

ל"ח ע"ב

(א) רש"י ד"ה שבועת הדיינים - שהדיינים משביעין ע"י הודאת מקצת הטענה וכו' - יעויין בראשונים שעמדו על הא דקרי לה תנא דמתני' לשבועת מודה במקצת שבועת הדיינים. ונראה מתוך דבריהם שהקשה להם ב' שאלות, דבחידושי הרשב"א כתב דאע"פ שכל השבועות של תביעה שבועת הדיינים הם כשבועת הפקדון בטוען נאנסו או נגנבו, אלו אינן נקראין כאן שבועת הדיינים לפי שכבר פרט כאן שבועה הבאה על ידי כפירה במקצת, וכמשי"כ רש"י. והנה זה יענה שפיר על השאלה האין ייחס תנא דמתני' שם כללי דשבועת הדיינים לשבועה המסויימת דשבועת מב"מ, דהא מבואר מהמשך המשנה דמיירי במב"מ, אכן אכתי יקשה אמאי קרי תנא דמתני' להך שבועה שבועת הדיינים, ולא השם הפרטי דמודה במקצת הטענה. וקושי' דא דן עלה הריטב"א ריש מכליתין, ע"ש שבאר אמאי שם זה נופל במיוחד על שבועת מודה במקצת, ולא על שבועת השומרים או שבועת ע"א. וביאור דבריו, דשבועת הפקדון ביסודו אינו שבועת הדיינים, דשבועת הדיינים פירושו שבועה שהב"ד מחייבין אותו ויסודו הוא מחיוב ב"ד בדן הטוען ונטען. אכן שבועת השומרים היא ביסודה חיוב שיש לו להנפקד כלפי המפקיד ואינו מדיני וחייב ב"ד. ואף היכא דכופר בפקדון, הרי זה מדיני תביעת פקדון וכולו מפרשת תביעת פקדון הוא. וכן שבועת עד אחד לא כתיב ב"י ונקרב אל האלקים אשר פירושו דדין הדיינים להשביעו, אלא גדרו דכמו שבי' עדים מחייבים ממון כן ע"א מחייב שבועה, ע"כ אף זאת לא שייך להקרא שבועת הדיינים, כ"נ לכאורה בביאור דברי הריטב"א.

(והנה ז"ל הריטב"א: והנכון דלתנא משמע לי' דשבועת הדיינים פרטי הוא למודה במקצת דאי משום שבועת השומרים ההיא בכלל שבועת הפקדון נכללת דשבועת הפקדון כוללת כל שבא בעסק פקדון בין שכופר בו בין שאומר שנאנסו בשקר ואילו שבועת עד אחד לא כתיב בה ונקרב בעל הבית אל האלקים דהיינו דיינין דקרא אחרינא נפקא לן מלא יקום עד א' באיש וכו', עכ"ל. וראיתי בשיעורי רבנו יחיאל מיכל שנתקשה בדבריו האין כתב דשבועת השומרים בכלל שבועת הפקדון, הרי שבועת הפקדון הוא לענין קרבן ואילו שבועת השומרים לענין פטור שומרים מחיוב שמירתן ושפיר שייך לפירקין. וכן הקשה מה לנו בשבועת עד אחד במה דילפינן לה מקרא אחר הרי מ"מ בכלל שבועת הדיינים היא, ע"ש מש"כ בזה. ולמשנ"ת בדברי הריטב"א אתיין דבריו שפיר היטב, והדברים באמת מפורשים בדברי הריטב"א, דמה שכתב דשבועת השומרים בכלל שבועת הפקדון היינו לומר דתרווייהו חייבין מהלכות שומרים ותביעת פקדון ואין גדרן דב"ד מחייב השבועה, וכן מש"כ בעד אחד פירושו כן דאילו הוה כתיב דיינים היה מתפרש הדבר דדיינים הם מחייבים השבועה, אך מאחר דלא כתיב דיינים, הוא כפשטא דמילתא דהעד מחייב השבועה.)

ועי' בר"ן על הרי"ף מש"כ בזה. ובאמת מדברי הר"ן (גם בחידושו) נראה כונה אחרת, דמה שנקרא שבועת מודה במקצת במיוחד שבועת הדיינים אינו משום חילוק ביסוד המחייב כנ"ל, אלא משום שדווקא בשבועת מודה במקצת כתיב ונקרב בעה"ב אל האלקים אשר על כן שמו שבועת הדיינים, משא"כ שבועת השומרים שנקרא שבועת השומרים, ושבועת עד אחד משום דלא כתיב בהדיא בתורה (דאילו הוה כתיב להדיא כנראה דהוה אמרינן דהוה בכלל הונקרב לאלהים דשבועת מודה במקצת, כן נראה מדברי הר"ן).

(ב) רש"י ד"ה אין לך בידי אלא פרוטה פטור - שאין ההודאה ממין הטענה שזה טענו כסף וזה הודה לו

נחושת וכו' - הנה פירש למתני' כדברי שמואל דכוונתו דווקא וה"ט דפטור משום דאין ההודאה ממין הטענה, דלרב אין כוונתו דווקא אלא שוה וטעמא דמתני' דליכא כפירת שתי כסף, כמבואר בסוגי' דלקמן דף ל"ט ע"ב. ולעיל פירש מתני' בין כרב בין כשמואל, וצ"ב. עי' בר"ן שעל הרי"ף, ובתו"ט האריך בזה, ע"ש מה שצידד בזה. ועי' ראשונים (חידושי הרשב"א ועי"ר) לקמן דף מ' ע"א שדנו שמה ק"ל בנדון דאי שוה קאמר כשמואל אף דק"ל כרב בשיעור שתי כסף דהוה בכפירה.

(ג) רש"י ד"ה שהוא כמשיב אבידה - שהיה יכול להעזי פניו ולכפור ומדלא העיז הרי הוא כמשיב אבידה שאינו חייב שבועה כדאמרינן במסכת גיטין המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון עולם. מבואר מדבריו דפטור משיב אבידה דהכא אינו אלא מתקנה המבוארת בפרק הנוקין. עי' רשב"א שעמד בזה וכתב דהא דמשיב אבידה פטור משום תקנה אינו אלא היכא דטוענו בריא כגון התם בגיטין גבי כיסין, אך היכא דאינו טוענו בריא כגון הכא פטור מדינא משום מיגו. ועי' תוס' כתובות ד"ח ע"א ד"ה ורבי אליעזר בן יעקב שכתבו דפטור משיב אבידה דאורייתא הוא, ומשום מיגו.

ולכאורה י"ל בדברי רש"י דלא מהני הך מיגו משום דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ולחכי אינו פטור אלא מצד תקנה, ואף דליכא אלא טענת קטן שאינה טענה, מ"מ כיון דסו"ס תובעו ליכא למימר בזה הפה שאסר הוא הפה שהתיר, כמבואר מדברי רש"י פ"ב דכתובות. ולעולם אין הך פטור דמשיב אבידה, אף דנימא דהוי דאורייתא, דומה למיגו לאפטורי משבועה, דמיגו לאפטורי משבועה פירושו דחיוב שבועה מיהא איכא רק דפטורו המיגו, אך משיב אבידה פירושו כמו שביאר מו"ר זצ"ל בשם הגר"ד, דהמחייב דהשבועה הרי היא הדרגא שעל ידי הודאתו, ז"א, דריע טענתו אשר מפאת זה מחייבין אותו ב"ד בשבועה, וכד הוי משיב אבידה לא ריע טענתו כלל, דעל משיב אבידה ליכא דררא. אך בהך מילתא גופא אי פטור משיב אבידה כגון גוונא דנן דאורייתא הוא או דרבנן ישנן לכאורה סתירות בדברי רש"י עצמו, דיעויין מש"כ בב"מ דף ג' ע"א ד"ה מפני מה אמרה תורה וכו' שכתב, וז"ל: ולא חשבו כמשיב אבידה לפטורו שלא כפר בכולו, עכ"ל, הרי מבואר מדבריו דפטור משיב אבידה דאורייתא הוא. אכן ע"ש בדף ד' ע"ב גבי סלעים דינרין דהדר כתב רש"י כמשי"כ בסוגיין דאין פטור משיב אבידה אלא מתקנת חכמים, וצ"ע.

ואולי י"ל בזה, דדווקא בשאלת רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע הוא דהוי משיב אבידה דאורייתא, דיסוד שאלתו לשיטת רש"י בב"מ היא האין איכא דררא דשבועה, הרי משיב אבידה הוא. ועל זה משנינן דהרי אינו משיב אבידה כיון דאין אדם מעיז פניו וכו', ושפיר חייבה התורה שבועת מודה במקצת. וכיון דחייבה התורה מב"מ בשבועה, שוב לא מחלקינן בין היכא דהיה יכול להעזי לבין היכא דלא היה מעיז, דהרי נאמר בתורה חיוב שבועה על כל מודה במקצת (לבד מהיכא דנתמעט), ומעתה אין הנדון אלא אי יש לפוטרו מהאי טעמא שהיה יכול להעזי ולכפור הכל, ובזה הדרך לעיקרא דמילתא דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. ומעתה אין הא דמשיב אבידה אינו נשבע אלא מפני תיקון העולם, כדברי רש"י בסוגיין ושם בדף ד', ועדיין צ"ע בזה. ועי' מש"כ בב"מ עוד כמה מהלכים בזה.

(ד) אין לך בידי חייב - משום דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, כמבואר בבב"ב ד"ו ע"א. ובגליון הש"ס ציין לדברי התוס' גיטין ד"ד ע"א ד"ה לא פש, ע"ש שכתבו דאינו נאמן בזה במיגו לומר

טעניתי ואיני חייב במיגו דמצי אמר פרעתי. ומפשות שונים שכתבו בסתם דלא מהימן במיגו לומר שטעה, משמע דמאי דלא אמרין מיגו הוא משום דהוי טענת טעניתי טענה גרועה דאינו נאמן עלה אפי' במיגו. וראשונים אחרים שם בגיטין כתבו דה"ט דלא מהני מיגו משום דהוי מיגו במקום עדים, אכן מסתימת לשון התוס' משמע כנ"ל.

והנה כתב רש"י לקמן דמ"ב בד"ה חייב (העולה על מתני' דידן), וז"ל: חייב לשלם ואינו נאמן בשבועה שהרי הוחזק כפרן, עכ"ל. מבואר מדבריו דמאי דאינו נאמן היינו משום דהוחזק כפרן, ואילו בסוגי' דב"ב הני"ל מבואר דהטעם הוא דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי. אך פשוט דבעינן לתרווייהו, דאף דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, מ"מ אמאי לא נאמינו דמעולם לא היה לו בידו ושוב לא איכפת לן במאי דמונח במה שאומר דלא פרע, שהרי נאמן לומר שלא היו הדברים מעולם. לזה בעינן לטעם דהוחזק כפרן, כלומר, דבמה שטוען שמעולם לא היה חייב הוחזק כפרן על ידי מה שאמר מקודם הן. אלא דעדיין יש לטעון שתהני טענתו דאין לו בידו למימר דלמעשה אינו חייב לו ממון דלמעשה הרי אומר דלית לי ממון גבי', לזה אמרין דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, ועדיין צ"ע בזה. גם יש לעיין באיזה שבועה מדובר ברש"י שם ומקודם בד"ה נתתי לך פטור.

ה) בפי"מ להרמב"ם - כתב הרמב"ם בא"ד, וז"ל: ולפיכך כשיאמר החזרתיו לך ישבע אותה שבועה עצמה לפי שלא יהא מיגו גורע ממנו שום חיוב לפי שהתנאי במיגו שנטעון מה לו שקר, עכ"ל. מבואר מדקדוק לשונו דלעולם אין מה לו לשקר יסוד דין המיגו, רק דהוי תנאי במיגו. וביאר בזה מו"ר זצוקל"ה דיסוד דינא דמיגו הוא כח הנאמנות או כח הטענה, רק דבעינן לזה מה לו לשקר, דאימתי נותנין לו כח הנאמנות או הטענה, דווקא כד לא בעינן למיחש דדילמא טענתו טענת שקר, אשר לזה הוא דמועיל הך הוכחה דמה לו לשקר לומר דהוי טענה מעליא, ושוב נותנין להך טענה כח ונאמנות מה שהיה יכול לטעון, אשר זהו עיקר המיגו, ודוק.

ו) שהנכסים שאין להן אחריות זוקקין את הנכסים שיש להן אחריות לישבע עליהן - מבואר מפשות לשון המשנה דבמאי דזוקקין נכסים שיש בהן אחריות לא בעינן שיתבע התובע שישבע עליהן אלא ממילא מחוייב לישבע עליהן, ודלא כבגלגול בעלמא. וכן מבואר בדברי הרמב"ם שכתב בפי"ה מהל' טוען ונטען ה"ג, וז"ל: טענו כלים וקרקעות וכו' אבל אם הודה במקצת כלים וכפר במקצתן עם כל הקרקעות מתוך שהוא חייב שבועה על מקצת הכלים שכפר בהן נשבע אף על הקרקעות שטענו עמהן שהכל טענה אחת, עכ"ל. הרי דנאמר במאי דזוקקין יסוד מסויים דהכל טענה אחת. ודין גלגול שבועה הביא הרמב"ם בפי"א מהל' טו"ז ה"ב, ע"ש שכתב, וז"ל: כל מי שנתחייב שבועה בין של תורה בין של דבריהם וגלגל עליו המשביע כל מה שירצה מדברים שאם יורה בהם יתחייב ממון וכו', עכ"ל. ובזה הגדר הוא שהתובע **מגלגל** ע"י מה שתובעו לישבע. ומבואר לכאורה מזה דדין גלגול שבועה בעלמא ודין זוקקין ב' דינים נפרדים הם. והדברים לכאורה צריכים עיון, דתרווייהו ילפינן מחד קרא, ע"י קידושין כ"ז ע"ב דקאמר בהן נשבע אף על הקרקעות את הנכסים וכו' מאר עולא מנין לגלגול שבועה מן התורה שנא' ואמרה האשה אמן אמן וכו', הרי דדין זוקקין ילפינן לה מדין גלגול, ומבואר לכאורה מזה דחד דינא נינהו, וכן מפורש בדברי רש"י לקמן מ"ב ע"א ד"ה חייב שכתב, וז"ל: חייב לישבע אף על הקרקעות על ידי גלגול שבועה דילפינן לה בפי"ק דקידושין מקראי, עכ"ל, וצ"ב.

והמוכרח ומבואר מזה, דבאמת מאי דחשיבא טענת הקרקע חלק מטענת המטלטלין והכל טענה אחת לאו חידושא הוא, דאם אך נימא דשייך חיוב שבועה על דבר שבסודו פטור משבועה פשיטא דבכה"ג הכל

טענה אחת, ואין החידוש הנצרך לזה אלא הך מילתא דשייך חיוב שבועה על מה שבעצם פטור משבועה, אשר זהו דילפינן מגלגול שבועה, דמדחזינן דיכול לגלגל שבועה על איש אחר אשר לא שייך לקנינו וסתירה ילפינן דיכול לגלגל שבועה אף על ענינים אחרים שאינם בכלל עיקר חיוב שבועה ונעשה חייב שבועה עליהו, וממילא דהוא הדין בהא דזוקקין, ולעולם ב' גדרים נפרדים הם דין גלגול שבועה ודין זוקקין, דגדר דין גלגול שבועה הוא שיכול לתבוע אגב עיקר השבועה שבועה גם על ענין אחר, וכל יסוד חיובו הוא מחמת תביעת הגלגול, כדמוכח ד"ז מדברי הרמב"ם פי"ד מהל' סוטה ה"ז דלגלגול שבועה בעינן שיתבע השבועה, וכן דקדק במנ"ח מצוה שס"ה. לא כן גדר דין זוקקין, דיסוד דינו הוא דנכללים הדברים הפטורים בכלל עיקר תביעת השבועה.

והנה נהלקו הראשונים אי אמרין בשבועת גלגול מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ע"י רא"ש ב"מ פרק השואל סי"י שכתב "אבל בשבועה הבא לו על ידי גלגול ולא על עיקר טענתו לא החמירו כולי" האינו שנאמר בה אם אינו יכול לישבע משלם ואע"ג דגלגול שבועה דאורייתא". (ומקושיית הר"י בתוס' שם ד"ה שאלה חצי יום ושכרה חצי יום מבואר דס"ל דשפיר אמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם בשבועת גלגול). אכן יעויין נ"י שם שכתב דאמרין בשבועת גלגול מתוך שאיל"מ וכתב דכן הסכימו האחרונים, ע"ש שהוכיח דאמרין מתוך דהא משנה מפורשת היא לקמן (דף ק') דתנן שני עבדים אחד גדול ואחד קטן וכו' לוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר אינו יודע זכה בגדול ולרב נחמן דאמר מנה לי בידך והלה אומר אינו יודע פטור כי היכי דהוצרכנו דאוקמי' מתני' דהכא בעסק שבועה ה"נ נוקי ההיא בעסק שבועה והיכי משכחת לה עסק שבועה בעבדים גופייהו אפשר דהא אין נשבעין עליהם אע"כ כגון שטענו עבד בכסותו וכדאוקים רב אישינא לקמן וכיון דמודה לי' בחד עבד וחד כסות מחויב שבועה אכסות אחרת שאין מודה לו ואעבד על ידי גלגול ומתוך שאינו יכול לישבע דהא אינו יודע משלם", ע"ש כל דבריו דבגלגול הבא על ידי טענת שמא לא אמרין מתוך. וצ"ב מה יענה הרא"ש לראיית הנ"י.

ובטור סי' ע"ה, י"ח הביא פלוגתא הראשונים בזה, דדעת הרמ"ה דכיון שנתחייב שבועה מן התורה על הכפירה וגלגול שבועה דאורייתא הוא והוא טוען על הגלגולים אינו יודע קרינן ב"י שפיר מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם. וסיים הטור דרא"ש כתב כסברא הראשונה. הרי דבפשות הכריע הטור דלא אמרין בשבועת גלגול מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

אכן יעויין דבריו סי' רכ"ג, ב', שכתב, וז"ל: היו לו שתי שדות אחת גדולה ואחת קטנה או שני עבדים אחד גדול ואחד קטן הלוקח אומר גדול לקחתי וכו' ואם לא יביא ראיה ישבע המוכר היסת וכו' בד"א בשלאר טענו אלא שדה ועבד אבל אם טענו שדה גדולה בעומריה ועבד גדול בכסותו וזה אומר לא מוכרתי לך אלא שדה קטנה בעומריה ועבד קטן בכסות קטן מאותו כסות שהוא טוען נשבע המוכר שבועת התורה על העומרים ועל הכסות ואגב זה נשבע גם על השדה ועל העבד וכו' ואם יש עסק שבועה ביניהם כגון שתבעו שני עבדים בכסותם ומודה על האחד ועל השני אומר אינו יודע מתוך שאינו יכול לישבע משלם, עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דשפיר אמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם בשבועת גלגול, והרי זה סותר למשי"כ בסי' ע"ה. וכבר הקשה כן הדרישה בסי' רכ"ג, ע"ש שכתב בתירוצו הראשון, וז"ל: וי"ל דשאני גלגול שבועה שהיא תביעה בפני עצמה שלא תבעם בפעם א' כהנהו דקאי הליהוה התוס' והרא"ש והטור לעיל וכו' שעיקר התביעה היא השבע לי מיהו דכדרכה מתה והגלגול הוא השבע לי נמי דשכורה מתה משא"כ בטוענו שני עבדים גדולים או קטנים בכסותם והוא מודה לו באחד עם כסותו ועל השני אמר אינו יודע וכו', עכ"ל.

ודבריו מתבארים היטב ע"פ משנ"ת דחלוק הוא דין זוקקין מדין גלגול שבועה, דבגלגול שבועה, אשר גדרו הוא דנלמד דאגב תביעת עיקר השבועה יש לו גם תביעת גלגול, השבועה היא מחמת תביעת הגלגול ולא מחמת עיקר התביעה, ובמה דנתחשש דתביעת גלגול מחייבת שבועה, ס"ל להרא"ש והטור דבשבועה שאינה באה מחמת עיקר תביעתו לא החמירה תורה שיהיה בזה דין מתוך, כלשונו של הרא"ש, אכן בהא דזוקקין נכסים שאין בהן אחריות נכסים שיש בהם אחריות אין הדבר כן, אלא פירושא דמילתא דהנכסים שיש בהם אחריות הם בכלל התביעה דנכנסם שאין בהם אחריות, ואין השבועה המתחייבת בהם מצד תביעה חדשה אלא דהם בכלל עיקר התביעה, וחייב שבועתם מחמת עיקר התביעה, ובתביעה זו שפיר נאמר דין מתוך, ואתיין שפיר דברי הטור.

ולפ"ז אין מראית הנ"י קושי על דברי הרא"ש, דבעבד וכסותו וכדומה הרי זה מדין זוקקין, ובה שפיר מודו דאיכא דין מתוך, ודוק. והנ"י שהקשה, היינו לכאורה משום דס"ל דאף גדר דינא דזוקקין הוא כדון גלגול שבועה, אשר ממילא שפיר ה"ר ממתני דב"מ דאף בשבועת גלגול אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ז) תוד"ה לאתפוס חפצא בידו - תימה דבשבועת העדות וביטוי ופקדון כשהוא מושבע מפי אחרים דהוי דומיא דשבועת הדיינין ליבעי להו אנקוטי חפצא-יעויין תוס' הרא"ש שכתב לתרץ לקושיית התוס', דהא דבעינן לאתפוס חפצא אינו דאורייתא אלא אסמכתא בעלמא היא ותקנת חכמים היא להטיל אימה על הנשבע, ולהכי לא בעינן לאנקוטי חפצא אלא בשבועת הדיינין דהוא משום דררא דשקר, ולא בשבועת ביטוי עדות ופקדון, ע"כ תו"ד¹. ומדברי התוס' דהקשו קושייתם ולא תירצו כן מבואר דס"ל דהך דין דבעינן לאנקוטי חפץ דאורייתא הוא, וכ"כ בקרית ספר להמב"י פ"א מהל' שבועות דמאי דבעינן לאנקוטי חפץ דאורייתא הוא, אשר בזה שפיר הקשו דכיון דבעיקר דין השבועה נאמר דין נקיטת חפץ, כדיבאר לקמן, בכל שבועה דאורייתא כגון זו נימא הכי².

יעויין בדברי המאירי בסוגיין שכתב, וז"ל: יש מי שאומר שטעם חזרה זו היא לפ"ג שחושדין אותו לעבור על שבועה זו הואיל ונראית לו שבועה מדברי סופרים, ומשביעין אותו שבועה הנראית לו כשבועת התורה שלא יעבור עליה. ולמדו מכאן שהחשוד על

שבועת סופרים אינו חשוד לשבועת התורה. ולי נראה שאין זו ראייה, שיש לפרש חזר ומשביעין אותו מפני שלא עשו בו כדינו ואין להם להקל, ואף גדולי המחברים כתבו שכל שבדאי נעשה חשוד לשבועת סופרים חשוד הוא על שבועת התורה, וכן הדין, שהרי בעל עבירה מדברי סופרים חשוד על השבועה כמו שיתבאר בפרק כל הנשבעין, עכ"ל. והני ב' דיעות יש לבאר ע"פ דברי התוס' הנ"ל והרא"ש, דהנה לשיטת התוס' והמב"י דדין נקיטת חפץ דאורייתא הוא, מסתבר דהוא מהוה חלק מעצם הדין מעשה שבועה דבעינן, ואילו לשיטת הרא"ש מבואר להדיא דאין זה דין בגוף החפצא דהשבועה, ולעולם שבועה עם נקיטת חפץ היא אותה השבועה כמו בלא נקיטת חפץ, והא דבעינן לנקיטת חפץ אינו אלא לאיים עליו, שיפחד לשקר בשבועתו. אשר לפ"ז פשוט דס"ל להך דיעה הראשונה שהביא המאירי דאין נקיטת חפץ מעיקר השבועה, רק שיראה לו כשבועת התורה כדי שלא ישקר, ז"א דבלאו נקיטת חפץ חשוד הוא לשקר, אשר מזה הוציאו דינם דחשוד על שבועת סופרים ע"כ דאינו חשוד על שבועת התורה, דהא נאמן בנקיטת חפץ כיון דנראה לו כשבועת התורה. אכן המאירי שפיר דחה דבריהם, והיינו משום דס"ל דהא דבעינן נקיטת חפץ הוא מעיקר דין השבועה ומדאורייתא הוא, אשר מטעם זה הוא דבעי לישבע שוב, ולא משום דחשוד הוא. ואין להקשות דהא סו"ס ספק חשוד הוא על שבועתו הראשונה, והאין יושב שבועה השניה, ראשית, דהא אינו חשוד לישבע לשקר, רק דאין שבועתו הראשונה השבועה שהיה חייב. ועוד, דאפי' נימא דהוי ספק חשוד, ולכאורה כן הוא דהא מדמחייבין לי לישבע עכשיו בנקיטת חפץ מוכח דאכתי איכא דררא דשבועה, ז"א, ספק שמא משקר, ומוכח דחיישין דאף בשבועתו הראשונה שיקר, מ"מ ודאי חשוד לא הוי ויתכן דלמאי דס"ל כשיטת התוס' דפסול חשוד לשבועה אינו אלא דרבנן לא נפסול ספק חשוד לשבועה. (ועי' נתיבות סי' פ"ז שכתב כן ליישב קושיית התומים דאמאי לא נימא מיגו דחשיד אשבועה זו חשיד אשבועה זו כדאמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא). ולדיעה הראשונה, איכא למימר דאף דאינו אלא ספק חשוד, וכשר הוא לשבועה אחרת, מ"מ בנ"ד פסול הוא לישבע בנקיטת חפץ, דהא הך שבועה היא אותה השבועה ממש שנשבע מקודם לכן, ועל זאת השבועה גופא הרי הוא ספק חשוד. אך לדעת המאירי הרי אין שבועה זאת השבועה שנשבע קודם, דשבועה עם נקיטת חפץ הרי היא בחפצא שבועה אחרת משבועה בלא נקיטת חפץ, אשר ממילא שפיר יכול לישבע שוב בנקיטת חפץ, וכנ"ל. ויותר נראה דס"ל ל"יש מי שאומר" בהמאירי דלא כהנתיבות, וספק חשוד באמת פסול לשבועה אחרת, ולכך הוכיחו דחשוד לשבועה דרבנן אינו חשוד לשבועה דאורייתא, וכנ"ל, דס"ל דאין דין נקיטת חפץ אלא משום אימה. וכן משמע ביסוד דבריהם ממאי דכתב המאירי, לאחר שפירש דלא כדבריהם, כדברי הרמב"ם דלעולם מי שודאי חשוד לשבועה דרבנן חשוד אף לשבועה דאורייתא, ולמד כן ממאי דבעל עבירה דרבנן חשוד על השבועה, וזה הרי הוי אף לענין שבועה אחרת, ומשמע דלהיש מי שאומר בכה"ג, דודאי חשוד על שבועה דרבנן, טעמא דכשר לשבועה אחרת דאורייתא הוא רק משום דחשוד לשבועה דרבנן אינו חשוד לשבועה דאורייתא, אך בבי' שבועות דאורייתא פסול אף בשבועה אחרת. וי"ל עוד, וכן נראה, דס"ל לה"ש מי שאומר" דיסוד הדין דנקיטת חפץ בשבועה ומאי דאם נשבע בלא נקיטת חפץ צריך לישבע שוב הוא משום דבלא נקיטת חפץ מניחים שישבע שקר, והרי זה יותר מספק חשוד, ולעולם י"ל דשפיר ס"ל כדברי הנתיבות דספק חשוד אינו פסול לשבועה, אשר ע"ז שפיר דחה המאירי דאין זה הביאור במאי דצריך שוב לישבע אלא ה"ט משום דלא נתקיים דין השבועה כתיקונה, ולעולם אינו אלא ספק חשוד אשר אינו פסול.

¹ וביאור דבריו, דלדוקא בכוון כפירת ממוז הוא שחוששין שישבע לשקר ולזה צעין האיום, משא"כ בשבועת ביטוי וכדומה. ובשבועת הפקדון דאיכא נמי כפירת ממוז, לכאורה ז"ל על דרך שכתב הרש"ש בסוגיין דכאמת לזה צעין נקיטת חפץ, ואין הגידון כאן אלא לענין חיוב הקרבן עבר מה ששיקר, ע"ש. ועי' בתו"ח שייש קושיית התוס' באופ"א דומה לדברי הרש"ש, דבשבועת העדות והפקדון אין הגידון אלא אחר שגשבע לשקר דמתחייב קרבן, ואין הגידון בשעת השבועה, אשר לזה לא צעין נקיטת חפץ, משא"כ במודה במקלף הרי השבועה בשעת מעשה, אשר בזה הוא דבעינן נ"ח. ואף לדבריו ז"ל דהגידון בשבועת הפקדון הוא לענין קרבן.

² ומה שכתבו התוס' דאיכא בשבועת העדות ושבועת ביטוי מושבע על ידי אחרים, וכן מה שהגיהו דהוא דומה לשבועה דידן דהוי מושבע על ידי אחרים, ז"כ לכאורה, ללא מלכא מושבע על ידי אחרים אלא בשבועת העדות ובשבועת הפקדון דלפנין מינה בתחטא תחטא, אבל לא בשבועת ביטוי, ואף שבועה דמשנתנו אינה מושבע על ידי אחרים. וכבר העיר בכל זה רש"ש, ע"ש שכתב דע"כ דכונת התוס' במש"כ דהוא מושבע על ידי אחרים אינו אלא לאחרים תובעים אותו.

וכן משמע באמת מדברי המאירי דדין נקיטת חפץ דאורייתא הוא, דכתב דשבועה דמתני' לא בעי שם המיוחד, ואע"פ שבאברהם נאמר ואשבעך בד' וכו' כבר חזרה תורה לומר ובשמי תשבע, דאלמא דיסוד גדרי הך מעשה שבועה דאורייתא הוא, וממילא כיון דלענין נקיטת חפץ לא חזרה התורה לומר דלא בעינן לה, שפיר קיים דין נקיטת חפץ כחלק משבועת התורה דמב"מ, וכמשנ"ת.

והנה בשערי שבועות שער ג' כתב בא"ד, וז"ל: וגם התקינו נטילת חפץ ביד הנשבע במקום הזכרת שם המיוחד ואין ב"ד רשאים לשנות ואם שינה להחמיר והזכיר שם המיוחד או שינה להקל ולא נטל חפץ ביד מחזירין אותו עד שישבע כדרך תקנת חכמים בנטילת חפץ ובשמיעת אלה מפי המשבע וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו דאף דהא דבעינן נקיטת חפץ תקנת חכמים היא, ודלא כמש"כ המבי"ט, מ"מ מהוה נקיטת חפץ חלק מעצם צורת השבועה, דהא כתב דהוא במקום השם המיוחד ואפי' היכא דהחמיר ונשבע בשם המיוחד מ"מ חוזר ונשבע, והוא דלא כהרא"ש והדעה הראשונה בהמאירי. ומבואר עוד מדבריו דיסוד תקנת נקיטת חפץ יש לו קשר לדין שם המיוחד, דתיקנו נטילת חפץ ביד הנשבע "במקום שם המיוחד", אשר גם מזה משמע דהוא דין בעצם השבועה.

ושיטת הרמב"ם בזה, עי' מש"כ בפי"א מהל' שבועות ה"ח, וז"ל: ושבועת הדיינין בין שהיתה של תורה או של דברי סופרים בין על טענת ודאי בין על טענת ספק כך היא הנשבע אוחז ספר תורה בזרועו והוא עומד ונשבע בשם או בכינוי וכו', עכ"ל. הרי דבין בשבועה הבאה על ידי טענת ודאי בין בשבועה הבאה על ידי טענת ספק פסק הר"מ דבעינן נקיטת חפץ. ובהט"ו כתב, וז"ל: כל מי שיתחייב שבועת הדיינין שהיא על ידי טענת ודאי וכפירה בין שהיתה מדברי תורה בין שהיתה מדבריהם מאיימין עליו כמו שיתבאר וכל מי שיתחייב בה בטענת ספק בין מן התורה בין מדבריהם אינו צריך איום, עכ"ל, הרי דאין מאיימין בשבועה הבאה על ידי טענת ספק, ואפי"ה ס"ל להרמב"ם דאף בשבועה הבאה על ידי טענת ספק נשבע בנקיטת חפץ, אשר מבואר מדבריו דהא דבעינן נקיטת חפץ אינו מדין איום, ודלא כדברי הרא"ש והני ראשונים דס"ל כוותי'.

ויע' עוד בהאי עניינא לקמן אות ח'.
ח' רש"י ד"ה דאשבע בד' אלקי השמים - נעשה כטועה בדבר משנה וכו' ולא אמרינן מה שעשה עשוי וישלם מביתו - ואילו היה חשוב כטעות בשיקול הדעת, היה הדין המחוייב שבועה פטור והדיין חייב אם נשא ונתן ביד. וכדבריו כן פסק הרמ"א בחו"מ סי' פ"ז ס"ג, ע"ש. ויש לעיין לכאורה אמאי היה חייב, נהי דלא נשבע המחוייב שבועה כדינו, מ"מ אכתי אין ברור שהפסיד הדיין לבעל דין האחר, דשמא היה שפיר נעשבע אפי' עם ס"ת. והטעם בזה לכאורה, דשפיר חשיב שהפסידו, דכיון דשבועה בלא ס"ת לא מהניא, ע"פ דין הרי אין הנתבע פטור, דינא הוא דהיכא דלא נשבע חייב הוא, ומדפטור הדיין ואין הדין חוזר חשיב שפיר שהפסיד לתובע, וכ"כ בשער משפט סי' כ"ה סקט"ו, ע"ש.

אכן יעויין ברמב"ם פי"א מהל' שבועות ה"א שכתב, וז"ל: הדיינין שהשביעו בלא נקיטת חפץ בידו הרי אלו טועין וחוזר ונשבע וספר תורה בידו וכו', עכ"ל. ומבואר להדיא מדבריו דמאי דאמרו בסוגיין דהוי כטועה בדבר משנה אין הכונה לענין דלא אמרינן מה שעשה עשוי כטעות בשיקול הדעת, אלא נאמרו הדברים לענין שהב"ד משביעין אותו שוב, ולא אמרינן דליסיגי בשבועה הראשונה שבלא נקיטת ס"ת. וכ"ה גם בחידושי הרשב"א, ע"ש. ויתכן דס"ל דהא פשיטא דלא שייך הכא למימר דיתחייב כדין טעות בשיקול הדעת מטעם הנ"ל.

והנה הביא הר"ן דברי תשובת הר"ף שלמד מסוגיין דמי שהיה כופר בכל והשביעוהו היסת בלא נקיטת חפץ ואח"כ בא עד אחד חוזרין ומשביעין אותו בנקיטת חפץ דכיון דאמרינן הכא דאם נשבע בלא

נקיטת חפץ חוזר התם נמי חוזר. ומאי דלא פשיטא לי' מסברא שצריך לישבע שוב משום דמה שנשבע קודם הרי לא היה חייב אז שבועת הדיינין כלל אלא שבועת היסת, היינו משום דס"ל דכיון דסו"ס הרי נשבע על אותה הטענה שוב אין מחייבין אותו לישבע³. ומה שהוצרך לראיה דחוזרין ומשביעין אותו ואינו פשוט דצריך שוב לישבע כיון דהא בעינן נקיטת חפץ, היינו משום דהיה אפשר לומר דאף בלא נקיטת חפץ שפיר הוי שבועה, ובפרט אי נימא דיסוד מאי דבעינן נקיטת חפץ הוא משום איום ולא מצד עצם החפצא דהשבועה, אלא שנלמד ממאי דבסוגיין חשיב בלא נקיטת חפץ כטעות ומעכב הוא בשבועה וצריך שוב לישבע, דה"ה היכא דנשבע קודם היסת בלא נקיטת חפץ לא חשיבא שבועה לענין שבועת ע"א. ובעצם אפשר לבאר הא דחשיב טעות וצריך לישבע שוב ב' אופנים, או דהחידוש הוא דלעולם הוי נקיטת חפץ דין בעצם החפצא דהשבועה, או דאף דאינו אלא משום איום, מ"מ מעכב הוא ובלאו הכי לא נתקיים חיוב השבועה, ותליא הך מילתא דפלוגותא הראשונים הנ"ל באות ה' ביסוד דין נקיטת חפץ דבעינן.

ט' רש"י ד"ה ת"ח - די לו לכתחלה בתפילין מפני כבודו. נראה פשוט לדבריו הא דת"ח לכתחלה לא בעי אלא תפילין אינו אלא למאי דק"ל דלא כרב פפא, דאילו לרב פפא דנקיטת ספר תורה דווקא מעכבת, וכי משום כבודו דהת"ח נימא דאינה מעכבת, והרי זה כעין מאי דהוכיחו הראשונים לעיל פרק שבוות העדות דדין עמידה בעדים ע"כ דאינה מעכבת, דאילו מעכבא האיך שרינן לכתחילה בת"ח בשיבה, ועד"ז הוכיח גם הריטב"א בסוגיין דדין עמידה בשבועה אינה מעכבת מהא דת"ח לכתחילה בשיבה.

אכן יעויין בתוד"ה האי דינא וכו' דהקשו מהא דהשביע אברהם את אליעזר במילה ותיירצו בתירוץ הראשון דהא אמרינן בסמוך דת"ח לכתחילה בתפילין, והרי העמידו קושייתם לדברי רב פפא דנקיטת ספר תורה מעכבת, ומ"מ תירצו דת"ח לכתחילה בתפילין, ומוכח מדבריהם דהא דת"ח לכתחילה בתפילין נאמר אפי' לדברי רב פפא, וצ"ב כנ"ל. ומוכח מדבריהם דאין הא דשרינן לכתחילה בתפילין לת"ח משום כבודו כדפירש רש"י, אלא לעולם מטעם אחר הוא. ולכאורה ביאורא במילתא הוא דמה דמעכבת נקיטת ספר תורה לדברי רב פפא ס"ל להתוס' דהוא מדין איום ולא מצד עצם החפצא דהשבועה, אשר ממילא בת"ח שהוא ירא יותר משבועה מעם הארץ, אמרינן דסגי באיום דתפילין ולא בעינן דווקא ס"ת. וראיה לכאורה דאכא שיטה הסוברת דמאי דשרינן בת"ח בנקיטת תפילין הוא משום דסגי לי' באיום דתפילין ולא משום כבודו, ממאי דהביאו הריטב"א והטור בסי' פ"ז דעת מהר"ם דהא דשרינן לכתחילה לת"ח בתפילין הוא דווקא בפעם הראשונה (אשר זהו פירוש לכתחילה לשיטתו), וע"כ דביאורו הוא דבפעם הא' אמרינן שפיר דסגי לי' באיום דתפילין, אך בפעם הב' כיון דחזינן דהוא מרוגל בשבועות הרי הוא ככל אדם, וכן פירש בזה הב"ח, דאילו משום כבודו מ"ש פס' א' מפעם הב', וז"פ. אכן אין הדבר מוכרח ואדרבה, מדברי

³ ולכאורה מאחר דס"ל דהוה מהני שבועה שנסבע קודם שנתחייב שבועה לאורייתא מוכח דקפץ ונשבע ג"כ שבועתו שבועה, דהא הכא כנסבע שבועת היסת דרבנן עדיין לא נתחייב שבועה לאורייתא, וללא כדברי הרשב"א ד"ק ק"ז ע"א בשם הר"ח דקפץ ונשבע לא מהני, ואמרו לי שכ"כ החזו"א. ואפשר ליש לחלק, דאי נימא להסכרון בקפץ ונשבע אינו מאי דנשבע השבועה קודם שנתחייב בה, אלא משום דעד כמה שקפץ ולא השביעוהו שבועה זאת לא חשיב שבועה, בזה איכא למימר דנשלמא היכא דקפץ ונשבע כיון שלא השביעוהו לא חשיב שבועה, אבל כנ"ל שחייבוהו להשבע שבועת הסית, שפיר הויא שבועתו שבועה, ול"ע בזה.

הריטב"א משמע דלא כזה, שכתב בסוף דבריו דלא נילך בתר כבודו בפעם הב', דמבואר דמאי דבפעם א' אין צריך ס"ת הוא משום כבודו, והחילוק שבין פעם א' לפעם ב', דבפעם א' שאינו רגיל להיות בב"ד חיישינן לכבודו, אבל כשבא כבר פעם ב' ונתחייב שבועה, תו לא חיישינן לכבודו אלא משביעין אותו בס"ת.

אמנם אכתי לא סגי בהכי לבאר דברי התוס', דהא מדבריהם לעיל בד"ה לאתפוש חפצא בידי מבואר דס"ל דהא דבעינן לאתפוש חפצא יסודו הוא מדין עצם החפצא דהשבועה ולא מדין איום, דאילו היה מדין איום היה אפשר ליישב קושייתם כמו שיישבה הרא"ש ושאר הראשונים (עי' ריטב"א), אשר לפ"ז הדק"ל האריך שייך לומר לדברי רב פפא דשרינן לת"ח לכתחילה בתפילין. ואשר מוכרח ומבואר מזה, דמדין עצם החפצא דהשבועה אף לדברי רב פפא הוה סגי בכל אדם בתפילין, והא דמצריך רב פפא לעיכובא דווקא ס"ת הרי זה מדין איום אף לשיטת התוס', אשר ממילא שפיר שייך לומר כנ"ל דבת"ח התירו אף לכתחילה בתפילין אף לדברי רב פפא, וכמשנ"ת. עכ"פ מוכח מדברי התוס' דלא כפירש"י, ודוק.

(י) תוד"ה האי דיינא דאשבע בתפילין וכו' - עי' מש"כ לעיל אות ט'. והנה מתירוצם הראשון של התוס' מבואר דליכא חילוק כלל בין תפילין לבין מילה, דהא אף ת"ח לא התירו אלא בתפילין ובשבועת אברהם לא היה אלא מילה, אע"כ דעיקר מאי דבעינן הוא חפצא של מצוה, ובזה שוין תפילין ומילה. ולפ"ז סגי לכאורה גם בציצית, וכבר דנו הראשונים בזה, עי' ריטב"א ומאירי שרצו להשוות ציצית לתפילין בדין זה אלא שדחאוהו. והנה כתב הרמב"ם פ"א מהל' שבועות ה"א, וז"ל: הדיינים שהשביעו בלא נקיטת חפץ בידו הרי אלו טועים ואם אחז תפילין בידו והשביעוהו אינו חוזר ונשבע שהרי אחז תורה בידו וכמו ספר הן וכו', עכ"ל. ומדהאריך וכתב כד אחז תפילין הרי אחז תורה בידו וכמו ספר הן מבואר דס"ל דהא סגי בתפילין אינו מפאת היותן חפצא דמצוה אלא מצד דין ספר שבהם ודלא כדברי התוס'. ולדברי הרמב"ם מוכח כשיטות הסוברות דלעולם לא סגי בציצית. והריטב"א כתב דדווקא תפילין משום שיש בהם אזכרות והוה כתב קדושה וה"ה חומשים שלמים דאית בהו קדושת כתב, ומהאי טעמא כתב דלא מהני ציצית, והוא כמו שדייקנו מדברי הרמב"ם. ומאי דאברהם השביע במילה כתב דהוא משום דהיה קודם מתן תורה, אבל לאחר מתן תורה ניתנה תורה ונתחדשה הלכה.

והנה בתירוצם הב' תירצו התוס' דכיון דעדיין לא נצטוו יותר הוי כספר תורה לגבייהו. והא דפליג נתיירצא קמא יש לבאר ב' אופנים, ד"ל דס"ל להך לישנא דהתוס' דמאי דסגי בתפילין הוא ע"ד שכתב הרמב"ם, דאף תפילין כמו ספר הם, אשר לפ"ז לא סגי בתירוצא קמא, דהא אף תפילין לא היו שם, ולזה חידשו התוס' דאף דתפילין דווקא, ואפי' בת"ח, מ"מ זה אינו אלא השתא אף כיון דעדיין לא נצטוו יותר שפיר הוה סגי להו במילה. או י"ל באופן אחר, והוא ע"פ המבואר לעיל באות ט'. דע"כ דס"ל להתוס' בתירוצם הראשון דבדין נקיטת חפץ אשר הוא חלק מעצם השבועה אף רב פפא מודה דסגי בתפילין, והא דבעי ספר תורה דווקא לעיכובא הוא משום אימה, ויתכן שהוא דרבנן. אשר לפ"ז י"ל דס"ל להת"ה הב' דלא כיסוד זה, ולעולם ספר תורה לעיכובא לרב פפא מדין נקיטת חפץ כמו תפילין לדידן, אשר לפ"ז יהא מוכרח דמאי דאמרין דת"ח לכתחילה בתפילין הוא דווקא למאי דלא ק"ל כרב פפא, ולהכי הוצרכו התוס' לומר דלדידהו ע"כ דהיה מילה כס"ת כיון דעדיין לא נצטוו בס"ת.

ואיך שנאמר, יש לעיין בתירוצם הב' של התוס', דאף שי"ל מסבירא דיסוד הדין הוא קדושת השם המונחת בס"ת או בתפילין, אלא דבשבועת אליעזר כיון דעדיין לא נצטוו לדידהו לא היה חפצא דקדושת השם יותר ממילה ע"כ הוה סגי להו בזה, מ"מ הרי מקור דין זה

דבעינן נקיטת חפץ הרי הוא משם, ומהיכי ייתי דנימרא דיסוד הדין הוא דין תפילין או ס"ת רק דלהו הוה סגי במילה ולא נימא דאין גוף הדין מחייב יותר ממילה, וז"א, חפצא דמצוה. ואפשר ד"ל, דהא בקרא כתיב ואשביעך בדי', אשר הוה ס"ד למימר דבעינן דווקא שם המיוחד, ולרבנן אמרינן דלא בא אלא לומר דהא דהיה שם נקיטת חפץ דמילה הוא לעיכובא מצד קיום דין ואשביעך בדי' דבעינן. אשר לפ"ז י"ל דקרא דואשביעך בדי' מחייב שיהא מציאות דשם די' בחפץ, אשר לפי פשוטו הוא זה דווקא בס"ת או בתפילין דהוי כספר, כלשון הרמב"ם הנ"ל, והא דלמעשה החפץ דהתם היה המילה, זהו משום דכיון דעדיין לא נצטוו בס"ת ובתפילין, לא היה שייך חפץ אשר שם די' בו יותר מחפצא דמילה, אך לעולם יסוד הדין הנלמד הוא דבעינן חפצא דשם די' בשבועה, אשר ממילא מאחר שנצטוו במצות תפילין וס"ת ודאי דבלאו הכי לא סגי דזהו כפשטא דקרא דואשביעך בדי', דדרשינן נקיטת שם די', ועדיין צ"ע בזה.

(יא) יעוין ברי"ף ריש פירקין דהביא דינא דר' חייא קמיתא פ"ק דב"מ מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידין אותו שיש לו חמשים משלם חמשים ונשבע על השאר שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים. ועי' ברי"ן שהקשה למאי דק"ל דשעבודא דאורייתא האריך נתחייב שבועה, הא הוי שעבוד קרקעות שאינו נשבע עליהם

ותי' שלעולם אין העדים מעידים דאכתי חייב לו, דבכה"ג ודאי דהוי שעבוד קרקעות, אלא מיירי דמעידים שהלוה לו, ע"ש בדבריו. שוב הקשה ממב"מ גופי' האריך חייב שבועה אי שעבודא דאורייתא, והביא בשם התוס' דמיירי שאין לו קרקע, או לדברי התוס' לעיל ל"ז ע"ב דמיירי שמחל השעבוד. ובסוף דבריו כתב הר"ן דלמאי דתקנו דאין מלוה ע"פ גובה מנכסים משועבדים שפיר איכא חיוב שבועה, דשוב לא הוי שעבוד קרקעות. ועי' רמב"ן לעיל דל"ז ע"ב.

והנה כל זה לשיטת התוס' והר"ן אכן יעוין חידושי רבנו חיים הלוי הל' שבועות פ"ח ה"ג דשיטת הרמב"ם אינו כן, ואף אי שעבודא דאורייתא אין בזה פטור דשעבוד קרקעות דלעולם איכא ב' דברים, עצם החוב, שאינו קרקעות, והשעבוד נכסים שבו, ועיקר הטו"ן הוא עצם החוב שהוא על הגברא ואין דינו כקרקע ע"כ שפיר אית בזה חיוב שבועה. ולשיטתו לא יקשו כלל קושיות התוס' והר"ן. ומאי דלא אמרינן הכי במלוה בשטר אלא חשבי שעבודת קרקעות, כתב הגר"ח דהיינו משום ד"שטר יש בו דין הקנאת שעבוד ע"כ זהו דמשוי לי' לעצם החוב שיהא בכלל שעבוד קרקעות". ובגליונות החזו"א כתב "צ"ע מה חילוק יש בין מלוה ע"פ למלוה בשטר למ"ד שעבודא דאורייתא הלא גם כסף קונה קנין שיעבוד ומה לי קנין כסף מה מה לי קנין שטר". ונראה פשוט דאיברא ודאי קונה הכסף את השעבוד נכסים, אלא דמ"מ שאני שטר דנעשה עצם החוב שעבוד קרקעות, כלשון הגר"ח, והכונה, דמעוה החוב כמונחים בשטר, ושטר יסודו גביה ממשועבדים. ועכ"פ יתכן דכקושיית החזו"א כן ס"ל להר"ן ודעמ"י שהקשו, דס"ל דלא שניא כסף למאן דס"ל דשעבודא דאורייתא משטר, והו"ל שפיר ליחשב שעבוד קרקעות.

ובחידושי הרמב"ן לעיל דל"ז ע"ב הביא בין הדברים ביאור הדומה לזה של הגר"ח, אלא שחילק בין העדאת עדים לשטר באופן אחר, ע"ש שכתב, וז"ל: ויש מי שאומר דבעדים אע"ג דאיכא שעבוד קרקעות איכא נמי שיעבדו מטלטלין ומיחייב אבל שטרא משום קרקעות הוא דכתבי לה אינשי דשטרא למטלטלי לא כתבי ועיקר שעבודא אמקרקעי וכמאן דתפיס להו דמי הילכך כי קא תבע מקרקעי תבע אבל מלוה על פה לא דהא איכא נמי שיעבוד מטלטלי ואין טעם זה מחזור, עכ"ל.

ובגוף תי' הר"ן לקושייתו מהעדאת עדים דהוי שעבוד קרקעות כתב, וז"ל: אלא הב"ע כגון שהעדים אינם מעידים אלא שהלוהו דמלקוחות לא גבי דטענינן להו

דלמא פרעי' ומיהו מיני' גבי ומי' נשבע שכיון שאמר אין לך בידו כלום כל האומר לא לויתי כאילו אמר לא פרעתי דמי ולקוחות לא מיחייבי בהכי דאינהו לית להו למסמך אטענתא דיד' אלא אמרי דלמא לוח ופרע, עכ"ל. ויש לעיין בדבריו, דכיון דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, הרי איכא הודאת בעל דין דכך' עדים דמי דלא פרע לא, ואמאי לא מיחייבי לקוחות בהכי, והרי בהמשך דבריו הקשה הר"ן דכל מב"מ הוי הודאה בשעבוד קרקעות אי שעבודא דאורייתא, ומבואר דע"פ הודאת בע"ד שפיר גובין מן הלוקחות, וצ"ב.

ואולי אפשר לומר בזה ע"פ מה ששמעתי ממורי' לדיק בשיתות כמה ראשונים דהא דנלמד מאשר יאמר כי הוא זה הודאת בע"ד כק' עדים אינו אלא בזמן שהודה בפירוש אבל אם לא הודה בפירוש אלא דאמר דבר שממנו מובנת ההודאה, לא נתחדש בזה הודאת בע"ד כק' עדים דמי ולא אמרינן אלא דע"י טען כבר דלא לוח מעולם שמוכן מזה דלא פרע, שוב נשללת ממנו האפשרות לטעון פרעתי, דלגבי עצמו שפיר נאמן דלא פרע, אך אן לא ידעין לה מזה, כיון דלאו כק' עדים דמי. ואם כנים הדברים אתיין שפיר דברי הר"ן, דלגבי עצמו דנשלל ממנו אפשרות טענת פרעתי, ודאי דגבי, אך כיון דליכא עדים דלא פרע לא מגבינן ל' מלקוחות.

אכן יעויין בדברי רש"י לקמן דף מ"א ע"ב דמבואר מדבריו דשפיר איתא לדינא הודאת בע"ד כק' עדים במאי דאמרינן דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי, ודלא כמו שכתבנו בהר"ן, והר"ן יתכן דפליג וס"ל כנ"ל. ומצינו פלוגתא הראשונים בנקודה זאת, והיא בכתובות ק"ט ע"ב בהא דאיתא במתני' דמי שמערער על השדה ושוב עשאה סימן לאחר שוב אינו נאמן, ואיתא התם בגמ' דאם אח"כ אמר חזרתי ולקחתי נאמן, וע"ש בפי' רש"י שכתב דהא דנאמן אע"פ שכבר הודה על ידי שעשאה סימן לאחר ונעשה השני מוחזק הוא משום דהפה שאסר הוא הפה שהתיר. אכן יעויין שם בתוס' רי"ד שהקשה על פירוש רש"י דלא שייך התם הפה שאסר, דלא אמרינן הפה שאסר הוא הפה שהתיר אלא היכא דאמר תרווייהו באותו זמן, ולכך פירש באופן אחר, דהא דאינו נחשב השני כמוחזק הוא משום הני עדי אבהתא דאית ל' להאי, ואע"פ שמה שעשאה סימן לאחר הויא כהודאה, מ"מ הרי לא הודה בפירוש ושפיר נאמן בטענה אחרת. ומבואר מדבריו היסוד הנ"ל, דאם אך לא הודה בפירוש, נהי דנאמן לגבי עצמו לענין דינא דשוב א"א לומר שלא לקחה זה מאבותיו, מ"מ דינא דכך' עדים, אשר הוא דין נאמנות בב"ד, ליתא אא"כ הודה בפירוש, אשר ממילא אם אמר חזרתי ולקחתי שפיר נאמן ואין השני נחשב מוחזק, דהרי בכדי שיחשב ההוא מוחזק בעינן שיהא לו נאמנות בב"ד ע"י שטר או ע"י חזקה, והא דעשאה זה סימן לאחר אינו נאמנות בב"ד כיון דהרי לא הודה בפירוש, וכנ"ל. ומדברי רש"י דלא פירש כן והוצרך להא דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, מבואר דפליג אסוד זה וס"ל דאף היכא דלא הודה בפירוש, אם אך מובנת ההודאה ממה שאמר אית בזה שפיר דינא דהודאת בע"ד כק' עדים, אשר ממילא זהו דכתב רש"י במכילתין גבי הא דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי דאמרינן בזה הודאתו כמאה עדים דמיא. ובדעת הר"ן י"ל דס"ל בזה כהתוס' רי"ד.

יב) יעויין שם עוד בדברי הר"ף שהוכיח דק"ל דהילך פטור. ובר"ן הביא דברי רש"י בב"מ דף ד' שכתב דינא דהילך דאומר לו לא הוצאתים והרי הם שלך בכל מקום שהם. וכתב עלה הר"ן, וז"ל: ולפי דברים הללו הילך לא משכחת לה אלא בפקדון לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא בכל מקום שהן ואותן המעות בעצמן של מפקיד הן אבל במלוה לא משכחת לה שאפי' ישנן לאותן מעות שהלוה לו בעין לא מצי למימר ל' הרי הן שלך בכל מקום שהן וכו' דמלוה אע"פ שהיא בעינה ברשות לוח היא ולא ברשות מלוה כלל לא לחזרה ולא לאונסים וכו', עכ"ל. (ועיי' הגהות

הגר"א שם בב"מ). והנה לשון רש"י שכתב "לא הוצאתים" משמע לכאורה בפשוטו דמיירי בדבר שרשאי להוציא אלא שבא לומר שלמעשה לא הוציא, דהיינו לכאורה מלוה, דאילו בפקדון הרי אינו רשאי כלל להוציא ואמאי היה צריך לומר שלא הוציא, ומשמע מדברי רש"י דשפיר איתא לדין הילך אפי' גבי מלוה, אלא דצ"ב לכאורה כטענת הר"ן, דהא מלוה להוצאה ניתנה.

והנראה פשוט בביאור שיטת רש"י, ע"פ דבריו בקידושין מ"ז ע"א, ע"ש שכתב בד"ה להוצאה ניתנה, וז"ל: הלוח רשאי להוציא בהוצאה ואינו חייב להעמידה בעסקא שתהא מצויה בכל עת שיתבענו וכיון דלהוצאה ניתנה הויא לה כי דידה ולא יהיב לה מידי, עכ"ל. ומבואר מדבריו דאין פירוש הא דמלוה להוצאה ניתנה דהוי של לוח ממש משבא לידו, אלא פירושו דנהי דעד שמוציאו הרי הוא של מלוה, מ"מ ניתנה להוצאה, ז"א, דיש לו להלוה זכות להוציא כאילו הוא שלו ואין הלה יכול לעכבו, אשר ממילא לענין קידושין לא חשיבא מלוה כסף קידושין כיון דכל השתמשות הכסף יש לה מכבר. אשר לפי' מבוראת היטב שיטת רש"י דאף במלוה חשיב הילך היכא דאמר לו לא הוצאתים והרי הם שלך בכל מקום שהן, דהרי עד שלא הוציאם הם ממש של מלוה והרי הם באמת שלו בכל מקום שהם, ודוק.

ויעויין בר"ן בהמשך דבריו שכתב דאין דעת הגאונים כדעת רש"י (לפי פירושו בדבריו) דל"ה הילך אלא בפקדון, אלא שפיר חשיב הילך ביו בפקדון בין במלוה ד"כל שהן בידו והוא מזומן לתת לתובע הו"ל הילך ופטור בין שהן אותן מעות בעצמן שהלוה לו או אחרים דכמי שנותנם לו כבר דמי וכו'. והוא דלא כדברי רש"י, דאף למה שביארנו בשיתות דאף במלוה הו"ל הילך, אין זה אלא היכא דלא הוציאם, וגם לא בעינן שיהיו מזומנים בידו לתת למלוה. ונראה פשוט בביאור פלוגתייהו דפליגי בגדר יסוד הפטור דהילך, והדברים עתיקים, דבמאיירי שם פ"ק דב"מ איתא בזה"ל: שאותם חמשים הרי הן כמי שבאו ליד מלוה ואינם בכלל הטענה ונמצא שאין הטענה אלא בחמשים שכפר ונמצא שהוא כופר בכל הטענה וכו', עכ"ל. הרי דס"ל דיסוד הפטור דהילך הוא דהי כסילוק הטענה ושוב הרי הוא ככופר הכל, וכ"כ הגרע"א במכילתין דף ל"ט. אכן יעויין שם בתוס' הרא"ש שכתב, וז"ל: כמאן דנקיט להו קודם שהודה וכמי שלא הודה שום דבר דמי, עכ"ל, כלומר, דנהי דלא נסתלקה הטענה על ידי הילך, דהטענה נגדרת בשעתה אשר זהו לפני שאמר לו הילך, מ"מ לא חשיבא הודאה היכא דאמר ל' הילך, דכמאן דנקיט להו דמי ולא הויא הודאה המחייבת (עיי' קצוה"ח סי' פ"ז סק"ה).

ונראה דבהכי תליא פלוגתייהו דרש"י והר"ן, דלשיטת רש"י יסוד הפטור דהילך מדין סילוק הטענה הוא והדר הו"ל כוה"כ, אשר זה שייך דווקא היכא דהוא ממש של המפקיד או המלוה, ולא היכא דהוציאם ובא לשלם ממון אחר, ואף שהמעות מזומנים בידו. ואף דינא דהיכא דנותן לו המעות אף לשיטת רש"י איתא להפטור דהילך, ואדרבה, בכגון זה לכו"ע פטור (דמצינו בזה מחלוקת ההגהות אשר"י והפנ"י מהו דעת רש"י, והפנ"י שם בב"מ כתב כן, ומהר"ן הכא מבואר כהגהות אשר"י), מ"מ ביאורו הוא דעל ידי נתינת המעות ודאי נסתלקה הטענה ושוב הוי כופר הכל. ויסוד פלוגתא דר"ח ור"ש אי הילך פטור הוא מבואר שם בפנ"י דהוא אי שייך לומר דנסתלקה התביעה במאי דאמר הרי הם שלך בכל מקום שהם, דס"ל לר' חייא דכיון דאכתי יכול לומר פרעתי אין לומר דליכא נידון כלל על הך מקצת והוי ככופר הכל, אלא אכתי חשוב דהטענה היא על הכל ולעולם מב"מ הוא. אשר לפי' נראה דהא מיהא פשיטא דלשיטת רש"י ליכא שום פלוגתא היכא דהמעות מזומנים בידו, דממנ"פ, אי נימא דהוי כמאן דנתן לו כבר, פשיטא דנסתלקה הטענה ולא הוי אלא כופר הכל, ואי נימא דלאו כמאן דנקיט מלוה דמיא, כיון דהרי הוי

כסף אחר פשיטא דלא נסתלקה התביעה ואכתי מבי"מ הוא. ושיטת הגאונים שהביא הר"ן אחרת היא, דלעולם לא אמרינן דנסתלקה התביעה, ויסוד דינא דהילך הוא דלא חשיבא הודאה כיון דבעצם כבר הוי ממילא שלו, ור"ח דס"ל דהילך חייב טעמי משום דסו"ס כיון דכל זה נעשה על ידי הודאתו, דע"י שבא והודה הוא דנתברר דהוי בעצם של המלוה או המפקיד, סגי בזה וחשיב שפיר מודה במקצת. אשר לשיטתו שפיר נחלקו בין בפקדון היכא דקיים באגם בין במלוה במעות מזומנים בידו דהוי כאילו נתנם כבר, והאי טעמא דמ"ד חייב שייך בתרווייהו, וכנ"ל, משא"כ לשיטת רש"י אם אך הוה אמרינן דהוי כמי שנתנם כבר פשיטא דהיה פטור לכו"ע, וכדברי הפני" ודוק.

ועי' עוד בדברי הר"ן שהביא פלוגתת הראשונים היכא דנתן לו משכון על החוב אי חשיב הילך. ופשוט לכאורה דתליא פלוגתתם בפלוגתת הראשונים בסוגי קידושין דף ח' באמר לה התקדשי לי במנה והניח לה משכון עלה דאינה מקודשת דמנה אין כאן משכון אין כאן, דמדברי הרא"ש שם מבואר דיסוד החסרון הוא דלא חיל משכון היכא דליכא חוב, אבל אילו היה חוב שפיר הוה חשיב המשכון כסף קידושין, והיינו משום דהמנה מונח המשכון. אשר לפ"י, בני"ד דאיכא חוב שפיר חשיבא נתינת המשכון כנתינת מעות החוב ושפיר חשיב הילך. אכן ברמב"ן שם מבואר דמאי דמשכון אין כאן היינו משום דאכתי אגידא גבי, ויסודו נבנה אמאי דכתב דאין המשכון אלא להבטחת השעבוד, כלומר, דלעולם אין משכון ככה"ג חשוב כמעות החוב עצמן. ולדבריו, אף בני"ד כיון דלא חשיב המשכון כמעות החוב עצמן לא חשיב נתינת משכון כהילך, וז"פ.

יג) שבועה מעומד תלמיד חכם מיושב- עי' ברא"ש סי' ב' שכתב דמאי דבעינן עמידה בשבועה הוא משום דהוי כגמר דין. ולד"י שייכא הך דינא להא דלעיל דף ל' דנקטינן כר' יהודה דדוקא בגמר דין הוא דבעינן עמידה, ועי' פירש דמאי דבעינן שבועה עמידה הוא משום דהוי כגמר דין. והנה מפשטות סוגיין נראה דדוקא הנשבע הוא שצריך לעמוד, אבל לא התובע, ולכאורה, אי מצד דכגמר דין הוא אתינן עלה אמאי לא בעינן שהוא יעמוד ושהדיין ישב. וכן ראייתי שהעיר באילת השחר. אכן נראה פשוט דמש"כ הרא"ש דכגמר דין אין זה אלא ביחס להנשבע עצמו, שעל ידי השבועה מביא על עצמו דין פטור, אבל עצם הפסק ודאי דהוא בשעת פסיקת הדיינים, ורק זה חשיב לגבייה כגמר דין.

ולטעם הרא"ש דמאי דבעינן עמידה בשבועה הוא משום דהוי כגמר דין, פשוט לכאורה דמאי דתלמיד חכם יושב הוא משום כבודו, כאשר מבואר בדברי רש"י.

אכן יעויין בלבוש חו"מ סי' פ"ז סט"ז שכתב, וז"ל: וצריך לישבע מעומד כדי שישים אל לבו פחד ד' וכינויו גאונו וכבודו, עכ"ל. ומאי דת"ח מיושב ע"ש שכתב דהוא משום דאימות שמים עליו בכל עת, והוא דלא כדברי הרא"ש בעיקר יסוד דין העמידה, ודלא כדברי רש"י במה שתלמיד חכם נשבע מיושב.

ל"ט ע"א

יד) ובאה אל בית הגנב זה הגונב דעת הבריות שאין לו ממון אצל חבירו וטוענו ומשביעו- לבאורה צ"ב, דאין בזה משום גניבת דעת, שהרי הנטען שפיר יודע שהתובע משקר, אלא דאית בזה משום שקר, וכמו שכתב הרמב"ם פט"ז מהל' טוען ונטען ה"ט-ג, דאסור לאדם לטעון טענת שקר כדי לעות הדין או כדי לעכבו כיצד היה נושא בחבירו מנה לא יטענו במאמית כדי שיודה במנה ויתחייב שבועה וכו' ועל דברים אלו וכיצד בהם הזהיר הכותב ואמר מדבר שקר תרחק, עכ"ל. וגם מצד הדיין אין בזה יותר גניבת דעת מבכל טענת שקר, וצ"ב.

טו) תוד"ה אם אמר איני נשבע פוטרין אותו מיד- עיקר השיטות בהאי עניינא הן ג'- דעת ר"ת (עכ"פ לפני שחזר) דאף לאחר דיצאו מבי"ד יכול לחזור, דעת רש"י דמיד שיצא מבי"ד שוב אינו יכול לחזור, ודעת הרמב"ן (ב"מ דל"ד ע"א) ודעמי דמיד לאחר כדי דיבור שוב אינו יכול לחזור. וביאור השיטות, דיסוד שיטת רש"י דמשיצא מבי"ד אינו יכול לחזור הוא דיציאתו מבי"ד חשיבא כגמר דין, וכ"כ להדיא הרשב"א בביאור דבריו, וכמו דהוה מהני אילו היה גמר דין ממש כן מהני כשיצאו מבי"ד. ושיטת ר"ת בזה היא דכיון דבכל הני גווני אין זה בעצם דין אלא שהבע"ד קובע ע"פ רצונו, לא שייך בזה מושג דגמר דין, אשר ממילא לא מהניא יציאתם מבי"ד מיד. ומבואר דזוהי פלוגתתם ממאי דהוכיחו התוס' כדברי רש"י מסוגי' דסנהדרין דדור לי בחיי ראשך דלר' יוחנן פליגי לאחר גמר דין וק"ל כחכמים דאינו יכול לחזור. ולכאורה אילו לא הוי פליגי אלא באי שייך למיחשב היציאה מבי"ד כגמר דין, מאי ראיא איכא מהתם כרש"י ודלא כר"ת, הא ליתא התם אלא דלאחר גמר דין אינו יכול לחזור, ובזה לעולם אף ר"ת מודה רק דפליגי היכא דלא היה גמר דין רק שיצאו מבי"ד. אלא מבואר כנ"ל דיסוד סברת ר"ת היא דבכגון דא שאינו דין לא שייך גמר דין, אשר לפ"י שפיר הוכיחו התוס' מסוגי' דסנהדרין, דהא מבואר התם דשייך שפיר גמר דין אשר אחריו נימא דאי אפשר לחזור. ויסוד סברת הרמב"ן דלאחר כדי דיבור שוב אינו יכול לחזור, עי' ברשב"א בבי"מ ל"ד ובשאר הראשונים שביארו דס"ל דבמה שאמר שיהיה כך וכך הרי הוא עצמו גמר את הדין, וכן מבואר באמת בדברי הרמב"ן גופי' (בב"מ). ולדעת הרמב"ן מאי דאמרו בסוגיין דפוטרין אותו מיד ביאורו דפוטרין אותו מיד שאין צריך להתיישב עוד בדבר שזוהו גמר דין, וכ"כ הרשב"א שם. והריטב"א בסוגיין כתב דלהרמב"ן פ"י פוטרין אותו מיד ר"ל בתוך כדי דיבור בכדי שלא יחזור בו, דלא מהניא חזרה אלא בתוכ"ד, וכנ"ל.

והנה בסוף דבריהם הוכיחו התוס' דאין היציאה מבי"ד מהוה גמר דין מסוגי' דב"ב קכ"ח עבד גנבת וכו' ונשבע אינו יכול לחזור, ולדברי רש"י ס"ל להתוס' דאף קודם שנשבע אינו יכול לחזור, אלא דכתבו התוס' בסוף דבריהם דיש ספרים דרסי נשבע ואינו יכול לחזור, ומשמע להדיא דלגירסא זו אתיין דברי רש"י שפיר. ולכאורה צ"ב קצת בדבריהם, דלגירסא זו משמע דמיד אינו יכול לחזור, ולדברי רש"י הרי לכה"פ בעינן גמר דין או שיצאו מבי"ד. והרשב"א הנ"ל בב"מ הביא באמת ראיא מגירסא זו לשיטת הרמב"ן, ע"ש.

אכן יעויין באור זרוע סנהדרין כ"ד ע"א ביאור אחר בדעת רש"י, דבאמת בכגון הך דעבדי גנבת אף לשיטתו לא חשיב גמר דין ביציאתם מבי"ד ולא הוי גמר דין אלא כשנשבע, וע"ש שהגדיר הדברים. ונראה ביאור הדבר, דודאי ס"ל לרש"י דשייך גמר דין אף במה שאינו בעצם דין, אלא דכי שייך גמר דין, כשהחויב איתנהו עכשיו, כגון נ"ד בשבועת הדיינים שהיה נשבע ונפטר ואמר שאינו נשבע, בזה הרי לפי דבריו מיד חילי עלי' חויב לשלם, אשר בזה שפיר שייך גמר דין. אך בכגון הא דעבדי גנבת, יש לו באמת חזקה והרי הוא מוחזק, והיה הדין שאין להשני זכות בו, אלא דבא ואמר שאם ישבע יהיה לו זכות ליטלו, בזה הרי אף לפי דבריו עד שישבע המערער לית לי' שום זכות, ואף לדבריו אכתי אין בזה דין, על כן לא שייך בזה גמר דין ע"י יציאתו מבי"ד, ולא הוי גמר דין עד שישבע, דאז ממילא יש לו זכות. באופן דאף לשיטת רש"י גרסינן בהא דב"ב ונשבע אינו יכול לחזור, כגירסת הרשב"ם שם, ודלא כהבנת התוס' בדברי רש"י דבכל מקום שייך גמר דין. ודעת הרמב"ם בפ"י מהל' סנהדרין כדעת ר"ת קודם חזרה דכל זמן שלא קנו מידו יכול לחזור בו ואפילו יצא מבית דין, ע"ש שכתב, וז"ל: וכן מי שנתחייב לחבירו שבועה בבית דין ואמר לו השבע לי בחיי ראשך והפטר או השבע לי בחיי ראשך ואתן לך כל מה

שתטען אים קנו מידו אינו יכול לחזור ואם לא קנו מידו יכול לחזור בו עד שיגמר הדין נגמר הדין ונשבע כמו שאמר לו אינו יכול לחזור וחייב לשלם, עכ"ל. וכתב הרמב"ם דלפירושו פוטרים אותו מיד ר"ל דיאמרו לו לשלם עכשיו, בכדי שלא יוכל לחזור בו.⁴

טז) אין לי אלא אותן העומדין על הר סיני דורות הבאים וגרים העתידין להתגיייר מנין וכו' - לכאורה צ"ב, דבשלמא דורות הבאים שפיר איכא למימר שהם בכלל שבועה זו, אבל גרים העשויים להתגיייר, הרי אם ירצו לא יתגייירו והאיך נימא שהם בכלל שבועה זו, וכן ראיתי שהעיר הגר"מ פיינשטיין זצ"ל. ולכאורה שבועה זו היא לכלליות כנסת ישראל, כלומר, לכל נשמות הישראליות של כל הדורות, שהם כולם מהווים יחד כנסת ישראל, ואף נשמות הגרים הם בכלל כלל זה (ועי' צידד שם הגר"מ והניח בצ"ע).

