

(יד) שפרעו בפניהם פטור. זהו לשיטת הרמב"ם (פט"ו ממלוה ולוה ה"א) ומחבר דס"ל דיכול לומר פרעתין בפני עדים ומתו, א"כ אמרינן דלכך ייחד לו עדים כדי שלא יהיה יכול לומר פרעתי בעדים ומתו, אבל לא עלה ברוחו לפסול העדים כשהם מעידים בב"ד שפרע. אבל לדעת

הרי"ף (שם כ:) וסייעתו דאינו נאמן בלאו הכי לומר כן, עכצ"ל דפסלינהו לאינך עדים, ולכך אף דמעידים דפרעו לא מהימני. מיהו כתב הש"ך (סקי"ד) דהיינו דמלוה טוען סטראי, ואע"ג דעדים אלו אומרים על חוב זה פרע, פלגינן דיבורא, אבל אם המלוה מודה דאין לו עליו חוב רק זה, וטען סהדי שקרי גינהו, אף להרי"ף אינו נאמן לאחזוקי סהדי בשקרא.

(טו) פטור. ואם עדים הללו שייחד הלכו למדינת הים או מתו, והוא טוען פרעתין בינו לבינו, אינו נאמן במגו דפרעתין בפני העדים שאמרת, ותליא במחלוקת הרא"ש והר"ן כתבתי לעיל ס"ק

י"ד, והדין דשם שייך גם כן כאן, ע"ש. ואם טען פרעתי ביני לבינך אחרי שכבר מתו העדים ולא היה אפשר לקיים תנאי, נאמן. ועיין ש"ך (סקי"ח) דהעלה, הוא הדין אם אמר בפני אנשים מסויימים כגון תלמידי חכמים או רופאים, גם כן הדין שוה כמו דפרט אנשים סתם, דמכל מקום אנשים אחרים כשמעידים על הפרעון נאמנים.

(טז) שעל חוב אחר וכו'. עיין תומים (סקי"ז) דוקא במעידים סתם שפרע, ולכך נאמן המלוה שעל חוב אחר קבלם, אבל אם מעידים להדיא שעל חוב זה פרעו, גם בזה אין המלוה נאמן לומר שעל חוב אחר קבלם, ולא מהימן לאכחושי סהדי.

(יז) נאמן בשבועה. ולשיטת הרי"ף (שבועות כ:) אינו נאמן, וכתב הש"ך (סקכ"א) דאם הביא עדים אחרים שהעידו שפרע בפני עדים הללו, לכולי עלמא נאמנים.

(יח) פורעו בבית דין. עיין תומים (סק"ח) טעם למה לא יפרע בעדים ויקח שובר או כתב יד מהמלוה, ע"ש.

גרוע הרואה לשקר ירחיק עדותו, או לדעת רש"ס ז"צ צשמעתין דאומן (מה. ד"ה אמר רבה) דס"ל כרש"א דוקא צהלכו למדינת הים נאמן, ולכך ליכא למימר מגו דמירתת מגו כזו דלא התנה כלל מגו מעליא הוא ונאמן, אבל רהיטא דסוגיא הפוסקים הכל כרש"א ד"ה וה"מ והר"ן, א"כ ליתא לדינו של סמ"ע לפי גירסת השו"ע נאמן כרמז"ס, דלענין פרעתין צפני עדים והלכו או מתו לעולם נאמן, ופרעתין שלא צעדים לעולם אינו נאמן.⁶

[ו] והעידו שפרע בפניהם פטור. וש"ך.

(סקט"ז) האריך כדעת הרי"ף (שם כא.) והרצה פוסקים דס"ל דלא מיפטר. ונאמנת כל זה תלוי דין הנ"ל, דאם אמרינן דאינו נאמן לומר פרעתי צעדים והלכו להם, א"כ הך עובדא צגמרא (שם מא:) דאמר ליה אל תפרעני אלא צפני פלוני ופלוני ואזל ופרעו צאפי אחרני דקיי"ל דאינו נאמן, ע"כ איירי דאיכא הך אחרני, דאל"כ צלא"ה אינו נאמן, וש"מ דאעפ"י דאיכא אחרניא מ"מ אינו נאמן דפסלינהו לכולי סהדי, אבל ודאי לפי מה דקיי"ל צשו"ע כגירסת הרמז"ס דנאמן, א"כ י"ל דהנך עדים דאמר דפרעו צפניהם הלכו להם וליתנייהו קמיא, רק לולי דהתנה היה נאמן, אבל הואיל ופרטס צסם תו לא מהימן להרחיק עדותו, והדין צשו"ע אמת וחד צחצרתה מישך שייך, אמנם לשיטת הרי"ף וודאי דמסתברים צצרי הרש"א ד (פט"ו ממלוה ולוה ה"צ) וכמש"כ הש"ך, ופשוט.

[ז] מידה המלוה וכו'. הש"ך (סקי"ט) השיג ע"ז דמגליה לרמ"א דין זה, דהמרדכי (שצעות ס"י תשעא) כתב זה לשיטת הרי"ף (שם) דס"ל צאומר ומיחד עדים, אין עדים אחרים נאמנים, ולכך יכול לומר סטראי, אבל לשיטת המחבר דגריר צתר הרמז"ס (שם ה"א) דלא פסל לאינך עדים, ליתא להך דינא, ע"ש. ונראה דרמ"א מייירי דעדים אומרים סתם דפרע, וצצירא ליה הרמ"א דנאמן המלוה סטראי, והיינו משום דהר"א ש (שם פ"ו ס"י יט) הקשה מה לורך לסטראי מגו צלא"ה יהיה נאמן, ותיירך הרא"ש דטענה גרוע היא, דלא צציק הך מלוה ופרע למלוה

אחרת, עיין לעיל סימן נ"ח (ס"ד), וכאן להיפך טענת הלוי גרוע, דאם הוא התנה שיפרע צפני פלוני ופלוני, מה לו דפרע צפני אחרים, ואם ימותו וילכו להם יפסיד, וחזקה דפרע על חוב אחר, ולכך מהימן המלוה כיון דאין עדים הללו מעידים ציחוד על פרעון חוב זה, א"כ טענת המלוה טענה מעליא היא, וצלא"ה הא הרצה פוסקים צצירא ליה דפסלינהו לעדים אחרים, וא"כ צנדון כזה לכו"ע אמרינן כן.⁷

[ח] אלא פורעו בבית דין. כתב הש"ך (סקכ"א) דהא דלא סגי צעדים, דילמא ימותו ולא יהיה נאמן, וליקח מהם שובר אי אפשר

משפט יהונתן

6. וכן מסיק בנתיב"מ (סק"ב) דאם טוען שפרע בעדים ומתו, לכו"ע נאמן.

7. ע"י באמרי בינה (דיני הלואה ס"י מב) מש"כ ע"ד רבינו.

דהו"ל מפי כתבם, וכ"כ הט"ז. ולא הצנתי דצריהם, המלוה דמוצע מן הלואה פרעון, לא יפרע לו עד דליוה לעדים לכתוב לו שובר, וכשר צלי ספק. ולכן נראה דכיון דלעת הרי"ף (שם) וסייעתו דאינו נאמן אפילו מציא עדים אחרים, וא"כ אי תפס המלוה יוכל לומר קים לי, וכן דיין שטעה ופסק כהרי"ף ודאי לא מהדרינן עוצדא, וא"כ מה ללוה להכניס ענמו בתגר הלואה, ולהניח מעותיו בספק שיכול לצוא לחיוב פרעון שנית שלא כדמ. אך הא קשיא יקח כתב יד שובר מהמלוה ענמו ותו ליכא למיחש⁸. ואפשר דחושש לדצרי רב שריא גאון (הו"ד צנעה"ת שער יג ח"א ס"ג) דכתב ידו לריך קיום גמור, וא"כ אולי יכחישו כתב ידו ואיה איפוא דימנא קיום גמור, ואי דילך לז"ד תיכף לקיימו, א"כ למה ליה כל הטרחה כיון שצא לז"ד פורע צ"ד, ול"ע.

[ט] וגם נאמן לומר פרעתי. והש"ך כתב צ"ק כ"ו דהרצ צנעה"ת שער מ"ז (ח"א) כתב להדיא דאינו נאמן לומר פרעתי.

(יט) ודברים שאומר זה אינם דברים. כתב הסמ"ע (סקי"ח) הא אילו אמר בפירוש בשעת שקבלו דמקבלו בתורת פקדון מהני, ואף על גב דבעלמא קיימא לן (להלן סי' קכ ס"ב) פרעון בעל כרחו הוי פרעון, שאני הכא דהוא אמר לו והתנה דוקא בפני פלוני ופלוני. וכבר השיגו הט"ז והסכים לדינא החכם צבי, ונכון הוא, דהתנאי היה כדי שלא יוכל הלואה לומר פרעתי, ואם הלואה יאמינו שלא יהיה תופס אותו פעמים מה איכפת ליה למלוה, ומיהו אם אמר בשעת קבלה שמקבלו בפקדון והלואה שותק, הוי כמסכים לדבריו, ולכו"ע לא הוי רק פקדון, ובאופן זה מתיישבים דברי רש"י שבועות דף מ"א ע"ב ד"ה כיון וכו', ע"ש.

(כ) וכתבו ל"ו מעשה בית דין. עיין מש"כ לעיל סימן ל"ט (סעיף י) וסימן ע"ט (סעיף יב) לקמן באריכות.

(כא) נאמן לומר פרעתי. ואף על גב דגבי מוקדם פסק

האמר לו אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני, פרעו בינו לבינו ונאנסו המעות, והמלוה אומר בתורת פקדון קבלתים עד שיבואו אותם פלוני ופלוני ותובע שיחזור לפרעו, אין בדבריו כלום מאחר שמודה שקבלם, והלה לא בתורת פקדון מסרם, הוי פרעון, (יט) ודברים שאומר זה אינם דברים.

ו מי שנמחק שטרו, וכתבו לו בית דין שטר אחר, דינו כמלוה בשטר ואינו יכול למעון פרעתי. ויש מי שאומר דהוא הדין אם תבע את חברו על פה, ונתחייב לו בדין ולא היה בידו לפרעו, (כ) וכתבו לו מעשה בית דין, אם מען אחר כך פרעתי, אינו נאמן וגובה מהלקוחות. מי שמכר שדהו באונס ומסר מודעא קודם לכן בענין שהמכר בטל, המעות של האנס שביד המוכר יש להם דין מלוה על פה, ואינו מורף ממשעבדי בבח שטר שבידו, שאין לו דין שטר, שלא ניתן ליכתב, [ט] וגם (כא) נאמן לומר פרעתי.

ויש לתמוה, צאמת למה העלים המחבר עין מצעה"ת ולא הזכירו כלל. ונראה כי הצעה"ת דימה זה למוקדם, כמו צמוקדם דעתו אינו נאמן לומר פרעתי, אף צוה אינו נאמן. וכבר תמה הגידולי תרומה דהא גבי שט"ח מוקדמים כתבו, אע"ג דרי"ף (סוף צ"ב) סצירא ליה צכמ"י דנאמן לומר פרעתי, כאן אולי לא יתברר דהוא מוקדם, והרי הוא שט"ח גמור. ועוד, דהא מומן השני ניתן ליכתב, רק דקנסינן שמה יגצה מומן הראשון, ולכן לא מצי לטעון פרעתי. וכל הנך טעמי לא שייכי כלל צוה, דלא ניתן ליכתב כלל, ודבר מצורר דהא אקני לצנו קטן ודבר עומד להתברר.

וילבן נראה, דצחא דעל כתב ידו נאמן לומר פרעתי נחנו צ' טעמים, והרמב"ן צ"ב (נמלחמות פ:) כתב משום דאין גוצה ממשעבדי אין מקפיד להניחו, והרא"ש (כלל סו סי' א) נתן טעם דצכמ"י שוכח ואין מעלה בזכרונו דנתן כת"י, ע"ש. וא"כ לפי תירוצ הרמב"ן שפיר יש קושיא הא גם שטרי כהאי לא גצייה ציה ממשעבדי, וע"ז טרח הצעה"ת לחלק דכאן יש חשש גצייה ממשעבדי, דאולי לא יתברר, וגם מדינא מומן שני ניתן ליכתב, וטעמים אלו לא שייכי גבי שטרות דנחצטלו מכח מודעות ואונס כמש"כ הגידולי תרומה, משא"כ לטעם הרא"ש דאין זוכר וכו', וזהו לא שייך בשטרי המוקדמים, ומכל שכן בשטרי הנעשה צאונס דהוא מעשה רצה, והולך לצטל מחשבתו צתחצולה שיהיה מקנה לצנו קטן, א"כ איך יתכן דשכחו, לכן ודאי לטעם זה אינו יכול לומר פרעתי. וא"כ נראה דגבי מוקדמים כתב הצעה"ת כן לרווחא דמילתא, דאפילו נימא דלעת הרמב"ן דתליא צשעבוד נכסים כתב דגבי מוקדמים אף זו שייך, אצל צאמת הא סצירא ליה לצעה"ת טעמו של הרא"ש כמצואר דצבריו שער י"ג (ח"א) וכמש"כ לעיל סימן ס"ט וכמש"כ הש"ך שם סק"ו, א"כ פשיטא דאף צמוכר צאונס דאין יכול לטעון פרעתי דאיך יזייר צוה שכתה, וזה צרור.

ומצתה לא קשה על המחבר, דהוא נמשך לעיל סימן ס"ט (סעיף צ) צמר טעמו של הרמב"ן כמש"כ הש"ך שם ס"ק כ"ב, א"כ ודאי דאין לדמות שטרי אונס לשטרי מוקדמים כקושית הגידולי תרומה על צעה"ת, ולכן אף צמוקדמים פסק דאינו יכול לטעון פרעתי, צשטרות כאלה פסק דנאמן. וכן דייקו מדצרי הרמב"ם פכ"ג מהל' מלוה ולוה (ה"ח), והיינו דרמב"ם ג"כ סצירא ליה כטעמו של הרמב"ן, וכמש"כ הה"מ ולק"מ. ומהטור אף דצרור דסצירא ליה כטעמו של הרא"ש, לק"מ דלמה פסק דנאמן דפרע, דהא הוא סצירא ליה אף צמוקדם נאמן לומר פרעתי הואיל ופסלוהו חכמים מגזירת שטר, וא"כ כל שכן שטר צוה דלא ניתן ליכתב כלל, ולק"מ.

משפט יהונתן

8. בנתי"מ (סק"ד) כתב ליישב, דודאי שובר כתב יד מהני, אך המחבר פסל בתנאו רק עדים ולא בית דין, ע"ש. ובנחל יצחק (סק"ב) כתב בא להשמיענו דין מחודש, דשובר מבית דין מהני אף לדעת הרי"ף, דלא ליישב באופ"א, דהלואה יכול לומר שאינו רוצה לקחת שובר בכתב יד

המחבר (לעיל סי' מג ס"ז) דאינו נאמן לומר פרעתי, זהו גרע, דשם גופו של שטר אמת רק חכמים קנסוהו, מה שאין כן זה דכל שטר חספא בעלמא וגרוע מכתב ידו. ועיין תומים (סק"ט) מה שכתבתי ליישב דברי בעה"ת (שער מו ח"א) דחולק וסבירא ליה דאינו נאמן לומר פרעתי, ולמה השמיט מחבר דעתו. והא דאמרינן דאין טורף משעבדי היינו אם יצא השדה מתחת

ידו, כי בא בע"ח וטרפה, אבל אם רוצה זה שמכר שדהו באונס לטרוף ממנו גוף שדה, ודאי דאינו יכול אם לא מחזיר לו מעותיו, סמ"ע (סק"כ).

(בב) והוא הדין לכל שטר שלא ניתן ליבתב. כגון שטר מכירה שיש בו תנאי איסור רבית וכדומה, אבל מכר שאינו שלו כגון שדה גזולה, זהו אמרינן בגמרא (ב"מ עב:) דקרוי ניתן לכתב ולכך טורף הדמים ממשעבדי, ועיין תומים (סק"י).

והנה צהא דאמרינן (כמוצות יט:) מודעה היה דצרינו נאמנים משום דניתן ליכתב, אי מפרשין כמש"כ הר"ן (שם ו:) דניתן ליכתב להצילו האנוס מיד אונסו, ולכך דעת הרא"ש (שם פ"ג סי' יג) דווקא צאין כת"י יוצא ממקום אחר נאמנים, א"כ שפיר אמרינן דלית דין שטר, דלא ניתן כלל לטווצת הלוקח והרי הוא חספא בעלמא, ולא יהיה חוטא

נשכר. אבל לפי דפסק השו"ע לעיל סימן מ"ו (סעיף לו) דאף צכת"י יוצא ממקום אחר נאמנים לומר מודעה דצרינו, וא"ל הפירוש ניתן ליכתב כפירוש שני של הר"ן כדי שיטרוך לשלם ללוקח דמי זכינא, א"כ הרי ניתן השטר ליכתב לטווצת הלוקח וכו', ובש"כ שיהיה צטוח צמעותו, א"כ מהכ"ת לא יהיה לו דין שטר לגבות מצני חורין כמו מוקדמים, וזה נראה דעתו של בעה"ת דכתב דלא מהימן לומר פרעתי כמו צמוקדס. ולדעת מחבר ז"ל כמש"כ לעיל סימן מ"ו כפירוש של הר"ן דהיה יכולים לכתוב שטר מודעה צכתב, וזה הפירוש ניתן ליכתב, ולא דשטר זכינא ניתן ליכתב, וא"כ הרי הוא חספא בעלמא. וזה יותר מסתבר למחבר דלא יקשה, דצ"מ (עד:) אמרינן שטר כי האי לא ניתן ליכתב, ובכחוצות אמרינן גבי מודעה דניתן, אבל לפ"ו יחא דזה קאי על שטר וזה קאי על מודעה.

[ו] והוא הדין לכל שטר שלא ניתן ליבתב. והא דפסקינן צמוכר שדה גזולה לקמן סימן שע"ג (סעיף א) דהלוקח גובה ממשעבדי צשטרא, הא לא ניתן ליכתב. כנר תירצו צגמרא (ב"מ עב:) דניחא ליה דליקו צהימוצות, ולכך טרח וציין, וא"כ ניתן ליכתב. וזהו א"ש דברי תוס' צ"מ דף י"ד ע"א ד"ה צשטרא כתבו, דאם טרפה הנגזל דהוי זוזי דלוקח מלוה צשטר, אף דתוס' (שם עב. ד"ה אמר) כתבו צהאי עוצדא צפרדסא דהוי מלוה על פה, ולק"מ, וכמעט שאין צורך לכתוב, רק ראיתי צתשובת פני משה ח"צ סימן ל"צ ול"ג דנתחצטו צו צקושיא זו צתוס' הוא וחכס מהר"ש גאון צתירווצים שונים, ותמהני האין העלימו עין חכמתם מדברי הגמרא הנ"ל.

שוב ראיתי ונתתי ללצי כי תוס' ובעה"ת אזלו לשיטתן, כי קשה צמה שאמרו צגמרא דלכך לא גצייה ממשעבדי הוציל ולא ניתן ליכתב, מה צכך הא אמרינן (ב"צ מא:) המוכר שדהו צעדים גובה ממשעבדי, ופריך הגמרא הלואה נמי, ומשני מאן דציין צפרהסיא צצין ומאן דיוץ צנעה יוצף, הרי לולי כן היה שורת הדין אף מלוה צעדים גובה ממשעבדי דאית ליה קלא, וא"כ זה שמכר שדהו ומקדס אקניה לצנו הקטן, עכ"פ העדים שכתבו מכירה ולא ידעו שכנר הקנהו לקטן הוציאו קול צמכירה, דהא צפרהסיא צצין, ואם כן אף דלא ניתן ליכתב כלל ודל שטרא מהכא חווי מלוה על פה, עכ"פ אית ליה קלא ולא שייך ציה מאן דיוץ צנעה יוצף, וא"כ מה זהו דשטר לא ניתן ליכתב מה צורך לשטר, אדרבא אי חווי רק צהלואה הו"ל לגבות, ולכך צצירא ליה לתוס' דהוא כיון דלא חשצו חכמים לשטר הרי זה מלוה ע"פ גמור ונאמן לומר פרעתי, וא"כ טעינין ללקוחות דפרע, ולכך לא גצינן ממשעבדי, וזהו עיקר הספק שם צגמרא כמש"כ התוס', אי טעינין ללוקח פרוע הו"ל¹⁰, ומשני הגמרא לא ניתן ליכתב כלל, והרי זה מלוה ע"פ וטוען פרוע, וכ"כ צאסיפת זקנים (שטמ"ק שם), ע"ש.

אבל הצעה"ת אזיל לשיטתו דצצירא ליה צשער מ"ו (סי' צ) הא דמכר שדהו צעדים גובה ממשעבדי היינו צדפירש אחריות אבל סתמא לא, וא"ל דסתמא לא משעבדי, וא"כ לק"מ דכיון דלא ניתן ליכתב כלל הו"ל כלל פירש אחריות, דאטו כתבה מידי מששא אית

משפט יהונתן

קושיית רבינו לפמש"כ רבינו לעיל (סי' מט סק"ח) דבהלואה אף דאית ליה קלא לא גבי ממשעבדי עד שהקנה לו בשטר, וכל שבשטר פסול אינו גובה ממשעבדי, ולפי"ז ה"נ הכא י"ל דדוקא מוכר כדין גבי ממשעבדי, אבל הכא כיון דהמקח אינו כלום, הני חווי למלוה דמי, עכ"ד. ובנחל יצחק (סי' קו ענף ב) כתב ע"ד הנתיה"מ דאינו דומה כלל לדברי רבינו לעיל שם, דשאני התם בחוב דהלואה דבעינן שטר דוקא, ולכן כיון שאין השטר כדינו אין בזה שעבוד נכסים, אבל במוכר שדהו דאף בלא שטר נשתעבדו הנכסים שפיר כתב רבינו דאף דהשטר לא נכתב כדינו מ"מ לא גרע מן עדים על פה, יעו"ש. וע"ע בחי' מהר"ם שיק ובאילת השחר ב"מ שם.

10. כעיי"ז פירש בפני יהושע שם. מיהו יעויין בדברות משה (סימן טט) שהשיג ע"ז.

המלוה דחושש שמא יבוא בע"ח של המלוה לגבות ממנו, ובאופן זה אין שובר צכת"י המלוה מועיל כמו דלא מהני הודאתו במקום שחב לאחריו, יעו"ש עוד.

9. כעין קושיית רבינו עמד ג"כ באור זרוע ב"מ שם עב: וז"ל, והרב ר' אלחנן זצ"ל כתב בשם רבינו יצחק אביו זצ"ל, וצ"ע אם השטר הזה לא יגבה ממשעבדי כשאין העדים באים לפנינו בב"ד לפי שאין תורת שטר עליו, אבל אם יבואו עידי מכירה דמסהדי דנפק קלא ע"י המכר שנעשה בפניהם יגבה ממשעבדי כשאר מוכר שדהו בעדים, ומסתברא שאפילו יבואו עידי מכר לא יגבה ממשעבדי דמההוא טעמא דמפרש תלמודא דאברוחי קא מברח ליה מסתברא שאין רוצה לשעבד לו נכסיו וע"כ לא ישתעבדו, אבל שאר מוכר שדהו בעדים דניחא ליה לאוקמי בידיה נחא ליה שישתעבדו נכסיו, עכ"ל. וע"ע בנתיב"מ (סק"ה) שכתב ליישב

ציה, ועיין מש"כ להלן סימן קט"ז (תומים סק"ד) ציטוט דברי צעה"ת, וא"כ לק"מ, כיון דשטר בטל לא טריף ממשעבדי מכת המוכר שדהו צעדים, ולכך פסק דאילו נאמן לומר פרעתי, וזהו לענ"ד אמת נכון, וא"כ כיון דהך דינא צמוכר שדהו צעדים לא קיי"ל כצעה"ת וכמש"כ להלן סימן קי"ו, ובכל גווני גובה משעבדי, א"כ דינו של תוס' מוכרח דנאמן לומר פרעתי ולק"מ, ויפה פסק המחבר ואמת ולדק.

עא [א] אבל אם הביא עדים וכו'. כתב הסמ"ע (סק"ג) מדיוק המחבר עדים משמע דסבירא ליה כמש"כ הרא"ש (כתובות פ"ט ס' ו וי"ח) דנאמנות

סתם מועיל נגד ע"א. והש"ך (סק"ב) האריך דאין כאן דיוק, והאריך דהרצה פוסקים דסבירא להו כדעת הראב"ד (בהשגות על הרי"ף שם מו:) והרמב"ן (בחי'דושי' שם פו.) דלא מהני נגד ע"א כלל, ובאמת מחלוקת קדמאי הוא. אמנם אם צאנו לדון בכוונת השו"ע ממקומו נלמד, דעיקר מחלוקת תלוי בהא דתנן (שם פו:) נדר ושבויה אין לי עליך פטורה משבויה, ופריך הגמרא שבויה מה עבדתה אמר רב יהודה אמר רב על אפטרופוס ורב נחמן אמר על פוגמת, ודייק הראב"ד למה לא קאמר על שבויה ע"א מעיד שפרוע, אלא ודאי דנגד ע"א לא מהני נאמנות סתם, והרא"ש חולק וסבירא ליה דחדא מנייהו נקטי, ומוזה מסתפק מחלוקתם. ואולם בשו"ע אה"ע סימן נ"ח ס"א פסק המחבר, כתב לה נדר ושבויה אין לי עליך אין יוכל להשביעה שום שבויה, הרי דפוסק כרא"ש דאפילו שבויה ע"א אין יכול להשביעה, וכ"כ הב"ש (סק"ג), וא"כ כמעט הדבר מוכרע. אם לא די"ל דמי קאמר הרא"ש היינו בכתב לה נדר ושבויה אין לי עליך, דמכל שבויה פוטר, וכמש"כ הרא"ש פרק הכותב (שם ס' יח) להדיא, אצל כותב תהא נאמן עלי שלא נפרע, יש לפרש נגדי תהיה נאמן ולא נגד ע"א.

ובזה היה מקום ליישב מה שהקשה הסמ"ע, דהרא"ש צתסוזה כלל ס"ח דין י"ט פסק דאין מועיל נאמנות נגד ע"א, וכן הטור צרמזים (ק' פסקי הרא"ש שם) לא העתיק רק פטור שבויה מהני אפילו צצבויה דע"א ולא כתב מנאמנות סתם. אלא מדברי ר"ת שהביא הרא"ש לא נראה דדעתו לחלק, דהוא מפרש מילתא דרב פפא (שם פה.) דאמר אצא מרי דקים ליה מרענא לשטררא אפומי דנפ"מ שהיה כתוב סתם נאמנות ומהני נגד ע"א, ואילו יש סבירא לחלק מנליה לר"ת לפרש צנאמנות סתם ולא צפטור שבויה, דהא צהך מילתא דרב פפא דיתצי קמיה דרבא דאמר ליה עד דאיכא חד צהדיה, ע"כ דמפרש דמייירי דכתב צשטר דפטור משבויה, דליכא למימר כמש"כ ר"ת דהאמינהו צסתם, דהא רבא

סבירא ליה צפרק שבויה הדיינים (שבויה מנ.) דנאמנות סתם מועיל אפילו לגבי תרי סהדי, ועכנ"ל דלא פטרו רק משבויה ולא האמין אותו, וא"כ נימא אף צעובדא דר"פ כן, ומנ"ל לר"ת לומר דין זה צנאמנות, אלא דלא סבירא ליה לחלק, וא"כ מהכ"ת נימא אנו

ולדגה לענין דינא רצו צאמת החולקים, הראב"ד והרמב"ן והרא"ה והריטב"א (שם) ורצים מחזרים, לכן נראה לפענ"ד לחלק, כי ודאי

עא (א) הרי זה נוטל בלא שבועה. לא מבעיא מלוה בשטר פשיטא דלכך נתכוון, דליטול בשבועה אין צריך לנאמנות דיליה, אלא אפילו במלוה על פה דיש לומר דהימנו שיהיה נשבע ונוטל, מכל מקום אמרינן סתם נאמנות דפסל לכל

טענותיו, מה שאין כן מלוה שהאמין ללוה אין סתם לשונו רק לבטל שטרו, כ"כ הרמב"ן (בתשו' סי' לא והו"ד בבעה"ת שער כו ח"א ס"ד). ונתן הסמ"ע (סק"א) הטעם לחלק למה אמרינן במלוה סתם נאמנות על הכל ולא איפכא נמי, וכתב מלוה מהכ"ת כיון שנחית לנאמנות מסתמא דעתו שלא יצטרך שבועה כלל, כי מה לו ללות מעותיו שיצטרך אח"כ שבועה,

מה שאין כן אם לוח מבקש נאמנות מהכ"ת יאמינו מלוה יותר מדאי אפילו לפוטרו משבויה, וזהו נגד השכל, ונכון הוא, ויתר אחרונים פקפקו ונתנו טעמים אחרים, ודברי סמ"ע נכונים לי.

(ב) אבל אי ליכא עדים וכו'. ואפילו מודה דהימנוה כבי תרי, מ"מ מהני מגו הואיל ויכול לכפור בכל נאמנות, כ"כ הש"ך (סק"ד), וכן עיקר כמש"כ בתומים סק"ג, ע"ש, ודלא כסמ"ע (סק"ה) וב"ח (סעיף ה) דס"ל במודה דהימנוה כבי תרי לא מהני מגו.

(ג) נאמן במיגו. עיין תומים סק"ג דנראה דוקא דמתחילה היו עדים כשנתן לו נאמנות רק עכשיו ליתנהו, אם כן יש לו מגו דלא נתן לו נאמנות, אבל אי מתחילה בעת נתינת נאמנות לא היו עדים כלל, א"כ מעולם היה לו מגו, ולשווא התנה כן, ואין אדם מוציא דבריו לבטלה, וע"כ נאמנות היה שלא יועיל מיגו. ובוזה כתבתי הדין במי שקיבל עסקא והתנה שלא יהיה נאמן לומר דהיה הפסד עד שיברר, והוא טוען דהיה הפסד במיגו דלא התנה כלל, ודעת הט"ז דנאמן במגו והחכם צבי חולק, ואני חילקתי דאם היה תנאי בעדים רק עכשיו ליתניהו, הדין כמש"כ הט"ז, ואי לא היו עדים, הנכון עם חכם צבי דצריך לקיים תנאו ולברר.

(ד) אבל אם הביא עדים וכו'. דעת הסמ"ע (סק"ג) דנגד ע"א מהני נאמנות, ולכך בעינן דוקא שני עדים, והש"ך (סק"ב) חולק דאפילו נגד ע"א לא מהני נאמנות. ובאמת דבר זה מחלוקת קדמאי, והרא"ש (כתובות פ"ט ס' ו וי"ח) דס"ל דמהני נאמנות וראב"ד (בהשגות על הרי"ף שם מו:) ורמב"ן (בחי'דושי' שם פו.) וסייעתא סבירא להו דלא מהני, ועיין תומים (סק"א) דבררתי דדעת השו"ע להכריע כהרא"ש הן בכתב לו שבועה אין לי עליך או כתב לו תהיה נאמן, ואני כתבתי לדינא במלוה בשטר הנכון כדברי הרא"ש ור"ת, אבל מלוה ע"פ העיקר כדברי הראב"ד ורמב"ן, ואפשר אף הר"ת ורא"ש מודים בו ולא פליגי ביה כלל.

לחלק מה דלר"ת גאון לא ס"ל.

ולדגה לענין דינא רצו צאמת החולקים, הראב"ד והרמב"ן והרא"ה והריטב"א (שם) ורצים מחזרים, לכן נראה לפענ"ד לחלק, כי ודאי

(ה) אף על פי שהביא עדים וכו'. דעת הש"ך (סק"ג) דוקא דלא מכחיש לעדים לגמרי רק אומר סטראי נינהו, ואז נאמן אפילו מעידים העדים בבירור שעל זה חוב פרע, אבל אי מכחיש לגמרי ואמר להד"ם, אין מועיל נאמנות נגד עדים, ואני כתבתי בתומים (סק"ב) דליתא, דפסלינהו לשהדי, ואפילו בטוען להד"ם נאמן, ע"ש.

בלא שבועה, [ב] ואפילו הביא מאה עדים שפרעו במאה. ואם התנה עמו שיהא המלוה נאמן בשני עדים, (ה) אף על פי שהביא עדים שפרעו, הרי זה גובה ממנו. וזהו שאלא נתן נאמנות, אבל נתן נוקמי אדינא, דמה הפסד דעת לריך, כיון דהוא מעצמו האמינהו¹. ואם דעת הרמב"ן כמ"כ לעיל בשמו סימן נ"ח (סק"ט) דבסטראי לא שייך הפסד דעת, מכל שכן צנות נאמנות, אבל צמלוה ע"פ שנתן הנאמנות להמלוה, דשורת הדין אין המלוה נאמן כלל, רק אנו צאנו לדון מכח לשון תנאי ונאמנות, הנממעה ואמרין כנגדו האמין אותו ולא כנגד ע"א, ומהכ"ת נוטיל ממון צלשון מסופק, ודבר זה לא מצינו לר"ם והרא"ש דחולקים כלל, וכן נראה לדינא².

[ב] ואפילו הביא מאה עדים שפרעו וכו'. כתב הש"ך בס"ק ג' דווקא צאמר סטראי נינהו, אבל צמכחישן לגמרי איך ס"ד לכפור צממון שהעדים מעידים עליו, והלוה אף דיתחייב לפרוע מחמת נאמנות, הא לאחר פרעון יכול לתבעו שנית, הא עדים דפרעתין שלא כדת ונוטיל ממנו ממון, ואפוכי מטרתי למה לי, ע"ש, וכן צסי' עי"ן (סקט"ו) שהאריך צזה. ועם כל האריכות לא נראים דבריו, דלפי דבריו נ"ל הא דנשא ונתן הר"ן (שצעות כ:) צצצרה אי יכול אח"כ לתובעו שנית לאחר פרעון צעדים הללו, והעלה דלא מצי לתובעו דאל"כ אפוכי מטרתי למה לי, יהיה הכל צטוען סטראי, והמעין צצצרו לא משמע כן צשום משמעות, וגם רחוק מסצרה צממ"נ או דתאמר דעדי משקרי או לא, אם תאמר דפסלינהו לעדים, אף צאם אינו טוען סטראי מה לי לעדים, הא פסלינהו לגצי הך, ואי לא תאמר דפסלינהו, א"כ מה יועיל סטראי אם העדים עונים ואומרים להדיא על חוב זה פרע המעות להדיא ולא על אחר, והכחשה צוולו או צמקצתו לא ידעתי הצדל, ואם אמה אומר דמשקרים צמאמרם צמה שאומרים שעל חוב זה פרע, א"כ אף הם צשעים³.

והעיקר דקשיא להש"ך, א"כ צעד אחד צמעיד דפרוע והמלוה מכחישו ולא טוען סטראי נינהו, לדברי הש"ך לאחר פרעון יכול לתבעו צע"א וצריך לשבועה, דמאי שנה ממון צשנים ומאי שנה צצועה צע"א, כללל הוא כל מקום צשנים מחייבים ממון אחד מחייב צצועה, וא"כ מה קושיית הראצ"ד והרמב"ן צהא דאמרין דאם פטרו מצצועה דאמרין מפוגמת ולא מצצועה ע"א, ומזה הוכיחו דאין

משפט יהונתן

יש לע"א דין מיוחד, אבל בלא"ה מהכ"ת שלא הימניה נגד ע"א, וכן הק' בשער משפט (סק"א), ויעו"ש שהביא ראי' לד' רבינו ממש"כ הב"ש (סי' קמ"ד סק"ד) באומר נאמנות עלי שלא פייסתיה דלא מהני הימניה זה נגד ע"א להסוברים בממון כן, הרי להדיא דאף דלענין דשב"ע אין כח לע"א כלל, מ"מ לא האמינה נגד ע"א. אולם אפשר דיש לחלק קצת בין הימניה דגט להימניה דממון עפ"י המבואר בתוס' גיטין (סד. ד"ה שאני) דהימניה דגט הוא שעל דעת כן הוא מגרש, ואינו ענין של "נאמנות", וא"כ בזה י"ל דעושה תנאים שלא שייכים להדין, אבל בממון שהוא דין נאמנות לא מסתבר שיתנה את הנאמנות נגד ע"א שהרי ע"א אינו קם לממון, [נאמנם הב"ש השוה להרד"ן. ובאמרי בינה (סימן ס"ו) הביא שבתורת גיטין הקשה על הב"ש שהרי אין נאמנות לע"א בדשב"ע ומה שייך לומר שלא הימנה כנגד ע"א, והאמ"ב כתב דלק"מ עפ"י המבואר בב"ש (סי' ל"ז סק"ג) דבלא איתחזק ע"א נאמן, עיי"ש שהשיג על השעמה"ש. ובעיקר מה שכתב רבינו על דברי הר"ח בכתובות, יעוין בנחל יצחק (סק"א) שהביא דבתוס' יבמות ק"א ב' מבואר דפי' ר"ח מייירי שכתב להדיא שמאמינו בלא שבועה וזה כולל לפטור משבועה ע"א.

3. יעוין בש"ך שביאר טעמו משום פלגין דיבורא, שנאמנים לענין קבלת מעות סתם ולא לענין פרעון, ומקור לסברא זו כתב הב"ח (סעיף ו') מכתובות (פז.) אי פיקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא, דאף שעד אחד אין לו נאמנות נגד שטר [רק לחייב שבועה מדרבנן], מ"מ נאמן שהיה פעמיים קבלת מעות, אולם הקצוה"ח (סק"ד) חולק ע"ז, דלא שייך כאן פלגין משום שהוא בחד גופא, וגם שיש כאן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, עיי"ש שביאר הסוגיא בכתובות באופ"א, ויעוין בריטב"א שבועות מ"ד א' שכתב לבאר הטעם שאפשר לחזור ולתבוע "דלאו בעדות פרעון דשטרא אתו עלה אלא דמסהדי על מנה בתרא שהוא גזל

1. מדברי רבינו מבואר דנאמנות המלוה נגד ע"א אינו מגדרי נאמנות, אלא שאין טעם לתקנה דהפסד דעת. ויל"ע בזה, דהרי מבואר בסוגיא שם פ"ה א' דמדין קים לי בגויה נאמן לחייב את המלוה שבועה אף נגד נאמנות [לפי' ר"ח], ודין קים לי בגויה שמחייב שבועה נראה בפשוטו שאין הביאור דזה גופא מחייבו שבועה, אלא כמו שביאר הרמב"ם דין זה (פכ"ד מסנהדרין ה"א), יש לדין לדון בדיני ממונות עפ"י הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת וכו' כיצד וכו' אם יצא שט"ח לפניו וא"ל אדם שסומך עליו וכו' זה פרוע הוא אם סמכה דעתו על דבריו יש לו לומר לזה לא תפרע אלא בשבועה, ע"ש. הרי שאינו דין חדש, אלא שהדיין פוסק כפי שדעתו נוטה, וא"כ בהכרח שהוא מיוסד על דין ע"א מעידה שהיא פרועה, ולזה אמרין דאף שעד אחד לא מהני נגד נאמנות, מ"מ כשקים ליה בגויה מהני, ושוב הוא מהני מדין ע"א מעידה שהיא פרועה, אולם לפי"ד רבינו דכשהאמינו הלוה למלוה אין טעם לעיקר התקנה, א"כ לא מהני הקים לי בגויה כיון שאינו חסרון בנאמנות אלא חסרון בהתקנה, אכן אי נימא דקים ליה בגויה הוא דין בפנ"ע, א"כ א"ש דאין זה מיוסד על התקנה, אלא מדינא מחייב שבועה, אכן פשטות הדברים אינו כן אלא כמש"נ. וע"ע באמרי בינה (סי' ס"ו) שהביא שכדברי רבינו מבואר להדיא בבעל העיטור מאמר נאמנות, ע"ש.

2. דעת רבינו דאם במלוה ע"פ לא הימניה נגד ע"א הוא פטור. ולכאורה צ"ע, דכיון שהמלוה נאמן כלפי הלוה א"כ הרי יש לו כח להוציא ממון, ואיך נאמן הע"א לפוטרו מממון, הרי ע"א אינו קם אלא לשבועה, וכן מבואר ברא"ש פ"ק דב"מ סי' ג' דכשחייב מדין מתוך שאיל"מ לא מהני ע"א לפטור, וכן הוכיח בש"ש (ש"ו פ"ג), ואיך יועיל כאן, ודוחק לומר שהתנה את נאמנות המלוה בתנאי שלא יהיה ע"א, דבפשוטו אינו כן, וכל מה שדיברו הראשונים על הימניה נגד ע"א הוא רק משום דבמקום שטר

(ו) ואפילו היה ללוה מיגו וכו'. העיקר כדעת הש"ך (סק"ד) דאם אין לו מיגו בגוף נאמנות כדלעיל בריש הסימן לא מהני מיגו במקום נאמנות, רק אי בכל נאמנות לא מהני מיגו או דוקא בנאמנות כבי תרי, כתבתי בתומים (סק"ג) דתליא במחלוקת הנ"ל, דאם אמרינן סתם נאמנות מועיל נגד ע"א, אם כן ה"ה נגד מיגו, אבל אם אין מועיל מכל שכן דנגד מיגו דאלים מעד אחד דאינו מועיל, ועיין תומים.

(ז) אבל אם אמר וכו'. היינו אם הן ארבעה כל ארבעה כשרים, והרי כאן עדות גמור, ודלא כדעת רב האי גאון (בשער הששי מן הנשבעין ונוטלין) דסבירא ליה דשלשה הם פסולים ונשאר כאן רק עד אחד, ובשטר הרי ע"א מחייב שבועה, דזהו לא משמע מסתימת הפוסקים, ש"ך (סק"ה), ונכון. (ח) בשלשה. אבל אם אמר כב"ד, לא הוי נחית למנין ופוסל כל עדים, דלאלומי מילתא דנאמנות אמר כב"ד, ונכון הוא, ש"ך (סק"ו).

הש"ך (סק"ה) צ"ס רצ האזן (צמפטי שזעות שער השישי מן הנשבעין ונוטלין) דכי המניה בתלמא ואיתניהו ד' סהדי משתבע להכחיש העד הרביעי, וקשה ממנ"פ אי לא טען סטראי הא אפילו נגד הכך תלמא לא מהימן לדעת הש"ך, ואי טען סטראי מינהו, איך ישתבע שזועה זו מה טיבו הא צתר פרעון יתצעו, ומתוך שאל"מ ולית ליה שזועה זו, ונגד עד זה לא הימניה כלל לדעת רצ האזן. ואמת לפי האומרים מגו לאפטורי משזועה [להלן סי' רצו ס"א], יש לחלק צע"א אף דטען להד"ס אין יכול להשביעו לאחר פרעון דהו"ל מגו דטען סטראי והא הימנו, אבל צמים מה מהני מגו נגד תרי. אבל חדא רוצ פוסקים סבירא להו מגו לאפטורי משזועה לא אמרינן, וצפרט אף דזו מספיק לדחות קושיא הנ"ל דצדרי הראצ"ד צהך פיטור שזועה, מ"מ אינו מספיק לדחות ראייה זו מרצ האזן לשיטת רצ"א דראיה גמורה היא דהא שם לא המניה נגד עד רביעי, וא"כ צתר פרעון הו"ל מתוך שאינו יכול להשבע משלם ואיך אמרינן ישבע ויטול⁵, וע"כ דלא מיירי מטענת סטראי כלל, וכן עיקר.

[ג] ואפילו היה ללוה מיגו וכו'. הסמ"ע (סק"ה) הקשה הא הרמ"א כתב לעיל דוקא דלחכא עדים וכו', אבל אי ליכא וכו' נאמן צמגו. ותירץ הסמ"ע דיש הבדל בין היכי דהאמינו כשי עדים, אבל אם האמינו סתם מהני מגו. ועוד תירץ דלעיל יש מגו על גוף נאמנות וכאן יש לו מגו מזד אחר. והש"ך (סק"ד) דחה תירוצ ראשון דהא דין ראשון של דצרי הטור (סעיף ה) וצעה"מ (שער כה ח"א ס"ב), ושם מצואר אפילו טען עליו התנאי עמך שיהיה נאמן כדי תרי אפילו הכי נאמן צמגו דלא היה תנאי. ולדעת הסמ"ע וצ"ח (שם) צ"ל דצאמת דהצעה"מ הנ"ל מחולק עם רצ"א (צמשי' ס"ד סי' סח) דממנו לוקח דין זה, ואפילו היה ללוה מגו מחולקים, והרמ"א הכריע ציניהם לחלק כנ"ל בין נאמנות סתם לנאמנות דצי תרי. אך זהו דוחק לעשות מחלוקת בין הפוסקים. ובבבצה"ת מצואר דמדמה אותן למודה צמטר שכתבו שצריך לקיימו אע"פ שכתבו צו נאמנות, ושם הטעם ג"כ דיכול להכחיש הכל, ואפילו ציט צו נאמנות כדי תרי צריך לקיימו, וזהו פשוט. אך מ"מ י"ל אפילו צמקוס דלא מצי להכחיש נאמנות ויש לו מגו מזד אחר, כמו צפקדון דיש לו מגו דנאנסו, דסבירא ליה לרצ"א דאינו נאמן, אי צעינן דווקא דהאמינן לו כדי תרי או אפילו

משפט יהונתן

5. לכאורה אי"צ לכל אריכות זו, אלא הקושיא על הש"ך היא בלא"ה באופן זה, איך נאמן לטעון סיטראי נגד עדים הרי מבואר ברשב"א והש"ך הנ"ל דאפי' נגד ע"א אינו יכול לטעון סיטראי ואמרי' מתוך שאיל"מ, וכי"ש נגד עדים אינו יכול לטעון סיטראי, וצ"ע למה הוצרך רבינו לכל אריכות זו. ועיקר סברת הש"ך שנאמן לטעון סיטראי נגד עדים, מבואר כן במאירי (שבועות שם) שהטעם הוא משום שהוא להחזיק את הממון שבידו ורק סיטראי להוציא אינו נאמן, וטעמו של הרשב"א והש"ך סי' נ"ח שאינו נאמן סיטראי אפי' נגד ע"א, הוא משום שאינו נאמן לחדש חוב, וזה הוי ג"כ כמו חזקה מה שתח"י אדם שלו, שאינו נאמן אפי' כשכבר חטף והוא מוחזק בזה, וכן מבואר ברמב"ם (פ"ד מט"ו ה"ח) שכתב דינא דנסכא דר"א באופן שהמלוה תובע את הלוה, והלוה אומר אתה חייב לי כנגד אותו מנה דאמרי' מתוך, והיינו שאינו נאמן לחדש חוב וכנ"ל.

נאמנות סתם מועיל נגד ע"א, וקשה מאי ראייה, דילמא צטוען סטראי מועיל אבל צאומר להד"ס מה יועיל, הא יצטרך ליטצע אח"כ ואפוכי מטרתו למה לי, כמס"כ הש"ך והר"ן, וא"כ איך אפשר לפרש צמסנה (כחצות פו): דקתני צסתם פטורה משזועה

דמיירי משזועת ע"א, הא צמכחשת לע"א לגמרי צריכה ליטצע. ואין לומר צפטור שזועה מודה הש"ך דאין יכול לתוצעו אח"כ, דכבר כתבתי צס"ק הקודם דהשווס הפוסקים פטור שזועה ונאמנות סתם כחדא, ודוחק לחלק צין ע"א כיון דצלא"ה יוכל להכחיש העד, רק צריך שזועה, יוכל להאמינן דהריני כאילו נשצעת, משא"כ צשני עדים דלא מהני זולת נאמנות להכחישן כלל, דמה צכך גס שם יוכל לומר הריני כאילו לא פרעתי⁴.

ומב"ל שכן לדעת הרצ"א צקדושין שהצאתי לעיל סימן נ"ח (סק"ט) וכן דעת הש"ך לעיל (שם סק"ג) צע"א מעיד על פרעון והוא משיצ סטראי ופרע ואח"כ תוצעו צע"א הו"ל משאל"מ, א"כ אפוכי מטרתא ל"ל, א"כ קשה כפי מה שכתב

הש"ך (סק"ה) צסם רצ האזן (צמפטי שזעות שער השישי מן הנשבעין ונוטלין) דכי המניה בתלמא ואיתניהו ד' סהדי משתבע להכחיש העד הרביעי, וקשה ממנ"פ אי לא טען סטראי הא אפילו נגד הכך תלמא לא מהימן לדעת הש"ך, ואי טען סטראי מינהו, איך ישתבע שזועה זו מה טיבו הא צתר פרעון יתצעו, ומתוך שאל"מ ולית ליה שזועה זו, ונגד עד זה לא הימניה כלל לדעת רצ האזן. ואמת לפי האומרים מגו לאפטורי משזועה [להלן סי' רצו ס"א], יש לחלק צע"א אף דטען להד"ס אין יכול להשביעו לאחר פרעון דהו"ל מגו דטען סטראי והא הימנו, אבל צמים מה מהני מגו נגד תרי. אבל חדא רוצ פוסקים סבירא להו מגו לאפטורי משזועה לא אמרינן, וצפרט אף דזו מספיק לדחות קושיא הנ"ל דצדרי הראצ"ד צהך פיטור שזועה, מ"מ אינו מספיק לדחות ראייה זו מרצ האזן לשיטת רצ"א דראיה גמורה היא דהא שם לא המניה נגד עד רביעי, וא"כ צתר פרעון הו"ל מתוך שאינו יכול להשבע משלם ואיך אמרינן ישבע ויטול⁵, וע"כ דלא מיירי מטענת סטראי כלל, וכן עיקר.

[ג] ואפילו היה ללוה מיגו וכו'. הסמ"ע (סק"ה) הקשה הא הרמ"א כתב לעיל דוקא דלחכא עדים וכו', אבל אי ליכא וכו' נאמן צמגו. ותירץ הסמ"ע דיש הבדל בין היכי דהאמינו כשי עדים, אבל אם האמינו סתם מהני מגו. ועוד תירץ דלעיל יש מגו על גוף נאמנות וכאן יש לו מגו מזד אחר. והש"ך (סק"ד) דחה תירוצ ראשון דהא דין ראשון של דצרי הטור (סעיף ה) וצעה"מ (שער כה ח"א ס"ב), ושם מצואר אפילו טען עליו התנאי עמך שיהיה נאמן כדי תרי אפילו הכי נאמן צמגו דלא היה תנאי. ולדעת הסמ"ע וצ"ח (שם) צ"ל דצאמת דהצעה"מ הנ"ל מחולק עם רצ"א (צמשי' ס"ד סי' סח) דממנו לוקח דין זה, ואפילו היה ללוה מגו מחולקים, והרמ"א הכריע ציניהם לחלק כנ"ל בין נאמנות סתם לנאמנות דצי תרי. אך זהו דוחק לעשות מחלוקת בין הפוסקים. ובבבצה"ת מצואר דמדמה אותן למודה צמטר שכתבו שצריך לקיימו אע"פ שכתבו צו נאמנות, ושם הטעם ג"כ דיכול להכחיש הכל, ואפילו ציט צו נאמנות כדי תרי צריך לקיימו, וזהו פשוט. אך מ"מ י"ל אפילו צמקוס דלא מצי להכחיש נאמנות ויש לו מגו מזד אחר, כמו צפקדון דיש לו מגו דנאנסו, דסבירא ליה לרצ"א דאינו נאמן, אי צעינן דווקא דהאמינן לו כדי תרי או אפילו

אצלו, ויעוין במאירי שם ד"ה לווה שכתב להדיא כד' הש"ך וז"ל, וכן אינו [נאמן] להזמינו אח"כ לדין ממה שפרע בפני אותם העדים "שיכול לומר סיטראי נינהו".

4. ואפ"ל גם חילוק אחר בין ע"א לב' עדים. עפ"י המבואר בש"ך סק"ז דהימניה דשנים צריך קנין ולא מהני בלא"ה, וטעמו דלא יתכן שבאו ב' עדים ואומרים שפרע ולא יהיו נאמנים, וע"כ שהוא התחייבות ובעי קנין, ומעתה י"ל דסברת הש"ך דפלגינן נאמנותם ונאמנים לענין תביעה, אין זה סברא בדיני נאמנות אלא בתנאי ההתחייבות שלו, דבזה הוא מתחלק מה בא לתבוע אם פירעון או גזל [כלשון הריטב"א הנ"ל], אבל בע"א שהוא דין נאמנות שיש לו כח לבטל נאמנות ע"א, בזה לא מתחלק הנאמנות ואינו נאמן כלל גם לגבי התביעה גזל, כיון ששורש התביעה הוא מכח דו"ד על פירעון, [עי' בזה בל' הר"י מיגאש שבועות מ"א ב'].

בסתם נאמנות, צו יש לספק צדשות הרשצ"א (שם) נתן להדיא הטעם איך יהיה נאמן החזרתי במגו, חילו העידו עדים ללא החזיר פשיטא ללא היה נאמן נגדם במגו, דהו"ל מגו במקום עדים, וא"כ זהו שהימניה הו"ל כעדים, וא"כ י"ל דווקא בהימניה כזי תרי, דאלים לדחות המגו, אבל צנאמנות סתם דאם העידו העדים להחזיר היו נאמנים, א"כ מוכרח מרא"ש דסבירא ליה צנאמנות סתם וע"א מעיד פרוע אין יכול להשציעו, וקשה הא הו"ל מגו דטען צפני הודה דמהני, ומגו דזי תרי ליכא, דהיינו העד והצט"ד דטוען דפרע צפני העד, דהא וזי צריך העד לסמוך על דברי צע"ד שיהיה צגדר מגו דזי תרי, הלא (לא) יכול לומר אף דפרע צפני כדברי צע"ד מ"מ הודה לפני ג"כ ואין צריך כלל לדברי צע"ד.

גם מדברי אה"ע סימן קמ"א סעיף נ"ה צעל אמר לפקדון ושלש אומר לגירושין דבעיר אחת י"א דצעל נאמן, דאי איתא דלגירושין לדידה הוי יהיב, אבל אם אמר להולכה נתתי אותו ורוצה לצטל הגט אינו נאמן, וקשה הא יש לו מגו דפקדון, וכן קשה להנך רצותא דסבירא להו דאינו נאמן השליש רק צמודה ענין שלישות, אבל צמכישו ואמר שלא עשהו שליש הצעל נאמן, ועיין לעיל סימן נ"ו צ"ש"ך (סק"ה) וצמה שכתבתי (סק"ד) וצעה"ת (שער נב ח"ג ס"ח), וקשה הא הו"ל מגו דמכיש לשליש, ועכ"ל הואיל והימניה הו"ל מגו במקום עדים, וכ"כ הצ"ש להדיא צסימן קמ"א הנ"ל ס"ק י"ד, ע"ש⁶. ומה מוכח אפילו לא הימניהו כזי תרי, דהא אי מכחישים שנים לשליש אין השליש נאמן כדלעיל סימן נ"ו (סעיף ז), ע"ש.

אך נראה דצוה תליא, אי סתם נאמנות מהני נגד ע"א כדעת הרא"ש (כחצות פ"ט סי' ו יוח) הנ"ל (סק"א), או לא מהני כדעת הראב"ד (צהשגות על הרי"ף שם מו:) והרמב"ן (שם פו.) הנ"ל, דאי מהני י"ל נגד מגו ג"כ מהני, דהא הימנו וכהנ"ל גזי שליש, משא"כ אי נגד ע"א לא מהני, פשיטא ללא מהני נגד מגו, דאלים מגו מעד אחד כדמצינו צכמה דוכתי צטוען סטראי אי אית ליה מגו נאמן (שם פה.), ואי לית מגו דפרע צעדים סתם וע"א מעיד דהוא סטראי, וכי מוציאין עפ"י עד אחד. וכהנה

טובא צמלוה על המשכון וליכא עדי ראה מהימן עד כדי דמיו צמגו (להלן סי' עז ס"ז), ואי איכא עדי ראה וע"א מעיד כדבריו, וכי מהני להוציא ממון מלוה⁷, וא"כ דאין נאמנות נגד ע"א לא מהני איך יהי נגד מגו דאלים. ולפ"ז אין ראיה משליש דהוא נאמן יותר מע"א כדלעיל סימן נ"ו ע"ש צש"ך (סק"צ), ולכך אף נגד מגו מהימן, וא"כ הדברים צמחלוקת שנוי. ודעת המחבר נראה, דאפילו נגד נאמנות סתם לא מהני מגו. ומיהו מסתימת לשון הטור ומחבר לקמן סימן ק"ח ס"ד צשטר עסקא, דכתבו דאם האמין לצעל עסקא אם יאמר שלא החזיר דעתו אין טוענים להם שנאנסו, וקשה הא עדיין יטעון החזרתי דהו"ל מגו דנאנסו ומהני במקום נאמנות סתם, והו"ל לפרש כשני עדים. ודוחק לומר אף דבעי תרי היינו צחייו, אבל ליחומים סוף כל סוף מילתא דלא שכיחא ולא טענין ליחמי, דהלשון צשו"ע משמע אפילו להך מ"ד דטענין מילתא דלא שכיחא, ודו"ק⁸.

ודגדה שיחת חולין של סמ"ע צריך לימוד צבר מתוכו דין א', דסמ"ע כתב דדוחק לומר דדוקא צנאמנות צשנים לא מהני מגו, אבל צנאמנות סתם מהני מגו, דלפ"ז לא מהני נאמנות סתם דהא לעולם יש לו מגו דנאנסו. וצמה הש"ך מה ענין נאנסו לגזי הלוואה, והרשצ"א דקאמר למילתא צפקדון דקאמרו, וח"ו דיהיה זה צהעלם צבר מעיני הכה"ג הזה, רק כוונתו למה ליה לרשצ"א לתלות הטעם דלכך אינו נאמן החזרתי משום דהימניה כזי תרי והו"ל מגו במקום עדים, ח"ל צקיור דאל"כ מה מהני נאמנות דיליה ולאחיה צורך הימניה, הא לעולם יש לו מגו דנאנסו, ואין אדם מתנה לצטלה. ועל כרחק דהיה התנאי דלא יהיב ליה מגו, וכ"כ הצעה"ת צדין נאמנות, דאי לא צריך והתנה לטפוי קאחא, ומכל שכן דלא יוציא דבריו ויתנה לצטלה, ועכ"ל דצאמת דנאמנות כזי תרי דנקט הרשצ"א לאו דוקא, וזהו נראה כוונתו צצירור אם כי לשונו מגומגם קצת.

ודגדה יש ללמוד ממנו צדין שכתב הט"ז סימן ס"ט (סעיף ז ד"ה נשאלתי) צאחד שקיבל עיסקא והתנה שלא יהיה נאמן לומר שהיה הפסד צצבר עד שיצבר, וצמה רוצה לומר דיך לו מגו דהיה הפסד צמגו דלא היה צברים מעולם, ודעת הט"ז דנאמן.

משפט יהונתן

נאמנות שליש מהני נגד מיגו, יעוין מה שצויין בס"י נ"ו הערה 14-26.
7. לכאורה יש להעיר ע"ד רבינו, מהא דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן לכמה ראשונים, ואם מיגו אלים מע"א למה מיגו לא יפטור משבועת ע"א, [ואף שחייב שבועה, הוא חייב "בירור" ויתכן שלא מתקיים ע"י המיגו, מ"מ אין מחייב לשבועה כשיש מיגו שהוא אלים מע"א], וי"ל. ומה שהביא ראיה מסיטראי, כבר הקשה הרמב"ן ב"ב ל"ב א' דהוי מיגו להוציא, ותיריך דנאמנותו הוא על מה שהוא תופס וממילא גובה ע"י השטר, וא"כ י"ל דה"ה בע"א שמעיד שנטל לחוב אחר שיש לו, יהיה נאמן כיון שאין כאן הוצאת ממון. וכן מה שהביא ממשכון הרי מבואר בתשו' הרשב"א (ח"א סי' אלף מ') דמי שמחזיק במשכון הוי מוחזק משום דבע"ח קונה משכון, ולפ"ז כתב דאפי' מיגו אי"צ יעוין בכ"ז בש"ך (סי' ע"ב ס"ק ק"ט), אבל גם אם נימא כמו שפסק השו"ע דבעי מיגו מ"מ הוי מיגו להחזיק מטעם זה, וא"כ ה"ה ע"א יהיה נאמן רק שהוא מחייב שבועה את השכנגדו.
8. ונראה דיש לדון בראיה זו, דאפי' אם נימא דהאב היה נאמן בהחזרתי

6. צ"ע ראיית רבינו, הרי י"א אלו בס"י קמ"א הם פוסקים כרב הונא בגיטין ס"ג א' דלא ס"ל דשליש נאמן, וא"כ אין כאן מיגו כנגד נאמנות שליש, ויעוין בד' רבינו (סי' נ"ו סק"ג) שכתב דגם לר"ה היכא דאין סברא של אם איתא, שליש נאמן, אכן ביארנו שם בהערה 4 שאין זה משום דין נאמנות, אלא מדין חזקה מה שתח"א שלו, עיי"ש שהבאנו מהתו"ג, וא"ב זה לא שייך כלל לדין מיגו נגד נאמנות, והב"ש שם מיירי בענין שליח להולכה והגט ביד השליח, והבעל טוען שמסרו בידו לפקדון, שאינו נאמן משום שהגט בידו יש לו נאמנות שליש, ולזה הקשה הב"ש הלא יש להבעל מיגו דיכול למחות לו שלא ימסור הגט בידה, א"כ למה אינו נאמן לומר פקדון במיגו, ולזה תירץ דלא מהני נאמנות נגד שליש, וזה להסבירים כר"ח דיש נאמנות שליש. [וגם תירוך הב"ש צ"ב, דהרי בזה אי"צ למיגו אלא שטענת פקדון גופיה הוא ביטול השליחות]. ובנתייה"מ (סק"ד) כתב דאין ראיה משליש, דשליש שאני דהימניה שיהיה כך אפי' אם ישקר כמש"כ התוס' גיטין ס"ד א', וא"כ מה יוסיף תת כח המיגו שיהיה ראיה. ובענין זה נחלקו רבינו והנתייה"מ בכמה דוכתי אם

ב. הא דמהני נאמנות בלא קנין, דוקא בשעת חלואה. [ד] אבל לאחר חלואה, (ט) ולא קנו מיניה (י) לא (יא) משתעבד.

(ט) וְלֹא קָנוּ מִיְּנִיה וכו'. עיין תומים (סק"ו) דהעליתי עיקר לפי דעת המחבר לעיל סימן כ"ב (סעיף ג) בקיבל קרוב או פסול לעד, ואפילו העיד בב"ד, מכל מקום הוי קודם גמר דין, פשיטא דכאן בעי קנין הן לנאמנות סתם וכן לנאמנות כתרי, הן לנאמנות בעל פה הן בשטר. אך למ"ד לעיל סימן כ"ב דכשהעיד הפסול בב"ד הוי לאחר גמר דין, נראה קודם שאמר בב"ד שלא נפרע

המלוה יהיה נאמן, ומה שכתב שהתנאי שלא יהיה נאמן לומר
דהיה הפסד, סוף כל סוף כיון בגוף נאמנות ליכא עדים ויוכל
לכפור, הוי ליה מגו, ואם כן ממנש דינו של הט"ז מזכור בשו"ע.
אך לפי"מ שכתבתי לעיל בסמ"ע וכן הוא סברא נכונה, דאין אדם
מתנה לבטלה ואמרינן לאורך ולטפוי אמר, אם כן נראה הא דכתב
הטור והבעה"ת דאם טען צעל פה דהתנאי עמך שיהיה נאמן
כפי תרי, והוא אמר הן ומ"מ פרעתיך דנאמן במגו, היינו
מתחילה היו עדים בשעת תנאי, ועכשיו ליחנייהו גביה דמתו או
הלכו, ואם כן מתחילה לא היה תנאי לבטלה, דאילו היה העדים
פה ומעידים כן היה נאמנות מועיל, ועכשיו נולד מגו הואיל ועדי
תנאי ליחנייהו, אבל במתנה תחילה בינו לבינו, אם כן ע"כ דרך
היה תנאי ללא יועיל מגו, דאל"כ לאיזה צורך התנה הא תמיד
היה לו מגו, וזהו לענ"ד ברור.⁹

לכו"ע אם לא נעשה קנין יכול הלזה לחזור מנאמנות, הן נאמנות סתם והן מלוה בשטר, אבל לאחר שהעיד בב"ד אז יש גבי נאמנות סתם, חילוק בין מלוה ע"פ דבעי קנין למלוה בשטר דלא בעי קנין, אבל בנאמנות כבי תרי לעולם אפילו בשטר בעי קנין, ודו"ק.

(י) **לֹא מִשְׁתַּעֲבֵד.** עיין מש"כ בתומים (סק"ד) דלא תקשה מאי שנא מהאומר אל תפרע לי אלא בעדים דאין צריך קנין.

(יא) **מִשְׁתַּעֲבֵד.** הא דבעי קנין ולא מהני דמתחייב עצמו בעדים אם יאמר דלא פרעתי מתחייב אני לשלם לו, ובחיוב בעדים אפילו בלי קנין משתעבד כדלעיל סימן מ' (סעיף א), דכבר כתבתי שם (אורים סק"ד) במקום דאין החיוב בדרך החלט רק בדרך שלילא אם יהיה כך, בעי קנין, ע"ש.

וב"ל דינא של צעה"ת אהא דמודה בשטר שכתבו לנריך לקיימו אפילו יש צו נאמנות, ושם יש לתנאי מליאות כשימלא קיום, ופשוט. ואם כן אף דינו של הט"ו הכי מתפרש, אם היו עדים בשעת תנאי ועכשיו דליתניהו, אם כן יפה כתב הט"ו, דהיינו צירור המגו ומתחילה היו תנאי דהיה עדים בתנאי, אבל אם לא היה עדים כלל, אם כן ע"כ דתנאי היה שלא יהני צו מגו כלל, וז"ל. ובקושית הסמ"ע דהרש"א הא שם ג"כ הנאמנות לצטלה דלעולם יש לו מגו דנאנסו, לק"מ דכי תמיד יש לו מגו דנאנסו, הלא במקום דלא שייך אונס ולא נפיק קלא דאונס, אינו נאמן אונס הייתי, ואיירי הרש"א בשומר שבר דאין לו טענה רק נאנסו כמבואר בלשונו רק מגו דנאנסו, ואם כן טובא מהני הנאמנות היכי דלא מצי לטעון נאנסו, אף החזרתי לא יכול לטעון, וגם לולי הנאמנות נאמן החזרתי בהיסת, ועכשיו דנאמן במיגו נריך שצוה בנקיטת חסד ככלל דין שצוה שומרים, ופשוט ונכון.

[ד] אבל לאחר הלוואה ולא קנו מיניה לא משתעבד. כתב הש"ך (סק"ו) מסתימת דברי המחבר משמע אפילו לנאמנות סתם

משפט יהונתן

הנאמנות הוא מדין פשא"ס וזה מהני גם נגד עדים. ויש שהעירור ע"ד הנתיה"מ ממש"כ הראשונים ב"ב ל"ג א' בסוגיא דקריביה דרב אידי, שטען אכלתי וידי אכלי שאני יורש ויש לו פשא"ס שהרי יכול לומר לא אכלתי, והעדים אומרים שרב אידי קרוב יותר והוא היורש שאינו נאמן נגד עדים, הרי דלא מהני פשא"ס נגד עדים. ונראה דלק"מ, היתם העדים הוי עדים גם בלא הודאתו שאכל, אלא מה שמחייבים אותו הוא ע"י האכילה, אבל בנאמנות כל כח העדות מיוסד על דבריו, ובזה ודאי מהני פשא"ס לבטל את כח העדים שנעשה על ידו, ועי' בדברות משה (ב"ב ס' מ"ה סוף ענף ג') מש"כ בד' תוס' בב"ק שהביא הנתיה"מ. והנה לפי"ד הנתיה"מ גם הבעה"ת סובר כן דמיגו מהני משום פשא"ס, ובטור ר"ס מ"ו הביא מבעה"ת דנאמן לטעון פרוע מיגו דמזויף אפי' אם יש בו נאמנות, ומבואר מזה דשטר שאינו מקוים הוי חספא ולכן חשיב פשא"ס ולא מיגו וכמו שהאריכו האחרונים, ובטור (ס' סט סעי' י"ד) הביא ד' בעה"ת לענין כתב ידו שהודה שאינו מזויף, וכתוב בו נאמנות וטוען פרוע שנאמן, ע"ש. ולהנ"ל צ"ל דגם כת"י תליא בנידון זה, שהרי בב' המקומות הביא הטור שהעיסור חולק, ועכצ"ל דס"ל להעיסור דשטר שאינו מקוים לא הוי חספא ובעינן מיגו, ומיגו לא מועיל נגד נאמנות, ורק פשא"ס, וא"כ הרי מבואר שגם כת"י לא הוי חספא, ויעוין בקצוה"ח (ס' מ"ו סק"ה) שהאריך בזה אם כת"י יש בו מה"ת כמי שנחקרה, ע"ש. וע"ע באבני החושן

מיגו דנאנסו נגד נאמנות, מ"מ לא טענינן ליתמי, ומשום דהטעם שמרעיל מיגו נגד נאמנות מבואר בסמ"ע וז"ל, והטעם דאם טען הלוח נאנסתי היה נאמן מדאורייתא בשבועה כאילו העידו ב' עדים שראו שנאנס וממילא נאמן לומר שהחזירו "כאילו ב' עדים העידו שהחזירם לו" והוא לא האמינו אלא נגדו ולא נגד ב' עדים, עכ"ל. ונראה שהביאור הוא לשיטתיה, דבסי' רצ"ו שכתב דכשטוען החזרתי במיגו דנאנסו ונאמן בשבועה הוא שבועה דאורייתא כמו נאנסו, וכיון שכן הרי שע"י מיגו יש לו נאמנות בשבועה, ונגד נאמנות שבועה לא הימניה דהוי כב' עדים, [ורק בנאמנות כבי תרי אינו נאמן בשבועה נגד הך נאמנות], ולפי"ז כ"ז שייך היכא שנשבע דהחזרתי, אבל יורשים שטענינן להו החזרתי כאביהם אינם נשבעים, וא"כ לא שייך לטעון להם זאת נגד נאמנות, דכל הסיבה שהאב היה נאמן הוא משום שהיה לו נאמנות שבועה, [ונהי דבלא נאמנות טענינן להו כן, מ"מ כשיש נאמנות שאני, כיון שגם לאב לא היה לו כח כלל רק ע"י השבועה, ודו"ק], וא"כ שפיר י"ל דהאב נאמן ומ"מ אין ע"ז טענינן, ויעוין בקצה"ח (סי' מ"ו סק"ב) שכתב להשוות פרוע מיגו במזויף במקום נאמנות לד' הסמ"ע הללו, ולדברינו יש לחלק דרך הכא שיש לו נאמנות שבועה לא מהני נגד נאמנות.

9. בנתיה"מ (סק"ד) השיג ע"ד רבינו מסתימת הפוסקים, וגם דחה יסוד טענת רבינו שכתב, לאיזה צורך התנה, דמ"מ נאמן משום דמיגו בעיקר

זעין קנין לאחר הלואה, אבל לדינא העלה עיקר לחלק בין נאמנות סתם לנאמנות כזי תרי, ואע"ג דדצברי הרא"ש (סנהדרין פ"ג סי' ה) צטור סימן כ"ז (סעיף ד) משמע דאפילו בנאמנות כהאי לא נריכי קנין, מכל מקום נראה דטור גופו חזר בו ופסק כהרמ"ה בסימן זה (סעיף ז), ע"ש. וקודם לכן נצרר דברי השו"ע והטור, כי לכאורה קשה הא הטור סימן כ"ז הביא לשון רמ"ה (סנהדרין כד. ד"ה ממתינין) דהא דאמרין דמהימן ליה וכו', היינו דא"ל הכי בשעת הלואה וכו' אבל לאחר הלואה ולא קני מיניה לא, כיון שקיבל עליו פסול כזי תרי דאדם קרוז לעצמו, עכ"ל. משמע דווקא הטעם משום דקיבל קרוז כזי תרי והוי תרתי לריעותא, וסבירא ליה להרמ"ה כמש"כ הטור דבתרתי לריעותא זעין דווקא קנין, וכן נראה מדברי הרי"ף (שם ד.) והנימוק"י שם, ואם כן זה הכל למ"ד דבתרתי לריעותא זעין קנין, ולפ"ז המחבר דפסק לעיל בסימן כ"ז (סעיף א) כרמז"ס (פ"ו מסנהדרין ה"צ) דאפילו תרתי לריעותא א"צ קנין, אם כן למה מנריך קנין, ומאי נפקא מינה אי הוי תרתי לריעותא או לא, ול"ע לכאורה.

וצ"ל דגם קושיא זו קשה להרמ"מ בפרק ט"ו מהל' מלוה (ה"ג) דכתב דנראה דדעת הרמז"ס כהרמ"ה, וקשה למה הא הרמז"ס סבירא ליה אפילו תרתי לריעותא אין נריך קנין, וכן יש להצין ברש"י בשבועות מ"ז ע"א ד"ה ההוא, שפירש על האי דאמר מהימנה לי וכו', דהיא בשעת הלואה, ודייקו מיניה הא לאח"כ זעי קנין, וקשה ג"כ הא סבירא ליה לרש"י (שם ד"ה דקבלה) הא דאמרין והוא דקיבל עליו צד היינו לר"מ אבל לרבנן אין נפ"מ, ואם כן לא סבירא ליה דתרתי לריעותא גרוע¹⁰. ולכן ז"ל דבלא"ה יש להצין מה ציקש הרמ"ה דהוי תרתי לריעותא, לא יהיה רק חדא לריעותא, הא קיי"ל (שם סי' כז) קודם גמר דין אפילו צדא לריעותא יוכל לחזור בו, וכאן בנאמנות הא עדיין לא נגמר דינו לשלם, ופשוט דמצי הלואה לחזור בו, וע"כ דזעין קנין.

וצ"ל דסבירא ליה להרמ"ה כמש"כ הרמ"א לעיל סי' כ"ז (שם),

דאם קיבל קרוז לעד והעיד הוי כגמר דין, ואם כן בגמרא צה עובדא דאמר מהימניה לי, משמע דכבר צא המלוה והלוה לז"ד, והמלוה טען שלא נפרע, ולכך ציקש רבא לפסוק דמהימן וכו'. ואם כן כיון דאמר הוא צ"ד ללא נפרע, הו"ל כאילו העיד פסול צ"ד דתו לא מצי לחזור בו, ולכך נתן הרמ"ה טעם משום דהוי תרתי לריעותא, ואף בגמר דין חוזר, משא"כ לשיטת הרמז"ס (שם) דלא נקרא גמר דין עד שהוציא ממון, אבל קודם לכן אף שנפסק פסק צ"ד לא מיקרי גמר דין, אם כן מכל שכן עדות הפסול כמש"כ הש"ך להדיא סי' כ"ז (סק"ו), אם כן דלא מיקרי גמ"ד פשיטא דיכול לחזור בו אפילו צדא לריעותא, לכך מנריך הרמז"ס לדעת הרמ"מ בנאמנות קנין, דזולת זה יוכל לחזור קודם שיגבה הצ"ד עפ"י אמירתו, וכן דעת רש"י ומחבר ולק"מ, ואם כן פשיטא דיכול לחזור בו אפילו בסתם נאמנות, דלו יהיה דקיבל צד הא בכל גווני יכול לחזור קודם גמר דין, וכל זמן שלא הוציא ממון מקרי גמר דין, ודו"ק¹¹.

ועתה נשוב לדברי הטור לעיל סי' כ"ז שכתב דהרא"ש חולק וסבירא ליה דלא זעי קנין בנאמנות, ואילו בסימן זה סתם דעת הרמ"ה, וכל האחרונים דחקו ולא העלו דבר ברור. ולי נראה דלק"מ, דהא יש להצין בדברי הרא"ש (סנהדרין פ"ג סי' ה) דנתן טעם דלכך מהני באומר מהימניה עלי כזי עדים משום דפסל כל הנך סהדי אחרני, וקשה מאי צריך דפוסל כל סהדי ואין כאן עדים כלל על הפרעון, מ"מ האריך יכול להוציא מהלוה הא שורת הדין דמלוה ע"פ הלואה נאמן פרעתי, ואם המנוהו כע"א מה צריך וכי מוציאין ממון צע"א, וע"כ דהימניה כזי תרי. ואם כן עדיין קושיא הרמ"ה הא הו"ל תרתי לריעותא דהאמין צע"ד דהוא קרוז על עצמו כתרי, והגע עצמך לדברי הרא"ש אי אמר למלוה אמה תעיד עלי שאני חייב לך מהימן צלי קנין, ואם אמר לאחיו של מלוה אמה תעיד דאני חייב לאחך אינו מהימן צלי קנין, דהוי תרתי לריעותא, דא"כ יפה כח של מלוה צעמנו מכל של אחיו שארו וקרובו, נשתקע הדבר.

משפט יהונתן

בתרתי לריעותא בלא קנין, יעוי' בישועות ישראל (סק"ד) שכתב דאין כוונת הרמב"ם דבכה"ג יהיה נאמן כנגד שנים שיבואו להכחישו, אלא רק שיש לו נאמנות כשנים, ויותר מצד אחד, אבל לא כנגד אחרים, ויעוי' שדימה זאת למש"כ הרמב"ם (פ"ו מסנהדרין ה"ג) שאם קיבלו עליהם מי שאינו מומחה לדונם כשלשה וטעה, הדין חוזר, הרי דאף שזה הדיין לא חזר בו, מ"מ כיון שנתברר ע"י ב"ד מומחין שטעה חזר הדין, וה"ג כשמתברר ע"י ב' עדים. אכן נראה דלא דמי, דבעדים כיון שפסל את כל העדים כלפי עד זה הרי אין להם נאמנות להכחישו, משא"כ בדיינים שאי"צ חלות דין דיין בשביל להכחיש דיין זה, אלא ברור לפנינו שטעה, ובפרט דהתם מיירי בטעה בשיקול הדעת, והיינו שפסק כנגד סוגיא דעלמא, ובזה אי"צ כח דיינות, וגם מהכ"ת לומר שפסל שאר הדיינים עליו.

11. לכאורה אכתי צ"ע דעת המחבר, דהא לעיל (סי' כב ס"א) לא הביא הדין ש"הוציא ממון", וזהו כמש"כ שם דהרמב"ם לאו דוקא, אלא מיירי שאמרו צא תן לו, וא"כ מאי שנא הכא דבעי קנין. ובפשוטו י"ל דהמחבר פליג על הרמ"א וס"ל כהרמב"ם דבעינן גמר דין אפי' בקיבל אותו לעד וכמש"כ הכס"מ דבעינן עכ"פ צא תן לו, דזה הוי כאילו הוציא ממון, וכאן

(סק"ד) שהביא סתירות בדעת הנתייה"מ בזה, וכן באמרי בינה (סי' ס"ב ד"ה והיכא) שדן בד' רבינו. וע"ע בנתייה"מ להלן (סי' קלג סק"ג) בד' רבינו כאן.

10. בקצוה"ח (סק"ב) כתב ליישב עפ"י דתוס' ב"מ ע"ד א' דרק היכא שיש להם תביעה זע"ז מהני נאמנות בלא קנין, אבל היכא שעדיין לא היה תביעה והאמין הלואה למלוה בזה בעי קנין, וכ"כ בנתייה"מ (סק"ו). אכן נראה די"ל דכוונת תוס' היא, לאפוקי משחקים באמנה שאין חל עליהם חיוב בלא קנין משום שאין להם תביעה זע"ז, אבל היכא שיש ביניהם עסק של הלואה, בזה ודאי יכול לחייב א"ע, וז"ל תוס' הרא"ש בסנהדרין כ"ד ב', אע"פ שיש דברים שנקנים בלא קנין רק בדיבור בעלמא כמו נאמן עלי אבא וכו', שאני התם כיון שיש להם תביעות זע"ז כאילו מחלו זל"ז ואפי' ליתן חייב כיון שהכשירום להיות דיינים הוי כאילו היו כשרים ופסקו הדין, עכ"ל. ומבואר מדבריו דהיכא שיש ענין מחילה או דיינות, בזה מהני להתחייב בלא קנין כמחילה או כקבלת דיין והדיין מחייב, אבל במשחקים באמנה לא שייך כ"ז, אבל בהלואה לא שנא לאחר תביעה לא שנא קודם תביעה בשעת הלואה, שפיר אפשר לקבל דיינות בלא קנין. ומה שהביא רבינו מד' הרמב"ם דמהני קבלה

וְיִבֹא למימר דלכך מהימן הואיל ואנן סהדי דכי הימניה דאין הוא פורע וזלת שלוקח שוצר, אם כן הו"ל להרא"ש לומר טעם זה, ועוד הא הרא"ש לא סבירא ליה הכן סבירא, דהא הקשה (בשבעות פ"ו ס"י יג) דיהיה נאמן דפרע צינו לצין עצמו צמגו דפרעו צעדים והלכו למדינת הים, ואילו סבירא ליה כהך לק"מ, דהוי מגו צמקום עדים וכמש"כ הר"ן (שם כ:): צאמת, וגם לא הוי פוסק (שם ס"י יא) דצאמר לו אחר הלואה אל תפרעני אלא צעדים צריך הלואה להסכים עמו, אבל אי שתק אין צריך לפורעו צעדים, ולמה לא אמרינן אנן סהדי דלא פרע צלמי עדים הואיל דקפיד המלוה כמש"כ הר"ן.

וְלִבְן צרור דסבירא ליה להרא"ש הכן דאמר מהימניה לי כצי תרי היינו צמלוה צטטר, ואם כן יפה טען דכי פסל לכולהו עדים, ואם כן הרי מלוה תוצע צטטרו, ואי דטוען פרעתי אין לו על המלוה כי אם שצועה, וצוה לא הוי רק כע"א וע"א פוטר משצועה ולק"מ.

ובזה נראה ג"כ להצין דהרי"ף כפי מה שהציא הרא"ש צשמו צפרק זה צורר (סנהדרין פ"ג ס"י ה) הציא ראייה מהך דהימנא כצי תרי דהכשיר קרוב כצי תרי מהני, ואולם הרמ"ה כפי מש"כ הטור הציא ראייה מהך דאמר מהימנא צסתם דג"כ נאמן אף דהו"ל תרתי לריעותא, והך עוצדא איתמר צגמרא צראשונה, וזוה הו"ל להרי"ף להציא ראייה כי גם מזה מוכח כמש"כ דאין יהיה נאמן דלא פרע, וכי ע"א נאמן, וע"כ דהימניה כצי תרי. אמנם לפי הנ"ל ניחא, דכל הנך עוצדא איירי צמלוה צטטר, אם כן צנאמנות סתם אין כאן רק כע"א דעד מסייע פוטר ואין כאן תרתי לריעותא, ולכך מציא הרי"ף ראייה דנאמן כצי תרי ואפילו שנים מעידים דפרעו הוא נאמן יותר, ש"מ דקרוב נאמן כצי עדים, וצוה דחה הרא"ש דפסל הנך עדים. אמנם הרמ"ה נראה דסבירא ליה כמש"כ הצ"י צסי' מ"ו (סעיף לו) דע"א המסייע אינו פוטר משצועה, ואם כן שפיר דיין מהך עוצדא דנאמנות סתם, דג"כ צריך לומר דהוי נאמן כצי דאין ע"א פוטר משצועה, וע"כ דהימניה כחרי מכל מקום כשר צקרוב והוי תרתי לריעותא. ועכ"פ כל דחיות הרא"ש הוא צמלוה צטטר, דלזה י"ל כיון דפסל לעדים חזר הדבר למלוה צטטר וע"א מסייעו דפוטר משצועה, אבל צמלוה ע"פ מה מהני נאמנות דפוסל

לעדים הרי חזר למלוה על פה וכי יוציא ממון צעד אחד, וע"כ צשני עדים, וצרור דצריך קנין דהוי תרתי לריעותא¹².

וְלִפ"ז אין כאן סתירה צדצרי הטור, דכאן צסי' ע"א הכל איירי צמלוה על פה כמש"כ הצ"ח (שם) דצחר מזה איירי צמלוה צטטר, ואם כן צמלוה ע"פ פשיטא דצעי קנין כמש"כ, דזהו הוי ודאי תרתי לריעותא, ולא סגי צמה דפוסל העדים. ולא עוד, אפילו צמלוה צטטר נראה כמש"כ לעיל דמה צכך דהכשירו רק כע"א, מכל מקום הא קודם גמר דין אפילו צחדא ריעותא יוכל לחזור, וכבר כתבתי דשם צגמרא דכבר אמר צצ"ד דלא נפרע, ואם כן הו"ל דכבר העיד הקרוב והוה ליה גמר דין וכמו שציארנו לעיל, אבל אם רוצה לחזור קודם צצא לצ"ד, ואמר אני לא מהימן ליה, אם כן פשיטא דיכול לחזור דהוי קודם גמ"ד. ואם כן א"ש דלעיל ס"י כ"צ קאי הרא"ש על עוצדא דגמ' דא"ל מהימנא לי וכו', דמשמע דעוצדא דצא לצ"ד דזה אמר לא נפרעתי וכנראה מדצרי הגמרא, וצו שפיר כתב הרא"ש דהו"ל רק חדא ריעותא והו"ל אחר גמר דין ואין יכול לחזור, משא"כ צסימן זה דמיירי צגוף הנאמנות דיהיה מהני ולא יוכל הלואה לחזור צו לעולם, פשיטא דצריך קנין דאפילו צחד לריעותא קודם גמ"ד יוכל לחזור צו, וצצרים אלו צרורים וכוונים צצ"ד.

וְדַחַש"ך כתב דנאמנות סתם אין צריך קנין דהו"ל קיבל פסול כחד, תמהני הא קודם גמ"ד יוכל לחזור, וצצרי צלתי צרורים¹³. איצרא דיש להצין צמחצר דסבירא ליה דאפילו נאמנות סתם צעי קנין, ואם לא, לא מהני, אם כן מאי שנא מהא דאמר ליה לאחר הלואה אל תפרעני אלא צעדים דעת הר"י הלוי (הוצא צר"ן שבעות כ:): אפילו הלואה מוחה, ודעת הרמב"ן (שם מא:): והרא"ש (פ"ו ס"י יא) עכ"פ צשלוה מסכים מהני, ואם כן אם אינו מצרר צעדים דפרע נאמן המלוה וא"צ קנין, וכאן צנאמנות סתם דהוא ג"כ אם מציא עדים, צאמת נאמנות לא מהני, ואי דאין לו עדים אז המלוה נאמן, והיינו כמו אל תפרעני אלא צעדים דהוא כזה אם יצרר צעדים לא יהיה נאמן, ואם לא יהיה נאמן, ולמה צו צעי קנין ולעיל לא צעי קנין. ודוחק לחלק דשם המלוה מתנה ולוה מסכים א"צ קנין, וכאן מיירי דלוה אמר מהימנא לי והמלוה שתק דהוי כפטומי מילי צעלמא, דזה דוחק¹⁴.

משפטי יהונתן

בעלמא חל ואינו יכול לחזור בו, משא"כ התם שאינו מוחל על הטענה, שהרי אין כאן ויתור לטענת הבע"ד, אלא מעמיד עד או דיין שיקבע על פיו, ובזה צריך קנין, ועי' ברמ"ה סנהדרין כ"ד א' שכתב לבאר החילוק בין אתן לך למחול לך שהוא משום חסרון קנין, ועי' בחזו"א סנהדרין (ס"י יז סק"ד) שנקט דבעי קנין, ויש קנין ע"י אודיתא או כח ביי"ד, עיי"ש שהאר"ך, ועכ"פ בעי קנין, אבל כאן י"ל דחל באמירה עצם המחילה על הזכות טענה. ובנתיב"מ (סק"ו) כתב דכשאומר שמאמינו קודם הפרעון הוי כאומר לו אל תפרעני בלא שובר ועדים, ואם תפרע בלא שובר אהיה נאמן נגדך, אכן בש"ך לא משמע כן שמדמה לקיבל פסול כחד.

¹⁴. בנתיב"מ (סק"ו) כתב דאל תפרעני אלא בעדים הוא משום התראה, ולכן מהני בלא קנין, אבל כאן אינו התראה אלא מתחייב רק אם יאמר המלוה לא נפרעתי, תדעשאינו מתחייב ליורשיו, משא"כ באל תפרעני אלא בעדים שהוא ראייה לגבי היורשים. אולם יעוין ברמב"ן שבועות מ"א

מיירי קודם גמ"ד, אולם רבינו לעיל שם (ס"י כב סק"ג) נקט דלהרמב"ם דוקא בהוציא ממון, עיי"ש דהראה מקורו.

¹². לכאורה ער"ז י"ל גם במלוה ע"פ, דכשם שיכול לפסול כל עדים שבעולם, כמו"כ יכול לפסול טענות פרוע שלו, וכל שאין טענת פרוע הרי הוא עומד בחזקת חיוב, וכמו איני יודע אם פרעתיך שחייב כיון שאין "טענת" פרוע, ואכן לפי"ז אפי' אם עד המסייע אינו פוטר, מ"מ כאן יפטר משבועה כדין א"י אם פרעתיך דמבואר ברמב"ם (פ"א מטו"נ ה"ט) שאינו יכול להשביעו, אולם הש"ך (ס"י עה סק"ט) הביא משערים דרב אלפס שיכול להשביעו, ונע"י קצוה"ח ס"י צא סק"ן.

¹³. עי' בחי' הרי"ם (סק"א) שכתב דגדר נאמנות זה הוי כאילו אמר שמוחל לו הפרעון כשיאמר לא נפרעתי, ולפמשנ"ת בהערה הקודמת י"ל דחלוק נאמנות לדיין או עד אחר נאמנות לבע"ד, דבנאמנות לבע"ד הוא מוותר על הזכות טענה שלו, וממילא הוא חייב, ובזה יתכן שגם בדיבור

(יב) בפנינו הודה וכו'. הש"ך (סק"ח) הביא כי רבו החולקים, וס"ל דאפילו לגבי הודאה לא מהימני, ועיין מש"כ בתומים (סק"ד) כי הוא באמת ספיקא דדינא והמוציא מחבירו עליו הראיה. (יג) נאמנים. אפילו הודה שלא בפני לוח, לא יוכל לומר שלא להשביע הודיתי, ועיין לקמן סימן פ"א (סעיף ד), ועיין תומים (סק"ה).

להשביע הודיתי, ועיין

לקמן סימן פ"א (סעיף ד), ועיין תומים (סק"ה).

(יד) שלא פסלם אלא לפרעון. ואם אמר בפירוש שלא יהיו

נאמנים בשום עדות הן הודאה והן מחילה, גם לזו מהני נאמנות, דכל תנאי שבממון קיים, ואם הוא לשון מסופק אי נתכוון לו, יד בעל השטר על התחתונה והממע"ה, סמ"ע (סק"ז) וש"ך (סק"ט).

ובזו א"ש מה שדקדקתי לעיל דלמה מציא הרי"ף ראייה מנאמנות כז', ואולם הרמ"ה הביא מנאמנות סתם, ולפ"ז נחל דהרי"ף לשיטתו דגרס אינו נאמן באמר שפרע צעדים ומתו, והרמ"ה גורס כהרמב"ם ותוס' נאמן וא"ש. אלא דעדיין יש לפקפק קצת דהא גם נאמנות כז' תרי יש לו מקום דא"ל לפרוע, כשמציא עדים להודה צפניהם לדעת המחבר וסייעתו, ולפ"ז כי יש לחלק בדוחק.

[ה] אבל הודאה מילתא אחריתא. עיין ש"ך (סק"ח) דרבים מחזירים החולקים וסבירא להו אף לגבי הודאה הימניה, והאמת אמו. אצל מש"כ דמרמב"ם (פט"ז ממלוה ולוה ה"ד) אין הכרע, דמה שכתב כילד יעשה צנאמנות שיפרע יעיד על עצמו שלא צפני הלוה שקיבל כל החוב וכו', י"ל דכוונתו דיעיד על עצמו צ"ד אצל צעדים לא מהני. אין דבריו נראים, דא"כ הא דכתב שלא צפני הלוה מה קמ"ל, מה נפ"מ אם הוא צפני הלוה או שלא צפניו, פשיטא דהודאה צפני צ"ד הוי הודאה, אלא צרור דכוונתו לפני עדים יודה, וקמ"ל דלא מצי טען שלא להשביע הודיתי הואיל ולוה מוחזק צמעות וכמש"כ להלן סי' פ"א (סעיף ד), וטובא קמ"ל, וכן פירשו המפרשים והרב בעל משנה למלך, ע"ש¹⁵.

גם מה שכתב דלא ידע מנ"ל לטור צרמזים (קיצור פסקי הרא"ש שצעות פ"ו סי' כ) וצפנרו (סעיף ח"ט) דס"ל לרא"ש דמהני הודאה, והיינו צנאמנות, דבאמר לו אל תפרעני אלא צפני פלוני ופלוני מצוה צרא"ש (שצעות פ"ו סי' יד-טו) דס"ל דהודאה מהני, דהא כתב על הא (שם מא'): דהא אנה ורצ ששת, דמילתא דצדיחא צעלמא אמר, ש"מ דהודאה מהני, דאל"כ הא צריך כמש"כ הרז"ה (שם כג). דלולי כן הודאה צפני רצ נחמן לא מהני אם ילך למדינת הים או ימות, אלא דצנאמנות י"ל דלא מהני הודאה כהכרעת הרמב"ן (צמלחמות שם). וסותר דברי עצמו, דברי הסימן (סק"צ) כתב לתרץ על קושית הסמ"ע (סק"ג) דברי הרא"ש דסבירא ליה נאמנות סתם מהני נגד ע"א, להא דפקק צמסוצה (כלל סה סי' יט) דלא מהני, וחירץ דשם צמסוצה מיירי בהודאה, ע"ש. והרי הדבר מצוה צרא"ש אף גם מפסקים נלמוד, דהא הרא"ש כתב כמש"כ לעיל (סק"ד) דלכך נאמנות לא צעי קנין ולא הוי תרתי לרעותא דהא פסל לכולהו סהדי כמו אל תפרעני אלא צעדים, א"כ מדמה הרא"ש הדברים להדדי, ואם שם שלא פסלם להודאה אף זו כמוהו. אך זה יש לדחות אצל מתסוצה הנ"ל ראייה מכרעת.

איברא שיש להצין בצנרא, עדים שראו פרעון משמעון לראובן אין לך הודאה ומחילה יותר מזה, ואילו שתקו ואמרו צ"ד רק סתם צפנינו מחל ראובן לשמעון והודה לו דלא חייב לו היו נאמנים, וכי צציל שהם הוסיפו לחזק דצריהם שראו עין צעין כי מנה לו המעות מיד ליד, ולמה צציל זה יוגרע כח עדותם ולא יועיל, ולכאורה הוא נגד השכל והצנרא. וי"ל דהא דציקש המלוה להאמינו נגד עדים, וכי נחשדו עדים לשקר, רק דלפעמים טועים כי הלוה נותן לו ע"ז החוב, והמלוה מקבל הפרעון על דבר אחר, דהדין עס המלוה דלעיל סי' נ"ח (סעיף צ), ע"ש, ובזו העדים טועים ולא רמיא עליהם, ואומרים צדדמי כי פרע על זה החוב כמאמר הלוה צאמת אז ונלקה המלוה, ולכך מצקש נאמנות, וזהו שייך צפרעון, אצל בהודאה מיוחדת ממלוה או מחילה, צו לא יפול טעות צדברי

משפט יהונתן

חסר בזה בדין הודאת בע"ד, ולכן יש לו זכות טענת משטה. והביאור בזה הוא, דהודאה בתביעה יש בזה נאמנות מגזיה"כ "דכי הוא זה", אבל הודאה בלא תביעה הוא רק משום אנו סהדי שאומר אמת ועל זה מהני טענת משטה, ואכמ"ל. ועכ"פ לפי"ז י"ל שחידש הר"מ שאפי' הודאה כזו שהוא רק אנו סהדי, מהני לפטור את הלוה, כיון שלא האמינו אדעתא דהכי, ודו"ק. אך יל"ע למה לא כתב הר"מ חידוש זה על הרישא "שיעיד זה המלוה ע"ע שבטל כל שטר שיש לו על פלוני", ולמה לא כתב שיעיד כן שלא בפני הלוה, וזה קשה גם לביאור רבינו, ועי' במרכבת המשנה פ"ד ממלוה ובפתחי משפט סק"ד מש"כ בזה.

שכתב בדעת הרמב"ם דבאומר פרעתי בלא עדים אינו נאמן במיגו שהיה אומר פרעתיך בעדים והלכו וז"ל, דהא בטליה להימנותיה מדקביל עליה שלא לפורעו אלא בעדים, ע"כ. וכן הביא הקצוה"ח (סק"א) בשם המהרי"ט, וכן משמע מהבעה"ת שהביא הש"ך, ויעוין ברשב"א ר"פ שבועת הדיינים דאל תפרעני אלא בעדים מתחייב מדין עבד לוח לאיש מלוה, ולכן מתחייב גם לאחר מתן מעות, ע"ש.

15. נראה די"ל באופ"א, דהחידוש "שלא בפני הלוה" הוא עפ"י שיטת הרמ"ה שהובא ברא"ש ס"פ המניח דטענו חיתים והודה בשעורים פטור מן השעורים משום טענת משטה, ומבואר בש"ך (סי' פ"ח סקט"ז) וביותר בחזו"א (חור"מ סי' יא סקט"ו) דכיון שההודאה היא בלא תביעה,

המלוה, הלא יהיה זהיר צדומו להודות על איזה חובו נפרע ולכן לא פסלינוהו, דמהכי תיתי, ולא נחשדו עדים לשקר¹⁶.

[ו] אין לו עליו אלא שבועת היסות. הקשה ה"ח (סעיף ו) מהא דאמרין צדמונות (פסח) אי פקח הוא מיימי לדי

שבועה דאורייתא דפרע והדר תבע ליה שנית צעד אחד, ש"מ אע"ג דפרעין מ"מ ניתן לתבוע, ותירץ דשאני הכא דפרעון ראשון הוי כמחל ליה. והקשה הש"ך (סקי"ג) א"כ איך קאמר צסעיף ז"ן דמאן דמתחייב לימא כל מאן דאיתא לגזילה צדיה, דהא אין כאן גזילה כיון דהוי מחילה צידו. ולא ידעתי למה הרחיק להקשות, ולא מיינה וציה דאין לו עליו אלא היסת, היסת זו מה טיבו הא מחל לו, ואם אמרינן דצדופן זה היה מחילה אם יאמר דלא פרע ויהיה חייב שבועה היסת וישבע דיהיה מחילה למפרע, אצל אם יודה ע"י שבועה לא מחל לו, א"כ אף צקצלת חרם יש לוומר כן, דאם יודה ע"י חרם לא יהיה מחילה. אצל צאמת זה לא יתכן, דסוף כל סוף אם יהיה נשבע מחול לו למפרע, א"כ לעולם צקושטא קמשחצב, דאף דאין אמת אמו

מ"מ כיון דצב נשבע דלא פרע לו הוי מעות מתנה ולא פרעון, וא"כ לא נשבע לשוא, וטורח שבועה זו למה ודאי דישבע כן אף דצב פרע לו, ולכן ליכא למימר כך כלל¹⁷. אף צאמת לא ידעתי

(טו) ובין אם העידו שמחל לו החוב. בזה ליכא מחלוקת ולכו"ע נאמנים, דאין מחילה בכלל פרעון ומילתא אחריתא היא, ועיין להלן סימן פ"ב (סעיף יא).

(טז) דאין הנאמנות וכו'. ואם כתב בשטר שהאמינו בעיקר המעות וכו', הואיל ונקט בעיקר המעות אמרינן לענין שלא יוכל לומר אמנה הוא וכדומה רבית, אבל בפרעון לא האמין אותו, וכן אם כתב שיהיה נאמן בכל עניני שטר גם כן מפרשים אותו על עניני שטר לענין אמנה וכדומה אבל לא לפרעון, רשב"א (בתשרי ח"א סימן אלף ב) סמ"ע (סק"ח) ורש"ך (סקי"א) ועיין [ריש] סימן פ"ב.

(יז) מכתב ידו וכו'. דבזה לא

מהני נאמנות דמאי שנא דאומר בעל פה דנפרע או בכתב, ועיין לעיל סימן ע' (תומים סק"ח) דצריך לקיימו בב"ד, דאם לא כן הא לדעת רב שרירא גאון (הור"ד בבב"מ שער יג ח"א ס"ג) אין מקיימין אותו מב' שטרות, ועוד צריך תיכף שיהיה לו עדים דראו השובר בידו, דא"כ אולי בין כך יתחייב לאחרים ואם כן אינו יכול ליתן שובר ולמחול במקום דחייב מדרב נתן,

ואי דזמנו קודם, דילמא קנוניא עושה להקדים זמנו, ולכן יניחו להחזיק בעדים, ואם כן ליכא למיחש דקנוניא עושה להקדים זמן. (יח) אין לו עליו אלא שבועת היסות. דהא דאין גובה בעדים, אין הטעם הואיל והימניה הוי כאילו מחל לו, דאם כן

אף שבועה לא יצטרך, רק הוי כאילו פסלינוהו לעדים בעסק זה לעולם, ולכן אין לו עליו אלא שבועה. ועיין תומים (סק"י) דהעליתי דאין משתבע בלשון דמכחיש לעדים, כגון שיאמר שלא נפרע, רק משתבע דלית ליה זוזי גביה, ואם כן אמרינן מלוה ישנה יש לו עליו, ומכל מקום הנחתי בצ"ע דהא תיכף בתר שבועה נפסל לעדות ושבועה על פי שני עדים הללו, עיין שם שהארכתי בזה, וצ"ע.

משפט יהונתן

היסת שלא נפרע ב' פעמים, כיון שהכוונה שמעולם לא היה פרעון, ואם יפרוש מהשבועה ויודה שנפרע ב' פעמים יתחייב להחזיר לו כיון שלא מחל לו אם לא ישבע, ורק ממחרים סתם מקשה הש"ך שפיר דהא מבואר שם דהמחרים סתם אומר "כל מאן דאיתא לגזילה בידיה", והיינו דעכשיו יש גזילה בידו, ובזה לעולם לא יהיה חרם כיון שאין גזילה עכשיו ממ"נ וכמ"ש רבינו, ורק בשבועת היסת שנשבע שלא "נפרע" שייך על זה שבועה, עכ"ד. ויל"ע בזה, דאחר שנתן המעות בתורת פרעון איך יתכן למחול אותם הרי אינם שלו, ורק יכול להתחייב לשלם שוב, אבל איך שייך ליתן במתנה את המעות שנתן לפרעון. ואולי ס"ל להנתיח"מ דאם תבעו המלוה שוב הלוא חוזר בו מהפרעון, דהפרעון היה בטעות ושוב נותנו בתורת מתנה, אך זה תלוי במש"כ הר"ן כתובות (מ"ב ב') בדפי הרי"ף דכוונת פרעון תליא ברצון המלוה ולא הלוא, ואם נטלם המלוה בתורת פרעון לא איכפ"ל בטעותו של הלוא, ועי' ברש"י שבועות (מא: ד"ה כיון) ובגליין הש"ס שם. ובהגהות האמרי ברוך (על הנתיח"מ) כתב

16. בנתיח"מ (סק"ח) כתב דלא מהני שמעו ההודאה רק כששמעו לאחר שכבר פרעו, אבל בשעת פרעון הרי הוכרח להודות כדי שיפרענו ויכול לטעון סיטראי, עכ"ד. ואולי לפי"ז יש לכוון לשון הרמב"ם הג"ל "שלא בפני הלואה" דר"ל שלא בשעת ההלואה, ועיין בנתיח"מ עוד דרך ליישב. ויעוין באבני החושן (סק"ו) שתירץ קושיית רבינו דהודאה הוי כמחילה שמחל את הנאמנות גופא, וכן מבואר בריטב"א שבועות מ"א ב' דעידי הודאה אינם עידי פרעון, אלא עדים שמחל על הנאמנות, [וכ"כ בריטב"א ב"מ כ' א' דבכל הודאה יש גם מחילה], משא"כ בפרעון אינו מחל על הנאמנות, רק בהודאה דכשמודה בפניהם הרי הוא כאילו אומר להם שיהיו הם, נאמנים יותר ממנו, וע"ע בר"י מיגאש שכתב דעידי הודאה הוי כעידי הזמה ולכן נאמנים, ולפי"ז קשה קושיית רבינו דבכל פרעון נכלל הודאה, ועי' בפתחי משפט (סק"ד) מש"כ בזה ובאבני החושן שם.

17. בנתיח"מ (סק"ט) כתב שאין הכוונה דמעיקרא נתן לו בתורת מתנה, אלא דבתחילה נתן לו בתורת פרעון ואח"ז מחל לו, ולכן שפיר נשבע

מה קושיא, הא כל טעם הר"ן (שצעות כא). דחינו יכול לתבוע דפסל לעדים, וכיון דפסלם איך יחזרו לכשרותן, משא"כ שם מי פסל לעד אחד אדרבא זוקק לשבועה, רק הואיל והוא נשבע ונטול שעבוד קרקעות אין כאן שבועה דאורייתא, אבל בזה פרעון איכא שבועה דאורייתא ומעולם לא נפסל העד, משא"כ כאן בנאמנות דפסלינהו ולק"מ ופשוט¹⁸.

והנהגה הז"ח (שם) כתב צעיקר קושית הר"ן דהקשה לדעת האומרים דאח"כ יכול לתבועו שנית צעדים הללו, א"כ אפוכי מטרותא למה לי, ומירץ הז"ח דנפ"מ לענין ציונית ויזכורית ועידית, דהוא גובה ממנו עידית כיון דלית ליה נכסים אחריני, אבל כשחזר וגובה אין לו אלא ציונית. והש"ך השיג דכיון דבא שנית צעדי פרעון ואיגלאי מילתא דצטעות גבה, אף הוא חוזר לגבות ממנו מה שגבה ממנו, ודינו ז"ע¹⁹. אמנם בלא"ה ודאי יש נפ"מ בכמה דברים דלא שייך ציה אפוכי מטרותא, כגון דלזה שני עדים ולזה שני עדים, א"כ לולי הנאמנות כזי תרי הוי המוציא מחזרו עליו הראיה, אבל השתא מוציאין מידו דהא הנך תרי דאומרים דפרעו כמאן דליתא דמי, ואם כבר פרעו ואח"כ תבועו צעדים הללו הא יש שנים המכחישים, ודין הממע"ה ומחזיק זה צמעותיו.

ועוד ודאי דאף דיכול לתבועו צעדים הללו לאחר פרעון, מ"מ צריכין הני עדים להעיד שנית לפני צ"ד, כי מה שהעידו קודם פרעון אין מועיל דאז פסלינהו והמלוה נאמן, וא"כ דלריכין להעיד אח"כ שנית פשיטא דיש נפ"מ אם צין כך מתו או נפסלו מחמת קורבא, א"כ הרי תו אין יכולין להעיד ומפקיד הלה מעותיו. וכן אפשר לומר שהמלוה חייב לאחרים מוקדמים, וא"כ לולי נאמנות לא היה יכול להוציא מיד המלוה, אבל עכשיו שפרעו רק חוזר ותבועו צמלוה, א"כ הרי כשאר צע"ח והמוקדמים טורפים קודם והוא יוצא נקי, וכן טווי נפ"מ. וצורר דקושית הר"ן רק דלא על זה נמכוון זה בנאמנות שהתנה שיהיה נאמן כזי תרי, מה אהני ליה, הא ינטרך אח"כ לפרוע שנית, ומה נפ"מ ליה, וכי התנה על דבריו הנ"ל שאינם שכיחים ויעברו ימים ולא יזדמן כנ"ל, וא"כ למה זה התנה ומה תועלת לו בצפוכי מטרות, ואין מקום לקושית הש"ך.

