא אין פאן ראיה פלל. די"ל דאף לאנשי יהודה מ"מ נכסי בכתובת אלמנה קיימא.

א"כ מוכח מזה דהעיקר פתרוץ א' של התוס'. ולפ"ז גם במקום שנהגו ליתן לה הכתובה בע"כ ולסלקה מזונות דג"כ נכסי בכתובת אלמנה קיימי דהעיקר תלוי במה שיכולה למפור שלא בב"ד.

ונה הטעם שייך אף לאנשי יהודה. ולכן שפיר סתם הטור והמחבר בסי' צ"ג סעי' ט"ו דכ"ז שלא ניסת על היתומים להביא ראיה אף שפתבו לעיל שם דאם נהגו פאנשי יהודה יעשו כמנהגם.

א"כ הנה להם לחלק בזה ומדסתמו מוכח דהעיקר כתי' קמא של התוס': ולפ"ז שפיר פתבתי לעיל לפרש שיטת המחבר והרמ"א בח"מ דס"ל בכל חוב דמוכר שלא בב"ד היא דנולד הספק בפרעון וטוען פרי דנכסי בכתובת הבע"ח קאי והוי מוחזק.

ולכן שפיר פתבו גבי משכון דבעל המשכון פשמחזיר בעדים הוי מוחזק על גוף המשכון אם אין להלנה מיגו. וא"ש הפל על נכון.

ונדע דלפי דברי ההפלאה לק"א סי' ע' ס"ק ט"ז שפכת לחלק דיוקא נגד יתומים דמעולם לא היו הנכסים בחזקתו. ומיד שמות הנכסים בחזקת האלמנה בזה אמרו דדינה פמוחזקת. אבל בחיי הבעל אף שיכולה למכור אינו יוצא מחזקתו ע"ש. ולפ"ז יש לדון הרבה בכל מש"כ.

אבל באמת אין דברי ההפלאה מוכרחים כלל. דלפי מש"כ האבני מילואים בסי' ע' ס"ק ב' לתרץ למה שהקשה דבהלף למדה"י דמוכרת לעצמה דאמאי אין פוסקין לשמואל ע"ש.

א"כ מוכח אדרבה כמש"כ משום דלדינא דקיי"ל פוסקין מזונות אף בלא שמעו שמת דזהו לפי דמוכרת לעצמה ומקריא מוחזקת ומוכח כמש"כ: ד (שם סעיף כ"ג) מסדרין לב"ח כו'. ונשאלתי מרב מובהק אם גם בירשנים דגובים מהם אם מסדרין להם או לא פדתנן בב"מ (דף קי"ז) אם מת אינו מחזיר לירשיו וכן פסק הטור והשו"ע סעי' י"ז והובא בסמ"ע ס"ק ל"ג ובסעיף י"ט או דשאני התם דמירי בחזרת משכון.

אבל בדין סידור אפשר דלא מחלקינן ביניהם. והא דאין נותנין מזונות לאשתו ובניו היינו באם הלנה קנים.

אבל לאח"מ אפשר דדינם כמו הלנה עצמו וע"כ לא נקטו בהא דאין נותנים מזונות בלשון יורשי' רק גבי חזרת המשכון נקטו בלשון יורשי' פנ"ל: והנלפענ"ד בזה דינן להסביר באור הספק דזה תלוי לכאורה במש"כ לדון במק"א במה שהקשה הסמ"ע בסי' ס"ו ס"ק נ"ה על הא דקיי"ל המוכר שט"ח ומחלו מחול משום דפקע שעבוד הגוף פקע שעבוד נכסי.

והקשה הסמ"ע א"כ אמאי במת הלנה גובה מירשיו וכתב לחלק דשאני התם דנפטר הלנה משום פטור המלנה דפטרו ומחלו. אבל היכא דלא נפטר הלנה אף דליכא שעבוד הגוף דמת הלנה.

מ"מ לא פקע שעבוד נכסי וכמש"כ כ"ז הר"ן פ' הפותב על דברי ר"ת והובא בקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו. א"כ לפ"ז נודאי לא שייך דין סידור בירש משום דהא דגובין מירש אין זה רק משום דנכסי דאינש ערבין לי'.

וכמש"כ הר"ן והסמ"ע והקצה"ח פנ"ל. וזהו בתורת שעבוד נכסי פמבואר בבכורות (דף מ"ח) וברש"י קדושין (דף י"ג ע"ב) ד"ה לאו דאורייתא כו' ע"ש.

וכיון דבערב אין מסדרין פמבואר בסי' צ"ז סעיף כ"ט לדיעה קמייטא דשם. א"כ הוא הדין בירש אין לסדר.

אבל לפמש"כ התנאים בסי' ס"ו ס"ק מ"ג דלכן במת הלנה גובין מירשיו דאף דפקע שעבוד הגוף מ"מגובין מירשיו דאף דמת הלנה מ"מ פשהירש זוכה בנכסיו אף היורש משתעבד גופו כמו הלנה בעצמו ועליו מוטל לפרוע כמו אביו הלנה.

וכעין זה פתב הרא"ש בב"ק פ"א סי' ו' דלכן באחין שחלקו ובה"ח ונטל חלקו של אחד מהם בטלה מחלוקת משום דיתמי פרעא דאבוהון אינון לפרוע חוב אביהם. והובא בט"ז ריש סי' קע"ה.

וכ"כ התוס' בב"ק (דף צ"ז) וב"מ (דף ט"ו) וכתובות (דף נ"ה) ובכורות (דף נ"ב) לחלק
דאף דאינו גובה השבח ממקבל מתנה משום דאינו על מי לחזור מ"מ מיורש גבי דכרעא
דאפוקהו ניהו ועליהו מוטל לפרוע חוב אביהם ביותר כו'.

ונה הוא הפל פ'עין סברת האו"ת הנ"ל דשעבוד הגוף מוטל על היורשים ביותר ובמק"א
הארבתי בכ"ז. ועיין בנחל יצחק סי' ל"ט בשד"א ענף א' מזה.

ולפ"ז יש לדון דכמו דבלנה מסדרין דה"ה ביורש מסדרין פינו דמה דגובין מיורש זהו
משום דיש לו שעבוד הגוף על היורש כמו על הלנה א"כ ממילא דינו כמו הלנה עצמו
דמסדרין לו: ולכאורה יש להוכיח דאין מסדרין ליורש מהא דב"ב [קל"ג] אמר רב
הוא שכיב מרע שפתיב כל נכסיו לאחד רואין אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה ואם
לאו נוטלן משום מתנה כו' למאי הלכתא סבר ר' אדא כו' אם ראוי ליורשו אלמנתו
גזונת מנכסיו כו' אמר לי רבא מגרע גרע כו' אלא אמר רבא פדשלח רב אחא אם הי'
ראשון ראוי ליורשו אין לשני כו' דירושא אין לה הפסק עכ"ל.

נאי נימא דהיא דגובין מיורש מסדרין. א"כ קשה דמאי מקשה הגמ' מאי נפ"מ אם גובין
משום ירושה או משום מתנה.

הא נפ"מ רבתי בנייהם ואם זוכה משום ירושה אז מסדרין לו אם ב"ח טורף ממנו. ואם
משום מקבל מתנה אין מסדרין לו פ'דין מי שגובה מלקוחות וממקבל מתנה.

וע"כ מוכח דביורש ג"כ אין מסדרין כמו בלקוחות ומתנה. אף זה יש לדחות דהא בלא"ה
ה"מ הש"ס למימר ה'תם נפקותא אחרת לפי המבואר בתוס' בסוגיא דשבח בב"מ (דף
ט"ו) וב"ק (דף צ"ו) ובח"מ סי' קט"ו סעיף ד' דממקבל מתנה לא גבי השבח ומן יתומים
גבי השבח.

א"כ הני נפ"מ דאם ראוי ליורשו זוכה משום ירושה גובין ממנו השבח ואם זוכה משום
מקבל מתנה אין גובין השבח ממנו. וכן ה"מ הש"ס לאוקמי נפ"מ בין זוכה משום ירושה
או משום מתנה לגבי הא דשבועות (דף מ"ח) דאין אדם מוריש שבועה לבניו דנהו רק
בשבועת יורשין.

אבל בשבועות הפא ליפרע מלקוחות וממתנה לא אמרינן פן משום הבו דלא להוסיף
עלה. א"כ הני נפ"מ רבתי אם זוכה משום ירושה או משום מתנה לגבי שבועת הטורף
אם אמרינן בי' א"א מוריש כו'.

וכן לגבי הא דיוכל בבכורות (דף נ"ב) וכהנה רבות ובאמת יש ליישב כ"ז. וגם י"ל בזה
דמתנת שכ"מ פירושא שווי' רבנו וקצרת.

ולכן נדחה ראי' זו לנ"ד: אבל באמת אין לנו צורך להאריך בזה דזה פשוט דאין שום
ספק בזה פ'לל. דהא בב"מ (דף קי"ד ע"א) ברש"י ד"ה ואידך כו' פתב רש"י בזה"ל ת"ק
דמתניתין דאמר מסדרין לב"ח דקתני אם מת אינו מחזיר ליורשים הא לו מחזיר לעולם
עכ"ל.

וביותר פתב פן הנמוקי יוסף על מתניתין דב"מ (דף קי"ג) דתני ת"ק מחזיר הפך כו'
ואינו מחזיר ליורשים דשי' הרמב"ם והראב"ד והרבה מהמפרשים שפתבו דמסדרין

לב"ח משום דת"ק דאמר לעולם הם בתורת חזרה אותם פלים של סידור שהי' לו להניחם אצלו כו' אלמא דשיטת הסוברים דמסדרין לב"ח כדקיי"ל.

דמפרשים דת"ק דרשב"ג ס"ל מסדרין במה דתני שם מחזיר לעולם. ואפ"ה קתני התם אינו מחזיר ליורשים וכפירוש רש"י אלמא להדיא דבירשאים לא שנייה דין סידור פלל.

והתוס' שם (דף קי"ד) ד"ה מהו שיסדרו כו'. והרא"ש שם דמפרשים בסוגיא זו דהמשנה דאמר ת"ק שם מחזיר הכר כו' מייגרי בדין חזרה להמשכון.

ולפ"ז אינו מוכח פן לשיטתם משום די"ל דדוקא דין חזרת משכון לא שנייה בירשאים אבל דין סידור לב"ח י"ל דשנייה בירוש ג"כ. אכן פיון דהעיקר מה דקיי"ל מסדרין לב"ח זהו עפ"י שי' הסוברים פנ"ל.

ומפרשים דת"ק דהמשנה ס"ל דמסדרין. והמשנה מייגרי בדין סידור וכמש"כ רש"י והנ"י והשמ"ק פנ"ל.

וכיון דבמשנה אפרו בפירוש שם אינו מחזיר ליורשים ממילא מוכח דדין סידור לא שנייה בירשאים: וכן יש להוכיח ממה דאפרו שם בגמ' (דף קי"ד) ויחזרו בהקדש מקו"ח דב"ח ומה ב"ח שאין מסדרין מחזירין הקדש שמסדרין אינו דין שמחזירין.

וקשה הא י"ל בזה יורש יוכיח שאין מחזירין לו פמבואר במשנה (דף קי"ג) דאם מת אינו מחזיר ליורשים ואפ"ה מסדרין ליורש. [היינו בהקדש להך מ"ד דס"ל דאין מסדרין רק בהקדש] וכה"ג כתבו התוס' שם ד"ה הקדש שאין מחזירין כו'.

אלא ע"כ מוכח דאף היכא דמסדרין מ"מ אין מסדרין בירוש ונתם קאי לריו"ח דס"ל שעבודא דאורייתא: ועוד דהא דקיי"ל דאין מחזירין בירוש הטעם הוא משום דכתיב השב תשיבם לו ולא ליורש כמש"כ רש"י במשנה ב"מ (דף קי"ג).

א"כ מה"ט אין מסדרין ליורש ג"כ. דהא דקיי"ל דאין נותנין מזונות לאשתו ובניו זהו מדרשא דהחזקה מערפה ולא אשתו ובניו מערפה פמבואר בערכין (דף כ"ד).

א"כ כמו דהא דאין מחזירין ליורש נפקא לן ממיעוטא דקרא דהשב לו ולא ליורש. ולא מפרשינו דזהו רק בלנה קנים ואין מחזירין לבניו אף דבניו צריכים להכר.

אבל במת הלנה יחזירו ליורשיו משום דדינם כמו הלנה עצמו דעליהם מוטל החוב מצד שעבוד גופן כשיטת האו"ת פנ"ל. אלא לא אמרינו פן ומפרשינו להקרא דקאי אף במת הלנה דאין מחזירין ליורשיו.

א"כ ה"ה במה דמסדרין דכיון דנפקא לן מן מיעוט דאין נותנין מזונות לבניו. דג"כ מפרשינו דאף אחר שמת הלנה לא יסדרו ליורשיו דמ"ש.

דכיון דשעבוד הגוף בא עליהן מצד שעבוד נכסי. ע"כ אין דינם כמו הלנה בעצמו ואין מסדרין ליורש וכ"ז ברור: ה (שם סעיף כ"ט) יש מי שאומר שאין מסדרין בחוב שאינו דרף הלנואה כגון שכירות כו'.

ויש להקשות ע"ז מהא דנדרים (דף ס"ה ע"ב) גבי פתובה דאמרו ש"מ אין מסדרין לבע"ח. ואי נימא דחוב שאינו דרף הלנואה אין מסדרין א"כ הא יש לומר שא"ה בכתובה שאינו דרף הלנואה ע"כ אינו נוהג בו דין סידור פלל.

ומזו הסוגיא ראי' לשי' הסוברים בזה דגם בחוב שאין דרף הלנואה מסדרין: ואפשר לומר דהטור שפתיב שי' הסוברים דבאלו אין מסדרין אזיל לטעמיה דהא בטור אה"ע סי' ק"א גבי פתובה דבעברה עליה שמקטה אינה נשמטת מפני שהוא מעשה ב"ד.

ומשמע דאם לא הנה מעשה ב"ד היתה נשמטת. וזו היא שיטת רש"י פתובות (דף נ"ה) גבי תוס' פתובה ככתובה לשביעית דפ"י רש"י דאם לא תוס' ככתובה הנה נשמטת.

והתוס' והר"נ שם דחו שי' רש"י מטעם דהא כל חוב שאינו דרף הלנואה לא נשמטת. אבל רש"י ס"ל דגם חוב פתובה דינו כמו חוב הלנואה דמה לי חוב הלנואה או חוב שמתחייב א"ע וכמש"כ שם הבית יוסף באה"ע דהטור גריר שם ב"ד רש"י.

וכ"כ הב"ש בס"י ק"א ס"ק ד'. ומהפלאה שם בק"א ובח"י לכתובות (דף נ"ה) פתיב לחזק שי' רש"י דס"ל דאם לא הנה מעשה ב"ד הנה משמטת פתובה כמו מלנה דחוב פתובה כמו חוב הלנואה ע"ש.

ועל פן אתי שפיר שי' הסוברים דהובא בטור ח"מ ה"א דאין מסדרין בחוב שאין דרף הלנואה משום דחוב פתובה דינו כחוב הלנואה. ובאמת לפי מש"כ התוס' והר"נ בכתובות דחוב פתובה אינו כחוב הלנואה לגבי שביעית אף אם לא הנה מעשה ב"ד.

א"כ לדידהו שפיר מוכח מהא דנדרים הנ"ל דגם בחוב שאין דרף הלנואה מסדרין ג"כ: סימן צח א (בשער המשפט שם ס"ק א') הביא בשם המהרי"ט ח' ח"מ סעיף מ"ה דהעלה דמחילה בלב לא מהני דאף שיודע בעצמו שמחל לו יכול לחזור ולתפוע חובו דדברים שבלב אינן דברים אם לא היכא דאיכא אנומדינא דמוכח שמחל לו.

ודברי המהרי"ט הנ"ל הובאו בקצה"ח סי' י"ב ס"ק א' ע"ש. אף השער המשפט הביא שם דזה הדין תליא בפלוגתא דרבנותא קמאי דהרשב"א בחידושי' לקדושין (דף נ') גבי ההוא דזבין נכסי אדעתא למיסק לארעא דישראל דאסיקנא דדברים שבלב אינן דברים פתיב וז"ל וזה דתנן פ"ק קמא דנזיר האומר אהא הרי זה נזיר ואוקימנא בהנה נזיר עובר לפניו ואע"ג דלא פירש דאלמא דברים שבלב הני דברים התם פיון דאמר אהא ונזיר עובר לפניו פאילו פירש אהא כמוהו שאלו הן ידות נזירות שרבתה תורה אותן.

והאי תירוץ לא מחנור דמ"מ דברים שבלב הן דדלמא אהא בתענית קאמר ואפילו את"ל שהתורה רבתה אותן מ"מ גילף מיניה דהא פיוצא בזה אתי למיפשטא מיקריב אותו אף בע"כ. ולא אמרינן שא"ה דרבי' קרא.

ועוד קשיא לי נידוק מתרומה דקיי"ל דניטלת במחשבה אלמא דברים שבלב ישנן דברים וליכא למימר שא"ה דרבי' קרא דא"כ היכי אתי למיפשטא מיקריב אותו. אלא דכל פי האי לא דייקי פלל לדברים שבלב דכי אמרינן דברים שבלב אינן דברים היינו שאינן דברים לבטל למה שאמר בפ"י פההוא דזבין כו' ובאומר סבור הייתי שהיא פהנת.

אָבֵל כּוֹל שֶׁהַדְּבָרִים שֶׁבִּלְבוֹ אֵינָן מְבֹטְלִין מַעֲשִׂיו אֶלָּא מְקִימִין בְּנִזִּיר שְׁאֵמֵר בְּלִבֵּי הָיָה לְהִיּוֹת כִּינּוּי שֶׁהָיָה עוֹבֵר אוֹ מְחַשֵּׁב בְּתְרוּמָה שְׁאֵין דְּבָרֵי לְבוֹ מְבֹטְלִין שׁוּם דְּבָר הַגּוֹי דְּבָרִים כּוֹ' עַכ"ל הַרְשָׁב"א.

וּלפ"ז מְחִילָה בְּלֵב מוֹעִיל דֵּהָא אֵין בְּזָה שׁוּם סְתִירָה לְפִיו. אַף בְּדְבָרֵי הַר"ן לְקַדוּשֵׁין שְׁם מְבֹנָאָר דְּאֵינוֹ מְחַלֵּק בּוֹ.

וּמִלֵּיא זֶה בְּהַךְ פְּלוּגְתָא דְהַרְשָׁב"א וְהַר"ן כּוֹ' עַכ"ל הַשְׁעָר הַמְשֻׁפָּט: עֲנָף א וּלְפַעַנ"ד נִרְאֶה לְדוֹן דְּאֵינוֹ רְאָיָה מְהַרְשָׁב"א וְהוּא דִּישׁ לְהַקְשׁוֹת עַל דְּבָרֵי הַרְשָׁב"א הַגְּ"ל בַּמִּש"כ דְּהִיכָא דְאֵין סְתִירָה לְמָה שְׁאֵמֵר בְּפִיו אֲזִי הַגּוֹי דְּבָרִים שֶׁבִּלְבָב דְּבָרִים.

דַּא"כ תְּקַשָּׁה דַּל"ל בְּאִמְרָא אֶהָא ה"ז נִזִּיר דְּנִזִּיר עוֹבֵר לְפָנָיו כְּמְבֹנָאָר בְּנִזִּיר (דָּף ב' ע"ב). הָא בְּלֵא"ה פִּינּוֹן דְּחִינְשָׁב בְּלְבוֹ עַל גְּזִירוֹת יְהִיָּה נִזִּיר פִּינּוֹן דְּאֵינוֹ מְבֹטְלֵ שׁוּם דְּבָר שֶׁל פִּיו.

וְכֵן תְּקַשָּׁה דְּמָה יַעֲנֶה הַרְשָׁב"א בְּמָה דַּא"י בְּשָׁבוּעוֹת (דָּף כ"ו) גְּמַר בְּלְבוֹ צָרִיף לְהוֹצִיא בְּשֻׁפְתָיו. אֶלְמָא דַּאֲף הִיכָא דְלֵא הַגּוֹי סְתִירָה מִן פִּיו מ"מ לֵא הַגּוֹי דְּבָרִים לְדְבָרִים שֶׁבִּלְבָב.

וְעוֹד קָשָׁה בְּעֵיקָר קְוָשִׁיּוֹת הַרְשָׁב"א דְּהַקְשָׁה דְּנִילַף מִתְרוּמָה דְּדְבָרִים שֶׁבִּלְבָב הַגּוֹי דְּבָרִים. הָא זֶהוּ קְוָשִׁיּוֹת הַש"ס בְּשָׁבוּעוֹת (דָּף כ"ו) עֲלָה דְּגַמַר בְּלְבוֹ צָרִיף לְהוֹצִיא בְּשֻׁפְתָיו וּמִקְשׁוֹ מְהָא דְּתַנִּי מוֹצֵא שֻׁפְתָיו כּוֹ' גְּמַר בְּלְבוֹ מִנִּינָן ת"ל כָּל גְּדִיב לֵב וְנִיגְמַר מִינְהָ וּמִתְרַץ מִשׁוּם דְּהַגּוֹי תְרוּמָה וְקַדְשִׁים שְׁנֵי כְּתוּבִים הַבָּאִים כַּא' הַנִּיחָא לְמ"ד אֵין מְלַמְדִין אֶלָּא לְמ"ד מְלַמְדִין מֵאֵי אֵיכָא לְמִימַר וּמִשְׁנֵי חֻלְיִין מְקַדְשִׁים לֵא יִלְפִינּוּ עַכ"ל הַש"ס.

א"כ הַרִי קְאָמְרִי בְּגַמ' לְהַדְיָא דְּמִתְרוּמָה לֵא יִלְפִינּוּ מִשׁוּם דְּהַגּוֹי חֻלְיִין מְקַדְשִׁים א"כ קָשָׁה כְּוָנֹת הַרְשָׁב"א בַּח"י: וְלָכֵן נִרְאֶה לְפִי עֲנִינִית דְּעַתִּי לֹאמַר בְּכֻוֹנֹת הַרְשָׁב"א בְּהַקְדָּם לְשׁוֹן הַרְשָׁב"א הַגְּ"ל בַּמִּש"כ נִדְּוִק מִתְרוּמָה דְּקִי"ל דְּנִיטְלַת בְּמַחְשָׁבָה שְׁיַתָּן עֵינָיו בְּצַד זֶה וְאוֹכַל בְּצַד אַחַר אֶלְמָא דְּבָרִים שֶׁבִּלְבָב הַגּוֹי דְּבָרִים כּוֹ' עַכ"ל הַרְשָׁב"א.

דִּישׁ לְדַקְדָּק דַּל"ל לְהַרְשָׁב"א לֹאמַר דְּנִיטְלַת בְּמַחְשָׁבָה שְׁיַתָּן עֵינָיו בְּצַד זֶה וְאוֹכַל בְּצַד אַחַר הַל"ל בְּקַצְרָה נִדְּוִק מִתְרוּמָה דְּנִיטְלַת בְּמַחְשָׁבָה כְּמוֹ דְּאָמְרוּ בְּכוּלֵי ש"ס דְּתְרוּמָה נִיטְלַת בְּמַחְשָׁבָה.

לָכֵן נִרְאֶה לִי לֹאמַר דְּכֻוֹנֹתוֹ ע"פ הַמְבֹנָאָר בְּשָׁבוּעוֹת (דָּף כ"ו ע"ב) דְּלָכֵן לֵא גְמַר מְנַדִּיב לֵב מִשׁוּם דְּהַגּוֹי תְרוּמָה וְקַדְשִׁים שְׁנֵי כְּתוּבִים הַבָּאִים כְּאֶחָד כּוֹ'. וּפִירְשׁ רַש"י שְׁם דְּתְרוּמָה הֵינּוּ תְרוּמַת מְלֶאכֶת הַמְשָׁכָן.

וְהַתּוֹס' פִּירְשׁוּ שְׁם דְּתְרוּמָה הֵינּוּ תְרוּמַת פֶּהָן. עֵי"ש בְּתוֹס' ד"ה מִשׁוּם דְּהַגּוֹי תְרוּמָה וְקַדְשִׁים כּוֹ'.

וּבְאֵמַת קָשָׁה עַל פִּירְשׁ רַש"י דְּמִי הַכְּרִיחוֹ לְשַׁנוֹת שְׁלֵא לְפָרֵשׁ דְּתְרוּמָה דְּהַתָּם הַגּוֹי תְרוּמַת פֶּהָן כְּמוֹ בְּכָל מְקוֹם. וְכְמוֹ דְּהַקְשׁוּ שְׁם הַרְאִשׁוֹנִים עַל פִּירְשׁ רַש"י הַגְּ"ל: וְנִרְאֶה לִי בְּכֻוֹנֹת רַש"י דְּהַנְּכַרַח לְפָרֵשׁ דְּתְרוּמָה הֵינּוּ תְרוּמַת מְלֶאכֶת הַמְשָׁכָן.

מִשׁוּם דְּהַמְהַרְשָׁ"א הַקְשָׁה שְׁם בְּתוֹס' בַּד"ה מִשׁוּם דְּהַגּוֹי תְרוּמָה וְקַדְשִׁים כּוֹ' שְׁפָתָבוּ שְׁם וְאֵע"ג דְּתְרוּמָה חוּל אֶצְל קַדְשִׁים כְּמְבֹנָאָר בְּקַדוּשֵׁין (דָּף מ"א) כּוֹ'. וְהַקְשָׁה הַמְהַרְשָׁ"א פִּינּוֹן דְּהַךְ סְבָרָא דְּחֻלְיִין מְקַדְשִׁים לֵא יִלְפִינּוּ לְכוּ"ע אֵית לְהוּ הַכִּי א"כ ה"ל לְהַגְמַ' לֹאמַר

מִיָּד עַל מַה דְּמַקְשׁוּ שָׁם וְנִיגְמַר מִיָּנָה כּו' ה"ל לְתַרְצֵן מִיָּד בְּקַצְרָה דְחֻלְיִין מְקַדְּשִׁים לָא גְמַרְיָנָן.

וְכַמְבֹּאֵר בְּקִדּוּשֵׁין (דָּף מ"א) דְּדוּקָא אֲצֵל קִדְּשִׁים מְקַרֵי תְרוּמָה חוּל. אֲבָל לְגַבֵּי שְׂאֲרֵי מְיָלֵי מְקַרֵי תְרוּמָה קוּדְשׁ.

וּמַה שְׂתִּירְצֵן הַמְהַרְשָׁ"א הֵמָּה תְרוּצִים דְּחוּקִים: וְנִרְאֶה לִי לְתַרְצֵן קוּשְׁיִיתוּ ע"פ הָא דְּמְבֹאֵר בְּכִלְיֵי הַש"ס שֶׁל הַשֵּׁב שְׂמַעְתָּתָא שֶׁל בְּעַל שְׁמֵן רוּקַח שְׁעַר עֲשִׂירֵי ס"ק ד' בְּהָא דְחֻלְיִין מְקַדְּשִׁים לָא יִלְפִינּוּ דְּדוּקָא חוּמְרָא אִין לְמִילַף חֻלְיִין מְקַדְּשִׁים.

אֲבָל קוּלָא דְּמַצִּינוּ בְּקִדְּשִׁים שְׁפִיר אִיכָא לְמִילַף לְחֻלְיִין מְקַדְּשִׁים. וְכֵן בְּקִדְּשִׁים אִיכָא לְמִילַף חוּמְרָא מְחֻלְיִין עִ"ש.

וַיֵּשׁ לִי כַּמָּה רְאִיּוֹת בְּזָה וְקַצְרָתִי. וְהִנֵּה מַצִּינוּ בְּקִדּוּשֵׁין (דָּף מ"א) גַּבֵּי שְׁלִיחוֹת מְנַלְנֵן גַּבֵּי תְרוּמָה וְכִי תִימָא דְּיִלְיָף מְגִירוּשֵׁין וְקִדּוּשֵׁין מַה לְגִירוּשֵׁין שְׁפֵן יִשְׁנוּ חוּל.

וְכִינּוּן דְּמוּכָח בְּכַמָּה דְּוָכְחִי דְּחוּמְרָא אִיכָא לְמִילַף גַּם קִדְּשִׁים מְחֻלְיִין כְּנ"ל בְּשֵׁם הַש"ש. א"כ תִּקְשָׁה הָא הֵתָם בְּקִדּוּשֵׁין דְּמִתְקַדְּשֵׁת ע"י שְׁלִיחַ זֶה הֵי חוּמְרָא דְּנֶאֱסָרְתָּ לְכָל עַפ"י קִדּוּשֵׁי הַשְּׁלִיחַ מְשׁוּם אִיסוּר א"א א"כ הָא הֵי חוּמְרָא.

וְכַמּוֹ כֵּן אִיכָא לְמִילַף לְתְרוּמָה דִּיהָא יָכוֹל לַעֲשׂוֹת שְׁלִיחַ לְהַפְרִישׁ תְרוּמָה דְּיַחּוּל ע"ז קִדְּוֹשֵׁת תְרוּמָה. וְע"כ מוּכָח מִזָּה דְּמַה שְׁיַחּוּל הַפְּרִישֵׁת תְרוּמָה ע"י שְׁלִיחַ זֶה לָא מְקַרֵי חוּמְרָא רַק זֶה מְקַרֵי קוּלָא דַע"י מַה שְׁיַחּוּל קִדְּוֹשֵׁת תְרוּמָה ע"ז מְמִילָא מוֹתֵר לְאַכּוּל הַשְּׂרִירִיִּים דְּיִפְקַע מִיָּנָה אִיסוּר טְבֵּל.

וַיְהִי זֶה אוֹכֵל וְהוּלַף עַל סַמֵּךְ הַפְּרִישָׁה הַנ"ל דְּזֶה מְקַרֵי קוּלָא. וְכַמּוֹ כֵּן בְּקִדּוּשֵׁין ע"י שְׁלִיחַ דְּאָף דַע"י זֶה תַּחּוּל עַלִי אִיסוּר א"א אֲבָל מ"מ אֲהֵי מַעֲשִׂיו שְׂמַקְנֵדְשֵׁת לוֹ ע"י זֶה וְתַהִי מוֹתֵר לֹא אַחֵר זֶה כְּמִבְּוֹאֵר דְּבַעֲיָנָן קִדּוּשֵׁין וְאֲח"ז מוֹתֵר לֹא.

ע"כ מְקַרֵי זֶה בְּשֵׁם קוּלָא דְּלִיכָא לְמִילַף קִדְּשִׁים מְחֻלְיִין וְשְׁפִיר פְּרִיף הַגַּמ' בְּקִדּוּשֵׁין דְּמַה לְגִירוּשֵׁין שְׁפֵן יִשְׁנוּ חוּל. וְעֵינָן בְּתוּס' שָׁם ד"ה מַה לְגִירוּשֵׁין כּו': וְכִינּוּן דְּנֶתְבָּאֵר דְּמַה שְׁיַחּוּל הַפְּרִישֵׁת תְרוּמָה מְקַרֵי בְּשֵׁם קוּלָא כְּנ"ל.

א"כ י"ל דְּזֶהוּ פְּנוּנַת הַגַּמ' בְּשִׁבּוּעוֹת שָׁם בְּתִירוּץ רֵאשׁוֹן דְּמִתְרַץ דְּלָכֵן לָא גְמַר מִיָּנָה מְשׁוּם דְּהֵי תְרוּמָה וְקִדְּשִׁים שְׁנֵי כְּתוּבִים הַבְּאִים כְּאֶחָד. וְלֹא תִירַץ מִיָּד דְּחֻלְיִין מְקַדְּשִׁים לָא יִלְפִינּוּ מְשׁוּם דְּהִיָּה ס"ל דְּבִכְהֵי גוּוֹנָא יִלְיָף חֻלְיִין מְקַדְּשִׁים: וְכַעֲיִן זֶה מוּכָח בְּקִדּוּשֵׁין (דָּף נ') דְּיִלְיָף הֵתָם דְּדְּבָרִים שְׁבֵלֵב אִינּוּ דְּבָרִים מִן יְקָרִיב אוֹתוֹ דְּכּוּפִין לוֹ עַד שְׂיֵאמַר רוּצָה.

וְקִשָּׁה הָא חֻלְיִין מְקַדְּשִׁים לָא יִלְפִינּוּ וְכַמֵּש"כ הַמְהַרְשָׁ"א דְּכו"ע ס"ל הֵכִי. וְע"כ מוּכָח דְּבִכְה"ג יִלְפִינּוּ מְשׁוּם דְּזֶה מְקַרֵי קוּלָא וְלֹא חוּמְרָא דְּהָא הַקְּרָבֵן כְּשֵׁר אָף דְּהִיָּה מִן הַכּוּפִין וַיּוֹצֵא יְדֵי חוּבַת גְּדוּרָא אָף ע"י כְּפִינֵי וְבִכְה"ג יִלְיָף חֻלְיִין מְקַדְּשִׁים.

וְכַנּוּנַת הַגַּמ' דְּהוּכְרַח לֹמַר דְּלָכֵן לָא גְמַרְיָנָן מְשׁוּם דְּהֵי שְׁנֵי כְּתוּבִים כּו'. וְלֹא מְשׁוּם דְּחֻלְיִין מְקַדְּשִׁים כּו' מְשׁוּם דְּהִיָּה ס"ל לְהַש"ס דְּבִכְה"ג גְמַרְיָנָן חֻלְיִין מְתְרוּמָה פִּינוּ דְּמַצִּינוּ דַע"ז נִתְקַן אִיסוּר טְבֵּל וּמוֹתֵר לְאַוּכְלוֹ ע"כ גְמַרְיָנָן בְּכַה"ג.

משא"כ ממה דמצינו נדיב לב גבי קדשים בזה י"ל דזהו משום חנוכה קדשים דהחמירה התורה שמתחייב ע"י חישב בלבבו דהא בזה לא מצינו קולא כ"כ. וס"ל להתוס' דחומרא דקדשים מקולא דחולין ילפינו שפיר ואתי שפיר פנונת התוס'.

והא דמסיק הש"ס ל"ד מלמדין דלכו לא גמרינו משום דחולין מקדשים לא ילפינו. י"ל דהיה ס"ל להש"ס לחלק דשאני גבי שני פתובים כו' דבסבא מועטת מדחינו להילפותא בכה"ג: וזה היה ההכרח לפי רש"י דפירש דהא דשבועות מייירי בתרומת המשפן וע"ז שפיר אמרו דחולין מקדשים לא ילפינו דהא בקדשים ותרומת המשפן דמתחייב ע"י מחשבה בלב זה הוי חומרא התם.

דהא לא שייך התם לומר דהויצד קולא בי' כמו בתרומה דהא שאני תרומה דהוי תיקון לאוכלו אח"ז משא"כ התם. אבל אי נימא לפרש דקאי על תרומה ממש תקשה דאיך אמרו ע"ז דחולין מקדשים לא ילפינו הא זה הוי קולא דבכה"ג ילפינו חולין מקדשים.

ולא ס"ל לרש"י לחלק ביניהם ע"פ מש"כ לעיל דשאני ב' פתובים בזה משום דזהו דוחק. וזה הכריח לרש"י לפרש דקאי ע"כ על תרומת המשפן.

ועיין ירושלמי סוף פ"ג דתרומות: ואפתי תקשה דאף לפי מסקנת הש"ס בשבועות דלכו לא גמרי מתרומת המשפן וקדשים משום דחולין מקדשים לא ילפינו משום דגבי תרומת המשפן וקדשים הוי זה צד חומרא.

עכ"ז קשה דאפתי גילף דגמר בלבבו יהי חשוב לדברים מהא דמצינו בתרומת פהו דמחשבה הוי פאמירה בי' ובכה"ג הא ילפינו חולין מקדשים כמש"כ לשי' רש"י וע"פ הפלל של הש"ס דמקולא דקדשים ילפינו שפיר: ולכו יש לומר מקלתא חדתא בשי' רש"י ה"ל עפ"י הנאמר בבכורות (דף נ"ט) תרומה נטל במחשבה ופי' רש"י במחשבה שמשחב שני לוגין שאני עתיד להפריש ה"ה תרומה ולהכי קרי לי' מחשבה משום דאינו מונה אותן א"נ נותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר.

והתוס' שם ד"ה במחשבה כו' הביאו שני פי' של רש"י ה"ל אם צריך דיבור או דסגי במחשבה לחודה. ומסקי התוס' דבלא דיבור נמי הוי תרומה פמבואר בשבועות (דף כ"ו) דתרומה וקדשים הוי ב' פתובים כו'.

וכ"כ התוס' במנחות (דף נ"ה) ד"ה במחשבה. ובגיטין (דף ל"א) תוס' ד"ה במחשבה אף רש"י במנחות ובגיטין שם פתב בפ' מחשבה דהוי מה שנותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר.

הרי דס"ל לרש"י לעיקר בפ' מחשבה דא"צ דיבור. ולכו שפיר הקשיתי לעיל דלמה פירש רש"י בשבועות (דף כ"ו) דתרומה הוי תרומת המשפן ולא תרומה ממש.

וגם הא בבכורות שם ה"ל לא הכריע בפירושו דהוי דיבור בלא הפירשה. והכא בשבועות פי' רק חד פי' דתרומה הוי תרומת המשפן ולכו שפיר פתבתי לעיל להקשות על פי' רש"י דשבועות ותירצתי כנ"ל בארובה.

אָבֿל עֿדֿיֿן תֿקֿשָׁה פֿנ"ל: עֿנָף בַּוהנלפֿענ"ד בֿכֿנֿונת רֿש"י דֿדֿקֿדֿק בֿכֿל הֿנָף] מֿקֿוֹמוֹת בֿש"ס הֿנ"ל לֿכֿתֿוֹב דֿמֿחֿשָׁבָה הֿוֹי מַה שְׁנוֹתָן עֿיֿנֿוּ בֿצֿד זֶה וְאוֹכֿל בֿצֿד אֿחֿר וְלֹא פֿי בֿקֿצָרָה דֿהֿוֹי מֿחֿשָׁבָה בֿלֿב וּכְמֿש"כ תּוֹס' שָׁם.

וְהֿרֿמֿב"ם ה' תֿרוֹמוֹת פֿ"ד ה' ט"ז פֿתֿב בֿזֶה"ל הֿפֿרֿיש תֿרוֹמָה בֿמֿחֿשָׁבָתוֹ וְלֹא הוֹצִיא בֿשְׁפֿתָיו פֿלוֹם ה"ז תֿרוֹמָה שֵׁנֵא' וְנִחֿשָׁב לָכֶם כּו'. וְכֵן הוּא לְשׁוֹן הַשּׁו"ע בֿיֿו"ד ס'י שֵׁל"א סְעִיף מ"ו.

וּל"ל לֿרֿש"י לֿדֿיֿיֿק בֿכֿל הֿמֿקֿוֹמוֹת דֿאָמְרוּ תֿרוֹמָה נִיֿטֿל בֿמֿחֿשָׁבָה דֿהֿיֿיֿנוּ מַה שְׁאוֹכֿל בֿצֿד זֶה וְנוֹתֵן עֿיֿנֿוּ בֿצֿד אֿחֿר. וְע"כ מוֹכַח דֵּס"ל לֿרֿש"י שִׁיטָה אֿחֿרֵת בִּזְוָה.

דִּבְּזֶה דִּנְקָא בֿעֵינֵן מֿחֿשָׁבָה ע"י מַה שְׁאוֹכֿל בֿצֿד אֿחֿר. וְלֹא ס"ל כִּפֿי' הַתּוֹס' וְהֿרֿמֿב"ם דֿמֿחֿשָׁבָה לִבֿד סָגִי.

אַלֹא ס"ל לֿרֿש"י דִּלְכֵן מִהֵנִי מֿחֿשָׁבָה מִשּׁוֹם שְׁנוֹתָן עֿיֿנֿוּ בֿצֿד זֶה וְאוֹכֿל בֿצֿד אֿחֿר. וְהוּא דִּקָּא פֿתֿב הַמֿל"מ פ"א ה' מְכִירָה ה' ד' בֿשֵׁם הַמַּהֿרִיב"ל דִּבְמִקּוֹם אִיסוֹר אִז הֿוֹי פֿמֹו פֿרֿיש דֿהֿוֹי אִנְמֿדָנָא דִּנְתַּפּוֹנוֹן כֵּן כְּדִי שְׁלֹא יַעֲבֹר עַל אִיסוֹרָא.

וְאח"ז הוֹכִיחַ הַמֿל"מ מִקֿדוּשֵׁינִי (דָּף יו"ד) דָּאִי תִּחֿלֵּת בִּיאָה קוּנָה כּו' דִּמּוֹכַח מִהֵתָם דָּאָף בִּמִקּוֹם אִיסוֹר לֹא הֿוֹי פֿפֿרֿיש וְגַם הִבִּיא שָׁם דֵּהַמַּהֿרִיב"ל בַּח"ב חִזוֹר בּוּ וּמְסִיק דָּאִיסוֹר לֹא הֿוֹי פֿפֿרֿיש עִי"ש בַּמֿל"מ. וּבַמִּקּוֹם אֵלֵּא הָאֵרְכֵּתִי קִצֵּת בִּזְוָה וְתִירְצָתִי קוֹשִׁיּוֹת הַמֿל"מ מִהָא דִּקֿדוּשֵׁינִי הֿנ"ל.

וְהִבֵּאתִי דְבָרֵי הַמַּהֿרִי"ט ח' ח"מ ס'י ס"ה דְּכָתֵב דָּאִין רֵאִי פֿלֵל מִהַמַּהֿרִיב"ל בַּח"ב דִּחִזוֹר בּוּ. דָּאִינוּ מוֹכַח מִשָּׁם פֿלֵל וְאִדְרָבָא לִדִּינָא דַּעַת הַמַּהֿרִיב"ל הוּא דָּאִיסוֹר הֿוֹי פֿפֿרֿיש וְאִכֿמ"ל בַּח"ז: וְכֵה"ג מְצִינּוּ בְּגִיטִין (דָּף מ"ם) גְּבִי עֶבֶד דֵּהַשִּׁיאֵו רַבּוּ יֵצֵא לְחִירוֹת דִּמּוֹכִיחִין מִזֶּה דְכֵינּוּ דָּאִינוּ רִשָּׁאִי לַעֲשׂוֹת כֵּן מִן הַסֵּתָם עֲשֵׂה בְּדִרְךָ הִיתֵר.

וּכְעֵין זֶה אֵיתָא בְּחוֹשֶׁן מִשְׁפֵּט סִימֵן רַע"ט סְעִיף ו' וּבִיֿו"ד ס'י רַס"ז סְעִיף ס"ט. וּבֵאֵה"ע סִימֵן ד' סְעִיף י"ב וְס'י ט"ו סְעִיף י' וּבְס'י קנ"ו סְעִיף ב' ע"ש.

וְשִׁיטַת הַרֿמ"ה הַמּוֹבָא בַּטּוֹר יו"ד ס'י רַס"ז שְׁכָתֵב שָׁם דָּאָף בִּנְשָׂא שְׁפֿחָתוֹ הֿוֹי קִדּוּשֵׁי סִפְק. וְעֵינֵן בְּבִיאֹר הַגֵּר"א זַצ"ל בֿכֿל הֿמֿקֿוֹמוֹת הֿנ"ל.

וְשָׂאֲרֵי פּוֹסְקִים ס"ל דִּמּוֹכַח מִזֶּה דֵּהוּא כֵּן חוֹרִין בְּנוֹדָאִי. וּבְאֵמַת יֵשׁ לְחִלְקֵי בֵּין הָעֵנְיִנִים הֿנ"ל דָּאִימְתִי אִמְרִינֵן מִחֵמַת הַהוֹכָחָה דִּלָּא יַעֲבֹר עַל אִיסוֹר הֿוֹי מִשּׁוֹם זֶה סִפְק אִנְמֿדָנָא.

וְאִימְתִי הֿוֹי אִנְמֿדָנָא וְנוֹדָאִית וְהַדְּבָרִים אֲרוֹנְפִין: וּכְעֵין זֶה יֵשׁ לְדוֹן בְּהָא דְנוֹתָן עֿיֿנֿוּ בֿצֿד זֶה וְאוֹכֿל בֿצֿד אֿחֿר דִּקָּא יֵשׁ לְנוּ אִנְמֿדָנָא דְכֵינּוּ דָּאוֹכְלוּ וְאִם נֹאמֵר דִּלָּא הִיָּה חוֹשֵׁב מִעוֹלָם עַל הַפֿרֿשַׁת תֿרוֹמָה אִם כֵּן הִיָּה אוֹכֿל טָבֵל.

וּבְאֵמַת הָא אִיכָא אִנְמֿדָנָא דִּלָּא יַעֲשֵׂה אִיסוֹר ע"כ אִמְרִינֵן מִשּׁוֹם אִנְמֿדָנָא זֹו דְּבּוֹנָדָאִי הוּא חוֹשֵׁב עַל הַפֿרֿשַׁת תֿרוֹמָה בֿמֿחֿשָׁבָתוֹ. וְיִדּוּעַ מַה שְׁפֿתָבוּ הִרְאִשׁוֹנִים דֵּהִיכָא דָּאִיכָא אִנְמֿדָנָא הֿוֹי פֿפֿרֿיש.

ועיין בתוספות גיטין (דף ל"ב) ד"ה מהו דתימא כו' בסה"ד. ומה שפתיבתי בשארי דוכתי גבי ענין מברחת וכדומה.

ובאמת אי נימא דבמקום איסור הוי נודאי כמו פריש א"כ א"צ קרא דונחשב דמהני חישוב בלבד על תרומה. וע"כ מוכח לומר דס"ל דזה לא הוי כמו אומדנא ונדאית על עת מחשבתו בעת שאוכלו.

דקא אין לנו הוכחה בשעתו דמהרהר על הפרשת תרומה. משום דיכול להיות דלמא הפריש מקודם אכילתו ואין לנו שום הוכחה בשעתו דהרהר אז על הפרשת תרומה.

דקא להרואים אותו דאוכל יש להם להסתפק דלמא הפריש מקודם זמן הרבה. ולכן אין זה דומה למש"כ המל"מ הג"ל דבמקום שבועה הוי כפריש לקנות בכסף.

וכן גבי פהו גדול דקידש בביאה דקדושין (דף יו"ד) דהתם הוי הוכחה בשעתו ונקרא שפיר אומדנא דמוכח לכל דבשעה שעושה האיסור מסתמא עשה אז בדרה דהיתר ומחשב שיהי' באופן המותר כמש"כ המל"מ פנ"ל.

משא"כ הקא וכש"כ להסוברים דאיסור לא הוי כפריש י"ל דבאמת טעמייהו הוא דלא הוי אומדנא ונדאית ולא הוי רק ספק בעלמא. וכבר פתיבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י' וסי' י"א דספק אומדנא מקרי דברים שבלב עי"ש.

ועיין בתוס' פסחים (דף צ') ד"ה החיי' עצמה כו' וי"ל דקמ"ל קרא דדעתו בכף עכ"ל. וכה"ג כתבו התוס' בכתובות (דף נ"ו) ד"ה ה"ז כו' דקא דחיובה תורה לכל ד' שומרין זהו משום דירדה תורה לסוף דעתן דמשעבדים א"ע לכל הכתוב בפירשה ועיין בספרי ח' ח"מ סי' ג'.

וה"ה הקא י"ל פן וקצרת: ולפ"ז יש לומר בש"י רש"י דפירש דלכן מהני מחשבה בתרומה דסמכין על מה שנותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר פנ"ל דטעמו דאף דנימא דזה לא הוי כמו אומדנא ונדאית בעת מחשבתו פנ"ל.

עכ"ז מצד ספק לא יצאנו. ובעת דאוכל הטבל הוי אז לידת הספק לכל שפא חושב במחשבתו אז על הפרשת תרומה והוי לכל הפחות דררא דספיקא אז עכ"פ.

וי"ל דלכן אמרה התורה דמהני מחשבה על תרומה משום דקא עכ"פ נולד הספק באומדנא וספק אומדנא הוי ג"כ כמו פריש. ולא הוי כמו כל דברים שבלב דלא הוי דברים משום דקא התם אין פאן שום לידת הספק לנו כמו התם בשבועות (דף כ"ו) גבי גמר בלבד ואשמעינן קרא דונחשב דאף דלא הוי אומדנא ונדאית משום די"ל דאיסור לא הוי כפריש בנודאי.

או משום דלא הוי אומדנא בעת מחשבתו פנ"ל. עכ"ז מהני דברים שבלב להיות חשוב לדברים וכמו דמצינו ביזים דנזירות דאף דלא הוי הוכחה גמורה וכדקאמר הרשב"א הג"ל.

ועכ"ז רבתה התורה דיהי' חשוב כמו דהוציא בפיו. והוא הדין גבי מחשבה דתרומה פיון דנולד עכ"פ ספק לפנינו: וי"ל דקא דאמרו בחולין (דף ו') ודלמא נתן עיניו בצד זה ואכל

בצד אחר גבי דמאי וכה"ג בשבת (דף קמ"א) גבי מדומע דרשב"א ס"ל נותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר והובא כ"ז בתוס' גיטין (דף ל"א) ומנחות ובכורות שם.

י"ל דדוקא נותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר הקילו בהו. משום דהא יש דררא דספיקא לקנינו.

אבל במחשבה בלבד לא אקילו בהו וכנ"ל. [והא דקדושין (דף מ"א) דאמרו מה להנהיגין במחשבה.

אין זה קשה כלל. דהא לחד שיטה בעי דוקא אמירה בתרומה ועכ"ז קרינו לי מחשבה וכשם דתרומה גדולה במחשבה כו' וה"ה בזה וכמו בכולי ש"ס דקרינו לי בשם מחשבה].

ולפי מה דנתבאר בשיטת רש"י הנ"ל דלכך מהני מחשבה בתרומה משום דהוי דררא דספיקא מחמת אומדנא דהוי מילתא דאיסורא משום דאוכל בצד אחר יתנה אתי שפיר שיטת הרשב"א על נכון ב"ה: ענף ג וי"ל דרש"י הוכיח פן מן שבועות (דף כ"ו) הנ"ל בהא דאמר שמואל גמר בלבו צריף להוציא בשפתיו ואמרו מיתבי מוצא שפתיך תשמור כו' גמר בלבו מניין כו'.

וקשה אמאי לא הקשו מהא דמהני מחשבה בתרומה. וגם לפי מה דמסקי דלמ"ד ב' פתובים מלמדיו חולין מקדשים לא ילפינו.

אפתי תקשה הא יש למילף מתרומת פהו פנ"ל בארנקה. ודוקא מתרומת המושפן דהוי קדשים שריף לומר חולין מקדשים לא ילפינו.

אבל לא מתרומת פהו וכנ"ל. וכש"כ לפי מש"כ מהרש"א שם בתי' הב' דתרומה הוי חול וגמרינו שפיר חול ממש מיני' יע"ש.

אף ע"ז יש לעיין מן קדושין רפ"ב דאמרו דגם תרומה מקרי קדשים אצל חולין. ודוקא אצל קדשים מקרי תרומה חול.

אף כבר פתבתי לעיל מה שיש לתרץ לקושיות המהרש"א על נכון. ולפמש"כ שם אתי שפיר הוכחת רש"י הנ"ל דהא מתרומת פהו עדיין איכא למילף.

וע"כ הוכיח מזה דבתרומה לא מהני מחשבה רק מצד אומדנא דהוי מילתא דאיסורא פנ"ל. וכיון דהוי ספק באומדנא ע"כ מהני מחשבה בתרומה.

אבל היכא דלא נולד ספק בהאומדנא שפיר י"ל דלא מהני מחשבה בלב וכן שפיר אמרו גמר בלבו צריף להוציא כו'. משום דמתרומת פהו אינו ראיה פנ"ל.

וכן ביז לגזירות ונדרים אף דנזיר עובר לפניו ס"ל להרשב"א דלא הוי אפתי אומדנא ונדאית רק הוי ספק אומדנא. וכדקאמר הרשב"א שם פנ"ל דאפשר אהא בתענית קאמר.

אף מחמת דנזיר עובר לפניו הוי גידת הספק עכ"פ באומדנא שלו ורבתה תורה דיהנה חשוב דברים שבלב ככה"ג: ולפ"ז אתי שפיר דברי הרשב"א בקדושין הנ"ל. ונקדים מש"כ הרשב"א שם בקדושין (דף מ"ט ע"ב) בתחילת הסוגיא שם בההוא גברא דזבין נכסי אדעתא למיסק לארעא דישראל ומסיקנא דדברים שבלב לא הוי דברים.

וְכַתֵּב הַרְשָׁבָא שֶׁם דְּמִיָּירִי דְאָמַר לְקוֹדֵם שְׁעַת מְכִירָה שְׁהוּא רוּצָה לְעֵלוֹת לֵא"י וּמִפְּנֵי כֵן הוּא מְחַזֵּר לְמַפְּנֵי וְאִפ"ה פִּינּוֹן דְּלֵא אָמַר זֶה בְּשַׁעַת הַמְּכָר קָרִינוֹן זֶה דְּבָרִים שְׁפֻלְב. מִשּׁוּם דְּדִלְמָא חֲזוֹר לֵאח"ז דֵּאל"כ בְּלֵא"ה לֵא מְהִימֵן לוֹמַר דְּהִיָּה בְּמַחְשַׁבְתּוֹ לְבַטֵּל הַמְּכִירָה ע"ש בְּרִשְׁבָּא וּבְרִיטְבָּא וּבְשֵׁם תּוֹס' רִי"ד ע"ש וּבִפ"י.

וְעוֹד פְּתַב הַרְשָׁבָא שֶׁם דְּכִינוֹן שְׁלֵא אָמַר בְּעַת שְׁמִכְרָה לְזֶה קָרִינוֹן לֵי דְּבָרִים שְׁפֻלְב דְּדִלְמָא בְּעַת הַמְּכָר חֲזוֹר בִּי וְרָצָה לְמַפְּנֵי בְּכָל אֲנָפִין עַכ"ל. וְהוּבָא בְּסִפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק חֵלֶק אַה"ע סִי' י"א דְּהוֹכַחְתִּי שֶׁם מְדַבְּרֵי הַרְשָׁבָא הֲנָ"ל דְּגַם הַרְשָׁבָא ס"ל דְּסִפְקָא אֲנִימְדָּנָא בְּמִצִּיאוֹת מְקָרִי דְּבָרִים שְׁפֻלְב כַּמֶּש"כ הָרֵא"ש שֶׁם.

ע"ש.

וּלפ"ז שְׁפִיר הַקְּשָׁה הַרְשָׁבָא אַח"ז פִּינּוֹן דְּכֻלָּה סוּגְיָא מִיָּירִי בְּהוֹדִיעַ מִתְחַלְלָה. דְּרוּצָה לְמַפְּנֵי פְּדִי לְמִיִּסְק לֵא"י.

א"כ קָשָׁה אֲמַאי אָמְרוּ בְּזֶה דְּבָרִים שְׁפֻלְב לֵא הֵי דְּבָרִים הָא חֲזִינוֹן בְּנְדָרִים וּנְזִירוֹת בְּנִדְּיָם דְּמִהֲנִי אִף דְּאִינוּ אֵלֵא סְפִיקָא: וְכֵן בְּתֵרוּמָה בְּנוֹתָן עֵינָיו וְאוֹכֵל בְּצַד אַחַר דְּאִף דְּאִינוּ אֵלֵא סְפִיקָא לְכָל מ"מ מְהִיָּי מַחְשַׁבְתּוֹ.

אֲלֵמָא דְּאִף הִיכָא דְּלֵא הֵי לֹן הוֹכַחָה בְּרוּרָה עַל מַחְשַׁבְתּוֹ ג"כ מְהִיָּי דְּבָרִים שְׁפֻלְב בְּזֶה. א"כ ה"ה בְּהַדְּפָא עוֹבְדָא דְּזַבִּין אֲדַעְתָּא לְמִיִּסְק לֵא"י דְּהִיָּי סְפִיקָא אֲנִימְדָּנָא פְּנ"ל יְהִיָּה מוֹעִיל.

וּע"ז תִּירָץ דְּשִׁאֲנֵי בְּנְדָרִים וּנְזִירוֹת וּתְרוּמָה דְּאִין סוֹתֵר בְּלִבּוֹ לְמַה שְׁפִיּוֹ אֵלֵא מְקַיָּים פְּמוֹ בְּנִזִיר בְּאוֹמַר הַרְיָנִי כו' וּבְתֵרוּמָה דְּאֲדַרְבָּה מְקַיָּים מַעֲשִׂיו דְּנוֹתָן בְּצַד זֶה וְאוֹכֵל בְּצַד אַחַר.

דְּהִיָּי בְּכָל הֲנָ"ל בְּפִינּוֹן אִיזָה אֲמִירָה אוֹ אִיזָה מַעֲשָׂה קָצַת וְכִינוֹן דְּהִיָּי לְפִינּוֹן דְּרָרָא דְּסִפִּיקָא שְׁנוּלֵד לְפִינּוֹן ע"כ מוֹעִיל בְּכַה"ג דְּבָרִים שְׁפֻלְב. אֲבָל הִיכָא דְּאִין פֶּאן בְּפִינּוֹן אִיזָה דְּרָרָא דְּסִפִּיקָא פְּלֵל מְקוֹדֵם דְּנִשְׁמַע לָנוּ דְּבָרִים שְׁפֻלְב בְּזֶה גַם הַרְשָׁבָא מוֹדָה דְּדְּבָרִים שְׁפֻלְב לֵא הֵי דְּבָרִים פְּדוּמוֹכַח מְנִזִיר דְּהִיכָא דְּאִין נְזִיר עוֹבֵר לְפִינּוֹן אִף דְּאָמַר הַרְיָנִי נְזִיר לֵא הֵי נְזִיר וְכֵן בְּגַמֵּר בְּלִבּוֹ בְּשִׁבּוּעָה צָרִיף לְהוֹצִיא בְּשִׁפְתָיו.

וְדוֹקָא בְּתֵרוּמָה מִשּׁוּם דְּאוֹכֵל בְּצַד אַחַר דְּנוּלֵד לָנוּ סְפִיקָא אֲנִימְדָּנָא וְכֵן בְּנִזִיר עוֹבֵר לְפִינּוֹן דְּוֹקָא דְּנוּלֵד לָנוּ סְפִיקָא: הִינְצָא לָנוּ מְדַבְּרֵי הַרְשָׁבָא הֲנָ"ל דְּהִיכָא דְּלֵא נוּלֵד לָנוּ סְפִיקָא פְּלֵל אִף דְּחִיָּשֵׁב בְּלִבּוֹ וְגַם אִין סוֹתֵר לְמַה שְׁפִיּוֹ פְּלֵל לֵא הֵי דְּבָרִים שְׁפֻלְב כַּה"ג חֲשׁוּב לְדְּבָרִים.

פְּמוֹ בְּאִין נְזִיר עוֹבֵר לְפִינּוֹן וְגַמֵּר בְּלִבּוֹ דְּשִׁבּוּעוֹת (דָּף כ"ו). וְהִיכָא דְּנוּלֵד לָנוּ סְפִיקָא אִין יֵשׁ בְּזֶה חִילּוּק דְּאִם אִינוּ סוֹתֵר לְמַעֲשִׂיו וּפִיּוֹ אִין הֵי סְפִיקָא אֲנִימְדָּנָא חֲשׁוּב לְדְּבָרִים.

וְכִמוֹ בְּהַרְיָנִי נְזִיר בְּנִזִיר עוֹבֵר לְפִינּוֹן וּבְתֵרוּמָה דְּנוֹתָן עֵינָיו בְּצַד זֶה וְאוֹכֵל בְּצַד אַחַר. אֲבָל הִיכָא דְּסוֹתֵר לְפִיּוֹ פְּמוֹ בְּהַהוּא דְּזַבִּין לְמִיִּסְק לְאַרְעָא דְּיִשְׂרָאֵל וְכַה"ג בְּזֶה אִינוּ חֲשׁוּב סְפִיקָא אֲנִימְדָּנָא פְּלֵל לְבַטֵּל לְפִיּוֹ וְכִמוֹ שְׁהֶאֱרַכְתִּי בְּזֶה בְּסִפְרֵי ח' אַה"ע סִי' י' וְסִי' י"א עִי"ש: וְכַה"כ דְּבָרֵי הַרְשָׁבָא דְּקִדּוּשֵׁין הֲנָ"ל קָאִי לְשִׁי רִש"י בְּשִׁבּוּעוֹת (דָּף כ"ו) הֲנָ"ל.

משום דלשיטת התוס' בשבועות דכתבו דתרומה דהתם היינו תרומת פהן א"כ הא זהו קושיות הש"ס בשבועות דמקשו ונגמר מתרומה. וע"כ מוכח דהרשב"א מקשה לשי' רש"י דפירש שם דקאי על תרומת המשפן פנ"ל.

משום דס"ל דאלו הנה מיירי בתרומת פהן שפיר הוי ילפינן על חולין ממנו וכמש"כ לעיל בארנקה. ובאמת מצינו גם להתוס' דאף דפירשו בשבועות דקאי התם על תרומת פהן.

מ"מ הא בחגיגה (דף יו"ד) ד"ה לאפוקי מדשמואל כו' פתבו התוס' ג"כ לפירש להא דשבועות דתרומה דהתם קאי על תרומת מלאכת המשפן ע"ש. ואף דהרשב"א בחי' לשבועות פתב כפי' התוס' דשבועות עכ"ז הא מצינו כמה פעמים דהרשב"א מקשה אף לפי' רש"י דאינו פוסק פנוטין ונה ברור לכל מי שידע דרף הרשב"א וע"כ א"ש הפל על מכוננו.

ולפ"ז אין ראיה מהרשב"א דיהיה ס"ל במחילה בלב דיהיה מהני וכמש"כ השער המשפט. דהא פיון דלא נולד ספק באומדנא שלו.

וכ"ז שלא שמענו ממנו שהיה בדעתו למחול אין שום ספק לנו אם מחל לו. ע"כ בכה"ג לא מהני פלל דברים שבלב אף אם אינו סותר לפיו ומעשיו.

ונה ברור בכוננת הרשב"א דאל"כ אין לדבריו הבנה פלל בלא"ה ומוכח פנ"ל: גם יש לדון בדברי הרשב"א הנ"ל דכתב דיש למילף מן גזירות ותרומה דדברים שבלב הוי דברים. והא זה הוי שני כתובים הבאין כא' ואין מלמדין וכמש"כ הנו"ב במ"ת ח' או"ח סי' קכ"ה ע"ש.

אף יש לומר דזה גופא אשמעינן קרא דזה הוי לידת הספק בפנינו וכעין מש"כ התוס' פסחים (דף צ' ע"א) ד"ה הסי' עצמה כו'. וכתובות (דף נ"ו) ד"ה ה"ז.

והובא בספרי ח' ח"מ סי' ג' ע"ש וקצרותי: ולכאורה יש להעיר כמה דשקיל וטרי הש"ס בקדושין (דף נ') דמנלן לרבא דדברים שבלב אינן דברים. הא י"ל דהוכיח פן מהא דקיי"ל בשבועות (דף כ"ו) גבי נדרים ושבועות דאף דגמר בלבן צריך להוציא בשפתיו ויליף לי' זה התם מקראי.

ואפשר לומר דשאני היכא דרוצה לעשות איזה ענין חדש כמו נדר ושבועה בזה אמרו דע"פ דברים שבלב אינו יכול לחול עליו הענין התחדשות. אבל לבטל איזה ענין שעושה אפשר לומר בזה דגם דברים שבלב הוי דברים לבטל המכירה או הקדושין או הקרבן כהא דקדושין שם.

דכללו ש"ד דמוקמינן אחזקתו שלא נעשה דבר המחודש ואינו אלא כפראשונה. וכיון דלא גמר בלבן לזה ממילא בטלין מעשיו.

וע"כ לא הוכיחו בש"ס התם מהא דשבועות הנ"ל. והא דהקשו הרשב"א דגילף מנדרים ונזירות ותרומה.

הינינו פנינו דחזינו דאף דלא דיבר בפיו מ"מ מועיל לעשות הענין המחוּדש. כש"כ לבטל שלא יחול ענין מחוּדש בנודאי מועיל אף דברים שבלב במקום שיש לפנינו לידת הספק כמו בנדברים ונזירות ותרומה וע"כ הוכרח הרשב"א לחלק ביניהם פנ"ל.

ועיין ברשב"א לגיטין (דף ל"א) ד"ה באומד ובמחשבה כו' דהביא שם פ"י רש"י דמחשבה הוי מה שנותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר ודחי שם פ"י רש"י דבכורות (דף נ"ט) דפ"י מחשבה הוי אמירה בלא הפרשה ע"פ סוגיא דשבועות (דף כ"ו) ופ"י דתרומה דהתם הוי תרומת פהן ע"ש.

עכ"ז יש לומר דהרשב"א הקא בקדושין פנונתו לשי' רש"י דשבועות הנ"ל וכן"ל דכן דרף הרשב"א בכמה דוכתי למי שרגיל בספרו: ועיין בשבועות (דף כ"ג ע"א) בתוס' ד"ה דלקא למיפטר נפש' כו' דהיכא דאין סותר בלבד למה שהוציא מפיו הניין דברים כו'.

וכ"כ שם לקמן (דף כ"ו ע"ב) ד"ה גמר בלבד כו' ופסחים (דף ס"ג) ד"ה המתפנין לומר תרומה כו'. ובר"ש ספ"ג דתרומות משנה ח'.

ונהו הפל כמש"כ הר"נ והרשב"א בקדושין (דף מ"ט) והובא בספרי ח' אה"ע סי' י"ד דהיכא דהוי פירוש למה דאמר בפיו שאני וקצרת: ענף ד ובס"פ המניח בטענו חטים והודה בשעורים פטור דלהרבה פוסקים הטעם דתלין דמחלו ומבאר שם ובס"פ פ"ח דמועיל תפיסה בזה.

ועיין בט"ז ח"מ סי' פ"ח סעי' י"ב ובקצה"ח ס"ק ט'. ובנתיבות ס"ק ד' שפתב שם דלכן מהני תפיסה בזה משום דלא הוי הודאה ומחילה ברויה וע"כ הוי זה ספיקא ומהני תפיסה כמו בכל ספק ע"ש.

ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ד וסי' י"א העליתי דספק אומדנא מקרי דברים שבלב ע"ש. א"כ לפ"ז י"ל דאי גימא דהך טענו חטין והודה בשעורים דפטור משום ספק מחילה.

א"כ קשה אמאי פטור בהודה לי' בשעורים הא פניו דלא הוי רק ספק מחילה א"כ מקרי דברים שבלב. א"כ אי גימא דמחילה בלב לא מהני א"כ תקשה אמאי פטור משעורים הא לא הוי מחילה בפירוש רק דנולד לנו ספק במחשבתו אם מחל או לא א"כ הא מקרי דברים שבלב: אכן לשיטת הרשב"א וכפי מה שכתבתי לפרש דהיכא דנולד לנו דררא דספיקא באומדנא דמחשבתו אז לא הוי זה בכלל דברים שבלב ומועיל.

ע"כ שפיר פטור בטענו חטים והודה לי' בשעורים והוי מזה סייעתא לדברי הרשב"א הנ"ל כפי מש"כ דהיכא דלא הוי סתירה למה שבפיו אז מהני ספק מחילה. אכן לפי הטעם שפתבו הפוסקים בסי' פ"ח דלכן מהני תפיסה בטענו חטים והודה בשעורים דפטור משום דיכול לומר לכן לא תבעתי את השעורים לפי שהייתי מוחזק בהן.

או לפמש"כ בספרי באר יצחק חלק אה"ע סי' ט"ז ענף ד' טעם חדש על הא דמהני תפיסה בטענו חטים כו' ע"ש. א"כ נסתר ההוכחה הנ"ל: והנה בהנהך איבעיות דב"מ (דף ל"ד) באמר הרניי משלם וקזור ואמר איני משלם או באמרו בניו אין אנו משלמין כו' ובכל

איבעריות דנאמרו שם פסק הרמב"ם בפ"ח הל' שאלה הלכה ה' דאם תפס אין מוציאין מידו.

והא זה לא הוי רק ספק באומדנא של הפעלים אם הקנה הפל באופן זה או לא והוי זה ספק באומדנא שלו ואפ"ה פסק דמהני תפיסה. ולפמש"כ בספרי שם דספק אומדנא מקרי דברים שבלב א"כ קשה אמאי מהני תפיסה הא זה הוי כמו דברים שבלב דאינו דברים.

אכן אי נימא כשי' הרשב"א בקדושין ה"ל דהיכא דנולד לנו ספק במחשבתו לא מקרי דברים שבלב כיון דאינו סותר למה שבפיו א"כ א"ש מה דמהני תפיסה בהנהגה איבעריות ה"ל כיון דאינו בזה סתירה למה שבפיו.

וכן מוכח מדפסק הרי"ף בב"מ שם בכל הנהגה איבעריות דב"מ ה"ל דפסק דבכל הנהגה הדין דתחלקו דקיי"ל ממון המנוטל בספק חולקין. והרא"ש בב"מ שם תמה עליו דהא שיטת הרי"ף שלא לפסוק פסומכוס אבל לולי זה הנהגה ניחא פסק הרי"ף ה"ל דמשונה לי' לכל הספיקות.

ותקשה הא זה הוי ספק באומדנא ומקרי דברים שבלב. ומוכח מכל זה פשיטת הרשב"א ה"ל: ובאמת משיטת הרמב"ם ה"ל אינו קשה די"ל דאזיל לטעמיה דס"ל בהא דב"ב (דף קמ"ח) גבי שכ"מ שהקדיש נכסיו דזה הוי ספק מעליא ואף דהוי רק ספק באומדנא מ"מ הוי ספק ואין מוציאין.

ולא ס"ל פשיטת הרא"ש דכתב גבי שכ"מ שהקדיש נכסיו דספק אומדנא מקרי דברים שבלב. וכמו דבארתי כ"ז בספרי סי' ו' ענף ה'.

ע"כ שפיר פסק הרמב"ם גבי ספק אם הקנה הפל דמהני תפיסה משום דספק בדין באומדנא שלו לא מקרי דברים שבלב. אבל מדברי הרא"ש דהקשה על הרי"ף בב"מ שם וכתב דאפשר לומר דבכפל דליכא חזקה לכו"ע חולקין ואח"ז דחה זה משום דהא יש שם חזקת בעלים הראשונים.

דמשמע דלולי זה הוי ספק מעליא דאם לא הי' חזקת בעלים הראשונים הנה הדין דחולקין. ותקשה הא זה הוי ספק באומדנא אם הקנה הפל באופן זה או לא א"כ אמאי פסק דחולקין והא שי' הרא"ש בב"ב גבי הקדיש נכסיו דזה הוי ספק באומדנא דמקרי דברים שבלב וכמש"כ בספרי שם.

א"כ שפיר כתבתי להוכיח מהרא"ש ה"ל דס"ל ג"כ פשיטת הרשב"א ה"ל דהיכא דאינו סותר לפיו לא מקרי דברים שבלב והוי ספק מעליא כיון דנולד ספק לנו במחשבתו כנ"ל. וע"כ אם לא הנה חזקת בעלים הראשונים.

הנה הדין דחולקין וכמש"כ הרא"ש שם: אכן לפי מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף ה' במה דהקשיתי שם על פלל הלז דספק אומדנא מהא דכתובות (דף ע"ג) דהאי תנא מספקא לי' גבי איסורא לחומרא כו'.

וּכְתַבְתִּי לְתַרְזֵן שֵׁם וְלַחֲלֹק דְּהִיכָא דְּהִינָה אֲנִי אֲנִי וְנִדְאִית רַק דְּהַסְפֵּק בְּהַפִּירוּשׁ בְּאֲנִי דְּנָא
דְּכַה"ג לֹא מְקַרֵי דְּבָרֵי שְׁבַלְב וּכְמַש"כ הַרְשָׁב"א וְהַר"ן דְּפִירוּשׁ לְדְבָרֵי לֹא מְקַרֵי דְּבָרֵי
שְׁבַלְב וְהַאֲרַכְתִּי שֵׁם בְּזָה.

א"כ א"ש הֵכָא דְּהָא פִּינֵן דְּבַקְל מְפָקִיד אֲמָרוּ בִּיש"ס דְּנַעֲשָׂה פְּמוּ שְׁאֲמַר פְּשִׁתְגַּנְב
וְתַשְׁלִימֵנִי פְּרַתִּי קִנִּי לְהַ מַּעֲכָשְׁוּ רַק דְּהִי סָפֵק בְּאֲנִי דְּנָא הַנְּ"ל. אִם הִקְנָה ג"כ עַל אֲנִי
דְּשָׁלְמוּ בָּנִים לְבָנִים.

אוּ בְּאֲמַר הַרְיֵנִי מְשַׁלֵּם וְחִזּוּר וְאֲמַר אִינִי מְשַׁלֵּם וְכֵן כָּל הַנְּהָ אִיבְעִיּוֹת דְּב"מ הַנְּ"ל דְּהִי זֶה
פְּמוּ פִירוּשׁ לְדְבָרֵי דְּכַה"ג לֹא מְקַרֵי דְּבָרֵי שְׁבַלְב כְּמַבְנוֹאֵר הֵתֵם בְּאֲרֹכָה. וְנִדְקָא תְּנַאֵי
מְקַרֵי עֲקִירַת דְּבָרֵי וְכַה"ל שֵׁם.

ע"ש.

וע"כ נִדְחָה רַאִי זֶה: וּבְב"ב פ"ח בְּרַא"ש ס' ל"ב גְּבִי אִיבְעִיּוֹת דְּבָרֵי אֲשַׁכְּחֵנִי נְכָסִי
לְאֲשֵׁתוֹ דְּכַתְבֵּי הַרְא"ש שֵׁם דְּלֹא מְפָקִינֵן מִיּוֹרְשֵׁימִים. אֲלֵמָא דְּבַסְפֵּק אֲנִי דְּנָא ג"כ הַמַּמְע"ה.

וְתַקְשָׁה עַל מַש"כ הַרְא"ש בְּב"ב גְּבִי אִיבְעִיּוֹת דְּשַׁכ"מ דְּהַקְדִּישׁ נְכָסִי כְּנ"ל דְּסָפֵק אֲנִי דְּנָא
מְקַרֵי דְּבָרֵי שְׁבַלְב. אֲכֵן כְּפִי שְׁכַתְבְּתִי אֲתִי שְׁפִיר דְּהָא הֵתֵם לֹא הִי סְתִירָה לְמָה שְׁאֲמַר
בְּפִי דְּהָא אִי נִימָא דְּלֹא עֲשָׂאָה אֲלֵא אַפּוֹטְרוּפָא א"כ זֶה הִי הַפִּירוּשׁ בְּלִשׁוֹן מַתְּנָה דְּקִאֲמַר
לְהַ.

וְהִי הַסְפֵּק בְּפִירוּשׁ דְּבָרֵי אִיךָ נִתְכַּוֵּן בְּאֲמִירַתּוֹ. ע"כ אִין זֶה דּוּמָה לְכָל סָפֵק בְּאֲנִי דְּנָא
דְּנִתְבָּאָר בְּסְפָרֵי שֵׁם.

דְּשֵׁם הִי סָפֵק אִם הִי פְּלֵל אֲנִי דְּנָא. וע"כ אִינוּ רַאִי מֵהֵתֵם לְסְתוֹר לְפָלֵל שְׁכַתְבְּתִי שֵׁם
כְּנ"ל: אִיךָ אֲפִתִי תַקְשָׁה עַל דְּבָרֵי הַרְא"ש דְּב"ב הַנְּ"ל שְׁכַתְבֵּי אִיבְעִיּוֹת דְּבָרֵי אֲשַׁכְּחֵנִי
לְאֲשֵׁתוֹ דְּמַסְפֵּק אִיבְדָה כְּתוּבָה.

הָא זֶה הִי סָפֵק בְּתַקְנָה דְּהָא עֵינֵיךָ מִקְלָתָא זֶה אֲמָרוּ בְּגִיטִין (דָּף י"ד) דְּהִי הַלְכָתָא בְּלֵא
טַעְמָא דְּהַכּוֹתֵב נְכָסִי לְאֲשֵׁתוֹ ע"ש. וְכַבֵּר יְדוּעַ דְּסָפֵק בְּתַקְנָה מוֹקְמִינֵן עַל דִּין תּוֹרָה.

וּבְאֲמַת הַשֵּׁם"ק כְּתִב שֵׁם בְּב"ב בְּשֵׁם הַר"ן בְּאִיבְעִיּוֹת הַנְּ"ל דְּכִינֵן דְּהִי הַלְכָתָא בְּלֵא טַעְמָא
ע"כ אִין לְהַ אֲלֵא מַה שְׁאֲמָרוּ חֲזו"ל בְּפִי. וְכַה"ג כְּתִב הַרְי"ף שֵׁם.

אֲבָל הָעֵינֵיךָ בְּזָה כְּמוֹ שְׁכַתְבֵּי הַבֵּית מֵאִיר בְּסִי"ק"ז דְּשַׁא"ה דְּלִכְּוֹן לֹא מְהַנִּי תַפְיִסָה אִיךָ
לְהַסּוֹבְרִים בְּכָל סְפִיקָא דְּדִינָא מְהַנִּי תַפְיִסָה. מְשׁוּם דְּכִינֵן דְּשִׁמוּאֵל אֲמַר שֵׁם סְתֵם הַכּוֹתֵב
נְכָסִי לְאֲשֵׁתוֹ כּו' דְּמַשְׁמַעוֹת לְשׁוֹנוֹ אִיךָ בְּרִיא בְּכָלֵל.

ע"כ פִּינֵן דְּלֹא נִפְשֵׁט לְזַמֵּר דְּבָרֵי אִינוּ בְּכָלֵל לְכֵן תַּפְסִינֵן פְּשִׁטוֹת הַלְשׁוֹן דְּבָרֵי אִינוּ ג"כ
בְּכָלֵל ע"ש בְּב"מ. וּלְפ"ז וְנִדְאִי אִינוּ סְתִירָה פְּלֵל מֵהֵתֵם לְכָלֵל הַנְּ"ל.

אִיךָ בְּזָה יֵשׁ לְחֲלֹק דְּשַׁא"ה דְּהִי הַבְּעַל וְהַיּוֹרְשִׁים תַּפּוּסִים בְּרִשׁוֹת וּכְמַש"כ בְּמַק"א לְבָאָר
דְּבָזָה י"ל דְּמַהֲנִי אִיךָ בְּסָפֵק תַּקְנָה בְּאִיבְעִיּוֹת דְּלֹא אִיבְעִיט וְקִצְרַתִּי: ועפ"י מַה שְׁנִתְבָּאָר
לְעֵיל דְּהִיכָא דְּאִינוּ סוֹתֵר לְפִי אֲזַהִיכָא דְּנוֹלֵד לְנוּ סָפֵק לֹא מְקַרֵי דְּבָרֵי שְׁבַלְב כְּנ"ל.

א"ש בְּהַנִּיחַ אֵיבָעוֹת דר"פ אלו מְצִיאוֹת בב"מ דְּפָסְקוּ דְּמַהְנֵי תְּפִיסָה בְּסָפֵק אִי נִתְּנָא שׁוּ
הַבְּעָלִים וְכַמְבֹּאֵר בְּסִי ר"ס סְעִיף ז' וְלֹא אֲמַרִּינּוּ דְּהָא הוּי דְּבָרִים שְׂבָלָב וְכַנ"ל. וַיֵּשׁ
לְהַאֲרִיךְ בְּזָה וְכֵן בְּפִרְטֵי דִּינֵי אוֹנָאָה עפ"ז וְקִצְרֵתִי: וְרֵאִיתִי בְּפָנֵי יְהוֹשֻׁעַ לְקַדּוּשֵׁין (דְּרַף
י"ג ע"א) בְּהָא דְּאֲמַרוּ שְׁם בְּגִזְלֵי דִּינָה בְּדַשְׁדִּיקָה מְקַוְדָּשֵׁת מִשׁוּם דְּאֲחִילְתִּי.

וְהַקְּשָׁה הָא הוּי דְּבָרִים שְׂבָלָב וְלֹא מְהֵנֵי יְעו"ש. אַבְל בְּאַמַּת אִינוּ קְשָׁה דְּשֵׁא"ה דְּהוּי כְּמוֹ
אַנּוּ סְהַדֵּי דְּמַחְלָה לּוֹ וְכַמְש"כ הֵרָא"ש שְׁם סִי כ'.

וְהוּי אֲנֻמְדָּנָא בְּרוּרָה וְכַמְש"כ הַקְּצָה"ח בְּהָא דְּאֲלֻמְנָה שְׂשֻׁקְתָּה כ"ה שְׁנַיִם וְכֵן בְּטַעְנֵנוּ חֲטִיִּים
וְהוּדָה בְּשַׁעוֹרִים יְעו"ש: הֵינְצָא לָנוּ מְזָה דְּוִוְדָאֵי לֹא מְהֵנֵי מַחֲלָה בְּלָב לְכ"ע וְנֵאָף
הֵרָשָׁב"א מוֹדָה בְּזָה אִם לֹא הֵיכָא דְּאִיפָא אֲנֻמְדָּנָא דְּמוּכָח.

וְלִשְׁיטת הֵרָשָׁב"א הַנִּזְ"ל אָף הֵיכָא דְּלִיכָא רַק סְפֵק אֲנֻמְדָּנָא אִם מְחֻלוּ אוּ לֹא ג"כ הוּי
מַחֲלָה. וְלֵהֲר"נ דְּכַתְּבֵי שְׁם לְתַרְזֵן בְּתִירוּץ אַחַר עַל קְוִשְׁוֹת הֵרָשָׁב"א מִן גְּזִירוֹת וְנִדְרִים
דְּמַהְנֵי יָדוֹת וְתִי דְּשֵׁא"ה דְּהַעֲנִין מוּכָח כו'.

א"כ לֵהֲר"נ י"ל דְּאִינוּ מוּכָח לִזְמַר דְּבְּסָפֵק בְּמַחְשָׁבְתוֹ יְהִי מְהֵנֵי אָף הֵיכָא דְּאִינוּ סוֹתֵר
לְפִינוּ. דִּי"ל דְּכִינּוּ דְּאִין לְפָנֵינוּ הוּכְחָה בְּרוּרָה מְקַרֵּי דְּבָרִים שְׂבָלָב.

וְהָא דְּתְרוּמָה נִיטְלָת בְּמַחְשָׁבָה דְּלֹא הַקְּשָׁה הֵר"נ מְזָה. י"ל דְּמִשׁוּם דְּס"ל כְּפִשִׁיטת הַתּוֹס'
וְש"פ דְּהָא דְּשַׁבּוּעוֹת (דְּרַף כ"ו) מִיִּירֵי הֵתֵם בְּתְרוּמַת כַּהֵן.

א"כ הָא מְתַרְזֵן הַש"ס הֵתֵם דְּתְרוּמָה הוּי קְדוּשִׁים לְגַבֵּי חוּל וְלֹא יִלְפִינּוּ ע"כ אִינוּ רֵאִי
מִהֵתֵם וְלִכְּן לֹא הִזְפִּיר זָה הֵר"נ. רַק הֵיכָא דְּהוּי פִּירוּשׁ עַל דְּבָרֵינוּ בְּזָה אָף הֵר"נ מוֹדָה
דְּמְקַרֵּי דְּבָרִים וְכַמְש"כ הֵר"נ בְּקַדּוּשֵׁין (דְּרַף מ"ט) שְׁם: עָנָף הַ וַיֵּשׁ עוֹד לְהוֹכִיחַ דְּמַחֲלָה
בְּלָב לֹא מְהֵנֵי וְהָא דְּקִי"ל בְּכַתּוּבוֹת (דְּרַף פ"ו) וְכַח"מ סִי ס"ו דְּהַמּוּכָר שְׁט"ח וּמְחֻלוּ
דְּחִיב לְשַׁלֵּם לְהַלּוּקְתָּהּ הַזִּיקוּ.

וְקְשָׁה הָא מְבֹאֵר בְּגִיטִין (דְּרַף נ"ג) דְּהַעוֹשָׁה מְלֹאכָה בְּפִרְתָּהּ חֲטָאָת פְּטוּר מִדִּינֵי אָדָם וְאִי
אֲמַרְתָּ הַזִּיק שְׁאִינוּ נִיכָר שְׁמִי הַזִּיק בְּדִינֵי אָדָם נְמִי לִיחִיב וּמְפָרַק לָהּ שְׁהַכְּנִיסָה לְרַבָּקָה
ע"מ שְׁתִּינוּק וְתִידוּשׁ מִי חֲטָאָת שְׁשָׁקֵל כו'.

וְפִי רִש"י פִּינּוּ דְּהַפְּסוּל הוּא מַחְמַת מַחְשָׁבְתוֹ שְׁנִתְּפִינּוּ שְׁתִּדּוּשׁ דְּמִשׁוּם מַעֲשָׂהוּ מְצִי אֲמַר
לְטוּבָה הַכְּנִסְתִּי וְגַרְמָא בְּנִזְקִין פְּטוּר דְּאֲמַחְשָׁבָה לֹא מְחִיבִינּוּ לִי כו' עכ"ל. וְאָף דְּעוֹשָׁה
מַעֲשָׂה בְּמָה שְׁהַכְּנִיסָה לְרַבָּקָה עכ"ז פִּינּוּ דְּבְּמָה דְּהַכְּנִיסָה לֹא פְּסָלָה אֱלָא עֵיקַר הַפְּסוּל הוּי
ע"י מַחְשָׁבְתוֹ דְּחִיטָּב ע"מ שְׁתִּדּוּשׁ ע"כ בְּכַה"ג מְקַרֵּי גְרָמָא בְּנִזְקִין וּפְטוּר.

וְאִי נִימָא דְּמַחֲלָה בְּלָב מְהֵנֵי א"כ קְשָׁה אֲמַאי חִיב הַמוּחַל לְשַׁלֵּם הָא פִּינּוּ דְּאִי בְּמַחְשָׁבָה
וְיָכוֹל לְהוֹצִיא עָנִין הַמַּחֲלָה ע"י מַחְשָׁבְתוֹ. א"כ מְבַעֲיָא לְהִיּוֹת פְּטוּר כְּמוֹ בְּעוֹשָׁה מְלֹאכָה
בְּפִרְתָּהּ חֲטָאָת דְּהַכְּנִיסָה בְּשָׁבִיל שְׁתִּינוּק וְתִדּוּשׁ.

דְּהָא כ"ז דְּלֹא אֲמַר לָנוּ דְּהִיָּה כְּוִנָּתוֹ בְּשָׁבִיל שְׁתִּדּוּשׁ לֹא מִיפְּסָלָה דְּהָא מְנַלְן דְּחִיטָּב ע"מ
שְׁתִּדּוּשׁ. וְע"כ מִיִּירֵי דְּאֲמַר לָנוּ לְהוֹדִיעַ לָנוּ מַחְשָׁבְתוֹ דְּחִיטָּב מְתַחֲלָה וְבְּדָבָר שְׁבִידוּ נֶאֱמַר
ע"א פִּידוּעַ.

ואפ"ה פינון דעיקר הענין יכול להוציא לפועל ע"י מחשבה בלבד לכן פטור לשלם. ומשמע התם ג"כ דאף דאומר פן בפירוש בעת דהכניסה לרבקה אפ"ה פטור פינון דיכול להיות פן ע"י מחשבתו.

א"כ ה"ט שניף ג"כ במוחל השטר דיהיה פטור לשלם מה"ט. ומוכח מזה לכאורה דמחילה בלב לא מהני.

ועוד דא"כ משפחת מוכר שט"ח ומוחל בלב דיפטור: ויש לחלק דשאני במוכר שט"ח פינון דלא ידעינו אם מחל לו בלב כ"ז שלא שמענו מפיו. ועכשיו דאומר לנו דחישב במחשבתו למחול דנאמן ע"י מיגו דאי בעי מחל בפירוש בפיו.

וכיון דאם מחל בפיו בפירוש היה דינו לשלם. ה"ה עכשיו דאומר דהיה במחשבתו למחול דנאמן במיגו דמחלו בפירוש.

ונדאי דצריך לשלם. דלא יהא עדיף עכשיו טענתו מן טענת המיגו עצמו וכדמצינו בח"מ סי' ס"ו ש"ף ס"ק נ"ו במוכר שט"ח ואומר דמחלו מקודם דנמכר דחייב לשלם כל דמי שיווי השטר דלא יהא עדיף מן אלו מחלו עכשיו.

וכיון דאינו נאמן לומר דמחלו מקודם כי אם מצד מיגו דמחלו עכשיו ע"כ חייב לשלם כל שיווי השטר. או דעכשיו הוא מזיק לו בדבורו דאומר דמחלו קודם ע"כ דינו כמזיק ממש ע"ש.

א"כ ה"ה במה דאומר דחישב במחשבתו למחול דנאמן ע"ז במיגו דמחלו בפירוש א"כ לא עדיף מאלו מחלו בפירוש דהיה חייב לשלם. דאל"כ איף יהיה מהימן במיגו הא י"ל דלכן לא רצה למחול בפ"י כדי שלא יצטרף לשלם.

ושאני בהכניסה לרבקה דהוי מילתא דאיסורא דנאמן לומר דחישב במחשבתו ע"מ שתדוש ג"כ. כמו כל ע"א דנאמן בדבר שבידו כמש"כ הרא"ש בגיטין (דף נ"ד) דבאיסורין ע"א נאמן בדבר שבידו.

דאף היכא דאין לו תורת מיגו כ"כ. אפ"ה פינון דבידו לעשות פן מהימן וכמש"כ הרא"ש בגיטין שם גבי נטמא טהרותיך דלאו מטעם מיגו הוא דהא אי טמאינהו בעי שלומי ע"ש.

וע"כ מקרי התם איתא במחשבה ולכן אף באומר בפיו בפירוש דרוצה שתינק ותדוש אפ"ה פטור פינון דיכול להיות ענין הלז ע"י מחשבה. משא"כ במוכר שט"ח דאינו נאמן רק בתורת מיגו ממש ולא מהני בזה מה שיהיה בידו כפר כמו באיסורין.

ע"כ אף דאומר דחישב במחשבתו למחול ג"כ חייב לשלם וע"כ לא מקרי אי במחשבה: והא דכהנים שפגלו במקדש כו' אין ענין לכאן אף להסוברי דע"י מחשבה בלבד הוי מפגל וכמש"כ המל"מ ה' פסולי המוקדשין פ' י"ג ה' א' ודלא כשיטת התוס'.

משום דראיתי בריטב"א לגיטין (דף נ"ג ע"א) שכתב על הא דאמרו בעושה מלאכה בפרת חטאת כו' דפטור משום דכיון דליכא אלא מחשבה בעלמא לא חשיב היזק. ואע"ג דלעיל גבי פיגול אמרינן דחשיב היזק שא"ה דעבד איהו מעשה ובמחשבה נפסל המעשה אבל הכא דליכא מעשה אלא מחשבה לא עכ"ל הריטב"א.

הרי דְהַרִיטְבָּ"א העיר בְּזָה וְתִי פִנ"ל. וְכַנּוֹנְתוּ בַמִּשְׁכָּ"כ דְהַקָּא לִיכָא מַעֲשֵׂה הַיְיָנוּ דְהָא יְכוּל לומר הַכְּנֻסְתִּי לְטוֹבָה וְע"כ מִקְרִי לִיכָא מַעֲשֵׂה שְׁלוֹ בְּעַת הַדִּישָׁה.

וְעֵינֵי בְרַמְב"ם פ"ז ה' חוֹבֵל וּמְזִיק ה' ד' וּבְרַאב"ד שֵׁם וְקִצְרֵתִי: וְעוֹד י"ל בְּזָה לִפְמִש"כ הָרֵא"ש בַּב"ק פ"ט ס' י"ג דְהָא דְעוֹשֵׂה מְלָאכָה בְּפֶרֶת חֲטָאת דְמִיפְטָר זָה אֵינּוּ רַק לְרַבָּנָן דְר"מ אָבֵל לר"מ מְחִיב בְּדִינֵי אָדָם ע"ש.

א"כ שְׁפִיר אָמְרוּ בְּמוֹחֵל שֵׁט"ח דְחִיב לְשַׁלֵּם לְמֵאן דְדָאֵן דְד"ג. וְע"כ אָף בְּמוֹחֵל בְּלֵב חִיב לְשַׁלֵּם לְדִינָן דְד"ג.

וְעֵינֵי בִיש"ש בַּב"ק פ"ט ס' כ"ו שְׁפַתְב לְפָרֵש דְבָרֵי הָרֵא"ש הַנ"ל דְלֹא כָתַב כֵּן רַק לְפִי מַה דְמַשְׁנֵי הַגַּמ' הֵתָם בְּגִיטִין לְמ"ד הַיְיָק שְׁאֵינּוּ נִיכָר שְׁמִי הַיְיָק דְמ"מ פְּטוֹר מִשׁוּם דְאִי בְּמַחְשָׁבָה. דו"א רַק לְרַבָּנָן דְר"מ וְלֹא לְר"מ דְמִשׁוּם דְר"מ ס"ל דְאָף דְאִי בְּמַחְשָׁבָה חִיב.

אָבֵל לְפִי מֵאֵי דְקִי"ל הַיְיָק שְׁאֵינּוּ נִיכָר לְאוּ שְׁמִי הַיְיָק ע"כ פְּטוֹר אָף לְר"מ. וְגַבִּי נְתִיאֲשׁ וְלֹא גְדָרָה שְׁאֵינּוּ דְהוּי הַיְיָק דְמִינְכְרָא ע"כ חִיב בְּאַחֲרֵיּוֹתוֹ ע"ש בִיש"ש.

וְעַפ"י דְבָרֵי הִיש"ש הַנ"ל נִיחָא דְבָרֵי רִש"י בַּב"ק (דָּף נ"ו) שְׁפַתְב גַּבִּי עוֹשֵׂה מְלָאכָה בְּפֶרֶת חֲטָאת דְמִיפְטָר מִשׁוּם דְהַיְיָק שְׁאֵינּוּ נִיכָר לְאוּ שְׁמִי הַיְיָק. וְלֹא כָתַב הַטַּעַם דְאִי בְּמַחְשָׁבָה דְלִכּוּ"ע מִיפְטָר מִשׁוּם זָה.

אָבֵל לְדְבָרֵי הִיש"ש הַנ"ל אֲתִי שְׁפִיר דְכַנּוֹנְת רִש"י לְפָרֵש דְלִכּוּ"ע מִיפְטָר אָף לְר"מ לְדִינָן דְקִי"ל הַיְיָק שְׁאֵינּוּ נִיכָר לְאוּ שְׁמִי הַיְיָק וְכַמִּש"כ הִיש"ש. וְלִכֵּן שְׁפִיר פְּרִיָּה שֵׁם הַש"ס וְתוֹ לִיכָא וְהֵאִיכָא הַעוֹשֵׂה מְלָאכָה בְּפֶרֶת כו'.

מִשׁוּם דְלִדְיָנָא כ"ע מוֹדוּ בְּזָה: וְלִפ"ז בְּמוֹחֵל שְׁטָר שְׁמַכְרוּ דְהוּי הַיְיָק דְמִינְכְרָא וְכַמִּש"כ הַרְשָׁפ"א בְּגִיטִין (דָּף נ"ג) וְהַר"נ שֵׁם לְבָאָר דְמוֹחֵל שְׁטָר הוּי הַיְיָק דְמִינְכְרָא. ע"כ אָף הִיכָא דְאִיתָא בְּמַחְשָׁבָה עכ"ז חִיב לְמֵאֵי דְקִי"ל כְּר"מ דְדָאֵן דְד"ג.

דְהוּי כְּמוֹ נְתִיאֲשׁ וְלֹא גְדָרָה וְכַמִּש"כ הִיש"ש פִנ"ל. וְע"כ אֵינּוּ מוֹכַח מְזָה כְּלָל לְדוֹן דְמַחֲיֵלָה בְּלֵב לֹא מְהִיב וְנִסְתַּר הַהוֹכָחָה הַנ"ל.

אָף כְּכָר נְתַבָּאָר ע"פ רְאִיּוֹת אַחֲרוֹת דְמַחֲיֵלָה בְּלֵב לֹא מְהִיב וְכְמוֹ שְׁכַתְבוּ הַקְצָה"ח וְהַשְׁעָר הַמְשַׁפֵּט: סִמְן צַט א (סְעִיף א' ש"ף ס"ק ו') הַעֲלָה דְאֵין הַלְוָה נְאָמָן לומר עַל מַה דְת"י דְהוּא שֵׁל אַחֲרֵים בְּמִיגוּ מִשׁוּם דְה"ל מִיגוּ בְּמִקוּם חֲזָקָה דְמַה דְת"י הוּא שְׁלוֹ.

וְהַנּו"ב בַּב"ק ח' אה"ע ס' ל"ז וּבְסִי' מ"ג וּבְסִי' נ"א הַקְשָׁה בְּהָא דְחִיּוּשֵׁינָן לְשַׁאֲלָה גַבִּי אִיסוֹר א"א בִּיבְמוֹת (דָּף ק"כ) וּב"מ (דָּף כ"ז) דְהָא יֵשׁ לָנוּ חֲזָקָה מַה דְהִיָּה ת"י בְּעַת שְׁהִיָּה לְבוּשׁ בְּהֵם בְּחִיּוֹ דְהִיָּה שְׁלוֹ וְלֹא שֵׁל אַחֲרֵים וְתִי מִשׁוּם דְנִגְדַּח חֲזָקָה דְת"י הוּא שְׁלוֹ יֵשׁ כְּנִגְדוֹ חֲזָקָת א"א הַסּוֹתָרוֹ וּמְזָה הוֹצִיא כְּמָה דִינִים מְחוֹדְשִׁים בְּעֵינֵי עֲגוּנוֹת.

אָבֵל בְּאַמֶּת תְּקִירוֹצוֹ הוּא דְחוּק דְהָא לְשִׁיטַת הַש"ף דְלֹא מְהִיב מִיגוּ נְגַד חֲזָקָה דְת"י הוּא שְׁלוֹ. א"כ חֲזִינָן דְהַיְיָ חֲזָקָה ה"ל חֲזָקָה אֲלִימָתָא.

ואלו במקום חזקת א"א היא מהני מיגו ביה פדמצינו בגיטין (דף ס"ד) דאמרו דאם אמרה קמי דידי לגירושין יהיב נאמנת במיגו כו'. א"כ צדיקין תקשה דאמאי תישינו לשאלה הא ה"ל חזקה אלימתא דמה דת"י הוא ש"ל דנה צדיקא מן חזקת אשת איש.

וכן מצאתי בהנודע ביהודה בסי' ל"ז שם דהעיר בנה בעצמו. א"כ מזה יהיה סייעתא לשיטת האו"ת בסי' צ"ט ס"ק ד' דחולק על הש"ך וס"ל דנאמן במיגו נגד החזקה דת"י הוי ש"ל.

אכן לפמש"כ התורת גיטין בחי' לגיטין (דף ס"ד) בסוגיא דשליש לדון דמיגו לא מהני במקום חזקת א"א יש לדון בכ"ז. אבל בעיקר דבריו יש לעיין הרבה.

גם יש לדון בזה דכיון דאין קנין למת לא שייך ביה לדון להחזקה הנ"ל. אף מ"מ ז"א דהא אנו דנין על עת הליכשה דהיה בחייו פנ"ל: ולענד"נ דעיקר קושיות הנו"ב הנ"ל אינו קשה והוא דלכאורה קשה על מש"כ הרמ"א דלא מהימן הלנה לומר דש"ל אחרים הוא במיגו דהוי מיגו במקום חזקה כו'.

והא פתב הש"ך בסי' ע"ה ס"ק מ"ג בשם הרמב"ן והר"נ ובסי' צ' ס"ק ד' דהגזלן נאמן לומר שלי נטלתי במיגו דהחזרתי. אלמא דאף דזהו נגד החזקה דמה דת"י הוא ש"ל עכ"ז מהימן במיגו אף דהגזלן טוען ברי להכחישו.

א"כ כש"כ בלנה הבורח דיהא נאמן דש"ל אחרים הוא במיגו דהא ליכא לפנינו שום טענת ברי הסותרו. ולכאורה הוא קושיא אלימתא.

אבל באמת אין זה קשה כלל משום דנ"ל ברור הספר הדבר של החזקה דמה דת"י הוא ש"ל דזהו כעין גדר מיגו להוציא דלא אמרינו. משום דהא כל נכסי הלנה משונעבדים להבע"ח וטוענין להבע"ח כמו דטוענין ללוקח.

ומה"ט צריך הסרסור שבועה אף דטוענים הבע"ח וש"מ וכמש"כ הש"ך בסי' צ"ט ס"ק י"ג והאו"ת שם ס"ק ד' דזהו משום דהוי כמו בא להוציא משונעבדים דצ"ש. וזהו לפי דהמחזקות של הלנה הוי כמו דהבע"ח בעצמם הם מוחזקים דכל הזכות שיש להלנה שייך הפל לבע"ח.

ולכן אינו נאמן הלנה להוציא מחזקת הבע"ח אף ע"י מיגו משום דה"ל כעין מיגו להוציא דלא אמרינו כיון דטוענין להבע"ח. וה"ל כמו ברי וברי דלא אמרינו מיגו להוציא.

וכמש"כ הרא"ש ברפ"ג דכתובות דמה דטוענים ליורש הוי זה כמו טענת ברי. וכעין מש"כ התוס' בב"ב (דף נ"ב) בתוס' ד"ה דברים העשויין כו' בסה"ד בשם מה"ר דודי כו'.

ואף דהש"ך פתב פן שם בסי' צ"ט בשם הרשב"א. והש"ך בסי' פ"ג ס"ק ז' הביא בשם הרשב"א דס"ל דאמרינו מיגו להוציא.

עכ"ז הא זהו אינו ברור דהרשב"א בתשובה ח"ג סי' שנ"ג פתב דהסברא נוטה דלא אמרינו מיגו להוציא ע"ש. ועיין בחידושי בסי' ע"ב סעי' י"ח ענף א' מזה.

וגם י"ל דהך סברא דמעלת חזקה דת"י הוא שְלוּ בְצִירוּף מַעֲלַת מוֹחֲזֵק בְּיַחַד אֵלִימָא דְלֵא אַמְרִינן מִיגוּ פְּנִגְדוּ: וְהָא דְמִבְּנֵי אֶרְבֵּי בְּשִׁ"ף ס"ק ו' דְּבִידוּעַ שְׂיֵשׁ לוֹ עֵיסקָא מִן אַחֲרִים נְאָמֵן בְּמִיגוּ.

י"ל דשא"ה דבנה הא איתרע ליה חזקה ממונא וְלֵא אֵלִימָא כ"כ וע"כ מְהִי בְּיָה מִיגוּ. אָבֵל הֵיכָא דְלֵא אֵיתְרַע לִיה חֲזַקַת מְמוֹנָא אֲזַ לא מְהִי מִיגוּ דה"ל פְּעִין מִיגוּ לְהוֹצִיא.

וכינן דעיקר מעלת חזקה הוא בשביל המוחזקות. ומה"ט אמרו גבי שטר דנאמן לומר דש"ח פרוע הוא וכה"ג במיגו משום דהא אינו תופס גוף הממון ת"י וכמש"כ הש"ף בשם הראשונים הָא בַּס"ק ו'.

וכ"כ הש"ף לעיל בסי' מ"ז ס"ק ו'. דזהו הפל לפי דעיקר ההסבר של חזקה הנ"ל משום דה"ל פְּעִין מִיגוּ לְהוֹצִיא.

וע"כ באינו תופס גוף הממון רק השט"ח דלאו פגבוי דמי ע"כ שפיר מהימן במיגו. וְלִכּוֹן א"ש מה דמהימן הגזלן לומר דידי חטפי במיגו כמו בהא דנספא דר' אבא פנ"ל דהא פיון דהוי הגזלן עקשיו מוחזק ע"כ מהימן במיגו להחזיק גוף החפץ ת"י.

אָבֵל גְּבִי הָא דְסִי צ"ט דְרוּצָה הִלְוָה לְהוֹצִיא מִחֲזַקַת הִבְעָה דְהָא נִכְסֵי הֵם עוֹמְדִים בְּחֲזַקַת הִבְעָה ע"כ שפיר אמרו דאינו נאמן במיגו להוציא מחזקתם. וְזֵהוּ מוֹכְרָח: וּלפ"ז אֲתִי שְׁפִיר קוֹשִׁיּוֹת הַנּוֹ"ב הַנּוֹ"ל בְּמָה דְהִקְשָׁה בְּמָה דְחִיּוּשִׁינּוּ לְשִׂאלָה דְהָא יֵשׁ לָנוּ חֲזַקָה דְמָה דְהִיָּה ת"י בְּעַת שְׁלִבְשׁוֹן בְּחִיּוֹ דְהִיָּה שְׁלוֹ.

דלפמש"כ אין זה קשה דהא עיקר מעלת הך חזקה הנ"ל הוא משום מעלת מוחזקות וְחֲזַקַת מְמוֹנָא וְאִין מוֹצִיאִין ע"י מִיגוּ מִן חֲזַקַת מְמוֹנָא. וְהִנֵּה הַנְּתִיבוֹת בְּסִי' ל"ד ס"ק ט' פֶּתַח דְחֲזַקַת מְמוֹנָא לֹא הִי חֲזַקָה הַמְבַרְרַת רַק אִין לָנוּ פֶּתַח לְהוֹצִיא חֲחָפֵץ מִן הַמּוֹחֲזֵק וְכ"כ הַקְצָה"ח בְּקוֹנְטְרַס הַתְּפִיסָה ע"ש.

ע"כ לא שייך הך חזקה הלז רק בְּמָה דְאָנוּ דְנִין עַל חֲחָפֵץ לְהוֹצִיא מִחֲזַקַת הַתּוֹפְסוֹ. וְאֲזֵלִין בְּתַר הַמּוֹחֲזֵק.

אָבֵל מ"מ לֹא הִי זֵה חֲזַקָה הַמְבַרְרַת לְבַרְר לָנוּ הַסְּפֵק שְׁנוּלֵד לָנוּ עַל הָאִשָּׁה אִם הִיא אֲסוּרָה בְּאִסוּר א"א או לא. דְהָא זֵה לֹא הִי חֲזַקָה הַמְבַרְרַת עַל עֲנִין אַחַר רַק עַל חֲחָפֵץ עֲצָמוֹ אַמְרִינן הַמְמַע"ה: וְכֵן פְּתַבְתִּי לְדוֹן מַה"ט בְּקוֹנְטְרַס עֲגוּנוֹת אֲשֶׁר לִי עַל מַש"כ הַחֲלָקַת מְחֻזְקָה בְּסִי' י"ז ס"ק מ"ב דְלֵא דוֹקָא לְשִׂאלָה חִיּוּשִׁינּוּ אֵלֵא גַם לְמַכִּירָה חִיּוּשִׁינּוּ.

וְהַקְשִׁיתִי דְהָא מוֹכַח בְּכ"ד דְחֲזַקַת מְרָא קָמָא הִי חֲזַקָה אֵלִימָתָא. אָבֵל הָאֵמַת הִיא הַפֶּל ע"פ סְבָרָא הַנּוֹ"ל דְחֲזַקַת מ"ק הִי בְּגֵזֵר חֲזַקַת מְמוֹנָא כַּמַּש"כ בְּקוֹנְטְרַס הַסְּפִיקוֹת שְׁל הַקְצָה"ח בְּכָלֵל א' ס"ק ה' וּבְכָלֵל ו' ס"ק י"א.

וע"כ אף דחזקת מ"ק הוי חזקה אלימתא עכ"ז עיקר תוקפה של מעלת חזקת מְרָא קָמָא הִיא מְשׁוּם מַעֲלַת חֲזַקַת מְמוֹנָא פְּנ"ל. וע"כ לֹא מְהִי מַעֲלַת חֲזַקַת מ"ק לְבַרְר לְמָה שְׁנוּלֵד לָנוּ סְפֵק בְּעֲנִין אִיסוּר דֵּא"א.

ועוד יש לדון בכ"ז ע"פ הא דמצינו באה"ע סי' ל"ה ב"ש ס"ק ל"ד ב"ש הרמב"ן
דחזקת קרובות לא מהני לזו ע"ש. וכה"ג פתבו התוס' בכתובות (דף ע"ו) ד"ה רישא
מנה לאפא בידה כו' דחזקת אשה לא מהני לגבי האב.

וכה"ג פתבו הפוסקים ביו"ד סי' ק"י בחצי חתיכה דפריש מקודם שזנדע התערובות
דהחצי השנית ממנה אחר דנולד תערובת אסורה משום דאף דאיך חציו מכשירין משום
פל דפריש מרובא כו'.

עכ"ז אין מוכיחין מזה על הב'. אלמא דמצינו דחזקה וקרוב לא מהני לברר רק במה דהוי
בניה החזקה וקרוב אבל לא להוכיח ממנו במה דאין בו החזקה וקרוב.

א"כ ה"ה בהך חזקת מ"ק ודחזקה דמה דת"י הם ש"ל. זה לא מהני לברר רק על החפץ
דיש בו הנה חזקות.

אבל לא מהני זה להוכיח ממנו על ענינים אחרים כנ"ל וכן י"ל בטעם הדבר דחשו
לשאלה ולא אמרו בניה חזקה דכאן נמצא פאן הנה משום דלפמש"כ א"ש הפל על נכון:
ובקונטרס עגונא אחת הארכתי בכ"ז הרבה.

ולכן מתורץ על נכון קושיות הנו"ב הנ"ל. וע"כ אין להוכיח מקושיותו פשיטת האו"ת
הנ"ל.

ואין להזניח דברי אדונינו הש"ך. ומצאתי פעת בספר מראות הצובאות באה"ע סי' י"ז
סעף כ"ד ס"ק פ"ט בהג"ה שכתב דיש לו תמיה רבתי על הש"ך דסי' צ"ט הנ"ל מדידן
אדידן מהא דפסק בסי' ע"ה וסי' צ' דגזלן נאמן לומר דידי חטפי במיגו אף דהוי נגד
חזקה דת"י הוא ש"ל ונשאר בצ"ע.

אבל לפמש"כ אין זה קשה כלל. ולפי מה דנתבאר מתורץ מה דהקשה הש"ך בכללי מיגו
ס"ק י' על הא דסי' צ"ט דלא אמרינן מיגו במקום חזקה דת"י הוא ש"ל וקא בב"ב (דף
ה') לא איפשיט ונדחק לפי שאין החזקות דומות זו לזו.

אבל לפי מש"כ אין זה קשה כלל ואף דמן הש"ך שם לא משמע כן עכ"ז העיקר הוא כמו
שהוכחתי פנ"ל. והאו"ת העלה פאן דאמרינן מיגו במקום חזקה דת"י הוי ש"ל.

ועכ"ז יש לדון בזה לפמש"כ בחידושי לעיל סי' ס"ב דמיגו במקום חזקה ובצירוף מיגו
דהענה לא אמרינן והוכחתי כן מן התוס' דב"ב (דף ה') ע"פ מש"כ האו"ת בסי' ע"ח ס"ק
ח' יעו"ש. א"כ לפ"ז י"ל ה"ה הקא דהיקא דהמלנה ראה את החפץ ת"י הלנה דאף דיש
לו מיגו דלהד"ם או החזרתי דאף דקיי"ל דאמרינן מיגו דהענה עכ"ז היכא דהוי ג"כ מיגו
במקום חזקה ובצירוף מיגו דהענה דכה"ג לא אמרינן מיגו ובזה אף לשי' הסוברים
דאמרינן מיגו במקום חזקה דת"י כו' כמו בכל חזקות.

דמ"מ בכה"ג לא מהני מיגו לכ"ע ועפ"ז יש לתרץ הסתירות בזה דהובא בש"ך הקא:
ותשובת הרשב"א דהובא בבית יוסף סוף סי' מ"ז דמשמע דנאמן לומר ש"ל אחרים הוא
במיגו והובא בש"ך הקא וכתב הש"ך לתרץ דמיירי דהמטלטלין הם ביד האחר רק דהנה
דוע לראובן ונהה עדי ראה כו'.

אָבֵל הַבִּיבָה בְּסִי' ק' ס"ק ה' הִבִּיא לְדַבְרֵי הַרְשָׁבָ"א הַנִּלְוֵי וְתִירַץ דְּכִינּוּן דְּהִיָּה שְׁמֵי כַת"י מִן הַבְּעַל שְׁזַמְנֵנוּ נִכְתָּב מִקְוֵדִים הַנִּיִּשְׁוֹאִין וְאִז לֹא הִיָּה מְחַיֵּיב לְשׁוּם אָדָם ע"כ נֶאֱמָר בְּמִיגוּ וְאָף דְּהִיא אוֹמֶרֶת שְׁנִכְתָּב אַחַר הַנִּיִּשְׁוֹאִין מ"מ אִין זֶה מִיגוּ בְּמָקוֹם חֲזָקָה פִּינּוּ דְּלֹא הִוְחָזַק שְׁעָבוּד הַבַּע"ח מִקְוֵדִים וְע"כ בְּכַה"ג מְהִימָן בְּמִיגוּ.

וְלִמְדֵנוּ מִדְּבַרֵי הַבִּיבָה דְּאָף דְּאִין נֶאֱמָר בְּמִיגוּ לֹמַר שֶׁל אַחֲרֵים הוּא וְכַמֶּש"כ הַשְּׁ"ף. דַּמ"מ אִם יֵשׁ כַת"י בְּזִמְנֵן הַקְוֵדִים לְשְׁעָבוּד הַבַּע"ח דְּאָף דְּלֹא סְמִיכִינּוּ עַל זִמְנֵן דֶּהֱכַת"י כַמֶּש"כ הַשְּׁ"ף בְּסִי' מ"ג ס"ק ח' וּבְסִי' מ"ח ס"ק ב'.

דַּמ"מ בְּצִירֹרֶף הַמִּיגוּ שְׁלוֹ סְמִיכִינּוּ עַל זִמְנֵן דֶּהֱכַת"י דְּלֹא יִהְיֶה כְּמוֹ מִיגוּ בְּמָקוֹם חֲזָקָה כּו': וְלַעֲיִל בְּסִי' מ"ז הַעֲלִיתִי דָּאִם אָמַר הַלֵּנָה עַל הַחֲפָץ דַּת"י בְּעַת שְׂבָא הַבַּע"ח לְגַבּוּתוֹ וְאִת"כּ פָּרַע לְהַמְלִינָה וְטוֹעֵן הַלֵּנָה עַכְשָׁיו דְּהַחֲפָץ הוּא שְׁלִי וְמָה דְּאִמְרֵתִי כֵּן מִקְוֵדִים הִיָּה פְּנוּנְתִי רַק לְדַחּוּת לְהַבַּע"ח שְׁלִי וְכִמוֹ הַמְבַּנְאָר בְּסִי' מ"ז בְּאִמְרַי שְׁטַר אֲמַנָּה דְּנֶאֱמָר לֹמַר דְּאִמְרַי כֵּן פְּדִי לְדַחּוּת לְהַבַּע"ח.

דַּה"ה בְּזֶה דָּאִם הַלֵּנָה עֲדִינּוּ מִן חֲזָקָה בְּהַמְטִילְתִּין דְּנֶאֱמָר לֹמַר כֵּן. רַק אִם מְסַר הַחֲפָץ לְהַאֲחֵר אִז אִינוּ נֶאֱמָר לְהוֹצִיא הַחֲפָץ מִן הַלֵּנָה וְלֹא מְבַעֲיָא אִם מְסַר מִדְּעַתּוֹ לְהַאֲחֵר דְּאִז יֵשׁ לֹמַר דְּמִסְתַּמָּא הָאֲמַת הוּא עִם הַאֲחֵר.

וְאָף אִם עָבַר וְתַפְסֵי הַחֲפָץ בַּע"כ שֶׁל הַלֵּנָה ג"כ יֵשׁ לֹמַר דְּאִין מוֹצִיאִין מִן הַאֲחֵר וְכַמֶּש"כ שְׁמֵי בְּאַרְבָּעָה הַטַּעַם דְּזֶה הָיִי סְפִיקָא כְּמוֹ בְּטַעְנוּ חֲטִיִּים וְהוֹדָה בְּשַׁעוֹרִים דְּסִי' פ"ח דְּנִתְבְּאָר שְׁמֵי בְּאַרְבָּעָה ע"ש: וְהִיכָא דְּמְהִימָן לֹמַר דְּשֶׁל אַחֲרֵים הוּא א"צ לֹמַר שֶׁל מִי הוּא.

כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' פְּעִין זֶה בְּב"ב (דָּף נ"א ע"ב) ד"ה קָבַל מִן הָאִשָּׁה כּו' גַּבִּי אִשָּׁה דְּנֶאֱמַנְתָּ דְּשֶׁל אַחֲרֵים הוּא דַּא"צ לֹמַר שֶׁל מִי הוּא ע"ש. וְהָא דְּלַעֲיִל סִי' ע' סַעִי' ג' טַעֵן וְאִמְרַי כֵּן עֲשִׂיתִי וּפְרַעְתִּיהָ בְּפִנֵי פְלוֹנִי וּפְלוֹנִי כּו'.

וְכַתָּב הַשְּׁ"ף שְׁמֵי ס"ק י"ג מְשַׁמַּע דְּוָקָא בְּמִינְחָה עֲדִים כּו'. אִין זֶה דוּמָה לַנ"ד דְּשַׁא"ה דַּה"ל לְגַלּוּת הָאֲמַת מִי הֵם הָעֲדִים דְּהָא אִין שׁוּם חוֹבָה לְהַעֲדִים מְזַה.

מִשַׁא"כ בַּנ"ד יֵשׁ לוֹ לֹמַר דְּדַלְמָא אִינוּ רוּצָה הַנְּפָקֵד שְׁיַפְרֹסֵם שְׁנֵה הַחֲפָץ הוּא שְׁלוֹ וְכַדְמִצִּינוּ בְּכַמָּה דְּוָכְתִי דְּאִמְרִינּוּ שְׁלֹא לְהַשְׁבִּיעַ וְכִינְצָא. וְכִינּוּן שְׁכַתְּבוּ הַתּוֹס' בְּב"ב דַּא"צ לֹמַר מִי הִפָּה הָאֲחֵרִים ע"כ כֵּן נִקְטִינּוּ לְדִינָא בְּפִשְׁטוּת: סִימָן קָא א (סַעִיף א') אִם יֵשׁ לוֹ מְעוֹת צָרִיף לִיָּתֵן לוֹ.

וְהַנְּתִיבוֹת בְּסִי' ק"ז ס"ק ד' פְּתַב דְּהָא דְּבַע"ח דִּינוּ בְּזוּזֵי הָיִי זֶה מַה"ת יַע"ש. וְכֵן מְשַׁמַּע מִהַתּוֹס' ב"ב (דָּף צ"ב) ד"ה אִי דְּלִיכָא לְאִשְׁתְּלוּמִי מִינִי כּו' דְּכַתְּבוּ דְּלִכְּן בַּע"ח בְּזוּזֵי מְשׁוּם דְּאִדְעָתָא דְּפָרַע לִי זוּזֵי אוֹזְפִי כּו'.

א"כ מַה"ט הַדִּין נוֹתֵן דְּזַהוּ מַה"ת. אָכֵן הַסַּמ"ע בְּסִי' ק"צ ס"ק י"א פְּתַב דְּמַה"ת יָכוֹל לְסַלֵּק לְבַע"ח אָף בְּזִיבּוּרִית אָף שְׁיֵשׁ בְּיָדוֹ מְעוֹת כּו' עַי"ש.

אַלְמָא דְּלֹא פְּהַנְּתִיבוֹת. וְעַיִין סוּף סִי' רַל"ב וּבְרַמ"א.

וכן מוכח ממש"כ התוס' בכתובות (דף צ"ב ע"א) ד"ה אי פיקח מגבי להו כו' דאף דבע"ח דינו בזווי מ"מ במקום פסידא יכול להגבותו בע"כ בקרקע כו'. א"כ מזה משמע דהא דבע"ח דינו בזווי אין זה רק מדרבנן דאם ה"ה מה"ת א"כ לא מהני בזה אף דהוי פסידא.

ומוכח מזה דזהו רק תק"ח ע"כ במקום פסידא אוקמי אדאורייתא. ואף דהריטב"א בכתובות שם ובשמ"ק שם הביאו בשם דיעה א' דפירשו להא דאי פיקח מגבי לי' ארעא הפוננה דיפייסם דיתרצו לקבל קרקע בחובם.

עכ"ז הא לדינא נקטינן כתי' התוס' דאף בע"כ מגבי להו קרקע במקום פסידא וכמש"כ הר"נ בכתובות שם. וכן הרא"ש בכתובות פ' יו"ד סי' ח' פתב לדינא דבמקום פסידא מגבה לבע"ח בזווי.

אף שכתב דיש לדחות ראיות התוס' הנ"ל. מ"מ לדינא פתב שם ובפסקי הרא"ש שם דבמקום פסידא מסלקו בזווי.

וכ"כ הטור בריש סי' ק"א ובבית יוסף שם. וכן מצאתי בקצה"ח סי' ק"א ס"ק ה' שכתב דהא דבע"ח דינו בזווי אין זה רק מדרבנן עי"ש.

ועיין בב"ב (דף קכ"ד ע"ב) תוס' ד"ה גבו מעות כו' ובב"ק (ד' מ"ג ע"א) תוס' ד"ה ולר"נ שגבו קרקע כו'. והדברים ארנפין: סימן קג א (סעיף יו"ד) שמו קרקע לאשה ונשאת כו' וי"א דוקא פשמה האשה.

ש"ך ס"ק כ' והב"ח כתבו דגם להרא"ש ונהטור לאו דוקא פשמה וכן עיקר דהא הרא"ש ונהטור ס"ל באה"ע סי' צ' סעיף ט' דאפ"י גוף הקרקע מוציא הבעל מלקוחות בנ"מ אף בחי' כו' וגם הרמב"ם סובר פן ואע"ג דבחי' לית לי' אלא פירות וקיי"ל קנן פירות לאו פקנן הגוף מ"מ פיון דלכתר תקנת אושא הבעל מוציא מלקוחות אלמא דכשמה הוי לוקח למפרע משעת נישואין וה"ל פקונה הגוף מחיים ובזה מיושב קושיות התוס' בב"ב (דף קל"ט ע"ב) ד"ה והיורש את אשתו כו' והקשו דהא מחיים אין לו אלא פירות.

אבל לפי מה דנתבאר דה"ל לוקח מחיים על הגוף שפיר פתב הרשב"ם כו' עכ"ל הש"ך. וכ"כ הב"ש באה"ע סי' צ"א ס"ק ו' דמש"כ הרמ"א ומתה למד זאת מדברי הב"י דמפרש פן דברי הטור ואינו מוכרח וכמש"כ הב"ח וכן נ"ל דהא דין זה נובע מתקנת אושא ושם מבואר דאפ"י בחי' דינו פלוקח עכ"ל הב"ש.