יז) ואין לי אלא מצוה שקיבלו עליהם מהר סיני מצות העתידות להתחדש כגון מקרא מגילה מנין ת"ל קימו וקבלו וכו' - לכאורה מוכח דאין הכונה לכל מצוות דרבנן, דא"כ היה יוצא דעל כל מצוה דרבנן מושבע ועומד מהר סיני, ומדברי הראשונים מבואר דאין הדבר כן, עי' תוס' נזיר דף ד' ע"א וכו"ה להלכה, עי' טור ושו"ע יו"ד סי' רל"ט. ולעיל בפרק שלישי מבואר דעת הראשונים דאף דין דאורייתא דלא כתיבא להדיא בתורה אינו מושבע עליו מהר סיני. אלא הכונה לכעין מקרא מגילה דהוא מדברי קבלה, דהא אסתר ברוח הקודש נאמרה.

ובאילת השחר הקשה לשיטת הרמב"ם דבכל מצוה דרבנן יש מ"ע ול"ת דועשית ככל אשר יורוך ולא תסור א"כ הא קיבלו עליהם המצוות האלו שממילא אם יתקנו מקרא מגילה הרי זה כבר כלול בקבלתם ולמה הוצרך לימוד מיוחד מקימו וקיבלו.⁵ ולמשנ"ת דכונה הש"ס דווקא לכעין מגילה דהוי מדברי קבלה אתי שפיר, דבכה"ג הרי ליכא לאו דלא תסור.

יח) תוד"ה ואלו נאמרין בכל לשון כו' - עי' תמיהת התוס' אמאי לא תני במתני' שבועת הדיינין ושבועת ביטוי. והנה יעויין בדברי הראשונים שהביאו שיטת הר"ם מגאש שפי' דאף היא בלשונה נאמרת ר"ל דנאמרת בלשון הקודש, ולדבריו כוונת הגמ' היא לסיפא דמתני', ותמחו עליו מדברי התוספתא ריש פ"ז דסוטה דאיתא להדיא דשבועת הדיינין נאמרת בכל לשון, ודברי הר"ם מגאש צ"ע.

והנה כתב הרמב"ם פ"א מהל' שבועות ה"ח, וז"ל: שבועת הדיינין בין שהיתה של תורה וכו' כך היא הנשבע או חזו ס"ת וכו' והורו רבותי שאין משביעין שבועת הדיינין אלא בלשון הקודש, עכ"ל, והן הן דברי הר"ם מגאש. ובה"י כתב, וז"ל: הדיינין שהשביעו את הנשבע בכל לשון שהוא מכירה הרי זו כמצותה וכן הורו הגאונים אבל רבותי הורו שאין משביעין אלא בלשון הקדש ואין ראוי לסמוך על הוריהם זו וכו' ששבועת הדיינין היא שבועת הפקדון עצמה וכו', עכ"ל. ולכאורה צ"ב בדבריו אמאי בה"ח כד הביא דברי רבותיו סתם הרמב"ם לשונו כאילו מסכים לדבריהם, ורק בה"י חלק עליהם. (וכבר עמד בזה בכס"מ וכתב שסמך על דבריו שבה"ד.) ועי' מש"כ

בכס"מ ובלח"מ בעצם שיטת הר"ם מגאש. והנה במאירי משמע דלא נאמרו דברי הר"ם מגאש אלא לכתחילה אך בדיעבד מהניא בכל לשון, אכן מדברי הרמב"ם משמע דס"ל להר"ם מגאש דאף בדיעבד בעינן דווקא לשון קודש, דהא אף להרמב"ם עצמו דפליג עלי' אין כשר בכל לשון אלא בדיעבד, כדמשמע מלשונו בה"י, וכ"כ בכס"מ (ובלח"מ לא פירש כן).

והנראה בזה, דהנה מתחילת דברי הרמב"ם בה"י שכתב "הדיינים שהשביעו וכו'", משמע לכאורה דהא דמכשיר בכל לשון הוא רק בדיעבד, כאשר פירש באמת הכס"מ בדבריו. אך כבר עמד בלח"מ על לשונו של הרמב"ם שכתב דאם השביעו בכל לשון "הרי זו כמצותה", אשר מזה משמע דאף לכתחילה משביעין בכל לשון (וכן פירש באמת בלח"מ, ע"ש). ונראה דבאמת ישנן בשבועת הדיינין אשר ב"ד משביעין ב' ענינים, דין עצם החפצא דהשבועה, ודין הב"ד האין משביעין אותו. והנה בדין עצם החפצא דהשבועה ודאי דשויין השבועות שנאמר בהן הדין שבי"ד ישביעו, כגון שבועת מב"מ, לכגון שבועת הפקדון, אשר איתא להדיא במתני' דסוטה דנאמרת בכל לשון, וכל מאי דבעינן עכ"פ לכתחילה לשון הקודש הוא מצד דין ב"ד שאין ב"ד משביעין אלא בלשון הקודש, אשר דין זה ליתא בשבועת הפקדון, דאף דהוי בכלל שבועת הדיינים, כדמבאר מדברי הרמב"ם לעיל בפרק זה שכתב דיש בשבועת הפקדון דין נקיטת חפץ, מ"מ אין ב"ד המשביעין אותו, אלא הוא דין בין המפקיד והנפקד רק שדין השבועה הוא בב"ד אשר מפאת זה הוא דקרויה שבועת הדיינים. אשר זהו דהביא הרמב"ם בה"ח דהורו רבותיו דאין משביעין שבועת הדיינין אלא הלשון הקודש, שזהו דין בב"ד, ולא פליג עליהם הרמב"ם. אכן בדיעבד כאשר כבר נשבע, שוב ליכא למידן אלא מצד עצם השבועה אי הויה שבועה מעלייתא, ובוה שפיר כתב הרמב"ם בה"י דאם עברו על הך דינא דאין משביעין אלא בלשון הקודש והשביעו בכל לשון, הרי השבועה כמצותה, ז"א, דבדין גוף השבועה לא חסר כלל, דכל דין לשון הקודש הוא בב"ד ולא מעצם דיני השבועה, וכמשנ"ת.

ולפי הדברים האלה, יש לפרש דברי הש"ס לשיטת הרמב"ם כמו שפירשו כל הראשונים, דלעולם אף שבועת הדיינין נאמרת בכל לשון, ולא יקשה קושיית התוס' אמאי לא תני לה במתני', דהא נשתנה דינה דשבועת הדיינין מהני דברים הנמנים במתני', דבדידהו כשר אפי' לכתחילה בכל לשון, משא"כ בשבועת הדיינין הרי עכ"פ לכתחילה בעינן שישביעו בלשון הקודש מצד הדין בב"ד, וכנ"ל. ופשיטא דלא הוה לי' להתנא לכלול שבועת הדיינין בסיפא דמתני' גבי הנאמרים בלשון הקודש, דהא למעשה כשרה השבועה בכל לשון, וז"פ.

ובדעת הר"ם מגאש אפשר ד"ל דאף הוא מודה דמצד עצם דיני השבועה ודאי דלא נאמר דין לשון הקודש והרי היא שבועה מעלייתא בכל לשון. ומאי דפסיל בכל לשון אפי' בדיעבד, הוא משום דס"ל דהך דין בב"ד מעכבא היכא דהם המשביעין אותו והוא עונה אמן, דכיון דנאמר בהשבעת ב"ד דין לשון הקודש, שוב לא חשוב שהם השביעו שבועה אא"כ השביעו בלשון הקודש, ושוב אין הנשבע כעונה אמן אחר השבועה. ולפ"ז יתכן לומר דהיכא דנשבע מעצמו אף לדברי הר"ם מגאש הויה שבועתו שבועה מעלייתא, דעולם אף לדידי' לא נאמר דין בעצם השבועה דבעינן לשון הקודש. ולפ"ז אתיין שפיר דברי התוספתא אף לדידי', דודאי מצד עצם השבועה הרי היא נאמרת בכל לשון, ונפ"מ היכא דנשבע מעצמו, ודוק. ואף לשיטת הר"ם מגאש לא יקשה אמאי לא תני לשבועת הדיינין בהדי דנאמרין בלשון הקודש כיון דלא מהני אפי' בדיעבד, דהא לא תני התם אלא מילי דכל יסוד דין אינו אלא בלשון הקודש, ובשבועת הדיינין הרי מצד עצם השבועה שפיר הויה שבועה מעלייתא בכל לשון, וכמשנ"ת, ועדיין צ"ע בכל זה. ועי' הגהות הגרמשי"ש שליט"א לר"ם מגאש שכתב כעין הדברים האלה.

⁴ ולדברי האו"ז לכאורה ליכא ראייה מעצם דברי הרמב"ם דס"ל דלא כרש"י, אלא דמדהביא הרמב"ם הך דינא לזכור לחזור בו ולא הביא בשום מקום הגי' גוויי' יכול לחזור בו משמע להדיא דכלל גוויי' ס"ל דיכול לחזור בו.

⁵ ואין לומר דכונת הרמב"ם במאי דאיכא לאו דלא תסור אינו אלא דעל ידי שצוהר האיסור אשר הוא מדרבנן חשיב אי קיומו כעצירה בלאו דלא תסור אכל לעולם אין מעשה המאזה דרבנן חשונה לאורייתא, דהרי פסק הרמב"ם פ"ד מהל' ממרים דאיכא במאזות דרבנן דין זקן ממנה, הרי דבחמץ דרבנן חשיב איסור שיש בו כרה, אשר מוכח דיסוד איסורא דחמץ מדרבנן איסור חמץ הוא, עי' קונטרס דברי סופרים להגר"א פ"א סי' א' אות ל"ב.

יט) גמ' - כל עבירות שבתורה נאמר בהן ונקא ונאמר לא ינקא - עיי' רמב"ן וראשונים בשמו דלאו דווקא כולן, דהא אף חייבי כריתות וחייבי מיתות ב"ד אין התשובה גרידא מכפרת להם, אלא חוץ מהני קאמר. וצ"ב לכאורה דא"כ מה הועיל הש"ס בתירוץ זה, הרי כל קושיית הש"ס לא היתה אלא דא"א לומר סתם דלא תשא חמור כיון דחייבי כריתות ומיתות ב"ד חמורין כמותו, ולדברי הרמב"ן אף לת"י הגמ' אמרינן הכי, וצ"ב, כן העיר ב"א. אכן פשוט לכאורה דפירשו דמה שנודעו העולם משום לא תשא הוא עבור סך כל הדברים, דאינו קל מחייבי כריתות לענין הא דלא מהני תשובה, וכלפי עונש אחרים חמור מיניהו, וכן מבואר באמת בסוף דברי הרמב"ן, עיי' גם חידושי הריטב"א.

ועיי' מהרש"א שכתב דודאי בחייבי כריתות ושאר חמורות אין גם אין תשובה מנקה אלא תולה ויוה"כ מכפר, ואילו עבירה זו אף תשובה ויוה"כ אינם מכפרים. וצ"ב לכאורה, דאף חייבי כריתות אין יוה"כ מכפר.

ועיי' שיערי תשובה לרבנו יונה שער ג' אות מ"ה שכתב בא"ד, וז"ל: כי הנשבע לשקר מחלל את השם שנאמר ולא תשבעו בשמי לשקר וחללת את שם אלקיך וחלול השם ענינו מלעלה מכל העבירות ולא נכתב כן על אחת מן העבירות אלא על השבועה לשקר ואל עבודה זרה שנאמר כי מזרעו נתן למלך למען טמא את מקדשי ולחלל את שם קדשי וכו' וכן כתבו באזהרות השבועה לשקר עיי' לא ינקא ד' את אשר ישא את שמו לשוא ונכתבה אזהרת השבועה לשקר אחר אזהרת עבודה זרה יען וביען כי השבועה לשקר נמצא בכנפיחא נון חלול השם יתברך וכו', עכ"ל. הרי דחומר שבועת שקר הוא מפאת חלול ד' שיש בה, ובזה חמור הוא מכל העבירות כמבואר בסוגי' דיומא פ"ו ע"א אבל מי שיש חילול השם בידו אין כח בתשובה לתלות ולא ביוה"כ לכפר ולא ביסורין למרק אלא כולן תולין ומיתה ממרקת וכו', עכ"ל. ובזה חמור הוא מחייבי כריתות.

ל"ט ע"ב

כ) רש"י ד"ה מה כסף דבר חשוב - ולא גרסינן אף כלים דבר חשוב דאילו בכלים אמרינן לקמן דאפי' בכפירת מחטין חייב וכו' - מבואר מדבריו דבמאי דנקיט שמואל דיצאו כלים למה שהן לא נאמר בכלים דין חשיבות. והביאור הפשוט בגדר זה, דבכלים נתחדש דאין רואין את הטוען ונטען כטו"נ על ממון אלא כטו"נ על חפצא דכלי, אשר ממילא איתא לדן זה בכל כלי. ויוצא לכאורה מדברי רש"י דאיתא לדן שבועת מב"מ אף היכא דאין ב' הכלים יחד שוין פרוטה, כדעת הרמב"ם ודעמ"י. והנה הקשה הרמב"ן דא"כ מצני' ישיבת הדיינים בפחות משו"פ, וברשב"א תי' דהא דבעינן שו"פ הוא לא בכלים, אבל בכלים חשיבי למלאכתן והויין כפרוטה ויתר על פרוטה. ויסוד דבריו, דהא דבעינן לישיבת הדיינים שו"פ לשיטתו אינו משום דבעינן שיעור מסויים דממון, אלא הך שיעור פרוטה שיעור הוא בחשיבות, דבממון ליכא חשיבות כזו שישבו ב"ד עליו בפחות משו"פ כיון שאינו ממון, אבל אינו דין דבעינן דווקא שיעור פרוטה ממש. אשר ממילא בכלים דאית בהו חשיבות מצד עצמן בלא שיוויין לא בעינן בהו שו"פ, ויתכן דיש בזה נמי חשיבות דכסף ומהני אפי' לגבי קידושין כמו שנסתפק הרשב"א בהמשך דבריו, וז"פ. (ובדברי הרשב"א לענין קידושין עיי' לקמן אות כ'). והרמב"ן שהקשה היינו משום דס"ל דפרוטה דבעינן לישיבת דיינין הוא זה דין ממון, דליכא ישיבת דיינין על מאי דאינו ממון, אשר ממילא שפיר הקשה דסו"ס אי לא שוין הכלים פרוטה לאו ממון נינהו. וכדברי הרשב"א כצ"ל לכאורה גם בדברי רש"י, דהא גם לשיטתו לא דיינין אלא מצד החפצא דהכלי ולית בזה שיעור ממון. ונמצא לדבריו דמצד אחד אמרינן

בליכא בכלים דין חשיבות כדמוכח ממאי דיצאו למה שהן, ומאידך גיסא יושבים הדיינים אף על כלים שאינן שוין פרוטה, והוא משום דחשיבי, ע"ד הרשב"א. והביאור בזה פשוט הוא, דאילו הוה אמרינן מה כסף דבר חשוב אף כלים דבר חשוב, הוה בעינן בזה לחשיבות דממון, שיהא ממון חשוב, דהיינו מעה, אשר זה ודאי דליתא בכלים דלא בעינן בהו ממון כלל, אך דין ישיבת הדיינים דהוי בשו"פ אין גדרו דבעינן דווקא ממון, אלא דבעינן חשיבות, וממון חשוב הוא, אשר בזה שפיר מהני חשיבות דכלים למאלכתן, וכמש"כ הרשב"א, וז"פ.

או שמא י"ל בדעת רש"י דלעולם בעינן שיהיה כל כלי שו"פ, רק דס"ל דליכא בפרוטה משום חשיבות, כאשר יבואר לקמן אות י"ט מדברי הריטב"א, וכן מדויק קצת מדברי רש"י לקמן דף מ' ע"ב דדין יצאו כלים למה שהן אינו אלא דלא בעינן מעה, אשר לפ"ז לא יקשה כלל מהא דאין ישיבת הדיינים בפחות מפרוטה. אכן מסדר דברי התוס' ושאר הראשונים בסוגיין משמע דהבינו דלשיטת רש"י לא בעינן שיהיה הכלי שו"פ, ולדבריהם צ"ל בדבריו כנ"ל.

כא) תוד"ה מה כלים שנים אף כסף שנים - עיי' משה"ק התוס' על דברי רש"י שפירש דאילו הוה כתיב כספים היה אפשר למילף שנים וגם דבר חשוב, דע"כ דלא ילפינן דבר חשוב אלא מיתורא, כדמוכח מהא דלא מצרכינן לב"ה יתר מפרוטה לקידושין אף דילפינן לה קיחה קיחה משדה עפרון והתם כתיב כסף. ועיי' קצוה"ח סי' פ"ח סק"ב שכתב ליישב דברי רש"י, דאילו הוה כתיב כספים הרי מדמיעוט כספים שנים הו"ל ככסף קצוב אשר נקטינן בקידושין י"א דכל כסף קצוב האמרו בתורה כסף צורי, ובכסף צורי המטבע הכי פחותה היא מעה, אשר ממילא שפיר ידעינן מהתם דבעינן דבר חשוב, משא"כ בשדה עפרון דלא כתיב אלא כסף ודאי דאין בזה משמעות דבר חשוב דכל כסף שאינו קצוב האמרו בתורה אינו אלא כסף מדינה.

ובדעת התוס' שהקשו נראה פשוט דבמאי דאמרינן דמיעוט כספים שנים לא מיחשב בהכי כסף קצוב, דלא הוי כסף קצוב כי אם בכגון שלשים של עבד, דהדין הוא דמשלם שלשים, לא פחות ולא יותר, אך הכא נהי דאמרינן דמדמיעוט כספים שנים אי אפשר לחייב טענה או כפירת טענה יותר מב', מ"מ אין זה דין דב' דווקא אלא דין דלא פחות מב', ע"כ לא חשוב כסף קצוב, ושפיר הקשו התוס'.

כב) שם, בא"ד - ואית ספרים דגרסי וכו' - עיי' מה שפירשו התוס' בזה. והנה מדבריהם מבואר דבשיעור פרוטה איכא משום חשיבות ממון, דהא אמרינן מה כסף דבר חשוב כן כלים דבר חשוב ומצרכינן משו"ה שיהא בכלים שו"פ, ויישב התוס' הגירסא דאף כלים דבר חשוב, הא קמן דמאי דשוה פרוטה הוי דבר חשוב. (ועיי' בהמשך דברינו דהריטב"א פליג עליהו בנקודה זאת).

והנה מדברי התוס' יוצא לכאורה דמאי דבעינן בכלים שיהיו שוין ב' פרוטות אינו אלא אליבא דשמואל דדריש מה כסף דבר חשוב אף כלים דבר חשוב, אך לרב דס"ל דכסף לכפירה הוא דאתא, הרי אין דרשה כזאת ולא בעינן בכלים שיהיו שוין ב' פרוטות, וכ"כ בשיטת התוס' בקצוה"ח סי' פ"ח סק"א. ולדבריו צ"ב לכאורה דאיך יליף רב דבעינן בכסף שיווי דב' מעות, נימא דמה כלים דבר חשוב, דהיינו מצד עצמו, דהא לרב לא בעי פרוטה, כן בכסף סגי במאי דאית לי חשיבות ממון ותיסגי בפרוטה, ומהיכי תיתי דבעינן ב' מעות.

והנה בעצם הנחת הקצות דלרב לא בעינן שיהיו שוין הכלים ב' פרוטות, מדברי הראשונים נראה לכאורה דלא כדבריו, דיעויין ברא"ש סי' ד' שהביא ב"א נמ"י פירוש התוס' דבעינן שיהא כל כלי שו"פ, והוא ע"פ הירושלמי שהזכירו התוס', ושוב תמה על דברי רב האי גאון שפסק דלא בעינן שיהיו הכלים שו"פ, ולדברי הקצות הרי ליכא קושי' כלל, דמאי דבעינן בכלי שו"פ אינו אלא לשמואל ולהלכה הרי ק"ל כרב.

וגם צ"ב דלדברי הקצוה"ח ממנ"פ אי אית לי להבבלי
הך דינא דהירושלמי דבעינן שיהא שו"פ, האיך נימא
דזה אינו אלא אליבא דשמואל ולא אליבא דרב.
אלא דלדברי הרא"ש צ"ב מנא לי לרב דבעינן בכלי
שו"פ, הרי לדידי' כסף לכפירה הוא דאיתי, והיא
באמת טענת הקצות.

והמוכרח לכאורה בדברי הרא"ש והתוס', דע"כ דס"ל
לרב דהא דבעינן בכלי שיהא שו"פ מסברא הוא, דבלא
חשיבות ממון לא הוי הודאה או כפירה, ומדכונה
התורה כלים ילפינן דחוץ מחשיבות ממון דאיתא
בעינן גם חשיבות דכלי למלאכתו, אשר ממילא גם
בכסף ילפינן דלא סגי בחשיבות ממון אלא בעינן
שיהא ממון חשוב, דהיינו מעה. ושמואל ע"כ דס"ל
דבעצם הוה סגי לן בחשיבות דכלי שיחשב הודאה או
כפירה, רק דילפינן מכסף דבעינן שיהא גם חשיבות
ממון ושוב ילפינן מיני, וכמ"כ התוס'.

ובדעת הקצוה"ח דלרב לא בעינן שיהא הכלי שו"פ,
צ"ל דמ"מ שפיר ילפינן מיני דגבי כסף בעינן מעה,
ד"ל דבאמת לית בפרוטה חשיבות דממון, דאינו אלא
שיעור במאי מיקרי כסף אך לית בזה משום חשיבות,
וחשיבות בממון אינו אלא במעה, אשר ממילא שפיר
ילף מה כלים דבר חשוב, דהא כל כלים חשובין הן
למלאכתו, אף כסף דבר חשוב, דהיינו מעה. והוא
באמת מש"כ התוס' בדברי רב דכולי מכלים ילף לה
אף בדכתבם כן אכתי לא אסיק אדעתיהו דניבעי
פרוטה בכלים. ושמואל ע"כ דפליג עלי' וס"ל
דבשיעור פרוטה איכא משום חשיבות, אשר ממילא
הוצרך למילף קודם דבכלי, לבד מהחשיבות למלאכתו
בעינן נמי חשיבות כסף, והדר ילפינן מיני דבעינן
בכסף מעה, כדברי התוס', דבלא"ה הוה אמרינן דסגי
בחשיבות דפרוטה.

והנה יעייין בחידושי הריטב"א דכתב דשפיר אית לן
למיגרס מה כסף דבר חשוב אף כלים דבר חשוב, ודלא
כרש"י, ופירוש, דמה כסף סגי במטבע הפחותה בכסף
שהיא מעה כמו כן בכלים סגי בכלי הפחות ובלבד
שהוא כלי. וזהו ע"ד פי' הר"י מגאש בסוגיין, ע"ש.⁶
וכן מבוארת דעת הרמב"ם בפ"ג מהל' טו"ט ה"ה,
ע"ש. ולפי"ז הו"ל למימר דלא בעינן שיהא בכלי שו"פ,
דהא לא בעינן אלא חשיבות דכלי, וכל שהוא כלי אית
לי להך חשיבות, וחשיבות ממון לא בעינן, כאשר כתב
הריטב"א להדיא. אכן יעייין בדברי הריטב"א
בהמשך סוגיין שכתב דבעינן שפיר שיהא בכל כלי
שו"פ דבלא"ה אין הודאה בפחות משו"פ ואין כפירה
בפחות משו"פ. והמוכרח ומבואר מדבריו, דאין
בשיעור פרוטה משום חשיבות כלל, וכל דין הודאה או
כפירה אינו אלא בממון, אך במאי דהוי ממון אין בזה
שום חשיבות בפחות ממעה, ודלא כדברי התוס'
והרא"ש הנ"ל, והוא ע"ד שכתבנו בדעת רב אליבא
דהקצות, ודוק.

כג) בדין כלי פחות משו"פ לקידושין - כתב
הרשב"א ביישוב מה שהקשה הרמב"ן דאי לא בעינן
פחות כלים שו"פ איך מצינו ישיבת הדיינים על
פחות משו"פ, וז"ל: ומה שאמר הרב ז"ל שא"כ מצינו
ישיבת הדיינים בפחות משו"פ אין זו ראייה מכרעת
דאפשר לומר דכל כלי כיון שהוא ראוי למלאכתו

חשוב הוא כפרוטה ויתר מפרוטה ויושבין עליו הדיינים
ואפשר דאפי' לענין קדושין כן וכמו שקונין בכלי אע"פ
שאין בו שוה פרוטה ואפשר דקנין משום כסף הוא
ואם תמצא לומר דקנין לאו משום כסף הוא וכן שאין
אשה מתקדשת בכלי שאין בו שוה פרוטה הכא שאני
שהוציאן הכתוב למה שהן וכו', עכ"ל. וידוע מה
שתמה בקצוה"ח פ"ח, ג', ממאי דמבואר בסוגי'
דקידושין דף ג' ע"ב, דאין אשה נקנית בחליפין משום
דאשה בפחות משו"פ לא מקניא נפשה, ובחליפין הרי
בעינן כלי, הרי מבואר להדיא דתמורת כלי פחות
משו"פ אין אשה מקנה נפשה. ובנתיבות שם סק"א
כתב לחלק בין כלי דחליפין, שהוא כלי גרוע, לבין
הכלי דמייירי בו הרשב"א, דנגד כלי דחליפין ודאי דלא
מקניא נפשה, עי' בדבריו. אכן מדברי הרשב"א עצמו
מבואר דלא כדבריו, דהרי תלה השאלה דכלי פחות
משו"פ לכסף קידושין בחליפין אי מטעם כסף הוא,
דאי מטעם כסף חזינן דשפיר מהניא חשיבות הכלי
למלאכתו, הרי מפורש דאף בכלי דחליפין אמרינן כן,
והדרא קושיית הקצוה"ח לדוכתה.

וע"ש עוד בקצוה"ח שהקשה גם מסוגי' דקידושין י"ג
ע"א דמוקמינן ברייתא דאע"פ שאין אשה נקנית
בפחות משו"פ קרקע נקנה בפחות משו"פ בחליפין,
וברייתא דכשם שאין אשה נקנית בפחות משו"פ כך
אין קרקע נקנה בפחות משו"פ בכסף, הרי להדיא
דאין כלי פחות משו"פ מועיל בתורת כסף. והנה
קושיא זו לכאורה אינה מוכרחת, דמנא לן דהא
דאמרינן כשם שאין אשה נקנית בפחות משו"פ וכו'
מייירי בכלי, דילמא בכלי שפיר מהני אע"פ שהוא
פחות משו"פ, ואף דברייתא האחרת מוקמינן דמייירי
בחליפין, והוא ע"כ בכלי, מ"מ הך ברייתא דמוקמינן
לה בקנין כסף מנ"ל דמייירי בכלי. אך נראה דיש
להקשות (וכן מצאתי שהקשה באמרי בינה טו"ט סי'
ל"ג, ע"ש) מסוגי' אחרת בפ"ק דקידושין (שו"ר
שבאמת הקשו האחרונים משם), והוא מסוגי' דד"ח
ע"א גבי עבד עברי, בכסף הוא נקנה ואינו נקנה
בתבואה וכלים, דמפרש בש"ס דמייירי בפחות משו"פ
ותבואה וכלים איצטריכא לי ס"ד הואיל ומקרא
הנאתיהו וכו' קמ"ל, הרי להדיא דאין כלי פחות
משו"פ קונה בע"ע, ואף דחשוב למלאכתו, ודברי
הרשב"א צ"ב.

והנה סוגי' דקידושין פירשו התוס' דמאי דס"ד
דחליפין יקנה בקידושין הוא משום שחליפין מטעם
כסף, ומאי דאמרינן חליפין איתנהו בפחות משו"פ
וכו' ר"ל דכיון דחליפין איתנהו בפחות משו"פ ע"כ
דלאו מטעם כסף הוא ולהכי אינו קונה. והנה
הרשב"א בקידושין הביא שיטת התוס' והקשה עלה
דלא הו"ל להשי"ס למימר דאשה בפחות משו"פ לא
מיקניא כיון דהנידון הוא אי חליפין בכלל מטעם כסף
הוא, ולהכי פירש באופן אחר, דמדילפינן קנין כסף
באשה מקנין כסף דשדה, ס"ד דנשוא אותם לגמרי
לכל הקנינים, ומדאין חליפין קונה באשה משום
דבפחות משו"פ לא מיקניא נפשה מוכח דלא לכל
הקנינים הושוו אלא לענין קנין כסף בלבד, ע"ש
דבריו. ולפום פשטא דמילתא משמע דלהא פירושא
פשוט הוא דאין חליפין מטעם כסף, דאהך מילתא לא
פליג על דברי התוס' (ויש לדחוק בזה). אשר לפי'ז
יקשה עוד על דברי הרשב"א בסוגיין מאי מספקא לי'
אי חליפין מטעם כסף או לא, הא בקידושין פשיטא
לי אף להו"א דהש"ס דלאו מטעם כסף הוא.

והנראה בביאור יסוד דברי הרשב"א בסוגיין, דהא
דפשיטא לי' דלענין ישיבת הדיינים סגי במאי דכלי
חשוב למלאכתו ובכל זאת מסתפק לי' לענין קנינים
אי מהני בכה"ג, ביאורו הוא כביאור הגר"ד בשם
הגר"ח (הובאו הדברים בספר הזכרון אש תמיד)
דחלוק הוא דין לקיחת ממון דקנינים מדין ממון
דבעינן לתביעה, דלקיחת ממון בעינן יותר מלתביעה
כגון מב"מ או לדין מזיק, כדהוכיח הגר"ח מפסקי
הרא"ש באומר זרוק מנה לים דחייב הערב אף דלא
מהני לדין קנין. אשר זהו דנסתפק הרשב"א שמא
מאי דמהני כלי פחות משו"פ מצד הא דחשוב

⁶ ויש לעיין לדעתו מנין ידעינן דגבי כסף דבעינן דבר חשוב,
דהיינו מעה, דלמרינן מה כסף דבר חשוב אף כלים ככל מה
שהם חשיבי דבר חשוב. והנה ז"ל בא"ד: ודייקא נמי
מלמרינן מה כסף דבר חשוב וליכא למימר לאפוקי כסף
שאינו חשוב דהוא פחות משתי כסף דהוא דקאמר הכי דהא
האי כסף עצמו דכתיב בקרא שתי כסף הוא דלמרינן אף
כסף שתיים הילכך צ"כ הא דקאמר מה כסף דבר חשוב
לאודען מילתא דתני שתי כסף דדבר חשוב הוא דלמלא וכוון
שכן הא דקאמר נמי אף כלים שנים לאודען מילתא דכלים
דדבר חשוב הן הוא דלמלא וכו', עכ"ל. ומבואר לכאורה
מדבריו דלעם מה דהוי שתי כסף מוכיח למעה קאמר, וז"ב.

למלאכתו לא מהני אלא לדין תביעה אבל לא לדין לקיחת ממון דקנינים. וכתב הרשב"א להוכיח מהא דחליפין סגי בכלי אע"פ שאינו שו"פ דאי נימא דחליפין מטעם כסף הוא מוכח דסגי בחשיבות דכלי אף היכא דבעינן ממון. וגדר שאלת הרשב"א אי חליפין הוא מטעם כסף, דהא מיהא פשיטא ל"י דאין קנין כסף וקנין חליפין שוין ממש, אשר זה היתא ס"ד דהש"ס דקידושין לשיטת התוס', כאשר ביאר הרשב"א עצמו בדבריהם דיסוד סברת הא דמטעם כסף הוא הוא מאי דאף כסף בעצם הוי חליפין, ע"ש, וזה ודאי דלא ס"ל כיון דלא ס"ד דהש"ס לשיטתו דליקני חליפין אלא משום דנימא דהושוו קנין אשה וקנין שדה לקניניהם ואילו להתוס' לא הוה בעינן לזה אלא בכלל כסף ממש הוא. אלא ודאי דהך "מטעם כסף" דהתוס' לית ל"י להרשב"א, וספיקתו בסוגיין אי מטעם כסף ספק אחר הוא, דיסוד קנין כסף אינו דין מעשה קנין כשאר קנינים אלא דין שעבוד להקנות אשר נשתעבד מפאת לקיחת הממון (אשר זהו היסוד דכסף החוזר), כמבואר מהא דמועיל קנין כסף אף דנתאכלו המעות. ובחליפין נסתפק הרשב"א אי אף הוא יסוד משום לקיחת הממון, זאת אומרת, דבלקיחת ממון דהכלי נקנה חליפין, או שמא אינו אלא כמין מעשה קנין גרידא, וז"א דע"י מעשה זה לעשות כאילו מחליף החפץ עבור הסודר נקנה החפץ בקנין הסודר, והוא כמין מעשה סמלי להראות גמירת דעת המקנה להקנות והקונה לקנות, אך אין יסוד מטעם קבלת ממון. אשר זהו דכתב הרשב"א דאי נימא דיסוד חליפין הוא משום לקיחת ממון, מוכח ממאי דמהני כלי פחות משו"פ, דע"כ מועיל הא דחשוב למלאכתו אף בלקיחת ממון דקנינים, וממילא ה"ה לענין קידושין. נמצינו למדים דספיקת הרשב"א בסוגיין אין לו כל קשר למסקנת הש"ס דקידושין, וכמשנ"ל.

ואשר נוגע לקושיית הקצוה"ח, יעויין באב"מ סי' ל"א סק"ו שתי' הוא עצמו לקושייתו, דדווקא לחליפין הוא דאמרין דאשה בפחות משו"פ לא מקניא נפשה, והוא ע"פ שיטת הרמב"ם דבעינן לקידושין כסף דאית ב"י הנאה, וכיון דהדר מקנה לו את הכלי הרי לית לה מהך כלי (ואף דהכלי שוה יותר מפרוטה) הנאה ולא מקניא נפשה. אך לקנין כסף, דנשאר אצלה, שפיר יתכן דמהני אף כלי הפחות משו"פ. ויש לומר על דרך זה באופן אחר קצת, דמאי דלא מקניא אשה נפשה בחליפין בכלי הפחות משו"פ הוא משום דבעצם הרי אין הכלי ממון, ומצד חשיבות המלאכה, כיון שלא ישאר אצלה אינה מתחשבת בזה, והרי זה אצלה ככל פחות משו"פ שאינה מקנה עצמה, משא"כ בקנין כסף שישאר אצלה שפיר מקניא נפשה בזה.

וממור"ר הגר"י זצוקל"ה שמעתי לבאר בזה דיסוד הגנאי במאי דאמרין דאשה בפחות משו"פ לא מקניא נפשה הוא בחליפין, דחליפין אינו קנין לקידושין כיון דאין האשה עושה עצמה חליפי פחות משו"פ, אך בקנין כסף, אשר אינה חליפי פחות משו"פ שפיר מקניא נפשה, אלא דבעינן לקידושין כסף אשר הוא בשיעור פרוטה, אשר בזה הוא דכתב הרשב"א דבכלי כיון שחשוב למלאכתו הוי כפרוטה ויתר על פרוטה, ודוק. ואשר נוגע למאי דמבואר מסוגי' דקידושין דף ח' דאין עבד נקנה בכלי פחות משו"פ, י"ל בזה ע"פ דברי בעל שו"ת אחיעזר, הובאו דבריו באפיקי ים סי' ט"ז, דאף להסמ"ע דיסוד קנין כסף הוא כסף פרעון, מ"מ בקידושין ע"כ דהא דקונה הוא מדין כסף קנין, ע"ש בדבריו. אשר לפ"ז י"ל דהא פשיטא דהיכא דבעינן כסף פרעון לא מהני בכלי פחות משו"פ, דפרעון פשיטא דלא שייך למיהוי אלא אם כן הוא ממון, וכי אסתפק ל"י להרשב"א, דווקא בקידושין דהוי כסף קנין, אשר דווקא בזה שייך לומר דמהני לקיחת כלי החשוב למלאכתו כמו נטילת ממון. ואם כנים הדברים, לא יקשה כלל על הרשב"א ממאי דאין עבד נקנה בכלי נפחות משו"פ, דכל ספיקתו לא היתה אלא גבי קידושין, וכנ"ל.

כד) יעויין בחידושי הגרע"א בסוגיין שחקר אם טענו שתי כסף והודה בפרוטה ובמקצת טען הילך, דק"ל דהילך פטור, מהו הדין, ד"ל דכיון דטעמא דהילך פטור (לשיטת הגרע"א, וכמשי"כ המאירי הנ"ל באות ח') הוא משום דמה דאמר הילך לא מחשבים עוד להטענה והוי כנתן לו לפני התביעה, שוב חסרה לה הטענה ולא הויה ב' כסף. אלא דיעו"ש שהוכיח הגרע"א ע"פ דברי השט"מ פ"ק דב"מ דשפיר יתחייב שבועה בכה"ג, אלא דכתב דסברת הדבר צ"ע. והנה בין לשמואל דסגי ל"י בטענת ב' כסף בין לרב דבעי כפירת ב' כסף יסוד הדין הוא דבעינן טענת ב' כסף, אלא דאיכא ב' פרטים ושלבים בטענה, הטענה שפותח בה בב"ד, שהוא יסוד תביעתו, ובאופן שהנתבע מודה במקצת, תביעתו המעשית אינה אלא מאי דכפר, דמעתה על מאי דהודה הרי ליכא טו"כ. אשר בזה הוא דנחלקו רב ושמואל איזה תביעה צריכה ב' כסף, טענתו שבו תובע חברו בב"ד, או מה דלמעשה נשאר הטר"כ, שהוא הכפירה, וז"פ. וכן ביארו הראשונים במאי דלא דייקנן לרב דליתני במתני' הכפירה שתי כסף, דאף לדיד' הרי הוי דין טענה שתי כסף, אלא דס"ל דתליא בטענה המעשית, וכנ"ל.

זהו הנראה מבואר בשורש המח' באשר נוגע לדין שתי כסף. והנה ק"ל דטוענו בחטים והודה לו בשעורים פטור משום דמאי דתבע לא הודה ומאי דהודה לא תבע, כדאיתא להדיא בסוגיין. וממאי דחקשו אשמואל מהא דטענו שתי כסף ופרוטה והודה בפרוטה אמאי חייב, הא מה דטענו לא הודה וכו', מבואר דפשטות סברת הש"ס היתה דאין לחלק בין ב' דיננים במתני' ומצד דינא דטענו בחטים והודה בשעורים חד דינא וחד טעמא לתרוייהו. וביאורא דמילתא, דס"ד דהש"ס דהא דבעינן שתהא הודאה ממין הטענה ר"ל ממין הטענה המעשית, אשר היא הכפירה. ויסוד חידושה דשמואל דטענו חטים ושעורים והודה בשעורים חייב הוא דדין ממין הטענה דבעינן הוא ממין יסוד תחילת תביעתו, אשר בזה שפיר חשיב כה"ג הודאה ממין הטענה, וז"פ. והנה הא דטענו חטים ושעורים והודה לו בשעורים דחשיב ממין הטענה, אין זה קשור לפלוגתא רב ושמואל, ואף רב ס"ל הכי, דהא להלכה ק"ל כתרומתו, אשר מבואר לפ"ז דאף דלרב דין ב' כסף שנאמר הוא בטענה המעשית, דהיינו הכפירה, מ"מ דין הודאה ממין הטענה הוא ממין פתיחת טענת התובע, זאת אומרת, דצריכה הודאתו להתייחס למה דתבעו התובע בתחילת תביעתו. נמצינו למדים דאיכא דינים התלויים בתחילת טענתו ואיכא דינים התלויים בטענתו המעשית.

ומעתה יש לדון דאף דלשמואל נאמר הך דינא דשתי כסף דבעינן בתחילת תביעתו, מ"מ גבי הילך ענין אחר הוא, דנהי דהילך מסלק את התביעה והוי כמי ששילם לו קודם לכן, מ"מ הרי אין זה אלא אחר ההודאה, דשוב הוי כאילו ליכא תביעה כלל בב"ד אלא על הכפירה והוי ככופר הכל, וככדי שיתחייב בשבועת מב"מ בעינן שעם ההודאה יהיה מודה במקצת ולא כופר הכל, ונמצא דחסר בשם מודה במקצת, אך טענת ב' כסף דבעינן לחיוב שבועת הדיינין הוא תחילת תביעת התובע, ואז היה שפיר תביעת ב' כסף אף דאח"כ נסתלקה התביעה, ועדיין צ"ע בזה.

מ' ע"א

כה) רש"י דינר מטבעות - טבועה במטבע צורה ולא טענו משקל וזה הודה לו מטבע ואע"פ שזו כסף וזו נחשת ממין הטענה היא דכולהו מטבע ניהו, עכ"ל. ויעויין בחידושי הגרע"א שהקשה דלפ"ז מנ"ל להש"ס דס"ל לרב דשוה קאמר, הא שפיר יש לפרש רישא דמשנתנו אי דווקא קאמר דהא מייירי במטבעות

ושפיר הוי ממין הטענה, ולהכי אין הפטור אלא משום דחסר בשיעור הכפירה. וזה הקשה גם בדברי רש"י לעיל ל"ט ע"ב ד"ה ליטרא שאני דכתב דמטבעות שוה קאמר, והרי אי מיירי במטבעות תו לא בעינן להא דשוה קאמר דהא כל מטבע הוי ממין. (ועי' תורת חיים בסוגיין מה שכתב לדייק מדברי רש"י ד"ה ורב, ולדבריו יתכן דבאמת למסקנא אף רב ס"ל דדוקא קאמר כקושיית הגרע"א, אכן חידוש גדול הוא ד"י וגם צ"ע טובא ע"י מהמשך הסוגי' ת"ש וכו' ואכמ"ל.) והנה מבואר בסוגיין דר' אלעזר דמוקי לסיפא דמתני' בשטענו דינר מטבעות מצי מוקי לרישא דמתני' כרב דשוה קאמר. ומוכח לכאורה מזה דמאי דאמרין דטוענו מטבעות וכל מטבעות הויין ממין הטענה אינו אלא בזמן שאומר במפורש שטוענו מטבעות, כגון דהך בבא דמתני' דטענו דינר זהב, אשר הוא מטבע. אך ברישא דמתני' דלא הוזכר שם שם מטבע, נהי דאמר שתי כסף ומפרשין דהכונה לסך שתי מעות כסף, מ"מ כיון שלא הזכיר שם המטבע אין התביעה בחפצא דמטבעות, אלא תובעו אחד מתכונות ב' מעות כסף, אשר בזה הוא דפליגי רב ושמואל, דלרב טוענו בשווי' ולשמואל טוענו דסכום מתכת כסף שבו, כלומר, במשקל. וע"כ צ"ל כן, דאי לא נימא הכי, אלא דכשהזכיר בסתם שתי כסף ולא הזכיר להדיא המטבע נמי אמרין דתובעו דווקא מטבע, האידך שייך שיפרש ר"א רישא דמתני' כרב, הרי בכה"ג ס"ל לר"א דתביעתו אמטבעות וכל מטבע הוי ממין הטענה, וכה"ק בחידושי הרשב"א, ע"ש.

אשר לפי זה צ"ע טובא קושיית הגרע"א, דהא כל הך דינר דר"א לא שייכא אלא היכא דהזכיר שם מטבע כההיא דדינר זהב, אך במתני' דלא טען אלא שתי כסף, אין יסוד תביעתו בחפצא דמטבעות, וע"כ דשוה קאמר, דאי לא הכי אין ההודאה ממין הטענה. והנה הקשו התוס' ד"ה בטוענו בדינר מטבעות בקושייתם הראשונה, וז"ל: וקשה דלעיל גבי שתי כסף יש לי בידך אין לך בידי אלא פרוטה מסקי' לשמואל דפטור משום דמה שטוענו לא הודה לו וכו', עכ"ל. ולכאורה לפמשנית' קושייתם תמוהה, דהא במתני' ליתא לדינר דר"א כיון שלא הזכיר להדיא מטבע, כדמוכח מהא דיתכן שיפרש ר"א לרישא דשוה קאמר, וכנ"ל, ואין תביעתו בחפצא דמטבע אלא במשקל מתכת הכסף, אשר בזה ודאי דאין ההודאה ממין הטענה. אכן נראה בביאור קושיית התוס' דלא מפרשי כדברי רש"י דאי דווקא קאמר ברישא דמתני' הכוונה למשקל מתכת כסף, דמנ"ל שזהו יסוד תביעתו, אלא יסוד התביעה אי דווקא קאמר על חפצא דמטבע דווקא, אשר בזה שפיר הקשו דמה יועיל מאי דהוי מטבע דווקא, מ"מ הרי בכל מטבע שיודה הוי שפיר הודאה ממין הטענה. ולשיטת רש"י דפירוש דווקא הוא משקל מתכת כסף ל"ק קושייתם, וכנ"ל, ודוק. אכן למעשה נראה דכל קושיית התוס' נבנות אמאי דהבינו בדעת רש"י דמה שהדבר טבוע מהוה תכונה משותפת אשר מצדה שפיר חשיבא הודאה ממין הטענה, ע"י לקמן אות כ"ז שהארכו בזה.

כו) תוד"ה בטוענו בדינר מטבעות - וזה דוחק לומר שאין שוה פרוטה באותו חסרון. מבואר מדברי התוס' דבדין שתי כסף דבעינן סגי במאי דהוי שתי כסף פחות פחות משו"פ. וכן דייקו האחרונים מדברי המחבר ריש ס' פ"ח דדוקא בטענו ב' כסף ופרוטה והודה בב' פרוטות הוא דחסר בכפירת ב' כסף, הא מודה בכגון פרוטה וחצי לית לן בה. ובקצה"ח פ"ח א' הקשה על דברי התוס' מ"ש מה' סלעים דפדיון הבן או משיעור ב' סלעים דאשם דבעינן דיהא כל השיעור ואף בפחות כל שהוא פשיטא דלא מהני. עוד הקשה לדברי התוס' מה הקשו לעיל ל"ט ע"ב ולרב לא ממילא שמעת ל"י, ופי' רש"י דע"כ כיון דהודה פרוטה שוב יחסר מבי' כסף דכפירה, הא י"ל דמייירי דהודה בכלי פחות משו"פ אשר לשיטת רש"י הרמב"ם ועוד ראשונים הוי שפיר הודאה בהכי, ולא חסר מהכפירה אלא פחות משו"פ.

והנה במה שהקשה מ"ש משאר שיעורי כסף דלא אמרין הכי, י"ל דבאמת חלוק הוא שיעורא דב' כסף, דכל שאר השיעורים הרי הם שיעורי כסף דבעינן, אשר בזה פשיטא דאף דלא חסר אלא משוה מ"מ ליתא להשיעור. אכן הך שיעורא דב' כסף אינו שיעור כסף אלא שיעור חשיבות דבעינן בכדי שיהא ממון חשוב, כדחזינן לכאורה ממאי דיצאו כלים למה שהן דסגי בחשיבות דידהו ולא בעינן שיהא כל כלי שוה מנה. אשר בזה שפיר כתבו התוס' דכיון דפחות משו"פ הרי אינו ממון, אין מה דחסר פחות משו"פ מהשתי כסף מחסרהו מהיות לו חשיבות דב' כסף, ודוק. (שו"ר שכתב כן באילת השחר, ברוך שכוני' לדעתו הנשגבה.) והקצה"ח כנראה דהבין דאף דילפינן להך שיעורא דב' מעות כסף מצד חשיבות, כמבואר מסוגי' דלעיל, מ"מ סו"ס נאמר בזה שיעור כסף והרי זה כשאר שיעורי כסף. והך דיצאו כלים למה שהן אף דנלמד מצד חשיבות, מ"מ סוף הדבר הוא דגזיה"כ דבכלים ליתא להך שיעורא דשתי כסף. ובחידושי הר"ם חו"מ ס' פ"ח ביאר דברי התוס' באופן אחר, והוא ע"פ דבריהם ריש פרק הזהב ד"ה אסימון, דבעצם הוי ממון רק שחסר הטביעה, אשר בזה אמרין דאם אך דמי הטביעה הויין פחות משוה פרוטה חשיב כבר דינר, משא"כ היכא דנעצם השווי' הוא פחות מהשיעור הנצרך, בזה ודאי דאף בחסרון פחות משו"פ לא מהני.

ובמה שהקשה ממה דאיתא לעיל ולרב לאו ממילא קא שמעת לה, ע"י ת"י נכון באמרי בינה הלכות טו"י ס' ל"ג, דבעלמא כתבו הראשונים דאי התובע שוה קאמר, אף אי הנתבע דווקא קא הודה מ"מ חשיבא הודאה ממין הטענה, דסו"ס למה שהודה יש שיווי ומודה במקצת מה שתבע. אכן כל זה הוא דווקא היכא דמה שהודה שו"פ, אך היכא דהודה במחט השוה פחות משו"פ, נהי דחשיבא הודאה מדין יצאו כלים למה שהם, אך כיון דבטענה לרב שוה קאמר, הרי לא הודה לא בשויות כלל אלא בחשיבות דכלי למלאכתו, אשר בזה ודאי דאין ההודאה ממין הטענה, ודוק.

כז) תוד"ה בטוענו בדינר מטבעות - ועוד דאפי' עבד גדול ועבד קטן חשיב מה שטענו לא הודה לו בפרק השואל ומנורה גדולה ומנורה קטנה אמרין נמי לקמן דמה שטענו לא הודה לו אפי' שצורתם שוה - מבואר להדיא מדברי התוס' דיסוד מאי דס"ל לר"א לפום פירוש רש"י דכל מטבע חשיבא ממין הטענה אף דהוא מחומר אחר היינו משום דצורתן שוה, דהאי צורת מטבע אית ל' והאי צורת מטבע אית ל', אשר זהו דהקשו דבעבד ומנורה חזינן דאף דגם בחומר שוין הן לא חשיבא הודאה ממין הטענה, ואף דצורתן שוה, ומ"ש מטבעות.

ובדעת רש"י י"ל דהא דכל דהוי מטבע חשיבא הודאה ממין הטענה אינו משום דצורתן שוה גרידא, אלא יסוד הטעם בזה, דבהיות דעיקר ההשתמשות דמטבעות היא להוצאה, דעתו כשתובע מטבעות דווקא אינו למטבע המסוים שתובע, אלא לכל מטבע שיהיה ובלבד שיהא שוה כמו כו' מה שכתוב, אשר ממילא בכל מטבע שיודה הויא שפיר הודאה ממין הטענה. אך במנורה ובעבד, הרי עיקר השתמשותן הוא לעצמן, אשר בזה פשיטא דאם תובע מנורה גדולה כוונתו לזו המנורה דווקא ולא למנורה קטנה, ושפיר אמרין בזה דמה שטענו לא הודה. והיסוד המבואר מזה הוא דלשיטת רש"י אין העיקר עצם מה שהיא טבועה, אלא מאי דהוי currency, אשר התכונה הבולטת בזה הוא מה שהיא טבועה, אשר מפאת זה חשיב ממין הטענה, דהעיקר הוא כח הקניה של המטבע. והתוס' שהקשו, היינו משום שהבינו בדברי רש"י דאין הטעם משום דהוא currency, אלא דהא דהוי חתיכת זהב או כסף אשר מפאת היותה טבועה חשיבא הטביעה צד השוה ומצד זה חשיב הודאה ממין הטענה, ולעולם אינו צריך לומר דכוונתו דווקא אטביעה, אשר ממילא שפיר הקשו.

והנה כתבו הראשונים בסוגיין דלדעת רש"י בכל מטבעות היין ממין הטענה, אמרינן כן אף מטבע שכבר אינה יוצאה או במטבע של מדינה אחרת, דכיון דצורתן שוה, דזה מטבע וזה מטבע, הוי שפיר ממין הטענה. ולמש"כ בדעת רש"י נראה דאף לשיטתו לא יהיה הדבר כן, דיסוד דינא דר"א שהכל מין מטבע אחד הוא משום דעיקר קפידתו בתביעתו היא להוצאה, אשר בזה כל המטבעות שוות, אך היכא דאין המטבע ניתן להוצאה אין זה ממין הטענה.

ועפ"משינ"ת, יתיישבו גם שאר קושיות התוס' על דברי רש"י, דהקשו דמדברי הש"ס משמע דאין החידוש אלא בפרוטא, ואילו לדברי רש"י הרי אף בלא"ה חידוש הוא דחשיב ממין הטענה מצד הטביעה. ולרש"י לשיטתו לא יקשה, דלדברי יסוד הא דדינא מטבעות הוא דמפרש שהתביעה הוא מצד currency, אשר ממילא פשיטא דכל שהוא currency שפיר הוי ממין הטענה, ואין החידוש אלא במאי דפרוטא

חשיבא אף היא currency. וכן מה שהקשו דלשון דינר מטבעות לא משמע כדברי רש"י, זהו דווקא למה שהבינו דאין מדובר אלא על התכונה שהיא טבועה, אשר לישנא דמטבעות ודאי דלא משמע הכי, אכן לפירוש רש"י מאי דמדובר בחפצא דמטבעות הוא הוי יסוד הך מילתא, וכמשנ"ת, ואתיא לישנא דדינר מטבעות שפיר היטב.

כח) רב שהכל דין מטבע אחת - ע"י חידושי הריטב"א שהביא פ"י הרי"א אב"ד דסד"א דכיון דאיהו תבעי דינר זהב ואיהו בשוה הודה לו שתי כסף וטריסית ואידך אין כאן הודאה ממין הטענה דבעינן שיודה לו באותו הלשון שתובעו כגון שוה חצי דינר זהב וכיוצא בו, קמ"ל דכיון דשוה הוא הכל דין מטבע אחד הוא. ותמחו עליו הרמב"ן והריטב"א דהוא דלא כמו שכתבו דאם אך התובע שוה קאמר תו חשיב הודאה ממין הטענה אף אי טענת הנתבע דווקא הוא, ע"י ר"ן שהביא כן משמ"י דהרמב"ן. ויסוד סברת הרי"א אב"ד בזה, דלכאורה סברת הני ראשונים פשוטה דהכל תלוי בתובע, דאף כד אמרינן דשוה קאמר, אין הפירוש שאמר שויות, דודאי דינר אמר, שהוא מטבע, רק דאמרינן דעיקר קפידתו בזה הוא על השויות ולא על החפצא. ולדין מודה במקצת סבירא ל"י להרי"א אב"ד דבעינן שיהא מודה במקצת הטענה ממש, אשר ממילא ס"ל דאף היכא דהתובע שוה קאמר אם אך נימא דהנתבע דווקא קאמר, נהי דזה בכלל תביעת התובע, אך לשון הנתבע אינו ממין לשון הטענה כיון דאינו **מקצת מלשון התובע**. אשר זהו דס"ד בסוגיין דכיון שהודה לו במטבע של נחושת וכדומה, אין לשון הודאתו ממין לשון הטענה, קמ"ל דכל מטבעות דין אחד להם, זאת אומרת דמקצת ממטבע גדול הוא מטבע יותר קטנה, ואף שהוא עשוי ממין אחר, אשר ממילא שפיר הוי לשון ההודאה ממין הטענה וחייב שבועה.

ועי"ש בחידושי הריטב"א דפירש הוא עצמו דברי הש"ס דבא לבא לחדש דאף דזה טוען שדינר זהב נתן לו, וזה טוען שלא נתן לו דינר זהב, אלא טריסית וכדומה נתן לו, ובגורם הוי טענה אחרת לגמרי, מ"מ הוי שפיר ממין הטענה כיון דלמעשה הרי אינו טוען אלא שויות. ובד"ז נחלקו הרמב"ם והראב"ד פ"ג מהל' טו"ט הי"ד. (ועי' בזה דברי הראשונים בב"מ צ"ח ובב"ק ל"ה). ויסוד פלוגתתם, מה מוגדר כהטענה, דהרמב"ם ס"ל דכל מה שטוען אינו בכלל הטענה, רק מה שלמעשה תובע שחייב לו, על כן שפיר ס"ל דכיון דסו"ס זה אומר דחייב לו מנה וזה מודה שחייב לו חמשים לא איכפת לן מאיזה טעם. והראב"ד ס"ל דהטענה הוא טענת זכותו בהממון, זאת אומרת הסיבה שהממון שלו, על כן שפיר ס"ל דאם זה טוען הלוואה וזה טוען פקדון אין ההודאה ממין הטענה.

ונראה דלא יתכן דברי הרי"א אב"ד אלא ע"פ שיטת הראב"ד דהטענה הוא מה שאומר בב"ד, אשר בזה שפיר שייך למימר דבעינן שיהא מודה במקצת הלשון, וכנ"ל, אך לשיטת הרמב"ם דלא חשיב טענה אלא מה

שלמעשה תובע מחברו, הרי כיון דשוה קאמר סו"ס אינו רוצה ממנו אלא השויות ושפיר הוי מודה במקצת הטענה, וז"פ.

כט) תני רבי חייא לסייעו לרב - ע"י ראשונים דק"ל בזה כרב אף דהלכה כשמואל בדינא, משום דתני ר' חייא כוותי'. וכתב הר"ן דלכאורה אף לענין מאי דנחלקו אי שוה קאמר או דווקא קאמר נקטינן כרב, הא בהא תליא. ועכ"פ כל פלוגתתם היא באמר סתם אי אמרינן דשוה קאמר או דווקא קאמר, אבל הא פשיטא דאם מפרש דווקא הוי דווקא ואם מפרש שוה הוי שוה. וכתב הר"ן דאם תבעו דווקא והודה לו בשוה, דודאי דאין ההודאה ממין הטענה ופטור, אבל אם טענו בשוה והודה לו דווקא, שפיר חשיבא הודאה ממין הטענה, דמאחר שתבעו בשוה, אף שהודה דווקא הרי יש לזה שויות ובכלל הודאתו איכא הודאה ממין הטענה.

והביא הר"ן ראיא דהיכא דתבע בדווקא והודה בשוה דאין ההודאה ממין הטענה ופטור ממאי דקתני בבב"יתא זהב זהב אתה חייב לי והודה לו בדינר כסף דהוי שוה לרב, וקתני (לפי גירסת הר"ן ודעמ' דלא כגירסת רש"י) דפטור, הרי דלא חשיבא הודאה ממין הטענה ככה"ג. והקשה הגרע"א ע"פ מש"כ הר"ן בסוף דבריו דטעמא דשוה קאמר הוא בכדי שכל מה שיודה לו הנתבע יתחייב לו שבועה, ואם כן, זה לא שייך אלא לגבי התובע אבל לענין הודאת הנתבע לא שייך כן ואמרינן דדוקא קאמר, ונמצא דבהא דדינא זהב זהב הוי בין הטענה בין ההודאה בדווקא ולכך חשיב שאין ההודאה ממין הטענה, ואזלא לה ראיית הר"ן, ע"ש שנשאר בצע"ג.

ואפשר אולי לומר בזה, דיעו"ש דמקודם הביא הביא הר"ן דעת הרשב"א דווקא בהלוואה הוא דאמרינן דשוה קאמר משום דאין יכול המלוה לתבוע מטבע טבוע ממש ויכול הלואה לפרוע לו שיווי, אבל בשאר מילי אף לרב דווקא קאמר. והנה ככה"ג בהלוואה אף ההודאה אינה אלא בשוה דהא מלוה להוצאה ניתנה ואינו חייב לו חפץ מסויים. ויעו"ש ברין שחולק על הרשב"א משום דלא מסתבר דלא משכחת לה לא דשוה קאמר אלא בהלוואה, וכתב כנ"ל דדוקא גבי פקדון הוא דאמרינן דדווקא קאמר. מסברא הני"ל המובאת לעיל. וחזינן דלא פליג הר"ן על עצם סברת הרשב"א גבי מלוה אלא דס"ל דלא בעינן לזה, דאף גבי שאר מילי חוץ מפקדון אמרינן דשוה קאמר, ויתכן דאף הר"ן מודה גבי מלוה דכיון דלהוצאה ניתנה ודאי דהלואה שוה קאמר, ושפיר הביא הר"ן ראיא דהיכא דהתובע תובע דוקא והנתבע מודה בשוה לא חשיבא הודאה ממין הטענה, דמיירי בפשטות במלוה דפשוט דההודאה היא בשוה, ומ"מ לא חשיבא הודאה ממין הטענה. שו"ר שכתב כע"ז בשיעורי רבנו יחיאל מיכל, וכתב דעדיין צ"ע.

וע"ש עוד בדברי הר"ן שהביא דעת הרשב"א דלא ק"ל כרב אלא במאי דבעינן שתהא טענת הכפירה ב' כסף, אבל בפלוגתא אי שוה קאמר או דווקא קאמר, בזה נקטינן כשמואל דדווקא קאמר, ע"ש שדדק הר"ן כדבריו בדברי רש"י שהביא במתני' פירושא דשמאל דמאי דפטור הוא משום דמאי דטענו לא הודה ומאי בהודה לא טענו.

ל) אבל בטענת מלוה והעדאת עד אחד וכו' - ע"י ר"י מגאש שהקשה דנהי דלא בעינן בהעדאת עד אחד כפירת שתי כסף, מ"מ מהיכי תיתי דלא ניבעי עכ"פ טענת שתי כסף, ע"ש מש"כ בזה. והנה מדכתב דבהעדאת עד אחד הוא דלא בעינן כפירת שתי כסף, מבואר דאזל בזה בשיטת רב דבעינן במודה במקצת כפירת שתי כסף, וא"כ תמוהה קושיותו, דלרב הרי שיעורא דשתי כסף בכפירת הטענה הוא שנאמר, ואם אך אמרינן דלא בעינן לה בהעדאת עד אחד מנ"ל תו למימר דניבעי טענת שתי כסף. ואשר מוכרח ומבואר מדבריו, דאף דלמד רב דכסף אכפירה הוא דאתיא, מ"מ אף לדידי' נאמר גם דין שתי כסף בטענה, אלא דבמב"מ לא סגי בטענת שתי כסף אלא בעינן נמי כפירת שתי כסף, אשר זהו שהקשה דנהי דבעד אחד

ליתא לדין זה דבעינן כפירת שתי כסף, מ"מ טענת שתי כסף ניבעי.

לא) תוד"ה אבל בטענת מלוה והעדאת עד אחד וכ"ו - עי' מש"כ התוס' דבעצם הוה לן למימר שוות שבועת מבי"מ ושבוועת ע"א בדין טענת שתי כסף, אלא דלשמואל מוכח דליכא בשבוועת ע"א דין שתי כסף.

ועי' תוס' כתובות פ"ז שכתבו בתירוצם הראשון כדבריהם בסוגיין, אלא דהקשו דאכתי איכא למימר דבעינן טענה שתי כסף ואיכא נמי כפירה שתי כסף, רק דהע"א לא העיד אלא על פרוטה, דבכה"ג נשבע שפיר על פרוטה. ולכאורה קושייתם צ"ב, דהתם הרי שתי הכסף אינן משתייכים כלל לטענה אשר עליה נאמר דין שבועה, שהוא בפרוטה, ומאיזה טעם נימא דבעינן שתהא הטענה שתי כסף, וצ"ב. ויהא מוכח עכ"פ מזה דמאי דבעינן שתי כסף אינו מצד הטענה המחייבת השבועה, דהא הכא אין חיוב השבועה דע"א אלא אפרוטה, וכנ"ל, אלא דין הוא בשבועה דאינו חייב בשבועה אלא על רקע טוען ונטען דשתי כסף, אז הוא דחייב שבועה על מה שיהיה.

אכן יעויין בדברי הר"י מגאש בסוגיין שכתב דלא בעינן שתי כסף אלא בשבועת מבי"מ בלבד, דלא נאמר דין שתי כסף אלא היכא דמחייב הוא הכפירה והטענה, משא"כ בשבוועת ע"א דהע"א הוא המחייב ובשבועת השומרים דהשבועה היא על טענת שמא, פירוש, דחיוב השבועה אינו נובע מהטענה, דלעולם אינו אלא טענת שמא, אלא הוא דין בעצם חיובי השמירה. עכ"פ מבואר מדבריו דאף לרב שפיר מחלקינן בין שבועת מבי"מ לבין שבועת ע"א לענין שתי כסף, ויש לעיין במאי פליגי הר"י מגאש והתוס'.

והנה יעויין ב"מ דף ד' ע"א, הצד השוה שבהן שע"י טענה וכפירה הן באין, ועי' שם בתוד"ה הצד השוה שבהן שהקשו דכה"כ יוכיח דע"י טענה וכפירה בה ואינו נשבע, ותימצו, וז"ל: וי"ל דבהצד השוה שבהן יש טענה חשובה דכשמודה מקצת או עד מכחישו נראה דמשקל ולכך יש שבועה, עכ"ל. ביאור דבריהם, דהמחייב דהשבועה בין בין שבועת מבי"מ בין שבועת ע"א הוא טענת התובע היכא דהוי טענה חשובה, וע"י ההודאה או הע"א חשיבא טענה חשובה, דבעלמא נהי דעל טענת התובע אמרינן דאין אדם תובע אא"כ יש לו, מ"מ גם מצד טענת התובע איכא חזקה דאין אדם מעיז וכו', ולכך ליכא חיוב שבועה דאורייתא, רק הכא ע"י הע"א או ההודאה במקצת שפיר אלימא טענת התובע ושפיר מחייבו להנתיב שבועה.

אשר לפ"ז יתבאר היטב דברי התוס' בסוגיין שהשוו דין שבועת ע"א לדין שבועת מבי"מ לענין טענת שתי כסף, דדין שתי כסף הרי הוא לשיטתם דין בטענה המחייבת את השבועה, ובין במבי"מ בין בע"א הרי המחייב הוא הטענה, כדבריהם בב"מ. והר"י מגאש דפליג עלייהו לענין שבועת ע"א היינו משום דס"ל דבשבועת ע"א הע"א הוא שמחייב שבועה ולא טענת התובע, ע"כ לא שייך בה דין שתי כסף, ודוק. ולדבריו כל זה מונח בדברי הגמ' דכל מקום שבי' עדים מחייבין ממון ע"א ואם כן הוה דין שבועת ע"א לענין שבועה, מוכח דהעד הוא שמחייב את השבועה ולא הטענה וכפירה.

והתוס' בכתובות תירצו תירוץ אחר, וכ"ה בתוס' הרא"ש בסוגיין, "דאליבא דכו"ע אתיא מימרא דשמואל אע"ג דמחייבין שבועה בעד אחד באותו ענין דמיפטר במודה במקצת לא דמי להכא דהתם מין המחוייב שבועה בעלמא מיהא הוי אבל כפירת שיעבוד קרקעות לא מצינו בשום מקום במינו שבועה והלכך גבי עד אחד אית לן למיפטר". ביאור דבריהם, דמאי דאין נשבעין על הקרקעות יסודו מיעוד בקרקעות דאין נשבעין עליהן, ובה לא מחלקינן בין שבועה לשבועה, דדין הוא בקרקעות מופקעין משבועה, משא"כ מאי דבעינן לשתי כסף, הרי"ז דין בחיוב השבועה, אשר בזה שפיר אמרינן דדווקא בשבועת מודה במקצת הוא שנתחדש דבעינן טענת שתי כסף ולא בשבועת עד אחד. ויתכן דבהא

פליגי ב' התירוצים בתוס', דתי' קמא בכתובות (שהוא תי' התוס' בסוגיין) ס"ל דדין שתי כסף דבעינן דין הוא בטענה המחייבת השבועה, אשר ממילא לדידי' לא יקשה משה"ק התוס' בכתובות, וכן אין לחלק בזה בין שבועת מודה במקצת לבין שבועת עד אחר, דמאחר דאין טענה פחותה משתי כסף מחייבת שבועה, הדין שוה בזה לכל שבועה אשר הטענה מחייבתה.

ולשיטת הר"י מגאש ע"כ מאי דאמרינן בב"מ הצד השוה שבהן שע"י טענה וכפירה הן באין, אין ר"ל דהטענה והכפירה מחייבין את השבועה, אלא פירש ע"ד שכתב שם רש"י בד"ה טענה וכפירה ע"ש שכתב, וז"ל: זה טוען וזה כופר הן באין לדין, עכ"ל, ומשמע להדיא מדבריו דאין הטענה וכפירה המחייבין את כל השבועות, אלא דהם מהווים הרקע שבו מתחייב בשבועה, זאת אומרת, דדווקא ע"י טו"נ איכא תביעת שבועה. אשר לפ"ז אתיין שפיר דברי הר"י מגאש, דלעולם אפשר לומר דהמחייב דשבועת ע"א הוא הע"א, רק דהך תביעת שבועה בא על ידי טו"נ, ודוק.

והנה כתב רש"י בריש פירקין דהמחייב דשבועת מודה במקצת הוא ההודאה, אשר זה מתאים לדבריו בב"מ דאין הטענה וכפירה מחייבין אלא דעל ידי הטו"נ איכא מציאות דתביעת שבועה היכא דאיכא מחייב, וכנ"ל. והנה מדבריו מוכח לכאורה עוד, דאין הדין דהטענה ב' כסף דין בטענה המחייבת את השבועה, דהרי אף בשבועת מבי"מ אין הטענה מחייבת את השבועה אלא ההודאה, אלא דין הוא בהטו"נ, זאת אומרת, דדווקא בטו"נ דטענת שתי כסף (או כפירת טענה דשתי כסף לרב) הוה דשייך חיוב שבועה על ידי הודאתו, כלומר, דדין הוא בשבועת מודה במקצת שאינה באה אלא על טו"נ דשתי כסף (אף דמחייב השבועה היא ההודאה). אך בשבועת ע"א לא בעינן טו"נ דב' כסף כמו שמוציאין ב' עדים ממון בטו"נ דפרוטה.

והנה יעויין בתוס' הרא"ש ובתוס' רבנו פרץ שם בב"מ דהקשו דאי על ידי טענה וכפירה נשבע יהיה אף כוה"כ חייב שבועה, ותימצו דמגוה"כ דכי הוא זה ילפינן דליכא שבועה אלא בטענה וכפירה דמבי"מ. וביאור דבריהם, דמהך גוה"כ נלמד דלעולם הטענה וכפירה דכוה"כ אינן מחייבין שבועה כלל, ושבועת ע"א חייב מצד העד אחד, אלא דהוא על רקע טו"נ כוה"כ, והוא ע"ד פירוש רש"י הנ"ל בהך תד השוה. והנה לדברי הר"י מגאש עכ"ל כתי' חב' דהתוס' בכתובות (והתוס' הרא"ש בסוגיין) דלעולם לא משוינן השבועות אלא במיעוט דקרקע דהוא מיעוט שאין נשבעין עליו ולא דין מסויים בשבועה. ולשיטת רש"י לכאורה אין הכרח בזה.

לב) בדין טענה בשבועת עד אחד - יעויין בדברי הראשונים בסוגיין דהביאו שיטת רבנו אפרים והר"י מגאש דאף בשבועת עד אחד ליכא שבועה אלא ע"י טענת ברי, ודייקו כן מלישנא ד"טענו" בסוגיין וכן מלישנא ד"על ידי טענה וכפירה הן באין" בב"מ דף ד' ע"א. ועי' רמב"ן רשב"א וריטב"א דפליגי עליהו ופי' דאין לשון טענה במקומות הנ"ל אלא תביעה, ולעולם לא בעינן טענת ברי. והר"י מגאש ודעמי' דס"ל דבעינן טענת ברי ולא סגי במאי דאמר הע"א, פי' הרשב"א דהיינו משום דס"ל דברי על ידי אחר לא חשיב ברי. ודעת הראשונים דפליגי, דאף דברי על ידי אחר לאו ברי הוא, מ"מ לשבועת ע"א לא בעינן טענת ברי, ע"כ תו"ד הראשונים בקצרה.

ולכאורה היה נראה דכל הנידון אי בעינן בשבועת עד אחד טענת ברי או לא לא שייכא אא"כ נימא דהמחייב דשבועת ע"א הוא הע"א, רק דאיכא דין דעל ידי טענה וכפירה בא, כמו שביארנו באות כ"ז, ע"ש, אך אי נימא כשיטת התוס' דלעולם אף בשבועת ע"א הטענה היא המחייבת, ז"א, דע"י הע"א הוי טענה חשובה, מוכרח לכאורה דבעינן טענת ברי, דבלא טענת ברי האין נחשיבנה לטענתו כטענה חשובה. אכן יעויין דברי התוס' ב"מ ג' ע"א ד"ה מפני מה שהקשו מנ"ל דכוה"כ פטור משבועה וכתבו דאין

לומר דממה שחייבה התורה שבועת עד אחד ידעין לה דאילו כוה"כ חייב שבועה הרי בלאו העי"א צריך לישבע, "דהא איצטריך במקום שהוא אינו יודע והעד מעיד שהוא גנב או שאביו הלוח לו". ומפורש בדברי התוס' דשפיר איכא שבועת עי"א אף היכא דאין התובע ברי מצד עצמו ואינו יודע כלל, רק עי"א העד, ודלא כשיטת הר"י מגאש ורבונו אפרים. וצ"ב לכאורה דהא מדברי התוס' שם ד"ד עי"א ד"ה הצד השוה (הובאו דבריהם באות ל"א) מבואר להדיא דהמחייב דשבועת עד אחד היא הטענה, דהוי טענה חשובה על ידי עדות העד. והמוכרח ומבואר מדברי התוס', דנהי דמצד עצמו לא הויה טענתו טענה כלל, מ"מ על ידי נאמנות העד שפיר נעשית טענתו לטענת ברי, באופן דאף דלהתוס' בעינן לשבועת עי"א טענת ברי, מ"מ עי"א עדות העד חשיב שפיר טענת ברי. ולכאורה י"ל בביאור שאלה זאת אי נעשה טענת ברי על ידי עדות העי"א, דתליא ביסוד נאמנותו של העד מהו גדרו, דאי נימא דלא הוי אלא נאמנות מסויימת לענין שבועה, אך על עצם המעשה אינו נאמן כלל, לא יתכן להחשיב טענתו לטענת ברי על ידי עדות העד, בעצם המעשה בספק הוא כמו מקודם, אך אי נימא דיסוד נאמנותו של העד הוא על הממונות, כדמשמע לכאורה מדברי התוס' ב"מ דף ה' גבי ההוא רעיא, דאז ישבע או ישלם, וכן משמע מדבריהם ב"ב ל"ד (ועי' רמב"ן שם בב"ב ב' דיעות בזה), כיון דנאמן העד על עצם המעשה י"ל דחשיב שפיר טענת ברי על ידי עדות העד.