אך צמר עיון ראיתי, כי לכאורה מה שכתבתי דלא כצ"ח דס"ל דמוחל המעות רק סגי צמה דפוסל לעדים, לא נראה, רק ז"ל כמש"כ הז"ח דמוחל למפרע, משום דקשה לי איך מניחין אותו ליצבע, אם הוא הלוה פוסל לעדים אחרים, אכן איך פסלינן להו הלא עדים כשרים הם והם מעידים שפרעו, ואם נשבע דלא פרעו הלא נשבע לשקר, ואיך נמסור אותו מתחילה לשבועת שקר צמוד, ואפילו נימא דטוען כמש"כ הש"ך דסטרתי היה הפרעון, מכל מקום הא העדים מעידים דעל אותו דבר פרעו ואיך ישבע לשקר, מלבד דא"כ פסול לעדות ולשבועה. ועוד קשה דא"כ הא דאמרינן בגמרא דשבועות דף ל"ז (ע"א) הויד שבועת פקדון והתרו צו מהו, ודייק בגמרא מכלל דאי לא אתרו ציה מחייב הא כפירת דברים צעלמא הוא, ופירש רש"י דאע"ג דכופר לא תועיל כפירתו כלום, דהא ישנו עדים דמעידים על הלוואה, זאת אומרת הכופר צמלוה שיש עליו עדים חייב, ועיין שם צרש"י ד"ה הויד ותוספות ד"ה הויד וכו'. וקשה מה קושיא דילמא איירי צכהאי גוונא דתבועו דפרעו פעמיים, ונשבע לו לשקר דהא אף על כפירת מלוה חייב, ואפילו כופר בכל דליכא שבועת דיינים רק נשבע מפי עצמו, ואפילו שלא צצית דין כמבואר בגמרא (שם לו:) וצרמז"ס הלכות שבועות (פ"ז ה"א), ואם כן אף דעדים מעידים לשקר נשבע, אין נאמנים להוציא ממון, דהא הלוה פסלינהו, אבל לענין קרבן ומלקות ודאי נאמנים דנשבע לשקר, דכי אכן צ"ד פסלו אותם הלא עדים כשרים ונאמנים הם, ואפילו הלל ושמואי, וא"כ הוי כפירת ממון ומ"מ מתחייב קרבן צעדותם וצבתאחם מלקות כמבואר בגמרא, ואין מקום לכל קושית הגמרא, וקושיא זו עזומה לכאורה²⁰.

אמנם צרור כמש"כ הז"ח, דלא לצד דפסול לעדים אף גם דמחל לו, א"כ תו ליכא שבועת כפירת ממון, דכשנשבע חל מחילה למפרע וא"ש, אף הדרא קושיא הנ"ל לדוכתיה, א"כ שבועה זו למה הא מחל לו, וכדין נשבע. ולכן ז"ל כמש"כ לעיל סימן ל"ד (תומים סק"ה) צקושיא דלמא העדים קרובים, ד"ל א"כ דליכא עדים ליכא מלקות דיכול לומר מלוה ישנה יש לי עליו, וא"כ מלקות ליכא וא"ש. ועיין מה שנתבאר לעיל צסי" ל"ד שם ומש"כ להלן צסי" ז"צ (סק"ג) מזה צאריכות, וא"כ גם צהך

משפט יהונתן

שפסלם רק לענין תביעת פירעון, אבל לענין תביעת גזל ממנו לא פסלם, ואף שמעידים על מעשה פרעון, מ"מ כיון שאינו לענין תביעת פרעון מהלוה אלא לענין תביעת גזל מהמלוה, לזה לא פסלם, וא"כ שפיר כתב רבינו דאין כאן זה גובה וזה גובה, כיון דמה שפרע היה בטעות, [ואין הביאור כמש"כ הנתיב"מ שנאמנים על חוב חדש של מלוה, ועי' בהערה מה שהבאנו מהקצוה"ח]. וע"ע באבני החושן (סק"ז) שהקשה על הנתיב"מ הנ"ל. אולם יל"ע לפי"ז במש"כ רבינו להלן דהעדים צריכים להעיד שוב לאחר פרעון, דלפי הנ"ל הרי מעיקרא היו נאמנים על תביעת גזל, ועדותם הראשונה מועילה לענין התביעה דלאחר פרעון, ואפשר דרבינו ס"ל דאמרי' עדות שבטלה כמש"כ הקצוה"ח שם.

20. יעוין בראשונים שבוועות שם שהביאו קושיית הראב"ד דמשכח"ל דלא הוי כפירת דברים, כשהעדים קרובים לתובע ורחוקים לנתבע, דממונא לא מחייבי ליה, אבל מלקות מחייבי ליה, ותיצרו דאף מלקות וקרבן לא מחייבי ליה דהו"ל עדות שבטלה, וא"כ י"ל דה"ה בנאמנות, ומשום דהרי

ליישוב עפ"י ד רבינו דנתרצה שיהיה המעות מתנה כשיכפור וישבע על שקר, ועל דרך דברי רב בב"ק ק"ו א' דשבועה קונה, אבל בהטלת חרם א"א לומר כן, דהא מטיל עליו החרם שיהיה באיסור זה עד דמהדר, וכל זמן דלא מהדר החרם עליו, נמצא דליכא מתנה כלל, והרי נתן לו מתנה לכשישבע, עכ"ד. ועי' בד' רבינו להלן סק"ג ובמש"כ שם.

18. וכ"כ בקצוה"ח (סק"ד), ועי' בהערה לעיל מש"כ בזה.
19. יעוין בש"ך שם שהשיג כן רק עפ"י שיטתו שמפרש דמיירי בטוען המלוה סיטראי, וא"כ לפמש"כ רבינו לעיל סק"ב לחלוק על הש"ך אין מקום לתירוץ זה. ויעוין בנתיב"מ (סק"ט) שביאר כוונת הש"ך דתלה תירוצו בהא דמיירי בסיטראי, דאם מיירי בלהד"ם והעדים נאמנים אחר הפרעון ומטעם דפלגינן דיבורא לומר מלוה הן אצלו, שפיר כ' הב"ח דזה גובה וזה גובה, כיון שהוא תביעת מלוה, משא"כ בסיטראי ע"כ שמעידים שנטל ב' פעמים לפרעון חוב זה, ובזה נתבטל למפרע, עכ"ד. אכן נראה דרבינו ס"ל דלא תליא בהא, ומשום דהא דנאמנים לאחר פרעון הוא משום

קושיא דהא בשקרא קמשתבע דיש עדים כאן, י"ל דבאמת אינו משתבע ללא פרענוהו, דאיך ישבע להכחיש עדים, רק משפצע לית ליה זוזי גביה, א"כ י"ל מלוה ישינה יש לו עליו וכדמשתבע לקושטא קמשתבע דפרשי אינשי מספק שצועה, וכיון דפסלינוהו אמרינן כן²¹.

אך מ"מ ז"ע דנעשה אח"כ חשוד על שצועה צעדים דלענין למחשדהו לשצועה לא אמרינן דמלוה ישינה יש לו עליו כמש"כ לעיל בסימן ל"ד (שם) צ"ס רמב"ן, וי"ל באמת הוא משתבע ונפטר ונעשה

אח"כ חשוד, וי"ע. גם ז"ע להרי"ף ורמ"ה לעיל צטור סימן כ"ז (סעיף ד) דהא דאמר ליה מהימנת עלי הוי כקיצל קרוב כחרי, ולכך צעינן קנין, א"כ ז"ע וכי אס מכשיר קרוב כזי תרי צקנין הרי עדותו מועיל כשני עדים, וא"כ איך יוכל להטיל אחר פרעון שצועה, וכי יוכל כשקרוב מעיד צחר דקצל עליה להטיל עליו שצועה צחר פרעון, הלא יש כאן שני עדים, ודוחק לחלק כקרוב ולא לגמרי, דמנין זה כיון דלא מצינו לו ראייה בגמרא, וי"ע.

(כ) לעולם וכו'. דעת הסמ"ע (סקי"ב) דלעולם לאו דוקא, רק מיתור לשון דפטרו משבועה למה הא הימניה כבי תרי, אלא לפוטרו אף לאחר פרעון, והש"ך (סקט"ו) העלה דוקא לעולם, דאין לדייק מיתור לשון, דאולי שיגרא דלישנא נקט, וכן כתב הט"ז גם כן, ונכון הוא.

(כא) אלא אם כן פירש בהדיא. דהיינו דכתוב אם לא נכתב

[ז] אלא"כ פירש בהדיא. נראה דהרמ"א כתב זה ליישב דברי תשובת הרשב"ץ, דבתשובה חדא (ח"ג סי' שא) קאמר אם התנה אם לא יכתוב על גבי השטר הפרעון לא תהיה נאמן, דינו כאומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני ופרעו צעדים אחרים, אצל בתשובה אחרת (הוצא צ"י סי' ע מחודש ד) קאמר כתוב בשטר כל זמן שלא נקרע שטר זה, ודלא כתוב על גבי תצריה תהיה נאמן, צו לכולי עלמא אפילו להרי"ף (שצועות כא). דסבירא להו באמר אל תפרעני ופרעו צעדים אחרים דאינו נאמן, ועיין בש"ך (סקט"ו) שדחק לחלק בחילוק קלוש צין כשלוה מתנה או מלוה, וחילוק זה קלוש למאוד כמש"כ בתשובת עבודת גרשוני. ולכן ס"ל לרמ"א לחלק, דכתוב דלא נקרע ודלא כתוב ע"ג תצריה הוא נוסח שטרות, ולשון ע"ג לאו דווקא, כמש"כ תשובת הרמב"ן סי' ק' ומהרי"ק (שורש פט), ע"ש, משא"כ במתנה אם לא נכתב ע"ג השטר הפרעון לא יהיה נאמן, לא שייך צוה נוסח שטר כך, דהא התנה להדיא דיהיה צריך לכתוב ע"ג השטר הפרעון, והוי תנאי גמור לצריך לקיים התנאי. ולשון אם לא נכתב ע"ג שטר הפרעון, יודו הכל דאינו מנוסח השטר לכתוב כך, וא"כ ודאי דיהיה תנאי גמור, וזה פשוט, וזה שכתב רמ"א אלא"כ פירש צהדיא וכיון צאופן זה.

ומה שכתב הרמ"א ואם הציא עדים וכו', נראה מדברי הש"ך (שם) שהצין דקאי על הך דאם לא התנה בפירוש, וע"ז השיג דהא צוה אמרינן על גביו לאו דוקא א"כ אפילו טוען סטראי אינו נאמן. ובאמת מוסב על מה שאמר לצריך לקיים תנאו, וע"ז כתב דמ"מ אם הציא עדים אחרים נאמן כמש"כ הרשב"ץ להדיא, ונפ"מ לצריך לקיים תנאו צוה אם טוען סטראי נאמן, וגם נפ"מ אם אין השטר צידו אם לא התנה שיהיה דוקא על גבי השובר, א"כ כשאין השטר צידו א"צ לצרר צעדים, דהא הוי כמלוה על פה כיון דלא שייך שטרך צידי מה צעי, משא"כ צוה שהתנה, מ"מ צריך לצרר צעדים, דאפילו מלוה על פה הא הו"ל כאומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני לצריך לצרר דווקא צעדים, וכמש"כ מהרי"ק בשורש פ"ט, ע"ש. מיהו כתב הסמ"ע (סקי"ג) דווקא צלל התנה שיהיה נאמן כשנים, אצל צהתנה כן אין מועיל מה שמציא עדים. וכן משמע צמהרי"ק דכתב שם דמהני פטורים אם נכתב דלא יהיה הלואה ולא שום אדם נאמן לומר דפרע זולת דקרע צקרע צ"ד או נכתב ע"ג תצריה, דעל גבי השטר דנקט לאו דוקא, וקשה לו יהיה דוקא הא יש שם עדים דפרעו, אלא דשם מצוהר דנכתב בשטר דלא הלואה ולא שום אדם אינו נאמן לומר פרעתי, ומדכתב לא שום אדם הוא

משפט יהונתן

(סי' לד סקכ"ה) הקשה על תי' זה, ע"ש. ויעיין בישועות ישראל שג"כ הלך בדרך זה דהוי עדות שבטלה כיון ששבועת שקר עיקרו הוא גזילת ממון, וכשם שאינו נאמן על הממון כמ"כ אינו נאמן למלקות, והוא תלוי במחלוקת הראשונים הנ"ל. ובנתיה"מ (סק"ט) כתב ליישב דכיון דפסל את העדים א"א לחייבו בממון, ובמקום שאין קרן אין חומש וקרנן, ובישועות ישראל שם הקשה ע"ז, דהא שבועת הפקדון אינו חייב רק בהודיה, וא"כ חייב בקרן גם בלא העדים, ועוד דא"כ גם קושיית הראב"ד הנ"ל לא קשה. ועי' בשו"ת בית יצחק (ח"מ סי' נא סק"ד) מש"כ בשוב ד' הנתיה"מ.

21. וכע"ז כתב בנתיה"מ (סק"ט) לפי דרכו של הש"ך דמיירי בסיטראי שנשבע בלשון זה לא פרעתי מחוב זה אבל נפרע מחוב אחר, עיי"ש

נאמנות אינו התחייבות בעלמא, [דא"כ מה שייך לתבוע היסת, הרי נתחייב לו גם אם פרע, וא"א לומר שלא נתחייב אם לא ישבע, כמש"כ רבינו], אלא שיש לו כח לחייב א"ע שהעדים לא יחייבו אותו, וכמו שמצינו באתם עדי שפוסל אותם מלהעיד עליו וכמ"ש הרא"ש פ"ק דמכות סי' י"א "דכיון דייחד את עדיו לאו כל כמיניהו להפסיד לזה ממון", וא"כ עדותן בטלה ונתבטלה גם עדותן למלקות ושבועה. אולם הריטב"א שם דחה תירוץ זה, וכתב דהם לא באו להעיד עליו לחייבו ממון שיתן לאותו פלוני קרובם, אלא להתרות בו על העבירה ולסלקו מן השבועה, וליכא למימר מתוך שבטלה עדותן בממון תבטל לענין ההתראה, וכ"כ הרמב"ן שם. ולפי"ז גם כאן קשה. אכן לפי"מ שתיצרו דמשמע דמשכח"ל גם בכשרים ולכן פריך, א"כ מיושב קושיית רבינו ג"כ. אולם רבינו לעיל

הפרעון על גבי שטר לא תהיה נאמן, בלשון זה דכיון דאינו מגוסס סופרים לכתוב כך בכל שטרות, סתמא דלישנא משמע שיהיה צריך לכתוב ע"ג השטר, והוא הדין אם התנה בלשון אחר דנראה מתוכו דנתכוון ע"ג שטר ממש, ועיין תומים (סק"ז).

(כב) **ואם הביא עדים וכו'.** זהו מוסב על כך דהתנה בפירוש דיהיה הפרעון ע"ג שטר, מכל מקום דמי להאומר אל תפרעני וכו', ונפ"מ דבלא התנה בפירוש אינו יכול לומר סטראי נינהו, מה שאין כן בהתנה בפירוש דהוי כאומר וכו', יכול המלוה לטעון

סטראי, וכן כשאין שטר ביד המלוה, נאמן הלואה לומר שובר היה לי ואבר, מה שאין כן כשהאמינו והתנה שיהיה צריך שובר ע"ג שטר, צריך לברר בעדים, עיין תומים (שם).

(כג) **ופרעו לפני עדים אחרים.** היינו כשלא התנה כן שיהיה נאמן כבי תרי, אבל בהתנה לא מהני עדים אחרים, סמ"ע (סק"ג), ועיין תומים (שם).

(כד) **שלא להחרים חרם כתם.** ודאי אי לא התנה שיהיה נאמן בלי הטלת חרם, יכול להכריחו שיקבל בחרם לנוכח, אבל הואיל פטרו מחרם אין צריך לקבל לנוכח, אבל יכול להחרים סתם. ועל זה לא מהני תנאי, דאף דהתנה אנו אומרים בממה נפשך אם לא גזלת מה איכפת לך, ואי דגזלת השיב תשיב לו, ש"ך (סק"ד-ד"ח).

(כה) **נדר בכ"ל.** והוא הדין פטרו

פירש צהדיא, דלזו נריך לקיומיה תנאיה. (כב) ואם הביא עדים שפרעו מהני כאלו אמר אל תפרעני אלא צפני פלוני ופלוני (כג) ופרעו לפני עדים אחרים (שם), וכמו שנתבאר לעיל סימן ע' סעיף ד'.

ו אין הנאמנות מועיל (כד) שלא להחרים חרם סתם, אפילו אם פירשו בפירוש. הגה: פטרו מן השצועה, (כה) נדר בכלל, דאין חלק צין נדר לשצועה רק צנעל הכותב לאשמו נאמנות.

ז המחרים, לא לימא כל מאן דגזליה, (כו) אלא כל מאן דאיתיה לגזיליה בידיה ולא מהדר.

ח אין כותבים פתקא דלמזתא להחרים בצבור, אלא ליתומים שבאו במענת אביהם, או אפומרופוס ואמרו אין אנו יודעין אצל מי יש למורישנו כלום. ואם אחד רצה לצאת מבית הכנסת כשזה מחרים, יש לבית דין לומר למה אתה יוצא, ואם לא רצה להתעכב אין מונעין אותו, (כז) ואפילו שיצא בשעת החרם. (המרס) חל עליו. הגה: ועיין לעיל סימן ט"ז סעיף ג' דיש אומרים (כח) דנותנין לכל אדם חרם אחר עדות, וכן נוהגין.

ט שמר שיש בו נאמנות, והלואה מוציא כתב יד המלוה שקבל ממנו סכום פלוני ביום פלוני וסכום פלוני ביום פלוני, והמלוה מוען שאותו כתב יד הוא מעסק אחר, (כט) הדין עם הלואה.

י שמר שיש בו נאמנות, ויוצא מתחת יד אחר, יש מי שאומר [ח] (ל) שאין מועיל הנאמנות.

מנדר שבועה בכלל, דהואיל דלא מצינו בשארי אדם דתקנו חכמים שיהיה נודר דבר, אם אני עושה לך עול יאסרו פירות עלי, כמו שתקנו גבי כתובה, לכך נדר ושבועה חדא מילתא היא, נימוק"י בשם ריטב"א פרק הכותב (כתובות מו:), ע"ש. (כו) **כל מאן דאיתיה לגזיליה.** דאין כוונתו להחרים בדבר שאי אפשר לתקן, דהא כבר גזלה ומי יתקן המעוות, רק כוונתו להשיב הגזילה וכו'.

(כז) **ואפילו שיצא וכו'.** ואין צריך לענות אמן, כיון שהוא שלא לנוכח, אבל לקמן סימן פ"ז (סעיף יז) שהוא לנוכח, אמרינן דיענה אמן, ועיין לקמן.

(כח) **דנותנים לכ"ל אדם וכו'.** הסמ"ע (סק"כ) מחלק, שם טוען הוא ברי דיש לו עדים, משא"כ כאן אף הוא תובע רק בשמא אולי יש למורישם דבר, ולכך אין עושין רק בשל יתומים. והש"ך (סק"ג) מחלק בין עדות דמסור לב"ד, ובין למי שיש לו בידו משל חבירו דאין מוטל על בית דין. וחילוקו נכון בתוספת טעם, דבשלמא עדות אין כאן זילותא דכי יודעים עדים שצריך הב"ד לעדות שלהם, ומהכ"ת יבואו ויעידו שלא בהכרזה, אבל כאן הוא זילותא, דנחשדו ישראל לעכב ממון של חבירו בגזל עד שצריכים בית דין להחרים על כך, לכך לא עושים רק בשל יתומים, ועוד יש לחלק בכמה אנפי, ועיין מה שכתבתי לעיל סימן ט"ו (אורים סקט"ו) וסימן כ"ח.

(כט) **הדין עם הלואה.** ואינו יכול לטעון סטראי, אפילו הימניה כשני עדים, דלגבי כת"י לא מועיל שום נאמנות, כ"כ הש"ך (סק"ד), ונכון, ומיהו נסתפק אם קרעין לשטרא או לא קרעין ולא מגבינן ביה כמו שארי סטראי, ועיין מש"כ לעיל בסוף סימן נ"ח בתומים (סק"ג).

(ל) **שאין מועיל הנאמנות.** וצריך לשבועה. ועיין תומים (סק"ח) דכתבתי, אף למ"ד בשטר שביד שלישי ואינו יודע מה טיבו אפילו חייב מודה לא יחזיר, כמו בנפל כדלעיל סימן ס"ה (סעיף ז), ע"ש, מכל מקום יש לומר דכאן איירי בשטר שאין בו אחריות, או דהלואה רוצה לפרוע תיכף במזומנים כשישבע, והשליש יקרע שטר, דתו ליכא קנוניא לכו"ע והמלוה אינו רוצה מחמת נאמנות שלו, קמ"ל דנאמנות אינו מועיל הואיל ואיתרע דהוא ביד אחר ואינו יודע מה טיבו, עיין תומים שכתבתי זה ליישב קושית הש"ך (סק"ז), ע"ש.

(כלל קה סי' ח) אם טוען הלואה למה יהיה שטרי מונח בחנם השצע לי דלא פרעתיך, חייב לי שצע אף דיש צו נאמנות, וכמו כן אם יאמר המלוה ישצע הלואה דפרוע הוא, ואם לאו אטול צלי שצועה ישצע, ואם כל אחד טוען שחזירו ישצע יתפסרו. והקשה הש"ך

(סק"י) דזהו הכל למ"ד דצמנות ציד שליש לא חיישין לקנויאל, אצל לפי דיעה הנ"ל צמינן ס"ה (סעיף ג) דגם צוה חיישין לקנויאל, ואם שניהם רואים מכל מקום לא יחזיר, א"כ אין נפ"מ דצין זה.

ו"ק"מ, חדא דהא נפ"מ צטור שאין צו אחריות נכסים דלכו"ע יחזיר, דלא גרע משטר שנפל, ועוד ע"כ אמרינן לא יחזיר אלא כשאין הלואה רונה לפרוע למלוה תיכף, רק אומר החזירו לו שטרו, צו אמרינן דקנויאל הוא לגרום היזק ללקוחות שקנו אח"כ כהנ"ל, אצל כשלוה רונה תיכף לפרוע צמזומנים, או כשמלוה מזה להחזיר להשטר צחנם, מחזירין ולא חיישין דמלוה חז לאחרים, דהא יוכל ליתן שובר, ועיין לעיל סימן ס"ה סעיף ז' מש"כ הסמ"ע והש"ך ומש"כ שם (תומים סק"ט). וא"כ לק"מ, דהלואה טוען מה לי להניח שטר ציד שליש ישצע המלוה, ואם ישצע אפרענו לו צמעות תיכף, וא"כ חו לא חיישין לקנויאל, דהא רונה לפרוע תיכף והשליש יקרה השטר, ואם לא ישצע ג"כ יקרה

השטר, וא"כ חו לית למיחש לקנויאל צחם אופן. והמלוה טוען אין צריך לי שצע, דהא יש לי נאמנות, וע"ז קמ"ל דהואיל דאיתרע לא מהני נאמנות ולק"מ, והרא"ש דתלה דבריו שם צמסוצה, צמחוקת אי חיישין ציד שליש לקנויאל, היינו כשאין רונה לפרוע תיכף צמעות רק להחזיר לו שטר כמזכיר שם.

להך דיעה דס"ל לעיל סי' מ"ג (סעיף ח) דלא אמרינן זה רק באין כתב ידם יוצא ממקו"א, אבל ביוצא ממקו"א לא אמרינן כן, א"כ למה יהיו נאמנים במה שכתבו להדיא הנאמנות, ויפה הקשה. ודוחק לומר הואיל ונהיגי לכתוב נאמנות בלי צווי מלוה והוא מטופסי דשטרא אצלם, עדיף יותר מטעות שעדים מצוים לטעות ונאמנים, וצ"ע.

(לה) כיון שאינו מנהג. וכל זה כתב ליישב, דלא תקשה הא במקום שנהגו לכתוב והוא מצוה לכתוב סתם, דעתו על כל מה שנהגו לכתוב יהיה מה שיהיה, ולכך מחלק בין שכל בני העיר כותבין או קצתן לא כותבין, ונכון הוא לדינא, אבל הש"ך (סק"ג) כתב אף שנהגו הכל לכתוב, מ"מ אם אין הלואה יודע דמנהג לכתוב לא מהני נאמנות כלל, ועיין מש"כ לעיל בסי' ס"א (סעיף ז) באריכות. ומ"מ בנאמנות לפי הטעם דכתבו הואיל ומקפיד דאנן סהדי דלא פרעו זולת השובר, א"כ כשלא נודע לו מנאמנות לא שייך סברא זו, ומסתברים דברי הש"ך.

(לו) ובענין הנאמנות מפורש. ר"ל מה שכתבנו מקודם נאמנות, לא לפי טופסי דשטרא כתבנו מעצמנו רק תנאי מפורש היה בין

(לא) חייבים היורשים. אפילו תוך זמנו. ואם העדים לפנינו צריכים ב"ד לדרוש ולחקור היטב, דהו"ל דין מרומה ובעי דרישה וחקירה, ש"ך (סק"ח).

(לב) אינו גובה מהיתומים. אפילו הימניה כבי תרי, ועיין לקמן [ריש] סימן ק"י. ושטר שכתב בו נאמנות והמלוה מסרו ביד שלוחו לגבותו, והלואה טוען שפרע לשלוחו, צריך השליח לישבע, אבל אין זה מפסיד לנאמנותו של מלוה, ואפילו השליח אומר שקיבל ומסרו ליד המלוה, והמלוה אמר לא היה דברים מעולם, המלוה נאמן בלי שבועה, דהא הימניה ומכל שכן דיכול לומר סטראי, אבל השליח צריך שבועה על טענתו במה שיטעון, או דכפר דלא קיבל או דמסרו למלוה באופן דלא פשע במה דפרע ליה בלי שובר, דטוען דכך צוה לו הלואה על זה צריך לשבועה, כך הביא הש"ך (סק"ט), והוא מתשובות הרא"ש כלל ע"א סימן ה'.

(לג) כפרן וכו'. דכי הימניה בחזקת כשר הימניה, אבל כשנעשה כפרן בדבר אחר אפילו מה שאין נוגע ללוה הזה, מכל מקום איתרע הימנותא ובטל נאמנות, ואם ידע שהיה מוחזק כפרן ומכל מקום הימניה, פשיטא דמועיל נאמנות, ואם נעשה כפרן בבית דין, דעת הגידולי תרומה (שער כו ח"ב ס"ב) דאין נאמן לומר לא ידעתי דהוחזק כפרן, דקלא אית להו, (סמ"ע סק"ד ש"ך סק"א), ועיין לקמן סי' צ"ב גבי חשוד משמע דלא אמרינן כן דקלא אית ליה, ועיין מש"כ שם.

(לד) העדים עצמם וכו'. משמע אפילו כתב ידם יוצא ממקום אחר, ובעה"ת (שם) וטור (סעיף כד) נתנו טעם דיכולים לומר ע"ז חתמנו וע"ז לא חתמנו, והקשה הש"ך (סק"ב) כו ח"ב ס"ב) דאין נאמן לומר לא ידעתי דהוחזק כפרן, דקלא אית להו, (סמ"ע סק"ד ש"ך סק"א), ועיין לקמן סי' צ"ב גבי חשוד משמע דלא אמרינן כן דקלא אית ליה, ועיין מש"כ שם.

(לה) העדים עצמם וכו'. משמע אפילו כתב ידם יוצא ממקום אחר, ובעה"ת (שם) וטור (סעיף כד) נתנו טעם דיכולים לומר ע"ז חתמנו וע"ז לא חתמנו, והקשה הש"ך (סק"ב) כו ח"ב ס"ב) דאין נאמן לומר לא ידעתי דהוחזק כפרן, דקלא אית להו, (סמ"ע סק"ד ש"ך סק"א), ועיין לקמן סי' צ"ב גבי חשוד משמע דלא אמרינן כן דקלא אית ליה, ועיין מש"כ שם.

(לו) ובענין הנאמנות מפורש. ר"ל מה שכתבנו מקודם נאמנות, לא לפי טופסי דשטרא כתבנו מעצמנו רק תנאי מפורש היה בין

(לז) ובענין הנאמנות מפורש. ר"ל מה שכתבנו מקודם נאמנות, לא לפי טופסי דשטרא כתבנו מעצמנו רק תנאי מפורש היה בין

(לח) ובענין הנאמנות מפורש. ר"ל מה שכתבנו מקודם נאמנות, לא לפי טופסי דשטרא כתבנו מעצמנו רק תנאי מפורש היה בין

הלואה ובין המלוה, ובאמת אי לא כתבו שהקנין היה בגין נאמנות מפורש, רק שכתבו שהיה נאמנות מפורש, ג"כ מהני, כי בשעת הלואה אין צריך קנין לנאמנות, סמ"ע (סקכ"ח).

(לו) כשמצוה הלואה כו'. ודאי בכל מקומות כשמצוה הלואה

מועיל, רק במקום

שנהגו לכתוב צריכין ב"ד לידע שכך צוה הלואה, אבל במקום שלא נהגו לכתוב ונכתב בשטר, אמרינן מסתמא צוה לו הלואה לכתוב עד שנדע בבירור שלא צוה, סמ"ע (סקל"ט) וש"ך (סקל"ד).

(לח) דוקא שאמר כן בשעת הלואה. זהו שכתב ליישב דהא לעיל בעי קנין בנאמנות. ועיין תומים (סק"ט) שהוכחתי מדברי תוס' (כתובות פו.

ד"ה אלא) דאם נכתב בשטר הוי כמו קנין, ע"ש.

(לט) אף על פי שעבר הזמן וכו'. לא מבעיא בנאמנות סתם דפשיטא דנתכוון על אחר זמן, דבתוך הזמן מה צורך לנאמנות, אלא אפילו בנאמנות כבי תרי דנפ"מ אף בתוך זמן לענין אם עדים מעידים על הפרעון, מ"מ אמרינן הואיל וכתב בו סתם נאמנות חל בכל עת וזמן הן תוך זמנו והן עבר זמן ארוך, ש"ך (סקל"ז).

(מ) ובא לגבות מיוורשיו לא מהני. דטענינן ליורשים דילמא לגבי לוח לא היה יכול להעזיז, אבל נגד היורשים משקר, ולכך הימניה רק לגבי נפשיה לא נגד בניו, סמ"ע (סקל"א) ופשוט.

(מא) אלא אם כן וכו'. ובאה"ע סי' צ"ח (סעיף ז) מביא רמ"א דעת ר"ח וסייעתו דמ"מ אין להוציא מיתומים אלא בשבועה, ובקנין לכו"ע מהני נגד יתומים. ועיין תומים (סק"י) דבררתי באריכות דגבי מלוה ולוה לכו"ע מהני, ומכל שכן אם נכתב בשטר דהוי כקנו מיניה דמאי שנא.

הרצינו חננאל כפי שהציא הטור כסימן זה (סעיף ל) קשה, דכתב בשמו דלע"פ דפיטור מועיל לגבי יתומים, אינו מועיל לגבי לקוחות, הא לענין יתומים מודה דמועיל, ואילו בזה"ע סימן הנ"ל (סעיף ז) הציא בשם ר"ת, וכ"כ הרא"ש (כתובות פ"ט סי' כז) דהלכה כאלא שאל (שם פח:) דנגד יתומים לא מהני פיטור, אפילו פטרו בפירוש נגד יתומים.

משפט יהונתן

ואע"ג דהוי קנין דברים אפ"ה אשכחן בקנין שמחזיק הדברים, וה"נ שטר זה, ובתוס' כתובות ק"ב א' כתבו דכל שטר התחייבות הוא רק משום שגמר בדעתו, [ובנתיקה"מ סקי"ח כתב לדחות ראיית רבינו מהתוס' בכתובות, דכיון שהיא קיבלה את מעות האפטרופוסות רק על אופן זה שתפטר משבועה, אין לך שעת מתן מעות גדול מזה, ע"ש. ואינו מובן, דבפשוטו קבלת מעות הוא כקנין שמתחייב עבור המעות, אבל מה מתחייב לה בזה שנותן לה מעות לאפטרופוסות, וכ"כ הרשב"א ס"פ הפועלים, "שלא מצינו שיתחייב אדם אלא מחמת שנהנה מחבירו" וכו', עיי"ש דמה"ט מתנה ש"ח להיות כשואל בעי קנין]. ונראה עוד דהכא אי"צ לזה, דכל ענין הקנין בנאמנות הוא רק משום גמ"ד, אבל לא בענין התחייבות ממון וכמשנ"ת בהערה 20 שנאמנות הוא כח לקבוע את הנאמנות כלפיו,

[ט] דוקא שאמר כן וכו'. כך כתב הרמ"א לתוך דברי הטור והשו"ע דפסקו לעיל ריש סימן (סעיף ז) שלא נשעת הלואה צעי קנין. ולי נראה קנין לאו דוקא, רק כשכותב בשטר מהני נמי, וכמו כן גבי הא דמשני (צ"מ נד.) צ"ח כשקנו מידו, לאו דוקא קנין הוא הדין כותב. ויש לזה ראיה מדברי תוס' כתובות דף פ"ז (ע"א) ד"ה אלא וכו', צמשה נדר ושצוה אין לי עליך דמוקמינן על אפטרופוס שנעשית צחי צעלה, ופריך הגמרא מי ידעו דנעשית אפטרופוסים דהתנה וכו', והקשו בתוס' דמה קושיא דילמא התנה עמו אח"כ כשנעשית אפטרופוס. וקשה מאי קושיא הא צמשה לא נזכר קנין רק כותב, צלמא צשעת נשואין, הו"ל צשעת הלואה כי או

מז במקום שנהגו שלא לכתוב נאמנות אלא בצווי הלואה, (לו) כשמצוה הלואה מועיל, אפילו בלא קנין. הגה: ונראה לי [ט] (לח) דוקא שאמר כן צשעת הלואה כמו שנמצא בסימן זה סעיף ז'.

מז שטר שיש בו נאמנות, וכתוב בו זמן קבוע לפרעון, (לט) אף על פי שעבר הזמן עדיין הנאמנות קיים.

יז במה דברים אמורים דמהני נאמנות סתם לפטרו משבועה, בעוד שהלואה חי ובא לגבות ממנו. אבל אם מת, (מ) ובא לגבות מיוורשיו לא מהני, [י] (מא) אלא א"כ פירש שפוטרו

נשתעבד לה לחיצת נשואין צמשה, ומהני תנאי שחגזה כתובה צלי שצוה ודלעתא דהכי נישאת לו, משא"כ אח"כ כשכזר נישאת ונעשית אפטרופוסים מה צכך דמתנה על כתובה שחגזה צלי שצוה, הא הו"ל לאחר הלואה וצעי קנין, ואף דמקבלת רק עכשיו האפטרופוסים, מ"מ נאמנות על כתובה כבר קדמה הכתובה, והו"ל נאמנות דלאחר מתן מעות, וע"כ דהתנאי צשעת נשואין, ושפיר פריך הגמרא מנא ידעא וכו'. ועכ"ל דסבירא ליה לתוס' כותב הו"ל כמו קנין, דאלימא מילתא דשטרא ומתחייב עמנו להדיא, וצמשה (שם) נאמר כותב²², וכן דעת הטור ושו"ע, ולכך צשעת זה ולעיל סעיף ט' כתבו דאם כתב צמ"י נאמנות מהני, ולא חילקו אם הוא צשעת הלואה או אח"כ דצעי קנין, משום גבי כתיבה א"צ זה דהיינו כקנו, וא"ש וזה נראה ברור, וכן משמע צריצ"ש סימן תל"ד דכתיבה הוי כקנין.

[י] אא"כ פירש שפוטרו ממנו. והקשה הש"ך (סקל"ח) דהא צאה"ע סימן ל"ח (סעיף ז) פסק הרמ"א דלעת האומרים דאפילו האמינו נגד יורשים מ"מ לא מהני ונריך לישבע שצוה יתומים. וצאמת לא על הרמ"א לצד קשה, אף גם על הרצינו חננאל כפי שהציא הטור כסימן זה (סעיף ל) קשה, דכתב בשמו דלע"פ דפיטור מועיל לגבי יתומים, אינו מועיל לגבי לקוחות, הא לענין יתומים מודה דמועיל, ואילו בזה"ע סימן הנ"ל (סעיף ז) הציא בשם ר"ת, וכ"כ הרא"ש (כתובות פ"ט סי' כז) דהלכה כאלא שאל (שם פח:) דנגד יתומים לא מהני פיטור, אפילו פטרו בפירוש נגד יתומים.

22. בריטב"א ובר"ן על המשנה שם כתבו דכתב לאו דוקא דהוא הדין באמירה, דכל שהוא פטור או מחילה באמירה בעלמא סגי. משמע מזה, דכשמאמין לפוטרו אי"צ קנין כלל, וא"כ אין מכאן ראייה כלל לענין קנין כשמסתחייב המלוה ללוה, [נאולם יעוין בביאור הגר"א סקמ"ב שהביא לשון הרי"ף בפרק הכותב דכל תנאי שבממון קיים, והוסיף ע"ז הגר"א דינא דמתנה ש"ח להיות כשואל ושם בעינן קנין, אכן י"ל דהביא משם ראייה רק לזה שאפשר להתנות עמ"ש כ בתורה בדבר שבממון], ועי' באבני החושן (סקט"ו) שהעיר בזה, וכן בנחל יצחק (סק"ב). ובקצוה"ח (סק"ז) כתב ג"כ דמהני מדין שטר התחייבות, אלא שכתב דלפי"ז בעינן לשון "חייב" ולא לשון נאמנות, ולכן כתב שהביאור בדין שטר זה כמש"כ הנמו"י פרק ז"ב גבי נאמן עלי אבא דקנו מיניה אינו יכול לחזור בו,

וְלִבְּךָ לִזְכֹּר זֶה ז"ל, דהצ"י שם סי' נ"ח כתב בשם משנה
הריטב"א (סימן רה) דכתב אליציה דר"ח דלכך פטור
צפירוש נגד יורשים לא מהני לפטור משכונת יתומים, דאמרין
לא נמכוון לפטורה רק משכונת אפטרופוס ושכונת פוגמת, אבל
לא משכונת יתומים. ולכאורה דברים אלו ז"ע, דהא דפסק ר"ח
דאפילו פטור צפירוש נגד יורשים לא מהני נאמנות, הוא משום
דסבירא ליה הואיל ור' שמעון דאמר (כתובות שס) כל זמן
שנמכרת כתובה יורשים משביעים אותה כאצא שאל, משמע אפילו
פטור צפירוש נגד יתומים וכמש"כ הר"א"ש, והלכה כר"ש כמש"כ
התוס' (שם ד"ה לאפוקי), ולדעת ר"ש דפליג אר"א ות"ק, א"כ
לעולם אין יכול להשביעה בשכונת אפטרופוסים, ואם כן איך אפשר
לומר דלכך נמכוון לפטורה משכונת אפטרופוסים, הא אין כאן
שכונת אפטרופוסים, ופוגמת ג"כ ליכא למימר, דאימת חל שכונת
פוגמת כשהיא תוצעת כתובה, והא נריכה לישבע דלא קיצלה
פרעון כלל.

ודבריהם אלו לא נזכר אמורים לריטב"א צפירוש ר"ח, כי אף גם
בשערים דרבינו אלפס שער י"ו (באופן הי) הסכים לזה,
דאף דנתן לה פטורים לא נמכוון לפטורה משכונת יתומים
כשתצעה כתובה, רק נמכוון לפטורה משכונת של אפטרופוסים,
וע"ש דמחלק בין מחול לך לנתן לך, וגם אליציה קושיא הנ"ל
קשה. ונריך לומר דר"ח כפי מש"כ הריטב"א עם שערים דרבינו
אלפס בחדא שיטא קיימי, דסבירא ליה לרבינו אלפס (שם באופן
הז') הא דאמרין דאין יכול להשביעה שכונת אפטרופוסים, היינו
הבעל בחייו, אבל צמותו יכולים היורשים להשביעה על שכונת
אפטרופוסים, ואם כן שפיר י"ל הא דנתן לה פטורים משכונת
ממנו ומיורשים, לנזדין נאמר, ממנו דלא שייכא שכונת
אפטרופוסים, לעומת זה שייך ציה שכונת פוגמת וזוהי פטורה,
ומיורשים דלא שייך פוגמת, דכשתוצעת כתובה נריכה בלא"ה
לישבע, לעומת זה שייך שכונת אפטרופוסים אפילו לא תצעה
כתובה, אבל משכונת יתומים לא מחלה, ואם כן לא קשה כנ"ל.
אך הא גופא קשיא, דאיך אפשר לומר דאף דקיי"ל כר' שמעון
דחולק אר"א ות"ק וס"ל דאין יכול להשביעה שכונת
אפטרופוסים, מ"מ היורשים משביעים אותה, דהא הך דר'
שמעון אהא אימתר, דקאמר כל זמן שהיא תוצעת כתובה
יורשים משביעים אותה, ומפרשים דכוונתו כאצא שאל דאפילו נתן

לה נאמנות משביעים אותה, וכל זמן שאין תוצעת כתובה אין
יורשים משביעים אותה מפרשין ליה דכוונתו דלא כת"ק ור"א
דאין יכולים להשביע שכונת אפטרופוסים, והרי דלא כבעל שערים
הנ"ל, דלשיטתו הא לכו"ע היורשים משביעים אותה שכונת
אפטרופוסים, והכי הול"ל הוא אין משביע אותה, אבל לישנא דאין
היורשים משביעים אותה לא דייקו כלל, וז"ע לכאורה.

וצ"ל דסבירא ליה לשערים דרבינו אלפס ור"ח כרז הא גאון
כמש"כ הר"א"ש (שם סי' יח) בשמו צפירוש המשנה (שם
פז): הלכה מקצר בעלה לציט אציה דאין יורשים משביעים אפילו
על שכונת אפטרופוסים בחיי בעלה אין יתומים יכולים להשביע,
הואיל דלא השביע בחייו מחל לה על השכונה, והם מפרשים הא
דפריך הגמ' (שם פח): לר' שמעון דסבירא ליה כאצא שאל
מסיפא דקמני אין תוצעת כתובה אין היורשים משביעים אותה,
כוונת הקושיא כך, דזה ידע דפירוש הדברים דכל זמן שאין
תוצעת כתובה אין להם להשביע שכונת אפטרופוסים, רק על זה
הקושיא, דקמני כל זמן שתוצעת כתובה וכו', משמע בנאמנות,
ומ"מ יורשים משביעים כאצא שאל, ואם כן משמע דאף סיפא
דקמני דאין תוצעת אין משביעין איירי ג"כ בנאמנות, וע"ז פריך
מה איריא דקמני הך צנתן לה נאמנות, הא בלא"ה אפילו צלי
נאמנות אין להם להשביע שכונת אפטרופוסים, כדמתן הלכה מקצר
בעלה וכו', וכפירוש רז הא גאון, ואם כן למה קמני זה עליה
דהך צצא צנתן לה נאמנות, לאשמועינן רבותא טפי אפילו צליכא
נאמנות. ומשני הגמ' שפיר דהא דקמני לעיל הלכה מקצר בעלה
וכו' דאין יכול להשביעה, היינו לשיטת ת"ק ור"א דס"ל דבעל
עצמו יכול להשביעה, א"כ מדלא השביעה מחל לה, וכו' אין ציד
יורשים להשביעה, אבל ר' שמעון פליג אר"א ות"ק וס"ל דלא
מצי הבעל להשביעה רק יורשים, וא"כ לא שייך מחלה לשכונה
הואיל ולא השביעה, דהא לא היה יכול, ואם כן לולי נאמנות אף
דלא תוצעת כתובה היה ציד יורשים להשביע שכונת אפטרופוסים,
אבל בנאמנות נגד יורשים אמרינן דעל זה נמכוון לפטור אותה
משכונת זו, אבל משכונת יתומים לא פטורה, ולכך תוצעת כתובה
משביעים אותה וא"ש, ודברי שערים מכוונים.

אך עדיין יש לפקפק אליציה, איך אפשר לומר דמה שאמר
בנאמנות מיורש, על שכונת אפטרופוסים היה כוונתו, דהא
שם צגמ' פריך מי ידעה דנעשה אפטרופוסים דהתנה עליה, ולכך

משפטי יהונתן

ורעק"א שם. וע"ע באבני החושן (סקי"ד) שהאריך בד' רבינו, וע"ע
בקצוה"ח (סק"ח) שהביא מתשו' הריטב"א ומדרכי שכתבו דכתיבה דמתני'
כאמירה היא ואין כאן קנין, ור"ל דיש כאן רק ענין של גמ"ד לעשות
חלות דין נאמנות, אבל לא לפעול התחייבות ממון.

23. לכאורה צ"ע, דהא מבואר בשערים שם דמה שהיתומים משביעים
אותה שכונת אפטרופוס הוא במה שנתעסקה לאחר מיתת הבעל, וזהו הא
דתנן בר"פ כל הנשבעין והאשה הנושאת ונותנת בתוך הבית היינו בבית
של יתומים, וא"כ איך יש כת לבעל לפטורה משכונה, שהרי היא חייבת
להם את השכונה כשכונת השותפין והאריסין ולא שייך כלל לאביהם,
ולפי"ז לא קשה משה"ק רבינו להלן על לשונו של ר' שמעון "אין
היורשין משביעין אותה", דאמת הוא שהיורשים לא משביעים אותה על
אפטרופוסות דבחי בעלה, כמו שהאב לא יכל להשביעה, אבל מה

ויש לו כת לבטל עדים, וא"כ אי"צ בזה התחייבות ממון רק קנין לגמ"ד,
ובזה מהני גם שטר, וכן בדין מתנה שו"ח להיות כשואל הענין הוא רק
משום גמירות דעת וכדמוכח ברמב"ם (פ"ב משכירות ה"ט) שכתב דמתנה
שו"ח להיות כשואל בלא קנין "שכל תנאי שבממון קיים ואי"צ קנין",
וביאור הדבר, דהכת להתנות הוא משום שכל דיני השומרים תלוי בדעתו
של השומר ויכול לחייב א"ע כשואל, [ע"י בתוס' רא"ש ב"מ שם שכי"ב,
וכ"כ תוס' כתובות ג"ו ב'], ורק דקושיית הגמ' היא במה יגמור דעתו,
ומשני בשקנו מידו או בההיא הנאה, ופסק הרמב"ם כתירוצו זה, ומה"ט
בעשו"ק בענין קנין כמבואר ברמב"ם שם ה"א משום דנתמעטו מפרשת
שמירה, [וע"י תוס' ב"מ נ"ח א'], וא"כ א"ש דגם שטר מהני בזה, אף
שאינו שטר התחייבות, כיון שהוא רק לגמירות דעת, אולם בתוס' כתובות
ר"פ אע"פ שהקשו דהוי קנין דברים, אין נראה כן וכן מבואר במהרש"א

(מב) שאז גובים וכו'. היינו כשטוענים היורשים דילמא פרע לך אבינו, אבל אם טוענים אנו פרענו לך, צריך לישבע, ולא מהני נאמנות של אביהם, כך כתב הסמ"ע (סקל"ב). ולשיטתו אפילו אמרו ברי לנו שאבינו פרע לך, ג"כ מחוייב להם שבועה במגו דהיו אומרים אנו פרענו לך. [יא] ממנו ומיורשיו, (מב) שאז גובים בלא שבועה. לפטורה אף כפי האי פטורה, דזה דוחק גדול.

וְלִבְנֵי יוֹתֵר נִרְאֶה דִּסְבִּירָא לִיהָ הָא דְנִאִיד הַגְמָרָא מֵאֻקִּימַתָּא וְזוּ דְפּוֹטֵר פִּירוּשׁ עַל שְׂבֻעַת אֲפּוֹטְרוֹפָסִים מִסְפָּק אִם תְּהִיָּה אֲפּוֹטְרוֹפָסִים, או כמש"כ תוס' דבאמת לא היה תנאי צעת נשואין רק שכבר נעשית אפוטרופסים וכהנ"ל, ומוקי ליה בשנויי אחרני, משום דסבירא ליה לגמרא דלא קמפלגי ת"ק ואצא שאלו אי נאמנות מהני לגבי יורשים או לא, אלא בזה נחלקו, דת"ק סבר לא אמרינן דנתן נאמנות אספיקו אס תהיה אפוטרופוס, דמנא ידעו כקושיא הגמ', וא"כ הך פטורים דאמר מיורשי למה נחזיק, ע"כ דאם תמצע כחוצה שלא תצטרך לישבע, אצל אצא שאלו ס"ל דכותצין אספיקא אס תהיה אפוטרופסים פטורים, א"כ י"ל דלכך נחזיקו באמרו מיורשים כהנ"ל, ויד צעל השטר על התחתונה, ולכך בתוצעת כחוצה חייבת לישבע וא"ש, ולכך לא רצה הגמ' לשנויי אליבא דת"ק דאצא שאלו דהימנה מספקא אס תהיה אפוטרופסים, דהא בזה נחלקו הת"ק ואצא שאלו, כנ"ל וא"ש²⁴.

וּבְדִּהָא יוֹצֵנוּ דְּצָרִי הַשְּׁעָרִים, דכתב אהך דפוטרה משבועת אפוטרופסים דלא קאמר לדינא, דקיי"ל כר' שמעון החולק אר"א ותנא קמא, ובלאו הכי צעל אינו יכול להשביע. וקשה למה ליה זה, הא בלא"ה הגמרא דחיא ליה דמי ידעא דנעשית אפוטרופסים, ומה צורך להדר בתר דחיא אחרני. ולפמ"ש ניחא, דלאצא שאלו דקיי"ל כוותיה ליתא להך דחיא דאיתמר בגמרא לשיטת הת"ק דצו נחלקו, וא"כ יש כאן מקום לומר דע"ז סובב הפיטור, רק בלא"ה אדחיה דהא קיי"ל כר' שמעון, וא"ש.

וְזָדוּ שְׁצָרֵינוּ דַּעַת הַשְּׁעָרִים וְדַעַת ר"ת, כפי מה שפירש הריטב"א, אמנם הרא"ש כתב סתם בשם ר"ח דס"ל אף דפוטרת ממנו ומיורשים, מ"מ יורשים משביעים אותה כשתוצעת כחוצה, ודעת הציט שמואל באצן העזר סימן ז"ח (סקי"ג) דלא סבירא ליה להרא"ש כמש"כ הריטב"א דאם אמר בפירוש לפטור משבועה זו הצא לפרוע מנכסי יתומים דמהני, רק סתמא אמרינן דנתכוון לשבועת אפוטרופסים כהנ"ל, רק ס"ל בכל גווני לא מהני נאמנות נגד שבועה זו. ולצדי לא ידמה, דמלכד דלמה לנו להרבות במחלוקת, אף גם אף דלאו בפירוש איתמר ברא"ש מכללא איתמר, דהא כתב על דעת ר"ח וכ"כ רצ אלפס ז"ל. ולא נראה להרי"ף בהלכות, דהא הוא פוסק דלא כר"ח דפוטרת ממני ומיורשים מועיל כמש"כ הרא"ש שם להדיא, וע"כ דנתכוון לרצונו אלפס בשערים דפסק להדיא כאצא שאלו ור' שמעון דלא מהני, וא"כ הא בשערים מצוהר דלכך לא מהני דאמרינן דנתכוון לשבועת אפוטרופוס, כנ"ל דצדרינו ציטו דצדרי, הא באומר בפירוש לכל דיני שבועה מהני, ואם כן אילו סבירא ליה להרא"ש בכוונת ר"ח כוונה אחרת דכלל אופן אין מועיל כמו שחשב הציט, איך כתב וכ"כ רצ אלפס, מה שיש רצ בדל צינותם, ועיניו של זה לא כשל זה.

וְצָדוּר הָא הרא"ש (שם ס' כט) והטור [צאה"ע] צסי' ז"ח (סעיף ד) נחלקו עם הרי"ף (שם מו): אס לענין שיערים יכולים להשביע שבועת אפוטרופסים, אי צעינן דווקא פוטור או לאו, ופסק הרא"ש דצעינן פיטור. וקשה הא צסימן ז"ד פוסק כר' שמעון דפליג אה"ק ור"א דאפילו צלי פיטור אינו יכול להשביע שבועת אפוטרופסים²⁵, ועכ"ל דסבירא ליה כדעת השערים, דהוא אינו יכול להשביעה, אצל יורשים משביעים, ואם כן קשה קושיא הנ"ל, הא צמשה נאמר אין יורשים משביעים, וקאמרינן דלא כר"א וכו', ואי איירי בנאמנות אף ר"א לא פליג. וז"ל כפי מש"כ לעיל בפירוש דצרי הגמרא, ואם כן ע"כ מוכח דסבירא ליה כהנ"ל, דאל"כ מה דוחקא דיליה לפרש כך בגמרא, ולא כפשוטא, אלא הדברים מוכרחים כמש"כ וא"ש.

וְלִפ"ז כָּל זֶה צִאָּשָׁה, ד"ל הא דנתן לה פטורים ממנו ומיורשים, היה כוונתו על שבועת אפוטרופסים, אצל צמלוא ולוא צעלמא דנותן הלוא למלוא נאמנות ממנו ומיורשים, מה טיבו של אפוטרופסים לכאן, וכי נעשה המלוא ללוא אפוטרופסים דנימא דכוונתו היה על כך, ואם כן ודאי נחזיקו על שבועת יתומים, דזולתו לא ידענו מה נדון ציה, וכל תנאי שצממון קיים ומהני הנאמנות ופיטור לכו"ע, ולכן אין כאן סחירה לדצרי ר"ח כמש"כ לעיל, דכאן צמלוא ולוא מודה ר"ח ואין דצרי סותרים כלל. וגלל כן אף הרמ"א דהציט שם צאה"ע דעת ר"ת, כאן לא הגיה כלום, דמהני לכו"ע ואין צו מחלוקת כלל, וכן נכון. ואמת כי מדצרי ריב"ש צסי' תצ"ד משמע אף גצי מלוא ולוא דעלמא לא מהני נאמנות נגד יורשים, אף לעומת זה משמע שם דלא זו דקנין מהני לכו"ע כמש"כ הטור, אף גם כתיבה בשטר ג"כ, דכתב הא דתנן צמשה כתב ליה וכו', ופליג אצא שאלו, היינו צכות לה ועודה ארוסה ומה כותב אומר, ע"ש. הרי כתיבה מעליא מהני, ובלא"ה הנכון לדינא כמש"כ דצדריס מוכרחים.

[יא] מִמִּנּוּ וּמִיּוֹרְשָׁיו. כתב הסמ"ע צסי"ק ל"צ דאם היורשים טוענים נחנו פרענו לך ולא אצינו, נראה דאין מועיל נאמנות של האב

משפט ידונתן

ויצאו הנכסים מרשותו לא מהני בה תנאה, וכ"כ להלן שם פ"ח ב', ובתשו' הריטב"א שם מבואר דאמרינן דילמא לא גמר ואקני לעקור תקנתו, ולשון הרמב"ן שם, דלאו כל כמיניה למעקר תקנתא דרבנן.

25. כבר כתבו הב"י והב"ח דנפ"מ להשביע אותה שבועת אפוטרופוס ע"י לגול שהפיטור מועיל לפטור אותה מזה.

שנשאה ונתנה בבית היתומים הוא דין אחר ובזה לא מייירי מתני', אולם ברמב"ן כתובות פ"ו ב' כתב דכשהוא מינה אותה אפוטרופוס עליהם יכול לפוטרה משבועה גם על זמן שלאחר מיתתו.

24. בתורי"ד פ"ז ב' כתב בטעמו של אבא שאול וז"ל, וטעם הדבר הוא שכל זמן שהנכסים ברשותו והוא בחיים מהני ליה תנאה, אבל כשמת

לגנב. ולא הצנתי, דאמת שם צפרק הכותב (פו:): צמסנה היורשים משצעים אותה על העתיד ולא על העצר, ופירש"י (שם פת. ד"ה הלכה) דקאי אס פטרה משצועה ממנו ומיורשים, ומכל מקום אס נעשית אחר כך אפטרופוס, היורשים משצעים אותה, דהשתא הנכסים דיוורשים ולא מהני פיטור דהא, וכן פירש"י שם בגמרא, אצל הא כתב הרא"ש שם (פ"ט סי' כ)

להדיא צנתן לה נאמנות נגד יורשים אף דפוגמת כתובה מיורשים, מכל מקום פטורה משצועה, וכתב דלא דמי לשצועת אפטרופסים, דהתם לא נעשה אפטרופסים על ממונו רק על ממונו של יורשים, אצל צפוגמת פטרה מכל פגם יהיה מה שיהיה לאותו כתובה שכתב לה, ועוד דמסקא אדעתא דילמא לא יוכלו היורשים לפרוע כתובה צפעס אחת ותלטרך לפוגמה, על כן ציקשה שיפטורנה גם משצועות אדעתא דמסתבר, אצל לא מסקא אדעתא כלל שיהיה אפטרופסים ליחומים, עכ"ל. והרי צפוגמת ליחומים

עיין מש"כ בתומים (סקי"א), כי דין זה ליתא ואפילו טוענים יחומים אנו פרענו מהני נאמנות, ע"ש.

(מג) ועל באי כחו. ואם כתב הבאים ברשותו, היא מחלוקת הרמ"ה וטור (סעיף כט), והסכים הב"ח (שם), וכן משמע

ברבי"ש סי' תצ"ד דאין יורשים עלי (מג) ועל באי כחו, ומקבלי מתנה ג"כ בכלל בבלל, רק י"ל דנתכוון על הבאים בהרשאה, וכן נראה דעת הש"ך (סק"מ).

(מד) ומקבלי מתנה וכו'. וקשה מה נפ"מ בו, הא נגד לקוחות או מקבלי מתנה לא מועיל נאמנות, ועיין דכתבתי בתומים (סקי"ב) דיש נפ"מ למקבלי מתנות שכיב מרע, או דאם נתן שט"ח שיש ללוה על מלוה שלו לאחר במתנה (לפי דקי"ל זה גובה וזה גובה), דבזו ודאי מהני נאמנות, וקמ"ל דהוא בכלל באי כחו, ע"ש.

ע"כ איירי דיתומים טוענים אנו פרענו, כי מה ענין שהם פוגמים הכתובה שאציהן פרע, הא כל טעם פוגם דלריך שצועה הואיל וחזינן דפרע מקלחו אולי פרע כולו, ואם כן אין ראיה מיתומים שפרעו מקלח לומר דאציהן פרע מה שהיה תוך זמנו ולא ניתן לגבות מחיים כלל, וצדור דהם טוענים דפרעו כולו כדין הפוגם שטרו, ומכל מקום פטורה משצועה, וכן פסק הטור ושו"ע אה"ע סימן ז"ח (סעיף ד) וע"ש צ"ש (סקי"י), ואם כן הדבר מצוה להדיא דלא כסמ"ע, וז"ע²⁶.

[יב] ומקבלי מתנה ג"כ בבב"ד. קשה לאחיה לורך נקט זה, לפי מה דפסק צסעיף י"ט דנגד לקוחות וה"ה מקבל מתנה כמש"כ הר"ן (כתובות מו). להדיא לא מועיל נאמנות, אס כן מה נפ"מ אי הוא צכלל או לא, והו"ל לשו"ע למקבע אהך צצא צהאמין הלוי למלוה אותו וצאי כוחו דמקבל מתנה צכלל אס נתן המלוה השט"ח לאחר צמתנה, אצל צצא זו הא ליכא נפ"מ כלל לשיטת השו"ע. וז"ל, או דמיירי ממתנת שכ"מ דצו לצו"ע מהני נאמנות כמש"כ הר"ן שם להדיא. ויותר נראה דאף דאמרינן דנגד לקוחות לא מהני נאמנות היינו משום דחיישינן לקנויניא אס מכר או נתן שטר חוב שיש לו על המלוה (לפי דקי"ל זה גובה וזה גובה, ועיין לקמן צסי' פ"ה (סעיף ו) לאחר צכומ"ס צאחריות ונתן למלוה נאמנות, ויש למלוה שצצוד מטלטלין או קרקעות הרי זה גובה מהשטר שמכר ואין צריך לישבע כלל, דליכא למימר חיישינן לקנויניא דהא אי צעי מחיל ליה, ואי דלריך לפרוע מדיני דגרמי, עכשיו דטורף מלוה שלו ג"כ חייב לשלם דהא קיבל אחריות, וא"כ קמ"ל צנותן נאמנות לצאי כוחו והוא נתן שטר חוב לאחר צמתנה, מקבל מתנה נכלל צכלל צאי כוחו וטורף שטר צלי שצועה כלל²⁷, אף זהו דלא כר"ן הוצא צסימן מ"ג דס"ל דאין רוצה להחזיק עכמו למזיק, ע"ש דרוב פוסקים לא צצירא להו כן.

משפט יהונתן

תקנה בפנ"צ, ועי' בקו"ש (ח"ב סי' ג' אות ג"ז) שכתב לדון בפלוגתת רש"י ותוס' בזה אם שייך טענינן כשאין לאב כת, ע"ש.

27. וכן הקשה בנתיב"מ (סק"כ). ומה שכתב רבינו דהטעם דלא מהני נאמנות ללקוחות משום קנויניא, הנה בר"ן שם מבואר הטעם משום חב לאחרני, וכבר כתבנו בזה בס"ה דנחלקו אם חב לאחרני הוא משום קנויניא או שהוא דין בהודאה. ולפמ"ש"כ הריטב"א ב"מ י"ב ב' בשם י"מ דלקוחות שלקחו אחר הודאתו נאמן לחוב להם משום דבידו לחייב א"ע, א"כ שפיר משכח"ל באי כחו כשקנו ממנו לאחר שתבעו. ונאפשר דשעת הנאמנות הוא כבר הודאה, וא"כ צריך שיועיל לגבי הלקוחות, וא"כ מדפסק בסעיף י"ט דלא מהני נאמנות ללקוחות, א"כ מוכח דלא ס"ל כהריטב"א, וברמב"ן שם כתב דהטעם משום קנויניא וכמש"כ רבינו, אולם בריטב"א שם כתב וז"ל, דבשלמא יורש כרעא דאבוה הוא והרי הוא כאילו הנכסים ברשותו של לוח עצמו בשעת גוביינא משא"כ בלקוחות, ע"ש. הרי שעל הלקוחות אין לו כת כלל לחייבם, רק ביורש דהוי נכסי ידידה, ולפי"ז אין לחלק בין מקבל קרקע למקבל שט"ח, ויעו"ש ברמב"ן שהביא ד' הרי"ף שהטעם משום קנויניא כדמוכח מהאומר שטר אמנה הוא זה, וכתב ע"ז הרמב"ן שאינו ראיה, דהתם ודאי בטר דחב לאחרים לא מהני הודאתו, אבל היכא דהימניה מעיקרא ודאי מהני, עכ"ל. נראה דר"ל דהכא הוא לעולם לאחר הודאתו ויכול לחוב לאחרני, ולשיטתיה אזיל שכתב בב"מ

26. לכאורה י"ל בדעת הסמ"ע, דחלוק שבועת פוגמת משבועת אישבתע לי דלא פרעתין, דפוגם שטרו מבואר בתוס' כתובות (דף פז: ד"ה ואלו) שפוגם שטרו לא בא מכח השטר כיון שהוא עצמו מודה שאינו חייב לו כל הכתוב בשטר, וגבייתו הוא ע"י השבועה, נמצא דכשנותן לה נאמנות לפוטרה משבועה, היינו שמתחייב לשלם אף שהיא פטורה עד שתשבע, ולזה כתב הרא"ש שיש לו כת לחייב א"ע וממילא חייבים בזה היורשים את מה שהוא נתחייב, משא"כ אישבתע דלא פרעתין בזה יש לו כת שטר, אלא שחז"ל תיקנו דכשהנתבע תובע שבועה צריך לישבע לו, וא"כ כשמאמינו אין זה התחייבות על הממון, אלא שמוחל לו על השבועה, וא"כ זהו רק כלפי מה שחייבת לו יכול למחול, אבל מה שחייבו אותה היורשים מכח תביעתם, דבר זה אין יכול למחול, [כיון שלא הי' התחייבות ממון רק פטור מהשבועה שהוא מחייב אותה], ועי' בשטמ"ק כתובות שם שהביא מתלמיד הרשב"א שגדר שבועת פוגמת [לרמב"ח] הוא משום דשטר מוחזק בידה והו"ל כטעין לה שטר של ר' יש לי בידך, והיא אומרת אין לך בידי אלא שטר של מנה, עיי"ש. אלא דלפי"ז יל"ע למה כשהיורשים לא אומרים שפרעו בעצמם, מועיל נאמנות של האב, הרי יש להם טענת אישבתע לי, שהרי מבואר ברש"י כתובות פ"ז א' שדין הבא ליפרע מנכסי יתומים דבעי שבועה הוא מדין אישבתע לי, וא"כ איך מועיל בזה נאמנות האב, ואולם התוס' שבועות מ"א א' פליגי ע"ז שהוא

(מה) נאמנות סתם. פירוש, דכתב ביה נאמנות לו למלוה נגד הלואה ונגד יורשים, דפטור משבועת יתומים, ולכך אף במת לזה בחיי מלוה אין כאן שבועה ולא שייך אין אדם מוריש שבועה לבניו, רק קרוי סתם דלא פירש בו דגם יורשי המלוה יהיו פטורים משבועה, סמ"ע

(סקל"ד) ור"ך (סקמ"א), ועיין מש"כ להלן סי' ק"ח (סעיף יג).

(מו) לגבי לקוחות. דלאו כל כמיניה להפסיד

ללקוחות, וחיישינן לקנוניא. ועיין תומים (סקי"ג) דנראה דאין מחויב לישיבע רק שלא פרעו הלואה אחר שמכר הנכסים, אבל אם בזה אין

ספק, שנודע שלא פרעו, רק כל טיב שבועה אולי פרעו הלואה קודם שמכר השדה, בזו נראה לכו"ע מהני נאמנות, ע"ש. ובזה מיושב ג"כ מה שדקדקתי בס"ק מ"ד, ע"ש. ועיין תומים כי הך דינא מחלוקת בין פוסקים, ואי תפיס מלוה יכול לומר קים ליה, ואינו יכול להשביע, ע"ש. ועיין לעיל בכלל קים ליה (סימן קכז), ואם הימניה כבי תרי ועדים מעידים שפרעו, בזו נראה לכו"ע דלא מהני נאמנות לגבי לקוחות, דמי יפסול לעדים נגד לקוחות, ולקוחות טוענים אנן על עדים סמכינן.

דקמני לא הוא ולא צאים זרשותה אינו יכול להשביעה, יהיה פירושו הצאים זרשותה, ולכאורה קושיא עולה. ונראה ליישב, דמילתא צא זרשותה פירושו וכן משמע דעדיין לא נחרוקן רשות הראשון לגמרי ועדיין רשות הראשון קיים, רק הוא צא זרשותה, וזה הצדל צין מילת צא זרשותו לצאי כחו, דזרשותו מורה דעדיין רשותו של ראשון קיים, וא"כ צלמא היא וצאים זרשותה שפיר י"ל כמש"כ בתוספתא דמכרה כתובתה, ומ"מ לא נחרוקן רשות של אשה לגמרי, דהא קי"ל (לעיל סי' סו סכ"ג) חזר ומחלו מחול, והטעם דגוף השעבוד נשאר למלוה וזה לא נמכר, והוי רק צא זרשותה, ועיין לעיל סי' ס"ו (תומים סק"ז) דדעת הראשון דגרוע צא זרשותה, ע"ש, משא"כ צא הוא והצאים זרשותו גצי ליה, אס מפרשינן לקוחות א"כ נחרוקן רשות הצעל והלואה לגמרי, לא שייך הצאים זרשותו ולכך מפרשינן זרשותה, דא"כ רשות הצעל עודנו קיים, או כמש"כ הר"ן דנתנו צמתת שכיז מרע דגם רשות הנותן קיים, דהרי הוא כורש ויכול לחזור צו כנודע, וא"ש ולק"מ.

ולדינא נראה אס הימנו כבי תרי, לכולי עלמא אין מועיל לגבי לקוחות, דהא דהימנו משום דפסל לכל עדים, ואס הוא פסל לעדים לגבי לקוחות מי פסלן, צלמא צנאמנות סתם דלא מהני רק לפוטרו משבועה, ושבועה צלאו הכי רק תקנת חכמים, והוא דהימנו והלקוחות ידעו מזה דקלא אית ליה, שפיר י"ל אפסיד אנפשיה ואוקמינן אדין תורה דאין לריך שבועה, אצל ציש עדים דנפרע דשורת הדין דהוא חספא צעלמא, א"כ מי פסל לעדים נגד לקוחות ולית צוה מחלוקת כלל²⁸. אצל צהימנו סתם, ודאי דהוי מחלוקת ויכול המוחזק לומר קים ליה כמש"כ הש"ך וכמש"כ הרא"ש צעלמא (כתובות פ"ט סי' כג) דהוא ספיקא דדינא. ונראה דאס הימניה צניסן ומכר צאייר, ואין כאן ספק שמהייר ואילך לא פרעו, ועדים מעידים שלא זו ידו מתוך ידו וכדומה, רק הספק אילו צניסן קודם

משפט יהונתן

משפט (סק"ח) הביא שבעה"ת (שער ח' ד"ג) מבואר להדיא דגם בנאמנות נגד עדים ללקוחות תלוי בפלוגתת הראשונים אם מהני נאמנות נגד הלקוחות, והובא זה בטור סו"ס פ"ב, והוסיף עוד, דכל נידון זה הוא כשכתב נאמנות כבי תרי מפורש נגד הלקוחות, אבל נאמנות סתם כבי תרי לא מהני נגד לקוחות לכו"ע, דלגבי ידידה הימניה ולא כנגד לקוחות, ועיי"ש עוד משה"ק בזה ובאבני החושן (סקי"ח), ובדברי חיים (הלואה סי' מ'). וע"ע בקצוה"ח (סי' לט סק"ה) שכתב דלא טענינן ללקוחות פרוע אלא היכא שיתכן שפרע קודם המכירה והוי א"י אם נתחייבתי, אבל היכא שודאי לא פרע קודם המכירה ונשתעבדו הנכסים, וספק אם פרע אח"ז, הוי א"י אם פרעתך, ולפי"ז לא שייך דינו של רבינו, ונ"כ בשושנת יעקב סקי"א, ובנתי"מ שם (סק"ב) ובאמרי בינה (סימן ט') השיגו ע"ז.

[יג] אין נאמנות מועיל לגבי לקוחות. ודאי אס נתן הלואה למלוה נאמנות אחר שכבר לקחו לקוחות, פשיטא דאין יועיל לכו"ע ולא כל כמיניה להימניה צדצר שאינו שלו, (אך מדצרי מוס' כתובות דף ל"ד (ע"א) ד"ה שנמצאת, דהקשו הא הצא לפרוע מנכסי יתומים לריך

שבועה ומ"ט דת"ק, ותירלו כגון דפטרשו. וקשה לפ"ז הא דדחיק למצוא צמה דפליגי ת"ק וכן ננס, נימא צפלוגתא דר"ש ורצנן פליגי אי נאמנות מהני לגבי יתומים, וכן ננס דצצירא ליה דלא מהני אמר אף היא תצצע. ועכ"ל דצצירא ליה אס הוא נתן נאמנות אף לגבי

לקוחות מהני, וה"ה לצעל חוז מאותה, וע"כ דאיירי דיתומים פטרשו וצוה לא יחלוק ר"ש, ומוה מוכח דאף לאחר כן מהני נאמנות, דאל"כ עדיין י"ל כתיירן הנ"ל ולאח"כ, רק אי נתן נאמנות קודם שמכר, צו מחלוקת צין מחצרים כמש"כ הש"ך (סקמ"צ) ומונה צמספר כמה רצ גוצרים החולקים על זה, ומי אדון להכריע.

רק מה שהקשו וכן הש"ך דלשיטה זו צמה דקמני צמשנה (שם פ"ו) אותה והצאים זרשותה, פירוש של צאים זרשותה היינו

דקמני צתוספתא (שם פ"ט ה"ג) שמכרה כתובתה, ואילו צמה הצאים זרשותה, אצל לקוחות שלו יכולים להשביעה, ואס כן נחלקו הפירוש צחד משנה, ולכאורה קושיא עולה. ונראה ליישב, דמילתא צא זרשותה פירושו וכן משמע דעדיין לא נחרוקן רשות הראשון לגמרי ועדיין רשות הראשון קיים, רק הוא צא זרשותה, וזה הצדל צין מילת צא זרשותו לצאי כחו, דזרשותו מורה דעדיין רשותו של ראשון קיים, וא"כ צלמא היא וצאים זרשותה שפיר י"ל כמש"כ בתוספתא דמכרה כתובתה, ומ"מ לא נחרוקן רשות של אשה לגמרי, דהא קי"ל (לעיל סי' סו סכ"ג) חזר ומחלו מחול, והטעם דגוף השעבוד נשאר למלוה וזה לא נמכר, והוי רק צא זרשותה, ועיין לעיל סי' ס"ו (תומים סק"ז) דדעת הראשון דגרוע צא זרשותה, ע"ש, משא"כ צא הוא והצאים זרשותו גצי ליה, אס מפרשינן לקוחות א"כ נחרוקן רשות הצעל והלואה לגמרי, לא שייך הצאים זרשותו ולכך מפרשינן זרשותה, דא"כ רשות הצעל עודנו קיים, או כמש"כ הר"ן דנתנו צמתת שכיז מרע דגם רשות הנותן קיים, דהרי הוא כורש ויכול לחזור צו כנודע, וא"ש ולק"מ.

ולדינא נראה אס הימנו כבי תרי, לכולי עלמא אין מועיל לגבי לקוחות, דהא דהימנו משום דפסל לכל עדים, ואס הוא פסל לעדים לגבי לקוחות מי פסלן, צלמא צנאמנות סתם דלא מהני רק לפוטרו משבועה, ושבועה צלאו הכי רק תקנת חכמים, והוא דהימנו והלקוחות ידעו מזה דקלא אית ליה, שפיר י"ל אפסיד אנפשיה ואוקמינן אדין תורה דאין לריך שבועה, אצל ציש עדים דנפרע דשורת הדין דהוא חספא צעלמא, א"כ מי פסל לעדים נגד לקוחות ולית צוה מחלוקת כלל²⁸. אצל צהימנו סתם, ודאי דהוי מחלוקת ויכול המוחזק לומר קים ליה כמש"כ הש"ך וכמש"כ הרא"ש צעלמא (כתובות פ"ט סי' כג) דהוא ספיקא דדינא. ונראה דאס הימניה צניסן ומכר צאייר, ואין כאן ספק שמהייר ואילך לא פרעו, ועדים מעידים שלא זו ידו מתוך ידו וכדומה, רק הספק אילו צניסן קודם

ע"ב ב' דלקוחות שקנו אחר הודאתו משתעבדי כהי"מ הנ"ל, וע"ע באבי עזרי (פט"ו מאישות הי"ט).

28. בנתי"מ (סק"א) כתב ע"ז, לא ידענא, כיון דהיה קלא בשעת הלואה שנתחייב נגדו מעכשיו וכשיאמר שלא פרע אפי' אם יכחיש עדים דאפי' אם אומר שקר מ"מ נתחייב לו עכשיו בסך זה בודאי היה להם ללקוחות ליהזר, ודמי להא דסי' ס"א סעי' ז', אכן יעו"ש בד' רבינו שם סקי"ד שכתב דזהו רק משום שאמר שמעכשיו יחול שעבודו לכן לא הוי מוקדם, אבל הכא כשנתחייב בקנין אם יאמר שלא פרע אפשר דלא נתכוין להשתעבד מעכשיו אלא משעת תביעת המלוה, [ועי' מש"כ בהערה לעיל]. עי"ל דהימניה אינו התחייבות ממון אלא הודאת בע"ד, וזה לא מהני לענין לקוחות אפי' דהר"ל ליהזר, [ועיין מש"כ רבינו להלן בסמוך]. ובשער

29. בנתיקה"מ שם כתב ע"ז, ולא הבינותי, דהא מ"מ איכא למיחש לקנוניא דשמא פרע והחזיר לו השטר לקנוניא, ובאבני החושן (סקי"ט) הקשה דכי אחר שמכר אין בידו ליתן במתנה את שלו, הרי פשוט דבשעת פרעון יכול להתנות על ממונו כרצונו, וגם הקשה על עיקר ד' רבינו דנאמנות כמחילה, ורבינו האריך בזה לעיל סק"ו.

ס"ד). וכתב הסמ"ע (סקמ"ב) אין נשבעין על השטרות ליתא, רצונו לומר, דשטר הוי שעבוד קרקעות ואין נשבעין שבועה דאורייתא על שעבוד קרקע, דהא אין גובה מלקוחות, ופשוט, וזהו כוונתו, והש"ך כתב דהוא ט"ס, וברור הדבר כמש"כ.

(גד) ואם מת הלוח תוך הזמן וכו'. עיין תומים (סקט"ז)

מה שקשה מזה על הא דלקמן סי' ק"ח (סעיף ד) דלא טענינן ליתמי מילתא דלא שכית.

(נה) ומיהו בחרם סתם. אבל לא שבועה, דאין יתומים נשבעין בטענת שמא לפטור, אם לא שטוען ברי שאביהם צוה דלא פרעו, ישבעו שלא פקד.

(נו) שחייבים לפרוע. אפילו טוענים אבינו צוה לנו דפרע, ואפילו דלאחר זמן דיאמר לאביכם האמנתי ולכם איני מאמין, והדר

השטר לתוקפו וגובה. ונראה לשיטה זו אפילו מלקוחות גובה, דכמו דלא טענינן ליתמי, כן לא טענינן ללקוחות, ומכל שכן כשחייב מודה דלא שייך קנוניא, דהא אילו שתק השטר בתקפו, דלא טענינן פרוע, ומפיו אנו חיינן, והוא אומר דלא פרעו, וחד דין אית לטוענין ללוקח או ליורש.

(נז) לאו כ"ל כמיניה. עיין תומים (סקי"ז) דודאי פרעון לחבירו לא

המפקיד, דחזינן דהקפידה התורה כל כמה דלא נשבע דיטלם, משא"כ כאן אילו אצוהו טען פרעתי לית כאן חיוב מהתורה כלל, רק היסת גרידא ופקע תשלומין, ולכך אף ליתמי טענינן אפילו צמילתא לא שכיחא, אך זהו דומק כי צתום ריש גיטין (ג' ד"ה ואם יש) משמע דלא ס"ל חילוק זה, דמדמין אי נטעון ליתמי מזויף להא, ע"ש. ועיין לקמן צסי' ק"ח (סק"צ) מש"כ בזה.

[יז] ביוזן שהאמין וכו'. פירש הש"ך (סקנ"ג) ודאי אפילו צלי נאמנות גוצה כולו, ואם הם שותפים גוצה החצי שהוא חלקו רק צריך שצוה, אצל צנאמנות אין צריך שצוה. ויש להצין שצוה זו מה טיבו, הא הלוח מודה דלא פרע לו רק להשני, וצממה נפשו חס הוה פרעון ח"כ מה יועיל נאמנות הוה הלוח טוען אמת כדצרך לך לא פרעתי ואיש אמונים אמת אצל לחצריך פרעתי, ואי

אזהרות התורה אזהרות השו"ת משפטי יהונתן

30. בביאור הגר"א (סק"נ) כתב לבאר דנאמנות הוי כמו עדים דהא מרעא לשטר כמו בעדים, ובעדים אפי' בתו"ז, ור"ל דכמו שנאמן נגד השטר בע"כ שעשאו כעדים ממילא נאמן גם בתו"ז, ורבינו ס"ל דנאמנות נגד שטר הוה רק לאורועי את החזקה דשטרך בידי מאי בעי ויש כאן ריעותא על השטר והוי כמלוה ע"פ, וכמו שמצינו בסעיף כ"א דכשהאמין המלוה ללוה, יכול לתובעו שבועה שהאמינו כמלוה ע"פ, וצ"ע על הגר"א. ויעוין בביהגר"א (סקמ"ד) שבאמת הקשה על דין זה. ועי' בנתי"מ (סקכ"ב) שהעיר כד' רבינו, והוכיח מזה דנאמנות הוי כמכשיר קרוב לעד וכמו בנאמן עלי אבא דודאי פטור אפי' בתו"ז.

31. לדעת הסמ"ע סקמ"ד והש"ך לא מיירי כאן בתו"ז, אלא לאחר זמנו, ויש מי שאומר ס"ל דלא מהני טענינן כשאביהם היה נאמן רק מכח נאמנות, ובקצוה"ח (סק"י) הקשה דהא כאן אפי' בלא נאמנות מעיקר חזקה דשטרא כמו שבמת המלוה יכול לטעון פרעתי ליורשים משום דבטלה החזקה כיון שלא לקח את השטר מפני שסמך על נאמנותו, כמו"כ נימא דמת הלוח ולמה היורשים חייבין לפרוע, ומזה הוכיח דמיירי בתוך זמנו, ולכן צריך לנאמנות ואין טענינן ע"י נאמנות, ועי' גם בהגהות הגרע"א שכתב דזה תלוי בדין טענינן במילתא דלא שכית,

[טו] אפילו תוך הזמן וכו'. דין זה לענ"ד ז"ע, כי מקורו מצעה"ת שער כ"ז (ס"ה), ומתחילה נסתפק צו אי נאמן לומר תוך זמנו, ולצטוף הכריע דנאמן כיון דליתמי אמת. ואם איירי צתום נאמנות, איך התנה שיהיה נאמן תוך זמנו, הלא כל

נאמנות לצטל כח שטר והוה ממע כמלוה על פה, וגם צמלוה ע"פ לא מצי למימר פרעתי. ולכן צרור דצעה"ת איירי כמצוה שם דהתנה שיהיה נאמן צכל עת לומר פרעתי, מילת צכל עת מורה צצירור אפילו תוך זמנו, ולכך יפה כתב כיון דהתנה התנה, אצל צנאמנות סתם צלי אמירת צכל עת לא ידעתי למה יגרע ממלוה ע"פ, והדבר ז"ע³⁰.

[טז] שאנו טוענים שאביהם פרע. קשה דלקמן

סימן ק"ח ס"ד הצי"ה הרצ מחצו דיעה זו צראשונה דלא טענינן ליתמי

נאנסו רק החורתי צמנו דנאנסו, אצל נאנסו לא, דלא טענינן להו מילתא דלא שכית, ואיך נטעון להו דפרע גו זימנא דהוה לא שכית, ולא טענינן ליתמי מילתא דלא שכית³¹, וכ"כ הגידולי תרומה (שם) וכנסת הגדולה (הגה"ט אות סט) דזה תליא בזה. ודומק, דשם אף דאצוהו הוה טען כן הוה צריך לישבע שצוה דאורייתא, וכל כמה דלא הוה נשבע היה מחויב לשלם כדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ולכך לא טענינן ליתמי להפקיע כח

דאורייתא, וכל כמה דלא הוה נשבע היה מחויב לשלם כדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ולכך לא טענינן ליתמי להפקיע כח

דאורייתא, וכל כמה דלא הוה נשבע היה מחויב לשלם כדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ולכך לא טענינן ליתמי להפקיע כח

וכ"כ בסי' ע"ח סעי' א' בשם הש"ך סי' ס"ט סק"ו. והפרישה כתב דכאן לא חשיב מילתא דלא שכית דכיון שהאמין מלוה ללוה שיהא נאמן לומר פרוע, נעשה תו"ז כלאחר זמנו גבי הלואה זו. ונראה ביאור דבריו, דהטעם דלא טענינן מילתא דלא שכיתא, הוה משום דהוי טענה גרועה, ומה"ט כתב רבינו (סי' סה סק"ד) דאף להסוברים דטענינן מילתא דלא שכיתא, לא טענינן זה להוציא, וזהו רק כשבא מכח טענה בעלמא, אבל כשהאמינו הוי לעולם טענה מעליא, ולכן גם לגבי היורשים הוי כטענת אביהם, וחל גם ע"י הדין נאמנות, ולכן כאן טוענים גם מילתא דלא שכיתא, [נכמו שביאור האחרונים ד' הרא"ש בפ"ב דכתובות דטענינן הוי ספק ברי, שמא היה אביהם טוען כן, והרי בזה היה לו נאמנות והוי טענה מעליא], ולפי"ז הוה דין דוקא בנאמנות, ולא שייך להא דסי' ע"ח שם. ובזה מיושב קושיית האבני החושן (סקכ"ד) על הפרישה מהא דאיתא ברמ"א (סי' עח סעי' ד') דלא טענינן ליתמי דפרע ביומא דמשלם זימניה ומשום מילתא דלא שכיתא כמבואר בש"ך שם סקי"ז, ונימא כיון שהאמינו הוי תוך הזמן כלאחר הזמן, ולהנ"ל הוי זה דין דוקא בנאמנות, דהוי טענה מעלייתא, וע"ע בנתי"מ (סי' סט סקי"א) מש"כ בזה.

לא הוה פרעון א"כ אף צלי נאמנות מה ישבע, הא הלואה גופיה מודה דלא פרעו רק נתן לחצרו. ולריך לומר דטען לחצירו נתתי ואמר לי שמסרו לידך, וא"כ יכול להשביעו על פיו, דהו"ל טענת צרי כמו חנוני על פנקסו (שצועות מה). דהו"ל טענת צרי ע"י אמירת פועלים אף דהוי נוגעים, ולכן כשהאמינו אין לריך שצועה זו דלא מסר לו חצירו³². וזוה כל דצרי הרצ ראנ"ח (סי' כא) שהציה הש"ך ס"ק נ"ד נדחית, דהוא הוכיח מדאמר לאו כל כמיניה משמע הא אילו מצורר שפרע לחצירו היה נפטר זוה, ועיין ש"ך שדחקה, ולפי"מ שכתבתי צממ"נ אס מהני והוי פרעון מה יועיל נאמנות, הא צאמת לא פרע לו, אלא כל הטענה שחצירו מסרו לידו, ולכן צנאמנות לאו כל כמיניה להזקיקו לשצועה על כך, אצל זולת זה היה לריך שצועה, ומכל שכן ציט עדים דמסרו לידו, וא"ש.

עב [א] מפני שהוא כמו

ריבית. הסמ"ע (סק"א) כתב כמו ריבית ולא ריבית גמור, הואיל וגוף הלואה לא נתרצה צו. ואין זה נכון, דהא הלואה צחצר והתנה עמו לדור צו (צ"מ סד: ושו"ע יו"ד סי' קסו ס"צ) ג"כ אין הלואה מתרצה, ומכל מקום הוי ריבית קלוזה, אלא הואיל ומרויח השכירות הו"ל הלואה מתרצה, וא"כ אף כאן¹. רק עיקר הטעם דנקט כמו ריבית, משום דלא התנה צפירוש צשעת הלואה שיהיה יכול להשתמש צמשכון צחנס, ואפילו התנה כן צפירוש, מ"מ לדעת רוב פוסקים (הו"ד צצ"י יו"ד ר"ס קעצ) הואיל דהוי משכון ומשכון ליומא ממכר הוא, לית ציה משום ריבית קלוזה, זולת דעת הרמב"ם (פ"ו ממלוה וולה ה"ו) דמחלק צין צית לשדה, ולשיטתו אס התנה צמשכון מטלטלין דדמי לצית, הו"ל ריבית קלוזה, ועיין יו"ד סי' קע"צ מש"כ שם.

[ב] כמו ריבית. כתב הסמ"ע (סק"א) ואס עצר והשתמש צו, אס הוא דצר דלא קיימי למיגר אע"ג דגצרה עציד למיגר, תליא צמחלות הפוסקים צשו"ע יו"ד סי' קס"ו (סעיף א) אי חייב לצאת ידי שמים או לא, וכן כתב הש"ך (סק"א). ואני לא הצנתי איך מדמה משכנו צית דלא נפחת צתשמישו דקיי"ל (צ"ק כא). ציתא מייצבי יתיב, למשכון מטלטלין דלא ימלט דנפחת צתשמישו, וא"כ הא מצואר לקמן סי' שס"ג סעיף ז' דצמקוס דנפחת אפילו פעס אחת, אף דלא קיימא לאגרא חייב לשלם הכל, ואף כאן חייב לשלם הכל², ואפילו דלא הוי ריבית קלוזה, מ"מ מוציאין ממנו צדיינים דהו"ל גול כמש"כ הש"ך ציו"ד סי' קס"ו ס"ק ה', ע"ש. אס לא דהתנה עמו דתליא צמחלות כמש"כ צס"ק הקודם צמשכון אי הוי אצק ריבית או ריבית קלוזה, ע"ש.

משפט יהונתן

³². יל"ע דהרי כאן יש לו שטר ומהכ"ת לתובעו שבועה ע"י הך טענה, ורק לענין חנוני על פנקסו עשו תקנה דאף שהנתבע חייב מצד א"י אס פרעתך, אחשבוהו כברי ע"י טענת הפועלים לחייב שבועה, אבל כשיש שטר לא שמענו, וע"י בנתיה"מ (סקכ"ד) מש"כ בישוב הענין.

1. ע"י בנתיה"מ (סק"א) מש"כ ליישב.
2. בנתיה"מ שם כתב ע"ד רבינו דאישתמיטתיה הא דמבואר בסימן שס"ג סעיף ה', דאדרבה במטלטלין כיון שנגזלין, אס נטלה על דעת שאלה שלא מדעת אס אין עשוויין לשכר אין צריך לשלם רק הפחת, ודוקא בקרקע שאינה נגזלת שייך הדין המבואר בסימן שס"ג הנ"ל ולא במטלטלין, ע"ש. וע"ע בחי' הרשב"א ב"ק (צז. ד"ה אמר ר"פ) דמבואר בדבריו לחלק כן בין קרקע למטלטלין כד' הנתיה"מ. וע"ע מה שביאר טעם החילוק בשער

הוי פרעון כלל על חלקו אפילו בלי נאמנות, ודלא כהראנ"ח (סימן כא), רק איירי דטוען דחבירו אמר לו שנתנו לו, ולכן בנאמנות נאמן בלי שבועה שלא נתן לו חבירו, משא"כ בלי נאמנות צריך לישבע, זהו נכון ופשוט. ומה שיש יותר לדקדק בזה עיין לקמן בסי' ע"ז (סעיף י) מש"כ שם.

עב (א) מפני שהוא כמו ריבית.

עיין תומים (סק"א) דלכך לא הוי ריבית קצוצה משום דלא קצץ עמו בשעת הלואה, ואם קצץ עמו בשעת הלואה תליא במחלוקת רבוותא אס הוי ריבית קצוצה או רק אבק ריבית הואיל ומשכנו בידו הו"ל כמו מכר, ע"ש.

(ב) ריבית. ואם השתמש בו, כתב הסמ"ע (סק"א) אס הוא

דבר דלא קיימא לאגרא אע"ג דהוא גברא דעביד למיגר, מ"מ תלוי במחלוקת פוסקים יו"ד סי' קס"ו (טור סעיף א) אי חייב לצאת ידי שמים, ואני כתבתי בתומים (סק"ב) דאם לא התנה כן בשעת הלואה רק

בעצמו משתמש בו, מוציאין ממנו שכר שימוש בדיינים. ואם התנה כן בשעת הלואה, כבר כתבתי בס"ק הקודם דתליא במחלוקת אי מוציאין מתורת רבית קצוצה או לא הו"ל רק אבק רבית.
(א) **שלא ברשות בעלים.** משום דמסתמא ניחא ליה וזכין לאדם שלא בפניו.

מ"מ לדעת רוב פוסקים (הו"ד צצ"י יו"ד ר"ס קעצ) הואיל דהוי משכון ומשכון ליומא ממכר הוא, לית ציה משום ריבית קלוזה, זולת דעת הרמב"ם (פ"ו ממלוה וולה ה"ו) דמחלק צין צית לשדה, ולשיטתו אס התנה צמשכון מטלטלין דדמי לצית, הו"ל ריבית קלוזה, ועיין יו"ד סי' קע"צ מש"כ שם.

[ב] כמו ריבית. כתב הסמ"ע (סק"א) ואס עצר והשתמש צו, אס הוא דצר דלא קיימי למיגר אע"ג דגצרה עציד למיגר, תליא צמחלות הפוסקים צשו"ע יו"ד סי' קס"ו (סעיף א) אי חייב לצאת ידי שמים או לא, וכן כתב הש"ך (סק"א). ואני לא הצנתי איך מדמה משכנו צית דלא נפחת צתשמישו דקיי"ל (צ"ק כא). ציתא מייצבי יתיב, למשכון מטלטלין דלא ימלט דנפחת צתשמישו, וא"כ הא מצואר לקמן סי' שס"ג סעיף ז' דצמקוס דנפחת אפילו פעס אחת, אף דלא קיימא לאגרא חייב לשלם הכל, ואף כאן חייב לשלם הכל², ואפילו דלא הוי ריבית קלוזה, מ"מ מוציאין ממנו צדיינים דהו"ל גול כמש"כ הש"ך ציו"ד סי' קס"ו ס"ק ה', ע"ש. אס לא דהתנה עמו דתליא צמחלות כמש"כ צס"ק הקודם צמשכון אי הוי אצק ריבית או ריבית קלוזה, ע"ש.

המלך (פ"ג מגזו"א ה"ט), וע"י בתרוה"כ שם (סק"ג), ובקו"ש שם (אות קכ"ה), ובמחנה אפרים (פט"ז מגזילה). מיהו יתכן ליישב דברי רבינו אף לפי"ד הרשב"א והנתיה"מ, דהנה יעוי' בחזו"א ב"ק (סי' כ' סק"א) שכתב ע"ד הרשב"א הנ"ל וז"ל, ולא נתפרש הטעם דבמטלטלין לא מצי תבע אגרא אע"ג דאיכא פחתא, ונראה דבקרקע כיון דאי אפשר להבריחה אין קפידא כ"כ במה שנכנס שלא ברשות ודעתו להניחו לדור ולקבל שכר, אבל במטלטלין דעתו להוציאו מידו ואין דעתו להרויח אגרא, אלא להוציא מידו ואם יהיה פחתא לגבות הפחת, וכן אין הנכנס בבית שלא ברשות חציף כ"כ שיודע שאין הבעלים מפחדין על ביתם שא"א להבריחו, אבל במטלטלין כיון דהבעלים מקפידים ביותר, הנכנס הוא איש קשה והבעלים אינם מקוים להרויח ממנו אלא להציל את שלו, ואפשר

(ד) אבל לא לעצמו. משום חשדא. הקשה הב"ח (סעיף ב) הא כל טעמו דיש לו להשכיר הוא מפני השבת אבידה לבעלים, וגבי משיב אבידה קי"ל (ב"מ כח:) דאפילו לעצמו יכול למכור דליכא חשדא במשיב אבידה. ותירץ הש"ך (סק"ג) דודאי התם ליכא חשדא דהא יכול לכפור בכל אבידה אילו רצה, משא"כ כאן במשמש אי אפשר להעלים תשמישו וחשדינן דמשתמש בשכר בפחות. ולפי דבריו אם משתמש במשכון בתוך ביתו בהצנע לבל יודע דמשתמש במשכון של חבירו, תו ליכא חשש דאילו

רצה אמר שלא היה משתמש בו כלל והרי זה דומה למשיב אבידה. אך לפי מש"כ הסמ"ע בס"ק ג' דאין החשד כאן דשכרו לעצמו בפחות כהחשד גבי אבידה, רק החשד דהרואה משתמש יחשוב דמשתמש במשכון בלי ניכוי שכירות כלל, א"כ בלא"ה אין מקום לקושית הב"ח, דבשלמא באבידה אי אפשר למחשדיה דהא חזינן דמשיב אבידה ואין נחשוד אותו, משא"כ כאן נחשוד אותו דאין משיב אבידה כלל והיא גופיה בכלל החשד, וא"כ לק"מ דכל החשד יהיה דאינו משיב אבידה.

(ה) ודוקא שלא התנה וכו'. והיינו בנכיתא, דאל"כ הו"ל אבק ריבית לכו"ע, והש"ך (סק"ד) פקפק גם ע"ז, ועיין תומים (סק"ג) מש"כ בזה בדברי רמ"א.

(ו) מקרי שולח יד בפקדון. ואם יש עדים, נפסל כגזלן, דאין אדם נעשה חשוד עפ"י עצמו, ובכמה דברים יש הבדל אם מקרי שולח יד או לא כמבואר לקמן בהל' פקדון.

[ג] אבל אם התנה מתחילה שרי. פירוש נכיתא כמש"כ הסמ"ע (סק"ד), ומקור דין זה מפירוש רש"י (נ"מ פג:) ד"ה צמלוג כריך למשכון, דפירש רש"י להשתמש בו ולפסוק עליו להיות פותח מהחזק והולך, ע"ש. ומזה למדו דכל כה"ג מותר. והש"ך צס"ק ד' הקשה דא"כ הו"ל שוכר גמור ומ"ט דר' אליעזר (שם). דסבירא ליה דהו"ל שומר חנם, ולכן ציקס לפרש דרש"י פירוש דוחק.

ולדעתנו אין לדין הנ"ל שורש, דמה צריך דהתנה, מ"מ מידי חשדא לא נפיק דליכא דידע דהא ולא דהא. ואף לדבריו לא הצנתי מאי שנא זה משדה המשכנתא נכיתא דהוא מותר (כמבואר צו"ד סי' קעז ס"א), ומאי שנא זה דאסור, ולמה איכא צמלטלין יותר חשד מן מקרקעות³, ומשכנתא צקרקעות מותר אפילו צלי שטר ה"ה למטלטלין, והדבר מבואר צספר אסיפת זקנים (שטמ"ק) לריטצ"א על הא דתנן (שם פ.) מותר להשכיר משכונו של עני וכו', דלעצמו לא ישכיר משום חשדא, אס לא שהתנה כן בשעת הלואה דמותר, ומבואר להדיא כמש"כ הרמ"א.

ובגוף הקושיא של הש"ך בפירוש רש"י דהו"ל שוכר, כבר קדמו להקשות כן הראצ"ד הוצאו דבריו צחדושי ריטצ"א לצ"מ וכן כתב אסיפת זקנים הנ"ל, ומירצו דמיירי שלא נתן לו רשות להשתמש רק על זמן מוגבל וצתוך הזמן הו"ל כשוכר, רק דמיירי דעבר הזמן ההוא ותו ליכא לחיובי משום שוכר, ע"ש. ואמת כי הריטצ"א כתב שהוא דחוק, מ"מ קלמ נראה כי גם דעת רש"י צזה, דהא הקשה התורת חיים (צ"מ שם) דפירש הא דתנן

(שם פא:) צצרייתא, אצל הלואה אלק זהוצים צשטר והניח עליהם משכון וכו', דמיירי בשעת הלואה, רק הו"ל ולקח שטר א"כ משכון דנקט ליה תו ליכא למימר לזכרון נקטיה, ועל כרחק לגוצינא, והקשה התורת חיים הא למסקנא (שם פג:) איירי כל הצרייתא צמלוג כריך למשכון, א"כ מה הוכרח דנקטו לגוצינא הו"ל ונקט משכון נוסף על השטר דהא נקטו כדי לשמש צו. אצל לפי הנ"ל ניחא, דהא לא לקחו להשתמש צו רק לזמן, וצאזמן הימים הוא ודאי שומר שכר, רק לאחר שעבר זמן והמשכון צידו, חזר הדבר דלמה תופס המשכון ולמה אינו מחזירו ללוא הא צידו שטר ולא שייך לזכרון, אלא דתופסו לגוצינא וא"ש. (ועיין מש"כ צס"ק צדצרי ראצ"ד צזה).

אך עם כל זה נראה ליישצ קושיית הראצ"ד צדרך פשוט ואין כריך לדוחקו של הראצ"ד, והוא דצדף פ' ע"צ אמרינן דלכך אומן שומר שכר משום דצההיא הנאה דשציק כו"ע ומוגיר ליה לדידיה הו שומר שכר, ופרכינן אי הכי שוכר נמי צזההיא הנאה דשציק ליה לכו"ע ומוגיר ליה לדידיה הו שומר שכר ולמה קאמר ר' מאיר שומר חנם וכו', וקאמר הגמרא טעמא אחרני צאומן, איציעית אימא דמחליף וכו' ור' מאיר צאמת ס"ל שוכר שומר שכר, ולפ"ז לא מציעא להך שינוי דמחליף דקס הך טעמא הן צאומן והן צשוכר מכח הך טעמא דשציק לכו"ע וכו', אלא אפילו להך חירוצא דאית צאומן טעמא אחרניא, מ"מ צשוכר למ"ד שוכר שומר שכר י"ל הך טעמא כקושית הגמרא צאמת דשציק לאחריני ומוגיר לדידיה. ולפ"ז חינת צשוכר דעלמא דשכחי שוכרים ויכול להשכירו לאחר ואוגיר לדידיה, הו"ל צהך הנאה שומר שכר, אצל זה שמשכירו לא צשציל שכר גרידא, רק שמשכנו לו צשציל הלואה רק הוא מתחסד עמו לשכור היינו כדי שיהיה פותח והולך צחוצו, א"כ צו לא שייך צרור הך טעמא דשציק לכו"ע וכו', וכי שכחי המלוים כל כך, וצפרט שיתחסדו עמו לגבות הלואה צשכר, ולכן לא הו רק שומר חנם, וא"ש ונכון לענ"ד ופשוט. אצל עכ"פ דינו של רמ"א צאמת מכל ד' לית צזה פקפוק.

[ד] ויש מחלקין וכו'. הקשה הסמ"ע (סק"ה) דצו"ד סי' קע"צ (סעיף א צהג"ה) דמותר לכתחילה להלות על ספרים או מקומות

משפט יהונתן

הטעם הנ"ל דרצון הבעלים להוציא מידו מיד, ולכן שפיר כתב רבינו דהוי כקרקע לענין זה דכשיש פחת צריך לשם הכל, ודו"ק. וע"ע מש"כ ליישב ד' רבינו באמרי בינה (סי' ס"ז).

3. בטבעת החושן כתב דאפ"ל דבקרקע אית ליה קלא לכן מותר ומשא"כ

דלענין לשלם אגרא בדלא עבידא לאגרא מהני פטור גזילה אע"ג דנחית אדעתא דאגרא דמ"מ גזלן הוא ואין הגזלן משלם אגרא, ע"כ. והנה לפמש"כ בתחילה לחלק בין קרקע למטלטלין, הרי יש לבאר ד' רבינו אף לפי"ד הרשב"א, כיון דהכא דהלואה נתן המשכון ליד המלוה לא שייך

צית הכנסת ולהשתמש בהן צלי נכיתא, ומירץ דשם התנה מתחילה, אצל כאן מיירי דלא התנה מתחילה. ועוד הקשה הסמ"ע, דנראה אף לדעת זו מתחילה אסור לשמש זו רק צדיעצד לא הו"ל שולח יד צפקדון דקסבר מלוה קעציד, ואילו לקמן צסי' רצ"ב (סעיף כ) פסק רמ"א דת"ח שהפקידו אללו ספרים מותר לקרות בהן ולהעתיקן, ומירץ הסמ"ע דכאן צמשכון גרע דיש חשש איסור ריבית, עכ"ל.

ולפי דבריו צמירץ הוה, א"כ כל ענין איסור כאן משום חשש ריבית, א"כ יפה טען הש"ך (סק"ו) על מירון ראשון דמחלק דלכך מתיר ציו"ד להשתמש צו הו"ל והוא מלוה דמיירי דהתנה לכתחילה, דאם צאנו לחשש ריבית יותר חל איסור ריבית צמתנה צעת הלוואה דדמי לריבית קלוזה, מריבית שאחר כך ומשתמש צלי תנאי דהו"ל כריבית מאוחרת, ולכך כתב הש"ך דהך דיעה דמתיר שם לכתחילה לאו הו"ל דעת הראצ"ה (הוצא צמרדכי צ"מ סוף פ"ב), כי אם דעת מהרי"ל (צמשו' סי' לו) ולאגודה (פ"ב פ"ד אות פג), שהם מתירים אפילו לכתחילה הו"ל והוא מלוה, ע"ש. ובכל זה אין מעלה ארוכה דלמה העלים הרמ"א כאן דעת מהרי"ל, מאחר שהצי"ד ציו"ד לעיקר דברי מהרי"ל דמותר לכתחילה, וכאן לא הצי"ד רק דעת ראצ"ה צדיעצד לא מקרי שולח יד צפקדון, והעלים הך דיעה דאפילו לכתחילה מותר, ומה ראה רמ"א על ככה.

ולפי צרור דהרמ"א לא מיירי כאן כלל מאיסור ריבית ואין כאן מקומו, וציו"ד מיירי דהתנה עמו, וא"כ ליכא דהתנה עמו וצדקות משתמש, ולכך דעת מהרי"ל הו"ל ואצק ריבית התירו לצורך מלוה דמותר לכתחילה, אצל כאן לא מיירי דהתנה כלל ולא הרשהו כלל וא"כ ליכא ריבית, אצל הרי זו גזל דמשתמש צל צצירו שלל מדעת ופשיטא דלכתחילה אסור, רק צדיעצד אי הוי שולח יד צפקדון, צו נחלקו, וס"ל לראצ"ה הו"ל דחשיב מלוה קעציד לא מקרי שולח יד ולק"מ.

ואי קשה קושיא שניה, הא אי לא איירי מאיסור ריבית הא לקמן צסי' רצ"ב מתיר לכתחילה, מלצד דיש לחלק צין ספרים שיש דוגמתן צצית או לא, דספרים דדוגמתן צצית מקדם אף המרדכי (צ"מ סי' רצג) לא התיר, כמבואר לקמן צסי' רצ"ב (שם), ועיין צמרדכי, וי"ל דכאן איירי צספרים שיש לו דוגמתן צצית מקדם. אף גס נראה הא מצואר שם צמרדכי הטעם הו"ל והפקידן אלל מלמד חכם ש"מ דצציר וקיצל שיקרא צהן כי לא יצוו לגנב כי יגנוב וכו', והו"ל כמפקיד מעות אלל שולחני, וזה שייך צפקדון דכל הארץ לפניו להפקידן צידן, ומסרן לת"ח שחוקה שיקרא צהן, ש"מ דצציר וקיצל ולא גצרא קפדנא הוה, משא"כ צמשכון, דקמא קמא דנמצא לו להלות מלוה ממנו, ומי שכיח יותר למלוה על ספרים כי אם ת"ח ומילתא אלצשייהו יקירא, ואין כאן חזקה דאין מקפיד, והדרן לדינא של חורה מצלי שולח יד צמלאכת רעהו ולק"מ.

[ה] בין שמשכנו אחר שהלוהו וכו'. הרצ הש"ך צס"ק ט' האריך לצרר דעת רש"י (פסחים לא: ד"ה קונה) דאם משכנו שלל צשעת הלוואה צרשות צית דין כמש"כ לקמן צסי' נ"ז (סעיף ו), דקיי"ל כר' יצחק (שם) דצע"ח קונה משכון, אף לענין אונסין מתחייב, ולכך העלה דמצי הוה לומר קים לי כרש"י וסייעתו, ע"ש.

ואני אומר אף שאני כדאי להכניס ראשי צוה, ומה כחי כי אייחל להכריע צמקום שנחלקו אצות עולם, מ"מ נראה דקוגיא דעלמא דלא כרש"י וסייעתו, דנראה דרש"י אזיל לשיטתו דתופס לעיקר כפירוש צצרייתא (צ"מ פא:) לחלק צין הלוהו צשטר לצלי שטר, דאם תופס לגוצינא לכו"ע הוי שומר שכו, רק נחלקו דר' אליעזר ס"ל דלא לקחו רק לצורון גרידא, ולכך צשטר מודה ר' אליעזר דחייב כשומר שכו, דלקחו לגוצינא כמש"כ רש"י (שם ד"ה אצל). וקשה א"כ שלל צשעת הלוואתו פשיטא דלקחו לגוצינא דהא נחית

(ז) משום דקסבר מצוה קעביד. וטעה, ולכך לא מקרי שולח יד, אבל מ"מ איסור קעביד, ועיין תומים (סק"ד) דהעליתי דאיירי דלא התנה כלל, ולכך ליכא כאן לתא דריבית, אבל גזל יש דמשתמש בשל חבירו שלא ברשות, משא"כ כשהתנה אין כאן גזל רק ריבית, ודעת מהרי"ל (בתשו' סי' לו) כמש"כ רמ"א ביו"ד (סעיף א) דמותר לכתחילה הו"ל והוא לצורך מצוה, משא"כ כאן דהוא גזל אסור לכו"ע.