והקצה"ח פתב דלא קשה מתקנת אושא דלא ה"ה תקנה מעולם שיהיה הבעל לוקח על הגוף מחיים דהגוף הוי של האשה ולבעל אין לו אלא פירות והא דמוציא מהלוקח פבר פתב רש"י פ' החובל (דף פ"ח) באושא התקינו דאע"ג דבעלמא לאו פקנן הגוף דמי בעל פנכסי אשתו אלמיה רבנן לשיעבודו משום איבה וכ"כ רש"י לקמן כו' אלמא דעיקר הטעם דתק"א לא הוי משום דעשאוהו פלוקח על הגוף אלא משום דאלמיה לשיעבודי' דקנן פירות שלו יתיה פקנן הגוף וכן מוכח כו' דאי נימא דאחר תק"א הוי לוקח הגוף מחיים א"כ מאן דאית לי' תק"א למה אין יוצאין בשן נעין לאיש אע"כ דגם לאחר תק"א אין לבעל אלא פירות אלא דתק"א אלים לשיעבודי' דפירות שיהיו פקנן הגוף כו' ולפ"ז ניחא דסברי הרא"ש ונהטור דהבעל מוציא הגוף בחי' והיינו משום דאלמיה רבנן לקנן

פירוטיו שיהיו פקנין הגוף ובטל מכירתה אבל לעולם הגוף של האשה כו' אמנם מדברי התוס' כו' פ' נערה (דף נ') ד"ה הבעל מוציא כו'.

מיהו אפשר דלא כתבו אלא לריו"ח אבל לדין דקיי"ל כר"ל לא אתי תק"א אלא במקום פירוטיו ומשום דעשו פירוטיו פקנין הגוף כו' עכ"ל הקצה"ח: ענף א ולענ"ד נראה להוכיח דהרא"ש ס"ל דתקנת אושא דבעל מוציא מהלקוחות זהו משום דעשו אותו פלוגת ראשון על הגוף בחיי אשתו ודלא כהקצה"ח בכוננת הרא"ש דכתובות פ"ד דין י"ז.

והוא דהרא"ש בב"ב פ"ח דין י"א כתב בשם התוס' דאין הבעל יורש מלות אשתו אפילו מה שהלונתה מנכסי מלוג פשהיתה תחתיו וכמוכח בב"ק (דף מ"ב) דאין הבעל יורש נזקי אשתו כו'.

וכתב הרא"ש ולי נראה דאם הלונתה מנ"מ שגלה פשהיתה תחת בעלה ומתה ירית בעל הדין מלנה שגרי שלא כדין הלונתה כו' ולא עדיף ממכרה שהתקינו באושא שהבעל מוציא מהלקוחות אע"פ שלא מכרה כ"א הגוף אחר מותה והבעל הי' אוכל פירות בחייה אפ"ה מוציא הגוף מהלקוחות משום דכלוקת ראשון שוינהו רבנן וכש"כ אם הלונתה ממון שגיה בידה שהבעל מוציא מידו יורש המלנה אבל אם מתו מורישי האשה והניחו מלנה ביד אחרים ומתה קודם שגבתה או אם גיה מלנה ביד אחר פשלקחה ומתה קודם שגבתה בהה מלנה לא ירית בה בעל והנינו דומיא דנזקי אשתו עכ"ל הרא"ש.

ודברי התוס' הללו הם בב"ב (דף קכ"ה ע"ב) ד"ה אמר ר"פ הלכתא כו': ואי נימא דעיקר תקנת אושא דבעל מוציא מהלקוחות הוא כמש"כ הקצה"ח דזהו משום דעשו לאו לקנין פירות של הבעל דיהיו פקנין הגוף ולכן בטל מכירת האשה אבל אין להבעל קנין הגוף בנ"מ בחיי'.

א"כ לפ"ז הדין נותן במלות אשתו שהלונתה בנ"מ תחתיו ומתה דאין הבעל יורשה כיון דהוי ראוי דהא אף דנימא דנתבטל ההלואה שגלה שהלונתה להלנה. עכ"ז הוי ראוי פשהוציא הלנה המעות דהא אף בגזילה שנייה ראוי כשאינו בעין.

וכמש"כ הסלקת מחוקק באה"ע סי' צ' ס"ק ח' ובח"מ סי' רע"ח. ובאינו בעין בנודאי הוי ראוי.

א"כ אף דנימא דהמעות הוא בגזילה ת"י הלנה מ"מ הוי ראוי ולכן לשיטת הסוברים דאין לבעל קנין הגוף מחיים בנ"מ של אשתו ע"כ אין לדמות מלות אשתו למכרה נ"מ דהא יש לחלק בפשיטות דשאני מכרה בנ"מ דמוציא מהלקוחות משום דכיון דקנין פירוטיו הוי פקנין הגוף ע"כ ממילא נתבטל מכירת האשה משא"כ במלות אשתו דאף דנתבטל ההלואה מ"מ הוי ראוי.

ומדחזינו דהרא"ש פסק לדינא דמלות אשתו שהלונתה תחתיו בעלה יורשה מצד תקנת אושא דאשה שמכרה הבעל מוציא מהלקוחות. מוכח מזה דס"ל דעיקר תק"א הוא משום דיש לו קנין הגוף בנ"מ אף בחיי' ולכל הפחות פשמתה הוי הבעל לוקח למפרע על הגוף ודלא כהקצה"ח בכוננת הרא"ש דכתובות: ובאמת שיטת התוס' בב"ב דס"ל דאין הבעל יורש מלות אשתו אף דתקנת אושא דאשה שמכרה ומתה בעל מוציא מהלקוחות.

ס"ל להתוס' לחלק דשאני מְכָרָה נ"מ כְּפִי סְבֵרַת הַקְצָה"ח ע"פ דְּבָרֵי רַש"י בב"ק דְּאֵלְמוּהָ רַבְּנָן דְּקַנְיָן פִּירוּתָיו יִהְיוּ כְּקַנְיָן הַגּוֹף וּבִטּוֹל מְכִירָתָהּ. אַבְל הַלְוֵאת אֲשֶׁתּוֹ בנ"מ אַף דְּנִתְבַטַּל הַהֲלוֹנָאָה שֶׁהַלְוִיָּהּ שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת בְּעֵלָה וְהוּוּ כְּגִזְלָה ת"י הַלְוָה מ"מ הָיוּ רֵאוּי.

וְלָכֵן פָּסְקוּ הַתּוֹס' בב"ב דְּאֵין הַבְּעַל יוֹרֵשׁ מֵלוֹת אֲשֶׁתּוֹ. וְהַתּוֹס' לְטַעֲמִיָּהוּ אֲזֵלִי דְכָתְבוּ בב"ב (דָּף קל"ט) ד"ה וְהַיּוֹרֵשׁ אֶת אֲשֶׁתּוֹ דְּמַחֲיִים אֵין לְבַעַל אֲלָא פִּירוּת וּכְפִי שְׁהוּבָא הַתּוֹס' הִזָּה בְּש"ף כַּנ"ל.

ובע"כ עֵיקַר תַּק"א הוּא ע"פ דְּבָרֵי רַש"י בב"ק וכַּמֶּש"כ הַקְצָה"ח. וְהָא שְׁכָתְבוּ הַתּוֹס' בְּכַתְּבוֹת (דָּף נ') ד"ה הַבְּעַל מוֹצִיא כּו' וּב"ק (דָּף פ"ח) ד"ה בְּאֲנִישָׁא כּו' דַּתַּק"א הִזָּה הֵיכָא דְכָתְבוּ דו"ד אֵין לִי בְּפִירוּתָיָהּ.

זֶהוּ רַק לְרִיו"ח אַבְל לְדִידָן דְּקִי"ל כַּר"ל אֵין לָנוּ הוֹכְחָה דְּתַקְנּוּ אַף כַּה"ג וכַּמֶּש"כ הַקְצָה"ח שָׁם אָכֵן מְהֵרָא"ש בב"ב פ"ח דִּין י"א מוֹכַח דַּס"ל דְּהָיוּ לוֹקַח מַחֲיִים עַל הַגּוֹף: וְכֵן מוֹכַח מְהֵרָא"ש בב"ב פ"ג דִּין נ"ג שְׁפָתָה לְכַאוּרָה מְשַׁמַּע מְדַקְאָמַר דְּזַבְּיָן אִיהוּ וּמִית אַתְיָא אִיהִי וּמְפָקָא אֶלְמָא דְּהַמְקַח קִיָּים כָּל יָמֵי חַיֵּי הַבְּעַל אַע"פ שֶׁהִיא מְעַפְכֶּת עַל מְכִירַת הַפִּירוּת מִשּׁוּם רְנוּחַ בֵּיתָא מ"מ אֵינָהּ יְכוּלָה לְבַטַּל לְגַמְרֵי מְכִירַת הַגּוֹף וְאִם מֵתָה אִיהִי אֵיגְלָאֵי מִיְלִתָּא שְׁהַמְכָּר קִיָּים מִתְחַלְתּוֹ דְּבַעַל לוֹקַח רֵאוּשׁוֹן הָיוּ אַבְל כְּשִׁמְתָה הוּא נִתְבַטַּל מְכִירַת הַגּוֹף כּו' וּמִיָּהוּ בִירוּשְׁלָמֵי קְאָמַר מְכַר הוּא וּמֵתָה הִיא מְכָרוּ בְּטַל וּפִי' הַר' יוֹנָה ז"ל הַטַּעַם דַּאֲע"ג דְּהַבְּעַל לוֹקַח רֵאוּשׁוֹן הָיוּ לְכָל דְּבָר שֶׁהוּא זְכוּת לוֹ אַפ"ה מִשּׁוּם שְׂבַח ב"א בְּטָלוּ הַמְכָּר לְאַלְתֵּר שְׁאֵין כְּכּוֹד לְאַשְׁהָ שֶׁיְהִיוּ נְכֹסִים מְכוּרִים מְעַכְשָׁיו אַע"פ שְׁאֵינּוּ מְכָר גָּמוּר אֲלָא מְכַר עַל תְּנָאֵי אִם תְּמוֹת בְּחַיָּו הֵילְכָהּ הַמְכָּר בְּטַל מְעַכְשָׁיו כּו' עַכ"ל הֵרָא"ש וְעֵינָן בְּפִלְפוּלָא חֲרִיפְתָּא אוֹת ד' שָׁם.

[וְשָׁם מִיָּרֵי בְּמוֹכַר בְּסֵתָם דְּאֵי בְּהַתְּנָה הַבְּעַל הַמוֹכַר לְכַשְׁתְּמוֹת זֶה תַּלְיָא בְּפִלְוִגְמַת ר"ת וְהַפּוֹסְקִים דַּח"מ ס' רי"א וּבְרָא"ש וְתוֹס' כְּתוּבוֹת (דָּף צ"א) וכַּמֶּש"כ הַח"מ וְהַב"ש בַּסִּי' צ' סְעִיף י"ג בַּס"ק מ"ב וּס"ק מ"ז ע"ש].

הָרִי מְבוֹאָר בְּהֵרָא"ש דְּהַבְּעַל הָיוּ לוֹקַח גָּמוּר עַל הַגּוֹף בְּחַיֵּי אֲשֶׁתּוֹ וְלָכֵן מוֹעִיל מְכִירַתּוֹ לְהַגּוֹף בְּחַיֵּי אֲלָא מִשּׁוּם שְׂבַח בֵּית אָבִיָּהּ בְּטָלוּ זֶה. א"כ מוֹכַח דַּס"ל לְהֵרָא"ש דֵּינִשׁ לְהַבְּעַל קַנְיָן הַגּוֹף מַחֲיִים וּמַה"ט תַּקְנּוּ בְּאֲנִישָׁא בְּמְכָרָה וּמֵתָה מוֹצִיא מֵהַלְקוּחוֹת וְע"כ הִזָּה יְכוּל לְמַפְנֹר לְהַגּוֹף אִם תְּמוֹת דִּיָּהּ נִקְנָה מְעַכְשָׁיו לְלוֹקַח דְּאֵי נִימָא דְּלָכֵן מוֹצִיא מֵהַלְקוּחוֹת מִשּׁוּם דְּאֵלְמוּהָ לְקַנְיָן פִּירוּתָיו דִּיָּהּ פְּקַנְיָן הַגּוֹף וּכַמֶּש"כ הַקְצָה"ח בְּש"י הֵרָא"ש א"כ אִיךָ יְחוּל מְכִירַת הַבְּעַל מְעַכְשָׁיו לְגוֹף הַשְּׂרָקַע דְּהָא לֹא הִזָּה לוֹ אֲזִ שׁוּם שְׁיִיכּוֹת כָּלֵל לְהַגּוֹף רַק בְּהַפִּירוּת בְּחַיֵּי וְלֹא בְּהַגּוֹף.

וּמוֹכַח מְזָה דְּהֵרָא"ש ס"ל דֵּינִשׁ לְהַבְּעַל קַנְיָן הַגּוֹף אַף בְּחַיֵּי. וְכֵן מַה"ט ס"ל לְהֵרָשֶׁב"ם בַּב"ב (דָּף נו"ן) דְּחַל מְכִירַת הַבְּעַל לְגוֹף הַשְּׂרָקַע בְּחַיֵּי אִם תְּמוֹת מִשּׁוּם דְּאֵזְיָל לְשִׁיטְתּוֹ דַּס"ל לְהֵרָשֶׁב"ם בַּב"ב (דָּף קל"ט) דְּהָיוּ לוֹקַח עַל הַגּוֹף בְּחַיֵּי וּכַמֶּש"כ הַשְּׁ"ף לְתַרְזַן לְקוֹשְׁיּוֹת הַתּוֹס' שָׁם מְעַל הֵרָשֶׁב"ם: וּבַאֲה"ע ס' צ' סְעִיף א' כְּתַב הַמְּחַבֵּר לְדִינָא בְּלֹא שׁוּם חוּלָק בְּהַלְוִיָּהּ מִנ"מ וּמֵתָה קוֹדֵם שְׁגָבְתָה דְּבַעַלָּה יוֹרֵשָׁה.

הרי דס"ל לדינא דאחר שמתה ה"ל בעל פלוקת על הגוף אף בחיי אשתו למפרע וכמש"כ הש"ף הקא לדינא דכן דעיקר. ומה דהוכיח הקצה"ח שם דאין להבעל קנן בגוף בחיי אשתו מהא דאין יוצאין בשן ועין בנ"מ לא לאיש ולא לאשה פמבואר בב"ק (דף פ"ט).

יש לדחות ראיתו דהא נתבאר דהרא"ש ס"ל בב"ב (דף נו"ן) הנ"ל דבעל אינו יכול למפור גוף הקרקע אם תמות דאף דהוי לוקח מחיים על הגוף מ"מ משום שבה ב"א בטלו זה וכמבואר באה"ע סי' צ' סעיף י"ג.

ומה"ט אינו יכול לשחרר ולהפסיד זכותה דיש לה שבה ב"א. ואף לשיטת הרשב"ם בב"ב (דף נ') דחל מכירת הבעל להגוף אם תמות מ"מ מודה בשחרור שן ועין דהא אין יכול למפור קרקע לפירות משום רנוח ביתה פמבואר בכתובות (דף פ') ואם הנה יוצא העבד בשן ועין היתה מפסדת הזכות דרנוח ביתה.

וגם הא קיי"ל דבנתאלמנה ונתגרשה מכרה קנין פמבואר באה"ע סי' צ' סעיף ט'. הרי דיש לה זכות גם בחיי' ומה דהקשה הב"ש שם בס"ק ל"ט באמת אין זה קשה דהא אמרו בכתובות (דף פ"ג) וביבמות (דף ל"ט) דידו עדיפא מינה.

ומשמע דעכ"פ גם להאשה יש לה יד ג"כ וע"כ מהני מכירתה כשתתאלמן ותתגרש. וכן ראיתי בהפלאה לק"א סי' צ' סעיף ט'.

והתוס' בב"ב (דף נ') ד"ה קסבר קנן פירות כו' כתבו דלכן אין יוצאין בשן ועין לאיש משום דלא אלים להפקיע קנן פירותיו את קנן הגוף של האשה שיצאו לחירות. ועיין במל"מ ה' עבדים פ"ה ה' ט"ז והנה התוס' לשיטתיהו דס"ל דמחיים אין להבעל קנן הגוף וכמש"כ לעיל בשיטתם בנודאי א"ש מש"כ התוס'.

אכן אף להסוברים דיש לבעל קנן הגוף מחיים ג"כ יש לדון פן כפי שנתבאר דיש לה קנן הגוף ג"כ. וע"כ אין יוצאין בשן ועין לאיש ולהפקיע זכותה דיש לה ג"כ קנן הגוף וכן ע"פ טעמים שנתבאר וע"כ אין מזה להוכיח ולדחות לשיטת הסוברים דיש לו קנן הגוף בחי'.

ונתבאר לשיטת התוס' בב"ב (דף קכ"ה) דאין הבעל יורש מלות אשתו אף במה שהלנתה מנ"מ בעודה תחתיו דלא שייך בזה לתק"א משום דאזלי לשיטתיהו דס"ל להתוס' דעיקר תק"א הוא כדברי רש"י בב"ק וכפי שכתב הקצה"ח דעיקר זכותו הוא מצד דאלמוה קנן פירותיו שיהיו פקנן הגוף וזה לא שייך במלות אשתו פנ"ל.

אבל הרא"ש והשו"ע דפסקו דבעלה יורשה למלות אשתו משום תק"א משום דאזיל לשיטתו דס"ל בב"ב פ"ג (דף נו"ן) דלתק"א בעלה יש לו קנן הגוף בנ"מ בחי' פנ"ל: ענף ב ובגיטין (דף מ"ח) אמרו בעל בנכסי אשתו צריף הרשאה בדליכא פרי בארעא וכן מבואר בח"מ סי' קכ"ב ובאה"ע סי' פ"ה סעי' ד' וב"ש שם ס"ק ז' דאף בשנה העומדת לגדל פירות ס"ל להרמב"ם והסמ"ג דצריף הרשאה ודלא כהסמ"ע בס"י קכ"ב.

ואי נימא דהוי לוקח מחיים על הגוף וכשיטת הרא"ש והשו"ע אה"ע סי' צ' סעי' ט' פנ"ל. תקנשה דאמאי צריף הרשאה.

וכן תקשה לשיטת רש"י המובא בקצה"ח דקנן פירות שלו אלמוה חז"ל דהוי קנן הגוף לבטל לקנן הגוף של הלוקח דהא פתב רש"י שם ס"פ השולח דלכן אי ל"ל פירי בארעא אינו יכול לדון בלא הרשאה משום דקנן פירות אינו קנן הגוף ע"ש.

וקשה דהא קנן פירות של הבעל אלמוה חז"ל דהוי קנן הגוף ותקשה גם לשי' רש"י אף באמת אינו קשה דהא עיקר הטעם דבעל הוי פלוקח זהו משום דאפסידו אנפשייהו כמבואר בב"ב ס"פ יש נוהלין.

א"כ ז"א שינה רק במודה או ידוע דקנה ממנה אז אמרינו להלוקח את אפסדת אנפשו. אבל בהנתבע טוען דהשדה היא שלי מעולם או דלוקח השדה מקודם הנשואין א"כ לא שינה לדון להסבא דאפסיד אנפשייה דלא איבעי ליה למיזבן כו'.

דהא הנתבע טוען דקנה קודם נישואין וכה"ג. וע"כ צריה הרשאה משום דבמקום דאיפא פסידא דאחרני לא הוי הבעל פלוקח כמבואר ס"פ יש נוהלין וכינו דהוי פסידא להנתבע לפי דבריו ע"כ אין מוציאין ממנו ויכול לומר לאו בע"ד דידי את.

ע"כ קודם דנתברר האמת קרינו זה פסידא דאחרני ולא הוי פלוקח ולכן צריה הרשאה ובכה"ג לא אלמוה לקנן פירותיו וג"כ יכולה למחות בתביעת הבעל. ועיין בב"ש סי' צ"א ס"ק ח' שכתב גבי שומא הקרא דלהוציא מאחר חיישינו לפסידא: אבל עדיין קשה מהא דב"מ (דף צ"ו) שאל מאשה ונשאל בעלה אשה ששאלה ונשאל לבעלה מהו ומסיק דתלוי בפלוגמת ריו"ח ור"ל בקנן פירות קנן הגוף דמי או לא והובא בח"מ סי' שמ"ו סעי' ט' דזה אינו שאילה בבעלים משום דקיי"ל דלאו קנן הגוף דמי וקשה דאמאי לא נימא דהוי שאילה בבעלים מצד דהוי לוקח מתקנת אושא הו דנימא דהוי לוקח מחיים על הגוף כשי' הרא"ש ה"ל או כשי' רש"י דאלמוה רבנו לקנן פירות שלו דהוי קנן הגוף.

א"כ אמאי קאמרי התם דגם קנן פירות של הבעל לא הוי קנן הגוף והוי פאחר ולא כבעלים. בשלמא בשאל מאשה י"ל דמצי לומר דלא שווי' פלוקח לריעותא וכמש"כ הר"נ בכתובות פ"ה בסוגיא דקונם שאני עושה לפיה דיפר שמה יגרשנה והקשה דהא אין הגדר חל בעודה תחתיו א"כ אין זה דבר שבינו לבינה ואיך יכול להפר ותי' דהא מדינא חייב מעכשיו אלא דאלמוה לשעבודו וכי אלמוה לזכותו הוא דאלמוה ולאו לאפקועי זכותיה כו' והובא בב"ש סי' פ"א ס"ק ו' שכתב בשם הר"נ דלא שווי' פלוקח לרעתו.

וכה"ג פתב הש"ך פאן סוף ס"ק כ' דלא שווי' פלוקח לריעותא. וע"כ בשאל מאשה מחייבין לשלם להאשה וזהו זכות הבעל לפירות במה שישלם אבל באשה ששאלה קשה דאמאי מחייבין לה לשלומי והא הוי שאילה בבעלים משום דהוי לוקח על הגוף לשי' הסוברים כן משום תק"א.

וכן תקשה להסוברים דאלמוה לפירותיו דהוי קנן הגוף דלפ"ז איך אמרו הכא דלר"ל לא הוי קנן הגוף ותקשה כנ"ל: ואפשר לומר לכאורה דאף לשיטת הרא"ש וסייעתו דס"ל דהוי לוקח מחיים על הגוף וכן להסוברים דאלמוה לקנן פירותיו.

דְּזָהוּ דְּנִקְא הִיכָא שְׁהֵאשָׁה עֲשֵׂתָהּ שְׁלֵא כַּדִּין דְּמַכְרָה נ"מ שְׁלָה דִּיש לֹו זְכוּת לְיִוְרְשָׁה וְהַפְּקִיעָה בְּפִשְׁעֵתָהּ הַזְכוּת שְׁלוֹ. בְּזָה דִּינוּ פְּלוֹקֶם לְעַנְנֵן שְׁלֵא תוּכַל לְגַרְוֹם לֹו הַיִּזְק לְזְכוּתוֹ שְׁיֵש לֹו.

מִשָּׂא"כ בְּאִשָּׁה שְׁשֵׂאֲלָה שְׁלֵא פִּשְׁעָה פְּלֵל נְגָדוּ ע"כ לֹא עֲשֵׂאוּהוּ פְּלוֹקֶם וְנִקְא. הִיכָא דְּמַפְקַעַת מִמְּנֹו זְכוּתוֹ אִז הִנְכְּרָחוּ לְעֲשׂוֹתוֹ פְּלוֹקֶם דֹּא"כ לֹא הִנָּה אֶפְשָׁר לֹו לְהוֹצִיא מִהַלְקוֹחוֹת בְּמָה דְּעֲשֵׂתָהּ נְגָדוּ שְׁלֵא כַּדִּין.

וּלפ"ז י"ל דְּמִדְּנִקְדָּק לְשׁוֹן הָרֵא"ש ב"ב פ"ח ס' י"א שְׁפָתַב בְּהַלְוֹתָהּ מִנ"מ דִּיוְרְשָׁה שְׁהֵרִי שְׁלֵא כַּדִּין הַלְלוּתָהּ קָרַן שְׁל נ"מ שְׁלָה כו' וְהוּבָא בְּזֵה"ל בְּחֵלְקַת מְחֻזְקָה ס"ק ט' ע"ש. דְּהַפְּנוּנָה כִּינֹן דְּפִשְׁעָה נְגָדוּ וְעֲשֵׂאָה לִנ"מ שְׁלָה לְהִיּוֹת רָאוּי דְּעִי"ז יִנְפְקַע זְכוּת בְּרוּשְׁתוֹ ע"כ עֲשֵׂאוּהוּ לְלוֹקֶם שְׁלֵא תוּכַל לְהַפְּקִיעַ מִמְּנֹו ע"י פִּשְׁעֵתָהּ.

וְכֹן הוּא לְשׁוֹן הָרֵשָׁב"א וְהוּבָא בֵּאדָה"ע בְּבֵית יוֹסֵף ס' צ' שְׁפָתַב ג"כ גְּבִי מְלוֹת נ"מ בְּזֵה"ל דִּיוְרְשָׁה דָּאִי אֶפְשָׁר לָהּ לְהַפְּקִיעָה מִמְּנֹו דְּלֹא יִגְרַע מְלוֹתָהּ מִמְּכִירְתָהּ עכ"ל הָרֵשָׁב"א. הָרִי דְּנִקְא כְּשֵׁהַפְּקִיעָה בְּפִשְׁעֵתָהּ לְזְכוּתוֹ אֶמְרוּ כֹן.

אֲבָל אִם הִנָּה הַהֲלֹאָה בְּהַסְכָּם בְּעֵלָה וְלֹא פִּשְׁעָה נְגָדוּ. י"ל לִפ"ז דְּזָה דוּמָה לְאִשָּׁה שְׁשֵׂאֲלָה דְּכִינֹן דְּלֹא פִּשְׁעָה נְגָדוּ לֹא עֲשֵׂאוּהוּ פְּלוֹקֶם כְּדִמְוֹכַח זֵה מִהָּךְ דְּב"מ הַנָּ"ל: אֲכֹן זֵה נִסְתָּר מִהָּךְ דְּב"מ (דָּף ל"ה) וְהָכָא דְּגְבִי שׁוּמָא הָדָרָא דִּינוּ פְּלוֹקֶם אָף דְּלֹא פִּשְׁעָה כְּנְגָדוּ.

וְכֹן נִסְתָּר זֵה מִהָּךְ דְּב"ב (דָּף קל"ט) דְּבִלְלוּתָהּ קוֹדָם הַנִּישְׁוֹאִין אִינוּ חַיִּיב לְשַׁלֵּם וְאָף בְּמַעֲוֹת בְּעִין ס"ל לְהַרְבֵּה פּוֹסְקִים דֹּא"צ לְשַׁלֵּם וְכַמְבֹּנָאָר ב"ב ש"ס צ"א ס"ק יו"ד וְהָא אִלוּ לֹא לְלוּנָהּ לֹא הִנָּה הַמַּעֲוֹת בְּיַדָהּ הָרִי דָּאָף דְּלֹא פִּשְׁעָה פְּלֵל נְגָדוּ אַפ"ה דִּינוּ פְּלוֹקֶם.

וְכֹן מוּכַח מִהָרֵא"ש ב"ב פ"ג ס' נ"ג שְׁפָתַב מִתְחַלָּה דְּהַבְּעֵל יְכוּל לְמַפְּוֹר זְכוּתוֹ לְאַחַר אִם תְּמוֹת רַק מִשׁוּם שְׁבַח ב"א כו'. הָרִי דָּאָף דְּלֹא פִּשְׁעָה נְגָדוּ אַפ"ה דִּינוּ פְּלוֹקֶם.

וּלפ"ז הַדִּין נוֹתֵן דָּאָף שְׁהַסְכָּם בְּעֵלָה לְהַלְלוּתָהּ מִנ"מ דְּג"כ דִּינוּ פְּלוֹקֶם וְיִוְרְשָׁה. א"כ תִּקְשָׁה מִהָּךְ דְּב"מ דֹּאֲמֵאִי לֹא הָוִי דִּינוּ פְּלוֹקֶם לְהִיּוֹת שְׁאִילָה בְּבַעֲלִים וְתֵהָא פְּטוּרָה לְשַׁלֵּם.

וְלְכֹאֲוֹרָה י"ל מִשׁוּם דְּהָוִי פְּסִידָא דְּמִשְׁאִיל דְּתִיפְטֵר לְשַׁלֵּם אִי דִּינוּ פְּלוֹקֶם וְכִינֹן דָּאִיכָּא פְּסִידָא דְּאַחְרֵינִי דִּינוּ כִּיּוֹרֵשׁ וְכַמְבֹּנָאָר ב"ב (דָּף קל"ט). אֲבָל ז"א דְּהָא מְבֹנָאָר בְּתוּס' ב"ב"מ (דָּף צ"ו ע"ב) בְּתוּס' ד"ה אֶלָּא לֹוקֶם הָוִי כו' דְּמִשׁוּם פְּסִידָא דְּמִשְׁאִיל אִין לְנוּ לְעֲשׂוֹתוֹ כִּיּוֹרֵשׁ כו' שְׁאִם יִרְצָה לֹא יִשְׁאִילְנוּ דְּמִי דְּחָקוּ לְהַשְׁאִילוּ וְהָוִי כְּאִילוּ אֶפְסִיד אֶנְפְּשִׁי.

א"כ נִסְתָּר הַסְבָּרָא הַנָּ"ל וְיֵשׁ לְהֵאָרִיף בְּזֵה: וְהַעֲיָקֵר מָה שְׁנַלְע"ד בְּעֵינָקֵר קוֹנְשִׁיא זֹו ע"פ דְּבָרֵי הָרֵא"ש בְּלִשׁוֹנוֹ דְּמִתְוַרְיָן זֵה דְּב"ב (דָּף נ') כְּתַב הָרֵא"ש בְּשֵׁם ר' יוֹנָה דֹּאֲע"ג דְּבַעֲלֵל לֹוקֶם רֵאשׁוֹן הָוִי לְכָל דְּבָר שֶׁהוּא זְכוּת לֹו אַפ"ה מִשׁוּם שְׁב"א בְּטָלוּ הַמְּכָר לְאַלְתֵּר עכ"ל הָרֵא"ש הָרִי דְּנִקְא בְּמָה דְּהָוִי זְכוּת לֹו בְּזֵה תִקְנוּ דְּדִינוּ פְּלוֹקֶם.

א"כ מִמִּילָא מָה שֶׁהוּא לְזְכוּת הָאִשָּׁה לְבַדָּהּ אִינוּ דִּינוּ פְּלוֹקֶם. ע"כ בְּהָךְ דְּב"מ בְּאִשָּׁה שְׁשֵׂאֲלָה וְנִשְׂאָל לְבַעֲלָהּ אִין דִּינוּ פְּלוֹקֶם.

דָּהָא הִבְעֵל אֵינוּ מְשַׁלֵּם מְפִיסוּ רַק הִיא מְשַׁלְמַת כְּשֶׁתִּתְאַלְמַן כְּדָא' בִּאה"ע ס' פ"ה סעי'
ו' וְעֵינָן בְּב"ש שָׁם ס"ק י"א וּבַח"מ ס' ש"מ ו' סעי' י"ז. כִּינּוּן דְּאֵין זֶה נוֹגַע לְהִבְעֵל רַק
לְהֵאשָׁה עֲצָמָה לֹא עֲשָׂאוּהוּ כְּלוּקְחָה עֲבוּר טוֹבַת הָאִשָּׁה: עֲנָה ג וְהִנֵּה לְעֵיל פְּתִיבָתִי בְּשֵׁם
הָרֵא"ש דְּב"ב פ"ג ס' נ"ג שְׁפָתַי דְּמִכְרָה הוּא וּמִתָּה מְכָרוּ בְּטֵל כְּדָאֲמָרוּ בִּירוּשְׁלָמִי דְּע"פ
דִּין הֵיךָ מוֹעִיל מְכִירְתוֹ רַק מְשׁוּם שְׁבַח ב"א בְּטָלוּ זֶה.

יֵשׁ לְתַמְנוּהַ בְּזֶה דָּהָא זֶה לְשׁוֹן הִירוּשְׁלָמִי פ' הַכּוֹתֵב ה"א מְכָר הוּא וּמִתָּה הִיא מְכָרוּ בְּטֵל
לְבָן שְׁמֵכָר בְּחֵי אָבִיו וּמִתָּה אָבִיו מְכָרָה הִיא וּמִתָּה הוּא מְכָרָה קֵינִים לְאָב שְׁמֵכָר בְּחֵי בְּנוֹ
וּמִתָּה בְּנוֹ עַכ"ל.

וְהוּבָא הִירוּשְׁלָמִי הִנֵּה בְּר"נ פ"ד דְּכֶתוּבּוֹת בְּשֵׁם הַרְשֵׁב"א וּבְבִיאָאוֹר הַגֵּר"א זצ"ל בִּאה"ע
ס' צ' ס"ק ל'. וְהַפְּנִי מְשָׁה וְהַשִּׁירִי קָרְבָן פְּתִיבָתוֹ שָׁם דְּהַגִּירְסָא מְוַחֲלָפֵת וְצ"ל בְּרִישָׁא מְכָר
הוּא וּמִתָּה הִיא מְכָרוּ בְּטֵל לְאָב שְׁמֵכָר בְּחֵי בְּנוֹ וּמִתָּה כו' ע"ש.

הָרִי לְהִדְאָ לְכָל הַגִּירְסוֹת דְּכָמוּ בְּבָן שְׁמֵכָר בְּחֵי אָבִיו דְּמְכָרוּ בְּטֵל מִן הַדִּין מְשׁוּם דְּאֵין
לוֹ קִנְיָן בְּנִכְסִים שֶׁל אָבִיו בְּחֵי אָבִיו אוֹ לְגִירְסַת הַפ"מ וְהַש"ק דְּכָמוּ בְּאָב שְׁמֵכָר בְּחֵי
בְּנוֹ וּמִתָּה בְּנוֹ בְּכֶתֵב לְבָנוּ מֵהַיּוֹם וְלֹאֲחֵ"מ דְּאֵין לְאָב בְּחֵי בְּנוֹ שׁוּם זְכוּת בְּקִנְיָן גּוֹפּוֹ שֶׁל
הַשְּׂדָה וְע"כ אֵינוּ מוֹעִיל מְכִירְתוֹ מִן הַדִּין כִּלְלֵ דְּכָמוּ כֵּן בַּעַל אֵין לוֹ קִנְיָן הַגּוֹף כְּלָל בְּנ"מ
אֶף לְאַחַר שְׁמִתָּה לֹא אֲמָרִינוּ אִיגְלָאֵי לְמַפְרַע שְׁהֵיךָ לוֹ בְּחֵי קִנְיָן הַגּוֹף וּמַה"ט אֵינוּ מוֹעִיל
מְכִירַת הִבְעֵל אֶף דְּמִתָּה בְּחֵי.

וְלֹא הַזְנוּכָר בִּירוּשְׁלָמִי כְּלָל לְסִבְרַת הָרֵא"ש בְּשֵׁם ר' יוֹנָה דְּמְשׁוּם שְׁבַח ב"א נִגְעוּ בְּזֶה.
וְאֶפְשָׁר דְּהֵיךָ לְהָרֵא"ש גִּירְסָא אַחֲרַת בִּירוּשְׁלָמִי שָׁם: אֲכֹן לְפִי גִירְסַתּוֹ בִּירוּשְׁלָמִי
וְכַמְש"כ הַרְשֵׁב"א וְהַר"נ מוֹכַח מֵהִירוּשְׁלָמִי דְּאֶף כְּשִׁמְתָה לֹא אֲמָרִינוּ אִיגְלָאֵי לְמַפְרַע
דְּהֵיךָ לְהִבְעֵל קִנְיָן הַגּוֹף בְּהַשְּׂדָה.

מְשׁוּם דְּאֵי נִימָא דְּאִיגְלָאֵי לְמַפְרַע דְּהֵיךָ לְהִבְעֵל קִנְיָן הַגּוֹף בְּהַשְּׂדָה א"כ אֲמָאֵי אֵינוּ מוֹעִיל
מְכִירַת הִבְעֵל מִן הַדִּין. דְּהָא כְּלָל קִנְיֹת אֶף דְּלֹא הֵיךָ מְבֹרָר דְּהַשְּׂדָה שְׁיִיךָ לְהַמּוֹכֵר בְּנוֹדָאֵי
רַק ע"י אֵיזָה תְּנָאֵי וְעַדִּין לֹא נִתְבָּרַר קִיּוֹם הַתְּנָאֵי מ"מ כְּשִׁנְתְּבָרַר לְאַחַר שְׁמֵכָרָה דְּהַשְּׂדָה
שְׁיִיךָ לְהַמּוֹכֵר לְמַפְרַע ע"י קִיּוֹם הַתְּנָאֵי.

דְּמוֹעִיל מְכִירְתוֹ לְהַלּוּקְחָה מֵהַ שְׁמֵכָר מְקוֹדֵם בִּירוּר הַתְּנָאֵי וְכַמְבֹּאֵר בַּח"מ סוֹף ס' רי"א
וּבְסִי' רמ"ח סעי' ז' בַּהַג"ה בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הָרֵא"ש. וְעֵינָן בְּתְשׁוּבַת פְּנִים מְאִירוֹת בְּסִי' מ"ו.

וּלְפ"ז תְּקַשָּׁה לְשִׁיטַת הִירוּשְׁלָמִי דְּאֲמָאֵי תְּקַנּוּ בְּאִנְשָׁא דְּאִשָּׁה שְׁמֵכָרָה וּמִתָּה דְּהִבְעֵל מוֹצִיא
מִהַלְקוּחוֹת וְהָא לֹא הֵיךָ מְעוּלָם זְכוּת לְהִבְעֵל עַל קִנְיָן הַגּוֹף שְׁלָה אֶף לְאַחַר דְּמִתָּה. וּמוֹכַח
מִזֶּה כְּדָבְרֵי רש"י וְכַפִּי שְׁפָתַי הַקְצָה"ח דְּמְשׁוּם דְּאֵלְמוּהָ לְקִנְיָן פִּירוּתִיו דִּיהֵיךָ כְּקִנְיָן הַגּוֹף
וְע"כ נִתְבְּטַל מְכִירַת הָאִשָּׁה.

אֲכֹן לְשִׁיטַת הָרֵא"ש וְסִינְעָתוֹ דְּמְשׁוּם דִּישׁ לוֹ קִנְיָן הַגּוֹף מְחִיִּים אֲתוּ עָלָה תְּקַשָּׁה דְּאֲמָאֵי
אֵינוּ חָל מְכִירַת הִבְעֵל בְּחֵי אִשְׁתּוֹ אִם תְּמוֹת בְּחֵי. וּמִזֶּה הִירוּשְׁלָמִי רְאִיָה לְשִׁיטַת הַיֵּשׁ
אוֹמְרִים הָכָא גְבִי שׁוּמָא דְּדוֹקָא כְּשִׁמְתָה הָאִשָּׁה אֲבָל לֹא בְּחֵיָה מְשׁוּם דְּלֹא אֲמָרִינוּ אִיגְלָאֵי
לְמַפְרַע לְאַחַר שְׁמִתָּה דְּהֵיךָ לְהִבְעֵל קִנְיָן הַגּוֹף וְהֵיךָ מִזֶּה סִינְעָתָא לְשִׁי הַזֹּאת.

ועיין בב"ש סי' צ' ס"ק ל"ט דהביא בקצרה לירושלמי הנה: ולכאורה אפשר לומר לפי מה דאמרו בירושלמי פ"ט ה"א שם לעיל מינה דאמר ר' אימי בשם ריו"ח בדין הנה שאם מכרה ונתנה שיהא קנים כו' ולמה אמרו בטל שלא תהא אשה מוכרת נכסים של בעלה ואומרת שלי הן כו' ופי' הפ"מ שם אאשה דעלמא קאי כו'.

ואמרו בלשון בטל ולא אמרו ע"ז בלשון מוציא מהלקוחות כדאמרו בש"ס דילן על תקנת אונשא. הרי דעיקר תק"א הנה לבטל מכירתה שלא תועיל במעשה מכירתה להפקיע זכות הבעל וממילא יורשה.

אבל לעולם אין לו דין לוקח בחיי אשתו על נ"מ. [ועיין בירושלמי פתובות פ"ו הל' א' מה שאמרו טעם כזה על הא דמציאת האשה לבעלה והובא בתוס' קידושין (דף כ"ד) ובב"ש סי' פ"ד והדברים ארוכים].

אבל בש"ס דילן דאמרו בלשון הבעל מוציא מהלקוחות ובעל לוקח הוי דמשמע מזה דהוי לוקח ממש וכדאמרו הפוסקים מהן הרא"ש בכתובות פ"ד סי' י"ז והר"נ שם והרשב"ם בב"ב (דף נ' ודף קל"ט) ועוד פוסקים דהטעם הוא דכלוקח ראשון שווייהו רבנן ומזה הוכיח הרא"ש וכתב שם דמוציא הגוף מיד.

ולפי סברת הירושלמי דכתבתי דעיקר התק"א הנה לבטל מעשה ידיה במכירתה א"כ לפ"ז הדין נותן במלות אשתו בנ"מ תחתיו דאין הבעל יורשה וכשיטת התוס' בב"ב (דף כ"ד) דאף דנתבטל הלואית מ"מ נשאר זה בדין ראוי דאין הבעל יורשה.

כן הנה אפשר לומר לכאורה: אכן באמת זה אינו דכינן דמבואר להדיא בירושלמי דאין הבעל כלוקח על הגוף בחיי אשתו אין לנו פת לסתור זה כל זמן שאין לנו הוכחה ברורה מהש"ס דילן דיפלוג ע"ז.

ולכן יש להקשות על שיטת הסוברים דיש להבעל קנין הגוף מחיים דא"כ הנה הדין נותן דתועיל מכירת הבעל להגוף בחיי אשתו אם תמות וכמש"כ הרשב"ם לדינא כן מה"ט בב"ב (דף נ') והרא"ש שם משום דכינן דכלוקח ראשון שווינהו רבנן ע"כ המכר קנים מתחלתו.

רק הרא"ש כתב שם בשם ר' יונה לבטל זה משום שב"א. א"כ פנין דבירושלמי שגנו מבואר הטעם דהוי כמו אב שמכר בחיי בנו כו' הרי מבואר דאין לבעל קנין הגוף מחיים ודלא כדברי הראשונים הללו.

ועוד תקשה אף לפי דברי רש"י וכמש"כ הקצה"ח דמשום דאלמוה לקנין פירותיו דיהנה פקנין הגוף כו'. דהא שם בירושלמי מבואר דר' יוחנן אמר דמכרה היא ומתה מכרה בטל מצד תקנה.

והא ריו"ח אית לי קנין פירות פקנין הגוף א"כ לא הנה צריך לתקנה בזה וכמו שכתבו התוס' בכתובות (דף נ'). ומש"כ התוס' דלריו"ח לא איצטריך לתק"א.

הנה בירושלמי הנה מוכח דאף לריו"ח איצטריך לתק"א וכמש"כ השני קרבן שם. וע"כ מוכח כתיבון התוס' שם ובשא"ד דלריו"ח איצטריך להיבא דאין להבעל פירות.

ולפ"ז מוכרח לומר דמשום דעשאו להבעל פלוקח ראשון אתו עלה לשיטת ריו"ח וכמש"כ הקצה"ח שם. וכינן דאמרו שם בירושלמי באותה סוגיא סמוך למימרא דריו"ח שם דאין להבעל קנני הגוף מחיים דלכו אמרו שם דלא מהני מכירתו מחיים אם תמות בתינו פנ"ל.

א"כ תקשה קושיות הש"ך הקא דאמאי תקנו לתק"א דבעל מוציא מהלקוחות פיון דלא קנה לקנני הגוף כלל בתינו. וכן אין לומר דמשום דאלמונה לקנני פירותיו דיהיה פקנני הגוף.

דקא אף היכא דאין לו פירות ג"כ תקנו לתקנה זו דאל"כ א"צ לתקנה זו כלל לשיטת ריו"ח בעצמו. לכן תקשה לקושיות הש"ך הנ"ל והוכחות הב"ש פן בסי' צ"א ס"ק ו': ענה ד והנלע"ד בעיקר ביאור דין תק"א דמכרה ומתה דמוציא מהלקוחות הספר אחר ע"ז בהקדם מה דמצינו פעין זה בכתובות (דף נ"ח ודף נ"ט) בסוגיא שם דאמרו דיכול להקדיש מעשה ידי אשתו דמתוך שיכול לכופה נעשה כאומר יקדשו ידיה לעושיהן כו'.

ונהו למ"ד דאינה יכולה לומר איני ניוזנית כו' אבל למ"ד דיכולה לומר איני ניוזנית כו' אינו יכול להקדיש מעשה ידי אף ביקדשו ידיה כו'. וקשה דאמאי לא נימא דאף דיכולה לומר איני ניוזנית כו' אפ"ה כ"ז דלא אמרה איני ניוזנית כו' אז איגלאי מילתא למפרע דהקדיש דבר ש"ל וכדמצינו בפסחים (דף ל"א) דס"ל לאביי בהקדיש מלנה או זבין דחל הקדישו ומכירתו משום דבמטא זמני' ולא פריק שפיר אקדיש וזבין.

הרי דאף דבעת מכירתו לא היה אז ברור דקאי אז ברשותי' אפ"ה אמרינן אח"כ איגלאי למפרע דמהני הקדישו ומכירתו. ורבי דפליג זהו משום דס"ל מפאן ולהבא הוא גובה ואין להמלנה קנני בגוף השדה עד עת הגבתי' רק בתורת שעבוד בעלמא.

וכעין זה פסקו בח"מ סוף סי' רי"א ובסי' רמ"ח סעיף ז' בהג"ה בשם טור בשם הרא"ש כלל פ"א שאלה ב' ראובן שנתן מתנה ללוי והתנה עמו תנאי כו' זכה בנכסיו מפח שמעון עכ"ל וכתב הסמ"ע שם בס"ק ל"ב אע"ג דבשעה שנתן שמעון ללוי עדיין לא בא המתנה ליד שמעון מ"מ פיון דראובן כתב בלשון מתנה לשמעון במעכשיו אם יעבור לוי ויהי עבר ה"ל פאלו בא לידו דשמעון בשעה שנתנו ללוי טור בשם הרא"ש עכ"ל.

ומשמע מלשון זה דאף בעבר על התנאי בקום ועשה ג"כ אמרינן איגלאי מילתא למפרע דהיה ברשותו בעת מכירתו וזל מכירתו למפרע. ועיין בתשובת פנים מאירות בסי' מ"ו שהביא לה דברי הרמ"א דסוף סי' רי"א הנ"ל ופלפל בזה הרבה וכתב דבזה הדין פליגי אביי ורבי בפסחים (דף ל"א) אי למפרע גובה או מפאן ולהבא גובה דטעמו דרבי פיון דבעת הקדישו ומכירתו של המלנה היה בעת שלא נתברר אז דהשדה שייך לו ע"כ הוי זה אז פעין דבר שאינו ברשותו וע"כ אין ממש במכירתו והקדישו וביאר עפ"ז לשיטת הרמב"ם שם והעלה דהרמב"ם חולק על הדין דח"מ סוף סי' רי"א הנ"ל.

אכן במק"א הארכתי בזה הרבה: ולכאורה יש להוכיח פפי המבואר בסוף סי' רי"א דאמרינן איגלאי למפרע ומהני מכירתו אף כ"ז דלא נתברר קיום התנאי. דבערכין (דף ל"א) אמרו למי חלוט ריו"ח א' לשני חלוט וכן פסק הרמב"ם ה' שמקשה ויובל פ' י"ב ה"ד.

הרי דאף דכ"ז דלא הגיע פלות השנה בבתי ע"ח הנה יכול המוכר הראשון לפדותה ולבטל המכירה. וכמבואר שם (דף ל"א ע"א) ובב"מ (דף ס"ג) דבית בע"ח ה"ז רבית גמורה אלא שהתורה התירה הרי דנהו דומה למכירת שדה על תנאי ואפ"ה מועיל מכירת לוקח א' ללוקח ב'.

ולא אמרינן דהא כ"ז דהנה בידו של המוכר לפדותה מקרי אז ממון שאינו יכול להוציאו בדדינין דאף בקרקע אינו מועיל מכירתו והקדישו כמבואר בב"מ (דף ז'). וע"כ מוכח דדינינן בכה"ג לומר איגלאי למפרע דהנה אז ברשותו למפרע.

ונידעתי מה דיש לחלק בכ"ז דשאני היכא דהוי בעת המכירה ברשות הלוקח מיד הדבר הנמכר וכמו בגזל דכתב הב"ש בסי' כ"ח ס"ק ט"ז דלגזלן עצמו מועיל הקנאתו פניו דעומד ברשותו והארבתי בזה בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעיף י"ט ע"ש.

ובאמת סוגיות הש"ס בפסחים (דף ל"א) הנה"ל פשטות הסוגיא שם דלא כהפמ"א בזה ומוכח דבקנין גמור להמוכר כ"ע מודו לאביי שם דדינינן בזה איגלאי למפרע ומועיל מכירתו: ואפשר לחלק לכאורה דיוקא בקרקע דאף דבר דאינו ברשותו מועיל מכירתו והקדישו כמבואר בב"מ (דף ז') לכן אמרו שם בפסחים דאם למפרע גובה איגלאי מילתא למפרע דהנה חל אז מכירתו והקדישו אף דלא נתברר אז.

משא"כ בהקדיש ידי' לעושיהו דהוי מטלטלין בזה בעינן דיהנה דבר ברשותו והיכא דהוי אינו ברשותו אינו חל הקדישו וע"כ אינו חל הקדישו לרב הונא דס"ל דיכולה לומר איני ניוזנת דכיון דא"י לכופה מקרי דבר דאינו ברשותו כ"ז דלא נתברר לנו אם תאמר א"נ או לא.

אבל מהתוס' בב"ק (דף ל"ג) ד"ה איכא בינייהו כו' שהקשו דאמאי לא מהני הקדישו ניקז למאן דס"ל למפרע גובה כו'. א"כ מוכח דגם במטלטלי מהני הקדישו אף קודם דנתברר ודינינן איגלאי מילתא למפרע ומקרי אז דבר שברשותו.

ובאמת אין לחלק בזה בין מטלטלי למקרקעי דהא אף בקרקע בעינן שיהנה ממון שיכול להוציאו בדדינין וע"כ מוכח דכיון דאמרינן איגלאי מילתא למפרע דברשותי הוי קאי דמקרי מה"ט אז בעת המכירה דהנה יכול להוציאו בדדינין.

א"כ מה"ט ה"ה דהוי אז דבר ברשותו וכמש"כ התוס' בב"ק. נחזור לענינינו דיש להקשות בהך דכתובות (דף נ"ח) הנה"ל דאף ביכולה לומר א"נ הדין נותן לדון איגלאי מילתא למפרע דכיון דלא אמרה א"נ דהנה דבר ברשותו אז ויחול הקדישו וגם זה מקרי שב ואל תעשה דיש לנו לדון דלא יהנה דבר מחודש ולא תאמר א"נ כמו שלא אמרה עד עכשיו.

ונידעתי למה שפכתתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' בענין חזקה דלהבא. ואפשר לחלק דשאני בהך דפסחים (דף ל"א) הנה"ל דהוי מחוסר ממונא וכעין דברי הר"נ בפסחים פ"ב והובא במג"א סי' תמ"א דבמחוסר ממונא לא אמרינן הואיל משא"כ ה"כא דבידה לומר א"נ ע"כ מתורץ למה שפכתנו.

אָבֵל לְדִינָא זֶה אֵינּוּ וְקִצְרֵתִי בַּכ"ז: וּבַעֲז"ה מְצֵאתִי לְהַרְיֵטְבָּ"א בְּכַתּוּבֹת (דָּף נ"ח) דְּהַעִיר בְּזֶה וְכַתּוּב בְּחֵד תִּירוּצָא לְפָרֵשׁ דְּלִכּוֹן דְּוָקֵא לַר"ל דְּיִכּוּל לְכוּפָה מְהַיְי הַקְדִּישׁוּ בְּיַקְדִּישׁוּ יְדִידָה כּו' מְשׁוּם דְּכִינּוֹן דְּאִינְהָ יְכוּלָה לֹאמַר אֵינִי נִיזוּנֵת כּו' וְיִכּוּל לְכוּפָה חָל הַקְדִּישׁוּ מְשׁוּם דִּידִידָה קְנוּיֹת לֹא פִינּוֹן דַּא"י לֹאמַר פֶּן אָבֵל לְמֵאן דַּס"ל דִּיכּוּלָה לֹאמַר אֵינִי נִיזוּנֵת לֹא הָיִי לְהַבְעֵל עָלֶיהָ רַק שְׁעָבּוּד בְּעֵלְמָא וְהָא בְּשְׁעָבּוּד אִי אַקְדִּישׁ מְלֻנָּה לֹא מְהַיְי אָבֵל לְרִישׁ לְקִישׁ הָיִי שְׁעָבּוּדִי דְּבַעֲלַ פְּלוּקֵס עַכ"ל הַרְיֵטְבָּ"א וְכ"כ הַשַּׁמ"ק בְּשֵׁם הַרְיֵטְבָּ"א.

וּלפ"ז מִתְנַרְץ עַל נְכוּן לְמַה דְּהַקְשִׁיתִי בְּאַרְבֵּי לְעִיל דְּאַמַּאי לֹא נִימָא אִיגְלָאִי לְמַפְרַע אִם לֹא אָמְרָה א"נ מְשׁוּם דְּעֵיקָר הַסְּבָרָא הוּא דְּלֵמָאן דַּס"ל דִּיכּוּלָה לֹאמַר א"נ אֵין לֹא קִנְיָן בְּגוּף יְדִידָה רַק שְׁעָבּוּד וְע"כ לֹא מְהַיְי הַקְדִּישׁוּ.

אָבֵל עֲדִינּוֹן יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת גַּם לַפ"ז דְּהָא מוּכַח לְקַמּוֹן (דָּף נ"ט) דְּגַם לְרִישׁ לְקִישׁ דְּאִינְהָ יְכוּלָה לֹאמַר אֵינִי נִיזוּנֵת. דְּלֹא הָיִי לְהַבְעֵל רַק שְׁעָבּוּד עַל יְדִידָה וְאֵין יְדִידָה קְנוּיֹת לֹא דְּהָא פְּרָכִינּוֹן שֵׁם עָלֶיהָ דְּאַמְרָה קוֹנָם מ"י לְפִידָה דְּצָרִידָה לְהַפְרָ שְׁמָא יְגַרְשָׁנָה דְּמִי אִיפָא מִיְדֵי דְּאֵלוּ הַשְּׁתָא לֹא קְדִישׁ וְלְקַמּוֹן קְדִישׁ וּמְסַקִּינּוֹ דְּמְשׁוּם קוֹנְמוֹת מְפָקִיעַ מְשְׁעָבּוּד כּו' וְלִכּוֹן חָל הַקוֹנָם שְׁלָה.

וְהַסּוּגִיא שֵׁם מִיְיָרִי לְרִישׁ לְקִישׁ כַּמְש"כ הַתּוֹס' שֵׁם ד"ה הֵכָא אֵין בְּיָדָה כּו'. [וּבִלְא"ה הָא מוּכַח דְּלַכ"ע אָמְרוּ שֵׁם פֶּן דַּא"כ תַּקְשָׁה לַר"ל מַה דְּהַקְשׁוּ שֵׁם מִי אִיפָא מִיְדֵי דְּאֵלוּ הַשְּׁתָא כּו'.

וַיֵּשׁ לְדוֹן בְּזֶה וְקִצְרֵתִי]. וְכוּן לְשִׁטַּת הַר"נ לְהַרְיֵטְבָּ"א שֵׁם וּבְנֵדְרִים (דָּף פ"ה) דְּכַתּוּב לְהוֹכִיחַ ע"פ קְנוּשִׁיֹת הַתּוֹס' הַנ"ל דְּבַמְלָאכּוֹת שְׁהוּ מְצָרְכֵי הַבֵּית אִינְהָ יְכוּלָה לֹאמַר אֵינִי נִיזוּנֵת וְאֵינִי עוֹשֶׂה הַרִי דְּאַף בְּמְלָאכּוֹת דְּאִינְהָ יְכוּלָה לְהַפְקִיעַ א"ע וְלֹאמַר א"נ.

דַּג"כ לֹא מְקַרְיָא אֵלָא בְּשֵׁם שְׁעָבּוּד מְדַאֲמְרוּ ע"ז קוֹנְמוֹת מְפָקִיעַ מְשְׁעָבּוּד. וְחִזִּינוּ דְּאַף בְּאֵין יְכוּלָה לֹאמַר א"נ דַּמ"מ אֵין לְהַבְעֵל קִנְיָן עַל יְדִידָה רַק בְּשֵׁם שְׁעָבּוּד.

א"כ לַפ"ז נִסְתַּר תִּי הַרְיֵטְבָּ"א שְׁכַתּוּב דְּלִכּוֹן אָמְרוּ מִתּוֹךְ שְׁיִכּוּל לְכוּפָה מְהַיְי יַקְדִּישׁוּ יְדִידָה מְשׁוּם דְּיֵשׁ לֹא קִנְיָן עַל יְדִידָה. דְּהָא גַם לַר"ל אֵין זֶה רַק בְּשֵׁם שְׁעָבּוּד: וְאַפְשָׁר לֹאמַר דְּגַם לַר"ל אֵין לֹא קִנְיָן בְּגוּף יְדִידָה רַק יֵשׁ לְהַבְעֵל זְכוּת פְּמוֹ קִנְיָן לְפִירוֹת וְכִמּוֹ בְּשׁוֹכֵר שְׂדֵה לְפִירוֹת דְּיִכּוּל לִיתָן זְכוּתוֹ לְאַחַר מְצַד דְּמַקְרִי דְּבָר בְּרִשׁוֹתוֹ.

וּמ"מ מְצִינּוֹ גַם בְּשִׁכִּירוֹת דְּהַמְשָׁפִיר יְכוּל לְהַפְקִיעַ זְכוּת הַשׁוֹכֵר ע"י קוֹנָם. דְּקוֹנָם מְפָקִיעַ גַּם מְשְׁעָבּוּד הַשׁוֹכֵר כַּמְבֹאֲרָר בַּר"נ לְנֵדְרִים (דָּף מ"ו) וּר"פ הַשְּׁוֹתְפִין.

וְלִכּוֹן חָל הַקוֹנָם שְׁלָה לְהַפְקִיעַ מִבְּעֵלָה דְּגַם בְּזֶה אָמְרוּ קוֹנָם מְפָקִיעַ מְשְׁעָבּוּד רַק דְּאֵלְמוּהָ לְשְׁעָבּוּדוֹ כ"ז דְּהָא תַּחְתָּיו. וְשִׁפִּיר פְּתַב הַרְיֵטְבָּ"א דַּלְר"ל מְהַיְי הַקְדִּישׁוּ בְּאֹמַר יַקְדִּישׁוּ יְדִידָה מְשׁוּם דְּמַקְרִי דְּבָר בְּרִשׁוֹתוֹ וְכִמּוֹ זְכוּת הַשְּׁכִירוֹת וְעֵינּוֹן בְּגִיטִין (דָּף ע"ז ע"ב) דְּאַמְרוּ שֵׁם יָד דְּאַשָּׁה נְהִי דְּקְנוּי לֹא לְמַעֲשֵׂה יְדִידָה יְדֵה גּוּפָא מִי קְנִי לִי וְהַתּוֹס' שֵׁם ד"ה יְדֵה גּוּפָא כּו' וְא"ת חֲצָרָה גּוּפָא נְמִי לֹא קְנִי לִי גּוּפָא אֵלָא פִּירִי וּי"ל פִּינּוֹן דְּקְנוּי לֹא לְפִירִי כּו' אָבֵל מ"י מְעֵלְמָא קְאָתִי וְעוֹד דְּחֲצָר קְנוּי לֹא בַע"כ אָבֵל יְדִידָה יְכוּלָה לֹאמַר א"נ כּו'.

[וְזוֹהוּ כְּשִׁיטַת הַסּוֹכְרִין דְּבַעַל אֵין לוֹ קַנְיָן בְּגוּף הַשְּׂדֵה וְלִכּוֹן הִקְשׁוּ פֶּן וּכְמַש"כ לְעֵיל בְּשֵׁם הַתּוֹס' דב"ב (דף קל"ט ע"ב) וְהוּבָא בְּש"ף הַכָּא. וְעֵינֵין בְּב"ק (דף פ"ח וְדף פ"ט) דְּכַמָּה אֲמוּרָאֵי ס"ל לְהוֹכִיחַ מִהַמְשַׁנָּה לְהַךְ תַּקְנַת אוֹשָׁא.

וְעֵינֵין בְּתוֹס' גִּיטִין שֵׁם ד"ה מַה שְּׁקַנְתָּה כּו' בְּתִי הַשְּׁנֵי דְבִפְיֻרוֹת תְּלִיא מִלְתָּא וּבְתוֹס' ב"ב (דף נ"א ע"ב) וְקַצְרְתִּי]. הָרִי קוֹזִינֵן דְּלִתְנִי א' שֶׁל הַתּוֹס' גִּיטִין אַף לְמַ"ד דַּא"י לֹאמַר א"נ מ"מ אֵין לוֹ קַנְיָן בְּגוּף יָדִיהָ.

וְנִישׁ לְהַאֲרִיף בְּזָה רַק מִפְּנֵי שְׁאֵין זֶה שְׂיִיכוֹת כ"כ לְעַנְיָנֵינוּ ע"כ קַצְרְתִּי בְּזָה הַפְּרָט: אָבֵל עֲדִינֵין תַּקְשָׁה בְּמַש"כ הָרִיטְבָ"א דְּלִדְיוֹן דִּיכּוּלָּה לֹאמַר א"נ דְּלֵא הָנִי זְכוּתוֹ רַק שְׁעֵבּוּד בְּעֻלְמָא וְגַרְע מְשׁוֹכֵר וּמַה"ט אֵינוֹ יָכוֹל לְהַקְדִּישׁ יָדִי לְעוֹשִׂיהֶן דְּלִפ"ז תַּקְשָׁה לְמַאי דְּקִי"ל קוֹנְמוֹת מִפְּקִיעַ מְשַׁעֲבּוּד דְּאֲמַאי בְּאֲמָרָה קוֹנָם מ"י לְפִיָּה אֵינוֹ חָל הַקּוֹנָם כ"ז דְּהִיא תַּחְתָּיו דְּקֻשָׁה דְּנִיקְדוּשׁ מִהַשְׁתָּא וְקַנְשׁוּיֹת הַש"ס בְּכַתְּוֹבוֹת (דף נ"ט).

וְע"כ מְוַכַּח לֹאמַר כְּמוֹ דְּתִי הַגַּמ' שֵׁם אֶלְמוּהָ רַבְּנָן לְשַׁעֲבּוּדָּי דְּבַעַל כּו' וּפִי רִש"י דְּשׁוּיָיוּהוּ רַבְּנָן פְּלוֹקֵחַ גָּמוּר. וְכֵן י"ל בְּדַבְּרֵי הַר"ן נְדָרִים (דף ט"ו ע"ב) וְחִזִּינוּ דְּעֻשָׂאוֹ חַז"ל זְכוּת הַבַּעַל בְּמַעֲשֵׂה יָדִיהָ דִּיהֵה דִּינוֹ פְּלוֹקֵחַ גָּמוּר.

וְאַף דְּהַסְוֵגָא שֵׁם מִיָּרִי אֶלִיבָא דַּר"ל אוֹ בְּמִלְאֲכוֹת שַׁא"י לֹאמַר א"נ וּכְמַש"כ הַר"ן. מ"מ כֵּן מְוַכַּח לֹאמַר לְשִׁיטַת הַמ"ד דִּיכּוּלָּה לֹאמַר א"נ וּכְדִקִּי"ל דְּאֵינוֹ חָל הַקּוֹנָם שְׁלָה בְּעוֹדָה תַּחְתָּיו אַף בְּהַמְלָאֲכוֹת שְׂיִיכוּלָּה לֹאמַר א"נ וְכַמְבֹּאֵר בִּי"ד ס' רל"ד וּבַא"ע ס' פ"א.

א"כ לִפ"ז יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת דְּאֲמַאי אֵינוֹ יָכוֹל הַבַּעַל לְהַקְדִּישׁ יָדִיהָ לְעוֹשִׂיהֶן וְכַמְבֹּאֵר בַּא"ע ס' פ"א וּכְמַש"כ הַר"ן בְּפָרְק אַע"פ וְכַמְשַׁמְעוֹת הַש"ס בְּכַתְּוֹבוֹת שֵׁם (דף נ"ח). [וּבְשִׁיטַת הַרְמַב"ם כְּבָר תָּמַה עָלָיו הַר"ן וּבַמַּק"א פְּתַבְתִּי לְתַרְץ דְּבָרֵי הַרְמַב"ם וַאֲכ"מ].

וְהָא מוֹכַח מִן הָרִיטְבָ"א הַנ"ל דְּאֵם הָיָה זְכוּת הַבַּעַל פְּלוֹקֵחַ עַל מ"י אַף דִּיכּוּלָּה לֹאמַר א"נ אֲמַרִּינוּ אִיגְלַאי מִלְתָּא לְמַפְרַע דְּהַקְדִּישׁ דְּבָר שְׁפָרְשׁוֹתוֹ וּכְמַש"כ לְעֵיל. רַק דְּאָתוּ עָלָה דְּזוּהוּ דְּלַמ"ד יָכוּלָּה לֹאמַר א"נ אֵין זְכוּתוֹ רַק כְּשַׁעֲבּוּד וּמְדַמּוּ זֶה לְהָא דְּאֲקִדִּישׁ וְנִבְיָן מְלָנָה לָא מְהַבִּי.

וְזוֹהוּ מְשׁוּם דְּקִי"ל מְכָאן וְלְהַבָּא גוּבָה. אָבֵל כִּינּוּן דְּאֲמָרוּ דְּעֻשָׂאוֹ חַז"ל זְכוּתוֹ דְּהָנִי פְּלוֹקֵחַ גָּמוּר א"כ תַּקְשָׁה דִּיהֵה חָל הַקְדִּישׁוֹ דְּהַבַּעַל בְּאֹמַר יְקַדְּשׁוּ יָדִיהָ לְעוֹשִׂיהֶן: וְע"כ מוֹכַח דְּאַף דְּעֻשָׂאוּהוּ פְּלוֹקֵחַ עַכ"ז לֹא עֲשָׂאוּהוּ דִּיהֵה זְכוּת הַבַּעַל בְּמ"י כְּמוֹ לֹקֵחַ גָּמוּר לְכָל מִילֵי רַק לְעַנְיָן זֶה לְבַדּוֹ שְׁלֵא תַּפְקִיעַ זְכוּתוֹ מִמֶּנּוּ דְּבַמָּה שְׂזִיכּוּ לוֹ חַז"ל רָאוּ לְתַקְּנָה שְׁלֵא תוֹכַל לְהַפְקִיעַ מִמֶּנּוּ בְּשׁוּם אַנְפֵּן בְּעוֹלָם פְּלֵל וְע"כ אֵינוֹ חָל הַקּוֹנָם שְׁלָה.

וְאַפ"ה אֵינוֹ יָכוֹל לְמַפְּוֹר וְלְהַקְדִּישׁ זְכוּתוֹ מְשׁוּם דְּאֵין לוֹ קַנְיָן לְגַבִּי זֶה רַק בְּתוֹרַת שְׁעֵבּוּד בְּעֻלְמָא וְהַגּוּף שְׂיִיף לְהַאֲשֵׁה לְבַדָּה. הָרִי דְּמַצִּינוּ דְּאַף דְּאֶלְמוּהָ לְשַׁעֲבּוּדָּי וְהָנִי פְּלוֹקֵחַ גָּמוּר מ"מ לֹא הָנִי לֹקֵחַ גָּמוּר לְכָל דְּבָרָיו רַק לְגַבִּי זֶה שְׁלֵא יִנְפָקַע זְכוּתוֹ.

ע"כ ה"ה י"ל כֵּן בְּתַקְנַת אוֹשָׁא דְּהָא מְצִינוּ כֵּן גַּבִּי תַק"א בְּב"ק (דף צ') דְּאֲמָרוּ דְּכ"ע אֵית לְהוּ תַק"א וְהָא דְּתַנִּי יוֹצֵאִין בְּשׁוּן וְעֵין לְאֲשָׁה וְלֹא לְאִישׁ כְּדַרְבָּא דְּהַקְדִּישׁ וְשַׁחְרוּר מִפְּקִיעַ

משעבוד ומאן דתני אין יוצאין לא לאיש ולא לאשה משום דאלמוה רבנן לשעבודין דבעל.

הרי דעיקר תק"א הוי משום זכות שעבוד ואלמוה לשעבודין דבעל וכ"כ רש"י בב"ב (דף פ"ח) מקודם בד"ה באנשא התקיננו אלמוה רבנן לשעבודין משום איבה והוי פלוקת ראשון. וכ"כ רש"י שם (דף פ"ט ע"ב) בד"ה סבריה כו' דאלים שעבודין.

וכ"כ הרשב"ם בב"ב (דף נו"ן) ד"ה הבעל מוציא דאלמוה לשעבודין דבעל ועשאוהו לוקח ראשון. א"כ י"ל בהך תק"א ג"כ דלא הוי לוקח גמור לכל מילי ולא עשאוהו פלוקת רק לגבי שלא ינפקע זכותו בירושטה בשום אופן בעולם כלל.

וכמש"כ השיטה מקובצת בכתובות פ' האשה שנפלו (דף ע"ח) דעיקר טעם תקנת אושא הי' כדי שלא תעקור ירושתו שלא תתן לקרובים ע"ש. ועדיין יש לומר דלשארי מילי לא עשאוהו ללוקח.

וכמו דמצינו במעשה ידיה דאמרו אלמוה רבנן לשעבודין והוי פלוקת גמור כפי' רש"י ואפ"ה לא הוי לוקח גמור לכל מילי. דה"ה בהך דתק"א: ולפ"ז מתנרץ למה שהקשיתי לעיל על הא דאמרו בירושלמי ר"פ הכותב דהבעל אינו יכול למפור הגוף לכשתמות אשתו משום דהוי פמוכר דבר דאינו ברשותו דלפ"ז אמאי תקינו באנשא דמכרה ומתה הבעל מוציא וקנשיות הש"ך הך והב"ש בסי' צ"א דאי נימא דלא הוי לוקח מחיים על הגוף דאמאי מוציא מהלקוחות.

ולפמש"כ אתי שפיר. דבאמת הגוף שייך להאשה לבדה רק לגבי שלא ינפקע זכותו בירושטה בזה אלמוה דיהי' פלוקת ראשון וכמו במעשה ידיה דאינו יכול הבעל להקדיש משום דהוי דבר שאינו שלו ואפ"ה אין האשה יכולה לאסור עליו בקונם דעשאוהו בזה פלוקת.

ואף דחזינו דלמאן דס"ל דאינה יכולה לומר א"נ יכול להקדיש מעשה ידיה באומר יקדישו ידיה והוי לוקח גמור לכל מילי. יש לומר דבמעשה ידיה אלים שעבודו ביותר וכמש"כ התוס' בכתובות (דף נ"ט ע"א) ד"ה ר"ע אומר כו' בסה"ד וי"ל דדוקא בעיקר מ"י אלמוה שהם שלו לגמרי אבל הך כו' ע"ש והובא בב"ש סי' פ"א סוף ס"ק ה'.

ועוד יש לחלק דרך למאן דס"ל דא"י לומר א"נ דבנה פניו דזכותו ברור בזה דינו פלוקת לכל דבר. אבל למאן דס"ל דיכולה לומר א"נ ואינו ברור בידו הזכות לא שווי' ללוקח לכל דבר.

וה"ה בזכות ירושתה דאין זה זכות ברור דמי יודע שתמות קודם וכמש"כ התוס' בכתובות (דף פ"ד) ד"ה וסבר רב תנאו כו' דבזה לא עשאוהו ללוקח לכל דבר רק לגבי זה בלבד שלא תוכל להפקיע זכותו מה שזכוכו לו חז"ל: ויהיה איהו שיהיה עכ"פ מצינו במה דתקינו לתקנתם במעשה ידי' דאף דאלמוה לשעבודין דיהיה פלוקת גמור כפי' רש"י ואפ"ה לא הוי לוקח לכל דבר.

א"כ ה"ה י"ל פן בתק"א דג"כ לא הוי פלוקת גמור שיהי' יכול למפור זכותו לאחר וכמבואר בירושלמי ר"פ הכותב ה"ל משום דראו חז"ל לתקן פן רק לענין זה לבד שלא תפקיע ירושתו ומחיים אין זכות הבעל רק בתורת שעבוד ואלמוה לשעבודי'.

ובזה מדקדק מה דאמרו בכתובות (דף ע"ח ע"ב) מתני' בתי' ולפירות תק"א בגופה של קרקע ולת"מ. משום דמחיים הוי זכותו רק בתורת שעבוד ואלמוה לשעבודי' אבל לת"מ הוי לוקח ממש.

ולפ"ז ניקח בפשיטות מה דבנתאלמנה ונתגרשה מכרה קנים כמבואר בסי' צ' סעיף ט' וכמבואר בירושלמי וא"צ לדחוקי בזה וכמו שהקשה הב"ש שם ס"ק ל"ט. ולפ"ז אתי שפיר שיטת הסוברין הקא גבי שומא הדרא דהא דלא מהדר דזהו רק פשמתה ולא בתי' דאף דתקנת אושא הנה להוציא מהלקוחות משום דשנוני' פלוקת ראשון מ"מ לא לכל מילי עשאוהו להיות לוקח גמור.

ומהו ירושלמי דר"פ הכותב סייעתא לשיטת הפוסקים הללו. ומתורץ גושיות הש"ך והב"ש בסי' צ"א ס"ק ו' משום דאין ראי' מתקנת אושא כלל.

ואין אנו צריכין לדברי הקצה"ח ע"פ דברי רש"י דב"ק. וכן בעיקר דברי רש"י יש לי לדון בכוננתו דאין דברי הקצה"ח מוכרחין כ"כ בכוננתו והוכרחתי לקצר: ענף ה' ואפשר לומר דשיטת הסוברים דהוי לוקח על הגוף מחיים לכל דבר דטעמיהו דהא לתי' קמא בב"ק (דף פ"ט) דאמרו דכ"ע אית להו תק"א פאן קונדם תקנה פאן לאחר תקנה הרי דלתק"א הוי לוקח גמור ולא בתורת שעבוד בלבד רק האבע"א דמסיק מ"ט פדרבא כו' מפקיע משעבוד ואלמוה לשעבודא דבעל ס"ל דאינו לוקח גמור לכ"ז רק לגבי זה בלבד שלא תפקיע ממונו ואז יש לדמות למעשה ידיה פנ"ל.

ופסקו פהתירין קמא ה"ל. אבל שיטת הסוברין דלא הוי לוקח מחיים על הגוף לגבי שומא הדרא וכן למילי אחרני' י"ל דס"ל פהך אבע"א דאין זכותו רק בתורת שעבוד ואלמוה לשעבודו וכמו דהובא לשיטת הירושלמי ר"פ הכותב ה"ל.

אכן ברש"י ב"ק שם (דף פ"ח ע"ב) ד"ה באושא התקינו כתב בלשון אלמוה רבנן לשעבודי' כו' וכן שם (דף פ"ט ע"ב) ד"ה קונדם תקנה הוי שיעבודי' קיל כו'. הרי דאף קונדם דמסיק האבע"א פדרבא כו' מפקיע משעבוד ג"כ הנה ס"ל דרק בתורת שעבוד אתו עלה דתק"א.

ולפ"ז אתי שפיר בפשיטות הך דב"מ (דף צ"ו) דהובא לעיל דאמרו שם אושה ששאלה ושאל מאשה גבי שאילה בבעלים דתלוי בפלוגתת ריו"ח ור"ל אי קנן פירות קנן הגוף דמי. והקשיתי לעיל דהא לאחר תקנת אושא הוי הבעל לוקח על הגוף או דאלמוה לקנן פירות דיהנה קנן הגוף וכמש"כ הקצה"ח.

אבל לפי מש"כ פעת אתי שפיר בפשיטות דהא לאו לכל מילי עשאוהו פלוקת רק לגבי טריפת לקוחות כדי שלא תפקיע זכותו בירושתה. וכן הא לא מהני מכירתו בתי' אם תמות וכשיטת הירושלמי שלפנינו.

ואחר פותבי כ"ז מציאתי בעז"ה בשיטה מקובצת לב"מ שם שהקשה פן ותירץ כמש"כ וזה לשונו וקשיא לי והא לא דמי האי קנן פירות דבעל לקנן פירות בעלמא כדאי בהחובל דקנן פירות דידן' פקנן הגוף הוא ואיפא למימר דאלמוה רבנן שעבודא דבעל פי היכי דלא ליפקע שעבודא דבעל כדפריש בירושלמי שלא תהא אשה מברחת נכסיה מבעלה וכן שלא תהא אוסרת עליו מ"י אבל בכל מילי אחרוני פקנן פירות דעלמא הוי הרב"ד עכ"ל השמ"ק וכה"ג ראיתי בהריטב"א לב"מ שם.

הרי להדיא דהשמ"ק בשם הרב"ד פתב פעין מה שפתבתי דרק לגבי שלא יופקע זכותו בירושטה אלמוה לקנן פירותיו אבל לא לשארי מילי. וגם פתב בקצרה וכן שלא תהא אשה אוסרת עליו מ"י.

וכולל אותם פתדא להורות דזה דומה להא דקונם מ"י לפיך דאינו חל כ"ז שהיא תחתיו משום דאלמוה לשיעבודו וה"ל לוקח כפי' רש"י שם. וה"ה בתק"א דעשאוהו פלוקח דהוא ג"כ רק להדא מילתא שלא תפקיע זכותו ולא לשארי מילי.

והשמ"ק פתב פן לשיטת הסוברים דמצד דאלמוה לקנן פירותיו דיהנה פקנן הגוף וכמש"כ הקצה"ח ע"פ דברי רש"י דב"ק. ואני פתבתי פן לשיטת הסוברים דמצד דעשאוהו פלוקח לגבי זה לבד על הגוף.

ות"ל ע"ז: ** (הגה"ה והנה לעיל הבאתי לדברי התוס' פתובות (דף נ"ט) ד"ה ר"ע אומר כו' שכתבו דדוקא בעיקר מ"י אלמוה אבל הכא בהעדפה דלאו דידן' גינהו אלא לפירות בעלמא לא אלמוה עכ"ל.

וראיתי בהפלאה דהקשה דהא אמרו בב"ק (דף פ"ט) דגם בקנן פירותיו אלמוה שא"י להפקיע ולכן עבדי מלוג אין יוצאין בשן ועין לאשה ותי' דזה תלוי בפלוגמת תנאי דהתם והו' תנא יסבור דלא אלמוה לקנן פירותיו עכ"ל הפלאה.

ולענ"ד לא נהירא זה דא"כ תקשה להלן (דף ס"ו) דאמרו דת"ק דס"ל א"צ להפר דע"כ זהו משום דס"ל דהעדפה לבעל דאל"כ אמאי א"צ להפר הא יש לחוש לשמא תעדיף כו'. וקשה מנלן להוכיח פן מהת"ק הא י"ל דטעמ' דת"ק הוא משום דס"ל כהברייתא דהחובל דעבדי נ"מ אין יוצאין לאשה משום דאלמוה לקנן פירותיו או משום דעשאוהו פלוקח על הגוף בחיי' וה"ה על העדפה ומשום תק"א וע"כ אינו חל נדרה לאפקועי זכותו ועיין פתובות (דף ע"ח ע"ב) וקצתתי.

וע"כ נלע"ד דפשטות פנונת התוס' דכתבו פן לכ"ע ואינו קשה מהא דעבדי מלוג) **** (אין יוצאין לאשה כדקיי"ל משום דיש לחלק דדוקא בעבדי מלוג דכבר אתי לידה בזה אלמוה לזכותו פיון דכבר זכתה.

אבל במה שלא בא עדיין לידה מעולם בעת הקונם שלה בזה לא אלמוה זכותו. וכדמצינו בהרא"ש ב"ב פ' יש נוחלין סי' י"א שכתב לחלק דדוקא בהלותה אחר גישואין בזה שניד תק"א אבל במה שהלותה קודם גישואין דלא אתי לידה אחר גישואין לא אלמוה.

וכמש"כ הב"ש בס"פ פ"ג ס"ק ה' לחלק כה"ג דשאני חבלה שלא בא לידה מעולם ע"ש. וע"כ חל נדרה להפקיע זכותו מפירות שיש לו במה שתעשה לאח"ז.

וראני לזה דאל"כ תקשה איה פתבו התוס' דשעבודו דעל מ"י אלים ביותר מזכות פירות.
והא בגיטין (דף ע"ז) אמרו דידה גופא לא קני לבעל ונחצרה מה שקנתה קנה בעלה הרי
דזכות פירותיו אלים ביותר מזכותו במ"י.

וע"כ מוכח דכוננתם הוא דשאני בהה דכתובות דעדיין אינם בעולם ובה לא אלים זכותו
כ"כ בפירות כמו זכותו במ"י שהם לגמרי שלו. ולפ"ז העיקר כמש"כ לעיל ועוד יש
לחלק דבזכות דאינו ברור כ"כ לא עשאוהו ללוקח לכל דבר כו'.

ונהו פוננת הרמב"ן שהובא בשמ"ק לב"מ (דף צ"ו) ד"ה האשה ששאלה כו' ונ"ל פקנן
הגוף דמי כו' מטעם פירות אתי לה ולא מטעם לוקח ראשון דירושטה דכינו דתלוי'
ועומדת לאו קנין ממש הוא שיטה עכ"ל ויש להעמימו לדברי שפתבתי דכינו דאין זה
זכות ברור ע"כ לא עשאוהו ללוקח לכל דבר דלזה נתפנון הרמב"ן וקצרת.

(ע"כ הגה"ה): ** ונאמרו בירושלמי בפורים פ"א ה"ה על המשנה אשה מביא ואינו
קוראת ולביתה מלמד שמביא בפורים מנכסי אשתו וקורא רשב"ל אמר לאח"מ הא
בתיים לא ריו"ח אמר לא שנייא היא בתיים היא לאח"מ רשב"ל פדעתני דאין יורש
אשתו דבר תורה.

והובא בקצרה בר"ש בפורים פ"א משנה ה' בסופו. ופי' הפני משה דר"ל דס"ל קנין
פירות לאו פקנן הגוף דמי ע"כ אינו קורא בתיי אלא לאח"מ כו'.

וכן אי' בירושלמי כתובות פ"ט ה' ה'. ובש"ס דילן בגיטין (דף מ"ז) בפלוגת ריו"ח
ור"ל אמרו שם ולביתה מלמד שמביא בפורי אשתו וקורא כו' ועיין בתוס' שם ד"ה
ולביתה כו'.

והריטב"א פתב שם דהאי לביתה דרשא גמורה ולא אסמכתא אלא גזה"כ אע"ג דלית לי'
קרקע מידי כו'. וכ"כ הריטב"א בב"מ (דף צ"ו) ועיין בפני יהושע לגיטין שם.

ולפ"ז הנש"ס דילן פליג על הירושלמי וס"ל דאף לר"ל מביא בפורים מנכסי אשתו וקורא
ומה"ת משום הך גזה"כ ולביתה וכמש"כ הריטב"א והפ"י. ומשמע דאף לאחר תקנת
אושא דבעל לוקח הוי דג"כ ס"ל לר"ל לשי' הירושלמי דכינו דקנין פירות לאו פקנן
הגוף דמי ע"כ אינו מביא בפורים מנכסי אשתו וקורא.

ואין סברא לומר דר"ל לא יספור לתקנת אושא דרק לריו"ח פתבו התוס' ביבמות (דף
ל"ו) ובכתובות (דף נ') בחד תירוץ דלריו"ח לא צריכא לתק"א רק לר"ל מסיק הש"ס
בהחובל (דף פ"ח) לתק"א ע"ש. וגם לריו"ח מוכח מהירושלמי פ"ט דכתובות ה"א דס"ל
לתק"א וכמש"כ בשני קרבן שם.

ולפ"ז תקשה דהא פינון דלתק"א הוי הבעל פלוקח על הגוף מתיי או משום דאלמוה'
לקנין פירותיו דהוי פקנן הגוף וכמש"כ הקצה"ח לדברי רש"י א"כ קשה אמאי אינו
מביא בפורים וקורא מנכסי אשתו לר"ל.

ואין לומר דכינון דזכות הבעל הוא רק מדרבנן ע"כ אינו מביא וקורא. דז"א דהא מבואר
בגיטין (דף מ"ז) דאף בזכות פירות להבעל אף דאינו רק מדרבנן מ"מ אם קנין פירות
פקנן הגוף דמי דמביא וקורא וכמש"כ התוס' שם ד"ה מתה אין כו'.

ובהריתב"א שם. א"כ יש להקשות דנימא בן אף לר"ל ולאחר תק"א.

וכן יש להקשות בשיטת הש"ס דילן דאמרו מטה אין לא מטה לא. ודוחק לומר דהברייתא דשם הנה ס"ל כהנה תנאי דל"ל תק"א או קודם תקנה.

ועיין בב"ק (דף פ"ט ע"ב): אכן לפי מש"כ לבאר לפי שיטת הירושלמי ר"פ הפותב דמוכח לומר דעיקר תק"א אינו רק בתורת שעבוד ואלמוה לשעבודו. וכן הבאתי לעיל ב"ה בשם השמ"ק לב"מ בשם הראב"ד דכתב דאף דאלמוה לקנן פירותיו דיהנה פקנן הגוף דנה אינו רק לגבי שלא תפקיע זכותו אבל בכל מילי אחרני פקנן פירות דעלמא הוי וכמו שהובא לעיל.

ולפ"ז אין מקום לקושיותי דהא לכל מילי הוי קנן פירות דהבעל דמי לכל קנן פירות דס"ל לר"ל דלאו פקנן הגוף הוי. וע"כ שפיר ס"ל לר"ל בירושלמי דאינו מביא וקורא מנכסי אשתו.

ויהנה גם מזה ראיה למה שנתבאר לעיל בעז"ה. ואפשר לדון בזה לפי מה דכתב הרמ"א באה"ע סי' צ' סעי' ט' דנתאלמנה ונתגרשה מכרה קנים והב"ש הקשה שם ע"ז.

אכן העיקר הוא דאף דהבעל מוציא הגוף בחיי' דכן הנה התק"א. דעכ"ז פשמת הבעל בחיי' אז נתבטל למפרע הזכות דניכפו לו חז"ל בחיי' ע"פ תק"א דאדעתא דהכי לא זיכו לו פלל מעיקרא.

ע"כ י"ל דלכן אינו קורא דהא מבואר בב"ב (דף פ"ב) דבמקום ספק אינו קורא משום דמחזי כשיקרא. וכינון דבחי' אשתו אף דנימא דדינו פלוקס על הגוף אז.

עכ"ז פשמת הוא בחיי' פקע למפרע זכותו בגוף הקרקע. ע"כ אינו קורא משום דמי יימר שתמות קודם שמת ימות הוא מקודם וכמש"כ התוס' פתובות (דף פ"ד) ד"ה וסבר רב כו' ואז הנה אסור לקרות וע"כ אינו קורא וע"כ נדחה ראיתי מהך דבפורים.

אכן לפי שיטת הקצה"ח ע"פ דברי רש"י דאלמוה לקנן פירותיו דיהנה פקנן הגוף. א"כ שפיר הוכחתי מהך דאמרו גבי בכורי אשתו דלר"ל דקנן פירות אינו פקנן הגוף דאינו מביא וקורא.

דמוכח מזה כמש"כ השמ"ק בשם הראב"ד דלכל מילי קנן פירות דהבעל הוא כמו פל קנן פירות דאינו פקנן הגוף. ויהנה מהירושלמי דבפורים ראי' לדברי הראב"ד הנ"ל.

וראיתי פעת בהריתב"א לב"מ (דף צ"ו) שכתב בשם הראב"ד דכינון דלגבי מכירתה טורף הבעל מהלקוחות ע"כ הדין הוא דבעל מביא בכורים מנכסי אשתו פיון דשנון' לאחר תק"א פלוקס ראשון דקנן פירותיו הוי פקנן הגוף ע"כ מצי למימר גבי בכורים מן האדמה אשר נתת לי כו' עכ"ל.

וזהו רק לפי ש"ס דילן. אכן לפי שיטת הירושלמי בבכורים הנ"ל מוכח דלא ס"ל לסברת הראב"ד הנה.

וזולת פל זה יש לומר בקצרה פי הירושלמי דבכורים אזיל לשיטתו דס"ל בירושלמי ר"פ הפותב דבעל אין לו זכות בהגוף רק בהפירות וכמש"כ הב"ש בקצרה בסי' צ' ס"ק

ל"ט: ענף ו וביבמות (דף ס"ו) במשנה דעבדי מלוג לא יאכלו בתרומה וכתבו התוס' שם ד"ה אלמנה לכה"ג כו' דאף למ"ד קנני פירות פקנני הגוף דמי לא תשיב בהכי קנני כספו פיון שאין הגוף שלו כו'.

זה אתי שפיר אף לאחר תק"א להסוברים דאין להבעל קנני בהגוף מחיים. אף אף להסוברים דאחר תק"א יש להבעל קנני בהגוף מחיים ובאלמנה לכה"ג בהפיר בה דיש לה פתובה וירששה פמבואר בסי' קט"ז וסי' צ' סעי' ג' ויש להבעל זכות ע"פ תק"א.

דג"כ אתי שפיר אף לאחר תק"א ע"פ מש"כ לעיל דכיון דהיכא דנתאלמנה ונתגרשה אז נתברר למפרע דלא היתה לו קנני הגוף מחיי'. ע"כ במקום דיכול לבא לחשש איסור באכילת תרומה.

דחיישינו שמה שתאלמן ואז יתבטל הקנני הגוף של הבעל למפרע ולכן לא יאכלו. וקצרתיו: ועדיין יש לעיין בקידושין (דף כ"ד) דאי' התם דתנא אין אשה פודה מע"ש בלא חנומש רש"ב"א משום ר' מאיר אשה פודה מע"ש בלא חנומש ומוקי לה רבא במעשור דאתיא מפי נשא עסקינן ור"מ לטעמי' דאמר מעשור ממון הקדש ולא קני ליה בעל ורבנן לטעמייהו דממון הדיוט וקני לי' בעל ושלוחות דבעל קעבדא ופי' רש"י דממון הדיוט הוא וחיילא עלי' תקנתא דרבנן ופירות לבעל כשאר נ"מ וכיון דבזווי דבעל פירקה בעי חנומש עכ"ל.

ויש להקשות דהא רבנן דר"מ הוא ר' יהודה וכמבואר לקמן (דף נ"ב ודף נ"ד) דס"ל מע"ש ממון הדיוט. ור' יהודה הא ס"ל קנני פירות לאו פקנני הגוף וכמבואר בב"ק (דף צ') וב"ב (דף נ') ומה"ט לא קרינו ליה עבדו.

והתוס' בב"ב שם בד"ה קנני פירות כו' ובגיטין (דף מ"ח) ד"ה לא דכ"ע קנני פירות פקנני הגוף כו' דר' יהודה ס"ל דקנני פירות לאו פקנני הגוף. א"כ תקשה במה דס"ל לר' יהודה הכא דכיון דמע"ש ממון הדיוט ופירות לבעל דקרינו ביה ממעשורו.

דהא פיון דס"ל קנני פירות לאו פקנני הגוף א"כ לא קרינו ביה ממעשורו כמו דלא קרינו ליה עבדו התם. אכן לפי מש"כ התוס' בגיטין (דף כ"ה ע"ב) ד"ה ר' יהודה כו' דהביאו בשם ר' יצחק דמן דין יום או יומים דס"ל לר' יהודה דלאו פקנני הגוף דמי אין ללמוד בעלמא דשא"ה דכתיבי קראי כו' עכ"ל.

א"כ י"ל דבאמת ס"ל לר' יהודה דקנני פירות פקנני הגוף הוי בעלמא. וע"כ א"ש הך דקידושין דמשום קנני פירות דבעל קרינו ממעשורו וכדקאמרי בגיטין (דף מ"ח) לעולם אימא לך בעלמא קסברי ר' יהודה ור"ש קנני פירות פקנני הגוף.

וכן יש להעיר בהך דבפורים פ"א משנה י"א דר' יהודה ס"ל דבעלי אריסין ונכירות מביאין וקורין. ובע"כ טעמו משום דס"ל קנני פירות פקנני הגוף דמי ובמק"א הארכתי בזה.

אכן לפי שיטת התוס' בשארי דוכתי וכנ"ל דס"ל אליבא דר' יהודה דקנני פירות לאו פקנני הגוף א"כ תקשה דאמאי ס"ל לר' יהודה דאין פודה בלא חנומש הא פיון דקנני פירות לאו פקנני הגוף א"כ לא קרינו ביה ממעשורו: אף י"ל בהך דתנא דאין אשה פודה

מע"ש בלא חנומש ולר"י דמע"ש ממון הדיוט וקני ליה בעל כו' דמייירי לאחר תק"א וכדאמרו בב"ק (דף פ"ט) לכמה אמוראי דתנינא להך תק"א כו' ולימא תק"א תנאי היא כו'.

ולשיטת הסוברים דתק"א הוא מצד דהוי לוקח מסוים על הגוף או דזהו משום דאלמוה רבנן לקנן פירותיו להיות פקנן הגוף וע"כ קרינן ביה ממעשרו ואין פודה בלא חנומש. אכן לפי מש"כ לעיל להוכיח מהך דב"מ (דף צ"ו) וכפי שהבאתי לעיל בשם השמ"ק ובשם הראב"ד דכתב דלאו לכל מילי עשאווהו ללוקח רק עיקר זכותו מצד תק"א הוא משום שעבוד ואלמוה לשעבודי להיות מוציא מהלקוחות שלא ינפקע זכותו בירושטה אבל בשארי מילי אין לו זכות ולא עדיף זכותו משאר קנן פירות דעלמא דאינו פקנן הגוף וכדאמרו בב"מ (דף צ"ו) גבי שאילה בבועלים.

א"כ אפתי יש לעיין הך דאף דמע"ש ממון הדיוט הוא דמ"מ אין דינו פלוקח פיון דקנן פירות ס"ל דלאו פקנן הגוף א"כ לא קרינן ביה ממעשרו. ועוד יש להעיר לפי מה שכתב הש"ך הך גבי שמו מינה דאשה ואינסבא דבתי' מהדרינן לה דלא שווי' פלוקח לריעותא וכמו בב"ב ס"פ י"ג דטבא ליה עבדו לי' כו'.

א"כ תקשה עדיין הך דאמאי אינה פודה בלא חנומש הא אף דממון הדיוט וקני ליה בעל. עכ"ז הא יכול לומר דא"א בתק"ח ולריעותא לא שווי' פלוקח א"כ כי פרקת לי' בזווי דבעל לא יהיה חייב ליתן חנומש דהא אינו קונה בע"כ היכא דלא יהיה לו זכות מזה: וכן הרמב"ם ה' מע"ש פ"ה כתב דלכן אשה שהכניסה מע"ש לבעלה אם פדהו אינו מוסיף חנומש משום דמע"ש ממון גבוה הוא.

ומשמע דאם היה ממון הדיוט היה חייב חנומש וע"כ משום דהוי לוקח מתק"א ותקשה פנ"ל. ואפשר לומר דא"ש לפי מש"כ רש"י בקידושין שם ד"ה דאיתי מבי נשא כו' דירשתי לה מע"ש עם שאר נכסים כו'.

דלכאורה יש לעיין דל"ל לרש"י לפרש דירשתי עם שאר נכסים. אכן י"ל דאלו לא היה שם שארי נכסים לא היה פלוקח על המע"ש ולא קרינן בי' ממעשרו פיון דלאו פקנן הגוף הוי רק מצד תק"א ולא אלמוה לחובתו.

אבל פיון דהבעל בא לזכות גם בשארי נכסים שירשטה להיות בהו פלוקח מצד תק"א דיש לו זכות עי"ז לבטל מכירתה אם תמפור. ע"כ אינו יכול לומר דא"א בתק"ח פיון דרוצה בהך תקנת חז"ל משארי נכסים לזכותו א"כ ה"ה במה דהוי לחובתו אם יהיה פלוקח מצד תק"א דג"כ הוי פלוקח.

ולפ"ז אף דלא ירשטה רק למע"ש אלא דהיה לה שארי נכסי מלוג דג"כ יש לדון פן מצד הסברא הזאת. וכעין זה ראיתי בהפלאה לק"א סי' ק' ס"ק ב' דכתב דלא שייך א"א בתק"ח היכא דבקצתו ניחא לי' ע"ש.

אבל ז"א מספיק לתרץ רק במה דהקשיתי דנימא א"א בתק"ח אבל במש"כ בשם השמ"ק דלאו לכל מילי שווי' פלוקח לכל דבר תקשה עדיין: ולכן נראה לע"ד מילתא סדמא והוא דהא מצינו בגיטין (דף מ"ז) דלביטה מלמד שמיביא בפורי אשתו וקורא ואף ריש לקיש דס"ל קנן פירות לאו פקנן הגוף במוכר שדהו לפירות דאינו קורא.

עכ"ז מודה דבעל מביא בכורי אשתו וקורא משום גזה"כ דולביתה דגזרה תורה גבי בכורים דקננו פירות של הבעל יהיה קננו הגוף וכמש"כ הרשב"א בגיטין שם וזהו דרשא גמורה ולא אסמכתא וכמש"כ הרשב"א והפני יהושע שם ועיין בתוס' שם ד"ה ולביתה כו' דגם מקודם התקנה היה דרכם מכבד לתת הפירות לבעליהן ע"ש.

ומה"ט פסק הרמב"ם פ"ד הל' בכורים דבעל מביא בכורים מנכסי אשתו וקורא וכמש"כ הפני יהושע בגיטין שם לפרש דאע"ג דר"ל סבר מתחלה שם מתה אין לא מתה לא עכ"ז לבסוף דמתה איצטריכא לי' ס"ל לר"ל שפיר דגבי בכורים אע"ג דלא מתה גזרה התורה דקננו פירות של הבעל יהיה קננו הגוף וע"כ מביא בכורי אשתו וקורא.

וכ"כ הרשב"א בב"מ (דף צ"ו). ועיין בהריטב"א שם במש"כ בשם הראב"ד על הא דמביא בכורי אשתו וקורא וקצרתיו.

וכינן דנתבאר דבכורים מביא הבעל וקורא דזהו מה"ת דגזרה התורה דקננו פירות של הבעל נחשב קננו הגוף גבי בכורים. דה"ה במע"ש אפרין דקננו פירות של הבעל הוי קננו הגוף וקרינו בי' ממעשרו.

דביבמות (דף ע"ג) אמרו דאיתקש בכורים למע"ש וילפינו בהיקישא כמה מילי ועיין בתוס' שם בע"א ד"ה מה שאין כן במעשר כו' דילפינו גם מע"ש מבכורים דאין היקש למחצה. וה"ה לגבי ה' מקלחא בקננו פירות של הבעל דכמו דהוי קננו הגוף בבכורי אשתו דה"ה גבי מע"ש של אשתו.

וע"כ אם מע"ש ממון הדיוט חייב חומש. אלא אי מע"ש ממון גבוה דלא נכלל זה בנ"מ וכמו דפי' רש"י שם וכמש"כ הרשב"א בקידושין שם להסביר זה.

וכינן דאין להבעל קננו פירות כלל במע"ש אם הוי ממון גבוה ע"כ פודה בלא חומש משום דהוי פאחר לגבי הפדיון אבל למ"ד ממון הדיוט דהוי נכסי אשתו וכדין כל נ"מ ייש להבעל קננו פירות ע"כ יש למילף מהיקישא לבכורים דגזרה תורה דקננו פירות של הבעל בנכסי אשתו דינו כמו קננו הגוף לגבי זה.

וכמו דילפינו ביבמות (דף ע"ג) שם ע"פ היקישא מע"ש לבכורים לכמה ענינים כמו כן ילפינו לה' מקלחא דאין לחלק ביניהן. [ובמה דהוי זכותו בהפירות רק מדרבנן פתבתי לעיל ובמק"א דדינו פדאורייתא וכעין זה פתב הרשב"א לכתובות (דף פ"ה ע"ב) ד"ה המוכר שט"ח כו' ע"ש.

ואכמ"ל בזה]. ומתורץ על נכון סוגיות הש"ס בקידושין והרמב"ם: ענף ז נחזור לענינינו דנתבאר דמצינו פעין זה דאף דנתנו להבעל דין לוקח מ"מ אינו פלוקח לכל דבר רק לדבר פרטי בזה אלמוה' לשיעבודי' ונתנו לו בזה לבד דין לוקח כמו במעשה ידיה.

וכעין זה מצינו כמה שפתבו התוס' בכתובות (דף נ"ט) ד"ה קונמות כו' דאלמוה' רבנן לשיעבודא דב"ח שלא יהיה יכול לאסור בקונם על המלנה וכ"כ הרא"ש שם והובא שיטתם בח"מ סי' קי"ז. ולפי' רש"י שם כמה דאלמוה' לשעבודא דבעל שלא יחול הקונם מי' דזהו משום דשווייהו רבנן פלוקח גמור.

א"כ לפ"ז ה"ה במש"כ התוס' וקרא"ש דאלמוה רבנן לשעבודא דבע"ח ג"כ ע"כ זהו משום דנתנו לו דין לוקח לזה. ועכ"ז חזינו דאקדיש מלנה וזבין לא מהני מכירתו כמבואר בפסחים (דף ל"א) לדין דקיי"ל פרבא דמפאן ולהבא גובה משום דבאמת אין להמלנה רק שעבוד על נכסי הלנה ורק לדבר פרטי שלא יהיה יכול הלנה לאסור בקונם על המלנה עשאוהו חז"ל פלוקם כדי שלא ינפקע זכותו.

וה"ה גבי הך דתק"א דעשאוהו פלוקם ראשון לדבר פרטי שלא תועיל מכירתה לאפקועי זכות ירושתו. וכמו בהך דקונם מעשה ידי לפיה דאינו חל כ"ז שהיא תחתיו משום דשוני' פלוקם גמור.

אף דבאמת אינו כמו דין לוקח וכמש"כ בשם הריטב"א דאין זכותו רק בתורת שעבוד. וכמו דאמרו בגיטין (דף ע"ז) דידה גופא מי קני לי וכמש"כ לעיל בארובה.

ע"כ יש לדון כן גבי הך תק"א דמכרה ומתה מוציא מהלקוחות דעשאוהו פלוקם ראשון דאין זה רק לגבי ענין פרטי הנה כדי שלא תפקיע זכותו בירושתו. וכן י"ל בדברי הר"ב נדרים (דף ט"ו ע"ב): ולפ"ז ניחא אף להך שיטה דס"ל ה"כא גבי שומא הדרא דלא נתנו לו חז"ל דין לוקח בסתיו על הגוף וכן מציינו שיטת הסוברים באה"ע סי' צ' סעיף ט' שיטת המחבר בשם הרמב"ם וסייעתו דבחי' אינו מוציא הגוף.

ועכ"ז אתי שפיר מה שפסק המחבר באה"ע סי' צ' סעי' א' דבהנחה מנ"מומתה קודם שגבתה דיררשה בעלה ולא הובא שום חולק ע"ז שם. ואף דהתוס' בב"ב (דף קכ"ד) ס"ל בזה דאינו יורשה עכ"ז לא חשו להביא לשיטת התוס' אף בשם י"א פלל.

משום דאף לשיטת הרמב"ם דאינו מוציא בסתיו הגוף וכן לשיטת הסוברים ה"כא גבי שומא הדרא דאין לו דין לוקח מסתים על הגוף. מ"מ פיון דתק"א הנה לעשותו פלוקם ראשון להוציא מהלקוחות דאלמוה לזכותו גבי זה בלבד כדי שלא תפקיע זכותו בירושתה.

כמו כן ה"כ בהלכותה מנ"מ תחתיו דיררשה דזהו ג"כ מטעם זה דאלמוה חז"ל לגבי זה דיהנה פלוקם ראשון על המעות דהנה ברשותה בעודה תחתיו דלא תפקיע זכותו ע"י מעשיה דהלותה אותם ויש עליהם דין ראוי דע"פ דין לא הנה יורשה ועכ"ז פיון דשוני' לי' דין לוקח לאחר תק"א הדין הוא דיררשה משום זה וכדסתם המחבר בלא שום חולק באה"ע סי' צ' ה"ל: וכבר פתבתי לעיל בשם הקצה"ח ע"פ דברי רש"י דב"ק דעיקר תק"א הוא משום דאלמוה לקנין פירוטיו דיהנה פקנין הגוף.

א"כ לפ"ז הדין נותן גבי הלואתה מנ"מ תחתיו דאינו יורשה וכמש"כ לעיל בארובה דכיון דאינו בעין רק ראוי ע"כ אינו שייך בזה תק"א פלל פיון דעיקרו הוא משום דקנין פירוטיו אלמוה דיהנה פקנין הגוף.

וכן נראה מדברי הראב"ד דהובא בשמ"ק לב"מ (דף צ"ו) שכתב בלשונו דהא לא דימי קנין פירות דבעל לקנין פירות דעלמא פדאי' בהחובל דקנין פירות דידה פקנין הגוף הוא כו' עכ"ל.

הרי דס"ל להראב"ד דעיקר תק"א הוא משום דאלמונה לקננו פירוטיו דיהנה פקננו הגוף. ונהו כמש"כ הקצה"ח בשם רש"י.

ועיין בהריטב"א לב"מ שם למש"כ שם בשם הראב"ד ועוד שם. ועכ"ז פיון דהמחבר סתם לדינא גבי הלואה לנ"מ בסי' צ' פדברי הרא"ש לב"ב בלא שום חולק ולא הביא פלל לשיטת החולקים ע"ז הכי נקטינו לדינא.

רק שהנה מקום להקשות על המחבר דסותר שיטתו למש"כ הכא באה"ע סי' צ' סעי' ט'. ולפי מה שפכתתי א"ש בפשיטות: והבית שמואל באה"ע סי' צ' סעיף א' בס"ק י"א פתב על הא דפסק המחבר בהלואה דירושא בעלה דאף לדעת הרמב"ם דס"ל דאין מוציאין הגוף לא אמרינו דהוי ראוי נדא דהא הרמב"ם ס"ל דהבעל יורש מלנה כמש"כ המ"מ פ"א ה"ג ג"מ י"ל הרמב"ם מודה במלנה דמוציאין ול"ד לקרקע דא"א להפסיד הקרקע עכ"ל.

ותירין הראשון של הב"ש אינו ברור דהא בחוב שלא הגיע זמ"פ מודה הרמב"ם שאינו יורשה כמש"כ המ"מ פ"א ה' נחלות ה' י"א והלח"מ שם ביאר על מה שסתם הרמב"ם בזה משום דסמך על מש"כ הרמב"ם בהלכות נ"מ דהבעל אינו יורש נזקי אשתו כו'.

וכ"כ הבית יוסף בטור אה"ע סי' צ' דבחוב שלא הגיע זמ"פ מודה הרמב"ם דאין יורשה וכשיטת הר"י בן מיגש. א"כ עדיין תקשה אמאי סתם המחבר וכתב דמלנה דאחר הנשואין דבעלה יורשה וכדברי הרא"ש בב"ב הא אפתי ה"ל לחלק בין חוב שהגיע זמ"פ ללא הגיע זמ"פ לפי דברי הב"ש בתירין א'.

ועוד קשה דהא שיטת הרמב"ם דבעלה יורש מלנה אף דהוי ראוי היא דעת הידדא וגם אין יכול לומר קים לי פשיטת הרמב"ם אף בתפס וכמש"כ הב"ש בסי' צ' ס"ק ו' א"כ איך מצרפינו זה השיטה להלכה לאחר שהכריע המחבר לקמן סעי' ט' דאין מוציא הגוף במקרה נ"מ ולא הביא שם שום חולק זולת הרמ"א הביא שם שיטת החולקים.

ואפשר דהמחבר ס"ל כמש"כ הרמ"א בח"מ סי' כ"ה סעיף ב' דאף פשאין הרבים מסכימים לטעם א' אזלינו בתרייהו ועיין בפ"ד שם בס"ק י"ט ובמק"א הארכתי בזה. ועכ"פ תירין הב"ש הוא דחזק מאוד: וגם תי' השני של הב"ש אינו ברור במש"כ דגם הרמב"ם מודה דמוציאין ול"ד לקרקע כו'.

דמה בכך דמוציאין הא כ"ז דלא הוציאו בחייו הוי ראוי כמו ספרים שנגנבו כש"כ באינו בעין דהוי ראוי לשי' הרמב"ם דלא הוי לוקח מחיים על הגוף כמו שהקשה הב"ש. ואפשר לומר דהנה שני תירוצים של הב"ש ביחד הם מספיקים לתרץ קושיות הב"ש.

משום דעל תי' הראשון של הב"ש יש לפקפק כמש"כ לעיל דא"כ במלנה שלא הגיע זמ"פ דמודה הרמב"ם דאין יורשה דנה הוי ראוי לשי' הרמב"ם דאין מוציאין הגוף וכמו שהקשיתי לעיל. וע"ז שייך לומר תירין השני של הב"ש דבמלנה מודה הרמב"ם שמוציאין מהלנה משום דכחיל הבעל לומר דאין מהימן לי על זכות הפירות ששייך לו דשמא יפסיד זכות פירוטיו.

ע"כ אף במלנה שהלונה על זמן ארוך ולא הגיע זמ"פ עדיין הנה יכול הבעל להוציא אף בתוך זמ"פ ולתובעו משום דאין לה רשות להרחיב הזמ"פ בלא רשות הבעל. וכיון דהבעל הנה יכול לתבוע מהלנה בחייה.

[ועיין באה"ע סימן פ"ה סעיף ד' ובח"מ סי' קכ"ב]. הוי כמו הגיע זמ"פ דלא מקרי ראוי לשיטת הרמב"ם.

וכיון דבנה מודה הרמב"ם דיורשה ע"כ שפיר יש לנו למינקט פפי תירוץ הראשון של הב"ש. ושני הסברות ביחד עולים יפה לתרץ קושיות הב"ש מעל המחבר שכתב בלשון הלוונה מנ"מ דמשמע דהלוונה בלא רשות בעלה וכמש"כ הח"מ שם בס"ק ט'.

ואף דמלשון הב"ש משמע דכל תי' בפ"ע מספיק לתרץ קושיות מ"מ י"ל פן אף דאין זה במשמעות לשונו כ"כ: ובפשטות יש לומר בעיקר קושיות הב"ש דאינו קשה דאף להרמב"ם דאינו מוציא הגוף בחי' מ"מ פשמה אפרינו אנגלאי למפרע דהוי לוקח מחיים על הגוף וכמש"כ הש"ך הקא.

אלא כ"ז דלא נתברר זה הוי כמו כל תנאי דכ"ז דלא נתברר דיינינו דלא יצאו מרשות בעלים הראשונים משום דמוקמינו בחזקת מ"ק וה"ה הקא בספק מי ימות קודם דמספיקא אין מוציאין מחזקת מ"ק של האשה וע"כ כ"ז שלא מטה אין מוציאין הגוף מהלוקח ואף דהוי ספק בלהבא ובמק"א פתבתי דחזקה על להבא יש לדון לשיטות כמה פוסקים דאינו מועיל מ"מ הא במקום חזקת מ"ק דהוי חזקה אלימא שאני.

וגם הא הלוקח זוכה ע"פ דין תורה והבעל בא מצד תקנתא וספק תקנה מוקמינו על דין תורה. וכן הקא גבי שומא הדרא אינו רק מדרבנן ע"כ ממילא במקום ספק מוקמינו על דין תורה דמספיקא אינו מהדר ואין לחייבו משום ועשיית הישר והטוב מספיקא וכמש"כ הקצה"ח הקא בס"ק ו' וכמבואר בסי' קע"ה סעיף ז' ובסעי' מ"ה בספק מצרנות דעל המצרן להביא ראיה.

אבל הקא גבי ירושת מלנה שהלונה תחתיו. פשמה נתברר דהוי הבעל לוקח למפרע על הגוף וע"כ יורשה משום דהמעות שלה דהלונה נתברר דהיו אז מעות הבעל.

וע"כ אינו קשה לקושיות הב"ש הנ"ל בפשיטות וא"ש למה שפסק המחבר באה"ע דבעלה יורשה להלונא בבעודה תחתיו: אכן לפי מש"כ לעיל דאף לשיטת הירושלמי בהפכות דס"ל דאף שמה לא דיינינו דאנגלאי למפרע דהנה להבעל קנין הגוף בחי' וע"כ ס"ל להך תק"א דנהו משום דעשאווהו פלוקח לגבי זה בלבד וכמו שהבאתי בהוכחות דמצינו פן בכמה ענינים.

לכן מתורץ שפיר בפשיטות קושיות הב"ש דאף דהמחבר ס"ל פהרמב"ם דהבעל אינו מוציא הגוף בחי' מ"מ אתי שפיר מה שפסקו דבעלה יורשה למה שהלונה תחתיו משום דהא לדבר זה בלבד אלמוה לשיעבודיה דבעל דיהנה פלוקח על הגוף לדבר פרטי הנה ונהו עיקר טעמא דתק"א וזה שייך ג"כ אף במה שהלונה בעודה תחתיו.

וא"ש בפשיטות מה שפסק המחבר דבעלה יורשה להלונא וקמו מקרה בנ"מ ומטה דבעלה מוציא מהלקוחות: ענף ח ובאר פאן שיטת הרמב"ם פ' א' ה' גתלות ה' י"א

המוכא לעיל בשם המ"מ שכתב דהרמב"ם ס"ל דהבעל יורש מלות אשתו והלח"מ שם הקשה מנזקי אשתו דפסק הרמב"ם דאינו יורשה וכתבו דהרמב"ם אגיל בשיטת הר"י בן מיג"ש דמחלק בין הגיע זמ"פ ללא הגיע זמ"פ ובאמת הרמב"ם סתם שם בזה.

ולולי דברי הראשונים הללו היה נלע"ד לומר דטעמו דהרמב"ם הוא דלכן בעל יורש לכל מלות אשתו אף במה שהלותה מקודם הנישואין. משום דס"ל דגם בזה י"ל דהוי לוקח מצד תקנת אושא.

והרא"ש ס"ל לחלק דבמלנה שקודם הנישואין דלא זכה בהם הבעל מצד תק"א פיון דלא היו ברשותה בעודה תחתיו. אבל בשיטת הרמב"ם י"ל דס"ל דאף במה שהלותה מקודם נישואין דיינינו ג"כ לתק"א והוכיח פן מהא דכתובות (דף פ"ה) דמודה שמואל במכנסת שט"ח לבעלה דאינה מוחלת משום דידו פיגדה ואף בנ"מ אינה מוחלת כמבואר בח"מ סי' ס"ו סעיף כ"ח וכמש"כ החלקת מחוקק שם ס"ק ח' בשם התרומות ונהרמב"ן וכ"כ הב"ש שם ס"ק א'.

וההפלאה שם ס"ק א' כתב דמצד תקנת אושא אתי עלי'. ולשי' הרא"ש י"ל דלכן אינה מוחלת דזהו משום זכות פירות שיש לו אבל הרמב"ם ס"ל דמצד תק"א אתו עלה וע"כ ס"ל מה"ט דיוורש מלות אשתו.

[והנה השמ"ק לכתובות פ"ח כתב דעיקר תקנת אושא הוא כדי שלא תעקור זכות ירושתו. אבל לפי מה שהבאתי לעיל בשם הירושלמי ר"פ הכותב הטעם דמכרה בנ"מ בטל שלא תהא אשה מוכרת נכסים משל בעלה ותאמר שלי הן.

לפי טעם זה י"ל דאף היכא דלא שניף ירושה ג"כ תקנו פן. וקצאתי בזה].

והא דפסק הרמב"ם דאין הבעל יורש נזקי אשתו הטעם בזה דהא כתב הב"ש בסי' פ"ג ס"ק ו' דחוב שמגיע לה א"צ הבעל להרשאתה אף נזקי אשתו צריף הרשאה משום דמה דלא אתי ליגדה מעולם שאני.

הרי דשאני נזקי אשתו דלא הוי ידו פיגדה משום דבזה לא הוי פלוקח מתק"א אבל במה דאתי ליגדה פבר אף מקודם הנישואין זכה משום תק"א וע"כ א"צ הרשאה וכמש"כ התה"ד והוכא באה"ע סי' פ"ה סעיף ד' ואפ"ה בנזקי אשתו צריף הרשאה אף דיש לו זכות בפירות וחוזינו דמחלקינו פן ביניהם: ואחר כותבי זה מצאתי בעז"ה בשלטי גבורים לב"ב פ' יש נוחלין בהסוגיא שם (דף קכ"ה) דאין הבעל נוטל בראוי דכתב בזה"ל כתב ריא"ז ומז"ה כתב שאין הבעל יורש מלנה כו' וכבר ביארתי בק"ה שהבעל יורש כל מלנה שיש לאשתו ביד אחרים בין מלנה בשטר בין מלנה ע"פ נאפי' מעשה ידיה שלא גבתה לפי שאין הבעל בא לזכות בהן לאחר מיתתה אלא מחיי' הוא זוכה בהן ואם מכרה האשה בחיי' הבעל מוציא מהלקוחות עכ"ל הש"ג.

וחזינו דאף במה דלא אתי ליגדה מעולם כמו מעשה ידיה שלא גבתה מ"מ ס"ל דיוורשה. ועיין בסמ"ע סי' ק"ד ס"ק ל"ו ובש"ף שם למש"כ בשכר פעולה גבי ב"ח.

וכן פתב בלשון דירוש כל מלנה דמשמע דארף בהלואתה שקודם הנישואין ס"ל ג"כ דירושא בעלה מצד תקנת אושא. וע"כ מוכרח לחלק דשאני נזקי אשתו דהני כמו שלא הגיע זמנה מתים וכמש"כ הלח"מ פ"א ה' נחלות ה' י"א.

ומה"ט ס"ל להש"ג דלא עשו בי לתק"א. וכן ראיתי פעת בשמ"ק לכתובות (דף פ"ה ע"ב) ד"ה במקנסת שט"ח לבעלה כו' שכתב דלכן אינה יכולה למחול מפני שאין בה פח להפסיד נכות פירותיו וגם אם מקרה גוף הקרקע ומתה הבעל מוציא מהלקוחות כו' עכ"ל השמ"ק.

הרי שנתפונתי לדברי הש"ג והשמ"ק דכתב דהך מקנסת שט"ח לבעלה דאינו יכול למחול דזהו גם משום התקנה דמקרה ומתה דבעלה מוציא. וכן הש"ג פתב דבעלה יורש כל מלות אשתו אף במע"י שלא גבתה משום דהני לוקח משום תק"א.

וע"כ אין אנו צריכים לדחוקי בכוננת הרמב"ם די"ל בטעמו כמו שנתבאר בעז"ה: ובהפלאה בק"א סי' צ' ס"ק ז' פתב לחזק שיטת הר"י בן מיגש דס"ל דמלנה לא הני ראוי גבי ירושת הבעל דיליף בן מהא דכתב גבי נזקין דאינו בעלה יורשה משמע דרק נזקין מעטין קרא ולא מלנה ע"ש.

וי"ל ג"כ הטעם הוא דמלנה עדיף דכבר בא לידה משא"כ נזקין דלא הגיע לידה מעולם וכחילוקי הב"ש הג"ל: ונלע"ד להוכיח פשיטה זו מהך דכתובות (דף פ"ד) דאמר רב הלכה פרשב"ג ולא מטעמי' דרשב"ג ס"ל ירושת הבעל דאורייתא וכל המתנה על מש"כ בתורה תנאו בטל ורב סבירא ליה ירושת הבעל דרבנן ונחמיה עשו חיזוק כו' ומקשינן ורב ס"ל ירושת הבעל דרבנן והתנן ריב"ב אומר הירוש את אשתו כו' ואמר רב כו'.

ויש להעיר בזה לפי מש"כ בהפלאה בכתובות (דף מ"ז ע"ב) ד"ה אומר רבא כו' במה דאמרו תקנו קבורתה תחת פתובתה דמה דהבעל יורש לנכסי צ"ב אינו רק מדרבנן משום דהני ראוי דהא מלנה שעמו פלגי כדאי' בב"ב (דף קכ"ה) א"כ נדוניא דהני פחוב אצלו הני ראוי ואינו יורשה מה"ת רק מדרבנן עכ"ל בהפלאה.

ועיין בהפלאה שם ע"א בד"ה פתב לה פירות כו'. ובהפלאה לק"א סי' צ' ס"ק ד'.

ולפ"ז קשה במה דהקשו ורב ס"ל ירושת הבעל דרבנן והתנן ריב"ב כו'. הא י"ל דמה דאמר רב הלכה פרשב"ג ולא מטעמי' דמזירי בצ"ב ולרשב"ג לא בטל תנאו רק בנ"מ דירושא מה"ת אבל בנצ"ב דאינו יורשה רק מדרבנן כפי שכתב בהפלאה לא בטל תנאו.

ואשמעין רב דארף בנדוניא דאינו יורשה לאידך פלגא רק מדרבנן דג"כ בטל תנאו משום דעשו חיזוק כו'. וגם בפלגא השנית אינו שייך לו רק מדרבנן וכפי שכתבו התוס' בב"ב (דף קכ"ו) ד"ה ובמלנה שעמו פלגי דתק"ח הוא ע"ש ובתוס' בב"ב (דף ס"ב) ד"ה איתמר כו'.

[ודחוק לומר דכוננתם הוא דא"כ תפשוט מהתם להך דין דמלנה שעמו פלגי. דז"א דא"כ תקשה ג"כ לפי מש"כ בהפלאה הג"ל בבבאיור קבורתה תחת פתובתה דתפשוט זה מהתם וע"כ מוכח דלא אמרינן בן וקצרת].

ושפיר אשמועינו רב דאף בנדוניא דאינו יורשה רק מדרבנן דג"כ בטל תנאו ומצינו לרב דס"ל בב"ב (דף קכ"ד) דהלכה פתקמי דבכור אינו יורש מלנה דהוי ראוי וע"כ ירושת הבעל בנדוניא אינו רק מדרבנן.

וקא דס"ל לרב גפי יחזיר לבני משפחה דירושת הבעל דאורייתא משום דהתם מיירי בנ"מ דהוי פמוחזק. א"כ הוי מצי הש"ס לאוקמי פן והיה מתורץ לפ"ז על נכון לקושיות הש"ס.

וקשה דאמאי הקשו הש"ס: ואין לומר בזה דלכן לא תירצו שם פן דא"כ הוי רב פטעמין וכהלכתין ורב מוסיף הוא וכדאמרו בכתובות שם בסוגיא. דז"א דהא י"ל דבאמת רשב"ג דקאמר אם מתה יירשנה מפני שמתנה כו' דכוננתו גם על צאן ברזל דאינו בעין דאם מתה יירשנה שמתנה על משכ"ב כו'.

דקא סתמא קאמר דאל"כ ה"ל לפרש. וכן התוס' שם ד"ה וקסבר ירושת הבעל כו' פתבו דירושת צ"ב שכיח טפי מנ"מ הרי דקאי שם גם בנצ"ב.

