

מראה מקומות בבא בתרא

פרק גט פשוט

דף קסז ע"א

(א) כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו. הנה כשנכתב רק מדעת אחד מן הצדדים יש לדון באיסור הכתיבה מכמה טעמי. (א) להשיטות דאם לא נכתב מדעת המתחייב הוי מפי כתבם (ע"י קצה"ח סי' כח סק"ו) א"כ כשנכתב משום ע"י צד אחד בעינן שיהא זה ע"י המתחייב. (ב) משום הפסד לצד אחד, [סברא זו מבוארת להדיא ברשב"א (בשו"ת סי' תתקמ"ה) ופסקו הרמ"א (סי' לט סי"ב) דאם המלוה מוחה אין כותבין השטר שאין רצונו להשביע עצמו, וע"י בתוס' לעיל ע"ז א' ד"ה חוזר, ובברכ"ש סי' נח, וגם בראשונים כאן איתא כסברא זו]. (ג) משום עדות שקר [כמבואר בר"י מיגש על שטרי אירוסין ויבואר להלן]. (ד) היכא דע"י השטר חל שעבוד הוי חלות השעבוד הפסד, וזה מבואר בכתובות ק"ב ב' על שטרי פסיקתא. (ה) בשטר קדושין איכא למ"ד (קדושין ט:) דיש גזה"כ שיהא מדעת האשה.

(ב) והנה הנידון במשנה אינו משום מפי כתבם, דלהראשונים דא"צ דעת המתחייב פשיטא דלא זה הנידון. וע"ע ברשב"ם שהנדון רק על מסירת השטר ליד הבעל ולא על עצם הכתיבה, [ומשמע קצת דאפשר לכתוב על פי המלוה אם לא ימסרו לו, וא"כ יהא מוכח מזה דדעת רשב"ם דא"צ דעת המתחייב, אך כ"ז לדעת התומים, אבל לדעת הנהניות שיובא להלן אות טז אין ראייה. וע"י בחזו"א נשים (צא ב') מה שהקשה על הר"ן ושייך לסברות הנ"ל]. אלא מה שאין כותבין שלא מדעתו הוא משום שאין רוצה שיהיה שטר עליו.

(ג) וע"י ברמ"א (סי' לט ס"ג) שאם כתבו שטר בלי שיאמרו כתבו, דעת הרשב"א בתשובה (אלף ריא) דהוי כפינקס בעלמא כיון דלא נכתב מדעת המתחייב, וי"א דבדיעבד מהני, וע"י בגר"א (סקי"ט) דהי"א ס"ל כדעה אחת בתוס' כתובות כ' דא"צ דעת המתחייב וע"ש בש"ך ובנתי"מ משכ"ב.

(ד) ובעיקר מה דמהני כתיבת השטר בלי שראו מעשה הלואה [לשיטת אב"י דעדיו בחתומיו זכה לו ומיירי בלא קנין] יעוי' בתוס' לעיל קס"ה א' שעיקר העדות היא שזה השטר מסר לזה למלוה, ויעוי' בברכ"ש סי' נח שמבאר שהעדות על הצווי של הלואה, [וכ"כ הנהניות (כח ז') ומדייק כן מהב"ש סי' קל סקי"ט] ועפ"ז הקשה מתוס' ע"ז א', ע"ש. אבל בקוב"ש אות תקצט מבאר שהעדות היא שע"י חתימתם נדע שהשטר נמסר ע"י הלואה למלוה, ומדייק כן מלשון תוס' הנ"ל. וכן מעוד כמה ראיות, ע"ש באות ת"ר ותר"א. וע"י בחי' ר' חיים הלוי הלכות מלוה פ"ה מש"כ בדיני שטרות. וע"י בנתיבות (לט יג, מה ג') שמשמע כקוב"ש, וסותר למש"כ בסי' כ"ח, וע"י בטבעת החושן סי' לט, ובמש"כ באות טז. (ה) במשנה, ובלבד שיהא מכירן. כתב הרשב"א דקאי אכולהו אלוה ומוכר וכו'. אך בבעה"ט כתב דבכל הנך לא חיישינן דלא חציף איניש כוליה האי. וכתב הרשב"א לא ידעתי למה, ובמ"מ (פכ"ד ה"ג ממלוה) כתב ע"ד בעהע"ט "ודבר תמה כתב". והיינו דמ"ש שאר שטרות משובר שהוא ממון. ובתומים סי' מט סק"א מיישב, דהנה צ"ע מה מהני בשובר שמכירים את שניהם, דילמא הלואה חייב לאחר ששמו כשם המלוה ויוציא השובר נגדו, ובע"כ צ"ל דבהכרה בעינן שידעו שלוח זה באמת חייב למלוה כסף, וכיון שכן לא חיישינן יותר שיבואו לרמות. ולפ"ז י"ל דבעל העיטור למד דכל ההכרה בכה"ג הוא רק ע"ז בלבד שחייב, אבל לא חיישינן שיחליפו שמותיהם, דע"ז לא חציף, וכל דין בירור השמות הוא רק בגט שהוא איסור החמירו לחשוש שמשנה את שמו.

(ו) וע"י במ"מ הנ"ל שהקשה למה צריך להכיר שם הלוקח והמלוה [כדמשמע ברמב"ם] הרי בהכרת מוכר ולוח סגי, ע"ש מה שהאריך בדעת הרמב"ם.

(ז) והבעל נותן שכר. ע"י ברשב"א שכ"ז במקום שגובין בלי כתובה, אבל במקום שגובין רק ע"י כתובה והאשה אבדה את הכתובה צריכה היא לשלם. וברמב"ן נראה דפליג ע"ז. ולכאוי' הוא פלוגתת רש"י ותוס' בשבת ע"ט א'. וע"י בש"ך סי' נד סק"ג. וברשב"ם קס"ח א' מביא גירסא בגמ' שהאשה נותנת שכר שובר [וכ"ה ברבנו גרשום שם] ע"ש.

ח) תוד"ה אע"פ, קושייתם צ"ב, דאי ס"ל דיש חשש באמת לא תגבה ע"י הגט את הפירות, ואילו מתוס' משמע דודאי תגבה, אלא שלעדים יהא אסור לכתוב את השטר. ועי' בנתיבות סי' נא סק"ג שמבאר דאיכא חזקה שתיכף נמסר השטר ולכן תלין שנמסר לאלתר [ולכאוי לפ"ז צ"ב מה הקשו תוס', נימא דמה"ט שרי לכתוב אע"פ שאין אשתו עמו, וצ"ל דכשאין אשתו עמו חזינן דלא נותן לאלתר ופקעא החזקה]. ויעוי' בנמוק"י שחולק בעיקר דברי התוס' וס"ל דלעולם אמרינן לה אייתי ראייה אימת מטא גיטא לידך.

ט) תוד"ה ושובר. ש"י תוס' דחיישינן לקנוניא אפי' בלא נפילה. ועי' ברשב"א ורמב"ן דפליגי ע"ז, דדוקא בנפל ואיתרע חיישינן לקנוניא, אבל בסתמא לא.

דף קסז ע"ב

י) כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו. ובב"מ י"ג מקשה הגמ' ניחוש שלא יתן עד לאח"ז ויגבה ממשעבדי שלא כדין. ומשני אביי עדיו בחתומיו זכין לו. ורב אסי משני בשטרי הקנאה. ובפשטות כן צריך לומר גם בכותבין שטר ללוקח, אכן הרמב"ם סתם [ברפכ"ד ממלוה] ובמ"מ תמה עליו מ"ש מכר מהלואה. ובר"ן ב"מ י"ט מיישב דבמכר לא חיישינן לקנוניא שימכור בנתיים לאחר, אבל בהלואה חיישינן שימכור בלא קנוניא, דהרי עצם המכירה אינה קנוניא, ורק דממילא יגרם שיגבה שלא כדין. [ועי' באבנ"מ סי' קכז סק"ב מה שתירץ דברי הרמב"ם, וע"ע באבי עזרי].

יא) כתב הר"י מיגש דהא דכותבין ללוה ולמוכר הוא דוקא כשמודה שקיבל ההלואה והתשלומין, דאל"כ הרי השטר מחייב את המלוה והלוקח לשלם [אם נעשה מדעתם] וא"א לכתוב ולחייבם. ומבואר דע"י שנשתעבד לפרוע, זה גופא יוצר חיוב להלוות. והרשב"א נחלק ע"ז והביא רא"י מקדושין מז' דיש מ"ד דאפי' אם כבר נתן את המעות יכול לחזור בו דמלוה לא להוצאה ניתנה וכ"ש אם לא נתן. ובחי' הר"ן דוחה הרא"י דשם מיירי בלא שטר ולא נשתעבד. אכן יעוי' בשך (סי' לט סקמ"ח) שהביא משו"ת הרשב"א (אלף נד) שכיון דשעבודא דאורייתא א"כ נשתעבד ע"י ההלואה גופא. [ולכאוי תלוי אם חז"ל הפקיעו במלוה ע"פ את השעבוד לאלתר או רק כשמוכר, עי' בזה בתרוה"כ סי' פ"ח סכ"ח] ויעוי' בנתיה"מ (לט יז) וכע"ז בקצה"ח סק"ח שמיישבים הרא"י מקדושין, דבאמת החיוב להלוות אינו מדין קנין כסף, כאילו השעבוד קרקעות הוא כסף, דשעבוד אינו כסף. אלא להיפך, דהשעבוד הוא כחפץ ותמורתו חייב דמים, והדמים שנתחייב הם להלוות, וכיון שכן אין זה אלא שעבוד הגוף ולא קנין בדבר עצמו, ולכן הדמים עדין לא קנויים ללוה ויכול לקדש בהם ויתן לו דמים אחרים. [בעיקר ההסבר, גם בר"ן משמע כנתיבות ע"ש וכ"ה בתשובת הרמב"ן שבסה"ת שער מ"ח ועי' חי' הגרש"ש קדושין סי' ב' ג'].

יב) ובביאור דעת הרשב"א יעוי' בנתיבות (לט סק"ז-י"ח) דלא דמי שעבוד לקנין חפץ שבשעבוד לא זכה במאומה שהרי מכאן ולהא הוא גובה וא"י להקדישו, ע"ש. [ולפ"ז למ"ד למפרע הוא גובה יודה הרשב"א, וצ"ע דהוכחת הרשב"א מקדושין תקשה לאביי דס"ל למפרע הוא גובה] ובבעה"ת שער מח משמע טעם אחר, דכיון שהלוה יכול לחזור בו ולא לקחת את ההלואה, וממילא לא יגבה המלוה את השעבוד, א"כ איך יתכן שהמלוה לא יוכל לחזור בו. ועי' משכ"ב באבי עזרי פכ"ג ה"ה ממלוה. ולפי שני ההסברים יוצא דמודה הרשב"א במכר דכשקנו מידו מתחייב, וזה פשוט דהיינו מתני' הזהב קונה את הכסף, אך בשך (סקמ"ט) ובגר"א (סקע"א) משמע דמדמו מכירה להלואה, וזה תמוה, ועמדו בזה התומים ונתייה"מ שם.

יג) והרמב"ן (בחידושיו כאן ובתשובתו בסה"ת שער עח) מודה בעיקר דינו של הר"י מיגש שע"י השעבוד מתחייב להלוות. אלא דנחלק על הר"י מיגש בדינא דמשנתנו, ומתיר לכתוב אפי' שלא הודה שקיבל הדמים, דאדרבה כיון דאפשר לכתוב שלא מדעת המלוה, ממילא אין השטר רא"י שהמלוה הסכים, וממילא באמת א"א לתובעו ע"י השטר בלי עדות שנכתב השטר מדעתו. [ועי' בהגהות הגרמ"ש שפירא על חי' הר"י מיגש מש"כ ליישב דעת הר"י מיגש. ואולי י"ל בדעת הר"י מיגש עפ"ד הנתיבות המובא באות ח' דיש חזקה שלא כותב אא"כ מוסר השטר לאלתר וא"כ מכח החזקה תלין שהיה בפניו והסכים. ושו"ר בסמ"ע (רל"ח ח') שנסתפק אם לדעת הר"י מיגש באמת יוכל לתבוע ע"פ השטר, או דבאמת אין יכול לתבוע וכקושית הרמב"ן, ומ"מ אין כותבין משום דיטריחוהו להלוקח בדינא ודיינא לחינם]. ועי' ברשב"ם ד"ה כותבין שמבואר ג"כ דאפי' בלי שהודה ג"כ כותבין, [וכן דייק הגידולי תרומה].

יד) הרשב"א הקשה על הר"י מיגש אי בשקיבל מעות למה מעמידה בגמ' בב"מ את משנתנו בשטרי אקנייתא, אפי' בלא אקנייתא נמי איתא במודה. והנה יעוי' בתשובת הרמב"ן שבספר התרומות שער ע"ח שכתב בפשיטות שלא מהני ההודאה בלי אקנייתא דאפי' שהלוח כבר מ"מ אין הלקוחות משתעבדין עד שעת מסירה דעד אז ליכא קלא, וכן פסק בשו"ע [לט יג] ולפי' לק"מ קושית הרשב"א. ובדעת הרשב"א צ"ל דכשמלוה ע"ד שיכתבו משתעבד לאלתר [ועי' ברע"א בגליון שו"ע לסי' לט ס"ד שהוכיח נגד צד זה מהשו"ע הנ"ל בסי"ג, אבל בדעת הרשב"א י"ל כן].

טו) ואין כותבין למלוה עד שיהא לוח עמו. הקשו הראשונים פשיטא, וברשב"א מביא מהרמב"ן דקאי על הרישא שקנו מן המוכר והלוח שלא בפני לוקח ומלוה, והשתא בא המלוה לכתוב שטר, דלא אמרינן בזה סתם קנין לכתובה עומד כיון שהיה שלא בפניו א"נ דרוצה לעכב השטר עד שישלם. ועכ"פ מבואר מדברי הרמב"ן דללוה כותבין בכה"ג אף שלא מוסר השטר לאלתר למלוה, דהקנין עצמו עושה קול ומשעבד. [והגרע"א בסי' לט ס"ד נסתפק אם קנין באופן שאין רשות לכתוב ג"כ מפיק קלא, או רק באופן שיש רשות לכתוב עי"ז יש קול לקנין].

טז) והמ"מ (פכ"ג ה"ה ממלוה) מתרץ דהמשנה מיירי שבא מלוה לעדים ואמר אני אלוה לפלוני, כתבו השטר ויהא בידכם עד שיאמר לכם הלוח לתת לי, ועי"ז מבואר במשנה שאין כותבין, והטעם כתב המ"מ לפי שבשעת כתיבה הוא שקר ויש לחוש שמערים הוא. [ועי' בביאור הדברים בש"ך סי' לט סקל"ח] ובתומים (סקכ"ב) הקשה דתיפו"ל שלא נכתב השטר מדעת המתחייב, וכתב התומים דצ"ל שהמ"מ סובר דא"צ לכתוב מדעת המתחייב. אמנם בנתיבות (סקק"ג) כתב דהעדות נגמרת בשעה שמוסרים העדים את השטר וכמשי"כ הר"ן פ' המגרש דהע"ח הם עידי מסירה, ולכן מהני צווי בשעת המסירה. [ועי' בהגהות אמרי ברוך משה"ק ע"ז]. והביא הנתיבות דברי תוס' גיטין ד' דבחתמו על נייר חלק ואח"כ חתמו פסול, וקשה הא בשעת מסירה היה מדעתם, ותיירץ דשם קאי תוס' למ"ד עבחו"ל. עוד תירץ דכשחותמים על נייר חלק אין כאן הגדה כלל, אבל בגוונא דידן נגמר עדותן למפרע כשאומר אח"כ תנו, עכ"ד. ועי' באמר"מ (סי' יז אות ה') שהביא תוס' גיטין כג דעדים יכולים לחתום להתלמד ומהני מדין עדות וכל הפסול רק מדין לשמה ובע"כ העדות בשעת מסירת השטר וכהנתיבות. ועע"ש מה שמפלפל עפ"ז ליישב כמה קושיות. ובקוב"ש אות תר מבאר שעיקר העדות שהשטר נמסר מיד המלוה ליד הלוח כמו שמשמע בתוס' קס"ה ע"א. [וצ"ב אם זה ג"כ כוונת הנתיבות, ובתירוץ הראשון של הנתיבות דגם בחותמין על נייר חלק מהני ודאי פליג ע"ז, וכן בסי' מה סק"ג מבאר דהעדות ע"י המסירה גרידא וקודם לכן אינם מעידים כלל. אבל בתירוץ השני של הנתיבות אולי יל"פ כקוב"ש]. ועי' עוד באות ד' משנ"ת. ועי' בנתיבות (לט סק"ד וסקק"ב) דלדין דעת המתחייב סגי באמירת כתבו, ואין צריך לומר תנו, ולכאוי' זה סותר למהלך דכל העדות בשעת הנתינה, וי"ל. ועי' בטבעת החושן סי' לט משכ"ב.

יז) שטרי אירוסין ונשואין. הראשונים הביאו הגמ' דכתובות קב וקדושין ט, ומבואר שם פלוגתא דאמוראי, אם מיירי בשטר קדושין וילפינן מגיטין שצריך גם דעת האשה או דמיירי בשטרי פסיקתא. והביאו הראשונים שי' הר"י מיגש דמיירי בשטר ראייה על קדושין ואם נתקדשה שלא מדעת הוי שקר, ועי"ז הקשו הראשונים מהגמ' הנ"ל. [ועי' במשובב סי' סא שמאריך האם יש שטר ראייה בקידושין ולכאוי' בר"י מיגש מוכח דכשר].

יח) באבנ"מ (סי' לב סק"ד) הקשה דבשטר קדושין יצטרכו דעת האשה מדין דעת המתחייב. ותירצו האחרונים (עי' קוב"ש כאן, וחי' רח"ה ה' אשות פ"ג הי"ח) דלא בעינן דעת "המתחייב" אלא דעת בעל השטר. ובאמר"מ (סי' יח) מתרץ דבעינן רק דעת המתחייב שנותן השטר ולא דעת המתחייב שמקבל השטר, שהרי יכול להטמינו. ועי' באות כו. יט) בגמ' וליחוש דילמא כתב גיטא ואזיל. עי' בתוס' ובב"י מהרש"ל ומהרש"א. והנה לפרש"ם מה שצריך הכרת האשה הוא אפי' בלא הוחזק שני יב"ש. אבל לדעת תוס', עיי' בתוד"ה וליחוש לשני יב"ש, דכל החשש רק בהוחזקו שני יב"ש. ובב"ש (סי' קכ סק"ד) כתב דמסתימת הפוסקים משמע דחיישינן אע"פ שלא הוחזקו, אע"פ שבעיקר הפירוש בסוגיא נוקט כתוס' ולא כרשב"ם. ועי' בחזו"א נשים צג ד' משה"ק ע"ז. [ובעיקר פירש"ם צ"ב איך יבאר הקושיא בשובר].

כ) בקושית הגמ' וליחוש לשני יב"ש. שי' תוס' דהחשש שהע"מ יטעו לומר שזה הבעל וזו אשתו. [ועי' חזו"א נשים צא ג'] ולפי' גם בהוחזקו ב' יב"ש שרי לע"ח לחתום, אלא דצריך ע"מ ושיעידו שהיה זה בפני זה. ודעת הריטב"א ב"מ יט: הובא בב"י סי' קלו, דהוא דין על ע"ח שאסור להם לחתום אלא כשהם זה בפני זה, דאל"כ חיישינן שירמה את האשה ויאמר לה שזה גט מבעלה ויקלקלה. [ולכאוי' אזיל בשי' הרמב"ן והר"ן ר"פ כל הגט דגם ע"י חתימה לבד כשר

בשני יב"ש ודלא כתוס' שפסלו הגירושין משום דאין מוכח מתוכו, אך אי"ז מוכרח, די"ל דגם בזה תטעה האשה ותסבור שהגט כשר גם כשיש שני יב"ש. ועי' בחזו"א (נשים צא ט').

כא) ולשיטת תוס' עי' בתוס' גיטין כד דהיו יכולים לתקן ג"כ שלא יגרשו אא"כ מכירים שזה הבעל וזו אשתו ואז א"צ בפני היב"ש השני. ובב"י סי' קלו מביא רי"ו דאם לא היה בפני יב"ש השני כשר אם יעידו שזה הוא המגרש. ובחזו"א (שם סק"ד) דן די"ל דחז"ל פסלו הגט אם לא נתנו בפני יב"ש השני, ומש"כ תוס' בגיטין הוא רק אם היו מתקנים שאפי' בלא הוחזקו ב' יב"ש צריך להכיר שזו אשתו אז יודע תקנ"ח ולא יהא מכשול. אבל אחר שלא תקנו כן חיישינן שגם בהוחזקו יעידו בסתם בלי הכרה. ועי"ש מש"כ ליישב שלא יהא סתירה לזה מהרי"ו.

כב) עי' ברמב"ן וברשב"א שהביאו קושית הראב"ד דילמא יש יב"ש בעיר אחרת, והוכיח מזה דצריך לכתוב שם העיר וזה מעכב. אכן יעוי"ש שהם דחו ראיתו. ובראש גיטין פ"ח פוסק דשם העיר לא מעכב.

כג) בגמ' וליחוש דילמא אזיל למתא אחריתא. ובתוס' הקשו איך יכתבו לו הרי לא ידעו שם אשתו. וקושייתם צ"ב, דהרי בדבור הקודם כתבו דרך בהוחזקו ב' יב"ש בעינן לדעת שם האשה, וא"כ דילמא בעיר השניה לא ידעו שבעירו של הבעל הוחזקו. ותירץ החזו"א (נשים צ"ג א') ע"פ תשובת הר"ן מובא בב"י סי' קכח ד"לא הוחזקו" הכוונה שאנשי אותה העיר המכירים באנשיה לא ידוע להם שהוחזקו, אבל בעיר השניה שלא יודעים מאומה צריכים לחוש שמא יש יב"ש אפי' בלא ידוע להם שהוחזקו. ועדיין קשה איך מהני קרו ליה ועני, דילמא יש ב' יב"ש והוא אחד מהם ולכן עונה. ותירץ החזו"א דגם זאת מבררים ע"י קריה ליה ועני.

כד) ולשיטת הריטב"א (המובא באות כ, וכ"ה דעת הר"ן ר"פ כל הגט) דאין כותבין אא"כ מגרשים בפנינו, צ"ל דמירי שידוע בעיר השניה שאין בעירו של הבעל ב' יב"ש, ורק דהספק האם הוא יב"ש, ועי"ש מש"כ בחזו"א שם סק"ב.

כה) באופן שלא ביררו שם הבעל כתב הח"מ (קכ סק"ח) דבדיעבד כשר, וראיה מהא דבשעת הסכנה א"צ לברר (כדאיתא גיטין סו). ובחזו"א (נשים צא כ') הקשה דאם לא מכירים על מה מעידים, והרי עיקר עדותם היא שבא מיד הבעל לאשה וכאן לא ידעו זאת. והנה הא דבשעת הסכנה כשר, בפ"ת (קכ טו) מביא משו"ת הבי"ח דהוא משום כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו לקדושי. ועי' בתו"ג (סקי"ב) שכתב דכל מה שצריך הכרה הוא מדרבנן דמדאוריתא אמרינן אין אדם חוטא ולא לו. ולדבריהם יש מקום לדברי הח"מ. אבל החזו"א (שם סקכ"א) מבאר באופן אחר ולשיטתו הקשה על הח"מ.

כו) לעיל. בהא דכותבין גט לאיש, ובשו"ת חת"ס (אבהע"ז ח"א סי' קג וח"ב סי' מה מו) הקשה איך כותבים גט בלי דעת האשה והרי היא מתחייבת שמפסידה זכויות האישות [והתירוצים באות יח מהנו גם לקושיא זו]. ותירץ דהוי כמסכימה בשעת הקדושין להתגרש, כיון שידוע לה שמתגרשת בע"כ, וזהו דעת המתחייב דידה. ולפ"ז כתב דבזה"ז דתיקן רגמ"ה דא"א לגרש בע"כ א"כ לא נתחייבה ע"ז בשעת הקדושין ולא מהני עידי חתימה בע"כ. ודבריו חדוש עצום. ועפ"ד יש לדון בדברי רשב"ם במשנה שכתב הטעם משום דאשה מתגרשת בע"כ, דכוונתו דלכן א"צ לשאול האשה לדעתה כיון דכבר הסכימה ע"ז בקדושין וכסברת החת"ס. וי"ל עוד שמש"כ הרשב"ם דבשובר כותבין משום זכין, היינו דבלי"ז גם הבעל הוא מתחייב כעין מש"כ הרשב"א מובא באות א' שאין רוצה להשביע את עצמו, ורק מדין זכין הוי כאילו צוה. [ויעוי' בנמוק"י וברבנו גרשום שכתבו גם בהא דכותבין שטר ללוה דהוא מדין זכין]. ובאופן אחר י"ל בדעת רשב"ם עפ"ד תוס' כתובות כ: דמשמע מדבריהם דלא סגי בדעת המתחייב אלא בעינן דעת שניהם [וכמש"כ בחי' הרי"ם סי' כ"ח] ולכן הוצרך הרשב"ם בגט לטעמא דמגרשה בע"כ, ובכותבין שובר הוא מדין זכין. וכעיי"ז כי באיה"ש.

כז) בגמ' ההוא תברא דהוה חתום וכו'. שיטת רשב"ם דהנידון אם היא האשה שכתבו לה את השובר או לא, וע"ז חזר והגיד, אבל בשעת הכתיבה לא היתה טעות. ושי' הנמוק"י דכבר בשעת החתימה היה הנדון אם היא אשה פלונית, וסמך על מה שאמרו לו וחתם, ועתה חוזר בו, וע"י בפרישה סי' מט שמאריך לבאר הגמ' לב' השיטות.

כח) וכתבו הראשונים (עי' נמוק"י ורשב"א ורא"ש) דמהכא שמעינן דלהכרה סגי אפי' בע"א וקרוב, דאל"כ איך יכל לחזור בו הרי כבר הכיר ע"פ עדים. וכתב הפרישה סי' מט דהרא"י רק לפי הנמוק"י, ולא לפרשב"ם ודו"ק. והטעם דמהני ע"א וקרוב, משום דהוי מילתא דעבידא לאגלויי, והבעל לא נאמן משום דהוי בע"ד, כ"כ הראשונים. וע"י בחזו"א (נשים צב כ') שמבאר דמה שאפשר להעיד הוא מפני שלעדים מתאמת בליבם שזהו שמו ולבו סמוך ובטוח שזה שמו. ולכן בבע"ד שיש חשש קנוניא לא מתאמת כ"כ וא"א להעיד. וע"ע בחזו"א (סי' צג סק"ד) שנוקט עפ"ז דאם לא הוחזקו ב' יב"ש אפי' הבעל נאמן כיון דאין חשש קנוניא.

כט) והראשונים דימו דין זה להא דיבמות ל"ט ב' דבבא אחד ואמר שהוא אחי המת נאמן לחליצה, ויעו"ש ברי"ף שמבאר דהא דנאמן משום דלאו אמילתא דאיסורא או ממונא מסהדי אלא מילתא בעלמא מגלו שזהו פלוני ואיתחזק שהוא הפלוני ע"ש. ובשו"ת הריב"ש סי' קפב מדייק מהרי"ף דהעדות מהני רק קודם מעשה, אבל בשעת הנידון הוי מילתא דממונא ואיסורא ואין נאמנים. והביא רא"י מהא דלעיל קל"ה באומר זה אחי שאינו נאמן על הממון. אולם יעו"י בב"י אבהע"ז סי' רנז שכתב דלא משמע כן מדברי הפוסקים. וע"י בתוס' חד מקמאי שנדפס עה"ג ביבמות שם, שגם כוונת הרי"ף שנאמן אפי' בשעת מעשה ע"ש. אלא דצ"ב מראית הריב"ש מדף קלה, וע"י בתו"ג (קכ יא) שמיישב דכל ההכרה ע"י אשה מועילה רק היכא דבעינן הכרה מדרבנן, אבל שם בעינן הכרה מדאורייתא ע"ש.

ל) כתב הרי"ף ביבמות שם, דהיכא דאיכא חששא דחשדא לא סומכין על ע"א, והביא ראיה מסוגין מההוא תברא דהוה חתים ר' ירמיה בר אבא ע"ש. ובתוס' חד מקמאי הנ"ל מבאר דהרי"ף פירש דהקרובים הם שאמרו לו שאשה זו היא פלונית, והשתא חושש ששקרו, דאילו היו עדים ממש לא היה נאמן, ע"ש. עוד מביא הרי"ף ראיה מהא דצורבא מרבנן לידבר ע"ה בהדיה דילמא מחלפו, אלמא במקום חשד א"א לסמוך. [וצ"ב דשם הוי בע"ד, וע"ז א"צ ראיה, דזה מוכח ממה שצריך עדים על השם ולא סומכים על הבעל, ואולי ראייתו מדלא סמכו על שאר קרובים].

דף קסח ע"א

לא) צורבא מרבנן לא אורחיה למידק. כתב הר"ן בשם הרז"ה פ"ק דר"ה דכל טעות שהעדים מצויים לטעות בה נאמנים הם בעצמם ואין בזה משום חוזר ומגיד. [וע"י בב"מ כ"ח ב' "מסתבר לא מייתי איניש חובה לנפשיה" וברש"י שם].

לב) האי צורבא מרבנן וכו'. ברמב"ם פכ"א מאסו"ב ה"ג כתב דמותר להסתכל לראות אם נאה היא כדי שישאנה, והראב"ד השיג מכאן דאין דרך ת"ח כן. ובמ"מ מיישב דצורמ"ר אע"פ שיראנה מ"מ לא יכירנה מפעם אחת, וחישינן דילמא מחלפו, אבל ע"ה יכירנה אפי' בפ"א.

לג) והבעל נותן שכר, דכתיב וכתב ונתן. ע"י בתוס' גיטין כ"ב ב' דאין זה דרשא מוכתב אלא מונתן שצריך שיתן משלו. אבל הרמב"ן כ"ד ב' כתב דהדרשא מוכתב דלא מקרי כתיבה לשמה אם לא היה בצווי הבעל, וביאר הב"מ סי' קכ דאם האשה משלמת הוי גם שלוח דידה והיא ג"כ המצוה ואז חסר בצווי הבעל ע"ש.