לכתחילה, והא דמבואר לקמן סי' רצ"ב (סעיף ב) דאף משום גזל ליכא במפקיד ספרים אצל ת"ח, עיין תומים דחלקתי בין ספרים שיש לו כבר דוגמתן וכה"ג איירי כאן, או דיש לחלק בין מפקיד למשכון, ע"ש.

(ח) בין שהלוהו מעות. דר' יהודה במשנה (ב"מ פ:) מחלק דוקא הלוהו פירות דיש לו הנאה בהלוואה שלא ירקיבו, משא"כ בהלוהו מעות לית ליה הנאה בהלוואה, קמ"ל דלא קימ"ל כר' יהודה ולעולם הוי שומר שכו.

(ט) בין שמשכנו אחר שהלוהו. ואפילו משכנו אחר שהלוהו ברשות ב"ד ע"י שליח ב"ד כדלקמן סי' צ"ז (סעיף ו), מ"מ אינו מתחייב באונסין רק הוי שומר שכו להתחייב בגניבה ואבידה מטעם דר' יצחק דבע"ח קונה משכון, והש"ך (סק"ט) דעתו דמצי המוחזק לומר קים ליה כרש"י (פסחים לא: ד"ה קונה) וסייעתו דאפילו באונסים נמי חייב, ועיין תומים (סק"ה) דכתבתי דסוגיין דעלמא בפוסקים דלא כוותיה. ואם משכנו שלא בשעת הלוואה בזרוע שלא כדין האמור לקמן סי' צ"ז, דעת הש"ך דהוי גזלן ולכו"ע חייב באונסין, ועיין מש"כ לקמן סי' צ"ז בזה.

כלל ולא הרשהו כלל וא"כ ליכא ריבית, אצל הרי זו גזל דמשתמש צל צצירו שלל מדעת ופשיטא דלכתחילה אסור, רק צדיעצד אי הוי שולח יד צפקדון, צו נחלקו, וס"ל לראצ"ה הו"ל דחשיב מלוה קעציד לא מקרי שולח יד ולק"מ.

ואי קשה קושיא שניה, הא אי לא איירי מאיסור ריבית הא לקמן צסי' רצ"ב מתיר לכתחילה, מלצד דיש לחלק צין ספרים שיש דוגמתן צצית או לא, דספרים דדוגמתן צצית מקדם אף המרדכי (צ"מ סי' רצג) לא התיר, כמבואר לקמן צסי' רצ"ב (שם), ועיין צמרדכי, וי"ל דכאן איירי צספרים שיש לו דוגמתן צצית מקדם. אף גס נראה הא מצואר שם צמרדכי הטעם הו"ל והפקידן אלל מלמד חכם ש"מ דצציר וקיצל שיקרא צהן כי לא יצוו לגנב כי יגנוב וכו', והו"ל כמפקיד מעות אלל שולחני, וזה שייך צפקדון דכל הארץ לפניו להפקידן צידן, ומסרן לת"ח שחוקה שיקרא צהן, ש"מ דצציר וקיצל ולא גצרא קפדנא הוה, משא"כ צמשכון, דקמא קמא דנמצא לו להלות מלוה ממנו, ומי שכיח יותר למלוה על ספרים כי אם ת"ח ומילתא אלצשייהו יקירא, ואין כאן חזקה דאין מקפיד, והדרן לדינא של חורה מצלי שולח יד צמלאכת רעהו ולק"מ.

[ה] בין שמשכנו אחר שהלוהו וכו'. הרצ הש"ך צס"ק ט' האריך לצרר דעת רש"י (פסחים לא: ד"ה קונה) דאם משכנו שלל צשעת הלוואה צרשות צית דין כמש"כ לקמן צסי' נ"ז (סעיף ו), דקיי"ל כר' יצחק (שם) דצע"ח קונה משכון, אף לענין אונסין מתחייב, ולכך העלה דמצי הוה לומר קים לי כרש"י וסייעתו, ע"ש.

ואני אומר אף שאני כדאי להכניס ראשי צוה, ומה כחי כי אייחל להכריע צמקום שנחלקו אצות עולם, מ"מ נראה דקוגיא דקוגיא דעלמא דלא כרש"י וסייעתו, דנראה דרש"י אזיל לשיטתו דתופס לעיקר כפירוש צצרייתא (צ"מ פא:) לחלק צין הלוהו צשטר לצלי שטר, דאם תופס לגוצינא לכו"ע הוי שומר שכו, רק נחלקו דר' אליעזר ס"ל דלא לקחו רק לצורון גרידא, ולכך צשטר מודה ר' אליעזר דחייב כשומר שכו, דלקחו לגוצינא כמש"כ רש"י (שם ד"ה אצל). וקשה א"כ שלל צשעת הלוואתו פשיטא דלקחו לגוצינא דהא נחית

משפט יהונתן

חילוק בזה בין שדה לבית או שאר מטלטלין דבכל מידי בנכיתא שרי, ע"ש. ומשמע להדיא דגם במטלטלין ליכא חשדא בנכיתא.

במטלטלין, ע"ש. וכע"ז כ"כ בתפארת יעקב (סק"ג). אמנם צ"ע דבדברי הרמ"א ביו"ד שם משמע להדיא דאין חילוק בזה, שכתב שם להדיא, ואין

(י) הרי זה שומר שבר. משום פרוטה דר' יוסף דעוסק במצוה פטור מהמצוה, ובהאי רגע דהוי עוסק בהלואתו וליטול משכון, אילו אתי עני לא צריך למיהב ליה, הו"ל שכר פרוטה, ועל ידי אותו שכר הו"ל לעולם כל זמן שהמשכון אצלו שומר שכר, כ"כ הרשב"א (בתשרי ח"א סי' אלף ט וז"ג סי' נב). וכתב הש"ך (סק"י) אפילו כבר פרעו, ובתומים (סק"י) הארכת דדעת הרא"ש (בתשרי כלל צ ס"ג) אינו כן, דאם פרעו ויכול ליטול משכנו כל עת שירצה,

וכן אפילו לא פרעו רק שיכול ליטול משכנו על זמן קטן לביתו ולהניח תמורתו עליו כתב ידו וכדומה, ג"כ לא הוי שומר שכר, ולעומת זה אם הלואה לישראל מומר, דאז לא שייך פרוטה דר' יוסף דלאו מצוה עביד בהלואה רק שב בתשובה ועדיין המשכון בידו, לדעת הרשב"א לא הוי שומר שכר, ולדעת הרא"ש הוי שומר שכר, ע"ש מש"כ בזה באריכות, וכתבתי דנוטים דברי מחבר וטור ותוס' כדעת הרא"ש ע"ש, וצ"ע.

(יא) שומר שבר. אפילו מלוה צריך למשכון פירוש דמשתמש בו ומנכה משכירתו, מ"מ הוי שומר שכר, דמ"מ מצוה קעביד, ש"ך (סק"א), ונכון הוא, ודלא כבני שמואל דס"ל דהרי"ף והרמב"ם ס"ל בצריך למשכון לא הוי שומר שכר, ועיין מש"כ בתומים ס"ק ג', ע"ש.

למשכנו ע"י שליח צ"ד בשציל חוצו, וא"כ למה לי קרא דר' יצחק דצ"ח קונה משכון מולך תהיה לדקה, הא בלא"ה מסבירא הוי כמו מלוה בשטר דהוי שומר שכר, דבשלמא לר' יוסף לא קשה למה לי דר' יצחק הא הוא שומר שכר מחמת שיטות ונייעור

ופטור מפרוטה דר' יוסף, דמה בכך שיש לו שכר פרוטה, מ"מ לא הוי ידעין דהוא שלו לקדש אשה, משא"כ לפירש"י דלכך הוי שומר שכר דנקטיה לגוציינא והוי כשלו, וא"כ אף צוה הו"ל כשלו לקדש

אשה כיון דאמרין אי הוי באחריותו לשומר שכר יכול לקדש צו, וקשה שפיר, אצל לר' יוסף אינו אלא שומר שכר בעלמא ואין לו יד במשכון, וכי שומר שכר בעלמא יכול לקדש אשה, ופשוט, לכך פירש"י דקרא אחיא לקניה גמורה דיהיה שלו אפילו לאונסין (ומה שהקשו על זה (תוס' צ"מ שם ד"ה אימור והרא"ש קידושין פ"א סימן י) דהגמ' (צ"מ שם) ציקש לאוקמי ר' עקיבא שאמר שומר שכר כר' יצחק, תירוצ' הש"ך דחוק, ועיין מש"כ צוה צס"ק כ' צישצ נכון ופשוט), והו' לשיטתו. אצל התוס' (פסחים שם ד"ה קונה) ורוב מחזירים, לא ס"ל כפירש"י דתליא בגוציינא כמבואר בצברתם, וא"כ מדהא לימא הא נמי לימא, ואמרין כפשוטה של הגמ' דאינו אלא שומר שכר.

ועוד נראה, דרש"י מפרש הא דתנן אצל הלואה בשטר וכו', אשעת הלואתו, והתוס' (צ"מ שם ד"ה דצרי הכל) הקשו על זה, ומפרשים על שלא נשעת הלואתו, וכל הפוסקים בכלל לא זכרו דין זה לחלק בין מלוה בשטר ולקח משכון או מלוה על פה ולקח משכון. ואילו סבירא להו כפירוש רש"י היה להם להציא, וכי תימא מאי נפ"מ הא קי"ל כר' עקיבא ובכל משכון הוי שומר שכר משום פרוטה דר' יוסף, הא לימא, דהמלוה לישראל מומר דלא שייך פרוטה דר' יוסף דלא מלוה קעביד, ומ"מ לשיטת רש"י בהלואה בשטר דלאו לזכרון כי אם למשכון נקטיה ולגוציינא הו"ל שומר שכר, דאפילו ר' אליעזר מודה צה, וכהנה טווא דלא שייך ציה פרוטה דר' יוסף, אלא ודאי דס"ל כתוס' דשטר דנקט לאו דוקא, והעיקר הפירוש במשכון שלא בהלואתו וקניה מדר' יצחק, והו' הציאו כו"ע. וא"כ דהפירוש צברייתא כמש"כ בתוס' דמשכנו שלא נשעת הלואתו וכי נחלק בפירוש אצד, דאצד דקמני צרישא יהיה פירוש דוקא צגניצה ואצידה אצל לא צאונסין, ואילו צסיפא יהיה פירוש דאצד אפילו צאונסין ולסטים מזויין, והו' אי אפשר לומר צחד צרייתא שני פירושם. ועל כרחק מוכח כתוס', וא"כ יפה כתב צספר כנה"ג צסם כמה גדולים מחזירים דלא מצי למימר קים לי צוה, כי כפי מש"כ סוגיין דעלמא דלא כותיה.

[נ] הרי זה שומר שבר. כתב הסמ"ע (סק"ט) צסם רשצ"א (בתשרי ח"א סי' אלף ט וז"ג סי' נב) הטעם, דצאיתו זמן כשהלואה אילו היה מזדמן עני היה פטור מפרוטה לדקה, וא"כ צשכר האצי פרוטה נעשה שומר שכר על המשכון כל זמן שאצלו המשכון. וכתב הש"ך צס"ק יו"ד דאפילו צצר נפרע ולא החזיר המשכון, מכל מקום דעת רשצ"א (בתשרי ח"א סי' נב) דהוי שומר שכר, וכן מבואר מדברי הטור (לקמן סעי' לד) ורא"ש (צמשצה כלל ו ס"ג) ומחבר צסעיף מ"ג, ע"ש. והנה הרב הש"ך דעתו דהרשצ"א והרא"ש עולים צדעת אחת, ולצצי לא כן ידמה, דדעת רשצ"א משום פרוטה דשעת הלואה, א"כ אף דפרע ולא קצע ליה זמן אימת יצו ליטול משכנו ויכול ליטול כל שעה, מכל מקום הוי שומר שכר כמש"כ הש"ך להדיא דלא דמי (לאומנות) [להא דפרק האומנין] (צ"מ פ:) טול את שלך וכו', אצל דעת הרא"ש דלא משום הך פרוטה צשעת הלואה נעשה שומר שכר, רק משום דכל זמן שהמשכון אצלו צריך לשטחו ולנערו וצאיתו זמן פטור, וא"כ דוקא צקצע לו זמן שיצא ליטול משכנו ולא מקודם, א"כ אף קודם הזמן חיוצ שטוח ונייעור עליו, דאין צעל המשכון יכול לצוא לשטחו ולנערו, ולכך המלוה חייב צשיטתו ונייערו והוי פרוטה דר' יוסף, משא"כ כשיש רשות ציד הלוא ליקח משכנו אימת שירצה, אין כאן חיוצ על המלוה לשטח ולנער המשכון כמו גצי פקדון, דיכול המפקיד לנער וכמש"כ הרא"ש, א"כ מו ליכא שומר שכר. והצבר צמחלוקת, והרב מחבר דסתם לקמן צסעיף מ"ג כהרא"ש לחלק צקציעות הזמן, א"כ לימא לרשצ"א.

ודגה יש עוד נפ"מ לדינא בין רשצ"א להרא"ש, אם צשעת הלואה לא היה שייך פרוטה דר' יוסף, כגון שהיה מומר ואח"כ חזר צמשצוה, א"כ לשיטת רשצ"א ליכא כאן פרוטה דר' יוסף, משא"כ להרא"ש היה חיוצ שטוח ונייעור, וכן אם נתן לו משכון אחרי שהלואה, וכמו כן להיפוך אם אמר לו כל זמן שמתרה לצו ולשטח ולנער המשכון צווא ואח"כ לך צרשתי לשטחו ולנער, א"כ מו ליכא

שומר שכן לדעת הרא"ש, ולדעת רש"א הוא שומר שכר.⁴

לכאורה מחירון המחזרים הנ"ל צ"ק ג' דמלוה הנריך למשכון, דמיירי להגביל זמן שיהיה אצלו להשתמש בשכר, וזו עבר זמן ולא מצי לשמש ציה, מוכח מהרש"א, דלהרא"ש למה ס"ל לר' אליעזר דהוי שומר חנם ולהנחתו מתכוין, תינה בשעת הלואה, הא לאח"כ כשעבר זמן והוא משטחו ומנערו אז, ואז אילו זעי עניא ריפתא הלא פטור, דמה הנאה יש לו אז דכבר כלה זמן שכירות.⁵

אך לפמש"כ צ"ק י"ז בשם ריטב"א (בשטמ"ק צ"מ פז. ד"ה דכו"ע) אם אין תחילת הלואה מלוה, חו לא שייך מלוה ופרוטת דר' יוסף בשטוח וניעור, ע"ש, א"כ לק"מ דכיון דתחילת הלואה לר' אליעזר ליכא מלוה דלהנחתו, אף סופו בשטוח וניעור לא משויה שומר שכר, וגם הך דינא דאם היה מומר בשעת הלואה, אף דחזר אח"כ לא הוי שיטוח וניעור בכלל פרוטה דר' יוסף, ונ"ע.⁶

איברא דיש לדחות דמתוס' צ"מ דף פ"צ (ע"א) ד"ה נימא וכו', דכחצו דאם טעם דהוי שומר שכר משום פרוטה דר' יוסף אין טעם לחלק בין דשוה משכון כדי חוב או לא, דאדרבה יותר המלוה צמלוה על משכון דאינו שוה. ואח"כ כחצו, ועוד דלפי גירסת הספרים א"כ היה משמע כר' יוסף ואין הלכה כר' יוסף, משמע להך תירוצו ועוד דיש מקום לחלק אף דדר' יוסף בין שוה ללא שוה, וכ"כ הרצ מהרש"א להדיא צפרק הכונס בשמעמיה דשומר אצידה (צ"ק נו: צמוד"ה צהיה הנאה), דלשיטת רש"י אף לר' יוסף לא שייך דיהיה שומר שכר דללא שויה, וכיון למירוצו התוס' צמס"כ ועוד וכו', דמשמע לר' יוסף לא נעשה שומר שכר דללא שוה המשכון כדי הלואה, והדבר תמוה בעלמנו.

משפט יהונתן

דמה חילוק יש צוה, ועיין בספר אסיפת זקנים (שטמ"ק צ"מ פז.) דהציא גם כן סברא זו בשם כמה מחזרים, והציא דתמיהו רבים מה הדל יש, ע"ש.

אבל נראה דחילא צמחלוקת הנ"ל, דהא הרא"ש צתשובה הנ"ל צסעיף ג' כתב להדיא לחלק בין משכון לפקדון, דצפקדון יכול המפקיד צעצמו לנערו, משא"כ צמשכון דאין מניחו ללוה, ע"ש. ולפ"ז י"ל הני מילי כשלוקח המשכון לצטוח ולגוצינא דהיינו לצטוחו, אצל כשלוקח המשכון רק למזכרת צעלמא ושללא יכול לכפור, א"כ על זמן מה וקטן [שצריך] לנערו, הלא יכול למסור לו צעדים או נגד כתב ידו שלו, וכהנה דברים רבים לרגע אחד שלא ישכח וזכרונו, וכי ישכח או יכפור צרגע אחד שמוסר לו רק לנערו ולחזור ולהציאו, וזה פשוט. וא"כ א"ש, דודאי אם אמרינן דפרוטת דר' יוסף הוא משום מלוה הלואה, א"כ פשיטא דאין חילוק בין אם המשכון שוה או לא שוה צכדי חוב, וזהו כוונת התוס' צמירוצו ראשון, אמנם צהך תירוצו ועוד, נמשך התוס' לפמש"כ צצצועות דף מ"ד ע"ז ד"ה ור' יוסף, דמשום פרוטה צשעת הלואה שהוא צפעס אחת לא שייך הנאה, דיכול להיות שלא יצא עני, אצל צמשכון שהוא הרצה פעמים צצריך לעסוק צשיטוח וניעור [חשיצ שומר שכר], ע"ש.

וא"כ לפירוש רש"י דציה אן קיימים, דס"ל צדשויה נקטו לגוצינא, משא"כ דללא שוי נקטו לזכרון דברים, ואם כן צשלמא צשויה איכא פרוטה דר' יוסף, דאין מאמינו ללוה שיהיה משטחו ומנערו דהא נקטו לגוצינא ולכך הוי פרוטה דר' יוסף, משא"כ דללא שויה הלא נקטו רק לזכרון צעלמא ומניחו ללוה לשטחו ולית ציה משום פרוטה דר' יוסף והוי שומר חנם לכו"ע, וא"ש דצרי התוס' ומהרש"א.⁷ ולכך צסלקא דעתך (צ"מ פז.)

6. רבינו הביא בשם הריטב"א דכל שאין תחילתו מצוה לא שייך ג"כ מצוה בשיטוח וניעור. מיהו צ"ע דמשמע מדברי הריטב"א שם דבאמת הוי מצוה בשיטוח וניעור אף באופן שאין תחילתו מצוה, רק דהוי כהתנה שלא יתחייב רק כשומר חנם. דיעו"ש שהקשה דכל שומר פקדון יהא שו"ש כיון צמחויב לנערו ומשכר בפרוטת דר"י, ותירץ דגבי שומר כיון דמיד בעלים בא לו, וכל עיקרו לא נחת אלא לשמירה בעלמא וקבלו סתם, אן סהדי דלא נחת אלא להיות שו"ח, ואע"פ שלא פירש כמו שפירש דמי, אבל באבדוה שבאה לו שלא לדעת בעלים, ולא באה לו משום שמירה אלא משום מצוה, וכן במלוה על המשכון שלא בא לו אלא משום מצוה, אני אומר שדעתו להיות שו"ש בפרוטת דר"י, א"נ שתנאי ב"ד הוא שיהא בכך, ע"כ. אמנם מדברי הריטב"א בשבועות (דף מד. ד"ה דאיתמר) מבואר באמת דלא הוי מצוה כלל, דיעו"ש שתירץ בזה"ל, וי"ל דשאני שומר דכי מנער לה לאו מצוה הוא, אלא מדין שמירתו שקיבל עליו בפירוש ולא חשיב עוסק במצוה לפוטרו מפרוטת דעני, ע"כ. וע"ע בדברי רבינו להלן (סקי"ז) שהביא מתשו' הרא"ש דמבואר שלא כסברת הריטב"א, וע"ע במקצוע בתורה (סקי"א). ובפני"ב בב"ק (דף נו:) כתב, דלא איתשמיט שום פוסק לכתוב דהוי שומר שכר בכה"ג, וע"כ דלאו מתעסק במצוה מיקרי. וע"ע בדבריו בב"מ דף כט. ד"ה בגמ'. ובחי' רעק"א (סי' שג ע"ד הש"ך סקי"ח) מש"כ בזה.

7. ועי' בחידושי מהר"ם שיק בב"מ שם מש"כ בזה. והנה באור שמח (ריש פ"י מהל' שכירות) כתב ליישב שיטת רש"י עפי"מ שכתב שהמצוה היא בשעת ההלואה, ולכאורה קשה איך יעשה שומר שכר על המשכון

4. בנתיב"מ (סקי"ז) הביא מש"כ רבינו נפ"מ בין טעם הרשב"א לטעם הרא"ש, וכתב ע"ז, ולפענ"ד נראה דאין שום חילוק כלל בדין בין הרשב"א להרא"ש, דהא לכאורה קשה לדעת הרא"ש דפרוטת דרב יוסף הוא בשעת שיטוח וניעור, ומחלק דבפקדון כיון שיכול בעצמו ליקח ולנערו משא"כ במשכון, א"כ קשה במלוה צריך למשכון דלא הוי שומר חנם לר' אליעזר (ב"מ פב:) משום דלאו מצוה קעביד בהלואה, מ"מ לא יהא אלא פקדון בעלמא, הא כיון שאין המלוה מניחו ליטול לביתו לשטח הוי שומר שכר משום שיטוח וניעור. וכן קשה מאומן שאומר גמרתיו דהוי שומר חנם (שם פא.), כיון דתפיס ליה אאגרא ואינו מניחו לבעל הבית ליטול לשטחו ולנערו. וכן בפקדון, כשהמפקיד אינו במדינה דחייב בשיטוח וניעור כמבואר להלן (סי' רצב סכ"ב), ולא הוי רק שומר חנם, עכ"ד. וע"ע בגאון צבי סעיף ב', ובשו"ת חתם סופר (חור"מ סי' נז), ועי' ג"כ בפני יהושע ב"מ פב: ע"ד הגמ' שם, מר סבר מצוה קא עביד שהלוהו והוי שומר שכר, ומר סבר לאו מצוה קעביד שלהנאתו מתכוין והוי שומר חנם, יעו"ש מש"כ בזה.

5. מבואר בדברי רבינו דרק לפי המחברים שכתבו דמיירי שעתה א"י להשתמש, הוי השיטוח וניעור מצוה, אבל אי נימא דגם עתה יכול המלוה להשתמש א"כ גם השיטוח וניעור לא הוי מצוה דהא י"ל דעושהו לצורכו. ועי' בנתיב"מ שהבאנו בהערה הקודמת שג"כ נחית לקושיא זו לשיטת הרא"ש. ויעו"ש בנתיב"מ סק"ג שכתב ליישב קושיית הש"ך באופ"א, דלא הוי שוכר משום דמיירי בהתנה שאם ירצה ישתמש, ע"ש. ומעתה לפי"ז הרי גם השיטוח וניעור לא הוי מצוה, וא"כ י"ל דהרא"ש ס"ל כתירוצו זה.

דאמרינן דשמואל קמפלגי, אמרינן ללא פליגי דשוי, דזהו לרצה דאליציה אמרינן דשמואל פליגי כמש"כ התוס', ויש לומר דשוי לא פליגי, אבל באוקימתא אחרתא דנחית לומר הכל דאליציה דר' יוסף, על כרחך ז"ל דפליגי דשוי, דדלגא שוי אף לר' עקיבא הוי שומר חנם כמש"כ, וס"ל לתוס' דאף ר' עקיבא ס"ל דלגא שוי הוי לזכרון, רק מכל מקום ס"ל אינו משמט מדר' ינחק, וזהו נחלקו (שם פ:): ת"ק ור' יהודה נשיא, ולכך התוס' (שם) דהקשו לרש"י, הקשו מלר' אליעזר אם היה משכון נגד כולו, ולא הקשה בפשיטות דבשויה ס"ל לר' עקיבא משום פרוטה דר' יוסף ש"מ לאו לגוויינא, אם כן אמאי אינו משמט לעולם יהיה משמט, וקושיא גדולה לרש"י, אללא לפי מש"כ ינחק, דיי"ל אף דהוי לזכרון, מ"מ סבירא ליה אינו משמט מדר' ינחק, ולכך הקשו לר' יהודה נשיא דס"ל מאי שגא לזכרון דמשמט א"כ כולו נמי ישמט, דבזה לא יחלקו במסקנא ר' אליעזר ור' עקיבא רק במלואה נריך למשכון, ודו"ק.

ובדא יש ליישז צמה שכתבו התוס' שם צ"מ ד"ה לא דכו"ע וכו', דכתבו לפירוש רש"י ליכא למימר דכו"ע אית להו דשמואל וכגון דפירש דלא יפסיד, דא"כ לא היה חולק ר' עקיבא. ונתקשה המהרש"א שם צ"מ ובצבועות, ודבריו סתומים קצת, אבל תמנ"ת קושייתו כך, צממ"נ אם צהך תנאי ואמירה שלא יפסיד פקע דין שומרים, א"כ אף שומר חנם אינו נעשה ואינו חייב צפשיעה לשיטת תוס' (צ"מ נז: ד"ה שומר חנם) החולקים ארמז"ס (פ"צ משכירות ה"ג) וסבירא להו דלא הוי מויק צידים, וא"כ שצוה זו לר' אליעזר דיצבע שלא פשע מה טיבה, הא אין לו דין שומרים, ועכ"ל דבאמירה זו לא פקע דין שומרים, והוי דינו כשומר חנם לר' אליעזר וחייב שצוה, וא"כ אף לר' עקיבא דינו כשומר שגר וחייב לשלם, דמאי שגא שומר חנם לר' אליעזר או שומר שגר לר' עקיבא, והו כוונת קושית מהרש"א והיטיב להקשות⁸.

אב"ד לפי הני"ל יובן, דסבירא להו לתוס' דעיקר אוקימתא צמ" דכו"ע לית ליה דשמואל, היא משום הך אוקימתא דדדר' ינחק פליגי וכמו שכתבו תוס' בדבור הקודם ד"ה ינחק, ופשוט. וא"כ הא דהקשו התוס' דהוי ליה למימר כו"ע ס"ל דשמואל רק דפירש שלא יפסיד, אין הכוונה שאומר כן להדיא, דא"כ פקע דין שומרים לכו"ע אפילו לר' אליעזר, וכל תנאי שצממון קיים, ולא איירי הצרייתא צכך, רק כוונתו שאמר שאין לוקחו לגוויינא רק לזכרון דברים צעלמא ואם כן פקע דינו דשמואל, דכל דינו דשמואל דלקחו לגוויינא כמש"כ רש"י (צ"מ שם ד"ה ודשמואל פליגי) וכדמשמע שם בצבועות דלכך אינו משמט כל החוב, דאילו נקטו לזכרון משמט, ע"ש, אללא באומר דנקטו לא לגוויינא רק לזכרון דברים, פשיטא דלא שייך דינו של שמואל דיפסיד אלפא זוזי ע"י אצידת קמא, וא"כ חזרו הדברים לדין שומרים, ולר'

אליעזר הוי שומר חנם וישבע, ולר' עקיבא הוי שומר שגר וישלם דמי שויה המשכון, וקושיית התוס' שפיר, ולזה תירצו התוס' דא"כ לא היה חולק ר' עקיבא דייקא, דטעמו דר' עקיבא משום פרוטה דר' יוסף, ואילו אמר להדיא דלוקחו לזכרון אם כן הרי מחזירו לשעה לשטחו ולנערו ותו ליכא פרוטה דר' יוסף, דהו"ל כמו פקדון וכמש"כ מקודם, ומודה ר' עקיבא דאינו שומר שגר, ודייקו התוס' שפיר דוקא דלא יחלוק ר' עקיבא, (ובחדושי הארכתי בזה בדברי תוס' ומהרש"א באופנים שונים, ולמה התוס' צ"מ כתבו דלא יחלוק ר' עקיבא, ובצבועות כתבו דאין טעם לדברי ר' אליעזר, ולהיות כי הדברים ארוכים ולא נפ"מ רצתי לדינא מאנתי לכותבם), ודברי תוס' נכונים וצוררים וא"ש.

וגם דברי רש"י דפירש ינחק ר' יוסף תנאי, ופירש רש"י דלרצה ודאי תנאי, ולכאורה קשה הא לרצה י"ל דשמואל פליגי כמש"כ התוס' באמת, אללא לר' יוסף ליכא למימר דשמואל פליגי דעדיין ר' אליעזר דלית ליה דשמואל מ"מ יפסיד כנגד משכון משום פרוטה דר' יוסף, ועל כרחך דתנאי, אללא לפ"ז א"ש, דאם ר' אליעזר לית ליה דשמואל, והטעם כמש"כ רש"י להדיא דס"ל לר' אליעזר דנקטו לזכרון דברים צעלמא, וא"כ אף פרוטה דר' יוסף ליכא כמש"כ, דמחזירו לזמן מה לשטחו ולנערו ותו לא הוי שומר שגר כמו צפקדון וא"ש, ועל כרחך ז"ל דלא קאי הך מילתא דשמואל, א"כ לרצה ודאי תנאי [היא] וא"ש, ואיירי דשויה דאז לכו"ע לגוויינא [נקטיה] ושייך ביה דר' יוסף, אללא בלא שויה לכו"ע לזכרון ולית ביה דר' יוסף, כן יש לומר לשיטת רש"י, ודו"ק.

וידיה הטעם הן לרש"א והן לרא"ש, מיושז מה שהקשו אם משכנו שלא צהלואתו לא הוי רק שומר שגר, למה ליה הך דר' ינחק דצ"מ קונה משכון תיפוק ליה דהו"ל שומר שגר מכא פרוטה דר' יוסף, וכבר כתבתי לעיל (סק"ה) דקמ"ל לענין קדושי אשה, אללא בלא"ה לא קשה, דלשיטת רש"א הא כל הדבר נעשה צעת הלואה ומאז נעשה שומר שגר לעולם, וצו לא שייך כן, דצעת הלואה לא היה לו המשכון. ולשיטת הרא"ש דהוי שומר שגר משום שטוח ונעור גם כן לא הוי צו שומר שגר, דהא מחזיר הכר צלילה ומחרישה ציום וכיוצא בזה, אם כן צו אין חיוז על המלואה לשטחו דיכול לשטחו ולנערו צעת חזרה, וא"כ לא הוי שומר שגר מטעם דר' יוסף, רק מכא ר' ינחק דצ"מ קונה משכון וא"ש.

ובזה י"ל גם הך תירוצ במלואה נריך למשכון, דפירש דהוא רק על זמן ועבר זמן, י"ל דס"ל גם כרא"ש, ולא קשה הא נריך לשטחו ולנערו אח"כ, דיי"ל דס"ל תרתי, הן טעמו של הרש"א והן טעמו של הרא"ש, וס"ל ודאי סתם משכון אמרינן דלא לקחו לזכרון, דאם לזכרון משכון למה לי הא יכול ליקח ממנו שטר או כתב ידו, אף הני מילי צסתם משכון, אללא במלואה נריך

משפט יהונתן

בשכר מצות ההלואה שהיא על גופו ואין לה שייכות למשכון, ולא דמי לשומר אבידה שנתחייב לשמור את האבידה עצמה, ועכ"ל שלא ציוותה תורה להלוות מבלי שיהא בטוח במעותיו, וכשנותן לו המשכון לבטחון חלה המצוה דהלואה, אמנם כל זה במשכון דשוי, אבל בדלא שוי, שאינו

גוטלו אלא לזכרון, אינו שייך למצות ההלואה ולכן אינו נעשה שומר שגר, אבל התוס' לשיטתם שהמצוה היא בשטיחה וניעור ולא במצות ההלואה גופה, יעו"ש. והוא ע"ד חילוקו של רבינו בזה.

8. וע"ע בחידושי חתם סופר בשבועות שם, ובפתחי משפט (סק"ו).

(יב) וי"א דאם פירש וכו'. פירש הסמ"ע (סק"י) היינו לשיטת הגאונים (הו"ד בטור ס"ד) דפסקו כר' יוסף (ב"מ פב: ושבועות מד:) דמלוה על המשכון הוי שומר שכר וליתא דשמואל דס"ל אבד קתא וכו', רק ס"ל מילתא דשמואל איירי בסתם כגירסת רש"י (שבועות שם ד"ה בדפרישי), אבל במפרש דמקבלו בעד כל החוב אף לדין דלא קי"ל כשמואל מ"מ אבד כל החוב, וכבר השיגו הב"ח (סעיף ג) והש"ך (סקי"ב), וכן הסכמתי בתומים (סק"ז) דלא מצינו מי דיסבור כן באומר קבלתיו נגד כל החוב דיאבד אלפי זוזי באבדת קתא כיון דלא קי"ל כשמואל, ולכן הנכון כמש"כ הש"ך דהוא דעת הפוסקים הלכתא כשמואל, רק ס"ל דאף שמואל לא אמרו רק במפרש קבלתיו כנגד כל חוב, אבל בסתם לא אבד כל החוב, ופסקו הלכה כשמואל. ועיי' תומים מש"כ דצ"ע אם אפשר לומר תרומיהו להלכה הלכה כר' יוסף וכשמואל, ע"ש.

אשכחן מאן דס"ל הכי.

ואז"ל ס"ל לסמ"ע הא רש"י דס"ל (צ"מ פב. ד"ה לימא ר' יוסף) לרצה ודאי תנאי, ש"מ דסצירא ליה דאין הלכה כרצה, וכן כתבו התוס' צ"מ להדיא דף כ"ט (ע"א) ד"ה והוי וכו', ע"ש. ורש"י ס"ל להדיא (שם פא: ד"ה אצל) דלכך לא הוי שומר שכר לר' אליעזר משום דלא נקטו לגוצינא, ולכך צ"ש צידו שטר דמוכח דמשכון דנקט לגוצינא הוא, לכו"ע הוי שומר שכר, ואם כן צמפרש ואומר רע"פ שאינו שוה מ"מ קבלתיו, דאומר להדיא דנקטו לגוצינא לכו"ע הוי שומר שכר, והיינו אצל קתא דמגלל וכו', וכ"כ התוס' שם ד"ה נימא בגירסא (שבועות מג:) לפירוש רש"י דאמרין אי צדשו מ"ט דר' אליעזר, דטעמיה דהוי שומר שכר לכו"ע מטעמא דשמואל דחשיב כאילו פירש אצל המשכון אצדו מעותין וכו', הרי אף דר' אליעזר לית ליה דשמואל דהא אמרין בהך חוקימא דשמואל פליגי, מכל מקום צדפירש מודה ר' אליעזר, וזהו אף לדין דלא קי"ל כשמואל, מכל מקום צמפרש הוי הדין כר' אליעזר, ואף דנאיד הגמ' מהך ואמרין אף צדשוה פליגי, היינו דלא אמרין דהוי כמפרש, אצל צמפרש גופיה אפשר לכו"ע מועיל.

אך כל זה דוחק, דהדין אמת כמש"כ צרש"י דאם פירש דלכו"ע הוי כשומר שכר דהא נקטו לגוצינא, אצל רק נגד דמי שווי של המשכון, אצל לא דיאצד כל אלפא זוזי באבדת הקתא, אם לא דמפרש להדיא דיפסיד כל החוב וכמש"כ לקמן, אצל לא צאומר קבלתיו, ולכך כתבו התוס' דהו"ל כמפרש נגד שווי המשכון דיפסיד החוב, אצל לא צמפרש קבלתיו לגוצינא, דמה צך כיון דלא קי"ל כשמואל, אין מועיל צמה דנקטו לגוצינא רק נגד דמי שווי של המשכון.

לבן היותר נכון כמש"כ הש"ך דהוא דעת ר"י (הו"ד בטור שם) דס"ל הלכה כשמואל, רק הגירסא כמש"כ ר"ח (צ"מ שם ושבועות שם) דשמואל איירי צדפירש דאע"פ שאינו שוה כדי כל החוב מכל מקום קבלתיו, וצו הלכה כוותיה, וזהו וי"א דכתב רמ"א. איצרא דקשה דהרמ"א העמיד הגהתו צדצרי מחבר דפוסק כר' יוסף ומשום פרוטה דר' יוסף הוי שומר שכר, וסתם אפילו צמלוה צריך למשכון מדלא חילק, וכמש"כ הש"ך להדיא ס"ק יו"ד וכמש"כ לקמן, ואם כן איך אפשר דהלכה כשמואל, דהא ר' אליעזר אומר ישצב ויטול, צממ"נ או דיהיה חייב צאחריותו נגד המשכון מטעם פרוטה דר' יוסף, או מטעם דקי"ל כשמואל ואף דלא פירש הו"ל כדפירש מה שנגד המשכון כמש"כ תוס' (צ"מ שם ד"ה לא) להדיא, דכן מוכרחים אנו לומר אי קי"ל הלכתא כשמואל, דאל"כ הו"ל לומר דכו"ע אית להו דשמואל, וא"כ צממ"נ יתחייב לר' אליעזר.

ועבצ"ל דר' אליעזר לא ס"ל כשמואל ולא ס"ל פרוטה דר' יוסף, וא"כ ר' עקיבא דפליג ומחייב, או דפליג וס"ל כשמואל, או דפליג וס"ל פרוטה דר' יוסף, אצל ודאי דלא נימא שני פלוגתות דס"ל כשמואל וכו' יוסף, דמהכ"ח נימא שני מחלוקת צתנאים צענין אחד והוא נגד סוגית הש"ס צכל דוכתי, ואפוש פלוגתא לא מפשינן, וא"כ אי אפשר לומר דהלכה כשמואל וכו' יוסף, דודאי כחד מינייהו ס"ל לר' עקיבא כר' אליעזר, והתוס' דתמהו (שם) דלמה ר"ח לא פוסק הלכה כשמואל, אף דצסוף פ"צ דצ"מ הציאו התוס' צשמו דקי"ל לר"ח דהלכה כר' יוסף, הוא משום דיש צמלוה צריך למשכון לכו"ע הוי שומר חנם, וצרימא איירי צכה"ג, ולכו"ע לא שייך ציה פרוטה דר' יוסף, רק פליגי צדשמואל והלכה כר' עקיבא, אצל לומר דגם צצריך למשכון הוי שומר שכר והלכה כשמואל קשה כהנ"ל.

ואולי י"ל כי אמרינן בסתם כנגד דמי שווי משכון הו"ל כמפרש, היינו גדלה צריך למשכון דאמרינן מסתמא קיבלו להיות לגוצינא ובטחון לקחת מעותיו דאל"כ למה קיבלו, ואי לזכרון הלא יכול ליקח כתב ידו וכדומה, אבל צמלוה צריך למשכון, אם כן ודאי י"ל דלקחו לזכרון, רק הא דנקט משכון דטעם דצריך ליה אבל לא לגוצינא כלל, ולא הוא אפילו כנגד שווי המשכון כמפרש עד דיפרש להדיא, ואם כן א"ש דיש לומר כו"ע אית להו דשמואל, הן ר' אליעזר והן ר' עקיבא, רק צמלוה צריך למשכון ובסתם לא שייך מילתא דשמואל, ופליגי אי הוה שומר שטר משום פרוטה דר' יוסף וא"ש, והא דקאמר דכו"ע לית להו לשמואל, היינו צלוקא דעתך דאמרינן דר' ינחם צע"ח קונה משכון פליגי, ולא צמלוה צריך למשכון, וא"כ ליכא למימר דס"ל כשמואל כמ"כ התוס', דסתם הו"ל כמפרש צשווי המשכון וא"ש ודו"ק, וא"ע.

ודגה יש להצין להנך פוסקים דס"ל בגירסת רש"י דשמואל איירי בסתם, וא"כ יפה כתבו התוס' דליכא למימר כו"ע ס"ל כשמואל ובדפירש, דא"כ מ"ט דר' עקיבא, וא"כ קשה למה לא פסקו הלכה כשמואל דהלכתא כוותיה צדינא, ובפרט דרצ נחמן (שצעות מג:) ס"ל כוותיה והלכתא צדיני כרצ נחמן. ואי דס"ל מכמה ראיות צגמרא דהלכה כר' יוסף, הא י"ל דתרווייהו אמת, דודאי מחלוקת בשניהם לא אמרינן כמ"כ לעיל, אבל הא י"ל כמ"כ לעיל דלכו"ע צריך למשכון ליכא פרוטה דר' יוסף והוה שומר חנם, ואיירי הצריכתא צכה"ג, ופליגי דשמואל, ור' עקיבא כשמואל וי"ל שניהם נכונים להלכה שמואל ור' יוסף, וצריך לימוד לכאורה.

וצ"ל אחד מצ' אופנים, או דלאל"ה הקשה מהרש"א שם בתוס' (צ"מ ד"ה נימא) לגירסת רש"י דגרים אי צדשו שיעור זוז, מ"ט דר' אליעזר אלא גדלה שוי וכדשמואל וכו', ופירשו התוס' צדשו לכו"ע נקטו לגוצינא, והקשה מהרש"א איך יחלקו המקשן ותרנן בצצרא, דמקשן ס"ל כל כך לדבר פשוט עד דשאל מ"ט דר' אליעזר, ותרנן אמר דכו"ע לית ליה דשמואל וצדשו פליגי דר' יוסף, ואיך יחלקו מהיפוך להיפוך, ועוד הקשה נימא צהך צצרא מחולקים ר' אליעזר ור' עקיבא בצצרת המקשן ותרנן, והניח קושיא זו צ"ע.

וצ"ב נראה כפי מש"כ לעיל, דכי אמרינן צצרא זו דלגוצינא נקטו צדשו, היינו גדלה צריך למשכון דאמרינן למה לקח משכון אלא לגוצינא, ולכך לקח משכון צשווי, אבל אם צריך למשכון לא אמרינן דלקחו לגוצינא, וא"כ ליתא לדינו של שמואל, דס"ל לרש"י דכל הטעם של שמואל דנקטו לגוצינא כמ"כ רש"י להדיא (צ"מ שם ד"ה נימא), ולפ"ז צלא"ה יש להצין צגמרא (שם) דפריך לימא ר' יוסף תנאי היא, ויש להצין מה זו שאלה חדשה נימא ר' יוסף תנאי, דמשמע דמקודם צצרא ליה דכו"ע כר' יוסף, וקשה אדרבא לכל אוקימתא דמקדס הן דפליגי דשמואל או דפליגי דר' ינחם, כו"ע דלא כר"י, דהא לולי צע"ח קונה משכון, היה אף ר"ע מודה דהוה ש"מ ודלא כר' יוסף.

ובזו נראה למדו הנך רצותא דהציא המ"מ צפ"י מהל' שכירות (ה"א) דס"ל לשמואל אצד קתא אפילו צאונס אצד כל החוב, וקשה מנ"ל הא, ועוד הקשה הלח"מ איך אמרינן דשמואל

קמפלגי, א"כ מני מתני', דהא צמשה קתני שומר שטר ולא דחייב צאונסין, אלא דדייקי מהא דקתני לימא ר' יוסף תנאי, משמע דמקדס אחיא כו"ע כר' יוסף, והוה אי אפשר כמ"כ, ולכך פירשו צהך אוקימתא דאמרינן דשמואל קמפלגי היינו כו"ע אית להו פרוטה דר' יוסף והוה שומר שטר, רק אצד דקתני צצרייתא היינו צאונס כמ"כ הרמב"ן (שצעות צמלחמות כה.) והש"ך (סק"ט) לשיטת רש"י, ור' אליעזר לית ליה דשמואל ור' עקיבא אית ליה, ומתני' ר' אליעזר היא וא"ש, והא דאמרינן דמתני' כר' עקיבא היינו למסקנא דקי"ל צצריך למשכון פליגי ולימא דשמואל, (וכן י"ל צאוקימתא דר' ינחם פליגי לשיטת רש"י דחייב צאונסין). והא דפסקו הנך רצותא כשמואל כיון דסוגיא דגמ' מחוורתא ר' עקיבא היא דלא כשמואל, י"ל צתר דחידת לן גמרא דשצעות דמשנה דשצעות צדפירש לגירסת רש"י (שצעות שם) שלא יפסיד, אף הך משנה דצ"מ איירי כך, ומ"מ דין שומרים צמקומו כמ"כ מהרש"א, ולכך הוה שומר שטר כו"ע, ומיושב הלשון צמשה דשצעות אצד דקתני, ואצ"ל אצד צפשיעה ואחיא המשנה אף כר' אליעזר, ודו"ק. וי"ל צהך אוקימתא דר' ינחם קמפלגי שפיר הו"א כו"ע כר' יוסף ואיירי צצריך למשכון, ולכו"ע הוה שומר חנם ולכך פליגי דר' ינחם וכו', אבל כי קאמר פליגי דרצרה ור' יוסף, פריך שפיר לימא ר' יוסף תנאי וכו' וא"ש.

וצ"ב מיושב קושיית מהרש"א, דודאי צהך אוקימתא צשמואל פליגי איירי אליצא דרצרה כמ"כ התוס' דלרצרה איירי הך אוקימתא צשמואל פליגי, ומכל שכן לפי מש"כ דלר' יוסף ע"כ איירי צצריך למשכון, דתרי מחלוקת לא אמרינן כמ"כ, וא"כ לא שייך דינו של שמואל כמ"כ, דהא אין כאן ראיה דנקטו לגוצינא רק לקחו לזכרון, ולפ"ז דקאי זו אליצא דרצרה ולא איירי צצריך למשכון, שפיר פריך הגמ' אי צדשויה מ"ט דר' אליעזר דודאי לקחו לגוצינא ולק"מ, אבל כד נאיד הגמ' מהך אוקימתא דפליגי דשמואל והיינו אליצא דר' יוסף, דלרצרה אמרינן דשמואל פליגי, וע"כ איירי כמ"כ צצריך למשכון, וא"כ שפיר אמרינן אף צדשו פליגי, ולא קשה מ"ט דר' אליעזר הא ודאי נקטו לגוצינא, דצצריך למשכון לא לקחו לגוצינא ואין כאן מופת על זה כמ"כ ולא קשה מ"ט דר' אליעזר וא"ש.

וצ"ב גם דברי קושיא שניה של מהרש"א מיושב, דנימא כו"ע למה לי דשמואל רק פליגי צדשו ובצצרת מקשן ותרנן פליגי, דאליצא דמאן נימא הך אוקימתא, לרצרה הא ס"ל הלכתא כשמואל ואיך נימא ר"א ור"ע לא ס"ל כשמואל, ויהיה שמואל דלא כמאן, ואם הקושיא לר' יוסף דלא ס"ל כשמואל כמ"כ התוס', הא לר' יוסף צ"ל דמיירי צצריך למשכון אי נימא דפליגי צצצרא שכתב מהרש"א, דאל"כ צלא"ה שומר שטר הוה מפרוטה דר' יוסף, דהא תרי מחלוקת לא אמרינן כמ"כ לעיל, וע"כ צצריך למשכון דהוה שומר חנם, א"כ איך נימא ר"ע ס"ל בצצרת המקשן, הא צצריך למשכון אף המקשן מודה דאין מוחלט דנקטו לגוצינא, דלמשכון הוא צריך ולכך לקחו, ומכל שכן אי ליתא דשמואל וא"ש.

ובזה יש ליישב ג"כ קושיית התוס' על רש"י (שם פא:) צד"ה דברי הכל, דהקשו לרש"י דס"ל דלכך הוה לר' אליעזר

שומר חנם הואיל ונקטו לזכרון צעלמא, א"כ למה אמרינן דאם שוה המשכון כנגד מעותיו לכו"ע אין משמט, ע"ש, דלפי הנ"ל לכאורה לק"מ, דאליבא דמאן הקושיא, אי לרצה הא רצה מוקי לפלוגתא כס"ד דצדשמואל פליגי, ובהך אוקימתא אמרינן לגירסת רש"י אי צדשוי שיעור זוזי מ"ט דר"א דודאי נקטו לגוציינא, וא"כ לק"מ דצמנת צדשוי הוא שומר שכר לר' אליעזר וצדין שלא ישמט, ואי לר' יוסף הא אוקמה צריך למשכון ולכך אפילו צדשוי הוא שומר חנם כמש"כ, אבל החס גבי שמיעה לא איירי צריך ואם כן צדשוי נקטו לגוציינא ולכו"ע אין משמט, ואולי קושיית התוס' דהו"ל לפלוגי שם צמיעה צריך למשכון או לא, ואין זה קושיא אלימתא לרש"י, ואפשר דקושיית התוס' להא דאמרינן לימא דר' יוסף תנאי, וקשה איך אפשר א"כ סיפא דהלוואה צמטר מה מפרשית ליה, ואי כפירוש רש"י תקשי שמיעה, דיש לומר דגם רש"י עלה ברוחו לפרש כפירוש התוס' דקאי שלא צמעת הלואה רק להך אוקימתא צמלוה צריך למשכון ס"ל לרש"י שלא צמעת הלואתו צל"ה מותר לשמש צו כמש"כ הש"ך (סק"ט) לפירוש רש"י, ואם כן מהכ"ת ינכה, אם כן מה איריא שלא צמעת הלואתו, אף צמעת הלואתו צכה"ג דאין צריך למשכון הוא שומר שכר, וכן להך אוקימתא דשמואל גם כן קשה לפרש שלא צמעת הלואתו, דלא יהיה אצדו דרישא וסיפא צדשוי כמש"כ התוס' בצצועות (מד. ד"ה מאי לאו), ולכך פירש רש"י פירוש שלו ולק"מ, אבל בסלקא דעתך דר' יוסף פליגי, צמנת אמרינן בסיפא כפירוש התוס', ובחדושי הארכתי בזה ציותר.

וגם כן אמרתי דלזה נתכוונו התוספות שצועות דף מ"ד ד"ה לא צדשוי וכו', דהקשו גם כן דנימא צדשוי דמר סבר דתפיס ליה צבציל החוב ומר לא ס"ל וכו', וכמזו לפירוש ר"ת דפירש מילתא דשמואל צדפירש ניחא וכו', וקשה אם כן לגירסת רש"י איך מיושב, ודוחק לומר דהתוס' הניחו צ"ע לגירסת רש"י, דהו"ל לתוס' להוכיח מזה דגירסת ר"ת עיקר, ולמה טרחו התוס' מקודם ליישב גירסת רש"י.

אב"ד לפי הנ"ל ניחא, דלגירסת רש"י צל"ה לק"מ, דלרצה ניחא לן לאוקמי דשמואל כר' עקיבא דהלכתא כוותיה, ולר' יוסף הא איירי צריך למשכון ולא שייך לומר דתפס צבציל החוב, אבל לפירוש ר"ת דמיירי צדפירש, שפיר קשה אילו ידוע לגמרא דרצה ס"ל הלכתא כשמואל, אם כן מנלן דילמא גם ר' יוסף ס"ל כן ומוקי ליה צריך למשכון ולכו"ע לא שייך פרוטה דר' יוסף. ולא שייך לומר מש"כ לעיל דצריך ליחא לסדרת שמואל, דזהו לרש"י דס"ל בסתם, אבל לר"ת דמיירי דמפרש קבלתיו צבדי חובי, אם כן אף צריך יתכן דאין לנו אלא כפי מאמרו ופיו ענתה צו דנקטו לגוציינא ולא דנין כאן מאומד הדעת. ועכ"ל דלא מסתבר כשמואל, ורצה גופיה אילו הו"ל אוקימתא אחריני הוא חולק אדשמואל, רק דחיק ומוקי אנפשיה הואיל וליכא למימר אוקימתא אחריני, ואם כן שפיר פריך התוס' הא אית ליה כקושיא דפליגי בצבציל צדשויה, ועל זה תירצו התוס' דאף לפירוש ר"ת לק"מ כמש"כ הטעם דאין סתם עדיף ממפרש וכו' וא"ש, ולכך לא הקשו קושיא זו לרש"י כלל.

גם צהך סבירא דהא דאמרינן דר' ינחק פליגי הוא אמרינן דכו"ע

אית להו דר' יוסף רק צריך למשכון, וסלקא דעתך דלכו"ע לית ציה פרוטה דר' יוסף, יש ליישב מה שטענו על רש"י (פסחים לא: ד"ה קונה) דס"ל דר' ינחק חייב אפילו צאונסין, אם כן לסלקא דעתך דאף צמעת הלואתו איירי איך קתני שומר שכר צמשנה, ועיין באסיפת זקנים (צ"מ שם) והש"ך (סק"ט) מה שדחקו, ולפי הנ"ל י"ל כן, דהא העלה הש"ך דלר' ינחק דצ"ח קונה משכון לצאונסין, על כרחך מותר הצע"ח להשתמש צו דקני ליה, ולכך חייב צאונסין דכל הנאה שלו, ע"ש, וזהו צאין צריך למשכון צמעת הלואה ולא פסק עמו צנכיתא, אבל צריך למשכון ופסק עמו צנכיתא, דלכך ס"ל לר' אליעזר דהוי שומר חנם הואיל ופסק צנכיתא, ולפ"ז דנותן לו שכר משימוש אם כן לא הו"ל שואל דהא אין כל הנאה שלו, ופשיטא דלא הוי רק שומר שכר ושפיר קתני מלוה על משכון שומר שכר, ולק"מ דצנותן שכר שימוש מודה רש"י דאין חייב צאונסין.

היוצא מזה הוא הדבר שכתבנו, דהא אף דקי"ל כר' יוסף, יכולים לומר כו"ע אית להו דשמואל וצמלוה צריך למשכון פליגי וכו', כאוקימתא דגמרא, ולא הוי קשה משמואל כלל, דצריך למשכון שמואל מודה דלא נקטו לגוציינא, והוי מצי למימר דכו"ע אית להו דשמואל, ומדלא אמר כן ש"מ דלית הלכתא כשמואל כסוגיין בכל הש"ס, ואם כן שפיר פסקו הפוסקים דלא כשמואל.

ואין להקשות אם כן צדצריך למשכון לא שייך מילתא דשמואל, ואם כן הא דפרכינן בצצועות (שם) מהך משנה סלע הלויתין וכו' ומוקמינן ליה צדפירש, למה לא מוקמינן צריך למשכון כסתם צרייתא ומשנה צהאומנין כמש"כ התוס' (צ"מ פב: ד"ה צמלוה צריך) דמיירי צכה"ג דאל"כ לא יחלוק ר' יהודה, וליחא לדשמואל דר"ל דצריך למשכון היינו צנכיתא, אם כן הלוא שטוען צרישא סלע הלויתני עליו וסלע היה שוה, הוא תובע מהמלוה מעות דהא חובו אין סלע דהיה עליו נכיתא, ואם כן הא דקתני צסיפא סלע הלויתני ושחים היה שוה דהוא תובע למלוה והמלוה כופר דהוי המלוה פטור, הא כבר הך צצא צרישא הוא דלוא תובע ממלוה, ודוחק לומר דמיירי דנאצד תיכף צעת סלוא ולא עלה עליהם נכיתא כלל, דזהו דוחק שיהיה צרגע תיכף אצידה ואינו מצוי, ולכך ניחא ליה לאוקמי צגוני אחריני צדפירש ולא איירי צנכיתא כלל וא"ש. וזהו מה שנראה ליישב.

אב"ד הר"ן צחדושי לשצועות (כה). וכן שארי מחצרים תירצו צשם הרמב"ן, דהך מילתא דשמואל אין ענין להך פלוגתא דרצה ור' יוסף כלל, דשמואל לא אמר [אלא] דכמו שהוא חייב צאחריות מן דמי שזיו של המשכון, כן מתחייב צאחריות כל החוב דאצד קתא אצד אלפי זוזי, אבל למר כדאית ליה לרצה דחייב כשפשע צקתא, הוא הדין דמתחייב צאחריות כל החוב כשפשע צקתא, ולר' יוסף צגניצה ואצידה, ואם כן שפיר הוי מצי למימר דכו"ע אית להו דשמואל וצדר' יוסף פליגי, דר' אליעזר דס"ל דהוי שומר חנם אם כן אצד המשכון צגניצה ואצידה ישצע שלא פשע, ואם אין נשצע צמנת מאצד כל החוב, ולר' עקיבא דס"ל כר' יוסף הפסיד כל החוב, ומדלא אמר כן ש"מ דלית הלכתא כשמואל.

(יג) שמוקבל המושכון בב"ל החוב. ואם אמר להדיא שאם יאבד המושכון שיפסיד כל החוב, עיין תומים (סק"ח) דדעת הב"י (סעיף ב) ורמ"א דס"ל לכו"ע מהני וליכא חולק, ודעת הב"ח (סעיף ג) ושו"ך (סק"ב) דגם זה הוי ספיקא דדינא, דלמאן דלא פסק כשמואל, אף זהו לא מהני דהו"ל ואמר בשעת הלואה [ח] (יג) שמקבל המושכון בכל החוב, אפי' למה הא אף דס"ל לר' עקיבא כשמואל, מכל מקום לא יחייב דהא הו"ל שומר חנם ולמה משוי ליה שומר שטר, ודוחק לומר דס"ל לרמב"ן בפשט הגמ' כמו שחשבו קצת לפרש דברי מהרש"א בשבועות, דהקשה לגירסת רש"י נימא משנה אחת אף כר' אליעזר דלא פירש דהוי שומר שטר ופליגי דפירש שלא יפסיד וכו', ורואים לפרש דבריו דנימא דכו"ע אית להו פרוטה דר' יוסף רק מיירי באמרו שלא יפסיד ודשמואל פליגי, ר' עקיבא אית ליה דשמואל, ואמרינן דהתנאי הוא למעט דינו של שמואל שלא יפסיד כל החוב, אבל עכ"פ על שווי המושכון הוי שומר שטר כר' יוסף, ור' אליעזר לית ליה דשמואל, ואם כן תנאי דלא יפסיד מה טיבו, ועל כרחק אף על דמי המושכון דלא יפסיד בגניצה ואצידה.

ובן י"ל בתוס' (ב"מ פב. ד"ה נימא) דכתבו, ועוד דמשמע דר' יוסף יש חילוק בין שוי ללא שוי, והדבר תמוה כמס"כ לעיל ס"ק וי"ו די"ל כן, אלימא דשוי מ"ט דר' אליעזר הא הוי פרוטה דר' יוסף, וליכא למימר דפירש שלא יפסיד דא"כ מ"ט דר' עקיבא, אלא דלא שוי ופירש שלא יפסיד, ר' עקיבא אית ליה דשמואל, אם כן הכוונה היה שלא יפסיד כל החוב והואיל ולא שוי ושומר שטר במקומו, ור' אליעזר לית ליה דשמואל, ועל כרחק שלא יפסיד למעט דין שומרים אחד, ולכך כד נייד הגמרא מהך דפירוש דשמואל אם כן אמרינן דזרייתא לא איירי כלל דפירש שלא יפסיד ולכך אף דשוי איירי וא"ש, רק דאם כן הכל כר' יוסף וע"ש בתוס'. ולפ"ו י"ל דס"ל לרמב"ן דבסלקא דעתך ס"ל לגמרא דכו"ע כר' יוסף ס"ל, דאח"כ פריך גמרא לימא ר' יוסף תנאי היא וכהנ"ל, רק בסלקא דעתך ס"ל דמיירי דפירש שלא יפסיד, וזהו קמפלגי ר' אליעזר לית ליה דשמואל א"כ התנאי למעט גניצה ואצידה, ור' עקיבא ס"ל כשמואל והתנאי היה למעט דלא יאבד אף יתר מדשוי כנ"ל. אך דברים הללו רחוקים מפשט הגמרא, אם אפשר דנתכוון לו המהרש"א, מ"מ בפשט הגמרא רחוק, וגם אם כן לא טען הרמב"ן על רש"י דס"ל דר' יצחק אף לאונסין מהא דאמרינן דר' יוסף פליגי והא שומר שטר קמני, די"ל גם כן דהא השתא כו"ע אית להו דר' יוסף רק דפירש שלא יפסיד, ולכך ר' עקיבא דאית ליה דר' יצחק יש לומר דתנאי היה על פסידא לאונסין דלא יהיה נדון כשואל ושומר שטר הוי ור' אליעזר לית ליה דר' יצחק, וא"כ התנאי על כרחק היה על פסידא דשומר שטר.

וה"ב היותר נראה דס"ל לרמב"ן הא דאמרינן בגמ' דצריך למשכון ס"ל לר' אליעזר דלאו מנזה קעביד דלהנאתו קמכוון, הני מילי אם אין אומר בפירוש שמקבל אחריותו בכל החוב ויאבד קתא דמגלגל יאבד אלף זוז, אבל בהתנה כן הא זו לא הוי צריך מחמת הנאתו ואין זה אלא טוב לב שכוונתו למנזה ליישב דעת הלוי ומנזה היא זו ואף לר' אליעזר הוי פרוטה דר' יוסף, אך זהו אם מועיל, אבל אי ליחא דשמואל אם כן דבריו כאינם ופטומי מילי בעלמא הן לגירסת ר"ת דשמואל דפירש, אם כן חזר הדבר לר' אליעזר דלהנאתו נתכוון, וזהו כוונת הגמרא לימא דשמואל פליגי והיינו דכו"ע אית להו פרוטה דר' יוסף רק צריך למשכון איירי ולכו"ע אמרינן להנאתו מתכוון בסתם, רק כאן דפירש שיפסיד כל החוב ולר' עקיבא דס"ל דשמואל אם כן דבריו קיימים, ואם כן הרי הוא שומר שטר מחמת פרוטה דר' יוסף ואף בכל החוב מפסיד בגניצה ואצידה, אבל ר' אליעזר לית ליה דשמואל אם כן י"ל דלהנאתו מכוון ואינו שומר שטר כלל ואף כנגד המושכון לא הוי רק שומר חנם וישבט וכו'.

וזדוהו די"ל גם כן בכוונת התוס', דהקשו צ"מ ושבועות (שס) לגירסת ר"ת דנימא דכו"ע אית להו דשמואל דפירש ואח"כ המשנה ככו"ע והם פליגי דלא פירש, ותייראו דס"ל לגמרא דמה דמשכון שוה הוי כפירש וכו', ע"ש. וקשה דקארי ליה מאי קארי ליה, אם ס"ל דבדלא פירש אף דמי שוי לא הוי שומר שטר כלל לר' אליעזר, אם כן דפירש שיאבד כל החוב עדיין מנלן דהוי שומר שטר, דילמא רק שומר חנם וקיבל על עצמו דאם יפסע דיתחייב באחריות כל החוב, ואי דאיירי דבאמת פירש שמתחייב בגניצה ואצידה, אם כן מאי איריא דקמני מלוה על המושכון שומר שטר, שואל נמי הוי כפי התנאי דהא הכל הולך כפי מאמר פיו, ועל כרחק דמיירי דאמר בסתם. ואם כן קשה מנ"ל דנתכוין לשומר שטר, וליכא למימר דהואיל דפירש דנקטו לגוביינא ולא לזכרון לכך הוי שומר שטר, דהא התוס' לא ס"ל סברת רש"י דתליא בזה אם נקטו לגוביינא כמי שהקשו (צ"מ פא: ד"ה דברי הכל) משמיטה. ועל כרחק י"ל דס"ל כנגד חובו הוי ממילא שומר שטר, ואם כן כשפירש הרי אחריות כל החוב עליו כמו אחריות דמשכון בשוי דהוי ממילא שומר שטר, וא"כ קשה דקארי ליה מאי קארי ליה.

אב"ל לפי הנ"ל יחא, די"ל צריך למשכון פליגי, ור' אליעזר ס"ל להנאתו מתכוון, אבל המשנה איירי דפירש ובה אף ר' אליעזר מודה דלא אמרינן להנאתו והוי שומר שטר מפרוטה דר' יוסף, ולכך הוי שומר שטר בכל החוב, אף דקאמר התם מפרוטה דר' יוסף וא"ש, ולכך יפה הקשו, והתוס' דחו בתירוטם דלא אמרינן כן וממילא כנגד דמי משכון הו"ל שומר שטר והו"ל כפירש דמקבל אחריות שומר שטר עליו.

[ח] שמוקבל המושכון בב"ל החוב. הרמ"א תפס לעיקר כפירוש התוס' (צ"מ פב. ד"ה לא ושבועות מג: ד"ה מחני) דפירשו שמואל

דפירש דאמר שמקבלו בכל החוב, ולא כפירוש השני דאמר להדיא דאם יאצד דיפסיד כל החוב, דס"ל דצכה"ג לכו"ע מהני, דכל תנאי שבממון תנאו קיים, ואין צריך למילתא דשמואל כלל, וכן כתב הב"י (סעיף ג) להדיא דצכה"ג לכו"ע מהני, דהוי תנאי שבממון. מיהו מדברי רבינו הב"י אין ראיה, דאיהו לשיטתו אזיל דס"ל לקמן [בשו"ע] סימן ר"ז סעיף י"א דמחול לך לא הוי אסמכתא, וזו הוי כמחול לך כמש"כ התוס' צ"מ (שם) להדיא, אבל לרמ"א דס"ל שם דאף במחול לך שייך אסמכתא, ו"ל דשם הטעם כמש"כ הב"י דהואיל דהוי אסמכתא לגבי מוכר, אף לגבי לוקח הוי אסמכתא, משא"כ כאן דהוא רק לגבי מלוה והוי כמחול לך ומועיל. אך הב"ח (סעיף ג) ושו"ך (סקי"צ) כתבו דהוי ספיקא דדינא, דאולי אמת כמש"כ התוס' דנחלקו בשמואל דפירש ואמר להדיא שיפסיד מעותיו, ומכל מקום פליג ר' אליעזר דהוי אסמכתא, ואם כן הוא הדין למה דלא קיי"ל כשמואל הוי אסמכתא.

ויש להצין להך פירושא דס"ל לתוס' דכנגד דמי שווי של המשכון הוי כאילו פירש, אם כן מ"ט דר' אליעזר, דבממ"נ אי אמה אומר דבסתם אף כנגד דמי שווי של המשכון לא הוי כפירש דמקבל אחריות, אם כן איך אמרינן הו"ל להפסיד אע"פ דלא דפירש מפסיד, אף כנגד דמי משכון הו"ל להפסיד אע"פ דלא פירש, מה ענין זה לזה, כאן פירש דמקבל אחריות וכאן לא פירש דמקבל אחריות, ועכ"ל דהו"ל כאילו פירש דמקבל אחריות בעד שווי המשכון, אם כן קשה מ"ט דר' אליעזר הא פירש דמקבל אחריות, ואסמכתא ליכא כיון דלא גזים והו"ל כמתנה שומר שכן או שומר חנם להיות כשואל דמהני ליה ולית ציה משום אסמכתא, וכמש"כ הרמב"ן בסוף מס' צ"צ (קסא. ד"ה ואי קשיא), ע"ש ובב"י סימן ר"ז (סעיף יג"ד).

ודידיה מתחילה עולה ברוח, דלקמן צ"מ דף ז"ד (ע"א) פריך על הא מתנה שומר חנם להיות כשואל במאי דצברים, וקאמר ר' יוחנן אפילו תימא בשלא קנו מידו צהאי הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד, וזהו בסתם שומרים דעלמא, אבל במלוה על המשכון מה הימנותא, אדרבא הוא המלוה האמין ללוה המעות ולקח המשכון ולית כאן הימנותא מלוה למלוה כלל, ואם כן אף צהא דפירש להתחייב יותר מכפי הראוי הו"ל גזים דהא שומר חנם הוא ואין יתחייב כשומר שכן דצברים⁹. ודוחק לומר דהימנו דיכול לישבע שנגנב צאונם, דזהו לא שכיח, ובמקום רבים צריך לזכור וגם אי מתנה כשואל מה הימנו.

א"א דזה לא נראה, דאם כן שמואל דס"ל דצעי לקמן (שם)

במתנה שומר חנם להיות כשואל צקנין, איך יועיל צמה דמתנה להיות מפסיד כל החוב יותר מדמי משכון צתנאי בעלמא צלי קנין, דהא אמרינן סתם לשמואל דפירש מצלי זכר קנין כלל. ועוד מה דוחקו דתוס' (שם פא: ד"ה דצרי הכל) לפרש צהך צרייתא דקתני אבל הלואה צשטר וכו', דאיירי שלא צשעת הלואה, דלא ידעו טעם לחלק צין שטר לצלתי שטר, ולא פירשו דודאי נגד דמי שווי הו"ל כפירש, רק דמכל מקום לא קניה דהו"ל דצרים דלא שייך דהימנו, ולכך ס"ל לר' אליעזר ישבע ויטול, אבל צהלואה צשטר על אלק זעזים ולקח משכון ולא נזכר צשטר המשכון דנתן אם כן המלוה לא האמין ללוה, דהא שטרו צידו וכמש"כ רש"י (שם ד"ה אבל הלואה), משא"כ הלואה האמין למלוה דהא יכול לתבוע חובו צשטר ולכפור צמשכון, ואם כן שפיר אמרינן צהך הנאה דמהימן משעבד נפשיה צדמי משכון דלא גזים, ולכך ס"ל אף לר' אליעזר דהוי שומר שכן. ועכ"ל מה דמתנה צשעת הלואה ומתן מעות דאם יפסיד המשכון דיהיה החוב מחול מעיקרו, לכו"ע אין צריך קנין, ולא שייך ציה קושית הגמ' צמה דצברים, דהא יכול למחול מה צצידו לחצירו.

(ובחדושי הארמתי צזה דרך חדוד צכוונת דצרי תוס', דאפשר לומר דזהו הפירוש לרש"י, רק מה דמפרש רש"י שטר לגוציינא, הוא לשמואל דס"ל לקמן [דצעי] קנין, וצלא"ה צריך לחלק צין הך לדלקמן, ולכך פירש"י לשמואל פירוש שלו, ולשמואל לא קשה משמיטה כהנ"ל, ולכך הקשו התוס' ממשנה, ותיירו' הלואה על משכון לא משמע צשטר, והיינו לפירוש רש"י דצשטר נקט משכון לזכרון ולא שייך הלואה על משכון, אבל לאידך פירוש שייך שפיר אף צשטר וקשה שפיר).

(ובזה אמרתי צחדושי לייצב דצרי צה"ג כמש"כ התוס' צשמו צשמעתא הנ"ל ד"ה דצרי הכל, דצצירא ליה צמילתא דשמואל דדוקא צדליכא שטרא אבל צדאיכא שטרא לא קני, ולכאורה אין טעם לזה ודצרי תוס' דחוקים, אבל לפי הנ"ל ניחא, דהא דצברים לא קנה רק מתורת מחילה דהו"ל כמחול לך ולא צעי קנין ולא הוי אסמכתא, אבל דעת צה"ג כרצינו ישעיה צטור סימן י"צ דצשטר לא מהני מחילה צלי קנין, ואם כן לא הוי כמחול לך והוי אסמכתא, ולכך מחלק צין שטר לאינו שטר וא"ש. ויש לצעל הלכות גדולות קנ"ת ראה, דהא דפרכינן צשצעות (שם) על שמואל מסיפא דמשנה סלע הלוייתי ושלשה דינרים היה שוה, ולא פריך מרישא סלע הלוייתי ושקל היה שוה וכו', ולשמואל מה קטען הלא יהיה שוה רק פרוטה אצד מעותיו¹⁰, ולכך צצה"ג לק"מ, דיש לומר דילמא מיירי צשטר ולא שייך דינו דשמואל,

משפט ידונתן

9. בחידושי חתם סופר ב"מ פב: בתירוצו השני כתב ג"כ הך סברא, דלכאורה קשה במאי דמשני בההיא הנאה דנפיק קלא דאיניש מהימן הוא גמר ומשעבד נפשיה, דבמלוה על המשכון שלא קנו מידו, ולא שייך לומר בההיא הנאה, שהרי הלואה שהיה צריך למעות נתן לו המשכון בעל כרחו, וא"כ במה יתחייב. וכתב שם דעכצ"ל משום שאינו אלא כמחילה ומחילה אינה צריכה קנין, ואם כן הניחא לר"ע דחשיב ליה כמחילה, דהא מהאי טעמא לא הוי אסמכתא, והכי גמי דמהני להיות כמחילה לענין ההתחייבות, אבל לר"א דחשיב לה אסמכתא משמע דלא חשיב לה

10. באמרי בינה (דיני הלואה סי' עא) כתב ליישב קושיית רבינו, דמהרישא לא היה יכול להקשות, דהנה הרמב"ן הקשה על המשנה דלמה יהיה מוד"ב הא אינו יודע אם נאבד המשכון ודילמא עדיין המשכון בידו והוי כחמשין לית לך וחמשין לא ידעתי. ותיירץ הר"ן כיון דאף אם נמצא המשכון תחת יד המלוה מ"מ חייב הלואה בדמי היתרון של המשכון אף

ולכך פריך מהך צנא דקתני חייב שצוה כמו מודה מקלמ, ועיין לרצינו עוצדיה מצרטורה (שצוה שם) ויתר מפרשי משניות, אם כן ליכא למימר דהו"ל שטר, דאין נשבעין על כפירת שצוה קרקעות ולית כאן שצוה דאורייתא וא"ש, ודו"ק).

וה"פ"ז הדרא קושיא הנ"ל לדוכתא, ולכן נריך לומר דצשלמא אם אמרינן דלא הוי אסמכתא צמפרש כי כך אמדו חז"ל כי צלז שלם גמר ומשעציד נפשיה לצל יקרה ללוה תקלה המוסר לו משכונ, אם כן אמרינן הוא הדין צסתם הו"ל כמפרש שמקבל אחריות דמי שוי של משכון לפחות, אצל אם אמרינן דהוי אסמכתא ש"מ דאמרינן דאין לצוה שלם להצטיח ללוה, אם כן איך נימא צסתם דמסתמא דעמו היה כנגד מעותיו קיבל אחריות, הא אף צמפרש אמרינן דאין דעמו שלם כל כך צצטחון עם הלוה עד דהוי אסמכתא, ואם כן איך נימא צסתם הו"ל כקיבל נגד שוי המשכון¹¹.

ובזה יש להצין צמס"כ התוס' שם צצ"מ ד"ה נימא וכו', דהציאו התוס' הגירסא אי צדשוי שיעור וזוי מ"ט דר' אליעזר וכו', והאריכו תוס' לפלפל מאי שגא שוה ומאי שגא לא שוה, ולכך העלו דכך הפירוש לימא דללא שוי קמפליגי צדשמואל, פירוש אף דללא שוי והוא הדין צדשוי וכו', ועדיין לא מיישבים התוס' מה דקאמר צגמ' אי צדשוי מ"ט דר' אליעזר, וצאמת צצוועות מוחקים התוס' הגירסא הנ"ל, אצל צצ"מ לא מוחקים התוס', וכן מוחקים הגמ' דאמרינן אף צדשוי פליגי. אצל לפי הנ"ל ניחא, דכך המשך הגמ' ויהא דשמואל ר"ת דשמואל איירי צדפירש, וקאמר הגמ' נימא צדשמואל קמפלגי, דאי צדשוי ופירש ודלא כשמואל רק כיון דשוה ופירש פשיטא דמהני דהא מתנה שומר חנם להיות כשואל ולא גזים, מ"ט דר' אליעזר דודאי מהני, אלא דללא שוי ואם כן גזים והוי אסמכתא לר' אליעזר וצו פליגי צמס"כ התוס', רק קשה לתוס' הא י"ל אף צשוה פליגי וצסתם, דמליא צמס"כ לעיל אי צמפרש הוי אסמכתא או לא, ולזה קאמרי התוס' דאף צדשוי נמי מחלוקת והיינו צסתם כיון דאמרינן צדשמואל פליגי וא"ש הגירסא, דמתחילה דמיירי צמפרש להדיא ודלא כשמואל פליגי פשיטא דלא יחלוק ר' אליעזר, ולכך צאוקימתא אחריתי דאמרינן צדר' יחזק או צדר' יוסף פליגי דלא מיירי כלל מן מפרש, פשיטא דאין הדל צין שוה ללא שוה, ופשוט ולק"מ.

וה"פ"ז נראה הא צצוועות קאמר הגמ' אי צדשוי מ"ט דר' אליעזר ולא צצ"מ, משום דלכאורה אין טעם למס"כ לעיל דקאמר הגמ' אי לא ס"ל כשמואל רק דפירש דקיבל אחריות וצדשוי לא גזים, דעדיין קשה אי צסתם אמר דילמא מפשיעה קיבל, דהא עדיין לא אסיקין ממילתא דשמואל או ר' יחזק או ר' יוסף, ואי צמפרש דמקבל אחריות גניבה, אם כן הוא הדין צמקבל אחריות אונסין ומה איריא שומר שכר דנקט, אצל שם צצוועות אין זכר מהך משנה דמלוה על משכון שומר שכר רק מצרייתא דקתני אצל, ויש לומר צאמת צאונם צמס"כ הרמזין והש"ך (סק"ט) צישוז צצרי רש"י, ולכך שפיר יש לומר צמפרש, ולהציא משנה צצ"מ הו"ל להאריך פריך צקצרה מ"ט דר' אליעזר, משא"כ צצ"מ דעלה קאי דמוסב הכל צמשנה דקתני שומר שכר, ליכא למימר כלל צלי מילתא דשמואל וצמפרש, דלכך קאמר תיכף הגמ' לימא דשמואל קמפלגי, ודו"ק. ואפשר לומר הני מילי אי מפרש להדיא, אצל לפירוש ר"ת דאמר

משפט יהונתן

אסמכתא, אבל אם ישנו תחת יד הלוה בזה מהני מה שקיבל המלוה על כל חובו שלא יתחייב הלוה לשלם לו עכ"פ כל זמן שהמשכון תחת ידו. ולפי"ז א"ש קושי' רבינו, דמרישא לא היה יכול להקשות, די"ל מתני' אחיא כת"ק דהמלוה על המשכון הוי שו"ש וחייב בלא"ה נגד המשכון, ולכך אינו חייב מדשמואל דהוי אסמכתא, אבל מסיפא שפיר הקשה דעכ"פ איך יהיה הלוה מוד"ב לימא הא קבילת, ואף דהוי אסמכתא זה א"ש אם היה נודע לנו בבירור שנאבד, אבל לענין שלא יהיה חייב כל זמן שתחת ידו ואינו מחזיר לו זה לא הוי אסמכתא, יעו"ש. וע"ע בס' מלאכת בצלאל בשבועות שם מה שתירץ עוד קושי' רבינו כאן.

11. כע"ז כ"כ ליישב בחידושי חתם סופר שם בתירוץ הראשון, ע"ש.

(יד) אבד המשכון אבד הכל. ואם הם שני קתות, אבד חד אבד פלגא, אבד שני אבד כולו, ואם קתא עם משכון, פירוש דמשכון שוה יותר מקתא, פסק הטור (סעיף ד) ג"כ אבד משכון אבד פלגא, אבד קתא אבד פלגא הנשאר. ובאמת קשה עלי להבין

באמרו שמקבל המשכון וקתא בעד החוב, והמשכון שוה יותר מקתא, דנימא דמקבל קתא בשוה, כמו דרך משל, נסכא שוה שלשה דינרים וקתא אחד, ולוה עשרה, ונאבד הקתא, לא יהיה צריך לפרוע רק ה' דינרים, ואם נאבד נסכא ג"כ צריך לפרוע ה' דינרים, וזהו רחוק משכל דודאי סמך יותר אמשכון דשוה יותר ממה דשוה בפחות. ולכן נראה לומר ד' דינרים דשויים אינו בכלל, רק ששה הנותרים הם פלגא על נסכא ופלגא על קתא, ולכך באבד קתא דהיה שוה דינר, הפסיד מלוה ארבעה ומשלם ששה, ואם אבד נסכא דהיה שוה שלשה הפסיד ששה ומשלם רק ארבעה, וזה נכון דבהנשאר מאי שוה דשוה הרבה או מיעוט. אך גוף הדין צ"ע, דהטור (שם) פוסק כנהרדעי (שבועות מג:) והרא"ש השמיטין, וכן ברמזים (ק') פסקי הרא"ש שם פ"ו ס"י בט) פסק להדיא דלא כנהרדעי, ואילו בטור לא הביא חולק. ואפשר לדחוק דודאי לדעות הפוסקים כשמואל אף כנהרדעי הלכה, רק הרא"ש לפסק הלכה, כיון דבלא"ה רבו המחברים דלא ס"ל כשמואל, א"כ הבו דלא לוסף לפסוק אף כנהרדעי, וצע"ג.

הקשה המהרש"א (צ"מ שם) מה נחלקו המקשן ואוקימתא צמרייתא דאמרינן אף צדשוי פליגי. אצל לפי הנ"ל ניחא, דכך המשך הגמ' והכל לגירסת ר"ת דשמואל איירי צדפירש, וקאמר הגמ' נימא צדשמואל קמפלגי, דאי צדשוי ופירש ודלא כשמואל רק כיון דשוה ופירש פשיטא דמהני דהא מתנה שומר חנם להיות כשואל ולא גזים, מ"ט דר' אליעזר דודאי מהני, אלא דללא שוי ואם כן גזים והוי אסמכתא לר' אליעזר וצו פליגי צמס"כ התוס', רק קשה לתוס' הא י"ל אף צשוה פליגי וצסתם, דמליא צמס"כ לעיל אי צמפרש הוי אסמכתא או לא, ולזה קאמרי התוס' דאף צדשוי נמי מחלוקת והיינו צסתם כיון דאמרינן צדשמואל פליגי וא"ש הגירסא, דמתחילה דמיירי צמפרש להדיא ודלא כשמואל פליגי פשיטא דלא יחלוק ר' אליעזר, ולכך צאוקימתא אחריתי דאמרינן צדר' יחזק או צדר' יוסף פליגי דלא מיירי כלל מן מפרש, פשיטא דאין הדל צין שוה ללא שוה, ופשוט ולק"מ.

וה"פ"ז נראה הא צצוועות קאמר הגמ' אי צדשוי מ"ט דר' אליעזר ולא צצ"מ, משום דלכאורה אין טעם למס"כ לעיל דקאמר הגמ' אי לא ס"ל כשמואל רק דפירש דקיבל אחריות וצדשוי לא גזים, דעדיין קשה אי צסתם אמר דילמא מפשיעה קיבל, דהא עדיין לא אסיקין ממילתא דשמואל או ר' יחזק או ר' יוסף, ואי צמפרש דמקבל אחריות גניבה, אם כן הוא הדין צמקבל אחריות אונסין ומה איריא שומר שכר דנקט, אצל שם צצוועות אין זכר מהך משנה דמלוה על משכון שומר שכר רק מצרייתא דקתני אצל, ויש לומר צאמת צאונם צמס"כ הרמזין והש"ך (סק"ט) צישוז צצרי רש"י, ולכך שפיר יש לומר צמפרש, ולהציא משנה צצ"מ הו"ל להאריך פריך צקצרה מ"ט דר' אליעזר, משא"כ צצ"מ דעלה קאי דמוסב הכל צמשנה דקתני שומר שכר, ליכא למימר כלל צלי מילתא דשמואל וצמפרש, דלכך קאמר תיכף הגמ' לימא דשמואל קמפלגי, ודו"ק. ואפשר לומר הני מילי אי מפרש להדיא, אצל לפירוש ר"ת דאמר

דהבי"ד לא כופין אותו כדי שלא יעבור המלוה על לא תחמוד מ"מ חייב הוא בדמי היתרון והוי מוד"ב לחייבו שבועה, ולפי"ז ביאור קושיית הגמ' על שמואל, דאם נאמר כסברתו דהמלוה נחית דכ"ז שלא יחזיר לו הלוה המשכון לא ישלם לו הלוה כלום, ואסמכתא לא הוי כיון דאלי"כ יפסיד הלוה לגמרי, א"כ למה חייב במתני' להלוה נימא הא קבילת, ואף דהוי אסמכתא, כיון דאף בלא"ה לא היה מפסיד הלוה דסובר המלוה על המשכון שו"ש, מ"מ יקשה נימא דילמא ישנו להמשכון ביד המלוה והוי כחמשין ידענא דלית לך וחמשין לא ידענא וכקושיית הרמב"ן. ולא שייך לומר תירוץ של הר"ן דעכ"פ מחייב, דזה א"ש אם ליתא לדשמואל, אבל אליבא דשמואל לימא הא קבילת, ואף דהוי אסמכתא זה א"ש אם ידענו דנאבד שיפסיד הלוה הכל, זה הוי

קבלתי ולא איירי מזה מפרש להדיא כלל, אם כן ליכא למיפרך
מ"ט דר' אליעזר דלא ס"ל צחמירה קבלתי לגוביינא יתחייב
צחמירות, ולכך המוס' בצצועות דהעתיקו הך פירוש צחומר קבלתי
מחקו הגירסא, אבל צ"מ דלא זכרו כלל מהך דר"ח רק מפרש
להדיא, לא מחקו הגירסא, ודו"ק.

[ט] ואם נאנם המשכון וכו'.
ללוח היתרון. [ט] ואם נאנם המשכון, כגון
שגלקח בלסמים מזויין וביוצא בו משאר אונסים,
(טו) ישבע המלוה שנאנם, (טז) וישלם לו בעל
כתב הסמ"ע צ"ק י"ג,
דוקא דאין הלוח מכחישו ואינו יודע

אם צאונם או לא, אבל אם מכחישו ואמר שצפשיעה היה או הוא
ברשותו, נשבע הלוח היסת ופטור, ודייק ליה דהטור (סעיף ט)
והמחזר (לקמן סעי' יד) נתנו טעם דחייב לשלם משום דהו"ל אינו
יודע אם פרע, הרי צטוען צרור פטור. והא דנתנו צעל התרומות

(שער מט סוף ח"ב) והטור לקמן צאונם כ"ג הטעם דלכך צטוען
צרי ששלחת צו יד פטור מכח מגו דפרוע, משמע צמקום דליכא
מגו לא מהימן, הוא דצמקום דאין מגו היה צריך הלוח לישבע
עכ"פ שצועה חמורה. והש"ך (סקי"ד ולקמן ס"ק קכו) השיג,
דמשמע צצעל התרומות וטור להדיא דצריך מגו דוקא, אבל צלי
מגו אינו נאמן, וכן כתב הב"ח (סעי' כג), והא דנתנו הטעם דלכך
חייב כיון שאינו יודע, עכ"ל.

ואבות צדצרי צעל התרומות שער מ"ט צסוף ח"ב משמע להדיא כדצרי הש"ך, דהא דנאמן הלוח משום מגו הוא דנאמן, אלא דעם
כל זה לא הצנתי טעמו, דמאי שנא דנאמן פרעתי או לקחת המשכון צצוצך דהא ידוע דהיה לו משכון, והפרישה צענמו צטור
אות כ"ג חזק מדצריו של סמ"ע, וכתב ג"כ דצריך מגו דלולי כן הו"ל החוצ צרור לצ"ד, וענין משכון איך נעשה צו ספק לצ"ד, לא
הצנתי כלל, דצכל פרעון נימא כן, ואדרבא כאן החוצ צלתי מצורר, כיון דיש צידו משכון והלוח טוען צרי ששלחת צו יד, וזה יותר ספק
לצ"ד, כי כל זמן שאין מוציא משכון מידו אין חוצו מצורר מסתם חוצ צלי פקפוק דחוצ צרור לצ"ד והפרעון ספק לצ"ד, משא"כ
צמשכון דגם חוצ אין צרור דהא יש כאן משכון. וצגלל כן פסק הטור צאות כ"ח צירש שמוציא שטר וזכר צחוכו משכון ואינו יודע
כיצד נעשה צמשכון, לא אמרינן דישבע היורש צשטור, דהשטר ודאי ופרעון ספק, אלא כיון שהיה משכון על החוצ אין כאן חוצ צרור
צלתי משכון.

ודעיקר מה שלא הצנתי מה הצדל יש צין כל המשכון למקצתו, דאם המשכון אינו והמלוה אומר שקל היה שזה וזה אמר סלע, אין
להוציא מיד הלוח כלום, וצרור אפילו ליכא מגו דפרעתי כנראה מסתימת כל הפוסקים דלא חילקו כלל צכך, ועיין לקמן
סעיף ט', והטעם דהלוח טוען צרור דאינו חייב לו, ואילו כשחלוקים צכל המשכון דהמלוה אומר צאונם נאצד דהו"ל כאומר המשכון
אינו שזה כלום, והלוח אמר צפשיעה, ואם כן הרי זו כנגד דמי הלוחה כפרעון לא יהיה הלוח נאמן צלי מגו, ומי יתן אדע מה הצדל
יש צין הכל לחלק¹², וכמו דשם הדצר ספק לצ"ד כן כאן לענין אונסין, ואם אמרו צזה דאין ענין נשבע ונוטל, אף צשוי המשכון נימא
כן, הלוחה שלם, וצמשכון אם תצבע למלוה שומר שלך לשלמו, ישבע כמה היה שזה וישלם כמו שארי שומרים ולא יותר. ולכן צאמת
הצ"ח נתן צטור טעם דלכך צטוען הלוח אחת מכרתו צעי מגו, משום דמכירה הוא טענה גרוע למי מכר, ואנה הוא הלוקח יצא
לצ"ד הרי מודה דצטוען טענה שאינו גרוע כגון שפסע צו וכדומה דאין צריך מגו, והש"ך נסתייע מדצרי הצ"ח, והפוך דהצ"ח ס"ל
כסמ"ע ולכך לא השיג עליו.

ולכך צרור דהך מגו דנקט לאו דוקא, ולא נאמר רק לרווחא דמילתא כמצואר לקמן צסעיף כ"ט, דהעתיק הך דינא והשמיט סיוס
דצרי הטור דאית ליה מגו, רק כתב סתם דנאמן, ואילו ס"ל לרצינו מחצר דצעינן דוקא מגו, וצו תלוי עיקר נאמנותו של הלוח,
לא היה נמנע להציאו ואיך השמיט העיקר, אלא צרור דצצירא ליה דמגו לאו דוקא, וכן נכון ואמת, וכל דצרי מחצר מזוקקים כניחנו
מסיני.

משפטי יהונתן

12. בספר שבילי דוד (סימן זה סק"ג) כתב ליישב קושיית רבינו,
דכשמחולקין בשויו של משכון כבסעיף ט', הא דנפטר הלוח הוא משום
דהוי כתפט בטענת ברי בספק דררא דממונא, יעו"ש בטעמא דמילתא.
מיהו לפמשי"ב בקצוה"ח (סקכ"ה) דלא מיקרי דררא דממונא רק כשיש
עדים על ההלואה אלא שאין ידוע כמה, אבל ע"י הודאת בע"ד עצמו לא
מיקרי דררא דממונא, יעו"ש. לפי"ז לכאורה ליתא לתירוצו זה, דהא

(טו) ישבע המלוה שנאנם וכו'. כי אפילו שפירש שמקבל
אחריותו, אין הכוונה רק על גניבה ואבידה ולא על
אונסים, ודווקא שאין הלוח טוען ברי שלא נאנס, אבל אם הלוח
טוען ברי שלא נאנס, הלוח נשבע היסת ונפטר, ודעת הסמ"ע
(סקי"ג) וכן נראה דעת הב"ח (סעיף
כג) אפילו לית ליה ללוח מיגו
דפרעו, כגון שהלוהו בעדים והוא
תוך זמנו, או אמר לו אל תפרעני
אלא בעדים, מכל מקום נאמן, ודעת הש"ך (סקי"ד) דוקא בדאית
ליה מגו, הא בלא"ה המלוה נאמן בשבועה שקרהו אסון ונוטל
דמיו, ובתומים (סק"ט) בררתי הדברים שהנכון כסמ"ע, וכן הוא דעת
רבינו מחבר, וכן נכון.

(טז) וישלם. אפילו היה למלוה שטר חוב מלוה, וכשנתן לו הלוח
משכון החזיר לו השט"ח ונאנס, לא נימא דלקחו
המלוה לגוביינא וחייב הלוח לפרוע, מהרי"ק שורש פ', והביאו
הש"ך (סקט"ו).

התם אפילו צדאיכא מגו
חייב כיון שאינו יודע, עכ"ל.

דאם דנאמן הלוח משום מגו הוא דנאמן, אלא דעם
כל זה לא הצנתי טעמו, דמאי שנא דנאמן פרעתי או לקחת המשכון צצוצך דהא ידוע דהיה לו משכון, והפרישה צענמו צטור
אות כ"ג חזק מדצריו של סמ"ע, וכתב ג"כ דצריך מגו דלולי כן הו"ל החוצ צרור לצ"ד, וענין משכון איך נעשה צו ספק לצ"ד, לא
הצנתי כלל, דצכל פרעון נימא כן, ואדרבא כאן החוצ צלתי מצורר, כיון דיש צידו משכון והלוח טוען צרי ששלחת צו יד, וזה יותר ספק
לצ"ד, כי כל זמן שאין מוציא משכון מידו אין חוצו מצורר מסתם חוצ צלי פקפוק דחוצ צרור לצ"ד והפרעון ספק לצ"ד, משא"כ
צמשכון דגם חוצ אין צרור דהא יש כאן משכון. וצגלל כן פסק הטור צאות כ"ח צירש שמוציא שטר וזכר צחוכו משכון ואינו יודע
כיצד נעשה צמשכון, לא אמרינן דישבע היורש צשטור, דהשטר ודאי ופרעון ספק, אלא כיון שהיה משכון על החוצ אין כאן חוצ צרור
צלתי משכון.

ודעיקר מה שלא הצנתי מה הצדל יש צין כל המשכון למקצתו, דאם המשכון אינו והמלוה אומר שקל היה שזה וזה אמר סלע, אין
להוציא מיד הלוח כלום, וצרור אפילו ליכא מגו דפרעתי כנראה מסתימת כל הפוסקים דלא חילקו כלל צכך, ועיין לקמן
סעיף ט', והטעם דהלוח טוען צרור דאינו חייב לו, ואילו כשחלוקים צכל המשכון דהמלוה אומר צאונם נאצד דהו"ל כאומר המשכון
אינו שזה כלום, והלוח אמר צפשיעה, ואם כן הרי זו כנגד דמי הלוחה כפרעון לא יהיה הלוח נאמן צלי מגו, ומי יתן אדע מה הצדל
יש צין הכל לחלק¹², וכמו דשם הדצר ספק לצ"ד כן כאן לענין אונסין, ואם אמרו צזה דאין ענין נשבע ונוטל, אף צשוי המשכון נימא
כן, הלוחה שלם, וצמשכון אם תצבע למלוה שומר שלך לשלמו, ישבע כמה היה שזה וישלם כמו שארי שומרים ולא יותר. ולכן צאמת
הצ"ח נתן צטור טעם דלכך צטוען הלוח אחת מכרתו צעי מגו, משום דמכירה הוא טענה גרוע למי מכר, ואנה הוא הלוקח יצא
לצ"ד הרי מודה דצטוען טענה שאינו גרוע כגון שפסע צו וכדומה דאין צריך מגו, והש"ך נסתייע מדצרי הצ"ח, והפוך דהצ"ח ס"ל
כסמ"ע ולכך לא השיג עליו.

ולכך צרור דהך מגו דנקט לאו דוקא, ולא נאמר רק לרווחא דמילתא כמצואר לקמן צסעיף כ"ט, דהעתיק הך דינא והשמיט סיוס
דצרי הטור דאית ליה מגו, רק כתב סתם דנאמן, ואילו ס"ל לרצינו מחצר דצעינן דוקא מגו, וצו תלוי עיקר נאמנותו של הלוח,
לא היה נמנע להציאו ואיך השמיט העיקר, אלא צרור דצצירא ליה דמגו לאו דוקא, וכן נכון ואמת, וכל דצרי מחצר מזוקקים כניחנו
מסיני.

ולכך צרור דהך מגו דנקט לאו דוקא, ולא נאמר רק לרווחא דמילתא כמצואר לקמן צסעיף כ"ט, דהעתיק הך דינא והשמיט סיוס
דצרי הטור דאית ליה מגו, רק כתב סתם דנאמן, ואילו ס"ל לרצינו מחצר דצעינן דוקא מגו, וצו תלוי עיקר נאמנותו של הלוח,
לא היה נמנע להציאו ואיך השמיט העיקר, אלא צרור דצצירא ליה דמגו לאו דוקא, וכן נכון ואמת, וכל דצרי מחצר מזוקקים כניחנו
מסיני.

בפשוטו לא מיירי הך דינא דסעיף ט' דוקא באופן שיש עדים שהמשכון
נאבד, וסתמא דמילתא משמע דמיירי אפי' באופן שהמלוה מודה בעצמו
שנאבד ושחייב באחריותו, ולפי"ד הקצוה"ח לא חשיב דררא דממונא
בכה"ג, וצ"ע. וע"ע בנתיה"מ בכללי תפיסה (כלל ז') שהסכים לדברי
הקצוה"ח בזה. אמנם להלן (סי' פח סק"ג) חולק ע"ד הקצוה"ח וס"ל
דבדבר ששניהם מודים הוי נמי דררא דממונא, ע"ש. וע"ע ביצועות

(יז) לא הוי אלא שומר חנם. דלא קי"ל פרוטה דר' יוסף, דזהו לא שכיח שיבא עני באותו פעם דעסוק במשכון, ולכך הוי שומר חנם, רק לעומת זה קי"ל כשמואל (שבועות מג:) אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי, אם אמר הריני מקבלו בכל החוב וכנגד שוין דמי המשכון, אפילו לא אמר הו"ל כאומר, ולכך אין נפ"מ בין אי אמרינן דהוי שומר שכר משום פרוטה דר' יוסף או מטעם

שמואל, דסוף כל סוף מפסיד המלוה דמי שווי המשכון, רק אם המשכון שוה יותר מחובו, אז לדעת מחבר דפוסק כר' יוסף מחויב המלוה לשלם, ולא לדעת היש חולקים דסבירא להו כרבה, וכן אם החוב יותר מכדי משכון תליא גם כן בהנך דעות אי מהני אמירתו להפסיד כל החוב או לא, אך כבר כתבו הרמ"א בהגה לעיל, ועיין מש"כ שם, ובין היה הלואה בשטר או לא בשטר אין הבדל, ש"ך (סקי"ח), ופשוט.

(יח) גותן ללוה. בין הלוה מעות בין הלוהו פירות, דמכל מקום לא מקרי שומר שכר אלא בכדי חוב ולא ביותר מכדי חובו, ש"ך (סק"ב), ודעת הט"ז בסוף סימן זה (כאן) במי שמכר דבר בהקפה במקח מיצעי ונטל משכון, דהוי שומר שכר אפילו במה שיתר מכדי חובו, ונעלם ממנו דברי הרא"ש (שבועות פ"ו סי' כט) וטור (סעיף ד) דכתבו להדיא הלוהו פירות אין שומר שכר יותר מכדי הלואתו כמש"כ ועיקר¹³.

[י] אין המלוה גותן וכו'. כתב הש"ך צ"ק י"ז דאף שלא צעעת הלואתו אין משלם היתרון שיש צממון מכדי חובו, ואף דנעשה שומר שכר מדר' יצחק, מכל מקום לא נעשה שומר שכר יותר מכדי חובו, כן דעת מהר"ם צממון (שבועות סי' תשע"ד). והש"ך חולק, והביא דעת שער (ט) דר' אליעזר דס"ל מלוה על משכון הוי שומר חנם, ומכל מקום צלחת הלואתו הוי

שומר שכר אפילו ציורו יותר מכדי חובו. ולא ידעתי מה נורך לשער, מר' אליעזר גופיה שמע מיניה, דכפי שצירתי לעיל צ"ק וי"ו דאפילו לדעת הרא"ש (צממון כלל 5 סי' ג) צממון שלא צעעת הלואתו לא שייך פרוטה דר' יוסף, ומכל שכן לדעת הרשב"א (צממון ח"ג סי' ז), ואם כן איך כתב הרי"ף (צ"מ נא. ושבועות כה). וכן הרמב"ם פ"י מהל' שכירות (ה"א) והמחבר דהוי שומר שכר צין צעעת הלואה וצין צממון לאחר הלואה, הא דיניהם אינם שוים, דצעעת הלואה דשייך פרוטה דר' יוסף, אפילו ציורו של המשכון חייב, אצל לאחר הלואה מחמת ר' יצחק הא אינו חייב ציורו, ועכ"ל דגם משום דצע"ח קונה משכון חייב צממון כל המשכון, ואם כן מייניהו נשמע להפוסקים כרבה ושמאל, דכי צממון שחולקים צוה לפסוק כרבה, יחלקו בדברי ר' יצחק עד היכן מגיע קנינו ושכר נדקה שלו אם צממון חוב או ציור נמי, מה ענין זה לזה הא לא צממון כלל. ואם רוב גדולי מחברים ס"ל דקונה כל משכון לחייב צממון, אם כן דברי מהר"ם יחיד צוה, דאין זה תליא כלל כהך דשמואל. ואמת כי לפי מש"כ רש"י ללכך קונה משכון דלגוצינא נקטו שלא צעעת הלואה, אם כן זהו לא שייך ציורו יותר מכדי חובו, אצל רוב פוסקים חולקים על הטעם זה כמש"כ מהר"ם גופיה טעמו של החוס'.

והש"ך זיקש לומר צממון דתפיס ליה אזורי הוי שומר שכר אף על מה שמשכון שוה יותר מחובו, ולא כן משמע צריטצ"א כמש"כ האסיפת זקנים צממון (צ"מ פז:) והצממון לקמן ס"ק כ"ב צממון, דהקשה ל"ל דר' יוסף תיפוק ליה דתפיס ליה אזורי, ותיירך דאליטריך דר' יוסף למהו שומר שכר אפילו מה דמשכון שוה יותר מכדי חובו, ש"מ דהך סברא דתפיס אזורי אין מספיק ליתר מחובו שיתחייב צממון, ותיירך לומר אף דאומן דתפיס ליה אלאגרא גם כן מתחייב צממון דהך סברא דתפיס אזורי יותר מכדי חובו, דגבי משכון לא ניחא ליה למלוה ליקח יותר, ואילו הוי לזה הצממון צממון כדי חובו צממון גם כן הוי מתרצה והיתר למה לו, אצל צממון לפוס ענין דתפיס כן ענין שכר, ואם כן ניחא ליה צממון דהך סברא, אצל מכל מקום גם מדברי הריטב"א מוכח דר' יצחק איירי אפילו יותר מכדי חובו, דאלי"כ עדיין קשה למה לי כדר' יצחק, לימא משום דתפיס אזורי, ועכ"ל כמירון הריטב"א דגם משום דר' יצחק מתחייב צממון, ועיין לקמן ס"ק כ"ב צממון צממון דאמרינן צממון פליגי. וזהו ניחא להנך דס"ל תפיס לאחר הלואה הו"ל שומר שכר מטעם דתפיס ליה אזורי כמש"כ לקמן ס"ק כ"ב, דקשה למה ליה לגמרא משום דר' יצחק וכו' שהקשה הרא"ש צ"ק דקידושין (סימן י), דלפי הנ"ל ניחא, דאליטריך ליתר מכדי חובו. מיהו זהו צממון יש לדחות צממון שלא צעעת הלואתו דחייב להחזירו לעת צורכו, לא מקרי תפיס ליה אזורי אף דאין נעשה מטלטלין אצל צממון, צממון זה לא נעשה שומר שכר כיון דצריך למיעל ומיפק צממון ואינו תפיסה גמורה, ודו"ק.

ואני חשבתי שיש כמעט לדעת הש"ך ראיה ברורה מדברי הגמרא, דהא צממון אוקימתא צממון (צ"מ ושבועות שס) איכא טעמא דשומר שכר משום דר' יצחק דאמרו אף צעעת הלואתו, ודעת רמב"ן דאף צממון קאי, ע"ש צממון ורמב"ן. וקשה אם כן יהיה הך מילת ואצל המשכון דנקט צממון דשבועות (מג.) מוסב לתרי פירושים, דצרישא שאין המשכון שוה צממון חובו והמלוה תוצע יתרון, יהיה פירושו אצל צממון ואצידה דהא הוי שומר שכר, וצרישא דהמשכון שוה יותר והלוה תוצע יתרון, יהיה לדעת מהר"ם על כרחך פירוש ואצל דהמשכון צממון צממון, דהא אין המלוה על היתרון רק שומר חנם, ואם כן אצממון הך אצל המשכון אחרי רכשי, אלא ודאי דאף ציורו יותר מכדי חובו הוי שומר שכר, וא"ש דאצל מייירי צממון ואצידה, וכן להך אוקימתא דר' יוסף פליגי וכן לרבה, י"ל

משפט ידונת

ישראל (סי' עב סקי"ח) שתמה ע"ד הקצוה"ח בזה, דודאי גם הודאת הבע"ד הוי כעדים, ויעו"ש שהוכיח כן מדברי הראשונים, יעו"ש. וע"ע בדברי משפט (סק"ה) מש"כ ביישוב קושיית רבינו. ובדמשק אליעזר (סק"ה), ע"ש.

דהמשנה לא שייך דשמואל הן לגירסת רש"י והן לגירסת התוס', וגם לא ס"ל דר' יצחק כמש"כ הרמב"ן, אם כן הו' שומר חנם ואזל בכל המשנה צפשיעה איירי, אזל לפי שיטת מהר"ם קשה, ולכן הנכון וצרור כדברי הש"ך.

[יא] ל"וה היתרון. ואם המשכון [יא] ללוה [יב] (יט) היתרון שוה צפחות מכדי החוב,

אין מפסיד היתרון, אם לא שהתנה להדיא שמקבלו צכל החוב כגירסת התוס' (צ"מ פז. ד"ה לא וצועות מג: ד"ה מתניתין) דשמואל איירי צדפירש. ואם לקח משכון שלא צעת הלואה והתנה כן, דעת רבינו צ"י (סעיף ז) דלא מהני, ולא אמרינן שלא צעת הלואה אזל קתא אזל אלפא וזוי כלל, ונסתייע מדברי התוס' צצצועות (מד. ד"ה מאי לאו) ומהגהת הרא"ש (צ"מ פ"ו ס' ית). וצאמת מדברי תוס' צצצועות אין ראה וזכר כלל כמש"כ הצ"ח ופרישה (שם), אך צדברי הגהת הרא"ש צפרק האומנין דכתב להדיא, אם אזל המשכון אזל כל מעותיו אפילו היתרים על המשכון, אזל שלא צעת הלואתו לא אזל אלפא כנגד המשכון משום דר' יצחק, אזל דשמואל נראה דלא שייכי אלפא צצעת הלואה, וכן משמע מפירוש ר"י דפוסק כשמואל, עכ"ל. והרי ממש מצואר כצ"י, והצ"ח לא הזכיר צד מהך הגהה.

איברא דהקשה הצ"ח מה טעם יש צדצד לחלק צין שעת הלואה לאח"כ, לכאורה קושיא עומתת היא. אמנם נראה דהתוס' כתבו צצצועות ד"ה מתני' וכו', דלכך לא הו' אסמכתא ולא דמי למשחק צקוציא, דהתם לא הפסיד, אזל הכא שהפסיד משכון גמר צדעתו להפסיד כל החוב וכו', עכ"ל. ונריך פירוש דמה מפסיד משכנו הא הו' שומר חנם, ונ"ל דקאי על הלואה, דהלואה מפסיד משכנו, אף הוא המלוה גמר צדעתו מוחלט להפסיד כל החוב, וכן הוא הפירוש הנכון צתום'.