ומוכח מזה דרשב"ג ס"ל פשיטת רבי בב"ב דמלנה לא מקרי ראוי ע"כ אף בנצ"ב שאינו בעין יורשה מה"ת ושייך שפיר טעמין דרשב"ג. אבל רב דס"ל בב"ב דמלנה לא מקרי ראוי ואפ"ה ס"ל דירשה אף בהתנה שלא יירשנה דאף בירושת נצ"ב דהוי מדרבנן וכמש"כ ההפלאה דג"כ תנאו בטל משום דעשו חיזוק לדבריהם פשל תורה.

וע"כ בנצ"ב הוי הלכה פרשב"ג ולא פטעמין דרשב"ג דס"ל דירש לנצ"ב מה"ת ורב לא ס"ל פטעמין ועכ"ז ס"ל הלכתא פרשב"ג דירשה אף בנצ"ב א"כ ה"מ הש"ס לאוקמי פן ולא להקשות פן על רב. ומדחזינן דהש"ס לא אמרו פן מוכח מזה לדינא פשיטת הר"י פן מיגש דס"ל לדינא דבעל יורש מלות אשתו מה"ת וכסברת ההפלאה בק"א סי' צ' לחזק שיטתו דרק בנזקין מעטי' רחמנא ולא מלנה והוא ראי' נכונה בעז"ה לשיטתו: אכן לפי מש"כ החלקת מחוקק בסי' צ' ס"ק ח' דבעל יורש מלות אשתו דת"י דדוקא בבכור דכתיב אשר ימצא לו אמרו דמלנה שעמו פלגי ע"ש ובב"ש ס"ק ט'.

א"ש בפשיטות הא דכתובות דלא אוקמי פן משום דהא גם נדוניא זכה הבעל מה"ת בירושה למ"ד ירושת הבעל מה"ת אף למ"ד דמלנה הוי ראוי ומזה הסוגיא הוי ראיה נכונה לדברי הח"מ הנ"ל.

אבל לפי המבואר בתשובת הרשב"א דהובא בח"מ וב"ש דגם במלנה דת"י הבעל אינו יורש רק מחצה דגם זה הוי ראוי והיה מזה ראיה לשיטת הר"י מיג"ש פנ"ל. וקא דתקנו קבורתה תחת פתובתה דכתובות (דף מ"ז) פתב שם ההפלאה שארי תירוצים ע"ש.

ועיין בתורת יאיר סי' קכ"ב ובשבות יעקב סי' קל"א ובית מאיר סי' נ"ג וסי' צ' ובפני הושע פתובות (דף מ"ז) והפלאה שם ובמק"א הארכתי בזה. והנה במק"א פתבתי בהא דירש נצ"ב דזהו משום דהוי לוקח מחיים על נצ"ב ואף הנה דלא ס"ל לתק"א מודו בנצ"ב פמבואר בב"ק (דף פ"ט) אם אמרו בנצ"ב יאמרו בנ"מ.

יכעין זה ראיתי באבני מלואים סי' נ"ב שפתיב בירושתו לנצ"ב דהוא משום דזכה הבעל לנצ"ב בתורת תנאי פתובה וקרינא ביה פשתנשא לאחר ולא ניתנה לגבות מחיים כמו פתובה ואינו זוכה בתורת ירושה לנצ"ב רק משום תנאי פתובה דכשתנשא לאחר כו'.

א"כ לפ"ז נדחה כל הוכחתי הנ"ל דכיון דאין זה בתורת ירושה ע"כ לא אוכי פן בהך דכתובות (דף פ"ד) הנ"ל. אבל מן התוס' פתובות (דף פ"ג ע"ב) ד"ה וקסבר ירושת הבעל דרבנן כו' מוכח דגם נצ"ב הוא בתורת ירושתו דהא פתבו דלכו עשו חיזוק לדבריהם בירושתו משום דנצ"ב שכיחא טפי מנ"מ.

הרי דאף נצ"ב מצד ירושתו אתי עלי דלפי דברי האבני מלואים אין מקום לדבריהם. וע"כ שפיר הוכחתי מהך סוגיא דכתובות (דף פ"ד) הנ"ל פשיטת הר"י מיגש וכדברי ההפלאה בפשיטתו דבעל יורש מה"ת למנות אשתו או כשי' החלקת מחוקק שפתיב במלנה שת"י הבעל אינו דינו פראוי ורק בבכור שאני דכתיב אשר ימצא לו כנ"ל.

אבל לדינא לא קיי"ל פשיטת הר"י מיגש והרמב"ם: ונתבאר דמה דפסק המספר באה"ע דבעל יורש מה שהלונתה אשתו תחתיו מנ"מ דבעלה ירושה בלא שום חולק דנה עולה יפה לדינא לא מפעיא לשיטת הרא"ש וסייעתו דבעל הוי לוקח מחיים על הגוף.

ואף להסוברים דלא הוי לוקח מחיים על הגוף ואף פשמתה לא הוי לוקח מחיים על הגוף למפרע וכשיטת הירושלמי בר"פ הכותב. מ"מ הדין הוא דירושתה מצד דאלמוהי לשיעבודי' דבעל גבי זה וזהו עיקר מילתא דתקנת אושא דעשאוהו פלוקח גבי זה שלא נופקע זכות ירושתו: ענף ט ונה פמה שנים אשר נשאלתי באשה שמתה והניחה פמה מאות ר"כ שהלונתה בחיי בעלה והבעל ידע מהלונתה ולא מיחה וגם הסכים בפירוש.

וקודם שהלונתה הנה המעות בינה בעודה נשואה. ורצו פמה רבנים לדון דאין בעלה ירושה ואף דמבואר באה"ע סי' צ' סעי' א' וברא"ש ב"ב פ"ח סי' י"א דבהלוותה מנ"מ שילה ומתה קודם שגבתה ירושה בעלה משום דמתמת תק"א פלוקח ראשון שווי' רבנן.

עכ"ז הא פתיב הרא"ש שם שהרי שלא פדין הלונתה קרן של נ"מ שהקרן ברושותו ליטול הימנו פירות פדתנן בכתובות (דף ע"ט) נפלו לה פספים ילקח קרקע והוא אוכל פירות ולא עדיף ממכרה כו'.

והובא בזה"ל בחלקת מחוקק ס"ק ט'. א"כ משמע דדוקא בהלוותה שלא פדין אמרו פן. אבל בהלוותה פדין שלא מיחה בה בעלה והיא מוחזקת לצניית דין ובפרט היכא דהסכים בפירוש בזה הדין נותן דירושתה בעלה. וגם הלבוש פתיב בזה"ל דירושתה שהרי שלא פדין הלונתה קרן של נ"מ שהקרן ברושותו כו'.

וע"כ הנה פדעת פמה רבנים לדון דבנ"ד אין בעלה ירושה ונשאלתי לחוות דעתי בזה: ונה מה שהשכתי בעז"ה פי לעיל בענף ב' בקונטרס הנה פתיבתי מה שיש לומר לכאורה בהך תק"א דזהו דוקא היכא דהאשה פשעה ועשתה שלא פדין ומכרה לנ"מ שילה דהפקיעה בפשיעתה זכות ירושת הבעל שיש לו בנ"מ.

ועפ"ז הנה מדוקדק לשון הרא"ש בב"ב הנ"ל במש"כ שהרי שלא פדין הלנותה כו'. אבל פתבתי שם אח"ז לסתור זה דהא מוכח דארף היכא דלא פשעה נגדו אפ"ה דינו פלוקח מצד תק"א.

ולכן הדין נותן דארף דלא פשעה נגדו במה שהלנותה מנ"מ בעודה תחתיו דגם בזה דינו פלוקח ויורשה. אכן יש לדון טעם אחר דאין יורשה בעלה בהנ"ד.

והוא דהא הנה ביד הבעל למחות בה בעת שהלנותה מנ"מ שלא דהא הדין הוא בנפלו לה פספס' לקוח בהן קרקע והוא אוכל פירות והקרחן צריך להיות קנים וכמבואר באה"ע סי' פ"ה סעי' י"ג ועיין בח"מ שם ס"ק מ"ב ובב"ש שם ס"ק ל"ב.

וע"כ אם הנה מוחה בעלה שלא תלונה רק לקנות קרקע וכיוצא דאז הנה מוחזק בידיה והנה יורשה רק מצידו שלא מיחה בה בעת שהלנותה נעשה זה ראוי דהדין הוא דאינו יורשה.

וכיון דעיקר תק"א הוא משום איבה וכמש"כ רש"י בב"ק (דף פ"ח ע"ב) ד"ה באושא התקינו כו' וכ"כ הרשב"ם בב"ב (דף נ') דעיקר תק"א הוי משום איבה דעשאווהו פלוקח א'. ע"כ אפשר דכה"ג לא שייך תק"א פינו דהבעל פשע בזה.

ואפשר דמטעם זה פתב הרא"ש והלבוש והח"מ שהרי שלא פדין הלנותה כו'. משום דהיכא דהנה הלהלנותה פדין אז הבעל בעצמו אפסיד אנפשיה ולא עשאווהו פלוקח אז: ומצינו פעין סברא זו דהיכא שבידו להמציא איזה עצה שלא ינפקע שעבודי' דבכה"ג לא תקנו חז"ל לתקנתם.

והוא בזה דנדריים (דף ט"ו ע"א) דאמרו קונם שאת נהנית לי עד הפסח אם תלכי לבית אביך עד החג כו' והקשו בתוס' שם איך חל הקונם והא משועבד לה וי"ל באומר קונם תשמיש עלי שאת נהנית לי לא דוקא א"נ שאני הכא פינו שתולה הנדר בדבר שיכולה לקיים שפיר חל הנדר כו' שהרי לא תלף לבית אבי' ולא תיאסר עכ"ל התוס'.

וכעין הא דכתובות (דף ע"א ע"ב) ולא תתקשט ולא תאסר כו'. ועיין בכתובות (דף ע"א ע"ב) ובאה"ע סי' ע"ד סעי' ד' שכתבו זמן קצבה שתוכל שלא לילף לבית אבי'.

הרי דמצינו פינו שבידה שלא ינפקע זכות שיעבודיה שיש לה על בעלה אם לא תלף לבית אבי' והיא הלקה לב"א דדיינינו דכה"ג לא אלמוה לשעבודה. משום דהא ע"פ דין קונמות מפקיע משעבוד וכמש"כ הר"נ בנדריים (דף ט"ו ע"ב) באומר קונם תשמיש עלי דעל פי דין חל הקונם רק אלמוה רבנו לשעבודה דאשה כמו דאמרינו בכתובות (דף נ"ט) דאלמוה רבנו לשעבודה דבעל.

ע"כ היכא דהוי בידה שלא יהא חל נדרו דבכה"ג לא אלמוה רבנו לשיעבודה. ואף דעכשיו לאחר שהלקה לבית אבי' אינו בידה שוב מ"מ פינו דמעיקרא הנה בידה לא אלמוה רבנו לזכות שעבודה.

וכמו כן יש לדון בתקנת אושא דהוא משום דאלמוה לשיעבודי' דבעל כמבואר בב"ק (דף צ' ובדף פ"ח ודף פ"ט) ברש"י שם. דלא אלמוה רק היכא דלא הנה ביד הבעל לעשות ולמחות בידה אבל היכא שהנה בידו להשתדל שלא ינפקע זכותו הן משום זכות

פירוטיו והן משום זכות ירושתו דיש לו לכה"פ על לכתחלה ולא הנה לו להסכים על הלואה ונהייה שומעת לו פשהיה מוחה בזה.

א"כ י"ל דבכהאי גוונא לא תקנו לתקנת אושא לעשותו פלוקח ראשון פינו דהנה בידו למחות בה ולומר דרוצה שיהיה הקרן קנימת ומחזק וגם דאין מאמין להלווים וכינצא ואז לא הנה צריף לתק"א ומגלן דתקנו בכהאי גוונא אף להוציא: וכ"ז לתירוץ ב' של התוס' נדרים הנ"ל אבל לתי' א' של התוס' דלא רצו לחלק בזה הסברא מוכח דס"ל דאף היכא דבידה לעשות עצה שלא יחול נדרו פגון אם לא תלה לב"א כו' אפ"ה אלמוה רבנן לשיעבודה.

הרי דבכל גוונא אלמוה לשיעבודה. וה"ה בשיעבוד הבעל דיינינו פן.

וגם יש לחלק דאף לתי' השני של התוס' דלא פתבו פן רק גבי קונמות דע"פ דין הוא מפקיע משעבוד רק דאלמוה רבנן לשיעבודה ואף דזהו פקום ועשה לעקור לדאורייתא עכ"ז במקום מיגדר מילתא שאני ומותרת לו בתשמיש.

ע"כ היכא דבידה שלא תצטרף לעקור לדבר מה"ת בכה"ג לא אלמוה לשיעבודה לעקור לדאורייתא פקום ועשה פינו דאין הכרח לזה. אבל בממון דבזה לא מקרי עקירת דבר מה"ת דהא הפקר כו' וכדאין בגיטין (דף ל"ו) ויבמות (דף פ"ט) ע"כ לא מחלקינו בזה אף לפי תי' השני של התוס'.

ובאה"ע סי' ע"ד סעי' ד' במחבר ובטור נדרה כו' שאמר קונם תשמישה עלי אם תלכי לבית אביך יותר מחודש אם הוא בעיר כו'. הרי דהטור ושו"ע פתבו דדוקא בלשון קונם תשמישה עלי אם תלכי כו' אבל קונם תשמישי עליה אינו חל משום דמשועבד לה אף דבידה שלא תלה לבית אבי'.

והא שיטת המחבר באה"ע נשם בנדרה שלא תלה לבית אבי' דאינו יכול להפר דזה לא הוי נדר עינוי נפש וכמבאר ביו"ד סי' רל"ה סעי' ג' ובש"ף ס"קט"ו ובטור נשם. ועיין ביו"ד סי' רל"ד סעי' ס"ב ובקאור הגר"א זצ"ל ס"ק קכ"ב.

ואפ"ה לא אמרו כפי תי' השני של התוס' בנדרים הנ"ל לחלק דבידה שלא תלה לבית אבי' וכן הוא ביו"ד סי' רל"ה סעי' ג' הרי דלדינא קיי"ל פתירוץ של התוס' בנדרים דלא מחלקינו בזה אלא בכל גוונא דיינינו דאלמוה רבנן שעבודא וה"ה בנו"ד יש לדון ג"כ דאלמוהו רבנן לשיעבודא דבעל כפי תק"א אף דהנה בידו שלא יצטרף לתק"א על דיעבד ולהוציא דלא פלוג חז"ל לתקנתם בזה.

אף אפשר לחלק דשא"ה גבי קונם תשמישי עליה אם לא תלה לבית אביך יותר מחודש אם הוא דר עמה בעיר או יותר מרגל אם דר בעיר אחרת. דהא זהו דבר קשה עלי' כדאמרו בכתובות (דף ע"א ע"ב) דהמדיר את אשתו שלא תלה לבית אבי' דיוציא ויתן פתובה וכן הוא ביו"ד סי' רל"ה סעי' ג' ובאה"ע סי' ע"ד סעי' ד'.

וע"כ י"ל דמה"ט ס"ל להתוס' בתי' א' והטורשו"ע באה"ע ויו"ד דלא דיינינו להחילוק של התוס' בתי' השני דהוי בידה שלא תלה. משום דס"ל דקשה להכביד עלי' לעשות פן.

ועדיין יש לדון ולהסתפק בנ"ד דהיה ביד בעלה למחות בינה שלא תלונה לאחרים וע"כ אפ"ש דלא תקנו בכה"ג לתק"א: וע"כ נלע"ד להוכיח ממק"א דאף היכא דביד הבעל לאיזה עצה ותחבולה שלא יהיה יכולת ביד האשה להפקיע שיעבודו אפ"ה אלמוה רבנן לשיעבודו והוא דאמר בקונם תשמשי עליה דמבואר בנדרים (דף ט"ו) ובכתובות (דף ע"א) דאינו חל הקונם משום דמשועבדת לו וכמש"כ הר"נ בנדרים שם דזהו משום דאלמוה רבנן לשיעבודי דבעל.

והא התם הוי ביד הבעל להפר הקונם שלא א"כ הא הוי ביד הבעל לעשות עצה ותחבולה זו בעת הקונם שלא ואז לא יצטרף למה דאלמוה רבנן לשיעבודו דהא בלא זה יש ביד הבעל להדר אחר עצה זו ולהפר נדרה ואף דבעבר יום שמעו והחריש ולא היפר אינו שוב בידו מ"מ הא ביום שמעו היה בידו להפר נדרה ועכ"ז חזינו דאלמוה חז"ל לשיעבודו ועקרו לדבר איסור מה"ת בקום ועשה.

וכן מוכח מההך דכתובות (דף נ"ט) בקונם מע"י לפיה דאינו חל בעודה תחתיו משום דאלמוה חז"ל לשיעבודו אף דהיה ביד הבעל להפר כמבואר שם דזה מקרי בינו לבינה. וכן מוכח מכתובות שם ע"ב ובתוס' ד"ה פגון שצדקה היא וקיים לה כו' שכתבו שם דליכא למימר דאסרה הנאת יניקתה עליו דכיון דמשעבדא לי' אין הנדר חל עכ"ל.

ולא אמרינן דהא היה ביד הבעל להפר. ומוכח מן פל זה דאף היכא דהיה ביד הבעל להדר אחר עצה זו ולהפר נדרה.

דעכ"ז אלמוה רבנן לשיעבודי. וכש"כ גבי תקנת אושא דאין בזה דררא דאיסורא כולל רק דררא דממונא.

דאלמוה רבנן לשיעבודו דבעל בכל גונוי אף אם היה ביד הבעל למחות בינה בעת הלואאתה. ומה דיש להעיר מפל הנ"ל על תי' הב' בנדרים (דף ט"ו) הנ"ל יש לחלק דשאני היכא דהוי בינה בשוא"ת מן מה דהוי בידו בקום ועשה.

ועוד יש לחלק בכמה גונוי וקצרת: ענף י ומצינו פן בתוס' ב"ק (דף פ"ח) וכתובות (דף נ') ובב"ב (דף קל"ו) ויבמות (דף ל"ו) שכתבו דלריו"ח איצטריו תק"א היכא שכתב לה דו"ד אין לי בפירוטיה כו'.

או בנתן לה מתנה כו' והא היה בידו שלא לכתוב פן ואז לא היה צריך לתק"א לריו"ח. והיה בידו להתנות בעת הסילוק אז בעת המתנה שזהו בתנאי שלא תמכור ואז היה מכרה בטל.

ואפ"ה אמרינן דאלמוה רבנן לתקנתם. א"כ ה"ה לדידן דקיי"ל פריש לקיש ג"כ אמרינן דבכל גונוי אלמוה לעשותו פלוקם על הנ"מ בעת דהיה בינה דלא מפקעינן זכותו דיש לה בנ"מ ליורטיה.

וכמו בכתב לה דו"ד אין לי בפירוטיה אי נימא דשא"ה דבשביל טובה שעשה עמה לסלק א"ע מן פירוטיה דאין סברא לומר דנפקע זכותו להיות יורטיה וע"כ כתבו התוס' פן. א"כ כמו כן יש לדון לסברא זו בנ"ד דהא ג"כ עשה לה טובה במה שיהספם להלואאתה והיה להם פירות מהמעוה ובלתי זה היה קשה להם להשיג רנוח בזה ויש בזה רנוח בימא

וכדאָמרוּ בַּכְתּוּבוֹת (דף פ') ובאה"ע סי' פ"ה סעי' י"ז וְעָשָׂה טוֹבָה גַם עִמָּה בְּמַה שֶׁהִסְכִּים לְהַלְלוֹתָהּ ע"כ אין לחלק ביניהם כָּלֵל.

ואין סבָרָא לומר דְּהָא לֹא מְצִינוּ פֶּן רַק לריו"ח פְּתָבוּ הַתּוֹס' פֶּן אָבֵל לְרִישׁ לְקִישׁ אֵין לָנוּ הַכְרַח לְדוֹן פֶּן. דְּזָהוּ דוֹסָק דְּהָא אֵין לָנוּ לְהַרְבוֹת בְּמַחְלֻקַת בְּנֵה בֵּין רִיו"ח לְרִישׁ לְקִישׁ.

וּכְמוֹ שֶׁאֶכְתּוֹב לְקַמֵּן בַּעֲזוֹת הַהוֹכְחָה מִהַרְשֵׁב"א לַב"ק וְעֵינֵן בַּקְצָה"ח פֶּאָן בַּס"ק ט'. וְנִדְעֵתִי מַה דְּיָשׁ לְחַלֵּק דְּשֵׁאֲנֵי בְּהַדְּ שֶׁפְּתָבוּ הַתּוֹס' בְּכַתְבֵּי לֵה דו"ד אֵין לִי בְּפִירוּתִיךָ דְּלֹא אֲסִיק אֲדַעְתִּי דְּתַמְפֹּר אוֹתָן לֹאח"ז וּבְעֵת דְּמְכָרָה הָא אֵינוֹ בְּיָדוֹ אִז עַל אֵינָה עֲצָה שִׁיְהִיָּה בְּיָדוֹ לְבַטֵּל מַעֲשֵׂי מִשְׁא"כ בַּנ"ד הָא בְּעֵת שֶׁהַלְלוּתָהּ הִיָּה אִז בְּיָדוֹ לְמַחוֹת לֵה שְׁלֹא תִלְוֶנָה.

אָבֵל גַּם זֶה הוּא דוֹסָק בְּפֶרֶט דְּהָא נִתְבָּאָר בְּרֵאוֹת אַחֲרֵינֵי לְעִיל דְּאָף הֵיכָא דְּהוּי בְּיָדוֹ לְעֲשׂוֹת עֲצָה וְתַחֲבוּלָה שְׁלֹא יִנְפָקַע שְׁעַבּוּדוֹ בְּעֵת שֶׁבָּאָת לְהַפְקִיעַ זְכוּתוֹ אַפ"ה אֲלֵמוּהָ חֲזו"ל לְזְכוּתוֹ וְה"ה בַּנ"ד.

וְכֵן אֵין לְחַלֵּק דְּשֵׁאֲנֵי הֵיכָא דְּבְּיָדוֹ בְּקוּם וְעָשָׂה מִשְׁא"כ הֵיכָא דְּהוּי בְּשֵׁב וְאֵל תַּעֲשֶׂה כְּמוֹ הֵיכָא דְּלֹא הִיָּתָה מִלְּוֶנָה לְאַחֲרִים בְּלִתֵּי הַסְכָּמָתוֹ וּמַעֲשֵׂיו דְּרוּצָה בְּזָה. דְּגַם זֶהוּ דוֹסָק דְּהָא עַכ"פ הִיָּה בְּיָדוֹ לְעֲשׂוֹת וּלְהַדָּר אַחַר הָעֲצָה דְּבְּיָדוֹ דְּלֹא תַחֲוֵל מַעֲשֵׂיָהּ לְהַפְקִיעַ זְכוּתוֹ וְכַדְאָמְרוּ בְּקִידוּשֵׁין (דף ס"ב) דְּכָל שֶׁבְּיָדוֹ לָאוּ כְּמַחְסָר מַעֲשֶׂה דְּמִי.

וּלפ"ז מוֹכַח דְּבְּכָל גְּוֹנֵי אָף דְּהִיָּה בְּיָדוֹ בְּשׂוֹא"ת לְבַטֵּל מַעֲשֵׂיָהּ וְלֹא עָשָׂה פֶּן דַּע"ז גַּם בְּכַה"ג אֲלֵמוּהָ לְתַקְנָתָם: וּלְפִי מַה דְּנִתְבָּאָר דְּאָף הֵיכָא דְּהִיָּה הַהַלְלוּתָהּ בְּרִשׁוֹת בַּעֲלָה דַּג"כ יוֹרְשָׁה בַּע"כ מְוַכָּר לומר בַּמִּשְׁכ"ח הָרֵא"ש שֶׁהָרִי שְׁלֹא פִדִּין הַלְלוּתָהּ כּו' דְּלִרְוֹחָא דְּמִילְתָא פְּתַב פֶּן הָרֵא"ש.

וְעוֹד יֵשׁ לומר בְּכּוֹנֶנֶת הָרֵא"ש וְהוּא דִּי"ל דְּהֵיכָא דְּהֵאֲשָׁה הַלְלוּתָהּ הַמְעוֹת בְּרִשׁוֹת בַּעֲלָה אִז בְּנוֹדָאֵי חֵיב הַלְוָה לְשֵׁלֵם לְהַבְעֵל דְּאָף שְׁאֵין יוֹרֵשׁ בְּרֵאוֹי עַכ"ז פִּינּוֹן דְּהוּי לֹקֵס מִחֵיִים עַל הַגּוֹף א"כ הוּי הַלְוָה לְוָה שֶׁל הַבְעֵל מִחֵיִים עַל הַקֶּרֶן לְפִי שֶׁהַבְעֵל קָנָה אֶת הַהִתְחַיְיבוֹת שֶׁל הַלְוָה דְּהִתְחַיְיב לְשֵׁלֵם.

וּכְמוֹ בְּשׁוֹלֵחַ ע"י חֲבִירוֹ מְעוֹת לְקַנּוֹת חֲטִיִּים וְלֹא הוֹדִיעַ לְהַמוֹכֵר דְּדֵיִינֵינוּ דְּהַמוֹכֵר מְקַנָּה לְבַעַל הַמְעוֹת כְּדֵאֵל בַּב"ק (דף ק"ב) וּבַח"מ סי' קפ"ג סעי' ד' וְע"כ בְּזָה הַדִּין בְּפִשְׁטוֹת דְּבַעַל יוֹרְשָׁה מַה"ט. אָבֵל אִם הַלְוִוְתָהּ שְׁלֹא בְּרִשׁוֹת בַּעֲלָה בְּזָה יֵשׁ מְקוּם לְדוֹן דֵּאֵין בַּעֲלָה יוֹרְשָׁה לְפִי דְּהָא הִיָּה רְצוּנָה לְגִזּוֹל מִבְּעֵלָה וּלְהַפְקִיעַ הַזְכוּת שִׁישׁ לוֹ בְּהַמְעוֹת.

וּמְבֹאָר בְּטוֹר וּש"ע בַּח"מ שֶׁם דְּהֵיכָא דְּשְׁלִיחַ זָבִין סְתָמָא בְּמְעוֹת הַמְשַׁלַּח וְקוּדָם מְשִׁיכָה הָדָר בִּי דְּקָנָה הַשְׁלִיחַ חֲפִץ לְעֲצָמוֹ. וְע"ש בַּקְצָה"ח ס"ק ד' שֶׁכְּתִיב לְפָרֵשׁ לְשִׁיטַת הָרֵא"ש דְּעֵינָר פְּנוּנַת הַמוֹכֵר הוּא לְשְׁלִיחַ אֲלֵא דְּשְׁלִיחַ דְּעֵתוֹ לְזַכּוֹת לְצוּרָה בַּעַל הַמְעוֹת וְכִינּוֹן דְּקוּדָם מְשִׁיכָה חֲזוֹר בּוֹ הַשְׁלִיחַ לְקַנּוֹתוֹ לְעֲצָמוֹ ה"ה לְעֲצָמוֹ כּו' עַכ"ל.

וְעֵינֵן שֶׁם סַע"י ג' וּבַש"ף ס"ק ד'. וְכַעֲיֵן זֶה מְבֹאָר בַּסִּי' רַצ"ב סַע"י ז' גְּבִי נִפְקֵד שְׁנִשְׁתַּמֵּשׁ בְּמְעוֹת צְרוּרִים דָּאֵם קָנָה אֵינָה חֲפִץ בְּהַמְעוֹת אִם נִתְפָּנֵן לְקַנּוֹת לְעֲצָמוֹ קָנָה לְעֲצָמוֹ.

וּלפ"ז הִיָּה נִרְאָה גַם בְּאֲשֶׁה דְּאֵינָה רְוָצִית לְמַת הַפִּירוֹת לְהַבְעֵל וְהַלְלוּתָהּ שְׁלֹא בְּרִשׁוֹת בַּעֲלָה א"כ הִיָּה פְּנוּנַתָהּ לְקַנּוֹת לְעֲצָמָה אֶת הַשְׁט"ח וְהַהִתְחַיְיבוֹת שְׁנוּתָן לֵה הַלְוָה. וְכַמוֹ

בְּקִנְיַת הַשְּׁלִיחַ חֲטִימִים בְּמַעוֹת הַמְּשַׁלֵּחַ וְהִיָּה בְּדַעְתּוֹ לְקַנּוֹתוֹ לַעֲצָמוֹ דְקִנְיַת לַעֲצָמוֹ וְהִ"ח
בְּהַתְּחַיְיבוֹת שְׁלֹקְחָתָהּ הָאִשָּׁה מֵהַלְוָה תְּמוּרַת הַמַּעוֹת כִּינּוּן דְרָצְתָהּ לְזָכוֹת לַעֲצָמָהּ הַשְּׁט"ח
וְהַתְּחַיְיבוֹת שֶׁל הַלְוָה הִיָּה נִרְאָה לְכַאוּרָה דְאִין יוֹרְשָׁה בְּעֵלָהּ לַהֲשִׁיבָהּ וְהַתְּחַיְיבוֹת שֶׁל
הַלְוָה דְהוּי רְאוּי וְעֵיקָר הַתְּחַיְיבוֹת הַלְוָה שְׂיִיף לָהּ דְהָא לֹא נַעֲשִׂית לְשְׁלִיחַ הַבְּעַל וְנִזְכָּתָהּ
בְּעַת הַהַלְוָאָה לַעֲצָמָהּ וּמִצַּד זְכוּת יוֹרְשָׁהּ הָא אִינוּ יוֹרְשׁ בְּרְאוּי.

וְעֵיקָר מַה דְאִנּוּ דְנִין לְזָכוֹת הַבְּעַל הוּא מִצַּד דְהוּי בַע"ד שֶׁל הַלְוָה וְזֶה אִינוּ שְׂיִיף הִיכָא
דְרָצְתָהּ לְזָכוֹת לַעֲצָמָהּ שְׁלֹא בְּתוּרַת שְׁלִיחוֹת. וְאִי דְנִימָא דַעכ"ז מְחַנְיֵיב הַלְוָה לְשִׁלְמָה
לְהַבְּעַל מִשּׁוּם הַנְּאֻתוֹ דְהִיָּה לוֹ ע"י הַמַּעוֹת שֶׁל הַבְּעַל מִצַּד דְהוּי לֹקַחַס עַל הַגּוּף וְכִמוֹ כֹּל
מִשְׁתַּרְשֵׁי לִי.

עכ"ז הִיכָא דְלֹא הִיָּה לְהַלְוָה הַנְּאֻה כְּגוֹן אִם נֶאֱבָדוּ הַמַּעוֹת אֲצֵל הַלְוָה אַחַר הַלְוָאָתוֹ דְכִינּוּ
דְלֹא נִהְיָה א"כ אִין מְקוּם לְסַיֵיב לְהַלְוָה מִצַּד הַנְּאֻה שְׁהִיָּה לוֹ מִהַמַּעוֹת שֶׁל הַבְּעַל. וְגַם
לפ"ז הָא יְכוּל לְטַעוֹן נֶאֱנָסוּ וְכַה"ג.

וְאִין לְנוּ מְקוּם לְסַיֵיבוּ לְהַלְוָה לִיתָן לְהַבְּעַל רַק מִצַּד הַתְּחַיְיבוֹת שְׁנִתְחַיְיבוּ הַלְוָה וְכִינּוּ דְלֹא
הִיָּתָה שְׁלִיחַ הַבְּעַל בְּעַת הַלְוָאָתָהּ א"כ הִיָּה אֲפָשָׁר לְדוּן בְּזֵה דְאִין יוֹרְשָׁה בְּעֵלָהּ כְּמוֹ כֹּל
דִּין רְאוּי.

כֹּן הִיָּה מְקוּם לְכַאוּרָה לְדוּן. וְלִכֵּן כָּתַב הָרַא"ש בַּב"ב פ"ח ס' י"א הַנְּ"ל בְּזֵה"ל דְאִם
הַלְוָתָהּ הָאִשָּׁה מִנ"מ כו' יָרִית בַּעַל הַהִיא מְלָנָה שְׁהִיָּה שְׁלֹא כְּדִין הַלְוָתָהּ קָרַן שֶׁל נ"מ
שְׁלֵה שְׁהַקָּרַן בְּרִשּׁוֹתוֹ הוּא כו' וְלֹא עֲדִיף מִמְכָּרָהּ כו' מִשּׁוּם דְכְּלוּקַחַס רִאשׁוֹן שׁוֹינְהוּ רַבְּנָן
כו'.

דְכּוֹנְנָתוֹ לְאַשְׁמוּעֵינָן דְאִף הִיכָא דְהִיָּה הַלְוָאָתָהּ שְׁלֹא בְּרִשּׁוֹת וּבְשְׁלִיחוֹת בְּעֵלָהּ ג"כ הַדִּין
הוּא דְיוֹרְשָׁה דְכִינּוּ דְהוּי הַבְּעַל לֹקַחַס מְחִימִים עַל הַגּוּף עַל הַמַּעוֹת. א"כ הוּי הַלְוָה שְׁלֹקַחַס
הַמַּעוֹת לְרִשּׁוֹתוֹ כְּדִין כֹּל שׁוֹאֵל שְׁלֹא מְדַעַת דְהוּי גְזֵלָן לְהִיֹּת סַיֵיב אִף בְּאֶנְסִין וְכִמוֹ כֹּן
הַלְוָה סַיֵיב לְשִׁלְמָה לְהַבְּעַל מַה"ט דְהוּי כְּמוֹ גְזֵלָן שֶׁל הַבְּעַל.

אִף הִיכָא דְמִיָּרִינָן אִם יִזְכָּה בְּגוּף הַחֲפִץ הַנִּקְנָה בְּזֵה שְׁפִיר כָּתְבוּ דְאִינוּ קוֹנְהָ לְהַחֲטִימִים אִם
הַשְּׁלִיחַ נִתְּכּוֹן לְקַנּוֹת לַעֲצָמוֹ וְחִזּוּר בּוֹ מְקוּדָם מְשִׁיכָה כַּנ"ל. אֲבָל מִצַּד שׁוֹאֵל שְׁלֹא מְדַעַת
דְהוּי גְזֵלָן נִתְחַיְיבוּ לְבַעַל הַמַּעוֹת וְהִ"ח בְּנִזְדוּן הַלְוָאָתָהּ שְׁלֹא בְּרִשּׁוֹתוֹ וּשְׁלִיחוֹתוֹ
דְנִתְחַיְיבוּ מַה"ט.

וְזֵהוּ דְכָתַב הָרַא"ש שֶׁהַבְּעַל מוֹצִיא מִיָּדוֹ יוֹרְשׁ אוֹתָן כו' הִיָּינוּ דְמַחְמַת זְכוּתוֹ לְהִיֹּת יוֹרְשָׁהּ
דְשׁוֹינְהוּ רַבְּנָן מִשּׁוּם זֶה לְהִיֹּת לֹקַחַס עֲלֵיהֶם דְהוּי מִשּׁוּם זֶה לְבַע"ד שֶׁל הַלְוָה. וְאַשְׁמוּעֵינָן
הָרַא"ש לְרַבּוֹתָא זֶה וְכַש"כ בְּהַלְוָתָהּ בְּרִשּׁוֹת בְּעֵלָהּ דְלֹא רָצְתָהּ מְעוֹלָם לְקַנּוֹת אֶת
הַתְּחַיְיבוֹת לַעֲצָמָהּ דְבְּזֵה פְּשִׁיטָא בְּיוֹתֵר דְיוֹרְשָׁה בְּעֵלָהּ מַה"ט דְעֲשָׂאוּהוּ לְלֹקַחַס כְּמוֹ
שְׁנִתְבָּאָר לְעִיל.

וְכֹן יֵשׁ לוֹמֵר בְּכּוֹנְנַת הַלְבּוּשׁ וְהַח"מ. וְלִפִּי מַה שְׁכָּתְבְתִי דְעֵיקָר הַחִיּוּב שֶׁל הַלְוָה לְהַבְּעַל
בְּהַלְוָתָהּ שְׁלֹא כְּדִין דְזֵהוּ מִצַּד דְהוּי שׁוֹאֵל שְׁלֹא מְדַעַת וְהוּי גְזֵלָן.

אין אנו יכולין לחייבו רק על הקרן ולא על הרבית שעלה על ההלוואה ויש להאריך בזה: והא דסיים הרא"ש בב"ב שם שהרי הקרן ברשותו הוא ליטול הפירות כו'. אף שכתבתי לעיל דעיקר הטעם של הרא"ש דיורשה הוא משום דהוי לוקח מחיים על הגוף ולא משום דאלמיה לקניו פירותיו דיהיה פקנן הגוף וכמש"כ הקצה"ח.

אלא כמו שמוכח מן הרא"ש בב"ב פ"ג סי' נ"ג דהוי לוקח מחיים על הגוף וכמש"כ לעיל בארנפה ועכ"ז פתב הרא"ש הכא להטעם שהרי ברשותו הוא לאכול הפירות. א"כ מזה נ"ד ס"ל להרא"ש דהיכא דאין להבעל פירות לא עשאוהו ללוקח על הגוף וכמו דמוכח מהרשב"א המובא בפ"ה הכא בסופו דס"ל להרשב"א דהוי לוקח מחיים על הגוף.

והנה הרשב"א לחי' בב"ק (דף פ"ח) דהביא לדברי התוס' דכתבו שם דתק"א הנה להיכא דסילק א"ע מהפירות או בנתן לה מתנה דגם בזה שייך תק"א וע"ז פתב הרשב"א שם לחלוק על דבריהם משום דכיון דאין לו פירות ע"כ לא שייך תק"א בזה: ומן הרשב"א לב"ק הנה"ל נראה דס"ל בדעת התוס' דס"ל לדינא דאף היכא דסילק א"ע מהפירות דעכ"ז שייך תק"א בזה.

רק דחולק עליהם. א"כ מוכח מדבריו דס"ל דאין סברא לומר דהתוס' פתבו פן שם רק לריו"ח דקנן פירות פקנן הגוף אבל לר"ל דאין הקרם לדון לסברת התוס' י"ל דגם התוס' ס"ל לדינא דאם סילק א"ע מן הפירות דלא שייך בזה לתק"א כדקיי"ל כר"ל.

ומדכתב הרשב"א דדעת התוס' הוא דאף היכא דסילק א"ע מן הפירות ג"כ שייך תק"א מוכח דס"ל להרשב"א בשיטת התוס' דאין סברא לומר דזהו פלוגתת ריו"ח ור"ל. וזהו דלא כהקצה"ח הכא דכתב לפרש די"ל דהתוס' פתבו פן רק לריו"ח ולא לר"ל דמן הרשב"א מוכח דאין סברא לומר פן: ולפ"ז שפיר פתבתי לעיל להוכיח מן שיטת התוס' לדינא דאף היכא דהנה ביד הבעל להמציא עצמה ותחבולה דלא יחול מכירתה אף בלתי תק"א כמו התם בכותב לה דו"ד אין לי בפירותיה ובנתן לה מתנה דהנה יכול להתנות אז דזהו בתנאי דלא תמפור הנ"מ כו' וכמש"כ לעיל.

ועכ"ז אמרו דדיינינן בזה לתק"א. א"כ מוכח פן לדינא ברור דאף היכא דהנה ביד הבעל אינה עצמה שלא יצטרף לתק"א ולא עשה פן דאפ"ה דיינינן לתק"א.

ואין סברא לומר דהתוס' לא פתבו פן רק לריו"ח ולא לר"ל. משום דאין לנו להרבות בפלוגתא בזה בין ריו"ח לר"ל.

ומן דברי הרשב"א הנה מוכח פן: ונתבאר דהרשב"א ס"ל דהיכא דאין לו פירות דלא עשו בזה לתק"א דעיקרו הוי משום דהוי לוקח מחיים על הגוף וכשי' הרשב"א. וכמו כן מוכח מן הרא"ש דכתב שהרי ברשותו הוא ליטול הפירות אף דנתבאר בשיטתו דס"ל דעיקר תק"א הוי משום דהוי לוקח מחיים על הגוף כנ"ל.

וע"פ דברי הרשב"א הנה"ל יש לדון בדברי הרשב"א בתשובה המובא בהרמ"א לאה"ע סי' צ' סעי' א' ובח"מ שם ס"ק ט' וב"ש שם ס"ק י"ב וקצתתי: נחזור לעניינינו דנתבאר דאף היכא דהלוואה ברשות בעלה בעלה יורשה ומן דברי הרא"ש אין לסתור זה וכמש"כ בכוננת הרא"ש או די"ל דהרא"ש פתב פן לריו"ח דמילתא.

ונה ברור ופשוט דאין לדמות זה למה דמבואר באה"ע סי' צ' סעיף ט' גבי מכרה נ"מ דאם מכרה ברשותו דאינו מוציא מהלקוחות דשא"ה במכרה דכיון דמסכים במכירתה א"כ הוי כמו דמכר בעצמו לזכות שיש לו בהנ"מ דבמכירת שניהן חל המכירה כמבואר בב"ב (דף נ').

אבל בהלוותה מנ"מ דאף דהסכים להלוואתה אין בזה ראיה והוכחה דמוחל לה זכותו מה שיש לו ע"פ תק"א וזה פשוט. ומה"ט אין זה דומה כלל למה דמבואר באה"ע סי' ע"ד סעי' יו"ד דאם נדר ברשותה הנדר חל דשא"ה דהוי כמו דמחל לה בפירוש אבל בנותן לה רשות להלוות ליכא ראיה מזה דמחל לזכותו דזיכפו לו מתק"א.

וע"כ העיקר לדינא דאף דנתן לה בעלה רשות להלוות ומתה דבעלה יורשה. וכן ראיתי בהפלאה בסי' צ' בס"ק ז' שכתב פן בקצרה ומש"כ הרא"ש שהרי שלא פדין הלוותה זהו לרווחא דמילתא ע"ש.

וכ"כ באבני מלואים בסי' צ' בס"ק ה' בקצרה. וקוצרו בזה וכתבתי בעז"ה לבאר בארובה כ"ז וצדדי הספיקות בענין הנה וכן הוא עיקר לדינא: סימן קד סעיף י שטרות שזמן פולם ביום אחד כו' ואין בנכסים פדי שגיגה כ"א מהם חובו מחלקין ביניהם כו': ונסתפקתי במי שיש עליו חוב הלוואה ועוד חוב התחייבות מה שהתחייב לאחד בחנם או לבנו באופן המועיל וזמן פולם ביום א' ואין לו רק לשלם לא' אם יחלוקו או דינתו לבע"ח של הלוואה פולו.

ומה דהביאני להספק הלז הוא לפי מה דאמרו בכתובות (דף פ"ו) מאן דאיכא עליה פתובה ובע"ח ואין לו אלא חד ארעא לבע"ח יתבינן לאשה לא יתבינן יותר משתאיש רוצה לישא כו'. והרמב"ם ה' אישות פ' י"ז הל' ד' פתב דלכן בע"ח קודם פי הפסיד והוציא מעותיו.

והאשה לא חסרה דבר ויותר משתאיש רוצה לישא אשה כו'. אלמא דלכן בע"ח קודם משום שהוציא מעותיו.

א"כ ה"ה בנ"ד יש להקדים חוב הלוואה דהוציא מעותיו והב' הא לא הוציא מעות. ומה"ט גם באשה בנכסי צאן ברזל דינה כמו בע"ח כמבואר באה"ע סי' ק"ב סעיף ב'.

וכן יש לדון לכאורה אף לפמש"כ רש"י ותוס' שם דלכן לבע"ח יתבינן משום נעילת דלת. א"כ אפשר דזה לא שייך אלא בחוב הלוואה ולא בחוב הבא עליו ע"י חיוב מחדש שהתחייב בעצמו.

ויכעין שכתבו התוס' בב"ק (דף י"ד) ד"ה ש"מ לנה ומכר כו'. ובקדושין (דף י"ג) ותוס' ד"ה אמר רב פפא כו'.

ובשמ"ק לב"ק (דף ק"ד ע"ב) דכתב בשם רש"י דבנזקין וגזילה לא שייך נעילת דלת ע"ש ובתוס' ב"ק שם. א"כ אפשר לומר דה"ה בחוב שהתחייב א"ע מחדש דאפשר דלא שייך בזה נעילת דלת כ"כ.

ומה"ט יש להסתפק ג"כ במאי דקיי"ל ד"ת בע"ח דינו בַּזְבוּרִית ומפני נְעִילַת דָּלַת בְּבִינוּנִית. דְּאִפְשָׁר בְּחִיּוּב מַחְדָּשׁ שֶׁהִתְחַיֵּיב בְּעֲצָמוֹ לֹא יִהְיֶה דִּינוֹ בְּבִינוּנִית רַק בְּזִבּוּרִית.

דְּהָא לֹא שְׁיִיךְ בְּזָה כ"כ נְעִילַת דָּלַת בְּפָנֵי לוּוִין דְּהָא לֹא הִלּוּנָה לּוֹ כְּלָל. וְגַם בְּנַצ"ב יֵשׁ פְּלִגְמַת הַפּוֹסְקִים אִם דִּינוֹ בְּבִינוּנִית אוֹ זִבּוּרִית כְּמִבְּנֵי בֵּית הַבְּרִית בְּאֵה"ע ס' ק' סְעִיף ב': עֲנָף א וְנִלְפַענ"ד לְהוֹכִיחַ הַסֵּפֶק הַנֶּ"ל מֵהָא דְכְּתוּבָת (דָּף נ"ה) דְּאִי' שָׁם תְּנַאי כְּתוּבָה כְּתוּבָה דְּמֵיָא נַפ"מ לְזִבּוּרִית.

וְהַתּוֹס' שָׁם בַּד"ה וְלִשְׁבִיעֵית כּו' כְּתוּבָה לְפָרֵשׁ דְּהָא דְתְּנַאי כְּתוּבָה כְּתוּבָה אֵינוֹ שְׁיִיךְ זֶה אֲלֵא בְּמָה דְּבִשְׁאָרֵי חוֹבוֹת דְּלֹא הִלְוָה אֵין דִּינוֹ כֵּן אֲלֵא מִצַּד דְּהוּי תְּנַאי כְּתוּבָה כְּתוּבָה אֲתוּ עֲלֶיהָ.

וְאִי נִימָא דְּבְּכָל חוֹב דְּלֹא הִלְוָה ג"כ דִּינוֹ בְּזִבּוּרִית מִשּׁוּם דְּלֹא שְׁיִיךְ בִּיהּ נְעִילַת דָּלַת. א"כ תִּקְשָׁה לְמָה אֲמָרוּ תְּנַאי כְּתוּבָה כְּתוּבָה גְּבִי תוֹס'.

דְּהָא אִף אִם לֹא הָיָה דִּינָם כְּתוּבָה ג"כ אֵינוֹ גּוֹבֵה רַק מִזִּבּוּרִית כְּמוֹ כָּל מִלֵּי דְּלֹא הִלְוָה וְלֹא חֶסֶר וְהוֹצִיא מְעוֹת דְּדִינוֹ ג"כ בְּזִבּוּרִית. א"כ מוֹכַח מְזָה דְּכָל חוֹב אִף דְּלֹא הוּי חוֹב הִלְוָה ג"כ דִּינוֹ בְּבִינוּנִית דְּלֹא פְּלוּג חו"ל בְּתַקְנָתָם.

אֲלֵא חוֹב כְּתוּבָה שְׁאֵנִי דִּיּוֹתֵר מִשְׁהָאִישׁ רוֹצֵה לִישָׂא כו'. כְּמִבְּנֵי בְּגִיטִין (דָּף מ"ט) וּבְתוֹס' שָׁם (דָּף מ"ח) ד"ה וְכְתוּבַת אִשָּׁה.

וְכַד מִשְׁמַע מֵהָא דְּאֲמָרוּ בְּכְתוּבָה שָׁם דְּלִכּוֹן דִּינָה בְּזִבּוּרִית מִשּׁוּם יוֹתֵר מִשְׁהָאִישׁ רוֹצֵה לִישָׂא כו'. מִשְׁמַע דְּלוּלֵי זֶה הָיָה דִּין כְּתוּבָה שְׁנֵה לְבַע"ח אִף הֵיכָא דְּלֹא שְׁיִיךְ נְעִילַת דָּלַת כ"כ מִשּׁוּם דְּלֹא פְּלוּג חו"ל בְּתַקְנָתָן: וְכֵן מוֹכַח בְּיוֹתֵר מֵהָא דְּכְּתוּבָת (דָּף ס"ט) דְּאִתָּא שָׁם גְּבִי עֵישׁוֹר נְכֻסֵי דְּבַע"ח דְּאֲבָא הוּא אוֹ דְּאֲחֵי הוּא נַפ"מ לְמַגְבָּא בְּבִינוּנִית דְּאִי בַע"ח דְּאֲחֵי דִּינָה בְּבִינוּנִית וְאִי דְּאֲבָא בְּזִבּוּרִית.

וְקִי"ל דְּבַע"ח דְּאֲחֵי הוּא כְּמִבְּנֵי בֵּית הַבְּרִית בְּאֵה"ע ס' ק' דִּינָה בְּבִינוּנִית. אֲלֵמָא דְּאִף דִּינָה אֵינוֹ חוֹב הִבָּאָה מִהִלְוָה וְלֹא חֶסֶרָה וְהוֹצִיאָה מְעוֹת.

אֲלֵא מִצַּד תַּק"ח מ"מ דִּינָה ג"כ בְּבִינוּנִית. אִף דְּלֹא שְׁיִיךְ נְעִילַת דָּלַת בְּפָנֵי לוּוִין דְּהָא אֵין זֶה חוֹב הִבָּא מִהִלְוָה.

וְעַכ"ז דִּינָה בְּבִינוּנִית מִשּׁוּם דְּדוֹקָא בְּכְתוּבָה וְתוֹסְפַת כְּתוּבָה דְּשְׁיִיךְ יוֹתֵר מִשְׁהָאִישׁ רוֹצֵה לִישָׂא כו' ע"כ דִּינָה בְּזִבּוּרִית מִשְׁא"כ הֵיכָא דְּלֹא שְׁיִיךְ כֵּן דִּינָה בְּבִינוּנִית דְּלֹא פְּלוּג בְּתַקְנָתָן.

דְּפִרְנָסָה אֵינָה כְּתוּבָה כְּמִבְּנֵי בֵּית הַבְּרִית בְּכְתוּבָת (דָּף ס"ח): וְכֵן מוֹכַח בְּב"ק (דָּף ז') וְגִיטִין (דָּף מ"ט) בְּאֹמֵר הָרִי עָלֵי מְנָה לְבָדֵק הַבֵּית דְּלֹא יִהְיֶה אֲלֵא בַע"ח וְבַע"ח דִּינוֹ בְּבִינוּנִית. אֲלֵמָא דְּאִף בְּחוֹב שֶׁהִתְחַיֵּיב בְּעֲצָמוֹ ג"כ דִּינוֹ בְּבִינוּנִית כְּמוֹ חוֹב הִלְוָה.

וְעֵינֵן בְּרִשְׁבֵּ"א בְּגִיטִין דְּהִקְשָׁה שָׁם הָא ז"א מַה"ת וְתִירָץ דַּע"פ מְדַרְבְּנֵן ג"כ אֵינוֹ רַק בְּבִינוּנִית. הָרִי חוֹזֵינֵן דְּדִינוֹ כְּמוֹ חוֹב הִלְוָה.

וכן מורה לשון רש"י בגיטין שם. וכן איתא בירושלמי גיטין ר"פ הנזקין דקאמר באומר
הרי עלי מאה מנה להקדש שלא תאמר יעשה בע"ח ויגבה בבינונית לפום פן צריך מימר
קו"ח להקדש בעדיות.

אף הראי' מהירושלמי יש לדחות די"ל דקאי שם למאן דס"ל בע"ח דינו בבינונית מה"ת
ולא משום נעילת דלת פמבואר בירושלמי ר"פ הנזקין. אבל בש"ס דילן לא הובא שיטה
זו ונשפיר מוכח פנ"ל: והר"נ בכתובות ר"פ אע"פ פתב בכל הנה מילי דחשב התם דתנאי
פתובה פכתובה דזהו מצד מקולי פתובה מפני שלא הוציאה פלום אבל בנדוניא אפשר
דלא מקלינו ולפיכך לשבח ולזיבורית כו' דינם פחוב עכ"ל.

אלמא דס"ל להר"נ דלכן פתובה בזיבורית לפי שלא הוציאה פלל. ולפ"ז יש לדון דה"ט
שייף ג"כ בכל חוב שלא ע"י הלונאה דדינו בזיבורית.

אבל באמת ז"א דהא פבר נתבאר בראיות דכל חוב אף שלא מחמת הוצאות מעות ג"כ
דינו בבינונית. וכתובת אשה שאני דיותר משתאיש רוצה לישא כו' פמבואר בגיטין
פנ"ל.

וע"כ ברור דכוננת הר"ן הוא ג"כ דאף דכתובת אשה בזיבורית לפי שיותר משתאיש
כו'. עכ"ז לא שייף זה אלא היכא שלא חסרה דבר.

אבל במה דחסרה והוציאה אף דאכתי שייף הטעם דיותר משתאיש רוצה כו'. עכ"ז לא
שייף טעם זה רק היכא דליכא חסרון מעות אז לא הקפידו בזה משום נעילת דלת דלא
תרצה להנשא משום דיותר משתאיש כו'.

דכיין דליכא חסרון מעות לא תקפיד. אבל בהוציאה מעות חסו עליה ג"כ דדינה בבינונית
משום דבחסרון מעות תקפיד ולא תרצה להנשא.

כמש"כ הר"ן גיטין ר' פ"ה וז"ל דמה שתביאה מאביה אם יהא בזיבורית ממנעי ולא
נסבי ע"ש. וכן הרשב"ם בב"ב (דף קל"ב ע"ב) פתב לפרש דלכן אמרו מקולי פתובה
משום דיותר משתאיש רוצה לישא כו'.

ואין לנו הכרח לומר דהר"ן פליג על הרשב"ם. [ובכתובות (דף ק"י) איתא שם דמקולי
פתובה דאמרו זהו לפי שפתובה דרבנן.

אבל למאן דס"ל פתובה דאורייתא לא הקילו בכתובה גבי מטבע. אף אין לדמות תקנת
חז"ל להדדי כמש"כ התוס' בכתובות (דף פ"ד) ד"ה לכתובת אשה ואכמ"ל].

ונתבאר דהך מקולי פתובה לא שייף אלא בכתובת אשה דיותר משתאיש כו' וכמש"כ
הרשב"ם בב"ב פנ"ל: אכן יש להוכיח היפך מזה מן רש"י בכורות (דף נ"ב) במה
דמבואר שם דאין הפנות נוטלות בשבח והטעם משום מקולי פתובה פמבואר שם בגמ'
ופי' רש"י היינו שקיבל לזון בת אשתו.

אלמא דאף במה דלא שייף יותר משאיש כו' רק פיין דהני מתנת חנם מקלינו בזה דלא
לגבות משבח וראוי ושייף גם בזה מקולי פתובה. אף התוס' שם חלקו על רש"י וכתבו
דלא שייף זה רק בתנאי פתובה.

משא"כ מזונות הבת של אשתו לא מקרי תנאי פתובה. משום דס"ל דלא שנייה מקולי פתובה רק היכא דשנייה יותר משאיש כו' וכן מוכח מהא דר"פ אע"פ דמני התם במה דת"כ פתובה לשבח.

משמע דמה דלא הוי מת"כ אין דינו פתובה לענין שבה. אף אף לשי' רש"י נלפענ"ד לחלק דשא"ה דהא ידוע שיטת רש"י בפתובות ר"פ הנושא דאין יכול להתחייב בחיוב מחדש כי אם בשטר פסיקתא כמבואר התם גבי קיבל לזון בת אשתו.

ושם בירושלמי ר"פ הנושא הקשו דאמאי מהני חיובו לזון בת אשתו. ותיקצו דעשו אותה פתוספת פתובה.

וכן מבואר בירושלמי ר"פ אע"פ. אלמא דעיקר חיוב לזון בת אשתו לא מהני אלא משום דעשו זה פתוספת פתובה דכיון דניסת לו עבור זה ע"כ מועיל חיובו בשטר כמבואר שם פנ"ל.

ולפ"ז שנייה גם בזה לומר יותר משאיש כו' ומקולי פתובה. פיון דע"פ דין לא מהני החיוב מחדש בשטר מפאת הבת אשתו עצמה רק עיקר חיובו מהני בשביל הנאת אשתו דרצונה בזה ע"כ ס"ל לרש"י שם דשנייה גם בבת אשתו יותר משאיש כו' לגבי שבה וראוי.

משא"כ היכא דמועיל החיוב מחדש בשטר כדקיי"ל בסי' מ' לדין. או בקנין וכסף לכו"ע בזה י"ל דזה דומה לחוב הלנואה פן י"ל בזה: א"כ נתבאר דאף דמבואר בהר"נ הטעם דלכן דינה בזיבורית משום שלא הוציאה כלל.

אפ"ה הדין הוא דאף בחוב שלא הוציאה כלל ג"כ דינה בכינונית משום דגם בזה שנייה שלא תנעול דלת כו'. ובפני לזין לאו דווקא כמש"כ התוס' בסנהדרין (דף ג') ד"ה שלא תנעול כ' גבי הא דאמרו דמדרבנן לא בעי דרישה וחקירה כדי שלא תנעול דלת דכתבו התוס' שם דגם ירושת ומתנות וגזילות כו' בכולהו לא בעינן דו"ח שלא תנעול כו' ע"ש. אלמא דמצינו במה דאמרו בפני לזין הוא לאו דווקא. וכ"כ התוס' בב"ב (דף קע"ה) ד"ה לא מן היורשים כו' שכתבו שם דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא ואינו גובה מלקוחות רק מדרבנן משום שלא תנעול דלת דה"ה במקירה ונזקין כו' והביאו ראיה לזה מהא דסנהדרין (דף ג') ה"ל ע"ש.

[ועיין בסוף יבמות דאמרו שם פיון דאיכא פתובה למישקל כדיני ממונות דמי לגבי דו"ח. והנ"י שם פתב דלכן בפתובה לא בעי דו"ח משום חזנא ע"ש].

וכה"ג כתבו התוס' בב"ק (דף ק"ד) ד"ה מלוה בע"פ כו' דשלא תנעול דלת כו' שנייה ג"כ על גזילה ע"ש. ודלא כהשמ"ק שם: וכן מוכח לשיטת הרמב"ם המובא בח"מ סי' כ"ח דשטר לא מהני אלא מדרבנן שלא תנעול דלת כו'.

והא גם בשטר מתנה מועיל שטר. וע"כ מוכח דלאו דווקא בהלנואה אלא ה"ה בשארי מילי ומפני תקנת השוק נגעו בה.

ובלא"ה הא אמרו דמתנה כמכר בדוכתה טובי. כמבואר בגיטין (דף נו"ן) גבי אין נפרעין ממשעבדי במקום שיש ב"ח דה"ה מתנה.

ועיין בתוס' פתובות (דף מ"ט) ד"ה הוא נאשתי ניוזנים כו' וכ"כ התוס' בב"ב (דף קע"ה) ד"ה קא דמקניים כו' גבי שבועת משעבדי דה"ה בטורף ממתנה נשבע וכדקיי"ל. וכן אי בגיטין (דף נ"ט) גבי קטן דמתנתו מתנה מה"ט.

ועיין בגיטין (דף י"א) בתוס' ד"ה כל האומר תנו כו'. וברא"ש ספ"א דגיטין.

ובח"מ סי' סמ"ה גבי תקנת השוק במתנה. ובסי' ס"ו ש"ך ס"ק קי"ז וסמ"ע ס"ק פ"ד מזהובסי' קכ"ט ס"ק ט"ו בש"ך ב"מ דפליג על הסמ"ע שם בערב על מתנה דמקרי לאו מידי חסרי'.

ובשו"ע או"ח סי' רמ"ז סעיף ד' בט"ז שם ס"ק ג' ובב"מ (דף ט"ז) וח"מ סי' שע"ד סעיף ד' וקצרותי בכ"ז: ** (הגה"ה ומה דהקשה הטורי אבן במגילה (דף כ"ו) דבמגילה שם קיי"ל כמאן דמיקל דמתנה היי פמכר. ואלו בב"מ (דף ט"ז) פסקו הרא"ש והטור ובח"מ שע"ד סעיף ד' בהגה"ה דאין מוציאין מהגזלן משום דמתנה אינו פמכר.

נלפענ"ד לחלק ולומר דהאי אי לאו דה"ל הנאה מיני' כו' ה"ל בגדר הרוב דעפ"י רוב הוא בכלל דאי לא דה"ל הנאה מיני' לא הוי יתיב לי'. אבל מיעוט יש דאינו נותנים פלום להנותן המתנה.

ולכן במגילה דהוי איסורא דבזה הולכין אחר הרוב ע"כ מקלינן התם. משא"כ בב"מ דהוי ממונא וכיון דס"ל להו דיעה דהביא הרמ"א שם דהגזלן מקרי מוחזק.

א"כ קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ אמרינן דאין מוציאין מהגזלן דלמא הוי מן המיעוט דאין נותנים פלום להנותן המתנה ואין מוציאין מהמוחזק. וכעין זה פתב הרא"ש ספ"א דגיטין דרגילות הוא לפעמים שנותן מתנה אע"ג דלא עבד לי' נייח נפש' ע"ש: ומה דהקשה הטו"א שם עלה דאמרינן בכמה דוכתי דהיכא דפליגי רב אחא ורבינא רב אחא לחומרא ורבינא לקולא.

דא"כ אמאי פסק רב אחא הכא במגילה דאסור משום דלא אמרינן אי לאו דה"ל הנאה מיני' כו'. ואלו בב"מ פסק רב אחא דמוציאין מהמוחזק משום דאי לאו דה"ל הנאה כו' דהא בממונא הוי חומרא מה דמוציאין מן המוחזק.

גם זה יש ליישב לפמש"כ הר"נ במגילה שם בשם הרמב"ן להקשות על מה דאמרו שם להקל במתנה משום דאי לאו דה"ל הנאה כו'. הא אין פאן על מה לחול קדושת בהכנ"ס ות"י הרמב"ן שם די"ל דאי לאו דה"ל הנאה איזה דבר מצנה פגון תיבה או מטפחת או ספרים כו'.

והר"נ שם תירץ באופן אחר. א"כ י"ל דרב אחא דאסר שם ס"ל פסקרת הרמב"ן בקדושתו דאר דהיה לו הנאה עכ"ז הא אין פאן על מה שיחול קדושת בהכ"נ.

וי"ל דבאמת ס"ל לרב אחא דאי לאו דה"ל הנאה מיני'. וע"כ ס"ל לרב אחא שפיר דמוציאין מהמוחזק וקצרותי בכ"ז.

(ע"כ הגה"ה): ** אף לפי מה דנתבאר מוכח דאף היכא דלא שייך לומר אי לאו דה"ל הנאה מיני' כו'. ג"כ דינו כחוב הלנואה ודינו בבינונית כמו בעשור נכסי וחוב שהתחייב להקדש דינו בבינונית.

וּכְתוּבָת אִשָּׁה שְׂאֵנִי דְחִילְקוּ חו"ל פְּאָן בְּפִירוּשׁ בֵּין פְּתוּבָה לְשִׂאֲרֵי מִילֵי. וְהִיכָא דְסִתְמוּ
חו"ל אַז גַּם דִּין פְּתוּבָה בְּכָלל כְּמוֹ בְּהָא דְדְרִישָׁה וְחִקְרָה דְסוּף יְבָמוֹת פְּנ"ל.

וְאִף שְׂמִבְנֹאֵר בַּהֲר"נ פְּתוּבוֹת הַטַּעַם דְּלָכוּן פְּתוּבָה בְּזִיבוּרִית מְשׁוּם מְקוּלֵי כְּתוּבָה שְׁנוּ פְּאָן
לְפִי שְׂלֵא הוֹצִיאָה פְּלוּם. עכ"ז הָא פְּבָר נְתַבְּאָר דְּהָד טַעְמָא לֹא שְׂיִיךְ אֱלָא בְּצִירוּף הַסְּבָרָא
דְּיוֹתֵר מְשִׁהָאִישׁ רוּצָה כו'.

אַבְל הִיכָא דְלֹא שְׂיִיךְ פֶּן אַז אִף הִיכָא דְלֹא חֲסָרָה וְהוֹצִיאָה מְעוֹת גַּם פֶּן דִּינָה כְּמוֹ חוּב
הַלְלוּאָה כְּמוֹ שְׂנִתְבְּאָר: וְלְפִי מַה שְׂנִתְבְּאָר דְּאִף בְּחִיּוּב מְחַדָּשׁ דִּינוֹ כְּמוֹ חוּב הַלְלוּאָה לְגַבֵּי
בִּינּוּנִית.

וּכְתוּבָה שְׂאֵנִי פְּנ"ל. א"כ ה"ה בְּמַה דְּאָמְרוּ בְּכְתוּבוֹת (דָּף פ"ו) בְּמִי שְׂיִישׁ עָלְיוּ שִׁט"ח
וּכְתוּבָה וְלִיכָא אֱלָא חַד אֲרַעָא דְלִבְע"ח יְהִיבֵינּוּ כו'.

דְּכַתְּבַת הַרְמַב"ן הַטַּעַם מְשׁוּם דְּבְכְתוּבָה לֹא הוֹצִיאָה פְּלוּם כְּמִבְנֹאֵר בְּפ' י"ז ה"ל אִישׁוֹת.
עכ"ז בְּחוּב שְׂהִתְחַיֵּיב א"ע מְחַדָּשׁ וְכַה"ג ג"כ דִּינוֹ כְּמוֹ חוּב הַלְלוּאָה.

וּכְתוּבָה שְׂאֵנִי דְשְׂיִיךְ בְּהָ יוֹתֵר מְשִׁהָאִישׁ רוּצָה כו'. וְגַם דְּלֹא חֲסָרָה דְבָר.

ע"כ לֹא מְמַנְעָה וְכַמְש"כ הַרְמַב"ם שְׁם דְּיוֹתֵר מְשִׁהָאִישׁ רוּצָה כו' וְכַמוֹ שְׂאָמְרוּ בְּגַמ' שְׁם
בְּפִירוּשׁ יוֹתֵר מְשִׁהָאִישׁ רוּצָה כו'. וְמַה"ט בְּגְדוּנְיָא דְהוֹצִיאָה מְעוֹת בְּזָה דִּין הָאִשָּׁה כְּמוֹ
חוּב הַלְלוּאָה.

מְשׁוּם דָּאִם נִגְרַע פְּחָה בְּמַה שְׂהוֹצִיאָה מְכִיסָה. אַז תְּמַנְעַע וְלֹא מְנַסְבָּה.

וְכַמְש"כ הַר"ן בְּר"פ הַנְּזָקִין גַּבֵּי גְדוּנְיָא בְּבִינּוּנִית מַה"ט. אַבְל הִיכָא דְלֹא שְׂיִיךְ יוֹתֵר
מְשִׁהָאִישׁ רוּצָה כו' אַז דִּין פֶּל חוּב כְּמוֹ הַלְלוּאָה א"כ לֹא מְקַדְמִינּוּן לְחוּב הַלְלוּאָה לְגַבֵּי:
וְעַדִּינּוּן יֵשׁ לְהַעִיר בְּכ"ז דַּא"כ בְּהָא דְכְתוּבוֹת (דָּף נ"ד) דְחֻשִׁיב הֶתֶם דְחִנְיָא פְּתוּבָה
פְּכְתוּבָה נִפ"מ לְכַמָּה מִילֵי.

וְאִי נִימָא דְכָל חוּב שְׂאֵינּוּ חוּב הַלְלוּאָה דִּינוֹ ג"כ בְּזָה כְּמוֹ חוּב הַלְלוּאָה שְׂיִחְלֹקוּ בִּינֵיהֶם
פְּנ"ל. רַק פְּתוּבָה שְׂאֵנִי דְמְקַדְמִינּוּן גַּבֵּי לְחוּב הַלְלוּאָה.

א"כ ה"ל לְמִימֵר דְנִפ"מ ג"כ לְהָא דְמְקַדְמִינּוּן לִבְע"ח גַּבֵּי תְנָאִי פְּתוּבָה. אִף אִי נִימָא דְלֹא
כַמְש"כ אֲתִי שְׂפִיר מְשׁוּם דְהָא אִף אִם לֹא הָוִי פְּכְתוּבָה ג"כ בְּע"ח קוּדָם וְכַמְש"כ שְׁם
הַתּוֹס' כְּעִין זָה בְּד"ה וְלִשְׁבִיעִית אִף בְּאֲמַת זָה אֵינּוּ רֵאִי דְכִינּוּן דְמִבְנֹאֵר בַּאֲה"ע ס' ק"ב
סְעִיף ב' דְכַמָּה פּוֹסְקִים ס"ל דָּאִם תְּפָסָה אִשָּׁה אֵינּוּ מוֹצִיאִין מִיָּדָה דְרַק לְעַנְנּוּ קְדִימָה
בְּעֻלְמָא מְקַדְמִינּוּן לְב"ח.

וְכֵן אִם גָּבְתָה הָאִשָּׁה ע"י ב"ד אֵינּוּ מוֹצִיאִין מִיָּדָה לְכוּ"ע כַמְש"כ הַב"ש שְׁם ס"ק י"ב
וְס"ק ז'. וְכִינּוּן דְבְדִיעֵבַד מְהִנֵּי תְפִיסָה אִף בְּכְתוּבָה.

ע"כ לֹא קַחְשִׁיב זָה דָּאִין זָה מַעֲלָה רַק לְכַתְּחִלָּה. וְהָא דְשְׂבוּעָה דְמָנָה הֶתֶם.

הָא בְּדִיעֵבַד ג"כ אִם קָדָם וְתַפְס דִּינוֹ כְּמוֹ עוֹבֵר עַל גְּזֵל דְרַבְּנָן כְּמִבְנֹאֵר בְּס' פ"ז. וְזוּלַת
זָה י"ל סְבָרוֹת אַחֲרוֹת מַה דְלֹא חֻשִׁיב הֶתֶם לְזָה בְנִפ"מ.

ועיין בר"נ שם ר"פ אע"פ שפכתב שם בשם הר"ח מדקא מני כל הני ואזיל ש"מ דלא
אמרינו ת"כ ככתובה אלא לאלו המפורשים פאן בלבד דהא פי' ולא שייר כו' וקצרתיו:
ענף ב ונלע"ד להביא ראי' לזה מן הרמב"ם פ' כ"א ה' מלנה ה' ג' וז"ל מתנה ששכחה
מתמת הוצאה אין ב"ח גובה משכחה כלום כו' ואם קיבל הנותן אחריות המתנה הרי ב"ח
גובה השבח פדרף שגובין מן הלקוחות עכ"ל.

וז"ל המ"מ שם זה פשוט שהטעם שאינו גובה ממתנה מפני שאין בה אחריות ולפיכך כל
שיש בה אחריות ה"ה כמקח לדבר זה עכ"ל. ומשמע מהמ"מ דאף בידוע שהיא מתנה
ולא מכר אפ"ה אם קיבל אחריות הרי הוא כמכר לזה.

מדלא פתב המ"מ ה"ה מקח אלא בלשון ה"ה כמקח לדבר זה בכך הדמיון. וכעת מצאתי
במשו"ב נתיבות סי' ס' ס"ק ג' שכתב ג"כ להוכיח מן הרב המגיד הנ"ל דאף דידוע שהנה
במתנה רק שקיבל אחריות ג"כ דינו כמכר גבי שבח ע"ש.

ודין זה הובא בח"מ סי' קט"ו סעיף ג' דאם קיבל הנותן אחריות ב"ח גובה ממנה פדרף
שגובה מהלקוחות. והמחבר והרמב"ם מייירי שם אף בשבח יתר על הוצאה כמש"כ
הש"ך שם ס"ק ל'.

ובע"ח הגובה שבח מלוקח דינו מבואר שם דיחלוקו הבע"ח והלוקח בשבח כמבואר
בב"ב (דף קנ"ז) דינו כמו לנה ולנה וקנה דיחלוקו. אלא אי נימא בלנה ולנה וקנה לקמא
משמעביד גובה כל השבח.

אף לדין דקיי"ל דיחלוקו בלנה ולנה וקנה דה"ה בשבח. כ"ז מבואר בפסגיא שם ובח"מ
סי' הנ"ל.

וכיון שכתבו דמתנה שקיבל אחריות הרי בע"ח גובה השבח פדרף שגובין מן הלוקח.
משמע דינו שנה לגמרי כמו בשבח מלוקח דיחלוקו הבע"ח והמקבל מתנה.

ואי נימא דמקדמינן לבע"ח של חוב הלואה גבי חוב של מתנה. א"כ מביעיא להיות דאם
קיבל אחריות דעשו השבח כמו דאקני דיגבה הבע"ח לכל השבח.

דהא מה דקיי"ל דיחלוקו בלנה ולנה וקנה זהו מצד דשעבוד שניהם שנה בזה. וכמש"כ
המ"מ פ' כ' הל' מלנה והובא בקצה"ח סי' ק"ד ס"ק י' דאף דהלוקח תפוס עכ"ז אינו גובה
רק חצי כמש"כ הרא"ש בכתובות פ' ט' סי' י"א בשם רבינו יונה דהוכיח שם מזה
דבקרקע לא מהני תפיסתו בלא ב"ד.

וכמש"כ הקצה"ח להסביר זה בסי' ק"ד ס"ק יו"ד. ואי נימא דחוב בחנם דינו כמו כתובה.

א"כ הא בחוב וכתובה מקדמינן בזה לבע"ח כמבואר בארנפה באלפס פ' הכותב וברא"ש
שם ובאה"ע סי' ק"ב סעיף ג'. א"כ יגבה הבע"ח כל השבח וידחה המקבל מתנה דהא
חוב אחריות שיש לו אין זה רק מצד חיוב בחנם שהתחייב א"ע הנותן.

א"כ הא יש דין קדימה להבע"ח כ"ז דלא גבה עפ"י ב"ד דאמרינו לי' מאן שם לך כמש"כ
הרא"ש שם בשם ר' יונה פנ"ל א"כ תקשה דאמאי פתבו הרמב"ם והמחבר דבע"ח גובה
השבח מהמקבל פדרף שגובין מהלוקח הא יש חילוק גדול ביניהם לענין לגבות כל השבח
דבע"ח אינו גובה מהלוקח רק חצי שבח ומקבל מתנה גובה כל השבח.

אָלאַ ע"כ מוֹכַח דָּאָרף חוּב שֶׁל מְקַבֵּל מִתְּנָה לֹא נִדְחָה כָּלֵל מִפְּנֵי חוּב הַלְנוּאָה וְלֹא מִקְדָּמִינוּ לְחוּב הַלְנוּאָה נִגְדוּ. וְעֵינֵינוּ בְּמִתְנָה אֲפָרִים ה' גְּבִיַת חוּב ס' א': וְלִשְׁיטַת הַשֵּׁ"ף שֶׁהַכְרִיעַ שָׁם ס"ק כ"ט וס"ק ל' דָּלָא פְּהַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר אָלָא בְּשִׁבַח יִתֵּר עַל הוֹצָאָה גְּבִי מִמְקַבֵּל מִתְּנָה בְּכָל גִּוּוּנֵי.

רַק בְּשִׁבַח נִגְדַּ הוֹצָאָה אֵינוֹ גּוֹבֵה מִמְקַבֵּל מִתְּנָה אִף בְּקִיבֵל אַחֲרֵי חוּב שֶׁבַח אִף מֵה שֶׁנִּגְדַּ הַהוֹצָאָה. א"כ לְכַאוּרָה י"ל דְּלִכְּוֹן אֵינוֹ גּוֹבֵה הַבַּע"ח רַק מְחַצָּה מִשּׁוּם שֶׁגַּם הַמְקַבֵּל מִתְּנָה הוֹצִיא וְחָסַר מְעוֹתָיו מֵה שֶׁהוֹצִיא עָלָיו.

ע"כ אֵינוֹ גּוֹבֵה הַבַּע"ח רַק חֲצֵי שִׁבַּח. אִף כְּבָר כָּתַב הַשֵּׁ"ף בְּסִי הַנִּזְ"ל ס"ק י"ב בְּשֵׁם כְּמָה פּוֹסְקִים דְּהָא דְּגוֹבֵה הַלּוֹקַח חֲצֵי שִׁבַּח זֶהוּ מִשּׁוּם שֶׁגּוֹבֵהוּ עַל הַקְּרוֹן דְּכִינוּן דָּאִין גּוֹבֵה הַשִּׁבַּח מִמְשׁוֹעֲבָדִים אֵינוֹ יְכוּל לְגַבּוֹת הַשִּׁבַּח עַל חֵיּוּב אַחֲרֵי חוּב הַשִּׁבַּח דְּהָא בַּע"ח דִּין מְשַׁעֲבָדֵי יֵשׁ לוֹ וְע"כ אֵינוֹ נוֹטֵל הַשִּׁבַּח בְּמָקוֹם הַבַּע"ח אָלָא עַל קַרְנוֹ שֶׁקִּיל לְחֲצֵי שִׁבַּח עַכ"ל הַשֵּׁ"ף.

א"כ ה"ה בְּמְקַבֵּל מִתְּנָה אֵינוֹ נוֹטֵל חֲצֵי הַשִּׁבַּח בְּעַד חֵיּוּב אַחֲרֵי חוּב שֶׁיֵּשׁ לוֹ עַל הַשִּׁבַּח אִף בְּמָה שֶׁהוֹצִיא עַל הַשִּׁבַּח דְּהָא אֵין מוֹצִיאִין לְשִׁבַּח מִמְשַׁעֲבָדֵי מִפְּנֵי שֶׁאֵין קְצוּבִין. וְגַם בְּשִׁבֵּל מֵה שֶׁהוֹצִיא מִקְרֵי אֵינוֹ קְצוּבִין וְאֵינוֹ כְּתוּבִין.

ע"ש בַּשֵּׁ"ף ס"ק ט"ו. וְאֵינוֹ גּוֹבֵה מִמְשַׁעֲבָדֵי.

וְהָאֵי דְּגִבֵי חֲצֵי הַשִּׁבַּח זֶהוּ בְּשִׁבֵּל חֵיּוּב אַחֲרֵי חוּב עַבּוּר הַקְּרוֹן שֶׁל הַמְקַבֵּל מִתְּנָה. א"כ בְּזֶה הָא לֹא הוֹצִיא הַמְקַבֵּל מִתְּנָה כְּלוּם וְאִפְ"ה גְּבִי חֲצֵי שִׁבַּח כְּמוֹ בְּמִכְרָ.

א"כ שֶׁפִּיר הוֹכַחְתִּי אִף לְשִׁיטַת הַשֵּׁ"ף הַנִּזְ"ל. וְעוֹד דְּהָא לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם וְהַמְחַבֵּר שָׁם דַּס"ל דָּאָרף בְּשִׁבַּח יִתֵּר עַל הוֹצָאָה אֵינוֹ גּוֹבֵה מִמְקַבֵּל מִתְּנָה רַק הֵיכָא דְּקִיבֵל אַחֲרֵי חוּב כְּמַש"כ הַשֵּׁ"ף שָׁם לְשִׁיטַתָּם בַּס"ק כ"ט וס"ק ל'.

א"כ בְּנוֹדָאֵי שֶׁפִּיר הוֹכַחְתִּי דָּאָרף הֵיכָא דֵיֵשׁ עָלָיו חוּב שֶׁלֹּא חָסַר וְהוֹצִיא מְעוֹת. ג"כ לֹא נִדְחָה מִפְּנֵי חוּב הַלְנוּאָה כְּמוֹ דְּלֹא נִדְחָה מִמְקַבֵּל מִתְּנָה וְגִבֵי חֲצֵי שִׁבַּח אִף בְּמָה דְּהֵוִי יִתֵּר עַל הוֹצָאָה דְּהָא מִיִּירֵי ג"כ אִף בְּשִׁבַּח יִתֵּר עַל הוֹצָאָה.

א"כ מְדַכְּתֵבוּ דְּבִקִּיבֵל אַחֲרֵי חוּב גּוֹבֵה פְּדָרָף שְׁגוּבִין מְלִקוּחוֹת. זֶהוּ רְאִיָּה בְּרוּרָה לְמַש"כ דְּדוֹקָא כְּתוּבָה נִדְחָה מִפְּנֵי חוּב הַלְנוּאָה וְלֹא חוּב שֶׁל מְקַבֵּל מִתְּנָה: עֲנָף ג וְאֵגֵב אֲבָאָר לְמָה שֶׁרְאִיתִי בְּקִצָּה"ח ס' ב' דְּהֵבִיא שָׁם לְמַש"כ הַמַּל"מ פ' י"א הַל' מְכִירָה בְּשֵׁם מוֹהַרש"ח דָּאֵינוֹ קָשָׁה עַל הַרְמַב"ם דְּפָסַק דָּאֵינוֹ יְכוּל לְהַתְּחִיב דְּבָר שֶׁאֵינוֹ קְצוּב מֵהָא דָּאִין מוֹצִיאִין לְשִׁבַּח מִמְשַׁעֲבָדֵי אֲבָל מַב"ח גּוֹבֵה מִשּׁוּם דְּהַרְמַב"ם לֹא קָאָמַר אָלָא בְּמַתְחִיב בְּדָבָר שֶׁאֵינוֹ קְצוּב בְּכָדֵי בְּלֹא כְּסָף.

אֲבָל הֵיכָא דְּקִיבֵל כְּסָף אֵגֵב זוּזֵי גָמַר וּמְשַׁעֲבָד נְפִשְׁיָה. וְתָמָה הַקִּצָּה"ח שָׁם מִמָּה שֶׁפָּסַק הַרְמַב"ם בְּמִתְּנָה דָּאָם קִיבֵל אַחֲרֵי חוּב הַבַּע"ח גּוֹבֵה הַשִּׁבַּח פְּדָרָף שְׁגוּבִין מְלִקוּחוֹת.

מִשּׁוּם דֵיֵשׁ לוֹ עַל מִי לְחַזוֹר הָרִי מְבוֹאָר דָּאָרף בְּכָדֵי בְּלֹא כְּסָף וּמְחִיר נְשַׁמְעָבַד בְּאַחֲרֵי חוּב הַשִּׁבַּח דְּהוּא דְּבָר שֶׁאֵין לוֹ קִצָּבָה. וְתִי הַקִּצָּה"ח שָׁם דְּהַרְמַב"ם ס"ל כְּשִׁיטַת הָרִי"ף

דבֿשֿבֿח יִתֵּר עַל הוֹצָאָה אֲע"ג דָּאִין לֹא עַל מִי לְחַזֵּר בַּע"ח גּוֹבֵה וְאִין חִילּוּק בֵּין מְכַר
לְמַתְנֵה אֲלֵא הוֹצָאָה וּבִהוֹצָאָה אִף דְּהוּי דְּבָר שְׂאִינוּ קָצוּב מְחַנְיָב לְהַחְזִיר לֹא כּו' עכ"ל.
וּדְבָרָיו תְּמוּהִין דְּהָא שְׂיִטַּת הֶרְמֵב"ם דְּאִף בְּשִׁבְחָא יִתֵּר עַל הוֹצָאָה אִינוּ גּוֹבֵה מִמְּקַבֵּל מַתְנֵה
כַּמֶּש"כ הַשְּׂ"ף בְּסִי קט"ו ס"ק כ"ט וס"ק ל' כו'. אֲלֵא בְּקִיבֵל אַחֲרֵיּוֹת.

וְלֹא ס"ל לְהֶרְמֵב"ם פְּשִׁיטַת הָרִי"ף בְּזֵה וְכַמֶּש"כ לְעֵיל וְנִסְתֵּר תִּי הַקְּצָה"ח הַנְּ"ל:
וּנְלַפְעַנ"ד לְתַרְץ גְּוִשְׁיוֹת הַקְּצָה"ח הַנְּ"ל ע"פ מַה דְּמַבְּנֹאֵר בְּב"ב (דָּף מ"ה) דְּמוֹכֵר שְׂדֵה
לְחַבְרֹו שְׂלֵא בְּאַחֲרֵיּוֹת אִינוּ מְעִיד עָלֶיהָ מְפָנִי שְׂמַעְמִידָה בְּפָנִי בַּע"ח וּמְסִיק הַגַּמ' שָׁם
דְּהוּי נוֹגַע בְּעֵדוּת שְׂלֵא יִהְיֶה לְנֵה רְשָׁע וְלֹא יִשְׁלַם.

וּבִתְשׁוּבַת מוֹהֲרֵי"ט ח' ח"מ ס' פ' וס' צ"ז הַעֲלָה דְּנוֹגַע לֹא מִיְפָסֵל לְעֵדוּת אֲלֵא הִיכָא
דְּיֵשׁ לֹא הִנְאָת מְמוֹן. וּמֶש"כ הֶרְמֵב"ם דְּאִפְּלוּ בְּדָרְךָ רַחוּקָה וְנִפְלְאָה הִינְנוּ נְמִי הִנְאָת מְמוֹן
דְּנִקָא.

וְהוֹכִיחַ כֵּן מְהָא דְּאָבִי חֲתָן וְכֵלָה מְעִידִין זֶה לְזֶה אֲע"ג דְּמְקַרְבָּא דְּעַתִּינְהוּ זל"ז. וְהָא דְּהוּי
נוֹגַע בְּעֵדוּת מְפָנִי שְׂלֵא יִהְיֶה לְנֵה רְשָׁע וְלֹא יִשְׁלַם זֶהוּ ג"כ מְקַרֵי הִנְאָת מְמוֹן דְּרוֹצָה
בְּהַעֲמַדַת הַשְּׂדֵה בְּפָנִי בַּע"ח פְּדִי שְׂלֵא יִהְיֶה צָרִיף לְצַמְצָם מְזוֹנוֹתָיו מְשׁוּם פְּרִיעַת בַּע"ח
שְׂלֵא יִהְיֶה לְנֵה רְשָׁע בְּפָנִי הֶבְרִיּוֹת כּו'.

וְכַמֶּש"כ הֶרְמֵב"ן בְּחִידוּשָׁיו וְהוֹבָא בְּשְׂ"ף ס' ל"ז ס"ק א' ע"ש. וְהוֹבָא דְּבָרֵי הַמַּהֲרִי"ט
בְּמַחְנֵה אֲפָרִים הַל' עֵדוּת ס' ה'.

וְזֵהוּ שְׂלֵא פְּדִי בְּהַשְּׂ"ף ס' ל"ז ס"ק י' שְׂפַתְב דְּבִנְגִיעָה לֹא בְּעֵי דְּבָר שְׂל מְמוֹן אִף
הַמַּהֲרִי"ט לֹא ס"ל כֵּן. וְהוֹבָא דְּבָרָיו בַּקְּצָה"ח ס' ל"ז ס"ק ד': וְזֵה נִרְאָה לִי בְּרוּר דְּאִף
דְּמַבְּנֹאֵר בְּב"ב שָׁם (דָּף מ"ה) בְּהָא דְּהַקְּשׁוּ סוּף סוּף לְגַבִּי אִינְדָּה נְמִי לְנֵה רְשָׁע כּו'.

דְּבִשְׂבִיל חוֹב קַבְּלַת אַחֲרֵיּוֹת ג"כ מְקַרֵי לְנֵה רְשָׁע וְעכ"ז נ"ל בְּרוּר דְּזֵהוּ דְּנִקָא בְּקִיבֵל
אַחֲרֵיּוֹת בְּמְכַר. אֲבָל בְּקַבְּלַת אַחֲרֵיּוֹת בְּמַתְנֵה לֹא מְקַרֵי לְנֵה רְשָׁע דְּהָא לֹא הִלְוִהוּ כְּלוּם.

וְכַמֶּש"כ כַּה"ג הַשְּׂ"ף ס' ל"ז ס"ק י"א דְּבַחֹב נְזַקִין לֹא מְקַרֵי לְנֵה רְשָׁע כּו'. וְע"כ מוֹכַח
לְחַלֵּק לְשִׁיטַת הַשְּׂ"ף הַנְּ"ל דְּהָא דְּמַבְּנֹאֵר בְּב"ב דְּאִף בְּחוֹב קַבְּלַת אַחֲרֵיּוֹת מְקַרֵי לְנֵה רְשָׁע.

הִינְנוּ בְּמְכַר דְּהָא קִיבֵל מִהַלּוֹקֵם דְּמִי הַמְּכִירָה. וְכַמֶּש"כ הַשְּׂ"ף בְּסִי קכ"ג ס"ק כ"ד ע"ש.

וְזוֹלַת זֶה הָא בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' ח"מ ס' ב' הַעֲלִיתִי לְהוֹכִיחַ מִן יְרוּשָׁלַיִם תְּגִיגָה פ"א
סוּף ה"א דָּאם הִתְחַנְיָב א"ע בְּחוֹב עוֹלַת רְאִיָה לֹא שְׂיִיף בִּי לְנֵה רְשָׁע כּו'. וְה"ה בְּכָל חַיּוּב
מְחַדֵּשׁ שְׂאִינוּ חוֹב הַלְוָאָה וְכַה"ג.

וּבְאֲמַת מְהָא דְּב"ב דְּבַחֹב קַבְּלַת אַחֲרֵיּוֹת מְקַרֵי לְנֵה רְשָׁע. יֵשׁ לְהַעִיר מִזֶּה עַל מַה שְּׁהוֹבָא
בְּסַפְרֵי שָׁם בְּשֵׁם טוֹר וְהַבְעָה"ת דְּבַחֹב אַחֲרֵיּוֹת לֹא שְׂיִיף מְצָנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים לְפָרוּעַ חוֹב
אַבִּיהֶם ע"ש וְיֵשׁ לְחַלֵּק: וְכֵן פְּתַב הֶרְשֵׁב"ם בְּב"ב (דָּף מ"ה) ד"ה סוּף סוּף כּו' דְּלַגְבֵי
לוֹקֵם הִנְי לְנֵה רְשָׁע שְׂהָרִי הַפְּסִידוֹ עכ"ל.

וְכ"כ הַנִּימוּק"י שָׁם בּוּזָה"ל סוּף סוּף ה"ל לְגַבִּי הַלּוֹקֵם לְנֵה רְשָׁע שְׂהָרִי נָתַן לֹא מְעוֹת
וְהַפְּסִידוֹ עכ"ל. אֲלֵמָא דְּעֵיקַר הַטַּעַם דַּה"ל לְנֵה רְשָׁע מְשׁוּם שְׂהַפְּסִידוֹ.

א"כ במתנה דלא קבל ממנו דמים ולא הפסידו כלל. ומה"ט לא אמרינו במתנה אחריות ט"ס.

ע"כ אף היכא דקיבל אחריות לא מקרי לנה רשע. ואף לפי מה שכתב התנאים בסי' ל"ז סעי' יו"ד להשיג על מש"כ הש"ך ה"ל דבנזקין ג"כ ה"ל לנה רשע.

י"ל דזהו משום דהא בנזקין שנייה לומר ג"כ דהפסידו. משא"כ בחוב קבלת אחריות דמתנה דלא הפסידו כלל.

י"ל דלא מקרי לנה רשע. וכמש"כ בשם הרשב"א והנימוקי יוסף: ובב"מ (דף ט"ו) אמרו דלכן בע"ח גובה השבח משום שהמוכר מחוייב באחריות השבח.

ומה"ט במתנה דאינו מחוייב באחריות אינו גובה השבח רק היכא דקיבל אחריות עשו השבח כאלו קנה המוכר והנותן כמבואר שם ובפוסקים סי' קט"ו. אלמא דאם לא קיבל אחריות אינו גובה השבח משום דלא קנאו המוכר מעולם.

ומה"ט אף אם קיבל אחריות רק דלא נעשה חיוב אחריות באופן המועיל ע"פ ד"ת דכיון דלא יכול המקבל לתזור על הנותן אז אינו גובה השבח. ע"כ א"ש קושיות הקצה"ח ה"ל.

די"ל דלכן מועיל קבלת אחריות על השבח של המתנה דאף דהוי אינו קצוב. משום דגם זה הוא נחשב לקבלת פסד דמצינו דמה דמעמידה בפני בע"ח מקרי הנאת ממון כמש"כ המהרי"ט.

וע"כ גם בזה שנייה לומר אגב הנאת ממון דאית לי' דהשבח משתעבד בפני בע"ח ע"כ גמר ומשתעבד נפשי'. וכמש"כ המוהרש"ח דהיכא דיש לו הנאת פסד גמר להתחייב אף בדבר שאינו קצוב אף להרמב"ם.

ולא נתנו שיעור פמות הפסד רק שיהיה שנה פרוטה ולא הוי בכדי. והא דתיקום השבח בפני בע"ח זהו רק אי נימא דמועיל קבלת אחריות ש'לו וכל חוב אחריות ש'לו על השבח.

אבל אם לא חל חוב אחריות ש'לו אז אינו גובה בע"ח השבח משום דלא עשו חז"ל בזה כאלו קנאו הנותן. א"כ בשביל הנאת ממון שיש לו מן הא דמעמידו בפני בע"ח גמר להתחייב על דבר שאינו קצוב ג"כ: ועיקר הך מלתא דמבואר בסי' קט"ו דמועיל קבלת אחריות בשבח במתנה נאמר שם בבע"ח הגובה א"כ שפיר שנייה האי טעמא דמעמידה בפני בע"ח.

אבל בנגזל דטריף השבח לא מצינו זה. וי"ל דבאמת בנגזל דטריף ממקבל מתנה אינו מועיל קבלת אחריות על השבח משום דהוי דבר שאינו קצוב להרמב"ם.

דלא שנייה התם לומר סברא זו שכתבתי ומתוך קושיות הקצה"ח. וראיתי בנתיבות סי' ס' שכתב ג"כ לתמוה על תירוץ הקצה"ח פנ"ל.

ונדחק לתרץ קושיות הקצה"ח והעיקר כמש"כ: אף בעיקר שיטת הש"ך בסי' ל"ז ס"ק י"א שכתב דבחוב נזקין לא שנייה לנה רשע כו'. וכ"כ הש"ך בסי' קכ"ג ס"ק כ"ד דבערב קבלן אין הלנה מקרי לנה רשע משום שלא הלנה מהקבלן כלום.

יש לתמונה עליו מן הא דב"ב (דף מ"ג) גבי שותפים מעידים זל"ז דמוקי הגמ' בקנו מידו דנותן להב' במתנה ומקשינו דהא מעמידה בפני בע"ח ומתריץ בקביל עליו אחריות דאתי מתמתו דה"ל לנה רשע גם לגבי מקבל מתנה כמש"כ הרשב"ם שם דממ"נ בין יעיד ובין לא יעיד יש לו בע"ח דמקרי לנה רשע כו'.

הרי להדיא דגם במתנה דקביל אחריות מקרי לנה רשע כו' ועפ"ז נראה דכש"כ בחוב נזקין וקבלו דיהיה לנה רשע כו'. ודוחק לומר דשאני במתנה דאי לאו דה"ל הנאה לא הוי יחייב לו מתנה ע"כ הוי כמו במקר וקביל זווי.

דז"א דהא טעם של הש"ך דכיון דלא הלנהו פלום לא מקרי לנה רשע אף דמחוייב ועומד לשלם להניזק והערב עבור חוב נזקין כש"כ במתנה דלא היה מחוייב ליתן לו קעד המתנה.

ומה"ט חלוק דין מתנה ממקר גבי תלוי ויחייב דלא קנאו. א"כ לשיטת הש"ך תקשה מסוגיא הנ"ל: ויש לתרץ לפי מה דמבואר בח"מ סי' קע"ה סעי' נ"ד דמתנה שפתיב בה אחריות דינה כמקר לענין בר מצרא משום דאמרינו דאלו לא היה מקר לא היה מקבל אחריות כמבואר בב"מ (דף ק"ח) ברש"י שם ובסמ"ע שם.

וכן מבואר בסי' ר"ה סעי' ג' דמתנה שפתיב אחריות דינה כמקר דתלינהו ונזקין וזבני' זבני מטעם הנ"ל דונדאי היה מקר מדקביל אחריות. והש"ך בס"ל ז"ס"ק א' הביא בשם הרמב"ן דהקשה על מה דחיישינו שמעמידה בפני בע"ח משום לנה רשע דתקשה דהא אם חשדינו לי' דמעיד שקר א"כ הוי ג"כ רשע.

ותי' די"ל דלצאת ידי הבריות מכונן דלא לקרוי אינשי לנה רשע כו'. ולפ"ז י"ל דבאמת במתנה ברורה אף שכתב אחריות לא מקרי לנה רשע דהא מנדבת לבו התחייב בזה וזהו כש"כ מנזקין וקבלו.

אלא דעיקר החשש הוא שיעיד שקר כדי לצאת ידי הבריות דלא לקרוי אינשי לנה רשע. וע"כ חשדינו שרוצה להעמיד בפני בע"ח.

א"כ מה"ט לא נפק עדיין מידי חששא זו דהא יהיה מקרי לנה רשע בפני הבריות משום האחריות שקיבל להמקבל מתנה. דהא הבריות ידונו דמסתמא כיון דקביל אחריות על המתנה הוי מקר.

דהא אין דרך לקבל אחריות על מתנה ויאמרו דהמתנה הוא באמת מכירה. כיון דעפ"י דין נתבאר דתלינו במתנה שיש בה אחריות דהוא מכירה.

וע"כ לא יאמינו לו שהיה מתנה. וכיון דעדיין יהיה מקרי לנה רשע בפני הבריות וע"כ שפיר אמרו בגמ' דבקביל אחריות על המתנה יכול להעיד משום דאין לתוודו שיעיד שקר כדי לצאת ידי הבריות.

דהא עדיין לא יהיה יוצא ידי הבריות. ובפרט לאח"ז דיהא נשפח אם היה מתנה באמת.

[ואף דמבואר התם בב"ב דמייירי היכא דלא קביל עליו אחריות גזלה רק אחריות בע"ח. עכ"ז גם בזה אמרינו דדינה כמקר גבי מצרנות וגבי תלוייהו ויחייב דסי' ר"ה והסברא נותנת].

כּן אָבֵל הֵיכָא דְלֵא שְׁיִיף ה"ט שְׁפִיר י"ל דְּלֵא מְקַרֵי לְנָה רְשַׁע בְּנִזְקִין וְחֹב קַבְלֵן. וְכַמֵּשׁ"כ
הַשְּׁ"ף הַנְּ"ל: וּלפ"ז נִיחָא מַה דְּיַשׁ לְהַקְשׁוֹת עַל מַה שְּׁפַתְבְּתִי לְעִיל לְתַרְזֵן קִוְשׁוֹת הַקְצָה"ח
מִשׁוּם דְּמְקַרֵי הַנְּאֵת מְמוֹן בְּקַבְלֵן אַחֲרֵיּוֹת בְּשִׁבַח דְּמַתְּנָה פְּדִי דְּלֵא יְהִי לְנָה רְשַׁע כּו'.

וְיַשׁ לְהַקְשׁוֹת ע"ז מְסֻנְיָא דב"ב (דָּף מ"ג) הַנְּ"ל דְּמוּכַח דָּאף גַּבֵי מַתְּנָה גּוּפָא פִּינּוּ דְּקַבְלֵן
עָלֵיו אַחֲרֵיּוֹת יְהִי לְנָה רְשַׁע. א"כ עֲדִינּוּ לֵא נִפְקֵי מִחֲשָׁשָׁא זֹה אִם יִטְרוּף הַבַּע"ח הַשִּׁבַח
דִּיהָ לְנָה רְשַׁע גַּם גַּבֵי הַמְקַבְלֵן מַתְּנָה.

אָכֵן לִפְמִשׁ"כ לְתַרְזֵן דְּבַרֵי הַשְּׁ"ף הַנְּ"ל מַה שְּׁיַשׁ לְתַמּוּהָ עָלֵיו מְסֻנְיָא זֹה וְתַרְצָתִי פְּנ"ל.
וּלפ"ז נִיחָא ג"כ כָּל מַה שְׁכ' בַּעז"ה וְהוּא דִּי"ל דְּדוּקָא גַּבֵי חֲשָׁשׁ שְׁיַעֲיֵד שְׁקַר פְּדִי לְצֵאת
דְּיֵי הַבְּרִיּוֹת בְּזָה אֲמַרִינּוּ דְּגַם גַּבֵי מְקַבְלֵן מַתְּנָה יְהִי לְנָה רְשַׁע בְּפִנֵי הַבְּרִיּוֹת דִּיאֲמָרוּ דְּלֵא
הִיָּה מַתְּנָה רַק מְכִירָה.

וּמְסַתְּמָא הַמְקַבְלֵן מַתְּנָה יֹאמֵר ג"כ שְׁהִיָּה מְכִירָה פְּדִי לְכוּפּוֹ עִי"ז שְׁיַשְׁתַּדֵּל לְשַׁלֵּם לוֹ שְׁלֵא
יְהִי לְנָה רְשַׁע בְּפִנֵי הַבְּרִיּוֹת. אָבֵל פִּינּוּ וּבֵין עֲצָמוּ שְׁיִוְדַע הַאֲמַת דְּלֵא הִיָּה מְכִירָה רַק
מַתְּנָה לֵא יְהִיָּה בְּאֲמַת לְנָה רְשַׁע פִּינּוּ דָּאִין זֶה חֹב הַלְוָאָה רַק הַתְּחִיבּוּת בְּעֲלָמָא.

א"כ יִגִּיעַ לִי הַנְּאָה לְהַעֲמִידָה בְּפִנֵי בַע"ח דְּלִגְבֵי הַבַּע"ח יְהִיָּה בְּאֲמַת לְנָה רְשַׁע אָף פִּינּוּ
לְבִין עֲצָמוּ. וּלְגַבֵי הַמְקַבְלֵן מַתְּנָה לֵא יְהִיָּה בְּאֲמַת לְנָה רְשַׁע פִּינּוּ לְבִין עֲצָמוּ.

א"כ שְׁפִיר מְקַרֵי זֶה לְהַנְּאֵת מְמוֹן כַּמֵּשׁ"כ הַמַּהֲרִי"ט פְּנ"ל גַּבֵי נוֹגַע. וְע"כ שְׁפִיר מְקַרֵי זֶה
הַנְּאֵת מְמוֹן דִּיוֹעִיל לְהַתְּחִיב עִי"ז פְּנ"ל.

וְאַתִּי שְׁפִיר כָּל מַשׁ"כ. כ"ז הַעֲנִין פְּתַבְּתִי בִימֵי טַל יְלִדוֹתַי: עֲנָה דְּנַחֲזֹר לְעַנְיָנִינוּ דְּנַתְּבָאָר
דְּמוּכַח מְהַרְמְב"ם דְּשִׁבַח הַנְּ"ל.

דְּחֹב הַלְוָאָה וְחֹב ע"י הַתְּחִיבּוּת בְּחֻנְם שְׁנִיָּהֶם שְׁוִין וְיַחְלֹקוּ. וְלִכְאוּרָה יַשׁ לְהוֹכִיחַ עוֹד
כּן מְהָא דב"מ (דָּף י"ג) דְּמַקְשָׁה הַגַּמ' עַל הָא דְּכוּתְבִין שְׁטֵר לְלֹנָה אַע"פ שְׁאִין מְלֹנָה עֲמוּ
דְּנִיחֻשׁ שְׁמָא פְּתַב לְלוֹת בְּנִסּוֹן וְלֵא לְנָה עַד תְּשֻׁרֵי וּמְשַׁנֵּי רַב אִסִּי בְּשְׁטֵר הַקְּנָאָה וּפְיַרְשׁ
רַש"י שְׁמַקְנָה נְכֶסֶיו בֵּין יְלֹנָה וּבֵין לֵא יְלֹנָה.

וְעִינּוּ בְּרֵא"ש שְׁמ. וּבַשְּׁ"ף סִי' ל"ט הַכְּרִיעַ כְּשִׁי הַרִי"ף דְּפִירְשׁ שְׁיַשׁ בּוֹ קַנְיָן דְּמֵי שְׁנוֹתָן
שְׁטֵר בְּקַנְיָן דְּעַתּוֹ לְהַקְנוֹת לוֹ אָף אִם לֵא יְלֹנָה ע"ש.

וְעִינּוּ בְּתוֹס' ד"ה וְלֵא לְנָה. וְקִשָּׁה בְּמַה דְּכוּתְבִין שְׁטֵר מְעַכְשָׁיו שְׁלֹנָה מְעוֹת מְהַמְלֹנָה דְּאַכְתִּי
יַשׁ לְחוּשׁ שְׁמָא לֵא יְלֹנָה לֵאח"ז.

וְאָף דִּיכּוֹל לְחִיב א"ע בְּחִיּוּב מְחַדָּשׁ בְּקַנְיָן אָף אִם לֵא יְלֹנָה כַּמֵּשׁ"כ רַש"י וְהַשְּׁ"ף לְשִׁטַּת
הַרִי"ף. עַכ"ז נִיחֻשׁ שְׁמָא בְּעַת שְׁיָבוּא לְגַבּוֹת בְּאוֹתוֹ שְׁטֵר יְבִיא אַז עוֹד שְׁטֵר הַלְוָאָה
שְׁיִוְדַעִים הַהַלְוָאָה בְּאֲמַת.

וְלֵא יְהִיָּה לְהַלְוָה רַק חַד אַרְעָא שְׁלֵא יִסְפִּיק לְשַׁנְיָהֶם רַק לֵא'. וְאִם הַדִּין נוֹתֵן דְּחֹב הַלְוָאָה
קַדִּים לְחוּב שְׁאִינוּ הַלְוָאָה.

א"כ יוֹצֵא מְזָה עֲדִינּוּ חֲשָׁשׁ תְּקֵלָה דְּהָא הַב"ד יְדוּנוּ דִּיחְלֹקוּ פְּדִין שְׁנֵי בַע"ח שְׁשַׁנְיָהֶם
בְּיוֹם אַחַד אוֹ בְּלוֹנָה וְלֹנָה וְקַנְיָה. וּבְאֲמַת שְׁיִיף הַקְּרַקַע לְהַבַּע"ח שְׁלֹנָה בְּאֲמַת וְאוֹתוֹ שְׁלֵא

לְוָה בְּאַמַּת רַק ע"י הַתְּחַיִּיבוֹת בְּעֵלְמָא אֵינּוּ יְכוּל לְגַרְע פַּחוּ שֶׁל הַמְּלִנְה הָאֲמִיתִי א"כ יִנְצָא חֲשֵׁשׁ טָרְפָא שְׂלָא פְּדִין בְּמָה דְּכוּתְבִין שְׁטָר לְלוּנָה בְּאִין מְלוּנָה עֲמוּ.

אַכְּנּוּ אֵי נִימָא דְּחֹב שְׂלָא ע"י הַלְּוָנָא הָאֵל נִדְחָה כְּלָל מְפָנִי בַע"ח שֶׁל הַלְּוָנָא לִיתָא לְקוּשְׂיָא זֹו כְּלָל. וְנָה הַהוּכְחָה הוּא מְפָנִי הָרַב הַג' כו' מו"ה צְבִי שְׂיִחְלִי: אַמְנָם יֵשׁ לְדַחוּת לְוָה הַהוּכְחָה לְפַמְש"כ הַסְּמ"ע בְּסִי' ס"ה ס"ק י"ט וְהַנְּתִיבוֹת שָׁם ס"ק י"ד דְּלַמְּנִיעַת טָרְפָא לָא חֲיִישִׁינּוּ רַק דְּחֲשׂוּ שְׂמָא יִהְיֶה הַשְּׂדָה גְּזוּלָה בְּיָדוּ ע"ש.

א"כ ה"ה בְּמָא דְּכְתַבְתִּי לָא יִהְיֶה רַק מְנִיעַת טְרַפַּת שְׁעֵבוּד שֶׁל הַמְּלִנְה הָאֲמִיתִי ע"כ זֶה לָא הָוִי חֲשֵׁשׁ כ"כ: וְעוּד י"ל בְּזָה לְפַמְש"כ הַתּוֹס' ב"מ (דָּף כ') ד"ה ש"מ אִיתָא לְדַשְׁמוּאֵל כו' שְׂפַתְבוּ בְּסֵה"ד דְּדוּנְקָא לְלִקּוּחוֹת שְׂלָא בְּאַחְרֵיּוֹת חֲיִישִׁינּוּ שְׂיַפְסִידוּ לְגַמְרִי.

אַבְּל לְלִקּוּחוֹת בְּאַחְרֵיּוֹת לָא חֲיִישִׁינּוּ דְּהָא יִהְיֶה לְהֵם חוֹב עַל הַמּוֹכֵר ע"ש. א"כ ה"ה בְּמַש"כ אֵין זֶה חֲשֵׁשׁ כְּלָל דְּהָא עכ"פ לָא יִפְסִיד חוֹבוֹ הַמְּלִנְה הָאֲמִיתִי.

דְּלָא יִהְיֶה פְּקַע שְׁעֵבוּד הַגּוּף שֶׁל הַלְּוָנָה לְשֵׁלָם לוּ. וְעַפ"ז יֵשׁ לְתַרְץ קוּשְׂיַת הַשְּׂ"ף ב"ח מ ס' ס"ה ס"ק כ"ב דְּהַקְּשָׁה עַל הַמְּחַבֵּר שְׂפַתְבּוּ שָׁם דָּאֵם יֵשׁ לְלוּנָה ב"ח שְׂמַסְפִּיקִין לְשְׁעֵבוּד הַחוֹב יִתְזִיר.

וְהַקְּשָׁה אַפְתִּי נִיחֻוֹשׁ שְׂמָא לְוָה מְאַחְרִים אַחַר זְמַנּוֹ שֶׁל שְׁטָר זֶה וְכֵן הַקְּשָׁה הַסְּמ"ע שָׁם. וּבְאַמַּת לְדַבְרֵי הַתּוֹס' הַנְּ"ל אֵינּוּ קָשָׁה זֶה דְּהָא לָא חֲיִישִׁינּוּ רַק לְלִקּוּחוֹת שְׂלָא בְּאַחְרֵיּוֹת דִּיפְסִידוּ לְגַמְרִי.

א"כ ה"ה בְּחֲשֵׁשׁ מְנִיעַת טְרַפָּא שֶׁל אֵינָה בַע"ח לָא חֲיִישִׁינּוּ דְּהָא הַבַּע"ח לָא יִפְסִיד לְגַמְרִי וּמְתוֹרְץ קוּשְׂיוֹת הַסְּמ"ע וְהַשְּׂ"ף הַנְּ"ל: וְעוּד יֵשׁ לוֹמֵר בְּזָה לְפִי הַמְּבֹאֵר בַּאֵה"ע ס' ק"ב בְּמִי שְׂיֵשׁ עָלָיו כְּתוּבָה וְבַע"ח דָּאֵם תְּפִסָּה הָאֲשָׁה אֵין מוֹצִיאִין מִיָּדָה.

וְאַף לְהַחֻלְקִים שָׁם עכ"ז מוֹדוּ בְּמִי שְׂתַפְּסֵם בְּרִשׁוֹת ב"ד דָּאֵין מוֹצִיאִין מִמֶּנָּה. וְכַמְּש"כ הַב"ש שָׁם ס"ק ז' לְהַכְרִיעַ דְּבָזָה מְהִנֵּי תְּפִסָּה לְכוּ"ע וְעַיִן בַּח"מ שָׁם ס"ק ט'.

א"כ אֵין מְקוּם לְהוּכְחָה הַנְּ"ל. דְּהָא מְבֹאֵר בִּינ"ד ס' א' וְס' ב' דְּהִיכָא דְּבַדִּיעֵבַד מְהִנֵּי.

אַז לְכַתְּחִילָה ג"כ לָא חֲיִישִׁינּוּ שְׂמָא יִשְׁפַּח וְכַמְּש"כ הַט"ז לִינ"ד ס' צ"א ס"ק א'. א"כ ה"ה בְּזָה כִּינּוּ דְּבַדִּיעֵבַד מְהִנֵּי תְּפִסָּה בְּרִשׁוֹת ב"ד ע"כ לָא חֲיִישִׁינּוּ שְׂיַבְאֵלִידִי תְּקַלָּה.

דְּהָא כְּזָה לָא מְקַרִי תְּקַלָּה כ"כ ע"כ שְׂפִיר כּוּתְבִין שְׁטָר לְלוּנָה בְּלָא מְלוּנָה בְּשְׁטָרֵי אַקְנִיָּתָא וְאֵינּוּ קָשָׁה כְּלָל וְגַם הָא לָא הָוִי זֶה רַק חֲשֵׁשׁ בְּדַרְבְּנָן: וְהִנֵּה הַתּוֹס' כְּתוּבוֹת (דָּף פ"ו) ד"ה לְאֲשָׁה לָא יִהְבִּינּוּ הַקְּשׁוּ דְּאִיָּה אֲמָרוּ לְעִיל דִּינְתָן לְכַתְּבוּת אֲשָׁה וְהָא מְקַדְמִינּוּ לְבַע"ח כו'.

וְאֵי נִימָא דְּדוּנְקָא חוֹב הַלְּוָנָה מְקַדְמִינּוּ א"כ הָא הָוִי מְצִי הַתּוֹס' לְתַרְץ דְּהָא דְּמַקְדְּמִינּוּ לְעִיל כְּתוּבָה הֵינּוּ נִגְדָּ ב"ח שְׂלָא ע"י הַלְּוָנָה. מִשָּׂא"כ חוֹב הַלְּוָנָה קוּדְמָת לְכַתְּבוּתָה.

וּמְדָלָא מְחַלְקֵי שָׁם בְּזָה מוֹכַח ג"כ דְּלָא מְחַלְקִינּוּ. וְכַמְּש"כ דָּאֵף חוֹב שְׂלָא ע"י הַלְּוָנָה דִּינָה כְּמוֹ חוֹב הַלְּוָנָה וְשְׂפִיר הַקְּשׁוּ הַתּוֹס' וְש"פ שָׁם.

אף זה יש לדחות דא"כ אמאי אמרו שם מאי פושל ריו"ח א' פתובה. הא המ"ל דכושל זהו חוב הלואה.

ומדלא אמרו פן ע"כ שפיר הקשה התוס' פנ"ל: אף פבר נתבאר להוכיח דלא מחלקינן בין חוב ע"י הלואה לחוב שלא ע"י הלואה. וכן מוכח מן הב"ח והב"ש לאה"ע סי' קי"ג סעי' ו' ב"ש ס"ק ט"ז גבי מי שיש עליו אלמנה ובת דאלמנה קודמת נגד עישור נכסי.

והקשה הב"ש מ"ש מבע"ח וכתובה דכתובה נדחה פמבואר בסי' ק"ב. ותי' דשא"ה דשניהם המה חוב של אביהם משא"כ עישור נכסי הוא בע"ח של יורשים ומזונות אלמנה היא בע"ח של אביהם עכ"ל.

וכ"כ שם הב"ח. ולפ"ז מוכח דס"ל דאין לחלק ביניהם וכמש"כ דאל"כ אין מקום לקושיא הג"ל דהא שאני חוב דהלואה דשייך נעילת דלת וחסר והוציא מעות משא"כ חוב עישור נכסי דלא הוציאה מעות על זה.

ומדהקשו פן מוכח דס"ל כמש"כ דאין לחלק ביניהם. וכבר נתבאר לעיל ג"כ דבבינונית ג"כ חוב שע"י התחייבות פמתנה ג"כ דינו בבינונית: וכן מוכח קצת מהא דכתובות (דף ק"י) דמקשה הגמ' על מאן דס"ל הפוכי מטרמא ל"ל מהא דתנן שם פמשנה שנים שהוציאו שט"ח זע"ז דזה גובה וזה ומתרץ בלנה זה לעשר וזה לחמש.

והא המ"ל דמייירי ששט"ח ראשון הוא שטר חיוב בהתחייבות בעלמא ושט"ח ב' הוא שטר הלואה. וע"כ זה גובה וזה גובה משום דהראשון דינו בזיבורית והשני בבינונית ולא שייך בזה פלל הך דבשל עולם כו'.

דהא אין דינו של הא' רק בזיבורית. ומדלא אוקמי בכה"ג מוכח דגם חוב שע"י התחייבות ג"כ דינו בבינונית ומה דאמרו משום נעילת דלת הוא לאו דוקא כמש"כ התוס' בסוף ב"ב: וכן מצינו בנמוקי פ' בתרא דב"מ גבי הבית והעלי' של שנים שנפלו א' בעל העלי' לבעה"ב לבנות והוא אינו רוצה הרי בעל העלי' בונה הבית ויושב בתוכה כו'.

וכתב הנמוקי שם למה אינו כופה לבעה"ב לבנות פבר הקשו בירושלמי ותי' בהלף למדה"י. והרשב"א פתב דהירושלמי ס"ל פרב אחא שר הבירה דאין נפרעין שלא בפניו.

אבל אנו קי"ל נפרעין שלא בפניו אם איתא דבישנו כופין גם באינו פאן ג"כ יורדין שלא בפניו כו'. ועיין בב"י בח"מ סי' קס"ד מזה.

ואף דבכתובות (דף פ"ח) אמרו דנפרעין שלא בפניו בכתובה משום חינא אכל לבע"ח לא ורבא אמר רב נחמן דגם לבע"ח נפרעין שלא בפניו משום נעילת דלת בפני לוין. א"כ לפ"ז יש לכאורה לדון בשותפין בבית ועלי' דלא שייך חינא ונעילת דלת בפני לוין דאין נפרעין שלא בפניו.

ואפ"ה חזינו לרשב"א והנמוקי דכתבו בפשיטות דלמאי דקי"ל נפרעין שלא בפניו דה"ה בשותפות נפרעין שלא בפניו פנ"ל. א"כ מוכח דהאי נועל דלת בפני לוין הוא לאו דווקא.

ועיין בערכיו (דף כ"ב) דאמרו דלכן נפרעין שלא בפניו שלא יהא פל אחד נוטל מעות חבירו והולף למדה"י. אף בכתובות אמרו בלשון דאתה נועל דלת בפני לוין.

וּכְבָר נִתְפָּאֵר בְּהִרְבֵּה רְאִיּוֹת דְּלִשׁוֹן נוֹעַל דְּלַת בְּפִי לִוְיָן הוּא לָאו דְּוִוְקָא וּכְמִשׁ"כ הַתּוֹס' בְּסִנְהֶדְרִין (דָּף ג') וּב"ב בְּסוֹפּוֹ: הַיִּנְצָא לְנוּ מְפָל זֶה דְּגַם חוּב הֵבָא מִחֻמַּת הַתְּחִיבּוּת בְּחֻמַּם ג"כ הוּא בְּבִינּוּנִית וְגַם לֹא מִקְדָּמִינָן לְחוּב הַלְוָאָה פְּנִגְדּוּ.

וְגַם נִפְרָעִין שְׁלֵא בְּפִנּוּי בְּזֵה כְּמוֹ חוּב הַלְוָאָה דְּקִי"ל נִפְרָעִין שְׁלֵא בְּפִנּוּי. וְאַחַר כּוֹתְבֵי כ"ז רְאִיתִי בְּסִפְרָא שְׁעַר הַמְּשֻׁפֵּט בְּסִי' ק"ב שְׁפָתַי ג"כ לְהַסְתַּפֵּק בְּמַחֲזִיב א"ע בְּדָבָר שְׁאִינוּ חֲזִיב אִם הוּא בְּזִיבוּרִית אוֹ בְּבִינּוּנִית.

וְכֵן בְּסִי' מ' פָּתַח לְדוֹן דְּחוּב הַלְוָאָה קוֹדֵם לְחוּב בְּחֻמַּם וּכ"כ בְּסִי' צ"ט ע"ש. אֲכֹן הֶעֱיָקָר הוּא כְּמִשׁ"כ וְלֹא הֶעֱיָר בְּכָל הַנְּ"ל שְׁפָתַי: סִימָן קו א (ש"ף ס"ק ו') הֵבִיא תְּשׁוּבַת מִבִּי"ט דְּבִשְׁטָר שְׁאִינוּ מְקַנְיִים וְהַלְוָה מוֹדָה שְׁפָתַי דְּגוּבָה מְלַקּוּחוֹת וְהַשְׁ"ף הֵבִיא הַתּוֹס' דְּב"מ (דָּף ע"ב ע"א) ד"ה אָמַר אֲבִי כו' דְּכָתְבוּ ג"כ פֶּן.

אֲבָל הֵבִיא שְׂיִטַת רַב פּוֹסְקִים הַחוּלְקִים ע"ז ע"ש: עֲנָף א וּלְפַעַנ"ד נִרְאָה לְהוֹכִיחַ מִן הַתּוֹס' שְׁבַת (דָּף ע"ח ע"ב) ד"ה ת"ק סָבַר מוֹדָה בְּשְׁטָר שְׁפָתַי צָרִיף לְקִימּוֹ כו' וְהַקְּשׁוּ דְמָה תוֹעֵלַת יֵשׁ בְּשְׁטָר כו'. וי"ל דְּמוֹעִיל לוֹ הַשְׁטָר דְּמַתּוּף פֶּן כו' אִי נִמְי לְטָרוּף מְשַׁעֲבָדִי אִם יוֹדָה הַלְוָה שְׁאִינוּ מְזַנְיָף עכ"ל.

הֲרִי לְהַדְיָא דַס"ל לְהַתּוֹס' שְׁבַת הַנְּ"ל. דָּאָף לְמ"ד מוֹדָה בְּשְׁטָר שְׁפָתַי צָרִיף לְקִימּוֹ מ"מ מְהִנֵּי הוֹדָאָת הַלְוָה אָף לְטָרוּף מְשַׁעֲבָדִי וְכַשִּׁי הַמְּבִי"ט הַנְּ"ל: וְהִנֵּה הַקְּצָה"ח הֵבִיא לְהוֹכִיחַ מִן רַשִׁי"ב"מ (דָּף ז' ע"ב) ד"ה שְׁטָרָא דְּאִית בִּי זְמַן פְּמָה שְׁנָה כו' דְּמוֹדָה בְּשְׁטָר שְׁפָתַי מְהִנֵּי אָף לְגְבוּת מִן מְשַׁעֲבָדִי.

אֲבָל פְּכָר הַקְּדִימוֹ בְּרִאָ' זוֹ הַתּוֹמִים הֵבִיא ס"ק ג'. אֲלֵא שְׁפָתַי לְחַלֵּק דִּי"ל דְּשִׁאֲנֵי לְמ"ד מוֹדָה בְּשְׁטָר שְׁפָתַי א"צ לְקִימּוֹ.

אֲבָל לְמ"ד מוֹדָה בְּשְׁטָר שְׁפָתַי צָרִיף לְקִימּוֹ דְּהוּי טַעֲנַת מְזַנְיָף טַעֲנָה מְעַלְיָא דְּמַהִימָן בְּמִיגוֹ דְּמְזַנְיָף ע"כ י"ל דְּלֹא מְהִנֵּי הוֹדָאָת הַלְוָה כְּמִשׁ"כ הַשְׁ"ף ע"ש בְּתוֹמִים. אֲבָל מִהַתּוֹס' שְׁבַת הַנְּ"ל מוֹכַח דָּאָף לְמ"ד מוֹדָה בְּשְׁטָר צָרִיף לְקִימּוֹ וְכַמוֹ שְׁאֲמָרוּ שָׁם בְּטַעֲמָא דַת"ק.