לד) שדיוהו רבנן אאשה, ע"י בנמוק"י שכתב "והא דכתיב וכתב ונתן לא קשיא דצוואת כתיבה קאמר", ומשמע דהגמ' דוחה דמעיקר הדין א"צ שהבעל ישלם. אבל יעו"י גיטין כ' א' אר"ח יכילנא למיפסל לכולהו גיטי, א"ל רבא מ"ט אילימא משום דכתיב וכתב והכא איהי כתבה [והיינו תקנה דידן משום עגונא] ודילמא אקנויי אקני לה רבנן ופרש"י

ההוא זוזא מדידה והוי כמאן דיהיב ליה איהו דהפקר ב"ד היה הפקר. וע"ע בלשון הרמב"ן במשנתנו, וברמב"ן גיטין שם.

לה) בב"י ס"י קב מדייק מכמה רבואתא שצריך להקנות הקלף לבעל, והקשה הפר"ח דכיון שנותנין שכר לסופר הרי קונה את הגט, וכ"ת שהשכר רק בשביל עמלו לא בשביל הקלף א"כ היכי קאמר בסוגיתנו דהבעל נותן שכר משום הונתו, הרי הכסף לא מקנה כלל את הקלף. ובב"מ מיישב בפשיטות, דכסף הרי ל"ק בלא משיכה, וזהו כוונתם שצריך אח"כ לעשות קנין בכוונה ויהני שע"י ששילם מקנה לו. והא דבסוגין צריך הפקר ב"ד היינו משום דהאשה קונה שבח הכתיבה כדין אומן קונה בשבח כלי ע"ש. [בעיקר דין אומן קונה בשבח לגבי כתיבת גט, ע"י בפ"ת אבהע"ז קב סק"ז שהאריך בזה] עוד תירץ הבי"מ ע"פ הרמב"ן המובא באות לג, דכיון שמעשה הכתיבה נעשה בתשלום דמים של האשה, מקרי שהאשה היא המצווה וחסר בצווי הבעל. וע"י בקצה"ח (קצא א') שגם במקח בעינן שינתן שכר הסופר משל המוכר דבעינן ספר המקנה וצריך הלוקח להקנות הדמים למוכר. ובנתיבות נחלק ע"ז דרק בגט בעינן שכר הסופר מדין וכתב אבל לא במקח, דבמקח בעינן רק שהשטר יהא של הסופר. ולכאוי זה תלוי בב' תירוצי הבי"מ הנ"ל. והנה הנתיבה"מ הביא מדברי הרמב"ן במשנתנו שמבואר כקצה"ח [ומשמע מיניה דרבנן הקנו הכסף למוכר כמו באשה. וקצ"ע דמשנתנו נשנית קודם שתקנו בגט, ולמה במכירה תקנו וי"ל]. ולכאוי הוא סתירה לרמב"ן הנ"ל באות לג, וצ"ת.

לו) הובא באות לה הנידון אם צריך להקנות הקלף, ויש בזה כמה שיטות, ע"י בזה בב"י ר"ס קכ, דדעת הרא"ש שצריך להקנות הקלף, וע"י אות לה משנ"ת בזה. ובר"ן בגיטין משמע דגם לשיטות אלו דוקא כשהקלף היה מקודם של הסופר, אבל אם שילם לסופר ואח"כ קנה הקלף קונה מעיקרא לבעל. ודעת הרמב"ן בגיטין כ. שא"צ להקנות אפי' בכה"ג [דהקנו לו הקלף אע"ג דלא משך, כ"כ הבי"מ, אבל התו"ג מבאר דברי רמב"ן באופן אחר ע"ש] וכן הקנו לו הדמים כי היכי דיהא שליח הבעל ולא שליח האשה [וזה לשיטתו בדף כד, מובא לעיל אות לג] אבל כשהגט של האשה עצמה בכה"ג לא תקנו כדמוכח בגיטין כ: דהאשה צריכה להקנות הקלף.

לז) והנה הרמב"ן מביא ראיה דא"צ להקנות הקלף מהא דמבואר גיטין סה סו, דההולך למדינת הים והמושלך בבור אומר כתבו וכותבין בלא שום הקנאה, וליישב דעת הרא"ש כתב הבי"ש עפ"ד הרמ"ה מובא בטור שם שאם מגרש ע"י שליח כמאן דמקנו ליה לבעל דע"י זכיית האשה זוכה הבעל ובאין כאחד מתגרשת, [ע"ש בפרישה]. וע"ש בב"ח מש"כ בזה עוד תירוץ.

ובפר"ח כתב דבמגרש ע"י שליח סגי במה שהגט של השליח שהרי הוא המגרש, וע"י בב"מ שם שהביא דברי רש"י בקדושין ז. דדין "עבד כנעני" מיירי שנותן הכסף הוא שליח לקדש, ומקדשה משלו. והשתא אמאי צריך לדין עבד כנעני, תיפו"ל דסגי בכספו של השליח, אע"כ דצריך כסף המשלח וה"ה בגט. אמנם בריטב"א שם פליג על רש"י ומשמע דס"ל כפר"ח. [וע"י ברע"א בסי' קכ שהקשה בזה סתירה בב"ש האם סובר כפר"ח].

לח) בגדר התקנה דשדיוהו אאשה, דייקו האחרונים (ע"י בב"י ובגר"א) מלשון הרמב"ם (פ"ב מגירושין ה"ד) דלכתחילה אומרים לאשה שתתן שכר הסופר, אבל ברא"ש (מובא בטור בסדר הגט) מבואר דגם אחר התקנה לכתחילה ישלם הבעל אלא דאם לא ירצה לתת ונתנה האשה כשר. ובתו"ג (סק"א) כתב דכשמגרשה בע"כ גם הרמב"ם מודה דפטורה מלשלם דיכולה לומר לא נחא לי בתקנתא דרבנן והנ"מ מפלוגתת הרמב"ם והרא"ש הוא באמר הבעל לסופר לכתוב והלך למדינת הים, דלהרא"ש יגבו מהבעל ככל שוכר פועל, אבל להרמב"ם הוי כשוכר פועל לעבוד בשל חבירו דכל שלא אמר שכרך עלי אין גובין ממנו, ואם האשה רוצה להתגרש שלא תיעגן תשלם היא.

לט) עיי' ברבנו גרשום מה שפירש הא דכי היכי דלא לשהייה. ופירושו צ"ב, דאם עדין לא נתן הגט לאשה אכתי לא נתגרשה ולא מחויב לה את כתובתה, וא"כ איך תוציא הגט מהסופר, ואם כבר נתגרשה הרי יש לה כבר גט ול"ש השהייה, וצ"ע.

מ) בקושיות הגמ' פשיטא, עיי' בר"י מיגש שהביא די"מ דפשיטא שנכתב רק מדעת הלוח, וכן בשאר הבבות פשיטא שנכתב רק מדעת המוזכרים במשנה. ולפ"ז בתירוץ הגמ' מבואר דהיה הו"א שאפשר לכתוב אפי' שלא מדעת לוח אם יש לו רווח, [ואם נימא דס"ל דבעינן דעת המתחייב, י"ל דבזכין הוי כדעת המתחייב]. והר"י מיגש פליג ומפרש דהפירכא פשיטא היא על הא דתנן הלוח נותן דמים, וכ"מ ברשב"ם. [וברבנו גרשום מפרש כל הפירכות על הדמים, מלבד הפירכא על שטרי אירוסין ונשואין וצ"ב].

מא) בשטרי טענתא. עיי' רשב"א ורמב"ן דעיי' שכותבין השטרי טענות אינו חוזר אפי' מפטור לפטור, והטעם דכל שנכתב בשטר ודאי מידק דייק בטענתו. וכן נפסק בחו"מ סי' פ' ס"ב.

מב) ר' ירמיה ב"א אמר זבלי"א וזבלי"א. וברמב"ן במשנה דן די"ל שבכל בירורין יכול לתבוע שיהיו יותר מג' דיינים [ואע"פ שג' קבועין יכולים לכופו לדין היינו בשאין מקבל עליו לדון אבל רצה לברור בורר, כ"כ רמב"ן עה"ת דברים א' יב, וברמב"ן כאן הוא בנוסח אחר קצת]. ועיין בשו"מ מהדורא ד' ח"ג סי' קכו.

מג) בכופין על מידת סדום. עיי' ברמב"ן דמיירי שהתובע מסכים שהשטר יהא אצל השני, דאל"כ לא הוי מידת סדום. ובביאור מסקנת הגמ' כתב הרשב"א דלרשב"ג כשיש טענת אריא ארבע אין כופין על מידת סדום, ולרבנן אפי' בכה"ג כופין משום פסידא דאידך, אבל באופן שאין הפסד כגון שרוצה לראות שטרו של חבירו מודים רבנן לטענת אריא ארבע.

מד) במשנה, אם לא אתן וכו' תן לו שטרו. וצ"ב איך מתחייב לשלם לו הכל, והרי אין מעשה קנין לחייבו דהוי שטר שנמחל שעבודו. ומפרשים הרמב"ן והרשב"א כאן, והר"ן בנדרים כז' : דהוי כמתנה שאם לא יתן עד זמן פלוני יהיו מעות הפירעון בתורת מתנה, וממילא ישאר החוב על מכונו. ועפ"ז הקשו הראשונים על הרמב"ם (פ"א ה"ד ממכירה) שסובר דאם נתן את החפץ ביד הנותן אין בזה חסרון של אסמכתא, דהרי כאן המעות ביד המלוה ואפ"ה יש בזה דין אסמכתא. וברשב"א כאן ובנדרים וכן במ"מ (שם ה"ה) מבארים בדעת הרמב"ם דהנדון בסוגין משום אסמכתא, אינו על מעות הפירעון, אלא על מסירת השטר למלוה, והשטר הרי אינו ביד המלוה, וכיון דלא חייב לתת את השטר ממילא גם את המעות לא מקנה [אע"ג דבמעות ליכא חסרון דאסמכתא] משום שתלה הכל בנתינת השטר. ויעו"ש במ"מ שנסתפק בדעת הרמב"ם באם השטר נשאר ביד המלוה, האם בכה"ג ג"כ הוי אסמכתא, או דכיון שהשטר בידו א"כ לדעת הרמב"ם אין בזה משום אסמכתא. וצ"ב מאי קמבעיא ליה, הרי הרמב"ם סובר דאם הוא בידו אין בזה אסמכתא, וביאר בזה האבהא"ז, דכיון דעיקר השטר הוא לגוביינא, ומעות הגוביינא אינם תח"י, לכן הוי אסמכתא.

מה) ובכס"מ מבאר המשנה לדעת הרמב"ם באופן אחר. דגם בשטר שנמחל שעבודו מ"מ אם מוסרו בפני עידי מסירה משתעבד. וא"כ י"ל שאומר אם לא אתן עד יום פלוני מסור לו בעדי מסירה. ובאבהא"ז הקשה ע"ז דאם בזמן שרוצה השליש למסור עדין הלוח מסכים, א"כ לא הוי אסמכתא. ואם אינו מסכים א"כ אפי' אם אסמכתא קניא מ"מ כאן דעדין לא היה מעשה קנין ובשעת המעשה קנין ממאן בזה, איך יתחייב, ונשאר בצ"ע. [ואולי יל"פ דהלוח לא גילה דעתו בשעת מסירת השטר, וכגון שלא ידע מזה, והשליש נותן את השטר על דעת אמירתו הראשונה, וזה תלוי בדין אסמכתא].

מו) בדין אסמכתא רבו הדעות, ואין כאן עיקר מקומו, ועיין ברמב"ן וברשב"א כאן שהאריכו, ובסוגיות בב"מ ובנדרים. ועיקר הנידון הוא מ"ש תנאי דמהני, ומ"ש אסמכתא דלא מהני. ושיי' הרמב"ן דבעינן שיהא גזים בחיובו, ודוקא בתנאי שמתנה על עצמו שסבור שיקיים, אבל במתנה על אחרים מימר אמר איהו מקיים ואזיל תנאיה דאיהו קים ליה בנפשיה טפי. [ועיי' משה"ק איך שומרים מתחייבים ולמה לא הוי אסמכתא]. והרשב"א כתב כלל באסמכתא, דתלוי אם עיקר דעתו להקנות, או אדרבה עיקר דעתו שלא להקנות אלא שרוצה שחבירו יסמוך עליו ולכן מקנה ע"ש. ובמרדכי בב"מ (עי' קצה"ח ר"ז א') כתב דאסמכתא קניא מדאורייתא ורק רבן בטלו אסמכתא. ובראב"ד (פ"ד ה"ה מחמץ ומצה) כתב דבגוי אסמכתא קניא. וביאר החת"ס (חחו"מ סוף סס"ו) דס"ל לראב"ד כמרדכי ובגוי לא בטלו רבנן ע"ש. ולרמב"ם חלוקים אחרים בדיני אסמכתא ע"ש בפ"א ממכירה.

מו) בר"י מיגש הקשה איך שרי לפרוע שוב את כל השטר, הרי הוי רבית, ותיירץ דכיון דאם ישלם בתוך הזמן לא חייב לשלם יותר לא הוי אגר נטר. [ועיי' בבעה"ת שער מו ח"ד אות לב, ובגידו"ת מפרש דהוא מדין צד אחד בריבית. אבל לכאוי י"ל דהכוונה דאינו אגר נטר אלא קנס, שהרי על הזמן שיש לו זכות אינו משלם, ורק על אחר זמנו משלם] ועיי' בגדו"ת שמביא תשובת הרשב"א סי' תרנא שאוסר משום הערמת רבית, ובאמת במשנתנו עבר באסור רבית אלא דכבר זכה במעות ואין מוציאין ממנו ע"ש.

מח) במשנה, מי שנמחק שט"ח וכו'. בריטב"א הביא י"מ שצריך שיביא כתב העדים החתומים לב"ד ולא סגי שיעידו העדים שהיכרוהו דהוי עד מפי עד. ויעויין בראב"ד המובא ברשב"א וכ"ה ברמב"ן שכתבו דמיירי שנמחק רק הטופס ולא החתימות והעדים מעידים על מה שכתוב בשטר, ובמגיה על הריטב"א משהו שתי השטות. וצ"ע דאם החסרון דהוי עד מפי עד מה מועיל שיעידו רק על טופס השטר והרי העדים החתומים אינם מעידים בפנינו מאומה שהכל מחוק ויודעים הכל רק ע"פ העדים בע"פ. ובאמת יעוי' במאירי שכתב טעם אחר בדעת הראב"ד, שאין קיום שטרות אלא בפני ג', ולדין "קיום" בעינן שיבואו החתימות בפני ב"ד. ובדעת המפרשים שהביא הריטב"א יל"פ שמביא את השטר לפני שנמחק לגמרי ורואין ב"ד הכל והעדים רק מקיימים. והערוני דבשיטת הקדמונים כתוב דדברי הראב"ד אתיין ליישב דלא יהא עד מפי עד, דהעדים החתומים קיימים, ובירור מה שהיה כתוב בטופס השטר הוא גלוי מילתא בעלמא וצ"ב. ויעוי' ברשב"א ב"ק צח: שדבריו צ"ב האם החסרון משום עד מפי עד או דאין קיום מחוץ לב"ד יעוי' ע"ש. ועיי' ברשב"א דף קעא ע"א. [ואולי יל"פ דגדר הפס"ד של קיום אינו פס"ד על החיוב בפועל אלא פס"ד שהעדות אמת וכעין דברי רבנו יונה באות נא. ולפ"ז כשמקיימים העדים החתומים יש פס"ד על זאת שיש כאן עדי אמת, וממילא שוב אפשר להעיד מה העידו עדים אלו דמעיד על עדות שנפסקה בב"ד, וזה מספיק ליישב דברי הרשב"א. אבל דברי שיטת הקדמונים עדין צ"ב. ואולי יל"ד ע"פ הנהיבות המובא באות טז ואכמ"ל].

ובטור סי' מא מביא בשם ר"י שמיירי שהתחיל להימחק ועדיין הוא ניכר ומביא עדים לב"ד שראו השטר בידו, ואילו ברשב"ם איתא שנמחק לגמרי, [והגר"א בסק"א כתב דלא פליגי לדינא ע"ש, והנהיבות כתב דלדעת ר"י העדים לא דייקי אא"כ ראו בזמן שעומד להימחק וידעו שישמכו עליהם] וביאר בתומים סק"א דר"י סובר כשיטה דהוי עד מפי עד, ולכן רק כשהשטר קיים ואפשר להביאו לב"ד הוי גלוי מילתא בעלמא שיש שטר ובוה נאמנים אפי' דהוי עד מפי עד.

מט) והריטב"א כתב בשם מורו דעדים על שטר אין בהם חסרון של עד מפי עד כי על עיקר הכתב הם מעידים ולא על המנה, והיינו דעדותם שיש שטר, וממילא מהני. וכן דעת תוס' כתובות כ. ועוד ראשונים [ויובאו קצת להלן] ויעוי' בשערי ישר (ז' כג) שאין הגדר בזה שסומכים על העדים כאילו יודעים את המעשה, אלא העדים מעידים שיש שטר, והוי כאילו בא השטר לב"ד, וב"ד דנים ע"פ השטר, ועפ"ז מבאר דברי התוס' בכתובות ע"ש. והדברים כמעט מפורשים בריטב"א כאן.

נ) ובקצה"ח (לי י') מביא מהסמ"ע שכתב דאפי' בעד מפי עד שמעיד שנחקרה העדות לא מהני. והקשה הקצה"ח מב"ק צח: שבשורף שטר אם איכא עדים יכתבו לו שטר אחר וע"ש בתוס' דכיון דשטר הוי כמי שנחקרה אין בזה משום מפי כתבם. עוד הקשה מהריטב"א דידן. [והיה לפניו רק מה שהעתיק הנמו"י, אבל בריטב"א לפנינו מבואר שיש בזה פלוגתא]. ועוד ראוי ממכות ז' שעדים שהעידו שנגמר דינו של פלוני ליהרג הורגין על פיהם. ותירץ הקצה"ח דאם נגמר הדין עדיף, ועפ"ז י"ל דגם שטר הוי כגבוי לכמה מילי והוי כפס"ד.

נא) אכן על הי"מ בריטב"א יקשה טובא מהגמ' בב"ק דמבואר דאפשר לכתוב שטר. אולם יעוי' ברשב"א בב"ק שם שהביא פלוגתא אם מיירי דוקא בשטר מקוים, דזה הוי כפס"ד, או אפי' בשטר שאינו מקוים, וצ"ל דהי"מ יפרשו דשם מיירי בשטר מקוים. ועי' ברבנו יונה דף קסה דמשמע שיש לו שיטה אמצעית, דלא בעינן פס"ד, אבל גם לא סגי בעדות שנחקרה בב"ד, אלא צריך שיפסקו שעדותן מכוונת ע"ש.

נב) תוד"ה מעמיד. כתבו דהתועלת שיהא מלוה בשטר ולא מלוה ע"פ, [והיינו לענין טענת פרוע, דאילו השעבוד קיים אפי' שנקרע השטר כמש"כ תוס' ק"ע ב']. וצ"ב דלכאוי נ"מ גם שלא יוכל לטעון לא לוית, וביאר התומים (מא ד') דתוס' ס"ל כ"מ בריטב"א דאין העדים נאמנים דהו"ל עד מפי עד. וא"כ צ"ל דבאמת לא סגי בעדות המחק, אלא צריך שיבואו גם העדים החתומים שיעידו על גוף ההלואה, [וזה מש"כ תוס' "דבשביל החתומים הבאים אח"כ"] אלא דהם אינם יודעים אם הוי פרוע, וע"ז מהני עדי המחק, וזה לא הוי עד מפי עד שהרי ראו את השטר. [ועי' בט"ז שכתב דומה לזה בדעת הטור].

נג) תוד"ה ובא, הא דצריך אלימות ב"ד לאפקועי ממונא, [והרי שיטת תוס' דהשעבוד לא פקע כשנקרע השטר, עי' בדבריהם ק"ע ב'] יעוי' בתוס' קע"א א' דהוא גזירה אטו שטר מוקדם דעלמא ע"ש. [אולם להלן יבואר ביאור אחר בזה].

ומש"כ ולקמן נמי מיירי, עי' בהגהות הר"ש מדעסוי שיש ט"ס וצ"ל "מיירי שמביא השטר לב"ד דוקא", ודבריו צ"ע דלהדיא איתא שם [דף ק"ע ב'] דמיירי בלא ב"ד ורק רב מיירי בב"ד ע"ש, ובתוס' שם באמת הקשו (בסוף ד"ה אין) מ"ש משנתנו שצריך ב"ד, ומ"ש פורע מקצת שטרו שא"צ ב"ד. ותירצו דשם נכתב מדעת שניהם, אבל כאן הוי שלא מדעתו ולכן צריך ב"ד. ולפ"ז מבואר דמש"כ תוס' דבעינן ב"ד אליהם הוא מדין עשית השטר ולא כמו שכתבנו לעיל משום שעבוד הזמן המוקדם. [ומש"כ לעיל ע"פ התוס' קע"א א', הם קאי לרב שם שרק בב"ד גובה מזמן ראשון, אבל באמת משנתנו כרבי יהודה שם שאפי' בעדים גובה מזמן ראשון וא"כ בעי"כ הא דבעינן ב"ד הוא משום כתיבת השטר]. ומעתה צ"ע מש"כ תוס' כאן דלקמן נמי מיירי וכו', ואולי כוונתם על דברי רב. ועי' בקוב"ש.

דף קסח ע"ב

נד) תוד"ה ופלוגי, כתבו דכותבין ג"כ שם העדים שמא יכחיש העדים ובמהרי"ק (שורש קטז) הוכיח מזה דמיירי דאין הלוח לפנינו, שאם הוא כאן והודה הרי היתה הודאת בע"ד ואיך יפסול אח"כ. ומזה הוכיח מהרי"ק דאפשר לכתוב נגדו שטר אפי' אם הוא מוחה ולא חיישינן לאפושטי שטרא וכותבין נגדו אפי' הוא עומד וצווח. ובתומים (מא ו) דוחה די"ל דאין הלוח לפנינו ומסתמא תלינן דמסכים, אבל במוחה א"א לכתוב דהוי מפי כתבם. ועוד דכאן כותבים ע"פ ב"ד דאלימי לאפקועי ממונא. [ויש להוסיף, שהרי תוס' ק"ע ב' כתבו דכל מה שצריך ב"ד הוא מפני שאינו מדעת הלוח].

והנה המעיין במהרי"ק יראה דהוא לא דן מדין דעת המתחייב אלא משום אפושטי שטרא, וכן התוס' ק"ע ב' לא דנו אלא משום ההפסד ע"י השטר השני, והתומים הקשה מדין דעת המתחייב. ולכאוי מוכח דמהרי"ק ותוס' לא סוברים שצריך דעת המתחייב, אולם יעוי' באמרי משה (סי' טז בהגה"ה) שכתב דהיכא דאין טעם במה שאינו רוצה ומצד הדין צריך ליתן לו שטר יש לכתוב גם בלא דעת המתחייב וכמו שנחקר שטרו כותבין לו שטר אחר, עכ"ד. [ובתוס' י

הרא"ש כתובות כ: כתב דמדין נמחק שטרו רא"י שא"צ דעת המתחייב. ובריי"ש סי' תי"ג כתב דהא דבשטר הטפסה בעינן ב"ד הוא משום דליכא דעת המתחייב ע"ש].

נה) והנה ממש"כ תוס' דחוששין שמא יפסול העדים, משמע בפשטות דהעידו שלא בפניו וכדלעיל, וצ"ע הרי אין מעידין שלא בפני הבע"ד. אכן יעוי' ברמ"א (מא א') שמביא רי"ו בשם הרשב"א דכאן אפשר להעיד שלא בפניו. ובש"ך הקשה דבשלמא בקיום אפשר להעיד שלא בפניו כיון דמעידים על החתימות ולא על מנה שבשטר, או כיון דקיום שטרות דרבנן הקילו, [ע"י בש"ך מו סק"י]. אבל כאן שהשטר נמחק בעינן עדות על מנה שבשטר. ובנתיבות מיישב עפ"ד התומים [המובא באות נב] דבעינן כאן עדים על ההלואה עצמה, ועידי המחק הם רק לברר שזהו השטר שלא יטעון פרוע, וזה גלוי מילתא בעלמא וסגי שלא בפניו. [אך הש"ך כתב דגם לתוס' מיירי שהעידו בפניו ורק כתיבת השטר שלא בפניו].

נו) והגר"א (בסק"ב) כתב דכאן מהני שלא בפניו, דקיום שטרות מהני שלא בפניו אפי' לרבנן [כתובות כא] דכשמעידים עדי השטר עצמם על מנה שבשטר הם מעידים, וכ"ש כאן שעל הכתב הם מעידים דאלי"כ הו"ל עד מפי עד [ונראה ביאור הדברים ע"פ השערי ישר המובא אות מט, דעיקר העדות על השטר וב"ד פוסקים ע"פ השטר, וא"כ העדות של עדי המחק אינה נגד הלואה, אלא רק מעידים שיש שטר, וזה א"צ להעיד בפניו].

נז) רשב"ם ד"ה ומפרש גמרא, "וחקרו עדים החתומים בו", כתב התומים (מ"א ד') דמוכח מרשב"ם כמשנ"ת (באות נב) בדעת תוס' דלא סגי בעדי המחק אלא צריך גם את עדי השטר משום דהוי עד מפי עד, [או משום דחיישינן דאמרו בדדמי כיון שאין השטר לפנינו] ולכן צריכים לכתוב בשטר הקיום שחקרו את עדי השטר עצמם.

דף קסט ע"ב - קסט ע"א

נח) ואם כתוב בו הוזקקנו וכו'. ע"י ברשב"א שהראב"ד מפרש דחיישינן לב"ד טועין שלא חקרו את עדי המחק. והרשב"א מפרש דאם לא כתבו הוזקקנו לא הוי קיום. וע"י בשו"ע (מא א') שאם לא כתבו צריך להביא ראיה על עדים הראשונים, ובסמ"ע מפרש דאם כתוב נזקקנו, ש"מ שהיה דו"ח בעדי המחק, ואם לא תלינן דלא היה דו"ח, ואז כשר רק אם ידוע על עצם ההלואה מעדי השטר, ונמצא דעדות המחק רק גלוי מילתא שהשטר היה בידו וע"ז א"צ דו"ח. ובנתיבות בשם התומים מפרש דההוזקקנו הוא לברר אם דייקו העדים בלשונות השטר. [וע"י ברמב"ן שנתקשה איך סומכין על העדים בזה] ואם לא כתבו הוזקקנו צריך לברר אצל עדי השטר אם לשונות השטר היו כדין.

נט) בעובדא דהנהו ערבאי, הקשו הראשונים למה לא כתב להם שטר בלא שעבוד וכתבנן בברייתא בסוף העמוד. ותירץ הרשב"א דע"כ אביי כרשב"ג ס"ל דהא סובר אותיות נקנות במסירה, אלא דהקשה הרי דעת אביי דצריך להביא ראיה, וא"כ ליכא חשש. [ולפי מש"כ תוס' דכאן לכו"ע א"צ ראיה, מפרש, אך הרשב"א מיישב הסוגיא דלא כתוס' ע"ש]. ובריטב"א כתב דמרוותיהו רצו רק שטר עם אחריות.

ס) רשב"ם ד"ה בשטרי הלואה. א"נ דילמא חזר ומצאו. ובד"ה אבד כתב דאם יש עדים שאבדו מחזירין לו, וקשה דילמא חזר ומצאו. ותירץ מהרש"ל דבספק אם איבד חיישינן ג"כ שימצא [דהוי ס"ס] אבל בודאי איבד ל"ח. אבל המהרש"א והגר"א (מט יא) מתרצים דאם אומר שאיבד דילמא שכחו בביתו, אבל העדים שיודעים שאיבד אי"ז ע"י שכחה אלא שאבד באמת. וע"י בש"ך (מא יא). והרא"ש בתשובה נחלק ע"ז וכדעתו פסק השו"ע שם.

דף קסט ע"א

סא) רשב"ג אומר אף שטרי מקח אין כותבין. והטעם הואיל וס"ל אותיות נקנות במסירה. והנה הרי"י מיגש מחדש דרק בשטר קנין אותיות נקנות במסירה, אבל אם קנה הקרקע בקנין, וכתב שטר ראיה, א"א לקנות. והרמב"ן נחלק

ע"ז, דכיון שזכותו כתובה בשטר למה לא יקנה ומסיים הרמב"ן "אבל עיקר הדבר צריך תלמוד וטעם למה יקנה בשום שטר". ועיין ברא"ש שסובר כהר"י מיגש. [ובר"י מיגש מדייק כדבריו מהלשון "חזרה מתנתו" ע"ש היטב].

סב) ובביאור דעת הר"י מיגש והרא"ש י"ל, דהנה הרא"ש כתב דלדעת הר"י דמכירת שטרות דרבנן, גם אותיות של מכר נקנים רק מדרבנן. ובפשוטו אינו מובן, דבשלמא במכירת שט"ח הוי דבר שאינו ברשותו או שאין בו ממש כמש"כ הראשונים, אבל במוכר קרקע למה לא יקנה מדאורייתא. וביאר בזה באמרי בינה (הלכות הלואה סי' ס"ג אות יט) דכיון שאינו מוכר את הקרקע אלא את זכות השטר הוי ג"כ כמוכר דבר שאין בו ממש, והיינו שהמכירה מתייחסת לשטר, וע"י השטר זוכה בזכויות הכתובות בשטר. ולפי"ז י"ל דרק בשטר קנין מונח הזכות בשטר, אבל שטר ראייה הוי עדות בעלמא. [ועי' בחידושי ר' ראובן סי' י"ח].

סג) ועיין ברא"ש שנתקשה דכל שט"ח הוי רק שטר ראייה, דהחוב משעבד לשלם גם בלי השטר, ע"ש בדבריו, וביארו הקצה"ח (ס"ו כ') והנתיבות (סקכ"ג) דהשטר יוצר שעבוד, ואע"ג דשעבודא דאורייתא, ביאר הקצה"ח דהשטר משעבד שוב ושעבוד חל על שעבוד, [וע"ש ראיתו מבכורות ומשה"ק ע"ז הנתיבות]. והנתיבות מבאר דאחר שהפקיעו חז"ל את השעבוד משום פסידא דלקוחות, א"כ גם במקום שיש שטר אין ההלואה משעבדת אלא רק השטר [וע"ש במשובב מה שהוכיח מתוס' גיטין כ: דלא הפקיעו את השעבוד, אכן בתור"ד בגיטין מבואר כנתיבות].