ולכאורה צ"ב לדעת הר"י מגאש דשבועת עד אחד מחייב העד אחד את השבועה ולא הטענה, אמאי בעינן שיהא על ידי טענת ברי, הרי אין הטענה מחייבת את השבועה אלא העד אחד. וי"ל עי"פ מה שביארנו בדברי רש"י בב"מ במאי דאמר דעל ידי טענה וכפירה הם באים דאף דעד אחד מחייב את השבועה מ"מ אין חיוב שבועה אלא במסגרת של טוען ונטען, ומשם באמת הביאו הראשונים שדקדק הר"י מגאש דבעינן טענת ברי, והביאור, דלא שייך שבועה אלא בטוען ונטען שטוען התובע ברי, אך לעולם מחייב השבועה הוא העד אחד.

והנה יעויין מש"כ במ"מ פ"ג מהל' טו"ן ה"ו בדברי הרמב"ם אין מבואר האידך ס"ל בהך מחלוקת ראשונים אי בעינן טענת ברי לשבועת עי"א. ובהלכות גזילה ואבידה פ"ד הי"ז כתב הרמב"ם, וז"ל: נכנס לביתו של חברו שלא בפניו ונטל משם כלים בפני עד אחד ואין העד יודע כמה נטל וכו' חייב להחזיר העשרה מפני שהוא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע וכו', עכ"ל. הרי מבואר לכאורה מדברי הרמב"ם להדיא דלא בעינן טענת ברי על ידי עצמו לשבועת עי"א (ועי' שם בהראב"ד דפליג וס"ל דבעינן טענת ברי), וכן כתב המ"מ בדבריו, והרי זה סותר לדבריו שכתב בהל' טו"ן דדעת הרמב"ם אינה מבוארת בזה, וכבר עמד על זה בלח"מ.

אכן דעת הרמב"ם בזה אכתי צ"ב, דהנה כתב בפ"ה מהל' טו"ן ה"ט, וז"ל: אין נשבעין על טענת חשיו אחד הבא בטענת עצמו או בטענת אביו וכו' וכן אם כפר בכל ובא עד אחד והעיד לקטן אינו נשבע שזה עד אחד ואין שם תובע שתביעת קטן אינה תביעה גמורה, עכ"ל. וצ"ב, דלכאורה יסוד החסרון דטענת קטן שאינה תביעה גמורה הוא דמכלל טענת שמא לא יצא, אך טענת שמא שפיר הויה, ואי סגי לשבועת עד אחד בטענת שמא היכא דאיכא עי"א, כמבואר לכאורה בדברי הרמב"ם הנ"ל בהל' גז"א, אמאי לא יתחייב עי"א טענת קטן בשבועת עד אחד.

ולכאורה י"ל בזה, דבאמת ס"ל להרמב"ם דבעינן לשבועת עי"א טענת ברי, אלא דס"ל דברי על ידי אחר חשיב שפיר ברי, דעל ידי נאמנות העד אחד חל על הטענה דין טענת ברי, אכן כ"ז דווקא בגדול דשייך שיחול על טענתו שם טענת ברי, אבל קטן, דדין טענתו בכל אופן הוא דאינה טענה גמורה ומופקע קטן מדין

טענה, לא שייך שבועת עי"א עי"י טענתו. אכן אכתי יש לעיין בזה מדברי הרמב"ם פ"א מהל' טו"ן ה"ז, עי"ש שכתב, וז"ל: אין משיבעין שבועת היסט אלא על טענת ודאי אבל על הספק פטור כיצד וכו' אמר לי אבא שיש לו אצלך מנה או צוה לי בפני עדים שיש לו אצלך מנה וכו' הרי זה פטור אף משבועת היסט וכו', עכ"ל. והנה התם הרי לא מיירי בקטן, ואי נימא דס"ל להרמב"ם דברי על ידי אחר חשיב שפיר ברי, אמאי כתב דלענין שבועת היסט חשיב מה שאומר דאמר לו אביו לטענת ספק.

וי"ל בזה על דרך שכתבנו לעיל בדברי התוס', דעל ידי אחר סתם ודאי דס"ל להרמב"ם דל"ח טענת ודאי, רק על ידי עי"א, שנאמן על עצם המעשה, בזה שפיר ס"ל דחשיב על ידי כן טענת ודאי. אשר לפ"ז אתיין לכאורה כל דבריו שפיר, דבמה שאמר שאמר לו אביו או צוה לו אביו בפני עדים ליכא עדות דעי"א על המעשה, ופשיטא דאכתי לא יצא מכלל טענת שמא, אך עי"א שפיר נעשה ונחשב טענת ברי, וכנ"ל, ובקטן לא מהני אף עי"א כיון דמופקעת טענתו מלצאת מכלל טענת שמא, דהרי אינה טענה גמורה, ודוק. (ואמרו לי שעד"ז פ"ה הגרמ"מ שליט"א, ברוך שכונתי לדעתו הרמה).⁸

והנה יעויין דברי התוס' בסנהדרין ס"ח ע"ב ד"ה קטן אי את צריך לחזור כו' שכתבו דשבועת עד אחד איתא אפי' על ידי טענת קטן, וצ"ב לכאורה האידך מתאימים דבריהם עם מש"כ בב"מ דף ד' דבעינן לשבועת עד אחד טענה חשובה (אם לא דנימא דבאמת שיטה זו דהתוס' היא שיטה אחרת ממש"כ בב"מ). ועכצ"ל דפליגי אדברי הרמב"ם וס"ל דליכא חסרון בקטן דלעולם אין טענתו טענה גמורה, אלא ס"ל דטענת קטן אף שאומר שידע, מ"מ כיון דקטן הוא לא יצאה מכלל טענת ספק, אשר בזה י"ל דשפיר מהני היכא דהוי ברי על ידי אחר.

לג) יעויין בראשונים בסוגיין דהביאו דעת הר"י מגאש והרמב"ם דשבועת השומרים לא בעינן שתי כסף, והקשו עליהם דא"כ הו"ל להשי"ס למימר הכי להדיא, דהא זהו חידוש יותר גדול מעי"א דהא הך פרשה דמיני נלמד דין שתי כסף הוא פרשת שומרים, ועוד, דמדחזינן דבעינן קרא בעי"א לומר דלא בעינן ב' כסף, מוכח דבלאו קרא הוה אמרינן דבכל שבועות בעינן ב' כסף, וא"כ שבועת השומרים דלית ב' קרא ודאי דבעי ב' כסף, עכתו"ד בקצרה.

והנראה בדברי הר"י מגאש והרמב"ם, עי"פ המבואר לעיל אות ל"א דלשיטתם דין שתי כסף הוא בהטענה, זאת אומרת דהטו"ן שעל ידו באה השבועה צריך ב' כסף. והנה שבועת מב"מ נתחייב על ידי הטענה וכפירה, כאשר כתב הר"י מגאש להדיא, אשר זהו דבעינן ב' ב' כסף, ושבועת עי"א, אף דאין המחייב הטענה וכפירה אלא העד אחד, כדברי הר"י מגאש, מ"מ הרי איתא להדיא בב"מ דף ד' ע"א דעי"א טענה וכפירה הוא בא, דיסוד השבועה הוא במסגרת של טוען ונטען, כאשר ביארנו לעיל, אשר ממילא בלאו קרא שפיר הוה אמרינן דבעינן ב' שתי כסף, דאף בזה הרי איכא דין טוען ונטען, כדמבואר ממאי דס"ל להר"י מגאש עצמו דבעי שבועת עד אחד טענת ברי. אך שבועת השומרים אינו מדין טוען ונטען כלל, ולא הוה ס"ד כלל דניבעי ב' ב' כסף, וזה לכאורה פשוט ומבואר.

והראשונים שהקשו, היינו משום דס"ל דשתי כסף דין הוא בשבועה, פירוש, דכמו דאין ישיבת הדיינים בפחות משו"פ, כך אין שבועה בפחות משתי כסף, אשר בזה פשיטא דאין לחלק בין שבועה לשבועה,

⁷ עי' אגרות הגר"ד הלוי ע' רפ"א

⁸ זה כתבתי בשנת תשנ"ה, ובשנת תשס"ו דלדני עם הגרמ"מ שליט"א הראה לי צענין זה דברי הרמב"ם בפכ"ד מהל' איסות הי"ז ודברי הגרמ"מ והכס"מ שם. עי' גם צ"ד ס' פ"ד סק"ז ונחידושי הגרע"א שם, דכנראה נחלקו ביסוד זה דברי על ידי אחר אי ס"ל להרמב"ם יסוד זה.

וודאי דאף בשבועות השומרים הוה לן למימר הכי או עכ"פ לומר במפורש דלא בעינן ב' ב' כסף, דהוא חידוש יותר גדול, וכדברי הראשונים, וז"פ.

אך נראה דאף בשיטת הרמב"ם והר"י מגאש יתכן דשתי כסף אינו דין בהטענה עצמה אלא בגוף השבועה. ודבר זה מוכח לכאורה ממאי דס"ל להרמב"ם דשבועות הנוטלין בעי ב' כסף, דהתם הרי אין דין השבועה בדווקא במסגרת טענה וכפירה, דהא אף בטענת שמא בא, כדברי הרמב"ם פ"ג טו"ז ה"ז, ומ"מ אמרינן דתקנו כעין דאורייתא ובעינן ב' ב' כסף. ועוד, דנראה משיטת הרמב"ם דשבועות הנוטלין אינו בעצם חיוב שבועה, אלא יסודו הוא דתיקנו דלא תהא זכיית הנוטל אלא על ידי השבועה, ולא שייך לדון בזה דדין שתי כסף הוא בטענה כלל. ואשר מוכח מזה, דדין שתי כסף הוא בגוף החפצא דהשבועה, אך לא כמו שפירשו שאר הראשונים דהוי כמין דין בב"ד על איזה שיעור איכא שבועה, אלא דהוא דין ושיעור בגוף השבועה, ובזה ודאי דיש חילוק בין שבועה לשבועה, דשבועה אשר יסודה שבועת טוען ונטען הוא שצריך ב' כסף, על כן הוה ס"ד דאף שבועת ע"א כן, דאף היא במסגרת דטו"ז באה, וכנ"ל, אלא דנלמד מקרא דלא בעינן בה ב' כסף, וכנ"ל, אך שבועת השומרים דלא שייכא לטו"ז לא הוה ס"ד כלל, ודוק. (ומעצם מאי דהוקשה להר"י מגאש אמאי באמת לא אמרינן דגם בשבועת השומרים בעינן שתי כסף הוכיח הגרמשי"ש זצ"ל בהגהותיו דע"כ דאין שיעור שתי כסף דבעינן שיעור בטענה וכפירה המחייבת השבועה אלא דין הוא בשבועה.)

כתב הרמב"ם בפ"ג מהל' טו"ז ה"ז, וז"ל: העיד עליו עד אחד אפי' לא כפר אלא בפרוטה הרי זה נשבע שכל מקום ששנים וכו' וכן בשבועת השומרים אפי' הפקיד אצלו פרוטה או שוה פרוטה וטען שאבדה נשבע וכו' וכן כל הנשבעין ונוטלין נשבעין ונוטלין מפרוטה ומעלה הורו רבותי שהנשבעין ונוטלין אינן צריכין טענת שתי כסף ואני אומר שצריך הנתבע שיכפור בשתי מעין ואחר כך ישבע התובע בתקנת חכמים ויטול שהרי כל הנשבעין בטענת ספק צריך שיהיה ביניהם כפירת שתי מעין ואחר כך ישבע מספק, עכ"ל. וע"ש בראב"ד שהשיג על דבריו וכתב לדחות ראייתו מהא דבנשבעין על טענת ספק בעינן שתי כסף, "שהו נשבע להפטר ועל כרחו הוא נשבע וזה שנשבע ליטול מדעתו הוא נשבע כדי ליטול ואפילו על פרוטה ואולי אפי' היה שכרו פחות מפרוטה". והנה יסוד ראיית הרמב"ם מטענת ספק היא לכאורה דמדבעינן שתי כסף אף בטענת ספק מוכח דאין מאי דבעינן שתי כסף דין בעצם הטענה בדווקא טענה כזו מחייבת שבועה, דהא בטענת ספק לא שייך דבר זה. והנה אילו הוה אמרינן דהוי דין בטענה ודאי דבשבועת הנוטלין לא הוה בעינן ב' כסף כיון דהתם אין טענת התובע מחייב שבועה אלא התובע הוא שנשבע ונוטל, אך דהוכיח הרמב"ם דאין ב' כסף דין בטענה, וס"ל דהוי דין בשבועה דלא משבעינן שבועה על פחות מב' כסף (לרב דבעינן כפירת טענה ב' כסף), ומאחר דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון הוי החפצא דשבועת הנוטלין כעין דאורייתא דשבועת הנפטרינן ושפיר בעינן ב' כסף. ויסוד השגת הראב"ד על ראיית הרמב"ם, דאין ב' כסף אלא דין בחיוב שבועה, מה דלא שייך גבי שבועת הנוטלין דאינה חיוב שבועה אלא שהוא נשבע מדעתו בכדי ליטול. והרמב"ם ס"ל דאין ב' כסף דבעינן דין בחיוב השבועה אלא בשבועה עצמה, דאין משבעינן אותו אלא על נידון דב' כסף.

ועי' לח"מ שהעיר דדברי הרמב"ם סתרי אהדדי מיני' וב"י, דבה"י כתב דכל הנשבעין ונוטלין נשבעין ונוטלין מפרוטה ומעלה, והוא לכאורה כדברי רבותיו, ואילו בה"י כתב הרמב"ם דלא כרבותיו, אלא בעינן שתי כסף ולא סגי בפרוטה, ע"ש בלח"מ מה שנדחק בזה. עי' חידושי ר' ארי' לייב סי' פ"ד מה שביאר בזה בארוכה, ונראה לבאר כעין מש"כ, דמש"כ הרמב"ם דכל הנשבעין ונוטלין נשבעין ונוטלין מפרוטה ולמעלה, עיקר כונתו בזה למימר דלית ל' זכות ליטול

כלל בלא שבועה, דיסוד תקנת שבועת הנוטלין הוא דעצם זכייתו בהממון אינו אלא על ידי השבועה, וממילא אף פרוטה לית ל' זכות ליטול אלא בשבועה, אשר ממילא היכא דליכא ב' כסף, דלא משבעינן, אינו נוטל כלל. אך אילו הוה אמרינן דאין השבועה עצם יסוד זכייתו אלא דהוי סתם תקנה שמחייבין אותו ליטול קודם שיטול או בכדי שיטול, בזה אדרבה, אילו היה פרוטה דלא משבעינן ל', שוב ממילא היה זוכה בהפרוטה אפי' בלא שבועה. (ובסתירת הרמב"ם מפני"א שכירות, עי' שם בחידושי ר' ארי' לייב מש"כ בזה.)

(ד) תוד"ה והודה לו בשעורים פטור - ושם משמע ל' לרבה בר נתן לשון פטור דפטור לגמרי - והנה כבר עמד בבית הלוי ח"ג סי' מ"א על דברי התוס', דנהי דיישבו האיך משמע ל' לרבה בר נתן דרבנן פטרי אפי' מדמי שעורים, מ"מ אכתי יקשה לרבנן גופיהו מנלן דפטור אף מדמי שעורים, הא דרשה דידהו אינה אלא בשבועה, ומנ"ל דפליגי אר"ג במאי דס"ל דחייב בדמי שעורים, ע"ש מש"כ בזה ע"פ דברי הרא"ש בהמניח. ולכאורה י"ל בזה בפשיטות ע"פ דברי מהר"י כ"ץ בשט"מ ב"מ דף ה' ע"א, ע"ש שהקשה דאי פטור מדמי שעורים הרי ליכא הודאה כלל ואמאי בעינן ללמוד מקרא דליכא שבועה, ותי' בזה"ל: וי"ל דלת"ק היא גופה אשמעינן קרא דמשום דפטור אף מדמי שעורים א"כ ליכא הודאה ורשב"ג דמחייב בשעורים מחייב ל' נמי שבועה על החטין וכו', עכ"ל. אשר לפי"ז אתיין דברי התוס' כפשטן, דיסוד המח' דר"ג ורבנן לפי תי' זה הוא בדמי שעורים וזהו גופא דילפינן מקרא לרבנן דפטור משעורים, ולכך הוא דליכא שבועה.

אך בעצם דברי מהר"י כ"ץ צ"ב לכאורה, דאי יסוד המח' דר"ג ורבנן הוא בפטור מדמי שעורים, זאת אומרת, דאי חייב בדמי שעורים ודאי דחייב שבועה, יהא מוכח מדברי רבה בר נתן דטענו חטים ושעורים והודה באחד מהם חייב שבועה, דהא התם פשיטא דחייב במה שהודה, וכעין קושיית התוס' בב"ק ל"ה ע"ב ד"ה לימא, ע"ש, וצ"ב.

(ה) תוד"ה והודה לו בשעורים פטור - א"נ אע"ג דמיפטר מדמי שעורין אף לר"ג אפי' חשיב ל' הודאה - הנה בביאור דברי התוס' האיך שייך חיוב שבועה אף דלא הוה הודאה, כבר עמדו בזה בקצוה"ח ובנתיח"מ, דבקצוה"ח סי' פ"ח סק"י בסופו כתב לבאר ע"פ דברי הרא"ש בב"ק ועוד ראשונים דהא דפטור מדמי שעורים הוא משום דהוי כאילו הודה התובע שאינו חייב לו שעורים, ולמעשה שפיר הוה הודאת הנתבע שחייב שעורים הודאה, רק דכנגדה איתא להודאת התובע, אשר ממילא אין ב"ד מוציאין מיד הנתבע, אך כיון דשפיר הוי הודאה חיוב הוא לצאת ידי שמים ועי"ז שפיר חשיבא הודאה לענין שבועת מב"מ. אכן לאלו המפרשים דהא דפטור מדמי שעורים הוא משום דהוי כאילו מחל התובע, נשאר שם בקושי' האיך שייך שיתחייב שבועה בכה"ג, שהרי אין הודאתו מחייבתו כלל.⁹

אכן בנתיח"מ סק"ג כתב לבאר דבין למ"ד דהא דפטור מדמי שעורים הוא משום מחילה, בין למ"ד דהוא משום הודאה, אין המחילה או ההודאה נגמרת עד אחר הודאת הנתבע כשעומד התובע בדבריו, אשר ממילא בשעה שהודה הנתבע הרי שפיר הוה הודאתו הודאה מעלייתא ושפיר חייב שבועה, אף דשוב מחל או הודה התובע, ע"כ תו"ד.

והנה יעויין סוגי' דב"ק ל"ה ע"ב, דכתבו שם רש"י ותוס' דהא דפטור מדמי שעורים הוא משום מחילה (אלא דלשונם צ"ב, ונאריך בזה לקמן, בעוהשי"ת)

⁹ וכתום' הרא"ש צסוגיין לכיון לתצוה חטין ולא תצוה שעורין מחל לו על השעורים, וללא כדכרי' צב"ה. וכן מובאר מפשטות לשונו דהוי מחילה מיד שתצוה חטין ולא תצוה שעורין, ולא אמרינן דאין המחילה נגמרת עד שעמד אחר"כ כדכרי', אשך זהו לכאורה דלא כדכרי' הגתיה"מ.

והקשה עליהם בראש סי' ט"ו, וז"ל: ותמיהני על סברא זו דמילתא דשכיחא היא שיש לאדם כמה תביעות על חברו ואין רוצה לתובעם בפעם אחת ותובע אחת מהם ומשויה לא מחל על שאר תביעות וכו', עכ"ל. וראיתי בחידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש שם שכתב ליישב דברי רש"י, וז"ל: י"ל אי קאמר ל"י תובע לנתבע לאלתר הב לי שעורים דמודית בהו שכבר היה בדעתי לתבוע אותך אחר כן עליהם הכי נמי דמיחייב בשעורים הב"ע שהתובע מחזיק בטענתו ואומר לא כי חטים יש לי בידך ולא היה לי בידך שעורים והשתא כי הדר תובע ואמר לי התובע הב לי שעורים שהודית לי אמר לי נתבע כבר מחלת אותם, עכ"ל. הרי מפורש בדבריו דלא נגמרה המחילה אלא אם אח"כ עומד התובע בדבריו, ונמצא לדבריו דבשעת הודאת הנתבע הויה הודאתו הודאה מעלייתא, וכמשי"כ בנתיח"מ.

אכן יעויין שם בהמשך דבריו שהביא דברי הרא"ש דהא דפטור מדמי שעורים הוא מדין הודאה (ומיירי דאמר ל"י ביום פלוני ובמקום פלוני כמבואר כל זה בהרא"ש) "דהשתא כיון שלא תבע אלא חטים כבר הודה שאין לי בידו שעורים וכו' וה"ה נמי אם התובע מחזיק בטענתו ואומר לא כי אלא חטים הפקדתי בידך פטור אפי"פ שאין דנין על שעה ידועה דהא מודה שאין לו עליו תביעה אלא של חטים". ומבואר להדיא בדבריו דהא דלהרא"ש חשיבא הודאה, הרי זה מיד בטענתו חטים, דהא כתב דאם עמד על טענתו חשיבא הודאה אף שלא היתה על שעה ידועה ומקום ידוע, אשר זהו דלא כדברי הנתיבות הנ"ל שכתב דבין למי"ד משום מחילה בין למי"ד משום הודאה לא חלה ההודאה או התביעה אלא אחר שעמד בדבריו. ולמי"ד משום הודאה ע"כ צ"ל ע"ד הקצוה"ח הנ"ל דכיון דמהניא הודאתו שחייב לצאת ידי שמים שפיר חייב בשבועה.

ולכאורה אפשר לומר בביאור דברי התוס' בפשיטות, דאף דלמעשה אינו חייב בדמי שעורים משום הודאה התובע או מחל, מ"מ חייב בשבועה, דבשלמא אי נימא דהמחייב דשבועת מבי"מ הוא ההודאה, שפיר איכא למימר דבעינן דלמעשה תהיה הודאתו לבי"ד, ולא סגי לן במאי דחייב לצאת בידי שמים וכדומה, אך למאי דמבואר מדברי התוס' בב"מ דף ד' הנ"ל דהמחייב דהשבועה הוא מאי דע"י ההודאה חשיבא טענת התובע טענה חשובה, בזה נראה דאף דלמעשה פטור או משום הודאה או משום מחילה, מ"מ הרי היה יכול לכפור הכל, ומדהודה לטענת התובע שהוא באמת חייב לו משהו, שפיר נעשית טענת התובע לטענה חשובה, דהא זה מוכח דלר"ג אף דלא הודה ממין הטענה, מ"מ שפיר מתייחסת הודאתו לטענת התובע, דאל"ה לא היה שייך להחשיבו מודה במקצת הטענה, ושפיר י"ל כנ"ל דע"י הודאתו נעשית טענה חשובה וחייב שבועה.

והנה בהמשך דבריו כתב בתלמיד הרשב"א והרא"ש, וז"ל: וא"ת מה ראית לילך אחר הודאת התובע לזיל בתר הודאת הנתבע הא ליתא דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי' וכו', עכ"ל. ביאור קושייתו, דכיון דהוא הרי הודה שחייב, מה לנו להודאת התובע, הרי הוא עכ"פ מחוייב לשלם ע"פ הודאתו כיון שלמעשה לא מחל התובע. וע"ז תי', דכיון דהוויין ב' הודאות המכחישות זו את זו הוה כמין תרי ותרי דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי'. ועפ"ז יובן מה שיש לכאורה להקשות על דברי הרמב"ם, דמדבריו פ"ג ט"ו מבואר דפי' דטעמא דפטור מדמי שעורין הוא מטעם הודאה, ומ"מ פסק דאם תפס התובע לא מפקינן מידו, דצ"ב לכאורה האיך מהניא תפיסתו, הרי הודה שאינו חייב לו שעורין. וע"פ דברי תלמיד הרשב"א והרא"ש א"ש, דבאמת הרי איכא הודאת הנתבע כנגדו שחייב לו שעורין, והא דמוקמינן לה גבי נתבע אינו אלא משום דמוקמינן ממונא בחזקת מרי', אשר בזה שפיר מהני תפיסה, ודוק.

והנה דברי תלמיד הרא"ש והרשב"א דטעמא דלמעשה אינו חייב לשלם שעורים הוא משום דאוקי ממונא

בחזקת מרי' נאמרו בשיטת הרא"ש, ולכאורה צ"ב דהא הרא"ש גופי' פסק דלא מהניא תפיסה, ובעלמא היכא דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי' הרי שפיר מהניא תפיסה. וי"ל בזה דלשיטת הרא"ש חלוק הך דין דאוקי ממונא וכו' מדין תו"ת, דבתו"ת הגדר הוא דליכא פסק וגוף הנידון הוא בספק בלא פסק כלל, אשר בזה שפיר אמרינן דאית לי זכות תפיסה. אך הודאת בע"ד אינו סתם כעדות בעלמא, אלא הרי הוא כפסק וגמר הדין, אלא דבני"ד איכא ב' הודאות הסותרות זו את זו וממילא אמרינן דממונא היכא דקיימא קיימא, ובוזה, כיון דבעצם אית לי להתובע פסק דין דכק' עדים דמי שאין הנתבע חייב לו שעורים, נשלל ממנו על ידי זה זכות התפיסה, ולהכי אמרינן דאי תפיס מפקינן מיני, ודוק.

והנה הביא הרא"ש הנ"ל בשם רש"י ותוס' דס"ל דטעמא דפטור מדמי שעורים הוא משום מחילה. והנה ז"ל רש"י שם בד"ה פטור: אף מדמי שעורים דהא אמר לי תובע לאו שעורים יהבי לך ואחולי אחיל גבי, עכ"ל. והנה לישנא דלאו שעורים יהבי לך לישנא דהודאה הוא ולא מחילה, דהא מודה דלית לי תביעה כלל, ודברי רש"י צ"ב דפתח בהודאה וסיים במחילה. ועוד יותר מפורש ד"ז בדברי התוס' שכתבו בסוד"ה לימא, וז"ל: דסברא הוא שהוא פטור כיון שהודה שאין חייב לו שעורין ומחל לו וכו', עכ"ל, הרי דהרכיבו ב' הדברים יחד, וצ"ב. (ועי' חידושי ר' ארי' לייב סוס"י ע"ז מש"כ בדברי התוס').

יעויין סנהדרין דף ו' ע"א תוד"ה צריכה קנין שכתבו בסוף דבריהם, וז"ל: ומטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור אף משעורים דמודה הוי בהו אין ראיה דהתם על כרחך לאו משום דאמרינן מדלא תבע להו סתמא אחלינהו הוי פטור אלא היינו טעמא מדלא תבע שעורים מודה הוא דלא מחייב לי שעורים וכו', עכ"ל. ודבריהם סותרים לכאורה דברי התוס' הנ"ל בב"ק דכתבו דשפיר הוי משום מחילה, אף דהזכירו גם הודאה, וצ"ב.

והנה הא לא קשיא אמאי לא כתב רש"י דהוי כאומר חייב אתה שעורים והריני מוחלם, דמנא לן לדייק כן מדבריו, הא אינו אומר אלא שנתן לו חטים, ומדובר במה נתן לו אשר אין לדייק מזה אלא דנתן לו חטים ולא שעורים, והם הם דברי רש"י. וגם ל"ק כ"כ האידך שייך לומר דהוי מחילה, הרי אומר דלא נתן לו שעורים מעולם, דסו"ס בכלל זה מונח ויתור שלא יתבענו על זה, ועוד נרחיב בזה. אלא דהא קשיא, כיון דסו"ס מבינים מדבריו דלא נתן לו שעורים, תיפו"ל דהויא הודאה מעלייתא ואמאי הוצרכו להוסיף דהוי מחילה.

ויש לבאר ד"ז בחד מתרי טעמי, האחד, ע"פ יסוד דברי התוס' ר"י"ד בכתובות בסוגי' דעשאה סימן לאחר דלא נאמר דין הודאת בע"ד כק' עדים אלא בשוהדה בפירוש, אך הודאה שמבינים מתוך דבריו לא הויא כק' עדים, אשר ממילא לא אתינן עלה אלא מפאת המחילה המונחת בה, ואתינן שפיר דברי רש"י ותוס' כפשטן, ולעולם טעמא דידהו משום מחילה, וכמש"כ הרא"ש. אכן לא ברירא לן דס"ל לרש"י יסוד זה דלא נאמר דין הודאת בע"ד כק' עדים אלא אם כן הודה בפירוש, דהא רש"י פליג התם אהתוס' ר"י"ד. ואם כי יש לחלק בין הך דהכא לבין הא דעשאה סימן לאחר, דוחק לומר כן.

אמנם נראה דיש לבאר הא דלא מהני משום הודאה דהוא מטעם אחר, דהנה שיטת הרמ"ה והראב"ד בהא דפטור מדמי שעורים היא דכיון דקדמה הודאה לתביעה יכול לחזור ולומר משטה אני בך, והוא ע"פ התוספתא בב"מ דאיתא התם להדיא הכי, כאשר הביאו הראשונים. (ועוד נבאר דברי הרמ"ה לקמן, ע"ש.) ויש לעיין, לשיטת הרא"ש דפטור דמי שעורים הוא מצד הודאת התובע, או לרש"י ותוס' דהפטור הוא מצד מחילה, האיך הוי הודאת הנתבע הודאה כלל, הרי קדמה ההודאה להתביעה, וכדברי התוספתא. והפשוט בזה, דסבירא להו דכמו דלר"ג חשבינן טענו חטים והודה בשעורים למודה במקצת

הטענה, כמו כן חשיב שפיר שקדמה התביעה להודאה. אלא דאכתי יש להעיר מזה על דברי הרא"ש שכתב טעם הפטור דהוא משום הודאת התובע שלא נתן לו שעורים, והרי לא קדמה להודאה זו שום תביעה ולהתוספא לא נלמד דין הודאת בע"ד כק' עדים אלא היכא דהויה הודאה על תביעה. ולשיטת הרא"ש יש לחלק בין הודאה לחיוב והודאה לפטור, דכי אמרינן דבעינן שתהא תביעה קודמת להודאה, זהו בהודאה לחיוב, דליכא נאמנות דכק' עדים דיש לאחר ממון אצלו אלא אם אמר כן כתשובה לטענה אבל כשאמר סתם שיש לפלוני ממון אצלו לא חשיבא הודאה. אך שאני הודאה לפטור, שאומר שאין לו ממון אצל אחר, דבזה הכל תלוי בו, ואדרבה, לא שייך בזה תביעת אחר, ע"כ שפיר הויה הודאה.¹⁰

אך בדעת רש"י ותוס' נראה דס"ל דבאמת לא הויה הודאה בכה"ג, דלא נתחדש אלא דין הודאת בע"ד כק' עדים דמי לחיוב, אך לפטור כיון דלא שייך על זה תביעת אחר ליתא בזה לדין הודאת בע"ד כק' עדים. אשר מהאי טעמא הוא דכתבו רש"י ותוס' דבסופו של דבר הא דפטור מדמי שעורים הוא משום מחילת התובע, דהא ליכא דין הודאה בכה"ג, וכנ"ל. ונראה עוד, דלא דמיא הך מחילה לכל מחילה, דהך מחילה לא שייך לומר שהוא על המעות, דהא מבינים מדבריו שלא נתן לו שעורים כלל, אלא יסוד הך מחילה הוא דהוי מחילה על זכות התביעה ידידי, דשוב לא יוכל לתבוע עוד שנתן לו שעורים, ומחילה זאת כעין הודאה היא ולא ככל מחילה שהיא על הממון שיש לו אצל פלוני.

אשר לפ"ז אולי דאפשר לומר דליכא סתירה בדברי התוס', דהא דמחילה צריכה קנין נראה דאינו אלא היכא דבעינן שעל ידי המחילה יעשה ממון שהיה של התובע לממון הנתבע, אך היכא דאין המחילה אלא ויתור על זכות תביעה, מחילה כזאת ודאי דלא צריכה קנין. אשר זהו דכתבו התוס', דאין להביא ראיה מהא דפטור מדמי שעורים דמחילה אינה צריכה קנין, דלעולם אימא דצריכה קנין, ושאני דמי שעורים אשר מחילה זאת מדין ומעין הודאה היא, וכנ"ל, ולהכי אינה צריכה קנין. באופן דליכא סתירה כלל בדברי התוס', ואדרבה, הן הן דבריהם בב"ק דתחילת הדין הוא בהודאה, אלא דמועיל כמחילה על זכות התביעה, וכנ"ל, ודוק.

והנה על שיטת הרמ"ה דפטור מדמי שעורים משום דאין הודאתו הודאה כיון דקדמה לתביעה, הקשה בנתיב"מ דלרבנן אמאי בעינן קרא לומר דליכא שבועה, הא ליכא הודאה כלל. ואפשר לומר בזה ע"פ דברי מהר"י כ"ץ ה"ל בשט"מ ב"מ ה' ע"א, דלעולם מאי דילפינן מקרא הוא באמת דפטור מדמי שעורים, וממילא הוא דליכא שבועה. אכן נראה דלשיטת הרמ"ה לא בעינן לזה, דהנה לר"ג דחייב שבועה בכה"ג מוכח דשפיר מתייחסת ההודאה להתביעה, כנ"ל, דהא אלי"כ לא הוי מודה במקצת הטענה. ומאחר דמתייחסת ההודאה להטענה, שוב הרי ע"כ חשיב שקדמה התביעה להודאה ולהכי חייב בדמי שעורים. ולרבנן ג"כ היה צריך להיות כן אילו לא הויה ילפי מקרא דליכא שבועה בכה"ג, אשר יסוד לימוד זה הוא דאין זה מודה במקצת הטענה דכיון דאין ההודאה ממין הטענה, אין ההודאה מתייחסת לתביעה אשר ממילא פטור מדמי שעורים, דהא ממילא חשוב קדמה הודאה לתביעה. ונמצא דדין דמי שעורים מיתלא תליא בדין השבועה, דלר"ג חשיב שפיר שקדמה תביעה להודאה, ולרבנן קדמה הודאה לתביעה, ודוק. שו"ר בחידושי ר' ארי' לייב סי' ע"ז שכתב כדברים האלה, ברוך שכונתי לדעתו הרמה.

לו) רמב"ם פ"א מהל' טו"ז ה"ח - כור חטים יש לי בידך בודאי והנתבע אומר איני יודע אם חטים הוא או שעורים הרי זה נשבע היסת שאינו יודע ומשלם שעורין וכן כל כיוצא בזה, עכ"ל. והשיגו הראב"ד, וז"ל: א"א זה אינו שאינו משלם שעורים דהיינו דרבה בר נתן א"כ תפס וכו' עכ"ל.

וביאר דברי הרמב"ם ראיתי באבי עזרי מהדורא תליתאה, ע"פ דברי הרמב"ם פ"ג מהלכות אלו ה"י, ע"ש דמבואר מדבריו דטעמא דלרבה בר נתן פטור מדמי שעורים הוא משום הודאת התובע שאינו חייב לו שעורים. ועפ"ז י"ל דכיון דהנתבע אמר שמא חטים שמא שעורים, הרי אם נתפוס כהודאת התובע דאינו חייב לו שעורים, הרי תפסין בזה דחייב לו חטים, דהא אף הנתבע מסופק בכך, ונהי דאינו יכול לגבות ממנו חטים דלא מהניא הודאתו של התובע לזכותו, מ"מ כיון דאף עם הודאת התובע אכתי אית לי תביעה על הנתבע ואין הודאתו של התובע מתנגדת לדברי הנתבע, פשיטא דיכול לגבות ממנו עכ"פ שעורים ממנ"פ, או מצד שעורים או מצד חובת החטים, ואתיין שפיר דברי הרמב"ם. וכן אתי שפיר לפ"ז סוגי' דב"ק דמבואר דלרבה בר נתן אף דמי בקטן לא היה גובה, דהתם הרי מיירי בפלגא נוקא דקנסא הוא, וא"א דכיון דמסופק המזיק יוכל לגבות עכ"פ מהקטן, דעד כמה דבעינן להודאת וספיקת המזיק הרי הוי מודה בקנס דפטור, ודוק, עכתי"ד בקצרה, ע"ש.

ועוד יש לבאר באופן אחר, דע"פ הודאת הנתבע הרי ודאי דחייב לו, אלא דאי שעורים חייב לו איתא להודאת התובע שאינו חייב לו והרי הוא פטור, ואי חטים חייב לו נשאר בחיובו, ונמצא ד"ז דומה לאיני יודע אם פרעתיך דחייב, אך לעולם אין להוציא ממנו יתר על שעורים, דרק זה בעצם ודאי חייב, וז"פ. וגם לפ"ז אתיא שפיר סוגי' דב"ק, דכיון דסו"ס בעינן להודאת הנתבע הרי זה מודה בקנס ופטור, וע"ד שכתבנו לעיל בשם האבי עזרי.

והנה כ"ז בשיטת הרמב"ם, אמנם הראב"ד בב"ק ס"ל בטעמא דפטור מדמי שעורים כשיטת הרמ"ה דהוא משום דקדמה ההודאה להתביעה ולכך לא הויה הודאה, אשר בזה אף בנ"ד כיון דמאי דאמר דשמא שעורין חייב לו הרי הויה בלא תביעת התובע, אין זה הודאה, ואילו מצד ההודאה דשמא חטים חייב לו, הרי אינו אלא שמא ופטור דאוקי ממזמא בחזקת מרי', ע"כ שפיר השיג על דברי הרמב"ם, ודוק היטב כי נכון הוא.

לו) תוד"ה ור"ג מחייב - וי"ל דלדידי' נמי נפ"מ אם טענו עשרה כדי שמן ואמר לי איך אין לך אלא חמש חייב גם בקנקנים בהודאתו ולא מצי למימר לא הודית לך בקנקנים דיש בלשון הזה לשון קנקנים - ע"י חידושי הגרע"א דהעיר בדברי התוס' דממאי דאמרין דאם בכלל לשונו קנקנים יכול התובע לומר שהיה בדעתו לתבוע אף קנקנים ולחייב להנתבע שבועה אין מוכרח דין זה שחידשו התוס', דחייב הנתבע לשלם אף קנקנים בודאי ואינו יכול לומר שלא היה בדעתו אלא שמן ולא קנקנים. ואילו מצד ההכרח דקושיית התוס', כתב הגרע"א דיש ליישב בפשיטות דמיירי היכא דקנקנים בלא שמן מחירן שוה למחיר שמן בלא קנקנים, ותבעו י' כדי שמן והודה לו ב"י קנקנים בלא שמן, דאי בכלל כדים קנקנים הרי זה שפיר מב"מ, ואי אין קנקנים בכלל, הרי הודה לו באותו השיווי שטענו ואף ר"ג מודה בזה דאינו חייב שבועה. נמצאנו למדים מדברי הגרע"א דהיכא דשיווי החטים שתבע צוה והשעורים שהודה שוה, אף לר"ג פטור משבועה, והסברא בזה, דאין זה מודה במקצת כלל, דמה שמשתייך מההודאה להתביעה הוא מה דתבעו בסכום מסויים ואמנם הוא מודה במין אחר, מ"מ כיון דמודה למקצת הסכום הרי זה שפיר מודה במקצת הטענה לר"ג, אך היכא דהשיווי שוה שוב אין כל הטו"ז אלא במינים דבזה אף ר"ג מודה, כ"ז בביאר סברת הגרע"א.

¹⁰ ועי' פירוש הר"ח סס זכ"ק שכתב דהא דפטור מדמי שעורין הוא משום "שהרי התובע אין טוען שיש לו אצלו שעורין ואין מחייבין הנתבע בחטים לשלם שעורין", והוא לכאורה כדברי הרמ"ה.

אכן יעויין בשער משפט סי' ע"ה סק"ב דכתב ההיפך ממש מדברי הגר"א, דכל מאי דמחייב ר"ג בשבועה אינו אלא היכא דמודה בשעורים דאותו השיווי אך אם מודה בפחות אף לר"ג ליכא חיוב שבועה. וטעמו ונימוקו בזה, דבאמת הרי כיון דלמעשה אף לר"ג פטור מדמי שעורים (לשיטת התוס' והרא"ש הנ"ל) אית ל' מינו דאי בעי היה כופר הכל, וליכא למימר דליכא מינו מטעמא דאין אדם מעיז, דהא אף במה שמודה עכשיו פטור הוא לגמרי, ואין לומר דסו"ס כיון דעכ"פ מודה בשעורים הוי זה פחות העזה מלכפור הכל, דאכתי יקשה מהא דטענו כור חטים והודה לו לתך שעורים, דאין לומר התם דבאמת משקר הוא ומה שמודה אינו אלא משום דאינו מעיז, דאילו כן היה לו להודות בכל הכור כיון דאף בזה יהא פטור מלשלם, אע"כ דטוען אמת, ופטור משבועה. ורק היכא דמודה בכל השיווי אלא במין אחר הוא דמחייב ר"ג שבועה. ומה דשייך בכה"ג לקרותו מב"מ, ע"ש שביאר בטוב, דהוי כמין מב"מ באיכות, דהא התובע טוען שחייב לו סכום מסויים בחטים, והנתבע מודה לו בהשיווי אלא שכופר בהמין, ואף זה חשיב מב"מ. וע"ש דהביא ראיה לכך מברייטא דלקמן ע"ב טענו שור והודה לו בשה בשה והודה לו בשור פטור, ואמרין בגמ' דלר"ג חייב בכה"ג, והרי סתם שה שור פחות משור, ומ"מ אמרין דלר"ג טענו בשה והודה בשור חייב, הרי דאף בכה"ג חשיב מב"מ. והנה מה שכתב בשע"מ דדוקא בכה"ג הוא דמחייב ר"ג, הדברים לכאורה צ"ב רב, דהא הך ברייתא גופא דמיתיי מינה ראיה דהיכא דהודה בשה או אפי' ביותר דחשיב מב"מ, מוכח נמי להיפך, דבטענו שור והודה בשה חייב לר"ג, והא התם הודה בפחות מהשיווי. אלא דנראה דזה טעות, דגבי הודאה בשה הרי לא שייך לומר דאית ל' מינו שהיה יכול להודות בכל ולכך יפטר, דהרי מודה בשה ושה שור פחות משור, ומאחר דליכא מינו שפיר יתחייב לר"ג. אלא דעוד צ"ב מסברא, דמאחר דנימא דהיכא דהודה בכל השיווי חייב שבועה לר"ג, תו ליכא למימר דהיכא דהודה בפחות דאינו חייב בשבועה כיון דאי היה משקר היה מודה בכל השיווי, והא אילו היה עשה כן היה חייב שבועה, ואזלא לה למיגו. וגם זה נראה דטעות הוא, דלא אמר השע"מ כן אלא אילו היה אמרין דבשיווי פטור, אך מאחר דחידש דחייב ודאי דתו ליכא מינו ופשוט דחייב גם היכא דמודה רק במקצת. אע"כ ע"פ עיקר חידושו דאף היכא דהודה בשה הוי שפיר מב"מ, אתיין שפיר דברי התוס', דשוב הוכרחו מחמת קושייתם לחדש דלר"ג אף הנתבע אינו יכול לומר שלא התכוין לכלול קנקנים, דהא בגוונא דהגרע"א ממנ"פ יהא חייב שבועה ואין בזה נפ"מ אי קנקנים בכלל לשונו אם לאו, ודוק.

מ' ע"ב

לח) רש"י ד"ה זוקקין- הכלים זוקקין את הקרקעות לשבועה- ע"י חידושי הריטב"א דפי' באופן אחר, דזוקקין ב"ד קאמר. ויתכן דנחלקו ביסוד הגדר דדין גלגול דזוקקין אי הויא שבועה חדשה דמחייבין אותו ב"ד, דכן משמע מלשון הריטב"א, או דהוי דין בהשבועה, דדברים שנשבעין עליהם זוקקין אף דברים שאין נשבעין עליהם, אך אין זה חיוב שבועה חדשה שע"י ב"ד, ועדיין צ"ע בזה.
והנה בקצוה"ח סי' פ"ז סק"י נסתפק אם עד המסייע פטר מגלגול שבועה דקרקע, דהא הכא ליכא למימר דכמו שמחייב כן פטור, דלעולם אין הע"א מחייב הך שבועה על הקרקע אלא הנכסים שאין בהם אחריות זוקקין את הקרקע. ואולי י"ל דתליא בהנ"ל, דלשיטת רש"י דליכא שבועה מסויימת דהגלגול רק הכל נזקק על ידי הנכסים שאין בהן אחריות, ודאי דאין הע"א מחייב את השבועה על הקרקע וממילא אין עד המסייע פטר מזה, אכן לדברי הריטב"א דאין הנכסים שאין בהן אחריות זוקקין את הנכסים שיש

בהן אחריות, אלא ב"ד מחייבין ע"פ הע"א לישבע גם על הקרקע, בזה יתכן דנחשב שפיר כאילו הקרקע נכלל במה שמחייבין ב"ד ע"פ הע"א, ושפיר נוכל לומר בזה דמהני עד המסייע לפטור משבועה על הקרקע, ועדיין צ"ע בזה. ולמה שנתבאר לעיל לדעת הרמב"ם דיסוד דין זוקקין אינו כדין גלגול שבועה אלא יסודו ד"הכל טענה אחת", נראה לכאורה דשפיר יפטר עד המסייע, כיון דהוא חלק באותה השבועה שחייב העד אחד.

לט) רש"י ד"ה אדמון היא- אבל בפרק בתרא דכתובות מפרשין דבהכי פליגי- אף דהתם חייא בר אבא גופי' פירש דפליגי במילתא אחרית, אי בכלל כדי שמן קנקנים, מ"מ אף לדידי' בהכי נמי פליגי, ע"י תוס' ורמב"ן, ודלא כמש"כ הראשונים דהיינו מן הסוגיות המתחלפות.

מ) אמר רב ענן אמר שמואל טענו חטין וקדם והודה לו בשעורין אם כמערים חייב אם כמתכוין פטור- כתב הרמב"ם פ"ג מהל' טו"י הי"א, וז"ל בא"ד: התחיל הטוען ואמר כור חטין יש לי בידך וקודם שישלים דבריו ויאמר כור שעורין יש לי בידך אמר לו הנטען אין לך בידי אלא כור שעורין אם נראה לדיינין שהנטען הערים חייב שבועה ואם לפי תומו פטור, עכ"ל. והוא ע"פ סוגיין דמבואר הכי להדיא. ובהי"ב כתב, וז"ל: כור חטין יש לי בידך אמר לו הן וכור שעורין אמר לו אין לך בידי שעורין הרי זה פטור ואין זה מודה במקצת עד שיאמר לו בבת אחת כור חטים וכור שעורים יש לי בידך ויאמר לו הנטען אין לך בידי אלא כור שעורים וכן כל כיוצא בזה, עכ"ל. ומקור דין זה הוא בר"י מגאש בסוגיין. ויעו"ש במ"מ שהביא דברי הרמ"ה דאף לענין ההלכה המוזכרת על בהל' י"ב אי נראה לדיינים שהערים וקפץ להודות על החטים קודם שתבע שעורין הרי הוא חייב, דהא כל יסוד הך דין דהל' י"ב נלמד מהדין דהל' י"א, ע"כ תו"ד המ"מ. וכדברי הרמ"ה כן מבואר בחידושי הרמב"ן שכתב דדינא דהר"י מגאש ודין סוגיין מטעם אחד הם, אשר מבואר מזה דאף בדינא דהר"י מגאש חייב אם הוא כמערים. וע"י גם תשובות הרמב"ן סי' כ"ב (הובאו דבריו בספר התרומות שער ז' חלק ב' אות ט"ז) דמבואר כן מדבריו.

אכן יעויין בדברי המאירי בסוגיין שכתב, וז"ל: היתה לו עליו טענת שני מינין וכו' וכשהתחיל הטוען לומר יש לך בידי כור חטים קפץ לתוך דבורו והודה בכור שעורים אם נראה לדיינין שקפצתו של זה בהודאתו היא כדי שלא יטענו הוא שעורים עם החטים ויצטרך להודות בשעורים ויתחייב שבועה חייב ואם אינו כמערים אלא כאדם הזריו להשיב מהר על מי שטוענו בשקר פטור והכל לפי מה שענין הדין רואות ומכל מקום אם תבעו כור חטים ואמר לו הן ואח"כ תבעו כור שעורים וכפר פטור הואיל ולא תבעו כאחת חטים ושעורים אין לטענה זו אצל זו כלום ואינה מתחברת שניה עם ראשונה וכו', עכ"ל. הרי מבואר מדבריו להדיא דבדין השני ליכא נפ"מ אי כמערים הוא או כמתכוין.

והנה יעויין בר"י מגאש, שהוא מקור דין זה השני, דמבואר להדיא מדבריו דב' דינים אלו מתרי טעמי נינהו, ולעולם ב' דינים נפרדים הם, ע"ש דבדין סוגיין כתב דהחסרון היכא דהוא כמתכוין הוא דהוי טענו חטים והודה לו בשעורין דמאי דטענו לא הודה לו ומה שהודה לו לא טענו, ואח"כ כתב וז"ל: והיכא דאמר ל' איניש לחברי' חטים יש לי בידך ואמר לו הנתבע הן ולאח"כ אמר לו ושעורין נמי יש לי בידך ואמר לו הנתבע אין לך בידי שעורין מסתברא לן דבכה"ג לא הוי מודה במקצת הטענה וכו' שהרי בשעה שהודה בה בכל הטענה שטען עליה הודה ולא כפר ממנה כלום ומשעה שהודה בה נתחייב בה והויא לה זו הטענה שטען עליה בשעורין לאח"כ טענה אחרת בפני עצמה ואינה מתחברת עם הראשונה כדי שתהא טענה אחת ויהיה בה מודה במקצת ועוד דהאי טעמא דמודה במקצת טעינה משום דאין אדם מעיז פניו דפני בעל חובו הוא והא לא משכחת ל' אלא היכא דתבע ל' ו

בחטים ובשעורים ואודי לי' בחד מנייהו דהוה לי' בשעת ההודאה מודה במקצת וכופר במקצת אבל היכא דאודי לי' מיקמי דליתבעי' בההיא מידי דקא כפר בי' מי איכא למימר דהודאתו משום דאין אדם מעיז פניו הוא והא אכתי לא תבע לי' בההוא מידי דכפר בי', עכ"ל. הרי להדיא בדבריו דב' חסרונות הן ואין הדין ה' נלמד מהדין הא'.

וביאור דבריו, דהחסרון דטענו בחטין והודה לו בשעורין, ס"ל להר"י מגאש ודעמי' דלעולם לא נאמר דין מסויים בדין שבועת מב"מ דבעינן דווקא שתהא ההודאה אחרי הטענה, אלא טעמא דמילתא משום דבלא"ה אין הודאתו מתייחסת כלל לתביעת התובע ואינה משתייכת להתביעה כלל. אשר בזה שפיר אמרינן דהיכא דנראה לדיינין שהוא מערים, הרי כל הודאתו עכשיו היא שפיר משום שמבין שהולך התובע לתובעו אף על השעורים, ובכח"ג שפיר מתייחסת הודאתו לתביעת התובע, ובמאי דבעינן שיהא מודה במקצת הטענה, פירוש, שיהא למעשה הטוען תובעו אף על השעורים, בזה שפיר סגי במה שגומר דבריו אח"כ ותובעו גם השעורים. ובמתכוין הטעם דפטור הוא כנ"ל, דאין הודאתו מתייחסת לתביעת התובע, וכמשנ"ת. והנה כל זה בדין הראשון, אכן הדין השני חסרון אחר יש לו, דמהודאה על החטים אחר שטענו חטים קודם שתבעו שעורים, הרי הודאתו נגמרה בזמן שלמעשה אכתי לא תבעו אלא חטים, והויא הודאה בכל הטענה, שהרי אכתי לא טענו כלל שעורים, ושוב אינה נעשית הודאה במקצת, דמשנמרה ההודאה נעשית תביעת שעורים תביעה אחרת, ומעתה ב' טענות נפרדות הן החטים והשעורים. ובה פשוט דפטור אף אם מערים, דנהי דמתייחס להתובע מ"מ הרי אכתי לא תבע שעורים, ומעתה כיון דהודאת חטים חלה על כל התביעה שוב הוינן ב' טענות, וכנ"ל, ומבוארת היטב לפ"ז שיטת הר"י מגאש והמאירי.

והנה כתב הר"י מגאש ב' טעמים שבדין ה' אינו חייב משום מודה במקצת, הא' דאין ב' הטענות מתחברות, והב' דטעמא דמודה במקצת חייב משום דאין אדם מעיז פניו בעל חובו, ולא משכחת לה אלא היכא דתבע לי' בחטים ובשעורים ואודי לי' בחד מיינייהו. וטעם זה צ"ב, דהא מאי דאין אדם מעיז אינו אלא הסבר אמאי לא חשיב משיב אבידה, ומה איכפת לן במה דאכתי לא תבעו טענת הכפירה, הרי טענת ההודאה שפיר תבעו ואמרין דבמאי דמודה אינו משיב אבידה אלא מודה משום דאין אדם מעיז, ואמאי אינו מתחייב בכח"ג.

ואשר נראה בביאור דברי הר"י מגאש, דהנה בפשטות הדררא דשבועת מודה במקצת הוא מה שעל ידי הודאתו צדקה טענת התובע במקצת. ונראה דלהר"י מגאש פירוש אחר בזה, דמהא גופא דאמרין דמודה משום דאין אדם מעיז פניו הוא דנובע הדררא, דאילו לא היתה טענת התובע צודקת לגמרי לא היינו אומרים דאינו מעיז, דאם התובע תובע יותר ממה שחייב לו ודאי שיעיז התובע לכפור הכל, ומדאמרין דאין אדם מעיז, ע"כ צדקה טענתו לגמרי, אשר זהו הדררא המחייבת שבועת מודה במקצת. ועפ"ז מבוארים ופשוטים דברי הר"י מגאש בטעמו ה', דהא לא שייך דבר זה אלא כשקודם תבעו טענת הכפירה, אבל היכא דלא תבעו אלא טענת ההודאה, לא מוכחא כלל מהא דאמרין דאין אדם מעיז פניו דצדקה תביעתו שטען אח"כ.

ועפ"ז מובן ביתר עומק מאי דסגי לי' להר"י מגאש למימר דעל ידי דמערס משתייכת ההודאה לטענה שאחריה, דמאי דבעינן טענת ההודאה הוא בכדי דנימא דעל ידי שהודה הרי זה סימן שחייב גם חטים דאל"כ לא היה מודה, ולזה סגי במאי דקשורה ההודאה לטענת שעורים שאח"כ, דממילא איכא על ידי זה רגלים לדבר שחייב לו גם חטים, דאל"כ לא היה מודה על השעורים, וכמשנ"ת.

ושיטת הרמ"ה והרמב"ן דתלו ב' הדינים אהדדי, דפירשו דהחסרון דדינא דסוגיין הוא דמדיני שבועת מודה במקצת הוא דיהיו ההודאה והכפירה יחד אחר

הטענה, אשר לפ"ז ב' הדינים מיסוד אחד הם נובעים, דבשעה שהודה הנתבע בשעורים, או, בדין השני, בחטים, לא היה מודה במקצת טענה שכבר קיימת במילואה. אשר לפי שיטתם ע"כ דיסוד הדין הנאמר בסוגיין במערים חייב הוא דכיון דקפץ וענה הנתבע באמצע תביעת התובע, הרי זה חשוב כאילו גמר התובע את כל תביעתו קודם הודאת הנתבע, אשר זה פשיטא דשייך אף בדין השני, דמחד טעמא ניינה, ודוק.

והנה בעצם הביאור והגדר דמערים ומתכוין נראה דאיכא נפ"מ בין השיטות הנ"ל, דיעויין לשון המאירי הנ"ל דמדקדוק לשונו נראה דאף אם נראה כמתכוין הגדר הוא שקפץ באמצע דיבור התובע, וכל הנפ"מ שבין מערים ומתכוין הוא אמאי קפץ. וכן מדויק דברי הרמב"ם, דהא ודאי דהודה "קודם שישלים דבריו" רק השאלה מאיזה טעם. והביאור בזה ע"פ הנ"ל, דהנידון בסוגיין הרי הוא אי הודאתו מתייחסת להתובע או לא, אשר בזה אמרינן דאי כמערים הוא, הרי הודאתו שפיר היא כתגובה לתביעת התובע, אך אי כמתכוין הוא, אף דלמעשה קפץ הודה באמצע תביעת התובע, מ"מ הרי אין הודאתו מתייחסת להתובע, ונמצא דהעיקר תלוי בכונת הנתבע. אך לשיטת הרמ"ה הרמב"ן ודעמס, יסוד הדין הנאמר בהא דאם כמערים חייב הוא דאם קפץ לו באמצע הרי התובע כאילו גמר דבריו, אשר בזה אין נפ"מ בעצם כונת הנתבע, אלא עיקר החילוק הוא דאם כמערים, אמדינן שעמד התובע לגמור טענתו וקפץ לו הנתבע והודה באמצע טענתו, ואם כמתכוין, זאת אומרת בנחת, מבואר דבאמת מצד התובע ב' טענות הם, ע"י לשון המ"מ בהי"ב, וע"י חידושי הריטב"א, ודוק היטב.

והנה כתבו בטושו"ע חו"מ סי' פ"ח סט"ו-ט"ז, וז"ל: קדם הנתבע ואמר שעורים יש לך בידי ואחר כך תבע התובע חטים וכפר הואיל והודה בשעורים קודם שתבע החטים אין כאן הודאה ממין הטענה ומשלם השעורים ונשבע היסת על החטים וכן אם תבעו החטים והודה לו בהם ואחר כך תבעו השעורים וכפר כיון שהודה על תביעת החטים קודם שתבעו השעורים אינה ממין הטענה ומשלם החטים ונשבע היסת על השעורים, עכ"ל. וכתב הטור בהמשך, וז"ל: ויש אומרים דבהך נמי רואים אם כמערים מיהר להודות בחטים קודם שיספיק לתבעו בשעורים חייב ואם כמתכוין להודות פטור, עכ"ל. וממשיכ "דבהך", מבואר לכאורה דעולה דווקא אגוונא בתרא דטענו חטים והודה בחטים וכו', בזה שפיר איכא למימר דאיכא נפ"מ בין מערים למתכוין, דאי כמערים הוא הוי כאילו טען קודם גם על החטים וגם על השעורים, אכן אהך גוונא דהודה תחילה על השעורים, בזה ליכא נפ"מ אי מערים הוא, דסו"ס הרי ליכא עדיין תביעה כלל וודאי דקדמה הודאה לתביעה. (וצ"ב מה שכתב הטור ע"ז דהחסרון הוא דאין כאן הודאה ממין הטענה, דהכא אין החסרון בממין הטענה אלא דליכא טענה כלל, ע"י דרישה.)

אכן יעויין ברמ"א סט"ז שכתב, וז"ל: ויש אומרים דבהך נמי רואין אם הנתבע מיהר להודות קודם שיספיק התובע לתבעו חייב, עכ"ל, הרי דעולה נמי אגוונא דהודה תחילה, ע"ש בש"ך סקל"ד, וזה צ"ב האיך שייך בזה למימר דאם כמערים הוא חייב שבועת מודה במקצת, הרי סו"ס לא היתה עדיין תביעה כלל והאיך חייב בשבועה. ובביאור הגר"א סקל"ב כתב, וז"ל: נלמד ממי"ש שם ואם כמערים חייב וכו' אלמא כל שמערים חשבינן כאילו הודה אחר התביעה וכו', עכ"ל. וצ"ב לכאורה האיך שייך ליחשב כאילו הודה אחר התביעה היכא דלא תבעו כלל. ולכאורה מוכרח מזה דמאי דאמר בסוגיין דאם כמערים חייב שבועה אין פירושו דמדינא דאורייתא חייב שבועה, דסו"ס אין הודאה ממין הטענה, אלא פירושו דהיכא דנראה כמערים נותנים לו ב"ד דין כאילו היתה ההודאה אחר התביעה הגמורה וחייב

לישבע שבועה דאורייתא, אשר זה שפיר שייך אף היכא דהודה מתחילה.

אלא דיש לבאר הדברים, דיעויין בב"ח שכתב, וז"ל: פירוש התובע לא תבעו עדיין לא חטים ולא שעורים אלא שקדם הנתבע ואמר שעורים יש לך בידי ואחר כך תבעו חטים ואיכא למימר דכשתבעו חטים חשוב כאילו תבעו שניהם ואף על גב דלא הזכיר שעורים בתביעתו זהו לפי שלא היה צריך להזכירם שהרי הנתבע הודה לו בשעורים מקודם וקאמר דלא הוי הודאת מקצת ולא ישבע אלא היסת על החטים, עכ"ל. ומבואר מדבריו דחשיב שפיר בכה"ג שתבעו אח"כ גם שעורים. והנה דקדוק לשון הגר"א הנ"ל הוא דיסוד דין מערים הוא ד"כל שמערים חשבינן כאילו הודה אחר התביעה", ולא כתב כלשון הטור דהיכא דמערים חשיב כאילו טען התובע כבר שניהם, ולפי"ז שפיר יתבאר דברי הרמ"א, דהיכא דמודה קודם על השעורים חשיבא טענת החטים שאח"כ גם כטענת שעורים, והיכא דמערים חשוב כאילו הודה אחר כל הטענה, אשר ממילא שפיר יתחייב.

ועיי' בטושו"ע סי' פ"ז סי"ג שכתבו דבאמר הילך אם נראה כמערים חייב שבועה, ומקור דין זה הוא מדברי הר"י מגאש, הובאו דבריו בספר התרומות עשר ז' חלק ב' אות ו'. ועיי' בב"י שכתב דמקור הדין הוא מהא דאיתא בסוגיין אם כמערים וכו'. והדברים תמוהים לכאורה וכבר עמדו עליהם בב"ח ובגידו"ת, עיי'. דהרי יסוד הא דאם כמערים וכו' בסוגיין הוא דרואים כאילו היתה ההודאה אחר התביעה והויא הודאה ממין הטענה, וכנ"ל, והתם הרי לא שייך דבר זה כלל, ואם אך אמר הילך הרי תו ליכא חיוב שבועה והוי כופר הכל, ומה שייך לומר דאם כמערים חייב הוא, עיי' בב"ח מש"כ בזה. ומוכח מזה לכאורה כנ"ל, דמאי דהיכא דהוא כמערים משבעין לי שבועה דאורייתא דרבנן הוא, שב"ד מחשיבין כאילו היתה הודאה המחייבת שבועה.

והנה יעויין במאירי שהביא בזה קודם דינא דטענו חטים והודה וכו', ושוב הביא עוד דין, דאם אמר מאה דינרים יש לי בידך וכפר הכל וחזר ואמר חמשים דינרים יש לי בידך ואמר לו הן אין זה חיוב שבועה ששתי תביעות באחת כפר בכל ובאחת הודה בכל, וכתב דיש חולקין על דין זה השני ומודים בראשון, והר"י מגאש והרמב"ם כתבוהו. וצ"ב היכן מוכח מדבריהם שחולקים בדין השני, אם לא דנימא דהוא משום שלא הזכירוהו, או דנימא דמש"כ וכן כתבוהו גאוני ספרד וכו' אינו עולה אלא על מה שפסקו דינא דתבעו חטים והודה ואח"כ תבעו שעורים וכפר.

מא) אמר רב נחמן ומשביעין אותו שבועת היסת- הנה מבואר בפשטות בסוגיין דמטעמא דאשתמוטי קא משתמט אמרו רבנן דחזקה שאין אדם תובע אא"כ יש לו אלימא מחזקה דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו ולהכי מחייב התובע שבועתו עיי' טענתו. והנה בטעמא דמילתא דכוה"כ פטור משבועה כתבו התוס' ב"מ ג' ע"א דהוא מגזה"כ דכי הוא זה דדווקא מבי"ט משום שבועה ולא כוה"כ. אכן רש"י בב"ק כתב דה"ט מייבא דאין אדם מעיז פניו, עיי' דפי' כן מימרא דרבא מפני מה אמרה תורה וכו', אשר מהאי טעמא יוצא לשיטתו (דהא דאינו מעיז הוא משום שעשה לו טובה) דכוה"כ בפקדון חייב שבועה. והנה לשיטת התוס' דאין טעם פטור כוה"כ משום חזקה דאין אדם מעיז, מובנת סוגי' דידן דאף דמדאורייתא פטור כוה"כ משבועה מגזה"כ, מ"מ מחמת האי טעמא דאשתמוטי קא משתמט חייבוהו חכמים בשבועת היסת. אך לדברי רש"י בב"ק הדברים לכאורה צריכים ביאור, דמדאורייתא הרי על אף הא דאשתמוטי קא משתמט פטרתו תורה משבועה משום הך חזקה דאין אדם מעיז פניו וכו', ומאי האי דאמרו רבנן דאין טעם זה פטור, דמה סברא יש בזה. (ואפשר די"ל בזה עיי' המבואר בשט"מ ב"מ דף ו' ע"א ד"ה אלא, דרב נחמן ראה שרבו עזי פנים המשתמטים ואע"פ שפטרה תורה כופר הכל, הטילו על הנתבע שבועה דרבנן, דאף דמדאורייתא הוא

אמרינן דסגי בהא דאין עדם מעיז להפטר משבועה, מ"מ משרבו עזי פנים היה כאילו גריעותא ב"אין אדם מעיז", ושוב שפיר חייבוהו בשבועה מצד הא דאין אדם תובע אא"כ יש לו.)

ונראה דלרש"י אין חיוב שבועת היסת חיוב מעיקר הדין, זאת אומרת, חיוב שבועה הבנויה על מאי דאמרו רבנן דיש מחייב להשבועה, כלומר, דבר הצריך בירור דשבועה, אלא הוי תקנת שבועה בלי מחייב. ויסוד דבר זה מבואר להדיא בדברי הרמב"ם בתשובות תשו' ר"ד, עיי' שכתב דכל הך שבועה אינה אלא להפיס דעתו של תובע (כצ"ל שם) שלא יאבד ממונו וילך בפחי נפש, עיי' שכתב דמהאי טעמא הוא דלא מפכינן אלא שבועת היסת ולא שאר שבועות דרבנן. ובאמת גם מדברי רש"י מבואר דאין הך שבועה מעיקר הדין (אלא דהוא מטעם אחר מטעם הרמב"ם), שכתב בב"מ ה' ע"א ד"ה היסת, וז"ל: שבועה שהסיתו חכמים לכך להסיתו להודות וטעמא מפרש בשבועות חזקה אין אדם טוען אא"כ יש בידו, עכ"ל. הרי מבואר להדיא מדבריו דאין הך שבועה באה אלא להסיתו להודות. אשר לפי"ז אתיין דברי רש"י שפיר, דאה"נ מעיקר הדין פטור משבועה מהאי טעמא דאין אדם מעיז, ואף רבנן לא אמרו דאין הדבר כן, דמעיקר הדין לעולם אינו חייב שבועה וכל כולה של תקנת שבועת היסת אינו אלא בכדי שיוודה. ועיי' עוד בפירוש רבנו יהונתן הכהן מלוניל שכתב דבאמת הך מילתא איכא בין ב' הלשונות בסוגיין, דללשנא קמא דבכל כוה"כ תקנו שבועת היסת, אין זה מעיקר הדין, אך ללשון הב' דאינו חייב בשבועת היסת אלא היכא דאיכא דררא דממונא, הרי זה מעיקר הדין.

ולשיטת התוס' הנ"ל בטעם הפטור דכוה"כ י"ל דאף שבועת היסת הוא מעיקר הדין. וכן משמע לכאורה מדבריהם לקמן מ"א ע"א ד"ה ומאן דתני אסיפא דאר"ת דהשתא דלא איתמר הילכתא כחד מהנך לישני היכא דליכא דררא דממונא לא משבעין לי מספק דהממע"ה, ואילו לא הוי שבועת היסת מעיקר הדין אלא סתם שבועה להפיס דעתו של תובע, מה שייך לומר בספק אי איכא שבועת היסת הממע"ה, הא ספק בפני עצמו הוא דאי איתא לתקנת שבועת היסת או לא.

ואכתי יש לבאר לשיטת הרמב"ם ודעמ"י דאין שבועת היסת חיוב שבועה מעיקר הדין, והא בסוגיין מבואר דהוא מטעם הא דאין אדם תובע אא"כ יש לו והא דאשתמוטי קא משתמט הנתבע. ונראה פשוט בזה, דיסוד הא דמתחשבים כלל עם התובע לחייב את הנשבע לישבע הוא מחמת הך חזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו, אשר זה מוכיח שטענתו יש בה ממש, אלא דנגדה איתא לחזקה דאין אדם מעיז פניו וכו' אשר מחמתה אי אפשר להוציא. ועפ"ז מובנת סוגיית הגמ', דאחר שהביאו הא דאין אדם תובע וכו' אמרו "אדרבה" אין אדם מעיז פניו וכו', פירוש, דיש לו להתנבע הך חזקה אשר מועילה יותר מחזקת אין אדם תובע וכו' ושוב אין לטענתו של התובע ממש, והאיך נחייב על פיה שבועה, ועיי' מסקנין דאמרינן דאשתמוטי קא משתמט, זאת אומרת, דאין דקיימא הך חזקה דאין אדם מעיז, מ"מ הרי קיימת אפשרות דאשתמוטי קא משתמט אשר ממילא אין הך חזקה מבטלת לחזקה דאין אדם תובע וכו', אלא דשניהן מתנגדות זו לזו, ומאחר דבאמת יש לו לטענת התובע ממש חייבו את הנתבע בשבועה, להרמב"ם להפיס דעתו של תובע, ולרש"י בכדי שיוודה הנתבע אם הוא משקר, ודוק.

ונפ"מ בין ב' שיטות אלו אי הויא שבועת היסת מעיקר הדין או רק מסיבה צדדית כשיטת הרמב"ם ורש"י, הא דכתב הש"ך בחו"מ סי' צ"ה סק"ז דאף דבכל שבועות אמרינן מינו לאפטורי משבועה, מ"מ גבי שבועת היסת לא מהני מינו. ועיי' הנ"ל נראה בביאורו דלא מהני מינו אלא לאפטורי משבועה אשר יסודה הוא חוסר נאמנות, דבעינן לזה הבירור דשבועה, אשר בזה מהני מינו במקום השבועה. אך שבועת היסת לשיטת רש"י הרמב"ם ודעמ"י אינו

מחמת חוסר ברור אלא מסיבה צדדית, ויסוד התקנה בין לטעם רש"י בין לטעמו של הרמב"ם הוא דבעינן מעשה שבועה, ולא פלוג בזה, והא פשיטא דלא חשיב מיגו מעשה שבועה ועדיין התקנה במקומה עומדת. ואי גם שבועת היסט הוא מעיקר הדין, לכאורה כמו דמהני מיגו לפטור מכל שבועה כן יהני לפטור משבועת היסט. ועוד נפ"מ, מאי דהביא הטור סוף סי' פ"ד שיטת בעל התרומות דאף אם עד המסייע פטור משבועה, מ"מ אינו פטור משבועת היסט, והטור גופי' פליג וס"ל דכמו דעד המסייע פטור מכל שבועה כך פטור גם משבועת היסט. והנה שיטה זאת שהביא הטור לחלק בין שבועת היסט לבין שאר שבועות לענין עד המסייע מובנת היטב ע"פ שיטת רש"י והרמב"ם, דמאי דמהני עד המסייע גדרו דהיכא דבעינן לבירור דהשבועה הוי נאמנות העד במקומה, אך גבי שבועת היסט הרי אף בלא השבועה באמת הנתבע פטור, רק דחייבו מעשה שבועה להפיס דעתו של תובע מחמת חזקה דאין אדם תובע, וכנ"ל, ובזה לא פלגי רבנן, דאף דלמעשה ע"י העד לא בעינן להפיס דעתו, מ"מ תקנת מעשה שבועה במקומה עומדת, וכמו שביארנו לענין מיגו לאפטורי משבועה.