וְעַכ"ז ס"ל לְהַתּוֹס' דְּמַהִנֵּי הוֹדָאָת הַלְוָה וּמוֹכַח מְזָה כַשִּׁי הַמְּבִי"ט. וְגַם בְּהַגְהוֹת הַב"ח שָׁם בְּשְׁבַת נ"ב בְּזֵה הַלְוָה דְּלָכֵן מְהִנֵּי הוֹדָאָת הַלְוָה דְּלֹא חֲזִי שִׁינּוּ לְקַנּוּנָא אֲלֵא הֵיכָא דְּאִתְרַע שְׁנַאָבַד וּמְצָאוּ ע"ש.

וְזֵהוּ פְּשִׁיטַת הַסֵּמ"ע בְּסִימָן ל"ט סְעִיף ט' ס"ק כ"ד וּבְסִי' ע"ט ס"ק ל"א דָּאָף הֵיכָא דְּיָכוֹל לְטַעוֹן פְּרַעְתִּי. עַכ"ז אִם מוֹדָה שְׁלֵא פְּרַעְוֵי גוּבָה מְלַקּוּחוֹת וְלֹא חֲזִי שִׁינּוּ לְקַנּוּנָא.

מִשׁוּם דַס"ל פְּעִין סְבַרְת הַב"ח הַנְּ"ל דְּלֹא חֲזִי שִׁינּוּ לְקַנּוּנָא אֲלֵא הֵיכָא דְּאִתְרַע. אֲבָל הַשְׁ"ף בְּסִי' ע"ט ס"ק לְמ"ד חוּלְקַת עַל הַסֵּמ"ע בְּזֵה דְּכִינּוּ דְּנֶאֱמָן לוֹמַר פְּרַעְתִּי אִינוּ גוּבָה מְשַׁעֲבָדִי מִשׁוּם קַנּוּנָא.

וְלֹא מְחַלֵּק דְּשִׁאֲנֵי הֵיכָא דְּאִתְרַע. וּכ"כ בְּסִי' ל"ט ס"ק כ"ד.

וּבְסִי' נ"א ס"ק א'. וְעִינּוּ בְּש"ף סִי' ס"ט ס"ק ו'.

אף לשיטת הש"ך הנ"ל דס"ל דכל מקום דנאמן לומר פרעתי אינו גובה מלקוחות משום קנוניא אינו קשה מהתוס' שבת הנ"ל. די"ל דשא"ה פיון דמה"ת לא פעי קיום ע"כ מהני הודאתו בזה.

וכמש"כ הש"ך סברת החילוק הנ"ל פאן על דברי הריב"ש שם. ועוד דהא שי' הש"ך דהא בסי' ק"ו דאף במודה הלנה על שטר.

דמ"מ אינו גובה מלקוחות ולא ס"ל כהתוס' שבת הנ"ל. והתוס' דשבת אנלי בתדא שיטה כמש"כ התוס' בב"מ (דף ע"ב ע"א) ד"ה אמר אביי כו' דכתבו דלא שינה לגרוס שם א"צ לקיימו.

ועכ"ז לדינא העיקר כמו דהעלה הש"ך דלא כהמבי"ט דהא הביא פמה פוסקים ראשונים דחולקים בזה: והש"ך שם הביא לסוגיא דעובדא דפרדיסא דב"מ (דף ע"ב). ולכאורה יש להוכיח מהאי סוגיא דלא כהסמ"ע והב"ח הנ"ל דס"ל דלא חיישינן לקנוניא אלא היכא דנפל איתרע.

דהא הגמ' מקשה שם עלה דלשבח קרקעות פיצד הרי שגזל שדה כו' נימא לא ניתן ליכתב. וקשה דהא י"ל שא"ה במוכר שדה דאף דמתמת דלא ניתן ליכתב נתבטל השטר מ"מ הא לא גרע ממוכר שדהו בעדים דמבואר בב"ב (דף מ"א) דגובה ממשעבדי.

ומצאתי קושיא זו בפני הושע לב"מ (דף ע"ב). ותי' דעיקר קושיות הגמ' הוא דכיון דנתבטל השטר א"כ ממילא לא גבי משעבדי משום חשש פרעון ואף דהמוכר מודה דלא פרעו עכ"ז הא חיישינן לקנוניא.

משא"כ במוכר שדהו בעדים וטרף בע"ח ממנו בזה לא שינה לחוש כ"כ לפרעון כמו דהאר"י הפנ"י שם בזה. א"כ מוכח מזה דאף היכא דלא איתרע ג"כ לא מהני הודאת הלנה לגבות משעבדי וכמש"כ הש"ך בכ"ד בשם כ"פ ודלא כהסמ"ע והב"ח הנ"ל: ענף ב אף מזה אין להוכיח פלל דבאמת זהו לא מספיק לתרץ קושיא זו.

דהא הרמב"ן בחי' לב"ב (דף מ"א) כתב על הא דמוכר שדהו בעדים דגובה ממשעבדים דמייירי בטרפוהו בב"ד וקודם שיצא משם כתבו לו טירפא כו' דאי לאו הכי נטעון שפרעו מוכר כו'.

וכ"כ הנ"י שם. וכעין זה כתב הש"ך בסי' קט"ז ס"ק ה' בזה"ל דאף לדברי המבי"ט צ"ל דמייירי בתו"ז או דעדים מעידים שלא זזה ידו מתוך ידם דאל"כ פשיטא פיון דיכול לומר פרעתי אינו גובה משעבדי עכ"ל הש"ך.

ואף דהש"ך דהא בסי' ק"ו הביא בשם המבי"ט דס"ל דבמודה הלנה שכתבו הוי במקוויים לגבות משעבדי וכמש"כ לעיל. עכ"ז הא ז"א רק בשטר בלא קיום דמה"ת א"צ קיום פנ"ל בזה מהני הודאתו לשי' המבי"ט.

אבל היכא דיש חשש פרעון מה"ת בזה מודה המבי"ט דלא מהני הודאתו להיות טורף משעבדי וע"כ מוכרח כמש"כ הש"ך לשי' המבי"ט פנ"ל. א"כ כמו בהא דאמרו בב"ב דמוכר בעדים גובה משעבדי דפירשו הראשונים הנ"ל דמייירי היכא דלא הוי חשש פרעון וכנ"ל.

א"כ כמו כן יש לפרש להא דלשפח קרקעות כיצד כו' דמייירי ג"כ באופן דליפא קשש פרעון. וע"כ גובה הקרן ממשעבדי משום דאף דשטר לא ניתן ליכתב עכ"ז הא לא גרע ממוכר שדהו בעדים דגבי ממשעבדי ותקשה עדיין קושיא זו: ומצאתי באו"ת סי' קט"ז ס"ק ד' שהקשה פן דמאי מקשה הגמ' מן הא דגובה הקרן ממשעבדי הא לא גרע זה ממוכר שדהו בעדים.

ואין לומר דמוכר שדה גזולה לא שניף לומר דמזבין בפרהסיא דז"א כו'. ולישי' התוס' א"ש דעיקר הקושיא הוא מחמת דנאמן לומר פרעתי ע"כ לא גבי ממשעבדי דחיישינן לקנוניא אבל לשי' רש"י ויתר מפרשים דכל קושיות הגמ' לענין שעבוד קשה פנ"ל.

ומתיר דקושיות הגמ' הוא למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא דכיון דשורת הדין דלא גבי ממשעבדי רק מתקנתא דרבנן הוה דלא לוסף דחכמים לא תקנו רק במלנה בשטר ולא בע"פ וא"כ לא פלוג.

רק למ"ד דש"ד בזה כיון דאית לי' קלא גבי ממשעבדי כו'. עכ"ל האו"ת.

ואף דרב אמר שם בב"ב להך דמוכר בעדים גבי ממשעבדי ורב הא ס"ל שעבודא לאו דאורייתא. עכ"ז י"ל דדוקא במוכר שדה גזולה דהוה לא שכיח דבכה"ג לא תקנו חז"ל לתקנתם כמש"כ שם האו"ת לסברא זו.

אבל במוכר שדה ואתי בע"ח וטרף מיני' דהוה מילתא דשכיחא דבכה"ג אף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא ג"כ גובה ממשעבדי ומייירי רב בכה"ג פן הוא קושט דברי האו"ת. וכן העיר בזה האו"ת בסי' ע"ב ס"ק יו"ד ע"ש: והנתיבות בסי' קט"ז ס"ק א' פתב לתירץ קושיות האו"ת הנ"ל דשאני מוכר שדהו בעדים דהעדים לפנינו.

משא"כ בשטר מוכר שאין העדים לפנינו וכיון דהשטר לא ניתן ליכתב הוי מפי כתבם ואין פאן עדות כלל עכ"ל הנתיבות. ולענ"ד הנכון עם האו"ת דהא מוכח בסי' ע' סעיף ו' גבי שטר שלא ניתן לכתב דאמרו שם דאינו גובה ממשעבדי וגם נאמן לומר פרעתי.

והש"ף שם ס"ק כ"ו הביא בשם פמה פוסקים דס"ל דאינו נאמן לומר פרעתי. וכן הקא בסי' ק"ו ש"ף ס"ק ו' הביא לעונבדא דפרדיסא דב"מ (דף ע"ב) ולמש"כ הטור ס"ס ע' דאין לו דין שטר ונאמן לומר פרעתי.

דמשמע מזה דלהד"ם לכו"ע לא מצי לטעון. וכ"כ התנאים בסי' מ"ג ס"ק ה' והוכיח מזה דה"ה בשטר מוקדם אינו נאמן לומר להד"ם וכדעת הסמ"ע שם.

וכ"כ הנתיבות בסי' מ"ג ס"ק ו' והביא פן בשם הרמב"ן בתשובה שכתב פן בשטר שלא ניתן לכתב דמהני לענין להד"ם. ואף דכל שטר שלא נעשה כתק"ח.

אינו שטר לענין פרעתי. אבל מפי כתבם לא הוי כיון שכתב בציווי הלנה ע"ש.

ולכן הדין עם האו"ת דכתב דשטר שלא ניתן לכתוב דב"מ (דף ע"ב). דאף דמיפסל השטר לענין לגבות ממשעבדי ולענין טענת פרעתי.

דעכ"ז העדאת עדים מיהא הוי. ואף דלעיל סי' ל"ט סעיף ג' כתבו בלא אמר כתבו וחתמו דהוי כפנקס בעלמא ולא הוי עדות כלל ויכול לטעון להד"ם.

כְּמוֹ שֶׁהָאָרִיף הַשֵּׁ"ךְ שָׁם. דָּוָה אֵינוֹ אֵלָּא בְּלֹא נִכְתָּב מִדַּעַת הַמִּתְחַיֵּיב.

אָבֵל אִם נִכְתָּב מִדַּעַת הַמִּתְחַיֵּיב אֵף שֶׁלֹּא נִיטָן לְכַתּוֹב עַכ"ז הָיִי הַעֲדָאת עֲדִים כְּנ"ל. א"כ הָיִי כְּמוֹכֵר שְׁדֵהוּ בְּעֲדִים וְשִׁפִּיר כְּתַב הַתְּנָמִים וְהַפְּנִי יְהוֹשֻׁעַ כְּנ"ל: וְרֵאִיתִי לְהַנְתִּיבוֹת בְּסִי' ע' ס"ק ה' שֶׁכְּתַב ג"כ לְתַרְזֵן קְוֹשִׁיּוֹת הַאו"ת הַנֶּ"ל ע"פ מִש"כ הַאו"ת בְּעֲצָמוֹ בְּסִי' מ"ט ס"ק ח' דָּאֵף הֵיכָא דְאֵיכָא קָלָא עַכ"ז כִּינּוֹן דְּלֵיכָא שְׁטָרָא כְּרֵאִוִי לֹא נִשְׁתַּעְבְּדוּ הַנְּכָסִים אֵף לְמ"ד ש"ד עכ"ל.

אָבֵל בְּאַמַּת אֵין זֶה עֲנִין לִנ"ד דְּשֵׁא"ה בְּחֹב הַלְלוּאָה דְּבַעֲיָנוּ שְׁטָר דְּוָקָא. ע"כ כִּינּוֹן דָּאֵין הַשְּׁטָר כְּדִינוֹ אֵין בְּזֶה שְׁעָבוֹד נְכָסִים.

אָבֵל כְּמוֹכֵר שְׁדֵהוּ דָּאֵף בְּלֹא שְׁטָר נִשְׁתַּעְבְּדוּ הַנְּכָסִים שִׁפִּיר כְּתַב הַאו"ת דָּאֵף דְּהַשְּׁטָר לֹא נִכְתָּב כְּדִינוֹ דִּמ"מ לֹא גָרַע מִן עֲדִים בַּע"פ. וְע"כ הַנְּכֹוֹן עִם הַאו"ת בְּזֶה.

וְלָכֵן מְוַכְרִחִים אָנוּ לִזְמַר בְּזֶה כְּהַחֲלִיּוֹק שֶׁמְחַלֵּק הַאו"ת בְּזֶה דְּדוֹקָא לְמ"ד ש"ד אֲמַרִּינוּ דְּמוֹכֵר שְׁדֵהוּ בְּעֲדִים וְנִמְצָאת גְּזוּלָה דְּגוּבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי אָבֵל לְמ"ד שְׁעָבוֹדָא לֹא דְאוֹרֵייתָא אֵף דְאֵיכָא קָלָא בְּזֶה מ"מ לֹא גָבִי מִמְשַׁעְבְּדֵי כִינּוֹן דְּלֵיכָא שְׁטָרָא וְלֹא פְלוּג בְּזֶה.

וּבַעֲבוּדָא דְּכַרְדִּיסָא לָכֵן לֹא גָבִי מִמְשַׁעְבְּדֵי דְּכִינּוֹן דְאֵיכָא אֲנֹס לְהַמוֹכֵר א"כ כְּמוֹ דְּהַמְכִירָה אֵינוֹ חָל בְּאֲוֹנָס ה"ה דְּהַשְּׁעָבוֹד אֵינוֹ חָל כִּינּוֹן דְּהֵיךָ בְּאֲוֹנָס כְּמִש"כ הַאו"ת בְּסִי' קט"ז ע"ש. וְגַם י"ל דְּבָמִי שְׁמוֹכֵר שֶׁלֹּא מְרַצוֹנוֹ לֹא שִׁינְיָה בְּזֶה סְבֵרַת הַשֵּׁ"ס דְּמֵאֵן דְּמִזְבִּין בְּפִרְהֶסְיָא זְבִין כו'.

וּכְעֵין סְבֵרַת הַחֲלִיּוֹק שֶׁל הַאו"ת הַנֶּ"ל כֵּן כְּתַבוּ הַתּוֹס' בְּב"ק (דף י"ד ע"ב) בְּד"ה ש"מ לְוָה וּמְכַר נְכָסִיו כו' שֶׁחֲלִיקוּ ג"כ בְּשֵׁם ר"ת בֵּין מ"ד ש"ד וּבֵין מ"ד דַּס"ל שְׁעָבוֹדָא לֹא דְאוֹרֵייתָא ע"ש. רַק הַסְּבָרָא מְחַוֵּלֶקֶת בְּקִצָּת שִׁנּוּי מִן הַחֲלִיּוֹק שֶׁל הַאו"ת בֵּין הַנֶּ"ד הַנֶּ"ל: וְע"פ הַחֲלִיּוֹק שֶׁל הַאו"ת הַנֶּ"ל אֲתִי שִׁפִּיר מַה דֵּינֵשׁ לְהַקְשׁוֹת בְּהֵא דְּגִיטִין (דף מ"ח) בְּמִשְׁנֵה דָּאֵין מוֹצִיאֵין לְאַכִּילַת פִּירוֹת וְלִשְׂבַח קַרְקָעוֹת מִמְשַׁעְבְּדִים וּפִי' רַש"י הַגּוֹזֵל שְׁדֵה וּמְכָרָה כו'.

חֹזֵר הַלּוֹקֵחַ עַל הַמוֹכֵר וְגוּבָה מִמְשַׁעְבְּדִים שְׁמֻכְרָה לּוֹ בְּאַחֲרִיּוֹת וְכַתּוּב לּוֹ שְׁטָר מְכִירָה וְה"ה מְלוּה בְּשְׁטָר כו'. וְכ"כ הַר' עוֹבְדָנִי בְּרַטְנוֹרָה בְּגִיטִין שָׁם וְכ"כ הַר"ן שָׁם עַל מִשְׁנֵה גִיטִין שָׁם.

וְקָשָׁה דַּל"ל שְׁטָר הֵא אֵף מוֹכֵר שְׁדֵהוּ בְּעֲדִים ג"כ גָּבִי מִמְשַׁעְבְּדֵי א"כ ל"ל לְמִנְקֻט שְׁמֻכְרָה לּוֹ בְּשְׁטָר. אָכֵן לְפַמִּש"כ הַאו"ת דְּדוֹקָא לְמ"ד ש"ד אֲמַרוּ דְּהַמוֹכֵר שְׁדֵה גְּזוּלָה בְּעֲדִים גָּבִי מִמְשַׁעְבְּדֵי.

אָבֵל לְמ"ד שְׁעָבוֹדָא לֹא דְאוֹרֵייתָא אֵינוֹ גּוּבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי בְּמוֹכֵר בְּעֲדִים א"כ אֲתִי שִׁפִּיר דְּבָרֵי רַש"י וְהַרְע"ב וְהַר"ן הַנֶּ"ל. דְּהֵא דְּרַפֵּם לְפָרֵשׁ לְהַמְשִׁנָּה דִּיהֵא אֲתִי אֵלֵיכָא דְכוּ"ע.

וְכִינּוֹן דְּלְמ"ד שְׁעָבוֹדָא לֹא דְאוֹרֵייתָא אֵינוֹ גּוּבָה הַמוֹכֵר שְׁדֵהוּ בְּעֲדִים מִמְשַׁעְבְּדֵי בְּנִמְצָאת הַשְּׁדֵה גְּזוּלָה כְּמִש"כ הַאו"ת. ע"כ לְדִידֵי' מוֹכְרָח לְפָרֵשׁ דְּמִיָּרִי בְּמְכָרָה בְּשְׁטָר.

אָבֵל לְהַסּוֹבְרִים לְדִינָא דְּש"ד שִׁפִּיר י"ל דָּאֵף בְּמְכָרָה בְּעֲדִים ג"כ גָּבִי בְּשְׁטָר. וְא"ש דְּבָרֵי רַש"י וְהַרְע"ב וְהַר"ן הַנֶּ"ל.

וְעֵינַי בְּגִיטִין (דָּף נ') בְּמַה דְּכָתַב רַש"י שֶׁם בַּד"ה לְפִי שְׂאִינָן פְּתוּבִין וּבְתוֹס' שֶׁם ד"ה לְפִי שְׂאִינָן פְּתוּבִין כו'. וְשֶׁם (דָּף נ"א) בְּתוֹס' ד"ה אוּ דְלָמָּא קִצְוּבִין כו' וְקִצְרְתִי: וְעוֹד י"ל בְּכַוֵּנַת רַש"י וְהַרְע"ב וְהַר"נ הַגְּ"ל עַפ"י מַש"כ הַרְשָׁב"ם בַּב"ב (דָּף מ"א ע"ב) בַּד"ה הַמוֹכֵר שְׂדֵהוּ בְּעֵדִים וְקִיבֵל אַחֲרֵיּוֹת עָלָיו.

וְהָרָא"ש שֶׁם בְּשֶׁם ר' יוֹנָה חוֹלֵק עָלָיו. וְהוּבָא בְּש"ף ס' קט"ז ס"ק ה' גַּם בְּשֶׁם בַּעַה"ת דַּס"ל פְּהַרְשָׁב"ם בְּזֶה ע"ש.

וְעֵינַי בְּש"ף ס' רַכ"ה. וּבְאַמַּת מִן הַתוֹס' בַּב"ב (דָּף ע"ז) ד"ה חוֹזֵר בְּשֶׁטֶר כו' שֶׁהַקְּשׁוּ דְמַאי נַפ"מ מִן חֲזַרְתַּת הַשֶּׁטֶר הָא בַּלֵּא"ה ה"ה גּוֹבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי דְהָא מוֹכֵר בְּעֵדִים גְּבִי מִמְשַׁעְבְּדֵי.

וּמוֹכֵחַ מִדְּבַרְיָהֶם דְּלֵא ס"ל כַּמֶּש"כ הַרְשָׁב"ם. דְּהָא לְשִׁי הַרְשָׁב"ם הָיוּ נַפ"מ רַבְתָּא מִןמָה דְחוֹזֵר בְּשֶׁטֶר גְּבִי חַיִּיב אַחֲרֵיּוֹת אִם לֹא הִתְנָה בְּפִי עַל אַחֲרֵיּוֹת.

וּבַחֲזִי' הַרְמַב"ן לַב"ב שֶׁם (דָּף ע"ז) הִבִּיא בְּשֶׁם יֵשׁ מְפָרְשִׁים לְתַרְזִי כֵּן לְקוֹשְׁיוֹת הַתוֹס' הַגְּ"ל דְּהָיוּ נַפ"מ אִם לֹא הִתְנָה בְּפִי עַל אַחֲרֵיּוֹת. וְכ"כ הַרְשָׁב"א בְּקִדּוּשֵׁין (דָּף כ"ז) בְּשֶׁם הַרְאָב"ד.

א"כ י"ל דְּרַש"י וְרַע"ב וְהַר"נ ס"ל ג"כ כַּשִׁי הַרְשָׁב"ם וְהַבַּעַה"ת וְהַיֵּשׁ מְפָרְשִׁים דְּבַחֲזִי' הַרְמַב"ן הַגְּ"ל וְהַרְאָב"ד הַגְּ"ל דַּס"ל דְּאָף דְּמוֹכֵר בְּעֵדִים גּוֹבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי מ"מ הָיוּ נַפ"מ בֵּין שֶׁטֶר לְעֵדִים אִם לֹא הִתְנָה חַיִּיב אַחֲרֵיּוֹת בְּפִי.

א"כ י"ל דְּזֵהוּ פְּנוּנַת רַש"י וְהַרְע"ב בְּמַה שֶׁכָּתְבוּ בְּגִיטִין דָּאִם גָּזַל שְׂדֵהוּ וּמְכָרָהּ חוֹזֵר הַלּוֹקֵחַ וְגוֹבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי שֶׁמְכָרָהּ לוֹ בְּאַחֲרֵיּוֹת וְכָתַב לוֹ שֶׁטֶר מְכִירָהּ כו'. דְּכַוֵּנַתְּם דָּאִם כָּתַב אַחֲרֵיּוֹת בְּפִי אִזּוּ בְּאַמַּת לֹא בְּעֵי שֶׁטֶר.

וְאָף בְּמוֹכֵר בְּעֵדִים גְּבִי מִמְשַׁעְבְּדֵי וּמַה שֶׁכָּתְבוּ וְכָתַב לוֹ שֶׁטֶר מְכִירָהּ כו' הַכַּוֵּנָה הוּא אוּ שֶׁכָּתַב לוֹ שֶׁטֶר מְכִירָהּ וְהָיוּ נְאוּ הַמְּחַלֵּק דְּבָזָה אָף דְּלֹא הִתְנָה עַל אַחֲרֵיּוֹת ג"כ גּוֹבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי מִשּׁוּם דְּבָזָה אַחֲרֵיּוֹת ט"ס.

א"כ א"ש דְּבַרֵי רַש"י וְהַרְע"ב הַגְּ"ל. אָף בְּכַוֵּנַת הַר"נ דְּגִיטִין קָשָׁה לוֹמֵר כֵּן דְּהָא שִׁי הַר"נ הוּא דְּאָף בְּלֹא פִי ל' אַחֲרֵיּוֹת ג"כ גּוֹבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי וְכַמֶּש"כ הַשֶּׁטֶר בְּסִי רַכ"ה ס"ק א' בְּשֶׁם הַר"נ ע"ש וְכ"כ הַבֵּית יוֹסֵף שֶׁם בְּשֶׁם הַר"נ.

וְע"כ הָעֵינָקֵר הוּא כַּמֶּש"כ לְעֵיל דְּהָא מִיְלֵתָא תְּלוּי בְּפִלְגְּתָא אִי ש"ד אוּ לֹא וְכַמֶּש"כ הַאוּ"ת פַּנ"ל: עָנָף ג אָף עֵינָקֵר דְּבַרֵי הַאוּ"ת בְּמַה דְּמְחַלֵּק בְּמוֹכֵר שְׂדֵהוּ בְּעֵדִים דְּגְבִי מִמְשַׁעְבְּדֵי דְּזֵה תְּלוּי אִי ש"ד אוּ לֹא.

זֵהוּ דְּחִסָּק דְּהָא פִּינּוּ דְּחִזְיָנָן דְּרַב דְּאָמַר לְזֵה דְּמוֹכֵר בְּעֵדִים דְּגְבִי מִמְשַׁעְבְּדֵי הָא ס"ל שְׁעַבּוּדָא לָאוּ דְּאוּרֵייתָא ע"כ אִין סְבָרָא לְחַלֵּק בֵּין מוֹכֵר שְׂדֵה גְּזוּלָהּ וְכֵן בְּבָא בַּע"ח וְטָרִיף מִינֵי. וְמַש"כ לְעֵיל דִּי"ל דְּשִׁאֲנֵי מוֹכֵר שְׂדֵה גְּזוּלָהּ דְּהָיוּ מִיְדֵי דְּלֹא שְׁכִיחַ וְלֹא תִקְנּוּ רַבָּנָן בַּכַּה"ג זֵהוּ דְּחִסָּק: וְלִכְּן נִלְע"ד לוֹמֵר ג"כ לְחַלֵּק בְּזֵה בֵּין מ"ד דַּש"ד אוּ לֹא ע"פ הַסְּפָר נְכוּן.

והוא דהא יש להעיר בהא דב"ב (נף מ"א) דא' רב המוכר שדה בעדים גובה מממשן עבדים משום דמאן דזבין ארעא בפרהסיא זבין כו'. ובקדושין (נף כ"ח) אמרו דמהו דתימא קרקע הוא דמזבני בצנינעא כו' אלמא דאמרינו דבקרקע ג"כ הדרה למפור בצנינעא.

ומצאתי בהגהות הש"ס בקדושין שם שהקשה פן ונשאר בצ"ע. אבל באמת אינו קשה די"ל בפשטות הענין פה הוא דמה דאמרו בב"ב דמאן דמזבין בפרהסיא מזבין.

אין זה רק בגדר רבא אבל י"ל דמיעוטא איכא דמזבני בצנינעא. ומה"ט א"ש למש"כ התוס' בב"ב (נף ע"ז) והתוס' בקדושין (נף כ"ז) ד"ה חוזר בשטר כו' והרשב"א בקדושין לקדושין (נף כ"ז) דהא דחוזר בשטר דאף דגם בעדים איכא קול וגבי ממשעבדי עכ"ז בשטר הוי קול ביותר וזילי נכסי טפי ולכן חוזר בשטר.

משום דבעדים איכא מיעוט דמזבני בצנינעא פנ"ל. ולכן שפיר אמרו בקדושין שם סברת החילוק בין קרקע לע"ע דקרקע איכא דמזבני בצנינעא וכיון דאיכא מיעוטא עכ"פ לכן משבעינן לי ע"י גלגול.

משא"כ עבד עברי הוי אמינא דאין להשביעו משום דבע"ע הוי מיעוט שאינו מצוי קמ"ל. ועיין בסי' צ"ד ש"ך ס"ק ח'.

א"כ א"ש הא דב"ב דאמר רב המוכר שדהו בעדים דגבי ממשעבדי דהא רב ס"ל בב"ב (נף צ"ב) דהולכין בממון אחר הרוב. ולכן פיון דרוב איכא דמזבני קרקע בפרהסיא ע"כ אזיל רב לטעמי' ואמר דגובה ממשעבדי משום דסמכינן על הרוב בזה.

א"כ אינו קשה פלל. וזו"ז י"ל דשא"ה בב"ב דהיה המכירה בעדים.

משא"כ בהה דקדושין דמכרה בלא עדים ע"כ לית לי קלא וא"ש בפשיטות: ובאמת יש לעיין במה דפסק הרמב"ם והטוש"ע בח"מ סי' קי"ז וש"פ להא דרב דא' המוכר שדהו בעדים גובה מממשן עבדים.

הא פיון דחזינו דמיעוטא איכא דמזבני קרקע בצנינעא כמבואר להדיא בקדושין הנ"ל. א"כ י"ל דדוקא רב לטעמי' דס"ל הולכין בממון אחר הרוב ע"כ ס"ל דגובה ממשעבדי.

אבל לדידן דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב י"ל דלא גבי ממשעבדי דאף דהרוב מזבני ארעא בפרהסיא. עכ"ז הא פיון דאיכא מיעוט דלא מזבני בפרהסיא.

א"כ הא אין מוציאין מהמחזק ע"פ הרוב. אכן לפמש"כ התוס' בב"ב ק (נף כ"ז) בד"ה ואיכא נמי דקרי לתביתא פדא כו' ובכורות (נף כ') בתוס' ד"ה ור' יהושע סבר חוששין לטינוף כו'.

דהא דס"ל לרב הולכין בממון אחר הרוב היינו משום דאמר קים לי בנפשי שפני מן הרוב כו'. ע"ש.

א"כ לפ"ז הכא בהה רבא דמזבני קרקע בפרהסיא פיון דלא שייך בזה לומר טענת קים לי בנפשי שפני מן הרוב. דהא הלוקח אין יכול לומר קים לי דהעדים הוציאו הקול בזה.

וע"כ מוכח דעיקר סברת רב בְּמָה דס"ל המוכר בעדים גובה ממשעבדי הוא משום דהוּ סְבָרָא דְהִיָּה קוּל בְּזָה הוּא עֲדִיף מִן רוּב וְהוּי רוּב אֵלִים וְהַמְיָעוּט בְּזָה הוּא אֵינּוּ מְצוּי כ"כ דבכה"ג לכו"ע מְהַי רוּב בְּמָמוֹן וּכְמַש"כ הַתּוֹס' בְּסִנְהֶדְרִין (דף ג') בד"ה דיני ממונות כו'.

ע"כ שפיר פסקו פן לדינא אף לדידן דקיי"ל אין הולכין בְּמָמוֹן אַחַר הָרוּב: אָכֵן לַפְּמִש"כ הַתּוֹס' בְּבִכּוּרוֹת (דף כ') בתי' השני דלא לחלק בְּזָה. וּבְאַמַּת לְרַב דס"ל הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרוּב אֵף הֵיכָא דְלֹא שְׁיָיָף לומר קים לי בְּנִפְשָׁאֵי כו' ג"כ מְהַי רַבָּא ע"ש.

א"כ תקשה עדיין דאיך סמכו על הָא דְרַב דְמוֹכֵר בְּעֵדִים גּוּבָה מְשַׁעְבְּדֵי הָא י"ל דְדוֹקָא רַב לְטַעְמִי אָמַר פֶּן פּנ"ל. וְגַם הָא י"ל בְּזָה ג"כ דִּיכוּל הַלּוּקָח לומר קים לי דְהִיָּה הַמְכִירָה בְּפִרְהֶסְיָא וְהִיָּה קוּל בְּזָה.

ויש לדון בעיקר סברת התוס' הַנ"ל בְּסוּגְיָא דב"ב (דף צ"ג) ואכמ"ל: והנלפענ"ד בְּזָה ע"פ מש"כ בְּסִפְר גִּינַת וְנֶרְדִים שֶׁל הַפְּרַמ"ג בְּסִי ל"ט דלפמש"כ הַתּוֹס' בב"ק (דף כ"ז ע"ב) דְהָא דְאִין הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרוּב זָהוּ מִטַּעַם דְאֶמְרִינֵן סְמוּךְ מִיַּעוּטָא לְחֻזְקַת מָמוֹן.

וכמו דבְּכָל סְמוּךְ מִיַּעוּטָא לְחֻזְקָה אֵינּוּ רַק מְדַרְבְּנָן א"כ ה"ה בְּהָא מְלִתָּא דְאָמַר דְאִין הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרוּב אֵף לְרַבָּנָן דר"מ. דְלִית לְהוּ סְמוּךְ מִיַּעוּטָא כו'.

דז"א רַק מְדַרְבְּנָן. וְכַעֲיֵן זָה פְּתַב הַפְּרִי תְבוּאָה סִי כ' וּבַמְק"א הָאֲרַכְתִּי בַכ"ז.

וע"פ זָה הַעֲלִיתִי בַמְק"א לְדוֹן דְבְּמִידֵי דְרַבָּנָן גַּם לְדִידָן הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרוּב בְּזָה. דְהָא הָא פְּלִלְיָא דְאֶמְרוּ סְמוּךְ מִיַּעוּטָא לְחֻזְקָה בַכ"ד אֵינּוּ רַק בְּמִילֵי דְאֶוּרֵייתָא וְלֹא בְּמִידֵי דְרַבָּנָן כַּמֶּש"כ בַּמְק"א לְהוֹכִיחַ פֶּן א"כ לַפ"ז יֵשׁ לומר פֶּן בְּהָא מִילְתָּא דְאִין הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרוּב.

דְזָה אֵינּוּ רַק הֵיכָא דְאִי נִיזַל בְּתַר מִיַּעוּטָא אַז א"צ מַה"ת לִיתָן הַמָּמוֹן לְחַבְרֵי בְּזָה י"ל דְתַקְנֵנוּ רַבָּנָן דְאִין הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרוּב. אָבַל הֵיכָא דְאֵף אֵי נִיזַל בְּתַר מִיַּעוּטָא חֲזִיב מַה"ת לִיתָן הַמָּמוֹן לְחַבְרֵי.

וְרַק מְדַרְבְּנָן אֵינּוּ חֲזִיב לִיתָן הַמָּמוֹן לְחַבְרֵי אֵי נִיזַל בְּתַר מִיַּעוּטָא. בְּזָה י"ל דְאֵף לְדִידָן דְאִין הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרוּב.

דבכה"ג מוקמינן אֲדֹאֲוֵרֵייתָא וּמוֹצִיאִין מָמוֹן עַל סְמָךְ הָרוּב וּבַכ"ז הָאֲרַכְתִּי בַמְק"א. וְכ"ז הוּא דְלֹא כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּסִנְהֶדְרִין (דף ג' ע"ב) ד"ה דיני ממונות כו' וְקַצְרֵתִי: וּלַפ"ז י"ל דְאֵף דְנִימָא דְהָא מִילְתָּא דְאֶמְרוּ בְּמוֹכֵר בְּעֵדִים גּוּבָה מְשַׁעְבְּדֵי מְשׁוּם דְמֵאֵן דְמוֹזְבִּין בְּפִרְהֶסְיָא מְזַבִּין דז"א רַק בְּגֵדֵר רַבָּא וְרַב לְטַעְמִי פּנ"ל.

עכ"ז שפיר פסקו הַרְמְב"ם וְהָרָא"ש וְהַטוּש"ע לְהָא דִּינָא דְמוֹכֵר בְּעֵדִים גְּבִי מְשַׁעְבְּדֵי מְשׁוּם דְלִדְיָנָא דְפָסְקוּ דש"ד וְכַמְבֹּאֵר בְּסִי ל"ט. וּכְמַש"כ הִיש"ש פֶּן בְּשִׁיטַת הָרָא"ש דס"ל דש"ד וְהוּבָא בְּש"ף שָׁם ס"ק ב'.

א"כ אֵף אִם נִימָא דְלֹא הִיָּה קָלָא בְּעַת דְמָכַר הַשְּׁדָה לְהַלּוּקָח ג"כ טוֹרֵף מַה"ת מְשׁוּם דְהָא מַה"ת נִשְׁתַּעְבְּדוּ הַנְּכָסִים. רַק דְרַבָּנָן תַּקְנֵנוּ דְלֹא טְרִיף מְשַׁעְבְּדֵי אִם לֹא הִיָּה קוּל יוֹצֵא מְשׁוּם חֲשׁשׁ פְּסִידָא דְלַקוּחוֹת.

וכיון דעיקר החשש בזה לחוש להמיעוט דאין קול יוצא במוכר בעדים. אין זה רק חשש מדרבנן א"כ הא בכה"ג סמכינו על רבא כמו שכתבתי לעיל.

ומה דאמרין דזה הוי בגדר רבא הא מוכח פן ממה דאמר רב דגובה בזה ממשעבדי. ורב אף דס"ל שעבודא לאו דאורייתא פמבנאר סוף ב"ב וקדושין (דף י"ג) עכ"ז הא רב לטעמיה דס"ל הולכין בממון אחר הרוב.

ע"כ מוציאין לשיטתו בנודאי על סמך הרוב דאיפא בזה בנודאי: ועפ"ז יש לדון לפי מה דהעלה הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' בשם פוסקים לומר דשעבודא לאו דאורייתא. דא"כ לשי' הסוברים פן תקשה דאיך הביאו להא דרב דאמר דמוכר בעדים גבי ממשעבדי.

הא י"ל דדוקא רב לטעמיה דס"ל הולכין בממון אחר הרוב. ומנלן לדין דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ממון ממשעבדי.

ובפרט דהא מצינו בגמ' דקדושין (דף כ"ח) ה"ל דאיפא אינשי דמזבגי בצניעא א"כ מוכח עכ"פ דאיפא מיעוט בזה. ובאמת יש להוכיח מזה דלדינא קיי"ל ש"ד.

וגם יהיה מוכח מזה דבמידי דלא הוי רק חשש בדרבנן. אף אי נחוש להמיעוט.

די"ל דבכה"ג לכו"ע הולכין בממון אחר הרוב בזה. וגם אף אי נימא דהא דאין הולכין בממון אחר הרוב זהו מה"ת כמו דמשמע בכמה דוכתי ובתוס' בסנהדרין (דף ג') ה"ל ודלא פהגינת ונרדים ה"ל.

עכ"ז י"ל בל"ז דבמידי דרבנן לא חששו להמיעוט. וכהנה רבות בש"ס ואכמ"ל: ולכן לפי מה דנתבאר דהך מלתא דמוכר בעדים גובה ממשעבדי זה תלוי אי ש"ד.

אבל למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא אינו גובה בזה ממשעבדי לדין דאין הולכין בממון אחר הרוב. א"כ א"ש סוגיות הש"ס דב"מ (דף ע"ב) דהקשו על הא דלשפח קרקעות כו' דאי נימא להסברא דלא ניתן לכתוב א"כ ל"ד שעבודא לאו דאורייתא לא יהיה גבי ממשעבדי.

ואין לומר דאתו עלה מצד מוכר שזוהו בעדים. דהא ז"א ל"ד שעבודא לאו דאורייתא ומהך מ"ד תקשה מהבריייתא וכמש"כ האו"ת בזה.

והנה דוחק להש"ס לומר דס"ל להך תנא פמאן דס"ל הולכין בממון אחר הרוב. ומה"ט א"ש למש"כ רש"י והרע"ב והר"נ בגיטין ריש פ"ה דמייירי במקרה בשטר לשדה הגזולה וכו"ל: כנלע"ד בכ"ז: ענף ד ובעיקר הקושיא שכתבתי לעיל דמנלן להפוסקים להביא להא דרב דאמר המוכר בעדים גבי ממשעבדי כנ"ל.

הא י"ל דדוקא רב לטעמיה אמר פן. נלע"ד להוכיח דבאמת מוכח מן הסוגיא דב"ב (דף מ"ב) דלכו"ע אמר רב פן.

והוא דהש"ס מקשה שם על הא דאמר רב פן והא תנן המלנה לתבירו ע"י עדים גובה מבני חורין וכי תימא רב תנא ופליג והא רב ושמואל דאמרי תרנוניהו כו'. והנה בב"ב (דף צ"ג) מקשה הגמ' על רב דס"ל דהולכין בממון אחר הרוב מהמשנה דשם דהמוכר

פירות כו' אינו חייב באחריותן מאי אפילו לאו אפי' זרע פשתן דרנפא נזריעה זבני ואפ"ה לא אזלינן בתר רנפא ומשני תנאי היא אי אזלינן בתר רנפא.

ועיין בפ' הרשפ"ם שם בד"ה מאי לאו כו'. וכינן דחזינן דהגמ' בב"ב רוצה לומר דהמשנה בב"ב ס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב רק רב חולק וס"ל כהתנא דפליג על המשנה וס"ל דהולכין בממון אחר הרוב.

א"כ לפ"ז יש להקשות על קושיות הגמ' הקא בב"ב על רב דאמר המוכר בעדים גובה ממשעבדי מן המשנה דב"ב דהמלנה בעדים גובה מב"ח ואמרו ע"ז וכי תימא רב תנא ופליג. הא י"ל דאינו קשה כלל מן המשנה על רב.

וי"ל דהמשנה אזיל לטעמי' דס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ לא גבי ממשעבדי במלנה בעדים רק רב לטעמי' דס"ל הולכין בממון אחר הרוב וכנ"ל. ומדלא אמרו בגמ' כן מוכח מזה דהו' מימרא דרב אזיל לכו"ע.

וע"כ שפיר כתבו כל הפוסקים לדינא להא דאמר רב הנ"ל וא"ש: ומ"מ פיו דחזינן בסוגיא דב"מ (דף ע"ב) דהקשו בפשיטות על הא דלשבח קרקעות כו' והא לא ניתן לכתב. וקשה הא אף דנתבטל השטר מ"מ העדאת עדים הני וכמש"כ לעיל לדחות לתי הנתיבות.

ועוד דאף לפמש"כ הנתיבות לומר דכינן דהשטר לא ניתן לכתב ע"כ גרע מן העדאת עדים וכמש"כ בסי' קט"ז פנ"ל. עכ"ז תקשה דמאי מקשה הגמ' הקא בפשיטות.

והא י"ל דמייירי דלא הנה המכירה בשטר רק דהנה המכירה בעדים דגבי ממשעבדי רק לשבח אינו גובה לפי שאינן פתובין. וכמש"כ התוס' בגיטין (דף נ') ופי' רש"י שם דלפי שאינן בעולם אין קול יוצא לזה.

וע"כ מוכח דהנה פסיקא להו להש"ס דמוכר שדה גזולה בעדים לא גבי ממשעבדי הן מחמת הטעם של האו"ת. והן עפ"י הטעם שכתבתי.

דכינן דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ לא גבי ממשעבדי במוכר בעדים. והנה דוחק להש"ס לאוקמי לזה בפלוגמת תנאי אם הולכין בממון אחר הרוב.

משום דהנה פסיקא להו דכו"ע סברי להו דשבח קרקעות פיצד כו'. או דבאמת מוכח מזה דבמוכר שדה גזולה לא הוי בזה קלא כ"כ.

ולא שייך בזה לומר מאן דמוזבין בפרהסיא זבין. אף זהו נסתר מהא דב"ב (דף מ"א) שם דאמרו למימרא דסבר רב בשטר אית לי קלא עדים לית לי קלא והא אמר רב המוכר שדה בעדים כו' דמוכח מזה דלא מחלקינן כלל בזה: וע"כ העיקר כמש"כ דזה תלוי בפלוגמת אמוראי אי ש"ד או לא.

ומה שכתבתי לעיל להוכיח דלכו"ע אמר רב כן מדמקשו על רב מהא דתנן דמלנה בעדים גובה מב"ח. ולא משני דהמשנה אזיל לטעמי' דס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב פנ"ל.

באמת אין זה הכרח דהא בלא"ה דחי לי' הגמ' שפיר. ולא אמרו שם אלא בלשון וכי תימא רב תנא ופליג כו' ונקטו בקצרה.

וכן נתבאר דמן רש"י דגיטין ריש פ"ה והרע"ב והר"נ שם פתבו פולם דהיה המכירה בשטר. ועיין בב"מ (דף י"ד ע"ב) ברש"י ד"ה מאי לאו בלוקח שדה מגזלן כו'.

דמוכח מפל זה דהך מלתא דאמר רב המוכר בעדים סתמא לאו כו"ע מודו בזה. וי"ל דבמוכר שדה גזולה תלוי בפלוגתת הפוסקים אי ש"ד או לא.

והא דסתמו הטושו"ע והרמב"ם י"ל דזהו משום דס"ל ש"ד. אבל לפמש"כ הש"ך בסי' ל"ט דהוי ספיקא דדינא אי ש"ד או לא.

ע"כ י"ל דבמוכר שדה גזולה בעדים אין מוציאין ממשעבדי. וגם י"ל כמש"כ לעיל דאפשר דבמוכר שדה גזולה לא שייך בזה לומר מאן דמוזבין בפרהסיא זבין.

והא דהקשה הש"ס שם מהא דמחאה עלה פנ"ל. י"ל בזה דבאמת לפי מסקנת הגמ' שם דמתרץ דשאני מוכר דבפרהסיא זבין.

דלפ"ז באמת יש לחלק פן בין הא דשלישה לקוחות מצטרפין ובין הא דמוכר בעדים. והא דמדמה הש"ס שם מעיקרא להך דשלישה לקוחות מצטרפין דבעדים לא להא דאמר רב המוכר בעדים כו'.

י"ל דזהו משום דאפתי לא אסיקו אדעתיהו להך סברא דמאן דמוזבין בפרהסיא זבין. אבל להמסקנא דמסקי הטעם דמאן דמוזבין בפרהסיא זבין.

שפיר י"ל דבמוכר שדה גזולה דלא היה המכירה בפרהסיא ע"כ אינו גובה ממשעבדי. אף יותר נראה דהעיקר כמש"כ לעיל דזה תלוי בפלוגתא אי ש"ד או לא וכמש"כ לעיל בארובה: ועפ"ז יש מקום ליישב למה שאמרתי כבר בהא דסי' ק"נ סעי' ב' דמבואר שם נתנה הממשכן לבנו במתנה ונחזר ועשה שטר מכירה כו' אינו אלא כמלנה ע"פ.

וזהו עובדא דפרדיסא דב"מ (דף ע"ב) ה"ל. וכתב הסמ"ע בס"ק ג' דדוקא במכירה באונס אמרו פן אבל אם מכר לו ברצון אף שהמכירה בטילה מחמת שפא עליו המוכר בערמה שמכרה או נתנה תחלה לאחר דיש לו דין מלנה בשטר כו'.

וע"ל סי' רמ"ב בדין מתנה טמירתא. והט"ז שם השיג עליו והעלה דאף כה"ג לא מקרי שטר כלל עכ"ל הט"ז.

ולענ"ד נראה דמוכח כמש"כ הסמ"ע מהא דכתובות (דף צ"ד ע"ב) דהנהו תרי שטרי דאתו לקמי' דרב יוסף חד הנה פתיב בחמשא בניסן וחד הנה פתיב בניסן סתמא כו' א"ל וניכתוב לי' טירפא מאייר ואילף.

ופי' רש"י שם בד"ה הנהו תרי שטרי דהיו של מוכר שיצאו על שדה אחת. והרמב"ם והשו"ע בסי' מ"ג סעי' כ"ג פי' דמייירי בשני שטרי הלואה.

ועיין בבאר הגולה שם ס"ק ה' שכתב בשם רש"י דמייירי בשטרי הלואה. ובאמת אינו פן דהא רש"י פי' דמייירי בשטרי מוכר פנ"ל.

וכ"כ הר"נ שם בשם רש"י דפי' דמייירי בשטרי מוכר והרמב"ם פי' דמייירי בשטרי הלואה. וכ"כ הרמב"ם א והשמ"ק שם בשם רש"י והרמב"ם פנ"ל: לכן לפי המבואר ברש"י דמייירי בשטרי מוכר ואמרו שם דהשטר מוכר השני גובה ממשעבדי.

א"כ מוכח מזה כמש"כ הסמ"ע דהיכא דלא נעשה השטר מכר ע"י אונס שלהלוקח דגובה ממשיעבדי. ודלא כשי' הט"ז דאלו לשיטת הט"ז דכתב דגם כה"ג מקרי לא ניתן ליכתב ולא הוי לי' דין מלנה בשטר.

א"כ קשה דאיך אמרו הכא דשטר מכר השני גובה ממשיעבדי והא לא ניתן לכתוב א"כ מוכח מזה כשי' הסמ"ע. כ"ז אמרתי מפבר.

אכן באמת אין סברא לומר דהיה זה בהעלם דבר מן רבינו בעל הט"ז: ענה ה אכן לפי מה דנתבאר דהך דינא דמוכר שדה גזולה בעדים אי גובה ממשיעבדי זה תלוי בפלוגמת אמוראי אי ש"ד או לא כנ"ל בשם האו"ת.

או פפי מה שפתי באתי באופן אחר לבאר כל זה. א"כ אתי שפיר דלא תקשה מזה על הט"ז.

והוא די"ל דבאמת למאן דס"ל ש"ד דאף דנימא דזהו הוי לא ניתן ליכתב ונתבטל השטר. עכ"ז י"ל דהא לא גרע זה מן העדאת עדים דגבי ממשיעבדי וכמש"כ לבאר זה לעיל.

ע"כ י"ל דהא דכתובות בהנה שני שטרי מכר דאתו לקמין דרב יוסף. דזה אתי למאן דס"ל ש"ד א"כ לדידן גבי ממשיעבדי אף היכא דהשטר לא ניתן לכתוב.

וכש"כ לפי מה דאמרו בערכין (דף ז') בזה"ל ואיכא דמתני לה אהא היוצא ליהרג הוא שחבל באחרים חייב כו' אמר רב יוסף במלנה בע"פ גובה מיורשים קמיפלגי ת"ק סבר מלנה בע"פ גובה מיורשים ורשב"א סבר אינו גובה מיורשים.

רבה א' דכו"ע מלנה בע"פ אינו גובה והכא במלנה הכתובה בתורה פליגי כו'. א"כ להך לישנא דא' רב יוסף דת"ק ס"ל מלנה בע"פ גובה מיורשים ואינו מחלק בין מלנה הכתובה בתורה מסתמא ס"ל לרב יוסף דש"ד.

דמסתמא ס"ל דהלכה פרבנו נגד רשב"א פידוע. ועיין בתוס' שם ד"ה מיתיבי כו'.

אף התוס' שם קאי ללישנא קמא דשם. ע"כ י"ל דלכך ס"ל לרב יוסף בכתובות דאף דנתבטל השטר מ"מ גבי ממשיעבדי כמו מוכר בעדים פיון דש"ד: אכן הט"ז מייירי בשי' הסוברים דשעבודא לאו דאורייתא ואז אינו גובה ממשיעבדי במוכר שדה גזולה בעדים כנ"ל.

וגם י"ל דאף למאן דס"ל ש"ד מ"מ הא הוי נפ"מ רבתא אי לא נתבטל ממנו תורת שטר או דאין בו תורת שטר. דהא במוכר בעדים דגבי ממשיעבדי אינו גובה רק היכא דאיכא עדים שלא פרעו וכמש"כ הרמב"ן בחי' לב"ב (דף מ"א) אכל אם היה בו תורת שטר גובה אף בלא עדים שלא פרעו.

וע"כ שפיר כתב הט"ז דנתבטל תורת שטר דאף דנימא דגבי ממשיעבדי מחמת הקול בעדים מ"מ הא יש לחוש דלמא פרעין. וכמש"כ הרמב"ן בחידושי' לב"ב (דף ע"ז) על הא דחוזר בשטר דהקשו דהא בלא"ה יגבה ממשיעבדי ותי' דנפ"מ דיהיה יכול לטעון פרעתי וכנ"ל.

אכל לעולם י"ל דאי איכא עדים דלא פרעין אז אף דנימא דנתבטל השטר מ"מ גבי ממשיעבדי כנ"ל. וא"ש דברי הט"ז: ובעיקר קושיותי על הט"ז מהא דכתובות.

נלע"ד לומר דאינו קשה כלל והוא דהנה האו"ת בסי' ק"נ ס"ק א' הקשה על הט"ז הנ"ל דהא זה דומה למכר שאינו שלו דאם חזר וקנאו מפעלים דזוכה הלוקח ומטעם זה הוי כמלנה בפשטר כמבואר בב"מ (דף ע"ב).

והנתיבות שם תירץ דלא דמי דשם הטעם דניחא לי' דליקום בהימנותי' כו' משא"כ בזה דאדרבא אין זה מדעתו שכן נותו ה' לעשות ערמה לבטל המכירה ובזה שייך הלשון דקאמר בש"ס שם לאברוחי מיני' קא מכונן דהא עשה זה בערמה ותחבולה עכ"ל הנתיבות.

ולפ"ז י"ל דבהא שכתב הט"ז שם דלא הוי כפשטר מיירי באמת היכא דחזינו דהשתדל המוכר לבטל להמכירה בעת המכירה. וכעין הא דב"ב (דף מ' ע"ב) גבי מתנתא טמירתא והובא בח"מ סי' רמ"ב סעי' ט' וסעי' יו"ד.

או באופן אחר דראו דהשתדל המוכר בעת המכירה להבריח המכירה מן הלוקח. ע"כ שפיר שייך בזה סברת הנתיבות הנ"ל דכיון דעשה זה בערמה ובתחבולה ע"כ שייך בזה סברת הגמ' דלאברוחי מיני' קא מכונן ע"כ לא שייך בזה לומר ניחא דליקו בהימנותי'.

אבל בהא דכתובות בתרי שטרי מכירה דלא נתברר לנו דבעת מכירה להשני השתדל אז לחפש אחר איזה טעמי כדי לבטל המכירה של השני. בנודאי לא מבטלינו להאומדנא דאמרו בגמ' במוכר שאינו שלו דמשום דניחא לי' דליקו בהימנותי' אמרינו דנתרצה לקנות עבורו וע"כ מקרי זה ניתן ליכתב כנ"ל.

ואמרינו דבעת דמכר להשני הנה דעתו אז לקיים המכירה ולהשתדל לקנותו מהראשון משום סברא דניחא דליקו בהימנותי'. וע"כ מקרי זה ניתן ליכתב והוי בי' תורת שטר ושפיר כתב הט"ז.

ולכן אין לדחות לדברי הט"ז הנ"ל פי נתבאר דמן הגמ' דכתובות אין ראי' לסתור לדברי הט"ז והוי ספיקא דדינא אם הלכה כהסמ"ע או כהט"ז: והנה מן מה שהקשו התוס' בב"ב (דף ע"ז) על מה דאמרו שם חוזר בפשטר דמהו נפ"מ מן חזרת השטר הא בלא"ה מוכר בעדים גבי משעבדי.

וכן הקשו התוס' בקדושין (דף כ"ז) בד"ה חוזר בפשטר כו'. וכמו שהקשה הרמב"ן בחי' לב"ב שם והרשב"א לקדושין שם.

מוכח מהם דס"ל דאף מוכר שדה גזולה בעדים גבי משעבדי אף למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא. דאלו לפמש"כ האו"ת כנ"ל דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא לא תקנו דיגבה משעבדי במידי דלא שכיח דימכור שדה גזולה.

א"כ אין מקום לקושיותם דהא רב קאמר זה שם דחוזר בפשטר. וכיון דרב ס"ל שעבודא לאו דאורייתא אינו גובה המוכר שדהו בעדים מן משעבדי רק בבא בע"ח וטרף מן הלוקח ולא בבא נגזל וטרף לי'.

א"כ הא הוי תועלת גדול מן פתיבת השטר אם יתברר אח"ז שמוכר שדה שאינו שלו. דאלו בעדים הא לא גבי בכה"ג משעבדי.

אָבֵל בַּשָּׁטָר יִגָּבֶה מִמְשַׁעֲבָדֵי. א"כ מוֹכַח מִקְוִשֵׁינֵיהֶם דס"ל דְּאָף בְּמוֹכַר שְׂדֵה גְזוּלָה ס"ל לְרַב דְּגָבֵי מִמְשַׁעֲבָדֵי וְלִכְּוֹן שְׁפִיר הַקְּשׁוֹ.

א"כ מוֹכַח מִזֶּה דְלֹא כֵּהָאוּ"ת. וְלִדְבָרֵיהֶם י"ל דְּעֵינָר קְוִשֵׁינֵיהֶם הַגַּמ' בּב"מ (דָּף ע"ב) עַל הָא דְלִשְׁבַח קַרְקָעוֹת פִּיצַד כו' וְהָא לֹא נִימְנָן לִפְתָּח כו'.

לְשֵׁי הַתּוֹס' הָיִי מְשׁוּם דְּהָא פִּינּוֹן דְּנִימְנָן לְוֹמַר פְּרַעְתִּי ע"כ מִמִּילָא לֹא גָבֵי מִמְשַׁעֲבָדֵי. וְכַמְש"כ הָאוּ"ת בְּסִי' קט"ז ס"ק ד' הַנְּ"ל דְּלִשֵׁי הַתּוֹס' דב"מ (דָּף ע"ב) דְּשָׁם עֵינָר קְוִשֵׁינֵיהֶם הַגַּמ' הוּא דְּהָא יָכוֹל לְטַעוֹן פְּרַעְתִּי ע"ש.

אָבֵל בְּאַמַּת זֶהוּ דְּחֻסָּה וְכַמְש"כ לְעֵיל דְּהָא חֲזִינָן דְּרַב ס"ל הַמוֹכַר בְּעֵדִים גָּבֵי מִמְשַׁעֲבָדֵי. וּמִיָּרִי בְּאַמַּת הֵיכָא דְלִפְאָ חֲשֵׁשׁ פְּרַעְוֵן וְכַמְש"כ הַרְמַב"ן בְּחִי' שָׁם כַּנ"ל.

א"כ כ"כ יֵשׁ לְפָרֵשׁ לְהַךְ דְּשְׁבַח קַרְקָעוֹת כו': וְלִכְאוּרָה י"ל דְּעֵינָר קְוִשֵׁינֵיהֶם הַתּוֹס' וְהָרַאשׁוּנִים עַל הָא דְּחֻזָּר בַּשָּׁטָר כַּנ"ל. דְּזֶה קָאֵי עַל מָה דְּאָמְרוּ שָׁם בּב"ב (דָּף ע"ז) וּבְקִדּוּשֵׁין (דָּף כ"ז) דְּרַב חֲזִינָא בְּרַב אָבִין אָמַר רַב הוּנָא שְׁלֵשָׁה שְׁטָרוֹת הֵן כו'.

וּלְפַמְש"כ הַשָּׁ"ף בְּסִי' ל"ט ס"ק מ"ט בּד"ה שׁוּב נִרְאָה בְּעֵינֵי לְהַכְרִיעַ פְּהַרְשֵׁב"א כו' דְּדוֹחֵק לְוֹמַר דְּרַב הוּנָא ס"ל שְׁעֵבּוּדָא לָאו דְּאוּרֵייתָא. וְלִכְּוֹן פִּינּוֹן דְּרַב הוּנָא אָמַר ג"כ לְהַךְ שְׁלֵשָׁה שְׁטָרוֹת הַנְּ"ל וּבְתוֹכָן הוּא הָךְ דְּחֻזָּר בַּשָּׁטָר.

וְלִכְּוֹן שְׁפִיר הַקְּשׁוֹ עֲלָה דְּמָהוּ נפ"מ מִן הַחֲזָרָה הָא בְּלֹא"ה יִגָּבֶה מִמְשַׁעֲבָדֵי לְמָאן דס"ל ש"ד אָף בְּמוֹכַר שְׂדֵה גְזוּלָה וְכִינּוֹן דְּרַב הוּנָא ס"ל ש"ד א"כ יִגָּבֶה מִמְשַׁעֲבָדֵי בל"ז. כֵּן י"ל לְכְאוּרָה בְּכּוֹנְנָתָם וְאִין רְאִיָּה מִדְּבָרֵיהֶם לְסַתּוֹר לְדְבָרֵי הָאוּ"ת הַנְּ"ל.

אָף עֵינָר דְּבָרֵי הַשָּׁ"ף הַנְּ"ל אִין לוֹ הֶבְנָה בְּמַש"כ דְּדוֹחֵק לְוֹמַר דְּרַב הוּנָא ס"ל שְׁעֵבּוּדָא לָאו דְּאוּרֵייתָא. דְּהָא פִּינּוֹן דְּרַב ס"ל שְׁעֵבּוּדָא לָאו דְּאוּרֵייתָא א"כ מְסַתְּמָא ס"ל כֵּן לְרַב הוּנָא כְּדַמְצִינּוּ בְּשִׁבְתָּ (דָּף קכ"ח) דְּאָמְרוּ לְכֻלְלָא דְּרַב הוּנָא ס"ל כְּרַב רַבִּי.

וְע"כ מְסַתְּמָא ס"ל לְרַב הוּנָא ג"כ שְׁעֵבּוּדָא לָאו דְּאוּרֵייתָא. וְלִכְּוֹן שְׁפִיר מוֹכַח מִהַתּוֹס' וְהָרַאשׁוּנִים הַנְּ"ל דס"ל דְּאָף לְמ"ד שְׁעֵבּוּדָא לָאו דְּאוּרֵייתָא גָּבֵי מִמְשַׁעֲבָדֵי בְּמוֹכַר שְׂדֵה גְזוּלָה בְּעֵדִים וְדִלֹא כֵּהָאוּ"ת.

וְאַפְשָׁר דְּכִינּוֹן דְּלִדְיָנָא לְפַמְש"כ הַתּוֹס' בְּתִירוּצָם וְכֵן הַרְמַב"ן וְהַרְשֵׁב"א בְּתִירוּצָם א"כ אָף לְמָאן דס"ל ש"ד יִהְיֶה חֻזָּר בַּשָּׁטָר. ע"כ פְּתָבוּ כֵּן לְתַרְזֵן פְּדֵי דִּיהֵיָה א"ש כֵּן אָף לְפִי מָה דְּקִי"ל לְדִינָא.

וְכ"ז הוּא לְשֵׁי הָאוּ"ת. אָבֵל לְפַמְש"כ דְּבְאַמַּת לְרַב דס"ל הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרוּב הַדִּין הוּא דְּאָף מוֹכַר שְׂדֵהוּ בְּעֵדִים וְנִמְצָאָת גְזוּלָה דג"כ גָּבֵי מִמְשַׁעֲבָדֵי.

א"כ שְׁפִיר הַקְּשׁוֹ כְּפֻלָּם עַל מָה דְּאָמַר רַב חֻזָּר בַּשָּׁטָר הָא בְּלֹא"ה גּוֹבָה מִמְשַׁעֲבָדֵי לְשִׁיטַת רַבְדָּס"ל הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר רֹב. אָבֵל לְעוֹלָם י"ל דְּלִדְיוֹן דְּאִין הוֹלְכִין בְּמָמוֹן אַחַר הָרוּב שְׁפִיר יֵשׁ לְחַלְקֵי דְּאִי שְׁעֵבּוּדָא לָאו דְּאוּרֵייתָא לֹא יִגָּבֶה מוֹכַר שְׂדֵה גְזוּלָה בְּעֵדִים מִמְשַׁעֲבָדֵי.

ואין מזה שום סתירה כלל ל"ל"ל מה שפתיבתי: הינצא לנו מפל זה דבמוכר שדה גזולה
בעדים דיש לדון לפמש"כ הש"ף בסי"ל ל"ט ס"ק ב' דהוי ספיקא דדינא אי ש"ד או לא
דאין מוציאין בזה ממשעבדי הן מחמת הטעם שפתיב האו"ת והן עפ"י הסברא שפתיבתי
בארובה.

והתנאים בסי"קט"ז דכתב דקיי"ל דש"ד אגזיל לטעמיה דפסק בסי"ל ל"ט דש"ד. אבל
לשיטת הש"ף הג"ל שפיר יש לומר פנ"ל.

וגם נתבאר דבהך פלוגתת הסמ"ע והט"ז בסי"קט"ז סעי' ב' אין להכריע כהסמ"ע בזה
אלא דהוי ספיקא דדינא. וכן נתבאר דארף היבא דגבי ממשעבדי במכירה בעדים דאין
גובה רק ביצוע בעדים דלא נפרע מן המוכר.

וארף לשיטת המבי"ט הג"ל אינו גובה ע"י הודאת המוכר. וכמש"כ הש"ף בסי"קט"ז ס"ק
ה': וע"פ דברי הש"ף בסי"ל ל"ט ס"ק מ"ט שהובא לעיל שפתיב דרב הונא ס"ל ש"ד הגה
בימי ילדותי תירצתי עפ"ז לקושיות המהרש"א אג"טין (דף ב') בתוס' ד"ה ואם יש עליו
עוררים כו' שפתיבו להוכיח דטענינו מזוניף מהך דב"ב (דף קע"ד) דאמר רב הונא שכ"מ
שהקדיש כו' דרב הונא מייירי בשטר מקניימ כו' ואין לומר דטענינו פרוע דהא רב אית
לי' מודה בשטר א"צ לקנימו.

והקשה המהרש"א דהא לרב בלא"ה מוכח דטענינו דאל"כ לא שבקת חיי כו' עכ"ל. אכן
לפי דברי הש"ף דרב הונא ס"ל ש"ד מתורץ קושיות המהרש"א.

והוא דיש לדון דארף דלשי' רב בל"ז מוכח דטענינו מזוניף משום דלא שבקת חיי עכ"ז
יש צדיין לדון דונקא רב לשיטתו דס"ל של"ד א"כ עיקר גבייתו מיתומים ולקוחות אינו
רק מדרבנן.

ע"כ טענינו מזוניף משום דמוקמינו על דאורייתא בכה"ג. וצדיין יש לדון ל"ד ש"ד
דמנלו דטענינו מזוניף בכה"ג.

וע"ז רצו להוכיח מן ב"ב דאמרו שם אליבא דרב הונא דונקא בשטר מקניימ גבי
ממשעבדי אבל באינו מקניימ אינו גובה וטענינו מזוניף ארף דס"ל לרב הונא ש"ד. א"כ
מוכח מזה דארף אי ש"ד מ"מ טענינו מזוניף.

והארכתי בזה הרבה בדרך פלפול דלר"ה לא שייך הך דלא שבקת כו'. ארף פיון דעיקר
דברי הש"ף אינו מוכרע וגם יש לדון בכ"ז עוד ע"כ קצרתי בזה באמצע תירוצי במה
שאמרתי פבר ולא באתי אלא להעיר לב המעניין בזה בקצרה: סימן קז הלכות גביית
חוב א (סעיף א') אין כופין היורשין לפרוע חוב אביהם אם לא הניח אלא מטלטלין.

והאו"ת בסי"ל ל"ט ס"ק ב' הביא בשם הרמב"ן לב"ב והרשב"א בחי' לקדושין בסופו
דמה"ת ארף מטלטלי משמעבדי רק מדרבנן לא משמעבדי. אבל לא כן משמע דעת רוב
פוסקים.

וצ"ל הואיל ולא סמכה דעת מלנה אמטלטלין דהא יכול להבריחן ולהשמיטן א"כ אנו
סדיי דהוי פאלו מחל שעבודן בעת ההלואה ולכן ארף מה"ת מטלטלין לא משמעבדי
משום דמחל לשעבודן כו' עכ"ל האו"ת: ענף א והקצה"ח מסא בסי"ל ל"ט ס"ק א' הביא

בְּשֵׁם הַרְשָׁבָא לַב"ק פ' הַפּוֹנֵס וּבְחִזְקָא סוּף קְדוּשֵׁין כּוֹנֵן דְּמַה"ת מְטַלְטְלֵי מִשְׁתַּעְבְּדֵי כּוֹ אֵלָא מִשּׁוּם דְּלֹא הוּי אֶסְמַכְתָּא אֲמַטְלְטְלֵי כּוֹ.

וּכ"כ הַקְצֵה"ח בְּסִי' צ"ה ס"ק ג' דְּהָא דְּמַטְלְטְלֵי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדֵי אִינוּ רַק מְדַרְבְּנֵי ע"פ הַסְּבָרָא הַנִּזְלָא. אִי בְּאַמְתָּ צָרִיךְ בְּיָאוּר דְּבַרֵי הַרְשָׁבָא בְּמִשְׁ"כ דּו"א רַק מְדַרְבְּנֵי דְּהָא פִּינֵן דְּלֹא מִשְׁתַּעְבְּדֵי הוּי מִשּׁוּם דְּלֹא סְמָכָה דַּעְתּוֹ אֲמַטְלְטְלֵי וְהוּי כְּמַחֲל הַשְּׁעָבוּד א"כ מִמִּילָא אִינֵם מְשׁוֹנְעָבְדִים מַה"ת וְכִמּוֹ שְׁכָתֵב הָאוּ"ת כּוֹנֵן: וְהַנְּלַפְעֵנָא דְּכּוֹנֵנֵת הַרְשָׁבָא הַנִּזְלָא דִּי"ל דְּהָא דְּאָמְרוּ דְּהַמְלִיגָה אִין סוּמָה דַּעְתּוֹ עֲלֵיהֶן אִינוּ אֵלָא בְּגֵדָר סִילּוּק.

מִשּׁוּם דְּהָא מְחִילָה בְּפִי לֹא הוּי וְלִכּוֹן לֹא הוּי אֵלָא כְּמוֹ כּוֹתֵב לוֹ דִּין וְדַבְרִים אִין לִי בְּנִכְסֵיהֶן וְכִמּוֹ הָא דְּכְתוּבָת (דָּף צ"ה). וְהוּי כְּמוֹ דְּסִילְק א"ע מִמְטַלְטְלֵי וּמְבַנְיָא בְּתוֹס' כְּתוּבָת שֵׁם ד"ה וְכִי כְּתוּבָה כּוֹ דְּבַמָּה דְּטָרִיף מְלַקְוֹחוֹת לֹא מְהַנִּי סִילּוּק וְזֵה הוּי כְּמוֹ כּוֹתֵב בְּעוֹדָה נְשׂוּאָה דּו"ד אִין לִי בְּנִכְסֵיהֶן דְּאִין בְּדַבְרֵיהֶן כְּלוּם.

אִי בְּמָה דְּאִינוּ טוֹרְף מְלַקְוֹחוֹת מְהַנִּי הַסִּילּוּק ע"ש. וְלִכּוֹן מַה"ת דְּטוֹרְף אִי מִמְטַלְטְלֵי הַנְּמַכְרִים.

לִכּוֹן אִי דְּלֹא סְמָךְ דַּעְתּוֹ עֲלֵיהֶן עכ"ז מִשְׁתַּעְבְּדֵי מַה"ת דְּלֹא יְהָא עֲדִיף מִן סִילּוּק בְּפִי דְּלֹא מְהַנִּי מַה"ת. אִכּוֹן עֲכָשְׁיוֹ דְּתַקְנֵי חו"ל דְּאִינוּ טוֹרְף מְטַלְטְלֵי מְלַקְוֹחוֹת מִשּׁוּם דְּלֹא בְּנִי קָלָא הוּי לִכּוֹן מְהַנִּי אִי סִילּוּק גְּבִייהֶם.

וְכִינֵן דְּאִינוּ סוּמָה דַּעְתּוֹ עֲלֵיהֶם הוּי כְּמוֹ סִילּוּק גְּמוּר דְּזֵה מְהַנִּי בְּמַטְלְטְלֵי הָאִיִּדְנָא. וְלִפ"ז פְּקַע שְׁעָבוּדִים אִי מַה"ת לְפִי תַקְנֵת חו"ל דְּאִינוּ טוֹרְפִים מְלַקְוֹחוֹת.

וְעַפ"ז יֵשׁ לְתַרְזֵן הַרְבֵּה קְוִשְׁיּוֹת בְּעו"ה. וְלָדוֹן בְּדַבְרֵי הַקְצֵה"ח הַנִּזְלָא וְאִכּוֹמ"ל: וְעֵינֵן כּב"מ (דָּף קט"ו) בְּמָה דְּאָמְרוּ שֵׁם מְאַחַר שְׁמַחְזִירִין לְמָה מְמַשְׁכְּנִין שְׁלֹא יַעֲשֶׂה מְטַלְטְלֵי אֵלָא בְּנֵי מִשְׁמַע קִצָּת שֵׁם דְּאִי מַה"ת מְטַלְטְלֵי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדֵי.

אִי זֵה אִינוּ הוֹכְחָה כְּלָל. וּבְרָא"ש כְּתוּבָת פ"ט ס' ב' מַה שְׁהִבִּיא בְּשֵׁם יְרוּשְׁלָמִי דְּאָמְרוּ הִגַּע עֲצָמָה שְׁפֻטְרוּם מְשֻׁבְּעָה זוֹ תוֹרָה וְזוֹ אִינוּ תוֹרָה.

מִשְׁמַע מְזֵה דְּהָא דְּמַטְלְטְלֵי לֹא מִשְׁתַּעְבְּדֵי הוּי מַה"ת וּכ"כ הַרְשָׁבָא בְּחִי' לְקִדּוּשֵׁין שֵׁם לְפָרֵשׁ כֵּן לְדַבְרֵי הַיְרוּשְׁלָמִי הַזֶּה וְלִפִּי מַש"כ א"ש דְּבַרֵי הַרְשָׁבָא שֵׁם וְקַצְרֵתִי ע"ש הֵיטֵב. וְע"כ אָמְרוּ שְׁפִיר דְּלִגְבוֹת מְטַלְטְלֵי אִינוּ מַה"ת וְהַטְעַם הוּא כְּמַש"כ הָאוּ"ת דְּכִינֵן דְּלֹא סְמָכָה דַּעְתּוֹ הוּי כְּמַחֲל הַשְּׁעָבוּד.

וְעֵינֵן בְּקַצֵּה"ח ס' ק"ב ס"ק א' מַה שְׁהִבִּיא בְּשֵׁם הַרְמַב"ן וְהַפְּנִי יְהוֹשֻׁעַ עַל לְשׁוֹן אָמְרָה תוֹרָה דְּאִנְשְׁכּוֹן טוּבָא בְּש"ס וְקַצְרֵתִי. וְלִפְמַש"כ הַרְשָׁבָא סוּף ב"ב דְּמֵן יוֹצִיא הַעֲבוּט נְפָקָא לְמ"ד דְּס"ל שְׁעָבוּדָא דְּאוּרִיִּיתָא א"כ מוּכַח דְּס"ל דְּאִי מְטַלְטְלֵי מִשְׁתַּעְבְּדֵי מַה"ת.

וְעֵינֵן בְּתוֹס' שֵׁם. וּכ"כ הַפְּנִי יְהוֹשֻׁעַ בְּחִי' עַל ח"מ ס' ל"ט דְּמַה"ת מְטַלְטְלֵי מִשְׁתַּעְבְּדֵי וְהִבִּיא שֵׁם כֵּן בְּשֵׁם הַתּוֹס' בְּכוּרוֹת (דָּף נ"ב) שְׁכָתְבוּ כֵּן בְּשֵׁם הַר"ת.

וְיֵשׁ לָדוֹן בְּדַבְרֵי הַרְבֵּה. וּכ"כ הַפ"י בְּכְתוּבָת (דָּף צ').

ועיין במקנה לקידושין (דף י"ג) ד"ה ריו"ח ור"ל דאמרי כו': ולפי מה שנתבאר דמה"ת מטלטלי ג"כ משועבדים רק משום דלא סמכה דעתו הני כמחל השעבוד וכמש"כ האו"ת. יש לדון עפ"ז בחוב המגיע להקדש והיו משועבדין אף מטלטלי למאן דס"ל שעבודא דאורייתא.

משום דהא מה"ת אף מטלטלי משועבדים אלא מצד דמחל לו אתינו עלה א"כ בהקדש הא הקדש גופי' לא מחל. ומחילת הגזבר לא מהני דהא אין לו כח וזכות לגרוע זכות הקדש.

ואף לאותן דס"ל דיש יד להקדש כמבואר בח"מ סי' ר' באחרונים שם. ודלא כהתוס' בב"ב (דף ע"ט).

אין זה אלא לזכות ההקדש ולא לגריעותא. והגזבר אינו אלא כפאטרופוס דאינו יכול למחול ולגרוע זכות הבעלים משום דיכול לומר לתקוני שדרתיך כו' וכמו באונאת פחות משתות דחוזר במקר האפטרופוס כמבואר בח"מ סי' רכ"ז סעיף ל' ובמב"ם ה' מכירה פ"ג ה"ל: וראיה לזה מהא דב"מ (דף נ"ז ע"א) דס"ל לרב חסדא דפחות מקדי אונאה חוזר בהקדש.

ומבואר בשמ"ק שם הטעם משום דהא דפחות מקדי אונאה אינו חוזר והו מן דין מחילה. א"כ בהקדש דהקדש גופי' לא מחל לי' והגזבר אינו יכול למחול משום לתקוני שדרתיך כו' ע"כ אינו בדין מחילה ע"ש בשמ"ק.

ואף דהרבה אמוראים שם לא ס"ל כר"ח. היינו משום דס"ל דלעמתך אתי להורות דאין מחזיר אונאה להקדש כלל אף בבטול מקח מצד גזה"כ דאין שייך אונאה בהקדש כלל.

אבל על סברת ר"ח במה דס"ל דמחילה לא שייך בהקדש כלל לא פליגי. והא דבעינו לר"ח פסוק דלעמתך י"ל משום דהוי אמינא דפחות משתות דאינו חוזר משום דלא מקרי אונאה כלל א"כ ה"ה בהקדש אינו חוזר פחות משתות.

לכן אשמועינו קרא דפחות משתות דאינו חוזר הוי מן דין מחילה. וע"כ בהקדש דלא שייך מחילה חוזר אף פחות משתות וכמש"כ הרא"ש לב"מ פ"ד סי' כ' והובא בח"מ סי' רכ"ז סעיף ו' פן י"ל בטעם וסברת ר"ח.

ועיין בתמורה (דף כ"ז) מפל זה: וכן מוכח ממה שכתב הרמב"ם פ"ז ה' ערכין ה' יו"ד דאף דמה"ת ליתא לדין אונאה בהקדש כלל מ"מ מדרבנן שייך אונאה וחוזר ואף פחות משתות חוזר בהקדש וכמש"כ הלח"מ שם.

וע"כ זהו מטעמא דבהקדש לא שייך מחילה. וע"כ לאסר דתקנו חז"ל דיהיה שייך אונאה מדרבנן בהקדש.

אף פחות משתות חוזר בהקדש. דאל"כ קשה הא מחל לו הפחות משתות.

אלמא דפחות משתות אף דדרך העולם למחול מ"מ אינו יכול הגזבר למחול. א"כ ה"ה בהא דמטלטלי לא משתעבדי דאף דדרך העולם למחול מ"מ אינו יכול הגזבר למחול משום לתקוני שדרתיך כו': ענף ב וכן נלע"ד להוכיח מן הרמב"ם ה' ערכין פ"ג ה' י"א שכתב האומר ערפי עלי וחזר ואמר ערפי והיו בידו י' סלעים ונתן ט' לשניני' וסלע

לראשונה יצא ידי שתיקה שהערכין לאו פתובות הן ואע"פ שכל מה שבידו משועבד לראשונה הקדש מאוחר שגבה גבה עכ"ל.

והקשה הלח"מ שם תימא דהא סלעים מטלטלין הם והא קי"ל אף בשארי חובות בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה אף במטלטלי כו' עכ"ל. אבל לפמש"כ אתי שפיר דברי הרמב"ם במש"כ דאע"פ שכל מה שבידו משועבד לראשונה כו' משום דבאמת אף מטלטלי משועבדי להקדש אלא התם שאני הואיל והכל להקדש.

וכמש"כ התוס' בכתובות (דף צ' ע"א) ד"ה ש"מ בע"ח מאוחר כו' בשם הר"ת בתי קמא דשאני הקדש דמה שגבה גבה הואיל והכל להקדש. אף בתי הב' שם מחלקי דהתם במטלטלי ע"כ מה שגבה גבה.

אלמא דס"ל בתי הב' דאף בהקדש יש לחלק בין מטלטלי למקרקעי דאין מטלטלין משועבדים. אבל התוס' בתי קמא ס"ל כמו שכתבתי לבאר בשי' הרמב"ם דבהקדש אין לחלק בין מטלטלי למקרקעי וזהו מוכרח בדברי הרמב"ם פנ"ל.

וי"ל דזהו תלוי אי ש"ד: אבל יש להקשות על הפלל שכתבתי דבהקדש אף מטלטלי משועבדי מהא דמבואר בירושלמי חגיגה פ"א סוף ה"א ע"ה דאשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו יורשין עולתה כו'.

שמואל א' במפורשת ר' יוחנן אמר אפי' אינה מפורשת. מה אנו קיימין אם בירשו קרקע בהדא אמר שמואל במפורשת אם בירשו מטלטלין בהדא א' ר' יוחנן אפי' אינה מפורשת מה נפק מן ביניהן ירשו קרקע על דעת' דשמואל לתבוע אין תובעין ולמשפן אין ממשפנין על דעת' דריו"ח אף למשפן ממשפנין.

ירשו מטלטלי ע"ד דריו"ח לתבוע תובעין ולמשפן אין ממשפנין. ע"ד דשמואל אף לתבוע אין תובעין עכ"ל הירושלמי.

ובקרפון העדה שם גרס דבירשו קרקע לשמואל לתבוע תובעין. וכוננת הירושלמי הוא דלתבוע תובעין היינו מצד מצנה על היורשין לפרוע חוב אביהן דאף במטלטלי דליכא שעבוד נכסי מ"מ מצנה על יורשין לפרוע חוב אביהן.

וס"ל לירושלמי דנחתינן חד דרגא בזה. דלמאן דס"ל שעבודא דאורייתא למשפן ממשפנין.

ע"כ אף למ"ד דס"ל שעבודא לאו דאורייתא מ"מ לתבוע תובעין מצד מצנה לפרוע בקרקע וכפינו בדברים. וכעין מש"כ התוס' בכתובות (דף מ"ט) ד"ה אכפני' רבא.

אבל בירשו מטלטלי פיון דאף למ"ד ש"ד אין כופין. ע"כ למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אין תובעין גם בדברים וליכא מצנה עליהם: ולפ"ז יש לדון לכאורה במה דקיי"ל מצנה על היורשין לפרוע חוב אביהן אף להסוברין שעבודא לאו דאורייתא.

וכמבואר בכתובות (דף צ"א) דאב"י א' שם להך דמצנה על היורשין לפרוע חוב אביהן. אף דאב"י ס"ל בגיטין (דף נ') שעבודא לאו דאורייתא לתי קמא בתוס' שם.

[וְהָא דס"ל לְאַבְיֵי בְּפִסְחִים לְמַפְרַע גּוֹבָה י"ל דְּטַעְמוֹ מִשּׁוּם דְּלִכְלַל הַפְּחוֹת הָוֵי שְׁעֵבּוּד מְדַרְבְּנָן וְלֹא כַּמֶּש"כ הַפ"י וְקִצְרֵתִי]. וְע"כ אַף דְּהֶרְבֵּה פּוֹסְקִים ס"ל לְשְׁעֵבּוּדָא לְאוּ דְאוּרְבֵיטָא.

עכ"ז בְּזוּז כ"ע ס"ל דְּמַצְנָה עַל הַיּוֹרְשִׁין לְפָרוּעַ חוֹב אֲבִיָּהּ מִמַּטְלָטְלִי שְׁהַנִּיחַ לְהָן אֲבִיָּהּ. א"כ מוֹכַח דְּש"ס דִּילָן לָא ס"ל פִּירוּשְׁלָמִי בְּזוּז דְּהָא אָמְרוּ בִּירוּשְׁלָמִי דְּלִמָּאן דַּס"ל דְּשְׁעֵבּוּד לְאוּ דְאוּרְבֵיטָא אֶז אִין תּוֹבְעִין מִמַּטְלָטְלִי כְּלָל מִשּׁוּם דְּלִיכָא מַצְנָה בְּזוּז.

אָבֵל ש"ס דִּילָן לָא ס"ל פֶּן. וְאַפְשָׁר לְחַלְקַל לְכַמֶּש"כ בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' ח"מ ס' ב' בְּשֵׁם הַטּוֹר ח"מ ס' ק"ח דְּלֹא בְּכָל מְקוֹם אָמְרוּ לְהָךְ מַצְנָה עַל הַיּוֹרְשִׁין ע"ש.

ע"כ י"ל דְּשָׂאנֵי הָךְ יְרוּשְׁלָמִי דְּמִיָּרֵי בְּחוֹב שְׁהַתְּסַיֵּיב שְׁלֹא בְּתוֹרַת הַלּוֹאָה וּכְתוּבָה וְאִכְמ"ל. וְלַכַּמֶּש"כ יֵשׁ לְדוֹן בְּפִי הַפְּנֵי מְשֵׁה דְּשָׁם: נְחִזֹּר לְעַנְיֵינוּ דְּמוֹכַח מִירוּשְׁלָמִי הַנְּ"ל דְּגַם בְּמַטְלָטְלִי בְּחוֹב שְׁחַיֵּיב לְהַקְדֵּשׁ דְּאִין גּוֹבִין לְהַקְדֵּשׁ מֵהֶם וּפְלִגְמַת ר' יוֹחָנָן וְשִׁמוּאֵל הַנְּ"ל מִיָּרֵי בִּירְשׁוֹ קַרְקַע.

וְכֹן אָמְרוּ בְּקִדּוּשִׁין (דָּף י"ג) פְּלִגְמַת ר' יו"ח וְשִׁמוּאֵל בְּזוּז. א"כ מוֹכַח מְזַה דְּלֹא כַּמֶּש"כ לְחַדֵּשׁ הָךְ כְּלָל מְחַנְדֵּשׁ דְּבְּחוֹב הַמַּגִּיעַ לְהַקְדֵּשׁ אִין לְחַלְקַל בֵּין מַטְלָטְלִי לְמַקְרָקְעִי.

אֵלָא כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף צ') בְּתִי הַב' לְחַלְקַל אַף בְּחוֹב הַקְדֵּשׁ בֵּין מַטְלָטְלִי לְמַקְרָקְעִי: וְאַפְשָׁר לֹאמַר בְּזוּז ע"פ מַה דְּמַצִּינוּ בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף ק' ע"א) בְּשְׁלִיחַ שְׁנַתְּאָנָה בְּפָחוֹת מְשִׁתוֹת דְּחַד מ"ד ס"ל שְׁלִיחַ פְּדִינָן וְאִין חוֹזֵר פְּחוֹת מְשִׁתוֹת וְחַד מ"ד ס"ל דִּין הַשְּׁלִיחַ כְּדִין אֲלִמְנָה וְחוֹזֵר פְּחוֹת מְשִׁתוֹת מִשּׁוּם לְתַקּוּנֵי שְׁדַרְתֵּיהּ כּו' וְאַף דְּדַרְךְ הָעוֹלָם לְמַחוּל פְּחוֹת מְשִׁתוֹת מ"מ שְׁיָיָךְ לְתַקּוּנֵי שְׁדַרְתֵּיהּ כּו' וְשִׁי רַש"י שָׁם דְּמִיָּרֵי בְּשְׁלִיחַ סָתָם.

וְעֵינָן בְּתוֹס' שָׁם ד"ה רַבָּא אָמַר כּו'. וְאַנְן קִי"ל דְּחוֹזֵר אַף פְּחוֹת מְשִׁתוֹת בְּשְׁלִיחַ דְּאָף דְּדַרְךְ הָעוֹלָם לְמַחוּל מ"מ שְׁיָיָךְ בִּי לְתַקּוּנֵי שְׁדַרְתֵּיהּ וְלִפ"ז שְׁפִיר פְּתַבְתִּי בְּשִׁי הָרַמְבַּ"ם דַּס"ל בְּחוֹב הַקְדֵּשׁ דְּגּוֹבָה אַף מִמַּטְלָטְלִי מַצַּד שְׁעֵבּוּד.

דְּאָף דְּדַרְךְ הָעוֹלָם לְמַחוּל שְׁעֵבּוּד מִמַּטְלָטְלִי מ"מ אִינוּ יָכוֹל הַגְּזַבֵּר לְמַחוּל דְּלֹא עֲדִיף מִן שְׁלִיחַ וְשְׁיָיָךְ בִּי לְתַקּוּנֵי כּו'. אָבֵל הַיּוֹרְשִׁין חֲגִיגָה הַנְּ"ל ס"ל כַּמ"ד דְּפָחוֹת מְשִׁתוֹת הָוֵי מְחִילָה פִּינוּן דְּדַרְךְ הָעוֹלָם לְמַחוּל לֹא שְׁיָיָךְ בִּי לְתַקּוּנֵי שְׁדַרְתֵּיהּ וְע"כ לְהָךְ מ"ד אַף בְּהַקְדֵּשׁ פִּינוּן דְּדַרְךְ הָעוֹלָם לְמַחוּל לְשְׁעֵבּוּד מִמַּטְלָטְלִי יָכוֹל הַגְּזַבֵּר לְמַחוּל זְכוּתוֹ שְׁעֵבּוּד מִמַּטְלָטְלִי.

אָף אַנְן דְּקִי"ל דְּאָף אֲפוּטְרוּפְסִים אִם נִתְאַנָּה פְּחוֹת מְשִׁתוֹת חוֹזֵר כְּמִבְּנָאָר בְּסִי רַכ"ז סְעִיף ל' וְע"כ שְׁפִיר י"ל דְּמַה"ט אַף בְּשְׁעֵבּוּד מִמַּטְלָטְלִי לֹא מְהַנִּי מְחִילַת הַגְּזַבֵּר. וְעֵינָן בַּח"מ ס' רַכ"ז סְעִיף ו' בַּמֶּש"כ הַמְּחַבֵּר וְהָרַא"ש שָׁם דִּישׁ לְהַסְתַּפֵּק כּו': וְיִדְעַתִּי דִּישׁ לְחַלְקַל בַּכ"ז לְכַמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּקִדּוּשִׁין (דָּף מ"א ע"ב) ד"ה פִּיחַת יו"ד כּו'.

א"כ ה"ה בְּזוּז דְּשָׂאנֵי אֲוִנָּה דְּהָא הָרוּב אִינָן מְתַאֲנִין פְּחוֹת מְשִׁתוֹת. וְע"כ הָוֵי שְׁיָנוּי בְּשְׁלִיחוֹת כְּשִׁנְתְּאָנָה פְּחוֹת מְשִׁתוֹת.

משא"כ במחילת זכות שעבוד מטלטלי דלכו"ע לאו בני שעבוד ניהו אפשר לומר דכה"ג מהני מחילת שליח ג"כ לכו"ע. ולא שינה בזה כלל לתקוני שדרתיך כו' ולית בי' פלוגתא קלל.

אבל באמת אין זה חילוק נכון. ובפרט דהא מוכח בשיטת הרמב"ם והתוס' פתובות בתי' קמא פנ"ל דס"ל דבהקדש אין לחלק בין שעבוד מטלטלין למקרקעי ע"כ שפיר כתבתי להסביר שיטתם פנ"ל וקצתתי: ענה ג ויותר נלפענ"ד לומר דזה תלוי במה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ח ענה ג' בשם הירושלמי ריש תרומות ומעשרות פ"ה הפלוגתא אי גזבר חשוב פאחר או דנחשב כבעלים.

ולכן העלתי שם דאי גזבר פאחר אינו מועיל משיכת הגזבר והוי פאחר לגמרי משום דמשיכה בעינן ע"י הבעלים או ע"י שלוחן. וכינון דהוי פאחר א"כ גרע משליח.

ואין לומר דיהנה זוכה הגזבר מצד זכני' דהא זכני' אף דעדיפא משליחות. הא הוי מן דין יד וכינון דכתבו התוס' בב"ב (דף ע"ט) דאין יד להקדש ע"כ לא מהני זכני' עבור הקדש מן יד דאין יד להקדש.

אבל למ"ד דס"ל דגזבר כבעלים מהני משיכת הגזבר כמו הבעלים ממש ולא מצי לאתשולי בטר דמטא לרשות גזבר. והבאתי שם בספרי שיש הרבה פוסקים דס"ל דאף בטר דמטא לרשות הקדש וגזבר איתא בשאלה כמו דהוכיחו פן מהא דשבועות (דף כ"ד) ע"ש.

משום דלדינא ס"ל כשי' המ"ד דס"ל גזבר פאחר: גם הבאתי שם בשם ירושלמי פ"ה דמעשרות דר' יוחנן ס"ל גזבר כבעלים ע"ש. ולפ"ז י"ל דעיקר הפלל שנתבאר אי מהני מחילת הגזבר לשעבוד מטלטלי בהקדש.

זה תלוי בהך פלוגתא אי הוי גזבר כבעלים או פאחר. דאי גזבר כבעלים ונדאי מהני מחילת הגזבר לזכות של שעבוד מטלטלי השינה להקדש וכמו בעלים ממש.

אבל אי נימא גזבר פאחר לא מהני מחילת הגזבר כיון דהוי פאחר ממש ואף במקום זכני' וטובת הקדש הוי פאחר. כש"כ לגריעותא דהקדש.

וגרע מן שליח דעשאו הבעלים בפ"י לשליח. וע"כ לא מהני משיכת הגזבר פנ"ל.

ולכן הדין נותן דמשתעבדי מטלטלין: ולפ"ז י"ל דירושלמי חגיגה דפריה אי בירשו מטלטלי בדא א' ריו"ח אפי' אינה מפנרשת י"ל משום דהא ר' יוחנן דס"ל גזבר כבעלים א"כ לא משתעבדי מטלטלי להקדש אליבא דריו"ח.

ושפיר פריה הירושלמי אליבא דריו"ח. אבל לדין דקיי"ל גזבר פאחר וכמו דהוכיחו הרבה פוסקים דס"ל דאף במטא לרשות הקדש אי' בשאלה מה"ט.

שפיר י"ל דמטלטלי משתעבדי להקדש משום דמאן מחלו ומחילת הגזבר לא מהני משום דאין לו כח וזכות בזה. ועפ"ז יש להאריך בהא דקדושין (דף כ"ז ע"א) במה דאמרו ת"ש עשור כו' מאי מושפך מושפך למעשר.

ואבע"א שאני ר"ע דיד עננים הוי. וכהא דב"ק (דף ל"ו) אנו יד עננים אנו.

ובקא דסי' ק"ה גבי אפוטרופס דתפס במקום דחב לאחרים וברא"ש ב"מ פ"א סי' כ"ז כמש"כ בשם הר"ח ובסי' רכ"ז גבי אפוטרופוס שנתאנה וקצרתו בכ"ז. ועיין בירושלמי בב"ק פ"ז ה"ד בפ"מ ומראה הפנים: והרמב"ם הל' חגיגה פ"א הלכה יו"ד כתב המפריש עולת ראיה מתחייבין היורשים.

ותמה הלח"מ והכ"מ הא מבואר בבכורות (דף נ"א) דלמאן דס"ל ש"ד אף בלא הפרישו מחיים חייבים היורשים. וסיים הלח"מ דאפשר דמייירי הרמב"ם בלא ירשו קרקע.

אבל אפתי הנה להרמב"ם לפרש זה ונשארו בצ"ע. ולפמש"כ בשי' הרמב"ם דס"ל דבחוב הקדש אפילו מטלטלי משתעבדי וכמו דמוכח מהרמב"ם פ"ג ה' ערכין הל' י"א ה"ל.

ע"כ ונדאי ליתא לתירוץ של הלח"מ ה"ל. וגם הלח"מ נשאר בצ"ע.

ובאמת הלח"מ אפילו לשיטתו בפ"ג הל' ערכין דס"ל לחלק בין מטלטלי למקרקעי אף בחוב הקדש. אבל לפמש"כ דהרמב"ם ס"ל כתי' קמא דתוס' פתובות (דף צ') דלא מחלקי בין מטלטלי למקרקעי בהקדש ע"כ ליפא לתרוצי דברי הרמב"ם בה' חגיגה ה"ל כמש"כ הלח"מ.

ובאמת יש לי תירוץ נכון על דברי הרמב"ם ה"ל אף הוכרתי לקצר. ועוד חזון למועד א"ה: ונתבאר דשי' הרמב"ם והתוס' פתובות בתי' קמא דלא מחלקי בין מטלטלי למקרקעי בחוב הקדש.

וכן משמע פשוט הגמ' קדושין (דף י"ג) דמאן דס"ל ש"ד אע"פ שלא הפרישה מחיים גובה מן יורשים. ומשמע דאף בלא ירשו קרקע רק ירשו מטלטלי ג"כ לא בעי הפרישה ולא הני שום נפ"מ מן הפרשה כלל משום דאף מטלטלי נשתעבדו בהקדש.

ולכן לא מחלק הרמב"ם סוף פ"א ה' מחוסר פפדה בין ירשו קרקע לירשו מטלטלי. ע"ש: ועפ"ז יש מקום להוכיח פשיטת הסוברים דמלנה בע"פ אינו גובה מן הפקר.

מהא דמנחות (דף נ"א ע"ב) דתקנו וכן כו' שמת והניח זבחים יש לו נסכים קרבין משלו ואם לאו קרבין מן צבור. וכתבו התוס' שם ד"ה יש לו נסכים שהפרישן בחייו דלאחר מיתה הני הפל הפקר.

א"כ מוכח מזה דאף מלנה הכתובה בתורה אינו גובה מן הפקר. ואין לומר דהתם מייירי בנשאר ממנו מטלטלי דאלו בירושלים הוי מצנה עליהם כמו כל חוב בלא אחריות נכסים.

משא"כ גבי הפקר. דהא לפי מה דנתבאר דאף מטלטלי משתעבדי להקדש א"כ אין לחלק בין מטלטלי למקרקעי.

ומוכח מזה דמלנה בע"פ אינו גובה מן הפקר אף במלנה הכתובה בתורה וכש"כ שארי חובות ובמק"א הארכתו בכ"ז: ענה ד ולכאורה יש להוכיח דלא כמש"כ מהא דחולין (דף קל"ט ע"א) דאי' התם דמקדיש תרנגולתו לבדק הבית ומרדו דס"ל לרב דפקע קדושתיהו ושמואל ס"ל דלא פקע קדושתיהו משום כל היכא דאי' בי' גזא כו'.

אבל מִזְמָן לֹא מִיקָרֵי וְלִיפֵא תוֹרַת בְּעָלִים עַל הַמָּמוֹן וַיֵּשׁ בּוֹ דִּין שְׁלִיחוֹת הַקֵּן לְוִלֵי גִזְה"כ דְּאִינוּ נוֹהֵג בְּמִקְדָּשֵׁינוּ. וְהַטַּעַם הוּא כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' שֵׁם ד"ה פִּינּוֹן דְּמֶרְדּוֹ כו'.

דְּהָקָא ה"ט פִּינּוֹן דְּמֶרְדּוֹ הָוֵי הַפְּקָר וְחִיבֵינּוּ בְּשְׁלִיחוֹת. וְלַפְמֶש"כ לְדוֹן גְּבֵי הַקָּדָשׁ דְּמַחֲלִיל הַגְּזָבָר לֹא מְהַנִּי דְּהָוֵי כְּמוֹ אַחַר.

א"כ תִּקְשָׁה הַכָּא בְּחֻלִּין דְּאַמַּאי הָוֵי הַפְּקָר בְּתוֹרַת יְאוּשׁ בְּעָלִים לְחִיבּוֹ בְּשְׁלִיחוֹת דְּהָא מֵאֵן מִיְיָאֵשׁ מְהֵם. דְּהַקָּדָשׁ עֲצָמָה לָאוּ בַר יְאוּשׁ וְהַפְּקָר הָוֵי.

וְהַפְּקָר וַיְאוּשׁ שֶׁל הַגְּזָבָר הָא הָוֵי כְּמוֹ אַחַר בְּזָה. וְעַכ"ז מְצִינוּ דְּמְהַנִּי יְאוּשׁ וְהַפְּקָר בְּהַקָּדָשׁ ג"כ א"כ מוֹכַח דְּלֹא כַּמֶּש"כ בְּעֵיקָר הַפְּלָל הַנ"ל: אֲכַן בְּאַמַּת אִין מְזָה שׁוּם סְתִירָה לְהַפְּלָל הַנ"ל.

דְּהֵנָּה רְאִיתִי בְּהַרִיטְב"א לְחֻלִּין שֵׁם שְׁפָתַב בּוּזָה"ל וְאִיפֵא לְמִיזְק אִידָּ אָמְרוּ פִּינּוֹן דְּמֶרְדּוֹ פִּקַּע קְדוֹשְׁתֵּיהוּ וְהָא קְדוֹשָׁה שְׁבָהוּ לְהִיכּוֹ הִלְכָה. וְתִירַץ דְּכִינּוֹ דְּהַקָּדָשׁ דְּמִים הוּא אִין לְהַקָּדָשׁ בּוֹ קִנְיָן הַגּוֹף אֲלֵא שְׁעָבוּד מָמוֹן וְכִינּוֹ דְּנִתְיָאֵשׁ הַמְקַדֵּשׁ מְפָנֵי שְׁמֶרְדּוֹ ה"ל כְּהַפְּקָר וּפְקַע לִי שְׁעָבוּד מָמוֹן שְׁהִיָּה לוֹ עֲלִיו וְגַם בְּקְדוֹשַׁת הַגּוֹף הָוֵי אָמְרִינוּ הָכִי אֲלִיפֵא דַּרְבַּי אִי לָאוּ דְּמַעֲטֵי קָרָא מִן שְׁלִיחוֹת כו'.

עַכ"ל הַרִיטְב"א. וַיֵּשׁ לְהַסְבִּיר דְּבָרָיו בְּיִתְרָא בְּיָאוּר לְפִי הַמְבַּרְאָר בְּפִסְחִים (דָּף מ"ו) דְּאַמְרִינוּ הוּאִיל אִי בְּעֵי מִיתְּשֵׁל מְמוֹנוֹ הָוֵי.

וְגַם מְצִינוּ בְּמִנְחוֹת (דָּף ע"א) שְׁפָתַבוּ הַתּוֹס' שֵׁם דְּדוֹקָא בְּעֲלִיו שֶׁל הַהַקָּדָשׁ יְכוּלִים לְפָדוֹת שְׁנָה מְנָה בַּש"פ וְכַמֶּש"כ הַטּוֹרֵי אֲכַן בְּמִגְלָה (דָּף כ"ג) וּבְאַבְנֵי שְׁוֵהֶם שֵׁם הַטַּעַם מְשׁוּם דִּיכוּלִים לְשִׂאָל עֲלִיו יַעו"ש.

ע"כ יֵשׁ עַל הַבְּעָלִים שֶׁל הַהַקָּדָשׁ שֵׁם בְּעָלִים דִּיהִיָּה מְהַנִּי דִּין יְאוּשׁ וְהַפְּקָר בְּהוּ לְאַפְקוּעֵי זְכוּת מָמוֹן שֶׁל הַקָּדָשׁ. וְכֵן הָאִיסוּר שֶׁל הַהַקָּדָשׁ בְּדַק הַבֵּית אֲלִיפֵא דַּרְבַּי.

אָבֵל עֲדִינּוּ י"ל דְּלִגְזָבָר לֹא הָוֵי זְכוּת דִּיהִיָּה מְהַנִּי יְאוּשׁ וּמַחֲלִיל שְׁלוֹ מְשׁוּם דְּדִינוֹ כְּמוֹ אַחַר מְמֵשׁ. וְאַף דְּהַרִיטְב"א בְּסוֹף חֻלִּין הַנ"ל כָּתַב דְּכִינּוֹ דְּנִתְיָאֵשׁ הַמְקַדֵּשׁ אוֹ הַגְּזָבָר ה"ל כְּהַפְּקָר כו'.

י"ל דְּאֲזִיגֵל לְטַעֲמֵי דְּהָא בְּרִיטְב"א כְּתוּבוֹת (דָּף צ') כָּתַב בְּתִי קָמָא שֵׁם לְחֻלְק בֵּין מְטַלְטְלֵי לְקַרְקַע בְּחֻב הַהַקָּדָשׁ וְכַמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּתִי ב'. וְכ"כ הַרְשָׁב"א בְּחִי שֵׁם בְּתִי א' יַעו"ש.

אָבֵל לְהַדָּף תִּי שֶׁל הַתּוֹס' וְהַרְשָׁב"א דְּאִין לְחֻלְק בֵּין מְטַלְטְלֵי לְמַקְרַקְעֵי בְּהַקָּדָשׁ וְכַמֶּש"כ דְּכֵן הוּא שִׁי הַרְמַב"ם. מְשׁוּם דְּלֹא מְהַנִּי מַחֲלִיל הַגְּזָבָר דֵּה"ל כְּאַחַר.

ע"כ שְׁפִיר יֵשׁ לְחֻלְק דְּשִׂאֲנֵי הֵתָם בְּחֻלִּין דֵּה"ל יְאוּשׁ הַבְּעָלִים שֶׁל הַהַקָּדָשׁ דֵּה"ל שְׁפִיר שֵׁם בְּעָלִים לְכַמָּה מִיָּלֵי. וְכַמֶּש"כ בְּסִפְרֵי בְּאַר יִצְחָק ח' יו"ד ס' כ"ח עֲנָף ג' וְעֲנָף ה' ע"כ מְהַנִּי יְאוּשׁ שְׁלָהֶם לְאַפְקוּעֵי זְכוּת הַהַקָּדָשׁ מִשֵּׂא"כ בְּגִזְבָּר וּבְקוֹנְטְרָס א' שְׁיֵשׁ לִי הַאֲרַכְתִּי בַּעו"ה בְּכָל זֶה הַרְבֵּה: הִינְצֵא לָנוּ מִכָּל זֶה דְּבְחֻב הַחִיב לְהַקָּדָשׁ הָוֵי סְפִיקָא דְּדִינָא אִי חָל הַשְׁעָבוּד עַל הַמְטַלְטְלֵי כְּמוֹ בְּקַרְקַעֵי אוֹ לֹא ע"פ שְׁנֵי תִירוּצִים שֶׁל הַתּוֹס' כְּתוּבוֹת וְהַרְשָׁב"א וְהַרִיטְב"א שֵׁם.

ובפרט דשי' הרמב"ם הוא דמשונעבדים מטלטלים בחוב הקדש. ולכאורה יש לדון פן בחוב שחייב לצדקה של עניים דיהיו משונעבדים המטלטלים למאן דס"ל שעבודא דאורייתא משום דמאן מחלו לשעבוד מטלטלין.

וכמו כן בחוב שחייב לפדיון בנו דיהיה חל השעבוד על מטלטלין אף במת לאחר ל' דנתחייבו הנכסים דאף במטלטלין שייך ש"ד בזה. ונפ"מ אף האידנא דה"ל תקנת הגאונים לכמה מילי פן שעבוד על פי דין לתקנת הגאונים.

ועיין בבא קמא פרק א' ברא"ש סימן י"ט מש"כ בשם ר' אפרים כו' דכי תקנו רבון דמטלטלי דיתמי משתעבדי זהו לב"ח משום געילת דלת כו' וקרא"ש חלק דבדורות הללו מטלטלי פקרקעי כו'.

והובא בטוש"ע סי' תי"ט. ובסי' ק"ז בסמ"ע ונש"ך שם.

וידוע מש"כ הקצה"ח בסי' ר"צ דגם גבי צדקה שייך שעבוד נכסי ועיין בנתיבות שם ובסי' ר"נ. ע"כ י"ל שפיר דאף על המטלטלין שייך שעבוד נכסי משום דמאן מחלו וכנ"ל: אכן י"ל דכל מש"כ אינו שייך אלא בזמן דהי' הקדש ביד הבית אבל האידנא דאין לנו הקדשות כאלו אלא הקדש מתנות עניים ונקראים בכלל עמיתיה.

וכמש"כ הסמ"ע בסי' רכ"ז ס"ק מ"ט. שפיר י"ל בכ"ז דמטלטלי אינו משונעבדים עפ"י דין.

משום דהעניים דעלמא לא סמכה דעתיהו בזה וה"ל בגדר סילוק או מחילה פנ"ל בארנפה. וכדמצינו בב"מ (דף כ"א ע"ב) מאימתי כל אדם מותרים בלקט משילכו בה הנמשות כו' פנין דאיכא עניים הקא הנה מעיקרא איאוישי מיאש.

ואף דיש זכות לעניים קטנים ולגבניהו הוי יאוש של"מ פמבנאר בב"מ (דף כ"ב). עכ"ז קא פתבו התוס' בב"ב (דף קמ"ג ע"ב) ד"ה ואם אמר כו' דהיא דאין מפסידין ולא פא ליגם הרינח מחלי שפיר.

א"כ ה"ה בחוב צדקה ופדיון הבן מהני מחילת הקטנים: אמנם בחוב הלואה שהלנה אפטרופס של יתומים קטנים. שפיר י"ל פנ"ל דהמטלטלי של הלויים יהיה משונעבד ע"פ דין משום דהאפטרופס אין לו פח למחול פמבנאר בסי' רכ"ז גבי אונאה ויהיתומים עצמם לאו בני מחילה נינהו כמו בב"מ (דף כ"ב).

ובזה לא שייך סברת התוס' ב"ב הנ"ל דהא הממון שמלוים לאחרים פא פבר ליגם וע"י מחילת שעבוד מטלטלי יפסידו את חובם שהלוו לאחרים. וע"כ שפיר י"ל בכ"ז דיהיו משונעבדים ע"פ דין המטלטלים של הלויים.

ולכל הפחות הוי ספיקא דדינא בזה פנ"ל בהקדש. ולכן אם תפס האפטרופס של היתומים למטלטלי דבע"ח יכול לומר קים לי דמטלטלי של הבע"ח משונעבד וכמו בחוב הקדש פנ"ל ואם תפס מהני תפיסתו של האפטרופס.

ונפ"מ לכמה ענינים אף האידנא דיש תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משונעבדים. עכ"ז קא פתב האו"ת בסי' ק"ז בתנאים סוף ס"ק ד' ובאורים שם נפ"מ רבתיא בין מה דגובין ממטלטלי מדינא דגמ' ובין מה דאין גובין אלא מצד התקנה יעו"ש.

וגם הא הָוֵי נפ"מ גְּבִי הָא דסי' ק"ז בש"ף ס"ק ד' ובאה"ע סי' ק' ב"ש ס"ק ד'. ועיין בקצה"ח סי' ק"ז ס"ק ג' ובנתיבות שם: ובתפיסה ת"י אפוטרוֹפּס בספיקא דדינא לא שניף לומר בְּזָה דה"ל תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים.

דז"א דהא בתפיסה ע"י אפוטרוֹפּס לא שניף לומר דה"ל תופס במקום שחב לאחרים כמו דמבואר בסי' ק"ה סעי' א' דמקרי נד בעלים לזכות בתופס ע"י אפוטרוֹפּס. וגם בקונטרס התפיסה שלי פבר נתבאר לעיל דמהני תפיסה ע"י שליח במקום ספיקא דדינא: ב (שם סעיף א') וכן חייבים לפרוע חוב אביהם ממלנה שהיתה לאביהם בנד אחרים כו'.

ובזמן הגמ' דמטלטלי דיתמי לא משמעדי לבע"ח כתב המחנה אפרים ה' גביית חוב סי' ט' דהרא"ש בב"ב פ"ח סי' י"א כתב בהך דכתובות (דף פ"ד) מי שמת והניח אשה ובע"ח נירושין והיו לו מלנה או פקדון כו' נאפי' ר"ע לא פליג אלא משום שפולן צריכין שבועה כו' ושם בהג"ה אמנם לפי דברי הרא"ש פ' הפותב והירושלמי נראה דאף בפטרום משבועה ג"כ אינן גובין ממלנה ופקדון בנד אחרים ונפ"מ מזה גם האידנא דמטלטלי דיתמי משמעדי דאם היתומים רוצים שישגבה ממקרקעי ולא מטלטלי דהדין עם הירושים כמבואר בסי' ק"ז.

[והטעם הוא דמן הדין אין גובין ממטלטלי רק מתקנתא כמש"כ הסמ"ע בס"ק ו' וכן הוא באה"ע סי' ק' סעי' א' ובח"מ ס"ק ה' וב"ש ס"ק ד']. אכן אם מדינא דגמ' גובין ממטלטלי שביד אחרים בפטרן משבועה אז הדין עם המלנה ואין יכולין היתומים לסלקו בקרקע כו' עכ"ל המח"א.

וכן העיר בזה האו"ת ס"ק ב' בסתירת הרא"ש מכתובות לב"ב ע"ש. וכן העיר בקרבן נתנאל פ"ט דכתובות שם אות י"ג: וראיתי בהפלאה שם שכתב לפרש להירושלמי דהביא הרא"ש שם הגע עצמה שפטרן משבועה זו תורה וזו אינה תורה ופירש בהפלאה דס"ל לשבועה לאו דאורייתא כו'.

הנה לפי שיטת הרבה פוסקים בשיטת הרא"ש דס"ל לדינא ש"ד וכמו שהובאו בש"ף סי' ל"ט ס"ק ב' אין לפרש כן. ולכן העיקר הוא דכוננת הירושלמי הוא דמן התורה לא משמעדי מטלטלי וכמש"כ לעיל ס"ק א' ולכן אמרו בפשיטות זו אינה תורה.

וכן הוא לשון הרמב"ם פ' י"א ה' מלנה ה"ז שכתב הטעם שמטלטלי אינן משועבדים מן התורה וכן ראיתי בחי' רשב"א סוף קידושין שפירש כן להירושלמי הנה. ונלע"ד להוכיח מכתובות (דף נ' ע"ב) רב זון מחטי דעליי' איבעיא להו פרנסה הניא כו' ת"ש בידי' דר' בנאי הוּו מטלטלי דיתמי אתו לקמ' דשמואל א"ל זיל זון מאי לאו למזוני כו'.

וקשה הא אין זה הוכחה דהא מבואר באה"ע סי' ק' סעיף ו' דמזונות הבנות גובין בלא שבועה ועיין בב"ש ס"ק ט"ו. והיא דא"צ שבועה גבינן ממטלטלי דיתמי פשהוא בנד אחרים אף לר"ע וכשיטת הסוברים כן א"כ קשה איך פשוט מינה כן.

ומוכח מזה דאף היכא דא"צ שבועה לא גבינן ממטלטלי דיתמי אף שמונח בנד אחר וכשיטת הרא"ש דכתובות והטור ולכן שפיר פשוטו שם כן. ומצאתי בפני יהושע בכתובות (דף נ') שם ובדרוש וחדוש ר"ע איגר שם שהעירו בזה ע"ש: ג (שם סעיף ג) הקצה"ח בס"ק ה' נסתפק בבע"ח מאוחר שקדם וגבה דמוציא ממנו הבע"ח מוקדם את

הקרקע כדקיי"ל ונסתפק אם יכול הבע"ח מאןחר לסלק להמוקדם במעות פמו לוקח ויורש או דיש לחלק ע"ש: ולדעתי אין זה ספק כלל דהא מפנרש זה בתוס' פתובות (דף צ"ד ע"א) ד"ה שנמצאת אחת מהן שדה שאינו שלו כו' באה"ד ואומר ר' דלא יכסיפוה כו' הם למה יכסיפוה אם ישביחו אותה שדה יתא רינוח שלהו שיכולין לסלקו בזווי עכ"ל התוס' וכ"כ השמ"ק שם ע"ש.

הרי מפנרש בתוס' ובשמ"ק דבע"ח מאןחר אינו יכול לסלק לבע"ח הראשון בזווי וכמש"כ הקצה"ח שם להסביר בחילוק נכון בין לוקח ויורש ולבע"ח. ועיין בנתיבות שפכתב ג"כ להלכה פדברי הקצה"ח.

אף לא הביא לדברי התוס' והשמ"ק הנ"ל: ד (שם סעיף ז') ירשו האחים כו' אבל אם ירשו ד' שדות א"י לומר אקח מא' שתי שדות אלא יקח מכ"א שדה אחת כו': והקשה הקצה"ח דדברי השו"ע סותר למה שפסק בסי' ע"ז ובסימן קל"ב דשנים שעברו לאחד דיפרע מאיזה מהם שינצה.

נדעה החולקת שם הביא בשם י"א. ולהו שיטה הוא הדין בבא לגבות מיורשין יכול לגבות מכל מי שינצה וכמה שפכתב הנ"י בב"ב סוף פרק ז' והה"מ בשם הרמב"ן והרשב"א להוכיח פן מהא דב"ב (דף ק"ז) דאחים שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם דלכן גובה ממי שינצה דנכסי דאינש ערבין לי' וגובה מאיזה ערב שינצה כו'.

וכן הקשה האו"ת בסי' קל"ב ס"ק ב' במה דסתרי דברי השו"ע אהדדי. ואפשר לחלק בין שנים שעברו ובין יורשים שחלקו משום דהא קיי"ל דאחים שחלקו הם פלקוחות משום דאין ברירה והוי ספק שמא החליפו חצי נכסיהם בשל חבירו וכמש"כ השאגת ארי' בסי' צ' ע"פ דברי התוס' גיטין (דף מ"ז).

א"כ הא אין גובין מלקוחות במקום שיש בני חורין ויכול לומר הנחתי מקום לגבות ממנו. ע"כ אין יכול לגבות כל החוב מאחד מהן דיכול לומר דלמא יש לי דין וזכות לוקח על חצי השנייה שיש לי וממילא יש דין ירנשה על חצי הירנשה שת"י אחי וע"כ אין נפרעין ממשעבדי במקום ב"ח.

פן י"ל בשיטת הש"ע דס"ל לחלק ביניהם אף שהה"מ והנ"י מדמי אותם להדדי. וכעין זה מצאתי בנתיבות סי' קל"ב ס"ק ב' שפכתב פועין זה.

אכן עדיין תקשה פן על מש"כ המחבר בסי' קי"א סעי' ט"ו דכן הדין בשני לקוחות שקנו כאחד דאין יכול לגבות מן אחד מהן. הא לפי מה שפסק דהעיקר דבשני ערבים יכול לגבות מאיזה מהן שינצה א"כ ה"ה בשני לקוחות דנכסי דאינש ערבין לי' דיהנה יכול לגבות מאחד מהן.

ובזה לא שייך לומר הנחתי מקום לגבות ממנו דהא אין פאן נכסים בני חורין. והיכא דכולהו משעבדי ניהו לא דינינן פן וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ח' ע"ב) ד"ה רצה מזה גובה כו'.

ובכתובות (דף צ"ב) בתוס' ד"ה רצה מזה כו': ועוד יש להקשות לפמש"כ דהא דאינו גובה פולו מיורש א' משום שיכול לומר הנחתי מקום לגבות ואין גובין מלקוחות במקום

שֵׁישׁ ב"ח דלפ"ז הדין נותן דאף בַּעֲשָׂאוֹ אַפּוֹתִיקֵי סְתָם ג"כ לא יגָבֵהּ מֵאֶחָד מֵהֶם כ"ז
שֵׁישׁ ב"ח פֶּמְבֹאָר בסי' קי"ז סעי' א' אֵלָא בַּעֲשָׂאוֹ אַפּוֹתִיקֵי מִפְּנֵי גוֹבָהּ מִמְּשַׁעֲבָדֵי.

וְהָכָא פֶּתַח הַמַּחְבֵּר דָּאם עֲשָׂאָם אַפּוֹתִיקֵי לְהַשְׁתִּי שְׂדוֹת אַף שְׁלֵא עֲשָׂאָה אַפּוֹתִיקֵי מִפְּנֵי
ג"כ גוֹבִין אוֹתָם אַף מֵאֶחָד מֵהֶם. וּלפ"ז תִּקְוָה דְהָא גַם בְּזֵה יִהְיֶה יָכוֹל לוֹמַר הַנְּחִתִּי מְקוֹם
לְגַבּוֹת פְּנ"ל.

וְעֵינֵן בסי' ס"ז סעי' ב' בסמ"ע שֵׁם. וְהִנֵּה הַנְּתִיבוֹת שֵׁם בסי' קל"ב פֶּתַח דְהָא סוֹגֵיָא דְפָרֵק
בֵּית כּוֹר דִּהְבַּע"ח יָכוֹל לְגַבּוֹת מְאִיזָה שְׁיִרְצָה הוּא אֵלִיבָא דמ"ד יֵשׁ בְּרִירָה וְלִית לֵהוּ דִין
לְקוֹחוֹת.

וּדְבָרֵינוּ תְּמוּהֵין דְהָא שְׁמוּאֵל אָמַר שֵׁם וְיִתֵּר מִשּׁוּם דְלְקוֹחוֹת גִּינְהוּ דס"ל אֵין בְּרִירָה א"כ
קָשָׁה אֵלִיבָיָה אֵיף הָיָה יָכוֹל הַבַּע"ח לְגַבּוֹת חֶלֶק אֶחָד מֵהֶם. וְאַפְשָׁר לְדַחֲקֵי דְכּוֹנְנַת
הַנְּתִיבוֹת הוּא דְהַש"ס מִיִּירֵי דִהַבַּע"ח גְּבַהּ חֶלְקוֹ שֶׁל א' מֵהֶם ב"ד דְהָיָה ס"ל כמ"ד
דְּאֶחֶין שְׁחֶלְקוֹ יוֹרְשֵׁין הָיִי וְיֵשׁ בְּרִירָה דְהָא בְּזִמְנוֹ פְּלֹגְמַת אֲמוֹרָאֵי הַנ"ל לֹא הָיָה הַלְכָה
פְּסוּקָה אִזּוֹ לְפֶסֶק דְהָוֵי לְקוֹחוֹת.

וְכֵינֵן דְהַשְׁיִרְפָּא הָיָה ע"פ ב"ד ע"כ שְׁיִיף בִּי לְדוֹן חַיִּיב אַחֲרֵיּוֹת דְמְבֹאָר בְּסוֹגֵיָא שֵׁם.
אַבְל הָאֵיִדְנָא דְנִקְטִינֵן לְדִינָא דְאֶחֶין שְׁחֶלְקוֹ לְקוֹחוֹת לְכֵן אֵין גוֹבָהּ מֵאֶחָד מֵהֶם כְּלוּלֵי כֵן יֵשׁ
לְדַחֲקֵי בְּכּוֹנְנָתוֹ.

אַף בְּעֵיקָר תִּירוּצוֹ כְּבָר פֶּתַח בְּתִי מֵהַ דֵּיִשׁ לְהַקְשׁוֹת ע"ז: וְהַעֲיָקָר מֵהַ שְׁנַלְע"ד לְחֶלֶק בֵּין
הָא דסי' ק"ז וּבֵין שְׁנֵי עֲרָבִים דְאֵף דִּהַה"מ וְהַנ"י ב"ב פֶּתַח לְדַמּוֹתֵין דִּה"ה בְּאֶחֶין שְׁחֶלְקוֹ
דְּנִקְסֵי דְאֵינֵשׁ עֲרָבִין לִי דג"כ יָכוֹל הַבַּע"ח לְגַבּוֹת מְאִיזָה מִהֵן שְׁיִרְצָה.

מ"מ י"ל דְהַמַּחְבֵּר ס"ל לְחֶלֶק בֵּינֵיהֶן דְהָא מְצִינּוּ דְהַלְוָה עֲצָמוֹ הַבְּרִירָה בְּיָדוֹ לִיתֵן לְהַמְלִיחָה
אֵיזָה שְׂדֵה שְׁיִרְצָה כַּמֶּש"כ הָרָא"ש ב"ב ק"פ א"א סי' ב'. וְהַתּוֹס' ב"ב ק"ק (דָּף ח') ד"ה מְצִי
א"ל כו' דְלָאוּ דוֹקָא קְאָמַר הָא לִישָׁנָא כו' וְעֵיקָר טַעְמָא לֹא הָיִי אֵלָא מִשּׁוּם דְמֵה מְכַר
רֵאשׁוֹן לְשַׁנֵּי כָּל זְכוֹת כו' וְהוּא הָיָה יָכוֹל לְדַחֲתוֹ אֶצְל בֵּינוּנִית אַחֲרֵיּוֹת כו'.