סד) ברשב"א (בע"ב) הקשה מ"ש דכשמקנה המוכר לקונה א"צ כומ"ס, וכשמקנה הקונה למוכר צריך כומ"ס, ותירץ דבעינן שטר מקנה, וצריך להקנות השטר בקניני שטר ולכן בכל שטר שנכתב מעיקרו לזכות לאלתר, השטר עצמו ע"י כתיבתו נקנה [כעין עבחז"ל], אבל כאן שבשעת הכתיבה נכתב לצורך הקונה, והשתא רוצה להקנותו למוכר בעינן קניני שטרות, וע"ז בעינן כומ"ס. והאריך בזה הרשב"א בדף ע"ז ע"ש. וזה דלא כהרא"ש (אות סב) שלדעתו הוי רק קנין דרבנן ודו"ק.

סה) בפלוגתא דרשב"ג ורבנן, יעוי' בתוס' ד"ה אבל שביארו בב' אופנים. ובפי' השני חדשו דאם יש ב' שטרות ללוקח, לא קנה המוכר עד שיחזיר ב' השטרות. ואם עשה גם כתיבה, בזה מהני אפי' שנשאר השטר השני ביד הלוקח. והרמב"ן הקשה ע"ז דהרי גם למ"ד דלא בעינן כומ"ס, מ"מ הרי מקנה לו איהו וכל שעבודיה, וביותר שהרי צריך לומר לו נוסח זה בע"פ, וא"כ מ"ש לענין זה מסירה מכומ"ס. [וי"ל דזה תלוי אם עיקר הקנין הוא ע"י המסירה, והכתיבה רק לאלומי קנין, דלפי"ז צודק הרמב"ן. אבל אם נימא דלמ"ד דבעינן כומ"ס עיקר הקנין בכתיבה א"ש דברי תוס']. [ועיין במל"מ פ"ו הי"א ממכירה ובחי' ר' ראובן סי' יח].

סו) בתוד"ה אבל, הקשו תימה לרשב"ג למ"ד צריך להביא ראייה א"כ מה החשש אם יהא בידו עוד שטר. וברמב"ן וברשב"א תירצו דלהך מ"ד פליגי רשב"ג ורבנן בהא גופא אם צריך להביא ראייה או לא. ועיין ברמב"ן עוד פירוש בסוגיא. ועי' בריטב"א מה שפי' בשם הרא"ה.

סז) בא"ד, ותימה לרשב"ג שמ"מ יכול המוכר לעשות ב' שטרות ויתן האחד לשמעון, ע"ש מה שתירצו. והגר"א (ס"ו נ"ו) כתב תירוץ נפלא על קושית התוס' ע"פ שיטת הר"י מיגש והרא"ש (באות סא) דא"א להקנות אלא בשטר קנין ולא בשטר ראייה. ובב"מ יג. מבואר דהא דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו הוא רק בשטר אקנייתא ולא בשקונה ע"י השטר עצמו. ולפי"ז א"ש, דלשיטת הר"י מיגש הרי מיירי כאן בשטר קנין דא"כ אינו נקנה במסירה, ושטר זה אין כותבין אלא בפני הלוח וא"כ אינו יכול לכתוב עוד שטר.

אכן לפי"ז יקשה להיפך, מה החשש לרשב"ג, והרי אם יהיה ביד המוכר שטר יהא נאמן אפי' אם גם ללוקח יש שטר, שהרי אין כותבין שטר שאינו אקנייתא אא"כ לוקח עמו, ואם השטר ביד המוכר הוי ראייה שחזר ונתן למוכר, וכן הקשה התומים. ותירץ בחי' רמ"ש, דודאי פעמים מקרי שכתבו העדים שטר אפי' שלא בפניו, ואם טוען כן טענתו

טענה, אבל מ"מ לא חיישינן שיעשה כן בפועל לכתוב ב' שטרות, דבד"כ העדים יקיימו הדין ולא יכתבו. וכעין סברא זו איתא במהרש"א כאן יעו"ש.

סח) אך בעיקר קושית תוס' תמה בפני שלמה, שהרי הלוקח יהא נאמן במיגו בהחזיק ג"ש בקרקע ויוכל לומר שקנאו מלוי, [ואין הוכחה שהשטר היה אחר הג"ש] וצ"ע.

סט) בגמ' לא צריכא דקאתי מכח אבהתיה. פירש רשב"ם דבא בטענת גזילה. והעירו האחרונים [ע"י בהגהות ר' אלעזר משה, ובפני שלמה] דלשון הגמ' להלן "למה ליה למימר ליה לבעל חוב", משמע דמיירי בבע"ח ולא בגזלן. והרמב"ם כתב "שמא יעשה הלוקח קנוניא עם בע"ח ויטרוף שלא כדין, כיצד יבא זה ויטרוף שדה זו בעדות שהעידו לו מחמת אביו עכ"ל [פכ"ג ממלוה ה"י] וביאר בפני"ש דאם יש עדים שפסקו ב"ד שלאביו יש זכות טירפא א"צ הבן להביא שטר, וממילא יגבה פעמיים. ובהגהות רא"מ כתב באופן אחר יעו"ש.

ע) תוד"ה לבר, פ"י ויכתבו מזמן שני. צ"ע דלקמן קע"א ב' איתא דשטרי מקח המאוחרין פסולין דדילמא קנה המוכר בחזרה בין זמן האמיתי למאוחר ויש לו ע"ז שטר, והלוקח יוציא ממנו ע"י השטר המאוחר, שיטען שחזר הוא וקנה אח"כ. וכתבו האחרונים דמוכח מזה כמש"כ הש"ך (סי' מ"ג סקכ"ט) דברשות מוכר שרי לכתוב שטר מאוחר, ודלא כהב"ח המובא בש"ך.

דף קסט ע"ב

עא) כתב הרמב"ן (והביאוהו הרא"ש והרשב"א) דמוכח בסוגין דכשבא בע"ח לגבות מלקוחות אינם יכולים לטעון לך ועמוד בדין עם המלוה אלא יכול לגבות מהלקוחות, דאל"כ הרי בסוגין יצטרך לדון קודם עם המוכר והוא יוציא את השובר. [והקשה מו"ח שליט"א מה צריך ראיה לזה, הרי הדין מפורש בב"ק ח: ראובן שמכר שדה לשמעון ואתא בע"ח דראובן, אם שלא באחריות מכר אינו יכול לאשתעווי דינא בהדיה דבע"ח, [לחד לישנא]. ואם עיקר הדו"ד עם המלוה תחילה א"כ פשיטא דהוא עיקר הבע"ד וצ"ע]. ובקוב"ש הקשה מ"ש מהא דמבואר לקמן קעד דאין נזקקין לנכסים עד שיתבע את הלוח דלא יתבע מן הערב תחילה. ולכאוי י"ל בפשיטות דשם הרי יש ללוח ממה לשלם [ורק הנדון אם לרדת לנכסיו או ישלם הוא בעצמו] אבל כאן ידוע שאין לו נכסים [ולשון הריטב"א "שהמלוה שבא לגבות חובו ולא מצא נכסים בני"ח ללוח שלו וכו'] וכל הנדון רק משום עצם צורת התביעה, ומי מקרי הנתבע ולכן ל"ש בזה משום אין נזקקין לערב תחילה.

עב) ושו"ר בפרישה סי' קיד שכתב דחלוק נפרע שלא בפניו מנפרע מלקוחות, דבנפרע שלא בפניו אין מי שיטען טענות, אבל כאן הלקוחות קמן. ויעו"י ביד רמה שדעתו לדמות לקוחות לשלא בפניו, ומוקי לסוגין בשהמוכר במדנה"י והפייסי בזווי הוא חשש שמא בעבר פרע זווי ע"ש. ובראב"ד בש"מ מפרש דמיירי כאן שיש שטר טריפא, ואפ"ה אמרי הלקוחות שמא לוח ופרע אחרי הטירפא כדי להעמיד המקח בידנו. [ואולי עפ"ז יש ליישב קושית תוד"ה דמאן].

עג) רב אשי אמר אחריות לא ט"ס וכו'. יעו"י לעיל מ"ד ב' דפליגי אמוראי במוכר שלא באחריות ונימצאת שאינה שלו, דלר"פ חוזר עליו ולר"ז אין חוזר עליו. ובתוס' ב"מ יד. כתבו דבשטר קנין שאין כתוב בו אחריות נכסים ונמצאת שאינה שלו הו"ל השטר כשטר הלואה [שהרי המקח לא חל] ותלוי בפלוגתא דאחריות ט"ס. וצ"ב הרי הוא פלוגתא דאמוראי הנ"ל בדף מד. וביאר הרש"ש דהא דדף מד מיירי באומר בפירוש שמוכר בלא אחריות, והא דכתבו תוס' הוא בשלא אמר מפורש שאין אחריות, וזה תלוי בפלוגתא דאחריות ט"ס [אליבא דר"ז, דאילו לר"פ ק"ו הוא שיש אחריות] וכתב בחידושי רמ"ש דזהו הנדון בסוגיין, דאם נמצאת שאינה שלו הו"ל כשטר הלואה ותלוי בפלוגתא דשטר הלואה אם אחריות ט"ס.

אבל בהג"א כאן, וביתר ביאור באו"ז מבואר דפלוגתת רפרם ורב אשי בסוגין הוא האם שטר מכר דמי לשטר הלואה, או דבשטר מכר אחריות לאו ט"ס.

עג) בגמ' אמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי וכו'. והקשו הראשונים דבר"פ האיש מקדש איתא דשליח ששינה ואינה את המשלח אפי' בפחות משתות המקח בטל דלתיקוני שדרתיך ולא לעוותי. ואילו בסוגין מבואר שהמקח קיים. ותירץ הר"ן בקדושין דהתם מיירי שהודיע למוכר שהוא שליח ובכה"ג כל שעוות בטל המקח. אבל בסוגין לא הודיע למוכר ולכן המקח קיים וסיים הר"ן "והאשה נמי יכולה לומר תן לי מעותי וכו' ור"נ ה"ק ליה אם חפצה היא בקרקע קבל עליך אחריות אבל לא שיוכל לכפותה בכך שהרי היא יכולה לומר שהיא רוצה יותר באחריות המוכר משלו, ובר מן דין כיון שלא עשה שליחותו הרי מקחו בטל אצל האשה. עכ"ל. ומבואר שאין השליח יכול לכוף האשה, אמנם נחלקו האחרונים אליבא דהר"ן אם האשה יכולה לכוף השליח לקבל על עצמו אחריות. [ברש"ל כאן ומהרש"א ששון סי' קלא נקטו דחייב לקבל אחריות. והשער המלך (פי"ג ה"ט ממכירה), מביא ר"ן בכתובות שמשמע להדיא שיוכל לכוף. אולם החזו"א (ב"ק כ"א ח') מדייק מהר"ן בקדושין דא"א לתבוע הקרקע ויכול לסלקה בזווי, וכן מבואר בר"ן וברשב"א בסוגין]. ועיין ברש"ל דמשמע דמה שיוכלה לכוף השליח הוא משום "שקלקל ועוות" משמע קצת שהוא קנס דרבנן.

עד) ועיין בשעה"מ שגם אם נימא שהשליח חייב לקבל אחריות, היינו דוקא באופן שאין השליח מפסיד, דהרי המקח כלפיו קיים בין כך בלא אחריות, ואם יבוא בע"ח בין כך יפסיד, וא"כ אם ימכור לאשה ויקבל אחריות אין כאן הפסד לשליח [רק מניעת רוח שלא תיקח האשה על עצמה את הפסד האחריות]. אבל אם היה השליח יכול לבטל את המקח לא הטילו עליו להפסיד. ועפ"ז מיישב קושית מהר"א ששון ע"ש.

עה) וברא"ש כאן מבואר דבאמת המקח לא חל כלל, אפי' בין המוכר לשליח וצריך קנין חדש ורק מיירי שאין לשליח כסף לשלם לאשה ורוצה לפרוע בקרקע וע"ז אמרינן דא"א לפרוע בלי לקבל אחריות [וכתבו הב"ח והחזו"א דאין פלוגתא לדינא בין הרא"ש והר"ן, אלא רק נחלקו באיזה אופן מיירי הסוגיא].

עו) ברמב"ם (פ"ב ה"ד משלוחין) מבואר שמחלק כהר"ן בין הודיע שהוא שליח ולא הודיע. ובפ"א ה"ג כתב בהא דסוגין "וחוזר ומוכר אותה למשלח באחריות הואיל וקנה אותה במעותיו והאחריות של שליח". וצ"ב איזה טעם הוא מה שקנה במעותיו לחייבו למכור באחריות ועיין בחזו"א שם סק"ט מש"כ בזה.

עז) שיטת הראב"ד בהשגות (פ"א ה"ג) דהחילוק בין הסוגיא בקדושין לסוגין, דשם רוצה המשלח לבטל המקח משום האונאה, וכאן רוצה לקיים המקח ולחייב את השליח באחריות, וצ"ב דלמה בקדושין לא ירצה לקיים את המקח ולתבוע מהשליח את האונאה, [ולפמ"ש"כ באות עד בשם השעה"מ מיושב], אולם מדקדוק לשון הראב"ד יותר משמע דאה"נ אם בגוונא דסוגיא דקדושין ירצה לקיים המקח יחול המקח, אלא דמיירי כשאין רוצה לקיים המקח מאיזה סיבה.

עח) בב"מ עד. בש"מ ובנמוק"י הביאו שיטת ראב"ד [לא כמש"כ בהשגות הנ"ל] דבזבין שלא באחריות השליח פושע, ובזה דעת המשלח לקיים המקח ולתבוע את השליח, אבל בנתאנה פחות משתות דהשליח טעה, ויש לו טענה נגד המוכר שמחזיק בידו דמי האונאה, בזה דעתו לבטל המקח.

עט) המרדכי בקדושין כתב דאין חילוק בין סוגיא דקדושין לסוגין בעיקר הדין, ואם השליח יוכיח שהוא שליח יתבטל המקח, אלא דמיירי שאין לו עדים שהוא שליח, ואינו נאמן כלפי המוכר לבטל המקח, ולכן בתור פירעון לאשה יכול לתת דוקא שדה באחריות.

פ) הריב"מ (בהג"א, ובאו"ז) מחלק בין שליח מכירה לשליח קניה, דבשליח קניה חל המקח דהמוכר מקנה, אבל בשליח מכירה אם משנה מדעת בעה"ב הוי כמוכר דבר שאינו שלו. [ועיי' שמסתפק בחלוק זה].

פא) ובעיקר הא דאין יכול לפרוע בקרקע בלא אחריות [דאם נימא דאינו חייב לקבל על עצמו אחריות א"כ הנידון בסוגין הוא אם יכול לפרוע בזה את חובו] צ"ב הרי מ"מ הקרקע שוה כל שווי הזווי, ולמה לא יוכל לפרוע בה. וביאר החזו"א [ב"ק כ"א ח'] דכל שווי קרקע שלא באחריות הוא שוויית של ספק שכל לוקח מוכן לשלם כך מספק שלא יגבו הימנו, ואין בע"ח מחויב לקחת קרקע מסופקת. ומבואר בחזו"א שנקט דאם נותן בתורת פירעון יכל לכופה לקבל הקרקע, וצ"ב דבשו"ע סי' עד סעיף ו' מבואר דכל מה שאפשר לפרוע בע"כ הוא רק בכסף, אבל אם רוצה לפרוע קרקע א"א לכוף, ויכול הלה להמתין עד שיהיו לו זוזי. ואולי כוונת החזו"א דאם יש לו עוד קרקע אינו יכול לפרוע מקרקע זו אלא באחריות. ויותר נראה, דהנה הרא"ש בתשובה כלל פ' כתב דהטעם שא"א לפרוע בקרקע בע"כ הוא מפני נעילת דלת שיאמר אילו לא הייתי מלוה הייתי משתמש בזוזאי ועכשיו תכפני לקנות קרקע שאיני מוצא לה קונים. ולפי' י"ל דכאן ל"ש טעם זה שהרי האשה רצתה קרקע זו וא"כ יכול לתת לה הקרקע בתורת פירעון בע"כ. וצ"ב. [ועיין בקה"י ב"ק סי' ז' שכתב דהרה"מ פליג על דין זה וס"ל דאפשר לפרוע קרקע בע"כ].

דף קע ע"א

פב) רשב"ם ד"ה רבן שמעון, כתב ד"חזקה" היינו חזקת קנין, וכן כתב בהמשך הסוגיא, ולעיל קס"ט ע"ב ד"ה רבי כתב דהיינו חזקת ג"ש, עיי' ברש"ש שהעיר בזה. ויעוי' בריטב"א שיש אוקימתות שלפיהם חזקה היינו חזקת קנין, אבל לאוקימתא בתרא הכוונה חזקת ג"ש, ועדיין אי"ז מספיק ליישב דברי רשב"ם שבאותה אוקימתא פ"י באופנים שונים. [ועיין ברמב"ן שמביא בשם רשב"ם שמפרש הסוגיא בחזקת קנין].

פג) מודה ר"א במזויף מתוכו שהוא פסול. כתבו תוס' גיטין ד. דהטעם שמא יבואו לסמוך על השטר ואע"פ שהדבר אמת אין לעשות אלא בעדות כשר. [ועיי' ברשב"א].

פד) במודה בשטר שכתבו. בטעמא דמ"ד א"צ לקיימו, נחלקו התוס' והרמב"ן (הביאם הש"ך סי' קח סק"ז) אם הוי מיגו או הפה שאסר [וביאר באחיעזר ח"ג סי' עד דשיטת תוס' דאי"ז פה שאסר דכיון שהוא נתבע צריך לענות ולא מקרי פה שאסר ע"ש, אולם מלשון הש"ך משמע דגם לתוס' הוי הפה שאסר, אלא דלא ס"ל לחלק בין דיני פה שאסר לדיני מיגו ע"ש].

והנה בהא דשנים אדוקין בשטר מבואר בגמ' דלמ"ד צריך לקיימו גם כאן לא יגבה בלא קיום, והקשו רעק"א והבית הלוי (ח"ג סי' מ"ב) והחידושי הרי"ם דכאן אין לו מיגו, דאם יטען מזויף ויבואו עדים ויקיימוהו ישלם הכל, דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי, ואם יטען פרוע ויקיימוהו ישלם רק מחצה כדין שנים אדוקין וא"כ אינו רוצה לטעון פרוע. ועיי' באחיעזר הנ"ל שכ"ז קשה אם הוי מיגו אבל אם הוי פה שאסר לא קשה, דמ"מ לא קוים השטר [ועיי' מש"כ ביישוב הקושיא].

פה) אלא הכא בלברר פליגי. וכתב הריטב"א דרק אם בירר החזקה ולא בירר השטר ס"ל לרבי שצריך לברר, אבל אם בירר השטר ולא בירר החזקה א"צ לברר החזקה שלא באה החזקה בשום מקום אלא במקום שאין שטר, והנה מסבירא היה מקום לדון שחלוק חזקה משטר שאין החזקה סיבת הבעלות אלא רק ראיה, אבל שטר הוא עדות גמורה על כך שקנה, וא"כ כל מה שצריך לברר הוא רק לברר את הבעלות עצמה, אבל א"צ לברר חזקה, אולם מלשון הריטב"א משמע דגם בכה"ג צריך לברר, ורק משום דכל חזקה לא באה אלא במקום שאין שטר לכן פטור מלברר.

וברי"ף פרק חזקת (טו. ברי"ף) הביא איכא מאן דפריש דעובדא דשכונא גואי מיירי באופן שאין למערער עדים שהוא המר"ק. והקשה הרי"ף דא"כ המחזיק נאמן במיגו דלהד"מ. ובאבי עזרי סוף הלכות טוען מבאר דדעת הי"מ דאה"נ אם לא היה טוען חזקה היה נאמן בהפך שאסר. אבל אחר שטוען שהיתה לו חזקה צריך לברר. [והפך שאסר לא חשיב בירור על החזקה, דהפך שאסר מהני רק לדעת שהשדה שלו, ולא לברר איך היה המעשה]. ולפי"ז מבואר להדיא דאם אין לו שטר אע"פ שיש לו פה שאסר צריך לברר את החזקה, וכמו שמדויק בריטב"א. [וע"ש בחידושי אנשי שם שמבאר דעת הי"מ באופן אחר].

פו) ברשב"ם הביא הגמ' בשבועות דאי אתו סהדי ואמרי להד"מ לדעת רבא כל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש לאו אדעתיה. ונחלקו הראשונים בביאור הדברים, דדעת רש"י שם דהכוונה שהלוח שאמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני לאו אדעתיה ולא דקדק בדבריו. אבל הר"ח (מובא ברמב"ן שם) מפרש דהעדים לאו אדעתיה, והם שכחו שראו הפירעון. [ולכא' מתוס' בע"ב, מוכח כרש"י שתירצו הסתירה מהא דרבא לסוגין, דשם דרבא פסק כרשב"ג, ובשלמא אם הטעם משום שהמלוה טעה, זה יתכן גם בעובדא דרשב"א אבל אם החשש שהעדים שכחו, אין שייך טעם זה בשטר, ואיך יתכן דזהו טעמו של רשב"ג שלא מצריך לברר השטר].

דף קע ע"ב

פז) תוד"ה אלא לברר. א"נ אפי' לרבי וכו'. מבואר בתוס' דגם אם לא יביא עדים, וגם אם יביא עדים ויאמרו להד"מ פטור. ולפי"ז צ"ב למאי מהני הא דצריך לברר. וכתב מהרש"ל שצריך להביא לצא"ש ואולי מתיירא שלא יתבייש ויתפשר עמו ע"ש. [וצ"ב אם הו' ב' טעמים או טעם אחד. ועי' בהג"א שכתב רק דחייב לצא"ש]. או שמא יבואו עדים ויעידו היפך מדבריו, ועי' מהרש"א.

פח) בעיקר קושית התוס' מהא דשבועות מצינו בראשונים כמה תירוצים. א) בבעה"מ כתב דהכא מיירי [אליבא דרבא בשבועות] באמר שייחד וזימן העדים להעיד שפרע ובה ודאי רמי עליה ועל העדים לזכור ע"ש. [ובבעה"מ מבואר דפירושו א"ש בין לרש"י ובין לר"ח - המובאים באות פו - והרמב"ן בשבועות מ"א דן אם תירוץ זה רק לר"ח או גם לרש"י ע"ש]. ב) עוד הביא הבעה"מ י"מ דבסוגיא דשבועות אמר "ולא פרעתיך בפני פלוני ופלוני" בתמיה, והלשון מתפרש שמסתפק בזה. אבל בסוגין אמר בודאות, ועי' בבעה"מ וברשב"א משה"ק על פירוש זה. ג) הרמב"ן כאן מתרץ דבשבועות מיירי שבאו עדים אחרים שפרע, וכיון שיש לפנינו עדים תלינן שטעה מי היו העדים, אבל בסוגין לא באו עדים כלל. ד) ברמב"ן בשבועות מיישב דהתם מיירי שאחר שבאו עדים ואמרי להד"מ מודה ואומר שפרע בפני אחרים וכיו"ב, אבל כאן מיירי שיבואו עדים והוא יעמוד בטענתו הראשונה ויכחיש את העדים. ה) בראב"ד מתרץ דבשבועות מיירי לענין שלא הוחזק כפרן, [וני"מ שיוכל לטעון פרעתי אח"כ שוב] ובסוגין מיירי לענין עיקר החיוב ע"פ הטענה שפרע בפני פלוני ופלוני. ו) ברשב"א כתב דלהלכה פסקין דצריך לברר רק בשטר וחזקה, שחזקה במקום שטר עומדת, וכדאיתא סברא זו בסנהדרין כג'; אבל באומר פרעתי בפני פלוני ופלוני א"צ לברר דטענת פרוע אינה מכח העדים. ומדייק הרשב"א, שכ"ה דעת הרי"ף ע"ש. ז) במ"מ (פ"ו ה"ה מטוען) מחלק דבסוגין איכא עדי הלואה ובשבועות מיירי דליכא עדי הלואה. [וע"ש בלח"מ]. ח) בכ"מ (שם) כתב דהא דבסוגין צריך לברר הוא רק כדי להיפטר ע"י העדים משבועת היסט, אבל בגוונא דהסוגיא דשבועות אה"נ דצריך להישבע.

פט) ולעיל בע"א אמר רבי יצחק יבואו פלוני ופלוני ויעידו. ומבואר דלא סגי בע"א אלא צריך להביא את שניהם. והקשה בשער משפט (סי' ע' סק"ב) דלהשיטות דמה שצריך להביא עדים הוא משום דשמא יכחישוהו ויוחזק כפרן, א"כ אם מביא ע"א כמותו שוב לא קיים החשש שיוחזק כפרן [דאפי' יבוא השני ויכחישנו לא הוחזק כפרן] ולשיטת הרשב"ם דאם לא מביא עדים כלל משלם ניאח. וכן לשיטת הרמב"ם דמביא העדים כדי להיפטר משבועת היסט ניאח, דנהי דהעד הראשון העיד כוותיה, מ"מ צריך לברר העד השני שמא יכחישנו ובעד נגד עד חייב בשבועת היסט כמש"כ הש"ך (סי' פ"ז סקט"ו).

צ) כתב הריב"ש (סי' קכז) דבשני כיתי עדים המכחישים זא"ז, ואחת מהן הוזמנה להעיד והכת השניה לא הוזמנה, דכת המוזמנת נאמנת, דכיון דלא רמיה עליהו לא מדכרי [וכהשטות דזה קאי על העדים ולא על הלוח]. והנה הש"ך בסי' ע' סק"ו פסק כהשיטות דהלא רמיה קאי על העדים, והקשה השער משפט (סי' ל' סק"ב) דהש"ך (בסי' ל' סק"ג) מביא מהב"ח שמדייק מתשובת הרא"ש שבתרי ותרי וחד הוזמנה וחד לא אין אלו נאמנים טפי מאלו. ותירץ השע"מ דיש לחלק בין עדים שאומרים לא ראינו, לאומרים ראינו, דבאופן שאומרים ראינו ליכא למיחש שימציאו מחמת שלא רמיה עליהו, וע"ש שהוכיח כחלוק זה מהרשב"א בשבועות, ועוד האריך בזה, ע"ש.

צא) במשנה, מי שפרע מקצת חובו ר' יוסי אומר יכתוב שובר. והנה בכתובות יט: בתוס' ד"ה זמנין, וכן ברא"ש ובריטב"א שם מבואר דמותר להשהות שטר אפי' על פשיטי דספרא. והר"ן שם פליג ע"ז, ואפי' לדעת הר"ן כתב הש"ך (סי' נז סק"ו) דמ"מ בפרע מקצת שרי להשהות השטר בלי שובר, וכתב הנתיבות (סק"ב) דמשמע דאפי' בע"כ של לוח. והקשה הנתיבות מ"ש ממשנתנו דשרי רק עם שובר. ותירץ הנתיבות מיירי שפרעו בתוך זמנו שכיון שאינו יכול לכפותו על פירעון הנותר חייב לכתוב שובר אבל הראשונים מיירי לאחר זמנו שחייב לפרוע הכל, ובכה"ג אין צריך לכתוב שובר ע"ש. ועיין בתוס' רי"ד כתובות יט: שמשמע כחידושו של הנתיבות שאין חייב לכתוב לו שובר אחר זמנו.

צב) שם, כך יפה לו, ע"י רשב"ם דמפרש יפה למלוח, והרמב"ן וריטב"א מפרשים יפה ללוח ע"ש.

צג) בתוד"ה אין הלכה. בא"ד, אבל הכא בלא צווי יכול להיות כשר. באו"ש (פכ"ג ממלוה. הי"ב) הקשה הרי תוס' כתבו בדף מ' דבעינן דעת המתחייב ובל"ז הוי מפ"כ, ותירץ דבתחילה סברו דאין כאן כלל חובה וממילא לא מקרי מתחייב וא"צ את דעתו, ובתירוצם חדשו דיש חובה וממילא באמת פסול משום מפי כתבם. ועיין מש"כ בזה באות נד.

צד) בא"ד, ועיי"ל דר"נ ס"ל דמודה רב היכא דנמחק דב"ד עושין שעבודו. ובמהרש"א הקשה א"כ במאי פליג רב ור' יהודה, הרי בב"ד לכו"ע מהני, ובעדים מזמן שני ג"כ לכו"ע מהני. ותירץ דלרב באמת בעדים א"א לכתוב אפי' מזמן שני, והביא שכן יש דעה בהג"א. ובאו"ש (פכ"ג הי"ב ממלוה). תמה עליו דההג"א מיירי שלא מדעת המתחייב. אבל כאן הרי מיירי בכותב מדעת הלוח כמש"כ תוס' בהמשך הדבור, ואיזה סברא היא שלא יוכלו לכתוב. לכן מפרש האו"ש דלר' יהודה הכא אפי' לב"ד אסור לכתוב מזמן ראשון דחיישינן דילמא גם העדים יכתבו מזמן ראשון. אבל בנמחק שטרו שלעדים אסור לכתוב בכלל [אפי' מזמן שני - מחמת דאינו מדעת הלוח] והשטר מסור רק לב"ד, בזה שרי לכתוב מזמן ראשון. ובחי' רמ"ש מפרש כע"ז, אלא דהסבר הדברים באופן אחר, דכאן שכשר גם בעדים, א"כ גם כשיכתבו ב"ד אין לזה תורת מעשה ב"ד כיון דא"צ לזה ב"ד, והוי כג' עדים שעשו שטר שאין יכולין לכתוב זמן ראשון.

דף קעא ע"א

צה) אלא עדים שעשו שליחותן וכו'. ע"י בתוס' שנתקשו דכ"ש אם לא עשו שליחותן א"א לכתוב מזמן ראשון כיון דלא חל השעבוד והוי שטר מוקדם. וכתבו דבאמת עיקר הטעם גזירה שמא יכשירו שטר מוקדם ונשארו בצ"ע. ובאו"ש (שם) כתבו דלדעת הרמב"ם (שם ה"ו) שעדים שעשו קנין מיד הלוח ועדיין לא כתבו את השטר יכולין אח"כ לכתוב מזמן הראשון [דקנין גרידא מפיק קלא] א"ש, דאם לא עשו שליחותן באמת יכולין לכתוב. והתוס' צ"ל דסברי דקנין לא מפיק קלא אלא בצירוף כתיבת השטר. [ועיין ברע"א בגיליון שו"ע סי' ל"ט ס"ד שנסתפק בקנין ע"מ שלא לכתוב שטר אם מפיק קלא, ולכאוי' לשיטת תוס' ק"ו הוא דאין קול. ועיין ברשב"ם וברמב"ן קעב. בענין זה].