והנה נחלקו הראשונים בשבועת היסט אי בעי שתי כסף, דהר"ן כתב בחידושו בשם הרא"ה דצריך שתי כסף, אך במאירי מבואר דגם בפרוטה סגי, וכ"ה בשו"ע חו"מ סי' פ"ח ס"ו. והטור הביא פלוגתא בזה בין רב האי גאון ורבינו ישעיה, והסיק דסגי בפרוטה. ואפשר דתליא הך מילתא בהנ"ל, דאי נימא דהוי שבועה המבוססת אדררא, הרי הוא כשבועה מודה במקצת אשר נאמר בו שעיר דב' כסף, אך אי נימא דלעולם אינה מבוססת אדררא, אלא יסודה תקנה ודין שבועה מחודשת להפיס דעתו של תובע או מטעם אחר, מסתברא דלא נאמר בזה שיעורא דב' כסף.

מב' רש"י ד"ה הכופר במלוה - אלא אשתמוטי קא משתמט לי' משום דמלוה להוצאה ניתנה ואין עכשיו בידו מה לפרוע - משמע לכאורה מדברי רש"י דלא כדברי התוס' שכתבו בד"ה בפקדון פסול לעדות דבמלוה אפי' נקט לי' ביד' זו כי כשר דמלוה להוצאה ניתנה והוא שמה צריך למעות. וכן דייק הב"ח מדברי רש"י בב"ק ק"ה ע"ב דלא כדברי התוס'. אכן לדעת רש"י צ"ע לכאורה דנמצא דליכא נפ"מ בין מלוה לבין פקדון, דבתרומתו אי יש עדים שהיה בידו או ברשותו הרי הוא פסול לעדות, ואי לא היה בידו בתרומתו כשר, וצ"ע.

מ"א ע"א

מג' מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן וכו' - ע"י חידושי הרמב"ן שדייק מדברי רש"י דשאלת הגמ' היתה על שבועת היסט בפרט ולא על כלל שבועות דרבנן דבעינן דאורייתא תיקון. ובדן שבועת הנוטלין בכגון מיפך שבועה דנו בזה הראשונים ודעת רובם דלא מפכינן. ובתשובת הרמב"ם הנ"ל באות מ"א בא לאפוקי ממאן דפירש דשאלת הגמ' היתה על שבועות הנוטלין, וכתב דשבועת הנוטלין ודאי דלא מפכינן ולא אמרו דמפכינן אלא בשבועת היסט, ע"ש, ועוד נאריך בביאור הדברים לקמן, בעזה"ש.

אכן יעויין בשערי שבועות שער י"ז שכתב להדיא דשאלת הגמ' היא דווקא על שבועות הנוטלין, דאילו על שבועת היסט פשוט דאיכא נפ"מ ביניהן, דשבועה דאורייתא היא בנקיטת חפץ ושבועת היסט לא בעי נקיטת חפץ. (והראשונים כבר יישבו דבר זה ואמרו דאין לא בתכסיסי השבועה דיינינן אלא בדיני השבועה, ע"י בדבריהם). ולדידי' גמ' מפורשת היא דשבועת הנוטלין מפכינן. (ושאר הראשונים הקשו דאילו בשבועת הנוטלין מיירי מה שאלו מאי ביניהן, הא איכא ביניהן דשבועה דאורייתא נשבע הנתבע ונפטר, ואילו שבועת המשנה נשבע ונוטל הוא. ולדברי בעל שערי שבועות צ"ל דזה אינו נפ"מ ביניהם אלא זהו יסוד מציאותם, ולא על זה שאלו.)

והנה בעצם הא דבדאורייתא לא מפכינן נחלקו הראשונים בזה, דמדברי הרמב"ם פ"א מהל' טו"י ה"ד (ע"ש במ"מ) מבואר דהוא משום דיסוד תביעת הנתבע על הנתבע הוא או לישבע או לשלם, פירוש, דביסוד יש לו תביעה על הממון אלא דיש לו להנתבע אפשרות ליפטר על ידי שבועה, והוא כעין שכתב הרשב"א בב"ב ל"ד דשבועת עד אחד תשלומין הוא, אשר ביאורו כנ"ל. וכן כתב סברא זו בחידושי הרמב"ן בסוגיין, ע"ש. ואי נימא הכי, מאי דלא מפכינן שבועה דאורייתא פשוט הוא, דבעצם הרי חייב הנתבע ממון, רק שיכול לפטור עצמו על ידי שבועה, ואם אך אינו נשבע הרי חייב לו להתובע ממון אף בלא שישבע, והאיך יוכל לחייב לישבע, כן הוא טעמם של רוב ראשונים בזה.

אכן מדברי השערי שבועות הנ"ל בהמשך דבריו מבואר להדיא פירוש אחר בזה, ע"ש דכתב, וז"ל: איכא ביניהן מיפך שבועה דאורייתא לא מפכינן ובדרבנן מפכינן שזה הנשבע ונוטל אם ירצה ויאמר לכשנגדו להשבע אתה ותיפטר אינו יכול לסרב על השבועה, אבל בדאורייתא אומר לו הוי יודע ששורש שבועה זו מן התורה ואי אתה רשאי להזיז אותה ממקומה ואין שומעין לו אבל בשבועה דרבנן אומר לזה שרוצה לסרב בהפיקה הוי יודע ששורש שבועה זו תקנת חכמים לבעל דינך מפני תקנתו שיהא נשבע ונוטל וכן תקנו שאם ירצה להפכה עלך רשאי ואין אתה יכול למנוע וכו', עכ"ל. ולמדנים אנו מדבריו, דלעולם אף שבועת התורה אין גדרה דהוי ממון, ז"א, דנפטר מחיוב ממון ע"י השבועה, אלא גדר כל חיוב שבועת התורה הוא דאינו אלא חיוב שבועה בלבד, כלומר, דהוא פטור מהממון אלא שהטילה התורה עליו חיוב לברר טענתו על ידי שבועה, אלא דלמעשה אם לא יברר טענתו שוב הרי הוא מפסיד ממון. וכיון דאינו בעצם חייב ממון, שפיר היה שייך אף בשבועה דאורייתא שיוכל להפוך את השבועה על התובע, אלא דמדהטילה התורה עליו החיוב לברר טענתו, הרי חיוב זה מוטל עליו ואינו יכול להזיזו, אשר מטעם זה הוא דלא מפכינן. אך שבועת הנוטלין אשר שרשה מתקנת חכמים, כיון דהוא משום תקנת התובע אמרו חכמים שיכול שפיר להזיז את חיוב הבירור להנתבע ויפטר הנתבע על ידי כך.

ונראה דלהשערי שבועות לשיטתו אי אפשר היה לפרש כשאר הראשונים בזה, דהרי בתחילת דבריו הניח יסוד דבמהותן שבועה דאורייתא ושבועת הנוטלין שוות הן, ואם אך הוה אמרינן דמהותן שבועה דאורייתא הוא חיוב ממון אלא שיכול ליפטר על ידי השבועה, אף בשבועת הנוטלין הוה לן למימר דמהותו כן, אע"כ דאין עיקר תביעת שבועה תביעת ממון וכל החילוק שביניהם הוא דשבועה דאורייתא אינו יכול להזיז ושבועת התקנה דשבועת הנוטלין תקנו שיהא יכול להזיז, וז"פ.

ויש לכאורה מקום עיון בדבריו, דהא ישנן ב' מיני שבועות הנוטלין, הא', דמן התורה לא היה לו זכות נטילה כלל, והב', כעין הא דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה, דמן התורה היה נוטל בלא שבועה אלא דרמו חכמים עליו שבועה. ולכאורה היכא דמן התורה היה נוטל בלא שבועה אין הך שבועה לתקנתו אלא לתקנת הנתבע, והאיך שייך לומר דבכה"ג מפכינן השבועה, וצ"ב. ואולי אפשר לומר בזה ע"פ דברי הריטב"א בכתובות פ"ח ע"א, ע"ש שדן בד"ה אמר רבא אי פקח הוא וכו' אי בשבועות הנוטלין תפס בלא שבועה אי מפכינן מיני, דבתחילת דבריו כתב דהיכא דלית לי' זכיה מן התורה וכל דין זכיותו הוא על ידי השבועה ודאי דמוציאין מידו, אך היכא דמן התורה היה נוטל בלא שבועה אם תפס ולא נשבע אין מוציאין מידו. שוב כתב, וז"ל: ויש אומרים דבכל הנשבעים ונוטלים ג"כ כיון דתקנתא דרבנן הוא כגול דאורייתא עבדוהו רבנן וכי תפס בלא שבועה נמי נחתין לנכסיו, עכ"ל. הרי דאף דמן התורה היה זוכה בהממון בלא שבועה, מ"מ מדרבנן אינו זוכה אלא על ידי השבועה. אשר לפי

י"ל דבאמת ב' פרטים הם בזה, הא', דהפקיעו זכות ממונו שהיה לו מן התורה בלא שבועה, והב', דתקנו לו זכות על ידי השבועה, אשר לפ"ז נמצא דאף בכה"ג תקנת נטילה על ידי שבועה תקנתו היא, ואתיין שפיר דברי השערי שבועות.

כתב המאירי, וז"ל: מקצת גאונים מפרשים שאף שבועת היסט אין מהפקין אלא לדעת שניהם אבל שבועת התורה ושבועת המשנה אינה מתהפכת אפי' ברצון שניהם, ואין הדברים נראין, עכ"ל. והוא דעת ר' שמואל בן חפני, הובאו דבריו בטור חו"מ סי' פ"ז, ע"ש. ונראה בביאור שיטתו דהא דלא מפכין בדאורייתא (וכן בשבועת הנוטלין לשיטתו) אינו משום דהוי ביסודו תביעת ממון, ע"ד שהוכחנו מדברי הרמב"ם הרמב"ן ודעמס, דאילו לשיטתם דהוי תביעת ממון של התובע על הנתבע או לישבע או לשלם, שפיר היה שייך בזה היפוך שבועה מדעת שניהם. אלא נראה מוכח דס"ל לר' שמואל בן חפני ע"ד שהוכחנו מדברי השערי שבועות, דטעמא דלא מפכין הוא דין בגוף השבועה שאינה זזה ממקומה, אשר זה שפיר ס"ל דקיים אף היכא דהוא מדעת שניהם, דמ"מ עיקר החפצא דהשבועה אינו אלא על הנתבע, או, בשבועת הנוטלין, על התובע, ודוק.

מד) תוד"ה מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן - מתחילת דברי התוס' משמע א' מב' דברים, או דשבועת היסט בעי נמי נקיטת חפץ, ודלא כשיטת הרמב"ם בזה, או דפירשו דשבועה דרבנן דהכא היינו שבועת הנוטלין, ע"ד שפי' בשערי שבועות הנ"ל, דהא מבואר מדבריהם דב' השבועות בסוגיין בעינן נקיטת חפץ מולא אמרו דנפ"מ לענין זה. ומסוף דברי התוס' משמע דמסכימים התוס' לדברי רש"י בכתובות שכתב דהחילוק בין דאורייתא לבין דרבנן הוא לענין מיפך שבועה, חזינן דעכ"פ במקצת שבועות הנוטלין אפשר להפך השבועה.

ובישוב הסתירות בדברי רש"י, עי' הגה"מ פ"א מהל' שבועות שכתב דכל דברי רש"י בדווקא, דגבי ע"א מעיד בכתובתה פרועה הוא דכתב לנפ"מ דנקיטת חפץ, דהתם אין השבועה אלא להפסיד דעתו של בעל ולא מעיקר הדין, על כן לא בעינן בה נקיטת חפץ. ולא כתב שם נפ"מ לענין מיפך, דהא התם בע"א לא שייך להפוך השבועה כיון דאז הרי העד מסייע ופטר (ודלא כדברי הש"ך דס"ל דהעד שחייב שבועה אינו שוב יכול להיות עד מסייע לפטור שכנגדו מלישבע), ע"ש כל דבריו. והנה אחד מקושיותיו על שיטת רש"י היתה מסוגיין אמאי לא אמרו דנפ"מ לענין נקיטת חפץ, ולכאורה, אי נימא כהבנת הרמב"ן בדברי רש"י בסוגיין דשאלת הגמ' היתה מ"ש שבועת היסט משבועה דאורייתא, הרי לא תי' בזה בהגה"מ כלום, דהא שבועת היסט לשיטת רש"י אינה מעיקר הדין, ובשבועה שאינה מעיקר הדין הרי ס"ל לרש"י דלא בעינן נקיטת חפץ. אלא מוכרח מדברי הגה"מ דפי' דברי רש"י דלא כדברי הרמב"ן, דבאמת שאלת הגמ' היא מכל שבועה דרבנן, כמו דהזכיר רש"י מב"מ אף דממיר בכל שבועות דאורייתא בין שבועת היסט בין שבועת הנוטלין, ולא חילקו בנקיטת חפץ כיון דממיר נמי בשבועת הנוטלין דבעי שפיר נקיטת חפץ.

והנה בין אלה הסוברים דשבועת הנוטלין לא מפכין, איתנהו בזה כמה שיטות, דהרמב"ן כתב בדעת רש"י דזה אינו אלא בהני דמן התורה לית לי' זכות ממון, וכל הזכות שנתנו לו הוא על ידי השבועה, אשר בזה לא מפכין כמו דלא מפכין בדאורייתא. אך בהני דמן התורה היה נוטל בלא שבועה, בזה שפיר מפכין כיון דאינו אלא חוב שבועה. ובדעת הר"י דפליג וס"ל דאף בהני שבועות הנוטלין אמרינן דלא מפכין, כתב הרמב"ן, וז"ל: ומ"מ יש לבעל הדין לומר דבנוטלין החמירו יותר (מבהיסת) שאם רצה נשבע ואם לאו אין מוציאין ממון מיד חברו כלום אוקי ממונא בחזקת מרי' שמצינו בכל מקום שאין מוציאין ממון אלא בראיה מפורשת וכו', עכ"ל. ביאור דבריו, דודאי אין השבועה נותנת לו את עיקר זכותו בהממון, אמנם יסוד תקנת השבועה הוא דכיון דלאפוקי

ממונא בעינן ראיה ברורה, מחוייב הוא להוסיף על טענתו וזכותו דאורייתא ראיה השבועה בכדי שיחשב ראיה ברורה, ובלא"ה אינו מוציא הממון, אף דעיקר זכותו דאורייתא בהממון לא הופקעה. ועי' בר"ן בסוגיין שכתב ג"כ עד"ז דשאני אפוקי ממונא מלאוקמי' ממונא, וכוונתו מבוארת ע"פ דברי הרמב"ן (אך ע"ש בחידושי אנשי שם שפירשו דבריו באופן אחר).

ובדברי הריטב"א הנ"ל בכתובות מבוארת שיטה אחרת בזה, דאף בהני גוויי דמן התורה היה נוטל בלא שבועה, הפקיעו חכמים זכותו ומעתה אם נוטל בלא שבועה הרי זה גזל גמור מדבריהם. וכבר כתבנו לעיל אות מ"ג דמדברי השערי שבועות מבואר נמי יסוד זה בהני שבועות הנוטלין (אלא דהוא ס"ל במפכין, וכנ"ל).

מה) תוד"ה ולמר בר רב אשי וכו' - וכן רב האי גאון והביא ראיה דהלכתא כותי' מדקאמר לקמי' וכו' אי אמר לי' האידא אישתבע לי דלא פרעתין אמרינן לי' זיל אשתבע לי' ומה התם דאית לי' עלי' ממון גמור מדאורייתא יכול להפוך עליו שבועה היכא דלית עלי' אלא שבועה דאורייתא לא כש"כ וכו' - מבואר מדברי רב האי גאון, וכן מדברי התוס' שלא חלקו על ראייתו מטעם זה, דלעולם אין השאלה דמפכין או לא מפכין שבועה דאורייתא שאלה אי יכולין להזיז שבועה דאורייתא ממקומה, כדמשמע מדברי השערי שבועות הנ"ל, דאילו כן, לא שייך הך דינא דאשתבע לי' דלא פרעתין דלין היפוך שבועה כלל, דהא ליכא שום חיוב שבועה. אלא מוכח מדבריו דטעמא דלא מפכין הוא משום דאז ישבע או ישלם, ומר בר רב אשי דס"ל דמפכין, היינו משום דס"ל דתקנו דאף דבעצם עלי' לשלם, מ"מ יכול לתבוע שלא יטלנה התובע אא"כ ישבע, והיא תקנה מסויימת דהיפוך, דעושה כאילו התובע צריך להביא ראיה. ושפיר יליף לדבר זה מק"ו דמה התם דחוב ממון גמור עליו ומ"מ יכול מדרבנן להטיל חובת הבאת ראיה על התובע, כש"כ היכא דאין עליו חוב ממון גמור, ודוק. ומבואר נמי מדבריו דאין יסוד ההיפוך דאותה השבועה מתהפכת, דזה הרי לא שייך בדינא דאשתבע לי' דלא פרעתין, אלא דין תביעה חדשה דראית השבועה הוא, וז"פ.

מו) תוד"ה ולמר בר רב אשי וכו' - ואם יכול אין ראיה לרב משם - ביאור דברי התוס', עי' מהרש"א וגליוהש"ס. וביאור דברי הגרע"א, דיסוד דינא דהיפוך שבועה הוא דמטיל על השני חיוב שבועה, ומאחר דהוי חיוב שבועה שמהפך עליו, שוב אינו יכול להעבירו חזרה אל הנתבע, דהא על ידי דין ההיפוך הוא הוא החייב בשבועה. ומדחזינן דשבועה זו דהשתבע לי' דלא פרעתין יכול התובע להעביר אל הנפטר, מוכח דין שבועה זו ביסודו דין חיוב שבועה, אלא סתם דין הוא שיכול להטיל עליו שבועה, אשר שבועה זו יכול שפיר להטיל שוב על הנתבע. ויש לבאר בזה גם סברת מאן דאמר דשבועה דאורייתא לא מפכין ושבועה דרבנן מפכין, והוא ע"ד שכתב בשערי שבועות, דשבועה דאורייתא אינה זזה ממקומה, דיסוד חיובו על מי שנתחייב בו, משא"כ שבועה דרבנן דהו הטלת שבועה בעלמא בזה שפיר מפכין.

מז) ולמר בר רב אשי דאמר בדאורייתא נמי מפכין וכו' - יעויין בחידושי הרשב"א שהקשה ממאי דק"ל דאמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם גבי חמשין ידענא חמשין לא ידענא ובאומר אין חטפי ודידי חטפי, ואמאי לא מפכין את השבועה, ע"ש דהכריח מזה דלמאי דאמרין משילימ לא ק"ל כמר בר רב אשי ולדידי' ע"כ דלא אמרינן מתוך. והנה מדברי הראשונים שפסקו כמר בר רב אשי (עי' בדברי התוס') ומ"מ כלל בדינו דק"ל דאמרין משילימ, מבואר דלא כהרשב"א, ואף אלו הראשונים שלא פסקו כמר בר רב אשי הרי לא הביאו ראיה מהכא, ומשמע להדיא דלדידהו ליכא שום סתירה בזה, ואף למר בר רב אשי איתא לדין משילימ.

וביאור דבריהם, וראיתי שכבר כתב עד"ז הנצי"ב במרומי שדה על אתר, דמאי דלא מפכין בהני גוויי

דאמרינן מתוך הוא משום דכיון דאינו יכול לישבע שוב הרי הוי חיוב ממון ולא חיוב שבועה, משא"כ בסוגיין שיכול לישבע עדיין שפיר ס"ל למר בר רב אשי שיכול להפך אף שבועה דאורייתא על התובע. (וזה להדיא דלא כהבנת רב האי גאון בהאי עניינא, וז"פ.) ויסוד דבר זה נבנה אפולוגת הראשונים ריש פ"ק דב"מ, דנחלקו אי עד המסייע פוטר משבועה, וע"ש בהרא"ש שכתב דהא דבשומר שמסר לשומר אין השומר הראשון פוטר משבועה על ידי עדות השומר השני אף דלעולם עד המסייע פוטר, הוא משום דכיון דהוא אינו יודע ואינו יכול לישבע שוב הוי חיוב ממון ואין ע"א פוטר ממון, הרי מבואר להדיא יסוד זה, ומעתה לדברי הרא"ש לא יקשה קושיית הרשב"א כלל דלא שייך התם להפוך את השבועה דכיון דאינו יכול לישבע הרי הוי חיוב ממון, וכנ"ל. (ובקצוה"ח פ"ז ט', הקשה דהא כי היכי דעד אחד מחייב שבועה היכא דאינו יכול לישבע ולא אמרינן דאינו יכול לחייב ממון, כמו כן לענין פטור שפיר פוטר משבועה אף דהוי ממון, וע"ש דפירש דברי הרא"ש באופן אחר, אך פשוט לשונו מראה כהנ"ל, וכ"פ הש"ך שם בדבריו.) ובדעת הרשב"א דשפיר הקשה, אין לומר דס"ל דאינו חיוב ממון, דהא הוא כתב בב"ב ל"ד גבי שבועת עד אחד דתשלומין היא דאז ישבע או ישלם ממון, וא"כ באופן דאינו יכול לישבע פשיטא דהוי חיוב ממון. אכן נראה דאדרבה, היא הנותנת, דהנה יש לבאר הך יסוד דאז ישבע או ישלם בב' אופנים, הא' דבאמת רק הממון הוא מדין תשלומין, והוא חייב באמת ממון רק שיכול לפטור עצמו על ידי השבועה, אך לעולם אין היסוד דהחיוב ממון מתבטא בב' סוגי תשלומין, דאין התשלומין אלא הממון אלא שיכול לפטור עצמו ע"י שבועה. אשר לפ"ז יש לבאר דברי מר בר רב אשי, דס"ל דאף דבאמת חייב ואין השבועה אלא עצה לפטור את עצמו, מ"מ יכול שפיר להפוך את השבועה, והוא מכח אותו זכות שיש לו לפטור עצמו על ידי שבועה. ועפ"ז שפיר ס"ל להראשונים החולקים על הרשב"א דיש לחלק בטוב בין מיפך שבועה בסוגיין והני גווי דאינו יכול לישבע, דהא היכא דאינו יכול לישבע הוי שפיר חיוב ממון ואין מה להפוך, משא"כ בסוגיין הרי מדין זכותו לפטור את עצמו יכול שפיר להפוך למר בר רב אשי. אכן להרשב"א לשיטתו דס"ל דאף השבועה מדין תשלומין היא, דיסוד הדין הוא דודאי חייב ואין בכחו לפטור עצמו, אלא דיש באפשרותו לשלם חיובו בב' אופנים, או בממון או בשבועה, אשר לפ"ז יפלא לכאורה מ"ט דמר בר רב אשי דס"ל שאף שבועה דאורייתא מפכינן, והרי חייב הנתבע בתשלומין ואם אין לו משלם בשבועה משלם בממון אף בלא שבועת התובע. ועכצ"ל לשיטתו דס"ל למר בר רב אשי א' מב' דברים, או כדמבואר מדברי התוס' הנ"ל בדברי רב האי גאון, דהוא תקנה שיכול זה שחייב לשלם לתבוע שבועה, אף דהוא חייב בתשלומין, או דנימא דע"כ פליג מר בר רב אשי אהך יסוד בחיוב שבועה דאורייתא וס"ל דלעולם אינה אלא חיוב שבועה. וא"כ שנאמר, יובנו שפיר דברי הרשב"א בקושייתו, דשוב אין לחלק בין היפוך דסוגיין לבין היכא דאינו יכול לישבע, דלדברי התוס' הרי אף דהוי חיוב ממון גם בסוגיין מ"מ תקנו שיכול להפוך על התובע חיוב הבאת ראיה שבועה, וזה שפיר שייך אף היכא דאינו יכול לישבע. וכן אם נימא דפליג מר בר רב אשי איסוד דינא דשבועה וס"ל דאינה אלא חיוב שבועה אתי נמי שפיר, דהא אף היכא דאינו יכול לישבע אין זה בעצם חיוב ממון ואמאי לא יהא יכול להפוך את השבועה, ומבוארת שפיר פלוגת הרשב"א ושאר הראשונים, ודוק.

מח' רמב"ם פ"א מהל' טוען ונטען ה"ד וה"ו- כתב הרמב"ם פ"א ט"ו ה"ד, וז"ל: כל מי שנתחייב שבועה מן התורה הרי זה נשבע ונפטר ואם לא רצה לישבע וכו' שהרי התובע אומר לו איני זו מדין תורה או השבע או תן לי וכו', עכ"ל. וע"ש במ"מ שכתב, וז"ל: ומדברי רבנו נראה שאין הנתבע יכול להפוך השבועה שהוא חייב מן התורה על התובע וכו', עכ"ל. ודבריו

צ"ב, אמאי הוצרך לדייק דבר זה מדברי הרמב"ם בה"ד, הרי הרמב"ם בה"ו פירש דין זה להדיא דליכא שבועה שתהפך אלא שבועת היסט בלבד, אבל שבועה של תורה או של דבריהם שהיא כעין של תורה אין הופכין שבועתן. ועכצ"ל דאיכא שום צד הוספת חידוש ונפ"מ לדינא במאי דדייק בה"ד, וצ"ע.

והנה ביאור דברי המ"מ בה"ד פשוט הוא, דמבואר מדברי הרמב"ם דיסוד חיובי שבועה דאורייתא הוא או לישבע או לשלם, וכנ"ל, דכיון דאינו נשבע הרי ממילא חייב ממון בלא שום שבועה של התובע ולית ל' תביעת שבועה כלל. והנה גבי שבועת הנוטלין דמבואר מדברי הרמב"ם דלא מהפכין, נראה לכאורה דאף הוא מהאי טעמא הוא, דבסוף ה"ד כתב דהורו רבותיו דאם אמר התובע איני רוצה בתקנה זו שתקנו לי חכמים אלא הריני כשאר כל התובעים הרי זה משביע את הנתבע היסט, הרי דס"ל דכל תקנת שבועת הנוטלין היא לטובת התובע, דעל כן יכול לומר שאינו רוצה תקנה זו שתקנו לו, וצ"ב לכאורה דהא איכא גם שבועות הנוטלין אשר מן התורה היה נוטל בלא שבועה, וע"כ דס"ל כדברי הרמב"ם הנ"ל בכתובות דהפקיעו חכמים זכותו ושוב אין זכותו אלא על ידי שבועה. אשר לפ"ז פשיטא לכאורה דכמו שאינו יכול להפוך שבועה דאורייתא כמו כן אינו יכול להפוך שבועת הנוטלין, כ"נ לכאורה.

ולפ"ז נ"ל לכאורה, וכן העירני ב"א נ"י, דמאי דניתוסף במש"כ הרמב"ם בה"ו "אין לך שבועה שתהפך אלא שבועת היסט בלבד אבל שבועה של תורה או של דבריהם שהיא כעין של תורה אין הופכין שבועתו" אינו אלא שבועה דרבנן כעין של תורה שנשבע ונפטר, דבזה מסתבר שלא הפקיעו חכמים ממנו (לעין סברת הראשונים בסוגיין לחלק בין אפוקי ממנא לבין לאוקמי ממנא), אלא שהטילו עליו חיוב שבועה, דבזה ע"כ דהא דאין מהפכין אינו אלא משום חומרתו שהוא כעין של תורה, ולמעשה נמצא דליכא היפוך אלא בשבועת היסט, אך שבועות דאורייתא ושבועות הנוטלין מחד טעמא, ונשבע ונפטר דרבנן מטעמא אחרינא. והאי טעמא דחומרא דגבי נשבע ונפטר דרבנן נראה דלא שייך גבי שבועות דאורייתא ושבועות הנוטלין, דזה לא שייך אלא בחיוב שבועה, אך היכא דהוא דין זכותו בהממון לא נאמר בזה דין בהשבועה שהיא עליו ולא על האחר, דהא לא אתינן עלה מצד דין שבועה כלל אלא מצד דין תשלומין, וע"כ דטעם אחר לו, וכנ"ל.

ואין להקשות דא"כ הא"כ כתב הרמב"ם דשבועה של דבריהם שהיא כעין של תורה אין הופכין, אשר כלל בזה אף נשבע ונפטר דרבנן, דהוא אינו כעין דאורייתא, דהא אין זה שבועת ממון, משא"כ שבועות התורה, דהוא פשוט ע"פ המבואר בתשובת הרמב"ם הנ"ל דיסוד החילוק שבין שבועת היסט לבין שאר שבועות הוא דשבועת היסט אינה אלא להפיס דעתו של תובע, ושאר שבועות מעיקר הדין הן. אשר לפ"ז פשיטא דזוהי כוונתו אף הכא דהויין כעין דאורייתא, ז"א, חיובי שבועה מעיקר הדין, האי כדניני והאי כדניני, לאפוקי היסט דאינה מעיקר הדין.

ונראה לכאורה דנפ"מ בין ב' הני טעמים, דינא דר' שמואל בן חפני הנ"ל באות ל"ו, דאילו הוה אמרינן דטעמא דשבועה דאורייתא ובשבועת הנוטלין לא מפכינן הוא מדין עצם החפצא דהשבועה, כדן נשבע ונפטר דרבנן, אף באופן שהוא מדעת שניהם מ"מ יתכן דלא שייך היפוך שבועה, דהא זהו יסוד הך שבועה שהיא על מי שחייבה התורה. אך להטעם דאז ישבע או ישלם דהוא מצד חיוב ממון של הנתבע להתובע, ודאי דהיכא דהוא מדעת שניהם שפיר יכול להפוך, דהא לא נאמר בזה דין בגוף החפצא דהשבועה, וכנ"ל. אשר לפ"ז נראה דהוי דדייק המ"מ מדברי הרמב"ם בה"ד דמהאי טעמא דאז ישבע או ישלם אינו יכול להפוך השבועה על התובע, דלא נימא דאינו אלא מצד חומרא דהשבועה, כדמרבינן נשבע ונפטר דרבנן בה"ו, אלא טעמו משום חיוב ממון שחל

על הנתבע, ושפיר מהני לדעת שניהם, ועדיין צ"ע בכל זה.

(מט) ולר' יוסי דאמר בדברנן נמי נחתין לנכסי דתנן וכו' ואמר רב חסדא גזל גמור מדבריהם למאי נפ"מ וכו' - לכאורה צ"ע, דהתם שפיר נחתין לנכסי, דכיון שעשאוהו גזל מדבריהם נחתין לנכסי כבכל גזילה, אבל הכא הרי טעמא דבשבועה דרבנן לא נחתין לנכסי הוא משום דאינו אלא חיוב שבועה על הגברא גרידא ולא נאמר דין גבייה במי שאינו רוצה לישבע, אכתי איכא למימר אף לר' יוסי דבשבועה דרבנן לא נחתין לנכסי, וצ"ע.

ונראה מוכח מזה, דלעולם אי אפשר להפריד הא דנחתין לנכסי לדין עצם השבועה, דיסוד דין שבועה דאורייתא הוא להתחייב ממון אם לא ישבע (בין אם נימא דגדר הדבר הוא דהוי ביסודו חיוב ממון רק שפוט עצמו בשבועה, בין אם נאמר דמה שלא ישבע מחייבתו בממון), אשר ממילא אם אך אמרין דגדר תקנת שבועה דרבנן היה כעין דאורייתא, הרי ממילא אית בזה דינא דנחתין לנכסי, אשר ממילא שפיר אמרין דלר' יוסי כמו דתקנו דליהוי מציאת קטן גזל מדבריהם והוי ממון גמור אף לענין דנחתין לנכסי, כמו כן אמרין גבי שבועה דתקנו דליהוי כעין דאורייתא ושוב ממילא אית לר' דינא דנחתין לנכסי.

ומאן דס"ל דבדרבנן לא נחתין לנכסי, היינו משום דס"ל דאינה אלא תקנת שבועה גרידא ולית ב"י דין גבייה מנכסיו. וע"י מאירי סוד"ה הפרש אחר שכתב דאף דלא נחתין לנכסי, מ"מ אם תפס התובע אין מוציאין מידו עד שישבע זה. ובקצוה"ח סי' פ"ז סק"י"ב הביא דבפסקי מהר"ם רקנטי מסתפק ל"י בדבר זה, ע"ש שהכריע דלית ל"י זכות תפיסה. אכן בתומים (אורים סק"ד) הביא בשם שו"ת רדב"ז דס"ל דאין מוציאין מידו, וכדעת המאירי. ויטול השאלה בזה, אי אף דלא תקנו בשבועות דרבנן דין גביית ב"ד היכא שאינו רוצה לישבע, מ"מ תקנו בזה עכ"פ זכות ממון לענין תפיסה, או שמא אינה אלא דין שבועה גרידא בלא שום דינא ממונות.

(נ) ותקנתא לתקנתא לא עבדינן - ע"י תוס' ב"מ דף ה' ע"א ד"ה שכנגדו קאמינא שהקשו מ"ש דבחדש אמרין דשכנגדו נשבע ונטול ולא אמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ותי' בזה ב' תירוצים, הא', דהכא אי אמרין משלם לא שבקת ל"י חיי דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטול כל אשר לו, והב', דבאמת חשוד שחייב יכול לישבע שהרי הוא ברצון ישבע. והביאור הפשוט בתירוצם האחד הוא דודאי אף בחשוד אמרין מתוך, ומחמת מתוך הוא דיש לו להתובע את הממון, אלא דמהך טעמא דלא שבקת ל"י חיי הטיול חז"ל שבועה על התובע, ונמצא דזכות ממון של זה שכנגדו הוא מחמת מתוך והתקנה אינה אלא השבועה.

אכן לפ"ז דברי התוס' צ"ב, דמבואר מסוגיין ומסוגי' דב"מ דה"ט דלא תקנו בשבועת היסת דכנגדו ישבע ויטול משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן, ולדברי התוס' לא הוצרכו לזה כלל, דהא שיטת התוס' מבוארת בב"מ דף ג' דבשבועה דרבנן לא אמרין מתוך, וא"כ לא שייך שיטול זה שכנגדו, דהא זכית הממון אינה בכלל התקנה אלא מדין מתוך הוא, וצ"ע. ועוד צ"ב משה"ק בקצוה"ח סי' ע"ה סק"י"א דלדברי התוס' נמצא דתקנת שבועת היסת היא לטובת התובע, ואילו תקנת שכנגדו ישבע הוא לטובת הנתבע, דהא מאי דזכי בהממון הוא משום מתוך ולא מצד התקנה דשכנגדו כלל, וא"כ הרי לא הויתא תקנתא לתקנתא, אלא ב' תקנות נפרדות הן, וצ"ע.

ונראה דיש לבאר דברי התוס' באופן אחר, והוא ע"פ מש"כ בשערי שבועות שער כ' שבועה ד', ע"ש שכתב, וז"ל: מי שכנגדו חשוד על השבועה הוא שיהא חשוד הנתבע שעליו השבועה ויתברר לנו שלשקר נשבע בכך אמרו חכמים להעביר השבועה מזה החשוד ולא יפטר משבועתו אלא ישבע התובע ויטול, עכ"ל. והמתבאר להדיא מדבריו, דאין גדר הא דשכנגדו נשבע ונטול דמעתה דין וחייב השבועה מוטל על זה שכנגדו, אלא

באמת אין הנתבע נפטר משבועתו, אלא דמתקיים חיוב השבועה של הנתבע על ידי הא דהתובע נשבע ונטול, דיסוד התקנה הוא שהעבירו את השבועה להתובע, ובכך מתקיים דין השבועה לא בתורת שבועת הנפטריין אלא בתורת שבועת הנוטליין, אך כל זה מצד חיוב שבועה המוטל על הנתבע החשוד. ולשיטתו מבוארת היטב לישנא דמפכ"ן, דאותו חיוב שבועה מהפכין את השבועה המקיימת את החיוב משבועת נשבע ונפטר לשבועת הנוטליין. וכן מדויק בזה מאי דאמרין דבשניהם חשודין חזרה השבועה למחוייב לה, ז"א, דלעולם אף היכא דהכנגדו נשבע ונטול גוף חיוב השבועה הוא אצל הנתבע, דהוא נשאר בחיובו, וכנ"ל, אלא דמתקיימת השבועה על ידי התובע, אך במקום שהוא חשוד חוזרת השבועה למקום חיובה, דהוא לעולם אצל הנתבע, ודוק.

אשר לפ"ז נראה בביאור דברי התוס', דנהי דמטעם לא שבקת חיי הוא דהעבירו את השבועה להתובע, אך לא נתבטל על ידי זה דין השבועה שאצל הנתבע, אלא אדרבה, זהו קיומה על ידי שהעבירו להתובע, אשר ממילא תו לא שייכא הכא דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, דלהיפך, הרי מעתה זהו קיום חיוב השבועה, וע"כ דמאי דזוכה התובע בהממון אף זה מצד התקנה הוא, שיהא הוא מקיים דין השבועה ונטול הממון. אשר לפ"ז מיושבין היטב דברי התוס', דאף דבשבועה דרבנן לא אמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, מ"מ שפיר הוה שייך בה הך תקנתא דשכנגדו נשבע ונטול אי לאו דתקנתא לתקנתא לא עבדינן, דהא אף זכית הממון של התובע הוא מצד הך תקנתא, ולחכי שפיר הוצרכו לטעמא דתקנתא לתקנתא לא עבדינן. וכן אתיא שפיר קושיית הקצוה"ח דבין תקנת שבועת היסת בין תקנת שכנגדו נשבע ונטול לטובת התובע הם, דהא התקנה היא הנותנת לתובע זכות ממון, ושפיר שייך בזה לומר דתקנתא לתקנתא לא עבדינן, ודוק היטב.

והנה בחו"מ סי' צ"ב פסק המחבר דהיכא דהנתבע חשוד אין התובע יכול לומר לו שהוא מקבל שבועתו, והן באמת ב' דיעות במרדכי במסכתין. ובקצוה"ח סק"ב כתב להוכיח כדיעה זאת שפסק הרמ"א כוותה, מהא דנקטינן דהיכא דשניהם חשודים חזרה שבועה למחוייב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, ולכאורה כיון דסו"ס יצטרך הנתבע לשלם אמאי לא יקבל עליו את שבועת התובע, ומדלא אמרין הכי אלא נקטינן דחייב לשלם מבואר דאינו יכול לקבל שבועת התובע החשוד, ע"כ תו"ד הקצוה"ח.

ועפ"שנ"ת נראה דתתיישב קושיית הקצוה"ח בפשיטות, דלעולם המחוייב בשבועה זאת הוא הנתבע, אלא דהיכא דהוא חשוד העבירו קיום השבועה לתובע שכנגדו, אכן כשגם התובע חשוד הוא, חזרה השבועה למחוייב לה, ז"א, דבכה"ג לא העבירו כלל את קיום השבועה להתובע והרי קיומה מוטל על הנתבע המחוייב לה, ומעתה פשיטא שאינו יכול לומר שיקבל שבועת התובע, דאין זה קיום שבועה כלל, ודאי דחייב לשלם, דמתוך שאינו יכול לישבע משלם. ולא נאמרו דברי המרדכי אלא היכא דהנתבע המחוייב בה חשוד הוא, דבזה שפיר יכול התובע לומר שיקבל שבועתו, והקצוה"ח שהקשה היינו לשיטתו שלא פירש כלל כדברי השערי שבועות, ולעולם תקנת כנגדו תקנת שבועה אחרת היא, אשר בזה שפיר הקשה, ודוק היטב בכל זה.

(נא) ואי טעין ואמר אשתבע לי אמרין לי זיל אשתבע לי - גדר הך דינא דמצי אמר לי אשתבע לי דלא פרעתיך, ע"י תוס' בסוגי' דלעיל ד"ה ולמר בר רב אשי, דלר"ה"ג מבואר דהאי דינא מדין היפוך שבועה הוא, וילפינן מהכא בכש"כ דיכול להפך שבועה דאורייתא. ולדידי' יסוד וגדר הדין דבדאורייתא מפכ"ן למר בר רב אשי הוא דהוי זכות שנתנו רבנן להנתבע לתבוע מהתובע ראייה דשבועה אף היכא דליכא שום דררא, דהא גבי מודה במקצת הדררא הוא דצדקו דברי התובע ומ"מ ס"ל למר בר רב אשי דיכול לתבוע שישבע התובע, אלא מבואר כנ"ל דדין

וזכות תביעת שבועה הוא שניתן להנתבע. אכן התוס' שם כתבו דמדינא דידן ליכא ראייה לדין היפוך שבועה, דהכא תקנו רבנן משום דשכיחא דמתרמי זימנן טובא דבתר דפרעי אשתהי שטרא בידי וכו', זאת אומרת מדרבנן מעוררת תביעת שבועה דהנתבע שפרעו ספק אשר יכול מחמתו להצריך לתובע לישבע. ובביאור הגר"א חו"מ פ"ב סק"י מבואר שפירש דינא דסוגיין באופן אחר, דתביעת השבועה דאישתבע לי דלא פרעתך נבנית אהא דאיתא בכתובות פ"ז ע"ב דפרע דייק דמיפרע לא דייק, ואף שכתבו התוס' שם דאינו אלא בפוגם שטרו, מ"מ אין זה אלא לענין דאף בדלא טעין נחייב שבועה, אבל היכא דטעין אף בלא פוגם מחייבים שבועה מהאי טעמא.

והנה כתב הר"י מגאש בסוגיין, ורוב הראשונים ס"ל כוותי', דהא דיכול לתבוע שישבע אינו אלא שישבע שלא פרעו, אבל אינו יכול לחייבו לישבע שאין השטר שטר אמנה או מזויף או ריבית וכדומה, דהרי אלו מתנגדות לגוף השטר ואינו לו כח כלל לבטל את השטר, משא"כ טענת פרעון, שהשטר באמת עומד ליפרע, בזה דווקא הוא דאמר רב פפא דמחייבו לישבע שלא פרעו. ועי' רמב"ם פ"ד מהל' מלוה ולוה ה"ג שהביא ב' הדיעות בזה ופסק כהר"י מגאש. ולכאורה מסתברא מאד כדעת כל הני ראשונים דדינא דסוגיין הוא דווקא בטענת פרעון, וצ"ב דעת החולקים.

וי"ל בזה, דודאי לפמ"ש"כ התוס' דכל יסוד הך תקנה דיכול להשביעו שלא פרעו הוא משום דמילתא דשכיחא דפרע ואכתי השטר ביד המלוה, וכן לפי טעמו של הגר"א, פשיטא דאין זה אלא בטענת פרעון ולא בטענה אחרת, אך כפי הבנת רה"ג בדינא דסוגיין שפיר י"ל דכיון דיסוד הך תביעת שבועה אינו משום חשש, אלא דין וזכות תביעת שבועה שתקנו חכמים להתבע, בזה ליכא פג"מ מהי טענתו, דאף טענת פרעון אינה מחייבת אותו בשבועה משום הספק שנתעורר על ידי התביעה, אלא דדינא הכי הוא דיש לו להנתבע זכות תביעת שבועה, להכי הרי הוא מחייבו בשבועה בכל טענה שיטעון, וז"פ, ודוק.

(ב) האי מאן דאפיק שטרא על חברי וכו' - יעויין בחידושי הריטב"א בסוגיין שהביא פלוגתת הראשונים מהו דינו של כתב ידו, אי נאמן הלוח נגדו בטענת פרעון, דס"ל להרמב"ם פ"ד מלוה ולוה ה"ג דהרי הוא כמלוה על פה שהלוח נאמן לומר פרעו (אלא דנשבע היסת) והרשב"א ועוד ראשונים ס"ל דהרי הוא כמו שטר, דאף שאינו גובה בו מנכסים משועבדים, מ"מ הרי שפיר גובה בו מבני חורין ושפיר איתא לטענת שטרך בידי מאי בעי, ע"ש בדבריו.

וביאור דעת הרמב"ם מפורסם בשם הגר"ח בסטנסיל (אות שט"ו), דלעולם אין הטעם דבמלוה בשטר אין הלוח נאמן לומר פרעתי משום הראיה דשטרך בידי מאי בעי, דלאו מצד ראייה אתינן עלה, אלא יסוד דינא דשטרך בידי מאי בעי הוא דהוי זכות ממון ביד המלוה דצריך הלוח להביא עדים שפרע בכדי להפטר מחובו, ודין זה הוא כ"ז שהשטר ביד המלוה (אשר זהו הלשון דשטרך בידי מאי בעי). וע"ש דדייק כן מדברי הרמב"ם פ"א מהל' מלוה ולוה ה"א שכתב דהטעם דאינו נאמן במלוה בשטר לטעון פרעתי הוא משום שצריך לפורעו בעדים, ומסברא הרי איפכא הוי, דמשום שאינו נאמן בטענת פרעתי מחמת ראייה דשטרך בידי מאי בעי הוא דצריך לפרעו בעדים, אלא מבואר כנ"ל דמחמת הך דינא דבמלוה בשטר מדין זכותי המלוה הוא שצריך הלוח לפרעו בעדים הוא דאינו נאמן לומר פרעתי.

ועפ"ז ביאר דברי הרמב"ם דנגד כתב ידו נאמן לטעון פרעתי, דנהי דמצד הראיה דאחוי שטרך היה מהני בכתב ידו כבשטר ממש, מ"מ להרמב"ם הרי הא דאינו נאמן לטעון פרעו הוא מחמת זכות הממון של המלוה מפאת הא דשטר בידו, אשר ממילא גבי כתב ידו דלית עלה תורת שטר ליתא להך דינא ושפיר נאמן הלוח לטעון שהוא פרעו. (ובמחבר חו"מ סי' ס"ט משמע דלא כדברי הרמב"ם, שכתב בסעי' ב', וז"ל בא"י: אבל אם טוען פרעתי נאמן ונשבע היסת ונפטר

ואינו יכול לומר שטרך בידי מאי בעי שאינו חושש להניחו בידו כיון שאינו שטר גמור וכו', עכ"ל. ומדהוצרך להוסיף דלית בזה משום שטרך בידי מאי בעי משום שאינו חושש להשאירו בידו, מבואר להדיא דס"ל דביסודו הוי שטרך בידי מאי בעי ראייה, ואפי' הכי ס"ל לחלק בין כתב ידו שאינו שטר גמור, לבין שטר גמור שגובה בו מן הלקוחות, דבכתב ידו ליכא ראייה שהרי אינו חושש להשאירו בידו אף לאחר שפרע).

והנה כתב הרמב"ם פ"ד מהל' מלוה ולוה ה"ב, וז"ל: התובע את חברו לפרעו וטען הלוח שפרע שטר זה או מקצתו ובעל השטר אומר לא פרעת כלום אומרים לו שלם לו טען הלוח ואמר ישבע לי שלא פרעתי ויטול משביעין אותו בנקיטת חפץ שלא פרע כלום או שלא פרעו אלא כך וכך ואח"כ יטול וכו', עכ"ל. ובמאי דכתב שטוען הלוח שפרע שטר זה או מקצתו וכו', הקשה בגידולי תרומה שער כ"א חלק א' אות א' דהא כיון דמודה הלוח שחייב לו השאר, איכא למימר דהא דנשאר השטר בידו הוא מחמת הך שאר ותו ליתא להוכחה דשטרך בידי מאי בעי. והוכיח ד"ז מהך דינא שכתב הרמב"ם בפ"ד מלוה ולוה ה"ד, וז"ל: המוציא שטר חוב על חברו מלוה אומר לא נפרעתי כלום ולוה אומר פרעתי מחצה והעדים מעידים שפרעו כולו נשבע הלוח ונותן מחצה שהרי הודה במקצת ואינו כמשיב אבדה מפני שאימת השטר עליו וכו', עכ"ל, והוא ע"פ סוגיית הגמ' בב"ב דף קכ"ח ע"ב. וכבר הקשה בבעל התרומות בשער ח' האיך נאמן על מחצה הכפירה לומר שפרע, ותי' דכיון דמודה הלוח במחצה השטר לא היה לו להמלוה להחזיר אותו וליכא ראייה דשטרך בידי מאי בעי, הרי מפורש דבכה"ג ל"א שבמ"ב, ואמאי כתב הרמב"ם דבכה"ג שאומר הלוח שפרע מחצה אינו נאמן בטענתו. ועי' עוד בגידולי', דהר"י מגאש שם בב"ב, הובאו דבריו בסה"ת הנ"ל ש"ח, פי' באופן אחר, דהתם ליכא משום שטרך בידי כלל דכיון דאיכא סהדי דפריעא כולי' שטרא אבטיל לי' שטרא והדרא לי' כמלוה על פה וכדן שאר מודה במקצת דמשתבע לוח ומפטר, אשר לפי דבריו לא מוכח יסוד זה דבאופן שפרע מחצה ליכא משום שטרך בידי מאי בעי, אלא דאכתי נשאר בקושי' דהא מסתברא שכן הוא דתו אין מה שהשטר ביד המלוה ראייה. (ובאמת מאי דטען דליכא טענת שטרך בידי מאי בעי משום הך מחצה שמודה שחייב, היה אפשר לומר דבזה, כיון דטוען שפרע מחצה, לא היה לו להשאיר שטר על כל הסכום ביד המלוה ושפיר איתא לראיה דשטרך בידי מאי בעי, אלא דהדר יקשה מדברי הרמב"ם בה"ד, כאשר הקשה בספר התרומות).

ועי' דברי הגר"ח נראה דמובנים הדברים כמן חומר, דנהי דתו ליכא לראיה דשטרך בידי מאי בעי, כטענת הגידולי', מ"מ יסוד הדין דשבמ"ב הרי אינו משום ראייה אלא משום זכותי ממון דהמלוה המחזיק את השטר, אשר לפ"ז פשיטא דעד כמה דאכתי הוי שטר שפיר אית לי' להמלוה להנך זכותי ממון, אשר משו"ה הוא דאין הלוח נאמן בטענת פרעו. ודינא דה"ד, הרי כבר פי' בר"י מגאש הנ"ל דכיון דהשאיר סהדי שהוא פרעו תו איבטלא לדין שטר וממילא ליכא דין דשטרך בידי מאי בעי שאינו אלא בזמן שמחזיק המלוה שטר, ודוק.

והנה אף דהדברים נכונים ומבוארים בדברי הרמב"ם לשיטתו, מ"מ אכתי צ"ב בדברי המחבר והטור שאף הם כתבו כלשון הרמב"ם אף דס"ל דשטרך בידי מאי בעי ראייה היא, וכנ"ל מדברי המחבר. ולדידהו עכצ"ל באופן אחר, דבאמת היכא דליכא עדים על הפרעון ואין המלוה מודה בכך שפיר אית בזה משום שטרך בידי מאי בעי דלא היה לו להשאיר שטר שכתוב בו כל הסכום בידי המלוה כשמקצתו פרעו, אבל בדין הרמב"ם בה"ד דאיכא באמת עדים שפרע הכל, הרי לכל הפחות על המחצית שטוען שפרע ידעין ע"פ עדים שפרע ואכתי השאיר ביד המלוה, הרי דלדידי' ליכא ראייה דשטרך בידי מאי בעי. (אלא דצ"ב לפ"ז אמאי בפוגם שטרו לא איבטיל ראייה דשטרך בידי מאי בעי,

ע"י מל"מ שם ה"א). ואי לא נימא כנ"ל בדברי הטור והמחבר, צ"ב האיך יפרנסו הך סוגי דב"ב קכ"ח, שהוא דין הרמב"ם בה"ד, דא"א לומר כדברי בעל התרומות דבכה"ג כיון דמודה דחייב חצי תו ליכא למימר שטרך בידי מאי בעי, דא"כ הרי זה סותר להך מילתא שכתבו בנ"ד דאומר הלוח שפרע מקצתו, ואף כדברי ה"ר"י מגאש לכאורה א"א לומר, דלגבי הראיה דשטרך בידי מאי בעי מאי איכפת לן במה דלגבי ב"ד כיון דאיכא עדים איבטלא שטרא והוי מלוה על פה, הרי לדבריו של הלוח שפיר איכא ראיה דשטרך בידי מאי בעי, דהא לדידי' הרי לא פרע אלא מחצה ושפיר הוי שטר, וממילא לא היה לו להשאיר השטר אצל המלוה. אכן נראה דזה ל"ק ושפיר יש לפרש כדברי ה"ר"י מגאש אף לשיטת המחבר, דיעויין בלשונו של ה"ר"י מגאש שכתב דכיון דתו לא הוי שטר הוי תביעת המלוה כתביעת מלוה על פה. אשר לפז"נ דכל הראיה דשטרך בידי מאי בעי לא מהני אלא היכא דתביעת המלוה הויא תביעת מלוה בשטר, דבזה מהניא הך ראיה שנוציא ממון מהלוח, אך הכא דעל ידי ב' העדים המעידים שפרוע הוא תו לא מחשבי לה ב"ד כמלוה בשטר, א"א דתביעת המלוה היא תביעת מלוה בשטר, ותו לא יהני ל'י הא דשטרך בידי מאי בעי. ובאשר לעצם הטענה בסברת הדבר האיך איכא בכה"ג ראיה דשטרך בידי מאי בעי, י"ל כדברי המל"מ, וכנ"ל. אך בדברי הרמב"ם לשיטתו אתי שפיר היטב כנ"ל, ודוק.

והנה מדברי הרמב"ם פ"ד מהל' מלוה ולוה ה"א מבואר דאם היה החוב תוך זמנו יפרע שלא בשבועה אף בפוגם שטרו, והוא מצד החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו. וע"ש במ"מ שכתב בסוף דבריו, וז"ל: אבל אני חוכך בדן פוגם את שטרו דהא איבטלא ל'י חזקה דאין אדם פורע לגבי שטרי פרע והלה מודה לו במקצת וצ"ע. וע"י מל"מ דנסתפק בכונת המ"מ אי אין רצונו אלא לחייב שבועה למלוה או דר"ל דבטלה להך חזקה ובמלוה על פה יפטר הלוח על ידי שבועה. ועל צד זה השני הקשה דא"כ האיך חייב כל פוגם שטרו לשלם, הרי כמו דאמרינן בתוך זמנו דעל ידי שפרע המקצת איבטלא לחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, כמו כן מתבטלת חזקה דשטרך בידי מאי בעי, ע"ש מש"כ לתרץ בזה. וע"פ דברי הגר"ח יש לבאר דברי המ"מ בטוב, דחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו שפיר נתבטלה, דתו ודאי דליכא ראיה מהא דהוי תוך זמנו דלא פרע, דהא המחצה ודאי שפרע. אך דינא דשטרך בידי מאי בעי הרי אין יסודו מדין ראיה אלא מזכותי ממון דהמלוה במלוה בשטר, אשר זה ודאי דאיתא אף בפוגם שטרו, דהא שפיר הוי מלוה בשטר, כאשר כתבנו בדעת הרמב"ם ביישוב קושיית הגידות, ודוק. והמל"מ גופי' תי' כנ"ל דאכתי איתא בכה"ג לראיה דשטרך בידי מאי בעי.

(ג) ואי צורבא מרבנן לא מזדקקין ל'י לדיני-
כתבו הראשונים בסוגיין דאי תפס צורבא מרבנן לא מפקין מיני, ע"י ברא"ש. וע"י ברי"ן שהביא ב' דיעות אי בכל אדם אמרינן נמי הכא דלא מפקין מיני' היכא דלא אשתבע שלא דתירוצו הא' כתב הר"ן דמטעמא דבדרבנן לא נחתין אין מוציאין מיד כל אדם שתפס, והא דשאני צורבא מרבנן הוא במה דלא משמתינן ל'י. אך בתירוצו הב' כתב דהא דלא נחתין אינו אלא בנתבע, אבל בתובע שתפס ודאי דנחתין ושפיר מפקין מיני'. ומדברי השערי שבועות הנ"ל דפירש להא דשאלו בסוגיין לעיל מאי איכא בין שבועה דאורייתא לבין שבועה דרבנן דמירי בשבועות הנוטלין, ועליהו קאמר דנפ"מ במה דבדאורייתא נחתין ובדרבנן לא נחתין, מוכח כתי' הא' דהר"ן דאף בכל אדם לא מפקין מיני', דע"כ זהו מאי דאמרינן בדרבנן לא נחתין, דבלא"ה לא משכחת לה, וז"פ.

(ד) א"ר יהודה א"ר אסי וכו' כי אמריה קמי' דשמואל אמר לי יכול לומר וכו' - מצינו בזה ג' שיטות ראשונים בדעת שמואל לל"ק, דמהתוס' ריש ע"ב בתירוץ הא' מבואר דס"ל דנאמן לומר דווקא שפרע

בפני עדים שהלכו למ"ה ולא שפרע בינו לבינו, ומדברי הרשב"א מבואר דנאמן לומר שפרע בינו לבינו מטעם מיגו, וכ"ה בתוס' בתירוץ הב'. אכן בריטב"א מבואר דלל"ק ס"ל לשמואל דאינו צריך לפרוע בעדים כלל ונאמן מצד עצמו לומר שפרע בינו לבינו, ומאי דאמר שמואל יכול לומר וכו' לדברי רב אסי הוא.

והנה למאי דמתני רב יוסף, כתב הריטב"א דודאי דאינו נאמן אלא היכא דאמר שפרע בפני עדים ולמדינת הים, או עכ"פ היכא דאמר שפרע בפני עדים ומתו, ע"ש שהביא ב' הדיעות בזה. וסברת הנפ"מ בדברי שמואל פשוטה היא לכאורה, ומבוארת מתוך דברי הריטב"א, ע"ש שכתב דטעמא דרב אסי ללישנא קמא הוא דכיון שהקפיד להלוות לו בעדים גלי דעת'י דלא מהימן ב'י, וכמאן דאמר שלא יהא נאמן עליו אלא בעדים. ור"ל, דמונח בעצם ההלואה בעדים שלא יהא ללוה נאמנות שנפרע החוב אא"כ יביא עדים על כך. ושמואל דפליג, היינו משום דס"ל דלעולם אין דבר זה מונח במה שהלוה לו בפני עדים, אשר ממילא נאמן אף בלא מיגו לומר פרעתי בלא עדים. אכן ללישנא בתרא, הרי התנה אל תפרעני אלא בעדים, וודאי דאית בזה משום תנאי ולכו"ע אינו נאמן לומר שפרע בינו לבין עצמו, דלוה ודאי דאהני תנאה, ולא נחלקו רב אסי ושמואל אלא בגדר התנאי, אי הכונה שלא יהא נאמן אא"כ מוכיח הפרעון על ידי עדים, או שלא יהא נאמן אלא בטענה שפרע בפני עדים. ובזה הוא דאיכא ב' דיעות אי מאי דמהני מה שאומר שפרע בפני עדים הוא דווקא היכא שאמר שהם במדינת הים, דעכ"פ שייך שיבואו ולו נראה כמשקל, או שהוא גם היכא דאומר שפרע בפני עדים ומתו, אבל הא מיהא פשיטא דלא שייך בזה להאמנו שפרע בינו לבין עצמו במיגו דאי בעי אמר שפרע בפני עדים, דהא להכי ודאי דאהני תנאה, וכנ"ל.

ודעת הרשב"א דנאמן לומר פרעתי בלא עדים במיגו דאי בעי אמר פרעתי בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים צ"ב לכאורה, דמאי דללישנא קמא ס"ל לרב אסי דצריך לפרעו בעדים, כתב דהיינו משום "דהוה ל'י כאילו אמר ל'י בעדים אני מלוה אותך בעדים פרע לי לפיכך או יתן או יביא ראיה שנתן, כלומר, דאין לו נאמנות לומר שפרע בלא שיביא עדים. ומעתה ממנ"פ, אי מאי דפליג עלי' שמואל הוא משום דס"ל דלא הוה ל'י כאומר בעדים אני מלוה אותך בעדים פרע לי, אמאי אינו נאמן לומר פרעתי אפי' שלא בפני עדים ומה בעינן לזה מיגו, ואי נימא דעכ"פ לענין שלא יהא נאמן בלא טענה שפרעו בפני עדים שפיר אמרינן דהוה ל'י בכלל ההלואה בעדים (ליכול המלוה לקבוע כן משום עבד לזה לאיש מלוה, כאשר כתב הרשב"א ריש פירקין), א"כ האיך יהא נאמן לומר שפרע בלא עדים אפי' על ידי מיגו, הרי קבע המלוה שאינו נפטר רק על ידי טענה שפרעו בעדים. ולכאורה צ"ל דס"ל לשמואל דכיון שלא התנה עמו בפירוש שלא יפרענו אלא בעדים (כלשון הרשב"א בבאור דבריו) לא אמרינן דהוי כאילו אמר שלא יהא לו כח נאמנות דפרעתי כלל וצריך בפועל עדים על הפרעון, אך הא מיהא דמאחר שהיתה ההלואה בעדים מונח בזה דאין כח נאמנות דפרעתי סתם אלא בפרעתי בפני עדים. אמנם מאחר דיש לו כח נאמנות דטענת פרעתי בפני עדים, שוב נאמן לומר פרעתי שלא בפני עדים מדין מיגו דמאחר דאית ל'י כח נאמנות דפרעתי בפני עדים, שוב יש לו כח נאמנות זה אפי' היכא דטען פרעתי שלא בפני עדים. ולישנא בתרא ס"ל דלעולם היכא דלא אמר כלום אין מונח שום דבר בעצם ההלואה ושפיר נאמן סתם בטענת פרעתי, רק היכא דהתנה בפירוש ס"ל לרב אסי דאינו נאמן כלל וצריך עדים על הפרעון. ואף לשמואל דפליג, כיון דס"ל התנה בפירוש ע"כ דאף לשלול איזה טענה ולהקפיד שלא יהא למעשה נאמן אלא בטענת פרעון בפני עדים, אשר ממילא לא מהני בזה מיגו, ועדיין צ"ע בזה.

מ"א ע"ב

נה) ואם אמר אל תפרעני אלא בעדים וכו' - יעויין
בראשונים שהאריכו בביאור הא דיכול לומר לו אפי' לאחר ההלואה אל תפרעני אלא בעדים אי היינו אפי' בע"כ דהלוה או דווקא מדעתו, ובמה נשתעבד. והנה כתב הרמב"ן בסוגיין, וז"ל: ומסתברא שאם לא קבל עליו ואמר לו לא כי אלא אפרע אותך שלא בעדים כדי שלא אהיה צריך להביא עדי עמי שאם ילכו למדינת הים או ימותו שמא אתה תתבעני פעם אחרת שהדין עמו ואינו צריך לפרעו בעדים ולא חיישין דילמא דעת' לאכפורי ומשו"ה לא מקבל עלי' לפרעו בעדים דאדרבא להאיך אמרינן דילמא דעת' לאכפורי פריעתו ומשו"ה בעי עדים דהא מעיקרא שלא בעדים נתן לו, עכ"ל. ויש לדקדק בדבריו, דאי ס"ל דלהתנות שלא יפרע אלא בעדים בעינן דעתו, אמאי הוצרך להאריך ולבאר אמאי אין הלוה רוצה בכך, ועוד, מה בעי במאי דחיישין או לא חיישין, הרי סו"ס לא קבל עליו ואמאי לא יהא נאמן לומר שפרע בינו לבינו.

והמוכרח ומבואר מדברי הרמב"ן, דבאמת אי לאו הך טעמא על מחאת הלוה לא היה נאמן לומר שפרע בלא עדים, אך לא מטעם דחסר בקיום התנאי, דהא מיחה ולא קבלו כלל, אלא משום דהוה אמרינן דהא גופא שלא קבלו הוא משום שמכון שלא לשלם ולטעון שפרע בינו לבינו, אשר ממילא תו לית לי' נאמנות לטעון שפרע בינו לבינו, ואף בלא קיום התנאי. אשר לזה הוא דכתב הרמב"ן דכיון דלא חיישין להכי, דטעמו עמו שלא לקבל התנאי, ואדרבה, היכא דהתנה המלוה כן שלא בשעת הלוואה הוא החשוד, דהא מתחילה הלוהו בלא עדים ואמאי בא עכשיו להתנות אי לאו שמכון לתבוע פעם ב' שלא כדין. ועפ"ז נמצא דמאי דמדויק מדברי הרמב"ן דאילו היה מתנה כן בשעת הלוואה היה צריך לפרעו בעדים אף שמיחה, אינו משום התנאי דהא לא קבלו אלא משום דבכה"ג שהתנה המלוה כן בשעת הלוואה ולי' לא חיישין כלל, שפיר חשדינן את הלוה כיון שיכול להיות שעל כן הוא שאינו מקבל את התנאי, ולהכי לית לי' נאמנות.

וא"ש בזה קושיית האחרונים דכיון דמיחה הלוה בשעת הלוואה ומי"מ נתן לו המלוה את המעות הרי מוכח דהסכים המלוה להלוה, דלהנ"ל הרי מאי דאינו נאמן לומר שפרע בינו לבינו אינו מצד התנאי אלא משום דמעצם מחאתו מוכח שיש לחשוש שמשקר, וכמשנ"ת. ונראה דאף לאחר ההלואה היכא דקבל הלוה יתכן דאין הא צריך לפרעו בעדים מצד התנאי, דבמה נשתעבד, כאשר עמדו על זה בראשונים, אלא דהוא משום דבכה"ג ודאי דלית לי' נאמנות.¹¹

ושיטת הרא"ש, עי' מש"כ בסי' י"א דאף בשעת ההלואה בעינן להסכמת הלוה, ודלא כשיטת הרמב"ן, אלא דשתיקתו דבשעת מתן המעות היא כקבלה. ועי' דאף מדברי מבואר דמצד חסרון נאמנות הוא דאיתנן עלה, דהוצרך להאריך ולבאר אמאי לא ירצה הלוה לקבל התנאי, ורק היכא דהוא עצמו קיבל לעשות כן הוא דלית לי' נאמנות לומר שפרע בלא עדים.

ושיטת הרשב"א בזה (עי' דבריו במתני' ריש פירקין), דלעולם יכול המלוה לומר שלא יפרענו אלא בעדים אף בע"כ של הלוה משום שעבד לוה לאיש מלוה, ולעולם אין דין זה משום ששעבד עצמו הלוה לזה עכשיו אחר ההלואה, דבמה נשתעבד, אלא משום דכל המלוה על דעת כן הלוה, זאת אומרת, דהוא מונח בעצם יסוד המלוה דמצד עצם השעבוד יוכל המלוה לקבוע אופן התשלום, זאת אומרת, באיזה אופן יהיה לו להלוה נאמנות לטעון פרעתי, ואף דמיחה הלוה.

ובר"י מגאש בסוגיין מבוארת שיטה אחרת קצת, "דליכא הפרש בהאי עניינא בין אמר לו דבר זה בשעת הלוואה או לאחר מיכן דמאן דמחייב בין הכי ובין הכי מחייב דהא מכל מקום כבר התנה בו בשעה שיש לו בידו הלוואה קודם שיפרענה לו שלא יפרענו אלא בעדים וכו'." וכן כתב בהמשך דבריו, וז"ל: דבהאי ענינא ליכא לפלוגי בין שעת ההלואה לשלא בשעת ההלואה דהא לאו שעבודא הוא וכו' אלא התראה בעלמא הילכך כיון דאתרו ב' מיקמי דנפרע וכו' התראה היא וכו', עכ"ל. והמבואר מדבריו, וכבר כתב כך בהגהות הגרמשי"ש שליט"א, דאין זה מדין תנאי ולא מדין שעבוד כלל, אלא דמלוה, אף דלהוצאה ניתנה, חשוב שיש לו להמלוה ממון דידי' אצל הלוה, ועל ממון דידי' יכול לקבוע צורת הפרעון, כמו שמצינו דס"ל להר"י מגאש בב"ב דף ה' שיכול המלוה לקבוע זמן אחר ההלואה, ואין זה תלוי בדעת הלוה כלל.

והנה כתב הר"י מגאש בדין האומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני דאפי' אי הביא עדים אחרים ופרע בפניהם אינם נאמנים, והוא כשיטת הר"י בסוגי' הבאה, וביאר "דכיון דאתרי ב' שלא יפרענו אלא בפני הנהו פלוני ופלוני וקביל הלוה הנפשי' ההיא התראה הו"ל שאר אנשי לגבי ההוא סהדותא כקרובין ופסולין דהו"ל תנאי שבממון דאמרינן דקיים". הרי דהכא פירש דלא כבאומר אל תפרעני אלא בעדים, אלא דמדין מתנה ע"מ שכתוב בתורה הוא דבדבר שבממון תנאו קיים, וודאי דבעינן לזה גם להסכמת הלוה, כאשר כתב להדיא. וביאור הנפ"מ בין דין זה לבין דינא דידן פשוט הוא, דיסוד דינא דאל תפרעני אלא בעדים הרי הוא מצד הממון שהוא של המלוה ולכך יכול להתנות על צורת הפרעון, ובצורת הפרעון ליכא נפ"מ מי הם העדים, דהא עכ"פ שפיר פרע בעדים, ומאי דבא להתנות על פלוני ופלוני ע"כ דבא להתנות על שאר עדים שיהיו כקרובים או פסולים, אשר אין זה מצד עצם הממון אלא מצד תנאי שבממון שבא להתנות על אי נאמנותם של עדים מסויימים, אשר זה ודאי דבעי הסכמת הלוה, ודוק.

ושיטת הר"ן בסוגיין, דלעולם לא אתינן עלה מפאת תנאי ממון או זכות המלוה כלל, אלא כל כולו מצד הא דמחזי כמשקר, דכיון דעבידי אינשי למפרע בעדים היכא דהיתה המלוה בעדים, האי דאומר שפרע בינו לבין המלוה בלא עדים נראה כמשקר ואינו נאמן, ע"ש שכתב כן גם בשיטת הרמב"ם שכתב דנאמן אף לומר פרעתי לפני פלוני ופלוני ומתו.

והנה נחלקו בסוגיין הראשונים אי כד אמרינן דנאמן לשמואל לומר פרעתי בפני פו"פ והלכו למדינת הים נאמן עי"ז לומר שפרע בלא עדים במיגו דאי בעי הוה אמר דפרע בפני פו"פ וכו', דמדברי הרמב"ן מבואר להדיא דאיכא בזה מיגו, ולכך הכריע כדעת הר"י דלרב פפא אינו נאמן לומר פרעתי בפני פו"פ וכו', אכן הרמב"ם פט"ו מלוה ולוה כתב להדיא דנאמן בזה, ומדק"ל גם כמאי דאמר רב פפא דכשאמר אל תפרעני אלא בעדים צריך לפרועו בעדים, מוכח דאינו נאמן לומר פרעתי ביני לבינך בזה מיגו, וכן כתב הרשב"א בדעת שמואל ללישנא בתרא. ומדברי התוס' הנ"ל מבואר דאפי' לל"ק לפירוש אחד אינו נאמן אלא לומר פרעתי בפני פו"פ וכו'. ובמאי דלא אמרינן מיגו נאמרו בזה בראשונים ג' טעמים, דהרא"ש כתב דהיינו משום דעדיף לי' לטעון פרעתי ביני לבינך מלהרחיק העדים, והר"ן כתב ע"פ דרכו דהוי מיגו במקום עדים. אכן הרשב"א כתב להדיא דבאמת לל"ק איכא מיגו, אך ללישנא בתרא שהתנה להדיא ליכא מיגו ואינו נאמן לומר שפרע בינו לבינו שהרי התנה, פירוש, דסו"ס התנה דלא יחשב פרעון לפטור אותו אלא אם כן הוי פרעון בעדים ואף דאית לי' מיגו, הרי סו"ס לא פרע בעדים, ז"א, ליכא על הפרעון ראייה דעדים. זאת תורת העולה, להרמב"ן אמרינן שפיר בזה מיגו, ולהר"ן והרא"ש היה מועיל בזה מיגו אלא דליכא מיגו האי כטעמי' והאי כטעמי', ואילו להרשב"א לא מהני בזה מיגו כלל, אף דאיכא מיגו, שהרי התנה. ונפ"מ בין הני טעמי' כתב באמרי

¹¹ ועי' ברמב"ן צסוף דבריו שכתב לנכר הא דלהרמב"ם לשמואל לנכר ליכא מיגו דהוא משום דבטלי' להימנותי' מדקביל עלי' שלא לפרועו אלא בעדים, הרי משמע להדיא מדבריו דמלך שלילת נאמנותו הוא לאיתנן עלה ולא מלך תנאי חילוני בעלמא.

בינה דיני הלואה סי' ס"ה דהוי היכא דטען מחלת לי, דלהר"ן והרשב"א שפיר יהא נאמן מיגו דהיה יכול לומר פרעתיך בפני פו"פ והלכו למדינת הים, דהא לא התנה אלא בטענת פרעתי, וכן לא הוי הכא במקום עדים, אך לטעמו של הרא"ש אין זה מיגו כיון דלא היה רוצה לטעון פרעתיך בפני פו"פ וכו'. ע"ש מה שדחה תל"ו זאת, ודבריו צ"ב.