וְכֵן מְבֹאָר ב"ח מ"ס ק"ב סעי' ב' דְהַלְוָה מְגַבֵּהוּ אֵיזָה שְׂדֵה שְׁיִרְצָה וְכַמֶּש"כ הַסְמ"ע שֵׁם
ס"ק ג' דְלִפְנֵינֵן לֵה מְדַכְתִּיב וְהָאִישׁ אֲשֶׁר אִתָּהּ נִוְשָׁה יוֹצִיא אֵלֶיךָ הַחוּצָה הֵינּוּ מֵהַ שְׁיִרְצָה
כו' וְאֵע"ג דס"ל לְהַנֵּף פּוֹסְקִים דְבִשְׁנֵים שְׁעָרְבוּ יָכוֹל לְגַבּוֹת מְאִיזָה שְׁיִרְצָה הַמְלִיחָה מ"מ
בְּלוֹה עֲצָמוֹ כ"ע מוֹדוֹ דְהַבְּרִירָה הוּא בְּיָדוֹ מִשּׁוּם גְּזַה"כ דְהָאִישׁ אֲשֶׁר אִתָּהּ נִוְשָׁה בּוֹ
לְהַגְבּוֹתוֹ מֵהַ שְׁיִרְצָה אַף דְנִקְסֵי דְאֵינֵשׁ עֲרָבִין לִי.

וְלִכֵּן ה"ה בְּיִוְרְשֵׁין אוּ בְלְקוֹחוֹת שְׁקֵנוּ פְּאָחַד יֵשׁ לָהֶם ג"כ זְכוֹת זֶה דִּיכוֹלִין לְהַדְחִית
לְהַמְלִיחָה שְׁיִגְבֶּה מִן שְׂדֵה שֶׁל חֲבִירוֹ כְּמוֹ שְׁהֵיָה לְהַלְוָה עֲצָמוֹ זְכוֹת זֶה עַל הַנִּקְסִים הָאֵלוֹ.
וְכַמֶּש"כ הַתּוֹס' ב"ב ק"ק (דָּף ח') ד"ה מְצִי א"ל כו' פְּנ"ל.

וְכ"כ הַתּוֹס' בְּכַתּוּבּוֹת (דָּף צ"ב ע"ב) ד"ה אַבְל שְׁבַק בֵּינוּנִית כו' דְעֵיקָר טַעְמָא הָיִי מִשּׁוּם
מֵה מְכַר רֵאשׁוֹן לְשַׁנֵּי כָּל זְכוֹת שְׁתַּבָּא לִידוֹ וְהוּא הָיָה יָכוֹל לְדַחֲתוֹ אֶצְל בֵּינוּנִית אַחֲרֵי
דְכּוֹנְתִּיהּ כו' עכ"ל.

וה"ט ש"יך ג"כ באחין שחלקו ובלקוחות שקנו פאחד ד"ש להם זכות מורישן והמוכרן.
וטעם סברא זו מרומז בקצרה בסמ"ע הק"א ס"ק כ' ובסי' קי"א ס"ק כ"ו וברא"ש ב"ק
פ"ק סי' ו' ובטור פאן סעי' כ'.

אבל בפני ערבים לא ש"יך זה וע"כ הפרייה ביד המלוה לגבות ממה שירצה המלוה:
ולכן א"ש דבעשאו אפותיקי סתם אינו יכול לגבות משדה אחרת פ"ן דעיקר הטעם
דאינו גובה מאחד מהם משום ד"ש לו זכות מורישו.

ולכן פ"ן דהמוריש עצמו לא הי' יכול להדחותו לנכסים אחרים אם עשה אפותיקי אף
באפותיקי סתם ה"ה ג"כ יורשיו אין להם זכות לדחותו לשדות אחרים. וכמש"כ התוס'
בב"ק (דף ט') וב"ב (דף ק"ז ע"א) ד"ה ובא בע"ח כו' דבאפותיקי סתם מצי גבי ממנו.

ואף דהמ"מ והנ"י בב"ב מדמין אחין שחלקו לשני ערבין עכ"ז השו"ע ס"ל לחלק ביניהן
ע"פ סברא זו. וכן הנמוקי יוסף בב"ב פ"ק גבי שלשה אחין שחלקו ובא בע"ח כו' פתב
ג"כ פשיטת התוס' והרא"ש וכמו שפסק המחבר הק"א ודלא כמש"כ הנ"י עצמו בב"ב
דאינו יכול לגבות חובו ממי שירצה אלא דמירי באפותיקי.

אלמא דהנ"י עצמו אף דהביא בב"ב פ"ז לדברי רבותיו דמדמין הו' דאחין שחלקו להו'
דשני ערבין. עכ"ז הק"א בב"ב לא פתב הנ"י עצמו פן משום דס"ל ג"כ לחלק ביניהן
כמש"כ.

וא"ש דלא סתרי דברי השו"ע אהדדי: ובאמת יש להקשות על שיטת ה"ה והנ"י בב"ב
שפתבו בשם הראשונים דס"ל דאף באחין שחלקו דיכול הבע"ח לגבות מאיזה שירצה
כמו בשני ערבים. והא לפי מה דקיי"ל לדינא דאחין שחלקו פלקוחות.

והא דפסקינן בב"ב (דף ק"ז) דבטלה מתלוקת הא מבואר שם דזהו משום דס"ל דלזה
הו' פלקוחות באחריות ודלא פשיטת הרשב"ם שם. ועיין בתוס' גיטין (דף מ"ח).

וכן הוא שיטות כל הפוסקים. א"כ לפ"ז הדין נותן דלא יתנה יכול לגבות מאחד מהם
משום דהא אין גפרעים ממשעבדי במקום ש"ש ב"ח אצל היורש כמש"כ השו"ע בסי'
קי"א סעי' יו"ד ע"ש.

וכמש"כ לעיל. ואפשר מזה להוכיח כמו שכתב הט"ז בסי' ק"ג סעי' יו"ד בהג"ה גבי
שו"מ הק"א דאם מת והוריש חוזרת.

דבחקו היורשים אינה חוזרת משום דאחים פלקוחות וע"ז פתב הט"ז להוכיח להיפך
דלגבי אחרים אין דינם פלוקח לגרוע זכות אחרים כמו דקיי"ל ר"פ הגוזל דרשות יורש
לאו פרשות לוקח.

ולפ"ז א"ש דברי המ"מ בשם הרמב"ן והרשב"א והנ"י דס"ל דיכול לגבות מכל מי
שירצה משום דמה דאמרו דדינם כמו לקוחות אין זה רק לגבי מה דנוגע להאחים עצמן
אבל לגבי ענין הנוגע לאחרים אין דינם פלוקח.

ולכן ה"ה לענין דנ"ד ד"ש זכות להמלוה לגבות ממי שירצה מאחין עכשיו אחר חלוקתן
הזכות בידו לפי דלגבי אחרים אין דינן פלוקח. ויתנה מזה סייעתא לדברי הט"ז ואף
החולקים עליהם הא נתבאר טעם אחר על שיטתם פנ"ל: ועוד יש להסביר זה ב"ת

ביאור ע"פ מה שהקשו הפוסקים והובא בסי' ל"ט באו"ת בענין שעבודא דאורייתא להקשות לדין דקיי"ל אחין שחלקו הן פלקוחות א"כ איך גובין למלנה בע"פ מירושין לאחר שחלקו והא מלנה בע"פ אינו גובה מלקוחות.

ובמק"א הארכתי בזה הרבה. והעיקר הוא דמשום נעילת דלת עשו להאחין אף כשחלקו דלא יהיה דינם לגבי פריעת חוב אביהם רק פירושם דאל"כ יהיה נלקה הדין וכמש"כ האו"ת והיש"ש שם.

ועפ"ז יש ליישב למה שהקשו הראשונים על האלפס סוף ב"ב שכתב לפרש דהא דר"פ דשם דאמר הלנה בע"פ גובה מירושים שלא תנעול דלת דאף דס"ל לר"פ ש"ד בקידושין עכ"ז הוצרך לטעם דנעילת דלת דמשום זה אוקמי אדאורייתא והקשו דל"ל לטעם זה והובא בש"ך ריש סי' ל"ט שהקשה בן.

אכן יש לומר דכוננת הרי"ף היא דלכן אמרו ה"ט דנעילת דלת כדי דיגבה מירושים אף אחר שחלקו והטעם הוא משום דעשו אותם פירושם לענין טריפת בע"ח. משום נעילת דלת.

ולזה נתכונן ר"פ בב"ב שאמר מלנה בע"פ גובה מירושים שלא תנעול דלת דמשום נעילת דלת אוקמוה אדאורייתא אף אחר שחלקו. והא דבכורות (דף מ"ח) אין זה סתירה לדברינו וקצת: וכיון דמצינו דין הירושים אף אחר שחלקו דדינם פירושם לענין טריפת בע"ח אף במלנה בע"פ מצי טריף מהם.

ואף היכא דחוב הוא כנגד כל הנכסים שירשו וחלקו ביניהם ג"כ לא מחלקינן וגובין מהם מכל הנכסים שירשו. דמזה מוכח דלא אמרינן דעשו אותם כמחצה יורשים.

אלא דעשו חז"ל אותם לירושים בכל הנכסים לגבי טריפת בע"ח. וע"כ ה"ה דמה"ט הזכות להמלנה לגבות ממי שירצה אף לאחר שחלקו משום דלגבי טריפת הבע"ח דינם פירושם ולא פלקוחות וע"כ לא שייך לדון בהו"ה דין דאין גפרעין ממשעבדי במקום שיש ב"ח ולכן שפיר כתבו לדינא הרמב"ן והרשב"א והה"מ והנ"י בב"ב.

ועדיין יש להעיר על זה דהא בב"ב שם דבא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם דפירשו הראשונים הנ"ל דזהו משום דמצי גבי מכל מי שירצה. והא שם קאי הסוגיא גם אליבא דשמואל.

והא שמואל ס"ל בסוף ב"ב דמלנה בע"פ אינו גובה מירושים. וכן ס"ל לרב שם ובקידושין (דף י"ג).

א"כ לפי שיטת רב ושמואל לא שייך הא דאמרו שם ובא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם לפמש"כ טעם הספר שיטתם. והו"ה סוגיא קאי לרב ושמואל.

וע"כ נסתר כל מש"כ. והעיקר הוא כמש"כ לעיל דמדבריהם הוי סייעתא לדברי הט"ז בסי' ק"ג.

וכן יש להעיר על מש"כ ממה שכתב הנ"י בב"ב והרמב"ן בחי' לב"ב שם ראיה לדבריהם מירושלמי פתובות פ"י ה' ה' דשני שטרות שיצאו על שדה א' וכן שטר א' היצא על ב' שדות שודא דדייני ע"ש.

וְשֵׁם בִּירוּשָׁלַיִם קָאֵי ג"כ לְשִׁמוּאֵל וְשִׁמוּאֵל הָא ס"ל דְּמַלְנָה בַּע"פ אֵין גּוֹבִין מִיּוֹרְשִׁים כַּנ"ל א"כ לִיפָא לְמִימַר בְּזֵה הַטַּעַם שְׁפַתְבְּתִי לְבָאָר ע"פ מַה דְּעָשׂוּ חַז"ל אוֹתָם פְּיּוֹרְשִׁים לְעַנְנֵן טְרִיפַת הַבַּע"ח. אַף בְּזֵה י"ל דִּירוּשָׁלַיִם לְשִׁיטָתוֹ דְּבִירוּשָׁלַיִם בַּב"ק פ' יו"ד ה"א מְבַנְאָר דְּשִׁמוּאֵל ס"ל דְּמַלְנָה בַּע"פ גּוֹבָה מִיּוֹרְשִׁים וְאֵין דִּין יוֹרֵשׁ כְּמִשְׁוֹעָבֵד.

וְחוֹלֵק עַל הַש"ס שְׁלָנוּ. אַף כְּבָר נִתְבָּאָר דְּמֵן הָא דב"ב בְּסוּגְיָא (דַּף ק"ז) מוּכַח דְּלֹא כַּמִּש"כ.

אַף י"ל דְּסִבְרַתָּם הוּא כַּמִּש"כ הַט"ז כַּנ"ל. וְכ"ז הוּא לְשִׁיטַת הַה"מ וְהַנ"י ב"ב הַנ"ל אֲכַן לְדִינָא הָעִיָּקָר כַּמִּש"כ הַמְחַבֵּר לְדִינָא הָכָא דְּלֹא סְתָרִי דְּבָרֵי הַשּׁו"ע אֶהְדְּדִי כָּלֵל וְכַמִּש"כ לְעֵיל: סִימָן קח א (סְעִיף ב') אִם חֲזִיבֻוּהוּ קָנְסוּ לֹא קָנְסוּ בְּנוֹ אַחֲרָיו.

וּפְיֵי הַש"ף שְׁם ס"ק ה' מְשׁוּם דְּזָהוּ יוֹתֵר עַל מַה שְׁהַפְסִיד ע"ש. מְשׁוּם דְּהַש"ף אֲזִיל לְטַעְמֵי דְּכַתְבֵי בַּסִּי שַׁפ"ה ס"ק ג' בְּהָא דְּטִימָא טְהָרוֹת וְנִתְּ לֹא קָנְסוּ בְּנוֹ אַחֲרָיו דְּאִם עָמַד בְּדִין גּוֹבִין מִיּוֹרְשִׁים ע"ש.

וְהַסִּמ"ע פִּי שְׁם בַּסִּי שַׁפ"ה ס"ק ב' דְּאֶפִּילוּ עָמַד בְּדִין אֵין קוֹנְסִין בְּנוֹ אַחֲרָיו. וְהַתְּנָמִים בַּסִּי ק"ח ס"ק א' הַעֲלָה דְּבַקְנָס לֹא מְהַנִּי עָמַד בְּדִין: עָנָף א וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ כְּשִׁיטַת הַש"ף דְּעָמַד בְּדִין קָנְסוּ בְּנוֹ אַחֲרָיו מְהָא דב"מ (דַּף ט"ו) דְּרַבָּה בַּר רַב הוּנָא אָמַר כְּגוֹן שְׁנִטְלוּהוּ מְסִיקִין בָּא נִגְזַל לְגַבּוֹת קָרָן גּוֹבָה מְנַכְסִים מְשׁוֹעָבָדִים.

וּבְנִטְלוּ מְסִיקִין מִחֲמַת הַגְּזֵלָן דְּחֲזִיב לְהַעֲמִיד לוֹ שְׁדָה אַחַר כְּמַבְּנָאָר בַּב"ק (דַּף קט"ז) וְכַמוֹ דְּפִי רַש"י. וְהָא הַשִּׁמ"ק לַב"ק כְּתִב דְּהָא דְּנִטְלוּ מְסִיקִין דְּחֲזִיב לְהַעֲמִיד לוֹ הַטַּעַם הוּא מְשׁוּם דְּקָנְסוּ לְגִזְלָן וְכַמְבְּנָאָר בִּירוּשָׁלַיִם פ' הַגְּזֵל בְּתָרָא שְׁם דְּקָנְסוּ קָנְסוּהוּ וְהוּבָא בַּש"ף ס' שַׁפ"ה ס"ק א'.

א"כ הָאֵיךְ גּוֹבָה מְנַכְסִים מְשׁוֹעָבָדִים בְּנִטְלוּ מְסִיקִין הָא לֹא קָנְסוּ אֲלֵא לְדִידֵי וְלֹא לְבָרֵי וְה"ה לְקוֹחוֹת דַּמ"ש. אֲבָל לְשִׁי הַש"ף דְּעָמַד בְּדִין גּוֹבִין מִיּוֹרְשִׁין אֲתִי שְׁפִיר.

מְשׁוּם דְּהָא הַגַּמ' מְסִיקֵי שְׁם בַּב"מ דְּמִיָּרִי שְׁעָמַד בְּדִין א"כ בַּכַּה"ג גּוֹבִין מִיּוֹרְשִׁין וְה"ה מְלַקְוֹחוֹת. אֲבָל עֲדִיין תְּקֻשָּׁה לְשִׁי הַסִּמ"ע דַּס"ל דְּאָף עָמַד בְּדִין לֹא מְהַנִּי בְּקָנְסוּ וְאָף לְשִׁיטַת הַסִּמ"ע שְׁם דַּבְּדוּ"ג גּוֹבִין בְּעָמַד בְּדִין הַטַּעַם הוּא כַּמִּש"כ הַתְּנָמִים בַּסִּי ק"ח מְשׁוּם דְּרַבֵּן פּוֹסְקִים ס"ל דַּד"ג דִּינָא הוּא.

א"כ עֲדִיין תְּקֻשָּׁה לְשִׁיטַת הַסּוּבְּרִין דַּד"ג קָנְסָא הוּא א"כ תְּקֻשָּׁה לְדִידָהּ מְסוּגְיֹת הַש"ס דַּב"מ הַנ"ל. וְזוּלַת זֶה יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת דְּהָא הַש"ס שְׁם בַּב"מ מְקָשׁוּ לְרַבָּה בַּר רַב הוּנָא מְלָנָה עַל פֶּה הוּא וְאֵינוּ גּוֹבָה מְשׁוֹעָבָדִים וְע"ז מְתָרֵץ בְּעָמַד בְּדִין.

מְשָׁמַע דְּאֵלוּ מְלָנָה ע"פ הִיָּה גּוֹבָה מְשׁוֹעָבָדִים הִיָּה נִיחָא. וּבְאַמַּת הָא בַּל"ז לֹא אֲתִי שְׁפִיר מְשׁוּם דְּקָנְסָא הוּא וּבְלֹא עָמַד בְּדִין בְּנוֹדָאֵי אֵין גּוֹבִין מְשָׁעָבָדִי: וְנִלְעַנ"ד בְּזֵה לְתַרְץ בַּעז"ה דַּמִּש"כ הַשִּׁמ"ק לַב"ק דְּהָא דְּמִחֲמַת הַגְּזֵלָן חֲזִיב לְהַעֲמִיד לוֹ שְׁדָה אַחַר הִיָּה מְשׁוּם קָנְסָא מְקוּרוֹ הוּא מִירוּשָׁלַיִם ב"ק שְׁם.

וּבְכַתְּנֻבוֹת פ' בְּתָרָא ה'ל' ב' וּבְנִדְרִים פ"ד ה"ב. דְּרַב ס"ל אֲדָם נִתְּפָס עַל חֲבִירוֹ וְדִיָּק לִיהַ מֵן הַמְּשָׁנָה דְּהַגְּזֵל שְׁדָה וְנִטְלוּהוּ מְסִיקִין מִחֲמַת הַגְּזֵלָן חֲזִיב לְהַעֲמִיד לוֹ שְׁדָה.

ופי' רב דמחמת הגזלן היינו מחמת חוב שיש להמציק על הגזלן וחיוב הגזלן להחזיר דמי החוב שהיה חייב להגזל מיום הנאת חוב שנפטר ממנו כמו פורע חוב בב"ח דוחק. [כמבואר בירושלמי נדרים שהובא בש"ף סי' קכ"ח ס"ק ג'] ור' יוחנן אומר דקנסא קנסו לגזלן והובא זה הירושלמי בכתובות ברי"ף וברא"ש פ' ט' סי' י"ג.

ולשיטת הירושלמי דקאמר דקנסא קנסו לגזלן אין להוכיח מזה על דינא דגרמי כמו דהוכיחו בש"ס דילן ממשנה זו. תו איתא שם בירושלמי בכתובות ובנדרים דחד מ"ד אומר דשמואל ס"ל דאם היה חייב חוב לרבו שזכר לימוד וקפואו אנסים לאחד שפרע לרבו בשביל החוב האחר שחייב לרבו שזכר לימוד.

דחייב להחזיר למי שתפסו ממנו משום דזה הוי פארנונא וגולגולת. והטעם הוא דס"ל דחוב שזכר לימוד הוי כמו ב"ח דוחק דשכיר הוא ואליו נושא את נפשו וחשוב להנאה נפרת: ולפ"ז י"ל דרבה בר רב הונא דאמר בב"מ שם פגון שנטלוהו מסיקין פנונתו שנטלו את השדה בשביל חוב שזכר לימוד או בשביל חוב ארנונא וכה"ג דבזה.

חייב לשלם בשביל הנאת חובו שנפטר ממנו. ובכה"ג ג"כ נקראים מסיקים פינו דאינו רשאים ליקח את השדה של הגזלן בשביל חוב של הגזלן.

כדחזינו בירושלמי שם דרב ס"ל לפרש להך דנטלו מסיקין דב"ק דמיירי בתפסו עבור חוב של אחר. והא באמת קיצר רבה בר ר' הונא במאי דקאמר פגון שנטלוהו מסיקין ולא ביאר בארנופה דהא במפת מדינה יכול לומר הרי שלח לפניה כמבואר בב"ק שם ואינו חייב רק בנטלו מחמת הגזלן.

אלמא דרבה קיצר בזה. ועיקר פנונתו פגון שנטלו מסיקין ובמקום דחייב לשלם לגזלן. ע"כ י"ל דרבה ס"ל פהך מ"ד אליבא דשמואל דס"ל דבחוב מלמדות חייב לשלם לגזלן. ובב"מ שם מהדר רבה לתרץ אליבא דשמואל דס"ל שזכח אין לו.

וגם הא בחוב ארנונא לכ"ע חייב. ואף בנתפס עבור חוב כה"ג חייב אף אינש דעלמא שלא גזל השדה.

עכ"ז נקטו בגזלן לאשמועינן דבשביל אכילת פירות אינו גובה רק מבני חורין. כמו דמתרץ רבא שם דגזל שדה וזכר בה בורות דבזה אף אינש דעלמא חייב וה"ה בזה.

ובלא"ה לפי מאי דמסיק הש"ס בב"ק (דף קט"ז) דהך מחמת הגזלן מיירי באחוי אחויה. א"כ בזה אף אינש דעלמא חייב ואפ"ה נקטו שם במשנה לזה פגון שדה מחבירו.

והטעם הוא כמש"כ שם השמ"ק ופ"י. אף לשי' הירושלמי דקנס קנסו בגזלן.

אתי שפיר בפשיטות לשון המשנה. ולפי שיטת הגמ' דילן צ"ל פנ"ל.

א"כ ה"ה לפמש"כ. אבל אין לפרש דכוננת רבה בר ר' הונא דאמר שנטלו מסיקין דכוננתו להא דאי' בחולין (דף קל"א) הרי שאנסו הפלך בגרנו בחובו חייב לעשר.

דאלמא אם לקחו החפץ מרשות הב"ח דסברו שזה הוא שלו דכה"ג אדם נתפס על חבירו והטעם כמש"כ המק"ח בסי' תמ"א ונתיבות סי' קכ"ח. דזה אינו דכה"ג לא מקרי בשם מסיקין דהא עשו כדיון לפי טעותם.

ומה"ט לא מוקי הירושלימי באופן זה להמשנה דב"ק הג"ל דקאמר שנטלו מסיקין אלא הוכיחו שם דנתפס על חבירו פנ"ל. דלפמש"כ א"ש דנקראו בשם מסיקין דהא פיון דידעו דהשדה אינו שלו א"כ עשו שלא כדיון.

ואפ"ה חייב לשלם לו עבור הנאתו שנפטר הגזלן מן החוב. א"כ שפיר הא דגובה מן המשועבדים ולא משום קנס נגעו בה.

א"כ מתורץ קושיא הג"ל: ענה ב והעיקר נלפענ"ד דאין זה קשה כלל. ע"פ מש"כ רש"י בפסחים (דף ל' ע"ב) בד"ה כ"ע לא פליגי אף לרבא כו' דאמר עד עכשיו הנה ברשות לנה מודה הוא דאין מכירתו לאחרים מכירה ואיזהקדשו הקדש שהרי ממשפנו הן למלנה ואף ע"ג שהן שלו אינן ברשותו ונתמנה אמר ואיש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו עכ"ל.

והנתיבות סי' ל"ז ס"ק י"ג מוכיח מן רש"י הג"ל דין מתודש ע"ש. ועיין בקצה"ח סי' קי"ז ס"ק ב'.

וחזינו שיטת רש"י דלכן בע"ח טורף מלקוחות משום דמחמת השעבוד הוי כדבר שאינו ברשותו ולא הוי מכירה ואתי בע"ח וטורף. וי"ל דמה"ט אף בקנס גובה ממשועבדים בעמד בדין אף דנימא דעמד בדין אינו גובה מבנו.

משום דהא עכ"פ בעת שהיו הנכסים אצל הבע"ד נשתעבדו הנכסים בתורת שעבוד להבע"ח בין למ"ד ש"ד בין למ"ד שעבודא דרבנן. וכמו שכתב הש"ך פ"עין זה בסי' פ"ו ס"ק ב' דגם בדינא דגרמי שייך שעבודא דר"נ משום דכל דתקון רבנן פ"עין דאורייתא תקון ע"ש.

ואף למאן דס"ל שעבודא דרבנן עכ"ז גם בקנסא דרבנן ג"כ נשתעבדו הנכסים. דאל"כ למה לאב"י לומר בגיטין (דף מ"ד).

טימא טהרות של חבירו ומת לא קנסו רבנן בנו אחריו מ"ט ה"זק שאינו נזכר לא שמי ה"זק וקנסא דרבנן הוא לדידן קנסו רבנן לבר' לא קנסו רבנן עכ"ל הגמ' וילפי זה מהא דמוכר עבדו כו'.

דהא בלא"ה פיון דליכא שעבוד על נכסיו ממילא אין גובין מיורשיו ולמה לי' למתלי זה בצורם אונן בכור דכמו דלא קנסו שם פן לא קנסין בטימא טהרות. וע"כ מוכח דאף לאב"י דס"ל שעבודא לאו דאורייתא וכמש"כ התוס' בגיטין (דף נו"ן).

אפ"ה שעבודא דרבנן יש אף בטימא טהרות [ונפ"מ לענין למפרע גובה דס"ל לאב"י בפסחים פן אף דס"ל שעבודא לאו דאורייתא וע"כ טעמא משום דשעבודא דרבנן איכא עכ"פ לכן ס"ל למפרע גובה.

ואף בנזקין ס"ל לאב"י למפרע גובה כמש"כ התוס' בב"ק (דף ל"ג) בד"ה איכא בינייהו. ולכן גם במטמא טהרות לאב"י למפרע גובה.

ועוד יש נפ"מ טובא אי נימא עכ"פ שעבודא דרבנן]. וכיון דעיקר טעם דאינו גובה מבנו משום דלא קנסו בנו אחריו ולא משום דלא משתעבדי נכסיו.

בע"כ מןכרח דלכ"ע נשתעבדו נכסיו עכ"פ מדרבנן וכינן דיש שעבוד על נכסיו. לכן יכול הנזק לטרוף מלקוחות משום דכ"ז דהיו הנכסים אצלו נשתעבדו נכסיו בעמד בדין משום דבלא עמד בדין הו"ל מלנה ע"פ.

ע"כ בעת המכירה שמכר ללקוחות דהנה אז שעבוד על נכסיו דהא לדידה קנסו רבנן ממילא הוי מכירתו כמו דמכר דבר דאינו ברשותו דהא שעבוד משוי להמכירה כמוכר דבר שאינו ברשותו לשיטת רש"י הנ"ל.

וממילא אינו חל המכירה ומצי טרף מלקוחות. ודוקא מיורשין דמצי ירתי אף דבר שאינו ברשותו לכן כיון דלא קנסו לבנו אין גובין מהו כיון דזכו ב' היורשים מיד כשמת.

אבל גבי טרפא מלקוחות דעיקר הטרפא מלקוחות הוי משום דמכר דבר שאינו ברשותו. ממילא ה"ה גם גבי קנס הוי מכירה לדבר דאינו ברשותו.

ומצי טרף מלקוחות בעמד בדין אף לשיטת הסמ"ע דעמד בדין אינו גובה מבניו ומתורץ קושיא הנ"ל: ** (הגה"ה ובמש"כ הש"ף בס"י פ"ו ס"ק ב' דשעבוד דר"נ שייף ג"כ בדד"ג כמו בחוב דאורייתא משום דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון כן.

ושיטת מהרש"ל שם לחלק בד"ג דהוי רק מדרבנן אינו שייף ב' שעבודא דר"נ! והנה בב"ק (דף ה') מבואר בפסגיא וברא"ש שם דגם מטמא ומדמע משלם במיטב משום דכל דתקון רבנן כדאורייתא תקון ע"ש.

א"כ כש"כ דבשעבודא דר"נ ג"כ כדאורייתא תקון במטמא ודד"ג. דהא בע"ח אינו משלם במיטב אלא ניזקין.

אלמא דעשאו להזק שאינו ניכר בשעבוד אלים יותר מבע"ח. כש"כ לשעבוד דר"נ דשייף גם בבע"ח דתקנו במטמא ודד"ג כעין דאורייתא בבע"ח.

אף שיטת רש"י בכריתות (דף ב') דמפגל וכה"ג אינו משלם במיטב ונתוס' השיגו שם עליו ואכמ"ל. (ע"כ הגה"ה): ** נחזור לעניינינו דלשיטת רש"י הנ"ל בןודאי מצי טרף אף קנס מלקוחות.

אף בעיקר שי' רש"י הנ"ל דכתב דטעם הטרפא מלקוחות הוי משום מכירה דבר שאינו ברשותו. מצינו בתוס' גיטין (דף מ' ע"ב) ד"ה הקדש חמץ וכו' שכתבו להקשות דאי מחמת שעבוד הוי דבר שאינו ברשותו א"כ אף קדושת הגוף לא תחול ומתרצי דהוי דבר ברשותו ע"ש.

ומוכח דלא ס"ל שיטת רש"י הנ"ל. ולשיטת רש"י הנ"ל מוכח לומר דס"ל כמש"כ התוס' בקדושין (דף ס"ג ע"א) ד"ה וידיה איתנהו בעולם כו' דקדושת הגוף חל על דבר שלא בא לעולם.

וה"ה דחל על אינו ברשותו ולכן קדושת הגוף מפקיע משעבוד. וכמש"כ הפני יהושע בקדושין שם וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ק"ד.

ועיקר קושיא הנ"ל מהא דב"מ. תסוב רק על שיטת הסופרים דד"ג קנסא הוא כנ"ל.

וי"ל דשיטת הסופרים כנ"ל ס"ל לשיטת רש"י בפסחים הנ"ל. ואתי שפיר.

ובעיקר דברי רש"י פסחים הנ"ל הארכתי בספרי נחל יצחק ריש סי' ל"ט בקונטרס ש"ד סי' א': ענף ג ועוד יש לחלק בפשיטות גבי קנס בין משועבדים ליורשים. והוא דהריטב"א והרא"ש לכתובות פ"ט סי' יו"ד והר"ן שם בשם ר"ת דלכן מוכר שט"ח וחוור ומחלו מחול משום דיש שני שעבדים שעבוד נכסי ושעבוד הגוף וכיון דפקע שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד נכסי ונכסי דבר אינש ערבאין לי' והובא בש"ד ר' סי' ס"ו.

והקשה הסמ"ע בסי' ס"ו ס"ק נ"ה דא"כ במת הלנה האיך גבינו מיורשים וחילק שם בזה וכמש"כ הקצה"ח שם ע"ש. אף התנאים שם ס"ק מ"ג הקשה ג"כ דא"כ במת לנה ונפל נכסי קמי יורשי דהא פקע שעבוד גוף באינה אופן יחול שעבוד נכסי.

וצ"ל דאף במת הלנה פשהיורש זוכה בנכסים אף הוא משמעבד כמו הלנה בעצמו ועליו מוטל לפרוע כמו אביו הלנה עכ"ל האו"ת. וי"ל דטעמו הוא דהא קיי"ל מצנה על היורשים לפרוע חוב אביהם.

רק דאין ב"ד יכולין לכוון משום מצנה שמתן שכרה בצדה. עכ"פ מצנה יש עליהם ולכן לא פקע שעבוד נכסי.

והא דגובין מלקוחות אף דלא שייך כן גבי לקוחות. משום דכיון דשעבוד הגוף מוטל על הלנה לכן לא פקע שעבוד נכסי מהנכסים.

וכה"ג מצינו ברא"ש בב"ק פ"ק סי' ו' דלכן בבא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם בטלה מחלוקת משום דיתמי פרע' דאבנה ניהו לפרוע חובות אביהם בשנה עכ"ל. וכ"כ הט"ז בח"מ סי' קע"ה סעי' ד' דבשני לקוחות שלקחו ממוכר א' ב' שדות ובא בע"ח וגבה חלקו של א' מהם דפטור הלוקח שני להחזיר ללוקח א'.

משום דשאני יורשים דעליהם מוטל לפרוע חוב אביהם לכן חייב להחזיר משא"כ בלוקח דאינו שייך בהו לומר פרע' דאבנה עי"ש. וזהו סייעתא לסברת התנאים הנ"ל: ולפ"ז יש לחלק בפשיטות בין הא דטימא טהרות דלא קנסו בנו אחריו אף בעמד בדין כמש"כ האו"ת בריש סי' ק"ח ובין גבי' לגבות משועבדים.

משום דבאמת טעמא בעי דמפני מה בעמד בדין אין גובין מבנו דבמה ינפקע זכותו שזכה כבר במה דמת המזיק. רק י"ל דטעם הפוסקים הנ"ל דאף בעמד בדין אין גובה מבנו.

דהא לפמש"כ האו"ת דהא דגובין מיורשיו הטעם הוא דחל שעבוד הגוף על היורש וכרע' דאבנה ניהו. א"כ בקנס דלא קנסו בנו אחריו א"כ ליכא שעבוד הגוף על היורש וכיון דפקע שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד נכסי.

לכן אף בעמד בדין דזכה כבר בשעבוד נכסי. עכ"ז פיון דלא קנסו בנו ממילא פקע שעבוד הגוף ע"כ פקע שעבוד נכסי.

משא"כ גבי גביית מלקוחות דהא חזינו דעל לקוחות ליכא שעבוד הגוף על הלוקח אף בחוב גמור. והא דגובה מן לקוחות זהו מתמת שעבוד הגוף שיש למלנה על הלנה.

א"כ ממילא אף בקנס גובין מלקוחות דהא לא פקע שעבוד גופו שיש לו על המזיק. וממילא לא פקע שעבוד נכסי דכיון דעמד בדין זכה בשעבוד נכסי כ"ז שהיו הנכסים אצל המזיק.

ושאני יורש דכיון דלא קנסו לבנו א"כ פקע שעבוד הגוף וע"כ אינו ראיה מן יורש למשעבדי: ועפ"ז א"ש מה שכתב הש"ך בריש סי' פ"ו דבדינא דגרמי אף דהוי קנסא עכ"ז שייך בי' שעבודא דר"נ.

ומשמע דשייך בי' שעבודא דר"נ לכל דיניו. א"כ במה דקיי"ל דבשעבודא דר' נתן אינו יכול למחול דה"ה דאמרינופן בדד"ג.

ומשמע אף דלא עמד בדין. ולא אמרינו דכמו דלא קנסו בדינא דגרמי רק להמזיק ולא לבנו א"כ ה"ה גם בשעבודא דר' נתן דיהיה מועיל המחילה דהא לא קנסו רק להחייב ולא לב"כ.

וע"כ מוכח מזה דשאני יורש דכיון דלא קנסו פקע שעבוד הגוף וה"ה שעבוד נכסי. משא"כ כ"ז שהלנה קנים ולא פקע שעבוד גופו ממילא יש לו פל שעבוד נכסי מדר"נ.

ועיין ברש"ב"א המובא בקצה"ח בריש סי' פ"ו. ויש עדיין לדון הרבה בשעבוד דר"נ אם הוא בתורת שעבוד הגוף על הב' או בתורת שעבוד נכסי.

ועיין בפ"ד וסמ"ע סוף סי' פ"ה.

עכ"פ לענין לגבות מלקוחות אין להוכיח פלל מהא דלא קנסו בנו אחריו ומתורץ קושיא הנ"ל בפשיטות: ונלע"ד להצמיד שי' רש"י דפסחים הנ"ל עם סברת האו"ת הנ"ל. משום דבמש"כ רש"י בפסחים דלכן טורפין מלקוחות משום דהוי כמוכר דבר דאינו ברשותו.

דלפ"ז יש לדון דא"כ הא"י גובין מיורשים דהא ביורשים לא שייך זה הטעם דהא ירתי אף לדבר דאינו ברשותו. אבל לפי סברת האו"ת הנ"ל א"ש פוננת רש"י.

משום דהא פכר הקשה האו"ת דא"י גבינו מיורש וקא במת הלנה פקע שעבוד גופו א"כ ממילא ה"ה דפקע שעבוד נכסי. וע"ז תירץ האו"ת דכיון דיורש פרעין דאבוה הוא א"כ מוטל שעבוד הגוף על היורש וע"כ אתי שפיר מה דגבינו מיורשים.

וקא דגובין מלקוחות הטעם הוא דכיון דלא פקע שעבוד הגוף של הלנה ע"כ השעבוד נכסי הוא בתקפו. ועדיין תקשה דאמאי במת הלנה גובין מלקוחות הא פינו דמת הלנה פקע שעבוד גופו כמש"כ התנאים.

ובלקוחות לא שייך לומר דיש עליהם שעבוד הגוף כמו בנתמי. וע"כ הוכרח רש"י לבאר דהא דגובין מלקוחות הטעם הוא דהוי כמוכר דבר דאינו ברשותו פינו שקנו בעת דהיה שעבוד הגוף בתקפו והיה אז שעבוד נכסי בעת מכירה ובטל המכירה שלקחם.

ומיתמי הטעם הוא משום דכרעא דאפוהונו נינהו פנ"ל. א"כ שיטת רש"י עם סברת התנאים הנה נצמדים ביחד בעז"ה.

ועיין בקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו מה שהביא בשם הר"נ פתובות. ובדין ערב ואכמ"ל.

ולפ"ז שפיר פתבתי דאינו ראיה מן יורש ללקוחות גבי קנס. דשאני לקוחות פינו דהוי משום מוכר דבר דאינו ברשותו.

א"כ ה"ה בקנס ג"כ פיון דקנו בעת דהיה שעבוד אלים על המזיק א"כ בטל למכירתם גם בקנס פנ"ל. ושאני ביורשים דכיון דלא קנסו לבנו א"כ נתבטל שעבוד הגוף וממילא פקע שעבוד נכסי: ובאמת סברת האו"ת הנ"ל מוכרח לפי שי' הרי"ף והובא בש"ף ריש סי' ל"ט דש"ד כשי' ר"פ.

וכ"כ הרא"ש בכתובות פ"ט סי' י"ג דר"פ ס"ל ש"ד. ומצינו לר"פ בר"פ שום היתומים אהא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים דמפרש משום דפריעת בע"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה ניהו.

וקשה מאוד דכיון דשי' הרי"ף והרא"ש דר"פ ס"ל ש"ד. א"כ מה בכך דלאו בני מיעבד מצוה ניהו הא יכול לגבות מהם מצד דנשתעבדו הנכסים.

וכמו דגובין מה"ט מלקוחות אף דנודאי ליפא עליהם המצוה דפריעת ב"ח דמ"מ גובה מהם מחמת שעבוד נכסי. אכן לפי סברת האו"ת ושי' רש"י הנ"ל נחא דהא יש לחלק דלכן במת הלנה גובין מלקוחות אף דפקע שעבוד הגוף.

משום סברת רש"י הנ"ל דהוי פמוכר דבר שאינו ברשותו. והא דגובה מיורשים הטעם הוא פסברת האו"ת דכיון דכרעי' דאפנה ניהו א"כ מוטל עליהם השעבוד הגוף.

משא"כ בקטנים דלאו בני מיעבד מצוה ניהו ופקע שעבוד הגוף ע"כ ממילא פקע שעבוד נכסי פן י"ל בטעמו דר"פ. והא דקיי"ל פרב הונא ברי' דר' יהושע דפליג על ר"פ.

י"ל דטעמי' הוא דשאני קטן דאחי לכלל גדלות ע"כ לא מקרי פקע שעבוד הגוף. אבל היכא דפקע שעבוד הגוף לעולם.

כו"ע מודו דפקע שעבוד נכסיו וע"כ בקנס פיון דלא קנסו בנו אחריו ופקע שעבוד הגוף ע"כ פקע שעבוד נכסי כמו שנתבאר אליבא דר"פ ביתומים קטנים. ובאמת הש"ף בס' ל"ט ס"ק ב' נשאר בצ"ע על שי' הרי"ף אליבא דר"פ עי"ש אבל העיקר כמש"כ.

ומצאתי פעת באו"ת סי' ל"ט ס"ק ב' שכתב ג"כ לתרץ בקצרה לקושיות הש"ף הנ"ל על הרי"ף עי"ש. ועיין בש"ף סי' ס"ו ס"ק א' דכתב דהרי"ף ס"ל כר"ת דשני שעבודים יש.

והרא"ש בכתובות פ"ט סי' יו"ד כתב פן בשם הר"ת וכן בב"ק גבי בטלה מחלוקת פנ"ל: אף בעיקר מש"כ האו"ת דיש למלנה שעבוד הגוף על היורש יש להקשות עליו מהא דאיתא בכתובות (דף צ"ב) דא"ל רבא נהי דאחריות דעלמא קביל עליו אחריות דנפשיה מי קביל עליו ומודה רבא בראובן שיירש שדה מיעקב ומכרה לשמעון שלא באחריות כו' מ"ט בע"ח דיעקב כבע"ח דעלמא דמי.

א"כ מוכח מזה דלא מקרי היורש כהבע"ח בעצמו. ואי נימא דיש שעבוד הגוף על היורש א"כ אמאי מקרי בע"ח דעלמא.

ואפשר לומר בזה דהא שעבוד הגוף שיש על היורש אינו רק כ"ז שהנכסים אצל היורש. משא"כ במקרה להשדה דכיון דהנכסים שיירש מאביו אינם אצלו ברשותו לכן פקע שעבוד הגוף ומקרי רק בע"ח דעלמא.

כְּדַמְצִינוּ בַח"מ ס"י ק"ד בְּיִוְרֵשׁ שְׁמֵכֵר שְׁדָה אָבִיו דְּחִיב לְשַׁלֵּם לְהַרְבֵּה פּוֹסְקִים מִחֲמַת
מִזִּיק שְׁעֵבֹדוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ אֲבָל לֹא מִחֲמַת שְׁעֵבֹד גּוֹף שְׁהִיָּה לוֹ עַל הַיּוֹרֵשׁ מִפְּכָר. וְדוֹנָקָא
כ"ז דְּהַנְּכָסִים אֲצֵל הַיּוֹרֵשׁ אִזּוּ יֵשׁ לוֹ שְׁעֵבֹד הַגּוֹף עַל הַיּוֹרֵשׁ.

מִשָּׂא"כ בְּמִכְר נְכָסָיו פָּקַע שְׁעֵבֹד גּוֹפוֹ. וְלָכֵן קָרִי לִי הַש"ס בְּשֵׁם בַע"ח דְּעֵלְמָא.

דְּהָא בַע"ח גְּמֹר אֵינּוּ יָכוֹל לְהַפְקִיעַ מִמֶּנּוּ לְעוֹלָם שְׁעֵבֹד גּוֹפוֹ מִשָּׂא"כ יוֹרֵשׁ פְּנ"ל: עֲנָף
ד וּנְלַפְעַנ"ד לְהַבִּיא רְאִיָּה דְּאָף עֲמַד בְּדִין אֵינּוּ גּוֹבֵה מִיּוֹרֵשִׁים מְהָא דְּאָמַר אַבְיֵי בְּגִיטִין
(דָּף מ"ד ע"ב) נְקֻטִין טַמָּא טְהוֹרוֹת וְמַת לֹא קָנְסוּ בְּנוֹ אַחֲרֵיו מ"ט כו' לְדִידֵין קָנְסוּ רַבָּנָן
לְבַרְנִי לֹא קָנְסוּ רַבָּנָן.

וְקֻשְׁיָה לְפַמִּש"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין (דָּף נו"ן) בַּד"ה פִּינּוֹן דְּדִינָה מְדַאֲרֵינָתָא בְּעַדִּיּוֹת. דְּאַבְיֵי
דְּסָבַר בְּיַתְמֵי בְּזִיבוֹרִית צ"ל דְּסָבַר שְׁעֵבֹדָא לֹא דְּאֲוֹרֵינָתָא כו'.

וְאָף בְּנִזְקִין ס"ל לְאַבְיֵי כֵּן דַּמָּה"ט מִיַּתְמֵי בְּזִיבוֹרִית. וְהִגְהוֹת אֲשָׁרִי בַב"ק סוֹף פ"ב כְּתַב
דְּנִזְקִין אֵינּוּ גּוֹבֵה מִן הַיּוֹרֵשִׁים מִשּׁוּם דְּמִלְנָה הַפְּתוּבָה בַּתּוֹרָה לֹא פְּכַתוּבָה בְּשִׁטְר דְּמִיָּא
וּמִלְנָה ע"פ כְּהָאִי אֵינּוּ גּוֹבֵה מִן הַיּוֹרֵשִׁים פִּינּוֹן שְׂאִין שְׁיָיָהּ בּוֹ נְעִילַת דְּלַת עַכ"ל.

וְכֵן כְּתַב הַתּוֹס' בְּקִדּוּשֵׁין (דָּף י"ג) ד"ה אָמַר ר"פ דְּבְּנִזְקִין דְּלֹא שְׁיָיָהּ נְעִילַת דְּלַת אֵינּוּ
גּוֹבֵה מִן הַיּוֹרֵשִׁים רַק אִם מִלְנָה הַפְּתוּבָה בַּתּוֹרָה פְּכַתוּבָה בְּשִׁטְר דְּמִיָּא. וְכַה"ג כְּתַבּוּ
הַתּוֹס' בַּב"ק (דָּף י"ד) ד"ה ש"מ לְנָה וּמִכְר נְכָסָיו כו'.

וְכֵן כְּתַב הַרְשֵׁב"א לַב"ק (דָּף ק"ד) וּבִשְׁמ"ק שָׁם עַל מַה דְּמִקְשָׁה הַגַּמ' שָׁם דְּכִי אֵיכָא
אַחֲרֵיּוֹת נְכָסִים מֵאֵי הָנִי מִלְנָה ע"פ הוּא וּמִלְנָה ע"פ אֵינּוּ גּוֹבֵה מִיּוֹרֵשִׁים. וְכְתַבּוּ שָׁם
דַּאֲע"ג דְּקִי"ל דְּמִלְנָה ע"פ גּוֹבֵה מִיּוֹרֵשִׁים הֵתָם הוּא מִשּׁוּם שְׁלֵא תִנְעוּל דְּלַת וְהִכָּא לֹא
שְׁיָיָהּ נְעִילַת דְּלַת עַכ"ל.

וְעֵינָן בַּב"ק (דָּף ק"ד) בְּתוֹס' ד"ה מִלְנָה ע"פ הוּא שְׁלֵא כְּתַב כֵּן. וְכֵן מוֹכַח מִהֲרָאָב"ד פ'
א' ה' עֲרַכִּין דְּדוֹנָקָא אִי שְׁעֵבֹדָא דְּאֲוֹרֵינָתָא אִזּוּ גּוֹבֵה מִיּוֹרֵשִׁים בְּאֹמַר עֲרַכִּי עָלֵי.

וְזַהוּ ג"כ מִהֲרָא טַעְמָא דְּכִינּוֹן דְּאִין שְׁיָיָהּ בּוֹ נְעִילַת דְּלַת אֵינּוּ גּוֹבֵה מִיּוֹרֵשִׁים. וְעֵינָן בְּש"ף
ס"י ל"ט ס"ק ב'.

א"כ לְשִׁי הַסּוֹבְרִים הַנְּ"ל דְּאִי שְׁעֵבֹדָא לֹא דְּאֲוֹרֵינָתָא אֵינּוּ גּוֹבֵה מִיּוֹרֵשִׁים הִיכָא דְּלֹא
שְׁיָיָהּ בִּי נְעִילַת דְּלַת. א"כ קֻשְׁיָה אִי נִימָא דְּאַבְיֵי ס"ל שְׁעֵבֹדָא לֹא דְּאֲוֹרֵינָתָא א"כ בַּלֵּא"ה
אֵינּוּ גּוֹבֵה מִיּוֹרֵשִׁים בְּטַמָּא טְהוֹרוֹת וְמַת.

דְּהָא לֹא שְׁיָיָהּ בִּי נְעִילַת דְּלַת. וְע"כ מוֹכַח דְּמִיָּרִי בְּעֲמַד בְּדִין דְּבָזָה גּוֹבֵה אָף בְּנִזְקִין אָף
הִיכָא דְּלֹא שְׁיָיָהּ נְעִילַת דְּלַת.

וְעֵינָן בְּתוֹס' ב"ב (דָּף קע"ה) ד"ה לֹא מִן הַיּוֹרֵשִׁים כו'. וְאַפ"ה בְּקָנְסוּ אֵינּוּ גּוֹבֵה מִבְּנוֹ
אַחֲרֵיו אָף בְּעֲמַד בְּדִין.

א"כ מוֹכַח מְזָה כְּשִׁי הַסַּמ"ע וְהַתּוֹמִים דְּאָף עֲמַד בְּדִין אֵינּוּ גּוֹבֵה בְּקָנְסוּ מִבְּנוֹ אַחֲרֵיו:
וְלְכַאֲוָרָה יֵשׁ לְעֵינָן בְּהָא דְּמִבְּנֵי אָרְ בְּגִיטִין (דָּף נו"ן) דְּלֹא אַבְיֵי א"ש מַה דְּאִין נִפְרָעִין מִיַּתְוִמִּים
אַלָּא מִזִּיבוֹרִית אָף בְּנִזְקִין כְּמִבְּנֵי אָרְ בְּסוֹגֵיָא שָׁם.

משום דס"ל שעבודא לאו דאורייתא. וע"כ מוכח דמיירי בעמד בדין לפי שי' הפוסקים הג"ל דהיכא דלא שייך נעילת דלת אינו גובה מיורשים.

ומבואר שם דאף נזקין ג"כ בכלל זה בזבורתית. וע"כ מוכח דהא דאמרו דנזקין מיתמי בזבורתית דמיירי אליבא דאב"י דוקא בעמד בדין א"כ תקשה דהא עיקר הטעם אליבא דאב"י דאינו גובה אלא מזבורתית משום דאינו אלא מדרבנן וכמש"כ התוס' שם.

וכיון דמיירי בעמד בדין א"כ הא גובין מה"ת א"כ קשה דאמאי אינו גובה אלא מזבורתית. וראי' לזה דעמד בדין הוי מה"ת מה"ת דב"ק (דף ק"ד) דיליף שם מ דבלא הודה אביו והודה בנו אינו חייב חומש אבל קרו משלם ומוקי התם בעמד בדין.

אלמא דעמד בדין הוי דאורייתא. א"כ תקשה דאמאי אין נפרעין מן היתומים אלא מזבורתית והא בעמד בדין הוי דאורייתא.

ולשי' אב"י עיקר מה דגבי מיתמי מזבורתית הטעם הוא משום דהוי רק דרבנן וכמש"כ התוס' ותקשה כנ"ל: ואפשר לומר בזה דהא מבואר בגיטין (דף פ"ח) דאב"י קיבל מרב יוסף דשליחותיהו עבדינן מידי דהוי אהודאות והלונאות.

אלמא דס"ל לאב"י דבעינן מה"ת סמוכים וכשיטת הסוכרים דשנים שדנו אין דיניהם דין בריש סנהדרין דעירוב פרשיית פתוב פאן. ומבואר ברשב"א ור"נ שם דהא דשליחותיהו עבדינן אין זה רק דרבנן.

א"כ לפ"ז י"ל דדוקא עמד בדין בב"ד סמוכין זה הוי מה"ת וכה"ג מיירי הקרא דהובא בב"ק (דף ק"ד). אבל היכא דעמד בדין בהדיוטות ז"א רק מדרבנן ובזה מיירי הסוגיא דגיטין דאמרו דאין נפרעין בנזקין אלא מזבורתית מיתמי.

דעמד בדין בב"ד הדיוטות. כן י"ל בזה.

ועיין בספרי נחל יצחק סי' א' בעיקר דבר זה. אבל באמת מבואר בב"ב (דף קע"ה ע"ב) תוס' ד"ה לא מן היורשין כו' דכתבו שם דהא דעמד בדין גובה שם.

הטעם הוא מדרבנן שלא תנעול דלת בפני לזין ובכל דיני ממונות שפעולם דנין כן ע"ש. אלמא דכתבו התוס' להדיא דמעליותא דעמד בדין אינו אלא דרבנן א"כ תקשה עליהם מסוגיא דב"ק (דף ק"ד) הג"ל דמשמע התם דעמד בדין הוי מה"ת.

והעיקר בזה כמש"כ השמ"ק בב"ק שם דאינו אלא אסמכתא בעלמא. ולעולם י"ל דאינו אלא מדרבנן ועפ"ז יש לפלפל בדברי התוס' בב"ק (דף י"ד ע"ב) ד"ה בניתמי כו' ואין גובין מן עבדים כמבואר שם.

ועיין בקצה"ח ריש סי' ל"ט וקצרתיו: ובעיקר ראיתי שהוכחתי מן מיתמי דאב"י דאף עמד בדין אינו גובה. יש לדחות זה משום די"ל דבאמת הסוכרים דאי שעבודא לאו דאורייתא אף מן יורשים אינו גובה היכא דלא שייך נעילת דלת כנ"ל.

וי"ל דס"ל פתרוץ הב' דגיטין (דף נו"ן) דאב"י סבר ש"ד. והא דאינו גובה אלא מזבורתית היינו משום דלא פלוג רבנן בניתמי.

ובאמת הפ"י הכריע שם דאב"י ס"ל ש"ד מדס"ל למפרע גובה. ולא ניקא לי' לומר דזהו משום דשעבוד דרבנן איכא עכ"פ.

א"כ ממילא נדחה ראיתי לפ"ז. וי"ל דמייגרי אב"י במה דאמר טמא טהרות ומת כו' בלא עמד בדין.

ולת"ל קמא דהתוס' גיטין שם י"ל דס"ל כשי' רוב פוסקים דס"ל דאף אי שעבודא לאו דאורייתא מ"מ גובה אף היכא דלא שייך נעילת דלת וכמבואר בסי' תי"ט. ועיין בפ"ד קאן ס"ק ד' שהביא בשם המרדכי דבגזקין אינו גובה מיורשים אם לא עמד בדין.

וטעמו פנ"ל לש"י הגהות אשרי והרשב"א בב"ק והראב"ד דהיכא דלא שייך נעילת דלת אינו גובה מיורשים בלא עמד בדין. והש"ך השיג שם עליו דאין לחלק לדינא ביניהם א"כ נדחה ראיתי הנ"ל.

ובעיקר מילתא דאי עמד בדין מהני בקנס נלע"ד לומר לכאורה דזה תלוי במה דנתבאר לדון אי עמד בדין מהני מה"ת או רק מדרבנן וקצרותי: ענף ה' שוב ראיתי להוכיח דאף בקנס מהני עמד בדין לגבות מבניו כשי' הש"ך.

מהא דב"ק (דף קט"ז) אמר לו רב הונא בר חינאי לר"נ על הא דאחוי אחויה דינא או קנסא א"ל מתניתין הוא כו' א"ל רב יוסף לרב הונא מאי נפקא לך מיני' אי דינא אי קנסא א"ל אי דינא גמרינן מיני' אי קנסא לא גמרינן מיני' כו' עכ"ל.

וקשה הא ה"ל לומר נפ"מ בפשיטות דאי הוי דינא חייב גם בנו לשלם ואי הוי קנסא לא קנסו בנו אחריו דהא כבר נפשטא האיבעיא דצורם אונן בכור בבכורות (דף ל"ד) ובמ"ק (דף י"ב) ובגיטין (דף מ"ד) דלא קנסו בנו אחריו כדאמר אב"י שם.

א"כ הוי נפ"מ רבתי ביניהו אי קנסו בנו אחריו בזה או לא. אף זה אין להקשות דהא המ"ל נפ"מ דאי הוי דינא א"כ קנסין שוגג כמו מזיד דהא אדם מועד לעולם ואי דד"ג קנסא אז לא קנסו שוגג אטו מזיד וכמש"כ הש"ך בסי' שפ"ו באריכות די"ל במה דאפתי תקשה דל"ל למימר בלשון דינא או קנסא הא הו"ל לומר בזה הלשון דד"ג הוי דאורייתא או דרבנן ואי הוי דרבנן ממילא לא קנסו שוגג וכמש"כ המרדכי.

והובא בפ"ד סי' שפ"ו ס"ק א' בפ"ד בד"ה ועוד נראה לי ראיה ממאי דפטרין כו'. דכתב שם בשם המרדכי דלכן פטור דד"ג באונס משום דלא הוי רק מדרבנן ע"כ לא חייב אלא במזיד עכ"ל.

א"כ אף בלא טעם דקנסא ג"כ פטור בשוגג כיון דאינו רק מדרבנן. ותקשה עדיין דלמה קרי ליה קנסא ולכן הקשה שפיר מאי נפ"מ דינא או קנסא לכן זהו אינו קושיא פלל.

[ויש להסביר כ"ז דלכן בדרבנן פטור שוגג משום דהא מבואר בח"מ סי' רל"ד דשוגג דרבנן א"צ פפ"ה כמבואר בנתיבות שם. לכן אפשר לומר מה"ט דמזיק בשוגג בדרבנן א"צ לשלם משום דלא עשה איסור דיהיה צריך פפ"ה].

אבל מה שהקשיתי דה"ל למימר נפ"מ אי קנסו בנו אחריו או לאו. תקשה מאוד.

והנלפענ"ד בְּזֶה מְשׁוּם דְּהָא מְבִנְיָא בְּרִשְׁבִּי"א ב"ב"ק (ד'ף ק"ד) ובשמ"ק שם דְּרַב נַחְמָן ס"ל פְּרַב וּשְׂמוּאֵל דס"ל ב"ב"ב (ד'ף קע"ו) וּבְקִדּוּשֵׁין (ד'ף י"ג) דְּמַלְנָה ע"פ אֵינוּ גּוֹבָה מִן הַיּוֹרְשִׁים. וְעֵינֵין בְּגִיטֵין (ד'ף נו"ן) בְּתוֹס' שָׁם.

וְעֵינֵין בְּתוֹס' ב"ק (ד'ף ק"ד) ד"ה מַלְנָה ע"פ הוּא כו'. ובב"ק (ד'ף מ"ג) וב"ב (ד'ף קכ"ה) דר"נ ס"ל גְּבִי קַרְקַע אֵין לוֹ וּבְתוֹס' שָׁם.

וְעֵינֵין ב"ב (ד'ף קנ"ז) וְקִצְרֵתִי: א"כ לִפְמִש"כ הַרְשָׁב"א וְהַשְׁמ"ק ב"ב הַנְּ"ל דת"ק ס"ל דְּאֵין גּוֹבֵין מִיּוֹרְשִׁים בְּמַלְנָה ע"פ. וְכֵן מְצִינוּ בְּעֶרְכֵין (ד'ף ו') עַל מַה דְּמְבִנְיָא בְּמִשְׁנָה שָׁם פְּלִגְמַת ת"ק עִם ר' יוֹסֵי דְּמַפְרֵשׁ רַב יוֹסֵף דת"ק סְבַר מַלְנָה ע"פ אֵינוּ גּוֹבָה מִיּוֹרְשִׁים כו'.

וְעֵינֵין בְּתוֹס' שָׁם (ד'ף ז') ד"ה מִיְתְּבֵי בּוֹר ב"ר"ה כו' דר' יוֹסֵף סְבַר שְׁעִבּוּדָא לָאוּ דְּאוֹרֵייתָא כו'. [וְהָא דְּאִמְרֵינֵין שָׁם וְאִיכָא דְּמַתְּנֵי לֵה אֶהָא כו' זֶהוּ תוֹסְפְתָא דב"ק.

מִסְתַּמָּא ס"ל לר' יוֹסֵף כַּת"ק דְּסַתְּם מִשְׁנָה]. וּלְפ"ז אֶתִּי שְׁפִיר מַה דְּהַקְשִׁיתִי עַל הָא דב"ק דְּשָׂאֵל ר' הוּנָא בַר חֲזִינָא לר' נַחְמָן אֵי הָוֵי דִּינָא אוֹ קְנָסָא וּפְשִׁיט לִי ר' נַחְמָן מִמַּתְּנִיתִין וְעַל זֶה שְׁפִיר הַקְשָׁה רַב יוֹסֵף מֵאֵי נַפ"מ דְּאֵין לוֹמַר דַּנַּפ"מ אִם לְקַנְסוּ בְּנוֹ אַחֲרֵיו.

דְּהָא זֶה אֵינוּ פִּינּוֹן דְּמִיִּירֵין אֲלֵיבֵי' דר' נַחְמָן דְּהָא רַב נַחְמָן הָיָה מְהִדַּר לְפִשְׁטוּט זֶה הַדִּין. וְכָבֵר נִתְבָּאָר דְּרַב נַחְמָן ס"ל דְּמַלְנָה ע"פ אֵינוּ גּוֹבָה מִן הַיּוֹרְשִׁים כַּמֶּש"כ הַשְׁמ"ק וְהַרְשָׁב"א ב"ב"ק פְּנ"ל.

א"כ אֲלֵיבֵי' דר' נַחְמָן אֶפִּילוּ מְמוּנָא אִם לֹא עָמַד בְּדִין אֵינוּ גּוֹבָה מִן הַיּוֹרְשִׁים וְע"כ מִיִּירֵי בְּעָמַד בְּדִין. וְהִיאָ דְּעָמַד בְּדִין אִף קָנַס גּוֹבָה מִן הַיּוֹרְשִׁים וְע"כ לֹא הָוֵי מְצִי לְמִימַר זֶה הַנַּפ"מ.

וְגַם הָא נִתְבָּאָר דְּרַב יוֹסֵף ס"ל ג"כ בְּכָל מַלְנָה ע"פ אֵינוּ גּוֹבָה מִיּוֹרְשִׁים. וְרַב יוֹסֵף הַקְשָׁה ב"ב"ק מֵאֵי נַפ"מ וְע"כ לֹא הָוֵי מְצִי לְמִימַר הָאֵי נַפ"מ.

א"כ לְפ"ז מוֹכַח כְּשִׁי הַשְׁ"ף דְּעָמַד בְּדִין גּוֹבָה אִף קָנַס מְבִנּוּ. וְהָא דב"ק (ד'ף ק"ד) וְעֶרְכֵין (ד'ף ו') מִיִּירֵי שָׁם ג"כ בְּנִזְקִין וּגְזֵילָה דְּהָוֵי מַלְנָה הַכְּתוּבָה בְּתוֹרָה וְכַמֶּש"כ הַשְׁ"ף בְּרִישׁ סִי' ל"ט דְּרַב וּשְׂמוּאֵל ס"ל אִף בְּמַלְנָה הַכְּתוּבָה בְּתוֹרָה אֵין גּוֹבָה מִיּוֹרְשִׁים א"כ שְׁפִיר פְּתַבְתִּי.

וְאַחַר כּוֹתְבֵי כ"ז מְצַאֲתִי בַלַּח"מ בְּרַמְבַּ"ם פ"ח ה"ל חוֹבֵל וּמְזִיק ה"ל א' שְׁהַקְשָׁה שָׁם ג"כ אִמְאֵי לֹא קָאָמַר הַשְׁ"ס ב"ב"ק (ד'ף קט"ז) הָאֵי נַפ"מ לְעַגְנֵן אִם לְקַנְסוּ בְּנוֹ אַחֲרֵיו. אִף לֹא תִירֵץ פְּלֵל וְיֵמָה שְׁפַתְבְּתִי הוּא נְכוּן.

וְיֵמָה דְּלֹא אָמְרוּ שָׁם הַנַּפ"מ לְעַגְנֵן אֵי מוֹדָה מִיְפִטְרָא. מוֹכַח מְזֵה כַּמֶּש"כ הַשְׁ"ף בְּסִי' שַׁפ"ח ס"ק נ"א דְּבַקְנָס דְּרַבְּנָן חֲזִיב ע"פ הוֹדָאָת עֲצָמוֹ ג"כ וְקִצְרֵתִי: וְע"פ מַש"כ לְעֵיל דְּנִטְלוּ מִסִּיקִין דְּאָמַר רַבָּה ב"ב"מ (ד'ף ט"ו) הַפְּנוּנָה בְּתַפְסוּ עֲבוּר חוֹבוֹ וְחֲזִיב לְשִׁלְמַם עֲבוּר הַנְּאָתוּ.

יֵשׁ לִיִּישׁב בְּזֵה מַה שְׁיֵישׁ לְהַקְשׁוֹת לִפְמִש"כ הַתוֹס' ב"ב"ק (ד'ף י"ד) וְהַשְׁ"ף בַּח"מ סִי' קִי"ט דְּנִזְקִין יֵשׁ לוֹ קוֹל וְגוֹבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי אִף בְּלֹא עָמַד בְּדִין. א"כ תַּקְשָׁה דְּמֵאֵי פְּרִיָּה הַגַּמ' שָׁם ב"ב"מ (ד'ף ט"ו) בֵּין לְרַבָּה וּבֵין לְרַבָּא מַלְנָה ע"פ הוּא וְאֵינוּ גּוֹבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי.

דְּהָא נִזְקִין יֵשׁ לֹו קוּל וְגוּבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי אַף בְּלֵא עֵמֵד בְּדִין א"כ מֵאֵי מִקְשָׁה הַגַּמ'. אָבֵל לִפְמַש"כ לְעֵיל א"ש דְּהָא הָאֵי נְטִלָה מִסִּיקִין הֵינְנו דְּתַפְסוּ עֲבוּר חוּבוּ א"כ אֵינוּ חֲזִיב מִשׁוּם מִזִּיק רַק מִשׁוּם הַנְּאָתוּ.

אַף זֶה אֵינוּ מִסְפִּיק לְתַרְץ אֲלֵא לְרַבָּה בַּר ר' הוּנָא אָבֵל לְרַבָּא דְמוֹקֵי שְׁם בְּתַפְרָה בִּיה בּוּרוֹת וְהַש"ס מִקְשָׁה שְׁם אַף לְרַבָּא. א"כ עֲדִינֵין תִּקְשָׁה דְּהָא הָוֵי נִזְקִין פְּנ"ל: אַף בְּאֲמַת זֶה אֵינוּ קִשָּׁה כָּלֵל דְּהָא הַתּוֹס' בַּב"ק (דָּף י') פְּתָבוּ דְּהָא דְנִזְקִין יֵשׁ לֹו קוּל וְגוּבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי אֵינוּ רַק לְמֵאֵן דַּס"ל דְּשַׁעְבּוּדָא דְאוּרֵייתָא.

אָבֵל לְמֵאֵן דַּס"ל שַׁעְבּוּדָא דְרַבְּנֵן אֲזִי לֹא מְהַנִּי קֵלָא וְאֵינוּ גוּבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי וְכֵן מְבִנְיָא בְּש"ף ס' קי"ט ע"ש. וְהָכָא בַּב"מ הַש"ס מְהַדֵּר לְתַרְץ אֲלֵיבָא דְשִׁמוּאֵל דַּס"ל שְׁבַח אֵין לֹו.

וְהָא שְׁמוּאֵל ס"ל דְּשַׁעְבּוּדָא לָאוּ דְאוּרֵייתָא אַף בְּמִלְוָה הַפְּתוּבָה בְּתוֹרָה. כְּמִבְנֵי בְּקוּדוּשִׁין (דָּף י"ג) וּבַב"ב (דָּף קע"ה) כַּמֶּש"כ הַש"ף בְּרִישׁ ס' ל"ט.

וְלָכֵן אַף דְּמַצִּינוּ לְרַבָּא דַּס"ל שַׁעְבּוּדָא דְאוּרֵייתָא כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין (דָּף נ'). עַכ"ז הָא פִּינֵן דְּעִיקָר תִּירוּצֵם הוּא אֲלֵיבָא דְשִׁמוּאֵל דַּס"ל שַׁעְבּוּדָא לָאוּ דְאוּרֵייתָא לָכֵן מִקְשָׁה שְׁפִיר הָא מְלוּה ע"פ הוּא כו'.

וּבְאֲמַת לְמַה דְּמְתַרְץ הַש"ס בְּעֵמֵד בְּדִין וְכֵן בַּב"ב (דָּף קע"ו) וּבַב"ק (דָּף ק"ד). מוּכַח מְזַה דְּמַעְלִייתָא דְעֵמֵד בְּדִין הָוֵי מִשׁוּם דְּהָוֵי כְּמִלְוָה בְּשִׁטְרָא לְכוּ"ע.

וְעִינֵין בְּרִישׁ"י ד"ה כְּשַׁעְמֵד בְּדִין כו'. וְלְעֵיל כְּתַבְתִּי מְזַה.

וְקִצְרַתִּי: עֲנָף וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְדוּן דְּאַף אֵי גִימָא כְּשִׁי הַסּוֹבְרִים דְעֵמֵד בְּדִין אֵין גוּבָה קִנְס מְבָנוּ. דַּע"ז יֵשׁ לְחַלֵּק אִם עֵמֵד בְּדִין וְכַתְּבוּ לֹו פְּסַק דִּין דְּאֲזִי גוּבָה מְבָנוּ אַף בְּקִנְס.

מִשׁוּם דְּהָא הַתּוֹס' בַּב"ב (דָּף קט"ה) ד"ה לֹא מִן הַיּוֹרְשִׁים כו' פְּתָבוּ דְעֵמֵד בְּדִין הָוֵי מִשׁוּם קוּל וְלֹא מִשׁוּם דְּתַפְס דָּאִם הָוֵי כְּתַפְס א"כ אֲמַאי מְשַׁמֵּט בְּעֵמֵד בְּדִין עַכ"ל. לָכֵן פִּינֵן דְּמְבִנְיָא בְּמִשְׁנָה בְּשִׁבְעֵית פ' י' מִשְׁנָה ב' דְּכָל מַעֲשֵׂה ב"ד אֵינָם מְשַׁמְטִין וְזִהוּ דוֹקָא בְּכַתְּבוּ פַּס"ד כְּמִבְנֵי בִירוּשְׁלַמִי וּבַר"ש שְׁם וּבַח"מ ס' ס"ז וּבְבִיאוֹר הַגְּר"א זצ"ל שְׁם מִשׁוּם דְּאֲזִי הָוֵי כְּגַבּוּי וְהָוֵי כְּמוֹ דְנִזְכָּה בּוֹ הַתּוֹבֵעַ כְּבָר.

וְהַתּוֹס' בְּגִיטִין (דָּף מ"ד ע"ב) ד"ה נְטִיבָה כו' פְּתָבוּ דְבִשְׁטֵר שְׁיֵשׁ בּוֹ רַבִּית שְׁקוּנְסִין אוֹתוֹ לְעוֹלָם. מִשׁוּם דְּכִינֵן דְּכָבֵר זָכָה בּוֹ הַלְוָה שְׁאֵנִי.

וְהָא דְלֹא קִנְסוּ בְּנוֹ הֵינְנו הֵיכָא דְמַחְסֵר גְּוִבְיָנָא וְלֹא הָוֵי כְּגַבּוּי וְכִינֵן דְּכַתְּבוּ פַּס"ד הָוֵי כְּגַבּוּי וְזָכָה כְּבָר הַנִּזְזֵק וּמְמִילָא מוֹצִיאִין אַף מְבָנוּ גַם בְּקִנְס. וְעַפ"ז יֵשׁ לִי ג"כ לִינְשֵׁב מַה שְׁהַקְשִׁיתִי לְעֵיל מְהָא דַּב"מ (דָּף ט"ו) דְּבַעֲמֵד בְּדִין גוּבָה מִמְשַׁעְבְּדֵי אַף בְּקִנְס.

דִּי"ל דְעֵמֵד בְּדִין דַּב"מ שְׁם מִיָּרִי בְּכַתְּבוּ פְּסַק דִּין. וְזִהוּ מוֹכְרָח בְּלֵא"ה לְפִי שִׁטַּת הַסּוֹבְרִים דְּהָא דְעֵמֵד בְּדִין גוּבָה מְלַקְחוֹת מִיָּרִי בְּכַתְּבוּ פְּסַק דִּין מִשׁוּם דְּהָא דְאָמְרוּ דְּמַעֲשֵׂה ב"ד כְּמֵאֵן דְּנִזְכָּתָב דְּמִי מִיָּרִי בְּכַתְּבוּ פְּסַק דִּין וְכַמֶּש"כ הַש"ף ס' ל"ט ס"ק כ"ד וְס' ע"ט ס"ק ל'.

וגם הביא שם בשם כמה פוסקים דהקשו דהאיך מצי לגבות מלקוחות בעמד בדין והא מצי לטעון פרעתי ונזחוש לקנוניא ותירצו דמיירי בכתבו לי' כו' וכינן דחזינו דלהך שיטת הפוסקים הנ"ל הוי הפירוש דעמד בדין דמיירי בכתבו פסק.

א"כ שפיר פתבתי לפרש דמיירי בכתבו פסק דבכה"ג גובין אף מבניו פן י"ל לכאורה. אף באמת יש לדון בזה הרבה דא"כ כמה דקיי"ל דשט"ח לא פגבוי דמי וכבית הלל.

דא"כ היכא דיש לו פסק דיהיה בזה פגבוי בספק פרעון. ובאמת אין זה במשמע פן מהפוסקים: ובעיקר הקושיא מש"כ לעיל להקשות על שי' הסמ"ע דס"ל דבקנס אף בעמד בדין לא קנסו בנו אחריו.

והקשיתי לעיל מהא דב"ק (דף קי"ז) דא"ל ר' הונא בר חינאי לר' נחמן דינא או קנסא והקשו שם מאי נפ"מ אי דינא או קנסא. והקשיתי הא נפ"מ אי עמד בדין דאי נימא קנסא לא קנסו בנו אחריו אף בעמד בדין.

ונראה לי פעת לתרץ זה. משום דיש להסביר שי' הסמ"ע כמה דס"ל דאף בעמד בדין לא קנסו בנו אחריו.

דאף דקיי"ל בכתובות (דף מ"ב) גבי קנס דאורייתא דהיכא דעמד בדין הוי ממונא. וע"ן בב"ק (דף ע"ב) תוס' ד"ה סיפא כו' ובכתובות (דף ל"ח ע"ב) ד"ה יש פגר בקבר כו'.

משום די"ל בסברת הסמ"ע דלדין דקיי"ל דבעינן סמוכים מה"ת רק שליחותייהו דקמאי עבדינן. ומבואר ברמב"ן על התורה ובר"נ בגיטין דז"א רק מדרבנן כמש"כ לעיל בסי' א'.

לכן אף דמצינו בדינא דגרמי גובין בזמן הזה משום דזה מקרי מידי דשכיח ועבדינן שליחותייהו. עכ"ז י"ל דאין פח לב"ד דאינם סמוכים רק כמה דמהני תפיסת הבע"ד.

וכינן דבכל מה דאין גובין בזמן הזה מהני תפיסת בע"ד. ע"כ יש לומר דבזה דנקא תקנו דב"ד הדיוטות יכולין לגבות אף בזה"ז משום דאינם עושים דבר מחודש רק הוי כמו שכופתין יד הנתבע כדי שיהיה התובע יכול לתפוס.

ואחר דאתי לידו הא ממילא הוי תפס דלא מפקינן מינן. ועיין בסי' ע"ג סעי' ט"ו בשי' הריב"ש דבמכירת משפון לא בעי ב"ד מןמחין ובקצה"ח שם ס"ק יו"ד דאף בקרקע היכא דהוא מוחזק ג"כ פנ"ל וזהו שייכות לענינינו וקצרתיו: וכה"ג פתב האלפס בכתובות (דף פ"ו) גבי האי מאן דאיכא עליו כתובת אשה ובע"ח לבע"ח יתבינן כו'.

מוכח מזה דתפיסה מהני בשני בע"ח ביום א' דאל"כ איך מפסידן זכות האשה כ"כ וכמש"כ שם הרא"ש והרשב"א יעניין שם. אבל אם נימא דתפיסה מהני אז לא מפסידן זכות האשה אלא אין מניחין לה לתפוס וממילא מהני תפיסת הב"ח.

והארכתי בזה במק"א. וה"ה י"ל בהא דמצינו דאף דאין לנו סמוכין בזמן הזה ואין לנו פח לדון רק מצד תקנת חז"ל דעבדינן שליחותייהו פנ"ל.

י"ל דלא תקנו זה רק היכא דתפיסה מהני דהיכא דמהני תפיסתו לכו פיון דב"ד מתפיסין לו הוי פאלו תפס מעצמו ומהני. אבל מציינן דב"ד דבזמן הזה יהיה להם פת לעשות מקנס דין ממון דהא זהו דבר מחודש לגמרי.

דכיון דבקנס לא קנסו בנו אחריו ולא מהני אף תפיסת הבע"ד במת המזיק.

ע"כ מנלן דתקנו דיהיה פת לב"ד דזמן הזה לעשות מקנס דין ממון דכיון דלא מציינו זה בפירוש ע"כ במסברא אין לנו לומר כן. וכדמציינו באלפס שכתב לחלק פנ"ל.

וקא דמציינו דעמד בדין אף בזה"ז גובה ממשעבדי זהו כמש"כ התוס' בב"ב (דף קע"ה) דהא דעמד בדין גובה מן משעבדי זהו משום קלא. וקא דח"מ סי' ס"ז סעי' ט"ז גבי שמיטה אינו ענין לכאן קלל.

וקא דגיטין (דף פ"ח) דמעשין על גיטין מידי דהוי אהודאות והלנאות. שא"ה דכיון דמציינו דתקנו חז"ל דב"ד דזמן הזה יכולין לכוף ממילא בגיטין פיון דכופין עד שייאמר רוצה אני א"כ שיהי' בי מצוה לשמוע דברי חכמים כמבואר בב"ב (דף מ"ח).

וקא דמקבלינן בזה"ז כו' שא"ה עפ"י שיטת ר' נתנאל דהובא בקדושין (דף ס"ב) תוס' ד"ה גר צריף כו'. דשא"ה דכתיב לדורותיכם כו'.

ועיין בסמ"ע סי' א' ס"ק ג' וקצרותי. פן יש להסביר שי' הסמ"ע דבקנס אף עמד בדין לא מהני לגבות מן יורשי': וכ"ז הוא לדין דקיי"ל דבעינן מה"ת סמוכים.

אבל לר' נחמן דס"ל שנים נשדנו דיניהם דין כמבואר בב"ב (דף מ') ובסנהדרין (דף ה') ובכתובות (דף כ"ב) ובתוס' שם. א"כ מה"ת חד פשר כמבואר בריש סנהדרין.

וב"ד דזמן הזה יכולין לדון מה"ת. רק מה דלא נשכים כמו גזילות וכה"ג בעי מומחין.

ע"כ מהני לר"נ ב"ד דבזמן הזה אף בקנס לענין דאם מת יקנסו בנו אחריו דהא דינא דגרמי נשכים ומה"ט גובין בזה"ז ולא בעינן מה"ת סמוכים בכזה. ע"כ גם בעמד בדין דב"ד דזמן הזה הוי ממון כמו בכל קנס פנ"ל.

ע"כ שם בב"ק דאמרו לר"נ אי דינא או קנסא שפיר מקשו מאי נפ"מ. דאין לומר דנפ"מ לענין אם מת אם קנסו בנו אחריו.

דזה אינו לר"נ דנתבאר לעיל דס"ל דכל מלנה ע"פ אינו גובה מירשנים בלא עמד בדין. , א"כ אם לא עמד בדין גם ממון אינו גובה מירשנים.

ואם עמד בדין הא לר"נ מהני עמד בדין אף בקנס מה"ת פנ"ל לשונו' מקנס דין ממון. אבל לדין שפיר י"ל דלא מהני עמד בדין בכד ד דזמן הזה דאינו אלא מדרבנן.

שיהיה עי"ז חוב ממון משום דאין רק לב"ד דזה"ז רק לברר החוב ולעשות שיהיה פמוןחזק פנ"ל. ועיין בסי' ק"ג סעי' ו' דיש אמרים במשכונה מוחזקת כו' ובקצה"ח סי' ע"ג ס"ק יו"ד.

ומש"כ לעיל דלר"נ דבדד"ג גם מה"ת חד פשר יש מקום לזה עפ"י הא דח"מ סי' א' סעי' ג' בהגה"ה שם בשם הנ"י ואלו שם בסעי' ד' גבי דד"ג סתם דגובין זה בזה"ז וקצרותי:

אף עדיין יש לדון בזה לפי מה דמבואר בסי' ק"ג סעי' ח' דאם ירד המלנה לנגסי לנה בלא רשות ב"ד אינו פלום.

אלמא דאף במקום דלא מהני תפיסת הבע"ד בעצמו בלא ב"ד מ"מ ע"י ב"ד אף בזה"ז מהני. וכן לפי מה דמבואר ברא"ש בכתובות פ"ט סי' י"א דהא דמהני תפיסת בע"ח בשני חובות ביום א' בקרקע.

דז"א רק בגבי' ע"י ב"ד אבל בגבה מעצמו לא מהני אלמא דאף היכא דבעינו ב"ד דווקא מהני גם ב"ד דזמן הזה. ועיין בח"מ סי' ע"ג סעי' ט"ו ש"ך ס"ק מ' ובאו"ת שם.

ולכן העיקר כמש"כ הש"ך דעמד בדין מהני אף בזמה"ז בקנס דיגבו מבנו אחריו. ומ"מ דברי הסמ"ע יש ליישב.

עפ"י מה שנתבאר פנ"ל ולחלק ע"פ הא דסי' ק"ג סעי' ו' ובסמ"ע ס"ק י' ובט"ז ואו"ת ובסי' ק"ד ש"ך ס"ק י"ד ובב"י שם. ובקצרה י"ל בל"ז דהא דכתובות (דף מ"ב) דעמד בדין ממון הוי לא מצינו פן רק בב"ד דמה"ת אבל בב"ד דזה"ז דאינו אלא מדרבנן לדידן לא מצינו פן.

וי"ל דאין להם פח לעשות מקנס דין ממון: וכן יש להעיר בהא דב"ב (דף צ"ד ע"א) אמרי לה דינא ואמרי לה קנסא גבי אם בא לנפות מנפה פולו ופי' הרשב"ם והרא"ש נפ"מ אם ידעינו דלא עירב כו'.

וכן פתבו הנ"י והשמ"ק שם שארי נפ"מ לענין אם מגבינו בבב"ל ושאר נפ"מ. ובאמת בזה יש לעיין לפמש"כ הרא"ש בגיטין פ"ד סי' מ"א דקנסות דרבנן גובין בבב"ל ואכמ"ל בזה.

וקשה אמאי לא נקטו פולם הנפ"מ לענין אם קנסו בנו אחריו. אכן לפמש"כ לעיל א"ש דהא רב הונא אמר שם להך דבא לנפות מנפה פולו.

ורב הונא ס"ל בכל דוכתי פרב רבי' כמבואר בשבת (דף קכ"ח). וכיון דרב ס"ל שעבודא לאו דאורייתא כמבואר סוף ב"ב ובקדושין (דף י"ג) ולכן מלנה ע"פ אינו גובה מיורשים.

א"כ ה"ה לרב הונא כל מלנה בע"פ אינו גובה מיורשים אלא בעמד בדין. [ועיין בש"ך סי' ל"ט ס"ק מ"ט באה"ד שם בד"ה שוב נראה בעיני להכריע פהרשב"א כו' שכתב שם דדוחק לומר דס"ל לרב הונא שעבודא לאו דאורייתא עכ"ל.

ובאמת אדרבה הא מוכח דרב הונא ס"ל שעבודא לאו דאורייתא כדס"ל לרב רבי'. א"כ הא בעמד בדין קונסין בנו אחריו לשי' הש"ך פנ"ל.

ע"כ לא קאמרי כל הנה ראשונים שם להך נפ"מ. ויהנה מזה ג"כ הוכחה לשי' הש"ך.

דהעיקר לדינא דעמד בדין קנסו בנו אחריו. ויש להאריך בהא דב"ב הנ"ל: ב (שם סעיף י"א סמ"ע ס"ק מ') כתב דגבי לקוחות אם בא בע"ח וטרף מהן דלא שייך בהו לומר מצנה על היורשים לפרוע חוב אביהם אם לא הניח אביהם רק מטלטלין.

משום דעביד אינש דזבין ארעא ליומא רק אם הניח קרקע שאני וכ"כ הטור שם סעיף ל"ב: ענה א ויש להעיר בזה מהא דב"ב (דף מ"ג ע"א) דאמרו וכי קנו מידו מאי הוי הרי

מעמידה בפני בע"ח כו' ומתרחץ דהב"ע דקניבל עליו אחריות כו' אלא אחריות דאתי' לי' מחמתו'.

ופי' הרשב"ם בד"ה אלא אחריות כו' דסוף סוף לנה רשע כו' גבי חבירו שקניבל אחריות כו' ולקמן בשמעתין מוכח דמקרי לנה רשע מוכר באחריות וטרפויה מן הלוקח ואינו משלם לו עכ"ל הרשב"ם.

וכן אי' שם לקמן (דף מ"ה) דמקשו סוף סוף לגבי אינדה נמי לנה רשע כו' הוא דאמר להכי זביגי לה שלא באחריות. אלמא דאף בחיוב אחריות שקניבל ע"ע שנייה בי' לומר לנה רשע בפני הבריות ג"כ דהא התם עיקר הסברא דלא ניחא לי' דליהוי לנה רשע כו'. וכמש"כ הרמב"ן בחי' לב"ב דרוצה לצאת ידי הבריות דלא מקרי לי' לנה רשע כו' וע"כ מעיד שקר. והובא בש"ך סי' ל"ז ס"ק א' ע"ש.

ועיין בש"ך סי' ל"ז ס"ק י"א. וכיין דמצינו דגם בחוב אחריות שנייה לומר בי' דהוי לנה רשע כו' א"כ יש לומר דאף בחוב אחריות שנייה לומר מצנה על היורשין לפרוע חוב אביהם אם הניח להם מטלטלין.

דעיקר הטעם דמצנה על היורשים לפרוע חוב אביהם הוא כמש"כ הסמ"ע בסי' ק"ז ס"ק א' דזהו משום מצות כבוד אב שגנאי הוא לאביהם בפני הבריות שיהא בכלל לנה רשע ולא ישלם כו'. וכמש"כ התוס' בכתובות (דף פ"ו) ד"ה פריעת בע"ח כו'.

וכיין דגם בחוב אחריות שנייה בי' לומר דהוי לנה רשע כו'. א"כ הדין נותן דאף גבי יורשים שנייה לומר מצנה עליהם לפרוע חוב אביהם בחוב של אחריות שקניבל אביהם כיין דהוי לנה רשע ויהוי בזה ג"כ גנאי לאביהם כנ"ל.

וגם מוכח מן הגמ' בב"ב ה"ל דאין לחלק כלל בין חוב הלואה לחוב אחריות דאי נימא לחלק ביניהם א"כ מה מקשה הש"ס שם סוף סוף לגבי אינדה נמי לנה רשע כו'. וכן שם לעיל (דף מ"ג) כנ"ל.

הא י"ל דנוח לו לסלק לבע"ח של חוב הלואה ביותר מן חוב אחריות וע"כ מוכח דשון הם גם בפני הבריות כנ"ל ועי"ש בשמ"ק. ולפ"ז יש להקשות דאיך פתבו הקא בפשיטות לחלק דבחוב של אחריות ליכא בי' מצנה על היורשים לפרוע חוב אביהם דמגלן זה ואדרבה הא יש להוכיח להקפד וכנ"ל: ואפשר לומר דהא דכתבו הטור והסמ"ע דבחוב אחריות ליכא מצנה על היורשים לפרוע חוב אביהן דמיירי בלא קניבל אחריות בפירוש.

אף דקיי"ל אחריות ט"ס מ"מ כיין דמצינו לשמואל ושאר מ"ד דס"ל אחריות לאו ט"ס כמבואר בב"מ (דף י"ד). וידוע מש"כ התוס' בסנהדרין (דף נ"ג) ד"ה הא לית לי' קדושין כו' דלא שנייה לומר אדם יודע היכא דפליגי בזה > ואף דלא קיי"ל כפונתו' לדניא.

וכ"כ התוס' בב"מ (דף ט"ו ע"ב) ד"ה ונתן לו. וכה"ג פתב הש"ך בסי' מ"ב ס"ק כ' וס"ק כ"א וס"ק כ"ב ע"ש.

וכה"ג איתא בגיטין (דף נ"ה ע"א) דאיכא למימר טעי בדר' רמיה. ולפי"ז י"ל בסברת הטור והסמ"ע דכתבו דבחוב אחריות לא הוי מצנה על היורשים משום דעביד דזבין ארעא ליומא.

דטעמם הוא דכיון דמצינו פלוגתא בגמ' אי אמרינן אחריות ט"ס או לא וְלֹא כ"ע דינא גמירי וְשִׁינָה בְּזוּלָה לומר לסברת הש"ס דב"ב (דף ה') דמי יזמר דמחייבי' לי' רבנן. וְלֹא לֹא יְהִי בְּזוּלָה גְּנָאֵי לְאַבְיָהוֹן אִם לֹא יִשְׁלְמוּ לְבַע"ח שֶׁל הָאֲחֵרִיּוֹת.

משום דהא לא יְהִי בְּזוּלָה לְוָה רְשָׁע כו' בְּפָנֵי הַבְּרִיּוֹת כ"כ. דְּהָא לֹא כ"ע יְדַעֵי דְהוּא חַיִּיב לְשַׁלֵּם לְהַלּוּקָה אֲף בְּלֹא הַתְּנָה בְּפִי מִצַּד אֲחֵרִיּוֹת ט"ס.

וְלִכְּנֹן שְׁפִיר אָמְרוּ דְּמַחְמַת דְּעַבְיָד דְּזַבִּין אַרְעָא לְיוֹמָא לֹא הוּי מְצוּה עַל הַיּוֹרְשִׁין לְפָרוּעַ חוּב אַבְיָהוֹן. וְכִמּוֹ דְּאָמְרוּ בְּב"מ (דף י"ד) טַעְמָא דְּשִׁמוּאֵל דְּס"ל בְּבָא בַע"ח וְטָרַף דְּלֹא הוּי אֲחֵרִיּוֹת ט"ס מְשׁוּם דְּעַבְיָד דְּזַבִּין לְיוֹמָא: וְכָל זֶהוּ רַק לְאַחַר דְּמַסִּיק הַש"ס בְּב"ב (דף מ"ה) שֶׁם לְתַרְזֵן בְּמָה דְּהִקְשׁוּ לִי סוּף סוּף לְגַבִּי אֵינְדָּה נְמִי לְוָה רְשָׁע כו'.

משום דאמר לי' לְהַכִּי זַבִּינִי לְוָה שְׁלֵא בְּאַחֲרִיּוֹת. אֲלֵמָא דְּהִיכָא דְּלֹא קִיבַל ע"ע חוּב אֲחֵרִיּוֹת בְּזוּלָה לֹא מְקַרֵי לְוָה רְשָׁע כו'.

ע"כ שפיר י"ל אף לדידן דקיי"ל אחריות ט"ס. עכ"ז פִּינּוֹן דְּלֹא כ"ע דינא גמירי וְיִסְבְּרוּ דְּאִינּוּ חַיִּיב בְּאַחֲרִיּוֹת בְּזוּלָה ע"כ לֹא הוּי בְּכָלֵל לְוָה רְשָׁע.

אָבַל הַש"ס בְּקוֹנְשִׁינָתָם דְּהִקְשׁוּ שֶׁם סוּף סוּף לְגַבִּי אֵינְדָּה נְמִי לְוָה רְשָׁע כו' וְהִיָּה ס"ל אִזְ דְּאֲף בְּהַתְּנָה בְּפִי שְׁלֵא בְּאַחֲרִיּוֹת ג"כ שִׁינָה לְוָה רְשָׁע כו' ע"כ מְקַשׁוּ שְׁפִיר סוּף סוּף לְגַבִּי אֵינְדָּה כו'.

וכן הָא דְּלַעִיל שֶׁם (דף מ"ג) דְּמִיָּרִי שֶׁם בְּקִיבַל עָלָיו אֲחֵרִיּוֹת דְּכִינּוֹן דְּפִי הָאֲחֵרִיּוֹת ע"כ הוּי שְׁפִיר לְוָה רְשָׁע כו' בְּפָנֵי הַבְּרִיּוֹת ג"כ. וְהַסְּמ"ע וְהַטּוֹר מִיָּרִי הִכָּא בְּלֹא הַתְּנָה בְּפִירוּשׁ בְּחִיּוּב אֲחֵרִיּוֹת עָלָיו.

ולפ"ז י"ל דְּהִיכָא דְּהַתְּנָה בְּפִי לְחִיּוּב אֲחֵרִיּוֹת עָלָיו בְּעַת הַמְּכִירָה דְּבַכָּה ג' הוּי מְצוּה עַל הַיּוֹרְשִׁים לְפָרוּעַ חוּב אַבְיָהוֹן כְּדִי שְׁלֵא יְהִיָּה גְּנָאֵי לְאַבְיָהוֹן בְּפָנֵי הַבְּרִיּוֹת שְׁלֵא יְהִיָּה בְּשֶׁם לְוָה רְשָׁע כו': אֲכֹן מְסַתִּימַת הַטּוֹר וְהַסְּמ"ע מְשַׁמַּע דְּאֲף בְּפִירוּשׁ לְחִיּוּב אֲחֵרִיּוֹת עָלָיו ג"כ לֹא הוּי מְצוּה עַל הַיּוֹרְשִׁים לְפָרוּעַ חוּב אַבְיָהוֹן.

וְלֹא חִזְקוּ רַק בֵּין עָרְב וּבֵין לְקוֹחוֹת דְּמְשַׁמַּע דְּבְּלִקּוֹחוֹת עֲצָמָם לֹא מְחַלְקִינּוּ כָּלֵל וּבְכָל גְּוֹנֵי לֹא אָמְרִינּוּ בְּהוּא לְמְצוּה עַל הַיּוֹרְשִׁים כו'. דָּאִם לֹא פִּן הִיָּה לְהֵם לְחַלֵּק בְּלִקּוֹחוֹת עֲצָמָן בֵּין קִיבַל בְּפִי אֲחֵרִיּוֹת עָלָיו וּבֵין מוֹכֵר סְתָמָא.

וע"כ מוכח דטעמם הוא דאף דשינא לומר לְוָה רְשָׁע בְּחִיּוּב אֲחֵרִיּוֹת מ"מ לֹא אָמְרוּ מְצוּה עַל הַיּוֹרְשִׁים כו' בְּחוּב בְּזוּלָה. מְשׁוּם דְּהַבִּית יוֹסֵף בַּח"מ ס' ק"ח ס"ק ל"ב כְּתִב לְבָאָר לְדַבְּרֵי הַטּוֹר הַנֶּ"ל דְּכֹן כְּתִב הַבַּעַת וְהַמְּאֹר.

וְכַתֵּב דְּטַעְמָם הוּא דְּלֹא אָמְרִינּוּ מְצוּה עַל הַיּוֹרְשִׁין לְפָרוּעַ חוּב אַבְיָהוֹן אֲלֵא לְמַלְוָה אוּ לְעָרְב שְׁעָשׂוּ חֶסֶד עִם אַבְיָהוֹן אֲבָל לְקוֹחוֹת לֹא עָשׂוּ עִמּוֹ חֶסֶד שְׁדָרָה הַקּוֹנִיִּים לְקִנּוּת שְׁדָה לְצוּרָה יוֹם אֶחָד כו' הַלְכָּה פִּינּוֹן שְׁלֵא עָשׂוּ עִמּוֹ חֶסֶד אִינְה מְצוּה לְפָרְעָם עכ"ל הַבִּית יוֹסֵף שֶׁם.

וּלְפִי הַטַּעַם הַלְזוֹ הַדִּין הוּא כִּן אִף שְׁקִיבֵל אַחֲרֵי בְּפִירוּשׁ עָלָיו דְּג"כ שִׁינְיָה טַעַם הַלְזוֹ דְּכִינּוֹן דְּלֹא עֲשֵׂה חֶסֶד עִם אַבְיָהֶם ע"כ לֹא אָמְרוּ בְּזֵה לְמַצְנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים כּו': וּי"ל דְּבִאֲמַת אִף דְּשִׁינְיָה בְּכֵזָה לְזֵה רְשָׁע כּו' פּנ"ל בּב"ב.

עכ"ז מְחַמַּת דְּלֹא עֲשׂו עִמּוֹ חֶסֶד לֹא אָמְרוּ כִּן. וְדוֹקָא בְּהָא דב"ב גְּבִי חֲשִׁישׁ עֲדוּת שְׁקָר מְשׁוּם שְׁלֵא יְהִיָּה לְזֵה רְשָׁע כּו' בְּזֵה י"ל דְּאִף גְּבִי חַיּוּב אַחֲרֵי אָמְרוּ כִּן.

וּמָה דְּהִקְשׁוּ שָׁם סוּף סוּף כּו'. אִף דּבב"ח שִׁינְיָה לּוֹמֵר הַסְּבָרָא שְׁעֲשֵׂה עִמּוֹ חֶסֶד פּנ"ל עכ"ז גְּבִי חֲשִׁישׁ שְׁעִיעִיד שְׁקָר מְשׁוּם שְׁלֵא יְהִיָּה לְזֵה רְשָׁע כּו'.

דְּכִינּוֹן דְּהוּי עֲדִינּוֹן לְזֵה רְשָׁע גַּם בְּחַיּוּב אַחֲרֵי ע"כ לֹא נִחְשָׁד לְהַעֲיִד שְׁקָר מְשׁוּם מָה דְּבַחֻב הַלְנוּאָה יְהִיָּה בְּיוֹתֵר לְזֵה רְשָׁע כּו'. אַבְּל גְּבִי מַצְנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים כּו' חִזְקוּ בְּזֵה.

וְזֵה א"ש בְּיוֹתֵר לְפַמְש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף פ"ו) ד"ה פְּרִיעַת בַּע"ח כּו' בְּשֵׁם רִש"י דְּהָא דְּאָמְרוּ מַצְנָה עַל הַיּוֹרְשִׁין לְפָרוּעַ כּו' הוּי זֵה רַק מְדַרְבְּנָן וּכ"כ הַרְשָׁב"א לְכַתְּנֻבוֹת (דָּף פ"ו) שָׁם. ע"כ רָאוּ לְחַלֵּק בֵּינֵיהֶם כִּן דְּלֹא בְּכָל גְּוֹנֵי אָמְרוּ לְהַדִּיף מַצְנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים לְפָרוּעַ חוּב אַבְיָהֶם.

וְעִינּוֹן מְזַה בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' ח"מ ס' ב' וּמָה שֶׁהִבְאֵתִי שָׁם בְּשֵׁם הַיְרִוּשְׁלָמִי חֲגִיגָה סוּף ה"א דְּבַחֻב עוֹלָת רֵאִיָּה לְתַבְנוּעַ אִין תּוֹכְעִין מְשׁוּם דְּלֹא בְּכָל גְּוֹנֵי אָמְרוּ לְהַדִּיף מַצְנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים ע"ש.

וּלְעֵיל ס' ק"ז סְעִיף א' בְּאֵרְתִי בְּאֵרְנוֹפָה קִצָּת לְהַיְרִוּשְׁלָמִי הַנָּ"ל ע"ש: עֲנָף ב' וְהִנֵּה לְקַמּוֹן ס' קכ"ג סְעִי' י"א בְּשָׁ"ף ס"ק כ"ד הִבְיָא שָׁם בְּשֵׁם הַסַּמ"ע שָׁם ס"ק י"ז דְּדַעַתּוֹ דְּאִין לְחַלֵּק בֵּין חוּב הַלְנוּאָה שְׁחִיב לְהַלְזֵה וּבֵין חוּב שְׁחִיב הַלְזֵה לְהַעֲרַב שְׁשִׁילָם עֲבוּרוֹ לְהַמְלִיָּה וְהַשָּׁ"ף שָׁם חֵלֵק עָלָיו וְכַתֵּב דִּי"ל דּוֹקָא בְּחוּב אַחֲרֵי כִּינּוֹן שְׁלַחַח מְעוֹת מְהַלּוֹחַח ה"ל לְזֵה רְשָׁע כּו' בְּפִנֵי הַבְּרִיּוֹת.

אַבְּל הֶכָּא שְׁלֵא הַלְזֵה מְהַקְבֵּלָן כְּלוּם אֲפָשָׁר דְּלֹא ה"ל לְזֵה רְשָׁע לְגַבִּי קַבְּלָן וּא"כ הוּי נוֹגַע בְּעֲדוּת וּמַכְש"כ לְפַמְש"כ הַרְמָב"ן בּב"ב כּו' דַּה"ק דְּלֹא לִיקְרִינִי לְזֵה רְשָׁע כּו' וְלַהּוֹצִיא יְדֵי הַבְּרִיּוֹת מִתְּפִינּוֹן עכ"ל וּא"כ בְּעֲרַב מְסַתְּמָא לֹא רִגִּילִי אִינְשֵׁי לְמַקְרִי לְזֵה רְשָׁע כּו'.

עכ"ל הַשָּׁ"ף. אַכּוֹן מְמָה דְּכַתְּבוּ כָּל הַרְאִשׁוֹנִים הֶכָּא גְּבִי מַצְנָה עַל הַיּוֹרְשִׁין לְפָרוּעַ חוּב אַבְיָהֶן דְּזֵה אִינוּ רַק בְּחוּב הַלְנוּאָה לְהַלְזֵה אוֹ לְהַעֲרַב אַבְּל בְּחוּב אַחֲרֵי לֹא אָמְרִינּוּ כִּן.

א"כ חֲזִינּוֹן דְּאֲדַרְבֵּה בְּחוּב שְׁחִיב לְעַרְב חֲמִירָא לְאִינְשֵׁי בְּיוֹתֵר מִן חוּב אַחֲרֵי וּמָה"ט הוּי בְּזֵה גְּנָאִי וּקְלוֹן אַבְיָהֶם בְּיוֹתֵר מִן חוּב אַחֲרֵי. ע"כ הַעֲיָקֵר כַּמַּש"כ הַסַּמ"ע שָׁם דְּגַם חוּב שְׁחִיב לְהַעֲרַב הוּי לְזֵה רְשָׁע בְּפִנֵי הַבְּרִיּוֹת.

דְּזֵהוּ כַּש"כ מִן חוּב אַחֲרֵי דְּמַצִּינוּ לְהַדִּיָּא דַּה"ל לְזֵה רְשָׁע גְּבִי נוֹגַע בְּעֲדוּת וְגַם הַשָּׁ"ף לֹא כַּתֵּב שָׁם רַק בְּלִשׁוֹן אֲפָשָׁר פּנ"ל וְכַה"ג כַּתֵּב הַשָּׁ"ף בְּסִי' ל"ז ס"ק י"א דְּבַחֻב נְזַקִּין לֹא ה"ל לְזֵה רְשָׁע כּו'. וְהַתְּנָמִים בְּסִי' ל"ז ס"ק ה' חוֹלֵק שָׁם עַל הַשָּׁ"ף וְהַעֲלָה דְּאִף בְּחוּב נְזַקִּין ה"ל לְזֵה רְשָׁע כּו' ע"ש: וְע"פ סְבַרְת הַשָּׁ"ף דְּכַתֵּב דְּבַנְזַקִּין לֹא ה"ל לְזֵה רְשָׁע.

א"כ לַפ"ז י"ל דְּבַחֻב נְזַקִּין לֹא יְהִיָּה בְּזֵה מַצְנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים לְפָרוּעַ חוּב אַבְיָהֶן דְּהוּי כַּש"כ מִן חוּב אַחֲרֵי דְּמַצִּינוּ דַּה"ל לְזֵה רְשָׁע כּו' וְאַפ"ה לִיכָּא בִי מַצְנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים

לפרוע חוב אביהם. א"כ כש"כ בחוב נזקין דליכא בי' לנה רשע גבי נוגע בעדות לשי' הש"ף דנודאי לא הוי בנה מצנה על היורשים כו'.

ולפ"ז במה שהביא הרא"ש בב"ק פ"א סי' י"ט בשם ר' אפרים שפתב לחלק דאף האידנא דתקנו הגאונים לגבות ממטלטלי אינו רק בחוב הלואה וכתובה ולא בנזקין משום דבמילתא דלא שכיחא לא תקנו.

והרא"ש חלק עליו משום דבדורות הללו משונעדים מטלטלי פקרקע מן הדין כו' וכן הוא שי' הרי"ף והרמב"ם שם והובא זה בטור סי' תי"ט ובש"ף סי' תי"ט ס"ק ה' ובטור סי' ק"ז ע"ש. ואי נימא כמש"כ הש"ף דבחיוב נזיקין לא ה"ל לנה רשע כו'.

א"כ הא יש לחלק בפשיטות דלמא לא תקנו כן הגאונים רק בחוב הלואה וכתובה דה"ל מצנה על היורשים כו' משא"כ בנזקין פינן דלא ה"ל לנה רשע כו'. א"כ מה"ט לא שייך בי' למצנה על היורשים כו' ע"כ אפ"ש דלא תקנו הגאונים לתקנתן בנה.

ומדלא כתבו פולם כן מוכח דבאמת גם בחוב נזקין שייך מצנה על היורשין כמו דסתמו בנה ובנודאי ה"ל בחוב נזקין ג"כ לנה רשע כו' וכמש"כ האו"ת שם דכיון דחייבה תורה לשלם בנזקין א"כ ה"ה כמו מלנה ואדרבה ה"מירה תורה עליו לשלם במיטב עכ"ל האו"ת.

ומשמע מזה דאף בנזקי ממונו כמו בור ושור וכה"ג"כ ה"ל לנה רשע כו' פינן דהחמירה התורה בהו"ג"כ לשלם במיטב ושייך גם בהו"ג סברת האו"ת הנ"ל. וכן במה שהזיק בשוגג פינן דאדם מועד לעולם כו' דבכל זה ה"ל לנה רשע כו': ולכאורה יש להעיר במה דפרי"ך הש"ס בב"ב (דף קע"ה) למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא מהא דחופר בור ברה"ר דחייבים לשלם דמי השור.

ולפי המבואר בירושלמי בחגיגה פ"א סוף הל' א' דאף לשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא עכ"ז בירשו קרקע תובעין וכגירסת הקרבן העדה שם. [ועיין בירושלמי שקלים פ"א ה"ד לתבוע תובעין כו' וקצרת].

והפוננה הוא משום מצנה על היורשים כו' דבירשו קרקע נחתינן רק חז דרזא מן מ"ד ש"ד. ומצינו בב"מ (דף צ"א ע"א) בחוסם פי פרה לוקה ומשלם ומתריץ רבא דמשלם לצי"ש.

ועיין בתוס' שם ד"ה בבא לצי"ש כו' אלמא דאף דנקטו שם סתמא משלם ובכל דוכתי דנקטו לתשלומין בשואל ושוכר בחיוב מזונות הפרה וכה"ג הוי זה חיוב גמור ע"פ דין. ואפ"ה מפרשינן הכא להך משלם דהוא לצי"ש.

א"כ ה"ה יש לפרש להא דקתני חייבין לשלם דמי השור דזהו למצנה על היורשין אף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא: ואף דאמרו בלשון חייבין לשלם מ"מ הא מצינו גם לשון זה בב"מ (דף קי"ד ע"ב) ת"ר המלנה חבירו אינו רשאי למשכנו ואם משכנו חייב להחזיר לו.

והא בהשבת העבוט לא כפינן משום דהוי מצנה שמתן שכרה בצידה כמבואר בח"מ סי' צ"ז. ואף במשכון שלא ברשות מבואר שם בסמ"ע ס"ק ט"ו דאין כופין.

ואפ"ה אמרו בזה לשון חייב להחזיר. א"כ תקשה דמאי פריה הגמ' הכא על מאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא מהא דתני חייבין לשלם.

הא י"ל דהך חייבין זהו למצנה על היורשים משום מצות פיבוד אב אף דלא כפינן ע"ז משום דה"ל מתן שכרה בצידה. ועיין בח"מ סי' ק"ז בסמ"ע ס"ק ב' ובש"ף ס"ק א'.

ואין לחלק דשאני בהשבת העבוט דאין כופין בזה לעולם בשום אופן ועיקר חיובו תמיד הוא רק למצנה ע"כ שנייה שפיר למיתני ביה לשון חייב. משא"כ בחוב נזקין דבכ"מ חיובו הוא בכפיני ממש.

ע"כ דחוק לומר דהך חייבין הוא למצנה. דז"א דהא מצינו בהך דחוסם פי פרה משלם דאף דבכ"מ הוי כה"ג חיוב גמור פנ"ל מ"מ מוקי רבא התם דהך משלם הוא לצי"ש.

ועיין בתוס' ב"מ שם ד"ה בבא לצי"ש כו' במה שהקשו תנא תני ישלם כו' ומה דתי' בתי' השני שם וכן בתי' ג' שם. א"כ תקשה דמאי פריה הש"ס הכא מן פרייתא דחופר בור כו'.

הא י"ל דזהו משום מצנה על היורשים כו' ע"פ מצות פיבוד אב. וכן הקשה הש"ס בערכין(דף ז') מן הך דחופר בור ברה"ר על מאן דס"ל מלנה בע"פ אינו גובה מיורשים. ותקשה ג"כ פנ"ל: אכן לפי שיטת הש"ף ה"ל דס"ל דבחוב נזקין לא ה"ל לנה רשע כו'. א"כ לפ"ז יש לומר דבחוב נזקין לא ה"ל מצנה על היורשים.

דזהו נלמד במכש"כ מן חוב אחריות דה"ל לנה רשע כו'. ואפ"ה לא הוי ביה מצנה על היורשים כו'.

ע"כ א"ש מהא דהקשו בב"ב ובערכין מן הך דחופר בור ברה"ר. משום דהא בנזקין לא ה"ל לנה רשע וע"כ לא שנייה בזה מצנה על היורשים כו'.

ויהיה מזה סייעתא להש"ף. אמנם לפמש"כ האו"ת לחלוק על הש"ף ואף בחוב נזקין ה"ל לנה רשע כו'.

ואף בנזקי ממונו שנייה סברת האו"ת פנ"ל א"כ תקשה פנ"ל. ועוד דכיון דמבואר בירושלמי חגיגה ה"ל דבירשו קרקע תובעין מהיורשים וזהו משום מצנה כו'.

אף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא פנ"ל ואף בחוב קרבן. א"כ ונדאי אין לחלק בזה בין חוב נזקין לחוב קרבנות ותקשה פנ"ל: והעיקר מה שנלע"ד בזה לפמש"כ האו"ת בסי' צ"ז ס"ק ט"ז והקצה"ח שם ס"ק ט' דהיא דמשכנו שלא ברשות דיש בו חיוב מלקות כבטנו להעשה או בלא קיימו דהוי לאו הניתק לעשה דאז כפינן על השבת העבוט ע"ש.

ע"כ י"ל דבאמת אין סברא לפרש ללשון חייבין דזהו למצנה בלבד. והא דב"מ (דף קי"ד) דאמרו לשון חייב להחזיר גבי השבת העבוט.

אף דה"ל מ"ע שמתן שכרה בצידה. עכ"ז הא כופין במשכנו שלא ברשות על מ"ע דהשבת העבוט פנ"ל.

ולכן אין ראיה מהתם לומר ולפרש דלשון חייבים לשלם יהיה על חיוב לצי"ש. ודוקא בלשון משלם או לשון ישלם לפמש"כ התוס' שם בתי' ב' מצינו דפירשו על לצי"ש.

וגם הָתָם גּוֹפֵא פְּלִיגֵי אַמּוֹרָאֵי אַם מְפָרְשִׁינוּן לְהַדְּ מְשַׁלְּם דְּהָתָם עַל חַיִּיב לְצִי"ש וְרַק רְבָא מְפָרְשׁ שָׁם כּוֹן. אַבְּל שְׁאָרֵי אַמּוֹרָאֵי לֹא גִיחָא לְהוּ שָׁם בְּתִירוּץ רְבָא הַנָּ"ל.

וּמִהַדְּרֵי לְתִירוּצֵי בְּתִירוּצֵי אַחֲרֵינֵי מְשׁוּם דְּכִינּוּן דְּחַיִּיב מְזוֹנוֹת בְּפָרְהַה הַשְּׂכוּרָה וְכַה"ג דְּקַתְּנֵי בְּכָל דְּוֹכְתֵי הָוֵי הַפְּנוּנָה עַל חַיִּיב לְשַׁלְּם ע"פ דִּין. וְע"כ לֹא גִיחָא לְהוּ לְפָרְשׁ הָתָם עַל חַיִּיב לְצִי"ש.

וְה"ה בְּהָא דְּחוּפְרָ בּוֹר כּוֹ'. וְעַפ"ז יֵשׁ לְדוּן בְּהָא דְּעַרְכִּין (דָּף ז') וּבְמַש"כ הַתּוֹס' שָׁם בַּד"ה מִתְּבִי בּוֹר בְּרַה"ר כּוֹ'.

וְקַצְרֵתִי: עָנָף ג' וּבְעֵינֵי דְּבָרֵי הַטּוֹר וְהָרֵאשׁוּנִים הַנָּ"ל דְּכַתְּבוּ דְּבַחוּב אַחֲרֵיּוֹת לִיכָא בְּזָה מְצָנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים כּוֹ' וְכַתְּבֵי לְעִיל דְּכַה"ג אָמְרוּ בִּירוּשְׁלַמִּי חֲגִיגָה פ"א סוּף ה"א דְּאָף לְתַבְּנֵעַ אִין תּוֹבְעִין מִמַּטְלָטְלִין שְׁל יוֹרְשִׁים בְּחוּב קַרְבָּנוֹת וְכַה"ג.

וְכַעַת רְאִיתִי דְּיֵשׁ לְהַעִיר בְּזָה עֲדִינּוּן דְּהָא מְבֹאָר שָׁם בִּירוּשְׁלַמִּי דְּלָמ"ד ש"ד הַדִּין הוּא דְּאָף בִּירוּשׁוֹ מַטְלָטְלִין לְתַבְּנֵעַ תּוֹבְעִין. וְנָהוּ מְשׁוּם מְצָנָה עַל הַיּוֹרְשִׁין וְכוּפִין בְּדְבָרִים וְכַעֲבִין מַש"כ הַתּוֹס' בְּכַתְּבוֹת (דָּף מ"ט) ד"ה אֶפְסֵי רְבָא כּוֹ'.

מְשׁוּם דְּנַחֲתִינוּן חַד דְּרָגָא אֲלִיבָא דְּר' יוֹחָנָן דַּס"ל ש"ד וּבְקַרְקַע לְמַשְׁכּוֹן מְמַשְׁפְּנִין ע"כ בְּמַטְלָטְלִין לְכָל הַפְּחוֹת לְתַבְּנֵעַ תּוֹבְעִין לְהַדְּ מ"ד. א"כ עֲדִינּוּן י"ל לְדִינָא לְהַפּוֹסְקִים דַּס"ל ש"ד דְּלִדְיָדְהוּ הַדִּין נוֹתֵן דְּאָף בְּחוּב אַחֲרֵיּוֹת שְׁיִיף לֹאמַר מְצָנָה עַל הַיּוֹרְשִׁין בִּירוּשׁוֹ מַטְלָטְלִין.

דְּנוֹדָאֵי אִין לְחַלְקַ בְּזָה בֵּין חוּב קַרְבָּנוֹת וְכַה"ג וּבֵין חוּב אַחֲרֵיּוֹת וְכַה"ג. וּבְאַמַּת הָא מוּכָח בְּטוֹר בְּכַמְהָ דְּוֹכְתֵי דַּס"ל ש"ד וְעִינּוּן בְּשִׁי"ף ס' ל"ט ס"ק ב'.

וְאַפ"ה פְּתַב הַטּוֹר הָכָא בְּסִי ק"ח דְּבִירוּשׁוֹ מַטְלָטְלִין לִיכָא מְצָנָה עַל הַיּוֹרְשִׁין. אָף בְּכּוֹנוֹת הַטּוֹר הָכָא י"ל דְּהָא מִיִּירֵי בְּלֹא הַנִּיחַ פְּלָל וְקֹאֵי בְּשִׁי הַסּוֹבְרִים דְּאָף בְּלֹא הַנִּיחַ פְּלוּם מְצָנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים לְפָרְנֵעַ כּוֹ' א"כ יֵשׁ לְחַלְקַ.

אָף מִן הַב"י וְהַסַּמ"ע דְּכַתְּבוּ כּוֹן לְדִינָא אָף בְּהַנִּיחַ מַטְלָטְלִין. א"כ מוּכָח דְּאָף דַּס"ל לְהַב"י דַּש"ד כְּמְבֹאָר בְּסִי ל"ט וְאַפ"ה כְּתָבוּ בְּפִשְׁטוֹת הָכָא דְּבַחוּב אַחֲרֵיּוֹת לִיכָא מְצָנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים א"כ תְּקַשָּׁה ע"ז מִן הַיּוֹרְשִׁים הַנָּ"ל: וְהַנְּלַע"ד בְּזָה וְהוּא דְּהָא בְּעַרְכִּין (דָּף כ') אִיתָא חוֹמֵר בְּעַרְכִּין מִבְּנֵדְרִים אָמַר עֲרַפִּי עֲלֵי נִמְתַּן יִתְּנוּ יוֹרְשִׁים כּוֹ' ש"מ מְלֹנָה בַּע"פ גּוֹבָה מִן יוֹרְשִׁים כּוֹ'.

וְקַשָּׁה דְּמֵאֵי מְקַשָּׁה הַגַּמ' הָא י"ל דְּהָדָּ תְּתַנוּ יוֹרְשִׁים הַפְּנוּנָה הוּא מְשׁוּם מְצָנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים כּוֹ'. וְכַעֲבִין מַה דְּאָמַר רְבָא בַּב"מ (דָּף צ"א) דְּמַשְׁלֵם דְּהָתָם קֹאֵי עַל לְצִי"ש וְכוּן יִשְׁלֵם לְפַמַּש"כ הַתּוֹס' שָׁם כַּנָּ"ל.

א"כ ה"ה י"ל כּוֹן בְּהָדָּ דְּקַתְּנֵי תְּתַנוּ יוֹרְשִׁים. וּמְצַיְנוּ כַה"ג בַּב"מ (דָּף ל"ז) דְּאָמְרוּ בַּגַּמ' שָׁם לְמַה דְּקַתְּנֵי נוֹתֵן לְזָה מְנָה כּוֹ' דְּזָה לְצִי"ש עִי"ש.

ע"כ יֵשׁ לְפָרְשׁ לְהָא דְּתְּתַנוּ יוֹרְשִׁים דְּזָהוּ מְשׁוּם מְצָנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים. דְּהָא מְבֹאָר בִּירוּשְׁלַמִּי הַנָּ"ל דְּאָף לְשִׁמוּאֵל דַּס"ל שְׁעַבּוּדָא לָאוּ דְּאוֹרִייתָא עַכ"ז בִּירוּשׁוֹ קַרְקַע לְמַשְׁכּוֹן מְמַשְׁפְּנִין וְנַחֲתִינוּן חַד דְּרָגָא וְקֹאֵי הָתָם עַל חוּב קַרְבָּנוֹת.

א"כ ה"ה י"ל פן בְּהַדָּה דְּהָאוֹמֵר עֲרַפֵּי עֵנִי. וּמִדְּמַקְשׁוֹ בִּשְׁ"ס פֶּן וְהוֹכַרְחוּ לְתַרְזֵן דְּמִיָּרִי
בְּעֵמֶד בְּדִין מוֹכַח מְזֵה דְּהַשְׁ"ס דִּילֵן לֹא ס"ל כְּשִׁיטַת הִירוּשְׁלָמִי בְּזָה.

אַלְא ס"ל דְּכִינּוֹן דְּבַחֹב עֲרַכִּין לֹא הָוִי בִּי מְצֻנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים כּו' ע"כ בְּיָרְשׁוּ קַרְקַע ג"כ
לִיכָא מְצֻנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים. וּלפ"ז מְמִילָא מוֹכַח דֵּה"ה לְמ"ד ש"ד דְּדָאָף דְּאָמְרוּ בִירוּשְׁלָמִי
אַלְיָבִיָּה דְּהַדָּה מ"ד דְּבִירְשׁוֹ מְטַלְטְלִין תּוֹבְעִין מִשׁוּם מְצֻנָה.

דְּהַשְׁ"ס דִּילֵן לֹא ס"ל לְהַכְלִיל שְׁל הִירוּשְׁלָמִי דְּאָמְרוּ דְּנַחְתִּינוּ חַד דְּרָגָא בְּזָה. אַלְא ס"ל
לְש"ס דִּילֵן דְּכִינּוֹן דְּלִיכָא מְצֻנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים בְּחֹב פְּזָה וּמְחַלְקִינוּ בֵּין חוֹב קַרְבָּנוֹת וְכֵה"ג
וּבֵין חוֹב הַלְנוּאָה לְגַבְיָא מְצֻנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים.

דֵּה"ה אָף לְמ"ד ש"ד אָמְרִינוּ ג"כ דְּלִיכָא בְּחוֹב פְּזָה מְצֻנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים בְּיָרְשׁוּ מְטַלְטְלִין:
וּלפ"ז מוֹכַח מִן ש"ס דִּילֵן דְּהַדָּה פְּלָא דְּאָמְרוּ מְצֻנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים כּו' דְּלֹא בְּכָל דְּוֹכְתִי
אָמְרוּ פֶּן. וְאָף דְּהַתְּחִיב א"ע עַל עֲרַכִּין וְגַם הָא חֲיִיבִי הַתּוֹרָה.

עכ"ז לֹא אָמְרוּ בְּזָה לְהַדָּה מְצֻנָה עַל הַיּוֹרְשִׁין הִיכָא דְּלִיכָא בִּי תוֹרַת שְׁעֵבוֹד נְכֹסִי ע"פ דִּין.
א"כ שְׁפִיר יְלָפִי מְזֵה הָרְאִשׁוֹנִים דֵּה"ה בְּחוֹב אַחְרִיּוֹת פִּינוּן דְּלֹא גָמַל חֶסֶד עִם אַבִּיהֶם
נְכֹסְבַרַת הַב"י הַנ"ל דְּלֹא שְׁיִיף בְּזָה מְצֻנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים.

מִשׁוּם דְּהָא חֲזִינוּן דְּלֹא בְּכָל דְּוֹכְתִי אָמְרוּ פֶּן. ע"כ מְמִילָא יֵשׁ לְנוּ לְחַלְק מְעַצְמִינוּ בְּאִיזָה
סְבָרָא מְעֻלִיא בְּזָה.

וּכְעֵין זֶה יֵשׁ לְהַעִיר בְּהָא דְּקְדוּשִׁין (דָּף י"ג) בְּהָא דְּהַאֲשָׁה שְׁהִבִּיאָה חֲטָאתָה יְבִיאוּ יוֹרְשִׁים
עוֹלְמָה דְּפִלְגִי בְּזָה שְׁמוּאֵל וּר' יוֹחָנָן אִם זֶהוּ בְּהַפְרִישָׁה אוֹ לֹא. וְהָא י"ל לְכוּ"ע דְּקָאִי
הַתָּם בְּחִיּוּב מְצֻנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים וּמִיָּרִי אָף בְּלֹא הַפְרִישָׁה.