צו) וברמב"ן מפרש דהא דאין העדים יכולין לחתום, משום שא"א להם לשעבד נכסיו, ואע"פ שהוא אומר להם לכתוב, אין לו כח לשעבד למפרע, והשטר הראשון כבר אינו משעבד דכיון שנפרע מקצתו ומחליפין אותו נמחל

שעבודו. והדברים צ"ב איך פקע השעבוד. [ובתוס' קע ע"ב פשיטא להו דלא פקע השעבוד, ולא דנו אלא על הלקוחות שבין מחיקה לכתיבה האם יש חשש פסידא דלקוחות]. ועי' ברשב"א דמשמע קצת דהפירעון הוי כזקיפת השאר במלוה. [ק"ק דבגיטין יח. מבואר דפגמה לא הוי כזקפה, ויש לחלק דכאן קרעו את השטר]. וא"כ י"ל דהוי אומדנא שעשו זקיפה. [וביאור ענין זקיפה, עי' בחזון יחזקאל ב"ק שנחלק בזה עם הגרא"מ שך, ונדפס גם באבי עזרי הלכות גזילה, דדעת החזון יחזקאל דהוי ויתור על הזכויות שהיו לו קודם. ובאבי עזרי סובר דפוקע לגמרי החוב הקודם ותמורתו חל חוב חדש. ובשו"ת הרשב"א סי' תתקפט מבואר דזקיפה כפירעון וכחוב אחר ע"ש]. אולם יעוי' ברשב"א בהמשך דבריו דהקשה ממי שנשרף שט"ח, ומשמע דגם שם פקע השעבוד אע"פ שאין אומדנא ודעת לזקוף, וכן מבואר בר' יונה קס"ח ע"א, גבי מי שנמחק שט"ח, [ולחבין דברי הר' יונה שם, עי' ברבנו יונה בסוגין - נדפס בש"מ ולא בעליות]. וכן מוכח מקושית הגמ' מעשרה שטרות. וחזינן דאם השטר נאבד פוקע השעבוד, והסברא צ"ע, ותמה בזה בקו"ש אות תרכה. ובאו"ש (פכ"ג ממלוה הי"ב) הקשה על הרמב"ן ממה שמבואר בהמשך הסוגיא דא"א לכתוב שטר מכר באחריות, וקשה הרי האחריות חלה אפי' בלא שטר [כדאיתא לעיל מ"ב א' דהעדים מפקי קלא] וא"כ מ"ט יפקע השעבוד על ידי שנקרע השטר. ותירץ דשמא בדאיכא שטרא אין העדים מוציאין קול שסומכים על השטר ורק השטר משעבד. [וצ"ע דמ"מ השטר רק מפיק קלא וממילא המכירה משעבדת, וכמו"כ יקשה במלוה לדעת הקצה"ח (סו כ"ג) דהמלוה משעבדת אם איכא שטר. אבל לנתיבות (שם סק"כ) ל"ק מהלואה, דרבנן בטלו את שעבוד ההלואה וכל השעבוד חל רק ע"י השטר].

צז) עוד פ"י הרמב"ן דא"א לכתוב דכיון דבטלה שליחותן הוה מפי כתבם. והרשב"א הקשה ע"ז דהרי הכא עושין מדעת הלוה. והנה הראב"ד כאן מפרש דהסוגיא מיירי שלא מדעת הלוה אבל מדעת לוח כותבין [ועוד מחדש שם דמזמן שני אפשר לכתוב אפי' שלא מדעת לוח דאין בכאן חזרת שליחות, והוסיף המאירי "הואיל וראו הפירעון", וצ"ב. ובב"ח סי' נד כתב דאין כאן חזרת שליחות שאין זה שטר חדש אלא שמעתיקים אותו והטפסא בעלמא הוא. ובש"ך סק"א נחלק עליו, ואמנם בראב"ד מבואר כהב"ח]. ויש מקום לומר דזוהי גם כוונת רמב"ן. אולם צ"ב דבפירוש הראשון מפרש בפשיטות דהוי מדעת הלוה ולא משמע שבתירוץ השני הדר מזה. ובאו"ש (פכ"ג ממלוה הי"ב) כתב לבאר דאפי' אם הוי מדעת הלוה, מ"מ כלפי זמן ראשון לא סגי בדעת לוח שיהיה מדעת המתחייב, שהרי עתה כבר זכו הלקוחות, והם המתחייבים, ולכן אפשר לכתוב רק ע"פ צווי שהיה לפני הזמן שכותבין בשטר ודו"ק.

צח) ובעיקר דברי הרמב"ן דמבואר דבעינן דעת המתחייב, ויותר מבואר ברמב"ן ע"ז א' ע"ש, [והטעם כתב הרמב"ן משום דבעינן ספר מקנה] צ"ע מזה על הרמב"ן ביבמות לא [המובא בקצה"ח סי' כח סק"ו] שמשמע דא"צ דעת המתחייב אלא נוסח השטר. וראיתי מי שכתב ליישב, דהרמב"ן שם מיירי בשטר קדושין, וכיון דאין ע"י השטר תביעה א"צ דעת המתחייב, אבל שטרות מכירה והלואה שבאים להוציא מהשני בזה בעינן דעת המתחייב וצ"ב.

צט) והתוס' שלא חשו לדעת המתחייב, כתב בקו"ש משום דכאן אינו מתחייב כלום בכתיבת השטר, וכבר הובא באות צג ואות נד שכ"כ האו"ש והאמרי משה.

ק) כותבין אפי' עשרה שטרות על שדה אחת. לעיל עז. איתא דהאומר זכו בשדה לפלוני וכתבו לו את השטר חוזר בשטר ואין חוזר בשדה. והביא ר' יונה שם די"מ הטעם דא"א לכתוב השטר שלא ברצונו דיתפרסם הדבר, ויזולו נכסיו. והקשה ע"ז דא"כ איך בסוגין אפשר לכתוב עשרה שטרות. והנה בהמשך דבריו כתב ר' יונה דכל מכירה הוי כהתנה שאם יאבד יכתוב שטר אחר, ולכן שרי לכתוב עשרה שטרות שלא מדעתו, וא"כ צ"ע מה הקשה כאן. וי"ל, דאם יש סברא שאין רוצה שיכתבו ליכא לאומדנא זו. וסברא זו מבוארת בר' יונה שם.

קא) ורבנו יונה עצמו מפרש דרק שטר שיש בו שעבוד אין כותבין שלא מדעתו, דיש בזה חסרון של עדות שלא בפני ב"ד, ושלא בפני הבע"ד, וכיון דהשעבוד נגדו, א"א לכתוב אלא מדעתו דאז יש לזה תורת שטר. אבל בשטר מתנה

שאין השטר נגד המוכר שהרי כבר הסתלק מן הקרקע ואין סופו לגבות מן המוכר כלום, בזה א"צ דעת המוכר, וזהו הטעם שכותבין עשרה שטרות [בלא אחריות]. וחזינן בר' יונה דלא חש לפסול מפי כתבם, אלא רק לפסול של שלא בפניו ושלא בפני ב"ד. [נדומה לזה כתב בנוב"ת חחו"מ סי' ה', דהא דצריך בשטר להיות מדעתו הוא משום דהוי עדות שלא בפניו, ואם הוא מדעתו הרי בכה"ג מקבלים עדות שלב"פ. ואולם מלשון הר' יונה משמע דהטעם דמהני דעתו משום דע"י דעתו יש לזה תורת שטר ומש"ה לא איכפת לן דהוי שלב"פ. ועוד יש להוכיח דסברת ר' יונה דע"י דעתו יש לזה תורת שטר, שהרי כתב דזה מהני גם לחסרון של שלא בפני ב"ד ודו"ק]. אך צ"ע דברבנו יונה דף מ כתב להדיא דאם לא הוי מדעת המתחייב יש חסרון דמפי כתבם וצ"ע. ויעוי' שם בר' יונה שהאריך מאד בענין זה.

קב) ת"ר שטר שזמנו כתוב בשבת וכו'. ומבואר דלר' יוסי בין שטר מוקדם ובין שטר מאוחר פסול, ולת"ק שטר מוקדם פסול ומאוחר כשר. והנה בשטר שזמנו כתוב בשבת, דתלינן דאיחרוהו וכתבוהו, מ"מ כשר לר' יוסי כיון דמוכח מתוכו דמאוחר הוא וליכא חשש שובר. ויש לדון לפ"ז איך הדין לת"ק במוכח מתוכו שהוא מוקדם, האם נכשיר או לא, ובפשטות צ"ל כשר כמו במאוחר לר' יוסי, וכן רצה לומר השואל בשו"ת הרשב"א (ח"ג סי' ד') והשיב לו הרשב"א חס ליה למר למימר הכין. וראיה, ממה שהוזקק רבי פדת למימר תלינן שאיחרוהו וכתבוהו [ובראשונים הוכיחו מזה דבספק בשטר תלינן להכשר, עיי' ברשב"ם רמב"ן ורשב"א] וקשה תיפול"ל דמוכח מתוכו שאינו בזמנו, ובע"כ דמוקדם פסול אפי' במוכח מתוכו.

ובטעם הדבר לחלק בין מאוחר לר' יוסי, למוקדם, ביאר הגרע"א (כו"ח תנינא סי' ד') דשטר מוקדם אם ליכא למתלי בטעות הוי עדות שקר [דהגם דלא יטעו מחמת השטר, שהרי מוכח מתוכו שמוקדם הוא, מ"מ עדות שקר היא] משא"כ מאוחר אין בזה עדות שקר דבכלל מאתים מנה.

קג) ועפ"ז ביאר הגרע"א משה"ק התוס' ד"ה שאם הוזקקנו, דדילמא טעו העדים בעיבורא דירחא, ותמוה מה קושייתם, הרי שטר מוקדם פסול אפי' כשטעו כמש"כ תוס' בב"מ ע"ב [דאל"כ מה הנדון אם גובה מזמן שני הרי העדים פסולים], אבל להנ"ל א"ש, דסתם שטר מוקדם פסול מחמת שיבואו לגבות בו שלא כדין, ולכן אפי' אם העדים כשרים פסלו חז"ל את השטר, אבל כאן דמוכח מתוכו שהוא שלא בזמנו ליכא חשש זה, וכל הפסול רק מחמת שהעדים נפסלו מחמת עדות שקר, וע"ז הקשו תוס' נימא דטעו בעבורא דירחא. וכתב הגרע"א שאח"כ מצא שכ"כ בתומים (סי' מג סקט"ז) בכוונת תוס'.

קה) והנה בשו"ת הרא"ש (כלל מה) כתב דשטר שכתוב בו ביום ד' כ"ב לחודש פלוני ונמצא שאינו מכוון, אפי"ה כשר דמוכח מתוכו שהוא מאוחר ותלינן דטעו בעבורא דירחא. [מובא בשו"ע סי' מג ס"ה, ובאהע"ז סי' קכו] וכתב הגרע"א דהא דהוצרך הרא"ש לב' הטעמים הנ"ל, היינו דיש ב' פסולים. א) חשש שיגבו שלא כדין. ב) עדות שקר וכדלעיל, ועל חשש ראשון מהני המוכח מתוכו, ועל חשש שני מהני הטעו בעבורא דירחא. אכן הקשה הגרע"א דמהרא"ש מוכח דפליג על תירוץ התוס' שהרי כתב דטועין בעבורא דירחא אפי' בסוף החודש ותקשה עליו קושיית תוס'. ותירץ הגרע"א דהרא"ש למד דבאמת ר' יהודה ס"ל דלא מהני מוכח מתוכו, דחיישינן שלהקוחות לא יתנו לב להבין שהזמן חל בשבת, ומש"ה כשר רק משום שאיחרוהו. אבל בדעת ר' יוסי מוכח דליכא לחשש זה. [מדאינו פוסל מחשש מאוחר] ומש"כ הרא"ש דמהני מוכח מתוכו הוא לר' יוסי דהלכתא כוותיה, ומה שמבואר בגמ' דהכשר השטר רק משום שתלינן שאיחרוהו הוא אליבא דר' יהודה.

קו) בריב"ש סי' קיז דן בגט שנכתב בו יום ג' י"ז לחודש אב, ובאותה שנה ביום ג' היה יט באב, ופסל הריב"ש משום שטר מוקדם ואיכא חשש טריפת פירות. והוכיח מזה בתומים (מג ב') דס"ל לריב"ש דלא מהני מוכח מתוכו לחשש מוקדם, דחיישינן שמא במשך השנים ישכחו קביעות הימים והחודשים ויגבו שלא כדין. ולכאוי' צ"ע מ"ש ממאוחר לר' יוסי דמהני מוכח מתוכו, וכמו שהקשה בשו"ת הרשב"א הנ"ל. ולדברי הגרע"א באות קה אולי י"ל דהריב"ש פסק

בזה כר' יהודה, אך צ"ע דר' יהודה ור' יוסי הלכה כר' יוסי. ואולי י"ל דהריב"ש למד כפירוש שהביא רשב"ם בע"ב בד"ה ונפיק ודו"ק.

דף קעא ע"ב

קז) בגמ' אמר ר"ה ברדריי אפי' למ"ד כותבין שובר וכו'. ומבואר במסקנא דלמאן דאמר אין כותבין שובר גם באבד שטרו אין כותבין שובר ויפסיד המלוה. ויש לדון אם זה רק באיבד בפשיעה דאיהו דאפסיד אנפשיה או אפי' באונס. והגרע"א (ח"ג סי' כא) הוכיח מהסוגיא בכתובות טז: דמשמע שרק בנשרפה כתובתה גובה [למ"ד אין כותבין שובר] ומשמע דבאבד באונס אין גובה דכל שהשטר בעולם אין לה לגבות. אבל אם אבד השטר מן העולם ויש לה עדים ע"ז, גובה כמבואר בכתובות שם.

קח) ובטעם הדבר דאין נפרע כשהשטר קיים, אע"פ שמודה הלוח שהוא חייב, נחלקו האחרונים. דהגרע"א (שם) כתב דהוא תקנה, דהאלימו כח הלוח שלא יפרע אם יכול לבוא לידי הפסד. ובנתיבות (סי' נד סק"א) מבאר דכך הוא התנאי מעיקרא שלא התחייב לפרוע עד שיחזיר את השטר, והוסיף בזה עפ"י הכנה"ג דשטר ודאי שביד המלוה הוי כגבוי, וכיון שכן אין עליו חוב לשלם עד שיחזיר את השטר דהוי כגבוי. ובאבי עזרי (פכ"ג ממלוה) מבאר ע"פ האו"ש סוף הלכות עדות [וכ"ה בגר"ח בסטנסיל] דדין שטרך בידי מאי בעי הוא שיש דין נאמנות למחזיק השטר לומר לא פרעתי, ולפי"ז י"ל דאין חובה לפרוע באופן שעדין נותרה זכות למלוה לטעון לא פרעתי, דהוי כאילו אין הפירעון פורע את החוב, ואין חובת תשלומין כזאת, ולכן פטור.

קט) ובנתיבות הקשה למה צריך המלוה להביא עדים שנשרף השטר, הרי אפי' אם אין לו הוכחה שנשרף, מ"מ הלוח מסופק בזה והוי כאיני ידוע אם פרעתיך וכמו דאשכחן בסי' ע"ב דבאבד המשכון וטוען המלוה שאבד באונס גובה חובו מדין איני יודע אם פרעתיך. ותירץ ע"פ הנ"ל דאם השטר קיים, ע"ד כן לא נתחייב לשלם והי כאיני ידוע אם נתחייבתי [ולביאור ע"פ הכנה"ג הוי א"י אם נתחייבתי כיון דלאלתר בשעת כתיבה כבר הוי כפרוע] משא"כ במשכון הוי א"י אם פרעתיך, ע"ש בביאור הדברים בב' אופנים. ובאבי עזרי כתב ע"פ דרכו הנ"ל דהוי א"י אם נתחייבתי דעל כזה פירעון לא נתחייב.

קי) והגרע"א (שם) הביא מהרב השואל שהקשה מ"ש באבד המשכון בפשיעה שחייב לפרוע אף דאיכא חשש שימצא את המשכון ויפסיד הלוח, ואילו בשטר שאבד אינו חייב לפרוע מחשש שמא ימצאנו. והנה לנתיבות ואבי עזרי דלעיל, לק"מ, דהפטור בשטר אינו שייך במשכון ופשוט. אמנם הגרע"א לשיטתו דהוי תקנה דרבנן לאלומי כחו של לוח דמחשש פסידא דיליה מפסידין המלוה, שפיר הקשה מ"ש משכון. ותירץ הגרע"א דבמשכון ההפסד הוא הפסד צדדי ולא שייך להלואה, משא"כ כאן דההפסד שיגבו ממנו את החוב עצמו שוב, בזה האלימו כח הלוח [ובתירוץ זה מתיישבת גם קושיית הנתיבות - באות קט].

קיא) והנה מ"ד כותבין שובר מודה ג"כ לכל היסודות הנ"ל, אלא דס"ל דיש תקנה מיוחדת לכתוב שובר משום יאכל הלה וחדי ועבד לוח לאיש מלוה. וכתב הגרע"א דלפי"ז באופן שא"א לכתוב שובר [כגון בשטר ממרני, היינו שטר מוכ"ז, דיכול אחר להוציא נגדו את השטר, ונגדו אין לו שובר] לכו"ע לא יוכל לגבות החוב כשאבד שטרו, [וככל הטעמים דלעיל]. אולם יעו"ש שכתב לחלק בין היכא דהחשש שהמלוה עצמו יזיק ללוח לבין היכא דהחשש שאחר ימצא ויזיקנו, ולפי"ז מסיק דבמרני צריך לשלם אע"פ שא"א לכתוב שובר, [דהעובדא מיירי כאופן שלא היה חשש שהוא עצמו ימצא הממרני]. וע"ש שהאריך.

קיב) שטרי חוב המוקדמין פסולין. דעת הרמב"ם רפכ"ג ממלוה דמ"מ מבנ"ח יכול לגבות דפסלו רק את השעבוד הבא מכח השטר [ומיירי באופן שאין העדים נפסלים כמו שהביא המ"מ תוס' ב"מ ע"ב ע"א]. אבל תוס' בב"מ שם ס"ל דפסלו השטר לגמרי ולא יגבה אפי' מבנ"ח דיכול לטעון פרעתי. ודעת הסמ"ע (סי' מג סק"א) דמ"מ לענין הוחזק כפרן השטר כשר [היינו דאם יטעון להד"מ אינו נאמן והוחזק כפרן] והש"ך (סק"ב) חולק ע"ז, ועי' בנתיבות (סק"ו) שמביא מתשובת הרמב"ן שמפורש כסמ"ע.

ויעו"י בנתיבות (סק"ב) דגם לשיטת השו"ע דהשטר כשר לבנ"ח, היינו דוקא בתורת שטר ראייה, אבל אין השטר מחיל שום קנין דלענין קנין פסלוהו לגמרי ע"ש.

קיג) והמאחרין כשרים. לעיל קנ"ז ע"ב מוכיח מכאן דדאקני משתעבד, דאל"כ יש פסידא דלקוחות על הדאיקני, שע"פ האמת אינו משתעבד. אבל לפי זמן השטר יטעו לומר דמשתעבד. [ודחי דאתי כר"מ דאדם מקנה דשלב"ל]. והנה לפי"ז להלכה צ"ל דמייירי באופן ששיעבד את הדאיקני. והנה נחלקו הראשונים אם בדאיקני אמרינן אחריות ט"ס, וכתב המ"מ (פכ"ג ה"ב ממלוה) בשם הר"י מיגש והרשב"א דאם בדאקני אחריות לאו ט"ס בע"כ מייירי שכתב בפירוש דאיקני ועפ"י תמה על הרמב"ם שפוסק דאחריות לאו ט"ס בדאיקני, ואפי"ה לא הצריך בשט"ח המאחרין שיכתבו דאיקני. ועי' בקצה"ח (מ"ג ד') שמיישב שבשטר מאוחר חלות השעבוד שע"י השטר חלה בזמן הכתוב בו וממילא ודאי דכל הקרקעות שיש לו באותו זמן משתעבדים ומה שהצריך הרמב"ם לכתוב בפירוש דאיקני, היינו בכותב זמן דהאינדא, דבזה אין סיבה חדשה לשעבוד על קרקעות שיקנה אח"כ, ולכן צריך לכתוב בפירוש. והנתיבות (סקי"א) נחלק ע"ז, דגם בשט"ח מאוחר אין חלות השעבוד חלה אח"כ, אלא שחל לאלתר והוי רק כמחילה על הזכויות של הזמן שבנתיים וע"ש במשובב שהביא פלוגתת תוס' (גיטין יז) והראב"ד במגרש בגט מאוחר אם מתגרשת לאלתר, או שהחלות חל רק בזמן הכתוב בשטר.

קיד) במסכת ע"ז דף ט מבואר דבשט"ח מאוחר אינו גובה ממשעבדי שקודם הזמן, אפי" שהעידו עדים שהשטר בא לידו קודם. [ועי' אות קיג, ועיין בשך סקכ"ה]. והנה השו"ע בסעיף א' הביא פלוגתא בשטר שאין בו זמן אם גובה מהלקוחות מזמן שיש לו עדים שהיה השטר בידו. והקשה התומים מ"ש שטר מאוחר משטר שאין בו זמן. [ועי"ש בנתיבות סק"א משכ"ב].

קטו) והמאחרין כשרין. ובסנהדרין ל"ב א' פריך דהא בעינן דו"ח, ומתוך דבאמת הכשר השטר רק מדרבנן, דבטלו דין דו"ח בממון. ובנמוק"י הקשה א"כ איך גט כשר בלא זמן, ותיירץ דאפקעינהו לקדושין. ובחי' רח"ה ריש הלכות עדות הקשה דא"כ מאי פריך בגיטין יז מפני מה תקנו זמן בגיטין, ה"ז מעיקר הדין דאורייתא, [ותירץ חזו"א חו"מ לקוטס ס"י כב לדף לב דהרי לא תקנו זמן ומקום עמידת הבעל, אלא מקום עמידת העדים וזה לא מהני לדאורייתא] עוד הקשה הגר"ח איך שחרור עבדים כשר בלי זמן, והרי לא אלים הדרבנן ממפקיר עבדו שצריך גט שחרור. ובחזו"א הקשה מה החשש שמא יחפה על בת אחותו, הרי כל גט הוא מדין אפקעינהו [וכנ"ל דהזמן לא מהני לדאורייתא] ובאמת פטור.

ולכן ביאר הגר"ח דבשטר אין דיני דו"ח דכיון דכמי שנחקרה עדותן בב"ד הוא ואין כאן מעשה קבלת ב"ד, אין בזה לדין דו"ח. והא דפרכינן משט"ח המוקדמין הוא לשיטת הרמב"ם דשט"ח הוא מדרבנן, והיינו דמדאורייתא שטר הוא רק בשטר קנין, ואילו שט"ח שהוא שטר ראייה הוא תקנה דרבנן, ולא תיקנו זאת אלא היכא דיש על עדותם מצד עצמה תורת עדות ורק דאיכא חסרון דמפי כתבם. אבל בלי דו"ח חסר בגוף העדות, ובזה לא תקנו שיחול דין שטר. ולשיטת הרמב"ם דשטר ראייה כשר מדאורייתא, וא"כ קשה מאי פרכינן שיצטרכו דו"ח, ביאר הגר"ח דהרמב"ן יבאר קושית הגמ' דהפסול הוא מדין הוכחשו בחקירות, והיינו דבדין דו"ח התחדש ב' דינים א' שצריך דו"ח. ב' שהדו"ח היא חלק מהעדות ואם הוכחשו בדו"ח נפסלת העדות. ובשטר נהי דא"צ דו"ח מ"מ אם היה דו"ח נפסל, וממילא קשה למה שטר מאוחר כשר. ומשני דבטלו דין דו"ח בממון, והרמב"ן לשטתו דאפי" בהכחשה ג"כ הכשירו בממון. [והרמב"ם סובר דאם הכחישו פסול גם בתר התקנה דרבנן שא"צ דו"ח בממונות, וא"כ א"א לפרש כנ"ל, ובע"כ הרמב"ם יפרש כביאור הראשון], עכ"ד הגר"ח.

ולשיטת הרמב"ן הא דגט כשר בלי זמן היינו ג"כ מטעם דבדין שטרות א"צ דו"ח, אולם נ"מ בין הרמב"ם לרמב"ן בגט מאוחר, [אם נאמר דהגירושין חלים לאלתר, - עי' אות קיג דעות בזה -] דלרמב"ם כשר דמאחר לא הוי הכחשה [דאם הוי הכחשה גם בממון יפסל לשיטת הרמב"ם] ולרמב"ן פסול מדין הכחשה.

קטז) והחזו"א (שם) מתוך דהא דבגט ושחרור כשר בלי זמן ע"פ הריטב"א בסוף יבמות בשם ר"פ, דבדבר שבערוה א"צ דו"ח ולכן כשר בלא זמן, ונמצא לפי"ז דבשטרות מדין דאורייתא בעינן דו"ח אפי" אי שטרות כשרין מדאורייתא ודלא כהגר"ח. [ועי"ע מש"כ החזו"א שם, ובש"ך סי' לח סק"ב].

והנה לקמן קע"ב ע"א אמר להו רב וכו' כי קיימיתו בשילי כתבו בשילי ואע"ג דמסירן לכו מילי בשילי, וכתב החזו"א דכ"ז בתר התקנה, אבל לדין דאורייתא דבעינן דו"ח ודאי צריך לכתוב מקום צווי המתחייב, שזהו עיקר עדותן וע"ז בעינן יכול להזימה וכל דברי רב בתר התקנה.

אולם לפמשי"כ הגר"ח בדעת הרמב"ן י"ל דכשכותבין כדאמר להו רב כשר מדאורייתא, דלא הוי הכחשה, כיון שכותבין מקום כתיבתן שהוא דבר אמיתי.

ק"ז שטרי מקח וממכר אפי' מאוחרין פסולין. ומבואר בגמ' דהטעם שמא ימכור בחזרה למוכר, ויוציא השטר נגדו. וכתב הש"ך (סי' מ"ג סקכ"ט ל') דלפ"ז אם מודיעים למוכר שכתבו שטר מאוחר כשר, דתו ליכא למיחש למידי. [ועי"ש בש"ך דה"ה בסתם שטר מאוחר תלינן שהודיעו למוכר, ובתומים סקט"ו נחלק עליו, דאמרינן שמא שכחו להודיעו].

אולם יעו"ש שם בשך שהביא דהב"ח חשש לעוד ב' חששות בשטר מאוחר (א) שאם מכר קרקע אחרת לאדם אחר בין המכירה לראשון לזמן הכתוב בשטר, יטרוף המלוה של המוכר מהלוקח הראשון ולא מהשני, והדין להיפך. (ב) אם הלוקח לזה ב' הלוואות, אחר אחר שקנה ואחת אחר זמן השטר, יטרפו שני הלוקחות בשה שסבורין שהשדה נקנתה אחר ב' ההלוואות והו"ל לזה ולזה וקנה ויחלוקו - כדאיתא לעיל קנז ב'. ולפי האמת הכל שייך לראשון. ולפ"ז גם בהודיע למוכר השטר פסול. אמנם הש"ך נחלק על ב' חששות אלה ע"ש. [ובאות ע הובאה ראייה מהתוס' לש"ך].

ק"ח רשב"ם ד"ה אבל. וכששאל שטר מקנה אמר שמעון אירכס לי. בש"ך (סי' מ"ג סקכ"ט) כתב דבחינם נקט רשב"ם דא"ל דאירכס, שהרי אין טעם להחזיר את השטר, דהרי קי"ל דבעינן כומ"ס וכיון שבין כך צריך שטר חדש יאמר לו שמור שטרך כמו שאר הלוקחים. והשטר עצמו הרי שייך ללוקח שהוא נותן שכר. ובתומים (סקי"ג) מיישב דהרשב"ם לשטתו שפוסק בפרק הספינה דשטרות נקנין במסירה.

ובתומים העיר עמשי"כ הרשב"ם בתחילת דבריו שמתחילה התנו שיוכל המוכר לקנות בחזרה, ולמה לא פי' כפשוטו שאחד זמן ביקש מהלוקח שיסכים למכור בחזרה. ותירץ התומים דהנה הרמב"ן הקשה דיש עצה שיכתוב את השטר מכירה השני בלי זמן, וממילא לא יוכל הלוקח להוציא את השטר הראשון. [ותירץ הרמב"ן דאין המוכר רוצה להפסיד את האחריות שיש לו מזמן הכתיבה] וקושיא זו הוקשתה לרשב"ם ולכן מפרש דכאן לא מכר הלוקח למוכר ברצונו אלא מחמת התנאי, וכיון שמוכר בע"כ יסרב לכתוב שטר בלי זמן.

ק"ט בגמ' כתבו סתמא דכל אימת דנפיק לרעה. הקשו הראשונים דעדין יש לחוש שיביא עדים שהיה השובר בידו לפני זמנו של שטר המכירה. ותירץ הרמב"ן דלא שכיח ולא חיישינן. עוד תירצו רמב"ן ורשב"א דכיון שהשובר כתוב סתמא מידע ידעי דנכתב כך משום חשש שטר מאוחר וממילא מרע להווא שטר.

דף קע"ב ע"א

קכ) א"ל רבא בר רב שילא וכו' ואי לאו כתבו יומא דקיימתו ביה כי היכי דלא מתחזי כשיקרא. והקשה הב"י (סי' מג) תיפול"ל דאם יכתבו הזמן המסופק הו"ל ספק מוקדם, [ומ"צ לטעם מחזי כשיקרא] וכתב הב"י דמכאן ראייה למשי"כ בעה"ת דאפי' בכותבין ברור שקנה בתשרי ואין אנו יודעין בכמה בתשרי ולפיכך נכתב מתחילת חשון גם בכה"ג פסול, ובוזה הטעם רק משום מחזי כשיקרא. והש"ך (סק"מ) מפרש דרבא בר רב שילא חידש שאסור לעדים לכתוב השטר ולהניח תחת ידם עד שיתברר אם האמת כמו הזמן שכתבו, ובוזה ליכא חשש מוקדם [שהרי לא מוסרים השטר עד שיבררו הזמן] ורק משום מחזי כשיקרא אסור. והנה לשיטת בעה"ת אין הנידון דסוגיין דומה למחזי כשיקרא דכל הש"ס, ויתכן לפסוק כאן כרבא בר שילא, וכמשי"כ הרמב"ן. אבל לפירוש הש"ך הוי כשאר מחזי כשיקרא, וכתב הש"ך דלכן הרא"ש השמיט כאן בדברי רבא ב"ש תיבות "מחזי כשיקרא". אמנם בתומים (סקכ"ד) תמה עליו מדברי הרא"ש המפורשים (בב"ק פ"ז סי' ד') שכתב דיש חלוקים במחזי כשיקרא וראיתו מסוגין דכאן כו"ע מודו לחזי כשיקרא.