ויש לבאר בזה דלשיטתיהו אזלי, דלשיטת הרמב"ן הרא"ש והר"ן הרי יסוד השאלה כשאמר אל תפרעני אלא בעדים הוא בנאמנות, וכמשנ"ת, ובחסרון נאמנות שפיר מועיל כח הנאמנות דהמיגו, אכן לשיטת הרשב"א יסוד הדין הוא מצד עבד לזה לאיש מלוה שיכול להקפיד על צורה מסויימת של פרעון דדווקא בצורה זאת הוא דיש להלוה נאמנות לטעון פרעתי, והיכא דאמר אל תפרעני אלא בעדים לשמואל הרי קבע דלא יחשב פרעון לפוטרו ע"י טענת פרעתי אלא פרעון שיש עליה עדים, ואין זה חסרון בנאמנות שיועיל בזה מיגו, דאף דנימא מיגו הרי עכ"פ לא נתקיים התנאי, וכן הזכיר סברא זאת במ"מ פט"ו מהל' מלוה ולוה ה"ב, ע"ש בדבריו, אלא דכתב סברא אחרת בשיטת הרשב"א, ומדברי הרשב"א מבואר לכאורה כנ"ל, ודוק.

ויש לכאורה מקום עיון בדברי הרשב"א, דבהמשך דבריו כתב דאינו נאמן אלא לומר פרעתי בפני פו"פ והלכו למדינת הים, אבל אינו נאמן לומר פרעתי בפני פו"פ ומתו, או בעדים והלכו למדינת הים, וטעמא דמילתא משום דנראה כמשקר, משא"כ היכא דטען פרעתי בפני פו"פ והלכו למד"ה, דאירתותי מירתת שמא יחזור. וצ"ב לכאורה, דהרי באומר פרעתי בפני פו"פ ומתו הרי שפיר אומר שקיים התנאי, והא דאינו נאמן אינו אלא משום שנראה כמשקר, וא"כ אמאי אינו נאמן במיגו שהיה יכול לומר פרעתי בפני פו"פ והלכו למדינת הים, (אם לא דנימא דמהאי טעמא דחיישינן שמא שקורי משקר אמרינן דאין זה נחשב כלל קיום התנאי דאין זה בדעת המלוה שיחשב פרעון, דמקפיד דווקא שיהיה עדים על הפרעון שיוכלו לבוא להעיד, או עכ"פ שיהא מירתת הלוה שמא יבוא ויעידו ששקר). ולכאורה אין לומר דאין זה מיגו שלא ברצון יאמר כן כיון דיתכן שיבורר שקרו כשיבואו, דא"כ לא היה צריך לעיל להך סברא דלהכי התנה, הא בלא"ה ליכא מיגו כלל, וצ"ע.

אכן י"ל בזה, דיעויין מ"מ פט"ו מהל' מלוה ולוה ה"ב שכתב באמת כתי' זה דליכא מיגו משום שלא יטעון שהלכו למדינת הים דדילמא יחזור ויגלו שקרו, ויש לעיין אמאי נאדו כל המפרשים מתי' זה וס"ל דשפיר היה מיגו אי לאו דמטעמא אחרינא לא מהני. והמוכרח לכאורה, דס"ל להראשונים דנהי דטענת פרעתי בפני פו"פ והלכו למד"ה לא הוי טענה שכיחא מהאי טעמא, מ"מ טענת פרעתי בלא עדים אף היא טענה שלא יטענה ברצון, דהרי נראה כמשקר, או מטעמא אחרינא, אשר ממילא שפיר הו"ל למימר בזה מיגו, דאי משקר הוא וכבר טען טענה כגון פרעתי ביני וביניך שלא יטענה אדם ברצון, ודאי דהיה טוען גם פרעתי בפני פו"פ והלכו למד"ה, דבכה"ג שפיר הוי מיגו.

אשר לפ"ו אתיין שפיר דברי הרשב"א, דהיכא דטען דפרע בינו לבינו שפיר איכא מיגו, דאף מה שטוען עכשיו הוי טענה שלא היה טוען ברצון, ולהכי הוצרך הרשב"א להך טעמא דלהכי התנה. אכן היכא דטען פרעתי בפני פו"פ ומתו, ודאי דיותר היה טוען טענה זאת מלטעון פרעתיך בפני פו"פ והלכו למדינת הים, דבעצם הרי הטענות שוות אלא דבמה שהיה טוען אולי יגלו שקרו משא"כ במה שטוען עכשיו, וודאי דבזה ליכא מיגו, ודוק.

ואם כנים הדברים, תו ליכא למימר בדעת הרשב"א כאשר צידד באמרי בינה, דיהא נאמן לומר מחלת במיגו דפרעתיך בפני פו"פ והלכו למדינת הים, דודאי דלא היה ברצון טוען כך וליכא מיגו, כמו דפשיטא דליכא מיגו לדעת ת"י זה בהמ"מ, וז"פ.

ובשיטת הרא"ש הנ"ל, פירשנו לעיל דלעולם הא דאינו יכול לטעון פרעתיך בלא עדים אינו מצד חיוב קיום התנאי אלא משום דחסר לו נאמנות. ונראה דמבואר כן מסוף דברי הרא"ש, ע"ש דכתב, וז"ל: אבל אם נתחייב אדם לחברו בב"ד והתרה בו אל תפרעני אלא בעדים אפי' אמר איני מקבל על תנאי זה לאו כל כמיני' כיון דהוצרך להביאו בפני ב"ד בשביל ממון זה והתרה הו בפני ב"ד הויא התראתו התראה, עכ"ל. וקשה לכאורה, דאי בלא הסכמתו אי אפשר לעשות תנאי זה דאל תפרעני אלא בעדים, מה מועיל מאי דהוצרך להביא לב"ד וכו', הרי סו"ס מוחה ואינו מסכים להתנאי, וכבר נתקשה בזה הש"ך בס"י ע' סק"ט, ע"י קצוה"ח שם סק"ג משי"כ בביאור דברי הרא"ש, ולשון הרא"ש "שכבר הוצרך להביאו לב"ד" לכאורה לא משמע כדבריו. ועי"פ משנ"ת בשיטת הרא"ש אתיין דבריו שפיר, דלעולם לא מצד דין קיום תנאי אתיין עלה אלא מפאת חסרון נאמנות, אשר בזה שפיר כתב הרא"ש דהיכא דהוצרך להביאו לב"ד אם התרה בו אל תפרעני אלא בעדים ושוב טוען הלוה שפרעו בלא עדים ודאי דחיישינן שמשקר, דהרי חזינן שמתחמק מהמלוה ממאי דהוצרך להביאו לב"ד, וז"פ.

(נו) רמב"ם פט"ו מהל' מלוה ולוה ה"א ב - כתב הרמב"ם, וז"ל: המלוה את חברו בעדים ואמר לו אל תפרעני אלא בעדים בין שאמר לו בשעת הלואה בין שאמר לו אחר שהלוהו הרי זה צריך לפרעו בעדים מפני התנאי טען הלוה ואמר לו וכן עשיתי ופרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים או מתו הרי זה נאמן ונשבע שבועת היסת ונפטר וכן אם אמר לו אל תפרעני אלא בפני תלמידי חכמים וכו' ואמר לו בפניהם פרעתיך ואותן העדים וכו' מתו או הלכו למדינת הים הרי זה נאמן וכו' אבל אם אמר לו אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני ואמר לו פרעתיך בפני אחרים ומתו או הלכו להם למדינת הים אינו נאמן שמפני טענה זו וכו', ועוד דברים של דעת הן וכי מה היה לו לעשות אמר לו אל תפרעני אלא בעדים פרעו בעדים וכי יש לו לאסור העדים בבית הסוהר וכו' נמצא זה פורע פעם אחר פעם לעולם עד שיביא עדים א"כ נעשית עדות זו עדות בשטר ונמצא זה כיון שאמר לו אל תפרעני אלא בעדים נעשית מלוה בשטר ואין מי שעלה זה על לבו אבל ודאי אם אמר לו בפני פלוני ופלוני הוא הפסיד על עצמו שפרע בפני אחרים והלכו להם אבל אם באו והעידו שפרעו אין כאן בית מיוחד וכו', עכ"ל. והשיג הראב"ד, וז"ל בא"ד: והתימה שתמה זה החכם על זה וכו' אין כאן בית מיוחד יתמה על מה שאמרו מהימנות עלי כבדתי שיפרענו פעם אחר פעם אלא אם יש שטר יקרע שטרו ואם אין לו שטר יכתבו לו שובר בכתב ידו זו היא תקנתו לכל ענין, עכ"ל.

ובביאור דעת הרמב"ם מצינו ב' מהלכים בדברי הראשונים, דהר"ן פירש דברי הרמב"ם ע"פ דרכו, דבאמת ליכא הכא חיוב קיום התנאי, דבמה נשתעבד, וטעמא דאינו נאמן לומר שפרע בינו לבינו הוא משום דאין דרך העולם לעשות כן שלא יוציא לעז, והוא שטוען שעשה כן נראה כמשקר, והא דנאמן לומר פרעתיך בפני פו"פ והלכו למד"ה הוא משום דהרי טוען שעשה מה שדרך העולם לעשות וחייב לשלם בעדים הרי לית לי, ומאי דאינו נאמן לומר שפרע בינו לבינו במיגו הוא משום דהוי מיגו במקום עדים. ועפ"י ביאר מאי דס"ל להרמב"ם דנאמן אף לטעון פרעתי בפני פו"פ ומתו, דהא פרע כדרך העולם ומה איכפת לן אי מתו. ולדברי הר"ן משי"כ הרמב"ם דצריך לפרעו בעדים מפני התנאי אינו משום חיוב קיום התנאי, אלא דמכיון שהתנה המלוה שוב הדרך לעשות כן ונראה כמשקר אם אינו עושה כן. ועי"פ ביאור הר"ן בדברי הרמב"ם לא יקשה קושיית הראב"ד, דהנה דינא דמהימנות עלי כבדתי, המובא בה"ג, פשיטא דאין זה אלא מדעת הלוה משא"כ דינא דידן, וכבר כתב במ"מ בה"ג לדייק כן מדברי הרמב"ם דבה"א כתב אמר המלוה ובה"ג כתב התנה המלוה,

דבה"א אין הדין תלוי אלא באמירת המלוה, דשוב
הוי דרך העולם לפרעו בעדים וכו' ונראה כמשקך,
משא"כ דין ה"ג אשר הוא שולל נאמנות הלוח לגמרי
פשיטא דאינו אלא מדעת הלוח. אשר לפ"ז א"ש
קושיית הראב"ד כפשוטה, דכי שייך סברת הרמב"ם,
דווקא היכא דנעשה הדבר בלא קבלת הלוח, ובה
שפיר טען הרמב"ם דאינו מן ההגיון שיוכל לעשות כן
(שלא יהא נאמן כלל לטעון פרעת), אך בהא
דמהימנת כבתרי הרי הלוח גרם לעצמו כך במה שקבל
תנאי המלוה, ול"ש סברת הרמב"ם כלל, וז"פ.

והנה כ"ז הוא לפי ביאורו של הר"ן בדברי הרמב"ם,
אך יעויין במ"מ שכתב דס"ל להרמב"ם כשיטת הר"י
מגאש והרשב"א דמזכותי המלוה לומר שלא יפרענו
הלוח אלא בעדים, (וכתב דהוא מטעם דעבד לוח
לאיש מלוה, והוא ע"ד הרשב"א, אך ברי"י מגאש הנ"ל
לא מוזכר דבר זה). והא דאינו נאמן במיגו, כתב
המ"מ בה"ב ע"ד שכתב הרשב"א, דהא לא נתקיים
התנאי. ולדבריו הא דכתב הרמב"ם דצריך לפרעו
בעדים מפני התנאי פירושו כפשוטו, דהוא מצד התנאי
ממש, ודלא כשיטת הר"ן. והא דנאמן לומר פרעתי
בפני פלוני ופלוני ומתו, ביאורו כפשוטו דאין המלוה
יכול לקבוע אלא שלא יהא נאמן אלא בטענת פרעתי
על ידי עדים, וכד אמר פרעתי בפני עדים ומתו הרי
שפיר טוען שעצם הפרעון היתה בפני עדים. ולדבריו
נמי מתיישבת קושיית הראב"ד כפשוטה, דאין
מזכותי המלוה אלא לומר באיזה טענת פרעתי יהא
נאמן הלוח ובאיזה לא, אך לשלול ממנו כל נאמנותו
לומר פרעתי ודאי שאין בכח המלוה, דהא סו"ס מלוה
ע"פ הוא ואינו צריך לפרעו בעדים ממש כבמלוה
בשטר, וע"כ דהא דכתב הרמב"ם בה"ג שיכול לשלול
ממנו כל נאמנותו הוא משום שהתנה, ז"א, שקבל
הלוח התנאי, כדיוק המ"מ הנ"ל, אשר ממילא לא
שייכא בזה סברת הרמב"ם, וכמו שבארנו לשיטת
הר"ן.

והנה הקשה בגידולי תרומה (שער כ"ה ח"ב אות ב'),
להאי סברא דלא אמרינן להרמב"ם מיגו משום
דסו"ס הרי גם הוא מודה דלא קיים התנאי, האין
ס"ל להרמב"ם דאם התנה שיפרענו בפני פלוני ופלוני
ופרעו בפני אחרים שהוא פטור, כמש"כ הרמב"ם
בסוף ה"ב, הרי סו"ס לא קיים התנאי, ע"ש מש"כ
ע"פ דקדוק לשונו של המ"מ. וע"פ הביאור הנ"ל ע"ד
המ"מ נראה בביאורא דמילתא, דהא דאינו נפטר הוא
מחמת מה שאמר וקבע המלוה דלית לי טענת פרע
אלא אם טוען שפרע בפני עדים, וכנ"ל, דלזה מהני
תנאי והתראת המלוה מצד זכותי ממון הניתנין לו
שיוכל להתנות לומר שיחול דין שנאמן דווקא בטענת
פרעתי בפני עדים או בפני עדים מסויימים, אך אין לו
מצד זכותי הממון שום זכות לומר שלא יהיו עדים
ראיה, וזה ודאי דלא שייך כי אם בקבלת הלוח.
ועפ"ז הדברים מבוארים, דהיכא דלא פרע בעדים,
הרי בכה"ג לית לי נאמנות בטענת פרעתי, דהא כן
התנה המלוה, ולכך אמרינן שפיר דאינו פטור, אך
היכא דהתנה שיפרענו בפני פלוני ופלוני נהי דאי טען
פרעתי בפני אחרים והלכו למד"ה דאינו נאמן בטענת
פרעתי, כאשר כתב הרמב"ם להדיא, מ"מ אי הביא
עדים הרי הם שפיר נאמנים ופשיטא דפטור.

והנה לעיל בע"א הבאנו דברי הגר"ח שפירש דטענת
שטרך בידי מאי בעי אינו ראיה אלא דהוא מזכותי
המלוה דבמלוה בשטר צריך הלוח לפרעו בעדים, זאת
אומרת, להביא ראיה שפרע, ולהכי הוא דאינו נאמן
לטעון פרעתי, והוא ע"פ דברי הרמב"ם פ"א מלוה
ולוח ה"א, ע"ש. וע"ש בדברי הגר"ח דכתב דמושג זה
גבי מלוה בשטר הוא כמו היכא דבמלוה על פה אמר
אל תפרעני אלא בעדים, דמזכותי ממון המלוה לומר
שלא יהא נאמן בטענות מסויימות של פרעתי. והנה
לפי ביאור הר"ן בדברי הרמב"ם אין דין זה דאל
תפרעני אלא בעדים שייך לזכותי ממון וכחות המלוה
כלל, דכל יסוד סוגיין הוא דכיון דדרך העולם כך אי
טען שלא עשה כן הרי הוא חשוד לשקר. ולא שייכי

דברי הגר"ח בהרמב"ם אלא ע"פ ביאורו של המ"מ
דהוא באמת מזכותי המלוה, וכמשנ"ת, וז"פ.

והנה מש"כ הרמב"ם דאי פרע והדר פרע ואינו נפטר
אלא על ידי עדים הרי זה מלוה בשטר, פשיטא דאל
הרמב"ם לשיטתו בזה, דבפ"א כתב דכל מעלת מלוה
בשטר הוא משום דצריך לפרעו בעדים ואי נימא דאף
במלוה על פה כן היכא דאמר המלוה של יפרענו אלא
בעדים, דאינו נאמן לומר פרעתי בפני פ"פ והלכו להם
למד"ה, הרי נמצא דיכול המלוה לעשות במלוה על פה
הך דין דצריך לפרעו בעדים, ז"א, שעשאה למלוה
בשטר, דהא זהו כל היסוד דמלוה בשטר.

עכ"פ, מבוארים בזה דברי הרמב"ם ולא קשיא
קושיית הראב"ד. והראב"ד שהקשה, היינו משום
שפירש סוגיין על דרך הרמב"ן, דאף בנ"ד שהתנה אל
תפרעני אלא בעדים אין זה אלא בקבלת הלוח, אשר
ממילא שפיר הוי כדנא דה"ג, דאי בנ"ד שאינו אלא
בהסכמת הלוח ומ"מ כתב הרמב"ם דלא יתכן שיחא
צריך לפרעו דווקא בעדים, כמו כן נימא בדינא דה"ג,
וז"פ, ודוק.

והנה יעויין ספר קרית מלך רב על הרמב"ם שדקדק
מדתם הרמב"ם ולא כתב דהיכא דהתנה המלוה
שלא יפרענו אלא בעדים וטוען הלוח שפרעו בינו לבין
עצמו הרי זה נוטל בלא שבועה כמו שכתב לקמן ה"ג
בהתנה המלוה שיחיה נאמן בכל עת שיאמר שלא
פרעו, משמע לכאורה דבאמר שפרעו בינו לבין עצמו
ולא בפני עדים דחייב המלוה לישבע שבועת היסט,
ודלא כמש"כ הרא"ש בסי' י"ג להדיא דאפי' שבועה
אינו צריך. ונראה פשוט לכאורה דלשיטתייהו אזלי
בזה, דהרא"ש לשיטתו הרי ס"ל להדיא דיסוד מאי
דאינו נאמן היכא דהתנה שלא יפרענו אלא בעדים
הוא "דהא הימני" בדיבורי' כל זמן שלא יביא עדים",
וכיון דיסוד הדבר הוא נאמנותו של המלוה, הרי הוא
נאמן ואין מקום לחיוב שבועת היסט. אכן להרמב"ם
לשיטתו אין מה שאינו נאמן לומר שפרע בלא עדים
משום נאמנותו של המלוה, אלא משום עצם החפצא
דהתנאי שהוא דאופן הפרעון יהיה דווקא בפני עדים,
ואין ביסוד דין זה משום נאמנותו של המלוה, אשר על
כן שפיר ס"ל דנחי דאין לו להלוח זכות טענה דפרעתי
בכה"ג להפטר מהחוב, מ"מ עדיין שייך בזה דין
שבועת היסט. ודווקא היכא דהתנה המלוה על הלוח
שיחיה נאמן בכל עת שיאמר שלא פרעו, דיסודו הוא
משום נאמנותו של המלוה, בזה הוא דס"ל להרמב"ם
דנוטל בלא שבועה.

והנה בהמשך הלכה א' כתב הרמב"ם, וז"ל: אבל אם
אמר לו אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני ואמר לו
פרעתיך בפני אחרים ומתו או הלכו להם למדינת הים
אינו נאמן שמפני טענה זו התנה עליו ואמר לו אל
תפרעני אלא בפני ראובן ושמעון וכו', עכ"ל, ואף בזה
לא כתב שנוטל בלא שבועה כמו שכתב בהלכה ג'. ואף
דבר זה מובן היטב עפ"שנ"ת, דהא התם אין התנאי
אלא שלא יהא הלוח נאמן בטענת פרעתי בפני עדים
אחרים, ואין זה מצד נאמנותו של המלוה, אשר
ממילא שפיר אית בזה דין שבועת היסט, וכמשנ"ת.

והנה הרמב"ם כתב להדיא דאף היכא דהתנה אל
תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני אי מביא עדים אחרים
שפרעו שפיר מהני, אכן הרי"י מגאש הנ"ל באות נ"א
כתב כדעת הרי"ף דאף בכה"ג לא מהני דהא שויהנו
לכל שאר עדים כעדים פסולים. ופשוט דלשיטתייהו
אזלי בזה, דבדברי הר"י מגאש מבואר להדיא דהא
דיכול להתנות שלא יפרענו אלא בפני פלוני ופלוני הוא
משום תנאי שבממון, כלומר, דאין זה נכלל בזכותי
המלוה לומר שלא יפרענו אלא בפני פלוני ופלוני, ובה
ודאי דבעינן שהיא מדעת הלוח, ואילו מדברי
הרמב"ם מבואר דהוא בכלל מה שיכול המלוה
להתנות מצד זכותי ולא בעינן לזה דעת הלוח. אשר
לפ"ז הדברים מבוארים היטב, דלדעת הרמב"ם דמצד
זכותי המלוה אתינן עלה, פשיטא דאין זכותי המלוה
אלא להתנות על הלוח שלא יהא נאמן בטענת פרעתי
אלא אם טוען שפרע בפני הני עדים, אבל ודאי דאין
בכחו להתנות על נאמנות דעדים, ושפיר מהני כד

יעידו עדים אחרים על הפרעון. אכן לדעת הר"י מגאש הרי מצד תנאי ממון אתיין עלה, ומדעת הלוח, וגדר הך תנאי הוא שיהיו שאר העדים פסולים, אשר על כן שפיר כתב דאף אי אתו עדים אחרים על הפרעון אינן נאמנים, דהא שוינהו כפסולים, וז"פ.

וע"פ דברי הרמב"ם יש לבאר מאי דקאמר אביי באפי בי תרי אמר לי באפי בי תרי פרעני, דא"ל רבא דלהכי קאמר לה באפי ראובן ושמעון כי היכי דלא נדחיה, דלכאורה צ"ב מאי ס"ד דאביי, הרי התנה להדיא אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני. ולדעת הרמב"ם הדברים מובנים היטב, דהא מיירי שאמר כן מצד זכותי המלוה ולא מצד פרשת תנאי ממון, והוה ס"ד דאביי דמצד זכותי המלוה אינו יכול לקבוע אלא שיפרענו בפני עדים, אבל לא שיפרענו בפני בי עדים מסויימים (כאשר ס"ל באמת להר"י מגאש), אשר זהו דאמר דכיון דאינו יכול לקבוע אלא שיפרענו בפני עדים, הרי פרעו בפני עדים, וקא"ל רבא דמצד זכותי המלוה יכול להתנות אף שלא יפרענו אלא בפני פלוני ופלוני, אשר ממילא שפיר אהניא מאי דקאמר בפני פלוני ופלוני שלא יאן נאמן לומר שפרע בפני אחרים.

(נ) אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני - יעויין בראשונים שנחלקו באם באו עדים אחרים והעידו שפרע אי מהימני, והוא פלוגתא רש"י ותוס' בסוגיין, ומח' הרמב"ם והר"ף. ועוד נחלקו באם נתפוס כשיטת הר"ף בזה, אי מאחר ששילם פעם ב' יכולים הני עדים לבוא ולהעיד ולהוציא הממון מיד המלוה, דלשיטת רב האי גאון שפיר מהני עדותן בכה"ג, אכן לשיטת הר"י מגאש לא מהני, ע"י בדבריו שכתב, וז"ל: ואי הדרי הנהו סהדי אחריני ומסהדי השתא לבתר דפרעי קמן דאית ללוה גבי מלוה הנהו זוזי דיהיב לי קמיייהו לא תימא כיון דפרעי השתא ואיסתלק לי שעבודא בהנהו זוזי מיני סהדותיהו דהני אחרים השתא סהדותא היא אלא אפי' אסהידו בה השתא נמי כיון דקא מסהדי דבתורת פרעון דההיא הלוואה יתבינהו ניהלי סהדותיהו לאו סהדותא היא דהא לגבי פרעון דההיא הלוואה כפסולין דמו הילכך מישתבע לי המלוה השתא לבתר דפרעי דליכא גבי מהנהו זוזי דקא טעין דיהבי נהלי מעיקרא מידי ומיפטר כדאמרין לעיל, עכ"ל.

ובב"ח ח"מ סי' ע"א הקשה על דברי הר"י מגאש מסוגי' דכתובות פ"ח ע"א, דאמר רבא דבעד אחד המעיד על כתובה שהיא פרועה אינו מחייב אלא שבועה דרבנן, דמדאורייתא ליכא אלא נשבע ונפטר וזהו נשבע ונטל, ועוד דהוי שעבוד קרקעות, ואמר רב פפא דאי פקח הוא יכול להביאה ע"י הך ע"א לידי שבועה דאורייתא, שיפרע כתובתה פעם ב' ע"י ב' עדים ושוב יבוא ויטעון שפרע פעמיים וכד תאמר שלא קיבלה יעיד ע"א ויחייבה שבועה דאורייתא. ולדברי הר"י מגאש הרי סו"ס אין ע"א על פרעון כתובה מחייב שבועה ואף הכא הרי עצם העדות הוא על פרעון הכתובה. והנה לולא דברי הב"ח היה אפשר לבאר פלוגתא הראשונים בסוגיין דפליגי בדעת המלוה בתנאו דבאמת מעיקר הדין מהא דלית להו נאמנות על פרעון החוב לא מוכחא כלל דאינן נאמנים אחר שפרע כשבא להוציא ממנו מיד המלוה, והא דפסולין להר"י מגאש אינו אלא משום דאמרין דזהו בכלל תנאו דלא יהיה להם נאמנות לומר על מעשה זה כלל אף דעכשיו אין הנידון על פרעון החוב, ורב האי גאון פליג וס"ל דאין בדעתו אלא לשלול נאמנותם באשר נוגע לפרעון החוב. אכן מדברי הב"ח וכל המפרשים אשר צעדו בדרכו ובאו ליישב קושייתו מוכח דלא הבינו כן אלא פירשו דהר"י מגאש דינא קאמר, דכיון דאין להם נאמנות על גוף פרעון החוב, הרי עכשיו ג"כ זהו עדותם וממילא אינן נאמנים, אשר בזה שפיר הקשה הב"ח דכמו כן נימא התם, דעדות על פרעון כתובה הרי אינה מחייבת שבועה.

והנה יעויין דברי הראב"ד פט"ו מהל' מלוה ולוה ה"א, וז"ל בא"ד: אבל כשאמר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני באמת נראין דברי הרב ז"ל דאמר פסלינהו לכ"ע לגבי האי פרעון וכי אתו אחריני ואמרי

קמן פרע' מצי אמר סטראי נינהו וכו', עכ"ל. וכבר תמה במ"מ על דבריו, דממנ"פ אי פסלינהו לכ"ע ותו אינן נאמנים הרי יכול אף לומר להד"ם, ואי אינו נאמן אלא לומר סטראי, הרי באמת לא פסלינהו להני עדים, והיכא דלא נאמן לומר סטראי, כגון שהעידו במפורש דראו שפרע החוב, הרי באמת העדים נאמנים. וראיתי בגידות' שכתב דבאמת כונת הראב"ד לומר ב' דברים, דהיכא דאינן מעידים אלא שנתן מעות ואינן אומרים שפרע בזה החוב, הרי באמת הם נאמנים, דאין זה בכלל תנאו, וטעמא דהמלוה נאמן אינו אלא משום דאזי יכול לומר סטראי, ואילו אמרו העדים שראו וידעו שפרע החוב, הרי בזה שפיר אמרינן דאינם נאמנים דהא פסלינהו. אכן מדברי הראשונים מבואר להדיא דלא כדבריו, דיעוי' במאירי בסוגיין שכתב להדיא בביאור השיטות דאין לעדים אחרים נאמנות, דאין זה אלא היכא דטען המלוה סטראי נינהו, וכתבנת המ"מ, ושוב טעונים דברי הראב"ד ביאור.

ובש"ך סי' ע' סקט"ז האריך לבאר דברי הראב"ד, ותו"ד בקצרה, דודאי פסל הני עדות לגמרי ואינן נאמנים על פרעון החוב כלל, אלא דכשטוען המלוה להד"ם הרי כופר גם בעצם נתינת הממון, אשר בזה שפיר אית להו להעדים נאמנות, על כן פליגין דיבוריהו ולענין זה שנתן הלוה מעות להמלוה שפיר מקבלים עדותם נגד טענת המלוה, דאף דהנידון קודם שיפרע הוא על חיוב הפרעון, מ"מ כיון דמיד שיתן הרי יוכל שוב לקחת ע"פ העדים הפוכי מטרטא למה לי (ועי' בר"ן שהקשה באמת כן על שיטת רב האי גאון). ודוקא כד טעין המלוה דמעות אלו סטראי נינהו, דבעינן בזה לנאמנות העדים שניתנו המעות לפרעון החוב, הוא דאין העדים נאמנים. וע"ש ובסי' ע"א סק"ג שיישב ע"פ הדברים האלה קושיית הב"ח הניל על דברי הר"י מגאש מסוגי' דכתובות, דאף הר"י מגאש דס"ל דאף לאחר נתינת המעות אינן נאמנים, אך אין זה אלא כשטוען המלוה דסטראי נינהו, אך כשטוען להד"ם, דסגי בעדות על עצם נתינת הממון, שפיר נאמנים העדים. אשר לפי"ז י"ל דסוגיין הרי מיירי שטוען המלוה דסטראי נינהו, וסוגי' דכתובות י"ל דמיירי שטוען להד"ם, דבכה"ג שפיר מחייב העד שבועה כיון דאין מקבלין עדותו לענין פרעון כתובה אלא לענין עצם נתינת המעות. וע"ש עוד שכתב כדבר פשוט דכן הוא הדין להר"י מגאש בין היכא דאמר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני בין היכא דקבל הלוה עליו שיהא נאמן המלוה כבי תרי, ע"כ תו"ד בקצרה. והנה מש"כ בדעת הר"י מגאש, מבואר לכאורה מדברי הר"י מגאש עצמו להדיא דלא כדבריו, דמבואר להדיא מדבריו דמיירי שטוען המלוה שלא קבל כלום, ומיירי דליכא גבי מלוה מהני זוזי, ואף בכה"ג אין העדים נאמנים, אשר זהו ע"כ דלא כהש"ך והדרה קושיית הב"ח לדוכתה.

עוד יש לעיין בדבריו, דהנה כתב הרמב"ם פט"ו מהל' מלוה ולוה ה"ה, וז"ל: הרי שפרעו וטען המלוה שלא נפרע וחזר ופרעו פעם שניה מפני התנאי, הרי הלוה חוזר ותובע אל המלוה בדיו ואומר לו כך וכך אתה חייב לי מפני שפרעתני שתי פעמים וכו' ואם כפר ישבע שבועת היסת על כך שלא פרעו אלא פעם אחת וכן כל כיוצא בזה, עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דאינו יכול להוציא הממון על ידי אותן העדים אחר שפרע, ומפשטות לשונו משמע דמיירי שטוען המלוה שלא נפרע, שהוא פשטות טענת להד"ם. והנה הראב"ד לא השיגו בזה, ומשמע דאף לדידי' הדין כן, וע"כ דיש לחלק בין נ"ד דאמר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני לבין נידון דהתם דהתנה שיהא נאמן כתרי, ודלא כדברי הש"ך, וצ"ב מהו טעם החילוק.

עוד הקשה בקצוה"ח על גוף דברי הש"ך דבכה"ג מפליגין דיבורי', דהא בחד גבירא ק"ל דלא פליגין דיבורא, ועוד, דהא כתב הרא"ש ספ"ק דמכות בשם תשובת הראב"ד דלא אמרינן פליגין דיבורא אלא היכא דעל חלק מדיבורו אינו עד ועל חלק הרי הוא שפיר עד הצריך להיות נאמן, כגון על עצמו דאמרין

אדם קרוב אצל עצמו ואינו עד כלל, דבזה הוא דמפלגין דיבורי אך בעד פסול אדרבה אמרין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, והאיך נימא הכי פלגין דיבורא. ועיי' בקצוה"ח דכתב ליישב סוגי דכתובות לשיטת הר"י מגאש, דהכא אינו נאמן אח"כ דאמרין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, אך בכתובות הרי לא חסר בנאמנותו של העד לחייב שבועה על פרעון כתובה כלל, רק דלמעשה ליכא חיוב שבועה כיון דהוי שבועת הנוטלין ושעבוד קרקעות, אשר ממילא אחר שפרע פסע ב' דשוב ליתנייהו להני טעמי ודאי דמחייב שבועה דאורייתא. ודברי הש"ך שכתב דאמרין בכה"ג פלגין דיבורא צ"ב.

והנראה בזה, דודאי יש לפרש דברי הראב"ד על דרך שפי' הש"ך, ומה שהקשה בקצוה"ח דבכה"ג ל"ש פלגין דיבורא, נראה דיי"ל דאין זה שייך לכללי פלגין דעלמא. ומהלך הדברים, דיסוד מונח הוא, וכך שמעתי ממו"ר הגר"י זצוקל"ה, דלא בעינן לדון פלגין דיבורא אלא היכא דעל אחד מן העדיות אית לי נאמנות ועל השני לית לי, כגון גבי פלוני רבעני לרצוני, אך היכא דעל ב' הדברים אית לי שפיר נאמנות, אלא דלענין אחד סגי בהך נאמנות ולענין השני לא, בזה לא בעינן לפלוג דיבורו כלל, דפשיטא דלמאי דמהני מהני ולמאי דלא מהני לא מהני. וכן פירש דמאי דאיתא במתני' דעד אחד על מיתת הבעל נאמן להתירה להנשא ואינו נאמן לנחלה לא שייך כלל לדון פלגין נאמנות, דפלגין נאמנות מח' אמוראים הוא, וכמש"כ בתשו' הרשב"א, וזה הרי משנה מפורשת היא. אלא דביאורו כנ"ל, דמאי דאינו נאמן לנחלה אינו משום דלית לי נאמנות לענין הממון, אלא משום דלא סגי בנאמנותו לענין זה, וממילא להתירה לינשא דסגי בנאמנותו של העד פשיטא דנאמן.

אשר לפי' נראה בכונת הראב"ד, דהוקשה לו האיך נימא דפסול נאמנותם של שאר העדים, הרי לא התנה בנאמנותם כלל, ולא אמר אלא אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוגי, ולכך פירש בדאמת לא התנה לפסול נאמנות דידהו כלל, וכל תנאו אינו אלא דלא יספיק אלא נאמנותם של הני ב' עדים, ושוב לא יהיו שאר עדים נאמנים משום דלא סגי בנאמנותם. אשר לפי' שפיר יש לפרש דברי הראב"ד על דרך שכתב בש"ך, דודאי היכא דכבר נתן המעות פעם ב' וטען המלוה להד"ס נימא דנאמנים העדים לענין הא ששילם אף דאין נאמנים שהיה לפרעון החוב, ולא שייך הכא למימר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, דהא לא בטלה עדותן של העדים כלל, רק דלענין פרעון החוב לא סגי בנאמנותם ולענין הא דנתן הלוח להמלוה מעות שפיר סגי בנאמנותם, וכנ"ל, וזהו כוונת הש"ך במאי דאמר דפלגין דיבורא, ולעולם אין ר"ל דתליא במח' אי פלגין דיבורא או לא. והר"י מגאש דפליג על הראב"ד בזה וס"ל דאין העדים נאמנים אח"כ אף היכא דטוען המלוה להד"ס, היינו משום דס"ל דגדר התנאי דאל תפרעני אלא בפני פו"פ הוה שפיר לפסול נאמנותן של שאר העדים, אשר ממילא שפיר שייך בזה לומר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, כדברי הקצות, ואף היכא דטען להד"ס אינם נאמנים.

ועפ"ז נראה עוד, דכל דברי הראב"ד לא נאמרו אלא בתנאי דאל תפרעני אלא בפני פו"פ, דלא התנה כלל בנאמנותן של שאר העדים, וכמשנ"ת, אך בתנאי דמהימנת כבי תרי הרי יסוד התנאי הוא בנאמנות של העדים, דלא יהיה להם נאמנות נגד טענת המלוה, ובזה ודאי דגדר הדברים הוא דלית להו נאמנות ע"פ תנאו, ונמצא דבזה אף להראב"ד אין העדים נאמנים אף היכא דטען המלוה להד"ס, דכיון דלענין פרעון החוב לית להו נאמנות ע"פ תנאו, הדר אמרין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ועפ"ז אתי שפיר היטב מאי דלא השיג הראב"ד על דברי הרמב"ם בה"ה, דהתם אף לשיטתו אין העדים נאמנים כלל, וכשנ"ת, ודוק.

והנה יעויין בספר התרומות שער כ"ו ח"ד אות א', שדן אי נאמנים עדים אחרים (ותנאי שלא תפרעני

אלא בפני פו"פ או בפני ת"ח, או בתנאי דמהימנת לי' וכו') להעיד שהודה המלוה שנפרע, וכתב בשם הראב"ד בא"ד, וז"ל (והם דברי הראב"ד ב"כתוב שם"): ולענין שאלתא לא דמיא ההיא מילתא להחזיק מעשה דרב נחמן דהאי כיון דאמר לי' לא תפרעני אלא באפי דתאני הילכתא אי לאו דאודי כולי עלמא הוו פסלו גבי' לגופא דפרעון, ואי הדר האי גברא וכפר בי' בדבר נחמן ולחד דעלמא דהוה גבי' מצי כפר, אבל במאן דאמר לי' לחברי' מהימנת עלי כבתרי כל אימת דאמרת לא פרענא הכי אמר לי' אי אמרי תרי פרעתי ואת מכחשת להו ותימר לא נפרעתי תהא אתה נאמן ובפרעון הוא דמצי מכחיש להו אבל בהודאה דנפשי לא דאיהו נאמן יותר ממאה עדים ועל הודאה דנפשי לא הימני' טפי מסהדי, עכ"ל. הרי מבואר גם מדבריו כדברי הרמ"א דשייכא הא דנאמן על עצמו יותר מק' עדים אף שלא בדיון קרבן. וביאור דבריו, דבאת מהימנת לי לא פסל עצם נאמנותם דהא אם אינו מכחישם הרי הם שפיר נאמנים, רק היכא דהוא מכחישם התנה שלא יהא להם נאמנות וכח טענתו מגרעת נאמנותם, ויהא מה שאומר לא נפרעתי נאמן יותר ממה שהעדים מעידים שהוא פרוע, וכי"ז היכא דמעידים שפרע והוא טוען שלא פרע, אך היכא דמעידים על הודאתו, הרי מה שכפר עכשיו הוא נגד מה שהודה מקודם, (דהא על מעשה ההודאה שפיר יכולים להעיד), ונגד הודאה דידי' לא שייך שיהא לו נאמנות, והוא משום דאדם נאמן על עצמו יותר מק' עדים, דלגבי עצמו שלא יוכל לכפור הרי הוא הנאמן הכי גדול. ולא הוה סגי הכא במאי דהודאת בע"ד כק' עדים דמי, דהא על ק' עדים גופייהו הרי יכול להתנות שיהא הוא נאמן בכפירתו.

והנה מדברי הראב"ד חזין חילוק יסודי בין גדר התנאי באומר אל תפרעני אלא בפני פו"פ או בפני צורבא מרבנן לבין גוונא דאת מהימנת לי, דבאל תפרעני אלא בפני וכו' גדרו הוא דמצמצם כח נאמנותם של העדים, משא"כ בהא דאת מהימנת לי הרי בעצם כח נאמנותם לא הוגבל, דבלא שיטעון המלוה שאינו פרוע הרי הם שפיר נאמנים וסגי בנאמנותם לפטור את הלוח, רק היכא דטוען המלוה שאינו פרוע הרי זה מגרע בנאמנותם של העדים לומר שהוא פרוע, אשר זהו יסוד הפ"מ בין ב' אלו הנושאים היכא דהעידו העדים שהודה בפניהם שפרע לו הלוח, דבהתנה דלא יסגי בנאמנותם יסוד הדבר הוא דאין נאמנותם פועלת לפטור את הלוח מהחוב, אשר זה שפיר שייך אף היכא דהעידו שהודה המלוה, אך בהא דאת מהימנת לי אין התנאי אלא שיהא בכח טענת לא נפרעתי דהמלוה לשבור נאמנות דפרע, אשר אין זה שייך אלא היכא דהעידו העדים שפרע, אך היכא דהעידו שהודה הוא, טענת לא נפרעתי שטוען עכשיו מתנגדת למה שטען קודם דפרע, ובזה לא מהני דנאמן על עצמו יותר מק' עדים, ואין זה מדין עדות ואינו מתבטל כלל. ויש להוסיף בגדר הדברים, דבאמר אל תפרעני אלא וכו' פירושו שאינו מגרע בנאמנות העדים, אלא דמתנה דלא יהא סגי בנאמנותם לפטור את הלוח, אך בהא דאת מהימנת לי וכו' הרי שפיר סגי בנאמנותם לפטור את הלוח אם אך אינו טוען לא נפרעתי, אלא דהיכא דטוען שלא נפרע הרי טענתו זאת מגרעת נאמנותם של העדים לומר שפרע.

ולפי' הרי דברי הראב"ד אלו מקור נאמן לחלק לשיטתו בין ב' הני גווני לענין נאמנותם של העדים נגד טענת להד"ס של המלוה כמו שביארנו, דבאל תפרעני וכו' ליכא גריעותא בנאמנות העדות אלא דלא סגי בהכי, אשר בזה שפיר מהני נאמנותם כשאין גוף הנידון הפרעון אלא הא שנתן הלוח להמלוה מעות, משא"כ בהא דאת מהימנת לי וכו' דבאמת סגי בנאמנותם אלא דהיכא דטוען לא נפרעתי הרי הוא שובר נאמנותם, בזה ודאי דנימא בטלה מקצתה בטלה כולה ואין נאמנים אף היכא דטען המלוה להד"ס, וכמשנ"ת, והראב"ד לשיטתו אזיל, ודוק היטב בכל זה.

והנה מדברי הש"ך מבואר דגוף הנידון בטענת להד"ם אי נאמנים נגדו אינו אלא היכא דכבר נתן המעות ובה הלוה לטעון שפרע פעמיים, דכיון דהיכא דטען המלוה להד"ם יהיו העדים נאמנים להוציא הלוה ממון על פיהם, שוב אמרין דאף מתחילה היכא דטען להד"ם אין נותנין להמלוה דחלופי מטרותא ל"ל. וביאור זה נבנה על ההנחה דס"ל להראב"ד בנקודה זאת כשיטת הר"י מגאש דאף היכא דנתן כבר המעות פעם ב' אין להעדים נאמנות להעיד על ההלוואה, ודלא כשיטת רב האי גאון המובאה בראשונים. והנה הרשב"א ועוד ראשונים כתבו דמדברי הראב"ד בתשובה נראה כדברי רב האי גאון, אשר לפ"ז א"א לומר כדברי הש"ך. אך נראה ד"ל על דרכו אף היכא דהנידון הוא על עצם הפרעון ולא היכא דפרע כבר, דהיכא דטען המלוה להד"ם הרי לא בעינן עדות העדים שפרע החוב, דבזה ליכא פלוגתא ביניהן, אלא יסוד טענת המלוה שלא קבל מעות כלל, ובזה סגי במאי דיוצא מתוך עדות העדים ששפיר נתן לו הלוה מעות, דבזה שפיר סגי בנאמנותם, ומדנסתר טענת המלוה שלא קבל המעות שוב נאמן הלוה שהיה זה לפרעון חובו, דהא שוב אין המלוה יכול לחזור ולטעון שפרע, דאינו חוזר וטוען, וז"פ.

ועי' תוד"ה אזל ופרעי' שהקשו על רש"י האיד לא מאמינים לעדים אחרים ותיצצו, וז"ל: דכיון דאמר באפי ראובן ושמעון בעי למימר מהימנות לי כל היכא דאמרת לא פרענ עד דפרענא באפי' ראובן ושמעון וכו', עכ"ל, הרי דכתבו התוס' דבאמת הוי אף תנאי זה כתנאי דמהימנות לי, וזהו דלא כהראב"ד אלא כהר"י מגאש, דאך בתנאי זה הרי הוא פוסל נאמנותן של שאר העדים, ושוב אין העדים נאמנים אף היכא דטען המלוה להד"ם, וכמשנ"ת, ודוק היטב בכל זה.

(נח) פירעת לי פרעין לי באפי בי תרי דתנו הילכתא- יש לעיין לכאורה בדברי הגמ', לשיטת הרמב"ם ודעמ' דבהתנה שלא תפרעני אלא בפני עדים נאמן לומר שפרע בפני פו"פ והלכו למדינת הים, ותנאי דלא תפרעני אלא בפני פו"פ היינו כי היכי דלא לידחי, וז"א שהתנה שיפרענו בפני פו"פ שאין הולכין למדי' ושוב לא יהיה יכול לטעון שפרע לאחרים והלכו להם למדי', לפ"ז האיד נימא בתנאי דשלא תפרעני אלא בפני בי תרי דתנו הילכתא, הא ע"כ א"א לומר כהנ"ל דמדפרט לאלו כוונתו דאלו אינן הולכין למדי' ועי"ז שפיר דוחה טענה זו, דהרי לא התנה אלא שיפרענו בפני צורבא דרבנן, וכי צורבא דרבנן אינו הולך למדי', ויהא מוכח לפ"ז דאף להני שיטות, היכא דהתנה שלא יפרענו אלא בפני צורבא דרבנן כוונתו דדוקא אלו יהיו נאמנים ואם יעידו אחרים אפי' בפנינו אינן נאמנים.

שו"ר בגידות' שער כ"ה אות א' ד"ה ובלי ספק שכתב לדייק כזה מדברי הרמב"ם פט"ו מלוה ולוה ה"א, ע"ש שכתב בא"ד, וז"ל: וכן אם אמר אל תפרעני אלא בפני תלמידי חכמים וכו' ואמר לו בפניהם פרעתיך ואתון העדים שפרעתיך בפניהם מתו או הלכו להם למדי' הר"ז נאמן ונשבע היסת ונפטר אבל אם אמר לו אל תפרעני אלא בפני פו"פ ואמר לו פרעתיך בפני אחרים ומתו או הלכו להם למדי' אינו נאמן שמפני טענה זו התנה עליו ואמר לו אל תפרעני וכו' כדי שלא ידחה אותו ויאמר בפני אחרים פרעתי והלכו להם, עכ"ל. וצ"ב אמאי שינה הרמב"ם בדין זה האחרון וכתב לה בתנאי דפלוני ופלוני ולא סיים לה בתלמידי חכמים כמו שפתח. וכתב בגידות' לדייק מזה כנ"ל דבאמת היכא דהתנה שיפרענו בפני ת"ח כוונתו דאחרים אין להם נאמנות כלל ואפי' באו והעידו בפנינו. ועי' ש"ך חו"מ סי' ע' סק"י"ח דדעתו דליכא נפ"מ בין אמר פלוני ופלוני או מאן דתני, דבכל אופן מהני להרמב"ם עדים אחרים האומרים שפרע בפניהם. וחיל' ממאי דלא דחה הרמב"ם דברי הר"י שכתב דאינן נאמנים אלא משום דהגירסא הנכונה בגמ' בהא דעל מנת שלא תפרעני אלא בפני מאן דתני וכו' היא שפרעו בין לבין עצמו ולא בפני עדים, ואי נימא דבכה"ג אף הרמב"ם מודה שאינם

נאמנים, אמאי הוצרך לזה, הרי התם מיירי באומר שלא יתנו לו אלא בפני ב' דתנאי הילכתא, והתם ודאי אין עדים אחרים נאמנים. והגידות' באמת נתקשה בזה, ע"ש מה שנדחק בביאור הדברים. ולחד דיעה דאף במתנה שיפרענו באפי' תלמידי חכמים נאמנים עדים אחרים המעידים שפרע, וכן נאמן לומר שפרע בפני תלמידי חכמים, אפשר להבין ע"ד הר"ן דפירוש כי היכי דלדחיה הוא בכדי שיראה כשקרו במה שטען שפרע בפני עצמו או בפני אחרים, והוא הדין והוא הטעם אם יטעון שפרע בפני שאינו תלמידי חכמים.

ועי' בשלטי גיבורים שכתב בשם ריא"ז להדיא כדברי הגידות', דהיכא דהתנה בת"ח אין אחרים נאמנים, אכן בדברי הרמב"ם קשה לומר כן, דהא בין לדברי הר"ן ובפרט לדברי המ"מ מיירי דינים אלו בהרמב"ם דהתנה הלוה בלא הסכמת הלוה בין בשעת הלוואה בין שלא בשעת הלוואה, ואי נימא דנכלל בתנאי דתלמידי חכמים הוא דמי שאינו ת"ח אינו נאמן אפי' להעיד בפניו, הרי פשיטא דד"ז אינו אלא כתנאי בדבר שבממון וכדן הרמב"ם בה"ג, דודאי בעינן בזה להסכמת הלוה, וצ"ע.

(נט) רש"י ד"ה כיון דקא מודית- ודברים שהיו בלבך אינם דברים- עי' גליוהש"ס שהקשה הגרע"א מה בעינן בזה להא דדברים שבלב אינם דברים, הרי אף אלו היו דברים לא היה המלוה נאמן, דאין הדבר תלוי בלקיחת המלוה, אלא כל זמן שהלוה נתן לפרעון הרי זה פרעון אף בע"כ דהמלוה.

ועי' ספק העיקרים להגר"ש איגר ח"ב ע' ר"י שהביא דמאי דהוה מהני אילו היו דברים מה שהמלוה אמר שלא קיבלם לפרעון, הוא או כמו שכתב בסמ"ע סי' ע' סק"י"ח דמאחר שהתנה על מנת שתפרעני בפני תלמידי חכמים אינו צריך לקבל שלא בפני תלמידי חכמים, או כמו שכתב הט"ז שם דדוקא הכי דחזי' להלוה שמעמיד על רצונו בחזקה שיהיה פרעון אז אף שהמלוה אומר בפירוש איני מקבלם בתורת פרעון הוי בע"כ דיד' פרעון אבל היכי שהלוה נותן הדמים סתם אף דסתמא לפרעון נתנם אם אומר המלוה שמקבלם לפקדון לא הוה פרעון. אלא שהוקשה לו דאף אי הוינן דברים אמאי נאמן לומר שהיה התנאי בלבו וקיבל שלא לפרעון. ואין לומר דהיינו משום שהתנאי שהתנה לפרעו באפי' תרי דתנו הילכתא מוכיח שלא היה מקבלו לפרעון דא"כ ליהו נמי דברים שבלב הכא דברים, דהרי איכא גילוי מילתא דמוכח מה שבלבו, אע"כ דאין זה דבר המוכיח, וצ"ב כנ"ל.

וכתב לבאר דאילו היה מה שבלבו דברים אף דלא ידוע לו אם היה כך בלבו מכל מקום כיון דהוא טוען ברי שכן היה בלבו והלוה אינו יכול להכחישו שלא היה בלבו, היו נותנין ללוה דין יודע אני שהלוינו ואיני יודע אם החזרתי לך אם לא דחייב לשלם כיון דודאי חייב לו והפרעון ספק. ואפשר דתלוי ד"ז בטעם דמודו רב נחמן ור' יוחנן באיני יודע אם פרעתיך דחיב, דאי נימא דהיינו משום דבזה המלוה מוחזק כיון דאיכא חזקת חיוב וחשיב הוא ה"מררי", ודאי דאף בנ"ד שייך ד"ז. אכן אי נימא דה"ט משום דכיון דיודע שלוח היה עליו לדעת אם פרע ומדלא יודע הרי זה כמין הוכחה שלא פרע, בנ"ד דאין לו לדעת מה בלב חבירו לכאורה לא שייך דבר זה ואינו דומה לאיני יודע אם פרעתיך, ועדיין יש לעיין בזה.

(ס) תוד"ה הא אנא והא רב ששת- בדיוחואת בעלמא הוא דקא מהדר ל' ולא משום דצריך לקיים תנאו- עי' בר"ן ובריטב"א שהביאו דעת הבעה"מ דס"ל דדבר זה נאמר להלכה, דכמו שאין עדים אחרים נאמנים לומר שפרע כך אין נאמנים לומר שהודה המלוה שפרע, אשר משו"ה אמרו בכדי שלא יגבה שוב מהלוה שיפרע בפניהם שהם תלמידי חכמים. והרמב"ן והריטב"א פליגי עליהו וס"ל דשפיר נאמנים שהודה ולא נאמר הא אנא וכו' אלא לרווחא דמילתא, והוא כדברי התוס'. וכבר הבאנו מח' זו לעיל.

(סא) תוד"ה כל האומר לא לויתי כו'- והא דתנן למחר אמר לו תנהו לי אין לך בידי חייב וטעמא דכיון

דאמר לי' לא לוח כמודה שלא פרע התם ליכא עדים דאמרי פרעו כי הכא- ביאור דברי התוס', דודאי בכונן נידון דמתני' דחייב משום שהודה שחייב אלא שבא לפטור עצמו עכשיו באמרו לא לוית, בזה ודאי ס"ל לאביי דלא מפרשין דיבורו שר"ל שפרע, אלא הרי הוא שפיר כאומר לא פרעתי ושוב אין לפטור אלא מצד טענת לא לוית, ונגד זה איכא הודאתו של יום אתמול שהיא כק' עדים, וגם שבועה ליכא דהא הוחזק כפרן. אך בני"ד דאיכא עדים דפרע הרי בעינן לומר דבמה שטען לא לוית שמשמעו גם שודאי לא פרע, הוי זה הודאת בעי"ד שהוא כק' עדים המכחישים לעדים האומרים שפרע, וזה הוא דס"ל לאביי דלית לדין הודאת בעי"ד כק' עדים. וטעמא דמילתא, דס"ל דכיון דבמה שטען לא לוית בא לפטור עצמו ולא לחייב, ליכא בזה דין ושם הודאת בעי"ד דליהוי כק' עדים. ורבא פליג וס"ל דאפי' בכה"ג איתא לדינא דהודאת בעי"ד כק' עדים. או י"ל דאופן אחר, והוא עי"פ השיטה המובאת לעיל דליתא לדין הודאת בעי"ד כק' עדים אלא היכא דהודה בפירוש ולא היכא דאין זה אלא מובן מדבריו, אשר לפי"ו י"ל דס"ל לאביי דכיון דהרי לא אמר בפירוש שלא פרע, ליכא בזה לדין הודאת בעי"ד כק' עדים, ורבא ס"ל דהוי כאומר לא פרעתי ממש, דהוה בכלל מה שאמר, אשר ממילא שפיר אית בזה לדין הודאת בעי"ד כק' עדים.

ועוד אפשר לומר בביאור סברת אביי דהיינו כלשונו ממש, אינהו אמרי אוזפי' אינהו אמרי פרעי, כלומר, דכל מה שידועים שלוח אינו אלא על ידי העדים, והם הרי אומרים גם שפרע, וממנ"פ אין לבנות מעדותן שלוח ולא פרע, דעד כמה שנקבל שלוח חייבים לקבל גם שפרע, ועד כמה שאין מקבלים שפרע אי אפשר לקבל שלוח, באופן דאין לחייב כל פי העדים כלל.

סב) כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי- עי' רש"י שכתב דלא אזלינן בתר מאי דאמרי העדים דפרע דהרי הוא הודה שלא פרע והודאת בעי"ד כק' עדים, וכי"ה ברמב"ם פ"ו טו"ז ובטור, עי"ש. אך בשו"ע סי' ע"ט ס"א איתא, וז"ל: טענו מלוה הלוייתך וכפר בבי"ד ואמר להדי'ם ובאו ב' עדים שלוח ממנו מנה ופרעו והמלוה אומר לא נפרעתי הרי זה חייב לשלם, עכ"ל. והרמ"א כתב, וז"ל: דכל האומר לא לויתי כאילו אומר לא פרעתי דמי ונאמן על עצמו יותר מק' עדים וכו', עכ"ל. ויש לעיין בדבריו אמאי הוצרך להביא הכא להא דאדם נאמן על עצמו יותר מק' עדים ולא סגי לי' כמשי"כ הרמב"ם והטור דהודאת בעי"ד כק' עדים.

והנה מה דכתב נאמן יותר מק' עדים כתב בביאור הגר"א דמקורו מכריתות ד"ב דאמרינן כן לרבנן ב' שהעידו אכלת חלב והוא אמר שלא אכל, ועי' שם ברש"י ד"ה אדם נאמן על עצמו שכתב, וז"ל: בדברים שיש בהם כפרה לא מימנע לאיתווי חטאת להתכפר נגד קונו, עכ"ל, והרי זו סברא מסויימת לענין חיוב קרבן ואין זה שייך בדיני טו"ז, וצ"ב. ועי"כ דהני ראשונים פירשו דעכ"פ לרבא אין זה דין מסויים בקרבנות אלא נאמנות כללית דאית לי' לאדם על עצמו. ורש"י לשיטתו באמת לא פירש דברי רבא מצד דין זה אלא מדין הודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

ולכאורה היה אפשר לומר במאי דהוצרכו המפרשים לטעם זה דנאמן על עצמו יותר מק' עדים, דהיינו או משום דליכא הכא דין הודאת בעל דין כמאה עדים לשיטת התוס' רי"ד בכתובות הנ"ל באות ט', דהיכא דלא אמר כן להדיא לא נאמר דין הודאת בעל דין כמאה עדים. או י"ל מטעם אחר, וכמשי"כ לעיל באות נ"ה, דלא שייך הכא דינא דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי כיון שבא לפטור עצמו ולא לחייב עצמו. ופלוגתא אביי ורבא, לשיטת רש"י דאית רבא עלה מצד דין הודאת בעל דין כמאה עדים יש לומר דבהכי פליגי, דאביי ס"ל דלא שייך הכא דינא דכמאה עדים דמי מאחד מהטעמים הנ"ל, ורבא ס"ל דאעפ"כ שייך דין כמאה עדים דמי הכא, והוא משום דלא ס"ל הני סברות הנ"ל, או י"ל דס"ל דנאמר בזה יסוד מסויים דכל האומר לא לויתי **כאומר** לא פרעתי זאת

אומרת, דהוי כאילו איכא מימרא מיוחד דלא פרעתי, אשר זה שפיר הוי כק' עדים. ולדעת הסוברים דרבא לא אתי עלה מצד דין הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, הרי אף רבא ס"ל דבעצם לא שייך דין הודאת בעל דין כמאה עדים, ומאי דנאמן אינו אלא משום דנאמן על עצמו יותר מק' עדים, אשר הוא דין אחר, כדיבורא לקמן, וחדש רבא דהוא דין בעלמא ולא דווקא לענין קרבנות כדברי רש"י.¹²

ויעויין בטי"ז שעמד על דברי הרמ"א וכתב דהא דהוצרך להא דהוי יתר מק' עדים הוא משום "דאילו היה בשוה עם העדים היה לנו לומר אוקי הודאתו ששקול כבי תרי נגד תרי סהדי ואוקי גברא אחזקת כשרות שלו ולא הוחזק כפרן מש"ה אמר דהודאה היא יותר מעדים ועי"כ ההודאה עיקר ובתרה אזלינן וכו'". ולא הבנתי דבריו, דמאי דהוחזק כפרן אינו בנידון אי פרע אשר בזה הוא דאיתא להודאתו שלא פרע, אלא במאי דטען שלא לוח והרי העדים מעידים שלוח, אשר בזה ודאי דהוחזק כפרן עי"פ ב' העדים, ודברי הט"ז צ"ע.

ובסמ"ע סק"ב כתב בביאור דברי הרמ"א דהוצרך לזה למאי דסיים המחבר וכתב דאם לאחר שפרעו חזר ותבעו ואמר פרעתיך ב' פעמים אין משיעין אותו היסת על טענה זו, וס"ל דאילו מצד דין הודאת בעי"ד שהיא כק' עדים הוי כות"ת דשפיר יכול להשביעו היסת בכה"ג, להכי הוצרך למאי דנאמן יותר לומר שלא פרע, ולהכי אינו יכול לתבעו אפי' שבועת היסת. (ועי"ש שכתב דאף דין זה יש לבאר באופן אחר.)

וגדר הך דין דנאמן אדם על עצמו יותר מק' עדים, נראה דלפי הרמ"א (עי"פ מה שציין הגר"א מקורו) אינו מפרש סוגי' דכריתות כמשי"כ רש"י דהויא סברא מסויימת לענין כפרה דקרבן, אלא דהוא דין כללי, וחלוק הוא ביסודו מדין הודאת בעי"ד כק' עדים. וביאור הדברים, דבמה דאינו נוגע אלא לאדם עצמו הרי הוא הנאמן הכי גדול, ואין זה כדן הודאת בעי"ד דכק' עדים דמי ונלמד מקרא דאשר יאמר כי הוא זה, דהוא בהל' טו"ז ובבי"ד ואין זה משום נאמנות על עצמו. אשר ממילא, לענין דתביעת שבועת היסת שלא פרעו פעמיים, דהנידון הוא בזכות הלוח לתבוע, שפיר אמרינן דכיון דאין זה שאלה של עדות וממון אלא שאלה אי יכול הוא לתבוע שבועה, שפיר אמרינן בזה דהוא הנאמן על עצמו יותר מכל עדים שבעולם וכיון דהוא אמר שלא פרע לית לי' זכות לתבוע שבועה שלא פרע.

סג) כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי- עי' רש"י שכתב, וז"ל: כתב הר"י הלוי דמכאן נלמוד שהמודה לחברו בבית דין שהוא חייב לו אף על פי שחזר ואמר שטעה במה שהודה אינו נאמן ואפילו הביא עדים והעידו כדבריו דהא הכא אין הודאתו אלא מתוך כפרותו ואף על גב דאתו סהדי ואמרי דפרעי' לא משגיחין בהו ומחייבין לי' כל שכן שהודה בפירוש ואע"פ שהרמב"ם ז"ל כתב בהפך מזה בהלכות טוען וטנטען בפ"ז וכו', עכ"ל. ודברי

¹² ועי' לעיל אות ט' מה שהערנו בדברי הר"ן ריש פירקין דלינא דר' חייא קמנייתא ומה שכתבנו דביאור דבריו. ויש להוסיף עוד דיש לבאר דבריו בצופן אחר, דדלינא דר' חייא כיון שצ"ב צע"ס לפטור את עצמו ודנין רק מדין כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי, לית בזה דינא דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי וספיר מלי טעין לקוחות שמה פרע, דהא גבייהו לא שייך דין נאמן על עצמו כק' עדים, דהא אינו אלא על עצמו, משא"כ היכא דמודה הוא במקצת הרי הודאתו שפיר צ"ב לחייב את עצמו במה שמודה אשר בזה שפיר איתא לדין הודאת בעל דין כמאה עדים דמי. והר"ן עי"כ דלא יפרש כסוגיין דהיינו מלך דין הודאת בעל דין כמאה עדים. אלא דל"ב קצת, דהר"ן כסוגיין שפיר הביא הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, אם לא דנימא דלינו אלא מלכט דברי רש"י בזה, וז"ב.

הרמב"ם הם בפ"ז שם ה"ז, ע"ש שכתב, וז"ל: מי שהודה בבית דין שאני חייב לזה התובע מנה ואחר כך אמר נזכרתי שפרעתי לו חובו זה שהודיתי בו והרי עדים הרי זו עדות מועלת ועשין על פיהם שהרי לא הכחיש עדיו ואינו כאומר לא לוייתי מעולם, עכ"ל. וגבי לא לוייתי כתב לעיל בפ"ו ה"ג, וז"ל: מנה הלוייתך כפר בבית דין ואמר לא היו דברים מעולם ובאו שני עדים שלוח ממנו מנה ופרעו והמלוה אומר לא נפרעתי הרי זה חייב לשלם שכל האומר לא לוייתי ובאו עדים שלוח כאומר לא פרעתי ונמצא הלוח אומר לא פרעתי והעדים מעדים שפרע הודאת בעל דין כמאה עדים וכו', עכ"ל. הרי דבאומר לא לוייתי דהוי כאומר לא פרעתי לא מהני מה שנמלך ואמר שלוח ופרע, ובאומר להדיא שחייב לו שפיר מהני מה שאומר שנמלך ומביא עדים. ומדברי הרשב"א מבואר דאילו הוה מהני מה שאומר שנמלך היכא דאמר מפורש שהוא חייב לו, כש"כ דהוה מהני היכא דלא אמר שחייב לו אלא אמר לא לוייתי דהוי כאומר לא פרעתי. ויש לעיין מהו יסוד פלוגתתם.

ועי' נ"י ב"מ ד"ד ע"א (ב' ע"א בדפי הרי"ף) הביא קושיות וראיות הראשונים נגד הרמב"ם, וכתב, וז"ל: אמר המחבר נ"ל שהם ז"ל תמהין מפני שבכלל לשון הרב שהרי לא הכחיש עדות וכו' משמע דגאפיל כי האי גוונא דאמרין הכא אמר דמ"מ הרי לא הכחיש עדות וכן משמע פשט הלשון ומיהו אפשר לי לומר דהכא כי אמרין שאינו יכול לחזור בו היינו מפני שאין חוזר בו אלא מפני עדות העדים וכיון שהודה שהיה חייב סמכין טיפי אדבורי' ממאה עדים וכו' אבל כשהוא עצמו אמר נזכרתי קודם שיעידו העדים וכמו שאמר הרב והרי עדים אין ה"נ דיכול לחזור בו וה"ק שהרי לא הכחיש עדות כי הכא שהעדים היו מכחישים אותו ואח"כ כשהוא חוזר לומר כדבריהם הוי מכחיש טענתו וא"כ כשהוא ג"כ חוזר בו מפניהם מכחיש עדותו ואינו כאומר לא לוייתי כלומר גם אינו כההיא דשבועת הדיינים שאע"פ שאין שם הכחשה העיקר כוונת דבריו דהיינו שאינו חייב לו כלום דבין שלא לזה כמו שאמר בין שלוח ופרע כן הוא שאינו חייב לו כלום מ"מ כיון כיון שאמר לו לוייתי ועכשיו מפני העדים אומר לוייתי ופרעתי הוי כהכחשה ולא מהימן וכו' ואפשר שמי שכפר בבית דין כשתובע לו חבירו ואמר לא לוייתי מעולם ואח"כ אמר נזכרתי שלוייתי ופרעתי והרי עדים שאפ"ה חייב ואע"פ דאומר לו לוייתי כאומר לא פרעתי וה"ד שעוכן שחייב גרע טפי כשטען לא לוייתי משהיה טוען שחייב שאע"פ שהכוונה אחת מכל מקום יש הכחשה בדבריון כשאר לא לוייתי וחוזר ואומר לוייתי ופרעתי והלכך לא וחוזר בו דאומר לא לוייתי שהוא כאומר לא פרעתי וחייב משום דסמכין אעדים וכו', עכ"ל. והחילוק שכתב בסוף דבריו הוא לכאורה סברת דברי הרמב"ם לחלק בין האומר לא לוייתי והמודה שחייב, דבאמר לא לוייתי כשאמר לוייתי ופרעתי הרי הוא מכחיש דבריו הראשונים שאמר שלא לזה כלל, משא"כ כשהודה שחייב.

ומה שכתב בנ"י דיכול לחזור בן מאחר שעדיין לא באו עדים, צריך ביאור לכאורה אמאי נאמן הרי היתה הודאת בעל דין והודאת בעל דין כמאה עדים דמי. וביאר בזה מו"ר זצ"ל דבאמת כשאומר נמלכתי וזכרתי שפרעתי, הרי אומר שהודאתו היתה בטעות ואמאי לא יחא נאמן הרי לדבריו לא היתה הודאה כלל דהא בטעות היתה. וע"כ דהיינו משום דטענה זו שטעה טענה גרועה היא דאדם מדקדק קודם שמודה והי' כמין אומנא ואנן סהדי שהוא כהודאתו. ועי' תוס' גיטין ד"ד שכתבו דטענת טעות לא מהני אפי' על ידי מיגו, והוא מטעם הנ"ל. אכן היכא דמביא עדים, המעידים כדבריו שפיר מהימנין לי' במאי דאומר שטעה.

עכ"פ נתבאר דטעמו של הרמב"ם דבאומר לא לוייתי גרע אף דצד ה"לא פרעתי" גרע טפי היכא דמודה שחייב, הוא משום דבמה שחוזר ואומר שלוח ופרע סותר ומכחיש מה שאמר שלא לזה מעולם. ומדברי

הרשב"א מבואר שלא דן על היכא דאמר לו לוייתי אלא מצד ה"כאומר לא פרעתי" שבו ולא מצד מה שאמר לא לוייתי, ולא איכפת לי' ממה שמכחיש ה"לא לוייתי". והיינו לכאורה משום דמאחר שבאו עדים שלוח ופרע שוב לא נשאר ממה שאמר לא לוייתי אלא ה"לא פרעתי". ויש לעיין מהו יסוד פלוגתתן בזה.

(סד) תוד"ה כל מילתא דלא רמיא וכו' - אי נמי כמו שפי' ר"ת צריך לברר אמיתות הדברים כמו שיכול ומ"מ אי לא משכח להו או אתו ואמרו להדי"ם לא מפסיד וכו' - ובחידושי הרמב"ן הקשה על שיטה זאת, וז"ל בא"ד: אבל אינו מספיק שהרי לדעת רבא בין שבאו והעידו כדבריו בין שהכחישוהו פטור וטורח הבאתן למה וכו', עכ"ל.

ועי' הגהות אשר"י ב"ב ק"ע שכתב בביאור שיטה זאת שאם רוצה לצאת בידי שמים צריך לברר. והביאור הפשוט בדבריו, דהא דזוכה על ידי טענת פרעתי אין זה משום ראייה על המעשה, שיודעים דבאמת פרע לו, אלא דין הוא בטו"נ שאין מוציאין מידו על ידי שטוען פרעתי. לא כן היכא דהביא עדים שפרע, הרי זה ראייה שבאמת פרע לו. אשר לפ"ז היכא דאומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני, שיכול לברר על ידי העדים ועי' כן נפסוק ע"פ האמת ולא על ידי הלכות טענות, אשר זהו אף בידי שמים (דדן טו"נ אינו אלא בדיני אדם), שפיר אמרין לי' לברר, ואי יאמרו העדים להדי"ם, כיון דאינו הוחזק כפרן בכך לרבא שפיר יכול עדיין לזכות בדין טו"נ על ידי טענת פרעתי.

או י"ל באופן אחר קצת ע"פ דברי הרמב"ם פ"ו טו"נ ה"ה שלא אמרו צריך לברר אלא לענין שבועת היסת בלבד. אשר לפ"ז אתיין דברי התוס' כפשוטן, דהיכא דניתן לברר אמיתות הדברים לא יצטרך הלוח לישבע שבועת היסת, ואם לא יתברר, ואפי' יבואו העדים ויאמרו להדי"ם, אכתי נאמן הלוח אלא דחייב שבועת היסת, ונמצא דטורח זו בעינן לפטרו משבועת היסת אם יעידו כדבריו.

והנה יעויין בחידושי הרשב"א דכתב לתרץ קושיית התוס' מסוגי' דב"ב דצריך לברר, דלהלכה לא אמרין דצריך לברר אלא בבא בחזקה ושטר, דכיון דחזקה במקום שטר קאי אם אך יבורר דאין השטר כשר שוב לא מהניא לי' חזקתו, משא"כ היכא דהוי מיותר לגמרי, כגון נ"ד דאף דאומר שהיו עדים אכתי יש לפטרו מצד טענת פרוע גרידא, אין צריך לברר כלל, והוא ע"פ סוגי' דסנהדרין כ"ג ע"ב, ע"ש. והנה בפשטות יסוד זה דחזקה במקום שטר קאי ר"ל דלא תקנו חזקה אלא למי שיש לשער שהיה לו שטר ונאבד לו, אך היכא דאומר דיש לו שטר לא תהני לי' חזקה ואמרין לו לברר שטרו, דאם השטר פסול הרי ממילא לא מהניא חזקה כיון דהשטר עצמו פסול.