וְאֶפְשָׁר לֹאמַר בְּזָה דְּעִיקַר פְּנוּנְתָם שְׁם לְהוֹרוֹת לְנוּ הַפְּלוּגָתָא אִם ש"ד אוֹ לֹא וּכְמוֹ דְּאָמְרוּ
בִירוּשְׁלָמִי שְׁם עַל הָא דְּהַאֲשָׁה שְׁהִבִּיאָה חֲטָאתָה כּו'. וְעֵינּוּ בִירוּשְׁלָמִי בְּחִיּוּבָה שְׁם
בְּפִירוּשׁ הַפ"מ שְׁם וּלְפַמְש"כ יֵשׁ לְעֵינּוּ בְּדְבָרֵיו וְקַצְרָתִי: עֲנָף דְּנָכָל זֶהוּ רַק בְּזִמְנָה גַּמ'
אַבְל מִימֵי הַגָּאוֹנִים וְאִילָף דְּתַקְנוּ דְּמְטַלְטְלִי דִּיתְמִי מְשַׁתְּעָבְדִי א"כ אָף בְּחוֹב אַחְרִיּוֹת
וְכֵה"ג אָף דְּלִיכָא בְּזָה מְצֻנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים.

מ"מ גּוֹבִין מְטַלְטְלִי דִּיתְמִי וּכְמַש"כ הַשְׁ"ף הָכָא בְּס"ק כ"ב וְדַחַה לְדַבְרֵי הַסַּמ"ע שְׁם
ס"ק מ' וְלְדַבְרֵי הַב"ח. וּבְאַמַּת לְכַאוּרָה יֵשׁ לְדוֹן בְּזָה ע"פ הַסְּבָרָא שְׁפַתְבְּתִי לְעִיל דִּישׁ
מְקוֹם לֹאמַר דְּלִמָּא לֹא תַקְנוּ הַגָּאוֹנִים לְתַקְנָתָם אַלְא הִיכָא דְּהָוִי מְצֻנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים כּו'.

א"כ ה"ה יֵשׁ לְדוֹן הָכָא בְּחוֹב אַחְרִיּוֹת דְּכִינּוֹן דְּלִיכָא בִּי מְצֻנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים א"כ מְנַלְן לְהוּ
דְּהַגָּאוֹנִים תַּקְנוּ אָף בְּכֵה"ג דְּמְטַלְטְלִי דִּיתְמִי מְשַׁתְּעָבְדִי. וְאֶפְשָׁר דְּזֵה תְלִיא בְּמַש"כ
הָרָא"ש בְּב"ק פ"א ס' י"ט לְחַלּוֹק עַל ר' אֶפְרַיִם גַּבִּי חוֹב נְזַקִּין הַמוּבָא לְעִיל וְטַעְמוֹ
דְּהַאֲדָנָא מְטַלְטְלִי כְּמַקְרָעִי מְדִינָא דַּגְמ' אָף בְּלֹא תַקְנָה כּו' וְכ"כ הַטּוֹר בְּס' ק"ז וּבְס'י
ת"י ט' וְהוּבָא בְּש"ף הָכָא.

וְעֵינּוּ בְּש"ף ס' ק"ז ס"ק ב' וּבְסַמ"ע שְׁם. א"כ י"ל דֵּה"ט שְׁיִיף אָף הִיכָא דְּלֹא הָוִי מְצֻנָה
פְּלָל.

וע"כ פתבו דגם בחוב אחריות גובין האידנא ממטלטלי דיתמי ולא חילקו ביניהם פלל ועיין מזה באה"ע סי' ק' ובב"ש ס"ק ב'. ובאו"ת סי' ק"ז ס"ק ד' פתב לדון נפ"מ אי נימא דתקנת הגאונים הנ"ל הוא מן הדין או מפח תקנתא בעלמא.

ולפמש"כ הא הוי מזה נפ"מ לחוב אחריות וכהנה דאי נימא דלא הוי רק תקנתא בעלמא א"כ אפשר לדון דכה"ג לא תקנו. ולכה"פ הוי ספק תקנתא והבו דלא לוסוף עלה.

אף מדברי האחרונים הנ"ל נראה דס"ל דאף היכא דליפא מצנה על היורשים ג"כ דיינינו לתקנת הגאונים הנ"ל אף אי נימא דלאו דינא הוי רק מתקנתא בעלמא: ולענ"ד נראה לדון כמש"כ לעיל דהיכא דלא הוי מצנה על היורשין לפרוע חוב אביהם דלא דיינינו בזה לתקנת הגאונים דתקנו לגבות ממטלטלי דיתמי.

והוא פי מצאתי בעז"ה בתשובת הריב"ש סי' שצ"ב דכתב שם דלכן תקנו הגאונים פן משום דבדורות הללו סמיכת דעת המלנה על המטלטלין ג"כ. או משום דהא מצנה על היורשים לפרוע חוב אביהם אף דאין כופין לכן ראו הגאונים לתקן מפני תקון העולם שראו לכופן במצנה זו בגביית מטלטלין בב"ד כו' עכ"ל.

הרי להדיא בהריב"ש דכתב כמש"כ לדון דאי נימא דזה לא הוי רק תקנתא בעלמא לגבות ממטלטלי דיתמי דעיקר התקנה הנה משום מצנה על היורשים כו'. א"כ לפ"ז בחוב אחריות וכה"ג דכינו דליפא בזה מצנה על היורשים כו'.

דמה"ט אף האידנא לאתר תקנת הגאונים אין גובין מהם אי נימא דזה לא הוי רק תקנה בעלמא. והאו"ת בסי' ק"ז ס"ק ד' פתב בשם הרב מהראשונים שכתבו דזה לא הוי רק תקנה בלבד.

ולא ס"ל לסברת הרא"ש דב"ק בפ"ק דהאידנא הוי עיקר דעתן על מטלטלין כמו על קרקעי. וכן מוכח ממש"כ הסמ"ע בסי' ק"ז ס"ק ו' דזה אינו אלא מצד תקנתא ולכן בירשו קרקע ומטלטלין יכולין היורשים לסלקו בקרקע.

וכ"כ הב"ש באה"ע סי' ק' ס"ק ד' ע"ש. אף לפמש"כ הקצה"ח בסי' ק"ז ס"ק ג' אינו ראיה מהתם.

אף הא הסמ"ע לא פתב פן. וכ"כ הטור בסי' ק"ז סעיף ח' דאם מכרו המטלטלין פטורין דאוקמא אדאורייתא וכ"כ הסמ"ע שם ס"ק ט"ו.

אלמא דס"ל דזה אינו רק תקנה בלבד ולא כמש"כ הרא"ש דעכשיו דעתו על מטלטלין דינו כמו מקרקעי. ועיין בבבאור הגר"א זצ"ל סי' ק"ז ס"ק ט'.

והוי נפ"מ רבמה עפ"י זה בין שיטת הסופרים דעכשיו הוי זה עפ"י דין תורה או מתקנתא: ולפ"ז יש לדון דהנכון עם הב"ח שכתב דבחוב אחריות י"ל דלא תקנו הגאונים לתקנתם דלא תקנו פן רק בבע"ח משום געילת דלת וכן בחוב גזילה כדי לנעול בפני עושה עולה.

אבל בלקוחות לא תקנו פלום דעביד דזבין ארעא ליומא כו' ודלא כמש"כ בספר בדין הבית כו' עכ"ל הב"ח. והובא בש"י סי' ק"ח ס"ק כ"ב ששייג על הב"ח.

אָבֵל לְפִי דַעְתִּי הֵנְכוֹן הוּא עִם הַב"ח אִף לֹא מִטַעֲמוֹ כִּי יֵשׁ יְסוּד לְזֶה מִן הַרִיב"ש הַגָּל
וְאֶפְשָׁר לְהַעֲמִים זֶה בְּכַוֵּנַת הַב"ח הַגָּל ג"כ. וְהוּי זֶה סְפִיקָא דְדִינָא וְאִין מוֹצִיאִין מֵהֶם
בְּחֹב אַחֲרִיּוֹת.

וְאִף דְּבָחוּב נִזְקִין קִי"ל דְּגוֹבִין מִמַּטְלָטְלִין דִּיתְמִי הָאִידְנָא פְּמִבְנָאָר בְּסִי תִי"ט. עִכ"ז י"ל
דְּשֵׁא"ה ע"פ מִש"כ הָאו"ת בְּסִי ק"ז ס"ק ד' עִפ"י סְבָרַת הָרֵא"ש דְּב"ק הַגָּל.

וְגַם י"ל דְּשֵׁאנִי נִזְקִין דְּשִׁינָה הֵתָם מַצָּוָה עַל הַיּוֹרְשִׁים כְּנ"ל. אִף אִם תְּפַס הַבַּע"ח מְהַנִּי
תְּפִיסָתוֹ דִּיכוֹל לֹמַר קִים לִי פְּסָבַרַת הָרֵא"ש דְּב"ק הַגָּל דְּבִזְמַן הַזֶּה דְּדַעְתּוֹ אִמַּטְלָטְלִין
הָוִי זֶה כְּמוֹ קַרְקַע.

א"כ לְפִי שִׁיטָה זוֹ וְנִדְאִי דְּאִף בְּחֹב אַחֲרִיּוֹת גוֹבִין מִמַּטְלָטְלִי דִּיתְמִי אָבֵל בְּלֹא תְּפַס אִין
מוֹצִיאִין מֵהִיתוּמִים בְּחֹב אַחֲרִיּוֹת וְכֵה"ג. וְלָכֵן שְׁפִיר פְּתַב הַסֵּמ"ע לְתַמּוּהָ דְּלָמָּה הַשְּׁמִיט
הַמַּחְבֵּר לְהַף דִּינָא.

אִף דְּבַמָּה דְּסִינִים הַסֵּמ"ע שָׁם דְּאֶפְשָׁר דְּפָשִׁיט הָיָה בְּעֵינָיו כו'. זֶה אִינוֹ בְּדַעַת הַמַּחְבֵּר כְּפִי
שְׁפָתַב בְּב"י וּבְבָדָק הַבֵּית.

עִכ"ז לְדִינָא בְּמָה דְּס"ל לְהַסֵּמ"ע בְּזֶה פְּשִׁיטַת הַב"ח שְׁפִיר פְּתַב. וְכֵן נִרְאֶה לִי עֵינָר:
הַעוֹלָה לְנוּ מִכָּל מָה דְּנִתְבָּאָר דְּאִף בְּפִירֵשׁ בְּפִירֵשׁ שְׁמַקְבֵּל אַחֲרִיּוֹת ע"ע ג"כ לִיפָא בְּזֶה
מַצָּוָה עַל הַיּוֹרְשִׁים לְפָרוּעַ חוֹב אֲבִיָּהֶם אִם לֹא יִרְשׁוּ רַק מִטְלָטְלִין אִף לְמֵאן דְּס"ל ש"ד.

וְגַם הָאִידְנָא לֹא גְבִינֵן מִמַּטְלָטְלִי דִּיתְמִי בְּחֹב כְּזֶה וְכֵה"ג אִף אִם תְּפַס מְהַנִּי תְּפִיסָתוֹ. וְגַם
נִתְבָּאָר דְּהֵנְכוֹן עִם הַסֵּמ"ע בְּסִי קכ"ג שְׁפָתַב דְּאִף בְּחֹב שְׁחִיב לְהַעֲרַב שְׁיָיָה ג"כ לֹמַר
דֵּה"ל לְזֶה רְשָׁע כו' וְדִלָּא כְּהַש"ף בְּס"ק כ"ד שָׁם שְׁנִסְתַּפֵּק בְּזֶה וְעוֹד כְּמָה עֲנִינִים נִתְבָּאָרוּ
בְּזֶה הַקּוּנְטְרָס: ג (שָׁם סְעִיף י"ב) אִם הָיָה הַשְּׁטֵר מְשִׁפּוֹנָא כו' גוֹבָה בְּלֹא שְׁבוּעָה כו'.

וּבְש"ף ס"ק כ"ה וְאִם הוּא מְשִׁפּוֹן בְּלֹא שְׁטֵר וּמַת לְזֶה בְּחִי מְלֻנָּה כו' וְלַעֲנֵנ"ד נִרְאֶה עֵינָר
דְּצָרִיף שְׁבוּעָה אֶלָּא דְּמ"מ אִין אוֹמְרִים אֲמַש"ל בְּזֶה כו' וְאִדְרַבָּה נִלְעַנ"ד מְדַכְתַּב הָרֵא"ש
פ' חז"ה דְּטַעֲנִינֵן לִיתְמִי כָּל מָה דְּמַצִּי אֲבוֹהֵן לְמַטְעוֹן וּמְשַׁבְּעִינֵן לְמְלֻנָּה כו' ה"נ אֵלוֹ הָוִי
אֲבוֹהֵן טַעֲוִין אִישְׁתַּבַּע לִי דְּלֹא פְּרַעַתִּיף מְשַׁבְּעִין לִי וְא"כ טַעֲנִינֵן לְהוּ כָּל מָה דְּמַצִּי אֲבוֹהֵנוּ
לְמַטְעוֹן וּמְשַׁבְּעִינֵן לִי.

אִף מָה דְּס"ל לְר"י מִיגֵשׁ דְּאֶמְרִינֵן אִין אָדָם מוֹרִישׁ שְׁבוּעָה לְבָנָיו בְּזֶה נִרְאֶה עֵינָר כְּשֵׁאָר
פּוֹסְקִים שְׁחוֹלְקִים עָלָיו וְכִמוֹ שְׁפָסַק הַמַּחְבֵּר וְלֹא מִטַעֲמָיָה אֶלָּא מִטַעֲמֵם דְּכִינֵן שְׁיֵשׁ בְּיָדוֹ
מְשִׁכּוֹנָא מוֹחֲזָקַת לֹא אֶמְרִינֵן אֲא"מ שְׁבוּעָה דְּאִין אוֹמְרִים כְּףֵר רַק לְהוֹצִיא מְמוֹן וְלֹא כְּשֵׁהוּא
מְוַחֲזָק כו' עִכ"ל הַש"ף: וְלַעֲנֵנ"ד נִרְאֶה לְהַסְבִּיר מִטַעֲמֵם אַחַר דְּאִף דְּצָרִיכִין שְׁבוּעָה מ"מ
לֹא דִּינִינֵן בְּזֶה אֲא"מ שְׁבוּעָה דְּהָא עֵינָר חַיִּיב שְׁבוּעָה הֵכָא בְּמְשִׁכּוֹנָא הוּא מְשׁוּם הַטַּעֲמֵם
שְׁפָתַב הַש"ף דְּאִתִּי עָלָה מְשׁוּם דְּטַעֲנִינֵן לִיתְמִי מָה דְּמַצִּי אֲבוֹהֵנוּ לְטַעוֹן אִישְׁתַּבַּע לִי דְּלֹא
פְּרַעַתִּיף כו'.

וּמְשַׁמַּע דְּלוּלִי הַסְּבָרָא דְּטַעֲנִינֵן לִיתְמִי לֹא הֵינֵנוּ מְשַׁבְּעִינֵן לִי הֵכָא בְּמְשִׁכּוֹנָא. וְהִנֵּה הַתּוֹס'
בְּשְׁבוּעוֹת (דָּף מ"א ע"א) ד"ה וְכִי מָה בֵּין זֶה כו' פְּתַבוּ דְּשְׁבוּעַת הַבָּא לִיפְרַע מִיתוּמִים
אִין הַטַּעֲמֵם מְשׁוּם דְּטַעֲנִינֵן לִיתְמִי דְּהָא אִף הֵכָא דְּלֹא מַצִּי אֲבוֹהֵנוּ לְטַעוֹן טַעֲנִינֵן לִיתְמִי

ומחייבין שבועה כו' אלמא עבוד רבנן תקנתא ליתמי אפילו במקום שאין האב יכול להשביע עכ"ל התוס'.

ונהו דלא פשיטת רש"י בכתובות (דף פ"ז) ע"ש. וכמו דכתב הפני יהושע בכתובות (דף פ"ז) לבאר בטוב טעם דהך שבועת יתומים אין זה משום אישטבע לי וראיה לזה דהא בטענת אישטבע לי אם מתה ולא נשבעת גובין היורשים בשבועה שלא פקדנו ואלו בנפרעת מנכסי יתומים ומתה קודם שנשבעת קיי"ל אין אא"מ לבניו אלמא דלאו הא ביקא תליא כו' וע"כ הטעם דביתומים ולקוחות חיישינן טפי לפרעון ולצררי ושובר כו' עכ"ל הפנ"י.

והנתיבות בסי' ק"ח ס"ק א' פתב דשבועת יורשים לאו משום דטענינן להו דהא שבועת אישטבע לי להרבה פוסקים לאו שבועת המשנה ושבועת היורשים שבועת משנה ולענין הרבה דברים תמורה שבועת היורשים משבועת אישטבע לי כו' ע"ש.

וכתב פן מסברא דנפשי' ובאמת כפר הקדמו התוס' וכמש"כ הפנ"י להסביר זה פן: ולפ"ז יש לומר במאי דאמרו בכתובות (דף נ"ה) גבי ייחד לה ארעא בחד מצרא בלא שבועה. דזהו מיירי בשבועת יתומים דתקנו בהו לישבע מצד דחשו טפי ביתומים דהיקא דייחד לה ארעא וכמו כן במשפנתא דבזה לא תקנו שבועה בהו מצד עצמן.

ועכ"ז בבע"ד טוען אשטבע לי בזה חייב המלנה לישבע אף במשפנתא ובייחד לה ארעא. וה"ה ביתומים דכיון דטענינן ליתמי מה דמצי אבוהון לטעון אשטבע לי.

וכמש"כ הש"ך דמשום דטוענין אתי עלה. ועיקר חייב שבועה זו הוא משום שבועת אישטבע לי.

וע"כ אין דנין בשבועה זו להך דאא"מ שבועה לבניו דהא נתבאר דרק בשבועת יתומים דיינינן דאא"מ שבועה ולא בשבועת אישטבע לי. ולכן מסתבר דברי הש"ך במה שכתב לדינא דאף דחייבים שבועה שלא פקדנו מ"מ אין דנין בי' להך דאא"מ שבועה.

אף הש"ך פתב הטעם משום דאין דנין אא"מ רק להוציא ולא להחזיק. אכן לדעתי נראה להסביר זה בטעם אחר: ועפ"ז יש ליישב דברי התוס' בב"ב (דף קנ"ח ע"א) בד"ה וב"ה אומרים נכסים בחזקתן כו' אבל ליפא לשנויי פגון שיחד לה קרקע בד' מצרנהא דפטורה משבועה כו' דא"כ פי מקשה בפירק כל הנשבעין ופריה נמי מברייתא דמוקי לה כב"ש לישני לי פגון שיחד לה ארעא בד' מצרנהא עכ"ל.

ויש לתמוה על דברי התוס' דהא שם בשבועות (דף מ"ח) בהברייתא דפריה מינה ומוקי לה כב"ש מבואר שם שהבן גובה בין בשבועה ובין שלא בשבועה ומפירשי שם בשבועה שבועת יורשין שלא בשבועה פרשב"ג.

הרי להדיא דחייב הבן לישבע אלא דלא אמרינן אא"מ שבועה לבניו. א"כ ליפא לשנויי התם דמיירי בייחד לה קרקע דא"כ הנה הבן פטור משבועה.

וע"כ דברי התוס' מוקשים מאוד. אכן לפי דברי הש"ך ה"א דהעלה גבי משכונא דהיורשים צריכים שבועה ועכ"ז לא דיינינן בכה"ג להך דאא"מ שבועה.

א"כ א"ש דברי התוס' די"ל דס"ל ג"כ כמש"כ הש"ך דהך דכתובות (דף נ"ה) דאמרו
ביחד לה ארעא דפטירה משבועה דז"א אלא בכתובה וכמש"כ הש"ך בשם הרא"ש אבל
בבע"ח חייבים היורשים לישבע שלא פקדנו אבל אא"מ שבועה לא דיינינו בזה וכדברי
הש"ך וא"ש דברי התוס': ועכ"ז עדיין תקשה דברי התוס' הללו דהא עיקר סברת הש"ך
הוא במה דלא אמרינו בזה אא"מ שבועה זהו משום דלא דיינינו פן רק בקא להוציא ולא
בלהחזיק.

א"כ זה אינו רק במשפנתא דמירי הש"ך. אבל ביחד לו שדה דבזה לא הוי המלוה מוחזק
וכמש"כ הר"ן לגיטין פ' השולח לחלק בין משפנתא לסיים לו שדה גבי שמיעה.

ע"כ לפי הטעם שכתב הש"ך ה"א יש לדון גבי יחד לה ארעא כו' דדיינינו בזה להך
דאא"מ שבועה דגם זה נקרא להוציא א"כ עדיין לא מתקשבי דברי התוס' בב"ב ה"ל
על נכון. ואפשר לומר דלשיטת הרמב"ם דהובא בהר"ן לגיטין גבי שמיעה דס"ל
להרמב"ם בסיים לו שדה דאינו משמט משום דהוי פגובי ע"כ י"ל דה"ה ה"א גבי אא"מ
שבועה דדין יחד לי ארעא הוי כמו משכונא דלא דיינינו בי אא"מ.

ופלוגתא זו הובא בח"מ סי' ס"ז סעיף ב' גבי שמיעה אם סיים לו שדה דדעה קמייתא
שם ס"ל דאינו משמט ודעה שנייה שם חולק ע"ז וכמש"כ הסמ"ע שם בס"ק יו"ד יעו"ש.
ולפ"ז י"ל דהתוס' בב"ב ה"ל ס"ל ג"כ פשיטת הרמב"ם וסייעתו בזה ולכן אתי שפיר
דברי התוס' בב"ב על נכון אף לפי הטעם שכתב הש"ך ה"א במשפנתא: אכן לפי מה
שכתבתי לבאר בטעם אחר דאף דחייב שבועה עכ"ז לא דיינינו בזה להך דאא"מ שבועה.

א"כ לפ"ז אתי שפיר בפשיטות דברי התוס' בב"ב ה"ל משום דשפיר הקשו התוס' דה"מ
הש"ס לאוקמי שם דמירי ביחד לה ארעא ובמלוה דאף דבכתובה פטור משבועה מ"מ
במלוה חייב שבועה מצד דטענינו כו' ומ"מ לא אמרינו התם להך דאא"מ שבועה
ומתורצים על נכון דברי התוס': וקעין זה יש להעיר על דברי התוס' ביבמות (דף ל"ח
ע"א) בסוף ד"ה ובית הלל אומרים כו' שכתבו א"נ אומר ר"י דאיכא לאוקמי במטלטלי
ואיתנהו בעינייהו שנוטל בל"ש והא דלא משני הכי בשבועות אלא דוחק להעמידה כב"ש
משום דהתם בכתובה איירי אבל ה"א דאיירי בנכסי צ"ב כו' עכ"ל התוס'.

ונראה מדבריהם דס"ל לפרש להך דכתובות (דף נ"ה) ע"א דאמרו שם מטלטלי ואיתנהו
בעינייהו כו' פשיטת האלפסי שם והובא בהרא"ש לכתובות שם ולא פשיטת רש"י שם.
ועיין בכתובות בתוס' שם ד"ה נראה כפי' ר"ח דגריס ברישא כו'.

אף ידוע דאין להקשות דברי התוס' אהדדי וכמש"כ היש"ש לב"ק בהקדמתו. ומש"כ
התוס' ביבמות דהתם בכתובה איירי אף דאמרו שם בשבועות עלה דהך ברייתא בשבועה
ה"ד דמת לנה בסיי מלוה כו'.

הרי דמירי במלוה ולא בכתובה. י"ל דלאו דוקא הוא משום דאין לחלק בזה בין כתובה
למלוה.

ויש להעיר על דברי התוס' הללו במה שכתבו והא דלא משני הכי בשבועות אלא דוחק
להעמידה כב"ש כו'. דיש להקשות עליהם דהא לא הוי מצי לאוקמי דמירי במטלטלי

ואיתנהו בעינייהו דא"כ לא הנה צריה שבועה פלל והתם קאמרי שהבן גובה בשבועה והאב אינו גובה אלא בשבועה.

הרי דמבואר שם דחייב שבועה רק דלא אמרינן אא"מ שבועה כו'. א"כ דברי התוס' מוקשין מאוד.

ובזה לא שייך לתרץ לפי דברי הש"ך הנ"ל דהא במטלטלי ואיתנהו בעינייהו. ונדאי דהוי הלנה מוחזק א"כ אי נימא דחייב שבועה א"כ ממילא שייך לדון בזה אא"מ שבועה פיון דהוי להוציא.

וכן תקשה דהא בכתובה דאמרו במטלטלי ואיתנהו בעינייהו בלא שבועה א"כ אמאי אמרו שם דחייב שבועה גבי כתובה: אכן לפי מה שפתינו יש לומר דההך בלא שבועה דאמרו במטלטלי ואיתנהו בעינייהו הכוונה הוא בלא שבועת יתומים דחמירא מצד עצמה אבל עדיין י"ל דחייבים שבועה מצד דטענינן להו דהנה אביהם טוען אישתבע לי וע"כ ממילא לא דינינן בזה לההך דאא"מ שבועה כו' וא"ש דברי התוס' ביבמות דלא יהנה מוקשים כ"כ: סימן קי א (סעף א') אין נזקקין ליתומים קטנים כו'.

ונשאלתי מרב א' דאפשר לומר דאף דאין ב"ד נזקקין להם עכ"ז אם רואין פי היתומים מפסידין בתוה כף להנכסים דאפשר דמוטל על ב"ד דלא ניחוו אותן להפסידן או לאונקלן. וכמו הא דח"מ סי' ע"ג סעי' ט' גבי חוב תוה זמנו דאם רואה דדיין שלא יהנה יכול לגבות חובו פשיגוע הזמן מצנה לעכב הממון עד שייגיע הזמן פרעון.

והוא הדין בההך דאין נזקקין ליתומים קטנים עד שייגדילו. ונשאלתי לחוות דעתי בזה: ולענ"ד יש להוכיח בראיות להיפך מזה.

והוא דשאני הא דכיון דאמרו בלשון אין נזקקין ליתומים קטנים. דאין ב"ד נזקקין פלל להם והוי כמו כל חוב דלא נתברר פלל עיקר החוב.

וכעין הא דלעיל סי' כ"ח סעי' ט"ז סמ"ע ס"ק נ"ב שהביא בשם הטור שכתב בשם הראב"ד גבי הא דאין מקבלין עדות שלא בפניו אע"פ שיש לחוש שיפלו הנכסים קמי' יתמי כו'. דאפילו אם יאמר התובע לדיינים לכה"פ קחו הממון בידיכם שלא יאכלוהו הקטנים אין שומעין לו עכ"ל הטור.

וכתב הסמ"ע שם לחלק בין הא דסי' ע"ג ובין הא דסי' כ"ח דעדיין לא נתברר דחייב לו. ועיין באו"ת סי' כ"ח באורים ס"ק ל"ט מזה.

וכעין דברי הטור בשם הראב"ד הנ"ל פן מבואר בחידושי הרשב"א לב"ק (דף קי"ב) ובשמ"ק שם: ואין לחלק דשאני היכא דאין מקבלין עדות שלא בפניו בע"ד. אבל בשמ"ח מקוויים דאין גובין מיתומים קטנים משום צררי כדקיי"ל.

ע"כ שאני זה די"ל דאפשר דהוי זה כמו חוב בתוה זמנו לגבי זה דהב"ד מעקלין פנ"ל. דזה אינו דהא התוס' בב"ק (דף ל"ט) ד"ה ור' יוחנן אמר כו' פתבו דר' יוחנן דקאמר אין נזקקין הוא בכל ענין בין במלנה מחמת עצמן משום דאין מקבלין עדות שלא בפניו בע"ד ובין במלנה מחמת אביהם משום שובר וצררי כו'.

וכ"כ שם הרשב"א בחידושי' והשמ"ק שם. וכיון דכלל ר' יוחנן להנה פתמי מילי בחדא.

ע"כ כמו דבקה דאין מקבלין עדים בפני יתומים קטנים דאף בתורת עיקול אין מעקלין פנ"ל. דה"ה בהה מילתא דאין נזקקין ליתומים קטנים בפשטר משום צררי או משום שובר דאף בתורת עיקול אין מעקלין.

וקא דב"ב (דף ל"ג ע"א) בתוס' ד"ה אמור רבנן כו' דרבא בר שרשום לא הנה מקפיד על ההמתנה כו'. י"ל דהנה שם באופן דלא הנה חושש דיפסידו הנכסים בתוך פה: וכן מוכח מהתוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה נאפילו מיממי כו' דכתבו להוכיח לכאורה דבחוב תו"ז אין גובין מיתומים קטנים מדלא קאמרי בערכין (דף כ"ב) להה אפא ביניניהו בין רב פפא ובין רב הונא דאמר משום צררי כו' ודחו זה ההוכחה.

ואי נימא דבתורת עיקול מעקלין עכ"פ למאן דס"ל משום צררי. דאלו למאן דס"ל דנזקקין משום דיתמי לאו בני מעבד מצנה נינהו ונדאי לא שייך לעקל כלל.

א"כ אפתי תקשה דהא הוי מצוי הש"ס לומר להה אפא ביניניהו עדיין. ומוכח מזה דלכו"ע אין מעקלין כלל ועיין בפ"ה סי' ק"י ס"ק ה': וכן יש להוכיח מן תוס' גיטין (דף נו"ן ע"ב) בד"ה יתומין שאמרו כו' שהקשו לשבועה היכי משפחת לה בקטנים לרב אסי דאמר אין נזקקין לנכסי יתומין כו'.

ואי נימא דבתורת עיקול מעקלין הב"ד ומוחזין ביד היתומים שלא יפסידו הנכסים. א"כ שפיר משפחת לשבועה בקטנים באם רוצה למחות ביד היתומים שלא יאכלו ויפסידו את הנכסים.

אף זה יש לדחות דהא בתורת עיקול א"צ בעהש"ט לישבע פמבואר פעיונה בפ"ה סי' ע"ג ס"ק ל"ג אלא בעת הגבייה אז צריף שבועה. א"כ הא פיון דבעת הגבייה יהי גדולים ע"כ שפיר הקשו התוס' דאיף משפחת לשבועה בקטנים ונדחה ראי' זו.

ועוד דהא התוס' בכתובות (דף צ"ד ע"ב) ד"ה שנמצאת אחת מהן שדה כו' שהקשו פן על הא דנפרעת מנכסי יתומים בשבועה דלמאן דלית לי דאביי קשישא היכי מפרש לה כו' וכעין גושיייתם בגיטין ה"ל.

וקא התיב בנפרעת מיתומים משמע דמירי בתורת פרעון ולא בתורת עיקול ע"כ שפיר הקשו התוס' ואינו ראי' מזה כלל לנ"ד: אכן באמת אף שיש לי להוכיח בראיות ולהאריף בזה אף באמת אין אנו צריכים להאריף.

דהא להדיא מבואר בבעה"ת והובא בב"י ח"מ סי' ק"י סעי' ב' בזה"ל וכתב הבעה"ת עוד בשער הנזכר שנשאל רבינו האי אף אפשר ששט"ח מקוניים לא יגבו בו מן היתומים עד שיגדלו דא"כ יאבד ממון בני אדם בידם ויאכלו אותו.

והשיב זה שקשה בעיניכם פכר נתקשה לר' נחמן דאמר [בערכין (דף כ"ב)]. מריש לא הנה מזדקינא פיון דשמענא יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שיבקייהו מזדקינא ואפ"ה שלחו מתם כו' אלמא דאם איכא חשש צררי ושובר לא מזדקינא עכ"ל.

הרי להדיא לרבינו האי ובעה"ת שכתבו בפירוש דאף היכא די"ל דיאכלו היתומים יפסידו את הנכסים אפ"ה אין נזקקין כלל פמבואר להדיא בגמ' בערכין וכמש"כ רבינו האי בכוננת הגמ'.

ע"כ אין להאריך בזה יותר. ודוקא בתפס מטלטלי דיתמי בזה כתב הסמ"ע ס"ק ו' בשם רבינו ירוחם דמניחין ביד שלישי.

וגם י"ל דזהו דוקא בתפיסה בלא עדים. ועיין בש"ד שם ס"ק ה' וגם בזה יש לדון הרבה. אבל בלא תפס ונדאי דאין הב"ד נזקקין כלל וכ"ז פשוט: ב (שם סעיף א') ואם יש יתומים קטנים וגדולים המלנה נפרע מהגדולים חלק המגיע להם וכדי שיפרע מחלק הגדולים צריכים ב"ד להעמיד אפטרופוס ולחלק עם הגדולים ויגבו מן הגדולים חלקם המגיע להם לפרוע.

ונהו מתשובת הרא"ש והרשב"א כמבואר בטור ובית יוסף. ואחי הרב הג' המפורסם סוע"ה המנוח מהו אברהם אהרן זצ"ל הקשה ע"ז דהא לפי מה דפסק המחבר לקמן סעיף ג' דנזקקין לנכסי ערב אע"פ שהיתומים קטנים.

א"כ הדין נותן דיגבו מן חלק הגדולים כל החוב דהא נכסי דאינש ערבין לי' וכמש"כ הנמוקי יוסף בספ"ז דב"ב שם (דף ק"ז) בשלשה אחים שחלקו ובא בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהם דיכול לגבות אף מאחד מהם משום דנכסי דאינש ערבין לי' כו' וכ"כ מה"מ פ' כ"ה ממלנה ואף דלא קיי"ל פן כמבואר בסי' ק"ז סעיף ז' מ"מ הא מבואר שם דאם אין השני לפנינו דגובה כל חובו מן מי שהוא לפנינו.

א"כ ה"ה הכא פנין שאין יכול לגבות חובו מן חלק הקטנים הדין נותן שיפרע כל החוב מחלק הגדולים. ומה שהביאו פן בשם תשובת הרא"ש והרשב"א י"ל דהם אגלו לשיטתם דהא הרא"ש ס"ל בב"ב פ' יו"ד סי' מ"מ דאין נפרעין מן הערב ביתומים קטנים וכן ס"ל להרשב"א כמו שפכת הבית יוסף בשמו בס"ק ז'.

וגם הא אין הכרע בדברי הרא"ש והרשב"א למי שרואה שם בדבריהם די"ל דס"ל דגובין מחלק הגדולים כל החוב. ולכן דברי השו"ע דכתב דגובין מחלק הגדולים רק חלק המגיע עליהם לפרוע היינו חצי החוב ולא כל החוב זה צריך ביאור עכ"ל.

ויפה העיר בזה וכעת הגיע לידי ספר שער המשפט וראיתי שהעיר ג"כ פועין זה בס"ק ב' ונשאר בצ"ע ע"ש: ומחמת חומך הקושץ נלע"ד לדון בזה והוא דנבאר דברי הרא"ש והמחבר שפכתו דצריכים הב"ד לחלק עם הגדולים מתחלה ואח"ז יגבו מן חלקם להבע"ח.

דיש להעיר דאמאי לא מגבינן להבע"ח מקודם חלוקת הגדולים עם הקטנים ואחר הגבינן יחלקו השדה בין הבע"ח להקטנים. ומדכתבו דמתחלה יחלקו ואח"ז מגבינן להבע"ח מסתמא פונו בזה דדוקא פשחלקו אז יכולת ביד הב"ד להגבותו אבל מקודם שחלקו אין יכולת להגבותו משום דהא מצינו בח"מ סי' שט"ז סעיף ב' דשניהם ששכרו בשותפות אין א' מהם יכול להושיב אחר במקומו משום דאין יכול לקבל אחר במקומו.

והנה במקר א' מהם לאחר לא שייך זה כמש"כ הסמ"ע בסי' קנ"ד ס"ק ח'. ועיין בט"ז שם.

אבל זה אינו רק במקר בעצמו אכן אם באים הב"ד לירד לנכסיהם של הקטנים עם הגדולים כ"ז שלא חלקו י"ל דאין הב"ד מגבינן בע"כ מן חלק שותפותם לפי דיכול להיות

דְּזֶה הוּי קַפִּידָא וְשִׁינוּי דַּעְמָא לְהַקְטִינִים וְכִינּוּ דְחַז"ל חָשׂוּ וְתַקְנּוּ דְאִין גְּזַקְקִין לְגַבְסִי יְתוּמִים קַטְנִים מְשׁוּם חָשׂוּשׁ צָרְרִי ע"כ ה"ה דְּאִין לְהוֹרִיד לְהַבַּע"ח לְשַׁדְּדָה הַמְשׁוֹתְפָת עִם הַקְטִינִים דְּכִינּוּ דְלְטוֹבָתָם חָשׂוּ לְצָרְרִי ע"כ מִמִּילָא הוּי הַשְׁט"ח בְּחָשׂוּשׁ פְּרַעוֹן עַל פְּנֵלוּ בְּמָה שְׂנוּגָע לְטוֹבָתָם ע"כ אִין יְכוּלַת בְּיַד הַב"ד לְהַגְבוֹת לְהַבַּע"ח כ"ז שְׁלֵא חֲלָקוּ בִּיגִיָּהֶם: וְכִינּוּ דְחַזִּינוּ דְכָתְבוּ דְדוּקָא לְאַחַר שְׁחֲלָקוּ אֲזִי יְכוּלִין לְהַגְבוֹת לְהַבַּע"ח וְלֹא מִקְוָדָם.

וְיִהְיִי מְאִיזָה טַעַם שְׁיִהְיִי ע"כ יֵשׁ לֹמַר טַעַם נְכוּן דְאַמְאִי אִין גּוֹבִין כָּל הַחוּב מִחֲלָק הַמַּגִּיעַ לְהַגְדוּלִים. מְשׁוּם דְהָא קִי"ל אַחֲרִין שְׁחֲלָקוּ פְּלִקוּחוֹת מְשׁוּם סְפָק אִין בְּרִירָה וְהַמַּמַּע"ה ע"כ יֵשׁ לֹמַר עַל חֲלָק שְׁהַגִּיעַ לְהַגְדוּלִים דְלִמָּא הַחֲלִיפּוּ חֲלָקָם בְּשַׁל חֲלָק הַקְטִינִים וּמָה שְׁהַגִּיעַ חֲלָק לְהַגְדוּלִים עַכְשָׁיו לְאַחַר הַחֲלִיקָה דִּילְמָא הוּא חֲלָק הַשְׁיִיף לְהַקְטִינִים וּמִמִּילָא יֵשׁ לְדוּן בְּזָה מָה מְכַר רֵאשׁוֹן לְשַׁנִּי כָּל זְכוּת שְׁבָא לִידּוֹ כְּמוֹ דְמַצִּינוּ בַב"ק (דָּף ח' וְדָף צ"ו) גַּבִּי הַשְּׁבִית לֹקַח דְאַף דְאִין זְכוּת זֶה רַק מְדַרְבְּנָן ג"כ דְיִינְיָנוּ כֵּן.

וְכַמְש"כ הַתּוֹס' פְּעִין זֶה בַב"מ (דָּף ל"ה) ד"ה זְבִנָּה כו' ע"ש. וְלִכְּן פִּינּוּ דְהִיו זְכוּת לְהַקְטִינִים בְּחֲלָקָם דְפְטוּרִים לְשַׁלֵּם חוּב אֲבִיָּהֶם מְשׁוּם צָרְרִי אַתְפָּסִי ע"כ יֵשׁ זְכוּת זֶה ג"כ לְהַגְדוּלִים בְּגַבְסִים שְׁלִקְחוּ חֲלָק הַשְׁיִיף לְהַקְטִינִים.

וְאַף דְבְדַרְבְּנָן יֵשׁ בְּרִירָה מ"מ בְּמָקוֹם חֲזַקת מְמוּנָא דְיִינְיָנוּ הַמַּמַּע"ה וְאִין מוֹצִיאִין מִהַגְדוּלִים מְשׁוּם סְפָק שְׁמָא הוּא חֲלָק שְׁהִי שְׁיִיף לְהַקְטִינִים: וְאִין לְהַעִיר ע"ז מִן מַש"כ הַמְרָדְכִי בְּסוּף פְּתוּבוֹת בְּסוּגִיָּא שָׁם (דָּף ק"ט) בְּחַד דְאַתִּי מַפְחַ אַרְבָּעָה דְאַמְרוּ אִי שְׁתַּקְתָּ וְא"ל מִהַדְרָנָא שְׁטָרָא לְמַרְיָא.

דְהַקְשָׁה דְאַמְאִי לֹא אָמְרוּ בְּזָה מָה מְכַר רֵאשׁוֹן לְשַׁנִּי כָּל זְכוּת שְׁבָא לִידּוֹ וְתִירִץ דְכִינּוּ דְאִין זְכוּתוֹ רַק מְשׁוּם סְפָק לֹא דְיִינְיָנוּ כֵּן. א"כ לְכַאוּרָה ה"ה הֵכָא פִּינּוּ דְעִיקָר הַטַּעַם מָה דְאִין גּוֹבִין מִיְתוּמִים קַטְנִים הוּא מְשׁוּם שְׁמָא צָרְרִי אַתְפָּסִי ע"כ לֹא שְׁיִיף לְדוּן בְּזָה כָּל הַדָּ דְמָה מְכַר רֵאשׁוֹן לְשַׁנִּי כו'.

דְכַאֲמַת אִין זֶה דוּמָה לְדַהֲתָם דְהָא בְּחַד דְאַתִּי מַפְחַ ד'. זֶה הַזְכוּת דְהִיו לְהַנָּף אַרְבָּעָה מִקְוָדָם מְשׁוּם סְפָק דְמַצִּי כ"א מְדַחִי א"ע.

הִנֵּה עַכְשָׁיו דְהִם אֲצֵל הַיְחִיד נִתְבָּרַר פְּעַת דְהָף דְרָף אִית גַּבִּי בְּנוּדָאי ע"כ לֹא דְיִינְיָנוּ שָׁם מָה מְכַר רֵאשׁוֹן כו'. אֲבָל הֵכָא בַשְׁט"ח שְׁיִצָּא עַל קַטְנִים דְתַקְנּוּ חַז"ל לְחַוֵּשׁ לְצָרְרִי הִנֵּה זֶה הַחָשׂוּשׁ לֹא נִתְבָּרַר גַּם לְאַחַר שְׁבָא הַשְּׁדָה לְחֲלָק הַגְדוּלִים רַק בְּקַטְנִים תַּקְנּוּ חַז"ל לְחַוֵּשׁ לְזַכּוּתָם מְשׁוּם צָרְרִי וּבְגְדוּלִים לֹא תַקְנּוּ כֵּן לְכֵן שְׁפִיר יֵשׁ לָנוּ לְדוּן בְּזָה מָה מְכַר רֵאשׁוֹן לְשַׁנִּי כָּל זְכוּתוֹ.

דְכְמוֹ שְׁהִיו לְהַקְטִינִים זְכוּת בְּהַגְבָּסִים שְׁלֵא לְפָרְוַע מִהֶם לְהַבַּע"ח מְשׁוּם תַּקְנַת חַז"ל דְפְטָרוּ אוֹתָם. כְּמוֹ כֵּן שְׁיִיף עַכְשָׁיו הַזְכוּת הַנֵּץ לְהַגְדוּלִים וּפְטוּרִים לְשַׁלֵּם מְשׁוּם סְפָק דִּילְמָא אִין בְּרִירָה וְהַמַּמַּע"ה: וְהָא דְתַקְשָׁה לַפ"ז דְאַמְאִי חֲיִיבִין הַגְדוּלִים לְשַׁלֵּם מְחַצָּה הַחוּב הָעוֹלָה עַל חֲלָק שְׁלֵהֶן הָא גַּם בְּזָה י"ל דִּילְמָא אִין בְּרִירָה וְהַגִּיעַ לְכָל חֲלָק שְׁלֵהֶם כָּל חֲלָק מְחַצָּה שְׁהִיו שְׁיִיף לְהַקְטִינִים יֵשׁ לֹמַר בְּזָה לְפַמַּש"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין (דָּף מ"ז) ד"ה סָבַל וְחוּלִין כו' דְכִינּוּ דְאִין בְּרִירָה שְׁמָא הַגִּיעַ לוֹ כָּל חֲלָקוּ שְׁל חַבְרִירוֹ אוֹ חֲצִיו כו'.

וְכַמְש"כ הַשְּׂאֲגָת אַרְיָ בַסִּי צ'. לְכֵן יֵשׁ לְדוּן בַּנ"ד סְפָק סְפִיקָא.

ספק א' דילמא יש ברירה והוברר הדבר דכל חלק שהגיע עכשיו להגדולים הוא שלקה מתחלה ואת"ל אין ברירה אפתי ספק שמא לא החליפו בכולו רק בתצויו. א"כ יש ת"י הגדולים חלק מחצה ירושה השייך להם מכבר ולכן חייבין לפרוע מחצה החוב בנודאי וזה לא מקריספק ספיקא משם א' דהא נפ"מ רבמא הוא בין צדדי הספיקות הנ"ל אם לשלם כולו או מחצה החוב.

ואף דבספק ספיקא אין מוציאין ממון מ"מ שאני הכא כמש"כ במק"א דדוקא אם מעלת המונחזק הוא ע"פ זכות דין התורה בזה אמרו דאין מוציאין מהמונחזק ע"פ סמך הרוב וספק ספיקא. אבל היכא דמעלת המונחזק הוא רק משום זכות דרבנן ע"כ בזה הולכין אחר הרוב וכן אחר הס"ס דדין ס"ס כמו הרוב והארכתי בזה במק"א: א"כ ה"ה בנ"ד דמעלת המונחזק הוא משום הזכות דתקנו חז"ל לחוש לצררי בקטנים ע"כ בכה"ג הולכין אחר הס"ס להוציא מהמונחזק ולכן מוציאין המחצה מהיורש משום דיש לו דין יורש ע"ז.

אבל במחצה השנייה יש לו דין לוקח ולכן אף דלא שייך בזה אי שמתקף כו' מ"מ יש לדון הכא מה מכר ראשון לשני כו'. ולכן פטורים לשלם מחצה חוב השנייה כנ"ל.

וכן לא שייך בזה לדון לחייבם משום דין יורש שמכר נכסי אביו דחייב משום מזיק שעבודו לחד שיטה כמבואר בסי' ק"ז. פינו דחזינו דמקודם חלוקת הגדולים עם הקטנים אין נזקקין לנכסיהם יהי מאיזה טעם שיהי וכמש"כ לעיל ע"כ כ"ע מודו הכא דאין לחייבם משום מזיק שעבודו וקצתתי וא"ש דברי המחבר דלא יהי מוקשין כ"כ.

ובעיקר ביאור ס"ס הנ"ל הארכתי בקונטרס א' בסוגיא גיטין (דף מ"ח) דלא משפחת חד בר חד דמיייתי בפורים כו' וב'שוב דברי הרמב"ם עפ"ז ובדברי הש"א בסי' צ' ובשא"ד ואכמ"ל: וראיתי בשער המשפט ס"ק ב' שכתב דקטן שמת וירשו אח גדול דנזקקין לנכסיו דלא שייך בזה לומר מה מכר ראשון כו' ע"פ דברי המרדכי סוף פתובות ע"ש.

אכן לפמש"כ לעיל לחלק בין הא דנ"ד להך דנזקקין המרדכי הנ"ל ע"כ שפיר יש לדון בירוש גדול שירש אחיו הקטן דאין נזקקין לנכסיו משום דיש לו זכות מורישו הקטן שהיה לו זכות מתקחז"ל דתקנו לטובתו דאין נזקקין לנכסיו כנ"ל: שוב ראיתי בעיקר קושיות אחי הרב זצ"ל הנ"ל וכן קושיות השער המשפט הנ"ל במה שאין גובין מחלק הגדולים כל החוב ומ"ש מן ערב.

והוא דבאמת אין זה קשה דיש לחלק ביניהם בפשיטות. דדוקא בערב ליתומים קטנים גפרעין ממנו דהא אין הערב גפרע מהם עד שיגדילו כמש"כ הסמ"ע ס"ק ח' בשם הטור.

והטעם הוא דכיון דחיישינן לצררי ע"כ דינו כמו עלילה על הערב דאין נתפס על חבירו וכמש"כ במק"א לחלק בין הא דסי' קל"א סעי' ז'. וכיון דאין הערב גפרע מהם לכן נזקקין לנכסי ערב משום דאין גפרעין ומפסידין להקטנים כ"ל.

אבל הכא במה שנזקקין לחלק הגדולים לפרוע מהם כל החוב הדין נותן שאחר שנפרעו הב"ד כל החוב שהיה יכולים הגדולים לתבוע מן הקטנים מה שפרעו החוב כולו מן דין כמה נפשך והוא דיכולים הגדולים לטעון אם השט"ח הוא אינו פרוע א"כ הדין נותן בנודאי דחייבים הקטנים לחזור ולפרוע להגדולים את חלקם המגיע מהם כדקיי"ל בב"ב

(דף ק"ז) באחים שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם דהילכתא בטלה מחלוקת בח"מ סי' קע"ה סעי' ד'.

וכן הדין אף בקטנים דהיכא דלא הוי חשש צררי נפרעין מהם דהא קי"ל כרב הונא ברי' דרב יהושע ולא כר"פ כמבואר בערכין (דף כ"ב) וב"ב (דף קע"ד) וכמבואר הכא: ואם החוב הוא בחשש צררי ומה שפרעו הגדולים כל החוב הוא שלא ע"פ דין האמת ומה שנטל הבע"ח מהם עשה שלא ע"פ דין ודינו כמו עלילה בעלמא מה שנטל הבע"ח את חובו מהם.

וע"כ יהיו יכולים הגדולים לחזור על הקטנים. משום דהא מה דאמרו דיתומים שפאו לחלוק בנכסי אביהם ב"ד מעמידין להם אפטרופוס וחולקין.

זהו דוקא אם מבקשין הגדולים לחלוק את חלקם כמבואר בסי' רפ"ט בטור וסמ"ע שם ס"ק א'. וכעין זה כתב הרא"ש בכתובות פ' י"א סי' י"ח בשם הר"ת דדוקא שניהם רוצים אבל א' רוצה וא' אינו רוצה לא.

וכ"כ התוס' בגיטין (דף ל"ד) ד"ה יתומין שפאו לחלוק כו' בשם הר"ת. והכא במה דאמרו דאם יש יתומים קטנים וגדולים דהב"ד מעמידים אפטרופוס ולחלק עם הגדולים כו' זהו משום פריעת בע"ח דמןטל על הגדולים ע"כ אף בע"כ של הגדולים יכולים הב"ד לחלק ביניהם.

ונהו הפל אם האמת הוא עם הבע"ח אבל אם הבע"ח בא בטענת שקר דצררי אתפסי' ופטורים ע"פ דין באמת לשלם להבע"ח אף הגדולים. ומה שנופרע מהם בע"כ של הגדולים וכן במה שמתקין הנכסים ביניהם הוי הפל כמו אם בא אחד באלמות ובגזילה לתפוע את הגדולים ולקח חלקם בע"כ.

דונדאי אף שמתלק מתחילה בין הגדולים להקטנים ואח"כ נוטל חלק הגדולים עבור העלילה שמעליל על הגדולים דהדין הוא דאח"כ יכולין הגדולים לקבל חלקם מן מה שנושאר חלק של הקטנים דהא יש להגדולים זכות חלק בהקרקע שנושאר עבור הקטנים משום דמאן פלג לי' בע"כ: ואף למ"ד יש בריה מ"מ זה אינו רק באם נעשה החלוקה ביניהם כד"ת בזה ס"ל דאמרינן יש בריה והוברר דזהו חלקו משעה ראשונה.

אבל בנ"ד אם נימא דצררי אתפסי' ע"כ דינו של הב"ד המחלקים ביניהם לאו פלום הוא ואין שום ממש בעשייתם פלל דהא אין דין פריעת בע"ח פלל בזה פיון דצררי אתפסי' והוי כמו דלא נתחלק ביניהם מעולם פלל וע"כ החלק שנושאר להקטנים שיהי' ג"כ כל משהו ומשהו להגדולים ג"כ וכ"א נכנס בתוך שלו כמבואר ר"פ השותפין בגזרים (דף מ"ה) וב"ק (דף נ"א) ובר"נ שם.

ויש לכ"א מהשותפים זכות קנין הגוף ושעבוד וכמש"כ הר"נ במשנה שם ומאן פליג לי'. ואף דלקח הבע"ח מן חלק הקטנים שהי' להם שנותפות עם הגדולים שלקח הבע"ח עבור העלילה שמעליל על הגדולים.

הא בזה הדין דאין נתפס על חבירו ופטור לשלם לחבירו עבור מה שלקחו חלק חבירו עבור העלילה שמעלילין עליו. וזהו דומה להא דחולין (דף קל"א ע"א) אנסו גרנו אם בחובו חייב לעשר אם באנפרות פטור לעשר.

משום דאין נתפס על חבירו: וה"ה בנ"ד מה שלקח הבע"ח מחלק הגדולים אחר החלוקה פינון דמה שגזקו הב"ד להחלוקה הוא באמת שלא כפי הדין פינון שאינם חייבים להבע"ח כלל מחמת צררי אתפסין והוי כמו דלא חלקו כלל מעולם.

וממילא בחלק הקרקע שנטל הבע"ח הי' שם גם חלק השייך להקטנים וכל הפסידא ג"כ על הקטנים וט"פ דין מצוי הגדולים לעכב על החלוקה במה דאפשר בידם. וכמו הא דסי' שפ"ח סעי' ב' בהג"ה ה"ה רואה נזק בא עליו מותר להציל עצמו אע"פ שעיי"ז בא הנזק לאחר.

ועיין בנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' ע"ד. ובנודאי אין זה דומה למה דאמרו בח"מ סי' קע"ו סעי' כ"ח ובסי' קפ"א דבמקום פסידא יכול לחלוק ולומר לעצמי אני מציל במטלטלין וקצרותי.

ולכן יכולים הגדולים אח"ז לחזור ולתבוע חלקם בהשגה שישאר בחלק הקטנים משום דהקרקע עומדת בחזקת בעלים הראשונים בשותפותם עם הקטנים כמו שהיה קודם החלוקה.

משום דין ממנ"פ אם ה"ה חוב באמת בנודאי חל גם על הקטנים. ואם ה"ה חוב בשקר א"כ דינו כמו גזלן שנטל באונס דנשאר חלק הקטנים בחזקת שותפות הראשונה.

וכיון דיכולים לחזור על הקטנים א"כ הוי כמו דנפרעין מהקטנים בעת שנפרעין מחלק הגדולים לאחר חלוקה וכיון דסוף סוף יפרעו מהקטנים ע"כ הא אמרו חז"ל אין נזקקין לנכסי קטן ולכן אין גובין מהגדולים רק חלק המגיע עליהם בלבד דבחלקם לא שייך דין ממנ"פ הג"ל.

אבל ביותר ממה שמגיע על חלקם בלבד אין גובין מה"ט. וא"ש בפשיטות דברי המחבר: ג (שם סעי' ג) נזקקין לנכסי ערב אע"פ שהיתומים קטנים.

וכתב הסמ"ע בשם הטור שאין הערב יכול לגבות מהן עד אשר יגדילו כו'. ואף דהערב פורע עבורם מ"מ פינון דאמרינן צררי אתפסיה ע"כ דין הערב כמו דהיה עלילה להערב עבורם דהדין הוא דאין נתפס על חבירו כמבואר בסי' קכ"ח.

וכן מוכח בב"ב (דף קע"ד ע"א) בההוא ערבא דיתמי דפרעיה למלנה מקמי דלודעניהו ליתמי דמסיק רב הונא בריה דרב יהושע אימר צררי אתפסיה. אלא דאם צררי אתפסין אף דהערבהצרו לפרוע עבורם לפי מה דקיי"ל נזקקין לנכסי ערב ביתומים קטנים.

עכ"ז אין דינו רק כמו עלילה בעלמא על הערב דאין נתפס על חבירו. וכעין זה כתב הש"ך בסי' ק"ל ס"ק א' בשם הב"ח דאף מלנה בשטר שפרע הערב אם הלנה מברר שיש לו שובר דפטור הלנה.

והוא ג"כ מה"ט: ולכאורה יש להקשות ע"ז מהא דמבואר לקמן סי' קל"א סעי' ז' דבכל ערב אפילו העלילו עליו חייב הלנה לסלקו. א"כ ה"ה הקא פינון דהוכרח לפרוע עבור

הלנה יהיה חייב הלנה לפצותו ואפשר לחלק דשא"ה דמייירי במי שדרפו להעליל וכמש"כ שם הרמב"ם מהא דזבן אמיצרא כו' דסי' קע"ה סעי' מ"ם.

משא"כ ה"א דמייירי במי שאין דרפו להעליל וכן מצינו חילוק זה לקמן סי' קכ"א סעי' א' ש"ף ס"ק ו'. אכן הט"ז לקמן סי' ק"ל סעי' א' פתב בערב שהוכרח לפרוע כ"ז שהשטר ביד המלנה ע"כ אף שהוציא הלנה שובר אח"ז דחייב הלנה לפרוע להערב.

וטעמו הוא פפי הסברא שכתבתי דהלנה חייב לפצות להערב מפל עלילה שיהיה לו עי"ז כמבואר בסי' קל"א סעי' ו' ואינו מחלק בין מי שדרפו להעליל כו'. אכן עדיין תקשה על הט"ז מהא דבב"ב (דף קע"ד) בהוא ערבא דפרעין למלנה מקמי דלודענהו דאינו גובה מהם משום צררי פנ"ל.

דקשה דאמאי לא נימא דיהיו חייבים לשלם להערב כמו כל דין עלילה פנ"ל. וכן תקשה אף לפמש"כ לעיל לחלק בין מי שדרפו להעליל כו'.

דקא בב"ב שם ע"ב אמרו ההוא ערבא דפרעין כו' מקמי דלתביענהו ליתמי כו' אפילו למ"ד חיישינו לצררי ה"מ כו' אבל כו'. אלמא דלא מחלקינו בין מי שדרפו להעליל.

וקשה דיהיו חייבים בתורת כל דין עלילה פנ"ל. ואפשר לחלק דשא"ה כמש"כ התוס' שם ע"א ד"ה מקמי דלודענהו ליתמי מיהר לפרוע ולא הודיעם שאם היה מודיעם שמה היו פורעין כו'.

א"כ י"ל מה"ט לא דייגינן הכא לדון עלילה על הערב משום דשא"ה דמיייתי העלילה ע"ע מדנפשי' פן יש לחלק. ועיין לקמן סי' ק"ל סעי' ו' ויש לדון עפ"ז בכולי סוגיא דב"ב שם ובתוס' שם: אכן גם זה החילוק אינו ברור דקא משמע הכא דאף דלא מיהר הערב לפרוע מקודם שהודיעם דג"כ אינו חוזר הערב על היתומים ותקשה עדיין דמ"ש מפל עלילה פנ"ל.

ואחר כותבי כל זה מצאתי בספר שער המשפט סי' ק"ל שהעיר בזה והעלה לחלק בין הלנה ליורשים כמו הא דכתובות (דף ל"ד) הגיט להן פרה שאולה מתה אין חייבין באונסה אף דהגיט להם אחריות אונסין.

דכינן דהשעבוד לא חל עד שעת אונסין ואז פבר מת וה"ה בהה דין עלילה פנין שמת אין דינו כלל על היורשין. עכ"ל השער המשפט.

אכן לדעתי אינו ברור זה החילוק לפמש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ג' דבכל ענין חיוב על תנאי כ"ז דלא אמר בלשון אם הני פמו מעכשיו ודוקא חיוב שומרים דהתורה חייבה אותו בדין אחריות בזה י"ל דמן עת האונסין מתחיל החיוב ולא מקודם דהתורה לא שעבדיה רק מעידן פשיעה.

וכן הא חזינו בכל חיוב אחריות שמקבל המוכר להלוקח דאף דטורפין ממנו השדה לאחר שמת המוכר דג"כ גובה הלוקח מן היורשין. ולא אמרינן דמתחיל החיוב בעת הטירפא ולא מקודם וכינון שמת בעת הטירפא יהיו פטורים היורשים.

וע"כ מוכח דבכל חיוב שמחייב א"ע אף שהיא בתנאי מ"מ מסתמא מחייב א"ע מעכשיו ולכן גובה אף מיורשים. וה"ה אף היכא דלא התנה בפ"ה האחריות רק דאמרינן אחריות טעות סופר דג"כ גובה מיורשין ולא אמרינן דכיון דמת בשעת הטירפא נשאני.

ויכמו כן במה דחייב הלנה לפצות להערב על כל עלילות שיהיה עליו דג"כ החיוב קל מעכשיו. ונשם בספרי העירותי בזה מהא דב"מ (דף ל"ד) דפליגי הני לישני אם אמרינן כשתגוב ותשלימני פרתה קנויה לה מעכשיו או סמוך לגניבתה דעיקר פלוגמא זו הוי אם סתם הוי כמו מעכשיו או לא וכיון דקיי"ל בח"מ סי' רצ"ה בש"ך ס"ק י"א פלישנא קמא דרבא ע"ש.

א"כ מוכח מזה ג"כ דאף באומדנא על תנאי ג"כ הדין דהוי כמו מעכשיו. וכן מוכח בגיטין (דף י"ח ע"ב) ועיין בתו"ג סי' קמ"ג סעי' ב'.

וכן מוכח מפמה דוכתי. ולכן הדין נותן דגם היורשים חייבים על עלילת הערב אף שמת הלנה בעת שקרה העלילה: וכן ראיתי בשער המשפט סי' קל"א ס"ק ה' שהוכיח פדבריו דבמת הלנה פטורים היורשים מן חיוב עלילת הערב מהא דסי' קע"ה סעי' מ"ם במכר כו' דאם בא ההיזק לאחר מיתת המוכר פטורים היורשים.

אבל לענ"ד אין זה ראיה פלל דהא באמת חזינו דעיקר החיוב בעלילת הערב אין זה מצד הא דזבן ומיצרא כו' הנ"ל דהא קיי"ל התם דאינו חייב אלא אם קיבל לשלם כל היזק שיבא לו עי"ז כמבואר התם.

ולכן פינו דע"י כפיי' מקבל עליו כן לכן שפיר אמרו נשם דלא קנסו בנו אחריו פינו דעיקר חיובו הוא ע"י גרמא בגזקין ולכן כפיהו לקבל עליו כן ודומה לטימא טהרות דלא קנסו בנו אחריו.

אבל ה"ה בא בחיוב לפצות הערב מן עלילות הא אף דלא קיבל עליו בפירוש ג"כ קיי"ל דחייב. וע"כ מוכח דדינא דעיקר החיוב הוא דהוי כמו התנה וכמש"כ האו"ת בסי' קל"א ס"ק ו' ע"ש.

ע"כ הדין נותן דחייבים היורשים ג"כ לפצות להערב על עלילות שיקרה לו משום הערבות: ולכן נראה לי בטעמו דאמרו דאינו גובה מהיתומים עד שיגדילו משום דהא מבואר בסי' קל"א סעי' ז' דבעלילה דלא שכיח פטור.

א"כ ה"ה ה"ה ה"ה דמבואר פיו"ד סי' רכ"ח סעי' י"ב דמיתה לא שכיחא ועיין בב"י נשם ובשער המלך פ"ד הל' סוכה. א"כ ה"ה ה"ה פינו דעיקר העלילה שעל הערב הוי מן מה דמת הלנה ונשארים בנים קטנים הוי זה ג"כ בכלל מילתא דלא שכיחא ולא אסיק אדעתיה לומר גם בזה דהוי כהתנה.

ולכן אינו גובה מהיורשים עד שיגדילו וא"ש כ"ז: ועוד נלע"ד לדון ולתרוץ למה שהקשיתי דאמאי לא יגבה הערב מיד מיתומים קטנים דלא גרע מכל עלילה על הערב. והוא דהנה עיקר הטעם דהלנה חייב להערב על כל עלילה שיארע להערב הטעם הוא דהוי כאלו התנה לשלם לו כל היזקותיו לפי דהערב עשה טובה להלנה ע"כ הוי אומדנא

דהלנה נתרצה פן משום דמה לוי להערב לצרה הזאת להכניס א"ע בהעלילה וקווי אומדנא
זה פמו דאמרו באחריות דקווי ט"ס.

וכמש"כ האו"ת בסי' קל"א ס"ק ו' והנתיבות בסי' קע"ו ס"ק נ"א סבארא זו ומה"ט פתבו
שם בשותפים שלא עשה זה לטובת חבירו רק לטובת עצמו ע"כ לא דייגינן הך אומדנא
ע"ש. ולכן נראה לי דזה אינו רק בערב שלא קיבל שכר מן הלנה עבור הערבות דבזה
שפיר שינה לומר דעשה פן לטובת הלנה וע"כ אין סבארא שיהיה חל על הערב ולא על
הלנה אבל היכא שנתן הלנה שכר להערב עבור הערבות פמו דמצינו בח"מ סי' קכ"ט
סעיף כ"ב דמותר להערב לקבל שכר מהלנה בשביל ערבותו וכמש"כ הט"ז ביו"ד סי'
ק"ע ס"ק ג'.

ע"כ בכה"ג אפשר לדון דיהיה פטור הלנה מן העלילה של הערב דבזה אין לנו אומדנא
מוכחת כ"כ לומר דקווי פאלו התנה דהא אפשר דאף אם לא היה נתרצה הלנה לקבל ע"ע
העלילות מ"מ היה מרנצה הערב להכניס א"ע בהערבות פינן דזהו טובתו במה דנותנים
לו שכרו בעד טרחתו והשתדלותו ולכן הדין נותן דיהיה פטור הלנה בזה ומוקמינן על
הדין דאין אדם נתפס על חבירו.

ועשה פן בעד טובתו להשתפר מעות ולא בעד טובת הלנה. ואמרינן בזה מזלו גרם וכמו
במוכר שדה לחבירו דאף דהתנה חיוב אחריות אין זה רק אחריות דאמי מחמתיה אבל
דלא אתי מחמתן פטור המוכר ואין חייב בעלילת הלוקח אלא היכא דהתנה בפירוש
שאני כמבואר בסי' רכ"ה.

ואף שלא מצאתי בדברי הפוסקים שיכתבו פן מ"מ פן נלע"ד פשוט בסבארא: ועכשיו
שנתבאר דבערב שנטל שכר בעד ערבותו דאז פטור הלנה מן עלילת הערב. וכל המבואר
בסי' קל"א דחייב הלנה בעלילת הערב מיירי במודה הלנה שלא נתן לו שכר עבור זה או
בידוע ע"פ עדים פן.

לכן יש לומר דבמת הלנה דאין אנו יכולים להוציא ממון מהיורשים ולחייבם בעלילת
הערב משום דטענינן להו דילמא היה ערב בשכר והיה טוען אביהם פן שנתן לו שכר
בעד ערבותו והיה פטור מן עלילות הערב דמה"ט טענינן גם ליורשיו וע"כ אין להוציא
מן היורשים.

ואין זה בגדר טענה דלא שכיח דס"ל לכמה פוסקים דלא טענינן ליתמי דהא פתב האו"ת
בסי' קכ"ט ס"ק כ' דכפי הנהוג ליתן להערב שכר בעד ערבותו כו' ע"ש. אלמא דזהו
מילתא דשכיחא ולכן שפיר טענינן ליורשיו דהיה ערב בשכר ופטורים.

ונהו כעין מש"כ השער המשפט דירשנים פטורים מן עלילות הערב אף לא מטעמי'.
ונפ"מ לפי הטעם שפתבתי דהיכא דידוע דלא קיבל שכר דחייבים היורשים לשלם
להערב בעד עלילותו.

ולכן בכה"ג גובה הערב מיתומים קטנים לאחר שפרע להלנה דאף דנימא דאתפסיה צררי
מ"מ חייבים פמו כל דין עלילה שעל היורשים ומה"ט אפשר לומר דבכה"ג פינן דיהיה
יכול הערב לחזור על היורשים ע"כ אפשר דבכה"ג אין המלנה נפרע מהערב פינן דיהיה
יכול לבא עי"ז פסידא להיתומים וכמש"כ כעין זה לעיל בסעי' א'.

[ויש לדון בזה עדיין טובא]. אבל היכא שאינו ידוע אם לא קיבל שְׂכָר על ערבותו ע"כ פטורים היוֹרְשִׁים וטענינו להו דשְׂמָא נטל שְׂכָר דאז אין הלנה חייב לשלם להעֲרַב בעד עלילותו פנ"ל ולכן א"ש פל המבואר הָכָא ובב"ב (דף קע"ד) דלטעם אתפסיה צררי פטורים היוֹרְשִׁים לשלם להעֲרַב: וכעת ראיתי סעד למה שפתי לחלק בין ערב בשְׂכָר לבחנם.

מהא דמבואר לקמן בסי' קע"ו סעיף מ"ח בהג"ה דמי ששלח חבירו בעסקיו ונתפס י"א דאם הלך בחנם חייב לפדותו וה"ל פשואל כו'. אבל בשְׂכָר פטור המשלחו וכמבואר בבית יוסף סי' קפ"ח בשם תשובה להרמב"ן שפתי וכש"כ בשליח בשְׂכָר שהרי הלך בשְׂכָרו וכדכתיב ואליו הוא נושא את נפשו כו' ובשביל שְׂכָרו הכניס א"ע בכלל ספנה כו' ע"ש.

וכעין זה פתיב העצמח צדק סי' ו' לחלק בין שליח בחנם לבין שליח בשְׂכָר מה"ט דאם נהרג בדרך דא"צ המשלחו פפ"ה ע"ש. הרי דמצינו חילוק בין שליח בשְׂכָר לשליח בחנם וכעין החילוק שחילקה התורה בין שואל לשוכר וש"ש.

ולכן שפיר פתיב לחלק פן גבי ערב דאם נותנין לו שְׂכָר פטור הלנה מהעלילות של הערב ע"פ סברא הזאת. ובמק"א פתיב להעיר דמ"ש שליח דניזק בבממונו דכ"ע מודו דפטור המשלחו כמבואר בסי' קפ"ח סעי' ו' וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק י"א.

ומ"ש זה מן ערב דחייב הלנה במה דינא רע להעֲרַב עי"ז במקום דשכיח הדייקא ועיין בבבאיור הגר"א זצ"ל בסי' קפ"ח ס"ק ט"ו. ויש לחלק ביניהם והארבתי הרבה במק"א: סימן קיא א 9 סעי' ז' נשאלתי בשטר מתנה שפתיב בו מהיום אם לא אחזור בו אם יכול מלנה בשטר המאונח לטרוף מן המתנה: תשובה הנה מצאתי זה בשיטה מקובצת לב"מ (דף י"ט ע"ב) ד"ה וכי מפיק לי' כו' דהקשה במה דמבואר שם בשטר מתנה מהיום ולאח"מ דנמצא ואמר תנו נותנין דניחוש שפתיב לנה מאחר או דחייב לכתובת אשתו או למזונות משום הכי אומר שפתיב נתן במתנה לנה מקודם שעבוד פדי שלא יטרפו ממנו ותירץ דלפני ר"י ניחא דפ"י מהיום ולאח"מ הוא אם לא אחזור [וכעין פי' ר"ת בתוס' ב"מ שם וב"ב (דף קל"ה)].

דהשתא ליכא למיחש למיתב לקמא דאם הי' מחוייב לב"ח או לכתובת אשתו או למזונות כו' שפיר יטרפו ממנו שהרי שיעבד לו פל נכסיו שיש לו יכולת בהם והרי יש לו יכולת בזה המתנה לחזור בה כו' עכ"ל השמ"ק.

הרי להדיא דס"ל להשמ"ק דבמתנה זו גבי מינה בע"ח המאונח. והובא דברי השמ"ק הללו באו"ת סי' ס"ה ס"ק נ"ג באורים שם ובפתח הבית סי' ל"ד ענף ד ע"ש.

וכן ראיתי בהגהות מרדכי בב"ב פ' יש נוחלין סי' תרס"ח שפתיב להוכיח פן מהו דב"מ ע"ש. ענף א וכן נלע"ד להוכיח מן התוס' פתובות (דף ע"ט) ד"ה עשאום כנכסים שאינם ידועים כו' שפתיבו בשם הר"ת מעשה שטר מברייח נכסיו שרצה ללות ורצה שלא שמתעבדו נכסיו לבעל חוב כו' והורה ר"ת דהוי מתנה גמורה דכיון דאי לא קני להו לוקח הוי קני להו בע"ח והאשה וכיון דבהכי לא הוי מוכרח אית לן למימר דלמתנה גמורה אפיון עכ"ל.

וס"ל להר"ת דְּזֵה הָנִי מִתְּנָה גְמוּרָה וְאֵינִי יָכוֹל לְחַזֵּר בּוֹ כְּלָל. וְקִשָּׁה הִיא יֵשׁ לְדוֹן לְהֶאֱמָרָה דְּנִתְּנָה מִתְּנָה פְּדֵי לְהִבְרִיחַ מֵהִבְעָה וְהִיא פְּנוּנָתוֹ בְּמִתְּנָה מֵהַיּוֹם אִם לֹא אֶחָזֵר בּוֹ.

וְאִז מוֹעִיל שְׁפִיר לְהִבְרִיחַ מֵהִבְעָה דְּכ"ז דְּלֹא חָזַר בּוֹ שְׁפִיר קָנִי לִי הַמְקַבֵּל מִתְּנָה. וּמ"מ הַיְכֹלֶת בְּיָדוֹ לְחַזֵּר בּוֹ לְעוֹלָם כ"ז שְׁיִרְצָה הַנּוֹתֵן לְבַטֵּל לְהַמְתָּנָה.

וְעֵינֵי בְּר"נ פ"ח לְכַתְּבוֹת וּבֵאָה"ע ס"א צ' סְעִיף ז' וּבַח"מ וּב"ש ס"ק לְמ"ד בְּפִי מֵהַיּוֹם וְלִכְשֶׁאֲרָצָה כו'. וְע"כ מוֹכַח דְּס"ל לְהַר"ת דְּאֵף בְּמֵהַיּוֹם אִם לֹא אֶחָזֵר בִּי.

דְּיָכוֹל הִבְעָה אֵף הַמְאָחָר לְשֹׁטֵר מִתְּנָה לְטָרוּף מְמַנֵּי וּכְשִׁיטַת הַשֶּׁמֶךְ וְהַגְּהוּת מְרַדְכֵי דְּכֵינֵן דִּיכְוֹלֶת בְּיָדוֹ לְחַזֵּר א"כ לֹא יִצְתָה מִרְשׁוֹתוֹ ע"כ יָכוֹל הִבְעָה לְטָרוּף מִתְּנָה זֶה לְכֹן ס"ל דְּזֵה הָנִי מִתְּנָה גְמוּרָה מְשׁוּם דְּאִם נִימָא דְּהָנִי כְּמוֹ הַתְּנָה פֶּן א"כ מְמִילָא יָכוֹל עֲדֵינֵן הִבְעָה לְטָרוּף מְמַנֵּי וְלֹא הוֹעִילוֹ מְעַשְׂיוֹ וּבְאֶמְתָּהּ הִיא הַנּוֹתֵן נִתְּפִינֵן לְהִבְרִיחַ מֵהִבְעָה שְׁלֹא יְהִי יָכוֹל לְטָרוּף מְמַנֵּי.

לְכֹן הוֹרָה הַר"ת בְּזֵה דְּהָנִי מִתְּנָה גְמוּרָה וְאֵינִי יָכוֹל הַנּוֹתֵן לְחַזֵּר בּוֹ לְעוֹלָם. וְכֵן מוֹכַח מִן שְׁיִטַת הָרֵא"ש לְכַתְּבוֹת שָׁם פ"ח ס"א ג' דְּחוֹלֵק עַל הַר"ת וּכְדִקְי"ל פֶּן לְדִינָא וְכַמְבֹּאֵר בַּח"מ ס"א צ"ט סְעִיף ו' וְהַנְּתִיבוֹת שָׁם ס"ק ה' פְּתַב לִינִישְׁב קוֹנְשִׁיּוֹת הַשָּׁ"ף שָׁם דְּלִכְוֹן פְּתַבוּ שָׁם דְּפִטוֹר לְהַחְזִיר הַפִּירוֹת שְׁאֵכַל מְשׁוּם דְּהַעֲיָקֵר לְדִינָא הוּא דְּשֹׁטֵר מְבַרַחַת הוּא קָנִין גְּמוֹר לְהַמְקַבֵּל רַק שְׁהַרְשׁוֹת בְּיַד הַנּוֹתֵן לְחַזֵּר בְּכָל עֵת וּכְמַש"כ הָרֵא"ש לְכַתְּבוֹת (דָּף ע"ט) וְהֵא דְּקָנָה הִבְעָה הוּא מְטַעַם פִּינֵן שְׁבִידוֹ לְחַזֵּר לֹא יִצְאָה מִרְשׁוֹתוֹ כְּמַש"כ הָרֵא"ש כו' ע"ש בְּנִתְּבוֹת.

הַרִי דְּמוֹכַח לְדִינָא דְּס"ל ג"כ דְּהִיכָא דְּהַרְשׁוֹת בְּיָדוֹ לְחַזֵּר דְּאִז אֵף אִם לֹא חָזַר בְּפִירוֹשׁ דְּמ"מ יָכוֹל הִבְעָה לְטָרוּף מְמַנֵּי וּכְעֵינ דְּבָרֵי הַשֶּׁמֶךְ וְהַגְּהוּת מְרַדְכֵי הַנְּ"ל: אֲמַנְם הַרְשָׁב"א דְּהוֹבָא בְּבֵית יוֹסֵף ח"מ ס"א צ"ט ס"ק י"ב נִרְאָה דְּלֹא ס"ל פֶּן דְּו"ל הַרְשָׁב"א אִם פְּתַב כָּל נְכָסָיו לְאַחֲרֵים כו' וּבְשִׁיר קָצַת מִתְּנָתוֹ מִתְּנָה וְאֵינִי יָכוֹל לְחַזֵּר בּוֹ אִא"כ הַתְּנָה בְּפִי שְׁיִכְל לְחַזֵּר בּוֹ כָּל זְמַן שְׁיִרְצָה וּמ"מ לֹא נִשְׁתַּעְבְּדוּ נְכָסָיו לְלִנְיָה שְׁהַרִי הַבְּרִיחָה מְמַנֵּי וּקְנָאָה בְּעַל הַמְתָּנָה עַד שְׁיִחְזוֹר בּוֹ הַנּוֹתֵן כו' עכ"ל.

הַרִי דְּהַרְשָׁב"א חוֹלֵק עַל הַשֶּׁמֶךְ וְהַג"מ הַנְּ"ל. אֵף לְפִי שְׁיִטַת הַרְשָׁב"א תְּקִשָּׁה קוֹנְשִׁיּוֹת הַשֶּׁמֶךְ וְהַג"מ הַנְּ"ל דְּלִפ"ז תְּקִשָּׁה בְּהַדְּב"מ (דָּף י"ט) הַנְּ"ל דְּאֲמַאי מְחַזִּירִין שְׁטֵר הַנְּמַצָּא בְּכַתוּב בּוֹ מֵהַיּוֹם אִם לֹא אֶחָזֵר בִּי הִיא יֵשׁ לְחַוֵּשׁ שְׁמָא לְנָה מְאָחַר וְרוֹצָה לְהַפְּקִיעַ מִן הִבְעָה אֵת זְכוּתוֹ דְּלֹא יְהִי יָכוֹל לְתַבְּנֹעַ מִהַשְׁעָדָה דְּהֵא כ"ז דְּלֹא חָזַר בּוֹ בְּפִירוֹשׁ קְנוּיָה הַשְׁעָדָה לְהַמְקַבֵּל.

וְרֵאִיתִי בְּתוֹמִים ס"א ס"ה ס"ק כ"ו שְׁהִבִּיא שָׁם בֵּאָה"ד לְדְּבָרֵי הַר"נ שְׁפַתְב דְּהוֹאִיל דְּהַשְׁעָדָה הוּא שְׁלֹו רַק שְׁמַפְקִיעַ הַחֹב מְמַנֵּי אַע"פ שְׁהוּא שְׁלֹא פְּדִין אֵין לְחַוֵּשׁ כ"כ אָבֵל הַגַּמ" פְּרִיף שְׁפִיר אֵיף כּוֹתְבִין שְׁטֵר כו' דְּלָמָּא יִמְכּוֹר וְזֵה יְטָרוּף שְׁלֹא פְּדִין וּגְזִילָה הוּא עוֹשָׂה עכ"ל.

וְכַתֵּב הַתּוֹמִים דְּלֹא הִבְנִיתִי חִילּוֹק זֶה דַּמ"ש טוֹרֵף שְׂדֵה הַנְּמַכֵּר שְׂלֵא פְּדִין אוֹ שְׂדֵה
הַמְּשׁוֹעֵבֵד לִבַּע"ח וּמִפְקִיעַ שְׁעֵבּוּדוֹ שְׂלֵא פְּדִין עַכ"ל הַתּוֹמִים. וְדַבְּרִי הַר"נ הִלְלוּ הֵם בַּחֲוִי
הַר"נ לִב"מ (דָּף י"ח ע"ב) בַּד"ה הָא בִּי וְהָא בְּבָרִי כו' בַּאֲה"ד שָׁם.

וּבְאַמַּת יֵשׁ לְהַסְבִּיר לְדַבְּרֵי הַר"נ ע"פ דַּבְּרֵי הַתּוֹס' בִּב"מ (דָּף כ' ע"א) ד"ה ש"מ אֵימָא
לְדַשְׁמוּאֵל כו' בַּסָּה"ד דְּדוֹקָא בְּעָרְב לְאַשָּׁה דִּב"ב (דָּף קע"ג) דִּי־דוֹר הַנְּאָה דְחִיָּישֵׁי לְקַנּוּנֵיָא
כו' אָבֵל הָכָא דְאִינוּ אֱלָא חֲשֵׁשָׁא בְּעֵלְמָא שְׂמָא לֹא מְכָרָה וְאַפִּילוּ מְכָרָה שְׂמָא לֹא יִפְסִידוּ
פִּי אִינוּ מוֹצִיא מֵהֶם אֱלָא חוֹב שְׁהִיּוּ לְהֵם עַל הַבְּעַל יְהִיּוּ לְהֵם עַל הָאִשָּׁה וְגַבֵּי חֵיבֵי מוֹדָה
דְחִיָּישֵׁינָן לְעֵיל לְקַנּוּנֵיָא לְפִי שְׁיּוֹצִיא מִיָּד מֵהַלְקוּחוֹת וְעוֹד יֵשׁ לְחוּשׁ לְלִקּוּחוֹת שְׂלֵא
בְּאַחֲרֵיּוֹת שְׁיִפְסִידוּ לְגַמְרֵי עַכ"ל הַתּוֹס'.

הַרִי דַּס"ל לְהַתּוֹס' ג"כ דְּלֹא חִיָּישֵׁינָן רַק בְּמָה דִּיּוֹצִיאֵו מֵהַלְקוּחוֹת דְּבָר שְׁזָכוּ בוּ כְּבָר אָבֵל
בְּמַנְיַעַת טוֹרֵפָא הֵיכָא שְׁיִהִיּוּ עַדִּינָן לְהַמְלִיָּה חוֹב עַל הַלְוָה בְּזָה לֹא חִיָּישֵׁינָן הֵיכָא דְלֹא הָוִי
בַּע"ח יְדוּעַ.

וּבְכַרְט לְתִירוּץ הַשְּׁנִי שְׁפָתָבוּ הַתּוֹס' דְּדוֹקָא לְלִקּוּחוֹת שְׂלֵא בְּאַחֲרֵיּוֹת דִּיִּפְסִידוּ לְגַמְרֵי בְּזָה
חָשׁוּ. א"כ לִפ"ז לִיתָא לְקַנְשֵׁינָתָם שְׁהַקְשׁוּ דְנִיחּוּשׁ שְׂמָא רוֹצָה לְהַפְקִיעַ ע"י הַשְּׁטֵר מִתְּנָה
בְּמַהִיּוֹם וְלֹאֲחָ"מ לְאִינָה בַע"ח.

דְּהָא לְזָה לֹא חִיָּישֵׁינָן דְּהָא אוֹתוֹ הַחוֹב יִשְׁאַר לוֹ בְּתַקְפוֹ עַל הַלְוָה וְע"כ כ"ז דְּאִינוּ יְדוּעַ
לְנוּ הַבַּע"ח לֹא חִיָּישֵׁינָן לִי וּמִתּוֹרֵץ שְׁפִיר קַנְשֵׁינָתָם הַשְּׁמ"ק וְהַג"מ הַנְּ"ל. וְעַפ"ז מִתּוֹרֵץ
קַנְשֵׁינָתָם הַשְּׁ"ף בַּסִּי"ה ס"ה ס"ק כ"ב דְּהַקְשָׁה דְנִיחּוּשׁ שְׂמָא יֵשׁ לוֹ אִינָה בַע"ח כו'.

אָבֵל לְשִׁיטַת הַתּוֹס' הַנְּ"ל אִינוּ קָשָׁה כָּלֵל לְקַנְשֵׁינָתָם הַשְּׁ"ף וְעֵינָן בַּסִּי"ה ע"ש ס"ק י"ט
וְקַצְרֵתִי: וּבְעֵינָר קַנְשֵׁינָתָם הַגְּהוֹת מְרַדְכֵי וְהַשְּׁמ"ק עַל הָא דִּב"מ (דָּף י"ט) דְנִיחּוּשׁ שְׂמָא
לְזָה מֵאַחַר וּמִפְקִיעַ ע"י הַמְּתָנָה דְמַהִיּוֹם וְלֹאֲחָ"מ לְאִינָה בַע"ח.

נִרְאָה לִיִּישֵׁב קַנְשֵׁינָתָם דְּהָא אָף לְדַבְּרֵי הַרְשָׁב"א דַּס"ל דַּכ"ז דְּלֹא חָזַר בוּ קַנּוּי הַמְּתָנָה
לְהַמְקַבֵּל מִתְּנָה וְאִין הַבַּע"ח טוֹרֵף מְנַוּוּ. מ"מ נִרְאָה פְּשׁוּט דַּהַב"ד כּוֹפִין לְהַלְוָה הִיָּינוּ
לְהַנּוֹתֵן מִתְּנָה שְׁיִחְזוֹר בוּ מְשׁוּם פְּרִיעַת בַּע"ח מְצָנָה דְכּוֹפִין לוֹ לְמַנְיָם מְצָנָה זֹו בְּמָה
דְּאַפְשָׁר בְּיָדוֹ וְכִינּוּן דָּאֵם יִחְזוֹר בוּ יְהִיָּה יְכוֹל לְמַנְיָם לְהַעֲשֶׂה דְפְרִיעַת בַּע"ח ע"כ הַדִּין
בְּרוּר דְכּוֹפִין לוֹ ע"ז.

וְכַעֲיִן זֶה פְּתַב הַקְצָה"ח בַּסִּי"ה ט' ס"ק א' בְּשֵׁם הַכְנֵה"ג לִיּו"ד סִי' קַס"א גַּבֵּי רִיבֵית דְּאִינוּ
מְחַנְיָיב לְהַחְזִיר בְּלֹא תְּבִיעָה דָּאֵם הוּא חֵיב לְאַחֲרִים כּוֹפִין אוֹתוֹ לְתַבְּנֹעַ בְּכַדֵי שְׁיִהְיָ לֹו
בְּמָה לְפָרוּעַ מְשׁוּם דְפְרִיעַת בַּע"ח מְצָנָה כו' וְהִבִּיא פֶּן בְּשֵׁם הַמַּל"מ.

א"כ ה"ה גַּבֵּי מִתְּנָה דְמַהִיּוֹם וְלֹאֲחָ"מ דְכּוֹפִין אֵת הַלְוָה לְחָזוֹר בוּ כְּדֵי שְׁיִקְיָיִם מְצָנָת פְּרִיעַת
בַּע"ח. וְלָכֵן לֹא חִיָּישֵׁינָן בְּשְׁטֵר מִתְּנָה בְּמַהִיּוֹם אִם לֹא אֶחְזוֹר בִּי הַנְּמַצָּא דָּאֵם אָמַר תְּנוּ
נִוְתָנִין.

דְּשְׂמָא יֵשׁ לוֹ אִינָה בַע"ח. מְשׁוּם דְּהָא אַפְתִּי יֵשׁ לוֹ יְכוּלָת בְּיַד הַב' לְכוּפוֹ שְׁיִחְזוֹר בוּ.

ואי דנגיחוש שְמָא יהי איזָה סיבָה דְלֵא יהי היכְנֻלַת בְּיָדָם לְכוּפוּ שְׁיַחזֹר בּוּ מְצַד אֲלֵמוּתוֹ וְכַה"ג. וְלִירְד לְנַכְסֵי זֶה יהי יְכֻנְלַת בְּיָדֵינוּ אֲלֵא לִירְד לְגוּפוֹ זֶה לֵא יהי היכְנֻלַת בְּיָדָם מְשׁוּם אִיזָה סיבָה וְחֻשׁוֹ.

הָא בְּזֵה לֵא יִצְאָנוּ לְעוֹלָם מִיַּדֵי חֻשׁוֹ לְפִי הַמְּבֹאֵר בְּכַתְּבוֹת (דָּף נ"ט) דְּקוֹנְמוֹת קְדוּשָׁתָא הַגּוּרָא וּמְפָקִיעַ מִיַּדֵי שְׁיַעְבּוּד וְכַתְּבוֹ הַתּוֹס' וְהָרָא"ש לְהַקְשׁוֹת דָּא"כ כֹּל אֲדָם יִפְקִיעַ חוּבוֹ ע"י קוֹנָם וְחִירְצוֹ דְּאֲלֵמוּתָא רַבְּנָן לְשְׁיַעְבּוּד הַבַּע"ח.

וְהָר"נ שְׁמַ כְּתִב דְּדוֹקָא שְׁעַבּוּד הַבַּעַל אֲלֵמוּתוֹ אֲבָל שְׁעַבּוּד הַמַּלְוָה לֵא אֲלֵמוּתוֹ אֲלֵא דְכוּפִין לְהַלְוָה דִּיהֵי' מִיתְּשַׁל אֲנִידְרָא וְהוּבָא פְּלוּגְתָּא זֶה בַּח"מ ס' קי"ז סעי' ז' בְּרַמ"א וּבַסַּמ"ע ס"ק כ"ד בְּשֵׁם הַמ"מ דְּכוּפִין לְהַלְוָה דִּיהֵי' מִיתְּשַׁל אֲנִידְרָא וְכַעֲיִן הַמְּבֹאֵר בַּח"מ ס' ע"ג סְעִיף ה'.

וְעֵינָן בְּמַתְּנָה אֲפָרִים ה' גְּבִיּוֹת חוּב ס' ג': א"כ לִפ"ז לֵא יִצְאָנוּ לְעוֹלָם מִיַּדֵי חֻשׁוֹ בְּכֹל מַלְוָה דְּהָא לְעוֹלָם יֵשׁ בְּיַד הַלְוָה לְאַסְרוֹ נַכְסֵי בְּקוֹנָם פְּרָטִי עַל הַמַּלְוָה לְשִׁיטַת הַסּוֹבָרִים דְּלֵא אֲלֵמוּתָא רַבְּנָן לְשְׁעַבּוּד הַבַּע"ח.

[וְעֵינָן בְּתוֹמִים ס' קי"ז ס"ק י"ב שְׁפַתְב דְּבַמְטַלְטְלִי כ"ע מוֹדוֹ דְּחַל הַקוֹנָם רַק דְּכוּפִין לוֹ שְׁיַתְחַרְט וְיִשְׁאַל עַל גְּדָרוֹ כַּמֶּש"כ הַמ"מ וְהָר"נ]. אֲלֵא דְכוּפִין אוֹתוֹ מְצַד פְּרִיעַת בַּע"ח מְצָה דְּמִיתְּשַׁל אֲנִידְרִי'.

א"כ לְעוֹלָם בְּיַד הַלְוָה לְעַשׂוֹת כְּזֵה דִּיִּצְטָרְכוּ לְבָא לְכַפּוֹתוֹ וּבְלֵא כְּפִינָא לְהַלְוָה אֵינָם יְכוּלִים לִירְד לְנַכְסֵי כ"ז דְּלֵא אִיתְּשַׁל אֲנִידְרִי'. ע"כ כְּמוֹ דִּיהֵי' מְוַכְרְחִין לְכַפּוֹת לְהַלְוָה דִּיהֵי' מִיתְּשַׁל אֲנִידְרִי'.

כ"כ יהי יְכוּלִים לְכוּרָא לְהַלְוָה דִּיִּחזֹר בּוּ בְּמַתְּנָה מֵהַיּוֹם וְלֵאחֲמ"מ. וּלִפ"ז מְתוּרָץ קוֹשְׁיֹת וְהוּכְחוֹת הַשֶּׁמ"ק וְהַג"מ בְּהַדָּף דב"מ דְּלִכְּנֹן מְחִזְרִין שְׁטַר מַתְּנָה מֵהַיּוֹם וְלֵאחֲמ"מ הַנְּמַצָּא וְלֵא חִיִּישִׁינָן שְׁמָא יֵשׁ לוֹ אִיזָה בַּע"ח וְרוּצָה לְהַפְקִיעַ מִמֶּנּוּ ע"י חֲזַרְתָּ הַשְּׁטַר מַתְּנָה זֶה.

דְּהָא יְכוּלִים לְכַפּוֹתוֹ שְׁיַחזֹר בּוּ. וְאִי דְּנִיחֻשׁ שְׁמָא לֵא יִהֵי הַיְכְנֻלַת בְּיָדֵינוּ לְכוּפוֹ לְגוּפוֹ שְׁיַחזֹר בּוּ.

אֲפַתִּי הָא בְּיָדוֹ לְאַסְרוֹ בְּקוֹנָם דָּאז ג"כ לֵא יהי בְּיָדֵינוּ לִירְד לְנַכְסֵי בְּלִתִּי כְּפִיּוֹת גּוּפוֹ לְשְׁאַל עַל גְּדָרוֹ א"כ לְעוֹלָם לֵא יִצְאָנוּ מִיַּדֵי חֻשׁוֹ כְּזֵה וְלִכְּנֹן אֲתִי שְׁפִיר מַה דְּאֲמָרוּ דְּמַחְזִירִין שְׁטַר מַתְּנָה בְּמֵהַיּוֹם וְלֵאחֲמ"מ וּמְתוּרָץ קוֹשְׁיֵיהֶם: וְעַפ"ז יֵשׁ לְתַרְץ קוֹשְׁיֹת הַרְשָׁפ"א וְהוּבָא בַּקְצָה"ח ס' פ"ו דְּלָמָּה צְרִיךְ קָרָא עַל שְׁעַבּוּדָא דְּר"נ הָא בל"ז קי"ל דְּשְׁעַבּוּד דְּאוֹרִיִּיתָא וְכֹל אֲשֶׁר יֵשׁ לוֹ מְשֻׁעָבֵד לְהַמַּלְוָה ע"ש.

וּלְפַמֶּש"כ פְּשוּט הוּא דַּנְפ"מ לְהִיכָא דְּאָסַר הַלְוָה נַכְסֵי בְּקוֹנָם עַל הַמַּלְוָה דְּאָף לְשִׁיטַת הַתּוֹס' וְהָרָא"ש כְּתוּבוֹת דְּאֲלֵמוּתָא רַבְּנָן לְשְׁעַבּוּד הַבַּע"ח הָא ז"א רַק מְדַרְבְּנָן אֲבָל מַה"ת הָא הַקוֹנָם מְפָקִיעַ מִן הַשְּׁעַבּוּד א"כ אִם לֵא יִהֵי כְּתִיב בְּקָרְאִי לְמִילָף עַל שְׁעַבּוּד דְּר"נ לֵא הִי' מְשֻׁעָבֵד רַק בְּתוֹרַת שְׁעַבּוּד בְּעַלְמָא כְּמוֹ כֹּל נַכְסֵי הַלְוָה ע"כ הִי' חַל הַקוֹנָם לְאַסְרוֹ עָלָיו.

אָבֵל עֲכָשְׁיוֹ דְכַתְבָּה הַתּוֹרָה דְהַלְוָה הַשְּׁלִישִׁי מְשׁוּעָבֵד גּוֹפּוֹ לְהַמְלִינָה הַרְאִשׁוֹן בְּתוֹרַת בַּע"ד דְּהַתּוֹרָה שְׁוֹנֵי לַבַּע"ד שְׁלוֹ פְּדֻכְתִּיב וְנִתְּן לְאַשֶׁר אָשֵׁם לוֹ וְכַמְש"כ הַקְּצָה"ח שָׁם. ע"כ אִינוּ חָל הַקּוֹנָם שְׁלוֹ לְאַסּוֹר אֶת הַלְוָה הַשְּׁלִישִׁי עַל הַמְלִינָה שְׁלוֹ דְּהָא לָא הָוִי שְׁלוֹ פְּלִל רַק שְׁלַ הַמְלִינָה שְׁלוֹ וְהָוִי נַפ"מ רַבְּתָא מֵהָד דְּשַׁדְר"נ וְעֵינֵי בְּחִידוּשֵׁי לְסִי' פ"ו מְזָה.

וְנִשׁ לְהַאֲרִיף בְּזָה וְקִצְרְתִי: וְאַפְשֶׁר לֹמַר דְּהַשְׁמ"ק וְהַג"מ דְּהַקְּשׁוּ פֶן בְּהָד דַּב"מ. דַּס"ל דְּאִינוּ יָכוֹל הַלְוָה לְאַסּוֹר בְּקוֹנָם עַל הַמְלִינָה מִשּׁוֹם דְּאַלְמוּהָ רַבְּנָן לְשַׁעְבוּד הַבַּע"ח אוֹ פְּעִין דְּבָרֵי הַתּוֹס' יִשְׁנִים בְּכַתְּוֹבוֹת (דָּף נ"ט) שָׁם וְע"כ הַקְּשׁוּ דְּנִיחּוּשׁ לְהַפְּקַעַת בַּע"ח שְׁלֵא כַּדִּין.

אָבֵל בְּאַמַּת לְהַחֲזוֹלְקִים עַל הַתּוֹס' וְכָשִׁיטַת הַר"נ וְהַמ"מ אִינוּ קָשָׁה וְכַפִּי מַש"כ. [וְעֵינֵי בְּתוֹס' קִידוּשִׁין (דָּף י"ח ע"א) ד"ה אָמַר אַבְיִי בַּע"כ דְּאָב כו' פִּי בְּקוֹנְטְרַס מִיֵּשׁ לוֹ כּוֹפִין אוֹתוֹ וּפְזָדָה אוֹתָהּ ק"ק א"כ אַמְאִי קְאָמַר בְּסַמּוּף ה"נ דְּאִזְוִיל וּמְזַבִּין לָהּ וּמָה תּוֹעֵלַת בְּמַכִּירְתוֹ מֵאַחַר דְּנַפּוֹף אוֹתוֹ לְפָדוּתָהּ עַכ"ל וְקִצְרְתִי].

וּלְפִי מָה דְּנִתְּבָאָר דְּהוֹכַחַת הַשְׁמ"ק וְהַג"מ מֵהָא דַּב"מ יֵשׁ לִיֵּשׁב דְּאִינוּ מְוַכְרַח כ"כ לְכֹן הָד דִּינָא דְּחִידוּשׁוֹ הַפּוֹסְקִים הַלְלוּ דַּבַּע"ח הַמְּאַחַר מְצִי טְרִיף מִמְתְּנָה דְּמַהִיּוֹם וְלֶאֱח"מ הַקְּדוּמָה לוֹ זָה אִינוּ בְּרוּר כ"כ פִּינֵן דְּעֵיקַר סְמִיכְתָּם עַל רֵאִי' זֹו וְכִינֵן דְּאִין זָה מְוַכְרַח ע"כ אִין לְנוּ לְחַדֵּשׁ מִדְּעַתִּינוּ לְהָד דִּין מְחַדֵּשׁ.

וּמִן הַסְּבָרָא נִרְאָה כְּשִׁיטַת הַרְשָׁב"א דְּהוּבָא לְעֵיל דַּס"ל דְּאִין פַּח בַּבַּע"ח לְגַבּוֹת בְּזָה דְּהָא כ"ז דְּלֵא חֲזַר הוּא שְׁלוֹ לְגַמְרִי. וְכֹן מְשַׁמַּע בְּהַתְּנָמִים שְׁהוּבָא לְעֵיל דְּהָד דִּינָא אִינוּ בְּרוּר כ"כ.

וְכֹן נִרְאָה מִדְּבָרֵי הַר"נ בְּחִידוּשֵׁי לַב"מ (דָּף י"ט) דְּלֵא ס"ל כְּשִׁיטַת הַג"מ וְהַשְׁמ"ק ע"ש: עֲנָף ב וְהִנֵּה רְאִיתִי בְּפִתַח הַבַּיִת סִי' ל"ד עֲנָף ד' שְׁכַתְּב בְּשֵׁם הַרְשָׁב"א שְׁהִבִּיא בְּשֵׁם הַרְמַב"ן לְקִידוּשִׁין (דָּף נ"ט) גַּבִּי מְקַדֵּשׁ אִשָּׁה מִעַכְשָׁיו וְלֶאֱחַר ל' יוֹם דְּהָוִי תִּנְאָה וּפִי' רַש"י תִּנְאָה מַהִיּוֹם אִם לֹא אֶחְזוֹר בִּי עַד לֶאֱחַר ל' יוֹם וְהַקְּשָׁה הַרְשָׁב"א בְּשֵׁם הַרְמַב"ן דְּלֵא מְצִינוּ מִתְּנָה מִעַכְשָׁיו שְׁיִהֵי' יָכוֹל לְחַזֵּר בּוֹ ע"כ פִּי הַתְּנָאִי אִם לֹא יָמוּת כו'.

א"כ לַפ"ז בְּמִתְּנָה מִעַכְשָׁיו וְלֶאֱח"מ אִם לֹא אֶחְזוֹר בִּי אִין חָל הַמְּתְנָה פְּלִל דְּאִין מִתְּנָה לֶאֱח"מ וּבְאַמַּת הָא קִי"ל בַּח"מ סִי' רַנ"ז דְּמִתְּנָה מַהִיּוֹם וְלֶאֱח"מ אִם לֹא אֶחְזוֹר בִּי מִהַנִּי בְּקַנְיָן כו' וְהַאֲרִיף שָׁם בְּזָה.

ע"ש בְּפִתַח הַבַּיִת. וְרְאִיתִי בְּחִידוּשֵׁי הַרְמַב"ן לְקִידוּשִׁין וּבְחִי' הַרְשָׁב"א שָׁם בְּשֵׁם הַרְמַב"ן שְׁהַקְּשָׁה עֲלָה דְּמְקַדֵּשׁ מִעַכְשָׁיו וְלֶאֱחַר ל' יוֹם דְּהָא לֹא מְצִינוּ מְקַדֵּשׁ מִעַכְשָׁיו שְׁיִהֵי' יָכוֹל לְחַזֵּר בּוֹ וְאִלוּ בְּמִתְּנָה מַהִיּוֹם אִם לֹא אֶחְזוֹר בִּי לֹא הַזְּכִיר שָׁם.

אִף אַפְשֶׁר דְּמַסְבָּרָא נִרְאָה לְדַמּוֹתֵן זָה לְזָה דְּכִמוּ בְּקִידוּשִׁין לֹא שְׁיִיף מִעַכְשָׁיו כ"ז דְּבִידוּ לְחַזֵּר כְּמוֹ כֹן בְּמִתְּנָה לֹא שְׁיִיף מִעַכְשָׁיו כ"ז דְּבִידוּ לְחַזֵּר וְשְׁפִיר כְּתַב הַפִּתַח הַבַּיִת לְשִׁיטַת הַרְמַב"ן.

וּבְחִי' הַרְשָׁב"א שָׁם הַשִּׁיג עַל שִׁיטַת הַרְמַב"ן בְּזָה וְע"כ שְׁפִיר כְּתַב הַרְשָׁב"א דְּהוּבָא לְעֵיל דַּס"ל בְּמִתְּנָה מַהִיּוֹם אִם לֹא אֶחְזוֹר דְּאִין הַבַּע"ח גּוֹבָה מְמַנּוּ. וְעֵינֵי בַּא"ה ע"ס מ' בַּב"ש

ס"ק ו': ולענ"ד נראה דסברת הרמב"ן הנ"ל יש לה מקום לפי המבואר בב"מ (דף ס"ה) מכר לו בית מכר לו שדה וא"ל לכשיהיה לי מעות החזירם לי אסור וכן מבואר ביו"ד סי' קע"ד סעי' א' דכה"ג הוי ר"ק משום דאין שם מכר ע"ז פ"ן דביד המוכר לבטל המכירה וע"כ הוי בזה אסור רבית מה"ת דהוי הלנואה גמורה ולא אמרינן דהא המכירה חל מעכשיו כ"ז דלא יחזיר המוכר המעות לו אלא אמרינן דכיון דבידו לבטל המכר לא מקרי מכר.

ה"ה במתנה דהתנה דיהיה יכול לחזור בו כ"ז שירצה לא מקרי מתנה פלל פ"ן דבידו לחזור ולפ"ז יש מקום לדברי הרמב"ן במש"כ דלא שינה מעכשיו פ"ן דבידו לחזור. אלא דיש לומר דהא אמרו שם בב"מ דזה מקרי צד א' ברבית ולר' יהודה מותר הרי דזה מקרי רק צד א' דתלוי אם יחזור ויביא המעות אבל אם לא יחזור ויביא המעות הוי שמי' מכר ולכן לר' יהודה מותר פ"ן דבעת שגמרו המקח ביניהם היה אז ספק אם יחזור המעות אח"ז או לא ע"כ מקרי צד א' ברבית ומותר לר"י.

ולרבנן אסור פ"ן דחזור בו המוכר ומסלקו במעות ע"כ אין ראי' מהתם לשיטת הרמב"ן במש"כ גבי מקדש מעכשיו ולאחר ל' יום: אמנם אפתי יש לדון פן ונקדים לדברי המתנה אפרים ה' מלנה ולנה דיני רבית סי' י"ג שכתב בארנפה בדין אם התנה המוכר לכשיהיה לי מעות החזירם לי אסור ודלא כר"י דצד א' ברבית מותר דלכאורה נראה דדוקא בהביא הדמים אז המקח בטל מעיקרא וכפ"י רש"י ונתוס' דס"ל דהמקח תלוי ועומד אם קנים תנאו כו' ואם לא הביא המעות נתקיים המקח.

אבל מן הרמב"ם וטור יו"ד סי' קע"ד משמע דאם התנה פן אין פאן מכירה פלל אלא הלנואה פ"ן שצריף להחזיר בכל עת שירצה וכל הנה רבנותא לא גרסי הכא דלא כר"י דכה"ג אף ר"י מודה דכיון דהתנה להחזיר לעולם ה"ז לא גמר והקנה ול"ד למוכר בית בבתי ערי חומה דהתם אין התנאי נמשך לעולם וכל שעבר שנה א' ולא נפדה נחלטת הפית מעיקרא וכ"נ מתשובת רב עמרם שהביא המבי"ט ויהיב טעמא דכל שהתנאי נמשך לעולם הרי המוכר מוכר לעולם לקנים תנאו ולא גמר להקנות פלל דדמי לאסמכתא כו' וכ"כ הריטב"א בחי' וה"ט פ"ן דבידו להחזיר המעות בכל עת שירצה אמדינן דעתו דלא גמר והקנה פ"ן דא"צ קנין מחדש בעת חזרת המעות כו' עכ"ל המח"א.

ועיין בנו"ב מ"ת ח' יו"ד סי' ע"ה. והנתיבות בסי' ר"ז ס"ק ו' הביא בקצרה לדברי המח"א הללו וכעין זה ביו"ד סי' ש"ה סעי' ח' גבי פדיון הבן.

והנה כמה דמחלק המח"א אליבא דר' יהודה בין היכא דבידו לחזור בו לעולם להיכא דאין בידו לחזור לעולם רק לזמן. פעין זה הסברא פתבו התוס' בערכין (דף ל"א) בד"ה ור' יהודה סבר צד א' ברבית מותר.

שכתבו וא"ת לר"י משפנתא בלא נכייטא נמי אישתיי דצד א' ברבית הוא וי"ל דלא חשבין צד א' ברבית אלא פגון עשה שזהו מכר דאיכא צד מכר אם לא יפדנו בתוך זמן הקבוע לו אבל משפנתא בלא נכייטא דליכא בי' צד מכר דלעולם הוא ביד הלנה לפדותו כו' ה"ל רבית כו' עכ"ל.

וְנָהוּ דְלֵא כַּמְש"כ הַתּוֹס' בּב"מ (דף ס"ה ע"ב) ד"ה לְכַשְׁיָהּ לִי מְעוֹת הַחֲזִירִים לִי אָסוּר
דְלֵא כר"י כו' אָבֵל מִשְׁפָּנָתָא לְעוֹלָם יְכוּלִים לְפָדוֹת אוּ הוּא אוּ יוֹרְשָׁיו אָבֵל פָּאן נָהִי דְהוּא
יְכוּל לְפָדוֹת יוֹרְשָׁיו אֵין יְכוּלִים לְפָדוֹת עכ"ל הַתּוֹס' ב"מ.

אָבֵל הַתּוֹס' עֲרֵכִין מִחֲלָקֵי פְעִין חִילּוּק שֶׁל הַמַּח"א דְשִׁאנֵי מִשְׁפָּנָתָא דְאֵין זְמַן קְבוּעַ אֱלֵא
לְעוֹלָם יְכוּלִים לְפָדוֹתוֹ. וְדוֹחֵק לְהַעֲמִיס בְּכּוֹנוֹנַת הַתּוֹס' בְּעֲרֵכִין דְנִתְפָּוּנוּ לְדַבְרֵי הַתּוֹס'
דב"מ: וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַעִיר לְדַבְרֵי הַמַּח"א בְּשֵׁם הָרֵאשׁוֹנִים דְכָתְבוּ דְהִיכָא דְאֵין זְמַן
קְבוּעַ לְהַתְנַאי אַז אַף ר"י מוֹדָה דְאָסוּר דְתַקְשָׁה ע"ז מְהֵרָה דְמַגְיָלָה (דף כ"ז ע"ב) דר"מ
ס"ל דְאֵין מוֹכְרִין בַּהַכ"נ אֱלֵא עַל תְּנַאי שְׂאֵם יִרְצוּ יַחְזִירוּהוּ וּמְקַשׁוּ וּלר"מ הִיכֵי דְיִירֵי
בַּה הָא ה"ל רַבִּית אַר' יו"ח ר"מ בְּשִׁיטַת ר"י אֲמָרָה דְאָמַר צַד א' בְּרַבִּית מוֹתֵר כו'.

הָא לר"מ דס"ל דְאֵין מוֹכְרִין בַּהַכ"נ אֱלֵא ע"ת דְאֵם יִרְצוּ יַחְזִירוּהוּ אֵין זְמַן קְבוּעַ לְהַתְנַאי
וּלְעוֹלָם יְכוּלִים לְפָדוֹתוֹ א"כ הָא בַּכַּה"ג אַף ר"י מוֹדָה דְאָסוּר. וְאֲפָשֵׁר לוֹמַר דְמִיִּירֵי שְׂם
דְהִיכָא זְמַן קְבוּעַ לְפָדוֹתוֹ וּמ"מ ס"ל דְמוֹתֵרִים לְמוֹכְרוֹ דְעֵיקָר הַטַּעַם דְאָסוּר ר"מ לְמוֹכְרוֹ
לְחַלוּטֵין מִשׁוּם דְדַרְךָ בְּזִיוֹן הוּא וְכַפְּי' רְשָׁי בְּמִשְׁנָה שְׂם.

וְכִיּוֹן דְבַעַת מְכִירָה הִיךָ זְמַן קְבוּעַ עכ"פ. ע"כ אֵין זֶה מְקַרֵי דְרַךְ בְּזִיוֹן וּמוֹדָה ר"מ דְמוֹתֵרִין
לְמוֹכְרוֹ דַּכָּה"ג אֵין זֶה מְגוּנָה.

וְכּוּן מוֹכְרָח לוֹמַר כֵּן בַּלֵּא"ה לְשִׁיטַת הַסּוֹבְרִים דְמְכִירָה עַל תְּנַאי דְאֵם יִרְצוּ יַחְזִירוּהוּ דְאֵין
שְׂם מְכָר עָלָיו כְּלָל מִשׁוּם דְלֵא גָמַר לְהַקְנוֹתוֹ וְכַמְש"כ הַמַּח"א. דְהָא בְּמִשְׁנָה הַקּוֹדֶמֶת שְׂם
בְּמַגְיָלָה דס"ל לר"מ דְאֵין מוֹכְרִין שֶׁל רַבִּים לְיַחֲזִיד מְפָנֵי שְׁמוּרִידִין מְקַדְוֶשְׁתוֹ דְמַרְבִּים
לְיַחֲזִיד לִיכָא קְדוּשָׁה.

דְהָא פִּינּוּ דס"ל לר"מ דְאֵין מוֹכְרִין בַּהַכ"נ רַק ע"ת דְאֵם יִרְצוּ יַחְזִירוּהוּ. א"כ לִיכָא בְּזֶה
הוֹרְדָה מְקַדְוֶשְׁתוֹ כְּלָל פִּינּוּ דְאֵין בְּזֶה שְׂם מְכָר כְּלָל וְהַבַּכָּה"נ קְנִימָא לְעוֹלָם בְּקַדְוֶשְׁת
הַרְבִּים פִּינּוּ דְאֵין בְּזֶה שְׂם מְכָר כְּלָל לְשִׁיטַת הַפּוֹסְקִים הַלְלוּ.

וְלְכַאוּרָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ מְזֶה פְּשִׁיטַת הַחֲזוּלָקִים בְּזֶה. אָכֵן לְפִי מַש"כ דְמִיִּירֵי בְּהַתְנוּ אֵם יִרְצוּ
יַחְזִירוּהוּ עַד זְמַן שְׁקַבְעוּ וּלְאַחַר הַזְמַן לֹא יִהְיוּ בִּיכוּלְתָם לְחַזוֹר וְכִיּוֹן דְבַעַת הַמְכִירָה הִיךָ
עַל תְּנַאי ע"כ מוֹתֵרִין לְמַפְּוֹר אַף לר"מ דְלִיכָא בְּזֶה בְּזִיוֹן כ"כ.

ע"כ אֲתִי שְׁפִיר מַה דְאָמַר ר"מ דְאֵין מוֹכְרִין מַרְבִּים לְיַחֲזִיד דְאִיכָא בְּזֶה הוֹרְדָה מְקַדְוֶשְׁתוֹ
פִּינּוּ דְאַחַר הַזְמַן לֹא יִהְיוּ יְכוּלִים לְבַטֵּל הַמְכָר. וְלָכֵן אֵינּוּ רֵאִי מְזֶה לְסַתּוֹר לְשִׁיטוֹת
הַסּוֹבְרִים דְאֵין בְּזֶה שְׂם מְכָר כְּלָל.

וּעַפ"ז יֵשׁ לְבַאֵר לְדַבְרֵי הַיְרוּשְׁלָמִי בְּמַגְיָלָה פ"ג סוּף ה"ב וְאֲכַמ"ל: וְחֲזִינּוּ דְשִׁיטוֹת
הַרְמַב"ם וְהַטּוֹר וְהַשּׁו"ע בִּי"ד ס' קַעַד וְעוֹד פּוֹסְקִים בְּאוּמַר לְכַשְׁיָהּ לִי מְעוֹת הַחֲזִירִים
לִי דְאֵף הִיכָא דְלֵא בְּא לִידֵי חֲזַרְת מְעוֹת ג"כ אָסוּר אַף לר"י מִשׁוּם דְלֵא גָמַר וְהַקְנָה כְּלָל
פִּינּוּ דִיכוּל לְעוֹלָם לְחַזוֹר וּלְסַלֵּק בְּמְעוֹת וְכַמְש"כ הַמַּח"א.

ע"כ לִפ"ז יֵשׁ לְדוֹן בְּמַתְנָה מֵהִיּוֹם וּלְאַח"מ אֵם לֹא אֲחַזוֹר בִּי דְאֵין זֶה מְקַרֵי מַתְנָה כְּלָל
מִשׁוּם דְלֵא גָמַר וְהַקְנָה כְּלָל פִּינּוּ דְבִידּוֹ לְעוֹלָם לְחַזוֹר וְנָהוּ כַּש"כ מְהֵרָה דְמְכָר דְהַתְנָה

כְּשִׁיִּהְיוּ לִי מַעוֹת הַחֲזִירִים לִי דִּהְתָּם הָאֵל מְחַנְסֵר מְמוֹנָא וְהִרְ"נ בְּפִסְחִים פ"ב (דף ל"א)
כָּתַב דְּבַמְחַנְסֵר מְמוֹנָא לָא אָמְרִינָן הוֹאִיל וְהוֹבָא בַּמַּג"א ס' תַּמ"א ס"ק ג'.

וּמ"מ אָמְרִינָן פִּינּוּ דְבִידּוֹ לְסַלְקוּ בְּמַעוֹת ע"כ אֵין שָׁם מְכָר ע"ז כְּלָל. [ובמק"א העירוותי
עַל דְּבָרֵי הִרְ"נ הַנֶּ"ל מִמְּנַחֲוֹת (דף ק"ב ע"א) דְּאֵי בְּעֵי פְּרִיק אָמַר מְשׁוּם דְּמְחַנְסֵר פְּדִינִי
לָאוּ כְּמְחַנְסֵר מַעֲשֵׂה דְּמִי וְעֵינָן מְזַה בְּסַפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' או"ח ס' א' עֲנָף ב' וְקִצְרֵתִי].

א"כ כש"כ בְּמַתְנֵה דְּהַתְנָה דִּיהֵי יָכוֹל לְעוֹלָם לְחִזּוֹר בְּחִזְרָה בְּלִבְד בְּנוֹדְאֵי אֵין זֶה מְקַרִי
מַתְנֵה כְּלָל פִּינּוּ דְּבִידּוֹ בְּעֵלְמָא יָכוֹל לְעוֹלָם לְבַטֵּל לְהַמְתְּנָה ע"כ לָא גָמַר וְנָתַן כְּלָל
לְעוֹלָם וְלָא סְמָכָה דַּעַת הַמְקַבֵּל מַתְנֵה ע"ז לְעוֹלָם כְּלָל.

וּבְאַמַּת בְּאָמַר מֵהִיּוֹם וְלֵאחֶר ל' יוֹם דִּיש זְמַן קְבוּעַ יֵשׁ לְדוֹן דְּלָא כְּהַרְמַב"ן. מְשׁוּם דְּזֶה
מְקַרִי מַתְנֵה פִּינּוּ דְּאֶחֶר כְּלוֹת זְמַן שְׁלִשִׁים יוֹם לָא יִהְיֶה יָכוֹל לְחִזּוֹר בּוֹ ע"כ מְקַרִי זֶה
שְׁפִיר בְּשֵׁם מַתְנֵה וְכַעֲיֵן הַדְּ דְּבִית בְּבִיתִי עֲרִי חוֹמָה דְּאֵין זֶה מְקַרִי רַק צַד א' בְּרַבִּית פִּינּוּ
דְּבַכְלוֹת הַשְּׁנָה אִם לָא יִפְדְּנוּ יָחוּל עָלָיו הַמְּכָר ע"כ שָׁם צַד מְכָר עָלָיו וְכַמֶּש"כ הַמַּח"א
בְּשֵׁם הָרֵאשׁוֹנִים.

אָבַל בְּמַתְנֵה מֵהִיּוֹם וְלֵאחֶר"מ אִם לָא אֶחְזוֹר בִּי דְּלְעוֹלָם יָכוֹל לְבַטְלוֹ בְּחִזְרָה בְּדִיבּוֹר
בְּעֵלְמָא ע"כ שְׁפִיר יֵשׁ לְדוֹן דְּאֵין שָׁם מַתְנֵה עָלָיו כְּלָל אִף בְּמַתְנֵה וְלָא חִזּוֹר בּוֹ דַּמ"מ פִּינּוּ
דְּהֵיָה בְּיַד הַנּוֹתָן לְחִזּוֹר בּוֹ כֹּל יְמֵי חַיָּו א"כ לָא גָמַר לְהַקְנוֹתוֹ כְּלָל וְהַמְקַבֵּל מַתְנֵה לָא
סְמָכָה דַּעַתוֹ לְקַנּוֹתוֹ.

וְכַעֲיֵן סְבֵרַת הַרְמַב"ן דְּלָא מְצִינּוּ מַתְנֵה מַעֲכָשְׁוֹ שְׁיִהְיֶה יָכוֹל לְחִזּוֹר בּוֹ. רַק בְּזְמַן קְבוּעַ
כְּמוֹ מַעֲכָשְׁוֹ וְלֵאחֶר ל' מְוַכְרְחִין לְחַלְק לְשִׁיטַת הַרְמַב"ן.

דַּס"ל דְּשִׁאֲנִי הָא דְּכְשָׁאֲבִיא לָהּ מַעוֹת תַּחֲזִירָם לִי דְּאִם הֵיָה זְמַן קְבוּעַ לְפָדוֹת דְּאֵין זֶה רַק
צַד א' בְּרַבִּית מְשׁוּם דְּשִׁאֲנִי הֵיָכָא דְּמְחַנְסֵר מְמוֹנָא כְּנ"ל. אָבַל הֵיָכָא דְּבִידּוֹ בְּלִבְד יָכוֹל
לְבַטֵּל הַמַּתְנֵה ע"כ אִף בְּהַתְנָה זְמַן קְבוּעַ לְחִזְרָתוֹ ג"כ אֵין שָׁם מַתְנֵה ע"ז כְּלָל אִף מַעֲכָשְׁוֹ
וְכַמֶּש"כ הַרְמַב"ן גַּבִּי מְקַדֵּשׁ מַעֲכָשְׁוֹ וְלֵאחֶר ל' יוֹם.

כֵּן י"ל לְשִׁיטַת הַרְמַב"ן: אָכֵן בְּמַתְנֵה מֵהִיּוֹם וְלֵאחֶר"מ אִם לָא אֶחְזוֹר בִּי זֶהוּ כַּש"כ מֵהָא
דַּב"מ כְּנ"ל א"כ הַדַּעַת נּוֹתְנַת דְּאֵינּוּ קוֹנָה כְּלָל אִף בְּמַתְנֵה חִזּוֹר בּוֹ וְכַמֶּש"כ הַמַּח"א בְּשֵׁם
הַרְבֵּה פּוֹסְקִים גַּבִּי מְכָר לוֹ שְׂדֵה וְהַתְנָה לְכְּשִׁיִּהְיִי לִי מַעוֹת הַחֲזִירִים לִי בְּלָא קְבִיעוֹת זְמַן
דְּאֵין שָׁם מְכָר עָלָיו כְּלָל וְאִף בְּלָא פְּדָאוֹ ג"כ יֵשׁ אִיסוּר רַבִּית מֵהַתְנָה.

וְהָא דְּמִבְּנוֹרָא בְּש"ס בְּמַתְנֵה מֵהִיּוֹם וְלֵאחֶר"מ יִפְרָשׁוּ דְּזֶהוּ גּוֹפָא מֵהִיּוֹם וּפִירִי לְאָח"מ
וְכַמֶּש"כ הַפְּתַח הַבֵּית שָׁם בְּשֵׁם שִׁמ"ק לַב"מ שָׁם וְהַמ"מ פ' י"ב ה' זְכִינִי ה' י"ד שְׁהִבִּיאוּ
בְּאַמַּת בְּשֵׁם הַרְמַב"ן דְּפִי כְּפִי רָש"י גּוֹף מֵהִיּוֹם וּפִירִי לְאָח"מ.