ויעו"ש ברא"ש שם שכתב טעמא דסוגין משום שיבואו לפסול את העדים כי ימצא שלא היו באותו מקום ביום שנכתב בו. וצ"ע דבסוגין מפורש הטעם דמחזי כשיקרא. ותירץ התומים דכוונת הרא"ש אינה שבאמת יפסלו העדים, שהרי יכולין לטעון שאחרוהו. אלא הכוונה שבעיני העולם והמוני עם יראה כשקר וזו כוונת סוגיתנו מחזי כשיקרא. [וכ"ה בפלפולא חריפתא בב"ק שם].

קכא) כתבו יומא דקיימיתו ביה. והנה לשיטת רשב"ם מיירי בשטר מתנה ומכירה, וא"כ קשה דיפסל השטר משום שטר מאוחר [כמבואר לעיל קע"א ע"ב דבשטרי מו"מ] [וה"ה מתנה כמש"כ הש"ך (סקכ"ח), וע"ש בתומים (סקי"ד)] פסול שטר מאוחר.

ותירץ הב"י (סי' רלט) דכל כי האי גוונא שנמכר השדה בין האקנייתא לכתיבה קלא אית ליה וישמעו זאת העדים. וביאר בפרישה דל"ד להא דלעיל, דשם מיירי שכותבין היום זמן מאוחר, ומוסרין לאלתר. וחיישין שמא ימכור אח"כ קודם הזמן המאוחר, ובוזה לא מהני הקול. עוד הביא הדרישה לתרץ עפ"ד הרשב"א דכשכותבין יום שקנו בו כותבין סומכין התאריך לקניה, וכשכותבים יום שעומדין בו סומכים התאריך לחתימה, וכיון שכן יש היכר ולא יוכל לטעון קניתי אח"כ. וע"ש משה"ק על תירוץ זה. [ועיין בתומים סקט"ו שדן עפ"ד הש"ך אות קיז ד"ל שהודיעו למוכר]. ועיין ברשב"א בשם ר"ח שצריכין לכתוב בשטר איחרנוהו ולפ"ז לק"מ, וע"ש.

קכב) כתב רשב"ם דמיירי רק בשטר מתנה או מקח באחריות, אבל לא בשטר הלואה. והטעם דבמקח עדים מפקי לקלא, משא"כ בהלואה רק השטר מפקי לקלא וכדאיתא לעיל מ"ב ע"א, ורק משעת כתיבה יש קול. אמנם שיטת ר"ח המובאת ברשב"ם דאם יש קנין לעולם יש קול אפי' בהלואה [ובדף מ"ב איירי בלי קנין, וכן המשנה בגיטין מיירי בלא קנין] וברא"ש וכן בריטב"א ונמוק"י יש שיטה שלישית, דכשעושין קנין הדין תלוי, דאם כתבו שטר לבסוף יש קול למפרע, אבל אם לא כתבי שטרא בטל הקול ועיין בדרישה (סמ"ג אות יב) ובסמ"ע (סק"ל) בביאור דברי הרא"ש.

קכג) במרדכי מביא בשם רשב"ם דמיירי רק בשטר מתנה ולא במקח, וכן משמע בתוד"ה אי שנקטו כן בדעת רשב"ם [וצ"ל דגירסא אחרת היתה להם, עי' בתומים סקי"ד]. ובמש"כ תוס' "כגון דכתבי מדעת עדים" ולפי' מהרש"א צריך לגרוס "מדעת שניהם" והיינו דלא מפקי קלא אלא כשנכתב מדעת שניהם, וכ"ז צ"ע מסוגיא מפורשת בב"מ יג דבשטרי אקנייתא אין חוששין שמא מסר לאחר זמן, [וכן קשה משם על מש"כ רשב"ם בשטרי הלואה]. וצ"ל דשם מיירי שכותבין לאלתר ורק מסירת השטר לאח"ז, והקול יוצא ע"י הכתיבה.

ועדיין צ"ע דהרשב"ם לעיל קנו כתב דגם בשטר הלואה עם קנין אפשר לכתוב מזמן הקנין ומביא ראייה מסוגין. ועיין בתומים (סקי"ד) שכתב ליישב דדין זה תלוי בפלוגתא אביי ורב אסי בב"מ י"ג אם המשנה דכותבין שטר ללוה מיירי בשטר אקנייתא או דעדין בחז"ל ע"ש.

ובמש"כ מהרש"א דמדעת שניהם עדיף, פי' התומים דאם לא היה מדעת הלוקח הרי יתכן שהלוקח ימאן במקח ויתבטל המקח, ולכן לא מפקי העדים קלא עד שיתברר שהסכים [אך כ"ז לאביי, אבל לרב אסי גם בכה"ג מפקי לקלא].

קכד) בגמ' כי קיימיתו בשילי כתבו בשילי. כתב הרי"ף שאם יכתבו בהיני מחזי כשיקרא. ובמרדכי מביא שראב"ה חולק ע"ז וס"ל דהוי שקר גמור ופסול אפי' בדיעבד. ועיין ברש"י סנהדרין ל"ב א' דס"ל דכשר בדיעבד, ומתוס' שם מוכח דפסול בדיעבד, ועי' בשו"ע (סמ"ג ס"כ), ובש"ך (סקמ"א), ויעוי' ברמב"ן שכל מה שכותבים מקום העמידה הוא רק כשכותבים זמן הכתיבה, אבל אם כותבין זמן הקנין כותבין גם מקום הקנין דאלא"ה מחזי כשיקרא. קכה) תוד"ה עבדו. ע' ברש"ש מה שהקשה, ועיין ברמב"ן.

קכו) במשנה עשאן לשכר וכו'. ברשב"ם כתב דיש לו זכות להמשיך להשתמש בדרך שהשתמש בו אביו, אבל בתוס' י"ג ב' כתבו דא"ז תלוי היאך השתמש בו אביו, אלא תלוי אם מוצא להשכיר. וברשב"א שם בשם רבנו יונה כתב דתלוי אם כשהעשיר משתמש עדיין בטל חלקו שאין לו צורך בכל חצי המרחץ, בזה כופהו העני אבל אם היו קטנים אינו כופהו. ויעוי' בבעה"מ וברמב"ן בסוגין במה שנחלקו אם בדבר שאפשר להשתמש יחד יש זכות חלוקה לימים, ועי' בחזו"א ב"ב סי' ז' שהאריך בפרטי ד"ז.

קכז) בגמ' ההוא שטרא דנפק. פירשב"ם שהיה כתוב בכת"י. והנה בטור סי' נ' כתב דדינא דסוגיתנו דוקא בשטר שיש עליו עדים, אבל בכת"י מיגו דנאמן לומר פרוע, נאמן לומר לא לויתי ממך, אלא מאחר נפל ומצאתו. ובדעת הרשב"ם כתב הט"ז (שם) בשם מהרש"ק דס"ל דל"ח כלל לנפילה דכל איניש נזהר בשטריה והוי מיגו נגד חזקה. ובקצה"ח

(סק"א) מביא שהכנה"ג מוקי לה בשטר שיש בו נאמנות ועי"ז אינו נאמן לטעון פרוע. אכן הקצה"ח דחה דאין שום קושיא דהרשב"ם לשיטתו לקמן קעה ע"ב דגם בשטר בכת"י אינו נאמן לומר פרעתי. ועי"ע בקצה"ח (מ"ו א').

קכח) בקצה"ח (סי' מ"ה סק"א) הקשה לדעת רשב"ם דהוי כת"י, והרי מבואר בגמ' דנוסח השטר "אני פלוני בר פלוני לויתי מנה ממך", וא"כ השם כתוב לפני המעשה, וקשה ממש"כ תוס' גיטין ב. דאם חתמו על ניר חלק ואח"כ כתבו פסול, [ועי' אות טז משכ"ב]. ותירץ הקצה"ח דבכת"י א"צ כלל שיהא שמו כתוב אלא דהמעשה שכתוב בכת"י זה גופא כחתימה, ע"ש.

דף קעב ע"ב

קכט) אמר רב ממך אפי' מריש גלותא. שיטת רשב"ם דרב הוא פוסל מחשש נפילה. ותוס' מפרשים דרב נסתפק אם השטר הוי כדברי הבל. ועי' בתד"ה אבל עוד פירוש. והרמב"ן ורשב"א פירשו דרב נסתפק אם מהני שטר שאין מוכיח מתוכו, ועי"ז הוכיחה הגמ' מגט דמקרי מוכח מתוכו, ודחי דדילמא המשנה כר"א דא"צ מוכח מתוכו, ונהי דודאי הלכה כר"א וא"כ ממ"נ כשר כאן, מ"מ נסתפקה הגמ' שמא יש חשש נפילה ועי' ברמב"ן שמפרש זאת בב' דרכים.

קל) והנה בתוס' וברמב"ן מבואר דלהצד דממך הכוונה כל מי שמוציא את השטר, אפי' אם הגיע השטר לידו בדרך נפילה ג"כ חייב לשלם לו. ועי' בנתיבות (נ' סק"ד) דהנ"מ אם לא נפרע השטר לפני שנפל, אבל אם נפרע נמחל שעבודו. ואין להקשות דא"כ ניחוש לנפילה דבתר פירעון, דכאן שהשטר לא איתרע לא חיישינן לפירעון.

קלא) ויעוי' בקצה"ח (סא ג') שהביא תשובת הרא"ש בכלל כ"ח שדן בשטר שלא נכתב שם המלוה אלא כתב לכל מי שמוציאו, והשיב דמשתעבד וראיה מהא דספ"ק דגיטין דשטר שכתוב בו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך משתעבד אע"פ שאין העדים מכירים את האתי מחמתיה. וכ"ת שא"ה שהמלוה ידוע, עי"ז הביא הרא"ש ראיה מסוגין ממך ואפי' מריש גלותא. וכ"ת שאני הכא שהכיר אותו פנים אל פנים ואע"פ שלא נכתב בשטר משתעבד לו, הרי לך ראיה ראשונה ממשתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך. עכ"ד. והקשה עי"ז המהרי"ט (חור"מ סי' כג) דבטור סי' נ' - מובא באות קכז - מבואר דאם לא לזה ממנו פטור מלשלם, אלמא דוקא בהלוהו חייב, וצריך לומר דשני "ממך" דמשמע מהמלוה דוקא, משא"כ הרא"ש מיירי שהשתעבד במפורש לכל המחזיק בשטר. אלא דא"כ קשה מאי מייתי הרא"ש ראיה מסוגין. [ועיין בתומים ובנתיבות סי' נ' סק"א שמבארים כוונת המהרי"ט דלמסקנא הפירוש ב"ממך" רק למי שנמסר השטר בידו בתחילה. וכנראה כוונתם לפ"מ שדחתה הגמ' הרא"י מגיטין, ואולם בתוס' בחד פירושא מבואר שאין דחיה זו קיימת וצ"ב]. וביאר המהרי"ט דהרא"ש הוכיח מסוגין רק לפרט זה דאין צריך מוכח מתוכו. [ודו"ק בלשון הרא"ש שמשמע כן]. ובקצה"ח כתב ע"ד המהרי"ט דהשמיט מה שסיים הטור שיכול לומר לא לויתי אלא מאחר נפל, וכיון שנפל מאחר לא גובה, אבל אם בא מחמת המלוה יגבה, ולפי"ז לק"מ קושית המהרי"ט מהטור על הרא"ש. [ולעני"ד צ"ע, דהרי מבואר בתוס' דאם משתעבד לכל המחזיק את השטר לא חיישינן לנפילה, ומוכח דגם אם לא בא מחמתו משתעבד. ובע"כ כמש"כ המהרי"ט דשאני "ממך" מהיכא דמשתעבד במפורש לכולם וצ"ע].

קלב) בהא דמהני משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך, הקשו הראשונים למה אין זה תלוי בביררה. ועיין בר"ן ספ"ק דגיטין (ו' א' ברי"ף) שהביא בשם הרמב"ן דבאמת הוי זה תקנה דרבנן, ולכן מהני מחילה. והר"ן עצמו תירץ דדין ברירה הוא במילתא דאי דהאי לאו דהאי, אבל כאן אפשר שיהא משועבד לכל העולם זה אחר זה. והקשה הקצה"ח (סא ג') מסוגיא דצנועין דשם מבואר דא"א להפקיר כל המתלקט אע"ג דיכול להפקיר את כל שדהו, ומי"ש משטר לכל הבא מחמתך. ועי"ש מה שמתרץ ע"פ היש"ש דכל שודאי שיבוא התנאי לידי בירור אין בזה משום ברירה, ולכן כאן שאין התנאי לברר בין האנשים אלא התנאי הוא כל מי שיבוא מחמת, וזה ודאי יתברר אם יבוא מחמתו או לא. ועיין במערכת הקנינים פרק י"ג מש"כ בישוב קושית הקצה"ח. ועי"ע בנתיבות (ס"א ג') שהאריך טובא בכ"ז.

קלג) במאי קמיפלגי באותיות נקנות במסירה וכו' ואב"א בצריך להביא ראיה פליגי. וביבמות קטו: פליגי אביי ורבא במעידים שיצחק מת, אם חיישינן לתרי יצחק. ומייתי רבא ראיה דל"ח משטרי דכתיב בהו חבי בר ננאי ושכיחא טובא אנשים בשמות אלו ואפ"ה גובין ולא חיישינן. וא"ל אביי למאי נחוש אי לנפילה מיזהר זהיר, אי לפקדון כיון דשמיה כשמיה לא מפקיד, ואי מסר ליה אותיות נקנות במסירה. ולדעת רבא, ביארו תוס' שם וכן בב"ב עז דס"ל אין אותיות נקנות במסירה, ולכן מייתי ראיה דכי היכי דלא חיישינן שהיה מסירה בלי כתיבה ה"נ ל"ח לתרי יצחק. [ויבאר להלן בשם הרמב"ן].

והנה דברי אביי שם סותרים למה שאמר אביי כאן דצריך להביא ראיה, אלמא חיישינן. ותירצו התוס' בסוגין ושם ועוד ראשונים, דאביי בסוגין דחייש לנפילה הוא לנפילה דרבים אבל בשני יב"ש דהחשש לנפילה דיחיד בזה ל"ח. [ורק הברייתא כאן סוברת דאפי' בכה"ג חיישינן].

קלד) ובדברי רבא דכאן ס"ל א"צ להביא ראיה אלמא לא חייש לנפילה, ואילו ביבמות מייתי ראיה דל"ח לשני יצחק, כבר הובא מש"כ התוס' דשם קאי למ"ד אין אותיות נקנות במסירה ולהכי אם הוי חיישינן לתרי יצחק ה"נ נחוש שניתן בלא כתיבה. והדברים צ"ב מה השייכות בין חשש שני יצחק למקום שהוחזקו שני יצחק והחשש שמא היה בלא כתיבה. וביאר בזה הרמב"ן (בספר הזכות כתובות דף מג. ברי"ף, וכאן ג"כ כתב כן אך לא ביאר כ"כ) דטעמו של רבא משום כאן נמצא כאן היה, והיינו דבמקום שהשטר על שם אדם אחר יתכן דחיישינן לנפילה ולא נתלה במסירה, אבל כשהשטר על שמו לא חיישינן כלל שהגיע לו השטר מאדם אחר אלא אמרינן מעולם היה שלו והוא המלוה, ומאותה סברא כשנודע שמת יצחק לא מחדשים שמא היה עוד יצחק אלא אמרינן דיצחק הידוע הוא שמת ומהיכי תיתי להמציא שהיה עוד יצחק.

קלה) והנה הרי"ף בכתובות כתב דלמ"ד דבעינן כומ"ס לכו"ע צריך להביא ראיה, וכן הוא פשוט הסוגיא דידן. אמנם הרי"ף מיגש הקשה ע"ז דהרי הלכה כסתם משנה, ולהלכה קי"ל דאין אותיות נקנות במסירה וא"כ למה לא חיישינן למסר ולא כתב. ובע"כ צ"ל דדברי רבא גם למ"ד אין אותיות נקנות במסירה, ואפ"ה נאמן לומר שטר היה לי ואבד [ועיין ברשב"א מה שהביא בשם הראב"ד] והטעם דזה דומה לחזקת מטלטלין שמה שתח"י הרי הוא שלו. וכתבו הרמב"ן והרשב"א ליישב קושית הרי"ף מיגש ע"פ היסוד דלעיל, דלדעת רבא אמרינן כאן נמצא כאן היה, וא"כ מהאי טעמא בשטר שכתוב על שמו א"צ ראיה דתלינן שהיה שלו מתחילה והוא המלוה. וכל הנידון של אביי ורבא באותיות צריכות ראיה הוא רק בנמצא השטר אצל אדם אחר שאין שמו בשם השטר, ובזה הנידון האם היתה מכירת שטרות, וע"ז צריך ראיה. ומה דאמרינן בסוגין דתנא דברייתא ומשנתנו פליגי באותיות נקנות במסירה, כ"ז לדעת אביי דחולק על כאן נמצא כאן היה [שהרי בשטר ד"ממך חושש לנפילה וכן ביבמות חולק על סברא זו] אבל לרבא אי"ז תלוי במחלוקת זו. וכתב הרשב"א דלדעת רבא הפלוגתא בין המשנה לברייתא היא אם חיישינן לנפילה דיחיד ולא אמרינן כ"נ כ"ה. אי"נ דחייש לפקדון, ובזה לא פסקינן כהברייתא.

קלו) והנה לשיטת הרי"ף מיגש דרבא איירי גם למ"ד אין שטרות נקנות במסירה, הדרא קושית התוס' ביבמות לדוכתא, דאיך מוכיח שם רבא דל"ח לשני יצחק והרי אפי' אם היו שני יצחק ג"כ א"צ להביא ראיה. וכתב הלח"מ (פ"ו ממכירה הי"א) והגר"א (סי' סו סקל"ט) [וכ"ה ברי"ף מיגש] דקושיא זו היא המקור לשיטה המחודשת של הרמב"ם. וז"ל (פ"ו ממכירה הי"א) "ואינו צריך עדים לענין קנייתו אבל צריך עדים לענין תביעה שהרי הנתבע אומר לו מי יאמר שבע"ד שלי כתב ומסר". ויעוי' בראב"ד בהשגות בפירושו השני, דמפרש שהרמב"ם ס"ל דכל דברי רבא שא"צ ראיה היינו נגד המוכר, דהמוכר לא יוכל למנוע הימנו לגבות החוב וכלפי המוכר הוא המוחזק. אבל נגד הלוה אינו נאמן, וכל הנ"מ מדברי רבא הוא שאם ירצה הלוה לפרוע ללוהק אין המלוה יכול לעכב. ומעתה מיושבת קושית התוס' דביבמות אגבי רבא בר אבוב זוזי בע"כ של הלוה, וע"ז הרי צריך ראיה, ובע"כ דל"ח כלל לנפילה דכ"נ כ"ה וכהסברו של הרמב"ן.

קלז) ובעיקר דעת הרמב"ם, תמה המ"מ דאם הוא נאמן כלפי המלוה למה לא יהא נאמן כלפי הלוה. ובאו"ש הוסיף, דאין לתרץ דכלפי הלוה הוא מוציא מחבירו ועליו הראיה, שהרי הלוה מודה שלא פרע ואינו מוחזק, וכל הנידון הוא למי מחויב, וכיון שיש לו כח לסלק את המלוה למה לא יגבה. ועיין באו"ש שמפרש דברי הרמב"ם באופן שהלוה טוען

פרוע ע"ש בארוכה בהסבר הדברים. [וע"ע ברמב"ם פ"ט מנחלות ה"י ובראב"ד ומ"מ. וע"ע ברמב"ם פכ"ד ממלוה ה"ט].

קלח) ובמ"מ כתב ליישב החילוק בין הלוא למלוה, דהלוא יטען שמא בתורת פקדון בא לידך ואתה הודית כן למלוה. ודבריו צ"ב. ובנתיבות (ס"ו טז) כתב דהלוקח אמנם אינו נאמן נגד המלוה לומר שקנה, דחיישין שמא לא כתב שטר כתיבה, אבל מ"מ יכול לתפוס את הנייר בתורת משכון על הדמים שטוען ששילם עבור השטר ולכן א"א להוציא מידו. קלט) וע"י בלשון הרמב"ם שכתב דהא דאין נאמן נגד הלואה, שיאמר לו "מי יאמר שבע"ד שלי כתב ומסר לך", ומדייק האו"ש דכ"ז להלכה דבעינן כומ"ס, אבל אם לא בעינן כומ"ס נאמן הלוקח גם נגד הלואה. ועפ"ז כתב דיש לבאר סוגין דמוקים פלוגתא המשנה והברייתא בשטרות נקנים במסירה, היינו גם לרבא, והנפקא מינה לענין לגבות בע"כ של לוא. אבל אם לא נחלק כמו שדייק האו"ש, צ"ל כמשי"כ הלח"מ דסוגין לאביי דצריך להביא ראיה, וכאן דהוי נפילה דחד לא חיישין לנפילה, והנדון רק אם חיישין למסירה.

קמ) הקשו הראשונים (ע"י ברשב"א, ובראב"ד בהשגות פט מנחלות, ובעה"ת) על הר"י מיגש דגם למ"ד דבעינן כומ"ס א"צ להביא ראיה, מהסוגיא בסנהדרין לא גבי מלוגא דשטרא דמשמע שלמ"ד אין נקנין במסירה אינה נאמנת לומר פרוע הוא, ואילו להר"י מיגש תהא נאמנת במיגו דשטר היה לי ואבד. [והתם רבא קאמר לה]. ותירץ הנתיבות (נו ו') עפ"מ שמדויק שם ברש"י דבהו"א אין הנדון משום מיגו דלקוח, אלא דהנאמנות מדין שליש ושליש הרי הוא כבעלים שהקנו לו את הפקדון לכל מה שיאמר והוי כקני ע"מ להקנות, וע"ז קאמר דבשטרות כיון דאין נקנין כמסירה לא חייל דין שליש גם לדבריה כיון דליכא שטר [ורק במסקנא קאמר דהנאמנות משום מיגו]. ועיין באבן האזל פ"ו הי"א ממכירה בסו"ד שביאר למה במסקנא לא אמרינן הך מיגו אלא רק מיגו דבעי קלתיה.

קמא) בעיקר פלוגתא אביי ורבא, עיין תוס' יבמות קטז. שהקשו למה לרבא צריך להביא ראיה, מ"ש מכל מטלטלין שהמוחזק נאמן. ותירצו דיש ריעותא מדאין לו שטר. והקשו תוס' דמ"מ ניחוש שהקנה באגב, והוכיחו מזה דאגב לא מהני. [ועיין ברשב"א מש"כ בשם הראב"ד].

קמב) ובראב"ד בהשגות על הר"י (כתובות מג. בדפי הר"י) כתב דגם באגב אינו נאמן שהרי על הקרקע של האגב ג"כ צריך שטר. והרמב"ן השיג עליו דיכול לטעון שהשכיר לו לשעה ואגב השכירות הקנה השטרות. והגע עצמך אם ידוע שקנה הימנו איזה קרקע אטו אז יהא נאמן לומר קניתי באגב. וע"ש בראב"ד שנקט שעכ"פ באומר שנתנו לו את השטר במתנת שכ"מ נאמן דשם א"צ שטר.

קמג) אבל הרמב"ן בספר הזכות שם כתב דלעולם אין נאמנים, דלמ"ד בעינן כתיבה ומסירה, א"כ בעצם המסירה לא מוכח שהקנה לו את השטר, אלא הוי מסירה על הנייר בלבד ולא על המילי, וממילא אינו מוחזק ואינו נאמן לומר שהשטר שלו. ועיין ברשב"א כאן שכתב שמאמינים שמסרו בתורת מתנה, אלא שהיה סבור שיקנה בכך ולא קנה. [ועיין ברמב"ן במלחמות בכתובות שגם בנייר לא זכר, ובתוס' ביבמות כתבו דאת הנייר יכול לעכב]. ועיין בקצה"ח (ר"ב ז') שמוכיח מזה דבעינן תפיסה הראויה לקנין, אולם מחלק שם דרק בשטר שאינו מוחזק בחוב עצמו לא מהני, אבל במטלטלין מהני אפי' תפיסה שאין ראויה לקנין. אבל בלשון הרמב"ן משמע דזהו כלל בכל מטלטלין.

קמד) וברשב"א כתב דהא דאין נאמנים, משום דיש ריעותא שאין לו עדים, ולא דמי לשאר מטלטלין שאינו חושש להביא עדים בשעת מכירה, אבל כאן שהשטר על שם הראשון חושש ומביא עדים. ועפ"ז מבאר הפלוגתא דמשנתנו והברייתא אם בשמות שניהם שוים ג"כ חושש לזה או לא.

קמה) והנה הב"י באבן העזר ס"י צו כתב דלהרמב"ם דשכ"מ א"צ לומר קני לך איהו וכל שעבודיה, א"כ נאמן ג"כ בלא ראיה דדמי למ"ד שטרות נקנין במסירה. ובש"ך (סו מ') נחלק עליו שהרי הרמב"ן הנ"ל כתב דאפי' בשכ"מ אינו מוחזק וכדלעיל. והתומים סק"כ מתרץ דברי הב"י, דכל דברי הרמב"ן לשיטתו דס"ל דלמ"ד בעינן כומ"ס אינו נאמן. אבל הרמב"ם פוסק כהר"י מיגש דנאמן, ורק דאע"פ דנאמן לגבי המלוה מ"מ לגבי הלואה אינו נאמן, וע"ז דן הב"י דכשאין ריעותא נאמן. [והנה להסבר הנתיבות אות קלח, ועדין דברי הב"י צ"ב. אבל התומים לשטתו שמפרש החילוק בין המלוה ללוא, שאין גובה מהלוא כיון דאיתרע השטר דל"ש שיאבד לו שטר הכתיבה ולכן כאן שאין ריעותא זו שפיר יגבה].

קמו) אמר אביי מנא אמינא לה וכו' מאי לאו ה"ה לאחרני. עי' באר"ש [פ"ו ממכירה הי"א] שהקשה דילמא הברייתא כמ"ד דבעינן כומ"ס [להסוברים דלהך מ"ד כו"ע מודו דצריך להביא ראיה]. ע"ש מה שתירץ. ובלח"מ הקשה לשיטת הרמב"ם דכל דברי רבא רק לענין המלוה ולא לענין הלוח, א"כ דילמא כאן מה שצריך להביא ראיה הוא נגד הלוח. ועיין בתומים (סו כ') שמיישב עפ"ד הב"י - המובא באות קמה - דהאח יכול לטעון במתנת שכי"מ נתן לי וא"כ א"צ ראיה אפי' נגד הלוח.

קמז) בדברי הרשב"א באות קמד, העירו על דבריו דאם מדיני מוחזק תלינן דהוי ידיה ורק משום ריעותא דליכא עדים אמרינן דאינו ידיה, א"כ בששמותיהם שוין דיתכן דהוא המלוה והשטר שלו מעיקרא ואין בזה ריעותא, למה לא יהא מוחזק. ואולי י"ל דגם אם הוא הלוח חזקה שהעמיד עדים על ההלואה שמא יבוא יב"ש השני ויערער וצ"ע.

קמח) בבעה"מ כתב דבשני יב"ש מודו כו"ע דשטר נקנה במסירה גרידא, דכיון ששמו כתוב בשטר [שהרי שמותיהן שוין] הוי השטר עצמו כשטר כתיבה. ועי' במלחמות וברשב"א שחלקו ע"ז דכיון דמילי במילי לא מקנו לא יקנה עד שיכתוב השטר. ובדעת בעה"מ י"ל דכל מאי דלא נקנה שטר במסירה הוא משום שבמסירה מונח רק מסירת הנייר ולא מסירת החוב, ומה שאומר בע"פ קני לה איהו וכל שעבודיה אי"ז חלק מהמעשה קנין אלא דיבור חצוני, ולכן בעינן שטר שיהא בגוף המעשה קנין הוכחה שמקנה את הנייר. ולפ"ז י"ל דכשהשטר כתוב בשמו ודאי מוכח במסירתו שמקנה את החוב שהרי כשיגיע לידו נתלה שהשטר ידיה מעיקרא ומש"ה קנה בלא כתיבה.

קמט) בגמ' תנא דידן סבר כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו. וכתב הרשב"א דלפ"ז בשטרי דלאו אקנייתא שאין כותבין אלא בפני מלוה, מוציאים יב"ש שטר זע"ז. וכ"כ המ"מ (פכ"ד הי"ח) בשמו. והנה הרשב"ם במשנה מפרש דמה שאין מוציאים זע"ז הוא משום שיטעון שאתה היית חייב לי ופרעת והחזרת לי שטרך, ולפ"ז לכאורה ה"ה בשטרי דלאו אקנייתא, אלא דצ"ע על הרשב"ם שמפרש שלא כהגמ'. ועיין בשו"ע סי' מט ס"ז שכתב כטעמו של הרשב"ם [וכ"כ הטור] ומוסיף דדוקא בשטר אקנייתא, והקשה הרמ"א דדבריו סותרין זל"ז. וע"ש בסמ"ע ש"ך ט"ז תומים ונתיבות מש"כ בזה בארוכה.

קנ) במשולשין כשטר ואין משולשין בשובר. והנה כ"ז אמרינן לאוקימתא דרב הושעיא אבל באופן שהלוח מוציא שובר שאינו משולש נגד שטר משולש, כתב הרמ"ה דגובין הימנו, והטור סי' מט הקשה מה יועיל שילוש שטרות לענין זה, ועוד מה צורך שילוש שטרות והלא מוציאים שט"ח על אחר. ויעו"ש בב"י, ועיין ברמ"ה שמבאר הטעם משום דאלא"ה לעולם יבקש מהשני שובר שאינו משולש ויפסיד את המלוה ולא מתקני רבנן מילתא דאתי לידי פסידא. ועדין צ"ב דלכאוי' אי"ז תקנה דרבנן אלא יש עדות דהוי ספק. ויעוי' בנתיבות סק"ח שמבאר דהנה אם יבואו עדים ויאמרו שיש איזה שטר פרוע בעולם ואינם זוכרים איזה, פשיטא דלא נפטור כל הלויים שבעולם מלשלם מספק, דאי"ז עדות כיון דלא מבררים מאומה על אדם מסוים. וה"נ מעיקר הדין באינם משלשים לא מהני השובר דאי"ז עדות מבוררת, אלא תקנה דרבנן היא, ובשטר משולש לא תקנו, וע"ש שמבאר טעמי התקנה.