אכן נראה דיש לבאר בזה ביאור יותר עמוק, והוא ע"פ דברי רב האי גאון בספר המקח שער מ' (ע' שס"ט בהוצאה החדשה), וז"ל בא"ד: אבל אם אמר יש לי שטר עם שני חזקה נמצא שבעל הקרקע מוחזק בטענתו וראוי לאותו ב"ד שיניח ראית החזקה בכל ומכל ואין לו שישמך אלא על הבאת השטר שטען הלוח וכו' ואם לא הביא ונמצא דבריו בטלים או שהביא ונמצא בטל נתבטלה נמי החזקה ואין לו בה הועלה כלל וכו', עכ"ל. ונראה בביאור דבריו, דהא דמהניא חזקת ג"ש אינו בתורת ראייה להוציא מחזקת המ"ק, דהא להוציא ממוחזק בעינן ב' עדים ובלא"ה לא סגי, אלא גדר החזקה הוא דכשבאין לב"ד ואית לי' עדים שהחזיק ג"ש, רואין ב"ד אותו כהמוחזק בדין תורה זה וחובת הראיה מוטלת על המ"ק. אך כשבא לב"ד בטענה שיש לו שטר, הדברים הפוכים, דרואין את המ"ק כהמוחזק והשני מוציא ממנו ע"י עדות דהשטר. אשר זהו ביאור דברי רב האי גאון דאם אמר שיש לו שטר נמצא דבעל הקרקע מוחזק בטענתו, ז"א, דרואין אותו כהמוחזק, אשר ממילא תו לא מהני חזקה כלל, דלא מהניא חזקה אלא שנראה את המוחזק כהמוחזק, אבל לא להוציא מחזקת המ"ק. ובעינן להא דחזקה במקום שטר דאלי"כ אמאי נימא דאזלינן בתר השטר והמ"ק הוא המוחזק,

ניזיל בטר החזקה ויהא המחזיק המוחזק, ודוק. (ועי' רמ"ה שם בסנהדרין בפירושו הראשון, ואפשר דכונתו כנ"ל).

ועי' חידושי הרמב"ן שכתב דיש שפירשו (ביישוב קושי' הנ"ל מסוגי' דב"ב) דודאי אף לרבא חייב לשלם, כדק"ל דצריך לברר, אלא דכיון דלא הוחזק כפרן מהאי טעמא דכל מילתא וכו' יכול אח"כ לטעון שאח"כ פרע, ובהא הוא דפליגי רב ששת ורבא אי הוחזק כפרן או לא. והקשה הרמב"ן על פירוש זה מקושיית הגמ' לקמן ממאי דחייבי' רבא לשלם, ומאי קושי', הרי אף לרבא חייב לשלם אלא דיכול אח"כ לטעון שפרע מדלא הוחזק כפרן. והנה לגירסתנו לא קשה כלל, דהא גרסינן אמר רבא הוחזק כפרן, אשר זה סתירה לדבריו דלעיל דלא הוחזק כפרן, רק הרמב"ן גרס בגמ' חייבי' רבא לשלם ע"כ הקשה כנ"ל. אלא דהקשה הרמב"ן עוד מסברא, דממנ"פ אי הוחזק כפרן אף אח"כ אינו נאמן, ואי לא הוחזק כפרן אף בטענה זו יהא נאמן ואין פ"י זה אלא כמין פשרה, ע"כ תורף קושייתו.

הראב"ד היא ב"כתוב שם" בב"ב, הובאו דבריו בספר התרומות שער מ"א, ע"ש שכתב באות א', וז"ל: אל"ף התירוץ האמתי שלא אמר רבא באותו מעשה שאינו צריך לפרעו אלא שאינו מוחזק כפרן לאותה מלה בשכחת העדים ההם ואם יבא אח"כ ויאמר פרעתי אחר כן נאמן ולדעת רב ששת שהוחזק כפרן אינו נאמן ע"כ ופי' דבריו כשאמר אינו מוחזק כפרן בשכחת העדים שמא עדים אחרים היו ושכח מיהו כיון דטעין דיש לו עדים והם בעיר צריך לברר דבריו ואם יאמרו להד"ס חייב לשלם ואי טעין ואמר בטר הכי פרעתי נאמן דלא הוחזק כפרן, עכ"ל. ועי' שם בגידו"ת שהביא דברי הראב"ד בתמים דעים (ואצלנו ליתא) שכתב, וז"ל: הלכך הנך סהדי כיון דלאו עלייהו רמיא מלתא לאסהודי אימא אנשייה לפרעון ולא הוחזק כפרן נפ"מ דאי נפיק מבי דינא וטעין דבטר הכי פרע' מהימן מיהו אן השתא זיל פרע' אמרינן לי דק"ל צריך לברר וכו', עכ"ל. הרי דמדברי בעה"ת משמע דפי' הראב"ד דמאי דאמרינן מילתא דלא רמיא וכו' קאי אלוה, ואילו מדברי הראב"ד בתמים דעים מבואר דפי' דקאי אעדים. ועפ"ז הקשה בגידו"ת דבשלמא למשי"כ בבעה"ת דקאי אלוה, נמצא דמה שהעידו העדים דלא פרע בפניהם אמת העידו, ושפיר מובן אמאי לא מהניא לו טענתו הראשונה כיון שהוכחשה ע"י העדים, אלא דמשום דלא רמיא עלי' לא הוחזק כפרן בכך ושוב יכול לטעון שפרע אח"כ. אכן למשי"כ הראב"ד עצמו דהעדים הם שטעו קשה אמאי צריך טענה אחרת ואינו נאמן אי קאי בטענתו הראשונה.

והנה התוס' בסוגיין הביאו בסוף דבריהם שיטת רש"י בסנהדרין, וכ"ה דעת הרשב"ם ב"ב ק"ע ע"ב, דלרבי דצריך לברר, אם לא בירר אף דלא הוכחש מ"מ אינו נאמן. והדברים לכאורה טעונים ביאור, דכיון דנאמן לומר פרעתי וליפטר, מה איכפת לן במאי דאמר גם שפרע בפני עדים, בשלמא היכא דהעידו שלא פרע בפניהם הרי הוחזק כפרן בכך (לרב ששת), אך אי לא באו כלל אמאי חייב. והמוכרח ומבואר מדבריהם, דאף דלא הוצרך כלל לטעון שפרע בפני עדים, מ"מ היכא דטען הכי הרי זה נעשה חלק מטענתו, ואדרבה, ממאי דאמר שפרע בפני עדים מוכח שאינו רוצה ליפטר ע"י טענת פרעתי גרידא, אלא ע"י ראיה דעדים שפרע, אשר בזה נחלקו רבי ורשב"ג, דלרשב"ג כיון דלא בעינן להכי אין זה נעשה חלק מטענתו, ואין צריכים לברר כלל, אלא סגי במה שטוען פרעתי לפוטרו, אך לרבי הרי זה נעשה חלק בלתי נפרד מטענתו וממילא זה משנה את יסוד הטענה, וכנ"ל, וכיון דמצד ראיה אתי עלה, אי אינו מברר וליכא ראיה שוב אינו נפטר ע"י טענה זאת. כן נראה מוכרח בדברי רש"י והרשב"ם.

אשר לפ"ז נראה בביאור דעת הראב"ד, דס"ל ע"י רש"י והרשב"ם דמה שטוען שפרע בפני פלוני ופלוני נעשה חלק מטענתו, (אך אינו מוכרח דס"ל דאם לא

בירר כלל דאינו נאמן ע"י טענתו גרידא, דשפיר יתכן דבכה"ג נאמן אף אי נעשה חלק מהטענה), אשר ממילא כיון שהוכחש בטענתו על ידי מה שטענו העדים להד"ס, תו לא מהניא לי' טענה זאת, זהו יסוד הדין למ"ד צריך לברר. ולא נחלקו רבא ורב ששת אלא אי הוחזק כפרן על ידי כך או לא, דלרבא בין אי נפרש דלאו אדעת' דלוה בין אי נפרש דלאו אדעתיהו דעדים, אינו מוחזק כפרן בכך ויכול לטעון שפרע אח"כ, אך טענה זאת ודאי דלא תועיל, דאפי' אי נימא דהעדים הם דלאו אדעתיהו, מ"מ הרי אין זה אלא דשייך שטעו ולא מחזקינן ללוה כפרן, אך סו"ס הרי העידו שלא פרע בפניהם ובטלה טענתו של לוה, וזה ברור.

והרמב"ן שהקשה דפשרה היא זו, היינו משום דס"ל דאף למ"ד צריך לברר לא נעשה מה שהוסיף חלק מיסוד טענתו, רק כיון דהזכיר דהיה הדבר כן מבררין לה, ואי העידו שלא היו דברים מעולם הוחזק כפרן לרב ששת, ולרבא כיון דלאו אדעת' או דהלוה או דהעדים, לא נעשה כפרן טלית לן בה, ושוב אין סיבה שלא להאמינו במה שטען שפרע, דאין מה שטען שהיה בפני עדים מגרע כלל לכונ"ע אם לא הוחזק כפרן, אשר ע"כ שפיר הקשה הרמב"ן דאין דין זה אלא פשרה, ודעת הראב"ד כמשנ"ת, ודוק. ועי' בחידושי הרמב"ן מה שפירש הוא עצמו דאם מחזיק כדבריו הראשונים ואמר שפרע בפני עדים אלו והעדים מעידים שלא היו הדברים מעולם הוחזק כפרן ואינו נאמן, ובהכי מייירי בב"ב, אבל אם חוזר בו ואמר שלא פרע בפני עדים או שפרע בפני עדים אחרים שפיר נאמן אף דאמרי עדים להד"ס, דמילתא דלא רמיא עלי' לאו אדעת'.

ודעת הרמ"ה שם בב"ב, דמאי דמבואר בסוגי' דשם דאם אמרו עדים להד"ס שוב אינו נאמן זהו דווקא היכא דאמר בודאות שהם עדין, אבל בסוגיין הרי מייירי שאמר ולא בפני עדים וכו', דאין זה בודאות, ובהא שפיר אמרינן דלא רמיא עלי' ולא דק, עי' ראשונים בסוגיין שהביאו דיעה זו והקשו עליה דאף לישנא דסוגיין לשון ודאי הוא, והיה לנו לומר שאינו נאמן.

ושיטת הר"ף, דהא דסוגי' דב"ב צריך לברר ליתא אליבא דהילכתא, עי' חידושי הרשב"א הנ"ל מש"כ בביאור דבריו. ושיטת הרמב"ם בזה, עי' פ"ו מהל' טו"ח ה"ד-ה במ"מ שם, ועי' גידו"ת שער מ"א חלק א' אות א' – ב' מש"כ בביאור דבריו. ושיעור דבריו כפי משמעות לשונו כך הוא, והנה ז"ל: מנה הלוייתך והוא לי בידך אמר לו הנטען הלא פרעתיך בפני פלוני ופלוני ובאו פלוני ופלוני ואמרו לא היו דברים מעולם לא הוחזק כפרן שאין העדים זוכרים אלא דבר שהם עדים בו לפיכך ישבע הלוה בסת ויפטר כיוצא בו תן לי מנה שהלוייתך ואתה בצד עמוד פלוני ואמר הנטען לא עמדתי בצד עמוד זה וכו' ובאו עדים וכו' לא הוחזק כפרן שאין אדם משים דעתו לדברים שאין בהן ממש וכן כל כיוצא בזה. תן לי מנה שהלוייתך והרי העדים ואמר הנטען פרעתיך בפני פלוני ופלוני ואמרין ללוה הבא אותם והפטר לא באו או שמתו או שהלכו למדינת הים ישבע היסת שפרעו שאין אנו מצריכין אותו להביאן אלא לברר דבריו ולהפטר אף משבועה שהמלוה את חבריו בעדים אינו צריך לפרעו בעדים כמו שביארנו, עכ"ל. ומבואר מדבריו שפירש ה"לאו אדעת' דסוגיין דעולה על העדים ולא על הלוה, וכבר הובא פירוש כזה בראשונים. ויש לעמוד על כמה שינויים בבי' הדינים שהביא, ראשית דבה"ד כתב רק מנה הלוייתך והוא לי בידך, ואילו בה"ה כתב תן לי מנה שהלוייתך והרי העדים, הרי שהוסיף שהביא המלוה עדים שהלוה לו. ועוד, מדכתב בה"ד שהם לא באו העדים או שמתו או שהלכו למדינת הים פטור ונשבע היסת, משמע להדיא דאילו היו באו עדים ואומרים דלא היו דברים מעולם היה חייב, והוא דלא כדבריו בהלכה ד', וצריך ביאור וטעם.

והמבואר לכאורה מדבריו, וכבר מבואר כזה בכס"מ ובגידו"ת, דמאי דאמרו דלאו אדעתיהו דעדים היינו

דווקא היכא דלא העמיד העדים במכוון להעיד על הפרעון, בזה הוא דאמרין דלא אדעתיהו דאין העדים זוכרים אלא דבר שהם עדים בו, כלומר, שהועמדו להיות עדים בו. ובהלכה ה' פרט הרמב"ם דמייירי שהביא המלוה עדים, דמאחר דהמלוה הוא כזה שמקפיד על העדים, אף דדינא הוא דהמלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים, מ"מ דרך הוא שיעמיד הלוה עדים על הפרעון, ובכח"ג שפיר משימים העדים דעת על העדות ושפיר הוחזק כפרן אם אומרים להדי"ם, הרי היכא דלא העידו כיון דאין צריך לפרעו בעדים אין עדותן מעכבת, וליכא נפ"מ אם יעידו או לא יעידו אלא לענין שבועת היסט.

מ"ב ע"א

סה) רש"י ד"ה איתרע שטרא - הואיל ומודה שקיבלם ולא כל כמיני' לומר סיטראי ניהו - לכאורה יש לעיין בדבריו, דהא מסקינן לקמן דלא אמרינן איתרע שטרא אלא היכא דאיכא עדים על הפרעון או, להרמב"ן, עכ"פ על מה שנתן הלוה מעות, והיכא דליכא עדים מיגו דנאמן לומר להדי"ם נאמן לומר סיטראי ניהו, ונמצא דמאי דאיתרע שטרא אינו משום הודאתו אלא מפני העדים, וצ"ע. ובפשטות היה נראה מדברי רש"י דעכ"פ בתחילת הסוגי' מח' רב נחמן ורב פפא אינו דווקא באיכא עדים, אלא רב נחמן דס"ל דאיתרע שטרא ס"ל הכי אף היכא דליכא עדים, דשפיר איתרע שטרא ע"פ הודאתו. והאמת דכן מדויק מפשטות דברי הש"ס, דלא הוזכר כלל דמייירי דאיכא עדים. והא דאינו נאמן במיגו, י"ל דכיון דסברא הוא דלא שילם אלא עבור חוב זה, הוי זה כמין אן סהדי וחשיב מיגו במקום עדים, וכעין מש"כ בלח"מ בדעת הרמב"ם גבי דמי השור, כדיבאר לקמן. אלא דבסוף הסוגי' כד שאלו מאי הוי עלה, מסקינן לדינא דלא כדרב נחמן לגמרי, אלא נהי דהיכא דאיכא עדים שפיר מפאת הצד שפרע כבר אמרינן דאיתרע שטרא (או כפי ר"ת והר"ח או כפי התוס' והרי"ף), מ"מ אין זה בגדר אן סהדי שפרע ולכך היכא דליכא עדים שפיר נאמן לומר דסיטראי ניהו במיגו דלהדי"ם, כ"נ בביאור הסוגי' לדברי רש"י.

והנה מדברי הרמב"ם פ"ד מהל' מלוה ולוה ה"ט מבואר דגבי דמי שור איתרע שטרא ע"פ הודאתו אף היכא דליכא עדים. וע"ש בלח"מ דטעמא דאינו נאמן במיגו הוא משום דהוי מיגו במקום עדים. והמקשה שהקשה סתירה בדברי רב פפא ולא הוה ס"ל דחמירא עובדא דדמי שור, ע"כ דפי' דעובדא דדמי שור היה בעדים, דבלאו עדים היה שפיר נאמן במיגו, ע"ש בדבריו. וע"פ מה שביארנו בדברי רש"י נראה דיש לבאר הסוגי' לשיטת הרמב"ם באופן פשוט, דודאי אף המקשן הוה ידע דמייירי בלא עדים, אלא דבכל גוונא ס"ל לרב נחמן דאיתרע שטרא, וכנ"ל, ושפיר הקשה מעובדא דדמי שור לדינא דעלמא דס"ל לרב פפא דלא איתרע שטרא, רק דלהלכה ק"ל דל"א דאיתרע שטרא אלא כד איכא עדים ובלא"ה איכא מיגו, וכנ"ל, ופי' הרמב"ם דזה אינו אלא בדינא בעלמא, אך בדמי השור ודאי דהוי מיגו במקום עדים ואינו נאמן אף היכא דליכא עדים. ומקור דברי הרמב"ם ע"י באו"ש דהוא ע"פ גירסת הר"י מגאש בדחיית הש"ס לקושי' מדרב פפא אדרב פפא, ע"ש דגרס "הכי השתא התם כיון דקא מודה דאתורי יהבת לי ומתורי שקלת איתרע שטרא", הרי להדיא דמפאת הודאתו הוה דאיתרע שטרא, וס"ל להרמב"ם דאף דלמסקנא אמרינן דדווקא היכא דאיכא עדים איתרע שטרא, זה אינו אלא בסתם אך בכגון דמי שור מסתברא כדקא משני לעיל דודאי לא מהני בזה מיגו, ודוק.

סו) איתרע שטרא - ע"י רוב ראשונים שפירשו דלא מגבינן בהאי שטרא אלא דלא קרעין לי, וע"י ברי"ף שכתב דמשביעין את הלוה שבועת היסט שפרע. אכן בריטב"א ועוד ראשונים כתבו דכל עוד דלא קרעין

להשטר ונשאר ביד המלוה לא משביעין להלוה שבועת היסט, אלא דאם יחזיר המלוה להלוה את השטר שפיר יכול לחייבו שבועה, ע"כ תו"ד. ובדברי הרמב"ם פ"ד מלוה ולוה ה"ט מבואר לכאורה כשיטת הרי"ף, אלא דלא כתב להא דשבועת היסט אלא בסוף דבריו לענין דמי שור ולא לענין הדין הפשוט דאיתרע שטרא, וצ"ב, וכנראה עולין דבריו אלו על כל ההלכה.

ונראה בביאור פלוגתייהו אי משביעין לי' להלוה שבועת היסט, דנחלקו בגדר שבועת היסט, וכבר כתבנו בזה לעיל, דיסוד סברת הריטב"א, דדין שבועת היסט הוא שבועה מעיקר הדין, זאת אומרת דחייבו רבנן שבועה על הנפטר לברר טענתו, אשר בזה שפיר אמרינן דאם אך משביע שבועת היסט, הרי יסוד דינו שעל ידי זה מתברר טענת הלוה, ושוב הו"ל להיות פטור בכל האופנים והיה לו למלוה להחזיר לו את השטר, ואם אך אמרינן דנשאר השטר ביד המלוה, ע"כ דאין בירור דהשבועה בירור, ולית לי' להשביעו. אכן הרמב"ם לשיטתו ס"ל דאין שבועת היסט מעיקר הדין אלא יסודו כדי להפסיק דעתו של מלוה, כמש"כ בתשובותיו סי' ר"ד, אשר זה ודאי דשייך אף בנ"ד, דכיון דלמעשה אין לו להמלוה דין לגבות בזה ע"פ ב"ד שפיר חייב הלוה בשבועה להפסיק דעתו, ודוק.

ועפ"ז אפשר די"ל דדברי הרמב"ם מדויקים היטב ודווקא היכא דליכא עדים כגון הך דדמי חמור הוא דאמרינן דנשבע היסט, אבל היכא דאיכא עדים בטל השטר ואינו נשבע היסט. וביאור הדברים, דהא לשיטת הרמב"ם יסוד תקנת שבועת היסט הוא להפסיק דעתו של התובע, אשר בזה נראה לחלק, דהיכא דאיכא עדים שפרע לו הלוה ולית לי' להמלוה מיגו ואינו נאמן כלל לומר דסיטראי ניהו, בזה אמרינן דבטל השטר ואין הלוה נשבע אפי' שבועת היסט, דלא בעינן בזה להפסיק דעתו של המלוה כיון דלית לי' נאמנות כלל, נגד הני עדים, אכן בכגון נידון דדמי חמור דבאמת ליכא עדים ומ"מ אף דבעצם אית לי' להתובע מיגו דלהדי"ם, רק דאמרינן דהוי כמין מיגו במקום עדים, כיון דסו"ס הכל נבנה על דבריו, בזה שפיר תקנו שבועת היסט להפסיק דעתו. וכל חילוק זה אינו שייך אלא לשיטת הרמב"ם דיסוד דין שבועת היסט הוא להפסיק דעתו של תובע, דאי מעיקר הדין הוא פשיטא דליכא לחלק בהכי.

סז) והני מילי דפרעי' באפי סהדי ולא אידכר לי' שטרא - עוין ר"י מגאש שכתב דאי העידו העדים שנתן מעות אך לא העידו שלפרעון נתנם, נאמן המלוה לומר דסיטראי ניהו במיגו דאי בעי הוה אמר דלשם מתנה נתנם לו. וע"י ברמב"ן מה שהקשה עליו, וקושייתו ה', דהא הוי מיגו להוציא (ועצם טענת מתנה להוציא היא). ולכאורה יקשה לדידי' האך אמרינן דאי פרעי' בינו לבינו נאמן המלוה לומר דסיטראי ניהו במיגו דלהדי"ם, הרי מיגו להוציא הוא. (וצ"ב קצת בדברי הרמב"ן, דמדבריו בב"ב ל"ב נראה דס"ל דשפיר אמרינן מיגו להוציא.)

אכן נראה פשוט דשאני מיגו דלהדי"ם, וביאור הדברים, ע"פ דברי התוס' ב"מ ב' ע"א ד"ה זה נוטל רביע, ע"ש שכתבו דאינו נאמן לומר חצי' שלי בלא שבועה במיגו דאי בעי אמר כולה שלי משום דהוי מיגו להוציא, והקשו על זה מדברי רבה בב"ב ל"ב דנאמן לומר אין שטרא זייפא הוא ומיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס, ות"י דהתם הוי מיגו דאי בעי שתיק. וביאור דבריהם, דלא חשיב ככה"ג להוציא משום דכיון דאילו היה נכנס לב"ד ושותק היו נותנים לו, הרי זה כחו בדין תורה זה וחשיב הוא המוחזק, ואף דלמעשה טוען שהשטר מזויף ושטר אחר היה לו. וכעין זה י"ל בדברי הרמב"ן בסוגיין במיגו דאי בעי אמר להדי"ם, דכיון שבידו להכחיש מכל וכל ולגבות, כלפיו אי אפשר לומר שיש ריעותא בהשטר, ויש בו שפיר כח לגבות עם שטר זה אף דלמעשה טוען סיטראי, משא"כ בנידון דהר"י מגאש דהעידו העדים שנתן לו המעות, זה ודאי דעושה ריעותא בהשטר, אלא דבעינן למימר שעל ידי ראייה דהמיגו יחזור

השטר לאיתנו ויוכל לגבות בו, אשר בזה שפיר ס"ל להרמב"ן דהוי מיגו להוציא, ודוק. (ומדברי הראשונים שהקשו ב"ב ל"ב ע"ב מסוגיין דמבואר דהיכא דליכא עדים שפיר אמרינן מיגו אף דהוי מיגו להוציא, מבואר לכאורה דלא כדברי הרמב"ן בזה, אלא דיש לכוון דברי הרמב"ן בתי' התוס' שם "שאני התם דאיכא שטרא", ולא כתבו כלשינא דהר"י מגאש. והרשב"א שם תי' כהר"י מגאש, ולדבריו שם תהיה זאת תשובה אף לחידוש דינו של הר"י מגאש, ואכמ"ל.)

והנה הר"י מגאש כתב לבאר דאין טענת מתנה דהכא להוציא (וכן הוא ההסבר ג"כ אמאי לא הוי מיגו להוציא), משום דכד אמר מתנה או סיטרא אין העדות על השטר כלל אלא על הממון שקבל וזה לא הוי להוציא כלל, וכן צידד גם בחידושי הרשב"א ב"ב ל"ב ע"ב. ומדברי הרמב"ן נראה דאף בכה"ג כיון דסו"ס טענתו ומיגו ידידי הם המאפשרים להשטר לגבות ע"י שמסלקים הריעותא, חשיב שפיר להוציא. ואדרבה, מדברי הרמב"ן בהמשך דבריו מבואר דלא היה שייך לדון מצד מעלה דשטר בשאלה זו כלל אי לא דהוה אמרינן דשטר העומד לגבות כגבוי דמי (ועי' תשו' הרשב"א המיוחסות לרמב"ן דס"ל להרשב"א שם דכגבוי דמי לענין זה והרי בעל השטר מוחזק).

והנראה בביאור פלוגתת הר"י מגאש והרמב"ן, ע"פ הא דיש לפרש חסרון דין טענה ומיגו להוציא ב' אופנים, דיש לומר דאף דהוי להוציא שפיר הוי טענה ושפיר איתא להמיגו, רק כיון דהוי להוציא לא סגי בטענתו או אפי' במיגו ידידי להוציא. או יש לפרש באופן אחר, דהיכא דהוי להוציא ליכא דין וכח טענה כלל, ואף דין מיגו אשר, אף דהוי מה לו לשקר, לא הוי אלא במסגרת טוען ונטען, לא דיינינן כלל היכא דהוי להוציא, כפשוטו חלשון דמיגו להוציא לא אמרינן. ונראה דפלוגתת הרמב"ן והר"י מגאש בהא תליא, דס"ל להר"י מגאש דאף באופן דהוי להוציא שפיר איתא לתורת טענה, רק דלא סגי בהכי להוציא, אשר ממילא, דנ"ד הרי לא בעינן להמיגו אלא לנאמנות על הממון שניתן ולא על גוף השטר, ושוב ממילא יכול לגבות על ידי השטר באופן דלמעשה השטר הוא שמוציא, ע"כ שפיר מהני. אכן הרמב"ן ס"ל דבמקום דאיכא מוחזק ליכא דין טענה וממילא ליכא דין מיגו דאף הוא מהלכות טו"ו, ובמקום מוחזק אמרינן דאין לו פתחון פה אלא בעדים. אשר לפי', בני"ד דעיי' העדים איכא שפיר ריעותא בהשטר חשיב שפיר הלוה מוחזק, והדר לא ציינתין לי' להמלוה אלא עם עדים, ואין טענתו של המלוה טענה כלל כיון דאיתרע שטרא.

סח) וכדאבימי ברי' דר' אבהו- עי' חידושי הריטב"א שכתב דכולי' שמעתין בשאין הלוה מודה שהיה חייב לו סיטרא ואין למלוה ראייה בזה, אבל היכא דאיכא שני חובות ודאין עליו ונתן לו פרעון סתם, והן חלוקין על איזה מהן פרע, והעדים אין יודעים לברר, דעת הרא"ה דמסתמא לדעתו של מלוה הוא פורע שיטלם מאותו חוב שירצה שהגיע זמן פרעונו, כיון דיהיב לי' סתם ולא פירש. (ועיי' עוד דמיהו באי אחד הוא חוב ואחד הוא ערבות וכדומה, סתמא על החוב הוא דלא שביק איניש למיפרע חובי ופרע ערבותי.) ומבואר מדבריו דהיכא דנתן הלוה סתם על דעת המלוה נתן. אכן יעויין ברא"ש בסוגיין סי' י"ט שכתב, וז"ל: ודתיקשי לך אמאי צריכין להא מיגו אמאי אינו נאמן לומר סיטראי בלא מיגו כמו להדי"מ דמה לי טעמא דסיטראי ומה לי טעמא דלהדי"מ וצ"ל דטעמא דסיטראי ניהו אינה כל כך טענה ברורה ומחזורת דחוקה לא שביק איניש מלוה בשטר עליו ופרע מלוה על פה הלכך כשיש עמו מיגו דלהדי"מ טענה בריאה הוא ומגבינן בהאי שטרא אבל פריע' באפי' סהדי דליכא מלוה לאו טענה ברורה הוא לגבות בו וגם לא איבטל שטרי אלא איתרע שטרא לא מקרע קרעינן ולא מיגבא מגבינן וכן עיקר וכו', עכ"ל. וכ"כ בהלכה ובתוס' הרא"ש שם בכתובות, עיי'. ומבואר מדבריו דלא כדברי הרא"ה, ולעולם היכא דנתן סתם לא אמרינן דנותן על דעת המלוה, אלא

סתם דעתו על מלוה שבשטר. וכדברי הריטב"א בסוגיין כ"כ גם שם בכתובות, עיי'.

ועייין ברי"ן בסוגי' דכתובות שלמד ממאי דיכול המלוה לטעון סיטראי ניהו שמי שנושה בחבירו שני חובות ופרע לו הלוה סתם אינו יכול לומר שיהיו לפרעון חוב פלוני שמחמתם נתנם לו אדרבה הרשות ביד המלוה לומר מחמת חוב פלוני לקחתי דאי לא תימא הכי אי מהימני למימר סיטראי ניהו מאי הוי אכתי יכול הוה אבימי לומר שמחמת אותו חוב שבשטר שלחם והיה לכם לחזור שטרו אלא ודאי יד המלוה על העליונה ולא עוד אלא אפילו אמר לו לזה בשעת פרעון הא לך מעות אלו בשביל חוב פלוני ומלוה קבל ושתק יכול מלוה לומר אח"כ שבשביל מלוה על פה או בשביל חוב אחר תפסם והאי דשתיק לאו משום דאודויי אודי לי' אלא פקח היה לשתוק כדי לתפוס ואחר שתפס בירר דעתו בשתיקתו. ומדברי הרא"ש מבואר לכאורה דלא כדברי הר"ן, דלדברי הר"ן אמאי בעי המלוה מיגו, דמאי איכפת לן במאי דיותר ברצון אדם פורע מלוה בשטר ממלוה על פה, הרי יכול המלוה לתפוס על איזה חוב שרוצה, ומבואר לכאורה דלהרא"ש תלוי הדבר בלוה ולא המלוה, וכן העיר בקוב"ש שם בכתובות אות ש"ה. ולדברי הר"ן צ"ל דמאי דבעי מלוה מיגו מטעם אחר הוא, דלא שייך לדידי' טעמא דהרא"ש, אלא טעמא להר"ן דכיון דליכא דררא דממונא לאו כל כמיני' לשוויי ספק על ידי טענתו ולתפוס משל חבירו, (דבהכי מייירי התם) כלומר, דלית לי' להמלוה זכות תפיסה בכה"ג, עי' כל זה בקוב"ש. וכן לענינו נימא דמאי דבעינן להר"ן מיגו היינו מטעם הנ"ל דבלא מיגו מהיכי תיתי שיוכל לטעון שקבלם על חוב אחר דלא ידעין עלה כלל.

ועיי' עוד בקוב"ש שהקשה על דברי הרא"ש, דהא אי לא היה לו עליו אלא חוב א' ולא היה חב לאחרים היה יכול לתפוס אפילו לאחרים, ואמאי היכא דאית לי' גבי' ב' חובות לא יוכל לתפוס עבור החוב האחר שיש לו. ועוד העיר דלא הובא דעת הרא"ש דתליא בדעת הלוה בטור סי' נ"ח. עיי' ביאר בקוב"ש דס"ל להרא"ש כדעיה המובאה במרדכי בכתובות דאין המלוה יכול לתפוס מפני פסידא דשליח והכא איירי שטוען כי השליח אמר בפירוש לסטראי, אשר בזה הוא שכתב הרא"ש דהוי טענה גרועה, אבל אה"נ, בעלמא ס"ל להרא"ש דשפיר תליא בדעת המלוה. אכן דבריו נסתרים לכאורה מדברי הרא"ש בסוגיין דמייירי להדיא בלא שליח, וכן מדברי הרא"ש בתשובותיו סוף כלל פ"ו, שכתב להדיא כן בלוה עצמו. ודעת הרא"ה אף היא דלא כדברי הר"ן, דלדידי' דווקא היכא דנתן סתם הוא דאמרינן דעל דעת המלוה נתן, אבל היכא דנתן בפירוש לשם מלוה שבשטר משמע להדיא מדבריו דאין המלוה יכול לומר סיטראי ניהו כלל. וגם לדעת הריטב"א יש לעיין אמאי בעינן באמת מיגו ולא סגי בטענת סיטראי ניהו מצד עצמה, וצ"ל לכאורה כנ"ל.

והעי' תומים סי' נ"ח סק"ג שעמד כבר על עיקר ההערה מדברי הר"ן על דברי הרא"ש, וכתב דלעולם אף הרא"ש ס"ל כדנא דהר"ן, וביאור דבריו הוא דכיון שיועד הלוה שיכול המלוה לתפוס על חוב אחר, לא יפרענו אלא אם יתן לו השטר, וכיון שנתן לו בלא חזרת השטר, רגלים לדבר שלא היה חוב אחר, אשר על כן הוי טענת המלוה דסיטראי ניהו טענה גרועה, עיי' בדבריו.

ועי' שער המשפט נ"ח, א', שהעיר דלטעם הרא"ש יוצא לכאורה דהיכא דטוען שלקחה עבור מלוה בשטר אחר באמת לא בעינן מיגו, דהא בכה"ג לאו טענה גרועה היא, וליכא למימר דאה"נ, דחא דבטור סי' ל' ובבעל התרומות כתבו להדיא דאף בכה"ג אינו נאמן בלא מיגו, ועוד דא"כ אף בדאיכא עדים נהי דליכא מיגו דלהדי"מ מ"מ יהא נאמן במיגו דאי בעי אמר סיטראי ניהו דאית לי' מלוה אחרת בשטר. וכתב בשער המשפט בביאור דברי הרא"ש דלא הוקשה לו דאף בדאיכא עדים יהא המלוה נאמן הגם דליכא

מיגו, דהא דפרע על ידי עדים ודאי דחשיב על ידי כן טענה גרועה דאיתרע טענת שטרך בידי מאי בעי כיון דעדים ראו הפרעון, רק הוקשה לו היכא דליכא עדים אמאי בעינן מיגו, ועיי' תי' דהוי טענה גרועה. (ואה"י בדליכא עדים כי טעין מלוה דאית לי מלוה אחרת בשטר לא בעינן בזה מיגו.) אכן כבר עמד בזה בתומים הנ"ל וכתב לפרש כן בדברי הרא"ש, אלא שסתר הדברים ממש"כ הרא"ש בתשובותיו סוף כלל פ"ו דלכך בעדים אין נאמן לומר סטראי דטענה גרועה היא, והדרא קושיא לדוכתה.

ועיי' עוד בדברי השעה"מ שהוכיח מדברי הרמב"ן דלעולם טענת סטראי בעצמה טענה מעלייתא היא, ודלא כדברי הרא"ש, והוא ממה שהביא בספר התרומות שיי"ח ח"א ס"ג מהרמב"ן דביש עד אחד על הפרעון והוא אומר סטראי אין צריך לישבע כדי ליטול דכי תקינו רבנן שבועה בעד אחד מעיד שהשטר פרוע היינו היכא שמעיד שפרע שטר זה וכדי להפסיד דעתו של בעל הבית, אבל היכא שאין העד מעיד בפירוש שהשטר הוא פרוע מפורס ועומד הוא. ולכאורה, כיון דמאי דנאמן לומר סטראי נינהו אינו אלא משום מיגו דלהד"ס, הרי אי הוה טעין להד"ס היה צריך שבועה נגד העד, והכי נמי נימא בטענת סטראי נמי דליחייב שבועה דאם לא כן אערומי קמערס. ועיי' דס"ל להרמב"ן דטענת סטראי טענה בפני עצמה היא בלא מיגו, ומאי דאיתא בסוגיין מיגו דלהד"ס אין פירושו דהוי מיגו ממש, אלא הוא לשון מושאל למיגו ור"ל דכיון דיכול לומר להד"ס ומהימן משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי יכול נמי לומר סטראי נינהו משום חזקה זו גופה דמסתמא על חוב אחר נטל המעות כיון שלא החזיר לו שטר, רק היכא דנתנו בפני עדים איתרע שטרא כיון דאיכא ריעותא בפנינו שיכול לומר הלוח שסמך עצמו על העדים, ותו לא מהניא הא דשטרך בידי מאי בעי. (ובתומים שם סק"ט ביאר דברי הרמב"ן באופן אחר, עיי' ש.)¹³

והנה לולא דברי הרא"ש, היה אפשר לבאר מאי דבעינן מיגו ולא מהני טענת סטראי בפני עצמה, דהיינו משום דהפרעון ודאי והחוב האחר ספק, וכי"כ באמת בספר התרומות, עיי' שעה"מ הנ"ל שהוכיח מדברי התוס' כתובות פ"ד ע"ב ד"ה מיגו שהוקשה להם דליהוי מלוה מחוייב שבועה אינו יכול לישבע דעיי' ס"ל דלא כהרא"ש, דאילו להרא"ש לא קשיא כלל, דהא נאמן לומר סטראי במלוה על פה מיגו דהיה יכול לומר סטראי במלוה אחר בשטר והוי טענה מעלייתא בלא מיגו דלהד"ס. אכן יעויין בתוס' הרא"ש שאף שכתב דהוי טענה גרועה מטעם הנ"ל דיותר ברצון אדם פורע בשטר ממלוה על פה, מ"מ הקשה קושיית התוס' דלא יהא נאמן במיגו דכיון דהיה צריך שבועה להכחיש את העד לא הוה חציף להכחיש את העד ולישבע, וצ"ב.

ובגוף מיגו דסוגיין, עיי' הגהות אשר"י שם בכתובות שהקשה הריצב"א האיד מהני מיגו, הא הוי מיגו להוציא, ותי' דשאני הכא דאיכא שטרא, וכה"ק ותירצו התוס' בב"ב ל"ב ע"ב והלכתא כוותי' דרבה בארעא, עיי' ויש לבאר דבריהם בב' אופנים, דבבעה"ת שער י"ז ובתש"י הרמב"ן סי' ק' מבואר הטעם, דאף דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי, מ"מ הוי בעל השטר מוחזק, עיי' שייך חו"מ פ"ב בכללי מיגו שהאר"ק בזה. הרי דמחלקינן דאף דאינו כגבוי מ"מ חשוב מוחזק, וכבר העיר בזה בשערי תורה ח"ד כרך א' כלל ה' פרט ג' אות ט' דלכאורה מבואר מדברי רש"י בסוטה כ"ה דהני ב' מילי הא בהא תליין, דאי כגבוי דמי הוי המלוה מוחזק ולב"ה דלאו כגבוי דמי אין המלוה מוחזק, עיי' ש. והתומים בכללי מיגו סק"ח

כתב הטעם דאמרין מיגו להוציא היכא דמסייע לי' שטרא עיי' דברי המרדכי דהיכא דחזקה מסייע למיגו שפיר אמרין מגו להוציא, והכא איכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי. ובשערי תורה הוסיף על דבריו דחזקה זו דשטרך בידי מאי בעי אלימא משאר חזקות דהוי כאן סהדי, דהא רובא עדיפא מחזקה ואין מוציאין ממון על פי רוב, ומ"מ על ידי חזקה זו מוציאין, הרי דחזקה זו אלימא מחזקה בעלמא. (ויש לדחות טענה זו, ואכמ"ל.) אכן יעוי' בחידושי הרמב"ן שתירץ באופן אחר, דאין המיגו על מה שמוציא אלא על מה שתפס, ושוב ממילא יכול להוציא על ידי השטר. עיי' מש"כ עפ"י בקצוה"ח סי' נ"ח סק"ג.

ס"ט) נהי דהימני' טפי מנפשי' טפי מסהדי מי הימני' - עיי' ריטב"א בסוגיין שכתב דכמו דאין המלוה נאמן בטענתו נגד ב' עדים, כמו כן אינו נאמן נגד עד אחד, דדווקא נגד טענת הלוח הוא דהימני'. אכן כבר הביא בביאור בגר"א חו"מ סי' ע"א דבאמת נחלקו הראשונים בזה, יעויין ברא"ש פ"ט דכתובות סי' ו', י"ח (שהביא שם ב' הדעות בזה), וכו"ח, דס"ל להר"ח דנאמן המלוה אף נגד ע"א, וצ"ב במאי פליגי.

והנראה בביאור פלוגתייהו, דנחלקו ביסוד חיוב שבועה דעד אחד מהו גדרו, דהריטב"א ס"ל ע"ד שכתבו לעיל בדעת הרמב"ן הרשב"א ועוד ראשונים דנאמנות דעד אחד הוא באמת על הממון אלא דיכול הנתבע לפטור עצמו בשבועה (או דהוי ביסוד חיובו או השבע או שלם), אשר לפ"י אף דהמני' הלוח להמלוה בטו"נ שיהא טענת לא נפרעתי דהמלוה אלס וקיים נגד טענת פרעתי דהלוח, מ"מ על נאמנות דעדות על המעשה הרי לא התנה, עיי' שפיר מחייב ע"א שבועה, דאף נאמנות דע"א נאמנות על עיקר הממון הוא. אכן מדברי הרא"ש ריש פ"ק דב"מ גבי עד המסייע מבואר דס"ל דדין ע"א דמחייב שבועה אינו נאמנות על עיקר הממון אלא דין מסויים הוא לענין שבועה דע"א מחייב את זה שמעיד נגדו לברר טענתו על ידי שבועה, ואכמ"ל בסוגי' דהתם, אשר לפ"י שפיר מובנים דברי הר"ח והרא"ש, דהיכא דהתנה המלוה דבכל מקרה אלימא טענתו מטענת הלוח לא שייך שיחייב ע"א שבועה, דיסוד השבועה הוא בירור וחזוק טענתו, וטענתו בכל מקרה הרי אלימא היא על ידי התנאי, ודוק היטב.

או י"ל בלשון אחר קצת, והוא מדויק יותר לכאורה בלשון הרא"ש הנ"ל סי' י"ח, דהראב"י שהביא שם דס"ל דמהני עד אחד, היינו משום דס"ל דהעד אחד מוסיף נאמנות לטענתו של הנתבע, ומה שהאמינו להמלוה אינו אלא נגד כח טענתו גרידא בלא כח הנאמנות הניתן לו על ידי העד אחד, אולם הרא"ש ס"ל דלעולם אין העד מוסיף נאמנות לטענתו, אלא יסוד הדין בשבועת המשנה דשבועת הנוטלין דעד אחד מעיד שהוא פרוע, הוא דבכה"ג דאיכא עד אחד ב"ד מחייבין אותו שבועה, (ועיי' רמב"ן לעיל אות ס"ט דשבועת הנוטלין דעד אחד הוא להפסיד דעתו של בעל הבית), אבל כח טענתו של הנתבע כדקאי קאי, ונגד כח טענה זו הרי התנה שיהא התובע נאמן בלא שבועה, ודוק.

ע) אבל לענין עדות מאה כתרי ותרי כמאה - עיי' חידושי הריטב"א דדווקא בתורת עדות הוא דלא נאמנים, אבל אם עשאו בית דין ופרע בפניהם מיד נפטר, דנהי דמהימני' טפי מסהדי טפי מבי דינא לא מהימני'. ומדברי בעה"מ שהביא הריטב"א בהמשך דבריו, והוא דבריו לעיל מ"א ע"ב, עיי' שם לשונו דמשמע להדיא דאפי' בתורת ב"ד אין נאמנין, דאף בתורת ב"ד התנה שיהא הוא נאמן יותר.

עוד הביא הריטב"א פלוגתת הראשונים אי באו עדי הודאה שהודה המלוה בפניהם שנפרע אי מהימני, דדעת ברי"ף בתשובה דדווקא היכא דהוה עידי פרעון הוא דאין נאמנין, אבל אתו עידי הודאה דאודי קמיייהו דאיתפרע הרי הם נאמנין עליו, וכן הדין בהך דלעיל היכא דהתנה אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני, דהא עלי' הוא דמסהדי ולא על פרעון המנה. אמנם דעת בעל המאור הנ"ל דאפי' עדי הודאה לא

¹³ והרמב"ן זכ"ל הקשה קושיית התוס' שם לליהוי מיגו לואליא, והוא לכאורה ללא כדברי ספר התרומות משמו, וכבר דן בזה הש"ך בסי' נ"ח סק"ג והקל"ה ח"א סס"ג, ע"פ.

מהימני, ע"ש בריטב"א שדחה ראיות בעה"מ. ויסוד פלוגתתם הוא בדרך הנאמנות שנתן הלוח להמלוה, אי הוי שאין אחר נאמן להעיד על מעשה הפרעון, או דאין נאמן בכל עדות שלמעשה אין החוב קיים, דאף עדות על הגברא שהודה, אף דאינה עדות על הפרעון, מ"מ הוי עדות דפועל יוצא ממנה הוא שלמעשה אין החוב קיים. וע"ש שהביא הריטב"א דברי הרמב"ן (במלחמות ובחידושי בסוגיין) לחלק בין ההיא דלעיל שהתנה אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני, לבין נידון דידן שהאמין הלוח את המלוה כבי תרי, ע"י מה שכתב בביאור הנפ"מ. ויסוד הדברים, דהתנאי שלא יפרענו אלא בפני פלוני ופלוני אינו תנאי דיהא הוא (המלוה) נאמן, אלא דליהו שאר עדים כפסולים לענין עדות זה, אך בהאמינו הלוח כבי תרי פשוט דפירושא דמילתא הוא שיהא המלוה נאמן. והנה מאי דפסול שאר עדים על ידי שמתנה שיפרענו דווקא בפני פלוני ופלוני, מה שפוסל שאר עדים אינו אלא במאי דיהא הפרעון דווקא בפני עדים אלו ושאר העולם כפסולים לענין עדות על הפרעון, אבל אין לזה כל קשר לעדות על הודאתו, אשר בזה שפיר מהניא עדותו על ההודאה, אך בני"ד הרי יסוד הדברים הוא שיהא הוא נאמן בכל אופן לומר שאין החוב פרוע, וזהו אפילו נגד עדים האומרים שהודה שהחוב פרוע.¹⁴

עוד הביא הריטב"א דעת הראב"ד דנהי דלא מהני השתא לעכב פרעונו מפני נאמנותו, מ"מ לבתר דפרעי השתא יכול לחזור בו ולגבות ממנו בעידי פרעון אלו מה שפרע בפניהם, שהרי נתקיים תנאי נאמנותו. אכן דעת הר"י מגא"ש (והוא לעיל דף מ"א ע"ב) דאף בכה"ג אינו נאמן דהא התנה שיהיו כעדים פסולים על עדות הפרעון ושוב פסולים לעולם להעיד על פרעון חוב זה, והסכימו הרשב"א והריטב"א לדעת הר"י מגא"ש, ע"ש. ויסוד דברי הר"י מגא"ש, דהתנאי דע"מ שתפרעני בפני פלוני ופלוני הוא דיהיו העדים כפסולים לגבי עדות פרעון הלואה זו, אשר על כן לא מהניא עדותו אף לאחר"כ. והראב"ד ס"ל דאין התנאי אלא על החוב, כלומר, שלא יפטר הלוח מהחוב אא"כ יפרע בפני העדים שהתנה המלוה, אבל לעולם לא חסר בעדות האחרים, אשר ממילא שפיר מהני עדותו על גופא דעובדא דהפרעון.

עא) אין נשבעין על טענת חש"ו- ע"י ר"י מגא"ש
שפי' דדווקא שבועת מב"מ ושבועת ע"א דהן שבועת הטענה הוא דממעטינן בהו דאין טענת קטן כלום, אך שבועת השומרים שאינה שבועת הטענה אלא מדיני שמירה לית בזה חסרון דטענת קטן. עוד מבואר מדברי הר"י מגא"ש דחלוק הוא דין טענה דבעינן לשבועת מב"מ מדין טענה דבעינן לשבועת ע"א, דבשבועת מב"מ החסרון בטענת קטן הוא דהוי משיב אבידה, זאת אומרת, דעצם מחייב השבועה אינו הטענה אלא ההודאה והכפירה, אלא דבלא טענה אית בזה פטור דמשיב אבידה, והוא ע"ד ששמעתי ממו"ר זצוקלל"ה בשם הגר"ב זצ"ל דהדרא דההודאה והכפירה הוא דמחייב השבועה, ובהודאת משיב אבידה ליכא דררא. אך בשבועת ע"א החסרון הוא דאין ע"א מחייב שבועה אלא היכא דקדמו טענת התובע, ז"א, דבסופו של דבר עצם השבועה היא ע"י תביעת התובע.

ווע"י עוד בדברי הר"י מגא"ש שכתב בד"ה פסקא ממתניתין וכו', וז"ל בא"ד: דרי אליעזר סבר לא שנא בו ולא שנא בבנו אינו מעיז הילכך רמינן שבועה עלי כי היכי דלודי וכו', עכ"ל. והדברים לכאורה צ"ב מה היה לו להזכיר הא דרמינן שבועה כי היכי דלודי, הרי מה דבעינן הא דאין אדם מעיז אינו אלא בכדי שלא יחשב משיב אבידה, או שלא יהא נאמן במיגו דאי בעי כפר הכל, וכן ראיתי שהעיר הגרמשי"ש זצ"ל בהגהותיו. ונראה ביאור דבריו ע"פ דבריו לעיל דף מ' ע"ב (ואף הגרמשי"ש זצ"ל תלה ביאור דבריו בהך סוגי' דלעיל, אבל באופן אחר), ע"ש שכתב דהיכא דטענו חטין והודה בחטין ושוב טענו שערין וכפר בשערין, אינו חייב שבועה, וכתב בזה ב' טעמים, הא', דב' טענות נפרדות הן ואין טענה אחת מתחברת עם חברתה. והב', דהא טעמא דמודה במקצת הטענה משום דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, וזה לא שייך אלא היכא דתבע לו חטין ושערין והודה לו באחד מהם דהוי' בשעת הודאה מודה במקצת, אבל דקודם טענו חטין והודה לו ליכא למימר דמה שמודה משום דאין אדם מעיז פניו הוא, הא אכתי לא תבע ל'י מידי דכפר. וטעמו הב' צ"ב, דהא מאי דאין אדם מעיז אינו אלא הסבר אמאי לא חשיב משיב אבידה, ומה איכפת לן במה דאכתי לא תבעו טענת הכפירה, הרי טענת ההודאה שפיר תבעו ואמרין דבמאי דמודה אינו משיב אבידה אלא מודה משום דאין אדם מעיז.

וביאר בזה מו"ר זצ"ל, דהנה בפשטות הדררא דשבועת מודה במקצת הוא מה שעל ידי הודאתו צדקה טענת התובע במקצת. ונראה דלהר"י מגא"ש פירוש אחר בזה, דמהא גופא דאמרין דמודה משום דאין אדם מעיז פניו הוא דנובע דהדררא, דאילו לא היתה טענת התובע צודקת לגמרי לא היינו אומרים דאינו מעיז, דאם התובע תובע יותר ממה שחייב לו ודאי שיעיז הנתבע לכפור הכל, ומדאמרין דאין אדם מעיז, ע"כ צדקה טענתו לגמרי, אשר זהו הדררא המחייבת שבועת מודה במקצת. ועפ"י מבוארים ופשוטים דברי הר"י מגא"ש בטעמו הב', דהא לא שייך דבר זה אלא כשקודם תבעו טענת הכפירה, אבל היכא דלא תבעו אלא טענת ההודאה, לא מוכחא כלל מהא דאמרין דאין אדם מעיז פניו דצדקה תביעתו שטען אח"כ. ע"כ תוכן דברי מו"ר זצ"ל הנוגעים לענינו ע"י כל דבריו בשיעור ג' למס' ב"מ.

ועפ"י יתבאר דברי הר"י מגא"ש בסוגיין היטב, דמחמת הא דאין אדם מעיז הוא דאמרין דבאמת חייב לו הכל אלא דאישתמוטי קא משתמט אשר על כן מטילין עליו שבועה בכדי שיוודה. ורבנן דס"ל דבבנו מעיז, שוב ליכא הוכחה שחייב לו באמת הכל, אלא אדרבה, כיון שהיה יכול להעזי ולא העזי שוב הוי משיב אבידה ופטור.

וכשיטת הר"י מגא"ש כן שיטת הרמב"ם פ"ב מהל' שכירות ה"ז, ע"ש, והחילוק שבין שבועת מב"מ ושבועת ע"א מפורש אף הוא בדברי הרמב"ם פ"ה מהל' טו"י ה"ט, ע"ש שכתב דגבי מב"מ החסרון בטענת קטן הוי דהוי משיב אבידה, ובשבועת ע"א החסרון הוא דאין טענת קטן טענה גמורה, והוא להדיא כדברי הר"י מגא"ש.

והנה הראב"ד שם בהל' שכירות הקשה על דברי הרמב"ם ג' קושיות, הא', שאין נתינת קטן כלום ואם פקדון אין כאן שבועה אין כאן, והוא ע"פ ביאורו בסוגי' דב"ק ק"ו ע"ב כדיבואר לקמן בעזהשי"ת. ההשגה הב', דהא בפרשת שומרים כתיב איש אשר מזה ממעטינן קטן. וההשגה הג', דאם על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו נשבעין. והנה על מה שהקשה מדכתיב איש בפרשה דשומרים, כבר כתבו הראשונים, והר"י מגא"ש עצמו, דעל זה אמרין דעירוב פרשיות כתוב כאן והך איש ע"כ אמב"מ קאי ולא אשומרים. ואשר לטענתו הג' דאם על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו ודאי דאין נשבעין, אף דבר זה מבואר בעצם מדברי הר"י מגא"ש והרמב"ם שהוכיחו מהא דבשומרים הוי שמא דאין

¹⁴ ודברי הרמב"ן הם ההיפך הגמור מדברי הראב"ד הנ"ל בלוח נ"ג דבאומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני אינו נאמן המלוה היכא להעידו עדים אחרים שהודה, ואילו במתנה שיהא הוא נאמן נגד הלוח המלוה נאמן. אמנם יתכן לאינן סברות הפוכות ממש, ד"ל דהרמב"ן ס"ל דבאומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני עשאו לפרסולין, וזה ודאי ללא הוי אלא לענין עדות שפרע אבל לא לענין עדות שהודה, והראב"ד יתכן דס"ל בזה דלעולם לא שויין פסולין אלא התנה שלא יסגי נאמנותו לפטור מלוה. וקיצרתי, ועדיין ל"ע בזה.

זה שבועת הטענה. ויסוד הדברים, דאי בעינן להשבעה טענה, לא סגי בטענת שמא, דלא חל על תביעת שמא שם תביעה, ומדלא הוי בשומרים אלא שמו, מוכח דאין בזה הלכות טענה כלל ואין הטענה מחייבת את השבועה, אשר ממילא שפיר סגי אף בטענת קטן. והראב"ד שהקשה ס"ל בפשטות דאף טענת שמא טענה היא לענין שבועה, אשר ממילא שפיר הקשה דאי כשברי לו להקטין אין טענתו טענה, כש"כ היכא דאינו אלא שמא דאין טענתו טענה- עי' עוד בזה לקמן אות ס"ה. (ועי' ברכ"ש ב"ק סי' מ' שהביא ביאור כזה בדברי הרמב"ם והראב"ד ופירש באופן אחר, אכן כביאור זה משמע מפשטות לשונו של הראב"ד, ואכמ"ל).

ואשר למה שהקשה הראב"ד דאם פקדון אין כאן שבועה אין כאן, עי' חידושי הרמב"ן בסוגיין שהקשה באופן אחר, וז"ל בא"ד: שמעין השתא (מסוגי' הנ"ל בב"ק) דמדון שומרים מיעטי' רחמנא לקטן, הילכך לא מחייבין לי' שבועה בנתינתו כדלא מחייבין לי' כפל ועוד דאי ס"ד מחייב שבועת השומרין ודאי מחייב נמי כפילא דס"ל דכל טוען טענת גנב שנשבע שבועת הדיינים מחייב כפילה לעולם וכיון דהאי פטור מכפילא ודאי דמיפטר משבועה וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו דלא הקשה דפקדון אין כאן אלא דודאי נתמעט קטן משבועת השומרין כדנתמעט מכפילא ושאר דיני שומרים.

וביאור דברי הרמב"ם הרמב"ן והראב"ד בזה, עי' ברכ"ש ב"ק סי' מ' דיש לחקור מהו החסרון במאי דאמרין דאין נתינת קטן כלום, אי פירושו שנתמעט בעצם היות אחר שומר עבורו, ז"א דאינו נעשה עבור קטן שומר כלל, או דבאמת שפיר חייל עלי' שם ודין שומר, אלא דמיעוט הוא דליכא בנתינת קטן חיוב כפל, ולשיטת הרמב"ן אף שבועה ושאר דיני שמירה ומפשטות קושיית הש"ס אדברי רב חייא בר אבא א"ר יוחנן בב"ק ק"ו ע"ב, וכן מתירוצא קמא שם, מוכח דשפיר הוי שומר אף לקטן, אלא בדברי רב אשי יש לחקור אי מאי דמחלקין דבפקדון לא קבל מנן דעת פירושו דלכך לא חייל שם שומר כלל, או דאכתי הוי כדלעיל דשפיר הוי שומר אלא דהוי מיעוט מדינים מסויימים. אשר בזה הוא דנחלקו הרמב"ם והראב"ד, דלראב"ד, וכן לדברי הרמ"ה, הובאו דבריו בשט"מ שם בב"ק, יסוד דינא דאין נתינת קטן כלום הוא דלא חל עליו שם שומר כלל, אך לשיטת הרמב"ם אין זה אלא מיעוט מדינים מסויימים, אך שומר שפיר הוי, וס"ל דלא נתמעט אלא מדין כפל, כדיבואר לקמן. וביאור דברי הרמב"ן, דאף הוא ס"ל בזה כהרמב"ם דלעולם שפיר חל עלי' שם שומר ואין המיעוט אלא מדיני השמירה, אלא דס"ל דכמו שנתמעט מדין כפל, כמו כן נתמעט מדין שבועה, ועוד, דחדא נינהו, דאי איכא שבועה איכא כפל, וכן ס"ל דנתמעט משאר דינים, ואפשר דאף מחיוב פשיעה. והרמב"ם ע"כ ס"ל דאין מיעוטא דהתם אלא מדין כפל ולא מדין שבועה, וצ"ב במאי פליגי הרמב"ם והראב"ד.

וי"ל בזה, וכן נראה ממש"כ בברכ"ש הנ"ל סי' מ"א ע"פ יסוד דברי הגר"ח, דס"ל להרמב"ם דמצד עצם השבועה, ודאי דמפאת חיובי גוף השמירה היא ואינה צריכה טענה, אך דין טוען טענת גנב דמשלם כפל אינו מדין פרשת גניבה דכה"ת, דהא בהתירא אתי לידיו, אלא דין מחודשת דגניבה הוא אשר יסודו מונח בעצם דיני השמירה, דלקיחת הפקדון תיהפך לגזל אם יטעון טענת גנב ישבע שבועת הדיינים לשקר, ואין זה מהלכות גניבה אלא מהלכות שמירה, דלבד מה שנעשו חיובי שמירה על ידי הנתינה נעשה גם דין זה דטוטי"ג. ולדין זה דטוטי"ג ס"ל להרמב"ם דבעינן דווקא שבועת הטענה, דטענת גנב שטוען השומר הוא טענה נגד טענת תביעת המפקיד, אשר שבועה זה לשקר נגד תביעתו מהוה מעשה גניבה מחודשת דשמירה. ודעת הרמב"ן, נראה דס"ל דיסוד המיעוט דנתינת קטן אינו מדין טענה, כדס"ל להרמב"ם (ודין זה ס"ל להרמב"ם דאינו נוגע אלא לענין כפל ולא לענין

שבועה), אלא מיעוט הוא בחלות התביעה שעל ידי הקטן, דלא נעשה תביעה ע"י הקטן, דנתמעט הקטן מדיני השמירה אף דשומר מיהא הוי, וכמש"כ הרמב"ן להדיא, עי' בדבריו דרך לענין חיוב פשיעה הוא דנסתפק שמא חייב אף בנתינת קטן. אשר בזה שפיר ס"ל להרמב"ן דכי היכי דתביעת כפל לית לי', והוא משום דאין תביעתו תביעה, כמו כן תביעת שבועה לית לי'. ועוד, דאם אך תביעת שבועה שפיר אית לי', מצד זה גופא הוא דחשיב טוטי"ג להך גנב דהפרשה המחודשת דשומרים. אך הרמב"ם ס"ל דהמיעוט הוא בטענת הקטן ולא בכח תביעתו, אשר ממילא שפיר שייך לומר דהך מיעוט אינו אלא לענין כפל אך לענין שבועה לא בעינן טענה, ומצד שבועה בלא טענה לא חשבינן לי' טוטי"ג וליכא דין מחודש זה דגניבה, ודוק.

והנה לשיטת הראב"ד דעיקר מיעוטא דנתינת קטן הוא דלא נעשה עבור קטן שומר כלל, יש לעיין לכאורה מאי שייטי' דד"ז לסוגיין, דאין זה אלא דין בשמירה ולא בחפצא דהטענה והכא אין הנידון אלא בגוף הטענה, וצ"ב. אכן זה מבואר מהשגת הראב"ד הג' דאף לדידי' איכא חסרון טענת קטן דהא הקשה דאם על הודאי אינה מועלת טענתו כש"כ על הספק. ועכצ"ל וכ"כ בברכ"ש סי' מ', דלדברי הראב"ד הכל נתמעט ממאי דאין נתינת קטן כלום, ואף דאין טענתו מועלת, ועי' נפ"מ בזה ע"פ דברי המח"א לענין שואל, ואכמ"ל. ונראה ביאור הדברים, דאילו הוה אמרינן דיסוד מיעוטא דטענת קטן הוא בחפצא דהטענה, לא היה שייך למילף כלל דין זה מהתם לפום שיטת הראב"ד, דדין אין נתינת קטן כלום לשיטתו הרי אינו דין בהלכות טענה אלא הפקעת הקטן מדינים וחייבים דעל ידו, כגון מאי דאין נעשה עבורו שומר. אלא ע"כ דס"ל להראב"ד דעיקר המיעוט הוא בחלות שם התביעה, דאינו עושה שום דינים על השומר, וזה שפיר יש למילף אף לענין שבועה, דדין אין נתינת קטן כלום יסודו הוא דאין שום חלות חיובים ותביעות על ידו, וזה שפיר כולל דלית לי' תביעת שבועה. ומפאת ד"ז הוא דשפיר הביאו בסוגיין דלענין שבועת מבי"מ וכדומה דין טענת הקטן עושה תביעת שבועה, ודוק. (עי' לקמן אות ס"ח עוד בהאי ענינא).

עב) עוד בדברי הרמב"ם הנ"ל- והנה הרמב"ם הוכיח דבריו דשבועת השומרים לאו שבועת הטענה היא ממאי דלא הוי אלא טענת שמא, ומבואר דס"ל דטענת שמא לא חייל עלי' שם טענה כלל, וכנ"ל. והראב"ד בהשגתו הג' ע"כ דפליג אדברי הרמב"ם בזה, וס"ל דעכ"פ תביעת שבועה בעינן שיהא לקטן, ויתבאר ד"ז לקמן אות ס"ו בעז"השי"ת.

ובמאי דמוכח מהרמב"ם דטענת שמא אינה טענה כלל, נראה דנחלקו הראשונים בזה להדיא, דיעויין לעיל דף מ' דנחלקו הראשונים אי שבועת ע"א בעי טענת ברי, והר"י מגאש ורבנו אפרים הביאו ראיה דבעינן טענת ברי ממאי דאיתא בב"מ ד' ע"א הצד הוה בהם שעל ידי טענה וכפירה הם באים, הרי מוכח דבעינן טענה. ועי' ברא"ש שם דף מ' דדחה ראיה זו דלעולם אין הכונה להלכות טענה, דנימא דבעינן דווקא טענת ברי, אלא הכונה דבאין על ידי סתם תביעה בעלמא. וכ"ז הוא כדברי הרמב"ם והר"י מגאש בעצם היסוד דטענת שמא אינה טענה. אכן יעויין בחידושי הר"ן שם בב"מ שכתב דאין ראיתם של הר"י מגאש ורבנו אפרים ראיה משום דאף טענת שמא טענה היא, הרי להדיא דאיכא מח' ראשונים בפרט זה אי טענת שמא חשיבא טענה.

והנה המ"מ בפ"ג מהל' טו"י ה"ו נסתפק בדעת הרמב"ם אי בעינן לשבועת ע"א טענת ברי, אך בפ"ד מהל' גזו"א כתב דסגי בטענת שמא, וכ"כ שם גם בכס"מ, ע"ש. ועפ"ז יש לעיין לכאורה בדברי הרמב"ם, דאי סגי בטענת שמא לכאורה יהא מוכח דאין שבועת ע"א שבועת הטענה ואמאי אית בה חסרון דטענת קטן. אכן נראה פשוט בזה ע"פ משנ"ת לעיל אות כ"ד בדעת הרמב"ם דס"ל דודאי בעינן

לשבוועת ע"א טענת ברי, רק דע"פ הע"א שפיר חשיבא טענתו טענת ברי, ובקטן היינו טעמא דלא מהני משום דטענתו בחפצא אינה טענה גמורה ולא מהני בזה מאי דהוי ע"פ דאחד, ע"י לעיל מה שכתבנו בזה.

וע"ש דהוכחנו דאף לשיטת התוס' הדבר כן, דב"מ דך ד' ע"א כתבו דמחייב שבועת ע"א הוא מאי דעל ידי העד הוי טענתו טענה חשובה, ואילו בדף ג' ע"א ד"ה מפני מה וכו' כתבו דבשבועת ע"א סגי בטענת שמא. והנה הא פשיטא דטענת שמא אינה טענה חשובה, וא"כ לכאורה סתרי ב' דברי התוס' להדיד. אע"כ צ"ל כנ"ל, דע"י הע"א שפיר הויא טענת ברי. אכן דא עקא, דכתבו התוס' סנהדרין ס"ח ע"ב דבשבועת ע"א שפיר מהני על ידי קטן, ולכאורה לדבריהם בב"מ דבעינן בשבועת ע"א טענה חשובה לא שייך זה בטענת קטן, וכמשי"כ בדעת הרמב"ם. ואולי י"ל דס"ל להתוס' דלעולם הא דאין טענת קטן כלום אינו גזה"כ דאף דטענתו ברי מ"מ ל"ה טענה, וכמשי"כ הר"ן ועוד ראשונים בסוגיין, אלא ס"ל דכל הגרועותא דטענת קטן אינו אלא דהוי טענת שמא אף שטוען ברי, ומאי דהוי טענת שמא אין זה כמין גזה"כ דמכלל שמא לא נפקא, אלא כל כולו הוא מחמת חסרון דעת הקטן להיותו יודע בודאות, אשר ממילא שפיר מהני ע"א אף לעשות טענת קטן לטענה חשובה, ועדיין צ"ע בזה, וכבר כתבנו בזה לעיל.

עג) ור' אליעזר בן יעקב לית לי' משיב אבידה פטור - יעויין דברי הגרע"א שהקשה דלמאי דסייד דמייירי בלא טענה כלל, אמאי הקשו עלי' רק ממשיב אבידה, הא יותר הו"ל להקשות דהרי ליכא טענה, ונפ"מ בזה, בהעזאת עדים, דמשום משיב אבידה ליכא ומשום חסרון טענה איכא. והאמת דלס"ד זה אף לרבנן קשה אמאי פטור רק משום דהוי משיב אבידה. וכח"ק הגרע"א אדברי הרמב"ם להלכה דפטור קטן הבא בטענת אביו משום דכיון דאין טענתו כלום הוי כמשיב אבידה, דלכאורה לא הוצרך להא דמשיב אבידה כלל כיון דליכא טענה.

וי"ל בזה, דהא לשונו של ראב"י הוא דפעמים נשבע על טענת עצמו, אשר מבואר מזה דאין פירושו דחייב שבועת מב"מ בלא טענה, אלא ביאורו הוא דטענת עצמו היא הטענה, דהנחבע עצמו טוען עבור התובע. אשר ממילא לא הקשו אלא ממשיב אבידה, דאף דשפיר איכא שבועת הטענה על ידי טענת עצמו, מ"מ הרי משיב אבידה הוא והו"ל להיות פטור. ולדברי הר"י מגאש והרמב"ם הנ"ל באות ס"ד י"ל עוד, דהרי כל מאי דבעינן טענה גבי שבועת מב"מ אינו אלא בכדי דלא ליהוי משיב אבידה, זאת אומרת, דבאמת ההודאה והכפירה מחייבין השבועה, אלא דבלא טענה פטור הוא מצד משיב אבידה. אשר לפ"ז אתי לשון הגמ' שפיר כפשוטה, דבאמת עיקר יסוד הקושי ממאי דאין טענת קטן כלום הוא דממילא הוי משיב אבידה, וז"פ.

ולכאורה יש לעיין בדברי ראב"י דבמאי דס"ל דאדם נשבע על טענת עצמו אמאי ליכא חסרון במה דקדמה ההודאה להתביעה, דהא להדיא איתא בתוספתא דב"מ דכי הוי הודאת בע"ד הודאה, דווקא בשקדמה תביעה. וע"פ הנ"ל י"ל בזה דבאמת לשיטת ראב"י ליכא חסרון כלל, דהא לדידי' איכא מושג דטענת עצמו. וראיתי במשפטי השבועות לרה"ג (חלק א') התנאי החמשיש) שכתב, וז"ל: וכן מי שהקדים הודאתו לטענת חברו אינו חייב גזירה (שבועה) כי הוא משיב אבידה כי המחייבו גזירה ר' אליעזר ואין הלכה כמותו אלא כחכמים, וכן למדונו הראשונים, עכ"ל. הרי דבאמת לראב"י דסגי בטענת עצמו לא בעינן תביעה קודם ההודאה ושפיר סגי בטענת עצמו, והוא כנ"ל. אכן אכתי יקשה להני ראשונים הפוסקים כראב"י ומ"מ סבירא להו דבעינן שתקדים תביעה להודאה, וצ"ב. ובדברי רה"ג יש ג"כ מקום עיון, דלמסקנת סוגיין הרי מבואר דלרב פליגי ראב"י ורבנן בדבר, אי אדם מעיז פניו בבא בטענת אביו, וא"כ הרי לא פליגי רבנן עלי' דראב"י אלא דמאי דחשבי להו משיב אבידה דלא כדבריו, אך לעצם היסוד דחייב

ע"פ הודאתו וכפירתו משמע דס"ל אף לרבנן, וא"כ האיך ק"ל לדידהו דבעינן שתהא קדמה תביעה להודאה. איברא דמדברי רה"ג מבואר דמאי דבעינן הכא שתהא קדמה תביעה הוא בכדי דלא ליהוי משיב אבידה, אך הא גופא קשיא, דרבנן דפליגי היינו משום דהוי משיב אבידה, אך בלא"ה צ"ב האיך הוי הודאה הרי ליכא תביעה, וכדברי התוספתא.

והאמת דכן יקשה גם לדברי הר"י מגאש, דבלאו מאי דבעינן להטענה שלא יהא משיב אבידה הרי בעינן לה שתהא ההודאה הודאה, אם לא דנימא דבאמת הכא דאמר קודם מנה לאביך בידי הוי זה שפיר תביעה על פי תביעת עצמו, ומדין הודאה שאחר טענה לית לן בה, דלזה מהני מה שאמר דמעכשיו הוי השני "בעל חוב" דידי' והודאתו הודאה, דלזה ודאי דמהני הך טענת עצמו, וזה בין לרבנן בין לראב"י, אך היכא דאמר סתם אני חייב לך מנה אין הודאתו הודאה. אלא דלענין שבועה אכתי הו"ל להיות משיב אבידה, ולרבנן הרי הוא משיב אבידה עד שיתבעה התובע קודם, משא"כ לראב"י ופסק רה"ג בזה כרבנן, ועדיין צ"ע בזה.¹⁵

עד) אמר רב כשטענו קטן - יש לעיין בשו"ט דהש"ס דממנ"פ, אילו ר"ל דהיכא דטענו קטן אין זה טענה אלא דמועיל דלא ליהוי לראב"י משיב אבידה, מאי הקשו ע"ז מהא דאין נשבעין על טענת קטן, ואם ר"ל דהוי טענת הקטן טענה, מאי ס"ד למימר דמייירי דטענו קטן, הרי כיון דטענתו טענה ליכא נפ"מ בין קטן לבין גדול. ועוד צ"ב דא"כ אף אהאי דטענו קטן מצי להקשות דהא טענת אחרים הוא, אלא דבזה י"ל דעדיפא מיני קא פריך. וצ"ל לכאורה דמאן דתי' בטענו קטן היתה כוונתו דאין טענת הקטן טענה לחיוב, ולא מהני אלא דלא ליהוי משיב אבידה, ולעולם נשבע על טענת עצמו, אלא דמאן דפריך הקשה דלעולם בעינן הטענה לחיוב, אשר ממילא קשה ממאי דאין נשבעין על טענת קטן. ולמסקנת הש"ס דבדבריה פליגי, לשיטות הראשונים הסוברים דאכתי מייירי בקטן הבא בטענת אביו יש לעיין אי שוב אמרינן דהמחייב הוא טענת עצמו ולא בעינן טענת הקטן אלא לענין משיב אבידה, או דלמסקנא לא הדרין ממאי דקסבר לעיל מיני' דבאמת לא סגי בטענת עצמו וע"כ דבעינן טענה לעצם החיוב, ולעולם קטן הבא בטענת אביו טענה מעלייתא היא, ועוד נבאר ד"ז לקמן בע"ב.