ע"כ יֵשׁ לְדוֹן בְּמֵהִיּוֹם אִם לָא אֶחְזוֹר בִּי דְּאֵין קוֹנָה כְּלָל מְשׁוּם דְּלָא גָמַר לְהַקְנוֹת וְהַמְקַבֵּל
לָא גָמַר לְקַנּוֹת דְּלָא סְמָכָה דַּעַתִּי כֵּן נּוֹטָה הַסְּבָרָא לְפִי סוּגְיוֹת הַש"ס דַּב"מ (דף ס"ה)
וְכַפִּי הַמַּח"א בְּשֵׁם הָרֵאשׁוֹנִים.

וְעֵינָן בְּחֻזוֹת דַּעַת ס' קע"ד ס"ק א'. וְלָכֵן יֵשׁ לְדוֹן כַּמֶּש"כ הַפְּתַח הַבֵּית שָׁם מַתְחִילָה לוֹמַר
בְּמַתְנֵה מֵהִיּוֹם אִם לָא אֶחְזוֹר בִּי דְּאֵין חָל הַמַּתְנֵה כְּלָל וְאֵין מַתְנֵה לְאָח"מ אִף שְׁקִיצָר בְּזֶה

אָמַנְם לְפִי מַה שְׁנִתְפָּאָר יֵשׁ יְסוּד וְטַעַם נְכוּן לֹאמַר כֵּן: אֲבָל בְּאַמַּת בְּטָלָה דַּעֲתִי נֶגֶד רֹב הַפּוֹסְקִים וְשׁו"ע ח"מ סי' רנ"ז סעי' ו' דְּכַתְּבוּ לְהִלְכָה דְּמַהֲיּוּם אִם לֹא אֶחָזֵר בִּי חַל הַמִּתְּנָה בְּמַת וְלֹא חֲזַר בּוֹ וְכַמֶּשֶׁל הַתּוֹס' ב"ב (דף קל"ה ע"ב) בְּשֵׁם הַר"ת דְּהוֹכִיחַ כֵּן מִקְּדָא דב"מ (דף י"ט).

וְע"כ מְוַכְרַח לְחַלֵּק דְּשְׁאֵנִי בְּמַכָּר דְּהַתְּנָה פְּשִׁיחָי לִי מְעוֹת הַחֲזִירִים לִי מִשּׁוּם דְּקָא פֶּל מוֹכֵר אֵינוֹ מוֹכֵר רַק מְפָאֵת דְּחָקוֹ וְאוֹנְסוֹ כְּדָאמַר ב"ב (דף מ"ז) דְּכָל דְּמוֹזְבִּין אֵינְשׁ אֵי לָאו דְּאֵנִים לֹא הָוִי מוֹזְבִּין כּו'.

וְעֵינֵן ב"מ (דף ס"ו ע"ב) תּוֹס' ד"ה וְאֵי אָמַר קְנִי כּו'. ע"כ בְּהַתְּנָה דִּיהֵי בְּיָדוֹ לְחֲזוֹר שְׁפִיר אָמְרוּ בְּיָה דְּלֹא גָמַר לְהַקְנוֹתוֹ וְכַמֶּשֶׁל הַמַּח"א.

וְכֵן בְּהַלּוֹקֵחַ דְּנוֹתָן מְעוֹת י"ל דְּלֹא סְמָכָה דַּעֲתוֹ לְקַנּוֹתוֹ פִּינּוֹן דְּהַתְּנָה הַמּוֹכֵר שְׁיָהָא יָכוֹל לְחֲזוֹר בְּהַבְּאֵת הַמְּעוֹת. מִשְׁא"כ בְּמַקְבֵּל מִתְּנָה דְּקָא הַמְּקַבֵּל מִתְּנָה לֹא יִפְסִיד כָּלֵל אִף דִּיחֲזוֹר בּוֹ הַנוֹתָן וְע"כ סְמָכָה דַּעֲתוֹ.

וְכַעֲיֵן זֶה מְצִינּוּ בַח"מ סי' קצ"ד סעי' ב' בְּשֵׁם הַטּוֹר וְהַמ"מ וְהַרְשֵׁב"א דְּאִף הַחֲזִיק הַרְאִשׁוֹן מ"מ זָכָה הָאֶחָרוֹן בְּהַחֲזִיק מְקַנְדָּם פְּתִיבַת הַשְּׁטֵר לְהַרְאִשׁוֹן וְהַטַּעַם הוּא דְּמִי שְׁנוֹתָן מְעוֹת שְׁיָיִף בִּי לֹאמַר לֹא סְמָכָה דַּעֲתוֹ שְׁמָא יִחְזוֹר בּוֹ הַמּוֹכֵר מִשְׁא"כ הַשְּׁנִי דְּלֹא יִפְסִיד אִף אִם יִקְנֶנּוּ מִמֶּנּוּ וּמֵה מַזִּיק לוֹ שְׁיִסְמַן דַּעֲתוֹ לְקַנּוֹתוֹ ע"כ לֹא שְׁיָיִף בִּי לֹאמַר דְּלֹא סְמָכָה דַּעֲתוֹ וְכַמֶּשֶׁל הַבֵּית יוֹסֵף שֵׁם בְּשֵׁם הַרְאִשׁוֹנִים וְהַסַּמ"ע שֵׁם ס"ק ח' וְה"ה בנ"ד מְוַכְרַח לֹאמַר כֵּן.

וְגַם בְּהַנּוֹתָן הַמִּתְּנָה לֹא שְׁיָיִף לֹאמַר דְּלֹא גָמַר דַּעֲתוֹ לְהַקְנוֹתוֹ פִּינּוֹן דְּהַתְּנָה דִּיהֵי בְּיָדוֹ לְחֲזוֹר בּוֹ. דֹּא"כ לְמָה לִי לִיתָן הַמִּתְּנָה מִשְׁא"כ בְּמוֹכֵר דִּי"ל דְּמַפְנִי דְּחָקוֹ עוֹשֶׂה כֵּן.

וְכַעֲיֵן דְּבָרֵי הַרְשֵׁב"ם ב"ב (דף מ"ם ע"ב) ד"ה גִּילּוּי מְיֻלָּתָא כּו' וְד"ה וְאֵי דְּנִבְוִי כּו'. וְבַרְשֵׁב"ם ב"ב (דף ע"א ע"א) ד"ה זֶה הֵיךְ לוֹ לְפָרֵשׁ כּו' אֲבָל מוֹכֵר זְוִי אֲנָסוּהָ כּו' עכ"ל.

וְע"כ בְּרוּר לְדִינָא בְּנוֹתָן מִתְּנָה מֵהַיּוֹם וְלֹאח"מ אִם לֹא אֶחָזֵר בִּי דָאם לֹא חֲזַר בּוֹ חַל מִתְּנָתוֹ מֵהַיּוֹם לַכ"ע וְכַמוֹ דְּמַסִּיק גַּם הַפְּתַח הַבֵּית שָׁם. אִף אִם הָוִי מְשַׁעְבְּדֵי נֶגֶד בַּע"ח אוֹ לֹא.

הֵנָּה פְּכָר נִתְפָּאָר דֵּהַשְּׁמ"ק וְהַג"מ ס"ל דְּכִינּוֹן דִּיכּוֹלֵת בְּיָדוֹ לְחֲזוֹר ע"כ אוֹתוֹ זְכוּת שְׁיָיִף גַּם לְהַבַּע"ח וְכֵן נִרְאֶה מְדַבְּרֵי הַר"ן בַּח' לַב"מ (דף י"ט): עֲנָף ג' וְלַעֲנ"ד נִרְאֶה לְהוֹכִיחַ כֵּן מִכְּתוּבּוֹת (דף י"ט) דְּהָאוֹמַר שְׁטֵר אָמְנָה אֵינוֹ נֶאֱמָן אִם חָב לְאַחֲרִים וְכַדֵּר"ן דְּמוֹצִיאִין מִזֶּה וְנוֹתְנִין לָזֶה כּו' וְהַתּוֹס' ד"ה וְכִגוֹן שְׁחָב לְאַחֲרִים כּו' הַקָּשׁוּ דִּיהָא מְהִימֵן בְּמִיגוֹ דְּאֵי בְּעֵי מַחִיל כּו' וִי"ל דְּשְׁמָא אֵין בְּדַעֲתוֹ לְמַחּוֹל וְלְהַפְסִיד חוּבוֹ דַּעֲכָשְׁיוֹ שְׁאוֹמֵר אָמְנָה לֹא מַפְסִיד מִיָּדֵי שְׁאִין הַלּוּהָ גִזְלָן כּו' וְאִח"ז פְּתָבוּ דְּשַׁעְבּוּד דַּר"ן לִיתֵי בְּמַחֲלָה.

וְכ"כ הָרָא"ש שֵׁם ס' ט' לְתַרְץ לְקַנְשִׁיּוֹת הַתּוֹס' לְפִי שְׁיָרָא לְהַפְסִיד חוּבוֹ אֲבָל בְּמָה דְּאוֹמַר אָמְנָה לֹא יִפְסִיד חוּבוֹ שְׁהַלּוּהָ אֵינוֹ גִזְלָן וְלֹא יַעֲכַב מְעוֹתָיו עַכ"ל הָרָא"ש. וְכ"כ הַרִיטְב"א לְחַד תִּירוּצָא וְכ"כ הַשְּׁמ"ק שֵׁם וְכ"כ הַסַּמ"ע בְּסִי' מ"ז ס"ק א' בְּשֵׁם הַע"ש וְעֵינֵן בְּשֵׁ"ף שֵׁם ס"ק ז'.

וּכְמוֹ כֵּן כָּתַב הַרְבֵּה הַמַּגִּיד פִּי"א ה' מְלוּוֹה וְהוּבָא בְּשֵׁי"ף ס' צ"ט ס"ק ה' דְּלִכְּוֹן בְּאוֹמֵר הַלְוָה דְּמַטְלִטְלִי שְׁבִידוֹ שֶׁל פ' הֵם לֹא מְהִימֵן בְּמִיגוֹ דְּהִי יָכוֹל לְתַתְּנָן לּוֹ מִשּׁוּם דְּאִין זֶה מִיגוֹ שְׂאָם הִי נוֹתֵנִין לּוֹ לֹא הִי הַמְקַבֵּל מִתְּנָה מְחֻנְיָיב לְהַחְזִירָן לּוֹ וְאִם טוֹעֵן שְׁהַפְקִידוֹ בְּיַדִּי אִם אֵינוֹ אֲמַת מְחֻנְיָיב הוּא בְּבָא לְצִי"ש לְהַנִּיחָם אוֹ לְהַחְזִירָן לּוֹ עכ"ל ה"מ.

מְדַבְּרֵי פּוֹלָן נִלְמַד דְּסָבִירָא לְהוּ דְּבַמְתְּנָה מְהִיּוּם אִם לֹא אֲחֻזְרוּר בִּי גּוּבָה בַּע"ח מִיְנָה. דַּאל"כ תִּקְשָׁה דְּאִפְתִּי יֵהָא מְהִימֵן בְּמִיגוֹ דְּאִי בְּעֵי מְחִיל לִי בְּתַנְאִי דְּהִי מִתְּנָה דְּיִהְיֵי חָל עַל הַמְּחִילָה מְעַכְשָׁיו אִם לֹא יִחְזוֹר בּוֹ וְכ"ז דִּיחְזוֹר בּוֹ יֵהָי יָכוֹל לְבַטֵּל הַמְּחִילָה.

וְאִם לֹא הִי מְפָסִיד חוּבוֹ דְּהָא יֵהָי יָכוֹל בֵּינוּ לְבֵין עֲצָמוֹ לְבַטֵּל הַמְּחִילָה אוֹ הַמְּתָנָה בְּנִידוֹן הַמ"מ הַנ"ל. וְנִגְדַּד גְּבִיּוֹת הַבַּע"ח יֵהָי יָכוֹל לְהַבְרִיחַ מְמָנוּ ע"י תְּנָאוֹ דִּיחְזוֹר בְּנִידוֹן א"כ לֹא מְקַרִי זֶה פְּסִידָא דְּהָא בְּאַמַּת לֹא יִפְסִיד חוּבוֹ אוֹ הַמְּטַלְטְלִין.

וְאִי דְּאִי בֵּינוּ לְבֵין עֲצָמוֹ יֵהְיֵה מְחֻנְיָיב מְדַר"נ ע"פ דִּין. א"כ גַּם עַכְשָׁיו דְּאוֹמֵר אֲמָנָה ג"כ נִימָא פִּינּוֹן דְּאִיהוּ גּוּפִי יוֹדַע הָאֲמַת דְּאֵינוֹ אֲמָנָה א"כ מְחֻנְיָיב ע"פ דִּין לְשַׁלֵּם לְהַמְלוּוֹה שְׁלִישֵׁי מְדַר"נ.

וְע"כ מוּכַח דּו"א וְרַק לְהַכְחִישׁ לְגַמְרֵי זֶה לֹא יַעֲשֶׂה וּבְנִידוֹ אִי יִשְׁלַם לְהַמְלוּוֹה שְׁלוֹ בְּהַסְתָּר וְיִסְכָּיִם עַל הַבְּרַחְתּוֹ מֵהַבַּע"ח וְיִתְאַחַר הַגְּבִי' מְמָנוּ פִּינּוֹן שְׁהוּא רַק בֵּינוּ לְבֵין עֲצָמוֹ. א"כ ה"ה בְּמְחִילָה וּמִתְּנָה בְּמְהִיּוּם אִם לֹא אֲחֻזְרוּר בִּי שְׁיִיף ג"כ לֹאֹמֵר כֵּן.

הֵן בְּמְחִילַת הַחוּב בְּדַר"נ וְהֵן בְּמִתְּנַת מְטַלְטְלֵי בְּהַי דְּסִי צ"ט: וְלִפִּי תִירוּץ הַר"נ בְּכַתְּוִבּוֹת שֶׁם דְּאִין לּוֹ מִיגוֹ דְּאִי בְּעֵי מְחִיל לִי דְּמִיְכָסְרָף נִגְדַּד בַּע"ח וְהוּבָא בְּשֵׁי"ף ס' מ"ז ס"ק ז' וְכַעֲשִׂין זֶה בְּשֵׁי"ף ס' צ"ט ס"ק ה'.

אִין לְהַקְשׁוֹת כֵּן דְּהָא גַּם בְּתַנְאִי דִּיחְזוֹר בּוֹ שְׁיִיף לֹאֹמֵר דְּמִיְכָסְרָף נִגְדַּד הַבַּע"ח. וְכַש"כ לְתִי פְּמָה פּוֹסְקִים דְּאֵינוֹ יָכוֹל לְמַחֲוֹל בְּדַר"נ אֲבָל לְתִי הַתּוֹס' וְהָרָא"ש וְהָרִיטְבִּי"א וְהַשְׁמ"ק שֶׁם וְהַמ"מ וְהַע"ש דְּתִירְצוּ פּוֹלָם דְּאִין זֶה מִיגוֹ דְּאִין בְּדַעְתּוֹ לְהַפְסִיד.

א"כ תִּקְשָׁה דְּהָא יֵשׁ לּוֹ מִיגוֹ דִּיחְזוֹר בְּתַנְאִי דְּיִהְיֵי יָכוֹל לְחֻזְרוּר בּוֹ וְאִז לֹא הִי לּוֹ פְּסִידָא רַק אִיחּוּר הַגְּבִי' וְכַמוֹ עַכְשָׁיו דְּאוֹמֵר אֲמָנָה פּוֹנ"ל. וְדוּחַק לֹאֹמֵר דְּאִי שְׁלֵא ס"ל לְהַסְבָּרָא דְּמִיְכָסְרָף מ"מ בְּזֶה ס"ל דְּשְׁיִיף לֹאֹמֵר דְּמִיְכָסְרָף בְּיוֹתֵר לַעֲשׂוֹת מְחִילָה בְּתַנְאִי שְׁיִיף יְכוֹלְתוֹ לְחֻזְרוּר לְעוֹלָם וְעַכ"ז לֹא יִחְזוֹר דְּזֶה אֵינוֹ סְבָרָא לֹאֹמֵר וְלַחֲלָק כֵּן.

וְע"כ מוּכַח דְּאִי בְּהַתְּנָה כֵּן אֵינוֹ יָכוֹל לְהַפְקִיעַ שְׁעַבּוּדוֹ שֶׁל הַבַּע"ח שְׁיֵשׁ לּוֹ ע"פ שְׁדַר"נ דְּכִינּוֹן דְּבִידוֹ לְחֻזְרוּר וְלְבַטֵּל לְהַמְּחִילָה וְלְהַמְּתָנָה ע"כ כָּל מַה דְּאִיהוּ מְצִי לְמִיעֵבַד וְלְבַטְלוֹ בְּדִיבּוּר בְּלַבַּד כֵּן אוֹתוֹ הַזְּכוּת שְׁיִיף וּמִשְׁנוּעָבַד לְבַע"ח דְּיָכוֹל לְגַבּוֹת אִי כ"ז דְּלֹא חֻזְרוּר בּוֹ הַמְלוּוֹה שְׁלוֹ וְכַעֲשִׂין סְבָרַת הַשְׁמ"ק בְּב"מ וְהַג"מ גְּבִי שְׁעַבּוּד בַּע"ח עַל נְכָסֵי הַלְוָה פּוֹנ"ל.

וְכִינּוֹן דְּכָל הַפּוֹסְקִים הַלְלוּ ס"ל כְּסָבְרַת הַשְׁמ"ק וְהַג"מ ע"כ יֵשׁ לָנוּ לְפָסוֹן כֵּן לְדִינָא. וְאִי דְּלְדִינָא דְּקִי"ל דְּבַדַּר"נ אֵינוֹ יָכוֹל לְמַחֲוֹל לִיתָא לְהוֹכְחָה זֶה.

אֲבָל לְפִי תִירוּצָם דְּתִירְצוּ כְּפִי שְׁהוּבָא לְעֵיל מוּכַח דְּס"ל כְּהַשְׁמ"ק וְהַג"מ. וְגַם הָא פְּתַבּוּ כֵּן גְּבִי הַיְדֵי דְּמַטְלִטְלֵי בְּסִי צ"ט א"כ מְכָל זֶה הִי סִייעָתָא לְדְּבַרִי הַשְׁמ"ק וְהַג"מ: וְלְכַאוּרָה

יש לדחות להראי' זו ע"פ מש"כ לעיל דאף דנימא במתנה מהיום אם לא אחרון בי דאינו גובה הבע"ח מהמקבל מתנה כ"ז דלא קור בו הנותן וכשיטת הרשב"א.

עכ"ז פניפנין להלנה דיתחזר בו משום מצות פריעת בע"ח. ואחר דחזר בו הנותן אז ממילא גובה הבע"ח.

א"כ לפ"ז שפיר כתבו התוס' והרא"ש לתרץ דאין לו מיגו דאי בעי מחיל פנ"ל. משום דאי יתנה בהמחילה ובמתנת מטלטלין התנאי אם לא אחרון א"כ ממילא יכפוהו לחזור בו משום מצות פריעת בע"ח וממילא יגבה הבע"ח ש"ל ולא אהנו מעשיו בהמחילה ש"ל שפעה פדי להבריח מבע"ח ש"ל ונסתר ראיה זו: ועכ"ז ראיתי דאין לדחות ראי' זו.

ונקדים לדברי הר"נ פתובות פ"ב (דף י"ט) בפוגיא הנ"ל דאמרו דכתב לאחרניני אינו נאמן משום דר"נ והקשה דתפוק לי בלא דר"נ הוי ג"כ חב לאחרניני דנהי דאין מוציאין מזה ונותנין לזה כ"ז שלא יתבענו ללנה מ"מ פשיטתא דהמלנה למה לא יגבו לו חוב זה כשם שהם מגבין לו שאר נכסיו י"ל דשטרות לאו בני גוביינא נינהו שאין גופן ממון וכל שאין גופן ממון אין מגבין לי כו' אבל לר' נדהמלנה יכול לתבוע והוי בע"ד ש"ל לתבוע הוי חב לאחרים כו' עכ"ל הר"נ וכ"כ הר"נ סוף פתובות והובא בש"ס סי' ק"א ס"ק ג'.

ובחידושי לסי' פ"ו פתבתי להסביר דאף מצד פריעת בע"ח מצוה לא שייך להגבות אליבא דרבנן דפליגי אדר"נ משום דלא מצינו לכוף להלנה השני ולגבות ממנו פדי לקיים מצות פריעת בע"ח המוטל על הלנה הראשון דהא מצי הלנה השני לומר לאו בע"ח דידי את.

ולהקנות גוף השט"ח אין ביכולתנו להקנות למלנה הראשון בע"כ ש"ל הלנה דכינון דאין גופו ממון אין יכולין להקנותו וכמש"כ הר"נ סוף פתובות: אף אפתי תקשה דהא אף לרבנן דפליגי על ר"נ מצינו לכוף להלנה הראשון שמחוייב לתבוע מהלנה השני פדי לקיים מצות פריעת בע"ח וכעין דברי הכנה"ג והקצה"ח בסי' ט' גבי רבית דכופין להלנה שיתבע מהמלנה וכמש"כ לעיל א"כ תקשה דל"ל להש"ס לומר דאינו נאמן לומר אמנה משום דחב לאחרים כדר"נ כו'.

הא אף לרבנן דפליגי אדר"נ וס"ל דלא הוי המלנה ראשון בע"ד לתבוע מהלנה ב' עכ"ז הא יכולין לכפות להלנה ראשון שיתבע מהלנה שני ולהוציא ממנו פדי שיקיים מצות פריעת בע"ח.

א"כ באמירתו שאומר אמנה הוא חב להמלנה ש"ל דעי"ז לא יוכל ולא יהי' ביכולתנו שיקיים מצות פריעת בע"ח. וע"כ מוכח דדוקא היכא דהמלנה יכול לתבוע מהלנה שני בתורת בע"ד דהתורה שווי' לבע"ד לתבוע ממנו ויש להמלנה ראשון שעבוד על הלנה שני אז מקרי חב לאחרים ואינו נאמן להפקיע שעבודו של חבירו.

משא"כ היכא דאינו יכול לבא בתורת שעבוד רק בתורת פני' שיתבע מהלנה השני פדי לקיים מצות פריעת בע"ח וכמו הך דכתובות (דף פ"ו). בנה אמרינו דיכול לומר פיון דידע אני דהשטר הוא אמנה א"כ אסור לי לתבוע מן מי שאינו חייב לי פלל וליתן לבע"ח שלי.

וְנָהוּ כְּעֵין הַדְּדָרִים (דָּף צ' בְּאוֹמֶרֶת טְמֵאָה אֲנִי לֵךְ דְּאִינָה נְאֻמָּנָת וְהַקְשָׁה הֵר"נ וּש"פ דְּהָא שְׁוֹנֵי' אֲנַפְשֵׁי' חֲד"א וְתִי' הֵר"נ דְּמִשְׁוֹעֲבָדָת לֹו וְאִינָה נְאֻמָּנָת לְהַפְקִיעַ שְׁעֵבּוּדֹו ע"ש. וְה"ה בְּאוֹמֶר אֲמָנָה פִּינֹן דְּאוֹמֶר כֹּן א"כ אֲסוּר לִי לְתַבְּנֹעַ מִהֵלְנָה שְׁנֵי וּמָה לִי אִסּוּר גְּזֵל אוֹ אִסּוּר אַחַר וְשִׁינְךָ בְּזָה ג"כ שְׁוֹנֵי' חֲד"א.

וְלָכֵן לֹא מְצִינוּ לְכוּפֹו שְׁיִתְבַּע לְהֵלְנָה שְׁנֵי פִינֹן דְּצוּעֵק וְאוֹמֶר דְּאֲסוּר לִי לַעֲשׂוֹת כֹּן. רַק הֵיכָא דְחָב לְאַחֲרִים הַמְשׁוֹעֲבָדִים לֹו מִשְׁעֵבּוּד דֵּר"נ בְּזָה אָמְרוּ דְּאִינוּ נְאָמֵן לְהַפְקִיעַ שְׁעֵבּוּדֹו שְׁל חֲבִירוֹ.

אָבֵל הֵיכָא דְלִיכָא שְׁעֵבּוּד רַק בְּתוֹרַת פְּרִיעַת בַּע"ח מְצָוָה בְּזָה לֹא מְצִינוּ לְכוּפֹו פִינֹן דְּאוֹמֶר דְּהוּא אֲמָנָה וְאֲסוּר לִי לְתַבְּנֹעַ מִמֶּנּוּ וְהָא דְתַקְשָׁה דִּינְרָדֹו לְגִבּוֹת הַחֹב בְּתוֹרַת שְׁעֵבּוּדָא דְּאוֹרְיִיתָא ע"ז פְּתַב הֵר"נ דְּכִינֹן דְּאִין גּוּפֹו מְמוֹן וְשְׁטָרוֹת לְאוּ בְּנֵי גְּוִבֵינָא ע"כ לֹא שְׁיִינְךָ בְּזָה שְׁעֵבּוּד פִּינֹן דְּלֹא הָוֵי גּוּף שְׁלוֹ.

וְכִינֹן דְּאִין בְּזָה תוֹרַת שְׁעֵבּוּד לְרַבָּנֵן דְּפְלִיגֵי אֲדֵר"נ ע"כ הִי' מְהֵימֵן לֹוּמֶר אֲמָנָה לְדִידְהוּ. כֹּן הוּא פְּשֻׁט הַסּוּגְיָא דְּכְתוּבּוֹת (דָּף י"ט) לְשִׁיטַת הֵר"נ וּש"פ דַּס"ל דְּשְׁטָרוֹת לְאוּ בְּנֵי גְּוִבֵינָא.

וּבְּאַמַּת הַשְּׁי"ךְ בְּסִי' ק"א דְּהַכְרִיעַ פְּהַסוּבְּרִים דְּשְׁטָרוֹת בְּנֵי גְּוִבֵינָא הָא פְּתַב שָׁם בַּס"ק ג' לְפָרֵשׁ לְסוּגְיּוֹת הַשְּׁ"ס שָׁם דְּלְרַבָּנֵן דְּפְלִיגֵי אֲדֵר"נ הִי' מְהֵימֵן לֹוּמֶר אֲמָנָה בְּמִיגֹו דְּאִי בְּעֵי הִי' מַחִיל אָבֵל לֵר"נ אִינוּ יָכוֹל לְמַחֹל ע"כ אִינוּ נְאָמֵן לֹוּמֶר אֲמָנָה ע"ש.

אָבֵל לְפִי תִירוּץ שְׁל הֵרָאשׁוּנִים שָׁם דְּלָכֵן אִין לֹו מִיגֹו דְּאִי בְּעֵי מַחִיל דְּאִינוּ רוּצָה לְהַפְסִיד חוֹב. וְאִיירִינֵן כְּעַת לְדִידְהוּ.

א"כ מְוִכְרַח לֹוּמֶר דִּיִסְבְּרוּ לְפָרֵשׁ הַדְּ סוּגְיָא דְּאִינוּ נְאָמֵן לֹוּמֶר אֲמָנָה מִשּׁוּם דְּחָב לְאַחֲרִים וְכֵדֵר"נ כו' דַּס"ל כַּמֶּש"כ הֵר"נ הַנְּ"ל לְפָרֵשׁ כֹּן: וּלְפִי מַה דְּנִתְבְּאַר אֲתִי שְׁפִיר דְּבָרֵי הַמ"מ פ"א ה'ל' מְלוּנָה ה"ד בַּמֶּש"כ הַרְמַב"ם טָעַן הֵלְנָה מְטַלְטְלִין שְׁבִינְדֵי אִינֹן שְׁלִי אֵלָא שְׁל אַחֲרִים אִינוּ נְאָמֵן וְכַתְבַּת הַמ"מ דִּין זֶה אִינוּ מְבִנְיָר בַּגַּמ' כו'.

וְהַכ"מ פְּתַב דְּזָה נִלְמַד מֵהָא דְּכְתוּבּוֹת (דָּף י"ט) דְּהָאוֹמֶר שְׁטַר אֲמָנָה אִינוּ נְאָמֵן בְּחָב לְאַחֲרִים א"כ ה"ה הָכָא הָוֵי חָב לְאַחֲרִים. וּלְפִי מַש"כ הַנְּכוֹן עִם הַמ"מ דְּאִין זֶה מְוִכְרַח מִהַגְּמ' הַנְּ"ל דְּשָׁאנֵי שְׁעֵבּוּד דֵּר"נ דְּהַתוֹרָה שְׁעֵבַד לְהֵלְנָה שְׁנֵי שְׁיִהֵינָה מְשׁוֹעֲבָד לְהַמְלִינָה רֵאשׁוֹן ע"כ אִינוּ נְאָמֵן לְהַפְקִיעַ שְׁעֵבּוּד חֲבִירוֹ אִף הֵיכָא דְּשִׁינְךָ שְׁוֹנֵי' אֲנַפְשֵׁי' חֲד"א וְכַמֶּש"כ הֵר"נ סוּף גְּדָרִים.

מִשָּׂא"כ מְטַלְטְלֵי דְּאִינֹן בְּכָלֵל שְׁעֵבּוּד דְּהָא מְטַלְטְלֵי לֹא מְשַׁתְּעֲבָדֵי וְהָא דִּיּוֹרְדִין לְהַגְּבוֹת מְמַטְלְטְלִין זֶהוּ מִשּׁוּם כְּפִיוֹת מְצוֹת פְּרִיעַת בַּע"ח. וְע"כ הֵיכָא דְּאוֹמֶר דְּהַמְטַלְטְלִין אִינֹן שְׁלִי רַק שְׁל אַחֲרִים יֵשׁ לְדוֹן דְּאִין כּוֹפִין לֹו עַל מְצוֹת פְּרִיעַת בַּע"ח דְּהָא שְׁוֹנֵי' אֲנַפְשֵׁי' חֲד"א כ"ז דְּאִינוּ חוֹזֵר בְּאַמְתְּלָא נְכוּנָה דְּמָה לִי אִסּוּר גְּזֵל אוֹ אִסּוּר אַחַר כְּנ"ל.

וְאַפְשָׁר דְּהָא דְּפָסְקוּ כָּל הַפּוֹסְקִים וּבַח"מ ס' צ"ט דְּאִינוּ נְאָמֵן לֹוּמֶר מְטַלְטְלִין שְׁבִינְדוֹ שְׁל אַחֲרִים הוּא. דְּזֶהוּ עֲכָשְׁיוֹ דְּתַקְנֹו הַגְּאוּנִים דְּגוֹבִין מְמַטְלְטְלֵי דִּיתְמִי דְּהָוֵי בְּכָלֵל שְׁעֵבּוּד ג"כ מְפָנֵי דְּכוּתְבִין כֹּן בְּשְׁטַר אוֹ לְפִי דְּמְטַלְטְלֵי בּוּזָה"ז דִּינֵן כְּגַמְלָא דְּעַרְבָא דְּאִשָּׁה גּוֹבָה כְּתוּבָתָה

מהם וכמבואר כ"ז ברמב"ם וברא"ש וטור ח"מ סי' ק"ז וסמ"ע ס"ק ג' וסוף סי' תי"ט
ובאה"ע סי' ק' סעיף א' בב"ש ס"ק ב'.

ע"כ גם מטלטלי הוי בני שעבוד קצת. וגם הא מה"ת אין לחלק בין קרקע למטלטלי
דמטלטלי ג"כ נשתעבדו להבע"ח פמבואר ברשב"א והובא בקצה"ח סי' ל"ט.

ע"כ הדין נותן דאינו נאמן לומר של אחרים הם דאינו יכול להפקיע שעבוד חבירו. והא
דאינו גובה מטלטלי ממשעבדי זהו משום דלית לי קלא.

ועיין בח"מ סי' ק"ד וסמ"ע ס"ק א' גבי דין קדימה במטלטלי ואכמ"ל: ענף ד ולמדנו
מסנגיות הש"ס דכתובות דהא דאינו נאמן לומר אמנה זהו רק לדר"נ אבל לרבנן דפליגי
אדר"נ נאמן לומר אמנה ויהיה זה מאיזה טעם שיהיה א"כ פינו דכתבו התוס' והרא"ש
וש"פ דלכן אין לו מיגו דאי בעי מחיל לי משום דאינו רוצה להפסיד חובו.

א"כ תקשה דאפתי בידו למחול להלנה בתנאי דיהיה בידו לחזור תמיד ואז לא יהיה יכול
הבע"ח שלו לגבות מהלנה שני כ"ז דאינו חוזר בפ"י ולא יפסיד חובו וכמש"כ לעיל. ואי
דנימא דאפתי יהיו יכולים לכפות להמלנה שיחזור מהמחילה כדי לקיים פריעת בע"ח
מצנה פנ"ל.

הא מבואר בהך סוגיא בפירוש דדוקא משום דר"נ דתני מוציאין מזה כו'. אינו נאמן
לומר אמנה אבל לרבנן דפליגי אדר"נ נאמן לומר אמנה וכמש"כ בארנקה.

א"כ אי נימא דפקע שעבודו של הבע"ח בנתן מתנה ע"מ לחזור בו דלפי דכ"ז דלא חזר
בו הוא של המקבל ואין אנו יכולין לירד לנכסיו רק לכוף להמלנה השני שהוא לנה
הראשון של מלנה שלו שיחזור בו מהמחילה משום מצות פריעת בע"ח.

א"כ הא באומר אמנה לא מצינו לכופו שיחזור בו פינו דצועק ואומר אמנה ושוניי
אנפשיה חד"א ואסור לו לעשות טעדיקי שיגבו ממנו שלא פדין לפי דבריו דהוא אמנה
ולכן לא שייך דין כפי' בזה אם אין תורת שעבוד בזה: ע"כ עדיין תקשה דאמאי א"נ
לומר אמנה הא יש לו מיגו דעי בעי מחיל ע"מ שיחזור בו ואם לא יחזור יהיה המחילה
מעכשיו וגם יאמר אמנה כמו שאומר עכשיו ויגיד פן דהשטר הוא אמנה ולדבריכם דאין
אתם מאמינים לי הריני מוחלו אם לא אחזור בי א"כ לא מצינו לכופו שיחזור מצד
פריעת בע"ח מצנה דהא לדבריו אסור לו לעשות פן פנ"ל.

ומצד שעבוד דר"נ הא כ"ז דאינו חוזר בו אינו משועבד כלל למלנה שלו ולא יפסיד חובו
וכמש"כ לעיל. ומצינו מיגו כעין זה בשבועות (דף מ"ה) בהך דשכיר נשבע ונוטל דל"ש
אלא בשכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך יכול לומר
שכרתיך ונתתי לה שכרך.

וקשה הא אף בלא שכרו בעדים פינו שידוע שעשה מלאכה פמבואר בסי' פ"ט סעי' ג'
צריך לשלם פדין יורד שלא ברשות. וע"כ מוכח דכוננת הש"ס הוא דיש לו מיגו דלא
שכרתיך ונתתי לה שכרך דנהי דצריך לשלם לו אבל תקנת שכיר לית' גבי' פינו דלא
שכרו וכ"כ הקצה"ח סי' פ"ט ס"ק ד' וכ"כ הנתיבות שם.

הרי דאָמרינג דין מיגו דאי בעי להוסיף עוד טענה לטענתו דטוען עכשיו לפנינו. וכעין זה כתב השער משפט פללי מיגו ס"ק ג' ולא הביא ראיה זו.

ואף לשיטת המהרי"ט שהביא השעה"מ שם יש לחלק דנ"ד שאני דיש לו מיגודיהנה עומד בטענתו דאומר עכשיו דהוא אִמְנָה ויוסיף לזה המחילה אם לא יחזור בו דאין זה בחשש שקר רק בעשיות מעשה במה דבידו לעשות.

[ועיין בקצה"ח סי' צ"ט ס"ק ג' ומש"כ בשם מוהראנ"ח על דברי תוס' פתובות הנ"ל] וכה"ג גם המהרי"ט מודה דמהני מיגו דהנה עומד בטענתו דטוען ויוסיף לזה עוד עצה כמו בנ"ד דימחול לו בתנאי דיהנה בידו לחזור ואז לא הנה יכול לגבות מהלנה אי נימא פשיטת הרשב"א החולק על שיטת השמ"ק והג"מ.

ומצד פופין לו לחזור פדי לקיים מצות פריעת בע"ח הא בכה"ג דאומר אִמְנָה לא מציינ לכופו וכדמוכח פשט הסוגיא שם דדוקא מצד דר"נ אָמְרו דא"נ ואלו לרבנן נאמן לומר אִמְנָה וכמש"כ בארנפה.

ולכן פינן דהתוס' והרא"ש והמ"מ והלח"מ פ"א הל' מלנה ה"ד והסמ"ע בשם הע"ש בסי' מ"ז פתבו פולם לתרץ לקושיותם דהא יש לו מיגו דאי בעי מחיל משום דאינו רוצה להפסיד חובו. בע"כ מוכח דס"ל במחילה ומתנה אם לא יחזור בו ג"כ יכול הבע"ח לגבות אף דלא חזר בו עדיין דכיון דאיהו מצוי לחזור כמו כן אותו זכות משועבד ושייך לבע"ח ש'לו ומוכח מפל הפוסקים הללו פדברי השמ"ק והג"מ ור"נ בחי' לב"מ (דף י"ט): ולכאורה יש להעיר על תירוץ הפוסקים הללו דאין לו מיגו דמחילה דמתניירא בב"ב (דף מ') במוסר מודעה על מתנה דבגילוי מילתא סגי וכן הוא בח"מ סי' ר"ה סעיף ו' א"כ הא בידו למסור מודעה על המחילה וגם בינו לבין עצמו היינו בין המלוה והלוה יכול לגלות לו דעתא דמה דימחול לו אח"ז אינו עושה זה בל"ש רק פדי להבריח מהבע"ח ש'לו ומאמין להלנה דיודע בעצמו דאין ממש במחילה זו ע"פ דין וכמש"כ התוס' והרא"ש דבאמירתו אִמְנָה מאמין להלנה דיודע בעצמו דאינו אִמְנָה ויחזור לו חובו.

ולגבי הבע"ח הוי הברחה מועלת דהא לא ידעינו מהמודעה. ועיין בתוס' קידושין (דף מ"ג) ד"ה והשתא דתקין רבנן כו' מה שפתבו בשם הר"ר יעקב מקוצי כו'.

א"כ תקשה דיהי' מהימן במיגו דמחיל ע"י עצה זו ולא יפסיד חובו ואפתי אינו מספיק תירוץ על קושיותם. ויש לומר דס"ל להתוס' והרא"ש והפוסקים בתירוץ דס"ל דמהני מחילה בדר"נ דאם מחל יש לחוש שפא מסר מודעה או איזה גילוי דעת בינו לבין עצמו פדי להבריח מהבע"ח ש'לו וכמו באומר אִמְנָה דאינו נאמן בחב לאחרים בשדר"נ וחסדינו לי למשקר.

ה"ה במוחל להבע"ח היכא דחב לאחרים ג"כ חסדינו לי למשקר דאינו עושה בלב שלם ושפא מסר מודעה וג"ד בינו לב"ע. וגם הא קיי"ל דמחילה ומתנה הוא טענה גריע ע"כ שפיר יש לחוש שפא עשה עצה זו וכדי להבריח מהבע"ח.

ע"כ לא מהני מחילתו במקום דחב לאחרים רק ע"י ביטול מודעות כמו בסי' ר"ה דאז אין ממש במודעתו ואז מיפטר הלנה ע"פ דין ולכן שפיר פתבו לתרץ דאין לו מיגו דמחלו

דמתנירא להפסיד חובו דהא לא מהני מחילתו רק ע"י ביטול מודעות ע"כ א"ש תירוץ:
ונתבאר בהוכחה מפל הפוסקים הללו בתירוץ הזה דס"ל פשיטת השמ"ק והג"מ דכיון
דהוא מצי לתזור פן שינה אותו זכות להבע"ח בשעבוד וגובה הבע"ח ממנו.

ונדעתי מה דגיש לומר דאף לתירוץ פן ולא ס"ל להסברא דמיקסוף וכת' הר"נ והש"ף
בסי' מ"ז ס"ק ז' ובסי' צ"ט ש"ף ס"ק ה' שפתבו דלכן לא הוי מיגו טוב דידעו שעושה
פן להבריח וגם יעשה מעשה רע נגד המלנה שלו שיתן מתנה ויהי' לנה רשע ולא ישלם
במזיד כו' ע"ש.

די"ל דאף לתירוץ דלא יפסיד חובו ס"ל דעל מעשה המתנה ומחילה שעשה פיון דאין
בידו לתקן אחר זה ע"כ לא שינה כ"כ בזה לומר דמיקסוף לעשות פן אבל במחילה ומתנה
אם לא יחזור בו דהוי בכל ימיו בשם לנה רשע כו' דהא בידו תמיד לתזור ע"כ גם
בתירוץ הזה ס"ל ג"כ דלא יעשה כן ע"כ ממילא נסתר ראיתי זאת.

אבל באמת ז"א דאי נימא דס"ל גם בתירוץ הנ"ל דשינה לומר דמיקסוף לעשות פן שלא
יהיו כל ימיו בשם לנה רשע א"כ ממילא הי' להו לתרץ בקצרה דלכן אין זה מיגו טוב
משום דמיקסוף שלא יהי' אז בשם לנה רשע וכת' הפוסקים פנ"ל.

ואין לחלק במה שיהי' כל ימיו בשם לנה רשע או שיהי' לנה רשע על אותו שעה דיעשה
המחילה והמתנה ולכן שפיר הוכחתי פן: ענה ה כל זה פתבתי מפבר. וכעת ראיתי כי
יש לסתור ראיתי והוא דלכאורה צריף ביאור דאמאי לא תירצו באמת דלכן אין זה מיגו
טוב משום דמיקסוף לעשות פן שיהי' לנה רשע כו' וכמש"כ באמת הר"נ והש"ף לתרץ
פן וכדמצינו בב"ב (דף מ"ה) דמשום לנה רשע כו' שיפןרסם ברבים לנה רשע וכמש"כ
הש"ף בס' ל"ז ס"ק א' בשם מהר"ם לויבלין לחד תירוץ דמה"ט הוי נוגע בעדות
ומיקסול להעיד.

ואפשר לומר דבאמת זה תליא בהנהגת תירוץ שכתב הש"ף בס' ל"ז ס"ק א' הנ"ל בשם
מהר"ם לויבלין ובשם הרמב"ן בחידושו דלפי תירוץ שם דמשום נוגע מיקסול אף
לחובה אין משום הקרח לנ"ד.

אבל לפי תי' הרמב"ן בחי' שם ולתי' הראשון של המהר"ם שם כש"כ בנ"ד דהא שם
הוי לנה רשע בשב ווא"ת נאלו הקא הוי לנה רשע בקום ועשה דמכש"כ דהוי זה סברא
טובה לדון דאין זה מיגו טוב.

ומה"ט י"ל דכו"ע מודו דמשום זה אין לדון בנ"ד להך מיגו. דיתבייש לעשות להמתנה
ומחילה שלא יתפרסם לנה רשע בפני הבריות.

ולכן נלע"ד לומר דס"ל להני פוסקים בתירוץ דאין זה מיגו טוב דאינו רוצה להפסיד
חובו ולא הי' ניחא להו לומר בפשיטות דלכן אין זה מיגו טוב דיתפרסם ברבים לנה
רשע במעשהו במזיד פנ"ל.

דזה א"ש בפשיטות לפי מה שכתבתי לעיל לדון דגיש לו מיגו דהי' עומד בטענתו דהשטר
הוא אמנה ויוסיף למחול החוב להלנה שלו. ונהבאתי ראי' לנה משבועות (דף מ"ה ע"ב)
דשכרו שלא בעדים דנאמן במיגו דלא שכרתיה ונתתי לה שכרה וכמש"כ לעיל בארובה.

וכעין זה ראיתי באו"ת בכללי מיגו ס"ק ל"ב ובנתיבות בכללי מיגו ס"ק י"א ע"ש: ולפ"ז אתי שפיר במה דלא הי' ניחא להו לתרץ בפשיטות דלכן אין זה מיגו טוב לפי דיתפרסם שהוא לנה רשע וכפי שפתי הר"נ והש"ף משום דאפתי תקשה דהא יש לו מיגו לעמוד בטענתו דהוא אמנה ויאמר כן פי לפי מה שידעתי האמת כי הוא שטר אמנה א"כ אין הדין לגבות ממנו ואף לדבריהם שאין אתם מאמינים לי בזה.

הנני מוחלו להחוב ואז הדין הוא שאין יכולים לגבות ממנו וכיון דכן הוא האמת ע"כ הנני מחוייב להשתדל ולעשות טענותי זו פדי שלא יוציאו ממנו ממון בגזילה. ואז לא יהי' לנה רשע כלל פי לפי דבריו דהשטר אמנה א"כ אדרבה עושה פדין והיושר ולכן לא הי' ניחא להו לתרץ כן וע"כ תירצו דאין זה מיגו טוב משום דאינו רוצה להפסיד חובו כו'.

ולפ"ז נסתר הוכחתי שהוכחתי דס"ל פשיטת השמ"ק והג"מ דאל"כ אפתי תקשה דהא יש לו מיגו דמחיל והי' מתנה דמוחלו אם לא אחזיר בי כו'. דהא יש לומר דבמיגו בזה תבייש לעשות כן דלפי דבריו דהוי שטר אמנה א"כ אמאי אינו מוחל לו בלא שום תנאי.

ולפי תנאו דמתנה דיהי' יכול לחזור בו. ניקר ומוכח ממעשיו דבאמת אין זה שטר אמנה וע"כ עושה עצה זו והתנה דיהי' יכול לחזור בו פדי שיהי' יכול בהסתרת לקבל חובו מהלנה וע"כ יהי' מפורסם עי"ז ללנה רשע ומיכסף לעשות כן ולכן אין זה מיגו מעליא. רק במיגו דאי בעי מחיל בלא שום תנאי חזרה.

זה הוי מיגו טוב ולכן שפיר תירצו ע"ז דאינו רוצה להפסיד חובו. ולכן נסתר הוכחתי.

וכן יש לומר בה"ד דס"ז צ"ט באומר מטלטלין אלו של אחרים הם דכתב המ"ה לתרץ דאין זה מיגו טוב דאם היו נותנים לו לא הי' המקבל מחוייב להחזיר לו וכמש"כ הש"ף שם בס"ק ה'. דאין לומר דאפתי הי' יכול לתתן במתנה אם לא יחזור בו משום דהי' מפורסם עי"ז ללנה רשע דלפי דבריו למה מהדר להתנות התנאי דהי' חוזר בו וכמש"כ.

וע"כ אין להוכיח כן מהתם. ושיטת הסוברים לתרץ שם ובסי' מ"ז דלכן אינו מיגו מעליא משום דיהי' לנה רשע ואף דהא יכול לומר אמנה וכן מטלטלין אלו של אחרים והי' מוסיף להמחילה ולהמתנה וכמש"כ.

די"ל דס"ל דגם בכה"ג שייך מיכסף כיון דיהי' בשם מתנה ממנו [ואיכא דשמע בהא ולא שמע מהא]. עכ"פ בשיטת הסוברים לתרץ דאין זה מיגו טוב דאינו רוצה להפסיד כו'.

י"ל בטעמם כמו שכתבתי וע"כ אין להוכיח כן מדבריהם: ועכ"ז כיון דהשמ"ק והג"מ והר"נ בב"מ (דף י"ט) ס"ל דבמתנה מהיום אם לא אחזור בי אף דלא חזר בו הנותן מ"מ גובה הבע"ח משום דאותו זכות שיש להנותן שייך גם להבע"ח.

וגם במלנה בע"פ שאינה טורפת ממשעבדי ג"כ הדין כן דהא השמ"ק בב"מ שם כתב כן גבי פתובת אשתו או למזונות כו'. ומשמע דקאי על מזונות אשתו ואף דמזונות אשתו לא טרפא ממשעבדי אפ"ה אמרו דגובין למזונות ממתנה מהיום אם לא אחזור בי.

ועיין בתומים סי' ס"ה ס"ק נ"ג אכן לדעתי נראה כמש"כ. וכן מוכח מה"ד דס"ז צ"ט סעיף ו' דבע"ח גובה ממתנת מברחת ואף במלנה בע"פ אמרו שם כן.

ולעיל הא נתבאר דמתנת מברחת הוי כמו מתנה מהיום אם לא אחזיר בי וכמש"כ
הנתיבות שם בשם הרא"ש. ולכן לדינא ברור דמתנה מהיום אם לא אחזיר בי דאף
דלא חזר בו הנותן דגובה ממנו הבע"ח ואף במלוג בע"פ דיינינו פן.

ועיין בפתח הבית סי' ל"ד ענף ד. ובהגהות ר"ע איגר זצ"ל פאן הביא לדינא לדברי
השמ"ק פ"ק דב"מ ה"ל: ב (שם סעיף א) אבל אינו טורף מהלקוחות.

והקצה"ח ס"ק א' הביא לדברי הר"נ ריש פ' הנזקין ב'הא דאמרו שכ"מ שאמר תנו מאתים
זוז לפ' נאחריו לפ' וא"ת והיכי קרי למתנות שכ"מ משעבדי כו' י"ל דהכא במתנת שכ"מ
במקצת ובקנין דמתנת פריא הוא אבל במתנת שכ"מ בכולה אי קמא בינונית ובתרא
זיבורית מבינונית דקמא גבי וכן דעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל עכ"ל הר"נ וכ"כ בחי'
רשב"א שם.

והקשה הקצה"ח ע"ז דהא אפילו נימא דמתנת שכ"מ הוי כירושא מ"מ גם כירושא היכא
דמשפחת קמא ובתרא גובה מקמא ואומר הנחתי לה מקום לגבות ורא' ברורה מתוספתא
פ' מי שהי' נשוי גר בימים הקדמונים שמת ובזבזו נכסיו ויצאו עליו כתובת אשה ובע"ח
גובין מהאחרון אין בהם גובין משלפניו הובא במ"מ פ"ג ה' זכיי' ובשם העיטור דמתחזיק
בנכסי כו' ה"ה פירוש ואפ' מלוג בע"פ גובה כו' וכן פסקו בטושו"ע סי' ער"ה כו' הרי
מבואר דלא חילקו בתקנתם בין יורש או מקבל מתנה ויורש נמי מבתרא גבי מקמא לא
גבי ולפ"ז גם גבי מתנת שכ"מ נהי דדינו פירוש לא גרע ממתחזיק בנכסי כו' דמבתרא גבי
מקמא לא גבי והתימא על הגאונים שנתחבטו ונתלבטו בזה הלא הדבר מוכרח
מהתוספתא דאפ' בדין יורש נמי לא גבי מקמא אלא מבתרא ואחרון נפסד עכ"ל
הקצה"ח: ולענ"ד נראה ליישב קושיותו ע"פ מה שהעליתי בספרי נחל יצחק בסי' ל"ט
סעי' א' בקונטרס ראשון בש"ד וענף ד' וענף ה' וענף ו' ע"פ שיטת רש"י בפסחים (דף
למ"ד ע"ב) דטריפת משעבדי הוי משום דע"י השעבוד הוי כמו כל דבר דאינו ברשותו
דלא מהני מכירתו ומתנתו.

וביארתי טעם זה לא שייך רק בגביות לקוחות ומקבלי מתנה אבל בגביות מיורשים
דלא שייך טעם זה. דגבינו מהם משום דירוש פרעא דאבנה הוא וכמש"כ שם בארנפה
אבל בזוכה מהפקר דממילא הטעם הוא דזבינו מנייהו הטעם הוא דחייב הזוכה לשלם
משום מזיק שעבודו של חבירו דהא מקודם דזכה בהו הזוכה הנה להמלוג שעבוד על
הנכסים וכפי שיטת הר"נ והסמ"ע דלא פקע שעבוד נכסי אף דמת הלוג רק בעת דזכה
בהו הזוכה אז פקע שעבודו א"כ מקרי הזוכה כדין מזיק שעבודו של חבירו דחייב ואלו
בלוקח ומקבל מתנה אין לחייב משום מזיק שעבודו משום דהלוג דמכר ונתן.

הוא קעבד מעשה ולא הלוקח והמקבל וכמו שהבאתי שם בשם תשובת הרמב"ן סי' נ"ו.
אבל בזוכה מהפקר דממילא.

עיקר הטעם ב'ה דטורף ממנו הוי משום דהוי מזיק שעבודו. ע"כ היכא דהניח נכסים
ב"ח בעת שזכה הראשון ע"כ אינו גובה מהראשון דהא בעת שזכה הראשון לא הי' אז
בשם מזיק שעבודו דהא עדיין הניח לו מקום לגבות ממנו וע"כ אין גובין מהראשון אם

הנ"ם נכסים בני חורין דהא לא הניח לשעבודו רק אחרון אחרון נפסד דהאחרון הוא המזיק שעבודו דלא הניח כלל שום שיעבוד להמלנה.

וע"כ לא הביא הש"ס בגיטין (דף נו"ן ע"ב) גבי מה דאיבעיא להו אם עבדו לתקנתא דאין נפרעין ממשעבדי במקום שיש ב"ח גבי מתנה. להך תוספתא דכתובות סוף פ' יו"ד הג"ל.

וכמו שפכתתי שם בארובה. דדוקא בלוקח ומקבל מתנה דמן הדין נפרע ממשעבדי אף במקום בני חורין דהא הנכסים משועבדים הם להמלנה אלא מצד תקון העולם תקנו דאין נפרעין ממשעבדי במקום שיש ב"ח ע"כ איבעיא להו אם תקנו כן במקבל מתנה.

ולתלכה קיי"ל דאף במתנה עבור תקנתא דאין נפרעין ממשעבדי במקום שיש ב"ח. וע"ז כתב הרשב"א והר"ן גבי מתנת שכ"מ בכולה דדינו פירוש דאין זה בשם משעבדי דליתא בי' הך תקנתא דאין נפרעין ממשעבדי במקום שיש ב"ח וגובין מהראשון דהא יש לו זכות בתורת שעבוד אף על הנכסים שזכה הראשון ומן בינונית דקמא גבי.

דהא פירוש כיון דהוי פרעא דאבנה גובין ממנו בתורת שעבוד נכסי דהא לא פקע שעבוד נכסי אף במת הלנה וכמש"כ שם. משא"כ בזוכה מן הפקר דממילא דכיון דזכה בהו איש אחר אז פקע שעבודו ומקרי הזוכה בשם מזיק שעבודו וזהו עיקר זכותו במה דטריף המלנה מהזוכה בנכסי הפקר דממילא וע"כ מן הדין הוא דאחרון אחרון נפסד דכ"ז דהניח בני חורין אין על הראשון שם מזיק שעבודו.

וע"כ אין זה דומה כלל להך דברי הרשב"א והר"ן במש"כ גבי מתנת שכ"מ בכולה משום דאינו דומה כלל מי דזוכה מהפקר למי שזוכה בתורת ירושה. וע"כ שפיר אמרו דכיון דאין בזה שם מתנה רק פדין יורש ולית בהו לתקנה דאין נפרעין ממשעבדי במקום שיש ב"ח וע"כ מוקמינן אדינא דגובין מהראשון הבינונית.

[והא דינש להעיר על הרשב"א והר"ן במה דאמרו גבי מתנת שכ"מ בכולה דאי קמא בינונית ובתרא זיבורית דגבי מבינונית דקמא. הא מיתומים דגובין זיבורית הטעם הוא משום דלא מסיק אדעתיה דמניית כו'.

כפר העיר בזה בחי' הרשב"א דגיטין שם וכעין דברי התוס' גיטין (דף נו"ן ע"ב) ד"ה שמע מינה במתנה נמי כו' בתי' קמא שם והדברים ארוכים ועת לקצר בזה]. ומתורץ על נכון קושיות הקצה"ח.

אכן לדינא פסק השו"ע בסי' רנ"ג סעי' ט' דאף במתנת שכ"מ ממש ג"כ הדין הוא דגובה רק מהאחרון וכמש"כ הקצה"ח בסי' רנ"ג ס"ק ה' דלא ס"ל פשיטת הר"ן דר"פ הנזקין וסייעתו אלא פשיטת החולקים ע"ש.

והקצה"ח ס"ק ב' כתב להוכיח גבי הקדש דמלנה ע"פ גובה ממנו ואפ"ה אם הניח ב"ח אינו גובה מן הקדש וכמו דכתב התוספתא גבי הפקר וכו' ל. אכן לפי מה שפכתתי אין הכרח להוכחת הקצה"ח דינש לחלק ביניהם בפשיטות ע"פ מה שנתבאר בעז"ה: ג (שם) אבל המלנה בשטר טורף מהלקוחות כו'.

ולקמן סי' קי"ד סעיף ד' דמשביעין את הטורף בנק"ח שלא נפרע חוב זה כו': ענף א והנני לכתוב פאן למה שכתבתי מכבר בקונטרס א' בענין ערב השייך ג"כ לענין לקוחות והוא דנסתפקתי במה דמבואר בסי' ק"ל סעיף א' אם פרע הערב קודם שנודע אם פרעו הלנה וטוען הלנה שפבר פרעו אין הלנה חייב לערב כו' וכתב שם הסמ"ע ס"ק ב' דזהו במלנה בע"פ אבל בהי' שטר ביד המלנה נחשב כנודע שלא פרעו כו' וכ"כ הט"ז שם.

ומבואר לעיל בסי' קכ"ט בסמ"ע ס"ק כ"ח במלנה שפא לגבות מערב אף במלנה בשטר צריף המלנה ליטבע פדין טורף מלקוחות. ויש להסתפק במלנה בשטר ופרע הערב להמלנה בלא שבועה אם יכול הערב לחזור על הלנה או פיון דטוען הלנה דפרע פבר להמלנה א"כ לפ"ז הדין נותן דאין חייב הלנה לשלם להערב דיכול הלנה לומר להערב דפשעת במה דפרעת בלא שבועה דהא לא הי' יכול המלנה לגבות ממך בלא שבועה.

וגם י"ל בזה דמי יימר דמשתבע וכדאמרו בשבועות (דף ל"ב) הכל מודים בכנגדו חשוד על השבועה אילמא דחשוד לנה ולימא לי' מי יימר דמשתבע. וגם היכא דהשבועה אינו רק תקנת חז"ל ג"כ אמרו דמי יימר דמשתבע דהא שבועת חשוד שפנגדו נשבע ונוטל לחד תירוץ בתוס' ב"מ (דף ה') ד"ה שפנגדו קאמינא כו' דשבועת חשוד על כנגדו אין זה רק מדרבנן משום לא שבקת חי' כו'.

ואף דהתם בשבועות הא העד יודע שהי' יכול המלנה ליטבע באמת מ"מ אמרו מי יימר דמשתבע דאפשר ע"י אימת השבועה הי' פורש אף משבועת אמת וכמ"כ הר"נ ברפ"ז דשבועות דכמה אינשי פרישי משבועת אמת.

וכש"כ היכא דהלנה טוען שפרעו פבר ואינו יכול המלנה ליטבע באמת דנודאי שייף בזה לומר מי יימר דאם היית מחייבו שבועה שפא הי' פורש ולא הי' נשבע בשקר ע"כ אתה פשעת דלא השבעת להמלנה.

וגם הא כתב רש"י בשבועות (דף ל"ב ע"א) שם דרוך בני אדם אין נשבעין לשקר והי' משלם עכ"ל. ע"כ הדעת נוטה דאינו יכול הערב לחזור על הלנה בפרע להמלנה בל"ש: אבל בתוס' פתובות (דף צ"ב ע"ב) משמע להדיא להיפך דהתוס' שם בד"ה דינא הוא דאזיל כו' הקשו דמאי נפ"מ דמצי טעין עמו ראובן והלא כל מה דמצי טעין עמו ראובן יטעון שמעון כו' ותירצו דנפ"מ דמצי לטעון אישתבע לי דלא פרעתיה וכגון שמחל לו שמעון לשבועה דהבא ליפרע מנכסים משועבדים כו' עכ"ל.

הרי דס"ל להתוס' בפשיטות דאף היכא דמחל הלוקח לשבועת משעבדי דהי' מחוייב המלנה בעת הטירפא ממנו עכ"ז היכא דיש להלוקח חייב אחריות על המוכר מצי טריף מינ' כדאמרו התם דמפקת מינ' עלי הדר.

ולא מצי טעין המוכר להלוקח הלא פשעת במה דלא השבעת להמלנה פדין ובכה"ג לא קבלתי אחריות. אלא חייב המוכר להלוקח ולא מיפטר עי"ז מחיוב אחריות שקיבל עליו.

וע"כ הטעם הוא משום דעיקר שבועת משעבדי תקנו בשביל טובת הלוקח דתקנו זה חז"ל לטובת הלקוחות ע"כ יכול הלוקח לומר אי אפשי בתקנת חכמים. ואוקמי על דאורייתא דהא מה"ת טורף מלקוחות בלא שבועה.

ע"כ יכול הלוקח לומר דלא פשעתי כלל כיון דיכול לומר א"א בתק"ח א"כ אין שום דין שבועה כלל להמלנה הטורף והגוי כמו שהלוקח אין עליו חיוב שבועה כלל מן הדין. וְלֹא מְבַעֲרֵי לְמֵאן דס"ל ש"ד דאף למאן דס"ל שעבדא לאו דאורייתא מ"מ כיון דתקנו כפר דמלנה בשטר טורף ממשעבדי ולכן כיון דאומר א"א בתק"ח שפיר מצי הלוקח לחזור על הלנה המוכר.

ואין זה דומה למה שפכת בספר תרומת הפרי בסי' ק"ב סעיף א' ע"ש ובהג"ה שם וקצרת: ** (הגה"ה ויש לי אריכות דברים בענין זה ע"פ מה דיש לדון בכל לוקח דחוזר על המוכר מצד חיוב אחריות דהא בלא"ה חוזר הלוקח על המוכר מצד פורע חובו של חבירו שלא מדעתו לשיטת הר"ת דכתובות (דף ק"ח) בתוס' והרא"ש שם.

ובאמת ראיתי בהפלאה כתובות (דף ק"ח) בתוס' ד"ה חנו כו' שהקשה לשיטת הר"ת הנ"ל דא"כ למה צריך בכל לוקח דחוזר על המוכר מצד חיוב אחריות הא בלא"ה חייב משום דפרע חובו של חבירו לשיטת הר"ת דחייב ע"ש.

ובאמת אין זה קשה כלל דשאני בפורע חובו של חבירו דנתפנין להשפית נכסי חבירו משא"כ בלוקח דהמלנה טורף מעצמו ממנו בלא מעשה ונרמת הלוקח ע"כ בכה"ג לכ"ע אין לחייבו משום פורע חובו וכמו שפכת הש"ך בסי' שצ"א ס"ק ב' מה"ת ע"פ דברי התוס' בב"ק (דף ק') לחד תירוץ והרא"ש שם וכמש"כ המהרש"ל דבתוחב אוכלין של אחרים לתוף פיו של בהמה פטור לשלם לפעל האוכלין ע"ש.

וי"ל דהר"ת ס"ל פו. ועיין בנתיבות סי' ק"ה ס"ק ו' וע"פ כל זה יש לדון במש"כ הנתיבות בסי' קכ"ח ס"ק ה' בשם מקור חיים אם הי' נכסי שמעון ברשות לוי ותפס הבע"ח של לוי דחייב לוי לשלם לשמעון וראי' מן חולין (דף קל"א) בתפס המלך גרנו בחובו חייב לעשר עכ"ל.

דְּהָא לְפִי דְּבָרֵי הַמְהַרְש"ל וְהַש"ך בְּשֵׁם חַד תִּירוּצָא שֶׁל הַתּוֹס' הַנ"ל יֵשׁ לְדוֹן דְּמַה"ט יוֹפְטֵר גַּם הַתָּם. וּבְאֲמַת אֵין רֵאִי מְנוֹכַחַת כ"כ מֵהַךְ דְּאָנֵס גְּרָנוּ בְּחֻבּוֹ דִּי"ל דְּשֵׁא"ה דְּמִיָּרִי בְּבָא לְצֵאת יָדֵי שְׂמִים יְעו"ש.

וכן ראיתי בעצי לבונה ח"ב בח"מ סי' קכ"ח שפכת דאין ראי' מהך דאנס בחובו וכנ"ל ע"ש. והדברים ארופין ולפי דאין זה שייכות לענינינו כ"כ ע"כ קצרת.

(ע"כ הג"ה): ** ולפי דברי התוס' כתובות הנה"ה בשבועת המלנה הפא לגבות מן הערב כיון דהשבועה ניתקן בשביל טובת הערב וכמש"כ הסמ"ע בסי' קכ"ט ס"ק כ"ח דמן דין שבועת משעבדי נגעו בה.

והתומים שם ס"ק ח' כתב בכוננת הסמ"ע דבכלל הפא ליפרע ממשעבדי נכלל ג"כ פא ליפרע מערב ע"ש. ע"כ כמו בשבועת משעבדי יכול הלוקח לומר א"א בתק"ח כו' ולחזור על המוכר מן דין אחריות ה"ה דהערב יכול לומר פן ולחזור על הלנה: ובאמת להסוברים דלהוציא לא אמרינן א"א בתק"ח וכמבואר במרדכי פ' שני דיני גזירות דלא אמרינן א"א בתק"ח אלא היכא דליפא פסידא דאחרני והוא מוחזק ושהיא דאיני ניוזנית ואיני עושה שאני שהיא מוחזקת במע"י כו' עכ"ל.

וכ"כ בהגהות מיימיני לספר קנן סי' י"ד וכ"כ הרמ"א פועין זה בסי' קע"א סעי' ג' והובא כ"ז בבניאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק יו"ד בשם הריב"א דלהוציא לא אמרינן א"א. ועיין באו"ת סי' ק"ב ס"ק ג' מזה.

ולפ"ז י"ל דמה"ט אינו יכול הלוקח והערב לומר א"א בתק"ח דהא הוי עי"ז פסידא לאחריני דיוציאו ממונ עי"ז מן הלנה לאח"ז. והתוס' דכתובות אפשר דס"ל כשיטת הסוברים דגם להוציא אמרינן א"א בתק"ח.

ובח"מ סי' פ"ז סעי' י"ב דאע"פ שושבעין ונוטלין אינן יכולין להפך שבועה על פנגדו עכ"ז יכול לומר א"א בתק"ח אלא הריני פשאר התובעין וישבע לי הנתבע היסת והסמ"ע שם ס"ק ל"ד פתב דזהו משום א"א בתק"ח דאמרו בכ"ד.

ועיין בניאור הגר"א שם ס"ק מ"ם. הרי דגם להוציא אמרינן לדינא א"א בתק"ח ויש לחלק קצת ביניהם ואכמ"ל.

וגם י"ל בזה דנ"ד לא מקרי אי אפשי להוציא פיון דבעת הטירפא מהערב ומהלוקח דאז לא דיינינן בחזרת הערב והלוקח על הלנה אלא בענין הטירפא מהם. רק לאח"ז חוזר עי"ז על הלנה ע"כ לא מקרי זה א"א להוציא פיון דבעת הטירפא אינו חוזר אז על הלנה ולכ"ע דיינינן בזה להפך דא"א בתק"ח פן י"ל לפי דברי התוס' כתובות ה"ל: וראיתי בהפלאה לכתובות (דף צ"ב) שם על דברי התוס' הנה שפתב בזה"ל על דברי התוס' שפתבו כגון שפחל כו' לכאורה קשה דא"כ היכי קאמרי דכי מפקת מיני עלי דידי הדר הא יכול לומר הי' לה להשביעו כי בנודאי פרעתי ולא הנה יכול לישבע וצ"ל דס"ל פיון דהפך שבועה נתקן לטובת הלוקח ע"כ יכול לומר לא ניקח לי בתקנת חז"ל.

ויצא לנו לדינא דאם מחל הלוקח השבועה אפ"ה יכול הלוקח באחריות לחזור על הלנה וצ"ע שלא הזכירו מזה הפוסקים עכ"ל ההפלאה. וכן ראיתי במהר"ם שיה שם שפתב בזה"ל פיון דפטר משבועה א"כ גם עליו לא מהדר דלא פתב לו אחריות רק מה שיפסיד בדין ומה שפונתר והולך חוץ משורת הדין לא יוכל לתבוע דשמא לא הנה נשבע ודחק בזה ע"ש.

עכ"פ פיון דחזינו דהתוס' ס"ל להדיא פן. ע"כ אין לנו לחלוק על דבריהם בסברא בעלמא: ענה ב שוב ראיתי דיש לחלק בין שבועת לוקח לשבועת ערב לפי מש"כ התנאים בסי' קכ"ט ס"ק ח' לחלוק על הסמ"ע שפתב שם דבשבועת הערב הוי משום שבועת משעבדי.

משום דערב אינו דומה לנכסים משועבדים ע"ש. והקצה"ח שם ס"ק ד' פתב דשבועת הפא ליפרע מן הערב טעמו משום דהוי כמו פא ליפרע שלא בפניו וכן העלה שם הנתיבות ס"ק ט' דערב דמי לנפרע שלא בפניו ע"ש.

ובשבועת משעבדי לא שייך בי' שבועה דנפרע שלא בפניו כדמוכח מכתובות (דף פ"ז) ושבועות (דף מ"ה) דנכסים משועבדים ונפרע שלא בפניו חשבינהו לתרי מגלי ע"ש. והטעם הוא פשוט דבא ליפרע מלקוחות גוף הנכסים אינן של הלנה דכבר יצאו מרשותו בעת שמכרו.

משא"כ בא ליפרע מערב דכינן דאמר לערב ערבני ושלם פמבואר בסי' ק"ל והוי הערב פשלוחו של הלנה וע"כ הוי כמו דנוטל מנכסי הלנה שלא בפניו ולכן שבועת בא ליפרע מהערב כמו שבועת לנפרע שלא בפניו.

כן יש להסביר לפי דברי הקצה"ח והנתיבות: ולפ"ז יש לחלק אף לפי מש"כ התוס' בכתובות בשבועת משעבדי דגם במחל הלוקח להשבועה יכול לחזור על הלנה המוכר מצד חיוב אחריות משום דיאמר א"א בתק"ח פנ"ל.

אף זה אינו רק בשבועת משעבדי דעיקר חיוב שבועה הוא משום תקנת טובת הלקוחות. משא"כ בערב דעיקר שבועתו הוי מצד נפרע שלא בפניו דעיקר השבועה הוא לטובת ולזכות הלנה דזכין שלא בפניו דטענינו עבירו וכמש"כ רש"י בכתובות (דף פ"ז) על נפרע שלא בפניו.

ולכן לא שייך בערב לומר א"א בתק"ח דהא לא תקנו השבועה רק לטובת הלנה עצמו ואיך יכול לומר אי אפשי ולהפסיד להלנה דעיקרו הוי משום טובתו. משא"כ במשעבדי דלא שייך ביה שבועת נפרע שלא בפניו דהא יצאו פבר הנכסים מרשות הלנה.

ושבועת שלא בפניו הוי היכא דהנכסים הם של הלנה רק דהוי שלא בפניו. או בערב לפי דהוי פשלוחו דהלנה פנ"ל.

משא"כ בלקוחות וכינן דעיקר חיוב השבועה הוא רק לטובת הלקוחות ע"כ שפיר יכול לומר א"א בתק"ח וחוזר על הלנה המוכר וכמש"כ התוס'. ובקצרה פי לפי דברי הקצה"ח והנתיבות בסי' קכ"ט שפיר יש לחלק בין ערב ללקוחות דשאני שבועת ערב דהוי משום נפרע שלא בפניו דאינו יכול לומר א"א בתק"ח ולהפסיד להלנה וע"כ הדין נותן דבמחל הערב להשבועה דאינו חוזר על הלנה: ובעיקר מילתא דנא פבא לטרוף מלקוחות דכתבו התוס' דחוזר על המוכר אף דמחל השבועה יש לדון הרבה בזה.

בהקדמ דברי רש"י בכתובות (דף פ"ז) בהמשנה דבא ליפרע מלקוחות צ"ש הטעם הוא משום דטענין ללקוחות דאי הוי גבי מן הלנה הוי טעין אינשתבע לי דלא פרעתיך וכן הוא הטעם בבא ליפרע מיתומים ושלם בפניו וכ"כ הר"נ פ' הפותב והרע"ב שם וכ"כ הרשב"ם לב"ב (דף ע' ע"ב) ד"ה שטר פיס כו' דעיקר הטעם הוי משום דטענינו להו ע"ש.

והתוס' בשבועות (דף מ"א) ד"ה וכי מה בין זה לפוגם כו' כתבו דהבא ליפרע מיתומים דצ"ש טעמא לאו משום דטענינו להו משום דאף היכא דלא מצי אפנהו למטען משבעינו בבא ליפרע מיתומים דהא אמרו בפירק הכותב פתב לאשתו נקי נדר נקי שבועה לא תפרע מיתומים אלא בשבועה אלמא עבוד רבנן תקנתא ליתמי אף במקום שאין האב יכול להשביע עכ"ל התוס'.

ולדברי התוס' ה"ה בטורף מלקוחות הא דצ"ש לאו משום דטענינו רק לפי דחסו חז"ל לתקנתם ולא ס"ל פשיטת רש"י והפוסקים הנ"ל. והפני הוושע בכתובות (דף פ"ז) הביא בעל נתיבות המשפט הראשון דתירץ לקושיות התוס' דשבועות הנ"ל די"ל פשיטת רש"י דשבועת יתומים ולקוחות הוי מצד דטענינו להו אף בפטרך משבועה ג"כ שייך זה דהא סוף סוף הוי מצי למיטען אשתבע לי אלא דאינו יכול לומר פן מצד הפטור שכתב לה

וכינן דלא מהני האי פטור לגבי יורשים שפיר טענינן ליורשים ולקוחות עכ"ל בעל
נתיבות המשפט.

ומתורץ על נכון קושיות התוס' וע"כ שפיר י"ל כשיטת רש"י וסייעתו: ולשיטת רש"י
והר"ן והרע"ב דס"ל דבא לגבות מלקוחות צ"ש משום טענינן להו. לפ"ז יש לדון פיון
דנתבאר דעיקר סברת התוס' בכתובות הנ"ל דלכן במחל הלוקח לשבועת הטורף יכול
לחזור על המוכר משום דיכול לומר א"א בתק"ח וכמש"כ ההפלאה דס"ל להתוס'
דשבועת הטורף ממשעבדי נעשה לטובת הלוקוחות וע"כ יכול לומר א"א בתק"ח.

וכמש"כ לעיל בשם ההפלאה. א"כ לשיטת רש"י וסייעתו דס"ל דשבועת הטורף
מלקוחות הוא מצד דטענינן להו טענות דהיה יכול לטעון המוכר.

ועיקר השבועה נתקן לטובת הלנה ע"כ לא שייך לומר א"א בתק"ח דהא עיקר השבועה
לא תקנו בשביל טובת הלוקוחות רק לטובת הלנה. וממילא הדין נותן פיון דטענינן ליתמי
ולקוחות בכל הענינים לכ"ע וכמש"כ התוס' בגיטין (דף נ"ח ע"ב) ובתוס' שם ד"ה פגון
זה טוענין ליורש כו' ע"ש.

וממילא ה"ה בהך מילתא בשבועת טורף מלקוחות. ע"כ לא שייך בזה לומר א"א בתק"ח
דהא עיקר השבועה לא תקנו משום טובת הלוקוחות רק לטובת הלנה.

והך מילתא דטענינן ללקוחות הוי זה ענין מן התורה כמבואר ולא שייך בזה לומר א"א
בתק"ח דאין בזה תק"ח. ולא מצינו הך מילתא דא"א בתק"ח רק היכא דעיקר התקנה
נעשה רק לטובתו דוקא.

וכמו באיני ניוזנית ואיני עושה וכמו בהא דאין נפרעים ממשועבדים במקום שיש ב"ח
דב"ק (דף ח') דאמרו שם בזה"ל טעמא מאי אמרו רבנן אין נפרעים ממשעבדי במקום
שיש ב"ח משום תקנתא דידי אנהא בהא תקנתא לא ניחא לי כדרבא כו' עכ"ל הגמ'.

הרי משום דהוי התם תקנתא דלוקח אמרו בזה לדון להך א"א בתק"ח. אבל היכא דעיקר
התקנה נעשה בשביל טובת אחר ולא בשבילו בזה לא מצינו דאמרו כן.

וע"כ אינו יכול לומר בזה א"א בתק"ח ולהפסיד למי שנעשה בשבילו התקנה זו. וכה"ג
כתב השמ"ק לב"ק (דף ז') עלה דהקשו הראשונים דיהנה יכול לומר המלנה א"א בתק"ח
ויטול הזיבורית משום דס"ל דהתקנה נעשה לטובת המלנה וע"ז תירצו הר"מ וקרא"ש
שם דעיקר התקנה דשלא תנעול דלת בפני לווין נעשה לטובת הלנה ע"כ אינו יכול המלנה
לומר א"א בתק"ח ולהפסיד להלנה.

והדין נותן דאם עיקר השבועה נעשה לטובת הלנה דאינם יכולים הלוקוחות לומר א"א
בתק"ח ולחזור על הלנה מצד חיוב אחריות וע"כ דברי התוס' בכתובות צריף ביאור:
ואפשר דהתוס' לטעמיהו דס"ל בשבועות (דף מ"א) להוכיח דשבועת בא ליפרע מיתמי
הטעם הוא משום דחשו חז"ל לטובתם וה"ה בלקוחות.

וע"כ שפיר כתבו התוס' בכתובות במחל הלוקח להשבועה דחוזר על המוכר משום דיכול
לומר א"א בתק"ח. ואפשר דלנה נתפנון ההפלאה במש"כ בלשונו דס"ל דהתקנה נעשה
בשבועת משעבדי לטובת הלוקח וע"כ יכול לומר א"א ע"ש.

דכוונתו ג"כ להדף פלוגתת הראשונים שכתבתי בשמם דס"ל דלא פהתוס' אלא שבועת משעבדי ונתמי הוי מצד דטענינן. א"כ לפ"ז לא שייך לומר פן רק התוס' ס"ל דלא פדבריהם.

ואף דנימא דלא נתפנין ההפלאה לכל זה מדלא הביא כל זה פלל מ"מ האמת הוא כמש"כ. וזה ברור דלשיטת הסוברים דשבועת משעבדי הוא משום דטענינן להו דלפ"ז הדין נותן דאם מחל הלוקח להשבועה של הלקוחות דאינו יכול לחזור על המוכר דהא ע"פ דין אינו חייב להלקוחות כ"ז דלא נשבעו לשבועתם דחייבים ע"פ דין דהא הך דטענינן להו אין זה מדרבנן רק זהו זכות גם מן התורה לאחר דתקנו חז"ל לשבועתן דעיקרו מצד הלנה דהיה יכול לטעון אשתבע לי וממילא הלקוחות משביעין אותו משום דטענינן להו. ועיקר השבועה נתקן לטובת הלנה. וע"כ במחל הלוקח להשבועה אינו חוזר על המוכר לשיטתם וכנ"ל.

רק התוס' לטעמייהו דהשבועה נתקן לטובת הלקוחות ע"כ יכול לומר א"א בתק"ח והוי כמו שלא היה מחוייב המלנה לעולם לישבע ולכן פתבו דחוזר על המוכר: ועדיין אינו ברור דהא אף לפמש"כ התוס' בשבועות דלאו משום טענינן להו תקנו לשבועת משעבדי.

עכ"ז הא בנודאי גם לשיטת התוס' פשוט דשבועת משעבדי יש לדון מצד טענינן ג"כ וכמו בכל מילתא דטענינן ללקוחות. רק התוס' הוסיפו דאף היכא דלא שייך לומר דטענינן כמו בפטר לאשתו דעכ"ז תקנו שבועה לטובת הלקוחות ונתמי וע"כ לא היה יכול הש"ס להקשות על משנה דבא ליפרע מן נתמי צריף שבועה דמה בין זה לפוגם שטרו וכמו דהקשו התוס' בשבועות (דף מ"א) שם.

אבל באמת י"ל דזולת התקנה שנעשה לטובת הלקוחות ג"כ מחוייב הטורף לישבע משום שבועת אשתבע לי דהיה יכול הלנה להשביע להמלנה ובלקוחות הוי זה משום טענינן פנין דלא פטרו הלנה מהשבועה.

וע"כ הדין נותן דאינו יכול הטורף לומר א"א בתק"ח והוי כמו שאינו חייב שבועה פלל מדינא. משום דהא מצד טובת הלנה ג"כ חייב המלנה לישבע נגד הלוקח משום טענינן.

ובכה"ג לא מצינו דאמרינן א"א בתק"ח. רק היכא דפטר הלנה להמלנה משבועה בזה שפיר יש לדון דכיוול הלוקח למחול לשבועת משעבדי להמלנה ולחזור ולטרון מהמוכר.

פנין דמצד תקנת וטובת הלנה אין כאן חיוב שבועה להמלנה. ועיקר שבועת משעבדי בכה"ג הוא רק מצד תקנת לקוחות ע"כ יכול לומר א"א בתק"ח ולמחול השבועה.

משום דהוי כמו דמצד הדין אין חייב המלנה שבועה פלל. משא"כ בלא פטרו וכנידון של התוס' דכתבו דכיוול הלנה לטעון על המלנה טענת אישתבע לי משום דמירי בלא פטרו משבועה.

ע"כ אפתי יש לדון לדינא דאף לשיטת התוס' בשבועות (דף מ"א). דג"כ י"ל דאינו יכול לומר א"א בתק"ח ולחזור על המוכר מצד חיוב אחריות: ואפשר לומר דגם בזה התוס' לטעמייהו לפי מש"כ התוס' בב"ב (דף ע' ע"ב) דלא טענינן ליתומים נאנסו משום דהוי מילתא דלא שכיח ע"ש.

ולפ"ז י"ל דגם בשבועת משעבדי לא שינה לומר בזה דטענינו להו. דהא בטענת נאנסו
היה נאמן להיות פטור ומ"מ לא טענינו ליתמי.

כש"כ היכא דאינו נאמן להפטר בטענת פרעתי דהא במלנה בשטר אינו נאמן הלנה לומר
פרעתי רק להטיל שבועה על המלנה. ע"כ ונדאי זה גרע ביותר מן טענת נאנסו דלא
טענינו להו.

ולכן פינו דלשיטת התוס' לא הוי שבועת משעבדי מצד טענינו דהא לא טענינו מלתא
דלא שכיח. ופרעתי הוי מידי דלא שכיח לפרוע ולהניח השטר ביד המלנה.

רק שבועת משעבדי הוא משום דחסו חז"ל על הקוחות והיתומים. לכן שפיר פתבו
התוס' בכתובות דיכול הלוקח למחול השבועה ולומר א"א בתק"ח פינו דעיקר השבועה
הוי משום תקנת הלוקח וכמו פל א"א בתק"ח.

אבל לפי מה שהעלה הש"ך בח"מ סי' ק"ח ס"ק ח' דגם מילתא דלא שכיחי טענינו וכמו
שהאר"י שם בבבאור הגר"א זצ"ל ס"ק כ"ד בשם הראשונים ע"ש. א"כ י"ל דלא שינה
בכה"ג לומר א"א בתק"ח.

דהא גם אם לא היה חסידים על טובת לקוחות ג"כ היה חייב המלנה שבועה מצד דטענינו.
ע"כ הסביר נותנת דאינו יכול הלוקח לחזור על המוכר.

משום דיכול המוכר לומר דאין יכולת בידו למחול השבועה שיש לה עליו מצדו ומצד
הדין לאחר דתקנו שבועה בשבילי ולטובתי ולחזור עלי ולהפסידני ואין זה דומה לכל
א"א בתק"ח: ענה ג ועוד יש לדון בכ"ז לפי מש"כ במק"א לדון בעיקר הפלל שכתבנו
בשבועת משעבדי ויתמי אם הוי מצד דטענינו להו או לא.

דזה תלוי במה דאמר אב"י בכתובות (דף צ"ד) דת"ק אית לי דדוקא ביתומים קטנים אין
נפרעין אלא בשבועה וכן נוס אית לי דאב"י קשישא דאף בגדולים אין נפרעין אלא
בשבועה.

ונראה לענ"ד להסביר סברתם דפליגי אם הוי השבועה מצד דטענינו להו או לא. משום
דאי נימא דשבועת הבא לגבות מיתמי ולקוחות הוי מצד דטענינו להו כפי' רש"י והר"נ
והרע"ב בכתובות (דף פ"ז).

א"כ ה"ה בגדולים דמ"ש וקלא בכ"מ דטענינו ליו"רש אף לגדולים טענינו וכמו דטענינו
ללוקח דכולי ש"ס. ומדסבירא לי דדוקא קטנים ולא גדולים גם לענין שבועה.

ע"כ טעמיה דהא דגובה מן היתומים לא יפרע אלא בשבועה הטעם הוא משום דחסו
עליהו ולא משום דטענינו. משום דס"ל דבכה"ג לא טענינו לפי דהוי מילתא דלא שכיחא
לפרוע ולהניח השטר ביד המלנה ובפרט דעיקר מילתא דשבועה לא הוי רק מדרבנן ע"כ
שאני זה ובמק"א הארכתה בזה: אבל למאן דס"ל דאף בגדולים צריה שבועה וכדקיי"ל.

שפיר י"ל דטעמו כשיטת רש"י והר"נ דגם בשבועה שינה לומר דטענינו להו וכמבואר
להדיא בגיטין (דף נ') דאמרו שם דלמא הני מילי לענין שבועה דגדול במילי דאבוה קטן
הוא ופירש רש"י שם דמשום דטענינו להו אם הנה אבוהן קיים הוי טוען אשתבע לי
ע"כ אפילו גדולים נמי משבענינו לו בבא לגבות מהן עכ"ל רש"י.

[ובמק"א פתבתי לדון בזה דלפי מאי דקיי"ל דאף לענין זיבורית גם גדולים בכלל. ע"כ י"ל דאף לענין שבועה אף היכא דלא שייך טוענין ג"כ משבענין אף בגדולים מצד עצמן וקצרותי].

ולפ"ז י"ל דאף דנימא דהתוס' בכתובות (דף צ"ב) הנ"ל דכתבו דבמחל השבועה יכול לחזור על המוכר מצד חיוב אחריות ונתפאר דטעמם משום דיכול לומר א"א בתק"ח ועיקר השבועה הוא רק למען תקנת הלקוחות ולא מצד טוענין.

עכ"ז אינו ראיה מדבריהם לדינא משום די"ל דהא אפיי הוא דאמר בכתובות שם להך מילתא דראובן שמכר שדה לשמעון דינא הוא דאזיל ראובן ומפצי לי כו'. ולאפיי דמוקי בכתובות (דף צ"ד) דהך דאפיי קשישא דיתומים שאמרו אף גדולים בכלל.

תליא בפלוגתא דתנאי דת"ק לית לי דאפיי קשישא וכן ננס אית לי דאפיי קשישא. וענין ברא"ש פתובות פ' יו"ד סי' י"א והר"נ שם שכתבו בפלוגתא בן ננס ות"ק באוקימתא קמיינתא בבע"ח מאןחר שקדם וגבה דהלכה כת"ק דייחיד ורבים הלכה כרבים.

א"כ ה"ה לאפיי דמפרש פלוגתא ת"ק וכן ננס אם צריף שבועה בגדולים דכיון דאפיי מוקי דת"ק ס"ל דדוקא בקטנים צריף שבועה ולא בגדולים דמסתמא ס"ל לאפיי להלכה כהת"ק. נאנן דקיי"ל בגיטין (דף נ') דיתומים שאמרו אף גדולים בכלל לענין שבועה ג"כ.

זהו לפי דלאוקימתא קמיינתא דכתובות (דף צ"ד) אינו מוכח מזה דת"ק לית לי דאפיי קשישא וכמש"כ התוס' שם בד"ה שנומצאת אחת מהן כו' דרבי מפרש אף לדאפיי קשישא וכגון שפטר מן השבועה ולא ס"ל כשיטת רש"י דשם: ולפ"ז י"ל דדוקא אפיי דס"ל כהת"ק דרבים ניהו דדוקא בקטנים צריף שבועה ולא בגדולים דלפ"ז מוכח דס"ל דלא שייך לומר טוענין בשבועה כנ"ל.

והא דחייב לישבע בלקוחות ע"כ לאו מצד דטוענין אתינן עלה אלא משום דחסו חז"ל על יתומים קטנים ולקוחות וחיוב שבועה מצד עצמן. ע"כ שפיר ס"ל לאפיי דיכול הלוקח לומר א"א בתק"ח כו' פנין דעיקר השבועה הוי תק"ח ומצד תקנתא דלקוחות לבד.

אבל לדינא דגם בגדולים חייב שבועה ע"כ שפיר י"ל כשיטת רש"י והר"נ והרע"ב דגם בשבועה שייך טוענין דהא ליכא הוכחה לסתור זה הפלג דקיי"ל טוענין לירוש ולוקח. ע"כ שפיר יש לדון דלא שייך בזה לומר א"א בתק"ח ולחזור על המוכר.

פנין דעיקר השבועה לא נתקן לטובת הלקוחות לבד רק גם לטובת הלנה ומה דטוענין להו הוי זה זכות מה"ת לאחר דתקנו חז"ל שבועה לטובת הלנה וכפי פשטות הסוגיא דגיטין (דף נו"ו) דגם לענין שבועה שייך טוענין להו כנ"ל.

רק לאפיי דפוסק כהת"ק מוכח דס"ל דבשבועה לא שייך טוענין. אבל לדין דליכא הוכחה בנודאי דיינינו פסוגיא דגיטין (דף נו"ו) דגם בשבועה טוענין.

וכיון דעיקר התקנה מצד דטוענין ועיקרו הוי לטובת הלנה ע"כ אין יכול הלוקח לומר א"א בתק"ח ולחייב את הלנה ולחזור ולגבות ממנו דלא מציינו זה רק היכא דתקנו לזכותו ולטובתו דוקא.

ועינין ברא"ש לכתובות פ' יו"ד סוף סי' י"א. אבל אינו סתירה למש"כ וקצרתיו.

ולפ"ז גם לדברי התוס' דכתובות (דף צ"ב) ה"ל לדינא אין להוציא ממון מהמוכר אם מחל השבועה להמלנה ולא דייגינן בזה לומר א"א בתק"ח: ולכאורה יש להעיר עפ"ז בדברי הב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק ד' בשם שארית יוסף פשיש בע"ח על אביהם יכולים היו רשעים לומר לא ניקא לנו השבועה של אמנו על כתובתה פי השבועה תקנו חז"ל לטובת היו רשעים וי"ל לא ניקא לנו בתק"ח ואז יורשים את הכתובה וא"צ לשלם ממעות הכתובה לבע"ח עכ"ל.

הרי דס"ל דגם בשבועת יתומים שייך א"א בתק"ח. ולפמש"כ לדון דהיכא דהוי משום טוענין להו לא דייגינן פו.

א"כ ה"ה לכאורה בעובדא דש"י ה"ל יש לדון דלא שייך התם לומר א"א בתק"ח ועינין מזה בתשובת מהר"ם מרוטנבורג סי' תתנ"ט. אבל אין מזה ראיה פלל דהא דוקא שבועת יתומים מעכב את הפרעון אבל שבועת אשתבע לי אין זה מעכב הפרעון היכא דאינו יכול לישבע וכמבואר בח"מ סי' צ"ב סעי' ט' ובש"ך ס"ק י"ד ודוקא שבועת יתומים מעכבת הפרעון וכמבואר בסי' ק"ח ובשא"ד.

ונהו משום דחסו חז"ל על היתומים וע"כ שפיר פתב השארית יוסף. ועוד י"ל ולחלק בפשיטות דשא"ה בעובדא דש"י דהיו רשעים יש להם פל זכות אביהם דכל מה דאיהו מצוי למיעבד פו פל הפס נתונה ביד יורשיו ולכן כמו דאיהו גופי' הוי מצוי לומר א"א בתק"ח על שבועתו דתקנו חז"ל לטובתו להשביע להבע"ח בטענת אשתבע לי כ"כ יכולים יורשיו לומר פו.

אבל בלוקס וערב פינן דחוזרים על הלנה שאני דדוקא במה דהוי זכות להם בזה מציינו דאמרו מה מוכר ראשון לשני פל זכות שפא לידו. אבל במה דלא הוי זכות לגבי דהלוקס ויהיה חוב להמוכר בכזה לא מציינו לדון פו.

וכל זה פשוט: ולכן שפיר פתבתי דבנ"ד לא שייך לומר א"א בתק"ח פינן דעיקרו לא הוי מצד תקנתא דילי' ועיקרו הוא לטובת הלנה וע"י מה דיאמר א"א בתק"ח יהיה חובה להלנה. ומה דטענינן אין זה מדרבנן רק זהו גם מה"ת לאחר דתקנו שבועה להלנה דמצי משביע להמלנה ע"כ לא דייגינן בכזה לומר א"א בתק"ח דלא מציינו בכה"ג פו.

ומן התוס' פתובות (דף צ"ב) ה"ל אינו ראיה מוכרחת לדינא. וע"כ נלע"ד לדון אף בלוקס דאינו יכול לומר א"א בתק"ח ולחזור על המוכר ומכש"כ בערב רק היכא דפטר הלנה להמלנה משבועה דאז לא הוי השבועה של הלוקחות משום טענינן וכמש"כ התוס' בשבועות (דף מ"א).

אז פינן דעיקר שבועת משעבדי הוא משום תקנת וטובת הלוקחות ע"כ הדין נותן בזה דיכול לומר א"א בתק"ח ולחזור על המוכר. אבל בלא פטרו משבועה ושייך בזה לדון דטוענין ע"כ קשה להוציא הממון מן המוכר ואינו יכול לומר א"א בתק"ח בזה ולהפסיד להלנה המוכר: ענף ד ועוד נראה לע"ד לדון בעיקר ראיתי מן התוס' פתובות (דף צ"ב) ה"ל והוא דלולי דברי התוס' יש מקום לומר מסבא דאף דנימא דגם כה"ג שייך לומר א"א בתק"ח.

עכ"ז פֿינן דעיקר מה דחזר הלוקח או הערב על הלנה זהו מצד אחריות שקיבל המוכר הלנה ואחריות ט"ס הוא ובֿערב א"ל עֿרבני ושלחותי קא עביד הערב. ע"כ הדעת נותנת דֿיכול הלנה לומר עדין.

דאדעתא דתמחול לשבועתה לא קבלתי עלי ולא עשיתי לה לשלם להלנה פֿינן דאין אתה מחוייב בדין לשלם להמלנה כ"ז דלא נשבע. וכמו בפרע הערב מקודם שעמד בדין דפטור הלנה פֿמבואר בסי' ק"ל סעי' ב'.

ומה שפֿתבתי לעיל לדון בזה דא"א בתק"ח. יש לדון בזה דכיון דכמה פוסקים ס"ל דלא דיינינן א"א בתק"ח להוציא א"כ ה"ה בנ"ד קשה להוציא ממון מטעם זה משום דהא ע"י אמירתו א"א בתק"ח יוציא ע"ז ממון לאח"ז מהלנה והוי בזה פסידא לאחריני ובכה"ג י"ל דלא דיינינן לומר א"א בתק"ח.

ומה שפֿתבתי לעיל לחלק דשאני הכא דפסידא דהלנה הוי לאחר זמן. זהו דוסק מצד הסבא דמ"ש.

פֿן יש לדון לולי דברי התוס' דכתובות: ועיקר ההכרח להך דינא הוא דברי התוס' פֿתובות שפֿתבו דהלוקח יכול למחול ולחזור על המוכר. ונלע"ד לומר דאין הכרח מן דברי התוס' לדינא.

והוא דהא שם בכתובות (דף צ"ב) אב"י הוא דאמר להך מילתא שם וע"כ י"ל מילתא סדמא דדוקא לשיטת אב"י פֿתבו שם התוס' פֿן. דהא מבואר בפסחים (דף ל"א) דאב"י ס"ל דבע"ח למפרע גובה ואחר דגבה הבע"ח את השדה הוי פֿמו דנקנה גוף הקרקע להמלנה מן עת ההלונאה.

ועיין בתוס' ב"ק (דף ל"ג) ד"ה איפא בינייהו כו'. ולפ"ז יש לדון בכל בע"ח הטורף מן הלוקח.

דהלוקח יכול לחזור על המוכר מצד מקח טעות דמכר לו דבר שאינו שלו וכמו מוכר שדה גזולה דחזר מצד מקח טעות וכמו שפֿתבו התוס' בב"מ (דף י"ד) ד"ה שיעבוד כו' דאפילו שמואל דס"ל אחריות לאו טעות סופר וצריף לימלה זהו בטרף בע"ח אבל בטרף נגזל ה"ל מקח טעות כו' ע"ש.

וכה"ג אמרו בב"ב (דף מ"ד ע"ב) דאע"ג דאמרו רבנן במוכר שלא באחריות וטרפה בע"ח אינו חוזר עליו נמצאת שאינה שלו חוזר עליו ורב זב"ד ס"ל אף נמצאת שאינה שלו אינו חוזר עליו דא"ל להכי זב"ד לך שלא באחריות וי"ל דכ"ז הוא לדין דקיי"ל פֿרבא דבע"ח מפאן ולהבא הוא גובה ע"כ בטרפה בע"ח לא ה"ל מקח טעות.

משא"כ לאב"י דס"ל למפרע הוא גובה א"כ ה"ל מקח טעות גם בטרפה בע"ח דהא מכר לו דבר שאין הגוף שלו ואף דאוכל הפירות והרשב"ם בב"ב (דף מ"ד) פֿתב לחלק בהא דאמרו התם נמצאת שאינה שלו חוזר עליו דהטעם הוא משום דאין הפירות שלו ע"ש.

עכ"ז העיקר כמש"כ התוס' בב"מ (דף י"ד) הנ"ל בקצרה לחלק דשאני גזולה דה"ל מקח טעות. והך טעמא שיקף ג"כ אף בבע"ח דטרפה למאן דס"ל למפרע גובה דאף דאינו מחזיר הפירות שאכל מ"מ פֿינן דגוף השדה אינו בקנין הגוף להלנה בעת שמכר השדה

וילאסר דגבּה הבע"ח להשדָּה דנתבָּרר אַז למפָּרע דהשדָּה הוא של המלָּה רק זכות הפירות של הלָּה א"כ ה"ל מקח טעות דהא קנָה ממנו גוף השדָּה וע"כ ה"ל מקח טעות.

והא דאמר שמואל שעבוד צריף לימלף זהו כשיטת רבא וכדקיי"ל וגם הא פתב הפני יהושע בפסחים (דף ל"ד) דס"ל למפָּרע גובה טעמו דס"ל שעבודא דאורייתא וכפי חז תירוץא בגיטין (דף נו"ו) בתוס' שם דאבני מצי סבר שעבודא דאורייתא או משום דהוי שעבוד מפנרש כו' ע"ש.

ע"כ לשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא בסוף ב"ב ובקידושין (דף י"ג) ע"כ לא מצי סבר שמואל למפָּרע גובה ואינו קשה על אבני ממנו. ועיין בגיטין (דף מ"א) בתוס' ד"ה הקדש חמץ ושחרור כו' שפתבו דאבני דס"ל למפָּרע גובה לית לי' הא דהקדש מפקיע משיעבוד וכ"כ הרשב"א בחידושי' והובא בפני יהושע לגיטין שם ע"ש: והא דחזינון בכמה דוכתי דארף לאבני הא דטורף כל לוקח מהמוכר בטורף בע"ח ממנו דזהו מצד חיוב אחריות ולא מצד מקח טעות.

יש לומר בזה ע"פ שיטת רבינו אפרים ז"ל בחולין פ"ג (דף נ"א) בהגלד פי המכה דהוי מקח טעות דזהו במחט שנמצא לפי שאין טריפות זה מצוי אבל בסירכא כיון שהוא מצוי לא הוי מקח טעות דה"ל לאתנויי ומדלא אתני סבר וקיבל.

והובא בהר"נ לחולין שם וברא"ש לחולין פ"ג סי' ל"ד גם בשם העיטור. וכן הובא שיטה זו בח"מ סי' רל"ב סעיף י"ב ברמ"א.

ולפ"ז י"ל גם בענין קניות קרקע שיש עליו בע"ח דארף דהוי מק"ט לשיטת אבני דס"ל למפָּרע גובה וילאסר דטרפה הבע"ח נתבָּרר למפָּרע דה"ל מק"ט. מ"מ כיון דזה הוי דבר המצוי וכמבואר בכמה דוכתי בש"ס דחיישינן שמה יש עליו בע"ח.

ועיין בב"ב (דף מ"ו) ובתוס' ד"ה לוקח ראשון מעיד כו' ושיטת הרשב"ם שם ובח"מ סי' ס"ה סעיף ז' ובש"ף ס"ק כ"ב ובשא"ד. וכיון דזהו דבר המצוי ושכיח וה"ל לאתנויי ומדלא אתני אמרינו דסבר וקיבל.

וע"כ בעינן שיתנה בפירוש לקבלת אחריות או משום דאחריות טעות סופר הוא ולא הוצרך להתנות דסמך עלי' דט"ס הוא וגם לפי מש"כ הרא"ש בחולין שם דדוקא במה דאין המוכר יודע בזה אמרו דה"ל לאתנויי אבל במה דידוע המוכר אמרינו דסמך על המוכר דשארית ישאל כו'.

כמו כן יש לדון ה"כא בחייב אחריות ה"כא דהחוב הוא באופן שאין המוכר יודע כגון בחוב של מורישו וכה"ג די"ל דגם המוכר אינו יודע מזה. בזה שפיר אמרינו דה"ל להמוכר לאתנויי ומדלא אתני סבר וקיבל וע"כ בעינן לקבלת אחריות או משום דאחריות ט"ס הוא.

אבל לעולם י"ל דלאבני דלמפָּרע גובה ה"ל מק"ט בבע"ח שטרף דנתבָּרר למפָּרע דמכר לי' שדָּה גזולה ובהתנה בפ"י שלא באחריות ודאי א"ש מה דאינו חוזר עליו מצד מק"ט. דהא קיי"ל גם בנמצאת שאינה שלו דאינו חוזר משום דאומר להכי זביני לך שלא באחריות וכמבואר בב"ב (דף מ"ד).

וענין בכתובות (דף צ"ג) בתוס' ד"ה משנה חזיק בה כו': וכיון דנתבאר דלאפני הדין הוא בכל בע"ח הטורף שזדה המכירה ה"ל מק"ט משום דהא לאחר דגבה השדה ה"ל למפרע גוף השדה של המלנה בעת שמכר הלנה להשדה.

רק היכא דלא התנה הלוקח על חיוב אחריות למאן דלית לי' אחריות ט"ס הוא וכה"ג אז מצי א"ל להכי זביני לך שלא באחריות וסברת וקבלית. אבל היכא דהתנה על חיוב אחריות או למאי דקיי"ל אחריות ט"ס.

בזה הדין נותן לשיטת אפיינדאם מחל הלוקח לשבועת המלנה דיכול הלוקח לחזור על המוכר מצד מק"ט פנין דנתברר למפרע דמכר דבר שאינו שלו. ואף דמחל השבועה להמלנה מ"מ פנין דיש להמלנה שטר על הלנה ה"ל כמו נתברר ע"פ בירור כד"ת שמכר דבר שאינו שלו.

דקא קיי"ל בח"מ סי' מ"ז ובש"ך ס"ק ד' גבי מלנה שאומר על שטרן שהוא אמנה היכא דחב לאחרני דאינו נאמן אף דלא נשבע המלנה על השטר. וכן בסי' פ"ו בש"ך ס"ק י"ז גבי שעבודא דר"נ וכן בחשוד דאפיק שטרא אסברין אף דאינו נשבע מ"מ גובה וכמו שכתב הש"ך בסי' צ"ב ס"ק י"ד דהפלל הוא בכל הנך מילי דהשבועה אינו מעכב הפרעון פנין דיש לו שטר ת"י והדברים ארופין.

וה"ה הקא במחל השבועה דעכ"ז פנין דיש להמלנה שטר מקוניים ה"ל כמו נתברר שמכר לו שדה שאינו שלו וה"ל מק"ט וחוזר על המוכר וכדין כל מק"ט. ואף דנימא דאדעתא דמתחיל השבועה לא קיבל האחריות מ"מ פנין דהלוקח לא התנה בפירוש בעת הקני' שיהי' בלא אחריות.

ואדרבה הא חזינן דהי' בדעתו בפירוש לקנות דקא באחריות א"כ חזינן דלא נתרצה רק באחריות. ולכן פנין דלא שייך בכה"ג לומר להכי זביני לך שלא באחריות.

וכן לא שייך בזה לומר מדלא אתני אחילי אחיל דקא חזינן דהתנה בפ"א אחריות. או משום אחריות ט"ס דה"ל כהתנה בפירוש על אחריות.

ע"כ הדין נותן דחוזר על המוכר מצד מק"ט שמכר לו שדה הנמצאת שאינו שלו: והתם בכתובות קאי התם לאפני דקאמר להדא מילתא שם. וכיון דס"ל לאפני למפרע גובה ע"כ חוזר על המוכר מצד מק"ט ואף דלא נשבע מ"מ הא השבועה אינו מעכב הפרעון ולכן אף במחל השבועה חוזר על המוכר מצד מק"ט.

ולא שייך בזה לומר דהמוכר יטעון דאדעתא דמתחיל השבועה לא קבלתי לחוב אחריות. דקא פנין דהלוקח לא נתרצה לקנות בלא אחריות ה"ל ממילא מק"ט אף בלא דעת ורצון המוכר פנין דנתברר ע"י השטר דמכר לו דבר שאינו שלו והשבועה אינו מעכב ויש לנו ברור גמור דמכר לו לדבר שאינו שלו דחוזר עליו מצד מק"ט.

וע"כ לא שייך לומר דהמוכר יאמר דאדעתא דמתחיל להשבועה לא קבלתי האחריות דקא הלוקח יכול לומר דאף דאתה לא קבלת להאחריות על אנפן זה מ"מ פנין דלא נתרציתי לקנות לדבר שנתברר שאינו של המוכר ע"כ ה"ל ממילא מק"ט.

וכ"ז הוא לשיטת אב"י שם בכתובות (דף צ"ב). משא"כ לדין דקיי"ל פרכא דמכאן ולהבא גובה א"כ בכל בע"ח הטורף לא הוי מק"ט פלל וקא דחוזר על המוכר זהו מצד קבלת אחריות דקיבל המוכר.

ולכן פ"ן דזהו תלוי רק בדעת המוכר לבדו ע"כ שפיר יכול המוכר לומר דאדעתא דתמחול להשבועה לא קבלתי להאחריות ואף דנימא דשינה בזה לומר א"א בתק"ח לא נתרציתי לקבל האחריות עלי פ"ן דעכ"פ הי' לה בידה שלא תחזיקי ע"פ דין לשלם להמלנה אם לא היית טוען לומר א"א בתק"ח ואתה בפשיעתך ופטרתי לו מהשבועה ע"כ לא קבלתי עלי האחריות על אופן זה ולשלם לה.

ונה הוי אומדנא דמוכחא דלא הי' לה ליתן המעות ולחזור מצד אחריות ועל אופן זה לא קיבל להאחריות ועיין בפ"ד ח"מ סי' ק"ל ס"ק י"ב פ"עין זה. אבל לשיטת אב"י דנתבטל מצד מק"ט א"צ דעת המוכר דאף בלא רצונו ג"כ נתבטל המכירה מצד דעת הלוקח דלא נתרצה לקנות במום פ"ן דנתברר ע"י השטר דה"ל מק"ט ושבועה הא לא הוי לעיכובא ושפיר אמר א"א בתק"ח ולפנטרו מן השבועה ולחזור על המוכר פ"ן דאומר א"א בתק"ח הוי כמו דאינו חייב המלנה לשום שבועה פלל ע"פ דין.

פ"ן יש לחלק דלדינא אינו ראי' מן התוס' פתובות (דף צ"ב) ה"ל לנ"ד. ועיין בפ"ד ח"מ סי' כ"א ס"ק ג' שחלק גבי אונס בין גיטין לקדושין פ"ן דבקדושין צריכים דעת האשה והיא לא נתרצית על אופן זה משא"כ בגיטין דתלוי רק בדעת הבעל לבד ע"ש.

וכעין זה בתוס' פתובות (דף מ"ז ע"ב) ד"ה שלא כתב לה כו' שכתבו ג"כ לחלק בענין אומדנא שתלוי רק בדעת א' לבדו כו'. משא"כ היכא דבעי דעת חבירו ע"ש.

ונתבאר דיש מקום לומר דלדינא אין הכרח מן התוס' פתובות (דף צ"ב) לדון דבמחל הלוקח להשבועה להמלנה יהי' יכול לחזור על המוכר משום די"ל דדוקא לשיטת אב"י פתבו התוס' שם פ"ן משא"כ לדינא דקיי"ל פרכא דמכאן ולהבא גובה: העולה לנו לדינא דלא מבעיא בערב דאינו יכול לפטור שבועת המלנה ולהיות חוזר על הלנה אלא דגם בלוקח אינו יכול לומר א"א בתק"ח ולחזור על הלנה המוכר.

ובפרט דרוב פוסקים ס"ל דלהוציא לא דייגינן א"א בתק"ח וה"ה בנ"ד דהוי להוציא ודחוק לחלק ביניהם וקשה להוציא מן הפוזזק וכפי שנתבאר בעז"ה דלדינא אין הכרח כ"כ מן התוס' פתובות ה"ל: ד (שם סעיף ב') הקדשות הם כמשועבדים ואין נפרעין מהם כו'.

והקצה"ח פ"א ובסי' קי"ז ס"ק ב' העלה דמלנה בע"פ גובה מהקדש וכמו שגובה מהחזקתו בנכסי הפקר אף במלנה בע"פ כו'. והנני לבאר דין גביות בע"ח מנכסי הפקר בארנקה: ע"פ א' בסמ"ח רמ"ה סעיף י' פ"ב הסמ"ע ס"ק י"ח דוקא מלנה בשטר גובה מן הפקר אבל מלנה בע"פ אינו גובה מהפקר.

והט"ז שם השיג עליו וכתב דאף מלנה בע"פ גובה מהפקר. והקצה"ח שם ס"ק ב' הכריע פשיטת הט"ז ברא"י ברורה מן מה דכתבו הטושו"ע סוף סי' ער"ה סעיף ל"א כו' שמת ובזבזו נכסיו והיו עליו חובות כל מלנה שנגבית מן היורשין ומן לקוחות נגבית גם מאלו ואין גובין מהם אלא בשבועה כו' עכ"ל הרי מבואר להדיא דכל מלנה שנגבית מיורשים

גובה מהפקר ע"כ מלנה בע"פ דנגבית מירשנים נגבית נמי מן הפקר כו' עכ"ל הקצה"ח וכן הכריע הגביתות בסי' רמ"ה ס"ק ה' ע"פ ראיות הקצה"ח.

ובאמת יש לתמונה על הסמ"ע א"ף אישתימיט מינן דברי הטושו"ע מפניש להדיא להיפך מדבריו: ונלע"ד לתרץ דברי הסמ"ע והוא דיש לדקדק בלשון הטור ושו"ע דכתבו דכל מלנה שנגבית מירשנים ומלקוחות גובה מן ההפקר דאי נימא דכוננתם דאף מלנה בע"פ גבי מן ההפקר וכמש"כ הקצה"ח והגביתות.

א"כ קשה ל"ל למנקט כל מלנה שנגבית מירשנים ומלקוחות כו' ה"ל למנקט בקצרה כל מלנה שנגבית מן יורשים ותו לא והוי ידעינן ממילא דכיון דמלנה בע"פ דנגבית רק מירשנים גבי מן ההפקר.

כש"כ מלנה בשטר דנגבית מלקוחות דנגבית מהפקר ובנדאי הי' איזה פנונה בלשונם של הטושו"ע דכתבו פן: ע"כ נלע"ד לומר דנתפנונו למה דכתב הטור וש"ע בסי' קט"ו סעיף ד' גבי בע"ח גובה שבח דדונקא מלקוחות גבי בע"ח השבח לפי דיש ללקוחות על מי לחזור ע"כ עשו חז"ל להשבח פאלו קנה וחוז ומכרו.

משא"כ ביתומים דאין להם על מי לחזור אינו גובה בע"ח השבח ודינם כמו מקבל מתנה דמבואר בב"מ (דף ט"ו) דאינו גובה ממנו השבח. אף הש"ך שם ס"ק ל"ב הביא שיטת התוס' וש"פ דכתבו לחלק דשאני יורשים דכרעא דאפוהנו נינהו ולכן אף דאין להם על מי לחזור ג"כ גבי מינייהו השבח.

אבל שיטת הרמב"ם והרמב"ן והרא"ש והטור והמחבר והרמ"א וש"פ שם דביתומים אין גובה השבח מהם לפי דאין להם על מי לחזור. ובחוב הגובה מן הפקר הדין גומל דאף מלנה בשטר אינו גובה השבח מהפקר דהא להזוכה מן הפקר אין לו על מי לחזור ולגבות השבח ע"כ אף לשיטת התוס' וש"פ דכתבו דבירשנים גבינו שבא משום דכרעא דאפוהנו נינהו.

עכ"ז הא בהפקר לא שייך פן ע"כ לכ"ע לא גבי שבחא מן הפקר. ולנה נתפנונו הטור ושו"ע כמה דכתבו דכל מלנה דנגבית מן יורשים ולקוחות גובה מן הפקר משום דנתפנונו בזה לכלל מחודש דאינו גובה בע"ח מהפקר פי אם מלנה שנגבית מירשנים ולקוחות.

א"כ חוב דאינו גובה מלקוחות כמו מלנה בע"פ ה"ה דאינו גובה מהזוכה בהפקר וכשיטת הסמ"ע דהפקר יש לו דין משעבדי: וכן בחוב בשטר דגובה מלקוחות אף השבח מ"מ אינו גובה השבח מהזוכה מהפקר לפי שיש לו דין יורש למי שזוכה מהפקר כיון דאין לו על מי לחזור וכיון דהטושו"ע פסקו בסי' קע"ו דאין גובה השבח מירש ע"כ נתפנונו הטושו"ע לזה במש"כ לכלל דכל מלנה דנגבית מירש ומלוקח גובה מהפקר.

והיינו מה דנגבית משניהם אבל מה שנגבית מאחד מהם או מירש או מלוקח וכמו מלנה בע"פ דלא נגבית מלוקח וכן אף מלנה בשטר גבי שבח דאינו גובה השבח מירש כמו כן אינו גובה מן הפקר.

א"כ אדרבה מוכח מן הטושו"ע פדברי הסמ"ע דאל"כ למה כתבו שם כלל למלנה הנגבית מן לקוחות. הא לא ה"ל למכתב פי אם למלנה הנגבית מהירשנים לבד.

וע"כ מוכח פשיטת הסמ"ע דהפקר יש לו דין משעבדי. והא דכתבו כל מלנה דנגבית מיורש כו'.

נתפוננו בזה לענין אחר דיש להפקר דין יורש ג"כ בחד צד היינו גבי שבח דאין הבע"ח גובה לשבח מהפקר פמו ביורש דמבואר כבר להדיא בסי' קט"ו דאין גובה השבח מיורש והכל לטיבותא לגבי הזוכה מהפקר דיש לו מעלת משעבדי ומעלת יורשים בכל הזכותים שיש ללקוחות ויורשים לטיבותא.

והא דלא כתבו הטושו"ע בזה"ל דכל מלנה דנגבית מלוקח ומקבל מתנה גובה מהפקר דהא מקבל מתנה אינו גובה השבח כמבואר בב"מ (דף ט"ו) ובח"מ סי' קט"ו. י"ל בזה דהא בקיבל אחריות גם במתנה גובה השבח כמבואר שם.

א"כ לפ"ז היו צריכים להאריך בלשונם ולבאר דכל מלנה דנגבית מקבלי מתנה בלא קבלת אחריות נגבית מהפקר וע"כ כתבו בקצרה מיורש ומלוקח כו' פדי לאורו"י ע"ז: מה שזכר בקונטרס הזה גר זה הי' בימים הקדמונים ובמדינות שניתן להם רשות מן הממשלה הרוממה לגייר אבל במדינתנו שאין אנו רשאים לגייר ע"פ חוקי אדונינו הקיר"ה ומצווים אנו לקיים פן וכדכתיב אני פי מלך שמור ע"כ לא משפחת כ"ז כלל בזה"ז: ועוד י"ל בזה לפי מש"כ הש"ך בסי' ע"א ס"ק מ' בשם הטור והרמ"ה באם כתב הלנה נאמנות להמלנה נגדו ונגד הבאים ברשותו דיש פלוגתא ראשונים אם יורשים הם בכלל באים ברשותי או לא פי אם מקבלי מתנה ולקוחות הוי בכלל באי ברשותי וכמש"כ הריב"ש בסי' תצ"ד ע"ש.

ולפ"ז ה"ה הזוכה מן הזוכה בנקסי הגר ודאי לא הוי בכלל הבאים ברשותי. דהא אינו זוכה מצד הקנאתו של הבעלים פי אם ממילא מחמת דנעשה הפקר לאת"מ.

ולזה נתפוננו ג"כ במש"כ הטושו"ע דכל מלנה דנגבית מיורשים ולקוחות גובה מהפקר ואינו גובה אלא בשבועה. דזהו לאורו"י ג"כ אם יש להמלנה נאמנות נגד הבאים ברשותי של הלנה דאף דמלקוחות גובה בל"ש.

עכ"ז בזוכה מנכסי הגר אינו גובה רק בשבועה וכמו בגובה מיורשים דאינו גובה בל"ש לפשיטת הרמ"ה וכהכרעת הש"ך והב"ח שם משום דאין זה בכלל באי ברשותו ונתפוננו במש"כ דמלנה הנגבית מלקוחות כו' דמלנה בע"פ דאינו גובה מן לקוחות דאינו גובה מהזוכה בנקסי הגר.

וכן מלנה דאינו גובה מיורש בל"ש. בכתב נאמנות לבאים ברשותי כמבואר בסי' ע"א בטור בשם הרמ"ה דה"ה מן הפקר אינו גובה בל"ש דדין הפקר לגביות חוב ממנו לכל הזכותים דיש ליורש וללוקח לטיבותא לכ"א מהם היינו פלקוחות דאינו גובה ממנו למלנה בע"פ.

ויכירש דאינו גובה השבח וכן אף בכתב נאמנות לבאי ברשותו דאינו גובה בל"ש והוי נפ"מ לענין שני דברים הללו. ואף דשיטת הטור בסי' ע"א דלא כהרמ"ה מ"מ כתב פן בזה"ל לאורו"י לנו הדין לפשיטת הרמ"ה המובא בטור שם.

ועיין בתנאים סי' ע"א ס"ק י"ג ובאורים ס"ק מ"ו וקצרת. ולפ"ז מתורץ קושיות הקצה"ח על הסמ"ע ואדרבה מוכח משם כהסמ"ע דמלנה בע"פ אינו גובה מהפקר דדינו בזה כמו לקוחות: ולדינא בכתב למלנה נאמנות נגד באי ברשותו נלע"ד לומר לשיטת רש"י ב"מ (דף י"ב) דהפקר חשוב דעת אחרת מקנה וכ"כ הרא"ש וכמש"כ הש"ך בס"י רס"ח ס"ק ט' והמל"מ הל' מכירה פ' כ"ט הל' י"א.

דיש לדון בהפקיר נכסיו ובא א' וזכה בו דזהו בכלל הפאים ברשותי דהוי בזה כמו מקבלי מתנה פנין דזכה ע"י הפקירו דהוי דעת אחרת מקנה ומקרי שפיר בא ברשותו. משא"כ הזוכה בנכסי הגר ודאי דאינו בכלל פאים ברשותו אף לשיטת הסוברים דירוש מקרי באי ברשותו.

מ"מ יש לחלק דשאני יורש לא מבציא לשיטת הרשב"א ח"ג סי' קכ"ה דכתב דירוששים זוכין לירוששה עם גמר מיתה ע"ש ואף לפי מש"כ הקצה"ח בס"י רנ"ב ס"ק א' דהירוששים אינם זוכים פי אם לאחר גמר מיתה.

מ"מ הא תיכף לאחר מיתתו זוכין הירוששים בירוששתם ומקרי שפיר פאים ברשותו דתיכף לאחר שנסתלק רשותו זכו בו. משא"כ הזוכה מנכסי הגר אף דהוי הפקר מיד לאח"מ מ"מ הא לא זכה בו מיד רק לאחר מעשה הזכיה שלו ע"כ לא מקרי זה באו ברשותו דהא בעת שזוכה כבר פסק מהם רשות בעליהם.

וגם בהפקר מדעת יש לדון לפי מה דקיי"ל דהפקר נפק מרשות הבעלים מיד מקודם דאתי לרשות זוכה. ועיין בנתיבות סי' רע"ג ס"ק א' וקצרת: ענף ב ועוד נלע"ד לומר בקמה שכתבו הטושו"ע דכל מלנה שנגבית מירושין כו' דנתפוננו על עוד ענין.

והוא דמבואר בבית יוסף סי' ער"ה סעי' כ"א שהביא בשם המ"מ פ"ב הל' זכיה שכתב בשם בעל העיטור בזה"ל והמתזיק בנכסי הגר הרי הוא פירוש והבא ליפרע צריף שבועה פדין הבא ליפרע מיתומים עכ"ל.

וגם כתב בשם בעה"ת בזה"ל אף צריף בירור אם משתבע הבע"ח הבא לטרון מהזוכה בנכסי הפקר אם משתבע פדין שאר טורף או פדין הנפרע מיתומים וכבר כתב הרב דכיון דזכה בהם המוחזק לא מפקינן מיני' אלא בשבועה כו' עכ"ל.

ובגנוסחות הטורים בב"י כתב בזה"ל אם משתבע פדין שאר טורף פדין הנפרע מנכסי יתומים. אבל בבעה"ת עצמו שער מ"ט דין נון כתב כפי גנוסחה שכתבתי פדין שאר טורף או פדין הנפרע מנכסי יתומים.

וכן העיקר למי שרואה בפשטות לשונו. הרי דכתב העיטור דשבועת הבא לגבות מהזוכה בנכסי הגר דהוא כמו שבועת יתומים.

ובלשון הבעה"ת משמע דמסתפק אם יש לשבועה זו דין טורף ממשעבדי או נפרע מיתומים. אבל העיטור כתב בפשיטות דדינו כמו שבועת יתומים.

ומשמע דשנה בכל דיניו כמו שבועת יתומים: ונפ"מ רבבא בין שבועת יתומים לשבועת הבא ליפרע מלקוחות להא דמבואר בשבועות (דף מ"ח) ובח"מ סי' ק"ח דבנתחייב המלנה שבועת יתומים אינו מוריש שבועה זו לבניו אבל בשבועת לקוחות וכה"ג אמרו

דמוריש שבועה זו לבניו דהבו דלא לוסוף עלה דשבועת יורשים דבשבועת יורשים דהמירו ביותר מכל השבועות.

וטעמיה דהך מילתא דאף דשבועת יתומים דאמרו זהו בגדולים דאלו בקטנים הא אין נפרעין מהם עד שיגדילו ואפ"ה חילקו בזה בין יתומים ללקוחות דשאני יתומים די"ל אלו הנה אפוקו קנים הנה מברר הפרעון ולכן תישינו יותר בירוש.