קנא) כתב הרשב"ם דשובר שכתוב על שם יב"ש וטוען שפרע לשניהם נאמן וא"א לגבות הימנו אפי' בהרשאה, וכ"ד עוד ראשונים וכן פסק בשו"ע (מט ז) ועי' בגר"א סקכ"ט שהמקור הוא מדף קעא ב' ולכתוב סתמא דבכה"ג זה כולל כל השטרות. אולם בבעה"ת (שער לג ח"ד דין ד') כתב ע"ז: והוא תימה דא"כ איבעי ליה למיכתב בתברא שטרות של שני יב"ש פרועין, ועיין בתומים (סקי"ז) משכ"ב.

קנב) אם היו שניהם כהנים יכתבו דורות. והתוס' כתובות כ"ד ב' הקשו מהא דבעי בגמ' שם אי מעלין משטרות ליוחסין, וכגון שכתוב אני פלוני כהן לויתי וכו' וחתימי סהדי, האם על מנה שבשטר מעדיין או על שהוא כהן. ואילו במשנתנו פשוט דמהני העדות. ותירצו תוס' דשאני הכא דהוחזקו ב' יב"ש ובזה ודאי מדקדקין. אבל הרשב"א

בתשובה (ח"ב סי' שנב) מובא בב"י סי' מט, וכן הר"ן בכתובות (י. ברי"ף) בשם הרא"ה, מחלקים בין היכא דהשטר כתוב בלשון הלוה, "אני פלוני כהן" או שכתוב בלשון עדים "אנן סהדי איך פלוני כהן". ועיין בקצה"ח סק"ז.

קנג) במשנה, נמצא לאחד שנים הגדול פרוע וכו'. עיי' ברש"י שהקשה דהוי ס"ס שמא השטר הפרוע לאו ידידה, ואפי' הוי ידידה דילמא הקטן פרוע, ולהשיטות דס"ס מדין רוב תקשה לרב דאזיל בממון אחר הרוב. וע"ש עוד מה שהקשה. [ויותר ילה"ק להסוברים דס"ס מוציא ממון גם לשמואל, עיין קונה"ס כלל ו' סעיף ז'].

קנד) אלא מעתה האומר שדי מכורה לך שדה גדולה מכורה לו. ומוכיח הרשב"א דעכ"פ קנה אחת מן השדות אע"פ שלא סיימה, וזה דלא כדברי מקצת מן הגדולים (עיי' ברש"י ובראשונים גיטין ט. וברמב"ם פ"ג ה"ה מזכיה) דלא קנה. ועיין בקו"ש בגיטין שם שמחלק בין קונה בשטר לקונה בשאר קנינים. ובמשנת ר"א שכנים עמ' ז' מחלק בין מקח למתנה, דבמכר יש חיוב הגוף להעמיד המקח וזה חל גם על דבר שאינו מסוים.

דף קעג ע"ב

קנה) בגמ' מאי לא יפרע מן הערב לא יתבע מן הערב תחילה. עיין ברשב"ם שלא נעשה ערב אלא ע"מ שיתבעו הלוה תחילה. ולהלן קע"ד א' איתא דגם הא דנחתין לנכסיו שלא מדעתו הוא מדין ערב, וגם שם אין נזקקין לערב תחילה, ושם פירשב"ם אין נכון להטריח הערב תחילה ע"ש וצ"ב.

קנו) ובבכורות מ"ח א' מבואר עוד חדוש בדין אין נפרעים מן הערב תחילה. דאיתא שם אמר ר' ירמיה זאת אומרת שני יב"ש שהיו בעיר אחת [והוציא מלוה שט"ח עליהם] ולקחו שדה בשותפות בע"ח גובה אותה מהם בממ"נ. ואמר רבא מכדי נכסי דבר איניש אינון ערבין ליה וכיון דלא מצי למיתבע את הלוה לא יוכל לתבוע את נכסיו וכדתנן במתני' דהכא.

עוד איתא שם בע"ב אמר ר' ירמיה ז"א שני יב"ש וכו' ולקח אחד מהם שדה מחבירו בע"ח גובה ממנו [בממ"נ, או שהוא הלוה, או שלקח קרקע משועבדת] אמר רבא מכדי נכסי דבר איניש אינון ערבין ליה וכו'.

קנז) וכתב הש"ך (סי' מט סק"יט) דה"ה ביב"ש שירש שדה מיב"ש דינא הכי. ובסק"כ כתב הש"ך דה"ה יב"ש שהיה ערב ליב"ש פטור מלשלם דכיון דמדן לוח א"א לגבות ממנו, ה"ה מדין ערב וכנ"ל. והקשה התומים, דהא מבואר בסי' קכט ס"ב שאם הלוה כופר בהלוואה, והערב אומר שהלוה משקר, חייב הלוה לשלם, ולא אמרינן בזה ליכא לוח ליכא ערב, דאדרבה ע"מ כן נשתעבד. וא"כ בשני הציורים של הש"ך כיון שהוא טוען שלא הוא הלוה, ממילא בע"כ שהשני הלוה [שהרי יש עדים על אחד מהם] והו"ל כמודה הערב שהלוה משקר ולמה לא ישלם.

קנח) ועיין בקצה"ח (סמ"ט סק"ט) שכתב ליישב קושית התומים דבשני ב"ש אין השטר משעבד כיון דאין מוכח מתוכו, וממילא הלוה פטור [דדילמא מסר השטר בלא הלוואה ורצה להתחייב ע"י השטר עצמו] וגבי הערב והיורש הוי מוכח מתוכו כיון דיש ממ"נ, אלא דע"ז ישנו הפטור שכיון שהלוה פטור ממילא ליכא ערב. [אכן פירושו תלוי בפלוגתא אי באין מוכח מתוכו השטר משעבד, ועיי' בזה בשו"ע שם ס"ז ובנתיבות סק"ט, והעיר זאת על הקצה"ח בנתיבות סק"כ].

והנתיבות (סק"כ) כתב דרך מחודשת בזה, דהעדים שמעידים על ספק יב"ש הוי חצי דבר ואינם נאמנים, אכן כלפי הממ"נ הוי דבר שלם ונאמנים. אולם מאחר שהלוה פטור [דכלפיו הוי חצי דבר וכנ"ל] ממילא גם הערב והיורש פטורין דכשליכא לוח ליכא ערב. ויש לפלפל בזה הרבה.

ועיין בפ"ת (קכט ו') שהביא אחרונים שהקשו על עיקר דברי הגמ' בבכורות, שהרי כיון דזכין קרקע ידוע לו בממ"נ שחייב, או מצד ערב שהלוה אין רוצה לשלם או מצד שהוא עצמו הלוה, ולמה לא יתחייב לפי הרמ"א. ע"ש.

ובשערי ישר (ה' י') כתב לבאר דכל מה שכשהלוח כופר הערב חייב לשלם, הוא דוקא כשהערב יודע שהלוח משקר. אבל כשיודע שהלוח עצמו אינו יודע ונמצא דפטורו של הלוח הוא ע"פ דין, בזה מודה הרמ"א שפטור גם הערב, דבליכא חיוב על הלוח ע"פ דין גם הערב פטור אע"ג דיש ממ"נ. והביא בשעריי שכן מבואר להדיא בחי' הגרע"א ב"מ פ' א' ע"ש. [ויעו"ש בשעריי שכתב ליישב עפ"י גם את קושית התומים דלעיל, ביסודות מחודשים ע"ש].

קנט) רבה ורב יוסף דאמרי תרוויהו גברא אשלימת לי גברא אשלימי לך. ופירשב"ם דהחיוב ע"מ שאם מת או ברח אז יפרע. ובריטב"א מפרש באופן אחר דס"ד דאין לו כלל חיוב ממון וכל חיובו רק להעמיד גופו של לוח בפני ב"ד. ולפ"י נקט דגם למסקנא דסתם ערב נשתעבד לשלם. מ"מ אם יאמר בפירוש דשעבודו רק להביא את הלוח חייב. אמנם הביא דברמב"ם והגאונים חלקו ע"ז, והטעם "שהיאך יכול לשעבד עצמו בדבר זה שאינו חיוב ממון". והיינו דהוי כמו קנין לעשות פעולה ול"ש כזה חיוב [וגרע מקנין אתן]. ועפ"י כתב הריטב"א דאם מתחייב ממון אם לא יעמידנו בדין הרי הוא חייב לפרוע לו הסך ההוא.

קס) וברמב"ם פכ"ה הי"ד ממלוה כתב מי שאמר וכו' ואני ערב לגופו של לוח וכו' יש מן הגאונים שהורה שהוא חייב לשלם [ופי' המ"מ דסתמו כפירושו שאם לא יעמידנו בדין חייב ממון] ויש מי שהורה שאפי' התנה עליו ואמר אם לא אביאנו וכו' אהיה חייב לשלם הי"ז אסמכתא ולא נשתעבד ולזה דעתי נוטה. ומבואר דהטעם דלא מהני משום דהוי אסמכתא, [ולא נזכר טעמו של הריטב"א משום דלא הוי ממון, ולהרמב"ם הרי לא שייך כלל לדון מטעם זה, דהרי ס"ל דיש אומדנא שנתחייב ממון אם לא יעמידנו ודמי לדין האחרון של הריטב"א]. ויעו"ש בראב"ד שהשיג דהרי מסקינן בסוגיין דליכא בערבות משום אסמכתא. ותירץ במ"מ דהרמב"ם לשטתו (שם ה"ח) שאם היה ערב בתנאי שוב הוי אסמכתא. ועיין באבהא"ז בה"ו שביאר הפלוגתא.

ובראב"ד כתב דאם היה ערב לגופו לא מתחייב ממון אבל צריך להביא גוף תחת גוף עד שיתפשר עמו. וע"ש במ"מ שתמה ע"ז מה יועיל גופו של הערב תחת גוף הלוח, היחבשו אותו עד שיכפה הלוח, והיכן מצינו כפיה כזו, ע"ש.

קסא) מנין לערב שמשעבד. והנה בגדר השתעבדות ערב מצינו פלוגתא ראשונים. דהריטב"א בסוגין ובקדושין ז. כתב דההשתעבדות ע"י ההיא הנאה דע"י גמר ומשעבד נפשיה, וכן במקדש אשה מדין ערב היינו שמקדשה בהנאה שעושה רצונה, ועיקר היסוד דיש ההיא הנאה מבואר בסוף סוגין לענין אסמכתא, ועי' ההיא הנאה ליכא אסמכתא, ונקט הריטב"א דזה הסברא גם לענין עיקר חיובו.

ולשיטת הריטב"א צ"ע מהגמ' בקדושין ז. דהאומרת תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב, דהרי שם אין זה אותו סוג הנאה, דבערב ההנאה שסומך עליו, ובאשה ההנאה שעושה רצונה, ומה ילפינן מזה לזה.

וביאר בחידושי ר' שמואל (קדושין סי' ט') דהנאה דערב גרועה משאר הנאות דא"י הנאת ממון כמו שחוק לפני, אלא רק דעשה קורת רוח, ואין ע"ז זכות תביעת תשלומין, והיה מקום לומר דזה לא מהני לקנין, [ויתכן דלא הוי כסף החוזר] וקמ"ל דמ"מ מהני דגמר ומקני.

אולם במחנ"א (רבית סי' יא) מבואר דנקט דהוי הנאת ממון. דכתב שם דמי שהלוח לחבירו ע"מ שיתן הרבית לפלוני, דהוי ריבית קצוצה מדין ערב, יוצא בדינים לפי טוה"י דמטי ליה בהאי נתינה. ומבואר שהמחנ"א נקט דהוי ממון גמור ולכן יש ע"ז חיוב השבת ריבית. וע"ש בחי' ר"ש שהאריך בזה. ויעו"ש במחנ"א שמדייק מהרמב"ם פ"ה מאישות הכ"א שכתב בדינא דמקדש מדין ערב "הרי נהנית ברצונה שנעשה פלוני בגללה" דסובר כריטב"א.

קסב) אולם יעוי' ברמב"ם פ"א ממכירה ה"ו דהמתחייב עצמו בממון לאחר וכו' הי"ז חייב כשאומר הו' עלי עדים שאני חייב לפלוני וכו' שהרי חייב עצמו כמו שישעבד הערב. ובכ"מ פי' דהוא קנין אודיתא. אכן במחנ"א (ערב סי' א') מפרש דהוי התחייבות באמירה, וממה שדימה זאת הרמב"ם לערב משמע דגם ערב הוי התחייבות בדברים. ומה שבגמ' מבואר הטעם דבההיא הנאה וכו', זה רק טעם שלא תהא אסמכתא, אבל עיקר ההתחייבות בדברים.

וליישב מש"כ הרמב"ם בה' קדושין דבעינן להנאה, עי' במחנ"א שכתב דבאמת בקדושין ל"ש לקדש מדין ערב, דדין ערב הוא התחייבות בדבור וא"א לקדש בזה, וכל ראית הגמ' רק שכשם שבערב מהני הבההיא הנאה לענין אסמכתא, כמו"כ בקדושין תתקדש בההיא הנאה, ועיין בחי' ר"ש הנ"ל משכ"ב.

קסג) וברשב"ם בסוגין ד"ה גמר ומשתעבד, כתב דהוי המלוה כשליח הערב להלוות. ויעוי' בקה"י קידושין סי' יב שהביא חבל ראשונים דס"ל דאין הערב משתעבד אלא בהיה שליחו, אבל באומר כל הזן אינו מפסיד לא חייב לשלם. ואמנם הפרישה ס"ל דבאומר כל הזן אינו מפסיד חייב לשלם, ורק דבמודר הנאה שרי כיון דאינו שלוחו]. והגדר בזה הוא דכאילו הערב משתמש בכסף לתתו ללוה, כיון דכל הנתינה בשליחותו.

אולם בקצה"ח (קכט א') כתב בדעת הש"ך, [ונראה שכן מבאר דעת רשב"ם] דמאי דבעינן שליחות הוא רק משום דהוי אסמכתא, ועי' השליחות אי"ז אסמכתא - בצירוף ההיא הנאה - אבל באופן שמתחייב בודאות לשלם כגון בכל הזן אינו מפסיד דאי"ז אסמכתא [ול"ד לערב רגיל, ששם סבור שהלוה ישלם ולכן הוי אסמכתא] בכה"ג חייב אפי' אם לא הוי שליחות. [ולכאוי' כ"מ ברשב"ם שכתב דהוי שליחותיה בתירוץ הגמ' על הקושיא מאסמכתא].

קסד) בתוס' ריד קדושין ח' כתב דבאומרת הניחהו על הסלע כיון דרצונה שיניח שם הוי כאילו בא לידה, ולכן מתחייבת, וכתב שם חדוש גדול, דגם בגט כה"ג יועיל דהוי כמטא לידה, ומשמע שזהו גדר דין ערב, ועי' בקונטרסי שעורים קדושין שהאריך בזה.

קסה) כתב הגרע"א (ב"מ ס"ב) דבערב קבלן יש שם לוח עליו כלפי המלוה [ולא הוי רק אחריות על חובו של הלוה] אלא דהדין מתלי תלי וקאי דאם שילם לבסוף הוי כלוח בעצמו, אבל אם לא שילם אינו כלוח [וני"מ דבשילם ריבית עובר בלאו דאל תיקח נשך ותרבית דמקרי ג"כ מלוה כלפי הלוה כשם שמקרי לוח כלפי המלוה] ובה מבאר דברי התוס' בב"מ שם. והביא שכ"ה בתשובת הרמב"ן. וכן מוכח בראשונים ב"מ ע"א ב' שכתבו דאם גוי מלוה לישראל בריבית שרי להיות ערב פשוט, ולא ערב קבלן, והחילוק כנ"ל דערב פשוט משלם מה שהלוה חייב, וא"כ הוי רבית מישראל לגוי, אבל בערב קבלן נחשב כאילו הערב לוח והלוה ולכן אסור.

ובחי' ר' שמואל בקידושין שם מבאר שיטה זו, דערב קבלן הוי כשליחות וערב פשוט הוי רק בההיא הנאה והיינו דהוי התחייבות בפני"ע.

קסו) אולם ברשב"א ב"מ עא חולק וס"ל דשרי גם לערב קבלן להיות ערב על הלוואת ישראל מגוי, ומבאר שם דגם ע"ק אינו לוח בעצמו, אלא רק משלם חובו של הלוה ע"ש.

קסז) מתקיף לה ר"ח הא קבלנות היא. לשיטת הרשב"א (אות קסו) דערב פשוט וע"ק חד דינא הוא ורק דנתחייב ביותר אופנים, צ"ע למה א"א למילף ערב מקבלן. אבל השטות באות קסה דתרי סוגי חיובים הם מובן היטב.

קסח) באות קסג הובאו הדעות דערב מדין שליחות. והנה בשער משפט סי' קלב נקט דהוי מפרשת שליחות ובה מפרש מש"כ הרמב"ם (פכ"ו ממלוה הי"א) דקטן שערב לאחרים פטור מלשלם, ועפ"ז כתב דה"ה גדול שהיה ערב לקטן פטור מלשלם. אמנם במ"מ מפרש שהטעם משום דלא גמר ומשתעבד, והגם דמתנתו מתנה, שא"ה שמוציא המתנה מרשותו וגמר ומשתעבד אבל כאן אינו אלא שעבד, ועוד דהרי היתה הו"א דהוי אסמכתא, ואין לקטן דעת לשעבד עצמו לזה. [וילה"ע דגם לשון הרמב"ם "שאין לקטן דעת לשעבד עצמו, וצ"ע בדעת השער משפט]. וכתב השער משפט דלפ"ד גם לגוי אין ערבות מדינא אלא דגוי לא צ"תד ינא. והדברים צ"ב, עיין בהגהות לאבנ"מ סי' ע' סק"ד, שמוכיח דגם לעכו"ם יש ערבות מדינא, ועי' בקה"י קדושין סי' י"ב שהוכיח מעוד דוכתי, ומבאר הקה"י שא"צ כאן לפרשת שליחות אלא כל שעשה בצוויו מתחייב.

קסט) בנמוק"י כאן כתב הטעם דערב משתעבד כאמירה בעלמא, משום דמצי אמר ליה אי לא היית ערב לא הייתי מלוה אותו כלל, ובקה"י (שם) הביא שהכתונת פסים הבין דכוונת הנמוק"י דחייב מדין מזיק, ועי' הקשה הכת"פ הא זה הוי רק גרמא. ובקה"י כתב דבע"כ אי"ז מדין מזיק, דא"כ למה דנו בסוגיא משום אסמכתא, והרי אסמכתא הוא חסרון רק בהתחייבות. ולכן מפרש הקה"י דסברת הנמוק"י רק לבאר אין מתחייב בדברים, ועי' מפרש הנמוק"י דכיון שהפסיד על פיו מתחייב גם באמירה. [ויעוי' במרדכי פ' הגוזל עצים אות קטו, דבכל גרמות אם קיבל עליו בפירוש לשלם חייב, והאריך בזה המחנ"א שומרים סי' ח'].]

קע) בגמ' אמר אמימר ערב דמשתעבד מחלוקת וכל'. בהגהות חשק שלמה הקשה הא דרשין לעיל מקראי דערב משתעבד. והוכיח מקושיא זו, דמדאורייתא לכו"ע אסמכתא קניא, ורק תקנה דרבנן היא לר' יהודה שלא תהני אסמכתא, וא"כ א"ש המקראות לדין תורה. וע"ש שכתב דזו כוונת הב"ח בסימן רז. [ועיין מש"כ לעיל אות מו]. ובעיקר קושית החשק שלמה י"ל עפמשי"כ הריטב"א כאן דקראי אסמכתא בעלמא ניהו.

קעא) בגמ' אמר רב"ח לא שנו אלא שאין נכסים ללוה וכו'. שיטת תוס' ועוד ראשונים דזה קאי אאומר ע"מ שאפרע תחילה, והיינו דאפי' באומר כן נפרע רק כשאין נכסים ללוה. והחילוק בין אמר ע"מ ללא אמר [שהרי גם בלא אמר גובה מהערב בדליכא נכסי] כתבו תוס' דהוא בדליכא קרקעות ללוה, דבלא אמר ע"מ עדין צריך לתבוע הלוה תחילה, ובאמר ע"מ יתבע הערב. ודומה לזה מחלק הרמב"ן, דתלוי אם יש לו נכסים ידועים או שאין נכסים ידועים [ומשעמ דגם במטלטלין ידועים לא יפרע, ודלא כתוס', ועיין בנתיבות קכט יב].

ובראב"ד [מובא בבעל התרומות שער ל"ג ח"א אות כח] הוסיף בזה דהחילוק בין אתני ע"מ ללא אתני, דבלא אתני אם אין נכסים ידועים צריך להישבע שעדין חייב [ובשאר ראשונים כתבו דזה תקנת הגאונים שישבע, אמנם הראב"ד פ"י כן בגמ' ובמשנה] אבל באמר ע"מ שאפרע שירצה אם אין נכסים ידועים א"צ שבועה. [והובא בגר"א קכט ל']. וכ"מ ברשב"א.

קעב) אמנם שיטת הר"י מיגש דבאמר ע"מ שאפרע ממי שירצה גובה מהערב אם ירצה אפי' בדאיכא נכסים, ומפרש דדברי רב"ח קאי רק ארישא דמדויק במשנה שאם אין הלוה משלם גובין מהערב, וע"ז אמר דאם יש לו נכסים ואין רוצה לפרוע אין נזקקין לערב אלא יגבו מהלוה.

קעג) והנה בין לשיטת הר"י מיגש, ובין לשיטת תוס' אם יאמר בפירוש ע"מ שאפרע תחילה מהערב יכול לגבות. אמנם הרשב"א בסוגיין והראב"ד (בהשגות פכ"ה ממלוה ה"ד) חולקים וס"ל שאפי' אמר בפירוש לא מהני והוי פטומי מילי בעלמא, עד שיאמר תן לו ואני אתן - כמבואר בסוגיא דדף קע"ד א'. וחזינן ברשב"א דערב וקבלן אינם סוג אחד עם אפשרות לגבות בעוד גווני, אלא הוי סוג חיוב אחר, ולכן בערב ל"ש שיתחייב כקבלן ורק אם הוי ממש קבלן אינו אפשר לגבות ממנו בתחילה. [וצ"ע מהרשב"א שהובא באות קסו].

קעד) בערב קבלן, ע"י ברמב"ן שהביא לוגתא אם דוקא בהתנה ע"מ שאפרע ממי שארצה או אפי' בסתמא גובה מהערב תחילה.

קעה) ע"י ברשב"א שאם יש משועבדין גובה מהן ולא מהערב ע"ש בארוכה.

דף קעד ע"א

קעו) רבא אמר כולן לשון ערבות הן חוץ מתן לו ואני נותן. ש"י רשב"ם דב"ש בתן לו ואני קבלן, וע"י רשב"א דפליג ע"ז.

קעז) עד שישא ויתן ביד. וכתבו בתוס' דאם אין לערב חוזר המלוה אל הלוה משעבודא דר"נ. והנה בב"י ס"י קכט הביא בשם הרשב"א דאם מחל הערב ללוה ל"ש שעבודא דר"נ. ובש"ך סקל"ח כתב דכ"ז להסוברים דבשעבודא דר"נ מועיל מחילה, אבל להחולקים לא מהני, ועפ"ז תמה על השו"ע שסותר את עצמו בד"ז. ובתומים כתב בזה, דכאן בלוה לא משתעבד לערב עד שהערב ישלם החוב, ואם כבר שילם ל"ש כלל שעבודא דר"נ, אלא דהא דיכול המלוה לתבוע את הלוה הוא ע"י שזוקף את חובו של הקבלן במלוה, ועי"ז חל חוב חדש ואז משתעבד הלוה [דהוי כאילו פרע הקבלן עבורו את החוב ע"י הזקיפה].

וא"כ כ"ז שייך אחר שזוקף אבל אם מחל קודם לכו"ע מהני. [ומוכח בתומים שזיקפה היא חוב חדש, ולא מחילה על זכויות החוב הקודם, ע"י משכ"ב באות צו]. והקצה"ח (סק"ז) הקשה על התומים דסברתו שייכת בערב קלבן אבל בנשא ונתן ביד הרי הוי כאילו לוח והלוח, וא"כ ודאי שחל חובו של הלוח לערב לאלתר. ובנתיבות (סקי"ד) מבאר, דגם בנו"נ ביד לא הוי הערב כלוח ומלוח. אלא דרק כלפי המלוח הוי כלוח, אבל חובו של הלוח לערב חיל רק כשמשלם עבורו את החוב, ונ"מ בהיה המלוח גר ומת דנפטר הלוח מלשלם לערב ע"ש. [וסברתו משום דלא נתחייב טפי מקבלנות שהרי א"ל שיהא קבלן, ולא שילוח וילוח לו]. והנה יעוין ברשב"א בחידושי בסוגין שמבואר להדיא כהש"ך שהדין תלוי בדין מחילה בשעבודא דר"נ.

קעח) בגמ' קסבר נכסי דבר איניש אינון אנון מערבין יתיה. כתב במאירי לקמן קעה: דטעם מ"ד שעבודא דאורייתא הוא שמדין ערב דעל סמך נכסיו הלוח "ומרגלא בפומייהו דאנשי נכסוהי דבר איניש אינון ערבין ביה" עכ"ל. משמע דהוי אומדנא שמשעבד הנכסים בגדר ערבית כיון שכך מרגלא בפומייהו דאנשי.

קעט) ועיין ברשב"א קעג ב', שדן אם גובין ממשעבדי לפני ערב, וכתב שם דהגם דנכסי דבר איניש אינון ערבין ביה, מ"מ לא דמו לערב ממש והוו טפי מיניה ידידה מאשר כשגובה מהערב. [וע"ע בתוס' הרא"ש כתובות פ"ו, ויבואר בעז"ה להלן].

קפ) הרשב"א בגיטין מט הקשה על הא דתנן אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני"ח, מ"צ לתיקון העולם, תיפוז"ל דאין נפרעין מהערב תחילה. ותירץ דהא דנכסוהי דבר איניש ערבין ליה "לאו ערבין לגמרי קאמר דטעמא דערב משום דלא גמר ומשעבד נפשיה אלא היכא דלית ליה נכסי ללוח לאיפרועי מיניה, ומלוח גופיה עיקר שעבודיה ליתיה אערב אלא אלוה, אבל גבי נכסי דלוח ודאי עיקר אסמכתיה עליהו ולוח נמי בעידן מלוח גמר ומשעבד כולוהו נכסי והלכך אי לא תקנתא דעבוד רבנן גבי לקוחות הו"א כיון דעיקר שעבודיה אהאי בינונית הוא אע"ג דשיר ללוח זבורית קמי מלוח כי גבי מבינונית דהוה שעבודא עליה גבי, דאמר ליה ללוקח ארעא דידי גבי דידך הוא עכ"ל. והקשו האחרונים מסוגין דמבואר שיש דין אין נפרעין מהערב גם בנכסים משועבדים. ועוד הקשו מהסוגיא בבכורות מ"ח דמבואר שבשני יב"ש שיש להם קרקע בשותפות או שקנו קרקע זמ"ז אין גובין מחמת דאין נזקקין לערב, הובא באות קנו.

ובאביעזרי (פיי"ט ה"ב ממלוח) מתרץ דהפשט ברשב"א אינו שאין דין ערבות בנכסים, אלא להיפך, דגם הנכסים המשועבדים הוי הגביה מהלוח עצמו, שהרי מוכח קנין השעבוד שקנה מהלוח גובה, והלוקח לא זכה לענין להפקיע זכותו וא"כ עיקר גביתו מהלוח, ואין נ"מ אם יגבה מהמשועבדים או מהבני"ח. משא"כ בערב שיש לו חיוב עצמי אמרינן דאין נפרעין.

קפא) ובחי' רא"ל ס"ס נ"ח כתב לחדש דיש שני דינים באין נפרעין. א) דצריך תביעה מהלוח, דהוא עיקר הנתבע וזהו סדר התביעה. ב) דאם תבע הימנו ואינו רוצה לשלם א"א לגבות מהערב כ"ז דיש נכסים ללוח. ומדייק לה מלשון הרמב"ם פכ"ה ממלוח ה"ג: "לא יתבע את הערב תחילה אלא תובע את הלוח תחילה אם לא נתן לו חוזר אצל הערב ונפרע ממנו. בר"א בשאין נכסים ללוח אבל אם יש נכסים ללוח לא יפרע מן הערב כלל אלא מן הלוח". ומבואר דיש ב' דינים. [ונראה דזה ע"פ שיטת הר"י מיגש - אות קעב - דהמימרא דרבב"ח קע"ג ב', קאי על הרישא, וזהו הדין שחידש רבב"ח ודו"ק. אולם ילח"ע ע"ז, דברמב"ם בה"ד משמע שלא מפרש כהר"י מיגש, וכמש"כ המ"מ שם. אכן יעוין בשנו"ס שנדפס ברמב"ם פרנקל שברוב כתב"י ודפו"י יש גירסא אחרת ברמב"ם כהר"י מיגש]. ועפ"ז מבאר רא"ל דכל סברת הרשב"א דבשעבוד נכסים אין דין ערב, הוא בדין שני, שיסודו מחמת אומדנא שאדעתא דהכי נשתעבד וזה ל"ש בשעבוד נכסים כמש"כ הרשב"א. אבל הדין הראשון שיסודו משום שעיקר הנתבע הוא הלוח, זה שייך גם בנכסים וע"ז קאי בסוגין. ומה שבגיטין א"צ ליפרע מהבני"ח משום הדין הראשון, מבאר רא"ל בתרי גווני, או דמיירי שמסרב לשלם, או דנימא דאפי' אם משלם כיון דאינו נותן את דינו אלא זיבורית, ל"ש בזה הדין הראשון דאין הנתבע

משיב לו כדין אלא לפחות מדינו. [והנה רא"ל הקשה רק מסוגין, אולם תירוצו מישב גם הקושיא מבכורות]. ויעו"ע בחי' ר' שמואל ב"ק סי' ט' משכ"ב. והנה לעיל אות קנה הערנו בסתירת דברי הרשב"ם, ועי"פ רא"ל דיש ב' דינים אולי יש ליישב.

קפב) הנה ברשב"ם מבואר דההוא דיינא אחתיה לנכסים בני"ח, וכן הוא ברשב"א קע"ג ב' (שהקשה דכשיש ללוה בני"ח אכתי יוכל לגבות מן הערב דהא נכסי דבר איניש הם ג"כ מדין ערבות ע"ש) אולם בראב"ד בגיטין פ"ה בהשגות על הרי"ף מבואר דסוגין מיירי במשועבדים, וצ"ע דהא במשועבדים הטעם מפני תקון העולם, וביארו האבי עזרי וחי' ר' שמואל הנ"ל, דהראב"ד ס"ל דגדר התקנה של אין נפרעין הוא מדין ערבות. וע"ש באבי עזרי משה"ק ע"ז ובחי' ר"ש תירץ ע"ז בטו"ט.

קפג) הקשה באבי עזרי אם מיירי בנכסים בני"א הרי אי"ז מדין ערבות אלא מיניה ידידה, ועוד דאיך אפשר לרדת לנכסיו הרי יש לו זכות לסלק במה שירצה ואיך יורדין ומבטלים זכותו. ותירץ דחדא מתורצת בחברתה, דכיון שיכול לסלקו א"א לרדת לנכסיו אלא מחמת השעבוד נכסים, וזה הוי ערבות. [ולו"ד י"ל דהמיניה ידידה היינו מה שהוא משלם מדעתו, אבל הזכות לגבות מממנו, והיינו שרשות הממון שלו משועבדות לחוב זה הוי ערבות].

קפד) ההוא ערבא דיתמי דפרעיה למלוה מקמי דלדעינהו ליתמי. וכתבו תוס' דהיינו שאם היה מודיע ליתמי שמא היו מסכימים לשלם, אבל אם לא משלמים גובין מהערב דהוי כאן לו נכסים ללוה. אכן הרמב"ן קע"ג ב' נחלק ע"ז וראיתו מהא דאמרין בשבועות מ"ח דבמת מלוה בחי' ללוה דאין אדם מוריש שבועה לבניו, גם הערב פטור מלשלם דאטו ערבא לאו בתר יתמי אזיל. אכן הרשב"א דחה ראיתו ששם היתומין פטורין לגמרי לעולם, אבל כאן ישלמו כשיגדילו. וע"ש ברשב"א שהאריך בזה. ויעו"י בעליות ובבעה"מ כאן שסוברים כרמב"ן ומפרשים דלהכי קאמר מקמי דלודעינהו ליתמי, דהיינו שאם לא היה פורע והיו תובעין מהיורשים והם אינם רוצים לשלם עד שיגדילו, גם הוא היה פטור בכה"ג.

והרמב"ן מפרש דאם היה מודיעים היו צריכים לשלם לו כשיגדילו אבל מאחר ולא הודיעם תלינן שפרע חובו מחמת המצוה, וגם כשיגדילו אי"צ לשלם לו. [ולכאוי' היה נראה דהרמב"ן לשטתו דס"ל שאין הערב חייב מעיקר הדין לשלם, ולכן תלינן שפרע לשם המצוה. אבל לדעת תוס' והרשב"א א"א לפרש כרמב"ן. אכן יעו"י ברשב"א שהעתיק דברי הרמב"ן ודו"ק].

ובבעה"מ הביא בשם ה"ר אברהם שמדקדק דאילו אודיענהו ליתמי היו חייבים לשלם, ולכן מוקים לה ביתומים גדולים.

ועיין בחי' הראב"ד בש"מ, שמפרש דאילו אודיענהו ליתמי והיו אומרים שרוצים לפרוע, חייבים לפרוע. דכיון שפעולות מקחן מקח, א"כ אם אמרו ניתן כך וכך לצדקה חייבים לתת, וה"ה כאן מתחייבים באמירה. (ונראה שדעתו דאע"פ שהוא נדר, מ"מ כשם שתקנו שיכולים למכור, כן יכולים לדור לתת. אבל א"א לפרש דס"ל דבפיך זו צדקה הוי הקנאה, דא"כ איך שייך זאת במצות כבוד אב ואם, ולי"ש למילפא מהתם).

קפה) שיטת רשב"ם ור"ח ור"י מיגש בסוגיין, דפלוגתא דר"פ ורב הונא ברדר"י הוא רק במלוה ע"פ אבל במלוה בשטר מודה ר"פ שגובין. ועל מה שהקשו תוס' מהגמ' בערכין, ע"י בעליות שמיישב והוי מחלוקת הסוגיות. [ועי' ברשב"ם בסוגיא דרב"ש - דף ל"ג - שמפרש דגם במלוה בשטר שייכא דינא דאין נזקקין, וצ"ל דזה ע"פ הסוגיא בערכין]. ומה שהקשו דאם מיירי במלוה ע"פ תיפו"ל דיש חשש פרוע ואפי' גדולים לא ישלמו, ע"י בר"י מיגש דמשמע דכל דבריו רק לר"פ, ונ"מ לר"פ שאפי' בתוך זמנו לא ישלם אבל טעמא דר"ה בריה דר"י שייכא אף במלוה בשטר וכן משמע ברי' יונה. [וצ"ע בלשון רשב"ם ד"ה רב הונא שכתב "והלכך כל מלוה ע"פ וכו', ויש ליישב]. ובעיקר החילוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ, כתב רשב"ם דבמלוה בשטר הוי חוב גמור, וכ"כ בר"י מיגש דבשטר יש שעבוד ולא רק מצוה, ולכאוי' הביאור דס"ל בדעת ר"פ דשעבודא לאו דאורייתא ורבנן תקנו שעבוד רק במלוה בשטר כמו לקוחות וכן

מבואר בר' יונה. ברם צ"ע דהר"י מיגש לקמן קעו פי' ב' פירושים בדעת ר"פ אי ס"ל שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא.

קפו) ולדעת הרשב"ם סברת רב הונא משום "דיתמי בני מעבד מצוה ניהו כדאמר בערכין יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שבקייהו" ויש לבאר דהסברא שאין זה רק מצוה בעלמא אלא דהחוב הוא ענין ממון גמור [אפי' אם שעבודא לאו דאורייתא, וכמש"כ בשער"י ה' ב'] וע"ז גם קטנים מצווים. וזהו שהוכיח מערכין דהוי "לאו דידהו" והיינו דיש דין ממון ואינו שלהם. ועיין גם בלשון הר"י מיגש שכתב דעת רב הונא "גם היתומים חייבין לפרוע חוב אבוהון מנכסי אבוהון כמו שהלוח עצמו חייב", ומשמע דלאו מטעם שעבודא דאורייתא אתי עלה, אלא דהיורשים יש להם שעבוד הגוף. וברבנו יונה ביאר דעת רב הונא בב' אופנים, א) דס"ל שעבודא דאורייתא. ב) דרבנן שעבדינהו לנכסי בין מיניה בין מיתמי. ובפשטות הכוונה דמדין שעבודא דרבנן יגבה [ולהלן יבואר למה לר"פ לא גובה מכח השעבוד דרבנן] אלא דצ"ב א"כ למה במלוה ע"פ גיבה, וצ"ל דכוונת ר' יונה לסברת הר"י מיגש דיש שעבוד הגוף מדרבנן. [ועי' בזה בספר שערי אור שער ו'].

קפו) שיטת כמה ראשונים דר"פ מיירי אפי' בשטר, וגם בזה לא גובין, ובביאור הפלוגתא לפי דרך זו מצינו כמה אופנים בראשונים.

א) שיטת תוס' כתובות פו, וז"ל, "אלא לדידך דאמרת מצוה ואע"ג דאית להו נכסי ליתמי לא נחתין עלייהו דלא רמיא עלייהו שעבודא אלא במקום מצוה" ופי' הבית יעקב דלא עשו שעבוד אפי' מדרבנן רק במקום שיכול לתבוע שעבוד הגוף משום מצוה, ולא בקטנים שאין עליהם מצוה.

ב) וכע"ז מבואר בתוס' הרא"ש בכתובות שם, אלא שהוא מפרש דר"פ סבר שעבודא דאורייתא [וכשיטת הר"י] שמפרש שר"פ סבר שעבודא דאורייתא, עי' בזה ברא"ש בפרקין סימן מט] ואפי' אין גובין מיורשין דכיון שאין שעבוד הגוף ליכא גם שעבוד נכסים, וחזינן מהרא"ש דחובת היורשים לשלם הוא מן התורה, ולכן נקרא איתא לערב, [וזה כדעת התומים (בסימן סו סקמ"ג) דהיורשים חייבים גם בחובת אביהם. וכ"ה דעת הנהניבות ס"ס לג, וע"ש בקצה"ח ובמשובב שנחלק ע"ז מכמה קושיות, וכן בקצה"ח סו כ' נחלק על התומים. ועיין בזה בנתיבות סס"י קיא, ועיין גם בסמ"ע ר"ס קז שסובר דיש חובת הגוף ליורשים לשלם אפי' אם קנה קרקעות ולא שיעבד את הדאיקני. וכמה ראיות בראשונים ליסוד התומים, א) ברא"ש ב"ק ט כתב דבאחין שגבו חוב מאחד מהם בטלה מחלוקת, משום דיורשין כרעיה דאבוה וחייבין כ"א לשלם, ועי' בקצה"ח ר"ס לו. ב) ברשב"א ותוס' גיטין מט מבואר דבאיכא יורשים כיון דדינים כזבורית גם הערב ישלם בזבורית, ואם ליכא ממון ליורשים דאז אינם נכנסים תחת אביהם משלם מבינונית].

והנה לשיטת הרא"ש והתוס' צ"ב למה במת יגבו מהלקוחות, הרי ליכא לוח וזה יקשה בתרי גווי, א) ביתומים קטנים. ב) בלא הניח כלל ליתומים. ועמד בזה האמרי בינה דיני הלואה סי' ב', ותירץ דמה שגובים מהלקוחות הוא משום נעילת דלת, וביורשים לא תקנו כיון שיגבו כשיגדלו [וצ"ל דבלקוחות תקנו שיגבו אפי' כשהיורשים קטנים, כיון דמשכח"ל אופן שלא ירשו היורשים כלל ואז לא יגבו לעולם, לכן תקנו דתמיד יגבו מלקוחות]. ונראה שע"פ סברתו מיושבת קושית המשובב בסי' לג למה בגר שמת גובין מהנכסים - כדאיתא בתוספתא. ולהנ"ל י"ל דזה דמי ללקוחות ומשום נעילת דלת.

ולשיטת תוס' והרא"ש י"ל כטעמיה דרב הונא דרבנן תקנו שעבוד גם בכה"ג, וכמו בלקוחות. ויעוי' בתוד"ה ואם כתב, בסה"ד, ובמהר"א שם, שמבואר שגם לרב הונא כל מה שגובין מקטנים הוא כמלוה בשטר אבל במלוה ע"פ מודה דהוי רק מצוה ואין גובין. ולפ"ז כל הפלוגתא רק במלוה בשטר אם יש שעבודא דרבנן בדליכא מצוה, או דהגדר הוי משום ערבות ובעינן למצוה לחיוב הגוף.

קפח) ושיטה שלישית מצינו בזה ברמב"ן ובריטב"א דפלוגתת ר"פ ורב הונא היא אם שעבודא דאורייתא או שעבודא לאו דאורייתא [ועיין ברמב"ן בסוגין ובקדושין יג] ועיין בש"ך סי' לט סק"ב שהרבה לתמוה על הרמב"ן.

ויעוי ברמב"ן שהביא שבריי"ף כתב דרב הונא ס"ל דיש מצוה על היתומים לפרוע, והרמב"ן הקשה ע"ז ע"ש. ועיין בספר שערי אור ש"ו.

דף קעד ע"ב

קפט) בגמ' מיתיבי ערב שהיה שט"ח יוצא וכו'. שיטת רשב"ם דמגדולים גובה ע"י השטר אפי' בלא כתב התקבלתי, וההתקבלתי מהני לגבות מקטנים, ולמסקנא לשיטת ר"פ מובן שפיר, דבלא כתב התקבלתי הוי מלוה ע"פ אבל בכתב הוי מלוה בשטר [ועיין בר' יונה שמבאר בכמה אופנים, או דהוי מכירת השטר וכמ"ד נקנין במסירה, או דהוא מדין שעבודא דר"נ ע"ש. ובנתיבות ס"י קל סק"ה כתב דכל מה דבעין כומ"ס הוא במקום שמכירת שטרות דרבנן, והיינו כשצריך למכור גם את שעבוד הגוף והוא אינו נקנה מדאורייתא. אבל כאן שיש לערב שעבוד הגוף על הלוח וכל המכירה רק על השעבוד נכסים, בזה מהני במסירה לבד]. אבל במאי דקאמר דלרב הונא א"ש, אינו מובן דלמה בכתב התקבלתי לא נחוש לצררי, וחזינן ברשב"ם דבמלוה בשטר ל"ח לצררי, וזה דלא כמש"כ באות קפה. ועוד צ"ב למה בלא כתב התקבלתי גובין מגדולים, הרי אם הוי מלוה ע"פ ניחוש לפירעון.

והנה גירסתנו בגמ' דלרב הונא מייירי בשחייב מודה, ולפ"ז ל"ק למה יגבה מגדולים, אבל קשה להיפך למה לא יגבה מקטנים. ובגרי"א כתב (ס"י קל סק"ה) דהרשב"ם ל"ג כשחייב מודה, ויקשה כדלעיל. ובמהרש"א בתוד"ה ואם כתב דהרשב"ם גורס בשחייב מודה, וצ"ע בכ"ז.

קצ) ושיטת תוס' דהלוח כתב התקבלתי, ועי"ז משעבד עצמו, וגובין מיתמי. ולכאוי מוכח מזה דגם אם שעבודא לאו דאורייתא מ"מ אם משעבד בפירוש מהני, וגובין משום דבכה"ג שעבודא דאורייתא. אכן צ"ע דנהי דכ"ה דעת רש"י קדושין יג:, מ"מ הרי התוס' לקמן קעה: ס"ל דאפי' בשעבד בפירוש שעבודא לאו דאורייתא. וצ"ל דבתר שתקנו חז"ל שעבוד אפשר להשתעבד מעצמו בשעבודא דרבנן, ולא יהיו בזה הגדרים של ערבות, אלא כפי רצונו ישתעבד ולכן יגבו גם מהירשים. [ועיין בזה בשערי אור ש"ג פ"ג].

קצא) ושיטת הרמב"ן, דקושית הגמ' היא דמהבריתא מוכח שכשפורע ליתמי כוונתו לחזור ולגבות מהם ולא פורע משום המצוה [וכשטתו - אות קפד - דסברת ר"פ משום דהערב פרע לשם המצוה ופטור אפי' לכשיגדילן] ומשני דכשכתב התקבלתי הוי גלוי דעת שלא פרע לשם המצוה אלא ע"ד לגבות מהיתומים. ויעוי ברמב"ן שמשמע מדבריו דלא גרס כלל בשלמא וכו', והקושיא לתרוויהו.

קצב) והנה לשיטת הרשב"ם מוכח דכשמקבל השטר וכותב התקבלתי הוי מלוה בשטר, ולדעת תוס' והרמב"ן אין לזה מקור. ועי' ברבנו יונה כאן וברא"ש פ' חזקת ס"י יד, ועי' בש"ך [ק"ל סק"ח] ובנתיבות (שם סק"ה). ובביאור הגרי"א שם.

קצג) מבואר בסוגין דכשערב פורע חייב הלוח לשלם לו ואין בזה דין פורע חוב לחבירו דפטור משום דהוי כמבריח ארי. והנה ברמב"ם פכ"ו ממלוה כתב דכ"ז כשנשתעבד הערב ע"פ הלוח, אבל בנשתעבד מעצמו פטור, וגם כשנשתעבד חייב רק כערב קבלן או בפשוט שפרע אחרי שתבעו את הלוח, אבל פשוט שפרע קודם הויכ אדם מן השוק שפורע ופטור. [ע"ש במ"מ שכ"כ בדעת הרמב"ם] ובגרי"א (קל ה') מבאר דמה שחייב הלוח לערב וליכא בזה משום מבריח ארי הוא ע"פ הגמ' ב"ק נ"ח, דבעשה בע"כ ואית ליה פסידא חייב לשלם. וסובר הרמב"ם דאם נשתעבד מדעתו לא מקרי שמשלם בע"כ. אמנם דעת הראב"ד כפי מה שפירשו המ"מ, דכל שנתחייב מקרי שמשלם בע"כ אע"פ שתחלת התחייבותו הוי מדעתו, ע"ש בגרי"א (סק"ו) שמפרש כן.

וע"ש בנתיבות (סק"ד) שמדקדק בסמ"ע שגם להרמב"ם בערב שנשתעבד מעצמו אם פרע אחר שעמד הלוח בדין ונתחייב, צריך לשלם לו. [וכל מה שפטר הרמב"ם בנתערב מעצמו הוא רק בקבלן ששילם ראשון] והטעם דכיון שבלי הערב לא היה המלוה מסכים להלוואה, מקרי שהערב הוא שזיכה ללוח את גוף ההלוואה, וא"כ לא הוי כמצילו מן

ההפסד אלא כמרויחו ממון. וע"ש בגר"א סדן מחמת דהוי נאמר לו לשלם, שמבואר בסי' קכט ס"א ברמ"א דאין בזה משום מבריה ארי.

קצד) הערב לאשה בכתובתה וכו' ידירנה. ולכא' היה נראה דבאמת מעיקר הדין הערב חייב גם כשעושים קנוניא, אלא דכיון שאי"ז ישרות לעשות כן, וכמבואר בגמ' דהוי רשע ערום לכן תקנו שידירנה. אולם יעוי' בנמוק"י שכתב שמא יעשו קנוניא ויפזר המעות ולא יהיב לערב במה שיוכל לגבות ממנו עכ"ל, משמע דבאמת הערב פטור מלשלם, ואמר שנודע שהיתה קנוניא יכול לתבוע הפירעון בחזרה. וצ"ע לפ"ז בסוגין למה קאמר רק דהוי רשע ערום, הרי הוי גזילה, וגם יקשה איך שרי לצורבא מרבנן, וצ"ע.

קצה) אטו כל דמגרש בבי דינא מגרש. והקשו הראשונים דמ"מ נהי דלא גירשה בב"ד מ"מ כשתבוא לגבות כתובתה צריכין ב"ד להדיר. ותירץ הריטב"א דאה"נ אלא דכוונת הגמ' דדילמא יגבה ג"כ הכתובה שלא בב"ד. אמנם הרשב"א דחה זאת, דודאי הערב לא יסכים לפרוע עד שידירוה בב"ד. ולכן מפרש הרשב"א דכל התקנה שידירנה הוא תקנה על הבעל שלא יגרשנה עד שידירנה, דהוא ניהו דעביד קנוניא שבידו לגרשה בין מדעתה בין בע"כ. אבל אחר שגירשה הרי הנידון הוא להדיר את האשה מבעלה [דאילו את הבעל א"א לכפות הדין, דבמה יכפוהו הרי אין לו ענין שתגבה את הכתובה] ולא תקנו להדיר האשה. ובתוס' הרא"ש כאן [וכן נדפס זאת בש"מ עה"ג ערכין כג] הביא דיש מן המורים שהוכיחו מסוגין דאין מדירים בתר גירושין, והרא"ש דחה, די"ל דכוונת הגמ' שיגרשנה בעיר אחרת, ואח"כ כבר לא ידירה משה בר עצרי, שהרי אם ידירנה ישלם לה הכתובה והיא לא תחזור אל בנו, וכיון שבין כך ישלם עדיף ליה שתוכל לחזור אל בנו. משא"כ לפני גירושין ע"י שיכפוהו להדירה לא יגרשנה. והנה בדעת הסוברים דמדירים אחר הגירושין בפשטות כוונתם שמדיר את האשה [וכמו שמוכח מדברי הרשב"א הנ"ל] אולם הגרע"א בתוס' למשניות מדייק מהרמב"ם והשו"ע דאחר גירושין מדירים את הבעל, והקשה ע"ז מהיכי תיתי יסכים הבעל לידור דאיך יכפוהו ע"ז, ותמיד תפסיד האשה.

קצו) אב"א אבא לגבי בריה שעבודא משעבד נפשיה. דעת הרמב"ם דדוקא ע"י קנין משתעבד, והראב"ד סובר דאף בלא קנין [פכ"ה ממלוה ה"ו] ובדעת הרמב"ם כתב המ"מ דהוי כערב לאחר מתן מעות. והקשה עליו באבן האזל דהכא הרי איכא סברא דאכא לגבי בריה משעבד נפשיה ובלי טעם זה אפי' קנין לא מהני וא"כ כשיש סברא זו מ"צ קנין. וע"ש מה שמיישב דהסברא דאבא לגבי בריה רק מפקיע את האסמכתא, אבל אי"ז מועיל בתורת מעשה קנין שתחול ההתחייבות.

קצז) בהא דאמרין בגמ' קבלן הוי. לשון רש"י בגיטין מט: "שהתפיסה בנו מטלטלין לכתובתה והיא מסרתן לידו בתורת קבלנות והחזירתן לבנו". והקשו שם בתוס' דא"כ הוי נשא ונתן ביד, ותירצו תוס' דנ"כ ביד הוא כשהערב מסר ללוה, אבל כאן מסר אביו המעות בחזרה לאשה והיא החזירתן לבעל. וברשב"א שם כתב דכוונת רש"י אינה שממש נתנה לאביו, אלא שכשהחזיקה המעות אמר לה אביו להחזיר ע"ד שיהא קבלן. ומזה הוציא הרשב"א דבכל התחייבות א"אל היות קבלן אא"כ המתחייב התפיס מעות לזוכה ואמר לו הקבלן החזירם לו ואני קבלן. והרמב"ן שם חולק על רש"י וס"ל דבכל גווני הוי קבלן, וכן מדייק המ"מ ברמב"ם (פי"ז מאישות ה"ט).

קצח) בר מערב דכתובה. וכתב הרמב"ם (פי"ז מאושות ופכ"ה ממלוה) דאפי' קנו מידו לא מהני, והראב"ד נחלק ע"ז דקנו מהני. וע"ש במ"מ דדעת הראב"ד דקנו מידו מפקיע אסמכתא. א"כ דלא גרע מערב לאחר מתן מעות שג"כ לא חסר ואפ"ה מהני קנין. ובדעת הרמב"ם כתב המ"מ דכאן גרע מערב לאחר מתן מעות כיון דשם חסר קודם בשעת הלואה אבל כאן לא חסר כלל. ובמחנ"א (ערב סי' א') מיישב דשאני כתובה דהוי מצוה משא"כ ערב לאחר מתן מעות. אכן הלח"מ בה' מלוה דחה תירוץ זה, דהרי לקמן קעה: במצאו תנוק מהני ערב לאחר מתן מעות אע"ג דהוי מצוה.

[ובאמת נראה במ"מ דעיקר הטעם רק משום חסרי הולא משום מצוה, וכמו שדייק הגידו"ת ריש שער ל"ה, ואולם בתוס' גיטין נ. מבואר להדיא דאם אין מצוה, כגון בנעשה ערב לאחר נשואין מהני אע"ג דלא חסר].

קצט) שכ"מ שהקדש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי. והנה בערכין פ' שום היתומים מבואר דלמ"ד דאפשר להישאל על ההקדש נאמן במיגו דמצי לאתשולי, ולפ"ז כתב הרמב"ן דמייירי כאן בהדירה ע"ד רבים דתו אין יכול להישאל. והרשב"א תירץ עוד דמייירי במסרן לגיזבר דא"א להישאל. והוכיח כן (דא"א להישאל בשהגיע ליד גזבר) מנדרים נט דמבואר שם דהא דתרומה לא הוי דבר שיש לו מתירין ע"י שאלה הוא משום שהגיע ליד כהן. [וכבר העיר באמרי ברוך בחו"מ סי' רנ"ה, שלפי מה שפירש בפ"י הרא"ש בנדרים בשם הר"א ממין ליכא ראייה]. ובטעם הדבר שאין שאלה, הביא הש"ך (סי' רנה סק"ו) מתשובת ר"ב אשכנזי דכל מה דמהני שאלה הוא מדין אתי דיבור ומבטל דיבור, אבל כשמסר לגיזבר הוי מעשה וא"א להישאל. [והאחרונים חקרו אם מ"מ מהני שאלה על הזמן שלפני שמסר, דא"א כלל להישאל דכיון שחזק את הדבור תו א"א לאיתשולי עלה]. ובדעת הרמב"ם יש סתירה בזה, עי' בש"ך הנ"ל, ובקצה"ח (שם סק"ג) שהאריכו טובא בזה.

ר) ובר"ן כתובות (נ"ח ב' בדפי הרי"ף) כתב ליישב דכל מה דמבואר בגמ' בערכין דנאמן במיגו דאי בעי מיתשיל, הוא רק בגוונא דהתם שגירש את אשתו ורוצה לגבות כתובתה מן ההקדש, בזה יש לו מיגו שהיה יכול להישאל ולא לגרש. אבל בגוונא דרב הונא כיון דרק מדבר דיבור בעלמא דקיל טפי משאלה, חיישין לקנוניא. ובקצה"ח (רנה ג') הקשה דהא ביבמות פ"ח אמרינן דע"א נאמן לומר דאתשיל על הקדשו מיגו דאי בעי ישאל באמת, ואיך נאמן הרי הוי דיבור בעלמא וחיישין שישקר. ותירץ הקצה"ח דיש לחלק בין אסורים לממונות, דבאסורים נאמן מדין "בידו", ובזה סגי אפי' בדיבור בעלמא כיון דיכול להישאל. אבל כאן הוא דין ממון ובזה בעינן "מיגו", ולמיגו לא סגי כשאומר דיבור בעלמא במיגו דאי בעי מיתשל.

אמנם צ"ע דמ"ש ההקדש ביבמות שכתב הקצה"ח דהוי אסורים, מההקדש בסוגין דהוי ממונות. והנה הש"ש (ש"ו פ"ד) כתב דהא דביבמות לא הוי דין ממון, משום שבהקדש לא דנים על תורת ממון שבו אלא על תורת אסור שבו, והקשה במנח"ב (סי' לו) מסוגין דמבואר שבריא אינו נאמן לומר מנה לפלוני בידי, ולכן מבאר דביבמות לא נאמן באמת להוציא מההקדש, אלא רק להשתמש בזה, דהאסור הנאה יש לו דין איסור. אבל לדברי הש"ש קשה. ועי' בהערות מלוואי חושן משכ"ב.

רא) תוד"ה שכ"מ. קשה לר"י דתפשוט מהכא דאינו חוזר. הב"ח (סי' רנ"ה) תירץ קושית תוס' דאפי' את"ל דאם עמד חוזר אצטריך לטעמא דחזקה אין עושה קנוניא על ההקדש משום דבלא טעם זה דילמא לא חזר בו אלא שלא להשביע את בניו. וחזינן שהבין שקושית תוס' דתמיד תהני אמירתו מדין חזרה, וע"ז תירץ דאם איכא לסברת שלא להשביע את בניו אין גם חזרה. אכן כבר תמה עליו הש"ך (רנ"ה ח') דלא זהו קושית תוס', אלא ביאור קושייתם דלמה לן טעמא דאין עושה קנוניא הא מאחר דל"ש חשש להשביע את בניו [מחמת השטר המקוים, או מחמת שאמר תנו] שוב יהא נאמן במיגו דאי בעי חזר בו, ולמה בעינן לטעמא דאין עושה קנוניא על ההקדש. [וכתב הש"ך ליישב קו' התוס' ע"פ ביאור אחד ברמב"ן דמייירי באומר שיש לפלוני מנה פקדון בידו, דכיון שכן על אותו מנה יש חזקה מה שתח"י של אדם הרי הוא שלו, והוי מיגו נגד חזקה]. ובנתיבות (סק"ב) הקשה ע"ד הש"ך איך מהני לזה מיגו הרי הוי מיגו להוציא. ולכן מייסד הנתיבות דכשהלוה מודה שחייב מהניא הודאתו גם כלפי הלקוחות. אא"כ יש חשש קנוניא. [והיינו דיש לזה תורת הודאת בע"ד כיון דעיקר הנדון הוא כלפיו, וכפל משנתו בבית יעקב כתובות יט ע"ש, ועיין בזכרון שמואל סי' לט שהאריך בזה] וע"י שיכול להשאל שוב אין חשש קנוניא ונאמן מדין הודאת בע"ד. ויעוי' בזכרון שמואל הנ"ל שיי"ל עוד סברא בזה שבכל הודאת בע"ד יש גם אן סהדי שחייב, ולכן בדליכא קנוניא סמכין על האן סהדי. ואולי יל"פ כן גם בתוס' דידן.

רב) בר"י מיגש כתב דבאמת מיירי בשכ"מ שהקדיש, אלא שכיון שהוא בעיא דלא אפשר א"י לחזור בו. ועיין ברמב"ם פ"ז הי"ט מערכין שמשמע ג"כ כר"י מיגש. [ע"ש במגדול עוז, ובכ"מ ולח"מ ובש"ך רנ"ה ח' ואכמ"ל]. והנה הש"ך הקשה דהרמב"ם עצמו בספ"ט מזכיר כתב דשכ"מ שהקדיש ועמד חוזר.

והנה בטעם הדבר דבספק אם חל ההקדש אזלין לחומרא כתב ברשב"א בסוגין דהוי ספק אסורא והחולקים סוברים דדין האסור נגרר אחר דין הממון, [ע"י משכ"ב באריכות בפ' מי שמת אות סב - סו] ולפ"ז באמת צ"ע דברי הרמב"ם. אולם בר"י מיגש כתב "כיון דאקדשינהו קננהו הקדש וכי בעי למהדר השתא הוא דבעי למהדר ולא מצי למהדר ביה אלא בראיה ברורה". ומבואר שכל סברתו רק לגבי חזרה, ולא לגבי אם עמד שאז לא חלה המתנה מעיקרא ואין הממון בחזקת הקדש, כן תירץ הגר"א את דעת הרמב"ם (בסי' רנה סק"ה) וע"י באו"ש פ"ז מאשות ה"י שמבאר זאת היטב, וע"ש שהאריך בכל דברי הרמב"ם.

והנה לשיטת הר"י מיגש מיירי שאמר בשעת ההקדש שחייב לפלוני, ועיין ברמב"ן שלפ"ז הא דאמרינן דאין עושה קנוניא על ההקדש היינו שלא יאמר שום דבר שלא להשביע את עצמו שהוא חס על נכסי הקדש שלא יפסדו [אבל חשש קנוניא ל"ש כאן, דהרי יכול שלא להקדיש כלל].

רג) בר"י משמע דדינא דרב הונא מיירי אפי' בדליכא שטרא, והקשו הראשונים (א) היאך נאמן הלוח נגד ההקדש. (ב) הא אין נפרעים מלוה ע"פ מנכסים משועבדים. ועל קושיא א' תירץ רמב"ן דכיון שאין חשש קנוניא יש נאמנות גמורה. ועל קושיא ב' תירץ דמיירי שאומר שהיה לו שטר ונאבד, ולכן איכא שעבוד נכסים. והגר"א (סק"ה) והקצה"ח (סק"ד) כתבו בדעת הר"י דמלוה ע"פ גובה מהקדש דל"ש בזה פסידא דלקוחות ע"ש.

ובזכרון שמואל ס"ס לט כתב ליישב קושיא א' ע"פ מה שדן שם שהודאת הלוח מהני גם נגד הלקוחות בדליכא חשש קנוניא, - הובא באות ר"א.

דף קעה ע"א

רד) אמר תנו קיימיה לשטריה. רוב הראשונים פירשו דבלא אמר תנו חיישין שלא להשביע את בניו אמר כן, ואין כאן הודאה כלל. אבל בבעה"מ מפרש דלמסקנא הדרין מסברת שלא להשביע, וכל החילוק הוא רק אליבא דרב ושמואל לשיטתם דמלוה ע"פ אין גובה מן היורשים ולכן באמר תנו קיימיה לשטריה והוי מלוה בשטר, אבל בלא אמר תנו הוי מלוה ע"פ ואין גובה מן היורשים.

רה) והנה הר"י פסק דגם במקדיש נכסיו ואמר תנו לפלוני מנה בשטר מקוים מהני [שלא יצטרך שבועה, כמש"כ תוס' ועיין בעה"מ משה"ק ע"ז, וביאר הרמב"ן דע"י החזקה שאין עושה קנוניא על ההקדש נאמן לפטור מהשבועה. והנה בתוס' בסוגין ד"ה הא משמע דהא דאין נפרעין מנכסים משועבדים אלא בשבועה הוא משום דטענין ללוקח שהמוכר היה יכול להשביעו דלא פרעתיך, וכ"ה ברש"י גיטין נ. וברשב"ם לעיל ע', ולפ"ז יל"פ דכאן לא משביעים מאחר שהמוכר עצמו הודה ול"ש טענין. אולם יעוי' ברמב"ן שהוכיח מכתובות פ"ז א' דמבואר שאפי' אם כתב שאין לו זכות להשביע שלא פרעתיך, מ"מ משביעים את הבא לגבות מהלקוחות, ומוכח דליתא לסברא זו. ובאמת בתוס' שבועות מא. הוכיחו מהגמ' הנ"ל בכתובות שאין גדר החיוב שבועה בנפרע ממשועבדים מדין טענין, אלא הוי תקנה חדשה.

רו) בגמ' מנה לפלוני בידי ואמרו יתומים חזר וכו'. והקשה הר"י דהא בסוגיא לעיל מבואר דבדלא אמר תנו חיישין לשלא להשביע את בניו אמר כן. ותירץ דיש לחלק בין אמר בלשון דיתכן דהיתה הערמה לבין אמר בלשון הודאה גמורה. והבעה"מ מתרץ לשטתו - אות רב - דגם בלא אמר תנו הוי מלוה ע"פ ולהלכה גובין מן היורשין.

רז) והנה בתוס' כתבו דהטעם שהיורשין נאמנים משום דיש להם מיגו דפרענו. ומבואר דאפי' בלא אמר תנו נאמנים לומר פרענו. ובש"ך (רנ"ה י') הקשה דזה סותר למה שצידדו בתוד"ה אלא לומר דאינם נאמנים, וכתב הש"ך דצ"ל דזהו גליון ממהרי"ח שסובר אליבא דאמת דאין נאמנים. אולם יעוי' בגר"א סק"ז שמיישב דאה"נ לתירוץ הגמ' מוכח דנאמנים, אלא דתוס' ד"ה אלא הקשו דנתרץ איפכא ולא נימא כתירוץ הגמ' ע"ש.

רח) תוד"ה ורב ושמואל. בביאור תירוצם מצינו כמה דרכים. הקצה"ח (רנ"ב סק"ה) למד מדברי תוס' שכל שחייב מאיזה צד כגון נדר וכדו' לא אמרינן תקנת שכ"מ, ועי' בחת"ס חחו"מ סי' קטו שמפרש דברי קצה"ח משום שמסתמא ע"ד דבריו הראשונים נתן. ובנתייה"מ (שם סק"ג) מבאר דכיון דעל היורשים עצמם מצוה לפרוע חובת אביהם רק שאין כופין אותן, א"כ י"ל שצוואתו שיתנו משום המצוה דרמיה עליהו. [וני"מ בין הקצה"ח לנתיבות בחייב משום נדר, דאין היורשים חייבין לקיים נדרו].

ובשו"ת אגר"מ (חיו"ד סי' קמ"ז) כתב לבאר דכיון שגדר מתנת שכ"מ הוא כירושה ממילא אין שייך זה בפירעון חוב כשאמר השכ"מ לפרוע חובו. משום דאם יעשהו המלוה ליורשו לא יפטר מחובו דהא אז יטול בתורת שלו.

רט) תוד"ה המלוה. והקשה ה"ר יעקב מקורביל א"כ היאך נשבעין במודה במקצת. ויעוי' ביונת אלם סי' י"ד שהביא בשם הגר"ח ליישב קושית התוס' דגם אם שעבודא דאורייתא יש חלוק מדאורייתא בין מלוה בשטר למלוה ע"פ, דבסתם הלואה השעבוד רק מצד ערבות, אבל במלוה בשטר [ר"ל כשמשמעבד בפירוש] הוי מדין קנין שעבוד בקרקע, וא"כ י"ל דכל מאי דהוי כפירת שעבוד קרקעות הוא רק כשיש לו קנין בקרקע, אבל בערבות בעלמא לא הוי כפירת שעבוד קרקעות. ודומה לזה כתב התומים (סי' ק"א סק"ג), ע"ש שהביא דיש ראשונים דס"ל שאם המלוה רוצה דוקא את שעבודו ואינם מסכים ליטול מעות הדין עמו. וכתב התומים דנראה שכ"ז דוקא בשעבד בפירוש דאז הוי קנין שעבוד, אבל בלא שעבד בפירוש הוי רק ערבות ויכול לסלקו בזוזי. והוסיף התומים דיצא לראשונים אלו דין זה מקושית תוס' הנ"ל וע"ז תירצו דכשמשעבד בשטר בפירוש א"א לסלקו בזוזי ורק אז הוי כפירת שעבוד קרקעות. [והנה הגם שבעיקר היסוד הגר"ח והתומים שוים, מ"מ יש חלוק ביניהם, דלהגר"ח עצם זה דהוי קנין שעבוד הוא סיבה שיהיה נקרא כפירת שעבוד קרקעות, ולהתומים רק מחמת שא"א לסלקו בזוזי הוי כפירת שעבוד קרקעות].

דף קעה ע"ב

רי) אמר עולא ד"ת אחד מלוה ע"פ ואחד מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים מ"ט שעבודא דאורייתא. שי' רשב"ם דהמקור לשעבודא דאורייתא הוא מדין משכון ומאן דפליג ס"ל דקרא שלא בשעת הלואתו. ובתוס' הקשו הא במיניה לכו"ע איכא שעבוד, ועוד הקשו דגם אם מיירי שלא בשעת הלואה כ"ש דהוי דאורייתא. והנה על קושיא ראשונה, יעוי' בראשונים כאן [רמב"ן ורשב"א ורא"ש בש"מ] דס"ל דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אפי' מיניה ידידה לא גובין אלא מטעם מצוה. [והמצוה - לדעת רש"י כתובות פו. ילפינן מהן צדק שיהא הן שלך צדק, ושאר ראשונים ילפי לה ומהאיש אשה אתה נושה בו יוציא אליך את העבט].

והנה בפשטות לשיטות אלו אין כלל דין ממוני על הלוח, ורק מצוה בעלמא, אכן בשערי ישר (ה' ב') הקשה ע"ז דא"כ איך שייך להשתעבד ע"י קנין, כדאיתא ב"מ י"ג א' 'בשטרי אקנייתא' והרי הוי קנין דברים, וכמש"כ ביד רמה ב"ב ג'. ולכן כתב הגרש"ש דלכו"ע יש זכות ממון על הלוח עצמו, אלא דלא הוי זכות בנכסים, ולכן אין ב"ד יכולין לרדת לנכסיו [בלי דין כפיה על המצוות] ומשום דלדין כפיה בממון בעינן שיציל עשוק מיד עושקו, וצריך שיהא ממון בעין שלו אצל העושקו, אבל חוב שאינו זכות בממון אלא חיוב משפטי על גופו של לוח לפרוע, ע"ז אין דין כפיה אם לא משום המצוה שבזה. וע"ע בקצה"ח (לט א') ובשערי אור בקונטרס ח"א.

ריא) ובדבר קושית תוס' השנית, מ"ש בשעת הלואה, ומ"ש שלא בשעת הלואה, כתב הפנ"י [בחדושי על הטור סי' לט, נדפס בסוף ח"ג] דראית הרשב"ם אינה מעצם הקנין משכון, אלא ממאי דכתיב בקרא "יוציא אליך את העבט" בה"א הידיעה, ומשמע דהיה לו זכות בנכסים עוד קודם ומכח זה נוטל את העבט, ומזה מוכח שיש לו זכות בנכסים משעת

הלואה. ומ"ד שעבודא לאו דאורייתא לית ליה הך דיוקא, וזהו כוונת רשב"ם "במשכנו שלא בשעת הלואתו" היינו דהקנין חל רק כשזוכה במשכון ולא בשעת ההלואה, ולית ליה הך דיוקא מלשון הקרא "העבוט". [וצ"ב, דדברי הרשב"ם באו סתומים מאד].

ויעוי"ש בפנ"י שכתב לחדש עוד עפ"ז, דהנה צ"ב בלשון הגמ' "מ"ט שעבודא דאורייתא" והרי כבר אמר קודם ד"ת בע"ח גובה וכו'" ומה הוסיף במה שפירש שעבודא דאורייתא. ולכן מפרש הפנ"י דהקרא מיירי רק לגבי המיניה דיש לו זכות מדאורייתא, וזה הכוונה "שעבודא דאורייתא" והיינו מיניה ומקרא דהעבוט וכו"ל, ומזה חידש ר"פ דגם ממשועבדים גובין, דמסתבר שאם יש לו זכות בנכסים יגבו גם מהלקוחות, אך זה אינו מפורש בתורה, וא"ש היטב לשון הגמ'. ולפ"ז דן הפנ"י ד"ל דהגביה ממשעבדי אינה מדאורייתא, אלא יש תקנה מחמת הדין דאורייתא של מיניה שיגבה גם מהמשועבדים ע"ש.

ריב) וביונת אלם סי' יד מבאר ד' רשב"ם באופן אחר. דבאמת הראיה היא מעצם דין משכון, דחזינן שיש שעבוד וקנין משכון וזהו ראייה גם לדין שעבוד נכסים, אלא דהרי כבר כתבו תוס' בכמה מקומות דדין "בע"ח קונה משכון" הוא רק שלא בשעת הלואה, וביאר הגר"ח דשלא בשעת הלואה "דער חוב ליגט אין דעם משכון" והוא קנין מחודש, ומזה א"א להוכיח על שעבוד, אבל במשכון בשעת הלואה הוא כעין שעבוד אלים, ומזה אפשר להוכיח דשעבודא דאורייתא.

ריג) ועיין ברמב"ן וברשב"א דס"ל ג"כ דאפי' מיניה ידידה א"א לגבות למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, אלא רק מדין כפיה על המצוות, וכדאיתא בכתובות פו. (ולתוס' שם קאי על יורשים ולא על לוח עצמו) אלא דנחלקו הרמב"ן והרשב"א אם מדין כפיה על המצוות אפשר גם לרדת לנכסיו, דהרמב"ן כתב דעד שאתה כופהו בגופו אתה כופהו בממונו אבל הרשב"א פליג וס"ל דאפשר רק לכופו בשוטים ולא לרדת לנכסיו.

ויעוי' בחו"ד יו"ד סי' קסא סק"ו, שכתב דכל מאי דיורדין לנכסיו הוא רק מדין לאוים, ולא בכפיה על עשה, [ובזה מחלק בין צדקה שיש לאוים לחזרת רבית דאיכא רק עשה] וצ"ב דהרי כאן הוא מ"ע ואפ"ה יורדין לנכסיו.

ריד) ועיין בזכרון שמואל במכתבים סימן י"ח, שכתב לבאר בחידושא דהרמב"ן דיורדין לנכסיו, דבאמת עצם הדין שיורדין לנכסיו ואין בזה דין גזל אין בזה שום חידוש, דמ"ש לכפותו ביסורים קשים, ומ"ש לכפותו ע"י נטילת ממונו. אלא דחידש הרמב"ן כאן חידוש גדול, דלכאוף נהי שיכפוהו ע"י נטילת הממון מ"מ לא יתקיים בזה שום פירעון, דכ"ז שלא רוצה לשלם אין כאן פירעון, [ונהי דא"ז גזל, דשרי ליטול מדיני כפיה, מ"מ גם קיום מצות פירעון אין כאן] וע"ז בא חידושו של הרמב"ן דע"י דין כפיה משתנים גם דיני הממון ואפשר לזכות את הממון למלוה בתורת פירעון. ולפ"ז יתכן דבהך סברא פליג הרשב"א.

אכן שמעתי לבאר ד' הרמב"ן באופן אחר, דס"ל לרמב"ן דמאחר שבין כך נוטלין ממנו את הממון, א"כ אומדנא ברורה היא שאמר בלבבו רוצה אני, דמה ירויח כשלא ירצה, הרי הממון אינו אצלו. [משא"כ בכפיה בשוטים כ"ז שלא אמר רוצה אני יתכן דעדיף לו להתיישר ובלבד שישאר הממון אצלו].

רטו) והנה הקצה"ח (סי' לט סק"א) הקשה מ"ש דבחוב נחתין לנכיס מדין עד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו, ואילו לענין החזרת רבית קצוצה מבואר ביו"ד סי' קס"א דאין יורדין לנכסיו, ונשאר בצ"ע. ובשערי ישר (ב' ב') ביאר בזה ע"פ מה שייסד דגם אם שעבודא לאו דאורייתא מ"מ יש חוב ממוני, ורק דא"א לכפות ע"ז אם לא משום המצוה - הובא באות רי - ולפ"ז י"ל דכל מאי דמהני לכפותו בממונו הוא רק כשיש לו זכות ממון, ובזה ע"י שתופס זוכה מדיני הממון. וכל הנדון איך שרי ליה לתפוס הרי בזה לא עביד איניש דינא לנפשיה כיון דאין ממון ידידה בעין אצל חברו, וע"ז מהני דין כפיה על המצוות. אבל ברבית שאין כלל חוב ממון לא יכולים לירד לנכסיו דכ"ז שלא אמר רוצה אני עדיין לא נתקיים הפירעון. [וזה אופן שלישי בביאור דברי הרמב"ן, ועי' באות ריד ב' ביאורים אחרים].

ובעיקר קו' הקצה"ח, עי' מש"כ באות ריג בשם החו"ד. ועי' בזכרון שמואל במכתבים סי' י"ח, שכתב ליישב עפ"מ דמשמע בהגה"מ פ"א מהלכות ת"ת דהא דע"י הגביה זוכה בנכסים הוא מדין ערבות. שהנכסים ערבים לקיום

מצוותו, ולפי"ז י"ל דברבית ליכא ערבות. והמקור לזה מדמיעט קרא דהיורשים א"צ להחזיר הרבית, וא"כ בכה"ג תו א"א לירד לנכסיו. [וזה קרוב קצת לדברי השער"י דהכפיה משום דיש איזה זכות ממון].

רטז) ויעו"ש בקצה"ח שהביא מדברי הר"ן דבכפיה על צדקה כופין רק בפניו וביאור הקצה"ח דכיון דלא הוי זכות ממון אלא רק מדין עד שאתה כופהו בגופו, א"כ ל"ש לעשות כן אלא בפניו. ובקוב"ש הקשה דלכא"ו גם במצוה לו יצויר שאפשר לכופו שלא בפניו נכפהו, וא"כ אמאי לא נרד לממונו. ונראה מוכח מזה שהקצה"ח ביאר כביאר השני באות ריד דע"י שירדן לממונו תלינן שרוצה, והוי כאומר רוצה אני, וא"כ כ"ז לא שייך אלא בפניו שיודע ומסתמא רוצה ודו"ק.

ריז) בתוס' הרא"ש (בש"מ) הביא את קושיות תוס', דמה ראייה מעלא דשעבודא דאורייתא הרי מיניה ידידיה ודאי גובין. ומייסד הרא"ש, דעיקר חדושה דשעבודא דאורייתא הוא שמשעת הלואה חל זכות בנכסים, ולכן אפי' אם מכר לא פקעא זכותו, ומאן דפליג ס"ל דיש דין ערבות על הנכסים, ומה שאמר רבה דשעבודא לאו דאורייתא, היינו משום דרבה לשטתו לעיל קע"ג ב', דגם בערב סגי ב"גברא משלימות לך", וכמו"כ כאן שהוא לפנינו א"א לירד לנכסים. ולכן מוכיח שפיר מהא דיש זכות זבורית ש"מ שיש זכות בנכסים [ונראה דהרא"ש ס"ל דדין זבורית הוא זכות ושעבוד ליטול דוקא את הזבורית, ומזה מוכח דאיכא שעבוד או ערבות על הנכסים. וכ"מ ברא"ש בש"מ ב"ק ז. : וכן מבואר בריטב"א כתובות צ"א דיש זכות זבורית]. ולדברי הרא"ש יוצא שגם למ"ש שעבודא לאו דאורייתא, למאי דקי"ל בדף קעג דאפשר לרדת לנכסי ערב, א"כ שם במיניה יגבו בע"כ מדין ערב. והוכחת הגמ' מגבו קרקע יש לו, פירש הראש דערבות לא הוי מוחזק, ורק אם יש קנין שעבוד הוי מוחזק.

ריח) ועי' ביד רמה בסוגיין, שמפרש שר"פ ס"ל שעבודא דאורייתא ואפ"ה הוי שיטה אחרת מעולא, דלעולא הדין שעבוד הוא קנין, ולר"פ הוא ערבות, ונ"מ לענין מטלטלין, דאילו משום קנין שעבוד גם המטלטלין קנויים, ואילו משום ערבות, לא סמכא דעתיה אלא על הקרקע ולא על המטלטלין ואין להם דין ערב דהו"ל כערב שלא בשעת מתן מעות.

ויעו"י בתוס' בע"א שכתבו "דהא דשעבודא דאורייתא היינו ע"פ עדיה אבל ע"פ עצמו לא. וי"ל דהביאור בזה דבלי עדים לא סמכא דעתיה כיון דאינו נאמן לגבות מלקוחות ולכן הוי כמטלטלין. אך יעו"י בקוב"ש שביאר דברי התוס' ע"פ הרמב"ן המובא בראש שבועות ספ"ה אך מלשון תוס' לא משמע כדבריו.

ריט) ובעיקר הנדון אם במטלטלין ג"כ יש שעבוד [שלדעת הרמ"ה הוא פלוגתא מלא ור"פ] עי' בקצה"ח סי' לט סק"א שמביא מהרשב"א סוף קדושין ויש שעבוד על המטלטלין אכן יעו"ש ברשב"א שמשמע להיפך, דכאן דלא סמכא דעתיה לא משתעבד. ולעומת זאת ברשב"א ב"ק צז מבואר כקצה"ח דמטלטלין דיתמי משתעבדי מדאורייתא ועי' מש"כ באמרי בינה דיני גב"ח סי' ב'. בשם תשובת הרשב"א.

רכ) ובתוס' בסוגין משמע דמטלטלין לא משתעבדי, שכתבו דהא דלמדה הגמ' מדין בע"ח דינו בזבורית, ששעבודא דאורייתא, היינו מדנקט זבורית שהוא קרקע, ולא נקט סובין שהוא מטלטלין, ומוכח דרק בקרקע יש שעבוד, כ"כ בקוב"ש.

רכא) תוד"ה ד"ת. במש"כ דמיניה ודאי גובין. עי' קצה"ח שהקשה דבתוס' בב"מ ד: משמע דמיניה לא גובין. שהרי כתבו שם דגם בתר תקנ"ח דמלוה ע"פ אין גובה ממשועבדים, אפ"ה כשי שלו נכסים שעדין לא מכר וועדין לא הפקיעו שעבודם, מקרי כפירת שעבוד קרקעות. וא"כ קשה מ"ש דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא לא מקרי כפירת שעבוד קרקעות, הרי יש שעבוד מיניה. ובע"כ דגם מיניה אין שעבוד. ולכא"ו קושיתו תמוהה, דהרי הדין שגובין מיניה אם שעבודא לאו דאורייתא אינו זכות בנכסים, אלא ברשות הממונית וא"כ לא הוי כפירת שעבוד קרקעות. ואפי' אם נימא דהוי ערבות בגוף הנכסים ג"כ י"ל דכיון דאי"ז קנין לא נחשב ככפירת שעבוד קרקעות. [וכעין מש"כ הרא"ש - אות ריז - דמה"ט לא נחשב למוחזק]. ולכא"ו חזינן בקצה"ח שהבין דאם יש שעבוד מיניה ידידיה הוי קנין בנכסים ואפ"ה נפקע כשימכור, והטעם י"ל עפ"משי"כ בנתיבות (לו יג) לדייק מרש"י בפסחים שכל מה שגובים מלקוחות הוא מפני שאינה ברשותו לגבי למכור להפקיע התביעה. וא"כ י"ל דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא יש לו זכות בנכסים אלא דמ"מ אם מכר נפקעה הזכות. וכן מוכח בראב"ד ככתוב שם. על דף קכה, ע"ש שכתב דמיניה ידידיה יש שעבוד וא"כ בבכור היה צ"ל מוחזק וכל מאי דאינו מוחזק הוא מפני שיכול למכור ולהפקיע ודו"ק.

רכב) והקצה"ח מכח קושיא זו כתב דגם תוס' דידן ס"ל דכל מה שיורדים לנכסיו הוא מדין כפיה על המצוות. אולם יעוי' בנתיבות שם שכתב בדעת תוס' דמדין שעבוד הוא שגובים, [אך יל"ע לדעת הנתיבות אם הוי שעבוד על הרשות הממונית, או דהוי שעבוד בגוף הנכסים, ולשון הנתיבות "דמיניה גובין מדאוריתא, רק דס"ל דמכאן ולהא הוא גובה ולא אלים בשעת השעבוד בקנין, וכשמכר והוריש קודם הגביה שוב אין יכול לגבות מהם", משמע קצת כצד השני]. וכתב הנתיבות נ"מ דבנשטתה לדעת תוס' יגבו ולדעת רמב"ן לא יגבו שהרי פטו רמן המצוות.

רכג) וכמש"כ תוס' ואין נראה לפרש דהאי דמ"ד לאו דאורייתא היינו אפי' מיניה, דהא פשיטא דחייב לשלם ואם אין לו מעות פשיטא דאינו פטור בכך אלא יתן לו סובין או קרקע או ימכר ויתן לו מעות. ומהרש"א מחק תיבת "או" וגרס ימכרם, משמע דס"ל דחייב למכור ולתת דמים, וצ"ע דתוס' בכמה דוכתי כתבו דבע"ח אינו חייב למכור. ובעיקר דברי תוס' משמע שהיה להם ס"ד שחייב לשלם רק מעות ואם אין לו יהא פטור, ועי' בתוס' הרא"ש שצידד אליבא דרבה שאין יורדין לנכסיו מסברת "גברא אשלימית לך", דמ"מ למעות יורדים, וכן למטלטלי אבל לא למקרקעי. והביאור בזה דעיקר החיוב הוא לפרוע מה שקיבל ונמצא דפריעת מעות זהו עצם החיוב, והפריעה משאר נכסים הוא מדין ערבות ועי' שייך טענת גברא אשלימית לך. ולכאוי' זוהי ההו"א בתוס'.

רכד) בגמ' והא אמר רבה גבו קרקע יש לו. וצ"ע דילמא מדרבנן הוא, אחר שתקנו שעבודא דרבנן. וביד רמה כת בדלגבי זה לא תקנו כיון דאין בזה נעילת דלת, וצ"ב דלכאוי' בתר התקנה ממילא הוי מוחזק ואי"צ לזה תקנה חדשה. ובקוב"ש (אות שפו) כתב בזה דהשעבוד דרבנן הוא משום הפקר ב"ד וזה מתחדש רק בשעת טירפא ולא קודם, ולכן הוי ראוי, ולפ"ז יש לבאר דברי הרמ"ה ודו"ק. ובמשנת ר"א שכנים עמי' מח מבאר דהשעבוד דרבנן הוא בגדר ערבות ובערבות לא הוי מוחזק. [ועיקר הסברא דערבות לא הוי מוחזק מבוארת בראש - אות ריז].

רכה) בראית הגמ' מעולא דשעבודא דאורייתא, עוי' אות ריז, ועיין ברמב"ן שמבאר באופן אחר.

רכו) תוד"ה ויתבי. עי' בקצה"ח (לט ו') מש"כ בישוב קושיתם.

רכז) במש"כ התוס' דאפי' שעבדו בפירוש לא מהני למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, כ"ה דעת הריטב"א קדושין יג, ומפרש הטעם משום דאין כזה סוג של מקצת קנין, אבל רש"י שם כתב דמהני ע"י שישעבדו בפירוש, ועי' ברשב"א בקדושין שהאריך בזה.

רכח) ר"י ורשב"ל דאמרי תרויהו מלוה ע"פ גובה בין מן היורשין ובין מן הלקוחות. וקשה ממשנתנו דמבואר דמלוה ע"פ גובה מנכסים בני"ח. וברמ"ה הביא ב' שיטות בזה א' דר"י ורשב"ל מיירו לדיני' דאורייתא, אבל מדרבנן מודו דגובה רק מבני"ח. ב' ויש גירסא "ואין גובה מן הלקוחות", וכ"ה בתור"י דקדושין י"ג. ועי' ברש"ש שרצה לתרץ דמתני' מיירי במקום שיש חשש פרוע וטענינן להו פרוע, ור"י ורשב"ל מיירי בתוך זמנו דאין חשש פרוע.

דף קעו ע"א

רכט) אמר ר"פ הילכתא וכו'. עי' בתוס' משה"ק. ובר"ף תירץ דר"פ ס"ל שעבודא דאורייתא, ומה שאמר גובה מן היורשים שלא תנעול דלת, היינו דמפרש למה ביורשים אוקמיה אדאורייתא, משום שלא תנעול דלת בפני לוין. והקשה הרשב"א הא ודאי ר"פ ס"ל דשעבודא לאו דאורייתא, דהרי אמר לעיל ובכתובות פו דפריעת בע"ח מצוה. ובתוס' הרא"ש כתובות דף פו מיישב, דהא דאמרינן פריעת בע"ח מצוה הוא אצל היורשים, דהשעבוד הוא מדין ערבות למצוה, וכיון דפטורים מן המצוה ליכא ליה וממילא ליכא ערב. אבל כשיש את המצוה באמת יש כבר דין ממון, והא דאמרינן בכתובות דכופין רק מדין מ"ע, הוא באופן שאין לו קרקע, דאז אפשר לגבות רק מחמת המצוה.

רל) עוד הקשה הרשב"א (בקדושין יג) על הרי"ף דלמה בעינן לטעמא דנעילת דלת הרי אם שעבודא דאורייתא, ממילא מסברא גובה מהיורשים וכל זמן שאין סיבה שיפקיעו את השעבוד ממילא קאי על דינא דאורייתא. ותירצו האחרונים (עי' דברי משפט סי' לט, וחמד"ש בקדושין שם, דאחר שתקנו שמלוה ע"פ לא גובה מן הלקוחות שוב לא סמכא דעתיה אפי' על הקרקעות ונפקע השעבוד לגמרי ולכן הוצרכו לתקנה חדשה שיגבו משום נעילת דלת. ועי' בבעה"ת (שער ס"א ח"א דין ג') שהביא מחלוקת בין הראב"ד וחכמי לוניל, דהראב"ד מפרש דביתומים יש את השעבוד דאורייתא, וחכמי

לוניל כתבו אליבא דהרי"ף דהוי רק דרבנן. ועפ"ז מחדשים דמלוה בשטר קודמת למלוה ע"פ משום דשעבודא דאורייתא קדמה לשעבודא דרבנן.

רלא) אולם בבעה"ת שם (ח"ב דין א') הביא מתשובת הרי"ף שהטעם שמלוה בשטר קודמת למלוה ע"פ הוא מחמת שכמו שמלוה ע"פ אין גובה מן הלקוחות, כמו"כ השעבוד ריש למלוה בשטר הוי כלקוחות לגביה. ומדלא פ"י כחכמי לוניל משמע דס"ל דנשאר השעבודא דאורייתא.

רלב) והר"ן פ' מי שהיה נשוי (מובא בב"י סי' קד) כתב דמלוה ע"פ מאוחרת ומלוה ע"פ מוקדמת חולקין, וכתב הב"י ע"ז דדבריו צ"ע, וכוונתו דכיון דקיי"ל שעבודא דאורייתא א"כ יש דין קדימה לכה"פ במלוה ע"פ פנגד מלוה ע"פ. ותיירץ הגרע"א (כתובות בסוגיא דב' שטרות אות ב') והתומים (צז סקכ"א) דס"ל להר"ן דגם כשתקנו שיגבו מהיורשים אי"ז שעבוד גמור אלא רק תקנה בעלמא שיקיימו את המצוה, אבל שעבודא ליכא, ולכן ליכא בזה דיני קדימה. אכן הטור שם פסק דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה ע"פ מאוחרת ומוכח שסובר דיש שעבוד במלוה ע"פ.

רלג) בגמ' הוציא עליו כת"י. ע"י ברשב"א שהביא פלוגתא אם יכול לטעון פרוע. וע"י ברשב"ם דף מ שא"א לטעון פרוע. וע' בקצה"ח (סט ג').