מ"ב ע"ב

¹⁵ כעת אין כל דברים אלו כרוכים לי, אך נראה פשוט דלמסקנא דמייירי בגדול הבא בטנת אביו, כדמבואר להדיא בכמה ראשונים, לא יקשה כלל, דלענין תביעה דבעינן שתקדים להודאה פשיטא דחשיבא הבא בטענת אביו תביעה, היסבר לא אחינן עלה חלל מצד משיב אבידה, ולדברי ר' האי גאון דמאי דלא מהני קדמה הודאה לתביעה הוא משום דהוי משיב אבידה, י"ל דהא גופא דנחלקו אי הוי משיב אבידה, נחלקו אי הוי הטענה טענה או לא, דהא לדידי' יסוד הטענה דבעינן אינו חלל בכדי דלא ליהוי משיב אבידה. ולא יקשה חלל לפוס ס"ד דהש"ס דמייירי בלא טענה כלל, אשר אף זה אחי שפיר לדברי ר' האי גאון, וכמשי"כ, אלא דהא עדיין יקשה, האיך כתב רב האי גאון דלראב"י ליכא חסרון דקדמה הודאה לתביעה, הרי אף לדידי' למסקנא אין הטעם דחייב חלל משום דלא חשיב בלא בטענת אביו משיב אבידה, אבל בלא תביעה קודמת כלל ולאי דמשיב אבידה הוא, ואף לדידי' בעינן דתקדים הודאה תביעה להודאה, וז"ע.

עה) רש"י ד"ה אלא בדבריה קמפלגי- ולעולם
 בטוענו קטן ומשום דאין טענתו חשובה במקום אחר דכתיב כי יתן איש קרי ל"י הכא טענת עצמו מיהו הכא טענה היא דהא איכא נתינת איש דמכח נתינת האב היא באה והיינו דקאמר פעמים וכי תימא רבנן אמאי פליגי עלי' בדבריה קמפלגי- מבואר מדבריו דלעולם שפיר חשיב טענת קטן הבא בטענת אביו טענה, ולא קרי ל"י טענת עצמו אלא משום דבעלמא היכא דאינו בא בטענת אביו לא חשיב טענה. אכן יעויין בחידושי הרמב"ן שכתב בד"ה ה"ג, וז"ל: וה"פ לעולם בטוענו קטן ודקאמרין אין נשבעין על טענת חש"י הנ"מ בבא מחמת עצמו דרחמנא פטרי' וכו' אבל בא בטענת אביו נשבעין מפני שאינו יכול להעזי פניו בפני בעל חובו מאחר שטוענו ברי והיינו טענת עצמו לפי שטענת קטן אינה כלום אלא מפני שהוא אינו יכול להעזי פניו בפני בעל חובו הוא חייב ולא מחמת טענתו של קטן וכו' ואפ"ה פטרי רבנן וכן פרש"י ז"ל, עכ"ל. ומבואר מדבריו לכאורה דלא כדמשמע מדברי רש"י דידן, אלא דאף למסקנת הגמ' אין טענת קטן הבא בטענת אביו כלום מצד דיני טענה, וכל פעולתו היא דעיי' שאינו מעזי שוב אינו משיב אבידה, אך עיקר מחייב דהשבועה הוא ההודאה והכפירה, ז"א, הדררא דעיי' ההודאה.

ובדברי רש"י אין לומר דה"ט דהוצרך לומר דטענת קטן הבא בטענת אביו למסקנת הש"ס טענה היא הוא שטענת דסבירא ל"י דלעולם הטענה היא מחייבת השבועה, דהא להדיא כתב רש"י לעיל דף ל"ח ע"ב דמחייב שבועת מב"מ היא ההודאה. אלא צ"ל לדעתו דאף דטענת עצמו וההודאה מחייבין את השבועה ולא בעינן לטענת התובע אלא בכדי דלא ליהו משיב אבידה, וכמשי"כ הר"י מגאש, מ"מ לא אמרינן דאינו מעזי אלא א"כ הוי טענת התובע טענה. וטעמא דמילתא, דעד כמה דליכא טענה המחייבת לענות שפיר הוי משיב אבידה, דמעזי להכחישו, ורק היכא דאית על טענתו התובע שם טענה הוא דאינו מעזי. אשר לזה הוא דהוכרח רש"י לומר דלמסקנת הש"ס טענת קטן הבא בטענת אביו טענה היא, דלכך אינו משיב אבידה, וכנ"ל. וזהו באמת כדברי הר"י מגאש דדין טענה דבעינן בשבועת מב"מ הוא בכדי דלא יהא משיב אבידה, דבאמת בעינן לזה דין טענה ואם אך נימא דאין טענת קטן כלום הרי הוא שפיר משיב אבידה. (ולפ"ז לדעת רש"י אפשר לומר דאף כד הקשו בגמ' מהא דאין נשבעין על טענת חש"י הוה ס"ל דמחייב שבועת מב"מ היא ההודאה עם הכפירה, אלא דהקשו דכיון דאין טענתו טענה שוב הוי משיב אבידה דשפיר מעזי, וכנ"ל).

והנה יעויין בדברי התוס' בכתובות דף י"ח ד"ה אלא הכא בדבריה קמפלגי דהקשו על דעת רש"י דלמסקנת סוגיין טענת קטן הבא בטענת אביו טענה היא ב' קושיות, הא', דלדבריו עיקר הפירוש בסוגיין חסר מן הספר, והב', דכמו דממעטינן בב"ק ק"ו ע"ב נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול משום דבעינן נתינה תביעה שוין בגדלות, כמו כן ממעטינן קטן בשעת תביעה וגדול בשעת נתינה, כגון קטן הבא בטענת אביו. ועיי' דפליגי התוס' אדברי רש"י וס"ל דלמסקנא מיירי דווקא בגדול הבא בטענת אביו, וודאי דטענה היא ולא פליגי אלא אי מעזי, אך קטן אף דבא בטענת אביו אין טענתו טענה. ולכאורה יש לעיין בדבריהם האידך שייך למילף קטן הבא בטענת אביו מהך דינא דנתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול דלא מהני, דבשלמא התם הוי חסרון בנתינה דלא נתחייב בדיני שמירה, וחסרון זה הרי קיים אף דתבעו כשהוא גדול, אך בקטן הבא בטענת אביו הרי ליתא לחסרון זה ומהיכי דשפיר לומר דלא מהני.

והנה אף אי נימא דשפיר חל שם שומר עיי' נתינת קטן וכל החסרון הוא דלא חיילי דיני השמירה, מ"מ יש לפרש החסרון שבוה בב' אופנים, ד"ל דהוא חסרון תביעה, זאת אומרת, דעיי' הטענה נעשה חלות דין תביעה אצל הנתבע, או לענין שבועה או לענין ממון וכדומה, ועל ידי טענת קטן אין נעשים דיני תביעה

אצל הנתבע. או יש לפרש דאין החסרון שבוה מצד חלות דין התביעה, אלא בטענה עצמה, דגבי שמירה נתחדש חיוב השבועה מצד דיני השמירה, ומחייב שבועה זאת היא הטענה המונחת בהנתינה, זאת אומרת, דכשנתנו לו הוי כאומר הוי יודע דחפץ שלי מופקד אצלך וחייב אתה או להחזירה או להישבע דמאי דליתנה גבך הוא על דרך כזה שאתה פטור, וטעם פטור הקטן בזה הוא משום דלא חייל על טענתו שם טענה כלל. ועפ"ז נראה בביאור דברי התוס' דהחסרון בטענת קטן הוא בעצם החפצא דהטענה, ושורש הך דינא דבעינן שתהא נתינה ותביעה בגדלות הוא דדין טענה דגבי פקדון התחלתו הוא בשעת הנתינה ונגמרת בשעת התביעה, ויסוד החסרון הוא לא דלא שייך שיחולו דינים בנתבע על ידו, אלא דלא מגיעים לכך משום דאין טענתו טענה כלל. ומדילפינן דאף היכא דהוא גדול בשעת תביעה מ"מ ליכא טענה לחייב כפל משום דטענת נתינה דהקטן אינה טענה כלל משום דקטן לית ל"י טענה, כמו כן ממעטינן היכא דבשעת התביעה הוא קטן, דסו"ס אין טענתו טענה, כ"י לכאורה בביאור דברי התוס', ועד"ז כתב בברכ"ש סי' מ' ע"ש.

אשר לפ"ז תתבאר פלוגתא רש"י ותוס' בדין קטן הבא בטענת אביו כמן חומר, דהנה גדר מה שבא בטענת אביו הוא דודאי הטענה דיל"י היא, אך התביעה והדין החל בנתבע על ידי טענתו היא של אביו. אשר ממילא, לשיטת רש"י כל יסוד מיעוטא דקטן הוא דלא חייל דין תביעה בהנתבע על ידי טענת קטן, אך לעולם גוף הטענה טענה היא, אשר ממילא בבא בטענת אביו דהתביעה היא של אביו, שפיר חייב, וכן הוא לשון רש"י בכתובות ובסוגיין, דהרי הוי טענת נתינת גדול דשפיר מהני. אכן לשיטת התוס' הרי יסוד החסרון הוא בעצם חפצא דהטענה, אשר ממילא אף היכא דבא בטענת אביו מ"מ מה שטוען עכשיו אינו טענה כלל, ודוק.

ודעת הרמב"ם בזה, דקטן הבא בטענת אביו לא מהני, אשר ביאורו לפי ה"ל (אם נימא דס"ל כהר"ף דלא נחלקו ראב"י ורבנן אלא בגדול אבל בכ"ע לכו"ע פטור ופסק כראב"י), דהחסרון הוא בהטענה אשר ממילא שייך ד"ז אף באופן שבא בטענת אביו, ודין זה דאין טענתו טענה לא איכפת לן בה גבי שבועת השומרים, דמדחייב אף בשמא, דלא הוי טענה, מוכח דאין שבועת השומרים שבועת הטענה, וכמשנ"ל לעיל.

והנה יעויין דברי הרמב"ם פ"ה מהל' טו"ט ה"ט שכתב, וז"ל: אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן אחד הבא בטענת עצמו או בטענת אביו לפי שזה המקצת שהודה בו לקטן אינו אלא כמשיב אבידה וכו' אבל אם שמר לקטן וכו' הרי זה נשבע שבועת השומרים לפי שאינו נשבע מחמת הטענה וכו', עכ"ל. ובראב"ד שם כתב, וז"ל: א"א נראין הדברים שנמסר החפץ לידו לשמירה מחיי אביו וכו' שבי"ד משביעין אותו, עכ"ל. ויש לעיין בדבריו, דגבי שומרים פסק דשפיר מהני קטן הבא בטענת אביו, ואילו בשבועת הטענה לא השיג על דברי הרמב"ם ומשמע להדיא דס"ל דאף טענת קטן דבא בטענת אביו לאו טענה היא, וזה צ"ב, דהרי מקור החסרון דטענת קטן הרי הוא ממאי דכתיב בפרשת שומרים, והאידך אמרינן בשומרים גופי' דשפיר מהני קטן הבא בטענת אביו אף דאיכא חסרון דקטן לשיטת הראב"ד גבי שבועת השומרים, ובשבועת הטענה דילפינן מיני' לא מהני, וצ"ע.

והנראה בביאור דברי הראב"ד, דהנה כבר בארנו לעיל דלשיטת הראב"ד דבנתינת קטן דאין נעשה פקדון כלל, ע"כ דאף מדין שבועה נתמעט, אשר פירושו כתבנו לעיל דע"כ דהמיעוט דקטן הוא בחלות דינים על ידי טענתו ולא בגוף החפצא דהטענה. והנה נראה דחלוקה היא יסוד תביעת פקדון מיסוד תביעת מלוה, דתביעת פקדון נעשה בעיקרו בשעת הנתינה, דחייל עלי' שם ודין שומר על האי פקדון עם כל דיני השמירה, וכשתבע אח"כ אין זה אלא טענה דאיתא להתביעה הקודמת, ז"א, דיש מכבר עליו דיני שומר

המחייבין אותו להחזירו. לא כן גבי מלוה, הרי גוף המלוה להוצאה ניתנה, ולא חיילי עלי שום דינים, אלא יסוד תביעת המלוה הוא דממונו גבך אשר מפאת זה מחייבין ל' לשלם, ותביעה זאת פשיטא דנעשית על ידי ובשעת הטענה בב"ד בשעת תביעה. ומעתה יתבאר היטב דברי הראב"ד, דיסוד החסרון הנלמד מנתינת קטן דאניה כלום הוא דאין הקטן פועל שום דינים בהנתבע, ומעתה, גבי פקדון הרי הדינים נעשים על ידי ובשעת הנתינה, אשר ממילא בקטן הבא בטענת אביו שפיר מחייבין ל', דהא בחפצא דהטענה לעולם ליכא חסרון והתביעה הרי הויה תביעת נתינת גדול. אכן כל זה דווקא לגבי פקדון, אך לגבי שבועת הטענה (או אפי' טענת כפירה כמלוה גבי פקדון, עיי' תוס' ב"ק ק"ז) הרי עיקר התביעה נעשית בשעת התביעה בב"ד, ואין הנתינה אלא כמין היכי תימצא לתביעה זאת, אך תביעת ממוני גבך עושה דינים על הלוח רק בשעת התביעה, אשר ממילא שפיר אית בזה חסרון דטענת קטן, דלעולם אין טענת קטן פועלת דינים וחובין בהנתבע, ושוב לא מהניא אפי' קטן הבא בטענת אביו, ודוק.

עו) אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו- עיי' בראשונים פירוש שאלת רבה מפני מה אמרה תורה וכו' דר"ל דיהא מודה במקצת נאמן בלא שבועה במיגו דאי בעי היה כופר הכל, וע"ז בא התירוף דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, פ"י, דהוי מיגו דהעזה. ויעיין בר"ן שהקשה דהא אמרינן מיגו בכה"ג בב"ב ל"ו גבי הני עיזי דאכלי חושלא בנהרדעא, דאמרינן דיכול לטעון עד דמיהן במיגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי, אע"ג דהוי מיגו דהעזה. ות"י הר"ן, וז"ל: י"ל דודאי מיגו כי האי גוונא גרוע הוא ולא אליס לאפטורי משבועה וכו', הילכך כי אמרינן בהנהו עיי' דנאמן נאמן בשבועה קאמרינן, עכ"ל. ובקצוה"ח סי' פ"ב סק"ד הקשה "לפי מש"כ הרא"ש על הרמב"ם שסבור דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה וטען הרא"ש מ"ש שבועה מממון דהא גם שבועה אתי לכלל ממון וכו' וא"כ ה"נ לענין מיגו דהעזה למה נחלק בין ממון לשבועה הא גם שבועה אתי לכלל ממון", עיי' מה שהאריך בזה.

ולכאורה י"ל בזה דשאני הכא, דיסוד דברי הרא"ש גבי מיגו לאפטורי משבועה הוא דכיון דסו"ס אין השבועה אלא בטו"נ דממון, אם על הממון מהני מיגו, אמאי לא יחייב לענין שבועה, כלומר, אם אך אמרינן דמהני ראיה דמיגו לאפטורי מממון הרי סגי לעצם הנידון, דהוא הממון, ואמאי אינו מועיל אף לפטור משבועה. אכן גבי מיגו דהעזה, גדר המיגו הוא דכח הנאמנות דהמיגו שפיר איכא כיון שהיה יכול לטעון הטענה האחרת, אך הראיה דהמיגו ליכא, כיון דבפשטות לא היה מעיז לטעון כן. והנה לגבי ממון שפיר מהני כח הטענה דמיגו, דהוי שפיר טוען ונטען, אכן היכא דמחוייב שבועה, הרי יסודו הוא דבעינן בירור, ועל זה פשיטא דבעינן לראיה דהמיגו, דעכשיו הרי בירור הוא דבעינן, ולענין זה חסר בעצם המיגו, משא"כ גבי מיגו לאפטורי משבועה דלא חסר כלל בראיה דהמיגו אלא דלאנו לומר דלא סגי בראיה דמיגו לפטור משבועה, בזה שפיר טען הרא"ש דאם אך סגי בראיה זו לענין הממון אמאי לא מהני לגבי השבועה הבאה לכלל ממון.

עז) אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו- עיי' תוס' הרא"ש שהקשה ממאי דאמרו לעיל דנגד הך חזקה דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו איכא חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו, ות"י בשם הר"ר אליהו מלונדרש "דאין אלו החזקות מכחישות זו את זו כי התובע יש לו כי זה הודה במקצת והנתבע אינו מעיז לכפור הכל". וביאור דבריו, דנהי דאין אדם תובע אא"כ יש לו, אבל לא אמרינן, למשל, דאין אדם תובע מאה אא"כ יש לו מאה, וכיון דעכ"פ יש לו חמשים, הרי הוא שפיר תובע מאה, אשר ממילא, כיון דהא מודה הלוח דאית ל' נ', ליתא לחזקה זו דאין אדם תובע אא"כ יש לו, ושפיר איתא לחזקה דאין אדם מעיז וכו' בלא חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו.

עח) הכא דקאמר ברי לי- עיי' חידושי הריטב"א מה שהביא בשם הראב"ד (והוא בהשגותיו על הרי"ף), ומאי דפליג עלי'. ולדעת הראב"ד מאי דלרבנן בבנו מעיז אינו אלא משום דאין הקטן טוען על פי עצמו אלא על פי מה שאמר לו אביו, אבל היכא דטוען על פי מה שראה, כגון שראה ההלואה או שראה הודאת המלוה, בזה אף לרבנן אינו מעיז. ואילו לדעת הריטב"א מאי דבבנו מעיז הוא מצד גופא דעובדא דהטוען הוא בא בטענת חוב של אביו ולא חוב שלו.

עט) תוד"ה ולא תשלומי ד' וה'- לא אצטרך אלא משום הקדשות וכו'- עיי' פ"י ר"ח דמבואר דאף לענין עבדים שטרות וקרקעות ולפינן בסוגיין דאין בד' וה', ובר"י מגאש כתב דדברי הר"ח אגב שטפה נאמרו, עיי' בדבריו. אך יעויין שם בהגהות הגרמשי"ש שליט"א שביאר דברי הר"ח בטוב טעם ודעת עיי' דברי הרמב"ם פ"א מהל' גניבה ה"ו ודבריו במורה נבוכים, עיי' ודוק.

פ) תוד"ה שומר חנם אין נשבע- עיי' דברי התוס' שכתבו דשומר חנם פטור מפשיעה, וכתבו בהמשך דבריהם, וז"ל: ונראה דשומר שכן נמי פטור מפשיעה כדמוכח בפרק החובל וכו', עכ"ל. ויש לעיין בדבריהם דאמאי הוה ס"ד דש"ש יתחייב בפשיעה אף דנלמד מקרא דש"ח פטור, דממנ"פ אי נתמעט דין חיוב פשיעה מהך כלל פרט וכלל לענין ש"ח, שוב יפטר אף ש"ש מהאי טעמא. ויעויין בדברי הרשב"א בסוגיין דמדוייק מדבריו דלמעשה כן הוא הדבר דש"ח פטור מפשיעה וש"ש חייב, דדווקא מגניבה ואבידה הוא דפטרוהו¹⁶, וכבר הביא דבריו בחידושי הר"ן והקשה עליהם כנ"ל. וכדברי הרשב"א, כן דייק בשו"ת מהרי"ק שורש ו' מדברי הסמ"ג, ודבריהם צ"ב. וכן דקדק השואל בשו"ת בשמים ראש סי' קפ"ה מדברי הסמ"ק, עיי'.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות ה"ג, וז"ל: יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין הגניבה והאבידה והמיתתה וכיוצא בזה שאם היה שומר חנם על המטלטלין ונגנבו או אבדו ישבע ובעבדים וקרקעות פטור מן השבועה וכו' אבל אם פשע חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין וכו', עכ"ל. הרי דפליג הרמב"ם אדברי התוס' וס"ל דלעולם אף ש"ח חייב בפשיעה, דפשיעה מדין מזיק. ועיי' השגת הראב"ד, שכתב, וז"ל: א"א ואם אמת הוא זה שומר חנם למה אינו נשבע על טענתו שלא פשע שהרי אם פשע משלם ואם נפסד לומר הלא מודה במקצת שאם יודה משלם ואעפ"כ אינו נשבע הרי אמרה תורה כלל ופרט בש"ח וכלל ופרט בש"ש מה ש"ש מיעט את אלו מעיקר התשלומין ולא מן השבועה לבדה אף ש"ח שמיטת את אלו מעיקר התשלומין מיעטן ולא מן השבועה לבדה ואין פושע מזיק שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור אלא שאין פושע דומה למזיק, עכ"ל. והנה ביאור קושיותי הא' עיי' חידושי הגרע"א ב"מ נ"ז וקצוה"ח סי' ס"ו סקמ"ו שכתבו דהראב"ד בזה לשיטתו דלא נתמעטו עבדים שטרות וקרקעות משבועה שאינה ברשותו, אשר ממילא הקשה דאם אך משלם עבד הפשיעה, יהיה מאיזה סיבה שיהיה, הרי שוב יתחייב שבועה שלא פשע מדין גלגול שבועה (ובפרט למאי דמבואר דר"מ ובמ"מ פ"ד מהל' שאלה ופקדון ה"א דעיקר השבועה היא שבועה שאינה ברשותו, ושאר שבועות מדין גלגול הם, עיי' שו"ת). ומוכח לכאורה דכן היא הקושי, דאל"ה יקשה דהרי השבועה מדין שומרים היא אשר זה שפיר נתמעט, ומאי דמשלם הרי כתב הרמב"ם להדיא דמדין מזיק הוא, ומאי קשיא ל' להראב"ד, אלא ע"כ כנ"ל דמדין גלגול שבועה הוא דקשי' ל', עיי' ברכ"ש ב"מ סי' מ"ז והמשך קושיות הראב"ד ביאר בקצוה"ח שם דאם

¹⁶ וז"ל לכאורה דהא הוא עצמו הביא מסוגי' להחולל להוכיח דפטור מפשיעה, והתם הרי הו' שומר שכן לר"ב יוסף, וכמש"כ התוס', עיי' מה שכתבנו לקמן.

נפשו לומר דהוי כמו מב"מ דחייב לשלם ומ"מ פטור מן השבועה, ע"כ נצטרך לומר דאף שבועה דאינה ברשותו נתמעט, אף דמסברא הוה מחייבין לה בלא שום גז"כ (דהוה באמת סברת הרשב"א דחייב בשבועה זאת, ע"י דבריו פ"ה טו"נ ה"ו), וא"כ מהך כלל ופרט ע"כ דנתמעט גם חיובא דפשיעה אף דמסברא הוה מחייבין לה. ושוב הקשה על יסוד דברי הרמב"ם דפשיעה מדין מזיק ממאי דפטור פשיעה בבעלים, ומזיק הרי פשיטא דחייב אף בבעלים. והנה הרמב"ם הרי ס"ל דפטור אף משבועה שאינה ברשותו, ע"י דבריו פ"ה טו"נ ה"ו, ומאי דלא נתמעט חיובא דפשיעה היינו משום דפשיעה מדין מזיק, אלא דצ"ב משה"ק הרשב"א מדין פשיעה בבעלים.

והנראה פשוט בדעת הרמב"ם, דאף דפשיעה מדין מזיק, ודאי דלאו כללא הוא בכל אדם, אלא דווקא בשומר הוא דנאמר כן, והיינו טעמא, דודאי בעלמא לא הוי אלא גרמא, אך בשומר שמוטל עליו לשמור החפץ, מעצם התחייבות השמירה יוצא דפשיעה בשמירתו מזיק הוא, ואין זה מהדינים שנתחדשו בפרשת שומרים, אלא סברא היא דאם אף חייל עלי שם ודין שומר ורמאי עלי חיוב שמירה, פשיעה בשמירה מזיק הוא. והנה מאי דנתמעטו עבדים שטרות וקרקעות, כתב הרמב"ם להדיא בריש פ"ב דשכירות דהוה משלשת הדינים האמורים בתורה בג' השומרים, ומשמע דלעולם שפיר הוי שומר, רק דנתמעט מדינים אלה. אשר לפ"ז מבוארים דבריו, דאף דנתמעט ש"ח מדין חיוב שבועה דהוה מדין שומרים, מ"מ כיון דשומר מיהא הוי שפיר הוה פשיעתו מזיק, וחיובא דמזיק לאו מדין שומרים הוה, ואינו בכלל המיעוט. ועפ"ז יש ליישב קושיית הרשב"א מדין פשיעה בבעלים, דמאי דפטור בבעלי עמו היינו משום גריעותא בעצם הדין שמירה, אשר ממילא שוב אין על פשיעתו דין מזיק והוי ככל פושע שאינו אלא גרמא בעלמא. שו"ר שכ"כ בברכ"ש ב"מ סי' מ"ז בשם הגר"ח, ברוך שזכיתי לכוון לדעתם הנשגבה.

ועי"פ יסוד זה יש ליישב לכאורה ראיית הראשונים מסוגי דסוף החובל, דהתם הרי יסוד הפטור הוא מדין לשמור ולא לחלק לעניים, וכבר ביארנו בלבנות המנחה מצוה נ"ז בדעת הרמב"ם דיסוד הך לימוד הוא דכיון דאינו משתמר עבור המפקיד שוב לא חייל עלי שם ודין שומר כלפי המפקיד, ולעניים דמינטר לה עבורם אינו מתחייב, דהוי ממון שאין לו תובעים, ע"ש שהארכנו בזה. אשר לפ"ז י"ל דאין סוגי דהתם שייך לדברי הרמב"ם כלל, דהתם הרי המיעוט הוא בעצם הדין שמירה, אשר בזה ודאי דיפטור אף מפשיעה, דהוה אינו מזיק, וכנ"ל, ואינו דומה למיעוטא דקרקעות וכו' דלא נתמעטו אלא מהדינים שנתחדשו בפרשת שומרים ולא מעצם השם שומר, ודוק.¹⁷

והנה יסוד זה בביאור דברי הרמב"ם הארכנו בו בלבנות המנחה מצוה נ"ז, ע"ש שכתבנו ליישב עפ"ז קושיית הקצוה"ח בס"י רצ"א סק"ה, האין יתחייב להרמב"ם בפשיעה בשטרות, הרי ס"ל להרמב"ם דאינו מתחייב בשמירה אלא במשיכה או בקנין אחר, ואותיות אינן נקנות אלא בכתיבה ומסירה, מה דלא שייך דבר זה גבי שומר. ועי"פ דבריו י"ל, דהנה מדקדוק לשונו של הרמב"ם בפיה"מ במרובה מדויק דמאי דס"ל להרמב"ם דבעינן משיכה אינו אלא לחייב דיני חיובי שמירה שנתחדשו בפרשת שומרים, אך עצם הדין ושם שומר שפיר חל אף לשיטתו בלא משיכה. אשר ממילא אתי שפיר היטב, דחיוב מזיק דפשיעה אינו תלוי דיני חיובי פרשת שומרים אלא בעצם השם וחיוב שמירה, אשר זה שפיר איתא אך בלא קנין, ודוק.

והנה יעויין בקצוה"ח סי' ס"ו סקמ"ד שהביא דברי הרשב"א בתשובותיו דלא נתמעטו שטרות וכו'.

משבועה שלא שלחתי בו יד (ובסוגיין משמע דלא בירא לי' להרשב"א ד"ז, דהביא מדברי בעלי התוס' דפטור מכל ג' השבועות וכתב דצריך לו עיון, אך עכ"פ מבואר מדבריו דשייך גבי שטרות שבועה שלא שלחתי בו יד). ותמה בקצוה"ח דהא שליחות יד מדין גניבה הוא וגניבה הרי לא שייך בשטרות. וצ"ל בזה, וכן צידד הקצוה"ח עצמו, דשליחות יד, אף דקרינן לה גניבה, מ"מ אינו מדין גניבה דכל התורה, אלא דין ופרשה דגניבה מחודשת היא שנתחדשה בשומר, דשומר בכה"ג הוי גנב, ויתכן דמדין גניבה זו לא נתמעטו עבדים שטרות וקרקעות, דכיון דסו"ס אף לאחר המיעוט דין ושם שומר עליו, שפיר אית לי' עדיין חיובא דשליחות יד. עכ"פ יוצא מזה דס"ל להרשב"א כיסוד דברי הרמב"ם דלא נתמעטו הני דברים מעצם הדין שומר בהם, וכנ"ל.

ומעתה נבוא לביאור דברי הרשב"א והסמ"ג דאף דשי"ח פטור בפשיעה, ש"ש חייב, דהנה דא מוכחא, דלדבריהם שאני חיוב הש"ח בפשיעה מחיוב הש"ש בפשיעה. ונראה בגדר הדברים, דגבי שומר חנם מאי דמתחייב בפשיעה אינו מדין מזיק, דפחותה חיוב שמירתו מחיוב שמירה דש"ש, דבאמת הרי בחנם הוא, אשר בזה אין פשיעתו בחיוב שמירה מחשיבהו מזיק, ואין כל חיובו אלא מדין חיוב התחדש בפרשת שומרים, אשר מזה ודאי דנתמעטו עבדים שטרות וקרקעות. אכן ש"ש המקבל שכר לשמור ודאי דחיוב שמירתו יתירה על חיוב שמירה דש"ש, ובדידי שפיר אמרינן דכל החיוב מדין חיובי פרשת שומרים אינו אלא בגניבה ואבידה, אך לחייבו בפשיעה לא בעינן לזה, דפשיעה בחיוב שמירה כזאת שפיר חשיבא מזיק, אשר ממילא איתא לד"ז אף בעבדים שטרות וקרקעות. ומסברא זאת הוא דבאו התוס' להוציא מסוגי דהחובל.

והנה לדעת הרשב"א דש"ש שפיר חייב בפשיעה צ"ל לכאורה דיפרש סוגי דהחובל כמש"כ בדעת הרמב"ם, דהתם חסר בעצם השמירה, דהא התם בש"ש מיירי, וכמש"כ התוס'. ויעויין במאירי בסוגיין שכתב דמהתם ליכא ראיא משום דהתם היינו טעמא דהוי ממון שאין לו תובעים. ודבריו צ"ב קצת, דהא מפתא קרא דלשמור הוא דאתינן עלה, ואילו ממון שאין לו תובעים סברא היא, ע"י מה שכתבנו בזה בלבנות המנחה מצוה נ"ז. ופשטות כונתו דמקרא נתמעט דלא חשוב שומר של מי שהפקידו אצלו כיון שהוא לצורך העניים, ומצד העניים פשוט דהוי ממון שאין לו תובעים. ואיך שלא יהיה, ע"י רשב"א בתחילת דבריו שה"ר דש"ח פטור אף מן הפשיעה מסוגי הנ"ל בהחובל, וזה ודאי דצ"ב, דמדבריו הרי מבואר דשפיר יש להביא ראיא מהתם, וא"כ איך פ"י דש"ש חייב בפשיעה, הרי התם הוי ש"ש מצד פרוטה דרב יוסף. וצ"ל לפירוש הרשב"א דלעולם לא הוי התם אלא שומר חנם, וממאי דרב יוסף שלח המעות אין ראיא דסברו כוותי, ולעולם אין מוכח מהתם אלא דש"ח פטור מפשיעה ותו לא. וכ"כ השואל בשו"ת בשמים ראש סי' קפ"ה, ע"ש.

והנה מבואר מזה דלדעת הרשב"א בעצם שפיר יש להשוות החסרון דלשמור ולא לחלק לעניים למיעוט דקרקעות, ודלא כמש"כ לעיל בדעת הרמב"ם. ויתכן דהרשב"א לשיטתו בב"ק הוכרח לפרש דלא הוי אלא ש"ח, דיעו"ש בלבנות המנחה שכתבנו בדעת הרשב"א דס"ל דמיעוטא דלשמור ולא לחלק לעניים מיעוט הוא בחפצא דמעות הנשמרים לעניים שאין נשבעין עליהם, אשר לפ"ז שפיר הוי כמו מיעוטא דקרקע ולהכי כמו דפטור התם מן הפשיעה כן פטור בקרקע, ודוק.

פא) עשר גפנים טעונות מסרתי לך וכו' - הקשה ברשב"א (ובשאר הראשונים) האין חייב שבועה בזה לר"מ הרי הוי הילך וק"ל דהילך פטור. ע"ש שהביא בשם מקצת מרבתי דמייירי כשבצרן דלאו הילך הוא, והקשה עליהם דא"כ הרי אף אי עומד לבצור לאו כבצור דמי מ"מ הרי עכשיו הוי שפיר מטלטלין כיון שבצרן, וצידד דלשיטת הרמב"ם פ"ה מהל' טו"נ ה"ב

¹⁷ ועי' שו"ת נשמים ראש סי' קפ"ה להרמב"ם יפרש הך סוגי' דהחובל דלעולם לא פשע פשיעה גמורה אלא שנגנבו, כלאמר התם אהו גנבי.

גבי החופר בשדה חברו, דחשיב שבועה על הקרקע אף דאינו מתחייב אלא ממון, אתי שפיר אף הכא, דהא יסוד טענתו הוא שנתן לו גפנים טעונות, ולהכי שפיר תליא במח' דרי"מ ורבנן. וע"ש עוד דהביא שיטת הראב"ד דפליג וס"ל דדווקא היכא דתבע למלאות החפירות הוא דחשיב שבועה על הקרקע, אבל אם תבעו לשלם דמי ההיזק אינו אלא מטלטלין. ולדידי' אכתי קשיא סוגיין, וכתבו הראשונים ליישב דמיידי דה' דהכפירה אכתי טעונים נינהו ודווקא ה' דההודאה הוא שבצור, וכמו שפירש הרשב"א גם לשיטת עצמו.

והנה הרשב"א פליג על סברת הראב"ד וס"ל דאין לחלק בין תבעו למלא חפירות לתבע דמי ההיזק, דאין שלא יהיה הרי אין המזיק חייב לשלם אלא ממון והוא מטלטלין. ותו כתב, וז"ל: ומסתברא לי שגם דברי הר"ם אינם נכונים במקום זה וכמו שכתבתי דתשלומי נזקי קרקע לאו נינהו כקרקע דעכשיו מטלטלי נינהו וכו', עכ"ל.

והנה בפשטות היה אפשר לבאר פלוגתת הראשונים, דהרמב"ם ס"ל דמיעוט קרקע הוא בהטענה, דטענה וכפירה דקרקע אין מחייבין שבועה, ובחצר בורות הרי הטענה היא חפירת הבורות. והראב"ד ס"ל דאין המיעוט בטענה דקרקע אלא בתביעה דקרקע, וגבי חפירת בורות מאי דהיזק על ידי החפירה אינו מה שתובע, אלא תביעתו ממון הוא ואינו קרקע אלא"כ תבע ל"י למלאות החפירות. והרשב"א לא ס"ל הכי (וכן פ"י באמת הר"ן לעיל בפירקין) אלא דאינו לא דין בהטענה ולא דין בהתביעה, אלא דכפירה שהיא למעשה קרקע אין נשבע עליו, וכן הודאה שהיא למעשה מחייבתו בקרקע אינה מחייבת שבועה.

אמנם נראה דיש לבאר דברי הרמב"ם, באופן אחר, דאף לדידי' דין הוא בתביעת קרקע. ומחלף הדברים, דהנה קושיית הראב"ד על דברי הרמב"ם מחבלה דנשבעין אף דאדם הוקש לקרקעות, יישב הרשב"א ע"פ מאי דס"ל להתוס' ועוד ראשונים דבן חורין לא הוקש לקרקעות. אכן יעויין בחידושי רבנו חיים הלוי שתי' באופן אחר, והוא, דיסוד סברת הרמב"ם דחשיבא חפירת בורות כשבועה על הקרקע הוא דתשלומי נזק יסודן דהויין חליפי הקרקע שהיזקו ונזק הקרקע הוא עיקר חיובו, אשר ממילא, אף דלמעשה מה שתובע ממון הוא ולא קרקע, מ"מ תביעת תשלומי נזק הוא תביעת הנזק וממילא דינו כקרקע. לא כן בחבלה, דאינו כמו כל תשלומי נזק, דהא מחייב הרמב"ם נזק אף היכא דלא אפחת' מכספיי, אלא תשלומי חבלה תחילת חיובו הוא התשלומין, וכיון דמטלטלין נינהו אין בזה משום שבועה על הקרקעות, ע"ש כל דבריו. (ועי' גליונות החזו"א מה שהשיג על דבריו)

שו"ר במח"א הלכות נזקי ממון סי' א' (ובהגהותיו על הרמב"ם פ"ה מהל' טו"ח ה"ב) שכתב לבאר פלוגתת הרמב"ם והראב"ד עדי"ז (ע"פ דברי הרמב"ם פ"ג שכירות), והוא, דהרמב"ם ס"ל דיסוד דין תשלומי נזיקין הוא הוא להשלים ההיזק, ואף שיכול לתת לו במקום זה דמים, מ"מ יסוד התביעה הוא השלמת הנזק, אשר הוא שפיר קרקע, (ודלא כבגזילה, ע"ש במח"א וברש"י פסחים ל"ב ע"א), ואילו הראב"ד ס"ל דמשעה שהיזק נתחייב בדמי נזקו, אשר ממילא אם אך אינו תובעו למלא החפירות, שפיר חשיבא יסוד תביעתו תביעת מטלטלין, והוא כמו שנתבאר לעיל.

פב) תוד"ה על כל דבר פשע כלל - וי"ל דאיצטריך להיכא דנתחייב לו שבועה על ידי גלגול - וכ"כ בב"ק ס"ב ע"ב. ומבואר מדבריהם דלחיובא דטוען טענת גנב לא בעינן דווקא שבועת השומרין, ע"י מה שהארכנו בזה ריש פרק מרובה.

פג) תוד"ה על כל דבר פשע כלל - וי"ל דהתם ארעהו סמך ועיקר קרא לא אתא אלא לדרוש וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב - ע"י דברי הרמב"ם פ"ג גניבה ה"א-ב, דדריש פטור בגונב נכסי הקדש מקרא דרעהו, ואילו קדשים בין חייב באחריותו בין שאינו חייב באחריותו דריש מדרשה דביתו, ודלא כדברי

התוס' בסוגיין ובב"ק דף ס"ג ע"א שכתבו דלעולם אינה אלא חדא דרשה, דרשה דרעהו. וביאר הגר"ח יסוד ב' הדינים, דמיעוטא דרעהו אינו אלא פטור בתשלומין, דאף דודאי חשיב שפיר ממון הקדש ככל קדושת בדק הבית, מ"מ כיון שהגנב הוא הקדש חל פטור בתשלומין. אכן בקדשי מזבח דיסודם מדין קדושה דחל על הקרבן, אכתי חשיב של בעלים אלא דהרי הם הקדש, והיה הנידון בזה שיתחייב לבעלים, אשר על זה נתחדש דלא חשיב מעשה גניבה המחייבת אלא היכא דהוי דומיא דביתו, ולא היכא דהוי בבית הקדש, וחשיב שפיר בבית הקדש מצד הקדושה שחל בו, ומיעוט זה מיעוט הוא בעיקר מעשה הגניבה.

ועי' קוב"ש פרק מרובה אות מ"א שהביא ראייה דבגונב מן הגנב איכא שפיר חיוב קרן, ודלא כדברי הקצוה"ח בס"י ל"ד, ממאי דכתב הרמב"ם בפ"ג גניבה הי"ג דהגונב מהקדש ואין לו לשלם דאינו נמכר לעבד וכשיהיה לו ישלם, הרי דאין הפטור דהקדש אלא מכפל ולא מקרן, ומהך קרא הוא דילפינן נמי לפטור גונב מן הגנב, וכיון דפטורים הנלמדים מהך קרא אינן אלא לענין כפל, ה"ה בגונב מן הגנב. ועפ"מ שני' משמ' דהגר"ח דחלוקין הן ב' מיעוטים אלו בעיקרן ויסודן, אתי שפיר היטב, דבדין זה דחייב לשלם הקרן הרי כלל הרמב"ם נמי גוי, והיינו משום דמיידי במיעוטא דרעהו, אשר יסודו דהוי שפיר מעשה גניבה רק דהוי פטור תשלומין, וכיון דהוי שפיר מעשה גניבה אמרינן דלא נתמעט אלא מדין כפל ולא מחיוב הקרן. אכן מיעוטא דמביתו ולא מבית הגנב הרי הוי מיעוט בעצם מעשה הגניבה דאינו מעשה גניבה, וכמשנ"ת, אשר בזה שפיר אמרינן דכיון דלא הוי מעשה גניבה כלל ליכא בזה חיוב קרן. ע"י מה שכתבנו בזה ריש פרק מרובה.

והנה מאי דאינו משלם ד' וה' מבואר בסוגיין דהיינו משום דד' וה' ולא ג' וד', ואילו גבי גונב מן הגנב מבואר בדברי רבינו יהונתן הכהן מלוניל במתני' דריש מרובה דהוא מצד עצם הדרשה דהתם דוגונב מבית האיש, ולא בעינן להך טעמא דד' וה' ולא ג' וד', וכן משמע מדברי הרמב"ם שם בפיה"מ דאינו משום ד' וה' ולא ג' וד', דלא הביא טעם זה דד' וה' וכו' אלא אח"כ ולא בהך דינא דגונב מן הגנב אינו חייב ד' וה' (ובתוס' חדשים שם על המשניות כתב באמת דהטעם הוא משום ד' וה' ולא ג' וד', ע"ש). ועפ"מ שני' בשם הגר"ח הדברים מבוארים היטב, דמדן רעהו לא ילפינן דלא הוי מעשה גניבה, אלא דלענין חיוב תשלומין ליכא חיוב כיון דלא הוי "רעהו", וזה שפיר יתכן דאינו אלא לענין כפל ואכתי היה שייך שיהיה בזה חיוב ד' וה' כיון דגניבה וטביחת גניבה שפיר הויא, וע"ז בא הטעם דד' וה' ולא ג' וד' דליכא חיובא בכה"ג. אכן גבי הגונב מן הגנב דנלמד מקרא דוגונב מבית האיש, יסוד הלימוד בזה הרי הוא דלא חשיב מעשה גניבה כלל, וכיון דלא הוי מעשה גניבה פשיטא דלית בזה חיוב אטביחה ומכירה, דלא בא החיוב אלא על טביחת או מכירת גניבה, ועד"ז ביאר מו"ר זצ"ל.

מ"ג ע"א

פד) רש"י ד"ה אינו משלם - גניבה ואבידה הכתובה בו ליחייב דכתיב אם גנב יגנב עמו - מדויק מדבריו דש"ש חייב בפשיעה, דרק מגו"א הכתובים בו הוא שפירושו, וכן משמע מדבריו לעיל גבי שומר חנם דאינו פטור אלא משבועה, והוא כמו שמבואר מדברי רש"י בב"מ נ"ו ע"א דלא פטור שומר חנם אלא משבועה, ע"ש ד"ה אינו נשבע, אבל משום פשיעה לעולם חייב.

פה) תוד"ה כבצורות דמיין - ע"י כל דברי התוס'. והנה מאי דכתבו התוס' בריש דבריהם דלכו"ע במלאכת שבת לאו כבצורות דמיין כדמוכח מקצירת סממנין, הסברא בזה פשוטה לכאורה, דאף דהויין כבצורות, מ"מ הרי למעשה אכתי מחוברין הן, ואם קצורן הרי מפסיק חיבורן ויניקתן, אשר זהו יסוד

מלאכת קוצר. ומאי דכתבו דגבי בע"ח לכו"ע כבצורות דמיין, טעמא דהך מילתא כתבו התוס' להדיא בסנהדרין ט"ו ע"א דהיינו משום דלא סמכא דעת' דהבע"ח, כיון שברצונם יכולים היורשים או הלוקח לקצרן.

ומאי דלא ס"ל להר"ח כן אלא הוכיח מסוגי' דב"ק דק"ל כר"מ, וס"ל דלרבנן אף בבע"ח נחלקו, היינו משום דס"ל דיסוד מאי דלאו כבצורות הוא דבטלו להקרקע ואינן מהווין שם ודבר בפני עצמן אלא הויין חלק מן הקרקע אף דעומדים ליבצר, וכיון דע"כ בטלים להקרקע, הרי הן בכלל שעבודו של הקרקע ולא שייך בזה לומר דלא סמכא דעת'. והתוס' שכתבו דבע"ח שאני היינו משום דס"ל דיסוד מאי דלאו כבצורות הויין אין פירושו דבטל להקרקע והוי חלק ממנו, אלא פירושו דאף דהויין הפירות דבר בפני עצמן, מ"מ כיון דמחוברין לקרקע חייל עליהו דין קרקע. אשר בזה שפיר כתבו התוס' דכיון דהויין דבר בפני עצמו, אף דדין קרקע עליו מ"מ לא חייל עליו שעבודא כיון דלא סמכא דעת'.

ומאי דהוכיח הר"ח מהא דק"ל כר"ש דאכל פירות גמורין משלם פירות גמורין, י"ל בשיטת התוס' דליכא ראייה מהתם, ודינא דהתם שפיר שייכא אפילו לדברי חכמים, דמאי דנישומין אגב קרקע מדרשה דובר בשדה אחר, לכאורה פירושו דעד כמה דנחשבין הפירות חלק מן הקרקע משערין אכילתן כהיזק להקרקע, אך בפירות גמורין, שפיר חייל עליהו שם ודין פרי בפני עצמן, וזה לכו"ע, דמאי דס"ל לרבנן דלאו כבצורין דמיין אין פירושו אלא דאין דין כתלושין ועד כמה שמחוברין הן חייל עליהו דין קרקע, אך באשר להיזק, הרי הוי היזק לפרי ולא היזק לגוף הקרקע, וממילא משלם פירות גמורין. והר"ח דהביא ראייה מהתם ותלה דינא דר"ש דמשלם פירות גמורין בשיטת ר"מ דכבצורות דמיין, היינו לשיטתו דיסוד מאי דהויין קרקע הוא דבטלים להקרקע, אשר בזה ודאי דחשיבא אכילתן כהיזק להקרקע, וע"כ דר"ש ס"ל כר"מ.

פז) ורבנן סבירי לא כבצורות דמיין - עי' ר"י מגאש שכתב דבכל מקום אף לרבנן כבצורות דמיין כיון דהוי אדעתא דלמיתלשניהו, ורק גבי שומרים דנתן לו לשמור ולא למיתלש הוא דסבירי דלאו כבצורות דמיין. וגוף סברת רבנן בזה פשיטא לכאורה, דכיון דלאו אדעתא שיקצור מסר לו נמצא דאין עומדות לבצור ולכך לאו כבצורות דמיין, וסברת ר"מ דתתבאר לקמן, בעזה"ש. והנה התוס' ושאר הראשונים שלא חילקו בזה, היינו לכאורה משום דס"ל דאין הך שאלה אי כבצורות דמיין תלוי כלל בדעת האדם בפרט, אלא יסוד השאלה היא מצד הפירות עצמן, דאי סבירא לן דכבצורות דמיין, פירושו, דכיון דהפרי מצד עצמו ראוי וצריך ליבצר, מעתה חזינן לה כתלושה, ובה ליכא נפ"מ כלל מאי דעתו של מפקיד זה, אשר ממילא מוכח ממאי דס"ל לרבנן הכא דלאו כבצורות דמיין, דאף לשאר ענינים אינן כבצורות, וכיון דמחוברין הן הרי הן כקרקע, או כפירות התוס' או כפירות הר"ח. וצ"ב במאי פליגי הר"י מגאש ושאר הראשונים בזה.

והנה מאי דאמרין דר"מ כבצורות דמיין יש לפרשו בשני אופנים, ד"ל דהוי סברא בעצם הפירות, וכנ"ל בדעת התוס', דפירות הראויין ועומדים מצד עצמן להבצר נחשבין כבר כתלושין אף דאכתי מחוברין במציאות, ורבנן פליגי בזה. אכן י"ל באופן אחר, דלעולם מצד הפרי עצמו ודאי דאכתי הוה חשבינן ל' כמחובר, אלא יסוד סברת ר"מ דכבצורות דמיין היא דכיון דעומדין ליבצר הוי כאילו בצרן כבר, וכעין כל העומד לשרוף כשרוף דמי. ובה מסתברא דדברי הר"י מגאש, דס"ל לרבנן דכיון דמסר לו לשמור הקרקע ולא לבצור, אין לומר דהוי כאילו בצרן כבר, משא"כ בשאר מילי דקיימי לבצירה.

וסברת ר"מ דפליג ארבנן וס"ל דאף גבי שומרים כבצורות דמי, לא מסתברא דפליג ביסוד ההבנה דכבצורות דמיין וס"ל ע"ד שכתבנו בדברי שאר

הראשונים, אלא מסתבר לכאורה דס"ל דאף דעכשיו אינן עומדים לבצור, מ"מ אחר זמן שפיר עומדין לבצור, ומצד זה שפיר חשיבי כבצורות. (והיכא דלא הויין ראויין לבצור לא סגי במאי דאחר זמן עומדין ליבצר, דאכתי לית להו חשיבות דפירות ולא שייך עליהו מושג דבצירה.) וכ"כ בתומים חו"מ צ"ה סק"ג ביישוב קושיית הש"ך ע"ד הר"י מגאש מסוגי' דגיטין ל"ט וסנהדרין ט"ו דרצו לתלות מח' רשב"ג ות"ק לענין כל העומד לגזוז כגזוז דמי בשערו של עבד לענין מעילה בהך פלוגתא דר"מ ורבנן, דלכאורה להר"י מגאש לא שייכי אהדדי כלל, דהא לא נחלקו ר"מ ורבנן אלא בשומרים. וע"פ הני"ל פ"י דהא גבי שער אינו עומד לגזוז עכשיו, אלא בסופו של דבר יגזוז, דהא לא יגדל פרע, ובה נחלקו רשב"ג ורבנן אי בכה"ג אמרינן דכגזוז דמי או לא, והיינו ממש הך פלוגתא דגבי שומרים, דעכשיו הרי אינו עומד ליבצר אלא לאחר זמן, ונחלקו בזה ר"מ וחכמים, ע"ש כל דבריו.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ה מהל' טו"נ ה"ד דפירות גמורין שאינן צריכין לקרקע הרי זה נשבע עליהם. וע"ש במ"מ דנסתפק אי פסק הר"מ כר"מ וס"ל דפליגי באין צריך לקרקע, או דפסק כחכמים וס"ל דפליגי דווקא בצריך לקרקע. וע"ש בהשגת הראב"ד שהבין דפסק הרמב"ם כר"מ, וכ"כ גם המאירי בדעת הרמב"ם.

אכן יעויין מש"כ הר"מ בפ"ב מהל' שכירות ה"ד, וז"ל: המוסר לחברו דבר המחובר לקרקע לשמור אפי' היו ענבים העומדות להבצר הרי הן כקרקע בדין השומרין, עכ"ל. הרי דלא חילק בזה בין צריך לקרקע לבין אין צריך לקרקע אלא בכולי גווני אינו נשבע דהוי כקרקע, וזה סותר למש"כ בהל' טו"נ, וכן בהל' מכירה פ"א כתב בדבריו בהל' טו"נ לגבי קנינים ואונאה, וכבר עמד על זה המ"מ בהל' שכירות. אם לא דנימא דגבי שומרים כו"ע מודו דלא כבצורות הויין, והוא מעין סברת הר"י מגאש.

אכן בדברי הרמב"ם בפ"ה"מ בסוגיין מבואר להדיא כשיטת הר"י מגאש, ע"ש דכתב דלא נחלקו ר"מ ורבנן אלא היכא דהוא בידו בתורת שמירה. אשר לפ"ז אתיין דבריו שפיר, ולעולם פסק כרבנן, וכ"כ בדבריו הבי"י. אלא דאף אי נימא הכי אכתי יש מקום עיון בזה מלשוננו בפ"ה מהל' מעילה ה"י, ע"ש שכתב, וז"ל: המקדיש עבדו אין מועלין בו ולא בשערו אע"פ שהוא עומד להגזוז מפני שהוא מחובר לו וכל זמן שהוא מחובר הולך ומשביח, עכ"ל. והנה הא דכל זמן הולך ומשביח אמרו בסוגי' דסנהדרין לדעת ר"מ, אבל לרבנן דס"ל דלאו כבצורות הויין לא בעינן לטעם זה כלל, וצ"ב.

והנה נחלקו הש"ך והתומים בדעת הר"י מגאש, אי כונתו דכל דגבי שומרים אינן כבצורות, ואף לגבי שבועת טענה וכפירה כמב"מ דעלמא דעל החצי אומר להד"ס ועל חצי ה' מודה, (וכן ס"ל להתומים) או דר"ל דווקא היכא דהשבועה היא מפרשת שומרים, אך לעולם בטענה וכפירה שפיר נשבע (וכ"כ הש"ך), ע"ש בש"ך סי' צ"ה סק"ט ובתומים שם סק"ג.

והנה מסתברא לכאורה כדברי התומים, הא', דלדבריו אתיין שפיר דברי המשנה דנחלקו ר"מ וחכמים דווקא בשומרים אליבא דהר"י מגאש ומ"מ נחלקו בציר דמב"מ, ולדברי הש"ך יקשה דע"כ אין זה מב"מ דטענה וכפירה דא"כ היה נשבע אף לרבנן אלא ע"כ דהוי מב"מ דטענת שומרים, וצ"ב אמאי הוצרכו לזה, וכן הקשה הוא עצמו על דברי הר"י מגאש כן. ולדברי התומים אי"ש דהא גופא אתי לאשמעינן דפטור אף משבועת טענה וכפירה. וגוף הסברא היא לכאורה כהתומים, דכיון דמאי דס"ל לרבנן דלאו כבצורות הוא משום דנתן לו לשמור ולא לבצור, האי טעמא גופא שייכא אף היכא דעל החצי טוען להד"ס ובחצי השני מודה, דהרי מודה שקבל לשם פקדון ובה אין הענבים כבצורות. וכן מבואר מלשון הרמב"ם בפ"ה"מ כדברי התומים, כאשר הביא התומים עצמו, דכל שהוא בתורת שמירה ס"ל לרבנן

דלאו כבצורות, וכ"כ ג"כ בחידושי הר"ן לסנהדרין ט"ו, ע"ש. וכן משמע מפשטות לשונו של הר"י מגאש דווקא לענין מקח וממכר וכדומה הוא דהויין כבצורות, ע"ש.

אכן כבר העיר בתומים עצמו דמלשון הרמב"ם בפי"ה מהל' טוען דהרי הוא כבצור לענין כפירה והודאה, משמע דכל דהוי כפירה והודאה, אף בשומרין הויין כבצורות. וכן משמע מלשונו בהל' שכירות דאינו כקרקע אלא בדין השומרין, אבל לא במב"מ אף דהוי שומר. ועי' נתיב"מ סי' צ"ה סק"א דפסק כהש"ך בזה, ע"ש מש"כ ביישוב הקושי ממאי דנקטה מתני' לפלוגתא ר"מ ורבנן במב"מ. ויסוד סברתו בגופא דמילתא, דבאמת רבנן מודו דכבצורות הויין, אלא דגבי טוען ונטען על חיובי שמירה, עיקר הנידון הוא בדין השמירה הנובעים משעת הנתינה, והנתינה הרי היתה שלא למיתלש. אכן במב"מ אין הנידון בדינים הנובעים משעת הנתינה, אלא בויכוח אי אית לי השתא בידו או לא, ופירוש התביעה בזה הוא דעכשיו הרי יש לך למעשה הגפנים והענבים, אשר בזה כיון דבעצם אף לרבנן כבצורות הויין, שפיר מודו דנשבע, דשאני יסוד ושרש תביעתו מדין שומרים מיסוד תביעתו מדין טענה וכפירה, כן נראה בביאור דברי הנתיבות. (ודומה סברא זו דהנתיבות למה שכתבנו לעיל בשיטת הראב"ד בדין קטן הבא בטענת אביו לחלק בין שמירה לבין טענה וכפירה).

פז) ורבנן סברי לא כבצורות דמיין- עי' רמב"ם הנ"ל פי"ה טו"ז ה"ו, וע"ש השגת הראב"ד דפסק הר"ף כחכמים, וסוגי' דכתובות דהקשו מיני' התוס' דמבואר דכל העומד לקצור כקצור דמי, "אפשר שאין למדים שבועה לשאר דברים שהרי עבדים של יתומים נדונין כמטלטלין ולענין שבועה אין נשבעין עליהם". ויש שפירשו דבריו ע"ד הר"י מגאש, אך אין משמע כן מדבריו דא"כ הול"ל דלא אמרו כן אלא לענין שומרים, ועוד פירשו דבאמת אין ר"ל שבועה דווקא אלא כל מילי פרט לבע"ח, עי' ש"ך חו"מ צ"ה סק"ט, ואף פי' זה דוחק להעמיס כן בלשון הראב"ד.

ולכאורה י"ל בביאור דבריו, דס"ל דהא פשיטא אף לרבנן דהיכא דעומדות ליבצר אינן קרקע אלא חפצא דפירות, ומעתה הדבר תלוי, דהיכא דהדין הוא דין בקרקע, כגון בשעבוד ובקנין, ודאי דאף לרבנן הויין כבצורין, אך גבי שבועה (וכן לגבי כפל) דנתמעט מכלל ופרט וכלל, הרי עיקר הדין אינו דין מסויים בקרקע, אלא יסוד המיעוט הוא דדבר המיטלטל בעינן, ולהכי יצאו קרקעות, אשר בזה הוא דס"ל לרבנן דאף דעומדות ליבצר, מ"מ כיון דאכתי מחוברין הן אינן דבר המיטלטל ולהכי דינם בזה כדיון הקרקע, ודוק. ועי' חו"מ צ"ה ס"א ברמ"א ב' דיעות אי תלוש ובסוף חיבור דינו בקרקע לענין שבועה, ובביאור הגר"א שם סק"א כתב לבאר דתליא בהנ"ל, דודאי אף אי חיבור, מ"מ עצם שם מטלטלין אכתי עליו, ומעתה הדבר תלוי מהו יסוד המיעוט לענין שבועה, דאי נימא דעיקר המיעוט הוא דבר המיטלטל, ואין זה דין בקרקע בפרט, הרי אף היכא דבסוף חיבורו תו אינו דבר המיטלטל ודינו כקרקע, והוא כנ"ל בדעת הראב"ד, ודוק.

פח) ורבנן סברי לא כבצורות דמיין- יעויין בר"ן בסוגיין, וכ"ה בחידושי רבנו קרשקש למס' גיטין ל"ט (הנדפס מקודם בשם חידושי הריטב"א), דג' דרגות איכא בדבר, ובכך באו ליישב סוגי' דכתובות דפשיטא התם דכבצורות דמיין, דהיכא דאם ישאר בקרקע יתקלקל, לכו"ע פשיטא דכבצורות דמיין, והיכא דצריך לקרקע לכו"ע כקרקע דמיא, וכי פליגי, היכא דלא יתקלקל וגם אינו צריך לקרקע כלל. ועי' עוד חידושי הריטב"א לכתובות נ"א דמבואר התם פירוש אחד קצת, דהיכא דצריך ממש להקרקע פשיטא דהוא כקרקע, והיכא דאינו צריך להקרקע פשיטא דכקצור דמי, ולא נחלקו אלא היכא דצריך ולא צריך. ולב' הני פירושים מאי דאיתא בסנהדרין ובגיטין דע"כ לא קאמר ר"מ אלא היכא דאם לא יקצר יפסד, פירשו הראשונים דר"ל דנהי דעכשיו ודאי שלא יפסד, דאילו

היה כן אף רבנן מודו דקצרו דמי, מ"מ כיון דאם ישאיר בהקרקע יבוא לידי הפסד, שפיר ס"ל לר"מ דכקצור דמי.

ולכאורה היה נראה דסברא זאת ניחא דווקא אי נימא דגדר כל העומד לקצור כקצור דמי הוא ע"ד שכתבנו בדעת הר"י מגאש, דכיון דעומד שיעשו בו קצירה, הוי כמו דכבר נעשה הקצירה, דבזה שפיר י"ל דאף דבמצבו עכשיו ודאי דלא יפסד, מ"מ הרי עומד עכשיו ליקצר בכדי שלא ישאר עד שיפסד, וממילא הוי כאילו נעשתה כבר הקצירה. אמנם אי נימא דגדר הא דכל העומד לקצור כקצור דמי הוא דבמצב זה של הפרי חשוב לדבר בפני עצמו אשר אין לו קשר להקרקע, מסתבר דאף דאחר זמן יפסד, מ"מ זה אינו אלא לאחר זמן, אך עכשיו שהוא צריך להקרקע קצת או עכ"פ אינו נפסד, במצבו זה הרי הוא לא נחשב כקצור, ומה לנו מה יהיה אח"כ. אכן אחר העיון נראה דאין הדברים מוכרחים כלל, דאף דנימא דיסוד הא דכבצורות דמי הוי סברא בהחפצא, מ"מ שייכי החילוקים הנ"ל, דעד כמה דאינו צריך לקרקע אלא קצת או עכ"פ לא יתקלקל, לא חשיב ס"ל לרבנן דלא חשיב "עומדות ליבצר", ובהכי פליגי ר"מ ור"מ אי חשיב ככה"ג עומדות ליבצר ועל ידי כן חשובות כבצורות, וז"פ.

פט) תוד"ה זה אומר עד הזיז- למ"ד הילך פטור צריך להעמיד כגון שזה עצמו שמודה אינו בעין- עי' רמב"ן ורשב"א שפירשו באופן אחר, וכן צ"ל לכאורה גם לדעת רש"י, ואכמ"ל.

צ) תוד"ה ליפלוג וליתני בדידה- דבלאו הכי מיירי סיפא בבית זה דבבית סתם אפי' עד הזיז עד החלון אין דבר שבמדה- הביאור הפשוט בדברי התוס', דהוצרכו לזה משום דבלא"ה לכאורה אין קושיית הש"ס קושי', דמאי נפ"מ אי ניתני הכל באומר לו הנתבע מה שהנחת וכו' ונחלק בין בית סתם לבין בית זה, או דניתני הכל בבית סתם ונחלק בין מה שהנחת וכו' לבין היכא דזה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון, לזה כתבו התוס' דע"כ דבסיפא מיירי נמי בבית זה, דבלא"ה אף עד הזיז עד החלון לא הוי דבר שבמדה, אשר ממילא שפיר קשה למה לא סגי בזה, ואמאי הוצרכו לומר דזה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון. אכן דברי התוס' צ"ב, דלפי דבריהם נמצא דעיקר קושיית רבא אינו דלפלוג וליתני, אלא דמדינא דסיפא מיני' ובי' מוכח דלא כאביי דהא מיירי בבית זה ואפ"ה בעינן עד הזיז עד החלון. וכבר הקשו כן הראשונים, עי' חידושי הריטב"א מש"כ בזה.

ועי' שם בריטב"א שהביא דעת הרמ"ה דמהני עד הזיז עד החלון אפי' בבית סתם, דסו"ס הזכיר מדה, ואף דא"א לברר ע"פ הטענות גרידא על מה הטוען ונטען, דהא לא ידעינן על איזה בית מדובר, שנלך לשם ונבדוק, מ"מ ס"ל להרמ"ה דאין הך דינא דבעינן דבר שבמדה ובמנין ובמשקל מחייב אלא שיהא הטענה על דבר מסויים, דאחר שנברר מיני' על איזה בית מדובר ונברר הוי מה שאמר עד הזיז עד החלון שפיר דבר מסויים. והרמב"ן ושאר הראשונים דפליגי אהרמ"ה בזה ס"ל דלדין דבר שבמדה וכו' בעינן שיהא מונח בעצם הטענות המדה והשקל, זאת אומרת, שיעור הטוען והנטען, ובשלמא בבית זה, אף דאכתי בעינן לראות מהו המרחק עד הזיז ועד החלון, מ"מ מצד הטענות עצמן ניתן לברר הדבר, דהא ידעינן באיזה בית מדובר, משא"כ בבית סתם.¹⁸ ועי' לקמן אות פ"ד מה שנכתוב בזה, בעזהשי"ת.

¹⁸ וראיתי מקשים על דברי הרמב"ן ממש"כ הוא לעיל אהך מתני' דעשר גפנים טעונות לשמענין מינה לכה"ג דבר שבמנין הוא אע"ג ללא ידעינן טעונייהו דגפנים כמה הוו כיון ד' וה' מנין הוא מחייבין עלי' שבועה, וא"כ מאי קשי' ל' הכא האך חשיב עד החלון ועד הזיז דבר שבמדה ואמאי הוכרח לפרש דע"כ דמייני בלומר בית זה. וקושי' לא טעותא היא, להתם חשיב שפיר דבר שבמדה מכיון דידעינן הי גפנים נינהו ושפיר איכא למיקם מלך טענתו על הסך

צא) תוד"ה אלא אמר רבא - נראה הביאור הפשוט בבי' תירוצי התוס', דלתיורוצם האי' אי לאו דלא ידעינן מאי ביניהם כיון דאף בית מלא אין פירושו דווקא מלא ממש, היה שפיר נחשב אף לרבא טענה והודאה בדבר שבמדה וכו', דלדידי' יסוד הדין הוא דנדע ע"פ הטענות על כמה הוא הטוען ונטען, והכא הרי מצד הטענות אין מוכח כלל, דלא ברירא מה ביניהם, עיי' בר"ן בסוגיין, משא"כ בבית זה עד הזיו עד החלון, מצד עצם הטענות שפיר ידעינן מהו הנפ"מ בטו"נ, ושפיר יכולים מצד עצם הטענות גרידא לברר במדויק במה מדובר, ע"כ שפיר דמי. ואביי ס"ל דלא בעינן אלא שנוכל לדעת על פי טענותיהם דאיכא נפ"מ ביניהם (משא"כ עד הזיו ועד החלון בבית סתם דאי מונח הטוען ונטען בטענות גרידא כיון דלא ידעינן איזה בית), ואילו רבא ס"ל דבעינן שיהא על ידי הטענות על כמה הוא הויכוח, אשר זהו ביאור טענת רבא דאף הנתבע בעינן שיהא טענתו דבר שבמדה, כלומר, דבעינן שיהא על ידי ברור הטענות מבורר על כמה דנין. ולדברי התוס' לפום תי' זה החסרון הוא לכאורה בעצם טענת התובע, דאין ברור מה שתובע, עיי' ט"ז חו"מ סי' פ"ח סכ"ד מש"כ בביאור דבריהם. (ומבואר לכאורה מדברי התוס' לתי' זה דלאביי חייב שבועה אפי' היכא דיתכן דאין מבורר מצד טענת הנתבע כמה ביניהם, ודלא כמבואר בדברי רש"י ד"ה ידעא טענת, עיי' חידושי הרמב"ן, וכבר עמד על כך במגיה שם.)

ובתירוצם הב', ס"ל להתוס' דאף דמבורר מאי ביניהם בטו"נ, מ"מ ס"ל לרבא דבעינן לדעת בשעת הטענות מהו המדה והמשקל, ולא סגי במה דאפשר לברר אח"כ, דמה שהנחת אינו מדה או משקל כלל, ואינו עשה לתואר סכום מסויים אלא אחר הברור, וזהו פליגי אביי ורבא, דלאביי סגי בהכי, ולרבא לא סגי בהכי אלא בעינן שיהא תואר סכום בשעת הטענה, וכ"כ בחידושי הריטב"א וברמב"ן, עיי"ש, אלא דאי לא ידעינן לפענח הסכום דאמר אלא על ידי שנברר, שפיר דמי, כגון זה אומר עד הזיו וזה אומר עד החלון. (עיי' ביאור הגר"א חו"מ פ"ח סק"נ)

והנה לפום תי' הב' דהתוס' משמע לכאורה דהיכא דאמר בית מלא הנתחתי לך ואומר הנתבע עד החלון הנחת לי, שפיר חייב שבועה אף לרבא, וכה"ק הרש"ש, ואילו לתי' האי' דהתוס' יוצא לכאורה דהיכא דאמר עד הזיו הנחת לי לך והלה אומר מה שהנחת וכו' חייב שבועה שפיר ידוע כמה תובע התובע ועל ידי בדיקת הבית נדע בדיוק על מה הוא הויכוח, וכה"ק המהרש"א, עיי"ש. וכתב הרש"ש דלא פליגי הני בי' תירוצים בהתוס', ולעולם בעינן לתרוייהו, ואתי שפיר מאי דלא מצאו במתני' דיתחייב שבועה אלא בזה טוען עד הזיו וזה טוען עד החלון.

והנה לבי' תירוצי התוס' יסוד הדין גם לרבא הוא דבעינן טענות שנוכל לדעת על ידם מהו הטוען ונטען, אלא דלאביי ס"ל דסגי במה שנוכל לברר על ידי הטענות ולרבא בעינן שיהא מבורר בטענות עצמן לתירוצם הב', או עכ"פ שיהא מוכח מצד עצם הטענות מהו הנפ"מ ביניהם. אכן יעויין בפ"י הר"י מגאש בסוגיין שפירש באופן אחר, עיי"ש שכתב בא"ד, וז"ל: כללו של דבר אינו חייב עד שיטענו התובע שנתן לו מדה ידועה או משקל ידוע ויאמר לו מדדתי לך כך וכך וכו' ויודה לו הנתבע שנתן לו מדה ידועה פחותה ממנה וכו' שנמצא המשקל והמדה שהודה בהן שהן מקצת הטענה אבל אם אמר לו לא נתתה לי כלום במדה וכו' אלא זה הוא שנתתה לי כגון הא לאו מודה במקצת טענה הוא ופטור, עכ"ל. ומבואר מדבריו דיסוד מאי דבעינן שיטענו בדבר שבמדה וכו' ויודה לו בדבר שבמדה וכו' אינו משום דבעינן לידע הסכום או המדה שחולקים עליו, אלא משום דלדין מודה במקצת בעינן שתהא טענתו של הנתבע תלויה בטענתו של התובע

ומודה במקצתו של גוף טענת התובע, דכד אמר מה שהנחת וכו', הרי אינו מתייחס כלל למדת טענת התובע, ואינו נחשיו למודה במקצת. ונמצא לכאורה לשיטת הר"י מגאש דמישך שייכי הך דינא דדבר שבמדה ובמנין ובמשקל ודין הודאה ממין הטענה אהדדי, דיסוד דינא דהודאה ממין הטענה פשיטא דהוא דבלא"ה אין ההודאה מתייחסת להטענה, ולדברי הר"י מגאש אף דינא דסוגיין הוא כן, דבלאו דבר דבמשקל וכו' אין ההודאה מתייחסת להתביעה, אלא תובע דבר אחד ואינו מודה במקצת הך דבר ממש, אשר שוב ל"ח מב"מ.

אולם מפשטות דברי הרמב"ם מבואר לכאורה בזה דלא כדברי הר"י מגאש, שהביא הא דבעינן שתהא הודאה ממין הטענה בפ"ג טו"נ, ואילו דין דבר שבמדה הביא כדין נפרד לגמרי בפ"ד שם, ומשמע מפשטות דבריו דלא שייכי הני תרי דיני אהדדי כלל, אלא דין דבר דבמדה דין אחר הוא, דבעינן שיהא ניכר ההבדל בין טענת התובע לבין טענת הנתבע, או כדומה.

והנה כתב הר"י מגאש ריש ד"ה הנ"ל, וז"ל: אוקמה רבא למתני' דהכי קתני אינו חייב עד שיטענו התובע בדבר שבמדה ובמשקל ובמנין כגון שאמר לו בית מלא פירות מסרתי לך או מלא עד הזיו שהוא דבר שבמדה ויודה לו הנתבע בדבר שבמדה כגון שאמר לו לא מסרת אלא עד החלון שהוא דבר שבמדה כגון זה מודה במקצת טענה וחייב, עכ"ל. הרי דאף באופן שאמר בית סתם אם אך חזר הנתבע וטען עד החלון וכדומה חייב שבועה משום מודה במקצת. אכן בדברי הרמב"ם מבואר להדיא דלא כדבריו בזה, עיי' פ"ד טו"נ ה"ג שכתב, וז"ל: בית זה מלא עד הזיו מסרתי לך והלה אומר עד החלון חייב, עכ"ל, הרי דווקא באומר בית זה הוא שחייב אף שטען הלה עד החלון, ודלא כדברי הר"י מגאש. ונראה דלשיטתייהו אזלי בזה, דהר"י מגאש שכתב דבהכי"ג חשיב שפיר טוען ומודה בדבר שבמדה ובמשקל, היינו לשיטתו דיסוד דינא דבמדה ובמשקל דבעינן הוא בכדי שתתייחס ההודאה להטענה, וכמשנ"ת, ובהו עיקר הקפידא הוא ביסוד על הודאת הנתבע, וכ"כ להדיא בהשמך דבריו, "שנמצא המשקל והמדה שהודה בהן שהן מקצת הטענה", ובהו ודאי דאם אך טען בית מלא והנתבע טען עד החלון שפיר מתייחסת ההודאה להתביעה וחייב שבועה. (ועיי' הגהות הגרמשי"ש זצ"ל שדקדק כבר מדברי הר"י מגאש דהעיקר תלוי בהודאת הנתבע.) אכן להרמב"ם לשיטתו דין במדה ובמשקל דבעינן אינו בכדי שתתייחס ההודאה להתביעה, אלא דין מסויים הוא דבעינן טענה והודאה בדבר שבמדה ובמשקל, כאחד מהביאורים שביארנו לעיל, ולדבריו הקפידא הוא בטענת התובע כמו בהודאת הנתבע, אשר ממילא שפיר ס"ל דבאומר בית סתם לא חשיב תביעה בדבר שבמדה כיון דלא ידעינן על איזה בית מדובר, ודוק.

והנה הקשו התוס' בד"ה לאו לאתויי דאמאי תני להך כללו של דבר דמייירי בדבר שמדה וכו' בהך ברייתא דמייירי בדין הודאה ממין הטענה, עיי"ש שלא יישבו הדברים אלא ע"פ אוקימתא דר' שמואל בר רב יצחק דמייירי במנורה של חוליות. ונראה דכל זה אינו אלא לפום שיטת התוס', אך לשיטת הר"י מגאש אתי שפיר כפשוטו, דלא יצא מכלל חסרון דהודאה שלא ממין הטענה עד שיטענו בדבר דבמדה וכו', דשניהם באמת דין אחד, דבכדי שישתייך הודאת הנתבע לטענת התובע בעינן שיטענו וכו' דבהכי חשיב שפיר מודה במקצת הטענה, ודוק.

צב) תוד"ה לאו לאתויי בית זה מלא - ולמאי דמוקי לה במנורה של חוליות נחא דברישא אפי' של חוליות פטור אע"ג דהודה לו מה שטענו דבעינן דבר שבמדה וכו' - מבואר מדבריהם דבזה אומר מנורה גדולה וזה אומר מנורה קטנה פטור משום דלא הוי דבר שבמדה, וכן מוכח מדברי הגמ' דכד מוקי לה רב שמואל בר רב יצחק במנורה של חוליות הרי מוכח דדווקא בכה"ג דזה אומר בת י' ליטרין וזה אומר בת ה', אבל בזה

המדויק, משא"כ היכא דאמר עד החלון ואמר הלה עד הזיו בבית סתם ללא ידעינן באיזה בית, הא ולאי ללא חשיב לשיטתו כלום.

אומר גדולה וזה אומר קטנה פטור, והיינו רישא דמתני', וכמש"כ התוס'. ויעויין קושיית הגרע"א בגליוהש"ס דמבואר מדברי התוס' דדווקא לפום תירוץ רב שמואל בר רב יצחק הוא דאתי שפיר, ולכאורה אף למסקנת הגמ' רישא דפטור היינו אפי' במנורה של חוליות, וע"כ היינו משום דלא הוי דבר שבמדה, אלא דבסיפא א"א לומר דמייירי באזורה משום דר"ל דחייב בכל אופנים, ואזורה דלא לייפי לעולם פטור כיון דמה שטענו לו הודה לו.

והנה יעויין דברי הטור חו"מ סי' פ"ח שכתב דבמנורה של חוליות חייב אף בזה אומר גדולה וזה אומר קטנה. וזהו לכאורה נגד סוגיית הש"ס דמבואר להדיא דאיכא שפיר חסרון דדבר שבמדה בזה אומר גדולה וזה אומר קטנה, כדמוכח מדברי רב שמואל בר רב יצחק דמוקי לה במנורה של חוליות, וכנ"ל. וכבר הקשה כן בלח"מ פ"ג מהל' טו"ח ה"ט, ע"ש מה שתמה עוד בזה. ובב"י כתב דאף הרמב"ם באמת ס"ל כן אלא דלא חש להביאו דפשוט הוא, וצ"ב כנ"ל דהא בפשטות מוכח מסוגיין להיפך. ובחזו"א חו"מ סי' י"ב סק"י כתב דע"כ דמייירי במקום שהיו מנורות קטנות ידועות ומנורות גדולות ידועות, דבכה"ג חשיב שפיר דבר שבמנין. והנה לבד מה דלא משמע כן מפשטות דברי הטור, לדברי החזו"א ליכא חידוש כלל בזה, דאי הוי גודל מסויים פשיטא דהוי דבר שבמנין, דהוי כאמר להדיא הגודל. ועוד, דבחינושי הריטב"א בסוגיין מבואר להדיא דזה אומר גדולה וזה אומר קטנה חשיב שפיר דבר שבמדה, ומשמע להדיא מדבריו דכללא הוא דכ"ל, ולא דווקא בציור מסויים דהחזו"א, והדר צ"ב כנ"ל.

והנה בגוף סוגיין יש לעיין, דמראש פשיטא לן דה"א דפטור במנורה גדולה וקטנה משום דמה שטענו לא הודה לו ולא משום לתא דדבר שבמדה ע"י רש"י ריש סוגיין. וכן חזינן מקושיית הגמ' מ"ש וכו', דלא סלקא דעתין כלל דאיכא חסרון דדבר שבמדה במנורה גדולה וקטנה. וכבר עמד על נקודה זאת הגרע"א בגליוהש"ס, ע"ש שהקשה על קושיית הגמ' מ"ש, דהא שפיר איכא חילוק ביניהן, דברישא לא הוי דבר שבמדה משא"כ בסיפא, וא"כ שנא ושנא, ולא הו"ל להקשות אלא מיני' ובי' דהסיפא דנהי דהוי שפיר דבר שמדה, מ"מ מה שטענו לא הודה לו.

והנראה מזה, וכן צדד באמת בלח"מ אלא דהוקשה לו סברת הדבר, דבאמת יש לדון מסברא דשפיר חשיב גדולה וקטנה דבר שבמנין, כדברי הריטב"א ודעמ"י, וכן ס"ל באמת להש"ס, ולהכי שפיר הוה סברי דליכא חסרון ברישא אלא במאי דמה שטענו לא הודה לו וכו', ושפיר הקשו מ"ש. אלא דחידוש רב שמואל בר רב יצחק דמייירי במנורה של חוליות, ומונח בדבריו חידוש זה דע"כ ברישא החסרון הוא מצד דבר שבמדה, דהא בשל חוליות איירי, ואף בגדולה וקטנה ס"ל דאיכא חסרון דדבר שבמדה. אכן למסקנא כד אמרינן דבשל חוליות לא קא מייירי, ר"ל דלא מייירי כלל, דבאמת בכה"ג אף בגדולה וקטנה חייב, דחשיב גדולה וקטנה שפיר דבר שבמנין. ואי נימא הכי אתיא נמי שפיר קושייתו דה"י של הגרע"א, דהא לא כתבו התוס' כן אלא לרב שמואל בר רב יצחק דס"ל דבכה"ג איכא שפיר חסרון דדבר שבמדה, אך למאי דמסקינן דבשל חוליות לא קא מייירי, הדרינן לקמיייתא דמסברא ליכא חסרון דבר שבמדה בגדולה וקטנה, וע"כ דאין החסרון דרישא דמתני' אלא דמה שהודה לו לא טענו וכו', והדרא קושיית התוס' לדוכתה. ועפ"י יתכן דאף התוס' מודו לדינא דהריטב"א והטור.

וסברת הדבר דחשיב גדולה וקטנה דבר שבמדה, ואתי בגידו"ת שער ז' חלק ב' אות כ"ב שכתב בדעת הטור, וז"ל: ושמה לדעתו האי דבעינן שיזכיר ממש מדה היינו דוקא במידי דבלא המדה לא ידעינן אם יש הפרש ביניהם כגון בבית זה מלא ואידך אומר מה שהנחת וכו' דכיון דגם בחסרה מעט מיקרי מלא לא נתבאר שהנתבע סותר ומכחיש טענת התובע דאפשר דמה שהוא מודה הוא ממש מה שטוען הילכך בעינן

שיזכיר מדה לידע טענותיהם אבל בטוען גדולה ואידך הודה קטנה אע"פ שאינם מבארים המדה ממש הא ודאי נראית ההכחשה מבוארת ביניהם גדול בלי ספק אינו קטן ופשיטא דקטן סתם הוא פחות מגדול סתם, עכ"ל. יסוד דבריו, דדין דבר שבמדה דבעינן אין פירושו דבעינן למידע הסכום המדויק, או שיהא ניתן לברר הסכום המדויק, אלא יסודו דבעינן למידע דאיכא הודאה במקצת, וזה אף לתירוצם דה"י דהתוס', דאף דלא אמרינן דבית הוי אלא בית מלא, מ"מ מצד עצם הטענה דמה שהנחת ליכא הוכחה דהוי מב"מ, דמה שהניח היה בעצם יכול להיות בית מלא, ואף דלא מסתבר כן, דמעצם טענתו מבואר דבא לומר דהוי פחות, מ"מ אין זה מצד עצם החפצא דהטענה, וזהו יסוד החסרון לרבא.

והנה צ"ב לכאורה לדברי הגידו"ת, דאף בבית סתם וזה אומר עד הזיו וזה אומר עד החלון יתחייב שפיר שבועה, דהא שפיר מוכח מצד עצם הטענות דהוי מב"מ. וצ"ל דשאני "גדולה" דמורה בעצם על גודל הדבר, דחשיב שפיר טענה דמדה אף דלא ידעינן בדיוק בכמה מדובר, אך זי וחלון בבית סתם אינו מדבר על דבר מסויים כלל עד שיפרש איזה בית, ולא חשיב טענה דמדה, וזה בעינן אף לדברי הגידו"ת, אלא דבשעת הטענה לא בעינן אלא שיהא מוכח דהוי מודה במקצת, וכנ"ל.

והנה הקשה בקצוה"ח סי' פ"ח סק"כ במאי דכתב הרמב"ם בפ"ב מהל' נערה בתולה דזה אומר אנסת את בתי וזה אומר פתיתי דנשבע שבועת מב"מ, והא הוי לא הוי דבר שבמדה. וע"ש דתי' ע"פ דברי הר"ן בסוגיין דגבי גפנים אע"פ שאינו תובעו במנין ידוע דהא לא ידוע כמה ענבים היו, מ"מ כיון דאמר י' גפנים וכו' סגי בהכי, וכמו כן נימא הכא, אלא דנשאר בקושי' דלא הזכיר מנין כלל. וי"ל בזה דבאמת ליכא דין מסויים להזכיר המנין, אלא דע"י הזכרת המנין חשוב דבר מסויים הניתן מעכשיו למדוד, דהא גבי עד הזיו עד החלון שפיר בעינן אח"כ למדוד, אלא דסגי בהכי. וה"ה והוא הטעם בדברי הרמב"ם, דאנסת פירוש דאיכא נמי בושת ופגם ופתיתי פירושו דליכא בו"פ, נמצא דתביעת הכפירה היא על הבושת והפגם, ושוב מצד טענתו אפשר למדוד, ולא איכפת לן במאי דלא הזכיר סכום, כן י"ל ע"י דהקצוה"ח, וכע"ז כתב בחזו"א חו"מ י"ב אות ז', ע"ש.

אכן לדברי הטור והריטב"א (ולדברי הב"י הרי אף הרמב"ם ס"ל הכל) אתי שפיר בפשיטות, דהעיקר דבעינן למידע הוא דאיכא חילוק ביניהן, וזה הרי שפיר ידעינן התם, דהא זה ידוע דשאני חיובי אונס מחיובי מפתה, וז"פ.

(ג) סלע הלויתנו עליו ושתיים היה שוה וכו' - יעויין ברי"י מגאש בסוגיין דחידוש דהיכא דאמר השומר דאינו יודע אם שוה יותר והלוה טוען דשוה כך וכך דחייב לשלם, דמחוייב שבועה הוא ואינו יכול לישבע. וכן הביאו הראשונים מדברי הרמב"ם בפ"ה מהל' שאלה ופקדון ה"ו, ע"ש מש"כ בשם הר"י מגאש והר"י. והקשו הראשונים הא"ך חייב שבועה כלל בכה"ג הרי לא הוי דבר שבמנין במדה ובמשקל, ועוד הקשו, דהרי לא ידעינן אי הוי כפירת ב' כסף או הודאה בפרוטה. (ע"י השגת הראב"ד שם).

ובחינושי הרמב"ן תי', וז"ל בא"ד: דילמא שאני התם דאמר ל' ברי לי שלא הנחת אצלי אלא אותו סך שהנחת בבית ואיני יודע כמה הוא פטור דהאי לאו דבר שבמדה הוא שהרי מודה לו בכל מה שבבית ואין אנו יודעין כמה הוא אבל אם טענו בית זה מלא הפקדתי אצלך והלה אומר יודע אני שהפקדתי פירות ואיני יודע כמה היו אין בכלל הודאה אלא פחות שבממון והיינו פרוטה שהרי מ"מ מודה הוא שהפקיד אצלו ממון וע"כ הרי הודה בפרוטה ואינו יודע על השאר הילכך מחוייב שבועה הוא דבכל מה שאדם אומר איני יודע רואין אותו כאלו כפר בו ואמר ברי לי שאין לך בידי וכל שאילו אמר כן חייב שבועה אף עכשיו שאמר איני יודע מחוייב שבועה הוא ואינו יכול לישבע ומשלם ומ"מ והוא שיאמר שוה ממון הוה

ואיני יודע כמה וכו', עכ"ל. וביאור דבריו, ע"י ש"ך חו"מ סי' ע"ב סק"נ, שביאר ע"פ לשון הרמב"ן המובא בר"ן בסוגיין, דר"ל דגבי מה שהנחת כיון דאינו טוען סתם שאינו יודע אלא אומר מה שהנחת וכו', ועצם הודאה ניתן לעמוד עליו בכמה היה על ידי שנבדוק בבית, בזה חשיב שאין טענתו בדבר שבמדה, דהרי מדת ההודאה תתברר על ידי הבירור הבית ולא מצד הטענה, משא"כ באומר איני יודע, אין דנין דהוי ודאי הודאה אלא פרוטה, דהוא הפחות והשאר דנין כספק כפירה אשר דינו בזה דמחוייב שבועה ואינו יכול ליטען, וכמו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, והדברים לכאורה מובנים היטב.

אכן עיונין ברא"ש סי' כ"ז שהביא הקוש"י הנ"ל וכתב בא"ד וז"ל: והרמב"ן תי' ודבריו אינם מובנים ונראה דלא קשה דכיון שאמר יודע אני וכו' ולא דמי לבית מלא מסרתי לך והלה אמר איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל דהתם אין הנתבע משיב שמה אלא כך הוא אומר מה שאמרת שבית מלא הפקדת אצלי לא נתתי לבי לידע אם היה ממש מלא וגם הטענה אינה כל כך בריאה שכן מורגל בלשון מלא שבית שהוא קרוב להיות מלא קורין אותו בית מלא פירות אבל זה אני יודע בודאי שכמו שהנחת אתה נוטל הלכך אין כאן הודאה כלום כיון שלא טען ולא השיב דבר שבמדה וכו' שהרי לא טען עליו אלא חסרון פירותיו והלה אומר שלא חסר, עכ"ל. וביאור סברת הרא"ש, ע"י נתיבות המשפט סי' פ"ח סק"ח, דכיון דמצד מה שאומר מה שהנחת אתה נוטל יכול באמת להיות שאין ביניהם ויכוח כלל ועל הכל מודה לו, לא חייל על טענתו שם מודה במקצת, דהא מצד הטענה יתכן דאין כאן כפירה כלל, וז"פ לכאורה. אכן צ"ב מה לא הבין הרא"ש בדברי הרמב"ן הרי מילתא דמסתברא היא סברתו, וכנ"ל.

ונראה בזה, דהנה יסוד סברת הרמב"ן בתירוץ הרי הוא דנהי ידיעין דהוא מודה, דהא עכ"פ במה שאומר מה שהנחת וכו' אומר דחייב לו עכ"פ פרוטה ושפיר מודה, אלא דכיון דלא ידיעין בדיוק בכמה הוא מודה, חסר בדין מודה דבעינן. והנה זהו דווקא אי נימא דדין מדה דבעינן יסודו דבעינן לדעת מצד הטענה הסכום המסויים דהטענה, אכן נתבאר לעיל אות פ"ה בדעת התוס' הטור והריטב"א דלא בעינן מדין מדה לדעת בשעת הטענה ממש אלא דהוא מודה במקצת, ולא בעינן לדעת בשעת הטענה בדיוק כמה היא ההודאה וכמה היא הכפירה, ומסתבר דהרא"ש אף הוא ס"ל הכי, דהא לא הביא הטור דאביו הרא"ש חולק. אשר לפ"ז נמצא דבאמת לשיטת הרא"ש אין דברי הרמב"ן מובנים, דסו"ס כיון דודאי דאיכא הודאה לית בזה חסרון דדבר שבמדה, ואי אמרינן דבני איני יודע חשיב שפיר הודאת פרוטה מצד עצם הטענה, הרי זה איתא נמי באומר מה שהנחת, ובהכי סגי, לכך הוצרך הרא"ש להוסיף דטעמא דאיכא התם חסרון דמדה הוא משום דאין מבואר מצד עצם הטענות דאיכא הודאה במקצת כלל, כיון דאף למה שאומר מה שהנחת יתכן שהבית מלא. והרמב"ן דשפיר תי' כמו שתי, היינו משום דס"ל דמדן מדה בעינן לדעת בדיוק כמה היא ההודאה, ודוק.

והנה כל זה הוא להרמב"ן לשיטתו ולהרא"ש לשיטתו, אך בדעת הר"י מגאש עצמו נראה ד"ל בפשיטות ע"פ מה שנתבאר לעיל דלדידי יסוד דין דבר שבמדה דבעינן הוא בכדי דליחשב מודה במקצת הטענה, זאת אומרת, בכדי דתתייחס טענת ההודאה לטענת התביעה, כאשר ביארנו, אשר לפ"ז פשוט דבמה שהנחת שפיר איתא לחסרון זה, אך באומר אני מודה שהיה שוה יותר אך איני יודע כמה, או אפי' אי אמר סתם איני יודע כמה היה שוה, הרי זה שפיר מתייחס לתביעת התובע, ושפיר חשוב מודה במקצת הטענה, ודוק.

צד) ומי נשבע מי שהפקדון אצלו- ע"י ר"י מגאש שכתב, וז"ל: נקטינן השתא מהאי מתני' דכל שומר שאבד ממנו אותו דבר שהיה עליו שומר ומתחייב בתשלומין שאין אנו אומרים לבעל הפקדון השבע

כמה היה שוה וטול אלא לשומר אנו אומרים לגלגל שבועתך כמה היה שוה ושלם ואם מאמינו שאבד או יש לו עליו עדים שאבד אע"פ שכבר נפטר משבועה שאינה ברשותו עדיין חייב הוא להשבע שלא היתה שוה אלא כך וכך כדן מודה במקצת ומיפטר וכו' מ"מ אין התובע נאמן להשבע כמה היתה שוה וליטול אלא השומר הוא נאמן להשבע כמה היתה שוה וכו', עכ"ל. והנה מבואר מדבריו דגופא דמילתא דנשבע בכה"ג השומר ולא המפקיד חידושה הוא, וע"י הגהות הגרמשי"ש שליט"א שהביא שאף בתשובותיו כתב הר"י מגאש כן, ואיתא שם דכל המפרשים האחרים זולתו ס"ל דבכה"ג נשבע המפקיד ונוטל. ויש לעיין לכאורה דמהיכיל תיתי דנימא כן, דלכאורה אין זה אחד משבועות הנוטלין דלקמן פרק כל הנשבעין, ואדרבה, הרי מוכח ממתני' דידן להדיא דבכה"ג חייב המלוה בשבועת מב"מ, וצ"ע.

ובגוף דברי הר"י מגאש, יש מקום עיון בדבריו, דקודם כתב דאי אינו מאמינו חייב ליטען כמה היה שוה בגלגול שבועה משבועת אינה ברשותו, והדר כתב דאף אם מאמינו, מ"מ חייב ליטען כמה היה שוה מדן מודה במקצת, וצ"ב לכאורה, דכיון דחייב מדן שבועת מב"מ אמאי בעינן בזה לגלגול שבועה. והנראה מבואר בדבריו, דהנה כבר עמד בהגהות הגרמשי"ש בדקדוק לשונו של הר"י מגאש, דבשבועת לגלגול כתב דנשבע כמה היה שוה ומשלם, וגבי שבועת מב"מ היכא דמאמינו כתב דנשבע כדן מב"מ ומיפטר. וביאור הדברים, דשבועה שאינה ברשותו יסודה דבלא"ה אינו יכול לשלם ממון כלל אלא חייב להחזיר הפקדון, וע"י השבועה יכול לשלם ממון. אשר בזה, אי נימא דבגלגול הך שבועה נתחייב ג"כ ליטען כמה הוא שוה, פירושו הדבר הוא דמדנחתין לשבועה לאפשר לו לשלם ממון, שוב בגלגול עליו אף שבועה כמה היתה שוה, והוא חלק ממה שמאפשר לו לשלם ממון, דבעינן לדעת כמה הוא חייב זה. (וזה מתאים לשיטת הר"י מגאש דמבואר להדיא מדבריו בדיבור הקודם דיסוד לגלגול עכ"פ הכא הוא דב"ד מחייבין את השבועה אף שהוא אינו טוען.) לא כן שבועת כמה היתה שוה שהיא מדן מב"מ, דיסודה ככל מב"מ דנשבע בכדי להפטר מהשאר ולא בכדי לשלם מה שהודה, אשר מדויק היטב עפ"י לשונו של הר"י מגאש.

ועפ"ז מבואר היטב סדר דבריו, דהרי קודם דיינינן אי יכון לשלם ממון או חייב להחזיר הפקדון בעין, ומצד זה חייב כבר ליטען כמה היתה שוה מדן לגלגול משבועה דאינה ברשותו, וליכא בזה שבועה מדן מב"מ, רק היכא דמאמינו, דאינו נשבע שאינה ברשותו, שם הוא דיסוד חיובו ליטען כמה היתה שוה הוא מדן מודה במקצת, ודוק.

צה) והלה אומר לא כי אלא סלע הלויתני עליו ושלשה דינרים היה שוה חייב- ע"י רמב"ן שהקשה אמאי חשיב בכה"ג מב"מ וחייב שבועה, הרי אינו חייב לשלם עד שיחזיר לו המשכון או עכ"פ עד שישבע שאינו ברשותו, ואינו אלא גורם לממון. ותי' הרמב"ן דהודה בממון גמור, דהא אפי' אם נאבד הפקדון אכתי חייב לשלם ההפרש שבין הפקדון לבין החוב, רק דלמעשה אינו צריך לשלם עד שיחזיר לו הפקדון, אך לעולם ממון גמור חשיב. והקשה בר"ן על דבריו, דאכתי לא יצא מכלל גורם לממון, דסו"ס אינו חייב לשלם עד שישבע הלה ויצאה הודאתו לפטור. והוכיח הר"ן כן מסוגי' דלעיל דף ל"ב דמשביע עד אחד היכא דשכנגדו חשוד בשבועה לא חשיב עדות ממון, אף דהדין בזה הוא דנשבע ונוטל, אלמא דאף דעל ידי שבועה יהיה הממון שלו, מ"מ כל כמה דלא נשבע לא חשיב ממון. ובדעת הרמב"ן פשוט דס"ל לחלק בין הנושאים, דהכא הוי שפיר הודאה גמורה על ממון החוב אף דלמעשה אינו צריך לשלם עד שנשבע שאינו ברשותו, אכן גבי עד אחד זכות ממון ידידי הרי אינו אלא על ידי השבועה, והע"א אינו בזה אלא גורם לממון על ידי שחייב השבועה, וזה ודאי

דלא חשיב ממון, וכ"כ בחידושי אנשי שם, ע"ש, ודברי הר"ן צ"ב לכאורה מה הוכיח מהתם.

וי"ל דס"ל להר"ן דאף התם זכות הממון אינו על ידי השבועה אלא על ידי העד, דנאמנות העד הוא באמת על הממון או ישבע או ישלם - וכיון דחשוד ואינו יכול לישבע אמרינן דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, וזה זכות ממון של התובע, והוא על ידי נאמנות העד, ומאי דצריך לישבע אינו אלא מתקנה דאם כן לא שבקת חיי לכל חשוד, עי' תוס' ב"מ דף ה' ע"א. אשר לפי שפיר הוכיח הר"ן דכמו דהתם, אע"פ דהוי בעצם חיוב ממון, מ"מ לית עלה דין ממון לענין שבועה כיון דלמעשה אינו זוכה עד אחר השבועה, כמו כן הכא, אף דהוי בעצם הודאה על ממון גמור, וכמשי"כ הרמב"ן, מ"מ הרי למעשה אינו חייב לשלם עד אחר השבועה ואין לזה דין ממון לענין חיובי שבועה. והרמב"ן ס"ל דלא דמי, דהתם אין זכיית ממון דידי מצד מתוך אלא על ידי השבועה, ולהכי הוא דלא חל עלה שם ממון לענין שבועה, והיינו או משום דלא חשיב ככה"ג אינו יכול לישבע, כתי' ה' דהתוס' התם, או אפי' לתי' ה', והוא ע"פ מה שבארנו שם ע"פ דברי השערי שבועות דדין כנגדו הוא דמעבירין קיום השבועה לכנגדו, אשר לפי שוב לא חשיב אינו יכול לישבע כיון שהשבועה מתקיימת על ידי הכנגד, ואין זכייתו בהממון אלא מצד השבועה, משא"כ בני"ד, ודוק.

וע"ש עוד בדברי הר"ן שהקשה על דברי הרמב"ן שלפי דבריו "כי מקשה בהמפקד עלי' דרב הונא דאמר משביעין אותו שבועה שאינו ברשותו ולא הוה ס"ד דמתני' במאמינו תקשי לן לזה אמאי חייב שהרי אין למלוה לישבע שאינה ברשותו אי ליתא לדרב הונא ונמצא לזה אומר איני יודע אם חייב אני לך כלום". ולכאורה קושייתו צ"ב, דהא בלאו רב הונא לא חשיבא תביעת החפץ במקום שטוען שאבד ובה לשלם לו לתביעת ממון ונאמן המלוה נגד הלוה לומר שאבד, אשר ממילא שפיר הוה הודאתו הודאה, דהא ודאי חייב לשלם לו, וכל קושיית הרמב"ן לא היתה אלא לדברי רב הונא דמשביעין אותו שבועה שאינה ברשותו, דלמעשה לא נתחייב הלוה לשלם אלא אי"כ נשבע והוכיח על ידי כן דנאבד המשכון.

ומוכח לכאורה דלשיטת הר"ן אף בלא תקנתא דרב הונא לית ל' להמלוה נאמנות לומר שאבד ושפיר חשיבא תביעת הלוה בזה לתביעת ממון, וצריך המלוה לה"ר שאבד, רק דמן התורה ליכא שבועה בזה משום דלא שייך, דכל שבועה אם אינו נשבע מפסיד, והכא מה נעשה לו יותר מלחייבו לשלם דמי המשכון, מה שבא לעשות מתחילה. וכן ראיתי שהביא באילת השחר מדברי הריטב"א בב"מ דף מ"ח דס"ל כן דאין להמלוה נאמנות והוי שפיר תביעת ממון להחזיר לו החפץ אלא אם כן מוכיח דנאבד, והוא כנ"ל. ולרב הונא תקנו שישבע שאינה ברשותו, ובדרבנן שפיר איכא שבועה ככה"ג, דאם לא נשבע מנדינן ל'. אשר לפי איתין שפיר דברי הר"ן, דכל עוד דלא ידעין שנאבד המשכון אין צריך הלוה לשלם, ושפיר הקשה על הרמב"ן אמאי לא קשי' לדין בלאו דברי רב הונא ממתני'.

צו) עי' דברי הר"י מגאש שהבאנו לעיל אות ע"ו. והנה הקשה הר"י מגאש על עצמו מדברי הירושלמי גבי המפקד שק צרור וכו' דק"ל דנשבע ונוטל, ותי' דהתם ליכא חיוב שבועה על הנתבע כיון דאילו היה ברי היה פטור משבועה דהוי טענו חטין והודה לו בשעורים. שוב הקשה דא"כ יהא כמנה לי בידך והלה אומר אינו יודע דק"ל דפטור, ומ"ש הכא, ותי' דהכא דאיכא דררא דממונא אמרינן דברי ושמא ברי עדיף. והקשה ברמב"ן דמסוגי' דב"מ דשאלוה ושכורה חזינן דלא כזה, דאף דאיכא דררא דממונא מ"מ הוה קשיא ל' להגמ' דיפטר משום דהוי כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע. ותירצו הרשב"א ועוד ראשונים בסוגיין דהתם לא חשיב דררא, דאילו מתה שכורה, או ביום שהיתה שכורה, הרי אינו חייב כלל, משא"כ בדברי הירושלמי דהא מיהא פשיטא דעכ"פ סיגין חייב. והנה אי פירושא דדררא דממונא הוא דהוי

ספק לב"ד בלא טענותיהם, כשיטת התוס' בכל מקום, ליכא לחלק בהכי, ויסוד הך חילוק אינו אלא אם כן נימא דפירוש דררא דממונא הוא שייכות ממון, וז"פ לכאורה.

וגוף יסוד הר"י מגאש דכיון דאיכא דררא דממונא לא אמרינן בזה דליהוי ככל מנה לי בידך וזה אומר איני יודע דאמרינן ב' אוקי ממונא בחזקת מרי', יש לענין לכאורה אמאי באמת לא אמרינן בכה"ג אוקי ממונא בחזקת מרי', דבשלמא היכא דאומר איני יודע אם פרעתיך, כיון דאיכא כמין חזקת חיוב שודאי היה חייב לו וספק אי פרע, שפיר מובן מאי דלא אמרינן הממע"ה, אבל בני"ד הרי הספק הוא אי חייב כלל, ומאי נפ"מ אי איכא דררא דממונא או ליכא. ונראה הביאור בזה, דבאמת דינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה ודינא דאוקי ממונא בחזקת מרי' ב' דינים נפרדים הם, דהמע"ה יסודו דמה שהדבר אצלו הוי כמין הוכחה שהוא שלו לענין דנימא דעול הראיה הוא על התובע ואין מוציאין מכח זה דמוחזק אלא על ידי ראיה. והנה דין זה לא מוזכר גבי ברי ושמא כלל, והיינו טעמא, וכבר הארכנו בזה בכתובות דף י"ב ובמקומות אחרים, דהיכא דהוא שמא, הרי ודאי דשוב אין במה שהדבר אצלו הוכחה של כלום, דהא הוא עצמו מודה דיתכן דאינו שלו, כלומר, דחייב לו, אשר מהאי טעמא הוא דאמרי רב הונא ורב יהודה דשפיר מוציאין מידו כיון דברי ושמא ברי עדיף. ומאי דפליגי רב נחמן ורב יוחנן אינו אלא משום דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי', אשר ביאורו, דמאחר דלא הוכח וליכא רגלים לדבר כלל דיהא להברי שייכות לממון זה, אף דליכא הוכחה דמוחזק להנתבע, מ"מ מוקמנין לממונא ברשותי' ובחזקתי' הגם דהוי ברי ושמא. אשר בזה הוא שכתב הר"י מגאש דהיכא דאיכא דררא דממונא, כיון דעכ"פ איכא שייכות ממון להתובע בתביעה זו, שפיר מוקמינן ביד' מדין ברי ושמא ברי עדיף, דהא אף רב נחמן ורב יוחנן לא פליגי אהא דברי ושמא ברי עדיף, רק טענו דמ"מ אמרינן בזה אוקי ממונא בחזקת מרי', והיכא דאיכא דררא דממונא, כיון דליתא בזה לדין אוקי ממונא בחזקת מרי', נקטינן דברי ושמא ברי עדיף.

והנה יעויין במאירי דהביא דעת הר"י מגאש וכתב, וז"ל: ויראה מדבריהם שאם טענו חטים והלה אומר איני יודע אם חטים אם שעורים שנשבע ונוטל ובב"ק פרק המניח יראה ההפך כמו שכתבנו שם, עכ"ל, אשר זהו כעין קושי' על דברי הר"י מגאש. והנה ברמב"ם פ"ה מהל' שאלה ופקדון ה"ו-ז מבואר להדיא כדעת הר"י מגאש (ועי' שם השגת הראב"ד שהקשה כקושיות הראשונים על דברי הר"י מגאש), ובפ"א מהל' טו"ז ה"ח כתב להדיא דטענו חטים והלה אומר איני יודע נשבע הנתבע היסת ופטר, ולדברי המאירי הרי סתר את דבריו בפ"ה שאלה. ועי' או"ש שם בהל' טו"ז מה שכתב ליישב דברי הרמב"ם, ולדבריו לכאורה המובן דדררא דממונא הכא בדברי הר"י מגאש אינו כבכל מקום, עי' ר"י מגאש ב"מ דף ב', וצ"ע.

מ"ג ע"ב

צו) רש"י ד"ה אבד אלפא זוזי - נראה הביאור בדבריו, דעצם הקבלה בתורת משכון פירושו דהוי במקום הפרעון שבעתיד, לאפוקי קבלה שאינה אלא לזכרון דברים, עי' רש"י לקמן מ"ד ע"א ד"ה ובדשמואל, ובקבלה במקום הפרעון שבעתיד הסברא נותנת דכל עוד דיש לו הדבר שהוא במקום הפרעון, אין לו לקבל הפרעון, והיכא דאבד המשכון, אבדו מעותיו. וסברא זו היא, לשיטת רש"י, מעצם הפירוש דקבלה בתורת משכון, ולא בעינן שיפרש, ודלא כשיטת התוס'.

והדברים מבוארים לכאורה היטב מתוך דברי רש"י עצמו, שהאריך וביאר דיסוד המשכון הוא דמצד אחד אין הלוח צריך לפרוע כל זמן שהמשכון הוא ביד המלוה, ומאידך גיסא אין הלוח יכול לומר למלוה סברת וקבלת ולומר לו שהמשכון הוא הפרעון האמיתי. והנה ממאי דאין צריך הלוח לפרוע עד כמה שהמשכון ביד המלוה נובע הך דינא דשמואל דהיכא דנאבד ואינו מחזירו לו שוב ממילא אבדו מעותיו, דכיון דלא החזיר לו המלוה מהמשכון כלום שוב אין צריך הלוח לפרוע. (ועי' אילת השחר דנראה מדבריו דיסוד דין זה הוא מדין מחילה, ע"ש מה שדן בזה, ולכאורה מדברי רש"י נראה כמו שביארנו.)

ובמש"כ רש"י דכל זמן שהן קיימין ע"כ גובה חובו ממנו, אם בסתם הלואה בסוף ל' יום, ואם קבע זמן, בהגיע הזמן, יש לעיין מה הוצרך לזה הכא, והלא מעיקר דיני זמן פרעון החוב הוא ואינו קשור במיוחד להך נידון שהוא אי קיבלם בתורת משכון או בתורת פרעון, וצ"ב.

צח) רש"י ד"ה אבל תרתי קתא- וכיון דמהדר ל' מקצת משכנו במאי דחסר מיני' פטר נפשי' בתשלומי שיווי- נראה הביאור בזה, דיסוד מאי דאבדו כל מעותיו הרי הוי משום דכל עוד שיש לו מה שקבל בתורת משכון, ז"א, כממלא מקום לפרעון, וכנ"ל, אין לו לקבל הפרעון. אשר לפז"נ דכיון דלשמואל דיינין לב' הקאות כמשכון אחד, וכמש"כ רש"י שזהו יסוד סברת שמואל במאי דשאני ב' קאות, שוב אמרין דעד כמה שהחזיר א' מן הקאות, שוב מה דאכתי יש לו הקתא האחרת אין זה בתורת ממלא מקום לפרעון, דממלא מקום דהפרעון הוא דווקא ב' הקאות יחד, אע"כ מאי דאכתי אית ל' חדא קתא אינו בתורת פרעון זמני, ולהכי אינו מפסיד אלא שיווי, ודוק.

צט) תוד"ה אבל קתא ונסכא לא- ונראה לפרש דה"ק אבל קתא ונסכא לא אלא אבד כל חד לפי מה דשויה דאם הנסכא שוה י' וכו'. יש לעיין בכונת דברי התוס' אי ר"ל דכל דאין ב' הדברים שוים, אפי' בב' קתות, אמרין דהכל לפי מה דשויה, והא דנקט קתא ונסכא משום דברור דבכה"ג אין שוין בשיוויין, או דר"ל דדווקא בכה"ג דהויין ב' דברים חלוקים לגמרי אשר מוכח דשויוי הא' גדול מחברו, דווקא בכה"ג הוא דדעתו לפי מאי דשויה, אבל בב' נסכא וכדומה אשר שיווי הא' גדול מחברו, לעולם דעתו שיהא כל אחד נגד חצי חוב. ומפשטות לישנא דהש"ס משמע כצד זה הב'.

ובמה שכתבו התוס' "ועי' לפרש וכו' ואי אבד קתא לא אבד פלגא אלא מאי דשויו דעיקר סמיכות המלוה על הנסכא וכו' ", ביאורו דעיקר סמיכות המלוה הוא על הנסכא היכא דאכתי אית ל' הנסכא, אבל אין עיקר סמיכותו על הנסכא לענין שאם אבד שנאמר דאבדו כל מעותיו, אשר זהו דכתבו התוס' דהיכא דאבד הנסכא תחילה לא אבד אלא חצי מעותיו, וז"פ.

ק) תוד"ה מתני' בדפריש כי קאמר שמואל בדלא פריש- ר"ח גריס איפכא וכן ר"ת ומוקי דשמואל בדפריש דאין סברא להפסיד למלוה כל חובו לגמרי היכא דלא פריש וכו'. נראה לכאורה בדעת רש"י, דהתוס' הבינו ביסוד מאי דאבדו מעותיו, דהיינו כמין התחייבות מיוחדת שעם אבידת המשכון יאבדו כל מעות החוב, ועפ"ז הבינו במאי דס"ל לרש"י דמילתא דשמואל הוא בלא פירש, דמן הסתם איתא להתחייבות זו, אשר ודאי דאין סברא דמתחייב עצמו בכך בלא שיאמר כלום. אכן בדעת רש"י בארנו לעיל אות צ' דס"ל ביסוד דברי שמואל דהכל מונח במאי דמקבלו לשם משכון, והוא מצד עצם מציאות דמשכון אליב"י, דיסוד המשכון הוא דהוא במקום הפרעון, ולכן מאי דאבדו מעותיו אין זה מצד התחייבות מיוחדת אלא מצד עצם פירושא דמשכון, דסברא היא דכל עוד דלא מחזיר מה שיש לו במקום פרעון, אין לו

לקבל פרעון, ולהכי הוא דאבדו מעותיו, ואין בזה משום התחייבות כלל, ודוק.¹⁹ והנה התוס' בהמשך דבריהם כתבו דמאי דפירשו בדעתם אמאי לא חשיב אסמכתא, כש"כ דבעינן לומר כן לדעת רש"י. ויתכן דלמעשה לרש"י לא בעינן לזה, ולא אמרו התוס' כן אלא לפום הבנתם בשיטת רש"י, דלמאי דסברי דמדין התחייבות מסויימת הוא דאתי שמואל עלה, ודאי דמישך שייך דבר זה לדין אסמכתא, ומה היכא דפירש להדיא אמרין דהו"ל ליחשב אסמכתא לולא הסברות שכתבו התוס', כש"כ לרש"י דאף בלא פירש אמר שמואל דמתחייב עצמו, דבעינן לסברות אלו דלא ליהוי אסמכתא. אכן למשנ"ת בדעת רש"י דאינו מדין התחייבות אלא מיסוד מאי דמקבל לשם משכון, י"ל דלא שייך דבר זה לאסמכתא כלל, דאינו תלוי בדעתו להתחייב או לא להתחייב, אלא במה שמקבלו עכשיו להיות במקום פרעון, וכנ"ל.

קא) תוד"ה מתני' בדפריש כי קאמר שמואל בדלא פריש- וא"ת בפרק האומנין אמאי לא מוקי מתני' דהמלוה על המשכון שומר שכר אפי' כר' אליעזר ולימא בדפריש מודה ר' אליעזר כדשמואל וכו'. לכאורה יש לעיין בדברי התוס', דאם נפרש דר"ל דלעולם נחלקו ר"א ור"ע בדלא פירש, הרי זה לא יתכן עי"פ מש"כ בריש דבריהם על דברי שמואל לדעת רש"י דאין סברא להפסיד למלוה כל חובו לגמרי היכא דלא פירש, וא"כ פשיטא דאין לומר דנחלקו ר"א ור"ע בדלא פירש, דא"כ מ"ט דר"ע. והיה אפשר לפרש בקושייתם דנימא דמייירי מתני' בפירש ממש, דבזה שפיר מודה ר"א, ופלוגתא ר"א ור"ע בדפריש ואמר אע"ג דלא שוי אלפא זוזי קבלתי, כדפי' הר"ח. אך לפי' צ"ב תי' התוס' שכתבו דאם מודה ר"א בשפירש לא היה אומר דגובה כל החוב, ואפי' נגד המשכון, דמה שנגד המשכון הוי כמפרש, אע"כ דאינו מודה בדפריש. וזה ע"כ דלא כפירוש הר"ח, דהא יסוד דברי הר"ח הביאו התוס' ליישב מה שהקשו דא"כ דמייירי במפרש מ"ט דר"א, ועי"כ דלפי פי' הר"ח בדפריש מודה ר"א ולא הוה פליג, ולא פליג אלא היכא דלא פירש ממש, וזה הרי להדיא דלא כיסוד דברי התוס' בתירוצם, ודוחק לומר דבאו בזה להכריח דלא כפירוש הר"ח, וצ"ב.

ולכאורה צ"ל דודאי כוונת התוס' דנוקמי' מתני' במפרש דר"ח ולא במפרש ממש, ונימא דפליגי ר"א ור"ע היכא דלא פירש, ולענין מה שנגד המשכון ולא לענין כל החוב, דכל החוב ודאי דלא יפסיד היכא דלא פירש, כמש"כ התוס' בריש דבריהם, רק כנגד המשכון שפיר יתכן כן, ועי' תירצו דאי נימא דהיכא דפירש חשבינן להך מילתא כאילו אמר כן להדיא, ולא פליג ר"א אלא היכא דלא פירש, א"כ אין אפשרות לומר דיחלוק אפי' לענין מה שכנגד המשכון, דלענין מה שכנגד המשכון ודאי דהוי כאילו פירש ואמר שהוא לוקח משכון זה עכ"פ כנגד מה שהוא שוה, ואי ס"ל לר"א דבכה"ג חשיב שהתנה עליו בפירוש, כמו כן נימא לענין מה שכנגד המשכון אפי' היכא דלא פירש.

קב) תוד"ה מתני' בדפריש כי קאמר שמואל בדלא פריש- וא"ת בפרק האומנין אמאי לא מוקי מתני' דהמלוה על המשכון ש"ש אפי' כר"א וכו'. הנה כתב בקצוה"ח סי' ע"ב סק"ה דאפי' אי נימא דחייב ש"ש בעלמא בגו"א באונס, הרי היינו משום דכיון דגניבה שחייבה אותו התורה הוא בכל מקרה קרוב לאונס, חידוש הוא דחידשה תורה וחייב אפי' היכא דהיה ממש באונס. אכן היכא דאינו בעצם ש"ש אלא שחייב עצמו בחיוב גו"א, ודאי דאין דעתו לחייב עצמו באונס, ע"ש בדבריו. ובנתיב"מ שם סק"יג בסופו הקשה עליו ממאי דהוה סליק אדעתין למימר דמתני'

¹⁹ ובאמת נראה ליש להסתפק בכונת התוס' שמה אף לדידהו גרר הא' לאבד מעותיו הוא מלד דין המשכון, וכדברי רש"י, אלא דס"ל דמן הסתם אין זה בכלל המשכון רק היכא שפירש שיהיה כן, ויש לעיין בזה.

דהמלוה על המשכון ש"ש הוא כשמואל, הרי לשמואל ש"ש ממש הוא דהוי. ועי' מש"כ הקצות ליישב בזה במשובב נתיבות, דאף דלא הוי כש"ש מ"מ כעין ש"ש הוא.

והנה כל יסוד הקצוה"ח למימר דדינא דשמואל אינו חייב בגו"א באונס, אינו אלא בהתוס' לשיטתייהו, דס"ל דמאי דחייב בגו"א לשמואל הוא זה מחיוב שחייב את עצמו ולא מדין ש"ש, כדמוכח ממש"כ התוס' לקמן מ"ד ע"א ד"ה שומר אבידה דאף בגוי איתא לדשמואל הגם דלעכו"ם אין דיני שמירה. (והרי זה מתאים עם מש"כ לעיל אות פ"ג בדעת התוס'). אכן לשיטת רש"י הרי ביארנו דיסוד חיובו מדין שומר הוא, דהרי הוא ש"ש על המשכון, כאשר מדויק מדברי הריטב"א בסוגיין, אלא דע"פ קבלתו בתורת משכון אף דאינו שוה כל החוב ס"ל לשמואל דמונח בזה שנותן למשכון דין כאילו הוא כל החוב, אשר ממילא מאי דחייב לשלם אי נגנב או נאבד הוא כל החוב, אך לעולם עיקר חיובו בגו"א מדין ש"ש הוא, אשר ממילא פשיטא דלשיטת רש"י הרי הוא חייב בגו"א באונס, ולדידי' איתא שפיר מאי דס"ד דהא דאיתא במתני' דהוא ש"ש כשמואל הוא.

והנה לשיטת התוס' אין דינא דשמואל דין ש"ש ממש, אלא חיוב שחייב את עצמו, וע"כ דלשיטתם מאי דהוה ס"ד לפרש מתני' דהמלוה על המשכון שומר שכו' ר"ל דהוא כמו ש"ש במה דחייב בגו"א, כאשר כתבו התוס' להדיא בב"מ פ"ב ע"א סוד"ה נימא, ע"ש. אכן לשיטת רש"י הדברים כפשטן, דיסוד חיובו מדין ש"ש הוא, כמבואר בדברי הריטב"א הנ"ל, אלא דחידוש שמואל דנהי דהיכא דלא הוי אלא לזכרון דברים אינו אלא כשומר חנם, מ"מ היכא דנטלו לשם משכון, אף דאינו שוה ככל החוב מ"מ ע"י שנטלו למשכון על החוב נעשה כאילו הוא נגד כל החוב, אשר ממילא היכא דחייב מדין ש"ש, הפסיד כל מעותיו, ולעולם עיקר יסוד חיובו מדין ש"ש הוא, וא"ש לישנא דמתני' דהרי הוא ש"ש, ודוק.

והנה כתבו התוס' דלרבה ע"כ דפליגי בדשמואל, והוא ע"פ מש"כ לקמן מ"ד ע"א בד"ה שומר אבידה, דלרבה אתי שפיר פלוגתא ר"א ור"ע ומאי דאמרו לימא דרב יוסף תנאי היא ר"ל דאולי לרב יוסף צ"ל דתנאי היא, ופלוגתא ר"א ור"ע לפום רבה הוא אי איתא לדינא דשמואל לענין שיווי עצם המשכון, אבל היכא דהחוב הוא יותר על המשכון פשיטא דלא אמרינן דאבד המשכון אבדו כל מעותיו, ודלא כפי' רש"י שכתב להיפך, דלרבה ע"כ דתנאי היא, דלא מצי מוקים ר"ע כדד"י, ולא שאלו אלא דילמא גם לרב יוסף תנאי היא או דמצי רב יוסף למיזל ככו"ע. וביאור פלוגתתם פשוט ע"פ הנ"ל, דלשיטת התוס' דיסוד דינא דשמואל הוא מדין התחייבות ולא מדין שומר שכו' ממש, שפיר י"ל דאף דלרבה לא היה לו להיות אלא שומר חנם, מ"מ ס"ל לר"ע דאבדו מעותיו שנכנגד המשכון מדינא דשמואל, ושייך לדידה דינא דשמואל לגבי שיווי המשכון אף דליתא על מה שהחוב יותר על המשכון. אכן לרש"י לשיטתו הרי יסוד דינא דשמואל מבוסס אמאי דלקח לשם משכון ודינו שלא יחזיר המשכון עד שיפרע החוב, אשר מזה דיינינן גם להיפך, דעד כמה שאין מחזיר המשכון אבד החוב אשר ממילא לרבה דע"כ אינו אלא שומר חנם, דלית ל"י פרוטה דרב יוסף, ע"כ דר"ע הוא דלא כדבריו, דאי איתא לדינא דשמואל הו"ל להפסיד כל מעותיו ואין לחלק בין שיווי המשכון לשאר החוב, וכל סוגיין הרי באה לומר דכ"ע לית להו דשמואל עכ"פ לענין שאר החוב. ועוד אפשר דאין לומר דהה"נ לר"ע יפסיד כל מעותיו, דגוף דינא דשמואל לא שייך בזה, דהא דינא דשמואל לשיטת רש"י כרוך מאי דהוי כש"ש, וכמשנ"ת, וז"פ. והתוס' שחילקו דשייך דינא דשמואל לגבי שיווי המשכון, היינו לשיטתייהו דס"ל דיסוד דינא דשמואל כמין התחייבות הוא, אשר זה שפיר שייך אך ענין שיווי המשכון גרידא.

אכן לפ"ז יוצא דלשיטת רש"י איכא נפ"מ בדין ש"ש דרב יוסף אי נקיט ל"י לשם משכון דהוי ש"ש, או

דאינו לוקחו אלא לשם זכרון דברים בעלמא דאינו אלא שומר חנם וע"כ דליתא בזה לדינא דרב יוסף, וזהו דלא כמש"כ התוס' בסוגיין כדבר פשוט דלדין ש"ש דרב יוסף אין לחלק בין היכא דלקחה לשם משכון לבין היכא דאינו אלא לזכרון דברים בעלמא, ומסתברא כדבריהם. לכך נראה מוכרח בדעת רש"י כמש"כ הריטב"א בשיטתו בסוגי' דב"מ פ"א ע"ב, דבעצם דברי שמואל אין מוכח אי הוי ש"ש או ש"ח, דיסוד חידושא דשמואל אינו אלא דליכא חילוק אי שוה המשכון ככל החוב או שאינו שוה, דאף היכא דאינו שוה נגד כל החוב נוטלה לשם משכון, דהיינו, נגד כל החוב, וכמו שביארנו לעיל. ואי הוי ש"ש מפסיד כל החוב ב"י האופנים היכא דנגנב או נאבד שלא על ידי פשיעה, ואי אינו אלא ש"ח אינו מפסיד החוב אלא היכא דנגנב או נאבד על ידי פשיעה. ולפ"ז, אה"נ דלדעת שמואל אי נימא דהוי ש"ש מדינא דרב יוסף אף היכא דאינו לוקחה אלא לשם זכרון דברים בעלמא יפסיד עכ"פ שיווי המשכון כדין שומר שכו' מצד פרוטה דרב יוסף, אך לר"א דע"כ לית ל"י דרב יוסף עכ"פ היכא דצריך למשכון, כדאיתא לקמן, אה"נ דלא יפסיד אף נגד המשכון. ואשר נוגע לקושיית התוס' דלשיטת רש"י דלא נחלקו אלא היכא דלא שוה נוקמי' למתני' דב"מ אפי' לר"א היכא דשוה המשכון כל החוב, עי' בריטב"א שתי' דאה"נ זהו בכלל קושיית הגמ' לימא בדשמואל קמפלגי, ולמסקנא דלא נחלקו בדשמואל קמה לה מסקנת הגמ' דמחזורתא דמתני' דלא כשמואל.

וע"ש עוד שכתב לפרש בדברי רש"י דכשרצו לומר דבדשמואל קמפלגי הוה ס"ד דהוי שומר שכו' מפאת עצם העובדא שלוקחה לשם גוביינא, כדמבואר מדברי רש"י שם, דמאי דיש לו ממון חברו להחזיק במקום פרעון זה דגופא עושהו לשומר שכו'. ולפ"ז ליתא למש"כ לעיל דלרש"י ע"כ דר"ע הוא דלא כרבה משום דאפי' נימא דטעמי' כשמואל מ"מ הרי נבנה דבר זה אמאי דהוי ש"ש מדרב יוסף, דלדברי הריטב"א (שהם באמת דברי רש"י) הרי י"ל בטעמא דמילתא דהוי ש"ש מטעם אחר, כלומר, מעצם הא דלוקחה לגוביינא, וז"פ. וע"ש עוד בריטב"א מש"כ בזה.

מ"ד ע"א

קג) תוד"ה מאי לאו בדלא שוי- אבל הכא השתא ס"ד דרבי יצחק איירי אפי' בשעת הלואתו הלכך מודה רבי אליעזר בדשוי אבל לא שוי הוי זכרון דברים בעלמא ולא שייכא התם דר' יצחק- מבואר מדבריהם דלא שייך לומר דמודה ר' אליעזר בדשוי אא"כ נימא דקני מדרי' יצחק, והוא לכאורה דלא כפשטות דברי רש"י דמאי דמודה בדשוי הוא מצד עצם מציאות המשכון בלא דינא דר' יצחק. ויישוב קושיית התוס' לשיטת רש"י, עי' חידושי הריטב"א (החדשים) ב"מ דף פ"ב.

קד) תוד"ה מאי לאו בדלא שוי- ובסיפא כשהלוהו אלף זוז בשטר מודה ר"א דאבדו מעותיו משום דאורחא דמילתא כשהלוהו בשטר שאין נותן לו משכון באותה שעה והוי שלא בשעת הלואתו וקני משכון דמדרי' יצחק- מבואר מדברי התוס' דבשעת הלואתו פירושו בשעת ההלואה ממש, ושלא בשעת הלואתו היינו כל שנתן לו אח"כ, ואפי' קודם זמן הפרעון. אכן יעויין בריטב"א בסוגיין דמבואר להדיא מדבריו דשלא בשעת הלואתו היינו דווקא כשהגיע זמן הפרעון וגבו ממנו ב"ד דב"ד מקנין לו המשכון, ובשעת הלואתו, דהיינו קודם שהוצרכו ב"ד לגבות, הרי ליתא אלא הקנאת הלוה והוא אינו מקנה אלא לשעבוד ולא לקנין, וזהו להדיא דלא כדברי התוס'. וכן מבואר מדברי רש"י בב"מ פ"ב כדברי הריטב"א ביסוד הגדר, אלא בביאור אחר קצת, ע"ש דכתב בד"ה אימור דאמר ר' יצחק וכו', וז"ל: דהא קרא במשכנו ע"י שליח ב"ד כתיב וכו' וההוא ודאי קני דלגוביינא שקלי' וכו' וליכא לדמויי למשכנו בשעת

הלואתו וכו', עכ"ל. הרי דאף הוא ס"ל דשלא בשעת הלואתו פירושו דווקא בזמן הפרעון על ידי ב"ד, אלא דהוא מטעם אחר קצת ממש"כ הריטב"א, דדווקא שלא בשעת הלואתו לוקחו הבע"ח לגוביינא.

אכן בדברי הר"י מגאש בסוגיין מבואר לכאורה כדברי התוס' בגדר בשעת הלואתו ושלא בשעת הלואתו, ע"ש שכתב בא"ד, וז"ל: ועוד דכיון שלא בשעת הלואתו משכנו הוי עלי' שומר שכר דהא ההלואה איתא גבי לוח בלי משכון והשתא הוא דשקיל לי' המלוה למשכון מיני' הילכך בההיא הנאה דקא מנטר לי' ממוני' במשכון דקא שקיל לי' מיני הוי עלי' ש"ש וכו' אבל משכנו בשעת הלואתו לא אמר פירוש דאכתי לא נפק ממוני' מתותי ידי' כי היכי דנימא בההיא הנאה דהא מינטר לי' ממוני' הוה אמשכון ש"ש, עכ"ל. ולדידי' העיקר תלוי באי ההלואה כבר בידי הלוה, אשר יוצא מזה גדר בשעת הלואתו ושלא בשעת הלואתו כמש"כ התוס', דכל שהוא לאחר שהלוה חשיב שלא בשעת הלואתו. ועיקר החילוק להר"י מגאש, וכן להתוס' אי נימא דס"ל כן, אינו גוביינא וגוף הקנין שבו אלא במאי דחשיב שומר שכר, אשר לזה דאי דלא בעינן דווקא גבייה על ידי שליח ב"ד. ויש לכאורה מקום עיון בדברי הר"י מגאש, דכתב בהמשך דבריו, וז"ל בא"ד: אלא לעולם ר' יצחק בתרתייהו אמר ובמשכנו שלא בשעת הלואתו דכו"ע אית להו דר' יצחק מהאי טעמא דאמרינן כי פליגי במשכנו בשעת הלואתו דלא כתיב ב" קרא ועוד דלית לי' למלוה הנאה בנטילת ההוא משכון דהא ממוני' אכתי גבי' נינהו ואיכא למימר דלזכרון דברים בעלמא שקלי' ולא למקני' לי' כד' יצחק כי היכי דניהו שומר שכר וכו', עכ"ל. ולכאורה צ"ב אמאי הוצרך לומר דלזכרון דברים בעלמא נטלה ולא למקני' לי', דאף דנימא דמצד הקנין דהמשכון ליכא חילוק בין שעת הלואתו לבין שלא בשעת הלואתו (דהא אף להר"י מגאש איכא קנין דהמשכון ולא סתם חיובא דש"ש, ע"י כל דבריו, ודוק) מ"מ אינו ש"ש במשכנו בשעת הלואתו משום דלא גמר ושעבד נפשי', וכמו שפירש לעיל. ובנוסף אחר, האיד' ידעינן למעשה להר"י מגאש לחלק לפום האי טעמא דלעיל בדין קנין המשכון בין שעת הלואתו לבין שלא בשעת הלואתו, הרי עיקר החילוק אינו אלא בהנאה שנעשה עבורה שומר שכר, וצ"ב.

קה) תוד"ה מכאן לבע"ח שקונה משכון - נראה דאין מתחייב באונסין אלא הוי כמו שומר שכר כדמוכח ס"פ האומנין וכו' - באו בזה לאפוקי מדעת רש"י בב"מ פ"ב ע"א ד"ה שקונה ופסחים ל"א ע"ב דקונה משכון להתחייב באונסין. וכ"ה דעת הראב"ד פ"י שכירות ה"א, ודעת רבנו אפרים שהביא בספר התרומות שער מ"ט ח"ד, וכן מבואר בדברי הראב"ד בשט"מ ב"מ דף ק"ד, ע"ש. ודעת הר"י והרמב"ם פ"י שכירות ודעמי' דבין במשכנו בשעת הלואה בין במשכנו שלא בשעת הלואה הוי שומר שכר, דמאי דאמרו דלא אמר ר' יצחק אלא שלא בשעת הלואה דרך דחיה נאמרה, ולהלכה ליכא חילוק בדבריו בין שלא בשעת הלואה לבין בשעת הלואה. אולם דעת התוס' בזה דדווקא שלא בשעת הלואה הוא דהוי שומר שכר, אבל בשעת הלואה לא הוי אלא שומר חנם, ע"י גידוית שם שער מ"ט ח"ד שהביא ג' השיטות בזה.

והנה הביאו הראשונים ראייה דאינו אלא שומר שכר ממאי דהוה בעינן למימר בסוגי' דב"מ פ"א ע"ב דמתני' דהמלוה על המשכון שומר שכר הוא אפי' לר' אליעזר, דהוא לא אמר אלא בשעת הלואה ומתני' שלא בשעת הלואה, הרי מבואר דשלא בשעת הלואה אינו אלא שומר שכר. ובדעת רש"י י"ל בפשטות ע"פ המבואר מדבריו דבהך ס"ד באמת לא אתינן עלה מפאת דינא דר' יצחק, ולעולם ס"ל השתא דבעצם אין בע"ח קונה משכון, והחילוק שבין שעת הלואה לבין שלא בשעת הלואה אינו אלא במאי דבשעת הלואה אינו לוקחה לגוביינא ואילו בשעת הלואה לוקחה לגוביינא, ועצם מאי דלוקחו לגוביינא משוהו שומר

שכר ע"ז גם בלא דין מסויים דבע"ח קונה משכון, ולר' יצחק שפיר איכא למימר דמשכנו שלא בשעת הלואה אית לי' קנין ממש וחייב באונסין. והתוס' שהקשו היינו לפי מה שמבואר מדבריהם בסוגיין ובסוגי' דב"מ דכל מאי דשלא בשעת הלואה אית לי' מעליותא אינו אלא מצד דינא דר' יצחק, וכמו שכתבו בסוגיין דלס"ד דפליגי בדשמואל ה"ט דמודה ר"א במלוה בשטר משום דבמלוהו בשטר אין הדרך לתת משכון בשעת הלואה אלא שלא בשעת הלואה וקני לה מדרי' יצחק.

והנה ממאי דבסוגיין ובסוגי' דב"מ הוה בעו למימר דפליגי ר"א ור"י בדרי' יצחק ולא דחאוהו אלא משום דלא נאמר דינא דר' יצחק אלא שלא בשעת הלואה אבל בשעת הלואה לא, מבואר לכאורה דלס"ד דנאמר דינא גם בשעת הלואה שפיר אמרינן דמתני' דהתם כר"ע ודלא כר"א, הרי דאף דלר"ע בע"ח קונה משכון מ"מ אינו אלא שומר שכר, ודלא כדברי רש"י. וצ"ל לכאורה דאף למאי דס"ד דינא דר' יצחק איתא בין שלא בשעת הלואתו בין בשעת הלואתו, מ"מ איכא חילוק, דשלא בשעת הלואתו הוי שואל ואילו בשעת הלואתו אינו אלא כשומר שכר. ואפשר דביאור הדברים הוא דהא מיהא דשלא בשעת הלואתו קונה גוף המשכון דליהוי כשואל, אבל בשעת הלואתו, אף דנימא דקונה משכון מ"מ אין יסוד קנינו אלא זכות ממון בהמשכון שיהיה שלו בשעת הלואתו, ודבר זה כשומר שכר יחשב. ומסקנת הגמ', דאין בשעת הלואתו בכלל לימודו של ר' יצחק כלל, ובשעת הלואתו אינו אלא כשומר חנם (או שומר שכר מצד פרוטה דרב יוסף).

וע"ש בספר התרומות שכתב בשם רבינו אפרים, וז"ל בא"ד, ואפי' תנא דמתני' דאמר הלוחה על המשכון ש"ש מודה לו לר"י דקנה משכון כלומר קנה לגמרי דמשמע ואפילו באונסין מחייב עליה כי פליגי ואמרי ש"ש הוי במשכנו בשעת הלואתו אלמא לכולהו תנאי שני להו בין משכנו בשעת הלואתו לשלא בשעת הלואתו וכו', עכ"ל. ויסוד הוכחתו, דהא מבואר דבעל חוב קונה משכון, אשר זהו שלא בשעת הלואתו, ומ"מ אמרינן דבשעת הלואתו יתכן דשומר שכר הוא (כרב יוסף), הרי מוכח דמאי קנה בשעת הלואתו, דהיינו קנה לגמרי ויתר הוא על שעת הלואתו, הוא אפי' להתחייב באונסין.

קה) שומר אבידה רבה אמר כשומר חנם דמי ורב יוסף אמר כשומר שכר דמי - טעמא דרב יוסף משום פרוטה דפטור לתת לצדקה כשמטפל באבידה (דדוקא בזמן שמטפל בה הוא דפטור מפרוטה דצדקה, ע"י חידושי הריטב"א בסוגיין, ר"ן נדרים ל"ג ע"ב, ותוס' ב"מ דף כ"ט ע"א ועוד). וטעמא דרבה, ע"י תוס' שם בב"מ דהוא משום דהך מילתא לא שכיחא ולא חשיב שומר שכר בכך, וכ"ה בחידושי הריטב"א בסוגיין (אלא דיעו"ש שכתב הריטב"א דהיינו דאמרינן דרבה לית לי' דר' יוסף משום דלא שכיח, וזה צ"ב דהא מאי דהוזכר בש"ס הא דלא שכיח הוא בנדרים ל"ג ע"ב, ופשטות כונת הש"ס התם דמשו"ה הוי דבר דלא שכיח ואינו בכלל איסור הנאה דהמודר, אבל לא מיהא דכיון דאיתא לפרוטה דרב יוסף שומר שכר מיהא הוי, וכמש"כ הר"ן שם וכ"ה גם בחידושי הריטב"א שם. אם לא דנימא דכונת הריטב"א במש"כ "והיינו דאמרינן" אינו אלא דהיינו דאומרים אנו, ולעולם אין כונתו לצטט דברי הגמ', דהא לא נאמרו דברי הגמ' אליבא דרבה כלל, וצ"ב. וסמך למימר הכי, דהריטב"א בב"מ פ"ב (ריטב"א החדשים) כתב דטעמא דרבה הוא משום דלא שכיחא "וכדאיתא במס' נדרים", דמשמע דאיתא במס' נדרים דלא שכיחא אבל לא דזהו טעמא דרבה, דזה אמר מדעת עצמו ע"פ הגמ' הנ"ל, וצ"ב). עכ"פ מבואר מזה דהא מיהא דגם לרבה פטור מנתינת צדקה לענין בזמן שהוא מטפל באבידה, רק כיון דלא שכיח הוא לא חשיב על ידי כך לשומר שכר. אכן מדברי הר"ח בתוד"ה שומר בריש דבריהם שכתב להוכיח דק"ל כרב יוסף מסוגי' דאין בין המודר, מבואר דס"ל

דלרבה ליתא כלל לפרוטה דרב יוסף. וצ"ב לכאורה אמאי באמת לא אמרין בזה דהעוסק במצוה פטור מן המצוה, וכמתני' דסוכה דף כ"ה. ועי' עוד בריטב"א בסוגיין, דמאי דפטור מצדקה משום עוסק במצוה אינו אלא באבידה, אבל בשומר חנם לא אמרין דליהוי שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף, דהתם שומר משום שקיבל לשמור, ולא חשיב עוסק במצוה בכך, וכיוון לדבריו בנתיב"מ סי' ע"ב סק"ז, ע"ש.

מ"ד ע"ב

קזח תוד"ה במלוה צריך למשכון- ור"ח פירש צריך למשכון שאינו רוצה להלוות לו בלא משכון וקשה דאטו משום הכי לאו מצוה קא עביד- עי' חידושי הריטב"א בסוגיין וכן בב"מ פ"ב דביאר דברי רש"י דהיכא דצריך המלוה להמשכון ומשתמש בו וכו' כשמתעסק בו הרי זה כעוסק בשלו ואין זה נחשב לעשיית מצוה, משא"כ כשאינו צריך להמשכון הרי זה מתעסק בשל חברו דמצוה היא. וע"ש שכתב ליישב גם שית הר"ח עד"ז, דהיכא דצריך להמשכון ודעתו שבסוף יהיה זה פרעון שלו אינו עוסק בו כבשל חברו אלא כשלו, ולא מצוה קא עביד, ע"ש. ואף דודאי איכא מצוה בזה הגם דלהנאתו מתכין, מ"מ נראה דכיון דכד עסיק ב"י מכיון לעצמו, לא מיקרי זה "עוסק" במצוה, דעוסק במצוה לא מיקרי אלא היכא דכל התעסקותו בו הוא למצוה שבו, ואף דודאי איכא קיום מצוה, יסוד הפטור דהעוסק במצוה פטור מן המצוה אינו דמי שלמעשה מקיים מצוה פטור מן המצוה, אלא דהא דהוא עוסק בעשיית במצוה פטורתו ממצוה, והיכא דעוסק בו לצורך עצמו לא חשיב עוסק במצוה. וכן מדויק בדברי הריטב"א שכתב ד"כיון דמשתמש בו כי מנטרו ומקשטו לא חשיבא מצוה למפטר"י מפרוטה דעני", הרי דשפיר הוי מצוה, רק לא חשיבא מצוה לפטור מדין עוסק במצוה פטור מן המצוה, וביאורו כנ"ל. ועי' תורת חיים בסוגיין מש"כ בביאור דברי הר"ח, ומה שביאר עפ"י הא דמודה ר"א היכא דהלוה בשטר דאבדו מעותיו. וראיתי מקשים דמ"מ היה לו ליפטר מצד העוסק במצוה פטור מן המצוה כהא דשנינו בסוכה דף כ"ו ע"א כותבי ספרים תפילין ומזוזות הנותגריהן ותגרי תגריהן וכו' פטורין מקריאת שמע, והרי התם מתפרנסים הם מזה ומ"מ חזינן דפטורין מצד עוסק במצוה. ולכאורה י"ל דשאני התם דאף שעושה כן להתפרנס, מ"מ הרי עצם הפעולה היא פעולת מצוה, וחשיב שפיר על ידי כך עוסק במצוה, משא"כ בניעור המשכון אם אך משתמש בו מתפרשת עצם ההתעסקות בו דאינה התעסקות במצוה, וכדברי הריטב"א. ועי' מ"ב סי' ל"ח סק"ד שהביא דברי המג"א דרק אם עיקר כוונתם בכתבת הספרים הוא

להמציאן למי שצריך אז הוא דפטור אף אם מתפרנס מזה.

ועוד יש להקשות לכאורה על דברי רש"י, דלדבריו הרי כיון עושה שכר מהמשכון ומנכה מן החוב הרי הוא שוכר ושוכר כנושא שכר הוא, ואמאי לא יחשב כשומר שכר מחמת הא גרידא. וכה"ק הרשב"א בשט"מ ב"מ פ"ב ע"ב, ותי' בשם הראב"ד, וז"ל: וי"ל דהכא כשכלו ימי שכירותו ואמר גמרתיו וכו', עכ"ל. ועי' ש"ך חו"מ סי' ע"ב סק"א שהקשה קושי זאת, ותי', וז"ל: י"ל דלא הוי שוכר אלא כשעושה עמו בפי' להשתמש בו אבל בשיכול להשתמש בו מעצמו בנכיתא לא הוי שוכר כל זמן שלא נשמתמש בו, עכ"ל. ומדברי הראב"ד שלא תירץ כדבריו מבואר לכאורה דלא כעיקר חילוקו, אלא אף באינו עושה עמו בפי' להשתמש בו כיון שיכול להשתמש בו חשיב שפיר שוכר.

וע"ש בתו"ח שנתקשה בשיטת רש"י דמלוה צריך למשכון פירושו דכיון דמשתמש בו ומנכה מההלוואה לאו מצוה קא עביד, אמאי מודה ר"א בהלוה לו על השטר. וביאור דברי רש"י פשוט הוא, והוא לשיטתו בכל סוגיין, דהיכא דהלוהו על השטר דאין צריך את המשכון לזכרון דברים פשיטא דנלקח המשכון בתורת משכון ובהא אף בלא חידושא דשמואל אמרין דאבד המשכון אבדו מעותיו, ואף דצריך למשכון ומשתמש בו, מ"מ עצם היות המשכון אצלו הרי הוא למשכון, אשר ממילא שפיר אמרין דאבדו מעותיו.

קא) תוד"ה אלא לאו כנגד חובו ובדשמואל קמפלגי- ואע"ג דלמאן דלית לי' דשמואל גבי אבד המשכון אינו מפסיד אפי' כנגד המשכון הכא מכל מקום נגד המשכון אינו משמט וכו'- והנה רש"י ביאר מאי דלעיל הוה ס"ד דטעמא דר"א משום דלית לי' דשמואל דמאי דאינו מפסיד אפי' כנגד המשכון הוא משום דס"ל דכל דאינו נגד כל החוב אינו נוטל אלא לזכרון דברים, והוא כמסקנת סוגיין דפליגי נגד המשכון ומאן דס"ל דמשמט הוא מהאי טעמא. ונמצא לדבריו דבס"ד הכא דאמרו אלא אמא תפיס משכון, ר"ל דעכ"פ נגד שיווי המשכון שפיר נוטל למשכון ולא לזכרון דברים בעלמא, וכן מבואר להדיא ברש"י ד"ה אלא משכון, ולדידי' אתי שפיר בפשטות מאי דאמרין דאינו משמט נגד שיווי המשכון, דהא לענין זה משכון הוא, וכנ"ל. והתוס' שלא פירשו כן, היינו לשיטתם דליכא יסוד כזה דכל שנוטל למשכון אבדו מעותיו עכ"פ נגד המשכון, אלא כמין שעבוד הוא שמשעבד את עצמו, ולעולם מאי דלמאן דלית לי' דשמואל אין מפסיד אפי' נגד המשכון אין זה משום דלזכרון דברים בעלמא נטלה, אלא אף שנטלה לשם משכון כל דלא אמרין דמונח בלקיחת המשכון פירוש להדיא דנוטלה בכה"ג אינו מפסיד מעותיו כלל, אשר לפ"ז שפיר הוקשה להו דא"כ דאין מונח בלקיחת המשכון שיהיה בזה דין שלו לענין הפסד מעותיו, אמאי אמרין דאינו משמט נגד המשכון, ותירצו מה שתירצו.