וצריך להצין הא גם אם אוצר ולא אעזד אשלים אלפא וזוי מפסיד הנותן מה שהיה השדה ראוי לעשות, ונריך לחלק צצלמא התם אף דיהיה אסמכתא, מכל מקום לא יפסיד מה שהוא ראוי לעשות כמש"כ הרא"ש (צ"מ פ"ט ס' ז) ורי"ף (שם סא:)

דמכל מקום משלם צמיצבא, אזל צו אי אמה משויה ליה לאסמכתא, כל צדציו וקצלתו צטילים כמש"כ התוס' (שם פז. ד"ה לא) לר' אליעזר דמי אמר ליה קני לגוצינא, ואם כן יפסיד הלואה משכנו, ולכך אמרינן דאומרו צלצ שלים וכל צדציו קיימים, וזה צרור צפשט התוס', ואם כן הני מילי צצעת הלואתו, דלולי קצלתו הו"ל שומר חנם ומפסיד הלואה משכנו, משא"כ שלא צצעת הלואה דכנגד המשכון לכו"ע הו' שומר שזר מד' יצחק, אם כן אין הלואה מפסיד כלום, ואם כן מה שמקבל היתרון הוא רק גוזמא צקוציא וכדומה והו' אסמכתא, ולכך צצירא ליה להגהת הרא"ש דאינו מועיל וא"ש¹⁴.

ובזה יש להצין צמה שהקשו התוס' צצצועות (מג: ד"ה מתניתין) דנימא מתני' ר' אליעזר היא וצדפירש מודה ר' אליעזר לשמואל, ומריך התוס' כנגד דמי משכון הו"ל כפירוש וכו', וכתבו צהכי נימא דלא אמר דכו"ע אית להו דשמואל צדפירש ופליגי צדלא פירש וכו'. ולכאורה קשה היינו קושיא ראשונה והיינו קושיא אחרונה, דאם אמרינן דכו"ע אית להו דשמואל, אמיא מתניתין אף כר'

(יט) היתרון. ואם משכנו שלא בשעת הלואתו, דעת מהר"ם (במרדכי שבועות ס' תשעד) דגם בזה אין נותן היתרון, והש"ך (סקי"ז) חולק, וכן הסכמתי בתומים (סקי"ב) דשלא בעת הלואה דקנה מדד' יצחק בכל המשכון הו' שומר שזר אפילו אם שוה יותר מכדי חובו, ע"ש.

(כ) אלא אזל (כא) מעותיו, (כ) אלא אבד וכו'. ואי אין כדי חובו המשכון רק בפחות, והתנה שמקבלו בכל החוב, דלדעה זו אבד כל החוב, דעת הב"י (סעיף ב) דוקא במשכון בשעת הלואה, אבל שלא בשעת הלואה לא מהני, והב"ח (שם) חולק, ועיין תומים (סקי"א) שבררתי דברי רבינו ב"י, והדבר בכלל ספיקא דינא, וצ"ע ע"ש.

(כא) **מצעותיו**. בש"ך (סקי"ח) הביא תשובת רש"י (הובא במרדכי שבועות ס' תשעה), ראובן מישכן חפץ לשמעון ושמעון ללוי, ואמר שהתנה עם ראובן שאם לא יפדנו לזמן דיהיה מוחלט לו, ועבר הזמן ונתן לוי ליהודה במתנה, אם בא ראובן לפדות המשכון, חייב יהודה לתת לו, דמה שהתנה הו' אסמכתא ויקבל יהודה המעות שחייב ראובן עליו, ואם טוען יהודה שאינו ברשותו, ישבע כן, וישבע כמה היה שוה כי מחויב לשלם מה ששוה יותר מהחוב לראובן. ועיין בתומים (סקי"ב) כי אם טוען יהודה איני יודע, מחויב לשלם כל מה שטוען ראובן אם מודה בפעם אחת דהיה המשכון שוה יותר מכדי חובו, ולא אמרינן דלא הו' ליה למידע, והעלה הש"ך דאין לוי או שמעון חייבים לשלם לזה אפילו פרוטה אחת, רק יהודה דהיה משכון בידו חייב לשלם המותר מכיסו לבדו, אף דפשעו במה דהיו שומר שמסר לשומר, מכל מקום עכשיו דיהודה כאן חייב לשלם הוא הכל והן פטורין, ונכון ופשוט. אמנם אי תובע ללוי שהיה המשכון שוה הרבה ביותר, ולוי מודה בפרוטה דהוי שוה יותר, והנשאר אינו יודע, אף דיהודה יודע ורוצה לישבע, העליתי בתומים דאינו נאמן ויכול לומר לו לא מהימן לי בשבועה וחייב לוי לשלם, ע"ש שבררתי הדבר.

כל צדציו וקצלתו צטילים כמש"כ התוס' (שם פז. ד"ה לא) לר' אליעזר דמי אמר ליה קני לגוצינא, ואם כן יפסיד הלואה משכנו, ולכך אמרינן דאומרו צלצ שלים וכל צדציו קיימים, וזה צרור צפשט התוס', ואם כן הני מילי צצעת הלואתו, דלולי קצלתו הו"ל שומר חנם ומפסיד הלואה משכנו, משא"כ שלא צצעת הלואה דכנגד המשכון לכו"ע הו' שומר שזר מד' יצחק, אם כן אין הלואה מפסיד כלום, ואם כן מה שמקבל היתרון הוא רק גוזמא צקוציא וכדומה והו' אסמכתא, ולכך צצירא ליה להגהת הרא"ש דאינו מועיל וא"ש¹⁴.

ובזה יש להצין צמה שהקשו התוס' צצצועות (מג: ד"ה מתניתין) דנימא מתני' ר' אליעזר היא וצדפירש מודה ר' אליעזר לשמואל, ומריך התוס' כנגד דמי משכון הו"ל כפירוש וכו', וכתבו צהכי נימא דלא אמר דכו"ע אית להו דשמואל צדפירש ופליגי צדלא פירש וכו'. ולכאורה קשה היינו קושיא ראשונה והיינו קושיא אחרונה, דאם אמרינן דכו"ע אית להו דשמואל, אמיא מתניתין אף כר'

משפט יהונתן

שו"ש עכ"פ כנגד המשכון מטעמא דר"י שוב הו' על המותר אסמכתא, ויעז"ש שהקשה ע"ד רבינו, דלכאורה לפי"ז יקשה מאי הקשה הגמ' בשבועות שם על שמואל ממתני' שם סלע הלוייתך ושקל היה שוה, דילמא המשנה אתיא כת"ק דמשנה בב"מ דהמלוה על המשכון הו' שו"ש ומטעם פרוטה דר"י, ושמואל סובר כר"י שם דלא הו' שו"ש מטעם פרוטה דר"י, ולת"ק דהוי שו"ש שוב הו' אסמכתא להפסיד יותר מדמי שוי המשכון כיון דהלואה בלא"ה לא יפסיד, יעז"ש מש"כ בזה.

14. באמרי בינה (דיני הלואה ס' עא) ביאר דברי רבינו בביאור דברי ההגהות אשר"י עפי"ד התוס' בשבועות, דאף דהתם גם כן מפסיד, מ"מ אף אם נאמר דהוי אסמכתא הוא דוקא על האלף וזו שהתחייב, אבל מה שהפסיד חייב לשלם, משא"כ במשכון אם נאמר דהוי אסמכתא ואף כנגד המשכון לא יפסיד המלוה, אם כן יפסיד הלואה לגמרי גמר ומשעבד נפשיה, ולפי זה דוקא בשעת הלואה דאם לא נאמר דגמר ומשעבד נפשיה יפסיד הלואה מכל וכל, אבל שלא בשעת הלואה דאף בלא דשמואל הו'

הלוינו ושקל היה שוה והלוה אמר ג' דינרים היה שוה, דשצוה גבי ליה היא דמודה צמקת הוא, ואמר ר' אשי זה נשצו שאין צרשותו וזה נשצו כמה היה שוה, משום דלא קים ליה מלוה לפי שאינו שלו, מכל מקום כיון דיהודה היה סבור דהוא שלו צמחנה קים ליה בגויה כמה היה שוה ונשצו כדין כל הנשצעין שצמורה, עכ"ל. ותמה הש"ך דמה ענין דחשצ דהוא צמחנה, אפילו הוא מלוה גרידא גם כן נשצו כמה היה שוה ונפטר כדאמרין להדיא שם בגמ' פרק המפקיד (לה), רק צהא דאמרין שם דלוה מאמין למלוה שאין צרשותו ולא מהימן ליה צמחנה היה שוה משום דלא קים ליה, אבל שיהיה שצוה נעקר ממלוה לא סלקא דעתך כלל, ולכן הניחו צ"ע, וחוצה עלינו ליישצ דעת רש"י והגדולים שהעתיקו דבריו.

לרב נראה דס"ל לרש"י מה ראה רב אשי על ככה לחלוק אשמואל ור' יוסף ויתר אמוראים דסבירא להו דעקרוהו רבנן שצוה מלוה ושדיוהו אמלוה מחשש דשמא ישצו הלוה וכו', ופירש דשניהם נשצעים מה דדחוק צמחנה, דישראל מי נשצו מחילה צמח דלא נזכר מקדש שצוה המלוה שאינו צרשותו כלל ואין זכר לו, וסבירא ליה לרש"י דס"ל לר' אשי לדחוק דיקחו חכמים שצוה מלוה להטילו למלוה מחשש חילול ה' הלזה שמא ישצו וכו', מה שגבי מלוה יש יתיר חשש שצוה שוא דינשצו כמה היה שוה מה דלא קים ליה ובקל טועה בשויו, ודי כשהשצוה גבי מלוה מי הוא השליט לטול ממנו השצוה והוא נועק קים ליה, אבל מהכ"ת לעוקרו מהלוה במקום חשש הלוה, ולכן סבירא ליה לר' אשי דלא עקרוהו רק שניהם נשצעין.

ובזה יוצן שיעור דברי רש"י, דפסק דיהודה מחויב לינשצו כמה היה שוה, וכוונתו ואם אין יודע חייב לשלם דהו"ל מחויב שצוה, דודאי פרוטה היה שוה ויתר ואין ידוע כמה מחויב לינשצו ומתוך שאין יכול לינשצו משלם, ועל זה כתב רש"י אע"ג דקיי"ל כר' אשי וכו' משום דלא קים ליה, פירוש הואיל ולא קים ליה לא סבירא ליה לר' אשי דעקרוהו חכמים שצוה מלוה למלוה, ואם כן דכך הסדר, דלא קים ליה ואין המלוה מדקדק לדעת שוי המשכון, אם כן אין נאמר דהו"ל מתוך שאין יכול לינשצו משלם הא לא הו"ל למידע, וצמקוס דלא הו"ל למידע לא שייך מתוך שאינו יכול לינשצו משלם, ועל זה כתב רש"י דיהודה דסבר דהוא שלו קים ליה בגויה והיה לו למידע ומתוך שאינו יכול לינשצו משלם, ואפי' שפיר והדברים צוררים, רק קינר צלשון צמה דקאמר מחויב לינשצו, דהכוונה ואם אמר איני יודע מחויב לשלם דהו"ל מתוך שאינו יכול לינשצו משלם, ועל זה סובב כל הדברים וא"ש, דכל הכוונה דחייב לינשצו ואי אינו יודע משלם¹⁵. והמעין צמרדכי יראה דלכך נכתוב, דודאי אינו יודע כמה היה שוה דהא אין צרשותו, ועל זה קאמר דינשצו שאין צרשותו ומחויב לינשצו כמה היה שוה וזה אין ידוע לו ומחויב לשלם.

ובדברי נחא הא דחוצה ליהודה ולא ללוי, דהא כתב רש"י שם

אליעזר, וכן להיפוך דאי צמחי' אף כר' אליעזר, על כרחך דכו"ע אית להו דשמואל, וצ"מ לא כתבו התוס' כלל הך קושיא דנימא צמחי' ר' אליעזר הוא, רק דהו"ל דכו"ע אית להו דשמואל, והשמיטו זאת, ועיין צמח"א (שם) שעמד צוה, והעיקר מה שמקשים אין אפשר למימר צמחנה צדפירש וכו"ע מודים, דאם כן אין יחלוק ר' יהודה אדר' אליעזר ור' עקיבא.

אב"ד נראה לפמ"ש כ"אם כן אין מקום לקושיא דנימא צדפירש וכו"ע אית ליה דשמואל וכי פליגי צדלא פירש, וס"ל לר' עקיבא מכל מקום הוי שומר שכר מטעם דר' ינחם או דר' יוסף, דאם כן יקשה מ"ט דר' עקיבא צדפירש דאצד כל מעותיו הא הו"ל אסמכתא, ואי דהלוה מפסיד המשכון, הא לא מפסיד דהא אף צלי אמירתו הוי שומר שכר לר' עקיבא צדדי המשכון, ולא מתוקמא מילתא דשמואל אלא אי סבירא ליה כרצה דהוי זולת קצלתו שומר חנם, ונריך לומר צמחנה דלהך פירוש לא קשה קושיא זו, רק קשיא לפירוש השני שאמרו התוס' דלא נחלקו צמחכתא רק מיירי שאמר סתם קצלתיו, ואסמכתא לכו"ע לא הוי דהוי מחול לך, ובזו שפיר קשה, ולכן צ"מ הקשו כן, דשם נחנו התוס' טעם משום דמחול לך ולא הטעם הנ"ל דמפסיד המשכון, אבל לטעם דמפסיד המשכון לק"מ, אבל לעומת זה מן משנה קשה דנימא צדפירש וכו"ע מודים דאין לך אלא כפי שהחנה, ואי קשה כנ"ל הא הוי אסמכתא, זה אינו, צמחנה סתמא דגמרא לא מצי למימר דכו"ע אית להו דשמואל, דהא אן קי"ל אסמכתא לא קניא וקשיא כנ"ל, אבל סתם משנה צפרק איזוהו נשך דף ס"ה וס"ו דמוקי ליה דסבירא ליה כר' יוסי דאסמכתא קניא, אם כן ודאי צמד מסכת לא יהיו הסתמים סותרים אהדדי, ואם כן אף הך סתם משנה המלוה על משכון סבירא ליה דאסמכתא קניא, ואם כן שפיר לכו"ע הוי שומר שכר דנחא צצממון קיים, ולכן פליג ר' יהודה דר' יהודה לשיטתו דסבירא ליה צ"צ (קסת). אסמכתא לא קניא, והקשה תוס' על נכון, ותיירו התוס' דהו"ל כאילו פירש, ובזו כתבו והשתא א"ש, כלומר לכל התירושים ואין צריך לסבירא הנ"ל משום אסמכתא, דאפילו לתירוק השני גם כן לק"מ, ולכן התוס' צ"מ דלא הזכירו הך תירוק הואיל והפסיד המשכון, לא הקשו הך קושיא דנימא המשנה ככו"ע, דינש לומר אין יחלוק ר' יהודה, ודו"ק. ומזה נראה להצדיק דברי הגהת דברי רבינו צ"י, ולכן דינא לנ"ע.

[יב] היתרון. הש"ך (סקי"ח) הביא דברי צמרדכי (שצוה ס' תשעה) שהוא תשובת רש"י אשר ענינו צקצרה כך, ראובן משכן חפץ לשמעון ושמעון ללוי ולוי נחנו צמחנה ליהודה, כי אמר שמעון ללוי שקצו זמן לראובן לפדותו ואם לאו יהיה מוחלט לו, ופסק רש"י דזה הוי אסמכתא ולכן יחזיר יהודה החפץ לראובן וראובן ישלם ליהודה מה שחייב לשמעון, ואם יטעון יהודה שכבר מכרו או שאין צידו מחויב לינשצו כמה היה שוה, ואע"ג דקיי"ל כר' אליעזר דאמר (צ"מ לה). צמלוה אומר סלע

משפט יהונתן

וע"ע בכנסת הגדולה מש"כ להקשות על דברי רש"י, דמשמע מדבריו דמשכנו שלא בשעת הלואתו בע"ח קונה משכון ואפילו אם הוא בעין

15. ע"י כן בגמיה"מ (סקי"ב). וע"י בבית יהודה מש"כ להשיג ע"ד רבינו ומיישב שם קושי' הש"ך. וע"ע בשער המשפט (סקי"ד) מש"כ ליישב.

בתשובה ר"ה מזה גובה ר"ה מזה גובה, ואם לוי אינו יודע לוי
ישלם כמו שתבעו ראובן, דלא מהני שבעת יהודה לגבי לוי,
דיכול לומר את מהימנא בשבעה ואידך לא מהימן, וכמש"כ
הש"ך גופיה דלכך לא שייך שומר שמסר לשומר הואיל ויהודה
משלם וניחא מה שמשלם, אבל מה
שנבע בשווי יתבע ללוי [דיחמך]
לא צעינא שבעת יהודה, אלא דזהו
טובתו של ראובן לתבע ליהודה,

דלגבי לוי אילו טען איני יודע היה פטור דלא הו"ל לידע כיון
דצמשכון צא לידו ולא קים ליה, ולכך תבע ליהודה דהוא היה
לו למידע, והדבר מוכח כמש"כ. ומה שהשיג הש"ך על הגהת
מהר"ם טייקטין (חידושי אנשי שם אות ה), יפה השיג, וכנים
דבריו כמש"כ באורים (סקי"א), ע"ש. אבל יצא לן הדין לדעת
הפוסקים לקמן סעיף י"ב דאף צמשכון אמרינן דהו"ל למידע,
אם כן יכול לתבע ללוי, ואם אין לוי יודע אף שיהודה יודע,
יכול לומר איהו לא מהימן לי וחייב לוי לשלם, וזה ברור.

[יג] יותר וכו'. כתב הסמ"ע (סקי"ד) הני מילי במלוה על
משכון ישראל, אבל המלוה לישראל על משכון של
כותי ולוקח עליו רבית, כיון דהוא כמלוה לכותי עמנו דישראל

הוא רק שלוחו של גוי, דאי לא תימא הכי איך שקיל מניה רביתא, אם כן בשביל רבית הו"ל שומר שכר גמור, וחייב לשלם אפילו
מה ששוא המשכון ציתרון, אם לא כשיש דינא דמלכותא מצלי לפרוע היתרון דאז פטור הישראל וכדיניהם דנין ליה, ומהר"י לצ
(ח"ג סי' קטו) ז"ל נסתפק בזה, והנלענ"ד כתבתי, עכ"ל. והש"ך (סקי"א) כתב דמהר"י לצ לא דיבר בנדון זה כלל, רק מיירי משכנו
של ישראל לחצירו צהיתר עסקא וכדומה, והספק הואיל ואין הרווח ברור דאם יהיה הפסד צעסקא לא שקול מידי, וגם אין הרווח
צא מחמת המשכון רק מחמת הלואה, ולכך נסתפק וכו', עכ"ל.

ישותא דמרנן אלו לא ידענא, דצמשכון ישראל מגוי צריצת הסכימו שניהם דהו"ל שומר שכר ומשלם אפילו היתרון, וטעמם
נסתרים לכאורה, דהא אם כן דישראל שומר לגוי הא אין דין שומרים לגוי דרעהו כתיב צפרשה, וכן מצואר לקמן סי'
ש"א סעיף א', והוא לשון הרמב"ם (פ"צ משכירות ה"א), ואפשר דאפילו צפשיעה פטור לדעת התוס' (צ"מ נז: ד"ה שומר) וסייעתו
לעיל סי' ס"ו (סעיף מ) דכל היכי דליכא דין שומרים לא מתחייב צפשיעה דלא מיקרי מזיק צידים.

ואמת כי יש מקום עיון צ"ן צפ"ק דפסחים (ב: ד"ה גרסי'), דפירש צדכ"י רש"י (שם ו. ד"ה יחד לו) דנכרי שהפקיד חמנו אצל
ישראל דאם הוא צאחריות ישראל דחייב לצער, דלא מיירי דקיצל צפירוש אחריות רק צסתמא, ומכל מקום ישראל חייב
צאחריותו כדאמרינן צצ"ק (מח: הכנים שורו לחצר צעה"צ וכו') דחייב צאחריותו. והדבר תמוה, צשלמא צישראל יש דין שומרים, אבל
גוי הא ליכא דין שומרים ופשיטא דלריך קבלה להדיא¹⁶, ולחד תירוצ צתוס' צצ"מ דף נ"ח (ע"א) ד"ה אמר רבי יוחנן וכו' משמע
דהיכי דאפילו משבעה פטור דאין צו דין שומרים לא מהני קבלה גרידא כי אם צקנין. וכמו כן יש להצין צמה צכתב הריצ"ש
צתשובה סי' ת"א דאסור לישראל לקנות צפסח חמץ לגוי מגוי צמעותיו של גוי, דגוי השני לא קנה, וגם ישראל אין דעתו לקנות
ציסורא, אם כן הו"ל חמנו של גוי ראשון ואחריותו על ישראל, וקשה למה הא אין דין שומרים לגוי¹⁷.

ולבן היה נראה קצת מדברי תוס' צצבעות דף מ"ד (ע"א) ד"ה שומר וכו', דכתבו כיון דקי"ל כרצה ושמאל אם כן ישראל
שהלוה לנכרי על חמנו אסור צהנאה צלא דר' יצחק, ורצנן אמאי פליגי שהרי חייב צאחריות כשומר שכר מכה שמואל, וע"כ

משפט יהונתן

דין אחריות. שו"ר בשאגת אריה (סי' פח) שכתב להוכיח משיטת רש"י
הנ"ל דס"ל דבקיבל עליו אחריות מפשיעה לחודיה ג"כ עובר בב"י,
ואפילו כשהחייב הוא מדין פושע מטעם מזיק וכדעת הרמב"ם, ע"ש.
ונראה שפירש בזה כמש"נ. ועי' בחידושי הגרש"ר שם (אות קיח)
שהביא דברי התוס' בב"מ (דף פב: ד"ה אימור) שהוכיחו דלשיטת רש"י
אין עוברים בב"י אלא בקיבל אחריות דאונסים, ע"ש. וצ"ע לפי"ז
סתירת דברי רש"י לפירוש הר"ן.

17. ע"ע מש"כ על דברי הריב"ש במל"מ (פ"ד מחו"מ ה"ג), ובמקור
חיים (סי' ת"נ סק"ו), ובישועות יעקב שם (סק"ד), ע"ש.

(כב) וצ"א יותר. ואם היה לו משכון שוה הרבה ונגנב מקצתו, ומה
שנשאר הוא כדי חוב, גם כן פטור דעל הנשאר מכדי
חובו לדעת זו הו"ל שומר חנם, מהריב"ל (ח"ג סי' קטו) ופשוט,
וכ"כ הש"ך (סק"כ).

(כג) יותר. וכתב הסמ"ע (סקי"ד)
דאם ישראל הלוה
ברבית לישראל על משכון של גוי,
כיון דישראל נעשה שלוחו של גוי

דזולת זה אסור ליקח רבית הו"ל שומר שכר, וכן כתב הש"ך
(סקי"א), ואני כתבתי בתומים (סקי"ג) דלמאן דלא פוסק כשמואל רק
כר' יוסף, פשיטא דפטור, אלא אפילו למאן דפוסק כשמואל אפילו
כנגד חובו, נראה להלכה דפטור וחייב לשלם, ע"ש שהארכתי. ואם
הלוה לישראל בעסקא וישראל נתן לו משכון, העליתי גם כן
בתומים דלא הוי שומר כלל דהוי שמירה בבעלים, עיין שם
באריכות, אבל אם ראובן נתן לשמעון משכון שילוח ללוי בעסקא,
בזה הוי לכולי עלמא על משכון שומר שכר, או ראובן שלוח
לשמעון על משכון, ולוי נתן לו זוז כדי שילוח לשמעון, הוי גם כן
שומר שכר על משכון של שמעון, עיין תומים.

הוא רק שלוחו של גוי, דאי לא תימא הכי איך שקיל מניה רביתא, אם כן בשביל רבית הו"ל שומר שכר גמור, וחייב לשלם אפילו
מה ששוא המשכון ציתרון, אם לא כשיש דינא דמלכותא מצלי לפרוע היתרון דאז פטור הישראל וכדיניהם דנין ליה, ומהר"י לצ
(ח"ג סי' קטו) ז"ל נסתפק בזה, והנלענ"ד כתבתי, עכ"ל. והש"ך (סקי"א) כתב דמהר"י לצ לא דיבר בנדון זה כלל, רק מיירי משכנו
של ישראל לחצירו צהיתר עסקא וכדומה, והספק הואיל ואין הרווח ברור דאם יהיה הפסד צעסקא לא שקול מידי, וגם אין הרווח
צא מחמת המשכון רק מחמת הלואה, ולכך נסתפק וכו', עכ"ל.

ישותא דמרנן אלו לא ידענא, דצמשכון ישראל מגוי צריצת הסכימו שניהם דהו"ל שומר שכר ומשלם אפילו היתרון, וטעמם
נסתרים לכאורה, דהא אם כן דישראל שומר לגוי הא אין דין שומרים לגוי דרעהו כתיב צפרשה, וכן מצואר לקמן סי'
ש"א סעיף א', והוא לשון הרמב"ם (פ"צ משכירות ה"א), ואפשר דאפילו צפשיעה פטור לדעת התוס' (צ"מ נז: ד"ה שומר) וסייעתו
לעיל סי' ס"ו (סעיף מ) דכל היכי דליכא דין שומרים לא מתחייב צפשיעה דלא מיקרי מזיק צידים.

ואמת כי יש מקום עיון צ"ן צפ"ק דפסחים (ב: ד"ה גרסי'), דפירש צדכ"י רש"י (שם ו. ד"ה יחד לו) דנכרי שהפקיד חמנו אצל
ישראל דאם הוא צאחריות ישראל דחייב לצער, דלא מיירי דקיצל צפירוש אחריות רק צסתמא, ומכל מקום ישראל חייב
צאחריותו כדאמרינן צצ"ק (מח: הכנים שורו לחצר צעה"צ וכו') דחייב צאחריותו. והדבר תמוה, צשלמא צישראל יש דין שומרים, אבל
גוי הא ליכא דין שומרים ופשיטא דלריך קבלה להדיא¹⁶, ולחד תירוצ צתוס' צצ"מ דף נ"ח (ע"א) ד"ה אמר רבי יוחנן וכו' משמע
דהיכי דאפילו משבעה פטור דאין צו דין שומרים לא מהני קבלה גרידא כי אם צקנין. וכמו כן יש להצין צמה צכתב הריצ"ש
צתשובה סי' ת"א דאסור לישראל לקנות צפסח חמץ לגוי מגוי צמעותיו של גוי, דגוי השני לא קנה, וגם ישראל אין דעתו לקנות
ציסורא, אם כן הו"ל חמנו של גוי ראשון ואחריותו על ישראל, וקשה למה הא אין דין שומרים לגוי¹⁷.

ולבן היה נראה קצת מדברי תוס' צצבעות דף מ"ד (ע"א) ד"ה שומר וכו', דכתבו כיון דקי"ל כרצה ושמאל אם כן ישראל
שהלוה לנכרי על חמנו אסור צהנאה צלא דר' יצחק, ורצנן אמאי פליגי שהרי חייב צאחריות כשומר שכר מכה שמואל, וע"כ

נריך לומר דבעינן אחריות לאונסין נמי, אבל אחריות דגניצה ואצידה גרידא אין זקוק לצער, וכחצו, אבל אי אמרינן הלכה כר' יוסף אין נריך לומר דבעינן אחריות לאונסין לענין חמץ, דאנטריך דר' יצחק לאסור חמצו של נכרי הממושכן ביד ישראל, משום דפרוטה דר' יוסף לא שייך בנכרי דליכא מלוה, ועוד אפילו שומר שכר גמור לא מחייב לנכרי דכתיב רעהו ואיכא למעוטי נכרי כמו להקדש וכו', עכ"ל. הרי מורה לשון התוס' ואיכא למעוטי וכו', וגם מדכתבו שני ספרות דפרוטה דר' יוסף לא שייך, דלא פסיק ליה בהחלט דממעטין מרעהו, ובאמת אין ראיה לו מגמ', והרמב"ם למדו מן מכלתא כמש"כ המגיד משנה, ע"ש. ולכך בחמץ חששו להחמיר, ואולי יש דין שומרים בגוים כיון דלא מצינו לו ראיה מן גמרא.

ועב"פ לא חל טענת רבינו צ"י על הטור צאו"ת (סי' תמ) דהנריך דוקא שקיבל ישראל צפירות אחריות, וטען עליו רבינו צ"י מהך דברי הר"ן, ולק"מ, דהטור סבירא ליה לקמן סימן ש"א (סעיף ט) כהרמב"ם (פ"ב משכירות ה"ה) דהעתיק הפקיד צידו כשהיה גוי ונתגייר לית ציה דיני שומרים, ומכל שכן בגוי גמור, ולכך נריך קבלה להדיא, וכן דעת הרא"ש כמש"כ ואין צוה ספק ופקפוק. אך אם מפסיד מה שהיה חוצו, צו יש כאן ספק, דהא התוס' כתבו לשמואל דאצד קמא אצד חוצו, אף בגוי שייך כן, ולכך הוצרכו לומר דהא דבעינן טעמא דר' יצחק דבע"ת קונה משכון משום דבעינן אחריות לאונסין, ש"מ דסבירא ליה לתוס' אף דאמרינן מלוה על משכון הוא שומר שכר ואין שמירה לנכרים, מכל מקום מתחייב, דהא נגד שוי משכון הו"ל כפירש דמקבלו באחריותו נגד משכון וכל תנאי שצממון קיים ואפילו בנכרי.

אב"ד נראה כי דין זה צ"ע ולא דברי הכל היא, דפשיטא לפי תירוצו התוס' בשצועות דלכך אינטריך הך דר' יצחק משום דבעינן אחריות לאונסין, אם כן לפי דקי"ל צאו"ת סי' ת"מ סעיף א' דאחריות גניצה ואצידה לכו"ע חייב לצער, אם כן קושיית התוס' במקומו, וע"כ צ"ל דאף דקי"ל דשמואל היינו דמקבל על עצמו דיני שומרים ומכל שכן לפי שאכתוב לקמן סעיף ו' דהך הגאון משוי ליה שומר שכר לשמואל דיש צידו משכון, ולכך קתני שומר שכר והרי הוא בגדר שומרים, ואילו דין אחר צו לא הוא למחני סתם המלוה על המשכון שומר שכר. אלא אפילו לדברי תוס' פסחים דף ל"א ע"ב ד"ה שקונה וכו', דכתבו דכל שמעתא איירי שלא קיבל ישראל אחריות להדיא ואם כן לא קשה קושיית התוס', מכל מקום הא קשה לתוס' למה לה לגמ' (פסחים לא:) לחדש צהא דפליגי בחמצו של נכרי ציד ישראל בפלוגתא דר' יצחק וכו', מה דלא מצינו בשום דוכתי ציה מחלוקת, נימא דפליגי בשמואל, דהא למסקנא דקי"ל כרצה צהא פליגי ר' אליעזר ור' עקיבא, ור' מאיר דס"ל (שם לא.) דעובר, הוא דס"ל דמלוה על המשכון שומר שכר, והיינו דס"ל בשמואל, (ועיין קדושין דף ח' ע"ב תוס' ד"ה מנין

וכו' צו מצואר דת"ק דר' יהודה דאמר מלוה על משכון שומר שכר הוא ר"מ), ואם כן חייב באחריות, ות"ק ס"ל דלא כשמואל ולא הוא אפילו שומר חנם ולכך אינו עובר, ומנא לן לומר דקיבל צפירות שלא באחריות, וצוה לא שייך תירוצו מהרש"א מה שכתב שם בפסחים דאם כן הו"ל למחני צפקדון, חדא, דצפקדון נריך למחני דקיבל עליו צפירות אחריות ובקנין, דהא אין דין שומרים לגוי, ויותר נוח ליה למחני דלא איירי במתנה רק סתמא דמילתא הוא באחריות משום דשמואל. ועוד עיקר פלוגתא צמשכון אי איתא לשמואל או לא, כמו דאמרו דפליגי דר' יצחק, ובצפקדון לא פליגי, ולכך סיפא גוי המלוה לישראל אף דגוי חייב משום הך דשמואל, מכל מקום גופו של חמץ של ישראל ומה צדק דחייב באחריותו, הא מכאן ולהצא גובה, ולכך עובר, ויש כאן תירוצו מרווח ביותר.

ורב"ב נריך לומר דס"ל לתוס' כדעת הפוסקים הוצא צרא"ש פ"ק דפסחים (סימן ד) דחמצו של ישראל צרשות גוי ויש לגוי אחריות עליו, אין הישראל עובר, ואם כן קשיא ליה סיפא (שם לא.) דקתני נכרי שהלוה לישראל על חמצו דברי הכל עובר, למה הא הגוי חייב באחריות מכאן שמואל, ואם כן מה צדק דגופו של חמץ [של] ישראל, ולכך הוצרך הגמ' לומר דמייירי דלא קיבל אחריות כלל וכך היה התנאי, ואם כן נריך לומר דפליגי דר' יצחק וא"ש.

ואי קשיא מה דוחקיה דמשנה לומר דאיירי צמעכסיו, לימא דמתניתין כר' עקיבא דס"ל כשמואל ובסתם איירי, ולכך נכרי שהלוה לישראל הו"ל חמצו של ישראל צרשות ואחריות גוי ומותר, משא"כ להיפוך ישראל שהלוה לגוי כיון דחייב באחריות אסור, ולא שייך כאן תירוצו מהרש"א דהו"ל למחני פקדון, דלא ציקש לומר דמקבל צפירות, רק קתני מילתא דסתמא הוא אחריות וכמש"כ לעיל, וגם קמ"ל מילתא דשמואל לאפוקי תנא החולק וסתם משנה כר' מאיר דאית ליה דשמואל, הא לא קשיא, די"ל דסבירא להו לתוס' כהר"ן (פסחים ב: ד"ה מיהו) דאף דאמרינן בחמצו של ישראל צרשות ואחריות גוי אינו חייב מהתורה, מכל מקום מדרבנן אסור, ואם כן אי אפשר לאוקמי צרישא נכרי שהלוה וכו' דמותר מהך טעמא דמכל מקום מדרבנן אסור, אבל צרייתא שפיר קשה, אי סלקא דעתך דמייירי צסתם ואיתא לשמואל איך קתני נכרי שהלוה לישראל דברי הכל עובר דהיינו צל יראה, (ודלא כנראה ממהרש"א), למה הא מהתורה מותר, וא"ש דברי תוספות ומדוקדקים צגמרא. אך כל זה אם אמרינן כמש"כ לעיל דחמצו של ישראל צרשות גוי ואחריות גוי אינו עובר, אבל לפי מסקנת הפוסקים הרא"ש והטור והשו"ע או"ת סימן ת"מ (שם) דעובר, אם כן הקושיא הנ"ל קמה כנ"ל ואין פותר, אלא כמש"כ דאף הך דשמואל שייך צדין שומרים וצגוי ליתא.

ובהבי נימא דברי הרא"ש (פסחים פ"ב סי' י) דכתב צישראל שהלוה לנכרי דבעינן דאמר ליה הנכרי מעכשיו והניח משכנו ציד ישראל ואז עובר, וכתב דמייירי דלא קיבל ישראל

אחריות, דאי קיבל אפילו בלי הלואה חייב, וקשה דאם כן אף צנכרי שהלואה לישראל ל"ל משכנו צידו של גוי ומעכשיו, ונתן הרא"ש הטעם דלכ"כ הא חייב ישראל באחריותו, וקשה לימא גס כן דמיירי דאין באחריות ישראל ואין צריך לומר דמשכנו צידו של גוי ובאחריות מעכשיו סגי¹⁸.

אב"ד לפי הנ"ל א"ש, דלא מיירי הרא"ש דאמר לו צפירוש דאין מקבל אחריות, דהא סתמא קמני במשנה, רק גבי נכרי שהלואה לישראל וישראל אומר לו אם לא אפדנו מעכשיו יהיה קנוי לך, הכוונה אם יהיה אז ראוי לפדות, אבל אם יקרה ציה אסון לא שייך לגוי, (וכן דעת המג"א, דהקשה צאו"ט סימן תמ"א ס"ק ג' דמה מועיל מעכשיו ומשכון ציד גוי, בגוי שהלואה על חמנו של ישראל, הא חילו נאנס המשכון היה ישראל חייב לשלם כמצוה צחו"מ סימן ע"צ וכו', ולכאורה דבריו תמוהים, כיון דאמר לו אם לא אפדנו קנוי לך מעכשיו, ואם כן ודאי כשיקרהו אסון לא יפדהו, אם כן למפרע שייך לחלוטין לגוי ובשלו נאנס, ואין זה ענין כלל לסי' ע"צ צחו"מ. ולכן צריך לומר גס כן כמש"כ דכי חל מעכשיו כשלם יקרהו אסון לפדותו, אבל אם אין צעין לפדותו לא חל קנין מעכשיו), ואם כן פשיטא דחייב באחריותו ולא שייך אין שומרים לגוי, דאם יקרהו אסון הרי הקנין של גוי בטל, ולכן צריך לומר ברשות גוי ומעכשיו, והדבר יותר מסתבר ממש"כ צמג"א דודאי אדעתא דהכי נחית לקנין הגוי שישמרנו ישראל כדרך שומרים, ואם לאו אין דעתו לקנות למפרע, ומהכ"ת יקנה והמשכון צידו לישראל והוא יפסע צו ויניחנו במקום הפקר כיון דאין צו דין שומרים. ולכן צרור דחייב לשומרו, ולכן צעין תרתי הרהינו ומעכשיו, משא"כ בישראל שהלואה לגוי סתמא הוא שאין מקבל אחריות דאין שומרים לגוי, ולא אחא הרא"ש לומר אלא למעוטי דלא יאמר צפיו מקבל עלי אחריות, אבל סתמא הו"ל כאין צו אחריות וא"ש, ולא מיירי הרא"ש דהתנה שאין צו אחריות ולק"מ.

ו"פ ז"י לא לנו לדינא, דאפילו נגד מעותיו לא הוא שומר בשל גוי, דאין צו דין שומרים, ולא יהיה אלא ספיקא דדינא והממע"ה, אף כי לענ"ד צרור לדינא דאין דין שומרים כלל אפילו בדשמואל כדמוכח מגמ' והרא"ש¹⁹.

ועתה נשוב לדברי מרן הש"ך, דכתב בלואה עסקא והניח משכון יש מקום ספק אי הוא שומר שכר הואיל ומרווח בהלואה, וגם בזה לא הצנתי, דהא כל ענינו של עסקא הוא פלגא מלואה ופלגא פקדון, ועל החצי פקדון נאמן לומר נאנסו כנודע, ואם כן אימת יהיה זה המלואה שומר שכר על המשכון, בשעה שמקבל הלואה מעות עסקא, דמקודם אין כאן התחלת הלואה ולא התחלת שכר, רק אז צעת נתינת מעות בעסקא אז הוחל להיות שומר שכר, ולעומת זה הלואה מקבל ממנו פלגא פקדון, ואם כן הו"ל שמירה בצעלים שמור לי ואשמור לך ואפילו פשיעה בצעלים קיי"ל (צ"מ נה.) דפטור²⁰, ואמת כי חוזרים הדברים למש"כ מקודם (סקי"א) דודאי יתרון מהמעות או אפילו כנגד המעות למאן דלא פסק כשמואל רק מכת פרוטה דר' יוסף ובשמירה בצעלים לא שייך זה, אבל למאן דפוסק כמו שמואל אם כן נגד חובו יש לומר לפי שיטת התוס' דאפילו בגוי מהני, אף דאין צו דיני שומרים, משום דהו"ל מתחייב צפירוש, אם כן אף בשמירה בצעלים [חייב] דמאי שנא זה מזה, ולכן כמו שהנחתי למעלה הדין צ"ע, אף זהו כמוהו בכל אופן. אמנם אי ראובן הלואה לשמעון בעסקא, ולוי נתן לראובן בשביל שמעון משכון שאינו מאמין לשמעון, אם כן ראובן שומר של לוי שקיבל ממנו משכנו, ושמירה בצעלים ליכא דהא העיסקא ציד שמעון ולא ציד לוי, צו נראה דהוי שומר שכר דהא מרווח צקבלת המשכון דעל ידי כן מלואה לשמעון ומקבל שכר עסקא.

ומה שנסתפק הש"ך דהא אין צרור שירות, לא הצנתי, הא מכל מקום הך ספק רווח הוא שזה פרוטה צהחלט, דאדם יתן לו פרוטה אם יאמר כשיזדמן לו רווח שיהיה שלו, אם כן דהך דספק רווח הוא שזה פרוטה צהחלט, הרי כאן שומר שכר דודאי בשביל פרוטה אחת, והגע עצמן פרוטה דר' יוסף, וכי ודאי יצואו עניים באותו שעה שעוסק במשכון, ועוד אם ישצב שלא צאו עניים יפטור מנגיזה ואצידה, אלא צרור הך ספק כשיצואו עניים שיפטור שזה פרוטה צהחלט, ומכל שכן בזה בעסקא דקרוצ לשכר ורחוק להפסד. ומכל שכן מה שאמר הטעם דאין זה רווח על המשכון כי אם על הלואה, דלא הצנתי, דהא חדא צחצרתה מישך שייכי, ולולי המשכון לא היה מלואה, וראיה לזה מהלואה פירות (צ"מ פ:)

משפטי יהונתן

יעו"ש, אכן יעויין בשו"ת זית רענן (ח"ב חו"מ סי' נו אות ה') דמבואר בדבריו דאף אי שייך דינא דשמואל בעכו"ם, מ"מ י"ל דהוי כהתנה להתחייב בשמירה ממש, ולא דהוי תנאי בעלמא להפסיד חובו. ומבואר כן גם במקור חיים (סי' תמח סק"ט) שכתב שם וז"ל, ואם לא הקנה לו הרשות שהחמץ בתוכו אף שהקנה לו אגב קרקע לא מהני כיון דאחריות על הישראל כיון שעומד ברשות ישראל והעכו"ם חייב לו מעות דמי המקח הוי כמו משכון, ובההיא הנאה דתפיס ליה אזוזי הוי שו"ש, ואף דאין דין שומרים בעכו"ם מ"מ במשכון אפי' בעכו"ם הוי שו"ש וכו', ע"כ. ומבואר כנ"ל דמטעמא דשמואל הוי שו"ש ממש על המשכון נגד מעותיו. ועי' בפתחי תשובה (סי' שא סק"א) שהביא דבריו, וכתב דבשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (או"ח סי' יא) משיג עליו. ועי' מש"כ בזה בשו"ת בית שלמה (או"ח סי' סב), ובגיידולי שמואל בב"מ דף פ"ב, ובאבני החושן (סק"ח), יעו"ש.

20. מבואר בדברי רבינו דהמלואה בעיסקא ונטל משכון, אינו מחויב

18. בשפת אמת פסחים שם הביא קושיית רבינו ע"ד הרא"ש. וכתב בזה דאפ"ל דכוונתו ע"י שבידו לפדותו הוי גורם לממון טפי מקבלת אחריות דאית ליה שייכות בגווה כיון דאילו מסלק ליה בזוזי ברשותיה הוי קיימא כמש"כ הר"ן דנימא הואיל ובידו לפדותו ולכן בעי הרהינו בכל גווני אף בלא קבלת אחריות. והביא שם מהמג"א (ר"ס תמ"א) שהביא לשון הרא"ש וכתב אח"כ והש"ג כתב וכו', ומשמע מדבריו דפליגי הרא"ש עם הש"ג, ולפי' הנ"ל א"ש, דלהרא"ש אפי' אם באמת אינו באחריותו עובר משום הואיל, אבל בהרהינו אינו עובר, יעו"ש.

19. הנה מדברי רבינו מבואר דאי נימא דשייך טעמא דשמואל נגד מעותיו בעכו"ם, ע"כ דזהו תנאי בהפסד החוב גרידא, ולא דהוי כהתנה בחיוב שומרים, דהא בעכו"ם לא שייך דין שומרים. ועי' ג"כ בשו"ת מהר"א הלוי (סי' נ"ה) דנקט כן נמי, דאי נימא דשייך טעמא דשמואל נגד מעותיו בעכו"ם, היינו ע"כ משום דהוי תנאי בהחוב והוי כמו מחילה דא"צ קנין וכמש"כ הסמ"ע בסי' ש"א דמתנה ש"ח לפטור עצמו בלא קנין,

דס"ל לר' יהודה דהוי שומר שכר, ואף דאין רווח על המשכון רק על הלואה, אלא הדבר כמש"כ דחדא צחצחיה שייכי²¹.

ובירושלמי (שם פ"ו ה"ז) אמרינן למה לר' יהודה מלוה פירות שומר שכר דאדם רוצה ליתן כמה שילווה פירות

ויתן לו משכון עליו, ואם כן הוא הדין זה, דאדם רוצה ליתן כמה שילווה מעותיו צעסקא ויהיה לו משכון על דמיו, והיא היא. ומכל

שכן לפי מש"כ התוס' (שם פ: ד"ה דקא תפוס) והרא"ש (קידושין פ"א ס' י) דלכך לא אמרינן דלא הוי שומר שכר הואיל ותפוס ליה אזורי, משום דאם לא ילוה אין צריך לכל זה, אצל זה דצריך לך להשתכר זו הו"ל כמו אומן דתפוס ליה אזורי, ולא שייך

תפוס זה הסביר לעיקר דשלא צעמא הלואתו דלא שייך מירוח התוס', אמרינן דהו"ל שומר שכר הואיל ותפוס ליה אזורי, ומכל שכן צכה"ג דמרווח צהלואתו ותפוס אזורי דהו"ל ודאי שומר שכר, וזה צרור. ואם ראונו קיבל שקל משמעון להלוות ללוו, והוא הלוה ללוו צמא משכון, דזה מותר ולא הו"ל רצית הואיל ולא מצי מיד לזה למלוה הו"ל שומר שכר לכו"ע דהא ממהני צקצלת המשכון על ידי הלואה, והיינו כמו הלוה פירות דגם כן אין הרווח צגוף משכון, רק מכל מקום הלואה צא מכח משכון וכמש"כ דתפוס אזורי, וזה צרור.

[יד] ומספיקא לא מפיקינן ממוזן. וכתב הש"ך (סקכ"ג) לפי מה דהעלה בספר תקפו כהן (ס' עב) דמצי לומר קים לי כהך רצותא צהא ולא קים ליה צהא, אם כן אם תפס המלוה אפילו כנגד מעותיו יכול לומר קים ליה הלכתא כרצה ולית הלכתא כשמואל, דהיינו דהוי כאילו [לא פירש]. ודבריו תמוהים, דאמת אמת דיכול לומר קים ליה צהא ולא צו, אטו מי שאומר נכון צהא יהיה מוכרח שכל שמעתין יהיה מכוונים, אצל צמה דתליא זה צהא אי אפשר לומר צמד אסצור וצמד לא, כיון שהוא כשלהצט צגחלת, ועל זה נאמר (קהלת ז יד) כסיל צמושך הולך, ואם כן אי נאמר הלכה כרצה וצ"ל הא דקמני צמשה ור' עקיבא דס"ל דהוי שומר שכר משום דסצירא ליה כשמואל, וקשה אם כן למה אמר דכו"ע לית להו דשמואל ולמה לא אמר דכו"ע אית להו דשמואל וכמו שהקשו תוס',

משפט יהונתן

ובשו"ת ברכת רצ"ה (סימן ז') שהשיגו בזה ע"ד הישועות יעקב. ועי' ג"כ מה שתמה ע"ד בשו"ת מהרש"ם (ה"ג ס' רצט אות ו), יעו"ש.

21. רבינו השיג על הש"ך שכתב דאין לו דין שומר שכר במקבל עיסקא, כיון דהריוח הוא ספק, והשיג ע"ז רבינו דלא גרע מהלוה פירות דהוי שומר שכר, וכן תמה דהא עכ"פ הך ספק רווח הוא שוה פרוטה. ובשושנת יעקב (סק"ו) כתב ע"ד רבינו דלק"מ, דאם היה הש"ך מחלק דבריו לשני טעמים נפרדים, א' משום שאין הריוח בודאי, ועוד משום שאין ההנאה על המשכון, שפיר היה הדין עם רבינו כמו שהקשה על כל אחד מן הטעמים. אבל באמת המעיין בש"ך יראה דמצרף שני הטעמים יחד, א"כ לק"מ דבפרוטה דרב יוסף נהי דהוי ג"כ ספק הנאה, מ"מ כיון דהוא מגוף המשכון שפיר שוה הך ספק פרוטה בהחלט, לכך הוי שו"ש, משא"כ בהיתר עיסקא הך ספק אינו מגוף משכון רק מהלואה, וממילא לא קשה מה שהקשה רבינו מהלוהו פירות, דשם נהי דההנאה אינו מהמשכון רק מההלואה מ"מ הוא הנאה ודאית, משא"כ בזה שהוא ספק ריוח. והרי בעכו"ם גם הש"ך גופיה מודה דהוי שו"ש אף דאין ההנאה מהמשכון כיון דהוא ריוח ודאי, והוי כמו הלוהו פירות, וממילא דלא קשה דבזה שייך דתפוס אזורי משום דמרווח בהלואתו, דדוקא כשמרווח ודאי מהלואתו אזי שפיר יש לו הנאה גם מהמשכון מה דתפוס אזורי, משא"כ הכא שהריוח ספק, יעו"ש. ובשו"ת אמרי יוסף (ח"א ס' מז) תמה עוד ע"ד רבינו במה שתמה על הש"ך מהא דהלוהו פירות דמיקרי שו"ש, דהא זהו לר' יהודה, אבל אנו הא לא קי"ל כר' יהודה, וע"כ משום סברת הש"ך דאין הריוח בשביל ההלואה, ע"ש. ועי' בנחל יצחק (סק"ג) שכתב ג"כ דודאי אין סברא דפלוגתת ר' יהודה וחכמים בהלוהו פירות, הוא מחלוקת במציאות, וע"כ מוכח דטעמם משום סברת הש"ך דהיא דאין הריוח בא לו מחמת שמירת המשכון וגם הו"ל ספק ריוח לא הוי שו"ש. וכתב שם עוד די"ל דטעמם דאף דאמרו אדם רוצה ליתן כמה ולמכור פירותיו ע"י משכון,

(כד) ומספיקא לא מפיקינן ממונא. כי אין כאן הלכה ברורה אי הלכה כרבה וכשמואל או הלכה כר' יוסף, ועיין

בתומים (סקי"ד) שהעליתי דאף דהמלוה מוחזק, לא מצי למימר קים ליה כרבה, ולא כהנך דסברי דסתם הוי כמפרש שמקבל בחובו,

אלא עד חובו ודאי מפסיד לכו"ע, ע"ש. ולכך בכדי מה ששוה משכון עד החוב אינו יכול להוציא מן הלוה, וכן מה שהחוב יותר שוה מן המשכון והוא אמר בפירוש קבלתיו בעד כל החוב, גם כן אין להוציא מן הלוה, אבל אם המשכון שוה יותר מן החוב אין להוציא מן המלוה כלל, ועיין מש"כ לעיל.

מירוח התוס' והרא"ש, ולכן תמהני דהש"ך גופיה לעיל ס"ק ט"ז תפס זה הסביר לעיקר דשלא צעמא הלואתו דלא שייך מירוח התוס', אמרינן דהו"ל שומר שכר הואיל ותפוס ליה אזורי, ומכל שכן צכה"ג דמרווח צהלואתו ותפוס אזורי דהו"ל ודאי שומר שכר, וזה צרור. ואם ראונו קיבל שקל משמעון להלוות ללוו, והוא הלוה ללוו צמא משכון, דזה מותר ולא הו"ל רצית הואיל ולא מצי מיד לזה למלוה הו"ל שומר שכר לכו"ע דהא ממהני צקצלת המשכון על ידי הלואה, והיינו כמו הלוה פירות דגם כן אין הרווח צגוף משכון, רק מכל מקום הלואה צא מכח משכון וכמש"כ דתפוס אזורי, וזה צרור.

מירוח התוס' והרא"ש, ולכן תמהני דהש"ך גופיה לעיל ס"ק ט"ז תפס זה הסביר לעיקר דשלא צעמא הלואתו דלא שייך מירוח התוס', אמרינן דהו"ל שומר שכר הואיל ותפוס ליה אזורי, ומכל שכן צכה"ג דמרווח צהלואתו ותפוס אזורי דהו"ל ודאי שומר שכר, וזה צרור. ואם ראונו קיבל שקל משמעון להלוות ללוו, והוא הלוה ללוו צמא משכון, דזה מותר ולא הו"ל רצית הואיל ולא מצי מיד לזה למלוה הו"ל שומר שכר לכו"ע דהא ממהני צקצלת המשכון על ידי הלואה, והיינו כמו הלוה פירות דגם כן אין הרווח צגוף משכון, רק מכל מקום הלואה צא מכח משכון וכמש"כ דתפוס אזורי, וזה צרור.

[יד] ומספיקא לא מפיקינן ממוזן. וכתב הש"ך (סקכ"ג) לפי מה דהעלה בספר תקפו כהן (ס' עב) דמצי לומר קים לי כהך רצותא צהא ולא קים ליה צהא, אם כן אם תפס המלוה אפילו כנגד מעותיו יכול לומר קים ליה הלכתא כרצה ולית הלכתא כשמואל, דהיינו דהוי כאילו [לא פירש]. ודבריו תמוהים, דאמת אמת דיכול לומר קים ליה צהא ולא צו, אטו מי שאומר נכון צהא יהיה מוכרח שכל שמעתין יהיה מכוונים, אצל צמה דתליא זה צהא אי אפשר לומר צמד אסצור וצמד לא, כיון שהוא כשלהצט צגחלת, ועל זה נאמר (קהלת ז יד) כסיל צמושך הולך, ואם כן אי נאמר הלכה כרצה וצ"ל הא דקמני צמשה ור' עקיבא דס"ל דהוי שומר שכר משום דסצירא ליה כשמואל, וקשה אם כן למה אמר דכו"ע לית להו דשמואל ולמה לא אמר דכו"ע אית להו דשמואל וכמו שהקשו תוס',

בשמירה על המשכון כיון דהוי שמירה בבעלים, ורק דכתב רבינו דמ"מ תלוי דין זה אי אמרינן דינא דשמואל דהוי כאילו פירש, אפי' באופן דלא שייך דין שמירה, דלפמש"כ התוס' בשבועות דינא דשמואל שייך אפילו בעכו"ם, ה"נ שייך אפי' בשמירה בבעלים. ועי' ג"כ בנתיב"מ (סקי"ג) דמבאר בדבריו גם יסוד זה דהוי שמירה בבעלים, ומה"ט כתב שם דלענין יתרון דמי המשכון על החוב פטור אפילו לדעת המחבר כיון דהוי שמירה בבעלים, והוסיף ג"כ דאף דהוי שמירה בבעלים מ"מ מפסיד המלוה חובו מטעם דהוי כאילו פירש. אכן מדברי הש"ך מבאר עכ"פ דשייך בזה דיני שמירה ממש, ולא מטעמא דשמואל אתי עלה, דהא הש"ך הסתפק אם הריוח שמרווח בעיסקא חשיב שכר דליהוי שו"ש, והיינו מדיני שמירה, ולהתחייב אפילו במה שהמשכון שוה יותר מהחוב כדן שו"ש. ובאמת צ"ב בדבריו כמשה"ק רבינו דהא הוי שמירה בבעלים. ובשושנת יעקב כאן כתב ליישב דעת הש"ך, דכיון דעיקר מה שמתעסק הלוה הוא לצורך עצמו כדי שיהיה לו ריוח במו"מ, אף שגם המלוה נהנה מההתעסקות הזו, שהרי אם לא יהיה להלוה ריוח במו"מ יהיה אסור לו לקבל הרווחים, מ"מ עיקר ההתעסקות בשביל עצמו, וא"כ אף שחבירו נהנה מההתעסקות הזו, לא מיקרי בזה עמו במלאכתו. והא דבשותפים חשיבי שמירה בבעלים אע"ג דכל אחד מתעסק להנאת עצמו, עכצ"ל דשותפים שאני הואיל וא"י לחזור וכמש"כ המ"מ דאף דפועל יכול לחזור בו, מ"מ היכא דשניהם קיבלו על עצמם א"י לחזור, ואפי' נימא דיכולים לחזור מ"מ מתחילה נעשה ביניהם ששניהם יתעסקו לכן מיקרי שמירה בבעלים. וה"נ בעיסקא דידן שמפשר עמו ליתן לו בעד חלקו, כשמתעסק ועושה הרבה ריוח כל הריוח לעצמו, ואם לא יתעסק א"א לו לכופו, וענין העסק הוא ככל עסקיו וזהו מהותו של עיסקא, פשיטא דאינו חשוב עמו במלאכתו דלצורך עצמו מתעסק, יעו"ש. וע"כ ש"כ ליישב בשו"ת בית שמואל אחרון (סימן נו). מיהו יעויין בשו"ת בית יצחק (חור"מ ס' כב)

ול"ל דסתם הוי כמפרש כמש"כ התוס', (ואף דכתבנו כמה סברות צדדושינו וכן לעיל, מכל מקום אין לנו לחדש דין ולומר קים ליה רק מה שצא בתוס' וצמחצרים וכל מפורשים), וכן מסתבר דהוי כמפרש, ועיין מש"כ לעיל (סוף סק"י) דתמנהי בתוס' דקארי ליה איך קארי ליה דהדבר מוכרח כמש"כ התוס' בתירוק שלהם, ואם כן איך יאמר קים ליה דלא הוי כמפרש דאם כן מוכח דלית הלכתא כשמואל ואם כן הלכה כר' יוסף ולא כרצה, ולכן דברי הש"ך זצ"ע צוה, דודאי אי הלכה כשמואל, צריך לומר דכנגד המשכון הוי כמפרש כדעת רוב מחזירים, ואי הלכה כרצה אף כשמואל הלכה²².

[טו] והפקידו ללוה. ה"מ (סעיף ד) כתב דרבינו צרוך בהגהת מרדכי (ג"מ סי' תסג) חולק על זה, והנכון אחר, והש"ך (סק"ד) כתב זה הכל למאן דפסק כרצה וכשמואל, וכי אמר שמואל כל זמן שמשכון צידו, אצל כשמואל ללוה חו לא שייך מילתא דשמואל, אצל למחבר וסייעתו דפסקו כר' יוסף פשיטא דהוא הוי שומר שכן, והלוי שהופקד אללו הוי שומר חנם, ועיין לעיל סי' ס"ז (סק"ו) שכתבתי דנראה דמהר"ם ס"ל כרבינו צרוך דחולק דאין זה.

ובתוס' בשבועות (מד. ד"ה שומר) דהקשו מהא דאמרין שם צמחו של ישראל ונכרי דפליגי אי צע"מ קונה משכון, ולא אמרינן דישאל חייב באחריותו משום דשמואל, ותירצו בתירושים שונים כמש"כ לעיל צס"ק י"ג, ע"ש, ולא פירשו צפשוטו דקשיא ליה לגמרא אילו הוא ציד ישראל מ"ט דמאן דאמר אינו עובר כמש"כ התוס' צע"מ, אלא הא מתחילה סלקא דעתך דלא מסרו לישראל כלל רק שעבודו של ישראל עליו כמש"כ רש"י (פסחים לא. ד"ה מנן) להדיא, אם כן אף צמר דמשני צשהרינו אללו היינו דמסרו לישראל צמורת משכון, אצל הישראל החזירו לגוי ואינו צרשות ישראל כלל, ואם כן מחמת מלוה על משכון [דהוי] שומר שכן מדשמואל ליכא כדעת רבינו צרוך, רק פליגי אי צע"מ קונה משכון, וכיון דאית ציה קנין אפילו הוא צרשות הלוי לא פקע קנינו וכמש"כ רבינו צרוך להדיא, דלכך שלא צשעת הלואתו אין נעשה מטלטלין אלל צניו הואיל ואית ציה קנין מדר' יצחק, וע"ש בהגהת מרדכי באריכות ולק"מ.

וע"ז כרחק ז"ל דמכל מקום לא פקע חיובו דשומר שכן דשמואל אפילו חזר והפקידו אלל לוי, דאיצרא דאיני מצין, אמת דהוא ציד הלוי רק פקדון, מכל מקום הא קיי"ל (ג"מ מג.) דהמפקיד מעות מותרין דמותר להשתמש צו מכת הא הנאה דהו"ל שומר שכן, ועיין מש"כ צסעיף ד' באריכות, ואם כן הוא מלוה לא קנהו כלל רק שומר עליו וגופו של לוי, וכשמפקידו ללוה פשיטא דלוי יכול להשתמש צו כחפצו, דמאן מעכצ להשתמש צשלו, וכי קרינן ציה שלא שלח ידו צמלאכת רעהו, הא הוא שלו ואין למלוה עליו קנין רק שומר שכן הוא, והרי להשתמש צו יותר מותר ושכית מן מעות מותרים, ולמה לא יקרא לפחות שומר שכן, ודומק לומר הואיל ומשתמש צשלו אם כן לא שייך צהך הנאה דמותר לשמש הו"ל שומר שכן דהא צשלו משמש, דזהו הנאה דהיה חוזר להפקיד אללו כדי שיוכל לשמש צו, דאילו היה ציד מלוה לא היה יכול לשמש צו, וצחאי הנאה דמסר חפץ צידו שיכול לשמש צו לצורכו הו"ל שומר שכן.

ובן מוכח מדברי הרא"ש צקדושין (פ"א סי' י), דהקשה למה לי הטעם צמשכון שלא צשעת הלואה דהו"ל שומר שכן מדר' יצחק, תיפוק ליה דהוי שומר שכן הואיל ותפס אצו, וע"ש מה שתירץ, וקשה הא איצטריך אם נגנצ או נאצד צעת החזרה ללוה, דזהו לכו"ע צרשות מלוה קאי הואיל וקניא מדר' יצחק כמש"כ הגהת מרדכי להדיא צוה, דקאי צרשותו דמלוה הואיל ויש צו קנין, משא"כ

משפטי יהונתן

(כה) כיון דבתורת פקדון וכו'. והב"ח (סעיף ד) כתב דיש חולקים הוא רבינו צרוך בהגהת מרדכי לב"מ (סי' תסב), והש"ך (סק"ד) כתב כל מחלוקת שלהם הוא למאן דלא קי"ל כר' יוסף רק כרבה, רק מטעם דשמואל הוי שומר שכן, ובזו נחלקו הר"י ור"ב, אבל להמחבר דפסק דהוי שומר שכן מטעם פרוטה דר"י, לכולי עלמא שומר שכן שהפקידו ביד בעלים ונגנב או נאבד, השומר שכן חייב, ולכך סתם המחבר וכן הרמ"א לא הגיה, דמה שהמשכון שוה יותר מהחוב הא הוי המלוה שומר חנם דמספיקא לא מפקינן, ועד דמי החוב הא הוי שומר שכן, דמספיקא יטעון הלוי קים ליה כר' יוסף, ועיין בתומים (סק"ד) דכתבתי דצ"ל דמיינה דאין המשכון שוה יותר מהחוב ונפחת בתשמישו, אבל אם שוה יותר או דאין נפחת בתשמישו, אם כן הוי ליה מלוה שומר שכן לכולי עלמא, עיין שם.

והלוי שהופקד אללו הוי שומר חנם, ועיין לעיל סי' ס"ז (סק"ו) שכתבתי דנראה דמהר"ם ס"ל כרבינו צרוך דחולק דאין זה.

ובתוס' בשבועות (מד. ד"ה שומר) דהקשו מהא דאמרין שם צמחו של ישראל ונכרי דפליגי אי צע"מ קונה משכון, ולא אמרינן דישאל חייב באחריותו משום דשמואל, ותירצו בתירושים שונים כמש"כ לעיל צס"ק י"ג, ע"ש, ולא פירשו צפשוטו דקשיא ליה לגמרא אילו הוא ציד ישראל מ"ט דמאן דאמר אינו עובר כמש"כ התוס' צע"מ, אלא הא מתחילה סלקא דעתך דלא מסרו לישראל כלל רק שעבודו של ישראל עליו כמש"כ רש"י (פסחים לא. ד"ה מנן) להדיא, אם כן אף צמר דמשני צשהרינו אללו היינו דמסרו לישראל צמורת משכון, אצל הישראל החזירו לגוי ואינו צרשות ישראל כלל, ואם כן מחמת מלוה על משכון [דהוי] שומר שכן מדשמואל ליכא כדעת רבינו צרוך, רק פליגי אי צע"מ קונה משכון, וכיון דאית ציה קנין אפילו הוא צרשות הלוי לא פקע קנינו וכמש"כ רבינו צרוך להדיא, דלכך שלא צשעת הלואתו אין נעשה מטלטלין אלל צניו הואיל ואית ציה קנין מדר' יצחק, וע"ש בהגהת מרדכי באריכות ולק"מ.

וע"ז כרחק ז"ל דמכל מקום לא פקע חיובו דשומר שכן דשמואל אפילו חזר והפקידו אלל לוי, דאיצרא דאיני מצין, אמת דהוא ציד הלוי רק פקדון, מכל מקום הא קיי"ל (ג"מ מג.) דהמפקיד מעות מותרין דמותר להשתמש צו מכת הא הנאה דהו"ל שומר שכן, ועיין מש"כ צסעיף ד' באריכות, ואם כן הוא מלוה לא קנהו כלל רק שומר עליו וגופו של לוי, וכשמפקידו ללוה פשיטא דלוי יכול להשתמש צו כחפצו, דמאן מעכצ להשתמש צשלו, וכי קרינן ציה שלא שלח ידו צמלאכת רעהו, הא הוא שלו ואין למלוה עליו קנין רק שומר שכן הוא, והרי להשתמש צו יותר מותר ושכית מן מעות מותרים, ולמה לא יקרא לפחות שומר שכן, ודומק לומר הואיל ומשתמש צשלו אם כן לא שייך צהך הנאה דמותר לשמש הו"ל שומר שכן דהא צשלו משמש, דזהו הנאה דהיה חוזר להפקיד אללו כדי שיוכל לשמש צו, דאילו היה ציד מלוה לא היה יכול לשמש צו, וצחאי הנאה דמסר חפץ צידו שיכול לשמש צו לצורכו הו"ל שומר שכן.

ובן מוכח מדברי הרא"ש צקדושין (פ"א סי' י), דהקשה למה לי הטעם צמשכון שלא צשעת הלואה דהו"ל שומר שכן מדר' יצחק, תיפוק ליה דהוי שומר שכן הואיל ותפס אצו, וע"ש מה שתירץ, וקשה הא איצטריך אם נגנצ או נאצד צעת החזרה ללוה, דזהו לכו"ע צרשות מלוה קאי הואיל וקניא מדר' יצחק כמש"כ הגהת מרדכי להדיא צוה, דקאי צרשותו דמלוה הואיל ויש צו קנין, משא"כ

התוס' בב"מ (דף פ: ד"ה דקא תפיס) שתירצו דאין לו הנאה במה שהלוי יותר ממה שלא הלוי, ע"ש. וה"נ הכא, דההלואה היא לטובתו והוא מלוה לצרכו ודאי דדמי לאומן והוי שומר שכן, יעו"ש.

22. בנתיב"מ (סק"ד) הביא תמיהת רבינו על הש"ך דהא בהא תליא, דאם אין הלכה כשמואל ע"כ הלכה כר' יוסף, וכן אם אין הלכה כר' יוסף על כרחק הלכה כשמואל. וכתב ע"ז, ואף שיש ליישב שנמצא בפוסקים דס"ל דאין הלכה כתרומיהו ולא כמתני', מ"מ כל רוב הפוסקים ס"ל דהמלוה על המשכון שומר שכן או מטעמא דשמואל או מטעמא דר' יוסף, ולכן העיקר דלא מהני תפיסה, עכ"ד. וע"ע בקצוה"ח (סק"ט) מש"כ בזה.

מ"מ אין זה רק בגדר רוב, ורק מיעוט יש דלא איכפת להו ליתן שו"פ בעד זה, ור' יהודה ס"ל כתנא דהולכין בממון אחר הרוב, ות"ס ס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב ויכול לומר דאני מהמיעוט דלא נחשב לי להנאת שו"פ, יעו"ש. ובדעת רבינו י"ל דס"ל כתי' השני של הנח"י, ולפי"ז שפיר הוכיח דמדור' יהודה נשמע לרבנן דאין צריך שיהא ההנאה מגוף המשכון, אבל לדעת הש"ך י"ל בפשטות כמש"כ האמרי יוסף והנח"י בתי' קמא. וע"ע בנתיב"מ (סוף סק"ג) שהביא השגת רבינו על הש"ך, והסכים עם רבינו, והוסיף להקשות ע"ד הש"ך, דכיון שההלואה היא לצרכו הוי שומר שכן בההיא הנאה דתפיס ליה אצו, דהא לא שייך תירוצם של

(כו) דמלוה קאי. ולא קשה אם כן אפילו באונסין יתחייב דהו"ל שומר שכר דמסר לשומר חנם דגרע לשמירתו והו"ל פשיעה, וקרי"ל אפילו באונסין חייב שומר ראשון, דהא מבואר לקמן סי' רצ"ו (סעיף ח) דביש עדים שנגנב לא הוי פשיעה, וכיון דנגנב

מיד הלואה הא אין לך עדים יותר מזה, ועיין מש"כ לקמן סימן רצ"ו. (כו) ואחר כך החזיר לה וכו'. כתב הסמ"ע (סקי"ט) דאם היו נשואים בידה והיא היתה טוענת בלי רשותי משכן בעלי, היתה נאמנת בשבועה שלא הסכימה לך, וכתב הש"ך (סקי"ז) הני מילי בבגדים שהכניסה לבעלה, אבל בגדים שעשה לה בעלה אפילו לא הסכימה יכול למוכרן. ועיין תומים (סקי"ז) דכתבתי דאם בידה הבגדים

יכולה לומר קים לי כמאן דאמר דאינו יכול למוכרן, ואפילו בבגדי שבת ויו"ט מצית למימר קים לי ואין להוציא מידה. והא דלית ביה תקנת השוק, צריך לומר דהכל מכירים בגדים הללו שהן של אשה ולא הוי ליה ללוקחן בלתי שאלתה.

(כח) נעשה ע"י שומר וכו'. עיין תומים (סקי"ז) דאין נעשה שומר אפילו לדעות דפסקו כר' יוסף, רק שומר מכח שמואל, ולכך אין נעשה שומר יותר מכדי שוה של משכון שלו, וגם אם תפס שמעון משל ראובן יכול לומר קים לי כמאן דסבירא ליה דלית הלכתא כשמואל (שבועות מג.) רק הלכה כר' יוסף, וזה לא שייך כאן דהוי רק שומר חנם, והעליתי בתומים דוקא שהגוי היה מלוה על משכון של ראובן נמי, אבל אם לא היה רוצה להלוות כי אם על משכון של שמעון, שייך ביה פרוטה דר' יוסף כמו במלוה מעות. ועיין תומים שהעליתי בספק אם הגוי מלוה בלי רבית, דיש לומר שמעון לזה לעצמו מגוי והוא המלוה לראובן דהא אין ראובן מכיר הגוי כלל, משא"כ בלוקח רבית ע"כ שמעון שלוחו דראובן. ועוד העליתי אם הגוי מחויב לעזר המשכון, פשיטא דאין שומר מצוה משום שטוח וניעור, דאי הוי ביד גוי גם כן היה משוטח, אבל אי אין הגוי מחויב הנחתו בספק, ע"ש אי קרוי שומר מצוה, ע"ש.

(כט) באילו הלוה וכו'. ראובן ששאל ספר לשמעון, ושמעון נתן לו ספר אחר למשכון, אפילו אין ראובן נצרך לספרו של שמעון כלל, מכל מקום דעת הר"ן (כתשו' סי' יט) דלא הוי שמעון שואל להתחייב באונסין הואיל ואין כל הנאה שלו, דהא גם לראובן יש הנאה ע"י שאלה בפרוטה דר' יוסף, ע"ש בתומים (סקי"ח) הלכה כר' יוסף והוי שואל גמור. וכל זה שלא השאיל ונתן

אילו הטעם הואיל ותפס ליה אוזני, כשהוא ציד הלואה מה תפס יש לו צמטון ופטור כמש"כ רצינו צורך בהגהת מרדכי להדיא ופשוט. אלא דס"ל לרא"ש הואיל והחזירו ללוה לשמש צו לזרכו כר צלילה ומחרישה ציוס, א"כ הו"ל שואל והוא חייב צאחריותו, א"כ עדיין אין נפ"מ דלעולם כשמחזירו ללוה אין המלוה חייב צגניצה ואצידה²³, ולכן נראה דמירי שאין המשכון שוה אלא צכדי חובו ונפחת ע"י תשמישו, וא"כ אם מסרו ללוה צמורת פקדון אסור ללוה אף דגוף משכון שלו לשמש צו, דמפחית המשכון משווי והרי מקלקל צטחונו של המפקיד על המשכון ומפחיתו ואסור התשמיש צו, אצל צמשכון ששוה יותר מכדי חובו או שאינו נפחת צתשמישו כלל,

אבתי ברשותא (כו) דמלוה קאי, ומוזה הטעם אם ראובן לזה מעות משמעון על בגדי אשתו, וחזר והשאילן לו עד לאחר המועד, ומת במועד, ומאימת המושל מסרה את אשר לה לשמעון, [טז] וגם הבגדים ההם, (כו) ואחר כך החזיר לה שמעון הכל חוץ מאותם בגדים, הדין עם שמעון, כיון שבתורת שאלה באו ליד ראובן עדיין הם ברשות שמעון. הגה: ראובן שנתן לשמעון משכון למשכנו אצל עוזד כוכבים, ושמעון נתן משכון אחר לעוזד כוכבים ועכצ משכון של ראובן צידו, [יז] (כח) נעשה עליו שומר [יח] (כט) כאילו הלוהו עליו.

ודאי דמותר לשמש צו הלוה צשלו, וא"כ עכ"פ נעשה שומר שכר, ו"ע.

[טז] וגם הבגדים ההם. דאילו החזיקה הצגדים הללו צידה והיתה אומרת שלא משכן הצעל צרשותה, היתה נאמנת צמגו דהחזרתה, אצל עכשיו שהצגדים ציד המלוה אמרינן מסתמא צרשותה והסכמתה משכנס הצעל, סמ"ע (סקי"ט). וכתב הש"ך (סקי"ז) דהיינו צצגדים שהכניסה לצעל, אצל צצגדים שעשה לה הצעל, דעת רש"א צתשוצה (ח"צ סי' רפו) הוצא צצ"י צאה"ע [סוף] סימן ע"ג דרשות ציד צעל למוכרן ולהשכנס, ע"ש.

ולפי הטעם אחד שנתן רש"א צתשוצה דיש צו משום תקנת שוק, א"כ לא ידעתי מה הצדל יש צין צגדים שעשה לו או הכניסה לו, סוף כל סוף תקנת השוק איכא, ואי נימא דלא היה לו להלות על צגדים הניכרים שהם של אשה, א"כ אף צצגדים שעשה לה יהיה ג"כ זה, דמי יכיר ויצחין צצגדים אם הם מצעל עשויים או מצצח צית אציה, וא"כ לעולם צריכה להחזיר המעות שלה, ולכן כל דצרי רש"א צתשוצה ההם הם הכל צמורת ספק מי ימר ולא צדרך החלט, ולכן כשהם ציד המלוה אינו יכול להוציאם מידו, אצל כשאשה תופסת צהם אין להוציא מידה, כי לא אמרו הרש"א צדרך החלט והממע"ה.

שוב ראיתי צמדושי רש"א לצ"ק (קצ:): דכתב על האי דאסקינן כר' אצא כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן כסות אשתו וצניו מעיקרא, (דמה שכתב הש"ך דלמדו רש"א מהא

מה שהערתי בזה, ועכ"פ אם תפס ראובן יכול לומר קים ליה דאין משכון כאחד, דאי כאחד בלא"ה הו"ל שאלה בבעלים, ע"ש.

משפט יהונתן

הלואה מצינו מחלוקת ראשונים בזה אם נפחת המשכון ממה שהיה שוה אם מפסיד הלואה או המלוה, דדעת התוס' בב"מ (דף קד: ד"ה אהני) דההפסד הוא על המלוה, ועי' בשו"ת הרדב"ז (ח"ב סי' תתיט) מש"כ בביאור דברי התוס' שם, אולם בדעת הראב"ד והרשב"א והר"ן והריטב"א שם מבואר דס"ל דמן הדין חייב הלוה להשלים רק מה שנפחת מתשמישו, יע"ש.

23. באמרי בינה (דיני הלואה סי' טט) כתב ע"ד רבינו, ד"ל דהרא"ש סובר כדעת הר"י דאם הוי שו"ש בשביל דתפס אוזני גם כן חייב אף בהחזירו ליד המלוה אף במשכון בשעת הלואה, וכן במשכון שלא בשעת הלואה אם היה הדין דהוי שו"ש בשביל הנאה דתפס אוזני אז גם כשהחזיר להלוה הוי כמו אם הפקידו ביד אחר. ובאמת אם החזיר ליד

דאמרינן כל המקדיש אין דעתו על כסות אשתו וזניו, תמהני, הלא הך לא קאי רק אמסקנה כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן כסות אשתו וזניו מעיקרה, דפירש הרשב"א אחד פירוש דלאחר שקנאו צמעותיו דעתו קרובה לאשתו וזניו ונמכוון לזכות להם ולהקנותם, ולפירוש זה א"כ אינו יכול למוכרו ולמשכנו דהא כבר זכה להם, אבל עוד פירוש כתב הרשב"א, דלא משום הקנאה, אלא משום דאין אדם נותן דעתו על מה שכבר לקח לזורך אשתו להקדיש, וכתב זה נ"ל עיקר, ולפירוש זה יכול למוכרו, ואם כן א"ש מש"כ הרשב"א, ואולי כי נזון בשני פירושים, אף שכתב נ"ל עיקר כפירוש השני, מ"מ הא כתב שני פירושים ואין להוציא מיד מוחזק. ובאמת הא בהגהת הרא"ש צ"ק שם (פ"ט סי' יח) מצואר דאינו יכול כלל למוכרו, וכן הביא צ"י לקמן בסי' נ"ז (סעיף כו) בעל התרומות (שער א ח"א סי') בשם רמב"ן כפירוש הראשון דהבעל זוכה להם תיכף בקנין, וא"כ אינו יכול כלל למוכרו. רק יש מחלוקת בין פוסקים בין בגדי חול לבגדי שבת ויו"ט כמצואר לקמן בשו"ע בסי' נ"ז סעיף כ"ו, ע"ש, ואף בכאן המחלוקת דמאי שאל.

[יז] נעשה עציו שומר. בתשובת מהר"ם פאדווא (סימן נט) שממנו מקורו של הדין הזה, מצואר כך, דמחמת פרוטה דר' יוסף אין שומר כלל כי ליכא מצוה, ומאי שאל דנתן משכנו לגוי או משכון של ראובן, כי הוא פורע חלקו ברווח שיהיה לגוי, אלא מחמת שמואל אחד קתא וכו' הו"ל שמעון שומר שכר על משכנו והיינו צדדי חובו. והקשה הש"ך (סק"ח) מה איריא דנותן ריבית לגוי, אפילו אינו נותן כלום לגוי מ"מ קשה מה שומר שכר בפרוטה דר' יוסף יש כאן, דמה נפ"מ לראובן שנתן משכנו או משכון של ראובן, ותיירך הש"ך דאירי דגוי אין רוצה לקבל משכון של ראובן ולכך הוצרך הוא ליתן משכנו. ודבריו בלתי מוציאים א"כ פשיטא דשייך פרוטה דר' יוסף גבי שמעון, דמאי שאל דמלוה לראובן מעות על המשכון, או דהיה משאל לו חפצו על המשכון כדי שיגיע לו עליו מעות מן גוי, כי הגוי לא חפץ להלוות אם לא שיתן לו משכנו, א"כ הרי זה מצוה גמורה דהמציא לעני מעות בהלואה ומאי שאל מהלואה מעות²⁴.

ולכך נראה דכתבו מהר"ם הו"ל ונתן ריבית וכו', ד"ל כיון דגוי אינו מכיר כלל לראובן ולא היה לו עסק כלל עם

ראובן, רק שמעון לזה מהגוי ונתנם לראובן, א"כ נימא שמעון הוא הלוה מגוי לעצמו והוא א"כ הלוה לראובן, והרי הוא מלוה של ראובן על משכון כי הא ראובן לא ראה הגוי ואין לו עסק עמו והרי זה כשאר מלוה על משכון, ומה נפ"מ אם לקח מעות הלוואה מכיסו או בהקפה מגוי. ולבטל טענה זו כתב מהר"ם כיון דנתן רווח לגוי וא"כ אילו שמעון יחשב מלוה לגבי ראובן איך אפשר ליקח רבית מישראל אחיו, ועכ"ל דהוא שמעון שליחות דראובן קעביד והגוי הוא המלוה וראובן הלוה, ושמעון שליח של ראובן, וא"כ ליכא מצוה בחליפי משכנות דאף על משכון של ראובן היה הגוי מלוה.

ועוד הקשה הש"ך אף דמתחילה צעת הלוואה ליכא פרוטה דר' יוסף, מ"מ עכשיו שמשכון של ראובן צידו הא מחויב לשטחו ולנערו ואז פטור מריפתא לעניים, ותיירך הש"ך כיון דחשב ראובן שיתנה לגוי ולא יהיה צו שטוח וניעור ומ"מ אין מקפיד, אף שמעון פטור משיטוח וניעור, כמו דאם המפקיד עם הנפקד צמדינה דאין הנפקד מחויב לשטח ולנער וכו', עכ"ל. ודבריו בלתי מוציאים דאין הנושאים שוים, דהתם כיון דסיפוק צידו לשטח ולנער ולהשגיח בשלו ואין עושה, אצידה מדעת היא, ואין חו חיוז על הנפקד, אבל זה שהיה נריך למעות ובעל כרחו הוצרך להשכין חפצו ברבית אלל גוי, אם כי לא יהיה משוטח ומנוער מה הו"ל למעבד, וא"כ אם יש סיפוק ציד ישראל לשטחו ולנער, לא יהיה זה בכלל מצות השבת אצידה, נשחקע הדבר ולא נאמר. ולכן נראה דהואיל דמשלם לגוי רבית, אף על הגוי אפילו צדיניהם מוטל לשטח ולנער ולשומרו מכל פחת ונזק, כיון דמקבל רבית עליו להשגיח צשמירתו, וא"כ תו לא הוא מצוה, דאם נתן משכון של ראובן לגוי היה הגוי משטחו ומנערו, וא"כ ג"כ אחי שפיר מש"כ מהר"ם כיון דגוי לקח רבית, דולת זה לא היה ענין שטוח וניעור מוטל על הגוי והוי קשה קושיית הש"ך.

שוב ראיתי צאסיפת זקנים (צ"מ פז. ד"ה דכו"ע) שהביא קושיא בשם ריטב"א, כל מקבל פקדון יהיה שומר שכר מפרוטה דר' יוסף מחמת שיטוח וניעור, (והיינו כשאין המפקיד צמדינה), ותיירך דשומר שאינו תחילתו מצוה, אף בשטוח וניעור לא נעשה שומר שכר, דאין סהדי דהוי כפירש איני שומר שכר, אבל שומר אצידה ומלוה על משכון דתחילתו משום מצוה,

משפט יהונתן

באור שמח (פ"ו מהל' נדרים הט"ז) שכתב דלא מצינו דאיכא מצות השאלה, ורק בשאלת ספר הוא דאיכא מצוה, ע"ש. אולם בחושן אהרן (עמ' 164) הוכיח דגם בשאלת חפצים הוי מצוה מן התורה, ע"ש. ובשו"ת בן פורת (ח"ב סי' ג) להגר"י ענגיל הוכיח ממש"כ רש"י בסוכה (דף מט:) אהא דאמרינן גמילות חסדים בין בגופו בין בממונו, ופירש"י בממונו, מלוה לו מעות ומשאל כלים ובהמה. ומשמע דאותה מצוה דאיכא בהלוואת מעות איכא נמי בהשאלת חפצים, ע"ש. ובשו"ת דבר יהושע (ח"ב סי' ט אות י"ב) כתב ליישב דרש"י מיירי בהלוואת מעות לעשיר דאינה רק בכלל מצות גמ"ח כמו בהשאלת חפצים, ורק במלוה מעות לעני הוי מ"ע חיובית דנפטר עלי' מפרוטה דר"י. ועיי"ש בטעמא דמילתא דהשאלת חפצים לא הוי חיוב. וע"ע מש"כ בזה בשו"ת אמרי יוסף (ח"ב סי' מז), ע"ש.

24. מה שהקשה רבינו על הש"ך מאי שאל מלוה לראובן מעות על המשכון או דמשאל לו חפצו על המשכון, הנה יעויין בנתי"מ (סקט"ז) שתיירך זאת עפ"י דהר"ן בתשובה (סימן י"ט) דרק מלוה מעות הוי בכלל מצות הלואה, אבל השאלת חפצים לא הוי בכלל מצוה זו, יעו"ש. וע"ע כע"ז במקצוע בתורה (סקכ"א). אמנם ביצועות ישראל (סקט"ט) כתב דנראה דאף לפמש"כ הר"ן דהשאלת חפצים לא הוי בכלל מצות הלואה, היינו משום דבמשאל חפץ הרי החפץ נפסד מחמת ההשתמשות, והתורה לא חייבתו בכך, אבל המשאל חפץ לאחר שיהא לו למשכון ויוכל ללוות עליו, בזה אין חילוק בין מלוה מעות או חפץ, וכ"כ בתומים ומסתבר כדבריו, עכ"ד. וע"ע בפנים יפות עה"ת (פר' משפטים) עה"פ אם כסף תלוה שכן ביאר ג"כ ד' הר"ן בתשו' הנ"ל. ועי' גם בשבילי דוד (אות ט'). מיהו בעיקר דין זה אי איכא מצות הלואה בהשאלת חפצים, יעוי'

תשובה ענמה, למה קטני השאילני ואני אשאל לך הוי רק שומר שכן, לתני רבותא טפי השאילני ואני אתן לך משכון לא הוי רק כשומר שכן. וז"ל דס"ל להר"ן כריטצ"א (שם פז. ד"ה דכו"ע) שכתבתי צ"ק הקודם דכל שתחילתו אין מלוה, אף דאח"כ מלוה צשיטות וניעור, מ"מ לא הוי שומר שכן, ולכך בשאלה דעלמא אין בתחילתו מלוה. אך אין זה מספיק, דבשאלמא דלא יתחייב צגניצה כשומר שכן שפיר כתב הריטצ"א דהו"ל כהתנה שלא יהיה צשיל פרוטה דר' יוסף שומר שכן, אצל סוף כל סוף נהנה צפרוטה דר' יוסף, וא"כ אין כל הנאה של השואל, ודוחק לומר דאף על זה אמרינן דהוי כהתנה, דמ"מ יתחייב כשואל, דזו דוחק צתכלית, דתנאי זה צריך להיות מצד שואל²⁶.

ולבן היותר נראה דס"ל להר"ן כריטצ"א (בתשו"ת ח"ג סי' נג) דעיקר פרוטה דר' יוסף הוא צשעת הלואה דאז פטור מליתן ריפתא לעניים וכמס"כ לעיל סק"ו באריכות, וא"כ בשואל חפץ שאינו ספר תורה וספרים, אין אז צעת הלואה מלוה כלל, ואז לא פטור מריפתא לעניים ותו לא שייך פרוטה דר' יוסף, וז"ע²⁷, ועכ"פ לדעת רשצ"א דצהך פרוטה צשעת הלואה דמפטר מעניים הוי שומר שכן כל משך הלואה, א"כ לסצרת הר"ן המשאל ספר לחצירו אין השואל חייב צאונסין, דהא צשעת שאלה אילו אודמן עניים הוי פטור, א"כ אין כל הנאה שלו ואפילו לא לקחו משכון תמורתו רק צשאלה תיכף מנו הנאה למשאל. ולא

אמרינן דמתחילה ועד סוף דעמו להיות שומר שכן, ואף צשטות וניעור אמרינן פרוטה דר' יוסף, ע"ש. ולפי"ז כאן דמתחילה לא נעשה מלוה כמס"כ מהר"ם, א"כ אף שטות וניעור אין משוי ליה שומר שכן. וז"ע כי מתשובת הרא"ש (כלל 5 סי' ג) הציאו הטור סוף סימן זה, משמע קצת לא מן השם הזה רק צפקדון יכול ליתנו למפקיד, וז"ע²⁸. ועיין מס"כ לעיל סק"ו.

[יח] בא"ל דהו"ל וכו'. כתבו הסמ"ע (סקכ"א) והש"ך (סקכ"ט) צסם תשובת הר"ן (סי' יט), והו"ו תמליתו, ראובן השאל לשמעון ספר ושמעון נתן לו ספר למשכון, ודאי אם ראובן צריך לספר של שמעון כמו צצריך שמעון לספרו, פשיטא דלא הוי שואל, כדאמרינן (צ"מ פא). השאילני ואני אשאל לך, אלא אפילו לא היה ראובן צריך כלל לספרו של שמעון ולקחו רק למשכון מ"מ לא נעשה שמעון שואל שיתחייב צאונסין, כי אין כל הנאה שלו, דהא ראובן קעציד מלוה צהשאלת ספר וא"כ פטור מריפתא לעניים ואף הוא נהנה, ואין כל הנאה לשמעון ולא הוי רק כשוכר, וזה תמלית דצרי ר"ן בתשובה סי' י"ט.

ובתב הש"ך א"כ לדין אי תפס ראובן יש לומר דלא קי"ל כר' יוסף וחייב שמעון צאונסין דהו"ל שואל. וזה נכון, אלא שיש לתמוה דגם צכל שואל חפץ לחצירו והוא נותן עליו משכון, א"כ המשאל חייב צשיטות וניעור המשכון, פטור מפרוטה דר' יוסף ואין כאן כל הנאה שלו. וא"כ קשה קושית הר"ן צאונסין

משפט יהונתן

חפץ לאו מצוה היא רק שאלת ספר כמס"כ הר"ן שם, וכבר כתבתי לעיל (סק"ז) דפרוטה דרב יוסף לא שייך רק כשהתחלת החיוב שנתחייב בשיטות וניעור היתה ע"י מצות רחמנא, כן נ"ל בכוונת הר"ן, ע"כ. ובמשובב בהגה"ה מתלמיד הקצוה"ח כתב ע"ד הנתיחה"מ, לא ידעתי מה חידש בזה, שכן אלו דברי התומים שם, וע"ש שלא נתקרה דעתו בזה והעלה דדעת הר"ן דמחמת שאלה שעושה מצות בשאלת ספר הוי כמקבל שכרו פרוטה דר"י וכו', ע"ש. מיהו לכאורה נראה דחלוק טובא תירוצו של רבינו מתי" של הנתיחה"מ, דהא הנתיחה"מ לשיטתו לעיל סק"ז דכל שאין תחילתה מצוה לא נפטר כלל בפרוטה דר"י בשיטות וניעור, ולפי"ז א"ש מס"כ בישוב שיטת הר"ן דבשואל ספר ונטל משכון נפטר המשאל מפרוטה דר"י בשעת שיטות וניעור, ולא הוי כל הנאה דשואל, ומשא"כ בשואל חפץ סתם ונטל משכון לא נפטר המשאל כלל מפרוטה דר"י בשעת שיטות וניעור. אכן לדעת רבינו נתבאר דגם בשיטות וניעור שאין תחילתה מצוה נפטר מפרוטה דר"י רק דהוי כהתנה, ודו"ק. ובהגה"ה שם כתב עוד, ובאמת נוראות נפלאות על התומים וגם על הנתיחה"מ, איך עלה על דעתם לומר דמשום מצות שיטות וניעור של המשכון לא יהיה שואל, הא בשביל הפרוטה שנהנה בשיטות וניעור הוא נעשה שו"ש על המשכון, ואיזה שכר נשאר לו עוד שלא תהיה כל הנאה של שואל. הגע עצמך, אם השאל ראובן לשמעון חפץ היום, ולמחר נתן שמעון חפץ לראובן לשמור בשכר, הרי נאמר דלא הוי שמעון שואל כיון שנותן שכר לראובן, א"כ קשה אמאי לא תני בגמ' (ב"מ פא). השאילני ושומר לי בשכר דלא הוי שואל, דהוי רבותא טפי מהשאילני ואשמור לך, וכמו שדקדק הר"ן בתשובה, ע"ש. אלא ודאי פשוט וברור דראובן אינו מקבל שכר בעד החפץ שהשאל, אלא בעד השכר הוא שומר פקדון. וא"כ הכא נמי, אותו הפרוטה שנהנה בשביל המשכון הרי כבר נעשה עבור זה שומר שכר על המשכון, ואיזו הנאה נתוספה לו לראובן ע"י אותה שאלה, יעו"ש.

27. ע"י משנ"ת לעיל בזה בהערה 24 אי שאלת חפצים הוי בכלל מצות הלואה.

25. בנתיחה"מ (סק"ז) כתב לבאר כוונת דברי הרא"ש באופ"א, וכתב דעפי"ז אתי שפיר מה שהקשה רבינו כאן מדברי הרא"ש, דכוונת הרא"ש היא, דדוקא במלוה על המשכון שעשה מצוה בהלואה על המשכון, והכניס עצמו בחנם בחיוב שיטות וניעור על פי הכרח מצות רחמנא, משום הכי פטור מפרוטה דרב יוסף בשעת שיטות וניעור, משא"כ בפקדון שהמפקיד בעצמו יכול לשטחו ולנערו, ומה שהנפקד חייב את עצמו בשיטות וניעור לאו משום מצות רחמנא הוא, דרחמנא לא פקדיה בכך לקבל פקדונות שיתחייב בשיטות וניעור כשלא יהיה המפקיד במדינה, וכיון שהשיטות והניעור שעושה לא נצמח על פי הכרח מצות רחמנא, לא מיפטר מפרוטה דרב יוסף, ומשו"ה במלוה על המשכון, אף שיתן לו רשות ליקח לביתו לשטחה הוי שומר שכר, כיון דאפשר שיפטר מפרוטה דרב יוסף כשלא יהיה הלואה במדינה, אי נמי בשעה שעוסק בשמירת המשכון. וזהו כוונת דברי הרא"ש שכתב דבפקדון המפקיד בעצמו יכול לעשותו, פירוש, וא"כ הנפקד הכניס עצמו בחיוב זה שלא בגזירת רחמנא, מה שאין כן במשכון שהלואה הוכרח לתת משכון לביתו של המלוה, וממילא המלוה נתחייב בשיטות וניעור על פי גזירת רחמנא, עכ"ד. וע"ע במקצוע בתורה (סקכ"א) מש"כ בזה.

26. ומבואר לפי"ז דגם בשיטות וניעור שאין תחילתה מצוה נפטר מפרוטה דרב יוסף רק דהוי כהתנה, ולהכי שפיר כתב רבינו דבהך דהר"ן לא שייך לומר דהתנה שיתחייב השואל. והנה בנתיחה"מ (סק"ז) הביא ג"כ קושיית רבינו ע"ד הר"ן, וכתב ליישב וז"ל, לכן נראה דודאי שואל ספר חייב באונסין, דכשנעשה שואל דהיינו במשיכת חפץ לידו כבר נעשה המצוה ונתחייב שוב המשאל בפרוטה דרב יוסף. ועוד, דהא אין השואל נותן לו שכר, רק הוא נותן שכר לעצמו שעושה מצוה בשלו, רק כוונת הר"ן היא דוקא בנתן לו משכון, כיון דע"י השאלה נתן לו משכון ומחמת השיטות וניעור של המשכון פטור מפרוטה דרב יוסף, והוי כנותן לו שכר במה שנותן משכון לידו והוי כמקבל שכר מהשואל, משא"כ בשכר שואל חפץ על משכון לא שייך פרוטה דרב יוסף בשעת שיטות וניעור, כיון דשאלת

כן משמע לקמן סי' שמ"ב, דמשמע להדיא השאל ספר חייב צאונסין אם לא דנתקלקל מחמת מלאכה, ומוזה ראה למש"כ לעיל סק"ו דהעיקר דלא כרש"א, ועיקר פרוטה דר' יוסף לא נשעת הלואה רק אח"כ נשעת שטוח וניעור, ונ"ע²⁸. וצורר דעודא דר"ן היה דתחילה השאלו ספר ואח"כ נתן לו שמעון משכון, דאי הדברים כהווייתן כמש"כ הר"ן דזה השאלו וזה נתן לו משכון נפסע אחת הא

הו"ל שאלה צבעלים, והפילו מדין שומר חנם פטור, ואין צריך כל לפולו של הר"ן, ועכ"ל דלא קיבלו שמירה כחמד.

[יט] אפ"ר דאפ"ר בנתינת רשות וכו'. דברים אלו הם אמורים לתשובת הרש"א (ח"א סי' אלף כט וח"ב סי' שלו), וכתב דיש לדמותן לדמי אצידה דק"ל (צ"מ כט). מותר לשמש בהן וחייב צאונסין, והש"ך בס"ק ל"א כתב דיש להצין ספיקו, דהא הוא שאל גמור, דכל ששאל חפץ מחצירו אע"פ שלא נשתמש בו הו"ל שאל ומתחייב צאונסין, ולכן ציקש לומר שאני הכא דאפשר דלא הוא שאל דנעשה נשציל מעותיו שהיה אצל המשאל, אצל במפקיד חפץ ואח"כ נתן לו רשות לשמש בו, לכו"ע הוא שאל, דלא דמי למעות מותרין (שם מג.), דשם לא נעשה בפירוש שאל. ודצרי דחוקים דלא יהיה כל הנאה שלו כיון דמיירי לאחר הלואה נתן רשות כמש"כ הש"ך גופיה, וגם איך כתב לדמותן לדמי אצידה כיון דיש חילוק אם אמר בפירוש שישתמש בו או שצלא"ה מותר.

אב"ל צאמת אין צריך לזה, כי הדברים פשוטים, כי גדר השאל הוא דהשאל גילה דעתו דרובה צוה להשאלו והלה הסכים עמו והשאלו, אז חייב נעשה שאל, וכשמסך או נסתלק הימנו המשאל, חייב קם ליה צרשותו, אצל כשהמלוה לא ציקש ממנו שישאלו, רק הוא הלואה צא מעצמו ונתן לו רשות להשתמש בו ואינו יודע אם המלוה קיבל על עצמו כך להכניס עצמו דצד הלזה להיות חייב צאונסין, ומה צדך שהוא הרשהו, אולי אין רצונו צדך, ולכן י"ל דלא הוא שאל. וכ"כ בספר חסיפת זקנים לצ"מ דף כ"ט (ע"א ד"ה ולעין פסק) נשם הר"ן דלכך במפקיד מעות מותרין דק"ל מותר להשתמש בהן, ומ"מ ק"ל כרצ נחמן דלא

כרחו ודילמא אין דעתו להיות שאל, ע"ש. והו דייקא הלשון של רש"א ושו"ע צנתינת רשות צלצד, הרצון, דהמלוה לא גילה דעתו רק הוא נתן רשות, א"כ י"ל דדמי למעות מותרין ולא הוא רק שומר שכו, או יש לדמות לדמי אצידה, ודייקא מדמי אצידה דשם ג"כ לא גילה השומר אצידה רשות דניחא ליה צתשמישו ורצונו, ומ"מ אמרין דהוי שאל, וא"כ הוא הדין הכא, וא"ש דלמדו מדמי אצידה דשוה צכל דצרים, והדצרים צרורים²⁹.

אב"ל צאמת המפקיד חפץ לחצירו ונתן לו רשות להשתמש בו, לא זו דקודם שימוש אינו רק ש"ש כמו מעות מותרין דק"ל כרצ

(ל) ונתן לו רשות להשתמש. לא בעת הלואה ונתינת משכון, דאם כן הא לאו כל הנאה שלו, דהוא נהנה גם כן מכח דמי הלואה שהלוה לו, רק מיירי לאחר שכבר הלוהו נתן לו רשות לשמש במשכון, ואין זה ענין למה שהלוהו, ולכך שפיר יש לומר דהוי שואל, ש"ך (סק"ל), ונכון הוא.

(לא) אפ"ר וכו'. דעת הש"ך (סק"א) הא דמסתפק

היינו הואיל ותחילתו הלואה, אף דנתן רשות אחר כך מכל מקום יש לומר אולי אין כל הנאה שלו, אבל במפקיד לחצירו חפץ ואחר כך נתן לו רשות לשמש בו, לכולי עלמא בלי ספק הוי שואל. ואני כתבתי בתומים (סק"ט) לדעת המחבר להיפוך, דכאן איירי דזה המלוה או הנפקד לא ביקש ממנו שיתן לו רשות לשמש בו, דאם ביקש ממנו היינו שואל גמור, רק הוא עצמו נתן רשות, ולכך בפקדון דמי למפקיד מעות מותרין דגם כן מותר השימוש בו, ומכל מקום כל זמן שלא נשתמש בו הוי ליה רק שומר שכו, והוא הדין זה, רק במלוה על המשכון דזולת זה בלא"ה הוי לדעת רשב"א (בתשו' ח"א סי' אלף לט) ומחבר שומר שכו משום פרוטה דר' יוסף, בזו יש לומר בנתן רשות הוי ליה שואל, ועיין בתומים שהארכתי בביאור מה שיש לחלק בין זה לדמי אצידה דק"ל (לקמן סי' רכו סעיף כה) ישתמש בהן והוי שואל, ולכך הוי ליה ספיקא לרשב"א וכן לשו"ע, ולכך כתב בלשון אפשר.

(לב) הוי שואל וכו'. הש"ך (שם) תמה לדעת הרמ"א דסבירא ליה דיש לומר כרבה דמלוה על משכון הוי שומר חנם, ואם כן דמי למעות פקדון מותרין דמותר לשמש בהן ומכל מקום לא הוי רק שומר שכו, ועיין בתומים (שם) מש"כ לחלק בין מעות לחפץ, ובחפץ סבירא ליה לרמ"א לכולי עלמא הוי שואל, ולכך סבירא ליה דאין לספק, ולפ"ז אף במפקיד חפץ ונתן לו רשות לשמש גם כן הוי ליה שואל, וכן מסתבר, ועיין תומים דמידי ספיקא לא נפק והממע"ה.

התם טעמא שאין אדם נעשה שאל צעל הוי שאל דאמר נאנסו לא, התם טעמא שאין אדם נעשה שאל צעל רש"א ושו"ע צנתינת רשות צלצד, הרצון, דהמלוה לא גילה דעתו רק הוא נתן רשות, א"כ י"ל דדמי למעות מותרין ולא הוא רק שומר שכו, או יש לדמות לדמי אצידה, ודייקא מדמי אצידה דשם ג"כ לא גילה השומר אצידה רשות דניחא ליה צתשמישו ורצונו, ומ"מ אמרין דהוי שואל, וא"כ הוא הדין הכא, וא"ש דלמדו מדמי אצידה דשוה צכל דצרים, והדצרים צרורים²⁹.

אב"ל צאמת המפקיד חפץ לחצירו ונתן לו רשות להשתמש בו, לא זו דקודם שימוש אינו רק ש"ש כמו מעות מותרין דק"ל כרצ

משפט יהונתן

כתב ע"ז, הנה מש"כ התומים וכן החליט הנתיבות דמיירי דהלוה נתן רשות להשתמש ולא היה מהמלוה שום גילוי דעת שרצונו להשתמש, לא נהירא, דא"כ ודאי לא נעשה שואל שהרי אסור להשתמש בו משום איסור ריבית, וא"כ הא ודאי אין רצונו בכך וכמו שהקשה באמת בספר מקצוע בתורה. ולכן נראה דמיירי דהמלוה ביקש רשות מהלוה שאם ירצה יוכל להשתמש בו והלוה הרשהו, ומש"כ הרשב"א והמחבר לשון אפשר, היינו באמת מהאי טעמא דרמי עליה איסור ריבית להשתמש בו, יעו"ש. וע"ע בנחל יצחק (סק"ה) שהאריך בקושיא זו.

28. בקצוה"ח להלן שם (סק"א) הקשה ג"כ קושיא זו, והוסיף, ובתשובת מוהר"ם דפוס קרימונה ז"ל, וששאלתני אם חייבים אתם לפרוע הספרים שנשרפו, דגם פשוט הוא שאתם חייבין דשואל חייב באונסים, עכ"ל. ואפשר דפוסק מוהר"ם כרבה ולא כרב יוסף, וא"כ הו"ל כל הנאה שלו, ובשו"ע דפסק כרב יוסף ונקט שאל ספר תורה, אפשר דנקט מחמת מלאכה לאשמעינן שאם עשה מלאכה אחרת דחייב, אבל ה"ה דפטור באונסין, וצ"ע.

29. כ"כ לפרש ג"כ בנתי"מ (סק"ח). אכן באבני החושן בהשמטות לח"א

נחמן דלא הוה רק ש"ש, אלא אפילו אם כבר נשתמש בו, י"ל דמ"מ לא הוה שואל, כיון דאחיה אומר בשכר הנאת שימוש הוה ש"ש, א"כ אף שנשתמש מ"מ הא אין כל הנאה שלו, דהא בשכר שימוש היה מתחילה שומר שכר על החפץ, והוה כנותן למשאל פרטתו בשביל שהשאל לו הא לא הוה שואל, ואם השאל לו חפץ בתנאי שיסמור לו חפץ אחר, הא לא הוה שואל דאין כל הנאה שלו, ואף זה כיוצא בו, ובגמרא דק"ל צמעות מותרין לרצ נחמן נאנסו לא, דמשמע לאחר שימוש הוה חייב באונסין לק"מ, ד"ל דשם צמעות נעשה מלוה ומלוה להוצאה ניתנה, ופשיטא דחייב בכל אונסין ואין צריך לטעם דכל הנאה שלו צמלוה, אבל בחפץ דהדרא צעיניה דלרין כל הנאה שלו, וזהו לא שייך בזה, וא"כ י"ל דלא הוה שואל כלל ומי יוציא מעות מספק, ודו"ק.

איברא עדיין קשה מ"מ הא דמי לדמי אצידה לגמרי לדעת הרשב"א דפוסק צמלוה על משכון כר' יוסף דשומר שכר, וא"כ מה זה שנסתפק בו הרשב"א, ודברי הש"ך הנ"ל המה דחוקים. וי"ל בשני אופנים, אחד דודאי מעות תיכף כשיגיע לרשותו של השומר הו"ל מלוה, דהא אם תיכף צא בעל אצידה אין מחויב ליתן לו הנך דמים צעין, אבל יכול להחליפן כמש"כ התוס' שם צ"מ דף כ"ט (ע"א) ד"ה והוה שואל וכו', דלישנא דשואל לאו דווקא רק הו"ל תיכף מלוה עליו, ולכך הוה תיכף שואל ולוה, אעפ"י שלא הוציא מעל מטעם זה, ולכך הוה תיכף שואל ולוה, משא"כ צמסכן חפץ דהדרא צעיניה וגוף הכלי צרשות הצעלים ואין לשואל בו אלא הנאת שימוש, וכל זמן שלא נשתמש בו אעפ"י שמוחר לשמש קי"ל דלא מעל צל הקדש, עיין צ"ק דף ע"ט (ע"א) בתוס' ד"ה תקנו, ע"ש, משום דעדיין עומד צרשות המשאל, א"כ י"ל דלא הוה רק שומר שכר ולא שואל, וזה ספיקו של הרשב"א.

אב"ד העיקר נראה דהרשב"א ס"ל כר' אפרים וסייעתו (הו"ד בשטמ"ק שם), דלכך דמי אצידה הוה שואל ודמי פקדון שומר שכר, משום דשם צלא"ה הוה שומר שכר משום הנאת פרוטה דר' יוסף, וצירוף הנאת שימוש נעשה שואל. אלא דדבריו צריכין ציור, דיפה טענו התוס' (שם כט.) והרא"ש (שם פ"ג סי' כו), וכי צביל ששכרו כפול יהיה שואל, וא"כ אם אחיה מרצה לשומר שכר שכרו יעשה שואל. ונראה דודאי הא דהתירו חכמים דמי אצידה לשמש ולהוציאן צלי רצון ודעת בעל אצידה, וצריך טעם דהא הוא לצעל אצידה גריעותא גדולה, דפתאום יצא ואין כסף ולהוצאה ניתנה אולי ילך לטמיון וכדומה, וכל אשראי ספק אתא, ואפילו צווי דיתמי טרחו חז"ל (שם ע.) שלא לעשות כן אם לא מחשש דיכלה קרן של יתומים, וי"ל דאמדו חז"ל דזהו טובתו של בעל אצידה להחיר לו השימוש כשירצה, אך לעומת זה יהיה חייב צאחריותו של האצידה, וניחא ליה לצעל אצידה צכך, רק תינח אם כבר נשתמש בו, אבל למה התירו קודם שנשתמש וצא בעל אצידה שיוכל להחליפן ונעשה מלוה עליו כמש"כ התוס', ואפילו

בעל אצידה נועק, וי"ל דזהו ג"כ לטובתו של בעל אצידה כדי שיהיה תיכף אפילו קודם שהוציא מעות חייב צאחריות המעות, וכ"כ צאסיפת זקנים (שטמ"ק שם כט.) בשם ריטב"א, דלכך התירו השימוש כדי שיהיה טובת בעל האצידה שיתחייב צאחריותו, אך תינח אם אמרינן דעי"כ נעשה שואל, אבל אם יהיה שומר שכר עדיין לא הועילו לומר דיהיה שלו תיכף, דצלא"ה הוה שומר שכר משום פרוטה דר' יוסף, ומה הועילו בזה כלל, וא"ש דברי רבינו אפרים גבי פקדון דהוה מקדם שומר חנם, זהו טובתו של המפקיד שישתמש בו הנפקד ויעשה שומר שכר צהאי הנאת שימוש, משא"כ צאצידה חילו לא נעשה שואל, לא התירו חז"ל דיהיה צרשותו, ועל זה היה תנאי צ"ד דהא שומר שכר צלא"ה הוא, וכי צחנם לוקמי צרשותו, ולכך היה תנאי צ"ד שיעשה תיכף שואל וא"ש ולק"מ מקושית התוס', וצביל כך ע"כ התירו תיכף שיהיה שלו שיתחייב כשואל.

וזדו יותר נאות מסצרת הראצ"ד (בשטמ"ק שם כט.), הן צצצרא, כי מה צכך דהנחתו מרצה ואם אחיה מרצה צככר כל יום אין שואל, והן דא"כ צהך צצצרא לא מחלק רצה ור' יוסף וכמש"כ אח"כ צישוצ דברי רמ"א, וא"כ הא דפריך אצדו קתני ושני כדאמר רצה צליסצין מוויין וכו', ופירש"י (שם: ד"ה דרצה) לקמן (נח.) גבי צני עיר ששלחו וכו', וקשה למה נטר לפרש אצדו צהך משנה, הלא צהך משנה דמי אצידה דקתני אצדו הו"ל לרצה לפרש אצדו צליסטים, דהא אף לרצה נאנסו חייב, לכך מיאנו התוס' צפירוש זה, ולפי"מ שכתבתי ניחא, דלרצה צאמת אין צריך לומר אצדו צליסטים וכו', דאליציה הוה רק שומר שכר. עכ"פ רציה צרורה לדברי הש"ך לקמן סי' ע"ג (סקנ"ה) דאף לר' נחמן דאמר נאנסו, מ"מ אותן דמים אין צריך להחזירין אף שעדיין לא הוציאן, דהא רבינו אפרים פסק כרצ נחמן, ומ"מ דייקינן הוציא ונתנו רשות שאין יכול לחזור ולתצוע המעות, ודו"ק³⁰.

ובד"ב ניחא דיש מקום לייצב דברי הרמב"ם פ"ז מהל' מעילה (ה"י) שפסק צמפקיד מעות מותרין אלל שולחני והוציאם שניהם לא מעלו, לא השולחני דהא הוציא צרשות, ולא הגוצר מעל דהא לא אמר לו להוציא. והקשה הכס"מ הא צמסנה הוצא צפרק המפקיד דף מ"ג (ע"א) מצואר דאם הוציא מעל הגוצר, ומחר"י קורקוס תירץ דקשיא ליה לרמב"ם קושיית התוס' שם ד"ה מאי איריא וכו' מהא דאמרינן (שם מה.) נתן לספר לא מעל עד דמשין, אף שמוחר להשתמש צמעות וכו', ולכך דחה ליה להך משנה מהלכה, ודבר זה דחוק צעצמות, וכי צביל קושיא אשר צערי תירוצים לא ננעלו מצדי נדדים ידחה הרמב"ם המשנה נגד צרייתא מהלכה³¹.

ולפי הנ"ל נראה לומר ישוב נכון, דיש להצין דרש"י צדף הנ"ל (מג.) ד"ה מותרין, פירש דלכך מעל דהו"ל כנותן רשות והו"ל שולחו, דמי דוחקו לרש"י לפרש מטעם שליחות, דהוא דוחק, דהא לא אמר לו להוציאן רק הרשאה צעלמא, ולא פירש

משפט ידונית

ללה"נ ד"ה ומדי, וביד יצחק על הרמב"ם שם, וע"ע בתקנת עזרא מעילה כא: ד"ה נשובה להרמב"ם, יעו"ש.

נחמן דלא הוה רק ש"ש, אלא אפילו אם כבר נשתמש בו, י"ל דמ"מ לא הוה שואל, כיון דאחיה אומר בשכר הנאת שימוש הוה ש"ש, א"כ אף שנשתמש מ"מ הא אין כל הנאה שלו, דהא בשכר שימוש היה מתחילה שומר שכר על החפץ, והוה כנותן למשאל פרטתו בשביל שהשאל לו הא לא הוה שואל, ואם השאל לו חפץ בתנאי שיסמור לו חפץ אחר, הא לא הוה שואל דאין כל הנאה שלו, ואף זה כיוצא בו, ובגמרא דק"ל צמעות מותרין לרצ נחמן נאנסו לא, דמשמע לאחר שימוש הוה חייב באונסין לק"מ, ד"ל דשם צמעות נעשה מלוה ומלוה להוצאה ניתנה, ופשיטא דחייב בכל אונסין ואין צריך לטעם דכל הנאה שלו צמלוה, אבל בחפץ דהדרא צעיניה דלרין כל הנאה שלו, וזהו לא שייך בזה, וא"כ י"ל דלא הוה שואל כלל ומי יוציא מעות מספק, ודו"ק.

איברא עדיין קשה מ"מ הא דמי לדמי אצידה לגמרי לדעת הרשב"א דפוסק צמלוה על משכון כר' יוסף דשומר שכר, וא"כ מה זה שנסתפק בו הרשב"א, ודברי הש"ך הנ"ל המה דחוקים. וי"ל בשני אופנים, אחד דודאי מעות תיכף כשיגיע לרשותו של השומר הו"ל מלוה, דהא אם תיכף צא בעל אצידה אין מחויב ליתן לו הנך דמים צעין, אבל יכול להחליפן כמש"כ התוס' שם צ"מ דף כ"ט (ע"א) ד"ה והוה שואל וכו', דלישנא דשואל לאו דווקא רק הו"ל תיכף מלוה עליו, ולכך הוה תיכף שואל ולוה, אעפ"י שלא הוציא מעל מטעם זה, ולכך הוה תיכף שואל ולוה, משא"כ צמסכן חפץ דהדרא צעיניה וגוף הכלי צרשות הצעלים ואין לשואל בו אלא הנאת שימוש, וכל זמן שלא נשתמש בו אעפ"י שמוחר לשמש קי"ל דלא מעל צל הקדש, עיין צ"ק דף ע"ט (ע"א) בתוס' ד"ה תקנו, ע"ש, משום דעדיין עומד צרשות המשאל, א"כ י"ל דלא הוה רק שומר שכר ולא שואל, וזה ספיקו של הרשב"א.

אב"ד העיקר נראה דהרשב"א ס"ל כר' אפרים וסייעתו (הו"ד בשטמ"ק שם), דלכך דמי אצידה הוה שואל ודמי פקדון שומר שכר, משום דשם צלא"ה הוה שומר שכר משום הנאת פרוטה דר' יוסף, וצירוף הנאת שימוש נעשה שואל. אלא דדבריו צריכין ציור, דיפה טענו התוס' (שם כט.) והרא"ש (שם פ"ג סי' כו), וכי צביל ששכרו כפול יהיה שואל, וא"כ אם אחיה מרצה לשומר שכר שכרו יעשה שואל. ונראה דודאי הא דהתירו חכמים דמי אצידה לשמש ולהוציאן צלי רצון ודעת בעל אצידה, וצריך טעם דהא הוא לצעל אצידה גריעותא גדולה, דפתאום יצא ואין כסף ולהוצאה ניתנה אולי ילך לטמיון וכדומה, וכל אשראי ספק אתא, ואפילו צווי דיתמי טרחו חז"ל (שם ע.) שלא לעשות כן אם לא מחשש דיכלה קרן של יתומים, וי"ל דאמדו חז"ל דזהו טובתו של בעל אצידה להחיר לו השימוש כשירצה, אך לעומת זה יהיה חייב צאחריותו של האצידה, וניחא ליה לצעל אצידה צכך, רק תינח אם כבר נשתמש בו, אבל למה התירו קודם שנשתמש וצא בעל אצידה שיוכל להחליפן ונעשה מלוה עליו כמש"כ התוס', ואפילו

30. ע"י אהבת דוד ויהונתן (סקי"ג) מה שתמה ע"ד רבינו כאן.
31. ע"י מש"כ ליישב בקרני אור בספר אור גדול השלם בענין מצות

הטעם כדאמרין לקמן צ"מ דף נ"ט (ע"א) המשאיל קורדוס של הקדש מועל משאיל לפי טובת הנאה, שאומדים כמה אדם רוצה ליתן בשביל זה שישאיל לחצירו, ומכל שכן שיש טובת הנאה במשאילו כסף היוצא בהוצאה, בשלמא לקמן (נ"ט) לא קשה דהו"ל לרש"י לפרש משום שלוחו, דשם איירי בשאילה גרידא, אפילו לא נקע צו עדיין השואל מעל הגוזר, ונ"ל דתיכף נהנה, משא"כ כאן הו"ל לומר משום טובת הנאה, ולכן נראה דס"ל לרש"י בשלמא שם דהשואל ציקש ממנו השאילני קורדוס, א"כ גלי דעתיה דניחא ליה ויש כאן טובת הנאה למשאיל, משא"כ כאן מתחילה כשנתנו לו מותרין לא היה אז שום גילוי דעת מהנפקד דרוצה וניחא ליה בתשמישו, רק הוא הרשהו לשמש, וזהו לטובתו של המפקיד כדי שעי"כ יתחייב הנפקד באחריות, וכך אמדו חז"ל דעתו של המפקיד דניחא ליה בשימוש אפס שעי"כ יתחייב באחריות, ולכך התירו באצידה השימוש, וא"כ איך יהיה בכלל טובת הנאה מהנפקד למפקיד, דכל הענין שהפקידו מותרין לא היה רק לטובתו ולא לטובת הנפקד דמי יימר דניחא ליה אז השימוש כשיראה, ולעומת זה יתחייב תיכף באחריות אפילו עדיין לא שימש צו כלל, וא"כ לא שייך כאן טובת הנאה, דצעת נחינה לא היה טובת הנאה, ולכך נריך רש"י לפרש דהו"ל שלוחו.

והנה הרמז"ס לא ס"ל דהו"ל שלוחו כמש"כ לעיל וכמש"כ הרמז"ס להדיא דהא לא נזהו, רק ס"ל הטעם כמש"כ לעיל בגמ' דהו"ל טובת הנאה, רק קשה הא ליכא טובת הנאה כמש"כ דהא נהכוון לטובתו שיתחייב באחריות, וזהו נריך להבין אף לר"י קורקוס דהרמז"ס דחה המשנה מהלכה, ומ"מ טעמא צעי הא יש כאן טובת הנאה, ונ"ל כמש"כ דליכא טובת הנאה, אך זה תינה צהדיוט, אצל בהקדש דלית ציה דין שומרים שומר חנם אין נשבע שומר שכר אין משלם, וא"כ הא דהרשהו לשמש הוא רק לטובת הנפקד, וא"כ פשיטא דיש צו טובת הנאה ולכך מעל, ואי קשה הא כיון דמעל נפיק לחולין וחזר עליו דין שומרים, זה אינו, דבשומרים צעינן תחילת נחינה צחיוב כמש"כ הרמז"ס וטור סי' ש"א (סעיף ט) מסרו כשהוא גוי ונתגיייר מ"מ לית ציה דין שומרים, דתחילת נחינה לא חל צו דין שומרים, ואף בהקדש תחילתו היה הקדש ולכך מעל הגוזר וא"ש.

אך זהו לדינא של תורה ושל משנה דתנן (שם נ"ו) בהקדשות שומר חנם אינו נשבע וכו', אצל צתר דחקנו חכמים כדאמרין צ"מ דף נ"ח (ע"א) דחקנו שלא יהיו אדם מוזלזלים בהקדשות, ולפי"מ שכתב הרמז"ס צהל' שקלים (פ"ג ה"ט) משמע אף על שומר שכר היה תקנה שישלם כמו צהדיוט, א"כ חזר הדבר שאין צו טובת הנאה כי ע"י כך נתחייב באחריותו, וא"כ לק"מ דהך משנה דנתנו לבלן וכו' דמשמע הא לספר לא מעל, נשנית אחר תקנה דדין שומרים להקדש כמו להדיוט, כהך מחני' דשקלים צני עיר ששלחו וכו', והך משנה אס הוציאן מעל

הגוזר, נשנית כמו המשנה דזהו ואלו דברים שאין נשבעין וכו' קודם תקנה לדין תורה, ולכך מעל הגוזר כיון דאין בהקדש דיני שומרים וכהנ"ל, ולכך צתר תקנה ליכא טובת הנאה, וגם דין שלית ליכא, ולכך לא מעל הגוזר כלל, ודברי הרמז"ס צרורים ונכונים.

ובה"א יש ליישב נמי דפסק הרמז"ס צהל' מעילה (פ"ו ה"י), נתנה לספר נכרי מעל אצל לישראל לא מעל דמחוסר משיכה, והקשו (עי' כס"מ שם) הא לא יוחנן בישראל מעל דדמים קונים כדאמר רצא (שם מת.) קרא ומתניתא מסייע ליה לרש"י לקיש, וי"ל דצלא"ה עמדו התוס' (שם ד"ה נתנה לספון) הא רצא סצירא ליה להלכה כר' יוחנן, ואיך מיייתי סייעתא לר"ל, אצל כצר הקשה באסיפת זקנים (שטמ"ק שם) מה קושיא לר' יוחנן מנתנו לספר, עכשיו דחקנו חז"ל דלא יקנו דמים אס כן עקרוהו לקנין של תורה ולכך לא מעל, אך י"ל דקשה ליה לגמ' קושיית התוס' כיון דלר' יוחנן מעות קונים, אס כן מותר המוכר לשמש במעות, דצוה לא עקרוהו כמש"כ התוס', וצוה ימעול הואיל ומותר לשמש והוא חייב צאונסין לכו"ע אפילו לר' נחמן כל כמה דלא קיבל כמש"כ לשיטת הר"י (שם טו:) ורמז"ס, ועיין מש"כ להלן סי' ע"ו (סק"א)³². אך הא אינו קשיא דהא ליכא טובת הנאה כמש"כ, ואי בהקדש שאני דלמא לאחר תקנה נשנית, אמנם ר' יוחנן משני על הך קושיא דצני עיר ששלחו שקליהן וכו' ר' שמעון היא, ור' אליעזר משני תקנת חכמים שלא יזלזלו וכו', אס כן ר' יוחנן לא סצירא ליה הך תקנה, וא"כ א"ש דרצא אמר לשיטת ר' יוחנן מתניתא סיוע לר"ל דליכא למימר דמעות קונים דימעול צטוצת הנאה של שימוש דהא אינו חייב באחריות בהקדש, אצל רצא להלכה סצירא ליה כר' אליעזר דאף בהקדש חייב באחריות וליכא טובת הנאה ולכך לא מעל, הן הן דברי רמז"ס צספר ישראל לא מעל, דמחמת שימוש מעות הא לית ליה טובת הנאה, ומחמת קנין הא אפקיעו חז"ל לקנין, משא"כ צספר גוי דסצירא ליה דגם מעות קונות ואס כן מעל מחמת קנין, ודו"ק.

ואחרי שצברנו כל זה צדברים צרורים, יפה נסתפק הרשב"א, וספק עמוס הוא לרשב"א אס צנחינת רשות לשמש צמשכון הוי שומר שכר דמאי שנא מותרין צפקדון דיש לו ג"כ רשות לשמש ומ"מ קיי"ל נאנסו לא חייב, ולמה צו אף צאונס יתחייב, ואי דכאן צלא"ה זולת השימוש הוי שומר שכר כיון דקיי"ל כר' יוסף מלוה על המשכון הוי שומר שכר, צו קושיית התוס' נצצה וגם קמה פה, דכי צשביל דמוסיף שכרו יהיה שואל, וצו לא שייך התירוצ מש"כ דא"כ למה נתנו לו רשות להשתמש צכדי, דזהו אס הצית דין נותנים לו רשות, אצל צו דלא הצ"ד רק צעל צענמו נותן לו רשות להדיא ולא צאומד הדעת כלל, וכי אנו אחראין לדעת טעמו ומה נפ"מ לנו אס היה צורך צנחינת רשות או לא, סוף כל סוף קושיית התוס' צמקומו, וכי צשביל שהרצה להפריז שכרו יעשה שואל, ואס הוא

(לג) **אין לקה"ו וכו'.** דאין חייב לקהל כלום, רק הקהל גובים כדי לפרוע לשלטון או למי שחייבים הקהל, ונותן כל אחד חלקו, נאמן הגובה מיחידים מה שמחויבים ליתן, ואם כן אין קהל מלוים כלל, ולכך לית להו דין פרוטה דר' יוסף, וגם דינא דשמואל (שבועות מג:) אבד קתא וכו' לא שייך בהו, וצריכין היחידים ההמה שאבד משכונם לפרוע כל המס מחדש, סמ"ע (סקכ"ה). (לד) **ולא לבאמן וכו'.** דברי הסמ"ע (שם) מגומגמים בלשון רשב"א (הו"ד בב"י מחודש י, וע"י בח"ה סי' קא), ויותר מתקנים בלשון הש"ך (סקל"ב), דלמה יהיה שומר שכר, מה שכר יש לו, ואי דנפק עליו קלא דמהימנא דמזו הטעם חשבינן ליה לאפורופוס שמינהו ב"ד לשומר שכר (גיטין נב:), בנאמנים הנ"ל שהם נאמנים לרוב בע"כ של קהל, והם התובעים אותו לא שייך זה, ולכך לא הוי שומר שכר, והקשה הש"ך הא הוי שומר שכר מכח פרוטה דר' יוסף, ועיין תומים (סקכ"ב) מש"כ ליישבו, ע"ש.

(לה) **אלא אם כן יש מנהג.** פירש הש"ך (סקל"ה) דמנהג שהמנהיגים מלוים המס מכיסם וחוזרים וגובים מיחידים, ומי שאין נותן ממשכנים, דא"כ הו"ל הם המלוים, אבל הנאמן אינו נעשה שומר שכר אפילו יש מנהג, דאין מנהג כזה עוקר הלכה, ועיין תומים (סקכ"א) דכתבתי להיפוך בקהל יש ספק עצום אי מקרי שומר שכר אף דפרעו תחילה מכיסם, ולעומת זה בנאמן שפיר הוי שומר שכר אם יש מנהג, ע"ש.

המפקיד ויתבעו, איך יהיה לאל ידו להחזירן צרע, ולכך מירתת לשלוח בהן יד, משא"כ צמסכון חפץ ומשתמש בו לזורכו אל גוף החפץ צעיניה, וכל רגע זמנא הוא, כשיצא המלוה לשלם יאמר לו הרי שלך לפניך, א"כ לא שייך כלל מירתת, ודמי לכל אופנים לדמי אצידה ולכך הוי שואל, ודברי רמ"א נכונים.

[כ] **ולא לבאמן דין שומר שכר.** הרב הש"ך צמעיף קטן ל"ד תמה, דהא הו"ל שומר שכר לדעת המחבר משום פרוטה דר' יוסף, דאף דנימא דלא הוי שומר שכר משום דנפק עליה קלא דהימניה לא שייך בזה כמס"כ רשב"א (ח"א סי' אלף כט) באריכות, מ"מ פרוטה דר' יוסף איכא, וממנעי ולא עבדי לא שייך כאן, דהא הם ראים לקבל וכמס"כ הרשב"א להדיא, ובאמת לדעת המחבר לקמן צסי' ר"ז (סעיף כ) דכל אפורופוס הן מינהו אצי יתומים והן מינהו צ"ד הוי שומר חנם, ונ"ל דלא הוי שומר שכר משום פרוטה דר"י דלא מקרי עוסק במלוה, דהא יש ליתומים לשלם לאחד שיעסוק בצריהם ועסקיהם בכל אופן, ועיין מש"כ להלן צסי' ר"ז, ואם כן לק"מ, אלא שהש"ך לשיטתו דשם צסי' ר"ז (סקכ"ד) השיג על מחבר, ודעתו דגם אפורופוס הוי שומר שכר מכח פרוטה דר"י, ואם כן הוא הדין הכא צנאמן דדמי לאפורופוס וכמס"כ הש"ך באריכות, ולכך קשה כנ"ל.

ולפי"מ ככתבתי לק"מ, דהא הנאמן דמשכן לבעלי צחים צצציל מקים אין מלוה להם צצונם, ואדרבא אם יש להם צריכין לשלם, רק כשאין להם לוקח משכונות, ואם כן צעת הלקיחת המשכון אין כאן מלוה, דהא אין מלוה מרצונו כלל וחז"ל אמרו (ב"ב ט.) ונוגשין צצדקה אפי' גצאי צדקה, ומכל שכן הממשכנים צצציל מס, וליכא כאן צצעת לקיחת המשכון כלל מלוה, עד דיפטור צאותו רגע מריפתא לעניא, רק אחר כך דמחויב לנער ולשטח המשכון, צו הוי פרוטה דר"י, וא"כ לא מצעיא לדעת רשב"א (צמס"ו סי' נצ) לעיל דצצירא ליה דעיקר תלוי צפרוטה דר"י צצעת הלואה, וזו לא שייך כאן, אלא לפי הסוצרים כמס"כ לעיל צצק"ו דפרוטה דר' יוסף הוי משום שטות וניעור, הא צצרתא לעיל צצ"ק י"ו צצס ריטצ"א (צצממ"ק צ"מ פצ. ד"ה דכו"ע) דכי הוי שיטות וניעור שומר שכר אם תחילתו צעת הלואה מלוה, אצל צלא"ה לא, וא"כ זהו דאין תחילתו מלוה כמס"כ דלא הוא המלוה כלל, אף שיטות וניעור לא יחשוב לעוסק מלוה למחציה לשומר שכר משום פרוטה דר"י, ולא הוי שומר שכר כלל ולק"מ, והרשב"א דכתב צצצוה משום פרוטה דר"י, לא קאי על הנאמן כלל, כי אם על אפורופוס דאיידי ציה, ולכך כתב אלא דקשיא מהך דגיטין, ולא חירץ מענין נאמן הנ"ל כלל, ואילו כוונתו להקשות על נאמן דהו"ל שומר שכר מפרוטה דר"י, איך הניחו צקושיא, ויהיה כוונת הרשב"א איך שיהיה, הדין אמת כמס"כ דלא שייך צנאמן פרוטה דר"י וכמס"כ צצס ריטצ"א, ודו"ק.

[כא] **אא"כ יש מנהג וכו'.** הש"ך (סקל"ה) תמה דאינו מנהג ותיקון אין הולכין אחר המנהג לצטל הלכה, ולכן פירש דלא קאי על

צנאמן מרצה שכרו ויפריו לצעל המשכון שכרו ליתן שכר שמירתו וכי צצציל זה יהיה שואל, ואף זהו כמיהו, וספק עמוס הוא זה עד שכמעט הוה הדעת נוטה מצלי לחייצו צאונסין מספק. **אך צלא"ה הקשה הש"ך** להרב דס"ל לעיל דהוי שומר חנם, אם כן לא נעשה רק שומר שכר צנתינת רשות כמו מותרין דפקדון. וכבר קדמו הסמ"ע להקשות לקמן סי' רס"ז סעיף כ"ה (סקל"ח), למה סתם רמ"א דדמי אצידה שומור

בהן השימוש דהוי שואל, הא איהו צצירא ליה די"א כרצה דשומר אצידה שומר חנם ודמי לפקדון לגמרי, ע"ש דדחק. ונראה דרמ"א צצירא ליה עיקר דהחוס' צצירא ליה כצצרת הרי"ף ורמב"ם לא דאסקינן חד דרגא, רק כראצ"ד כמס"כ הרא"ש (שם פ"ג סי' כו) צצמו וכן כתבו פוסקים אחרים, דפקדון הוא דצצירא ליה לרב נחמן דאין הנחת היתר תשמישו כל כך אלים לשויה שואל, דמירתת פתאום יצא המפקיד לתצוע פקדונו, משא"כ צאצידה הואיל ולא צא עד עכשיו נגמר צדעתו שלא יצא עד ימים מרובים, ולכך אלים היתר הנחת תשמישו שנעשה תיכף שואל, וא"כ צצירא זו אין הצדל צין לרצה וצין לר' יוסף, ולכך סתם שם סי' רס"ז דהוי צדמי אצידה שואל דמקצצא הנאמן כמס"כ הראצ"ד ולק"מ.

ולפי"ז אף כאן צמלוה על משכון, לא זו דחוקה תוך שלשים יום להלוואה לא יפרע, ולא מירתת שיצא ויפרע ויתבע משכונו, וא"כ הנחת שימוש לל' יום משויה ליה שואל, אף גם צצלמא מעות שיהיה מוילאין צפרקמטיא וכדומה מירתת דאולי יצא

לזורכו אל גוף החפץ צעיניה, וכל רגע זמנא הוא, כשיצא המלוה לשלם יאמר לו הרי שלך לפניך, א"כ לא שייך כלל מירתת, ודמי לכל אופנים לדמי אצידה ולכך הוי שואל, ודברי רמ"א נכונים.

הרב הש"ך צמעיף קטן ל"ד תמה, דהא הו"ל שומר שכר לדעת המחבר משום פרוטה דר' יוסף, דאף דנימא דלא הוי שומר שכר משום דנפק עליה קלא דהימניה לא שייך בזה כמס"כ רשב"א (ח"א סי' אלף כט) באריכות, מ"מ פרוטה דר' יוסף איכא, וממנעי ולא עבדי לא שייך כאן, דהא הם ראים לקבל וכמס"כ הרשב"א להדיא, ובאמת לדעת המחבר לקמן צסי' ר"ז (סעיף כ) דכל אפורופוס הן מינהו אצי יתומים והן מינהו צ"ד הוי שומר חנם, ונ"ל דלא הוי שומר שכר משום פרוטה דר"י דלא מקרי עוסק במלוה, דהא יש ליתומים לשלם לאחד שיעסוק בצריהם ועסקיהם בכל אופן, ועיין מש"כ להלן צסי' ר"ז, ואם כן לק"מ, אלא שהש"ך לשיטתו דשם צסי' ר"ז (סקכ"ד) השיג על מחבר, ודעתו דגם אפורופוס הוי שומר שכר מכח פרוטה דר"י, ואם כן הוא הדין הכא צנאמן דדמי לאפורופוס וכמס"כ הש"ך באריכות, ולכך קשה כנ"ל.

ולפי"מ ככתבתי לק"מ, דהא הנאמן דמשכן לבעלי צחים צצציל מקים אין מלוה להם צצונם, ואדרבא אם יש להם צריכין לשלם, רק כשאין להם לוקח משכונות, ואם כן צעת הלקיחת המשכון אין כאן מלוה, דהא אין מלוה מרצונו כלל וחז"ל אמרו (ב"ב ט.) ונוגשין צצדקה אפי' גצאי צדקה, ומכל שכן הממשכנים צצציל מס, וליכא כאן צצעת לקיחת המשכון כלל מלוה, עד דיפטור צאותו רגע מריפתא לעניא, רק אחר כך דמחויב לנער ולשטח המשכון, צו הוי פרוטה דר"י, וא"כ לא מצעיא לדעת רשב"א (צמס"ו סי' נצ) לעיל דצצירא ליה דעיקר תלוי צפרוטה דר"י צצעת הלואה, וזו לא שייך כאן, אלא לפי הסוצרים כמס"כ לעיל צצק"ו דפרוטה דר' יוסף הוי משום שטות וניעור, הא צצרתא לעיל צצ"ק י"ו צצס ריטצ"א (צצממ"ק צ"מ פצ. ד"ה דכו"ע) דכי הוי שיטות וניעור שומר שכר אם תחילתו צעת הלואה מלוה, אצל צלא"ה לא, וא"כ זהו דאין תחילתו מלוה כמס"כ דלא הוא המלוה כלל, אף שיטות וניעור לא יחשוב לעוסק מלוה למחציה לשומר שכר משום פרוטה דר"י, ולא הוי שומר שכר כלל ולק"מ, והרשב"א דכתב צצצוה משום פרוטה דר"י, לא קאי על הנאמן כלל, כי אם על אפורופוס דאיידי ציה, ולכך כתב אלא דקשיא מהך דגיטין, ולא חירץ מענין נאמן הנ"ל כלל, ואילו כוונתו להקשות על נאמן דהו"ל שומר שכר מפרוטה דר"י, איך הניחו צקושיא, ויהיה כוונת הרשב"א איך שיהיה, הדין אמת כמס"כ דלא שייך צנאמן פרוטה דר"י וכמס"כ צצס ריטצ"א, ודו"ק.

הנאמן כי אם על הקהל, כי אם יש מנהג דקהל פורעים המס מכיסם והן גוצים אח"כ מכל יחיד דנמנא דיחידים הם הלויים מקהל וקהל שומרי שכר. ולא ידעתי מה פרוטה דר' יוסף יש כאן, דהא לא מנזה עבדי צהלואה דהא הם רוצים לגבות המס, רק הואיל אין פורע לוקמים ו המלוה על המשכון, משכנות ומה מנזה יש כמש"כ, וצפרט אללס אפילו שיטות ונעור

ליכא דהא אין צידס רק ציד נאמן, וא"כ וודאי דלא הוא שומר שכר מחמת שיטות וניעור, ולכן לפי מש"כ לעיל צסם ריטצ"א ליכא כאן פרוטה דר"י כלל, ואולי הוא שומר שכר מכא דתפיס ליה אזוי כמש"כ אח"כ, דצוה לא שייך תירוצ' התוס' דאילו לא הלואה לא הוא נריך לתפוס אזוי, דהא צע"כ הולכרז לפרוע המס של כל הקהילה מכיסם וכך מנהג. ויותר נראה דקאי אנאמן, דצמקוס דמנהג דנאמן הוא ש"ס, ולא קשה איך יהיה המנהג מצטל הלכה, דכיון דמנהג כך והוא הנאמן קיבל על עצמו להיות נאמן, שכן לכל משכנות, ומתנה שומר חנם להיות כשומר שכר, וא"כ שורת הדין לחייבו³³.

(לו) אף בנו נעשה עליו שומר שכר. כתב הש"ך (סקל"ח) לדעת מחבר בכל דמי משכון, דגם בזה שייך פרוטה דר' יוסף דהא חייב לשטחו ולנעורו, ולדעת הרמ"א אינו אלא כנגד חובו דשייך בדשמואל גם כן. אמנם הטעם שנתן הנימוק"י (ב"ק לט.) דמשום כך הו"ל שומר שכר דתפיס ליה אחובו, עיין בתומים (סקכ"ב) מש"כ בזה בדברי מהרש"ל (שם פ"י

סי' ד), והנימוק"י נראה דנתכוון לדברי שמואל אבד קתא וכו', ע"ש, אבל יותר מחובו לכולי עלמא אין צריך לשלם, וכן נראה לדינא. ואם צוה האב שיחזיר בנו המשכון בחנם ואחר כך נאבד, היתומים לא הוי רק שומרי חנם, מהרשד"ם (תו"מ סי' צח) והש"ך (סקל"ז), ונכון ופשוט. ואם היה בן קטן, בכל גוונא פטור, דאין שמירה לקטן, עיין תומים.

מאן דנחית אדעתא דמנהגא נחית והו"ל כהתנה שיהיה שומר שכר לכל משכנות, ומתנה שומר חנם להיות כשומר שכר, וא"כ שורת הדין לחייבו³³.

[כב] אף בנו וכו'. הנימוק"י (צ"ק לט.) כתבו צסם הריטצ"א, ונתן טעם משום דתפיס על זוי כמו אומן צכלים שעושה, ומהרש"ל (יש"ש שם פ"י סי' ד) דתהו כמש"כ התוס' (צ"מ פ: ד"ה דקא תפיס) דזהו לא שייך צהלואה, דאילו לא נתן לו משכון לא הלוהו כלל ומה משכר צו, והש"ך (סקל"ו) כתב דלכ"מ, דהני מילי גבי המלוה גופיה דלא מרוויח מידי כמש"כ התוס', אבל צנו דכבר הלוה אציו, א"כ אללו הוי רווח דתפיס ליה אזוי. ודצרו צלמי מוצנים כלל, דמאי שנא אם הוא מחזיק המשכון אללו שנות היוצל, נימא צשנים שאת"כ הואיל והלוה צבר עצרה נהנה צמה שחופס המשכון לזוי, אלל דזה אינו, דאילו לא נתן לו מתחילה משכון לא הלוהו כלל, ועכשיו הרי משכון מתחילה ועד עתה צידו, ואף צצנו של המלוה כן, דאילו לא נתן משכון לא היה אציו מלוה וצרא כרעא דאצוה, ומאי שנא דהוא אלל המלוה זמן רב או שמת וצנו צמקוס אציו קאי, סוף כל סוף מתחילת הלוהה כשהגיע המשכון לידו לא היה רווח כלל³⁴.

ובאמות צגוף הדין דתפס אחר הלוהה דנימא דהוי שומר שכר הואיל ותפיס ליה אזוי, נראה דצמחלוקת שנויה, דהרא"ש כתב להדיא צפ"ק דקדושין (סימן י) דליכא למימר משכנו שלא צשעת הלוהתו הו"ל שומר שכר משום דתפיס ליה אחובו כמו צאומן, דא"כ ל"ל כלל הך מילתא דר' יצחק, אלל ודאי דוקא גבי אומן שייך האי טעמא דיש לו שכר אחר שמשכר וצצצל צצתפיסת הכלי הוא צטות צשכרו הוי ש"ס, אבל צהלואה אם לא ילוה לא יטערך למשכון, עכ"ל. ולכאורה הדצרים תמוהים, דהא משכנו לאחר הלוהתו וכבר הלוהו צלי משכון, ועכשיו דמשכנו הרי יש לו הנאה דתפיס אזוי, וכ"כ הרא"ש גופיה צהאי פיסקא דלכך הוי שומר שכר דיש לו הנאה דיכול לקדש צו אשה, וכתב הרא"ש אע"ג דגם צהמעות היה יכול לקדש, מ"מ צשעה שנוטל המשכון מו אין המעות צידו, וא"כ הוא הדין לעיל, והש"ך לעיל ס"ק ט"ז דתה לדצרי הרא"ש צשני ידים ולא פירש צו דצר.

משפט יהונתן

דמה שנהגו כן בעיר אינו שייך לקהילה זו, וכן יש לכל קהילה מנהגים אחרים, יעו"ש.

34. ביצועות ישראל (סקי"א) כתב דמה שהקשה רבינו דא"כ כל מלוה על המשכון יחשב שו"ש אח"כ, לאו מילתא היא, כיון דבעת התחלת השמירה קיבל על דעת שיהא שו"ח עד שיחזיר, ומדעת בעלים היה, הרי נתרצה שלא יהא רק שו"ח עד החזרה, ומשא"כ כשהיה בשעת התחלת השמירה שו"ש, גם בנו נחשב שו"ש ומשום דתפיס אזוי, ע"ש. וברעת רבינו י"ל דעיקר קושייתו היא, דכל שבנטילת המשכון לא היתה הנאה, א"כ פשיטא מצד הסברא דליתא הנאה ג"כ במה שמונח אח"כ ברשותו, וכיון שכן הכי נמי לגבי הכן ליתא להנאה במה שהמשכון הוא תחת ידו, כיון דבנטילת המשכון לא הוי הנאה וברא כרעיה דאבוה, ודו"ק. וע"ע בנתיה"מ (סקכ"ב) שג"כ נקט כד' רבינו. והביא שם מהקצוה"ח (סקי"ג) שכתב לפוטרו כיון דהאב נאנס שמת, ובנו הא לא פירש. והנתיה"מ השיג עליו, דהא הסברא דהוי כאילו פירש הוא משום דאמרינן דודאי המלוה מתרצה על זה בההיא הנאה דלא צריך למיעל ולמפק אזוי, א"כ בבנו שייך ג"כ זה, ע"ש. ועי' במשובב מש"כ ע"ז.

33. וברעת הש"ך ביארו דס"ל דכיון דהוא מנהג גרוע שיתחייב שו"ח כדין שו"ש, לא אמרינן דרעתם היה לפי המנהג. וע"ע בש"ך להלן (סי' שנו סק"י). ועי' בחזו"א (ב"ב סי' א סק"ב) שכתב וז"ל, ענין מנהג יש על ב' אופנים, אחד שחכמי העיר קבעו המנהג ותקנתם חלה כדין תקנת חכמים לכל ישראל, ויש מנהג שקובע ההלכה משום שכל העושה קנין מן הקניינים דעתו לקיים את הדבר כפי המנהג. ויעו"ש שכתב, דכל שהמנהג גרוע אין סתמא מוכרע שדעתו למחול זכותו הלכך מעמידין אותו על הדין. ולהלן שם כתב, דכל מנהג גרוע מרופה בלבנות בני אדם, ובני אדם יודעים דלפעמים המנהג גרוע וההלכה עיקר ורעת המשתתפין לסמוך על ההלכה, ע"ש. ובנתיה"מ (סקכ"א) הקשה ע"ד רבינו, ולא ידעתי למה לא נימא גם בקהל כן, כיון שהמנהג כן ונעשו קהל הכניסו עצמן בחיוב זה. ועוד, דלא גרע מתקנות הקהל, כיון שהמנהג כן, הוי כיש תקנה בעיר על זה, ע"כ. ובטבעת החושן כתב ע"ז, דלכאורה החילוק הוא פשוט, דדוקא היכא שכבר נהגו כן בקהילה זו שייך לומר כיון דהמנהג הוא כך בקהילה זו אמרינן דאדעתא דהכי הכניס עצמו הנאמן בחיוב זה, מה שאין שייך לומר על הקהילה גופא,

בכך מ"מ הוא נהנה דתפוס על שכרו, ואי כולס תופסים מה איכפת ליה, ונ"ל דסבירא להו דכי הוי הנאת תפיסה אי בעל החפץ עבד ליה מילתא יתירתא, ובהאי הנאה דקעביד ליה מילתא יתירתא דהיה מוסר החפץ לידו מה שלא היה מוכרח לעשות, בהאי הנאה מתחייב עצמו בחיוב ש"ש, אבל אי לא עבד בעל החפץ מילתא יתירתא אף דתפיס בו, מ"מ לא אלים הך הנאה כל כך שיהיה שומר שכר בשביל כך, וא"כ קשה בתפוס מצע"ח לאחר הלואה בעל כרחו של הצע"ח מה שומר שכר יש דתפוס ליה אחיוב, הא בשביל כך לא הוי שומר שכר והוי כמו שוכר, דמאי שנא אם כולס תפוסים או לא, סוף כל סוף התפיסה ממילא בידו בלי רצון בעל החפץ, וא"כ קשה למה חסדין צ"ק דאי תפוס לשור דהו"ל ש"ש, ונ"ל כמש"כ דשם דתפוס ליה להשתלם ממנו ונפרע מגופו כמש"כ לכו"ע הוי ש"ש, ואפשר דגם הרא"ש ס"ל הך סברא, והא דהקשה דמשכון שלא בשעת הלואתו נימא בשביל דתפיס, היינו אם משכן מדעתו דלוא, דלוא נתן לו המשכון מדעתו דמכל מקום יש בו מלות חזרה וצע"ח קונה משכון כדלקמן צ"ח (פעיף עז), ונ"ע דעת הרא"ש, אבל לתוס' צרור לחלק כנ"ל.

ובן הביא הריטב"א לקדושין דף מ"ח (ע"ב ד"ה הכא) בשם הרמב"ן, דכתב לחלק בין מקדש במשכון ומקדש אומן בכלי דתפיס אשכרו, דהיכא דאיתו לידו בתורת משכון קניה ולא כאומן, תדע דהא צ"ח יתודה וצ"ח לר' מאיר מלוה על המשכון שומר שכר, ואילו באומן אמרינן לר"מ הוי ש"ש ולא לר' יהודה, ש"מ דאין דין אומן כדין מלוה על המשכון וכו', ויש להבין חדא הא דכו"ע ס"ל שומר שכר הוא משום פרוטה דר"י, וזהו לא שיך באומן, ונ"ל דרמב"ן לשיטתו דס"ל הא דאמרינן ותסבירא אימור דאמר ר' יצחק וכו', הוא רק דחיה, אבל קושטא דמילתא דד' יצחק פליגי, א"כ הוי ש"ש מטעם קונה משכון, וא"כ אילו אף אומן קונה לקדש בו אשה הו"ל שומר שכר, ושנית יש להבין הא ר' יהודה ס"ל להדיא (שם פ:) הלוהו מעות שומר חנם רק הלוהו פירות [הוי שומר שכר], ונ"ל דכמו בהלוהו פירות ס"ל לר' יהודה דהוי שומר שכר דתפיס ליה אהקפת פירות, אף כאן אומן תפיס ליה אהקפת שכרו, ולכך משני אף לר' יהודה דוקא בנתן לו משכון דאיכא ציה קנין ג"כ, משא"כ אומן דלא נתן לו בתורת משכון, ש"מ דתפיס ליה לחוד לא משויה שומר שכר.

אך אף דדעת התוס' והרא"ש כן, יש פוסקים הרבה דס"ל דהוי שומר שכר כמש"כ הר"ה (צ"ק י:), וכן משמע באסיפת זקנים (צ"מ פ:) בשם כמה רבנותא, וזו דעת הראב"ד צפרק המפקיד (מצ:) בשמעתא דצקרא, דהביא הרא"ש (שם פ"ג סי' כד) בשמו דלכך הוו יתומים שומר שכר דכל זמן שלא ידעו אין המקח קיים שמא בעל מוס הוא ועומד השור לחזור לבעליו ויחזיר להן הדמים ונריכים הם לשמרו, נמנא היתומים שומר שכר על

ולבן נראה דהרא"ש נמשך אחרי דברי תוס' צ"מ דף פ"א (ע"א) ד"ה הא גמרתיו וכו', דמדמי הגמרא גמרתיו לכלה ימי שאלה, והקשו בתוס' שאני הכא דתפיס ליה לאגרא, ותירצו דלא מהני תפיס ליה לאגרא אלא בעוד שמשכר באומנותו, כי תרתי צעינן שמשכר ותפיס ליה לאגרא, עכ"ל. ונריך להבין א"כ באומר להדיא הצא מעות וטול את שלך דהוי ש"ש, מטעם הואיל ומפרש להדיא שלא יטול עד שיתן מעות וכמש"כ התוס' צד"ה לא וכו', למה, הא חו ליכא תרתי, דשאני התם דבאמירה זו מורה דעדיין לא כלתה השמירה ראשונה דקיבל ע"ל עצמו בלקיחת הכלי ואז הוי שומר שכר, ושכר פרוטה זו מועיל לכל ימי השמירה דהוי ש"ש, ולכך באומר גמרתיו כלתה שמירה וצעינן דיהיה לו עכשיו שום שכר וליכא, אבל במפרש הצא מעות וכו', עדיין שמירה ראשון קאי והרי יש לו שכר מתחילה, וכי נריך שכר כל עידן ועידן³⁵.

ולפ"ז נריך לומר הא דפריך התוס' (פ:) צד"ה דקא וכו' דהו"ל מלוה על משכון הוי שומר שכר מטעם דתפיס אומן, אף דבהלואה ליכא תרתי רק דתפיס אומנות שלו, או דקושית התוס' להך תירוצו בגמרא דאמרינן אף גמרתיו הוי שומר שכר, ולוא התירוצו צ"ל דלא צעינן תרתי, או י"ל חדא תירוצא בצברתא מישך שייכי, למה אמרינן בגמרתיו אף דתפיס ליה לא הוי שומר שכר, משום דכיון דגמר שכירתו הו"ל מלוה, ואף דתפיס ליה אמה שחייב ליה מקדש, מ"מ אילו הוי תיכף משלם ליה לא הוי נריך לתפוס אומן, א"כ חו ליכא שומר שכר, דמה שכירות לו אילו שילם תיכף לא היה נריך לתפוס, ולכך תרתי צעינן, דאז ליכא למימר אי דהוי פרע ליה וכו', דהא יש לו רווח בשכרו ושכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, אבל אח"כ לא מהני ותרתי צעינן, וא"כ הן לתירוצו זה והן לתירוצו הראשון לפי דקיי"ל דגמרתיו הוי שומר חנם כמש"כ הטור סי' ש"ו (פעיף צ), ע"ש, א"כ תרתי צעינן, אבל במשכון שלא בשעת הלואה דליכא תרתי, דהא מתחילה ועד סוף לא היה ליה רווח, לא הוי שומר שכר, וזו שדייק הרא"ש בלישנא שיש לו שכר אחר שמשכר וכו', דהמדדיק בלישנא דרא"ש יראה כמש"כ בלי פקפוק.

ובזה שהביא הש"ך ראה צ"ח ט"ז מהא דר"פ שור שנגח ד' וה' (לו:), דהא דאמרינן אי תפיס השור לר' ישמעאל דס"ל צע"ח ניהו הו"ל הניזק דתפיס שומר שכר, כבר נשמר הרא"ש בפסקיו (שם פ"ד סי' א), וכתב, הואיל והוא תופסו להפרע ממנו וס"ל אפוחיקי עליו כמש"כ הרמב"ן במלחמות (שם י:), והעומד להתפרע מגופיה פשיטא דקניא ליה דהו"ל שומר שכר דאי ליכא שור חו לא גביא מאינך.

ובן צ"ח בתוס' דכתבו שם צ"מ ד"ה דקא וכו', דלכך לא הוי שוכר שומר שכר משום דתפיס אשכרו, משום דכל השוכרים תפוסים בדבר ששכרו דלא קגי בלא"ה, ויש להמתיק דבריהם דמה

משפט יהונתן

35. וכ"כ לפרש בס' מחנה ישראל ב"מ שם. וכן משמע בקצוה"ח (סק"ד) שאם אמר הבא מעות לא כלתה שמירתו הראשונה. ועי' בחידושי צמח צדק שם, שהביא גירסת הירושלמי במשנה, הבא מעות וטול את שלך שומר חנם. וכתב דלהירושלמי לעולם בעינן תרתי אף במפרש בהדיא. ועי' היטב בגי' הנו"כ בירושלמי שם.

השור בשביל מעותיהן שהן באחריותו וכו', עכ"ל. ונריך להצין מה שומר שכר יש אף זהו כהלכה על משכון ומה שכר מגיע להן, ואי פרוטה דר' יוסף, חדא יתמי לאו בני נדקה, וכלא"ה לא שייך פרוטה דר"י, ועוד הם ס"ל דשור שלהם הוא וא"כ בשלהם שומרים ואיך יפטרו מריפתא לעניים אם השור לית ביה מוס הא שלהם שומרים, ומספיקא לא יפטרו מהנדקה, אלא צרור דס"ל דהואיל

דחופסו אזורי וכמש"כ להדיא דהם שומר שכר על השור בשביל המעות שלהם שהם באחריותו של המוכר ושור אללם למשכון, וזו צרור, וזו היא כמשכנס שלא בשעת הלואתו דכאן לא שייך תירוצי התוס' דאילו לא הלואה לא היה נריך למשכון, דזה קנהו בחזקת בלתי מוס צו והיה נריך למקחו, ואם איתרע מוס הרי תופסו בחובו והו"ל שומר שכר וא"ש.

ובזה מיושג קושיית הדרישה על הטור לקמן סימן רל"ב (סעיף טו), דהקשה על הטור דהשיג על הרמב"ם (פט"ו ממכירה הי"א) דפסק, סרסור שמכר שור לבעה"ב שהוא צעמנו בקרא ולא הודיעו לסרסור שיש מוס צו שאין לו וכו' דבעה"ב חייב, והשיג הטור למה יתחייב, וכתב דרישה דנעלם ממנו דעת הראש"ד כמש"כ הראש"ש דהו"י יחומים שומר שכר, והוא הדין בעה"ב הנ"ל, ושם לא שייך אלא לבקרא מסרתיו דהוא גופיה בקרא, ולפי"מ שכתבתי נחא, דכל טעמו של הראש"ד דהואיל דתפיס אזורי הו"ל שומר שכר, והא הראש"ש לא ס"ל כן, רק תרתי צעינן משתכר ותפיס אזורי, וא"כ הך דינא ליתא, ויפה עשה הטור דלא ס"ל הך דראש"ד, (ובחדושי הארכתי ועיין מש"כ להלן סימן רל"ב באריכות), וא"כ דהך דינא צעמס צמחלות שנויה והארכתי צו לצר שרשו וינאחי קלת מעינן זה, מ"מ עכ"פ צצנו דצא צכח אציו לכו"ע לא שייך תפיס אזורי כמש"כ מהרש"ל וכמש"כ לדעתו, והצו דלא לוסיק.

אבג צרור דברי הנימוקי יוסף נראה, דבאספת זקנים (שם) הביא קושיא הנ"ל בשם הריטב"א דלמה לי טעם צמלוח על משכון דהוי שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, ולא אמרינן מגו דתפיס אזורי, ותירץ חדא כמש"כ התוס' אילו לא הלואה לא היה נריך למשכון, ועוד תירץ דבאמת צכדי חובו אמרינן טעם הלואה, רק כל כוונת הגמ' מפרוטה דרב יוסף לחייבו אפילו צמה ששזה יותר על חובו, ע"ש. ויש להצין צהך תירוצי דאמרינן דשמואל פליגי, מה דוחקיה דשמואל לימא בשביל דתפיס ליה אזורי, דהא אף דאמרינן דשמואל, מכל מקום אינו חייב ציותר מכדי חובו. ולכן ז"ל דס"ל לריטב"א כמו שכתב רבינו צרוך צהגהת מרדכי (שם סי' תסב) צמלוח שהפקיד משכון ציד הלואה, דכתב דכל זמן דמשכנו ציד המלואה הוי שומר שכר צהאי הנאה דלא נריך למיפק ולמייעל אזורי, ונריך פירוש לדצרי, הא טעם זה לא נזכר צגמרא, אלא דסצירא ליה דהיינו דשמואל דלכך אצד קתא דגלא וכו', וסתם הוי ליה כפירש דצצביל זה דתפיס אזורי מכניס עצמו לחיוב זה והיינו דשמואל. וכן נראה דעת רבינו צית יוסף צסוף סימן זה, דכתב למאן דלא ס"ל פרוטה דר"י הוי שומר שכר מטעם דחופסו צחוב, וע"כ נחכוון למילתא דשמואל, וכן

כתב הש"ך קלת צס"ק כ"ה, ע"ש. וא"כ לק"מ צשמואל דהיא היא הטעם דתפיס ליה אזורי וא"ש, וזה צרור.

וביעתה נדקו דברי הנימוקי" ממש"כ בשם ריטב"א דמאי שנא צצצנו נעשה שומר שכר משום דתפיס אזורי כיון אמילתא דשמואל וזה שייך אף צצנו כמש"כ מהרש"ל והש"ך גופיה, והך דתפיס אזורי ס"ל לריטב"א דהוא טעמו דשמואל והיא היא כמש"כ ולק"מ.

ואפשר דעת צה"ג דפסק כשמואל, ס"ל ג"כ טעמא דשמואל הואיל ותפיס אזורי, ולכך צצטר דיש צו צלא"ה שעצוד נכסים ולא שייך תפיס ליה אזורי, ס"ל דמודה שמואל, וזהו טעמו דפוסק דאם יש שטר עם משכון דלא הוי שומר שכר ומודה ציה שמואל, ודו"ק.

אבד לפי הנראה מחדושי ריטב"א לצ"מ, נראה דפוסק כר' יוסף, וא"כ קשה למה לא אמר הטעם צצנו חייב לשטח ולנער וכמש"כ הש"ך, וז"ל דריטב"א לשיטתו דס"ל כמש"כ לעיל צס"ק י"ז דאם אין תחילתו מלוא לא מהני שטוח וניעור, ולגבי צנו לא היה תחילתו מלוא דלא היה הוא המלוא רק אציו ואינו צנו שותף עם אצ צמלוא, ולכך נתן טעם אחר. ולשיטתו אציל דס"ל כמש"כ צצמו דאף ר' יוסף מודה דתפיס ליה אזורי על דמי חוב, ע"ש. ולפ"ז ז"ע על מחצר דפסק שומר שכר, משמע אפילו יותר מחובו וזה אינו, וז"ע וכמש"כ מהרש"ל, ונראה דדינא דאינו מפסיד רק כדי החוב לכו"ע, והארכתי צזה קלת לצרר דין זה צתפס צצירור דעת פוסקים.

וברב הכנה"ג צהגהת צ"י אות ל"ח, דיש לספק אם הך דינא של הנימוקי" אף צצן קטן שייך, ולכך יש לפשר מהרשד"ם סי' ז"ח, ונראה דהספק היה שם רק לשואל, אצל לא למהרשד"ם, דהא קטן אינו צגדר שומרים וא"כ מה חיובא יש, הא שמירתו של אציו אינו מחייב רק שמירתו והוא קטן ואינו צגדר שומרים ופשיטא דפטור, אם לא שנאמר הואיל וחייב משום שמואל אין ענין לגדר שומרים כדעת התוס' צצצועות, אצל צצר צררתי לעיל ס"ק י"ג דלדינא לא קי"ל כן.

בג ופטור אפילו מפישיעה. דלשון אחריות משמע אפילו אחריות דפשיעה, כ"כ הש"ך (סקל"ט) וכן הוא צמהר"ם צמרדכי (צ"מ פ"ו סי' תסא), והא דקתני צצמנה צפרק אלו מציאות (כט): לפיכך אם אצדו חייב באחריותו ואינו חייב באחריותו, והכוונה או מאונסין או מגניצה ואצדה אצל צפשיעה ודאי חייב, וכן הוא צהמפקיד דף מ"ג (ע"א), וז"ל דהתם מוסב על אצדו, וסתם אצדו אין הכוונה צפשיעה רק צגניצה ואצדה או צאונסין, אע"ג דלרצה ז"ל הא דקתני צצצועות (מג). המלוא על משכון ואצד הכוונה צפשיעה כמש"כ התוס' (צ"מ שם ד"ה והוי).

אך יש להצין דמשמע מפישיעה פטור, הא אם אצדו צידים חייב, הא מהר"ם יליף ליה מהא דתמן (מנחות קט). הרי עלי קרבן על מנת שאקריבו צצית חוני דאם הקריבו צצית חוני דפטור, וקאמר הגמ' (שם) הטעם דהו"ל כאמר הרי עלי עולה על מנת שאיני חייב באחריותו, ומזה דייק מהר"ם דסתם באחריותו משמע אפילו צפשיעה, והא התם מקטל קטליה דהו"ל שחטוי חוך

(לו) לא ישלם וכו'. הש"ך (סק"מ) העלה כך, דאם אין הגוי מעליל רק באמת שהסייף הוא יקר הערך, והוא לא ידע שהיה שוה כל כל, בזו פטור לשלם יותר מסתם סייף דעלמא, דהוא טוען נטירתא דסייף סתם קבלתי עלי, ולא סייף יקר בדמים יקרים,

ומהרש"ל (שם פ"ו סי' לה) חולק וס"ל כשמסר לו סתם סייף לשמרו, הוי ליה לאסוקי דעתיה אולי הוא בדמים יקרים. ונראה דתליא לפי מנהג עולם שהיו חרבות שלהם, אם דרך להיות קצת גרועים או חשובים, פשיטא דהדין עם מהרש"ל דהו"ל לאסוקי דעתיה אולי מחרבות החשובים החרב הלזה, ולא דמיא כלל לאמר לו שמפקיד בידו כסא דכספא, דמה

היה לו לחשוב יותר ממה שאמר לו, ואף שהוא זהב לא קיבל שמירה יותר מכסף, וכן כאן אם אמר לו שהוא חרב גרועה, אף שהוא חשוב, לא קיבל רק שמירת גרוע, אבל אם מנהג להיות חרבות גרועים, רק זה יצא מהכלל, על זה לא היה מקבל שמירה בדעתו, ואינו משלם רק סתם חרב הנהוג, וזה פשוט מבלי ספק. ואי מזיקו בידים, חייב לשלם כל דמי שויו של הסייף, אבל אם הגוי העליל עליו וצריך לשלם יותר מכדי שויה, בזו אף דהזיק בידים מכל מקום פטור. וכתב חרדשי גרשוני הני מילי שלא הודיע לו שהוא משכון של גוי, אבל הודיעו והוא הזיקו בידים, אף כל העלילה שבא ליהודי על ידי כן חייב לשלם, דהרביץ הארי בביתו במה שהזיק בידים, וזה ברור ונכון³⁶.

(לה) שהרי המלוה חייב וכו'. זו לכו"ע כנגד שוי המשכון לכו"ע אבד מעותיו של המלוה כדלעיל.

(לט) שבועת השומרים שאינו ברשותו. היינו אעפ"י ששילם והוא מפסיד חובו, מכל מקום חייב לישבע שמה

כמצואר בגמרא ומ"מ פטור, ש"מ לשון אחריות מוסב אפילו על מזיק צידים³⁷, וז"ל דשאני התם דהוא נדר ע"מ כן, וא"כ הו"ל כאומר אם אהרגו צידים לא יחול הנדר מעיקרא, וא"כ תו ליכא נדר ולא חיוב, משא"כ כאן י"ל אם אפשע לא יחול מעיקרא

קבלת שמירה³⁸, אצל להזיק צידים דל שמירתו לגמרי וכי יכול להזיק של חצירו, והרי זה דומה לאומר קרע את כסותי (צ"ק נב) אם לא אמר לו על מנת לפטור חייב, וכי אמר ליה ע"מ לפטור, ולכן כשמזיק צידים חייב, אצל צאמת צלשון אחריות אף מזיק צידים נכלל. וא"כ יצא לנו מזה הנוטן מתנה ואמר לו על מנת שאני חייב

צאחריותו, אפילו הזיקו צידים פטור, דאם הזיקו למפרע מתנתו בטילה ולא עשה לרעהו דבר וצלו הזיק³⁹.

אך לפ"ז יש לנו ספק למאן דאמר דפשיעה בשטרות וכדומה חייב משום דהו"ל כמזיק צידים, אם כן עדיין י"ל דחייב דמה צריך דהוא צלל אחריות כמש"כ הסמ"ע צס"ק נ"ו, גם מזיק לגמרי צלל, ומכל מקום ודאי דחייב כמש"כ דהו"ל כמו קרע את כסותי, והוא הדין פשיעה. ומה שהצאני לזה דברי הגהת הרא"ש צסוף פרק השוכר את הפועלים (צ"מ פ"ז סי' יז) דהציא צסם רצינו צרוך מרעגנשפורג דשומר חנם לא מפטר מפשיעה אפילו התנה, הרי מצואר דס"ל אפילו תנאי להדיא לא מהני, ודייק ליה מדקמני (שם נד) שומר חנם להיות פטור משבועה, ולא קמני מתשלומין, והיינו דסבירא ליה כרמז"ס (שם) וסייעתו דפשיעה אפילו שטרות חייב דהו"ל מזיק צידים. וכן דייקי שם מדקמני שומר חנם אינו נשבע, ולא קמני אינו משלם, ולהחולקים ס"ל כמש"כ צקרא נקט, ואם כן הוא הדין צהך דיוקא

משפט יהונתן

להתנות שיהיה פטור אף מן התשלומין כשפשע, ודעת הר"ר יהונתן שם דמהני התנאות, אלא דמסתמא אין תולין שהתנה גם ע"ז, וז"ל שם, שאין שטות כזה עולה על דעת אדם שיתנה עמו שיהיה פטור מפשיעה וכו', ומוכח דעכ"פ מהני התנאות. אולם בהגהות אשר"י כתב בשם מהר"ב דמדלא קתני גבי שו"ח שהוא מתנה להיות פטור מן התשלומין משמע דאינו פטור אפילו התנה, יעו"ש. והנה דין זה שהובא בשו"ע כאן גבי מלוה על המשכון דפטור אף מפשיעה, לא הובא בשו"ע בדיני שומרים דשם הוא עיקר הדין דמתנה שו"ח להפטר, אלא כאן בדין מלוה על המשכון. ונראה לבאר זאת עפ"י מה שנתבאר, דמה דמהני ההתנאה במלוה על המשכון הוא דשוב אינו נעשה שומר כלל, ונוטלו למשכון בעלמא, ובזה הרי פשוט דשייך התנאה וה"ה כאיניש דעלמא, אכן בכל שומרים שנמסר לו פקדון וקיבל עליו שמירה ורק שמתנה להיות פטור מפשיעה, י"ל דכל דיני התנאה אינו אלא לענין חיובי ממון של פרשת שומרים, ומהני התנאות בזה בעיקר דיני השמירה שהרי בדבר שבממון תנאו קיים, אכן עדיין יש לדון לחייבו עפ"י מש"כ הרמב"ם שכל הפרושע כמזיק, ובזה לא יועיל כבר ההתנאה על מה שמתחייב אח"כ כדין מזיק דהא הוי כקרע כסותי וכמש"כ רבינו כאן, ודו"ק. וע"ע בהערה להלן.

39. ע"י בקצות החושן (סקי"ד) ובנתיבות המשפט (סקכ"ג) מה שהשיגו על דברי רבינו כאן.

36. בנתיב"מ (סקכ"ד) כתב ג"כ מדנפשיה לחלק כן דכשהודיעו חייב בעלילות, ושוב הביא כן מדברי רבינו בשם חידושי הגרשוני, אלא שכתב דלא כתב רבינו טעם לזה. ויעו"ש מש"כ בטעמא דמילתא. וע"ע מש"כ בדין זה בדברי משפט (סק"ד).

37. כ"כ להוכיח ג"כ בחידושי רעק"א להלן (סי' שה סעיף ד) וז"ל, הג"ה אפי' מפשיעה. נ"ב, ומבואר שם אפילו במזיק ממש פטור, ולענ"ד נראה מלשון רש"י במנחות משמע בהיפך. ועי' תשובת לחם רב סי' רכ"ב, ע"כ. ויעו"ש בשו"ת לחם רב שכתב ג"כ דיש ללמוד מדברי המהר"ם דאפילו פשיעה כי האי שמסר לשומר שהזיק בידים פטור, דהא ראייתו מההיא דמנחות, והתם הרי קטלה בידים, ע"ש. וכמו שהוכיח רבינו. וע"ע בשו"ת שבות יעקב (ח"א סי' יט) שכתב דאפשר דאפילו מזיק בידים פטור כיון דהתם במנחות מיירי בהזיק בידים, יעו"ש.

38. מלשון רבינו כאן נראה שפירש דמה דמהני ההתנאה הכא במלוה על המשכון שאינו מקבל אחריות, היינו דשוב אינו נעשה שומר כלל, ונוטלו רק למשכון בעלמא. ובאמת גם לשון השו"ע מורה קצת כן, שכתב אינו אפילו שומר חנם ופטור אפילו מפשיעה. ולכאורה הא י"ל דשומר הוא אלא שהתנה להיות פטור מכל תשלומי שומר, ומוכח קצת דכוונתו דבכה"ג אינו שומר כלל. והנה בשטמ"ק ב"מ (דף צד) הובא מחלוקת הראשונים בהא דתנן התם, מתנה שו"ח להיות פטור מן השבועה, אם יכול

דרכיו צדק, ולכך דין זה לל"ע, דלרמז"ס וסייעתו אפשר דנפשיה חייב כדעת מהר"צ מרגנשפורג, ומסתימת המחבר אין ליה דהוא סבירא ליה (לעיל סי' סו סעיף מ) עיקר כהחולקים על רמז"ס, אבל לשיטת הרמז"ס נראה כדעת רבינו צדק⁴⁰.

לשבע שאין ברשותו, משתבע הך ע"י גלגול, ולכך כשיש עדים או שמאמין לו שאין צריך לישבע שאין ברשותו, אף הך שבועה לא משתבע בספק.

(מא) ומיירי שאבדו בפשיעה. והוא הדין אם משכנו שלא בעת הלואתו, לפי שהעלה הש"ך לעיל (סקל"ו) דלכו"ע אף מה שיתר על חובו חייב המלוה, והתוס' (ב"מ פב. ד"ה נימא) דפירשו כן לרבה במשנה בשעת הלואתו ובפשיעה, דלשון המלוה על משכון משמע בשעת הלואתו.

(מב) וישבע שלא היה שוה יותר. שהוא שבועה דאורייתא מודה מקצת, ואידך שבועה שאין ברשותו הוי ליה מדרבנן, ולכך משויה ליה הטור (סעיף ו) הך שבועה לעיקר, וברמב"ם (פי"ג ממלוה ה"ד) נאמר איפכא, וכתבו הסמ"ע (סקל"ו) והש"ך (סקמ"ו) דלדינא לא נפ"מ, ועיין מש"כ להלן בזה בתומים.

(מג) ויבטל וכו'. מה שקשה על זה מהך דסימן ע"ה (סעיף יד-טו) וסימן צ"ד (סעיף ב וסעיף ט), הארכתי לקמן בסי' צ"ד ושם מקומו, ע"ש.

(מד) אני יודע וכו'. דזהו הוי הודאה פרוטה, דפחות מפרוטה אין בגדר שוה שיאמר שהיה שוה יותר, וכיון דאין מודה בנשאר הו"ל ככופר בנשאר והו"ל הודאה פרוטה וכפירה ב' כסף. ומה שקשה ע"ז הא לא הו"ל דבר שבמדה ומשקל ומנין, עיין תומים ס"ק כ"ה באריכות. והא דלא אמרינן אף דאינו יודע כלל אם שוה יותר, יהיה לזה נשבע ונוטל להנך רבוותא (להלן סי' צ סעיף י) דסבירא להו עשו תקנת נגזל בפקדון, תירץ הש"ך (סקמ"ח) במשכון לא עשו לכו"ע, דהא בלא"ה ישגיח עליו לשמרו כי מאבד עד כדי חובו. ועיין מש"כ לקמן סי' צ' (תומים סק"ו) בזה.

(מה) ומש"לם וכו'. ואפילו לדעת הרבה מחברים במקום דלא הו"ל למידע לא אמרינן משאיל"מ, במשכון הו"ל למידע, דמידק דייק כמה

השומרים שאינו ברשותו, והלוח נשבע היסת שהיה שוה כנגד החוב ונפטר.

י אמר המלוה סלע הלוייתך עליו ושקל היה שוה, והלוח אומר סלע הלוייתני עליו וג' דינרין היה שוה, ישבע המלוה תחילה שאינו ברשותו, ואחר כך ישבע הלוח כמה היה שוה שהרי הודה במקצתו, וישלם הדינר.

יא סלע הלוייתך עליו ושקל היה שוה, והלוח אומר איני יודע דמיו, ישבע מלוה שאינו ברשותו, (מ) וכולל בשבועתו ששני דינרים היה שוה, וישלם הלוח שאר החוב, שהרי הוא יודע בודאי שהוא חייב, ואינו יודע אם פרעו אם לאו. ואם יש למלוה עדים שנאבד, נוטל שקל בלא שבועה, אלא שמחריים הלוח סתם על מי שנוטל ממנו שלא כדיון. וה"ה שאם מאמינו הלוח שנאבד, שנוטל שקל בלא שבועה.

יב אמר הלוח סלע הלוייתני עליו ושתיים היה שוה. הגה: (מא) ומיירי שאבדו נפשיה, למאן דאמר דלא הוי עליו אלא שומר חנם, והמלוה אומר שלא היה שוה אלא סלע, אם הלוח מאמינו שנאבד, או שיש לו עדים שנאבד, נשבע המלוה היסת ונפטר. ואם אין לו עדים שנאבד, נשבע המלוה מודה במקצת, שאמר הלוח סלע הלוייתני עליו ושתיים היה שוה, ואמר המלוה שלא היה שוה אלא חמשה דינרים, משלם לו הדינר שמורת, (מב) וישבע שלא היה שוה יותר מחמשה דינרים וכולל בשבועתו ברשותו, אם אינו מאמינו שנאבד וגם אין לו עדים שנאבד. ואם אמר לו הילך מה שהוא שוה יותר ממה שהלוייתך, או שאמר היה לי בידך בכדי שהיה שוה יותר על החוב, הרי זה נשבע היסת ונפטר, אם זה מאמינו שנאבד או אם יש לו עדים שנאבד. אמר הלוח סלע הלוייתני עליו ושתיים היה שוה, והמלוה אומר איני יודע כמה היה שוה, ישבע המלוה שאינו ברשותו, [כד] (מג) ויכולל בשבועתו שאינו יודע שהיה שוה יותר מדמי החוב ונפטר. ואם יש עדים שנאבד או שהלוח מאמינו, נשבע היסת שאינו יודע שהיה שוה יותר מדמי החוב ונפטר. ואם החוב ונפטר. ואם השיב (מד) אני יודע שהיה שוה יותר מדמי החוב ואני יודע כמה, הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, [כה] (מה) ומשלם לו סלע. ואם

[כד] ויבטל בשבועתו שאינו יודע. מש"כ לזה מסימן ע"ה ומסימן צ"ד, להיות כי עיקרו צסימן צ"ד ושם (סק"ד-ג) הארכתי צביאור דיני ג' שזועות על צוריו, לכך לא רציתי לכמוצ צו דבר, ע"ס צסימן צ"ד מש"כ שם באריכות.

[כה] ומש"לם וכו'. הראשונים (ראצ"ד פ"ה) משאלה ופקדון ה"ו ושלט"ג צ"ק כו. ועוד) טענו על זה, דהא לא הוי דבר שבמדה ומשקל ומנין, כדמנן (שזועות מצ:) צית מלא מסרתי לך והוא אומר מה שהנחת אמה נוטל, ומכיון הרמז"ס (שם), ודצרי קלח סתומים, ופירש הש"ך (סקמ"ט) דצרי והם נכונים, וכבר קדמו הריצ"ש (סי' שפ"א) לפרש והוא, דודאי צמטכון שנאבד והוא אומר סלע זה אומר יודע אני שהיה שוה

משפט יהונתן

40. דברי רבינו צ"ע, שהרי בשו"ע להלן סימן ש"א הביא שני שיטות לענין פשיעה בעשו"ק, וכאן סתם הדברים. אכן יש ליישב בזה כמש"כ לעיל, דגבי מלוה על המשכון שאני, דמהני בכה"ג התנאתו לענין שלא יהיה עליו תורת שומר כלל. וע"ע בזה בכד קודש (ח"ב ס"ס"מ).

שזה להלות עליו ואם בטוח בחובו, ש"ך (סקנ"א), ועיין תומים ס"ק כ"ז, ועיין לקמן סי' צ"ד בתומים ס"ק ב' כתבתי ישוב אחר, ע"ש. (מו) ואם היה הלואה מאמינו וכו'. כאן שגם המלוה נשבע היסת כמה היה שוה, יכול הלואה להאמינו וליכא חשש שמא

ישבע הלה וכו', ועיין תומים (סקנ"ו) שכתבתי טעמו של דבר.

(מו) גם הוא לא ישבע וכו'. היינו נשבע תחילה המלוה ואח"כ הלואה, דאם לא כן דלמא אחר שבועת הלואה יוציא המלוה את הפקדון.

או שיש לו עדים, (מו) גם הוא לא ישבע אלא היסת שלא היה יותר ממסלע.

יותר משקל רק איני יודע כמה הו"ל דבר קלוב, דהא אי אפשר מעולם להתברר, ואם כן אין לנו מחייבים אותו מתוך טענתו רק פרוטה אחת יותר משקל ולא יותר, ואם כן הו"ל כאומר דודאי אינו חייב יותר, אבל צבית מלא פירות והלה אומר מה שהנחת

רצה המלוה, מחרים סתם על מי שטוען שקר. אם שניהם תובעים זה את זה, שאמר הלואה מסלע הלויתני עליו ושתים היה שוה, והמלוה אומר שלא היה שוה אלא שקל, נשבע הלואה היסת שלא היה שוה פחות ממסלע, והמלוה נשבע שאינו ברשותו, ויכלול בשבועתו שלא היה שוה יותר ממסלע. [כז] (מו) ואם היה הלואה מאמינו שנאמר,

אחת נוטל, דיתברר אחר כך כמה שיעור הכחשה אם מעט או רב, אם כן מתחילה צבית הטענה לא נודע כמה הודה וכמה כפר, והוא דבר שיתברר אחר כך, לכך הו"ל דבר שאין צמדה וכו', זהו תירוצו הרמב"ן (שצעות שס).

אבל להרא"ש (שס פ"ו סי' כ"ח) לא ישרו דברי הרמב"ן, והוא

כתב כך וז"ל, ונראה דלא קשה, דכיון שאמר יודע אני שהיה שוה יותר, אם כן הרי הודה צפרוטה, דפחות מפרוטה אינו ממון, וכיון שהודה בסתם אין בכלל הודאה זו יותר מפרוטה, וה"ל כאלו הזכיר יותר מפרוטה איני יודע, ואילו כפר על השאר יש כאן שתי כסף כפירה, ממילא צאיני יודע מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ולא דמי לצבית מלא וכו', דהתם אין הנמצע משיב שמא, אלא כך אמר מה שאמרתי צבית מלא, לא נחתי לצי לדקדק אם היה מלא לגמרי, וגם הטענה אין כל כך צרי, דאף דאינו מלא כ"כ, רגילים לקרותו מלא, אבל זה אני יודע דודאי מה שהנחת אחת נוטל, הלכך אין כאן הודאה כיון שלא טען ולא השיב דבר שצמדה וכו', שהרי לא טען עליו אלא חסרון פירותיו והוא אומר שלא חסרו וכו', עכ"ל. והצ"ח הש"ך דכוונת הרא"ש בצירוף, דכאן עכ"פ הודה צפרוטה, משא"כ מה שהנחת אחת נוטל דאף צפרוטה אינו מודה, דאפילו פחות משוה פרוטה קרוי פירות, וע"ז הרצה הש"ך להשיב דמי לא עסקינן בפירות. משוים דודאי הודאה שוה פרוטה, וגם צמ"כ הרא"ש אין הנמצע טוען שמא, כתב גם כן דאין דברים מוצגים.

ואני לא הצנתי דבריו, דדברי הרא"ש הם נכונים ופשוטים, דהרא"ש הקשה שני קושיות, חדא דאין הודאה וכפירה שני כסף ופרוטה, ועל זה השיב הואיל ולא הודה רק סתם, מסתמא אינו אלא פרוטה והנשאר בכלל כפירה אילו לא טען איני יודע והיה חייב שבעה, ועכשיו דטען איני יודע משאיל"מ, אבל אין זה תירוצו כלל על קושיא דדבר שצמשקל ומנין כמו שחשב הש"ך, רק על זה תירץ כך, דודאי בעלמא סבירא ליה לרצ הונא (כחוצות יב) צרי ושמא צרי עדיף, רק רצ נחמן סבירא ליה הממע"ה, והני מילי כשאין עסק שבעה, אבל כשיש עסק שבעה שהמורה חששה לטענת המוצע והטילה שבעה לנמצע, אם כן אם לא נשבע חייב לשלם, ואם כן צמשכון שהלואה טוען עליו אחת חייב לי צירור, והמלוה אינו יודע, אכן אמרינן אילו היה המלוה כופר צירור, הא היה מחויב שבעה, דאילו היה כופר צירור היה כפירה בדבר מדה ומשקל ומנין, אם כן עכשיו אף דאינו בדבר שצמשקל וכו', דהא אינו יודע, מכל מקום בזה לכו"ע צרי ושמא צרי עדיף, כיון דאפילו היה טוען צירור ולא היה אומר איני יודע כלל, לא היה מהימן רק בשבעה, אם כן עכשיו דטוען איני יודע והמוצע אומר צרי, בזה לכו"ע צרי ושמא צרי עדיף, ולכך חייב לשלם, משא"כ צבית מלא והלה אומר מה שהנחת אחת נוטל, אמת דאינו יכול לכפור דבר קלוב, מכל מקום לא שייך צבית צרי ושמא, דהא הוא טוען צרי לא נחסר לך דבר, וכל מה שנחת כך הוא ואיני חייב לך אפילו פרוטה אחת כי לא נחסר לך, ואם כן הרי כאן צרי וצרי, ואיך שייך משאיל"מ שהוא לוועק ככרוכיא איני חייב לך כלום צירור, והוא מטענת הרא"ש דהא אינו טוען שמא, והיינו צמ"כ דטוען צרי דאינו חייב, ואם כי אין להשיבו הואיל ולא טען וכפר דבר שצמדה, מכל מקום אין להיטו ממון, כיון שטוען צרי שאינו חייב, משא"כ צמשכון שאינו יודע אם חייב, אמרינן אילו הייתה טוען וכופר דבר שצמדה, מכל מקום הייתה צריך לשבעה, עכשיו דפיך ענתה כך דאין נודע לך אם חייב אחת אי לא, וזל שלם.

ועוד צמשכון אילו היה טוען צרי, היה הסכסוך צ"ד צהודאה וכפירה, זה אומר כך שוה וזה אומר כך שוה, אבל גבי צבית מלא פירות הסכסוך צ"ד אינו ככפירה והודאה, רק הכל כפירה, שזה טוען נחסר לי כך וזה אומר לא נחסר לך, ואין ענין דצריהם צ"ד צל לכלל הודאה וכפירה, רק הכל כפירה, ואף דנרקצו הנשארם מכל מקום לא על זה דנין צ"ד, רק מחולקים כמה נרקצו, והמוצע אומר יותר נרקצו והוא אומר לא, ואין כאן הודאה צבית דין כלל, כי טענתם אין רק כפירה, כי מה שצריך לשלם בעד רקצון על זה לא דנין צ"ד כלל, ופירוש ראשון צרור יותר ואח"כ שפיר, והמעין בדברי הרא"ש יראה כמו שכתבתי, והן דברים נכונים. וכן הדין צמשכון, אם אמר המשכון שנקצו ו' אמות היה, והוא אומר אינו יודע כמה היה, אבל הרי שלך לפניך כמו שהיה מתחילה, גם כן אינו בכלל משאיל"מ, דהוא טוען צרי שאינו חייב לו שלא נחסר ממנו דבר, ותמנהני מש"ך איך העלים עין מזה, ודברי הרא"ש מחוקים כדש להוגים צם.

[כז] ואם היה הלואה מאמינו. הקשה הסמ"ע (סקנ"מ) והצ"ח (סעיף ז) כיון דהלואה צריך לישבע מה יועיל דמאמינו, אכן לא שצקינן דשמא יוציא אח"כ הפקדון, ומירצו הואיל דגם מלוה נשבע היסת אינו מוציא הפקדון. וצריך פירוש לדצריהם למה לא יוציאו. אמנם נראה דהא דאמרינן (צ"מ לד:) שמא ישבע הלואה ויוציא הלה הפקדון והיה חילול ה', או יהיה נפסל הלה, כבר תמוה

מה פסול יש ומה חילול ה' יש, מסתמא לאמת ישנע וכי נחשדו ישראל לישנע לשקר, והריטצ"א (שם לה. ד"ה חזינו) הוסיף להקשות א"כ זכופר זמנה והמוצע אומר יש לי עדים זמדינת הים אך אין ראוני להמתין יום צואם, לא והשנע והפטר, והלוא מרובה, אכן נמחה צידו אולי יצאו ויחלל שם שמים, אלא דלא חיישין לשקר. ולכן ז"ל כי שומת החפץ וכדומה אין דעת בני אדם שיהיה זה חושב צדק וזה צדק, וקשה למנא שיקמינו כולן בשפה אחת לשומא אחת, וא"כ זה הלוא דנשנע בשומא, צחוס לצו נשנע, דכך היה דעתו לשום, אצל אס יוצאו המלוה אחר שצוה, שארי בני אדם לא יקמינו לדעתו ושומתו והרי נחלל שם שמים דנשנע לשקר ונפסל לישנע ולצוה היה תמים, ועיין בריטצ"א משמע ג"כ כמש"כ.

ובזה יש ליישנע קושית הריטצ"א דלוקי זמנינו מאי, דאם כן שומתו ידוע ואינם נחלקין רק זמין המשכון כמו שכתב הש"ך (שם), וזה לא שייך הך טעמא דאין דעת בני אדם שיהיה אס כן קושית הג"ל במקומו ולא קשה מידי, ודו"ק. ולפי זה במקרה הזה אשר קרה ללוא, גם למלוה יקרה, כי מה שנא גס דעתו בשומא אינו שיהיה לכל נפש הוא, וישנע לפי דעתו כך היה שיהיה, ורבים בני אדם יאמרו אך לשקר נשנע, ולכן ליכא למיחש דיוציא הפקדון לאחר שצוה, דגם צו יהיה חילול ה' וחשד וק"ל.

[בז] ושהיה שוה יותר וכו'. פירש הסמ"ע (סקמ"א) אפילו דאין העדים יודעים שומתו רק המלוה מודה, מ"מ חייב שצוה שלא פשע בנקיטת חפץ, וליכא למימר מגו דלא היה שוה יותר דהו"ל מגו דהעזה, והש"ך (סקנ"ג) השיג דמגו דהעזה אמרינן, ולכן פירש הוא דווקא צ"ח עדים בשויו, אצל דליכא עדים נשנע היסת שלא פשע זמנו דלא היה שוה יותר. ודבריו תמוהין ביותר, דהא זהו שאלת הגמ' (שצעות מה:) שצעות שומרין דכתב רחמנא היכא משכחת ליה, הא יש לו מגו דלהד"ס, ומוקמינן דאפקיד בשטר, ואין לא ס"ל כן ולא צעין שטר. וצ"ח קושית הגמ' דעת ר"י מיגאש (הו"ד צרא"ש שם פ"ו סי' א) דמגו לאפקיד משצעות לא אמרינן, ודעת מוס' (שם ד"ה מתוך) ורא"ש (שם סי' א"ג) דהו"ל מגו דהעזה, ואף דגבי ממון אמרינן מגו דהעזה, שצעות לא אמרינן, וא"כ יהיה איזה חירוק שיהיה, עכ"פ ליכא כאן מגו לפוטרו משצעות שומרים.⁴¹

וגם מה שטען הש"ך דא"כ יש לו מגו דאיני יודע דהיה שוה יותר, ואי דהו"ל העזה דאין אדם טוען צרואן איני יודע, צוה יכול לטעון צרואן דאולי אינו יודע וצקי כל כך במשכון, וגם זה מהסימא, א"כ אין אמרינן צמשה דשצעות (מג.) זה אומר סלע הלוימני ושמים היה שוה, והלה אומר חמשה דינרים היה שוה, ישנע המלוה, הא הו"ל מגו דאיני יודע, ולדברי הש"ך הא צוה לא שייך חירוק מוס' דאין אדם טוען צרואן⁴², ומזה הצאתי ראיה לדברי הש"ך דכתב דצמשכון לא אמרינן דלא הו"ל למידע דצקי צו לדעת שויו, דאל"כ קשה הא הו"ל מגו דאיני יודע, ואי לא הו"ל למידע לא שייך חירוק מוס' דאין אדם טוען צרואן, (ולתשובת רש"י (הו"ד צמדי שצעות סי' תשעה) כפי שכתבתי לעיל צס"ק י"צ דס"ל דגם צמשכון לא הו"ל למידע לא קשה כנ"ל, דרש"י ס"ל (עי' צ"מ ג. ועוד) דמגו ליפטר משצעות לא אמרינן כמש"כ בדוכתי טובי), וע"כ דהו"ל למידק, ודו"ק.

משפט יהונתן

(מח) ושהיה שוה. דעת הסמ"ע (סקמ"א) אפילו אין עדים מעידים בשויו, רק הוא מודה דהיה שוה ביותר, מכל מקום חייב לישבע בנקיטת חפץ שלא פשע, וליכא כאן מגו דהיה אומר שלא היה שוה יותר דהו"ל מגו דהעזה, והש"ך (סקנ"ג) חולק, ובתומים (סקנ"ז) הסכמתי לדברי הסמ"ע, ודברי הש"ך צ"ע.

(מט) שלא פשע. ולדעת המחבר דהוי שומר שכר, ישנע שנאבד באונס. וכתב הש"ך (סקנ"ה) דהוא הדין דצריך לישבע שבועה שאינו ברשותו והוא שבועת שומרים גמורה. ודבריו תמוהים, דהא יש עדים שנגנב, ומה שבועה שאינו ברשותו איכא כאן⁴¹, והרמ"א לשיטתו דס"ל סי' רצ"ה ס"ב דאף דיש עדים שנגנב מכל מקום חייב שבועה שלא פשע, דס"ל דשבועה שלא פשע היא שבועה עיקרית, אבל לדעת מחבר דס"ל דלא הוי רק גלגול שבועה, ביש עדים דנגנב אין משתבע כלל שלא פשע, וע"ש סימן רצ"ד מש"כ.

דס"ל סי' רצ"ה ס"ב דאף דיש עדים שנגנב מכל מקום חייב שבועה שלא פשע, דס"ל דשבועה שלא פשע היא שבועה עיקרית, אבל לדעת מחבר דס"ל דלא הוי רק גלגול שבועה, ביש עדים דנגנב אין משתבע כלל שלא פשע, וע"ש סימן רצ"ד מש"כ.

דס"ל סי' רצ"ה ס"ב דאף דיש עדים שנגנב מכל מקום חייב שבועה שלא פשע, דס"ל דשבועה שלא פשע היא שבועה עיקרית, אבל לדעת מחבר דס"ל דלא הוי רק גלגול שבועה, ביש עדים דנגנב אין משתבע כלל שלא פשע, וע"ש סימן רצ"ד מש"כ.

דס"ל סי' רצ"ה ס"ב דאף דיש עדים שנגנב מכל מקום חייב שבועה שלא פשע, דס"ל דשבועה שלא פשע היא שבועה עיקרית, אבל לדעת מחבר דס"ל דלא הוי רק גלגול שבועה, ביש עדים דנגנב אין משתבע כלל שלא פשע, וע"ש סימן רצ"ד מש"כ.

דדוקא כשחבירו האמינו תחילה, ובטענת המיגו היה צריך להכחיש במה שהאמינו חבירו תחילה הוי מיגו דהעזה, דהא לפי"ז א"ש, דהכא במשכון לא הוי מיגו דהעזה כיון דלא האמינו תחילה, שהרי על המשכון שנתן לו הלוא לו מעות, ואפי' אם המשכון היה שוה יותר מדמי החוב, מ"מ הרי היה צריך למעות והיה מוכרח ליתן לו המשכון, וכיון שלא האמינו מתחילה אמרינן מיגו דהעזה. מיהו בטבעת החושן העיר על דבריו, דאף לדברי הש"ך הנ"ל דלא מיקרי העזה רק היכא דמעז בממון שהאמינו תחילה, מ"מ ה"נ הוי העזה, דהא"נ דהוכרח להאמינו על המשכון הואיל והיה רוצה לקבל ממנו הלואה, מ"מ אין זה מגרע הנאמנות, כיון דמ"מ האמינו על המשכון, ע"ש. וע"ע מש"כ בזה בערך שי.

43. כן הקשה ג"כ בפני יהושע ב"מ (דף לה. ד"ה לא קים ליה),

41. בדמשק אליעזר (סקי"ד) כתב דצ"ל דגרשם בטעות ד' הש"ך כאן, וצ"ל דקאי דבריו על דברי המחבר בסעיף זה שכתב דנשבע המלוה שאינו ברשותו, וע"ז קאי ד' הש"ך. וכ"כ גם בנתיב"מ (סקנ"ז במוסגר). או י"ל דקאי על ד' המחבר בסעיף שאחר זה שכתב דישבע המלוה שא"ב וכו', וע"ז קאי ד' הש"ך דבזה צריך לישבע מדאורייתא שבועה שא"ב, יעו"ש.

42. יעויין בלשון הש"ך, ולפענ"ד וכו' דהכא בעינן דוקא עדים דאל"כ נאמן במיגו דזה לא הוי מיגו דהעזה וכמו שהוכחתי לקמן וכו', ע"כ. ובבית יהודה דקדק מלשון הש"ך דמשמע להדיא דכוונתו דלא חשיב מיגו דהעזה, ודלא כמו שהבין רבינו דכוונתו דאמרינן מיגו דהעזה. וכתב שם עוד דנעלם מרבינו מש"כ הש"ך בכללי מיגו אות ו' בשם התוס'

(ג) שהרי אין הלואה יודע וכו'. הא אילו הלואה טוען ברי שנאבר שלא באונס, פטור הלואה אפילו לית ליה מגו, ועיין מש"כ להלן בס"ק ט"ו.

(גא) הלואה נאמן וכו'. ואין צריך שבועה כלל רק קבלת חרם סתם, ש"ך (סקנ"ז).

(גב) ואם עד אחד וכו'. והמלוה אין טוען ברי, אבל אם היה המלוה טוען ברי ועד אחד מסייע נפטר בלי שבועה, דזולת העד היה המלוה מחויב שבועה, וכשיש עד אחד מסייע נפטר משבועה, ש"ך (סקנ"ח), ופשוט.

(גג) נשבע הלואה נגד העד. דעת הש"ך (סקנ"ט) דהוא רק שבועת המשנה, ולכך אם רצה יכול להחזיר המשכון ולתבעו אח"כ שנית ויתחייב שבועה דאורייתא, אבל דעתי בתומים (סקנ"ח) דשבועה זו תיכף הוי שבועה דאורייתא, ע"ש.

(גד) שכל מינו שוה וכו'. דתו ליכא למיחש לנתינת עין, ואע"פ שי"ל דמ"מ המלוה נתן עין בו, מכל מקום תו ליכא לגבי לוח קפידא, דכיון דמינו מצוי והוא

המלוה משלם שויו, ולכך לא תקנו חכמים שבועה, ועיין מש"כ בזה בתומים (סקנ"ט) באריכות ליישב בזה מה שקשה בגמ'.

מלוה ושדוהו חלילה דחיישין שמה ישבע הלואה וכו', הא צריך ליבע שמינו צרשותו, ומוקי ליה גמרא תחילה שיש עדים שנשרפה או שנגנזה, ע"ש. ולמה לא מוקמינן דאירי צמסון שמינו מצוי ולא שייך הך שבועה שמה עיניו נתן בו.

ובאמות כבר קדמו להקשות כן הריטב"א לז"מ (שס), וסירך חדא דלא משמע ליה צמסנה דמיירי צהך גוונא. ועוד סירך דאם מינו מצוי הא שוממו ידוע ואיך יחלקו צומא, ע"ש. ושני תירושים ^{המורה} תירוצים ראשון כבר כתב הרצ מהרש"ק (צט"ז כאן) דהא הגמרא משני שנויא יתר דחיקי כגון שיש עדים שנשרפה או נגנזה מה דלא מצינו לו זכר צמסנה וסתמא קתני ונאצד. ואולי ס"ל להריטב"א דודאי זה דוחק דרצה ור' יוסף דמוקו מתני' (צ"מ לה). כגון שיש עדים שנשרפה, דהא צמסנה סתם קתני ונאצד, אלא דצמסנה איירי צמינו מצוי, רק דקשה לגמ' הו"ל לחלק ולומר דכי שדוהו שבעה חלילה כשמינו מצוי, אצל אס לא יהיה לוח נשבע ואיך סתם דשדוהו חלילה, ועל זה משני הגמרא דלכך לא קתני צד"א כשמינו מצוי, אצל צמינו מצוי משבע הלואה, דלא פסיקא ליה, דאף דאין מינו מצוי מ"מ משבעה המלוה לפעמים, והיינו כגון שיש עדים שנשרפה או נגנזה, והיה המשנה צריך להאריך צגוונא טוצא, והוה דוחק, ומה אפשר למד הרמב"ם דינו לחלק צין מצוי, כי דחיקא ליה דהנך אמוראי יפרשו המשנה צאוקימתא דחיקי, אצל לפי"מ שכתבתי ניחא, ודו"ק.

ועוד י"ל, דודאי המקשן ס"ל לדוחק לאוקמי המשנה צכה"ג דהא סתמא קתני, והתרתן רצה ור' יוסף דתירצו נשרפה או נגנזה ולא תירצו צכה"ג, י"ל דלא מציעא רצה צלא"ה צריך לומר כן דיש עדים, דרצה ס"ל צפרק חזקת (צ"צ לז:) דמגו להוציא אמרינן,

משפטי יהונתן

ובנתייה"מ (סקנ"ז). ועיי"ש מש"כ ליישב, ובתפארת יעקב (סקל"ח), ובבית יהודה וערך שי, ובשערי בינה (שער ד' אות א' ושער ט' אות ד' ושער י"ז אות י"ז), יעו"ש.

44. כדברי רבינו כ"כ גם בביאור הגר"א (סקע"ג) וז"ל, מש"כ הש"ך דנשבע שבועת המשנה, ל"נ כיון דלאו אגופא דמשכון קא טעין אלא אממונא להפטר וכו', ע"כ. ובנתייה"מ (סקנ"ח) כתב להשיג ע"ד רבינו,

יד אם הלואה תבעו ביתרון שהיה שוה המשכון יותר על דמי החוב, ויש עדים בזה או שהמלוה מודה לו אלא שטוען שנאבר באונס ותובע דמי חובו, ישבע המלוה שאינו ברשותו ושלא שלח בו יד ושנאבר באונס וגובה חובו מהלואה, (ג) שהרי אין הלואה יודע כיצד נאבר, והוא ליה בחלויתני ואיני יודע אם החורתיים לך. הנה: הלואה שאמר למלוה על משכון פרעתיך כך וכך, והמלוה אומר אמת פרעתי אצל איני יודע כמה, (גא) הלואה נאמן צמא שאומר, דמלוה אין לו על המשכון רק שעצוד והוי כאלו הוא המוצע, ואין אדם מוציא מאחר בטענת ספק. (גב) ואם עד אחד מעיד שלא כדברי הלואה, [כח] (גג) נשבע הלואה נגד העד, ונטל המשכון צמא שאומר, הואיל והמלוה אינו יודע. ועיין לקמן סימן זה סעיף כ"ד.

זו כל היכא שהמלוה צריך לישבע שאינו ברשותו, אפילו שאמר הריני משלם כפי שתבע הלואה ואיני נשבע, אין שומעין לו, דחיישין שמה עיניו נתן בו. ואם היה דבר [כט] (גד) שכל מינו שוה ומצוי בשוק לקנות במותו באותן הדמים

מה פריך הגמרא צ"מ דף ל"ד (ע"ז) לרצ הונא דאמר משציעין שבועה שאינו צרשותו דלמא עינו נתן צו מהא דתנן (שבועות שס) מי נשבע מי שהפקדון אצלו וכו', ומפרשין דעקרוהו רבנן שבועה מלוה ושדוהו חלילה דחיישין שמה ישבע הלואה וכו', ומוקי ליה גמרא תחילה שיש עדים שנשרפה או שנגנזה, ע"ש. ולמה לא מוקמינן דאירי צמסון שמינו מצוי ולא שייך הך שבועה שמה עיניו נתן בו.

ובאמות כבר קדמו להקשות כן הריטב"א לז"מ (שס), וסירך חדא דלא משמע ליה צמסנה דמיירי צהך גוונא. ועוד סירך דאם מינו מצוי הא שוממו ידוע ואיך יחלקו צומא, ע"ש. ושני תירושים ^{המורה} תירושים ראשון כבר כתב הרצ מהרש"ק (צט"ז כאן) דהא הגמרא משני שנויא יתר דחיקי כגון שיש עדים שנשרפה או נגנזה מה דלא מצינו לו זכר צמסנה וסתמא קתני ונאצד. ואולי ס"ל להריטב"א דודאי זה דוחק דרצה ור' יוסף דמוקו מתני' (צ"מ לה). כגון שיש עדים שנשרפה, דהא צמסנה סתם קתני ונאצד, אלא דצמסנה איירי צמינו מצוי, רק דקשה לגמ' הו"ל לחלק ולומר דכי שדוהו שבעה חלילה כשמינו מצוי, אצל אס לא יהיה לוח נשבע ואיך סתם דשדוהו חלילה, ועל זה משני הגמרא דלכך לא קתני צד"א כשמינו מצוי, אצל צמינו מצוי משבע הלואה, דלא פסיקא ליה, דאף דאין מינו מצוי מ"מ משבעה המלוה לפעמים, והיינו כגון שיש עדים שנשרפה או נגנזה, והיה המשנה צריך להאריך צגוונא טוצא, והוה דוחק, ומה אפשר למד הרמב"ם דינו לחלק צין מצוי, כי דחיקא ליה דהנך אמוראי יפרשו המשנה צאוקימתא דחיקי, אצל לפי"מ שכתבתי ניחא, ודו"ק.

ועוד י"ל, דודאי המקשן ס"ל לדוחק לאוקמי המשנה צכה"ג דהא סתמא קתני, והתרתן רצה ור' יוסף דתירצו נשרפה או נגנזה ולא תירצו צכה"ג, י"ל דלא מציעא רצה צלא"ה צריך לומר כן דיש עדים, דרצה ס"ל צפרק חזקת (צ"צ לז:) דמגו להוציא אמרינן,

וכתב דכיון דהמלוה אינו יכול לגבות מהמשכון והלואה תובע מהמלוה להחזיר לו משכנו הוי כנשבע ונטל, יעו"ש. ובנחל יצחק (סקנ"ז) ג"כ הסכים לד' הנתייה"מ, וכתב שם דכן הדעת נוטה דכיון דאין הלואה יכול להוציא החפץ מיד המלוה עד שישבע, הוי הלואה נשבע ונטל דאין חייב שבועה מן התורה אלא מדרבנן. וע"ע מש"כ בזה בנח"י לעיל בקו' תפיסה בדרד"מ סימן ג', ובאבני החושן (סקט"ו), יעו"ש.

וקשה א"כ צמלוה אומר סלע הלויתך ושקל היה שזה והלואה אומר סלע היה שזה, יהיה המלוה נאמן צמגו וצבועה דמגו דצעי אמר נאנסה וחייב הלוה לשלם כל הלואה והוא פטור מן המשכון, עכשיו דאמר נאצד צפשיעה רק לא היה שזה אלא שקל ישלם הלוה כי נאמן, ועכ"ל דיש עדים דנשרף צפשיעה⁴⁵. אלא אפילו לר' יוסף דאמר דיש עדים שנגנזה צלי אונס ור' יוסף ס"ל דמגו להוציא לא אמרינן, מ"מ י"ל דודאי אליבא דשמואל (ב"מ ס) דאמר עקרוהו חכמים שבעת ליה למלוה לא היה צריך לומר כן דיש לומר דמינו מלוה. רק בצבועות דף מ"ג (ע"ב) אמרינן דגם ר' יוחנן אמר כן, ולר' יוחנן קשה סיפא מלוה אומר סלע הלויתך ה' דינרים היה שזה ולוה אמר שתיים, חייב מלוה שבעה דאורייתא, למה הא י"ל מגו דנאנסה וחייב הלוה לשלם הכל, ואי דהוי מגו דמודה במקלט לכופר בכל, הריטב"א ס"ל כדעת התוס' דאמרינן מגו לפטור משבועה, רק משום העזה [לא אמרינן], וכאן ליכא העזה דהא אין חצירו מכיר בשקרו. ואי דגם בטוען נאנסו צריך שבעה, זה אינו דהא ר' יוסף אין מחייב שבעת שומרים אלאנסו גרידא כי אם שלשה פרות, עיין ב"ק דף ק"ו (ע"ב) ובתוס' שם באריכות, ומטעם זה אפשר לא מוקמינן דהלוה היה צמעמד כשנגנז ונשרף, ומ"מ עקרו רצון שבעה דלא כל כמיניה אולי אומר כן כדי לישבע, דצלא"ה ז"ל כן דהיה עדים דזולת זה יש למלוה מגו, דאי דהוה העזה הא אף עכשיו בשומת משכון מעי, ודו"ק, ועיין אורים ס"ק נ"ז מש"כ שם, אך כל זה דוחק.

והנה תירוצו השני שתירץ הריטב"א דאי מינו מלוה אין שייך שנחלקו בשויו, ודבר זה תמוה לכאורה, דכבר כתב הש"ך בס"ק ס' דיש כאן שני מינים גדול וקטן ושניהם מנויים והם נחלקין בכמות המשכון אם גדול וקטן, אצל מ"מ הכל מלוה לקנות ונראה דכוונתו כן, דלכאורה קושיא זו שייך ג"כ צמה דמקשה הגמרא שם צ"מ אסיפא, דהלוה אומר סלע הלויתני ושמים היה שזה והמלוה אמר דלא היה שזה רק סלע דפטור משבועה, ואמאי הא צלא"ה צריך לישבע שאינו ברשותו, ישבע נמי ע"י גלגול כמה היה שזה, ותירצה הגמרא צמאמינו, ופריך הגמרא ולהימן נמי צהא בשויו, ומשני הגמרא לא קים ליה, וקשה נמי לוקמי צמינו מלוה ואין צריך לומר צמאמינו.

אך צממת אין זו קושיא, דודאי הא דאמרינן מינו מלוה היינו צאות דמים הנשומים היה מלוה, אצל אם מלוה ציוקר אינו בכלל מינו מלוה, כי פשיטא אין לך דבר שאינו נמנא אם יפריז על המדה במקת. וא"כ צלוה אומר שהיה מן דבר שמינו גדול והוא שזה צ' סלעים, והוא אומר שהיה ממין הקטן ושזה צפחות, א"כ פשיטא דחיישינן שמא עין נתן צו, דמה צכך שמינו מלוה וכי מלוה שיכול ליקח שזה שני סלעים צסלע, ואם חששו לנתינת עין

רק צדצר שאין מלוה כל כך אף שמשלם כל דמי שויו, אין לא נישא צמקום שיש לו רוח ממון ואינו יכול לקנותו צשום מקום צדמים הללו, וא"כ אין נאמר דלא ישבע על השויו כלל משום צמינו מלוה, וזה פשוט.

ולפ"ז שפיר י"ל דהתרתן צרישא דלא תירץ דאירי צמינו מלוה, משום דגם לתרתן לא היה נעלם קושיא הגמרא מסיפא דישבע ע"י גלגול שבעה, וצו לא שייך התירוצו מינו מלוה צמש"כ, וצ"ל תירוצו הגמ' צמאמינו, וקשה קושיא הגמ' ולהימן נמי צהא, וצ"ל תירוצו הגמרא לא קים ליה, והיינו כפירוש רש"י לא נתן דעתו עליו לדעת דמיו, וס"ל לגמרא הני מילי צדצר שאין מינו מלוה צשוק א"כ צריך הכרע צדמי, אצל צדצר שמינו מלוה צשוק וא"כ השער ומקם ממנו ידוע לכל, רק כל המחלוקת באיכות המשכון מאיזה מין אם גדול או קטן או טוץ ורע, אצל שניהם מקתן ידוע, א"כ אין שייך לא קים לים וקושיא הגמרא צמקומה עומדת. ועכ"ל דאירי צדצר שאין מינו מלוה ואף אין מקחו ידוע לכל כי צלמי מלוה, ושפיר י"ל לא קים לים, ודו"ק וא"ש.

ואפ"ר לומר, דקשה מה פריך הגמרא מרצ הונא דילמא צמשנה לכך משבע שאינו ברשותו דליכא למימר מגו דלהד"ס או החזרתי למ"ד מגו לפטור משבועה אמרינן דהוי מגו דהעזה, אצל צוה הא אף צהא צשוי המשכון מעיז להכחיש ללוה והו"ל מגו, וצ"ל דלא הוי העזה צשוי המשכון דמימר אמר הלוה לא קים ליה, ולפ"ז צמינו מלוה דלא שייך כן צמש"כ, צלא"ה לק"מ די"ל דהו"ל מגו דלהד"ס, ודו"ק. אך זהו לשיטת התוס', אצל להרמב"ם (פי"ג ממלוה ולוה ה"ג) מגו לפטור משבועה לא אמרינן, וזה אפשר צכוונת הריטב"א צתירוצו השני.

אמנם לולי תירוצי הריטב"א, נראה ליישב קושיא הג"ל צדרך פשוט, דכבר הקשה הריטב"א (שם) צגוף צצרת הרמב"ם, דמה צכך דמינו מלוה, מ"מ מלוה דאדם נותן עין צדצר להקפיד דווקא אהך חפץ אף דכיוצא צו אלה צנמנא, וגם למעט צטרחתו להדר צתר אחריו. וליישב נראה, דצממת מצד המלוה יש לומר כן דמ"מ נותן צו עין, רק דמצד הלוה צעל המשכון אין כל כך קפידא כיון דמינו מלוה צשוק, והוא משלם לו כל דמי שויו ומה נפ"מ לו, ואם הוא ג"כ צצרא דקפדנא ורואה צשלו, לא השגיחו חכמים צו לתקן עליו שבעה, כיון דליכא לו פסידא ודבר הראוי להקפיד, ולא חששו חכ"ל לדעת שוטים ולפ"ז כשיש צניהם סכסוך צשוי המשכון, ושורת הדין דהיה הלוה נשבע ונפטור, רק מחשש שישבע ויוציא הלה פקדון עקרוהו חו"ל השבועה ממנו, וכשישבע המלוה יצטרך הלוה לשלם, אם כן וכי אין זו קפידא יותר מדצר שמשלם לו צשוי ואין מינו מלוה צשוק דתקנו שבעה ללוה מחמת קפידא דלוה הואיל ואינו מלוה, מכל שכן שיתקנו צזה, כי יש ללוה דבר הראוי להקפיד, כי אילו היה נשבע לא היה

משפט ידונית

בשער המשפט (סקי"ד) תמה ע"ד הדרישה, דא"כ היכי מהימנינן ליה בכל דוכתי לטעון לקוח במגו דהחזרתי נימא דירא לטעון החזרתי שיראוהו בידו אחרי כן, ע"ש. ויתכן לומר דהכא במיגו דנאנסו שאני דהוי מיגו דלא שכית, והוי תרי ריעותות במיגו, לא שכית והעזה. ועי' בזה בדמשק אליעזר (סק"י).

45. עי' בפנ"י בב"מ (דף לה. ד"ה ר"א) שהקשה כקושי' רבינו דאמאי לא מהימן המלוה דשקל היה שזה במיגו דהיה טעין דנאנס המשכון דהיה גובה כל חובו מהלוה לדעת הפוסקים דס"ל דמיגו להוציא אמרינן, יעו"ש. ובאמת יעויין בדרישה סק"ה שכבר הקשה קושיא זו, ותירץ דאין זה מיגו דירא לטעון שמא יראוהו בידו היום או מחר, עכ"ד. אכן

(נה) אבל בזמן שהלואה נשבע וכו'. אע"פ שמינו מצוי, מ"מ יתכן שהם מחולקים בשויו, כגון שמצוי לקנות חפץ שמשקלו ה' סלעים וחפץ שמשקלו ד' סלעים, והם מחולקים בכמות החפץ אם כך או כך היה משקלו, ומ"מ שניהם מצויים, ש"ך (סק"ס). ועיין תומים ס"ק כ"ט מה שהארכתי בזה.

(נו) כדרי ליטול. פירש הסמ"ע (סקמ"ה) כגון דאמר המלוה איני יודע כמה שוה המשכון, דהו"ל מחויב שבועה ומתוך שאין יכול לישבע משלם, רק דעד אחד מסייעו, ואם כן מחויב הלואה לישבע להכחיש העד, ועיין מש"כ להלן בס"י פ"ז בדין זה. והב"ח (סעיף י) פירש כגון דהיפך השבועה על הלואה שישבע ויטול. וגם כן נכון.

(נז) ואפילו מאמין וכו'. דאנן לא מהימנין ליה, דאולי יוציא לאחר השבועה פקדון ויהיה חלול ה', ומה לנו בהימנותא דידיה, הא אילו אמר הלואה שהיה במעמד כשנאבד ממנו המשכון נאמן, דבזה לא חיישינן דישקר ותו ליכא חשש, וכן משמע שם בגמ' (ב"מ לה). מדלא מוקמינן ככהאי גוונא.

(נח) ונמצא שם שמים מתחלף. פירש רש"י (שם לד: ד"ה ויוציא) ויפסלנו לעדות ולשבועה, וא"כ אפי' להטיל בחרם על הלואה ג"כ אינו יכול, דכשיוציא המשכון ויתברר ששקר קיבל בחרם גם כן נפסל, ור"ח (בתוס' שם ד"ה שמא) ויתר

[ל] בשבועה. וכמו הש"ך צ"ק ס"ז דאפילו

המוצע טוען שמא, וע"ש שהאריך. ולדידי מספקא טווא, דכל הראיה שהציג הוא מהך עוצדא (צ"צ לו). דהנך עיזי דאכלו חושלאל, דנוטל הניזק כדי דמיו בשבועה צנקיטת חפץ, אף דמזיק לא ידע כמה אכלו. ושם דין הוא שלא יטול רק בשבועה הואיל ולמזיק לא הו"ל לידע כמה אכלו, וכללל הוא כל היכא דהאי ידע והאי לא ידע, משמע דהך דידע, אכל כחן צמלוהו על המשכון דהא הו"ל ללוא לידע כמה היה לוה ולא ידע, פשיטא דגרע טענתו ולא יציעו למלוה על ספק⁴⁶.

ובל"א הך דינא דגאונים דיהיה נריך לישבע צנקיטת חפץ, כזר לומר דיה קמאי, והצו ללא לוסף צמקוס דלוא טוען שמא והו"ל למידע כמה הלוא מחזירו, והלא צעלמא ס"ל לרצ הונא (כמוצא יצ): צרי ושמא צרי עדיף אפילו בשבועה (סב) בנקיטת חפץ.

מחברים פירשו דיהיה שבועה לבטלה, וא"כ יכול לומר שיקבל בחרם, והש"ך (סקס"ג) הסכים לדעת ר"ח ושכן דעת רוב מחברים. (נט) שלא היתה שוה אלא כזו. אבל עכ"פ מודה דגם אם שוה כזה, הוא יותר מכדי חובו, וא"כ הו"ל מודה במקצת וישבע. וכן בהך בבא דאיני יודע כמה היה שוה, הכוונה דיודע בבירור שעכ"פ הוא יותר מהחוב רק אינו יודע כמה, ולכך הו"ל משאיל"מ, משא"כ אם אין יודע כלל אם שוה יותר מכדי החוב, דנשבע המלוה שאינו יודע ונפטר דהו"ל איני יודע אם אני חייב לך. (ס) אם הוא בענין. היינו כמו שנתבאר בסעיף י"ח באריכות.

(סא) בשבועה. ודעת הש"ך (סקס"ז) אפילו הלואה טוען שמא, מ"מ מחויב המלוה לישבע שבועה בנקיטת חפץ. ועיין בתומים (סק"ל) כי דין זה צל"ע כיון דהו"ל ללוא לידע כמה חייב על המשכון, הא ביורש דאינו יודע כמה אביו חייב, לכו"ע צריך המלוה לישבע בנקיטת חפץ.

(סב) בנקיטת חפץ. אף דאילו היה טוען לקחתי ממך או החזרתני, היה נאמן בהיסת, וביורש דטוען שמא לא היה נשבע כלל, מ"מ לא

משפט יהונתן

בכה"ג אף בלא מיגו, ולא גרע אומן ממשכון. וכתב ע"ז הנתיחה"מ שם, נראה דלא קשה זה רק לשיטת הש"ך בס"י עב סקס"ז דס"ל דבמשכון צריך המלוה לישבע אף דהלוא טוען שמא, אבל לפי מה שמסיק בתומים שם דבטוען שמא אין המלוה צריך לישבע, וכן מסתבר כדבריו, דהא עיקר טעמא דהגאונים דצריך לישבע דהוי כאילו בא להוציא, ומבואר

46. בנתיחה"מ להלן (ס"י פט סק"א) הביא משה"ק הש"ך שם אהא דפסק המחבר דבנותן טליתו לאומן ומחולקין בשיעור הקציצה, דאם הטלית ביד האומן באופן שיכול לטעון לקוחה היא בידו, הרי האומן נשבע בנקיטת חפץ ונוטל, והקשה ע"ז מהא דמבואר הכא גבי משכון דשיטת הגאונים דכשיש עדים שהוא ממושכן בידו ואינו יודע כמה הלואה עליו דנאמן

להוציא, רק רצ נחמן פליג, וקיי"ל כוותיה משום דהממע"ה, אצל כאלו דהמלוה מוחזק במשכון, אף רצ נחמן מודה לרצ הונא ונוטל בלי שצוה, וע"כ אמה ס"ל דקרוי משכון מוחזק והילך (נ"מ ד.), דאל"כ הו"ל צל"ה הלואה הטוען שמא וממוך שאל"מ, דהא מודה צהלואה פרוטה ואין שנגדו צריך לישבע כלל, ועכ"ל משום דהו"ל הילך וס"מ דהוי כמוחזק⁴⁷. [לא] אבל תפס מעות וכו'. סתמא דמילתא משמע אפילו מעות צפקדון, וזה אינו, דמקור הדין הוא מצעה"ס שער מ"ט [סוף חלק יז] (מ"ה דין ו'),

ע"ש. ושם לא נאמר אלא צ"ש צידו מלוה דלא ניתן להדר צענייה, ולכך לא הוי רק חושבנא צעלמא, אצל כשיש צידו פקדון דניתן להדר צענייה וצדשותו דמפקיד קאי, מאי שנא מעות מאי שנא חפץ, סוף כל סוף נוטל הוא, ומכל שכן לדעת מחבר (לקמן סי' רנ"ו ס"א) דס"ל מגו לפטור מצוה לא אמרינן, וא"כ איך צריך למירוק הרא"ש כיון דלאו על גופיה דמשכון קטען, דצל"ה צריך לישבע, וא"כ אין כאן הדל בן חפץ לממון.

ול"ב נראה צדור דמיירי ממעות מותרין דקיי"ל (נ"מ מג.) ישתמש צהן לדין (לקמן סי' רנ"ו ס"ו) דהכל דינא כשולחני, (ועיין מש"כ להלן צסי' ע"ג (סק"כ) צמחלוקת צין הש"ך והגאון חכם צבי), וא"כ הרי הוא צדשותו של הנפקד לגמרי והו"ל כמנה מלוה, אצל מעות צדורין דקיי"ל לא ישתמש צהן והרי הם צדשותו של המפקיד לכל דבר, והרי זה דומה לשארי חפצים ונשבע ונוטל כדין נשבעים ונוטלים צנקיטת חפץ⁴⁸.

ומ"מ צריכין לישבע לכו"ע שבועה שלא פקד אביהם, דהא גם אביהם אילו היה חי היה צריך לישבע שבועה בנקיטת חפץ, סמ"ע (סק"ג) וש"ך (סקצ"ב).

(סו) ונשבע על השנים. היינו שבועת מודה מקצת, והוא פשוט, והסמ"ע (סקנ"א) דחק מאי קמ"ל, ע"ש.

משפט יהונתן

בכל הפוסקים דבברי ושמא אמרינן מיגו להוציא, וא"כ ודאי דאי"צ המלוה לישבע מק"ו וכו', וא"כ לא קשה מהך דאומן, דהך דאומן ר"י הוא דס"ל דאף בקציעה ג"כ טרוד בפועלים הוא והוי כברי ושמא דמהני מיגו, יעו"ש. ועי' באמרי בינה (דיני הלואה סו"ס עה) שתמה על הנתיה"מ שם, דהא רבינו כתב כאן להדיא דרך בשמא דהו"ל למידע דהוי שמא גרוע בזה נוטל המלוה בלא שבועה, אבל ככה"ג דהלואה לא הו"ל למידע בזה ודאי צריך המלוה שבועת הנוטלין, דהא בעיזי דאכלו חושלא בב"ב לו. כתבו הגאונים דצריך שבועה ליטול אף דבעל העיזים טוען שמא, וע"כ משום דלא הו"ל למידע, וא"כ התם באומן נהי דאנן אמרינן לר"י דגם קציעה אינו זוכר, אבל הרי הבעה"ב טוען ברי שזוכר אלא דאנן אמרינן דאינו זוכר, ובדואי דלא גרע זה משמא טוב דלא הו"ל למידע, ובזה גם לרבינו צריך לישבע, יעו"ש. וע"ע בנחל יצחק לעיל (סי' נח ענף ג) ובדמשק אליעזר (סקנ"א) מש"כ עוד בזה.

47. רבינו הכריח בדעת הש"ך דס"ל דמשכון הוי הילך. מיהו יעויין להלן (ס"ק קיח) דכתב להדיא דמשכון לא הוי הילך, וצ"ב. ועי' היטב בנתייה"מ (סקל"א). ובעיקר מה שנקט רבינו כאן דלמ"ד ברי ושמא ברי עדיף וה"ה לדידן בצירוף מיגו יכול לגבות בלא שבועה, הנה בקצוה"ח (סי' צא סק"י) כתב דגם למ"ד ברי עדיף אינו גובה אלא בשבועה כיון

אמרי' מגו לפטור משבועה, זהו דעת המחבר וסייעתו, אבל לדעת דסבירא ליה דאמרינן מגו, צ"ל טעם אחר שכתב הרא"ש (שבועות פ"ד סי' ג) הואיל ולא על גופיה של חפץ קטען רק בדמיו הו"ל נוטל וצריך לישבע. ומה שקשה עדיין י"ל מגו דקטען בגופיה של חפץ, עיין מש"כ להלן בכללי מגו (אות קיג) באריכות.

(סג) ודוקא שתפס חפץ. וכתב הסמ"ע (סקמ"ט) בשם הר"ן (שם כז.) היינו כשהמלוה תובע ללוה שיפדה משכוננו, אז צריך לישבע בנק"ח, אבל אם המלוה שותק ואין רוצה מהלוה שיפדה משכוננו, וגם אין רוצה למוכרו כלל לגבות דמיו, רק רוצה להחזיקו עד שיבא מעצמו ויפרענו, והלוה תובע ממנו המשכון, אין צריך רק היסת, ועיין ש"ך ס"ק ע"א דלא קי"ל לדינא, דהר"ן כתב כן לתרץ הקושיא שיש על הגאונים מהא דתנן (ב"ב מה:) אומן שהטלית בידו הממע"ה, משמע בלי שבועה, ולקמן בסימן פ"ט (סעיף ה) פסקינן דלא כתירוץ זה רק דמ"מ צריך שבועה בנק"ח. ובגוף הקושיא אף הר"ן תירץ תירוץ אחר נכון ומרווח למאד כמש"כ להלן בסימן פ"ט (סקט"ז) וכמ"ש באריכות, ולא קאי הך תירוץ, ולכך השמיטו הרב והמחבר.

(סד) אבל תפס מעות. עיין תומים (סקל"א) דהיינו מנה מלוה אצלו או אפילו פקדון רק הפקידים מותרין דיכול לשמש בהן, וא"כ אין כאן נוטל, אבל בהפקיד מעות צדורין דמי לחפץ ומשתבע בנקיטת חפץ.

(סה) ואפילו מת הלואה תחילה וכו'. לא אמרינן ביה אין אדם מוריש שבועה לבניו הואיל והם מוחזקין במשכון, מוריש שבועה לכו"ע שבועה שלא פקד אביהם, דהא גם אביהם אילו היה חי היה צריך לישבע שבועה בנקיטת חפץ, סמ"ע (סקנ"ג) וש"ך (סקצ"ב).

48. דעת רבינו דדוקא במעות מותרין שמותר להשתמש בהן מהני תפיסה, אבל בצדורין שאסור להשתמש לא מהני תפיסה והוי כשאר חפצים. מיהו באחרונים השיגו על דבריו, ובקצוה"ח (סקכ"ב) כתב ע"ד רבינו, והוציא הלשון מפשוטו, דודאי משמע בכל ענין דתפס מעות אין צריך אלא היסת, והטעם כיון דמעות יכול לגבות לעצמו בלי שומת ב"ד, אין זה דומה לשאר חפצים דצריך שומת ב"ד, ומשו"ה הוי המלוה כבא ליטול וצריך שבועה, אבל מעות דאי"צ שומא ויכול למיעבד דינא לנפשיה, א"כ כשטוען חייב לי ועביד דינא לנפשיה וגבה לעצמו והרי הוא שלו לגמרי, והרי הוא כטוען על גוף החפץ לקוח הוא בידו, דהא לפי טענתו שם גוף המעות שלו הוא, ע"ש. ועי' ג"כ בנתייה"מ (סקל"ב) שהשיג ע"ד רבינו. ובשער המשפט (סק"כ) הוכיח מדברי הבעה"ת (שער מט סוף חלק י"ז) דכל שתפס מעות הוי חושבנא ואינו נשבע אלא היסת, ע"ש. וע"ע באמרי בינה (דיני הלואה סי' מג ד"ה ואי לאו, וסי' עח) שג"כ השיג ע"ד רבינו. והנה בד' הקצוה"ח מבואר דבדבר שא"צ שומא מצי למיעבד דינא לנפשיה, אכן מדברי רבינו שכתב דדוקא במעות מותרין דהוי כהלואה נשבע היסת, אבל במעות צדורין צריך לישבע שבועת הנוטלין, משמע לכאורה דפליג ע"ד הקצוה"ח הנ"ל, וס"ל דאף בדבר שא"צ שומא כמעות

(סז) נוטל ממנו מה ששורה. היינו בנקיטת חפץ כיון דאין הלואה מודה לו, וסמך אדלעיל דמבואר דלעולם כשנוטל צריך לישבע בנקיטת חפץ.

(סח) או מלמד בספרים. ותופסן לחוב אחר, דלשכר לימוד מותר לתופסן.

(סט) לא אבד מיגו וכו'. והוא הדין בתפס בעדים וראה ויש מחלוקת בפוסקים, ה"ל הוא מוחזק ויכול לומר קים ליה אע"ג דמחזיר להחזירו, דאי תימא הואיל ולהחזיר קאי לא קררי מוחזק, א"כ אף מיגו ליכא דהר"ל מגו להוציא, תרודה"ד (סי' שכא) וש"ך (סקע"ז).

(ע) יבול לישבע סתם. היינו שאין הבדל, אבל במקום שיש הבדל, שהוא חייב לשלם לחבירו עידיה, וחבירו אין חייב לו רק בינונית או זיבורית וכדומה, אין לישבע סתם, וכמו כן אם יש בידו פקדון משל חבירו דצריך שומא, אינו יכול לישבע סתם דאין בידו משל חבירו, דמאן שם ליה, רק יאמר דברים כהווייתן לב"ד יש לי פקדון אבל חייב לי סך רב כזו, ש"ך (סקע"ט) בשם מחברים. ואפשר אם חובו עולה סך רב יותר מכפי משכון או פקדון, אפשר דיכול לישבע בסתם, וצ"ע.

(עא) וברור לו שלא נאנס. אם הנפקד טוען נאנס, צריך הוא לידע בבירור שמשקר ולא נאנס, אבל אם טוען להד"ם או החזרתי, הרי מודה שלא נאנס, א"כ הוא יודע שלא החזירו, יכול

לישבע, ש"ך (סק"פ) בשם בעה"ת (שער מט ח"י"ז ס"ד).

(עב) רק משעת העמדה בדין. לאו דווקא, רק משעת שומא ואילך דקאי ברשותו לענין יוקרא וזולא, עיין בריב"ש (סי' שצו) ש"ך (סקפ"א).

[לב] ואפילו היה זה הדבר וכו'. דברים אלו הן גמרא ערוכה צסוף פרק המקבל (ג"מ קטו.), צהאי גזר דחזיל סכין דהו"ל כלי אוכל נפש, ומכל מקום הימניה רצא

צדי דמיו משום מגו. והנה לכאורה יש מזה ראייה לדינא של הגאונים (לעיל סעיף יז) דמכל מקום צריך שצוה המסנה, דאל"כ מה מגו יש, הא אמרינן צפ"ק דצ"מ (ו.) דכל חשוד אממון אינו חשוד אשצוה משום דספק מלוה ישנה ופרשי איניש מספק שצוה דלימא צחורה, מדיפדוש מספק ממון דלימא צחורה, וא"כ אף כאן מה מגו יש, דלמא ספק מלוה ישנה עליו ולכך חפס מספק, ובשלמא צדאומר דחייב לו עליו ומודה שהוא משכון א"כ מחזירו ואינו עובר על לאו לא יחזול דניתק לעשה, כדלקמן סי' נ"ז (סעיף יב), ואי דתפס ממון הרי ניתן לחזרה, משא"כ אם יכפור ויאמר שלי הוא א"כ לא ניתן לחזרה לפי טענה ההיא, א"כ אם אחר זמן יהיה נזכר דאינו חייב לו, מ"מ הך לאו דלא יחזול כלי אוכל נפש כבר עבר ולא ניתן לחזרה דכבר עבר, והרי זה דמי לשצוה דפרשי אנשי מספק, וא"כ אין זה מגו, ולכן נ"ל כדעת גאונים דמכל מקום חייב לישבע, וא"כ אין נימא דלכך לא טען להד"ם דציקש לפרוש מאיסור לא יחזול וכו', דהא עכשיו עבד איסורא יותר דמשמע לשקרא, ופשיטא דלא ניתן לחזרה, ואילו טוען להד"ם לא היה משמע כלל, כי צימיהם עדיין לא היה היסת, משא"כ להחליקין על הגאונים ולא היה אז שצוה כלל, א"כ שפיר קשה מה מגו יש.

וצ"ל הני מילי דעבר על לאו דכלי אוכל נפש וכדומה כשצאמת חייב לו ולקחו למשכון, אבל כשאינו חייב לו רק לקחו בזרוע אינו רק איסור גזל, והוא ניתן לחזרה, אבל איסור דכלי אוכל נפש לא מחזירי, ואין לנו לחקור עניני וכללי תורה ולדמותן להדדי אף כי לכאורה הוא כל שכן, וא"כ לק"מ, ועיין מש"כ להלן צסי' נ"ז בזה.

משפט יהונתן

שומא א"צ גביית ב"ד, וצ"ע בזה. וע"ע מש"כ בפלוגתא רבינו והקצוה"ח בשו"ת ר' אליעזר גורדון (ח"א סי' יד סק"ט). מיהו גם לדברי רבינו י"ל דיכול לגבות מעות צוררין, אלא דמ"מ חשיב נוטל לענין שצריך שבועת הנוטלין, ורק במעות מותרין דנעשו כשלו, בזה א"צ רק היסת, אבל לגבותן שפיר ס"ל לרבינו דיכול לגבותן, ודו"ק.

וכיו"ב, צריך גביה ע"י ב"ד דוקא. מיהו צ"ע בזה מדברי רבינו להלן (סי' קד סק"ה) דבמטלטלין א"צ גביית ב"ד, ע"ש. וע"ע להלן בסימן זה באורים (סק"ע) שכתב דאפשר דאם חובו עולה סך רב יותר מכפי הפקדון או המשכון שישנו בידו, דיכול לישבע בסתם שאינו חייב לו כלום, ע"ש. והיינו ע"כ משום דהוי חושבנא בעלמא, וע"כ דס"ל דבמילתא דלא בעי

[לג] כיצד דברים שאינם עשויים וכו'. כתב הש"ך ס"ק פ"א
 בשם רמב"ם (פ"ח מטו"נ ה"י), דאפילו עדים
 מעידים שהשאל כלל זה לאחר, אצל אינם יודעים אם השאלו לזה,
 אין זה הכלי בחזקת כלי עשוי להשאל ולהשכיר. וכתב הש"ך דדן

זה אמת בלי חולק כלל. ולדידי
 מספקא טובא אם עדים מעידים
 שהשאל כלל זה לאחר פעם פעמיים
 כי ודאי חד זימנא לית ראייה,
 דהרמב"ם חז"ל לשיטתו (שם פ"ח
 ה"ט) דקצירה ליה דפירש כלי עשוי
 להשאל ולהשכיר היינו תחילת
 עשייתן הם להשאל ולהשכיר כמש"כ
 בסעיף י"ט, נשאלים לפרקים לא
 קורים אותו דברים עשויים להשאל,
 אם כן מה צרך דמעידים דהשאלו
 לפרקים לאחרים, דלהרמב"ם אין זה
 צדד עשויים להשאל, הואיל ותחילת
 עשייתו אינו לכך, אצל לדעת רוב
 פוסקים החולקים על רמב"ם וקצירה

(עג) ונוטל משכוננו. [לג] כיצד, (עד) דברים שאינם
 עשויים להשאל ולהשכיר, ואין עדים לומר
 (עה) היאך באו לידו, אפילו ראו עדים עתה בידו,
 נאמן לומר לקוח הוא בידו. וכן אפילו דברים
 העשויים להשאל ולהשכיר, או שאין עשויים
 להשאל ולהשכיר אלא שיש עדים שבאו לידו
 בתורת שאלה, ואין עדים שראו עתה בידו,
 (עו) יכול לומר החזרתים לך, או לא היו דברים
 מעולם, אם אין עדים שמסרם לידו. אבל דברים
 העשויים להשאל ולהשכיר, ויש עדים שראוהו
 עתה בידו, (עז) אינו יכול לומר (עה) לקוח הוא
 ביד, או החזרתים לך. הגה: י"א דלא נעיק שראו
 העדים נשעה שנתנו לית דין, אלא שראו קודם לכן בידו
 וטען אז שהן מכורין בידו, או טענה אחרת [לד] שאין

עדים שנמסר החפץ
 מיד ראובן לשמעון, רק לא יודעים
 לשום אופן מה, יכול לומר בתורת
 לקוח נמסר לידי, סמ"ע (סקנ"ו)
 וש"ך (סקפ"ד).

(עו) יכול לומר החזרתים. לאפוקי
 ממ"ש רבים לדעת הרי"ף

(ב"ב כה). דלא בעינן עדי ראה אם יש עדי שאלה. וכן הלכה
 רוחות בישראל דבעינן עדי ראה, ש"ך (סקפ"ו), ונכון.

(עז) אינו יכול וכו' לקוח. והוא הדין בדברים שאין עשויין, רק
 יש עדים שהשאל ויעדי ראה, אינו נאמן, אבל מ"מ

חייב לישבע היסט שלא מכרן לו, דאף דעדים מעידים שהשאל,
 מ"מ אולי אח"כ מכרו לו, ש"ך (סקפ"ח), ונכון, אבל אם טוען אז

בעת מסירה מכרה לו, ועדים מעידים שבתורת שאלה נמסרה לו,
 פשיטא דאין כאן היסט, דמוכחש מעדים כמש"כ הגידור"ת (שער יד
 ח"א ס"ו).

(עח) לקוח הוא ביד. וכן יורשים שטוענין שמא, שמוצאים ביד

אינו נאמן, דאף שיטעון נתפרעתי והחזרתי אמרינן דשקורי משקר, וגם י"ל
 לחבירו טענה על גוף המעות דלמה נטל ממנו המעות בחנם, דכיון

דאיכא עדים וראה אנן סהדי דודאי אין מגיע לו עליו מעות כלל דאוקי
 החפץ בחזקת מר"ק וחזקה כל מה שתח"י שלו, יעו"ש. ובאמרי בינה

(סו"ס ע"ו) תמה ע"ד השעה"מ, דהא רק אם דנין על גוף החפץ אז שייך
 חזקת מ"ק, אבל להוציא ממון עם חזקה זו מנין לנו. וגדולה מזו למדנו

מתשו' הרשב"א והובא באורים להלן (סקפ"ז) דאף בדברים העשויין
 להשאל ולהשכיר אם אינם טוענים עכשיו רק לענין לחייבו ממון על זה

שמסרן ביד אחרים, אף דהנידון הוא על גוף הספרים שהם בחזקת מ"ק,
 מ"מ כשדנין על המעות, אין מוציאין ממון, ומכל שכן בזה שאומר

שהחזיר לו ואין כאן חפץ לדון עליו רק על הממון שטוען ואומר שנתן
 לו וכבר הוציא המעות דאנו דנין לחייבו ממון בשביל שלא היה נאמן

על החפץ, דזה ודאי דאין מוציאין ממון שנתן לו בכדי להוציא מחפץ
 מתח"י, דהא מדעתו נתנו לו, רק שטוען שהיה בהכרח משום שלא רצה

להחזיר לו ואין כאן חפץ לדון עליו רק על הממון שטוען ואומר שנתן
 לו וכבר הוציא המעות דאנו דנין לחייבו ממון בשביל שלא היה נאמן

על החפץ, דזה ודאי דאין מוציאין ממון שנתן לו בכדי להוציא מחפץ
 מתח"י, דהא מדעתו נתנו לו, רק שטוען שהיה בהכרח משום שלא רצה

לזה דלא תליא בתחילת עשייתן לכך, רק נקפידת האיש אם רגיל
 להשאל או גצרא קפדנא הוה, ואם כן נעדים מעידין שהשאל כלל
 זה לאחר, הא קמן דלא גצרא קפדנא הוה, וא"כ זה שהכלי בידו
 רגיל אצל בעל החפץ כמש"כ בסעיף י"ט, אמרינן מסתמא גם כן
 לו השאלו, דהא חזינן דהשאלו לאחרים, וזה צדד, ודברי הש"ך
 נ"ע.

[לד] שאינן ראויים להחזיר לפי אותו טענה. בתשובת פני

משה (דברי משה סעיף יג) הקשה דסותר למש"כ

הרא"ש בתשובה (כלל קו סי' ג) הוצא במחזר לקמן סי' קל"ג

סעיף ג' דנריך להתרות נעדים שלא יחזיר לו אלא נעדים כדי

שלא יוכל לטעון אח"כ החזרתי לך וכו'. ולק"מ, דשם אמר נעדים

ממושכן הוא צדי ואם כן וכי לא יוכל לטעון אח"כ פרעת לי והחזרתי לך משכונך, והלא כך דצרי היה מתחילה שהלוא עליו ועומד

לפרעון ולחזרה, ולכן נריך להתרות שאל יחזירוהו אלא נעדים אף שיפרע לו מעותיו, משא"כ כאן דטוען לקוח הוא צדי נהחלט אין

יתכן להחזיר לו כיון שלפי דצרי הוא לקוח בידו, ופשוטו⁴⁹.

משפט יהונתן

49. מש"כ רבינו לחלק דדוקא בטוען לקוח אין יכול אח"כ לטעון פרעת
 לי והחזרתי לך למשכון, אבל אם טוען ממושכן הוא בידו יכול לטעון כן.
 הנה יעויין בשער המשפט (סקכ"ב) שהביא מה שעלה בדעת החכם
 השואל מוהר"י בנבנשתי בשו"ת מהרי"ט דאם טען בתחילה בשעת ראיית
 עדים כך וכך יש לי עליו, ואח"כ טוען כן בבי"ד דנאמן במיגו דהחזרתי,
 ולא שייך כאן לומר דהרי אינו ראוי להחזירו לפי אותו טענה, דזה לא
 שייך אלא בטענת מסירה, אבל כאן יכול לומר נתפרעתי והחזרתי אח"כ.
 וקלסיה הרב מהרי"ט שם. וכן מוכח דעת הסמ"ע בסי' קלג סעיף ג'. אך
 לפי דבריהם לשון הרב הרמ"א כאן בהג"ה תמוה מאוד שסיים בסוף דינים
 אלו, ואפילו אמר בשעה שראו העדים שחייב לו כך וכך כמו שטוען
 עכשיו בבי"ד לא מהימן. ומסיק שם, לכן נלפענ"ד עיקר דאף שטוען
 נתפרעתי והחזרתי אח"כ ג"כ אינו נאמן, כיון דהטעם דהיכא שיש עדים
 וראה דאינו נאמן הוא משום דאוקי החפץ בחזקת מר"ק ואינו נאמן אלא
 במיגו דאז איכא הוכחה שאמר אמת, א"כ כל טענה המסתעף מזה ג"כ

אינו נאמן, דאף שיטעון נתפרעתי והחזרתי אמרינן דשקורי משקר, וגם י"ל
 לחבירו טענה על גוף המעות דלמה נטל ממנו המעות בחנם, דכיון
 דאיכא עדים וראה אנן סהדי דודאי אין מגיע לו עליו מעות כלל דאוקי
 החפץ בחזקת מר"ק וחזקה כל מה שתח"י שלו, יעו"ש. ובאמרי בינה
 (סו"ס ע"ו) תמה ע"ד השעה"מ, דהא רק אם דנין על גוף החפץ אז שייך
 חזקת מ"ק, אבל להוציא ממון עם חזקה זו מנין לנו. וגדולה מזו למדנו
 מתשו' הרשב"א והובא באורים להלן (סקפ"ז) דאף בדברים העשויין
 להשאל ולהשכיר אם אינם טוענים עכשיו רק לענין לחייבו ממון על זה
 שמסרן ביד אחרים, אף דהנידון הוא על גוף הספרים שהם בחזקת מ"ק,
 מ"מ כשדנין על המעות, אין מוציאין ממון, ומכל שכן בזה שאומר
 שהחזיר לו ואין כאן חפץ לדון עליו רק על הממון שטוען ואומר שנתן
 לו וכבר הוציא המעות דאנו דנין לחייבו ממון בשביל שלא היה נאמן
 על החפץ, דזה ודאי דאין מוציאין ממון שנתן לו בכדי להוציא מחפץ
 מתח"י, דהא מדעתו נתנו לו, רק שטוען שהיה בהכרח משום שלא רצה

[לה] ואפילו אמר בשעה שראו וכו'. כתב הש"ך נס"ק
נ"א, דווקא באומר מתחילה שעה שמראה לעדים
לקוח, ואח"כ צ"ד ממושכן, ומכל שכן אם אמר תיכף ממושכן
צ"ד, אבל אם אמר לקוח ועומד בטענתו כן מתחילה ועד סוף,

לא הו"ל ראה, דהא שעה שהראו
לעדים אמר לקוח, משא"כ באומר
ממושכן דאינו זוכה רק בשבועה
וצ"ת דין פוסקים לו שצוה. ודצ"ו
בלתי צוררים, ולא נראה לדינא כלל,
דהא נס"ק שקודם לזה החליט
וכמש"כ באורים ס"ק ע"ט דצ"ו

שאין עשויין להשאל והו"ל עדי ראה ואמר אז לקוחין, יכול לומר
אח"כ צ"ת דין ממושכן צ"ד ונאמן צ"ד דלקוחין דהיה עומד
בטענתו, וא"כ אף צוה כיון דאילו עומד בטענתו ואמר לקוחין
היה נאמן לדעת הש"ך, אם כן אף צ"ד עומד בטענתו ואמר
ממושכן יהיה נאמן צ"ד דהיה אומר לקוחים, ואם כי אין זוכה
בדבר בשבועה אף צ"ד עשוי להשאל, מכל מקום צ"ד עשוי ממושכן
אין זוכה רק בשבועה, ומ"מ צ"ד ליה לנ"ך דנאמן צ"ד דהיה
עומד דצ"ו, ואם כן אף צוה נאמן כן⁵⁰.

ועוד הא הך דינא דצ"ד ליה להרא"ש (כלל קו סי' ז) דאפילו
אומר בשעת ראייה לעדים דחייב לו עליו כן דלא מהימן,
לא אמרה הרא"ש מלכו, רק הוא מוכח מגמ' דצ"ד דף מ"ו ע"ז
אי פקח משויה ליה ראה, דאמר אמאי תפיסת לאו משום דאית
לך גבאי, ש"מ אף דאמר כן צפני עדים בשעה שמראהו מ"מ אינו נאמן, ואם כן אי הטעם דווקא כמש"כ הש"ך משום דצ"ד
צניקטת חפץ, א"כ מכאן יהיה ראייה צ"ד גבאים (לעיל סעיף יו) דס"ל דצ"ד משכונ צ"ד שצוה, ומעולם לא שמענו לשום מחזר
שמסייע לדצ"ד גבאים מהך גמרא, ותהי תוצאה לדעת רצונת דחולקים לדצ"ד גבאים וס"ל דאין צריך שצוה⁵¹, וכמו כן לדעת
הרמב"ן (צמלחמות שצוה כו.) דצ"ד ליה דנאמן לא אמרו הגבאים, דהואיל דקונה בשבועה כלי, א"כ הנך רמאי דפומבדיתא הו
אומנים, והא צוה ליכא שצוה הגבאים כלל.

וע"ז כרחק טעמו של הרא"ש דנקט משום שצוה לאו דוקא וכל טענה צפני עדים שלא צ"ד לאו כלום הוא⁵², ולכך אין כאן
ראיה לדצ"ד גבאים כלל וכן מוכרח ממקומו דלמה להו לרמאי דפומבדיתא לכבוש הטלית מצלי להראותו כלל ולומר לסהדי האי
אחרני וכדומה, לימא לקוחה היא צ"ד (אך לשיטת התוס' שם צ"ד שפיר וכו' יש לדחות מכל מקום הו"ל לתוס' להוכיח דינא מזה,
ע"ש) ויהיה נאמן, וזה ראייה גדולה לשיטת רש"ז, וכן הוא צ"ד צ"ד (צ"ד מה:) ראה טליתו צ"ד אומן ואמר מה טיבו אללך אתה
מכרתו לי וכו'. לא אמר כלום, ומשמע דאירי כן בשעת ראייה כפשטא דצ"ד צ"ד וכו' וכו', ולשיטת הש"ך הא נאמן
באמרו כן דמאי שנא אומן ומאי שנא דצ"ד העשוי להשאל כנודע צ"ד דאין אית ליה, ואיך קאמר סתם דאינו נאמן הא
באמרו בשעת ראייה נאמן.

ובן נלמד צמקומו צהגהת הרא"ש סוף פרק המקבל (צ"מ פ"ט סי' מט), דקאמר אי שויה ראה שראהו פעם אחת עדים צ"ד, אם

משפט יהונתן

למינו דאי בעי אמר באורחא דנרש אזלי ותרי מינו לא אמרינן, עכ"ל.
ומבואר כנ"ל. ועי' ג"כ בגידות (שער נ"א) שכוון לסברא זו. וע"ז בש"ך
(סי' רצו) דס"ל דהיכא דשומר נאמן לומר החזרתי במיני דנאנסו אינו
חייב שבועת התורה. והקשה בקצוה"ח שם (סק"ג) משבועות (דף מה).
דקאמר דאפקיד בשטר, ואם נאמר דהיכא דנאמן החזרתי במיני דנאנסו אין
צריך שבועת התורה, אם כן יהיה נאמן נאנסו מה"ת במיני דהחזרתי,
יעו"ש. ולהנ"ל א"ש ודו"ק. אולם מדברי התוס' קידושין (דף מג: ד"ה
לעולם) משמע דאמרינן תרי מינו, ועי"ש במהרש"א. וע"ז בנתיב"מ
(סק"ג) מש"כ ליישב קושי רבינו על הש"ך.

51. עי' מש"כ בזה באמרי בינה (סימן ע"ו).

52. נחלקו רבינו והש"ך בדין זה, דלדעת הש"ך תליא הכא בשבועה ולכן

אחר חפץ שהיה שייך לאביהם והוא עשוי להשאל ועדי ראה,
מוציאין מיד המחזיק, אע"ג דאינם יודעים אם השאלו אביהם או
מכרו. ומכל שכן בדאיכא עדי שאלה, ש"ך (שם) בשם הרבה
מחברים ופשוט, ועיין לקמן בסימן קל"ג כי שם מקומו.

(עט) דמעתה אין לו מינו וכו'.
והני מילי בדברים
העשויין להשאל דהו"ל עדי ראה,
אבל בדברים שאין עשויין להשאל,
דאף דיש עדי ראה כשהיה טוען אז
מכורים הם היה נאמן, א"כ אף טוען
ממושכן בידי נאמן ג"כ, הש"ך
(סק"א), ונכון הוא.

(פ) דאנן סהדי וכו'. וכתב הש"ך (סק"א) דאם תיכף בעת ראייה
אמר לקוחין בידו ועומד בדבורו, הרי זה נאמן, אף דלא
היה בב"ד רק בעדים, ועיין בתומים ס"ק ל"ה שהארכתי בראיה
ברורה דליתא, ואפילו אומר בפירוש בפני עדים בשעה שראהו
שהוא לקוח, מ"מ הך אמירה שלא בפני ב"ד לא הו"ל אמירה
וראוהו הוי ומוציאין בידו, ע"ש.

(פא) ובן אב הוא מפורסם וכו'. דהקול שהוא בידו, ומיני נגד
הקול לא אמרינן כדלקמן סימן ק"ג סק"ה, ולכך סתם
רמ"א אף דר"י חולק בהגהת הרא"ש (ב"מ פ"ט סי' מט), וכתב דאין
אפשר דיהיה מפורסם דאין קושיא על הקול. ועיין ש"ך (סק"ב).

לך גבאי, ש"מ אף דאמר כן צפני עדים בשעה שמראהו מ"מ אינו נאמן, ואם כן אי הטעם דווקא כמש"כ הש"ך משום דצ"ד
צניקטת חפץ, א"כ מכאן יהיה ראייה צ"ד גבאים (לעיל סעיף יו) דס"ל דצ"ד משכונ צ"ד שצוה, ומעולם לא שמענו לשום מחזר
שמסייע לדצ"ד גבאים מהך גמרא, ותהי תוצאה לדעת רצונת דחולקים לדצ"ד גבאים וס"ל דאין צריך שצוה⁵¹, וכמו כן לדעת
הרמב"ן (צמלחמות שצוה כו.) דצ"ד ליה דנאמן לא אמרו הגבאים, דהואיל דקונה בשבועה כלי, א"כ הנך רמאי דפומבדיתא הו
אומנים, והא צוה ליכא שצוה הגבאים כלל.

וע"ז כרחק טעמו של הרא"ש דנקט משום שצוה לאו דוקא וכל טענה צפני עדים שלא צ"ד לאו כלום הוא⁵², ולכך אין כאן
ראיה לדצ"ד גבאים כלל וכן מוכרח ממקומו דלמה להו לרמאי דפומבדיתא לכבוש הטלית מצלי להראותו כלל ולומר לסהדי האי
אחרני וכדומה, לימא לקוחה היא צ"ד (אך לשיטת התוס' שם צ"ד שפיר וכו' יש לדחות מכל מקום הו"ל לתוס' להוכיח דינא מזה,
ע"ש) ויהיה נאמן, וזה ראייה גדולה לשיטת רש"ז, וכן הוא צ"ד צ"ד (צ"ד מה:) ראה טליתו צ"ד אומן ואמר מה טיבו אללך אתה
מכרתו לי וכו'. לא אמר כלום, ומשמע דאירי כן בשעת ראייה כפשטא דצ"ד צ"ד וכו' וכו', ולשיטת הש"ך הא נאמן
באמרו כן דמאי שנא אומן ומאי שנא דצ"ד העשוי להשאל כנודע צ"ד דאין אית ליה, ואיך קאמר סתם דאינו נאמן הא
באמרו בשעת ראייה נאמן.

ובן נלמד צמקומו צהגהת הרא"ש סוף פרק המקבל (צ"מ פ"ט סי' מט), דקאמר אי שויה ראה שראהו פעם אחת עדים צ"ד, אם

ליתן לו החפץ, אבל לפי טענת המלוח לקח ממנו בדין, בזה י"ל דלכו"ע
אמרינן ב"י הממע"ה, דהחזקת מ"ק של המשכון אינו לפנינו לדרון עליו
בכדי להוציא ממון שקיבל ברשות, יעו"ש. וע"ז משנ"ת בזה להלן שם
בעיקר הדברים.

50. בשו"ת כהונת עולם (סי' פא) והו"ד באמרי בינה (סימן עו) עמד ג"כ
ע"ד הש"ך כקושיית רבינו דיהיה נאמן במיני דהיה נשאר בטענה
הראשונה. וכתב ואפשר דס"ל דל"א מינו כשהטענה שהיה טוען אין נאמן
בה אלא מטעם מינו כי הכא דמעיקרא בטענת לקוח לא מהימן אלא
במינו דלא היה מראהו, יעו"ש. ובאמת כסברא זו מבואר להדיא בדברי
הריטב"א בכתובות (דף פא). בעובדא דנהר פקוד וז"ל, וליכא למימר
להימנא משום מינו דאי בעי אמר לא מת במקום המים דהתם נמי צריך

(פב) ואם יש עד אחד. פירוש דראהו שנמסר לידו בתורת משכון, אבל אינו יודע בכמה משכנו, א"כ ס"ל דלא מבעיא דיש שני עדים דפשיטא ביש עדי ראה דהו"ל עדים וראה ואינו יכול לטעון להד"ם או החזרתי, ונאמן הלוח בכמה משכנו,

אלא אפילו רק עד אחד אף דיש לו מגו להד"ם ולהכחיש לע"א, מ"מ כל זמן שאין מכחישו הו"ל כשנים דמתוך שאינו יכול לישבע משלם.

(פג) וי"א דהמלוה נאמן בשבועה.

אף דיעה זו ס"ל דעד אחד כשאין מכחישו דינו כשנים, רק סבירא ליה בשנים גופיה אם מעידים שבא לידו בתורת משכון, אף דאיכא עדי ראה מ"מ המלוה נאמן כדלקמן סעיף כ"ג. ועיין מש"כ שם בתומים (סק"מ) ומכל שכן בעד אחד.

(פד) ול"ו הביא עדים שהוא ש"ל.

דהיינו עדים שמכירים שהוא של לוי ושהפקידו ביד ראובן דהו"ל עדים וראה.

(פה) או ששמעון מודה לו. שיודע

שהיה מופקד ביד ראובן

מיד לוי, וא"כ הו"ל הוא במקום עדים וראה. ועיין בתומים (סקל"ו) דהעליתי דדין זה צ"ע. ולדינא נראה דמה בכך ששמעון מודה, מ"מ הא ידו כיד המוכר והמוכר היה נאמן, אף ללוקח טענינן כן, ע"ש.

מיהא לא קשיא להמ"מ מה מהני תקנת שוק, המוכר יטעון השאלמיו, זה אינו, דזה יכול להזהר וליקחו צעדים, אבל על זה אי אפשר להזהר דיצא אחר ויאמר דהיה שאלו ציד המוכר, ולכן העלה דעשו גציה תקנת שוק, וצורר. ועוד הוכחתי לקמן בכללי מגו אות ל"ד מתשובת הרא"ש דלא כש"ך, ע"ש צביאור.

[ל]ו אין ראובן נאמן. דהך צבא ראשונה דיש עדים דהיה של לוי ואיכא עדי ראה, לית כאן פקפוק פשיטא דאין ראובן נאמן כלל, אבל צבא שניה דשמעון יודע שצבא ליד ראובן פקדון, דסבירא ליה להרשב"א (נמשו"מ ס"ג סי' לה) דממנו הדין הזה דהו"ל

לפי אותו טענה אין ראוי להחזירו חסוד ראה, אבל אי לא שויה ראה צמיגו דיכול לומר להד"ם או החזרתי, נאמן לומר לקוח הוא צידי וכו', וקשה מה איריא דלא שויה ראה, אפילו ראו עדים ואמר לקוח הא לשיטת הש"ך ג"כ נאמן, והול"ל אי לא שויה

ראה יכול לומר ממושכן הוא צידו צמגו, ולמה נקט לקוח דבזה אפילו ראו עדים תחילה נאמן, אלא ודאי דליתא, ע"ש, והדברים מצוירים דלא כש"ך, וכן מצויר בתשובת מיימוניות לספר משפטים סי' ל"ב.

ומה שכתב הש"ך ראה מן המגיד משנה (פ"ח מטו"ו ה"ה), דכתב דיש תקנת שוק בכלים העשויים להשאל, דאם לא כן אין לך אדם שקונה מחזירו כלי העשויים להשאל, נראה להיפוך דמשם ראה דלא כש"ך, דהא הסכמת רוב פוסקים דטוענין ללוקח כל מה שהיה מוכר יכול לטעון וכמש"כ הש"ך גופיה צס"ק ז"ל, והשיג על רשב"א (נמשו"מ ס"ג סי' לה), ועיין מש"כ לקמן בזה, וקשה אם כן אם

יקח כלי ויראו עדים אצלו יאמר פלוני שמכר לי אמר שלקוח צידו, וא"כ אילו היה ציד מוכר היה נאמן לשיטת הש"ך, אף הוא הצבא מכה המוכר נאמן וטענינן ליה כאילו הוא ציד המוכר והמוכר אמר כן, אלא צורר דאף שאמר המוכר כן אינו נאמן, ואף הלוקח אינו נאמן, ויפה כתב המ"מ דלא שצקית חיי. ולא

הצנתי כלל מה ראה דמיייתי הש"ך מן המגיד משנה. והא לא קשיא להמ"מ מה מהני תקנת שוק, המוכר יטעון השאלמיו, זה אינו, דזה יכול להזהר וליקחו צעדים, אבל על זה אי אפשר להזהר דיצא אחר ויאמר דהיה שאלו ציד המוכר, ולכן העלה דעשו גציה תקנת שוק, וצורר. ועוד הוכחתי לקמן בכללי מגו אות ל"ד מתשובת הרא"ש דלא כש"ך, ע"ש צביאור.

[ל]ו אין ראובן נאמן. דהך צבא ראשונה דיש עדים דהיה של לוי ואיכא עדי ראה, לית כאן פקפוק פשיטא דאין ראובן נאמן כלל, אבל צבא שניה דשמעון יודע שצבא ליד ראובן פקדון, דסבירא ליה להרשב"א (נמשו"מ ס"ג סי' לה) דממנו הדין הזה דהו"ל

משפט יהונתן

וממילא הוי ראו פתאום בידו, ע"ש. והיינו דבאופן שיש לו הפה שאסר בזה נאמן אף בלא ביי"ד. ועיי"ש מש"כ ליישב לפי"ז גם מה שהקשה רבינו מהגמ' בב"ב. וע"ע בזה בשו"ת ברית אברהם (אה"ע סי' י') ובשו"ת נובי"ת (אה"ע סו"ס יח). והנה כדברי רבינו דמיגו לא מהני אלא בביי"ד (לא משום השבועה) כ"כ להדיא בתורי"ד ב"ב מ"ו א', ושם מבואר להדיא דאף בהודה שיש לו חפץ ולא הראהו לעדים ג"כ אינו נאמן משום דמיגו לא מהני אלא בביי"ד, יעו"ש. אולם בד' הרא"ש מוכח להדיא דס"ל דהפה שאסר מהני אף חוץ לביי"ד, דבב"ב דף ל. גבי ההוא דא"ל לחבריה מאי בעית בהאי ארעא וא"ל מפלניא זבנתיה דא"ל דזבנה מינך, וכתב שם הרא"ש דהמיגו שהיה למוכר מהני גם ללוקח, ע"ש. והרי המוכר אמר זה שלא בב"ד, ומוכח דהפה שאסר מהני אפי' שלא בב"ד. ואמנם ברמב"ן שם הביא בשם הראב"ד דמיגו של המוכר ל"מ, והיינו משום דהוי שלא בב"ד וכמש"כ באבן האזל פ"ד מטו"ו. וע"ע מש"כ בזה בהגהות אמרי ברוך סעיף יח, ובאמרי בינה סי' עה, ובנחל יצחק סו"ס נ"ו, יעו"ש.

אינו נאמן, ורבינו השיג ע"ז דמש"כ הרא"ש הטעם משום דצריך שבועה הוא לאו דוקא, ועיקר הטעם דלא אמרינן מיגו חוץ לביי"ד הוא משום דכל שמודה חוץ לביי"ד מקבלים הודאתו לחובתו דבזה נאמן אף חוץ לביי"ד, אבל זכותו אין מקבלים דבזה אין נאמן חוץ לביי"ד. ועי' באמרי בינה (הל' דיינים סי' ח) שהקשה דרבינו סותר עצמו, דלעיל (סי' מז סק"ב) כתב להדיא דתלוי בשבועה, וצ"ע. ועיי"ש בנתיב"מ לעיל (סק"ד). ועיין בתשו' הגרעק"א (סי' קלה) שכתב להכריע בין הש"ך לרבינו, דבאופן שהעדים אינם מכירים שהחפץ הוא של המערער ואף אם ראו מעצמם החפץ היה נאמן לומר שלי הוא מעולם בזה, ורק מכה דיבורו שאומר שהיה של המערער בזה נאמן לומר לקוח דכיון דטוען מיד לקוח לא מיקרי הודאה כלל דמה לי אם טוען שלי היה מעולם או שאומר לקוח כיון שאומר שהוא שלו לא מיקרי הודאה כלל, משא"כ היכא דידוע לעדים שהחפץ זה של פלוני ואילו ראו מעצמם החפץ ידוע להם מיד שהוא של פלוני אלא דיש לו מיגו דלא היה מראה לעדים, בזה שפיר אמרינן דלא משגחינן בטענותיו של חוץ לביי"ד

(פו) או שלא ראו בידו. פירוש, אפילו יש עדי פקדון, כיון דליכא עדי ראיה ביד שמעון, מיגו די"ל החזרתי נאמן בפני לקחו ממנו.

(פז) ואם אינו טוען לקוח הוא בידי וכו'. הסמ"ע (סקס"ה) פירש

דאינו טוען בפני זבני ממך, ולכך הגיה ביד, ר"ל ביד ראובן שהשכינו לי. והש"ך (סקס"ח) הקשה עליו, ולא הבנתי קושייתו, אבל הוא הניח הגירסא ביד, ור"ל

אם אין מחולק בגוף החפץ, ומודה שגוף חפץ רוצה להחזיר, רק אומר שממושכן בידו, א"כ אין נפ"מ בכל זה, דאף דאמת עם לוי, מ"מ חייב ליתן לו מעותיו מפני תקנת שוק, וכ"כ הרשב"א (ח"ג סי' עה) הביאו הסמ"ע ס"ק ס"ב, בראובן שהפקיד ספרים ביד שמעון ושמעון מסרן ללוי, וטען שערב ללוי בעד ראובן, אף על גב דספרים הוי דברים שעשויים להשאיל וישנו עדי ראיה, מ"מ אם הם ביד לוי חייב ראובן לשלם מפני תקנת השוק. אמנם בהך בבא דשמעון מודה דהם של לוי והפקידם ביד ראובן, נראה דלא שייך תקנות שוק, דאיהו אפסיד אנפשיה כיון דידע דהם פקדון.

ונראה אף דחייב לוי לשלם לשמעון הדמים, מ"מ צ"ע להוציא מיד ראובן המעות, דלהוציא אפשר לא מהני עידי פקדון וראיה, דמ"מ יכול לטעון החזרתי ולקחתי, ולא מהני רק שיהיה החפץ ברשותו, אבל מכל מקום אינו יכול להוציא המעות מיד ראובן, וצ"ע, וכן משמע בתשובת רשב"א הנ"ל גבי ספרים בב"י

שמעון כעדים וראה, ל"ע, דנראה דרוז מחזרים מחולקים זוה, וכבר עמד בזה הש"ך בס"ק ל"ז, אלא שלא ציאר וזיכר הדברים על צוריים ככל לורך, דשורש ויסוד דינו של רש"א בזה בתשובה

כפי שהוצא צ"י (מחודש כו) הוא מהך גמרא דפרק חזקת (צ"ז

ל:) דאמרין לאו קמודה דארעא דידי הוא וכו', ומפרק איזהו נשך (צ"מ ע.) דאמרין אין להלות מעות יתומים על משכון דבר מסוים, דלמא פקדון הם ויצא המפקיד ושקיל אותו צמימן, ש"מ דאפטרופוס הו"ל כעדי ראה, זהו ראה שלו.

ויש כאן קושיא לכאורה, דהרמ"א דפסק לקמן צ"י ר"ז בהגהה דכי חייב להראותו צ"י צו סימן כשלא פקד אצי יתומים שהוא שלו, אצל צפקד אין מועיל סימן ויתומים זוכין בשלו, וכאן הא ראובן עומד וזוה לקוחה היא צדי, וא"כ למה מפסיד שמעון, מאי שנא מיתומים דפקיד אציהם. אך זה יש לדחות, דלקמן דאין מכיר האפטרופוס החפץ בטעיות עין, ועל סימנים ס"ל להרא"ש (צ"מ פ"צ סי' נ"ג) לא סמכינן להחזירו ליד המפקיד דאולי איתרמי, רק הואיל על ידי סימנים ניכרים הדברים, לא טענינן ליחמי מילתא דלא שכיח דאיתרמי ומחזיר להראות לעדים והם יכירוהו בטעיות עין, (ועיין מש"כ לקמן צ"י ר"ז באריכות דלא כש"ך שם), משא"כ צפקד האצ אמרינן דלמא איתרמי ואין מראין לעדים כלל וליכא כאן עדי ראה, דעל סימנים לא סמכינן.

ואם כן לק"מ מכאן, דכאן איירי דשמעון מכירו בטעיות עין, ואף לקמן צ"י ר"ז אם אפטרופוס מכירו בטעיות עין לא מהני דפקיד אצ. אך הא דתמן הרש"א ז"ל יסודתו על הך דפרק חזקת הנתים, דאמרין לאו קמודית דקרקע שלי הוא, יפה כתב הש"ך דרש"א סבירא ליה אפילו היה דר צו מוכר יום אחד, מ"מ מפסיד הקרקע, ש"מ דלא טענינן ללוקח כמו שהיה המוכר יכול לטעון אילו היה המקח צדו. אצל לפי מש"כ המחבר והרמ"א לקמן סי' רמ"ו (סעיף יד) דאם דר צו המוכר יום אחד טענינן ללוקח כל מה שהיה המוכר יכול לטעון, אם כן אף כאן נטעון כן⁵³.

ואין לחלק בין קרקע לחפצים, דלהדיא כתב הרמב"ן בחדושו ל"צ צסוגיא הנ"ל וז"ל, ומה דומה לזה המפקיד אצל חזירו צעדים ומת, ותצטע מפקיד את יורשיו, והודו שהוא צידם מאציהם, ואיכא עדים ולא ראה, מי לא טענינן אן מה דמצי אציהן לטעון חזרתי ולקחתי ממך דנאמן בגמו אעפ"י ששניהם מודים צפקדון, עכ"ל. הרי דמיירי דיתומים מכירין שהוא של המפקיד, דאל"כ פשיטא דאין להם להחזיר דאולי החזיר האצ הפקדון, ומכל מקום לא הו"ל עדים וראה כיון דאציהם היה נאמן, וכן הדין בלוקח דחד דינא אית ליה כמש"כ הרמב"ן דדמיא להדדי.

איברא דיש להצין הא צהך דפרק איזהו נשך, דאמרין יהי צימנים ושקיל והיינו צעדי פקדון, ש"מ דמה שהוא ציד יתומים הו"ל כעדי ראה כמש"כ הרש"א, וכאן החליט הרמב"ן דטענינן ליחמי מה שהיה אציהן יכול לטעון אף דיתומים יודעים שהוא של המפקיד, וכי אין זה עדיף מאילו יהי צימן. ואפשר דלכך החליט הרמ"א לכוון צ"י ר"ז דלא פקד אציהן, למתן קושיא זו דכי פקד צאמת טענינן, וכן משמע בגמ' דכתובות (פה:) גבי רבי יאשיה דשכיב ולא פקיד, וקאמרי והא קא יהי צימנא, ועיין צ"י (שם מד.) וצ"י לקמן סי' ר"ז, וא"כ לא ק"מ דעובדא דפרק חזקת קאמר דוצני ממך, הרי דטוען דכך אמר המוכר, ולכך דייק בכתובות דלא פקיד, הא פקיד לא מחזירין צימנים. ויותר נראה דשם צפרק איזהו נשך מיירי דיתומים קטנים והציט דין רואין המשכון, ולגבי צ"ד

משפט יהונתן

שמעון החפץ מראובן לא היה שמעון נוגע בעדות ולא היה ראובן נאמן שלקח החפץ מלוי, ואם כן ודאי חייב שמעון להחזיר החפץ ללוי כיון דשמעון הוי כמו עדי פקדון וראה כיון דראובן לא היה נאמן לומר דלקח מלוי כיון דשמעון יודע דלוי הפקיד אצלו וגם ראה בידו, ושפיר כתב הרשב"א דשמעון הוא כעדי פקדון וראה, יעו"ש.

53. בדברי משפט (סקי"א) כתב דלק"מ מהא דסי' קמ"ו, דהא מבואר בש"ך שם (סקי"ג) דהרבה פוסקים ס"ל כיון דמוכר לא היה נאמן לומר לקוח רק במיגו לא טענינן ללוקח דמוכר לקחה ממערער, ואף להפוסקים דס"ל שם כיון דמוכר היה נאמן במיגו אף ללוקח טענינן דמוכר לקחה ממערער, היינו היכא דמוכר היה נאמן במיגו, אבל כאן כיון דשמעון יודע דלוי הפקיד החפץ אצל ראובן וגם קודם דלקח

הו"ל ראה, וודאי אי יהיז סימנא דהצית דין הס אציהן דכל ישראל והס הרואים החפץ והו"ל עדי ראה, ולא שיין דטענין ליה מה דמני אציהן לטעון, דאף באציהן אילו הו"ל עדי ראה לא היה מהימן, והצית דין הו"ל עדי ראה, אצל צימומים גדולים או לוקח שאין עין צ"ד משוטט בו זו כיד המורש ומוכר וכמו דהו"ל מגו, כן יש לבאי כמו בכל אופן,

מחודשים י"ח דסבירא ליה דאין לו טענה על שמעון שמסר הספרים ללוי. ואולי יש לחלק בין דברים העשויים להשאל לעידי פקדון, וצ"ע⁵⁴.

(פה) מפני תקנת השוק. וצריך לישבע כמבואר במשנה, ועיין תומים ס"ק ל"ז אם היה הלואה בעסקא אי שיין ביה תקנת השוק.

לוי למשכון, עיין לקמן סימן שני [לז] שמייז לפדותו (פה) מפני תקנת השוק. ועיין עוד מאלו הדינין סימן קל"ג.

ועיין מש"כ להלן צסי' רנ"ו מזה באריכות, ואס כן כאן דהוא ציד הלוקח, והמוכר אמר שהוא לקוח צידו, לכו"ע טענין ללוקח מה דהיה המוכר יכול לטעון, ולכן דין זה נל"ע, וצפרט דשמעון מוחזק דיכול לטעון קים ליה כהנך רצותא וצפרט דרצותא הכי צצירא להו.

[לז] שחייב לפדותו מפני תקנת השוק. עיין באסיפת זקנים ונימוק"י (שם מא:). והריטב"א לז"מ (שם) דהקשו צהא דאמרין (שם)

משפט יהונתן

בענייה להכי בדברים העשויין להשאל ולהשכיר מוקמינן לה בחזקת מרא קמא, אבל הלואה דהוי להוצאה לא שיין לומר בחזקת בעלים הראשונים דהא מחזקת בעלים הראשונים ודאי יצאה אפילו נתנו לו בתורת הלואה, אלא דנימא דנתנו בתורת הלואה ויצטרך הלוה לשלם, בזה נאמן המקבל לומר דרך מתנה כיון דלא שיין בזה חזקת בעלים הראשונים, עכ"ל. והוא להדיא כנ"ל, דגם בדברים העשויין להשאל ולהשכיר דהדרא למר"ק, והו רק לענין גוף החפץ, ולא לגבי נידון הדמים. [אמנם בדברי הקצוה"ח שם יש לדון אם זהו כוונתו בחילוקו, דלכאורה מדקדוק דבריו אין נראה שכיוון לחילוק זה, דנראה מדבריו שעיקר חילוקו הוא, שבהלואה כיון דלהוצאה ניתנה, א"כ פקעה חזקת הבעלים מהממון בזה שנתנו לו להלואה, ולא שיין לדון בו משום חזמ"ק לגבי מעות ההלואה, וע"כ חילק דהתם שהנידון הוא אם היה הלואה או מתנה, הרי ממ"נ לא שיין לדון משום חזמ"ק, דגם אי נימא דהי' הלואה, מ"מ גם בהלואה יצאה מחזקת בעלים הראשון. ולכאור' כוונתו דתביעת חוב הלואה אינו כפשוטו דתובע ממוני גבך, דא"כ שפיר יש לדון משום חזמ"ק על תביעה זו, דביחס לשירות זה של הבעלות יש לו חזמ"ק, ומדבריו יהי' מוכח דאין התביעה אלא דין נוסף שאינו מתילד באופן ישיר מהבעלות אלא תביעת נהנה משתרשי וכדו', ודו"ק. והנה בקצוה"ח (סי' כח סק"ה) כתב, לענין מי שנטל בזרוע בפני עדים חפץ של חבירו ונתנו לאחר והאחר ליתיה לחזור עליו, דודאי צריך לשלם מה שהזיק לחבירו, יעו"ש. ולכאורה יש לדון בזה עפ"י דברי רבינו כאן דלא יהיה חייב בהדמים. אמנם נ"פ דלא דמי לנידו"ד, דהכא בנידון דרבינו מיירי דהספק נולד לאחר שהוא מוחזק כנגד הראשון שהוא מר"ק, ובזה איכא סברא דאף דאזלינן בתר המר"ק ואין המוחזק בחפצים אלו נאמן להוציא מחזקת המר"ק, מ"מ לענין הדמים לא מהני הכרעת המר"ק, ולזה מהני חזקת המוחזק, אבל כשאנו דנין בחטף חפץ מחבירו וכהנידון דהקצוה"ח, בזה ודאי כיון שהוכרע הדין על החפץ מדין חזקה מה שתחת יד אדם שלו, א"כ גם לענין הדמים מהני, ולא מהני מה שהוא מוחזק בדמים, ודו"ק. ובעיקר ד' רבינו, יעו"ש עוד מש"כ בזה באמרי בינה (דיני יו"ט סי' כ"א אות ו') בשם הכנה"ג ביו"ד סי' ס"א בשם הדמשק אליעזר דאפי' אי ת"כ מוציאין מידו, אם אוכל התובע או מזיק את החפץ אינו חייב, דעל חיוב ממונו הוא המוחזק, וכן מוכח מד' האורים הנ"ל, ובגמ' ב' השואל דף קב. מבואר דאם הבית ברשותו לא מהני תפיסה, [וע"ע בזה באמרי בינה דיני הלואה סי' ע"ז, ובדברי חיים דיני תפיסה סימן ג', וברע"א תניינא סי' נה]. אמנם יש לחלק בין שימושים לגוף החפץ, וכמו שכתב הגרש"ש וכ"כ החזו"א אה"ע סימן לט סק"ג, ע"ש. ונפ"מ בזה תהא בכה"ג שיתפוס דבר אחר ולא את גוף הנידון, שהדין לא יכול להשתנות אבל הדבר להוציא לא נוכל, ועי' בנתיב"מ דיני תפיסה סי' ז', ובתומים שם אות נ"ד שכתבו דבספק חוב לא מהני תפיסה, ויש לבאר כנ"ל דאין כאן תפיסה על החפץ עצמו, ועי' בתקפו כהן מסימן ק"ח והלאה שהאריך בזה, ע"ש.

54. נסתפק רבינו כאן בדברים העשויים להשאל ולהשכיר דקי"ל דמוציאין מיד המוחזק האם זה דוקא להוציא גוף החפץ, אבל אם אין החפץ בעין והנידון הוא רק על הדמים כגון שהזיק המוחזק את החפץ האם גם חייב המוחזק לשלם עבור החפץ או לא. והביא להוכיח מד' הרשב"א דאין הדין כן אלא על גוף החפץ ולא על הדמים. ובנתיב"מ (חי' סק"ה) במהדו"ק כתב ע"ד רבינו, ולפענ"ד אין כאן ספק וראובן חייב להחזיר הדמים. ולפי"ז חולק בזה ע"ד רבינו, וכן הביאו באחרונים שכן דעת הנתיב"מ. אולם במהדו"ב לנתיב"מ כתב בזה, ולפענ"ד נראה דאין ראובן חייב להחזיר הדמים, וראיה מהרשב"א הנ"ל שהביא רבינו, וכן אם נשרף החפץ, או שהיו עדי פקדון וראה, והוא טוען שלקח ממנו, אינו יכול להוציא הדמים, רק כל זמן שהחפץ בעין לא הוי מוחזק והוא של התובע, יעו"ש. ולפי"ז ס"ל להנתיב"מ ג"כ כד' רבינו בזה. ועי' ג"כ בדברי משפט (סק"י), ובדמשק אליעזר (סק"ז). ויל"ע אם ספק זה הוא גם בגודרות ועבדים דמוציאין מן המוחזק, ויש לחלק, ודו"ק. ועי' בנחל יצחק (סק"א) ובישועות ישראל (סוף סק"ג) ובאמרי בינה (סימן עז ד"ה ומאז) שהאריכו לדחות הראיה מד' הרשב"א בכמה אנפי. והנה באמ"ב ובישוע"י שם כתבו דאף לפי"ד רבינו דאין צריך לשלם הדמים זהו רק כשהוציאו מרשותו קודם שנפל המחלוקת ביניהם, ותחילת הנידון היה על הדמים, אבל אם יצא מרשותו לאחר שתבעו המערער ממנו, מוציאין ממנו הדמים, ע"ש. ועי' ג"כ בנתיב"מ להלן (סי' קלז סק"ב) שחילק כסברא זו דתליא באם תחילת הנידון הוא על החפץ או על הדמים, יעו"ש. וה"נ י"ל הכא. והנה בנחל יצחק שם האריך בזה בראיות לכאן ולכאן, ולבסוף מסיק דלא כרבינו והנתיב"מ. ובס' חלקת יואב (ח"א אה"ע סי' טו) כתב להוכיח כדברי רבינו מהמשנה בב"ק (דף עב:) דמבואר שם ברש"י ד"ה והאחרונים דלכן אמרינן אם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה מטעם דאמרין דשמא הבעלים מכרוהו לו, ע"ש. וקשה שהרי גודרות אין להן חזקה ומוציאין הבהמה מן המוחזק, וע"כ דכל שאנו דנין על הממון ועל הכפל בזה אין מוציאין, ע"ש. ועי' בחי' רעק"א שם דף ע. דלכאורה מבואר לא כן. מיהו בגידולי שמואל ב"מ רפ"ב הוכיח מד' הרעק"א שם דס"ל כרבינו, דאין חזקת מר"ק מועלת לענין להוציא דמי החפץ, וצ"ע. וע"ע בשו"ת רעק"א (ח"ב סי' נה), ובאור שמח (פ"ה מגזילה ה"ד) כתב ג"כ דחזקת מר"ק לא מהני לענין להוציא הדמים, ע"ש. והנה בנחל יצחק שם הביא שיסוד דין מבואר להדיא גם בקצוה"ח (סי' עט סק"ב), דיעו"ש שהקשה בהא דפסק השו"ע שם, במנה הלוייתך בפני פלוני ופלוני וכו', אם טען תחילה אמת שקבלתי ממך מנה אבל במתנה היו או בפרעון חובי, נאמן, כיון שאינו מכחיש העדים, ונשבע היסט ונפטר. והקשה הקצוה"ח מאי שנא מדברים העשויין להשאל ולהשכיר דאי איכא עדים שראו אותו שנתנו לו בסתם ולא ידעי אם בתורת מתנה ולקוח או בתורת שאלה, אמרינן דמסתמא בתורת שאלה נתנו, א"כ מטבע נמי דעומד להלואה למה לא נימא בתורת הלואה בא לידו ולא יהא נאמן. ותירץ וז"ל, ויש לומר דשאני חפץ דהדרא

(פט) שתחילת עשייתו וכו'. כגון יורות גדולות שמבשלין בבית משתה, וכדומה כלים שאין הבעה"ב מחזיקם לעצמם, רק להשאילן לעת צורך או להשכירן, רמב"ם (פ"ח מט"ו ה"ט).

(צ) הדין עם בעל הכלי. דאין לך להאמינו יותר ממה ששוה, דהא גוף הכלי שייך ללוה. ואם מודה דחייב לו יותר, משמע מן בעה"ת (שער מט חט"ו) והמרדכי פרק המקבל (ב"מ ס"י תג) דלכו"ע יכול לומר אני אקבלו בכל חובי, וכ"כ הש"ך (ס"ק קא), ועיין מש"כ להלן בסימן ק"ט וסימן קט"ו (סעיף א).

(צא) שהדין עם המחזיק. דכמו דהיה טוען לקוח היה יכול הוא להחזיק בגוף הכלי, הוא הדין באומר חייב אתה לי כל כך, ואני מקבל המשכון בכל החוב, אבל צריך שבועה בנקיטת חפץ, הן מטעם דמגו לפטור משבועה לא אמרינן, והן מטעם דלא טען בגופו של חפץ, דהא אם ירצה הלוח לשלמו כפי תביעתו אין לו בגוף החפץ, ש"ך, (ס"ק קג).

(צב) המוצע"ה. משום דהוה ספיקא דדינא ויכול לומר קים ליה, ולכן אם חזר הלוח ותפסו אפילו בעדים נותן דמיו ומחזיק בחפץ, ש"ך (ס"ק קד).

(צג) אינו נאמן לומר. עיין תומים

י"ז דברים העשויים להשאיל ולהשכיר, להרמב"ם היינו כלים (פט) שתחילת עשייתו להשאיל ולהשכיר, להרי"ף ור"ת כל כלי שמקפידים עליו להשאילו מפני חשיבותו או שמתקלקל, הוא דבר שאין דרכו להשאיל ולהשכיר. ושאר כל הכלים דרכן להשאיל ולהשכיר, והוא שיהיה זה שהחפץ בידו רגיל אצל בעל החפץ, ונ"מ שיהיה בעל החפץ רגיל להשאיל כליו לאחרים. הגה: וזה הכל תלוי בזהב האיש ושאמו, ולפי מנהג המקום ולפי ראות עיני הדיין לפי מה שהמוצע והמנבע הם בני אדם (טור).

ב המוחזק במשכון שלא בעדים, שאמרנו שיכול למעון עליו עד כדי דמיו, אם אינו שוה לשומת הבקיאם החצי שהוא מוען עליו, ואומר אני אמלנו בחובי לפי שהוא שוה בעיני כדי חובי, והאחד בופר שאינו חייב לו כלום, ואומר אף על פי שאינו חייב לו אני רוצה לסלקו בדמים שהוא שוה לשאר בני אדם, (צ) הדין עם בעל הכלי. (וי"א צא) שהדין עם המחזיק (טור), (נצב) ונראה לי דהמוציא מחזירו עליו הראיה).

כא אין חזקת המחזיק מועלת למעון עליו כדי דמיו אלא בדבר שאינו יכול לילך מעצמו והוא עומד תחת יד הבעלים, כגון מטלמלים או עבד קטן שאינו הולך ברגליו, ובהמה המשתמרת ביד הרועה, דכיון שהוא שמור ביד בעליו וזה מוחזק בו, נאמן למעון עליו עד כדי דמיו. אבל עבדים גדולים ובהמה שאינה מסורה לרועה, אלא מעצמה הולכת ורועה, [לה] (צג) אינו נאמן לומר

וכו'. וכתב הש"ך צ"ק ק' דלכא עדים דראה אף זהו נאמן, מידי דהוי דצרים העשויים להשאיל ולהשכיר. ואמת כי בתוס' בשבועות דף מ"ו (ע"א) ד"ה בטוענו וכו' משמע דגודרות ודצרים העשויים להשאיל חד דינא אית להו. אמנם בכחוצות דף פ"ד (ע"ב) צבקר"ה דאמר צ"ח מחיים תפיקנא, ואמר רב נחמן אי אית לך סהדי דלאחר מיתה תפסוהו וכו', והקשה הר"ן (כחוצות מנ): די דיציא עדים דתפסוהו וא"כ תו אין נאמן דחייב לו, ומה לורך דתפסוהו לאחר מיתה, ומירך אי אית ליה עדי ראה הכי נמי, דצ"ע דלית ליה עדי ראה, ואם כן אי אית עדים דתפסוהו לאחר מיתה הו"ל מגו דהחזרתו, וקשה א"כ מה פריך בגמ' (שם) והאמר ריש לקיש הגודרות אין להם חזקה, הא צמקוס דליכא עדי ראה מודה ריש לקיש לשיטת הש"ך⁵⁵.

ועבצ"ל דלא כש"ך, והטעם הואיל ואין להם חזקה הם עומדים בחזקת מרא קמא כמש"כ תוס' צ"מ דף ק' (ע"א) ד"ה ולחזי, ע"ש. ואם כן אין מועיל מגו דהו"ל מגו להוציא⁵⁶, וכן משמע בגמרא (צ"ב לו). דפריך אהך עיזי דאכלו חושלל דנאמן עד כדי

משפט יהונתן

המר"ק מוחזק מעולם, לא מהני לענין זה הכרעת חזקת מר"ק להוציא הדמים מיד המוחזק, ודו"ק. וע"ע במילואים כאן משנ"ת לבאר עוד באופ"א.

55. עי' מה שדחה ראיית רבינו מד' הר"ן בנתיב"מ (סקל"ו).

56. נחלקו רבינו והש"ך אי מהני בגודרות מיגו להמחזיק, דדעת הש"ך דמהני מיגו, ודעת רבינו דלא מהימן במיגו דזה מיקרי מיגו להוציא

מיהו צ"ב טובא בעיקר חידוש דין זה, דאמאי לא ישלם הדמים, דכיון דהדרא למר"ק בתורת ודאי, א"כ יהי חייב גם הדמים, שהרי הוכרע בזה דהממון הוא בחזקת המר"ק, ובתורת דין ההנהגה במשפט הממון דיינינן ליה למר"ק כבעלים ודאי, וא"כ ה"נ יהני ההכרעה לענין הדמים, וצ"ע. ויתכן לומר דכיון דמ"מ אין הנידון עתה על החפץ עצמו, שהרי אינו בעין ואינו לפנינו, והנידון הוא רק על דמי החפץ, ואשר בהם לא היה

דמייהו, ופריך בגמ' והא גודרות אין להם חזקה, ודמיק הגמ' שאני עיזי דמקירי לרועה, ולא תירץ צפשוט דשם לא היה עדי ראה והיה נאמן צמגו דהחזרת, אלא דצוה לא מהני מגו כלל⁵⁷.

[לט] וישבע היסת וכו'. זהו סיוע למש"כ הסמ"ע (סק"ע)

דהך חזקה ג' שנים

לא קאי רק על עבדים, ולא על צהמה, וא"כ פשיטא דלרץ ליצבע היסת, ולא שייך שצוה הגאונים (לעיל סעיף יז) דעבדים הוקשו לקרקעות ולית צוה שצוה דאורייתא כלל, ואף ליצבע וליטול לא תקנו חז"ל וכמש"כ לקמן צ"י קמ"ט סעיף כ"ג, וא"כ לדוחק הש"ך (ס"ק

קז) דהך שצוה היסת מוסב על לקוחין, ולא על שמסרו לו צמזו,

(ס"ק קה) שהבאתי ראיה דלא כש"ך (סקל"ח) דאפילו בדליכא עדי ראה דיש לו מגו, מ"מ אין לו חזקה דהם ברשות מרא קמא קיימי והו"ל מיגו להוציא.

(צד) ואם החזיק. הסמ"ע (סק"ע) פירש דקאי על עבדים ולא על

בהמה, ועיין לקמן סימן קל"ה (סעיף ב) מש"כ שם.

(צה) וישבע היסת וכו'. עיין תומים

(סקל"ט) דלכך ישבע

היסת על שמסרן בחובו, ולא

בנקיטת חפץ כדעת הגאונים, דקאי

על עבדים כמש"כ הסמ"ע (שם),

ובהו ליכא למימר שבועה דאורייתא

כלל, ואף במשכון לא תקנו חז"ל

נק"ח.

לקוח הוא בידי, או משכון הוא בידי, אלא כשיביא האחד עדים שהם שלו, יחזיר לו העבד ובהמה, והוא ישבע לו שלא מכר ולא משכון לו כלום, לפי שאין תפיסתן תפיסה שמעצמם הולכים אנה ואנה, ובכל מקום ברשות בעלים הם. (צד) ואם החזיק בהם שלש שנים ויש לו עדים בכך הרי זה נאמן, [לט] (צה) וישבע היסת שלקחן ממנו או שמסרם לו בחובו.

משפט יהונתן

בגידולי שמואל ב"ב (דף לו. ד"ה והנה אף, ודף מה. ד"ה והנה) שעמד כן ע"ד רבינו. ושם ר"ל עפ"י הקצוה"ח (סי' פב סקי"ג) דבקרע לא שייך הכלל דמיגו להוציא לא אמרינן ואף באופן שהמר"ק מוחזק בהקרע מ"מ לא חשיב מוחזק אלא רק חזקת מר"ק, דדוקא במוחזק דמטלטלין אמרינן כן, אבל קרקע לעולם אינה תח"י בעלים, ולא שייך בזה אלא חזמ"ק, ונגד חזמ"ק שפיר אמרינן מיגו להוציא, דלא דמי למוחזק ממש. וע"ע בש"ש (ש"ד פכ"ד) שהביא מהמהר"י בן לב שהק' ע"ד התוס' בב"ב הא בקרקע הו"ל מיגו להוציא דהוא נגד חזמ"ק, וכתב ע"ז בש"ש דנגד חזמ"ק מהני מיגו, יעו"ש. ועכ"פ אי נימא כן א"ש ד' רבינו, דבקרע שאני דהתם אין להמר"ק שלו דין מוחזק, דלא שייך ביה מוחזק, אבל מטלטלין דשייך ביה דין מוחזק, הרי דבהני מטלטלין דהמוחזק בהן לא מהני חזקתו נגד המר"ק, שוב הוי המר"ק כדין מוחזק, ותו לא מהני המיגו נגדו, יעו"ש. וצ"ב דבריו. עוד צ"ב לדברי רבינו מ"ש גודרות מדברים העשוין להשאל ולהשכיר דמהני מיגו כמבואר בשו"ע כאן. ויתכן לומר בדעת רבינו דס"ל לחלק דחזקת מר"ק דגודרות עדיפא דכיון דהולכין ממקום למקום לא שייך אצלם מציאות רשות כלל מצד המקום בו נמצאים, וממילא המר"ק לא איתרע כלל עי"ז שאיננו ברשותו ולכן המר"ק יש לו דין מוחזק דלא מהני מיגו נגדו, אבל בקרקע או בדברים העשוין להשאל ולהשכיר אף דמר"ק עדיף ממוחזק אבל עכ"פ איתרע בזה דאינו נמצא ברשות המר"ק, ולכן המוחזק בהם נאמן במיגו נגד חזמ"ק. ויש לדקדק כן בלשון הרמב"ם, דיעו"ש בדבריו רפ"א מטו"ג שכתב, כל הקרקעות הידועות לבעליהן אע"פ שהן עתה תחת יד אחרים "הרי הן בחזקת בעליהן", ומאידך בדין גודרות כתב שם רפ"י, דבהמה או חיה וכו' "אינה בחזקת זה שתפסה" מאחר שהיא ידועה לבעלים וכו' שאין היותה תחת ידו ראייה שהרי היא הלכה מעצמה וכו', וכ"כ לשון זה לענין עבדים שם פ"י ה"ד. ומדוקדק לשונו דגבי גודרות לא כתב שהם עדיין בחזקת בעליהן כמש"כ גבי קרקע. וע"ע לעיל הערה 54 ומשנ"ת שם עוד בזה.

57. בנתיב"מ (סקל"ז) דחה ראיית רבינו מדברי הגמ' שם, וכתב שם דקושיית הגמ' היא מדאמר אבוא דשמואל דנאמן לטעון עד כדי דמיהם במיגו דלקוחה ולמה לא אמר במיגו דהחזרתו ולהד"ס, וע"כ משום דמייירי התם דאיכא עדי ראיה, וע"כ מוכח דגם בכה"ג נאמן הוא לומר לקוחה היא בידי ושפיר פריך הגמ' על ר"ל, יעו"ש. אכן יש ליישב שפיר דברי רבינו, דהנה כבר האריכו האחרונים בעיקר דין מיגו, אם הוא בתורת הוכחה ובירור שהוא אומר אמת, או דהוא דין נאמנות מיוחד דכיון שיש לו דין נאמנות ע"י טענה אחרת בממון זה, שוב זוכה הוא עי"ז שיהיה לו כח טענה ודין נאמנות בכל טענותיו. וי"ל באמת דתירתי איכא בדין מיגו.

מחזקת מר"ק. וכ"כ כד' רבינו בפני יהושע ב"ק לה. במשנה. ועי' בזה בקוה"ס (כלל ב סעיף י). ועי' בנתיב"מ שם ובשעה"מ (סק"ג) שנקטו בזה כהש"ך. ובשעה"מ הביא דכן מפורש בתורת חיים בפ' חזה"ב, ושכן מבואר ברשב"ם ב"ב (קכח. ד"ה אתה), וכן מבואר ג"כ להדיא ברשב"ם (מה: ד"ה ראה עבדו). וע"ע בדברי חיים (חומ"מ סי' ג) ובנחל יצחק (סקי"א בחג"ה) שהשיגו ע"ד רבינו מדברי הרי"ף בשבועות (דף מו). דמבואר שם שלא כדבריו. וכן מבואר לכאורה מד' המחבר להלן (סי' קלה ס"א) שכתב וז"ל, לפיכך אם יש למערער עדים שהיא שלו נשבע היסת ונוטל ואם אין לו עדים נשבע המוחזק היסת ועומד בשלו, עכ"ל. והנה אי לא ראוהו בידו לא שייך עדים שהיא שלו. ועוד דאי נימא כדברי רבינו דהוי מיגו להוציא א"כ אפי' אין עדים שהוא שלו נמי הוי מיגו להוציא. עוד צ"ע לד' רבינו מד' השו"ע בסעיף כ"א שכתב, אין חזקת המחזיק מועלת לטעון עליו עד כדי דמיו אלא בדבר שאינו יכול לילך מעצמו וכו' אבל עבדים גדולים ובהמה שאינה מסורה לרועה אלא מעצמה הולכת ורועה אינו נאמן לומר לקוח הוא בידי או משכון הוא בידי אלא כשיביא האחר עדים שהם שלו יחזיר לו העבד ובהמה וכו' לפי שאין תפיסתן תפיסה שמעצמם הולכים ובכ"מ ברשות בעלים הם וכו', ע"כ. ולדברי רבינו אפי' בלית ליה עדים ואית ליה מיגו דלהד"ס נמי לא מהני שהרי מיגו להוציא הוא, ואמאי פסק השו"ע דדוקא ביש עדים שהיה שלו לא נאמן, וצ"ע. ואין לומר דבדליכא עדים הוי הפה שאסר הפה שהתיר ומיגו דאי בעי שתיק דמהני אף להוציא, שהרי התוס' ריש ב"מ כתבו דטעמא דרבה דמיגו דאי בעי שתיק להוציא אמרינן, אולם בווזי הרי פסקינן כרב יוסף כמבואר בב"ב לב: וע"כ דאי בעי שתיק נמי לא מהני להוציא. ועוד יל"ד אי מיגו דלהד"ס הוי הפ"ש, ואכ"מ. וע"ע בדברי משפט (סי' קלה סק"א) שכתב להוכיח כד' הש"ך מהתוס' בגיטין (דף כ: ד"ה ת"ש) ומחידושי הרמב"ן ב"ב ל"ו א'. וע"ע בדמשק אליעזר (סק"ט). עוד מצינו בדברי רבינו בכ"ד, דהנה דעת הגאונים והרי"ף בפ' חזה"ב דאומן אינו נאמן אף במיגו, וביאר רבינו להלן (סי' קלד סק"א) דטעם הרי"ף, כיון דאומן אין לו חזקה, ואזלינן בתר חזקת מרא קמא, שוב הוי כמו מיגו להוציא דלא אמרינן. עוד משמע כן כד' רבינו (סי' צ' סק"י) דלהרי"ף אף בדברים העשוין להשאל לא מהני מיגו למחזיק, מה"ט דהוי מיגו להוציא, יעו"ש.

ובאחרונים האריכו לתמוה ע"ד רבינו מדברי הגמ' בב"ב דף לב: דמבואר דגבי קרקע נאמן המחזיק במיגו נגד חזקת מר"ק, אף דבקרע ג"כ אלים חזמ"ק נגד המוחזק, ולא אמרינן התם דהוי מיגו להוציא, וא"כ מ"ש גודרות דאין המוחזק אלים נגד המר"ק דחשבינן ליה מיגו להוציא. ועי'

(צו) הדין עם ראובן דכיון וכו'. כך גרס הסמ"ע (סקע"א), ונכון דהואיל דאין מכחיש לע"א הו"ל כשנים, וכיון דשנים מעידין שנמסר לידו בתורת משכון, וגם איכא עדי ראה דהא הוציא מתחילה משכון לפני עדים, א"כ תו' לית ליה מגו ואינו

נאמן, והרשב"א בתשובה (במיוחסות סי' פד) חולק דהואיל דמעידין דבא לידו בתורת משכון ובע"ח קונה משכון, הו"ל כטוען בשלו ואין צריך מגו ונאמן, והש"ך (ס"ק קט) הסכים עמו, וסייע ליה מדברי הרמב"ם (פי"ג ממלוה ה"ג), וכן הרב רמ"א בתשובה סימן פ"ו כתב דאין להוציא מיד המוחזק נגד רשב"א, ועיין

כב אם המלוה בופר במשכון, ושניהם מודים בחלואה, ישבע המלוה היסת שלא הניח בידו משכון, וחלוה ישבע היסת שהוא תופס משלו כנגד חובו או יותר. ואע"פ ששוה יותר, נפטר המלוה ממנו שכבר נשבע עליו. ואם היה שוה פחות, נשבע שמשכנו היה שוה כך וכך וישלם השאר.

כג ראובן שלוח משמעון עשרה דינרים על משכון, והיה עד אחד בדבר שידע המשכון והחוב, אבל לא ידע כמה היה החוב. ושמעון אומר שב' דינרין הלוח לו אם הוציא שמעון המשכון לפני בית דין או בפני עדים קודם שנפלה הבחשה ביניהם, [מ] (צו) הדין עם ראובן, דכיון שיש כאן עד אחד, מחייבו שבועה, והרי הוא מודה

ללא הו"ל למחצר לסתום, וזפרט צסימן הזה דכל ענינו ממשכון, אצל לפי הסמ"ע נחא, ועיין מש"כ להלן צסי' קל"ה (סק"צ). [מ] הדין עם ראובן. הש"ך (ס"ק קט) האריך להסכים עם תשובת הרשב"א צסימן אלק וארבעים, דאף דליכא מגו

כלל, מ"מ כיון דאיכא עדים דמסרו לידו בתורת משכון, המלוה נאמן, וסייע לזה מדברי הרמב"ם צפי"ג מהלכות מלוה (ה"ג) דנתן טעם למה צמלוה על משכון ישבע צנקיטת ספך הא יש לו מגו דלקות, וכתב ואילו השכינו צעדים היה צריך ליסבע, וא"כ אף דליכא עדים מגו לפטור משבועה לא אמרינן, ע"ש וכמס"כ המגיד משנה. ומה נלמוד צביאור כמס"כ הרשב"א, וצאמת יש לתמוה על הרב מחצר איך לא זכר צברי הרמב"ם, ואיך פסק להדיא

ללא כוונתה צמקום שרשב"א מסייע ליה, ואין זה דרכו של רצינו מחצר.

דלכך נראה דקשיא ליה לרצינו הצ"י (סעיף יא) צדברי הרמב"ם, דדבריו מורים אילו לא היה צמציאות לתקן שבועה רק צמקום דיש מגו, לא היה מתקנים שבועה כלל, ולא היה שייך מגו לפטור משבועה לא אמרינן, (ועיין מש"כ להלן סי' פ"צ צקונטרס המגו (אות קיג)), רק הואיל ותקנו שבועה צמקום דלא שייך מגו, א"כ אף צמקום דיש מגו השבועה לא זזה ממקומו, זהו ענין דבריו. א"כ קשיא ליה מה יאמר הרמב"ם צאומן אומר שמים קלנא לי (שבועות מה:), דצאיכא עדי ראה דלית ליה מגו הצעה"צ נאמן כמס"כ הרשב"א גופיה צמשנה הנ"ל, דאומן שאני דלית ליה תפיסה צגוף החפץ, וצליכא עדי ראה נשבע האומן צנקיטת ספך, והקושיא צמקומו הא הו"ל מגו, ולא מצינו ציה מקום לשבועה צמקום דליכא מגו, עד דנימא ציה מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. **דלכך** אפשר לומר, דידוע מה שכתבו (ע"י ר"ן שבועות כו:) גצי מגו דהעזה דאמרינן לגצי ממון ולא לגצי שבועה, והטעם, דלהוציא ממון צמנו כל דהו אפילו גרוע מוקמינן ממון צחזקתו, אצל לפטור משבועה צריך מגו טובה ואליס⁵⁸. וכן כתבו כל המחצרים.

משפט יהונתן

שלו, ומעתה יש לו דין נאמנות זה גם בטענת לקוחה מכח מיגו. ואשר לפי"ז י"ל דהתם גבי הנהו עיזי וכו', הרי הבאנו כבר שכתבו הראשונים דהוי מיגו דהעזה, ולא שייך לרדן בזה מתורת הוכחה שהרי י"ל דאינו מעיז, אלא דעכ"פ יש לו דין הנאמנות של מיגו. ומעתה הרי נתבאר דל"ש דין נאמנות דמיגו אלא אם יש לו נאמנות בטענה האחרת לזכות בדין בדבר שרוצה כעת לזכות, וא"כ התם כשטוען מנה לי בידך הרי רוצה לזכות בהעזים מדין גביית חובו, וא"כ מה שיכול לומר להד"ם או להצ"ח הרי בכה"ג לא יהיה לו נאמנות על העזים אלא שיהא נאמן שאין לו העזים כלל, ושוב ל"ש בזה דין נאמנות של מיגו, ובתורת הוכחה לא מהני דהוי מיגו דהעזה, אכן מיגו דלקוחה מהני בזה מדין נאמנות של מיגו שהרי גם בטענת לקוחה יהיה נאמן על העזים עצמם, ולכן אמר אבוה דשמואל דהמיגו הוא מטעם שיכול לומר לקוחה, וא"כ מעתה הרי שפיר הקשה רבינו דא"כ הרי יש לומר שפיר דהתם מיירי בדליכא עדי ראיא, ובכה"ג יהיה נאמן לומר לקוחה היא בידי מיגו דלהד"ם, דבזה מהני שפיר מדין הוכחה עכ"פ שהרי לענין זה שוב ל"ה מיגו דהעזה דטענת לקוחה וטענת להד"ם שוים הם לענין העזה, ומה פריך הגמ' על ר"ל, וע"כ מוכח דל"ל לא מהני בגודרות אפילו ע"י מיגו. וע"ע בבד קודש (ח"ב סי' נ') מש"כ די"ל דאף עפ"י הנ"ל יש לדחות ראיית רבינו, יעו"ש. וע"ע בגידולי שמואל שם (דף לו: ד"ה תו הקשה).

58. בכללי מיגו (אות פא) ביאר רבינו סברת החילוק דמיגו דהעזה לפטור ממון אמרינן ולא לפטור משבועה, וז"ל, דודאי כל ענינו של

ובזה ביארו טעם החילוק שכתב הר"ן בפ"ז דשבועות דמיגו דהעזה לא מהני לפטור משבועה אף דמהני לפטור ממון וכדמוכח מהא דהנהו עיזי דאכלו חושלא וכו' שנאמן לטעון על חיוב נזקיהן במיגו דלקוחות הן בידי, אף דמיגו דהעזה הוא. וי"ל בזה דאיכא דהוא העזה שוב ל"ח מיגו בתורת הוכחה, שהרי י"ל דאינו מעיז, אכן מ"מ עדיין יש בזה ההלכה של מיגו שיש לו מ"מ דין טענה ונאמנות בזה מכח נאמנותו בטענה האחרת, ובזה לא איכפת לן מה דהוי מיגו דהעזה, אכן לענין לפטור משבועה י"ל דכיון דנתחייב לברר ע"י שבועה, ל"מ בזה מיגו אלא מדין הוכחה ובידור, ולכן ל"מ מיגו דהעזה. והנה עוד יש לחלק בין הני תרי דיני המיגו, והוא דמצד דין הבידור והוכחה שיש בהמיגו, הוא בין אם יש לו נאמנות בטענה האחרת לזכות בדין בדבר שרוצה כעת לזכות, ובין אם הי' נאמן רק לסלק את תביעתו של התובע מכח טענה אחרת, וכגון היכא שישב בקרקע שחוזרת למערער ואינו נאמן על הקרקע בטענת לקוחה, אבל על הפירות יש לרדן שיהיה נאמן בטענת לקוחה בין במיגו דאי בעי אמר לפירות ירדתי, ובין במיגו דאי בעי אמר לא אכלתי, והנה מצד המיגו דלא אכלתי הרי אין הנידון להאמינו שהפירות הם שלו, אלא שיהא נאמן שאין הפירות ברשותו כלל, וא"כ מה שיכול להעלים הפירות ונאמינו שאינם אצלו, ד"ז ל"ח שיש לו נאמנות על הפירות, ול"ש שמכח זה יהיה לו דין נאמנות בטענת לקוחה לזכות הפירות בדין, וע"כ התם אין המיגו אלא בתורת בידור והוכחה, ורק באופן שהמיגו הוא ע"י שיכול לומר לפירות ירדתי, הרי בכה"ג יהיה לו באמת דין נאמנות בהפירות ויזכה בדין לענין שהפירות הם

בתומים (סק"מ) שהארכת בזה כי העיקר לדינא כפסק המחבר, וכן דעת רוב מחברים, ואין מן הרמב"ם סיוע כלל, ע"ש. וכ"כ מהרי"ק ז"ל (שורש גיד), ע"ש.

(צו) וישבע ראובן היסת. הא דנשבע היסת אף דמודה בעשרה והו"ל מודה במקצת, או דמיירי דמשלם לו תיכף העשרה, או דמיירי דמניח המשכון לו בעד עשרה והו"ל הילך, סמ"ע (סקע"ג) וש"ך (ס"ק קי). בבית דין נפל מחלוקת ביניהם שמעון נאמן ונשבע בנקיטת חפץ ונוטל.

והנה צאמת צ"ש עדים שמסרו לידו צמורת משכון או לאומן לתקן רק דליכא עדי ראה, והוא טוען שהלוה עליו או שחיז לו בשכרו סך מסוים, צאמת המגו זו דטוען החזרתי מגו גרוע הוא, דניחא ליה לטוען דצר שהעדים מסייעין לו וניכרים הדבר לפני הצירות לדבר אמת, דטוען שהלוה עליו סך מסוים הא העדים מסייעים לו דצאמת משכנו צידו, וכן האומן הא העדים מסייעים לו שמסרו לתקן בשכר וניכרים הדברים שקלץ עמו, משא"כ כי טען החזרתי אין עדים מסייעין לו, וגם צריך לכבש לעולם החפץ לצל יהיה עדי ראה, א"כ מגו זו גרוע, כמס"כ כל המחזרים דניחא ליה תמיד לטוען טענה שנחש צעיני הצירות יותר לאמת, רק לממון אמרינן אפילו מגו גרוע, אך לא לשבועה, וא"כ פשיטא דצריך לישבע ולא שייך לגביה מגו, אך דליכא עדים כלל שמסרו לו למשכון או לאומן לתקן, וא"כ מגו דטוען לקוח היא מגו אלימתא, צו היה מגו וודאי מועיל אף לגבי שבועה, רק צריך לומר הואיל צ"ש עדים כנ"ל ודאי חייב שבועה, א"כ אף צמגו אלימתא אמרינן כן דלא אמרינן מגו לפטור משבועה כמס"כ הרמב"ם וא"ש, ודין אחד למלוה עם אומן ואין צריך לחלק. וכן יש לפרש דברי צעה"ת שער מ"ט ח"ב, דכתב דנאמן על המשכון צכדי דמיו הואיל ולא היה עדים צשעה שמשכנו שיעידו צכמה משכנו אכלו, דמשמע דצעינן שידעו צכמה נחמשכן, משום דלא מיירי שם מעדי ראה ואם כן צעינן דידעו עדים צכמה נחמשכן, אצל צמקוס דליכא מגו לא שמענו.

והנה צגוף הדין מה שכתב רצ"א בתשובה הנ"ל לחלק בין אומן למשכון, דצמשכון צע"מ קונה משכון אצל לא אומן, נראה דהרצ"א נמשך אחר דעת רמב"ן והוצא צריטצ"א לקדושין (מה: ד"ה הצ"ע) צהך קושיא עשה לי נזמים וטבעות ואקדש לך, דלמה לא תהיה מקודשת למה יגרע מן קידשה צמשכון, ותיצלו דמשכון דלתי לדיה צמורת משכון צע"מ קונה משכון, משא"כ אומן אף דתפיס ליה אלאגריה, מ"מ אין לו קנין צגוף החפץ כלל, ולכך אינו יכול לקדש צו, ע"ש דף מ"ח שהאר"ך, והן הן הדברים שכתב הרצ"א לחלק. אצל לשיטת הרא"ש דהוכיח צפ"ק דקדושין (סימן י) דהך קידשה צמשכון היינו שלא צשעת הלואה, דאי צשעת הלואה נמי א"כ למה אומן אינו יכול לקדש בשכרו מאי שנא ממשכון מאחרים, דהאי נמי ממושכן לו צשכרו דתפיס ליה אלאגריה, ע"ש, הרי דלא ס"ל לחלק כהנ"ל, דאל"כ הא אמרינן דלכך מקודשת הואיל וצע"מ קונה משכון, וצאומן ליכא קנין צמשכון ומה קושיא, וכן פסק הרמ"א צאה"ע סימן כ"ח סעיף ט"ו דאם הכלי עדיין אצל אומן וקדשו צשכרו לכז"ע מקודשת דהו"ל כמלוה שיש עליו משכון, והם דברי רבינו ירוחם וכ"כ דדרכי משה (אה"ע שם סעי' טו) כשתפוס ליה אשכרו הוי כמלוה על משכון, וכן דעת הר"ן כשתפוס ליה הו"ל כמלוה על משכון.

וא"כ קשה למה צאומן אינו נאמן, דהא תופס ליה צצביל הקצ"ה שכרו, ולמה אמרינן להדיא צצ"צ (מה: צדאיכא עדי ראה אין נאמן דהא אומן קונה דהא יכול לקדש צו אשה⁵⁹, והדבר מוכח דלא כרצ"א, וכן מוכח מהרמב"ן דלא כהרצ"א, ולכן תשובה ההיא הנדפסת בתשובה המיוחסת לרמב"ן, דרמב"ן היא כי יש צו עירוב תשובה קצתן לרצ"א וקצת לרמב"ן כנודע, ודברים הנ"ל הם לרמב"ן, דהא הרמב"ן כפי מש"כ הר"ן (שבועות כו.) צשמו תירץ על הך קושיא דקתני אומן אומר שמים קצלת לי והלה אומר אחד כל זמן שהטלית ציד אומן על הצעה"צ להציא ראה, נתנו לו צומנו נשבע ונוטל, דמשמע אם הטלית צידו נאמן צלי שבועה, הא הגאונים אמרו דצריך לישבע, ותיירץ דאומן לא מציעא למ"ד (צ"ק נט.) קונה צשצח כלי, אלא אפילו אין קונה צשצח כלי, מ"מ עדיף ממלוה על משכון, ע"ש צר"ן וצש"ך לקמן סי' פ"ט (סק"י) שהאר"ך צזה, ומ"מ אמרינן להדיא צגמרא צדאיכא עדי ראה דלית ליה מגו אינו נאמן האומן, אף דעדיף צקנין ממלוה על משכון, ומכל שכן מלוה על משכון, ולכן צרור דרמב"ן חולק וכמס"כ מהרי"ק, ודלא כהש"ך (ס"ק קט) שכתב דמהרי"ק צסי' נ"ד טעה, דצאמת אינו, והך תשובה דהרמב"ן היא, והרמב"ן להדיא ס"ל כמס"כ דאף צמשכון אינו נאמן אם לית ליה מגו, וצפרטו אחד תירוצ דמוקי ליה אומן קונה צשצח כלי, ע"ש, ודאי עדיף ממשכון, ומכל מקום צלי מגו אין נאמן. ולכן צרור לדינא כמו שכתב מהרי"ק, ואף דרמ"א בתשובה סי' פ"ו כתב דאין

משפט יהונתן

מגו או לא רמינן שבועה עליו וא"ש, יעו"ש. והנה לסברא זו מבואר דמיגו דהעזה דמהני בממון הוא רק להחזיק ולא להוציא, אף להראשונים דבעלמא מהני מיגו להוציא בממון. וכ"מ מלשון רבינו כאן. ועי' בזה במל"מ (פכ"א ממלוה ולוה ה"א סוד"ה ואבא) דמבואר כן. 59. כן הקשה ג"כ בקצה"ח (סקע"ג). ועי' מש"כ בישוב הקושיא בנתיב"מ (סקל"ה), ובאמרי בינה (סי' עה) ונחל יצחק (סי' נח ענף ב'), ודברי משפט (סקי"ב).

שבועה הוא מחשש ספק כדאמרינן שמה מלוה ישנה יש עליו ושמה לית ליה זוזי ואשמוטי קמשתמט וכן טובא אבל אין מוציאין ממון מספק, וזהו ודאי דעת בני אדם משתנים מקצתן לקצתן קצת בני אדם אינם מעיזים לומר בפניו כחשו ומקצתן יעיזו לדבר כזאת וכזאת, ולכך בממון מהני מגו דהעזה דאולי הוא מאותו כת המעיזים ואית ליה מגו ואיך נוציא ממון מספק, אבל שבועה כל עצמותו על ספק באה ואולי הוא מאנשים שאינם מעיזים ול"ל מיגו ואיך נפטור אותו משבועה ומספיקא אם יש לו

(צח) איני זוכר וכו'. רצונו לומר והנשאר אינו יודע א"כ הו"ל כאיני יודע אם אתה חייב לי.

(צט) וע"ל סעיף וכו'. דשם מבואר דאם עד אחד מעיד שלא כדברי הלוח, נשבע הלוח נגד העד, וה"ה כאן דהוא חד דינא.

(ק) צריך לברר. עיין מש"כ להלן [ריש] סימן ע"ה.

(קא) דדחויי מדחי ליה. ואם מכרו לאחר בפניו ושתק, ודאי לא מצי מערער ולומר דלדחותו היה מתכוון מתחילה, והו"ל כמו אבנים ופינהו בפניו, ועיין תומים (סקמ"א) מש"כ לחלק בין הך דהכא למה שכתב לקמן מחבר בסימן של"ד בפועל שאמר לו בעה"ב טול מה שעשית בשכרך אם הוא בחצירו של פועל אין יכול בעה"ב לחזור, ע"ש.

כד ראובן שלוח משמעון שבעה דינרים על המשכון, ואחר כך אמר לו פרעתוך פעם אחד שני דינרים ופעם שניה שני דינרים ופעם שלישית דינר, והשיב שמעון (צח) איני זוכר אלא מהדינר לבר, הדין עם ראובן מפני שגוף המשכון שלו, ונמצא כשהוא תובע משכונו שמעון משיבו אינו יודע אם יש לי עליו שום דבר מספק, וביון שכן אין שמעון יכול לתבוע מספק בנכסי ראובן. (צט) ועיין לעיל סימן זה סעיף י"ד).

כד התופס חפץ מחבירו ומועץ שיש לו עליו עד כדי דמיו מעסק משא ומתן שביניהם, (ק) צריך לברר היאך נתחייב לו משום דנפיש רמאי ואולי מתוך דבריו יתברר רמאותו. (ועיין לעיל סימן זה סעיף י"ז ולקמן סימן ע"ה).

כו מי שיש בידו משכון מחבירו, ורוחקו לפדותו, ואמר לו חלה יהא המשכון שלך, [מא] לא קנה דדחויי מדחי ליה.

כז משכון [מב] שנפחתו דמיו ביד המלוה, ומועץ הלוח ברי לי שנפחת מחמת

להוציא מיד המוחזק לכול לומר קים ליה כרש"א, מ"מ נראה לחזר צו נספרו דהא פסק להדיא בזה"ע (שם סעיף טו) בלומן דהו"ל כמלוה על משכון, וכן נכון כפסק המחבר וכדעת הרמב"ן וכמנ"כ.

[מא] לא קנה דדחויי וכו'. הרצ הש"ך בס"ק קי"ד תמה, דהא הנימוק"י בסוף ב"מ (עב:) למד הך דינא מהא דקי"ל (שם קיט.) בפועל שאמר לו הצעה"ב טול מה שעשית בשכרך, דיכול לחזור צו כל זמן שלא פינהו הפועל בפניו ושתק, ולמד ממנו הר"ן ונימוק"י דהוא הדין למשכון, אצל לפי מה שפסק המחבר לקמן סי' של"ו סעיף ב' כרש"א (הו"ד צימוק"י שם) דווקא היכא דלא חייב לו כלל כגון טול עזים ואזנים הוא דבעינן כן, אצל בפועל אם הוא צמצירו דזוכה לו חצירו תיכף, אין יכול לחזור, וא"כ אף צמצון אינו יכול לחזור, וא"כ דברי השו"ע סותרים אהדדי, ויפה הקשה.

ובישובו י"ל דס"ל למחבר וודאי להיפוך יפה כתבו הר"ן והנימוק"י דאם בפועל יכול לחזור ולומר דחויי קמדחי ליה מכל שכן צמצון, ע"ש דכן כתבו להדיא, אצל אם אמרינן כדעת רש"א בפועל דתיכף אינו יכול לחזור, לא יחויב דגם צמצון לא היה יכול לחזור, דהא הנימוק"י כתב לחלק בין הגיעך דלעזים ואזנים להגיעך דפועל, דבעזים ואזנים אין דרך לפנות מיד א"כ מדחה ליה דחושב צין כך יזדמן לי מעות ואתן לו ואטול שלי, אצל בפועל דיודע דתיכף מפנה הקש ותצן כי צא בשכרו, ואליו נושא נפשו, א"כ אינו מדחה לו וכוונתו בלב תמים. א"כ י"ל צמצון דהלוח יודע אף דיאמר לו יהיה שלך, דלא יהיה מהיר למכור המשכון, וא"כ שפיר קמדחה ליה.

ויותר נראה לומר, דס"ל לרצונו צ"י כמנ"כ באסיפת זקנים (שטמ"ק צ"מ שם) צמח גליון חוס', צמה דעצדינן צריכותא דאי הוה חני פועל לא הוי ילפינן מיניה אצנים, דפועל אית ליה אגרא, והקשה הא באצנים איירי צדפינהו, א"כ ג"כ חייב לו שכר פיניו על חלקו באצנים, ותיכף דווקא בפועל דעובר צל תלין גמר ומקנה, ולפ"ז י"ל צמח הא דמחלקינן צין אצנים לפועל ומצריכינן באצנים דווקא לפנות הואיל ולא עבר צל תלין אינו גומר ומקנה כל כך צמחה, משא"כ פועל דממחר להקנות דאולי השמש יפנה ויעבור צל תלין. ובזה יש ליישב קושית הר"ן לרש"א, דלמה ליה לגמרא לעשות צריכותא מאצנים לפועל דאית ליה אגרא וכו', הלא דינו של זה אינו כדינו של זה, דזה צריך פינהו וזה אין צריך, ולפי"מ שכתבתי לק"מ, דהא יש חילוק צין אצנים לפועל, הטעם משום דפועל עובר צל תלין, ופירוש אגרא דאמרינן בגמרא גבי פועל הוא הפירוש שכר שעובר עליו צל תלין כמנ"כ הגליון, דאל"כ גם באצנים חייב, וא"כ היא היא הצריכותא, דכל כמה דלא חידש הגמרא לנו לחלק צין חיוב שיש עליו צל תלין לאין עליו צל תלין, אף הך החילוק של רש"א אין לו טעם למה באצנים צריך פיניו ולא בפועל, ולא הוי יכול לעשות צריכותא זה, לכך קאמר הגמרא צריכותא דיש הצדל צין חיוב דיש עליו צל תלין לאין עליו, וא"כ ממילא גם לחילוק של רש"א יש טעם נכון, ודייקי ליה המשנה דמצריך באצנים פינהו ולא בפועל, ואין צריך לטעמו של הנימוק"י הנ"ל דחוק, רק יש הצדל הואיל ועבר עליו צל תלין, וא"כ לק"מ ממשכון דאינו עובר והרי זה דומה לאצנים לגמרי ולק"מ, ודו"ק.

[מב] שנפחתו דמיו וכו'. הסמ"ע (סקע"ט) והצ"ח (סעיף כ) הקשו הא הו"ל שצעת שומרים שלא פשע ולמה ישבע היסת, ותיירו הצ"ח והסמ"ע לחלק צין דבר שנפסד לגמרי וצין היכא שהפקדון כאן רק מחולקים באיזה אופן קרה הפחת דאין זה בכלל שצעת שומרים, דנשבר או נשצה כתיב מה נשצה כולה אף נשבר כולה. ואמת כי קצת ראיה יש לצדיהם מהא דפריך הגמרא בפרק כל הנשבעין (שצעות מה:) שצעת שומרים דכתב רחמנא היכי משכחת ליה להימן צמגו דלהד"ס או החזרת, ומשני דאפקיד צטור, וקשה למה לי הדוחק הזה צטור דלא מצינו צטור דוכתי, ולא תירצו צטור דמשכון צפינו ועדים וראה דלא מצי לטעון להד"ס או החזרת ומחולקים צפחתו אם צאונם או צפשיעה וכדומה, אלא ודאי דזו לא הוי בכלל שצעת שומרים, אצל מ"מ נדקו דברי הש"ך (ס"ק קטו) דאין לנו לצדות דוחק זה, דמאי שנא כולו נאצל או מקצתו, והגמרא דקאמר צטור, או דקאי על קרא כדאמרינן

דכתב רחמנא, ובתורה משמע לגמרי כמש"כ הפרישה (שם) נשבר דומיא דנשבה, ולכך מהדר אופן ליישב מה דכתב בקרא, או דבאמת לאו דוקא וחדא מינייהו דנקט דהוי מלי למימר דאפקיד צעדים ואמר לו אל תחזירו אלא צעדים וכדומה.

והנה הרב הש"ך י"א לדון בדבר החדש צדין השומרים, ולומר כי חייבו התורה לשומר שצוה היינו דטוען עליו המפקיד שמה פשעם דליכא העזה, אבל צטוען המפקיד ודאי פשעם זו, והוא השומר מכחישו, אין שצוה שומרים כאן כלל רק משמע היסמ, דהרי הוא כשאר תצוה דכופר בכל פטור, ונסתייע מדברי הריב"ז בתוס' פרק הגזול דף ק"ו (ע"א ד"ה עירוב) דכתב דהא דאמרין כי הוא זה אמלוי דכתיב, היינו טענה דשייך צמלוי דמכיר בשקרו ומעיו, ולכך כופר בכל פטור דבר תורה, אבל בטענה דשייך צפקדון דאין מכיר בשקרו, לא כתב כי הוא זה, דאין שייך העזה, ולכך אין צריך מודה צמקת לחייבו שצוה, ומזה יליף הש"ך כשמפקיד הטוען צרי והלה מכחישו, חזר הדבר להיות שזה למלוי.

והדיוט כי דעתו להחליט ולומר אפילו צמקס דלית ליה לשומר מגו, וכן לדעת האומרים מגו לפטור משצוה לא אמרינן, מ"מ צמכיש צצרי אין כאן אלא היסמ, והוא מקצוע גדול צדיני שומרים, נחמי צלצי צחכמה צצצרי תוס' ופוסקים, ונראה צרור שלא כדברי הש"ך⁶⁰.

ואין להקשות לשיטת הש"ך הא דאמרין צ"צ דף ע' (ע"א) המפקיד צצטר דנאמן החזרתי צמגו דנאנסו, ואמר ליה לאו שצוה צעי ואינו נאמן ה"נ, וקשה הא יש לו מגו דנאנסו לפניך ופטור משצוה, דיש לומר דוודאי החזרתי צמגו דנאנסו הוי מגו לא שכית, רק לעומת זה צטוען החזרתי יש העזה, וא"כ נח לו לטוען דבר דלא שכית משיטעון דבר דמעיו וחצירו מכיר בשקרו, אבל צמגו דנאנסו לפניך הרי לא שכית וג"כ מעיו לא אמרינן. וצוה יוצן הא דס"ד דר' עמרם שם צגמרא דר' חסדא דקאמר נאמן כוונתו צלי שצוה **כמש"כ התוס'** (ד"ה לימא ליה), וקשה איך ס"ד לפטור משצוה כיון דנאנסה גופא איכא שצוה, אבל לפמ"ש ניחא, דהא יש מקום לטעות דאין צריך שצוה דיש לו מגו דנאנסו לפניך, ולכך לא הו"ל לומר סתם, ודו"ק⁶¹.

וגם אין להקשות מהך סלקא דעתך צפרק כל הנשצעין (שצעות מה): צרמי צר חמא שצעת שומרים דכתב רחמנא וכו' דאפקיד גציה צצטר דאמרין מגו דהעזה, עדיין קשה הא יש לו מגו דנאנסו צפניך, ואי דהוי מגו דהעזה הא ס"ל דאמרין מגו דהעזה, ד"ל אף צסלקא דעתך תרתי לא אמרינן מגו דהעזה ולא שכית לא אמרינן, וזהו לא שכית כלל שיהיו הצעלים עומדים ורואים האונס.

ובזה יש לכוון דצרי רצ"ס דכתב צ"צ דף ע"א (ע"א ד"ה אמר רצא) הנ"ל דהא דאמרין שם צמפקיד צצטר צריך להחזיר

צעדים, ואילו צ"צ אמרינן דנאמן החזרתי צמגו דנאנסו צצצוה, דשם אליצא דרמי צר חמא נאמר ולית הילכתא כותיה. וקשה מה ענין רצ"ס להך, דמשום הך קושיא שצעת שומרים היאך משכחת ליה, אין הכרח לומר דאפילו שצוה אין נאמן החזרתי, ודי דאמרין דצריך שצוה, ומיוצב ג"כ הך קושיא וכמש"כ תוס' ורמב"ן בחידושו, וצ"ע. אבל לפי הנ"ל ניחא, דלרמב"ם החזרתי נאמן צמגו דנאנסו לפניך, דמה צכך דלא שכית לחוד כיון דליכא העזה גציה, ונאנסו נאמן צמגו דהחזרתי, וא"כ קשה שצעת שומרים איך משכחת ליה, וצ"ל דאינו נאמן החזרתי צמגו דנאנסו דהוה לא שכית, דהא ליכא לחלק דנאנסו גרידא אמרינן מגו, אבל לא נאנסו לפניך, דשם צנאנסו גרידא אף דלא שכית, לעומת זה ליכא העזה, דלרמב"ם לא איטרע הך העזה כלל, דהא אמר כמה מעליא שמעתא, ולא ס"ל העזה כלל, אבל לפי דלא קי"ל כרמב"ם ולא אמרינן מגו דהעזה, א"כ לא קשה שצעת שומרים איך משכחת, דלא אמרינן נאנסו צמגו דהחזרתי דהוי העזה, וגם להיפוך החזרתי צמגו דנאנסו יש לחלק צין גרידא דצעי שצוה לנאנסה לפניך מטעם שכחתה, ודו"ק היטב.

ואצ"ו הדברים נראים כמש"כ הש"ך, אבל עם כל זה נראה צרור דלא כש"ך, דצ"מ דף נ"ח (ע"א) ד"ה משכחת דהציא התוס' דעת ר"ת וריב"ז אף צהדי טענת נאנסו צעינן הודאה או לא, וכתבו התוס' לריב"ז אף דלטענת נאנסו אין צריך הודאה, מ"מ מצריך שמי פרות, חדא דמודה ציה דמה שטוען איני יודע אי שאלה או שכורה הוי טענת כפירה וצעינן הודאה לחייבו שצוה, ולפיר"ם דמצריך לנאנסה הודאה א"ש טפי. וצריך להצין מה נפ"מ יש צטענת כפירה לפי ר"ת וריב"ז, הלא לא נחלקו רק שצעת שומרים, ואם נאמר כוונת התוס' דלריב"ז קשה לישצצע ע"י גלגול שצוה דשצעת שומרים, משא"כ לר"ת, דאין זה מקומו פה, דצבר פלפלו התוס' צוה צמשנה (שם נז). ד"ה ציום וכו', ותיצרו דאין מגלגלין צאינו יודע, ושם מקומו לומר, דלפירוש ר"ת אין צריך לחירוך זה, אלא דבאמת אף דצרישא אין צריך לחירוך זה דאין מגלגלין צאינו יודע, מ"מ צמניעתא וסיפא נ"ל כן כמש"כ התוס' צמשנה, אלא צרור דיש כאן צצצא לומר דהך הסכסוך אי שאלה או שכורה מתה היא צגדר שצעת שומרים, דהא אי שאלה מתה והוא לוקח שכורה דחיה ונותן לו תמורת תשלומין דשאלה היינו שצוה דאינו צרשותו, ומאי שנא דאכלה, ועיין בתוס' צריש צ"מ (ו. ד"ה שצוה שלא שלחמי) שהיא שצוה שאינו צרשותו, או שלקחה ופורע צה חיוצו דנחצייד לשלם פרה השאלה דמתה.

ועיין צאסיפת זקנים (שטמ"ק צ"מ נח). דהציא פלפול ארוך צין הרז"ה להראצ"ד, דדעת הרז"ה דהך שצוה מסתעף משצעת שומרים וצכללה היא, אבל הראצ"ד ס"ל דאינו מכלל שצעת שומרים, רק היא טענה וכפירה צעלמא, ועיין צנימוק"י

משפט יהונתן

60. עיין באמרי בינה (סימן ע"ט).

61. ע"ע בדברי רבינו להלן (סי' קח בתומים סק"ד). ועי' מש"כ בשואל ומשיב (מהדו"ה יוסף דעת סי' לה), ובפני שלמה שם בתור"ה מ"ד, ובמעין גנים כאן עפ"י דהב"ש אה"ע (סי' פה סק"ב), ובמקצוע בתורה (סקס"ב), ובזית רענן (ח"ב חר"מ סי' נ"ז), יעו"ש.

וזה שכתבו תוס' דהכא שאין יודע אם מתה השאלה אין להשגיח מספק, דהוי כאלו אומר המשאל ספק לי אם השאלתיך, שעל אותו הטענה אין צריך השואל לישבע, והיינו הטעם דהו"ל לידע, וא"כ צרי ושמא צרי עדיף, וא"כ אף צו דאינו יודע איזה מתה ג"כ הו"ל לידע, והוא ג"כ בכלל צרי ושמא צרי עדיף, וזה הכל לפיר"ת. אבל לפי ריב"א אין צריך לזה, וזה שסיימו התוס', ועוד דהכא אפילו משאל טוען צרי אמרינן דאינו נשבע אלא ע"י גלגול, פירוש ועוד דהעיקר כפי ריב"א, (כמש"כ התוס' בכל הש"ס דנאנסה אין צריך כפירה כלל), וא"כ אפילו צטוען צרי אין כאן שבעת שומרים רק בגלגול שבעת כמש"כ התוס' (שם 15). דל"ה ציוס וכו', וזה צרור צוונת התוס', דמתחילה כתבו לפי ר"ת, ואח"כ דכתבו ועוד וכו' פירשו העיקר כפירוש ריב"א⁶².

ובזה יוצנו דברי התוס' צ"ק דף ק"ז (ע"א) עירוב וכו', דהקשו לפי ריב"א דמשמע צפרק השואל אף לר' חייא צר יוסף צעינן עוד פרה צהדי נאנסו דמנריך רישא שמי פרות, ולולי הנ"ל אין דצריהם מוצנים, ואי כווננו על גלגול שבעת דהא מחייב שבעת שומרים, וא"כ אף ע"י גלגול ישבע ששכורה מתה, חדא דעיקר חסר דצרי התוס', ועוד הא העלו תוס' צ"מ צמשה וכלל דוכתי דאין מגלגלין צטוען איני יודע ולא הוה משאל"מ, וכ"כ כל מחזרים, ומה זה שהניחו בקושיא לריב"א, אבל צרור דתוס' צ"ק ס"ל צהחלט כרו"ה דהך אי שאלה או שכורה מתה היינו שבעת שומרים, ושפיר קשה לריב"א למה צריך עוד פרה, הא הך טענה גרידא זוקקו לשבעת דאורייתא, משא"כ לר"ת אף צשומרים צריך חדא דהודאה, וא"ש צרור כשמש צוונת דצרי התוס' ⁶³.

ואחרי שצררנו כן, הדבר מצוה דצטענת שומרים ממש, אפילו צטענת צרי יש כאן שבעת דאורייתא, דאל"כ אין כאן צורך לומר לריב"א דשאלה ושכורה לא הוי טענת שומרים, דאף דהוה, מ"מ צריך להוסיף צפרה כיון דטוען צרי שאלה מתה, אין כאן שבעת לדעת הש"ך כלל, ולא קרינן ציה משאל"מ כמש"כ הש"ך, ולכך פשיטא דצעינן הודאה צהדיה. וכל דצרי התוס' לא יהיה צהם ממש לשיטתו, וצפרט כפי מש"כ צתוס' (צ"מ 15): ד"ה השוכר וכו' דכתבו אפילו משאל אומר צרי, ומה זה אפילו לדעת הש"ך, הא צצרי אף צשומרים גופא אין כאן שבעת לדעת הש"ך ⁶⁴.

שוב מנאצי צהגהת מיימונות פ"צ מהל' שכירות אות וי"ו כתב שיטת ריב"א, דכי אמרינן דווקא כי הוא זה דווקא דצעי מודה צמקנת, היינו צטענה דשייך צמלוה כמו פקדון דהיינו החזרתי או להד"ס, אבל טענת אונס דלא שייך רק צפקדון ולא צמלוה, אפילו צלי מודה צמקנת חייב, דאין שייך כאן לומר חזקה

(שם 10). דכתן טעם הואיל דצשומרים יכול להיות דאמר צדדמי, משא"כ צין שאלה לשכורה לא טעה. וחירון זה מספיק על שבעת דפשיעה, אבל על שבעת שאינו צרשותו דהוא ג"כ מעיקר שבעת, שם לא שייך טעמו צדדמי, ונ"ל דס"ל להך שיטה דגם שאינו צרשותו אינו מעיקר שבעת רק פשיעה, וזה דוחק, דעיקר שבעת היא שאינו צרשותו, ולכך כתבו התוס' דלריב"א דס"ל שבעת שומרים אין צריך הודאה, וא"כ למה מרצה צפרות, די דהיב פרה אחת ויתחייב שבעת דצד תורה, וצריך לומר דמה שטען איני יודע אם שאלה או שכורה מתה היינו כפירה, רצונו לומר דאינו בכלל שבעת שומרים והיא ככפירה צעלמא דעת הראצ"ד הנ"ל, ולכך צעי הודאה, וזה שכתבו ולפיר"ת א"ש טפי, דלדידיה א"ש לכל הדוחק הזה, ואמרינן דגם זה בכלל שבעת שומרים ומ"מ צעי הודאה, ולפיר"ת אפילו נאנסו צעי הודאה.

ולכך סיימו התוס' דלר"ת מדצנן צנאנסה גרידא צריך שבעת. וכתבו, ולעיל דצריך הודאה משום דאיני יודע הוי כפירה כדפרישית לריב"א, הרי דסיימו כדפרישית לריב"א, דלר"ת אין צריך לומר דהוי כפירה ד"ל דהוי שבעת שומרים, אבל לריב"א נ"ל כן, ולכך כתבו כדפרישית לריב"א. ואי קשה סוף כל סוף גם לר"ת נ"ל דהוי כפירה, א"כ מה ארוחנא לר"ת עד שכתבו לעיל דלפי ר"ת א"ש טפי, הא לא קשה דוודאי צדין תורה דחייבו התורה לשומר שבעת שומרים, אין סברא לחלק צין שבעת שומרים להך שבעת דשאלה מתה כמש"כ לעיל דמאי שנא, אבל אם אמרינן מהתורה לעולם צעי הודאה, רק חכמים תקנו על נאנסו גרידא, שפיר יש לחלק צמילתא דצנן צין נאנסו להך שבעת דהוא מילתא דלא שכיח ולא תקנו ציה צנן שבעת כמש"כ המפרשים, וא"כ שפיר כתבו התוס' דגבי תקנתא דצנן י"ל אף לר"ת דהוי כפירה כמו לפי ריב"א וא"ש.

ואי קשה לפירוש ר"ת דהוי בכלל שבעת שומרים, א"כ למה צמשאל טוען איני יודע פטור השואל, הא כל שבעת שומרים המפקיד אינו יודע, קושיא זו הקשו תוס' צמשה (שם 15): ד"ה השוכר וכו', וחירוש אשר דצריהם מחוסרים קנת ציאור. אבל כוונתם כמו שנראה ג"כ צאסיפת זקנים (שטמ"ק שם), דהא דחייבו התורה צשבעת שומרים שבעת על טענת ספק, ולא אמרינן צרי ושמא צרי עדיף לכו"ע כשהוא מוחזק ואין צריך שבעת, משום דכלל דוכתי הצרי טוב והשמא גרוע, דגם המוצע היה יכול להכיר ולידע הצרי כמו הנמצא ולכך צרי עדיף, משא"כ צשבעת שומרים דשמא אין גרוע, דמאין הו"ל לידע אם נאנסה וכדומה, לכך גם הצרי גרוע כי יודע כי המוצע אינו יודע ונקל צעינו לטוען צרי, ולכך צריך שבעת, וזה לא שייך צשאלה ושכורה, דגם המשאל הו"ל להכיר אם פרה זו הנצת היא אם היא הך דשאלה או דשכורה, וא"כ חזר הדבר לכללן צרי ושמא צרי עדיף,

משפט ידוונת

(סקל"ז) כתב כד' רבינו. וע"ע משה"ק ע"ד הש"ך במלאכת בצלאל שבועות (מה. ד"ה היה אחד). ובדמשק אליעזר (סקל"א) הביא ראייה לדעת הש"ך, משבועות (דף מז): דתני ר' אמי שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים ה"ד וכו' אלא לאו דא"ל מנה לאבא בידך וא"ל חמשין ידענא וחמשין לא ידענא וכו', וקשה דהא האי קרא בשבועת שומרים

62. עי' בתורעק"א ובגידולי שמואל שם מש"כ בזה.

63. עי' בפני יהושע וברש"ש ב"ק שם.

64. נחלקו הש"ך ורבינו אי שבועת השומרים איכא דוקא בטענת שמא כמש"ב הש"ך, ורבינו השיג עליו וס"ל דאף בטענת ברי איכא שבועת השומרים. ועי' בביאור הגר"א (ס"ק קלא) שכתב ג"כ כד' הש"ך. ובנתיח"מ

אין אדם מעיז, דצטענט אונס מעיז אפילו חצירו יודע צשקרו וכו', עכ"ל. הרי מצוה להדיח ללא כש"ך צדעת ריב"א⁶⁵.

ומזה שכתב הש"ך ראה מתוס' (צ"ק קו. ד"ה עירוב) דכתבו להדיח ללא כהגהת מיימונות, דכתבו אצל טענה השי"ך

צפקדון כגון נאנסו ללא ידע זה חצריה מעיז ומעיז ומחייב צלי הודאה, משמע הא ציודע צשקרו דמעיז צאמת מפטר, נראה דאין זה

כוונת התוס', דהא התוס' סיימו על זה דאי כופר בכל פטור מודה צמקת נמי יפטור צמגו דכופר בכל, ולא כתבו צפשוט דאין טעם לפטור ככופר בכל דהא מעיז, אלא כזר כתבו התוס' שס דהא דכופר בכל פטור הוא גזרת הכתוב דאפילו צצנו דמעיז מ"מ פטור. וא"כ אין כאן ראה הואיל דמעיז יתחייב שצוה, צצנו צמלוה יוכיח, רק כוונת הגמרא לפי פירוש ריב"א כך, דע"כ כי הוא זה לא על פקדון כלל שייך, וא"כ כיון דכופר הכל פטור הוא מגזרת הכתוב ולא נאמרה צפקדון כלל, מהכ"מ לפטור ולדמות גזרת הכתוב להדדי, היכי דנאמר נאמר, והיכא ללא נאמר לא נאמר, דליכא למימר כי הוא זה כתב צפקדון נמי, דהא סתם פקדון הוא היכי דאין המפקיד יודע אם פשע או לא, ואם כן עדיין קשה מכל מקום צפקדון יפטור מכח כופר הכל, דהא התורה מנריך הודאה גבי נאנסה, או דנילף מיניה ללא אמרינן מגו. ועכ"ל דכי הוא זה לא כתב צפקדון כלל, ועיקרו על מלוה ונאנסה לחוד חייב, וא"כ דזה מוכרח ללא קאי על פקדון, אף צטען צרי פשעת ג"כ חייב שצוה אף דאינו מעיז, דהא דפטור כופר בכל הוא רק מכח גזרת הכתוב כי הוא זה, וכיון דלא קאי על פשעת נאנסה דשייך צפקדון, א"כ אף ככופר צצרי דהוא טוען פשעת חייב, דאין לדמות גזרת הכתוב, ועיין צתוס' והדבר מצוה כמש"כ דמן ספק נאנסו למידין לטוען וודאי פשעת, דמזה מוכח דכי הוא זה לא קאי על פשעת נאנסה, וא"כ אף צוודאי פשעת מ"מ יש כאן שצוה, ואעפ"י שמעיז, דאין זה הטעם לפטור משצוה כופר הכל רק גזרת הכתוב וכמש"כ, ועיין לקמן סי' נ"צ מצוה ג"כ צשו"ע ללא כהש"ך, ועיין מש"כ שם צצריכות.

אמנם אף שכלל דכלל הש"ך נסתר, מ"מ פה יפה דיצר צמקת, דהא לדעת המחבר צלא"ה לק"מ, דהא פסק לקמן צסי' רצ"ד סעיף צ' דאם אין כאן שצוה על גניבה ואצידה לא משצע שלא פשע, דאין עיקר שצוה שומרים שלא פשע, ואינו נצצע רק ע"י גלגול, וכאן המשכון לפניך ואין כאן שצוה שלא פשע ולק"מ, וכ"כ צפרישה (סעיף כ) ואין כאן קושיא רק על הטור והרב רמ"א דס"ל לקמן (שם) דשצוה שלא פשע היא עיקר שצוה, והם הא ס"ל (סי' רצו ס"א) מגו לאפטורי משצוה אמרינן, רק לכך ליכא צשצוה שומרים מגו, משום דהו"ל מגו דהעוה, וזהו לא שייך צטוען עליו צרי שפשעת והוא מכחישו אם אין כאן עדים וראה, הרי יש לו מגו דלהד"ס או החזרתי צשטוען לא פשעתי נאמן ופטור מן שצוה דהא גם צזה דמכחישו מעיז וא"ש.

ובדברי מוזן דצרי התוס' צצ"ק צסוף דיצור הנ"ל, דכתבו ואין להקשות יהיה נאמן צמגו דאי צעי אמר להד"ס נמי אהיה דנאנסו דצריש כל הנצצעין משני ליה דאפקיד צשטר, עכ"ל. ותמה המהרש"א דלשיטת ר"ת דצעי הודאה צהדי נאנסו, מה צכן דיכפור צנאנסו, מ"מ הו"ל מודה צמקת, ולשיטת ריב"א הא הו"ל מגו דהעוה, ע"ש⁶⁶. ולפי שכתבתי ניחא, דהתוס' צצירא להו אפילו

משפט יהונתן

כתיב בפרשה דשו"ש, א"כ יותר הו"ל להגמ' לומר דהאי קרא מיירי בשבועת השומרים שטען השומר א"י אם נאנסו דחייב משום דהוי משאיל"מ ולא בין היורשים דאם א"י דפשע אביהם דפטורים, ולמ"ל להגמ' לפרש דקאי על שבועת מודה במקצת, ולפי שיטת הש"ך הנ"ל ניחא, דבטוען המפקיד ברי ליכא שבועת השומרים, וע"כ דעיקר חיוב שבועת השומרים מיירי בטוען התובע שמה. ועי' באמת בפנ"י בב"מ צצח. ד"ה משכחת) שהקשה קושיא זו דאמאי לא מוקי הקרא בא"י אם נאנסו. ותיירץ שם דהיכא דהתובע טוען שמה ל"א משאיל"מ. ועי' בט"ז (סי' צב סעי' יא) שכ"כ. מיהו רבינו להלן (סי' צב סק"י) ג"כ עמד בזה, וכתב דמשו"ה ליכא לאוקמי דקרא בא"י אם נאנסו משום דבשומרים אין העונש על שניהם, יעו"ש. ולפי"ז אין מזה ראה לדברי הש"ך. וע"ע מש"כ בד' הש"ך הנ"ל, בחמדת שלמה בחידושו ל"ב"מ צצח.

ובנתיב"מ (סקל"ז), ובשערי בינה (שער כ' דין ד' אות ד'), ובנחל יצחק (סקי"ג וסי' צב סק"ז), ודברי חיים (דיני שומרים סימן כ"ה).

65. בדמשק אליעזר שם כתב ע"ד רבינו, דאין ראה מד' ההג"מ, דבאמת דברי ההג"מ תמוהים דהא לשיטת הריב"א כל היכא דמכיר בשקרו א"י להעיו, ומאי שנא טענת אונס מטענת להד"ס כיון שחבירו מכחישו. וגם היאך הביא ההג"מ ד' הריב"א דלא כמש"כ התוס', וכן בד' התשו' מיימוני לסדר משפטים (סי' נ"ח) מבואר כד' התוס' בשיטת הריב"א. ע"כ כתב שם דצ"ל דט"ס הוא בדברי ההג"מ וכצ"ל, דבטענת אונס מעיז לפי שאין חבירו יודע בשקרו, אבל היכא דחבירו יודע בשקרו אין כאן שבועת שומרים וכמש"כ הש"ך בדעת הריב"א ואין כאן סתירה כלל, יעו"ש.

66. עי' בזה בפני יהושע שם, ובקצוה"ח (סי' פב סקי"ד), יעו"ש.

(קג) היסת וכו' ונפטר. לפי"מ שכתבתי (בס"ק הקודם) דאיירי דטוען ברי שפשעת, א"כ א"ש דנפטר ואינו יכול ליטול מעותיו מן הלוח, הואיל ומשכון נאנס דהוא טוען ברי לי שאינו חייב לך כלום כי באמת פשעת בו ופטור, ומה דלא כתב

דגם הלוח נשבע שפשע בו ופטור מן התשלומין, הוא לרב פשיטתו דהמלוה תובע והלוח כופר דנשבע היסת, ואין זה מעין הכוונה בסימן זה, ועיין מש"כ לעיל בס"ק ט"ו בזה.

(קד) או לא ניערו בראוי וכו'. עיין תומים (סקמ"ג) מש"כ דהא דחייב לנער משכון של חברו הוא רק מכח השבת אבידה לבעלים, ע"ש.

(קה) ושואל ממנו חמשה. דברים אלו מראים דמיירי דנתרצו שניהם שיהיה המשכון מוחלט למלוה כי אין לו לשלם ממקום אחר, ולא נחלקו רק במותרות השוה, ולכך תבעו חמשה, כי אם אינם מרוצים צריך הלוח ליקח המשכון אף שנפחת בפשיעה ולשלם להמלוה, והמלוה מפסיד

הפחת, וכ"כ הש"ך (ס"ק קיז) דאין שמין לשואל ולמזיק, רק כאן איירי דנתרצו שיהיה המשכון מוחלט.

(קו) שהרי המשכון הילך. אע"ג דלקמן סי' פ"ז (סעיף א) יש דעות אי משכון מיקרי הילך, כאן דאיירי דנתרצו להיות המשכון מוחלט לו כמש"כ לכו"ע הו"ל הילך דהו"ל פרעון, ולק"מ בכל מ"ש הש"ך (ס"ק קיח).

(קז) ומגבה לו חמשה בחובו. כן הביא הש"ך (ס"ק קיט) נוסחא מדויקת, והיא נכונה כמש"כ דכאן כל הסעיף איירי דמשכון מוחלט למלוה, ולכך בשוה שלשים מבקש עשרה, ולא מבקש לפרוע בפחות, וגם כן לפי דברי המלוה צריך לשלם לו

צטוען צרי שפשעת ג"כ חייב שצוה, דלא מצינו חילוק צ"ס, ואם כן קשה בזה הא הו"ל מגו דלהד"ס דהא גם עכשיו מעיז, ולכן תירצו דצאמת צכה"ג לא מחייב רק צמקוס דליכא מגו, (ועיין לקמן כללי מגו (אות עז"עד) דכתבתי פירוש אחר צמקוס,

ומ"מ הדין דין אמת), וא"כ א"ש דכאן הא יש לו מגו, וצחנס השיג הש"ך על הסמ"ע, וגם צחנס דחק הסמ"ע צפרישה דלדעת הטור לק"מ וצורו.

[מג] או לא ניערו בראוי וכו'. יש להצין הא שיש לנער המשכון הוא מחמת השבת אבידה ולכן מפטר מפרוטה וריפתא לעניים כהנ"ל, ואם כן אם אינו רוצה להשיב אבידה וכי יתחייב בתשלומין. וצוה קשה צטור (ריש הסיומן) דסצירא ליה מלוה על המשכון הוי רק שומר חנם כשאר פקדון. ונריך לומר אף דמתחילה תקנו חכמים לנער מפני השבת אבידה, מכל מקום עכשיו דמקבל החפץ צשמירה, מקבלו לנהוג צו כל דין צשמירה כפי שחקנו חז"ל, ואם נמנע הו"ל פושע וחייב בתשלומין, ומ"מ הוא מלוה דמי מכריחו לכתחילה לקבלו צמשכון ולקבל צמירתו על עולמו, ולכך הוי עוסק צמלוה ופטור מריפתא לעניא, אצל מכל מקום אם נמנע חייב צהפסדו⁶⁷.

ובזה נראה דלדקו דצרי הרצ מג"א צאו"ח סימן תמ"ג (סק"ה) דלעתו צמי שיש צידו פקדון מחצירו חמץ ולא מכרו דהו"ל פושע כמו שאלמרו (צ"מ ג): שומר חנם שהיה לו לקדם צרועים ומקלות וכו', והקשה החק יעקב (שס) דהא דאלמרינן מכרו הוא מפני השבת אבידה, ואם נמנע לקיים מלוה למה יתחייב צתשלומין, ומהנ"ל ראה צצורה לדצרי מג"א דעכשיו דקיבל

חמשה כי המשכון נשאר לו, וא"ש דמגבה לו חמשה בחובו כי חייב לו המלוה.

(קח) שהוא נאמן בשבועה. לפי"מ שכתבתי דהמשכון מוחלט לו, אפשר דהוא רק שבועת היסת, דלא שייך גביה דינו דגאונים, דלא

משפט יהונתן

עליו לשמור אלא מחמת השבת אבידה, ע"כ. ומבואר דלעולם חייב מדיני צשמירה בהצלת הפקדון אף דההפסד בא שלא מחמת פשיעתו, ורק כשצריכים למכור הפקדון ד"ז אינו מחויבי צשמירה. ובפני יהושע בב"ק (דף נו: ד"ה בתוס') כתב דשומר אבידה דשוטח ומנער חשיב עוסק במצוה כיון דתחילת צשמירה באה לו ע"י מצוה, אבל בפקדון לא חשיב השיטוח ונייעור מצוה, כיון שעושה כן מחמת חיוב צשמירה, יעו"ש. ולעיל הבאנו ג"כ סברא זו מדברי הריטב"א בשבועות (דף מד. ד"ה דאיתמר). מיהו יש להעיר ע"ז מדברי הגמ' ב"מ (דף ל.) דמבואר דפקדון שהלכו בעליו למדינת הים מחויב השומר בשטיחה משום השבת אבידה ואינו נמשך כלל מחיוב צשמירה ידידה, יעו"ש.

67. רבינו נקט בפשיטות דהחיוב שיטוח ונייעור הוא משום דחייב באחריותו וקיבל עליו צשמירתו, ואין החיוב רק משום השבת אבידה. אמנם יעויין במחנה אפרים (דיני שומרים סי' לה) שנסתפק בזה גבי פקדון אם הוא משום השבת אבידה ופטור אם לא עשאו ונפסד, או דחיובו הוא משום קבלת צשמירה וחייב באחריות, יעו"ש מה שהביא בזה. ולכאורה הוא פלוגתא המג"א והחק יעקב שהביא רבינו כאן גבי שומר שלא מכר חמץ המופקד אצלו בערב פסח, וע"ע בשו"ת חתם סופר (או"ח סי' ק"ה) דס"ל כד' המג"א דהוא מדיני צשמירה. וע"ע בשו"ע הרב או"ח (סי' תמג ס"ח) שכתב וז"ל, אבל לא קיבל עליו למוכרו בערב פסח, שאין זו בכלל צשמירה שהרי במכירה זו מוציאה מרשות בעליו, ואינו חייב כלל למוכרו בערב פסח מחמת שקיבל

על עממו שמירת חמץ קיבל על עצמו כל דיני שמירתו כתקנת חז"ל, וחייב בתשלומיו אם פשע ולא מכרו, ועיין מש"כ צחידושי לאו"מ.

[מדן] שניהם נשבעים היסת. יש להצין למה ישבע המלוה

היסת, הא לפי דבריו

ממושכן הוא צידו וא"כ היה לו ליטול נזקקת חפץ כמש"כ הגאונים (לעיל סעי' יו) דלאו אגופא דמשכון קטען. וי"ל או דמיירי דמשכון נאכד באופן שחייב באחריותו, כדמשמע הלשון היה שזה, ואין המשכון בעולם להצמין שויו. ויותר נראה בשלמא כשהלוה טוען החזיר לי משכוני, צו שפיר קאמרי הגאונים דלאו אגופיה דמשכון קטען, ולכך

הו"ל נוטל ושבעה נזקקת חפץ, משא"כ כשהלוה אומר למכרו א"כ הלוה מודה דאין לו תביעה בגוף החפץ, רק תביעה דמיו, ואף שמאד המלוה צהודאמו נראה דהוא ממושכן וגוף חפץ שייך ללוה, מ"מ כפי הודאת הלוה אין לו תביעה בגוף החפץ, וא"כ לא שייך נוטל דהא הלוה אין זוקקו כלל להחזיר לו משכונו ולא אמרו צוה הגאונים⁶⁸, ולכך נראה נקט בעל העיטור (הו"ד צטור סעי' כג) העוצדא צדק דזה טוען ממושכן וזה טוען נמכר, להורות דצדקה"ג לא אמרו הגאונים ואין כאן רק היסת. ואף דבעל העיטור לא סבירא ליה כגאונים כי אם כרבינו אפרים (הו"ד צר"ן שבעות כו:) דלעולם דמשכון אינו נשבע רק היסת, מכל מקום כתב זאת לכו"ע אפילו לגאונים, וע"ש באת פקדון.

[מה] ואם רצו להפך שבעותם וכו'. פירש הסמ"ע (סקפ"ט) שישבע שהיא מכורה ולא משכונה. ודבריו דחוקים כמש"כ הש"ך (ס"ק קנד) דפשיטא דאם היא מכורה אינו משכונה, והם שני הפכים בנושא אחד, והש"ך והצ"ח (סעי' כא) תירצו דיאמר השבע אתה ואשלם לך, וכן טוען השני. ומלכד דלשון היפוך לא מורה כן, אף גם דקשה להצין צמה שכתב ואם לא נתלכו שניהם נשבעים, דהא ראובן שאמר לשמעון השבע וטול, ושמעון אמר צהיפוך לראובן השבע וטול, ואם שניהם נשבעים הלא אי אפשר שישבעו כאחד, ואחד נשבע תחילה, או צגורל או צרלוי הצדדין, וא"כ כיון דרך משל, ראובן נשבע תחילה, למה ישבע עוד שמעון, הלא אותו ציקש שיהיה ראובן נשבע וישלם והרי נעשה כן ומי יכריחו לשבעתו. וי"ל כן, דאם נתלכו ואם כן כשראובן נשבע

חייב שמעון לשלם ואינו יכול לחזור, אבל אם כל אחד אומר אני לא אשבע, והולכתי להטיל גורל, ועלה צגורל שראובן ישבע, וודאי אם שמעון רוצה לשלם פשיטא מאן מוחה צידו, אלא שאם שמעון ג"כ רוצה ליטול, לא אמרינן הו"ל וראובן נשבע, ואתה אמרת צד"ד אם ישבע ראובן תשלם, לא ושלם, דיכול לומר זהו אילו נשבע צלי גורל, אבל עכשיו דלא רצה עד דעלה גורלו, הדריני צי ויכול ליטול, אך

וא"כ יותר פשוט דודאי זה שנשבע שמכרו לו, אינו נשבע שחייב לו דמיו, כיון דאין משלם לו א"כ אין ליטול עליו, וזהו מצוה צריש

משפט יהונתן

68. בנחל יצחק (סקי"ד) כתב לדון בתירוצו השני של רבינו, לפי מש"כ החלקת מחוקק באה"ע (סי' קכ סק"ה) דבמכר חפץ ולא קבע זמן פירעון, דאם אינו משלם לו הרי החפץ גזול בידו, וכ"כ הנהיג"מ (סי' צא סק"ט

שייך ליטול דהא מוחלט לו המשכון בלאו הכי. או דכך פירוש, והשאר גובה ממשכון שהוא נאמן, פירוש לעלמא קאי, דהא שורת הדין דנאמן בשבועה עד כדי דמיו, א"כ מכל שכן במוחלט לו דאין הלוה יכול להוציא ממנו, והמעין יבחר.

(קט) והם חלוקים בפחת. הש"ך

(ס"ק קכא) והסמ"ע (סקפ"ז)

תמהו למה ישבע היסת ולא נקיטת חפץ כדינו של הגאונים דס"ל בכל נשבע על המשכון שבועה בנק"ח.

ולפי"מ שכתבתי (ס"ק קה) דאירי דמרוצה שהמשכון מוחלט, אם כן לא שייך ליטול, דלא נחלקו כלל על משכון רק כמה ישלם המלוה ללוה הפחת, ופשיטא דאין כאן רק היסת, ולכך בבעה"ת (שער מט ח"ב ס"ג)

דלא כתב זה הלשון הנ"ל, דמשמע מיניה דנתרצו שמשכון יהיה מוחלט, כתב באמת שבועה בנק"ח. אבל בכה"ג לכו"ע אינו רק היסת ומכל שכן ביש בידו מעות כנ"ל דהא אין התביעה על המשכון.

(ק"י) או שאמר המלוה איני יודע. הך או אדלעיל קאי, שמשכון אינו שוה לאחר שנפחת בכדי חוב, א"כ אף שנפחת מעט אולי לא היה הפחת מרובה שהיה מתחילה שוה יותר מחוב, א"כ עד החוב אין חייב המלוה לשלם והו"ל כאיני יודע אם אני חייב לך, ול"ק דהא באומר שנפחת מודה דחייב בפרוטה ואינו יודע כמה הו"ל משאיל"מ, דפרוטה זו שמודה אינו חייב דמנוכה לו בחובו וא"ש, כ"כ הש"ך (ס"ק קכב) בשם אביו הגאון ז"ל, ונכון.

(ק"י) שניהם נשבעים היסת. עיין תומים (סקמ"ד) מש"כ למה לא ישבע המלוה שבועה בנק"ח דהא לא טען על גופו של משכון.

(ק"י) זה נשבע שמשכון הוא בידו וזה נשבע שמכרו לו. ואע"ג דבאים אחד מהן לידי שבועת שוא, והיה יכולין ליטול כל אחד שאין חייב לחבירו כלום ולא היה ודאי שבועת שוא דאולי נתמשכן בעד שלשה דינרים וכך הוא שוה, ואולי נמכר ופרע לו דמיו דלא חיישינן לשבועת שוא אפס שיברר דבריו במה שטען, דלא קי"ל כבן ננס (ב"מ ב:), ועיין ב"מ דף ה' ע"ב ובתוס' ד"ה ונימא וכו'.

(ק"י) ואם רצו להפך. עיין תומים (סקמ"ה) דהפירוש הנכון כמש"כ

אם שבעה ודאמר אומר אני לא אשבע, והולכתי להטיל גורל, ועלה צגורל שראובן ישבע, וודאי אם שמעון רוצה לשלם פשיטא מאן מוחה צידו, אלא שאם שמעון ג"כ רוצה ליטול, לא אמרינן הו"ל וראובן נשבע, ואתה אמרת צד"ד אם ישבע ראובן תשלם, לא ושלם, דיכול לומר זהו אילו נשבע צלי גורל, אבל עכשיו דלא רצה עד דעלה גורלו, הדריני צי ויכול ליטול, אך

וא"כ יותר פשוט דודאי זה שנשבע שמכרו לו, אינו נשבע שחייב לו דמיו, כיון דאין משלם לו א"כ אין ליטול עליו, וזהו מצוה צריש

וסי' קצ סק"ז) בשם השטמ"ק והרי"ף, ע"ש. א"כ לפי"ז יש לדון הכא דיהיה חייב המלוה ליטול בנק"ח דהא אינו רשאי להשתמש בהחפץ בלא שומת בי"ד והחלטתם, דאף דהלוה הודה דמכר לו מ"מ כיון דאומר דלא

הט"ז דאין נשבע רק דמכרה לו וזה דמשכנה לו, אבל אין שום אחד נשבע שחבירו חייב לו, הואיל ואין משלם לו אין לו לישבע על כך, ולכך אם רצו להפך שישבע בפירוש שחבירו חייב לו ויתן לו, אזי יכולין להפך, ואם שניהם רוצים להפך

ישבעו שניהם, והיינו סתם כנ"ל זה ישבע שמכר וזה ישבע דמשכן, אבל לא שאחד נשאר חייב לחבירו. ועיין תומים דאם אחד אמר לחבירו השבע וטול, וכן השני, אם נשבע אחד אין השני יכול לחזור וחייב לשלם, אבל אם לא רצו עד שהטילו גורל, ועלה אחד בגורל שישבע תחילה, אין יכול לטעון על השני הלא פ"ך ענה כך אם אשבע תשלם, דיכול לומר זהו אילו הייתה נשבע בלי גורל, אבל עכשיו הדרני בי ואף אני אשבע, והדין עמו.

(קיד) ברי ל"י. כי אילו טוען שמא, היה המלוה נשבע דנאנס והיה הלוה חייב לשלם, אבל עכשיו דטוען ברי פטור, ועיין מש"כ לעיל ס"ק ט"ו ובתומים דהעיקר כסמ"ע אפילו לית ליה ללוה מגו מ"מ נפטר בטוען ברי והממע"ה.

(קטו) ונאנס מיד ל"י. זהו לפי

טענתו דרוצה לפטור לגמרי מתשלומין, אפילו מה שהיה שוה יותר לפי טענתו, ולכך קאמר ונאנס, לדעת מחבר דס"ל דהוי שומר שכר, ולדעת רמ"א הוא הדין דנאבד היה ג"כ פטור במותרות.

(קטז) ואינו יכול לישבע ומש"ל. הרב הש"ך (ס"ק קטז) פירש, משלם דינר שמודה בו אף שטוען נאנסה, אבל הדינר שכופר נשבע ונפטר, ולא כן דעת כל שארי מפרשים, רק פירשו דחייב לשלם כל שני דינרים כפי תביעת הלוה. ועיין תומים (סקמ"ו) דהוכחתי מדברי השו"ע ובעה"ת (שער מט ח"ג ס"א-ב) כדבריהם ודלא כש"ך, ובטעמו של דבר הארכתני בתומים דהך שבועה שאמר רב הונא (ב"מ ה:) משביעין אותו שאינו ברשותו, הוא של תורה ומשאל"מ דהא אינו יודע אולי הוא ביד לוי ונתן בו עין, ולכך צריך לשלם כפי תביעתו דלוי לא מהימן ליה בשבועה.

אינו משלם רק דינר שהודה ולא יותר, ואי הכוונה דיחריס נשציל שצוה חמורה כנהוג, אין כאן מקומו הראוי, וזהו כלל שצוה. ולכן צרור ליתא פירוש והדברים מורים צירור דמשלם כל ארבעה דינרים כפי טענת המוצע. אמנם טעמו של דבר הרצ צעל גידול"ת

משפט יהונתן

רבינו בתי' הא' דמירי דנאבד המשכון. ובאמת כך מוכח מלשון השו"ע כאן שכתב "היה שוה". או דכוונת רבינו בתירוץ הב' דהודאת הלוה היה על מכירה שהוקבע זמן פירעון דאז אף דלא שילם לזמן הפרעון לא הוי גזל בידו ורשאי להשתמש בהחפץ בלא שומא ע"כ אי"צ שבועה בנק"ח

נתן לו המעות, א"כ לפי דברי הלוה הוי החפץ גזול בידו אם לא היה קביעות זמן פרעון כיון דלא שילם לו, ואינו רשאי להשתמש בלא שומא ע"כ אפשר לדון דגם בכה"ג חייב לישבע שבועת המשכון בנק"ח, ודוקא תפס מעות דאי"צ שומא אי"צ לישבע בנק"ח. ולפי"ז יהיה מוכח כמש"כ

וכן זה נשבע שמשכן צידו, אבל אינו נשבע שחייב לו יותר מכדי שוי המשכון דלא יהצין ליה, ולכך אמרינן אס רצו להפך שישבע בזה שחייב לו דינר וישלם וכן השני, יש להם רשות, ואם שניהם מהפכים נשבעים סתם זה שמכרו וזה שמשכנו, ולא שזה חייב לו כלום הואיל ולא יהצין ליה כמבואר, וכן מבואר אח"כ צט"ו, אלא דלא סייע מגמ' דצ"מ וכתבו כאילו עינה מלצו, ע"ש.

[מז] ואינו יכול לישבע ומש"ל.

הקשה הסמ"ע (סקנ"א) דמה צריך דאין יכול לישבע על האונס, מ"מ ישבע שלא היה שוה רק דינר, ותירץ הסמ"ע הואיל וכל שלשה שצוה צאין כאחד ולא מצי משתבע חד מנייהו, אף אידך דמצי משתבע מ"מ חייב לשלם. ודבר זה דחוק למאוד, ומי יאמר כך לחצר הנפרדים, וכי נשציל שאינו יכול לישבע על זה, לא ישבע על מה שיכול לישבע. ולכן פירש הש"ך (ס"ק קטז) דצאמת הך שצוה מכל מקום נשבע ואינו משלם אלא דינר, רק דלפי דבריו דנאנס היה פטור מלשלם כלום, ולזה אמרינן דאינו דהו"ל שומר שמסר לשומר, אבל מ"מ אין צריך לשלם יותר מדינר. ולא קשה לשיטת הש"ך דלמה ישבע צמודה במקצת, הא לוי עד מסייע, דלוי אין נוגע אס שוה הרצה או מעט, דהא הוא נשבע שהיה נאנס ופטור מהכל, ד"ל או דלוי אין מכיר שויו, ועוד כיון דכל כמה דלא משתבע דנאנס הו"ל נוגע, א"כ אין עדותו כשר אלא אחר שצוה והו"ל עד דמשתבע, ואין עדותו כלום.

ול"א כן משמע לשון הפוסקים, דלמה כללן צדדא אס אין ענין זה לזה כלל, וגם עיקר חסר דהו"ל דמשתבע שצוה התורה כדין מודה צמקת דלא היה שוה יותר מדינר, ולמה השמיטו השצוה. ועוד קשה צמה שכתב דמחרים על מי שטען ששוה המשכון יותר מכפי שיועד האמת, חרס זו מה טיבו, הא

אינו משלם רק דינר שהודה ולא יותר, ואי הכוונה דיחריס נשציל שצוה חמורה כנהוג, אין כאן מקומו הראוי, וזהו כלל שצוה. ולכן צרור ליתא פירוש והדברים מורים צירור דמשלם כל ארבעה דינרים כפי טענת המוצע. אמנם טעמו של דבר הרצ צעל גידול"ת

(שער מט ח"ג ס"י) כתב, ושמה תאמר למכל מקום לא יוכל להמלט משבועה שאינו צרשוחו כרצ הונא וזה אינו יכול ליטע ולכך משלם גם הדינר הרצעי, דבר זה אין לו שורש, דפשוט הך שבועה לאו דאורייתא, והוסכם מטור ואחרונים דאין דנין מתוך שאל"מ אלא דווקא בשבועה של תורה, ע"כ. וכן הוא בדרישה ופרישה, הרי הודה אילו היה שבועת התורה והיה שייך ציה משאל"מ, וודאי דצריך לשלם הדינר הרצעי, רק דהחליט דהוא שבועה דרבנן⁶⁹.

ובאמת אין זה מוסכם, דהריטב"א צ"מ (לד: ד"ה אמר ר' הונא) כתב על הא דרצ הונא משביעין אותו שבועה שאינו צרשוחו, איכנו פלוגתא ציני רבנותא, איכא מ"ד דאורייתא, ואיכא מ"ד דרבנן הוא. ובמהדורא צתרא צדף שאל"כ כתב צס רבו, הואיל וקודם דאמר הריני משלם היה עליו ג' שבועות וכו' אף לאחר ששילם לא יראה השבועה מכלל שבועת המשנה או שבועת התורה כיון דעל דבר, וכל זה לשון רבינו, עכ"ל. הרי דס"ל דשבועה ראשונה לא וזה ממקומו בתשלומין, רק הוא סבירא ליה אף מתחילה שבועה שאינו צרשוחו אינו אלא גלגול שבועה, ועיין מש"כ לעיל צס"ק מ"ב, אצל לפי דק"ל לקמן צס"י רצ"ד (סעיף צ) דשבועה שאינו צרשוחו היא עיקר שבועה, אף דשילם לא וזה ממקומו.

ובן נראה מדברי צעה"ת שער מט ח"א, זה אומר סלע הלוייתי עליו שמים היה שוה והלה אמר לא היה שוה אלא סלע פטור, פירוש הלוה תוצע המלוה שהיה שוה כפלים ממה שהלוה לו, והמלוה כופר בכל פטור משבועת התורה אם הלוה מאמינו שנגנב ממנו, ומשחצב היסת, ומכל מקום אם אין מאמינו שנגנב ישבע מדרצ הונא שבועת התורה שאינו צרשוחו וכו', עכ"ל. הרי מצויר דסבירא ליה הך דרצ הונא הוי שבועת התורה, וכן מסתבר דאנה נזכר שבועה זו צמשנה וצביריתא בכלל תקנות חכמים, עד שנאמר שתקנו חכמים שבועה זו, ואיה איפא מקומו, והיסת למה לי דהיא דהא פריך (צ"מ סס) מיניה לרצ הונא צמשנה, וש"מ דעכ"פ שבועת המשנה היא.

ובאמת כיון דאין מינו מצי ויש כאן חשש נתינת עין, א"כ הרי הוא דררא דממון דאדם רוצה ליתן כמה פרוטה שיהיה שלו צידו, וכן הלוקח אשר נפשו צמדו, ואם כן הרי הוא שבועת התורה, דמה לי דכופר בכל התפץ ואמר שנגנבה ומה לי דכופר צמקצתו, דהא הך שימת עין שוה ממון ודררא דממון הוא, כך היה נראה צסצרא דזו היא סצרת רבנותא דהו"ל שבועה דאורייתא. איצרא מלשון הרמב"ם (פ"ו משאלה ה"א) משמע דכך היה תקנת חכמים שיהיה שבועה שאינו צרשוחו שהיה חל עליו

מקודם טרם שאמר הריני משלם מהתורה, צלתי זו ממנו אף שמשלם ולא היה מופקע בתשלומיו, והרי היא ככוחה שבועה דאורייתא צמקצת, ולכך עכשיו אף דמשלם, שבועה צמקומה שבועת שומרים צמקצת צכל הלכותיו. ולכך אף שכתב צפ"ו מה"ל שאלה (סס) חוששין שמה עין נתן צו, ומשביעין אותו צתקנת חכמים שבועה שאינו צרשוחו צנקיטת חפץ, כתב צפ"ג מה"ל מלוה ולוה דין ד', אמר המלוה סלע הלוייתי עליו וצ' דינרים היה שוה, והלוה אומר סלע הלוייתי וסלע היה שוה, (צדפוס צמשטרדס נדפס וסקל היה שוה, והוא טעות), הרי המלוה נשבע תחילה שבועת שומרים שאינו צרשוחו, והלוה נשבע היסת שהיה שוה כנגד חובו, ע"כ. הרי דקראו להך שבועה שבועת שומרים. וכן אחר"כ, סלע הלוייתי עליו ושמים היה שוה ומלוה אומר סלע הלוייתי וחמשה דינרים היה שוה, ישבע המלוה שאינו צרשוחו, ויכלול שלא היה שוה יותר מה' דינרים ומשלם דינר, עכ"ל. ואילו הך שבועה שאין צרשוחו שבועה דרבנן, איך שם הך שבועה לעיקרית ושבועת מודה מקצת דהיא וודאי דאורייתא לכולל, ומי נתלה צמי, אלא צרור דסצירא ליה צתר התקנה היא צמקומו והו"ל דאורייתא⁷⁰.

ובן מורים דברי המגיד משנה, דכתב צמה שכתב הרמב"ם דאם אמר המלוה איני יודע אם היה שוה יותר מחובי ישבע שאינו צרשוחו ויכלול שאינו יודע, וכתב המ"מ אילו היה שבועת שאינו צרשוחו כטענת צרי, כיון דטוען על הגלגול שבועה איני יודע היה דנין צו משאל"מ, אצל הואיל וטענת שבועת שאינו צרשוחו היתה על הספק, לא דנין צגללה מתוך שאל"מ, ע"ש. ולכאורה קשה הא שבועה שאינו צרשוחו הוא שבועה דרבנן ולא דנין צעיקרה מתוך שאל"מ כהנ"ל, ומכל שכן צגלגול שבועה עליה, ולכך צרור דסצירא ליה כמש"כ דהיא שבועת התורה ודנין צה משאל"מ, וא"כ שפיר קאמר הצעה"ת (שער מט ח"ג ס"א) הואיל וחייב ליטע שבועה שאינו צרשוחו ואינו יכול ליטע, דיאמר לוי לא מהימן לי צשבועה כלל, א"כ צריך לשלם כפי צביעת התוצע לסלק החשש נתינת עין, ומכל שכן צמקוס דלוה תוצע דררא דממון דינר אחד יותר וכמש"כ הגידו"ת להדיא, דאם היא שבועה של תורה שפיר יתכן צו משאל"מ, וכן נכון, דאל"כ לעולם יפקיע שבועה של תורה וימסרו לאחד ואמר איני יודע, או ימסרו לאשתו וצניו הקטנים ואמר איני יודע, ולכך אם אינו יכול ליטע משלם, ומכל שכן דלוה טוען שהיה שוה יותר.

ויש לזה ראה קצת מהא דפרכינן סס צצ"מ על הך צצא סלע הלוייתי ושמים היה שוה, והמלוה אומר סלע הלוייתי וסלע היה שוה פטור, ואמאי מגו דמשחצב שאינו צרשוחו ליטעצב נמי על ידי גלגול כמה היה שוה, ודחק הגמ' צמאמינו, ולמה לא

משפט יהונתן

דהך שבועה אינה שבועת היסת אלא שבועת המשנה, מדפריך עלה צממתני' ובזמן המשנה לא נתקנה שבועת היסת, יעו"ש. וע"ע בפנ"י שם מש"כ. ויל"ע עוד בדעת הרמב"ם צמש"כ בפיה"מ בפרק השואל שם, דהשואל אע"פ שמשלם הכל ישבע קודם לכן "שבועת התורה" שנאבד שיש לומר שמה עיניו נתן בה, וצ"ע. וע"ע בחידושי חתם סופר ב"מ שם.

69. ע"י בקצוה"ח (סק"ל) ובנתיה"מ (סקמ"ב) מה שהשיגו ע"ד רבינו כאן שכתב הטעם לפי שאינו יכול ליטע שבועה שאינה ברשותו, וכתבו דליתא, דודאי הא דנתנו ליד אחר לא גרע מהטילו לים דאינו משלם רק מה ששוה, יעו"ש.

70. הנה בדעת הרמב"ם בזה, יעו"י בב"י (סי' רצ"ה) דנקט דס"ל דהוי שבועה דרבנן, ומש"כ הרמב"ם דצריך נקיטת חפץ, היינו משום

(ק"י) ובן הדין אם נפחת המשכון וכו'. בזו לא שייך הק טעמא שכתבתי, דהא אין צריך לישבע שאינו ברשותו דהמשכון לפניך, וצ"ל כמו שבאמת משמע בבעה"ת (שם) דהפחת קרויה לא ביד שמעון כי אם ביד לוי, ואין שמעון יודע ענין פחתו איך וכמה רק מפי לוי, ואם כן יכול ראובן לטעון לא מהימן לי בשבועה, וצריך שמעון לשלם בטענת ראובן, ונכון הוא, ויותר טוב לדחוק קצת בלשון מלומר כמש"כ סמ"ע (סקצ"ב) הואיל ואינו יכול לישבע שלא פשע, חייב לשלם כל הפחת אף דיכול לישבע על זה, דאין לו שרש בדין כלל, ועיין תומים (שם).

(ק"ח) ונאנס. הוא הדין להרב רמ"א נגנב או נאבד למאן דאמר דיותר מכדי

החוב הוי שומר חנם, דלא היה שומר שמסר לשומר כיון דלא שייך את מהימן לי בשבועה, דהא יש עדים, והוא הדין כשמאמינו, ש"ך (ס"ק קל), ופשוט.

(ק"ט) ונפטר שמעון. פירוש מאחריות שלו שיש לו על המשכון בדין שומר, דהא יש עדים, או שמסרו למי שרגיל להפקיד, וא"כ דהוא פטור משמירת המשכון ממילא חייב הלוה לשלם למלוה כל מה שהלוהו על המשכון, דהא אינו על המשכון רק שומר שכר, ואם קרהו אסון פשיטא דחייב לשלם, ולרב פשיטתו לא כתבו השו"ע רק דהוא פטור משמירת המשכון וממילא חייב הלוה בפרעון ההלואה, ולא ידעתי מה קצת מקום ספק היה לש"ך (ס"ק קלג) בזה דכתב צ"ע⁷¹.

משני דכל המשנה איירי דמסר הפקדון ליד אחר ואכלו נאכד, וא"כ עליו אין שבועה שאינו ברשותו, רק השומר השני חייב לישבע כך כדין שומר, אבל אי אתה יכול לגלגל עליו לישבע שוי המשכון, דהא הוא אינו מלוה כלל ומה איכפת ליה בתביעה שבין מלוה ולוה, והוא דבר שאין לו שייכות כלל בשבועה. וצרישא דקמני לפי אוקימתא דר' אשי מי נשבע תחילה מי שהפקדון אכלו, ג"כ מתפרש על שומר השני לישבע תחילה שאינו ברשותו, ומו ליכא חשש שמא ישבע הלה וכו', וליכא למימר את לא מהימן לי בשבועה, דזהו דבר של ממון שנוגע בין מלוה ולוה, אבל דבר זה נמסר לצ"ד דחששו שמא יוציא הפקדון ויתחלל שם שמים, ולגבי צית דין כל ישראלים בחזקת כשרות, וכשישבעו הרי סר החשש מלצ צית דין דלא יבא לידי חילול ה' דחזקה דבאמת נשבע וא"ש. וזהו נכון יותר משארי דחוקים שאמר שם בגמ' כגון דאיכא עדים וכו', ע"ש.

אלא לפי הנ"ל לק"מ, דאם מסרו לשומר אחר ולא מני משתבע שבועה שאינו ברשותו אף דמני לישבע דלא היה שוה רק ה' דינרים, מ"מ חייב לשלם כפי תביעת התובע וכמש"כ לעיל, ומכל שכן באמר רק סלע היה שוה, דחייב לשלם כפי תביעת התובע דדנין ציה משאיל"מ, וא"כ אי אפשר לאוקמי המשנה בכה"ג דקמני להדיא דפטור וא"ש. איצרא צבא דפחת דכתב נפחתה ג"כ הו"ל מחוך שאיל"מ, אף דזהו אין צריך לישבע שאינו ברשותו דהמשכון לפניך, צ"ל לפי"מ שכתבתי וכן לפי מש"כ דהגידו"ת (שם) צעמנו דאילו היה שבועה שאין ברשותו שבועת שומרים דלא היה קשה מידי, דהן נפחתה לא היה ציד השומר ראשון רק ציד שומר שני, וכן משמע להדיא צבעה"ת שם, וא"כ מה שמחולקים בפחת אין שמעון טוען צרי, רק הכל מפי לוי דאכלו נפחתה, וא"כ גם ציה הוי שומר שמסר לשומר דאין יכול לישבע שמעון, ולוי לא מהימן ליה, ולכך חייב לשלם כל הפחת. ויותר טוב שנסבול איזה דוחק בלשון רק יהיה הדין נכון, משנאמר דינים דחוקים לא שערום הקדמונים ו"ל וכמש"כ באורים (ס"ק ק"י).

[מז] ואין לו לישלם וכו'. דעת הסמ"ע (סקצ"ו) דאף הרמב"ם (פ"ד משאלה ה"ט) דס"ל אם פשעו אשתו וצניו הצעל פטור, מ"מ אם מסרו לאיש אחר לכו"ע חייב, ולכך לא הביא רמ"א דעת הרמב"ם החולק פה. והש"ך (ס"ק קלד) כתב היפוך, דציד אחד [מצני הצית] יותר מסתבר ממסרו לאיש אחר, מכח קושית ר"ת (צ"מ מז: ד"ה כל) דא"כ כל אחד ימסור המופקד אכלו ציד אשתו והם יפסידם והוא יושב וחדל. ואמת דסברא זו הוצא בספר אסיפת זקנים (שטמ"ק שם), וכ"כ היש"ש (צ"ק פ"א ס' לז).

וה"ר מכתפינא הייתי מכריע בצברא אחרת לחלק בין שומר חנם שמסר לשומר או שומר שכר, דשומר שכר דחייב בגניבה ואצידה ואפילו בגניבת אונס ע"י חמירה ואפילו הקיפהו צמחיה של צרול לדעת רוב מחברים, וא"כ הגע עתמך, שומר שכר שהניח אדם שרגיל המפקיד להפקיד אכלו לכו"ע ציהו צלי השגחה כלל עליו, והוא גנב החפץ שנמסר לו לשומר לשמור והלך לו, וכי אין שומר שכר מחייב אע"פ שלא פשע כלום והו"ל כמו אונס, מ"מ מתחייב, דכללל הוא בגניבה ואצידה מתחייב, וא"כ הוא הדין שמסר הפקדון לשומר השני, ואם הוא פשע הא פושע הו"ל לדעת הרמב"ם (פ"צ משכירות ה"ג) מוזק צידים ואין לו לשלם, למה לא יתחייב הראשון, ומאי שנא דגנבו השני ואין לו לשלם דראשון חייב, ומאי שנא צפסע צו ואין לו לשלם דפטור, סוף כל סוף היינו אצידה, וכי בשביל דמסרו מידו לידו יהיה פטור, ואילו נכנס השני צלי רשות ואכלו ואצדו ודאי דראשון חייב, דכללל הוא כל גניבה ואצידה שומר שכר חייב, ובשביל דמסר הפקדון של חצירו יהיה יפה כחו דיפטור, זהו לא שמענו.

מישפט יהונתן

71. ע"י מה שהאריכו בדין זה בנתיח"מ (סקמ"ג), ובישועות ישראל (סקכ"ט), ובנחל יצחק (סקט"ז), ואמרי בינה (סימן פ'), יעו"ש.

אב"ל צִשׁוּמֵר חֲנֹס דִּפְטוֹר צִגְנִיזָה וְאִצְדָּה, וְאִינוּ חִיִּיז אִלָּא צִפְשִׁיעָה, וְזֹה שֶׁמֶסֶר לְאַחֵר לֹא פִשַׁע דְּרָגִיל הַמִּפְקִיד אִלָּלוּ, וְאִם הִשְׁנִי פִשַׁע, לוֹ יִהְיֶה דִשְׁנִי גִנְזוּ יִהְיֶה פִטוֹר, וְמֵה לִי פִשַׁע אִלָּא גִנְזוּ, סוֹף כָּל סוֹף אִינוּ מַחִיִּיז רַק צִפְשִׁיעָה, וְהֵא לֹא פִשַׁע, וְאִין זֶה אִלָּל הִשְׁנִי רַק כִּאִילוּ גִנְזוּ וְלִכְךָ פִטוֹר, וְזֹהוּ צָרֹר וְנִכּוֹן וְיִשָּׁר צִסְצָרָא, וְאִ"כּ אִף כֹּאן דְּהוּא שׁוֹמֵר שֶׁכֶּר פִּשְׁטָא דְּרֵאשׁוֹן חִיִּיז, אִךְ לֹא מִלְּאִתִּי חֲזֵר לֹזוּ צִמְחֻצְרִים, וְנִרְיָן צִחִינָה צִסְפָּרִים אִולִי יֵשׁ גִּ"כּ רֵאִיָּה מִדְּצָרִי מִחֻצְרִים, כִּי לֹא מִלְּאִנִי לְצִי לֹמֵר דְּצֵר חֲדָשׁ מֵה שְׁאִין זָכֵר לוֹ צִדְצָרִי רֵאשׁוֹנִים ו"ל.

[מח] אפילו אם היה גדול וכו'. וכן פסק רמ"א צסימן ש"מ (סעיף ח) דהמחזיר חפץ המושאל לאשת המשאל ללא נפטר השואל, ואילו צסי' רנ"א סעיף כ"א כתב רמ"א והוא מתשובת מהר"ם צמרדכי צ"מ פרק ג' (סי' רפז) דאם החזיר

(קכא) ל"ש"לם לראובן. היינו רק דינר אחד כשישבע שלא היה שוה יותר מן ג' דינרים, ואותו דינר שמשלם שמעון חוזר ותובע

מלוי כי פרע בשבילו, טור (סעיף כד) ושי"ך (סי' קלה). **(קכב) אפילו אם היה גדול.** רק דנקיט מתחילה קטן, כי כך היה עובדא בתשובת הרא"ש (הובר בטור סעיף כה).

(קכג) צריך להחזיר לידו. דווקא בשואל ובמלוה על משכון, אבל בשארי שומרים החזירו ליד בנו הוי מוחזר, כמו דכתב רמ"א לקמן בסימן רצ"א (סעיף כא) דאם החזיר פקדון לאשת המפקיד דפטור, והשי"ך (סי' קלו) כתב לדינא אפילו בפקדון חייב אם לא דנושא ונותן בתוך הבית, ועיין תומים (סקמ"ח) כי בדרתי לחלק בין שומר חנם לשומר שכר ומכל שכן שואל.

(קכד) ואם נאבדו המשכונות קודם לכן וכו'. דפרוטה דר' יוסף לא שייך, דהא לא קעביד מצוה עדיין, וגם אין חייב לשטוח ולנער, דהלואה בעצמו יכול לעשותו דמאמין לו כ"ל זמן שלא הלוהו, וגם אבד קתא וכו' לא שייך, דהא לא הלוהו עדיין.

אשתו וצניו הוא מפקיד, מ"מ לא שמיא חזרה והוא חייב צאחריותו כמש"כ בתשובה סי' תנ"ג, רק מה צרך דעדיין הפקדון צחוקת השומר, מ"מ הוא מסרם לנן דעת והוי שומר שמסר לשומר שרגיל להפקיד אלו, ללא שייך למימר אין רלוני שיהיה פקדוני ציד אחר, או לא מהימן לי צצצועה, ולכו"ע לא שמיא פשיעה, וא"כ כאן דמסרם לאשתו של המפקיד, פשיטא דלא מצי למימר אין רלוני וכו', או לא מהימנא צצצועה, וא"כ אין כאן פושע על השומר, ואי דאשתו אין לה לשלם יתחייב הוא לשלם, הא חנינא לדעת התוס' (צ"מ מז: ד"ה הכל) והרא"ש (שם פ"ג סי' כג) הא הר"ם צמרדכי פסק להדיא שם פרק הנ"ל סימן רפ"צ צתשובה המתחלת, ראובן שחבב לשמעון השאלתיך ספר קדשים וכו' כרמז"ס (פ"ד משאלה ה"ט), ואם כן מה צרך ללא שמיא חזרה, מ"מ הוי שומר שמסר לשומר, אך זהו צשומר חנם, אצל צשומר שכר ומכל שכן צשואל דמסר החפץ ליד אשת צעל החפץ, א"כ כיון דלא שמיא חזרה והרי היא צרשות השומר עדיין, פשיטא דחייב, ואי דהו"ל שומר שמסר לשומר, הלא גרע לשמירתה, דהאשה אינו עליו רק שומר חנם, והם שומר שכר או שואל, וא"כ הו"ל פשיעה דללקמן סי' רנ"א צסופו (סעיף כו) וחייב וא"ש.

ואין להקשות חנינא להר"ם דס"ל כהרמז"ס, אצל הרמ"א דהציא שני דיעות צסי' רנ"א (סעיף כד) אם שומר ראשון חייב צאחריותו של שני, לא היה לו להחליט הך דינא של מהר"ם דאם החזיר הפקדון לאשת המפקיד דנפטר, דהואיל דספיקא דדינא פשיטא דפטור, דינא לומר קים ליה כהרמז"ס והר"ם, אף גס יש לומר דס"ל כמש"כ הי"ש"ש וכמש"כ צס"ק הקודם, דדוקא צאשתו

(קכ) חייב שמעון (קכא) לשלם לראובן שהוא צעל דצר של ראובן, אף על גב (שראובן) רגיל להפקיד אלו לוי (טור). (ועיין לקמן סימן רנ"א).

לא ראובן שאל משמעון משכון שמשכון בידו, השיב שמעון בנך הקמן בא ושאל אותו בשמך ונתתיו לו, וראובן אומר שלא בא לידו, שמעון פושע הוא, שמסרו ליד בן ראובן, [מח] (קכב) אפילו אם היה גדול, שהממשכון או משאל חפץ לחבירו (קכג) צריך להחזיר לידו.

לב ראובן היה לו מעות ביד שמעון, ובקש ממנו לוי שילוח אותם לו, ונתרצה להלוותם ונתן לו בהם משכון, ושלח ראובן כתב לשמעון שיתן המעות ללוי ונתנם לו, ונאבדו המשכונות ביד ראובן, דין מלוה על המשכון יש לו ונתחייב ראובן בשמירת המשכונות. ומיהו לא נתחייב בשמירתם עד שיגיעו המעות ליד לוי, (קכד) ואם

הפקדון ליד אשת המפקיד דפטור, וטראם הסמ"ע (סקמ"ח) לחלק צצצאלה כל הנאה שלו צריך שמירה ציותר, וכן המלוה על משכון דקונה משכון הוי כשואל. והשי"ך (סי' קלו) כתב דדוחק לחלק, וגם תירוצ' הצ"ח (סעיף כה) לחלק צין אשה הנושאת ונותנת צתוך הצית או לאו, לא משמע ליה צישוב צצצרי רמ"א, ומ"מ לדינא הסכים עם הצ"ח דאף צפקדון אם אין נושאת ונותנת צתוך הצית לא שמיא חזרה.

ובאבות המעין צתשובת מהר"ם צמרדכי, משמע דליתר התאמת הדין כתב דנושאת ונותנת צתוך הצית, ולרווחא דמילתא, ולדינא אמר צאמת אפילו אין נושאת ונותנת צתוך הצית. אך צאמת לק"מ, דהמעין צמהר"ם יראה כי זה כתוב לעוד כל המפקיד על דעת אשתו וצניו וכו', אצל מתחילה לא צצציל זה פוטר למפקיד, כי ודאי י"ל כמש"כ הרא"ש (הו"ד צטור סעי' כה) והרשב"א (צתשו' ח"צ סי' רצב) להדיא דאף דנאמר כל המפקיד על דעת

אשתו וצניו הוא מפקיד, מ"מ לא שמיא חזרה והוא חייב צאחריותו כמש"כ בתשובה סי' תנ"ג, רק מה צרך דעדיין הפקדון צחוקת השומר, מ"מ הוא מסרם לנן דעת והוי שומר שמסר לשומר שרגיל להפקיד אלו, ללא שייך למימר אין רלוני שיהיה פקדוני ציד אחר, או לא מהימן לי צצצועה, ולכו"ע לא שמיא פשיעה, וא"כ כאן דמסרם לאשתו של המפקיד, פשיטא דלא מצי למימר אין רלוני וכו', או לא מהימנא צצצועה, וא"כ אין כאן פושע על השומר, ואי דאשתו אין לה לשלם יתחייב הוא לשלם, הא חנינא לדעת התוס' (צ"מ מז: ד"ה הכל) והרא"ש (שם פ"ג סי' כג) הא הר"ם צמרדכי פסק להדיא שם פרק הנ"ל סימן רפ"צ צתשובה המתחלת, ראובן שחבב לשמעון השאלתיך ספר קדשים וכו' כרמז"ס (פ"ד משאלה ה"ט), ואם כן מה צרך ללא שמיא חזרה, מ"מ הוי שומר שמסר לשומר, אך זהו צשומר חנם, אצל צשומר שכר ומכל שכן צשואל דמסר החפץ ליד אשת צעל החפץ, א"כ כיון דלא שמיא חזרה והרי היא צרשות השומר עדיין, פשיטא דחייב, ואי דהו"ל שומר שמסר לשומר, הלא גרע לשמירתה, דהאשה אינו עליו רק שומר חנם, והם שומר שכר או שואל, וא"כ הו"ל פשיעה דללקמן סי' רנ"א צסופו (סעיף כו) וחייב וא"ש.

ואין להקשות חנינא להר"ם דס"ל כהרמז"ס, אצל הרמ"א דהציא שני דיעות צסי' רנ"א (סעיף כד) אם שומר ראשון חייב צאחריותו של שני, לא היה לו להחליט הך דינא של מהר"ם דאם החזיר הפקדון לאשת המפקיד דנפטר, דהואיל דספיקא דדינא פשיטא דפטור, דינא לומר קים ליה כהרמז"ס והר"ם, אף גס יש לומר דס"ל כמש"כ הי"ש"ש וכמש"כ צס"ק הקודם, דדוקא צאשתו

(קכה) אף אם הרשהו שמעון וכו'. דווקא דלא אמר, לי אמר שמעון שהוא מורשה מראובן להשתמש בו, אבל אם טען כך אמר לי והאמנתיו נאמן, ש"ך (ס"ק קמ), וצ"ל דאית ליה מגו אתה נתת לי רשות או שכן במקום דלית ליה מגו לאו כל כמיניה.

(קכו) לא היה לו לשמוע לו. אבל אם היה לשמעון רשות והוא הרשה ללוי, אף דמתחילה לאו שפיר קעביד דאין השואל רשאי להשאיל, מ"מ בדיעבד לאו פושע הוא ואין כאן קפידה דנימא דיתחייב, ש"ך (שם), וגם לא מצי למימר לשני לא מהימנת לי בשבועה דילמא פשעת בו, דזהו לגבי שומר ראשון, אבל לאו כל כמיניה להוציא מעות מיד השני ולומר לאו נאמן אתה על השבועה.

(קכז) ויש לאותו פלוני משכון וכו'. פירש הש"ך (ס"ק קמא) אף אם אין המשכון נזכר בשטר רק שידוע שהיה משכון. ועיין בתומים (סקמ"ט) מש"כ.

(קכה) וטוען היורש שהמשכון נאנס. רצונו לומר, שמא נאנס, כי אילו טען ודאי נאנס, א"כ איך יתכן דישבע דלא החזיר הא טוען נאנס, ועיין תומים (סק"ה) דלפיי"מ שכתב הש"ך (ס"ק קמב) וכמש"כ בס"ק שאחר זה דהך נשבע הלואה שלא החזיר, לא קאי אלמעלה בהא דטוען נאנסה, שפיר י"ל דטוען ברי שנאנסה, ולא שטוען ברי דהוא יודע שנאנסה, דא"כ ישבע ויטול, רק ברי שכן פקד אביו שנאנסה, וא"כ אף אביו לא היה נאמן ליטול אלא בשבועת שומרים, וכיון דמת ולא נשבע אין היורש יכול להוציא ולק"מ.

וצניו ס"ל דחייב דאל"כ כל אדם יערים, אצל צאחר ומכל שכן צאטת המפקיד דלא שייך כל אדם יערים לכו"ע הראשון פטור, ולק"מ ודו"ק כי זה צרור.

[מט] ויש לאותו פלוני משכון. משמע דאין המשכון נזכר בשטר, כ"כ הש"ך (ס"ק קמא). ויש להצין אם אין היורש יודע אם נאנסה וכן הלואה אינו יודע, וא"כ למה לא יפרע הא יש כאן שטר, ועיין לעיל סי' נ"ט (סק"ז) ולקמן סי' פ"ז (סעיף ז) במלואה ולוה אינו יודע אם נפרע, השטר צחוקמו וגזינן ציה, וע"ש צש"ך (סי' נט סק"א), וצ"ל או דהתם שמא של הלואה גרוע דהו"ל למידע כמאמר חו"ל דפרע דיין, משא"כ כאן מניין יודע אם נאנסה, או דשם אמרינן דשטר צחוקמו ולא נפרע כלל, משא"כ כאן דידוע דהיה משכון על שטר וא"כ איתרע שטרא, רק דאין נודע אם נאנס המשכון, כזר י"א השטר מחוקמו ומספיקא לא גזינן ציה.

[נ] נשבע הנתבע היסת וכו'.

הקשה הש"ך (ס"ק קמז) הא היורש טוען ספק ואיך ישציעהו מספק, וסירך לנזדין קמני, דאם אין היורש טוען וודאי החזיר פשיטא דאין כאן שבועה, אצל אם טוען ודאי החזיר צריך הנמצע ליצבע היסת. ויש להצין הא צשירש טוען וודאי החזיר, הא יש ליורש מגו דטוען וודאי נאנסה ויהיה נאמן צשבעה וצריך הלואה לשלם כמש"כ הש"ך גופיה צס"ק זה, א"כ אף צטוען החזיר יהיה נאמן צמגו צשבעה, ואי דהו"ל מגו להוציא, הא צמקוס שטר אמרינן מגו להוציא⁷².

וצריך לומר דכוונת הש"ך דטוען צרי החזיר לך, לא דראה דהחזיר, רק דכך צוה לו אציו, וא"כ יכול להשציע היסת

כיון דשטרו צידו ומסייע לו, ועיין לקמן סי' ע"ה סעיף כ"ז, ולפ"ז ליכא כאן מגו דהוא אינו משקר, רק אציו לא היה נאמן כי אם צמגו דנאנסה והיה צריך שבועה, והא מת לא אשטצע, וא"כ אין להוציא צלי שבועה כיון דאציו היה צריך שבועה כנודע. ולפ"ז שפיר י"ל כלישנא דשו"ע דטוען צרי דנאנסה, והיינו דכך פקד אציו, וא"כ לא קשה קושית הש"ך והצ"ח (סעיף נח) דישבע שצדציו וישלם הלואה, דהא לא ראה שנאנסה רק מכח צוואת אציו, ואציו מת ולא נשבע, וקושית הסמ"ע דאין קמני נשבע הלואה שלא החזיר, הא מודה שלא החזיר רק נאנסה, ג"כ לא קשה, דהא צאמת הך שבועת הלואה אינו מוסב אלמעלה ולנזדין קמני כמש"כ הש"ך. ואם צאנו לזה י"ל דאין צריך לנזדין, רק מה שטוען נאנסה היינו דאציו פקד צצירור שחייב לו כי אין משכנו צידו, וא"כ לפי דצרי הלואה שלא החזיר על כרחך נאנסה, ולכך טוען צרי נאנסה, והלואה דאמר לא נאנסה ולא מהימן ליה אמרינן א"כ החזיר ולכך ישבע וא"ש.

אך לפי שהעליתי לקמן צכללי מגו (אות ח) דלכך לא הוי מגו להוציא צמקוס שטר, לא מטעם דהוי כגצוי, רק דחזקה שטרך צידי מה צעי מסייע עליה, ע"ש, א"כ לק"מ מכאן, דכאן הוא הלואה לא טען דפרע עד דנימא היה לו להחזיר שטרו, רק הוא טוען פשע או שלם יד צמשכנו והוא לא ידע, וא"כ הוי מגו להוציא ולק"מ, אך מכל מקום י"ל הפירוש צשו"ע כמש"כ.

משפט יהונתן

ובאמת מדברי הש"ך כאן מוכח כדבריהם. וע"ע בנתיח"מ (סקמ"ט) ובשער המשפט (סקל"ב) מש"כ ליישב קושיית רבינו על הש"ך. ומש"כ רבינו דהא בשטר אמרינן מיגו להוציא, כתב ע"ז בנתיח"מ שם דלק"מ, דהא

⁷² יעויין באמת בט"ז לעיל סו"ס מ"ח שכתב, בשטר שכתוב בו משכון ונפל חילוק ביניהם אם זה הוא המשכון, שנשבע המלוה ונוטל משום דנאמן במיגו דנאנסו. ועי"ש שכתב שקצת דיינים היו טועים בזה, ע"כ.

[נא] וטוענים היתומים וכו'. כתב הש"ך (ס"ק קמג) דווקא דטוענים צרי, אבל אם טוענים שמה, אף דטוענים ליתמי לקוח ואיל ואציהם מלי לטוען כך, מ"מ ממושכן הוא צדי דמיו דגוף החפץ של לזה לא טוענים, עד יטענו צרי כך לזה אציו. ולדבריו אדם שמת והניח משכנות ולא פקד, יהיה הלויים נאמנים שחייבים עליהם פרוטה אחת. ולא ידעתי מנ"ל זה, דהא כללל הוא כל מה שיכול אציהם לטוען טוענים ליתמי⁷³, וצפרט לדעת הש"ך שהסכים לעיל (סק"ד) כדעת רש"י בתשובה (ח"א סי' אלף מ) דצ"ח קונה משכון והו"ל כלקוח ונאמן צדי דמיו אפילו לית ליה מגו כלל.

ומדברי צעה"ת שער מ"ט ח"ג (ס"ה) ד"ה משמע להדיא כסמ"ע (ס"ק קה), דהרי כתב דישליש החמשים עד שיגדלו יתומים וישצטו שצות יורשים שלא פקדנו אצא, ולדברי הש"ך צריכין ליצטו שפקד האצ שכן חייב לו הלוא על המשכון ומה זה שלא פקדני אצא, ועוד כתב צמה שטען הלוא שקרובים ישצטו שכן לזה, ופסק דפטור אפטרופוס ליצטו כי חוצה עליהם לטוען כל טענות שאפשר לטוען וכו', וצשלמא דסגי צמה שטוענים חולי חייב, שפיר כתב שצוה זו מה טיבו כך חוצתם לחפש צוכות יתומים ולטוען כל אפשרי, אבל אם לא סגי רק שיטענו שכן לזה צירור ואי לא לזה עול הוא צחיק יתומים ליטול מיד הלוא, א"כ איך חוצה עליהם לטוען, וכי הרשות להם לטוען שקר, וכי זהו חוצתם או כך יפה להם חס ושלום דוצר שקרים לא יכון, ואי דהיתומים טוענים כך לזה והקרובים לא ידעו, צממ"נ מה טיבו של שצותם הא לא ידעו, ואי דהלוא טוען הם ידעו דלא לזה, א"כ עדיין קשה מה זה שכתב שצוה עליהם לטוען, כי חוצה עליהם להיות סגורים ליתומים הטוענים שקר ולא יגנצו המעות עד שיגדלו וישצטו, וכי יניחו ליצטו לשקר, וגם ליתומים, לכן צרור כדברי סמ"ע דצשמא אין מוציאין, ויפה כתב צעה"ת שצוה על האפטרופסים לטוען ואין נפ"מ אי לזה או לא לזה.

[גב] וישבעו שבועת היורשים. כתב הש"ך (ס"ק קמד), לקמן צס" ק"ח סעיף ה' מצואר דוקא צטען אשתצטו לי, אבל צללא טען לא משצעיין ליה. ולי נראה דאין דומה להם, דשם מיירי צצטר ואילו חי המלוא והיה טוען הלוא פרעתי לא היה מחויב המלוא שצוה אלא צטען אשתצטו לי, הוא הדין צמותו אין יורשי המלוא חייבים ליצטו שלא פקדנו רק צטען השצטו לי,

משפטי יהונתן

עיקר הטעם דאמרינן בשטר מיגו להוציא הוא משום דחזקה דשטרא בידיה מסייע להמיגו, וכאן ליכא חזקה דשטריה בידיה מאי בעי, דהא המשכון בידו היה מקודם, ע"כ. מיהו יל"ע מדברי הראשונים שכתבו גבי סטראי דאמרינן מיגו להוציא כיון דאיכא שטרא, אע"ג דשם אין השטר מוכיח דחייב לו מצד אחר. ועי' ג"כ בנתי"מ לעיל (סי' נח סק"א) בתו"ד וז"ל, וגם מהמיגו והשטר אין ראיה והוכחה שהוא חייב דאין השטר מסייע שהוא חייב לו ממקום אחר, רק דמהני משום שהשטר הוא כגבוי והוי כמיגו להחזיק, ע"כ. ומבואר להדיא דאפי' באופן שאין חזקה דשטר בידי מאי בעי, אמרינן מיגו להוציא במקום שטר מטעם דהוי כגבוי.

73. בנתי"מ (סק"ג) כתב ליישב, די"ל דלענין זה שלא יהיה צריך להחזיר

(קכט) שלא החזיר. הקשה הש"ך (שם) הא הו"ל טענת ספק ואין נשבעין עליו, ותיירץ דלצדדין קתני, ואם טען ודאי החזיר נשבע, ועיין תומים (שם) שהקשיתי למ"ד דבמקום שטר אמרינן מגו להוציא משום דשטר הוי קצת כגבוי, א"כ יהיה נאמן במגו דנאנסה ויגבה שטרו בשבועה, ולכן צ"ל דפירושו דטוען ברי שכן צוה אבא שהחזיר, אך לפ"ז י"ל דהכל בחדא שייכי, דטוען דאביו פקד סתם דחייב לו ומשכנו אין בידו, ולכן טוען היורש לדברך שלא החזיר ודאי נאנסה, ואם אתה אומר לא כן ודאי החזיר לך, ולכן נשבע שלא החזיר, ועל נאנסה אינו נאמן אביו גופיה רק בשבועה והא לא נשבע וא"ש.

(קל) וטוענים היתומים. לא שטוענים ודאי, רק אפילו טוענים ספק נמי אין להוציא מהם, דטוענים להו מה שהיה אביהם מצי לטוען, סמ"ע (ס"ק קה), והש"ך (ס"ק קמג) חולק דהואיל דגוף המשכון שייך ללוה לא טענינן להו, אם לא שטוענין ברי שכן צוה, ועיין תומים ס"ק נ"א שהסכמתי לדברי סמ"ע. (קלא) עד שיגדלו היתומים. אבל הקרובים אין צריכים ליבע, ולקמן בסימן ק"ח (סעיף ו) דפסק השו"ע דחייב אפטרופוס ליבע שלא פקד, התם איירי במינהו אבי יתומים, ושפיר י"ל דילמא פקד, אבל כאן הם רק קרובים שמפקדים בטובת קרוביהם היתומים ולא מינהו אבי יתומים, ולכן אין עליהם שבועה כלל, כן הוא נכון ואין צריך לדוחק של האחרונים. (קלב) שיגדלו היתומים. מיירי שהם קטנים פקחים דברי דעת נינהו, דקטנים גמורים אפילו הגדילו אין צריכים ליבע, ב"ח (סעיף כט) וש"ך (ס"ק קמד).

(קלג) וישבעו שבועת היורשים. אע"ג דלהחזיק אין צריכים

מהמשכון עד שיפרע לו קנה ליה קנין גמור, ומשו"ה הכא אם היתומים רוצין לגבות מהמשכון דאז צריכין לתבוע גופו של לזה תחילה, זה הוי כלהוציא ואין טוענין עבורם, אבל כשרוצים רק להחזיק המשכון, דלענין זה הוי כלהחזיק וטוענין עבורם, ויעו"ש שהביא ראיה לזה. ובאמרי בינה (סי' עה ד"ה ואם מת) כתב ע"ד הנתי"מ, דלא מסתבר דא"כ לעולם יהיה מונח המשכון בידם, ובבעה"ת כתב דישליש החמשים עד שיגדלו היתומים וישבעו שלא פקדנו אבא ויקחו הממון מיד שלישי, ולדברי הנתי"מ לא יגבו לעולם רק יהא מונח, אולם י"ל דכיון שיש להם חזקה שאינם צריכים להחזיר עד שיתן כדי דמיו של המשכון וזה רוצה בהמשכון לכך צריך שישליש ביד שלישי ויתרצה על שבועתם, דאל"כ

יורשים שבועה, הך לא קרוי להחזיק, דגופו של משכון הוי של לוח, ואם בידם מעות, כגון שנאבד המשכון בפשיעה והסכסוך בדמיו של משכון, אפילו שבועה אין צריך, ש"ך (ס"ק קמה), ונכון הוא.

(קלד) שלא פקדנו. ואפילו לא טען השבע לי, צריכין לישבע, כן העליתי בתומים (סקנ"ב) דלא כש"ך (ס"ק קמו) דמצריך דוקא לטעון כך.

(קלה) ועל השאר ישבע היסת. צריך לומר דמיירי

דטענו כך צוה לנו אבא, דאל"כ איך ישבע בטענת ספק, ומוכח מכאן דסבירא ליה למחבר דטענו אמר לי אבא חייב אתה לו, נשבע היסת, ועיין מש"כ להלן ס"ס ע"ה.

(קלו) אבל אם הוא מדברים העשויים להשאיל וכו'. עיין תומים (סקנ"ג) דהעליתי אם לא טוענים יורשים כך צוה אבא, רק אולי אתה חייב, ויש ללוה עדים המכירים החפץ בטביעות עין אם יראו אותו, והוא נותן סימנים בחפץ, והבית דין רואים שסימנים מכוונים, מכריחים הבית דין ליתומים להראותו לעדים, ואם הם מעידים שמכירים אותו בטביעות עין שהיה של לוח, הלוה נאמן, ואם אין נותן סימנים, אין מכריחין ליתומים להראות כלל, ומכל שכן באין לו עדים המכירים בטביעות עין רק מכוונים סימנא, על זה לא סמכין להוציא החפץ מחזקת יתומים, ונאמנים כדי דמיו. ואם היתומים טוענים ברי שכן צוה אביהם, אפילו מכוונים הסימנים, אין מכריחים ליתומים להראותו כלל, ולעולם נאמנים, ועיין מש"כ להלן סימן רצ"ו, ע"ש.

שום, וצוה מכריחים ליתומים להראותו לעדים, ואם אח"כ יכירוהו העדים בטביעות עין מחזיקים להחזיר, זהו העיקר מש"כ התוס' והרא"ש, והן דברי הרמ"א לקמן סי' רצ"ו, ע"ש.

משא"כ כאן דליכא שטר רק משכון, ואילו המלוה חי והיה צריך הלוואה המלוה והלוה מחולקים, לא היה נוטל רק בשבועה אע"פ דלא טען השבע לי כדינו של גאונים (לעיל סעיף יז) הואיל ולא טען על גופו של חפץ רק על דמיו כהנ"ל, וא"כ אף צמותו צריכין יורשים לישבע שלא פקדנו אפילו דללא טען כלל, ופשוט⁷⁴.

[נג] אבל אם הוא מדברים העשויים וכו'. כמז

הסמ"ע (ס"ק קו) אפילו ליכא עדי ראה כלל ואם כן אילו אציהם חי היה נאמן צמגו דלקות, מ"מ גבי

יתומים כיון דהוא אמר חפץ זה שסימנו כך שאלו הוא צידו ממנו ציד אציהם היו, והצית דין מכריחין ליתומים להראותו, ואם מכוונים הסימנים והוא עשוי להשאיל ולהשכיר מחזירין ליד התוצע מה דלא היו מכריחין למלוה כשהיה חי. והש"ך (ס"ק קמת) השיג והסכים למהרש"ל (נחידושו לטור סעי' כט) דטענין ליתמי מה דאציהם מצי לטעון, וא"כ צעין עדי ראה.

ובאמת שניהם לא דיצרו להלכה, כי הש"ך לשיטתו אילו כי לקמן השיג על השו"ע ורמ"א צסי' רצ"ו (סק"א) צאריכות, ואני צרתי שם צס"ד כי לא ירד לעומק הלכה כראוי, והעיקר שם כמש"כ רמ"א והתוס' והרא"ש צפרק אציהם נשך (ע. מוד"ה אמת ורא"ש פ"ה סי' נא) דודאי על סימנים אפילו מוצהקים לא סמכין להחזירו ליד התוצע, רק צריך שיכירו עדים בטביעות עין שזהו כלי של פלוני, רק אין הצ"ד מכריחין ליתומים להראות החפץ לעדים שיכירו בטביעות עין, אמנם אם אמר סימנים והצית דין רואים החפץ ומכוונים הסימנים לפי מה שאמר, א"כ רגלים לדבר שזה החפץ שטוען עליו, דלא שכיח דמתרמי חפץ שסימניו שום, וצוה מכריחים ליתומים להראותו לעדים, ואם אח"כ יכירוהו העדים בטביעות עין מחזיקים להחזיר, זהו העיקר מש"כ התוס' והרא"ש, והן דברי הרמ"א לקמן סי' רצ"ו, ע"ש.

ולפ"ז מש"כ הסמ"ע דמשמע מדבריו דאין כאן עדים כלל אשר מכירים החפץ בטביעות עין שהוא שלו רק הוא נותן סימניו, וצוה ס"ל לסמ"ע דמחזירין, וזהו אינו נכון, דעל סימנים גרידא אינו מחזיר, וכמו כן מש"כ הש"ך דלעולם אין מחזירין עד שיהיה ראה, ג"כ אינו נכון, רק אם הוא יש לו עדים המכירים בטביעות עין אע"פ שאינם רואים, והוא נותן סימנים כמש"כ הסמ"ע, ג"כ מכריחים הצ"ד להראותו לעדים, ואם הם מעידים שמכירים מחזירים לו, וזה צרור ונכון. אלא זהו אם הם אינם טוענים צרי שכן צוה, אצל אם טוענים צרי שכן צוה, פשיטא דלא מהני סימנים כלל כמצוה צרמ"א לקמן סי' רצ"ו וכמש"כ שם צאריכות וכמש"כ לקמן,

משפט יהונתן

המשכון הוא דוקא כשמכחישינן עצמן בגוף הלואה, אבל כשטוען פרעתי מבואר בבעל התרומות (שער מט ח"ב ס"א) דהוי ממש כטוען נגד שטר, ע"ש. וע"כ הטעם דמצוי אמר משכונך בידי מאי בעי, והוי ממש דינו כשטר, ע"ש. מיהו בבית יהודה חולק ע"ד הנתיה"מ, ומטעם דאף לפי"ד הבעה"ת דבמשכון ג"כ אמרינן משכונך בידי מאי בעי, מ"מ היינו דוקא כשטוען פרעתיך כל החוב דאז אמרינן ליה משכונך בידי מאי בעי, אבל הכא טענת הלוח הוא שפרע רק חמישים, וכיון שכן ליכא טענה עליו למה השאיר המשכון, כיון שלא פרע כל החוב, ולא דמי להא דאמרינן גבי שטר דאף אם טען פרעתיך מקצת דא"צ המלוה לישבע רק בטוען אישתבע לי, דהתם הו"ל לכתוב שובר, וזה לא שייך הכא במשכון, יעו"ש. וע"ע בישועות ישראל (סקי"ח) ובנחל יצחק (סי' נח סק"א ענף א) מה שהביאו מדברי הירושלמי בשבועות, ע"ש.

יהא מונח עד עולם, והיורשים אי"צ להחזיר בעד החמישים שמודה דדילמא חייב יותר, ולכן כתב שם בדרך פשרה שיעשה הלוח כך, ובאמת אם אין הלוח רוצה בכך רק שיחזיקו המשכון תחת ידם ולא יגבו כלל, יכול הלוח לעכב כיון שלפי דבריו אינו חייב רק חמישים, וכיון שהם אינם מוכנים להחזיר המשכון בעד החמישים שמודה, אי"צ לשלם אף החמישים שמודה, וכמו"כ אם היתומים אינם רוצים שיקבל המשכון רק שיהא מונח אצלם, ג"כ יכולים לעכב, רק דרך פשרה אמר שטוב שיעשו כן וכו', ומ"מ כתב שזה דוחק, ובפשטות משמע כמש"כ רבינו דמן הדין טוענין אף לגבות מן המשכון דלא הוי להוציא כיון דבלא"ה מונח בידם, יעו"ש. וע"ע בנחל יצחק (סקי"ט) שהאריך בענין זה, ומסיק דהעיקר לדינא כמש"כ האו"ת דאף בטוענים שמא יכולים היורשים לגבות אף מן גוף המשכון, ע"ש.

74. בנתייה"מ (סקנ"א) כתב ליישב ד"ל דהא דצריך לישבע על

ע"ש. ולכן הסמ"ע לשיטתו דפירש דכאן מיירי דאינס טוענים דקי"ל (פסחים לא:) בע"ח קונה משכון, מ"מ אין לו שוב ראיתי נט"ו שציקש לחלק בין הך דלקמן נט"ו דאיירי דצדדים שאינם עשויים להשאיל ואיכא עדי פקדון, ובין דצדים העשויים להשאיל וליכא עדי פקדון, דכל טעמו של הרא"ש והטור לקמן (שם סעיף ז) דלא טעינו ליתמי מילתא דלא שכיח והיינו שימכרם צדקדון ואח"כ ימכור לו, משא"כ דצדים העשויים להשאיל שכיח שימלך למכור. ומלכד דגם הש"ך כתב צדימן הנ"ל דגם זה לא שכיח שימכור דצדים העשויים להשאיל, ואין אדם עשוי למכור כליו, אף גס צמחילה מכבודו דשם אין הפירוש לא שכיח דימכרנו, דלמה לא שכיח, רק אכן ראינו סימנים מכוונים לזה החפץ והו"ל עדי ראה רק חיישינן דילמא מתרמי זה כזה צדימנים, זה לא שכיח ולא טעינו, ולכן נריך להראותו לעדים שיכירוהו בטענות עין, וכ"כ לקמן הפרישה דזה לא שכיח שיזדמן עוד חפץ צדימן כסימן זה צדור, ולכן מנריכין שיאמר סימנים, וא"כ אין מקום לדבריו כלל זה צדור.

[נד] וי"א דהוא הדין למועות וכו'. כל האחרונים השיגו לרבינו צ"י (סעיף לא) צוה, דהא המעות להולאה ניתנו כמש"כ הרמ"א, והרב הש"ך (ס"ק קג) כתב, נוסחא מוטעת נזדמן לרבינו צ"י צדינו ירוחם (מישרים נתיב כ ח"צ). ואם כי הם החליטו הדבר, לדידי מספקי טובא, ויש לדעת רבינו צ"י מקום לסמוך עליו, כי הצ"ח (שם) כתב צהשגמו על הצ"י, וראה צדורה מפ"צ דקדושין (מו:): צמלוה צרשות צעלים וכו' ואפילו הוא צעין כאלו הולאו יחשב, עכ"ל. ואני אומר משם ראיות צ"י, דהא שם דף מ"ו פליגי צקידשה צמלוה ח"ק ס"ל אינה מקודשת ורשצ"א אומר צסם ר"מ מלוה הוא כפקדון, ואמרינן צמאי קמפלגי צמלוה צרשות צעלים לחזרה קמפלגי, דח"ק ס"ל דאינו צרשות המלוה לחזור צו ולתצוה מעותיו אע"פ שהם צעין וא"כ אינה מקודשת, ורשצ"א סצירא ליה דיכול לחזור ולתצוה מעותיו, וא"כ הרי הם רק פקדון צעלמא ויכול לקדש צו אשה דשלו הם וצרשותו קאי, ופריך הגמרא אלל הא דאמר רב הונא השואל קרדוס מחצירו צקע צו קנאה לא צקע צו לא קנאה לימא כחנאי אמרה לשמעמא, ומשני עד כאן לא פליגי אלל צמלוה דלא הדרא צעיניה אלל ששאלה דהדרא צעיניה כו"ע ס"ל דוקא צקע צו, עכ"ל. וא"כ צדור דלח"ק דאם הוא ציד ליה אע"פ שלא הולאה אין ציד מלוה לתוצעם, וגלל כן אינו צרשותו לקדש צו אשה כלל, אין דינו של הצ"י מחזור כמש"כ כל המחצרים, כיון שהגיע מעות ליד גוי אף שהם עדיין צעין, מו ילא מרשות ישראל לגמרי והרי הן של גוי, אלל לרשצ"א דס"ל דהוי כפקדון ויכול לקדש צו אשה דהרי יכול לחזור צו, א"כ יתכן דינו של צ"י, דהא הם של ישראל לגמרי והם רק כפקדון ציד גוי כל כמה דלא השתמש צהן ויכול לקדש צו אשה, א"כ פשיטא דנפול הוא כפקדון של ישראל ציד גוי וחייב להחזירו, ומדברי הצ"ח גופיה משמע דחליא צהן דעות.

ובענין נריכין אנו לצרר כמאן קי"ל הלכה, וצדור דהלכה כת"ק דאינה מקודשת, אלל נראה לפי"מ שכתבו החוס' צ"ק דף ע"ט (ע"א) ד"ה תקנו וכו', דצהן דשואל קרדוס יש שלשה מחלוקות, לרב הונא לא תקנו ציה משיכה כלל ויכול לחזור צו קודם צקע צו, ולר' אלעזר דאמר כדרך שתקנו משיכה צלקוחות כך תקנו משיכה צשומרים, דצר תורה יכול לחזור צו, ומדברנן עפ"י תקנה אינו יכול לחזור כיון דמשך, ור' אמי ס"ל אפילו דצר תורה אינו יכול לחזור ולכך מעל וקי"ל כוותיה דר' אלעזר כמצואר שם צגמרא ובכל הפוסקים (עי' לקמן סי' שג) דתקנו משיכה צשומרים, וא"כ אם צקדוס דהדרא צעינא קי"ל דמשעה שמשך לא יכול לחזור, מכל שכן צמלוה דלא הדרא צעיניה, ולכן קי"ל דמלוה לא ניתן לחזרה.

ע"ש. ולכן הסמ"ע לשיטתו דפירש דכאן מיירי דאינס טוענים דקי"ל (פסחים לא:) בע"ח קונה משכון, מ"מ אין לו שוב ראיתי נט"ו שציקש לחלק בין הך דלקמן נט"ו דאיירי דצדדים שאינם עשויים להשאיל ואיכא עדי פקדון, ובין דצדים העשויים להשאיל וליכא עדי פקדון, דכל טעמו של הרא"ש והטור לקמן (שם סעיף ז) דלא טעינו ליתמי מילתא דלא שכיח והיינו שימכרם צדקדון ואח"כ ימכור לו, משא"כ דצדים העשויים להשאיל שכיח שימלך למכור. ומלכד דגם הש"ך כתב צדימן הנ"ל דגם זה לא שכיח שימכור דצדים העשויים להשאיל, ואין אדם עשוי למכור כליו, אף גס צמחילה מכבודו דשם אין הפירוש לא שכיח דימכרנו, דלמה לא שכיח, רק אכן ראינו סימנים מכוונים לזה החפץ והו"ל עדי ראה רק חיישינן דילמא מתרמי זה כזה צדימנים, זה לא שכיח ולא טעינו, ולכן נריך להראותו לעדים שיכירוהו בטענות עין, וכ"כ לקמן הפרישה דזה לא שכיח שיזדמן עוד חפץ צדימן כסימן זה צדור, ולכן מנריכין שיאמר סימנים, וא"כ אין מקום לדבריו כלל זה צדור.

[נד] וי"א דהוא הדין למועות וכו'. כל האחרונים השיגו לרבינו צ"י (סעיף לא) צוה, דהא המעות להולאה ניתנו כמש"כ הרמ"א, והרב הש"ך (ס"ק קג) כתב, נוסחא מוטעת נזדמן לרבינו צ"י צדינו ירוחם (מישרים נתיב כ ח"צ). ואם כי הם החליטו הדבר, לדידי מספקי טובא, ויש לדעת רבינו צ"י מקום לסמוך עליו, כי הצ"ח (שם) כתב צהשגמו על הצ"י, וראה צדורה מפ"צ דקדושין (מו:): צמלוה צרשות צעלים וכו' ואפילו הוא צעין כאלו הולאו יחשב, עכ"ל. ואני אומר משם ראיות צ"י, דהא שם דף מ"ו פליגי צקידשה צמלוה ח"ק ס"ל אינה מקודשת ורשצ"א אומר צסם ר"מ מלוה הוא כפקדון, ואמרינן צמאי קמפלגי צמלוה צרשות צעלים לחזרה קמפלגי, דח"ק ס"ל דאינו צרשות המלוה לחזור צו ולתצוה מעותיו אע"פ שהם צעין וא"כ אינה מקודשת, ורשצ"א סצירא ליה דיכול לחזור ולתצוה מעותיו, וא"כ הרי הם רק פקדון צעלמא ויכול לקדש צו אשה דשלו הם וצרשותו קאי, ופריך הגמרא אלל הא דאמר רב הונא השואל קרדוס מחצירו צקע צו קנאה לא צקע צו לא קנאה לימא כחנאי אמרה לשמעמא, ומשני עד כאן לא פליגי אלל צמלוה דלא הדרא צעיניה אלל ששאלה דהדרא צעיניה כו"ע ס"ל דוקא צקע צו, עכ"ל. וא"כ צדור דלח"ק דאם הוא ציד ליה אע"פ שלא הולאה אין ציד מלוה לתוצעם, וגלל כן אינו צרשותו לקדש צו אשה כלל, אין דינו של הצ"י מחזור כמש"כ כל המחצרים, כיון שהגיע מעות ליד גוי אף שהם עדיין צעין, מו ילא מרשות ישראל לגמרי והרי הן של גוי, אלל לרשצ"א דס"ל דהוי כפקדון ויכול לקדש צו אשה דהרי יכול לחזור צו, א"כ יתכן דינו של צ"י, דהא הם של ישראל לגמרי והם רק כפקדון ציד גוי כל כמה דלא השתמש צהן ויכול לקדש צו אשה, א"כ פשיטא דנפול הוא כפקדון של ישראל ציד גוי וחייב להחזירו, ומדברי הצ"ח גופיה משמע דחליא צהן דעות.

ובענין נריכין אנו לצרר כמאן קי"ל הלכה, וצדור דהלכה כת"ק דאינה מקודשת, אלל נראה לפי"מ שכתבו החוס' צ"ק דף ע"ט (ע"א) ד"ה תקנו וכו', דצהן דשואל קרדוס יש שלשה מחלוקות, לרב הונא לא תקנו ציה משיכה כלל ויכול לחזור צו קודם צקע צו, ולר' אלעזר דאמר כדרך שתקנו משיכה צלקוחות כך תקנו משיכה צשומרים, דצר תורה יכול לחזור צו, ומדברנן עפ"י תקנה אינו יכול לחזור כיון דמשך, ור' אמי ס"ל אפילו דצר תורה אינו יכול לחזור ולכך מעל וקי"ל כוותיה דר' אלעזר כמצואר שם צגמרא ובכל הפוסקים (עי' לקמן סי' שג) דתקנו משיכה צשומרים, וא"כ אם צקדוס דהדרא צעינא קי"ל דמשעה שמשך לא יכול לחזור, מכל שכן צמלוה דלא הדרא צעיניה, ולכן קי"ל דמלוה לא ניתן לחזרה.

רק אי גס המלוה הוא רק מדרבנן דתקנו ציה משיכה כמו קרדוס לר' אלעזר, או נמא צמלוה דלא הדרא צעינא לכו"ע הוי דאורייתא, צו יס לספק, ונראה דגם זה מדרבנן, דהא ודאי רבי שמעון בן אלעזר דס"ל מקודשת על כרחך דס"ל דלא תקנו משיכה בקרדוס, דאם בקרדוס תקנו מכל שכן צמעות, ואיך תהיה מקודשת הא עפ"י תקנתא דחו"ל נפקע רשות כדאמרין בכל דוכתי צמקדש צאיסורי הנאה דרבנן. והגע עצמך, המוכר כלי לחצירו וחצירו קנאו צמשיכה, וכי יכול המוכר לקדש צו אשה אע"פ דמהתורה לא קנאו הלוקח והוא צרשות המוכר, והוא הדין צוה, ואפילו לגבי מעילה ס"ל לרמב"ם (פ"ו ממעילה ה"ד) דלא כחוס' (שם ד"ה תקנו) דס"ל הואיל ותקנו משיכה אי נתן קרדוס של הקדש לחצירו מעל וינא לחולין, ודלא כחוס' הנ"ל דס"ל דלהך מאן דאמר נ"ל דהוי דאורייתא, דהא הרמב"ם צפ"צ מהלכות שכירות (ה"ח) פסק דתקנו משיכה צשומרים, ומ"מ פ"ו מהל' מעילה (ה"ד) פסק דיונא לחולין וכו', ש"מ דס"ל דאליס תקנת חכמים להפקיע אפילו ידי מעילה, וא"כ כל שכן לענין קידושין⁷⁵. **ועבצ"ל** דלא ס"ל לרבי שמעון בן אלעזר דתקנו משיכה צשומרים כלל, וא"כ לפ"ו לת"ק דס"ל דאינה מקודשת, אי אמרינן דס"ל צמעות הואיל ולא הדרא צעינה מהתורה אינו יכול לחזור, א"כ מו לא מצינו דיהיה חולק ארשב"א דס"ל דלא תקנו משיכה צשומרים גבי קרדוס וכיונא צו, דמה שסבר צמעות דאינו חוזרת הוא דבר תורה, אבל דחכמים תקנו לא מצינו לו, ומהכ"ת לדש פלוגמא חדשה מה דלא מצינו, ולמה נמא דפליגי צחרתי, אי דבר תורה יכול לחזור צמלוה, ואי תקנו משיכה צשומרים, מחלוקת זו אינן צריכה ואפושא פלוגמא היא, וא"כ קשה להני צי רב דס"ל דפליגי צמלוה צרשות צעליס לחזרה הך מילתא דר' אלעזר, וכן קי"ל צמרובה דף הנ"ל דתקנו משיכה צשומרים דלא כמאן, דהא כו"ע ס"ל דלא תקנו כלל. ועיין צריטצ"א לקידושין (שם) דכתב להדיא דמגופיה דצרייתא דייקין דבהך פליגי צמלוה צרשות צעליס לחזרה ולא צסתמא דמלוה, ע"ש. וא"כ קשיא לר' אלעזר ור' אשי צמרובה, ועכנ"ל דלר' אלעזר לא גחלקו כלל צדין תורה, דצדין תורה אפילו מלוה חוזרת, רק פליגי צתקנה אי תקנו משיכה, ור' אלעזר ס"ל כת"ק, וכ"כ הריטצ"א דרבנן כר' אלעזר קיימי.

ולפ"ז הא דתקנו משיכה לגרע כח המשאל צישראל, אבל צישראל המשאל לגוי מהכ"ת לומר תקנה, ואנה מצינו זו דיתקנו חו"ל תקנה לגוי ולגרע כח צישראל ולהוסיף כח הגוי, דבר זה לא היה ולא מצינו, ואין לנו אלא דין תורה, וא"כ כל זמן שהמעות צלי הוצאה ממנו כלל ציד גוי, הרי הוא צרשות צישראל ויכול לקדש צו אשה והרי הוא כפקדון, וא"כ פשיטא דהוי אצידת צישראל כמש"כ לעיל.

ואיברא דיש לפקפק לפי מש"כ צאסיפת זקנים צסם הריטצ"א

שם צ"מ פרק השואל (ג.) דלכך ס"ל לרב הונא דלא צקע יכול לחזור, דבר הונא ס"ל משיכה לאו קנין מדבר תורה רק תקנת חכמים, וס"ל צשומרים לא תקנוהו, ור' אלעזר פליג וס"ל דאף צשומרים תקנוהו. ולפ"ו ריש לקיש דס"ל (שם מו:) משיכה מפורשת דבר תורה, אף צשומרים מודה רב הונא, ומכל שכן אינן אמוראי דאינו יכול לחזור צו דקניה צמשיכה. וא"כ עדיין קושיא הנ"ל צמקומו, דצגוי ודאי אין יכול צישראל לחזור דקי"ל (שם מח: וצבורות יג:) כר' יוחנן צישראל צכסף, וא"כ לנכרי צמשיכה דין תורה, וא"כ לכו"ע אינו יכול לחזור צו והוא קנין דבר תורה.

ביהו נראה דרבינו ירוחם והצ"י ס"ל דלא תליא צוה, אף דמשיכה קנין דבר תורה הני מילי צמקנה גוף הכלי והחפץ, אבל צשאלה אין מקנה לו רק צשמיש, וכ"כ הריטצ"א לקידושין (מו:) צסם רבו דאי לא תימא הכי הא שאלה הוי ליומא כעין מתנה וכמש"כ הריטצ"א שם, וצמתנה כתצו חוס' ע"ו דף ע"א ד"ה פרדשני וכו', ע"ש דלכו"ע משיכה קונה דבר תורה, ועכנ"ל כמש"כ הריטצ"א צקדושין. ועוד דהא רב אשי ס"ל צפ"צ דצבורות (שם) משיכה צישראל קונה, ור' אשי דייק צצ"ק דף ע"ט (ע"א) ממשנה דתקנו משיכה צשומרים. ואילו תליא זה צוה מה צורך לדייק, הא הדבר מצוה צעצמו, וכן כל החרדה שהחריד הגמרא לומר דצמלוה צרשות צעליס לחזרה פליגי דלא יהיה רב כתנאי, ועדיין רב כתנאי דהא רב ס"ל דמשיכה קונה דבר תורה כמש"כ חוס' להדיא ע"ו דף ע"א ע"צ ד"ה מיד, ע"ש, וא"כ אי אפשר צחזרה, וכי תימא צהך דמשיכה קונה או לא, לא נפ"מ אי רב אמר כתנאי, דצלא"ה ר' שמעון פליג וס"ל מעות קונה, דא"כ לא מקשה חוס' שם דבר כתנאי, והוצרך לשנויא דרב איירי צמלוה שהתחיל להוציא, דלפי מש"כ לק"מ, דצהך לא נפ"מ אי כתנאי, ועכנ"ל דלא תליא זה צוה, כן ר"ל לייצב דברי רבינו ירוחם וצ"י.

אמנם מדברי חוס' צ"מ דף מ"ג (ע"א) ד"ה מאי וכו' משמע דס"ל כמש"כ ריטצ"א לעיל, דתליא אס משיכה קונה דבר תורה או לא, דיש להצין צגמרא שם דפריך לרב הונא המפקיד מעות מותרין אס הוציא מעל הגוצר, לרב הונא מאי איריא הוציא אפילו לא הוציא נמי, וקשה הא צדף כ"ט (ע"א) ד"ה והוי וכו' הקשה חוס' מה קושיא הא אפילו צשואל קרדוס כל כמה דלא השתמש צו לא מעל לרב הונא, ומירצו הני מילי צקרדוס, אבל צמעות אפילו הן עדיין צעין אינו יכול לחזור ואין צריך ליתנס צעין, ע"ש. וקשה תינא למ"ד מלוה צרשות צעליס לא ניתן לחזרה, אבל למ"ד ניתן לחזרה א"כ צמכל שכן צמפקיד מעות מותרין דלא הלוי לו להדיא, רק הרשהו אס יצטרך, וא"כ מה קושיא דילמא הך צרייתא אתיא כהך תנא כרבי שמעון בן אלעזר דס"ל מקודשת דמלוה יכול לחזור ומכל שכן צמפקיד, ולכך כל כמה דלא הוציא לא מעל, ונ"ל דא"כ דאתיא כהך תנא, אדמתא

משיכת

לחבירו, ונהנה הוא ע"י הקנין דרבנן שקנה השואל ומדרבנן קנה השואל לכך מותר לבקע בו, יעו"ש. וע"ע מש"כ ליישב בדבר אברהם (ח"א סי' א אות טו), ובחזו"א (חור"מ ליקוטים ב"מ לדף צו:), וקהלות יעקב (ב"מ סו"ט מב).

75. כן תמה ג"כ ע"ד הרמב"ם במחנה אפרים (הל' קנין משיכה סי' ב). ועי' באמרי בינה (ח"ב קנ' בדיני הקנינים סי' טו ד"ה עוד ראיתי) שכתב ליישב כעין ד' רבינו, והוא דכיון דעכ"פ מדרבנן קנה ויצא מרשות הקדש הקנין לשמש בו, וזה המשאל נהנה בזה שמשאל

אם הפקיד מעות מותרין לא מעל אם לא הוציא, לאשמועין רצותא טפי דאפילו הלואה הגזר מעות הקדש לא הוציאו הלואה ללא מעל הגזר, ומכל שכן במפקיד מעות מותרין, אלא ודאי דוקא מפקיד ולא מלוה וקשיא לרב הונא, או דקיס ליה לגמרא דהך משנה דגזר אליצא דהלכתא אמתר וק"ל כוותיה, ולכך פריך מיניה לרב הונא, וא"כ ליכא למימר דס"ל מלוה לחזרה דהא לא קי"ל כן.

וה"פ אין מקום לקושית התוס', דהקשה האי דאמרין נתן לספר לא מעל הוציל ולא משך תספורת לרב הונא מה צדק הא מותר להשתמש במעות וא"כ מעל, וקשה מה קושיא דילמא הך אחיא כחנא דמלוה ברשות בעלים לחזרה ולא עדיף הך ממלוה גופיה ולא מעל, משא"כ כאן על כרחך איירי כמש"כ כמ"ד לא ניתן לחזרה כמש"כ ואין מקום לקושית התוס'. ועכ"ל דסבירא ליה לתוס' כמש"כ לעיל בשם ריטב"א, וא"כ הא רב הונא דסבירא ליה כר' יוחנן דמעות קונות דבר תורה, ע"כ מוקי לה הא דקתני לספר לא מעל בספר נכרי כמש"כ התוס', וא"כ בגוי משיכה קונה לכו"ע מלוה לאו לחזרה קאי, וקושית התוס' שפיר דהו"ל למעול, ודו"ק כי הוא נכון וצורר ציטוט דברי התוס'. ובאמות גם הרא"ש עמד בקושית התוס' כנ"ל, ומזה ג"כ מוכח כנ"ל, ולכן הרמ"א דחולק כציר מלאה ידו בראיות מפוסקים כמש"כ, ובפרט דגם לא מצינו בזה"ע שום מאן דאמר ופוסק דאם קידש אשה במלוה שיש לו צד גוי קודם שהוציאה

(קמא) ולי נראה דמעות הם של המוצא וכו'. וכן הסכים הש"ך (ס"ק קנד) וכתב דנוסחא מוטעת נזדמן לב"י (שם) ברבינו ירוחם (מישרים נתיב כ ח"ב), ועיין תומים (סקנ"ה) אף שעשיתו סמוכים לדינו של הב"י, לדינא נראה כמש"כ רמ"א, ובפרט שהמוצא מוחזק והממע"ה.

(קמב) וכבר יצאו לגמרי. וכתב מהר"ם (הובא בטור שם) במשכון גופיה אם עלו הרבית והקרן יותר מכדי שויה של משכון, וא"כ

המשכון הוחלט לגוי, זכה בו המוצא. ועיין תומים (שם) דלכך השמיטו המחבר דס"ל זהו למאן דאמר דאינו יכול לומר אתן שויו והנשאר תפסיד, דיטעון המלוה לדידי שוה לי ככל החוב, אבל לפי דס"ל למחבר דאינו יכול לעכב המשכון, א"כ עדיין אין המשכון חלוט לו, ולכך השמיטו. מיהו י"ל דהואיל בדיני גוים אינו יכול לכופו להחזיר לו משכונו, משום יאוש בעלים נגעו בו, ולכך זכה בו מוצאו, אף דלשון מהר"ם לא משמע כן. ולכן כתב מהרי"ט (תחור"מ סי' פד) דאם המשכון לא ביד גוי רק ביד ישראל, לא שייך דינו של מהר"ם, ולעולם לא זכה בו המוצא, ע"ש. ועיין בתומים (שם) גר שהלוח לישראל על המשכון והמשכון אינו שוה כל כך, וישראל מת, ויורשו אינו מחויב לשלם המתורות, אם גם כן שייך דינו של מהר"ם, דהרי המשכון מוחלט לו, וא"כ במותו המוחזק זכה בו, ואם הטעם משום יאוש זהו לא שייך בגר. ודו"ק.

דיש צו חשש קידושין, דלפי דעת מחבר דהוא בחזקת ישראל כמש"כ לעיל, פשיטא דיש צו חשש קידושין, וי"ע. איברא דמלוה דיש לו צד גוי צמה קניה לאשה לקדש צו, צקנין סודר, מטבע אינו נקנה בחליפין, באגב קרקע, בלא"ה מקודשת מכת קרקע, צמעמד שלשתן, חדא מי יימר בגוי שייך מעמד שלשתן, ועוד צמעמד שלשתן אפילו במלוה מקודשת, וכתיבה ומסירה צפקדון לא שייך כמש"כ לעיל בשם מהרי"ט. מיהו עדיין יכול ליתן אגב קרקע וקרקע צשאלה והדמים צנתינה לחלוטין, וא"כ צקרקע אינה מקודשת דהו"ל כשאלה. ועכ"פ יש לרבינו הגדול יסד לסמוך צו ולא לשויה לטועה כאשר חשבו אחרונים ז"ל⁷⁶.

[נה] וכבר יצאו לגמרי וכו'. וכתב הסמ"ע (ס"ק קיא) דמהר"ם (הו"ד צר"ש צ"ק פ"ה סי' ו) סיים על המשכון של ישראל ציד גוי אם הוחלט המשכון ציד גוי, דהיינו שעלה עליו הריצית והקרן יותר משוים, דהגוי דינא ליזל צתר ערצא ונכסי דצר נש אינון ערצין א"כ המשכון מוחלט לגוי וזכה צו המוצא, עכ"ל. וכתב הסמ"ע דמזה סיוע לרמ"א דכל שכן צמלא מעות, וגלל כן כתב הש"ך (ס"ק קנד) דהשמיטו המחבר הוציל דפסק כרבינו ירוחם דאפילו צמעות לא זכה המוצא. ואני לא הצנתי אף זה דומה לזה, דשם הטעם כמש"כ דעדיין המעות צרשות ישראל ולא קנאם גוי, אצל כאן הרי חוצותיו רצו משויו והרי מוחלט לו.

וה"ב נראה דודאי אין כוונת מהר"ם דישלם המשכון לגוי ואמר יהיה שלך צחוצך, דפשיטא דהרי הוא של גוי, ואין צריך להטעם דגוי צתר ערצא אזיל וכו', אלא דממילא מוחלט כיון דגוי אינו יכול לצצוע צישראל רק צמשכון דצתר ערצא אזיל ועיקר שעבודו עליו והחוב יותר מן שוי משכון, מהכ"ת יצא ישראל המשכון לשלמו יותר מהרצוי וא"כ ממילא מוחלט לו. אך זהו אם אין הלואה יכול לומר אעפ"י שחוב יותר מן המשכון אשלם לך שוי המשכון ולא יותר כי המשכון שלי, א"כ פשיטא דמוחלט המשכון לגוי, וכן משמע צמרדכי צפרק המקבל (צ"מ סי' תג) דעת חכמי רבותיו של מהר"ם, דציודע דחוצו יותר מכדי משכונו אין יכול לפדותו עד שישלם הכל, אצל לפי"מ דהעלה המחבר צסימן זה סעיף כ' ולקמן צסי' ק"ט אפי' ציורש דאין מחויב לשלם היצרון כלל מה שנשאר חייב לו, ומ"מ אינו יכול לומר אקבלנו ככל חובי, רק משלם לו שויו והנשאר מפסיד, א"כ עדיין אין המשכון חלוט לו, דמה צדך צמשכון אינו כל כך כמו החוב, מ"מ יכול לישראל לשלם שויו וחייב להחזירו מהדין, והרי כאילו לא הלואה עליו רק צכדי שויו דלכו"ע אין מוחלט.

משפט יהונתן

דישראל שהשאל לעכו"ם משכונו ללות עליו ברבית דאם משכו העכו"ם מותר דהקנהו לו לזה וקנייה במשיכה, ומבואר דאף בחפץ להשכין קנייה במשיכה, וצ"ע. וע"ע מש"כ עפ"י רבינו בדברי משפט (סקט"ו).

76. מה שנקט רבינו דלגבי עכו"ם מלוה ברשות בעלים לחזרה דלא קנה במשיכה, וכתב ליישב בזה דברי המחבר, עי' באמרי בינה (דיני הלואה סי' פב) שכתב דדבריו נסתרין מדברי השו"ע ביו"ד (סי' קסט סי"א) שכתב שם,

(קמג) ולא היה המלוה בחצירו. דאם הוא עומד הרי החצר משומר על ידו והו"ל כחצר משתמרת, ועיין מש"כ להלן סימן רס"ח.

(קמד) אין בדבריו כלום. שהוא אין יודע אם האמת מה שאומר לו שותפו או לא, ואם

כן איך יש לו מגו דלהד"ם או החזרתי, הא אין רוצה לשקר ושותפו לית ליה מגו דלהד"ם או החזרתי דאין בידו, ועיין לקמן מש"כ בזה בדיני מגו סימן פ"ב.

(קמה) זכה שמעון בכל המשכון.

עיין תומים (סקנ"ו)

דהסכמתי לדברי סמ"ע (ס"ק קיד), והוא אם הגוי צוהו למשכן אצל ישראל אחר ומת הגוי, אף דהניח יורשים ויורשים רוצים לפדותו, אין ישראל ראשון יכול לתבוע החזיר לי משכוני כי נסתלק לגמרי, אבל אם מעצמו משכנו אצל השני והניח הגוי יורשים ורוצים לפדותו, דינו כמש"כ רמ"א ביו"ד סי' קס"ט (סעיף יח) דמכח מנהג מחויב להתחירו לישראל ראשון אם ירצה כשגוי חי, הוא הדין במותו והניח יורשים דמאי שנא, והני מילי בזרעו אבל בשאר יורשים לא דאין שאר יורשים לגוי ירושתו תורה, ע"ש.

(קמג) ליתן המשכון לישראל אחר.

או שכבר פרע לו וצוה

ליתן אותו במתנה, או שמשכון שוה יותר וצוה לו לפדותו.

(קמז) ומת וכו'. לאו דוקא, הוא

הדין חי, דכשאמר הגוי

לתת כבר נסתלק הגוי ממנו והו"ל הפקר, וישראל שני לא קנה עד דמשך ובין כך זה זוכה בו. ועיין לקמן מש"כ סימן קצ"ד.

(קמה) ואם היה הגוי חייב. עיין מש"כ להלן ריש סימן פ"ו.

(קמט) יש להסתפק וכו'. עיין תומים (סקנ"ז) דבררתי באריכות מה

מקום ספק יש בזה, כי היש"ש (ב"ק פ"ד סי' כ) והש"ך

(ס"ק קסג) הכריעו כי אין כאן מקום ספק, דדמיא למשכונו של גר לעיל סעיף ל"ט, ואני בררתי כי צ"ע לדינא.

(קג) אם זכה שמעון. ולעיל בסעיף מ' דמחליט השו"ע דאם ראובן משכנו לשמעון דזכה שמעון, דמאי שנא משכנו אצלו או הפקיד

אצלו, תירץ הסמ"ע לעיל כיון דשמעון נטל רווחים, אילו הוא בא בכח ראובן איך אפשר ליטול רבית, וע"כ דנסתלק ראובן,

ושמעון הוא המלוה לגוי, וא"כ אף מהדין שיטול ויזכה במשכונו של גוי שהוא עיקר המלוה לגוי.

(קנא) במה שהמשכון וכו'. וכתב מהר"ם אלשיך בתשובה סימן א', דראובן שלוח מעות מגוי וביקש להחזיר לו, ומצאו שמעון ואמר לו

תנם לי ואני אעלה לגוי רבית כמו שאתה מעלה לו, וכן עשה, ותמיד היה שמעון מעלה רבית לגוי, והגוי חשב שהוא

שלוחו דראובן, ומת הגוי, ופסק הואיל וקי"ל דהוא רבית קצוצה דראובן הוא המלוה לשמעון, אם כן חייב שמעון לפרוע לראובן שהלוה

לו, וראובן ירוויח המעות במיתת הגוי, כי אין לשמעון עסק עם הגוי, מיהו מנכה לו מה שפרע לגוי רבית דהוי רבית קצוצה, והעתיקו

הש"ך (ס"ק קסג), ועיין מש"כ ביו"ד.

ואפשר לומר הואיל צערכאות וצדיני גוים אין יכול להוציא משכון מגוי, א"כ ישראל מתייחס ממנו, וא"כ משום יאוש נגע בו, ולכן הוא של מוצאו, ולכן לא כתב זה הדין במשכנו של ישראל

צד גר והסוג יותר מהמשכון והישראל מת והיורשו אין לו לשלם

המותרות, ואם כן הרי זה כמו

משכון צגוי דמאי שנא, דלפי מש"כ

משום יאוש, זה לא שייך צגר, דיס

לאלקים שופטים צאריך. אמנם הרצ

המחצר לא סבירא ליה משום טעם

זה כנראה מלשון מהר"ם, אצל

מהרי"ט צחלק חו"מ סי' פ"ד

דחילק דוקא כשמשכון צד גוי, אצל

הושלש צד ישראל לשעבודו של גוי

לא, דהא ישראל צריך לפרוע

מעותיו וליקח המשכון, ש"מ סבירא

ליה מטעם יאוש צעלים, דלטעם

הזה יש חילוק דצד ישראל אינו

מייחס, אצל להצ"י יהיה המשכון

צד מי שיהיה, סוף כל סוף מוחלט

לו המשכון, ול"ע. מיהו אם הטעם

להדיא משום דגוי צתר ערצא אזיל,

הא כתבו השו"ע וטור יו"ד סי'

ק"ע (סעיף א) דעכשו דיניהם

כדינינו דלא אזלי צתר ערצא, אצל

לפי מש"כ משום יאוש אף כדינינו

שייך.

[גו] זכה שמעון בכל המשכון.

כתב הסמ"ע (ס"ק קיד)

אם מעצמו הלך ומשכנו אצל ישראל

צלי ציווי גוי, אם מת הגוי ג"כ אין

מחויב ליתן המשכון לישראל ראשון,

רק אם הניח יורשים ויודעים מזה

ודעתם לפדות המשכון, חייב להתחירו

לישראל הראשון, משא"כ כשנזה הגוי למשכנו אצל ישראל אחר

ומשכנו, אין מחויב להתחירו כלל, וכתב הש"ך (ס"ק קס) דצ"ח

(סעיף ג) חולק, דלעולם אין מחויב להחזיר כל זמן שאין היורשים

צאים לפדותו, ולכן הניח הש"ך דין זה צ"ע.

דמיא למשכונו של גר לעיל סעיף ל"ט, ואני בררתי כי צ"ע לדינא.

דמחליט השו"ע דאם ראובן משכנו לשמעון דזכה שמעון, דמאי שנא משכנו אצלו או הפקיד

אצלו, תירץ הסמ"ע לעיל כיון דשמעון נטל רווחים, אילו הוא בא בכח ראובן איך אפשר ליטול רבית, וע"כ דנסתלק ראובן,

ושמעון הוא המלוה לגוי, וא"כ אף מהדין שיטול ויזכה במשכונו של גוי שהוא עיקר המלוה לגוי.

וכתב מהר"ם אלשיך בתשובה סימן א', דראובן שלוח מעות מגוי וביקש להחזיר לו, ומצאו שמעון ואמר לו

תנם לי ואני אעלה לגוי רבית כמו שאתה מעלה לו, וכן עשה, ותמיד היה שמעון מעלה רבית לגוי, והגוי חשב שהוא

שלוחו דראובן, ומת הגוי, ופסק הואיל וקי"ל דהוא רבית קצוצה דראובן הוא המלוה לשמעון, אם כן חייב שמעון לפרוע לראובן שהלוה

לו, וראובן ירוויח המעות במיתת הגוי, כי אין לשמעון עסק עם הגוי, מיהו מנכה לו מה שפרע לגוי רבית דהוי רבית קצוצה, והעתיקו

הש"ך (ס"ק קסג), ועיין מש"כ ביו"ד.

(קנב) וישבע שבועה דאורייתא. דאף על גב דאין נשבעין על הקרקעות (להלן סי' צה ס"א), הא לא תבעו קרקע דמודה דקרקע אינה שלו והיא רק משכנתא רק תובע מעותיו והוי מודה במקצת גמור, סמ"ע (ס"ק קב) וש"ך (ס"ק קסד).

(קנב) נאמן המלוה בשבועת היסת.

אע"ג דקי"ל כגאונים דהבא ליטול בכדי דמי משכוננו צריך לישבע בנקיטת חפץ, הני מילי במטלטלין דאית גביה שבועה דאורייתא, אבל בקרקעות דלית גביה שבועה דאורייתא כלל, אף הבא ליטול במגו אף דהוי נוטל, מ"מ אין נשבע רק היסת, ושמור כלל זה כי הוא כלל גדול בדין בדוכתי טובי, והסכים עליו הסמ"ע (ס"ק קכא) והש"ך (ס"ק קסה).

(קנב) וישקיל מאה וכו'. עיין תומים (סקנ"ח) דפירשתי דנאמן לומר דהיה משכנתא אצלו כמשכנתא דסורא, או בנכייטא לדין במגו דהיה אומר לקוח, וא"כ אוכל כל משך זמן משכנתא מפירי דארעא בנכייטא עד שיכלו דמיו שהלוה, וזהו הכוונה מפירי דארעא בנכייטא ולא בשויו, ע"ש.

(קנב) אם נגנב קודם וכו'. כתב הסמ"ע (ס"ק קנב) דאז היה צריך עדיין לנערו, וא"כ אם בא עני אז מפטר מריפתא והוי שומר שכר, אבל אחר זמן שקבע דאין תו חיוב עליו לנערו, דהרי יכול לבא בעצמו ולהשגיח בחפץ, תו כלתה ליה שמירה. ועיין תומים (סקנ"ט) דכתבתי דאין צריך לזה שמחויב לנער אז, דאף דלא שייך אז לנערו שהיה רק לזמן מועט, מ"מ כיון דלא כלתה ליה שמירה, א"כ עדיין הוא שומר שכר מתחילת זמן המשכון דאז הוי פטור מפרוטה דר' יוסף, ובפרוטה אחד נעשה שומר שכר לעולם, רק בענין הרא"ש (כלל צ ס"ג) היה בעת שהיה משכון שמירה בבעלים, ועיין בתומים מש"כ דריטב"א נראה חולק אדין זה, רצ"ע.

החיותו, ומכל שכן דאסור להפקיע הלואתו, ומ"מ דין שומרים לית ליה דלא נאמר רק לישראלים, וא"כ ספק ענוס הוא אם ישראל השני זכה, ודעת של תורה מכרעת ממש דהדין עם הראשון, ולכן יפה עשה הסמ"ע דנתן לעיל צסעיף מ' (ס"ק

קיד) הטעם דזכה ישראל השני, הואיל ונתן לו רצית, ש"מ דישאל סילק זכותו ונתרוקן זכות הראשון לגמרי, ולולי כן לאם הלוהו צלי רצית הרי כאן ספק כמו צסעיף זה, וצחנס השיג עליו הש"ך (ס"ק קס).

[נח] מפירי דארעא. הסמ"ע (ס"ק קכב) פירש כל

הפירות כפי שזין שמין לו לגביות חובו, ותמה הסמ"ע למה לא יאכל כל הפירות צנכייטא, וסירך הש"ך (ס"ק קסו) דאיידי דכבר יכול לסלקו

וכלה שני משכנתא. אך עדיין אין מיושב א"כ מי מכריחו למלוה להמתין שנה אחר שנה עד שיקבל הפירות לפרעון, יעשה שומא וחלטה צגוף קרקע. ולכן נראה דכך פירוש, דש"ע אזיל לשיטתו (יו"ד סי' קעב ס"א) דסצירא ליה דמשכנתא לא שריא רק צמשכנתא דקורא, צמישלס שנין אלו חיפוק ארעא דא צלי כסף, ואם כן היא קמ"ל דלא זו נאמן דמשכנתא צידו לגוף החוב, אף דגם היא צידו כמשכנתא דקורא, ועד שיהיה נפרע החוב ומישלס שנים הקצוצים אוכל הכל מפירי דארעא כפי שקצב, וזהו הפירוש מפירי דארעא, היינו צול כפי שקצב צצמשלס שנין יא קרקע צלי כסף ושהיא שכורה צידו עד זמן ההוא, וזה צרור.

[נט] אם נגנב קודם וכו'. צתשובת הרא"ש (כלל צ ס"ג) אשר ממנו מקור הדין הזה היה כך, ששכר לו חציות ונתן לו צעבור החציות שכרו משכון, ואחר כך החזיר לו החציות ושאל משכנו, ואמר לו שיצא צומן ויחזירו לו, וצין כך ניטל המשכון ע"י גנבים, וכתב הרא"ש דאם נגנב קודם זמן שקצב עדיין היה מוטל עליו לנער שכן משום פרוטה דר' יוסף, משא"כ אחר כך דאין עליו חיוב לנער כלל. ומה מצוה דלא סצירא ליה

להרא"ש מש"כ לעיל ס"ק י"ז וי"ח צסם ריטב"א (צטמ"ק צ"מ פז. ד"ה דכו"ע) דשטות וניעור לא משוי ליה שומר שכר, רק היכי דתחילתו היה ג"כ מצוה צהלואה, דהא כאן לא היה תחילתו מצוה כלל, דהא השכיר לו חציות צשכרו ומה מצוה איכא. והנה הצ"י (סעיף מג) הרגיש וכתב, ועיין נימוק"י (צ"מ נא). מש"כ צסם ראצ"ד ורצב"א, והיינו דהעלו דודאי משום פרוטה אחת נעשה שומר שכר לכל זמן, דמה קצבה יש צשכר, ואם כן יש להצין צהרא"ש למה ליה הטעם דהיה מחויב לשטת ולנער צאותו זמן שקצב לו שיצא ויטול משכנו, הא צלא"ה כיון שקצב לו זמן עד מחר, אם כן עד אותה זמן עדיין שמירה ראשונה עליו ולא כלה שמירה ראשונה, ואם כן צתחילה קודם שהחזיר לו החציות והיה אצלו משכון גמור, הרי היה שומר שכר מפרוטה דר' יוסף, והרי הוא שומר שכר כל משך זמן שהוא שומר עליו, וכי אחת מצריך פרוטה דר' יוסף צכל יוס וצכל רגע, וצ"ע לכאורה.

אמנם נראה דצלא"ה יש להצין צרא"ש, דזה השכיר לו חציות והוא נתן עצורו משכון ומשויה ליה לשומר שכר, אימת נעשה שומר צבעלים, שמור לי ואשמור לך, דזה שומר שכר לחציות וזה שומר שכר למשכנו. ועכצ"ל דאחר שהחזיר לו החציות וציקש ממנו משכון, שאל ממנו צעל החציות שיניח לו עוד המשכון על זמן מה, ואם כן נעשה שומר חדש עליו, ולא משמירה ראשונה שכלתה צהחזרת החציות לצקשת המשכון, ואם כן דנעשה שומר חדש עליו, אז הוי שמירה שלא צבעלים דכבר החזיר החציות, ואע"ג דסצירא ליה לרא"ש (צ"מ פ"ח סי' ו) וטור שכרה צבעלים וחזר ושכרה שלא צבעלים, מ"מ הוי שמירה צבעלים כמש"כ להלן סי' שמ"ו (סעיף יח), צ"ל דסצירא ליה לרא"ש צתשובת כמש"כ צאסיפת זקנים (צטמ"ק שס נח:) צסם צעל השיטה דמיידי דמוך זמן של שכירות ראשונה החליף

להשכיר, ולכן צהדי שייכי, אצל אם שכן אח"כ דכלה זמן שכירות ראשון, כזר כלתה שמירה ראשונה ומה טיבו של זה לזה, ע"ש וצריטצ"א, ולפ"ז דשמירה חדשה צא לכאן, א"כ לא מהני דנעשה

בזמן משך המשכון שומר שכר מפרטה דר' יוסף, דלזו היה שמירה צעלים, ולכן טרח הרא"ש לומר דאף עכשיו מחויב לנערו והוי ככלל פרוטה דר' יוסף והוי שומר שכר, וא"ש ודו"ק. אצל זולת זה צרור דמודה הרא"ש דצטציל פעם אחת נעשה שומר לעולם כמש"כ הרשב"א.

[ס] ונשרף המשכון וכו'. זהו

לדעת הרמב"ם (פ"ב

מטו"נ ה"ד) וסייעתו וכמו שפסק

המחבר לקמן סי' צ"ב (סעיף ט)

דחשוד שטען על פקדון נאנסה

פטור, אצל להרמ"ה ורבינו ישעיה

(הו"ד צטור שם סעיף יב) דסבירא

להו דחייב לשלם כיון שאינו יכול

לישבע, אם כן י"ל כאן דגוי צריך

לישבע דלא פשע ודלא שלח יד

וכדומה משצעת שומרים ואינו יכול

לישבע דהוא חשוד כמש"כ הצ"י סי'

כ"ח, ע"ש, ואם כן הגוי חייב לשלם

לו מדין תורה, רק אינו יכול להוציא

מגוי מחמת משפט ערכאות, ואם

כן שמעון דלזה מגוי וחייב לגוי,

משועבד לראובן מדר' נתן, ואם כן הא יכול ראובן להוציא מעותיו מן שמעון⁷⁹, ועיין לקמן סי' פ"ו (תומים סק"ג) מש"כ אי שייך דר' נתן בזה שישראל חייב לגוי, ונפ"מ אף לדין אם הגוי חייב צדיני ישראל ופטור צדיני אומות העולם דלא מצי לתוצעו לגוי.

כן בגמ' (מכות ג:), רק הו"א הואיל וטרח אית ליה זמן למ"ד יום, אבל מלוה על פה אפילו ל' יום לית ליה קמ"ל, וכ"כ הט"ז (כאן ד"ה בין), ופשוט.

משפט יהונתן

(קנו) לא מחייב אלא בפשיעה. וזהו שכבר פרע בכל המשכון הוי שומר חנם, מה שאין כן כשלא פרע הוי שומר שכר נגד דמי הלואה כדלעיל.

(קנו) פטור שמעון. דמאי נפ"מ ליה אם לזה או לא, בלא"ה נפטר

הגוי כיון שנשרף ואין חייב באונסין,

ומה איכפת ליה לראובן אם שמעון

מרוויח או לא. ועיין תומים (סק"ס)

דכתבתי הא אם נאבד באופן שהגוי

חייב לשלם לישראל בדיני ישראל,

רק מחמת ערכאות פטור, א"כ י"ל

דחייב שמעון דחייב לגוי לשלם

לראובן מדר' נתן, ומה איכפת לן

בערכאות, ועיין לקמן סימן פ"ו

(תומים סק"ג).

(קנח) ואינו שוה. הוא הדין שוה

נמי, רק כוונתו אם

נמכר המשכון ולא הגיע בכדי דמיו,

יכול לכופו שישלם לו המותר ולא

מצי למימר סברית וקבלית, אבל

במשכון בעין פשיטא דיכול לכופו

אפילו שוה דמיו.

עג (א) במקום שאין מנהג וכו'.

אבל במקום שיש

מנהג, הולכין אחריו בין להוסיף ובין

לגרוע [סמ"ע סק"א], ועיין מה

שכתבתי לקמן (תומים סק"ו) בדין

מנהג גוי גבי משכון.

(ב) שאינו יכול לתובעו וכו'. דייק דלזה הוי זמן, אבל לענין אין

אדם פורע תוך זמנו לא מיקרי סתם הלואה ל' יום

תוך זמנו, [סמ"ע סק"ב וש"ך סק"ב], עיין לקמן סימן ע"ח (סעיף ח).

(ג) בין במלוה בשטר וכו'. כתב הסמ"ע (סק"ג) דהו"א במלוה

בשטר דטרח לכתוב שטר הו"ל זמן יותר מל' יום, ואינו

בין במלוה על פה אפילו ל' יום לית ליה קמ"ל, וכ"כ הט"ז (כאן ד"ה

בין), ופשוט.

סימן עג

כמה זמן סתם הלואה וכמה פרטי דיני הלואה

ובו ב' סעיפים

א המלוה את חבירו, סתם ולא קבע לו זמן,

(א) במקום שאין מנהג, יש לו זמן שלשים יום,

(ב) שאינו יכול לתבעו קודם, (ג) בין במלוה

על דבריו דכל היכא דישראל חייב בישראל ה"ה דעכ"ם חייב לגבי ישראל מקרא דיותר גוים, ובמשובב השיג עליו, יעו"ש. ועי' בסמ"ע להלן (סי' שא סק"ב) דמשמע כד' הקצוה"ח, דכתב שם דאם הנפקד היה עכ"ם בשעת הפקדון ונתגייר אח"כ דאין לו דין שומר. ובשער המשפט שם העיר על הסמ"ע למה לא מתחייב מדין יותר גוים, וכד' הנתיחה"מ. ועי' או"ש (פ"ב משכירות ה"ה) מש"כ ע"ד הסמ"ע. ועי' בביאור הגר"א (סי' רכו סק"ח) בהא דאיתא שם דעכ"ם שאונה לישראל חייב, וכתב בביאור הגר"א "כמו לענין נזקין", ומשמע דס"ל כהנתיחה"מ דעל כל החיובין קאי הקרא דיותר גוים. ובעיקר הדבר יעו"ש במחנה אפרים (הל' שומרים סי' לג) שנסתפק בזה וז"ל, ועוד דאפשר דהעכ"ם מעיקרא לא נעשה שומר לישראל דרעהו כתיב, וכי היכי דאימעיט ישראל משמירה עכ"ם, כמו"כ עכ"ם בנכסי ישראל, יעו"ש. ומצינו בזה מפורש בדברי הנימוק"י בב"ק (יט.) שכתב וז"ל, דוקא לענין נזקין דסברא היא אבל לשאר גזל אסור.

79. רבינו נקט דכיון דהגוי צריך לישבע, והוא חשוד ומחויב לשלם, משועבד לו הישראל מדר' נתן. ובקצוה"ח (סקמ"ג) השיג ע"ד רבינו, דהא הישראל השני נפטר מטעם דהוי כאילו פירש אם יאבד המשכון יאבד מעותיו, וא"כ מאיזה טעם יתחייב לראובן. ובנתיחה"מ (סקמ"ג) כתב על דבריו, דהא מ"מ יש לחוש שמא ברשותו הוא ולא נפטר כלל מחובו, ושמעון חייב לגוי אפילו אם ראובן מוחל משכונו לגוי, ותנאי של שמעון לא היה רק אם לא יחזיר משכונו לראובן, יעו"ש עוד מש"כ ובמשובב נתיבות. עוד כתב הקצוה"ח לחדש, דכשם שישראל שקיבל שמירה מגוי פטור ומשום דכתיב רעהו, א"כ הוא הדין להיפך גוי שקיבל שמירה מישראל ג"כ פטור, ואינו דומה לנזיקין דישראל בשל גוי פטור וגוי בשל ישראל חייב, משום דהתם איכא גילוי מיוחד מקרא דיותר, ולא מצינו דרשא זו אלא בנזיקין ולא בשומרים, וא"כ אפילו פשע בודאי פטור. ולפ"ז אין הגוי מחויב שבועה בטוענו ישראל. אכן בנתיחה"מ שם חולק

(ד) אבל שאלה פתם. הואיל והדר החפץ בעיניה, ומכל מקום נראה אם השאלו לאיזה דבר כגון קורדום לבקע בו, צריך להניחו פעם אחת לבקע בו דהו"ל לאותו דבר כמשאלו לזמן, ועיין מש"כ להלן סימן שמ"א.

(ה) מוחה שלא ליתן שטר וכו'. אם מתחילה התנה שיתן לו שטר, אף על פי שלא היה קנין ואחר כך חוזר הלואה בשטר, פשיטא דיכול הלה לתבוע מעותיו, ואף הסמ"ע (סק"ו) מודה בזה, אף שתחילת לשונו היה קנין, מכל מקום המעיין בדבריו יראה לאו דוקא והוא הדין בלי קנין רק בשטר, ובחנם השיג עליו הש"ך (סק"ד). אבל אם הלואה סתם ואחר כך מבקש שטר, בזה השיג הסמ"ע (שם) על עיר שושן (סעיף א) וסבירא ליה דאינו יכול לכופו שיתן לו שטר, וזהו נכון. אבל אם המלוה רוצה ממנו כתב ידו גם כן, דעת הסמ"ע נוטה שאינו יכול לכופו כיון דלא התנה, ולי נראה דיכול לכופו כיון דגורם קללה לעצמו כדלעיל סימן ע' (סעיף א), והוא לית ליה פסידא למה אינו יכול לכופו.

(ו) וקבע לו זמן. בסמ"ע (סק"ז) נסתפק בהרחיב לו זמן לאחר הלואה, אי יכול לחזור בו כיון שלא קנו ממנו, והש"ך (סק"ה) סבירא ליה לדבר פשוט דאינו יכול לחזור דהו"ל כמו מחל לו, ומאי שנא מחל לגמרי או הרחיב הזמן, והנכון אתו. אלא תינח במלוה על פה, מלוה בשטר לפי מה שמבואר לעיל בסימן י"ב (טור סעיף ט) ולקמן סימן רמ"א דבשטר לא מהני מחילה, אם כן יש לומר הרחבת הזמן גם כן לא מהני, אבל לפי מה שכתבתי לעיל בסימן י"ב (תומים סק"ח) טעמו של דבר דלכך לא מהני דהו"ל להחזיר השטר, וכל כמה דלא מחזיר שטר אין דעתו למחול בלב שלם, וזהו במחל לגמרי, אבל במרחיב הזמן אי אפשר להחזיר שטר אם כן יש לומר לכופו מהני, וצ"ע.

(ז) אם יורשיו אמודים. וכתב הטעם דהרי יכול לעקל נכסי לזה אם רואה שמבזבז נכסיו, ואף זהו בכלל דלא הלואה ליורשיו עניים. והש"ך (סק"י) פקפק על זה, ואין לזוז מדברי רבינו מחבר לפי דקיי"ל דיכול לעקל. אבל אם היורשים אמודים, אינו יכול להוציא מידם דהו"ל כמו פרה שאולה דמשתמשים היורשים כל זמן שאלה, וכל שכן בהלואה.

(ח) הלואה נשבע היסת. שהוא דררא דממון דהחוב שזמנו לפרוע תיכף יותר שוה מהחוב שזמנו לפרוע לאחר זמן וכמבואר מכות דף ג' (ע"א), ועיין תומים (סק"א) שהנחתו בצ"ע למה אינו שבועה דאורייתא כמודה במקצת.

(ט) נשבע היסת. ואם תבעו ק' לפרוע תיכף, והוא מודה בחמישים לפרוע תוך עשרה ימים, דעת הש"ך (סק"ז) דנשבע תיכף היסת.

משפט יהונתן

וכן נראה מדברי הר"י מלוניל והר"פ בשטמ"ק ב"ק שם. ויעוי' באמת באב"מ (חלק השו"ת סי' כד) שהביא בעצמו ד' הנימוק"י הנ"ל. אולם יעויין באמרי בינה (סו"ס פב) שהביא דהרמב"ן עה"ת פרשת וישלח כתב בפשיטות דבן נח מצווה על דיני שומרים והוי בכלל דינים, וכן דייק מד' רש"י בע"ז (דף טו. ד"ה שאלה), והביא דבשבות יעקב (ח"ב סי' קסה) כתב להיפך. וע"ע מש"כ בנידון זה ביתרון האור (לבעל האור גדול) על משניות ע"ז פ"א, ובשו"ת בית שלמה (חור"מ סי' קלא), ושו"ת חסד לאברהם (חור"מ סי' יט), ובדמשק אליעזר לעיל (סי' כח סק"ט), ושו"ת מהרש"ם (ח"א סי' קג), ובאחיעזר (ח"ג סי' לו אות ד), ובדברי יחזקאל (סו"ס נא), ובאבן האזל (פ"ח מנז"מ ה"ג), יעו"ש.

1. עי' מש"כ ליישב קושיא זו בקצוה"ח (סק"ב) ובאבני החושן (סק"א), ובגליא מסכת חור"מ סי' ח. והגרש"ש בקונטרס השעבוד (סימן יב) כתב ליישב, דאף דחשיב כפירת ממון וכמש"כ הריטב"א, מ"מ זהו רק לגבי

התובע, אבל לגבי הנתבע לא חשיב זה הודאה כיון דאין חסרון אצל הנתבע דהרי אינו חייב עכשיו לשלם ורק כשיגיע הזמן או תושלם הודאתו ואז ליכא כפירה, דעל מה שלא שילם עד עכשיו חשיב רק מבטל כיסו של חבירו, ודוקא בשעת כפירה חשיב כפירת ממון כמו בעדים זוממין דלפי התובע יש לו זכות ממון של מאה דינרים לשלם לו תיכף, ולפי הנתבע שאינו חייב לשלם לו תיכף זכות זה אינו שוה כי אם פחות ממאה דינרים, יעו"ש. ובעיקר קושיית רבינו הנה יעו"י ברמב"ם (פי"ג ממלוה ה"ו) שכתב דין זה דאם המלוה והלואה מחולקים אימתי זמן הפרעון, נשבע הלואה היסת, ואם היה שם ע"א שהיום סוף זמנו, הרי זה נשבע שבועת התורה כשאר הטענות, ע"כ. וכתב המ"מ, זה לא מצאתי מבואר, אבל דעת הרב ז"ל שטענה זו כשאר הטענות, ע"כ. אכן במהרי"ט הנ"ל שהביא רבינו כתב דמקור דין זה הוא מהך דמכות דמוכח דמה שרצו להפסידו הרווחת זמן, חשיב דבר שבממון, יעו"ש.

עג [א] נשבע היסת וכו'. ז"ע כיון דהך הדל צין משלומין תיכף או לאחר עשרה ימים הוא מילתא דררא דממון, דאם לא כן לא היה זוקקו להיסת וצעד אחד לשבועה דאורייתא, וכן הוא צלמח צמסנה ריש מכות (ג.) מעידים אנו צלח פלוגי שהוא חייב אלף וזו לשלם מכלן ועד שלשים יום, והוא אומר מכלן ועד עשר שנים, ונמצאו זוממין, אומדים כמה אדם רוצה ליתן וכו', הרי דהוא ממון גמור עד שהעדים הזוממין חייבים לשלם היזקו, ואם כן קשה דרך משל, הוא מוצע מאה זהובים לשלם תיכף, והוא אומר לשלמו תוך חמשה שנים, וכפי האומד הנך מאה אינס שוים כעת רק ז"ח זהובים כמבואר צמסנה הנ"ל, ואם כן הרי יש כאן מודה מקצת גמור, דהוא מוצעו מאה והוא מודה צ"ס.

וחפשי ומלמי להרצ מהרי"ט

בחלק חו"מ סימן ק"ה (ד"ה ועדיין) שהרגיש צוה, וסירך דמיירי
דיש עדים על גוף דמי הלואה, רק אינס יודעים אימת זמן
פרעון, ואם כן אין מה דמודה בגוף הלואה בכלל הודאה. ואין זה
נמשמע צלישנא דפוסקים, וגם מה שסירך דאין הודאה ממין
הטענה, דחוק. ויותר אפשר לומר
ללא הוי דבר שצמדה וצמשקל ומנין,
דזה נריך שומת צית דין לדעת
כמה הצדל יש צין זמן קצר לזמן
ארוך, ולא מתפרש מתוך טענתם
כמה הוא ואינו בכלל מודה מקצת,
ול"ע כי גם צוה לא נחה רוחי².

[ב] הררי זה וכו'. כתב הש"ך
(סק"י) טענו חייב אהה לי
מנה לפרוע תיכף, והוא מודה
בחמשים לפרוע תוך עשרה ימים,
נשבע על החמישים שאמר שזמנו
בעשרה ימים תיכף היסת, וצכלות
העשרה ימים ישבע שצוה
דאורייתא על החמישים שכופר. ולא
הצנתי דין זה, אף על פי שכתב
שכן מורין, דהא הך הודאה שחייב
חמשים צתוך עשרה ימים הוי

הודאה שיש צו שזה פרוטה, דהא הוא שזה פרוטה, וצחמישים
כופר לגמרי הרי כאן מודה מקצת גמור, ולמה ימתין עד תשלום
עשרה ימים, הלא הוא כופר לגמרי צהם, והתוצע אמר עכשיו
זמנו. ונריך לומר דחושבים ההודאה לזמן לא קרוי הודאה,
ולדצריהם אף לאחר עשרה ימים תו ליכא שצוה דאורייתא, וכמו
שכתב הט"ז (כאן) צאמת צסם קצת דיינים, והא ליתא כמש"כ
הט"ז, והעיקר דנריך לישבע תיכף. אמנם אם תוצע מנה לפרוע
תוך עשרה ימים והוא מודה צחמישים, נראה ללא ישבע רק
צכלות הזמן, דהא אף לדברי המלוה עדיין לא מטי זימנא כלל
ואולי צין כך יודה.

[ג] ישבע המלוה היסת וכו'. הרב הש"ך (סק"י) דעתו לומר
צמשכון ישבע צנקיטת חפץ, דהא לא על גופו דמשכון
קטען. והדין היה עמו אילו היה מה שהקשיתי לעיל צס"ק א'
מיושב למה אין כאן שצוה דאורייתא כמודה מקצת, אצל כל זמן
שאין לנו טעם צרור ונריך לומר ללא הוי ממון גמור לחייב עליו
שצוה דאורייתא רק דווקא להיסת, א"כ אף מהמשכון לק"מ
ללא שייך שצוה צנקיטת חפץ צצבר שאינו ממון גמור, ול"ע.

[ד] לא חלה השבועה וכו'. הקשה הש"ך (סק"א) לחול
השבועה צכולל כמו צנשבע שלא לאכול מנה סתם דאפילו
צליל פסח אסור (יו"ד סי' רלו ס"ה), וסירך הש"ך דשם נשבע
צאמנע שנה דעדיין לא חל חיובו של מנה, משא"כ כאן דצבר
מוטל עליו פרעון חוב מעת עשיית החוב, תו לא מהני צולל. והגאון

שזמנו עשרה ימים, ובצלות עשרה ימים ישבע שבועת התורה
בחמישים שכופר. ואני השגתי עליו בתומים (סק"ב) דנשבע תיכף
שבועה דאורייתא, וכן נראה דעת הט"ז, אבל אם תבעו במנה
לפרוע תוך עשרה ימים, והוא כופר בחמישים, לא ישבע שבועה
דאורייתא רק בהגיע זמן, כי קודם
לכן אף לדברי התובע לא מטי
זימנא ואולי בין כך יתיישב.

(י) המתן עוד עד וכו'. דהואיל
דעדיין לא מטי זימנא
אולי בין כך יתיישב ולא ישבע
[סמ"ע סק"י].

(יא) אבל אם היתה מלוה בשטר
וכו'. אם הוא תוך שלשים
יום, והמלוה אומר שהתנה עמו שלא
יהיה לו זמן, הואיל ולא נזכר בשטר
וסתם הלואה שלשים יום, נשבע
הלואה ונפטר עד סוף ל' יום, ש"ך
(סק"ט).

(יב) היסת. ובש"ך (סק"י) דעתו
דבמשכון הואיל ולא
לגופו של המשכון קטען, צריך
לישבע צנקיטת חפץ, ועיין תומים
(סק"ג) שכתבתי שיש לדחות דאין דררא דממון צרור כל כך, וצ"ע.
(יג) לא חלה השבועה. וכתב הסמ"ע (סק"ג), ולא קשה יתן לו
כפי חובו ולא ימכור, דגם זה בכלל מכירה כיון דנותן
לו בפרעון, ע"כ. ולא קשה יתן לאחר במתנה ויבא בעל חוב
ויגבה ממנו, וצריך לומר לא מבעיא צחוב בעל פה דלא גובה
ממתנה, אלא אפילו במלוה בשטר, מכל מקום יכול לומר מקבל
מתנה הנחתי לך מקום אצל הנותן, ואי דנשבע מה איכפת ליה,
ואין זה דומה לנשתדוף בני חורין (כתובות צה.), דהא בנכסים לא
איתרע כלל.

(יד) חלה השבועה. והיינו דנשבע שלא למכור, הן לבעלי חובות
שכבר חייב להם, והן לבעלי חובות שילוהו לו מאז
והלאה, ועיין תומים (סק"ד) מה שכתבתי ליישב קושית הש"ך
(סק"א) דלמה לא חל צכולל, ע"ש. ואם נשבע שלא למכור לבעלי
חובות הן יהודים והן אינו יהודים, העליתי בתומים (סוף סק"ד)
דבמחלוקת שנויה והוא ספק איסור, ע"ש.

(טו) ומכין אותו וכו'. כדין פריעת בעל חוב מצוה דמכין אותו,
סמ"ע (סק"ד) וש"ך (סק"ב), וגם חייב מלקות מחמת
שעבר על שבועת שוא, כי הנשבע לבטל את המצוה לוקה משום
שבועת שוא כמבואר בגמ' (שבועות כט.) ופוסקים, וא"כ לדידן יש
מכות מרדות, וצריך טעם למה לא זכרו הרא"ש וטור.

חכם צבי אשכנזי צהגהתו לט"ז צחו"מ (כאן) כתב דהוא סותר למה

שכתבו תוס' ורז"ח מחזירים, דנחתו לחלק זהא דאמרין שצעות דף כ"ד (ע"א) דליתא בלאו והן לומר שצעות שאוכל נצילות ושחוטות ולא אמרינן כולל דמאי שנה משצעות שלא אוכל מנה, ונכנסו בתירושים שונים כמ"כ (תוס') שם ד"ה אלא הן וכו', ולא תירצו כמ"כ הש"ך דנצילות כבר חל חיוב שלא לאכול נצילות משא"כ במנה, והאמת אחר, אבל מכל מקום מנאנו בספר תומת ישרים כמו שכתב הש"ך חילוק זה מצוהר³.

ואני הארכתי גם כן בחדושי דזהו דעת רש"י צנויר דף ד' (ע"א), דדרשין יין ושכר לאסור יין מנהו כדכרשית, ופריך הגמרא חלימא קדושא ואצללתא הא הוי מושבע ועומד דהר סיני, ופירש רש"י (ד"ה והרי) איך תחול עליו נזירות הא הו"ל מושבע ועומד מהר סיני והו"ל נשבע לצטל המנה, ומשני **אלא דאמר** שצעות שאשתה וחזר ואמר הריני נזיר דחל נזירות על שצעות. והקשה התוס' (שם ד"ה מאי) לפירוש רש"י עדיין אין מיושב פשיטא דהו"ל נשבע לצטל המנה, והיא קושיא עולה לכאורה. ודבן נראה דסבירא ליה לרש"י, כולל, אף דרבי שמעון לית ליה כולל, מכל מקום יש לומר צנויר גזירת הכתוב לחול, אבל כשאנו כולל לא מסתבר ליה לגמרא כלל דנימא גזירת הכתוב שיחול מה דהוא נגד הסברה דאין איסור חל על איסור, וס"ל לרש"י זהו הוא כולל דהנשבע לשמות וכי אטו כנהרה ישתה יין מאין פסיקה, רק ישבע לשמות מדה ולוג וכדומה, והוא שצנויר נדר ואסור בכל יין הרי מגו דחל על יין הנשאר אף על זה יחול, ועיין בתשובת חות יאיר סי' י"ז וי"ד דסבירא ליה דהוי כולל, ע"ש. אך זהא דאינטריך קרא דיהיה נזירות חל על קידוש, בלא"ה יש להצין למה לי קרא, אם כן נזיר שלשים יום היכא משכחת ליה, דהא איכא בתוכו כמה שבתות וזריך לשמות יין, ואם כן מצינו נזיר ששותה יין, והתורה אמרה (צמדז' ו ג) מיין ושכר יזיר, ופשיטא דחל על קידוש והצלה⁴ למה לי קרא מיוחד, וזריך לומר ודאי דאם צאמנע שצות נדר צנויר דחלה עליו נזירות, פשיטא כשיגיע שבת אין הפסק לנזירות ואסור ציין, רק צנודר צכניסת שבת או צנאח דאז הגיע זמן קידוש והצלה, אם כן חל ליכא כולל כלל, והו"א דיקדש ואחר כך יתחיל נזירותו ולא יהיה הפסק צנזירותו כלל, וקמ"ל דתיכף כשנדר חל ואסור בקידוש והצלה. ופריך הגמרא הא מושבע ועומד וכו', וצאמנע למה יחול הא אין כאן כולל כשכבר הגיע וחל חיובו דקידוש חל לא שייך כולל, ולכך מוקי ליה הגמרא דקאמר שצעות שאשתה, והיינו לא תיכף אלא לאחר ג' ימים, ונדר תיכף צנויר, וקמ"ל דחל נזירות

דהו"ל איסור כולל, דהא עדיין חיובו דשצעות לא מטי וצין כך חל נזירות, וא"ש דהוי כולל.

וא"א קשה למה לי קרא הא מוכח מנזיר צאמנע שצות דודאי אסור לשמות יין קידוש צצבת, ש"מ צכה"ג כולל שקדמה נזירות חל, דיש לומר חדא התם שאני דלא אפשר צענין אחר וכך היא תורת נזירות כמו שכתבתי, דאם לא כן נזיר היכי משכחת ליה, משא"כ צנשבע שישתה דהוא דצר פרטי. ועוד, מהתם הוי כולל צאיסור מוסיף, דנודע דאיסור נזירות חמור ממנות קידוש היום, דאף דהוא דאורייתא מכל מקום אינו רק דרש מקרא כנודע, משא"כ נזירות על שצעות ודאי שצעות חמור והו"א דלא אמרינן, וקמ"ל דמכל מקום אמרינן כולל, וא"ש דצרי רש"י ולק"מ. אך מכל מקום התוס' ויתר מחזירים לא סבירא להו סברה הנ"ל ולכך השיגו על רש"י.

וגם יש לומר דזה לא מקרי כולל, דצנלמא צנשבע לאכול תמרים וחזר ונשבע שלא אוכל תמרים וענבים, אם כן על ענבים לא שייכות כלל לשצעות ראשונה ופשיטא דחל שצעות שניה, וכמו כן דחל על ענבים גורר השצעות לחול גם כן אמתמים, אף דהוא נגד שצעות ראשונה, דהא יש צאפשרי לקיים שצעות ראשונה וגם שלא לאכול ענבים, ואם כן ודאי דחל על ענבים וכולל אף על תמרים, משא"כ צנשבע לשמות יין ואחר כך נדר צנויר, אם אמת נותן מקום לשצעות ראשונה חו פקע נדר, דאיך אפשר לנזיר שישתה יין, וכי תוכל לומר שישתה יין לוג וכדומה ועל הנשאר יהיה נזיר, הא אין נזיר כשישתה יין, ואם כן דפקע נדרו חל לא חל ולא שייך כולל, משא"כ צתמרים וענבים אף דפקע נדרו מתמרים מענבים לא פקע והרי זה כולל, ושמונ דצר זה כי הוא דצר ראוי וישר⁵, ומיושב צזה קושיית החות יאיר הנ"ל, (כי מה שכתב החות יאיר ליישב דרבי שמעון לית ליה כולל, אינו מיושב, דצגמרא פריך ורצנן הא אינטריך לאסור מנהו כרשות, וקשה לרצנן הא לא זריך קרא דהו"ל כולל, אבל לפי"מ שכתבתי ניחא ולק"מ, והארכתי צזה קצת כי הוא כלל גדול צדיני שצעות וצאיאורי ליו"ד הארכתי צזה).

וצשובה להנ"ל, לפי דעת התוס' קושיית הש"ך צמקומו, ומה שטען ה"ה חכם צבי ז"ל כי מה כולל יש, הא צנשבע שלא לפרוע לצעל חוב הא כל השצעות [היא] לצטל מנות פריעת צעל חוב, חס וחלילה לומר דטעה הרב הש"ך דצצר פשוט צזה, רק קושייתו כך, דנחזי אנו צאיזה לשון נשבע זה, אם נשבע מצלי לפרוע לאותן שכבר חייב, אבל לא לאותן שילווהו מאז והלאה, אם

משפטי יהונתן

3. (סי' עב סק"ב ובתשו' סי' יד"טו), ובשאגת אריה (סימן ס'), ובשער המלך (פי"ז מהל' איסור'ב), ובברוך טעם (שער הכולל דין ו'), ובדמשק אליעזר (סק"ב), ובמקצוע בתורה (סק"ט), יעו"ש.
4. בהגהות ברוך טעם כאן ציין לדברי המפרש בנזיר (דף מד. ד"ה לאסור יין מצוה), ושם כתב להדיא דעל קידוש לא חל מעיקרא מעולם הנזירות משום דמושבע ועומד מהר סיני, יעו"ש. וצ"ע לד' רבינו. וע"ע במקצוע בתורה שם.
5. עי' בשו"ת זית רענן (ח"א חלק הסוגיות סי' א סקכ"ט) מה שתמה ע"ד רבינו שנקט בפשיטות דבנזירות לא שייך כולל משום דאי אפשר

3. כן הוא בראב"ד בהשגות על בעה"מ בפסחים (דף כז. מדפי הרי"ף). ועי' בקצות"ח (סק"ג) שכן הביא נמי דעת הר"ר חסדאי בשו"ת הריב"ש (סי' צח), ורבינו הוכיח כן להלן מד' רש"י בנזיר. ומה שהשיג החכ"צ מדברי התוס' בשבועות, הנה יעו"י במקצוע בתורה (סק"ט) שכתב ליישב, דהש"ך לא קאמר רק בנשבע שלא למכור לפרוע וכבר חייב לשמעון אלא שלא הגיע זמן הפרעון, א"כ אין כאן כולל היתר רק כולו לעבור על המצוה, אבל התם איכא כולל על השחוטות שמותרין, ע"ש. וע"ע בהגהות עמק המלך על הרמב"ם (פ"א מהל' שבועות ה"ז) שהביא ראי' לד' הש"ך. וע"ע מה שהאריכו בזה בהפלאה בכתובות (קו"א סי' קיח סק"ח), ובאב"מ

כן איך קאמער אס שצוה קדמה לחוב הוי שצוה שוא, הא לא נשבע כלל לאותן שילוהו לאח"כ, וכן נמי ליכא למימר דנשבע רק לאותן שילוהו לאחר מכאן, דאס כן בחוב הקודם מהו שכתב לא חלה השצוה דהו"ל נשבע לצטל המלוה, הא לא נשבע כלל בחובות שקדמו, ועכ"ל דתרחי נשבע, הן עד שתצא נפשו אם [ה] (טז) ואם השבועה קדמה לחוב שמעון, [יז] נמצאת השניה (יח) שבועת שוא, (יט) מבין ואילו באותן שעדיין לא חייב לא הוי

נשבע לצטל מלוה כמבואר בשו"ע דחלה שצוה, ואס כן הוי כולל דמגו דחל אהנך דיהיה חייב מכאן ולהבא יחול נמי על הנך בעלי חובות שכבר חייב, וקושיא הש"ך נכון הוא⁶.

ובאמת לא על הרא"ש קושיא, דנראה דהרא"ש סבירא ליה לעיקר כתירון הריצ"א שם שצוה, דיש חילוק כי מהני כולל כי לא מזכיר שם מלה דפסח, אבל כמזכיר שם מלה דפסח תו לא חל כולל, ולכך נשבע לאכול נבילות ושחטות לא מהני כולל דמזכיר שם נבילה, וכן מבואר בתשובות הרא"ש כלל ח' דין ט"ו שהציא הך ירושלמי (שצוה פ"ג ה"ד) נשבע שלא יאכל מלה צליל פסח לוקה ואוכל מלה, דכיון שהזכיר ליל פסח אין שצוה דאין נשבעין לצטל מלוה וכו', שצוה שלא אוכל מלה אינו לוקה דכיון דלא הזכיר ליל פסח אין זה לצטל מלוה וכו', עכ"ל, הרי דחלה הכל אס הזכיר את ליל פסח אז לא, והוא תירון רי"צ"א, דלתירון ר"י נשבע ואל תעשה הכל תלוי, אס הנשבע על מלה צליל פסח לצד אז צכולל כל השנה, וזה ברור.

ודא דהציא הטור אה"ע סי' קי"ח (סעיף טו) תשובת הרא"ש (כלל לג סי' א) נשבע שלא ליקח אשה על אשתו ואשתו אינה ראויה להוליד, דלא הוי נשבע לצטל מלוה, אין הטעם כמו

שכתב רי"צ"ש (סי' נח) דחל צכולל מגו דחל על נשים זקנות ואילנות, דהא כאן הזכיר, רק יש לומר כמו שכתבו הפרישה שם (דרישה סי' וצ"ו) וצ"ח שמואל (סקט"ו) דיכול לקיים פריה ורביה צפילגש לשיטת הרא"ש (כתובות פ"א סי' צ), ע"ש. ולפי זה כיון דהזכיר צטול המלוה מצלי לפרוע לצעל חוב, לא מועיל כולל כלל, דהוי כמזכיר מלה צליל פסח, והוי נשבע לצטל המלוה ולק"מ. אך מכל מקום קשה על הרמ"א, דלפי מה שכתב צורה דעה סי' רל"ו סעיף ה' צהגה מבואר דסבירא ליה כתירון ר"י ולא כתירון רי"צ"א, ואס כן לא היה לו להניח דברי מחבר צלי הגהה דמכל מקום חל שצוה צכולל כקושיא הש"ך.

והבין נראה לומר דס"ל כי אמרינן כולל כשיש מקום לשצוה לחול אהמירא כמו איסורא, אמרינן מגו דחל צזה חל נמי אזה, משא"כ כאן דהכולל הוא דיחול השצוה על מי שילוהו מאז והלאה, אס כן עדיין מקום חלות שצוה זו פורח צאיר, כי כל כמה דלא לזה על מי יחול, ולכך אס ירצה להחירו אינו יכול דעדיין אין מקום לחול, ואס כן לא שייך מגו דחל על הימר יחול נמי על איסור, הא לימא להמירא דיחול עליו, ואס כן אף על איסורא לא חל, ואף דלזה אחר כך מאחרים וחלה עליו שצוה, מכל מקום לא אמרינן דיחול עליו למפרע אף על איסורא, כיון דצטעה שיצאה שצוה מפיו לא היה לו מקום לחול דלא היה אז כולל ופקע שצוה וא"ש. ומכל מקום יש נפ"מ צין הנך, נשבע סתם שלא לפרוע לצעלי חובות הן יהודי והן גוי דהא הוי כולל דהפקעת הלואה מותר, לשיטת הרא"ש דסבירא ליה כריצ"א מכל מקום לא הוי כולל, אבל לשיטת ר"י הוי כולל וחל שצוה.

[ה] **ואם** השבועה קדמה. בתשובת הרא"ש (כלל ח סי' צ) כתב דדמי להא דתנן (שצוה כט.) שצוה שאוכל ככר זו שצוה שלא אוכלנה אכלה עובר על שצוה שוא, לא אכלה עובר על שצוה צטוי, ומוטב שיעבור על שצוה צטוי נשבע ואל תעשה משיאכלנה צקוס ועבור על שצוה שוא, כך צנודן זה לא ימכור כדי לקיים שצוהו הראשונה ונמצאת שניה שצוה שוא וכו'. והקשו כל המחברים דהא הרא"ש גופיה צפ"ג דשצוה (סימן כד) הציא ירושלמי אדרבא שיאכל, דמוטב שיעבור על שצוה שוא גרידא משלא יאכל דיעבור על שני שצוה שצוה צטוי וגם כן שצוה שוא, דכשנשבע ככר יצאה לשוא מפיו דהוא לצטל המלוה.

(טז) **ואם** השבועה קדמה וכו'. לא הוי נשבע לבטל מצוה כיון שעדיין לא חייב ויכול להיות ולשמר בעצמו שלא ילוה לא הוי לבטל מצוה, ואף על פי שהנשבע אם אהיה יודע לך עדות לא אעיד לך, הוי נשבע לבטל המצוה [רמב"ם פ"ה משבועות ה"ט], אף שאז עדיין לא ידע מעדות, דעדות אין ברשותו אם יבא בהודמן ויראה ראובן נתן מעות לשמעון, משא"כ כאן הרי ברשותו מבלי להלות מישראל, כנה"ג (י"ד סי' רלו הגה"ט אות עו).

(יז) **נמצאת השניה שבועת שוא**. דהא מחוייב לקיים שבועתו ראשונה מבלי למכור, והרי שבועה שניה שבועת שוא, דאף על פי דנשבע סתם (מבלי) לפרוע, מכל מקום אף זו בכלל דאם לא יהיה לו מעות דיצטרך למכור, והרי זה נגד שבועה ראשונה דנשבע שלא למכור, ש"ך (סקי"ד), ונכון הוא.

(יח) **שבועת שוא**. ודעת הסמ"ע (סקט"ו) דתיכף הו"ל שבועת שוא, אף דמקיים שבועתו ומכר שלו, מכל מקום תיכף כשיצא שבועה מפיו לשוא יצא, דנשבע לבטל המצוה שבועתו הראשון, ומחייב מלקות. ועיין בתומים (סק"ה) דכתבתי בדעת הרא"ש הואיל ולא נשבע בהחלט שימכור רק לפרוע, ואם היו לו מעות תו ליכא שבועת שוא, לא הוי יצאה לשקר מפיו, ואינו חייב משום שבועת שוא, רק לבסוף בהגיע פרעון ואין בידו מעות ומוכרח למכור אם יקיים שבועתו שנייה, ע"ש. וכן מורה לשון הטור (סעיף ט) ושו"ע, ע"ש.

(יט) **ומבין** צ"ח מכת מרדות. דלית לנו סמוכים [ש"ך סקט"ו], וגם אין כאן התראה, [סמ"ע סקי"ז], אבל משום שב ואל

שכתב רי"צ"ש (סי' נח) דחל צכולל מגו דחל על נשים זקנות ואילנות, דהא כאן הזכיר, רק יש לומר כמו שכתבו הפרישה שם (דרישה סי' וצ"ו) וצ"ח שמואל (סקט"ו) דיכול לקיים פריה ורביה צפילגש לשיטת הרא"ש (כתובות פ"א סי' צ), ע"ש. ולפי זה כיון דהזכיר צטול המלוה מצלי לפרוע לצעל חוב, לא מועיל כולל כלל, דהוי כמזכיר מלה צליל פסח, והוי נשבע לצטל המלוה ולק"מ. אך מכל מקום קשה על הרמ"א, דלפי מה שכתב צורה דעה סי' רל"ו סעיף ה' צהגה מבואר דסבירא ליה כתירון ר"י ולא כתירון רי"צ"א, ואס כן לא היה לו להניח דברי מחבר צלי הגהה דמכל מקום חל שצוה צכולל כקושיא הש"ך.

והבין נראה לומר דס"ל כי אמרינן כולל כשיש מקום לשצוה לחול אהמירא כמו איסורא, אמרינן מגו דחל צזה חל נמי אזה, משא"כ כאן דהכולל הוא דיחול השצוה על מי שילוהו מאז והלאה, אס כן עדיין מקום חלות שצוה זו פורח צאיר, כי כל כמה דלא לזה על מי יחול, ולכך אס ירצה להחירו אינו יכול דעדיין אין מקום לחול, ואס כן לא שייך מגו דחל על הימר יחול נמי על איסור, הא לימא להמירא דיחול עליו, ואס כן אף על איסורא לא חל, ואף דלזה אחר כך מאחרים וחלה עליו שצוה, מכל מקום לא אמרינן דיחול עליו למפרע אף על איסורא, כיון דצטעה שיצאה שצוה מפיו לא היה לו מקום לחול דלא היה אז כולל ופקע שצוה וא"ש. ומכל מקום יש נפ"מ צין הנך, נשבע סתם שלא לפרוע לצעלי חובות הן יהודי והן גוי דהא הוי כולל דהפקעת הלואה מותר, לשיטת הרא"ש דסבירא ליה כריצ"א מכל מקום לא הוי כולל, אבל לשיטת ר"י הוי כולל וחל שצוה.

[ה] **ואם** השבועה קדמה. בתשובת הרא"ש (כלל ח סי' צ) כתב דדמי להא דתנן (שצוה כט.) שצוה שאוכל ככר זו שצוה שלא אוכלנה אכלה עובר על שצוה שוא, לא אכלה עובר על שצוה צטוי, ומוטב שיעבור על שצוה צטוי נשבע ואל תעשה משיאכלנה צקוס ועבור על שצוה שוא, כך צנודן זה לא ימכור כדי לקיים שצוהו הראשונה ונמצאת שניה שצוה שוא וכו'. והקשו כל המחברים דהא הרא"ש גופיה צפ"ג דשצוה (סימן כד) הציא ירושלמי אדרבא שיאכל, דמוטב שיעבור על שצוה שוא גרידא משלא יאכל דיעבור על שני שצוה שצוה צטוי וגם כן שצוה שוא, דכשנשבע ככר יצאה לשוא מפיו דהוא לצטל המלוה.

משפט יהונתן

ד"ה הכא במאי, ובתוס' שבועות (כח: ד"ה שבועה), יעו"ש מש"כ בזה. 6. ע"י באבני החושן (סק"ג) ובהגהות ברוך טעם מש"כ ע"ד רבינו.

להתקיים הכולל לבר, והא להדיא מבואר בגדרים יח. בנשבע שלא יאכל תאנים וענבים יחד כשיעור שלם מכל אחד, דחילל בכולל, ועיי"ש בר"ן

תעשה מכל מקום חייב מלקות, דבנשבע ומימר ומקלל אפילו לאו שאין בו מעשה לוקין, (שבועות כא.).

(כ) ואם מתוך אימת המלקות יתחרט וכו'. עיין מה שכתבתי בתומים (סק"ו) דדעת מהרש"א (גיטין לג.) נראה דאין מהני חרטה לפוטרו מן מלקות, רק העליתי חרדא דיש לומר כאן דיש גם כן פריעת בעל חוב מצוה, לכו"ע אמרינן דיש התרה לפוטרו גם ממכות, והעיקר העליתי דלא כמהרש"א, ע"ש.

ולפי זה דאין כאן רק חיוב שבעה אחת הדבר ספק איזה יעבור ואיזה יקיים, ולא דמי להנ"ל דשם אמרינן מוטב שיעבור שבעה אחת משעבור שנים, ולכן מייתי ליה הרא"ש מדקאמר ירושלמי דלכך יאכל כדי שלא יעבור שני שבעות, ולא קאמר בקיטור דהוא ראשונה, אלא ש"מ דזולת זה הטעם דאם אין אוכלה עובר על שני שבעות, היה השכל מחייב שלא יאכל ויעבור על שבעה ראשונה שהוא צבזב ואל תעשה משיקיים שבעה ראשונה בקום ועשה, אם כן כ"ש כאן ששבעה ראשונה צבזב ואל תעשה דפשיטא ליה דיקיים שבעה ראשונה ויעבור על שניה. וזהכי דייק לשון הרא"ש דמשמע דאין חייב מכות מרדות רק בהגיע זמן ולא מכר, וקשה הא תיכף צעשה שנשבע שישלם הו"ל שבעה שוא וחייב מכות מרדות דינא לה לקר למכור, ועכ"ל כמש"כ דבזה לא הוי שבעה שוא, רק אחר כך בהגיע זמן תשלומין ואין לאל ידו רק צריך למכור וא"ש, ודו"ק.

ובדברי נחמ"א מה שכתב הרא"ש דשם (בשבעה הנ"ל) אם מחמת אימת מכות מרדות יתחרט וימנע פתח לשבעה ראשונה יתירוהו לו וימכור ויקיים שבעה שניה, ואין זה פותחין צנולד כי הדבר ידוע הנשבע מכין אותו מכות מרדות, עכ"ל. וקשה לפי"מ שכתבו הם אם כן אף אם עומד ורוצה למכור מכל מקום חייב מלקות בצבזל שבעה שניה דהיה יוצא מפיו צבזל כנ"ל, ואם כן מה פתח ימנע לשבעה ראשונה בצבזל אימת המלקות, הא אין נלקה כלל בצבזל שבעה ראשונה, דאף דיעבור על שבעה ראשונה מכל מקום ילקה, ונ"ל דכך הוא הפתח, אילו הייתי יודע אז שצבזב אחר כך בהיפוך ועל ידי כן אצא לכלל מלקות לא הייתי נשבע, וזהו הפתח חרטה, וקשה הא זהו הו"ל גמור, דאף דידוע דכל העוברים שבעה נלקים, הא לא חסיק אדעתיה דישבע אחר כך בהיפוך מה דלא שכיח שישבע לשוא נפשו, ואין לך נולד גדול מזה, וכבר עמד בזה בדרישה (סעיף ט), ותיירו דחוק דגם זה שכיח שישבע על דבר והפוכו. וחס לומר כן על עס ישראל הקדושים שיהיו כל כך קלי דעת אצל שבעות.

אבל לפי"מ שכתבתי נחמ"א, דבאמת אם רוצה למכור אין לו משפט מלקות כלל, רק כל המלקות הואיל ואינו מוכר, ואף הוא יאמר הריני מוכר לקיים שבעתי השניה ואין לי על זה עונש, רק אחס בזה אחר כך להלקותני בצבזל שבעה ראשונה שנשבעתי שלא למכור ואני עובר עליו צפועל, אך על זה הריני מתחרט כי אילו הייתי חסיד אדעתי שיהיה נלקה צבזל שבעה ראשונה ונשבעתי שלא למכור ואני נשבע, ואם כן הרי זה פתח חרטה ומתירין לו, והרשות צידו למכור, ושפיר כתב הרא"ש דאין נולד דזה שכיח להלקות לעוברים השבעה, וכאן אין פתחו כלל משבעה שניה, רק הואיל ועובר על שבעתו ראשונה ונלקה ולק"מ, משא"כ אם ילקה בצבזל שבעה שניה לא הו"ל מלקות פתח לשבעה ראשונה, דלא בצבזל נלקה, דאף דימכור הרי הוא לוקה (אם לא) דהואיל דנשבע להיפוך כנ"ל, וזהו נולד גמור כמש"כ הפרישה ודרישה (שם), ע"ש.

ובדברי נחמ"א נמי מה שהקשו, דכאן החליט המחבר דאם מתחרט על ראשונה ונשאל עליה, דיכול לקיים שבעתו השניה ואין לו משפט מלקות, ואילו צורה דעה סימן רל"ח סעיף טו"ז כתב המחבר תשובת הרשב"א (ח"א סי' תשצ) דמי שנשבע על דבר ואחר כך נשבע לצטל הראשונה ונשאל על הראשונה, דיש לספק אם נפטר מידי שבעה שוא וחזר שבעה שוא לכלל שבעות צטוי, ע"ש. וכבר הקשה כן בדרישה (סוף סעיף ט), והרב הש"ך שם ס"ק כ"ג, ע"ש. ולפי"מ שכתבתי לק"מ, דשם כל הספק דהא אף דמקיים שבעה שניה צפועל, מכל מקום חייב על שבעה שניה דנשא לשוא נפשו אז וינא לה לקר מפיו, אם כן מה צבזב דנשאל על הראשונה ועכשיו נעקר מעיקרה, הוא לא ידע אז ונשבע לשקר וינא לה לקר מפיו, ואין השאלה יותר טוב מאילו מקיים צפועל בשבעה השניה, ולכן אף דפסק המחבר להדיא בסימן [רל"ח סעיף] כ"א שם דנשבע צ' פעמים שלא אוכל כבר זה ונשאל על הראשונה דחל שניה, מכל מקום בזה נסתפק מזה הטעם דעל כל פנים ינא שבעה מפיו לשקר, מה שאין כן צדדון זה לפי"מ שכתבתי לא ינא שבעה מפיו לשקר, רק עכשיו עובר אם אין מקיים שבעתו, הא צמקיים ומוכר לפרוע לצעל חובו אין עובר, ואם כן כשנשאל על הראשונה הרי מותר לו למכור צלי פקפוק, ופשיטא דפטור על השניה דהא מקיים שבעתו, ולא דמי כלל להך דסימן רל"ח, דשם אף דמקיים מכל מקום עובר כמש"כ, ודו"ק.

[ו] ואם מתוך אימת המלקות יתחרט וכו'. דע כי התוס' צגיטין דף ל"ג (ע"א) ד"ה ואפקעינהו וכו' הקשו, נזיר שהיה שותה משכר ידונתן

7. לכאורה צ"ב, דאם יש מציאות שתתקיים השבועה א"כ אמאי הוי שבועת שוא, אטו אם נשבע לפרוע ובסוף אין לו יהיה זה שבועת שוא, אלא ודאי דכיון דבשעת שבועה היה מציאות שתתקיים השבועה, תו לא

מיקרי שבועת שוא, ואם אין לו אנוס הוא, וכן כאן בשעת שבועה אי אמרינן דיש מציאות לשבועה אם יהיה לו מעות, א"כ אמאי הוי שבועת שוא אם אין לו מעות. ועי' היטב בלשון הרא"ש בתשו' שם דמשמע

יין אמאי לוקה אס אמרו לו אל תשתה אל תשתה חייב אכל אחת ואחת (נזיר מב.), הא הו"ל התראת ספק שמה ישאל על נזירתו וכו', ומירלו דמוקמינן אחזקה וכו'. והקשה מהרש"א (שם) הא ודאי ישאל על נזירתו כדי שלא ילקה והיאך מצינו נזיר שלוקה, ומירן דודאי ציודעים צו שעצר על נזירתו צמחכווין, החכם לא ישאל לו

כדי שלא ילקה, אבל התראת ספק מיהו הוי דשמה יצא לחכם שלא ידע אס עצר נזירתו וישאל לו, עכ"ל. ועיין צט"ז יו"ד סימן שכ"ג סק"ג, ועיין תשובת חוות יאיר סימן קכ"ט וסימן ק"ל, ע"ש. וזהו סותר לדין האמור זכאן כמוסכס מהרש"ש (צמח"ס כלל ח סי' ג) וטור (סעיף ט"י) ומחבר דיכול החכם להתירו להנצל מעונש מלקות.⁸

ואני סמוכים עשיתי לדברי מהרש"א מדברי תוס' שם, דכבר עמד מהרש"א למה הקשו תוס' מאל תשתה ואל תשתה דחייב על כל אחד ואחד, ולא הקשו צפשוט מנזיר ללוקה. אבל לפי הגרסה לי, דיש להצין מה קושיית התוס', דילמא איירי צנודר ונזיר על דעת רבים דלית ליה התרה. רק ידוע מה שכתב רש"א בתשובה (ח"י סי' פו) והציאו הרב משנה למלך (פ"ו משפיעות ה"ח) אס כבר עבר מחירין לו אף דנדר על דעת רבים, ואס כן הקושיא דיתירו לו אחר שעצר, ונעקר הנדר מעיקרא כדאמרין להדיא בגמרא, ואפילו לרצא דסצירא ליה אכלה אין מחירין, כאן אף דשתה עדיין הנזירות עליו ויכול להתירו, רק הא קי"ל (גיטין לה:) צריך לפרט הנדר ולומר דעל דעת רבים נדר, ואס כן אס יאמר להחכם דעל דעת רבים נדר, ולא יאמר לו דעצר, הא לא יתירו, ואי דיאמר דעצר, הא כתב מהרש"א דאין חכם מחירו עד שילקה, אמנם צחק דאל תשתה ואל תשתה שפיר קשה, דשמיה שניה יש התראת ספק, דילך לחכם ויאמר נדרתי על דעת רבים ושחיתי פעם אחת ונלקתי וכן האמת, ולא יאמר לו משמיה שניה כלל, ואס כן כיון דעצר יתירוהו לו, דאף דלקה מכל מקום צריך כפרה כמו שכתב הרמב"ם בהלכות תשובה (פ"א ה"א), ואס כן דיתיר לו אף מהמלקות צציל שמיה שניה יפטור, וקושיית התוס' שפיר דאף דנודר על דעת רבים אינו מועיל וקשה צממה נפשך ואחתי שפיר, ואס כן משמע להדיא כדברי מהרש"א. ואולי אפשר אף דאין חכם נזקק להתיר לו, מכל מקום כאן הואיל ופריעת צעל חוצ מצוה, וניחא לו לצית דין שיתיר נדרו כדי לפרוע צעל חוצו, נזקקין לו, ואף דעל ידי כן נפטר מידי מלקות, וצ"ע.

ויותר נראה דלא כמהרש"א, דאין אנו משגיחין אס על ידי התרה נפטר ממלקות מכל מקום מחירין, ומכל מקום לא קשה קושיית מהרש"א אס כן אין מצינו נזיר לוקה, הא לא קשה, דאס ציער עצמו צנזיר זמן רב ויש שגר לפעולתו וצסוף שלשים יום שמה יין, אס ילקה נפטר מעונשו החמור, ומקבל שכר על ימים שסיגף עצמו, ואין הקצ"ה מחליף זכות צחוצה, מה שאין כן אס יתיר נזירתו וכלא היה יחשב ומתחרט על מחשצתו ומוצא שפתיו, אס כן אין מקבל שכר כלל על ימים שציער וסיגף עצמו, אף לשוא שמר ימים כאלה צלי חפץ, ואס כן זאת עצה היעוצה לעוצד השלם לקבל עונשו ומצלי להתחרט ולק"מ, וכן משמע צתשובת חוות יאיר הנ"ל, ומכל מקום התוס' שפיר הקשו דעל כל פנים מידי התראת ספק לא יצא, דאולי לא ירצה לקבל מלקות ויתחרט וישאל על נדרו וא"ש. וזהו הכל למאן דאמר (מכות טו:) התראת ספק לא שמיה התראה, אבל למאן דאמר שמיה התראה צלא"ה לק"מ.

ובקושית מהרש"א דלמה הקשו תוס' מהיה שמה פעמים כהנ"ל, יש לומר דהא רצא סצירא ליה אס כבר אכל לכבר חו לא מהני התרה, אף דעדיין לא לקה, ואס כן יתכן לומר הך מאן דאמר דסצירא ליה התראת ספק לא שמה התראה סצירא ליה כרצא, וצנזיר יתכן לומר דשתה סוף מישלם ימי נזירתו דמו לא חל עליו נזירות כלל, ואס כן חו ליכא התרה לנזיר דכבר עבר ואין עוד זמן לנזירתו דנימא דישאל כדי שלא יטטרך לשמור נזירתו עוד וכבר שמה ועצר, והיינו דרצא אכלו אין (עוצר) [נשאל] עליו. ולכך הקשו התוס' מאמרו לו אל תשתה ואל תשתה, ואס כן צשמיה ראשונה היה עוד זמן לשמיה שניה וזמן לשאל על נזירתו שיהיה מותר עוד צשמיה שניה, ואס כן עדיין ספק הוא אס לא ישאל, ושפיר קשה הא הוי התראת ספק, דשמיה ראשונה לכו"ע יכול לשאל, כיון דעוד זמן לקיים נזירתו לכו"ע יכול להשאל וא"ש ודו"ק.⁹

[ז] וימצא פתח וכו'. לא ידעתי מה צורך לפתח, הא קי"ל (נדרים כג:) פותחין צחרטה, ואפילו נימא כמש"כ (צסעיף הקודס) דמתוך

משפט יהונתן

להדיא דלכתחילה החכם מתיר לו אצ"ג דעבר עליה במזיד. והי"צ אמרינן להדיא בנדרים (דף כ.) מי שזנר ועבר על נזירותו אין נזקקין לו עד שינהגו בו איסור כימים שנהג בהם היתר דברי ר"י, אמר ר' יוסי בד"א בנזירות מועטת אבל בנזירות מרובה דיו לי יום, ע"ש. הרי להדיא דנזקקין להתירו לו, ודלא כמהרש"א. וע"ע במקצוע בתורה (סקי"ב).

9. מה שנקט רבינו דברגע אחרון של משך ימי הנזירות לא מהני שאלה, כמו למ"ד כולה אין נשאל. תמה ע"ז בשו"ת עמודי אור (סו"ס קה) דהא בנזיר אפילו עברו ימי נזירותו עדיין נשאר עליו איסור טומאה ויין עד שיורק עליו אחד מן הדמים ועדיין מהני שאלה, וצ"ע.

דמפני שבכלל דבריו היה שאם לא יהיה לו מעות ימכור, בזה הו"ל נשבע לבטל שבועה ראשונה שנשבע שלא ימכור, והוא כאילו נשבע שימכור בשביל החוב היפך השבועה הראשונה, ולכן ס"ל להרא"ש דהוי שבועת שוא, ודו"ק. וע"ע במקצוע בתורה (סקי"א) מש"כ בזה.

8. בט"ז שם העיר ע"ד המהרש"א, דאם הדין נותן להזקק לנזיר שעבר, מדוע לא יתירו לו, ואם אין היתר, א"כ גם אם לא יגלה לחכם אין ההיתר חל. ומסיק שם דמן התורה לא חייל ההיתר, יעו"ש. והנה בישועות יעקב (חאו"ח סי' תריט) הקשה ע"ד המהרש"א, דהא אמרינן בשבועות (דף כח.) אמימר אמר אפילו אכלה כולה נשאל עליה אי בשוגג מחוסר קרבן אי במזיד מחוסר מלקות, ע"ש. הרי

וכן כתבו אחרונים [ש"ך סקט"ז], ועיין תומים (סק"ז) דכתבתי דאירי במטלטלין ואין בית דין יורדים, ע"ש. וכתב הסמ"ע (סקט"ז) דוקא שבועה ראשונה יש להתיר, אבל לא שבועה שניה דהוי שבועת שוא. ובלאו הכי אין להתירו דהוי נשבע לטובת חברו, ועיין תומים ס"ק ט'.

(כב) עדיין השבועה במקומה. מזה משמע דעיקר שבועה הוא בשתובע אותו ולזרזו שיפרע

בלי עיכוב, אבל כל זמן שלא תבעו אין כאן חיוב שבועה כלל, כן הסכימו האחרונים [סמ"ע סק"ט וסקכ"ג].

החרטה אמרינן הפתח, זה אי אפשר ליישצו בתשובה הרא"ש (כלל ס"ז) דכתב, אף על גב דהוה ליה נולד, ולפי זה דמכח חרטה נעשה פתח לא נפ"מ צנולד כלל. ולכן צרור דהרא"ש בתשובה זו נמשך אחרי דעת מהר"ם רצו (הוצא צמרדכי שזעומ פ"ג ס"ז תשנ"ט) דסצירא ליה דאין מתירין

חרטה צלי פתח, ולכן טרח הרא"ש למצוא פתח, אצל לפי דהעלה המחצר ציורה דעה (ס"ז רכח סעיף ז) דפומחין בחרטה, פתח זו מה טיבו. ונריך לומר לרבותא נקטו, אפילו דאינו מתחרט על מה שנשבע כן לכחילה שהיה לטעמים רבים, רק עכשיו מצא פתח, מכל מקום מותר לו, ולא תימא

דאם כן הו"ל נולד, וקמ"ל כדעת הרא"ש דלא הו"ל נולד וכמו שכתבתי צ"ק ה' באריכות.

ובתב הצ"ח (סוף סעיף ט) זהו הכל אם יפרע הוא מדעתו, אצל בית דין יורדים לנכסיו ומגבין מהם, והציאו הש"ך (סקט"ז). ולא הצנתי אם כן מה הוא כל החרדה שהחרידו להלקותו ויתחרט וימצאו לו פתח, וכן שהוא נשבע לצטל המצוה, מה ציטול מצוה יש אם בית דין פורעין מנכסיו, ומה איכפת ליה לצטל חצו זה אם הלוא פורע מרצונו או צטל כרחו סוף כל סוף נפרע¹⁰. ולכן היה נראה לפי מה שדייקו המחצרים וציחוד הרמז"ן צדושו לצטל צתרא (קטו. ד"ה הא) צהא דאמרינן צפרק הכותב דף פ"ו (ע"א), אמר רב כהנא לרב פפא לדידך דאמרת פריעת צטל חצו מצוה אמר לא ניחא לי למעצד מצוה מהו אמר ליה וכו' מכין אותו וכו', ודייק הרמז"ן למאן דאמר שעצודא דאורייתא לק"מ, דמה נפ"מ לן הא משתעבדי נכסי, אצל למאן דאמר לאו דאורייתא. רק עליו רמיא המצוה, מהו אי אמר לא ניחא וכו'. ולפי זה י"ל, דכאן איירי דלית ליה קרקע רק מטלטלין, והם לא רמיא עליהו שעצודא כלל רק על קרקפתא דלוא מוטל מכח פריעת צטל חצו מצוה, והוי כמאן דאמר שעצודא לאו דאורייתא וכל שכן מיניה ואפילו מגלימא דעל כתפאי¹¹, ואם כן איהו אומר לא ניחא לי, וליכא למימר דכופין למצוה, דהא נשבע ואיך נכוף לעצור על שבועה כיון דשבועה קדמה לחצו, ואמי שפיר כל הך דינא, דאין לנו למיחא לנכסי כיון דלאו שעצודא עליהו רק מכח מצוה הלוא והא קדמה שבועה, אצל צקדם החצו הו"ל לצטל מצוה וא"ש. וע"ש צרא"ש צפרק הכותב (סימן יג) דכתב להדיא לחלק צין מקרקע ומטלטלין, ע"ש¹².

ולא קשה אם כן מה שהקשו התוס' צפרק אף על פי (כתובות נט: ד"ה קונמות) והרא"ש (סימן טז) צהא דאמרינן קונמות מפקיעין מידי שיעצוד, דאם כן כל אדם יפקיע נכסיו מצטל חצו לאסור צקונמות, ותיצרו דאלמנהו רצון לשעצודא גם צוה. וקשה עדיין כל אדם טרם שילואו ישבע מצלי למכור נכסיו ולפרוע לצטלי חצו ויאא המלוא צפה נפש, דאפשר לומר דעל מטלטלין צלא"ה לא סמכא דעת דיכול להצריחן כנודע, רק כל סמיכתו צמקרקע, וצוה לפי"מ שכתבתי צית דין יורדין לנכסיו ולא משגיחין צשבועתו, משא"כ קונמות דחל על כל נכסיו אפילו מקרקע, ועיין לקמן ס"י קי"ז (סעיף ז), שפיר הקשו, וכן נראה נכון לדינא, ולכן לא כתבו מחצרים צצית דין יורדים לנכסיו.

משפט יהונתן

דמיניה ידידיה ליכא מצוה דאינו בר מצוה. עוד תמה בעיקר מש"כ רבינו דכיון דבדידיה ליכא מצוה ה"נ אין גובין מנכסיו, דלא נהירא כלל, דאטו ליכא מצוה גבי' מחמת השבועה, והא פשיטא דאיכא מצוה ורק דהוי כאריא דרביע עלי' ואין מניח לו לשלם להבע"ח אבל המצוה לא נפקע מיניה, ואם יתיר השבועה אף שלא יעקרה למפרע מ"מ יתחייב לשלם, ולכן גם לא דמי לדברי הרמב"ן שכתב דהא דגובין ממנו הוא מטעם דעד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו, ונימא דנשבע שאין אתה יכול לכופו בגופו אין אתה כופהו בממונו, דזה אינו, דהגוף ג"כ נתחייב ורק דאריא הוא דרביע על גופו וממילא בכה"ג פשיטא דכופין אותו בממונו, יעו"ש. וע"ע מש"כ ע"ד רבינו בשו"ת באר יצחק (יו"ד סי' יט).

12. מה שכתב רבינו לחלק דבמטלטלין אין יורדין להגבותן כיון דמטלטלי לא משתעבדי, הנה יעויין בנחל יצחק (סי' ל"ט בקר' שע"ד ענף ח') שכתב להשיג ע"ז דאין לחלק בין קרקע למטלטלי, וכתב שם בטעמא דמילתא, דהנה הא מטלטלי לא משתעבדי ואין עליהם דין שעבוד כלל ומ"מ ביי"ד יורדין וגובין מהם להמלוה, וקשה הא ליתא עליהו שעבוד, וכתב לבאר עפי"מ דאמרינן בב"מ (ק"ג) דשליח ביי"ד ממשכנו, והטעם הוא דהא קי"ל בע"ח קונה משכון וע"י שליח ביי"ד ודאי דקני משכון ביותר כמש"כ בנימוקי' והובא בקצוה"ח (סי' ע"ב סק"ב), וא"כ אף דלא נחתין לנכסים משום דליכא עליהו שעבוד, אבל במטלטלין דקני

10. בשו"ת בית יצחק (יו"ד ח"ב סו"ס נד) כתב ליישב, דהמצוה היא שישלם הוא בעצמו מקרא דיוציא אליך את העבוט, ואם הבי"ד יורדין לנכסיו הוי זה ביטול מצוה, יעו"ש. אולם באבני החושן (סק"ה) הביא ישוב זה, וכתב ע"ז דאין לו שום טעם, בפרט אם נאמר דאין מחויב להשתדל שיהיה לו לפרוע ע"י בטור סיק רע"ח, וכ"ש דאין מחויב לפרוע בעצמו כיון דהמלוה יפרע חובו. מיהו בעיקר תמיהת רבינו, הנה יעויין בט"ז שכתב ג"כ כד' הב"ח דהבי"ד יורדין לנכסיו, וכתב דמ"מ עובר דהבי"ד הם שלוחיו, ע"ש. והיינו דהרי נכסיו אינן חייבין רק מטעם ערבות, ואם לא הוי כפורע החוב אין לגבות מהנכסים וע"כ דהוי כפורע בעצמו, ודר"ק. וע"ע מש"כ בזה במקצוע בתורה (סקי"ב).

11. בשו"ת בית יצחק שם האריך לתמוה בד' רבינו כאן, דמה שכתב רבינו דכמו למ"ד של"ד אין כאן רק מצוה ולא שעבוד, אף למ"ד שעבודא דאורייתא במטלטלין אין כאן רק מצוה ואין ביי"ד יורדין לנכסיו בנשבע, הנה ברשב"א סוף קידושין מבואר דלמ"ד ש"ד מדאורייתא אין חילוק בין קרקע למטלטלין, ורק מדרבנן יש חילוק וכשהפקיעו חכמים השעבוד ממטלטלין לא הפקיעו רק מלקוחות או מיורשים אבל מיניה ידידיה לא הפקיעו, ונמצא דגובה מטלטלין מצד השעבוד ולא מצד מצוה, וממילא ביי"ד יורדין לנכסיו אף דנשבע ואין לו מצוה אבל הנכסים משועבדים, וגם למ"ד של"ד ודאי ביי"ד יורדין לנכסים אף בנשתטה, אף

[ח] צריך ליתן וכו'. נראה דמיירי דהמלוה היה תוצעו קודם שצת פרע לי קודם שצת כדי לקיים שצועתך. וכן משמע בתשובת הרא"ש שצאלה ההיא (כלל ח סי' טו), דכתב וטוען שמעון, שהוא המלוה פה, אין הכוונה לפרוע דוקא צאתו זמן אלא שלא יאחר מאותו זמן וכו', הרי דתצעו לפרוע ולכן הרי הוא מחויב לקיים שצועתו והאיל והיה תציעה, ואם כי היה התציעה מקודם, כי א"א לנמנע שיהיה דוקא ציוס שצעה המוגבל לפרעון, אצל צלל תוצעו כלל הן מקודם והן צו ציוס, ודאי דאין עליו חיוב

שצועה כמו שכתב הסמ"ע צס"ק י"ט וכ"ג דצלי תציעה אין מחויב לפרוע ולק"מ. והט"ז השיג מזה על הסמ"ע, דהא ודאי לא תצעו שצצת, ולק"מ דמכל מקום היה תציעה מקודם.

[ט] וישומו אותה. הרב המגן אברהם צאורח חיים סי' ט"ו (סקט"ו) השיג צה על מחבר, דלא קאמר הרא"ש (כלל ח סי' טו) וטור (סעיף יציג) רק דיתן המשכון צצתם, ומ"מ הוצרך לטעם דחפצי שמים המירו, משום דאף משכון אסור, ומכל שכן אם נתנו צחורת פרעון. ונכון אחר, דהא לפי"מ שכתבו התוס' צריש שצת (ד. ד"ה וכו') לחלק צין אומרים לאדם חטא צצציל שיזכה צצירו, דאם לא פשע אז אומרים חטא וכו' אצל לא צפצע, ואם כן אין כאן ראייה ממשדכין תינוקות, דשם לא פשעו, משא"כ כאן דפשע דהו"ל לפרוע ערצ שצת. וצפרט לפי מה שכתב הרמ"א צאצן העזר סי' כ"ט סעיף ו' היכי דאמר התקדשי לי צדינר ונתן לה משכון ואמר וכה צגוף המשכון דינר הוי מקודשת, אם כן ש"מ דזוכה צו והו"ל נמינה, ואף כאן יכול לומר כן. והמג"א (שם) כתב דישומו על ידי גוים¹³.

ואין להקשות מה לנו כל זה ישאל על נדורו, דאין לך פתח חרטה גדול מזה דאילו ידע דיזדמן שצצת לא היה נודר, דיס לומר דהוי על דעת צצירו, ואע"פ דקי"ל (יו"ד סי' רכח סעי' כא) צנודר על דעת רצים לדצר מנזה מתירין שלא צפניהם, וכאן הוי דצר מנזה שלא יעצור שצועתו וישמור שצת מתללו, דצשלמא התם ניחא ליה לרצים להחיר כדי לקיים מנזתו של ה' והחזקה שכך דעתם, אצל כאן הוא עומד ולווח אם יחירו לו שצועתו מי יודע אימת יגיע לפרעון, ועכשיו דהגיע עליו איסור שצועתו יפרע ולא ניחא ליה כלל צהתרה.

[ין ויתננו לו בתורת פרעון. בתשובת הרא"ש (כלל ח סי' טו) וטור (סעיף יג) מחלק, דאם נשצע להדיא לשלם צמעות ולא צצזה כסף אין נפטר משצועתו צמשכון, ואם לא פרע צערצ שצת עוצר השצועה, ויש להצין למה השמיטו המחבר. ונראה דלפי"מ שכתבתי צס"ק ד' דהרא"ש נמשך צתצוצה צו אחר דעת הר"צ"א (שצעות כד. ד"ה אלא הן) דתלי הכל צהזכרת המנזה מנזה צליל פסח אז לא הזכיר, אצל לפי דעת הר"י (שם) דתלי הכל צצצ ואל תעשה, וכאן הוי כולל לפרוע צערצ שצת אז צצצת וצכל הימים,

משפט יהונתן

(כג) השבועה במקומה. וכתב הסמ"ע (סקי"ח) דאם כתב בכתב ידו שנשבע, יכול לומר לא נשבעתי, ע"כ. והיינו כשנותן אמתלא לדבריו, אבל בלי אמתלא אינו נאמן אף דמודה שכנגדו שלא נשבע בפניו, דאולי נשבע שלא בפניו, ושו"י

אנפשיה חתיכה דאיסורא, עיין ש"ך יורה דעה סימן רל"ב (סקי"ח). ואם בעל דינו מכחישו ואמר שנשבע באמת, עיין ש"ך יו"ד (שם) דמסתפק אי נאמן, ומדברי הרמ"א שם יו"ד (סעיף יב) משמע שם דמכל מקום נאמן כשנותן אמתלא לדבריו. וכתב הסמ"ע (שם) הא אם כתוב בפועל

ממש, תו לא מצי למימר לא נשבעתי, והט"ז (כאן ד"ה וסי' רל"ב) כתב באמתלא מכל מקום נאמן, וכן נראה בפרט האידנא דכל נוסח שטרות בפועל ממש, פשיטא די"ל דלא נשבע. וכן אם כתבו עדים כן דהודה דנשבע בפועל ממש, גם כן אפשר דמהני אמתלא למה הודה לפי דעת הט"ז, ועיין מה שכתבתי ביורה דעה סימן קפ"ה (תפארת ישראל סק"ב) דבהודה לפני אחרים אפשר לא מהני אמתלא, עיין מש"כ שם. אבל אם העדים העידו שנשבע בפניהם, לכו"ע אינו נאמן לומר לא נשבעתי בפועל ממש. ואם היה אונס על ידי שורה, עיין יורה דעה סימן רל"ב (סעיף יב) דמפטר, אע"ג דבעלמא אין אונס ממון לגבי שבועה, מכל מקום כאן אנן סהדי דעל דעת כן לא נשבע, ועיין שם בט"ז (סקי"ז) וש"ך (סקי"ג).

(כד) וישומו אותה. ואם צריך מדידה ימדדוהו, דהתירו בשבת חפצי שמים כמו משדכין תינוקות, ולא הוי חטא בשביל שיזכה חבירו דהתירו גם כן לאחרים לשדך בשביל תינוקות דהוי חפצי שמים, (סמ"ע סק"ב). והא דלא התירו לו מעות דמוקצה חמור. ועיין תומים (סק"ט) דהעליתי כהמגן אברהם באו"ח (סי' שו סקט"ז) דאין לשומו כלל רק ליתן לו משכון ולהקנות בגוף המשכון לו כפי דמיו, ועל כל פנים לשומו על ידי גוים, ואם התובע מרוצה יכול להשאל על שבועתו, עיין תומים (סוף סק"ט). (כה) ויתננו לו. ודוקא שכתבו קודם שבת, אבל אם לא תבעו כלל, פשיטא לדעת הרא"ש (כלל ח סי' טו) אין לו שום חיוב שבועה כלל, כמש"כ הסמ"ע (סקי"ט וסקי"ג), ועיין לעיל ס"ק כ"ב במה שכתבתי, ועיין תומים (סק"ח).

(כו) בתורת פרעון. ואם נשבע לתת מעות דוקא, עיין תומים

להגבותן להבע"ח, ולכן שפיר סתמו הב"ח והש"ך ולא חילקו בין קרקע למטלטלין, יעו"ש. ובעיקר הדין אי שבועה מפקיע מידי שעבוד האריכו, ועי' מש"כ בזה רבינו בבני אהובה פי"ד מאישות, יעו"ש.

13. עי' מש"כ בזה בשו"ת באר יצחק (או"ח סי' כה) ובדמשק אליעזר (סק"ד).

משכון א"כ לאחר דהשליח ב"ד נוטל המשכון נקנה החפץ למלוה בתורת בע"ח קונה משכון, ולאחר דקונה משכון שפיר יכולים הבי"ד להחליט ולהקנות לו המשכון, ומעתה לפי"ז כתב דה"ה היכא דנשבע וחלה השבועה דלא שייך בזה דין כפייה, מ"מ יכולים למשכון מטלטלין כיון דלאחר זה יהא נקנה להבע"ח בדין בע"ח קונה משכון, ע"כ ממילא מצינן