דקא טירפא מלוקח משפחת אף דהלנה חי ואז לא הוי פרעון חשש אלימתא כ"כ די"ל אלו פרעיה הנה הלנה מברר. ואף דיש חשש קנוניא וגם לסברת הש"ך בסי' ע"ח ס"ק י"ד ע"ש עכ"ז הא הוי זה חשש רחוק קצת.

ואף דבלקוחות היכא דמת הלנה עדיין יש חשש זה שמא הנה הלנה מברר הפרעון אפ"ה לא חילקו בזה בשם לקוחות. משא"כ שבועת יתומים דלא משפחת אלא במת הלנה ושייך לעולם לדון להסברא דאלו הנה הלנה קנים אפשר הנה מברר הפרעון ע"כ חשו ביותר גבי יתמי בשבועתם ודנו בזה אין אדם מוריש שבועה בזה לבניו.

ומה"ט גם גבי הזוכה בנכסי הגר לאח"מ דלא משפחת הפקר בזה אלא לאח"מ שייך ג"כ לומר הך סברא שמא הנה הלנה מברר הפרעון. ע"כ נתנו לשבועה הבא לגבות.

מנכסי הגר לאח"מ דין יורש וכמו שכתב העיטור דהמחזיק בנכסי הגר צריך שבועה פדין הבא ליפרע מיתומים. ומשמע דס"ל להעיטור דדינו לכל דבר פדין שבועת הבא ליפרע מיתומים וגם לשונהבעה"ת משמע דמסתפק בזה וכמש"כ לעיל לשון הבעה"ת.

וכן לפי דברי הר"נ לשבועות פ"ז בסוגיא דא"א מוריש שבועה שכתב הטעם דבשבועת לקוחות שאני דליכא למימר בי' נתחייב שבועה שהרי אפשר לגבות מב"ח כו' א"כ לפ"ז הדין נותן בגובה מנכסי גר לאח"מ דלא שייך טעם זה ע"כ אינו גובה מהזוכה: ואפשר דאינו שייך פן אלא בזוכה בנכסי הגר לאח"מ משא"כ הפקר בפ"א ובא' וזכה בו י"ל דשבועת טורף מלקוחות דיינינו בי' ולא פדין בא ליפרע מיתומים משום דגם התם אפשר לומר אלו הנה פרע' הנה הלנה מברר הפרעון דהא הלנה קנים.

אף י"ל דכיון דלא מקרו ונתן לו במתנה לא חייש הלנה עבור מי שזכה מהפקר ודוקא בלוקח ומקבל מתנה חושש הלנה לברר פי היכי דליקי בהימנותי' ואמרינו שפיר אלו פרע' הנה הלנה מברר הפרעון.

ובזוכה בנכסי הגר נדאי דדין בי' פדין שבועת יתומים וכמש"כ העיטור ואמרינו בזה אין אדם מוריש שבועה כו'. ועיין בבבאור הגר"א סוף סי' ער"ה.

ואזלינו בתר טעמא דכמו דהמירו בשבועת יתומים דה"ט שייך ג"כ בזוכה בנכסי הגר דעשאוהו בזה פדין יורש בשבועתו. וכן לפי דברי הר"נ בשבועות הנ"ל יש לחלק בין זוכה מנכסי גר לזוכה מהפקר בפ"א: וכיון דנתבאר דשבועת הבא לגבות מהזוכה בנכסי הגר דינו כשבועת יורשים ודיינינו בי' אין מוריש שבועה לבניו היכא דנתחייב המלנה שבועה בגבייתו מהפקר ומת המלנה דאין בניו נוטלים בשבועה דלא פקדנו.

א"כ שפיר משפחת דין יורשים לגריעותא להבע"ח הבא לגבות מנכסי הגר דאלו הנה דינו כמו בא לגבות מלקוחות לא הנה דנין בי' אין מוריש שבועה לבניו דהא בלקוחות קיי"ל יורשים נשבעין שלא פקדנו ונוטלין משא"כ אם דנין בי' דין יורש לגבי זה.

ולזה נתפוננו הטוש"ע במה דכתבו סוף סי' ער"ה דכל מלנה דנגבית מיורשים ולקוחות גובה מהזוכה בנכסי הגר כו'. דכוננתם דאף במלנה בשטר דגובה מלקוחות מ"מ היכא דנתחייב שבועה שלא נפרע ומת המלנה דאין יורשיו נשבעין ונוטלין דנתנו להזוכה בזה קדין יתומים.

וכלל הוא דדוקא חוב דנגבה מלקוחות ומיורשים ביחד גובה מהפקר אבל חוב דנגבה מיורשים ולא מלקוחות כמו מלנה בע"פ אינו גובה מהזוכה בהפקר דיש לו דין משעבדי בזה.

וכן היכא דגובה מלקוחות ולא מיורשים פגון היכא דנתחייב המלנה שבועה שלא נפרע ומת דבזה גובה מלקוחות ולא מיורשים דנתנו דין זוכה מהפקר דיהיה דינו פירוש בזה למעליותא להזוכה.

פללו ש"ד דנתבאר כמה גנוני שיש ליורשים מעליותא מלקוחות כמו גבי גביות שבח וגבי אא"מ שבועה לבניו וגבי נאמנות לבאי ברשותי דמלקוחות גובה ואלו מיורשים אינו גובה ויש בזה מעליותא להזוכה מהפקר במה דדינו בכ"ז פירוש וזהו לטיבותא להזוכה: ולפי מה דנתבאר כ"ז מיושב בפשיטות קושיות הקצה"ח על הסמ"ע.

ואדרבה נראה מלשון הטוש"ע סייעתא לשיטת הסמ"ע דמלנה ע"פ אינו גובה מהפקר דאל"כ למה נקטו בלשונם מלקוחות ולא ה"ל למכתב רק כל מלנה שנגבית מיורשים כו' לבד וע"כ פשט דבריהם משמע כהסמ"ע.

ומלשון העיטור שהובא בבית יוסף סי' ער"ה שכתב אם יש לו מלנה בשטר או בעדים ומת בתו"ז אם בא א' והחזיק בנכסיו אינו יכול להחזיק פשיעור החוב עכ"ל העיטור והובא במ"מ פ"ב הל' זכני' הל' ט"ז.

וכ"כ הבעה"ת והובא בבית יוסף שם וז"ל כל מלנה שנגבית מיורשים נגבית גם מהזוכה כו'. הרי דס"ל דאף מלנה בע"פ דנגבית מיורשים נגבית גם מהזוכה.

ומ"מ מלשון הטוש"ע מוכח פשיטת הסמ"ע ואנן גררינן בתר לשון הטוש"ע ולכן פיון דנתבאר דלשון הטוש"ע משמע דדוקא חוב דנגבה מלקוחות כו' ע"כ שפיר כתב הסמ"ע ומיושב קושיות הקצה"ח מעל הסמ"ע: ובעיקר הענין נלע"ד דזה תלוי בהפלוגתא אי ש"ד או לא דלמאן דס"ל שעבודא דאורייתא דמן התורה אף מלנה בע"פ גובה משעבדי אלא משום פסיקא דלקוחות אין גובין כמבואר סוף ב"ב וה"ה במקבלי מתנה משום דאי לאו דה"ל הנאה מיני' כו' וכי פסיקא דלקוחות דמי וכמבואר בגיטין (דף נ' ע"ב) וכמש"כ הסמ"ע פאן בס"ק א'.

ועיין בתוס' פתובות (דף מ"ט ע"ב) ד"ה הוא כו'. אבל בזוכה מהפקר דלא ה"ל פסיקא ולא שייך בי' טעמא דגיטין שם במקבלי מתנה ע"כ אף מלנה בע"פ גובה מהפקר.

אָכּוּן לְמֵאן דַּס"ל שְׁעֵבּוּדָא לָאו דְּאוּרֵיִתָּא א"כ מִן הַדִּין אֵינּוּ גִּבְוָה אַף מִיּוֹרְשִׁים בִּינּוּ דְּפָרִיעַת בַּע"ח מְצֻנָּה לֹא שְׁיִיךְ בִּיּוֹרְשִׁים רַק מְשׁוּם שְׁלֵא תַנְעוּל דְּלֵת תַּקְנֵנוּ לְגִבּוֹת מִיּוֹרְשִׁים כְּמִבְּנָאָר סוּף ב"ב.

א"כ יֵשׁ לְחַלְק דְּשִׁאנֵי יוֹרְשִׁים כַּמֶּש"כ הָרִיב"ש בְּסִי' שַׁצ"ב גְּבִי מְטַלְטְלֵי דִּינְתָמֵי דִּתְקֵנוּ לְגִבּוֹת אַף מִיְנְתָמֵי מְשׁוּם דְּמְצֻנָּה עֲלֵיהֶם לְפָרְנֵעַ חוֹב אֲבִיָּהֶם מְשׁוּם מְצֻנָּת כִּיבוּד. אַף דְּאִין כּוֹפִין ע"ז דַּה"ל מ"ע דְּמִתֵּן שְׁכָרָה בְּצִידָה לְכּוּן רָאוּ לְתַמְנֵן דִּינְדַּקְקוּ לְכַפּוֹת ע"ז וְאַף בִּיּוֹרְשִׁים שְׁאִינּוּ בְּנֵי ג"כ לֹא פְּלוּג בֵּין יוֹרְשִׁים וְכַמֶּש"כ הָרִיב"ש שָׁם.

וְעֵינּוּ בְּאו"ת ס' קִיז בְּאוּרִים ס"ק ד'. וְכֵן י"ל גְּבִי מְקַרְקְעֵי בְּמִלְוָה בַּע"פ בְּגִבְיָה מִיְנְתָמֵי בִּינּוּ דְּאַף אֵי שְׁעֵבּוּדָא לָאו דְּאוּרֵיִתָּא ג"כ מְצֻנָּה עַל יוֹרְשִׁים לְפָרְנֵעַ חוֹב אֲבִיָּהֶם לְכּוּן רָאוּ לְתַמְנֵן מְשׁוּם נְעִילַת דְּלֵת דִּיגִבְוָה הַבַּע"ח מִיּוֹרְשִׁים וְכּוֹפִין ע"ז וְזֶה אֵינּוּ שְׁיִיךְ רַק בִּיּוֹרְשִׁים.

וְכַמֶּש"כ לְשִׁיטַת הַרְמַב"ן הַמּוֹבָא בְּרִישׁ ס' ק"ז דָּאָם יִרְצוּ כּוֹפִין בְּמְטַלְטְלֵי דִּינְתָמֵי וְע"כ מְשׁוּם נְעִילַת דְּלֵת רָאוּ לְתַמְנֵן לְכַפּוֹתָם. מִשָּׂא"כ בְּזוּכָה מְהַפְקֵר דְּלֹא שְׁיִיךְ בְּהוּ הַף מְצֻנָּה כָּלָל ע"כ יֵשׁ לְחַלְק בֵּין יוֹרְשִׁים לְזוּכָה מְהַפְקֵר וְכֵינּוּ דְּלֹא מְצִינּוּ בְּפִירוּשׁ דְּמִי שְׁזָכָה מְהַפְקֵר חֵיב לְשִׁלְמֵהּ הַבַּע"ח ע"כ מְסַבְרָא לֹא מְצִינּוּ מְעַצְמֵינּוּ לְדוּן כֵּן וְתַסְנַתָּא מִן תַּסְנַתָּא לֹא יִלְפִינּוּ וּבְפִרְט דִּישׁ לְחַלְק.

וְעֵינּוּ בְּב"ק (דָּף י"ד ע"ב) ד"ה ש"מ לְוָה וּמְכַר נְכָסָיו כו'. וְהָא דְּגוֹבִין לְמִזְוֹנוֹת הַבַּת מְמַתְנַת שַׁכ"מ כְּמִבְּנָאָר בְּב"ב (דָּף ק"ל ג') וּבַח"מ ס' רנ"ב וּבַא"ע ס' צ"ג וְסִי' ק' וְה"ה לְמִלְוָה בַּע"פ.

שִׂא"ה דְּמַתְנַת שַׁכ"מ פִּירְוּשָׁה שְׁוֹוֵינִי רַבְּנָן וְלֹא פְּלוּג בֵּין יוֹרְשִׁים וְכַמֶּש"כ הָרִיב"ש גְּבִי יוֹרְשִׁים שְׁאִינּוּ בְּנֵי: וְלִפ"ז י"ל דְּהִרְבַּ הַמַּגִּיד פ"ב ה' זְכִינִי וְהוּבָא בְּב"י סוּף ס' ער"ה דַּס"ל דְּמִלְוָה בַּע"פ גְּבִי מְהַפְקֵר.

י"ל דְּאֲזִיל לְטַעֲמֵיהּ דְּפֶסֶק ש"ד כְּמִבְּנָאָר בְּפֶרֶק י"א ה' מִלְוָה. וְכֵן הָעֵיטוּר דְּפֶסֶק כֵּן י"ל דַּס"ל ג"כ ש"ד וְאַף דְּהַש"ף בְּסִי' ל"ט ס"ק ב' כְּתִב בְּשֵׁם הָעֵיטוּר דַּס"ל שַׁל"ד עכ"ז הַאו"ת שָׁם כְּתִב דְּאִין מְוַכְרַע לְדוּן כֵּן בְּשִׁיטַת הָעֵיטוּר וְכֵן בְּשִׁיטַת הַבַּע"ח אִין הַדְּבָר בְּרִירוּ בְּשִׁיטָתוֹ.

וְכֵינּוּ דְּהַש"ף הָעֵלָה שָׁם דְּהוּי סְפִיקָא דְּדִינָא אֵי ש"ד אוּ לֹא ע"כ קָשָׁה לְהוֹצִיא מִהַמְּוַחֵק שְׁזָכָה מְהַפְקֵר וּלְהַגְבּוֹת לְבַע"ח בְּמִלְוָה ע"פ. וְהָא דְּמִבְּנָאָר בְּתוֹסְפָתָא כְּתוּבָת פ' יו"ד וְהוּבָא בְּב"י שָׁם בְּזֶה"ל גַּר שְׁמַת וּבְכַזּוֹ נְכָסָיו וְיִצְאוּ עָלָיו כְּתוּבַת אִשָּׁה וּבַע"ח גּוֹבִין מְהַאֲחָרוֹן אִין בְּהֶם גּוֹבִין מְלַפְנֵי עכ"ל.

י"ל דְּמִיָּרִי בַּע"ח בְּשִׁטְר דְּוּמְיָא דְּכְתוּבָת אִשָּׁה. וְאַף דְּתַנִּי סְתָמָא בַּע"ח הָא מְצִינּוּ כַּה"ג בְּעַרְכִּין (דָּף כ"ג) בְּמִשְׁנֵה הַמְּקַדִּישׁ נְכָסָיו וְהָיָה עָלָיו כְּתוּבָה וּבַע"ח כו' פּוֹדָה כו' וְשִׁיטַת בַּע"ח מְהַאֲחָרוֹן וְהוּבָא בְּח"מ ס' רנ"ה ש"ף ס"ק ז' דְּמִלְוָה בַּע"פ אִין גּוֹבָה מְהַקְדִּישׁ וְכ"כ הַש"ף שָׁם וְכַדְפֶּסְקוּ הִכָּא בְּשׁו"ע.

וּכְעֵין זֶה בַּב"ק (דף ח') וּכְתוּבוֹת (דף צ"ב) רְאוּבֵן שְׁמַכְר שְׁדוּתָיו כּו' וּבָא בַע"ח דְרְאוּבֵן כּו' וְכֵן שֵׁם לְקַמְי' רְאוּבֵן שְׁמַכְר שְׁדָה כּו' וְאַתָּא בַע"ח דְרְאוּבֵן כּו'. הָרִי דְאָמְרוּ סְתָמָא בַע"ח וְאִינוּ רַק בְּמַלְוָה בְּשִׁטָּר דְהָא הַלְוָה ע"פ אִינוּ טוֹרָף מְשַׁעֲבָדִי וְכַהֲנָה רַבּוֹת בַּש"ס.

וה"ה בְּמָה דְתַנִּי בַתּוֹסְפָתָא הַנ"ל בַּע"ח דְקָאִי רַק עַל מַלְוָה בְּשִׁטָּר וְאִין רְאִיָּה מְהַתּוֹסְפָתָא. וְלָכֵן לֹא הוּבָא תּוֹסְפָתָא זֹו גַבִּי פְּלוּגְתָּא אִי מַלְוָה בַע"פ גּוּבָה מִיּוֹרְשִׁים וּש"ד אוֹ לֹא וְעֵינִן בְּסוּף ב"ב וְקִידוּשִׁין (דף י"ג) וְעֶרְכִין (דף ו') וּבִשְׂא"ד.

וּלְקַמְי' יִתְבָּאָר דְשִׁיטַת הַרְשָׁבָ"א דְהַפְקָר קִילָא לִי לְהַגְבוֹת לַב"ח יוֹתֵר מִיּוֹרְשִׁים: עֲנָף ג' וְלַעֲנַ"ד נִרְאָה לְהוֹכִיחַ פְּשִׁיטַת הַסַּמ"ע דְדוֹקָא מַלְוָה בְּשִׁטָּר גּוּבָה מְהַפְקָר מְהָא דְמַנְחוֹת (דף נ"א ע"ב) דְהוּבָא שֵׁם מִשְׁנָה דְשְׁקָלִים גֵּר שְׁמַת וְהַנִּיחַ וְזָבְחִים יֵשׁ לוֹ נְכָסִים קָרַב מְשָׁלוּ וְאִם מְשָׁל צִיבּוֹר.

[כְּבָר כְּתַבְתִּי דַכ"ז בְּמַדִּינּוֹת שְׁהַרְשׁוֹת לְהַתְגַּיֵּר אֲבָל בְּמַדִּינַתְנוּ שְׁאִין הַרְשׁוֹת לְגַיֵּיר לֹא שְׁיִיף כ"ז פְּלָל וְדִינָא דְמַלְכוּתָא דִּינָא כְּמַבְנוֹאָר כַּכ"ד וּבַל"ז הָא זָבְחִים לֹא שְׁיִיכוּ בּוֹזֵה"ז]. וּפִי' רַש"י לְהַכִּי נִקְט גֵּר שְׁאִין לוֹ יוֹרְשִׁים דְאִי יִשְׂרָאֵל הוּוּ מְקַרְבִי יוֹרְשִׁיו נְכָסִיו.

וְהַתּוֹס' שֵׁם ד"ה יֵשׁ לוֹ נְסָכִים כּו' פְּתַבּוּ שְׁהַפְרִישׁ בְּחֵיזוֹ דְלֹאֲחַר מִיְתָה הָוִי הַפֵּל הַפְקָר עַכ"ל. וְהַתּוֹס' יו"ט שְׁקָלִים פ"ז מְשָׁנָה ו' פְּתַבּ דִּיּוֹרְשִׁים לֹא מְחַיִּיבִי לְקַרְבִי כִּי אִם בְּהַנִּיחַ אֲבִיָּהֶם נְכָסִים וְלְהַכִּי נִקְט לְהוֹ שֵׁם גַבִּי חֲבִיתִי כַה"ג שְׁמַת ר' יְהוּדָה א' מְשָׁל יוֹרְשִׁים הִיָּתָה קַרִיבָה וְנִקְט לְהוֹ בְּלִשׁוֹן יוֹרְשִׁים וְלֹא בְּלִשׁוֹן בְּנֵיו מְשׁוּם דְלֹא מְחַיִּיבִי כִּי אִם בְּיַרְשׁוּ מְאֲבִיָּהֶם.

וְעֵינִן בְּגִיטִין (דף ל') דְאָמְרוּ וּמִי אֲנָפָא יוֹרְשִׁין דְלֹא יִרְתִּי כּו'. וְכִינּוּ דְחֻזִּינּוּ דְמַחְוּיָיבִים יוֹרְשִׁים לְהַבִּיא הַנְּסָכִים מְשׁוּם דְהָוִי מַלְוָה הַפְתּוּבָה בַתּוֹרָה כְּמַבְנוֹאָר בַּתּוֹרָה (דף י"ד) דְחַיִּיב בְּנְסָכִים אַע"פ שְׁקָרַב הַזָּבַח וְיִלְיָף לִי מְקַרְאִי וְכֵן אִי' בְּמַנְחוֹת (דף פ"א) וּבִשְׂא"ד.

וְגוֹבִין מִן הַיּוֹרְשִׁים כְּמַבְנוֹאָר בְּקִידוּשִׁין (דף י"ג) לְמָאן דַּס"ל ש"ד. וְלְכַאֲוָרָה תְּקַשָּׁה לְמָאן דַּס"ל מַלְוָה בַע"פ אִינוּ גּוּבָה מְהַיּוֹרְשִׁים כְּמַבְנוֹאָר בְּקִידוּשִׁין שֵׁם וְסוּף ב"ב.

וְשֵׁם בַב"ב מְקַשָּׁה הַש"ס עַל מָאן דַּס"ל מַלְוָה בַע"פ אִינוּ גּוּבָה מִיּוֹרְשִׁים מְהַבְרִיָּיתָא דְחוֹפֵר בּוֹר בְּרַה"ר וְנָפַל עָלָיו שׁוֹר וְנִהְרְגוּ כּו' וְאִם מֵת הַשׁוֹר יוֹרְשִׁי בְּעַל הַבּוֹר חַיִּיבִין לְשַׁלֵּם דְמֵי שׁוֹר וּמְתַרְצִי הַב"ע בְּעַמֵּד בְּדִין.

וְקַשָּׁה דַה"ל לְהַקְשׁוֹת כֵּן עַל הָהּ מ"ד מְמַשְׁנָה דְשְׁקָלִים הַנ"ל דְתִיקֵן ר"ש בְּגַר שְׁמַת וְהַנִּיחַ זָבְחִים כּו' דְמְשַׁמַּע דְבִישְׂרָאֵל דִּישׁ לוֹ יוֹרְשִׁים דְחַיִּיבִים הַיּוֹרְשִׁים וְלֹא צְרִיכִי לְתַקּוּנֵי כְּמוֹ בְּגַר.

דְמוּכַח מְזִה דְבְּמַלְוָה הַפְתּוּבָה בַתּוֹרָה כְּמוֹ הָהּ דְהֵתֵם בְּחוֹפֵר בּוֹר דְאָמְרִינּוּ בְּזֵה דַש"ד וְעֵינִן בַּתּוֹס' וּבַש"ף ס' ל"ט ס"ק ב': וַיֵּשׁ לְתַרְזַן לְפִי הַמְּבּוֹאָר בְּעֶרְכִין (דף ז') דְמוּקִי הַש"ס הֵתֵם לְפִלְגּוּתָת ר' יוֹסִי וְת"ק בְּמַשְׁנָה שֵׁם דְפְּלִיגִי בְּמַלְוָה בַע"פ אִם גּוּבָה מִיּוֹרְשִׁים דַּת"ק ס"ל אִינוּ גּוּבָה וְר' יוֹסִי ס"ל גּוּבָה וְרָבָא מְפָרֵשׁ דְבְּמַלְוָה הַפְתּוּבָה בַתּוֹרָה פְּלִיגִי כּו' מִיְתִיבִי דְחוֹפֵר בּוֹר בְּרַה"ר כּו' וּפִי' רַש"י דְקַשְׂיָא סְתָמָא אֲסַתְמָא דְבְּמַשְׁנָה ס"ל לַת"ק אִם הַזִּיק אִינוּ חַיִּיב וְהָקָא בְּבְרִיָּיתָא תַנִּי דְחַיִּיבִים יוֹרְשִׁים ע"ש.

אָבֵל בְּהֵף מְשֻׁנָּה שְׁקֵלִים דר"ש אָמַר זֶה י"ל דר"ש כר' יוֹסֵי דס"ל בְּמִשְׁנֵה לְהִדְיָא דְמִלְוָה
הַפְּתוּבָה בַּתּוֹרָה גּוֹבָה מִיּוֹרְשִׁים. וְלִדְיָנָא א"ש שִׁיטַת הַמ"ד דְּשַׁעְבּוּדָא לָאו דְּאוֹרֵייתָא אָף
בְּמִלְוָה הַפְּתוּבָה בַּתּוֹרָה דס"ל כַּת"ק דר' יוֹסֵי דְאָמַר בְּמִשְׁנֵה דְעַרְכִּין שֵׁם דְּאִם הַזִּיק אֵינוֹ
גּוֹבָה מִיּוֹרְשִׁים ע"כ אֵינוֹ קָשָׁה מֵהֵף דְּשְׁקֵלִים עַל מֵאן דס"ל שַׁעְבּוּדָא לָאו דְּאוֹרֵייתָא:
נְחִזֹר לְעַנְיָנוֹ דְּחֻזְיָנוּ דר"ש ס"ל ש"ד וְיּוֹרְשִׁים חֲיִיבִים לְהִבִּיא נְסֻכִים ע"כ לֹא הִנְצָרְכוּ
בְּיִשְׂרָאֵל שְׁמַת דְּיָבִיאוּ מִשָּׁל צִיבּוֹר.

וְעֵינָן בְּקִידוּשֵׁינוּ (דָּף י"ג ע"ב) תּוֹס' ד"ה ר"פ כו' וּבְסוּף ב"ב וּבְש"ף ס' ל"ט ס"ק ב'.
וּבְלֹא הֵנִיחַ נְכֻסִים אָף דְּבָזָה לֹא הָיוּ חַיִּיבִים עַל הַיּוֹרְשִׁים מ"מ פִּינָן דְּזָה לֹא שְׁכִיחַ ע"כ לֹא
תִּקְנוּ בְּזָה פְּלֵל כִּי אִם בְּגַר שְׁמַת.

כֵּן מְנַקְרַח לומר לְפִי מִש"כ הַתּוֹס' יו"ט דְּדוֹקָא בְּיָרְשׁוּ מֵאַבְיָהֶם יָבִיאוּ יוֹרְשִׁים כַּנ"ל. א"כ
מִשְׁמַע דְּבַגְרָא שְׁמַת אָף דְּהֵנִיחַ נְכֻסִים דְּוּמְיָא דְּיִשְׂרָאֵל מ"מ הָיוּ הַנְּכֻסִים הַפְּקָר וְאֵינוֹ גּוֹבָה
מֵהֶם וּכְמִש"כ הַתּוֹס' בְּמִנְחוֹת שָׁם.

א"כ מוֹכַח מְזָה כְּשִׁיטַת הַסַּמ"ע דְּמִלְוָה בַּע"פ אֵינוֹ גּוֹבָה מֵהַפְּקָר דַּל"כ תִּקְשָׁה דְּגַם בְּגַר
שְׁמַת יְחוּל חוֹב נְסֻכִים עַל הַזּוֹכָה כְּמוֹ דְּגוֹבִין חוֹב זֶה מִיּוֹרְשִׁים. וְקָשָׁה מְזָה עַל שִׁיטַת הַט"ז
דס"ל דְּאָף מְלָוָה בַּע"פ גּוֹבָה מֵהַפְּקָר דְּלְדְּבָרֵינוּ הֵכָא בְּמִלְוָה הַפְּתוּבָה בַּתּוֹרָה כַּש"כ דְּיִגְבָּה
מֵהַזּוֹכָה בְּהַפְּקָר: וְלִכְאוּרָה י"ל דְּשִׁאֲנֵי יוֹרְשִׁים דְּמַכְפֵּר עַל עֲשֵׂה גַבְיָהּוּ כְּמַבְנֵאָר בְּזִבְחִים
(דָּף ה' ע"ב) דְּמַסִּיק הַש"ס דְּגַם עַל יוֹרְשִׁים מַכְפֵּר עוֹלַת יוֹלְדָת עַל עֲשֵׂה גַבְיָהּוּ ע"כ
חֲיִיבִים יוֹרְשִׁים לְהִבִּיא הַנְּסֻכִים דְּזָה הָיוּ ג"כ רִצּוֹי וְכַפָּרָה וְלֹא גָרַע מִן עוֹלַת יוֹלְדָת.

מִשָּׂא"כ בְּגַר שְׁמַת דְּלֹא שִׁינָף לומר דְּיִהְיֶה כַּפָּרָה עַל הַזּוֹכָה מֵהַפְּקָר ע"כ אֵינוֹ חֲיִיב לְהִבִּיא.
אָבֵל זֶה אֵינוֹ דַּא"כ אֵיךְ קָרְבִים קָרְבָנוֹת שְׁהֵנִיחַ הַגַּר לְאַח"מ דְּהָא אֵין בּוֹ שׁוּם כַּפָּרָה פְּלֵל
עַל שׁוּם אִישׁ.

וּמוֹכַח מְזָה כְּדָמַר ר' אֱלִיעֶזֶר בְּזִבְחִים (דָּף ה') דְּמַצִּינוּ בְּכֹאֵין לְאַח"מ שְׁהֵם כְּשִׁרִין וְאֵין
מְרִצִין וּבְכוּלֵי סוּגְיָא שָׁם. וּבְאַמַּת יֵשׁ לְהַעִיר לְכֹאוּרָה עַל מַה דְּהַקְשָׁה הַש"ס שָׁם לִימָא
לִי ר"ל הֵנִי נָמִי לִיתּוֹ וְלִירְצוֹ מִתְקַיֵּף לֵה רַב אִסִּי וּמֵאן לִימָא לֵן דְּאִי אִיכָא כְּמַה עֲשֵׂה גַבְיָהּ
לֹא מַכְפֵּרָא כו' יוֹרְשֵׁינוּ נָמִי מַכְפֵּר כו'.

וְיֵשׁ לְהַעִיר דְּהָא מוֹכַח מֵהֵף דְּגַר שְׁמַת וְהֵנִיחַ זִבְחִים דְּקָרְבִים וְהָא הֵתָם אֵינָם מְרִצִין פְּלֵל
עַל שׁוּם ב"א פִּינָן דְּאֵין לוֹ יוֹרְשִׁים א"כ מַצִּינוּ בְּכֹאֵים לְאַח"מ דְּכְשָׁרִים וְאֵינָם מְרִצִין.
וְעֵינָן בְּפָנֵי יְהוֹשֻׁעַ לְקִידוּשֵׁינוּ (דָּף י"ג ע"ב) בַּד"ה א' ר' יְהוּדָה א' שְׁמוּאֵל וְהוּא שְׁהַפְּרִישְׁתָּה
כו'.

וְעֵינָן נְדָרִים (דָּף ל"ו) וַאֲכַמ"ל. נְחִזֹר לְעַנְיָנוֹ דְּתִקְשָׁה מְזָה עַל שִׁיטַת הַט"ז דְּכְמוֹ
דְּקָרְבִים הַקָּרְבָנוֹת לְאַח"מ כֵּן יִקְרְבוּ הַנְּסֻכִים וְיִגְבוּ מִן הַזּוֹכָה מֵהַפְּקָר: וְיֵשׁ לְתַרְץ דְּבָרֵי
הַט"ז דְּאָף לְשִׁיטַתוֹ דְּמִלְוָה ע"פ גּוֹבָה מֵהַפְּקָר מ"מ אֵין זֶה רַק בְּקָרְקַע דְּהָא אָף מְלָוָה
דְּגוֹבָה מִיּוֹרְשִׁים אֵין זֶה רַק בְּהֵנִיחַ אַחֲרֵינוּ נְכֻסִים דְּמַטְלְטְלֵי לֹא מְשַׁתְּעַבְדִי א"כ ה"ה
בְּמַטְלְטְלֵי דְּהַפְּקָר אֵינוֹ גּוֹבָה מֵהַזּוֹכָה.

וְיָדוּעַ דְּאָף דְּמַטְלְטְלֵי דִּיתְמִי לֹא מְשַׁתְּעַבְדִי מ"מ מַצְנָה אִיכָא אָף אֵין כּוֹפִין דְּהָיוּ מ"ע שְׁמַתָּן
שְׁכָרָה בְּצִידָה כְּמַבְנֵאָר בְּכַתּוּבוֹת (דָּף פ"ו) וּבַתּוֹס' וַח"מ ס' ק"ז. וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְדוֹן

דְּדוֹקָא בְּחֹב הַלְוָאָה וּכְתוּבָה שְׁיִיךְ מְצוֹת כְּיָבוֹד עַל הַיּוֹרְשִׁים לְפָרוֹעַ חֹב אַבְיָהֶם כִּי הֵיכִי דְלֵא יְהִי אַבְיָהֶם לְנֹה רְשָׁע כּו' וְשִׁיךְ בְּזָה מְצוֹת כְּיָבוֹד.

אָבֵל בְּחֹב קְרַבְנוֹת וּכְה"ג י"ל דְּלֵא שְׁיִיךְ בְּזָה מְצוֹה עַל הַיּוֹרְשִׁים וְכַדְמְצִינוּ כְה"ג בְּמוֹכֵר שְׂדֵה בְּאַחֲרִיּוֹת דְּאֵם טָרְפוּ מֵהַלּוֹקֵחַ וְהַנִּיחַ הַמוֹכֵר מְטַלְטְלֵי לְיּוֹרְשָׁיו דְּאִין עַל הַיּוֹרְשִׁין בְּזָה מְצוֹה לְפָרוֹעַ חֹב אַבְיָהֶם דְּהַתְחַיֵּיב בְּאַחֲרִיּוֹת כְּמִבְּנָאָר בְּטוֹר ח"מ ס' ק"ח וּבֵר"נ פ' פֶּל הַנְּשַׁבְּעִין בְּסוּגְיָא דְּאִין מוֹרִישׁ שְׁבוּעָה לְבָנָיו.

הָרִי דְלֵאוּ בְּכָל מִילֵי אָמְרוּ לְהָד מְצוֹה עַל הַיּוֹרְשִׁים וּכְמַש"כ מְזָה בְּסִפְרֵי בְּאֵר יִצְחָק ח' ח"מ ס' ב' א"כ ה"ה אֶפְשָׁר דְּגַם בְּחֹב קְרַבְנוֹת לֹא אָמְרוּ לְהָד מְצוֹה עַל הַיּוֹרְשִׁים: אָבֵל בְּאַמְת ז"א דְּהָא מְצִינוּ בִירוּשְׁלָמִי חֲגִיגָה פ"א סוֹף ה"א א"ר בָּא בְּר מְמַל מְחַלְקֵת שְׁמוּאֵל וּר' יוֹחָנָן דְּתַנְיִין תַּמָּן הָאִשָּׁה שְׁהִבְיָאָה חֲטָאָתָה וּמִתָּה יְבִיאוּ יוֹרְשִׁין עוֹלָתָה כּו' שְׁמוּאֵל א' בְּמִפְּרִשְׁת וּרְיו"ח א' אָף בְּאִינָה מְפֹרְשֶׁת מָה אִינּוּ קִיָּמִין אִם בְּיָרְשׁוּ קַרְקַע בְּהָדָא א' שְׁמוּאֵל בְּמִפְּרִשְׁת.

[בְּתַמִּי דְּנֻדַּי חֲיִיבִין יוֹרְשִׁין לְהִבְיָא אָף בְּלֵא הַפְּרִישׁוֹ]. אִם בְּיָרְשׁוּ מְטַלְטְלֵי בְּהָדָא אַרְיו"ח אָף בְּאִינָה מְפֹרְשֶׁת בְּתַמִּי.

מַה נֶּפֶק מִן בִּינְיָהוֹן יָרְשׁוּ קַרְקַע ע"ד דְּשְׁמוּאֵל לְתַבְּנֹעַ תּוֹבְעִין לְמִשְׁכָּן אִין מְמַשְׁכְּנִין ע"ד דְּרִיו"ח אָף לְמִשְׁכָּן מְמַשְׁכְּנִין יָרְשׁוּ מְטַלְטְלֵי ע"ד דְּרִיו"ח לְתַבְּנֹעַ תּוֹבְעִין לְמִשְׁכָּן אִין מְמַשְׁכְּנִין ע"ד דְּשְׁמוּאֵל אָף לְתַבְּנֹעַ אִין תּוֹבְעִין עכ"ל הַיּוֹרְשִׁים.

כֵּן הוּא גִּירְסַת קְרַבְנוֹת הָעֵדָה שָׁם וּמִיָּרִי שָׁם בְּלֵא הַפְּרִישׁ עוֹלָת רֵאִיָּה וְחֲגִיגָה וּע"ז מְסִיק דְּזוּהוּ פְּלוּגְתָּת שְׁמוּאֵל וּרְיו"ח אִי ש"ד אִי לֹא כְּמִבְּנָאָר פְּלוּגְתָּתָם בְּב"ב בְּסוֹף וּבְקִדּוּשִׁין (דָּף י"ג). וְאָמְרוּ שָׁם דְּלכ"ע בְּיָרְשׁוּ קַרְקַע אָף לְמָאן דְּס"ל שְׁל"ד מ"מ תּוֹבְעִין.

וְהַפְּנוּנָה מְשׁוּם מְצוֹה עַל הַיּוֹרְשִׁין לְפָרוֹעַ חֹב אַבְיָהֶם אָף בְּמָה דְלֵא הָוִי שְׁעֵבּוֹד עַל נְכֻסָיו. [וְכַעֲיִן זֶה אִי בִירוּשְׁלָמִי שְׁקָלִים פ"א ה"ג גְּבִי אִין מְמַשְׁכְּנִין עַל הַשְּׁקָלִים עֲבָדִים וְנָשִׁים וּקְטָנִים וְאָמְרוּ הָא לְתַבְּנֹעַ תּוֹבְעִין מְשׁוּם מְצוֹה אָבֵל אִין כּוֹפִין ע"ש].

וְלָמ"ד דְּס"ל ש"ד וּמְמַשְׁכְּנִין בְּיָרְשׁוּ קַרְקַע אָבֵל בְּמְטַלְטְלֵי אָף דְּאִין כּוֹפִין מ"מ תּוֹבְעִין מְשׁוּם מְצוֹה. אָכֵן לָמ"ד דְּשְׁל"ד וְאָף בְּקַרְקַע אִין כּוֹפִין ע"כ נְחֲתִינּוּ חַד דְּרָגָא דְּבְּקַרְקַע תּוֹבְעִין וּבְמְטַלְטְלֵי אִין תּוֹבְעִין כָּלֵל.

וְלָמ"ד ש"ד בְּקַרְקַע ע"כ בְּמְטַלְטְלֵי נְחֲתִי חַד דְּרָגָא דְּאִין כּוֹפִין אָבֵל תּוֹבְעִין מְשׁוּם מְצוֹה: ** (הַגְּה"ה וּמִירוּשְׁלָמִי הָזֶה מוֹכַח כְּנִשְׁיַת רַש"י כְּתוּבוֹת (דָּף צ"א) וְהוּבָא בְּתוֹס' כְּתוּבוֹת (דָּף פ"ו) ד"ה פְּרִיעַת בַּע"ח מְצוֹה כּו' דְּבִיָּרְשׁוּ מְטַלְטְלֵי אִינּוּ רַק מְצוֹה דְּרַבְּנָן וְלָכֵן לֹא כְּיִפְיִין וְהַתּוֹס' וְסִינְעָתָם ס"ל דְּמְשׁוּם דְּהָוִי מ"ע שְׁמַתָּן שְׁכָרָה בְּצִדָּה כּו'.

וּסְבַרְת רַש"י נִרְאָה דְּכִינּוּן דְּקִי"ל בְּקִדּוּשִׁין (דָּף ל"ב) דְּמְצוֹת כְּיָבוֹד הוּא מְשַׁל אָב וּכְמַש"כ הַתּוֹס' שָׁם וּבִיו"ד ס' ר"מ. וְכִינּוּן דְּזָכוּ בִירוּשְׁתָּם הָוִי הַנְּכֻסִים שְׁלָהֶם ע"כ אִין בְּזָה מְצוֹת כְּיָבוֹד אָב מַה"ת דְּהָא אִינּוּ מְחַנְיָב מְשַׁל בְּן ע"כ ס"ל לְרַש"י דְּאִין זֶה רַק תַּק"ח וְעֵינּוּ בְּהַגְהוֹת אֲשֶׁרִי כְּתוּבוֹת פ"ט ס' י"ד.

****(וכיון דעיקר מילתא הוי רק מדרבנן ע"כ א"ש מה דראו חז"ל בזה לחלק בין ירשו קרקע לירשו מטלטלי גבי הך מצוה דרבנן. דאי נימא דזהו מה"ת א"כ אמאי אמרו דלמ"ד של"ד דבמטלטלי אין תובעין הא עכ"פ מצנות פבווד אב איפא דמ"ש להך מ"ד מן ירשו קרקע דתובעין אף למ"ד של"ד.

אכן לשי' רש"י דזהו רק מדרבנן אתי שפיר דעל תקוז"ל י"ל דכן ראו לתמן כפי ראות עיניהם. ועיין בפני יהושע פתובות (דף פ"ו) בתוס' ד"ה פריעת בע"ח דמוכח מירושלמי במק"א פשיטת רש"י הנ"ל: וצ"ע לכאורה לפי מאי דאי' בירושלמי ב"ק פ' הגוזל בתרא ה"א וב"מ פ"א ה' ו' דרב ס"ל יורש פמשועבד וכשם שמלנה בעדים אינה נגבית מן משעבדי כמו כן אינה נגבית מירששים ושמואל א' דייקנא דמלנה בעדים ממשעבדי אינה גובה אכל מירששים גובה כו'.

והמראה פנים שם הקשה דהא מבואר בש"ס דילן דס"ל לשמואל של"ד ואינו גובה מירששים ותי' דכן דרף ש"ס ירושלמי להחליף בכ"ד מהמבואר בש"ס דילן ע"ש. [ועיין בעירובין (דף ס"ו ע"א) בתוס' ד"ה מערב אפי' כו' וקצרת'].

ואפתי תקשה דברי ירושלמי אהדדי דהא בירושלמי ב"ק וב"מ הנ"ל מבואר דס"ל לשמואל דמלנה בעדים גובה מירששים ואלו בירושלמי חגיגה הנ"ל מבואר דשמואל ס"ל דבלא הפריש מחיים אינו גובה מירששים.

ויש ליישב לפי המבואר בתוס' קידושין (דף י"ג) ד"ה ר"פ א' דבמלנה הפתובה בתורה כמו ערכין וקרפן אם של"ד אינו גובה מירששים משום דלא שייך בי' נעילת דלת משא"כ חוב הלואה דשייך בו נעילת דלת ע"ש.

ע"כ י"ל דשיטת שמואל לפי המבואר בירושלמי בב"ק וב"מ דשל"ד ומ"מ חוב הלואה גבי מירששים דשייך בי' נעילת דלת וכמימרא דר"פ הנ"ל. אכל בחוב קרפנות דלא שייך בו נעילת דלת ס"ל דאינו גובה מירששים.

כן י"ל כסברת שמואל לפי המבואר בירושלמי. ועיין בסנהדרין (דף ג') תוס' ד"ה שלא תבעול דלת כו'.

(ע"כ הג"ה): ** נחזור לעניינינו דחזינו בירושלמי חגיגה דאף בחוב דאינו חוב הלואה וכתובה ג"כ מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם ממטלטלי אף בחוב קרפנות. א"כ לפ"ז אינו קשה מהך דשקלים דרק בגר שמת הוצרכו לתקוני ולא בירששים די"ל דמייירי בלא הניח אחריות נכסים רק מטלטלי.

וכעין הא דב"ק (דף קי"א ע"ב) דהגוזל ומאכיל פטורים לשלם דקאי בלא הניח אחריות נכסים וכעין זה בב"ק (דף קי"ב) וכתובות (דף ל"ד) ובשא"ד]. דבירששים לא הוצרכו לתקוני דכיון דמצוה על היורשים להביא הנכסים מסתמא יביאו ויקיימו המצוה רק בגר שמת דעל הזוכה למטלטלי של הפקר ליפא מצוה עליו ע"כ הוצרכו לתמן בגר דביאו הנכסים מצבבור.

אכל בקרקע עדיין י"ל פשיטת הט"ז דאף מלנה בע"פ גובה מהפקר פיון דאיפא שעבוד נכסי ולכן אין לסתור מזה לשיטת הט"ז: ענף ד וכל מה שפכתתי לתרץ שיטת הט"ז הוא

לפי גירסת קרבן העדה בירושלמי חגיגה שם אכן גירסת הפני משה שם כפי שנכתב בירושלמי שלפנינו והוא דנה לשון הירושלמי ירשו קרקע ע"ד דשמואל לתבוע אין תובעין למשפן אין ממשפנין ע"ד דריו"ח לתבוע תובעין ולמשפן אין ממשפנין ע"ד דשמואל אף לתבוע אין תובעין עכ"ל.

והזינו לפי גירסא זו דלשמואל דס"ל של"ד אז אף בקרקע אין תובעין מירושין דגם מצנה ליכא עליהו. רק למ"ד דש"ד בזה אמרו דבמטלטלי מצנה על הירושין לפרוע ויש להוכיח בגירסת הפ"מ משום דלגירסת קרבן העדה דמצנה יש אף למ"ד של"ד א"כ למא לי' לשמואל לאוקמי להך דיביאו יורשין עולתה דמיירי במפנשת הא י"ל אף באינה מפנשת דכוננתם במה דתני יביאו יורשין עולתה דזהו משום מצנה על הירושין ואף במה דאין כופין ג"כ מצינו פעין זה כמו דאמרו בב"מ (דף צ"א) בחוסם פי פרה לוקה ומשלם דמפרש רבא בבא לצי"ש וע"ש בפ"י רש"י ותוס' וכש"כ בלשון דיביאו יורשין עולתה די"ל דזהו למצנה בעלמא.

וכדאמרו בב"ק (דף צ"ד ע"ב) מחזירין לצאת ידי שמים ע"ש וקצרת. אף מזה אין ה"כ ואכמ"ל.

ובאמת פשט לשון הירושלמי נראה כמו גירסת הקרבן עדה לכל הרוואה שם. ובב"ב (דף קנ"ז ע"א) אמרו זעירא חברין תרגמא מצנה על היתומין לפרוע חובת אביהם מתקיה רב אשי מלנה ע"פ הוא ורב ושמואל דאמרי תרנוייהו מלנה ע"פ אינו גובה כו' ועיין שם בפ"י הרשב"ם דמשמע לכאורה דלרב ושמואל דשל"ד אינו מצנה על הירושין לפרוע וזה נוטה בגירסת הפ"מ ה"ל.

אבל באמת זה אינו דכוננת הש"ס שם מצנה על הירושים כו' וכופין כמש"כ התוס' שם ד"ה מצנה כו' וכופין פדמוכח פאן כו' ועיין בגי' הב"ח שם. משום דפשט המשנה שם דירשוי האב אומרים כו' ובע"ח אומרים כו' ב"ש אומרים יחלוקו משום דכגבוי דמי זה אין לפרש רק אם האמת כהבע"ח דכופין בדין וע"כ אין סתירה פלל מדהתם לנ"ד וכן הוא בהר"נ פתובות ר"פ מי שהי' נשוי ע"ש: ובפסחים (דף ס"א) אמרו לא אם אמרת בשנוי קודש דינשו לאח"מ תאמר בשנוי בעלים דאינו לאח"מ.

והתוס' ד"ה וינשו לאח"מ כו' פתבו דהך שמעתין אתי כמ"ד ש"ד דאי של"ד אינו נפקותא בין שנוי קודש לשנוי בעלים כו' וכ"כ התוס' בזבחים (דף ד') ד"ה וינשו לאח"מ כו'. אכן לפי גירסת קרבן העדה דאף למ"ד של"ד מ"מ תובעין בירשו קרקע משום דמצנה על הירושין משום פניבד אב ואין כופין דה"ל מ"ע שמתן שכרה כו'.

א"כ לפ"ז י"ל דאף למ"ד דשל"ד ג"כ אתי שפיר נפקותא דבשנוי קודש לאח"מ מצנה על הירושים לפרוע חוב אביהם שהי' חייב להקריב הקרבן משא"כ בשנוי בעלים דאין שום מצנה עליהם פלל ומתורץ קושיות התוס'.

אף לפי שיטת רש"י בפתובות (דף צ"א) והובא בתוס' פתובות (דף פ"ו) דזהו רק מצנה דרבנו ולכן אין כופין בזה. אין לומר פוננת הש"ס בנפקותא דשנוי קודש לאח"מ לענין מצנה על הירושין דהא שם מיירי בענין פירקא על מה דאמרו שם למילף שנוי בעלים מן שנוי קודש מדאורייתא ע"ש.

ועיין בְּחולין (דף קל"ו ע"ב) תוס' ד"ה בְּפני כו' שְׁכַתְבוּ וְכִי מְפַנֵּי שְׁבַטֵל מְדַרְבְּנוּ יֵשׁ לְבַטֵּל גַּז"ש. אֲלָא לְשֵׁי הַתּוֹסֵ' פְּתוּבוֹת (דף פ"ו) דְּכַתְבוּ שָׁם דְּלִכְּוּ אִין כּוֹפִין בְּמִלְוָה עַל הַיּוֹרְשֵׁין מִשּׁוּם דַּה"ל מ"ע שְׁמַתָּן שְׁכָרָה כּו'.

לפ"ז שְׁפִיר פְּתַבְתִּי לְתַרְזֵן קְוִשְׁיוֹת הַתּוֹסֵ' הַנָּ"ל. וְעֵינֵין לְעִיל בַּהֲג"ה שְׁפַתְבְּתִי לְהוֹכִיחַ מִירוּשְׁלָמִי תְּגִיגָה הִנֵּה כְּשִׁיטַת רַש"י פְּתוּבוֹת הַנָּ"ל: וְלִכְאוּרָה יֵשׁ לְהַעִיר בְּמָה דְּפָרִיף הַש"ס ב"ב (דף קע"ה) עַל מֵאן דַּס"ל שֶׁל"ד מְהֵף דְּחוֹפֵר בּוֹר בַּרְה"ר כּו' יוֹרְשֵׁי בְּעַל הַבּוֹר חֵיבִים לְשַׁלֵּם דְּמֵי שׁוֹר וְהוֹצֵרָף לְתַרוּצֵי בְּעֵמֶד בְּדִין וְיִתְבִּי דְּיִינֵי אַפּוּמָא דְּבִירָא.

הָא לְפִי מָה דְּנִתְבְּאָר לְפִי גִירְסַת קְרַבֵּן הַעֲדָה דְּאָף לְמֵאן דַּס"ל שֶׁל"ד מ"מ מְצָוָה עַל הַיּוֹרְשֵׁין לְפָרְוֶע חוּב אֲבִיָּהֶם אָף בְּחוּב קְרַבְנוֹת וְכַש"כ בְּחוּב גְּזָקִין וְכַמוֹ שְׁפַתְבַּת הַתְּנַמִּים בְּסִי' ל"ז ס"ק ה' דְּאָף בְּגְזָקִין ה"ל לְוָה רְשָׁע כּו' וְהַשִּׁיג עַל הַש"ף שָׁם ס"ק י"א וּמְצִינוּ ב"ב מ (דף צ"א) בְּחוּסֵם פִּי פָּרָה לּוֹקָה וּמְשַׁלֵּם וּמְפָרֵשׁ רָבָא בְּבָא לְצִי"ש.

ועיין בְּתוֹסֵ' שָׁם ד"ה בְּבָא לְצִי"ש כּו' וּב"ק (דף ז') תוס' ד"ה יְשַׁלֵּם כּו' וּבְחולין (דף ק"ל) תוס' ד"ה תֵּנָא תְּנֵי יְשַׁלֵּם כּו'. וְעֵינֵין ב"מ (דף ל"ז ע"א) וְאָף דְּבַכ"מ לְשׁוֹן מְשַׁלֵּם הוּא חֵיב גָּמוֹר ע"פ דִּין וְכּוֹפִין אַפ"ה מְפָרֵשׁ שָׁם דְּמְשַׁלֵּם הוּא לְעַנְנֵן חֵיב שְׁלֵא בְּכַפֵּינֵי.

א"כ ה"ה דֵּינֵשׁ לְפָרֵשׁ לְהָא דְּתַנֵּי יוֹרְשֵׁי בְּעַל הַבּוֹר חֵיבִין לְשַׁלֵּם דְּזָהוּ רַק לְמְצָוָה מִשּׁוּם כְּיָבוֹד אָב וְאִין כּוֹפִין ע"ז. וְגַם בְּלְשׁוֹן חֵיבִים מְצִינוּ דְּאָמְרוּ כֵּן אָף בְּמָה דְּאִין כּוֹפִין כְּדָאָמְרוּ בְּקִידוּשֵׁין (דף ל"ד) דְּמְצָוָה הַמְּוֹטְלַת עַל הַבֵּן לְעֲשׂוֹת לְאָבִיו אֲנָשִׁים וְנָשִׁים חֵיבִין וְכֵן שָׁם בְּשַׁאֲרֵי מִלֵּי בַּגְמ' וּפּוֹסְקִים גְּבִי מְצָוֹת כְּיָבוֹד אָמְרוּ לְשׁוֹן חֵיב אָף דְּאִין כּוֹפִין עַל מְצָוֹת כְּיָבוֹד או"א א"כ ה"ה י"ל כֵּן בְּהֵף דְּהַחוֹפֵר בּוֹר דִּיּוֹרְשֵׁים חֵיבִין מִשּׁוּם מְצָוֹת כְּיָבוֹד אָב.

וְכַעֲיֵן זֶה מְצִינוּ ב"ב מ (דף קי"ד ע"ב) ת"ר הַמְּלִנָּה אִינוּ רַשְׁאֵי לְמִשְׁכְּנוֹ וְאִם מְשַׁכְּנוּ חֵיב לְהַחְזִיר לוֹ. וְהָא מְצָוֹת הַשְּׁבַת הָעֵבוֹט אִין כּוֹפִין ע"ז דְּהוּי מְצָוָה דְּמַתָּן שְׁכָרָה בְּצִידָה כְּמִבְּנָאָר בַּח"מ ס' צ"ו וְאָף בְּמִשְׁכּוֹן שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת כְּתַב הַסְּמ"ע שָׁם ס"ק ט"ו דְּאִין כּוֹפִין וְאַפ"ה אָמְרוּ שָׁם לְשׁוֹן חֵיב לְהַחְזִיר.

וְיִדְעָתִי לְמַש"כ הַאו"ת בְּסִי' צ"ז ס"ק ט"ז וְהַקְצָה"ח שָׁם ס"ק ט' אֲבָל הַסְּמ"ע לֹא ס"ל כֵּן. וְגַם עֵינֵין דְּבָרֵי הַרְמְב"ם דְּלוֹקָה בְּמִשְׁכְּנוֹ שְׁלֵא בְּרִשׁוֹת יֵשׁ חוֹלְקִים ע"ז וְזֶה תְּלוּי בְּגִרְסָאוֹת דְּמַכּוֹת (דף ט"ז) וְכַמְש"כ הַמ"מ פ"ג ה' מְלָנָה ה"ד ע"ש.

וְתַקְשָׁה דְּהָא ה"מ לְפָרֵשׁ דְּהֵף יוֹרְשֵׁי בְּעַל הַבּוֹר חֵיבִין לְשַׁלֵּם דְּזָהוּ מִשּׁוּם מְצָוֹת כְּיָבוֹד אָב וְאִין כּוֹפִין ע"ז. אֲכֵן הַתּוֹסֵ' ב"ב ק (דף צ"ד ע"ב) ד"ה הָא אֲבִיָּהֶם חֵיב לְהַחְזִיר כּו' פְּתַבוּ דְּלְשׁוֹן חֵיבִים דְּנִקְט דַּה"ל לְמִימַר אִין מַחְזִירִין דְּמִשְׁמַע דְּזָהוּ מִן הַדִּין ע"ש.

וְעֵינֵין ב"ב מ (דף ס"ב) וּבְתוֹסֵ' ד"ה תֵּנָאֵי הִיא כּו' וּבְשַׁמ"ק לְב"מ שָׁם וּב"ק (דף צ"ד) וּבְאֲמַת יֵשׁ לְחַלֵּק בְּכָל הַנְּאָמָר וְעַת לְקַצֵּר. וְגַם י"ל דְּהַתָּם בְּחוֹפֵר בּוֹר בַּרְה"ר וְנִפְל עָלָיו שׁוֹר וְהִרְגוּ כּו' לֹא שְׁיָיָף כ"כ שָׁם מְצָוֹת כְּיָבוֹד אָב לְשַׁלֵּם חוּבוֹ וְקַצְרַתִּי וְעֵינֵין ב"ב ק (דף ק"ד ע"ב) וְיֵשׁ לְדוֹן שָׁם ע"פ הַנָּ"ל וּבְאֲמַת אִין זֶה שְׁיָיָכוֹת לְדְבָרֵינוּ וְקַצְרַתִּי: וְהַקְצָה"ח בְּסִי' ל"ק ס"ק א' הַקְשָׁה מְהָא דְּקִידוּשֵׁין (דף ט"ז) וְאֵלוּ מְעַנִּיקִין הַיּוֹצֵא בְּשָׁנִים וּבְמִיתַת

הָאָדוֹן דְּלָמַ"ד שֶׁל"ד אֵיךְ מִשְׁפַּחַת חַיִּיבָא דְהַעֲנָקָה עַל הַיּוֹרְשִׁים וְהַש"ס מִקְשָׁה עַל הַךְ מ"ד מְחוּפָּר בּוֹר וּבְזָה ל"ש הַךְ שְׁיֻנּוּיָא דְהַתָּם עַכ"ל.

וּלְפִי מַש"כ אֶפְשָׁר לֹאמַר דְּהַךְ מַעֲנִיקִין בְּמִיתַת הָאָדוֹן הוּא מְשׁוּם מְצָנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים מְשׁוּם כְּיָבוּד אָב וְכִמוֹ דְאָמְרוּ בַב"ק (דָּף צ"ד) מֵאִי מְחֻזְרִין לְצִי"ש וְכִמוֹ הַךְ דַּב"מ בְּחוּסָם פִּי פָּרָה דְלוּקָה וּמִשְׁלָם וּמוֹקֵי רַבָּא לְצִי"ש כַּנ"ל.

וְכַש"כ לְפִי מַש"כ הַמַּל"מ פ"ג ה' עֲבָדִים ה' י"ד דִּי"ל דְאֵין כּוֹפִין עַל הַעֲנָקָה. אֵךְ אֶפְשָׁר דְמִטְעָם זֶה אֵין מְצָנָה עַל הַיּוֹרְשִׁין כְּלָל וְגַם אֶפְשָׁר כִּינּוֹן דְעֵיקָר חוֹב הַעֲנָקָה בְּיוֹצֵא בְּמִיתַת הָאָדוֹן אֵינוֹ חָל רַק לְאַח"מ ע"כ לֹא שְׁיִיךְ בְּכַה"ג כְּלָל מְצָנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים וְשִׁפִּיר הַקְּשָׁה הַקְּצָה"ח: וְהִנֵּה הַבֵּית יוֹסֵף סוּף סִי' עַר"ה הַבֵּיא תְּשׁוּבַת הַרְשָׁבָ"א דְכָתַב גַּר שְׁמַת וְהַנִּיחַ מְטַלְטְלֵי גַבִּי בַע"ח מְנִיְהוּ וְהָא דְקָאֵמַר מְשִׁכּוֹנוֹ שֶׁל גַּר בְּיַד יִשְׂרָאֵל כּו' מְשׁוּם דְבָעֵי לְמִימַר וּבָא יִשְׂרָאֵל וְהִתְזַיַּק בּוֹ קְנָה הַשְּׂאָר כּו' עַכ"ל וְהוּבָא בַקְּצָה"ח סִי' רַמ"ה.

וּלְדַבְּרֵי הַרְשָׁבָ"א דַּס"ל דְאֵךְ מִמְטַלְטְלֵי דְהַפְּקָר גַּבִּינּוֹן לְבַע"ח א"כ עֲדִינּוֹן תְּקֻשָׁה מִהַךְ דְמִנְחוֹת וְשִׁקְלִים דְתַקְנּוּ בְּגַר שְׁמַת וְהַנִּיחַ זְבָחִים דְיִקְרְבוּ הַנְּסָכִים מְצִיבּוֹר וְאֵלוֹ בְּיּוֹרְשִׁים לֹא תַקְנּוּ מְשׁוּם דְיִבִּיאוּ הַיּוֹרְשִׁים.

וְהָא הַךְ דְיּוֹרְשִׁים יְבִיאוּ בַע"כ מִיְיָרֵי בְּהַנִּיחַ מְטַלְטְלֵי דְאֵלוֹ בְּלֹא הַנִּיחַ מְטַלְטְלֵי אֵךְ מְצָנָה לִיכָא כַּמְבּוֹאָר בַּסִּי' ק"ז. א"כ תְּקֻשָׁה דְאֵךְ בְּגַר שְׁמַת יֵשׁ לְגַבּוֹת הַנְּסָכִים אֵךְ מִמְטַלְטְלֵי שֶׁל הַזּוֹכָה לְשִׁיטַת הַרְשָׁבָ"א.

וְהַנֵּלַע"ד לֹאמַר כִּינּוֹן דְזֶה נוֹבַע מִתְּשׁוּבוֹת הַרְשָׁבָ"א דַּס"ל כּו'. וְלְשִׁיטַת הַרְשָׁבָ"א י"ל דְאֵינוֹ קֻשָׁה מִהַךְ דְמִנְחוֹת.

דְשִׁיטַת הַרְשָׁבָ"א וְהוּבָא בַר"נ פ' מִי שֶׁהִי נְשׁוּי גַבִּי קְטִינָא דְאֵרְעָא וְהוּבָא בַּבֵּית יוֹסֵף בַּח"מ סִי' ק"ז דַּס"ל בְּהַנִּיחַ מְטַלְטְלֵי לְיּוֹרְשִׁים כּוֹפִין רַק בְּלֹא הַנִּיחַ כְּלָל אַז אֵין כּוֹפִין אָבֵל מְצָנָה אֵיכָא וְכ"כ הַגְּהוֹת אֶשְׁרֵי כְּתוּבוֹת פ"ט סִי' י"ד ע"ש.

וְלְשִׁיטַתוֹ א"ש דִּי"ל דְהַךְ דְמִנְחוֹת דְהַנּוֹצְרָכוֹ לְתַקְנּוֹ בְּגַר שְׁמַת וְלֹא בְּיִשְׂרָאֵל דִּישׁ לוֹ יּוֹרְשִׁים מְשׁוּם דְמִיְיָרֵי בְּמַת וְלֹא הַנִּיחַ מְטַלְטְלֵי וְהָא דְאָמְרוּ יֵשׁ לוֹ נְסָכִים כּו' י"ל דְאֵךְ בְּלֹא הַפְּרִישׁ מְחִייוֹ רַק דִּישׁ לוֹ מְטַלְטְלֵי גַם זֶה מִקְרִי יֵשׁ לוֹ נְסָכִים וְגַבִּינּוֹן מְנִיְהוּ וּפְרָשׁ הַרְשָׁבָ"א דְלֹא כְּהַתּוֹס' שָׁם.

אֲכַן בְּיִשְׂרָאֵל כִּינּוֹן דְאֵךְ דְלֹא הַנִּיחַ מְטַלְטְלֵי מ"מ מְצָנָה עַל הַיּוֹרְשִׁים ע"כ מְסַתְמָא יְקִימוּ הַיּוֹרְשִׁים הַמְצָנָה הַזֹּאת ע"כ לֹא הַנּוֹצְרָכוֹ לְתַקְנּוֹ בְּזֶה. וְהִיכָא דְאֵין נְכָסִים לְהַיּוֹרְשִׁים זֶהוּ מִקְלָתָא דְלֹא שְׁכִיחַ דְיָמוֹת גַּבְרָא עַרְטִילָאֵי וְגַם לֹא יֵהִי נְכָסִים לְיּוֹרְשָׁיו כְּלָל.

אָבֵל בְּגַר שְׁמַת דְאֵין לוֹ יּוֹרְשִׁים וְלִיכָא שׁוּם מְצָנָה עַל שׁוּם אִישׁ לְהַבִּיא הַנְּסָכִים ע"כ הַנּוֹצְרָכוֹ לְתַקְנּוֹ כּו': אָבֵל ז"א שְׁיִיךְ רַק לְשִׁיטַת הַרְשָׁבָ"א עֲצָמוֹ אֲכַן לְפִי מַה דְהַשִּׁיגוּ רַבּוֹ פּוֹסְקִים עַל שִׁיטַת הַרְשָׁבָ"א וַס"ל דְבְּלֹא הַנִּיחַ כְּלָל לִיכָא מְצָנָה כְּלָל וְכַמְבּוֹאָר בַּח"מ סִי' ק"ז א"כ לִיכָא לְתַרוּצֵי לְהַךְ דְמִנְחוֹת כּו' ע"כ עֲדִינּוֹן הוֹכַחְתִּי מִמְּנַחֹת בְּמִקְוָמָה עוֹמְדַת לְהִיכָא דְלֹא הַנִּיחַ רַק מִמְטַלְטְלֵי דְבְּזֶה אֵין גּוֹבִין לְבַע"ח מְהַפְּקָר.

וגם לפי מש"כ ב'ישוב שיטת הרשפ"א עדיין יש לדון בזה לפי מש"כ הגהות אנשי פתובות פ"ט סי' י"ד דהא דאמרו מצנה על יורשין לפרוע חוב אביהם אף בלא הניח פלל דזהו למאן דס"ל בקידושין (דף ל"ב) כבד משל בן אבל למ"ד משל אב ליפא מצנה על היורשים בלא הניח פלום ע"ש והוא בבית יוסף סי' ק"ז.

א"כ עדיין תקשה לשיטת מ"ד משל אב מהו דתקנו בגר שביאו נסכים ולא גבי מהפקר ובמי שיש לו יורשים לא תקנו ובע"כ מייירי דהניח מטלטלי דאל"כ הא ליפא מצנה אף ביורשים ע"כ תקשה עדיין על שיטת הרשפ"א.

ומוכח כמש"כ התוס' במנחות שם דדוקא בהפריש הנסכים בחייו כו'. ואפשר דהרשפ"א דס"ל דאף בלא הניח פלל הני מצנה על היורשים דזהו אף למ"ד משל אב וכדקיי"ל פן לדינא וכמבואר ביו"ד סי' ר"מ סעיף ה' בלא חולק.

משום דהא מבואר שם דאם אין לאב ויש לו לבן לד"ה מחנניב הבן לזונן בתורת פבוד אב וכמש"כ הנקה"כ שם ודלא כהט"ז והוא בבה"ט שם ס"ק ז' ע"כ במת אביהם דהני פמו דהוא בחייו דאין לו פלל דמחנניב הבן לכבדו פדי דלא יהי' לנה רשע כו' ויש להאריך בזה: עכ"פ נתבאר דמנחות מוכח דמטלטלי לא גבינו מן הפקר לפי מה דקיי"ל לדינא דבלא הניח מטלטלי ליפא מצנה על היורשים א"כ ליפא לתרוצי פמו שפכתתי לשיטת הרשפ"א.

והקצה"ח בסי' קי"ז ובסי' רמ"ה הביא דברי הרשפ"א לדינא דגם ממטלטלי דהפקר גובה הבע"ח. אכן לפי הך דמנחות מוכח לדינא דאינו גובה ממטלטלי דהפקר לפי מה דקיי"ל דבלא הניח מטלטלי ליפא מצנה על היורשים ורק הרשפ"א לשיטתו יש לדון פן ולא לדין: ענף ה' ונבאר מה שיש לדון בעיקר סברת הרשפ"א דאף ממטלטלי דהפקר גבינו לבע"ח והוא דזה צריך ביאור דהא פיון דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי וליפא שעבוד ממטלטלי.

ואף לפי מש"כ הרשפ"א בסוף קידושין וב"ק (דף י"ב) דמה"ת גם מטלטלי משועבד רק חז"ל דראו דלא סמכה דעתו במטלטלי אמרו דלא משתעבדי א"כ ממילא אף מה"ת לא משתעבדי דהני פאלו מחל השעבוד וכמש"כ התנאים בסי' ל"ט סוף ס"ק ב' ועיין בקצה"ח סי' ל"ט.

ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ט. ובתוס' בכורות (דף נ"ב) בסוף ד"ה ולא בראוי כו'. ע"כ פיון דליפא שום שעבוד פלל על מטלטלי ע"כ לא גבינו מיורשים אף דלא שנייף פסידא א"כ אמאי יגבה מהזוכה בהפקר דהא לא חל שעבוד ע"ז פלל ולמה יגרע זכותו מיורשים. ובאמת פועין זה פתבו התוס' בערכין (דף כ"ג ע"ב) ד"ה משום דר' אבהו כו' דאף ממטלטלי דהקדש גבי בע"ח.

ואף דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי עכ"ז בהקדש דמים גבי בע"ח וגם זה צריך ביאור. ואפשר לומר דשאני הקדש דמים פיון דקיי"ל פשמואל דהקדש שנה מנה שחללו על ש"פ מחולל ואף דלכתחלה אינו פן פמבואר בערכין (דף כ"ט) ותמורה (דף כ"ז) ובשא"ד ועיין בתוס' שם ד"ה בין למר כו' וב"מ (דף נ"ז) ד"ה ומר סבר כו'.

עכ"ז י"ל דבמקום מצוה פדי דיקינים הלנה למצוה דפריעת בע"ח עשו זה כמו דיעבד דסגי בפודהו בדינר אבל אין לשון התוס' בערכין שם משמע פן. ועיין במנחות (דף ע"א ע"ב) תוס' ד"ה ומתירין גמזיות של הקדש כו' בפני תירוצי שם.

ובתוס' תמורה (דף כ"ז ע"ב) ד"ה לא אמרו אלא דשמוה כו' וקצרת: ויש להסביר באופן אחר דלכן בע"ח גובה מטלטלי דהקדש דמים דכיון דיכולים הבועלים למיתשל על ההקדש דנשאלים על ההקדשות ע"כ דינו כמו לא יצא מרשות הבועלים מעולם.

כעין הא דפסחים (דף מ"ו) דהואיל אי בעי מיתשל ממונו הוא וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' דלאו דוקא בחמץ אמרו להו הואיל אי בעי מיתשל ודלא כהש"א והפני יהושע. וגם מצינו במנחות (דף ד' ע"א) בתוס' ד"ה מתירין גמזיות כו' שפתבו דדוקא בעלים יכולים לפדות בש"פ ולא אחר ועיין בתמורה (דף כ"ז ע"ב) תוס' ד"ה לא אמרו כו'.

הרי דאף דהקדישו כבר מ"מ לא פקע שם בעלים ממנו ולא אמרינו דכיון דאקדשו כבר א"כ פקע זכות בעליו ממנו וי"ל דזהו ג"כ משום ה"ט דהואיל אי בעי מיתשל ממונו הוא להו מילתא.

אף מזה אין הברת וכדאמרו בב"ק (דף ס"ט ע"ב) גבי מעשר דלענין פדין' אוקמין רחמנא ברשותי' וכפלי' רש"י שם וקצרת. ועיין בב"ק (דף ס"ז) תוס' ד"ה מעיקרא טיבלא כו' וב"ק (דף ע"ו) ותוס' ד"ה והשתא תורא דשמעון כו'.

וגם בהקדש ע"ד רבים יכולים הבועלים לשאול עליו כמש"כ הש"ך בח"מ סי' רנ"ה ס"ק ו' דזה הני דבר לקיים מצות פריעתבע"ח. וכ"כ הבאר הגולה בח"מ סי' קי"ז ס"ק ת' בשם הריטב"א והמרדכי: וכיון דלשון הש"ס הוא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי ומשמע דמינן' משתעבדי.

[וכדאמרו בפסחים (דף ל"א) וכתובות (דף צ"ב) ועיין בב"ב (דף מ"ד). וב"ק (דף י"א) וב"ב (דף קנ"ז)] ושייך קצת שעבוד גם על מטלטלי ומה"ט פסק המחבר בח"מ סי' ק"ד סעי' א' דלכתחילה יש דין קדימה אף במטלטלי ועיין שם בסמ"ע ואו"ת וביאור הגר"א זצ"ל.

וכיון דגבי הלנה עצמו מצינו דיש שם שעבוד גם במטלטלי לכן גם בהקדש קדושת דמים דלא מפקיע משעבוד ע"כ פיון דיכול לשאול על הקדשו והואיל אי בעי מיתשל דיינינו דלא פקע זכות הלנה מהם ומקרי זה כמו מינן' ומשתעבדי שפיר משא' גבי טירפא מיתומים ולקוחות פיון דאין שעבוד גמור במטלטלי ע"כ אינו טורף מהם.

והא דקידושין (דף כ"ט) דלא יהיה פח הדיוט חמור מהקדש שאני. וכ"ז אינו אלא בלא גמסרו להגיזבר דאלו במסרן לגזבר הא אינו בשאלה וכמש"כ בס"ר רנ"ה בש"ך ס"ק ו' וכמבואר ביו"ד סי' רנ"ח סעיף ו' וקצרת: נחזור לענינינו דבהפקר דכתב הרשב"א דבע"ח גובה ע"פ מטלטלי זה קשה בסברא.

והנלע"ד להסביר זה המבואר בכתובות (דף פ"ד) במשנה מי שמת והניח אשה ובע"ח ויורשין והיה לו פקדון ומלנה כו' הניח פירות תלושין כו' זכתה יותר כו' ר"ט א' ינתנו

לכּוּשֶׁל ר"ע א' יִנְתְּנוּ לַיּוֹרְשֵׁינָן שְׁכֻנָּה לְצָרִיכֵינוּ שְׁבוּעָה וְאֵין הַיּוֹרְשִׁים צ"ש וְעַיִן בְּתוֹס' פְּתוּבוֹת (דף צ"ב) ד"ה רְאוּבֵן שְׁמֹכֵר שְׂדֵה כו' בַּאֲה"ד שְׁפָתָיו דְּהִיכָא דְאַחֲרִים א"צ שְׁבוּעָה מוֹדָה ר"ע דִּינְתָן לְכּוּשֶׁל כו' וְהִיא ש' פְּתוּבוֹת פ"ט סי' ב' פְּתַב בְּשֵׁם הַיְרוּשָׁלַּמִּי דְאָף בְּפִטְרוֹם מְשֻׁבְּעָה ג"כ יִנְתָן לַיּוֹרְשִׁים דְּבַע"ח מְחֻסָּר גְּבוּבֵינָא וְכָל הִיכָא דַּאי בְּרִשׁוֹת דִּינְתָמִי אִיתְּנָהוּ וְכוּ נְקֻטוּ כָּל הַפּוֹסְקִים.

וְחִזְיָנָן דְּר"ט ס"ל דְּאָף בְּמִטְלָטְלִי דִּינְתָמִי מְצִינוּ דְּמִשְׁתַּעְבְּדִי כ"ז דְּלֹא הִגִּיעוּ לְרִשׁוֹת הַיּוֹרְשִׁים. [וְהִיר"נ פְּתוּבוֹת שָׁם פְּתַב דְּר"ט ס"ל כְּר"מ דְּמִטְלָטְלִי מִשְׁתַּעְבְּדִי לְכַתְּנָפָה.

וְנָהוּ סִיּוּעַ לְמִש"כ לְעֵיל דִּישׁ שְׁעָבוּד קֶצֶת גַּם עַל מִטְלָטְלִי דְּהָא שִׁיטַת הַתּוֹס' בְּכ"ד דְּאָף ר"מ דְּאָמַר מִטְלָטְלִי מִשְׁתַּעְבְּדִי אֵין זָה רַק בְּחִיּוֹ דְּלֹא עֲדִיף מִבַּע"ח וְדִלֹא כְּמִש"כ הִיר"נ גְּדָרִים (דף ס"ה). וְלִפ"ז מִן לְשׁוֹן הַגַּמ' בְּכ"ד דְּלִר"מ מִטְלָטְלִי מִשְׁתַּעְבְּדִי.

יֵשׁ לְסִיּוּעַ לְהַמְבַּאֵר בְּח"מ רִישׁ סִי' ק"ד דְּגַם בְּמִטְלָטְלִין יֵשׁ דִּין קְדִימָה מְשׁוּם דִּישׁ קֶצֶת שְׁעָבוּד גַּם בְּמִטְלָטְלִי וְכִמוֹ שְׁפָתָתִי לְעֵיל]. וְר"ע דְּפְלִיג טַעְמֵי דְּכָל הִיכָא דַּאי בְּרִשׁוֹת יִתְּמִי הוּא.

א"כ הִיכָא דְּלֹא שְׁיִיף פֶּן י"ל דְּמוֹדָה ר"ע לְר"ט דִּינְתָנוּ לְבַע"ח וְלְכַתְּנָפָה דְּאָף דְּהִיכָא דְּנִכְסוּ הַמִּטְלָטְלִי לְרִשׁוֹת אַחֲרָא לֹא מַגְבִּינָן מְשׁוּם דְּלִיכָא בְּהוּ שְׁעָבוּד גְּמוּר אָבֵל כ"ז דְּלֹא זָכָה בְּהוּ אַחֲרָא מִשְׁתַּעְבְּדִי אָף מִטְלָטְלִי לְבַע"ח.

אָף דְּבַתּוֹרַת פְּרִיעֵת בַּע"ח מְצָנָה לֹא שְׁיִיף בְּמַת הַלְוָה וְע"כ זָהוּ מְשׁוּם שְׁעָבוּד קֶצֶת. א"כ בְּגַר שְׁמַת דְּעַד דְּזָכָה בְּהֵם אַחֲרָא חָל שְׁעָבוּד הַבַּע"ח אָף עַל מִטְלָטְלִי וְלִכְּנָן אָף דְּבָא א' וְזָכָה בְּהוּ הָא קְדָמָה זְכוּת הַבַּע"ח.

וְאָף דְּגַם ר"ט גּוֹפֵא א' קְדָמוּ יוֹרְשִׁים וְזָכוּ זָכוּ בְּמָה שְׁפִינְדָם עכ"ז י"ל דְּזו"א אֵלֶּא בְּיוֹרְשִׁים לְפִי דְּזָכוּ בְּעֶצֶם הַנְּכָסִים מִיַּד שְׁמַת וְע"כ מוֹדָה בְּזָה ר"ט לְר"ע. אָבֵל בְּהַפְקָר דְּכ"ז דְּלֹא קָדָם וְזָכָה אֵין פֶּאן שָׁם בְּעָלִים עֲלִיָּהוּ בְּזָה אֵלְמוּהָ לְשְׁעָבוּד הַבַּע"ח אָף בְּמִטְלָטְלִי פֶּן יֵשׁ לְהַסְבִּיר לְדַבְּרֵי הַרְשָׁבָא דְּהוּבָא בְּב"י סִי' ער"ה: וְב"ה הָאִיר ד' עֵינֵי וּמְצָאֵתִי פֶּן בְּתוֹלְדוֹת אָדָם לְהַרְשָׁבָא א' סִי' רנ"ב שְׁפָתָה לְהַדִּי דִּינָא דְּבַע"ח גּוּבָה מִטְלָטְלִי דְּהַפְקָר וְעִיקָר יְסוּדוֹ הוּא עַל הַמְשָׁנָה פְּתוּבוֹת פ"ט הַנְּ"ל וְנ"ל בְּקֶצֶרָה דְּהִיכָא דְּבִנְבִזוּ נְכָסֵי לְאַח"מ כְּפָר חָל עֲלֵיהֶם שְׁעָבוּד דְּכַתְּנָפָה וְבַע"ח דְּהָא לֹא קָמִי בְּאַפְיָהוּ זְכוּת אַחֲרִים דְּבְּמִטְלָטְלִי דִּינְתָמִי גּוֹפִיָּהוּ אִם לֹא דִּירוּשָׁה מְמִילָא קָא הָוִיא וְעַם גְּמַר מִיְתָה קָמוּ לְהוּ נְכָסֵי בְּחִזְקַת יִתְּמִי הָיָה פְּתוּבַת אִשָּׁה וְבַע"ח גּוּבָה מִהֶן דְּתָנָן בְּפ' הַפּוֹתָב מִי שְׁמַת וְהַנִּיחַ אִשָּׁה וְבַע"ח כו' ר"ט אוֹמֵר כו' ר"ע אוֹמֵר כו' וְעַד פֶּאן לֹא פְּלִיג ר"ע אֵלֶּא שְׁהוּ יוֹרְשֵׁינָן וְזוֹכִין דְּבַר תּוֹרָה כְּדַאי בְּיְרוּשָׁלַּיִם הִגַּע עֲצָמָה שְׁפָטָרָה מְשֻׁבְּעָה וּמְשֻׁנֵי זוֹ תּוֹרָה וְזוֹ אֵינָה תּוֹרָה הָא לֹא הִכִּי מוֹדָה לְר"ט הַלְכָּה גְּבִי גַר שְׁמַת דְּבִשְׁעַת מִיְתָה לֹא הִיְתָה זְכוּת אַחֲרִים מְעַכְבֵּת ע"כ שְׁעָבוּד אִשָּׁה וְבַע"ח קָדָם וְקָמוּ נְכָסֵי בְּרִשׁוֹתֵיהוּ מְפִנֵי שְׁשְׁעָבוּדָן חָל עֲלֵיהֶם עַם גְּמַר מִיְתָה וְאֵע"פ שְׁקָדְמוּ אַחֲרֵים וּבִנְבִזוּ מוֹצִיאִין אוֹתוֹ מִיְתָה וְאֵע"פ שְׁאִין מוֹצִיאִין מִיַּד יוֹרְשִׁים שְׁקָדְמוּ וְזָכוּ אָף לְר"ט יוֹרְשִׁים שְׁאֵנִי דְּאֵלִים כְּחֹן שְׁהוּ יוֹרְשֵׁינָן דְּבַר תּוֹרָה כו' עכ"ל הַרְשָׁבָא.

וכן הוא בתשובות הרשב"א המינוחסות להרמב"ן סי' ס"ט ע"ש. ובמה שכתב הרשב"א דיוורשים זכו עם גמר מיתה עיין מזה בקצה"ח בסי' רנ"ב ס"ק א' ע"ש: ות"ל שפונדתי לראיות ויסוד הרשב"א בזה.

גם מצאתי בהרשב"א שם מה שהיה רגיל בפני להקשות על ראיות הרשב"א בזה מב"ק (דף מ"ט) משפוננו של גר ברשות ישראל ומת הגר ובא כו' והתזיק זה קנה נגד מעותיו כו' הרי דלא פקע שעבוד של הבע"ח אף במטלטלי.

וקשה דהא שאני משפונ דקני מדר' יצחק וגם סמכה דעתו על המשפון. וכעת מצאתי בעז"ה בגוף תשובת הרשב"א הנ"ל וראיתי דהרשב"א עצמו מדחה זה הרמב"ן מהך דב"ק וכתב דשאני משפונ דקני מדר' יצחק ואף משפונ בשעת הלואתו קנה אותו כדמוכח פ' השולח ופ"ק דקידושין עכ"ל הרשב"א.

ועיקר ראיות הרשב"א מהתוספתא דתני ובזוזו נכסיו דבע"ח וכתובה גובה מהם ובזוזי בזוזו מטלטלי ג"כ במשמע כמש"כ הרשב"א שם. ולפ"ז פן בהא דערבין (דף כ"ג) המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובה אשה ובע"ח כו' בלשון נכסיו דנקטו שם גם מטלטלין בכלל וזהו פדברי התוס' שם.

ואחר כותבי כ"ז ראיתי שנית בהדושי הרשב"א לב"ק (דף מ"ט ע"ב) ד"ה משפוננו של גר כו' דמתחלה הביא ראיה מזה להוכיח דבע"ח גובה ממטלטלי דהפקר ואחר זה כתב להסביר זה ע"פ המשנה דהכתוב בפלוגתת ר"ט ור"ע ובזה אף ר"ע מודה לר"ט כו' ע"ש.

והובא בשמ"ק לב"ק שם: ענף ו ואפשר לומר בעיקר הך מילתא דכתב הרשב"א ביסודו על המשנה דהכתוב דחזינו דכל זמן דלא זכה בהו אחר חל שעבוד הבע"ח וכתובה אף על מטלטלי. די"ל דזה גופא אינו אלא מדרבנן משום דמה"ת אין לחלק בזה דאף לשיטת הרשב"א דמה"ת אף מטלטלי משתעבדי מ"מ לאחר דראו חז"ל דלא סמכה דעתו על מטלטלי ומה"ט אמרו דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי ויהיה מאיזה טעם שיהיה פיון דאמרו דאין חל שעבוד על מטלטלי א"כ מ"ש בלא זכה אחר וכן לר"ט בהניח פירות תלושין.

[משא"כ ברישא שם דהיה לו מלנה ופקדון ביז אחרים י"ל דשא"ה משום שדר"ב כמש"כ הרי"ף שם]. וע"כ נ"ל דז"א רק מדרבנן דתקנו דכ"ז דלא זכה בהו אחר יחול שעבוד הבע"ח וכתובה גם על מטלטלי משום דמה"ת אין סברא לחלק פן.

[וכן ראיתי כעת שנית בחי' רשב"א סוף קידושין לאחר שכתב שם דמה"ת גם מטלטלי משתעבדי אלא משום דלאו עיקר אסמכתא אמטלטלי כו' הביא שם לדברי הירושלמי פ' הכותב גבי ההיא דר"ע כו' הגע עצמך שפטרונה מהשבועה ומשני זו תורה וזו אינה תורה.

מה"ט הוא משום דירדה תורה לסוף דעת של בריות ומסתמא לאו עיקר אסמכתא אמטלטלי כו' עכ"ל הרשב"א. הרי דגם הרשב"א ס"ל דאחר דראו דלא סמכה דעתו על מטלטלי דהוי כמו דאורייתא מה דמטלטלי לא משתעבדי.

ועפ"ז יש להעיר על דברי הקצה"ח בסי' ל"ט ס"ק א' ובסי' צ"ה ס"ק ג' וקצרתיו: ולפ"ז יש לחלק דשאני הך דמנחות ושקלים דלא גבינו לחוב קרבנות ממטלטלי דהפקר דכיון דעיקר חילוק זה אינו רק מדרבנן י"ל דלא תקנו פן אלא בחוב הלואה וכתובה משום נעילת דלת משא"כ בחוב קרבנות וכדמצינו בקידושיין (דף י"ג) בתוס' ד"ה א' ר"פ כו' לחלק דבקרבנות ופדיון הבן לא שנייה נעילת דלת כו'.

ולכן י"ל דדוקא בחוב הלואה וכתובה דאמרו בתוספתא. דגובה אף ממטלטלי דהפקר וכמש"כ הרשב"א בכוננת התוספתא פנ"ל.

דזהו משום דשנייה התם נעילת דלת ע"כ תקנו דגובין ממטלטלי פיון דכ"ז דלא זכה בהו אחר חל שעבוד בע"ח וכתובה ע"כ ממילא אף בעבר א' וזכה ג"כ מוציאין ממנו משא"כ בהך דמנחות ושקלים בחוב קרבנות ונסכים דלא שנייה בי' נעילת דלת לא תקנו חז"ל פן ומוקמינו על דין תורה דכיון דלא סמכה דעתה על מטלטלי וכמש"כ הרשב"א עצמו בסוף קידושיין פנ"ל א"כ מ"ש מטלטלי דהפקר דמה"ת אין לחלק בזה.

ולכן אין אנו צריכים לדחוקי ולאוקמי דמייירי שם בלא הניח מטלטלי וכמש"כ לעיל. דזהו דחוק ובפרט דמדברי התוס' שם משמע דאין לפרש פן.

וגם דמדברי התוס' יו"ט שם דמשל יורשים משמע דמייירי בירשו. א"כ מוכח דאף דהניח נכסים ג"כ לא גבי מינייהו דהפקר.

וכן פשוט המשנה דתנן בגר שמת אם יש לו נסכים קרב משלו ואם לאו מציבור. משמע פשוט הלשון דאם לא הניח נסכים מן יורשים בחייו וכפ' התוס' שם דאף דהניח מטלטלי ג"כ אינו גובה מהזוכה.

ונדחה מה דרציתי לומר לעיל דמייירי שם בלא הניח מטלטלי ולפי שיטת הרשב"א. דז"א דע"כ מייירי בהניח מטלטלי ולכן בירשים לא הוצרכו לתקן דיביא נסכים מציבור.

פיון דאיכא מצוה על היורשים בנדאי יביאו משום מצות פיבוד. וגם הא לא אמרו שם לשון משלמין בפירוש רק מן דיוק דייקינו דירשים יביאו.

ע"כ בפשיטות י"ל דז"א אלא למצוה ובפרט דגם בלשון משלם מצינו בב"מ (דף צ"א) דזהו רק לצי"ש וכן בב"ק (דף צ"ד) דמחזירין הוא לצי"ש רק בנכסי הגר לאח"מ צריכי לתקוני פיון דליכא שעבוד נכסי כלל על מטלטלי ובחוב בזה לא תקנו חז"ל פיון דליכא בי' נעילת דלת פנ"ל ע"כ תקנו דיביאו משל ציבור.

אבל בירשים יביאו למצוה אף דאנו ס"ל לדינא דבהניח מטלטלי אין כופין להיורשים ודלא כשי' הרשב"א דהובא בהר"נ פ' מי שהי' נשוי: ונתבאר דמוכח עכ"פ מהך דמנחות ושקלים דבחוב נסכים וכן בחוב קרבנות דכיון דלא שנייה בי' נעילת דלת דחוב בזה אין גובה מהפקר ממטלטלי ובזה מודה הרשב"א דלא גבינו מן מטלטלי דהפקר.

ולפ"ז יפה פתב הקצה"ח בשם הרשב"א דס"ל דגובין ממטלטלי דהפקר לבע"ח ודלא כמש"כ לעיל להקשות על הקצה"ח והרשב"א מהך דמנחות דיש ליישב קושניתי פנ"ל: עוד נלע"ד לדון דיש מקום מטעם אחר לגבות ממטלטלי דזוכה מהפקר והוא דאף דהסברא הפשוטה הוא דמצד טריפת משעבדי אין פח וזכות להבע"ח לטרון מזוכה

בְּהִפְקֵר כִּינּוּן דְּכַבֵּר זָכָה בּוֹ אַחַר עַכ"ז י"ל דְּמַחְנִיב הַזּוֹכָה לְשֵׁלֶם לְהַבַּע"ח מִצַּד מְזִיק שְׁעֵבֹדוֹ דְּחֵיב כַּמְבֹאֵר בַּח"מ ס"י שִׁפ"ו שִׁפ"ה ס"ק י"ב דְּהֵיכָא דְּבַחְבְּרִי קַעְבִּיד גַּם הֶרְאָב"ד מוֹדָה וּכ"כ הַתְּנַמִּים בְּסִי' ק"ז ס"ק ח' דְּהֵיכָא דְּלֹאוּ בְּדִידִין עֵבִיד חֵיב מְשׁוּם מְזִיק שְׁעֵבֹדוֹ.

וּלפ"ז י"ל בְּכָל זּוֹכָה בְּנִכְסֵי הַגֵּר לְאַח"מ דְּאַף דְּנִימָא דְּאִין פָּח לְהַבַּע"ח לְגַבּוֹת מְמַנּוּ מִצַּד טְרִיפַת מְשַׁעְבְּדֵי כְּמוֹ מְלִנְה ע"פ. וְאַף מְלִנְה בְּשִׁטְר מְמַטְלְטְלֵי דְּאִין טוֹרְפִין בְּכַה"ג מְאַחְרִים שְׁזָכוּ בְּהֵם.

עַכ"ז יֵשׁ לְדוֹן דְּחֵיב הַזּוֹכָה לְשֵׁלֶם מְשׁוּם מְזִיק שְׁעֵבֹדוֹ שֶׁל חֲבִירוֹ דְּהָא מְקוֹדֵם דְּזָכָה בְּהוּ הִי שְׁעֵבֹד הַבַּע"ח אֵף עַל מְטַלְטְלֵי וְלְאַח"מ וּכְמַש"כ הֶרְשֵׁב"א בְּתוֹלְדוֹת אָדָם וּבְתַשׁוּבוֹת הַמִּינְחָסוֹת לְהַרְמַב"ן פּנ"ל וּכְפִי שְׁהוֹכִיחוּ פֶּן מְמַשְׁנֶה דְּהַכּוֹתֵב הַגָּל.

ע"כ אֵף דְּמִצַּד טְרִיפָא מְאַחַר דְּזָכָה בִּי אִין לְגַבּוֹת לְמְלִנְה ע"פ רַק לְמְלִנְה בְּשִׁטְר וּמִן קַרְקַע כִּידוּעַ. עַכ"ז חֵיב מְשׁוּם דְּבַעַת דְּזָכָה בְּהוּ הַזּוֹכָה הַזִּיק אֶת זְכוֹת שְׁעֵבֹד שֶׁל הַבַּע"ח וְחֵיב מְשׁוּם מְזִיק שְׁעֵבֹדוֹ.

וְהָא דְּאִין גּוֹבִין לְכָל מְלִנְה בַּע"פ מְלִקוּחוֹת מְשׁוּם מְזִיק שְׁעֵבֹדוֹ זוּלַת דִּי"ל הַטַּעַם דְּשִׁאֲנֵי הֵיכָא דְּהֵנִי פְּסִידָא דְּלְקוּחוֹת. אֵף עוֹד י"ל בְּזָנָה ע"פ תְּשׁוּבַת הַרְמַב"ן ס"י ג' וְהוּבָא בַּמִּל"מ פ' י"ח ה' מְלִנְה דִּין ה' שְׁפַתְבּ בְּלִנְה דְּשִׁיעֵבַד מְטַלְטְלֵי אַג"ק וּמְכַר הַלִּנְה הַמְטַלְטְלֵי וְאַכְלוּ הַלּוֹקֵחַ אִין הַלּוֹקֵחַ חֵיב מְשׁוּם מְזִיק שְׁעֵבֹדוֹ דְּהָא הוּא לֹא הַזִּיק רַק הַמוֹכֵר שְׁמַכְרֵן לְלוֹקֵחַ וּמוֹכַח פֶּן מְהָא דְּעֵשָׂה שׁוֹרוֹ אַפּוֹתִיקֵי וּמְכָרֵן דְּאִין הַבַּע"ח גּוֹבָה מְמַנּוּ מִדִּין מְזִיק שְׁעֵבֹדוֹ כּו' עַכ"ל.

הֲרֵי דְּמְבֹאֵר בְּהַרְמַב"ן דְּהַלּוֹקֵחַ לֹא מְקַרֵי מְזִיק שְׁעֵבֹדוֹ מְשׁוּם דְּהַלִּנְה דְּמְכַר הוּא קַעְבֵּד הַמְעַשָּׂה וְלֹא הַלּוֹקֵחַ. וּבְפֶרֶט לְהַסּוֹבְרִין דְּבִישׁ דַּעַת אַחֲרַת מְקַנְהָ לֹא בְּעֵי פְּנוּנַת קַנְיִין וּכְמַש"כ גְּמֻקֵי יוֹסֵף בַּב"ב (דָּף מ"א) בְּשֵׁם הֶרְאָב"ד וּכ"כ הֶרְשֵׁב"א בַּח"י לְגִיטִין (דָּף כ').

א"כ אִין הַלּוֹקֵחַ קַעְבֵּד כָּלָל כִּינּוּן דְּאַף בְּלֹא פְּנוּנַתוֹ חַל הַקְּנִין שֶׁל הַמוֹכֵר וְהֵנִי כְּעֵין יְרוּשָׁה הֵבָא מְאִילֵיו וְיִהְיֵ מְאִינָה טַעַם שְׁיִהְיֵ. וּמְשַׁמַּע לְהַדְיָא דְּלוּלֵי פֶּן הִי גּוֹבָה מְשׁוֹר אַפּוֹתִיקֵי אֵף דַּל"ל קְלָא וְאִין בְּכַה"ג טְרִיפַת מְשַׁעְבְּדֵי דַּמ"מ הִי חֵיב מְשׁוּם מְזִיק שְׁעֵבֹדוֹ: וְחֵזִינֵן בְּדַבְּרֵי הַרְמַב"ן דַּס"ל דְּאִין לְחֵיב לְהַלּוֹקֵחַ מְשׁוּם מְזִיק שְׁעֵבֹדוֹ מְשׁוּם דְּזַכְיִיתוּ בָּא ע"י הַמוֹכֵר א"כ מְמִילָא זּוֹכָה מְהַפְקֵר דְּאִיהוּ קַעְבֵּד כְּלוֹ ע"כ הַזּוֹכָה הֵנִי מְזִיק שְׁעֵבֹדוֹ דְּחֵיב מְשׁוּם טַעַם זֶה.

וְע"כ יֵשׁ לְתַרְץ מַה דְּהַקְּשִׁיתִי עַל שִׁטַּת הַט"ז וְהַקְּצָה"ח דַּס"ל דְּאַף מְלִנְה בַּע"פ גְּבִי מְהַפְקֵר וְגַם מְמַטְלְטְלֵי. מַהֲדָּ דְּמִנְחָוֹת וּשְׁקָלִים דְּאַמְאֵי אִינוּ גּוֹבָה הַנְּסָכִים מִהַזּוֹכָה.

דְּלִפִּי מַש"כ א"ש דְּעֵיקֵר הַחֵיב בְּזָנָה הוּא מְשׁוּם מְזִיק שְׁעֵבֹדוֹ וְלֹא מְשׁוּם טְרִיפַת מְשַׁעְבְּדֵי ע"כ יֵשׁ לְתַרְץ זֶה ע"פ דְּבַרֵי הַתּוֹס' בַּב"מ (דָּף צ"ט ע"ב) ד"ה פֶּרֶט לְמִזִּיק כּו' דְּאַף הַקְּרָן פְּטוֹר לְשֵׁלֶם בְּמִזִּיק הַקְּדָשׁ רַק מְדַרְבְּנֵן חֵיב לְשֵׁלֶם וּכ"כ הַתּוֹס' בְּגִיטִין (דָּף מ"ט) וְעֵינֵן בְּתוֹס' מְעִילָה (דָּף י"ט) וּב"ק (דָּף ז').

א"כ י"ל פִּינּוֹן דְּמַה"ת מִיִּפְטָר מִזִּיק הַקְּדָשׁ ע"כ הֵתָם בְּחֹב נְסָכִים דְּהוּא שְׁל הַקְּדָשׁ לֹא שִׁינָה לְחַיִּיב לְהַזְכָּה מִשׁוּם מִזִּיק שְׁעֵבֻדוֹ דְּהָא מִזִּיק הַקְּדָשׁ פְּטוּר. וְאַף דְּמִדְּרַבְּנָן חַיִּיב מִזִּיק הַקְּדָשׁ י"ל דו"א אֵלָא מִזִּיק מִמָּשׁ אַבְל בְּמִזִּיק שְׁעֵבֻדוֹ דְּאַף דְּחַיִּיב י"ל דְּאִין זֶה אֵלָא מִדְּרַבְּנָן.

והמ"מ לְהַרְמַב"ם ה' חוֹבֵל וּמִזִּיק פ"ז ה' י"א פָּתַח בְּשֵׁם הַרְמַב"ן וּש"פ דְּכָתְבוּ דְלָכֵן חַיִּיב מִזִּיק שְׁעֵבֻדוֹ דְּכִינּוֹן דְּדִינֵינּוּ דִּינָא דְגָרְמִי ה"ה דְּמִזִּיק שְׁעֵבֻדוֹ חַיִּיב וּכ"כ הֵבִית יוֹסֵף לַח"מ רִישׁ ס' ק"ד בְּשֵׁם רֵאשׁוּנִים וּכ"כ הַב"ש בַּאֲה"ע ס' צ"ג ס"ק ל"ט וְכֵן הוּא בַח"מ ס' ק"ד סְעִיף א'.

ע"כ י"ל דְּכִמּוֹ דְּד"ג הוּא מִדְּרַבְּנָן לְשִׁיטַת כ"פ דַּה"ה מִזִּיק שְׁעֵבֻדוֹ וְאַף דְּהַתּוֹס' בְּגִיטִין (דָּף מ"א ע"א) פָּתְבוּ דְּאַף לְמֵאן דְּפְטָר דְּד"ג מ"מ מְחַיִּיב מִזִּיק שְׁעֵבֻדוֹ עכ"ז י"ל דְּאִינוּ רַק מִדְּרַבְּנָן. וְלָכֵן בַּכַּה"ג אֶפְשָׁר דְּמִיִּפְטָר בְּהַקְּדָשׁ פִּינּוֹן דְּאַף מִזִּיק גְּמוּר בְּהַקְּדָשׁ אִינוּ חַיִּיב אֵלָא מִדְּרַבְּנָן ע"כ בַּכַּה"ג לֹא תִקְנוּ לְחַיִּיב בְּהַקְּדָשׁ דַּה"ל פְּעִין תִּקְנֵתָא לְתַקְנֵתָא.

לְכֵן הִנְצָרְכוּ לְתַקְנוּ בְּגַר שְׁמַת דְּיָבִיאוּ נְסָכֵי מִשְׁלַ צִיבּוּר. וְאַף דַּר"ש ס"ל גּוֹרֵם לְמִמּוֹן פְּמִמּוֹן דְּמִי וּר"ש אָמַר הֵתָם בְּשִׁקְלִים וּמִנְחֹת לְהַדְּ דְּגַר שְׁמַת כו' עכ"ז י"ל דְּשִׁאנֵי דְּד"ג כַּמְש"כ הַתּוֹס' בַּב"ק (דָּף ע"א ע"ב) וּבַש"ף ח"מ ס' שפ"ו וּבְרַמְב"ן בַּד"ג שְׁלוֹ.

וְעִינּוּ בְּאַבְנֵי מְלוּאִים ס' כ"ח ס"ק ס"א דְּהֵבִיא שָׁם לְהַפּוֹסְקִים דַּס"ל דַּר"ש לֹא דְּאִין דְּד"ג: אֲכֹן מְצִינוּ בְּגִיטִין (דָּף נ"ג) דְּהַפְּהִינּוּ שְׁפִיגְלוּ בְּמַקְדָּשׁ מִזִּידִין חַיִּיבִין אֵף דְּהִיזְק שְׁאִינוּ נִיפָר רַק מִדְּרַבְּנָן חַיִּיב אַפ"ה תִּקְנוּ לְשַׁלֵּם אֵף בְּהַקְּדָשׁ אֵף דְּמִזִּיק הַקְּדָשׁ פְּטוּר מַה"ת.

אֵף בְּאַמַּת אִין שׁוּם סְתִירָה לַנ"ד וּכְמוֹ שְׁפָתַח הַפְּנֵי יְהוֹשֻׁעַ לְגִיטִין (דָּף נ"ג) בַּגַּמ' ד"ה תָּנּוּ הַפְּהִינּוּ שְׁפִיגְלוּ כו' דְּאַף דְּמִזִּיק הַקְּדָשׁ פְּטוּר הִינּוּ עַל מַה שְׁהִזִּיק לְהַקְּדָשׁ אַבְל מַה שְׁגָרַם הִיזְק לְבַעֲלִים שְׁצָרִיכִים לְהֵבִיא קָרְבָן אַחַר לֹא מְמַעְטִינּוּ מִרְעָהוּ וְלִזְהָ נִתְפָּנִין רַש"י בְּשִׁמְעֵתִין בַּד"ה חַיִּיבִין לְשַׁלֵּם דְּמִיָּהֶם לְבַעֲלִים שְׁהָרִי צָרִיכִין לְהֵבִיא אַחֲרֵיהֶם עכ"ל רַש"י וְהִינּוּ כְּדַפְּרֵישִׁית כו' עכ"ל הַפ"י.

ע"כ לַפ"ז שְׁפִיר פְּתַבְתִּי הַטַּעַם דְּאִין לְחַיִּיב לְהַזְכָּה בְּנִכְסֵי הַפְּקָר לְגִבּוֹת מִמֶּנּוּ חוֹב נְסָכִים מְצַד מִזִּיק שְׁעֵבֻדוֹ פִּינּוֹן דְּהוּי הַחֹב לְהַקְּדָשׁ ע"כ אִין לְחַיִּיב בַּכַּה"ג מִשׁוּם דְּהוּי פְּעִין תִּקְנֵתָא לְתַקְנֵתָא.

וּכ"ז בְּמִזִּיק הַקְּדָשׁ דְּפְטוּר מַה"ת. אַבְל בְּחֹב הַדְּיוּט שְׁפִיר י"ל דְּאַף דְּתִקְנוּ דְּחֹב בַּע"פ אִינוּ גּוֹבָה מְלוּקָח וּמִקְבֵּל מִתְּנָה וְכֵן מְטַלְטְלֵי אֵף מְלָנָה בְּשִׁטָּר אִינוּ גּוֹבָה אִם נִכְנָסִין לְרִשּׁוֹת אַחַר.

מ"מ בְּזוֹכָה מְהַפְּקָר יֵשׁ מְקוּם לְחַיִּיבוּ מִשׁוּם מִזִּיק שְׁעֵבֻדוֹ דְּהָא קְוָדִם דְּזָכָה בּוּ הִי לְמַלְנָה שְׁעֵבֻד ע"ז ע"כ י"ל דְּלֹא פְּטָרוּהוּ מִשׁוּם חַיִּיב מִזִּיק דִּישׁ עָלָיו. רַק בְּלוּקָח וּמִקְבֵּל מִתְּנָה דְּלֹא הוּי חַיִּיב עָלָיו מִשׁוּם מִזִּיק שְׁעֵבֻדוֹ וּכְמַש"כ הַרְמַב"ן פַּנ"ל.

בְּזֶה תִּקְנֶה דָּאִין גּוֹבִין מְמַנּוּ אַף לְמַ"ד דְּש"ד אַבְל לְאַבְזוּכָה מְהַפְקֵר. וְע"כ עֲדִינן יֵשׁ מְקוּם לְדוֹן דְּגַם מְמַטְלֵטְלֵי דְהַפְקֵר יְהִי גּוֹבִין לְמַלְנָה וּכְתוּבָה וְאִין סְתִירָה לְזֶה מְהֵרָה דְמַנְחוֹת וּשְׁקָלִים דִּי"ל כְּנ"ל.

וְאַף שְׁזֵהוּ דְבַר חֲדָשׁ וְאִין בְּמִשְׁמַע פֶּן בְּדַבְרֵי הַרְשָׁב"א עַכ"ז י"ל פֶּן מְעַצְמִינוּ וְגַם אֶפְשָׁר לְכוּנֵן פֶּן בְּדַבְרֵי הַרְשָׁב"א. וְעֵינן בְּסַפְרֵי נַחַל יִצְחָק סִי' ל"ט בְּקוּנְטֵרַס א' בִּש"ד עֲנָף ו' ז' ח' שְׁהַאֲרַכְתִּי שָׁם בְּזֶה בְּהַסְפֵּר נָכוֹן בְּעוֹז"ה: עֲנָף ז' וּבב"ב (דָּף נ"ד ע"ב) נִכְסֵי כו' פֶּל הַמְחַזֵּיק בְּהֵן כו' רְשָׁב"ם ד"ה הָרִי הֵן פְּמִדְבַּר הַפְקֵר כו' וְיֵשׁ מְפָרְשִׁים דְּמַעוֹת יַחְזוֹר לְלוֹקַח רֵאשׁוֹן וְלִי אִין נִרְאָה דֵּא"כ מֵאִי ה"ה פְּמִדְבַּר כו' וְאִם יָכוֹל לוֹקַח רֵאשׁוֹן לְדוֹן וְלֵהוֹצִיא מְמַנּוּ מַעוֹתָיו יַעֲשֶׂה כו'.

וּמוֹכַח מְהַרְשָׁב"ם דִּס"ל דְּמַלְנָה בְּע"פ אֵינוּ גּוֹבָה מְהַפְקֵר דֵּאל"כ קָשָׁה פִּינּוֹן דְּהַרְשָׁב"ם ס"ל דְּיָכוֹל לוֹקַח א' לְדוֹן וְלֵהוֹצִיא מְמַנּוּ מַעוֹתָיו וּכְמַש"כ הַגְּהוֹת אֶשְׁרֵי שָׁם לְהַסְבִּיר זֶה מְשׁוּם דְּאֵנן סְהִדֵי שְׁלֵא נָתַן מַעוֹת אֶלָּא ע"מ שְׁתַּשְׁאֵר הַקְרָקַע בְּיָדוֹ כו' חֲזִיב לְהַחְזִיר הַמַּעוֹת וְאִם הַזֹּכֶה יָכוֹל לְשַׁמֵּט כו' יִשְׁמַט כו' עַכ"ל הַג"א.

וְכִינּוֹן דִּס"ל דְּהָיִי חוֹב גָּמוֹר ע"פ דִּין עַל הַמוֹכֵר לְהַחְזִיר הַמַּעוֹת שְׁקִיבֵל מְמַנּוּ א"כ מְמִילָא יְהִי יָכוֹל הַלוֹקַח לְגַבּוֹת מְהַזְכָּה דְּאַף דְּהָיִי הַפְקֵר דְּמַכִּי מְטִי זְוִי לִידְנִי אִיִּסְתַּלַּק לִי מ"מ הָא אַף מְלָנָה ע"פ גּוֹבָה מְהַפְקֵר.

וּמוֹכַח מְשִׁיטַת הַרְשָׁב"ם דִּס"ל דְּמַלְנָה ע"פ אֵינוּ גּוֹבָה מְהַפְקֵר. וְהֵרָא"ש שָׁם פ"ג סִי' ס"ה הִבִּיא שְׁיטַת הַרְשָׁב"ם וְלִמַּש"כ ר"ח דְּהַמְחַזֵּיק מְשַׁלֵּם דְּמִים לְלוֹקַח מְשׁוּם דֵּה"ל פְּמִשְׁפָּנְתָא וְכְמוֹ הֵרָא דב"ק (דָּף מ"ט) מְשַׁכּוֹנוּ שְׁל גֵר כו' וְהֵרָא"ש דְּחִי רֵאִי' זֶה דְּהַתָּם בָּא מְשַׁכּוֹנוּ לְיָדוֹ בְּתוֹרַת מְשַׁכּוֹנָא אַבְל הָכָא פִּינּוֹן דְּלֵא קָנָה מְשַׁכּוֹנָא נְמִי לֵא הָיִי וְהַכְרִיעַ פְּהַרְשָׁב"ם כו' עַכ"ל.

גַּם יֵשׁ לְחַלְקֵי דְשְׁאֲנֵי מְשַׁכּוֹן מְטַלְטְלֵי וּכְמַש"כ הַתּוֹס' בב"מ (דָּף ס"ז ע"ב) ד"ה וּשְׁבִיעִית מְשַׁמְטָתָה דְשְׁאֲנֵי מְטַלְטְלִין דְּקִנְיֵי מִדְר' יִצְחָק מִשְׁא"כ קְרָקַע ע"ש. וְעֵינן בְּכַתְּבוֹת (דָּף נ"ט) ד"ה שְׁדָה זֶה שְׁמִשְׁפָּנְתִי לָהּ כו' וְקִצְרִיתִי.

הָרִי דְּגַם הַר"ח דִּס"ל דְּהַמְחַזֵּיק מְשַׁלֵּם דְּמִים לְלוֹקַח טַעְמוֹ מְשׁוּם דִּס"ל דֵּה"ל כְּמוֹ מְשַׁכּוֹנָא אַבְל אִם לֵא ה"ל כְּעֵין מְשַׁכּוֹנָא לֵא הִי גּוֹבָה מְהַמְחַזֵּיק הָרִי דְּמוֹכַח ג"כ דִּס"ל דֵּאִין מְלָנָה ע"פ גּוֹבָה מְהַפְקֵר. וּבְאֵמַת לְשִׁיטַת הָרֵא"ש דְּהַעֲלָה שָׁם דְּלֵא פְּהַרְשָׁב"ם דְּכַתְּבֵי דְיָכוֹל הַלוֹקַח לְדוֹן עִם הַמוֹכֵר לְהוֹצִיא מְמַנּוּ הַמַּעוֹת מְשׁוּם דִּס"ל לְהָרֵא"ש דְּכִינּוֹן דְּקִנְיֵי כו' שׁוֹב אִין חֲזִיב לְהַעֲמִיד מְקַחוּ בְּיָדוֹ כו'.

א"כ בְּלֵא"ה יֵשׁ לְחַלְקֵי דְשְׁאֲנֵי מְשַׁכּוֹנוּ שְׁל גֵר דב"ק שָׁם דֵּהִי לוֹ חוֹב גָּמוֹר עַל כו' מִשְׁא"כ הָכָא דֵּאִין לוֹ חוֹב פְּלִל עַל הַמוֹכֵר. רַק דְּכַתְּבֵי פֶּן אַף לְשִׁי הַרְשָׁב"ם דִּס"ל דְּיָכוֹל לְתַבְּנֹעַ לְהַמוֹכֵר דִּמ"מ פִּינּוֹן דֵּאִין זֶה מְשַׁכּוֹנָא ע"כ אֵינוּ גּוֹבָה.

וְעוֹד יֵשׁ לְדוֹן בְּזֶה. עַכ"פ מוֹכַח דִּס"ל לְהַרְשָׁב"ם וְהַר"ח וְהֵרָא"ש דֵּאִין מְלָנָה ע"פ גּוֹבָה מְהַפְקֵר: וְאֶפְשָׁר לוֹמַר דְּשֵׁא"ה לְפִי הַמְּבַאֵר בְּסִי' קִי"א סְעִיף י"ג בְּרַמ"א דְּאִם לֵא יוֹכַל לְגַבּוֹת כו' הָיִי פְּנַתְקַלְקְלוּ בְּיָדוֹ וְטוֹרַף מְשַׁעֲבָדֵי וְכַתְּבֵי הַאו"ת שָׁם ס"ק ז' בְּשֵׁם הַג"ת וְהַכְּה"ג דְּהַרְשָׁב"א פְּלִיג עַל דִּין זֶה כו' ע"ש.

א"כ לדברי הג"ת והכה"ג לפי שיטת הרשב"א דהיכא דאינו יכול לגבות מהלנה בדיניהם דיכול הלוקח לומר הנחתי לה מקום לגבות ממנו ואינו גובה מן משעבדי אף במלנה בפטר. ע"כ י"ל דאין ראי' מהתם לענין מלנה ע"פ מהפקר די"ל דאף דנימא דמלנה ע"פ גובה מהפקר עכ"ז י"ל דהיכא דיכול לומר הנחתי לה מקום לגבות שאני והתם הטעם דאין גובין מן המחזיק משום דיכול לומר הנחתי לה מקום לגבות.

אף לפי המבואר בח"מ סי' קי"א סעיף י"ג בשם תשובת הרא"ש דבונדאי לא ס"ל פן ע"כ קשה לומר פן בכוננת הרא"ש דב"ב הג"ל. ומוכח דס"ל דמלנה ע"פ אינו גובה מהפקר אף היכא דלא שניף לומר הנחתי לה מקום: ולדינא אף שפתיתי לתרץ לשיטת הט"ז דס"ל דאף מלנה בע"פ גובה מהפקר ולדברי הקצה"ח בשם הרשב"א דאף ממטלטלי דהפקר גובה מ"מ קשה להוציא מהמחזיק ובפרט דמלשון הטושו"ע סוף סי' ער"ה מורה פשיטת הסמ"ע דמלנה בע"פ אינו גובה מהפקר וכמש"כ לעיל בארנפ"ה: ואחר פותבי כ"ז ראייתי במחנה אפרים ה' זכני' מהפקר סי' ה' שהביא לדברי הרא"ש בב"ב (דף נ"ד) הג"ל אף שקיצר בזה.

ושם בסוף פתב דאף לפי תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבד לבע"ח לא אמרו פן אלא ביורשים שמפח מורישם הם באים אבל זוכים מהפקר לא מפח הפעלים הם זוכים כו'. ויותר ה"ל לומר לפי דברי הריב"ש בס"י שצ"ב דעיקר התקנה זו הי' לפי דמצנה על היורשים כו' א"כ בזוכה מהפקר הא לא שניף ה"ט.

ואולי לזה נתפנין המח"א בדבריו הללו. ובאמת לפי הטעם השני שכתב הריב"ש שם דעתה סומך הלנה על מטלטלי כמו על קרקעות וכמו הך דכתובות דגמלים דערבאי וארנפי דמחוזא כו'.

וכן הוא בקה"ש לכתובות והובא בש"ף ח"מ סי' ק"ז ס"ק ב'. ובקרא"ש לב"ק פ"ק סי' י"ט והובא בב"ש לאה"ע סי' ק' ס"ק ב'.

ועיין באו"ת סי' ק"ז ס"ק ד' והדברים ארנפיין. א"כ לפי טעם זה אם נימא דהפקר אינו כמשעבדי הי' הדין נותן לגבות גם ממטלטלי דהפקר.

ועיקר מילתא דנא תלוי בהשני טעמים הללו ואין להוציא מהמחזיק. אף עיקר הדבר אם הפקר כמשעבדי או לא זה הוי ספיקא דדינא וגם ממקרקעי דהפקר אין להוציא למלנה בע"פ פנ"ל וראיתי בהגהות ר"ע איגר פאן שכתב בזה"ל המפקיר נכסיו וקדם אחר וזכה בהם פל מלנה שנגבה מלקוחות נגבה גם מזה כמבואר לקמן סי' ער"ה סעי' ל"א עכ"ל.

משמע דס"ל ג"כ דנקא חוב דנגבה מלקוחות נגבה מהפקר א"כ חוב בע"פ דאינו נגבה מלקוחות ס"ל לדינא דאינו נגבה מהפקר אף לא תירץ להוכחות הקצה"ח מהתם דנקטו שם גם פל מלנה דנגבית מיורשים כו'.

אכן לפי מש"כ לעיל אתי שפיר בעז"ה. דאין מקום להוכחות הקצה"ח הג"ל.

ואדרבה משמע מהתם דמלנה בע"פ פנין דאינו גובה מלקוחות דה"ה אינו גובה מהפקר. וגם פשטות הסוגיא דמנחות ושקלים כפי שכתבו התוס' שם דאף מקרקעי דהפקר אין גובין למלנה בע"פ.

ומוכח מזה דלא פסוגיות הש"ס בבכורות (דף נ"א) דאמרו שם דיורשין חייבין בעולות ראי'. ואפשר דזהו טעמא דחד מ"ד בבכורות שם דיליף ערה ערה מערכין וחד מ"ד יליף ריקם ריקם מעולת ראי'.

די"ל דלכן לא רצה למילף אידה מ"ד מן עולת ראין'. משום די"ל דס"ל פהה סוגיא דערכין וסוגיא דתגיגה דמוכח דס"ל דליכא בזה שעבוד נכסי ואינו מחנניבים היורשים להביא.

וסמך הרמב"ם על הנה שני סוגיות הללו: וטעמא דהה מילתא יש להסביר ע"פ מה דקיי"ל בעבר הרגל ולא חג אינו חייב באחריות כמבואר בתגיגה (דף ט'). והנה גבי רבית אמרו דליכא שום שעבוד נכסי ברבית ולמדו זה מהא דיורשין חייבין להחזיר הרבית כדאמרו ביו"ד סי' קס"א.

דמוכח מזה דליכא שעבוד נכסי ברבית דאם הנה שעבוד נכסי ברבית א"כ במה פקע אחר מיתתו זכות שעבוד נכסי דשעבוד נכסי להיכן הלה. וכמו כן י"ל פהה דעולת ראיה דנלמד מפסוק דעבר הרגל אינו חייב באחריות.

והא זה ברור דאם הפריש עולת ראיה ולא נקרב ברגל דעבר על בל תאחר כמבואר בר"ה (דף ה' ע"ב) בתוס' ד"ה אלו חטאות ואשמות כו' דהא דאמרו בתגיגה דעבר הרגל אינו חייב באחריות מייירי בלא הפריש אבל בהפריש קאי עליו ככל תאחר משום דכמאי פקע זכות הקדש אף לא יצא ידי חובתו במה שמביא לאחר הרגל.

וה"ה היכא דלא הפריש הנה ראוי להיות דאף בעבר הרגל דאינו יוצא ידי חובתו במה שמביא לאחר הרגל. עכ"ז לא פקע שעבוד נכסי שהנה להקדש וכמאי פקע זכות ההקדש לומר דאחר הרגל אינו חייב באחריות.

וע"כ מוכח מזה דליכא שעבוד נכסי בעולת ראיה ולכן אחר הרגל אינו חייב באחריות: ועוד יש לדון ולהסביר דאף דש"ד עכ"ז גבי עולת ראי' הטעם הוא דבלא הפריש אינם חייבים היורשים להביא משום דהא בירושלמי תגיגה פ"א סוף ה"א אמרו בהפריש תגיגתו ומת היורשים מהו שייבאו אותה ר' אילא א' יראה יראה הראוי לבוא מביא ושאינו ראוי לבוא אינו מביא כו' דר' יוחנן ור' יונתן אמרין כל בכור בניה תפדה אפי' לאח"מ כו'.

הרי דמצינו לחד מ"ד דס"ל למדרש מקראי דלאח"מ אינו חייבים היורשים אף בהפריש. ואף דקיי"ל לדינא בהפריש דחייבים היורשים עכ"ז בלא הפריש נקטינו לדינא משום הך דרשא דגם אי ש"ד דמ"מ אינו חייבים היורשים.

כן יש לומר בטעם דהנה שני סוגיות דערכין ותגיגה. ולכאורה יש צדיין להעיר דאמאי לא אמרו שם דהכל חייבים בראין' לאתויי יורש ובהפריש.

ואשמענו דלא נימא כסברת המ"ד דיליף בירושלמי דאף בהפריש אינם חייבים היורשים מהה לפותא. ואפשר לומר דלש"ס דילן הנה פשיטא זה וע"כ לא ניתא להו לומר דמייירי בהפריש דגם זה הנה פשוט להם ולא הוי רבותא פלל בזה.

ועיין בתוס' גיטין (דף ע"ב ע"ב) ד"ה אמר רב הונא גיטו כו'. ויש לחלק וקצאתי.

וַיֵּשׁ לְהֶאָרִיךְ עוֹד בַּכ"ז וְעַתָּה לְקַצֵּר: וְנִתְפָּאֵר בְּעוֹ"ה דְּשִׁיטַת הָרַמְבַּ"ם הוּא דְּבָחוּב לְהַקְדִּישׁ
זוֹד אֵין לְחִלְקָא בֵּין קַרְקַע לְמַטְלָטְלִי וְדִלְא פְּתוּס' פְּתוּבוֹת (דָּף צ' ע"א) ד"ה ש"מ בע"ה
כו'. וְכֵן מוֹרָה פִּשְׁטוֹת הַגַּמ' בְּקִדּוּשֵׁין (דָּף י"ג) דְּחֵד ס"ל דֹּאע"פ שְׁלֵא הַפְּרִישׁ מִתִּיִּם גּוֹבָה
מִיּוֹרְשֵׁים דְּש"ד.

וְאַף בְּלֹא יִרְשׁוּ קַרְקַע רַק מְטַלְטְלִי ג"כ לֹא בְּעֵינֵן הַפְּרִישׁ וְלֹא הָיִי שׁוּם נַפ"מ מִן הַפְּרִשָּׁה
כְּלָל לְמ"ד דְּש"ד דְּגַם מְטַלְטְלִי מִשְׁתַּעֲבָדִי לְהַקְדִּישׁ וְלָכֵן סָתַם הָרַמְבַּ"ם בְּסוּף פ"א ה'ל'
מְחוּסָר כְּפָרָה וְלֹא מְחִלְקָא בֵּין יִרְשׁוּ קַרְקַע לְיִרְשׁוּ מְטַלְטְלִי ע"ש: