

פרק שבועת הדיינין

ל"ח ב'

עי' ברמב"ן ושאר ראשונים מדוע רק מוב"מ חשיב לשבועת הדיינין, ועי' רמב"ם פ"א משבועות הל' ד-ח.

גדר שבועת הדיינין - עי' קצוה"ח סי' פ"ז ס"ק כ"ו, צ"ו סק"ג.

תוס' ד"ה שבועת - עי' תויו"ט.

נקיטת חפץ - עי' בתוס' דהק' מ"ש משאר שבועות, ועי' ברא"ש דהוא רק דין דרבנן, ועי' רמב"ן וריטב"א, בעיקר קו' תוס' עי' מהרש"א ורש"ש וראמ"ה.

עי' תוס' מ"א א' ד"ה מאי איכא דהק' סתירה בדעת רש"י בדין נקיטת חפץ בשבועה דרבנן.

עי' במאירי דהק' על רבא אמאי חוזר ונשבע הא הוי חשוד, ועי' בתומים סי' פ"ז סק"ל, ועי' בראשונים מתשו' הרי"ף מה דלמד מדברי רבא.

גדר נקיטת חפץ - עי' ר"ן נדרים כ"ב ב' ב' שיטות אי מהני התרה לשבועה בנקיטת חפץ

עי' בריטב"א לגבי ציצית, ועי' ברמ"א סי' פ"ז סעיף ט"ו לגבי שאר ספרים ובנו"כ שם.

גדר שבועת הדיינין

(א) מתני' - שבועת הדיינין וכו'. עי' ברש"י דהדיינין משביעין אותו על הודאה במקצת הטענה, ועי' ברמב"ן דהק' אמאי לא פירש התנא באיזו שבועה מיירי, הרי שבועת השומרים ושבועת ע"א נמי חשיב שבועת הדיינין, ותי' דשבועת השומרים נקרי' שבועת הפקדון, כיון דשבועת הפקדון כולל כל מה שבא בעסק הפקדון, בין באופן דכופר [דהוא שבועת הפקדון] ובין בטענת נאנסו, [דהוא שבועת השומרים], ושבועת ע"א כיון דלא כתיבה בהדי' אינה בכלל שבועת הדיינין, [וצ"ב מה מגרע דהוא נלמד רק מדרשא], ועוד תי' דכוונת המשנה שבועת הדיינין של מוב"מ צריך שתהא הטענה וכו', וכ"כ הריטב"א והר"ן לב' התי', וברשב"א נקט רק כתי' ב'. [והנה למה דיסדו האחרונים דשבועת השומרים היא מדיני השלמת השמירה, היה מקום לומר דמשו"ה אין שבועת השומרים בכלל שבועת הדיינים, וצ"ע].

(ב) עי' ברמב"ם פ"א משבועות הל' ד-ח דכתב דשבועת מוב"מ ושבועת ע"א ושבועת השומרים מקרי שבועת הדיינין, וכן שבועות המשנה נמי מקרו שבועת הדיינין, אולם שבועת היסט אינה בכלל שבועת הדיינין, ונפק"מ לנקיטת חפץ, וכמבואר ברמב"ם שם בהל' י"ג, וכן הוא בביאור הגר"א סי' פ"ז ס"ק ל"א,

וע"ש בביאור הגר"א דהביא מרש"י גיטין ל"ה א' לגבי שבועת המשנה דדוקא אם נשבע בפני בי"ד, משא"כ בשבועת היסט.

ג) וברש"י בגיטין שם מבואר בהמשך הסוגיא דקפץ ונשבע נפטר משבועת הדיינים, אולם ברשב"א בשם ר"ח הביא דאינו נפטר, וכוונת הגמ' שם דמודה רב דאם קפצה בי"ד חוזרין ומשביעין אותה, ור"ח הביא לזה ראיה מהא דמבואר ב"ק ק"ו א' לגבי הדין של רב דנשבע דאין לך בידי כלום, אעפ"י דבאו אח"כ עדים פטור, דשבועה קניה, ומבואר בגמ' שם דבקפץ ונשבע אינו כן, ומוכח דבקפץ לא חיילא שבועתו, וכ"כ שם השטמ"ק מהרמ"ה, וביאר משום דבעי' דבי"ד ישביעו אותו, והרמב"ן שם דחה דהוא דין מסויים לגבי דינו של רב, ולעולם קופץ נפטר משבועתו, [וע"ע בסי' פ"ז סעיף ט"ז דנחלקו המחבר והרמ"א דבנשבע שיטען רק האמת ואח"כ נתחייב בשבועת הדיינים, אי מהני השבועה הראשונה או לא, ועי' ביאור הגר"א ס"ק נ"ו דכתב בתחילה דתלוי בפלוגתא הנ"ל אי מהני קפץ].

ולכא' יסוד המחלוקת הוא האם גדר הדין דשבועת הדיינים הוא דהדיינים מחייבין אותו בשבועה, אולם בעיקר השבועה ליכא מעלה משבועת ביטוי, או דשבועת הדיינים יש לה חומר טפי, ורק הדיינים מחייבין אותה, ולכך לא מהני קפץ.

ד) עי' בקצוה"ח סי' פ"ז ס"ק כ"ו דחידש דמחוייב שבועת הדיינים דנשבע דאם יאכל ככר זה אינו חייב לו ממון, ואכל את הככר, דאינו יוצא יד"ח שבועת הדיינים כיון דהוי שבועת ביטוי, ולא שבועת ממון, ומה"ט כתב דאף אם נשבע דהתובע מחל לו על השבועה לא מהני, כיון דהוא שבועת ביטוי ולא שבועת ממון, [וע"ע מדברי הרמ"א הנ"ל ס"ק ג'], וכן עי' בקצוה"ח סי' צ"ו ס"ק ג' דכתב דשבועת הדיינים לא מהני מושבע מפי אחרים, ומבואר דס"ל דהוא חייב מחודש של חייב הדיינים, ואינו בכלל דין שבועת ביטוי, [ועי' במושבב סי' ע"ז ס"ק ב' דהביא לדברי התומים דלא מהני שבועת המורשה במקום הבעלים, וביאר המשובב דטעמא משום דאצל המורשה הוא שבועת ביטוי, וע"ש דיישב בזה דעת הרמב"ם בשו"ש שמסר לשו"ח, ואכ"מ].

ובאופ"א י"ל עפ"י יסוד הגרש"ש ב"ב סי' י"ט ס"ק ב' דגדר דין השבועה הוא חייב לחבירו או לשלם לו או להשבע לו, [והוכיח כן מהא דכתב הר"ן דשביעית משמטת את השבועה, אף באופן דאינה משמטת את עיקר החוב, ע"ש], ולכך ס"ל להראשונים דלא מהני קפץ, כיון דהוא שבועה לעצמו ולא לחבירו, [וע"ע בכ"ז בחזו"א חו"מ סי' י' ס"ק ט"ז].

א) תוס' ד"ה שבועת - אלא דלא נילף וכו'. עי' תוס' יו"ט דהעיר דהא בשבועת בטוי ושבועת שוא הוי נמי מלתא דפשיטא ומ"מ תנא לה בסופ"ג, והתם ליכא למימר בהו דהוי ילפינן להו משבועת העדות. ועל עיקר קו' תוס', תי' בתויו"ט דלא נקיט להו הכא כיון דשבועת הדיינים היא בכלל שבועת הפקדון, וציין לדברי הרמב"ם פרק י"א שבועות ה"כ דכל הנשבע שבועת הדיינים או שבועת היסט בשקר חייב משום שבועת הפקדון, [וצ"ב דלכא' כוונת הרמב"ם דהחייב שנאמר בשבועת הפקדון אינו דוקא על שבועת הפקדון, אלא גם על שבועת הדיינים נאמר האיסור של שבועת שקר, אולם עי' לשון הרמב"ם שם בהל' י"ד "ששבועת הדיינים היא שבועת הפקדון עצמה"], ולכא' י"ל דאין כוונת תוס' להק' דנכתוב דשבועת הנשים הוי שבועה, דע"ז שפיר יש ליישב דדמי לשבועת הפקדון, אלא כוונתם להק' אמאי לא תני דנשים חייבות בשבועת הדיינים, וצ"ב.

ב) במה דבארו תוס' דנקט לה בשבועת הפקדון דלא נילף לה משבוה"ע, צ"ב דהרי הא דאינם בשבועה"ע משום דלאו בני עדות ניהו, ולא גרמו לו הפסד, משא"כ בשבועת הפקדון, ואף לדברי רע"א ח"א סי' קע"ט

דאף בעדות סוטה ליכא שבוה"ע כיון דבעי' שם עד, מ"מ קשה דכ"ז מיעוט לגבי עדות, אבל לגבי שבועה, לא שייך למעט, דהא אשה היא בר שבועה, וצ"ע.

### שבועה בנקיטת חפץ

(א) גמ' - ונפק"מ צריך לאתפושי חפצא בידיה. עי' ברא"ש דהק' איך אפשר למילף מקרא דואשביעך לחצאין, [וצ"ב דהא פלוגתייהו אינה בקרא דואשביעך אלא אי ילפינן אלה אלה מסוטה כמבואר בדף ל"ה ב'], ותי' בתי' קמא דס"ל דקרא דאלוקי השמים מיירי בכינוי.

ועוד תי' דהוא רק אסמכתא, ועיקרו הוא תקנ"ח להטיל אימה על הנשבע, ויישב בזה קו' תוס' מ"ש שבועת העדות ביטוי ופקדון דלא בעי נקיטת חפץ במושבע מפ"א, וע"ז תי' דעיקר השבועה היא בלא נקיטת חפץ, אלא דתקנו בשבועה דהדיינים משביעין אותו כדי לאיים עליו, דבעי' נמי נקיטת חפץ, וכ"כ הרמב"ן [אולם לא הזכיר להדי' דהוא תקנ"ח] והריטב"א, [ומבואר מהראשונים דאי הוי דין דאו' אינו מדין איום].

(ב) ולכאו' מתוס' מוכח דס"ל דנקיטת חפץ אינו דין בפנ"ע כדי לאיים עליו, אלא הוא חלק מצורת השבועה, דכמו דבעי' שבועה בשם, ה"ה דבעי' נקיטת חפץ, והוי חומר בשבועה, [ומקו' תוס' ד"ה האי על ר"פ מהא דאליעזר לא נקיט ס"ת, מוכח נמי דהוא דין דאו'].  
(ג) ועי' בר"ן נדרים כ"ב ב' דהביא מגאון דבנשבע בס"ת אין לו הפרה עולמית, וחלק עליו הר"ן דכל החומרא דנקיטת חפץ מצינו רק בשבועת הדיינים כדי לאיים עליו, אבל עיקר השבועה היא בשם או בכינוי, ולכך יש לו הפרה, ובדעת הגאון י"ל דס"ל דהוא חלק מצורת השבועה, והוי חומר בשבועת הדיינים, ולכך נקט דלא מצינו בו דין הפרה.

(א) גמ' - דאמר רבא וכו' וחוזר. עי' ברמב"ן דהביא דהרי"ף בתשו' למד מסוגיין דהיכא דכפר בכל ונשבע שבועת היסט בלא נקיטת חפץ ואח"כ בא ע"א דחוזר ונשבע בנקיטת חפץ, וצ"ב מה החידוש בזה, וי"ל דבסוגיין הרי מעיקרא חייל חיוב בירור של שבועה בנקיטת חפץ, אבל בגוונא דהרי"ף הרי מעיקרא נתחייב בשבועה בלא נקיטת חפץ, ומהיכ"ת דחייל חיוב לתוספת שבועה בנקיטת חפץ, וע"ז חידש הרי"ף דגם בכה"ג חוזר ונשבע.

והנה מדברי הרי"ף מבואר דאם היה נשבע היסט בנקיטת חפץ אינו חוזר ונשבע, ועי' בביאור הגר"א סי' פ"ז ס"ק מ"ה דהביא ראיה מדברי הראב"ד בכתובות כדעת הרי"ף, אולם ע"ש היטב בדברי הראב"ד דמיירי להדי' באופן דנשבע בתחילה שבועת המשנה בנקיטת חפץ, ומ"מ חייב לישבע עוד שבועה דאו', ועי' בחי' רע"א כתובות פ"ח א' דעמד בזה דדברי הראב"ד אינם כהרי"ף [וע"ש ב' דרכים בדברי הראב"ד, ותרוייהו דלא כהגר"א], וצ"ע.

(ב) עי' בתומים סי' פ"ז סק"ל דהק' דמבואר בב"מ ו' א' דל"א מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבעתא, כיון דחיישי' שמא מלוה ישנה וכו', ופרשי אנשי מספק שבועה ולא מספק ממון, וא"כ הכא על הצד דכבר נשבע לשקר אמאי שוב משביעין אותו הא חזינן דאינו פורש משבועת שקר, ואי לא חיישי' דשיקר, אמאי שוב משביעין אותו, וכן הקשה על דינו של הרי"ף דממנ"פ אי חשוד דנשבע לשקר אין חוזרין ומשביעין אותו,

ותי' בתומים דמעיקר הדין אינו צריך לחזור ולישב דאינו חשוד דנשבע לשקר, אולם כיון דקבעו חכמים דצורת השבועה היא בנקיטת חפץ, אם נשבע שלא כתקנת חז"ל אין שבועתו שבועה.

וצ"ב דאכתי קשה על דינו של הרי"ף, דבשלמא בדינא דרבא הרי מעיקרא השביעו אותו שלא כדין, אולם בדינו של הרי"ף הרי מעיקרא הוא נשבע כדין בלא נקיטת חפץ, ולא שייך לומר בו דכל שעשה דלא כדין חוזר, וצ"ל דמ"מ השתא דנתחייב בחיוב שבועה מדאו' בנקיטת חפץ, אין תוקף לשבועתו הראשונה, אולם עדיין צ"ב דאינו ענין לדינו של רבא דהוי טועה בדבר משנה.

ג) ובנתה"מ ס"ק י"ד יישב עפ"י"מ דהוכיח דאף מי שעבר עבירה מדאו' פעם א' אין חושדין אותו דאף להבא יעבור, ורק היכא דחשוד אממונא חושדין אותו דכיון דרוצה השתא לגזול, אף השתא ישבע לשקר, ורק מדרבנן אסור להשביעו עד שנדע דעשה תשובה, ולכך כיון דמדאו' הוא מחוייב בשבועה חמורה בנקיטת חפץ, וכמו"כ מדאו' אינו חשוד השתא מחמת העבירה שכבר עבר במה דנשבע שבועה קלה לשקר, ומדרבנן נמי א"א לפוסלו, דהא יתכן דנשבע שבועה קמא באמת, א"א לבטל ממנו את חיובו מדאו', ע"ש בכל דבריו, ועיקר התי' כתב נמי בחי' רע"א ב"מ ו' א'.

וכבר תמה באמרי בינה טו"נ סי' כ"ט על הנתה"מ דהא לרוב הראשונים כל הדין דנקיטת חפץ הוא מדרבנן, ומדרבנן הרי הוא חשוד, וצ"ע.

ד) ועי' במאירי דהביא דיש מי שאומר דטעמא דרבא דחוזר ונשבע משום דחושדין בו דאינו חושש לשקר בשבועה דרבנן, והוכיחו מהכא דחשוד לדרבנן אינו חשוד לדאו', ודחה המאירי דאינו ראה, דטעמא דחוזר משום דנשבע שלא כדינו, ולעולם חשוד לדרבנן חשוד נמי לדאו', ומבואר להדי' כתי' התומים, ועי' היטב בלשון הרשב"א בגיטין ל"ה א' דכתב נמי דטעמא משום דאי"ז שבועה כתיקונה, [ובעיקר קו' התומים - ע"ע בקצוה"ח ס"ק ל', פתח הגליון סעיף ט"ז מהראנ"ח, בית הלוי ח"ג סי' ל"ז, חזו"א חו"מ סי' י' ס"ק י"ט, חי' הגרש"ר ב"מ סי' ח', ואכ"מ].

גמ' - שבועה מעומד. עי' ברא"ש סי' ב' דכגמר דין דמיא, ולכאו' אי נימא כשי' רש"י דקפץ נמי מהני אמאי בעי' שיעמוד הרי אי"ז שייך לבי"ד, ובאמת דבסמ"ע סי' פ"ז ס"ק ל"ה כתב דטעמא משום דעי"ז הוי איום טפי.

א) גמ' - ת"ח לכתחילה בתפילין. [עי' רש"י בראשית כ"ד ב' דה"ה למזוזה] עי' ברש"י דהוא מפני כבודו, ולכאו' כוונתו דמהא דמאיימים עליו בס"ת ע"כ דחושדים בו דהוא ישקר בלא ס"ת, ובת"ח מפני כבודו שלא יראו דחושדים בו כשאר כל אדם, סגי באיום בתפילין, אולם לכאו' היה מקום לבאר באופ"א דשאני ת"ח דכיון דיודע את חומר העבירה יותר משאר כל אדם, הוו תפילין איום אצלו כס"ת בשאר כל אדם, ועי' להלן דכן מוכח מתוס' ד"ה האי.

ב) ועי' בש"ך סי' פ"ז ס"ק מ"א דהביא מרה"ג דאיזהו ת"ח כל שמניח תפילין, וכתב הש"ך דהאידינא אין חילוק בין ת"ח לאחר, והנה אי נימא דטעמא דת"ח בתפילין מפני כבוד הת"ח, אין סברא דשייך לומר כן על כל מי שמניח תפילין, ומוכח דס"ל דאם אינו מניח תפילין ע"כ דאין התפילין חשובין בעיניו, ואין בזה איום עליו, אולם מי שמניח תפילין, ודאי דסגי בהם כיון דחשובין בעיניו.

ג) עי' בריטב"א די"א דנשבע בציצית דמי לתפילין, וחלק הריטב"א דשאני ציצית דאין בו קדושה, אלא הוא תשמיש מצוה, וצ"ב מ"ש ממילת אליעזר, דנמי אין בו קדושה, אלא הוא חפץ של מצוה, וצ"ל כעין תי' ב' דתוס' דלא היה להם דבר חשוב טפי, אולם צ"ב דסברא זו היא רק לר"פ, אבל לרבא דס"ל דסגי בתפילין, הרי ע"כ לא יליף מאליעזר דבעי לנקוט את הדבר שמאוד חשוב, וצ"ב.

רש"י ד"ה בספר תורה - ובדורותינו בטלו וכו' ארור בעשרה וכו'. עי' סמ"ע סי' פ"ז ס"ק נ"ג דביאר דארור הוא שבועה ובשם, אלא דשבועה הוא מאמת דבריו בה', אבל ארור הוא מקלל עצמו בה' אם אומר שקר, אולם עי' בפתחי תשובה ס"ק כ' דהביא מהחת"ס דעיקר החילוק הוא דבארור אינו מזכיר את השם והוי כשבועה בלא שם, וכן משמע מלשון רש"י דכתב דבטלו הראשונים שבועה דאו', ולסמ"ע הרי גם ארור הוי דאו', אבל לחת"ס ניחא דשבועה בלא שם הוי דרבנן.

א) תוס' ד"ה לאתפוש - תימא דשבועת העדות וביטוי וכו' מפי אחרים. עי' רש"ש דהק' דהא בשבועת ביטוי לא משכח"ל מושבע מפי אחרים, ועוד הק' דהא שבועת הדיינין ושבועת אליעזר נמי הוי מושבע מפי עצמו, [ולקצוה"ח הנ"ל לא מהני מפ"א], ולכך ביאר דכוונת תוס' למושבע ע"י תביעת אחרים, ועי' בהגהות ראמ"ה דביאר דכוונת תוס' כהשבעת אברהם לאליעזר ויעקב ליוסף דגדול מצוה לקטן לישבע, ע"ש, ובאופ"א קצת י"ל דכוונתם לשבועה שנשבע בשביל להוכיח טענתו לאחרים.

ב) בעיקר קו' תוס' - יל"ע אמאי לא הק' תוס' טפי דכיון דדינא דנקיטת חפץ ילפי' מאליעזר, והתם הוא שבועת ביטוי, נילף מינה דכל שבועת ביטוי בעי נקיטת חפץ, וצ"ב.

ג) ובישוב קו' תוס' עי' במהרש"א דמדברי הפוסקים מבואר דאה"נ בשבועה"פ בעי אנקוטי חפצא, וקו' הגמ' קאי אפרקא דלעיל, וצ"ב כוונתו דברמב"ם פ"ז לא מצינו כן, וכן בטוש"ע לא מצינו רק נקיטת חפץ לגבי שבועת הדיינין, ועי' רש"ש.

וע"ע בחזון יחזקאל סוף שבועות דיישב לקו' תוס' דיש ב' סוגי שבועות, דשבועת הפקדון והעדות אין השבועה בשביל שמאמינים את המפקיד או העדים, דהרי התובע יודע דהפקדון אצלו, וכן התובע יודע דהם יודעים לו עדות, וכל השבועה הוא בשביל דיוודו לתביעת התובע, אבל שבועת הדיינים הוא בשביל להאמינו על טענתו, ובשבועת אליעזר הוא בשביל להאמינו דיעשה כדבריו, ולכך רק בשבועה דומיא דשבועת אליעזר בעי נקיטת חפץ.

תוס' ד"ה האי - הא אמרינן בסמוך וכו'. [ועי' רש"ש דאליעזר הוי ת"ח כמבואר ביומא כ"ח ב'], וצ"ב דבפשוטו כל מה דמבואר בגמ' דת"ח לכתחילה בתפילין היינו למאי דקיי"ל דלא כר"פ, אבל לר"פ גופי' לא שייך לומר דת"ח לכתחילה בתפילין, דא"כ אמאי שאר כל אדם לר"פ חוזר ונשבע, הא מסתברא דמה דהוי לכתחילה בת"ח מהני בדיעבד בשאר כל אדם, ועי' ברמב"ם פ"א שבועות הי"א דשאר כל אדם דנשבע מיושב אינו חוזר ונשבע, ועי' ב"י סי' פ"ז סט"ז דמקורו של הרמב"ם דומיא הא דקתני לגבי נקיטת חפץ דת"ח לכתחילה בתפילין, דמבואר דבשאר כל אדם מהני בדיעבד בתפילין, דה"ה לגבי שבועה במיושב, ובביאור הגר"א ס"ק נ"ד הביא עוד לדברי הר"ן דהוכיח דיושב כשר לעדות בדיעבד, מהא דת"ח כשר לעדות לכתחילה.

אולם מדברי התוס' מוכח דאף לר"פ ת"ח לכתחילה בתפילין, ולכאור' הביאור בזה דס"ל דטעמא דת"ח בתפילין משום דתפילין אצלו הוא איום כס"ת אצל שאר בני אדם, ולכך יתכן דאעפ"י דתפילין אצל ת"ח מהני לכתחילה, מ"מ בשאר כל אדם לא מהני תפילין אף בדיעבד, [אבל לטעמא דרש"י דבת"ח סגי באיום פחות משאר כל אדם, לא מסתבר דמאי דסגי לכתחילה בת"ח לא יועיל בדיעבד בשאר כל אדם].

אולם צ"ע לפי"ז סתירת דברי התוס', דהא בדברי הראשונים מבואר דלדעת תוס' כל הדין דנקיטת חפץ אינו מדין איום, ולכך הק' בד"ה לאתפושי מ"ש משבועת עדות ביטוי ופקדון, וצ"ע.

בס"ד

#### שתי כסף

סוגיית הגמ' ל"ט ב' - מ' א' ואמר רב נחמן וכו'.

עי' רש"ש אי לרב בעי' נמי ב' כלים - עי' רע"א דמסתפק לשמואל מה הדין באמר הילך על חלק מהכסף - עי' שער המשפט סי' פ"ח סק"ב מה הדין באומר על חלק איני יודע, ע"ש היטב בכל דבריו.

גמ' - דיקא מתני' כרב - עי' בריטב"א מה שמואל יתרץ.

גמ' - ולא ממילא שמעת מינה - עי' ברש"י, ובריטב"א ביאר פי' אחר, ע"ש היטב, עי' קו' קצוה"ח סי' פ"ח סק"א מהכא.

תוס' ד"ה מה כלים, עי' בקצוה"ח סי' פ"ח ס"ק א-ב, מה דיישב על רש"י, ומה דכתב דדברי התוס' רק לשמואל, ועי' היטב בתוס' קידושין י"א ב', וברא"ש. עי' בראשונים דהביאו לדעת רה"ג דלא בעי' פרוטה בכלי, ועי' ברמב"ן וברשב"א, ועי' קצוה"ח סי' פ"ח סק"ד אמאי אינו הילך, עי' היטב בלשונו דיש בזה ב' קו', ועי' קה"י.

גמ' - תנן וכו'. עי' רמב"ן רשב"א ריטב"א רא"ש ור"ן דפלוגתי' היא בדין ולא בפירוש המשנה, וע"ש באריכות כמה חידושי דינים, ועי' בהמשך הסוגיא בתי' רב דין מטבע אחת מה דהביאו מהראב"ד, ועי' קו' רע"א בסתירת דברי הר"ן, ועי' חזו"א חו"מ סי' י"א ס"ק י"ב בביאור דברי הראשונים.

גמ' - בטוענו בדינר מטבעות, עי' ברש"י וראשונים - עי' בקו' רע"א.

תוס' ד"ה בטוענו - עי' קצוה"ח סי' פ"ח סק"א, ועי' רש"ש.

בגדר הדין לרב - עי' חי' רא"ל ח"א סי' פ"ד דחקר אי הוי דין בטענה או דין בשבועה, [ואף אי הוי דין בשבועה יל"ע אי הוי דין בכפירה או דין בחיוב שבועה], וכ"ז שייך להמשך הסוגיא בדף מ' א'.

א) גמ' - אמר רב כפירת טענה שתי כסף. הנה ביסוד הדין דכפירת ב' כסף לדעת רב, יש להסתפק אם הוא דין בעיקר המחייב של השבועה, דרק טענה וכפירה של ב' כסף הוו טענה וכפירה המחייבין שבועה, או דהוי זה

דין בחיוב השבועה, דנתחדש הלכה בשיעור הממון שנשבעין עליו, דאין נשבעין על ממון פחות מב' כסף, דבעי' דבר חשוב לחייב שבועה, ועמד בזה בחי' רא"ל ח"א סי' פ"ד, ותלה זאת בנידון ב' כסף בשבועת השומרים, ובנידון לגבי שבועת הנוטלין, ויבואר בזה בעזה"י להלן מ' א'.

(ב) ויש בזה כמה נפק"מ לדינא, ובהמשך הסוגיא יבואר דנחלקו בזה הראשונים, וכן יבואר בזה עוד נפק"מ. א] בשער משפט סי' פ"ח סק"ב הביא ספק מאביו בטענו ב' כסף ופרוטה והודה בפרוטה וכפר בפרוטה ועל השאר אמר איני יודע, אי אמרי' דכיון דמה שאומר איני יודע צריך לשלם מדין משאיל"מ, א"כ שוב לא נשאר חיוב השבועה רק על פרוטה לבדה ופטור, או"ד כיון שנתחייב השבועה על ב' כסף ביחד, אף שמשלם על מה שאומר איני יודע, מ"מ לא פקעה השבועה מהפרוטה שהוא כופר בכרי וחייב עליו שבועה דאורייתא, ומסיק דמסתבר דחייב שבועה, עכ"ד.

והנה אם דינא דב' כסף הוא בהטענה והכפירה המחייבין שבועה, הרי מסתברא מילתא דמצטרף מה שאומר איני יודע למה שאומר להד"מ לשיעור ב' כסף, שהרי אף מה שאומר איני יודע הוי כפירה המחייבת שבועה, [שהרי חזינן דחייב שבועה ע"ז, ומכח זה איכא לדינא דמשאיל"מ], ורק אי נימא דדין ב' כסף הוא דין בחיוב השבועה, דפחות מב' כסף אינו ממון חשוב לישבע עליו, בזה הוא די"ל דהגם דמעיקרא חייל חיוב השבועה על ב' כסף, וע"כ איכא לדין משאיל"מ על מה שאמר איני יודע, מ"מ י"ל דאחר דחייל בזה דין משאיל"מ תו נמצא דחיוב השבועה הוא על פחות מב' כסף, ובטל חיוב השבועה.

והנה מבואר מדברי השער המשפט דפשיטא דחייב לשלם על מה דאמר איני יודע, ולכאוי' ק' הרי אי"ז בשיעור ב' כסף, ואמאי חשיב דאינו יכול לישבע, ומבואר דפשיט"ל דמצרפין את הכפירות, וע"כ דהוא רק דין בשבועה, ולכך מעיקרא ודאי דחייל חיוב שבועה על ב' כסף, אלא דמספק"ל האם לאחר דשילם חשיב השתא כשבועה על פחות מב' כסף או לא.

ב] עי' בב"י סי' פ"ט דמגלגלין שבועה ממקו"א עד פרוטה, אבל לא על פחות מפרוטה, ובשער משפט סי' פ"ח סק"ג צידד לחלוק דכיון שאין נשבעין על פחות מב' כסף כיון שאינו דבר חשוב, ה"נ אין מגלגלין על פחות מב' כסף, כיון שאינו דבר חשוב לישבע עליו, ע"ש, ונראה דאם הוא דין במחייב של השבועה, הרי ודאי דאיכא מחייב אחר, לא בעי' ב' כסף, אבל אי נימא דהוא דין בשבועה, שפיר י"ל דלא שייך בזה גלגול.

ג] עי' בשער משפט סק"ד דלפי השיטות דבשבועת השומרים בעי' נמי ב' כסף, אם טענו פקדון ב' כסף ופרוטה והודה בפרוטה ועל מעה א' כופר ואומר להד"מ ועל השני' טוען נאנסו, דאף דליכא ב' כסף לשבועת מודה במקצת דעל המעה שטוען נאנסו ליכא טענת כרי וליכא ב' כסף לשבועת השומרים, מ"מ חייב שבועה דאורייתא על שניהם, דכיון דהטעם דבעי' ב' כסף הוא משום דרחמנא לא חייבי' שבועה אלא בדבר חשוב שהוא ב' כסף ולא בפחות, ע"כ שפיר מצרפינן לתרוייהו, ובפתחי תשובה סק"ד הביא מס' בית יהודה שחולק ע"ז וכתב דלאו בחשיבות תליא מילתא, ורק דגזה"כ הוא דצריך להיות הכפירה ב' כסף, וכיון דבכל א' מהכפירות ליכא ב' כסף אין מצטרפין, והיינו דב' סוגי כפירה הוו, דהכפירה במודה במקצת, היא כפירה כנגד טענת התובע, והכפירה בנאנסו אינה כפירה כנגד טענת התובע.

והנה אי נימא דהוא דין בשבועה שפיר י"ל דמצטרפין, אבל אי נימא דהוא דין במחייב של השבועה, הרי שפיר מסתברא דאין מצטרפין.

דן עי' מהרי"ט חו"מ סימן ק"ה דשותפין שתבעו יחד ב' כסף חייב הנתבע שבועה, ובשער משפט סימן צ"ג סק"ב חולק דבעי' ב' כסף לכל אחד, והוכיח כן מאבדה של שותפין ואין בה שו"פ לכל א', דליכא חיוב השבה, וע"ע בברכ"י חו"מ סימן ו', שהביא להקשות מכ"ד ע"ד מהרי"ט.

והנה אי דינא דב' כסף הוי דין במחייב של השבועה, הרי אינו דומה כלל לאבדה, דודאי בשותפין נידון לכפירה א', דממון השותפות ממון א' הוא המשותף לשניהן, והוי זה דו"ד אחד, וביותר דבאבדה כיון דאין לא' מהשותפין שו"פ, אין בה דין השבה, דדין השבת אבדה תלוי במה שנאבד לו ממון, וכיון דאין לא' מהן ממון בזה, אין בזה דין השבת אבדה, משא"כ בב' כסף דעיקר הדין הוא שיהא הדו"ד שביניהם על ב' כסף, הרי דכיון דממון השותפות הוי ב' כסף, הוא חייב שבועה, ול"ד לב' תביעות נפרדות דב' בנ"א דאין מצטרפין לב' כסף, דבשותפות הוי הכל חפצא א' המשותף לשניהן ואין בו חלקים, וע"כ הוי דו"ד א' על חפצא דב' כסף, [ובפתחי תשובה שם העיר כע"ז], אבל השער המשפט אזיל לשיטתו דהוא דין בשבועה, ולכך נקט דדמי לאבדה, דכמו דלא מצרפין לשיעור פרוטה מב' שותפין בדין אבדה, ה"נ אין מצרפין לחיוב שבועה.

ה' עי' בחי' הרי"מ סימן פ"ח סק"י דדן בתבע שהפקיד אצלו חפץ שדרכו להתייקר בו והלה מודה במקצת, יוכל המפקיד לומר לדידי שוה לי, ויהא חשוב זה ככפירת ב' כסף, כיון שכנגד התובע הוי זה כשוה ב' כסף, ודימה ד"ז למש"כ המ"מ פכ"ג ממלוה הט"ז דלוה שתובע נייר השטר חייב המלוה לישבע היסת, דאף שאין הנייר שו"פ, מ"מ שוה נגד הלוח יותר מפרוטה וכו', ומבו' מזה דכיון שנגד התובע שוה ממון, אך דנגד הנתבע לא חשוב, מ"מ הוי ממון להשביע, והוכיח כן עוד, מהא דהגונב שור הנסקל מבית שומר חייב כפל ודו"ה למ"ד דדבר הגורל"מ כממון דמי, אף דלגבי הגנב לאו ממון הוא כלל דאיסוה"נ הוא, מ"מ כיון דלגבי השומר הנגנב חשיב ממון הוי גניבת ממון דחייב דו"ה, וכפל ושבועה מחד קרא ילפי' ומאי דחשוב ממון לזה חשוב לזה, עכ"ד.

והנה אי נימא דדינא דב' כסף הוא משום דפחות מב' כסף אינו ממון חשוב, ואינו מתחייב ע"ז שבועה, הרי דשפיר יש לדמות דין ב' כסף לדין שו"פ, אבל אי נימא דהוא דין במחייב, יש לחלק דבדין שו"פ דזכות התביעה דהתובע הוא רק בשו"פ, סגי במה דאצל התובע הרי"ז שו"פ, אבל בדינא דב' כסף, דהוא דין בהטענה והכפירה, הרי אינו תלוי בתובע, אלא דהנידון של הטו"נ שביניהם יהא על ב' כסף, וזה תלוי רק במה דהוא שוה באמת, ולא מהני לדידי שוה לי.

א) גמ' - ושמואל אמר וכו' ולא הודה אלא בפרוטה חייב. עי' ברש"י קידושין י"א ב' ותוס' כתובות פ"ח א' דהכונה או הודה רק בפרוטה, אולם עי' שער המשפט סי' פ"ח סק"ב דהביא מאביו לבאר דכוונת הגמ' דכפר בפרוטה והודה בפרוטה, ועל השאר אמר איני יודע, ואזיל שמואל לטעמי' דל"א מתוך באיני יודע, וקמ"ל שמואל דמ"מ כיון דאיכא טענת ב' כסף חייב שבועה, אבל לרב דבעי' כפירה ב' כסף, כיון דפטור על מה דאמר איני יודע, נמצא דליכא כפירת ב' כסף, ופטור משבועה, וכתב דלדין דאמר' מתוך באיני יודע, יש להסתפק אם כיון דחייב לשלם, אינו בכלל שיעור דב' כסף, או דילמא כיון דנתחייב שבועה על כל הכסף, אעפ"י דחייב לשלם על מה דטוען איני יודע, מ"מ חייב בכה"ג, כיון דהשבועה חלה על כל הב' כסף, אלא דעל חלק הוא חייב בתשלומין, ונקט כצד ב', ע"ש בכל דבריו.



ב) והנה יש לעי' בגדר הדין לשמואל, אם הוא דין דצריך תביעת ב' כסף, או דזה דין דצריך דההודאה והכפירה ביחד יהיו בשיעור שתי כסף, כיון דתרווייהו ביחד הם המחייבים אותו בשבועה, ומדברי השער המשפט הנ"ל מוכח דנקט דלשמואל הוא רק דין בתביעה, דלצד ב' הרי אין כאן ב' כסף בכפירה וההודאה ביחד.

ג) בחי' רע"א מסתפק בתבועו ב' כסף והודה בפרוטה וכפר בפרוטה, וטען הילך על השאר, מי חשיב ב' כסף או דחשיב כאילו כבר שילם לו, והנה אי נימא דגדר הדין לשמואל דיש כאן צירוף של ההודאה והכפירה לב' כסף, הרי ודאי דבהילך לא חשיב ב' כסף, דאינו חלק מהמחייב, אולם עי' ברע"א כתובות פ"ז ב' דמבואר בלשונו להדי' כצד ב', ויבואר בזה עוד להלן מ' א' על תוס' ד"ה אבל.

א) עי' רש"ש דכתב דלכאור' לרב בכלים נמי בעי' שיכפור בשנים, ודייק כן מלישנא דר"פ בדף מ' ב' טענו כלים ופרוטה וכו' ומשום דבעי' כפירת ב' כלים, ולישנא דשמואל שם דטענו ב' מחטין והודה בא' מהן וכו' היינו לשמואל לשי', ותמה על הפוסקים דהעתיקו למימרא דשמואל, ועל הרי"ף דגרס בלישנא דר"פ טענו כלי, ובאמת דבלשון השו"ע מצינו סתירה בזה, דבסעיף ג' כתב בתחילה דתבועו ב' כלים הודה באחד, ואח"כ גרס ללישנא דר"פ הודה בפרוטה וכפר בכלים, וצ"ב.

ועי' בתומים שם סק"ג דעמד בזה, ויישב עפי"מ דהוכיח שם בסק"א בדעת הרמב"ם דמדאו' סגי בב' פרוטות, אלא דרבנן תקנו שלא ישביעו על דבר מועט, אלא רק על שתי כסף, אבל בכלי דהוא חשוב לא תקנו, ע"ש, וצ"ע דאף להרמב"ם בעי' מדאו' ב', אלא דסגי בב' פרוטות, ונכמבואר בדבריו שם סק"א דכל מקור הרמב"ם הוא דמ"ש מקידושין דכסף היינו פרוטה, אולם אינו יותר קל מכסף קידושין], ואמאי סגי לרב בכפירת מחט א', וצ"ע.

ב) ולכאור' י"ל דהא מבואר בגמ' אליבא דרב דאעפ"י דפשטא דקרא דכי יתן מיירי בהודאה, מ"מ באם אינו ענין לטענה תנהו לכפירה, הרי נמצא דכלים דכתיב בקרא הוא כפשוטו דמיירי בתביעה, וא"כ לגבי כלים רב נמי יודה דסגי בתביעת ב' כלים, אולם עי' בריטב"א בתחילת הסוגיא ד"ה אמר רב כתב דלרב כלים נמי קאי אכפירה, וצ"ע בבריטב"א מ' ב' דמבואר דכלי חשוב כב' מעה.

ג) נראה להוסיף ביאור בספיקו של הרש"ש, דהנה יש לעי' אם מה דבעינן ב' כלים שכ"א שו"פ הוא משום דכמו בכסף בעינן ב' מעות אף דמעה כסף הוא דבר חשוב, איכא גזה"כ דלחיוב שבועה בעינן ב"פ דבר חשוב, וה"ה בכלי דמקרי דבר חשוב רק כשהוא שוה פרוטה בעינן ב' כלים דכ"א יש בו שו"פ, דכיון דהוקשו כלים לכספים דינם שוה, ויסוד הדין הוא דבעי' בעי' תביעת ב' דברים חשובים, או דלמא לא בעי' ב' פעמים דבר חשוב, אלא דשיעור דבר חשוב הוא ב' כסף, ובכלים דחשיבותם הוא משום דעומדים לשימוש ורק דבעינן גם חשיבות פרוטה, סגי בכלי אחד שהוא שו"פ לדין דבר חשוב, ומה דבעינן ב' כלים שכ"א שו"פ, הוא רק משום דבעינן כפירה בפרוטה והודאה בפרוטה, ואף דבלאו קרא הו"א דכלי אפי' בפחות משו"פ מקרי כפירה ומקרי הודאה, מ"מ לאחר דילפי' מכסף דבעינן כלי חשוב, הרי לענין כפירה בעינן כלי חשוב דבל"ז ליכא פרוטה, וכן לענין הודאה, אבל ל"ב טענת ב' כלים כמו דבעינן ב' כספים, דהתם כ"ז דליכא ב' כסף ליכא חשיבות, משא"כ בכלים, וזהו שורש הספק של הרש"ש אי בעי' ג' כלים.

והנה הרמב"ן והרשב"א בארו דלהכי כתב רחמנא כלים ללמד על כסף שהוא ב' כסף, והק' דהא אצטריך קרא לכלים דל"ב ב' מעין, ותי' דא"כ הו"ל למכתב כלי, וצ"ע הרי א"א לכתבו כלי דהא בעינן ב' כלים ובלא קרא לא ידעינן דבר זה, ומדבריהם מבואר דכל מה דכתב כלים ללמדינו לדין כסף, אבל בדין כלי ליכא נפק"מ, ומוכח דמעיקר הדין דבעינן טענה חשובה סגי בכלי אחד, והא דבעינן ב' כלים הוא רק להיכ"ת לדין מודה במקצת, ועי' בר"י מיגש דמבואר כן להדי' בדבריו.

(א) גמ' - דיקא מתני' כוותיה דרב וכו'. עי' בריטב"א דביאר דרו"ש פליגי בב' מילי, חדא אי בעי' כפירת שתי כסף, או דסגי בכפירת פרוטה, ועוד פליגי אי בעי' תביעת שתי כסף ופרוטה, או דסגי בתביעת שתי כסף, והק' לפי"ז דראיית הגמ' לרב ממתני' הוא רק דלא סגי בכפירת פרוטה, אולם עדיין ליכא ראייה אי בעי' כפירת שתי כסף או רק תביעת שתי כסף, ותי' דאף לזה איכא ראייה ממתני', דכיון דלא קתני שיעור הכפירה, ע"כ דכוונת התנא דהכפירה תהא בשתי כסף, ובדעת שמואל ביאר הריטב"א דס"ל דכיון דההודאה היא הגורמת לחיוב שבועה, ממילא כל דמתרבה שיעור הממון שמודה בו יש יותר סיבה לחייבו, ממילא ודאי דאי ההודאה בפרוטה אף הכפירה בפרוטה, עכתו"ד.

(ב) וצ"ב דא"כ מה טענת רב דהיה התנא צריך לכתוב שיעור כפירה, הרי כ"ש הוא וכסברת הריטב"א, וי"ל עפ"י הצד דנתבאר לעיל דגדר הדין לרב הוא דין בטענה, והיינו דההודאה גורמת דיש אלימות לטענה דיכולה לחייבו שבועה, ובעי' דהטענה הגורמת לשבועה תהא טענה חשובה, וכיון דהשבועה היא על מה דכופר, בעינן דיכפור בטענה המחייבתו שבועה, ולכך בעי' טענת שתי כסף, ומשו"ה ס"ל לרב דבעי' דתהא הכפירה יותר מההודאה.

(א) גמ' - ולא דמיא שמעת מינה וכו'. עי' היטב בדברי רש"י, ועולה מדבריו דבתחילה שמואל מיייתי ראייה מגוף הדרשא, דזה קאי על השתי כסף האמור למעלה, דעל זה שמוזכר למעלה באה השבועה, וממילא מבואר דסגי בטענת שתי כסף, וע"ז דחי רב דזה אתי לאשמועי' למוב"מ, ולא קאי זה על מה דמוזכר בתחילת הפרשה, ודחי שמואל דא"כ סגי לכתוב כי זה, דמשמע דרק בזה הוא מודה, ומהוא שמעי' דקאי אדלעיל, דמתוך ההוא שמוזכר לעיל הוא מודה לו, ודחי רב דבעי' הוא שיהא ממין הטענה, ודחי שמואל דאף דליכא ראייה מעצם הדרשא דכי הוא זה דקאי על התביעה דלעיל, מ"מ מפשטות הפרשה מבואר דמודה על טענת שתי כסף דלעיל, ודחי רב דתחילת הפרשה מיירי בכפירה.

(ב) אולם עי' בריטב"א [ד"ה אמר רב] דהק' דהא פשטא דקרא מיירי בנתן שתי כסף, ותי' דקרא מיירי בשומרים, ולכך ליכא ראייה מפשטא דקרא, וביאר [ד"ה וקאמר] דשורש המחלוקת של רו"ש הוא בקרא דכסף מיירי בכפירה או בתביעה, דשמואל ס"ל דכי הוא זה משמע דקאי אלמעלה, וכמו דכלים מיירי לגבי התביעה, ה"נ כסף דקרא מיירי לגבי תביעה, ורב דחי דקרא דכי הוא מבע"ל למוב"מ ולעולם כסף מיירי בכפירה, וקו' שמואל ולא דמיא שמעת מינה, ביאר הריטב"א דהכוונה בזה דלשמואל לשי' דכי הוא זה קאי אדלעיל לא בעי' יתור להודאה ממין הטענה, דכיון דקאי אכסף האמור לעיל, ע"כ דהכוונה בזה דממה דמוזכר לעיל הוא מודה לו, וע"ז דחי רב דיש הוכחה מגוף הפסוק דמיירי בכפירה, ולכך בעי' יתור להודאה ממין הטענה, והריטב"א הק' לפי שיטתו מה העדיפות של הדיוק של שמואל מהדרשא של רב, [והיינו

דלרש"י א"ש כיון דקו' הגמ' הוא דכך הוא פשטא דקרא, אבל להריטב"א לשי' דא"י פשטא דקרא, ק' כנ"ל], וע"ש מה דתי'.

ג) עי' קצוה"ח סי' פ"ח סק"א דהוכיח מתוס' מ' א' ד"ה בטוענו דבשתי כסף חסר פחות משו"פ, אינו מגרע בשיעור שתי כסף, והק' דא"כ מאי פריך ולא ממילא שמעת מינה, הרי הרי משכח"ל בטוענו שתי כסף ומודה לו במחט שהוא פחות משו"פ, דכה"ג חשיב הודאה, [לפי השו"ע] ולא נחסר משיעור שתי כסף, עי' בכל דבריו, אולם אי נימא דתוס' ס"ל כהריטב"א א"ש היטב שהרי אין כוונת הגמ' דשמעי' מפשטא דקרא כשמואל דלא בעי כפירת שתי כסף, אלא כוונת הגמ' דלשמואל לשיטתו לא בעי קרא שיהא הודאה ממין הטענה.

תוס' ד"ה מה כלים - אין נראה וכו' אלא ב' פרוטות. עי' קצוה"ח סי' פ"ח סק"ב דיישב עפ"י"מ דמבואר בקידושין י"א ב' דכסף קצוב הוא כסף צורי, ומבואר ברש"י שם דכסף קצוב הוא נ' של קנס ול' של עבד וק' של מוצש"ר, ולכך אי הוי כתיב כספים כיון דמיעוט כספים שנים, הרי"ז כאילו כתוב חשבונו והוי קצוב, והוא רק צורי, וצורי הוא פחות מפרוטה, משא"כ בקידושין דכתיב כסף סתם, ודבריו צ"ב דהרי קצוב היינו דיש לו קצבה למטה ולמעלה, ואינו ענין להכא דאין לו קצבה למעלה, ועוד צ"ב דהא ברש"י כתב דשיעורו חכמים דמעה דבר חשוב, ולקצוה"ח הרי היקש כלים שנים לכסף נמי הוי קצוב, וכאילו נאמר ב' מעות.

א) שם - ואית ספרים דגרסי וכו' מכסף ילפינן דבעינן שיהא בכלי שוה פרוטה וכו'. ועי' בקצוה"ח סי' פ"ח סק"א דכ"ז לשמואל דכסף דאתי לדבר חשוב מלמד דכלים נמי בעי דבר חשוב, והיינו פרוטה, אבל לרב דכסף אתא לכפירה אין לנו ראיה דבעי דבר חשוב בכלים, ובאמת דכן משמע מלשונם בתחילת דבריהם דכתבו דאליבא דרב נפקא ליה דבר חשוב מכלים דאף באין בו שו"פ יש בו חשיבות גדול שראוי למלאכה גדולה.

ב) אולם עי' היטב בתוס' קידושין י"א ב' דכתבו כדבריהם הכא אליבא דשמואל דילפי' מקרא דבעי' כלי שו"פ, אולם מבואר בדבריהם עוד דכתבו דמה דהק' רש"י דכלים אינו דבר חשוב תי' דמחט הוי דבר חשוב, ומה דאמרי' יצאו למה שהן היינו היינו דלא בעי' מעה, אולם בעי' שו"פ, והרי בתוס' שם מבואר דהסוגיא בקידושין קאי אליבא דרב, ומ"מ כתבו להדי' דבעי' כלי שיש בו שו"פ, ונמצא דלרב ידעי' לה מסברא, ולשמואל בעי' למילף לה מקרא, ואילו בתוס' שבועות משמע דלרב לא בעי' כלל כלי שיש בו שו"פ, וכן יש להוכיח מהא דהרא"ש כתב בסי' ד' כתוס' דילפי' שו"פ מכסף, ומ"מ הק' על רה"ג דפסק להלכה דלא בעי' שו"פ, והא כל המקור הוא ר' קלשמואל ולא לרב, וצ"ע בכ"ז.

ג) עי' ברמב"ן דהביא מרב האי גאון דלא בעי' כלי שו"פ, וחלק עליו דבעי' כלי שו"פ, והביא דכן מבואר להדי' בירושלמי, [ולדברי הקצוה"ח דנחלקו בזה רו"ש, לק"מ, דהא בירושלמי הוא מימרא דשמואל], והק' עוד דהא אין ב"ד נזקקין לפחות משו"פ, וכתב דגם לגבי קידושין לא חייל קידושין בכלי שאין בו שו"פ, ועי' ברשב"א דחלק עליו דבי"ד נזקקין לכלי, והוסיף דאפשר דאף לענין קידושין מהני, ע"ש. ובקצוה"ח סי' פ"ח סק"ד תמה דאם הכלי בעין הוה הילך, ואי אינו בעין הרי חייב לשלם לו דמים והוי פחות מפרוטה, וליכא הודאה בפרוטה, ואף אי נימא דסגי במה דעיקר התביעה היא כלי, [דומיא דינא דדמי קרקע חשיבי תביעת קרקע], מ"מ כיון דבפועל אינו חייב לו אלא דמים פחות מפרוטה, אין ב"ד נזקקין לזה.

והנה על קו' קמא לכאו' י"ל דיסוד הדין דמוב"מ הוא דע"י ההודאה איכא רגל"ד דכל התביעה היא אמת, ולכך הוא חייב לישבע, ולפי"ז א"ש דאעפ"י דהוא מודה על פחות מפרוטה, מ"מ כיון דמודה דתביעת הכלי היא אמת, שפיר חשיב כהודאה על הכלי, ואעפ"י דבפועל הוא משלם דמים פחות מפרוטה, מ"מ אין ההודאה נקבעת לפי מה דמשלם בפועל אלא לפי מה דהוי רגל"ד לתביעה, והרי התביעה היא תביעת כלי.

(א) גמ' - תנן וכו' מי סברת שוה וכו'. עי' ברמב"ן דכתב דאין לפרש דפליגי במאי מיירי מתני', ולכו"ע אי תבע ב' כסף דוקא קאמר, דא"כ אמאי מבואר בגמ' דבעי למימר דינר זהב זהוב, הרי בלא"ה נמי הוי דוקא, וע"כ דפלוגתייהו האם התובע מחבירו ב' כסף הוא דוקא או שוה.

ועוד ראייה הביא הרמב"ן מהא דקתני במתני' שתי כסף יש לי בידך וכו', והרי בטוען בהאי לישנא הוי דוקא, ומדוע לא תני במתני' דתבעו שוה שתי כסף, וברשב"א נמי הביא להאי ראייה, והוסיף דאי מיירי מתני' בטוען שוה בפירוש, "היכי תני במתני' סתם שתי כסף יש לי בידך שאילו אמר לו באותו לשון היה הדין בהפך לרב" וצ"ב אמאי היה הדין להיפוך, הרי בכל אופן הוא פטור, אלא דיש לדון אי טעמא משום דאי"ז כפירת שתי כסף או משום דאי"ז הודאה ממין הטענה, ובר"ן הק' מסיפא דקתני שתי כסף ופרוטה וכו' ואי בסתמא דוקא, אמאי תני להך לישנא, הא לרב טענו חטיין ושעורין והודה באחד פטור, אולם עי' בדברי הרשב"א בהמשך דבריו דנקט דרב נמי מודה לשמואל דחייב בטענו חטיין ושעורין והודה בא' מהן, וע"ע.

(ב) בעיקר דברי הראשונים, לכאו' היה נראה דכוונתם דכשטוען ב' כסף לי בידך בהלואה, היינו דטוען הלויית לך שוה ב' כסף, ולכך הוי ממין הטענה, אולם עי' היטב בלשונות הרשב"א דמבואר דאינו כן, אלא ודאי דהלואה לו ב' כסף, אלא כיון דאם אין לו מטבעות יכול לפרוע בכל מה שירצה, פליגי רי"ש אם הוא תובעו דוקא, או כיון דאינו יכול לכופו לפרוע לו מעה, חשיב דתובעו שוה.

אלא דיל"ע האם הא דלשמואל הוי דוקא הוא משום דבמלוה דינר זהב יכול לתבוע ממנו שיחזיר לו דנרי זהב, וכשמודה על דינר כסף הוא חיוב אחר, או דילמא דאף בכסף הוי השבה, אלא דמ"מ הוי שלא ממין הטענה, דהא מודה רק דנתן לו מעיקרא דינר כסף, ולפי תביעת המלוה הרי נתן לו דינר זהב.

[ובעיקר הדין - עי' בקצוה"ח סי' ק"א סק"ה דנקט דמעיקר הדין יכול להחזיר לו גם שאר סוגי מטבעות, ורק מדרבנן הוא דחייב להחזיר לו זהב, אולם בנתה"מ ק"ז סק"ד נקט דהוא דין דאו', ע"ש].

ועי' בחזו"א חו"מ סי' י"א ס"ק י"א בביאור דברי הראשונים, ומבואר מדבריו דבאמת אין לנו נפק"מ מהו חיובו, ויסוד המחלוקת הוא מהו תובע ממנו עכשיו, דשמואל סבר כיון דיש סדר לגביה, תביעתו השתא היא תביעת דוקא, ולכך הוי שלא ממין הטענה, אבל רב סבר דנקטינן דתובע מעיקרא את השיווי, שהרי אינו יודע אם בידו מעות או לא, ולכך חשיב ממין הטענה, וע"ש בחזו"א דביאר מ"ט אי"ז נחשב לטוענו חטיין והודה לו בשעורים, ע"ש בכ"ד.

והנה הרשב"א ביאר דכ"ז לגבי הלואה אבל בנותן דוקא קאמר, ונפק"מ בשכ"מ, וביאר בטעמא משום דאין המלוה יכול לכופו לפרוע לו מעות כשאין לו מעות בעין, וצ"ב דא"כ אמאי בליטרא זהב דוקא קאמר, הרי גם בליטרא זהב אם אין לו אינו חייב לטרוח.

ולדברי החזו"א א"ש דבטוענו ליטרא זהב אמרי' דודאי עיקר תביעתו אינו על השיווי, ולא הוי ממין הטענה, וה"ה נמי בדינר זהב זהוב כוונתו לתבוע את החפץ בעצמו.

ג) עי' ברמב"ן דכתב דכ"ז בהלואה אבל בפקדון א"א לומר דשוה קאמר ליה, וכן עי' ברשב"א בתחילת דבריו דכתב לחלק בין הלואה לפקדון, וביאר דשאני הלואה דנתנה להוצאה ומשתלמת בכל דבר, אבל בפקדון דלא ניתן להוצאה דוקא קא תבע, ובהמשך הסוגיא כתב עוד הרשב"א דבנותן לא אמרי' דשוה קאמר, כיון דהלואה יכול לפרוע בשוה, [באין לו] ואינו יכול לכופו לפרוע כמו המטבע שהלואה לו, והוסיף הרשב"א דלגבי הלואה אמרי' אף לגבי הנתבע דמודה לו בשוה.

ועי' בר"ן דהביא לסו"ד הרשב"א, ולמד מזה דה"ה דיש לחלק בין הלואה לפקדון, דתובע פקדון כנותן דמי, דכתב דלסברת הרשב"א דשאני נותן דיכול לתבוע את החפץ עצמו, ה"ה פקדון הוי כנותן ודוקא קאמר, וצ"ב דאדרבא אי משום סברת הרשב"א לחלק בין נותן להלואה, הרי שפיר י"ל דפקדון דמי להלואה, שהרי אם אין לו הוא חייב ליתן לו דמיו, אלא הסברא בזה היא דכיון דפקדון אינו ניתן להוצאה לכך נקטינן דהוא תובע דוקא ולא שוה.

ועי' בר"ן דחולק על הרשב"א ואף בפקדון הוא תובע שוה, וטעמא משום דמסתמא הוא תובעו באותו ענין שיתחייב שבועה, ואם יתבע ממנו דוקא, ויודה לו בשוה יהא פטור משבועה, וצ"ע דאי נימא דכל תובע פקדון הוא מוחל על תביעתו של החפץ בעין, כדי שיתחייב בשבועה, מדוע יכול לתבוע ממנו דוקא כשהחפץ בעין, הרי מחל לו ע"ז.

ועי' בחזו"א שם ס"ק י"ב דביאר דודאי אם הפקדון בעין הוא חלה תביעתו רק על החפץ שהפקידו אצלו, אלא כיון דאינו יודע אם הפקדון בעין, אמרי' דעל הצד דאין החפץ בעין, הוא תובע ממנו את שוויו, וע"ש דחילק בין פקדון של מטבעות לפקדון של שור, דודאי בהפקידו את שורו, הוא תובע את השור בדוקא.

ד) והנה הר"ן בתחילת דבריו הביא ראיה דטוענו דוקא והודה בשוה פטור, מהא דתניא [לגרסת ר"ח] דתבעו דינר זהב וזהב והודה לו בדינר כסף פטור, ולרב דינר כסף שוה קאמר, ומ"מ כיון דתבע דוקא פטור, ותמה רע"א הרי לביאור הר"ן דתובע שוה כדי שיתחייב בשבועה, הרי לא שייך סברא זו לגבי הנתבע, אלא דוקא קאמר, ויש להק' עוד דהר"ן כתב בתחילת דבריו דהמשיב פרוטה יש לך בידי שוה פרוטה משמע, וקשה הרי לגבי הנתבע לא שייך סברת הר"ן.

וכן יש להק' בדברי הרשב"א דחילק בין נותן לתובע, דשאני תובע דאינו יכול לכופו לפרוע לו כמובע דהלואה, ולכך הוא תובע שוה, וא"כ הרי כ"ז שייך לגבי המלוה, אבל לגבי הלואה לא שייך סברא זו, ומדוע כתב הרשב"א דאף הלואה תובע הוא את שוויו.

ולכא' צ"ל דבהלואה לעולם הלואה מודה בשוה, דכיון דשורש החוב הוא שוה, אעפ"י דיש למלוה זכות קדימה לתבוע מטבע, אינו מודה כפי זכותו של המלוה, וכל הנדיון לגבי התובע דיש לו זכות קדימה, האם הוא תובע דוקא או שוה, ואפילו אם תובע ממנו דוקא, הוא מודה לו בשוה, וכמו"כ י"ל בדעת הר"ן דאע"ג דגבי הנתבע ליכא לסברת הר"ן, וכטענת רע"א, מ"מ הנתבע שוה קאמר, ורק לגבי התובע הוצרך הר"ן לבאר מדוע הוא תובע שוה ולא דוקא, אלא דלפי"ז יש להוסיף דדוקא לגבי הלואה אמרי' דהלואה מודה בשוה, אבל בפקדון י"ל דהנתבע מודה בדוקא, [באופן דאי"ז הילך] שהרי חיובו הוא את להחזיר את הפקדון, וצ"ע]. אלא דצ"ע דלפי"ז נמצא דאף שמואל מודה לגבי הנתבע דשוה קאמר, ובלשון הר"ן משמע דרק לרב כתב כן.

ה) עי' ברמב"ן דהוכיח מגרסת ר"ח דבתבעו דינר זהב זהוב, והודה לו בשוה ב' כסף לי בידך לא אמרי' דכוונתו לשוה ב' כסף זהב, וכתב הרא"ש דמשמע מדברי הרמב"ן דבאמר בפירוש שוה ב' כסף זהב הוי ממין הטענה, ותמה עליו הרא"ש דבכה"ג דתובע דינר זהב זהוב לעולם אינו מתחייב בשבועת מודה במקצת, כיון דהוי שלא ממין הטענה, דומיא דמנורה גדולה וקטנה, ולכאוי' י"ל בדעת הרמב"ן דודאי אף בהלוהו דינר זהב זהוב, יכול לפרוע לו במטבעות קטנות מזהב, וא"כ באופן דמודה בחציו שפיר הוי הודאה ממין הטענה.

ו) עי' ברמב"ן דבתבעו שוה והודה דוקא חייב, והביא לזה ראיה מתבעו כור פירות והודה בקטנית, והא פירות הוא שוה וקטנית הוא דוקא, אולם עי' ברא"ש דחולק על הראיה, כיון דקטנית נמי הוה בכלל פירות, אבל שוה ודוקא ב' מינים הוה, אולם לדינא פסק הרא"ש כהרמב"ן, וביאר דטעמא משום דכשהתובע טוען שוה, כל מה שמודה הנתבע הוי ממין הטענה דאין לך דבר דאינו שוה כסף, ומבואר ברא"ש דהוא טעם אחר מהרמב"ן, וצ"ב חילוק הטעמים.

והנה בתבע כור פירות והודה לו בקטנית, יש לבאר בב' אופנים אמאי חשיב הודאה ממין הטענה, האם משום דכוונתו לתבוע ממנו כור פירות אלא דלא פירש לו איזה פירות, וכשהנתבע מודה בקטנית הרי"ז בירור על תביעת התובע, או דנימא דכוונתו לאיזה סוג פירות שיהיו, ולכך הוי ממין הטענה, וכמו"כ יש לדון בתובע דינר זהב דלרב הוי שוה, נמי יש לדון אם הגדר בזה הוא דתובע ממנו דבר מסויים בדוקא, אלא דלא פירש מהו, אלא רק את השוויות של החוב, או דתובע ממנו שוה, ולפ"ז א"ש דברי הרא"ש דבכור פירות כוונתו לדוקא אלא פירש להו, אבל בתובע שוה, הוא תובע רק את השוויות, ולכך בכור פירות הרי הודאת הנתבע הוא פירוש לעצם התביעה, אבל בטוענו שוה אי"ז פירוש לטענת התובע, אלא דהוא תבע ממנו תביעה כללית דיש לו בידו חוב על שוה דינר זהב, והוא הודה לו בחיוב אחר של דוקא, ומ"מ חידש הרא"ש דחשיה הודאה ממין הטענה, כיון דאין לך דבר דאינו שוה כסף, ועדיין צ"ב בכ"ז.

ז) יל"ע מדוע כתבו הרשב"א והר"ן דהנתבע נמי מודה בשוה, הרי ממנ"פ אם תבעו דוקא והודה בשוה הוא פטור, ואם תבעו שוה לעולם הוא חייב, וצ"ב.

א) עי' ברשב"א דנקט דהלכתא כרב דבעי' כפירה ב' כסף, והלכתא כשמואל דדוקא קאמר, ושפיר י"ל דטעמא דרישא משום דאי"ז הודאה ממין הטענה, והק' הרשב"א דא"כ אמאי קתני ברישא דמתני' ב' כסף לי בידך, ולא קתני דינר לי בידך, דהא בגוונא דב' כסף יש בזה ב' טעמים לפוטרו, ותי' דכיון דקתני ברישא הטענה ב' כסף וכו' עלה סמיך ותנא ב' כסף ע"ש בכ"ד.

ודברי הרשב"א תמוהים דהא בגמ' פריך לרב מדסיפא דוקא רישא נמי דוקא, ופירש רש"י דקו' הגמ' דמוכח דטעמא דרישא דמתני' משום דדוקא תנן, ולא משום חסרון בכפירת ב' כסף, ובדברי הרשב"א מבואר תי' אחר על קו' הגמ', ועמד בזה בגידולי תרומה ש"ז ח"ב סק"ט, ובחידושי הרי"ם סי' פ"ח ס"ק כ"ג, וצ"ע.

ולכאוי' מוכרח, דהנה בביאור רש"י בקו' הגמ' יש בו דבר חידוש, דהרי אי ליכא דין דבעי' הודאה ממין הטענה, הרי ליכא חסרון דב' כסף, כיון דהוא תבעו ב' כסף של מין א', והוא הודה לו במין אחד, ונמצא דכלפי התביעה ליכא חסרון דב' כסף, ונראה דמה"ט מיאן הרשב"א בביאור רש"י לקו' הגמ', אלא ביאר דקו' הגמ' להא דאמר רב דשוה קתני, ונרמזו הדברים בחי' הרי"ם שם, עדיין צ"ע בכ"ז.

(ב) עי' בר"ן דכתב דברש"י במשנה מבואר כהרשב"א דקיי"ל כרב דהכפירה ב' כסף, וקיי"ל כשמואל דדוקא קתני, ולכך ביאר את המשנה כשמואל, וצ"ע הרי מבואר להדי' בגמ' דאי דוקא קתני הוי מתני' תיובתא לרב, וכדהק' בסק"א מהאחרונים על הרשב"א, וצ"ע בכ"ז.

## מ' א'

(א) גמ' - בשטענו בדינר מטבעות. עי' ברש"י דכל המטבעות הם מין אחד, ועי' בחי' רע"א דתמה על רש"י דהנה מבואר ברש"י בדינא דזהב דזהב דגם רב ס"ל הכי, וא"כ מנ"ל לגמ' לומר דרב ס"ל דשוה קאמר, דילמא לעולם דוקא קאמר, והא דפטור במתני' הוא משום דחסרה לה כפירת ב' כסף, ובסיפא חייב כיון דמין מטבע אחד חשיב ממין הטענה, ועוד תמה אמאי ביאר רש"י לגבי ליטרא דדרך מטבע לעשותו דמים וכו', והרי במטבע בלא"ה חשיב הודאה ממין הטענה כשמודה במטבע.

והנה לכאור' י"ל דאדרבא רק בזהב זהב הוי לשון מטבע, אבל דינר זהב אינו נחשב מטבע, וא"כ שתי כסף דמתני' אי"ז מטבע אלא שוה, ולכך לרב איכא הכרח לומר דמתני' בשוה, וצ"ע.

(ב) יל"ע בשיטת רש"י, דא"כ נמצא דאין מחלוקת בין ר"ש לגבי דינר זהב, דהא לשמואל בטוענו דינר זהב אע"ג דדוקא קאמר, הרי כל המטבעות יש להם דין אחד, ובטוענו משקל אף רב מודה דדוקא קאמר כדחזי' בליטרא זהב, ונמצא דבדינר זהב לכו"ע הוי ממין הטענה, ובמשקל זהב לכו"ע אינו ממין הטענה, ולכאור' צ"ל דפליגי באופן דטוענו דינר זהב, ומודה לו בשוה דינר כסף, דלשמואל אי"ז ממין הטענה, שהרי לא הודה לו במטבע, אבל לרב הרי תביעת דינר זהב נמי הוי שוה.

אולם יל"ע דברש"י מבואר דהגמ' מוכיח מהא דרק בזהב זהב חייב, דסתמא שוה קאמר, והא מיירי דהנתבע הודה לו בדינר כסף, ואעפ"י דלרב שוה קאמר, הוי ממין הטענה, כיון דכולהו מטבע נינהו, וצ"ע בכ"ז.

(ג) יל"ע לפי רש"י, דהנה בגמ' פריך ור"א מדסיפא כשמואל ברישא נמי ס"ל כשמואל, ודחי דסיפא דוקא ורישא או כרב או כשמואל, וצ"ב הרי אי נימא דברישא ס"ל כרב דשוה קתני, הרי א"כ ע"כ דסיפא נמי מיירי בשוה, ומ"ט בעי התנא לטעמא דהכל מין מטבע א', וי"ל עפי מה דהביא בתוס' הרא"ש מהרמ"ה דדינר זהב מתפרש בדוקא כיון דתובע מטבע ידוע, אבל שתי כסף משמע, דאי כוונתו לדוקא היה לו לומר שתי מעין לי בידך.

(ד) עוד י"ל [מכאן עד סוף הקטע שמעתי מידידי הגרר"ש ניו] דבאמת רש"י חולק על הראשונים וס"ל דבאמת כוונת רב דמתני' מיירי בטוען שוה ב' כסף להדי', ולכך אמרו דברישא דקתני ב' כסף, יש לפרש דהתנא מיירי בטוען שוה ב' כסף, אבל בסיפא דקתני לטעמא דהכל מין מטבע א', ע"כ דמיירי בטוען דוקא דינר זהב, וחשיב ממין הטענה כיון דהכל מין מטבע א'.

וכן יש להוכיח מהא דביאר רש"י בדינר זהב זהב, דכוונתו דאי"ז משקל אלא טבוע, וק' דמ"מ אמאי לא אמרי' דשוה קאמר, ולא בעי' לטעמא דמין מטבע א', [ולהראשונים א"ש דזהב היינו דוקא ולא שוה], וע"כ מוכח דגם רב מודה דדינר זהב סתמא הוא דוקא, אלא דפירש ללשון התנא דמיירי באמר שוה, ולכך באומר דינר זהב זהב הוא דוקא, ובעי' לטעמא דמין מטבע א'.

ויש להוסיף בזה, דהנה רש"י ביאר דראיית הגמ' דכיון דמוכח דדינר זהב בסיפא דמתני' מיירי בשוה, שמעי' דרישא נמי בשוה מיירי, וטעמא דרישא משום דליכא כפירת ב' כסף, וצ"ב אמאי לא ביאר דהוא ראייה להדי'

על הרישא דכיון דדינר זהב משמע שוה, ממילא הא דקתני ב' כסף נמי מיירי בשוה, ובאמת דצ"ב מיני' ובי', דהא מבואר ברש"י דזהב משמע טיבוע, אולם אינו ראייה אי דוקא או שוה, וא"כ אדרבא כמו דדינר זהב זהב מתפרש דוקא, ה"נ נימא דדינר זהב הוא דוקא.

אולם להנ"ל א"ש היטב, דהא נתבאר לעיל דלרש"י דהא דאמר רב שוה היינו דמיירי באומר להדי' שוה, אבל באומר ב' כסף בסתמא הוא דוקא, ולכך באומר זהב זהב מתפרש בדוקא, אלא דאי לא היה אומר זהב זהב, היה מתפרש בסתמא לדינר שאינו טבוע, וממילא בהודאת הנתבע דאין לך בידי אלא דינר כסף אינו מתחייב שבועה, כיון דאי"ז ממין הטענה, דהא בדוקא, אי לאו הסברא דבכל מין מטבע אינו נידון כמודה במין הטענה, וזהו דמייתי מינה ראייה לרב, דכיון דמוכח דבלא זהב היינו דינר שאינו טבוע, הרי ע"כ דמתני' מיירי בשוה, דאי דוקא מ"ט חייב, וע"כ דמתני' שוה קתני, והוי הודאה ממין הטענה, ושפיר מייתי ראייה דמדסיפא דוקא רישא נמי דוקא, וע"ז משני רב אשי דכל האומר דינר זהב כאומר זהב זהב, ולדברי רש"י היינו דהוי כאומר דינר טבוע, ולכך אעפ"י דדוקא קתני, מ"מ הוא חייב, דכל מין מטבע א', ודינר זהב הרי הוא דינר טבוע.

והנה בפשוטו לגרסת רש"י דגריס בברייתא חייב, הרי דלדעת רב גם אם היה אומר דינר זהב היה חייב שבועה, דכה"ג הרי"ז מתפרש שוה, והוי הודאה ממין הטענה, והא דנקט דינר זהב זהב לרבותא הוא, דאף בכה"ג חשיב כהודאה ממין הטענה שכל מין מטבע א' הוא, אולם להנ"ל יוצא דכל מה דחייב שבועה הוא משום דאמר דינר זהב זהב, דאם הי' אומר דינר זהב, היה מתפרש זה לדינר שאינו טבוע, ואי"ז הודאה ממין הטענה.

והנה ברמב"ן הביא כמה ראיות דלא כפירוש הנ"ל דשוה היינו דמיירי באמר שוה - א) דאי מודה רב דבסתמא דוקא קתני לרב נמי קשיא מברייתא דזהב זהב, אולם להנ"ל א"ש דהא אין כוונת הגמ' דאי לאו זהב היינו שוה, אלא בלא טיבוע, ולכך ע"כ מוכח דשוה קאמר דאל"כ אמאי חייב הרי אי"ז מין הטענה. ב) עוד הק' מלשינא דגמ' טעמא דאמר לי' דינר זהב זהב, ומשמע דתובע אומר לנתבע, אולם ברש"י מבואר להדי' דקאי על מתני'. ג) עוד הק' הרמב"ן מתי' דרב אשי דכאילו אמר זהב, והרי פשיטא וליכא מ"ד דשוה קאמר, אולם להנ"ל א"ש דאין כוונתו דדוקא קאמר, אלא כדינר טבוע קאמר. - [ע"כ מדידי הנ"ל, ודפח"ח].

ויש להוסיף דלפי"ז א"ש הא דהק' לעיל סק"ב דמשמע ברש"י משמע דטוען דוקא והשיבו בשוה הוי ממין הטענה, דהרי באומר דינר כסף הוי כאומר דינר זהב בלבד, דהוא נידון כשוה, וא"כ אמאי טענו דינר זהב זהב דהוא דורא, והודה לו בשוה חייב, הרי אי"ז ממין הטענה, [ומה"ט הק' לעיל דנמצא דליכא נפק"מ בפלוגתיהו], ולהנ"ל א"ש היטב דכל הנידון אי מיירי בטבוע או לא, ולא אי מיירי בדוקא או בשוה, וזו ראייה גדולה להנ"ל.

גמ' - ורב שהכל דין מטבע אחת. עי' ברש"י דקמ"ל דכל המטבעות יש בהם כדי לחייביו שבועה, וברמב"ן הביא מהראב"ד דס"ד כיון דתבעו שוה אי"ז ממין הטענה אלא במודה לו באותו הלשון שתבעו, קמ"ל דשוה מין מטבע אחד, וברמב"ן חלק עליו דודאי תבעו שוה וכפר בדוקא חייב, וברמב"ן ביאר דכוונת הגמ' דבכולהו שוה קאמר, ובאינו מטבע דוקא, ובריטב"א ביאר דס"ד דכיון דאינו מודה לו בגורם החיוב אי"ז ממין הטענה, קמ"ל כיון דמין מטבע הוא הוי ממין הטענה.



(א) תוס' ד"ה בטוענו - וזה דוחק לומר שאין שוה וכו'. עי' בקצוה"ח סי' פ"ח סק"א דכתב דמבואר מתוס' חידוש גדול דשתי כסף פחות חצי פרוטה, אי"ז מגרע בשם שתי כסף, ותמה ע"ז מסברא מ"ש משאר דוכתי דיש דין שיעור והוא דוקא, ובפשוטו יש ליישב דשאני בהך דיני דהוא דין שיעור, אבל הכא הוא דין בחשיבות, ואלא מהל' ישעורים, ולכך בפחות משו"פ אינו מאבד החשיבות של שתי כסף.

(ב) ועוד תמה בקצוה"ח דא"כ מאי פריך הגמ' לעיל ולא ממילא שמעית מינה וכו', הא י"ל דקרא מיירי באופן דמודה על מחט פחות מפרוטה, דמבואר להרבה ראשונים דחשיב הודאה, אולם חשיב נמי כפירת שתי כסף, ע"ש, [ולעיל נתבאר דלביאור הריטב"א לק"מ], ועוד תמה ע"ז מסברא, ועי' רש"ש.

(ג) ועי' אמרי בינה טו"נ סי' ל"ג דיישב דכל מה דמצינו בראשונים דטענו שוה והודה לו דוקא חשיב ממין הטענה, הוא משום דכל מה שמודה חשיב נמי ממון, אולם כ"ז שייך באופן דמודה בדבר השוה ממון, אבל היכא דטענו שוה ומודה בכלי שהוא פחות משו"פ הרי כל מה דבאנו לדון הוא מחמת שהוא כלי, ובהא כו"ע מודו דאי"ז ממין הטענה, ועד"ז י"ל עוד דכל מה דתוס' כתבו דאינו מגרע הוא רק בחסר ממון פחות משו"פ, אבל בחסר כלי יש לו חשיבות, ואף פחות משו"פ מגרע בשם שתי כסף, [אולם שוב העירוני דאינו נכון, דודאי לא אכפ"ל במה נחסר השתי כסף, דסו"ס ליכא חסרון בשיעור פרוטה].

#### בס"ד

#### שתי כסף בשאר שבועות

##### מ' א'

תוס' ד"ה אבל - עי' היטב בתוס' כתובות פ"ח א' ד"ה ועוד, ובשינויי הלשונות מתוס' דידן, ועי' בחי' רע"א שם מה דתמה על קו' תוס' שם.

ובעיקר קו' תוס' עי' ברמב"ן וברשב"א מה דהביאו מהירושלמי, וע"ע בר"ן [כ"ג ב' מדפי הרי"ף] מה דתי' - ובמה דהק' בתוס' דניבעי עכ"פ טענת ב' כסף בע"א, עי' בר"י מיגש ישוב ע"ז.

ב' כסף בשבועת השומרים - עי' בר"י מיגש, ועי' רמב"ן מה דתמה עליו ומה דתי' הרשב"א, וע"ע בבב"מ ובתוס' הרא"ש בשם הרמ"ה.

ב' כסף בשבועת הנוטלין - עי' רמב"ם פ"ג מטו"נ ה"ז, ובנו"כ דהק' מדברי הרמב"ם סוף פ"א משכירות, ועי' ח"י רא"ל ח"א סי' פ"ד באריכות.

גמ' - אפילו לא טענו אלא בפרוטה וכו'. עי' בר"י מיגש דגרס אפילו לא כפר אלא בפרוטה ולא הודה אלא בפרוטה, ועי' ברשב"א דתמה דהא בשבועת עד אחד ליכא דין הודאה.

(א) תוס' ד"ה אבל - וי"ל וכו' אבל בקרקעות לא משכחת דמשתבע בשום מקום. וצ"ב דאף דמשכח"ל שבועה על פרוטה, מ"מ הרי ליכא דין שבועת מוב"מ אלא בטענת ב' כסף, ומדוע בע"א לא בעי' טענת ב' כסף, ובפשוטו י"ל דשאני דין אין שבועה בקרקע דהוא דין בשבועה, משא"כ דין טענת ב' כסף דהוא דין

במחייב של השבועה, דבעי' ב' כסף, אלא דבנק' דדינא דשמואל דע"א לא בעי' ב' כסף קאי אף כרב, שפיר הק' דנילף מהכא דבעי' ב' כסף, כיון דלרב גדר הדין הוא דהוא דין בשבועה דאין נשבעין על פחות מב' כסף, ולכך הק' דדמי להא דילפינן ע"א ממוב"מ לענין דאין שבועה בקרקע, וע"ז תי' דאזיל שמואל לשי', ולדידי' ע"כ אינו דין בשבועה, דהא נשבע על כפירת פרוטה, אלא הוא דין במחייב של השבועה, ולדידי' ודאי דליכא למילף לדין ע"א ממוב"מ לדיני הטענה, דרק על דיני השבועה ילפי' לשבועות אהדדי.

ועוד י"ל דס"ל לתוס' דליכא דין טענה בשבועת ע"א, ולכך לא שייך למילף לדין טענה ממוב"מ, ורק לרב דהוא דין בשבועה ילפי' לדיני שבועת ע"א משבועת מוב"מ.

(ב) עי' תוס' כתובות פ"ח א' דתי' דקאי לשמואל, והוסיפו דע"כ לא בעי' בע"א טענת ב' כסף, דא"כ לעולם הוי מוב"מ, ומבואר דאין כוונתם לתרץ כדבריהם בשבועות דילפי' רק לדיני השבועה, ולא ילפינן את הגורמים חיוב השבועה, דא"כ לא היו מקשים דניבעי עכ"פ טענת ב' כסף, [וכנ"ל בדעת תוס' בשבועות], אלא כוונתם ליישב דלשמואל לשי' ליכא למילף משבועת מוב"מ, דהא מצינו לשבועת מוב"מ על פרוטה, ולכך הק' דעכ"פ נילף לשבועות אהדדי לענין הטענה, וע"ז תי' דלא משכח"ל בלא כפירת ב' כסף.

ועוד י"ל דתוס' בכתובות ס"ל דשבועת ע"א, הטענה היא המחייב של השבועה, ולכך הק' דנילף עכ"פ ממוב"מ לדיני הטענה, אבל תוס' בשבועות ס"ל דליכא דין טענה ולכך לא הק' כן, וצ"ע בזה.

(ג) עי' בתוס' בכתובות דהק' דאכתי משכח"ל דהטענה והכפירה היו על ב' כסף, והע"א מעיד רק על פרוטה, ועי' ברע"א דהק' דהא במוב"מ מצרפים ההודאה והכפירה לב' כסף, [נראה דכוונתו דבעי' לכח הטענה גם על חלק ההודאה, דהחייב הוא משום שהודה במקצת הטענה], משא"כ בע"א אם אינו מעיד על מה שכופר אינו מצטרף לשיעור ב' כסף.

ולכא' בדעת תוס' ע"כ צ"ל דאין דין טענת ב' כסף לשמואל מכלל גורמי השבועה, אלא עיקר השבועה הוא על הכפירה, אלא דאיכא הלכה דבעי' שיהא הדו"ד בין הבע"ד על שיעור חשוב של ב' כסף, ולכך הק' דכל דאיכא טענה חשובה על ב' כסף שפיר יכול הע"א לחייבו על פרוטה לחוד, ועי' להלן ? דמדברי הרשב"א נמי מוכח דלא כק' רע"א.

והנה בתוס' ב"מ ג' א' דהק' מנ"ל דכופר הכל פטור משבועה, ורצו למילף מהא דאיצטריך קרא לשבועת ע"א, ותיפו"ל דחייב משום כופר הכל, ותמה רע"א הרי יש נפק"מ לב' כסף, דמדין כוה"כ בעי' ב' כסף דומיא דמוב"מ, ומדין ע"א לא בעי' ב' כסף, [וכן דחה ברשב"א ב"ק ק"ז א'], ועי' בבית הלוי ח"ג סי' ל"ז סק"א דיישב דעיקר קו' דנימא דכוה"כ חיבי, הוא רק לרב דבעי' דכפירה לחוד תהא ב' כסף, דע"כ מבואר דרק הכפירה היא הגורמת לחייב שבועה, וא"כ מ"ש מוב"מ מכוה"כ, אבל לשמואל דדהודאה מצטרפת לכפירה לשיעור ב' כסף, הרי מוכח דהכפירה וההודאה מחייבים אותו בשבועה, וא"כ ודאי דאין לומר דכוה"כ יהא חייב שבועה כמו מוב"מ, ולרב הרי מבואר בדבריהם דבעי' ב' כסף גם בע"א, ומבואר כסברת רע"א הנ"ל בגדר הדין לשמואל.

(ד) עי' בר"ן [כ"ג ב' מדפי הרי"ף] דיישב קו' תוס' דחייבו של ע"א נלמד מחיוב ממון ע"י ב' עדים, וכיון דליכא דין ב' כסף בב' עדים, ה"ה דע"א מחייב שבועה אף על פרוטה, משא"כ לגבי קרקע דמצינו דקרקע גרע ממטלטלין, דב' עדים אין מחייבין ש"ח שפשע בקרקע, ולכך ה"ה דאין ע"א מחייבו על קרקע, ואעפ"י דאכתי ע"א גרע מב' עדים, דב' עדים מחייבין מזיק בידים, וע"א אין מחייבו אף שבועה, מ"מ הכריעו כן

בשביל שיהא קולא לנתבע, ע"ש בכל דבריו, והנה בפשוטו כוונתו ליישב כתי' ב' דתוס' בכתובות דשאני קרקע דלא מצינו במינו שבועה, אולם כל אריכות לשונו צ"ב טובא.

(ה) עי' בתוס' ב"ק ק"ג א' ד"ה הגוזל דהק' אמאי הגוזל מחבירו שו"פ ונשבע משלם חומש, הרי אין נשבעין על פחות מב' כסף, ותי' דמיירי בקפץ, ותמה ברש"ש מ"ש מקרקעות דליכא חיוב חומש בקופץ ונשבע, ולכא' יש לחלק [ע"ד חילוק התוס' הכא] דשאני קרקע דהוא חסרון במין השבועה, אבל בשתי כסף החסרון במחייב, ולכך מהני קפץ לחייבו בחומש.

(ו) הנה בדברי התוס' בכתובות מבואר דאם הוה בעינן ב' כסף בשבועת ע"א, היה חייב שבועה כשטענו ב' כסף, אף אם אין העד מעיד אלא על שו"פ, ויל"ע לפי"ז לרב אליבא דתי' קמא דתוס' דפליג אדינא דשמואל וס"ל דבעי' ב' כסף בשבועת ע"א, האם סגי במה שכפר הנתבע בב' כסף אף דאין העד מעיד אלא על שו"פ, או דבעינן שיעיד העד על כל הב' כסף.

ונראה דאי נימא דדינא דב' כסף הוא משום דפחות מב' כסף אינו ממון חשוב לחייב שבועה, הרי ודאי דלדעת רב דכפירת טענה ב' כסף, וליכא חיוב שבועה על פחות מב' כסף, ודאי דבעינן שיעיד העד על כל הב' כסף, ויהא חיוב שבועה על כל הב' כסף, אבל אי נימא דדין ב' כסף הוא בטענה וכפירה המחייבין שבועה, שפיר יתכן דכמו דנקטו תוס' דלפי שמואל כל שטענו ב' כסף והעיד העד על שו"פ, חשיב כטענת ב' כסף, ה"נ לדעת רב כל שטענו ב' כסף וכפר בכולם, אף דאין העד מעיד אלא על שו"פ, מ"מ כיון דכפירת הנתבע היא על ב' כסף, הוא חייב שבועה, אולם אינו מוכרח ומשום דאעפ"י דנקטו תוס' דלשמואל מצטרף אף חלק הטענה שלא העיד עליו העד, מ"מ לרב דכפירת טענה ב' כסף, כל מה דאין העד מעיד עליו, ונאמן בכפירתו אי"ז מצטרף לשיעור כפירת ב' כסף.

(א) עי' בר"י מיגש דדייק מלשון הגמ' דבשבועת השומרים ליכא דין ב' כסף, והק' דהא קרא דכסף או כלים מיירי בשומרים, ותי' דקיי"ל כרב דקרא אתי לכפירת הטענה, וכ"ז שייך במוב"מ דהיא על טענה וכפירה, אבל בשומרים אינו מחמת כפירה וטענה, שהרי חייב אף על טענת שמא, ולא שייך בזה דין טענת ב' כסף, והק' אמאי לגבי ע"א לא ילפי' דניבעי עכ"פ טענת ב' כסף, ותי' חדא דדין שבועת ע"א ילפינן לה מקרא אחרנא, ועוד תי' דשבועת ע"א אינו על הודאה וכפירה, אלא מחמת עדות העד, ולכך לא בעי' טענת ב' כסף, והוכיח כן מהכלל דכל מקום ששנים מחייבין וכו', והרי ב' מחייבין אף טענת פרוטה, עכתו"ד.

(ב) הנה מתי' למדנו, דבקו' נקט דדין ב' כסף הוא הלכה בשבועה, ולכך הק' דבשומרים נמי ניבעי כפירת ב' כסף, וע"ז חידש בתי' דדין ב' כסף הוא הלכה בכפירה ולא בשבועה, והכפירה והטענה תלויין זה בזה, כיון דהוא דין בכפירת הטענה, ולכך בשומרים דאין חיובו משום כפירת הטענה, שהרי אינו כופר על טענת ברי של הבעלים, אלא בא בטענת פטור דנאנסו וכדו', לא שייך בזה דין ב' כסף. [ובלשון הראשונים מבואר דנקטו דכוונת הרי"מ לתרץ דכיון דקרא קאי על הכפירה, ל"ש להעמיד לזה על שבועת השומרים דאין בה כפירה, אולם בלשונו של הרי"מ משמע כנ"ל].

והנה מדויק בלשונו של הרי"מ בתי' דלשמואל דאיכא דין בפנ"ע דיטען ב' כסף, בעי' בשומרים ב' כסף, [וכ"כ החת"ס מטעם אחר, ויישב בזה קו' הראשונים אמאי לא נקט שמואל כן, דשמואל לשי' בעי' ב' כסף בע"א], וצ"ב הרי אדרבא כיון דליכא דין טענה בשומרים לא שייך דין טענת ב' כסף, וי"ל דס"ל כדברי רע"א

בכתובות דגדר הדין לשמואל הוא דמצטרף ההודאה והכפירה לשתי כסף, ולכך ס"ל להרי"מ דלשמואל בעי' ב' כסף בשומרים, ורק לרב דאיכא הלכה בכפירה, והוי הלכה בכפירת הטענה, לא שייך כן בשבועת השומרים.

ועי' ברמב"ן דהק' על הרי"מ הרי עיקר דין ב' כסף נאמר בפרשת שומרים, ובשלמא אי הוי כתיב בקרא לדין ההודאה הרי ע"כ נפיק הקרא מפשוטו, אבל כיון דלרב קרא קאי על הכפירה, איך יתכן לומר דבשומרים ליכא דין ב' כסף.

ועי' ברשב"א דתי' דקרא לא מיירי בטענת שומרים, אלא בטענת מלוה, דטוען דלא מסרת לי רק אחד, והביא לזה הרשב"א ראיה דהא לרב קרא קאי אכפירה, והיינו על כפירה מלבד מה שמודה, וא"כ מבואר דקרא מיירי במה דשייך כפירה וטענה, וזה שייך בטענת מלוה, ע"ש, וצ"ב מה ענין כפירה והודאה לדין ב' כסף, וי"ל ע"ד הנ"ל דהיכא דאיכא כפירה והודאה, ע"י ההודאה נתחזקה טענת התובע, ובזה נאמר דין ב' כסף שיהא טענה חשובה.

ג) במה דהק' הרי"מ אמאי בע"א לא בעי' ב' כסף בטענה, הנה דבריו קאי אליבא דרב, [וכמבואר בכל לשונו בקו' ובתי'], וצ"ב מהיכ"ת לומר דאף לרב איכא דין בפנ"ע דצריך לטעון ב' כסף, ואולי יש להוכיח כן, דאי נימא דבכלים לא נאמר הדין דכלים לכפירה הוא דאתא, הרי קשה מדוע נקט הגמ' דתבעו ב' כלים ופרוטה, ולא נקט תבעו כלי ופרוטה, וע"כ דאף לרב נאמר דין תביעה, ולכך בעי' דיתבענו ב' כלים, וצ"ע<sup>1</sup>.

עוד צ"ב אמאי לא הק' כן הרי"מ על שבועת השומרים גופא, דניבעי עכ"פ טענת ב' כסף, וי"ל משום דליכא דין טענה בשומרים לא שייך לומר דבעי' עכ"פ טענת ב' כסף, אולם א"כ אף לשמואל שייך סברא זו, ואילו בדבריו לעיל מדויק דלשמואל בעי' ב' כסף בשומרים, וביותר קשה כיון דנקט דלשמואל בעי' ב' כסף לטענה אף בשומרים, הרי אף לרב נמי נימא הכי דבעי' טענת ב' כסף, דהרי נקט דרב מודה לשמואל דמלבד דין כפירת ב' כסף, יש דין טענת ב' כסף, וצ"ע.

עוד צ"ב כיון דנקט בקו' דמשום דהעד מחייבו על כפירת טענתו הוא דומה למוב"מ, הרי יש להק' טפי דניבעי נמי כפירה בב' כסף, ואי נימא דמכללא דכ"מ שהאמינה וכו' מוכח דליכא דין כפירת ב' כסף, הרי כמו"כ זה ראיה נמי על הטענה, וכמו דבאמת כתב להוכיח בתי'.

וי"ל עפ"י מה דהוכיח בחי' הגרש"ש ריש ב"מ [מסוגיא דנסכא דר"א דאיכא דין מתוך על שבועת ע"א] דדין שבועת ע"א אינו להוכיח טענתו, אלא כל השבועה היא להכחיש את העד, וא"כ אי נימא דבעי' כפירה ב' כסף בע"א, הרי נמצא דהוא קלישות בכח העד, וזה ודאי נסתר מהכלל דכ"מ וכו', ורק לגבי דין הטענה דהוא דין צדדי ס"ל בקו' דאי"ז נסתר מהכלל דכ"מ, ותי' דגם ע"ז שייך הכלל דכ"מ.

ד) בעיקר תי' הרי"מ על דין ע"א דחיובו אינו מחמת טענה וכפירה, אלא מחמת הע"א, צ"ב הרי שיטתו בדף מ"ח ב' דליכא דין ע"א בטענת שמא, ובדף מ"ב ב' כתב דאין דין שבועת ע"א בקטן, וא"כ מבואר דגם דין ע"א הוא מחמת הטענה, ולא דמי לשבועת השומרים דליכא כלל דין טענה.

<sup>1</sup> ויש בזה נפק"מ, דהנה מדברי הקצוה"ח מוכח דטענו שוה והודה בכלי נמי חשיב ממין הטענה, [ובאמרי בינה חלק עליו, וכדהובא לעיל], והשתא יל"ע מה הדין בתובעו שוה מעה כסף, ומודה לו על ב' כלים דכ"א שוה חצי מעה, והחזרתי לך כלי אחד, דלשמואל ודאי ליכא דין מוב"מ, כיון דלא תבעו ב' כסף, אבל לרב יש לומר דסיג במה דאיכא כפירה, והרי יש לנו כפירה על ב' כלים, אבל אי נימא דלרב יש דין טענה, הרי בכה"ג ליכא טענה, ועי' לעיל מדברי השער המשפט בכע"ז.

וצ"ל דמ"מ שאני מוב"מ דע"י ההודאה הוי מעליותא לטענה, והטענה היא המשביע, ולכך בעי' טענה חשובה, אבל בע"א דיש לטענה סיוע מהעד, אין השבועה מכח הטענה, ולכך לא בעי' טענה חשובה, וכן מדויק בלשונו דכתב להדי' דאף בתי' כתב דשבועת ע"א היא מחמת הטענה והכפירה, ומ"מ ליכא דין ב' כסף, כיון דאין הטענה לחוד גורמת לחיוב השבועה.

(ה) עי' ברמב"ן דתמה מהסוגיא בדף מ"ח ב' על הרי"מ, ועי' היטב בדברי הרשב"א, ומבואר מדבריו דכוונת הגמ' דהיכא דכופר הכל לא בעי' ב' כסף, אבל היכא דמודה במקצת בעי' ב' כסף, ע"ש, וצ"ע לביאור רע"א דגדר הדין לשמואל דמצרפין את הכפירה עם ההודאה, הרי הכא אין ההודאה מחייבתו בשבועה, שהרי גם בכופר הכל חייב בשבועת שותפין, [וכסברת קו' רע"א על תוס' בכתובות], וצ"ע.

(א) נתבאר לעיל דבדברי הרי"מ מבואר דדין ב' כסף הוא הלכה במחייב של השבועה, ולכך בשבועת השומרים ליכא דין ב' כסף, וכן ביאר לגבי שבועת ע"א, דאעפ"י דבעי' תביעת ברי, מ"מ אין הטענה הדררא המחייבתו בשבועה, אלא עדות העד היא המחייבתו בשבועה, ולכך לא בעי' ב' כסף בע"א.

(ב) הנה בעיקר דינא דרב דכפירת טענה ב' כסף, עי' ברה"ג בס' משפטי שבועות ח"א ש"א "אחד צריך להיות הטענה של תובע שתי מעה כסף שהוא שתי כסף והודאת הנתבע בפרוטה שהוא רביע חבא. חבא משקל חטה אחת של כסף. וההודאה אינה מכלל שתי כסף אלא צריך להיות הפרוטה של הודאה יותר משתי כסף שהטענה יוצאה היא מכלל ההודאה. וההודאה שם אחת היא" ומבואר בדבריו חידוש גדול דגם לדעת רב עיקר דינא דב' כסף הוא בהטענה, ואך דס"ל דמה שהודה עליו אינו בכלל הטענה, וע"ב בעינן ב' כסף מלבד מה שהודה עליו.

ובזה יש לבאר טפי דברי הרי"מ בקו' דבע"א ניבעי לרב טענת ב' כסף, וק' הרי דינא דרב הוא דין בכפירה, ולדברי רה"ג א"ש היטב, דיסוד דינו של רב הוא הלכה בטענה, אלא דישעור ההודאה אינו נכלל בטענה, ולכך הק' דנימא דבע"א נתחדש דאף חלק הטענה דאינו מתחייב עליו שבועה מצטרף לשיעור ב' כסף, ולעיל נתבאר באופ"א קצת.

והנה אי נימא דעיקר דינא דב' כסף הוא הלכה בשבועה, הרי ודאי דדינא דרב הוא הלכה מסויימת בכפירה ולא בטענה, ורק אי נימא דהוא הלכה במחייב של השבועה, שפיר י"ל דגם לרב עיקר הנדיון הוא כלפי הטענה.

(ג) והנה בקו תוס' מ"ש מקרקעות עי' היטב בלשון תוס' הרא"ש דיישב דדין אין נשבעין על קרקעות הוא הל' דהתורה לא חייבה שבועה על קרקע, ולכך אין חילוק בין השבועות, כיון דאינו בר שבועה, אבל לגבי ב' כסף, הוא הלכה בטענה והכפירה, ולכך אין לדמותם, וכנ"ל, אולם הרי בתוס' בתי' קמא נקטו דלרב בעי' ב' כסף בע"א, מחמת קו' דמ"ש מקרקע, ומוכרח דס"ל דהוא דין בשבועה, ולכך קשיא להו מ"ש מקרקע.

### ב' כסף בשבועת הנוטלין

- (א) עי' ברמב"ם פ"ג מטו"נ הל' ו-ז, ועי' בראב"ד מה דהשיג, וכן תמה בחי' הר"ן בסוגיין.
- (ב) ע"ע ברמב"ם פ"א משכירות ה"ט, ובמ"מ דעמד על סתירת דברי הרמב"ם, ובכס"מ שם.

(ג) עי' ש"ך סי' פ"ט סק"א דתמה עוד דלשון הרמב"ם בהל' ו' "מפרוטה ומעלה" סותר לדבריו בהל' ז', וכן אריכות לשונו בסוף הל' ז' צ"ב, והיה לו לכתבו בקיצור דצריך תביעת ב' כסף.

(ד) ועי' היטב בלשונו של הש"ך דיישב דכוונת הרמב"ם דצריך דהנתבע יכפור בב' כסף, ואח"כ התובע יכול לישבע מפרוטה ואילך, ע"ש, ועי' בתומים פ"ט סק"א ב' פי' בדברי הש"ך, או דמיירי דהיה כפירה בב' כסף, אלא דהנוטל אינו רוצה לשיבע רק על פרוטה, או דמיירי בכפר בקציצה בב' מעין וע"ז אינו נאמן, וגם בפרוטה שמודה לו כופר דכבר נתן לו, וע"ז נשבע ונוטל, וקמ"ל דמצטרף, וכן נקט בנתיב"מ שם סק"א, אלא דצ"ע ממנ"פ אי בעי' כפירת ב' כסף, מדוע כללו הרמב"ם בהל' ו' עם דין ע"א, וכן ק' ממנ"פ מדוע בעי' כפירת ב' כסף, בלא טענת ב' כסף.

(ה) עי' בתוס' הרא"ש מ"ד ב' דהסכים לדעת הרמב"ם דמדור"י נשמע לרבנן, דלר"י ליכא דין שבועת הנוטלין אלא כשיש על הבעה"ב שבועה דאו' של מוב"מ, וה"ה לרבנן בכופר הכל, ולמדנו מדבריו דהא דבעי' ב' כסף בשבועת הנוטלין אינו מחמת התובע, אלא מחמת הנתבע, דכל דלא היה ראוי דיחול עלעו שבועה, לא תקנו כן לתובע, והביאור בזה עפ"י מה דמבואר בראשונים בדף מ"ו א' דעיקר דינא דשכיר הוא דמעיקר הדין היה ראוי להטיל שבועה על הבעה"ב, ועקרוה מהבעה"ב לשכיר, ועי' בר"ן סוף שבועות דבשכיר חשוד חזרה השבועה על הבעה"ב, ולכך בעי' דיהא טענת ב' כסף, דיחול שבועה על הבעה"ב, ועיקרי הדברים מבואר נמי בשער המשפט סי' פ"ט סק"א, וצ"ב דא"כ מדוע הראשונים חלקו על הרמב"ם, הרי הרמב"ן גפ"י ביאר דזהו יסוד דין שבועת הנוטלין.

(ו) ולכאו' י"ל דפליגי ביסוד דין ב' כסף, דאי נימא דדין ב' כסף יסודו דליכא חיוב שבועה בפחות מב' כסף, הרי אעפ"י דתחילת תקנת שכיר הוטל על הבעה"ב, מ"מ כיון דתקנו דהשכיר ישבע ויטול, לא בעי' ב' כסף, דהא ליכא חסרון במחייב של השבועה, אלא דלא היו מחייבין אותו לישבע בפחות מב' כסף, ממילא שפיר יכול השכיר לישבע כיון דאם האמינו אותו במרובה, כ"ש במועט, וכדהק' בחי' הר"ן, אבל בדעת הרמב"ם י"ל דס"ל דבפחות מב' כסף איכא חסרון בעיקר המחייב של השבועה, ומשום"ה כל שלא כפר הבעה"ב בב' כסף ליכא לעיקר המחייב של השבועה, ולא שייך בזה התקנה דישבע ויטול.

(ז) וא"ש דברי הש"ך, דהנה בגוונא דהנתבע כפר בב' כסף והתובע נשבע רק על פרוטה, הרי כ"ז מובן רק למה דנתבאר לעיל מהתורא"ש דדין ב' כסף בשבועת הנוטלין הוא מלתא דהנתבע, דבזה שפיר י"ל דסגי במה דהנתבע כפר בב' כסף, אבל אי נימא דהוא מלתא דהתובע הרי בעי' דישבע על נטילת ב' כסף, ולכך הדגיש הרמב"ם בהל' ו' דודאי תקנת שבועת הנוטלין הוא אף על פרוטה לחוד, דומיא דשבועת ע"א ושבועת השומרים, אלא דכתב בהל' ז' דמ"מ בעי' כפירת הנתבע בב' כסף, וכנ"ל דהוא דין המחייב של השבועה.

ואעפ"י דלא שייך לומר דהוא מחוייב ליטול ב' כסף, ומדוע נחשב כחסרון בב' כסף, ואטו המחוייב שבועה על ב' כסף, ואינו רוצה לישבע רק על מעה א', לא יהא נחשב כאינו יכול לישבע, י"ל דשאני שבועת הנוטלין דכל חלות החיוב הוא בבא ליטול, אבל בלא"ה אינו נחשב למחוייב, וראיה לזה ממה דיסד בנחל יצחק סי' צ"ד סק"ו להוכיח מכמה ראשונים דכל דאינו נשבע אין מגלגלין עליו שבועה, והסברא בזה כנ"ל, דכל דאינו נוטל אינו נחשב למחוייב שבועה.

עיקרי הדברים הם מתורת חי' רא"ל ח"א סי' פ"ד בתוספת נופך מידידי ר"ש נ"ו.

ויש להוסיף דברמב"ן מבואר דגם בדין כפל בעי' ב' כסף, ולפי"ז ע"כ דגדר הדין הוא דאיכא הלכה בשיעור חשיבות של הממון, ולא הלכה בכפירה או בטענה, וצריך עדיין עיון בדין זה.  
בס"ד

#### טענו חיטין - א

**מ' א' גמ' ואמר רב נחמן עד מ' ב' גמ' אמר רב ענן וכו'.**

**בטעמא דמ"ד דטענו חיטין ושעורים פטור - עי' רש"י ע"ב ד"ה כפר בכלים, ועי' בחי' ר' מאיר שמחה עוד טעם דחשיב ב' תביעות.**

**עי' בתוס' דדנו אם לר"ג תלוי חיוב ממון בחיוב שבועה או לא, ועי' קצוה"ח סי' פ"ח סוף סק"י ונתה"מ שם סק"ג ובית הלוי ח"ג סי' מ"א וחי' הגרש"ש ב"ק סי' ל"א וקה"י ב"מ סי' ו' דדנו בביאור ב' תי' התוס', וע"ע בחי' רע"א החדש [מכו"ח תנינא שיעורי רע"א לב"מ דף ה'].  
**עי' ברע"א על המשניות דלמ"ד טענו חיטין והודה בשעורים חייב, מיירי דהשעורים שווים פחות מהחיטין, אולם עי' שער המשפט סי' ע"ה סק"ב דחולק.****

(א) גמ' - טענו חטין ושעורים והודה לו בשעורים חייב. עי' ברע"א דציין לרשב"ם ב"ב פ"ד ב' דכתב דנפק"מ בהא דיין וחומץ הוו מין א', לענין דין מוב"מ בטענו יין וחומץ והודה בא' מהן, דחשיב ממין הטענה, וע"ש ברע"א דתמה על הרשב"ם מדוע נקט לגוונא דתבע לתרוייהו, דלא כהלכה, ולא כתב דנפק"מ בתבעו יין והודה בחומץ, דכיון דהוי מין א' חייב לכו"ע.  
(ב) ועי' שו"ת מהרי"ל דסקין ח"ב סי' מ"א דיישב דהחסרון בטענו חיטין והודה לו בשעורים הוא משום דאינו מודה על התביעה, ובזה ודאי לא מהני הא דחשיבי מין א' לענין מעשר, דודאי אין חומץ בכלל תביעת יין, שהרי הוא מודה על ממון אחר לגמרי, ורק לגבי תבעו חיטין ושעורים, דבעי' שיהיו ב' הטענות ממין א', מהני הא דחשיבי מין א' לגבי מעשר, אולם עי' בש"ך סי' פ"ח סק"ז דהביא לדינו של הרשב"ם גם בטענו יין והודה לו בחומץ, וצ"ע.

(א) הנה בעיקר הנידון בטענו חיטין ושעורים, בפשוטו טעמא דמ"ד דפטור משום דהוו ב' תביעות חלוקות, ועל א' הודה, ועל א' כפר, ויסוד המחלוקת אי אזלי' בתר התביעה, והרי תבעם כא', או דאזלי' בתר מה דתבע, והרי הוו ב' תביעות חלוקות, וכ"כ בחי' רמ"ש מ' ב', [וכן נראה מהמהרש"א ב"ק ל"ה ב' ע"ש מה דהק' על תוס'].  
(ב) וצ"ב לפי"ז דהא מבואר בגמ' בע"ב דברייתא דטענו חיטין ושעורים חייב, קאי כר"ג, וקשה הרי יש לחלק דשאני תבעו חיטין לחוד, כיון דלא בעי' הודאה ממין הטענה חשבי' להודאת השעורים כהודאה על תביעת החיטין, אבל בטענו חיטין ושעורים, הרי הודה על תביעת השעורים, וכפר על תביעת החיטין.

(ג) והנה יל"ע לר"ג, האם גדר הדין הוא דאעפ"י דהבעלים לא תבעו כלל על ממון זה, מ"מ הוא חייב שבועה כיון דהודה דחייב ממון לבעלים, או דלר"ג אין דנין על המעשה המחייב, וממילא חשיב דהודה לו על טענתו, ולצד קמא א"ש דכיון דכל הטעם לפטור בטענו חיטין ושעורים משום דנידון כב' תביעות, הרי לר"ג

אף במודה על תביעה אחרת לגמרי נמי שחב מודה במקצת, [אבל לצד ב' עדיין קשה דהא שאני דינא דר"ג דחשיב דמודה על טענתו, אבל עדיין יתכן דבב' תביעות לגמרי אף ר"ג מודה דפטור].

(ד) עי' בלשון רש"י בע"ב ד"ה כפר בכלים, ומבואר מדבריו דטעמא דפטור בטענו חזיטין ושעורים משום דאין ההודאה ממין הכפירה, ונמצא דלכו"ע חשיב תביעה א', אלא דפליגי אי בעי' הודאה ממין הכפירה, או דסגי בהודאה ממין הטענה, ועי' ברש"י מ"ג א' ד"ה אלא וב"מ ה' א' ד"ה וחד דטעמא דטענו חזיטין והודה לו בשעורים פטור משום דאין ההודאה ממין הכפירה, ולפי"ז א"ש דלר"ג חייב גם בטענו חזיטין ושעורים, [ותי' מהריל"ד על דברי הרשב"ם הם כצד קמא].

ועי' בריטב"א ד"ה להודיעך דטעמא דפטור משום דבעי' הודאה מכל מין הטענה, וע"ע בריטב"א ל"ט ב' ד"ה א"ה דמשמע כטעמא דרש"י משום דאין ההודאה ממין הכפירה, ע"ש בביאור לשון הגמ'.

(א) גמ' - ור"ג מחייב. יל"ע בטעמו של ר"ג, הרי הוא כופר בכל התביעה, ומודה על מה שלא תבעו כלל, ובשלמא באופן דהדו"ד על מעשה מסויים אם היה בחזיטין או בשעורים יש לדון דכיון דהוא מודה דהיה מעשה המחייב, חשיב מודה במקצת, אבל באופן דתובע ממנו חזיטין מחמת מעשה א', והוא מודה על שעורים מחמת מעשה ב', הרי אינו מודה לו כלל, אלא הוא כופר הכל, וכן צ"ב אמאי בעו רבנן קרא למעוטי למודה שלא ממין הטענה כמבואר בדף ל"ט ב', וק' כנ"ל הא סברא הוא.

(ב) ובפשוטו צ"ל דאע"ג דעיקר תביעתו הוא חזיטין, מ"מ הרי נכלל בזה דאם אין לו חזיטין הוא חייב בדמיהן, מדין מ"ל הן מ"ל דמיהן, וכשמודה לו בשעורים, הרי הוא מודה לו על חוב ממון פחות מדמי חזיטין, ולכך חשיב מודה במקצת, ועי' בנימוקי יוסף דביאר הא דמבואר ב"ק ל"ה ב' דאי לאו הא דרב"נ הו"א דכוונת המשנה דעכ"פ חייב בדמי שעורים, וביאר הנימוק"י דס"ד דמדין מה לי הן וכו' חשיב כתבע דמי כור חזיטין והודה לו בדמי כור שעורים, קמ"ל דהוא פטור, ומבואר לכאן כנ"ל דהסברא לחייב בטענו חזיטין והודה לו בשעורים הוא מחמת האי טעמא, ועי' משנת ר"א ב"מ סי' ד' דהאריך בסברא זו, וע"ע חזו"א חו"מ סי' י"א סק"ו דביאר כן בדעת הרמ"ה דמשו"ה והצרך לטעמא דמשטה, ע"ש.

תוס' ד"ה והודה - ותימה וכו' דלמא לא פליגי וכו'. עי' תוס' ב"ק ל"ה ב' ד"ה לימא דכתבו דאין לומר דמחמת טעמא דלא מחייבי רבנן שבועה, ה"ה דלא מחייבי ממון, דהא בטענו חזיטין ושעורים והודה לו בשעורים חייב על מה שהודה, ומ"מ איכא מ"ד דפטור משבועה, ועי' במהרש"א שם דהעיר דשאני התם דתבעו נמי לשעורים, ולכך אעפ"י דחייב בשעורים, הוא פטור משבועה, [כוונתו דפטור משבועה משום דהם ב' תביעות, ולא הודה על מקצת מהתביעה], אבל היכא דטענו רק חזיטין, שפיר י"ל דתלוי חיוב דמי שעורים בחיוב שבועה.

(א) שם - ושמא משמע וכו'. עי' בבית הלוי ח"ג סי' מ"א דתמה על תוס' כיון דס"ל דאי ליכא הודאה המחייבת ודאי דהוא פטור משבועה, הרי אכתי תקשי לרבנן, דממנ"פ אי ילפי' לה מסברא דאיי"ז הודאה המחייבת, תקשי למאי בעי קרא לרבנן, ואי ילפי' להו מקרא, הרי עדיין קשה מנלן דפטור נמי משבועה, וכדהק' בקו', ותי' דבעי' קרא בטענו חזיטין ושעורים דהתם חייב בדמי שעורים, ומ"מ הוא פטור משבועה,



אבל היכא דפטור מממון מסברא נמי הוא פטור משבועה, ועוד כתב דנפק"מ לפי הרא"ש ב"ק דבהודאה על זמן אחר אף לרב"נ חייב בדמי השעורים, ומ"מ אשמועי' קרא דפטור משבועה, ע"ש עוד בכל דבריו, ועי' ברע"א החדש דביאר לדרבנן ליכא קו' למאי בעי' קרא, די"ל דקרא מיירי בטוענו אבי הפקיד אצלך חיטין והודה לו דהפקיד אצלו שעורים, דלא שייך כה"ג הודאה ומחילה, ורק לר"ג הוא דקשה.

(ב) ועי' בשטמ"ק ב"מ ה' א' בשם מהר"י כץ דהק' לדרבנן הרי ליכא הודאה כלל ולמאי בעי' קרא, ועוד הק' דלמא רשב"ג מחייב בממון ופוטרי רק משבועה, ותי' דלת"ק הא גופא שמעי' מקרא דמשום דפטור מדמי השעורים ליכא שבועה, ולרשב"ג חייב בתרווייהו, ועי' בתומים סי' פ"ח ס"ק י"א דכתב דלפי"ז היכא דאיכא חיוב תשלומין הוי מודה במקצת אפילו במודה שלא ממין הטענה, וצ"ב דא"כ אמאי בטענו חיטין ושעורים איכא מ"ד דפטור משבועה, הרי ודאי דהוא חייב בדמי השעורים, וי"ל דטעם הפטור בטענו חיטין ושעורים משום דחשיבי לב' תביעות, ולכך כ"ז לרבנן, אבל לר"ג דדנין על החיוב בפועל, אי"ז נידון כתביעות חלוקות .

(ג) עי' בלשון תוס' ב"ק ל"ה ב' ד"ה לימא מבואר דהיה מקום לומר דמשום דפטרי רבנן משבועה ליכא נמי לחייבו בדמיו, וצ"ב דהסברא היא להיפוך דמשום דליכא הודאה המחייבת ליכא שבועה, וצ"ב, ועי' בנימוק"י ב"ק דתרווייהו מחמת חד טעמא, וצ"ב הסברא בזה, ועכ"פ לפי"ז מיושב קו' הנ"ל דלכך בעי' קרא.

(א) שם - א"נ וכו'. עי' בתוס' הרא"ש דהוסיף דטעמא דפטור משום דין מחילה, ובתוס' ב"ק ל"ה ב' כתבו דפטור משום דהודה לו שאין חייב לו ומחל לו, וצ"ב דהרי מחילת התובע חיילא קודם שהודה על השעורים, ואי"ז הודאה המחייבת כלל, ולכא' מוכח כדעת תלמיד הרשב"א בב"ק דכל המחילה חיילא רק באופן דאחרי דהודה הנתבע על השעורים חזר על טענתו דהוא חייב לו חיטין.

(ב) ועי' קצוה"ח סי' ג' סק"ב דהק' דלטעם דמחילה לא שייך לחייבו במוב"מ דאי"ז הודאה המחייבת, והביא לזה ראייה מהא דמבואר ברש"י קידושין ס"ה ב' דהמקור לדין הודאת בע"ד, הוא מקרא דכי הוא זה, ומבואר דאי לאו דינא דהודאת בע"ד לא שייך לחייבו שבועה, ובסי' פ"ח סק"י ביאר דס"ל לתוס' כתוס' סנהדרין ו' א' דטעמא דפטור מדמי השעורים משום דהוי הודאה כנגד הודאה, ולכך חשיב דההודאה מחייבת, וחייב לצאת יד"ש, אלא דאין בי"ד יכולים להוציא משום דאיכא הודאה נגד של התובע, וע"ע סי' פ"ז ס"ק כ"ג דבקלב"מ נמי חשיב הודאה המחייבת, וצ"ע דהא בתוס' ב"ק ובתורא"ש כתבו לטעמא דמחילה, ועוד צ"ב דלכא' לטעם דהוי הודאה כנגד הודאה, איך יתכן לחייבו בשבועת מוב"מ, הרי התובע מודה דאינו חייב לו שבועה, ועוד צ"ע דהרי הקצוה"ח הוכיח מרש"י בקידושין דבעי' הודאה המחייבת, וצ"ל דהא גופא כוונת רש"י דכיון דחייב לצאת יד"ש, ע"כ מוכח דחייל דין הודאת בע"ד.

(ג) והנה לכא' יש להוכיח דלדעת רש"י לא בעי' הודאה מהחייבת, דהא שיטת רש"י דכל מטבע טבוע חשיב ממין הטענה, ולכא' הרי ודאי דבדינו של רב"נ דפטור מדמי שעורים מחמת הודאה או מחילה או משטה, הרי לא יועיל הא דמין מטבע א', דסו"ס הוא מודה על חפץ אחר, ואיכא הודאה של התובע דלא הפקיד אצלו פרוטה, וא"כ אף לרבנן תקשי אמאי במין מטבע א' הוא חייב שבועה, הא אי"ז הודאה המחייבת, וע"כ דלרש"י לא בעי' הודאה המחייבת, וצ"ע.

(ד) עי' בנתה"מ סי' פ"ח סק"ג דכתב דודאי לטעמא דמשטה לא שייך דין מוב"מ, אבל לטעמא דהודאה כנגד הודאה, ולטעמא דמחילה, יש לבאר דברי תוס' עפ"י יסוד הש"ך דתבעו חיטין והודה לו בשעורים ותבע ממנו מיד את השעורים, דחייב בדמי השעורים, ונמצא דההודאה מחייבתו, אלא דלאחר שתיקת התובע הוא דנפטר, ולכך חשיב הודאה המחייבת, וחייל מיד שבועת מוב"מ, ובסי' פ"ה סק"ג הביא לזה ראייה דלכאור' קשה מדוע כל טענו חיטין והודה לו בשעורים אינו נידון כהילך, דהא אין נידון על ה, וע"כ משום דבזמן ההודאה חייל דין הודאה, ולכך חשיב מוב"מ, וצ"ב דלטעמא דהודאה נגד הודאה הרי נתברר עפ"י הודאת התובע דהנתבע מודה בשקר, וא"כ הרי לפי הודאת התובע הנתבע נשבע בשקר, אבל לטעמא דמחילה א"ש. (ה) עי' בחי' הגרש"ש ב"ק סי' ל"א דביאר דברי תוס' דבאמת לא בעי' הודאה המחייבת, וביאר דהסברא בזה דיסוד דין מוב"מ הוא דע"י הודאת הנתבע במקצת איכא סיוע לטענת התובע, וסיוע לטענתו איכא גם באופן דאי"ז הודאה המחייבת, וע"ע קה"י ב"מ סי' ו' סק"ד עד"ז.

(א) תוס' ד"ה ור"ג מחייב - תימה וכו' והשתא לר"ג וכו'. עי' מהרש"א דהעיר אמאי לא תי' דנפק"מ למה דכתבו לעיל דלר"ג פטור על השעורים, דאי תבעו קנקנים הרי חייב על הקנקנים שהודה, ואי לאו הוא פטור אף על מה דהודה, ותי' דקו' לתי' קמא דלר"ג חייב על השעורים.

ועי' חי' רע"א על המשניות דיישב דמיירי דהקנקנים שוים כמו השמן, ולכך מצד דין דטענו חיטין הוא פטור דלא כפר במקצת, ורק משום דהקנקנים בכלל תביעתו הוי מודה במקצת, והנה לדברי רע"א לכאור' יהא הדין דלעולם הוא נשבע רק על ההפרש בין החיטין לשעורים.

(ב) וצ"ע על רע"א דא"כ יש ליישב קו' תוס' בפשיטות טפי, דאם תבע קנקנים ושמן הרי הוא נשבע על כל השמן, ואם תבעו רק שמן הוא נשבע רק על ההפרש בין השמן לקנקנים, ולכאור' מוכח דאעפ"י דס"ל לרע"א דכ"ז דאינו מודה על חלק מהשוויות אינו נחשב למודב"מ, מ"מ חיוב השבועה על כפירתו, הוא על כל החיטין, דהא הוא כופר בכל טענת התובע דהוא חייב לו חיטין, וצ"ע בסברא זו.

ושו"ר דדברי תוס' בלא"ה תמוהים, דהא איכא נפק"מ פשוטה בדינא דאדמון, דאי משום דינא דר"ג לחוד הרי אינו נשבע על כפירת הקנקנים, ולפי חדושו של אדמון דיש בלשון הזה לשון קנקנים, הרי הוא צריך להשבע גם על כפירת ה' קנקנים, ושו"ר דעמד בזה בכוס ישועות.

עוד יל"ע על רע"א, דהא נקט שם דיש בלשון הזה קנקנים אינו דין ודאי, אלא דאפשר לפרש דבריו כן, וא"כ על תי' נמי קשה דהרי יכול הנתבע לומר דלא הבין דכוונתו לקנקנים, וצ"ב.

(ג) עי' שער המשפט סי' ע"ה סק"ב דכתב דדינא דר"ג מיירי דהודה בשעורים בכדי שווי החיטין, ומ"מ חשיב מודה במקצת כיון שהוא דבר אחר לגמרי, וגם הוא פטור ממנו, והביא לזה ראייה מלשון הגמ' מ' ב' טענו שור והודה לו בשה, שה והודה לו בשור, פטור דלא הוי ממין הטענה, ומשמע דלר"ג חייב אף בטענו שה והודה לו בשור, ואעפ"י דמסתמא השור שוה יותר, אולם עי' בר"ח שם דנראה דלא גרס לה.

(ד) עי' בשטמ"ק כתובות ק"ח ב' דהביא מרש"י במהדו"ק ד"ה וז"ל רש"י במדו"ק ש"מ דכתב "והיכא דטענו חטים והודה לו בשעורים ואע"ג דמודה מקצת הטענה הוא דחטים שוין יותר משעורים פטור משום דבמה שטענו לא הודה לו ולא הודאה ממין הטענה הוא", ומבואר כרע"א.

אולם עי' לשון המ"מ פ"ג מטו"נ הי"ד דכתב בתו"ד "וגדולה מזו שאם טענו מנה מלוה והודה לו מנה פקדון דהוה ליה כטענו חטים והודה לו בשעורים שהוא פטור" ומבואר כשער המשפט.

ה) בגמ' ל"ט ב' פריך לרב מדסיפא דוקא רישא נמי דוקא, ועי' ברש"י ובר"י מיגש דבארו דכיון דרישא דוקא, הרי מוכח דאי לאו דהוי הודאה שלא ממין הטענה ליכא חסרון דב' כסף, ועי' ח' הרי"ם סי' פ"ח ס"ק כ"ג דהק' דאי לאו טעמא דמה שטענו לא הודה לו, ליכא חסרון דב' כסף, דהא חייב לישבע על כל הכפירה, ושפיר הוי כפירת ב' כסף, ע"ש בדבריו, ולכאור' ע"כ מוכח כדינו של רע"א דבאמת אינו נשבע רק על ההפרש בין הפרוטה לב' כסף.

אולם למה דנתבאר לעיל סק"ב דאף לרע"א הוא נשבע על כל הכפירה, הרי יהא מוכח דלדין ב' כסף לא סגי במה דבפועל הוא נשבע על כפירת ב' כסף, אלא בעי' דהמחייב של השבועה יהא ע"י ב' כסף, וצ"ע בכ"ז.

שם - וי"ל דלדידי' וכו'. עי' ברע"א דהק' די"ל דכל הדין דנכלל קנקנים בלשונו אינו דין ודאי אלא הוא רק במפרש דנתכוין לזה, וא"כ הרי הנתבע יכול לומר דלא נתכוין לקנקנין, וצ"ב דלכאור' אם אינו מוכח מלשונו לא יועיל הא דאח"כ יפרש דכוונתו היתה גם לקנקנין, דדמי לקדמה הודאה לתביעה, וצ"ב, ועי' חזו"א חו"מ סי' י"א סק"מ דביאר דפלוגתא אדמון וחכמים הוא אף באופן דטוען אח"כ דטוען נמי קנקנים, אולם טעמא דחכמים אינו משום דלא חשיב כאילו הודה, אלא דליכא תביעה וחשיב כקדמה הודאה לתביעה.

תוס' ד"ה להודיעך - עי' ברע"א על הר"ן מ' ב' דביאר דברי התוס' דכמו בספק איסור איכא חידוש דאעפ"י דמספק היה ראוי לאסור, מ"מ כח דהתירא עדיף, ה"ה בשבועה מספק אין לחייבו שבועה, וחידוש הוא דמ"מ חייב להשבע, וע"ש דהאריך בזה.

## מ' ב'

גמ' - איתיבי' וכו' טענו שור וכו'. עי' ח' רמ"ש דתמה דילמא מיירי רק לגבי תשלומין, ולא לגבי שבועה, וברישא פטור אפילו משה, וברישא חייב בכל מה שהודה, אולם הוא פטור משבועה, ונראה ליישב דממנ"פ לתי' קמא בע"א דלישנא דפטור משמע לגמרי, הרי ע"כ רישא דפטור קאי אממון ואשבועה, וא"כ מהיכ"ת לומר דסיפא דחייב היינו רק במה שהודה, ולתי' בתרא דלא בעי' הודאה המחייבת, נמי י"ל כיון דע"כ רישא דפטור קאי אשבועה, דהא בממון ליכא מחלוקת, הרי ממילא סיפא נמי מיירי בשבועה, ופשוט.

## בס"ד

### טענו חטים - ב

ב"ק ל"ה א' מתני' שור וכו' עד ל"ו א' גמ' היו שניהם וכו'.

בטעמא דפטור מדמי שעורים - עי' רש"י ותוס', ותוס' סנהדרין ו' א' ד"ה צריכה, ועי' ברא"ש סי' ט"ו באריכות, ועי' בחי' תלמיד הרשב"א בסוגיין ובב"י סעיף י"ב מדברי רי"ו נפק"מ בין רש"י להרא"ש, ועי' חזו"א חו"מ סי' י"א ס"ק כ"ב, ועי' ברמ"א סעיף י"ב נפק"מ בטעמא דמחילה, ועי' בש"ך ס"ק י"ז, ובמה דתמה עליו בתומים סק"ז, ועי' חזו"א ס"ק כ"ג וסק"ד בביאור דברי הרא"ש.

ע"י ברא"ש דהביא מהרמ"ה לטעמא דמשטה, וע"י ש"ך סי' פ"ח ס"ק ט"ז באריכות גדולה להוכיח כדעת הרמ"ה, וע"י קצוה"ח סק"ח ונתה"מ סק"ג, וע"י חזו"א חו"מ סי' י"א ס"ק ו' מדוע להרמ"ה ליכא הודאה.

(א) מתני' - אחד תם ואחד מועד. ע"י בנימוק"י דהק' לגבי שור מועד הא דמי לטחולב"ש כיון דהניזק טוענו נזק גדול, והמזיק מודה לו בזנקי קטן, ותי' הנימוק"י דדמי לדמי עבד גדול ודמי עבד קטן בב"מ ק' א' דלא אזלי' בתר סיבת החיוב, והנה בגמ' שם בב"מ ע"י ברש"י דפירש דכוונת הגמ' בנתן לו דמים לקנות לו עבד, ובתוס' בארו דמיירי בחזור בו ממכירת עבד, ולדבריהם ליכא ראייה כלל, כיון דלא מיירי התם בב' סיבות של חיוב, אולם ע"י בש"ך סי' צ"ה ס"ק ט"ו דביאר דלדברי הנימוק"י מיירי במכר לו עבד ונאנס מהמוכר, והנידון אם מכר לו עבד קטן או גדול, וחשיב דיש כאן ב' סיבות, ע"ש.

(ב) ולכאור' לפי הנימוק"י יהא חייב על המועד שבועת מוב"מ, ואילו לשון המשנה הממע"ה משמע דאינו חייב להשבע, [וע"י בתוס' ר"פ דביאר דטעמא דבמתני' ליכא חיוב שבועה כיון דהוי טחולב"ש, אולם לנימוק"י דהק"ל], ולכאור' צ"ל דלגבי השבועה ודאי דאזלי' בתר הגורם, וצ"ע.

(ג) וע"י בהגהות אנשי שם דכתב דלדברי הנימוק"י ע"כ צ"ל דקו' הגמ' דהוי טחולב"ש קאי רק על תם, אולם נראה להוסיף בזה דהנה בנימוק"י ביאר בגמ' דע"כ מיירי הכא למ"ד פ"נ ממונא, דלמ"ד פ"נ קנסא הרי מודה בקנס פטור, וממילא קו' הגמ' קאי אכולא מתני', אולם במתני' קאי לעצם ביאור המשנה, ובזה ביאר להל' דקיי"ל פ"נ קנסא, דמיירי דאיכא עדים, וטעמא דפטור לרב"נ משום טענת משטה, ובעדים לא שייך האי טעמא, וכמבואר ברא"ש, אולם על מועד דלא בעי' לאוקמא דאיכא עדים, ביאר הרא"ש דמהני מדין דמי חטין.

### טעם הפטור משעורים

(א) ע"י ברש"י ד"ה דטעמא דרב"נ "דהא אמר ליה תובע לאו שעורים יהבי לך ואחולי מחיל גביה" ומבואר דטעמא משום מחילה, וצ"ב הלשון דאמר ליה תובע, הרי המחילה אינה מחמת מה דאמר, אלא מחמת מה שלא תבע שעורים איכא אומדנא דמחל לו, [ולדברי תלמיד הרשב"א להלן סק"ו א"ש]. וע"י רש"י ד"ה שקיל דכתב דהמזיק שקיל אעפ"י דהניזק אמר ברי לי שזה לא הזיקני, ולא כתב דשקיל הניזק אעפ"י דמחל לו, ומוכרח דבאמת בעי' לב' הטעמים, וע"י להלן סק"ג ו' ט'.

(ב) ע"י תוס' סנהדרין ו' א' ד"ה צריכה דכתבו דאין לומר כרש"י, דהא בגמ' פריך לרב"נ מסיפא דמתני' דהיו הניזקין שנים גדול וקטן וכו', והרי התם לא שייך מחילה דהא עומד וצווח, ומבואר דמרישא לא קשיא להו, וכנראה דברישא ס"ל דשפיר י"ל דמחל על תביעתו על השור הקטן, ורק בהיו הניזקין שנים דבלא"ה יש לו חלק בשור קשיא להו דעומד וצווח, דאינו מוחל אלא הוא תובע יותר, [וי"ל"ע דלגבי הנידון כמה הוא נוטל מהשור הקטן, הרי שפיר משכח"ל נידון דמחילה באופן דהשוורים הקטנים שווים בשיעור שוה, ולטענת הניזק מגיע לו רק ח"נ מהקטן, ולטענת המזיק דהקטן נגח את הגדול מגיע לו טפי, ונמצא דיש מחילה על ההפרש, וצ"ל דפשיטא לתוס' דקו' הגמ' גם על הנידון כמה הוא נוטל מהשור הגדול, ובכה"ג לא שייך מחילה, [וע"י בר"ח - ומשמע מדבריו דבאמת קו' הגמ' על הקטן], וע"י השלמה דמה"ט דחה לראיית הראשונים דמלוה ופקדון הוי שלא ממין הטענה, ע"ש].

(ג) בתוס' ב"ק כתבו "כיון שהודה לו שאין חייב לו שעורים ומחל לו" ונקטו לב' הסברות, ולכאור' י"ל דבאמת בעי' לב' הטעמים, דמחמת טענת המלוה בפנ"ע ליכא מחילה, דהא אין לנו ראייה דהיה עוד הלואה,

דנימא דמחל לו, אלא כיון דאיכא סתירה בין הודאת התובע להודאת הנתבע, נקטינן דבאמת היה עוד הלואה של שעורים והתובע מחל לו על השעורים, ועי' בחי' רא"ל ח"א סי' ע"ז סק"ג דביאר עד"ז, דס"ל לתוס' דעל ב' מעשים הנידון משום מחילה, ועל מעשה א' הנידון משום הודאה, ולכך לעולם בעי' לב' הטעמים, כיון דיכול להיות דהיו ב' מעשים, ויכול להיות דהיה רק מעשה א', ומדינא דרב"נ שמעי' לב' הדינים, ושפיר פריך ממתני', ועי' להלן סק"ט עוד בזה.

ד) עי' ברא"ש ב"ק פ"ג סי' ט"ו דתמה על רש"י חדא דמלתא דשכיחא הוא שיש לאדם כמה תביעות ואינו תובע לכולם בב"א וליכא ראייה דמחל על שאר התביעות, ועוד הק' דלא דמי דינא דמתני' לדינא דרב"נ, דיתכן דטחולב"ש חייב בשעורים כיון דלא מחל לו, ומ"מ במתני' פטור משום דין הודאה, ועוד הק' דיתכן להיפוך דבדינא דמתני' ליכא ראייה דמודה, משום דיתכן דהודה על הקטן כדי להרויח מהגדול, אבל בדינא דרב"נ יש לפוטרו משום מחילה, ולכך ביאר הרא"ש דרב"נ מיירי דהנידון הוא על מעשה א', אם הלוהו חטים או שעורים, ובתרווייהו הנידון בדיני הודאה, עכתו"ד.

וקו' ב' צ"ע, דהרי אף אי נימא דבמתני' יש יותר סיבה לפטור, מ"מ שפיר פריך דאי במתני' חייב כ"ש דבדינא דרב"נ יש לחייב, ונראה מוכרח דע"כ קו' ב' וג' היא חדא קו', דודאי בטחולב"ש בזמן א', איכא הודאה דלא הלוה לו שעורים, וכל הצד לחייבו משום דהודה כדי להרויח, וזה מוכח ממתני', דכיון דמסתברא דבמתני' יש סיבה לפטור מטעם הודאה, הרי ע"כ מוכח דטעמא דפטור במתני' משום דמודה כדי להרויח, וא"כ מה"ט הרי לא שייך נמי טענת מחילה, ומאי פריך לרב"נ, הרי בטחולב"ש יש לפוטרו משום מחילה, [ועי' להלן ס"ק ז'].

ה) ומצינו מחלוקת בפוסקים במסקנת דברי הרא"ש - הנה בשו"ע סי' פ"ח סעיף י"ב הביא דיש מי שאומר דטעמא משום הודאה, ולפיכך אפילו יש עדים על השעורים הוא פטור, [ומקורו מהטור בשם בעה"ת], וברמ"א כתב דאף אם יודע הנתבע דהוא חייב שעורים, הוא פטור מלשלם, כיון דהתובע מחל לו, ועי' בסמ"ע ס"ק כ"ג דכוונתם לאפוקי משיטת הרמ"ה, אבל הרא"ש נמי מודה לטעמא דמחילה, ועי' בש"ך ס"ק י"ז דתמה עליו דהרא"ש חולק על טעמא דמחילה, וממילא אם הנתבע יודע דהוא חייב לו שעורים, חייב לשלם לו, אלא דבי"ד א"י להוציא ממנו, והוכיח מדברי רבינו ירוחם דהרא"ש מודה דאם הנתבע עומד בהודאתו דשעורים יש לך בידי הוא חייב לשלם, ועי' בתומים סק"ז דתמה על הש"ך דאם באמת הוא חייב לו שעורים, מדוע שבי"ד לא יאמרו לו שהוא חייב שעורים, וכן תמה בחזו"א ס"ק כ"ג, ועוד תמהו דמ"ש דבעומד בטענתו הוא חייב, ובבאו עדים הוא פטור, ועוד העיר בתומים דברא"ש ב"מ פ"ח סי' י' כתב בתו"ד רק לטעמא דמחילה, וע"ש בתומים מה דיישב דבאמת הרא"ש מודה לטעמא דמחילה, ע"ש בכל דבריו.

ועי' בחזו"א שם ובסק"ד דחלק על הש"ך דודאי כל דאיכא הודאת התובע אינו חייב לשלם לו, ופטור אף לצאת יד"ש, ומשום דההודאה מפקעת החיוב, והוכיח כן מקנין אודיתא, וע"ש היטב דביאר הסברא בזה דדין בעלות בתורה נקבע עפ"י מי דבדיני התורה יכול להחזיקו אצלו, וכיון דהתובע מודה דאינו שלו, חשיב כאילו זה של הנתבע, ולא אכפ"ל דהנתבע יודע דאינו שלו, ומה דתמה הש"ך דברא"ש מבואר דהוא רק מטעם הודאה, ע"ש בחזו"א דביאר לכל דברי הרא"ש, ע"ש בכ"ד.

ו) עי' ברמ"א דציין לשו"ע סי' ע"ה סי"א דמבואר שם דאמר לו חייב אני לך מנה, והלה אומר אינך חייב כלום פטור דהוי כאילו מחל לו, ומקור הדברים מהא דמבואר ב"ב קל"ה א' דבאומר זה אחי ואחיו אמרי

אינו אחינו, אינם נוטלין כלום, ועי' ברא"ש שם סי' מ' דטעמא משום דהוי מחילה, וכתב הרא"ש דמהכא הוכיח המהר"ם לדין הנ"ל דהוי כמחילה, ועי' בש"ך ס"ק י"ז דדחה "דהתם הא מפרש טעמא, כיון שאמר בפירוש אני חייב לך היה לו להשים אל לבו ולדקדק, ומדלא דקדק והשיב לו אינך חייב לי אמרינן דמחל לו בלב שלם, והלכך התם אפילו לצאת ידי שמים פטור, דהוי כאילו נתן לו מתנה, משא"כ הכא" וכוונתו דהתם הרי אמר לו אינך חייב לי, אבל הכא הוא תובע דבר אחר, ועי' חזו"א ס"ק כ"ג דתמה על הש"ך דהרי בסוגיא ב"ב כווננו רק דלא יחלוק עמהם, ולא כווננו דלא ירשו חלקו.

ועי' במרדכי שם אות תקצ דכתב דיש לזה ראייה מהא דפירש רש"י דטעמא דטחולב"ש משום מחילה, ועי' בתשו' מיימוני שופטים סי' י"א דכתב "ונראה לי ראייה מהא דאמר רבה בר תנן ס"פ המניח טענו חיטין והודה לו בשעורין פטור ופרש"י וכן התוס' דפטור משעורין דכיון שהודה לו שאין חייב לו שעורין מחל לו אף על פי שזה מודה שהוא חייב לו שעורין" ומבואר להדי' מה דנתבאר לעיל ס"ק א' ג' דלרש"י ותוס' בעי' לב' הטעמים.

וכתב בחזו"א שם דאעפ"י דהמרדכי כתב לטעמא דמחילה, מ"מ הדין נכון גם לטעמא דהודאה, ועי' בתורי"ד שם דבאמת כתב להאי דינא, וביאר דטעמא משום דאזלי' בתר הודאת המקבל ולא בתר הודאת הנותן.

וצ"ע אמאי באמת הרא"ש כתב לטעמא דמחילה ולא כתב לטעמא דהודאה, הרי דחה לטעמא דמחילה, ובאמת דיש לדון דלכאור' לא שייך בסוגיא ב"ב טעמא דהודאה, דהרי ממנ"פ אם אינו אחיו אינו נוטל כלום, ואם הוא אחיו ע"כ הוא חולק עם אחיו,

ז) עי' בספר תלמיד הרשב"א דיישב לקו' קמא דהרא"ש דמיירי דהתובע חזר ואמר לא כי אלא חטים יש לי בידך, ולא שעורים, ולכך הוי ראייה דמחל לו, [ולדבריו מדויק לשון רש"י דאמר ליה התובע], וצ"ע אמאי מיאן הרא"ש בזה.

ועי' בתומים סי' פ"ח סק"ז דהק' עוד על הרא"ש דאף לרש"י יש ליישב כאוקימתא דהרא"ש דמיירי שטענו חטים על אותו היום וכו', ולכך הוי מחילה על השעורים.

ולמה דנתבאר לעיל סק"א בביאור קו' ב' דהרא"ש, יש ליישב דבב' אופנים הנ"ל הרי אי"צ לפוטרו משום מחילה, אלא סגי בטעמא דהודה דאינו חייב לו שעורים, ורק באופן דתבעו חטים בסתם, והודה לו בשעורים, דאין לדון משום הודאה, אלא רק משום מחילה, א"כ שפיר קשיא מהיכ"ת דמחלו.

ח) עי' ביש"ש ב"ק פ"ג סי' ל"ד דהק' על מסקנת הרא"ש דדוחק לאוקמי בכה"ג, וביאר דטעמא משום הודאה, ומיירי דאחר דהודה בשעורים חזר ותבעו חטים ומדלא תבע נמי לשעורים, ע"כ דמודה, [וזה כסברת תלמיד הרשב"א בטעמא דמחילה], ועי' ש"ך סי' פ"ח ס"ק י"ט דתמה על היש"ש דהרי הרא"ש הביא עוד ראייה דמיירי רק בכה"ג, דאל"כ קשה דבמתני' ליכא ראייה דהודה דשמא עשה כן להרויח, אבל בדינא דרב"נ טעמא משום מחילה, וע"כ דינא דרב"נ מיירי בגוונא דהרא"ש ולכך שייך לומר דעשה כן להרויח.

אולם עי' היטב ביש"ש שם דהביא לקו' הרא"ש באופ"א, דמקודם הק' לקו' הב' דבדינא דמתני' הודה כדי להרויח, משא"כ בדינא דרב"נ איכא מחילה, ואח"כ הק' לקו' קמא דהרא"ש דאף אי בדינא דרב"נ ליכא מחילה, מ"מ במתני' איכא הודאה, ע"ש.

וי"ל דס"ל ליש"ש דלטעמא דהודאה לא מתרצין דבריו דהודה כן כדי להרויח, ורק לטעמא דמחילה שייך לומר דליכא ראייה דמחל לו אלא דטען כן כדי להרויח, ולכך שינה היש"ש לקו' הרא"ש, והק' לרש"י דטעמא משום מחילה, דבמתני' לא שייך טעמא דמחילה, ולטעמא דהודאה קשה דהא בדינא דרב"נ ליכא הודאה, וע"ז תי' דבאמת טעמא משום הודאה, ובדינא דרב"נ מיירי דחזר וטען רק חטים, ולכך פריך דבמתני' דמיירי דהיה רק ניזק אחד, נימא דהוי הודאה דליכא חוב על השור הקטן, ואין להק' דעשה כן כדי להרויח, משום דבטעמא דהודאה ודאי דאין מתרצין דיבורו.

ט) עי' בתלמיד הרשב"א דהביא לדברי הרא"ש וכתב דלפי"ז כל מה דפטור משעורים הוא רק באופן דהנתבע חזר בו ואמר לא הפקדת בידי שעורים, אבל אם הוא עדיין טוען דהפקיד בידו שעורים, זוכה התובע בשעורים, אבל לרש"י אינו כן כיון דכבר מחל, וכן עי' בב"י סי' פ"ח ס"ב דהביא כן מרבינו ירוחם, ובש"ך ס"ק י"ז ביאר דכיון דהתבע יודע דהוא חייב לו שעורים, הרי"ז גולן אם אינו משלם לו, אלא דבי"ד א"י להוציא ממנו, שהרי הודה התובע דאינו חייב לו, ועי' חזו"א ס"ק כ"ב דתמה ע"ז דמה אכפ"ל אם הנתבע חזר בו או לא, סו"ס הרי איכא הודאת התובע דחטים ולא שעורים, וע"ש דכתב דהוא ט"ס, אולם הרי בתלמיד הרשב"א ג"כ כתב כן, ועי' בחי' ר"ש היימן מה דביאר בזה.

והנה לפי"ז יש ליישב אמאי הוצרכו רש"י ותוס' לב' הטעמים, [עי' לעיל ס"ק א' וג'] דכיון דלישנא דרב"נ משמע דמיירי בכל גוונא, ואף כשהנתבע עומד בטענתו, לכך הוצרכו נמי לטעמא דמחילה.

[והנה עי' ברשב"א דהביא מהראב"ד דרק אם הנתבע עומד בדבריו דשעורים יהיב ליה, ולכאוו' הראב"ד אזיל בשיטת הרמ"ה דטעמא משום משטה, אבל בלא"ה אזלי' לגמרי בתר הודאת הנתבע, [וכן עי' בסה"ת ש"ז ח"ב אות י"ט דהביא לדברי הראב"ד בלא מעמיד דבריו יכול לומר מצחק הייתי], ואינו ענין לדעת הרא"ש, אולם עי' בחי' הראב"ד דמבואר בתו"ד דגם היכא דאיכא עדים על השעורים הוא פטור מחמת הודאת התובע, וא"כ צ"ב למאי בעי' לטענת משטה, [ובסה"ת הק' מסברא דכיון דמוכח בגיטין דבהודאה כנגד הודאה אזלי' בתר התובע, למאי בעי' דיאמר משטה], וצ"ע].

א) עי' ברא"ש דהביא מהרמ"ה דטעמא דפטור משעורים משום דטוען משטה הייתי בך, ומבואר דפליג על סברת הרא"ש דאיכא הודאת בע"ד של התובע, ולכאוו' י"ל דס"ל דאמר כן כדי להרויח, או דלא שייך טענת מודה באופן דיתכן דב' המעשים היו כיון דאין דרך לטעון כל טענותיו [וכקו' הרא"ש], ועי' חזו"א ס"ק י' דהאריך לבאר דס"ל להרמ"ה דאין דנין לפי גורמי החיוב, אלא דתובעו כסף ומודה לו בכסף, ולכך אינו כמודה על השעורים, וע"ש עוד סברא בזה.

ב) והנה בפשוטו צ"ל דפלוגתייהו דר"ג ורבנן מיירי בלא חזר ואמר משטה, דאל"כ תקשי לר"ג אמאי חייב שבועה הא טוען טענת משטה וליכא הודאה כלל, וכן קשה למאי בעו רבנן למעט מקרא לדינא דהודאה שלא ממין הטענה, וע"כ דמיירי בלא חזר ואמר משטה ופליגי אי איכא חיוב שבועה או לא.

אולם יל"ע בזה דהנה בגמ' פריך לרב"נ מאי קמ"ל תנינא וכו', הרי דינא דרב"נ מיירי בטוען משטה, ומה"ט הוא פטור נמי משבועה כיון דליכא כלל הודאה, ואילו מתני' מיירי באינו טענת משטה והנידון משום דהוי הודאה שלא ממין הטענה, [ויש להוסיף עוד דלפי תוס' בשבועות בתי' קמא דלישנא דפטור דמתני' משמע דפטור לגמרי, הרי ע"כ צ"ל דקו' הגמ' מאי קמ"ל הא שמעי' לה מלישנא דמתני' וכנ"ל, וע"ז משני דאי לאו דרב"נ לא היינו מפרשים כן

ללישנא דמתני', וא"כ הרי ע"כ דמתני' מיירי באופן דהוא פטור אף מהשעורים, ובהא פליגי ר"ג ורבנן, וע"כ דמתני' נמי מיירי בטענת משטה].

וע"כ צ"ל דס"ל לרמ"ה דכיון דמבואר בתוספתא דכל מה דמצי לטעון משטה הוא רק בלא תבעו בבי"ד, ולכך תלוי בפלוגתיהו אי הוי הודאה ממין הטענה או לא, דגדר הדין לר"ג הוא דלעולם חשיב הודאה ממין הטענה, כיון דדנין על הדמים, ומשו"ה הוא חייב שבועה, וחשיב דתבעו ע"ז ולא מצי א"ל משטה, משא"כ לרבנן דחשיב שלא ממין הטענה ופטור משבועה, ומשום דאי"ז בכלל תביעתו, משו"ה מצי טעין טענת משטה, וכ"כ בחי' רא"ל ח"א סי' ע"ז.

ועי' בנימוק"י דביאר לקו' הגמ' מאי קמ"ל דכיון דפטור משבועה משום דהוי שלא ממין הטענה, ממילא פטור נמי מממון, וצ"ב מדוע תלוי הא בהא, אולם הרי הנימוק"י אזיל שם כשיטת הרמ"ה דטעמא משום משטה, ושפיר ביאר דברי הגמ' דתלוי הא בהא, [אולם גם לטעמא דהודאה יש לבאר עד"ז - עי' להלן סק"ג לפי"ז ישוב קו' הרא"ש].

ועי' בחזו"א ס"ק ט"ו דג"כ ביאר כנ"ל דטענת משטה תלוי אם חשיב ממין הטענה לגבי שבועה או לא, וביאר בזה דברי הנימוק"י במתני' דמועד הוי ממין הטענה כיון דהנידון הוא כמה דמים הוא חייב לו מהעליה, והנה ע"כ מיירי דטוען טענת משטה, דאל"כ הרי אף בטחולב"ש חייב בשעורים לדעת הרמ"ה, וא"כ מוכח דכל דחשיב ממין הטענה לא מצי טעין טענת משטה, כיון דנכלל בתביעתו.

אולם הנה הש"ך בס"ק ט"ז הביא ראיה לרמ"ה דהא בפשוטו קו' הגמ' היא גם ממועד, וק' כקו' הנימוק"י הרי דמי לדמי עבד גדול דחשיב ממין הטענה, [והרי כל הראשונים מודים לזה, וכמבואר בש"ך סי' צ"ה ס"ק ט"ו], והוכיח מזה הש"ך כדעת הרמ"ה דטעמא משום משטה, ולכך לא יטול אף כדאמר מזיק, ועי' בחזו"א ס"ק ט"ו דתמה עליו דודאי כל דברי הרמ"ה שייך רק באופן דהוי הודאה שלא ממין הטענה, אבל היכא דהוי ממין הטענה ודאי דאינו יכול לומר משטה הייתי, כיון דהודה על התביעה, ולכך ביאר החזו"א דודאי גם במועד חשיב טחולב"ש וכמבואר בסו"ד הנימוק"י.

ג) עי' ברא"ש דתמה על הרמ"ה דהא דינא דמתני' ע"כ מיירי דהיו עדים על הנגיחה, דאל"כ הרי"ז מודה בקנס, ובכה"ג ע"כ דאינו משטה, דהרי אם הקטן לא הזיקו הוא מתחייב בגדול, וע"כ דאינו משטה, אלא טעמא דפטור אף משעורים משום הודאת התובע ועדיף מעדים, וכן עי' בראב"ד דהק' בנוסח זה דכל דאיכא עדים ודאי אינו מצחק.

והנה עי' בתלמיד הרשב"א דהק' על הרמ"ה באופ"א דא"כ מאי אכפ"ל דהוא משטה, דל הודאתו מהכא, הרי יש לחייבו לפחות בקטן מחמת העדאת העדים, וע"כ מוכח דהנידון משום מחילה או הודאה, וצ"ע אמאי הרא"ש לא הק' כן.

ועי' היטב בנתה"מ סי' פ"ח סק"ג דנלמד מדבריו דהישוב בזה דלישנא דמתני' משמע דמיירי אף באופן דנאבד הגדול, ומ"מ הוא נוטל מהקטן עפ"י הודאת המזיק, ובזה תקשי אמאי אינו יכול לטעון טענת משטה, דבכה"ג לא מהני הא דאיכא עדים, כיון דאינו בודאי חייב לו, דיתכן דהגדול הזיקו, ולכך כל הקו' היא רק דכל דאיכא עדים אינו משטה, ולכך יש לחייבו אף בנאבד הגדול, ועי' בנתה"מ מכת"י מה דהק' הנתה"מ מהרא"ש.



אולם נראה בעוד אופן, דהנה עי' היטב בלשון הראב"ד דהק' מאי פריך לרב"נ מלישנא דמתני' דאי לא מייטיר איה שקיל מהקטן, דילמא על הקטן נמי קאמר דבעי' להביא ראיה, ותי' הראב"ד דלרב"נ אף אי מייטיר עדים על הקטן נמי לא גבי מידי, דלא עדיפי מהדואתו, ומזיק נמי הא הדר ביה, אבל במעמיד דבריו ודאי חייב, ומבואר חידוש גדול דאעפ"י דאם באו עדים דהקטן הזיקו, אינו גובה כיון דהודה דהגדול הזיקו ואל הקטן, מ"מ אם הנתבע מחזיק בטענתו דהקטן הזיקו הוא חייב, ורק אי טעין משטה הוא פטור, וצ"ב הסברא בזה.

ועכ"פ לפי"ז אין הראב"ד יכול להק' כתלמיד הרשב"א דהרי כיון דהודה אין לחייבו מחמת העדים, אלא דהק' דלא מצי למימר מצחק, ואף בדע הרא"ש י"ל כן, דלכך לא הק' כתלמיד הרשב"א, משום דיתכן דהרמ"ה מודה דאין לייביו מחמת הדעים כיון דהודה, אלא כל הק' דלא מצי טעין משטה, וצ"ע בכ"ז. ד) ועי' ש"ך סי' פ"ח ס"ק ט"ז דהאריך לתמוה על הרא"ש דודאי סוגיין מיירי בלא עדים, דאל"כ איך יתכן לפוטרו בהיו הנזיקין שנים, הרי ע"כ הוא חייב מחמת העדים, ועוד תמה אמאי מבואר בגמ' דבנזיק ברי ומזיק שמא לרב"נ פטור לגמרי, הא כיון דאיכא עדים, ואין העדים מכחישין את טענתו היה ראוי דישלם לפחות הפחות שבשניהם, [ועי' להלן סק"פ].

ועל קו' הרא"ש דהוא מודה בקנס, עי' בנימוק"י דכתב דסוגיין קאי למ"ד פ"נ ממונא, ועי' בש"ך שם דכתב דיתכן לפרש בעוד אופן דהנידון אם נגמר הדין על קטן או על גדול, ועי' בקצוה"ח סק"ח ובנתה"מ סק"ג דהאריכו בכ"ז.

ד) ולכא' יש מקום ליישב לקו' באופ"א, דכל מה דהרמ"ה הוצרך לטעמא דמשטה זה רק באופן דהנידון על ב' זמנים, או באופן דיתכן דהיו ב' מעשים, דכה"ג לא שייך לדון משום הודאה, וכטענת הרא"ש, אבל באופן דהנידון על מעשה א' אם היה חטים או שעורים, שפיר שייך דין הודאה, ובכה"ג לא פליג הרמ"ה, ולפי"ז א"ש היטב דגם לגבי הודאה שורש הנידון אי איכא הודאה של התובע או לא, תלוי אם דנין על המעשה או על התוצאה דהוא חייב לו ממון, דאי חשיב כתביעת ממון לא שייך לומר דהוא מודה דאינו חייב לו ממון, ושפיר פריך דהרי דין משטה נמי תלוי בהא וכן"ל סק"ג.

ה) בגמ' מבואר דבתובע ברי ונתבע שמא, לרב"נ פטור משעורים, ועי' בש"ך ס"ק ט"ז דתמה להשיטות דהוא מדין הודאה, איך יתכן לפוטרו לגמרי, כיון דהוא מודה דחייב, אלא דאינו יודע אם חטים או שעורים, והרי כל הסיבה דפטר רב"נ משעורים משום דמאמינים להודאת התובע דרק חטים הלוחו, והרי לפי הודאתו יש לחייבו חטים.

ועי' משנת ר"א ב"מ מלואים לסי' ד' דיישב דס"ל להרא"ש דגדר דין הודאת בע"ד דדנין אותו עפ"י דיבורו, אעפ"י שאנו יודעים דיש לו שעורים אצל הנתבע, ע"ש.

ועי' בש"ך דהוכיח מזה כשיטת הרמ"ה, וביאר כיון דבסתמא לא היה המזיק שם ולא הו"ל למידע מה היה המעשה, הרי היה לו לטעון דיתכן דלא היה מעשה כלל, ולכך אעפ"י דאמר הגדול את הקטן וכו', יכול לומר משטה הייתי ולא היה מעשה כלל, דומיא הא דלרב"נ יכול לומר משטה הייתי, וצ"ב כיון דלפי טענתו הוא מודה דידוע מה היה המעשה, מהיכ"ת לומר דודאי אינו יודע, ותו דא"כ יתכן דלעולם אף במודה על מה דלא תבעו אינו יכול לטעון משטה, ושאיני הכא דלא הו"ל למידע.

ועי' בשטמ"ק דהביא בשם הר"ש דקו' הגמ' דמיירי דהמזיק אומר הגדול ברי דלא הזיק והקטן שמא הזיק, וקו' הגמ' כיון דאם היה אומר ודאי שהקטן הזיק היה פטור א"כ כ"ש דבשמא הוא פטור, והביאו בקצוה"ח ס"ק ט"ז, וצ"ע דא"כ נימא המע"ה ויהא פטור, ועוד קשה דבתוספתא קתני הרי זה משתלם לגדול מן הקטן ולקטן מהגדול, ומבואר דאנו יודעים בודאי דתרוייהו נגחו, וצ"ע.

## בס"ד

### טענו חטים - ג

(א) גמ' - תנן היו הניזקין שנים אחד גדול ואחד קטן וכו' אמאי וכו'. עי' ברשב"א דהק' אמאי הוי טחולב"ש הא הנידון הוא אם השור תם חייב לו ק' או נ', [ולדברי הראב"ד להלן דמתני' מיירי בב' שוורים של ב' אנשים, א"ש כיון דכל נזק שייך לאדם אחר], ותי' הרשב"א דשאני הכא דאין התביעה על הבעלים אלא על השוורים, וחשיב דהנידון הוא מי הזיק לשור הגדול, וכיון דהניזק טוען דגדול הזיקו, והוא מודה דקטן הזיקו, הוי טחולב"ש, ועי' בתוס' ר"פ דהוסיף בזה ביאור "שהרי עיקר התביעה היא בנזקי השוורים הניזוקין וכל נזק וניזק דינו להשתלם מגוף המזיק שהזיקו ולא מאחר" והיינו דאנו דנין על כל נזק כמעשה בפנ"ע, והרי על כל שור יש נידון מי הזיקו וכיון דהוא טוען על הגדול והוא מודה לו על הקטן הוי שלא ממין הטענה.

וכן צ"ל בדעת הנימוק"י דביאר במתני' בשם הרמ"ה דלגבי המועד ליכא קו' דהוי שלא ממין הטענה, כיון דהנידון הוא את מי נגח השור מועד, והוי תביעת דמים, ולדבריו הרי ע"כ צ"ל דקו' הגמ' היא על השור תם, וצ"ב הרי על השור תם נמי י"ל דכיון דהנידון אם התם נגח לקטן או לגדול הוי כתביעת דמים, וע"כ צ"ל כסברא הנ"ל דלגבי התם ודאי אנו דנין לפי השלמת הנזק, וזה גורם דחשיב כב' חיובים חלוקים.

(ב) והנה ברמב"ם פ"ג מטו"נ הי"ד פסק דבטוען מנה לי בידך הלואה, והודה לו בנ' פקדון או נזק וכיו"ב, דהורו רבותי דחייב שבועת מוב"מ, דלא אכפ"ל אמאי הוא חייב, ועי' בראב"ד דפליג דחשיב שלא ממין הטענה, ע"ש, ומבואר דלדעת הרמב"ם כל דתובע ממון, אעפ"י דחלוקים בגורמי החיוב מה היה המעשה המחייב, מ"מ חשיב ממין הטענה, כיון דהנידון הוא על תשלומי ממון, אולם להראב"ד הרי"ז נידון כטחולב"ש כיון דחלוקים בגורמי החיוב, [ולדעת הראב"ד אף בתבע לתרוייהו פטור כיון דזה ב' טענות].

ומצינו עוד שיטת בזה - (א) עי' בב"י סי' פ"ח מחודש ה' דהביא מתמידי הרשב"א דכל דהוי תביעה על דבר א' לא אכפ"ל דחלוקים בגורמי החיוב, אולם כל דבעי' שומא ע"כ הנידון הוא על גורמי החיוב, ונפק"מ דהיכא דאיכא דו"ד אם הזיקו שדה גדולה או שדה קטנה הוי טחולב"ש, ויתבאר להלן דזהו כוונת הנימוק"י.

(ב) עי' בחי' הר"ן ב"מ צ"ח ב' דהביא מהרשב"א דבעי' דיהיו חלוקים בגורמי החיוב וכן דיהיו חלוקים במה דתובע בפועל, והיינו דהיכא דהנידון על פרה מסויימת אי הוי שאולה או שכורה ל"ה טחולב"ש, אבל היכא דהנידון הוא על ב' פרות הוי טחולב"ש, אעפ"י דהוא תביעת ממון, ועי' בחזו"א ס"ק י"ד סיכום השיטות בזה, ולהלן יתבאר עוד בזה.

וברמב"ן ב"מ צ"ח ב' הביא ראיה לדין הראב"ד, מהא דפריך בסוגיין על ב' ניזקין זה אומר גדול וכו' דהוי טחולב"ש, והרי הניזק אומר דיש לו ק' בגדול, והמזיק אומר דאין לו אלא נ' בגדול, ומ"מ חשיב שלא ממין הטענה, וא"כ ה"ה בהלואה ופקדון, דאזלי' בתר גורמי החיוב.

(ג) ועי' בחי' הר"ן בב"מ דהביא מהרשב"א לתרץ "לא דמי דהתם אינו תובע השור ממש שהרי לא נתחייב לו בדין עדיין ואינו תובע אלא ההיזק שהוא אומר שהזיק את הגדול והלה אומר לא כי אלא את הקטן ולפיכך

הוה ליה כטענו חטים והודה לו בשעורים" ומלשוננו משמע דאין כוונתו לתרץ כמו דתי' בסוגיין, וצ"ב כוונתו.

ולכאור' י"ל דכוונתו דכיון דפ"נ קנסא, הרי כ"ז דלא היה גמ"ד לא חייל החיוב, וליכא נידון על השור, וכל הנידון הוא בבי"ד על המעשה, וזה ודאי הוי כטחולב"ש, אולם הרי הרשב"א ב"ק העמיד לסוגיין כמ"ד פ"נ ממונא, [וצ"ע על הרא"ש דהעמיד לסוגיין כמ"ד פ"נ קנסא, ובסוגיא ב"מ דן בקו' הרמב"ן ולא יישב כסברא הנ"ל, וצ"ע ג]. וצ"ל דכוונת הרשב"א בב"מ ליישב עפ"י מה דהביא בב"י סי' פ"ח סי"ט מתלמידי הרשב"א דלעולם לא אזלי' בתר גורמי החיוב אלא כל דמודה לו על מין הטענה שתבעו חייב, אולם היכא דתבע ממנו היזק של שדה גדולה, והודה לו בהיזק של שדה קטנה, כיון דלא נתברר שיעור הנזק הוי כב' מינים, ומבואר דכל היכא דבעי' שומא אזלי' בתר גורמי החיוב, וזהו נמי כוונת הרשב"א בב"מ ליישב דכיון דבעי' לשום את נזק השור כמה היה שוה קודם הנגיחה וכמה הוא שוה עכשיו, וכן צריך לאמוד אם היה בו כדי להזיק, ממילא כ"ז דלא שמו השור הנידון הוא רק על המעשה, ושפיר הוי כב' מינים, [ולשונו עדיין צ"ב], ועי' חזו"א ס"ק י"ב וי"ד דכתב ג"כ ליישב לסוגיין עפ"י סברת תלמידי הרשב"א, [וע"ש דמה"ט תמה על הקצוה"ח בסק"ח].

ועי' בנימוק"י בסוגיין דביאר דלעולם אזלי' בתר עיקר הדבר, ורק היכא דתבעו דמי חטיין דנתחייב לו בבי"ד הוי ממין הטענה, ועי' בחזו"א סוף סק"ז דכוונת הנימוק"י נמי כנ"ל דכל דלא נתחייב בבי"ד דמי חטיין הוי כתביעת נזק שדה גדולה וכו' דבעי' שומא, וזהו גופא כוונתו לתרץ לסוגיין.

ועי' בתשו' הרז"ה בשו"ת הראב"ד סי' מ"ב דכתב "ועוד שאף התשלומין אינן קצובין אלא צריכין שומת ב"ד למיפק ולמיחזי היכא מזדבני תורי בשוקא. לפיכך התביעה והעדות חלות בעיקר הנזק והוה ליה אחד גדול ואחד קטן אחד תם ואחד מועד כחטים ושעורים דרבה בר נתן ואין מצטרפין", וזהו כדברי החזו"א.

ויל"ע האם זה תלוי במה דתביעת המזיק על דבר דבעי' שומא, או דהחסרון הוא דהניזק מודה בדבר שצריך שומא, ונראה דתלוי במה דיש לדון בהא דאין דנין לפי גורמי החיוב, אי טעמא משום דכיון דעיקר הנידון הוא על ממון, אין מקבלים הודאתו דלא היה מעשה אחר, כיון דאין מקבלים להודאתו רק על הנידון גופי' ולא על סיפור דברים, ולפי"ז ודאי דכל דלפי תביעת התובע לא בעי' שומא, ליכא הודאה, ולא אכפ"ל דהנתבע מודה בדבר דצריך שומא, או דהסיבה היא דכיון דהנתבע מודה דהוא חייב לו ממון, אנו מקבלים לעיקר הודאתו, ובמה דהוסיף דהיה מעשה חיוב אחר לא אכפ"ל, ואין מקבלים לדבריו אלו, אולם אם מודה בדבר דצריך שומא, הרי ע"כ צריך לדון על גופא דעובדא היכי הוי.

והנה הרמב"ם פסק דתבעו מלוה והודה בנזק חייב, ועי' חזו"א ס"ק ל"ז דמיירי באופן דכבר שמו הנזק בבי"ד, או דכיון דלא תבעו על נזק, אלא הוא מודה על חיוב נ' מחמת נזק, חשיב הודאת דמים ולא הודאת נזק, אולם להנ"ל י"ל דסגי במה דלפי התביעה לא בעי' שומא.

ובקצוה"ח סוס"ק ח' הק' דבתו' כתובות פ"ט ב' הק' אמאי תובעת כתובתה ומודה בשאר וכסות פטור, אינו חייב במה דהודה, ותי' דדמי לטחולב"ש, והק' הקצוה"ח הא דמי לתבעו שוה והודה בדוקא, ולכאור' י"ל כיון דבעי' לשום את השאר וכסות, דנין לפי גורמי החיוב, אולם להנ"ל הרי לפי תביעתה לא בעי' שומא, ותלוי בהנ"ל.

ד) עי' ברא"ש ב"מ פ"ח סי' י' דיישב לקו' הרמב"ן "אין הנדון דומה לראיה דהתם כשטען הניזק גדול הזיק את הגדול הודה שלא הזיק הקטן וכן כשטענו חטים ולא שעורים הודה שאין חייב לו שעורים" וצ"ב כוונתו,

ועי' פלפל"ח ס"ק ה' דדחק דאין כוונתו לחלק בין סוגיין לדינא דהרמב"ם, ע"ש, ועי' חזו"א ס"ק ל"ו דביאר לכוונת הרא"ש "ר"ל התם ב' חפצים הם, אבל הכא חד ממונא הוא אלא שחלוקין בהגורמין" והיינו דכיון דהכא הנידון הוא מי הזיק את הגדול האם הגדול או על הקטן דמי לטחולב"ש, אבל הכא לגבי התשלום ליכא חילוק, וכל החילוק הוא רק בגורמין, וצ"ב אמאי דנין לפי הניזק ולא דנין לפי המזיק, ושפיר הוא דומה להלואה ופקדון.

ה) בספר התרומות ש"ז ח"ב יישב לדברי הרמב"ם "גם ההיא ראיא דבבא קמא דמועד ותם דין הוא דקרינן ליה מה שטענו לא הודה לו, שהרי תם אין משלם אלא מגופו ומועד משלם מעליה שבנכסיו, והלכך הוא תבעו מצד מועד ומכניס כל נכסיו בחוב אצלו, וזה אומר לו איני חייב לך כלום, לא אני ולא נכסי, דתם הזיק נכסין והוא משתלם מגופו, ואין לך עלי כלום, ומשום הכי הוה ליה כטוענו חטים והודה לו בשעורים ופטור, אבל הלואה ופקדון לאו כי האי גונא הוא, דמכל מקום חיובא עליה רמיא ומודה מקצת קרינן ליה", ונלכאו נראה דזהו נמי כוונת הרא"ש בב"מ הנ"ל בסק"ה], ועי' בש"ך סי' פ"ח ס"ק ל"ט דעדיין קשה מהא דהיו הנזיקין ב' והמזיקין ב' תמין, דכה"ג הרי ודאי גובה מגופו, אלא דהנידון הוא כמה יש לו בשור, ונלשון הש"ך צ"ב קצת].

ו) עי' בתלמיד הרשב"א ב"ק דיישב לדברי הרמב"ם דזה ודאי דאם דנין על מנה מסויים אם חייב עליו חיובי הלואה או פקדון דהוי ממין הטענה, וס"ל להרמב"ם דאף היכא דאין דנין על מנה מסויים, מ"מ כיון דמודה דהגיעו לידי המעות, אלא דדנין אם חייב עליו חיובי הלואה או חיובי שמירה, אי"ז טחולב"ש, משא"כ בסוגיין דאין מודה לו כלל דהגדול הזיק את הגדול.

אולם דבריו תמוהים דהא ברמב"ם מבואר להדי' דמיירי גם באופן דטוענו מנה הלוייתך ומודה דהזיק לו נ', והתם הרי אינו מודה כלל דבאו לידו נ', אלא דחייב לו נ'.

ז) עי' בביאור הגר"א סי' פ"ח ס"ק ל"ח דיישב דרק לגבי דין השבועה נקט הרמב"ם דהוי ממין הטענה, אבל לגבי לפוטרו מתשלומין על מה שהודה מודה הרמב"ם דהוי שלא ממין הטענה, והגמ' מיירי רק לגבי הממון, ודימה זאת למה דנפסק בסי' ת' ס"ג לדעת הרמב"ם דאם לא טען אתה יודע דהגדול הזיק, אינו חייב שבועה. אולם עדיין צ"ע דברמב"ם פ"ה משאלה ה"ז מבואר להדי' דהיכא דטוען הפקדתי בידך שק מלא מרגליות, והנפקד מודה דהיה שק מלא סיגים, דהוי טחולב"ש ופטור משבועה, ומבואר דאעפ"י דנאנס, והנידון הוא על הדמים, מ"מ אזלי' בתר גורמי החיוב ופטור משבועה, [ועי' להלן בישוב סתירת דברי הרמב"ם].

ח) עי' בהשלמה ובמאירי דיישבו לדעת הרמב"ם, דאין כוונת הגמ' להק' מהא דחייב על מה דהזיק הגדול את הקטן, אלא מהא דחייב על מה דהזיק הקטן את הגדול, דכה"ג הרי מודה יותר ממה שתבעו, והביאור בזה דלגבי הגדול אין בתביעתו דהגדול הזיק לגדול כהודאה דלא הזיק את הקטן, אלא דבמה דאמר דהקטן הזיק את הקטן איכא הודאה דלא הזיק הגדול את הקטן, שהרי מודה לו על יותר, וע"ז הוא דפריך הגמ' לרב"נ אמאי הוא חייב לשלם מהגדול לנזקי הקטן, ועי' חי' רא"ל ח"א סי' ע"ז סק"ב בזה.

א) גמ' - תנן היה אחד תם וכו' ואמאי וכו'. עי' בחי' הראב"ד דהק' דבשלמא על קו' ר"פ מרישא דמתני' י"ל דכוונת הגמ' להק' מגדול וקטן ולא מתם ומועד, ומשום דודאי התם בכלל המועד, אבל הרי הגמ' הכא פריך על הסיפא בתם ומועד, וק' הרי התם הוא בכלל המועד, ואי"ז טחולב"ש, ותי' הראב"ד דמתני' מיירי בגוונא

דהניזוקין היו של ב' אנשים, וכיון דמודה בעל הגדול דהתם שייך לבעל הקטן, הוי טחולב"ש, ועי' ברשב"א דתמה חדא מלישנא דמתני', ועוד תמה דא"כ מאי משני דתפס, הרי כיון דהודה דהוא של הקטן לא מהני תפיסתו, ועוד תמה דהא ביאר דלא מהני תפיסה רק בתבע לתרוייהו, ועוד יל"ע על הראב"ד דא"כ למאי בעי' לדין טחולב"ש, הרי כיון דהודה דהתם שייך לבעל הקטן אינו יכול לגבות ממנו, ועוד צ"ב דלכא' כיון דבעל הקטן טוען דהתם שייך לבעל הגדול, וכן הרי המזיק טוען דהתם שייך לבעל הגדול, הרי בי"ד לא יפסקו דהתם שייך לבעל הקטן, וא"כ עדיין השור שייך למזיק ומדוע שלא יוכל בעל הגדול לגבות ממנו.

(ב) ולכא' נראה דכוונת הראב"ד לתרץ דהא דתבעו שוה והודה לו בדוקא הוי ממין הטענה, אינו משום דטענו חיוב על הגברא, ולכך ההודאה בכלל התביעה, אלא דבתובע שוה הוא תובע כל מה דיש לבעה"ב, ולכך אעפ"י דהודה לו בדוקא הוי ממין הטענה, אבל באופן דיש משהו דאינו תובע אינו בכלל תביעתו, וכיון דמודה דהתם של חבירו, הרי אינו בכלל תביעתו, ולכך הוי טחולב"ש, ומה"ט הוא דמהני תפיסה, דהרי הממון של המזיק וכנ"ל, [וזה ישוב רק לקו' ב' דהרשב"א].

(ג) עי' ברשב"א דתי' על קו' הראב"ד דהתם הוי בכלל תביעתו משום דהוא בכלל נכסיו, אבל ודאי דאם נבא לדון דיגבה אותו מדין שור תם, ודאי דאינו בכלל תביעתו, [ונפק"מ אם יכול הניזק לחייבו לשלם לו מהתם או דהמזיק יכול לדחותו לממון אחר], וקו' הגמ' דלישנא דמתני' משמע דאי לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק, והיינו דגובה אותו מדין שור תם, ולא מדין דהוא בכלל ממונו מעליא, וזה ודאי דמי לטחולב"ש, וא"כ לרב"נ לא היה חייב לשלם לו כדין שור תם, דהא לגבי דין שור תם הוי הודאה כנגד הודאה, וע"כ דליכא הדואה דאינו חייב לו שעורים, ולכך גובה מהתם כדאמר מזיק, ע"ש.

ויל"ע דהא מקו' מוכח דמין הטענה אינו לפי סיבת החיוב, אלא על החיוב בפועל, דאל"כ הרי תם ומועד הוו ב' סיבות לחיוב, וא"כ צ"ב תי' דקו' הגמ' מהא דמשמע דנוטל מחמת השם תם, ולכך פריך דהוי טחולב"ש, והרי אין הדין נקבע לפי סיבת החיוב, אלא לפי מה הוא גובה, ואין לומר דזה גופא קו' הגמ', דהרי גם למסקנת הגמ' לא הדרינן מהא דחשיב טחולב"ש.

ואולי י"ל דכוונתו דהא דטוענו סתם והודה לו דוקא חייב הוא משום דהדוקא נכלל בטענתו, ואעפ"י דהוא מעשה אחר, מ"מ הוא סוג חיוב אחד, דגם לפי הודאתו היה מעשה הלואה, אבל בשור תם הרי חייל דין על גוף השור דהוא משועבד להשלמת הנזק, ובגובה אותו הוא גובה חפץ שחיובו להשלים הנזק, ונמצא דכשמודה בתם הוא מודה על גביה אחרת ממה שתבעו, שהרי תבעו חיוב דמים והודה לו בחיוב של שעבוד גוף השור להשלמת הנזק, ונמצא דאין ההודאה כלולה בתביעתו, ועי' להלן סק"ג בסברא זו.

עוד יש לעי', דהנה מדברי הרשב"א מבואר דאי פליגי על רב"נ א"ש הא דגובה מהתם, וצ"ב דהרי בפשוטו מ"ד דפליג על רב"נ ס"ל דליכא הודאה משום דממנ"פ מגיע לו חלק מהממון, אולם הרי לגבי דין גביה מהתם כדין שור תם דגובה רק מהתם ולא מצי לסלוקי בזוי, הוא נמי מודה דע"ז שפיר איכא הודאה, וא"כ לכו"ע קשה, וצ"ע, [העירוני].

(א) בעיקר דברי הרמב"ם בפ"ג מטו"נ הי"ד דטענו מלוה והודה בפקדון חייב שבועה כיון דטענו ק' והודה בנ', עי' בראב"ד דתמה דאפילו טענו מלוה ופקדון והודה באחד וכפר באחד אי"ז מוב"מ, וה"ה דבגוונא דטענו פקדון והודה במלוה דאי"ז מקצת הודאה וכתב דיש לו ראיה ע"ז, ויסוד המחלוקת הוא אם אזלי' בתר

גורמי החיוב או בתר התביעה בפועל, וכל שהוא תביעת דמים הוי ממין הטענה, [ולהלן יתבאר מ"ש מהא דפ"ה משאלה ה"ז].

(ב) והנה הראב"ד מיירי לגבי חיוב שבועה, והראשונים נקטו שהוא סברא גם לגבי דינא דרב"נ דחשיב טחולב"ש, והנה עי' בשו"ת הראב"ד סי' ל"ז [וברמב"ן ציין בסו"ד לדברי ספר הריבוב] דמשמע מדבריו שהוא דין מסויים לגבי שבועה, ומשום דחלוקים בטענות, אבל לגבי הממונות ודאי דחייב כיון דתרווייהו הוי תביעת ממון, והא דבהיו הנזיקין שנים פטור מדין טחולב"ש, משום דחלוקים בגורמי החיוב אם נגח לשור זה או לשור זה, אבל בהלואה ופקדון ושאלה ושכירות הוי מחייב של אותו ממון, וכתב דמה"ט אם תבעו מנה על חבית יין והודה לו במנה על חבית שמן, פטור כיון דחלוקים בגורמים, אבל מנה שחור ומנה לבן חייב כיון דאינם חלוקים בגורמים, ודחק לסוגיא בסנהדרין ל', ע"ש, ומבואר מדבריו דתביעה מחמת חפץ אחר אי"ז חילוק בגורמי החיוב, אולם בתביעה מחמת סוג חפץ אחר הוי חילוק בגורמי החיוב, וסוגיא דשוורים כיון דזה גדול וזה קטן הוי חילוק בגורמי החיוב, אבל אם יהיו ב' השוורים שוים, אלא דשור א' הוזק טפי מהשור הב', יהא חייב, ע"ש היטב.

(ג) והנה מקור דברי הראב"ד הוא, דהנה בב"מ צ"ח ב' פריך הגמ' על הא דקתני במתני' זה אומר שאולה מתה וזה אומר שכורה מתה דישבע השוכר דשכורה מתה, דמה שטענו לא הודה לו וכו', ומשני דנשבע ע"י גלגול, ושיטת רש"י [לפי ביאור הרמב"ן] דקו' הגמ' דמתני' מיירי דהנידון רק על הפרה שמתה אם היא שאולה או שכורה, אולם הראב"ד נקט דקו' הגמ' גם באופן דתובע ממנו ב' פרות א' שאולה וא' שכורה, והנידון אם שכורה מתה או דשאולה מתה, והנה הרי גם אם שכורה מתה הוא תובע לב' הפרות, ומהא דאי"ז מוב"מ מחמת הודאתו על השאולה, ע"כ מוכח דב' תביעות הוו, ולמד מזה הראב"ד דה"ה פקדון והלואה ב' טענות הם, ולכך אם טענו מלוה ופקדון לי בידך ומודה בהלואה וכופר בפקדון פטור כיון דאין חיובן שוה, וברמב"ן תמה עליו דאף אי הוו ב' טענות, מ"מ הרי טוען חטים ושעורים לי בידך חייב, ועל מה דכתב הראב"ד דשאלה ושכירות הוו ב' טענות הק' הרמב"ן דא"כ אמאי בזה אומר שאולה מתה וזה אומר שכורה מתה נשבע שמתה כדרכה, הרי טחולב"ש פטור לגמרי, [והנה למה דמבואר בשו"ת הראב"ד דכל הנידון הוא רק לגבי שבועה ולא לגבי הממון, א"ש הא דחייב בשבועה על השכורה].

וכתב הרמב"ן דאף אי נימא דשכירות ושאלה הוו ב' מילי, מ"מ דינו לגבי הלואה ופקדון אינו נכון, וצ"ב הרי הפרה קיימת, וחייב להחזירה לו, ומה נפק"מ איזה סוג חיוב יש לו על הפרה הקיימת, וצ"ל דהיה פשיטא להראב"ד דע"כ אין הפרה קיימת, דאל"כ הוי הילך, אולם על מה דנקט הראב"ד דמלוה ופקדון הוו ב' טענות הסכים הרמב"ן לדינו של הראב"ד, ועי' במ"מ שם דהרשב"א נמי הסכים לדעת הראב"ד בדין מלוה ופקדון, ועי' ב"י סעיף י"ט [מחודש ה'] דהביא מתלמידי הרשב"א דדעת הרשב"א דשאלה ושכירות הוו ב' טענות, ועי' חזו"א ס"ק י"ד דסידר השיטות בזה, ע"ש.

והנה זה ודאי הנידון בפקדון אינו כשהחפץ בעין דכה"ג לית מאן דפליג דהוי טחולב"ש, דטוענו מלוה, ומודה דהחפץ שלו, ועוד דהוי הילך, וכל הנידון כשאין החפץ בעין, ולפי"ז נמצא דשורש המחלוקת הוא אי אזלי' בתר הגורם או לא.

(ד) עי' בחי' הר"ן דכתב ליישב לקו' הרמב"ן אמאי משתבע על השכורה "דהכא בטוענין על פרה מסויימת עסקינן שהמשאיל אומר פרה זו שמתה שאולה היתה בידך ואתה חייב באונסיה והלה אומר לא כי אלא פרה

זו שכורה היתה בידי דבכהאי גוונא כיון שהן טוענין על פרה זו מסויימת הרי הודה במה שתבעו ובכהאי גוונא ליכא מאן דפליג ואפילו במלוה ופקדון כגון שטוענו מנה זה הלוייתך והלה אומר אין מנה שלך הוא ולא הלוייתו לי אלא פקדון הוא שהפקדת בידי דבכהאי גוונא ודאי הודאה גמורה היא" ובפשוטו כוונתו דבעי' דיהיו חלוקים בסיבת החיוב, וחלוקים בחפץ דדנין מחמתו, אולם הנה הרשב"א כתב דעדיין קשה מהסוגיא דב"ק דתרוייהו טוענין על שור מסויים אם יש לו בו נ' או' ק', וצ"ב הרי עדיין חלוקים בגורמי החיוב אם שור זה הוזק או שור זה הוזק, וכל הקו' היא רק דמ"מ תרוייהו הוו תביעת נזיקין, אולם הרי הרשב"א לא הק' בנוסח זה, וצ"ע.

ה) עי' בריטב"א שבועות מ' א' דהוכיח כהרמב"ם מהא דמוקי הגמ' לרב דשוה קאמר דמתני' דין מטבע א', דמבואר [לפי ר"ח] דאעפ"י דחלוקים בגורם החיוב אם חייב לו שוה דינר זהב או דהוא חייב לו שוה דינר כסף, מ"מ התביעה וההודאה הוי ממין הטענה, [נסיים הריטב"א דכן דעת הרמב"ן הרא"ה והרשב"א, וצ"ע דהרי הרמב"ן והרשב"א ס"ל דמלוה ופקדון הוו ב' מילי], ועכ"פ צ"ע קו' הריטב"א על הרמב"ן והרשב"א דס"ל דאזלי' בתר גורמי החיוב, אמאי לרב דשוה קאמר הוי ממין הטענה.

ו) וי"ל דבאמת אף הרמב"ן והרשב"א מודו דאזלי' בתר השתא ולא בתר הגורם, ומה"ט לרב דשוה קאמר בטוענו דינר זהב והודה לו בדינר כסף הוי ממין הטענה, ושאני מלוה ופקדון דהוו ב' תביעות, כיון דהם ב' סוגי חיוב, משא"כ בסוגיא דשבועות דהוא חד תביעה של הלואה, אלא דהנידון מה הלואה לו, וע"ש ברמב"ן דביאר דהסברא דשאלה ושכירות הוי חד מילתא כיון דתרוייהו פקדון, אלא דהנידון אם הפקיד אצלו בתנאי שיהא חייב גם על אונס, ע"ש, וכן ע"ש ברמב"ן דהביא ראיה מהספרא דתשומת יד וגזל ב' מילי נינהו כיון דהם ב' תביעות, ועדיפי מחו"ש, וזהו כנ"ל.

ז) אולם יל"ע בזה, דהנה הרמב"ן הביא ראיה להראב"ד מסוגיין דפריך לרב"נ מגדול וקטן, דע"כ כיון דמשנה מניזק לניזק הוי טחולב"ש, והנה הרי התם אי"ז חילוק בתביעה, דהא לתרוייהו הנידון הוא בתביעת נזיקין, ומ"מ הוכיח הרמב"ן דחשיב שלא ממין הטענה.

וי"ל דשאני התם דמ"מ סיפור המעשה הוא מעשה אחר ממה שתבעו, דהרי משנה מניזק לניזק, וכל דלדברי התובע לא היה המעשה שמודה בו הנתבע, אלא מעשה אחר היה, הרי"ז ב' תביעות, וכן בהלואה ופקדון כיון דמדודה לו על סוג חיוב אחר, הרי לפי הודאתו לא היה מעשה הלואה של מנה, אלא היה מעשה אחר של פקדון, אבל בזה אומר דינר זהב וזה אומר דינר כסף, כיון דאין חילוק בגורמי החיוב, ולתרוייהו הנידון הוא על אותו מעשה ההלואה מה הלואה, אבל שאלה ושכירות הוו חד תביעה, דהוי חד מעשה, אלא דאיכא נידון איזה דין היה לפקדון, וכמבואר ברמב"ן, לא אכפ"ל מההגורם, דסו"ס לתרוייהו היה מעשה הפקדה והנידון בתנאי הפקדון.

ח) והנה הרשב"א בסוגיין נמי הק' כקו' הרמב"ן אמאי בזה אומר גדול וכו' הוי שלא ממין הטענה, ותי' דשאני הכא דאי"ז תביעה על הבעלים אלא על השור, וצ"ב אמאי לא תי' כהרמב"ן דדמי למלוה ופקדון, [והיינו דלהרמב"ן הוי טחולב"ש משום דחלוקים בניזק את מי נגח השור הגדול את הגדול או את הקטן, ולדברי הרשב"א הוי טחולב"ש משום דחלוקים במזיק מי נגח לשור הגדול].

וי"ל דס"ל להרשב"א דהכא גרע ואף הרמב"ם והריטב"א מודו דהוי ב' תביעות, דשאני מלוה ופקדון דס"ל להרמב"ם דמ"מ הנידון במעשה נתינת המעות, אי הוי מעשה הלואה או מעשה פקדון, אבל הכא הרי לדברי התובע לא היה המעשה שמורה בו הנתבע, וצ"ע בכ"ז.

ט) עי' ב"מ ק' א' דמוקי בטוענו דמי עבד גדול דמי עבד קטן, וברש"י ביאר דהנידון אם נתן לו דמים לקנות גדול או קטן, ובתוס' הק' מלישנא דמתני' לוקח ומוכר, ולא נקט לשון שליח ומשלח, ועי' בריטב"א דיישב "הב"ע כגון שלקח על תנאי ולא נתקיים התנאי וחייב מוכר להחזיר לו מעותיו" והנה אי נימא דדנין לפי גורמי החיוב, הרי הוי טחולב"ש, כיון דהנידון הוא אם היה חייב באחריות של גדול או של קטן, ורק להרמב"ם א"ש דמ"מ החוי נידון על דמים, וא"ש הריטב"א לשי'.

### שיטת הרמב"ם בסוגיין

א) עי' היטב ברמב"ם פ"ט מנזק"מ הל' ט-י"א, והובא בשו"ע סי' ת', והמורם מדבריו דבדינא דרישא דמתני' דהיה שור ניזק אחד והיה עדים דא' מב' השוורים הזיק, חייב ממון ושבעת מוב"מ, ואילו בדינא דסיפא דמתני' דהיו ב' ניזקין פסק הרמב"ם דהוי טחולב"ש ופטור מממון ומשבעה.

ב) ועי' ברב"ד דהרמב"ם בה"י קאי אתם ומועד, ומתני' מיירי בטוען המזיק שמא תם הזיק, ואינו חייב מדין מתוך כיון דלא הו"ל למידע, ועי' בטור סי' ת' דכוונת הרב"ד דרק בתם ומועד דהוא חיוב על נכסיו חשיב הכל כתביעה א', אבל בתרווייהו תמין דכ"א הוא תביעה בפנ"ע ליכא דין מוב"מ, וכן נקט במ"מ.

ועי' בש"ך סק"ו דתמה דאף הרב"ד לא נתכוין לומר כן, אלא כוונתו דבב' תמין ליכא שבועה כלל כיון דליכא שבועה היכא דאם היה מודה היה פטור מדין מודה בקנס, וכן תמה בביאור הגר"א סק"ח, ומבואר דנקטו בפשיטות דאעפ"י דאיכא עדים דראו לנגיחה חשיב מודה בקנס, אולם מ"מ חזי' דלגבי תם ומועד אינו נידון כמודה בקנס ומתחייב בשבועה מחמת הודאתו על התם, והיינו דכיון דבשיעור התם הוא ודאי חייב, אינו נידון כמודה בקנס, אבל לגבי הגדול דבעי' להודאתו הוי מודה בקנס.

ועי' קצוה"ח סי' ת' סק"א דנחלק בזה עם התומים, [וראיותיו של הקצוה"ח שם מהגמ' ב"ק דף מ"ג ב' ומהרשב"א ב"ק כ"ד, כבר דחה בשער"י ש"ז פכ"א דשאני הכא דכיון דידעינן דשור אחד הזיק ורק לא ידעינן מיהו א"כ הרי יש לנו לפסוק דעכ"פ הוא חייב בח"נ, ואח"כ ממילא זוכה בשור שהוא לפי האמת שלו, משא"כ התם הרי אם אבד אין לנו יכולת כלל לחייבו, וא"כ אין לנו לפסוק דהוא חייב אלא על פי דבריו, וא"כ נמצא דהוא מודה בקנס דבלא הודאתו לא הי' נפסק כלל חיוב, ע"ש], ועי' בחי' הגרש"ש ב"ק סי' ל"א סק"ג דהוכיח מדברי הרא"ש דהק' על הרמ"ה דכיון דע"כ מיירי דליכא עדים ע"כ דאינו משטה במה דהודה על הקטן, ומבואר דאילו הודה על הגדול היה חייב, אעפ"י דהוא קנס, כיון דאיכא עדים.

ג) אולם עי' מ"מ דביאר דבה"י דמיירי דאיכא עדים לכך לא חשיב לטחולב"ש, והגמ' מיירי דליכא עדים וקאי כמ"ד פ"נ ממונא, משא"כ הרמב"ם דקאי להלכה, אבל בה"א מיירי הרמב"ם דליכא עדים כלל ולכך בב' תמין הוא פטור מדין מודה בקנס, ובתם ומועד הוא פטור מדין טחולב"ש, ואעפ"י דהוא קנס מהני בו תפיסה וכדעת הרב"ד דשאני קנס דתם, [ועי' באבן האזל דתמה ע"ז מדברי הרמב"ם פ"ב מנזק"מ ה"ח], ועוד דן המ"מ דיתכן דגם בב' תמין ס"ל להרמב"ם בה"י דחשיב ממין הטענה כיון דיש עדים.

ד) ועי' בלח"מ דתמה לביאור הרב"ד מסוגיית הגמ' דפריך על תם ומועד דהוי טחולב"ש, אבל למ"מ א"ש דהא רק בעדים לא הוי טחולב"ש, והגמ' מיירי דליכא עדים, [אלא דהק' למ"מ אמאי לא מוקי הגמ' דאיכא עדים].



ה) ועי' בש"ך סי' ת' סק"ה דהק' על הלח"מ דאף להמ"מ אכתי תקשי דהא בב' תמין ודאי אף בלא העדים  
הוי ממין הטענה, כיון דמודה לו על מקצת מהשור, ועדיין ק' מאי פריך הגמ' אסיפא דבדינא דגדול וקטן  
יהא פטור לרב"נ, ועוד דמה סברא זו דמשום דאיכא עדים חשיב ממין הטענה, וע"ש עוד מה דהק' בס"ק ה-  
ו.

ולכך ביאר הש"ך דהרמב"ם ס"ל דבאמת ב' תמין ותם ומועד הוו ממין הטענה, ולכך הוא חייב בשבועת  
מוב"מ, וקו' הגמ' דמ"מ לרב"נ דפטור משום טענת משטה, ה"ה דיש לפוטרו מממון בדינא דמתני' משום  
משטה, והא דבתבעו שוה והודה בדוקא א"י לטעון משטה, משום דהתם כל מה שיודה לו נמי חשיב שוה,  
כיון דאם נאבד חייב באחריותו, אבל הכא אעפ"י דהתם בכלל נכסיו, מ"מ כיון דבנאבד השור הוא פטור,  
אי"ז ממש ממין הטענה ומצי טעין טענת משטה.

ועי' ביאור הגר"א סי' ת' סק"ח דביאר דברי הרמב"ם ס"ל דבאמת אינו דומה לטחולב"ש דאדרבא דמי לדמי  
לדמי עבד גדול וכו', ולכך הוא חייב בשבועה, אולם לגבי הממון פריך הגמ' דמ"מ עדיין שייך בזה טענת  
משטה או טענת מחילה, ע"ש, וזה ע"ד הש"ך, ולדבריהם נמצא דהסוגיא ב"ק מיירי בליכא עדים ולכך מצי  
טענת משטה, אבל הרמב"ם מיירי דאיכא עדים ולכך לא מצי לטעון משטה, [ולפי"ז נמצא דהרמב"ם ס"ל  
כסברת הרא"ש בקו' על הרמ"ה דהיכא דאיכא עדים ע"כ אינו משטה, ולא דבלא"ה הוא חייב בתשלומין],  
דאל"כ אמאי הוא חייב שבועה עפ"י הודאתו, ופשוט].

ו) ודבריהם צ"ב דהא מבואר להדי' ברמב"ם פ"ג מטו"נ ה"י דטעמא דרב"נ משום הודאה, וא"כ עדיין קשה  
מה החילוק בין נידון דשבועה לנידון דממון, הרי בתרוייהו הוי ממין הטענה, וא"כ עדיין צ"ע מהגמ'  
דמבואר דחשיב טחולב"ש, [והש"ך נקט דאף הרמב"ם נתכוין לטענת משטה, וכבר תמה עליו בקצוה"ח סק"ח ובנתה"מ  
סק"ג דאינו נראה בלשון הרמב"ם], ועוד צ"ב דהא מבואר בבעה"ת ונפסק בשו"ע סי' פ"ח ס"ב דלטעמא  
דהודאה א"א לחייבו אף באיכא עדים על השעורים, [אולם כבר ציין הגר"א סי' פ"ח ס"ק כ"ג דהרשב"א חולק].

ז) ובמה דביאר המ"מ דהרמב"ם בהל' י"א מיירי בלא עדים כלל, עי' בביאור הגר"א סי' פ"ח ס"ק כ"ג דתמה  
דלשונו של הרמב"ם "לא היתה שם ראייה ברורה" משמע דמיירי באיכא עדים אלא דא"י מי נגח למי,  
והדק"ל מ"ש בהל' י"א דהוא פטור מממון.

ועי' בביאור הגר"א בהשמטות לסי' ת' דכתב לבאר דברי הרמב"ם דבהי"א מיירי דמספק"ל לעדים אם  
תרוייהו נגחו או רק א' נגח, וכה"ג חייב בדמי הקטן, והרמב"ם לא בארו לרוב פשיטותו, ורק על מה דהודה  
דגדול הזיק את הקטן כתב הרמב"ם דהוא פטור משום דהוי טחולב"ש, כיון דאף לדברי העדים הרי יתכן  
דהקטן נגח לתרוייהו, אבל בה"י ע"כ הוא חייב בדמי הקטן מחמת העדים, והיכא דאיכא עדים לא אכפ"ל  
דהודה בתביעתו כנגד העדים, וכמבואר ברשב"א בסוגיין, וע"ש דביאר דלפי"ז מיושב קו' רש"י ותוס' מ"ש  
דלרישא מוקי בניזק שמא ולסיפא בתפס, ע"ש באריכות, [ועי' בשו"ע מהדו' פרידמן עוד מכת"י הגר"א עד"ז].

וצ"ע דהא ברמב"ם בהי"א כתב "ואם תפס הניזק הרי"ז משתלם לקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן וכו' אבל  
אם לא תפס אין מוציאין מן המזיק כלום" ומבואר להדי' דגם לגבי תשלומי הגדול מהקטן בעי' שיתפוס  
ובלא"ה לא מהני, וכן צ"ע כיון דחייב את הקטן אמאי אינו מתחייב בשבועת מוב"מ, וע"ע באבן האזל פ"ט  
מנזק"מ הי"א דתמה על הגר"א.

ועי' בביאור הגר"א סי' פ"ח ס"ק כ"ג דכתב דמדברי הרמב"ם בהל' י"א מבואר דאף היכא דאיכא עדים אלא דאין יודעים מי נגח למי פטור, ודימה זאת למה דפסק שם בשו"ע בדעת תוס' דכל דאיכא עדים פטור כיון דהודה דאינו חייב לו שעורים, וצ"ע דא"כ הרי"ז סתירה לדברי הרמב"ם בהל' י' דאעפ"י דהודה חייב מחמת העדים.

ח) והנה הרמב"ם בפ"א מטו"נ ה"ח פסק דהיכא דהנתבע אומר א"י אם חטים או שעורים, דנשבע היסת ומשלם שעורים, ועי' בראב"ד דתמה דהא לרב"נ יש לפטור אותו משעורים דהא איכא הודאת התובע דאינו חייב לו שעורים, וכן מבואר להדי' בסוגיין דבניזק ברי ומזיק שמא פטור לרב"נ משעורים, כיון דאיכא הודאה של הניזק דאינו חייב על הקטן.

והנה לכאור' סברת הרמב"ם פשוטה, דהרי ממנ"פ לפי הודאתו הוא חייב או חטים או שעורים, וכל הצד לפוטרו משעורים הוא רק משום דנקבל להודאת התובע דלא שעורים, וא"כ הרי ממילא ע"כ דהוא חייב בחטים, דא"א לקבל להודאתו לחצאין, דאעפ"י דהודאת התובע הוא הודאה לזכותו, מ"מ אם הוא מקבל להודאת התובע דאינו חייב בשעורים, הרי הוא מחייב עצמו בחטים, ודמי לאופן דבאו עדים דהעידו דלא היה שעורים דודאי הוא חייב בחטים, ולכאור' זהו נמי סברת המ"מ דכל דאיכא עדים לא שייך לפוטרו מחמת הודאתו, דהרי כיון דמקבל להודאת התובע דלא היה שעורים, ע"כ חשיב דמודה דהיה חטים, ועמד בזה באבן האזל פ"ט מנזק"מ הי"א, ואדרבא זה תימא על הגמ' אמאי הוא פטור בנזיק שמא, וכן הוא קו' על הרא"ש דהעמיד לסוגיין דאיכא עדים, דא"כ אמאי הוא פטור משעורים בשמא, וכמדו' דזהו קו' הש"ך בס"ק ט"ז, והוכיח מזה כטעמא דהרמ"ה, [וע"ע בקה"י ב"ק סי' כ"ז סברא דומה לזה], וצ"ע.

ט) והנה בעיקר הסתירה מהגמ' - עי' בחזו"א ס"ק ל"ד דביאר דסברת הרמב"ם דלגבי חטים בשיעור דמי השעורים הוי א"י אם פרעתין, וחיובו הוא מצד תביעת החטים, ויישב לפי"ז דבסוגיין איכא נפק"מ באבד שור א', ע"ש.

ובאבן האזל פ"ה משאלה ה"ד יישב דליכא סתירה מהגמ' כיון דבאמת הוי ברו"ש, וכל מה דלאו ברי עדיף הוא משום דאיכא חזקת ממון, וממילא היכא דהודה, הרי כנגד שיעור דמי השעורים דהודה ודאי איכא חיוב, וממילא לגבי זה שפיר אמרי' דברי עדיף, וחייב מחמת תביעת החטים, אבל לגבי ב' תמין לא שייך לומר דמשום שיעור הקטן הוא יאבד לחזקתו מהגדול, דשאני תם דגובין מגופו, וא"א לגבות את נזק הגדול מהקטן, וממילא לא שייך לומר דמשום דהודה דהקטן נגח לגדול, איבד את חזקתו מהגדול בשיעור דמי הקטן, ועדיין הוא בחזקתו, וחשיב א"י אם התחייבתי, ורק באופן דהוא תביעה על הגברא שייך הסברות הנ"ל, [ולכאור' צ"ב דהא אף אי לא ידעי' מאיזה שור לגבות הרי לא גרע לאבדה דרך בשדהו דחייב לשלם לו מספק, וע"כ כהחזו"א דנפק"מ בנאבד, וע"ע באבי עזרי פ"א מטו"נ, ודבריו צ"ב מדוע תי' על הסוגיא ב"ק הוא רק לצד דמיירי דאיכא עדים].

[ולנהנך סברות הרי ע"כ מוכח דדין הודאת ספק ודין עדים מספק אינם חד טעמא, דהרי הרמב"ם פסק לדין העדאת עדים מספק לגבי שור תם, וצ"ע].

אולם לכאור' עדיין צ"ע דכ"ז סברא לגבי חיוב ממון, אבל לגבי חיוב שבועה, הרי סו"ס אי"ז הודאה ממין הטענה, והרי בדברי הרמב"ם מבואר דבעידי ספק יש לחייבו בשבועה, וכן יל"ע דלכאור' מוכח מהרמב"ם דגם בהודאת ספק שייך בו חיוב שבועה, דהא כתב בפ"ה משאלה ה"ז כתב דבאמת בטוען דא"י מה הפקיד

לו יש לחייבו לשלם מדין מתוך, אלא דנאמרה הלכה בדין מתוך דכל דאם היה טוען ברי היה פטור מדין טחולב"ש, ליכא דין מתוך, וצ"ב למאי הוצרך לזה, הרי כיון דטען שמא, א"א לחייבו בשבועה כיון דהוי הודאה שלא ממין הטענה.

(י) ולכא' ע"כ צ"ל דלעולם ספק חשיב ממין הטענה, דדוקא היכא דאיכא הודאה בודאי דרק שעורים, הרי כל חיובו הוא רק מחמת השעורים, והוי שלא ממין הטענה, אבל בהודאת ספק הרי כ"א בפנ"ע הוא ספק חיוב, וכל הצד לחייבו הוא רק מחמת צירוף ההודאות, דע"י הצירוף הוא חייב בודאי שיעור דמי השעורים, וכיון דזכותו בשעורים הוא רק בצירוף דמי החטים, הוי הודאה ממין הטענה, שהרי כל חיובו בשעורים הוא רק מחמת צד החטים.

(יא) עוד יש לדון בעיקר דברי הרמב"ם - לכא' י"ל דכיון דאיכא עדים דהיה נגיחה, אין דנין את תביעתו כהודאה דלא היה שעורים, אלא אדרבא זהו חלק מהתביעה דתובע את הגדול ולא את הקטן, והוי הודאה לזכותו, ואין ע"ז שם הודאת בע"ד, משא"כ בדינא דסיפא אעפ"י דאיכא עדים, אי"ז נחשב להודאה לזכותו, וטעמא משום דנכלל בדבריו הודאה לגבי התביעה הב' דהגדול לא הזיק את הקטן, ובזה ודאי דאי"ז בכלל התביעה, כיון דלא זהו תביעתו השתא, אלא עיקר תביעתו היא על נזקי הגדול ולא על נזקי הקטן, וא"ש כל דברי הרמב"ם דאף בהל' י"א מיירי דאיכא עדים, והחילוק בזה כנ"ל.

(יב) עוד יש לבאר בדעת הרמב"ם דלעולם אף ע"י העדים עדיין חשיב טחולב"ש, אלא דבדינא דרישא יש לחייבו מחמת הודאתו, כיון דתרווייהו מודו על החיוב נזק, אלא דאיכא הכחשה מהיכן לגבות החוב, ולכך חשיב ממין הטענה, והא דמבואר בגמ' דיש לפוטרו לרב"נ, משום דהגמ' קאי למ"ד פ"נ ממונא, [והגר"א ? הוסיף דר"פ לשי' כן], וכיון דכבר זכה בשור משעת הנזק הרי ע"כ הנידון הוא במזיק אם חייב לו שור קטן או גדול, ושפיר הוי טחולב"ש, אבל למ"ד פ"נ קנסא כיון דלא זכה בשור המזיק, כיון דתרווייהו מודו דממונו הזיק את ממונו, אעפ"י דאיכא הכחשה בנייהו מהיכן גובה את הנזק חשיב ממין הטענה, וחייב לשלם לו, אבל בהיו ב' ניזקין טענתו דגדול הזיק את הגדול הוי הודאה דהקטן לא הזיק את הגדול, וכן במה דטען דהקטן הזיק את הקטן הוי הודאה דהקטן לא הזיק את הגדול, ולגבי הנידון איזה שור הזוק שפיר נידון כב' מינים, וכמבואר ברמב"ם פ"ה משאלה ה"ז דאעפ"י דהדו"ד הוא על הדמים, מ"מ אזלי' בתר מעיקרא והוי ב' מינים, וה"ה כשהנידון על ב' ניזקין שפיר הוי ב' מינים, וא"ש דברי הגר"א בסי' פ"ח ס"ק כ"ג דכתב דהרמב"ם ס"ל

ונראה לבאר דאם יש עדים דודאי שור נגח, הרי כיון דהיה לפנינו מעשה נגיחה, כל הנידון הוא רק מי נגח, ובודאי דבמודה דהגדול ולא הקטן, הרי"ז כאילו תבע את הגדול, וזה התביעה ולא הודאה, אבל היכא דליכא עדים דאיכא הודאה של המזיק דהיה נגיחה, לא שייך הסברא הנ"ל, כיון דההודאה היא לאחר התביעה, ושפיר חשיב הודאה לחובתו, וביותר י"ל דהרי הודאה זה לא נאמנות על מעשה, אלא נאמנות על התוצאה, ולכך כל דליכא עדים רק הגדול זה התביעה, והקטן לא הזיק הוי הודאה, ומיושב דברי המ"מ מהגמ' דברי ושמא הוי טחולב"ש, כיון דהקטן הוא לא התביעה.

ולפי"ז א"ש הא דבהל' י"א נאמר פטור דטחולב"ש, דלגבי הא דאומר דהגדול הזיק את הגדול, הרי נכלל בזה נמי דהגדול לא הזיק את הקטן, ויש בזה הודאה לגביע התביעה הב', והרי בזה לא שייך הסברא הנ"ל

דההודאה היא חלק מהתביעה, כיון דזה ב' תביעות, ולכך שפיר חשיב הודאה, ולכך אעפ"י דאיכא עדים שייך בזה פטור דטחולב"ש.

אולם הנה הרמב"ם בפ"ג מטו"נ הי"ד לגבי הלואה ופקדון דהוי ממין הטענה, והראב"ד חולק, ובפשוטו פליגי אם דנין על שורש התביעה או על התביעה בפועל, וקשה דהרי בדינא דסיפא מבואר בגמ' דהוי טחולב"ש והרי לגבי הפועל הנידון על אותו שור, ועמד בזה הרמב"ן, וכן הוכיח הנימוק"י בסוגיין.

ועי' בחי' רא"ל דביאר דהרי סברת הרמב"ם דדנין על הפועל כיון דטחולב"ש איכא הודאה דלא שעורים, אבל הכא לא שייך לומר דאיכא הודאה, אבל בב' ניזקין שייך לומר דאיכא הודאה, כיון דזה ב' תביעות.

ולפי"ז נסתרים הדברים, דהרי לגבי הנידון שלא הקטן את הגדול ליכא הודאה, ולדברי רא"ל יוצא להיפוך. אולם עי' ברמב"ם פ"ה משאלה ה"ז דתבעו דהפקיד אצלו שק זהב, והוא אומר א"י זהב או זכוכית, וכתב הרמב"ם דפטור משבועה, דדמי לטחולב"ש, ותמוה דזה סותר לרמב"ם לבו"ש הנ"ל, ועי' באבן האזל שם דיש חילוק בין נידון דתשלומין לנידון דשבועה, דלגבי תשלומין הוי ברו"ש בלא חזקת ממון, אבל לגבי השבועה אי"ז הודאה ממין הטענה, והנה הרי הפקדון נאנס, וכל הנידון הוא על הדמים, והרי לפי סברת רא"ל קשה אמאי הוי טחולב"ש, ועמד בזה באבן האזל שם.

ועי' בקה"י דהביא לדברי הר"ן בשבועות דטוען שוה והודה לו בדוקא הוי ממין הטענה, אבל להיפוך אי"ז ממין הטענה, ולפי"ז א"ש דלעולם דנין על שורש התביעה, אלא דתובע הלואה וכו' הוי טוענו שוה והודה דוקא, והסברא בזה דהלואה אינו פורע את דמי ההלואה, אלא הוא מחזיר את הערך, ע"ש, ולפי"ז הרי עיקר הנידון על שורש התביעה, וא"ש התי' דמעיקרא.

ועי' בתלמיד הרשב"א דמיישב דהלואה ופקדון הוי אותו מין כיון דתובע ממוני גבך.

ועי' בקצוה"ח סי' פ"ח ס"ק ח' דהביא לקו' זו מאחיו, ותי' דהרמב"ם לשי' דאף במועד ותם לא הוי טחולב"ש, וצ"ע דהרי אם אזלי' בתר סיבת החיוב הרי גם תם ומועד הוי ב' מינים, ומהרמב"ם דתם ומועד מוכח דלא אזלי' בתר סיבת החיוב, ועי' בקה"י ב"ק סי' כ"ז סק"ב דתי' לקו' הקצוה"ח דיש חילוק בין תבעו דוקא והודה בדוקא כמו בתבעו שק זהב והודה בשק סיגים, להיכא דתבעו סתם והודה בדוקא.

וע"ש עוד בקצוה"ח דהוכיח מהרשב"א ב"ק ס"ב א' דכתב על דינא דהרמב"ם בהל' שאלה דפטור משבועה כיון דהוי טחולב"ש, דמוכח דאזלי' בתר סיבת החיוב, ויל"ע דהרי מקו' הרשב"א בסוגיין על תם ומועד מוכח דלא אזלי' בתר סיבת החיוב, וצ"ע.

## בס"ד

### תפיסה בטחולב"ש<sup>2</sup>

(א) רש"י ד"ה דתפס - שקדם ניזק ותפס השור. עי' בספר התרומות ש"ז ח"ב ס"כ דדייק מדברי רש"י דדוקא קודם שבאו לבי"ד מהני תפיסה, אבל אם היה ביד המזיק קודם שבאו לבי"ד לא מהני תפיסת הניזק, וביאר

<sup>2</sup> לא זכיתי לסדר הדברים כאן כראוי, ואי"ה אשוב ואפנה.

דהסברא בזה דכל מה דמהני תפיסה הוא רק משום דע"ז חשיב כאילו תבע נמי למה דתפס, והנתבע הודה לתפיסתו, אולם היכא דהמזיק היה תפוס כשהגיעו לבי"ד א"י לחזור ולתפוס ממנו, וצ"ב דבדינא דרישא דמתני' לכאור' לא שייך לומר דתבע אף למה דתפס, דהא ע"כ הוא מודה בתביעתו דהוא תופס שלא כדין, ועי' אולם המשפט סי' ת'.

(ב) תוס' ד"ה ראוי - ודוקא היכא דיש לו תביעה על שני השוורים וכו' ובטענו וכו' תפס שעורים לא משתלם. עי' חזו"א ס"ק י' דהק' דכי היכי דבטחולב"ש, אעפ"י דאיכא הודאה כנגד הודאה, לא מהני תפיסה משום דהתובע מודה דאין לו זכות גביה על השעורים, ומדין דמי חטים לא מצי תופס, שהרי הנתבע מכחיש את החיוב חטים, ה"ה די"ל דבתבע לתרוייהו נמי לא יועיל תפיסה, דכיון דחשיב טחולב"ש ופטור אף כדאמר מזיק, אף תפיסה לא תועיל, שהרי הניזק מודה דאינו יכול להשתלם לנזקי הגדול מהקטן, והמזיק מכחיש לטענתו דגדול הניזק.

ועי' בחזו"א בתי' קמא, ולכאור' כוונתו לתרץ דאעפ"י דקודם התפיסה דנין על גורמי החיוב והוי טחולב"ש, מ"מ לאחר התפיסה הדו"ד אינו אלא על החיוב ממון, ולא על עיקר המעשה, ועי' היטב ברא"ה דביאר עד"ז. ועוד תי' דשאני טחולב"ש דעדיין הוא עומד בטענתו דהוא חייב לו חטים, ואינו מחזיק בשעורים בשביל גביית דמי חטים, משא"כ הכא הרי לעולם הוא תופס לשם גביה, או בעד נזקי הגדול או בעד נזקי הקטן, ולכך מועיל תפיסתו.

[ע"ע בחזו"א שם דהעיר דודאי אף לתוס' לא בעי' דיתפוס ב' השוורים, דהא סגי אף אם יתפוס רק שור א', כיון דממנ"פ יש לו חלק בשור, והעיקר הוא דיש לו תביעה על ב' השוורים, אולם העיר דבהגה"מ פ"ג מטו"נ אות כ' מבואר להדי' דבעי' דיתפוס לתרוייהו, וצ"ע הטעם].

ובחי' הגרש"ש יישב דבאמת איכא ב' טעמים הודאה ומחילה, וברישא דיש לו תביעה רק על שור א' שייך טעמא דמחילה ולכך אינו יכול לתפוס, אבל בסיפא דתובע לתרוייהו, אלא דתובע טפי מהודאת המזיק, וכל הנידון רק משום הודאה, וכיון דהוי הודאה כנגד הודאה מהני תפיסה, ועיקר הדבר כבר נתבאר בריש הסוגיא דכן מוכח בתוס' סנהדרין ו' א', [וזה תלוי אם הרא"ש נמי סובר לטעמא דמחילה].

(ג) שיטת הרי"ף והרמב"ם פ"ג מטו"נ ה"י דמהני תפיסה בטחולב"ש, ובפשוטו משמע מסתימת הלשון דבכל גוונא מהני תפיסה, בין קודם התביעה ובין לאחר התביעה, ואף לאחר הפס"ד מהני תפיסה, אולם בב"י הביא מרי"ו "ולאותם שפסקו דאם תפס לא מפקינן דוקא קודם שבאו לב"ד אבל אם תפס אחר שיצא מב"ד מפקינן" ועי' רמ"א סוף סעיף י"ב דכתב לחילוק זה, ועי' בחזו"א ס"ק כ"ה דהוא גם לדעת הרי"ף.

(ד) ומצינו ג' באורים מדוע מועיל התפיסה - א) עי' בש"ך ס"ק כ"א כ"ב דביאר דהרמב"ם אזיל בשיטת הרמ"ה דטעמא משום משטה, ולכך כל דשתק הנתבע בשעת התפיסה ע"כ דלא היה משטה מעיקרא, ועוד נקט הש"ך דודאי לטעמא דהודאה או מחילה לא מהני תפיסה של השעורים דהא הודה דאין לו חטים, ורק בתפס קודם התביעה מהני דבזה י"ל דלא תבע כיון דהוא תפוס בהם, אולם לכאור' מלשון הטור והרמ"א משמע דאין דעת הרמב"ם והבע"ת שוים, ויל"ע להש"ך בטענו חטים והודה לו בשעורים ותפס חטים דיתכן דכה"ג מצי טעין טענת משטה, דכיון דלא תפס שעורים לא אכפ"ל להודות בהם, ועי' בחזו"א סק"ו דתמה על הש"ך דא"כ בתפס פרוטה יכול לגבות לכל השעורים, ועוד העיר דבנימוק"י מבואר דמהני תפיסה אפילו שלא בפני המודה, כל דתפס קודם חזרתו מהודאתו בשעורים, וע"ש בחזו"א דביאר בטעמא דהנימוק"י דהא דיכול לטעון טענת משטה אינו משום ספק השקול, אלא בסתמא אינו משטה, אלא דא"א להוציא כ"ז שטוען

דשיטה, אולם אחרי התפיסה ברשות א"י לטעון כן, כיון דנקטי' כסתמא דלא שיטה, אולם בחזו"א סק"ל דבטור סי' פ"א בשם בעה"ת מבואר כסברת הש"ך, וע"ש עוד בדבריו, ויש להעיר דבעה"ת שם למד הדין מדבריו בש"ז ח"ב, ושם הרי למד כן מסוגיין, ולא מסברא, וצ"ע בכ"ז. (ב) עי' בסמ"ע ס"ק כ"ה דטעמא דמהני תפיסה משום דיכול לומר יודע אני בעצמי שלא הודיתי ולא מחלתי, אלא שלא רציתי לתבוע הכל בב"א, וכן אזיל בנתה"מ ס"ק ד' ה', [וע"ש בסק"ה דהוסיף דלגבי תם ומועד משום דאמר כן כדי להרויח, ומשום דבב' ניוזקין אינו יכול לומר דלא רצה לתבוע הכל, דהא תבע לתרוייהו, אלא דיכול לטעון דרצה להרויח]. (ג) בקצוה"ח סק"ט וס"ק י"ד ביאר דטעמא משום דאיכא הודאה כנגד הודאה, ומהני תפיסה כפי הודאת הנתבע, והוכיח כן מדברי הרמב"ן במלחמות ריש פרק הפרה, וכן עי' בחזו"א סק"ד וסק"ה וס"ק כ"ז דביאר כדברי הקצוה"ח, [ותמוה דהרי לחזו"א לש' הודאת התובע פוטרת את הנתבע מחיוב השעורים, אף אם היו באמת שעורים, וא"כ איך שייך לומר דאיכא הודאה כנגד הודאה, וצ"ע].

(ה) עי' היטב ברא"ש ותו"ד דהוכיח מהא דלא מוקי' הגמ' לרישא דמתני' בתפס דלא מהני תפיסה רק בתבע לתרוייהו, והעיר על הרי"ף דפסק דמהני תפיסה בטחולב"ש, והביא דיש שרוצים ליישב דלא מוקי' לה הכי משום דבשלמא בטחולב"ש מהני תפיסה השעורים ממנ"פ או משום דהודה לו או משום דמי חטים, משא"כ בב' תמים ליכא ממנ"פ כיון דאינו יכול לגבות את הגדול מהקטן משום דשור תם אינו גובה רק מגופו, ורק בתם ומועד יועיל תפיסה דגובה את התתם ממנ"פ, וחלק עליהם הרא"ש דכיון דמצינו דיש אופן דלא מהני תפיסה על הקטן משום דהודה דאין לו תביעה על הקטן, ואעפ"י דודאי א' מהן הזיקו, הרי כ"ש דבטחולב"ש לא מהני תפיסה על השעורים, דהא מכחיש להא דהוי דמי חטים, ושעורים נמי לא מצי תפיס כיון דהודה, עכתו"ד, וצ"ב דהרי מתחילת דבריו מבואר דכל קו' על הרי"ף היא רק מהגמ' ולא מסברא, וא"כ מדוע לפי היש מתרצים דחה נמי לדברי הרי"ף.

ונראה בכוונת הרא"ש דהנה אי נימא כהקצוה"ח דטעמא דמהני תפיסה משום דהוי הודאה כנגד הודאה, הרי ודאי דאף בתם צריך להועיל התפיסה, דהא התפיסה מועלת מחמת הודאת הנתבע, וע"כ דס"ל דלא מהני תפיסה אלא כשהנידון על אותו הממון, דכיון דממנ"פ מגיע לו הכסף יכול לתפוס, ולכך לא מהני תפיסה בב' תמין וניזק אחד, וע"ז תמה הרא"ש דאי נימא דלא מהני תפיסה בתם אחד, ע"כ דאין הטעם משום דבהודאה כנגד הודאה מהני תפיסה, וא"כ הרי אף בטחולב"ש לא יועיל תפיסה, דלא שייך בזה ממנ"פ, וע"כ כטעמא דהקצוה"ח, וא"כ הרי ליתא לתירוצם, והדר הקו' אמאי לא מוקי' לה הגמ' לתפס אף ברישא - מידידי הרב זאב גלוסקינוס נ"ו.

(ו) ונפק"מ בכל זה - דהנה בגוונא דהיו ב' ניוזקין, גדול וקטן, הרי לטענת הניזק אין לו זכות גביה מהקטן רק ח"נ מדמי הקטן, ולדברי המזיק דהקטן נגח לגדול, הרי יש לו יותר בשור הקטן, והנה לסברת הקצוה"ח ודאי דיכול לתפוס כפי הודאת המזיק, אעפ"י דהוא טפי ממה דתבע ממנו, אולם לדברי הרא"ש הרי ליכא ממנ"פ בכה"ג, ולכאו' יש עוד נפק"מ אם יכול לחזור ולתפוס, דלטעמא דהקצוה"ח לכאו' מהני, כיון דכך הוא הדין דבהודאה כנגד הודאה אזלי' תבר התפוס, אולם ל"מ דהוא מדין ממנ"פ, לא מהני דחזור ויתפוס, וצ"ע בכ"ז.

(ז) עי' בטור דיש מחלקים דתפס קודם התביעה מהני כיון דכה"ג יכול לטעון דלא תבעתי מחמת דאני מוחזק, אבל תפיסה אחר התביעה לא מהני כיון דכבר הודה, ומלשון הטור משמע דהוא דעה ג'.

והנה לסברת הטור לכאור' נראה דתפיסה אחר התביעה, אף קודם גמ"ד לא מהני, כיון דכבר הודה. ועי' בחזו"א ס"ק כ"ה דהק' דדבריהם מיירי רק באופן דיכול לטעון דבאמת היו גם חטים וגם שעורים, והק' דהרי כל המקור הוא מב' שוורים, והתם הרי כשאמר התובע דהתם נגח לקטן, הרי פטר את המועד מהזקו של קטן, וכן הוא לגבי הקטן, וא"כ הרי לא שייך לומר דסמך על תפיסתו, כיון דהרי טוען דהגדול הזיק לגדול, ואיך תופסו לקטן, וכתב דע"כ הי, א ס"ל כתוס' דבעי' תביעת תרוייהו בשביל התפיסה, והוסיפו כן מסברא בלא מקור, ועי' היטב בגדו"ת שם דעמד בזה.

ובחזו"א ס"ק כ"ד כתב עוד דבדינא דרישא ותרוייהו תמין לא מהני תפיסה אף להרמב"ם, וצ"ב הרי תפיסתו מהני מחמת הודאת הנתבע, ולכאור' נראה דכוונתו דאין לנתבע כח לתבוע בבי"ד להוציא מהתבוע את השעורים שתפס, כיון דבהודאתו הוא ביטל את זכותו על השעורים,

## בס"ד

### קדמה הודאה לתביעה

## מ' ב'

גמ' - אמר רב ענן אמר שמואל וכו'. עי' חי' הר"י מגאש, ובשאר הראשונים, ועי' בר"ן מ"ב ב' [כ"ד א] מה דהוכיח מסוגיין, עי' טוש"ע סי' פ"ח סעי' י"ד – ט"ז.

גמ' - טענו חטין וקדם והודה לו בשעורין אם כמערים חייב אם במתכוין פטור. ומצינו לכאור' בראשונים ג' טעמים אמאי במתכוין פטור -

א] עי' ברמב"ן דביאר בשם הר"מ דלמדנו מהכא דבעי' דתהא הטענה קודמת להודאה, וכ"כ הרשב"א הריטב"א הרא"ש והר"ן, ויש לעי' אם ראייתם מהא דאינו יכול לחזור ולתובעו חו"ש ביחד, או דאף אם אינו תובע, מ"מ מהא דאין דנין השתא על ב' התביעות ביחד, ע"כ דבעי' דתקדום התביעה להודאה. ועי' בב"י סעיף ט"ו דמדברי הר"ן נלמד דה"ה בקדם ואמר שעורים יש לך בידי, ואח"כ תבע התובע חו"ש לי בידך וכפר בחטים, פטור כיון דהודה בשעורים קודם התביעה, ועי' להלן בדינא דמערים דהבעה"מ בגיטין נ"א א' חולק על דין זה.

ב] עי' בר"ן מ"ב ב' [כ"ד א'] דהק' אמאי בתבעו מדה וא"ל מה שהנחת אתה נוטל פטור, הרי השתא מדתו ידועה, והרי עדיין הוא עומד בהודאתו, ותי' דכיון דבשעה שיצאה ההודאה מפיו הוא נפטר, שוב אינו מתחייב בשבועה, והביא לזה ראיה מהא דבסוגיין אינו חייב שבועה בקדמה הודאה לתביעה, וכן עי' בר"ן שם [כ"ד ע"ב מדפי הר"ף] דחזר ע"ז, ולכאור' לפי"ז אין צ"ל דאיכא הלכה דתהא התביעה קודמת להודאה, אלא כיון דקודם שתבעו בשעורים אין ההודאה מחייבתו בשבועת מוב"מ, דהא הוי הודאה שלא ממין

הטענה, משו"ה אף אחר שתבעו בשעורים אינו חייב שבועה, כיון דיצאה ההודאה בפטור, אולם זה סותר לדברי הר"ן בסוגיין דנראה דאיכא דין תביעה קודם להודאה, וצ"ב.

וי"ל דהנה מדוייק בר"ן דכל קו' היא רק משום דעדיין הוא עומד בהודאתו, אולם לכאור' יש להק' באופ"א דכיון דאין בידו לחזור מהודאתו והשתא נתברר המדה הרי יש לחייבו מחמת הודאתו הראשונה, ומוכח דזה פשוט לר"ן דכיון דבזמן ההודאה לא הוי דבר שבמדה א"א לחייבו מחמת הודאתו הראשונה, וכל הנידון לחייבו הוא משום דכיון דהוא עומד עדיין בהודאתו, הוי כאילו חזר והודה, והשתא הוי הודאה בחיוב ממון, וה"ה קו' הר"ן על סוגיין היא אמאי אין לחייבו מחמת הודאה דהשתא, וע"ז תי' דיצאה בפטור, אבל אם הודאה קמא ראויה לחייבו השתא, לא אכפ"ל מה דבשעת ההודאה א"א לחייבו, ולכך כיון דאיכא הלכה דקדמה הודאה, הרי אף השתא הודאה קמא אינה הודאה המחייבת, אלא דקשיא דמ"מ נחייבו מחמת הודאה דהשתא, וע"ז תי' דכבר יצאה הודאתו בפטור.

והנה בסה"ת שער ל"ח ח"ג אות ב' הביא מהרמב"ן "וא"ת התם יאמרו לו ב"ד ברר דברין כמה הניח וכמה הוא נוטל אם עד הזיז או עד החלון. לאו מילתא היא, דהתם כיון דטענתו ברורה היא למה יביאהו לבית השבועה, ילכו הם ויראו או שילך בעל דין ויטול את שלו" וכתב בהגהות אמרי ברוך על הקצוה"ח סי' ע"ה סק"ב דמוכח דפליג על הר"ן, ולדברי הרמב"ן הרי ע"כ מוכח דאף אחר התביעה אין ההודאה יכולה לחייבו. אולם להנ"ל א"ש דכוונת הרמב"ן להק' אמאי אין לייבו השתא מחמת הודאה הראשונה, ובזה לא שייך הדין דיצאה בפטור, וע"ז תי' הרמב"ן דכיון דאינו מבורר בבי"ד אי"ז הודאה המחייבת דבעי' שיוציאנו בפיו, אבל הר"ן הק' דחשיב דהשתא דהוציא המדה מפיו, וע"ז תי' דיצאה בפטור.

ועי' בשטמ"ק ב"ק ל"ה ב' כתב מהרא"ה "לא צריכא דתפס וכו', כיון שתפסו חזר עיקר טענתם ותביעתם על השור שזה התופס אומר שור זה יש לי עליו מנה והלה אומר אין לך עליו אלא נ' וכו' חייב ול"ה טענו חטים והודה לו בשעורים וכו', ומסתברא דהאי תפיסה לעולם מהניא ליה אפילו לאחר גמ"ד וכו', והשתא דאתינן להכי מסתברא דהא דתניא וכו' דינא דתשלומין לחוד אתא לאשמועינן, ואה"נ דמשבע אשאר דהו"ל מודה במקצת הטענה" ובפשוטו מבואר דאף באופן דהודה קודם התפיסה, ואח"כ תפס נמי נשבע, וצ"ע דהא יסד הר"ן דהוי הודאה שלא ממין הטענה, ואמאי חוזר ונשבע.

ולהנ"ל א"ש דדינא דיצאה הודאה בפטור, הוא רק באופן דאין לייבו מחמת הודאה קמא, והנידון לחייבו מחמת דהוי דחזר והודה, אבל בגוונא דהרא"ה דהוא מתחייב מכח הודאתו הראשונה, דחשיב השתא כהודאה במקצת הטענה, לא שייך בזה הדין דיצאה בפטור.

ועי' בחי' ר"ח הלוי פ"ט משמו"י דכתב בביאור ד' הר"ן בדינא דשביעית משמטת את השבועה, דדהיה קשה לו דאעפ"י דהשביעית משמטת את השבועה, מ"מ יחול אחר השביעית חיוב שבועה חדש מכח הודאתו, ע"ש, וצ"ע הרי לדעת הר"ן גופי' כל דיצאה הודאתו בפטור פטור, וכיון דנתבטל חיוב השבועה שחל מתחילה מכח הודאתו, תו א"א לנו לחייבו, דהא תחילת הודאתו בפטור, ולהנ"ל א"ש דהנידון לחייבו מחמת הודאה קמא, וצ"ע בלשונו, [ס"ק זה שמעתי מידידי הרב רפאל שמואלביץ נ"ו].

[ג] עי' בש"ך סי' פ"ח ס"ק נ"ה דהביא דבמשפטי שבועות לרה"ג ח"א שער א' תנאי ה' כתב דטעמא דפטור במתכוין משום דהוא כמשיב אבידה, ולכאור' הראשונים בסוגיין פליגי דהוא דין בפנ"ע דבעי' קדמה הודאה.



ועי' בש"ך סי' ע"ה סק"ט דדייק מדברי הרמב"ן דהובא בבעה"ת דדוקא היכא דתבעו חטים שייך דין הערמה, אבל היכא דלא הספיק לתובעו והערים והודה פטור, אולם הביא דברה"ג מוכח דאף בכה"ג חייב שבועה, ולכאור' רה"ג אזיל לטעמי' דטעמא משום דהוא משיב אבידה, ולכך ס"ל דמערים אינו משיב אבידה, אבל הרמב"ן ס"ל דהוא דין בפנ"ע דבעי' קדמה תביעה, משו"ה ס"ל דדוקא היכא דהתחיל לתבוע שייך לומר דמשום דהערים הרי"ז כאילו השלים תביעתו, אבל כל דלא התחיל לתובעו פטור.

אולם באמת דבש"ך סי' פ"ח הנ"ל כתב דהרמב"ן מודה לרה"ג דבהערים אף בלא תבעו כלל חייב, וע"ע בסמ"ע ס"ק ל' ובש"ך ס"ק ל"ד דבארו דזה כוונת הרמ"א בסעיף ט"ז דדין מערים נאמר אף היכא דלא תבעו כלל.

ד' עי' בר"י מגאש דכתב דבתבעו חטים והודה, ותבעו שעורים וכפר, פטור משבועה, מחמת ג' טעמים - א) דהוי ב' תביעות. ב) דטעמא דמודב"מ משום דאין אדם מעיז פניו, אבל היכא דהודה לפני דתבעו על מה דכפר, לא שייך לומר דמודה משום דאין מעיז פניו, שהרי עדיין לא תבעו על השעורים. ג) דלישנא דגמ' מודה במקצת הטענה משמע דצריך לתבוע לכל התביעה קודם ההודאה, אבל בטענו חטים והודה, הרי הודה בכל מה דתבעו, [וטעם זה מבואר בשו"ע סעיף ט"ז].

הנה הראשונים הביאו בשם הרי"מ רק לסברא הג' כדי לבאר טעמא דרב ענן, והנה טעם א' אי שייך בדברי רב ענן, עי' היטב בר"ן סוף מס' שבועות דהביא כן מתלמידי הרשב"א, ולמדו מזה לדין גלגול, ע"ש, אולם הר"ן תמה עליהם דאי"ז הטעם.

וטעם ב' לכאור' לא שייך בדברי הגמ', דהא אדרבא הא דהודה לו על שעורים וכפר על החטים, הוא משום דאינו מעיז לכפור בחטים, ושפיר שייך הסברא דמודה במקצת, אולם עי' בספר התרומות ש"ז ח"ב אות כ"ד דהביא דנשאל הראב"ד היכא שטענו בחוב עצמו והודה לו בחוב אביו, אי דמי לטענו חטים ושעורים והודה לו באחד מהן, או לא, וכתב הראב"ד דודאי אינו מודה במקצת, והביא לזה ראיה מטעם ב' דהרי"מ הנ"ל, וצ"ב כוונתו, ועכ"פ מבואר מדבריו דגם בגוונא דכפר על טענתו והודה לו בטענה אחרת שייך הסברא הב' של הרי"מ, וצ"ע.

עי' במאירי דין אם לפי הרי"ף ה"ה היכא דתבע ק' וכפר, ותבע נ' והודה, אי הוי כב' תביעות או לא, ונראה דהצד לחלק בזה, דבשלמא בהודאה הרי אחר דהודה נסתלקו הבי"ד מזה, דהא הודה ונתחייב, אבל היכא דכפר אין בי"ד מסתלקין מהנידון, דהא יתכן דיביא עדים דהוא חייב לו.

ובעיקר הנידון בקדמה כפירה, עי' באילת השחר דהביא ראיה נפלאה בזה, דהנה בדף ל"א א' דאסור לתבוע ר' כדי דיודה במקצת ויוכל לגלגל עליו שבועה ממקו"א, ועי' ברש"י דהוא כופר הכל בענין אחר, ורוצה לגלגל עליו שבועה ממקו"א, ועי' בחי' רע"א דתמה למאי הוצרך לגלגל עליו, הרי יכול לתבוע לתרוייהו והוי כתבעו חטים ושעורים, [ולדברי הראב"ד דבהלואה ופקדון פטור אף בתבע לתרוייהו, י"ל דמייירי דתביעה קמא על פקדון, ותביעה דהשתא על הלואה], ולכאור' ע"כ מוכח דכיון דקדמה הכפירה לתביעה, אינו יכול לחזור ולתובעו.

א) בעיקר החילוק בין מערים למתכוין - עי' בריטב"א דכתב "פירוש דאנן בעינן שתהא תביעה קודמת לכפירה והודאה הילכך אם כמערים קדם וקפץ להודות קודם שישלים חבירו תביעתו כגון שקפץ באמצע דבריו קודם שישתוק לא אהני ליה, והוה ליה כאילו תביעה קודמת להודאה וחייב שבועת מודה במקצת,

אבל אם במתכוין לומר הודאתו כדרכה ולא להערים שמניחו לדבר עד שישתוק ואמר לו שעורים אני חייב לך, וחזר הלה ואמר לו וגם חטין אני תובעך פטור" ומבואר דיסוד החילוק הוא אם התובע סיים דבריו או דקפץ לתוך דבריו.

(ב) והנה בטור סעיף י"ד פסק דבאמר התובע היה בדעתי לתבוע ממך גם שעורים, אם מיהר להשיב כדי שלא יוכל לגמור טענתו חייב, ואם עשה כן לפי תומו פטור משבועה ומתשלומין, אעפ"י דאומר תוכ"ד דהיה בדעתי לתבוע ממך גם את השעורים, אבל אם אמר התובע דודאי כדברייך אולם אין רצוני לתבוע השתא לכל התביעות חייב בדמי שעורים, ועי' בב"ח דהק' מ"ש דבמסל"ת פטור מתשלומים, אעפ"י דאומר דבדעתי היה וכו', וע"ש דתי' דהא דפטר הטור מתשלומין הוא באופן דהנתבע טוען משטה, והא דבאמר אין רצוני וכו' חייב לא קאי על הכא, אלא על עקיר הדין דתחולב"ש, דאם חזר ואמר אין רצוני ליכא הודאה וחייב, [ומבואר מדברי הב"ח דגם להסוברים לטעמא דהודאה ומחילה מודו לטעמא דמשטה, אלא דנפק"מ דאף במחזיק דבריו פטור מחמת הודאתו ומחילת התובע], ועי' בש"ך ס"ק כ"ח דחלק על הב"ח, ותי' דאם תבעו על שעה מסויימת בכל האופנים הוא פטור מתשלומין, אולם הטור מיירי דלא תבעו על שעה ידועה, ולכך באומר דאין דעתי לתבוע את כל התביעות פטור מתשלומין, אבל באומר דעתי היה לתבוע אלא דקדמת והודית לי, כיון דהיה לו שהות ולא תבעו אנ"ס דהוא משקר, ובודאי הודה או מחלו, [וסיים הש"ך דלפי הרמ"ה דמדין משטה אתינן עלה, ליכא מחילה כלל ואינו תלוי אלא אם מחזיק דבריו או לא], וע"ע בתומים ס"ק י"ב.

ומבואר מהש"ך דאם המתין נקטינן דהודה דאינו חייב לו שעורים, אבל אם קפץ והודה, אף דהוא מסל"ת, כיון דלא היה לו שהות לתבוע לשעורים ליכא ראייה דהודה.

ועי' חזו"א ס"ק ג' דהק' דבסעיף ט"ו פסק השו"ע עפ"י הר"ן דהוכיח מסוגיין דבאופן דהודה קודם התביעה, ואח"כ תבעו חו"ש פטור, ולדברי הש"ך ליכא ראייה, דבהודה אחר דגמר התובע את הטענה, הרי אין להוכיח מסוגיין דבעי הודאה קודם תביעה, דבסוגיין כיון דאינו נאמן לומר דבדעתו היה לתבוע את השעורים משו"ה הוא פטור מתשלומין, וממילא הוא פטור אף משבועה, אבל בגוונא דהודה קודם התביעה ואח"כ תבעו חו"ש שפיר חייב שבועה, והוכיח החזו"א דע"כ דהראשונים ס"ל דבקפץ ואינו מערים נמי חייב שבועה, אעפ"י דודאי הוא חייב שעורים, אולם הרי הריטב"א ס"ל דבקפץ ואינו מערים חייב, וכל הסוגיא מיירי בגמר דבריו, וא"כ צ"ע איך הוכיחו הראשונים דאיכא דין דקדמה, הרי בסוגיין הוא פטור מתשלומים, וממילא הוא פטור משבועה, אבל בהודה לפני התביעה חייב.

(ג) והנה הבעה"מ גיטין נ"א א' דכתב דבהודה מעצמו דמצאתי כיסך והתובע אומר אם כדברייך אתה מצאת שנים היו, חייב שבועה, ותלוי בפלוגתא דתנאי אם יש חיוב שבועה במשיב אבידה, ותמה הרמב"ן דהא קדמה הודאה לתביעה ולכו"ע הוא פטור משבועה, אולם להנ"ל יש ליישב דס"ל דשאני בסוגיין דפטור מתשלומין, ולכך הוא פטור משבועה.

## **בס"ד**

### **שבועת היסט**

#### **מ' ב' - מ"א א'**

(א) גמ' - ומשביעין אותו שבועת היסט. עי' רש"י דהוא מלשון שומא, ונראה דכוונתו דשאני שבועת היסט משאר השבועות דלא בטלו חכמים לטענתו, אלא אעפ"י דהוא זוכה בטענתו, מ"מ הוא חייב לישבע על

טענתו, והוא חייב שבועה בעלמא, ומצינו בשו"ת הריטב"א סי' קצ"ט [והובא בש"ך ?] דלא מהני מיגו לפוטרו משבועת היסת, דהא בלא"ה מעיקר הדין הוא פטור, אלא דמ"מ חיבוהו שבועה, וא"כ מה יועיל המיגו, הרי בטענה עצמה נמי הוא נאמן, ושאיני בשאר השבועות דרבנן דבטלו חכמים את הנאמנות.

(ב) עי' ברש"י ב"מ ה' א' ד"ה היסת כתב "שבועה שהסיתו חכמים לכך להסיתו להודות" וכ"כ הרא"ש, ולכאור' רש"י סתר דבריו.

(ג) עי' בריטב"א דכתב לבאר לשון היסת "לשון המלכה וכו' שלא יהא קופץ וכופר בלא שום המלכה כמו שהיו רגילים עמי הארץ לעשות קודם תקנה זו לפי שהיו יודעין שהיו פטורין אף משבועה" וצ"ב דבגמ' מבואר דטעם השבועה הוא משום חזקה דא"א תובע, ואילו הריטב"א כתב דטעמא משום דהיה כופר בלא מחשבה, כיון דידעו דליכא חייב שבועה, וצ"ב.

(ד) עי' בעה"ת ש"ז ח"א אות ב' דכתב דהשבועה היא להפיס דעתו של בעה"ב, ועי' בפ"י הר"י מלוניל דהוסיף כן על לשון רש"י דשמו עליו כדי להפיס.

(א) גמ' - חזקה אין אדם תובע וכו'. עי' בריטב"א סוד"ה רב חביבא דהוכיח דליכא שבועת היסת רק בטענת ברי, מהא דאמר' חזקה א"א מעיז כיון דיודע דהאמת כדברי התובע, וזה שייך רק בטענת ודאי ולא בטענת ספק, ודבריו תמוהים דאדרבא הרי אי ליכא סברא דאינו מעיז זה סיבה יותר להשביעו כטענת התובע, והגמ' פריך דעכ"פ בברי אמאי משביעין אותו, ואולי כוונתו על טענת הנתבע, וצ"ע"ג], ועי' ברמב"ם פ"א מטו"נ ה"ז דפסק ג"כ דבעי' טענת ברי, ועי' במ"מ דנלמד מהא דקתני א"א תובע וכו', וזה שייך רק בטענת ברי, ועוד כתב דתקנו כעין דאור', ובשבועת מוב"מ בעי' טענת ברי.

ומצינו לכאור' נפק"מ בין הטעמים, דהנה בתוס' ב"ב ע' ב' ד"ה סוף כתבו דאף למ"ד דבשבועת השומרים אינו חייב מדאור' אלא במוב"מ, מ"מ חייב שבועת היסת, וקשה הרי המפקיד הוא שמא, אולם לטעם ב' דהמ"מ יש ליישב דגדר הדין דכל מקום דחייב שבועת מדאור' על מוב"מ, חייב שבועת היסת על כוה"כ, וכיון דשבועת השומרים חייב מדאור' גם בטענת שמא, ה"ה דחייב בכוה"כ שבועת היסת, וכ"כ בקוב"ש שם.

(ב) עי' ברמ"א סי' ע"ה סי"ז דהיכא דאיכא רגל"ד משביעין אף בטענת שמא, ועי' בש"ך ס"ק ס"ג וביאור הגר"א ס"ק נ"ח דמקורו מהא דמבואר ב"מ כ"ו ב' דנפל סלע משנים חייב להחזיר, כיון דהמאבד אינו מתייאש משום דרק הב' היה עמו, ויתבע ממנו את הסלע, וברש"י ביאר דישיבוע אותו שבועת היסת, והק' בתוס' הא הוי טענת שמא, ותי' תוס' דכיון דלא היה שם אחר הוי טענת ברי.

(ג) עי' תוס' ב"ב ל"ג א' ד"ה מיגו דאין שבועת היסת בטענת יתומים, כיון דאין להם טענת ברי, אולם הרא"ש שם סו"ס י"ז חלק דכל דאבוהון מצי למיטען ולהשביע, טענינן ליתומים אף בשמא, [ובקוב"ש ח"ב סי' ה' סק"ב ביאר דפליגי בגדרי דין טענינן, ואכ"מ], ולכאור' בדעת תוס' י"ל דכיון דמבואר בגמ' דשבועת היסת הוא מחמת החזקה דא"א תובע, לא יועיל דין טענינן, דסו"ס אי"ז תביעה מכח ידיעה.

וי"ל דיסוד המחלוקת הוא האם לבתר התקנה דשבועת היסת מה דמחייב הוא הטענה, והסברא דחזקה א"א תובע הוא רק סיבת התקנה, או דאף לבתר התקנה החזקה היא המחייבת את השבועה, ונפק"מ לטענינן.

והנה בבית הלוי ח"ג סי' ל"ז סק"ב כתב דברי ע"י אחר לא מהני בשבועת היסת דסו"ס ליכא חזקה דא"א תובע, כיון דהתובע עצמו מודה דאינו יודע, ולכאור' זה תלוי בהנ"ל, וצ"ב.

(א) תוס' ד"ה אדרבא - וא"ת וכו'. עי' בתוס' ב"מ ג' ב' דק' היא עפ"י מה דבארו שם דכוונת רבה להק' כיון דאינו מעיז הרי ודאי דאינו חייב לו יותר, וא"כ אמאי אינו נאמן במיגו דכוה"כ, ומשני רבה דאי"ז העזה אלא הוא משתמט, משא"כ בכוה"כ דהוי העזה, והרי הכא מבואר דכוה"כ נמי אי"ז העזה כיון דהוא משתמט, ותי' דמ"מ לא דמי כוה"כ למוב"מ ולא שייך בזה מיגו.

(ב) והנה שיטת רש"י ב"ק ק"ז א' דכוה"כ בפקדון חייב שבועה מדאו', משום דעיקר הטעם דכוה"כ פטור משבועה הוא מחמת החזקה דאין אדם מעיז, משא"כ במוב"מ דאישתמוטי, וכיון דבפקדון הוא מעיז משום דלא עשה לו טובה, חייב שבועה מדאו', וקשה הא מבואר בסוגיין דכוה"כ נמי משתמט, ולרש"י לכאו' לא שייך תי' תוס', דכל דבריהם הוא רק אמאי ליכא מיגו, דע"ז י"ל דכוה"כ הוי טפי העזה, אבל לרש"י דזהו כל הטעם דפטור משבועה, קשה דהא מבואר בסוגיין דכוה"כ נמי משתמט, וי"ל דמ"מ חלוקים.

(ג) ועי' ברמב"ן ב"מ ו' א' דהק' כן, ותי' י"ל דרב נחמן בדריה תקין שבועת היסת מתוך שרבו עזי פנים ובעלי השמטות שנשמטין אפילו בכל" ולכאו' קשה דא"כ על הצד דאנו משביעים אותו הוי שבועה דאו', [וכע"ז הק' רע"א בהא דהק' תוס' ב"מ ג' ב' על מה דפירש רש"י דהיה קשה לרבה דבכל מוב"מ נימא מיגו דחשיד, ותמהו תוס' דהא מסקנת הסוגיא שם בב"מ דלא אמרי' מיגו דחשיד, וכתבו דאין לומר דהוא רק מדרבנן כיון דראו דשבועה חמורה עליהם, אבל מדאו' חשוד לזה ולזה, דהא מבואר בגמ' דשייך בזה דין מתוך, ובדרבנן הא ליכא מתוך, ותמה רע"א דאדרבא כיון דראו דשבועה חמורה שפיר הוי שבועה דאו'].

(ד) ועי' בריטב"א בסוגיין דיישב לקו' תוס' "זהו לדין תורה אבל אחרונים סמכו לומר דאף בכופר בכל תלינן דעביד לאישתמוטי" ונראה דאין כוונתו לת' כהרמב"ן דבטל החזקה דא"א מעיז, אלא כיון דאיכא מיעוט המשתמטים, משו"ה תקנו רבנן שבועה.

(ה) עי' בתוס' הרא"ש מ"ב ב' דכתב "ובשם ה"ר אליהו מלונדרש מצאתי שתירץ דאין אלו החזקות מכחישות זו את זו כי התובע יש לו כי זה הודה במקצת והנתבע אינו מעיז לכפור הכל" וכוונתו דהחזקה הוא דודאי איכא חיוב ממון, אולם ליכא חזקה דחייב לו את כל התביעה, ומשום דיתכן דהוא מוסיף על תביעתו.

והנה בעיקר שיטת רש"י הנ"ל דכוה"כ בפקדון חייב שבועה דאו', משום דליכא סברא דא"א מעיז, ק' מהא דהודה בקרקעות וכפר בכלים פטור, ולרש"י יש לחייבו מחמת כפירת הכלים לחוד, דהא כה"ג ליכא חזקה דאין אדם מעיז, משום דהודה במקצת בקרקעות, וידוע מהגרנ"פ זצ"ל לתרץ עפ"י סברת התורא"ש הנ"ל, דמה דחייב לפי רש"י הוא משום חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו, אולם כל דחייב לו מקצת הרי כבר אין חזקה על כל התביעה, וע"כ דהחיוב שבועה במוב"מ הוא מחמת הדררא, אבל בכוה"כ בפקדון חיובו הוא מחמת החזקה דא"א תובע, וממילא בהודה בקרקעות שבאים לחייב אותו, רק מדין מוב"מ, הרי הודאת קרקעות אינה מחייבת.

(א) תוס' ד"ה אשתמוטי - עי' בתוס' ב"מ ו' א' דכתבו ליישב דר"נ מחייב שבועת היסת אף היכי דהחפץ בעין, דלא אישתמוטי, ומה"ט פסק רה"ג דאיכא שבועת היסת אף בקרקעות, [אף דפסק בסוגיין כל"ב, ודו"ק], והק' דהא מבואר בסוגיין דאי לאו הסברא דאשתמוטי ליכא שבועת היסת, ותי' דלא פלוג רבנן, ולכאו' נראה דהא דאמרי' לא פלוג, הוא רק אי נימא דגדר התקנה הוא דאזלי' בתר חזקת התובע לחוד, אבל אי נימא דגדר התקנה הוא מחמת דאיכא דררא לטענת התובע מחמת

הסברא דאישתמוטי, הרי מסתברא דלא שייך בזה דין לא פלוג, [דדמי לאופן דנחייב כוה"כ אטו מוב"מ מדין ל"פ], ופשוט.

(ב) בעיקר קו' תוס', עי' ברמב"ן רשב"א ותוס' הרא"ש ב"מ ו' א' דהביאו מרה"ג דיישב דלא גרס בגמ' עד דהוי לי זוזי, וכוונת הגמ' דהוא משתמט דלא לפרוע כלל, ולכך פריך דהא חשיד אממונא וכו', וע"ש מה דביאר לפי"ז דינא דכופר במלוה כשר לעדות.

(א) גמ' - הכא הוא דאיכא דררא דממונא. עי' ב"ק קי"ח א' דפליגי בא"י אם נתחייבתי חייב או לא, וכתב רש"י דאף למ"ד דפטור, מ"מ חייב שבועת היסת דא"י, דלא גרע מאילו טען כרי דפרע, דחייב שבועת היסת, והוכיחו תוס' דרש"י פסק כל"ק דלא בעי' דררא דממונא,

(ב) עי' ברי"ף ב"מ [ד' ב'] דהוכיח מהסוגיא דההוא רעיא דפריך דנחייבו שבועה מדר"נ, דמוכח כל"ק, ועי' בר"ן בסוגיין דביאר דכוונת הרי"ף דהא התם הוא טוען להד"מ וליכא דררא דממונא, אולם תוס' שם ובסוגיין חלקו דחשיב דררא משום דכל יום היו מוסרין לו, וכן משום דיש עדים על מקצת שאכל.

ויסוד הנידון בזה הוא האם לדררא סגי מה דיש לנו צד להסתפק שמא הוא טוען אמת, או דילמא דוקא היכא דיש ודאי עסק ממון ביניהם כגוונא דנתתיו לך דאיכא חזקת חיוב חשיב דררא, אבל היכא דהוא טוען להד"מ הרי ליכא ודאי עסק ממון ביניהם.

(ג) בתוס' ב"ק הביאו דדעת ר"ת דבטוען פרעתי נמי חשיב דררא, אעפ"י דליכא עדים על הודאתו, אולם הביאו דר"י חולק דדוקא היכא דאיכא עדים חשיב דררא, [ומתני' הרי מיירי דאיכא עדים על הודאתו] וכמבואר בגמ' מ"א א' וברש"י מ"ב א' אבל היכא דהוא רק עפ"י הודאתו אי"ז דררא ופטור משבועת היסת, ועי' בתוס' ר"פ דהק' אמאי לר"ת אינו נאמן במיגו דלא לויתי, ובפשוטו מוכח דל"א מיגו לאפטורי משבועת היסת.

והנה עי' בחי' רע"א דהק' אמאי לל"ב אינו נאמן במיגו דלהד"מ, ותי' דע"כ ל"ב מחייב רק באופן דמתני' דהוי מיגו למפרע, ואה"נ בתובעו מנה וטוען פרעתי אינו נשבע משום דיש לו מיגו, אולם כתב דלדברי הש"ך צ"ה סק"ז דל"א מיגו לאפטורי משבועת היסת א"ש, ויש לפלפל בזה דלפי ל"ב אי"ז מיגו לאפטורי, דהא כיון דאית ליה מיגו בטל הדררא.

והנה בלשון ר"ת משמע דבאמת גוונא דמתני' ליכא מיגו משום דהוי מיגו למפרע, דהא איכא עדים על הודאתו, ומ"מ גם בליכא עדים חשיב דאיכא דררא, ומשום דל"א מיגו לאפטורי משבועת היסת, אבל ר"י ס"ל דהגמ' מיירי בגוונא דמתני' דאיכא עדים, ואין לנו ראייה דבליכא עדים ואית ליה מיגו דעדיין הוא חייב שבועת היסת, ומשום דאדרבא כל דאית ליה מיגו אי"ז דררא דממונא, וכנ"ל, וצ"ע על רע"א דלא הביא לדברי התוס'.

(ד) עי' בתוס' ב"מ ה' א' ד"ה אין לך בידי דהוכיחו מלישנא דגמ' דהלכה כל"ק, וכתבו דבטוען א"י דנשבע א"י, ומשמע דהוא המשך לדבריהם דקיי"ל כל"ק, ולכאור הביאור בזה דלל"ב הרי בעי' ודאי

חיוב, וכל דטען א"י א"פ הרי חייב לשלם, ורק לל"ק שייך לדון בא"י, [וכ"כ באיה"ש שם], אלא דיש לדון דמשכח"ל בא"י כגוונא דההוא רעיא, דהא לתוס' חשיב דררא דממונא, והתם לא הוי א"י א"פ, וצ"ע.

ה) ע"י במרדכי דדן לגבי שבועת היסת בטוה"נ, וכתב דלא מבעיא לל"ק וכו', ודבריו צע"ט מה ענין גורם לממון לדין דררא דממונא, וע"ע בלשון הרא"ש פ"ז סי' י' בסופו, וצ"ע כנ"ל.

תוס' ד"ה ומאן - לא משבעינן ליה מספק דהמע"ה. צ"ב מה ענין להוצאת ממון מספק, ולכאו' כוונת ר"ת דמשום דהוא מוחזק בממון א"א להשביעו, וע"י ש"ך פ"ז סק"י דהביא משו"ת מהר"י לבית לוי דהוכיח מדברי ר"ת דספק חיוב שבועה להקל, וביאר דטעמא משום דמצי אמר קים לי.

ובחי' רע"א מ' א' הוכיח מהר"ן דטעמא דאזלינן לקולא משום דהוי ספק תקנה, ודייק רע"א דבלא"ה בספק שבועה אזלי' לחומרא, אולם הוכיח מתוס' מ' א' ד"ה להודיעך דבארו דכחו עדיף דמילתא דרבנן הוי כחו דפטור, וביאר רע"א דכוונתם דכמו באיסור אמרינן כח דהיתירא עדיף, משום דמספק היה אסור, ה"נ בשבועה דכחו דמחייב עדיף, כיון דמספק אין לחייב שבועה, וביאר דטעמא משום דגם לענין זה מהני דין מוחזק דא"צ לישבע, וצ"ע דלא הזכיר לתוס' דידן, אולם בגליון על הש"ך שם הזכיר לתוס', ע"ש, וע"ע בש"ש ש"ד פרק כ"ו בענינים אלו.

## בס"ד

### מיפך שבועה

ע"י רש"י דקו' הגמ' מאי נפק"מ בין מוב"מ לשבועת היסת, וע"י רמב"ן דעל שבועת המשנה לא פריך, כיון דחלוקים בתשלום, [וצ"ב דא"י נפק"מ בשבועה], וע"י בשערי שבועות שער י"ז דקו' הגמ' רק על שבועת המשנה, ולא על שבועת היסת, כיון דנפק"מ לנקט"ח, וע"י בתוס' דהוכיחו מכח זה דשבועות דרבנן בעי נקט"ח, אולם ע"י רמב"ן דדחה דלא מיירי על טכסיסי השבועה, וע"י ש"ך פ"ז סק"ל דהאריך דאף לרש"י קו' הגמ' על כל השבועות, וע"ע בש"ך ס"ק ל"ח דהאריך לתמוה על השערי שבועות הנ"ל.

בטעם החילוק בדין מיפך בין דאו' לדרבנן, ע"י בר"י מגאש דבדאו' מצי א"ל איני זז מדין תורה, וכ"כ הרמב"ם פ"א מטו"נ ה"ד, והיינו דהוא קולא בשבועה דרבנן, אולם ע"י בחי' הרמב"ן והר"ן דבארו דשבועה דאו' דחיובו לשלם או לשבע, א"י להפוך, משא"כ שבועה דרבנן דאין לו חיוב ממון, דהא לא נחתין לנכסי', מצי להופכו, [ולפי"ז לריו"ס ל"א מיפך אף בשבועה דרבנן, וצ"ע].

בטעמא דמרבר"א דאף בדאו' מפכינן, ע"י בתוס' ד"ה ולמר דרה"ג ס"ל דקיי"ל כמרבר"א, ומדמי לה לאשתבע לי דלא פרעתיך, ובפשוטו מבואר מדבריהם דא"י מדין היפוך השבועה, אלא כיון דבלא נשבע חייב לשלם, מצי לתבוע ממנו שישבע דומיא דאשתבע דלא פרעתיך.

והנה בתוס' בארו דלהסוברים דבאשתבע דלא פרעתיך מצי אמר השבע ותפטר, אין ראייה, וע"י מהרש"א, וברע"א בגהש"ס ובתשו' ח"א סי' קע"ט, ולדברי רע"א מתבאר דתוס' ס"ל דין מיפך הוא בשבועה עצמה,

אלא דכתבו דליכא נפק"מ כיון דבלא"ה משביעו מחמת הממון דומיא דאשתבע דלא פרעתיך, וע"ז כתבו דנפק"מ אם יכול לחזור ולהפוך עליו. [ויסוד המחלוקת בין המהרש"א לרע"א הוא דלמהרש"א דינא דמרבר"א הוא כעין אשתבע לי דלא פרעתיך, ולרע"א הוא משום דמסתלק מחיוב שבועתו]. ועי' רש"י כתובות פ"ז ב' דכתב דליכא מיפך בדאו', ועי' בית יעקב שם פ"ח א' דיישב דכל מה דמיפך הוא מדין אשתבע לי דלא פרעתיך, ואי"ז שייך בנשבע ונוטל, ע"ש.

בעיקר הנידון כמאן קיי"ל - עי' ברשב"א דהוכיח דקיי"ל מיפך גם בדאו', מהא דבנסכא דר"א או בנ' ידענא ונ' לא ידענא נוטל בלא שבועה, ואמאי לא אמרי' מיפך, ולמרבר"א גופי' ל"ק דס"ל כמ"ד דחזרה שבועה לסיני, אולם בתשו' מיימוניות משפטים סי' ס"א נקט דבנ' ידענא ונ' לא ידענא שכנגדו נשבע, ושאני נסכא דר"א דהעד מסייעו.

ועיקר תי' הרשב"א צ"ע דהא יש להוכיח ממאן דס"ל מתוך דל"א מיפך בדאו', וממ"ד דליכא דין מתוך ליכא ראייה דאמרי' מיפך, [וי"ל עפ"י מה דיסד רע"א ח"ב סי' ק"מ דהמחלוקת בדין מתוך הוא אם חיובו או תשלום או תשבע, או דהוא חיבו שבועה בפנ"ע, וי"ל דזהו נמי הנידון בדין מיפך בדאו', דאי חיובו הוא ממון, אין יכול להפוך את השבועה, כיון דהוא תובע תשלום, אבל אי חיוב הוא רק שבועה מצי מיפך, וצ"ע בזה].

עי' רש"י כתובות פ"ז ב' ד"ה שבועה דאו' דבשבועת פוגמת כתובתה מפכינן, והביאו תוס' בסוגיין ד"ה מאי איכא, [ובתוס' דנו האם באשתבע דלא פרעתיך יש דין מיפך, ולכאו' זה גופא הנידון האם בשבועת הנוטלין יש דין מיפך], ועי' ברי"ף שם [מ"ח א'] דחלק דדוקא מנתבע לתובע מפכינן, אבל בשבועת הנוטלין ליכא דין מיפך, דא"ל הנתבע אם לא תשבע איני משלם, והביאו הרמב"ן בסוגיין וכתב דאין סברתו ברורה, ועי' ברמב"ן דכתב דבאופנים דמדאו' שקלי בלא שבועה והחמירו להצריך שבועה, מפכינן, אבל באופנים דמדאו' לא שקיל מיד, והקילו מדרבנן דשקיל בשבועה, לא מצי מיפך.

ועי' ברי"י מגאש דכתב דשאני שבועת הנוטלין משום דהשבועה כעין דאו', [ואח"כ כתב כטעמא דהרי"ף], וכן כתב הרמב"ם פ"א מטו"נ ה"ו, וכ"כ הרא"ש סי' י' ובריש כל הנשבעין, [ולכאו' הרי"מ לשי' דהקולא בדרבנן משום דהשבועה קיילא, אבל להרמב"ן והר"ן דהחילוק משום דאין בו חיוב ממון, הרי ה"ה בשבועת המשנה], ועי' בש"ך פ"ז סק"ל דנקטינן כרש"י אף בהנהו דמדאו' אינו נוטל, וע"ש בש"ך ובקצוה"ח ס"ק י"ד דנחלקו האם לרש"י בהיפך ואין הנתבע נשבע נחתין לנכסי' או לא.

עי' בש"ך שם בתו"ד דנקט דלמ"ד דמהפכין בדאו' ודאי אמרי' מיפך בשבועת הנוטלין, וצ"ע דטעם הרי"ף הוא אף למ"ד מיפך בדאו', ועוד צ"ע דהא בתוס' דנו לרה"ג דפסק כמרבר"א האם באשתבע דלא פרעתיך מצי מיפך התם, ובפשוטו הנידון הוא אי אמרי' מיפך בשבועת הנוטלין, וצ"ע על הש"ך, אולם הנה הרמב"ן כתב דהצד דלא מפכינן בהנהו דאין נוטלין מעיקר הדין, משום דהוא חמור כדאו', ואח"כ כתב הרמב"ן דהחמירו אף בנוטלין מהדין, וא"כ למרבר"א דאמרי' מיפך בדאו' יהא דין מיפך בכה"ג, ולכאו' זהו ראייה להש"ך.

ע"י בר"י מגאש דבשבועת השותפין ליכא דין היפוך משום דהוי שבועה על טענת שמא, וברמב"ם פ"א מטו"נ ה"ו סתם דבכל השבועות ליכא דין מיפך כיון דהוי שבועה כעין של תורה, וע"י בריטב"א מ"ח ב' דלהרמב"ם אף בטוען טענת ברי ליכא מיפך, אולם הריטב"א נקט דרך בטוען שמא ליכא מיפך, אבל בברי אמרי' מיפך בשבועת השותפין, ובטור סי' פ"ז סעיף י"א הביא מהרמ"ה דמ"מ אם טוען דהתובע ישבע דחושד בו, חייב לישבע, [ומוכח מהרמ"ה דמהני היפוך אף באופן דאי"ז אותה השבועה שנתחייב לו], וע"י בב"י בבדק הבית דתמה דהא אין נשבעין על טענת שמא, וע"י ש"ך ס"ק ל"ב דיישב דשאני שבועת השותפין, ע"ש, ומבואר דבעלמא בעי' שיהא הנתבע ברי, וכבר תמה בנחל יצחק סי' פ"ז אות ט' ענף א' מקו' הרשב"א דנימא מיפך בחמשינ ידענא וחמשינ לא ידענא.

וברמ"א סעיף י"א הביא מהתרוה"ד דיכול לומר איני רוצה ממך רק שבועת היסת, כדי שיהפוך עליו רק היסת, ובגליון רע"א תמה דהא הוי טענת שמא, ובגליון חת"ס ביאר דכוונת הרמ"א דאינו משביעו מדין היסת, אלא מדין שבועת השותפין, רק בלא נקט"ח, וברע"א ח"א סו"ס נ"ד כתב דהוא דוחק גדול בלשון הרמ"א.

ע"י ברמב"ם פ"א מטו"נ ה"ד דאם אמר התובע איני רוצה בתקנה דשבועת הנוטלין אלא הריני כשאר תובעים, יכול להשביע את הנתבע בשבועת היסת, וע"י סמ"ע סי' פ"ז סק"ל וביאור הגר"א סק"מ דהוא מדין א"א בתקנ"ח, וע"י בש"ך סוף ס"ק ל"ה דתמה מה החיוש בזה, דוכי משום דתקנו חכמים לטובתו יפסיד את זכותו להשביע את הנתבע, אולם ע"ש בש"ך דהביא מתרוה"ד דחולק על הרמב"ם בזה, וע"י קצוה"ח ס"ק ט"ז, ועי' בחי' רא"ל ח"א סי' פ"ד סק"ד בישוב קו' הש"ך.

ע"י בטור סעיף י"א דהביא מר"ש בן חפני דלגבי שבועה דאו', אין מהפכין אף ברצון שניהם, אולם הביא מתשו' הרי"ף דברצון שניהם מהפכין, וע"י שמפטי שבועות לרה"ג ח"א שער שבועת היסת דהביא הדיעות בזה, וע"י ביאור הגר"א ס"ק ל"ד, וצ"ב מה הצדדים בזה.

**בס"ד**

## **שו"ע**

### **סעיף י'**

ע"י בט"ז דאעפ"י דלא מפקינן מיני' עד שישבע שבועת הנוטלין, מ"מ יכול לתבוע ממנו שבועת היסת שאין בידו משלו, ומשמתנין עד שישבע, והנה בסמ"ע ס"ק כ"ב כתב דלא מנדינן לתובע כיון דכל התקנה היא דלא יפסקו לו ליטול רק בשבועה, אולם בתפס לא תקנו לו שבועה, אולם בש"ך ס"ק כ"ד חלק דמנדינן, [ובפשוטו כוונת הש"ך דמנדין אותו עד שישבע בנקט"ח כדינו], ונמצא דהסמ"ע ס"ל דאין מנדין אותו כלל, והש"ך ס"ל דמנדין עד שישבע שבועת הנוטלין, ולט"ז מנדין עד שישבע היסת, וע"י בביאור הגר"א ס"ק ל"ג דכתב 'נלמד מס' שקדם ומשמתנין ליה' וכוונתו דכמו דמבואר בס"ט דאין יורדין לנכסיו של נתבע דאינו רוצה לישבע וליפטר, ה"ה דאין יורדין לנכסיו של התופס, והוסיף דמ"מ משמתנין ליה, וכדעת הש"ך.



א) עי' בש"ך ס"ק כ"ה דהביא מהרקנטי דמסתפק במחוייב שבועה מדרבנן דאינו רוצה לישבע אי מהני תפיסה, ועי' בקצוה"ח ס"ק י"ב דכתב דפשיטא דלא מהני תפיסה, דכיון דבי"ד אין יורדין לנכסיו ודאי דלא מצי תפיס, ועי' חזו"א סי' י' ס"ק ט"ו דס"ל לרקנטי דהנה לענין גזל דרבנן, כגון דגזלו מקטן, ודאי דאם תפס הקטן, מהני תפיסתו, אעפ"י דלא נחתנין לנכסיו של הגדול, דהא מ"מ איכא חיוב ממון, וה"ה במחוייב שבועה היסת איכא חיוב ממון, אלא דלא נחתנין לנכסיו, אולם תפיסה מהני, אולם נראה דהקצוה"ח ס"ל דיש חילוק בין תפס ממון דהוא כבר שלו, להיכא דהוא רק חייב לו.

ב) עי' בש"ך דהביא מהגדו"ת דהיכא דהפך לשבועה היסת על התובע ואין התובע רוצה לישבע, ותפס נחתנין לנכסיו, ולכא"ו קשה דא"כ מה נסתפק הריקנטי, הרי ק"ו הוא, אם היכא דיש לו אפשרות ליטול בשבועה, לא מהני תפיסתו, כ"ש היכא דאין התובע יכול לישבע וליטול, דלא תועיל תפיסתו, וי"ל דשאני היכא דהפך דנפטר הנתבע משבועה לגמרי, וכל זכותו של התובע ליטול הוא רק בשבועה, אולם היכא דאין הנתבע רוצה לישבע, כיון דעדיין החיוב עליו לישבע, מהני תפיסה, [ועוד י"ל עפ"י רע"א [להלן סק"ג] דכל התפיסה היא לכופו לקיים חיובו, דכ"ז סברא במעכב הממון עד שישבע, אבל באין התובע רוצה לישבע לא מהני תפיסה כדי ליטול בלא שבועה].

ג) בש"ך הביא מהרקנטי דנסתפק עוד בנתבע חשוד על היסת אי מהני תפיסת השכנגדו או לא, ודן דאיכא בזה לא שבקת, ע"ש, וכתב הש"ך דמסתברא דלא מהני תפיסה בחשוד, ועי' בשטמ"ק ב"מ ה' ב' דהרמ"ך מביא מתשו' הרי"ף דמהני תפיסה בכה"ג, אולם יכול הנתבע לומר לתובע דישבע היסת דשקיל מיניה כדין, ע"ש, וכן הוכיח בנחל יצחק סק"ח.

ועי' ברע"א דביאר דכוונת הש"ך דאף בלא הטעם דלא שבקת פשיטא דלא מהני תפיסה, דדוקא באופן הראשון מהני תפיסה כיון דע"י התפיסה יהא מוכרח הנתבע לקיים חיובו ולישבע, אבל בחשוד הרי לעולם אינו יכול להביאו לידי שבועה, ולכך נקט הש"ך דפשיטא דלא מהני תפיסה.

ומבואר מרע"א דכל הצד דהרקנטי דיועיל תפיסה ממחוייב שבועה היסת דאינו רוצה לישבע, הוא רק כדי לכופו לקיים חיובו לישבע, אולם עי' ברע"א דציין לשו"ת רדב"ז ח"ד סי' רי"ז, ושם כתב דמהני תפיסה משום דכיון דאין רוצה לישבע רגל"ד דהוא משקר, ועוד כתב דלענין תפיסה מודו חכמים לריו"ס דלא נחתנין, ולפי"ז מבואר דאי"ז רק זכות לכופו לקיים חיובו, אלא דלגבי תפיסה נקטי' דהוא חייב לו ממון, ויכול להשתמש בזה, [אולם ע"ש דכתב עוד טעם משום דכמו דאלמוהו לענין נידוי, ה"ה אלמוהו דיועיל התפיסה, וזה רק כדי לכופו לישבע, וכדברי רע"א].

ד) עי' בקצוה"ח סוף ס"ק י"ב דכתב דיש להוכיח כהכרעת הש"ך, מהא דבמלוה חשוד נוטל בלא שבועה, אעפ"י דהלוא תפוס, וכוונתו להא דמבואר בסי' פ"ב ס"ח, לענין אשתבע דלא פרעתיך, ע"ש, ונראה דכוונתו להוכיח משם דאעפ"י דתקנו דאינו נוטל בלא שבועה, מ"מ כיון דהוא חשוד, לא מהני תפיסת הלוא, ומשום דכל התפיסה היא בשביל לכופו לישבע, וכדביאר רע"א, וכל דהוא חשוד הוא פטור משבועה, וה"ה באופן דהנתבע חשוד הוא פטור מן השבועה ולא מהני תפיסה.

## סעיף י"א

א) בעיקר דברי הרמ"ה דמצי להפוך עליו דישבע שהוא חושדו, יל"ע דהנה בסמ"ע סי' ע"ה ס"ק מ"ח כתב על מה דפסק הרמ"א דבמצא תיבה פרוצה דאיכא רגל"ד משביעו היסת בטענת שמא, דלא מצי להפוך את השבועה על התובע כיון דלא ראוהו בעיניו, וצ"ב מ"ש מדינא דהרמ"ה, ולדברי הש"ך ס"ק ל"ב דהוא דין מסויים רק בשבועת השותפין א"ש.

ב) עי' בתשו' רע"א והנתה"מ בכו"ח תנינא נטעי כרם שלמה סי' י"ד ובשו"ת ר"י מליסא סי' ? דהשואל נקט דכוונת הרמ"ה דאחר שבועת התובע דהוא חושד בו ישבע הנתבע ויפטר, אולם הנתה"מ ביאר דכוונת הרמ"ה דאחר השבועה הוא ישלם, וביאר הנתה"מ דהא דינו של הרמ"ה מיירי הכא בדין מיפך, ודין מיפך הוא רק באופן דנשבע התובע והנתבע משלם, ומשום דלא מצינו שבועה רק לנשבע ונפטר או נשבע ונוטל, וכן כתב שם רע"א בתשו' בקצרה, ע"ש.

ולפי"ז יש ליישב דברי הסמ"ע הנ"ל דהרי אינו רוצה להפוך עליו שבועה דראה תיבה פרוצה, דהא ישבע ויטול, אלא דבא להפוך עליו שבועה דברי לו דהוא גנבו, וע"ז כתב דאינו יכול להפוך עליו שבועה זו, דהא על הממון הוא שמא.

ג) בעיקר חידוש הרמ"ה דיכול להפוך עליו אף שבועה דאינה כמו השבועה דנתחייב, יל"ע דהנה ברשב"א הביא ראייה דליכא דין מיפך בנוטלין, מהא דרו"ש אמרי דיתומין מן היתומין אין אדם מוריש שבועה לבניו, ודייק הרשב"א דלאו דוקא ביתומין מן היתומין אמרוה אלא הוא בכל מקום שנתחייב האב שבועה כפוגם את שטרו ומת או ע"א מעידו שהוא פרוע ומת, ואמאי אין הופכין היורשין אותו על הנתבע כדרך שהיה אביהן יכול להופכה, אלא ודאי משמע מהכא דמתובע לנתבע לא מהפכין לעולם, וצ"ב אמאי הוכיח מהא דאמרוה רב ושמואל אף בפוגם שטרו וע"א מעידה שהיא פרועה, ולא הוכיח כן מיתומים מן היתומים גופייהו, דלא מצו לחייב את היתומים בני הלזה לישבע שאינם יודעים, ולכאור' מוכח דהיפוך שבועה הוא רק על אותה שבועה שנתחייב בה.

א) עי' בש"ך סק"ל דכתב דלהשיטות דאמרי' מיפך בנוטלין דמעיקר הדין היו נוטלין בלא שבועה, אם הנתבע אינו רוצה לישבע, אעפ"י דלא נחתין משמתין, ועי' בקצוה"ח ס"ק י"ד דחלק עליו דודאי נחתין בכה"ג, כיון דמעיקר הדין היה צריך לשלם אף בלא שבועה כלל, ולכך כל דהפך עליו ואינו רוצה לישבע נחתין.

ב) ויש דביאר [עי' אורח משפט] דפליגי אי דין מיפך ענינו דמהפך את השבועה שנתחייב בה, או דיש לנתבע זכות לתבוע מהתובע שישבע על הממון דהוא מחייבו לישבע עליו או לשלם, דהש"ך נקט דגם אחרי ההיפוך עדיין קיים חיוב שבועה על התובע, וכיון דחייל עליו דין דאינו נוטל בלא שבועה, כל דינו הוא דיכול לעכב את התשלום עד שהנתבע לא ישבע, ואינו אלא כמחוייב דרבנן דאינו נשבע דלא נחתין לנכסיו,

אולם הקצוה"ח נקט דהדין מיפך הוא דהופכי את השבועה דנתחייב בה, וממילא כל דהפכה בטל ממנו הדין דאינו נוטל בלא שבועה, ולכך כיון דאין הנתבע רוצה להשבע נחתין לנכסיו.

ג) ובעיקר הנידון הנ"ל, יש להוסיף בזה, דהנה מהא דדנו הראשונים לגבי שבועת השותפין דיכול השביעו דחושדו, הרי מוכח דאין הגדר דמהפך עליו את מה דהוא חייב, דהא הו"ב שבועות, וע"כ דמזכות הנתבע לחייב את התובע שבועה על מה דהוא תובע ממנו שבועה, וכן יש לדון מהא דהק' הב"י והש"ך דהא אין נשבעין על טענת שמא, ואי נימא דהופך את השבועה עצמה הרי לא שייך בזה דינא דאין נשבעין על טענת ספק, דהא אין הטענה מחייבתו בשבועה, וע"כ דהוא שבועה אחרת, וכן יש לדון בהא דמבואר בס"ב ס"ג דהיפוך שבועה מדי להישבע וטול דחוזר בו כ"ז דלא נשבע או קנאו בקנין, ואי נימא דהופך השבועה עצמה מהיכ"ת דיכול לחזור בו, הרי כבר חייל דין שבועה על התובע, וע"כ דהוא מטיל שבועה על התובע ואין כוחו להטיל עליו שבועה בלא שיתחייב לשלם עפ"י שבועתו, ולכך דמי להשבע וטול.

ועוד יש להוסיף בזה, דהנה מבואר בס"י ק"ח סי"ד דבהפך שבועת היסת על התובע, ומת התובע אין היורשים נשבעים ונוטלים, ועי' בש"ך ס"ק כ"ה דהנתבע נשבע ונפטר, אולם בקצוה"ח ס"ק י' חולק דכיון דכבר נפטר מהשבועה בחיי התובע אינו חייב שבועה, ונראה דאזלי' לשי' דהקצוה"ח ס"ל דע"י דין מיפך הוא נפטר משבועתו, ולכך אינו חייב לחזור ולישבע, אולם הש"ך נקט דלא חייל פטור משבועה על ההופך, אלא דמשביעו על מה דמשביעו, ולכך הוא חייב עדיין בהיסת, אולם עדיין כל הנ"ל עדיין צריך בירור וליבון.

ד) עי' בש"ך סק"ל דכתב בתו"ד להוכיח דאמרי' מיפך בנוטלין "ועוד דהא בלא"ה הרבה גאונים סוברים דאפילו ש"ד מפכין" ומבואר דלמ"ד מפכין בדאו' פשיטא דמפכין אף בשבועת הנוטלין, וצ"ע דלטעמא דהרי"ף אינו ענין למיפך בדאו'.

א) בש"ך ס"ק ל"א כתב דאעפ"י דמלשון הרמב"ם בהל' ו' משמע דרק בהיסת מפכין, מ"מ מדברי הרמב"ם בהל' ד' דכתב דטעמא דליכא מיפך בנוטלין משום משום דיאמר לו השבע וטול כמו שתקנו לך מוכח דבנשבעין ונפטרים יכול להפוך, עליו, אולם הנה בר"י מגאש כתב ב' טעמים להא דליכא מיפך בנוטלין, חדא משום דטכסיסי שבועה דאו', ועוד כתב משום דאומר השבע וטול, ולכאו' י"ל כן גם בדעת הרמב"ם דבאמת איכא ב' טעמים, ובהל' ד' כתב לטעם ב' דהרי"מ, ובהל' ו' כתב לטעם קמא דהרי"ף. ועי' בריטב"א מ"ח ב' דכתב לענין שבועת השותפין ליכא מיפך רק בטוענו ברי, אולם כתב דלהרמב"ם ליכא מיפך כלל, ומבואר כדנקטו הקצוה"ח והנחה"מ בדעת הרמב"ם.

ב) עי' ביאור הגר"א ס"ק ל"ו, וכוונתו דלהרא"ש דטעמא דליכא מיפך בנוטלין משום דהוי שבועה כעין דאו', ה"ה דלא מצי להפוך עליו שבועה דחשיד לי, דהא ליכא דין מיפך בשבועת השותפין, כיון דהוי כעין שבועה דאו', אבל להרי"ף דטעמא דליכא מיפך בנוטלין משום דא"ל אי בעי שקיל אשתבע ושקול.

ועי' בביאור הגר"א ס"ק ל"ח דביאר דלפי הרי"ף דבנוטלין לא שייך היפוך, קו' הגמ' מאי איכא קאי על כל השבועות, אלא דבנוטלין לא שייך מיפך, ולכך לא משני דנפק"מ לנקט"ח, דהא קאי על כל השבועות הנפטרים מדרבנן, ומבואר מהגר"א דלהרא"ש אינו כן, והיינו משום דשבועת המשנה לא נאמר כלל דין מיפך, כיון דהוי כעין דאו', הרי ע"כ דקו' הגמ' קאי רק על שבועת היסת, ויש להוסיף דבאמת הרא"ש הק' אמאי לא משני דנפק"מ לנקט"ח, ואזיל לשי'.

ג) והנה הרא"ש בסוגיא דאשתבע הביא די"א דהוא שבועה דרבנן וי"א דהוי כעין דאו' ולא מפכינן לה ובעי' נקט"ח, ומבואר דלמ"ד דהוי דרבנן מפכינן לה, ונראה דכ"ז להרא"ש לשי' דטעמא דליכא מיפך בנוטלין משום דהוי כעין דאו', אבל לדברי הרי"ף אף אי הוי שבועה דרבנן לא מפכינן לה, כיון דלא שייך מיפך בנוטלין.

א) עי' ש"ך ס"ק ל"א דבטוען החזרתי במיגו דנאנסו, אעפ"י דחייב בשבועה חמורה, יכול להופכה על המפקיד, ועי' בקצוה"ח ס"ק ט"ו דכתב דהש"ך אזיל לשי' בסי' רצ"ו דשבועת החזרתי הוא רק מדרבנן, והנה אי נימא כהרמב"ן והר"ן דהטעם דשבועה דרבנן אמרי' מיפך משום דלא נחתינן לנכסי', ע"כ יהא מוכח דבהחזרתי נמי לא נחתינן לנכסי', וכן הוא באמת דעת הש"ך סי' רצ"ו סק"ג, [אולם בנתה"מ כאן סק"ח חולק].

ב) אולם הקצוה"ח חולק דאף להשיטות דהוי שבועה דאו', מ"מ יכול להשביעו מדין אשתבע דלא פרעתיך, וכן עי' בנתה"מ סק"י דהק' דהא בטוען נאנסו חייב שבועה דאו', ואינו יכול להפוך, ואיך יכול להפוך בטענת החזרתי, [וקו' צ"ב דזהו קו' על עיקר דברי הש"ך דהחזרתי הוי שבועה דרבנן, דא"כ לא שייך בזה מיגו], ותי' דאינו מדין מיפך, אלא מדין אשתבע דלא פרעתיך.

ועי' בהגהות ברוך טעם דלפי הטעם דכתבו תוס' דשאני שטר משום דאפשיטי דספרי זייר לה, לא שייך לומר כן בשטר פקדון, וע"כ צ"ל דהקצוה"ח אזיל כטעם ב' דתוס' דקא משתמיט למחר יהיבנא לך.

ג) אולם עי' בגליון רע"א דכתב דהש"ך מיאן בזה משום דנפק"מ בתו"ז דלא מצי להשביעו אשתבע דלא פרעתיך, ולכך הוצרך הש"ך לדין מיפך.

ועוד נפק"מ מצינו בזה, דהנה בש"ך סי' רצ"ו סוף סק"ג כתב דנפק"מ אי החזרתי הוי דאו' או דרבנן, לענין מיפך, ובקצוה"ח ס"ק ב' הק' דהא בלא"ה יכול להשביעו מדין אשתבע דלא פרעתיך, ותי' בנתה"מ שם ס"ק א' דנפק"מ בת"ח דאין מחייבים בשבועה זו, אבל יכול להפוך עליו שבועה, ועוד כתב בנתה"מ שם דנפק"מ לתפיסה, וכ"כ בשער המשפט ס"ק י"ב.

וי"ל דהא דהקצוה"ח מיאן בנפק"מ דת"ח, משום דהא ס"ל בס"ק י"ב דליכא דין תפיסה במחוייב שבועה דרבנן דאינו נשבע, והנה להצד דהחזרתי הוי דין דאו', הרי כיון דאינו יכול להשביע את התובע כשהוא ת"ח, וממילא מצי הת"ח לתפוס, מ"מ להצד דהחזרתי הוי דרבנן, הרי מצד מה דהנתבע אינו נשבע א"א לתפוס ממנו, ומצד מה דאין יכול לחייב את הת"ח לישבע, הרי גם לא מצי הת"ח לגבות, וכל הנפק"מ הוא רק לגבי

תפיסה דא"א להוציא ממנו, וכמבואר בסי' פ"ב ס"ו, אולם כ"ז בגוונא דהתם דהוא חייב מחמת השטר, אבל הכא הרי מדאו' הוא נאמן במיגו דהחזרתי, אלא דהוא חייב שבועה, ולקצוה"ח הרי בלא"ה לא מהני תפיסה במחוייב שבועה דרבנן דאינו רוצה לישבע.

(ד) עי' חזו"א חו"מ סי' י' ס"ק כ"ג דחידש בזה עוד נפק"מ דכל הדין דאשתבע שייך רק קודם גמ"ד, אבל דין מיפך שייך בכל גוונא.

ועוד חידש החזו"א דכל הדין דאשתבע נאמר רק באופן דהוא יכול לגבות ע"י השטר, אבל היכא דהנתבע יכול להשבע ולהפטר אינו יכול להשביע את התובע דלא החזיר לו, ויל"ע דהא בתוס' מבואר דלרה"ג קיי"ל כמרבר"א דומיא דאשתבע לי דלא פרעתך, אעפ"י דהנתבע יכול לישבע, ועוד יל"ע בסברא דהכא גרע כיון דכ"ז דלא נשבע דהחזיר אינו נאמן במיגו דנאנסו, ורק אם הוא נשבע דהחזרתי הוא נאמן במיגו להפטר, וא"כ ודאי דכל זמן דהנתבע לא נשבע, יכול להשביע את התובע דלא החזרתי, ועוד יל"ע בדברי רה"ג דקיי"ל דמהפכין בדאו' דומיא דאשתבע, מוכח דלא כדברי החזו"א, אולם יתכן דעומק כוונתם בתי' ב' הוא ע"ד סברת החזו"א.

(ה) בש"ך כתב דיש עוד נפק"מ במחולקין על הקציצה, ועי' בקצוה"ח דכתב נמי עפ"י סברתו דיכול להשביעו לשכיר כדין שבועת שכיר בטענת פרעתך, ודבריו תמוהים דהא באומר לא קצצתי לא עקרו את השבועה מהבעה"ב לשכיר, כיון דדכיר כמה קצץ, וכדביאר בסמ"ע סי' פ"ט ס"ק י"ד, ובודאי דלא מצי להטיל את השבועה על השכיר, דהא אינו מחוייב שבועה, וצ"ע ג', [ועי' ברע"א דלכאו' הק' כקו' קצוה"ח הנ"ל, אולם פשיטא דיש בדבריו ט"ס, וכוונתו להק' על האופן הג', דאל"כ מה הביא מב' עדים].

(ו) בש"ך כתב עוד נפק"מ בטוען לשכיר פרעתך, ויש ע"א על השכירות, דבעה"ב נשבע ונפטר, דמצי להופכו, וכמובן דכ"ז לש"ך לשי' סי' פ"ט ס"ק ז' דהוא שבועה דרבנן, ובקצוה"ח תמה כנ"ל דתיפו"ל מדין אשתבע דלא פרעתך, דלא גרע מב' עדים, ועי' בחזו"א דכתב דעפ"י דבריו א"ש דשאני ע"א דיש חיוב שבועה על הבעה"ב, ולכך לא מצי להשביעו דלא פרעתך, וצ"ע דבשלמא בנוטלים מעיקר הדין י"ל דלא מצי להשביעו כ"ז דיכול לישבע ולהפטר, אבל בשכיר הרי מעיקר הדין פטור הבעה"ב בטענת פרעתך, אלא דתקנו דהשכיר ישבע ויטול, וא"כ מהיכ"ת דכל דיכול הבעה"ב ליפטר בשבועה אין השוכר מחוייב בשבועה, הרי כל התקנה בשכיר הוא דרק ע"י שבועה יטול, וצ"ע.

בש"ך ס"ק ל"ב כתב דהיכי דהנתבע בא בטענת שמא אינו יכול להפוך את השבועה על התובע, ועי' באולם המשפט דהק' דהא אי"ז חיוב שבועה מחודש דבא לחייבו, דנימא דאין יכול לחייבו בטענת שמא, אלא הוא מהפך את השבועה המוטלת עליו, וצ"ע.

## סעיף י"ב

(א) עי' סמ"ע סק"ל דלשון איני רוצה בתקנה היינו מחמת הדין דא"א בתקנ"ח, וכן עי' בביאור הגר"א דציין לב"ק ח' ב', אולם עי' בש"ך סוס"ק ל"ה דכתב דהוא דין פשוט דאף אם זכותו ליטול בשבועה קיים, מ"מ מצי להשביע את הנתבע בהיסת, דהא יכול לומר דל את השטר, ואני תובע אותך כדין מלוה ע"פ, אולם עי' בשער המשפט ס"ק י"ג דכתב דהא יש שיטות דל"א א"א בתקנ"ח היכא דחב לאחריני.

(ב) ובעיקר דברי הרמב"ם יל"ע דבשלמא בהני דאין נוטלין מעיקר הדין ותקנו דמ"מ יטלו בשבועה, שפיר שייך לומר דא"א במה בזכות שנתנו לו חכמים, אבל בהנהו דנוטלין מעיקר הדין, אלא דהצריכו שבועה, אי"ז תקנה לזכותו אלא לחובתו, ולכאור' מוכח מהכא דגם בהני שנוטלין מן הדין, מ"מ הפקיעו חכמים לזכותם ליטול, ותיקנו שיטלו ע"י השבועה, וכל שאומר איני רוצה בתקנה זו שתיקנו לי חכמים שאטול ע"י השבועה, דינו הוא שאינו יכול ליטול כלל, וכ"כ בספר רשימות שיעורים.

(ג) בעיקר קו' הש"ך למאי בעי' לדין א"א בתקנ"ח, י"ל דיתכן דכל התקנה דשבועת היסת היה רק באופן דאין לתובע אפשרות ליטול את הכסף מהנתבע, אבל באופן דיכול לישבע וליטול לא תקנו מעיקרא לדין שבועת היסת, נובפרט להשיטות דתקנת שבועת היסת כדי להפיס דעתו, דמסתברא דבאופן דיכול לישבע וליטול לא שייך הסברא דלהפיס].

ועוד יש לדון דכל עיקר התקנה דשבועת היסת נאמר רק באופן דליכא שבועה אחרת, אבל כל דאיכא שבועה דאור' או שבועת המשנה לא תקנו מעיקרא דין שבועת היסת, ורק ע"י דאומר א"א בתקנ"ח וליכא שבועת הנוטלין יכול להשביע את הנתבע בהיסת.

(ד) והנה בש"ך ס"ק ל"ח האריך אם שבועת היסת בעי נקט"ח או לא, והביא דהעיטור הביא ראיה מהא דפריך ב"מ ה' א' דאף לולא דינא דר"ח יש לחייב את השכנגדו מדור"נ, והא איכא נפק"מ לנקט"ח, ותמהו בקצוה"ח ורע"א דהרי לצד דאמרי' שכנגדו גם בהיסת, הרי בלא"ה מצי א"ל לא בעינן ממך רק שבועת היסת ויהפכנו עליו בלא נקט"ח, ועי' חזו"א סי' י' ס"ק ט"ו דתי' דכל דמחוייב שבועה דאור' לא תקנו חיוב שבועת היסת. וי"ל עוד דאי נימא דהכא בעי' לדין א"א בתקנ"ח, הרי אי נימא כדר"ח וחייב שבועת מוב"מ מדאור', לא מצי א"ל א"א בתקנ"ח.

אולם נראה דעדיין הקו' עומדת במקומה, דהא בתרוה"ד כתב דתוס' והרא"ש פליגי על הרמב"ם, אולם בתחילת התשובה לענין מחוייב שבועה דרבנן דמצי א"ל לא בעי' שבועה חמורה דנקט"ח, כדי שיהפוך עליו שבועה קלה, [והובא ברמ"א בסעיף י"א] לא כתב דנחלקו בזה הראשונים, וצ"ב.

וי"ל דכל מה דבעי' לדין א"א הוא רק באופן דהתובע יכול לישבע וליטול, דכה"ג אינו יכול לחייבו בהיסת, וכנ"ל, אולם היכא דיכול לחייבו בשבועה חמורה, לא בעי' לדין א"א כדי שיוכל לחייבו בשבועה קלה, דהא ודאי יכול לומר לו איני תובע ממך שבועה חמורה אלא שבועה קלה, ולכך בכה"ג מודו תוס' והרא"ש לדינא דהתרוה"ד, וממילא בסוגיא דההוא רעיא שפיר מצי א"ל איני תובע ממך רק שבועת היסת, אעפ"י דלא מצי א"ל א"א.

אולם לשון הקצוה"ח עדיין צ"ב דהק' מהא דסעיף י"ב, ולהנ"ל כל הקו' היא רק מסעיף י"א, אלא אי נימא דנקט כהש"ך דבאמת לאו מדין א"א בתקנ"ח אתינן עלה.

אולם עי' ביאור הגר"א ס"ק ל"ז וסק"מ דמבואר דגם דינא דתרוה"ד המבוא ברמ"א בסעיף י"א הוא מחמת דינא דא"א, והיינו משום דכל דהוא חייב בשבועת המשנה א"א לחייבו בשבועת היסת, ולדברי הגר"א מיושב עכ"פ קו' הקצוה"ח ורע"א דהיכא דמחוייב שבועה דאו' לא שייך א"א בתקנ"ח.

## בס"ד

### אשתבע דלא פרעתין<sup>3</sup>

(א) גמ' - אמר רב פפא וכו' אמרינן ליה זיל אשתבע. עי' ברי"ף די"א דהוא שבועת היסת, אולם הרי"ף הוכיח דהוא כעין שבועה דאו' דומיא דפוגם, וביאר הר"ן דמהא דפריך הגמ' מ"ש מפוגם, ולא משני דנפק"מ לנקט"ח, מוכח דהוי כעין דאו', אולם בריטב"א דחה דלא קאי הגמ' על טכסיסי שבועה.

(ב) והנה בר"י מגאש כתב עוד טעם דע"כ אינו שבועת היסת משום דלא משכח"ל שבועת היסת בנוטלין, חוץ ממפיך, אולם עי' בשו"ת הגאונים [הרכבי] סי' רל"ב דביאר לשבועה דר"פ "אלא דאו טעין לוה דיהבית ליה ממונא הוי כמאן דאמ' ליה לחבריה מנא לי בידך דמשבעינן ליה לנתבע על טענתיה דתובע" ומבואר דבאמת אינו יכול לחייבו שבועה על על הפרעון, אלא דיכול להשביעו בהיסת על מה דטוען דנתן לו ממון לשם פרעון, דכיון דהמלוה כופר הרי"ז כמנה לי בידך ונתבע כופר הכל, דחייב שבועת היסת, ולפי"ז א"ש קו' הרי"מ דלא מצינו היסת בנוטלין, דהא הוי שבועת היסת על הפרעון.

והנה בדברי הגאון מבואר בתו"ד דזה הטעם דלא משבעינן ליה אלא אי טעין, והביאור בדבריו דבאמת הרי הממון שייך למלוה אף בלא שבועה, אולם כיון דתובע ממנו את המנה שפרע הוא משביעו, ולכך אם אינו תובע שבועה לא טענינן ליה, כיון דהדו"ד שביניהם היה על תביעת החוב, ועל זה הרי אינו צריך לישבע, ורק אם תובע ממנו את המנה דכבר פרע הוא חייב שבועת היסת, ולפי"ז א"ש נמי קו' הרי"ף מקו' הגמ', דהא זה גופא נתחדש בתי' הגמ' דשאני שבועה זו ולכך אי לא טעין לא טענינן ליה, [ועי' להלן עוד מדברי השואל בתשו' הגאונים עוד בזה].

(ג) עי' תוס' ד"ה ולמר בתי' בתרא דמבואר דכל השבועה הוא רק באופן דאיכא טענת פרעון על השטר, ועי' בר"י מגאש דהביא די"א דה"ה בטוען הלוה טענת רבית או אמנה וכדו' נמי משביע את המלוה, אולם הרי"י מגאש חולק דשאני טענת פרעון דסו"ס השטר עומד לפרעון, וברמב"ם פי"ד מלו"ל הביא בזה מחלוקת בין הגאונים, [והביאם אף על טענת מזוייף], וכתב דדעתו נוטה כהרי"מ, ועי' בהשגות הראב"ד, ויל"ע מדוע יכול להשביעו על טענת אמנה, הרי השטר הוא עדות גמורה ומהני להוציא, ומדוע דהשטר לא יועיל אף לפטור אותו מהשבועה, וי"ל כיון דלא נגרע כח השטר אלא דמ"מ מצי להשביעו, [עי' להלן בזה] שפיר י"ל דאף בטוען אמנה או מזוייף מצי להשביעו.

(ד) עי' בספר התרומות שער כ"א ח"ב אות ב' דדן האם איכא שבועה באופן דטוען טענת מחילה, והביא מהעיטור דטענת מחילה הוי כטענת רבית וכו' דלא נאמר בזה דינא דר"פ, אולם הביא דשאל את הרמב"ן, והשיב הרמב"ן דשאני טענת אמנה ורבית דהוא טענה על עיקר השטר דלא היה ראוי ליכתב, משא"כ טענת פרעון ומחילה, דאינו טענה על עיקר השטר, ועוד כתב הרמב"ן דאף באופן דיש נאמנות בשטר דלא מצי לטעון פרעתי, מ"מ מצי לטעון מחילה ולהשביעו ע"ז, והובאו ב' השיטות בסי' פ"ב סעיף י"א, ועי' בהגהות רע"א דהק' דא"כ אמאי אינו יכול להשביעו בטוען פרעתי תו"ז במיגו דהיה טוען מחלת לי, דהא טענת

<sup>3</sup> בסוגיא זו רוב הדברים מירידי הרב רפאל שמואלביץ נ"ו.

מחילה שייך אף בתו"ז, ותי' דלא אמרי' מיגו להשביע, ועוד העיר אמאי בתו"ז גובה מיתומים בלא שבועה, ולא חישי' לטענת מחילה, דהא לדעת הרמב"ן דטענינן אף מילתא דלא שכיחא.

והנה על קו' בתרא דרע"א, י"ל דתלוי בגדר הדין דאתשבע דלא פרעתיך, דאי נימא דהוא כשאר שבועות הנוטלין, וכדיתבאר להלן מדברי רש"י ותוהרא"ש ועוד, שפיר י"ל דכיון דנגרע כח השטר ואינו יכול ליטול בלא שבועה, שייך בזה דין אולם אי נימא דהוא חיוב שבועה בעלמא שמטילין על המלוה, יש לדון דחשיב כטענינן להוציא, ולכך ס"ל להרמב"ן דלא שייך בזה דין טענינן.

ועל קו' קמא דרע"א - עי' בנחל יצחק סי' פ"ב אות ז' ענף א' דכתב לדון דכיון דשטר כגבוי דמי הרי"ז מיגו להוציא, וע"ש בענף ב' דכתב לדחות דהא חזי' לגבי פוגמת דבספק אמרי' המע"ה, אולם יש לדון עפ"י מ דיתבאר מפסקי ריא"ז דשאני פוגמת דכיון דנגרע כח השטר אי"ז חשוב כגבוי, אבל באשתבע דלא פרעתיך דהוא חיוב שבועה בעלמא, חשיב כגבוי, ולכך הוי מיגו להוציא.

ועי' בגליון רע"א סימן פ"ב לסמ"ע סקל"ד נקט בפשיטות דמהני מיגו לפטור משבועת אשתבע לי דלא פרעתיך, ולא חשיב כמיגו להוציא, כיון דהמיגו הוא רק לפוטרו משבועה, אולם נראה דאף אם בכל שבועת הנוטלין ל"מ מיגו ליטול בלא שבועה, דהו"ל כמיגו להוציא, מ"מ בשבועת אשתבע לי דלא פרעתיך שלא נגרע כחו בממון ואי"ז אלא חיוב שבועה בעלמא, ודאי מהני לי' מיגו ליפטור מן השבועה, ולא חשיב כמיגו להוציא, אולם לסברת שו"ת הריטב"א דלא מהני מיגו לפטור משבועת היסת, ה"ה הכא לא יועיל מיגו, וצ"ע בזה.

ה) עי' במ"מ פי"ד ממו"ל ה"ב דדינא דר"פ הוא רק בטענת ברי, אבל בטענת שמא אין משביעין אותו כיון דאף במלוה ע"פ אם הלוח טוען שמא נוטל המלוה ממנו בלא שבועה, והובא בשו"ע סי' פ"ב ס"ב, ומבואר שם בשו"ע דגם באמר המלוה שמא נמי נוטל בלא שבועה, ועי' היטב בביאור הגר"א סקי"ג דביאר דהא מבואר בכתובות פ"ז ב' דתקנו שבועה על פוגמת משום דפרע דייק דמיפרע לא דייק, וממילא אם אינו טוען ברי לא שייך הסברא דפרע דייק, והוסיף הגר"א דשבועה דר"פ נמי מה"ט הוא דפרע דייק וכו', והוסיף הגר"א דאעפ"י דלגבי מלוה ע"פ אם תרוייהו שמא אין מוציאין ממון מהלוה, מ"מ שאני מלוה בשטר דמוקמינן אחזקה דשטרך בידי מאי בעי, [אולם להרמב"ן דמשביעין גם בטענת מחילה א"א לומר כן].

ו) עי' במרדכי כתובות פ"ט אות רכ"ח דהק' על שבועת ר"פ דהא אין נשבעין על כפירת שע"ק, ותי' דמיירי דמחל לו על השעבוד, ועי' בשו"ת רע"א ח"א סי' קנ"ג דהק' דהא בגמ' בכתובות מבואר דשבועה דפוגמת כיון דהיא שבועה מדרבנן, נשבעין אף על קרקעות, וע"כ צ"ל דפגמה כתובתה שאני דפרע דייק, וכמבואר במרדכי שבועות אות תשס"ח, אך א"כ קשה מה פריך מה בין זה לפוגם שטרו, הא נפק"מ לקרקע, ע"ש בדבריו.

גמ' - ומה בין זה לפוגם וכו'. עי' בתוס' הרא"ש ד"ה זיל דביאר דר"פ לא תיקן לשבועה זו, אלא ר"פ קמ"ל דמכלל תקנת המשנה דנשבעים ונוטלים, איכא למילף נמי לשבועה זו כיון דשכיח דהשטר נשאר בידי המלוה, וביאר דמשו"ה פריך מ"ש מפוגם דמוכח מזה דאי לא פגים ליכא תקנת המשנה לישבע, וצ"ב דא"כ תקשי תי' הגמ' דאיכא חילוק לגבי דין טענינן, הרי ע"כ דאין חילוק בין שבועת ר"פ לשבועת הנוטלין.



וצ"ל דבשאר שבועות הנוטלין איכא דררא להסתפק שאינו חייב אף בלא שטען הנתבע, משא"כ בשבועה דר"פ כל הספק נוצר רק ע"י שטען הלוה שישבע המלוה, דע"ז איכא ריעותא טפי דפרע, דאם ל"ה פורע לא הי' בא להשביע את המלוה על חינם, אך מ"מ אחר שטען אשתבע לי ואיכא להריעותא דפרע, הו"ל ככל שבועות הנוטלין.

(א) גמ' - ואי צורבא מרבנן הוא וכו'. ע"י תוס' הרא"ש דהק' דאי אין גובין ואין משביעין, נמצא דהת"ח מפסיד, ותי' דאם תפס לא מפקינן מיני', וכן אם רוצה לישבע מקבלים שבועתו, ועי' בר"ן דדן אם בע"ה מנדינן או דאף אם תפס מפקינן מיני', וברא"ש כתב דאם תפס לא מפקינן, ועי' בב"י דמ"מ שמתנין לי', ועי' בנו"כ ובשו"ע דהאריכו בזה.

(ב) ע"י בספר התרומות שער כ"א ח"א אות ב' דמסתפק בתרומתו ת"ח, ובטור כתב דמסתבר דחוזר לעיקר הדין.

(ג) ע"י לח"מ פ"ד ממז"ל ה"ב דדייק מהרמב"ם דשבועת פוגם נמי ליכא בת"ח, אולם כתב דבטור לא משמע הכי, ועי' להלן דיתבאר דאזלי בזה לשי'.

תוס' ד"ה וכי מה - אלמא עבוד רבנן תקנתא וכו'. אולם ברש"י כתובות פ"ז א' ד"ה מנכסים כתב דהוא משום דאי אבוהון קיים הוי טעין אשתבע וכו', ובמה דהק' תוס' מהא דנקי נדר וכו', ע"י בפנ"י בכתובות בזה, ובקוב"ש ח"ב סי' ג' עוד בדיני מיגו אות ז' ביאר דפליגי בגדרי טענינן, ע"ש, ובמה דהק' תוס' אמאי לא פריך אמתני' דכתובות מה בין זה לפוגם, לכאן י"ל דאי לאו דר"פ היינו מפרשים דטעמא דמתני' כמבואר בתוס' דהוא תקנה מיוחדת ביתומים, וע"ז קמ"ל ר"פ דהוא מדין אשתבע לי.

ובספר התרומות שער כ"א ח"ד אות ב' כתב דמקורו של ר"פ הוא מהדין הנ"ל, וע"ש בח"א אות ח' דכתב דכיון דהוא כעין שבועת המשנה אין בו דין היפוך, וצ"ע דבח"א דין ו' כתב להוכיח דשבועה זו כעין דאו' מהא דמדמי לה הגמ' לפוגם וכראיית הרי"ף, וצ"ע הרי לשי' כל עיקר דינו של ר"פ נלמד ממתני' הנ"ל, וצ"ל דרך מקו' הגמ' למדנו דשבועת ר"פ היא כעין שבועת המשנה, וממילא ע"כ דיליף לה מדינא דיתומים.

גמ' - א"ל התם וכו'. ומצינו ג' דוכתי דמשום דלא טענינן הקילו בשבועה זו טפי משאר שבועת הנוטלין - (א) ע"י בטור ס"ח דהביא ג' שיטות היכא דמת המלוה והיורשים מוציאים שטר, אם נוטלין בלא שבועה, או דנשבע הלוה, או דנשבעים היורשים, ובביאור השיטה דנוטלין בלא שבועה, ביאר הטור דכיון דלא טענינן ללוה, ע"כ דהוא שבועה קילא, ולכך נוטלין בלא שבועה.

(ב) ע"י ברמב"ם פ"ב מטו"נ ה"ה דהיכא דהמלוה חשוד נשבע הנתבע היסת ונפטר, והראב"ד שם חולק דאין פוסלין שטר מקויים מפני שבועה דרבנן, ועי' במ"מ דביאר דס"ל להראב"ד דכיון דמעיקר הדין הוא נוטל בלא שבועה, כל דהוא חשוד העמידו על דין תורה, וכן מבואר בבעה"מ סוף שבועות ע"ש היטב בלשונו, ובטוש"ע סי' צ"ב ס"ט הובאו ב' הדיעות, אולם בטוש"ע סי' פ"ב ס"ח לענין שטר סיימו דמסתברא כהראב"ד, ועי' בט"ז בסימן פ"ב ס"ח דכתב בדעת הטור דלענין אשתבע לי דלא פרעתיך, כיון דשבועה זו קילא דלא טענינן, ס"ל כדעת הרמ"ה, משא"כ בפוגם שטרו כיון דטענינן אעפ"י דלא טען, לא הכריע הטור

כהרמ"ה, והביאו רע"א שם, ועי' נחל יצחק סי' פ"ב סק"ה ענף ב' דאין להק' על הט"ז אמאי לא משני הגמ' דנפק"מ בין פוגם לאשתבע לענין חשוד, דהא כל זה רק לאחר תי' הגמ' דאיכא קולא לענין דלא טענינן, וע"ש עוד דיישב עפ"י ט"ז סי' צ"ד, ע"ש.

ג) עי' בטור סי' פ"ב ס"ב דאם לא רצה לישבע ותפס לא מפקינן, והק' בב"י דהא כ"ז נאמר רק לגבי ת"ח, והביא מהר"א מטרנאני לתרץ דאעפ"י דלא מפקינן מ"מ מנדינן ליה, משא"כ בת"ח, והביא לזה ראייה מהא דמבואר בטור סי' ק"ח דהנשבעין ונוטלין דתפסו בלא שבועה מנדינן, אולם בט"ז בס"ו כתב דיש לחלק דשאני הכא דליכא דין טענינן ולכך אין מנדינן אותו משא"כ בשאר שבועות הנוטלין.

ד) והנה עי' בשו"ת הר"י מיגש סי' ס"ד דדן באופן דאין ללוה מה לשלם השתא, אי מצי המלוה לומר לא אשבע עד שישבע קודם דאין לו מה לשלם, וכתב הר"מ דכיון דהוא חייב לו ממון מכח השטר, אעפ"י דהמלוה מחוייב שבועה, מ"מ הלוה מחוייב בתשלומין קודם השבועה, דהוא רק חייב שבועה בעלמא, ומה"ט אינו יכול לתבוע מהמלוה דישבע כ"ז דאינו מעמיד לו את הפרעון, אבל בפוגם אין השטר בחזקתו ואינו מתחייב במעות כ"ז דלא נשבע המלוה דהוא חייב לו, וביאר דמה"ט איכא חילוק בדין טענינן, דלגבי פוגם דאין השטר בחזקתו, אף אי לא טעין טענינן, אבל באשתבע דלא פרעתיך כיון דהשטר בחזקתו, אי לא טעין לא טענינן ליה, ועי' ברמב"ם פי"ד ממו"ל הי"ב דפסק דאין נשבע עד שישבע הלוה ויביא לו המעות, ועי' בש"ך סי' פ"ב ס"ק י"ג דהביא מספר התרומות שער ב' ח"א אות י' דקמאי חולקים ע"ז, ועי' באו"ש שם דהביא לדברי הר"י מגאש הנ"ל, וכתב דלדבריו ליכא ראייה דפליגי, כיון דקמאי מיירי רק בשאר שבועות הנוטלים, משא"כ הרמב"ם מיירי רק בדין אשתבע דלא פרעתיך.

ולפי"ז מתבארים החילוקים הנ"ל, דמשו"ה אין משביעים ליורשים בשבועה זו, כיון דדוקא היכא דגרע כח הזכות ממון, הרי י"ל דכל דאין המלוה נשבע אינו גובה, ונתחדש דמ"מ סגי אף בשבועת היורשים לגבי זה, אבל היכא דלא נגרע בחיוב, אלא דחייבוהו בשבועה בעלמא, שפיר י"ל דביורשים דאין בידם לשיבע ליכא חיוב כלל, וא"ש נמי חילוק הט"ז לגבי דין חשוד, דבשלמא לגבי פוגם דנגרע כח השטר, כל דהוא חשוד ואינו יכול לשיבע, אף אינו יכול לגבות, אבל באשתבע לי דלא פרעתיך דלא נגרע כוחו, כל דהוא חשוד הוא פטור לגמרי מהשבועה, ועיקר החילוק מצינו בפסקי ריא"ז כתובות פ"ט אות ? דהביא מהרי"ד דס"ל כהראב"ד, וחלק עליו דכל היכא דקתני דלא תפרע אלא בשבועה, אעפ"י דהוא חשוד אינו נוטל אלא בשבועה, ורק לגבי אשתבע דלא פרעתיך דלא אמרו דאינו נפרע אלא בשבועה, אם הוא חשוד הוא נוטל בלא שבועה.

וא"ש נמי חילוק הט"ז לגבי הא דמשמתינן, דלגבי שאר שבועות הנוטלין דגרע כוחו ובלא השבועה איכא ריעותא בכוחו, אעפ"י דתפס משמתינן ליה, כיון דעדיין השבועה מוטלת עליו, אבל באשתבע דלא פרעתיך דהשטר בחזקתו כל השבועה היא רק בבא ליטול, אבל כל דכבר תפס ליכא כלל חיוב שבועה.

ה) והנה ברע"א הק' על מה דדחו תוס' לראיית רה"ג מסוגיין דאמרי' מיפך בדאו', דנפק"מ למיפך, דאכתי איכא למילף בק"ו מפוגם שטרו, דא"י לפטור עצמו בשבועה, ומ"מ חייב התובע לישבע, דכ"ש מוב"מ דיכול לפטור עצמו בשבועה דמצי לחייב את המלוה בשבועה, אולם לדברי הר"מ מיושב היטב דבשלמא מדינא דאשתבע לי דלא פרעתיך יש ללמוד לדין מיפך, דהא חזינן מהתם דאעפ"י דהממון בחזקת המלוה מעיקר הדין, מ"מ יכול התובע להשביעו, וא"כ כ"ש דבמוב"מ הוא יכול להשביעו, אבל מפוגם ליכא למילף

כיון דנגרע זכותו בממון ולכך דינו דאינו נוטל אלא בשבועה, אבל במחויב שבועה דאורייתא שאינו נשבע, דינו הוא דכל שאינו נשבע ה"ה חייב לשלם ויש להתובע זכות גמורה בממון זה, שפיר נוטל בלא שבועה. (ו) אולם הנה במה דנתבאר לעיל מהריא"ז והט"ז, הנה ברמב"ם פ"ב מטו"נ הל' ה' מבואר דקאי על כל השבועות, וכל דהוא חשוד הוא נשבע היסת ונפטר, וכן מבואר בכס"מ שם, ובכת"י מבואר כן להדי' ברמב"ם, [ועי' חזו"א חו"מ סי' ט' סק"ט דחלק על הכס"מ, אולם לא היו לפניו דברי הרמב"ם בכת"י], וע"כ מבואר דלהרמב"ם באשתבע דלא פרעתיך נמי נגרע כח הממון, דזהו גדר התקנה דמבטלין את כח הגביה, כ"ז דאינו נשבע, ואינו רק דין שבועה בעלמא, וכן מתבאר לפי הבעה"ת דכתב דקמאי פליגי על הרמב"ם דע"כ מוכח דאין חילוק בין השבועות, ולהרמב"ם אין נשבע עד שישבע הלוח.

והנה ברמב"ם בפ"ד ממו"ל ה"ב מדויק דגם לגבי דין פוגם נאמר הקולא דת"ח, וכן דייק בלח"מ שם, אולם בטור הביאו רק בסי' פ"ב, ולא בסי' פ"ד לגבי ת"ח, וי"ל דהטור אזיל לשי' דבאשתבע דלא פרעתיך דהוא רק חומרא, ולכך הקילו בת"ח, אבל הרמב"ם ס"ל דאין חילוק בין פוגם לאשתבע דלא פרעתיך, ולכך כתב דאין חילוק בזה.

וכן מוכח מהתוס' הרא"ש הנ"ל דביאר דמקו' הגמ' מ"ש מפוגם מוכח דדינא דר"פ הוא ככל שבועת הנוטלין, [אלא דמ"מ יש חילוק לגבי דין טענינן וכדנתבאר לעיל], וכן מוכח מרש"י דדינא דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה, הוא מחמת דינא דר"פ, והרי בשבועת המשנה הנ"ל דודאי נגרע כוחו בממון כ"ז שאינו נשבע, וכן עי' בריטב"א כתובות פ"ח א' דיש אומרים דבכל שבועת הנוטלים אם תפס מוציאם מידו, ומשמע דהוא גם לגבי שבועה דאישתבע לי דלא פרעתיך, ולהנ"ל הרי יש לחלק.

והנה בגמ' ב"ב קכ"ח ב' לגבי שטר המלוה אומר שלא נפרע ועדים מעידים שנפרע כולו והלוח אומר שפרע חציו, דהלוח חייב שבועת מודה במקצת, והקשו בתוס' אמאי נפטר הלוח ע"י שבועה, הרי הוא פוסל את העדים ע"י שמכחישם, והוי שטר מעליא, ועי' ביד רמ"ה דכתב בתי' קמא דכיון שהמלוה צריך לישבע מדרבנן שלא נפרע החוב, ורק אז יכול לגבות ע"י השטר, וכאן הרי אינו יכול לישבע כן, דהרי איכא ב' עדים שאומרים שפרע, דרק בנוגע ללוח הם פסולים, אבל לכל העולם כשרים הם, וממילא אין ב"ד מוסרין לו שבועה, וא"כ שוב הו"ל רק כמלוה ע"פ שנשבע הלוח שפרע מחצה ונפטר, וצ"ע הרי שיטת הרמ"ה כמובא במ"מ פ"ב מטו"נ ה"ה שחשוד גובה גם ללא שבועה דאישתבע לי דלא פרעתיך, א"כ כאן שהוא לא יכול להישבע למה שלא יגבה ללא שבועה, וצ"ל דשאני היכא דראוי לישבע אלא דאינו יכול לישבע, משא"כ בחשוד דאינו ראוי לישבע, אולם אי נימא דיש לו זכות גביה, הרי מסתברא דדמי לחשוד דיגבה בלא שבועה, וצ"ע.

(א) עוד בזה - הנה יש לדון בגדר הדין דשבועת הנוטלין בהנהו דנוטלין מעיקר הדין, האם רבנן בטלו את זכות הגביה של הממון, או דהוא רק חיוב שבועה בעלמא, והנה ברי"ף בכתובות כתב דהנפק"מ בדין שבועת פוגמת אי הוי דאו' או דרבנן לענין תפס, אי נחתין לנכסי' או לא, ועי' ברמב"ן שם דתמה דהא כ"ז דלא נשבע אין לו עליו כלום, והיינו דלהרי"ף לא בטלו את הזכות גביה, והרמב"ן חלק עליו בהא גופא, אולם כתב הרמב"ן דכיון דחזי' לגבי ממון קטן דגזילה דרבנן אין מוציאין, ממילא אף אי נימא דלא בטלו את

הזכות גביה מ"מ אין מוציאים מידו, ועי' לשון הגר"א סי' ק"ח ס"ק מ"ד "דממון שאין אדם זוכה אלא בשבועה אין מוריש לבניו דהטעם משום דדבר שאין בו ממש הוא".

והנה תוס' בכתובות פ"ח א' כתבו בתי' בתרא דנפק"מ אם יש דין מיפך בפוגם, אולם הרי"ף שם חלק דאע"ג דהוא דין דרבנן אין בו דין מיפך, ובפשוטו יסוד המחלוקת הוא, דהנה ביאר הר"ן דהיכא דנוטלין מעיקר הדין, אמרי' מיפך, משא"כ בהנך דאין נוטלין מעיקר הדין, ל"א מיפך, וי"ל דבזה נחלקו לענין פוגמת אם אמרי' ביה דין מיפך, דאם בטלו את הזכות ממון הרי שפיר י"ל דלא אמרי' ביה דין מיפך, אבל אם לא בטלו את הזכות ממון שייך בזה דין מיפך.

אולם בעיקר דברי הרי"ף י"ל דכוונתו דהוא סברא פרטית בדין מיפך דל"א מיפך מתובע לנתבע, ואף אי לא בטל כח הממון נמי ליכא בזה דין מיפך.

והנה בתורי"ד הביא לדברי הרי"ף דליכא דין מיפך בפוגם, וכתב דזה כסברת השואל דשטר הוא אפסרא דחוב ולכך חשיב המלוה מוחזק, ולכך שבועה דר"פ הוי שבועת הנפטרים, ולכך ודאי דיכול להפך, כמו דמפכינן בשבועת היסת, וממילא ודאי דאינו אלא חיוב שבועה בעלמא, ואינו ביטול על הזכות ממון,

ועי' שו"ת הרי"ף סי' פ"ה דפסק מבואר להדי' כהרמב"ם דבפוגם חשוד נשבע הלואה היסת, ואזיל לשי' דמהא דבחשוד אינו נוטל מוכח דבטלו את כח הממון, ולכך פסק דליכא מיפך, אולם לשונו עדיין צ"ב קצת שם,

ובתורי"ד כתובות פ"ח א' הביא לדברי הרי"ף דל"א היפוך בפוגמת, וכתב דאזל כשיטת ר' פלאטו דבאשתבע דלא פרעתיך ליכא דין היפוך, וחלק עליו דכ"ז דשטרו בידו מעיקר הדין הממון שלו, ולכך ודאי דיכול להפוך, והביא ראיה לדבריו מדברי רה"ג, ועי' בפסקי הרי"ד דהביא לזה, ושם מבואר דהוק' לו דבריו, ועי' בתשו' הגאונים דהשואל חולק על רב פלאטו, וכוונת התורי"ד לחביא ראיה מהשואל, ושם מבואר בדברי השואל דשטר הוא אפסרא דחוב, וחשיב המלוה מוחזק בחוב, ואשתבע דלא פרעתיך הוי שבועת הנפטרים, ולכך ודאי דיכול להפוך כמו בשבועת היסת, וממילא ודאי דאינו אלא חיוב שבועה בעלמא.

והנה בתוס' שם כתבו דנפק"מ לענין תרוייהו חשודים, דאי הוי דאו' האשה מפסידה, ואם הוי דרבנן האשה נוטלת בלא שבועה, ועי' מהרש"א דאם רק חאשה חשודה, היא מפסידה, ורק משום דתרוייהו חשודים היא נוטלת בלא שבועה, ועי' ברא"ש דכתב כתוס' ואח"כ כתב לתשו' הרי"ף דחשוד מפסיד, והוכיח מזה הק"ג כתוס' הנ"ל, ועי' תומים סי' פ"ט ס"ק דהביא כן מפסקי הרא"ש.

והנה לפי הרמב"ם דטעמא משום דאין לו כח נטילה בלא שבועה, ולפי"ז ודאי צ"ע דמה העדיפות של תרוייהו חשודים, ולכאו' מוכח דהנה הרא"ש הביא מתשו' הרי"ף דבפגום חשוד שכנגדו נשבע ופטור, ומשום דבשבועת המשנה ליכא דין דתקנתא לתקנתא, ועי' בב"ח דכתב דלפי"ז הלואה נשבע בנקט"ח, כיון דהוא שבועה של התובע, ולפי"ז ודאי דלא בטלו את הזכות גביה, ומ"מ מפסיד התובע כיון דיש דין שכנגדו, [אולם ברי"ף בתשו' סי' פ"ה כתב להיפוך דאין הופכינן משום דהוי תקנתא לתקנתא, ולכך נשבע הלואה היסת ונפטר].

ולפי"ז א"ש דבאמת הוא חיוב שבועה בעלמא, ומה"ט יכול להפוך, אולם החשוד מפסיד מדין שכנגדו, אבל בתרוייהו חשודים הדרינן לעיקר הדין דלא בטלו את כח זכותו בממון, ולכך הוא נוטל בלא שבועה, וסברת הרי"ף הוא באמת טעם בפנ"ע דתובע לנתבע אינו יכול להפוך.

ובשו"ע אהע"ז סי' צ"ו דאם האשה חשודה היא מפסידה ונשבע הבעל היסת ונפטר, ובתרוייהו חשודים פסק השו"ע אין שבועה ואין תשלומין, ותמה הבי"מ מה הסברא בזה, אולם כ"ז נכון לדברי הרי"ף דהובא ברא"ש דודאי יטול בלא שבועה, אולם לדברי תשו' הרי"ף א"ש היטב דהא בטלו כח הממון, וכיון דהדרה למחוייב לה ובטלו את החיוב ממון, משו"ה בתרוייהו חשודים נמי מפסדת, ועי' בחזו"א חו"מ סי' ט' סק"ט דיישב דברי השו"ע כנ"ל, וא"ש הכל.

ונפק"מ בכל זה, דהא ברמ"א חו"מ סי' פ"ז ס"ו דעד המסייע פטור בשבועת הנוטלין, ועי' בפתחי תשובה דהוא רק בשבועה דמעיקר הדין הוא נוטל, אבל היכא דמעיקר הדין אינו נוטל לא מהני עד המסייע כיון דהוי ע"א לממון, ולהנ"ל י"ל דמ"מ לאחר התקנה בטלו את הזכות ממון, וממילא לא יועיל בזה עד המסייע.

ונמצא דש' הראב"ד דרבנן לא בטלו את החיוב ממון, ודעת הרי"ף והרמב"ם דבטלו את זכות הממון, ונפק"מ לתרוייהו חשודים, אולם לתוס' והרי"ף דלפנינו הוא מדין שכנגדו, ובתרוייהו חשודים יטול המלוה. והנה הגמ' פריך מה בין זה לפוגם, וק' לפי הטור מאי פריך הא איכא נפק"מ לת"ח ולחשוד, ולהנ"ל א"ש דכל יסוד הטור דאשתבע הוא חיוב בעלמא, אולם כ"ז לאחר התי' דליכא דין טענינן, אבל בהו"א הגמ' ס"ל דאינו כן.

## בס"ד

### המלוה את חבירו בעדים<sup>4</sup>

מ"א א' גמ' אמר רב יהודה עד ע"ב וכולא גמרא. ע"י תוס' ומהרש"א, ע"י ברמב"ן רשב"א ריטב"א רא"ש ר"ן בביאור המחלוקת לב' הלשונות - בדעת ר"פ - ע"י ברי"ף וברמב"ם פט"ו מו"ל הל' א-ב ובראב"ד ובמ"מ, ש"ך סי' ע' ס"ק י"ב, ונתה"מ שם סק"ב דלפי הרי"ף תלוי בהסכמת הלוח.

ע"י בראשונים במתני' בשם הרי"מ דה"ה בהתנה אחר הלואה, וע"י ברשב"א דהאריך בזה, וריטב"א מ' ב' בשם הרשב"א, וע"י רא"ש סי' י"א, וע"י תומים סק"ג ונתה"מ סק"א

רש"י ד"ה נתתיו לך – אף משבועה. והיינו דעיקר חידוש המשנה הוא בדיני שבועה, דגם בגוונא דטוען פרעתי נאמן לטוען פרוע, וצ"ב לל"ב מדוע לא קתני במשנה טפי דאף בהלוהו בעדים מצי טוען פרעתי.

## לישנא קמא

א) ע"י תוס' דמספק"ל אם לשמואל לל"ק נאמן במיגו או לא, והנה אי נימא דאינו נאמן במיגו ע"כ דלר"א אינו נאמן אף באמר הלכו למדה"י, אבל אי נימא דלשמואל נאמן במיגו, יתכן דר"א פליג רק דאינו נאמן במיגו, אבל באומר הלכו למדה"י נאמן, וכדעת הרי"ף, ופשטות לשון התוס' נראה דר"א פליג על עיקר הדין ואינו נאמן לומר דפרעתי והלכו.

ובעיקר תי' קמא יל"ע דאי נימא דכוונת המשנה לשמואל דנתתיו לך היינו בפני עדים והלכו, ולכך הוא פטור, א"כ תקשי סיפא דאמר לו אל תתנהו וכו' ואמר לו נתתיו לך חייב, ולשמואל הרי כוונת המשנה דנתתיו לך בפני עדים והלכו, וא"כ אמאי חייב, ומוכרח מתוס' דודאי לל"ק היכא דאמר להדי' אל תפרעני גרע וצריך לברר בפני עדים.

וצ"ב דא"כ ממנ"פ אי ס"ל לשמואל דמלוה בעדים הוי כהתנה, לא יהא נאמן לומר דפרעתי בפניהם והלכו, ואי נימא דס"ל דלא הוי כהתנה, הרי א"כ יהא נאמן לומר דפרעתי ביני לבינך.

<sup>4</sup> סוגיא זו נכתב בכמה מהדורות, וחלק גדול נכתב בין הזמנים אב תשע"ג, ולכך הדברים באו שלא בסדר הראוי.

ומוכח דבאמת טעמא דרב אי"ז כהתנה כסברת הרשב"א, אלא כסברת הר"ן דכיון דהלוהו בעדים איכא אומדנא דאינו פורע אלא בעדים, ולכך ס"ל לשמואל דנאמן לומר דפרעתי בפני עדים והלכו, אבל אם אמר פרעתי ביני לבינך איכא אומדנא דאינו נאמן, ורק בל"ב דפליגי גם בהתנה להדי', ע"כ מוכח דאיכא סברא אחרת בפלוגתייהו, [ואף הרשב"א דביאר בדעת רב אסי דהוא מדין אומדנא כאילו התנה, נראה דלשמואל אינו כן, אלא לל"ק הוא כסברת הר"ן דאיכא אומדנא דלא יפרע אלא בעדים].

ויש להביא ראיה גדולה לזה, דהנה הרמב"ן כתב דבעי' דעת הלוח לתנאי דהמלוה, וברא"ש כתב דשלא בשעת הלואה לא מהני שתיקתו ובעי' שיקבל עליו בפירוש, ולכאור' קשה דא"כ מה פריך לר"א בל"ק ממתני', הא מתני' חשיב כתנאי לאחר הלואה, וא"כ מהיכ"ת דבמתני' מיירי דהסכים הלוח לתנאו של המלוה, ואדרבא כיון דלא הסכים משו"ה הוא פטור, אולם להנ"ל א"ש היטב דכיון דבל"ק ודאי דסברת ר"א הוא כביאור הר"ן דטדאי לא יפרע אלא בעדים, הרי ודאי דלא בעי' לדעתו של הלוח, ובזה מדוייק לשון תי' הגמ' הכא הא הימניה, והיינו דשורש הנידון הוא אם יש לנו אנ"ס דהלוה לא יפרע רק בפני עדים או לא, ואינו תלוי בדעתו של לוח, אלא אי הימניה המלוה או לא.

ב) עי' ברשב"א וריטב"א דבארו דלר"א צריך לברר ע"י עדים דפרע, ולשמואל נאמן אף במיגו, ובטעמא דר"א בארו דכיון דהלוהו בעדים הרי"ז כאילו פירש להדי' דלא יהא נאמן רק ע"י עדים, וכ"כ תוס' ב"ב מ"ה ב', [ולפי"ז אם רק העדים ראו את ההלואה, אבל לא יחדם לא חשיב כהתנה, ומדוייק לשון הגמ' לא לדידי' הימניה, דהיינו דהוא יחדם ולא האמינו], ובטעמא דשמואל ביאר הריטב"א דפליג וס"ל דמלוה חבירו בעדים אי"צ לפרוע בעדים, ולפי"ז לא בעי' לדין דמיגו, אלא דנאמן בטענת פרעתי, אולם ברשב"א ביאר דטעמא דשמואל דכיון דלא התנה בפירוש דלא יפרענו רק בעדים, נאמן בפרעתי משום מיגו, וצ"ב למאי הוצרך הרשב"א אליבא דשמואל לטעמא דמיגו, וצ"ל דס"ל דאף לשמואל איכא ריעותא בהא דאינו פורע בעדים.

ג) הנה הרשב"א כתב דע"כ לר"א אינו נאמן לומר דפרעתי בפניהם והלכו, דא"כ יהא נאמן אף בטענת פרעתי לחוד במיגו, והוכיח כן מלישנא בתרא בהתנה אל תפרעני אלא בפני עדים, ויל"ע דהא חזי' אליבא דשמואל בל"ב דאעפ"י דנאמן לומר דהלכו, מ"מ אינו נאמן במיגו, וכמבואר ברשב"א להלן, וא"כ ה"ה לר"א בל"ק דחשיב כהתנה נימא דאעפ"י דנאמן לומר דהלכו כיון דנתקיים התנאי, מ"מ אינו נאמן במיגו.

ולכאור' מוכח דאעפ"י דגם בל"ק הוי כהתנה מ"מ הם חלוקים, דהיכא דרק הלוהו בעדים ולא התנה להדי', כל החסרון הוא דאינו מאמינו בטענת פרעתי, וכיון דכל החסרון הוא רק בנאמנות שפיר מהני בירור דמיגו, ולכך הוכיח הרשב"א דע"כ דלר"א אינו נאמן בהלכו, אבל בל"ב דהתנה להדי' דיפרענו רק בפני עדים, לא מהני מיגו, דמה יועיל לנו הבירור דמיגו, סו"ס לא נתקיים תנאו, אולם א"כ צ"ב מה הוכיח הרשב"א מל"ב, וצ"ב.

ד) עי' בר"ן דביאר דטעמא דר"א דכיון דרואה דאינו מאמינו אלא מלוהו בעדים, הרי הוא ירא לפרוע שלא בעדים כיון דאינו מאמינו, ואעפ"י דיכול לטעון פרעתי, מ"מ הוא חושש מלעז, וממילא ע"כ דהוא משקר, [וצ"ב להר"ן לשון המשנה "מפני שצריך ליתנו בעדים" הרי אי"צ אלא הוא סברא דאינו נאמן], ומה"ט ביאר הר"ן במתני' דיכול להתנות אף אחר הלואה, ולא אכפ"ל בקבלת הלוח, אלא בהתראת המלוה, אבל שמואל ס"ל דאעפ"י

דבאומר פרעתי בלא עדים ריע טענתיה ואינו נאמן, מ"מ הרי יכול לומר פרעתי בפני עדים והלכו, וממילא הוא נאמן בטענת פרעתי במיגו, וצ"ב אמאי באמת ר"א פליג הא אינו סותר את התנאי, ומוכח דודאי ר"א מודה דנאמן לומר דהלכו, אלא דאינו נאמן במיגו, ועיקר פלוגתייהו הוא הוא רק אי נאמן במיגו או לא, אולם עדיין צ"ב אמאי מהני באמת מיגו הרי סו"ס איכא אנ"ס דלא יפרע רק בעדים.

אולם עי' בר"ן בל"ב דמתחילה נקט דלר"א אינו נאמן בטענת פרעתי והלכו, ורק אח"כ ביאר דפליגי רק בדין מיגו, וצ"ב כנ"ל אמאי אינו נאמן, הא אי"ז סותר את ההוכחה, וצ"ב.

ועי' במל"מ פט"ו מו"ל ה"א דהק' על הר"ן דא"כ אמאי באמר אל תפרעני אלא בפני פו"פ, ופרע בפני אחרים והלכו ומתו חייב, הרי לא שייך בזה אנ"ס, וע"ש עוד דנפק"מ במודה המלוה דפרע מקצת בלא עדים, אי נאמן השתא התוה על כל ההלואה דפרעה בלא עדים או לא, וכתב דלהר"ן ודאי דלא שייך בזה הסברא דאנ"ס, ע"ש.

ה) עי' בבעל התרומות ריש שער כ"ה דביאר לל"ב דטעמא דאי"צ לפרוע בעדים משום דאעפ"י דהמלוה לא האמין בי, מ"מ הלוח האמין בו ולא חשד בו דיטען ממנו שוב לפרוע, ומשמע דבא לאפוקי מהסברא דל"ק, וזה א"ש להר"ן דטעמא דל"ק משום דאיכא אומדנא דלא פרע לו בלא עדים, אבל להרשב"א דטעמא משום דהוי כהתנה, אינו שייך לסברא זו, אולם בל"ב ביאר בעה"ת שם דאינו מדין אומדנא, אלא הוא דין תנאי.

### לישנא בתרא

א) בתי' קמא דתוס' מבואר דפליגי שמואל ור"פ אי נאמן במיגו, ויל"ע האם ר"א פליג על המיגו, או דס"ל דאינו נאמן לומר דהלכו למדה"י, ובפשוטו כצד ב' וכדמשמע בגמ' דר"א אזיל כת"ק, ולת"ק ודאי אינו נאמן כלל אלא בראיה.

ב) ובתי' בתרא דתוס' כתבו דלשמואל נמי אינו נאמן במיגו, וקו' הגמ' דמשמע מלשון המשנה דצריך לברר בפני עדים, וכתבו דקצת משמע כן בכל הסוגיא, ועי' מהרש"א דכוונתם דל"ק ע"כ צריך לפרוע בעדים היינו דצריך לברר, דאל"כ במאי פליגי, [וצ"ב הא י"ל דפליגי אי נאמן במיגו, ומוכרח מהמהרש"א דלתוס' ודאי אין לפרש דפליגי רק בדין מיגו], ועוד הוכיח מהרש"א מל"ב, דהא רב אחא פריך דילמא בשעת תביעה קאמר וביאר רש"י דכל דרק הלוהו בפני עדים ס"ל לריב"ב דיכול לומר פרעתי בפני פו"פ והלכו למדה"י, ואי נימא דר"א ס"ל דמלוה בעדים אי"צ לפרוע כלל בפני עדים, הרי נמצא דר"א דלא כמאן, ואמאי פריך רק לשמואל, וע"כ דאף לר"א מלוה בעדים צריך לפרוע בפני עדים, אלא דאין צריך לברר, ובהתנה צריך לברר, וכדברי תוס' בתי' בתרא דלשמואל לא מהני מיגו, מבואר אף ברשב"א ובריטב"א, והביאו לזה עוד ראיה לפי גרסתם בקו' הגמ' דאי לא אמר פרעתי בפניהם והלכו פשיטא, ע"ש.

ג) ועי' בר"ן דביאר לל"ב דבלא תנאי אינו מתיירא מלעז דהכל יודעים דאינו צריך לפרוע בעדים, אבל בהתנה ריע טענתו כיון דאינו עשוי לפרוע שלא בעדים, ושמואל ס"ל דנאמן לומר דהלכו וממילא נאמן נמי

לומר דפרעתין אף בלא עדים, ויתכן דר"א מודה דנאמן בהלכו ופליג על המיגו, ונראה דהר"ן אזיל לשי' דכל הנידון משום ריע טענתו, ולכך מספק"ל דיתכן דפליגי רק לגבי המיגו, אי הוי מיגו במקום עדים או לא.

והנה הרמב"ם הוכיח כגרסת הספרים דלר"פ נאמן לומר דהלכו מחמת הסברא וכי יאסור העדים בבית הסוהר, ותמה בש"ך סי' ע' ס"ק ט"ו דהא רב אסי ות"ק דריב"ב נמי ס"ל הכי, ונקשה עלייהו מסברת הרמב"ם, ועי' בלח"מ דיישב דס"ל להרמב"ם כהר"ן דפלוגתיהו רק בדין מיגו, אולם עדיין צ"ע קו' הש"ך מת"ק דריב"ב דקאמר דצריך להביא ראיה, וצ"ע.

### **בטעמא דאינו נאמן במיגו**

הנה בטעמא דאינו נאמן במיגו, מצינו כמה סברות בראשונים - ברא"ש סי' י"ג ביאר דיותר נוח לו לומר דפרעתי ביני לבינך משום דשכחתי את התנאי, מלומר פרעתיך בפני עדים והלכו או מתו, כיון דיאמרו העולם הרוצה לשקר ירחיק עדותו.

ובר"ן כתב משום דהוי מיגו במקום עדים, כיון דאיכא אנ"ס דאינו עשוי לפרוע בלא עדים.

ועי' היטב ברשב"א בתחילת דבריו דכתב דאינו נאמן אלא באומר פרעתיך בפני פו"פ והלכו, אבל באומר פרעתיך בפני עדים והלכו או מתו אינו נאמן, משום דחיישי' דהוא משקר, והוסיף הרשב"א דכ"ש דאינו נאמן לומר פרעתי ביני לבינך במיגו, ועי' במ"מ פט"ו ה"ב דביאר בכוונת הרשב"א דליכא מיגו משום דלא יטען כן כיון דחושש שמא יבואו העדים ויכחישוהו, וזהו דכתב הרשב"א דכיון דאינו נאמן אלא באומר פרעתי בפני פו"פ, ולא באומר סתם פרעתי בפני עדים, משו"ה לא שייך מיגו, דודאי לא יטען כן דהא חושש שיבואו, אולם אח"כ כתב הרשב"א דע"כ לא שייך בזה מיגו דא"כ תנאיה למאי אהני, וכל תנאי שבממון קיים, ועי' במיוחסות סי' צ"ז דביאר טפי דקיבל על עצמו שלא יהא נאמן לומר דפרעתי ביני ובינך, ולכך לא מהני אף במקום מיגו, ע"ש, ואח"כ כתב עוד טעם משום דהשתא אינו יכול להכחישו, וכדביאר במ"מ לדברי הרשב"א.

ובמ"מ שם כתב לתרץ "שהרי הוא מודה שלא קיים התנאי ולפיכך צריך לקיימו, דהא איהו מחייב נפשיה בקיום התנאי דאמר דלא קיימיה וכיון שלא נתברר שפרע אמרין ליה מחייב את לקיום תנאך", ובש"ך סי' ע' ס"ק י"א כתב דדבריו צ"ב, ולהלן נבאר השיטות בזה בעזה"י.

### **שיטת הרא"ש**

א) בעיקר דברי הרא"ש, הנה בכנה"ג כללי מיגו כתב דלמדנו מהרא"ש דלא אמרי' מיגו בירא, ובתומים כללי מיגו אות ל"ז הק' ממ"ד דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ונאמן לומר פרוע במיגו דמזוייף, ולפי הרא"ש הא ירא שמא יבואו העדים ויעידו דאינו מזוייף, ותי' בבית הלוי ח"ג סי' מ"ב אות ג' דאין כוונת הרא"ש



דימצא דהוא שקרן, אלא דע"י העדים הוא יתחייב, אבל בשטר אם יבואו עדים לא יהא נאמן לא בפרוע ולא במזויף, וצ"ב הרי הרא"ש כתב כן לגבי מת, והתם לא שייך הסברא דאם יבואו יתחייב, וע"כ דהוא סברא בפנ"ע דירא מחמת דיאמרו דרוצה לשקר.

(ב) עי' ברשב"ם ב"ב מ"ה א' ד"ה אלא כתב דליכא מיגו משום דירא דימצא שקרן דיבואו העדים מדה"י ויאמרו להד"ם, ועי' ברשב"א שם בע"ב דכתב דלמדנו מהרשב"ם דאם אומר דהעדים מתו אינו נאמן, דאל"כ אכתי יהא נאמן במיגו דהיו ומתו, וכן מבואר ברשב"א בסוגיין, אולם עי' ברא"ש שם סי' מ"ו דכתב דליכא מיגו כי יאמרו דהוא משקר ולכך אומר דמתו, וכנ"ל, וכן מבואר ברא"ש בסוגיין, ועל קו' התומים י"ל דהוא מדין הפה שאסר, ואכ"מ.

### שיטת המ"מ

(א) בעיקר דברי המ"מ מצינו ג' ביאורים באחרונים בכוונתו - א) עי' בש"ך סי' ע' ס"ק י"א דהביא לדברי הר"ן וכתב "ואולי גם הרב המגיד כוון לזה" וכן עי' ברע"א קידושין מ"ג ב' דכתב בכוונת המ"מ "ומיגו במקום עדים הוא דאנ"ס דכשלוה בעדים לא יפרע איניש אלא בעדים ולו יהא דמיגו טוב הוא, מ"מ הטענה שטוען השתא דפרוע שלא בעדים זו א"א להמנינהו מחמת דאנ"ס" וזה כהש"ך, [ואולי יש ט"ס בדברי רע"א וצ"ל "הר"ן"], אולם צ"ב דהרי המ"מ ביאר לעיקר הדין דמהני בע"כ משום דינא דעבד לזה, ולא משום אנ"ס. (ב) עי' ברע"א כתובות פ"ז ב' דביאר לדברי המ"מ "והיינו דהוי כעין נאמנות דקיבל עליו להאמין המלוה כ"ז שלא יפרע בעדים" והיינו דאיכא תנאי דאינו נאמן, ומיגו בכלל, וע"ש דמה"ט אין ע"א מחייבו שבועה, [ולהלן יתבאר כן בכוונת הרשב"א]. (ג) עי' גדרו"ת שער כ"ה ח"ב אות ב' דביאר לכוונת המ"מ "וכונתו מבוארת דהמגו אינו מועיל אלא לאמת טענתו כשאנו מסופקים אי משקר או לא אנו אומרים מה לו לשקר דאי בעי הוה אמר טענה אחרת יותר טובה ומדלא טען אלא הכי ש"מ קושטא קאמר, אבל הכא אין המגו מועיל משום דטעם חיובו הוא מפני שלא קיים התנאי וכשהוא מודה כן בטענתו אפילו נחזיקנה לאמיתית מטעם המגו מה בכך הרי הוא מחוסר קיום התנאי" ומבואר דהוא תנאי בקיום הפרעון.

(ב) ועי' בגדרו"ת דתמה דא"כ אמאי מבואר ברמב"ם דבאומר אל תפרע אלא בפני אלו, ופרע בפני אחרים פטור, הרי הוא מודה דלא קיים תנאו, ומה אכפ"ל דאיכא עדים על הפרעון, הרי גם היכא דאיכא מיגו הוא נאמן, אלא דמ"מ חייב משום דלא קיים תנאו, ותי' דהמ"מ כתב בתו"ד "וכיון שלא נתברר שפרע" וביאר הגדרו"ת דכוונתו לומר דשאני התם דכיון דאיכא עדים דנתן לו כסף, הרי יכול לומר לו תחזירם לי ואפרע לך כפי התנאי, אבל הכא הרי אף דנאמינו א"א להוציא ממנו את הממון כיון דהוי מיגו להוציא, ואינו יכול להוציא אלא כשיש בירור של עדים שפרע, וצ"ב דאינו צריך להוציא ממנו את הכסף, אלא כיון דנאמן במיגו דנתן לו כסף הרי יכול לומר דעכשיו יהיו אלו לפרעון, וכה"ג אי"ז מיגו להוציא, וראיה לזה דהנה בשו"ע סי' ע"ה ס"ז פסק דבתובע מנה לי בידך ואמר לו הנתבע יש לי בידך כנגדו כסות או כלים, פטור משבועה התורה וחייב בשבועת היסת, ועי' בש"ך ס"ק כ"ג דנאמן במיגו דפרעתי, וכ"כ בביאור הגר"א ס"ק כ"ב, וצ"ע לדברי

הגדו"ת אמאי אינו מיגו להוציא, הרי כל מה דאנו יודעים דיש לו פקדון ביד המלוה הוא מחמת טענתו, ומכח טענתו הוא נפטר מחובו, והוי מיגו להוציא.

ואמרו כמה מבני החבורה נ"ו ליישב דשאני התם דאנו מקבלים לדבריו כפי מה דהוא אומר, וכשטוען דאית ליה פקדון בידו והפוכי מטרותא, הרי"ז טענת פרעתי, אבל הכא דהא מחוייב בתנאי לפרוע בפני פו"פ, ואינו יכול לומר לו הפוכי מטרותא רק בפני עדים, וממילא מתחילה אנו מחוייבים לדון דיש ללוה ממון בידי המלוה, ורק אח"כ מצי טעין דיהא לפרעון, ושפיר הוי מיגו להוציא.

אלא דעיקר דברי הגידו"ת צ"ע, דהא מבואר בגמ' דבהתנה א"ת אלא בפני תרי דתנו, ופרע בפני אחרים, דאם המלוה מודה דקיבל את הפרעון, אלא דתופס אותו לפקדון אינו נאמן, ופטור הלוה, וא"כ ה"ה הכא כיון דנאמן דפרע בינו לבינו, אעפ"י דלא קיים התנאי יהא פטור, וצ"ע.

ג) עי' שו"ע סי' קל"ג ס"ב לגבי פקדון בהתנה אל תחזיר לי אלא בעדים, וטוען הנפקד דהחזיר דנאמן במיגו דנאנסו, והוא מחלוקת ר"ח ור"ת בתוס' ב"ב מ"ה ב', ועי' סמ"ע סק"ו דלטעם הרא"ש דירא דיאמרו הרוצה לשקר וכו' הרי הכא כיון דנאמן בטענת נאנסו לא שייך האי סברא ושפיר נאמן במיגו, אולם בש"ך סק"ב העיר דאי נימא דטעמא כהר"ן משום דאיכא אנ"ס מחמת דהתרה בו אף בכה"ג לא יועיל המיגו, וא"כ קשה מ"ש ממלוה דפסק המחבר דליכא מיגו, ובביאור הגר"א סי' ע' ס"ק ט"ו בליקוט כתב דלטעם דירא מהני מיגו דנאנסו, ולטעמא דהר"ן והמ"מ לא מהני מיגו כיון דסו"ס לא קיים תנאו, ע"ש היטב.

אולם עי' בקצוה"ח סי' קל"ג סק"ב דיישב סתירת השו"ע עפ"י סברת המ"מ, דדוקא גבי הלואה דכל שלא נתברר דפרע נשתעבד בקיום תנאו, אבל בפקדון כל דהגיע הפקדון לידי הבעלים ליכא שעבוד על קיום התנאי, דלא גרע מנאבד באונס, ולכאו' כוונתו דהיכא דהגיע לידו בלא קיום התנאי הוא כעין אונס, אולם בנתה"מ שם תמה על הקצוה"ח דהא גם בהלואה הוא נפטר, אלא דחייב משום דחייב את עצמו, וה"ה בפקדון חייב עצמו כל דהחזיר שלא בעדים, והוי כחייב עצמו על אונס זה, עכתו"ד.

ולכאו' נראה, דאי נימא דכוונת המ"מ כהגדו"ת דהוא תנאי בפרעון דכלא קיום התנאי אין ע"ז שם פרעון, הרי לגבי פקדון י"ל דכיון דיסד בקצוה"ח סי' קצ"ח סק"ה וסי' פ"ו סק"ד ובמשובב שם, ובסי' ש"מ סק"ד דליכא דין השבה בפקדון, הרי כל דהחזיר לו אתה חפץ, בטל קיום התנאי, [אולם בלשון הקצוה"ח דדן מדין אונס, אין נראה כן בכוונתו, אולם יש לדחוק כן בלשוננו], אולם אי נימא כהנתה"מ סי' פ"ו סק"א וסי' ש"מ סק"ג דאיכא חיוב השבה בפקדון, הרי אף בפקדון י"ל דכל דלא נתקיים תנאי ההשבה, עדיין לא פקע מיני' דין שומר, וכן אי נימא דלפי המ"מ הוא תנאי בנאמנות, הרי אין לחלק בין הלואה לפקדון דבתרוייהו אינו נאמן, ולכך ס"ל להנתה"מ והגר"א דליכא מיגו בפקדון לפי המ"מ.

ד) עי' אבי עזרי פט"ו מו"ל דיסד דדין שטרך בידי מאי בעי אינו מדין ראייה אלא דהוי כהתנה אל תפרעני אלא בפני פו"פ, ולפי"ז תמה על המ"מ דמחמת התנאי לא מהני מיגו, דא"כ אמאי מבואר ב"ב ע' ב' דמפקיד בשטר נאמן בהחזרת מיגו דנאנסו, וקשה הא היכא דהתנה ליכא נאמנות של מיגו, ועי' באבי עזרי דיישב דרך היכא דהנידון שיהא נאמן במיגו דהיה טוען טענה של קיום התנאי אינו נאמן דא"כ בטל לעולם התנאי,

אבל היכא דהמיגו הוא בדבר דאינו קיום התנאי שפיר נאמן, עכתו"ד, והנה מלבד דעיקר הסברא אינה מובנת, גם בדברי הגר"א הנ"ל מבואר דאינו כן, וצ"ע.

### שיטת הרשב"א

א) במה דכתב הרשב"א, יל"ע אם כוונתו כהמ"מ להבנת הגדרות דהוא תנאי בפרעון, וממילא אינו נאמן כיון דמודה דלא נתקיים התנאי, דהנה לכאור' לפי המ"מ היכא דטעין פרעתי בפני עדים והלכו למדה"י או מתו הוא ודאי פטור, כיון דנתקיים תנאי הפרעון, אולם הרי הרשב"א כתב דאינו נאמן, ואפ"ל דבטענת פרעתי בפני עדים והלכו או מתו איכא חשש משקר ואינו נאמן כלל בטענה זו, ומה"ט אף במיגו דהיה יכול לומר פרעתי בפני פו"פ והלכו, אינו נאמן, משום דירא, וכמבואר במ"מ, אולם עי' היטב ברשב"א בתשו' שם דביאר דטעמא דאינו יכול לומר פרעתי בפני עדים משום דכל התנאי היה כדי שהלוח לא ידחה אותו, ואם מייחד לו עדים הוי דיחוי בעלמא, ומבואר דאינו משום חשש משקר, וא"כ אי נימא כהמ"מ תקשי אמאי לא מצי טוען כן הא אי"ז סותר את התנאי.

ב) וע"כ מוכרח דאין כוונת הרשב"א דהוא תנאי בפרעון, אלא הוא תנאי בנאמנות, וכדמשמע מלשונו של רע"א, ומה"ט ס"ל לרשב"א דאינו נאמן במיגו, דהא זה גופא היה התנאי דלא יהא נאמן בטענת פרעתי כ"ז דלא יביא עדים, אלא דאם טוען פרעתי באופן דיכול להתברר כמו בפרעתי בפני פו"פ והלכו למדה"י, שפיר נאמן כיון דהוי טענה דיכולה להתברר, אבל באומר פרעתי בפני עדים דהוי טענה דאינה יכולה להתברר, אינו נאמן.

ג) עי' בב"י סי' ע"א מחודש כ"ג דהביא משו"ת הרשב"א ח"ד סי' ס"ח דנשאל אם לגבי פקדון נאמן לומר החזרתי מיגו דנאנסו, וכתב הרשב"א דהא האמינו כב' עדים כשרים, והרי אילו באו ב' עדים והעידו דלא החזיר אינו נאמן במיגו דנאנסו כיון דהוי מיגו במקום עדים, וה"נ כיון דהודה דלא נאנסו, והרי האמינו על החזרה, ומשו"ה אינו נאמן כלל, וצ"ב למאי הוצרך למיגו במקום עדים, תיפו"ל משום דבכלל התנאי דלא יהא נאמן במיגו כלל, [והרי מיגו דנאנסו אינו מיגו בעיקר הנאמנות], וצ"ב.

### מיגו בעיקר הנאמנות

א) עי' בסמ"ע סי' ע' ס"ק י"א דמייירי דאיכא עדים על התנאי דאל"כ יהא נאמן במיגו דלא היה תנאי, וכ"כ בש"ך סק"ח בשם המ"מ, ועי' קצוה"ח ס"ק ד' דהביא בשם הכנה"ג דסגי במה דהלוה מודה דהתנה כן, דתו ליכא מיגו, כיון דהוי מיגו במקום אנ"ס דלא פרעו, אולם הנה כ"ז להר"ן דטעמא משום דריע טענתו, אבל לטעמא דהרא"ש הרי לא שייך הכא טעמא דירא, דהא היה יכול לומר דלא היה תנאי, ולדברי הרשב"א לכאור' נמי י"ל דכיון דמודה דהיה תנאי דלא יהא נאמן במיגו, הרי לאחר דהודה אינו נאמן במיגו, אולם

באמת דכדברי הסמ"ע מבואר להדי' בדברי הרשב"א במיוחסות, ע"ש בסו"ד, וצ"ב הרי לפי הודאתו אינו נאמן במיגו.

והנה מצינו כע"ז בסי' ע"א סעיף א' לענין שטר שיש בו נאמנות כיון דהוא רק כת"י נאמן לומר פרעתי מיגו דמזוייף, ומבואר ברמ"א שם לגבי התנה שיהא נאמן כב' עדים, דאפילו היה ללוה מיגו דהיה יכול לפטור עצמו בטענה אחרת אינו נאמן, ועי' בסמ"ע שם ס"ק ה' דאפשר לחלק דבדין הראשון הוי מיגו בעיקר הנאמנות, משא"כ היכא דיש עדים על הנאמנות, אולם העיר דבתשו' הרשב"א מבואר דיש חילוק בין האמינו כתרי או לא, ובש"ך סק"ד נקט לעיקר כחילוק קמא דהסמ"ע, וכן נקט הגר"א, ועי' בנתיב"מ סק"ד דביאר לסברת החילוק דהיכא דהוא מיגו בעיקר הנאמנות, הוא פטור מדין הפה שאסר, [ועי' היטב בלשונו דהנתיב"מ דמבואר דגדר הדין דפה שאסר הוא דחשיב כאילו לא אמר לחובתו דאנו מקבלים מדבריו דהוא זכאי, וי"ל דזהו נמי כוונת הרשב"א במיוחסות דהוי שטר ושוברו עמו, דכל דהוא מודה על התנאי נאמן מדין הפה שאסר, וצ"ב, [ובריטב"א מכות ג' א' כתב דבאומרים העדנו אמת והוזמנו בעידי שקר, ונתחייבנו, פטורים מדין הפה שאסר].

ב) ולדברי המ"מ דאינו נאמן לומר פרעתי ביני לבינך במיגו משום דמודה דלא קיים התנאי, יש לדון דלא יועיל מיגו הכא אעפ"י דהוא על עיקר הנאמנות, ומשום דבשלמא לרשב"א דע"ד כן התנה דהמלוה יהא נאמן, הרי כיון דהוא המעיד על הנאמנות הוא נאמן כנגדו, אבל לטעמא דהמ"מ דאעפ"י דנאמן, מ"מ חייב משום דמודה דלא קיים תנאו, הרי ה"ה הכא סו"ס הוא מודה דלא קיים תנאו.

ג) אולם הנה הראב"ד השיג על הרמב"ם דיש לקיים ב' הגרסאות דאם יש עדים על התנאי אינו נאמן, ואם אין עדים על התנאי הוא נאמן, וכ"כ בהשגות על הרי"ף [עמ' 32 בדפוס וילנא], ותמה במ"מ דא"כ ודאי הוא נאמן במיגו דלהד"מ ולא יתכן דנחלקו בזה אמוראי, וצ"ב דאם הגרסא דנאמן מיירי דליכא עדים על התנאי, הרי תקשי אמאי אינו נאמן לומר דפרעתי בלא עדים במיגו דלא היה תנאי כלל.

ד) ולכאור' י"ל דס"ל להראב"ד גם לטעם הרשב"א וגם לטעם הר"ן, ולכך היכא דליכא עדים על התנאי, ריע טענתו ולא מהני אף היכא דאיכא מיגו, וכמבואר בכנה"ג דהוי מיגו נגד אנ"ס, אבל היכא דאומר פרעתי בפני פלוני ופלוני דלא ריע טענתיה, ורק משום התנאי אתינן עלה וכסברת הרשב"א שפיר נאמן במיגו.

ה) אולם י"ל עוד דס"ל כהמ"מ וכנ"ל דלסברת המ"מ לא מהני מיגו כיון דסו"ס הוא מודה דלא קיים את התנאי, וכן מתבאר בדברי הגדו"ת שער כ"ה ח"ב דין ב' ע"ש היטב בתחילת דבריו בביאור דברי הראב"ד.

ו) אולם א"כ תקשי סתירת דברי המ"מ, כיו דנקט בסו"ד דליכא מיגו, ה"ה בדברי הראב"ד לא יועיל מיגו, אולם יש לחלק בפשיטות דשאני היכא דטוען דלא נתקיים התנאי להיכא דמודה דנתקיים התנאי.

ז) והנה הש"ך הביא ראיה מהמ"מ לדברי הסמ"ע דנאמן במיגו דלא התניתי, וכתב הקצוה"ח סק"ד דליכא ראיה, ולא ביאר כוונתו, ונראה דכוונתו דהנה ראיית הש"ך היא מהא דכתב המ"מ דבליכא עדים ליכא מחלוקת, אולם הנה המ"מ הק' על הראב"ד בגוונא דאומר פרעתי בפני פלוני ופלוני והלכו למדה"י ודאי יהא נאמן במיגו דלא היה כלל תנאי, אולם על גוונא דפרעתי בלא עדים לא הק' דיהא נאמן במיגו משום דליכא עדים על התנאי, וע"כ דלסברת המ"מ ודאי לא מהני מיגו דהא מודה דלא קיים תנאו, והוי מיגו כנגד

אנ"ס וכסברת הכנה"ג, וכל קו' דיהא נאמן לומר דפרע בפני עדים והלכו, דע"ז ליכא אנ"ס, ולכך כתב הקצוה"ח דליכא ראייה מהמ"מ.

ח) ונראה דהש"ך ס"ל דאין חילוק בזה, ומשום דהא דאינו יכול לטעון פרעתי בפני פו"פ והלכו אינו משום חשש משקר, אלא דהתנאי היה דצריך לברר, וממילא מוכח מהמ"מ דבלא עדים נאמן במיגו, אעפ"י דהוא נגד התנאי, אבל הקצוה"ח סבר דהוא רק משום חשש משקר, וכיון דאית ליה מיגו, ונתקיים התנאי נאמן, ודוק היטב.

ט) והנה בקצוה"ח סק"ד הביא דהכנה"ג חולק על הסמ"ע והש"ך דהא מודה דלא קיים תנאו, והוי מיגו נגד אנ"ס, אולם ע"י בהגהות רע"א דכתב על הסמ"ע דכל דברי הר"ן דאיכא אנ"ס הוא רק באופן דהמלוה יכול לברר התנאי, אבל היכא דאין המלוה יכול לברר התנאי ליכא אנ"ס, דהא סמך דאם המלוה יוציא עליו לעז בשעת הפרעון, יכפור הכל דלהד"מ, ומדברי רע"א נלמד דכל מה דנאמן במיגו הוא רק באופן דהתנה שלא בעדים, אבל היכא דהתנה בעדים והשתא אין עידי התנאי לפנינו, כיון דמודה דהיה התנאי בפני עדים הרי הדרינן לסברת הכנה"ג דהוי מיגו נגד אנ"ס.

י) והנה בנתה"מ חידושים סק"ה ציין על דברי הסמ"ע והש"ך הנ"ל לסי' ע"א סעיף א', והנה התם הרי מיירי לגבי דין הימניה דחילק הרמ"א דאי ליכא עדים דהאמינו נאמן במיגו, והתם הא הנידון אי איכא עדים לפנינו דהתנה, ואינו תלוי אם היו עדים בשעת התנאי, וצ"ע בזה.

נמצא דיש לבאר דברי המ"מ בב' אופנים - או דשאני היכא דמודה דטוען דנתקיים התנאי דליכא אנ"ס, או דשאני היכא דמודה בעיקר הנאמנות, דמהני מדין הפה שאסר.

## דעת ר"פ

נחלקו הראשונים האם לר"פ הוא נאמן לומר דהלכו למדה"י או לא, דעת הרי"ף דאינו נאמן, ודעת הרמב"ם פט"ו מלו"ל ה"ב דנאמן, והנה לפי הרמב"ם הרי יוצא דמ"מ אינו נאמן במיגו, ולתי' בתרא דתוס' נמצא דר"פ פסק כשמואל, [ובריטב"א הק' באמת אמאי לא אמר ר"פ הלכתא כשמואל], אולם לתי' קמא דתוס' ע"כ דר"פ פליג על שמואל, ואי נימא דלתי' קמא דתוס' ר"א ס"ל דאינו נאמן לומר דהלכו למדה"י, [עי' לעיל דכן נראה], הרי נמצא דפסק ר"פ חדא כשמואל וחדא כר"א, וכן ע"י ברמב"ן דנקט ג"כ דהרמב"ם פסק בחדא כר"א ובחדא כשמואל, וע"ש דהוכיח כן מלשון הגמ', ולשי' הר"ן דכל המחלוקת של שמואל ור"א הוא רק אי נאמן במיגו, הרי נמצא דר"פ פסק כר"א, וע"י ש"ך סי' ע' ס"ק י"ד דחולק על הר"ן.

ולפי הרי"ף הרי נמצא דפסק ר"פ כר"א, וצריך לפורעו בעדים היינו דצריך לבררו בעדים, והנה לשי' הרי"ף לכאור' לא שייך טעמא דהר"ן בסברת ר"א דריע טענתו, דהא אינו נאמן לומר דהלכו למדה"י, וע"כ דהוא משום תנאי וכמבואר ברשב"א, וצ"ב.

א) עי' בראשונים במתני' דכתבו דתנאי דאל תתנהו אלא בעדים מצי להתנות גם אחר הלואה, דהא מתני' דאל תתנהו וכו' מיירי לאחר הלואה, ועי' בר"י מגאש דביאר לקו' רב אחא ממאי דבשעת הלואה דילמא בשעת תביעה דכוונת הגמ' דכל דהתרה בו קודם התביעה אפילו לאחר הלואה ודאי דחייב, ורק הכא דתובע ממנו פליגי.

וברמב"ן כתב דבאופן דאין הלואה מקבל וטוען דאפרע לך שלא בעדים כדי שלא תתבע ממני אחר שימותו דאינו צריך לפרוע בפני עדים, וצ"ב מה מועיל הא דהלואה מתרצה אחר ההלואה הא ליכא קנין, [ואין נראה דכוונתו לסברת הריטב"א דלקמן, וכן י"ל דסברת הר"ן דאיכא אנ"ס הוא רק כשהלואה מסכים, אולם אין נראה כן בכוונת הרמב"ן], ועוד צ"ב למאי בעי' לטענה דלא יתבע ממנו לאחר מיתה, ומשמע דלולי טענה זו אינו יכול לטעון דלא נתרצה לתנאי, וצ"ב, ועוד צ"ב הרי אי נימא כהרמב"ם דנאמן לטעון דפרעתי בפני פו"פ והלכו, הרי לא יגיע לידי הפסד, דהא יהא נאמן בטענתו, [ואולי מ"מ לא ניח"ל לטעון טענה דנראה כמשקר], וברשב"א במתני' כתב דכיון דעבד ליה לאיש מלוה, אעפ"י דלא קיבל עליו, חייב לפרוע בפני עדים, ואפילו אחר מתן מעות נמי מצי להתנות כיון דע"ד כן הלוהו.

ב) והנה מבואר מהרשב"א דעל שעת מתן מעות פשיטא דיכול להתנות, וצ"ב איך חייל השעבוד, ואין לומר דמדין תנאים אתינן עלה, דהא אי"ז חלות על תנאי, דא"כ אדרבא בטל ההלואה ויכול לפרוע בפני איך דהוא רוצה, [וגם בלא"ה אי"ז ברור דהלואה חשיב כחלות, דהא מלוה להוצאה ניתנה, אולם יש ראיות דבהלואה איכא דין ממוני גבך, ואכ"מ], ולכאור' הוא מדין פרטי המקח, ונתבאר בזה בעניני שכירות, ואכ"מ, אולם לאחר הלואה בעי' לסברא דעבד ליה, אולם עדיין צ"ב לשון הרשב"א דנראה בדבריו דגם לגבי שעת הלואה בעי' לסברא דעבד ליה.

ג) ועי' בריטב"א מ' ב' דהביא לדברי הרמב"ן דאינו יכול לכפותו, אולם הביא דהרא"ם [ולכאור' כוונתו להרי"מ] סובר דיכול לכפותו בע"כ, והביא דשאל את הרשב"א, והשיב לו הרשב"א דנראין דברי הרא"ם במלוה כיון דעבד ליה, אבל לא בפקדון, ותמה הריטב"א דהא איך אפשר להתחייב מטעמא דעבד ליה אחר ההלואה, ולהוסיף עבדות על עבדותו, ובשלמא מדעתו יכול לחייבו מדין בההיא הנאה, אבל בע"כ א"א לחייבו, אולם באמת בדברי הרשב"א מבואר דאי"ז הוספה על עבדותו, אלא דבשעת ההלואה חייל דין שעבוד על הלואה, וממילא אעפ"י דהוא מחייבו רק אח"כ אי"ז הוספת עבדות, אלא בשעת ההלואה הוא מתחייב לשלם כפי רצונו של המלוה.

ד) והנה ברמב"ן לא נתבאר להדי' אי מהני מחאת הלואה גם במתנה המלוה בשעת הלואה, ויש לדייק ממה דכתב בסו"ד "ומשו"ה בעי עדים דהא מעיקרא שלא בעדים נתן לו" ומשמע מדברי הרמב"ן דכל דבריו מיירי רק בכה"ג דמעיקרא נתן לו שלא בעדים והשתא הוא דבא להתנות, ועי' ברא"ש סי' י"א דכתב דבשעת הלואה אי מוחה להדי' מהני, אבל בשתק הלואה סביר וקיבל, דאדעתא דהכי קיבל מעותיו, אבל אחר מתן מעות בעי' שיקבל להדי' ולא סגי בשתק, ובש"ך סי' ע' סק"ט כתב להדי' דלהרמב"ן מהני מחאה בשעת הלואה, אולם עי' בלשון הר"ן בדבריו על המשנה דכתב דהרמב"ן סובר דלאחר הלואה בעי' דיקבל עליו, ומשמע דבזמן הלואה לא בעי' דיקבל עליוף ובריטב"א כתב בשם הרמב"ן דהא דמבואר במתני' דמיירי אחר הלואה, מיירי בקיבל או שתק, ומשמע נמי דבשעת הלואה לא בעי' להא, וכן עי' ברשב"א דכתב להק'

מגרסתו בגמ' דפריך לשמואל אי דלא אמר פרעתי בפני פו"פ והלכו פשיטא, ולהרמב"ן הא איכא חידוש דאף לאחר הלואה אם שתק חייב, ומבואר דבשעת הלואה אינו יכול למחות, וכן מבואר במל"מ פט"ו מטו"נ ה"א דדעת הרמב"ן לא מהני מחאתו בשעת הלואה.

ה) ובפשוטו הטעם דשאני שעת הלואה דעל דעת כן הוא מלווה, ואינו יכול לומר דאינו מקבל את התנאי, משא"כ לאחר הלואה, אולם עי' בתומים סי' ע' סק"ג דתמה דממנ"פ אי מיירי דהלואה מיחה ומ"מ נתן לו המלוה את המעות, הרי ע"כ דהמלוה סבור וקיבל את דברי הלוה, ואי מיירי דבתחילה מיחה ולבסוף חזר המלוה והתנה והלוה שתק, הרי שתיקה כהודאה וקיבל אדעתא דהכי, ועי' בנתיב"מ סק"א דיישב עפ"י דברי הרא"ש, ע"ש, אולם עדיין תקשי להראשונים דבשעת מתן מעות לא בעי' כלל לקבלתו.

ו) עי' בר"ן דכתב בשם הרי"מ והרמב"ם דהא דמהני תנאו אחר שעת מתן מעות משום דאמרי' דהוא משקר, ע"ש, ובאמת דבזה מתבאר לשון הר"י מגאש דכתב דאי"ז שעבוד דיש לחלק בין שעת הלואה לשלא בשעת הלואה, אלא התראה בעלמא הוא, ע"ש, ונראה דכוונתו כהר"ן דע"י דמתרה בו איכא אנ"ס דתו הוא לא יפרע שלא בעדים וכסברת הר"ן, אולם יתכן לומר עוד כוונת הרי"מ דאין הדבר תלוי בשעבוד מצד הלוה, ולצד זה ודאי בעי' קנין, אלא כיון דעבד ליה לאיש מלוה והוא משויעבד למלוה משעת הלואה לפירעון, משו"ה זה תלוי ברצונו של המלוה, וכל דהוא מתרה בו הוא מחוייב לקיים תנאו מחמת עבדותו.

אולם הנה הרי"מ מגאש כתב דא"א לחייב את המלוה בשבועה דלא פרעתיך, אולם אחר הפרעון יכול לחייבו בהיסת, ובפשוטו הסברא בזה דכיון דאיכא אנ"ס דלא פרע לו, אינו יכול להשביעו, ועי' בקצוה"ח סי' ע' ס"ק ד' מהכנה"ג דכיון דאיכא אנ"ס גובה בלא שבועה, אולם צ"ב דא"כ אמאי יכול להשביעו בהיסת, הא אכתי איכא אנ"ס לטובת המלוה, ועוד צ"ב דלכאור' אנ"ס דלא פרע לא עדיף מהראיה דשטרך בידי מאי בעי, ומ"מ יכול להשביעו.

אולם אי נימא דבאמת אינו מדין אנ"ס, אלא הוא מדין תנאי והתחייבות הלוה, שפיר י"ל דבכלל התנאי דלא יוכל להשביעו, דהרי אם יכול להשביעו זה מגרע בכח התנאי, ולכך כל דשילם לו יכול להשביעו בהיסת.

ז) עי' ברא"ש סי' י"א בכל דבריו, ויש להעיר מדוע הוצרך לסברא מיוחדת דאורמ איני רוצה לקבל תנאי שמא אשכח ואפרעך וכו', הא אף לולי הך טעמא אינו יכול לכופו בע"כ לקבל ע"ע תנאי זה.

### בנוסף אחר

הנה יש להסתפק בגדר התנאי דאל תפרעני אלא בעדים, אי הוא תנאי בנאמנות דלא יהא נאמן הלוה רק ע"י שיברר דבריו בעדים, או דאינו תנאי על הנאמנות, אלא הוא תנאי בצורת הפרעון דבעי' דיהא הפרעון מבורר, אלא דממילא אין לו זכות טענה, דהא החוב אינו עומד לפרעון רק בעדים.

ובכתבי הגר"ח העיר בלשון הרמב"ם פי"א מו"ל ה"א דכתב דמלוה חבירו בשטר צריך לפרוע בעדים לפיכך אינו נאמן בטענת פרעתי, וצ"ב דאדרכא משום דאינו יכול לטעון פרעתי צריך לפרוע בפני עדים, וביאר

הגר"ח דגדר הדין באל תפרעני אלא בעדים הוא דאעפ"י דהפרעון עצמו הוי פרעון, מ"מ יש למלוה זכות לומר דלא נפרעתי, וה"ה במלוה בשטר יש למלוה זכות לומר דלא נפרע השטר, ע"ש, ומבואר דהגר"ח נקט דהוא תנאי בנאמנות.

ונראה לבאר בזה כמה מילי -

(א) בהא דנחלקו הרי"ף והרמב"ם אם יכול לומר פרעתיך בפני פו"פ והלכו למדה"י, רנאה דהרמב"ם סבר דהוא תנאי בצורת הפרעון, ומשו"ה יכול לומר פרעתי בפני עדים והלכו, וכטענת הרמב"ם וכי מה היה לו לעשות, אבל הרי"ף סובר דהוא תנאי בנאמנות, ולכך אם טוען דפרעתי בפני עדים והלכו חייב, דסו"ס אינו נאמן אלא בעדים ולא בטענות, וזהא דלרמב"ם אינו נאמן במיגו דומיא דמחילה במיגו דפרעתי, י"ל עפ"י הגדו"ת הנ"ל דהוי מיגו להוציא].

(ב) בהא דנחלקו הרי"ף והרמב"ם באומר אל תפרעני אלא בפני פו"פ, והביא עדים אחרים דפרע בפניהם, אי מהימני או לא, דהרמב"ם דס"ל דהתנאי הוא על צורת הפרעון דבעי דיהא מבורר בעדים אלו, הרי אף דאינו יכול לטעון דפרע בפניהם והלכו, מ"מ כיון דלא פסל את העדים, הרי כל דבאו והעידו דנפרע החוב פטור, דכל התנאי דלא יהא עומד ליפרע באופ"א, אבל אם נפרע פשיטא דפטור, אבל הרי"ף ס"ל דהתנאי הוא על הנאמנות, דרק עדים אלו יהיו נאמנים על הפרעון, ולכך אעפ"י דבאו עדים אחרים אינם נאמנים.

(ג) י"ל דבזה תלוי הנידון אם יכול להתנות בע"כ דלוה דא"ת אלא בעדים, דאי נימא כהרי"ף דהוא תנאי בנאמנות הרי ודאי דאינו יכול לבטל את נאמנותו בע"כ, אבל אי נימא דהוא תנאי בצורת הפרעון, הרי ודאי דהוא יכול לקבוע את צורת הפרעון בע"כ, והנה המ"מ נקט בדעת הרמב"ם דיכול להתנות בע"כ, וא"ש להנ"ל דכיון דהוא תנאי בפרעון, ודאי דמדין עבד לזה מצי לכפות עליו את צורת הפרעון, משא"כ הרמב"ן דחולק ס"ל דהוא תנאי בנאמנות וכנ"ל, ובאמת דבנתה"מ סי' ע' סק"ב כתב דודאי להרי"ף היינו דוקא היכא דקיבל עליו, אבל בהתנה בע"כ יכול לומר לו פרעתיך בפני עדים והלכו, ולהנ"ל א"ש היטב, דלהרי"ף דהוא תנאי בנאמנות, שפיר י"ל דבע"כ אינו יכול לומר כן, ורק צורת הפרעון הוא דיכול לקבוע, ובזה שפיר נפטר ע"י שאומר דפרע בפני עדים כתנאו.

(ד) הרמב"ם תמה על הרי"ף וכי מה היה לו לעדות, ותמה עליו הראב"ד דא"כ תקשי באומר מהימנת לי כבי תרי, וכי מה יעשה, אולם להנ"ל א"ש היטב דשאני התם דהיה תנאי להדי' על הנאמנות ופסל לעדים, ובדאי דליכא קו', אבל הכא דהוא תנאי בפרעון, ואינו פוסל את נאמנות הלוח והעדים, שפיר הק' וכי מה יעשה.

(ה) בתומים סי' ע"א סק"ד הק' אמאי בתנאי דמהימנת לי כבי תרי שלא בשעת הלואה מבואר במ"מ פט"ו מו"ל ה"ג דבעי קנין, ואילו בתנאי דא"ת אלא בפני עדים לא בעי קנין, ולהנ"ל א"ש היטב דהיכא דהוא תנאי בנאמנות ודאי בעי קנין, אבל היכא דהוא תנאי בפרעון, ואינו תוספת שעבוד לא בעי קנין. [ובדעת שאר השיטות עי' בנתה"מ סי' ע"א סק"ו משום דהוי אסמכתא].

(ו) והנה הק' לעיל בביאור דברי הרשב"א מה דהוכיח בל"ק דלר"א אינו נאמן דא"כ יהא נאמן במיגו, והוכיח כן מל"ב, ותמהנו מ"ש מל"ב לשמואל דנאמן לומר דפרעתי והלכו, ואינו נאמן במיגו, ונראה לומר בזה



דלכאו' נראה דיסוד המחלוקת של ר"א ושמואל, הוא בגדר התנאי דאל תפרעני, אי הוי תנאי בנאמנות, או תנאי בפרעון, וממילא אינו נאמן, דאי הוי תנאי בנאמנות, ודאי דאינו נאמן דהלכו, דהא עיקר התנאי היה דלא סמכין על דבריו, אבל שמואל ס"ל דהוא תנאי בצורת הפרעון, ומשו"ה בטוען דפרע בפני עדים והלכו נאמן דהא נתקיים צורת הפרעון, אולם הרי הרשב"א ביאר דאינו נאמן אלא בהלכו פו"פ, דאל"כ חישי' לשקר, ומוכח דלכו"ע הוא תנאי בנאמנות, ומה"ט ליכא מיגו כיון דהמיגו הוא בכלל התנאי של הנאמנות, אולם בזה י"ל דחלוק מלוה בעדים ממתנה אל תפרעני אלא בעדים, דהיכא דמלוה בעדים אי"ז אלא דין בצורת הפרעון, אבל במתנה אל תרעני הוא תנאי בנאמנות, ומשו"ה לל"ק היכא דאומר אל תפרעני לכו"ע אינו נאמן, [עי' לעיל דמוכח כן מתי' קמא דתוס'], דכיון דהוא תנאי בנאמנות גרע ולכו"ע אינו נאמן, ומה"ט בל"ב דודאי הוא תנאי בנאמנות, ופליגי מה הדין באומר פרעתי בפני פו"פ והלכו אי חשיב טפי מטענה בעלמא כיון דיכולים העדים להכחישו או לא, אבל מיגו ודאי לא מהני כיון דהוא תנאי בנאמנות דלא יהא נאמן בטענה, ולל"ק אליבא דר"א הוי תנאי בנאמנות ולכך אינו נאמן לומר דהלכו, אבל שמואל ס"ל דהוי כתנאי בפרעון, ולכך נאמן, וע"ז גופא דן הרשב"א דילמא ר"א נמי ס"ל דמלוה בעדים הוי כתנאי בפרעון וממילא יהא נאמן לומר דפרעתי בפניהם והלכו, וע"ז דחה הרשב"א דא"כ ודאי יהא נאמן במיגו, והביא ראיה דע"כ ר"א בל"ק הוי כל"ב, דהא קתני דלא לדידי' הימניה, ומבואר דהוא תנאי בנאמנות.

## בס"ד

### אל תפרע אלא בפני פו"פ

## מ"א ב'

א) עי' ברש"י דהמלוה טוען דהם עדי שקר, ובארו בתוס' דהוא מדין מהימנות לי כבי תרי, ועי' קצוה"ח סי' ע' סק"ה דדייק מלשון תוס' דאי טוען דפרע בפני העדים דייחד והלכו למדה"י נאמן, דכל התנאי הוא עד שיפרע בפני פו"פ, אולם כתב בקצוה"ח דמלשון הרא"ש דכתב בביאור דברי רש"י דאין נאמן עד דיעידו ראובן ושמעון, מדויק דאף דטוען דפרע בפני העדים דיחדם והלכו אינו נאמן.

אולם באמת יתכן דתוס' כתבו כן משום דס"ל כהרמב"ם דבטוען פרעתי בפניהם והלכו נאמן, ולכך אף הכא נאמן לומר דפרע בפני העדים דיחד והלכו, ויתכן דהרא"ש כתב כן רק לפי השיטות דבאומר אל תפרעני אינו נאמן לומר דפרעתי בפניהם והלכו, ולכך ה"ה הכא אינו נאמן, וצ"ע בזה, ועי' היטב בפרישה סי' ע' אות ז' דהביא מהרמב"ן במלחמות מ"ב א' ובעה"ת שער כ"ב ח"ג דין ב' דאינו נאמן.

ב) ובתוס' בארו דמיירי בטוען דפרעתי בפני פו"פ והלכו למדה"י, וקמ"ל רבא דחייב, והביאו דכן דעת ר"ח, וכן הוא דעת הרמב"ם פט"ו מו"ל ה"א וסוף ה"ב, ומה דדימו התוס' לדין הימני' כבי תרי, עי' ברמב"ן והרא"ש סי' י"ד דתי' דשאני הכא דלא אמר להדי' דהוא פוסל את האחרים.

עי' בשו"ע סי' ע' ס"ד דבטוען פרעתי בפני מי שיחדת ומתו או הלכו נאמן, ועי' בגליון רע"א דנסתפק באופן דמתו העדים דיחד, אי נאמן השתא לומר דפרעתי בפני אחרים ומתו במיגו דהיה טוען דפרעתי בפני מי שיחדת ומתו או לא, וכתב דלסברת הר"ן דאיכא אנ"ס דלא יפרע שלא בעדים, הרי אף כה"ג איכא אנ"ס,

אבל לטעם הרא"ש דהרועה לשקר ירחיק, הרי גם בטוען דפרע בפני העדים דיחד ומתו נמי מרחיק עדותו ומ"מ נאמן, אולם הביא מהט"ז דבטוען פרעתי ביני ובינך נאמן דלא היה יכול לקיים את התנאי, [אולם בנתה"מ סק"ג חלק על הט"ז כיון דהיה צריך לפרוע בפני ב"ד], ובהגהות אמרי ברוך דן לומר דכיון דכ"ז שלא מתו לא היה נאמן במיגו, א"כ כבר ריע טענתו, ע"ש.

(ג) עי' ברי"ף דכתב דיש מי דביאר דמיירי דאין העדים שפרע בפניהם לפנינו, ואם יבואו יהא חייב להחזיר לו, והרי"ף חולק דכוונת הגמ' להוסיף על דברי ר"פ דבאמר פרעתי בפני עדים והלכו למדה"י דאינו נאמן, אולם אם יבואו העדים דפרע מהימני ופטור, ורבא אשמועי' דאעפ"י דטוען דפרע בפני עדים אחרים ובאו עדים דפרע בפנינו, אינם נאמנים כיון דקיבל עליו לפוסלם, וכ"כ הר"י מגאש, [וכן הוא דעת רש"י לביאור התוס'].

(ד) ועי' ברמב"ם דכתב דהרי"ף יצא לו כן מחמת דגרס בדברי ר"פ דבאומר פרעתי בפניהם והלכו אינו נאמן ולכך הוצרך לומר דרבא אשמועי' דאף אם באו העדים חייב, והרמב"ם לשי' דגרס בדברי ר"פ דנאמן שפיר ביאר דרבא אשמועי' דכה"ג אינו נאמן דהלכו, ועי' בר"ן דביאר דטעמא דאינו נאמן משום דריע טענתו, דומיא הא דאמר פרעתי ביניך לבינך דריע טענתי, ויש להוסיף דהר"ן פי' כן לשי', אולם גם להשי' דטעמא דאינו נאמן דפרעתי ביני לבינך משום דתנאי שבממון קיים, נמי י"ל דהיכא דהתנה דאל תפרעני אלא בפני פו"פ ופרע בפני אחרים אינו נאמן כיון דזה סותר לתנאי, אבל אי אמר פרעתי בפניהם והלכו נאמן כיון דהוא בכלל התנאי.

(ה) ובתוס' הביאו דדעת ר"ח כהרמב"ם, וכ"כ בפי' ר"ח, אולם בסוגיא דלעיל גרס בדברי ר"פ כהרי"ף דאינו נאמן, אולם הרא"ש סי' י"ד כתב דלר"ח ע"כ גרסי' בדברי ר"פ דנאמן, אולם עי' ברמב"ן דדחה לראיית הרי"ף דבדינא דר"פ ממתנים לו עד זמן שראוי להביאם, אבל בדינא דרבא מהני תנאו כדי שלא יוכל לדחותו להמתין עד שיבואו עדים, וכ"כ הר"ן, ועי' בלשון הרי"ף דכשהביא ל"א כתב "איכא מאן וכו' דהנך סהדי ליתנהו גבן דלא נטרינן להו עד דאתו ומסהדי וכו'" ומבואר להדי' כדברי הרמב"ן, ועי' גדו"ת בזה.

והנה הרמ"א בסעיף ד' הביא מהמרדכי דכל דלא פרע בפני העדים דהתנה עמו, יכול לומר לו סטראי נינהו, ועי' בש"ך ס"ק י"ט דתמה דיתכן דכל דברי הרמ"א קיימי לשי' הרי"ף דהעדים פסולים, ולכך יכול לומר סיטראי, אבל להרמב"ם דהעדים נאמנים, מהיכ"ת דיוכל לומר סטראי כנגד העדים, והנה להרמ"א יש ליישב עוד דברי ר"ח דהכא קמ"ל דיכול לומר סטראי נינהו, משא"כ בדינא דר"פ, ולק"מ דרבא אשמועי' חומרא ולא קולא.

(ו) הרמב"ן הביא ראייה להרי"ף מלשוננו של אביי באפי תרי א"ל באפי תרי פרעיה, דמשמע דידוע עפ"י עדים אחרים דפרע ומ"מ חייב, אולם עי' בריטב"א דדחה דהרמב"ם גרס אזל פרעיה בין דילי' לדילי', [אולם הרמב"ם כתב כן להדי' רק על הגמ' דלהלן], ועי' ברשב"א.

ובעיקר סברת אביי יל"ע, דבשלמא להרי"ף דמיירי דבאו עדים אחרים דפרע בפניהם א"ש סברת אביי דפטור משום דהא איכא עדים, אבל אי נימא כתוס' דהנידון בטוען דפרע בפני אחרים והלכו, אמאי סבר אביי דפטור, הא מודה דלא קיים תנאו, וי"ל.

ז) ובתוס' הק' על רש"י והרי"ף מלישנא דגמ' כי היכי דלא לדחי', ולרש"י היה לו לומר הא פסלינהו, ועי' ברמב"ן דיישב דעיקר כוונתו היא דיפרע בפני אלו העדים המצויים, אלא דממילא הוא חייב לפוסלם כדי לכופו דיפרע רק בפניהם, ע"ש.

ח) עי' בהשגות הראב"ד פט"ו מו"ל ה"א דביאר דמיירי דפסלם עליו, וכי אתו עדים ואמרי דפרע מצי אמר סטראי נינהו, ותמה במ"מ כיון דפסלינהו למאי בעי' לטענת סטראי, ועי' ש"ך סי' ע' ס"ק ט"ז דביאר דאעפ"י דפסלם לגבי פרעון זה, מ"מ יכול לחזור ולתבוע את הממון דנתן לו עפ"י עדים, ועי' הוסיף הראב"ד לטענת סטראי, ועי' מרומי שדה דביאר באופ"א, ועי' להלן בדברי הרי"מ.

ט) עי' בלשון הרי"ף דכתב "וכיון דקביל על נפשיה הדין תנאה תנאי ממון הוא וקיים" אולם בדינא דר"פ באל תפרעני אלא בפני עדים לא הזכיר הרי"ף דבעי' לקבלת הלוח, וכן בר"י מגאש [ד"ה והיכא] כתב דבעי' דהלוח יקבל עליו לפוסלם, אולם לענין אל תפרעני אלא בפני עדים לא כתב דבעי' שיקבל עליו.

והנה לסברת הר"ן דטעמא משום דריע טענתי' משום דאיכא אנ"ס דאינו פורע שלא בפני עדים, א"ש בפשוטו דהכא לא שייך ה"ט, דהא אית לי' עדים דפרע, אולם נראה דאף להרשב"א בריש פרקין דטעמא דלא בעי' דעת הלוח משום דעבד לוח לאיש מלוח, יש לחלק בפשי' דדוקא לגבי בירור הפרעון, יכול לחייבו בע"כ, מדין עבד לוח, אבל לענין לפסול את כל העדים, דאינו נוגע לבירור הפרעון בעי' שיקבל ע"ע, וכ"כ באמרי בינה הלואה ריש סי' ס"ה.

י) עי' במרדכי [תשע"א] דהביא מחלוקת רשב"ט ורבינו יואל אם מתנה אל תפרעני אלא בפני פו"פ בעי קנין או לא, והצד דלא בעי קנין משום דקונה בהנאה דיש לו ממה דיצא עליו קול דהוא איש נאמן, ע"ש, ועי' ש"ך סי' ע' ס"ק ט"ו דכל הצד דבעי' קנין הוא רק להרי"ף דכוונתו לפסול את שאר העדים, וכהא דנאמן כבי תרי דהביא המרדכי דנחלקו אי בעי קנין או לא, אבל להשי' דאינו פוסל לאחרים, לכו"ע לא בעי' מעשה קנין, ולא ביאר החילוק, ולכא"ו הסברא בזה דהיכא דהוא רק תנאי בפרעון הוא נכלל בשעבוד של ההלואה, ולא בעי' קנין, ורק היכא דפוסל את העדים דהוא תנאי נוסף על השעבוד יש צד דבעי' קנין.

א) בחי' הר"י מגאש כתב דכיון דפסל את העדים עליו, אין יכול לחזור ולתבוע עפ"י עדים אלו, דכיון דהעידו על פרעון זה, ולגבי פרעון זה הרי הם פסולים, ממילא א"א לגבות עפ"י עדותם, אולם עי' ברשב"א ור"ן דהביאו מהר"א אב"ד דחולק דיכול לחזור ולתבוע עפ"י עדים אלו, וכן כתב בטור סי' ע"א ס"ה בשם רה"ג, וברשב"א והר"ן תמהו דא"כ הפוכי מטרטא ל"ל, ועי' בפרישה ע"א אות ו' דתי' דנפק"מ דאחר הגביה מצי לטעון דסטראי נינהו, ולא מהני עדותם דהוא על חוב זה, דהא לגבי חוב זה פסלם, וזה כביאור הש"ך הנ"ל בדעת הראב"ד.

ב) עי' בש"ך סי' ע"א ס"ק י"ב דחידש דכל דינו של הרי"מ שייך רק באופן דטוען סטראי נינהו, אבל באופן דטוען להד"מ חייב לשלם עפ"י העדים, ועי' באו"ש פט"ו מו"ל מה דהעיר דבלשון הרי"מ מבואר דכל

דהעידו על הפרעון יכול לטעון להד"מ, ורק בהעידו על נתינת מעות לחוד יכולים לחייבו, ע"ש, וזה דלא אמרי' פלגינן דיבורא, עי' היטב בקצוה"ח סי' ע"א סק"ד, ובמה דהביא האו"ש שם מהירושלמי].

והנה עי' ב"ח סי' ע"א ס"ק ו' דתי' על קו' הראשונים דהפוכי מטרטא ל"ל, דנפק"מ בהיה למלוה זיבורית וללוה עידית ובינונית, דל"א הפוכי מטרטא, כיון דהמלוה יגבה בינונית והלוה יחזור ויגבה זיבורית, כמבואר בכתובות ק"י א', [כיון דבשלו הן שמין], ועי' בש"ך שם ס"ק י"ג דחלק עליו עפ"י דביאר דכל הנידון של הרי"מ באומר סטראי נינהו, וכוונתו צ"ב, ועי' בנתה"מ שם סוף סק"ט דביאר לכוונת הש"ך דכיון דאף להרי"מ לא האמינו כבי תרי רק על טענת סיטראי ולא על טענת להד"מ, הרי ע"כ דכוונת הר"ן להוכיח דיכול לטעון סיטראי אף אחר הפרעון, ולא מהימני העדים לומר דעל פרעון זה נתנו, ודעת הר"א אב"ד דלאחר הפרעון יכולים העדים לחזור ולהעיד דפרע חוב זה, וממילא לא מצי המלוה לומר סטראי נינהו, וע"ז תמה הר"ן דהפוכי מטרטא ל"ל, וע"ז לא שייך לומר דנפק"מ לבינונית כהב"ח, דהא חייב להחזיר את מה דנתן לו, משא"כ התם דכל אחד הוא חוב אחר, [אבל אי נימא דהנידון הוא על טענת להד"מ דהעדים יכולים להעיד כנגד טענת להד"מ, ולעולם פלגינן דיבורא והוי כמלוה אצלו, שפיר שייך הנפק"מ של הב"ח].

ג) בעיקר מה דביאר בר"י מגאש דיכול להשביעו שבועת היסת, עי' בקצוה"ח סי' ע"א סק"ה דתמה דהוי שבועה כנגד עדים, ועי' בנתה"מ סק"ט בזה, ובקצוה"ח הביא מהמל"מ פ"ו מטו"נ ה"ג דבהיסת משביעים כנגד עדים, וכתב הקצוה"ח דלא נתבאר החילוק, ועי' ח"י רא"ל ח"א סי' צ"ה סוף סק"ו דביאר דשאני היסת דאינו בירור אלא כפיה כדי שיודה, ולכך משביעים אותו כנגד עדים.

א) גמ' - איתניסו הנך זווי וכו'. הרי"ף הוכיח מהכא דדוקא משום דהמלוה מודה, אבל בלא"ה חייב, אע"ג דאיכא עדים, אולם הרמב"ם פט"ו מו"ל ה"ב כתב דגרסי' בגמ' אזל פרע ביניה לבין דילי, ועי' בש"ך ס"ק י"ח דהביא מהשלט"ג דבהתנה דלא יפרע רק בפני ת"ח כו"ע מודו דכוונתו לפסול לשאר העדים, ותמה הש"ך דלהדי' מבואר ברי"ף וברא"ש דתלוי הא בהא.

ב) עי' ברש"י דביאר דאעפ"י דהיה סבור דהוא פקדון דברים שבלב ל"ה דברים, והק' רע"א דאף אי הוי דברים מ"מ הלוא נתנם לו בתורת פרעון, ואין בכח המלוה לומר דיהיו לפקדון, ובאמת דבסמ"ע סי' ע' ס"ק י"ח ביאר בדברי רש"י דהא דמשמע מדבריו דאם אמר להדי' דמקבלו לשם פקדון מהני, היינו משום דכיון דהתנה עמו דיפרע בפני פו"פ, כל דפרע בלא עדים ולא קיים תנאו הרי"ז כפורע תו"ז, וא"א לפרוע תו"ז בע"כ, וכיון דאמר דהוי לשם פקדון מהני, ועי' ט"ז דתמה על הסמ"ע דהא בתו"ז נמי פרעון בע"כ הוי פרעון, ועוד הק' דהא כל דשילם לו את החוב הרי אין לו הפסד מהפרעון, וא"כ מהיכ"ת דלא יקבל את הכסף, ועי' קצוה"ח ס"ק ד' דשאני הכא הדוא לטובת המלוה.

ויש לדון דכל הסברא דחשיב כתו"ז הוא רק לשיטת תוס' והרמב"ם דכל התנאי הוא רק לגבי צורת הפרעון, דיפרע רק בפני עדים, ומה"ט כיון דחל התנאי דיהא פרעון באופן מבורר, אינו מחוייב לקבל את הפרעון כיון דאי"ז פרעון מבורר, אבל לרש"י והרי"ף דמיירי דקיבל עליו דהעדים פסולים, הרי אי"ז תנאי בצורת הפרעון,

אלא בנאמנות של הפרעון, ומסתבר דלא חשיב כפרעון תו"ז, דכל דליכא נידון על הנאמנות, שהרי המלוה מודה דנתן לו לשם פרעון, שפיר מצי פרע, ואי"ז פרעון תו"ז, וצ"ע.

ג) ועוד י"ל דכוונת רע"א להק' דמשמע מרש"י דאי הוו דברים שפיר דמי, וע"ז תמה איך יכול המלוה לקבלם בתורת פקדון בע"כ, הא הרי"ז נגד דעתו של הבעלים, ורק באמר המלוה בפירוש מהני.

בס"ד

בסוגיא דהימניה

מ"ב א'

גמ' - מהימנת לי כבי תרי וכו'. עי' בבעה"ת שכ"ו ח"א דין ב' דהק' דהוי כתרי ותרי דמוקי בחזקת מארי', ולכאור' אין מובן הקו' הרי שאני הכא דהוא פסל לכל העדים שבעולם, וממילא לא חשיב כתרי ותרי, דהא פסולים לגביו, וכמבואר ברי"ף לעיל בסוגיא דאל תפרעני דחשיב כפסל לכל העדים שבעולם.

רש"י ד"ה ההוא - בפני עדים. ומבואר דבלא אמר בפני עדים נאמן במיגו דלהד"ם, וכן נפסק ברמ"א סי' ע"א ס"א, ועי' בקצוה"ח סק"ב דהוא אף במאמינו כבי תרי.

שם - בשעת הלואה. עי' בב"י סי' ע"א בשם המרשים דכוונת רש"י דשלא בשעת הלואה בעי' קנין, ועי' בש"ך ס"ק ז' דלפי"ז מבואר דגם בנאמנות סתם בעי' קנין במאמינו שלא בשעת הלואה, ועי' בקצוה"ח ס"ק ב' דביאר דכוונת רש"י דכיון דלאביי נאמנות סתם הוי כנאמנות כבי תרי דהאמינו יותר מעדים, משו"ה כתב רש"י דבעי' קנין, אבל אה"נ לדידן דלא הימניה יותר מעדים.

בס"ד

כל האומר לא לויתי

מ"א ב'

בטעמא דאביי - עי' היטב בלשון הרי"ף והר"י מגאש, דמדוייק דבב' כיתי עדים לא פליג אביי, ועי' בתוס' דבליכא עדים מודה אביי, ועי' הגהות ראמ"ה.

בטעמא דרבא - עי' בחי' הריטב"א דהק' דהא הלואה פסלם, וע"ע נתה"מ סי' כ' סק"א, וחי' רע"א [אריאל] אות י"ב, אמרי בינה עדות סי' מ"ג.

בקו' תו' אמאי לא מתרצינן דיבורי' - עי' מהרש"א, ועי' היטב בתוס' כריתות י"ב א' בתי' קמא.

בגדרי כל האומר - עי' תשו' רע"א ח"א סי' קמ"ט.

עי' רמב"ם פ"ו מטו"נ ה"ג דאינו נשבע משום דהוזחק כפרן, ועי' ש"ך סי' ע"ט סק"ג וביאור הגר"א סק"ה.

עי' רמב"ם פ"ז ה"ז דבהודה דחייב, ואח"כ טען דנוכרתי דפרעתי דפטור, ועי' בר"י מגאש וברשב"א דכתבו דמסוגיין מוכח דלא כהרמב"ם ועי' גדו"ת שער י"א ח"א דין ג', וע"ע בש"ך סי' ע"ט סק"ב מה דהביא משו"ת מבי"ט, וחזו"א חו"מ סי' ז' סק"ו.

עי' בנימוק"י ריש ב"מ בביאור כוונת הרמב"ם, ועי' קצוה"ח סי' ע"ט ס"ק ? ונתה"מ ס"ק ? וגליון מהרש"א על הרי"ף ריש ב"מ

גמ' - אמר אביי וכו' רבא אמר כל האומר וכו'. צ"ב מהו טעמא דאביי, ועי' בחי' הר"י מגאש דכתב דהוא משום דהני סהדי אמרי נמי דפרע, ומבואר דאילו עדים אחרים יעידו על הפרעון, מודה אביי דאיכא הודאה שלא פרע, ורק משום דעידי ההלואה מעידים נמי על הפרעון א"א לקבלם לחצאין, ולפי"ז אביי אינו חולק על עיקר הדין דכל האומר, אלא דשאני הכא דא"א לקבל את העדים לחצאין, אולם בתוס' ד"ה כל האומר מבואר להדי' דהוא מחלוקת בדין כל האומר, וצ"ב סברת אביי, ועי' בתוס' מה דיתבאר בזה.

(א) גמ' - רבא אמר כל האומר וכו'. עי' בריטב"א דהק' כיון דחשיבי העדים לפסולי עדות, איך הלוח מוחזק כפרן על פיהם, [ולכאור' כוונתו להק' כיון דבשביל להוציא ממנו ממון ע"כ צ"ל דלא פרע, הרי ממנ"פ אי לא פרע ע"כ עדים פסולים נינהו, ואי פרע איך מוציאים ממנו ממון], ותי' דודאי הוו עדים כשרים, אלא כיון דמודה שלא פרע הוא נזוק בנכסיו ופוסלם עליו, כיון דהודאת בע"ד כמאה עדים, וצ"ב כוונתו.

(ב) עי' היטב בנתה"מ סי' כ' סק"א דתמה בתו"ד ב' קו' על רבא - (א) איך מצי המלוה לגבות הרי לדברי המלוה העדים פסולים, דהא מיירי דהמלוה טוען דלא פרע, כמבואר בשו"ע סי' ע"ט ס"א, [ולכאור' י"ל דהן אמנם דפסלם לפרעון, אולם עדיין יתכן לקבל עדותם על ההלואה, אולם עי' ב"ק ע"ג ב' דבהעידו תוכ"ד על גניבה ועל טביחה, והוזמו על הטביחה, דנפסלו גם על הגניבה, וא"כ ה"ה בהעידו תוכ"ד גם על הפרעון נימא דבטל עדותן גם על ההלואה, (אולם אי נימא דהתם הוא מדין עדות שבטלה, לכאור' באופן דהוא רק פסלם עליו אי"ז נחשב דבטלה העדות), וצ"ע בכ"ז], ויישב הנתה"מ דדוקא היכא דמודה לחובתו פוסל את העדים, אבל באומר לזכותו אין בזה דין הודאת בע"ד, וכיון דליכא דין הודאת בע"ד בדבריו, ליכא הודאה הפוסלת את העדים, [ועי' באור"ש פכ"ב מעדות ה"א ד"ה אולם דכתב דהאמת כתי' הנתה"מ], וצ"ב דהא מ"מ מתו"ד יוצא אף הודאה לחובתו, ואיכא הודאה לחובתו לפסול את העדים, ועי' שיעורי הגרש"ר ריש ב"מ בזה, וע"ע בחי' רע"א [אריאל] אות י"ב דהק' לקו' הנ"ל, ותי' או דטוען המלוה דסטראי נינהו, או די"ל דהמלוה שכח, ועי' עוד בנתה"מ סי' ע"ט סק"א דכתב לתרץ עוד דיתכן דהעדים זוכרין טפי, ע"ש, ודבריו צ"ב כדחק' במלואי משפט שם. (ב) דאף ללא הודאת המלוה, יש להק' דאיך בי"ד מחייבין את הלוח, הרי ממנ"פ, כל מה דמחייבין את הלוח הוא מחמת דנקטינן דלא פרע, א"כ ע"כ דנקטינן דהעדים משקרים, וא"כ ממילא בטלה עדותן אף על ההלואה, ותי' הנתה"מ דאין העדים פסולים משום דיתכן דמחל על הפרעון, וצ"ב אטו יש כאן נידון של התחייבות.

אולם כבר נתבאר לעיל סק"א דלכאור' זהו קו' הריטב"א, ע"ש בתי', ועי' באמרי בינה עדות סי' מ"ג דהביא מהבית אפרים דכל דאין תועלת בעדותן כיון דהלוח טוען דשקורי נינהו אין מקבלין כלל לעדותן, והמשקר בעדות דאין בה תועלת אינו נפסל, ע"ש, [ועי' להלן בדברי רע"א סק"ד דמוכח מרע"א דלא כסברא זון], וע"ע בחי' הגרש"ש כתובות סי' ז' וב"ב סי' כ"ה.

(א) תוס' ד"ה כל האומר - התם ליכא עדים. וצ"ב מה החילוק אם יש עדים או לא, הא כיון דחשיב כמודה, הרי הודאת בע"ד עדיפי מעדים, ועי' בהגהות ראמ"ה דביאר דס"ל לאביי דכיון דעידי ההלואה גופייהו אמרי דפרע א"א לקבלם לחצאין, ואם אינם נאמנים לומר דפרע הרי ליכא עדים אף על ההלואה, אולם כבר נתבאר לעיל דאף דכן משמע מלשון הרי"ף והרי"מ, מ"מ מלשון התוס' משמע דאביי פליג על עיקר הדין דכל האומר וס"ל דלא חשיב כהודאה, ונפטר מכח העדים, וצ"ב.

(ב) ובפשוטו י"ל, דהנה בתוס' להלן הק' אמאי לא מתרצין דיבריי ותי' בתי' בתרא דכשתובעין אותו בבי"ד יש לו להשיב בענין שיפטר ולא מתרצין דיבורו, ולפי"ז י"ל דהיכא דאיכא עדים כיון דאנו יודעין דהיה הלואה ופרעון, אנו מתרצין דבריו, ורק היכא דליכא עדים אין מתרצין דבריו, אולם זה דוחק בלשון תוס' דהא הק' אמאי לא מתרצין דבריו כמבואר בכריתות, והיה להם להק' בפשיטות טפי אמאי רבא פליג על סברת אביי דמתרצין דבריו, וע"כ דאי"ז טעמו דאביי.

(ג) וי"ל, דהנה ברע"א ח"א סי' קמ"ט חקר בדין כל האומר אי הוי מכח הוכחה מדלא טען פרעתי, או דחשיב כהודאה דלא פרעתי, וכבר תמהו איך אפשר לומר דהוא מדין הוכחה, הרי כיון דיש עדים דפרע ודאי דעדים עדיפי על הוכחה מהא דלא טען פרעתי, [ועי' להלן] וי"ל דזהו גופא סברת אביי, ומה"ט היכא דליכא עדים מודה אביי לדינא דכל האומר וכמבואר בתוס', אבל היכא דאיכא עדים הוא פטור כיון דעדים עדיפי על הוכחה, ועדיין צ"ב.

(א) שם - ואומר ריב"א וכו'. עי' מהרש"א דתמה דאכתי תקשה על דינא דמתני' דאמר אין לך בידי דאינו נאמן, דנתרץ דבריו דאין לך בידי לפי שפרעתי, ואין לומר דלא מתרצין אלא היכא דאיכא עד המסייע, דהא בכתובות ליכא עד המסייע, אולם עי' רא"ש סי' ח' דביאר דמיירי דאמר להדי' להד"מ, דאל"כ מתרצין דיבורי', אולם המהרש"א נקט דמיירי דאמר אין לך בידי ומפרשים דבריו דכוונתו להד"מ, ולכך הק' דנתרץ דבריו.

(ב) ויש ליישב דקו' מעיקרא היה דנתרץ דבריו משום דאיכא עדים, אבל היכא דליכא עדים לא מתרצין דבריו, ורק אם הוא טוען להדי' דזהו כוונת דבריו הוא נאמן, ובסוגיא דכתובות הרי ליכא עדים, אלא דהק' כיון דהאב היה יכול לתרץ דבריו, ממילא נימא טענינן ליתומים, וע"ז תי' דהוי מילתא דל"ש, ואש קו' המהרש"א דכל דליכא עדים דפרע לא מתרצין דבריו.

(ג) ובתי' בתרא כתבו תוס' דכיון דטוענין אותו בבי"ד לא מתרצין דבריו, ויש לדון אם כוונתם דכל דאיהו עצמו אינו מתרץ דבריו ע"כ מוכח דאינו נכון, או דכוונתם דאין ב"ד מתרצין דבריו כשיש דו"ד בין התובע לנתבע, ועי' בתומים סי' ע"ט סק"א דביאר בתו"ד דכוונת תוס' דאדם מדייק דבריו בבי"ד, ואינו יכול אח"כ לתרץ דבריו.

(ד) עי' בתוס' בכריתות שם דתי' בתי' קמא "אלא התם עדים גמרו לעדותן" והיינו דכל דהעידו ברור שלוה לא מתרצין דבריו, וצ"ב מה הנפק"מ בעדותן לענין אם לתרץ דבריו של הנתבע או לא, ולכאן י"ל דלא מתרצין דיבורי' אלא היכא דאיכא ראיות הסותרות, ומתרצין דבריו כדי ליישב הסתירה, אבל היכא דאין הראיות שוים אזלי' בתר הראיה החזקה, ולכך היכא דעדותן ברורה ואין לנו ספק בעדותן ודאי דעדיפי על

הודאתו, ולא מתרצין דבריו, דהא האמת הוא כדברי העדים, אבל היכא דלא גמרו דבריהם, מקבלים את ההודאה ומתרצין לדבריו.

א) בשו"ת רע"א ח"א סי' מ"ט מסתפק אם דינא דכל האומר הוא מדין הוכחה מהא דלא טען פרעתי, או דהוא מדין הודאת בע"ד, וכתב דנפק"מ באופן דטען מזוייף על שטר נאמנות, דליכא הוכחה, כיון דלא היה יכול לטעון פרעתי, אבל משום הודאה איכא, ועי' בחי' רע"א [אריאל] אות ב' דנפק"מ אף לטוען מזוייף תו"ז לצד דאינו נאמן במיגו בפרעתי תו"ז, וכן לקנס, ע"ש.

וכתב רע"א להביא ראיה מהא דהנימוק"י ב"מ ה' א' כתב להוכיח מדינא דכל האומר לא לויתי דהיכא דטען להד"מ על הפקדון, הרי"ז כמודה דלא נאנס, דאל"כ אמאי לא טען נאנסו, ומבואר דהוא מדין הוכחה דמדלא טען, ודחה רע"א דאינו ראיה דשאני התם דלא שייך לדון משום הודאה כיון דאף אם לא הפקיד אצלו את החפץ עדיין יתכן דהוא נאנס, אולם הרי הנימוק"י דימהו לסוגיין, וע"ש ברע"א מה דביאר, ולפי"ז נמצא דיש ב' דינים באומר לא לויתי גם משום הוכחה וגם משום הודאה, וצ"ע.

ויש לעי' דהנה ברמ"א סי' פ"ב ס"א כתב דבאמר הלוח בתחילה דהוא מזוייף ואח"כ הביא הלוח עדים לקיימו, ואמר הלוח פרוע, די"א דהוחזק כפרן, וכיון דאמר מזוייף כאומר לא לויתי, ואינו נאמן לומר אח"כ פרעתי, ויש חולקים דכיון דלא כפר בהלואה רק דאמר מזוייף רצונו לומר דיקיימנו ואח"כ ידון עמו, ולכאור' שורש הנידון בזה הוא אם הוי כהודאה גמורה, וממילא אינו יכול לתרץ דבריו, או דהוא רק מכח הוכחה, ובכה"ג ליכא הוכחה, ויתכן דשיטה ראשונה מודה לעיקר הדין דהוי מכח הוכחה, אלא דס"ל דאינו יכול לתרץ דבריו, וצ"ע בכ"ז.

ב) ועי' אבי עזרי פ"ו מטו"נ ה"ג דכתב דנחלקו בזה הראשונים, דהנה ברמב"ם פ"ו מטו"נ ה"ג מבואר דדינא דכל האומר מיירי דאמר לא לויתי בבי"ד, אולם בשטמ"ק ב"ב ו' א' הביא מהראב"ד דלא בעי' שיאמר כן בבי"ד, וביאר באבי עזרי דתלוי בספיקו דרע"א, דאי נימא דהוא משום הוכחה לא שייך כן מחוץ לבי"ד, כיון דעביד איניש דלא מגלי טענתו חוץ לבי"ד, אבל אי הוי מדין הודאה, הרי"ז מחייבו אף חוץ לבי"ד, ע"ש.

ויל"ע בעיקר הדבר, מהא דמבואר בכתובות פ"ח א' באמרו יתומים אמר לנו אבא לא לויתי אין המלוה צריך לישבע, כיון דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי, וצ"ע הרי האב לא אמר כן בבי"ד, שו"ר דעמד בזה באיה"ש, ואולי י"ל דבאב לבניו ליכא סברא דלא מגלי, דרק לגבי התובע שייך סברא זו, ולא במספר סיפור דברים לבניו, וצ"ע.

ג) בעיקר הא דדן רע"א דהוא רק משום הוכחה מהא דלא טען פרעתי, צ"ב דא"כ אמאי כשבאו עדים דפרע הוא חייב, הא ליכא הודאת בע"ד נגד העדים, ובודאי דעדים עדיפי מהוכחה דאנ"ס, ובפשוטו י"ל דאין כוונת רע"א דמהא דלא טען פרעתי מוכח דלא פרע, אלא דהוי הוכחה דהוא מודה דלא פרע, ושפיר איכא הודאת בע"ד נגד העדים.

ד) עי' ברע"א שם בתחילת התשו' דחקר אם דינא דרבא שייך גם באופן דיש עדים רק על הפרעון, וכתב דדוקא היכא דאיכא עדים על הלואה ועל פרעון, מסלקין רק לעדות על הפרעון, ולא מסלקין לעדות על ההלואה, אבל היכא דמעדין רק על פרעון הרי אם נאמן ללוה ונסלק לעדותו, הרי ליכא עדות כלל אף



על ההלואה, ועי' במפתחות ענינים דציין רע"א לדבריו בדו"ח כתובות ק"ז ב' דהוכיח מדברי הריטב"א שם דאף בגוונא דיש עדים רק על הפרעון איכא לדינא דכל האומר, ע"ש, ועי' באמרי בינה עדות סי' מ"ג דפלפל בזה.

וע"ש באמרי בינה דדן דאי נימא דהסיבה דאין נפסלין בחודאת המלוה, משום דעדותן על הפרעון לא נתקבלה בבי"ד, הרי בגוונא הנ"ל דמעידין רק על הפרעון, אי נימא דאין מקבלין עדותן, הרי אף על ההלואה ליכא עדות כיון דלא נתקבלה עדותן בבי"ד.

ה) ועי' חי' רע"א [אריאל] אות ג' דהק' התפארת יעקב לרע"א דא"כ גם לגבי הודאת הלוה נימא דאם תסלק להודאתו דלא לזה ליכא נמי הודאה דלא פרע, ותי' רע"א דשאני הודאת הלוה, דהלוה בעצמו יודע דלא היה מעשה פרעון, ואי"ז תלוי אי היה הלוואה או לא, אלא דאנן ידעי' לידיעתו מחמת הא דאמר דלא לזה, ולכך אינו תלוי במה דמאמינים לדבריו דלא לזה, דחשיב דאיכא עוד הודאה לגבי הפרעון, משא"כ בעדים דמעדים רק על פרעון, דכל הידיעה שלהם על ההלואה היא מכח דיוודעין דהיה מעשה פרעון, וכיון דאין מקבלין עדותן על הפרעון, ליכא עדות אף על ההלואה, ועי' בזכר טוב סי' ו' דהעיר מדברי הרמ"א סי' ק"ח ס"א דמשמע דאף היכא דאין היתומים טוענין דלא היה הלוואה מחמת טענת אביהם נמי אמרינן לכלל לא דכל האומר, והא לא ידעי דלא פרע, [ועי' שיעורי הגרש"ר מכות אות ר"ס עוד בזה].

עי' ברמב"ם פ"ו מטו"נ ה"ג דפסק דאין המלוה חייב שבועה כיון דהוחזק כפרן, ותמה הראב"ד דאי"צ לזה, דכיון דהלוה מודה דלא פרע למאי משביעין אותו, ובש"ך סי' ע"ט סק"ג ביאר דהרמב"ם אתי לאשמועי' דאף אם הלוה טוען דהשתא פרעתי אינו נאמן כיון דהוחזק כפרן, וכ"כ בביאור הגר"א סק"ה וביאר דמה"ט כתב הרמב"ם דמיירי בכפר בבי"ד, משום דמבואר בס"ט דליכא דין הוחזק כפרן בכפר מחוץ לבי"ד, וסיים הגר"א דדברי המ"מ צ"ע, ולכאור' כוונתו דמדברי המ"מ מוכח דמיירי דעדיין הוא טוען לא לויתי, דעי' במ"מ דכתב להביא ראיה להרמב"ם דאיך יתכן להשביע את המלוה נגד ב' עדים, ואי נימא דהנידון על טענת פרעתי אח"כ, הרי ע"ז ליכא עדות דלא פרע אח"כ.

עי' ברמב"ם פ"ז מטו"נ ה"ז דפסק דבהודה דהוא חייב, יכול לטעון אח"כ נזכרתי דפרעתי והרי עדים, נאמן כיון דלא הכחישם וסיים דלא דמי ללא לויתי, ועי' בר"י מגאש דכתב דמסוגיין מוכח דאינו נאמן, דהא הכא איכא הודאה מתוך הכפירה דלא פרעתי, ומ"מ אינו נאמן, כ"ש היכא דהודה להדי' דהוא חייב, והביאו הרשב"א, ועי' בגדו"ת שער י"א ח"א דין ג' דביאר דהרי"מ היה פשוט לו דפלוגתא דאביי ורבא באופן דטוען השתא דנזכרתי דפרעתי, דאי מיירי בעומד בדיבורו תקשי על אביי מדוע הוא פטור הא עומד בדיבורו ופוסל לעדים, וע"כ דהשתא הוא טוען דפרע, וס"ל לרבא דמ"מ אינו נאמן כיון דהוחזק כפרן.

אולם הנה בר"י מגאש כתב בתחילת דבריו להק' אמאי אינו נאמן לומר דלא לויתי במיגו דהיה אומר לויתי ופרעתי, ותי' דהוי מיגו במקום עדים, וא"כ הרי מבואר דנקט דהרי"מ דסוגיין מיירי בעומד בדיבורו ואומר לא לויתי, וא"כ תקשי איך הוכיח מסוגיין דלא כהרמב"ם, הא עדיין הוא עומד בטענתו דלא לויתי, וצ"ע.

אולם מהרמב"ם מוכח דמיירי דטוען השתא פרעתי, דאל"כ מדוע הוצרך לבאר בפ"ו ה"ג דטעמא דאינו נשבע דלא נפרע משום דהוחזק כפרן, הא בלא"ה אינו נשבע כיון דאין הלוח טוען דפרע, וע"כ דהשתא חזר בו וטוען פרעתי.

### ב"ב ו' א'

(א) תוס' ד"ה כל האומר, בפשוטו קו' דבשלמא בדינא דרבא דיש עדים דפרע בעי' לדינא דכל האומר, אבל בדינא דמתני' דליכא עדים דפרע, לא בעי' לדינא דרבא, אלא דאינו יכול לחזור בו מהודאתו, וע"ז תי' דס"ד דמצי מתרץ דיבורי' דלא לויתי היינו כאילו לא לויתי לפי שפרעתי, קמ"ל דכאילו אמר להדי' לא פרעתי, וצ"ב כיון דנחתו בתי' לבאר דהשתא הוא טוען דפרע, למאי הוצרכו לכ"ז, ולא יישבו בפשיטות דמיירי באומר דפרע, וצ"ל כמבואר בראשונים דכיון דהוחזק כפרן, תו לא מצי אמר פרעתי, ובודאי לא זה מה דאתא מתני' לאשמועי', ולכך פי' דמתני' אתא לאשמועי' דלא מצי לתרץ דיבורו.

(ב) אולם יל"ע דאכתי תקשי למאי בעי' לדינא דכל האומר, הא בפשוטו החידוש הוא דאי"ז נכלל בלשונו ומשו"ה לא מצי לתרץ דיבורו, וא"כ ממילא הדרינן לעיקר הדין דלא מצי חזור בו מהודאתו דלוח, ולא מצי טען פרעתי כיון דהוחזק כפרן, ולמאי בעי' לדינא דכל האומר.

(ג) ובפשוטו י"ל דכוונת תוס' דמדינא דכל האומר נמי למדנו דלא מתרצינן דיבורי', אולם בלשונם נראה דאי"ז ראייה מדינא דרבא, אלא דהסיבה דלא מתרצינן דיבורי' משום דינא דכל האומר. והיותר נראה בביאור כוונתם דלא מתרצינן דיבורי' אלא בטען טענת פטור, ובא לפרש את טענת פטור באופ"א, אבל היכא דשמענו ממנו הודאה לחיוב לא שייך בזה דין מתרצינן דיבורי'.

(ד) ולפי"ז יהא מוכח להדי' כצד ב' דרע"א דדינא דכל האומר הוי הודאה להדי' דלא פרעתי, ומשו"ה לא מתרצינן דיבורי', דהא טען טענת חיוב, אבל אי נימא דהוא רק הודאה מכח הוכחה, הרי אדרבא כיון דמתרץ דבריו ליתא להוכחה, [ולפי"ז נמצא דעל דינא דכל האומר לא הק' דנתרץ דיבורי', כיון דבהודאת חיוב לא מצי לתרץ דבריו, אולם בתוס' בשבועות מבואר טעמים אחרים אמאי לא מתרצינן דיבורי' בכל האומר]. ועוד יש לבאר דברי התוס' ע"ד הנ"ל, דכל הנידון לא היה דהוא יתרץ דבריו, אלא דאנן נתרץ דבריו, וע"ז כתבו דא"א לתרץ דבריו כיון דאי"ז נכלל בלשונו, אולם עדיין קשה דמ"מ הוא יוכל לתרץ דבריו ולומר דלא נתכוין ללא פרעתי, ע"ז בעי' לדינא דכל האומר, דכל דהודה הודאה גמורה, לא מצי לתרץ דבריו.

עי' רמב"ן דהק' נמי כתוס' דהרי הודה ואינו יכול לחזור בו, ותי' דקמ"ל דלא מתרצינן דיבורי' אפילו באופן דבאו עדים דפרע, ועוד תי' דקמ"ל דאף בבאו עדים דלוח ופרע חייב, אבל אם לא באו עדים דפרע אפילו דחזר ואמר פרעתי אינו נאמן כיון דאינו חוזר וטוען,

ונראה בכוונתו דודאי לא מצי טען פרעתי בלא עדים, דמהא דלא טען בתחילה פרעתי מוכח דלא פרע, ומה דטוען השתא הוא טענה גרועה, אולם מ"מ ס"ד דהיכא דאיכא עדים דפרע מצי טען פרעתי, קמ"ל דאפ"ה אינו נאמן.

ע' בשטמ"ק בשם הראב"ד דהק' למאי בעי' לדינא דכל האומר תיפו"ל דהוחזק כפרן, ותי' הראב"ד בתי' קמא דהיכא דהודה בתחילה, כיון דכל מה דהעדים מכחישים אותו הוא מכח הודאתו שפיר מצי לומר לא זכרתי היטב, והיינו דליכא דין כפרן רק עפ"י הודאתו, וכ"כ בקצוה"ח סי' ע"ט סק"י בשם המהרי"ט, וצ"ב דהרי הודאת בע"ד עדיפי מעדים ומדוע לא יהא דין כפרן עפ"י הודאתו, וי"ל דשאני עדים דנאמנותם היא לכל העולם, משא"כ הודאת פיו דהוא נאמנות רק כלפי עצמו, אולם לכאור' אדרבא כיון דמצינו בתוס' כתובות דבהודה על עדים דהם פסולים אינו יכול לסמוך עליהם גם לגבי שטרות אחרים, והיינו דאינו נאמן רק על החיוב ממון שהודה בו, אלא גם לגבי תוצאה לדבר אחר נמי מהני הודאתו, וא"כ אם יכול לפסול עדים אחרים, כ"ש די=במודה על עצמו דהוא שקרן דאינו נאמן, ועי' בריטב"א מ' ב' דהאריך בהאי מילתא, ודן אם עידי הודאה חשיב כפרן עפ"י עצמו או עפ"י עדים, ועי' בשיעורי הגרש"ר שם דהאריך בזה.

ועוד תי' דהיכא דאינו כופר בבי"ד אינו נחשב כפרן כיון דלא מגלה טענותיו חוץ לבי"ד,

במה דתי' הנימוק"י דקמ"ל דלא מצי מתרץ דיבורי' בבאו עדים, תמוה הרי תוס' הוכיחו דע"כ אביי נמי בעי' לאוקמי למתני' בכה"ג, דהא ס"ל דאדם פורע תו"ז, והרי תוס' הוכיחו דאביי ס"ל דהיכא דאיכא עדים ליתא לדינא דכל האומר, וא"כ תקשי למאי הוצרכנו לדינא דכל האומר, הרי העדים באמת נאמנים לפוטרו, ואי נימא דלאביי אף בלא עדים איכא חידוש במתני' דאינו יכול לחזור מהודאתו, למאי הוצרכו להוסיף עוד חידוש, וצ"ל דהגמ' נקט האמת דלרבא שפיר איכא עוד חידוש, וצ"ב.

ה) עי' ברשב"א דכתב בתי' ג' דאיצטריך היכא דאמר חוץ לבי"ד להד"מ, דאינו מוחזק כפרן כיון דלא עביד איניש לגלות טענותיו חוץ לבי"ד, אולם כיון דהוי הודאה גמורה וכאומר להדי' לא פרעתי, אינו יכול לחזור בו, וצ"ב מדוע לגבי הודאת בע"ד לא מהני הא דלא מגלי איניש טענתו, וי"ל דדוקא טענת פטור מצי טעין דלא מגלה טענותיו חוץ לבי"ד, אבל היכא דהודה בחיוב, ודאי דאף חוץ לבי"ד אינו מודה אלא א"כ הוא ודאי חייב, ומוכח נמי דהוי הודאה גמורה, דאי הוי משום הוכחה, הרי חוץ לבי"ד ליכא הוכחה, וכן הוכיחו הגרש"ר שם אות קל"ט ואבי עזרי.

אולם קצת צ"ב לפי"ז דהרי הרשב"א הביא לעיל מינה לתי' התוס', ומשמע מלשונו דרק בתי' הג' הוצרך להא דחשיב כאומר בטעת ודאי לא לא פרעתי, אבל בתי' התוס' אי"צ לזה, ומשום דקמ"ל דלא מתרצינן דיעבורי', ולפי"ז ע"כ צ"ל בכוונת תוס' דכוונת הגמ' רק להביא ראיה מכלל דכל האומר דלא מתרצינן דיבורי'.

הנה בדינא דטוען חוזר וטוען עי' בטור סי' פ' דכתב בשם דמצי חוזר מפטור לפטור, כגון דאמר

בס"ד

## דין הוחזק כפרן

### ב"מ ט"ז ב - י"ז א'

(א) גמ' - אמר רב אבהו וכו' אלא כגון שהוחזק כפרן, אמר רבא ומשום וכו' לא פרע כלל. ומבואר דפליג רב אבא ורבא אם נאמר דין הוחזק כפרן גם בנפל השטר, וצ"ב מהו המחלוקת. ולכאור' נראה, דהנה להלן יבואר דיש ב' דרכים בדין הוחזק כפרן, או דאיכא אומדנא דחזקה דלא יפרע אלא בפני עדים, או דכיון דאינו נאמן בטענתו ממילא ליכא חשש פרעון.

והנה לענין שטר שנפל, כיון דסיבת החשש אינו מחמת טענתו, אלא מחמת נפילת השטר, ודאי דיש לנו לחוש לפרעון אעפ"י דהוחזק כפרן, וזהו פריך רבא וכי לעולם לא יפרע, וכיון דנפל חיישי' שמא פרע, אולם רב אבהו ס"ל דאיכא חזקה דלא יפרע, וממילא אעפ"י דנפל לא חיישי' לפרעון.

(ב) עי' ברש"י ד"ה ותו דביאר לקו' הגמ' בתמיה ואי חיישי' לפרעון זה יפסיד, ויש לעי' אם כל הדיבור הוא בתמיה, וקאי על הלוח, דכיון דיש צד דפרע, וכי נימא דמשום דלא נזהר יפסיד, או דכוונת רש"י דקו' הגמ' בתמיה, והמשך דבריו בניחותא, דכיון דיתכן דפרע, והרי כל דפרע הרי אין המלוה נזהר לשומרו, וכמו דבארו תוס' דהק' מ"ש מדינא דהוחזק כפרן, ותי' דשאני הכא דמוכח דלכך לא נזהר המלוה לשומרו כיון דכבר פרעו לוח.

והנה ברש"י מבואר דמיירי בהוחזק כפרן בדבר אחר, ויש לדון אם כוונתו לממון אחר, ובתוס' בקו' מבואר דמיירי בהוחזק לאותו ממון, ולדברי הרשב"א דהוחזק כפרן הוא משום האומדנא דלא יפרע הרי ודאי דבעי' אותו ממון.

ובעיקר קו' תוס' - עי' בשיעורי הגרש"ר דתמה דאי נימא דהוחזק כפרן אינו מדין אומדנא דלא יפרע, אלא דאינו נאמן בטענתו, הרי בנפל אינו ענין לטענתו, דהחשש הוא לא מכח טענתו, ויתכן דזה נכלל בתי'. ויש להוסיף בזה עוד, דהנה בסוגיא דנפילה מתבאר דיש מהראשונים דס"ל דריעותא דנפילה הוא רק בצירוף טענת הלוח, ולפי"ז מוכח דאעפ"י דהחסרון בכפרן הוא רק בטענה, מ"מ כל דאינו יכול לטעון פרעתי, לא חיישי' מעצמינו מחמת עצם הנפילה.

(ג) עי' בשטמ"ק דהק' דלהלן בעובדא דכלתיה דשבתאי מבואר דאעפ"י דאירכס כתובתה כיון דהוחזק כפרן אינו נאמן לטעון פרעתי, והא רבא אמר וכי תו לא פרע, ותי' בשטמ"ק דמיירי דהיו עדים שנשרפה, או דלא אמר להד"מ על גוף הכתובה אלא רק אאיצטלא, ע"ש, אולם כבר העיר בקצוה"ח סי' ס"ה סק"ה דבטור סי' מ"א סי"א פסק בסתמא דכל דנאבד השטר טוען הלוח להד"מ, ובאו עדים על ההלואה אינו נאמן לומר פרעתי כיון דהוחזק כפרן.

ותי' בקצוה"ח דהיכא דאמר להד"מ ובאו עדים והכחישוהו תו אינו נאמן לומר פרעתי, ואפילו באו עדים נמי אינו נאמן כיון דהודה דלא פרע, וריעותא דנפילה לא עדיפא מעדים, אולם יש אופן דהוא טוען דפרע ועדים מעידים דלא פרע, דאעפ"י דהוחזק כפרן, מ"מ אם באו עדים דפרע נאמנים, והכא מירי בגוונא דמעשה ב"ד דא"ל צא תן לו דמהני עדים על פרעון אפילו דהוחזק לכפרן, ועי' חזו"א הערות לב"מ דף ז' א' מה דהעיר בזה.

והנה להרשב"א הרי ע"כ מיירי בסוגיין דטוען פרעתי אח"כ, כיון דרק בכה"ג שייך טעמא דכפרן, ונראה דע"כ הוא, דהא לדברי הקצוה"ח בטוען פרעתי מקודם אי"ז מדין כפרן אלא מדין הודאת בע"ד, כיון דכל דטוען להד"מ כטוען לא פרעתי, וכה"ג לא יועיל הא דנפל, דהא מ"מ איכא הודאה, [ואין להק' דאכתי איכא נפק"מ לגבי לחייבו לאחרים, דהא מבואר בכ"ד דאינו נאמן לחוב לאחרים רק מדין קנוניא, ובהודאה מתוך כפירה לכאו' לא שייך קנוניא, אולם עי' ברשב"א ב"מ ג' א' דמבואר דאף בהודאה מתוך כפירה אינו חב לאחרים, וצ"ע, ואכ"מ].

גמ' - מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום, והעדים מעידים אותו שיש לו, וחזר ואמר פרעתי, הוחזק כפרן לאותו ממון. וצ"ב אף דהוא כפרן ואיבד נאמנותו, מ"מ איך אפשר לחייבו לפרוע, הרי קיי"ל דהמע"ה, והתובע צריך ראייה להוציא ממנו ממון.

ב) ועי' בכס"מ פ"ד מו"ל ה"י דהביא משו"ת הרשב"א ח"ג סי' מ"ט דכתב בתי' ב' דהטעם דבהוחזק כפרן חייב לשלם משום דאיכא חזקה דלא יפרע שלא בעדים, ומה"ט פסק דליכא דין הוחזק כפרן בע"א, משום דיכול לכפור ולהשבע כנגד העד, ע"ש, ועי' בשער המשפט סי' ע"ט סק"ג דהאריך בזה, ובאבן האזל פ"ד מו"ל ה"ג הוכיח כן מהא דגובין מיתמי ולקוחות, ולא טענינן דילמא פרוע, וע"כ דאיכא אנ"ס דלא פרע, [ובשיעורי הגרש"ר ב"ב אות קל"ח תמה על הרשב"א דא"כ אמאי אינו נאמן דפרעתי בפני פו"פ והלכו, וע"ש עוד מה דדחה לראיית אבן האזל הנ"ל].

ובשער המשפט כתב דלפ"ז שומר דבתחילה כפר והוכחש, יכול אח"כ לטעון נאנסו, וברשב"א ב"ק ס"ה ב' כתב על הא דמבואר שם דנשבע ד' פעמים, דמיירי בבי"ד אחר כיון דהוחזק כפרן, ובחזו"א ב"ק סי' כ' ס"ק י"א הק' דהא לגבי נאנסו לא שייך דין כפרן, [ומבואר דנקט החזו"א בפשיטות כטעמא דהרשב"א].

ובעיקר דברי הרשב"א יל"ע היכא דהוחזק כפרן בטעות, אטו נימא דלא יהא נאמן כיון דאיכא חזקה, ומוכח לכאו' דאף להרשב"א איכא ב' דינים, והיינו דסברת הרשב"א מועיל דמה"ט לא טענינן, אולם עדיין אם יטען פרעתי יהא נאמן, אולם כיון דאיבד את נאמנותו אינו יכול לטעון, אולם אף דאיבד נאמנותו, עדיין יתכן דטענינן ל', וע"ז מועיל סברת האומדנא, וממילא בהוחזק בטעות שפיר יכול לטעון דנימא דפרע, והוא לפלפולא, וצ"ע.

ג) אולם ע"ש בשער המשפט דהביא כמה ראיות דמוכח מהראשונים דפליגי על טעמא דהרשב"א - א) בספר התרומות שער י"א ח"א דין ה' כתב דהיכא דאיכא עדים דהודה שהוא חייב, ולמחר א"ל אין לך בידי, לא הוחזק כפרן כיון דיכול לתקן דבריו ולומר אין לך בידי לפי שפרעתי, אולם אם טען פרעתי אחר שאמרתי לך להד"מ כיון דמודה דהוחזק כפרן אינו נאמן, ותמה בגדו"ת שם ובהגהות רע"א סי' ע"ט ס"י אמאי אינו נאמן במיגו דהיה מפרש דבריו דאין לך בידי היינו דפרעתי, וכתב בשער המשפט דלברי הרשב"א ודאי יהא נאמן במיגו, דכל דיכול לתקן דבריו הוא בוטח בעצמו ואינו ירא לפרוע שלא בעדים, וע"ע בשער המשפט שם סק"ה בזה, ע"ש. ב) הראב"ד בשטמ"ק ב"ב ו' א' ובעה"ת שער מ"ב ח"ז דין א' הק' למאי הוצרך שם הגמ' באופן דיש עדים דהודה, ואח"כ הכחיש, ואח"כ טען פרעתי, לדינא דכל האומר וכו', תיפו"ל דאינו נאמן לומר פרעתי משום דהוחזק כפרן, והק' בשער המשפט הרי הנידון הוא דפרע קודם דבאו העדים, ולא שייך כה"ג טעמא דהרשב"א, וע"כ דמטעם אחר הוא. ג) הרא"ש סי' מ"ב והנימוק י"י [י' א' מדפי הרי"ף] דנו אמאי

אין התובע חייב לישבע מדין שכנגדו, ובהגהות מיימוני פ"ו מטו"נ אות ד' כתב בשם רש"י והרי"ף דאה"נ הוא נשבע, ולדברי הרשב"א הרי שאני הכא דיש לו חזקה דלא יפרע אלא בפני עדים, ולא שייך דין שבועה על שכנגדו. (ד) בבעל המאור ריש ב"מ הק' מ"ש דכופר במלוה כשר לעדות ולשבועה משום דאישתמוטי, ואילו הוחזק כפרן אינו נאמן, ותי' דאותו ממון גרע, ואי נימא כהרשב"א הרי אי"ז חסרון בנאמנות.

(ד) ומוכח לכאור' מכ"ז דהוא חסרון נאמנות בטענתו, אולם צ"ב סו"ס איך מוציאים ממון מספק, ועי' חזו"א ב"ק סי' כ' ס"ק י"א ד"ה מיהו [ב] כתב דהוא תקנה דרבנן דחשיב כאומר לו אל תפרעני אלא בעדים, וע"ש דמה"ט לא שייך כן לענין טענת נאנסו, [כגוונא דשער המשפט הנ"ל].

אולם בקוב"ש ח"ב סו"ס ג' וב"ב אות ל' הוכיח מהכא, דלטענת פרעון בעי' כח טענה, כיון דהחיוב הוא ודאי, ומה"ט אינו יכול לטעון פרעתי אא"כ יש לו נאמנות על טענתו, וכיון דהוחזק כפרן אין לו נאמנות על טענתו, והוי כא"י אם פרעתיך וחייב מספק, ע"ש, ועד"ז ביאר בחי' הגרש"ר ב"מ סי' י"ב סק"ד, ויש לפלפל בזה דהא יש דיעות דבלא הו"ל למידע א"י אם פרעתיך נמי פטור, והוחזק כפרן הוי כלא הו"ל למידע, וי"ל דבלא הו"ל למידע פטור רק באופן דטוען שמא פרעתי, אבל היכא דאינו טוען כלום, חייב כיון דאינו לנו מספק, וכיון דכפרן אינו נאמן על טענתו, הוי כאינו טוען כלום, וצ"ע בזה.

(ה) והנה בגוונא דשבועות מ"א ב' דמעידים שלא פרע בפניהם, או דמעידים דעפצי בד', או בגוונא דהגמ' בסנהדרין כ"ט דהכחיש את הודאתו, ובאו עדים והעידו דהודה, ואח"כ רוצה לטעון משטה הייתי, דאינו נאמן כיון דהוחזק כפרן, הנה בכל האופנים הללו הרי הנידון על לשעבר, ולא שייך בזה סברת הרשב"א, וסברת קוב"ש הנ"ל לכאור' שייך בגמ' בסנהדרין, שהרי הנידון אם הודה או לא, אולם נראה דשאני התם דכ"ז דאינו נאמן על השטאה, הרי יש לפנינו ודאי חיוב, ומש"ה יכול להוציא ממנו ממון, ולהלן בסוגיא דשבועות יבואר עוד דרך בזה.

(א) שבועות ל"ד ב' מנה מניתיך בפני פו"פ ועדים רואין אותו מבחוץ, אי אמר להד"ם הוחזק כפרן, וכן במנה מניתי לך בצד עמוד זה וא"ל לא עברתי בצד זה מעולם, נפקו סהדי דהשתין בצד זה, דלר"ל הוחזק כפרן, והנה הכא לא שייך סברת הרשב"א כיון דהנידון הוא על ההלואה ולא על הפרעון, וכן סברת האחרונים דלטענת פרעתי בעי' טענה שיש בה נאמנות, נמי לא שייך, כיון דהנידון הוא על עיקר החיוב, וליכא חזקת חיוב, ועמד בזה באבי עזרי פי"ד מו"ל ה"ט.

ובאבי עזרי הוכיח מזה דדינא דכל האומר הוא מכח הוכחה מדלא טען פרעתי, [ועכ"פ גם טעם זה נכון, וכדביאר רע"א בדעת הנימוק"], וממילא מהא דטען להד"מ ולא טען דקבלם במתנה, מוכח דלא קיבל ממנו מעות במתנה, ומה דטוען דלא קיבל כלל הרי העדים מכחישים אותו, ומה דטוען דלא קיבל בהלואה הרי הוי הודאה לזכותו, וממילא הוא חייב מדין כל האומר.

ויש להוכיח כן, דלכאור' כל הדין דהוחזק כפרן הוא רק באופן דהוחזק לגזול, אבל היכא דלא הוחזק לגזול אלא רק לשקר מפטור לפטור אינו בכלל הדין דהוחזק כפרן, וא"כ הרי באופן דאמר דלא קיבל ואח"כ אמר דזה מתנה, הרי על הצד דבאמת היה מתנה ולא הלואה, אינו מוחזק לגזול אלא לשקר, וע"כ דכל הנידון הוא רק משום דאיכא הוכחה מהא דלא טען.

אולם צ"ב דבתוס' מבואר דאי לאו קו' מדינא דר"ח קמייתא דברי הגמ' מתבארים כפשוטם דמדין הוחזק כפרן הוא חייב לשלם.

ומורינו הגר"ר שמואלביץ שליט"א ביאר בזה בשיעורי כתובות דמוכח מהכא דדי בטענת התובע כ"ז שאין לנתבע טענה נגדה, וכיון שהוחזק כפרן אין טענת הנתבע כלום, וממילא מוציא התובע בטענתו, [והנה אכ"מ של ענין זה, אולם יש להעיר בקצרה דבתוס' ב"ק צ"ו ב' מבואר דגם למ"ד לאו ברי עדיף, מ"מ בשתק ברי עדיף מדין שתיקה כהודאה, ולהנ"ל היה לפרש בפשיטות טפי דכל דאינו טוען חייב, וצ"ע].

והנה מסברא יש לדון דכל הדין כפרן הוא רק באופן דכפר ממון דהוא חייב, אולם היכא דשיקר בטענתו בממון שבלא"ה הוא פטור ל"ח כפרן, וא"כ יל"ע על עיקר הסוגיא דהרי לצד דבאמת הוי מתנה, א"כ אף דהוא שיקר וטען שלא מנה לו, מ"מ אינו כפרן, ולכא"ו מוכרח דכוונת הגמ' כמו דביאר באבי עזרי דמהא דלא טען לטענת מתנה מוכח כטענת התובע דהיה הלואה, ויש להוסיף דכמו דמצינו דהיכא דיש סיוע של חזקה או מיגו לטענת התובע כו"ע מודו דברי עדיף, ה"ה דראיה מהא דלא טען הנתבע, מהני דכו"ע מודו דברי עדיף, וצ"ע בכ"ז.

עוד יש לציין בזה, דהנה הש"ך סי' ע"ט ס"ק ט"ו הביא מד' הריב"ש דאם הוחזק כפרן על הממון אינו נאמן אף על שיווי החפצים, וכגון דהתובע טוען שהיה שוה מנה והנתבע טוען שהיה שוה נ', דאין הנתבע נאמן כיון שהוחזק כפרן והתובע נוטל כל הממון, וצ"ב דמ"מ איך נוציא ממנו ממון, הרי אף דהוחזק כפרן על הממון, אולם הרי לא נתברר בעדים דכך שוה רק ע"י טענתו ואיך נוציא ממנו ממון, והנה אי נימא דברי מהני היכא דאין הנתבע טוען טענה, א"ש, אולם אי נימא דהוא מדין הודאת בע"ד הרי לגבי שיווי החפצים ל"ש הודאת בע"ד, וכן אי נימא דטעמא משום דאיכא ריעותא בטענת הנתבע, הרי לגבי שיווי החפצים ליכא שום ריעותא, וע"כ מוכח מהריב"ש כסברת מורינו הגר"ר שליט"א.

(ב) בתוס' הק' מ"ש מדינא דר"ח קמייתא דאינו מוחזק כפרן, וצ"ע אמאי הק' כן רק מדין מנה מניתי לך בצד עמוד זה, ולא הק' כן מדין עדים רואין מבחוץ, וצ"ב.

ובתוס' תי' דשאני הכא דמשמע דכוונתו לומר דאם עברתי מעולם בצד עמוד זה אני חייב לך, ולכך חשיב כפרן בכל, אבל התם לא הוחזק כפרן אלא בנ' שכפר, ואותם הרי הוא פורע, ועי' בחי' רע"א בע"א ד"ה תו דביאר דכוונת תוס' דאיכא הודאת בע"ד דאם יתברר כדברי התובע הוא חייב לו, וביאר לפי"ז מה דמוכח בגמ' לעיל שם דבקנס לא שייך האי דינא, דכיון דבעי' לדין הודאת בע"ד הרי מודה בקנס פטור, והגדר בזה דהוי כאומר אני כופר בהלואה אלא משום דלא עברתי במקום זה מעולם, אבל אם עבר שם הוא מודה דלוח, וע"ע בשו"ת רע"א תנינא סי' נ"ה דהביא משו"ת הרשב"א דמבואר נמי דהוא מדין הודאה.

(ג) אולם עדיין יל"ע לאחר תי' התוס' אמאי הוצרכה הגמ' לטעמא דהוחזק כפרן, תיפו"ל משום הודאה, [ולכא"ו יש בזה נפק"מ באופן דיבואו עדים דקבל המעות במתנה, דמ"מ יהא חייב, שהרי על עיקר קבלת המעות הם נאמנים, ולגבי מה דמעידים דנתן במתנה, הרי פסלם, אולם אינו נכון דכבר ביאר רע"א סי' קמ"ט דבעידי פרעון ליכא דין כל האומר אלא אמרי' ממנ"פ].

(ד) ושמעתי מידידי הרב משה רביץ נ"ו לבאר בדברי התוס' דבאמת לאו מדין הודאת בע"ד אתינן עלה, וכוונת תוס' לבאר דטעמא דחשיב הוחזק כפרן לגבי הממון, משום דתלה את כפירתו בכך שלא עבר שם

מעולם, משא"כ בהעדאת עדים דכל נ' הוי כפירה בפנ"ע, ואינו נחשב ככפרן בנ' שעדיין הוא כופר עליו, ולשון הודאה אינו מכוון לדין הודאת בע"ד, [אולם עדיין צ"ב עיקר הסברה איך אפשר לחייבו רק בטענה לחוד].

עי' בשו"ע סי' ע"ט ס"ד דהוסיף על דינא דסוגיין דאף דטוען אח"כ דקיבל במתנה אינו נאמן, וכתב הגר"א ס"ק י"א דמהא דהוצרך הגמ' לטענת הוחזק כפרן מוכח דחוזר בו, דאל"כ בלא"ה הוא חייב כיון דעומד בהכחשתו והעדים מכחישים אותו, וצ"ב דאי נימא דכוונת הגמ' לדין הודאה, הרי גם כשמכחיש בעי' לטעמא דהודאה, דאל"כ ליכא הוכחה לחלואה, ורמז לזה באבי עזרי שם, ומוכח דהוא רק מדין כפרן.

עי' רע"א בגליון שו"ע סי' ע"ט ס"ד דלמד מדברי הירושלמי [באמר לא אנסתי מעולם ובאו עדים דאנס ואין יודעים אם אנס בתו או לא, דחייב] דתבעו מנה הלוייתך וטען לא לויתי מאדם מעולם ובאו עדים דלוח אולם אינם יודעים ממי לוח, הוחזק כפרן וחייב, ועי' בפתחי תשובה דהעיר דאף באופן דהעידו בבירור דלוח מאחר חייב, כיון דהכחישם והוחזק כפרן.

**בס"ד**

### **צריך לברר**

**מ"א ב' ההוא דאמר ליה לחבריה עד מ"ב א' ההוא דא"ל וכו'.**

**עי' רש"י דסברת רבא קאי על התובע, אולם עי' ר"ח דקאי על העדים, ועי' רמב"ן והג"א.**

**עי' תוס' דהק' מהסוגיא ב"ב, וע"ש בתוס' ב"ב ק"ע ב' עוד בזה, ועי' ברמב"ן כאן וב"ב באריכות, ועי' חי' הרשב"א ור"ן עוד חי'.**

**עי' רמב"ם פ"ו מטו"נ הל' ד-ה ובמ"מ וכס"מ, ולח"מ, ועי' בשו"ע סי' ע' ס"ב ובקו' הגר"א ס"ק י"ב מסי' ק"מ.**

גמ' - דלא רמיא עליה דאיניש וכו'. עי' ברש"י דקאי על הלוח, אולם בר"ח פירש דקאי על העדים, וכ"כ הרמב"ם פ"ו מטו"נ ה"ד, ועי' ברש"י ד"ה לא היו דכתב דהלוח טוען פרעתי בפניהם או שלא בפניהם, והיינו דאי עומד בטענתו לא שייך לומר לאו אדעתי' ומוחזק כפרן, ועי' בהג"א דלהשיטות דקאי על העדים, אעפ"י דעומד בדיבורו אינו מוחזק כפרן, ע"ש, ועי' ברמב"ן דתמה דבשלמא הכא י"ל דשכחו שידעו, אבל איך יתכן לומר בעובדא דעפצי דהעדים העידו עדות שקר.

(א) גמ' - ולא פרעתיך מאה עפצי וכו'. עי' בהשגות הראב"ד על הרי"ף דלא גרס בגמ' הוחזק כפרן, והק' דא"כ חייב רק ר', וא"כ אמאי אינו חייב להשבע שבועת מוב"מ מדין שבועה דר"ח קמייתא, ותי' דשאני התם דמעידים על גוף ההלואה, אבל הכא מעידים על שווי החפצים.



ויש להוסיף דאכתי קשה אמאי אינו חייב מחמת הודאתו דלא פרע רק עפצים, וצ"ל דשאני הודאה מתוך כפירה, וצ"ב.

(ב) ועי' בקצוה"ח סי' ע"ט ס"ק י"א דכתב דמלשון השו"ע מבואר דרק על המותר מוחזק כפרן, ופטור מלשלם ת', וביאר דטעמא משום דהוי מממון לממון, והק' על הטור דמשמע מדבריו דאם לא הודה לו המלוה על ת' חייב הכל, והא הוי מממון לממון, ותי' הקצוה"ח דכוונת הטור רק דבלא הודה יהא הלוח חייב שבועה, ע"ש, ויש לדון דלכא' כל מה דמצינו דאינו כפרן מממון לממון הוא רק בגוונא דר"ח קמייתא דהנידון על ההלואה, ובזה הרי נחשב כב' תביעות, אבל הכא הרי הוי תביעה א', ולא חשיב מממון לממון.

תוס' ד"ה כל - תימא וכו'. הנה יש להק' לקו' תוס' בב' אופנים - חדא, כיון דצריך לברר לא מהני הא דלאו אדעת', דסו"ס הוא מפסיד משום דלא בירר, [ולפי"ז קשה נמי לר"ש למאי הוצרך לטעמא דהוחזק כפרן, תיפו"ל משום דלא בירר], ועוד קשה כיון דפטור משום דלאו אדעת', מ"ט הוא צריך לברר, הרי אין שום תועלת בבירור, וכן הוא משמעות לשונם, [ותו כיון דלאו אדעת', אעפ"י דצריך לברר, מ"מ אי"ז נחשב לבירור].

שם - וי"ל דרבא סבר ליה כרשב"ג. הנה אי נימא דקו' היא דכיון דלא יפסיד לא שייך לחייבו בבירור, צ"ע תי' דאף דרשב"ג ס"ל דאי"צ לברר, אולם הרי יתכן דגם הוא מודה דאם באו עדים ואמרו דלא פרע בפניהם דחייב לשלם, כיון דהוחזק כפרן, אלא דס"ל דאינו חייב לברר, וא"כ אכתי קשה לרבא דמרבי מוכח דהוא מוחזק כפרן, ומהיכ"ת דרשב"ג פליג עלה, [אבל אי נימא דקו' דנחייבו עכ"פ משום דלא בירר, שפיר תי' דס"ל כרשב"ג דאי"צ לברר].

ולכא' מוכח לומר דס"ל לרבא דטעמא דאי"צ לברר לרשב"ג הוא רק משום דגם אם יתברר דהבירור הוא שקר עדיין הוא פטור, ואינו מוחזק כפרן, ולכך אי"צ לברר, [ובאופ"א י"ל דטעמא דרבא דלא רמיא עלהי הוא משום דאי"צ לברר, דכיון דאינו חייב לברר, אינו מדייק בדבריו, ולכך אף אם הוברר דהוא שקר, הוא פטור, אבל אם צריך לברר ליכא לסברא דלא רמיא, דאדרבא כיון דצריך לברר דעתו ע"ז, וצ"ע].

(א) שם - א"נ כמו שפי' ר"ת וכו'. הנה אי נימא דקו' דיפסיד עכ"פ משום דלא בירר, שפיר תי' דאינו מפסיד משום דלא בירר, אבל אי נימא דקו' מה שייך דין בירור כשאינו מפסיד, צ"ל דהא גופא תי' דר"ת חידש דשייך דין בירור גם כשאינו מפסיד.

(ב) עוד צ"ב דא"כ למאי הוצרך רבא לטעמא דכל מילתא, כיון דאם לא בירר אינו מפסיד, וי"ל דשאני הכא דאי נימא דהוחזק כפרן, הרי לא יהא נאמן לומר פרעתי, ורק משום הסברא דכל מילתא, שפיר אינו מפסיד אם אינו מברר.

ג) עי' בשו"ת רע"א ח"א סי' פ"ט [ד"ה גם אף במוסגר] דהק' כיון דגם יעידו דלהד"מ הוא פטור מדוע מביאים אותם, ותי' דאולי יאמרו עדות להיפוך דודאי לא פרע, וצ"ל דמשכח"ל באופן דיאמרו דהודה בפניהם דלא פרע.

ומצינו עוד תי' בראשונים -

א) עי' ברמב"ן דכתב דקו' היא לדברי ר"ח דביאר בדברי הגמ' ב"ב דלרבי אם באו העדים והכחישוהו הוחזק כפרן וחייב, וזה סותר לדברי רבא, ועי' בהמשך דבריו [מד"ה והוי יודע] דהביא דשיטת רש"י דלרבי אף באינו יכול להביאם נמי מפסיד, וסיים הרמב"ן דלדידי' לא קשיא משמעתיך, וצ"ב כוונתו, ונראה בכוונתו דהא הרמב"ן הביא לדברי הרשב"ם דביאר דלגרסתו בגמ' ע"כ מוכח דקיי"ל כרשב"ג, ולפי"ז א"ש כמו דתי' תוס' דרבא ס"ל דקיי"ל כרשב"ג.

ב) והביא הרמב"ן לתרץ דיש חילוק אם אמר להם אתם עידי או לא, [ולרש"י הוא אינו זוכר, ולר"ח העדים אינן זוכרים], והנה אי נימא דהיה קשה לו דלא שייך בירור היכא דלאו אדעת', א"ש תי' דהתם הוא זוכר, ולכך צריך לברר, ואי נימא דקו' היא דאף דאינו זוכר מ"מ יהא חייב משום דצריך לברר, י"ל דתי' דודאי כל דאינו זוכר אינו צריך לברר, והתם הוא זוכר.

ג) והרמב"ן תי' דהתם מיירי דעומד בדיבורו דלא טועה ולכך הוחזק כפרן, אבל בסוגיין מיירי דחזר ואמר דפרעתי או בפניהם או שלא בפניהם וכדכ' רש"י, ולכך שייך הסברא דכל מילתא, והוסיף הרמב"ן דנאמן מתוך דהיה יכול לומר מתחילה פרעתיך שלא בפני עדים, וצ"ב הא הוי מיגו למפרע, וצ"ל דאין כוונת הרמב"ן דהשתא נאמן לומר דטעה מחמת המיגו דמעיקרא, אלא כוונתו דהא דאמרי' דמעיקרא טעה ולא שיקר, משום דהרי היה יכול לשקר מעיקרא, וע"כ צ"ל דמסתמא טעה ולא שיקר.

וצ"ב מדוע רק בדרך זו הוצרך הרמב"ן לסברא זו, וי"ל דהנה אם יבואו עדים דלא פרע בפניהם ואח"כ יטען דפרע בפניהם, לא שייך בזה דינא דהוחזק כפרן, כיון דאין טענתו מתקבלת בבי"ד אחר העדות, וממילא אם טענתו בתחילה אינה מתקבלת משום דינא דכל מילתא וכו' הרי לא אכפ"ל דאחר העדות עדיין הוא עומד בדיבורו, דמ"מ אי"ז סיבה לדינו ככפרן, ורק הרמב"ן לשי' דס"ל דבעומד בדיבורו הוחזק כפרן, הרי ע"כ מוכח דהסברא דכל מילתא וכו' אי"ז סיבה דלא יקבלו דבריו, אלא דיכול אח"כ לפרש דבריו דטעה, ולכך הוצרך הרמב"ן לומר דהטעם דיכול לשנות את דבריו מעיקרא, משום דהיה לו מיגו בזמן הטענה.

ד) עי' רמב"ן ב"ב דיישב דסוגיין מיירי דבאו עדים אחרים על הפרעון, וכה"ג מסתבר טפי דלא שיקר בדבריו מלכתחילה אלא דלא היה זכור, משא"כ התם מיירי דלא באו עדים אחרים, ולכך הוא מוחזק כפרן, וצ"ב דא"כ אמאי ר"ש מחייבו, הרי אף דהוחזק כפרן, סו"ס הרי יש לו עדים דפרע, וי"ל דמדין כל האומר נקטי' דכשאמר דפרע בפני פו"פ, הודה דלא פרע בפני אחרים, וע"ז דחי רבא דכל מילתא דלא רמיא וכו' ומשו"ה פטור מחמת העדים.

עוד צ"ב מדוע הוצרך הרמב"ן לבאר דכשיש עדים אחרים תלינן דאינו זכור, הא יש לבאר בפשיטות דכל דבאו עדים אחרים לא שייך לפסול את הכת הב' מחמת דינא דצריך לברר, [נמוכח כן להדי' במכות ה' ב' דשייך להביא ב' כיתי עדים לאחר שנפסלו הכת הראשונה, ולא אמרי' דכל העדים פסולים מחמת דינא דצריך לברר], וכל הנידון משום דינא דהוחזק כפרן.

ה) עי' ברשב"א דכתב לתרץ דקיי"ל כמ"ד דאי"צ לברר אלא בחזקה דמכח שטר, והוסיף הרשב"א דר"ש ס"ל כמ"ד דאף בב' כיתי עדים צריך לברר, וצ"ב הא ר"ש ורבא נחלקו אם הוחזק כפרן או דכל מילתא וכו', ולהרשב"א פלוגתייהו אם צריך לברר גם בב' כיתי עדים.

ומוכח דעיקר הסברא לחלק דשאני חזקה הבאה מכח שטר, יסודו דבב' כיתי עדים דאינם שייכים לעיקר הטענה אמרי' דלאו אדעתי', אבל בשטר וחזקה דהחזקה מכח שטר, כל דאומר דיש לו שטר זהו עיקר טענתו, ולא אמרי' דלאו אדעתי', אלא הוחזק כפרן, וכן מתבאר בלשון הריטב"א בב"ב, ע"ש.

ובעיקר דברי הרשב"א, עי' ברמ"ה בסנהדרין דחולק דפרעתי בפני פלוני ופלוני דמי לחזקה דמכח שטר, שהרי גם חזקה מהניא בלא שטר, ומ"מ כל שאומר שהי' לו שטר, אי"ז דבר לעצמו, וה"נ פרעון בפני פלוני ופלוני, ול"ד לב' כתי עדים דל"ש הכתות זל"ז.

ו) עי' ברמב"ם פ"ו מטו"נ ה"ד וה"ה דפסק לב' הסוגיות, ועי' במ"מ דכתב לחלק בב' אופנים, חדא דיש חילוק בין היו עידי הלואה ללא היו עידי הלואה, ועוד חילוק בין אמר בתמיה ולא פרעתיך בפני פו"פ, או דאמר בניחותא פרעתיך בפני פו"פ, ועל חילוק ב' כבר תמה הראב"ד דאין בזה סברא, ועוד תמה בלח"מ דהא להרמב"ם הסברא דלאו אדעתי' קאי אעדים, ומה נפק"מ באיזה לשון אמר, וגם חילוק א' צ"ב הסברא בזה.

ז) עי' שו"ע סי' ע' ס"ב דפסק כשיטות הראשונים דיש חילוק בין יחד עדים ללא יחד, דבלא יחד ולא בירר או הוכחש פטור וביחד והוכחש חייב, ועי' ביאור הגר"א ס"ק י"ב דכתב דזה סותר לסי' ק"מ, וכוונתו דמבואר שם בס"ד דכל שאינו מברר את השטר איבד חזקתו, ומ"ש מהכא דבלא בירר פטור, ועי' סמ"ע שם סק"ד דעמד בזה.

## בס"ד

### סיטראי

א) עי' בר"ן כתובות דהק' מה אכפ"ל דהמלוה טוען סטראי, הרי הלואה יכול לטעון דשלחו לפרוע את המלוה שבשטר, ותי' דע"כ מוכח דהיכא דפרע הלואה בסתמא יכול המלוה לומר דיהיו המעוה לחוב פלוני, כיון דיד המלוה על העליונה, והוסיף הר"ן דאף בגוונא דאמר הלואה להדי' בזמן הפרעון דהמעוה יהיו לחוב פלוני והמלוה שתק, דיכול המלוה לומר דתפס לחוב אחר ושתק כדי לתפוס ממנו את המעוה.

וכדברי הר"ן מבואר בבב"ב דשער כ' חלק א' דין א'-ג', והוסיף דטעמא משום דעבד ליה לאיש מלוה, וכן כתב בטור סי' נ"ח ס"ב, ועי' בשו"ת הרשב"א ח"ב סי' ל"ז וח"ג סי' ש"כ דג"כ פסק הכי, והביא לזה עוד

ראיה מקידושין ח' ע"ש, ובתשו' בח"ב כתב עוד "חדא התופס מבעל חובו שלא לדעתו מה דתפס תפס" והיינו דזה מדין תפיסה ולא כסברת הבעה"ת דהלוא משועבד למלוה, [ועי' בקוב"ש בכתובות עד"ז].

ב) והנה בפשוטו נראה דכל ראיית הר"ן היא רק מעובדא דאבימי, אבל מהסוגיא בשבועות ליכא ראייה, ומשום דבסוגיא בשבועות יש לפרש דהמלוה טוען דהלוא הסכים דיהיו המעות לפרעון המלוה בע"פ, ורק בסוגיא דאבימי דבפשוטו משמע דהמלוה מודה דהשליח נתנו לו על המלוה שבטר, אלא דתפס את המעות קודם שהחזיר לו השטר, ומהא שפיר מוכח דיד המלוה על העליונה.

ג) ויל"ע על הר"ן דהא קיי"ל בגיטין ע"ז? דפרעון בע"כ שמיא פרעון, וא"כ אמאי יכול המלוה לקבוע לאיזה חוב אזיל הפרעון, הרי אדרבא הלוא יכול לפרוע לו בע"כ.

וי"ל דהנה זה ודאי דאם יהא ללוה ב' חובות לב' אנשים, ויפרע לא' בע"כ במקום דאינו משתמר, ובע"ח הב' יכול לתפוס את המעות, דלא חשיב דהלוא העמיד למלוה מעות לפרעון חובו, וממילא היכא דלעולם המלוה יכול לתפוס את המעות לפרעון המלוה בע"פ, הוי כמעמיד לו חוב במקום שאינו משתמר, וצ"ע בסברא זו אם היא נכונה.

ד) יל"ע לפי הר"ן מהא דמשני הגמ' לאו אתורי יהבת לי וכו', ולהר"ן מה אכפ"ל דהלוא נתכוין לפרוע את חוב השוורים, הרי המלוה תפס המעות לחוב שבבע"פ.

ולכא' מוכח מהכא דכל דברי הר"ן נאמרו באופן דב' החובות ידועים, וכל הנידון אם יפרע את החוב שיש בו יותר יפוי כוח, או דיפרע את החוב שיש בו פחות יפוי כח, ובהא כיון דעבד לזה לאיש מלוה זה תלוי ברצון המלוה, אבל היכא דהחוב הב' אינו ידוע, והמלוה טוען דיש עוד חוב ותופס בשביל החוב הב', כל דקיבל מעות להדי' עבור החוב שבשטר אינו יכול להמציא חוב חדש ולתפוס את הממון, [ולפי"ז אין ענין דברי הר"ן לדברי הרא"ש להלן], וצ"ע.

א) עי' ברא"ש שבועות דהק' למאי בעי' למיגו הא כמו דנאמן בלהד"מ יהא נאמן בסטראי, וצ"ב קו' דשאני טענת להד"מ דאינו מחדש חוב על חבירו, משא"כ בטענת סטראי דהוא מחדש חוב על חבירו, וצ"ב.

וי"ל דהנה מבואר בתוס' ל"ד ב' ונפסק בשו"ע סי' ע"ט ס"ד דבטוען מנה הלוייתך, ובאו עדים דמנה לו, והמקבל טוען דזה היה בשביל פרעון חוב אחר דנאמן, וצ"ב הרי הנותן כופר בחוב, ואיך יכול לתפוס את הממון ולטעון דהוא לפרעון חוב, הא הוי כתופס בפני עדים וטוען ידידי חטפי דאינו נאמן, וע"כ מוכרח דכל דהנותן נתן לו המעות מרצונו וממנ"פ המעות הם שלו, הרי הנותן הוא התובע והמקבל הוא הנתבע, ולכך ה"ה בסוגיין כיון דהלוא נתן לו מרצונו יכול המלוה לחדש חוב ולטעון דזה היה בשביל המלוה ע"פ, ולכך נקט הרא"ש בקו' דכיון דחשבינן ללוה כמוציא, שפיר דמי לטענת להד"מ, ואי נימא כמו דיתבאר להלן דכוונת הרא"ש להק' באופן דהמלוה טוען דהלוא הסכים דיהיו המעות למלוה ע"פ א"ש טפי הא דדמי לטענת להד"מ.

ב) ותי' הרא"ש דטענה דסטראי אינה מחוורת כיון דאיכא חזקה דלא שביק איניש מלוה בשטר ופרע מלוה בע"פ, וכבר תמהו האחרונים דהא מבואר בר"ן בכתובות פ"ה א' דאף דהלוח אומר דנותן לו לתשלום על מלוה בשטר יכול המלוה ליטלו בע"כ בשביל מלוה ע"פ, ועי' בתומים סי' נ"ח ס"ק י"ג דתי' דכיון דלוה לא שביק ע"כ דלא היה חוב מלוה ע"פ, דאם היה ודאי היה נוטל השטר כיון דידוע דהמלוה יכול ליטלו ממנו בע"כ, ובהגהות ברוך טעם ציין דכן מבואר בשו"ת תורת חיים למהרח"ש ח"ב סי' ל"ה.

ג) ועי' בעין הגליון לרע"א סי' נ"ח ש"ך ס"ק י"ג דציין רע"א לשו"ת פני משה ח"א סי' נ"ח, ושם ביאר דקו' הרא"ש דכמו דבמיגו הוא נאמן לומר דהיה עוד חוב, ה"ה דבלא מיגו נאמינו דהיה עוד חוב, כיון דאיכא חזקה דשטרך בידי, וע"ז תי' הרא"ש דאיכא חזקה דלא שביק ומשו"ה בלא מיגו אמרי' דמסתמא ליכא חוב שני כלל, והמלוה שכח ליטול השטר.

ועי' בהגהות חכמת שלמה ריש סי' פ"ג דביאר טפי, דזה ודאי דא"א לתפוס ממון מחבירו ולומר דהם בשביל חיוב מלוה ע"פ, דהא כל דאיכא עדים על החטיפה אינו יכול לומר אין חטפי ודידי חטפי, ורק בגוונא דהר"ן דב' החובות ידועים, והלוה נתן לו המעות מרצונו, יכול לקבוע המלוה בע"כ דלוה על איזה חוב קאי הפרעון, שהרי המעות באו מדעת הלוה, אבל הכא דאין החוב הב' ידוע, הרי חשיב כתופס ממון וטוען ידי חטפי, ולכך בזה ודאי אף להר"ן לא מהני תפיסה, אלא דהיה קשה להרא"ש דהא מ"מ באופן דטוען דהלוה נתנם מדעתו לפרעון המלוה בע"פ, אמאי בעי' למיגו, [הא דמי להא דדף ל"ד ב' וכמו דנתבאר לעיל סק"א], וע"ז תי' הרא"ש דאיכא חזקה דלא שביק, והוי טענה דאינה מחוורת.

א) עי' בבעה"ת שער כ' חלק ב' דין ב' דהיכא דאיכא ב' חובות בשטר, ויש עדים על הפרעון, אולם הלוה טוען דפרע את החוב שיש בו ערבות, והמלוה טוען דפרע את החוב שאין בו ערבות, ד"א דדמי לסוגיין ואתרע שטרא, אולם הבעה"ת חלק דדוקא בסוגיין דהוי ספק חוב, אמרי' דאין ספק מוציא ודאי, ולכך היכא דאיכא עדים אינו נאמן בלא מיגו, אבל היכא דב' החובות ידועים נאמן המלוה אף בלא מיגו, ונפסק בטוש"ע סי' פ"ג ס"ב, ומבואר תי' אחר על קו' הרא"ש למאי בעי' למיגו.

ב) עי' בשו"ת אבקת רוכל סי' קכ"ז דכתב דלפי הרא"ש אם היו ב' החובות בשטר, נאמן לומר סטראי אף בלא מיגו, כיון דליכא לחזקה דלא שביק, [ועי' במהרח"ש דהק' דא"כ לעולם יהא נאמן במיגו דהיה אומר דהיה לו עוד מלוה בשטר וכח החזיר לו את השטר, ותי' דירא לומר כן כיון דשטר אית ליה קלא], ועוד כתב דהיכא דאיכא עדים על המלוה בע"פ נמי לא בעי' למיגו, והוכיח כן משו"ת הרשב"א, וצ"ב דהא דברי הרא"ש סתרי לדברי הרשב"א דהא לפי הרא"ש לכאן אף באופן דאיכא ודאי מלוה ע"פ איכא חזקה דלא שביק.

אולם לדברי האחרונים לעיל א"ש היטב, דכל סברת הרא"ש שייך באופן דבא להמציא חוב, דבהא אין המלוה יכול לקבוע לאיזה חוב יהיו המעות, אבל היכא דהחובות ידועים, הרי הכל תלוי בדעת המלוה.

ג) עי' בבעה"ת שער ס"ו חלק ב' דין ג' כתב דבטוען המלוה דקיבל עבור חוב אחר והחזיר לו את השטר, ויש עדים על הפרעון, כמו דלא מצי טעין סטראי כשיש עדים, ה"ה דלא מצי לומר שטר אחר היה לי והחזרתי לך

כיון דאין להניח הודאי ולסמוך על הספק, וכתב דאעפ"י דמדברי הרי"מ מבואר דאינו כן דהא כתב דאף היכא דאיכא עדים על נתינת המעות מצי לומר מתנה נתנם לי, מ"מ הרי בגמ' מבואר דלא כדבריו, דהא אעפ"י דלא אדכר שטרא ליכא מיגו בעדים, והביא דבעל העיטור נמי חלק על הרי"מ, ועי' בש"ך סי' נ"ח ס"ק י"ג דתמה דהרי הבעה"ת גופי' הביאו לדברי הרי"מ בשער י"ט ללא חולק.

ובדעת הרא"ש יש לדון אי נאמן לומר מלוה אחר בשטר היה והחזרתיו לך, ועי' בנתה"מ סי' נ"ו סק"ז דכתב דהרא"ש נמי מודה דלא מצי אמר הכי, אלא דהיה קשה לו אמאי בלא עדים בעי' למיגו, הא סטראי טענה בעליא, וע"ז תי' דאיכא חזקה, וס"ל דתי' הבעה"ת שייך רק היכא דפרעו בעדים דאיכא ודאי פרעון, אבל בלא עדים דליכא ודאי פרעון, לא שייך האי טעמא ולכך הוצרך לחזקה, אבל היכא דאיכא עדים דהיה פרעון אינו נאמן כיון דאין ספק מוציא ודאי, וממילא אף בב' מלוה בשטר נמי אינו נאמן, ודבריו צ"ע דהא מבואר להדי' בדברי הרא"ש דאף היכא דאיכא עדים הא דאינו נאמן לומר סטראי הוא משום החזקה, וכן מבואר להדי' בשו"ת הרא"ש כלל פ"ו סי' ט"ו.

ד) עי' בבאור הגר"א סי' פ"ג סק"ז דכתב על דינא דבעה"ת הנ"ל דבב' שטרות נאמן המלוה אף בעדים, דדוקא בעובדא דסטראי הצריכו מיגו כיון דאין ידוע החוב הב' ואינה טענה טובה, משא"כ הכא, והביא לכל דברי הרא"ש בשבועות וכתב דלפי דבריו באופן הנ"ל דאיכא ב' שטרות נאמן אף בלא מיגו, ולכך הכריע הטור כאן לספיקו דבעה"ת כיון דפסק בסי' נ"ח כהרא"ש, ולכאור' כוונתו דכיון דפסק כהרא"ש דאתרע שטרא היינו דלא קרענין ולא מגבינן, משו"ה קיי"ל כהכרעת הבעה"ת.

ומבואר מדברי הגר"א דכל קו' הרא"ש למאי בעי' למיגו הוא רק לאחר דחלק על הגאונים דלא נתבטל השטר לגמרי, אבל להגאונים ליכא קו', ומה"ט תלה לדינו של הבעה"ת בדין הנ"ל, וכן מתבאר ממה דהגר"א האריך להביא אף את תחילת דברי הרא"ש, וצ"ב דלכאור' אין הדברים תלויים זה בזה.

ה) והנה בעיקר מה דמבואר מדברי הגר"א דלהגאונים אין להק' למאי בעי' למיגו, יש ליישב דטעמא דהגאונים דבטל השטר לגמרי הוא משום סברת הבעה"ת דאין ספק מוציא מידי ודאי, ורק ע"י המיגו הוא נאמן לחדש חוב חדש, אבל להרא"ש דס"ל דלא נתבטל השטר לגמרי, ע"כ דאין הטעם משום דאין ספק מוציא ודאי, וס"ל דאינו נידון כמחדש חוב, וכנ"ל, ולכך הק' דא"כ למאי בעי' למיגו, ותי' דאיכא חזקה דלא שביק, ומה"ט כיון דאינו ביטול גמור על טענת המלוה, אלא דהוי טענה גרועה, ואיכא חזקה דשטרך בידי המסייע למלוה, משו"ה לא מבטלים את השטר לגמרי, אולם עדיין צ"ב מה דתלה הגר"א בזה לדינא דב' שטרות, וצע"ג.

### מיגו דלהד"מ

א) עי' תוס' ב"ב ל"ב ב' דהק' אמאי סטראי מיגו דלהד"מ לא הוי מיגו להוציא, ותי' דשאני התם דאית ליה שטרא, וכן יישב בבעה"ת שער י"ז ח"ב, ומבואר דלא חזרו ממה דנקטו דחשיב המלוה כמוציא, וצ"ב דהא

מבואר בתוס' ל"ד א' דהיכא דאיכא ע"א על הפרעון חשיב שבועת הנפטרינ, [ע"י להלן], וצ"ב מ"ש דחשיב מיגו להוציא, ולא הוי שבועת הנוטלין, ולתי' הש"ך א"ש דהא תוס' מירי אחר הפרעון.

(ב) בעיקר תי' תוס' דשטר שאני, ע"י קצוה"ח סי' פ"ב סק"י וסי' פ"ג ס"ק ה' וש"ש ש"א פכ"ד דביאר דכוונת תוס' לדינא דשטר העומד לגבות כגבוי, וחשיב מוחזק בחוב, והביא משו"ת הרשב"א דאעפ"י דקיי"ל דלא כב"ה היינו בספק סתם, אבל היכא דאיכא מיגו המסייע לכו"ע הוי כגבוי ואינו נידון כמוציא, ומה"ט כתב בקצוה"ח שם דהיינו דוקא בשטר שיש בו שעבוד נכסים, דכיון דיש לנו נכסים העומדים לגביה חשיב כמוחזק בהם, אולם צ"ב דהא לטענת הלוח שטר פרוע הוא וליכא שטרא דנימא דהוי כלהחזיק, וי"ל דשטר פרוע נמי חשיב שטר, אלא דאם הוא פרוע אין גובין בו, אולם אית ליה שם שטר, ושפיר מועיל המיגו.

ובקצוה"ח סי' ק"נ סק"ב הביא ממהרש"ך דביאר לדברי התוס' באופ"א דכל מה דלא אמרי' מיגו להוציא הוא רק משום דאין לו שום חיזוק, אבל היכא דאיכא שום חיזוק כמו שטר מהני מיגו להוציא, ומה"ט אף בליכא שעבוד נכסים כמו בנכסי קטנים יכול לגבות, דחיזוק מיהא הוי, וע"ש דמדמה להא דמהני מיגו בבירי ושמא להוציא, ע"ש.

והנה בתוס' שם ד"ה אמאי כתבו דל"א מיגו להוציא אלא אם יש לו שטר וחזקה ובא לפסול ראייתו, דבהא מהני מיגו לקיים את הראיה, ומבואר לכאור' דאין הגדר כקצוה"ח דחשיב כגבוי ומוחזק, אלא דהמיגו מקיים את השטר, והשטר הוא דמוציא הממון, ולכך אי"ז מיגו להוציא.

(ג) ברמב"ן וברשב"א ב"ב תי' דעיקר הנידון הוא על המנה שפרע לו, וממילא הוא דגובה עם השטר, והנה הרא"ש בשבועות הק' למאי בעי' למיגו בסטראי, מ"ש מטענת להד"מ, וצ"ב איך יהא נאמן להוציא ממון בטענת סטראי, ומוכח לכאור' דס"ל כסברת הרמב"ן והרשב"א דעיקר הנידון על המנה דפרע לו, אולם ע"י בהג"א בכתובות דכתב דטעמא דל"ה מיגו להוציא משום דהשטר מסייעו, ותוכ"ד ביאר כהרא"ש דע"כ טענת סטראי הוי טענה גרועה, דאל"כ למאי בעי' למיגו, וצ"ב.

(ג) בעיקר תי' הרמב"ן, ידוע להק' דהא הרמב"ן בסוגיין הק' על הרי"מ דנאמן בסטראי מיגו דמתנה, דהא הוי מיגו להוציא, וזה סותר לדבריו דכיון דהנידון על המנה שנתן לו אי"ז נידון כלהוציא אלא כלהחזיק, ובאמת דקשה טפי, דהא ע"כ מוכח מהגמ' דמהני סטראי במיגו דלהד"מ, ומדוע סטראי במיגו דמתנה לא מהני.

ובפשוטו י"ל דשאני היכא דאיכא עדים על נתינת המעות, דכיון דבסתמא הלוה לא יתן מתנה או יפרע למלוה ע"פ, נקטינן דבסתמא נפרע השטר, ולכך חשיב מיגו להוציא, משא"כ היכא דליכא עדים ורק עפ"י הודאתו ידעי' דקיבל מעות אי"ז נחשב כמיגו להוציא, [אולם מ"מ בעי' למיגו, וצ"ב עדיין].

(ד) ע"י ברשב"א כתובות י' א' דביאר דהא דאמר ר"י דאומר פ"פ נאמן להפסידה כתובתה, דכ"ז במכחשת אבל בנאנסתי נאמנת, והק' דא"כ אמאי אינה נאמנת במכחשת מיגו דנאנסתי, ותי' דהוי מיגו להוציא, ואעפ"י דאית לה שטר כתובה, וכתב דל"ד לסוגיין דנאמן במיגו להחזיק את השטר, משום דשאני הכא דהיה לשטר שעת הכושר, אבל בתם אי זינתה לא היה לשטר מעולם שעת הכושר, ע"ש, וצ"ע דהא ברשב"א ב"ב ביאר דאין הטעם מחמת השטר, אלא מחמת דכל דליכא עדים חשיב מיגו להחזיק, וצ"ע.

ה) עי' בתומים סי' נ"ח ס"ק ה' דהביא משו"ת פרח מטה אהרון דהיכא דאיכא תרי ותרי אם אם הוי סטראי או לא, השטר בחזקתו, ותמה התומים דהא בתרי ותרי על שובר מבואר בתוס' כתובות כ' א' דהממון בחזקתו, ולא השטר, וא"כ הכא נמי נימא המע"ה.

והנה לדברי הרמב"ן דלא חשיב מיגו להוציא, כיון דאין הנידון על השטר, י"ל דשאני בשובר דהנידון אם היה כלל מעשה פרעון או לא, אולם הכא ודאי דהיה מעשה פרעון, אלא הנידון איזה חוב נפרע, וס"ל כהרמב"ן דכה"ג נידון כלהחזיק.

ו) עי' ש"ך סי' פ"ב ס"ק כ"ט דבאומר אל תפרעני אלא בעדים, ופרע בפני עידם, דאינו נאמן המלוה בטענת סטראי, ואעפ"י דלפי הר"י מגאש ונפסק בשו"ע סי' נ"ח ס"ב דנאמן במיגו דמתנה, שאני הכא דליכא שטרא והוי מיגו להוציא, אולם להרמב"ן אי"ז מיגו להוציא.

ועי' קצוה"ח סי' פ"ב סק"י דהעיר דאי"צ לנפק"מ דהרי"מ, אלא כל דטוען דפרעתך, ומודה המלוה אלא דטוען סטראי, ובעי' לנאמנות דמיגו דלהד"מ, דבכה"ג לתוס' הוי מיגו להוציא, ועי' שער המשפט סי' נ"ח, והנה הרי מדברי הראשונים ע"כ מוכח דחלוק מיגו דמתנה דהק' על הרמב"ן דחשיב מיגו להוציא, אעפ"י דמיגו דלהד"מ אי"ז מיגו להוציא, וא"כ ה"ה בדעת הש"ך י"ל דאע"ג דמיגו דלהד"מ אינו נידון כלהוציא, דכל הנידון הוא על הממון, אבל במיגו דמתנה הוי להוציא כיון דהנידון הוא על השטר, אולם עדיין צריך לבאר הסברא בזה.

ז) עי' סי' ע' ס"ד דבאמר לו אל תפרעני אלא בפני פו"פ וא"ל פרעתך בפני אחרים ובאו אותם אחרים והעידו דפרע בפניהם דפטור, וכתב הרמ"א דמ"מ המלוה יכול לטעון סטראי נינהו, כיון דלא פרע בפני העדים דאמר לו, וצ"ע דהא כל דאיכא עידי פרעון אינו נאמן לומר סטראי, כמבואר בסוגיין, והרי אם יבואו העדים דהתנה דיפרע בפניהם אינו נאמן לומר סטראי, ומדוע בפני עדים אחרים יכול לומר סטראי, אולם עי' היטב בביאור הגר"א דמבואר דגם שיטה זו ס"ל בעיקר הסברא כהרי"ף דהכל תלוי בנאמנות של המלוה, אלא דרק בכה"ג אין המלוה מאמינם, ע"ש, ומיושב הא דנאמן בלא מיגו, דהא לכה"ג הרי פסלם.

ח) עי'

### טענת סטראי ויש ע"א

א) עי' ספר התרומות שער י"ט ח"א דין ג' דכתב להסתפק מה הדין היכא דאיכא ע"א על מעשה הפרעון, האם דינא דסטראי נאמר רק בב' עדים, אבל היכא דאיכא ע"א נשבע המלוה דסטראי נינהו, או דילמא דמי לדינא דנסכא דר"א, והביא ראיה מכתובות פ"ח א' דהגמ' פריך על הא דאי פקח וכו', דהא יכולה לומר ב' כתובות היה לי, ואי נימא דבע"א אתרע שטרא, הרי איכא דין מתוך, ודחה הבעה"ת דשאני התם דהוי להחזיק, ע"ש היטב בדבריו, ועוד הביא ראיה מהא דבעובדא דאבימי אינו חייב מחמת עדות השליח, ודחה דמיירי לבתר שבועת היסט דאין שליח נעשה עד, או דהשליח פשע דלא ביקש השטר, ולא נתבאר בבעה"ת



צדדי הספק, וצ"ב, [ואין לומר דהנידון אי הוי שבועת הנוטלין או שבועת הנפטריין, דהא בסוגיא בכתובות פ"ח א' ע"כ מנה א' הוא גזל והוי שבועת הנפטריין, וצ"ע].

(ב) והביא הבעה"ת דשאל להרמב"ן, והשיב הרמב"ן דכיון דע"א אינו מחייבו אלא בשבועה דרבנן מדין שבועת הנוטלין הרי ליכא דין מתוך דרבנן, ועוד דברבנן יכול המלוה לישבע דיש לו עוד מלוה ע"פ, ובסו"ד כתב דאף נוטל בלא שבועה כיון דלא שייך בזה טעם התקנה כדי להפיס, דדוקא באופן דטוען המלוה לא נפרעתי חייב שבועה להפיס דעתו של הלוח, ע"ש.

ועי' שער המשפט סי' נ"ח סק"א דתמה על הרמב"ן איך יטול בלא שבועה, הא כל נאמנותו בסטראי הוא במיגו דלהד"מ, ובטענת להד"מ הרי חייב לישבע, ועי' ביאור הגר"א שם ס"ק י"ח, וצ"ב כוונתו.

וע"ע בקצוה"ח סי' ס"ה סק"א דתמה מדוע כל ע"א דמעיד שפרוע אינו נאמן במיגו דסיטראי, והוכיח מזה דבשבועת ע"א לכו"ע ל"א מיגו לאפטורי משבועה, כיון דע"א לשבועה כב' לממון והוי מיגו במקום עדים.

(ג) בטור סי' נ"ח הביא לדעת הרמב"ן, וכתב בב"י דאין חולק בזה, ותמה הש"ך ס"ק כ"ג דהא בתוס' ב"ב ל"ד א' הק' בעובדא דאבימי אמאי נאמן במיגו, הא איכא ע"א ונימא מתוך, ותי' דמיירי בתר תקנת שבועת היסט דאין השליח נעשה עד משום דהוא נוגע, ומבואר להדי' דפליגי על הרמב"ן דגם בע"א איכא דין אתרע שטרא, והביא הש"ך דכ"כ הר"ן בכתובות ובשבועות, ועוד תמה הש"ך דהרי הרמב"ן ב"ב ל"ד כתב להדי' כקו תוס' ותי', ועוד הק' הש"ך דהא קיי"ל דבשבועה דרבנן ליכא דין מתוך, ואמאי אתרע שטרא בע"א.

(ד) ועי' בש"ך דיישב דהרמב"ן ותוס' ב"ב מיירי לענין שבועה דאחר הפרעון דהשתא הוי שבועה דאו' כההיא דאי פקח מייתי וכו', אבל הרמב"ן בתשו' מיירי קודם הפרעון, ע"ש.

ועי' בקצוה"ח סי' נ"ח סק"ג דכתב ליישב דיש חילוק בין אידכר שטרא ללא אידכר שטרא, ע"ש בב' אופנים, וע"ש עוד בסק"ד עוד ישוב בזה.

ולכאו' הטעם בסברא לחלק בין אידכר ללא אידכר הוא, דכל הטעם דבסיטראי אינו נידון כחטיפה, משום דהמעות באו לידו בהיתר, אולם כ"ז בלא אידכר שטרא, דבהא הוא נאמן לומר דהלוח פרע לו את המלוה ע"פ, אבל באידכר שטרא, הרי לטענת המלוה דבאו לידו בשביל המלוה ע"פ, הרי הוי חטיפה גמורה, כיון דלטענת הלוח אינו חייב לו, וממילא הע"א מחייבו בשבועה דאו', וכיון דאינו מכחיש העד, אלא דטוען ידי חטפי חייב לשלם מדין נסכא דר"א, אבל בלא אידכר דהוי שבועה דרבנן כיון דליכא דין מתוך אינו חייב לשלם, ולכך בעובדא דאבימי ס"ל להנך ראשונים דמיירי באידכר ליה שטרא, ומשו"ה כתבו הראשונים דשייך בזה דין אתרע שטרא, וזהו כוונת הקצוה"ח.

(ה) ובריטב"א כתובות הביא מתוס' ליישב דבעובדא דאבימי הוי שבועה דרבנן וליכא דין מתוך בכה"ג, אולם עי' בריטב"א שם דכתב דעובדא דאבימי מיירי בפרעו סתם דלא אידכר ליה שטרא, וא"ש תי' הריטב"א לשי'.

ו) עי' ברשב"א בכתובות דהק' דעדות השליח הוי עדות על המעות אי שקיל כדין או לא, וא"כ הוא מחוייב שבועה דאו', ונימא מתוך כדין נסכא דר"א, ותי' כיון דלא חטף אלא בתורת פרעון הגיע לידו, חשיב דעדותו רק על המנה שבשטר, והוי חיוב שבועה דרבנן, וקשה הרי הרשב"א כתב בקו' דקשיא לי' בין באידכר ובין בלא אידכר, [וכן הרי הרשב"א בתשו' ביאר לעובדא דאבימי באידכר] וא"כ אמאי חשיב טענתייהו על מנה שבשטר, הרי כיון דניתן לו הכסף עבוד השטר, אינו יכול להחזיקו עבור המלוה ע"פ.

ומוכרח דדעת הרשב"א דגם היכא דאידכר שטרא חשיב דהנידון על פרעון השטר ולא על המנה, ומשום דכיון דהמלוה לא חטף המעות, אלא דטוען דניתן לו למלוה ע"פ, ועדות העד דניתן לו על השטר, כיון דממנ"פ הוי מנה ידידי', נמצא דכל הנידון הוא על השטר, ומשו"ה חשיב שבועת הנוטלין, [להרמב"ן נוטל בלא שבועה, ולהרשב"א נוטל בשבועה].

ז) אולם צ"ע דהרי הרשב"א ב"ב ל"ב ב' ביאר דלא הוי מיגו להוציא כיון דהנידון הוא על המנה, ולא על השטר, וא"כ ה"ה עדות העד הוי על המנה, ולא על השטר, ויש לחלק, וצ"ע.

בעיקר דברי התוס' ב"ב ל"ד א' - הנה בתוס' כתובות פ"ד ב' ד"ה מיגו מבואר דלפי ר"י דטעמא דלא אמרי' מיגו בנסכא משום דאינו מעיז להכחיש העד בשבועה, ה"ה דהכא אינו מעיז, ולא יהא נאמן במיגו, וממילא ע"כ דמיירי לבתר דתקנו שבועת היסת, אולם לכאו' לפי הריב"ם דטעמא משום דכל דאיכא ע"א דינא הוא או השבע או שלים, הרי כל דהוי שבועה דרבנן דליכא דין מתוך ממילא מהני מיגו, אולם בתוס' ב"ב משמע דקשיא אף לריב"ם, ועמד בזה בש"ך סי' נ"ח ס"ק כ"ג, ועי' בקצוה"ח שם סק"ג דביאר דלדעת הרמב"ן חשיב שבועת הנפטרים כמו דלא הוי מיגו להוציא, ולכך קשיא גם לריב"ם, וצ"ע דהא תוס' גופייהו ביארו בדף ל"ב ב' דטעמא משום דהשטר מסייע, ובש"ך ביאר או דבנשבעין ונוטלין אמרי' מתוך או דקו' מדין אי פקח דיפרע ב' פעמים,

עי' בקצוה"ח סי' נ"ח ס"ק ד' דיישב לסתירת דברי הרמב"ן, עפ"י מה דמוכח בלשון הרמב"ן והרשב"א ב"ב דכל קו' הוא רק לר"י ולא לריב"ם, וביאר הקצוה"ח דלר"י דטעמא דליכא מיגו משום דהוי מיגו דהעזה, קשיא דהכא אף דליכא דין מתוך, מ"מ אינו מעיז להכחיש את העד, אולם לריב"ם כיון דהוי שבועת הנוטלין ליכא דין מתוך בדרבנן, וכן מבואר להדי' ברשב"א בכתובות ובקידושין מ"ג א' דחשיב שבועת הנוטלין. ויש להוסיף דאף מה דתי' הראשונים דמיירי לאחר דנתקנה שבועת היסת, נמי תלוי בהא, דהא כל מה דחשיב כנוגע מחמת השבועה הוא רק כלפי טענת המיגו, דאם היה המלוה טוען להד"מ והיה השליח מכחישו היה השליח צריך לישבע שבועת היסת, אולם עד כמה דהמלוה מודה דקיבל ליכא שבועת היסת על השליח, וא"כ נמצא דלר"י דכל הנידון משום דאינו מעיז להכחיש את השליח, הרי כיון דנתקן שבועת היסת, והוי השליח נוגע, הרי שפיר שייך מיגו, אבל לריב"ם דהנידון על טענה דהשתא, שפיר הוצרכנו דליכא דין מתוך כיון דהוי שבועת הנוטלין.

וידוע לתמוה דהא בתוס' הק' על ר"י מהא דמבואר בשבועות מ"ז א' דלמאן דל"ל מתוך ליכא דין נסכא דר"א, ותי' בתרוה"כ סי' ע"ה דלמאן דל"ל מתוך נאמן מדין הפה שאסר, ע"ש, וא"כ קשה מדוע לר"י נקטו תוס' דאף בלא דין מתוך חייב לשלם, הא נאמן מדין הפה שאסר. וי"ל דכל מה דביאר בתרוה"כ דמהני מדין הפה שאסר הוא רק בנסכא דר"א דהשתא החוטף מוחזק בנסכא, ונאמן מדין הפה שאסר דדידי חטפי, אבל הכא הרי הוא בא להוציא ממון מכח הטענה דסטראי, לא שייך בזה דין הפה שאסר.

## בס"ד

### טענת קטן

שבועות מ"ב א' אין נשבעין עד מ"ב ב' שמואל אמר. ב"ק ק"ו ב', תוס' כתובות י"ח א' וגיטין נ"א ב', עי' בר"י מגאש חי' הרמב"ן והרשב"א רא"ש ור"ן, רמב"ם וראב"ד, פ"ה מטו"נ ופ"ב משכירות, שטמ"ק ב"ק בשם הרמ"ה - טוש"ע סי' צ"ו.

ברכת שמואל ב"ק סי' מ'-מ"א, משנת ר"א כתובות סי' כ"ח

רש"י ד"ה אין - והחרש והשוטה כקטנים הם בלא דעת. עי' נחל יצחק סי' צ"ו אות ב' דהעיר דמצינו בחליצה דאעפ"י דקטן נתמעט, מ"מ חליצת חרש הוי חליצה, וכן לגבי תרומה מלבד המיעוט לקטן בעי' עוד מיעוט על חרש, וביאר דכיון דמבואר בתוס' כתובות נ"ו ב' דחייב שומרים משום דירדה תורה לסוף דעתו של שומר דמשתעבד, וכמו דאינו יכול להשתעבד לקטן אינו יכול להשתעבד לחרש, ע"ש.

רש"י ד"ה - וצ"ע דאי השתא ידע להא דקטן הבא מחמת אביו, אלא דאתי עלה משום דלא גרע מטענת עצמו, אמאי לא הק' מיד דא"כ לא משכח"ל לדינא דאין נשבעין לקטן, וצ"ב.

## שיטת רש"י

א) שיטת רש"י ד"ה אלא ובכתובות י"ח א' ד"ה אלא וגיטין נ"א ב' ד"ה אלא דהכל תלוי אם היה קטן בזמן הנתינה או לא, ומה"ט איכא שבועה בבא בטענת אביו.

ב) והנה רש"י פירש דזה כוונת הגמ' אלא בדרכה קמיפלגי, ועי' בתוס' כתובות וגיטין דתמהו דהעיקר חסר מהספר, ועי' שו"ת הרשב"א ח"ב סי' שמ"ו דיישב דודאי מעיקרא כשאמר רב בבא בטענת אביו היינו דבבא בטענת אביו משביעין, אלא כיון דמוקי לה כראב"י, ובברייתא פטרו רבנן משום משיב אבידה, הוצרך הגמ' לברר טעמו דראב"י, ומוקי דפליגי בדרכה, ע"ש.

ג) ועי' ברכת שמואל ב"ק סי' מ' סק"ה דביאר דעת רש"י עפ"י מה דיש לחקור האם המיעוט של קטן הוא משום דכיון דאין בו דעת הוי כטענת שמא ואין ב"ד שומעין את טענתו, או דהמיעוט הוא מדין תביעה, דתביעתו של קטן אינה יוצרת טענה, ורש"י ס"ל כצד הב', ולכך ס"ל דכל דבא בטענת אביו, כיון דאביו בר תביעה, הוי תביעה שיוצרת טענה, ושפיר יכול הקטן לבא לבי"ד מחמת אביו ושומעין טענתו.

(ד) ויש להוכיח כן, דהנה יש לעי' לרש"י, דבשלמא בפקדון שייך לומר דאין נתינת קטן מחייבו על הפקדון, אבל בהלואה הא הוי דין ממוני גבך, ומה אכפ"ל אי הוי נתינה או לא, סו"ס הרי יש לו ממון אצל הלואה, וא"כ כיון דטענתו טענה, מה אכפ"ל דאין להלואתו דין נתינה, [וסברא זו נרמז במחנ"א שאלה ופקדון סי' ח'], אולם לדברי הברכ"ש א"ש דלא אכפ"ל דממוני גבך, דמ"מ אין תביעת קטן יוצרת טענה, ועדיין צ"ב.

### שיטת תוס'

(א) שיטת תוס' כתובות י"ח א' וגיטין נ"א ב' דבעי נתינה בגדול ותביעה בגדול, ומשו"ה ס"ל דכל דבא בטענת אביו ליכא שבועה, כיון דהוי תביעה של קטן, [וכן דעת הר"י מגאש והרמב"ם פ"ה מטו"נ ה"ח], וכמו"כ היכא דהיה נתינה בקטנות, ותבעו כשהוא גדול נמי ליכא חיוב שבועה, כיון דאזלי' אף בתר נתינה, והוכיחו דלא כרש"י מהא דמבואר ב"ק ק"ו ב' דנתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול פטור משבועה כיון דבעי' נתינה ותביעה בגדלות, ולמדו מזה דה"ה נתנו כשהוא גדול ותבעו כשהוא קטן כהא דבא בטענת אביו, דנמי פטור משבועה.

(ב) ועי' מחנ"א שאלה ופקדון סי' ח' דיישב דס"ל לרש"י דודאי לא קפיד קרא רק על שעת נתינה, אלא דס"ד דתלוי רק בתביעה, וסגי בתבעו כשהוא גדול, קמ"ל דבעי' נתינה בגדלות ותלוי רק בנתינה.

(ג) ובעיקר קו' תוס', י"ל דרש"י ס"ל דהתם לאו משום דאין נשבעין על טענת קטן, אלא דבנתינת קטן לא חיילי דיני שמירה לחייבו בשבועה, ואין לנו מזה ראייה למוב"מ, דאיכא חסרון בטענת קטן בהלואה, ואף דיתכן דקו' דמ"מ כיון דמקרא דשומרים ילפי' למוב"מ, ממילא כמו דשומרים ממעטינן לקטן שהגדיל, ה"ה דבמוב"מ ממעטינן קטן שהגדיל, מ"מ הרי בסברא אין לדמות, דשאני הלואה דאין החיוב מחמת הנתינה, אלא מדין ממוני גבך, משא"כ בשומרים דבנתינה חייל חיובי שמירה.

וצ"ל דתוס' ס"ל דשומרים נמי גדר הדין הוא דלא נתמעט אלא משבועה, ולא הוי מיעוט בדיני שומרים, ויש להוסיף עוד, דהא לשון תוס' דהמיעוט בין נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול, ובין נתנו כשהוא גדול ותבעו כשהוא קטן, והרי בגוונא דנתנו כשהוא גדול ותבעו כשהוא קטן, איכא דין שומרים, וכל המיעוט הוא מדיני השבועה, ותוס' הרי דימו זאת לקטן שהגדיל, וע"כ דתרווייהו הוו הלכה בשבועה.

(ד) ועוד יש לדון ליישב קו' תוס', דשאני בא מכח אביו דיש לטענה כח של אביו, וכל המיעוט הוא רק באופן דין לנתינה או לטענה כח של גדול, וצ"ע בסברא זו.

### שיטת הר"י מגאש

(א) עי' בחי' הר"י מגאש דכל הדין דאין נשבעין לקטן נאמר רק בשבועת מוב"מ וע"א דאתיין מחמת טענה, אבל שבועת שומרים דאין חיובו מחמת הטענה, דהא מיירי אף בטענת שמא, אלא חיובו מחמת השמירה, נשבעין אפילו לקטן, ואע"ג דקרא מיירי בשומרים, מ"מ המיעוט דאיש קאי על כי הוא זה, וכן פסק הרמב"ם פ"ה מטו"נ ה"ט ופ"ב משכירות ה"ז, ובחי' הריטב"א ביאר בסברת הר"י מגאש דטענת קטן נידון כטענת שמא, אף בטוען ברי, ולכך לא שייך הך דינא רק בשבועות דבעי' בהו טענת ברי.

(ב) ועי' ברמב"ן דתמה דהא קרא דכי יתן איש נאמר גם בשו"ש והתם לא כתיב כי הוא זה, ועוד הך דא"כ אמאי לא משני הגמ' דסיפא דנשבעין לקטן מיירי בשומרים, ואף בהקדש משכח"ל שומרים דהא איכא

תקנ"ח שלא יזלזלו בהקדשות, [ועי' ביאור הגר"א סוס"ק ה' דהוסיף דמזה מוכח נמי דליכא שבועת ע"א בטענת קטן, דאל"כ לוקמי בע"א, וצ"ע אי משכח"ל בהקדש], ועוד תמה מהא דב"ק ק"ו ב' דמבואר דקטן נתמעט מחיוב שבועה וכפל, ולהרמב"ם הא לא נתמעט קטן מפר' דשומרים, ובאמת דיש להק' עוד דלפי הרי"מ והרמב"ם דהוא רק חסרון בטענה, מדוע בקטן שהגדיל אינו יכול לתבוע, הרי השתא הוא גדול וליכא חסרון בטענה.

[וסיים הרמב"ן דעדיין יש להסתפק דקטן נתמעט מכל דיני שמירה ופטור אף מפשיעה, ועי' ברשב"א דכתב דודאי נתמעט מכל דיני שמירה, ואינו חייב אלא במזיק, ועי' בברכת שמואל סי' מ' סק"ב דהעיר דלפי הרשב"א קשה מאי פריך הגמ' בב"ק דקטן לא גרע מאבידה, הרי קטן נתמעט מדיני שמירה, משא"כ בשומר אבידה דחיל עליו דיני שמירה, ע"ש מה דתי'].

ג) ובעיקר הקו' מהסוגיא בב"ק, עי' בפנ"י שם ובנחל יצחק סי' צ"ו סק"ג דכתבו דהרי מבואר ברי"מ דכל דבריו משום דעירוב פרשיות כתוב כאן, אולם הרי רחב"א ל"ל עירוב פרשיות לגבי מוב"מ, וממילא ה"ה לגבי המיעוט דכי יתן איש, ולדידי' ע"כ דמיעוט דקטן קאי גם על שומרים, [וצ"ע דעכ"פ ממ"ד דאין עירוב פרשיות מוכח דקטן גרע משמא, ומהיכ"ת דלמ"ד עירוב פרשיות קטן לא גרע משמא, וצ"ע], אולם תמה הפנ"י דבדעת הרמב"ם א"א לומר כן, ע"ש,

ועי' באו"ש פ"ב משכירות ה"ט דיישב דהרמב"ם לשי' דפסק בפ"ד מגניבה ה"ט דהמיעוט דכי יתן איש אתי למעוטי טוט"ג בפקדון של קטן דפטור מכפל, אעפ"י דתובעו כשהוא גדול, אולם לא נתמעט משבועת השומרים, וה"ה דלא נתמעט משבועת מוב"מ, ובהגדיל שפיר יכול להשביעו, והוסיף האו"ש דאדרבא להרמב"ן והרשב"א קשה אמאי פריך לרחב"א מהא דשומר אבידה, ולא פריך על עיקר המיעוט דקטן מעיקר דין שומר אבידה, אבל להרמב"ם א"ש.

ד) והנה בפשוטו יסוד המחלוקת של הראשונים עם הרי"מ הוא אם הא דאין נשבעין על טענת קטן הוא משום דטענת קטן חשיב כטענת שמא, או דאעפ"י דהוי טענת ברי מ"מ איכא גזה"כ דאין טענתו טענה, [וכמו דביאר הרמב"ן וביתר ביאור ברשב"א דמשו"ה נשבעין היסת על טענת קטן, כיון דליכא חסרון מהלכות טענה בטענת הקטן, אלא גזה"כ הוא].

אולם באמת דלפי הרמב"ן והרשב"א י"ל דהא דליכא שבועת השומרים בקטן אינו מחמת חסרון בטענה, דאין נשבעין על טענת קטן, אלא דבנתינת קטן ליכא דין שומרים המחייבו בשבועת השומרים, ולא מבעיא להרשב"א דליכא כלל דין שמירה בקטן, אלא אף להרמב"ן י"ל דהוא מיעוט מדיני שמירה המחייבו בשבועה.

אולם כבר נתבאר לעיל בדעת תוס' סק"ג דתוס' ודאי ס"ל דהוא רק מיעוט בדין הטענה, דהא נקטו דנתנו כשהוא גדול, ותבעו כשהוא קטן, נמי אין נשבעין, וכן נקט במ"מ פ"ה מטו"נ ה"ה, והתם הרי ליכא חסרון בדיני השמירה, וע"כ דהוא רק מחמת חסרון בשבועה ובטענה, ולדבריהם ע"כ צ"ל דאעפ"י דשומרים סגי בטענת שמא, מ"מ טענת קטן גרע.

ה) עי' בשטמ"ק ב"ק דהביא לדברי הרמ"ה באריכות, ומתבאר שם מדבריו דחולק על הרי"מ וס"ל דקטן נמי נתמעט משבועת השומרים, אולם יש בזה ב' אופנים, חדא באופן דהיה נתינה של קטן, ובהא נתמעט קטן מחיובי שמירה, ואעפ"י דתובעו כשהוא גדול, ואף אם אכלו כשהוא גדול, מ"מ אין נתינת קטן מחייבתו בחיובי שומרים, ועוד אופן משכח"ל באופן דהיה נתינת אביו והשתא הקטן תובע, דנתמעט הקטן מטענת שבועת השומרים, דבעי' נתינה ותביעה בגדול, והובא בטור סי' צ"ו.

## קטן בשבועת ע"א

(א) עי' ברמב"ן דהרי"מ לשי' בדף מ' א' דבע"א יש דין טענה, וכ"כ במ"מ פ"ה מטו"נ ה"ט, אולם עי' בכס"מ פ"ג מטו"נ ה"ו דנקט דדעת הרמב"ם דחייב שבועת ע"א גם בטענת שמא, ומ"מ כתב הרמב"ם דאין נשבעין על טענת קטן, ובטור סי' צ"ו ס"א כתב דבאמת כיון דע"א משביע בטענת שמא, ה"ה דקטן משביע, ועי' בב"י דביאר דקטן גרע דליכא תובע כלל, משא"כ בטוען עפ"י ע"א, ועי' בסמ"ע סי' צ"ו סק"ג דכתב כדברי הב"י, ונלפ"ז מבואר דלדעת הרמב"ם הא דאין נשבעין על טענת קטן אינו חסרון בנאמנות הטענה, אלא דהוי גזה"כ דאין לטענתו שם טענה].

(ב) ותמה רע"א מ"ש שבועת ע"א דקטן אינו משביע אף דליכא דין טענה, משבועת השומרים דקטן משביע משום דליכא דין טענה, וי"ל דשאני שבועת השומרים דאינה באה מחמת טענת המפקיד, אלא מכח השמירה חייל עלי' חיוב שבועה, משא"כ שבועת ע"א דעיקר החיוב הוא מחמת תביעת המלוה, ושמא נמי נחשב טענה, ולכך מהני הא דטענת קטן הוי טענה גרועה, דגרועה מטענת שמא, אבל בשומרים דהחיוב שבועה מחמת השמירה שפיר חייב לישבע על כל טענה של המפקיד, נועי' קה"י כתובות סי' י"ז אות ב' דהאריך ליישב בזה מדין ברי ע"י אחר].

(ג) ובסה"ת שער ל"ו ח"ב דין ב' כתב דאין נשבעין שבועת ע"א על טענת קטן כיון דליכא תובע, ובדין ד' כתב דנשבעין שבועת השומרים לקטן כיון דמשביעין אף על טענת שמא, ובח"ג דין ד' כתב דע"א משביע אף בטענת שמא, וע"כ צ"ל כתי' הב"י וכו"ל, אלא דא"כ נמצא דלדעולם טענת קטן גרע משמא, ושאני שבועת השומרים, וקשה דבסה"ת שער ל"ו ח"ב דין ה' כתב דבשבועת השותפין דנשבעין בשמא נשבעין לקטן, וצ"ב הרי טענת קטן גרע, וכן צ"ב להרמב"ם אי נימא כנ"ל דקטן גרע משמא, ומ"מ כתב בפ"ה מטו"נ ה"ט דנשבעין שבועת השותפין בטענת קטן דדמי לשמא.

(ד) עי' ברא"ש דהביא לדברי הרי"מ דחלוק ע"א ומוב"מ משומרים, והביא דהרמב"ן חולק עליו והסכים לדבריו דבשומרים נמי אין קטן משביע, והנה דעת הרא"ש לעיל סי' ה' דבע"א ליכא דין טענה, וצ"ב א"כ מדוע קטן גרע, ומלשון הרא"ש משמע דע"ז הוא מודה לרי"מ].

אולם הנה הרא"ש לא הביא לספק של הרמב"ן אם קטן נתמעט אף מדיני שמירה, ומשמע דנקט דרך משבועה הוא דנתמעט, ולכאור' ה"ה במוב"מ נמי ליכא שבועה בקטן, וה"ה בע"א ליכא שבועה בטענת קטן, ולכך אעפ"י דחלק הרא"ש על הרי"מ, וס"ל דבשומרים נמי נתמעט קטן, מ"מ מודה לו לעיקר דינו בע"א דפטור בטענת קטן, אולם לא מטעמי'.

(ה) עי' תוס' סנהדרין ס"ח ב' דהק' איך שייך דין גזל הגר בקטן הא אין נשבעין על טענת קטן, ותי' דמיירי או בקפץ ונשבע, או בע"א, ועי' באבי עזרי הל' שבועות דהעיר דלשיטת הרמב"ם לא שייך התירוץ דקפץ ונשבע, אלא דא"כ תקשי דהא הרמב"ם ס"ל נמי דאף בע"א אין נשבעין על טענת קטן, ותקשי להרמב"ם קו' התוס' וצ"ג.

## קטן בשבועת היסט

(א) עי' ברי"מ דכתב דקטן משביע שבועת היסט, והק' דהא בהיסת נמי בעי' טענת ברי, וע"ש בתי', וצ"ב כוונתו, והיה אפ"ל דכוונתו לומר דשאני שבועת מוב"מ וע"א דהחיוב הוא ע"י טענתו אלא דבעי' טענה

חשובה, ע"י שהנתבע מודה במקצת והוי דררא לטענת התובע, או ע"י דע"א מעיד לטובת התובע, וטענת קטן לא אלימא למיהוי טענה חשובה, ולכך לא מהני הסיוע של ע"א או של הודאת הנתבע דהקטן יוכל להשביע, אבל בהיסת לא בעי' טענה חשובה, דהא משביעין אותו אף על טענה בעלמא בלא סיוע של ע"א או הודאת הנתבע במקצת, ולכך אעפ"י דבעי' טענת ברי בהיסת, יכול הקטן להשביעו בהיסת, אולם אינו נכון דהא הר"י מגאש כתב להדי' לעיל מ' א' דבע"א לא בעי' ב' כסף, כיון דאין הטענה המחייבת, אלא העד הוא המחייב.

וי"ל בכוונתו דשאני מוב"מ וע"א דחייב השבועה הוא מחמת דבעצם התובע זכה בטענתו, ולכך הנתבע צריך לישבע להכחיש את התובע, ומה"ט קטן דאינו זוכה בטענתו אינו יכול להשביעו, אבל בהיסת דבלא"ה אין התובע זוכה בטענתו, אלא דמ"מ חייבו את הנתבע שבועה היכא דהתובע טועם בטענת ברי, ובזה מהני גם טענת קטן דסו"ס הוא טוען טענת ברי, ודוגמא לזה הא דמבואר בש"ך סי' ע"ט ס"ק י"ח דאף מוחזק כפרן יכול לחייב שבועת הסית בטענתו, [אולם יתכן דבכל השבועות נמי יכול להשביע, וצ"ע].

(ב) הנה הרמב"ן והרשב"א כתבו דקטן משביע היסת, ובארו דכל החסרון בטענת קטן אינו מחמת דחשיב טענת שמא, אלא גזה"כ הוא, ולכך בהיסת נשבעין עליו, ועי' ביאור הגר"א צ"ו סק"ח דהוסיף בזה דדמי לכל הדברים דמדאו' אין נשבעין ומדרבנן נשבעין, אולם הראב"ד פ"ב משכירות ה"ז כתב דאין קטן משביע היסת.

ובביאור פלוגתייהו נראה, דהנה הרמב"ן כתב דכיון דקטן הבא מחמת אביו חייב משו"ה נשבעין היסת על טענת קטן, וכוונתו דכיון דכל החסרון הוא רק בנתינה ולא בטענה, ממילא כל דטוען הקטן טענת ברי יכול להשביעו בהיסת, [והיה פשיטא להרמב"ן דבהיסת ליכא דין נתינה], אבל הראב"ד ס"ל דהוא חסרון בטענה, וכיון דבעי' טענת ברי אין הקטן יכול להשביעו.

ובאמת דבראב"ד משמע טפי, דהנה הראב"ד שם הק' בסו"ד על הרמב"ם דקטן משביע שבועת השומרים, דק"ו הוא על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו נשבעין, וצ"ב הרי בשומרים נשבעים אף על טענת שמא, ואינו ענין להא דבעלמא אין נשבעין על ודאי של קטן, וביאר בברכת שמואל ב"ק סי' מ' סוס"ק ד' דס"ל לראב"ד דבשומרים יש דין טענה ושמא נמי חשיב טענה, ולכך הק' הראב"ד דהא ספק שלו נמי מדין טענה הוא, ואם על טענה ודאי אין נשבעין, על טענת ספק ודאי אין נשבעין, ועכ"פ מוכח בראב"ד דהוא חסרון בטענה, ולכך אינו משביעו בהיסת.

אולם עי' היטב בלשון הראב"ד דמבואר דבהיסת החסרון בנתינה, ולפי"ז פלוגתייהו אי איכא דין נתינת איש בשבועה דרבנן, והרמב"ן היה פשיטא לו דליכא דין נתינה בהיסת, ותלה זאת רק בהא דליכא חסרון של קטן בדאו' רק בנתינה ולא בטענה.

(ג) וברמב"ם פ"ה מטו"נ ה"י פסק בשם רבותיו דקטן משביע היסת, והנה הרי להרמב"ם הרי בפשוטו הוי חסרון בטענה, ומה"ט קטן משביע שבועת השומרים, ולדבריו לכאו' ע"כ צ"ל כתי' הרי"מ לעיל, אולם באמת יעויין בלשון הרמב"ם דכתב דהוא תיקון העולם שלא יטלו ממון מקטן, והיינו דמעיקר הדין באמת אין טענתו טענה, אלא תקנה מיוחדת לחייבו את הקטן, [נמצינו כע"ז בב"ח סי' פ"ח ס"ו דכתב דשבועת היסת ליכא דין כפירת ב' כסף, כיון דהעיקר בשבועת היסת הוא תיקון העולם, ותקנו את זה על פרוטה], אולם יתכן דכל מה דכתב הרמב"ם כן הוא רק לגבי קטן שאינו חריף, וצ"ע.

(ד) והנה בב"י מחודש א' הביא משו"ת הרשב"א ח"ב סי' קמ"ח דאעפ"י דיש שבועת היסט בקטן, מ"מ בשטרות ליכא דין היסט, כיון דהוי תקנתא לתקנתא, והובא בשו"ע ס"ג, ולכאור' להרי"מ דלא שייך כלל כל החסרון של טענת קטן בהיסט, הרי מעיקר הדין הוא ולא הוי תקנתא לתקנתא, וע"כ מוכח כהרמב"ם דהוא קולא בהיסט, וצ"ע.

(ה) והנה באופן דבא בטענת אביו דאבי הפקיד אצלך, עי' בדברי הראב"ד פ"ה מטו"נ ה"ט דמבואר להדי' דמשביעו, ובפשוטו הסברא בזה, דהא איכא נתינה דגדול, ובשומרים הרי ליכא דין טענה, ועי' במ"מ שם דחולק דבכל גוונא אין קטן משביע, ולדברי הברכ"ש א"ש היטב, דהא גם בפקדון יש דין טענה, ושמא נמי חשיב טענה.

והנה הראב"ד לא השיג על הא דמבואר ברמב"ם לגבי שבועת מוב"מ וע"א דאין נשבעין לקטן אף כשבא בטענת אביו, ולכאור' הסברא בזה לחלק הוא דלגבי שאר השבועות דהשבועה היא מכח הטענה, לא אכפ"ל דבא מכח אביו, דסו"ס השתא הוי טענת קטן, אבל בשומרים דכל החסרון הוא בדיני שמירה, ממילא כל דהוי נתינת של גדול, לא אכספל דהתשא הוי טענה דקטן, כיון דליכא כלל דין טענה בקטן.

אולם צ"ע להראב"ד לשי' דס"ל בהל' שכירות דבשומרים קטן גרע משמא, מדוע מחייבו שבועה בשומרים בבא בטענת אביו, הא דמי למוב"מ דאין נשבעין על טענת קטן, ואין לומר דשאני שומרים דהחויב מכח המסירה של המפקיד, וכל דהוי מסירה של קטן אינו יכול להשביעו, דהא מבואר בראב"ד דגם לגבי שבועת השותפין אם היה שותף בחיי אביו נמי הוא נשבע, וצ"ב מ"ש משבועת מוב"מ וע"א דאין נשבעין על טענת קטן הבא מחמת אביו, וצ"ע"ג.

(א) בעיקר הנידון אם החסרון בטענת קטן הוא משום דחשיב כטענת שמא או דגרע, עי' בספר באר יעקב, דהביא בזה ידיעה נפלאה, הנה דעת הרמב"ם פ"ג מטו"נ ה"ב והשו"ע סי' קמ"ט סי"ח לגבי חזקת ג"ש, דחשו"ק אין אכילתן ראייה כיון דאין להם טענה וכתב הגר"א סי' קמ"ט ס"ק כ"ה וקצוה"ח שם סק"ה דהמקור לזה מהא דאין נשבעין על טענת קטן, ולכך הוי חזקה שאין עמה טענה, אולם דעת הרמב"ן ב"ב מ"ב א' דהוי חזקת ג"ש דקטן חזקה, ולכאור' פלוגתייהו דהרמב"ם ס"ל דאין נשבעין על טענת קטן מחמת דאין לו נאמנות בטענה והוי כשמא, ולכך לא מהני חזקתו, אבל הרמב"ן ס"ל דהוא גזה"כ לענין שבועה, ולכך לגבי שאר מילי הוי טענה גמורה.

(ב) ועוד יש לתלות בזה, דהנה הרי"מ והרמב"ם פ"ה מטו"נ ה"ט פ' דטעמא דבשבועת השותפין נשבעין לקטן כיון דתקנו דנשבעין ע"ז אף בטענת שמא, אולם במ"מ הביא דיש הרבה מן המפרשים דאעפ"י דס"ל דעל כל השבועות דאור' אין נשבעין לקטן, מ"מ בשבועות דרבנן נשבעין לקטן, והיינו דלהרי"מ והרמב"ם כל החסרון הוא בטענה, ולכך כל היכא דנשבעין על טענת שמא ליכא חסרון בטענת קטן, אבל החולקים ס"ל דהוא גזה"כ בדין שבועה דאין נשבעין לקטן, ולכך ס"ל דכ"ז בדאור' אבל בדרבנן נשבעין.

(ג) עי' בקצוה"ח סי' צ"ו סק"ב דהביא ממהרי"ק דאין דין הודאת בע"ד בקטן, וע"ש דפלפל בזה, ולכאור' הנה בדינא דמתני' דקתני דאין משביעין את הקטן, הרי מבואר דשייך בקטן דין הודאת בע"ד, ולכך איכא דין מודה במקצת, אולם באמת דברמב"ם פ"ה מטו"נ ה"י ביאר דכוונת המשנה דליכא דין מיפך בקטן, ומהא



דלא ביאר הרמב"ם לדינא דמתני' כפשוטו מוכח דליכא דין הודאת בע"ד בקטן, אולם בר"י מלוניל ביאר למתני' כפשוטו. ולכא' עיקר הנידון תלוי בהנ"ל, דאי טענת קטן הוי טענת שמא, הרי מסתברא דהודאתו נמי לאו שמי' הודאה, אולם אי נימא דהוא גזה"כ דאעפ"י דהוי טענה גמורה, מ"מ אינו יכול להשביע, הרי עדיין יתכן דהודאתו הוי הודאה גמורה.

### שבועת העדות בקטן

ל"ג ב' מתני' שאנס איש פלוני את בתו וכו', ע"י ברש"י די"מ דמיירי דאנס איש פלוני את בתו, וטעמא דפטורים משום דאיכא חיוב מיתה, ותמה רש"י דהא בלא"ה ליכא מאן דתבע, כיון דכל החיוב הוא לאב, וע"י בתוס' ד"ה ושאנס דמשכח"ל בנערה שנתארסה ונתגרשה, והק' דמ"מ איך שייך פיתוי הא מחלה לו, ותי' דמיירי בקטנה דלאו בת מחילה.

ובספר מחנה לוי תמה דהא אין נשבעין על טענת קטן, וא"כ כמו דמשביע עידי קרקע פטור כיון דאין נשבעין על קרקע, ה"ה דליכא שבועה על טענת קטן, ובספר אלה העדות [לבעל פתח האוהל על אהלות] יישב דכמו דמבואר בראשונים דבשומרים ליכא חסרון דאין נשבעין על טענת קטן כיון דנשבעין אף על טענת שמא, ה"ה לגבי שבועת העדות דמבואר בר"ן ל"ה א' דנשבעין על טענת שמא, ה"ה דנשבעין אף על טענת קטן, [וע"ש מה דדייק מהרמב"ם, וכמדו' דאינו ראה כלל וצ"ע בזה].

ועוד כתב ליישב דמיירי דהשתא היא גדולה, ואעפ"י דמבואר בסוגיא דקאן שהגדיל אינו יכול להשביע, שאני התם דהנתינה היה בקטנות, אבל הכא היא תובעת ממון מאביה ממון דנתחייבה כשהיא קטנה, וע"ז תובעת לעדים שיעידו, ע"ש.

ולכא' בלא"ה צ"ל דמיירי דהנידון בגדלה, כיון דאין מעידין לקטן, ואיך הם יכולים להעיד, וצ"ע.

### בס"ד

#### טענת ברי במודה במקצת

מ"ב א' גמ' אבל נשבעין לקטן וכו', ע"י רש"י ותוס' דנחלקו בטעם משיב אבידה, וכן נחלקו בכתובות י"ח א' וגיטין נ"א ב'.

ע"י קו' רע"א כתובות י"ח א' דתיפו"ל דאיכא דין טענת ברי בשבועת מוב"מ, מלבד הדין דמשיב אבידה, וכע"ז עמד בבית יעקב כתובות והביא לזה ב' ראיות, וע"י מהרי"ט ח"א סי' קנ"א מו"מ עם הכנה"ג בזה, ואמרי בינה טו"נ סי' ב' כמה ראיות בזה.

ע"י מרדכי סי' תשע"ב דהק' כיון דהגמ' מוקי למתני' בטענת שמא למאי בעי' למשיב אבידה, ע"ש ב' תי'.

ע"י רמב"ם פ"ה טו"נ ה"ט דטעמא דקטן משום משיב אבידה, וע"י רע"א ריש סי' צ"ו דתמה למאי הוצרך לה, [וע"ש לענין העדאת עדים], וע"י ברכת שמואל ב"מ סי' ד' באריכות

ע"י רי"ף דפסק כראב"י, וע"י בר"ן דהביא לדברי הראשונים בזה, וע"י ברע"א במשניות מה דתמה, ומה דהעיר במגיה שם, וע"ע בחי' רמ"ש וקה"י כתובות סי' י"ז דישבו לקו' הרמב"ן.

ע"י ש"ך סי' פ"ח ס"ק נ"ה דהביא מרה"ג פי' מחודש במתני', וע"ש בנתה"מ ס"ק י"א בביאור הדברים

סוגיית הגמ' גיטין נ"א א', ע"ש היטב ברש"י, ועי' בעה"מ רמב"ן במלחמות, השגות הראב"ד על הרי"ף ומה דהשיג הרמב"ן בספר הזכות, חי' הרמב"ן שם,

## מ"ב א'

גמ' - וראב"י ל"ל משיב אבידה פטור. עי' רש"י כתובות י"ח א' וגיטין נ"א ב' דביאר דקו' הגמ' דהא איכא תקנ"ח דמוצא מציעא לא ישבע מפני תיקון העולם, ועי' ברש"י ל"ח ב' דביאר דהא דקתני במתני' דמנה לאבא בידך והודה על נ' דפטור משום משיב אבידה דהוא נמי מחמת התקנה הנ"ל, ובתוס' בכתובות וגיטין ושבועות בארו דקו' הגמ' אמאי אינו נפטר מדאו' מדין מיגו ופה שאסר.

(א) עי' בחי' רע"א בכתובות י"ח א' דתמה אמאי פריך דיהא פטור רק מחמת הדין דמשיב אבידה ולא פריך טפי דיהא פטור מחמת דבעי' טענת ברי וליכא, [עי' בבעה"ת שער ז' ח"ב דין ט"ז דהביא לדינא דסוגיין דכל דהודה מעצמו פטור משום דהוי משיב אבידה, וסיים דדמי לדברי הרי"מ דבעי' טענת ברי בע"א, והתם הרי לאו משום משיב אבידה אתינן עלה, וצ"ב].

וכעיי"ז הק' רע"א על הא דפסק הרמב"ם פ"ה מטו"נ ה"ט ובשו"ע סי' צ"ו ס"א דאין נשבעין על טענת חשו"ק משום דהמקצת שהודה לו אינו אלא משיב אבידה, ותמה רע"א בשו"ע שם למאי הוצרכו לטעמא דמשיב אבידה תיפו"ל דתביעת קטן אינו טענה כמו דסיים הרמב"ם שם לגבי שבועת ע"א דתביעת קטן אינה טענה, ובברכת שמואל ב"מ סי' ד' הביא מהגר"ח דבאמת לדעת הרמב"ם חלוק שבועת ע"א משבועת מוב"מ, דבע"א בעי' טענה גמורה, אבל במוב"מ הוא רק כדי שלא יהא משיב אבידה, ע"ש בכ"ד.

(ב) עי' בבית יעקב בכתובות י"ח א' דהביא בתו"ד ב' ראיות דאיכא דין טענה מלבד הדין דמשיב אבידה - (א) מהא דבהעדאת עדים בעי' טענת ברי, [צ"ב מה המקור לזה, וברע"א בסי' צ"ו הנ"ל כתב דבהעדאת עדים דלא חשיב משיב אבידה, צריך לישבע לקטן] אעפ"י דאינו משיב אבידה דהא איכא עדים, (ב) מהא דאין נשבעין על טענת חשו"ק אעפ"י דאינו משיב אבידה, וביאר בברכת שמואל ב"מ סי' ד' דכונת הב"י להוכיח, דהא לדעת רש"י למסקנא מוקמינן לפלוגתא דראב"י ורבנן בקטן הבא מחמת נתינת אביו, דכה"ג לא אמרי' דאין נשבעין על טענת קטן, והנה ראב"י ס"ל דאינו משיב אבידה וחייב שבועה כיון דאינו מעיז, ומ"מ מבואר ברש"י דאי לאו דהיה נתינת אביו, ליכא שבועה לכו"ע כיון דאין נשבעין על עטנת קטן, וע"כ מוכח דאיכא דין טענה מלבד הדין דמשיב אבידה, [וצ"ב דלכאור' בנתינת קטן אי"ז חסרון בטענה אלא חסרון בנתינה, ומוכח דנקט הב"י דהדין נתינה הוא נמי רק דין דהנתינה היא תחילת הטענה, ולפי"ז הרי מעיקר הדין דקטן שהגדיל אינו יכול להשביע מוכח דאעפ"י דאינו מעיז, מ"מ חסר בטענה מחמת דהיה נתינת קטן].

(ג) והנה כקו' רע"א מצינו כבר דעמדו בזה הראשונים בהמשך הסוגיא, דהנה מבואר בע"ב לגבי דינא דמתני' במנה לאבא בידך וכו' דמיירי בליכא טענת ברי, ותמה במרדכי תשע"ב בשם רבינו ברוך דא"כ אמאי בעי' במתני' לטעמא דמשיב אבידה, תיפו"ל דבעי' טענת ברי, ובתחילה הוכיח מזה דכל דעשוי להסתפק חייב שבועה מדרבנן, אולם בסו"ד כתב דיתכן דטענת שמא ומשיב אבידה תלוי הא בהא, וצ"ב כוונתו.

(ד) עי' ברע"א דרצה ליישב קו' דמיירי דטוען דידוע לי שלא החזרת כלום לאבי, וע"י דברך שהיה לך מאבי בידך מנה ידוע לי שאתה עדיין חייב לי מנה, אולם דחה רע"א לתי' דאכתי תקשי דלא בעי' לדין משיב אלא תיפו"ל דפטור משום דלא קדמה תביעה להודאה.

והנה בעיקר הדין דבעי' קדמה תביעה, עי' בשו"ע סי' פ"ח סל"ב דפסק לגבי שטר דכתוב בו סלעים, והלוח אומר שלש דפטור משום משיב אבידה, וסיים השו"ע לפיכך א"ל מנה לאביך בידי ופרעתי נ' והלה טוען הזכרתי ולא פרעת כלום, פטור משום משיב אבידה, והנה האי דינא הוא קדמה הודאה לתביעה, ומבואר דפטור משום משיב אבידה, ועי' בש"ך שם ס"ק נ"ה דהביא לדברי רה"ג ובתו"ד מבואר להדי' דהוא משום משיב אבידה, וכן עי' בביאור הגר"א שם ס"ק נ"ט דמבואר כן להדי', ולפי"ז א"ש תי' רע"א, דאעפ"י דתובעו מכח הודאתו כל הפטור הוא רק משום משיב אבידה.

אולם בר"ן מוכח דאינו מדין משיב אבידה, דהא בדף מ"ג א' הק' אמאי באומר מה דהנחת אתה נוטל פטור, הא ברואים הפירות הודאתו ידועה, ותי' דבעי' דבר שבמדה בזמן דמוציא ההודאה מפיו, דומיא קדמה הודאה לתביעה דפטור, ואי נימא דהוא מדין משיב אבידה אינו ענין להתם, וע"כ דהוא דין הודאה על הטענה, וכן משמע בלשון הבעה"ת ש"ז ח"ב דין ט"ז דהביא לדין השו"ע הנ"ל מהרמב"ן ולא הזכיר רק להא דקדמה הודאה, ועי' להלן בזה עוד ראיות מהרמב"ן בגיטין.

ה) בעיקר קו' רע"א יישב הגרנ"פ [ספר הזכרון להגר"ח שמואלביץ] דלא בעי' טענה רק באופן דהנידון הוא על עיקר ההלואה, ובעי' טענה לחדש הלואה, אבל היכא דבא לחדש טענת פטור על הלואה, לא בעי' טענה של התובע שלא היה פרעון, ואף בלא טענה איכא שבועה, ע"ש בכל דבריו.

ו) עי' מ"מ פ"א מטו"נ ה"ז דכתב דמדינא דמודה במקצת למדנו דאינו נשבע על טענת שמא, ועי' שו"ת מהרי"ט ח"א סי' קנ"א [ציינו הש"ך פ"ח ס"ק נ"ד] דהכנה"ג הוכיח דע"כ הא דבעי' טענת ברי אינו מדין משיב אבידה, דאל"כ אין להוכיח ממוב"מ דאין נשבעין על טענת שמא משום דהוי משיב אבידה, לכוה"כ דאינו משיב אבידה, וע"ש בתשו' המהרי"ט מה דדחה.

ז) עי' אמרי בינה טו"נ סי' ב' דהעיר דאם כל מה דבעי' לטענת ברי הוא כדי שלא יהא משיב אבידה, הרי ראוי שיהא הדין דבאופן דטוען נ' בברי ונ' בשמא, והודה על נ' יהא חייב שבועה, כיון דאין סברא דניבעי טענת ברי על חלק הכפירה, ובאמת דע"כ מוכח מהסוגיא בגיטין דאינו כן, דהא בב' שוורים דמנתחי מהדדי, הרי בעל השור טוען ברי על שור א', ועל השור הב' הוא נחשב כשמא, כיון דמנתחי מהדדי, וא"כ אמאי אינו חייב שבועה, וע"כ דיש עוד דין דבעי' טענה כמו בע"א.

ח) עוד העיר באמרי בינה שם וכן בסי' ל"ח מהא דמבואר ברמב"ם פ"ט מנזק"מ ה"י דהיכא דיש עדים דא' מב' השוורים נגח את השור, וניזק ברי חייב בשועת מוב"מ, אבל בניזק שמא פטור, וק' הרי כיון דאיכא עדים על הנזק אינו משיב אבידה, וע"כ מוכח דהוא דין בפנ"ע דבעי' טענת ברי.

א) גמ' - התם דלא אמר ברי לי. עי' ברי"ף דכתב דכיון דמבואר בדף מ"ז דהיכא דיורש תובע מיורש מנה ומודה לו בנ' דחייב, ומבואר מהגמ' דהיכא דטוען ברי חייב שבועה, מוכח דהלכה כראב"י, דהא לרבנן ליכא שבועה כיון דהוא משיב אבידה, ועי' בהשגות הראב"ד על הרי"ף בגיטין נ"א דדחה דודאי היכא דהבן טוען בברי כו"ע מודו דחייב שבועה, ואינו נחשב כמשיב אבידה, וכל המחלוקת הוא רק באופן דטוען ברי מחמת דכך אמר לי אבא, ובחי' הרמב"ן בשבועות דחה דהא מבואר ב"ב קל"ה א' דברי ע"י אחר אינו נידון כברי, ועי' בר"ן שבועות דיישב דבהא גופא פליגי ראב"י ורבנן אי ברי ע"י אחר חשיב טענת ברי או לא.

(ב) ועי' ברע"א על המשניות דתמה על הר"ן דאם אינו טענת ברי למאי בעי' לדין משיב אבידה מחמת דבבנו מעיז, תיפו"ל דבעי' טענת ברי, וע"כ מוכח כקו' הרמב"ן, ותמה במגיה שם דהא ע"כ מוכח מהא דהגמ' משני דמתני' מיירי דלא אמר ברי לי, ומ"מ במשנה מבואר דטעמא משום משיב אבידה, הרי מוכח דעיקר הטעם דליכא שבועת מוב"מ בטענת שמא הוא רק משום דינא דמשיב אבידה, והוא כדברי המרדכי דהובאו לעיל.

(ג) ועי' בקה"י כתובות סי' י"ז דכתב לדון דבאמת עיקר הנידון אי במוב"מ איכא עוד דין דטענה מלבד הדין דמשיב אבידה, תלוי בפלוגתת הראשונים אם ע"א יכול להשביע גם בטענת שמא או לא. אולם נראה דמהר"ן מוכח דאינו כן, דהנה הר"ן כקו' הראשונים מהיכ"ת דכופר הכל פטור מדאו', ורצה לתרץ דילפי' לה משבועת ע"א, דאי כוה"כ חייב למאי בעי' לחידוש דע"א, ותי' דנפק"מ בטענת שמא, דע"א חייב ומוב"מ פטור, והנה להצד דכוה"כ חייב, הרי ע"כ דליכא פטור דמשיב אבידה, ומ"מ ס"ל דאינו חייב שבועה בטענת שמא בע"א.

(ג) ובעיקר קו' הרמב"ן מהסוגיא ב"ב דברי ע"י אחר לא הוי ברי, עי' בחי' ר' מאיר שמחה ובקה"י כתובות סי' י"ז דיישבו דחלוק טוען עפ"י אחר לטוען עפ"י אביו, דבאחר כיון דאינו שייך לממון, ואינו תובע בממון, אי"ז בתורת טענה ולא מהני כלל, אבל בטוען עפ"י אביו, הרי האב הוא בעל הממון, ושפיר הוי טענה לחיוב, וע"ש בקה"י דהוכיח כן מהטור, ובחי' רמ"ש כתב דזו סברא פשוטה וצע"ג על הרמב"ן, ועי' היטב בגליון רע"א סי' ע"ה ש"ך ס"ק פ"ב דנחלקו בזה הראשונים אם יש לחלק בין אביו לאחר.

### גיטין נ"א א'

גמ' - אמר רב יצחק וכו' כל הסוגיא – בסוגיא עמוקה זו מצינו כמה שיטות בראשונים ונבארם בעזה"י.

### שיטת רש"י

(א) הנה מבואר ברש"י ד"ה הוא דר"י ס"ל דכל התקנה דמשיב אבידה פטור משבועה הוא רק באינו טוען טענת ברי, אבל בטענת ברי ליתא לתקנה, ונראה דהכרחו של רש"י דלא פליג ר"י על עיקר דינא דמתני', הוא מהא דלגבי ב' שוורים קשורים מודה ר"י דאינו נשבע, משום דהוי טענת שמא, וס"ל לרש"י דהוא רק מחמת תקנת העולם דליכא שבועה במשיב אבידה, ולא מעיקר הדין, וא"כ ע"כ דשאני טענת ברי דלא חשיב משיב אבידה, ובאמת דכן מבואר להדי' בבעה"מ דלולי דיוקו מלשון המשנה דלא קתני המשיב אבידה יש לפרש דכל התקנה רק בטענת שמא, וא"כ בשוורים דהוא טענת שמא פטור רק מחמת התקנה דליכא שבועה במשיב אבידה.

(ב) עי' ברש"י דקו' הגמ' וראב"י ל"ל משיב אבידה היינו דהא איכא תיקון העולם דמשיב אבידה פטור משבועה, והק' בתוס' חדא אמאי לא הק' כלדעיל, ותו הק' דהא זה מבואר בגמ' כבר בתחילת הסוגיא דראב"י ל"ל למתני'.

אולם להנ"ל נראה ליישב לקו' הב', דאעפ"י דמוקמינן לדר"י כראב"י, הרי כ"ז דוקא בתבעו בברי דכה"ג לא חשיב משיב אבידה, אבל בההיא דראב"י דליכא תביעה כלל, ודאי דאיכא תקנת העולם דליכא שבועה במשיב אבידה, ומיושב נמי קו' קמא דהא כבר דייק הבעה"מ מלישנא דמתני' דקתני המוצא אבידה ולא

קתני משיב אבידה, דע"כ מוכח דאף בטענת ברי הוא פטור משבועה, והיינו דלישנא דמשיב אבידה משמע ברצונו, ולישנא דמוצא אבידה משמע אף בטענת ברי, ולכך מלישנא דמתני' ליכא למפרך כיון דאיירי בטענת ברי, וע"ז הרי באמת ראב"י פליג, אולם הרי במחזיר ברצונו לכו"ע פטור מחמת התקנה, ולכך פריך וראב"י ל"ל משיב אבידה, והיינו ברצונו, ומדויק היטב לישנא דגמ'.

ומובן בזה הא דפירש רש"י דקר' הגמ' והוינן בה, וקשה אמאי לא פירש כפשוטו דעיקר תי' הגמ' דקאי כראב"י ואח"כ מפרש הגמ' לדראב"י, וכמו דפשטות הסוגיא.

ולהנ"ל א"ש היטב דכל התי' הוא רק למאי דמוקי במסקנא דמיירי בטענת קטן, ומשום דאי הוי מוקי לדראב"י דפליג על כל התקנה וס"ל דאיכא שבועה באבידה אף בליכא טענה כלל, הרי ע"כ אינו כדר"י דמחייב שבועה בכיסין, אעפ"י דפטור בשוורים משום משיב אבידה, ושוב תקשי כמאן ס"ל לר"י, הא למתני' בכל גוונא ליכא שבועה ולראב"י בכל גוונא איכא שבועה, ולכך פירש רש"י דהוינן בה והיינו דע"כ כל התי' הוא רק למאי דמוקי במסקנא דמיירי בטענת קטן, וס"ל לראב"י דכל דטוענו בברי לא חשיב משיב אבידה, וא"ש הא דר"י מחייב שבועה בכיסין ופטור בשוורים, וזהו דכתב ברש"י ד"ה על דמה דדומה לדר"י הוא רק התי' דמיירי בטוענו בן המת, ועי' בקרבן נתנאל אות ט' ודברינו בכלל דבריו.

ג) אולם עדיין צ"ב דהרי למסקנא טעמא דראב"י משום דאינו מעיז ולא משיב אבידה הוא, וליכא ראייה דפליג אמתני' דמוצא מציאה בטענת ברי לא ישבע מפני תיקון העולם, ועי' מהר"ם דפירש דלרש"י למסקנת הסוגיא מיירי ר"י בטוען ראיתי שהגבהת ובק כיסין היו, והלה אומר לא הגבהתי אלא כיס אחד, וס"ל לר"י דדמי לדראב"י דיוכל להעיז וכופר כמו בבנו, ויש להוסיף דהא מבואר ברמב"ן דלרש"י הא לרבנן הוא מעיז בבנו משום דלא עשה לו טובה, וראב"י צ"ל דס"ל דמ"מ כיון דמכיר בשקרו אינו מעיז, ולכך לרבנן דמעיז ופטור מחמת תקנת העולם, ה"ה דמוצא מציאה מעיז, ופטור מתקנת העולם, אבל לראב"י דאעפ"י דלא עשה לו טובה אינו מעיז, ה"ה דמוצא מציאה אינו מעיז אעפ"י דלא עשה לו טובה, ולא שייך בזה תיקון העולם, אולם צ"ב דהא בתחילת הסוגיא פירש רש"י דמיירי בלא ראה שמצאם, וכל טענתו מחמת דהמוצא נמי אמר הכי, וא"כ אם למסקנא הדרינן בה ומיירי בראה, מהיכ"ת דבהו"א מיירי דלא ראה.

ד) וע"כ צ"ל עפ"י מה דמבואר בבעה"מ דראב"י נמי מיירי דהודה לו ואח"כ תבעו, והנידון בזה הוא האם בתובעו עפ"י הודאתו הוא מעיז או לא, ולראב"י דס"ל דאינו מעיז הרי אינו נחשב למשיב אבידה, ולא שייך לפוטרו מכח התקנה, וה"ה י"ל לדעת רש"י, וזהו דכתב דהיכא דקא תבע ליה בברי אינו נחשב למשיב אבידה, דכל דטוענו ברי אינו מעיז, וממילא אינו משיב אבידה.

ועי' ש"ך סי' פ"ח ס"ק נ"ד דהביא מרבינו ירוחם דמדברי רש"י נראה דתובע ברי מכח הודאת הנתבע חייב שבועה מדאו', והיינו כנ"ל דרש"י קאי כבעה"מ.

ה) אולם צ"ב עיקר הסברא, דהא בזמן ההודאה היה בידו להעיז ושפיר הוי משיב אבידה, וע"כ צ"ל דהרי הרמב"ן הק' על הבעה"מ עוד דהא קדמה הודאה לתביעה, ותי' במשנת ר"א כתובות סי' כ"ח ענף ז' דצ"ל דהודה לו בתחילה חוץ לבי"ד דמצא כיס א' וכן דלוה מאביו, ותבעו בבי"ד ולכך אעפ"י דחשיב תביעה מכח ההודאה, מ"מ בבי"ד קדמה התביעה להודאה, ולכך ס"ל לראב"י ור"י דכיון דכלפי הודאתו בבי"ד המחייבתו בשבועה אינו מעיז, ואין בידו לכפור אינו נחשב למשיב אבידה, אבל חכמים פליגי דכיון דסו"ס התביעה מכח ההודאה שפיר הוא מעיז, והוי משיב אבידה.

אלא דא"כ צ"ע אמאי בשוורים הוא פטור משבועה, הרי אעפ"י שהוא שמא על השור הב', הרי מ"מ כיון שהוא טוען ברי על השור הראשון, ואינו מעיז פניו לכפור על השור הראשון אינו משיב אבידה, ומדוע אינו חייב שבועה על השור הב' שהוא כופר בו, ולכאור' ע"כ מוכח דבאמת הא דפטרינן בשוורים אינו משום משיב אבידה, אלא משום שהוא טענת שמא, אולם כבר נתבאר לעיל דלכאור' מדברי רש"י ובעה"מ מבואר דאף בשמא אינו אלא משום תיקון העולם, וצ"ע ג בכ"ז.

### דעת בעה"מ ורמב"ן

(א) עי' בבעל המאור דמיירי דלא ראה דמצא אלא דאחר שהודה דמצא כיס א' הוא טוען בטענת ברי דע"כ מצא ב' כיסין, אבל בשוורים הוי טענת שמא, ופריך דהא ליכא שבועה במוצא מציאה, אף בטענת ברי, ומשני דר"י כראב"י, דהתם מיירי נמי באופן דלאחר הודאת הנתבע טוען הבן דאמר לו אביו דלא קיבל ממנו מידי, ופליגי אי מעיז בבנו, או לא, ור"י ס"ל כראב"י דאינו מעיז בבנו, וכה"ג לאו משיב אבידה הוא, כיון דחשיב כטענת ברי, וה"נ בגוונא הנ"ל אי"ז משיב אבידה כיון דחשיב לטענת ברי וחייב שבועה, [עי' רש"י ד"ה שני שוורים, ועי' במהרמ"ש דבאורו ע"ד הנ"ל, ויישב בזה קו' תוס' דלמסקנא ר"י דלא כמאן, ע"ש, וע"ע בש"ך סי' פ"ח ס"ק נ"ד מרבינו ירוחם בדעת רש"י, ולכאור' כונתו כנ"ל].

(ב) ועי' ברמב"ן במלחמות דתמה על הבעה"מ "בזה הגאונים והחכמים אומרים אינו אלא כמשיב אבידה ופטור שכל טוען כך אמר לי אבא טענת שמא הוא ואם כפר בכל נמי אינו נשבע היסת, וכ"כ בה"ג, וה"נ משמע בפרק יש נוחלין וכו'" ונראה דכוונתו להק' בלשון בתמיה דאיך כתב הבעה"מ דהגאונים פסקו כחכמים דטעמא דפטור משום דאינו משיב אבידה, הרי בלא"ה אין טענתו טענה כיון שהוא טענת שמא, והוכיח כן מהא דמבואר בב"ב דברי ע"י אחר לא מהני, נויש דטעו דכוונת הרמב"ן להק' דבהא כו"ע מודו שהוא משיב אבידה, ואיך פליג עלה ראב"י, והוכיחו מזה דדעת הרמב"ן דליכא דין טענה במוב"מ, אולם אינו נכון, חדא דהא הרמב"ן הק' מהגאונים, וע"כ כוונתו למה דמבואר בבעה"מ בסו"ד דהגאונים פסקו כחכמים, ולא הזכיר הרמב"ן בלשונו כלל להא דראב"י, ותו קשה דהא הרמב"ן הביא ראיה מהסוגיא בב"ב, וצ"ב דשאני התם דמה"ט דהוי ע"י אחר אינו נידון כברי ושמא, אולם עדיין אין לנו ראיה דחשיב שמא עד שנאמר שהוא מעיז, וע"כ דכוונת הרמב"ן להק' להיפוך].

וכן יש להוכיח מדברי הרמב"ן בחי' דהביא דיש מפרשים לסוגיין לפי הרי"מ דל"א מיגו לאפטורי משבועה, דמיירי בטענו שמא מצאת ב' כיסין קשורין, וברי לי שלא מצאת אחד בלא הב', והלה טוען דברי שלא מצא אלא אחד, דנשבע כיון דלפי הודאתו הוא טוענו בברי, וצ"ב כיון דלא אמרי' מיגו לאפטורי משבועה הרי לא שייך לפוטרו מדאור' משום משיב אבידה, וא"כ הרי יכול לחייבו בשבועה אף בטענת שמא, וע"כ מוכח דמלבד הדין דמשיב אבידה, איכא הלכה בפנ"ע דבעי' טענת ברי, נויש להוסיף דאין לומר דהוצרך לומר דמיירי בברי, דאל"כ אמאי בב' שוורים קשורים הוא פטור, הרי על שור אחד הוא ודאי ברי, ואינו יכול לכפור הכל, וכמו דטען באמרי בינה].

אלא דיל"ע דהרמב"ן בתחילת הסוגיא בכללא דשמעתא כתב "ואינו מתחייב לעולם עד שיטעננו ברי אבל בשמא משיב אבידה הוא ומשיב אבידה מדאור' פטור מדין מיגו" ומבואר לכאור' דכל הסיבה דבעי' שמא הוא כדי דלא יהא נאמן במיגו.

ונראה לומר

[ט] והנראה בביאור ד' הרמב"ן ובהקדם דהנה לפי הצד שבעין טענת ברי במודה במקצת יש לחקור מ"ט באמת צריך טענת ברי, והנה בפשוטו הטעם הוא שבמודה במקצת "הטענה" היא היא המחייבת שבועה וכן משמע בגמ' ב"מ ד. הצד השווה שע"י טענה וכפירה הם באים משמע שהטענה מחייבת שבועה וע"י תוס' שנתקשו דא"כ כופר הכל נמי יהיה חייב שבועה דהרי יש טענה וכפירה ע"ש מה שתייצא, וביאור הדברים נראה דלעולם הטענה היא המחייבת שבועה רק שבעין טענה אלימה ולא סתם טענה ולכן יש חיוב שבועה רק במוב"מ או בהעדאת ע"א שיש טענה אלימה שיש סיוע לטענה מחמת הדררא [במוב"מ] או משום הע"א, משא"כ כופר הכל אינו טענה חזקה, עכ"פ מבואר מתוס' שבמודה במקצת הטענה מחייבת שבועה, ולפי"ז פשוט שבעין טענת ברי דהרי הטענה היא המחייבת שבועה ואם אינו טוען אין מקום לחיוב שבועה, וטעמא דהרמב"ן שטענת שמא נמי מחייב שבועה י"ל שהרמב"ן ס"ל שלא הטענה מחייב שבועה אלא החיוב שבועה הוא מחמת הדררא שיש ע"י ההודאה במקצת, וא"כ בטענת שמא כיון שמ"מ יש דררא חייב [ובאמת הרמב"ן לשיטתו בב"מ ד. (ולעיל מ.)] דהצד השווה אינו מע"א אלא מגלגול שבועה ומה דאמרין שע"י טענה וכפירה אין הכוונה לטענת התובע אלא שחלק מהתביעה נתבררה אמיתית ע"ש א"כ אין לנו מקור משם שהטענה מחייבת].

ובאופן אחר י"ל שלעולם לא הטענה מחייב שבועה אלא הדררא הוא המחייב שבועה ומ"מ בעין טענת ברי דבלי טענת ברי אין כלל דררא, דענין הדררא הוא שכיון שהודה למקצת טענת התובע אז יש דררא שיש דברים בגו - בטענת התובע, ושמא כדבריו שחייב הכל, אבל כשהתובע אינו טוען כלום רק אומר שמא חייב לי אין כאן דררא וגם אם נאמר שיש דררא למה שאומר התובע שאולי חייב לי אין זה סיבה לחיוב ובעין דררא שחייב בוודאי.

ובדעת הרמב"ן שס"ל שבטענת שמא נמי יש שבועה י"ל או שס"ל שבטענת שמא נמי יש דררא וצ"ב עוד י"ל שהרמב"ן לשיטתו בב"מ ד. ולעיל מ. שס"ל שהצד השווה דב"מ שם הוי מפיו וגלגול שבועה דע"א ומה שאמרו שע"י טענה וכפירה הכוונה שחלק מהתביעה התבררה אמת אז זה מגלגל חיוב על שאר התביעה, ומשמע מזה שיסוד חיובא דמוב"מ הוא ע"ד גלגול שחיוב על מקצת מחייב שבועה על השאר וכמו שכל' תוס' כתובות יח [ואין החיוב משום הדררא]. ולפי"ז מבואר היטב שיש חיוב גם בטענת שמא כמו בגלגול שבועה שיש חיוב בטענת שמא כמבואר בקידושין כח. [לחשבן רמב"ן מה. דררא וגם חזקה וסותר וצ"ל כ"ז רק בשעטת רמב"ח ודוק]

[באופן אחר י"ל גם אם אין הטענה מחייב שבועה מ"מ "כפירה" בעין וענין הכפירה הוא שכופר את שכנגדו ואם הלה שמא ואין מכחישו חסר בכפירה המחייבת<sup>5</sup>]

[ט] ונחזור לדברי הרמב"ן דהנה עוד יש לתמוה על ד' הרמב"ן הנ"ל שבעין טענת ברי ובכיסין יש טענת ברי דאמנם לא ראה אותו מגביה את המציאה אך מ"מ יש כאן טענת ברי למה שטוען המוצא שמצא כיס א' אז הוא ברי שהיה ב' ולכא' עד כמה שבעין ברי היינו שהטענה מחייבת א"כ בעין טענת ברי המחייבת את השני [אותו ברי הנצרך להוציא ממון למ"ד ברי ושמא ברי עדיף] וכאן שמעיקרא טענו טענת שמא א"כ אין טענה המחייבת שבועה ומה לי שיש כאן ברי ביחס למה שהודה המוצא<sup>6</sup>, ולכן נראה בביאור ד' הרמב"ן דאה"נ שאין צריך כלל טענת ברי לחיוב מודה במקצת וכמבואר ברמב"ן בתחילת דבריו וטענת שמא נמי מחייב שבועה [דאם הוי בעין טענת ברי לא הוי מהני האי ברי וכמו שהערנו זה עתה] רק שס"ל לרמב"ן דבעין עכ"פ שיהיה לו טענת ברי נגד כפירת הנתבע ואם טוען בשמא ואין כפירת הנתבע סותרת את התובע כלל והתובע עצמו אומר שאולי כן כמו הנתבע אין חיוב שבועה, והביאור בזה י"ל כמש"נ דחיוב שבועה הוי מחמת הדררא ואם אינו טוען ברי אין כאן דררא דאינו טוען כלום [או כמש"נ שהחיוב הוי מחמת כפירת הנתבע ואם אין מי שיכחישו לא חשוב כפירה] ולכן באופן שהוי שמא גמור כמו בשוורים שגם אחר הודאת הנתבע אין כאן טענה נגדו וטוען רק שמא מצאת עוד אחד אז אין סיבה לחיוב שבועה דאין כאן דררא [או שאין כפירה וכן"ל] אך בכיסין או בשוורים וטוען הנתבע מצאתי ב' והחזרתי א' שהתובע מכחישו ואומר אם מצאת אז אמנם אין טענת ברי אך נתבאר שאין צריך ברי וא"כ יש כאן מוב"מ ומצד הדררא נמי לא חסר וכן"ל.

<sup>5</sup> ומצינו דוגמא לזה [שענין כפירה היינו להכחיש השני] דע"י ר"י מיגש מ. שכל' דמה שצריך כפירת ב' כסף [לרב] ה"מ במודה במקצת שיש כפירה ונתחדש בקרא שבעין כפירה ב' כסף אבל בשבועת השומרין שאין החיוב על הכפירה שהרי אין כפירה בזה אין צריך ב' כסף וקשה הרי גם בשומרין הרי הוא כופר ואומר שנאנס, אמנם הביאור שכפירה הפירוש שכופר את התובע ובשומרין שאינו מכחיש אף אחד לא חשוב כופר. <sup>6</sup> והיה מקום לומר שכונת הרמב"ן שאה"נ טענת שמא שטען מעיקרא לאו כלום הוא ומ"מ אחר שהודה על אחד אז על סמך הודאתו תובע שניהם בטענת ברי, ואף שלכא' הוי הודאה קודם לתביעה י"ל דכיון שתבע מעיקרא [ותביעתו עדיין קיימת] ואח"כ הודה השני נמצא עכשיו [בשעת הודאה] כאילו תובע בברי, ונאמר שתביעה והודאה באותה שעה מחייב שבועה [ושמעת'י שכ"כ באורח משפט] אמנם אין משמע כן ברמב"ן דלפי"ז הטענת ברי הוא עכשיו בשעת הודאה וברמב"ן משמע שלגבי חזרה הוי ברי משעה ראשונה, ועוד דהנה גם אם נאמר דטענה והודאה בשעה חייב ואין בזה את החסרון של הודאה קדמה היינו משום שמ"מ לא חסר בטענה דבשעה שטען עוד לא היה הודאה אך כאן הטענה מתחדשת רק אחר הודאתו וטענתו שאחר הודאה לאו כלום.

[י] ולפי"ז י"ל שמה של הרמב"ן מתחילה דטענת שמא פטור משום משיב אבידה דמשמע דמעיקר הדין שמא מחייב שבועה היינו בכיסין [דעל זה קאי הרמב"ן] שאמנם הוא שמא אבל יש כאן טענה ברורה נגד כפירת הנתבע, אבל באופן של שמא גמור ואינו סותר כפירתו של נתבע כלל מודה הרמב"ן שאין חיוב שבועה כלל כמשכ' כאן הרמב"ן, ולפי"ז מיושב מאוד מה שהקשינו לעיל שאם הפטור בטענת שמא הוא משום משיב אבידה מ"ט בשוורים פטור הרי אין לו מיגו דהרי אינו יכול לכפור הכל אמנם הביאור שבשוורים הוי שמא גמור דשוורים מינתחי ומה שאומר שלא מצא אלא אחד אינו סותר כפירת הנתבע ובזה מודה הרמב"ן שבזה מעיקר הדין אין חיוב שבועה.

[יא] ולפי"ז י"ל דגם במתני' לח: ברישא דמנה לאבא בידך אין לך בידי אלא נ' דינר פטור מפני שהוא משיב אבידה ובגמ' מב: מבואר דאיירי באין טוענו ברי, ומשמע מזה שבעצם יש חיוב שבועה לולי פטור משיב אבידה י"ל דאיירי נמי כה"ג שאומר לו איני יודע אם לית אבל אם לית ברי לי שלא פרעת כלום [ועי' רע"א ? שהיה לו צד כזה להעמיד כן מתני'] דאמנם טענתו שמא אבל מ"מ טוען בברי נגד כפירת הלווה ולולי פטור משיב אבידה היה חייב.

[יב] ולפי"ז י"ל סתירת הרמב"ן שבגיטין כ' דטענת שמא בעצם מחייב שבועה רק שיש פטור של משיב אבידה ובקידושין כח. כ' במה שמבואר בגמ' אשכחן שמגלגלין בודאי ספק מנ"ל אף דבסוטה מגלגלין בספק היינו משום שסוטה עיקר השבועה בספק תאמר במודה במקצת שעיקר השבועה בטענת ודאי, ולמש"נ י"ל דשם הנידון לגלגל בתובעו בשמא גמור ואינו טוען בודאי נגד כפירת הנתבע דכה"ג בעיקר שבועת מודה במקצת אין חיוב וכנ"ל ועיקר השבועה בעינן עכ"פ טענת ודאי נגד כפירת הנתבע.

ג) עוד תמה הרמב"ן על הבעה"מ דהא יש לפוטרו משום דקדמה הודאה לתביעה.

והנה בחי' הרמב"ן גיטין כתב בתחילת הסוגיא דכללא דשמעתתא דבעי' קדמה תביעה להודאה, ובעי' נמי טענת ברי, וביאר אח"כ דמה"ט ע"כ דסוגיין מיירי דטענו בתחילה ראיתך מגביה מציאה, וכמו"כ הוא טוען בטענת ברי דב' כיסין קשורין היו, ואח"כ הביא דיש מפרשים לסוגיין דטענו שמא מצאת לי ב' כיסין וברי דלא מצא אחד בלא חבירו, והלה אומר לא מצאתי אלא אחד, דנשבע, כיון דאיכא טענת ברי לפי הודאתו של זה, [וס"ל דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרי'], ומבואר דלשיטה זו ליכא קו' מחמת הא דבעי' קדמה הודאה לתביעה, דע"ז סגי הא דטענו מעיקרא בטענת שמא מצאת, וזהו ישוב לדברי הבעה"מ, ועי' ברכת שמואל ב"מ סי' ד' בזה.

ועי' ברמב"ן בחי' דהק' לשיטה זו, דודאי כל דלא טענו בברי, אעפ"י דלפי הודאתו הוא טוענו בברי, הוא פטור מדאו' משום דאית ליה הפה שאסר, ובמלחמות תמה כן על הבעה"מ, והן אמנם דבלשון המלחמות משמע יותר דכוונתו להק' דאעפ"י דל"א מיגו לאפטורי משבועה, מ"מ כיון דכל טענתו היא מחמת הודאתו ודאי דמהני מיגו לאפטורי משבועה, אולם בלשונו בחי' מבואר דכוונתו להק' דודאי פה שאסר מהני לפוטרו משבועה, ואף במלחמות כוונתו להק' כן, ולכך הקדים דהא הוי פה שאסר, ע"ש היטב, אולם בדעת הבעה"מ ע"כצ"ל דס"ל דלעולם לא מהני מיגו ופה שאסר לפוטרו משבועה.

ד) ובעיקר קו' הרמב"ן על הבעה"מ דבעי' קדמה תביעה להודאה, עי' במשנת ר"א כתובות סי' כ"ח סק"י דיישב דדינא דקדמה הודאה הוא רק בהודה בבי"ד, והכא מיירי דהודה לו מחוץ לבי"ד ושוב תבעו בבי"ד, ושפיר הוי קדמה תביעה להודאה, [וע"ש דיישב בזה לעיקר קו' רע"א ד"ל כמו דדחה רע"א דמיירי דהתביעה מכח ההודאה, ומה דתמה רע"א דהא קדמה הודאה, יישב במר"א כנ"ל דמיירי בהודה לו חוץ לבי"ד], ועי' לעיל בדעת רש"י סק"ה דע"כ מוכח לומר כן לדעת הבעה"מ דאל"כ פשיטא דהוא משיב אבידה.

## דעת הראב"ד והרמב"ן



(א) עי' בראב"ד דביאר דטעמא דהשמיט הרי"ף להא דר"י משום דמוקמינן בגמ' לר"י כראב"י, ולית הלכתא כראב"י, וביאר הראב"ד דר"י מיירי דראה אותו מושך שור א', וא"ל מה טיבו אצלך, א"ל מצאתיו וא"י בעליו, א"ל שלי הוא ובידוע דע"כ מצאת ב' כיון דקשורים היו, אינו נשבע כיון דאפשר דמנתחי, אבל בכיסין כה"ג נשבע, ואעפ"י דהוא משיב אבידה, מ"מ חייב כיון דהודה מחמת הטענה, ואעפ"י דאין הטענה חזקה, והגמ' מדמי לה לבן הבא מחמת צוואת אביו דפליגי בה ראב"י ורבנן, והלכה כרבנן, ומבואר דנקט הראב"ד דפלוגתייהו דראב"י ורבנן הוא בתקנה דמשיב אבידה לא ישבע [וכן מבואר בהמשך דבריו דדחה לראיית הרי"ף מהסגיא בדף מ"ז א', דהתם הנידון בדאו' ופלוגתייהו דרבנן].

וברמב"ן בספר הזכות ביאר לדברי הראב"ד דהחסרון בטענת ברי דכיסין משום דיתכן על צד רחוק דמיעכל קטרייהו, וחכמים פטרו בטענה חלושה זו משום תיקון העולם, ובן הבא בצוואת אביו נמי הוי טענה חלושה, ולכך תלוי דינא דר"י בפלוגתא דראב"י ורבנן.

ותמה עליו הרמב"ן דכיון דרבנן ס"ל דמעזי בבנו, הרי יש לפטור אותו משבועה מדאו', כיון דאית ליה הפה שאסר, ועוד תמה אמאי הוצרכנו לבאר דראב"י ס"ל דאינו מעזי ולא משיב אבידה הוא, הרי אף אי הוי משיב אבידה נמי חייב כיון דפליג על התקנה דמשיב אבידה, והביא לזה כמה ראיות דכל דמעזי פטור מדאו'.

(ב) וברמב"ן ביאר דמיירי דראה כיסו ביד חבירו, ויש לו עדים דהוא שלו, וטוען דהיה עוד כיס עמו, דלר"י חייב שבועה מדאו' כיון דהוא טענת ברי, והצד דלא כר"י הוא דמ"מ הוא פטור מדרבנן, ומוקמינן לר"י כראב"י דמחייב בטענת עצמו, ואי ס"ל לתקנה הרי ה"ה דיש לפוטרו בטענת עצמו, משום דלא יבואו יותר להודות מחשש שיגלגל עליו שבועה, ופריך הגמ' על ראב"י אמאי אינו פטור משבועה מדאו', כיון דאית ליה מיגו, ומשני דמיירי דהודה לו דלוח מנה מאביו, וא"ל ברי לי שלא פרעת כלום, והלה טוען דפרעתי פרס, דלראב"י כיון דאינו מעזי חייב מדאו', אולם אכתי יש לפוטרו מדרבנן כיון דהתחיל בהודאה, וע"כ דראב"י פליג אמתני' ומחייב אף מדרבנן, ורבנן פליגי עלי' וס"ל דמעזי ופטור מדאו', ולפי"ז הרי היה ראוי לפסוק כר"י.

ויל"ע דהרי הרמב"ן במלחמות תמה על הבעה"מ אמאי ליכא פה שאסר דלא היה מודה, וכתב דאף הרי"מ דס"ל דל"א מיגו לאפטורי משבועה, מודה דהיכא דכל הטענה מחמת הודאתו דאמרי' פה שאסר, וצ"ב דגם לדבריו בביאור פלוגתא דראב"י ורבנן נמי נימא כיון דכל התביעה דלא פרע מחמת הודאתו על ההלואה, נימא פה שאסר.

וצ"ל דודאי אחרי שהודה דהוא חייב, והשתא הוא תובעו דלא פרע, שפיר שייך הסברא דאינו מעזי לכפור בכל וליכא מיגו, [ודמי למיגו למפרע], ושאני עובדא דבעה"מ דבתחילה אמר לו מנה לויתי והאכלתי פרס, ורק אח"כ הוא טוען דלא פרע כלום, ובהא הק' הרמב"ן דהא איכא מיגו, ועדיין צ"ב.

(ג) ובדעת הרי"ף ביאר הרמב"ן דס"ל כפי' ר"ח דפלוגתייהו דראב"י ורבנן מיירי בטענו ע"י אחר ופליגי אם בכה"ג מעזי או לא, ותיקון העולם לראב"י ליכא בטוען ע"י אחר, ורבנן ס"ל דפטור מעיקר הדין, וממילא נמצא דר"י פליג אמתני', וליכא מאן דסבר כר"י, כיון דכל הטעם של ראב"י הוא דליכא תיקון העולם בטוען ע"י אחר, אבל בטענה ידי' שפיר איכא תיקון העולם ופטור משבועה, ולפיכך נשמטה מההלכה.

**בס"ד**

## דמי קרקע

עי' חי' הרשב"א והר"ן מה דדנו מסוגיין לנידון דמי קרקע, ועי' בסי' צ"ה ובנו"כ דהאריכו בכ"ז, ובעיקר פלוגתת הרמב"ם והראב"ד עי' בית הלוי ח"ג סי' מ' חי' ר"ח הלוי פ"ה מטו"נ, ומשנת ר"א ב"מ.

עי' בחי' הרי"מ דחילק בדעת רבנן בין שבועת השומרים לשבועת מודה במקצת, וכן מבואר בפה"מ להרמב"ם, ועי' ב"י דהוכיח כן בדעת הרמב"ם להלכה, ועי' ש"ך ס"ק ט' באריכות גדולה בכ"ז, ועי' נתה"מ בישוב קו' התומים.

## שבועות מ"ב ב' - מ"ג א'

(א) גמ' - הכא בענבים עומדות להבצר קמיפלגי וכו'. עי' ברשב"א דהק' אמאי ר"מ מחייב, הא הילך הוא, והביא דמקצת רבותינו בארו דמיירי בבצרון, [וברמ"א צ"ה ב' מבואר דמיירי בבצרון ואכלן] והק' א"כ מה הנפק"מ בין עומדות להבצר בשעת פקדון או לא, סו"ס השתא קתבע מיניה מטלטלין, וכתב דכמו דמבואר ברמב"ם פ"ה מטו"נ לענין תביעת נזקי קרקע דחשיב תביעת קרקע, ה"ה במתני' חשיב תביעת קרקע, והרשב"א האריך לחלוק על הרמב"ם דודאי חשיב מטלטלין, ולכך ביאר הרשב"א דמיירי דה' בצר וה' לא בצר, ותובע ממנו י', והוא מודה על ה' שבצר, ולכך לר"מ חשיב כפירה במקצת כלים וקרקע, ולרבנן הוי כפירת קרקע, ע"ש, והובא כ"ז בר"ן, [ועי' בחזו"א ליקוטים סי' כ"א פרק ג' סק"ה דהעיר דמבואר דאעפ"י דטוען דהגפנים היו שלו מעולם, ושורש התביעה היא קרקע, חשיב לר"מ תביעת מטלטלין, והעיר מכאן על דברי הקצוה"ח [סק"ז] דכל דשורש הכפירה וההכחשה בקרקע חשיב קרקע, וכתב דלדבריו צ"ל דמיירי דטוען דקנתי גפנים טעונים, ע"ש, וצ"ע דודאי אין נידון הקצוה"ח משום הכפירה, אלא הנידון הוא על ההודאה, והק' היא דלפי הקצוה"ח כל דשורש ההודאה בקרקע אף הראב"ד מודה, וכל דבריו הם רק באופן דהנידון הוא אם חפר בור א' או ב', ואילו מדברי הרשב"א מבואר דגם באופן דהנידון הוא הוא דיהא חייב על הענבים מחמת דהעץ של הלו, נמי חשיב מטלטלין, [ובזה לא יועיל מה דרצה החזו"א ליישב דמיירי דטוען דקנה ממנו, וצ"ע].

(ב) עי' ברשב"א דכתב דמקורו של הרמב"ם מהא דפריך ב"מ ה' א' לר"ש דהילך פטור למאי בעי' קרא למעוטי קרקע, ומשני דאיצטריך לחפר בה וכו' או להודה בכלים וכפר בקרקעות וכו', ומבואר דאעפ"י דתשלומי החפירה הוא ממון, חשיב קרקע, ודחה הרשב"א דמיירי בתובע ב' כורי עפר, וחפרת בא', והלה מודה רק על הכור שחפר, ופטור משום דמודה וכופר במקצת קרקע, והק' דא"כ היינו שינויא קמא, ותי' דתי' קמא מוקי לה בתבעו כלים וקרקעות, ותי' בתרא מיירי דלא גזל כלים ממש, אלא קרקע לבד, וחזר וחפר בה, ע"ש, [ונראה דכ"ז לשי' דגרס לתי' דחפר בה בתי' ב', ולא כגרסא דילן דהוא תי' קמא], ועי' במ"מ פ"ה מטו"נ ה"ב דכתב לת' 'ויש לדחות דתי' ראשון מיירי כגון שאינו תובעו כלל מן החפירות' וצ"ב כוונתו, ובקצוה"ח סי' צ"ה סק"ז ביאר דבריו דמיירי בתובע ב' שדות ומודה בשדה א', ואף חפרה, ומ"מ חשיב קרקע כיון דאין הנידון על החפירה, אלא אם חפר את שלו או לא.

(ג) עי' בראב"ד שם דחילק בין תבעו למלאת החפירה לתבעו לשלם, ועי' ברשב"א בסוגיין דחולק דאין המזיק חייב למלאת, ועי' מחנ"א נזקי ממון סי' א' דביאר דהרמב"ם ס"ל דחייב מזיק הוא חפץ, אלא דיכול לשלם דמים מדין מ"ל הן וכו'.

ויש לעי' בזה, דהנה הר"ן [כ"ז א' מדפי הרי"ף] הביא לקו' הרמב"ן איך שייך לחלק דדין מוב"מ לא נאמר בשכירות, הרי כיון דהשלים פעולתו הרי"ז מלוה, ותי' דכמו דמבואר ברמב"ם דתביעת דמי נזק קרקע חשיב קרקע, ה"ה תביעת דמי שכירות חשיב תביעת שכירות, והנה אי נימא כסברת המחנ"א הרי טעמו דהרמב"ם אינו משום דאזלי' בתר סיבת החיוב, אלא דאף השתא הוא תובע ממנו קרקע, אבל דמי שכירות שפיר הוי מלוה, וע"כ דס"ל להר"ן דדעת הרמב"ם דלעולם אזלי' בתר סיבת החיוב.

ועי' קצוה"ח סי' צ"ה סק"ח בתחילת דבריו דכתב דלהרמב"ם כ"ז דלא עמד בדין חשיב דהנידון הוא על היזק קרקע, ויש לדון דלמחנ"א גם אחר שעמדו בדין הוי דמי קרקע.

ובעיקר נידון המחנ"א - עי' חזו"א ב"ק סי' ו' ס"ק ג' בזה.

ד' עי' רמב"ם פ"ה מטו"נ ה"ה דהיכא דהנידון אם דר ב' חדשים או חודש א' חייב שבועה מדאו', ועי' במ"מ דביאר דל"ד לחפר בורות דהתם איכא חסרון בקרקע ונעשה שלא מדעתו, אבל הכא דלא נחסר גוף הקרקע, ונשתמש בה מדעתו של בעה"ב, הרי"ז נידון של מטלטלין, וכתב דקרוב לומר דה"ה היכא דהנידון כמה הוא שילם על המקח, דאי"ז דמי קרקע, כיון דאין תביעתם בענין המנכר כמה קרקע היה, והובא ברמ"א סי' צ"ה ס"ג.

ועי' ש"ך ס"ק ט"ו דמדברי המ"מ מדויק דהיכא דחלוקים כמה קרקע מכר לו הוי דמי קרקע, וע"ש דחלק עליו דחשיב מטלטלין, והוכיח כן מב"מ ק' ב' דפריך על עבד קטן ועבד גדול דהא אין נשבעין על העבדים, ומוקי לה בדמי עבד, וברש"י ביאר דהנידון בנתן לו דמים לקנות עבד, אולם בתוס' מבואר דמיירי אף היכא דהנידון הוא אם מכר לו עבד קטן או עבד גדול, ובש"ך ביאר דמיירי דאין המוכר יכול להעמיד המקח, והנידון הוא אם צריך להחזיר לו דמי קטן או דמי גדול, ועי' נתה"מ סי' צ"ה סק"ג דביאר דבאמת בטל המקח, אולם כבר העיר בחזו"א סק"ב דבלשון הש"ך מבואר להדי' דאין נידון ביניהם כמה נתן לו, ובודאי נתן לו דינר, והמקח קיים, אלא הנידון הוא אם קנה ממנו עבד גדול וצריך לו להחזיר לו דמי גדול, או דקנה עבד קטן ואי"צ להחזיר לו רק דמי קטן.

ובעיקר נידון הש"ך דבחלוקים כמה מכר נמי חשיב דמי קרקע, העיר בקצוה"ח דלפי יסודו הוי דמי קרקע אף להראב"ד כיון דחלוקים כמה קרקע מכר לו, ועי' בחזו"א סק"ג דהעיר דהש"ך צודק בסברא דכיון דמודה דב' השדות של הלוקח אלא הנידון הוא על תביעת חוב ודאי דאינו נידון כתביעת קרקע...

אולם עי' בביאור הגר"א סק"ט"ז דאדרבא הוכיח מרש"י ותוס' דכל דהנידון כמה מכר לו ודאי הוי דמי קרקע, נעי' להלן סק"י.

והנה למחנ"א דטעמא דהרמב"ם משום דתביעת נזיקין הוי תביעת קרקע, א"ש דברי המ"מ דדמי מכירת קרקע הוי כדמי שכירות קרקע, ותרווייהו חשיבי תשלומי מטלטלין, אולם אי נימא כהר"ן דלעולם אזלי' בתר סיבת התביעה, הרי ע"כ צ"ל דטעמא דהרמב"ם משום דתשלומי השכירות הוא על השימוש ולא על הקנין, ונוסתפק בזה בקובה"ע סי' נ"ג], ולכך אינו כקרקע, אולם במקח ודאי חשיב דמי קרקע.

ועי' בקצוה"ח סק"ז דחלק על הש"ך עפ"י יסודו דכל דשורש התביעה הוא אם הקרקע שלו או לא, אינו אלא תביעת קרקע, ובחזו"א ליקוטים סי' כ"א פרק ג' ס"ק ג' ד-ד דחלק על הקצוה"ח דהא המוכר מודה דב' השדות של

ה' עי' קצוה"ח סק"ז דדן היכא דהנידון על הקרקע ופירותיה ויש לו ע"א, מי אמרי' גלגול, או כיון דאין הכחשה על הפירות אלא דטוען דהפירות שלי אינו יכול לישבע, וע"ש באריכות דנקט דחשיב דמי קרקע, וכתב דלפי"ז ודאי בגוונא דהש"ך דהמקח קיים ותובעו דמים, דהוי דמי קרקע, כיון דעיקר הנידון הוא איזה עבד שלו, וכתב דה"ה מה דכתב המ"מ דמשום דאין חלוקים כמה קרקע מכר לו, היינו משום דבחלוקים כמה מכר לו הוי קרקע ממש, וצ"ב כוונתו.

ולכא' כוונת הקצוה"ח דבגוונא דהנידון אם מכר לו שדה או חצי שדה והחצי היה שלו מעולם דהוי דמי קרקע, אולם אינו נכון דהרי בכה"ג בין לדברי המוכר ובין לדברי הלוקח הקרקע של הלוקח וכל הנידון הוא על הדמים, ובודאי הוי נידון דמטלטלין, ונראה דכוונת הקצוה"ח דהמ"מ אתי לאפוקי לגוונא דהש"ך בסוגיא ב"ק, כגון דאינו יכול לקיים את מכירת הקרקע, והנידון הוא אם חייב להחזיר לו דמי שדה גדולה או קטנה, דהוי דמי קרקע, ועי' חזו"א ליקוטים סי' כ"א פרק ג' ס"ק ג'-ד.

ו' עי' רמ"א ס"ב ב' שיטות בתבועו מעות של ענבים שאין עומדים להבצר, אי מקרי קרקע או מטלטלין, ועי' ביאור הגר"א סק"י"ג דתלוי במחלוקת לענין דמי קרקע, וסיים דבס"ג סתם הרמ"א כהרמב"ם, והיינו כמבואר בדבריו ס"ק

ט"ו דמשמע מהמ"מ דבחלוקים אם מכר לו שדה גדולה או קטנה, תלוי בנידון דהרמב"ם והראב"ד, והוכיח כן ממה דרש"י ותוס' לא פי' כציור דהש"ך דע"כ פליגי עליו, וה"ה הכא.

ולפי"ז מבואר מהגר"א דטעמא דהרמב"ם משום דכל דהנידון הוא על קרקע הוי דמי קרקע, ולכך אף בחלוקים כמה קרקע מכר לו הוי נידון דקרקע, ואף בנזק אין צריך לסברת המחנ"א, אלא כיון דהנידון הוא נזק קרקע הוי דמי קרקע.

(ז) עי' בראב"ד דהק' מחבלת אדם בריש כל הנשבעין, ועי' במ"מ וברשב"א בסוגיין דרק עבד הוקש לקרקע ולא ב"ח, ועי' קצוה"ח סי' צ"ה סק"ח דהק' מהסוגיא שבועות ל"ח ב' לענין קרבן שבועה, ועי' ח"י ר"ח הלוי פ"ה מטו"נ דחלוק קרבן שבועה מחיוב שבועה, ע"ש באריכות, ועי' שיעורי הגרש"ר ב"מ ה' א' מה דהעיר עליו.

(א) עי' בר"י מגאש דדוקא לגבי שומר ס"ל לרבנן דלאו כבצורות כיון דמסרו לשמירה ולא לתלישה, אבל אבל לגבי דיני מקח אונאה ושבועה הוו כמטלטלין, ועי' ברמב"ם פ"ה מטו"נ ה"ד ובמ"מ, ועי' בב"י צ"ה ב' דהרמב"ם אזיל בשיטת הרי"מ, ועי' בש"ך סי' צ"ה סק"ט באריכות בזה, והביא דכן מבואר ברמב"ם פה"מ כאן.

(ב) ועי' נתה"מ סק"א דתמה ממתני' דהא מיירי במודה במקצת, וע"ש דהאריך ליישב וביאר בעיקר סברת הרי"מ, דכלפי השומר הפירות אין עומדות להבצר, אולם כלפי הבעלים הרי עומדים להבצר, ולכך בשומרים דהנידון הוא על השומר, חשיבי כקרקע, אבל לגבי מודה במקצת הנידון הוא כלפי התביעה, וזה נקבע לפי הבעלים, מה הוא תובע ממנו, ולכך חשיבי מטלטלין, ועל הקו' ממתני' ביאר הנתה"מ דבאמת לא משכח"ל דיהא פטור מדין שומרים ויהא חייב במוד"ב שהרי לעולם יש לו מיגו דהיה טוען נאנסו, אלא דבעלמא איכא חזקה דא"א מעיז, אבל בשומרים הא ליכא חזקה דאינו מעיז וכמבואר בסוגיא ב"ק, וע"כ דחייב אף בכופר הכל, וא"כ לגבי קרקע נמי בכל מוב"מ יש לו מיגו דנאנסו, דהא לגבי שומרים הרי חשיב כקרקע, אלא דתלוי בדין מיגו לאפטורי משבועה, ומתני' ס"ל דאמרי' מיגו, והרמב"ם ס"ל דלא אמרי' ניגו, ע"ש בכל דבריו, וצ"ע דהרי אף אי לא אמרי' מיגו לאפטורי משבועה, אבל זה ודאי מבואר בגמ' דלולי הסברא דאין אדם מעיז הוא פטור, ונפק"מ בבנו, וצ"ע.

תוס' ד"ה כבצורות - ולענין בע"ח וכו'. עי' בש"ך סי' צ"ה סק"ט דביאר דשאני בע"ח דתלוי בסמיכות דעת, ובאמת דכן מבואר להדי' בתוס' הרא"ש ב"מ ק' ב' ד"ה דמר.

שם - דבפרק הכונס וכו'. עי' בש"ך סי' צ"ה סק"ט דכתב לדחות "דהתם עכשיו כבר נתלשו" וצ"ב דא"כ מ"ש דבצריך לשדה שמין אגב שדה, עוד כתב הש"ך לדחות "דלענין שומא אגב ארעא שאני" ועי' בחי' ר' שלמה ב"ק סי' י"ג אות י' דביאר דס"ל דאם צריכין לקרקע הם מגוף השדה ושמין אגב שדה, אבל אם אי"צ לקרקע אינן מגוף השדה אלא הם חשובים בפנ"ע, ולכך אי"ז תלוי אם דינן כמטלטלי או לא.

בס"ד

דבר שבמדה

מ"ב ב'

מתני' - אין נשבעין אלא על דבר שבמשקל ושבמנין. עי' בר"ן [כ"ד א' ושמעי' ממתני' וכו'] דהק' דא"כ אמאי ב' גפנים ומודה בה' גפנים חייב, הא אי"ז דבר שבמידה כיון דלא ידעי' טענייהו דגפנים כמה הוי, ותי' כיון דעשר וחמש מנין הוא סגי במידה מצד א', והביא לזה עוד ראיה מהא דכור פירות לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא לתך קטניות חייב כיון דקטניות בכלל פירות, והא יתכן דלתך קטניות שוה יותר מכור פירות, וע"כ כיון דטוענו מידה והוא מודה לו במידה, חייב כיון דמצד א' יש כאן הודאה במקצת,

תוס' ד"ה אלא - פריב"א וכו'. עי' תוס' ב"ק ס"ג א' דממעטין לה מכי הוא זה, וברמב"ן רא"ש ור"ן הביאו מהמכילתא דילפינן לה מכסף או כלים, ועי' חזו"א י"ב סק"ח דלפי הריב"א אף בשבועת השומרים בעי' שיודה בדבר שבמידה, אבל לשאר הראשונים כיון דס"ל עירוב פרשיות לא ילפינן מינה לשבועת השומרים, ע"ש, ובקצוה"ח סי' פ"ח סק"כ נקט דלתריב"א ליכא ק"ש בדבר שאינו במידה, ועי' בחזו"א ס"ק י"ג דתמה עליו דהא בק"ש חייב אף בקפץ.

ועי' פסקי הרי"ד וריא"ז דדינא דדבר שבמידה הוא דכל שטוען התובע באומד אין נשבעין כיון דהוא טענת ספק, ומדברי הנתה"מ סי' פ"ח סק"ח נלמד דטעמא משום דלא נתברר דמודה על פחות מהטענה, וע"ש דחילק בין היכא דמספק"ל דילמא ליכא כלל הפרש ביניהם להיכא דיש הפרש אלא דלא ידוע שיעורו.

יל"ע מה הדין בטענו מנין והודה לו במידה או במשקל, ויש להוכיח מהא דמבואר ברמב"ן וברא"ש ל"ט ב' דטענו שוה והודה דוקא חייב, ולכא' דמי לטענו מנין והודה במידה, וצ"ע.

(גמ' - אמר אביי וכו' אלא אמר רבא וכו'. עי' לשון רש"י, ועי' רמב"ן דביאר בדעת רש"י דאביי סבר דסגי במה דמתוך התביעה ידעי' בכמה הנתבע כופר, ורבא ס"ל דבעי' שיודה בפירוש, ועד"ז מבואר בריטב"א, וכן הוא לתי' בתרא דתוס', [ועי' מה דיתבאר בזה עוד בתוס'].)

ועי' בסה"ת שער ל"ח ח"ג דין ב' דהביא מתשו' הרמב"ן דנשאל מה הדין באומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע כמה לויתי, אי חשיב מודה בדבר שבמידה או לא, וכתב הרמב"ן דיש לבי"ד לברר אם מודה לו לפחות על פרוטה או לא, ואעפ"י דכל הודאתו הוא מכח הבי"ד, מ"מ חשיב מודה במקצת, והויף דע"כ לא פליגי אביי ורבא, רק דאביי סבר דסגי במה דאנו הולכין ורואין בבית זה אם הוא עד הזיז או החלון, ורבא פליג וס"ל דבעי' שיוציא המידה בפיו, אבל היכא דהוציא מידה מפיו, אעפ"י דהוא רק ע"י חקירת הבי"ד הוי הודאה, ואף דהכא נמי בי"ד יכולים לחקרו, מ"מ כיון דטען טענה ברורה אין חוקרין אותו יותר, ומבואר מהרמב"ן דאף לאביי בעי' בעי' הודאה בדבר שבמדידה, אלא דסגי במדידה דאח"כ, וטעמא דרבא אינו משום דלא סגי במדידה דאח"כ אלא דבעי' דיוציא המידה בפיו, נולפי"ז מוכח לכא' דעכ"פ לכו"ע ליכא הלכה דיצאה הודאה בפטור, ולכך בגוונא דהרמב"ן מהני חקירת הבי"ד, ועי' להלן].

עי' בר"ן במתני' דהק' אמאי באומר מה שהנחת אתה נוטל פטור, הרי אנו רואים הפירות, ועדיין עומד בהודאתו, [והיינו דודאי אין לחייבו מחמת הודאה קמא, דהא לא הוי בדבר שבמידה, וכל הנידון מחמת דהשתא הוא עומד בהודאתו], ותי' דבעי' דבשעה דמודה תהא ההודאה בדבר שבמדידה, ואעפ"י דאח"כ הוא מודה בדבר שבמדידה, מ"מ הוא פטור, כיון דהודאה הראשונה לא חייבתו בשבועה, והביא לזה ראייה מהא דפטור בקדמה הודאה לתביעה, [ואעפ"י דנתבאר דק' הר"ן מחמת דהשתא הוא מודה, מ"מ נתחדש בזה דכיון דהודאה קמא פטרתו, א"א לחייבו בהודאה החדשה].

ויל"ע דא"כ א"א לומר דטעמא דאביי משום דאח"כ נעשית הודאתו להודאה בדבר שבמדה, דהא יצאה הודאתו בפטור, ואי נימא דאביי חולק עלה, הרי תקשי מראיית הר"ן מדינא דקדמה הודאה לתביעה, וכן הרי הר"ן הוכיח כן מדינא דבית סתם, ומ"ש מבית זה, ולכאור' י"ל דלדעת הר"ן טעמא דאביי משום דכל הדין דדבר שבמידה הוא רק בתביעה ולא בהודאה, אולם לשונו של הר"ן דבאומר בית זה ס"ל לאביי דאף הנתבע חשיב דמשיבו מידה, ולכאור' י"ל כמו דביאר החזו"א בדעת תו', [עי' להלן] דפליגי אם לדבר שבמידה סגי מה דטוען מה דהנחת, או דבעי' מדידה חיצונית, ולכו"ע לא מהני מדידה אח"כ. אולם מהרמב"ן מוכח דפליג על הדין דיצאה הודאה בפטור, דאל"כ לא היה צריך לבאר דטעמו של רבא משום דבעי' שיוציא המידה בפיו, אלא טעמא דרבא משום דיצאה ההודאה בפטור, וע"כ דפליג על הר"ן, אלא דס"ל לרבא דאעפ"י דאח"כ מתברר המידה א"א לחייבו כיון דלא הוציא למידה בפיו.

עי' בספר התרומות ש"ז ח"ב דין י"ב דביאר דרבא נמי מודה דבית זה חשיב דבר שבמידה אלא דמ"מ הודאת מה דהנחת אינו דבר שבמידה, ועי' ביאור הגר"א סי' פ"ח ס"ק מ"ד דביאר דלאביי סגי או דהתביעה תהא במידה או דההודאה תהא במידה, אבל לרבא בעי' דתרווייהו יהיו במידה, וביאר הגר"א דרבא לא הק' דנתיני בית זה, אלא אמאי נקט גוונא דחלון במתני', ואגב זה נקט חלון וזיו, הרי אין דין דתרווייהו יהיו במידה, ובבית זה לא בעי' לצייר דהודה לו לו עד החלון, אלא סגי דיאמר מה שהנחת, כיון דתבע דבר שבמידה, וע"ש דביאר דלשון המשנה והלה טוען וכו' הוא עוד ציור והוא כאו הלה וכו'. ולכאור' מקורו של התרומות לפרש כן בדעת אביי, הוא מהא דפריך לאביי מכח דיוק מהברייתא ולא מהא דקתני דבעי' טענה והודאה בדבר שבמידה, וע"כ מוכח דאו או קתנ, וא"כ ע"כ דלאביי סגי בחד מינייהו, ועי' בריטב"א דיש דמחקו לגרסא זו.

( עי' בתוס' דהק' לרבא אמאי בית זה לא הוי דבר שבמדה, הרי נראית חסרונה, ותי' בתי' קמא דמיירי בחסרה מעט דעדיין חשיב בית מלא, ועוד תי' דבעי' דיזכיר מדה בהודאתו, וכן עי' בתוס' ד"ה לאו דהזכירו בתי' לב' הסברות חדא דבעי' שיהא ניכר מה שביניהם, ותו כתבו דלרבא בעי' שיוזכיר המידה. ויל"ע בתי' קמא אם כוונתם דבעי' דבעי' שיהא נודע דיש איזה כפירה ביניהם, אולם לא בעי' שיהא מסויים המידות, או דכוונתם דלרבא בעי' שיהא ברור מה המידה שעליה אנו דנין.

( עי' במהרש"א וברש"ש ובלח"מ פ"ד מטו"נ ה"ב ועולה מדבריהם דיש ב' נפק"מ בין ב' התי' - א) באופן דטוען בית זה והלה מודה ב' כורין, דלתי' קמא פטור כיון דאין ידוע מה שביניהם, ולתי' בתרא חייב כיון דהזכיר מידה בהודאתו. ב) באופן דתובע י' כורין והלה טוען מה שהנחת, דלתי' קמא חייב כיון דידוע מה ביניהם, ולתי' בתרא פטור כיון דלא הזכיר מידה בהודאתו.

( עי' בט"ז סי' פ"ח סכ"ד דהק' על תי' קמא דתו' מדוע רבא חידש דבעי' גם בהודאה דבר שבמידה, הא בלא"ה הוא פטור כיון דאין התביעה על דבר שבמידה, דהא מלא הוא לאו דוקא, ותי' הט"ז דשורש המחלוקת בין אביי לרבא הוא אם סגי מה דהתביעה ידועה, או דבעי' דאף ההודאה תהא ידועה, אלא דבסוגיין יש עוד נידון, דיהא דבר שבמידה ע"י מדידת הבי"ד, ואף לרבא יהא נחשב להודאה בדבר שבמידה, וע"ז חידשו תוס' בתי' קמא דלמדידת בי"ד בעי' מידה מדויקת, וכיון דמלא לאו דוקא הרי

לעולם לא יהא נודע המידה, ובתי' ב' חידשו דלא מהני בדיקת בי"ד כיון דבעי' שיזכיר המידה להדי' בהודאתו, וחידש הט"ז דבאומר עד הזיו נמי אינו מדויק, וממילא בזה אומר עד הזיו והלה מודה דמה שהנחת וכו' לתי' קמא לא מהני הודאתו.

( עי' חזו"א סי' י"ב סק"ד דביאר דברי התוס' דהמחלוקת של אביי ורבא הוא דאביי ס"ל דטענת בית מלא חשיב דבר שבמידה, ורבא ס"ל דבעי' סימן חיצוני למידה, ולא סגי במה דטוען דיש פירות עד כלות גובה הבית, וכתב דנפק"מ בין ב' תי' התוס' בטוען עד הזיו וזה אומר מה דהנחת, דלתי' קמא חייב ולתי' בתרא הוא פטור.

עי' ברא"ש סי' כ"ז כ"ח דהביא לדעת הרי"מ והרמב"ם דהיכא דהמלוה מודה דהמשכון היה יותר מהחוב, אולם אינו יודע כמה היה שוה, או באופן דהמפקיד אומר כך וכך הוו, והשומר אומר א"י חייב מדין מתוך, והביא הרא"ש דהק' הרי כיון דאינו יודע כמה היה שוה הוא סטור כיון דאינו דבר שבמידה, ועוד דבעי' ב' כסף, והרמב"ן תי' דשאני מה שהנחת דאפשר לעמוד עליו, אבל בגוונא דמלוה הרי א"א לעמוד עליו, והביאו הר"ן, והרא"ש כתב דאין דברי הרמב"ן מובנים, והרא"ש תי' דהיכא דאמר איני יעדוע ודאי הוא מודה על שו"פ, אלא דא"י על יותר, אבל הכא דטוען מה דהנחת ליכא הודאה כלל אלא דכנגד הטענה חסרו פירות הוא טוען דלא חסרו פירות, ע"ש בכל דבריו, וכל הדבריו צ"ב, ומצינו בפוסקים כמה ביראויים בזה.

עי' ש"ך סי' ע"ב סק"נ דהאריך לבאר כוונת הרמב"ן דהיכא דאמר מה דהנחת אתה נוטל דמודה בכל מה שיש בבית, כיון דאין יודע כמה הוא יוטל מהבית, אי"ז דבר שבמידה, אבל באומר איני יודע כמה שוה המשכון שאבד הרי אין אפשרות לגבות את מה שאמר איני יודע, וכל ההודאה היא רק על שו"פ, ושפיר הוי דבר שבמידה, ותמה הש"ך מדוע הרא"ש מיאן בזה.

ועי' נתה"מ סי' פ"ח סק"ח דביאר דהרא"ש חלק עליו דאף במתני' הוי דבר שבמידה כיון דבשעת הודאה, הרי א"א לחייבו יותר מפרוטה, כיון דעדיין לא מדדו, והרי מוכח מהר"ן דאזלי' רק בתר שעת הודאה, [ומבואר בנתה"מ דהוא אף לחומרא דכל דנתחייב אינו נפטר], ויתחייב שבועה דאו', ואי אזלי' בתר הסוף, הרי בסוף נמי הוי דבר שבמידה.

ובכוונת הרא"ש, עי' בש"ך שם דביאר דדוקא במשכון הוי הודאה בפרוטה, אבל בפירות יתכן דשוו פחות מפרוטה, ובהא נאמר הדין דדבר שבמידה, ומה דכתב הרא"ש לפני כן הוא רק ליישב הקו' דהא ליכא שתי כסף, ותמה הש"ך דהא מתני' מיירי אף בכיס מלא מעות, ועי' בנתה"מ שם דביאר בכוונת הרא"ש דשאני מה שהנחת דיתכן דליכא כלל כפירה, והנה הנתה"מ לא ביאר אמאי בשמכון ליתא לסברא זו, ולכאו' ע"כ צ"ל כחילוקו של הרמב"ן דכיון דאינו בעין ופרוטה הוא ודאי מתחייב, חשיב דידוע מה שביניהם, ואי"ז בכלל אינו במדה, משא"כ בבית מלא דגובים לכל הבית, ויתכן דאין שום חילוק ביניהם, אלא דא"כ צ"ב מדוע מיאן הרא"ש בחילוקו של הרמב"ן, ומתו"ד הנתה"מ מבואר לכאו' דכוונתו דלפי הרמב"ן דבעי' שיהא מבורר מהו שיעור תביעה וההודאה, אזלי' בתר הודאתו, ולא עפ"י מה דבי"ד פוסקים עפ"י דבריו, אבל הרא"ש ס"ל ענין דבר שבמידה הוא דנדע דיוצא כפירה מדבריהם, וכל דע"י הודאתו איכא ביניהם, הוי דבר שבמידה, ועדיין צ"ב.

ע"י חזו"א סי' י"ב ס"ק א-ג ותו"ד דגם להרא"ש יסוד החילוק הוא דבמשכון דאינו בעין והוא כופר על השאר כמו בנ' ידענא ונ' לא ידענא, והכפירה מבוררת, משא"כ בטענת מה שהנחת דאפשר לראות כמה יש בבית, אלא דפליגי הרמב"ן והרא"ש באופן דהזכיר דעל חלק הוא ודאי מודה, אי חשיב דבר שבמידה או לא, דלהרמב"ן כיון דאכתי יש חלק דאינו מבורר אינו נידון כדבר שבמידה, אבל הרא"ש ס"ל דחשיב דבר שבמידה, וצ"ב לפי"ז לשון הרמב"ן דאין חילוק הרמב"ן מבורר, והרי מודה לעיקר החילוק, וכתב החזו"א דכוונת הרא"ש דאין ברור להדי' בדבריו מה הדין במודה להדי' על פרוטה, אי חשיב דבר שבמידה או לא, אולם לכאור' אריכות לשונו של הרא"ש מורה יותר כביאור הנתה"מ.

בס"ד

### כל הנשבעין

מתני' - ואלו נשבעין ונוטלין. ע"י בר"י מגאש דכל השבועות דמתני' הם בנקט"ח כעין דאו', אולם ע"י ברמב"ן ור"ן דדייקו מלשון רש"י דכל שבועות דמתני' הוו כשבועת היסט ולא בעי' בהו נקט"ח.

רש"י ד"ה כל - לא חייבה וכו'. ע"י חכמת שלמה ריש סי' פ"ט דהעיר דאי"ז חיוב אלא זכות לישבע וליטול, וי"ל דלס"ד דיש שבועת הנוטלין ס"ל לרש"י דהגדר הוא כמו בפוגמת דאעפ"י דיש לו זכות נטילה מ"מ החמירו עליו דאינו יכול ליטול בלא שבועה, וזהו דכתב רש"י דלא חייבו אותו לישבע בשביל הנטילה.

רש"י ד"ה ושכנגדו - ע"י הודאה במקצת. צ"ב אמאי לא נקט נמי שבועת ע"א ושבועת השומרים, והנה לענין שבועת השומרים פשיטא דהא משביעו בטענת שמא ולא שייך לחייבו ליטול בשבועה, ולענין ע"א י"ל דרש"י ס"ל דע"א משביע אף בטענת שמא.

תוס' ד"ה כל - הנהו שאין כנגדן וכו'. ע"י תוס' ב"מ ל"ד ב' דבארו דגולן וחובל יש רגל"ד וכן בחנוני אין הבעה"ב יכול לישבע, ושכיר אין הבעה"ב יכול לישבע משום דטרוד, ומוציא הוצאות על נכסי אשתו הוא בכלל שכיר, אבל במשכון יכול לישבע אלא דתקנו מחשש שיוציא הלה הפקדון, וע"י תוס' כתובות פ' א' דהביאו מר"ח דלא חשיב אלא גוונא דמכחישין זא"ז, ועוד בארו תוס' שם דלא חשיב אלא הנהו דאין נוטלין מעיקר הדין, וכ"כ הרמב"ן, [וביאר דדינא דשכנגדו קתני אליבא דר"י, וע"י בר"ן מה דתמה ע"ז], ולכאור' אי"ז תי' על קו' תוס' ממשכון דהתם מעיקר הדין אינו נוטל, [עוד צ"ב הרי עיקר כוונת התנא לחלק בין שבועה דאו' לשבועה דרבנן, וא"כ מדוע היה צריך לחלק בין הנהו דמעיקר הדין נוטלין להנהו דאין נוטלין מעיקר הדין], והרמב"ן גופי' כתב מתני' קאי גם על פוגמת, ולכאור' לתוס' מ"ה א' ד"ה וניתב דשכיר מדאו' נוטל בלא שבועה לא שייך תי' הראשונים, אולם ע"י להלן בסוגיא דשכיר דיתבאר דאף לתוס' הוא רק גדר בתקנה.

וע"י בסוגיא דשכנגדו עוד בזה.



מתני' - אם יש עדים שאמר האב וכו'. עי' ברא"ש ריש ב"מ דאי ע"א המסייע פוטר משבועה לא בעי' ב' עדים אלא סגי בע"א דהאב אמר דהשטר פרוע, ומבואר מהרא"ש דעד המסייע פוטר אף משבועת הנוטלין, וכן הוכיח הגר"א סי' פ"ז ס"ק ? , ולכאור' אם הגדר דבטלו חכמים את כח הנטילה, חשיב כע"א לממון, ואכ"מ.

גמ' - מנלן וכו' ולקח בעליו וכו'. [עי' ברש"י, וצ"ב מדוע שינה רש"י את הדרשא], עי' בר"י מגאש דאעפ"י דקרא מיירי בשומרים, מ"מ לשומרים לא איצטריך קרא דהא פשיטא דהשומר נשבע כדכתיב אם לא שלח וכו', [וצ"ע דהא מבואר ב"ק ק"ו א' דיליף רב מהאי קרא דאמר ליה מנה לי בידך והנחבע הכחיש ונשבע ובאו עדים פטור אף בפקדון כיון דקרא דולקח מיירי בפקדון, וא"כ אינו מיותר, וצ"ע], אלא ילפי' באם אינו ענין למוב"מ וע"א, אולם הרמב"ן כתב דלא בעי' קא לע"א, דאי הוי שבועת הנוטלין נמצא דהעד קם לממון, וי"ל דהרי"מ ס"ל דאילו הוי שבועת הנוטלין גדר הוא דהע"א עביד דררא לטענת התובע, והתובע מוציא את הממון ע"י שבועה, דומיא דין מתוך בשבועת ע"א, אולם הרמב"ן ס"ל דהא גופא דאין לנתבע אפשרות לישבע ולהפטר חשיב דהע"א מביא על הנתבע חיוב שאינו יכול להפטר ממנו, [משא"כ בדין מתוך דהנתבע יכול להפטר בשבועה].

ועי' ברא"ש ובר"ן דכתבו דס"ד דע"י השבועה הרי"ז כמו עד וחשיב דנוטל ממון עפ"י ב' עדים, ולכאור' לפי"ז כל מה דמצינו דאין השבועה מהני כב' עדים הוא רק באופן דהוי להוציא אבל היכא דהוי להחזיק מועיל השבועה להחשב כב' עדים, וצ"ע לס"ד דרמב"ח בכתובות פ"ז ב' דנשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, א"כ בע"א מעיד שהיא פרועה אמאי אין הבעל יכול לישבע ולהפטר מהכתובה, וצ"ע.

בכתובות פ"ז ב' ס"ד דרמב"ח דשבועה דפוגמת מדאור', ופריך הגמ' הרי מדאור' אין נשבעין ונוטלין, ועי' בר"ן [מ"ח א' מדפי הרי"ף], דביאר דרמב"ח ס"ל דקרא דולא ישלם הוא לאו דוקא אלא מי שבא להעמיד הדבר בחזקתו הראשונה אינו נשבע.

## בס"ד

### שבועת שכיר [מ"ה א' - מ"ו א']

א) גמ' - מ"ש שכיר וכו' עקרוה רבנן וכו'. הנה לרש"י במתני' ד"ה ישבע וכן להלן מ"ו א' ד"ה ולעולם כוונת הגמ' דהיה ראוי לחייבו בשבועת היסת, ותמהו בתוס' דהא לא תקנו כן בזמן המשנה, ועי' בר"ן [במשנה] דאין כוונת רש"י לשבועת היסת אלא כל שבועה דרבנן נקראת בלשון היסת שהסיתוהו חכמים לישבע.

ב) בתוס' בארו דכוונת הגמ' דעל כה"ב שייכא טפי, ועוד דאפילו במודה במקצת שדיוה אשכיר, ומבואר דעיקר כוונת הגמ' על כוה"ב, ועי' בר"ן דביאר דלא נימא דוקא בכוה"ב עקרוה כיון דלא מדייק, אבל במודה במקצת דהוא מדייק נימא דישאר השבועה על כה"ב, קמ"ל דעקרוה בכל גוונא, אולם בתוס' ב"מ קי"ב ב' ב'

ד"ה שקלוה כתבו להיפוך דעיקר כוונת הגמ' על מודה במקצת, ואף בכוה"כ היה ראוי לחייב את הבעה"ב כיון דאם היה מודה היה נשבע.

ג) עי' בר"י מגאש דהק' דהא עדיין לא תקנו שבועת היסט, וביאר דכוונת הגמ' דהיה לרבנן לתקן על הבעה"ב שבועה חמורה בנקט"ח כעין דאז' כדי שלא ילך השכיר בפח נפש, ושדויה אשכיר משום כדי חייו, [והוכיח כן מהסוגיא להלן מ"ו א', ע"ש], וכ"כ הרשב"א.

והנה בפשוטו לפי זה קו' הגמ' מ"ש שכיר היינו מ"ש שכיר מכל כוה"כ וע"ז משני דראו חכמים לתקן שבועה בשכיר, אלא דהיה ראוי להטילה על הבעה"ב ועקרוה על השכיר, אולם עי' בריטב"א דביאר דקו' הגמ' מ"ש שכיר היינו דודאי יש לתקן שבועה על הבעה"ב משום פחי נפש דהשוכר, ומדוע הפריזו ותקנו דהשכיר נשבע ונוטל, ומשני דעקרוה.

ד) עי' ברמב"ן דביאר כיון דראו חכמים לעשות תקנה לשכיר, ודאי היה להם לתקן דהבעה"ב ישבע משום דאלימא טענת השכיר, משום דעדיין הוא בתו"ז, וכן דהשכיר מדייק טפי מהבעה"ב אי משום דהבעה"ב טרוד, אי משום דנושא נפשו על שכרו, והו"ל לתקן דיבעה"ב ולא ישלם, כעין שבועה דאז', ומ"מ עקרוה לשכיר משום כדי חייו, עכתו"ד.

ולכאז' כוונתו לומר דמשום דטענת השכיר טענה מעליא, היה ראוי להטיל שבועה על הבעה"ב, אולם צ"ב א"כ למאי הויסף דהוא כעין שבועה דאז', וכן ביאר דזהו כוונת הגמ' דהוי תקנתא לתקנתא, כיון דראוי לתקן על הבעה"ב דיבעה בכוה"כ דומיא דשבועה דאז', ומבואר דזהו עיקר הטעם, ואולי יש לדחוק דכוונתו לבאר דהסיבה דראו חכמים להטיל שבועה בשכיר טפי מכל כוה"כ, כיון דהשכיר טוען טענה מעליא, [ולאו משום פחי נפש], והא דהיה ראוי להטילה על הבעה"ב הוא משום דהוי דומיא דשבועה דאז', אלא משום כדי הפכוה על השכיר.

ועי' ברא"ש סו"ס ד' לענין כוה"כ בקציעה, דביאר דהטעם דהטילו חכמים שבועה בשכיר הוא משום טירדא, והיה ראוי להטילה על הבעה"ב, והיכא דחלוקים בפרעון דהוא שוכח לגמרי הפכוה על השכיר, והיכא דחלוקים בקציעה דהוא קצת זכור הניחו השבועה במקומה, וכן מבואר להדי' בתוס' הרא"ש מ"ו א'.

ומבואר נמי דטעמא דטירדא מהני הוא סיבה דעיקר הצורך בשבועה, [ולא משום פחי נפש], והי ראוי להטילה על בעה"ב כמו דבארו הראשונים דיהא דומא דשבועה דאז', אלא כיון דהוא טרוד לגמרי הטילוה על השכיר.

א) גמ' - אלא בעה"ב טרוד בפועליו. עי' ברי"ף דכתב "עקרוה רבנן לשבועה מבעה"ב משום דבעה"ב טרוד בפועליו ושדויה אשכיר משום כדי חייו דשכיר" וביאר הרמב"ן דכוונת הרי"ף דמשום כדי חייו דשכיר תקנו שבועה על הבעה"ב, וכיון דטרוד תקנו שישבע השכיר, וכ"כ הר"ן בדעת הרי"ף, ומבואר דהגמ' הדירה בה

מהא דס"ד דכדי חייו הוא סיבה להא דהשכיר נשבע ונוטל, אלא דכדי חייו הוא רק סיבה לעיקר החיוב שבועה, והא דהשכיר נשבע ונוטל משום דהבעה"ב טרוד.

(ב) עי' ברשב"א ד"ה עקרוה דכתב בתו"ד "ושדיוה אשכיר משום כדי חייו כדאסיקנא דשמא בעה"ב מתוך שטרוד בפועליו לא יזכור וסבור שפרעו" ומבואר דאף למסקנא עיקר הטעם דהשכיר נשבע הוא משום כדי חייו, ולא הטילו על הבעה"ב כיון דהוא טרוד ויש לחוש אכתי לכדי חייו דשכיר.

(ג) עי' בריטב"א דביאר בתי' הגמ' דבעה"ב טרוד, דלא הדרנין מטעמא דכדי חייו, אלא דהדרנין לומר דלאו משום כדי חייו בלחוד הוא דהשביעו את השכיר, אלא משום דאיכא נמי לטעמא דהבעה"ב טרוד, שדיוה אשכיר, וביאר דטרוד אינו סיבה דמדינא הוא נידון כטוען שמא, אלא זה סיבה להשביע את השכיר, [וע"ע בדברי הריטב"א במשנה דביאר דשדיוה אשכיר משום דברי ידי' טפי מברי דבעה"ב, ע"ש], ומבואר דבאמת תקנו דהשכיר ישבע ויטול מחמת ב' הסיבות ביחד, גם משום כדי חייו וגם משום דבעה"ב טרוד, ועי' להלן בקו' הגמ' א"ה אפילו קצץ דאזלי הרשב"א והריטב"א לשי'.

(א) גמ' - וליתב ליה בלא שבועה. עי' ברמב"ן דביאר דודאי מעיקר הדין אפי' בשבועה אין לו כיון דבעה"ב טוען ברי דשילם, אלא כיון דאיכא כדי חייו, ובעה"ב טרוד, יתקנו דיטול השכיר בלא שבועה, ומשמע דאין התקנה להחשיבו כא"י א"פ, וכ"כ הר"ן, אולם עי' ברמב"ן במתני' דכתב להדי' דהוא משום דינא דא"י א"פ, וצ"ע.

(ב) עי' בריטב"א דביאר דהסברא דטרוד הוא סיבה דתקנו לדונו כא"י א"פ, ולכך פריך דא"כ ראוי דיגבה השכיר בלא שבועה כדי שלא יהא חוכא מהתקנה, דהא כיון דנידון כא"י א"פ הרי חייב לשלם.

(ג) עי' ברשב"א דודאי הא דטרוד זה לא סיבה דמן הדין יטול בלא שבועה, כיון דאינו ודאי דשכח אלא רק ספק שכח, ומהיכ"ת שיטול בלא שבועה, אלא כוונת הגמ' דמשום כדי חייו יתקנו דיטול בלא שבועה, כיון דחזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו, וחזקה דאין מעיז לא שייך כיון דהוא טרוד, ועוד תי' דקו' הגמ' למ"ד דברי עדיף, ועוד תי' דאף למ"ד לאו ברי עדיף מ"מ הוי כא"י אם פרעתיך, וצ"ב מאי ס"ד דתי' ב' דהוי א"י אם נתחייבתי.

(ד) ועי' בר"ן דביאר דודאי אינו נידון כא"י א"פ, דהא טוען ברי, אלא דמחמירינן וחיישי' דמחמת טרדתו שכח, אלא דקו' הגמ' דהי ראוי לתקן דיטול בלא שבועה, כיון דנושא נפשו לשכר המועט, ויש לחוש דהוא מאינשי דפרשי משבועה, ואף בקושטא לא משתבעי, ומשני כדי להפיס.

תוס' ד"ה וניתב - וא"ת לא יהא וכו'. צ"ב אמאי לא הק' על סברת הגמ' דנשבע משום דבעה"ב טרוד, דמ"מ הרי ברי ושמא לאו ברי עדיף, ואמאי חייב שבועה, וצ"ל דפשיטא להו דכיון דהוא טרוד שפיר יש לתקן דיטול בשבועה, אולם א"כ צ"ב מה הק' לק' ד"ה אפילו קצץ דאיך נשבע הא הוי א"י אם גזלתך, הרי לגבי

השבועה ליכא קו' איך נשבע ונוטל שלא כדין, וי"ל דודאי לבתר דפריך דניתב בלא שבועה, ומשני דמ"מ תקנו כדי להפיס, הרי לא מצינו דתקנו דיטול בשבועה, רק באופן דנוטל מדינא, וליכא עוד תקנה, ולכך הק' תוס' דבקצץ אינו יכול ליטול בשבועה, כיון דהוי נטילה שלא כדין.

שם - וי"ל דהוי וכו' דחייב לכו"ע. עי' תומים סי' ע"ה ס"ק כ"ב דהק' מאי היה ההו"א של תוס' הרי זה דין ברור דבא"י פרעתיך לכו"ע ברי עדיף, ותי' דס"ל לתוס' דבלא הו"ל למידע א"י א"פ פטור, [ועי' נה"מ סי' ע"ה סק"ה דהעיר מחנוני, ע"ש], וס"ל לתוס' בקו' דכיון דהוא עומד וצווח בברי דפרע אעפ"י דחיישי' דהוא טרוד, מ"מ לא גרע מלא הו"ל למידע, ותי' תוס' או דמ"מ הו"ל א"י אם פרעתיך, או דגדר התקנה דאעפ"י דצווח חשיב כאומר א"י, או דפשע במה דלא פרע בעדים, ע"ש בדבריו.

וצ"ע דהא מבואר בקו' תוס' דלמ"ד ברי עדיף ניחא להו, ואי נימא דחשיב כלא הו"ל למידע, הרי אף בכה"ג לכו"ע לאו ברי עדיף, וכמבואר בתוס' בכתובות י"ב ב', ועי' בהגהות ברוך טעם על התומים דביאר אמאי באמת אי"ז חשיב כלא הו"ל למידע, ע"ש, וע"ע באו"ש פ"ג מטו"נ ה"ו ד"ה אולם דהוכיח מתי' התוס' דא"י א"פ חייב אף בלא הו"ל למידע.

שם - וא"ת אכתי וכו' דהא ר"י וכו' וי"ל דנהי וכו'. הנה פשטות לשון התוס' משמע וביותר משמע כן מלשונם ב"מ קי"ב ב' דחשיב כא"י א"פ מעיקר הדין, וכן משמע מהא דהק' תוס' בד"ה כדי מדוע הכא תקנו טפי מכל א"י א"פ, ואי נימא דהכא מעיקר הדין הוי כאומר א"י אם נתחייבתי, הרי שאני התם דפטור מעיקר הדין, וכן פשטות לשון תוס' מ"ט א' ד"ה לכל, וכתובות פ' א'.

אולם מדברי התוס' הרא"ש מוכח דאינו כן, דבתוס' הרא"ש בע"ב הק' אמאי אמאי בעבר זמנו אינו נשבע ונוטל משום בל תלין הרי ליכא ב"ת רק ביומו, ותי' דמ"מ עובר בבל תשהה, והק' דמ"מ ליכא בל תשהה באין לו, ותי' דמ"מ לא תקנו דיטול רק ביומו, ואי נימא דטרוד הוא סיבה דחייב לשלם מעיקר הדין, מה מועיל הא דלא תקנו רק ביומו, הרי אדרבא אי לא תקנו הוא נוטל בלא שבועה, כיון דהוא טרוד, והוי א"י א"פ, וע"כ מוכח דהא דחשיב א"י א"פ הוא בכלל התקנה, דהחשיבו אותו כא"י א"פ, ולזה העירני ידידי הרב ברוך רוכלין נ"ו.

ועוד העיר ידיד הרב אליהו דוד קנינסקי נ"ו מתו' ד"ה בעל הבית דבארו דאיכא לא פלוג, ואי נימא דהוא עיקר הדין, הרי כל דהוי ברי וברי אינו נוטל כלל, ומה שייך בזה לא פלוג, וכן יש להעיר דא"כ הרי הדרינן מהא דעקרוה רבנן לשבועה דבעה"ב, כיון דליכא כלל לבעה"ב אפשרות לישבע ולהפטר, ובתוס' בע"ב ד"ה כי, ומ"ו א' ד"ה בדרבנן מבואר דאף למסקנא שייך בזה עקרוה, [ודוחק לומר דעקרוה קאי על פועל אחד], וכן מבואר בתוס' ב"מ קי"ב ב' ד"ה תקנות דקרי ליה קבועות משום דעקרו, וכן משמע בלשון תוס' ב"מ ל"ד ב' דבארו דלא נקט במתני' אלא הנהו דאין יכולים לישבע ובארו דשכיר אין הבעה"ב יכול לישבע משום דטרוד, ומשמע דכל מה דשכיר נשבע ונוטל רק משום דאין הבעה"ב יכול לישבע, וצ"ע בכ"ז.

בעיקר דברי התוס' דר"י ורבנן פליגי אי חשיב כודאי שכח או לא, עי' בתומים סי' פ"ט ס"ק י' דתמה דהא מבואר להדי' בגמ' מ"ו א' דפלוגתייהו אי עבדינן תקנתא לתקנתא או לא, ותי' התומים דכל דבריהם קיימי רק לתחילת הסוגיא, ומה"ט פרכינן דפלוגתייהו בקציצה הוו סברות הפוכות, דלענין פרעון ס"ל לר"י דלא הוי ודאי שכח, ולרבנן הוי ודאי שכח, ולענין קציצה ס"ל להיפוך דלר"י חשיב דחשיב כודאי שכח, ולרבנן לא הוי כשוכח, אבל למאי דמסיק דפליגי אי עבדינן תקנתא לתקנתא, גם רבנן מודו דלא הוי ודאי שכח, וצ"ע דלא משמע כן בתוס' דלא קיימי דבריהם למסקנא.

(א) גמ' - א"ה אפילו קצץ נמי וכו'. עי' תוס' הרא"ש דביאר דבשלמא אי טעמא משום כדי חייו ניחא הא דנאמן על ספק פרעון, כיון דהבעה"ב מודה דהיה חייב לו, וכן מילתא דשכיחא דחלוקים על הפרעון, אבל בספק על הקציצה דהבעה"ב אומר דלא נתחייב מעולם, וכן מילתא דלא שכיחא הוא, אינו נאמן, אולם אי נימא דטעמא משום דטרוד אפילו קצץ נמי הוא טרוד.

ומבואר מהתוס' הרא"ש דמעיקרא ס"ד דטעמא רק משום כדי חייו, ולמסקנא טעמא רק משום דטרוד, אבל אי נימא דגם למסקנא איתא לטעמא דכדי חייו, ומחמת ה"ט הוא דחשבינן לטעמא דטירדא כא"י א"פ, הרי כל דבקציצה ליכא כדי חייו, ליכא נמי לדינא דחשיב כא"י א"פ.

(ב) ועי' בריטב"א דביאר דבשלמא אי נימא דטעמא רק משום כדי חייו, שפיר י"ל דבקציצה דלא שכיחא לא תקנו, אבל אי נימא דטעמא גם משום דטרוד, [אזיל לשי' דלמסקנא הוצרכנו לב' הטעמים], הרי בכל גוונא יש לתקן כיון דטענותיו שמא, ומבואר דלא ביאר כתוס' הרא"ש דבקציצה ליכא טעמא דכדי חייו משום דהנידון הוא אי נתחייב לו מעולם, ואזיל לשי' דלהו"א נתנו לשכיר נאמנות משום כדי חייו אעפ"י דליכא ריעותא בטענת הבעה"ב, ולכך יש לומר דלא נתנו לו זכות ליטול בשבועה רק במילתא דשכיחא, אולם למסקנא, דצורת התקנה מחמת טרדת הבעה"ב הרי יש לתקן כן אף בקציצה.

(ג) ועי' ברשב"א דביאר דא"י כמו א"א בשלמא שבש"ס, ונראה דהרשב"א אזיל לשי' דעיקר התקנה הוא משום כדי חייו, אלא דנתחדש במסקנא דלא הטילו את השבועה על הבעה"ב כיון דהוא טרוד ולא יתקיים בזה תקנת כדי חייו, וממילא אי בקציצה לא שייך טעמא דכדי חייו הרי אין חילוק בין ההו"א למסקנא.

תוס' ד"ה אפילו קצץ - וי"ל וכו' דאמרינן התם מתוך וכו'. עי' בשו"ת רע"א תנינא סי' ק"מ דהק' שמואל לק' מ"ו א' ס"ל דבקצץ נשבע הבעה"ב משום דקציצה מידכר דכיר, אבל בלא"ה נשבע השכיר ונוטל, והא כיון דהוי א"י אם נתחייבתי הוא פטור, ולשמואל לא שייך תי' תוס', דהא שמואל ל"ל מתוך, ותי' רע"א דמ"מ רי"ש מודו דאמרי' דשכנגדו נשבע ונוטל, [ולכאור' מדברי הרשב"א מ"א א' ד"ה ואני מבואר דלרו"ש דל"ל מתוך ליכא דין

שכנגדו, וצ"ב דא"כ מדוע כתבו תוס' לתי' רק למ"ד דס"ל מתוך, הרי גם מאן דל"ל מתוך מ"מ כיון דהבעה"ב א"י שכנגדו נשבע ונוטל.

ועי' קה"י סי' ל' דיישב דשאני הכא דהוא חשוד לשקר, ובהא ודאי דשכנגדו נשבע ונוטל, וצ"ב כיון דבכל נ' ידענא ונ' לא ידענא ליכא דין שכנגדו, א"כ מה מוסיף הא דהוא חשוד, הרי אף לולי הא דהיה חשוד, לא היה נוטל כיון דאינו יודע, וכי משום דהוא גם חשוד גרע, וצ"ע.

גמ' - א"ה עבר זמנו נמי. עי' תוס' דא"יז כמו אא"ב, ועי' מהרש"א דבקו' קמא על קצץ יש ליישב דלטעמא דכדי חייו, יש לומר דשאני קציצה דאינו אלא דבר מועט, וכדיאר הר"ן, אבל לגבי עבר זמנו ס"ל דאין חילוק בזה.

אולם עי' בריטב"א דביאר לקו' הגמ' דלטעמא דכדי חייו י"ל דבעבר זמנו לא תיקון רבנן, ולכאו' כוונתו כמו דביאר בתוס' הרא"ש דבעבר זמנו י"ל דזה שלא תבעו בזמנו ע"כ דאין בו כדי חייו.

ובר"ן כתב דאי אמרת משום כדי חייו י"ל משו"ה בעבר זמנו אינו נשבע כיון דאין בו כדי חייו, אלא אי אמרת דטעמא משום טרדא אף בעבר זמנו ישבע כדי שלא ילך השכיר בפחי נפש, ע"ש, וצ"ב הרי הרי"ף ביאר דלמסקנא דטעמא משום כדי חייו, ולא משום פחי נפש, וצ"ב.

## מ"א

א) גמ' - איני והא תני וכו' אמאי ישבע וכו'. עי' בר"י מגאש דבקציצה דמידכר דכיר היינו דלא נתנו שבועה על השכיר, אולם הבעה"ב צריך לישבע, ואף באופן דכזה"כ, ועי' לעיל מ"ה א' דביאר הרי"מ דכוונת הגמ' דעקרוה לשבועה מבעה"ב, היינו דהיה ראוי לתקן דהבעה"ב ישבע כדי שלא ילך השכיר בפחי נפש.

ועי' בעה"מ דהביא בסו"ד לדברי הרי"מ דסוגיין מיירי בא"ל הילך, וכתב דאין דבריו נכונים, ועי' במלחמות דהוכיח מהרי"ף כבעה"מ, דהרי"ף פסק הכא דישבע בעה"ב ויפסיד אומן, ובב"מ כתב בסתמא לענין קציצה דהמע"ה, ומאה דלא כתב דחייב שבועה חמורה, משמע דהוא כמו בעלמא, דמודה במקצת חייב שבועה דאו', וכוה"כ חייב רק שבועת היסת ולא שבועה חמורה.

ב) ולכאו' יסוד המחלוקת הוא, דהנה הרי"מ ביאר בתחילת הסוגיא דטעמא דמעיקרא היה ראוי דהבעה"ב ישבע משום פחי נפש של השוכר, וממילא גם בקציצה יש לחייב את הבעה"ב מחמת האי טעמא, וכן מבואר להדי' בלשון הרמב"ם פ"א משכירות ה"ז, אולם הרי"ף כתב לעיל דעקרוה לשבועה דבעה"ב משום דטרוד ושידיוה אשכיר משום כדי חייו, ובארו הרמב"ן והר"ן דכוונתו דמשום כדי חייו דשכיר תקנו על בעה"ב, ומשום טרדה דבעה"ב שדיוה אשוכר, ולענין קציצה הרי מבואר בר"ן דלא שייך כדי חייו, ולכך ס"ל לרי"ף דאינו חייב רק שבועת היסת.

ג) עי' ברמב"ן מ"ה א' דכתב בתו"ד דלפי הרי"ף תקנו על הבעה"ב משום כדי חייו, ועקרוה על השכיר משום דהבעה"ב טרוד, וסיים דמה"ט נשבע הבעה"ב בקציעה אף באופן דכוה"כ, כדמוכח מסוגיין, ולכאור' כוונתו דאי נימא דעיקר הטעם דתקנו שבועה על הבעה"ב הוא רק משום טרדא, הרי בקציעה דליכא טרדא לא יהא שבועה כלל, אולם למאי דביאר דאף להרי"ף כוונת הגמ' דתקנו על הבעה"ב שבועה משום כדי חייו, שפיר שייך כן אף בקציעה, ולפי"ז נמצא דגם בקציעה איכא חשש דכדי חייו, נוכח העיר בהגהות הגרא"ז דזה סותר לדברי הרמב"ן במלחמות].

ולמאי דביאר הרמב"ן בתחילת הסוגיא דתקנו חיוב שבועה משום דאלימא טענת השכיר, כיון דהוא מדייק טפי מהבעה"ב מחמת דהוא טרוד, הרי בקציעה דאינו טרוד הרי שפיר מדייק, ואין סיבה לתקן שבועה על הבעה"ב, ועי' להלן בדעת הרא"ש, וצ"ע.

ד) עי' ברא"ש סי' ד' דפסק לגבי קציעה בכוה"כ דישבע בעה"ב, דכיון דמחמת טרדא דבעה"ב ראו חכמים לתקן שבועה על הבעה"ב, ממילא בספק פרעון דהבעה"ב שוכח שדיוה על השכיר, אבל בספק קציעה דהבעה"ב זכור הניחו שבועה במקומה, ומבואר לכאור' דאף דנקט כהרמב"ן דסיבת התקנה לחייב את הבעה"ב בשבועה הוא משום טרדא, מ"מ יש סיבה לתקן גם בקציעה, ועי' תוס' הרא"ש דביאר היטב דגם בקציעה חיישי' לשכחה, אלא דבספק פרעון הוא שוכח טפי, ע"ש.

ה) עי' ברי"מ דהביא ראיה לדבריו מהא דפריך בסוגיין אמאי אי לא מיייתי ראיה פקע, ישבע בעה"ב ויפסיד אומן, והרי ע"כ מיירי באופן דליכא חיוב שבועה מודה במקצת, דאל"כ איך ס"ד דיפטר בלא שבועה, ומ"מ מבואר בגמ' דאיכא חיוב שבועה על הבעה"ב, מחמת תקנת המשנה, ומשני דבאמת לצדדין קתני וחייב שבועה, ועי' בבעה"מ דס"ד דבשכירות ליכא דין מודה במקצת, ומשני דגם בשכירות איכא דין מודה במקצת, ולצדדין קתני.

ובמלחמות הק' על הבעה"מ דהא אחר השלמת הפעולה הוי כהלואה, ועי' בר"ן דיישב דדמי לדמי קרקע, ע"ש.

ועוד הק' הרמב"ן דהא ר"י סובר דליכא חיוב שבועה שכיר עד שיהא מוב"מ, ואי נימא כבעה"מ הרי הוי ככופר הכל, ועי' בר"ן דתי' דמ"מ דמי למודה במקצת וכלישנא דר"י נוטה השבועה אליו, ועי' קצוה"ח סי' צ"ה סק"ח דלפי הר"ן כמו דבהילך איכא שבועה לר"י, ה"ה דאף בקרקעות יהא שבועה לר"י, ויישב בזה קו' הראב"ד אמאי ר"י מחייב בנחבל במודה במקצת הרי הוי דמי קרקע, וע"כ מוכח דקרקע בכלל נוטה.

ויל"ע דהרמב"ן בהמשך דבריו כתב להדי' דמלישנא דר"י נוטה מבואר דאף בהילך יהא חייב הבעה"ב שבועה, וא"כ מה הק' על הבעה"מ, וצ"ל דשאני שכירות דאינו בפרשת שבועה מודה במקצת, ולפי"ז מוכח מהרמב"ן דקרקע גרע מהילך, וצ"ע בכ"ז.

אולם שוב העירני ידידי הרב אלי' דוד קנינסקי נ"ו דלק"מ, דהא לבעה"מ הרי ע"כ דבאמת תקנו דיהא הבעה"ב חייב משום א"י א"פ, אלא דתקנו שבועה כדי להפיס, וליכא כלל תקנה לחייב את הבעה"ב בשבועה, ולדבריו בודאי דאין לחייב את הבעה"ב בשבועה מדרבנן, דהא לא תקנו כלל שבועה על הבעה"ב,

ורק היכא דחייב שבועת מוב"מ מדאו' תקנו שבועה על השכיר, אבל הרמב"ן לשי' דס"ל דאף למסקנא איכא חיוב שבועה על הבעה"ב, שפיר כתב דאף בהילך חייב לר"י משום נוטה, ופשוט.

ו) עי' תוס' דכיון דמוקמינן לה כר"י, ע"כ מיירי במודה במקצת, דהא בטוען שפרע הוי כוה"כ ופטור לר"י, ולכאו' לפי"ז ה"ה דבהילך לא יהא חיוב שבועה לר"י, אולם עי' נתה"מ סי' צ' סק"א דכתב לדעת הר"ן דפרעתי גרע מהילך, וליכא שבועה בפרעתי להר"ן, וי"ל כן אף בדעת תוס', וצ"ע.

ז) ובמלחמות ביאר דמעיכרא ס"ד דכשם דתקנו לשכיר לישבע וליטול ה"ה תקנו דבקציצה יהא נאמן הבעה"ב, ע"ש, ועוד כתב לבאר דס"ד דאף בקציצה אין הבעה"ב יכול לישבע כיון דגם בזה שייך הסברא דטרוד, ושכיר נמי אינו נשבע כיון דלא שייך בזה כדי חייו, ולמסקנא לצדדין קתני או יביא ראייה ויטול או ישבע הבעה"ב, ואם הוא כוה"כ או הילך, ליכא שבועה כלל, עכתו"ד, ומבואר מהרמב"ן דטעמא דבעה"ב טרוד הוא טעם בפנ"ע דאף שבועה דאו' לא מצי לישבע, ולא משום כדי חייו דשכיר, ודלא כהרשב"א והריטב"א בתחילת הסוגיא דטעמא דטרוד הוא רק בצירוף הא דכדי חייו.

וצ"ב אמאי זה סיבה למנוע ממנו שבועה דאו' הא טוען ברי, וביותר דהרמב"ן כתב בסוף המסכת לגבי שכיר חשוד דאעפ"י דחיישי' בטרדא לחשוד, מ"מ פרשי אינשי מספק שבועה, וצ"ל דדבריו הם רק למסקנא דלצדדין קתני, וצ"ע.

ז) ובר"ן הק' על הרמב"ן אמאי לא אמרי' דין מתוך, ולכאו' י"ל עפ"י תי' ב' בתוס' ב"מ ה' א' דליכא דין מתוך בחשוד כיון דהוא רוצה לישבע אלא דאנו אין מניחין אותו לישבע, וה"ה י"ל הכא דהוא רוצה לישבע, אלא דאנו חיישי' לטרוד, אולם צ"ע דהרמב"ן כתב בתחילת הפרק להק' אמאי תני שכנגדו הרי מעיקר הדין היה צריך לשלם מדין מתוך, וצ"ע.

תוס' ד"ה לא קצצתי - ע"כ איירי וכו'. עי' מהרש"א דלעיל בדברי רבה ושמואל ע"כ מיירי בכוה"כ, וכדהוכיחו הראשונים, וצ"ע דהא בתוס' מ"ה א' ד"ה קציצה כתבו דבקציצה ליכא מיגו כיון דהוי מיגו דהעזה, והא כיון דמיירי בכוה"כ הרי שפיר מעיז, ועמד בזה במהרש"א שם, ועוד צ"ע דבתוס' ד"ה אפילו כתבו דהוי מתוך מדין נ' ידענא ונ' לא ידענא, ואי נימא דמיירי בכוה"כ, הרי הוי כנ' ודאי אין לך ונ' לא ידענא, וכן צ"ע מעקר קו' דהא הוי א"י אם נתחייבתי, וצ"ע אטו גרע מכוה"כ, וצ"ע בכ"ז.

## בס"ד

### שכרו שלא בעדים

## מ"ה ב'

תוס' ד"ה קציצה - וי"ל דשאני הכא וכו' לא היה יכול להעיז וכו'. [עי' מהרש"א דהעיר להשי' דמיירי בכוה"כ, וצ"ל דמ"מ הוי טפי העזה מלומר לא שכרתיך], וכן הביא בטור סי' פ"ט ס"ג בשם ר"י דבמודה במקצת ליכא מיגו דאי בעי'



אמר לא שכרתיך, וממילא אעפ"י דליכא עדים נשבע השכיר ונוטל, אולם הביא הטור דברמב"ם פ"א משכירות ה"ו מבואר דאף במודה במקצת וליכא עדים נשבע הבעה"ב שבועה דאו' ונפטר, וכן מתבאר לתי' ב' דתוס', וכן פסק בשו"ע סי' פ"ט ס"ג.

ועי' בנתה"מ סק"ז דהק' האחרונים על תוס' דהא מיגו דהעזה מהני לפטור מממון, ורק לאפטורי משבועה לא מהני, ויישב הנתה"מ עפ"י מה דיסד דהמיגו מהני רק כדי שלא יחול התקנה להשביע את הבעה"ב משום כדי חייו דשוכר, אולם לא מהני לבטל את השבועה מהשוכר מחמת דהבעה"ב טרוד, כיון דאיכא חשש טעות, וכקו' תוס' בע"ב, וממילא אף דמיגו דהעזה דמהני לממון שייך נגד התקנה הב', מ"מ אינו מועיל כיון דהוי בדדמי, ורק מיגו לפטור מתקנה קמא מהני, וכיון דהוי לאפטורי משבועה לא מהני בזה מיגו דהעזה, עכתו"ד, אולם צ"ע דהא כל דבריו בנויים על ישוב קו' תוס' בע"ב, וכיון דתוס' גופייהו לא סברי הכי, הדק"ל על תוס' דידן, ועוד קשה דהא תוס' בע"ב בארו דשמואל ס"ל דאעפ"י דמיגו דלא שכרתיך הוי מיגו דהעזה מהני.

ולכאו' מוכרח לומר דתוס' הכא ס"ל דמיגו דהעזה לא מהני לאפטורי מממון, ועי' להלן תוס' ד"ה מתוך הב' דלכאו' מוכח כן מדבריהם שם, וע"ש מה דהובא מתוס' ב"ק.

תוס' ד"ה מתוך - עי' בנתה"מ סי' פ"ט סק"ז דיישב לקו' תוס' עפ"י דברי הר"ן דמעיקרא תקנו משום כדי חייו שבועה על הבעה"ב, ואח"כ תקנו שבועה על השכיר כיון דהבעה"ב טרוד, וכיון דאית לי' מיגו הרי אין סיבה להטיל מעיקרא שבועה על הבעה"ב, וממילא לא שייך לדון דיהא התקנה הב' דטרוד ונהפוך את השבועה על השכיר, דהרי ליכא כלל חיוב שבועה על הבעה"ב, עכתו"ד, אולם לתוס' לשי' א"ש דהא דטרוד הוא סיבת התקנה, ולכך הק' דאף דאם היה טוען לא שכרתיך היה נאמן, מ"מ בטענת איני יודע יש סיבה להשביע את השכיר, אולם כל הראשונים דהק' כן, אעפ"י דס"ל דתחילת התקנה הוא משום כדי חייו, צ"ע כטענת הנתה"מ.

א) שם - וי"ל דהכא כיון וכו'. וכע"ז כתבו ביבמות קט"ו א', ועי' מהרש"א דהוסיף דשאני התם דתלינן דודאי טועה, ובעיקר דבריהם עי' בקה"י סי' ל' דביאר דבריהם דהטרדא גורם דהוא מסופק, ומחמת הספק חיישי' דמשקר בודאי דפרע, ושפיר מהני מיגו דאינו משקר, וע"ש דהק' דא"כ אמאי אין הבעה"ב נשבע הרי חשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא.

ועי' ברמב"ן רשב"א [בתי' קמא] ריטב"א ור"ן דתי' דאי ס"ד דבעה"ב אינו זוכר ומספק"ל, למאי הוצרך לטעון טענה דאינו נאמן בה, ע"כ מוכח דברי לו שפרע, והוא טענת אמת, ומשמע דאין חושדין אותו דהוא שקרן, אלא דדמיונו מטעה אותו, ומהני מיגו דאם הוא מסופק לא היה צריך לסמוך על דמיונו, אלא היה טוען לא שכרתיך, וע"כ דהוא טענת אמת, וברשב"א בתי' בתרא תי' דכיון דמעיקר הדין ליכא חיוב על הבעה"ב, מהני אף מיגו כי הא.

(ב) עי' חת"ס דהק' דתוס' סתרי דבריהם למה דכתבו בע"א דנקטינן דהוא בודאי שכת, וא"כ אינו יכול לטעון ברי מחמת דהוא מסופק, ומיגו נמי לא יועיל כיון דודאי שכת וטעין בדדמי, וי"ל דודאי הוא עצמו אינו טוען כן, אלא דרבנן תקנו לדונו כשוכח בודאי, אולם כל דאיכא מיגו ליכא סיבה לתקנה, וע"ע אבן האזל פ"ג מטו"נ ה"ז [ד"ה אלא], עד"ז.

(א) תוס' ד"ה מתוך - מ"מ פריך שפיר לשמואל וכו' דנוח לו וכו' לפי שהוא טרוד. ומבואר דהנידון בסוגיין הוא משום דהוי העזה, וכן ביאר הרא"ש סי' א', וביאר דלמסקנא אעפ"י דבשומרים לא מהני מיגו כיון דהוי מיגו דהעזה, מ"מ בשכיר מהני מיגו דהעזה כיון דשבועת שכיר דהוי תקנה דרבנן סגי במיגו כל דהו.

וי"ל ע' בשי' תוס', דהא לדבריהם כל התקנה היא דיש שבועה לשכיר, אבל היכא דליכא שבועה לשכיר ליכא שבועה על הבעה"ב, וא"כ ע"כ דכל המיגו הוא לאפטורי מממון, ולא משבועה, וא"כ קשה מאי פריך הגמ' משומרים, הא שאני שומרים דהוי מיגו דהעזה לפטור משבועה, משא"כ הכא דהוי מיגו דהעזה לפטור מממון, ולכא' ע"כ מוכח דשי' תוס' הכא דמיגו דהעזה לא מהני לאפטורי מממון.

(ב) עוד יל"ע על תוס' מ"ש מודה במקצת דלכו"ע לא מהני מיגו דהעזה, וכמו דהק' להדי' מקודם על ר"ת דע"כ ליכא מיגו על הפרה שהודה, כיון דהוי העזה כמו בכל מודה במקצת, וי"ל דס"ל לתוס' דשאני היכא דצריך להוסיף בממון דהוי טפי העזה, [ועי' להלן סק"ג מהקצוה"ח בשם אחיו כסברא זו], ועוד י"ל דמודה במקצת אינו מעיז כלל, אבל בנאנסו עי' בתוס' הרא"ש דאית ביה קצת העזה, ולכך בהא אמרי' מיגו דהיה מעיז טפי, [ויש להוכיח כן, דהנה יל"ע מדוע הגמ' לא פריך משבועה דשו"ח דיהא נאמן בנגנבה אטו כפירה, וע"כ דנגנבה אינו העזה כלל, ובהא ידע דיש לדחות דמיגו דהעזה לא אמרי', אבל נאנסו דהוי קצת העזה [כיון דהוי טענה דלא שכיחא], פריך דיהא נאמן במיגו, ודו"ק].

ובאמת דברמב"ן ובר"ן הק' לרמב"ח מ"ט לא מהני מיגו במודה במקצת, ותי' דס"ל לרמב"ח דטעמא לאו משום מיגו דהעזה, אלא דבמקום דררא ורגל"ד לא מהני מיגו, אולם תוס' כתבו להדי' דטעמא דלרמב"ח נמי טעמא כרבה משום העזה, וע"כ צ"ל כנ"ל, אלא דבאמת גם לדרך הרמב"ן יש להק' לר"ת דגם בנאנסו והודאה ליכא מיגו משום דאיכא דררא, וכדחזי' במודה במקצת דלא מהני מיגו משום דררא, אלא די"ל דבאנאנסו לא שייך דררא כיון דטוען שמא, [אולם אי נימא דכל החסרון בשמא רק משום משיב אבידה הרי ע"כ מוכח דשמא נמי עביר דררא, ומוכח מהרמב"ן כאן דיש דין טענה בפנ"ע, ובשמא ליכא דררא].

(ג) עי' תוס' ב"ק ק"ז א' ד"ה עירוב דהוסיפו על דבריהם הכא, דאעפ"י דמבואר בהנהו עיזי דאכלי חושלי דמהני מיגו דהעזה, "לא דמי למידי דכפירה דלכפור ודאי אינו מעיז במידי דידע ביה חבריה והנהו דהתם לאו מידי דכפירה ניהו" וצ"ע כוונתם, ועי' בש"ך סי' צ"ג סק"ד דביאר דבאופן דהפקיד אצלו והאמינו, אינו מעיז להכחיש הא דהאמינו, אבל היכא דלא הפקיד אצלו וכדו' אי"ז העזה לומר לקחת, וכבר תמה בתומים כללי מיגו ס"ק ע"ג ע"ד דלא משמע כן בלשון תוס', [ולדברי הש"ך ודאי דאין לחלק בדין מיגו בדדמי בין ממון לשבועה, עי' להלן בדברי הר"ן], ובקצוה"ח סי' פ"ב ס"ק י"ד ביאר בשם אחיו דיש חילוק דהיכא דיצטרך לכפור ביותר ממון, וגם יצטרך להעזי, כמו במודה במקצת מיגו דכוה"כ, לא מהני מיגו, אבל היכא דיצטרך לכפור יותר אולם אינו העזה, או יצטרך להעזי אבל לא יצטרך לכפור ביותר ממון, שפיר מהני מיגו, והביא לזה ראייה

מדברי הרשב"א בסוגיין, ע"ש, אולם דבריו תמוהים דהא בארו בסוגיין דמיגו דלא שכרתיך הוי מיגו דהעזה, והא אינו כופר יותר, וע"ע חזו"א חו"מ סי' ה' ס"ק ט"ו בכ"ז.

ולפי"ז יש ליישב קו' הנתה"מ על תוס' ד"ה קציצה, דהא מיגו דהעזה מהני בממון, ולדבריו אחיו של הקצוה"ח י"ל דבאומר פרעתיך במיגו דלא שכרתיך ס"ל לשמואל דאמרי' מיגו, דאינו כפירה ביותר ממון אבל בקצתי א' מיגו דלא שכרתיך דצריך לכפור יותר ממון לא מהני.

(א) עי' בר"י מגאש דביאר נידון הגמ'

דהא דבשכיר מהני מיגו משום דאי"ז לאפטורי משבועה אלא לאפטורי מממון, ורבא דפריך משומרים משום דס"ל דכי היכי דאמרי' מיגו לפטור מממון ה"נ אמרי' מיגו לאפטורי משבועה, וקיי"ל דלא כרבא ולא אמרי' מיגו לאפטורי משבועה,

ולכא' ביאור הרי"מ הוא דעיקר התקנה הוא על השכיר דישבע ויטול, וכל דנפטר הבעה"ב במיגו אין עליו חיוב שבועה, אולם א"א לומר כן דהא דעת הרי"מ מגאש להלן ? דגם בדו"ד על הקציצה דדינא דנשבע הבעה"ב ונפטר, מהני מיגו, וצ"ע.

(ב) הראשונים הביאו מהרי"מ מגאש דביאר דלולי הא דשמואל ליכא קו' כיון דלא אמרי' מיגו רק לפטור ממון ולא לפטור משבועה, ורק לשמואל פריך דמאי מעליותא בהא דאית לי' מיגו, הרי הבעה"ב יצטרך לישבע, ואין לומר דהמיגו פוטרו אף מהשבועה, דא"כ לא משכח"ל שבועת השומרים, ולמסקנא כתב הרי"מ דאעפ"י דמוקי לה במפקיד בשטר, מ"מ הוא רק דחיה בעלמא, ולא מהני מיגו לאפטורי משבועה.

ועי' ברמב"ן דהק' דא"כ ע"כ קיי"ל דלא כרו"ש, דהא לדידהו לא משכח"ל שבועת השומרים רק בשטר, ולכא' יש ליישב דשאני שבועת שכיר דרבנן דמהני מיגו לפוטרו, אולם עי' בר"י מגאש דכתב לגבי שבועת השותפין דלא מהני מיגו לפוטרו, אולם עי' היטב בר"ן דחילק [לפי שיטתו] דשאני שבועת השותפין דכעין דא' הוא, וי"ל כן אף בדעת הרי"מ, וכן מבואר בקצוה"ח סי' צ"ג סק"א, ? אולם ברשב"א מבואר דאי מיגו לאפטורי משבועה לא אמרי' היה בדין דגם בשכיר לא נקיל ולא יועיל מיגו ?.

(ג) עי' ברמב"ן דביאר דנידון דסוגיין הוא דמהא דס"ל לרו"ש דמהני מיגו במקום טירדא, ולא חיישי' בדדמי, קשה דאף בשומרים יש להאמין לשומר במיגו, אעפ"י דהוא טרוד וסבור דשמר כראוי, ולמסקנא אמרי' מיגו, ובשומרים אינו נאמן במיגו, כיון דהוי העזה טפי מנאנסו, ולפי"ז נמצא דלמסקנא מהני המיגו בליכא עדים, ולא חיישי' בדדמי, כמו דביאר הרמב"ן בתחילת הסוגיא דאינו ודאי שוכח.

(ד) ועי' ברשב"א דביאר ג"כ כדברי הרמב"ן, וביאר דקיי"ל כרו"ש ואיכא נמי לשבועת השומרים אף בלא שטר, דמשום קושיא לא דחי' למילתא דרו"ש, ועוד כתב דיש לחלק דשאני שכיר דהוא רק שבועה דרבנן מחמת כדי חייו לשבועת השומרים דהוא שבועה דא', וטעמא משום דבשומרים לא מהני מיגו לאפטורי משבועה כיון דאיכא למיחש לבדדמי, משא"כ היכא דליכא למיחש לבדדמי מהני מיגו לאפטורי אף

משבועה, עכתו"ד, ומבואר דהרשב"א לא ס"ל דהחסרון במיגו בשומרים משום דהוי מיגו דהעזה, אלא דשאני שכיר דמהני מיגו בדדמי, והוא כתי' ב' דהרשב"א בתחילת הסוגיא על קו' תוס'.

ה) עי' בר"ן דהביא מרב שרירא גאון דבמיגו דשכיר אינו מיגו גמור מחמת ב' טעמים, חדא משום דהוי מיגו דהעזה, ותו דחיישי' לבדדמי, ולכך פריך על ר"ש משבועת השומרים דהוי העזה וחיישי' לבדדמי ולא מהני מיגו, ולר"ש גופי' ליכא קו' דשאני שבועת שכיר דהוא מדרבנן מהני מיגו דלאו מעליא, וקו' הגמ' על רמב"ח דקילסה לדרו"ש דמשמע דס"ל דהוא מעיקר הדין, וכתב הר"ן דמ"מ בשבועת השותפין אעפ"י דהוא שבועה דרבנן לא מהני מיגו כה"ג, דתקנוה כעין דאו', והק' הר"ן על קו' רבא דהרי חזי' דמיגו דהעזה מהני לפוטרו מממון ולא מהני לפוטרו משבועה, ולכך אעפ"י דמהני המיגו דלא יטול השכיר בשבועה, אלא מוקמינן לממונא אצל בעה"ב, אינו מועיל לפטור משבועת השומרים, ותי' דלישנא דרו"ש משמע דהבעה"ב נמי נפטר משבועה, וכיון דמשמע מלישנא דרמב"ח דהוא מיגו מעיקר הדין, שפיר פריך משומרים, עכתו"ד.

ויל"ע על קו' הר"ן על קו' רבא דהא חזי' ממיגו דהעזה דשבועה גרע מממון, דהרי הר"ן ביאר דיש עוד חסרון מחמת דחיישי' לבדדמי, ובהא אין לחלק בין ממון לשבועה, ולכא' מוכח דגם לגבי הך מילתא יש לחלק דשבועה גרע, וצ"ב.

### מיגו לאפטורי משבועה

א) הראשונים הביאו מהר"י מגאש דהוכיח דלא מהני מיגו לאפטורי משבועה מהא דלא אמרי' בשבועת השומרים וע"א ומודה במקצת מיגו, והק' הרא"ש סי' ג' כיון דמיגו דאו' מ"ש ממון משבועה, אטו שבועה לאו ממון, הרי באינו נשבע חייב לשלם.

ועי' סמ"ע סי' רצ"ו סק"א דביאר דטעמא דהרי"מ משום דלהוציא ממון הקלו לסמוך על המיגו להעמיד הממון ביד בעליו, אבל לפוטרו משבועה לא הקילו, אולם הש"ך חלק עליו, ונקט כביאור הלבוש דהאדם מקבל על עצמו במחשבתו כל מה דיוכל להפטר מלשלם, ואף מוכן להשבע כדי שנאמינו, ואיך נבא לפוטרו מהשבועה מחמת המיגו, הרי הוא לא חשב להפטר מהשבועה, אלא אדרבא הוא רוצה להשבע, אבל להחזיק הממון כיון דמדקדק בכל טענה שיוכל מהני מיגו.

ועי' אבי עזרי פ"ד מטו"נ ה"ח דביאר דבכל חיוב ממון דין התורה דיביא הוכחה לטענותיו, ומיגו נמי הוי הוכחה, אבל היכא דהתורה חייבתו בשבועה, הרי ע"כ דנתחדש דלא סגי בטענותיו, אלא בעי' בירור בשבועה ומהיכ"ת דמיגו חשיב בירור כשבועה, ע"ש.

ועי' בגידולי תרומה שער י"ד ח"א דין ו' [עמ' שכ"ט] דיסד דהא דל"א מיגו ל"מ היינו דוקא באופן דלולי המיגו לא היו מוציאים או מחזיקין את הממון, אלא דלולי המיגו היה צריך לישבע וע"י המיגו אתה פוטרו, אבל היכא דלולי המיגו לא היה נאמן על עיקר הממון הרי"ז נאמן ע"י המיגו בעיקר הממון, וממילא הוא נאמן בלא שבועה, והובא בקצוה"ח סי' ע"ב ס"ק כ"א, ועי' בנחל יצחק כללי מיגו סי' ב' ענף ה' דכתב

דלטעמא דהש"ך א"ש דברי הגדו"ת דכיון דהמיגו מהני אף לפוטרו מהממון, כיון דמדקדק בטענותיו כדי להפטר מהממון ממילא הוא נפטר אף מהשבועה, אבל לפי הסמ"ע הרי כל דבא להפטר משבועה לא הקילו חז"ל לסמוך על המיגו

(ב) בהא דהביא הרי"מ ראייה ממודה במקצת, תמה הרמב"ן דהא זהו מה דפריך רבה מפני מה אמרה תורה וכו', ותי' דהוי מיגו דהעזה, אבל בלא"ה הוא נאמן, אולם עי' ברא"ש דהק' על ראיית הרי"מ דליכא ראייה כיון דהוי מיגו דהעזה משום חזקה דא"א מעיז בפני בע"ח, ותמוה אמאי לא הק' כהרמב"ן דמוכח מדרכה דמיגו לאפטורי משבועה אמרי'.

ועי' נתה"מ כללי מיגו ס"ק כ"ח דיישב דכל דברי הרי"מ באופן דליכא חיוב ממון אם הוא לא ישבע, אלא דיש עליו חיוב שבועה מדרבנן כמו בשותפין, בהא לא מהני מיגו, אבל היכא דאם הוא לא ישבע הוא חייב בתשלומין כמו במודה במקצת והוא חשוד, דכ"ז דאינו נשבע הרי התורה מאמינה לתובע, הרי עיקר החיוב הוא ממון והוי מיגו לאפטורי מממון, וכיון דנפטר מהממון ממילא נפטר מהשבועה, והא דבשומרים מבואר ברי"מ דלא מהני מיגו, היינו משום דס"ל כהרמב"ם דהא דבשומר חשוד חייב אינו מדין מתוך אלא מדין א"י א"פ, ע"ש בכל דבריו, וצ"ע דהרי הרי"מ מגאש הביא ראייה ממודה במקצת, וצ"ע.

ועי' ברמב"ן גיטין נ"א ב' דס"ל להרי"מ דקו' רבה אינו מ"ט מודה במקצת חייב, אלא מדוע כוה"כ פטור, וע"ז משני דבכוה"כ איכא חזקה ולכך הוא פטור משבועה, ובעוד דרך ידוע לבאר בשם הגר"ד דקו' רבה על מודה במקצת משום דהודאה של משיב אבידה אינו עושה דררא, וכיון דליכא דררא חסר בכל המחייב של השבועה, ולא משום מיגו הוא דהק' רבה.

וא"ש הא דלא הק' הרא"ש מקו' רבה, כיון דיש לדחות כנ"ל דרבה לא דן משום מיגו, ורק הק' דלבתר תי' רבה הרי הוי מיגו דהעזה, וליכא ראייה דאינו נאמן במיגו לאפטורי משבועה, אולם ע"ז י"ל דס"ל להרי"מ דמיגו דהעזה מהני כדמוכח מהנהו עיזי דאכלי חשלי, וס"ל דאין חילוק בין ממון לשבועה, ולכך הוכיח דלא אמרי' מיגו לאפטורי משבועה, וכ"כ בקה"י ב"ב סי' ? .

ובאמת דבר"י מגאש מ' ב' דמבאר לדברי רבה דעיקר חיוב שבועת מודה במקצת הוא משום דהודה במקצת כדי להעיז על השאר, ולפי"ז מיושב קו' הראשונים.

ועי' ברבינו יונה ב"ב קכ"ח ב' דטעמא דרבה הוא סיבה להא דאינו פטור משבועה מפני תיקון העולם, דע"ז אמרי' דאינו מעיז כדי שיוכל להפטר משבועה באמת, אולם אכתי יש לו מיגו דאם הוא משקר ודאי דניח"ל לכפור בכל ולא לישבע בשקר, וע"כ מוכח דלא אמרי' מיגו לאפטורי משבועה, אולם עי' ברבינו יונה ב"ב מ"ה ב' דטעמא דרבה מהני אף להא דליכא מיגו, וצ"ע.

(ג) בהא דהביא הרי"מ ראייה מע"א, עי' ברא"ש דלא ידענא מאי מיגו איכא, ועי' בר"ן דכוונתו באופן דע"א מעיד שלוחה הוא מכחיש, דיהא נאמן במיגו דפרעתי, ודחה הר"ן דע"א לשבועה כב' לממון, וכמו דלא מהני מיגו נגד עדים ה"ה מיגו נגד ע"א הוי כמיגו נגד עדים.

ועי' קוב"ש ח"ב סי' ו' דהק' דממנ"פ אם כח מיגו שוה לשבועה, הרי כמו דאפשר להכחיש את העד בשבועה, ה"ה יש להכחישו במיגו, ואי נימא דכח מיגו הוא פחות משבועה, הרי תקשי איך מיגו מועיל לפטור משבועה, ותי' דהיכא דיש לו נאמנות דמיגו על עיקר הממון אינו מתחייב בשבועה, דכל החיוב שבועה הוא רק עד כמה דאינו נאמן בטענה לחוד, אבל היכא דאיכא ע"א הוי מיגו נגד עדים, וכיון דנאמן בטענתו על הממון ממילא הוא חייב שבועה, אבל היכא דנאמן במיגו, הרי כיון דנאמן על הממון ממילא מעיקרא ליכא חיוב שבועה.

ובדעת הרי"מ י"ל דאזיל לשי' דע"א בעי טענת ברי, והיינו דהטענה היא המחייבת בשבועה, וא"כ ע"כ דהכלל דע"א כב' אינו אלא לסימנא בעלמא, אולם אינו דומה כלל, דבע"א הטענה היא המחייבת, ולכך לא שייך בזה דין מיגו במקום עדים.

ועי' בריטב"א דביאר דכוונת הרי"מ להביא המא דלא מהני מיגו נסכא דר"א, אולם לכאו' בדעת שאר הראשונים צ"ל דס"ל דאי"ז מיגו לאפטורי משבועה,

ד) עי' ש"ך סי' ע"ה ס"ק ל"ד דהביא מהמבי"ט ח"ג סי' קנ"א דהיכא דאיכא ע"א מעיד על הלואה והלה טוען איני יודע, דנאמן במיגו דאי בעי אמר פרעתי, והש"ך חולק דכיון דטוען איני יודע חייב מדין מתוך, ועי' קצוה"ח סק"ט דמדוייק בש"ך דאילו היה טוען להד"מ היה נאמן במיגו דפרעתי נגד העד, ותמה מדברי הר"ן הנ"ל דע"א לשבועה הוא כב' עדים לממון, ועי' אמרי בינה טו"נ סי' י"א דהש"ך נקט כהרא"ש דנאמן בכה"ג במיגו, ולכך תמה על הרי"מ דלא ידענא מאי מיגו איכא בע"א.

ועי' קוב"ש ח"ב סי' ג' עוד בדיני מיגו סק"ג דביאר דהמבי"ט ס"ל דבמקום מיגו אינו מחויב שבועה, כיון דיש לו נאמנות של הטענה האחרת להפטר מהשבועה, וממילא לא שייך מתוך, אבל הש"ך ס"ל דהמיגו הוא בירור, ואינו פוטרו מהשבועה, אלא מברר כמו השבועה, ולכך לא שייך לומר כן באיני יודע, ולדבריו א"ש הא דס"ל להש"ך דנאמן במיגו נגד ע"א, דהרי המיגו הוא בירור כמו השבועה, ומשו"ה באומר איני יודע אמרי' מתוך, אולם יעויין בחי' הגרש"ר ב"ב סי' ז' ס"ק ג' דקשה בסברא לומר דמיגו הוי כנשבע, אלא גדר הדברים הוא דבמקום מיגו לא חייל חיוב שבועה.

## מ"ו א'

גמ'

עי' רש"ש דהק' דמהא דקתני' דבזמנו נשבע ונוטל, ע"כ דמיירי דאיכא עדים, דאל"כ לרו"ש הרי נאמן הבעה"ב במיגו, וא"כ תקשי דהא קתני סיפא, דנאמן לומר דלאש כרתיך, והא איכא עדים על השכירות, וע"ש מה דיישב לפי תוס' ב"מ, ולא נתבאר כוונתו.

ועי' תומים סי' פ"ט סק"ט

## תקנת נגזל

מ"ו א'

(א) רש"י ד"ה בטוענו - בעה"ב טוען וכו' ולא הכירו בהם עדים. וצ"ב דאי מיירי דלא הכירו העדים מחמת קטנותם של הכלים הרי תקשי ואימא לא משכנו, ועי' ביאור הגר"א סי' צ' סק"ב דביאר דכוונת רש"י כמבואר ברא"ש סי' ד' בפ"י קמא דכוונת הגמ' דמיירי דאיכא עדים דהטמין כלים דאין יכול לכפור דלא הטמין כלום, אולם אינם יודעים איזה כלים הם, וכן הוא משמעות לשון הרמב"ם פ"ד מגזילה ה"ב, ועי' ש"ך סי' צ' סק"ב דכתב דגם להרמב"ם בעי' דיודעים העדים בבירור דהם כלים, אלא דאין יודעים מה הם אותם כלים, דאל"כ ניחוש לצרורות ועפר.

(ב) ובתוס' ד"ה בטוענו בארו דמיירי דהכירו העדים במקצתם והנגזל טוען דהטמין יותר ממה דראו העדים, וכ"כ הרא"ש בפ"י ב', ועי' ש"ך סי' צ' סק"ב דמבואר בסו"ד דרש"י אזיל בשי' תוס' ותי' בתרא דהרא"ש. (ג) עי' בחי' הר"י מגאש דביאר דמיירי דלא ראו העדים את הכלים עצמם, אלא ראו דיצא עם כלים תחת כנפיו, דכיון דמעידים דראו כך ודאי דמשכנו, וכתב דגרסי' וכדאמר ר"י, [ולא כרש"י ד"ה אמר, וכוונת רש"י דהכא מיירי לענין שבועת הנגזל, והתם מיירי לענין חיוב ממון], והק' דמאי מדמי לה לדר"י, הרי במתני' מיירי דאיכא עדים דנכנס לביתו שלא ברשות, ואי מכירין העדים הרי חייב להחזיר, ורק משום דאין מכירין הכלים, הוצרכנו להשביע את הנגזל, אבל בדינא דר"י הטמנת הכלים הוא הגורם לשבועת הנגזל, ותי' דכוונת הגמ' דאם נפשך לומר דכיון דהעדים לא ראו כלים תחת כנפיו הרי יתכן דהיו צרורות תחת כנפיו, ע"ז מוכיח ומדר"י דאינו כן, אולם לא נתבאר בדברי הר"מ אמאי באמת לא חיישי' דהיה עפר, וצ"ל דמ"מ לגבי תקנת הנגזל לחייבו בשבועה סגי בהכי, וכמו"כ בדינא דר"י מהני דלא יהא לו מיגו דלא נטלתי כלום, ועדיין צ"ע.

(א) תוס' ד"ה בטוענו - והיה נראה מתוך פי' זה וכו'. ומשמע דאי נימא כתי' קמא דהרא"ש דמיירי דהטמין כלי תחת כנפיו, אולם לא ראו איזה כלי, ליכא ראייה לדינא דהעדאת עדים, וכן מבואר להדי' בלשון התוס' הרא"ש, אולם לכאור' אף להרא"ש איכא ראייה דסו"ס הרי לדברי העדים הוא חייב כלים מחמת עדותן אלא דהנגזל טוען דגנב כלי מסויים, [ולכאור' אי"ז דבר שבמידה, אולם בגוונא דהשו"ע סי' צ' ס"י מוכח דהוא דבר שבמידה, ועי' להלן מדברי הגר"א].

ובאמת דבר"י מגאש תי' על קו' תוס' דכיון דאין מעידים העדים בבירור דהוציא ממון, שהרי יתכן דהוציא עפר או סובין או דבר דאינו שו"פ, משו"ה הוצרך ר"י דתהא שם מקצת הודאה, וא"ש דהק' תוס' לשי' דמיירי דראו דהוציא ממש כלים, ולכך הוצרכו לת' דמיירי בהחזיר לו הכלים.

(ב) הנה למאי דנקטו תוס' בקו' דחייב שבועה מדר"ח, יש להק' עוד אמאי בעי' לתקנת נגזל, הרי מעיקר הדין חייב הנגזל לישבע מחמת דינא דבחשוד שכנגדו נשבע ונוטל, ובתי' מתו' אף האי קו' כיון דאינו מחוייב שבועה, אולם למה דמשמע מלשון הרי"ף והרמב"ם דמיירי באומר לא נטלתי הרי עדיין קשה למאי בעי' לתקנת נגזל, ואף אי נימא כמו דיתבאר [להלן אות ד'] בדעת הרי"ף דהכא לא הוי דבר שבמידה, הרי עכ"פ קשה לר"י דמיירי במודה במקצת, למאי בעי' לתקנת נגזל, תיפול"ל מדינא דשכנגדו.

ג) ובלח"מ פ"ד מגזילה ה"א הק' על הרמב"ם למאי בעי' לקנס על הגזלן, תיפו"ל מדינא דשכנגדו, דהא איכא שבועה דר"ח, ותי' דהכא מיירי אף באופן דמודה ואומר לו הילך על הכלי, והבעה"ב תובע עוד כלי, והובא בש"ך סי' צ' סק"א, [עי' רע"א סי' פ"ז ס"א מה דהוכיח מהכא לדיני הילך], וצ"ב דאכתי תקשי על אופן דטוען לא נטלתי ועדים מעידים דנטל, דאינו הילך, אמאי בעי' לתקנת נגזל, ועי' נתה"מ סי' צ' סק"א דבעי' גם לתי' תוס' וגם לתי' הלח"מ, דלרבנן צ"ל דמיירי בהחזיר, ולר"י מיירי בהילך, אולם לכאו' אכתי קשה לדעת הרי"מ דלר"י בעי' מודה ממש, הרי הדק"ל למאי בעי' לקנת נגזל תיפו"ל מדינא דשכנגדו, ואף דלרבנן ליכא קו' כיון דלא ראו הכלים, ויתכן דהוא עפר, אבל לר"י קשה, אולם זה תלוי אם נעשה חשוד עפ"י עצמו, אולם הר"י מגאש כתב בסוף הסוגיא דנעשה חשוד עפ"י עצמו, וצע"ג.

ד) ועי' רע"א דביאר בדברי התוס' עפ"י"מ מה דיש לדון אם שייך דין הילך היכא דהוי שלו ואינו ברשותו, ונפק"מ באופן דהגזלן מכחיש, ועדים מעידים על מחצה, דאעפ"י דהוי של הנגזל מ"מ אינו ברשותו של הנגזל ואינו יכול להקדישו, ולכך לרבנן לא קשיא דתיפו"ל מדין שכנגדו, כיון דחשיב הילך, ובעי' תקנה להשביע את הנגזל, אבל לר"י קשה תיפו"ל משום העדאת עדים, דהא ס"ל דאף בהילך חשיב מודה במקצת כמבואר בר"ן, וע"ש דפלפל דיתכן דבתי' חזרו מהא גופא.

א) עי' ברי"ף שער הראשון דמבואר מתו"ד דמיירי דהוא מכחיש העדים וטוען דלא נטלתי כלום, והא דאינו נשבע דלא נטל, משום דהוא גזלן ומשום דהוי שבועה להכחיש העד, ולכאו' לפי"ז א"א לומר כתי' תוס' דמיירי בהחזיר, דהא עומד וצווח דלא נטלתי, וכמו"כ אין לומר דמיירי כהרי"מ דלפי עדותן יתכן דנטל עפר, דהא כתב דהוא גזלן, וע"כ משום דאיכא עדים על הגזילה, וכן הרי כתב דהוי שבועה להכחיש העדים, ולהרי"מ אינו מכחישם, וא"כ הדק"ל אמאי אינו חייב מדין העדאת עדים.

ב) עי' ברמב"ם פ"ד מגזילה ה"ב דכתב ג' אופנים או דהגזלן אומר מעולם לא נכנסתי, או דאומר נכנסתי ולא נטלתי אלא כלי הם, או דמודה במקצת, והנה אופן ג' הוא דינא דר"י, ועי' ביאור הגר"א סי' צ' סק"ג דבאופן הראשון חייב מדינא דר"ח קמייא ואינו מדין תקנת נגזל, אלא כיון דהוא חייב שבועה מעיקר הדין, ואינו יכול לישבע כיון דהוא חשוד, נשבע הבעה"ב מדין שכנגדו, וכמבואר בההוא רעיא, וביאר דס"ל דהוי דבר שבמידה כהשי' בס"י ע"ה סי"ט], ועל אופן ב' דאומר כלי הם ביאר הגר"א דחייב מדין נסכא דר"א דמבואר בגמ' דאילו היו ב' עדים על הגזילה הו"ל גזלן וצריך להחזיר הגזילה, ואינו נאמן לומר ידי חטפי, עכתו"ד, וצ"ב אמאי באופן הב' אין לחייבו מדינא דר"ח, הרי כיון דאינו נאמן לומר ידי הם, והבעה"ב טוען דגזל טפי, יש לחייבו בשבועת ר"ח, וצ"ב.

ג) עי' בשו"ע ס"ב דנחלקו השו"ע והרמ"א בפלוגתת הרמב"ם והטור אם באומר לא נכנסתי ולא ראו העדים דיצא עם כלים, אם נאמן או לא, ועי' ביאור הגר"א סק"י דהרמב"ם לשי' דמיירי מתני' בב' אופנים או דאמר לא נכנסתי או דאמר נכנסתי ונטלתי את שלי, וגם על אופן הראשון פריך ואימא לא משכנו, ומבואר דאף בכה"ג אין הבעה"ב נשבע ונוטל, והרמ"א ס"ל כהרי"ף דמתני' מיירי רק באופן דאומר נכנסתי ולא נטלתי, והרמב"ם הוכיח ע"כ דלא כהרי"ף משום דקשיא ל' דבאופן דאומר לא נטלתי, הרי יש לחייבו מדינא דר"ח ובמאי פליג ר"י על רבנן, ולכך פירש הרמב"ם דמתני' מיירי בב' האופנים ור"י פליג על חדא, עכתו"ד, וצ"ע כיון דבס"ק ג' נקט בפשיטות דבאופן דאומר לא נכנסתי יש לחייבו מדינא דר"ח, הרי ע"כ הנידון הכא על



אופן ב', [וכמו דמוכח מתו"ד בסק"ג דבאופן ב' אין לחייבו מדינא דר"ח, וכנ"ל סק"א], וא"כ הרי ליכא ראייה דמתני' מיירי באומר לא נכנסתי, וממילא ליכא ראייה דגם עלה פרכינן ואימא לא משכנו, ואף דמוכח דמתני' מיירי בב' גוונא, הרי משכח"ל דאומר נכנסתי ולא נטלתי, או נכנסתי ושלי נטלתי, וצ"ע.

(ד) ועכ"פ נתבאר דהגר"א כבר עמד על הרי"ף אמאי אינו חייב שבועה מדינא דר"ח. ולכאור' מוכח דהרי"ף ס"ל דכה"ג אי"ז דבר שבמידה, וכדעת הראב"ד פ"ה משו"פ דבאומר איני יודע אינו דבר שבמידה.

(א) עי' ברמב"ם פ"ד מגזילה ה"ד כתב דאף היכא דטוען לא נכנסתי, ועדים מעידים שנכנס, הרי"ז פטור כיון דהיה יכול לטעון נכנסתי ולא נטלתי והיה נאמן בהיסת, ועי' בטור סי' צ' ס"ב דאינו נאמן כנגד העדים, ועי' בב"י דביאר דכוונת הרמב"ם דנאמן מדין מיגו, ודעת הטור דהוי מיגו במקום עדים, ודעת הרמב"ם דכיון דקיי"ל דכל מילתא דלא רמיא עלי' דאיניש לאו אדעת', אי"ז מיגו במקום עדים, וכ"כ הש"ך ס"ק י"א, ועי' בכנה"ג בהגהות ב"י אות ד' דהטור לשי' סי' ע"ט ס"י דשאני התם דאינו עומד על דבריו הראשונים אלא חוזר ומתקנם, אבל הכא דעדיין עומד בדבריו הראשונים הרי"ז נגד עדים.

(ב) ועי' בהגהות רע"א סי' צ' ס"ב דתמה דא"כ למאי בעי' למיגו, הא כיון דכל מילתא דלא רמיא וכו' הרי נמצא דבמה דאומר לא נכנסתי נכלל בזה נמי דאמר לא נטלתי, ובזה הרי הוא נאמן, ולא בעי' למיגו.

(ג) וע"ע באבן האזל פ"ד מגזילה דביאר דברי הרמב"ם דהנה יש לדייק מלשוננו דבאומר לא נכנסתי אינו נשבע היסת, ורק באומר נכנסתי ולא נטלתי נשבע היסת, והסברא בזה דכיון דאם אמר נכנסתי ולא נטלתי היה נאמן, נמצא דאין לבעה"ב ראייה דנטל מנו ממון, ואיך נוכל לחייבו ממון, [וע"ש דביאר דבסוגיא בדף ל"ד ב' הוצרכו לומר דלא הוחזק כפרן, היינו דאינו נאמן לומר פרעתי אח"כ, אבל א"א לחייבו ממון], והוא ע"ד רע"א דאין כוונת הרמב"ם לדין מיגו, אלא דלביאור זה כוונת הרמב"ם דאעפ"י דהוחזק כפרן אין לחייבו ממון.

(א) עי' בר"י מגאש דכתב דאם הגזלן כופר הכל נשבע היסת, מודה דגזל מקצת, כיון דמודה דהוא גזלן אינו כיוול לישבע, וכיון דליכא עדים א"א להפוך את השבועה על הנגזל, אלא נותן אותו מקצת והולך בלא שבועה, עכתו"ד, ויל"ע אמאי באמת ליכא תקנת נגזל בכה"ג, ותו קשה אמאי לא שייך בו הדין דבחשוד שכנגדו נשבע ונטל, וכן קשה אמאי בכופר הכל האו נשבע, הרי התובע מודה דהוא גזלן, ואיך יכול התובע להשביעו, ועוד קשה אמאי במודה במקצת ליכא שבועת היסת, ועוד קשה אמאי לא אמרי' מתוך, ועי' או"ש פ"ד מגזילה הי"א.

### שבועות מ"ו ב'

גמ' - אפילו שומר נשבע. יל"ע להשי' דברי ע"י אחר לא מהני, אם דינא דשומר הוא רק לרבנן דגם בכוה"כ איכא חיוב שבועה, אבל לר"י דבעי' מודה במקצת אינו יכול לחייבו, ואי הוי נוגע אינו יכול לחייבו אף מדין ע"א, או דהוי בכלל נוטה, ודמי להילך דמבואר בר"ן דחייב לר"י, ואם הוא אינו נוגע לכאור' חייב מדין ע"א, ועי' רע"א צ' סעיף ד'.

(א) גמ' - בעי ר"פ שכירו ולקיטו מאי תיקו. עי' רמב"ם פ"ד מגזילה ה"ז דאינו נשבע ונוטל כיון דהוא ספק, ולא כתב דמהני תפיסה, ועי' מ"מ משום דהוא ספק בתקנת חכמים, ועי' לח"מ דהק' מ"ש מספק הגמ' לגבי מסור דמבואר ברמב"ם דמהני תפיסה, ועי' רע"א סי' צ' סמ"ע ס"ק י"ד דבמוסר הספק אם הוא נאמן, וכיון דטוען ברי מהני תפיסה, אבל היכא דכל ידיעתו מכח השכירו ולקיטו לא מהני תפיסה.

(ב) עי' ברמב"ם שם בהל' ח' דהוסיף דאין משביעין את הגזול מפני שהוא חשוד על השבועה וכו', ואפי' הודה הגזול שגזל מקצת מחזיר המקצת שהודה בה בלבד שהרי אין בעל הבית טוענו טענת ודאי, ומבואר דמעיקר הדין יש לחייב את הגזול בשבועה אף באינו מודה דגזל קצת, אלא דהוא חשוד, ועי' תומים סי' צ' סק"ה דמיירי דהיה שכירו ולקיטו והוא טוענו ברי ע"פ העד, ואף אם אין ע"א מחייב שבועה בטענת שמא, מ"מ מחייבו בהיסת, ועי' ברע"א סימן צ' ס"ו כע"ז, אולם תמה התומים דהרי השו"ע סי' צ' ס"ה הביא לדין זה בפנ"ע, ומשמע דלא קאי על גוונא דשכירו ולקיטו, וכן יל"ע דהרי דעת הרמב"ם פ"א מטונ"ט ה"ז דברי ע"פ אחר לא חשיב כטענת ברי לחייב שבועת היסת, וכדביאר במ"מ שם, וצ"ע.

בס"ד

#### דברים העשויין להשאל

גמ' - לא אמרן אלא דברים שאין דרכן להטמין וכו'. עי' ברי"ף דגרס להיפוך, ולכא' כוונתו דגם באיניש דצניע בעי' מידי דאניש דצניע מטמין, וכ"כ הר"ן, אולם עי' בריטב"א דהביא לגרסא זו ברה"ג ולמד מזה דבאיניש דצניע תלוי אם דרך העולם להטמין, וע"ש דתמה דאינו מחזור.

(א) גמ' - ולא אמרן אלא בדברים העשויין להשאל ולהשכיר וכו'. שיטת רש"י דבאיניש עשויין להשאל לא מהני הנך ריעותא ולעולם הוא ביד המוחזק, ובעשויין להשאל לא מפקינן מהמוחזק אלא בצירוף הנך ריעותא, וכ"כ הר"י מגאש, והביא דכ"כ רבינו חננאל בשם רה"ג, ובר"ח לפנינו כתב דבלא הנך ריעותא אמרי' המע"ה.

(ב) וצ"ב אמאי באין עשויין הוא נאמן לומר לקחתי, הא כיון דיש את כל הריעותות, הרי מסתברא דלא לקחן, ולכא' הביאור בזה דהיכא דאין עשויין להשאל דהוא מוחזק גמור א"א להוציא בלא ראייה ברורה כעדים, אבל בעשויין להשאל דאינו מוחזק גמור היכא דאיכא לג' ריעותא יכול להוציא ממנו.

(ג) ויל"ע לרש"י דבעשויין להשאל בעי' נמי לג' ריעותא, אבל בלא"ה אעפ"י דעשויין להשאל נאמן לומר לקוח, מ"ש מגודרות דאין להם חזקה כיון דאין תפיסתו מוכחת, ואי"צ לג' ריעותא, וי"ל דגודרות גרע דכיון דנכנסים מאליהם לא שייך בהם תפיסה אלא לעולם הוא בחזקת המרא קמא, משא"כ בדברים העשויין להשאל דיצא מהבעלים בהיתר, אלא דטוען דהשאלים לו, שפיר נאמן לומר לקוח הוא ביד.

(ד) עי' בתוס' דהק' על רש"י מהא דהגמ' מייתי ראייה מהא דרבא מפיק כלים העשויין מיתמי, ולא טענינן להו לקוח, דע"כ דאף האב לא היה נאמן בטענת לקוח, ואי נימא כרש"י הרי התם ליכא להנך ריעותא, והיה האב נאמן בטענת לקוח, ועי' בר"י מגאש דכתב דביתומים נמי מיירי דיש עדים דראו את אביהם דהטמין תחת כנפיו ויצא, ע"ש.

ועי' בתומים סי' צ' סק"ז דיישב באופ"א דלגבי טענת לקוח, אעפ"י דהאב היה נאמן, מ"מ לא טענינן ליתומים טענת לקוח, ומשום דלא שכיח דימכור דבר העשוי להשאל, אלא דאם הוא טוען א"א להוציא ממנו, אבל ליתומים לא טענינן מילתא דלא שכיחא, ע"ש, [ומה דכתב דהוי נמי טענינן להוציא אינו מובן], וע"ע בחי' חת"ס בזה.

(ה) עי' ברא"ש ובתוס' ב"מ קט"ז א' דהק' עוד על רש"י דמבואר בסוגיא ב"מ קט"ז א' דדינא דעיזי דאכלי חושלי דמהני תפיסה הוא רק באין עשויין להשאל אבל בעשויין להשאל אינו נאמן על המשכון במיגו דלקוח, ואי נימא כרש"י הרי גם בעשויין הוא נאמן בטענת לקוח, עד שיהא גם הנך ריעותא.

(א) תוס' ד"ה בקונטרס - ואפילו אומר בעה"ב גנובין הן דהא גודרות וכו'. עי' מהרש"א דכוונתם דנאמן לומר גנובים מיגו דבאו אליך מעצמם, וה"ה בכלים העשויין להשאל נאמן במיגו דשואלים, ועי' ברמב"ן ובריטב"א דתמהו דהוי מיגו להוציא, והריטב"א הוכיח כן מהא דבאינן עשויין להשאל אינו נאמן בגנובים אטו שאולים באופן דאינו עשוי למכור וכו'.

(ב) ועי' בסמ"ע סי' צ' סק"ל דתי' דכיון דראוהו דנכנס ריק ויצא עם כלים אי"ז נחשב מיגו להוציא, וכן מתבאר מתו"ד הש"ך סק"כ"ב, ועי' בתומים סק"ז ונתה"מ סק"ח דתמהו עליו דהא תוס' מיייתי ראיה מגודרות, והתם לא שייך האי טעמא.

ועי' בתומים ובנתה"מ שם דבארו דעשויין להשאל איתרע חזקתו ואי"ז מיגו להוציא, אבל בגמ' דמיירי באינן עשויין להשאל הוי מיגו להוציא, ולכך אינו נאמן בגניבה במיגו דשאולה.

(ג) וי"ל עוד בזה עפ"י מה דיסד בבית הלוי ח"ג סי' ל"ג דהיכא דע"י הנאמנות של המיגו לא יהא נחשב מוציא, אי"ז מיגו להוציא, וה"נ הרי אילו היה טוען שאולים הרי בטלה חזקתו כדין כלים העשויין להשאל.

(ד) והנה לולי דברי המהרש"א י"ל דאין כוונת תוס' לדין מיגו, אלא כיון דבארו דבשאולין לא בעי' להנך ריעותא, ולעולם הוא בחזקת המ"ק, משו"ה חידשו דאין נפק"מ אם טוען שאול או גנוב, דדוקא באין עשויין להשאל, דאף דאיכא להנך ריעותא, מ"מ אינו אלא דלא יוכל התפוס לטעון לקוח, אבל היכא דטוען דגנובה כיון דאין מחזיקין איניש בגניבה, ממילא עדיין קיימת טענתו של המוחזק, אבל בעשויין להשאל דאינו מוחזק יכול לטעון אף טענת גנובה, וע"ע להלן דלפי"ז מיושב קו' המהרש"א.

תוס' ד"ה וספרא - וליכא למימר וכו'. עי' מהרש"א דהעיר דדבריהם סתרי לדבריהם לעיל דמהני מיגו על טענת גנובים, אולם אי נימא דלא כמהרש"א ואין כוונת תוס' לעיל לדין מיגו, יש מקום ליישב עפ"י מה דהובא לעיל מהסמ"ע סק"ל דכל דראוהו נכנס ריק ויצא מלא דאינו נחשב למוחזק, ומה"ט הוא דנאמן לומר גנובים, אבל במכיר כליו הרי לא ראינו את הוצאת כלים, אלא דהוא מכיר כליו ביד אחר, ובהא לא מתבטל דין מוחזק שלו, ולכך אינו נאמן לומר גנובין, אולם בראשונים והפוסקים מבואר כמהרש"א דהנידון משום מיגו.

שם - אלא אומר שהגנבים גנבום. צ"ב מה מועיל דאינו טוען דהתפוס גנבה, סו"ס הרי האו טוען דהמוכרו גנבו ממנו, ואינו יכול לטעון כן על המוכר כיון דאחזוקי אישני בגנב לא מחזקינן, וא"כ הרי שפיר איכא למיעבד טענינן ללוקח, וצ"ע.

(א) שם - ומורי ה"ר דודי תי' דהתם הוי מיגו להוציא. עי' ש"ך סי' קל"ג ס"ק י"ג דהא דר"ת מיאן בתי' זה, משום דס"ל דכל דנותן דמים לא חשיב מיגו להוציא, וכיון דצריך להחזיר הדמים משום תקנת השוק אי"ז נחשב למיגו להוציא, ודייק כן מלשון תוס' ב"ב נ"ב ב', ובקצוה"ח סי' פ"ב ס"ק י"ב ביאר דס"ל לר"ת דמיגו להוציא בברי ושמא אמרי', [אולם בתו' הקודם מיירי בברי וברי, ומ"מ ס"ל דאי"ז מיגו להוציא, וצ"ב].

והנה בעיקר הדין דל"א מיגו להוציא, עי' בקצוה"ח סי' פ"ב ס"ק ט' דהוא משום דהוי נגד חזקת ממון, אולם לפי"ז ודאי לא יתכן לומר דיש חילוק בין נותן דמים או לא, דודאי בדין המע"ה לא שייך לחלק כן, וע"כ צ"ל דהוא חומרא בהוצאת ממון, דא"א ע"י מיגו רק להחזיק ממון ולא להוציא ממון, ולכך היכא דנותן דמים אי"ז נחשב להוצאת ממון, ואכמ"ל.

(ב) עי' בנתה"מ סי' צ' סק"ח דהעיר לפי תוס' דידן דאינו נאמן בטענת גנבים במיגו משום דהוי מיגו להוציא, דתקשי מראיית התוס' מדין גודרות, [ובאמת דצ"ע מנין היה פשיטא לתוס' לעיל דבגודרות לא מהני טענת גניבה, ובספר הישר לר"ת חלק החידושים סי' תרפ"ב מבואר להיפוך דמסוגיין למדנו לגודרות, וצ"ע בכ"ז], וע"ש דיישב דדוקא היכא דבאיסורא אתא לידי', דטוען דגנבו, בעי' לדין מיגו, אבל בגודרות דבהתירא אתא לידי' לא בעי' למיגו, דלא חשיב אחזוקי אינשי בגניבה.

(ג) הנה לדברי המהרש"א נמצא דאיכא עוד סתירה בדברי התוס', דמדבריהם לעיל מבואר דבעשויין להשאל נאמן במיגו, ואילו למורי ה"ר דודי מבואר דאינו נאמן במיגו דשאלים כיון דהוי מיגו להוציא, אולם עי' בתומים סי' צ' סק"ז דיישב דשאני היכא דבא בתורת מקח דכיון דצריך לשלם לו חשיב למוחזק, משא"כ היכא דטוען דגזלם ממנו.

(א) עי' ברא"ש בתו"ד דחולק דאינו נאמן לומר גנבים כיון דאתרע חזקתו של הכלי כיון דטוען דיצא מידו בגניבה, ולא בשאלה, ומה דאינו נאמן במיגו משום דינא דאחזוקי אינשי וכו'. וכוונתו דטענת גנבים הוא נגד חזקת התופס, כיון דהודה דלא השאילם, אולם אכתי תקשי דיהא נאמן במיגו, וע"ז תי' דהוי מיגו נגד חזקת כשרות דאינו גנב, אולם אינו סיבה בפנ"ע דאינו נאמן בטענת גנבים, משום דס"ל לחרא"ש דהוא רק צירוף לחזקת ממון, ועי' בריטב"א דכתב דהוי כמיגו נגד עדים, ועי' בשיעורי ר"ח הלוי ב"ב ל"ב ב' דדייק כן מלשון הרמב"ם פ"י מטו"נ ה"א דדוקא בגודרות אינה ראיא אבל בעלמא הוא ראיא דהחפץ שתח"י הוא שלו, ע"ש.

(ב) והנה בעיקר סברת הרא"ש דכל דמודה דלא השאילם הדר חזקת ממון לתפוס, הנה בתוס' ב"מ ק' א' הק' בדינא דמחליף פרה בחמור דפריך וליחזי ברשות דמאן קיימא והק' תוס' הרי גודרות אין להם חזקה, ותמהו האחרונים הרי דינא דגודרות הוא היכא דאתינן לדון דאיכא ראיא והוכחה דהוא שלו, אבל במחליף פרה בחמור דאיכא דרורא דממונא הנידון הוא מדין מוחזק והמע"ה, ואינו ענין לגודרות, והוכיח מזה בשער"י ש"ה פט"ו דבדינא דגודרות נתחדש דליכא נמי דינא דמוחזק, דלא שייך דינא דמוחזק אלא היכא דשייך נמי

דינא דחזקה דכל מה שתח"י אדם שלו הוא, ע"ש, וא"כ קשה מה אכפ"ל דמודה דהם גנובים, הרי כיון דלא שייך חזקה דכל מה שתח"י בעשויין להשאל, הרי אף אי טוען דנגנבה, נמי אין לו חזקה ממון, וי"ל דשאני גודרות דאף דין תפוס אין לו, אבל בעשויין להשאל תפוס מיהא הוי, [כל הנ"ל מבני החבורה שיח'].

(ג) עי' ברמב"ן דהק' על שיטת התוס' דודאי כיון דאמר גנובים איתרע חזקתן שהם עשויין להשאל ולהשכיר, ואע"ג דאיכא מיגו דשאולין, מ"מ כיון דמעיקר הדין הוא מוחזק אלא דטענתו נראית כשקר, או משום דהטמין או משום דעשוי להשאל, לא מהני בזה מיגו, ע"ש, וצ"ב כוונתו.

(א) עי' ברי"ף שער העשירי דאין חזקת מטלטלין בנכנס לבית חבירו שלא ברשות ונטל ממנו כלים, והביא לזה ראיה מגודרות, ועוד ראיה הביא מהא דאיצטריך לטעמא דלא חציף בההוא דגזר לדיקלא דחברי', ותיפו"ל דהוא מוחזק, וע"כ דשלא ברשות הבעה"ב גרע, והביא מהגאון דס"ל דנאמן וחלק עליו, והביא לזה עוד ראיה מנסכא דר"א, ועי' בספר התרומות שער מ"ט חלק י"א דין ב' דהביא מרבינו אפרים דתמה על הרי"ף דאין להוכיח מחטיפה ללקיחה שלא בפני הבעלים ומרחקן אהדדי כרחוק מזרח ממערב, דשאני התם דראינו את מעשה החטיפה, אבל הכא הוא רק לקח מבית חבירו שלא בפניו, ויתכן דלקח ברשות. אולם לכאור' נראה דאין כוונת הרי"ף להוכיח מנסכא, אלא לבתר דחידש דנכנס שלא ברשות אין לו דין חזקת מטלטלין, ממילא היכא דאיכא ע"א דמי לנסכא.

(ב) עי' ב"ב ל"ג ב' דמבואר בגמ' דמהני טעמא דלא חציף למיכל פירי דלאו דילי', ובתוס' ד"ה ואי הק' למאי בעי' לטעמא דלא חציף תיפו"ל משום דתפוס במטלטלין דאין עשויין להשאל, ותי' דאיצטריך לאופן דהניחם ברשות שאינו שלו, ומבואר מקו' דחזקת מטלטלין שייך גם באופן דנכנס לחצר חבירו שלא בפניו ונטל ממנה פירות, ועי' בהגהות מיימוניות פ"ט מטו"נ ה"ה בשם ריצב"א דיישב כן לקו' תוס', והוסיף דהא דמצינו בסוגיין דבעשוי למכור כליו נאמן לומר לקוח, משום דלא ראינו הכניסה לביתו ויתכן דהוא עצמו נתנה לו, והוסיף הגה"מ דיש לזה ראיה מדינא דנסכא דר"א, ועי' קצוה"ח סי' קל"ז סק"א דהביא לכל זה, ועי' בנתה"מ קל"ז סק"א דדחה את הראיה מתוס' דדוקא בפירות ס"ל לתוס' דאית ליה חזקת מטלטלין כיון דכה"ג אינו נראה כגנב, אבל בעלמא אה"נ לית ליה חזקה.

(ג) ובמה דהביא הרי"ף ראיה מגודרות, עי' בהשגות הראב"ד דתמה עליו דדהתם טעמא משום דנכנסו מאליהם, אולם באמת דברשב"ם ב"ב ל"ו א' מבואר דיש בגודרות ב' טעמים, חדא משום דמעצמו נכנס, ותו משום דאתה הכנסתו לביתך, ויתכן דלטעם דלקחם והכניסם, הרי ע"כ דעלה לא שייך טעמא דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, אלא חיישי' לגניבה, וא"כ מצינו למילף מינה לנכנס לבית חבירו ונטל שלא בפניו, אולם הגאון סבר כהראב"ד דטעמא משום דנכנס מעצמו, ואי"ז שייך לאחזוקי אינשי בגניבה וכו', אולם ברמב"ם פ"י מטו"נ ה"א מבואר דטעמא דגודרות משום דנכנסו מעצמם, ומ"מ ס"ל פ"ד מגזילה הי"ב כהרי"ף, ועוד צ"ב דבלשונות הראשונים מבואר דהנידון בזה הוא משום דלקיחה שלא בפני הבעלים מתפרש כגזלנות, וכן הוא בלשון הרמב"ם שם, וא"כ צ"ע דודאי לא דמי לגודרות דהתם אינו ראיה על גזלנות, אלא דליכא ראיה מתפיסתו דקנה מהמרא קמא, ואילו הכא הנידון הוא דמתפרש כגזלנות.

(ד) בעיקר תי' תוס' ב"ב, עי' רעק"א דתמה מה הסברא בזה, ועי' ח"י הגרנ"ט ב"ב מה דביאר בזה, וי"ל עוד דאף שהתוס' חולקים על הריצב"א וס"ל דגם בראינו הלקיחה יש כאן חזקה, מ"מ אי"ז ככל חזקת מטלטלין

כשלא ראינו הלקיחה דאז אמרי' חזקה שהבעלים מסרו לו (וכמש"כ הריצב"א), משא"כ כשראינו הלקיחה, יש כאן ספק לפנינו, אם זו לקיחת בעלים או לקיחת גזילה, ולכן רק מצד שהוא תפוס ג"כ בחפץ מוקמינן לי' בידו, משא"כ אם הניחן ברשות שאינה שלו, דבשעת לידת הספק, והוא כשבאו לבי"ד, אין החפץ ברשותו ואין לו בו תפיסה, ל"מ ספק חזקת מטלטלין שיש לו בחפץ להוציא ממר"ק, דכשאין מוחזק מעמידים גם מטלטלין בחזקת מר"ק, וכמדו' דכן ביאר הגר"ח שמואלביץ זצ"ל.

א] עי' ברבינו יונה ב"ב ד' א' כ"ח ב' מ"ה ב' מ"ו א' דדינא דחזקת מטלטלין יסודו מדין אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, ויסוד דבריו דחזקת מטלטלין מהני מדין ראיה.

ב] אולם יש מסוגיין כמה ראיות דאינו כן - א) הנה מבואר בתוס' דבאינו אומר על פלוני דהוא הגנב, אלא טוען דגנב ממנו, לא שייך בזה דינא דאחזוקי בגנבי וכו', וא"כ תקשי בכל חזקת מטלטלין דילמא אחר גנב ומכר לזה, וע"כ דחזקת מטלטלין אינו מיוסד על הא דאין מחזקינן אותו לגנב. ב) הרי"ף כתב דבהחזק לגנב לא אמרי' אחזוקי בגנבי לא מחזקינן, ומ"מ מבואר בדבריו להדי' דדוקא בנתקיימו ג' התנאים, וקשה כיון דיתכן דגנבם הרי ליכא כלל דין חזקת מטלטלין, וע"כ מוכח דדין חזקת מטלטלין אינו ענין לדין אחזוקי בגנבי לא מחזקינן. ג) הנה דעת רש"י דגם בעשויין להשאל ולהשכיר מהני חזקתו, ורק אם אינו עשוי למכור כליו וראוהו שהטמין וכו', לא מהני חזקתו, והרי כיון דעשויים להשאל ליכא ראיה מתפיסתו דלקחה ממנו. ג] וע"כ דיסוד דין חזקת מטלטלין אינו מכח ראיה שהוא שלו, אלא גדר הדין הוא דמטלטלין שנמצאין תחת יד האדם כדרכו של בעלים, נקטינן שהמטלטלין הם שלו, ואף דמקודם היו בחזקת משהו אחר, מ"מ כיון דאינם עומדים להשאל ולהשכיר, נקטינן בסתמא דהם שלו, אבל בעשויין להשאל אי"ז החזקת בעלות ונקטי' דהוא בחזקתו של המרא קמא.

בס"ד

ב"ק ס"ב א'

א) גמ' - עשו תקנת נגזל באשו. עי' רמב"ם פ"ז מחובל ומזיק הל' י"ז כל המזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק הרי הניזק נשבע ונוטל, ובפי"ד מנזק"מ הי"ב דכל שיטעון בעה"ב הרי"ז נשבע ונוטל, וכתב המ"מ שם דנחלקו המפרשים בגלוי ומדליק טוען ברי, ויש עדים על מעשה ההדלקה, די"א דנשבע ונפטר, וי"א דנשבע ונוטל כדין הנגזל, ומקור הדברים בהשגות הראב"ד על הרי"ף סק"א דכתב דבטוען ברי ליכא תקנת נגזל באש, אלא המזיק נשבע כיון דאינו גזול גמור, אולם עי' ברשב"א דחלק על הראב"ד דאף בטענת ברי תקנו כן דומיא דנגזל דמיירי אף בגזול ברי.

ב) ועי' ש"ך סי' תי"ח ס"ק ז' דכתב דאעפ"י דמבואר בסי' שפ"ח ס"א דמזיק ממון חבירו ואומר א"י נשבע הניזק ונוטל, ומשמע דבברי נשבע ונפטר, דשאני התם דליכא עדים ולכך אית ליה מיגו, דהיה אומר דלא הזיקו, אולם להלכה נקט הש"ך כהראב"ד דבטוען ברי נשבע ונפטר, ועי' להלן בראיתו של הש"ך מהרא"ש.

ג) ועי' בקצוה"ח סי' תי"ח סק"א דהא ר"י ס"ל דנגזל מיירי רק במודה במקצת, וא"כ לר"י לשי' ע"כ דהא דקאמר טמון לר"י נשבע, היינו בברי, דהא בשמא אמרי' מתוך, אלא דתלוי אי אמרי' מתוך בלא הו"ל למידע, וע"ש דדימה לדברי הר"ן לגבי הילך דחשיב מודה במקצת לר"י.

א] תוס' ד"ה עשו - ור"ת מפרש וכו' אבל אם המוסר עצמו אינו יודע וכו' ולר"י נראה דהך בעיא אפילו אין המוסר יודע דומיא דתקנת נגזל באשו וכו'. ומצינו ג' דרכים בביאור דברי ר"ת.

א) עי' תשו' מיימוני משפטים סי' ס"א דהביא תשו' מהר"ם שהוכיח מדברי ר"ת אלו דבכל מחויב שבועה שאומר איני יודע דחייב מדין מתוך, דמ"מ צריך התובע לישבע, וה"נ בטענת שמא המסור הוא מוב"מ ואינו יודע כמה נתחייב באמת ויש כאן דין מתוך, ולכן צריך הנמסר לישבע, אולם קי"ל בסי' ע"ה סי"ג דלא כמהר"ם, ועי' בבהגר"א סי' פ"ז ס"ק כ"ה וסי' צ"ב ס"ק ט"ז דהאריך לדחות דברי המהר"ם לההלכה.

ב) והגר"א סי' פ"ז סקכ"ה, צ' ס"ק כ"ה, וסי' שפ"ח סקל"ז, וקצוה"ח סי' שפ"ח ס"ק ו' ביארו בשיטת ר"ת דבשמא פשוט לו שחייב דומיא דכל מזיק שיש בו תקנ"ג, ומה שנסתפקו בגמ' הוא דילמא מסור חמיר טפי שאפי' כשטוען ברי יש תקנ"ג.

ג) בביאור הגר"א בכת"י סי' שפ"ח ס"ק י"א ביאר דהרי"מ והרמב"ם ס"ל דבטענת שמא פשיטא דנשבע ונוטל מטעמו של הרימ"ג דהוי ברי ושמא בדד"מ, [ויבואר להלן] וכתב שזה ע"ד שיטת ר"ת. ולפי"ז מבואר טעם שלישי בדעת ר"ת דבהא ברו"ש ברי עדיף, ולא משום תקנת נגזל.

ב] שם - ולר"י נראה וכו' אפילו וכו'. ובפשוטו כוונת הר"י דמספק"ל דתרוייהו, ועי' ברא"ש סי' ט"ו דכתב ואין נראה לרבינו יונה [הגר"א הגיה דהוא ר"י בעל התוס'] דמשמע דהבעיא דומיא דטמון דאין המבעיר יודע כמה שרף, ועידף לדמותו לטמון מלנגזל, דהא טמון לא דמי לנגזל לגמרי, ועי' פלפולא חריפתא דתמה בכוונת הרא"ש, ועי' ש"ך סי' תי"ח ס"ק ז' דביאר דהרא"ש ס"ל דדינא דאש מיירי רק בשמא אבל בברי נשבע ונפטר, וזהו דהק' הר"י דהא טמון לא דמי לנגזל, כיון דבנגזל הרי גם בטענת ברי נשבע הנגזל ונוטל, ואילו בטמון בטענת ברי נשבע ונפטר, וא"כ ודאי דיש לדמות מסור לטמון.

ב) וע"ש בש"ך דהביא לזה ראיה מסוף דברי הרא"ש, ולכאור' כוונתו להוכיח רק מלשונו של הרא"ש דמיירי בשמא, אולם לכאור' מתו"ד ליכא ראיה דבברי אינו כן, וצ"ב.

ג) הנה לדברי ר"י דהספק לגבי מסור הוא בברי ובשמא, הרי נמצא יש צד קולא במסור ממזיק, דהא במזיק בשמא ודאי דאיכא תקנת נגזל, ובפשוטו הספק הוא כמבואר בתסו' ב"ק נ"ד א' ד"ה חמור דכיון דגרמי מדרבנן יתכן דהוא פטור, ועי' קצוה"ח סי' שפ"ח סק"ו דהביא מהרמב"ן בדינא דגרמי דהוא משום דהוא הזיק בדיבור בעלמא, וברמ"א שפ"ח ס"ז הביא ממהרי"ל דבמסירת גופו לכו"ע עשו תקנת נגזל, וביאר הקצוה"ח שם סק"ח משום דגרמי באדם הוי דאו', ע"ש.

ג] עי' רמב"ם פ"ח מחובל ומזיק הל' ז' דכתב "והמוסר כופר" ועי' במ"מ דמשמע דאילו אמר המוסר א"י נוטל הנמסר בשבועה בודאי, וכדעת ר"ת דע"ז לא היה ספק בגמ', וכן נקט הגר"א מכת"י סי' שפ"ח ס"ק י"א, אולם עי' בש"ך סי' שפ"ח ס"ק ל"א דדחה דבריהם דהרמב"ם אזיל לשי' דאמרי' מתוך גם בלא הו"ל למידע, ולכך לא כתבו כיון דהוא דין פשוט, וכל החידוש הוא בכופר בטענת ברי.

והנה הש"ך סי' שפ"ח סק"א דייק מלשון הרמב"ם דמזיק מיירי בטוען שמא אבל בברי אינו נשבע ונוטל, וכמו"כ לענין אש נקט הש"ך להל' בסי' תי"ח סק"ז דבברי נשבע ונפטר, ונמצא לפי"ז [דאי נימא דהרמב"ם כהר"י דמספק"ל בברי ובשמא] דלפי הצד דליכא תקנ"ג במסור, מסור קיל טפי ממזיק שלא תקנו אף בטענת שמא, ואילו לצד שעשו בו תקנ"ג הוא חמור טפי דתקנו אף בטענת בברי, וצ"ע בכ"ז.

ז) עי' בלשון הרא"ש דהק' אמאי עשו תקנת נגזל במפקיד, דבשלמא בנגזל עשו תקנה שלא ישבע הגזול וכו', אבל במפקיד למה הטילו שבועה על המפקיד, ומשמע מדבריו דזה ודאי דאיכא תקנת נגזל בכל מה דהביא שם, אלא דבא ליתן טעם אמאי הפכו את השבועה לנגזל, ולעולם נאמרה התקנה בין בברי ובין בשמא, ורק דבאשו שייכול המזיק לישבע אם הוא ברי, הדין שהוא נשבע, משא"כ במסור שהוא חשוד כמש"כ הרא"ש, ולכן מחמת התקנה הוטלה השבועה על הניזק גם בברי. ולפי"ז מסור בודאי קיל מאשו, ולכן לצד שלא עשו בו תקנ"ג, אף בשמא לא עבדו לתקנה, ולצד שתקנו גם בברי, אין זה מטעם שמסור חמיר טפי ממזיק, ורק שבברי באשו שייך שישבע המזיק דאינו נפסל בזה לשבועה, משא"כ במסור דנעשה חשוד ובהכרח ישבע הניזק.

ח) ועי' בחי' הראב"ד ובהשגות על הרי"ף דביאר דלרבנן לא איצטריכו למימר שעשו בו תקנ"ג וכו' דמדליק בתוך של חבירו הוא גופיה גזול הוא ושכנגדו נשבע ונוטל, ולר' יהודה הוא דאצטריך דאע"ג דלא הוי גזולן גמור אלא פושע בממון חבירו הוא כגזולן דמי ושכנגדו נשבע ונוטל, ולא משום דחשוד אשבועתא אלא משום דהאי אפשר ליה למידע והאי לא אפשר ליה וכו', ודוקא על הטמון אבל על הגלוי אי טעין האיך טענת בריא משתבע ומיפטר משום דלאו גזולן גמור הוא וכו' ע"ש, ומבואר דדן בטעם דאין המזיק נשבע ונפטר, דאינו מפני שהוא חשוד אלא כיון שאינו יודע.

וי"ל דהטעם דכתב הראב"ד דבמדליק בשל חבירו פשיטא דתקנו דהשבועה תהיה על הנגזל דהוי כגזולן ממש, היינו דכה"ג המזיק הוא חשוד על השבועה ולכן נשבע הניזק דומיא דגזולן ממש, משא"כ במדליק בשלו.

א) הנה יל"ע בכל תקנ"ג במקום שהנתבע שמא, כיון שהוא מוב"מ מדוע אין דין מתוך ולא יטול בלא שבועה, כמו כן יל"ע בגוונא שהוא חשוד מדוע אין דין שכנגדו.



ב) והנה בנגזל גופיה, הביא הש"ך בסי' צ' סק"א מהלח"מ דמיירי בהילך, ועוד תי' דהו"א דכיון דאומר דשלו נטל ובדין נטל, אינו נחשב לחשוד, ועי' רע"א שם, ובפקדון, לשיטת הרמב"ם דבעלמא יש דין משאיל"מ גם בלא הו"ל למידע, הא דבעינן לתקנ"ג ובלא שבועה אינו נוטל, הוא משום דהוי כטענו חטים והודה לו בשעורים וכמבואר בפ"ה משו"פ ה"ז, ולראב"ד הוי הודאה ממין הטענה, ומ"מ ליכא דין מתוך כיון דבלא הו"ל למידע אין דין מתוך, וכן דעת הרא"ש והרשב"א בב"ק, ועוד כתב הראב"ד דלא הוי דבר שבמנין.

ג) ולענין מסור שאינו יודע, כתב הגר"א בסי' שפ"ח ס"ק ל"ז דאה"נ ויש דין מתוך וא"צ שבועה, וביאר דזהו השיטה הראשונה בשו"ע שם, והש"ך שם בס"ק ל"ו כתב דמיירי באופנים דאין חיוב שבועת מוב"מ ולכן אין דין מתוך, ולפי הטעם דאין דין מתוך כיון דלא הו"ל למידע, כתב הש"ך דצ"ל דאין כאן דין מתוך כיון שהניזק יודע שאין המזיק יודע וכה"ג ליכא חיוב שבועה וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ב סקנ"א שאין בזה חיוב שבועה, [וע"ש ביאור הגר"א ס"ק ל"ו דהביא ראיה מב"ק, וצ"ע כוונתו].

ד) וצ"ע דהש"ך דן בארוכה רק מדוע בניזק טוען שמא אין דין מתוך, ולא דן כלל על ניזק ברי שיהיה דין שכנגדו נשבע ונוטל ולא בעי' לתקנ"ג במסור, ועד"ז הקשה רעק"א בדו"ח (הובא בגליון תש"ו מיימוני לס' משפטים סי' ס"א) על המהר"ם הנ"ל בדעת ר"ת דא"כ קשה מדוע במסור נסתפקו אי יכול לישבע וליטול, והא כיון שהמסור פסול לשבועה יש דין שכנגדו נשבע ונוטל, שהרי מדובר באופן שהוא מוב"מ וחלה עליו שבועה זו כמש"כ המהר"ם לגבי טענת שמא, ע"ש.

ה) ובדעת הרמב"ם כתב הש"ך דאה"נ שיש דין מתוך במסור, ומה"ט ביאר לשון הר"מ גבי מסור והלה כופר מה שטענו, דהוא משום דבטענת שמא אין כ"כ היכ"ת לספק כיון דבלא"ה יש דין מתוך, ובדעת המ"מ י"ל דהוי דומיא דגזלן דמיירי בגוונא שאין דין מתוך כגון בהילך.

ובתקנ"ג במזיק ואשו, דמדויק בר"מ דהתקנה נאמרה דוקא בטענת שמא, הטעם שאין מתוך, כתב הראב"ד סופ"ז מחובל ומזיק והטור לדעת הרא"ש דלא הו"ל למידע. ולר"מ שיש דין מתוך גם בלא הו"ל למידע י"ל דמיירי בגוונא שאין דין מתוך כגון בהילך, או לפי הש"ך כיון שהניזק יודע שהמזיק אינו יודע ליכא חיוב שבועה.

א) גמ' - מרגניתא מאי וכו'. עי' תוס' ד"ה מי דמיירי אף באיכא עדים דהיה בו מרגניתא, דשמא לא איבעיא ליה לאסוקי אדעתיה, ועי' ברשב"א דחולק דבעדים ודאי חייב, והספק על תקנ"ג, האם יש לניזק נאמנות לישבע וליטול במרגניתא זו, ובדבר שבודאי אין דרך להניח שם פשיטא דפטור, והספק בגמ' הוא ספק במציאות על ציור זה דמרגניתא, האם דרך להניחה בכספתא.

ב) עי' ברמב"ם פ"ז מחובל ומזיק הל' י"ח "והוא שיטעון דברים שהוא אמור בהן או אמור להפקידן אצלו ודרכן להניחן בכיס וכיוצא בו אבל אם אין דרכן להניחן בכלי זה הוא פשע בעצמו כיצד הרי שחטף חמת או סל מלאים ומחופים והשליכם לים או שרפן וטען הניזק שמרגליות היו בתוכן אינו נאמן ואין משביעין אותו

על כך שאין דרך בני אדם להניח מרגליות בסלים ובחמתות ואם תפש אין מוציאין מידו אלא נשבע שמרגליות היו בה ונוטל ממה שיש אצלו וכו' ומבואר דגם במה שבודאי אין דרך להניח גם כן הוא ספק, והוי ספיקא דדינא ומה"ט מהני תפיסה, כשיטתו דמהני תפיסה בספיקא דדינא.

(ג) ועי' ש"ך סי' שפ"ח סק"ד דהק' דמש"כ הרמב"ם דפשע בעצמו, משמע דפטור מחמת אונס, ואילו אח"כ כתב הרמב"ם דטעמא משום דאינו נאמן ובעדים יהא באמת חייב, והביא מהמ"מ ומהרש"ל דבאמת חייב בעדים, ומש"כ הרמב"ם דפשע, היינו שהוא פשע בעצמו שלא יאמינו לו בשבועתו, וע"ע בש"ך סק"ו, ולפי"ז גדר דין זה דהרמב"ם הוא ע"ד לא אמיד דבכל דוכתא.

ועי' היטב בביאור הגר"א סי' שפ"ח סק"ז דביאר דברי הרמב"ם דאין זה מסברת לא אמיד, אלא כיון דכל התקנה משום תיקון העולם, אינו שייך בכה"ג, כיון דאין זה דרך העולם, אלא הוא פשע.

(ד) ועי' בטור בסי' צ' דהביא מהרמ"ה דכתב עפ"י הירושלמי, דתקנ"ג דנשבע ונוטל שייך רק בדברים שדרך להניח במקום שנכנס לשם, לאפוקי חצר, והובא ברמ"א ס"א, ועי' ביאור הגר"א סק"ז דהרמ"ה אזיל כשיטת הרשב"א דבדבר שבודאי אין דרך להניח פשיטא דליכא לתקנ"ג ואינו נאמן בשבועתו. אבל לתוס' דין זה אינו רק בתקנ"ג אלא גם בעדים, וכן אין זה א"ש כדעת הרמב"ם, כיון דלהרמב"ם כל הטעם בגמ' בהכונס מצד שפשע, וכאן ל"ש האי פשיעה.

(א) עי' ברי"ף ב"ק דהביא מהירושלמי חד בר נש אפקיד גבי חברה שק צרור, אירעו אונס, הדין אמר סיגין הוה מלא והדין אמר מטקסין הוה מלא, אתא עובדא קומי רב ואמר הרי זה נשבע ונוטל ע"כ. והיינו דעשו תקנת נגזל גם בפקדון, ועי' בר"י מגאש סו"פ שבועת הדיינין דהק' דע"כ הנתבע טוען שמא היה סיגין, דמהיכ"ת לו לידע מה היה בשק, וכיון דודאי היה משהו, הרי חייב לשלם מדין מתוך, ותי' דאילו היה טוען ברי נמי היה פטור כיון דהוי טחולב"ש, והק' דכיון דאילו טעין ברי היה נשבע היסת, השתא דטוען א"י יש להשביעו דאינו יודע, וישלם רק סיגין, ותי' דדוקא היכא דליכא דררא דממונא דטוען א"י בעיקרא דמילתא יכול ליטען דא"י ויפטר, אבל היכא דאיכא דררא דממונא נשבע התובע ונוטל כיון דברי ושמא בדורא דממונא ברי עדיף, עכתו"ד, ובפשוטו לפי הרי"מ אינו מדין תקנת נגזל, אלא דכן הדין דברו"ש בדורא דממונא נשבע ונוטל.

(ב) ועי' ברמב"ם פ"ה משו"פ ה"ז דכתב דבדין הירושלמי אין השומר מחוייב שבועה כיון דהוי טחולב"ש, ולכך המפקיד נשבע ונוטל, והק' הראב"ד הא מבואר ב"ק ל"ה ב' דבניזק ברי ומזיק שמא קשה לרב"נ, ולדברי הרמב"ם הרי אף לולי הא דרב"נ יש להק' אמאי אין הנגזל נשבע ונוטל הגדול, וזו קו' אף על הרי"מ, ועי' במ"מ דתי' דיש חילוק בין נזקי גופו לנזקי ממונו, וצ"ב הסברא בזה.

ועי' בש"ך סי' צ' ס"ק ט"ז דיישב דלדעת הרמב"ם הוא באמת רק מדין תקנת נגזל, ולדעת הרי"מ דאינו מדין תקנת נגזל תי' הש"ך דקו' הגמ' דיטעון משטה, ע"ש, ועי' מה דתמה בקצוה"ח ס"ק ד', ומה דיישב בנתה"מ ס"ק ז', ומה דתמה במשובב שם.

ג) עי' בתוס' רבינו פרץ ב"ק דתמה דמבואר בריש הפרה דהיכא דמספק"ל אם הולד מת בנגיחתו או לא, אפילו ניזק ברי ומזיק שמא, המע"ה, ואמאי אין הניזק נשבע מדין תקנת נגזל, ותי' דלא שייך תקנת נגזל רק בנזקי גופו ואשו נמי נזקי גופו כיון דאשו משום חיציו, אולם להר"י מגאש עדיין קשה כיון דלאו משום תקנת נגזל הוא אלא מעיקר הדין.

והנה יש להק' עוד על הרי"מ אמאי הוצרכו לתקנת נגזל באש, תיפו"ל דבדררא דממונא נשבע ונוטל בברי ושמא, ובפרט למבואר בש"ך סי' שפ"ח ס"ק א' דהתקנה באש היא רק בטענת שמא.

ד) ועי' ברמב"ן שבועות מ"ג ב' דחולק וביאר דהירושלמי מיירי בנזק דאשו ומשום תקנ"ג שנאמר באשו, ואולם בפקדון לא נאמר כלל דין שנשבע ונוטל, לא מדין תקנת נגזל ולא מדין בור"ש בדרד"מ, וע"ש דתמה על הרי"מ מהא דב"מ צ"ז א' דמספק"ל אי שאולה מתה או שכורה מתה, ותלי לה הגמ' בפלוגתא דברוש"ש, והא התם איכא דררא דממונא דודאי היה מעשה שאלה, ע"ש.

ה) עי' ברמב"ם פ"ה משו"פ ה"ז דהביא לדברי הירושלמי וביאר דאין השומר חייב שבועה דאו' כיון דהוי טחולב"ש, ועי' בראב"ד דתמה חדא דהוי טענו חו"ש והודה בא', ועוד דא"כ מדוע נשבע ונטל הרי בטחולב"ש הוא פטור לגמרי, ודבריו תמוהים דלשי' נמי קשה דהא כתב בהשגות בה"ו דבעובדא דירושלמי ליכא דין מתוך כיון דלא הו"ל למידע, ואי"ז דבר שבמנין, ומבואר דס"ל דהוא מדין תקנת נגזל, וא"כ מה הק' מדינא דניזק ברי ומזיק שמא, הא איכא תקנת נגזל דנשבע ונוטל, ועי' בתומים צ' סק"ו דהוכיח דלא שייך תקנת נגזל בפקדון אלא באופן דאיכא הודאה במקצת, אלא דמ"מ פטור משבועה דאו', אבל היכא דכוח"כ ליכא שבועה, ולכך הק' הראב"ד דלהרמב"ם דהוי טחולב"ש הרי ליכא כלל הודאה, וחשיב כופר בכל, וליכא בזה תקנת נגזל אבל אם כל החסרון משום דבר שבמידה או משום דלא הו"ל למידע שייך בזה תקנת נגזל.

ו) עי' ברשב"א ב"ק דהק' על הירושלמי דממנ"פ אי חשיב כטעו חו"ש הרי חייב מדין מתוך, ואי חשיב טחולב"ש, הרי הוא פטור, ומדוע נשבע ונוטל, ותי' דבאמת הוי טחולב"ש, אלא דפטור משום דלא הו"ל למידע, ונוטל משום תקנת נגזל, וקשה כיון דס"ל דהוא מתקנת נגזל, למאי הוצרך לומר דהוא כטענו חו"ש, תיפו"ל דאף בטחולב"ש נאמר תקנת נגזל, והוכיח מזה התומים סי' צ' סק"ו כמו דביאר בדברי הראב"ד דכל התקנה בפקדון הוא רק באופן דאיכא הודאה במקצת אלא דיש סיבה צדדית דפטור משבועה, דע"ז תקנו דנשבע ונוטל.

והנה כדברי הרשב"א מצינו אף בהשגות הראב"ד על הרי"ף דהביא דיש מקשים דהוי כברי ושמא דפטור, ויש מקשים דיטול בלא שבועה מדינא דמתוך, ותי' דהוי לא הו"ל למידע, ומבואר נמי דאי לאו דאוקי לה במודה במקצת לא שייך בזה תקנת נגזל.

ועוד כתב הראב"ד לבאר דברי הירושלמי דמיירי דשמר שמירה המועלת לסיגין ולא לכספים, והוי פשיעה משום דכיון דלא ידע מה יש בשק היה צריך לשמור שמירה מעולה, ולדבריו היה אנוס כיון דשמר שמירה

מעולה לסיגין, וצ"ב איך זה מתרץ לעיקר הקו', אולם עי' בחי' הראב"ד ב"ק דאינו עוד תי', אלא לבתר תי' כתב לבאר עיקר דברי הירושלמי דארעו אונס אינו אונס גמור וכו', וסיים דמה"ט חייבו רב לשלם ובשבעה.

ז) עי' שער המשפט סי' צ' סק"ז דתי' לקו' הראב"ד דבברי גרוע ושמא טוב אף בדררא דממונא לאו ברי עדיף, ובניזוק ברי הוי ברי גרוע, אבל בשק הוי ברי טוב ושמא גרוע כיון דאף בשק צרור יכולים להכיר אם הוא מלא בטכסין או בסיגין, ולדבריו מתורץ נמי קו' תור"פ, וכן הקו' מאשו, דהתם לא הו"ל למידע.

ח) ובתומים סי' צ' סק"ו תי' דאין כוונת הרי"מ דחייב מדינא, אלא דכה"ג תקנו לתקנת נגזל, וכל התקנה רק באופן דאיכא הודאה במקצת, וכמו דהוכיח התומים שם מהראשונים, ויישב בזה דברי המ"מ דכתב דהרמב"ם אזיל בדרך הרי"מ, ותמה הכס"מ דהא הרמב"ם בפ"א מטו"נ ה"ח פסק דבטוען א"י אם חיטין או שעורין נשבע היסת ומשלם שעורים, ואמאי אינו נשבע ונוטל חיטין, אולם להנ"ל א"ש דכוונת המ"מ דס"ל כהרי"מ דכה"ג עבוד לתקנת נגזל, ע"ש, ועי' היטב בביאור הגר"א סי' פ"ז סק"כ דמבואר להדי' כדברי התומים דדין הרי"מ הוא מדין תקנת נגזל, ולפי"ז מיושב ההיא דתקנת נגזל באשו וההיא דריש הפרה, כיון דבאמת הוא רק מדין תקנת נגזל, ובההיא דריש הפרה כבר ביאר התור"פ דלא שייך בכה"ג תקנת נגזל.

ט) עי' בסי' שפ"ח סק"י"א בליקוט מכת"י הגר"א דשי' הרי"מ והרמב"ם דבפקדון ומזיק דין זה שנשבע ונוטל אינו מתקנ"ג, דלא מצאנו בש"ס תקנ"ג עליהו, אלא זה דין אחר דבבו"ש בדרד"מ יכול לישבע וליטול. ורק באשו הוא מדין תקנ"ג.

וקשה על ביאור זה, דלפי"ז הדרו לדוכתייהו הקושיות הנ"ל על הרי"מ"ג, מס"פ המניח ומר"פ הפרה, ואין לחלק דהתם לא שייך התקנה דהא מה דנשבע ונוטל אינו מצד התקנה, וכן לא שייך תי' התומים, וכן קשה ל"ל לתקנ"ג באשו תיפול"ל מצד דינו של הרי"מ"ג, וכן מה דביאר כן בדעת הרמב"ם הוא תמוה דהא בפ"ז מחובל ומזיק הי"ז נראה דאדרבא תקנ"ג באש נאמרה רק בטענת שמא, וכדדייק הש"ך סי' שפ"ח סק"א, וצ"ע.

בס"ד

מ"ו ב'

בס"ד

מ"ז א'

א) רש"י ד"ה ואין - וגם יתמי לזה אין יכולין לישבע וכו'. ומבואר מלשון רש"י דלמ"ד דאמרי' מתוך היו יורשי הלזה חייבים לשלם, וכן מבואר מלשון תוס' ד"ה מתוך בסופו בדעת רש"י, וכן מבואר ברשב"ם ב"ב ל"ד ב'.

(ב) וצ"ע דכל מה דלמ"ד דליכא דין מתוך פטור הוא רק באופן דכל חיובו נוצר מחמת השבועה, אבל הכא הרי אדרבא מעיקר הדין בני הלוח חייבים לשלם, דהא איכא שטר, אלא דיש לו אפשרות להפטור ע"י שבועה, וא"כ הרי מסתבר דכל דאינו נשבע חייב לשלם, וצ"ב.

(ג) עוד צ"ע דהא מבואר בגמ' דלר"א דרשי' בין שניהם ולא בין היורשין, [ולרוב הראשונים היינו דכל דלא הו"ל למידע ליכא דין מתוך], ואיך יתכן לומר דלמ"ד דאמרי' מתוך חייבים יורשי הלוח מחמת דא"י לישבע, ועי' להלן בתוס' ד"ה מתוך מדברי הנתה"מ סי' ק"ח סק"ד בזה.

(ד) עוד צ"ע דלפי"ז בפוגם ומת המלוה, הרי היה הלוח יכול לישבע וליפטר, ואילו בגמ' להלן מ"ח ב' מבואר דמשום דקי"ל דלא כרו"ש, בפוגם ומת נשבעין יורשי המלוה ונוטלין.

(א) תוס' ד"ה מתוך - דלא שנא מחוייב התובע שבועה וכו' משלם הנתבע. וכן מבואר בדבריהם ב"מ צ"ז ב' ד"ה ה"נ בסופו בשם ר"י, וב"ב ל"ד א' ד"ה וכל בסופו בשם ר"ת.

ועי' קוב"ש ב"ב אות קמ"ו ואות קנ"א דהק' דמבואר שם בתוס' דדינא דר"א הוא מסברא, ולא מקרא, וא"כ הרי ודאי דמסתברא דאם התובע אינו יכול לישבע דדמי לאינו רוצה לישבע, דאינו יכול להוציא ממון מהנתבע בלא שבועה.

ולכאור' צ"ל דס"ל לתוס' דיסוד דין מתוך הוא דהקילו עליו דיכול לפטור עצמו מהחיוב ממון ע"י שבועה, וכיון דאיכא שטר, אלא דהקילו דיכול הלוח לפטור עצמו ע"י שיתבע שבועה מהמלוה, משו"ה באופן דא"י לישבע הדרינן לעיקר החיוב ממון מכח השטר.

(ב) והנה עוד קשה על ר"י דהרי קי"ל דליכא דין מתוך ביורשים, [לרוב הראשונים משום דלא הו"ל למידע], ומדוע אמרי' מתוך מחמת הא דאין יורשי המלוה יכולים לישבע, ועוד קשה דהרי שבועת התובע הוא שבועה מדרבנן, ובדרבנן ליכא דין מתוך, וי"ל דכל הכלל דליכא מתוך בדרבנן הוא רק באופן דהשבועה מוטלת על הנתבע, דבהא אמרי' דאינו מפסיד מחמת הא דאינו נשבע שבועה דרבנן, אולם באופן דהשבועה מוטלת על התובע, הרי מעיקר הדין היה חייב לשלם, אלא דתקנו דין שבועה, וא"כ הרי אדרבא משום דהוא רק שבועה דרבנן כל דאינו יכול לישבע הדרינן לעיקר הדין והוא נוטל, וא"ש נמי הקו' דהא ליכא דין מתוך ביורשין, דהא מה דהתובע לא הו"ל למידע זה לא סיבה לפטור את הנתבע, ורק באופן דהנתבע מחוייב בשבועה שייך הסברא דפטור משום דלא הו"ל למידע.

(א) שם - ור"ת פירש בספר הישר וכו'. הנה נמצא לר"ת דר"א ורו"ש פליגי בתרתי, חדא דלרו"ש לא אמרי' מתוך בדאו' לחייב הנתבע, ותו דס"ל דאמרי' מתוך בדרבנן על התובע דמפסיד הכל, אעפ"י דזה רק שבועה דרבנן, ולר"א בדאו' אמרי' מתוך לחייב הנתבע, אולם לא אמרי' מתוך להפסיד התובע בדרבנן, וצ"ב מנלן דלר"א ליכא מתוך בדרבנן, וחזרה שבועה למחוייב לה, דילמא ס"ל דאמרי' מתוך בדרבנן, [עכ"פ להפסיד התובע], וחזרה שבועה לסיני ומפסיד כיון דלא נשבע, וכן צ"ב מנלן לגמ' דלרו"ש לא אמרי' מתוך על הנתבע לחייבו וכדפריך הגמ' ורו"ש האי שבועת ה' מאי דרשי ביה, ועמדו בזה תוס' בסו"ד, ע"ש.

(ב) וי"ל דהנה לר"א דאמרי' מתוך וחייב לשלם הכל, הרי בדינא דב' חשודין אי נימא דכוונת ר"מ דחזרה היינו לסיני דהתובע מפסיד מחמת דאינו נשבע, הרי ודאי דאי"ז סיבה דיפסיד הכל, דהרי הנתבע נמי אינו

נשבע, ושורת הדין דיחלוקו, וא"כ ע"כ דלר"א דעת ר"מ דחזרה היינו למחוייב לה ומשלם הכל, וטעמא משום דליכא דין מתוך בדרבנן על התובע, ומדוייק היטב לשון התוס' דכתבו דרב אבא ורב אלעזר בחד שיטה, והרי רב אבא מיירי בדין מתוך לחייב את הנתבע, ורב אלעזר מיירי בדין מתוך להפסיד התובע, וע"כ דמוכרח מר"מ דקיימי בחד שיטה.

(ג) ובדעת רי"ש כבר בארו תוס' בסו"ד דאי ס"ל לדין מתוך בדאו' היה ראוי דנחייב את יורשי הלוחה עכ"פ בשבועה, והיה להם לשלם עכ"פ חצי מהחוב מחמת דאינן יכולים לפרוע, וע"כ דס"ל דליכא דין מתוך בדאו', וא"כ הרי ע"כ דר"מ אמר דחזרה לסיני, וא"כ תקשי כיון דתרווייהו לא היו ראויין להפסיד מחמת דאינן נשבעין, הרי ראוי דנימא יחלוקו, וע"כ דלר"מ אמרי' מתוך בדרבנן להפסיד התובע, ולכך חזרה שבועה לסיני ומפסיד הכל, ונמצא דאי נימא מתוך על התובע והנתבע היה ראוי דיחלוקו, ומוכח או דליכא דין מתוך לשלם רק להפסיד, או דליכא דין מתוך להפסיד רק לשלם.

(ד) והנה לרבי יוסי דס"ל דיחלוקו הרי י"ל דס"ל דאמרי' מתוך לשלם ולהפסיד ולכך ס"ל דיחלוקו, וא"כ לרב אבא הרי י"ל דפליגי ר"מ ור"י בהא גופא אי אמרי' מתוך בדרבנן להפסיד עכ"פ חצי או לא, אלא דהיה קשה לתוס' דהא ר"נ פסק דיחלוקו, וקיי"ל נמי דיורשי המלוה נשבעים ונוטלים, וא"כ מוכח דליכא דין מתוך בדרבנן להפסיד, ולכך הוצרכו לומר דקנסו לתובע משום שהוא חשוד, ונראה דגדר הדין דקנסו אותו דאיכא דין מתוך בדרבנן להפסיד, ולכך יחלוקו.

והנה המהרש"א הק' אמאי לא תי' בקצרה לר"י דטעמא דיחלוקו משום קנס, ולהנ"ל א"ש דהא אינו קנס בעלמא, אלא גדר הקנס דאמרי' מתוך להפסיד, [וכן הוא מבואר להדי' בלשון תוס' ב"מ] אבל הרי ר"י ס"ל דגם בכה"ג אמרי' מתוך להפסיד הנתבע, ולא שייך קנס בזה.

ובזה יש לבאר עוד, דהנה תוס' הק' על ר"י מ"ט אפשר לפסוק כרו"ש ביתומים, הא קיי"ל כר"א דאמרי' מתוך, ולבתר דהביאו לדברי ר"ת תי' דהא מבואר בגמ' דדוקא ביתומים קיי"ל הכי והבו דלא לוסף עלה, וקשה א"כ אמאי לר"י א"א לתרץ כן, ולהנ"ל א"ש דלר"ת דאמרי' מתוך דהתובע מפסיד אלא דקיי"ל בדרבנן לא אמרי' מתוך, שפיר שייך לומר דעבדו כרו"ש ביתומים דתקנו דאף בדרבנן אמרי' מתוך, וממילא התובע מפסיד, [אולם עדיין צ"ב אמאי לא נימא יחלוקו, וצ"ל דהקילו נמי דלא אמרי' מוך על יתומי הלוחה], אבל לר"י דאף אי אמרי' מתוך על התובע היינו דהנתבע מפסיד, הרי ודאי דאין סיבה לומר דביתומים תקנו להפסיד ליתומי המלוה.

(ה) בעיקר דברי ר"ת דטעמא דרו"ש משום דאמרי' מתוך להפסיד התובע, עי' בנתיב"מ סי' ק"ח סק"ד דתמה הרי ביורשים לא אמרי' מתוך, ותי' דדוקא בשבועה דחיילה מעיקר הדין על היורשים לא אמרי' מתוך, אבל באופן דחייל שבועה עם דין מתוך על האב, אמרי' מתוך על היורשים.

### שיטות הראשונים

[א] עי' בר"י מיגש דפירש דהמחלוקת בדין משאיל"מ אם כשאין יכול לישבע עדיין דין השבועה קיים או שפרחה לה השבועה, ולכך מהא דס"ל לרב ושמאל דחזרה שבועה לסיני ופרחה לה השבועה, מוכח דלית להו לדינא דמשאיל"מ, והא דביתומים מן היתומים אינם גובין אף דפרחה לה השבועה, הוא משום דכל ממון שלא הי' ראוי שיתחייב אלא ע"י השבועה אם פרחה השבועה פקע דין הממון.

וצ"ב עדיין מה הראיה מדרו"ש דפרחה לה השבועה, הרי אדרבא אי לא פרחת השבועה, זה גופא סיבה דאין יתומי המלוה יכולים לגבות את השטר בלא שבועה, וצ"ע

בן ע"י ברמב"ן דהאריך לבאר דודאי יתכן לומר כרו"ש דפטורין בני הלוה, ולומר נמי כר"א דאיכא דין מתוך ובתרווייהו חשודים שפיר אמרי' דכיון דהנתבע חשוד על שבועה דאו' חייב לשלם, ואדרבא כמו דס"ל לר"א דאמרי' מתוך ה"ה דאמרי' דכל דהתובע אינו יכול לישבע הוא מפסיד, אלא כוונת הגמ' דבתרווייהו חשודים אי נימא כר"א ודאי לא היו בי"ד מתקנים לעבוד על דין תורה, ומה"ת הרי אמרי' מתוך, וע"כ דלר"א חזרה למחוייב לה, ויתכן דרו"ש נמי ס"ל הכי, אלא דשמיע מפורש לגמ' דרו"ש ס"ל דחזרה לסיני, ומפרשין דהא דס"ל דחזרה שבועה לסיני ואין נוטלין כלל, הוא דומיא הא דס"ל דיתומים מן היתומים אין גובין כלל.

והנה לרו"ש דאין דין מתוך, הרי נמצא דינא דשכנגדו הוא לטובת התובע, דאעפ"י דמעיקר הדין הנתבע פטור, מ"מ יכול ליטול בשבועה, וצ"ב דא"כ מדוע הוצרך הגמ' לבאר דרו"ש לטעמי' ולכך ס"ל דאינו יכול ליטול בלא שבועה, הרי אף אי נימא דיכול ליטול כשאינו יכול לישבע, כ"ז שייך באופן שהוא נוטל מעיקר הדין, אולם כיון דרו"ש ס"ל דליכא דין מתוך הרי ודאי דאם אינו נשבע אינו נוטל, וצ"ב.

והנה לריו"ס דס"ל דיחלוקו הרי ע"כ דלא ס"ל דחזרה לסיני, דא"כ ודאי דבתרווייהו חשודים פטור מלשלם, וכמו"כ ע"כ דלא ס"ל לדין מתוך דא"כ היה חייב הכל, אלא ס"ל דכיון דתקנו זכות לתובע ליטול בשבועה, היה ראוי דיטול בלא שבועה, אלא כיון דלשכנגדו נמי היה זכות לישבע וליפטר, אמרי' יחלוקו.

ג] ע"י ר"ן בתחילת דבריו דפירש כהרמב"ן, אלא דכתב דהא דלמ"ד דמשאיל"מ פשיטא לן דבשניהם חשודין לא אמרינן דכיון שהטילו שבועה על התובע ואין יכול לישבע מפסיד, הוא משום דדוקא ביתומים מן היתומים שכבר חל חיוב שבועה על האב, הם מפסדינן, משא"כ בחשוד דלא חלה עליו שבועה מעולם, [ולא כהרמב"ן דודאי הנתבע חייב] אולם הק' על דרך זו, ולכך פירש להיפוך, דלרו"ש דכל נוטל שאין יכול לישבע מפסיד, ה"נ בשניהם חשודין מפסיד התובע שאין יכול לישבע, והא דמיייתנן מינה דס"ל דלא אמרינן משאיל"מ, הוא מכח לישנא דחזרה שבועה למקומה, דמפרשין לה שחזרה לסיני, ואם אמרינן משאיל"מ, הרי דמקומה הוא אצל הנתבע, וע"כ למאן דאית לי' בעלמא משאיל"מ, בע"כ לפרש להא דחזרה שבועה למקומה, דחזרה למחוייב לה, וע"ש באריכות בכל דבריו.

ד] ע"י רשב"א דעיקר דינא דרב ושמואל ביתומים מן היתומים הוא דכל דאין יכול לישבע זווי היכי דקיימי קיימי, ומה"ט לית להו לדינא דמשאיל"מ, וצ"ב, וע"ש דביאר דגם מאן דאית לי' לדינא דמשאיל"מ, מצי סבר ביתומים מן היתומים כרב ושמואל, ושאני בשניהם חשודין דתקנת שבועה שכנגדו אינה תקנה קבועה, וע"כ בזה ס"ל דחזרה שבועה למחוייב לה ומשאיל"מ, והא דמיייתנן מרב ושמואל דלית להו לדינא דמשאיל"מ, הכי קים להו דטעמייהו הוא דכל שאין יכול לישבע חזרה שבועה לסיני.

ה] ע"י רא"ש סי' ז' דתמה על הגמ' איך מיייתי ראיה מדרו"ש דפליגי על רב אבא, הרי אדרבא משום דס"ל כר"א דבאינו נשבע חייב לשלם, ס"ל נמי דבאין התובע רוצה לישבע אינו נוטל, ותי' הרא"ש דשאני הכא דאיכא שטר ותקנו שבועה לטובת הלוה, וכל דא"י לישבע לא שייך לומר חזרה למחוייב לה ויפסידו, אלא דבני הלוה יכולים לישבע דנפרע, וכיון דא"י לישבע, לרב אבא אמרי' מתוך, וע"כ דרו"ש פליגי על רב אבא, עכתו"ד.

ומבואר דהא דאיכא שטר הוא לא סיבה דלא שייך מתוך, אלא זה סיבה דנטיל שבועה על בני הלוה, וכיון דא"י לישבע אמרי' עלייהו מתוך, [ובחזו"א סי' ח' סוף ס"ק י"ד ביאר דברי הרא"ש באופ"א וצ"ע], וצ"ב מדוע הרא"ש לא ביאר כפשוטו דכיון דאיכא שטר לא אמרי' כה"ג דין מתוך על התובע, וצ"ל משום דקשיא לי' דא"כ מהיכ"ת דרו"ש ל"ל מתוך, הרי ע"כ דפליגי על עיקר הסברא, וס"ל דהשבועה מעכבת על הגביה, אולם עדיין בעלמא ס"ל דאמרי' מתוך, ולכך הוסיף הרא"ש דכל הנידון הוא מחמת שבועת בני הלוה. אלא דצ"ע מדינא דפוגם ומת דהרי הלוה יכול לישבע, ומ"מ מבואר בגמ' דתלוי בדינא דרו"ש ור"א, ור"נ אמר דחייב לשלם, [וכן הק' לעיל על רש"י] וצ"ע.

(ב) עי' ברא"ש בהמשך דבריו דביאר דרב אבא ס"ל כרב יוסי, וכוונת הגמ' דאי נימא דכוונת ר"מ חזרה לסיני ויפטר, הרי נמצא דר"מ פליג עליה, ור"י נמי ס"ל הכי, אלא דס"ל דקנסו לתרויהו כיון דתרויהו חשודים, וצ"ב דאי לא אמרי' מתוך מה שייך לקנוס את הנתבע.

א] בטעמא דמ"ד דבשניהם חשודין יחלוקו, עי' רי"ף דהוא משום דלית לי' לדינא דמשאיל"מ, וע"כ כתב דלא קי"ל כוותי', ועי' רמב"ן דהא דחולקין ולא אמרינן דלא יגבה כלום, הוא מכח התקנ"ח דשכנגדו ישבע ויטול, וע"כ אף כשאינו יכול לישבע, כיון דגם הנתבע מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, תרויהו שוו באגר ובהפסד.

והתוס' בסוגיין ובב"ב ל"ד א' כתבו בשם ר"ת דהא דחולקין הוא משום דהנתבע הוי מחויב שבועה דאורייתא ומשאיל"מ, והא דאין התובע נוטל הכל, דכיון שהוא מחויב שבועה דרבנן לא אמרינן בה משאיל"מ, ורק ביתומים מן היתומים קי"ל כרו"ש, משום דקנסינן לי' לחשוד, וכ"כ הרא"ש. ותוס' ב"מ צ"ח א' כתבו בשם ר"ת וכ"כ ר"ת בספה"י סימן תרפ"ה דהא דחולקין הוא משום דשניהם מחויבין שבועה ואין יכולין לישבע וע"כ מפסיד כל א' חצי, ועד"ז הוא בהגה"ה שבתוס' בסוגיין, ואף דבשבועה דרבנן לא אמרינן משאיל"מ, וע"כ בפוגם שטרו וכו' ומת נשבעין שבועת יורשים ונוטלין, שאני הכא דשבועת התובע באה מכח שבועת הנתבע שהיא שבועה דאורייתא, וע"כ דינה כשבועה דאורייתא, ועי"ש בתוס' ובחי' הרמב"ן בסוגיין דהק' ע"ז, ועי' ר"ן שכתב לקיים פי' ר"ת לפי דרכו בסוגיין.

ועי' רשב"א וריטב"א שכתבו דהא דיחלוקו הוא משום דמספק"ל אם חזרה שבועה למחויב לה או חזרה שבועה לסיני, ומספיקא חולקין, וה"נ בנסכא דר"א ובנ' ידענא ונ' לא ידענא חולקין, ועי' חזו"א סימן ח' סקי"ד שהק' דנימא המע"ה, ועוד דמ"ט אמרינן לקמן דר"נ לית לי' דרב ושמואל, הרי למש"כ הרשב"א דגם רב אבא מצי סבר כרב ושמואל, א"כ ה"נ ר"נ דמספק"ל אם כרב אבא דחזרה שבועה למחויב לה או כר"נ דחזרה שבועה לסיני, מצי סבר לדינא דרב ושמואל.

ב] בגמ' מ"ח א' פריך על הא דאמר ר"נ אי איתא לדרב ודשמואל איתא אי ליתא ליתא, דאלמא מספקא לי', והא וכו' עבד רב נחמן עובדא יחלוקו, ועי"ש ברש"י דמזה ש"מ דליתא לדרב ושמואל, אך עי' רמב"ן דלדעת ר"ת כוונת הגמ' דמהא דס"ל דחולקין ש"מ דאית לי' דרב ושמואל דנוטל שאין יכול לישבע מפסיד, וע"כ בשניהם חשודין אין נוטל התובע הכל, והא דנוטל חצי וביתומים מן היתומים אין גובין כלל, הוא משום דבשניהם חשודין גם הנתבע מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, וע"ש דתמה עליו, ועי' בבעה"מ שכתב



בשם הר"מ ב"ר יוסף שפירש כן דר"נ אית לי' דרב ושמואל, וע"ע בכתוב שם, והרמב"ן במלחמות תמה ע"ז, ועי' ר"ן שיישב לפי זה לפי דרכו.

ועי' חזו"א סימן ח' סק"ד דהק' דלדברי הר"ן שם דאף דבפוגם שטרו ומת קי"ל דלא כרב ושמואל, מ"מ בשניהם חשודין קי"ל כר"נ, משום דאינו יכול לישבע מפני פשיעתו, או משום דגם חיובו של הנתבע הוא משום דאין יכול לישבע, א"כ מ"ט פשיטא לן דר"נ אית לי' דרב ושמואל.

גן לדעת הסוברים דרב נחמן לית לי' לדינא דרב ושמואל, מ' בד' רש"י שם דהיינו דלדידי' כי היכי דבשניהם חשודין יחלוקו, ה"נ ביתומים מן היתומים יחלוקו, וכ"כ תוס' בתחילת דבריהם, אולם בדברי הרמב"ן מבו' דלדעת רבי יוסי ביתומים מן היתומים גובין בלא שבועה, וזה תליא בהדרכים הנ"ל בטעמא דר' יוסי.

**בס"ד**

### **שכנגדו חשוד על השבועה**

**ב"מ ה' א'**

(א) תוס' ד"ה שכנגדו - וא"ת מ"ש וכו' אמאי ל"א מתוך וכו'. ומבואר דפשיטא לתו' דליכא דין שכנגדו בכל מקום דנאמר דין מתוך, אולם בתשו' מיימוניות משפטים סי' ס"א נקט דבאמת חייב שבועת שכנגדו כל היכא דאיכא דין מתוך, אולם נראה דהיה פשיטא לתוס' דע"כ ליכא דין כנגדו בעלמא, ומשום דס"ל לתוס' דיסוד דין שכנגדו הוא מדין מיפך, ולכך פשוט דלא שייך לומר דין שכנגדו על חיוב תשלומין, ועי' בתוס' שבועות מ"א א' ד"ה ולמר דהביאו מסדר תנאים ואמוראים דמיפך היינו דינא דשכנגדו בחשוד, ע"ש.

(ב) אולם הנה בתוס' הביאו מנסכא דר"א, וקשה כיון דדינא דשכנגדו הוא מדין מיפך לא שייך לומר כן בנסכא, דהא אין עליו חיוב שבועה דדידי חטפי, וממילא אין מה להפוך על התובע, ולישבע דחטף ודאי לא בעי' דהרי הנתבע מודה בה, ועי' להלן סק"ג מחזו"א.

(ג) ובעיקר הדבר, הנה עי' בש"ך סי' פ"ז ס"ק ל"ח דהביא מהעיסור דהוכיח דשבועת היסת בעי נקט"ח מהא דפריך השתא נמי דליתא לדר"ח נחייביה מדר"נ, והא נפק"מ לנקט"ח, וע"כ דגם אי נחייבי' מדר"נ בעי נקט"ח, וועי' בקצוה"ח שם ס"ק י"ז ובגליון רע"א דדחו דלהו"א דאמרי' שכנגדו בחשוד הרי לעולם יכול לומר לא בעינא ממך רק שבועת היסת בלא נקט"ח, ועי' בחזו"א סי' י" ס"ק ט"ו דתמה דודאי שכנגדו אינו היפוך השבועה, אלא דנאמר הלכה דכל הנוטלין אין נוטלין אלא בשבועה, וממילא גם בחשוד על שבועה דרבנן צריך הנוטל לישבע בנקט"ח, והביא לזה ראייה מקו' תוס' דנימא דין שכנגדו בכל מחוייב שבועה, ואי הוי מדין מיפך לא שייך לומר דין שכנגדו היכא דחייב לשלם, וכתב דק"ו הוא אם בנתבע דחייב שבועה דאו' אין התובע נוטל אלא בשבועה, כ"ש דחייב שבועה מדרבנן דאינו נוטל בלא שבועה, וכע"ז תמה בשער המשפט סי' פ"ז ס"ק י"ד.

(ד) ובעיקר קו' החזו"א י"ל דאין קו' תוס' דנימא בכל מתוך שבועת כנגדו, אלא קו' תוס' אמאי בעי' שבועה בשכנגדו, הרי יש לו דין מתוך.

שם - וי"ל וכו' לא שבקת וכו'. והיינו דאעפ"י דאיכא דין מתוך, מ"מ תקנו דהתובע ישבע, וכ"ה להדי' בתוס' צ"ח א' ד"ה מתוך, ויל"ע דכ"ז שייך במודה במקצת, אבל בשבועת ע"א לא שייך טעמא דלא שבקת, ומדוע בחשוד לגבי שבועת ע"א איכא דין שכנגדו, וצ"ל דהוא מדין לא פלוג.

(א) שם - ועוד דהתם וכו' הוא ברצון וכו'. וצ"ב מה אכפ"ל דהוא רוצה, הרי סו"ס כיון דהוא פסול לשבועה מחמת דהוא חשוד נימא מתוך.

ב) והנה בתוס' ב"ק ק"ח א' הק' איך משכח"ל תרי כפילי הא כבר נעשה חשוד בכפירה קמא, ותי' דחשוד על השבועה אינו נפסל אלא מדרבנן, אולם מדאור' הוא חייב כפל, ובקצוה"ח סי' צ"ב סק"א תמה דהרי בגמ' פריך על כל מודה במקצת דחשוד אממונא חשוד אשבועתא, ומבואר דחשוד פסול מדאור', ועי' חזו"א סי' ט' סק"א דביאר דודאי אין כוונתם דמדאור' הוא נאמן לישבע, דודאי גם מדאור' הוא חשוד לשקר, אלא כוונתם דמדאור' אם קפץ ונשבע הוא פטור, אלא דאנן לא משביעין אותו, אולם מדרבנן אף אם קפץ ונשבע הוא חייב, וכתב החזו"א [במוסגר] דזהו כוונת תוס' כאן דהא מדאור' קפץ ונשבע פטור, אלא דאין בי"ד סומכין על שבועתו ואין משביעים אותו, ולכך לא שייך בזה דין מתוך, וע"ע בכ"ז בחי' ר"ש ב"מ סי' ז'.

ג) והנה בתוס' ב"ק כתבו דכן מוכח מהא דקתני במתני' דשבועות לדינא דשכנגדו, וצ"ב כוונתם, ועי' בחזו"א דביאר דכוונתם ליישב הא דבארו בכתובות פ' א' דתנא דמתני' לא נקט אלא הנהו דאין נוטלין ללא השבועה, וקשה הרי בדינא דשכנגדו לולי השבועה היה חייב לשלם מדין מתוך, ומכח זה הוכיחו תוס' דע"כ דאינו פסול מדאור', ולא שייך מתוך בחשוד, ולכך שנאו התנא בכלל הנהו דאין נוטלין מעיקר הדין, וכ"כ בנחל יצחק סי' צ"ב ס"ג ענף א'.

ד) והנה לדברי החזו"א עולה דמחמת דינא דאין מוסרין לו שבועה נמי איכא דין מתוך, ולכך מדאור' איכא דין מתוך בחשוד, אלא דאם קפץ ונשבע נפטר, ודינא דשניהם חשודים ביאר החזו"א דמיירי בציית ואינו נשבע, אבל בקפץ מדרבנן דפסלוהו אמרי' שכנגדו, ויוצא מדבריו דכל שפסלו מדרבנן אין בו דין מתוך מדאור' ולכך הוצרך לבאר דאף מדאור' אין מוסרין לו שבועה, ועוד נלמד מזה דאעפ"י דדינא דשכנגדו הוא לטובת הנתבע דמעכבין הנטילה, מ"מ איכא דין שכנגדו דמחדשין הנטילה, דהרי בקפץ כתב החזו"א אמרי' שכנגדו, והכא הרי ליכא מתוך מדאור', דהא ס"ל לחזו"א דפסול דרבנן אינו גורם לאי"ל מדאור', ומ"מ ס"ל דאיכא דין שכנגדו.

ולפי"ז בשניהם חשודין וקפץ ונשבע פטור לגמרי, ולא אמרי' חזרה למחוייב לה, וכיון דהב' נמי חשוד הוא נפטר.

ה) עי' נתה"מ סי' ע"ב ס"ק כ"ה דכתב להוכיח מתי' ב' דתוס' דנתחייב שבועה ונשתטה, דהשתא אינו יכול לישבע מחמת אונס, ליכא דין מתוך, ואף לתי' קמא באונס ליכא מתוך, וצ"ב מ"ש מכל מי שאינו יכול לישבע מחמת דאינו יודע או דהוא חשוד, דאינו אנוס, וצ"ב.

הנה בעיקר תי' התוס' דנו האחרונים אם הוא סברא בדאור' או רק מדרבנן, הב"ח סי' צ"ב והגר"א שם ס"ק כ"א וקצוה"ח סי' ע"ה ס"ק י"א נקטו דהוא דין דאור', אולם בתומים סי' צ"ב סק"י ונוב"י תנינא חו"מ סי' ט' והגהות ראמ"ה וחזו"א סי' ט' סק"ג נקטו דהוא רק מדרבנן, ויש בזה כמה נפק"מ וכדלהלן -

א) עי' בהגהות ראמ"ה דהק' על תי' ב' דתוס' מהא דשניהם חשודין ס"ל לר"א דאמרי' מתוך, והוכיח מזה דע"כ גם לתי' בתרא איכא חיוב תשלומין מדאור', ותי' בתרא הוא רק סברא בתקנה, וכן ביאר החזו"א סי' ט' סק"ג, והוסיף החזו"א לבאר דעיקר קו' תוס' אמאי בנ' ידענא ונ' לא ידענא לא תקנו דשכנגדו יטול רק ע"י שבועה, וע"ז תי' בתי' ב' דתקנו כן כדי להפיס דעתו מחמת דהוא רוצה לישבע אלא דאינו יכול, אולם צ"ב דלשון תוס' "ולכך לא ישלם" ועוד צ"ב מ"ש דבאינו יודע לא תקנו להפיס דעתו, ובחשוד תקנו להפיס דעתו.

ב) ובעיקר קו' ראמ"ה וחזו"א מהא דבשניהם חשודין אמרי' מתוך, עי' דברי חיים טו"נ סי' ל"ב די"ל דהא גופא היה התקנה דהיכא דגם התובע חשוד נשאר על עיקר התקנה דאמרי' מתוך בחשוד, אבל מדאור' באמת הוא פטור, אולם עי' בחזו"א ס"ק ג' דהק' על תי' ב' דתוס' איך מוכיח הגמ' מרו"ש דחזרה לסיני דפליגי על ר"א בדין מתוך, הרי יתכן דבעלמא איכא דין מתוך, אלא דס"ל כתי' בתרא דתוס' דליכא מתוך בחשוד.

אולם העירו דלתי' ב' דתו' בשבועות דבאמת כל הראיה דרו"ש ל"ל דין מתוך הוא מדינא דיורשים, דלא אמרי' יחלוקו, א"ש דבאמת מדינא דתרווייהו חשודים לא הוכיח הגמ' דרו"ש ס"ל דלא כר"א.

ג) עי' ברמב"ם פ"ב מטו"נ ה"ד דשומר חשוד שטוען דהפקדון נגנב, ושכנגדו אין יכול לישבע וליטול כיון דטוען שמא, פטור השומר, ועי' בטור סי' צ"ב ס"ח דהרמ"ה ורבינו ישעי' פליגי דכיון דאין התובע יכול לישבע וליטול הוא נוטל בלא שבועה, ועי' בב"ח שם דביאר דהרמב"ם ס"ל כתי' ב' דתו' דליכא דין מתוך בחשוד, וליכא נפק"מ במה דהתובע אינו יכול לישבע וליטול, ולכך ס"ל להרמב"ם דהשומר פטור, אולם הרמ"ה ור"י ס"ל כתי' קמא דתוס' דטעמא משום דלא שבקת חיי וממילא בשומר דהוא חשוד לא שייך לא שבקת כיון דמי יכריחנו לקבל עליו שמירה, וכן הרי כל החיוב שבועה הוא רק מחמת טענת גניבה, והדרינן לעיקר דינא דחייב השומר מדין מתוך.

ועי' היטב בביאור הגר"א סי' צ"ב ס"ק כ"א, ויוצא מדבריו נמי דדעת הרמב"ם דליכא דין מתוך בחשוד, ובדעת הרמ"ה ור"י ביאר הגר"א דס"ל דתקנו שבועה לחשוד היכא דאפשר, אבל היכא דא"א הדרינן לעיקר הדין דאמרי' מתוך, ומבואר דהב"ח והגר"א ס"ל דתי' בתרא הוי סברא מדאו', והוי תקנה לתובע, אולם לתי' קמא הוי לטובת הנתבע.

ד) עי' בתומים סי' צ"ב סק"י דתמה על הב"ח דהנה הרא"ש כתב רק לתי' קמא, והיינו דאיכא דין מתוך מדאו', וקשה דא"כ אמאי לא הביאו הטור דע"כ פליג על הרמב"ם בדינא דשומר חשוד, ולכך נקט התומים דודאי לב' התי' אינו משלם מדאו', אלא דקנסו דיהא בגדר מתוך, אלא דהיה קשה לתו' אמאי תקנו דשכנגדו נשבע, ולא העמידו את זה בעקר התקנה דומיא דינא דמתוך דנוטל בלא שבועה, ועי' תי' לב' התי', ע"ש, אולם לשון תוס' ב"מ צ"ח א' ד"ה מתוך "ה"נ הול"ל מן הדין בחשוד על השבועה אלא תקנו וכו'" ומבואר להדי' דקו' דמעיקר הדין יטול בלא שבועה. ועי' בנוב"י תנינא חו"מ סי' ט' דכתב על דברי הב"ח דהם שלא בדקדוק ובודאי גם לתי' ב' דתוס' מעיקר הדין הוא נוטל שלא בשבועה, אלא דתקנו חכמים דלא ישלם עד שכנגדו ישבע, כיון דהוא רוצה לישבע אלא דאין מניחין לו לישבע.

ה) עי' בט"ז סי' צ"ב דהק' על דינא דהרמב"ם דשומר חשוד פטור, מהא דמבואר דבשניהם חשודין ס"ל לר"א דאמרי' מתוך, ומ"ש דבשומר חשוד דאין המפקיד יכול לישבע פטור השומר, וביאר הט"ז דדעת הרמב"ם דליכא דין מתוך בטענת שמא, וכ"כ באו"ש פ"ג מטו"נ ה"ו ובחזו"א סי' ט' סק"ב, והוסיף החזו"א דאין להק' דהרי סו"ס כיון דחייב השומר להחזיר הפקדון או להוכיח דנאנס, ואינו יכול להוכיח דנאנס, יהא חייב לשלם, דודאי ע"ז לא נשתעבד, ע"ש, [ועי' בנוב"י אהע"ז סי' ל"ג דכתב בתו"ד דע"כ הרמב"ם ס"ל דאיכא דין מתוך בחשוד, דהא פסק דבשניהם חשודים חייב לשלם].

אולם צ"ב דא"כ גם באופן דהשומר אינו חשוד אלא אינו רוצה לישבע נמי נפטרנו משום דהמפקיד מסופק אם השומר חייב לו.

ו) אולם עי' בקצוה"ח סי' צ"ב סק"ז דכתב דמדברי ר"י והרמ"ה מוכח דאיכא דין מתוך בטענת שמא, ואף הרמב"ם מודה להא, אלא דס"ל דשאני הכא דהתובע אינו יכול לישבע, אבל היכא דהנתבע אינו יודע דהתובע אינו צריך שבועה, איכא דין דין מתוך, ולדברי הקצוה"ח הרי ע"כ צ"ל כהב"ח דטעמא דהרמב"ם משום דליכא דין מתוך בחשוד, וקשה מדינא דשניהם חשודים, וצ"ע.

ולסברת הדברי חיים דבשניהם חשודים העמידו על עיקר התקנה דאמרי' מתוך, י"ל דשאני שומר חשוד דכיון דהמפקיד אינו יכול לישבע, דהא אינו יודע, אינו בכלל התקנה, דכל התקנה נתקנה דשכנגדו ישבע, אבל היכא דלעולם לא משכח"ל דיוכל לישבע אי"ז בכלל התקנה, [ולפי"ז ליכא ראיא דבתביעת שמא ליכא דין מתוך].

א) הנה בעיקר הנידון אם מדאו' אמרי' מתוך בחשוד, מצינו בזה גם בראשונים, דהנה הרמב"ן הרשב"א והר"ן ריש כל הנשבעין כתבו דהתנא נקט רק להנך דאין נוטלין מעיקר הדין, ותמהו הרי דינא דשכנגדו נוטל מעיקר הדין מדין מתוך, ותי' דנקט בשביל ריו"ס דס"ל יחלוקו דל"ל מתוך, ומבואר להדי' דיש דין מתוך בחשוד, אולם עי' בריטב"א

דלא הק' כן, וכן בתוס' בכתובות פ' א' לא הק' כן [ועי' חזו"א סי' ט' ס"ק ד' ד"ה והא] ועי' בריטב"א כתובות פ"ח א' דכתב להדי' "אבל שכיר ונגזל ושכנגדו חשוד על השבועה שאין דינם מן התורה ליטול אפילו בשבועה ורבנן עשו להם תקנתא לישבע וליטול אם נטלו שלא בשבועה מפקינן מיניהו".

(ב) ובב"מ ג' ב' הק' הרמב"ן והרשב"א על רש"י דביאר דילפינן בק"ו דל"א מיגו דחשיד בהעדאת עדים, דהרי ק"ו אתי לחומרא ולא להקל, והכא כיון דהוא חשוד הרי מעיקר הדין נוטל התובע שלא בשבועה מדין מתוך, [ומדרבנן בשבועה], ועי' הק"ו הנתבע נפטר בשבועתו, אולם בדעת רש"י צ"ל דמדאו' ליכא דין מתוך בחשוד, ולכך אי"ז ק"ו להקל מדאו', [וצ"ע דהריטב"א הביא שם לקו' זו, אעפ"י דכתב להדי' בכתובות דאינו נוטל מדאו'].

(ג) עי' ברשב"א שבועות ל"א א' דהק' בהא דאמר ר"פ ל"ב ב' דהכל מודים בשכנגדו, ופריך אי לזה חשוד הרי אין לחייב את העדים דמי יימר דהמלוה היה נשבע, והק' הרשב"א הרי הוכיח שם ממשחק בקוביא דכל דכשר מדאו' ופסול מדרבנן איכא דין שבוה"ע, והרי מדאו' היה נוטל שלא בשבועה, ואמאי ליכא דין שבוה"ע, ובביאור הגר"א סי' צ"ב ס"ק כ"א הוכיח מכח קו' זו דע"כ מוכח דמדאו' ליכא דין מתוך בחשוד, וממילא שומר חשוד פטור, ועי' בחי' ר"ש סי' ז' דיישב עפ"י תוס' ב"ק דחשוד פסול רק מדרבנן, וא"כ הרי ממנ"פ, מדאו' היה נשבע החשוד ונפטר, ומדרבנן מי יימר דהתובע משתבע, ע"ש דהאריך בזה.

(א) גמ' - השתא נמי וכו' היסת וכו' ותקנתא וכו'. עי' בהגהות ראמ"ה דהק' דבשלמא אי נימא דבחשוד ליכא דין מתוך, ותקנו נטילה בשבועה לטובת התובע, הרי שפיר י"ל דבאופן דכל החיוב שבועה הוא רק מדרבנן כנגד הנתבע, ליכא דין שכנגדו דהוי תקנתא לתקנתא, אבל אי נימא דמדאו' איכא דין מתוך בחשוד אלא דתקנו לטובת הנתבע דהתובע אינו נוטל בלא שבועה, הרי אי"ז תקנתא לתקנתא, דכל התקנה הוא להגביל את החיוב תשלומין של החשוד. (ב) וכן יש להק' עוד להצד דבחשוד איכא דין מתוך, דהנה דעת תוס' בכ"ד דבשבועה דרבנן ליכא דין מתוך, וא"כ מאי פריך דאיכא שכנגדו על היסת, הרי לא מצינו דינא דשכנגדו רק באופן דיש חיוב תשלומין, דתקנו לטובת הנתבע דלא יוכל ליטול בלא שבועה, אולם היכן מצינו דינא דשכנגדו באופן דליכא חיוב תשלומין לנתבע, ועמד בזה בתומים סי' צ"ב סק"י, וכתב דהוא קושיא חזקה, והוכיח מזה התומים דע"כ ליכא דין מתוך בחשוד ותקנת שכנגדו הוא דחדשו חיוב נטילה ע"י שבועה, ובקצוה"ח סי' ע"ה ס"ק י"א כתב דהוא ראייה לתי' בתרא דתו' דבחשוד ליכא דין מתוך, אולם עדיין קשה לתי' קמא, וכן הרי נתבאר כן בדעת כמה ראשונים דאיכא דין מתוך בחשוד, וא"כ קשה אמאי קרי ליה תקנתא לתקנתא.

(ג) והנה בתוס' כתבו דליכא מתוך כדפי' לעיל, ועי' בחי' רע"א דביאר דהיה קשה לתוס' דהא כיון דאיכא דין מתוך הרי לולי התקנה היה חייב לשלם, וא"כ כיון דהוי תקנתא לתקנתא הרי הדרינן לעיקר הדין דישלם, ועי' תי' תוס' דליכא דין מתוך בדרבנן, אלא דהיה קשה לגמ' דלבתר דתקנו נימא נמי דין שכנגדו בדרבנן, ועלה משני דהוי תקנתא לתקנתא, ומבואר חידוש גדול דקו' הגמ' דיהא דין שכנגדו מחודש גם באופן דליכא דליכא חיוב תשלומין, וא"ש קו' הנ"ל.

(א) תוס' ד"ה ותקנתא - ומתוך וכו' לא שייך הכא כדפרישית. עי' מהר"ם דדן אי כוונתם להא דליכא דין מתוך בדרבנן כדבריהם ג' ב', או כוונתם להא דכתבו בע"א דליכא דין מתוך בחשוד, ועי' תוס' הרא"ש דמבואר להדי' דהכוונה לדבריו ג' ב'.

ויל"ע הרי בשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסי' ומה שייך לומר דאם אינו נשבע הוא ישלם בדרבנן, ובאמת דצ"ב עיקר נידון הגמ' דנימא שכנגדו בהיסת, הרי גם באינו חשוד אלא דאינו רוצה לישבע לא נחתינן לנכסי', ומהיכ"ת דבחשוד יטול בשבועה, וצ"ע בכ"ז.

(ב) עי' ביאור הגר"א סי' ע"ה ס"ק מ"ב בליקוט א' דכתב דכוונתם לדבריהם ג' ב' בדברבנן ליכא דין מתוך, אולם בחשוד איכא דין מתוך כתי' קמא דתוס', אלא דתקנו משום לא שבקת, וכל הטעם רק משום דברבנן ליכא דין מתוך, וביאר דזהו כוונת תוס' בכתובות י"ח דמפ"ק דב"מ מוכח דליכא דין מתוך בדברבנן, והיינו כדבריהם בדף ג' ב' הנ"ל, אולם בליקוט הב' כתב בביאור כוונת תוס' בכתובות דכוונתם להא דמבואר בסוגיין דליכא שכנגדו בדברבנן, והוסיף הגר"א דכוונת תוס' בסוגיין הוא לדבריהם בע"א דבחשוד ליכא דין מתוך משום לא שבקת, ותמה על הג"א דהרכיב לב' דברי התוס', הרי יש בהם מחלוקת אי אמרי' מתוך בדברבנן.

(ג) וצ"ב לדבריו דקאי על תוס' בע"א דהיה לו להביא לדבריהם בתי' בתרא, דהא לתי' קמא מדאו' אמרי' מתוך, ובשו"ת רע"א ח"ב סי' קט"ז ביאר די"ל דאף בדברבנן אמרי' מתוך, והא דחשוד פטור בדברבנן היינו לתי' בתרא דתוס' דבאמת חשוד פטור לגמרי, ונמצא דאף בדאו' חייב התשלומין הוא מדברבנן, ולכך הוי תקנתא לתקנתא, אבל בעלמא דהחייב תשלומין מדאו' אמרי' מתוך אף בדברבנן.

(ד) והנה אי נימא דכוונת תוס' לדבריהם בע"א הרי אכתי תקשי לתי' קמא אמאי חשיב תקנתא לתקנתא, ובפרט לדברי הנוב"י דלב' התי' אמרי' מתוך בחשוד מדאו', ועי' בחזו"א סי' ט' סק"ג ד"ה ב"מ בתוה"ד והיה אפשר לפרש וכו', וצ"ב.

(א) עי' קצוה"ח סי' צ"ב סק"י דהביא משו"ת מהרש"ך דהק' על תוס' דאי כוונתם להק' דמ"מ נימא מתוך, וע"ז תי' דליכא מתוך כתי' קמא דלעיל, הרי תקשי על עיקר קו' דהא דינא דר"נ הוי דרבנן ודינא דמתוך נמי הוי דרבנן ותקנתא לתקנתא וכו', והביא דשו"ת מהר"ש הלוי תמה עליו דאדברא זה גופא כוונת תוס' לתרץ דליכא דין מתוך הכא כמו דפי' לעיל דליכא דין מתוך בדברבנן משום דהוי תקנתא לתקנתא, ובקצוה"ח תמה דדינא דמתוך הוא דין דאו', אלא דקשה אמאי לא אמרי' מתוך בדברבנן, והביא דמהר"ש הלוי תמה עוד אמאי בדף מ"א לא משני הגמ' דנפק"מ בין שבועה דאו' לדברבנן בדין מתוך, וביאר הקצוה"ח דבאמת יש דין מתוך בדברבנן, אלא דלא משכח"ל, דהא בחשוד הרי ליכא דין מתוך כיון דברצון ישבע אם נניחנו, וכן הרי מדאו' הוא יכול לישבע, ובאומר איני יודע הרי איכא נמי שבועת איני יודע, [וכמבואר בתוס' ד"ה אין], אבל בדאו' ליכא שבועת א"י ולכך חייב לשלם, עכתו"ד, וכ"כ בסי' ע"ה ס"ק י"א והוסיף דאף לתי' קמא דמדאו' אמרי' מתוך בחשוד, מ"מ כיון דכל פסולו מדברבנן הוי תקנתא לתקנתא, ומבואר דנקט דאעפ"י דבשבועה דרבנן יש דין מתוך, מ"מ בשבועה דרבנן וחשוד הוי תקנתא לתקנתא, כיון דבחשוד ליכא דין מתוך, ולדברי הקצוה"ח ע"כ דכוונת תוס' לדבריהם בע"א, דהא ס"ל דשייך דין מתוך בדברבנן.

ועי' בשו"ת מהר"ש שם דיישב הא דלא נקט הגמ' דנפק"מ בין דאו' לדברבנן בדין מתוך, משום דהגמ' שם משני דנפק"מ לשכנגדו, וע"כ נכלל בזה נמי הנפק"מ דמתוך, דאל"כ תקשי דאעפ"י דאין התובע נשבע ונוטל בדברבנן, מ"מ נימא דהנתבע ישלם מדין מתוך, דדמי לשניהם חשודים, דאמרי' מתוך, וע"כ דליכא דין מתוך בהיסת. ובעיקר דברי הקצוה"ח דלתי' קמא טעמא דהוי תקנתא לתקנתא משום דחשוד פסול רק מדבנן, צ"ע דהא בתוס' מבואר דמעיקר הדין אמרי' מתוך, והא כיון דכל פסולו מדברבנן לא שייך בו דין מתוך, דהא מדאו' הוא יכול לישבע, וי"ל דס"ל לקצוה"ח דמדאו' ודאי לא שייך בו דין מתוך כיון דכשר מדאו' ומדברבנן דפסלוהו אין בו דין מתוך אלא מדברבנן, [ולא מדאו'], ולכך מדברבנן היה ראוי דישלם, ומשום לא שבקת ביטלו לדין מתוך, אולם עכ"פ כיון דכל עיקר דין מתוך בחשוד הוא רק מדברבנן שפיר חשיב תקנתא לתקנתא.

**בס"ד**

### **יורשים מן היורשים**

**מ"ח א'**

גמ' - ה"ק וכן היתומים מן היתומים וכו'. עי' רמב"ן דה"ה ביתומים דפגמו שטרן או ע"א מעידן שהוא פרוע, דאינם נוטלין בלא שבועה, ונקט לגוונא דיתומים מן היתומים משום דינא דרו"ש, אולם עי' ברשב"א דהק' מדברי התוספתא דקתני דיפה כח היורש מכח האב, ע"ש, ולכאור' כוונתו להוכיח משם דכל דהאב עדיין לא נתחייב שבועה, ליכא דין שבועה על היורשים, ועי' בתוספתא דנמצא שם להדי' כגוונא דהרמב"ן, אולם הרשב"א לא העתיקו, וצ"ב, ועי' להלן משו"ת מהר"ם דלכאור' פליג עלה.

גמ' - אילמא מלוה וכו'. עי' בר"י מגאש דכתב "אלא עד דטעין לוח ואמר לישתבע ליי" והיינו דאי טעין מהאב לישתבע לי היו היורשים חייבים נמי לישבע, אולם הגמ' לא מיירי בכה"ג, ועי' בב"י סי' ק"ח

אולם עי' בשו"ת מהר"ם ד"פ סי' קמ"ג דהק' אמאי לא משני הגמ' דמיירי דטוען הלוח אשתבע דל"פ דכה"ג האב לא היה גובה בלא שבועה, ואינהו צריכים לישבע שבועת היורשים, והוכיח מזה המהר"ם דלא תקנו שבועת היתומים רק לטובת יתומים הנתבעין לשלם, אבל היכא דאין הנתבע יתום שקלי בלא שבועה, והא דמבואר דפוגם ומת דצריכים לישבע היינו משום דכבר נתחייב האב שבועה, והוי תקנה לטובתם, וכדחזי' לרו"ש דכיון דא"א מוריש שבועה, אין נוטלין כלל, ותקנו שבועת היורשים לטובתם דיטלו ע"י השבועה, אבל כשהיורשים נתבעים לשלם, פטורים משבועה כיון דלא תקנו לרעת היתומים, ע"ש בכל דבריו, ולכאור' לדבריו ביתומים דפגמי את השטר ליכא דין שבועה.

א) גמ' - ואין אדם מוריש שבועה לבניו. עי' לשונות רש"י מ"ז א' ומ"ח א', וצ"ב כוונתו, ועי' ספר התרומות שער י"ד ח"ב דין ג-ד דהביא דנחלקו הראשונים בנתחייבו היורשים בשבועת היורשים ומתו האם יכולים יורשי היורשים לישבע שבועת היורשים או לא, וכתב הבעה"ת דפלוגתייהו תלוי האם החסרון בהא דא"א מוריש שבועה הוא משום דאין יכולים לישבע את השבועה שנתחייב אביהם, וממילא ביתמי דיתמי הרי יכולים לישבע, או דהחסרון הוא משום דכל ממון שאין אדם יכול לגבות אלא בשבועה אינו זוכה בו עד שישבע, וכשמת ולא נשבע אינו יכול להורישו לבניו, ולכך ה"ה דיתמי דיתמי אין יכולים לישבע, והביא דכ"כ בספר העיטור להדי', וכ"כ בביאור הגר"א סי' ק"ח ס"ק מ"ד.

ב) עי' ברמב"ן דהביא מהרב הנשיא אל ברגלוני דיתמי דיתמי א"י להשבע, ותמה ג' קו' - חדא כיון דבלא"ה אין נשבעין כעיקר התקנה, אין נפק"מ בשבועה דתרווייהו חדא טכסיסא, ועוד הק' דאף דמצינו דליכא ירושה על שבועה בטענת ברי, מ"מ שייך ירושה בשבועת ספק, ועוד הק' דהא חזי' דבמת לוח בחיי מלוה מפסידים היתומים אלמא שבועה דלא פקדנו אינה עיקר השבועה, אלא עילה מצאו לפרוע שטר, והביא ראיה מהא דנולד אחר מיתת אביו נשבע רק שבועת היורשים [שלא נמצא שטר בין שטרותיו], ויתמי דיתמי נמי נשבעין הך שבועה דחדא טכסיסא הוא, עכתו"ד.

ודבריו צ"ב, דקו' קמא דחדא טכסיסא הוא, וכן קו' ב' דיש חילוק בין שבועת ברי לשבועת ספק, אינו מובן, דהרי ביאר בסה"ת דדעת הרב הנשיא דהוא חסרון בעיקר הירושה, ומה הנפק"מ דהוא חדא טכסיסא, או

דהוא שבועת שמא, ומה דהק' עוד ממת לוח בחיי מלוה, אינו מוכן דהא זה גופא ביאר הרב הנשיא דיתמי דיתמי נמי דומה להא, ומה דכתב אלמא אינו עיקר השבועה, אינו מוכן כוונתו, דהא להרב הנשיא הטעם הוא משום דכל דנתחייב שבועה ולא נשבע אינו יכול להורישו, ומה מוסיף לנו דיכולים לישבע שבועת היורשים, ומה דהביא הרמב"ן ראייה מנולד לאחר מיתת אביו, צ"ע דהתם הרי רק שבועת היורשים הוא דנתחייב, ושפיר נשבע.

ג) וי"ל דהרמב"ן הבין בדברי הרב הנשיא דסברתו אינו כמו דביאר הבעה"ת דהוא חסרון בדין ירושה, אלא דהוא הלכה דאין היורשין יכולים להפטר אלא באותה השבועה דהיה אביהם צריך לישבע, דכיון דחייל חיוב בירור של שבועה דלא נפרעתי על הגביה, א"א לתובעו ללא הבירור דחל בממון, ויתמי דיתמי נמי אינם נשבעין דלא פקדנו אבי אביהם, כיון דאי"ז בירור גמור כמו הבירור דאביהם, שהרי הם אינם יכולים לישבע דלא פקדנו הסבא, משא"כ היתומים נשבעין דלא פקדנו המלוה.

וע"ז תמה הרמב"ן דדוקא לגבי השבועה דלא נפרעתי תקנו דאינו נוטל אלא אם ישבע שבועה זו, אבל שבועה דלא נפקדתי הרי אינה עיקר התקנה כיון דאינו בירור גמור, אלא דמ"מ תקנו דמה שאפשר לברר ישבעו היתומים, ובהא ליכא דין דאם חל דין שבועה בממון אינו נוטל אלא בשבועה זו, דסו"ס חדא טכסיסא הוא, וזהו נמי דתמה בקו' הב' דהרי דוקא שבועה דלא נפרעתי דהוי טענת ברי תקנו דהשבועה מעכבת את הנטילה, אבל היכא דבלא"ה הוי טענת שמא, הרי אין נפק"מ אם זה שבועת היורשים או יורשי היורשים, דסו"ס תרוייהו אינם בירור כטענת ברי, והוסיף הרמב"ן עוד דכיון דבמת לוח בחיי מלוה לא מהני שבועה דלא פקדנו, ע"כ דאי"ז עיקר השבועה, אולא הוא רק עילה לגביית החוב, וממילא גם על יורשי היורשים שייך לומר דסגי בשבועתם כדי דלא יהא נטילה בלא שבועה, והביא ראייה מהא דנולד לאחר מיתת אביו דאף שבועה דלא פקדנו אינו יכול להשבע, ומ"מ יכול ליטול ע"י שבועה דלא מצאתי שטר בין שטרותיו דמוכח דלא היה תקנה דישבע דוקא שבועה שלא פקדנו, אלא כל מה דאפשר לישבע הוא שנשבע, וסגי בבירור כל דהו, וה"ה ביתמי דיתמי, כיון דהוא רק עילה, סגי בשבועתם דלא נפקדנו מהיתומים.

ג) עי' ברמב"ן דהלוקח שט"ח ומת הלוח אחר שלקחו, הרי"ז כמת מלוה בחיי לוח, אבל במת הלוח קודם שלקחו כבר נתחייב המוכר לבני לוח שבועה וא"א מוכר שבועה לאחר, והוסיף הרמב"ן בתו"ד דאעפ"י דאם המלוה חי הוא חייב לישבע, מ"מ אם מת אינו מעכב על גביית החוב, כיון דאין עליו עיקר החיוב, וכו', ע"ש, והנה אי נימא דהחסרון בהא דא"א מוריש שבועה הוא כדברי העיטור דכל ממון דחייב בשבועה אינו זוכה בו עד שישבע, ואין לו מה להוריש, הרי ודאי דלא אכפ"ל דהמוכר נתחייב בשבועה אחר המכירה, וע"כ מוכח מהרמב"ן דכל החסרון הוא דכל דחייל דין חיוב שבועה על הנטילה אינו יכול ליטול בלא שבועה, ולכך הק' דאף לאחר המכירה הרי חייל שבועה על הגביה של המוכר, וע"ז תי' דשבועה זו אינה מעכבת.

ד) עי' בקצוה"ח סי' ק"ח בדין שטר ממרני דאין כתוב בו שם המלוה, אי אמרי' ביה א"א מוכר שבועה או לא, וכתב להביא ראייה מדברי הרשב"א דהובא בדרכ"מ דשייך בזה החסרון הנ"ל, וע"ע בשו"ת הרשב"א ח"ב סי' קל"ה דהאריך בזה.

א) גמ' - שבועה זו מה טיבה. עי' רש"י והגהת הב"ח, והנה אי נימא דלא כהגהת הב"ח הרי מתבאר דטעמא דר"א דכיון דסו"ס איכא שבועת היורשים מתקיים בזה דין שבועת הנוטלין, אולם להגהת הב"ח מתבאר דקו' ר"א אמאי עיכוב השבועה גורם להפסד הממון, ולשון מה טיבה צ"ב.

ב) ואולי הכוונה בזה דיסוד הדין דרו"ש הוא דבתקנת השבועה נכלל ביטול הזכות גביה, ולכך באינו יכול לישבע מפסיד, [ומוכן היטב להצד דהוא חסרון בעיקר הירושה, דכ"ז מוכן לפי הצד דביטלו את הזכות גביה], וזהו דהק' ר"א שבועה זו מה טיבה, דודאי לא ביטלו את הזכות גביה, וכל השבועה הוא רק לבידור, ושייך בזה ירושה.

ג) ועי' בתוס' מ"ז א' דכתבו דטעמא דר"א משום דס"ל דשבועה דרבנן לא אמרי' מתוך שאין התובע נשבע מפסיד, וזהו כסברא הנ"ל דאף דא"א מוריש, מ"מ אין החיוב שבועה מעכב, ועי' היטב בר"י מגאש דביאר דטעמא דר"א דנעשה כמי שלא נתחייב שבועה מעולם, ונראה דכוונתו כהנ"ל דכיון דאין התקנה ביטול הזכות גביה, ממילא כל דא"א לישבע הרי"ז כאילו לא היה חיוב שבועה מעולם, וגובה בלא שבועה.

א) גמ' - אלא אמר רב אמי וכ' עמד בדין וכו' מתקיף לה ר"נ אטו וכו'. יל"ע לרש"י כתובות פ"ז א' דדינא דהבא ליפרע מנכסי יתומים הוא מדין טענינן דאשתבע דל"פ, הרי מסתברא דכל שלא טען המלוה ליתומים בבי"ד לא חייל דין טענינן, ולא נתחייב שבועה, וצ"ע.

ב) עי' רמב"ן דירשי המלוה גובין מלקוחות, אף לרו"ש, כיון דלא שייך לומר דכבר נתחייב שבועה, דהא יתכן דיגבה מבני חורין, וצ"ב הרי מעיקרא חייל דין דאם יגבה מלקוחות הוא חייב שבועה, ובשלמא אם הוא חסרון בדין הירושה, שפיר י"ל דכיון דיכול לגבות מבני חורין ליכא חסרון בעיקר הממון, אבל אי נימא דכל דחל חיוב שבועה אין יכולים לגבות ללא שבועה, הרי מעיקרא נמי חייל דין שבועה ודאית דא"י לגבות מלקוחות בלא שבועה, וי"ל דמ"מ כיון דאינו ודאי דיתחייב שבועה אינו נחשב כמחוייב שבועה, [אולם לכא' לא גרע מדין טענינן, עי' סק"א] וצ"ע.

ג) ועי' חז' הריטב"א דדהביא מהרמב"ן דטעמא דגובין מהלקוחות משום דאין לו גוביינא עליהם עד שיעמוד בדין עם הלוח על נכסים בני חורין, ויתנו לו בי"ד רשות לגבות מלקוחות, ולכך אי"ז בכלל א"א מוריש שבועה, ולכא' נפק"מ בין הטעמים במת לוח בחיי מלוה, ולא מצו לתבוע מיורשי הלוח, אם גובין מלקוחות או לא, דלפי הריטב"א כה"ג גובין מלקוחות, ולהרמב"ן אין גובין מלקוחות.

גמ' - אלמא ממספקא ליה. עי' רש"י דמוכח דליתא לדרו"ש, אולם עי' בעל המאור דהביא מהר"מ בר יוסף דשמעי' דאית לי' לדרו"ש, ועי' במלחמות דתמה, ועי' ריטב"א.



גמ' - לדבריו דר"מ קאמר. עי' ש"ך סי' צ"ב סק"ט דהק' לדעת הר"ן דקו' הגמ' דר"נ ודאי ס"ל כרו"ש, מאי משני לדבריו דר"מ קאמר, וכתב דגרסינן לדבריו דר"א קאמר, אולם ברש"י מבואר כגרסא דידן.

גמ' - שלא בשבועה כרשב"ג. עי' תוס' דטעמא דת"ק משום דחיישי' דלהשביע את בניו אמר כן, ועי' בשער המשפט סי' צ"ד סק"ב דדן האם לרשב"ג מהני הא דאמר האב רק דאיי"צ לישבע שלא פקדם, או דמהני אף דאיי"צ לישבע דלא מצאו שטר בין שטרותיו, ועי' בראב"ד בכתוב שם דכתב דהא דמהני אמירת האב הוא מדין דכל דאיכא טענת ברי אי"צ שבועת היורשים, וא"כ ודאי דליכא שבועה כלל, ומדברי הראב"ד משמע דאיכא לחוש, אלא כיון דטוען טענת ברי ליכא דין שבועה, אולם לכאו' מקו' תוס' מ"ט דר"מ, משמע דלא חיישי' כלל דפקדם וכדו', וצ"ע.

א) גמ' - הא מני ב"ש היא וכו'. עי' רש"י דלב"ש ממון גמור הוא להורישו לבניו, והנה אי נימא דהחסרון לרו"ש הוא דליכא דין ירושה על ממון זה, הרי מובן דברי הגמ' דכיון דכגבוי דמי הרי חשיב המלוה כמוחזק בנכסים, וממילא דמי לשבועת הנפטריין, ואין החיוב שבועה מגרע לזכותו בממון, אולם אי נימא דאינו נוטל מחמת דאינו יכול לישבע לשבועת אביו, צ"ל דכל התקנה היה רק לעכב את הזכיה, אולם אם כבר זכה בממון אין מוציאין ממנו את הממון, ונפק"מ בכל זה באופן דבשעת מיתה לא היה כגבוי, ורק אח"ע נעשה כגבוי, ועי' להלן בזה בדין תפיסה.

ב) עי' תוס' ב"ב ע' ב' דהק' לרו"ש אמאי בשטר כיס על היתומין גובה רק מחצה, הרי אין אדם מוריש ממון שיש בו שבועה, ות' דא"א מוריש היינו דאין נזקקין לא לממון ולא לשבועה, [והביאו כן מרש"י] ואין גובים עם השטר, אולם כמוחזקין אין מוציאין מהם, וכדמוכח מהא דלב"ש הרי"ז כגבוי, עכתו"ד, וצ"ע מאי ס"ד דתוס', הרי רו"ש ס"ל דבתרוייהו חשודים חזרה שבועה לסיני ואין חייב לשלם, ולא אמרי' דמשום דאינו נשבע הוא חייב, וצ"ב.

א) גמ' - הבו דלא לוסיף עלה. עי' רמב"ן בע"א דביאר דאלמיה רבנן לתקנת היתומים והחמירו בשבועתן יותר מכל שבועת הנוטלין ולכך חיישי' לה ולא מוסיפין עלה, אולם דין זה בכל הבא ליפרע מיתומים, ועי' רא"ש סי' י"ג דלית הלכתא כדבריהם למילף מינה למקו"א, אולם מ"מ בדין זה לא רצו לבטל דבריהם.

ב) עי' רמב"ם פי"ז מו"ל ה"ה דפוגם שטרו ומת נשבעין וגובין מיורשים, ומבואר דהבו דלא לוסיף היינו אף לגבות מיורשים, ומשום דרק בשבועת הבא ליפרע קיי"ל כרו"ש, אבל בשאר שבועות גובין מיורשים, ועי' מל"מ שם ה"ד דהוכיח מתשו' הרא"ש והריב"ש דאף בשאר שבועות קיי"ל כרו"ש היכא דאיכא פסידא דיתמי, וזה דלא כהרמב"ם.

ג) עי' שו"ע סי' פ"ד ס"ה דבשבוועת ע"א אמרי' דא"א מוריש שבועה, ועי' סמ"ע ס"ק ט"ו וש"ך ס"ק י"א דתמהו דהא קיי"ל דהבו דלא לוסיף עלה, וע"ע בש"ך ס"ק ט"ז, ובנתה"מ סק"ד.

ד) עי' בעה"מ דחשוד הבא ליפרע מנכסי יתומים אינו גובה, כיון דקיי"ל כרו"ש ביתומים, ועי' רמב"ן דדן דיתכן דזה בכלל הבו דלא לוסיף עלה, ועי' בריטב"א דה"נ בבא ליפרע מנכסים משועבדים, אולם עי' בראב"ד בכתוב שם דשאני חשוד דטוען בברי שנפרע החוב, ובר"ן דן דשאני חשוד דלא חלה עליו שבועה מעולם, ועי' חזו"א סי' ט' סק"ו וסק"ח דסותר למסקנת הר"ן בסוגיא דלעיל.

גמ' - סבר רמב"ח למימר וכו' א"ל רבא מ"ל וכו'. עי' בר"י מגאש דביאר דרבא דחי דדברי רי"ש לא נאמרו רק על יתומים, אלא כל היורשים, ולכך אינו תוספת אלא בכלל דבריהם, אולם עי' ברמב"ן בע"א דכתב דלפי"ז יוצא דלוקח וחשוד אינם בכלל דברי רי"ש, אולם הרמב"ן פי' דרבא דחי דהוא הלכה דכל דבא ליפרע מן היתומים אינו נוטל בלא שבועה, וכ"ש לוקח וחשוד.

א) גמ' - האי דיינא דעבד וכו'. עי' ברשב"א דהביא מחלוקת הראשונים אי מהני תפיסה, ועי' קונטרס הספיקות כלל ה' אות ד' דהביא מהש"ך בת"כ דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה, דכיון דהדיין יכול להכריע כצד אחד, ממילא מהני נמי תפיסה מדין עביד איניש, והביא הש"ך ראיה מהא דמבואר בסוגין דעביד כרו"ש עביד, וכתב בסה"ת שער י"ד ח"ב אות ז' דאי תפסי יורשי המלוה אין מוציאין מידם דכיון דהדיין מצי למיעבד כר"א, ה"ה מהני תפיסה מדין עביד איניש דינא לנפשי' כר"א, ועי' בקונה"ס שם אות ה' דהביא דהתומים דחה דעכ"פ מעיקר דברי הראשונים דמועיל תפיסה ליכא ראיה לראיית הש"ך דמהני תפיסה במחלוקת הפוסקים, ומשום דכמו דמבואר בגמ' דלכ"ש דכגבוי דמי ליכא חסרון דא"א מוריש שבועה, ממילא בתפס לכו"ע כגבוי דמי, ודחה בקוה"ס דדוקא בחיי המלוה שייך לומר כגבוי, אבל כל דמת, כבר פקע החוב מחמת דא"א מוריש שבועה, ומה יועיל הא דתפסו השתא.

ב) והנה להצד דיסוד הדין דא"א מוריש שבועה הוא דליכא כלל דין ירושה, הרי מסתברא כדברי הקוה"ס דלא יועיל תפיסה לאחר מיתה, כיון דל"ל כלל דין ירושה בהא, אבל אי נימא דהוא רק הלכה דחייבים בשבועת אביהם, יתכנו דברי התומים דמהני תפיסה גם לאחר מיתה.

ג) עי' ברמ"א אהע"ז סי' צ"ו סעיף א' דהביא די"א דאעפ"י דבמתה קודם שנשבעה אין יורשיה יכולים לגבות כיון דא"א מוריש שבועה לבניו, מ"מ י"א דמהני תפיסה שלה קודם מיתתה, וכתב הגר"א סק"ו "כמש"ש האי דיינא דעביד וכו' ועוד אמרין שם הא מני ב"ש כו' וכ"ש כה"ג ועתו"ס דב"ב ע' ב' סד"ה מ"ד" ומבואר מדבריו כדברי התומים דמהני תפיסה מדין עומד לגבות, אולם הגר"א איירי בגוונא דהרמ"א דתפסה מחיים, והתומים חידש דמהני גם תפיסת היורשים.

בס"ד

## מ"א'

(א) גמ' - אילימא וכו' מה לי הוא מה לי אבוה וכו'. עי' ברמב"ן דהק' אמאי אין בנו פטור משום משיב אבידה, דהא מצי למימר לא פקדני אבא על כל הטענה, [להשיטות דמיגו לאפטורי משבועה אמרי'], ותי' הרמב"ן דמיירי בטוען ברי דהפקיד לאביו בפניו, או דלא אמרי' מיגו דאיני יודע, והביא לזה ראייה מב"מ קט"ז ב', ע"ש, ועי' ברשב"א ובר"ן דכתבו כתי' קמא דמיירי בטוען ברי, ובר"ן הוסיף דאף למסקנא צ"ל דמיירי בטוען ברי דהוא יודע, דאל"כ הוי משיב אבידה.

והק' הר"ן דמ"מ בטוען נ' ל"ל יהא נאמן במיגו דהיה טוען איני יודע על הנ' שכפר, ותי' דמ"מ צריך לישבע דאיני יודע, או דמיגו דאיני יודע לאו כלום הוא, והוכיח כן מב"מ כהרמב"ן, ועי' בש"ך סי' ע"ה ס"ק נ"ו דהק' דאי ליכא מיגו באיני יודע למאי הוצרך להעמיד בטוען בטוען ברי, ועי' תרוה"כ דתי' דהיכא דאינו טוען ברי איכא מיגו באיני יודע, וצ"ע דבמכיר אבניו דהוכיחו הרמב"ן והר"ן נמי מיירי באינו טוען ברי דהוא יודע, וכמבואר להדי' ברמב"ן ובר"ן.

(ב) עי' ש"ך סי' ע"ה ס"ק ל"ד דנחלק עם המבי"ט אם שייך מיגו על טענת איני יודע, ועי' שער המשפט סי' ע"ה סק"ט דהוכיח מקו' הראשונים דבמכיר אבניו יהא נאמן במיגו דא"י כלל, דשייך מיגו על טענת איני יודע, אעפ"י דלא מתקיים בזה עיקר חיוב שבועתו דהאבנים שלו, וביאר דטעמא משום דכל דאילו היה טוען ברי [בכופר הכל] לא היה חייב שבועה, אף בטענת שמא אינו נידון כמחוייב שבועה, [ועי' נה"מ סי' ע"ה ס"ק י"א במוסגר דמה"ט תמה על תוס' ב"מ צ"ז, ע"ש], או עפ"י מה דיסד הש"ך סי' ע"ב ס"ק נ"א דכל דידעינן דאינו יודע אינו נידון כמחוייב שבועה כלל, ויישב בזה קו' הראשונים אמאי בלא ידעינן אם מת הולד מחמת הנגיחה לא אמרי' מתו, דהא הכל יודעין דאינו יודע, וכיון דאית ליה מיגו דנאמן בטענת איני יודע, אינו נידון כמחוייב שבועה, [ולכאור' זה סותר למה דחלק הש"ך עם המבי"ט].

ויל"ע לפי הש"ך בסי' ע"ב אמאי בנ' לא ידענא אינו בשבועה דאיני יודע, במיגו דהיה נאמן בשבועה בכופר על הנ', [דומיא דהחזרתי מיגו דנאנסו], וצ"ע, ועי' חזו"א סי' ה' ס"ק י"ח בזה.

גמ' - אא"ב אביו כה"ג מחייב. עי' רש"י דכוונת הגמ' דהוא חייב שבועה, וצ"ב הרי הנידון הוא על החיוב ממון ולא על החיוב שבועה, ולכאור' מוכח מהכא דגדר הדין לרו"ש דכל דאינו יכול לישבע אינו חייב שבועה, ולכך אינו חייב בתשלומין, ועיקר הדבר מצינו בשו"ת רע"א תנינא סימן נ"ו וסימן ק"מ דביאר ביסוד זה דברי תוס' ב"ק מ"א, ואכ"מ.

גמ' - איצטריך קרא למיפטר יורשים. עי' בר"י מיגש דגדר הפטור ביורשין הוא דלא חייל עלייהו חיוב שבועה, ועי' ביד רמ"ה ב"ב פרק המוכר את הבית אות ע"ח דג"כ ביאר הכי, וע"ש דכתב דהיינו רק קודם שנתחייב האב שבועה, ועי' נה"מ סימן ק"ח סק"ד ואו"ש פ"ד מטונ"ט ה"ה דהוכיחו דכל שכבר נתחייב האב שבועה אין היורשין נפטרים, מהא דמבואר בתו' דביתומים מן היתומים שייך דינא דמתוך, וביאר הנה"מ דטעמא משום דכבר נתחייבו הנכסים לשלם, ובסימן ס"ט ס"ק י"ג במהדו"ב כתב כן לדניא, אולם צ"ב דהרי תו' בארו דגם יתומי הלזה אמרי' בהו מתוך, והתם הרי לא נתחייב אביהם שבועה כלל.

ועי' רי"ו נתיב כ"ו ח"ג דכתב בשם הרשב"א "וכתב הרשב"א ודוקא חשוד אבל אם אדם כפר וחייבוהו ב"ד שבועה ומת לא משלמי יורשין דלא אמרינן הכא מאחר שאינו יכול לישבע משלם דאנוס הוא ואפילו הודה לא משלמי יורשין שמא פרעו קודם שמת" ומבואר דגם בכה"ג לא אמרינן מתוך, ועי' במאירי דהביא ב' דעות בזה, ועי' עוד בקצוה"ח סימן ס"ט סק"ז, וחזו"א סימן ה' סק"ז בכ"ז.

א) עי' תוס' כתובות י"ב ב' וב"ק מ"ו א' דטעמא דביורשים לא אמרינן מתוך משום דל"ה להו למידע, וכתבו לפ"ז דה"נ בכל גוונא דהנתבע ל"ה לי' למידע לא אמרינן משאיל"מ, וכ"כ הרשב"א בב"ק שם, וכ"כ הרשב"א והרא"ש שם ס"ב א', ועי' ש"ך סימן ע"ב סקנ"א שעמד בסתירת ד' הרשב"א והרא"ש בדין זה. ועיקר דין זה כתבו גם בבעה"מ ב"ב ע' ב' בשם הרב אב"ד, ובחי' הראב"ד ובהשגות הרי"ף ס"פ הכונס, ובהשגות הרמב"ם פ"ט מנז"מ ה"י ופ"ה מחובל ה"ו ופי"ג ממלוה ה"ד, ובתור"ד קידושין ס"ה ב', אלא דלא למדו לדין זה מיורשים, ועי' בעה"מ שם שתמה ע"ד הרב אב"ד שלא הביא לדינא דמורשים, ועי' בשער משפט סימן פ"ז ס"ק כ"ג דיישב.

ב) ובגדר הך דינא, עי' בעה"מ שם דהוא משום דלא אמרינן משאיל"מ אלא בדריעא טענתי' דמ"ש דבהני ידע ובהני לא ידע, וגם בחשוד דאמרינן משאיל"מ הוא משום ריעותא דחשדא, וצ"ב מ"ט החשד הוא ריעותא בטענתו, ועוד צ"ב מ"ט בנסכא דר"א אמרינן משאיל"מ, ועי' במאירי ב"ב שם דגם בזה ריעא טענתי', וצ"ע

ועי' בראב"ד ב"ק שם דהוא משום דאערומי מערים ליפטר מן השבועה, וכע"ז כתבו הרשב"א והרא"ש שם, והרשב"א הוסיף דאף אם אינו זכור איהו דאפסיד אנפשי', ולדבריהם י"ל דכל הא דבלא הו"ל למידע פטור, הוא רק בטענת איני יודע, ובחשוד ל"ב לה"ט, ועי' סה"ת שער כ"ט ח"ב אות ח' בשם הר"י בן פלט דהוא משום דכל דל"ה לי' למידע ל"ש לחייבו שבועה כ"ה דלודי, דלאו בר אודיתא הוא, ובתוס' רי"ד שם דימה דין זה להא דלא אמרינן בו"ש ברי עדיף היכא דהשמא ל"ה לי' למידע, וכ"כ בביאור הגר"א סימן ע"ה ס"ק מ"ז וסימן פ"ז ס"ק כ"ה וסימן צ' סקכ"ה בתוה"ד, וצ"ב, וע"ש בתוס' רי"ד דמבואר דגם לענין עדות איסורים יש לחלק בין הו"ל למידע ללא הו"ל למידע, וצ"ב.

ועי' ברא"ש ריש ב"מ דהא דשומר שמסר לשומר חייב משום דאיהו לא מהימן לי' בשבועה הוא מדינא דמתוך, ועי' ברע"א במערכה דכתב דאף דל"ה לי' למידע, מ"מ כיון דהוא פשע בכך, אמרינן מתוך, וזה כד' הרשב"א דאף כשאינו זכור איהו דאפסיד אנפשי', ועי' בשטמ"ק ב"מ סוף דף ק"ד ב' דהביא מהר"י מלוניל דכל דאינו יודע מחמת פשיעה אמרינן מתוך, וכל דלא פשע לא אמרינן מתוך.

ועי' שער משפט סימן צ"ב סק"ב דהא דבחשוד אמרינן משאיל"מ הוא משום דפשע בכך שהוא חשוד, וע"ש דדן לפי"ז בספק חשוד לחלק בין האופנים.

ועי' ראב"ד בהשגות דהזכיר דהתובע אינו טוען בברי שהנתבע יודע, ובגידו"ת ביאר דכל טענה בפנ"ע מועלת לפטור, ולא אמרינן משאיל"מ רק כשהנתבע הו"ל למידע והתובע טוען בברי שהוא יודע, וכן משמע בביאור הגר"א סימן פ"ז ס"ק כ"ה, אולם הש"ך בסימן ע"ב ס"ק נ"א פירש בדברי הראב"ד דכל דהתובע טוען ברי אמרינן משאיל"מ אף דל"ה לי' למידע.

ג) בד' הרמב"ם מבואר דאמרינן משאיל"מ אף בדל"ה לי' למידע, וכ"כ בתשו' הרמב"ן סימן ע"ה הובא בסה"ת שער ל"ט ח"ב ובחי' הר"ן ב"מ קט"ז ב', ועי' ש"ך סימן ע"ב ס"ק נ"א שהאריך להכריע כדעה זו.

וע"ש בש"ך שכתב, דהיכא דהתובע מודה שהנתבע אינו יודע, אין עליו חיוב שבועה כלל, וכע"ז כתב הגר"א סימן צ' ס"ק כ"ה וסימן ת' סק"א, ועי' חזו"א סימן ה' סק"ח שתמה ע"ז, וע"ש בש"ך שדחה לפ"ז להוכחות הראשונים, אך מד' הראשונים שלא דחו כן, מ' דס"ל דשייך חיוב שבועה אף כשהוא מודה שהנתבע אינו יודע, ומה"ט בשומר שמסר לשומר שפשע במה שאינו יודע, אמרינן משאיל"מ, אף שהמפקיד יודע שאינו יודע.

ד' עי' ריטב"א דלדעת הסוברים דאמרינן משאיל"מ אף בדל"ה לי' למידע, הא דפטרי' רחמנא ליורשים, הוא משום דל"ה עיקר החיוב עליהן ול"ה לי' למידע, ולפ"ז בשבועת הנוטלין ל"ש פטורא דיורשין, ומבואר דגם לדעה זו הפטור של יורשים הוא משום דל"ה להו למידע, וכן מבואר בד' הרמב"ן והר"ן, ובזה מיושב משה"ק בהגה' אמרי ברוך לש"ך סימן ע"ב סקנ"א בסתירת ד' הר"ן, ע"ש.

אולם בש"ך סימן ע"ב ס"ק נ"א כתב דלדעה זו, הא דיתומים פטורין הוא משום טענינן, ועי' בתשו' רע"א ח"ג סימן ל"א שכתב לדון דל"ש טענינן משום דאביהן ל"ה נאמן אלא בשבועה, ע"ש, ועי' נתיב"מ סימן ע"ב ס"ק כ"ה דהא דמהני טענינן אף דליכא שבועה, הוא משום דעי"ז הו"ל כנתחייב שבועה ונשתטה, והוכיח מזה דבכה"ג לא אמרינן משאיל"מ, אולם עי' היטב בקצוה"ח סימן פ"ב סוף סק"ה דנראה מדבריו דבנתחייב שבועה ונשתטה אמרינן משאיל"מ, ועי' ביאור הגר"א סימן ת' סק"א דטעם הפטור ביורשים הוא משום דאין התובע טוען שהם יודעין.

ובד' הרמב"ן בסוגיין נראה דלא נתמעטו יורשין אלא כשאין התובע טוען שהי' הנתבע שם, אך בד' הר"ן מבואר דלא כן, שהעמיד לעיקר מיעוטא דיורשין כשטוענו שהי' שם, ועי' ש"ך סימן ע"ב ס"ק נ"ו שכתב דכן משמע מד' רש"י ומסתימת הפוסקים, [אף דמסברא הי' נראה דבכה"ג מה לי ומה לי אבוה], ולכאור' טעמא דהרמב"ן הוא משום דבכה"ג שהי' הנתבע שם, הו"ל למידע, וטעמא דהר"ן מבואר מדבריו דהוא משום דאף בכה"ג לי' למידע, דלא עביד למירמי אנפשי' כולי האי, ולמש"כ הש"ך דפטורא דיורשין הוא משום טענינן, לכאור' אף בכה"ג יש לפטרו, וצ"ע מ"ט מסתברא לי' להש"ך לחייב בכה"ג.

ה' עי' קצוה"ח סימן ס"ט סק"ז בדין נתחייב שבועה ונעשה חשוד, ובדין הי' חשוד בשעת חיוב השבועה ואח"כ עשה תשובה, [וצ"ע במש"כ דלדעת הרב אב"ד ודאי חייב כיון דריע טענתי' דחשוד, ולכאור' ל"מ הא דריע טענתי' בפנ"ע לחייבו, אלא מכח דאינו יכול לישבע], וע"ש בנתיב"מ סק"ג מהדו"ק ומהדו"ב שתמה על דבריו, ועי' במשובב שם, ועי' חזו"א סימן ה' סק"י"ז.

גמ' - אלא אי אמרת וכו' קרא גבי יורשין למה לי, - עי' רמב"ן שהק' דדילמא פטרי' קרא משבועה דא"צ לישבע שאינו יודע, וכתב דכיון שלא טענו זה שידע פשיטא דא"צ לישבע, עו"כ הרמב"ן דאם אביו כה"ג חייב שבועה הוא נמי ישבע שמא יודע הוא, וכ"כ בתוס' הרא"ש, ועי' ריטב"א שלא נתמעטו יורשים מן השבועה אלא מן התשלומין ונשבעין שאין יודעין, ומ' מדבריו דלא חייל עיקר חיוב השבועה על טענתו שאינו יודע, אלא על עיקר הממון, ולפ"ז י"ל דל"ב שיטענו התובע בברי' שהוא יודע, ועי' רשב"א לעיל דהק' לדעת רב ושמואל דיהא כל מודה במקצת נאמן במיגו שהי' טוען איני יודע על המקצת שכפר, וכתב דהיא טענה יפה לו טפי, וכתב דאף אם הי' טוען כן הי' נשבע שאינו יודע, [ומ' קצת מזה דאף כשאין התובע טוען בברי' שהוא יודע ה"ה נשבע שאינו יודע], והוסיף דנשבע בנק"ח דאל"כ אתי לאערומי, וצ"ב, [ואולי כונתו דאם ל"ה נשבע בנק"ח הי' כל מודה במקצת טוען איני יודע על הנ' שכופר בהן והי' פטור משבועה, (והרי

מותר לו לטעון כן, וכמש"כ הש"ך בסימן ע"ה ס"ק נ"ז בשם הראב"ד, וע"כ הוא שחייבתו תורה לישבע ע"ז.

(ב) ובעיקר דין שבועת התורה באיני יודע, עי' קצוה"ח סי' ע"ה ס"ק י"ז דהוכיח מתוס' ב"מ צ"ז ב', וכ"כ רע"א בב"מ שם, ועי' חזו"א סי' ט' סק"ג, ועי' קצוה"ח סימן צ"ב סוסק"י שכתב דגם שבועת המשנה ליכא באיני יודע, אך בד' הש"ך סימן ע"ב סוף ס"ק מ"ז מבואר לא כן.  
בס"ד

#### נסכא דרב אבא

ב"ב ל"ד א'

(א) גמ' - לישתבע הא אמר וכו'. עי' ברשב"ם דכוונת הגמ' דאינו יכול לישבע את השבועה דהעד מחייבו דלא חטף, כיון דמודה דחטף, אולם עי' ברבינו גרשום דכתב "לישתבע דידיד' הוה הואיל דליכא אלא עד אחד לא מצי משתבע דהא מודי דחטפה וה"ל כגזלן" ומבואר דרבינו גרשום נקט דבאמת העד מחייבו נמי על הטענה של ידי חטפי, והסברא בזה הוא דע"י עדותו של העד דהיה חטיפה, הרי מוכח דהנחטף היה מוחזק, ואין החוטף יכול להוציא מהמוחזק, ולכך חשיב דהעד מחייבו נמי בשבועת ידי חטפי, והא דאינו יכול לישבע דידיד' חטפי, מבואר ברבינו גרשום דע"ז קאי טעמא דגמ' דהו"ל כגזלן, והיינו דכיון דהוא מודה דהיה מעשה חטיפה, אינו נאמן בשבועה נגד החזקת ממון.

(ב) ועי' תוס' שבועות ל"ב ב' דכתבו "משום דכל דבר מחזיקין ליה בחזקת מי שהיה בידו ואם היו שני עדים לא הוה מהימן למימר ידי חטפי השתא נמי כיון דמודה הוה ליה כגזלן" ועי' בתורת חיים ב"ב דביאר דס"ל לתוס' הנ"ל "דלא מהימן ליה לאישתבעי ולמימר ידי חטפי כי היכי דלא מהימנין ליה לגזלן משום דאית ליה רעותא הכא נמי אית ליה ריעותא משום דכל דבר מחזיקין ליה בחזקה מי שהוא בידו".

(ג) בחי' הרשב"א ב"ב הק' אמאי לא אמרי' בסוגיין דשכנדרו ישבע ויטול, וצ"ב להצד דדינא דשכנגדו הוא מדין מיפך, הרי הכא אינו מחוייב כלל בשבועת ידי חטפי, ואין מה להפוך, ושבועת לא חטפי ודאי לא מפכינן, דהא מודה דחטף, וע"כ מוכח דאיכא נמי חיוב שבועה דידיד' חטפי, ולכך הק' הרשב"א דנימא מיפך.

ובתוס' הרא"ש שבועות ל"ב ב' ותשו' מיימוניות משפטים סי' ס"א הק' לשי' ר"ת דכל היכא דאמרי' מתוך אינו גובה בלא שבועת שכנגדו, אמאי הכא אין חייב השכנגדו שבועה, [ומעיקר הקו' מוכח כנ"ל בדברי הרשב"א] ות' בשם המהר"ם דשאני הכא דאיכא עד המסייע לפוטרו משבועת שכנגדו, ותמה רע"א ח"א סי' קע"ח דהא אינו מסייע לו על טענת דלאו ידי חטף.

ומוכח דס"ל דבאמת העד מחייב נמי בשבועה על הא דטעין ידי חטפי, כיון דמכח עדות העד איכא חזקת ממון לנחטף, וחשיב דאיכא עדות דחטף לאו ידי, ולכך חשיב דזוכה מדין מתוך, וכמו"כ חשיב עד המסייע.

ובשטמ"ק ב"מ ב' ב' הביא מהרשב"ץ בסוגיא דעד המסייע דלענין נסכא דר"א אם העיד ע"א דידיד' חטף פוטרו משבועה, אע"ג דלא משוי לע"א קמא כמאן דליתא, [ועי' קצוה"ח סי' פ"ז סוסק"ט דהוכיח מזה דאעפ"י דכבר נתחייב מדין מתוך לא מקרי דהעד הב' קם לממון], ותמוה הרי אינו חייב בשבועת ידי חטפי, [וכע"ז העיר בכו"ח תנינא סי' ג' וע"כ מוכח מהרשב"ץ דבאמת איכא נמי חיוב שבועת ידי חטפי.

(ד) עי' ברמב"ן שבועות מ' א' דהביא מרבינו אפרים והרי"מ דלחיוב שבועת ע"א בעי' טענת ברי, וכתב הרמב"ן להוכיח מהרי"ף דסגי בטענת שמא, דהא כתב בשבועות דדינא דנסכא קיים גם באופן דחטף שלא בפני הבעלים, ומוכח דאעפ"י דהוא טוען טענת שמא, מ"מ אמרי' מתוך, והנה אי נימא דהחיוב שבועה הוא על טענת ידי חטפי, הרי טענה זו היא טענת ברי, ועי' היטב באמרי ברוך סי' ע"ה ש"ך ס"ק נ"ח.

ה) ובשורת חת"ס אהע"ז ח"א סי' ק"ד כתב וז"ל וטעמא נ"ל נכון דהא דאינו יכול לשבע בנסכא דר"א היינו משום שצריך לשבע אותו שבועה שחייבתו ע"א ולכאורה ק' אדרבה אין כאן חיוב שבועה כלל שהרי אינו מכחיש העד וכל מי שאינו מכחיש עד אין עליו חיוב שבועה ומה שייך משאל"מ וצ"ל כיון דאנן סהדי מה שביד איש הוא דילי' א"כ הו"ל לענין חיוב שבועה כאלו מכחיש העד בזה שאמר שאינו של הנחטף ומ"מ כיון שהעד לא העיד כן בפירוש שהוא של הנחטף לא הו"ל נשבע להכחיש העד במה שנשבע ידי חטפתי כן צריכי' לדחוק וכ"ז בנסכא דטוען ידי חטפתי נגד חזקה מה שבידו הוא שלו עכ"ל. ולמדנו מדבריו כמה מילי חדתא, חדא דכל דאינו מכחישו אלא הוא מודה לדברי העד, ליכא חיוב שבועה, ועוד למדנו מדבריו דמכח עדותו של העד חייל שבועת ידי חטפי, ועוד למדנו מדבריו דנידון כאי"ל משום דיסוד השבועה של ע"א הוא להכחיש ולסלק את עדותו של העד, ובמה דישיבע ידי חטפי אינו מכחיש ומסלק לעיקר עדותו של העד דהיה מעשה חטיפה.

א) תוס' ד"ה הוי - וא"ת וליהמניה בשבועה וכו'. וצ"ב מדוע הק' רק מהא דהחזרתי מיגו דנאנסתי, הרי יש להוכיח מיניה וביה מהא דלרו"ש דל"ל מתוך הוא נאמן במיגו, ומה"ט צריך לישבע דדידי חטפי, וכמבואר להדי' בלשון הריב"ם.

א) עי' בריטב"א שבועות מ"ה ב' דכתב דהר"י מגאש הוכיח מכח ק' תוס', דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרי', והריטב"א דחה דליכא ראייה דטעמא דליכא מיגו כסברת הראשונים דע"א כב', וצ"ב הוכחת הרי"מ, דהא גם לק' התוס' הוא נשבע, ומה שייך בזה הדין דמיגו לאפטורי משבועה.

ומוכח לכאור' דהרי"מ ס"ל דבאמת העד מחייבו נמי בשבועת ידי חטפי, כיון דידעי' מכח עדותו דאיכא חזקת ממון לנחטף, והא דנידון כאינו יכול לישבע, משום דיסוד השבועה הוא להכחיש ולסלק את עדותו של העד, ובמה דישיבע ידי חטפי אי"ל הכחשה וסילוק לעיקר עדותו דהיה מעשה החטיפה, ולכך ס"ל להרי"מ דע"כ כל מה דמהני המיגו הוא לפוטרו מחיוב שבועת ע"א דדידי חטפי, [דאינו יכול לישבע מחמת חיובו של הע"א], וממילא שפיר יכול להשבע ידי חטפי כדי לקיים את המיגו, ולכך הוכיח הרי"מ מהכא דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרי'.

ב) עי' ביד רמה ב"ב קכ"ח ב' דהאריך בנידון דמיגו לאפטורי משבועה,

ב) עי' בקצוה"ח סי' ע"ה ס"ק י"ב דתי' לק' תוס' דכל המיגו מועיל להני דלא ראו את מעשה החטיפה, אבל הני דראו מעשה החטיפה, הרי הוא אצלם כגזלן, כיון דידוע להם דהוא גזול, וא"כ כיון דהעד הרי ראה את מעשה החטיפה הרי לדידי' ליכא מיגו, וחשיב דמעיד דאין לו מיגו, ואנן סמכי' על דברי העד דאין לו מיגו, עכתו"ד.

שם - ומיהו לפי' ר"ת וכו'. צ"ע דא"כ תקשי לרו"ש דל"ל מתוך אמאי הוא נאמן הא אין לו מיגו, כיון דבלא חטפי הוא חייב שבועה דאור', ותוס' הק' כן להלן רק לפי' ר"י, וצ"ב הרי אף לר"ת תקשי.

שם - וליכא למימר וכו' או משום שירא שלא יפסלוהו וכו'. עי' גליון רע"א סי' ל"ג סי"ג דהק' בשם התומים דאף בטענת ידי חטפי יפסל לעדות,

שם - ואומר ר"י וכו' אבל קשה וכו'. עי' תרוה"כ סי' ע"ה סעיף י"ג דיישב דלר"א דאמרי' מתוך הרי העד מחייבו בתשלומין ומבטל את המוחזקות שלו בממון, כ"ז שלא נשבע, אבל לרו"ש דל"ל מתוך היינו משום דאינו נאמן על הממון, אלא בא להחמיר עליו דישיבע, ממילא באופן דמודה דחטף ואינו מתחייב בשבועה, הוא אנמן אף בלא מיגו,

[וצ"ע דלשון תוס' דנאמן רק ע"י מיגו], ועי' קה"י ב"ב דביאר עד"ז, וביאר דלרו"ש דליכא דין מתוך, ע"כ דהעד מחייבו רק בשבועה, ממילא כלפי הממון הוי פה שאזר, ובפה שאסר ליכא חסרון דהעזה, ע"ש. וע"ע בתומים סי' ע"ה סק"י דביאר

(א) שם - לכן נראה כמו שפי' ריב"ם וכו' ואין מועיל לו מיגו ליפטר. עי' ברמב"ן דיש שפי' דע"א נאמן עד שישבע ויכחישו, וכ"ז דלא נשבע הרי כמי שחטף בפנינו, ולכך לא מהני שבועה דדידי חטפי, וכ"כ ברבינו יונה, והוסיף לבאר דכיון דאינו יכול לישבע להכחיש העד, הרי העד כמו שנים, ואילו היו שנים מעידים שחטף הנסכא הרי חייב לשלם ואינו נאמן לומר דידי חטפי.

(ב) ועי' ברמב"ן בסו"ד דכתב דסוגיין מיירי דהעדים ראוהו דהנסכא עדיין בידו, דאל"כ נאמן במיגו דהחזרתי, ועי' בסמ"ע סי' ע"ה ס"ק ל"ג דודאי להריב"ם אינו נאמן במיגו דהחזרתי, ועי' בש"ך ס"ק מ' דתמה דהא מבואר להדי' ברמב"ן דאף להריב"ם הוא נאמן במיגו דהחזרתי, וע"כ דסוגיין מיירי דידוע דלא החזירו, וכ"ז דאינו מכחישו הרי העד נאמן כמו ב' דמעידים דעדיין לא החזירו, ע"ש, וכן נקט הגר"א ס"ק ל"ו, ע"ש.

(ג) ועי' באמרי ברוך דהעיר, דהנה בשטמ"ק הביא מתוס' הרא"ש דהוסיף על דברי הריב"ם דלא דמי להחזרתי מיגו דנאנסו כיון דכל זמן דלא טען נאנסו הרי לא נתחייב עדיין שבועה, ולכך הוא נאמן במיגו, וכ"כ ברבינו יונה שם, ואילו לדברי הרמב"ן היה להם לבאר דשאני הכא דע"א כב' ולכך אינו נאמן במיגו נגד ע"א, אבל בעלמא שפיר נאמן במיגו אף במקום דאיכא חיוב שבועה, אולם העיר דברשב"א ב"ב וכתובות פ"ה א' מבואר דביאר דברי הריב"ם כדברי הרמב"ן, ויש להעיר עוד דברבינו יונה כתב להדי' החילוק כהרמב"ן, ומ"מ הק' מ"ש מהחזרתי מיגו דנאנסו, ותי' כסברת התורא"ש דשאני התם דלא נתחייב בשבועה, ולא תי' כסברת האמרי ברוך עפ"י הרמב"ן דרק בע"א לא מהני מיגו, משא"כ בשאר חיובי שבועה.

(ד) עי' בש"ך סי' נ"א סק"א דהק' למאי בעי' לחידוש דע"א בכתב וע"א בע"פ מצטרפין, הרי בטוען פרעתי אף ע"א בכתב לחוד מחייבו לשלם מדין מתוך, כמבואר שם בשו"ע בס"ב, ותי' הש"ך דנפק"מ באופן דהעד מעיד נמי דלא פרע, דכה"ג היה נשבע להכחיש העד, וע"י צירוף עד בע"פ אינו נאמן, עכתו"ד, ועי' ברע"א שם דלפי הר"י דטעמא דאינו במיגו משום דהוי מיגו דהעזה, הרי כיון דגם על טענה דפרעתי צריך לישבע, אי"ז מיגו דהעזה, אולם אי נימא כריב"ם דאינו נאמן במיגו נגד העד כיון דכ"ז דאינו מכחישו הוא נאמן כב', הרי אעפ"י דהעד אומר נמי דלא פרע, מ"מ כיון דאומר נמי דהיה הלואה, וע"ז הרי אינו מכחישו, הוי כב' ואינו נאמן במיגו, וכ"כ בנתה"מ שם סק"א ובקצוה"ח שם סק"ד.

(א) הנה בעיקר דברי הראשונים והריב"ם צ"ב מה אכפ"ל דהעד נאמן כב' כ"ז דלא הכחישו, הרי גם בב' עדים אילו היה לו מיגו, היה נאמן לומר דידי חטפי, אלא דאין לו מיגו, אבל הכא דאית לי' מיגו דיכול להכחישו בשבועה אמאי אינו נאמן, ובפרט דהא מבואר בראשונים דנאמן לומר בב' עדים דידי מיגו דהחזרתי, וא"כ מדוע דלא יועיל מיגו בע"א.

(ב) בחי' הגרש"ש וקוב"ש ב"ב בארו לסברת הריב"ם דדין מיגו הוא כח הטענה, דיש לו בטענה דהשתא את הזכות שהיה לו בטענתו שהיה יכול לטעון, וכיון דעל טענת לא חטפי עיקר זכותו הוא רק אם ישבע, ובטענת אין חטפי ודידי חטפי הרי אינו יכול לישבע ולהכחיש העד, נמצא דאינו יכול לזכות בכח הטענה של לא חטפי, ומשו"ה בטל כל כח המיגו.

אולם כבר תמה בחי' הגרש"ש דהא תוס' הק' בהמשך דבריהם על ריב"ם דאיך מוכיח ר"א מדינא דמתוך בנ' ידענא לסוגיין, הרי הכא איכא מיגו, ולדברי הגרש"ש הרי הכא נמי ליכא מיגו, וכדביאר הריב"ם, ושפיר דמי לכל דין מתוך,



וע"ש מה דנדרש, וע"י בשיעורי הגר"ח דג"כ אזיל בדרך הגרש"ש, וכתב דבאמת לפי"ז מיושב קו' תוס' על הריב"ם, [וע"י להלן דמצינו עוד סתירה לזה מדברי הרמ"א סי' ע"ה סי"ג].

עוד צ"ב דא"כ אמאי הוצרכו הראשונים לטעמא דע"א נאמן כב', הרי כיון דכל כוחו היה להכחיש את העד בשבועה, ממילא כ"ז דאינו נשבע, אין לו את כח המיגו.

ג) באבן האזל פי"א משכירות ה"ו ביאר עיקר דברי הריב"ם, דהנה בשו"ע סי' צ"ט סעיף א' נפסק [ומקורו מהרמב"ן כתובות י"ט א'] דלא מהני מיגו נגד חזקה דכל מה שבידו שלו הוא, ומה"ט אין נאמן הלוה לומר נכסים שבידי של אחרים במיגו דהיה בידו ליתן במתנה, וא"כ איך נאמן לומר ידי חטפי במיגו, הרי הוי מיגו נגד חזקת ממון, וע"כ דפה שאסר שאני, ולכך היכא דאיכא ע"א דאנו יודעים על החטיפה מכח העד, ליכא הפה שאסר, וממילא אינו נאמן במיגו דהוי מיגו נגד חזקה, וע"י בקה"י סי' כ"ה סק"ב דביאר כע"ז, וע"ש דביאר דלר"ש דל"ל מתוך לא חשיב מיגו נגד חזקה, כיון דאין העד נאמן כלל על הממון, הרי לגבי הממון חשיב הפה שאסר.

וע"י אבי עזרי פ"ד מגזילה הי"ד [קמא] דאזיל ג"כ עד"ז.

דהא מבואר בגמ' דבתרתי הוי נסכא דר"א, והק' באבי עזרי דהא לגבי הפירות יש לו מיגו דאי בעי לא אכלי, אולם תוס' לשי' בדף ל"ג דאינו נאמן לטעון על הפירות כשהקרקע יצא מתח"י, והגמ' מיירי בטוען דאכל ג"ש, ואיכא ממנ"פ, אולם הרי הרמב"ן שם חולק על תוס',

וכן צ"ע מסיטראי דמבואר בראשונים דיש בזה דין נסכא דר"א, ולדברי הגר"ז הרי התם אי"ז נגד חזקה, ובודאי נאמן לומר סיטראי במיגו,

לשון תוס' ורב אבא סבר אע"ג דאית ליה מיגו חייב, ולדברי הגר"ז הרי אדרבא אין לו מיגו

אולם צ"ע דהא מבואר בראשונים דנאמן במיגו דהחזרתי, ולדבריהם הא הוי מיגו נגד חזקה, ואי"ז פה שאסר דהא איכא ע"א על החטיפה, והנה בחי' הגר"ח על הש"ס האריך ג"כ לבאר דבסוגיין הוי מיגו נגד חזקת ממון, ובהג"ה מובא דרבים הק' להגר"ח כקו' הנ"ל, וע"ש בתי', וע"י באבי עזרי שם דג"כ עמד בזה, והכיח מזה דע"כ הא דכתב הרמב"ן דל"א מיגו במקום חזקת ממון אינו מעיקר הדין אלא רק משום קנוניא, וכמבואר שם ברמב"ן להדי', ורק בגוונא דהתם הוא דחיישי' כיון דהודה רק אחרי שתבעו בחובו, ע"ש.

ד) אולם הנה ברמב"ם פ"ד מגזילה ה"ט פסק דהיכא דהעד מעיד על החטיפה אולם אינו יודע כמה חטף, והנחבע אומר ידי חטפי, והתובע טוען דחטף ממנו כ' זהובים, דחייב לשלם כ' זהובים מדין מתוך, ונפסק בסי' שס"ד ס"ה, ותמוה אמאי אינו נאמן במיגו דרק א' חטף, ובסמ"ע שם סק"ב ביאר דהוי מיגו דהעזה או מיגו נגד חזקה, וע"ש בביאור הגר"א דכתב דזה דלא כהראשונים דנאמן במיגו דהחזרתי, והביא דהמ"מ הוכיח דע"כ הרמב"ם סובר דהגוזל בעדים צריך להחזיר בעדים, אולם הגר"א ביאר דאדרבא דעת הרמב"ם דמיגו במקום חזקה לא אמרי', ולכך אינו נאמן במיגו, וליכא ראייה דהגוזל בעדים צריך לפרוע בעדים.

ה) וצ"ע דא"כ אמאי בליכא כלל עדים הוא נאמן במיגו דלא חטפי, הרי הוי נגד חזקה, ואין לומר דהפה שאסר שאני, דהא דהתם נמי הוי הפה שאסר על י"ט זהובים, ומ"ש הכא דנאמן, ועמד בזה בחי' הגרש"ר ב"מ סי' ד', ונשאר בתימא.

עוד צ"ע דהא בשו"ע סי' ע"ה סי"ג הובא דינא דנסכא גם לגבי הלואה, דהיכא דאית ליה ע"א על הלואה מנה, והלה אומר אתה חייב לי כנגד אותו מנה, וע"א מעיד שלא פרעו דחייב מדין מתוך, והרי בטענת מנה לי כנגד בידך הרי נאמן במיגו דהיה יכול להכחיש העד, דבהא לא שייך הטעם דמיגו במקום חזקה, דהא היכא דליכא עדות על הפרעון מבואר בשו"ע שם ס"ז דנאמן לומר חוב אחר לי בידך כנגדן, ועמד בזה באבי עזרי שם.

(א) שם - וצ"ל דהא דאמרי' וכו' שבועת היסת וכו'. הנה מפשטות לשונם נראה דקו' היא לרי" וריב"ם, אולם עי' בכתובות פ"ד ב' ד"ה מיגו משמע דהקו' היא לר"י, [ואי נימא דכוונת ריב"ם מדין מיגו נגד חזקה, י"ל דהתם השטר בחזקתם], ועי' ש"ך סי' נ"ח ס"ק כ"ג.

(ב) ועי' בבעל התרומות שער י"ט סוף ח"א דהביא מתשו' הרמב"ן דליכא דין נסכא בסיטראי, כיון דעדותו הוא על השטר דפרוע, ובמעיד דהשטר פרוע אינו מחייבו אלא שבועה דרבנן, ובדרבנן ליכא דין מתוך, ועי' בקצוה"ח סי' נ"ח סק"ג [ד"ה ועוד] דיישב סברת תוס' עפ"י דברי הרמב"ן ב"ב ל"ב ב' דאי"ז מיגו להוציא כיון דהנידון על מה דתפס, וממילא הוא דגובה את השטר, ועי' בנתה"מ ס"ק י"א דתמה דלא דמי דודאי לענין דינא דמתוך הרי בטענה שהיה טוען להד"מ לא היה חייב שבועה דאו', כיון דהוי שבועת הנוטלין, ועי' במשובב.

(ב) ולכאו' יסוד הנידון בזה הוא, דאי נימא דהעד מחייבו בשבועת ידי חטפי, הרי שפיר צדקו דברי הקצוה"ח דהוי שבועה דאו', משא"כ אי נימא דכל החיוב שבועה הוא רק לא חטפי צדקו דברי הנתה"מ דלא שייך בזה דין מתוך.

(ג) עי' ברמ"א סי' ע"ה סי"ג הביא משו"ת הרשב"א דהיכא דהעד מעיד דבא הנסכא לידו בתורת משכון אולם אינו זוכר כמה הלוח עליו, דנאמן המלוה בשבועה, כיון דבא לידו בדין, ועי' בסמ"ע ס"ק ל"ה דהק' דהרי כל הצד דנאמן הוא במיגו דלקוחה היא בידו, והיכא דאיכא ע"א הרי בטל המיגו, ונימא מתוך, ועוד תמה מ"ש מהא דמבואר בשו"ע שם דטוען פרעתי וע"א מעיד דהוא תו"ז, או דלא זזה ידו ולא פרע, דאמרי' מתוך, ות"י צ"ב, ועי' בנתה"מ ס"ק י' דביאר כוונת הסמ"ע דלא אמרי' מתוך אלא היכא דאיכא הכחשה במקצת לדברי העד, כגון במעיד דהוא תו"ז דטענתו דפרע סותרת לקצת לדברי העד, וכן בטוען דחטפת דאיכא הכחשה במקצת, מחמת דהוא נגד החזקת ממון, אבל במשכון הרי כו"ע מודו דהוא משכון, אלא דהנידון כמה היה ההלואה, וכיון דליכא הכחשה אפילו במקצת, לא שייך בזה דין מתוך.

ולכאו' ביאור דבריו דבדין נסכא איכא חיוב שבועה מכח העד גם על טענת ידי חטפי, ולכך הוא דאיכא דין מתוך, אבל היכא דליכא הכחשה כלל לא שייך האי מילתא, אלא דא"כ דברי הנתה"מ סתרי למה דנתבאר לעיל סק"ב בדבריו, וצ"ב.

[ולדברי הגרש"ש עדיין צ"ע דברי הרשב"א דכל הנידון הוא מה היה אילו הוי טעין לטענת המיגו, והרי אילו הוי טעין לקוחה הרי היה צריך לישבע].

הנה בראשונים תי' דמיירי לבתר דתיקון היסת, והוי נוגע בעדות, ועי' ברשב"א כתובות פ"ה וקידושין דהק' דהרי הע"א מעיד דתפרע למלוה, ואי היה אומר המלוה אומר להד"מ היה השליח צריך לומר החזרתי אוא נתתי, אולם כשהמלוה מודה דקיבל הרי אינו חייב היסת, וא"כ הדר להיות עד כשר, וממילא הדר דין נסכא דר"א, אולם כתב הרשב"א דתלוי ברי"ב וריב"ם, דלפי הר"י דטעמא דליכא מיגו בנסכא הרי הוי מיגו דהעזה, הר אילו היה אומר להד"מ היה העד פסול מחמת השבועת היסת, אבל לריב"ם הרי כיון דנאמן הוא כב' וחייב ללשלם, ואי אמרי' כהביאורים הנ"ל הרי כל החסרון הוא במיגו, אבל כל דאיכא מיגו והיה נאמן כיון דהיה העדה פסול, ושפיר איכא מיגו,

(א) עי' ש"ך סי' ע"ה ס"ק מ"ז דדייק מדברי הרמ"ה דהיכא דגם אם היה מודה לא היה נוטל התובע בלא שבועה, אין ע"א ככה"ג מחייבו שבועה, כיון דבעי' כפירת ממון וליכא, ותמה הש"ך דזה סותר לדברי הרמ"ה [ונפסק ברמ"א סי' פ"ט ס"ג] דהיכא דהבעה"ב טוען דפרעו כולו ויש ע"א על השכירות דחייב שבועה דאו', וקשה הרי אם גם היה ב' עדים אינו נוטל בלא שבועה, ומדוע הוא חייב שבועה דאו' על מה שהעד אומר, ועי' ברע"א דתמה על קו' הש"ך, דשאני התם דכיון דכל מה דנאמן לומר פרעתי הוא רק במיגו דלא שכרתיך, והרי אילו היה טוען לא שכרתיך היה

חייב שבועה דא'ר, ולכך הוא חייב שבועה דא'ר גם על מה דטוען דפרע כולו, וכן עמד ע"ז בקצוה"ח שם ס"ק י"ג, וכן ביאר הגר"א סי' פ"ט סק"ו, [ויל"ע לפי האחרונים אמאי לא אמרי' מתוך בשכירות בע"א, דומיא דנסכא, וצ"ב].  
(ב) ולכא' מוכרח דהש"ך נקט דכל החיוב שבועה הוא רק על הפרעון, וליכא כלל חיוב שבועה דלא שכרתיך, דכיון דהודה על השכירות אינו מתחייב שבועה רק על הפרעון, ולכך ס"ל דכה"ג ליכא כפירת ממון, אבל האחרונים נקטו דהא כיון דחייב שבועה דלא שכרתיך, הרי אילו היו ב' עדים על השכירות היה נוטל בלא שבועה, ולכך חשיב כפירת ממון.

(ג) אולם עיקר הדבר עדיין צ"ב, דהא שאני הכא דבמה דמעיד על החטיפה, נכלל בזה נמי דהחפץ שייך לראשון, אבל הכא הרי אעפ"י דמעידים על השכירות, אינו הכרח דלא פרע, וצ"ל כיון דאילו היו ב' עדים על השכירות הרי היה חייב לשלם, ואינו נאמן לומר פרעתי, משו"ה בע"א נמי כיון דעפ"י עדותו אינו נאמן לומר פרעתי, משו"ה חשיב דהעד מחייבו בשבועת פרעתי.

בס"ד

### חנוני על פנקסו

מ"ז ב'

(א) מתני' - והחנוני על פנקסו כיצד וכו' הוא נשבע ונוטל והן נשבעין ונוטלין. עי' תוס' כתובות פ' א' ד"ה ישבע דהביאו בשם ר"ח להק' אמאי לא קתני במתני' דינא דמתני' בכתובות שם דמוציא הוצאות על נכסי אשתו נשבע ונוטל, ותי' דלא חשיב אלא הנך דאיכא הכחשה בין התובע לנתבע או כחנוני דאיכא הכחשה בין הבעה"ב לפועלים, אבל במו"ה ליכא הכחשה, אולם ר"ח דחה לפי' זה דא"כ אמאי לא קתני הבא ליפרע מנכסי יתומים דמיירי אף בהכחשה, ולכך ביאר ר"ח דלא קתני אלא הנך דלולי התקנה לא היו נוטלין כלל.  
(ב) ועי' בחי' רע"א בכתובות שם דבזה מדוקדק לישנא דמתני' דקתני חנוני ולא קתני פועלים, משום דפועלים הרי נוטלין מעיקר הדין כדין א"י א"פ, וכ"כ להד"י הרמב"ן והריטב"א ריש פרקין לבאר לישנא דמתני', אולם עי' בש"ך סי' צ"א ס"ק י"ב דדייק מלישנא דמתני' להיפוך, דקתני מתחילה חנוני וקמפרש אח"כ לפועלים, ומוכח דהחנוני נמי נוטל מעיקר הדין, וחייבו אותו בשבועה באופן דהפועלים נמי נשבעים ונוטלים, ע"ש.

והנה אי נימא דכוונת בן ננס דתרווייהו נוטלין בלא שבועה, יש ליישב קו' הש"ך דנקט לפועלים לאשמועי' דלבן ננס החנוני נוטל בלא שבועה כיון דא"א להשביע לתרווייהו, אולם אי נימא דלבן ננס נמי החנוני נשבע, עדיין קשה קו' הש"ך, וי"ל עפ"י מה דמתבאר מדברי ר"ח דמתני' מיירי רק בגוונא דאיכא הכחשה, ובחנוני מיירי דאיכא הכחשה בין החנוני לפועלים, וא"ש דלכך נקט לשבועת הפועלים לאשמועי' דמיירי דאיכא הכחשת הפועלים.

(ג) והוסיף רע"א דלמ"ד דברי ושמא ברי עדיף הרי אכתי תקשי אמאי נקט לחנוני, ותי' דמ"מ לגבי החנוני כיון דהוי ברי גרוע ושמא טוב כו"ע מודו דלאו ברי עדיף, וכוונתו דכיון דלא הו"ל למידע אם החנוני שילם לפועלים, הוי שמא טוב.

והנה בנתה"מ סי' ע"ה סק"ה הק' לשיטת המל"מ דגם בא"י א"פ ליכא חיוב בלא הו"ל למידע, יש להק' אמאי לגבי הפועלים נידון כא"י א"פ, הרי לא הו"ל למידע, ותי' הנתה"מ דשאני הכא דהבעה"ב פשע דלא היה לו למסור את התשלום לחנוני, דהפועלים אומרים מה אית לן גבי חנוני, ולפי"ז צ"ב תי' רע"א דהא

מחויב הפועלים מוכח דאין הבעה"ב נידון כלא הו"ל למידע, וצ"ל דזה סברא רק לגבי הפועלים, אבל לגבי החנוני אכתי יש לבעה"ב טענה עליו דהיה לו ליתנו בפני עדים.

ובעיקר קו' הנתה"מ, הנה בשיעורי הגר"ח מכת"י ב"מ סי' ג' ובחי' הגר"ח ב"מ סי' מ"ב כתב דבאמת להמל"מ אין חיובו מדין א"י א"פ, אלא משום דדמי לגזל מא' וא"י ממי גזל, [ועי' להלן בדברי הש"ך ס"ק י"ב בזה], וע"ע בקוב"ש ב"ב אות תרנ"ז דיישב לקו' הנתה"מ באופ"א.

ד) ועוד כתב רע"א לתרץ דמ"מ יש טענה לבעה"ב על החנוני אמאי לא נתת בעדים, וע"ז קמ"ל דהחנוני טוען אמאי לא אמרת לי הב להו בסהדי, וכדאיתא ב"מ ג' א', עכתו"ד.

והנה בריטב"א ריש פרקין כתב דאף למ"ד ברי עדיף, מ"מ שאני הכא דהו"ל למיתן בסהדי, וברמב"ן במלחמות [ל"ג,א] נמי כתב דאע"ג דלא אמר לי' לתנו בפני עדים, מ"מ הו"ל לתקוני ולא לעוותי, [והוסיף הרמב"ן דאף אי נימא דפשע במה דלא א"ל דיתן בפני עדים, מ"מ הוא פטור, והיינו משום דהוי א"י אם נתחייבתי], ומה דהגמ' בריש ב"מ מיייתי להאי טעמא, הוא רק טעם התקנה דנוטל בשבועה, אולם מעיקר הדין הבעה"ב פטור משום דהיה לו ליתן בפני עדים, ועי' בש"ך סי' צ"ב סוס"ק י"ד דתמה דהא מבואר בכתובות פ"ה א' דאין השליח מחוייב ליתן בפני עדים, אלא באופן דאמר לו שקול שטרא, וכן הוכיחו תוס' ב"מ ג' א' ד"ה ולא, ועי' קצוה"ח סי' צ"א סק"ו דיישב דס"ל להרמב"ן דיש חילוק בין היכא דדעתו לחזור ולתבוע דהיה צריך ליתן בפני עדים, להיכא דאין דעתו לחזור ולתבוע, ועכ"פ מבואר מדבריהם דבאמת זה הטעם להא דמעיקר הדין החנוני פטור אף למ"ד ברי עדיף, [ולשון רע"א דלמסקנא אינו כן, לכאור' נסתר מדברי הראשונים].

ה) והנה ברמב"ן ריש פרקין הביא לדברי ר"ח דיישב דהתנא נקט רק הנהו דהנתבע מכחיש לתובע, אבל מוציא הוצאות הוי ברי ושמא, וכיון דלא דמו לא שנאן, וביאר הר"ח דלמדנו מדינא דמו"ה דבמוציא ברשות לכו"ע ברי עדיף, וצ"ב דחנוני על פנקסו נמי הוי ברי ושמא, ומ"מ קתני לה במתני', ולכאור' צ"ל דכיון דהפועלים מכחישים את החנוני הוי כברי וברי.

ו) והנה הרמב"ן שם כתב דלא קתני אלא הנהו דאין נוטלין מעיקר הדין, וביאר דמה"ט נקט התנא רק לחנוני ולא לפועלים, וכתב דזה קרוב לדברי ר"ח דכיון דהוי ברי ברשות הרי מעיקר הדין היה נוטל בלא שבועה, וצ"ב דהרי חנוני נמי הוי ברי ברשות, ואמאי כתב הרמב"ן דהוא בכלל הנך דאין נוטלין מעיקר הדין, [והר"ן ל' א' מדפי הרי"ף] כתב דחנוני דמי למו"ה, ובשטמ"ק נדרים ל"ג ב' כתב דבאמת הטעם דלא נקט התנא להא דמו"ה משום דהוא בכלל דינא דחנוני, ועי' בתוס' ב"מ ל"ד ב' ד"ה שמא דכתבו דלא נקט מו"ה כיון דהוא בכלל שכיר, ועי' בנחל יצחק סי' צ"א ס"ג ענף א' דהעיר דהא שכיר החשיבוהו כא"י א"פ, ועוד דהרי שכיר אינו נאחז בחלוקים על הקציצה, וכתב דע"כ כוונתם כשטמ"ק דהוא בכלל חנוני, ע"ש בכ"ד, ולכאור' צ"ל כנ"ל דכיון דהפועלים מכחישים את החנוני חשיב טענת הבעה"ב כטענת ברי, אולם א"כ תקשי אמאי כתב הרמב"ן דהתנא לא נקט לפועלים משום דהוי כא"י א"פ, הא כיון דחנוני מכחיש את הפועלים הוי כטענת ברי של הבעה"ב כנגד הפועלים, וע"כ דברי ע"י אחר אינו נחשב לברי, והדק"ל מ"ש מו"ה מחנוני.

וע"כ צ"ל דבאמת כל הדין דמוציא ברשות הוא מדין הימניה, אולם כל הנאמנות הוא רק עד כמה דליכא הכחשה, אבל כל דהפועלים מכחישים אותו אינו בכלל קבלת הנאמנות, ועי' ברשב"א דכתב ריש פרקין דביאר נמי דמתני' איירי רק על החנוני כיון דאינו נוטל מדינא, דהוי א"י אם נתחייבתי, והוסיף דמדינא לא יטול כיון דפועלים מכחישים אותו, וצ"ב כוונתו, וי"ל דכוונתו להק' אמאי ליכא דין הימניה, הרי החנוני נתן

על פיו, וע"ז הוסיף דכיון דהפועלים מכחישים אותו אי"ז בכלל קבלת הנאמנות, וכן ע"י בלשון הראב"ד בכתוב שם בסוף המסכת בדין חנוני חשוד דג"כ הוסיף כלשון הרשב"א דאיכא נמי הכחשת הפועלים, וע"ע בתומים סי' צ"א סק"ז באופ"א בזה.

ז) ע"י בר"ן בריש פרקין דביאר דלא קתני מו"ה כיון דשקיל מדינא וביאר דאע"ג דלאו ברי עדיף "הכא כיון שהוציא ברשות והשביח נאמן מדינא ושקיל בלא שבועה" וכן הוא לשון הרמב"ן ריש פרקין, והנה בפשוטו הסברא דמוציא ברשות הוא מדין הימניה, דכיון דנתן לו רשות להוציא, הרי האמינו על כל מה שיוציא, אולם הרי הר"ן הוסיף דמשום דהשביח הוא דנאמן, והנה לגבי השבחה הרי היא לא אמרה לו להשביח, ולא שייך בזה הטעם דהימניה, וע"י בנתה"מ סי' צ"א סק"ב דביאר בכוונת דברי הר"ן דבאמת רק היכא דהשביח הוא דנוטל, משום דדמי לודאי חיוב, ע"ש היטב, אולם היכא דלא השביח ביאר הנתה"מ דבאמת הוא מדין הימניה.

ח) ע"י ברמב"ם פ"י מגזילה ה"י דכתב דכל מי ששמין לו בין דהיתה ידו עה"ע ובין שהיתה ידו עה"ת אינו נוטל עד שישבע כמה הוציא, וע"י מ"מ דנלמד מדינא דמו"ה, דאעפ"י דהוא יורד ברשות, מ"מ הוא צריך לישבע, והנה אי נימא כהראשונים דכל הנאמנות במו"ה משום דהוי ברשות, הרי ביורד שלא ברשות, א"א לומר כן, ואילו ברמב"ם מבואר דגם ביורד שלא ברשות נאמן בשבועה, ועמד בזה בבית מאיר אהע"ז סי' פ"ח ס"י, ע"ש באריכות, וכן ע"י בנחל יצחק סי' צ"א ס"ג באריכות בזה.

שם - תן לבני וכו'. ע"י ברשב"א ובר"ן ריש פרקין דבארו דאיכא חידוש בבנו דס"ד דכיון דאינו חייב לשלם רק לחנוני, נוטל החנוני בלא שבועה, קמ"ל דמ"מ החנוני נשבע, אולם ע"י ברמב"ם בפה"מ דהבן נשבע, ולכא"ו מבואר דמיירי באופן דהבן תובע את אביו, וכן משמע מהא דהרמב"ם בהל' השמיט לציור דבנו, וע"כ משום דאין בו חידוש דהוא ממש כפועלים, וע"י בזה להלן.

א) שם - אמר בן ננס כיצד וכו'. ע"י ברש"י מ"ז ב' ד"ה טורח דמבואר דבן ננס ס"ל דשניהם נוטלין שלא בשבועה, אולם ע"י בבעל המאור דגרס דבן ננס ס"ל דהוא נוטל בשבועה והם נוטלין שלא בשבועה, וביאר דהפועלים חיובם ודאי והספק על הפרעון, אולם החנוני החוב מעיקרו ספק, וכן גרס וביאר הר"ן, וצ"ע דהרי דעת הבעה"מ בסוף המסכת דחנוני חשוד נוטל שלא בשבועה, ומוכח ע"כ דס"ל דחנוני נמי נוטל מעיקר הדין, ולא חשיב כא"י אם נתחייבתי, וע"י ש"ך סי' צ"ב ס"ק י"ד דהק' כן וביאר דהבעה"מ ביאר כן רק בדעת רבי, אבל למסקנא אין הסברא כן, ע"ש בכ"ד.

ב) ע"י בהג"א ריש ב"מ דביאר דאף לרבנן הוא דוקא בזא"ז ולא לתרויהו בב"א, והובא ברמ"א סי' צ"א ס"א, וע"י ביאור הגר"א סק"ז דדמי לב' שבילין בב"א, ובן ננס ס"ל דגרע אף מב' שבילין בזא"ז, כיון דאיכא חילול ה'.

א) רש"י ד"ה שניהם - דאמר ליה וכו'. ע"י ש"ך סי' צ"א ס"ק י"ב דכתב דמשמע מרש"י דסברות אלו אינם רק לבאר אמאי ליכא דין יהא מונח, כמבואר ב"מ ג' א', אלא זה סברא לבאר עיקר הדין דמשו"ה הם נוטלין מעיקר הדין, ולא כהרמב"ן במלחמות סוף הפרק דכתב דהוא רק טעם לתקנה דנוטל בשבועה.

(ב) ויש להוכיח קצת עוד כן בדעת רש"י, דהא דעת רש"י דלבן ננס תרוייהו נוטלין שלא בשבועה, ואי נימא דיש חילוק בין החנוני לפועלים, הרי היה ראוי דהחנוני עכ"פ לא יטול בלא שבועה, [אולם הבעה"מ אעפ"י דס"ל דחנוני נוטל מעיקר הדין, מ"מ כתב דיש חילוק לבן ננס בין החנוני לפועלים, כיון דודאי היה להם חיוב, וא"כ כ"ש דלהשי' דאין לחנוני זכות מעיקר הדין, היה ראוי דלא יטול אלא בשבועה], ועוד יש להוכיח כן דהא רש"י ד"ה ת"ש מבאר בסברת רבי דטעמא דהפועלים נוטלים בשבועה, והחנוני אינו נוטל אף בשבועה, דהיה ליתן בעדים, ואי נימא דהחנוני אינו נוטל מעיקר הדין, הרי יש לבאר פשוט הא דלא מהני שבועת החנוני כיון דמעיקר הדין הבעה"ב פטור, ומוכח דרש"י ס"ל דהחנוני נמי נוטל לולי השבועה.

(א) גמ' - אמר רבי טורח שבועה זו למה וכו'. עי' ברש"י דביאר דכוונתו האם דעת ת"ק דתרוייהו נוטלין שלא בשבועה, או דהפועלים בשבועה, והחנוני נוטל אף שלא בשבועה, ועי' חזו"א חו"מ סי' ט' ס"ק י"ב ד"ה ונראה במוסגר דהוכיח כמאן דאעפ"י דיש צד דאינו משלם רק לפועלים, מ"מ אינם נוטלים שלא בשבועה, ועי' להלן ? בזה.

(ב) ועי' בעל המאור דביאר דשאלת רבי על בן ננס אמאי שבועת החנוני גורמת לב' תשלומין, נשביע את הפועלים ויהא רק תשלום א', דנפסיד החנוני כיון דאין טענתו בריאה כ"כ, ומייתי ר"ח ראיא מת"ק דהבעה"ב משלם ב' תשלומין כיון דפשע, ועי' במלחמות דהאריך לתמוה עליו, ולכך ביאר דס"ד דרבי דהחנוני נוטל מבעה"ב והפועלים נוטלים מהחנוני, ולכך הק' טורח זה למה, ודחי דהכוונה דשניהם נשבעים ונוטלים.

(א) רמב"ם פט"ז מו"ל ה"ה "ושבועה זו תקנת חכמים היא בנקט"ח מפני שבאין שניהם ליטול, לפיכך אם מת החנוני נוטל בע"ח שלא בשבועה, וכן את מת הפועל או בע"ח נוטל החנוני שלא בשבועה, שהרי אין בעה"ב מפסיד כלום ואינו משלם אלא תשלום אחד" ומבואר בפשוטו מלשון הרמב"ם דאעפ"י דהפועלים מכחישים את החנוני, מ"מ מעיקר הדין נוטל החנוני שלא בשבועה, וכל השבועה היא רק משום דתרוייהו נוטלין, ולכך במתו הפועלים אינו נשבע.

(ב) וברמב"ם פ"א משלוחין ושותפין ה"ז פסק לגבי שליח לפרעון חוב, דהשליח אומר נתתי והמלוה אומר לא נפרעתי, דהשליח והמלוה נשבעים היסת, [אולם ע"ש בכס"מ דיש לו גרסא אחרת בדברי הרמב"ם, וכן פסק השו"ע סי' קכ"א ס"ט], ועי' בר"ן דתמה דבשלמא השליח דאינו נוטל אינו נשבע אלא היסת, אבל המלוה דנוטל הרי צריך לישבע שבועת המשנה כמו הפועלים.

ולכא' י"ל דהרמב"ם לשי' דכל השבועה היא רק משום דבאים שניהם ליטול, וכ"ז באופן דהפסק דתרוייהו חייבים הוא ודאי פסק דאינו נכון, אבל הכא הרי השליח פטור משום דינא דהמע"ה, ואי"ז נחשב כפסק להוציא ממנו ב' תשלומין.

(ג) וברשב"א קידושין מ"ג ב' הביא דהרמב"ן תמה על הרמב"ם דמת הפועל החנוני נוטל שלא בשבועה, מהא דקתני במתני' דדינא דחנוני נאמר גם בבנו, אעפ"י דאינו נשבע דהא אין הבן תובעו, ומ"מ קתני דהחנוני נשבע, ועי' בש"ך סי' צ"א סק"א דג"כ עמד בזה יישב דדינא דהרמב"ם כיון דודאי חייב תשלום

אחד אינו מפסיד כלום, ולכך אין החנוני נשבע, אבל בבנו הרי אם החנוני לא נתן לבנו, אינו חייב תשלום כלל, וא"כ הרי גם בתשלום א' איכא הפסד, ולכך צריך החנוני לישבע.

אולם הנה כבר נתבאר לעיל במשנה דבדעת הרמב"ם מוכח דדינא דבנו מיירי באופן דהבן נשבע, וא"כ אדרבא הרי מוכח להיפוך, דכל דלא היה חייב לבנו, לא היה החנוני צריך לישבע, ומשום דליכא ב' תשלומין, [ושורש הנידון בזה הוא אי בעי ודאי הפסד, או דסגי בצד הפסד].

(ד) עי' בש"ך סי' צ"א ס"ק י"א דהק' למאי בעי' לטעמא דליכא שבועה משום דהוא רק תשלום א', הא מצינו ברמב"ם בהל' שלוחין ושותפין שם ונפסק בשו"ע סי' קכ"א ס"י דהיכא דליכא הכחשה בין השליח למלוה דנוטלין בלא שבועה, ומבואר דאעפ"י דאיכא ב' תשלומין ליכא חיוב שבועה, כ"ז דליכא הכחשה, [לכאור' יש לת' דאינו נידון כב' תשלומין, משום דתולין דהשליח יבא ויחזיר את הכסף, או דהשליח מת ואה"נ הוא חייב להחזיר לו, אבל באופן דנפסוק דחייב ב' תשלומין איכא שבועה אף בשמא, ובתשלום א' אף בברי ליכא שבועה].

ותי' הש"ך דבאמת כל מה דהוצרך הרמב"ם לטעמא דאינו מפסיד כלום הוא רק באופן דאיכא הכחשה אלא דמת א' מהם, אבל בליכא הכחשה אף בב' תשלומין ליכא שבועה, ועוד תי' הש"ך דשאני התם דהשליח אינו נוטל, והמלוה הרי הוי א"י א"פ, אבל בחנוני דהוא ספק בעיקר החיוב, כל הטעם דאינו נשבע הוא רק משום דבלא"ה הוא משלם, וממילא היכא דאיכא הכחשה אף בתשלום א' אינו נוטל בלא שבועה, עכתו"ד. ותי' ב' דהש"ך מבואר בלח"מ בהל' שלוחין שם, ותי' ב' הוא חידוש דבאמת איכא ב' דינים, דאיכא חיוב שבועה מחמת הכחשה, ואיכא חיוב שבועה מחמת ב' תשלומין.

אולם באמת דכן מדויק בלשון הרשב"א בקידושין הנ"ל דהק' על הרמב"ם " " ומבואר

(ה) והנה הש"ך בסק"א ציין לדבריו בס"ק י"א, ויש לבאר כוונתו דלדבריו בתי' בתרא י"ל דשאני בנו דמיירי בבנו גדול ומכחישו, ולכך בעי' שבועה, [וכן כתב בחזו"א סי' ט' ס"ק י"ב [ד"ה מיהו], אולם העיר דבלשון הרשב"א בקידושין מבואר דדוחק לומר דמתני' מיירי בבנו גדול], ולפי"ז אין צ"ל כדבריו בסק"א דבנו נידון כהפסד, דכיון דאינו אלא ספק הפסד לא חיבוייהו בשבועה, ורק היכא דאכיא ודאי הפסד אין נוטל בלא שבועה.

אולם י"ל עוד דכוונת הש"ך להביא ראיה לדבריו, דכיון דביאר בס"ק י"א דהפסד לחוד גורם שבועה אף בליכא הכחשה, ממילא אף בבנו קטן חייב לישבע כיון דאיכא הפסד.

(ו) עי' בר"ן קידושין מ"ג ב' דהביא דחלקו על הרמב"ם דהא במתו הפועלין יורשיהם באין ונוטלין בשבועה שלא פקדנו, ונמצא דבעה"ב נפסד, ולא יטול החנוני אלא בשבועה, וכן הביאו במ"מ פט"ו מו"ל ה"ב ובעה"ת שכ"ט ח"ב ס"ט מהרמב"ן, ועי' ש"ך ס"ק י' דהרמב"ם לא פליג לדינא על הרמב"ן, אלא דמיירי בפועלים שאין להם יורשים, או דאין היורשים יודעים דאביהם היה פועל שלו, או דאין היורשים כאן.

ועי' בקצוה"ח סק"ב דתמה על תי' קמא דהא אין לך אדם מישראל שאין לו יורשים, ותי' בנתה"מ סוף סק"ב דכוונת הש"ך דהבעה"ב גופי' הוא היורש, ועי' ברע"א דתמה דא"כ מדוע החנוני נוטל שלא בשבועה, הרי כיון דיתכן דהוא זכה בחוב, דמי לבנו דכתב הש"ך בסק"א דכיון דיש צד דהוא מפסיד המנה חייב החנוני לישבע.

ולכאור' ע"כ צ"ל דכיון דנתבאר לעיל דהש"ך בסק"א לא אזיל כתי' ב' בס"ק י"ב, [וכנ"ל ס"ק ה'] הרי י"ל דאזיל הכא כדבריו בס"ק י"ב בתי' בתרא דסגי בהכחשה לחוד, וכיון דבנו מכחישו אינו נוטל בלא שבועה.

(ז) עי' חזו"א סי' ט' ס"ק י"ד [ד"ה שם ס"ק י"ב] דביאר דתי' הש"ך בסק"א מתלי תלי, דלתי' קמא דהש"ך בס"ק י"ב דטעמא דהרמב"ם דהחנוני נוטל בלא שבועה משום דיש כאן חיוב ודאי, אלא דספק למי, ולכן מהני טענת ברי, הרי בבנו דליכא חיוב ודאי, לא אלים טענת הברי, וממילא אין החנוני נוטל מעיקר הדין, אבל לטעמא הב' דהש"ך דהוא משום חזקה דשליח עושה שליחותו, הרי גם בבנו שייך האי טעמא, ונוטל מעיקר הדין, [אולם כבר נתבאר דלתי' בתרא דהש"ך אי"צ לתי' בסק"א].

והק' בחזו"א דלפי"ז נמצא דבמת בנו החנוני חייב לישבע אעפ"י דליכא הכחשה, ובפועלים אין החנוני חייב לישבע אלא כשהפועלים לפנינו, והרי במתני' השוה אותן, ועוד תמה דנמצא דבחנוני ופועלים החנוני נוטל מן הדין והשבועה תקנ"ח, ובתן לבני מן הדין אינו נוטל כלום ותקנו שיטול בשבועה, ואיך יתכן דהרמב"ם השמיט לדינא דבני.

ועוד יש להק' על הש"ך מ"ש מדינא דהרמב"ם לגבי שליח לפרעון הלואה דליכא שבועה על המלוה, וע"כ הטעם משום דלא חשיב כב' תשלומין, [וכנ"ל], אעפ"י דיתכן דהשליח לא נתן לו המעות, ואיכא הפסד גם בתשלום א', וא"כ ה"ה בבנו, [אולם בדעת השו"ע דפסק בסי' קכ"א דהמלוה נשבע שבועת הנוטלין, י"ל כהש"ך].

(ח) וברמב"ם פ"ה מטו"נ הל' י"א פסק "אבל חנוני שנשבע על פנקסו אינו נשבע ונוטל מן הקטן, שאין לקטן בזה הנייה שהרי חייב ליתן לפועליו, ונשבעין ונוטלין ממנו, וזה החנוני הפסיד על נפשו שנתן ממונו עפ"י קטן" והובא בשו"ע סי' צ"א ס"ח, ומבואר דאעפ"י דאין החנוני נוטל אפי' בשבועה, מ"מ מ"מ הפועלים נשבעין, והוכיח מזה הנתה"מ סי' צ"א סק"ג דהיכא דאיכא הכחשה מודה הרמב"ם דאיכא שבועה, ועי' חזו"א סי' ט' ס"ק י"ב [סוד"ה ונראה] דמזה מוכח דגם הפועלים צריכים לישבע בהכחשה אף בתשלום א', ועי' קצוה"ח ס"ק ט' דתי' דהוא רק שבועת היסת, וצ"ע.

והנה בש"ך סק"ג כתב דחנוני גוי, גורם דפועל ישראל צריך לישבע, ועי' קצוה"ח סק"א דתמה דהרי הגוי אינו נוטל, וכשגובה לבדו נוטל בלא שבועה, ותי' בנתה"מ סק"א דיש לו הפסד מחמת דצריך לשלם בדיני הגויים, ובמשובב תמה דהא הוי באונס, ואי"ז הפסד מדינא.

וצ"ב דעת הנתה"מ, דהא לדבריו בסק"ג דהסכים לתי' ב' דהש"ך דכל דיש הכחשה ביניהם חייב אף היכא דליכא הפסד לבעה"ב, הרי ה"ה בגוונא דחנוני גוי סגי במה דמכחישו הגוי כדי לחייבו בשבועה, והקצוה"ח אזיל לשי' בסק"ד דהעיקר כתי' קמא דהש"ך, וצ"ע.

(ט) עי' בר"ן דהק' על הרמב"ם מ"ש ממוציא הוצאות על נכסי אשתו דליכא הכחשה, ומ"מ אינו נוטל אלא בשבועה, [ועי' שער המשפט סק"א דלדברי הש"ך סק"א לק"מ כיון דיש צד הפסד], ועי' בבעה"ת שער כ"ט ח"ב סי' ו' בשם הר"י אבן פלאט דהיכא דליתא לפועלים איכא חזקת שליח עושה שליחותו, ומצטרף לטענת ברי כנגד החזקת ממון, אבל במוציא הוצאות הרי יתכן דהוציא יותר או פחות ממה דהיה צריך, ולא שייך בזה חזקה דשליח, ועי' בש"ך סי' צ"א ס"ק י"ב דכתב עוד בסברת הרמב"ם דכיון דהוא ודאי חייב מנה, כה"ג ברי עדיף, אבל במוציא הוצאות דלא שייך האי סברא אינו נוטל אלא בשבועה.

והנה בשו"ע ס"ז מבואר דבלא נתן קצבה לחנוני דבאין הפועלים לפנינו נאמן החנוני לומר כך וכך נתתי להם ונוטל בלא שבועה, ועי' בש"ך ס"ק כ"ח דנקט כמהרש"ל דבכה"ג אף החולקים על הרמב"ם בס"ג מודו הכא, ומשום דיש חילוק בין היכא דאין ידוע אם נתן כלל, להיכא דידוע דנתן, אלא דלא ידוע כמה, וצ"ב



דהא במוציא הוצאות על נכסי אשתו נמי ידוע בודאי דהוציא, אלא דאין ידוע כמה הוציא, ומ"מ הוכיחו מזה החולקים על הרמב"ם דנוטל החנוני רק בשבועה.

(א) עי' בראשונים דלגבי הפועלים ודאי דמעיקר הדין היו נוטלין בלא שבועה, [אולם בנתה"מ סק"ב צידד בדעת הרמב"ם לא כן ומשום דחשיב דהבעה"ב טוען ברי, ע"ש], אולם לגבי החנוני נחלקו בזה הראשונים, דבבעה"מ סוף שבועות נקט דחנוני חשוד נוטל בלא שבועה, אולם הרמב"ן שם תמה עליו דכיון דהוי א"י אם נתחייבתי, אינו נוטל בלא שבועה, וכן מתבאר מדברי הראשונים דבארו דנקט חנוני במתני' כיון דאינו נוטל מעיקר הדין, וכן מצינו דנחלקו הרמב"ם והראשונים האם במתו הפועלים גובה החנוני שלא בשבועה, או רק ע"י שבועה, ובטעמא דהשי' דהחנוני נוטל מעיקר הדין שלא בשבועה, עי' בש"ך סי' צ"א סק"י י"ב דיש ב' טעמים או משום דודאי הוא חייב ליתן מנה, או משום דינא דחזקה שליח עושה שליחותו, ועי' בנתה"מ סי' צ"ב סק"ד דמדברי הש"ך מוכח דסברא אלו נאמר גם במכחישים, אולם הנתה"מ חולק דסברות אלו שייך באינם לפנינו.

(ב) ויש לדון האם היכא דאין הכחשה בין החנוני לפועלים נמי ס"ל להראשונים דהחנוני אינו נוטל מעיקר הדין, והנה בריטב"א ריש פרקין נקט דחנוני אינו נוטל מעיקר הדין, וכן כתב בסוף מכלתין לגבי חנוני חשוד כדעת הרמב"ן, אולם בסוגיין נקט כהרמב"ם דמתו הפועלים נוטל החנוני שלא בשבועה, וע"כ מוכרח לחלק דרך במכחישו הוא דאינו נוטל מעיקר הדין, ועי' בריטב"א ב"מ ג' א' דכתב בתי' הגמ' דגם לגבי החנוני הוי א"י א"פ, וכ"כ בסוף שבועות בדעת הר"ז"ה לגבי חנוני חשוד דנוטל בלא שבועה כיון דהוי א"י א"פ, וצ"ע. וכן יש לדייק מלשון הרשב"א והר"ן דתמהו על הרמב"ם מ"ש ממוציא הוצאות, ולא הק' טפי דהא הוי א"י אם נתחייבתי, וע"כ צ"ל דמצד הסברא מודו דהיכא דליכא הכחשה הוא נוטל שלא בשבועה, אלא דהק' דלא גרע ממוציא הוצאות דאינו נוטל שלא בשבועה.

(ג) ויש לדון להראשונים דס"ל דהחנוני אינו נוטל מעיקר הדין, אם הוא משום דאיכא ודאי הפסד לבעה"ב, או רק משום דמכחישים זה את זה, ובפשוטו מקר' על הרמב"ם מדינא דבנו, מוכח דס"ל דאעפ"י דנקטו דליכא הפסד כיון דאינו חייב לבנו, מ"מ הק' דיהא שבועה מחמת הכחשת החנוני.

(ד) וכן יש לדון לגבי הפועלים, אם זה מחמת הכחשה או מחמת הפסד הממון, ועי' ברש"ש דהק' דיש בזה סתירת לשונות בר"ן, והנה למה דנתבאר לעיל דלגבי שליח על הלואה לא חשיב הפסד, כיון דהוא רק פטור מחמת דינא דהמע"ה, הרי מהא דנקטו הראשונים דהמלוה נשבע שבועת המשנה, מוכח דסגי במה דאיכא הכחשה, ולא בעי' דיהא ודאי הפסד.

(ה) והנה הרי"ף והרמב"ם פרק כ"ב מעדות נקטו דבסוגיא לק' לגבי ב' מלוין ולוה א' דהיינו דינא דמתני', דילפי' מינה דאיכא חיוב שבועה, והרמב"ן והר"ן הביאו לשיטה זו, והנה אי נימא דכל החיוב שבועה הוא רק מחמת הכחשה, הרי ליכא שום הכחשה על מעשה ההלואה, וע"כ דהחיוב הוא מחמת הפסד ממון, וכיון דאיכא שטר א' דודאי אין בכוחו לגבות על ידו, שפיר חייבים ב' המלוים לישבע.

מ"ז ב'

חנוני ובעל הביתמ"ח א'

מתני' - אמר לחנוני תן לי בדינר פירות וכו' ישבע בעה"ב וכו' א"ל תן לי את הפירות וכו' ישבע חנוני ר"י אומר כל שהפירות וכו', אמר לשולחני וכו', ובגמ' מיייתי ברייתא אמר ר"י אימתי וכו'. ודנו הראשונים במאי פליג ר"י, על הרישא או על הסיפא או על תרוייהו, ועוד דנו הראשונים האם דברי ר"י בברייתא קאי לשי' או בשיטת רבנן, ועוד דנו הראשונים אי מיירי במונחים סתם, או במונחים ברה"ר.

שיטת הראשונים דמיירי בשבועת הנפטרים

א) שי' רש"י דרישא מיירי דהבעה"ב מוחזק בפירות ותקנו שבועה להחזיק בשלו, ובסיפא החנוני מוחזק, ור"י פליג ארישא דרישא וארישא דסיפא דאין צריך הבעה"ב לישבע כיון דאין דרך החנוני ליתן קודם קבלת המעות, וכוונת הברייתא דר"י מודה דאם הפירות צבורים ומונחים חייב לישבע, [ובדעת ת"ק היכא דאינו מוחזק לא נתבאר להדי' ברש"י אם נמי נוטל בשבועה, או דאינו נוטל כלל - העירוני].

ב) ויל"ע לר"י, בהא דנוטל בשבועה בפירות צבורין ומונחין, אי מיירי דאיכא עדים דעשה מעשה קנין, ואעפ"י דחשיב כמוחזק, מ"מ כיון דאינו תפוס בפועל, החמירו עליו דאינו נוטל בלא שבועה, או דאף באופן דליכא עדים על הקנין, מ"מ כיון דאינם ברשות הבעה"ב נוטלו בשבועה, ומסתברא כצד קמא, דאל"כ נמצא דשבועת ת"ק היא חומרא, ושבועה דר"י הוא קולא, [וכן אי נימא דת"ק נמי ס"ל דבצבורין נוטל בשבועה, הרי אי נימא דאינו נידון כמוחזק, תקשי דא"כ הוי ב' שבועות, חדא להחמיר וחדא להקל, וע"כ דמיירי דאיכא עדים - העירוני].

ג) ובטעמא דתקנו שבועה יותר מכל כופר הכל, עי' בריטב"א "כדי שלא יקפידו חנונים מלתת פירותיהם קודם שיקבלו מעות" וכן בסיפא טעמא "כדי שלא יקפידו לקוחות להקדים סלע שלהם קודם שיקבלו מעות" ובבעל המאור כתב דטעמא דתקנו שבועה "שהרי רגלים לדבר דאבי חנונתא מילי ואבי פתורא חושבנא" ועי' בתוס' בארו דמיירי דאומר דנתן מכבר, ועי' בתוס' הרא"ש דביאר דכיון דראו נתינת הפירות ולא ראו נתינת המעות, הרי"ז ריעותא ואינו נוטל בלא שבועה, וע"ע במהרש"א.

ד) עי' תוס' הרא"ש דביאר בתי' קמא ע"ד רש"י, אולם ביאר דר"י פליג אף אסיפא, דאעפ"י דהחנוני מוחזק, מ"מ הבעה"ב נשבע ונוטל כיון דאין דרך ליתן פירות קודם נתינת המעות, ועוד מבואר בתוס' הרא"ש דכוונת הברייתא לאשמועי' דרבנן מחייבים שבועה רק באופן דהפירות צבורין, אבל באופן דהפישילן מודו דאי"צ לישבע.

ה) עי' בהשגות הראב"ד על הרי"ף דביאר דר"י פליג רק ארישא, וטעמא דר"י דבעה"ב נוטל בלא שבועה, משום דהוא מוחזק, ואעפ"י דהפירות ברה"ר, מ"מ כיון דהחנוני מודה דהבעה"ב משך הפירות, אלא דרוצה לתפוס הפירות בתורת משכון עד דיהיב ליה זוזי, משו"ה חשיב הבעה"ב למוחזק, ולגבי שולחני הוסיף ר"י עוד טעם דכיון דנתן לו המעות בודאי דיהיב ליה דינר מקודם, אבל היכא דהפירות ביד הבעה"ב ליכא מחלוקת, וזהו כוונת הברייתא, עכתו"ד, ועי' בקצוה"ח סי' ע"ב ס"ק כ"ב דמוכר בהקפה יכול לתפוס את החפץ, וליטול ממנו בלא שבועה, ע"ש.

(ו) עי' בעה"מ דג"כ ביאר דפליגי רק ברישא, אולם ביאר דלרבנן חייב הבעה"ב שבועה גם בהפשיל קופתו, כיון דהוא עדיין בחנות, ובהא פליגי ר"י, אבל באופן דהפירות ברה"ר מודה ר"י, ובסיפא רבנן נמי מודו דדוקא ברה"ר בעו שבועה, אבל באופן דזה בקופתו גם רבנן מודו דאיי"צ לישבע, וברייטא דאימתי קאי אסיפא.

### שיטת הראשונים דחשיב שבועת הנוטלין

(א) עי' בתוס' דהביאו מר"ת דמיירי דהניח בכליו, ועדיין הם ברשות החנוני, וכן נתן בעה"ב דינר ועדיין לא נטלו החנוני, ומלשון תוס' נראה דמדינא הוא ברשות המרא קמא, אלא דהחמירו דישבע ויטול כיון דיצאו קצת מחזקת שכנגדם, ועי' בתוס' הרא"ש דמסתמא לא היה מניחם בכליו עד שיתן לו המעות, וכ"כ בטור, ולפי"ז צ"ל דבסיפא נמי לא היה מניח הדינר עד שיתן לו החנוני את הפירות, וצ"ב דהרי מ"מ הדרך הוא להיפוך דקודם נותן הדינר, ואח"כ הוא מקבל הפירות וכדקאמר ר"י.

ובש"ך דן לפרש דמיירי בדאמר ליה קני, דכה"ג קנו כליו של לוקח ברשות מוכר, וכן בסיפא כיון דהניח הדינר בחנות קנאו החנוני, ולפי"ז נמצא דמדינא הוא נוטל, אולם כיון דאיי"ז לגמרי בחזקתו תקנו שבועת הנוטלין, וצ"ע בלשון תו'.

ובדעת ר"י, בפשוטו נראה דפליגי על כל הברייטא וס"ל דלעולם בעה"ב נוטל שלא בשבועה משום דאין דרך וכו', ועי' היטב בתוס' הרא"ש בסו"ד דמשמע דבסיפא דרישא ובסיפא דסיפא אף לר"י אינו נוטל אלא בשבועה, ולכך הוא דדימה דברי ר"ת לדברי רש"י, ע"ש היטב, אולם בביאור הגר"א סי' צ"א ס"ק כ"ז מבואר דגם בסיפא דרישא וסיפא דסיפא הוא נוטל לר"י שלא בשבועה.

(ב) עי' ברי"ף דביאר דמיירי דהפירות ברה"ר וברישא מיירי דהחנוני מודה דמשך אלא דטוען דלא נתן לו דמים, ולכך הבעה"ב נשבע ונוטל, כיון דאין הנידון על הפירות, ועי' ברי"י מגאש דנוטל משום דכבר זכה, ונשבע משום דהוי כמשכון, ובריטב"א פי' דהוא לתיקון העולם, ועי' ברי"מ דביאר עוד דטעמא דנוטל משום דהחנוני רוצה לקיים המקח, ועוד פי' דהוא משום דלדברי הבעה"ב קנאו למי שפרע, ולא מצי חוזר בו בלא חזרת המעות, ולא אמרי' המע"ה כיון דשור שחוט לפניך, וכ"ז צ"ב.

ובסיפא מיירי דראו נתינת המעות, אלא דהנידון אם שילם על פירות שכבר קיבל, או על הפירות שברה"ר, וס"ל לת"ק דחנוני נשבע ונוטל הפירות, אולם ברי"י מגאש ביאר דמיירי דלא נתן הדינר באונקלי, ונשבע ונוטל הדינר.

ור"י פליגי אסיפא דרישא ואסיפא דסיפא, וס"ל דהבעה"ב נשבע, וברישא טעמא משום דאין דרך חנוני להניח פירות ברה"ר, אולם בסיפא לא שייך האי טעמא, דהא גם הבעה"ב אין דרכו בהנחת דינר ברה"ר, אלא טעמא משום דאין דרך להקיף, אבל ברישא לא שייך טעם זה כיון דדרך להקיף משום דמרקבי, אולם ברי"ן משמע דגם להרי"ף טעמא דרישא משום דאין דרכו בהקפה, וצ"ב.

ועי' בריטב"א דלדעת הרי"ף ר"י פליגי גם ארישא דסיפא, דמשום דאין דרכו בהנחת מעות ברה"ר, נוטל הבעה"ב בלא שבועה, ובסיפא נוטל הבעה"ב בשבועה.

ועי' בנתי"מ סי' צ"א ס"ק ט' דביאר דס"ל להרי"ף דאעפ"י דהבעה"ב עשה קנין, מ"מ כיון דנתן לו ע"מ שישלם לו מיד, ממילא אם הוא לא משלם לו בטל המקח, ודמי לעייל ונפיק אזוזי, ולכך על הצד שהוא לא שילם הרי בטל הקנין, ובטלה חזקתו, ולכך הוי שבועת הנוטלין, ומשו"ה ס"ל לר"י דאין בעה"ב נוטל שלא

בשבועה, אולם צ"ב לשון הרי"ף דהבעה"ב עדיף כיון דמודה החנוני דהיה מקח, וכל הנידון על התשלומין, ולדברי הנתה"מ הרי בטל המקח, וצ"ל דמ"מ כיון דזה ביטול על קנין, חשיב כאין ספק מוציא ודאי, אולם עדיין צ"ב בגוונא דסיפא דהחנוני טוען דהבעה"ב מעולם לא זכה בפירות, מדוע חשיב הבעה"ב למוחזק, אדרבא החנוני מוחזק מדין מרא קמא, ואמאי חשיב נוטלין.

ויש לדון דלפי הרי"ף מיירי דליכא עדים על הקנין, אלא דהחנוני מודה דהבעה"ב משך, ויש לדון דכה"ג אית ליה מיגו דהיה טוען דלא עבד קנין, ואי"ז מיגו להוציא, כיון דאם היה טוען דהוא שלו הוא היה המוחזק, ועי' בקצוה"ח סי' צ"א ס"ק י' בכ"ז.

ד) יש לדון בדינא דמתני' והוא חשוד, אם הוא מהנוטלין מעיקר הדין או לא, וכן יש לדון לשיטת הרמב"ם דחשוד אינו נוטל גם באופן דמעיקר הדין זה שלו, אם בסוגיין דהוא ממש בידו ובחזקתו מודה הרמב"ם דנוטל בלא שבועה או לא.

וכן יש לדון להשיטות דבשבועת המשנה בנפטרין אמרי' איפוך, אם הכא אמרי' מיפך, דכיון דמעיקר הדין הוא נוטל בלא שבועה, יועיל מיפך, או כיון דמדרבנן דנו אותו כנוטל לא יהא בזה דין מיפך, וצ"ע בכ"ז.

ועוד יל"ע דהא בדרבנן לא נחתין לנכסי', ויש לדון דבסוגיין כיון דמעיקר הדין זה שלו נמי לא נחתין לנכסי', או כיון דזה ברה"ר ודנו אותו כנוטל נחתין לנכסי'.

**בס"ד**

### **גלגול שבועה**

#### **קידושין כ"ז ב' - כ"ח א'**

כ"ו א' - מתני' וזוקקין את הנכסים וכו'. עי' רש"י דקאי אנכסים ולא אבי"ד, אולם עי' בריטב"א כ"ז ב' דכתב דאדרבא אבי"ד קאי ולא אנכסים, ועי' ב"מ ק' ב' דגרסת הגמ' להדי' זוקקין הנכסים וכו' את הנכסים וכו' וצ"ע על הריטב"א.

א) גמ' - מנין לגלגול וכו'. עי' ב"מ ו' א' אר"ש ג' שבועות משביעין לשו"ח דטוען נגנבה, שלא פשע שלא שלח בה יד ושאינה ברשותו, ועי' בתוס' שם בתי' קמא דשבועה דלא שלח בה יד אינו אלא בגלגול, ולכך היכא דיש עדים דנאנסה הוא פטור לגמרי, והביאו מר"ת דהיכא דהיא מתה לפנינו ליכא שבועה דלא שלח בה יד כיון דאין גלגול בטענת שמא אלא בדבר הדומה, ע"ש, וכן מבואר ברמב"ם פ"ד משו"פ, ועי' במיוחס להריטב"א ב"מ צ"ח א' דהק' אמאי בעי' קרא לגלגול בשומרים תיפו"ל מגז"ש דסוטה, ותי' דגלגול דעלמא אי לא תבע לא משביעין אותו, אולם בגלגול דשומרים כיון דמפורש בקרא בי"ד משביעין אותו אף בלא תביעה, אולם בפשוטו כל דין הגלגול בשומרים הוא מדין גלגול דכה"ת, וע"ע חזו"א סי' ה' סק"א.

ב) עי' בפנ"י דהוכיח דמגלגלין שבועת ממון על שבועת סוטה, דהא מגלגל עליה אמן שלא סטיית שומרת יבם, והרי למ"ד דשו"י שזינתה מותרת, ע"כ דכל הנידון על הכתובה, ומוכח דמגלגלין מסוטה לממון, אולם עי' בנחל יצחק סי' צ"ד אות ב' ענף ב' דתמה עליו דהא זהו קו' הגמ' בסוטה י"ח ב' ומוקי למתני' כרע"ק דחיי"ל לא תפסי בהו קידושין, וא"כ מבואר להיפוך דליכא גלגול מסוטה לממון, וצ"ע.

ג) עי' סוטה י"ח ב' דדעת ר"מ דמגלגל עליה אלהבא אמן שלא אטמא, וברמב"ם פ"ד מסוטה הי"ז פסק כן, ובמהרי"ט חו"מ סי' ק"ה הביא דמהר"י באסן למד מזה דשייך גלגול בממון על להבא, ויכול להשביע את

שותפו שלא יגנוב להבא, ובמהרי"ט כתב דיש לחלק בין איסור לממון, ובאו"ש פ"ב מטו"נ ה"ב נקט דאין מגלגלין על להבא, ובנחל יצחק צ"ד אות ב' ענף ב' כתב דנפק"מ בזה גבי שבועת הנוטלין דחשיב להבא שהרי עדיין הוא לא נטל, וע"ע בשו"ע צ"ט ס"א דמגלגלין על לזה שבועה דמה שיגיע לידו יפרע, ועי' במהרי"ט ובאו"ש שם דהוא תקנה מיוחדת.

(א) גמ' - אשכחן בודאי ספק מנלן. עי' רש"י דקו' הגמ' על טענת הגלגול, דדוקא בקרקע דטוען ברי יכול לגלגל עליו אבל בשמא לא מצינו, וכן מבואר בראשונים, אולם עי' בחי' הראב"ד דקו' הגמ' קאי על עיקר הטענה דמנלן דמגלגלין כשעיקר השבועה באה על טענת שמא, ושאיני סוטה דהיא שבועת ברי, כיון דרגל"ד דקינא לה ונסתרה, ועי' ברמב"ן וברשב"א דתמהו דודאי אין סוטה נידון כברי, ולהלן בסוגיא דמתוך יתבאר דאזלי' הראב"ד והראשונים לשי' בזה.

(ב) ובראשונים הביאו י"מ דשמא על שמא לא מגלגלין, וברייטב"א מבואר דזה שי' רש"י ומקצת חכמי הצרפתים, ובראשונים מבואר דטעם שי' זו, משום דשאיני סוטה דחשיבא כודאי, והק' הראשונים דא"כ גם לא נגלגל משמא על ברי, דלא מצינו גלגול בטענת שמא, ועוד הק' דמצינו גם גלגול משמא על שמא בשותפין אחר שחלקו, דקתני דמגלגלין ממקום אחר ואפילו מטענת שמא.

(ג) עי' בפ"י תור"י הזקן דמבואר דאין מגלגלין על טענת ספק לעולם, ורק ספק דמצינו בו שבועה אפשר גם לגלגל עליו שבועה ממקום אחר, כמו בסוטה דיש בה שבועה על ספק זנות, ומשו"ה מגלגלין על כל ספק זנות, אבל ספק דלא מצינו בו שבועה, גם ע"י גלגול לא ישבע עליו, ולפ"ז כ' דהא דמגלגלין על שותפין, הוא משום דמצינו בזה שבועה קודם שחלקו, והוכיח כן מקו' תוס' ב"מ צ"ז א' דאמאי ברישא לא מוקי לה בגלגול, וע"כ דטענת שמא אינה מגולגלת, אולם הראשונים תמהו דהא בגמ' צ"ח ב' מוקי לבבא דהתובע ספק בדין גלגול, וצ"ע.

(ד) עי' רש"י ד"ה מנלן דביאר בקו' הגמ' דשבועת השומרים חשוב טענת ודאי ומנלן דמגלגלין בשומרים על שמא, אולם עי' ברמב"ן דתמה דשבועת השומרים הרי הוא נמי טענת שמא, כיון דקיי"ל דאינו מתחייב אלא משעת פשיעה, והרי אינו יודע אם פשע או לא, ולכך ביאר הרמב"ן דקו' הגמ' על מודה במקצת, ולהשי' דע"א אינו מחייב אלא בטענת ברי יש לבאר דקו' הגמ' דכיון דילפי' לה בק"ו מע"א, וע"א גופי' אינו מחייב אלא בטענת ברי, מנלן דמגלגלין גם בשמא, וכ"כ הרשב"א.

(א) גמ' - עד היכן גלגול שבועה וכו' ההוא שמותי וכו'. עי' בחי' רע"א דתמה דשאיני התם דקורא עבד למי שבאמת אינו עבד ומזלזל בו, אבל הכא הרי הוא תובע ממנו ממון, ואומר דבאמת הוא עבד, ואמאי לא ישבע עלי', ובברכ"ש סי"ז כתב דכיון דא"א לקנין ממון של עבד בלא קנין איסור, ממילא כיון דלענין הקנין איסור לא שייך שבועה, דבלא עדים לא אמרינן שהוא עבד דהוי כדבר שבערוה, ממילא גם לענין הממון לא שייך שבועה, ובשם הגר"ח כתב דכיון דגם אם יודה העבד לא יהא נאמן, דעל דין האיסור בעי עדים, ממילא דלא שייך להצריכו שבועה, וכ' דזה חדא עם מה שתי' הוא, [וצ"ב קצת דא"כ אמאי באמת לא פריך כן הגמ'], ומבואר מהגר"ח דליכא גלגול באופן דאם יודה לא יהא חיוב ממון.

(ב) עי' שו"ע סי' צ"ג ס"ט וסי' צ"ד ס"א דדין גלגול הוא רק באופן דאם יודה יהא חייב ממון, אבל היכא דאף אם יודה לא יהא חייב אלא שבועה ליכא דין גלגול, ועי' ביאור הגר"א סי' צ"ג ס"ק כ"א דכיון דדין גלגול ילפי' בק"ו מע"א בסוטה דממון שניתן ליתבע בע"א אינו דין וכו' ליכא גלגול על מה דע"א אינו מחייב שבועה, ומבואר דגם בע"א נתחדש דאינו מחייב שבועה אלא היכא דאם יודה יהא חייב ממון.

(ג) ב"מ י"ד א' איכא ב' לישני במוכר קרקע שלא ובא בע"ח לגבותה אי מצי המוכר לתבוע את המלוה מחמת תרעומת או לא, וע"ש בתוס' דהנפק"מ בל"ב דהמוכר תובע את הלוה, לענין גלגול באופן דהבע"ח חייב לראובן שבועה אחרת, ויל"ע דהא דהא אף אם יודה אינו חייב לו ממון ואף אינו מפסיד ממון כיון דמכר שלא באחריות, וע"ע בשער המשפט סי' צ"ד סק"א.

(א) באחרונים דנו בגדר דין גלגול אם יסודו דהחייב שבועה גורר עוד חיוב שבועה, או דאין החיוב שבועה גורר, אלא דהשבועה גוררת עוד שבועה, והוא דין דין במעשה השבועה, דיכול להשביעו עוד שבועות.

(ב) והנה בתוס' כתובות י"ח ע"א ד"ה מפני כתבו בסו"ד "ועוד מודה מקצת יש להשביעו שחייב לו ממון שהודה ועל ידי כך מגלגל עליו שבועה כעין גלגול אבל כופר הכל נסתלק לגמרי ממנו" והנה הרי במודה במקצת ודאי דהוא חיוב שבועה, וא"כ מבואר דיסוד דין גלגול הוא דהחייב שבועה מחייבו בעוד שבועות, ולהלן יתבאר דנחלקו בזה הראשונים, ויתכן דיש בזה ב' דינים, והאריכו בזה בחי' ר' ראובן ב"מ סי' ב' סק"ג, אבן האזל פ"ג משו"פ ה"ד, משנת ר"א ב"מ סי' ט"ו ס"ק ד-ה וחי' ר' שמואל ב"מ סי' ה'.

### שבועות מ"ח ב' - מ"ט א'

מתני' - נתגלגל לו שבועה ממקו"א וכו'. עי' תוס' יו"ט דהעיר מ"ט לא נקט נתחייב לו שבועה ממקו"א, ועי' ברש"ש ובשער המשפט סי' צ"ד סק"ו דמוכח מהכא דיש גלגול על גלגול, כגון היכא דשילם על העיקר, אולם הנה בביאור הגר"א סי' צ"ד ס"ק ט"ו כתב דהיכא דגלגל על היסת יכול להפוך העיקר ולהשבע על הגלגול, אולם אינו יכול להפוך הגלגול ולהשבע על העיקר כיון דאכתי יגלגל עליו מהעיקר, וצ"ב דהרי גם באופן דהפך העיקר ונשבע הגלגול יכול לגלגל עליו מהגלגול, ומוכח דאין גלגול על גלגול, וצ"ע בזה.

גמ' - איבעיא להו וכו'. עי' ברש"י ד"ה מהו דנידון הגמ' אם מגלגלין ע"י שבועת הנוטלין, ולמסקנא מגלגלין, ולהלן ביאר רש"י דר"ה ור"ח לא פליגי ולכו"ע אין מגלגלין על שכיר, ועי' רמב"ם פ"א משכירות ה"ט, ובמ"מ שם ביאר דס"ל להרמב"ם דפליגי אם פותחין לשוכר, וכן מבואר בריטב"א, ובכס"מ כתב דס"ל להרמב"ם דלא פליגי, ועי' בב"י בשם הר"י מנ"י דיש חילוק אם השוכר פתח, וכן יש חילוק אם השוכר טוען דלא יגלגלו, ע"ש, ועי' בתוס' ד"ה לכל בשם ריצב"א דליכא גלגול בנוטלין, ולכאו' ה"ה בנוטלין על נוטלין אין מגלגלין, דהא הסברא בזה משום דהוא לטובתו, ועי' בקצוה"ח סי' צ"ד סק"א דמסתפק אם מגלגלין מנוטלין על נפטרים, ובסי' רכ"ו סק"א פשוטו מתו' ב"מ י"ד א', ועי' בנחל יצחק אות ב' דכתב דתתוי אם יש דין גלגול על להבא, אולם לכאו' בהנך דנוטלין מעיקר הדין אי"ז נידון כלהבא, וע"ע באו"ש פ"א מטו"נ הי"ב.

גמ' - איכא בינייהו לפתוח לו. עי' ברא"ש סי' י"ח דהל' כר"ה ור"ח נמי מודה בגלגול דאו', ועי' רא"ש פ"א דב"מ סי' ד' דהוכיח מהגמ' שם דפותחין, דומיא דהעדאת עדים, אולם בריטב"א בקידושין כתב דר"ה ס"ל דאין פותחין והכי קיי"ל, ומה דהוכיח הרא"ש מסוטה דלא בעי' תביעה, כתב הריטב"א דמדן ערבות חשיב כל ישראל תובעין, [ובחי' מרן רי"ז הלוי במכתבים [עמ' פ"א] דייק מלשון הרמב"ם דבעי' תביעה בסוטה], ומה דהוכיח הרא"ש מהגמ' ב"מ, עי' בחי' הגרש"ר סי' ה' סק"ז מה דיישב.

### ב"מ צ"ז א'

(א) תוס' ד"ה משכחת - ועוי"ל וכו'. ומבואר מדבריהם דדין גלגול בטענת שמא הוא רק בדבר דדומה קצת שהוא אמת, אבל בעלמא ליכא דין גלגול על טענת שמא, אבל בטענת ודאי לא בעי' דיהא דבר הדומה לאמת, כיון דהיכא דהוא כעין העיקר כמו בסוטה דהוא כעין העיקר לא בעי' דבר הדומה, אבל היכא דאינו כעין העיקר כמו בטענת שמא דילפי' לה בגז"ש מסוטה בעי' שיהא דבר הדומה לאמת.

(ב) ויל"ע כיון דכל דין גלגול ילפי' בסוטה והתם הרי איכא לב' המעלות דאיכא רגל"ד והוא נמי כעין העיקר, מהיכ"ת למילף דסגי או בברי ללא רגל"ד או בשמא ורגל"ד, ועוד יל"ע אמאי הגמ' בקידושין מקשה על הק"ו אשכחן בודאי ספק מנלן, ולא פריך טפי אשכחן ודאי ויש רגל"ד, ומהיכ"ת למילף לודאי בלא רגל"ד.

(ג) ועי' במהרש"א דתמה על תוס' דהרי הכא הוי כעין העיקר שהרי טענת אונס נמי הוי שמא, ושפיר נגלגל עליו שבועה על טענת שמא שאולה מתה, ועי' בנתה"מ סי' ע"ה ס"ק י"א דס"ל לתו' דעיקר שבועת השומרים הוא אינו ברשותו ושבועה זו היא כטענת ברי כיון דודאי מסרה לו, ולכך אין מגלגלין לשמא, וצ"ב דהא מ"מ אינו חייב אלא משעת פשיעה וכקו' הרמב"ן בקידושין.

(ד) ועי' תוס' ב"מ ו' א' דדעת ר"ת דבמתה לפנינו ליכא גלגול על שלח"י, דכיון דהיא לפנינו מהיכ"ת דשלח בה יד ושאני שותפין דמורי התירא, ובפשוטו ר"ת קאי בשי' תוס' הכא, ועי' תומים סי' צ"ד סק"ג ושער המשפט סי' צ"ד סק"ד דהק' דאי נימא דשלח"י היינו כפשוטו, הרי ליכא רגל"ד על השלח"י.

(ה) ובשו"ע סי' צ"ד ס"ב פסק דליכא גלגול בשמא אלא היכא דאיכא רגל"ד, ועי' בש"ך סק"ז דתמה מסי' שד"מ ס"ד דמגלגל עליו דשכורה מתה אגב השבועה דנאנסה, אעפ"י דטוען שמא, ובשער המשפט סק"ד תמה מסי' ק"ד ס"ד דהלוקח מגלגל על הלוח דאינו שטר אמנה, והא הוי שמא בלא רגל"ד, ועי' פתחי תשובה סק"א בשם מים חיים דהמחבר חזר בו, וע"ע בב"ח סי' צ"ג אות כ' מה דתמה על הב"י בדעת הרמב"ם בזה, וע"ע סי' רח"צ ס"ב דנמי מבואר דמגלגלים בשמא בלא רגל"ד, ועי' דברי חיים טו"נ סי' ל"ד דיישב קו' הש"ך דהיכא דהוי דררא דממונא לא בעי' רגל"ד, ולכאור' מוכח מכ"ז דהיכא דהוי טענה אחת מגלגלין בשמא אף בלא רגל"ד וכעין סברת הדרישה לענין דין מתוך בגלגול.

(א) עי' ברא"ש סי' י' דתי' קו' תוס' על דינא דרישא דליכא דין מתוך על שבועה הבאה מכח גלגול, כיון דדין מתוך הוא חידוש ולא מצינו כן רק באינו יכול לישבע על עיקר הטענה, [ולכאור' זה סותר לדברי תוס' ב"ב ל"ד א' דדין מתוך הוא מסברא], וכ"כ הבעה"מ ק' א'.

(ב) ועי' בשטמ"ק דהביא דכ"כ הראב"ד, [וסיים הראב"ד דאי פקח הוא יאמר איני יודע על הגלגול ויפטר, אולם עי' ברמב"ן דתמה עליו דהא עדיין הוא יהא חייב שבועת איני יודע].

ג) אולם שוב כתב הראב"ד [בקצרה] להוכיח דאינו כן, מהא דמבואר בגמ' דלרמב"ח רישא מיירי בג' פרות וחייב על הפרה הג' מדין מתוך, והא על הטענה דא"י א"א לחייבו מדין מודה במקצת, כיון דאינו כופר, וע"כ דמדין גלגול אתינן עלה, וחייב לשלם מדין מתוך על שבועת הגלגול, ועוד הביא הראב"ד ראייה מהא דמבואר בדף ק' א' לענין עבד גדול ועבד קטן, דהיכא דהמוכר שמא והלוקח ברי נוטל הלוקח את הגדול, והרי למ"ד לאו ברי עדיף ע"כ צ"ל דנתחייב שבועה על בגד העבד ועי"ז מגלגלין שבועה אף על העבד, [דהא אין נשבעין על העבדים], וזוהי הלוקח בעבד הגדול מדין מתוך על שבועת הגלגול, [אולם עי' בבעל המאור דחה דכוונת המשנה דזוכה בבגד הגדול, אבל אה"נ בעבד אינו זוכה].

אולם כתב הראב"ד דיש לחלק דעל עיקר השבועה הוא מחייבו בטענת שמא כמו במתה כדרכה ליכא דין מתוך על השבועה דשכורה מתה, אבל היכא דעל עיקר השבועה הוא נתחייב בטענת ברי אמרי' מתוך על שבועת הגלגול, ועי' בשטמ"ק בשם הרשב"א דג"כ חילק אם עיקר השבועה היא בברי או בשמא, וכ"כ במ"מ פ"ג משו"פ ה"ד ופי"ג מו"ל ה"ד, וצ"ב החילוק בזה.

וי"ל דס"ל דהיכא דהטענה הראשונה היא טענת ברי הרי החיוב שבועה חייל מכח הטענה, ולכך הטענה של השבועה המגולגלת נמי מחייבו בשבועה, אבל בטענת שמא, דהיינו שבועת השומרים, דע"כ דדין השבועה אינו מכח הטענה, אלא דנתחדש בדין שומרים דיש למפקיד זכות להשביעו, [וכן מבואר ברמב"ן צ"ז ב' ד"ה מתני' וטעמא דמילתא וכו' וג' א' ד"ה ולפי מפני שבא עסק פקדון וכו', ואכ"מ], הרי כל הדין גלגול הוא רק דין במעשה השבועה, דהטענה הב' אינה עדיפא על הטענה הראשונה, וכמו דטענה קמא אין בכוחה לחייבו בשבועה, ה"ה דטענה בתרא אין בכוחה לחייבו בשבועה, ולכך לא שייך בזה דין מתוך, דדין מתוך שייך רק היכא דחייל חיוב שבועה, [ועי' בתלמיד הרשב"א ב"מ דחלק על הרשב"א ונקט דלדין מתוך בגלגול בעי' דיהא טענת ברי על עיקר השבועה, וטענת ברי על הגלגול, ועי' להלן בדעת הרמב"ן].

ד) עי' ברמב"ן דג"כ הוכיח כהראב"ד מההיא דרמב"ח, ומההיא דעבד גדול, דיש דין מתוך על גלגול, והוסיף עוד ראייה מהא דמבואר בירושלמי בסוף שבועות דהיכא דאמר הריני משלם על עיקר השבועה עדיין הוא מחייב על הגלגול, וצ"ב כוונתו.

ולכאור' י"ל דס"ל להרמב"ן דהנידון אם יש דין מתוך בגלגול תלוי בגדר דין גלגול שבועה, דאם הוא דין בחיוב שבועה דחייל חיוב שבועה אף על הטענה הב', שפיר איכא דין מתוך אבל אי נימא דהוא רק דין במעשה השבועה ליכא דין מתוך, ולכך הק' הרמב"ן דכיון דמבואר בירושלמי דאינו תלוי במה דאיכא שבועה בפועל, ע"כ דאינו דין במעשה השבועה, אלא הוא דין בחיוב שבועה, ולכך לא מהני דאמר הריני משלם על עיקר הטענה, וממילא שפיר מוכח דאיכא דין מתוך.

ה) ועי' ברמב"ן דהוסיף דיש לחלק דהיכא דטענתו על הגלגול הוא טענת ברי אמרי' מתוך, אבל היכא דטענתו על הגלגול היא טענת שמא, ליכא דין מתוך, ודימה זאת להא דמקצת בעלי הוראה ז"ל אומרים [עי' רמב"ם פ"א מטו"נ הי"ג], דכל דין הירושלמי הנ"ל הוא רק באופן דמגלגל עליו חיוב שבועה על טענת ודאי, אבל היכא דמגלגל עליו חיוב שבועה על טענת שמא יכול לומר הריני משלם את עיקר השבועה, ויפטר מהגלגול, [וע"ע ברמב"ן בהשמטות בסו"ד] ועי' בריטב"א צ"ז ב' דתמה דאין מובן החילוק.

וי"ל דבשלמא היכא דטוען טענת ודאי, דהיא טענה המחייבת שבועה, אלא דליכא חיוב שבועה משום דאין נשבעין על הקרקעות וכדו', שפיר י"ל דע"י הדין גלגול חייל חיוב שבועה על הטענה הב', ולכך לא מהני הא



דאמר הריני משלם על עיקר הטענה, אבל היכא דטוען עליו בטענת שמא, הרי בטענת שמא ליכא חיוב שבועה, והא דמהני גלגול הוא רק דיכול להוסיף על מעשה השבועה, ולכך כל דאמר הריני משלם על עיקר השבועה ליכא דין גלגול, וליכא דין מתוך במשביעו בגלגול על טענת שמא.

(ו) בעיקר ראיית הראשונים מדף ק' א', הנה בטור סי' ע"ה סי"ח פסק בסתמא דאין דין מתוך בגלגול, ותמה בדרישה סי' רכ"ג סק"ב דבטור פסק שם בסתמא לענין עבד גדול דהיכא דהמוכר שמא נוטל הלוקח את הגדול מדין מתוך היכא דיש עסק שבועה ביניהם על כסותו, והא ליכא דין מתוך בגלגול, ותי' ג' תי' - א) דשאני התם דהוא תביעה א' העבד וכסותו, אבל הכא עיקר התביעה היא דמתה כדרכה והגלגול הוא על שכורה מתה. ב) דשאני דינא דזוקקין דהגדר בזה דדנין את הקרקע כמטלטלין, משא"כ הכא. ג) דשאני התם דאיכא מתוך על העיקר ועל הגלגול.

והנה בביאור תי' א' י"ל דכיון דנתבאר דהצד דליכא מתוך על גלגול, משום דהוא רק דין דשבועה גוררת שבועה, אולם לא חייל חיוב שבועה, משו"ה ס"ל להטור דכ"ז בב' טענות, אבל בטענה א' הרי הדררא שיש במודה במקצת קיים גם על העבד, אלא דאין נשבעין על העבדים, ומשו"ה ס"ל דבכה"ג גדר הדין הוא דהחיוב גורר חיוב, ולכך ס"ל להטור דכה"ג אמרי' מתוך.

ובביאור תי' ב' ביאר בחי' הגרש"ר ב"מ סי' ה' סק"ה דהוא ע"ד הסברא הנ"ל דכיון דהוי תביעה א' חייל על כל התביעה דין מודה במקצת ונידון כמטלטלין.

והנה בגמ' ק' ב' פריך על דמוקי שמואל למתני' בטוענו כסות עבד, מאי קמ"ל דזוקקין תנינא דזוקקין וכו', והק' תוס' אמאי לא פריך כן על דמוקי למתני' בדף מצ"ז בגלגול דמאי קמ"ל תנינא, ותי' דשאני התם דאשמועי' דאיכא דין גלגול אף באינו דומה, אולם לדברי הפרישה יש ליישב בפשיטות דשאני הכא דמיירי בתביעה א' דהוי חד דינא עם דינא דמתני' דזוקקין, אבל הכא הרי מיירי בב' תביעות דהוא דין גלגול מחודש.

(ז) בעיקר הנידון דמתוך בגלגול, עי' בקוב"ש ח"ב סי' ז' דביאר דהוא תלוי בגדר דין מתוך, אם השבועה פוטרת את החיוב ממון, ובאינו נשבע נשאר החיוב ממון, או דמכח החיוב שבועה נוצר החיוב ממון, ואיכא גזה"כ דכל דא"י לישבע חייל עליו חיוב תשלומין, דאי נימא דהשבועה פוטרת את החיוב ממון, שפיר איכא דין מתוך גם בגלגול, אבל אי נימא דע"י דאינו נשבע חייל חיוב ממון, הרי י"ל דהגלגול גורר רק את החיוב שבועה ולא את החיוב תשלומין, נולסברא זו נמי מובן חילוק הדרישה בין תביעה א' לב' תביעות, דבתביעה א' דהדררא קיים גם על הקרקע, שפיר נגרר נמי הדין תשלומין, וכן מובן החילוק של הרשב"א בין טענת ברי על עיקר השבועה לטענת שמא, דבטענת ברי איכא חיוב ממון והשבועה פוטרת משא"כ בטענת שמא, ועי' בחי' ר' ראובן ב"מ סי' ב' ס"ק א-ב דהאריך בזה.

**בס"ד**

### **שבועת השותפין**

**מ"ח ב'**

גמ' - אטו בשופטני עסקינן. וצ"ב הרי מבואר במשנה דאומר לו רצוני שתשבע לי, ועי' במפרשי המשניות.

גמ' - ומ"ש הני וכו'. בפשוטו קו' הגמ' על עיקר התקנה, אולם עי' ברש"י ובר"י מגאש דקו' הגמ' מ"ש הכא דנשבעין על טענת שמא, מכל שבועת הנפטריין דאין נשבעין אלא בטענת ברי, נואין להק' דהא מצינו בשבועת השומרים דנשבעין על טענת שמא, דהא מבואר בראשונים קידושין כ"ח א' דשבועת השומרים נידון כטענת ברי, והנה לרש"י י"ל דס"ל דזה היה פשוט לגמ' דליכא חיוב שבועת השותפין בלא הודאה במקצת, ולכך פירש דקו' הגמ' מ"ש הכא דנתחדש דאיכא חיוב שבועת מודה במקצת אף על טענת שמא, אולם בדעת הרי"מ דס"ל דליכא הודאה במקצת, צ"ב אמאי פירש כן.

גמ' - משום דמורו בה התירא. עי' בר"י מגאש דמשו"ה רמו רבנן שבועה עליהו אף על טענת שמא, ועי' תוס' ב"מ צ"ז א' דדומה קצת שהוא אמת דרגילים ליהנות משל חבריהם, וברמ"א סי' ע"ה סעיף י"ז כתב דמשביעין היסת על טענת שמא היכא דאיכא רגל"ד, ועי' ביאור הגר"א ס"ק נ"ח דמקור הדברים הוא מהא דמבואר הכא ובתוס' הנ"ל דהיכא דאיכא רגל"ד משביעים על טענת שמא. ועי' בר"ח דביאר בכוונת הגמ' דמורו התירא דמותר לנו ליהנות ממנו, ולכך תקנו עליהו שבועה כדי שירחקו מממון השותפות, וכן הוא לשון הרמב"ם פ"ט משלוחין ה"א, נולכאר לפי"ז לא בעי' שיהא מודה במקצת, דאל"כ עדיין יהא מורי התירא].

רש"י ד"ה ובן הבית - אחד מן האחין וכו'. עי' בית יוסף סי' צ"ג סק"ג דביאר עפ"י מה דבארו תוס' ד"ה דמורו דבמלוה למחצית שכר אינו יכול להשביעו, דכיון דלוקח שכר עמלו אינו מורי התירא, ומשו"ה פירש רש"י דמיירי בן כיון דבסתמא איניש דעלמא נוטל שכר, אבל בן בסתמא אינו נוטל שכר. אולם הרמב"ם פ"ט משלוחין הל' ה"ה פסק דהמשלח ביד חברו חפץ למכרו אעפ"י דלא נתן לו שכר על השליחות, יכול להשביעו שלא גזל כמו בן בית, ועי' בכס"מ דהרמב"ם חולק על רש"י וציין לדברי הרשב"א ח"א סי' תתק"כ דחולק על הרמב"ם וס"ל דדוקא במתעסק תמיד בנכסים איכא מורי התירא, והובאו ב' הדיעות סי' צ"ג ס"ד.

א) גמ' - והוא שיש טענה וכו' אימא כפירת טענה כרב. עי' רש"י ד"ה שיש וד"ה והתני דמבואר מדבריו דבעי' שיהא נמי הודאה, וכן מסיק הרשב"א, ומשמעות לשונם משמע דלא סגי במה דאיכא הודאה על עצם השותפות, אלא בעי' הודאה מתוך החשד, וכן נקט רע"א בכו"ח תנינא סי' י"ז, וכתב דזה דלא כדברי הראב"ד שהובא בטור סי' ר"צ לגבי אפוטרופוס דאעפ"י דס"ל דבעי' מודה במקצת, מ"מ ס"ל דסגי ששתהא האפוטרופוסות קיים בידו שהוא כהודאה" ועי' בשו"ת רע"א קמא סי' נ"ד דכתב דהפוסקים פליגי על הראב"ד, ובחזו"א ליקוטים סו"ס כ"ד סק"א תמה דלא מצינו מיהו החולק על הראב"ד, אולם הרי מבואר ברע"א הנ"ל דזהו שיטת רש"י, ועי' בחזו"א שם דהוכיח כהראב"ד מהא דבחלקו ליכא שבועה, ואי נימא דמיירי דמודה על מקצת מהתביעה, אמאי ליכא שבועה, הא הוי מחילה בטעות, ע"ש.

ב) אולם עי' בר"י מגאש דביאר דסגי בטוענו ב' כסף, והוא כופר בכל טענה, וכן עי' ברמב"ם פ"ט משלוחין ה"ב דפסק דבעי' דיחשדנו בב' כסף, ואי בעי' הודאה הרי צריך שיחשדנו בב' כסף ופרוטה, וכן הוכיח הר"ן,

ולפי"ז צ"ל דס"ל לגמ' דלשמואל סגי אף בתובעו ב' כסף ומודה בפרוטה ועל השאר הוא כופר, אבל לרב בעי' שיכפור בכל הב' כסף.

ג) ובפשוטו יסוד המחלוקת הוא בגדר הגזירה דשבועת השותפין, אם עשאוהו כעין שבועת השומרים, או כעין שבועת מודה במקצת, דאי עשאוהו כעין שבועת השומרים לא בעי' שיהא מודה במקצת.

ועי' ברמב"ן מ' א' דכתב להוכיח דשבועת השומרים בעי' כפירת ב' כסף, דהא שבועת השותפין תקנוה דומיא דשבועת השומרים, ואיך יתכן דשבועת השותפין בעי' כפירת ב' כסף, ובשומרים לא בעי' כפירת ב' כסף, וכן עי' בר"ן מ"ה ב' [עמ' 52] דכתב דשבועת השותפין לא מהני מיגו דהעזה לאפטורי משבועה, אעפ"י דבדרבנן מהני, כיון דתקנוה כעין שבועת השומרים, ע"ש, וכן עי' ברמב"ן ב"מ צ"ז ב' דמבואר בדבריו דאילו היה בזמן התורה החשש דמורו התירא היה חייב שבועה מדאורי' כדן שבועת השומרים.

ד) אולם הרי דעת הר"י מגאש והרמב"ם דבשומרים לא בעי' ב' כסף, ואי נימא דטעמא דלא בעי' מודה במקצת בשותפין משום דגזרו דומיא דשומרים, הרי לא יתכן דבשותפין בעי' ב' כסף ובשומרים לא בעי' ב' כסף, וע"כ צ"ל דבאמת הוא תקנה מחודשת, ולא עשאוהו כעין דאורי', או די"ל דעשאוהו כעין מודה במקצת דמחמת דאיכא דמורי התירא איכא חיוב שבועה, ולא דמי לשומרים דליכא שום דררא לחיוב שבועה, אולם אף דלא בעי' הודאה כעין שבועת מודה במקצת, מ"מ בעי' ב' כסף דדמי למודה במקצת דיש בו דררא ואינו חייב אלא בב' כסף.

ה) עי' ברי"ף דביאר דחלקו אינו יכול להשביעו ואי אומר דחלקתי ואין לך בידי כלום, והוא אומר לא חלקנו ועדיין אית לי גבך, אינו נשבע, ועי' בראב"ד דכתב דאיכא מ"ד דביאר דדעת הרי"ף דבעי' מודה במקצת בשבועת השותפין, ולכך היכא דמודה דלא חלקו, הרי איכא הודאה במה שעתידים לחלוק, אבל היכא דטוען דכבר חלקנו, הרי ליכא הודאה כלל, וכתב הראב"ד דאדרבא יש לפרש לכוונת הרי"ף להיפוך, דבאמת ליכא דין הודאה, והדין דחלקו אינו אם כבר חלקו ממש, אלא אם באו לחשבון או לא, והיכא דהנידון אם באו לחשבון או לא, ליכא שבועה, אבל היכא דמודו תרוייהו דלא באו לחשבון איכא שבועה, אף בלא הודאה, עכתו"ד ומבואר להראב"ד דלהצד דבעי' מודה במקצת סגי במה דאיכא הודאה מכל ממון השותפות, אלא דפליג דליכא דין הודאה.

ו) והנה הרי"ף בגיטין נ"ב [עמ' 52] ביאר דהא דאפטרופוס שמינהו אבי יתומים לא ישבע ה"מ בטענת שמא אבל בטענת ברי כגון דגדלו היתומים הרי"ז נשבע, וכתב הראב"ד בהשגות דבעי' שיהא בטענתם ב' כסף והודאה בפרוטה, או שיהא מקצת האפטרופוס קיים שהוא כהודאה.

ועי' ברמב"ן בספר הזכות דנקט דכוונת הראב"ד על טענת ברי, דבטענת ברי לא פטרוהו משבועת המשנה, ומה"ט אף באופן דאינו מודה במקצת גמור, [באופן דממון האפטרופוס מזומן בידו דהוי הילך, וכן הרי הוי קדמה הודאה לתביעה], נמי איכא שבועת המשנה, וע"ז הרמב"ן נחלק עליו דודאי במינהו אבי יתומים ליכא שבועת המשנה כלל, וכוונת הרי"ף דהיכא דאיכא מודה במקצת גמור חייב שבועה דאורי', ובכוה"כ חייב שבועת היסת, אבל היכא דאינו מודה במקצת גמור כגון דמקצת הממון בידו דהוי כהילך, אינו חייב אף בטענת ברי בשבועת המשנה, אולם בטור סי' ר"פ ביאר דברי הראב"ד דקאי על טענת שמא במינהו ביי"ד, דדוקא היכא דאיכא הודאה איכא דין שבועת המשנה, והראב"ד לא מיירי כלל על מה דהרי"ף כתב לגבי טענת ברי, וכוונת הרי"ף כדברי הרמב"ן דבברי ואיכא הודאה חייב שבועת מודה במקצת.

והנה לדברי הטור צ"ע דהראב"ד סותר את שיטתו בשבועות, אולם אף להרמב"ן יש להק' דע"כ הא דכתב הראב"ד דבעי' הודאה בטענת ברי, הוא רק משום דגם בטענת שמא בנתנה ע"י אב"י בעי' הודאה, דאל"כ לא שייך לומר דהיה תקנה מיוחדת במינוהו בי"ד דישבע בהילך, וצ"ע.

ז) והנה מדברי הראב"ד בגיטין נלמד דאף בטוען ברי איכא דין שבועת השותפין, וכן מבואר להדי' בתשו' הרשב"א ח"א סי' תתק"כ דהובא בב"י, דכתב דבשותף חשוד אף בטענת ברי אינו נשבע מדין שכנגדו כיון דהוי תקנתא לתקנתא, ומבואר עכ"פ דגם בטענת ברי איכא שבועת המשנה, ועי' בריטב"א דכתב דבטוענו ברי יכול הנתבע להפוך עליו את השבועה, אבל בשמא לא מצי להפוך, ומבואר דאיכא שבועת המשנה אף בטענת ברי, וכן במרדכי [ח' א'] הביא מתשו' מהר"ם דכתב להדי' דנשבעין גם בטענת ברי.

אולם עי' בנתה"מ סי' צ"ג סק"א דנקט דבטענת ברי ליכא שבועת השותפין, כיון דיש לנתבע חזקה דא"א מעיז, ובשער המשפט סק"א הביא ראהי מהא דפסק הרמב"ם פ"י משלוחין ה"א ונפסק בשו"ע סעיף י"ב דהיכא דהנידון אם היה תנאי ביניהם וכדו' יכול להשביעו בהיסת, או להשביעו בשמא דלא גזלתני בימי השותפות ולגלגל עליו אם היה תנאי או לא, וצ"ב אמאי על הנידון אם היה תנאי או לא אינו יכול להשביעו מדין שבועת השותפין, וע"כ משום דבטענת ברי ליכא שבועת השותפין, וע"ש בשעה"מ דהאריך בזה בעוד ראיות, וע"ע בש"ך סי' פ"ז ס"ק ל"א דחפשי היכ"ת למיפך בשבועת המשנה, ולדברי הריטב"א הרי משכח"ל בפשיטות בשבועת השותפין בטענת ברי, ומבואר דפשיטא לי' דליכא שבועת השותפין בטענת ברי.

ח) עי' במרדכי סי' תשע"ב דהביא מרבינו ברוך דה"ה בכל דבר העשוי להסתפק יכול להשביעו בטענת שמא, ולמד מזה לתיבה פרוצה, ומבואר דס"ל להמרדכי דלא היה תקנה מיוחדת לשותפין דתקנו שבועה למורי התיירא, אלא דהיה תקנה דכל דאיכא רגל"ד יכול להשביעו אף בטענת שמא, ובזמן המשנה אינו חייב אלא במודה במקצת, כיון דכל התקנה היה דשמא כברי, אולם לבתר תקנת שבועת היסת, יכול להשביעו בהיסת היכא דאיכא רגל"ד, דהוי כטענת ברי.

ועי' בפסקי הרי"ד דחלק על רש"י דלא בעי' הודאה במקצת, ובפסקי ריא"ז חלק עליו דלא היו ב' תקנות, אלא רק תקנה א', ועיקר התקנה הוא דשמא כברי, וממילא אינו חייב אלא במודה במקצת, דאינו חייב שבועה אל באופן דבברי חייב מעיקר הדין, וכנ"ל מהמרדכי.

והנה הראשונים ב"מ צ"ז הוכיחו מהא דאיכא גלגול על חלקו השותפות, דאיכא גלגול אף בטענת שמא, אולם עי' בפסקי הרי"ד ב"מ צ"ח א' דכתב דאינו ראהי משום דטענת ברי שויהו רבנן, והיינו כנ"ל דגדר התקנה דחשיב כברי, וממילא הוא דאיכא שבועה, אולם הראשונים דהוכיחו מהכא מוכח דס"ל דהוא תקנה מחודשת, ולא דעשו שמא כברי.

ולכאו' בזה תלוי הנידון דהילך, דאם הגדר הוא דתקנו רק דהוי כטוען ברי כיון דבברי פטור על הילך ה"ה דבשותפין פטור בהילך, אולם אי נימא דהוי תקנה מחודשת מחמת דמורי התיירא, הרי אף אי נימא דבעי' מודה במקצת משום דעשאוהו כשל תורה, מ"מ הרי חזי' בשבועת שכיר דאף דלר"י בעי' עד שיוודה במקצת, מ"מ מבואר בראשונים דחייב אף בהילך, וה"ה הכא יהא חייב אף בהילך, וכן יש בזה נפק"מ בהא דדנו הראשונים אי בעי' הודאה מתוך מה שחושדו, או דסגי במה דמודה על עיקר השותפות, דאי נימא דהוי ככל מודה במקצת אלא דנתחדש דשמא כברי, הרי מסתבר דסגי בחלק השותפות לדנו כמודה במקצת, אבל

אי נימא דיסוד השבועה הוא מחשש דמורי התירא אלא דעשאוהו כשל תורה דבעי' שיהא מודה במקצת, הרי שפיר יתכן דלא תקנו אלא במודה על חלק ממה שחושדו, וצ"ע בכ"ז.

(ט) עי' שו"ע ס"ב דגם בליכא עדים על עיקר השותפות הרי"ז נשבע, וכתב הרמ"א משום דלא מהני מיגו לאפטורי משבועה, ועי' בסמ"ע סק"ט דהעיר דהרי דעת הרא"ש דאמרי' מיגו דהעזה לאפטורי משבועה כדמוכח בשכיר, והביאו הרמ"א בסי' רצ"ו, ועי' בקצוה"ח סק"א דא"כ אף להשי' דלא מהני מיגו דהעזה לאפטורי משבועה, תקשי מ"ש שותפין משכיר, וע"כ צ"ל כמבואר בר"ן דשאני שותפין דדמי לדאו', וא"כ ה"ה י"ל כן בדעת הרמ"א, וצ"ע דהרי הר"ן ביאר דטעמא משום דשבועת השותפין תקנוה כעין שבועת השומרים, והרי לדעת הרמב"ם דשבועת השומרים לא בעי' שתי כסף, ע"כ דלא השוו לשבועת השומרים, וכמו"כ לא דמי למודה במקצת, שהרי לדעת הרמב"ם לא בעי' הודאה בשותפין, וע"כ דהוא תקנה מחודשת, וא"כ הרי אין שום חילוק בין שבועת השותפין לשבועת שכיר.

ולכאו' ע"כ צ"ל לדעת הרמב"ם דכיון דבשכיר הבעה"ב בא ליפטר מנטילת השכיר ע"י השבועה, חשיב כמיגו לאפטורי מממון, משא"כ בשותף.

(י) עי' בשו"ע סעיף ט' דהיכא דהנידון אם מעולם היו שותפין אינו יכול להשביעו אפילו היסת, ואפי' ע"י גלגול, כיון דגם אם יודה אינו חייב ממון, אלא חייב שבועה, ועי' בסמ"ע ס"ק י"ז דהק' דהרי דעת רה"ג דבשבועה דאו' אם אמר דנשבע צריך לישבע היסת, ותי' דשאני התם דכבר נתחייב לו שבועה, אבל הכא הוא תובע אותו שיתחייב שבועה, ועי' בש"ך ס"ק י"א דתי' דמבואר בדברי רה"ג דבשבועה דרבנן לא אמרי' הכי כיון דהוי תקנתא לתקנתא, וה"ה בשבועת המשנה הוי תקנתא לתקנתא.

ועי' ברע"א ס"ב דבאופן דע"א מעיד שהוא שותף לפי הסמ"ע אי"צ לישבע היסת, כיון דאפי' הודה אינו חייב ממון אלא רק שבועה, ולפי הש"ך יהא חייב היסת כיון דאי"ז תקנתא לתקנתא, וצ"ב הרי ע"א אינו מחייב שבועה במקום שגם אם מודה אינו חייב ממון אלא נפטר בשבועה, ומוכח דנקט רע"א דכ"ז שאינו נשבע דלא גנב לו הוא חייב ממון, דגדר התקנה הוא שבע או שלים, אולם צ"ע דא"כ אמאי פסק השו"ע דליכא גלגול כיון דאינו חייב ממון, ועוד יש להעיר דבש"ך סי' פ"ז ס"ק נ' כתב להדי' דבע"א שמעיד דהוא שותף ליכא חיוב שבועה להכחיש העד כיון דגם אם מודה אינו חייב ממון אלא שבועה, וצ"ע.

(יא) יל"ע להשי' דבכל שבועת השותפין בעי' מודה במקצת, אמאי אינו נאמן במיגו דכוה"כ והכא לא שייך תי' הגמ' בריש ב"מ דהוי מיגו דהעזה, שהרי כיון דתובעו שמא הרי יכול להעזיז, ובפשוטו צ"ל דכיון דכל החשש הוא מחמת דמורי התירא, וכנראה דיש לו הוראת היתר רק על החצי שהוא מודה, ומשו"ה ליכא מיגו דאי בעי' כוה"כ, ולפי"ז הרי מוכח דה"ה היכא דליכא עדים על עיקר השותפות דלא יהא נאמן במיגו דלא נשתתפתי, וברמב"ן והר"ן דנו דלא יועיל מיגו רק משום דהוי מיגו לאפטורי משבועה, או משום דהוי מיגו דהעזה, אולם להנ"ל נמצא דלשי' רש"י דבעי' הודאה במקצת, ע"כ דלא שייך בזה מיגו.

אולם עי' בסמ"ע סי' צ"ג סק"ו דנקט דדעת השו"ע דבעי' הודאה, ואילו בסמ"ע סק"ט נקט דלהלכה מהני מיגו דהעזה לאפטורי משבועה, ונאמן במיגו דלא נשתתפתי, וצ"ע.

והנה דעת הרא"ש פ"ז סי' ג' דמהני מיגו לאפטורי משבועת השותפין, ולכאו' לפי"ז מוכח דלא בעי' הודאה בשותפין, דאי בעי' הודאה הרי לעולם יהא נאמן במיגו דכופר הכל, וע"כ כנ"ל, אולם עי' בתוס' הרא"ש דכתב דנראה כרש"י דבעי' הודאה, וצ"ע.

גמ' - חלקו וכו' אין יכול להשביעו. עי' בב"י סו"ס צ"ג דהביא מרבני צרפת דדנו אי טעמא משום מחילה או משום דבעי' הודאה, וכל דחלקו ליכא הודאה, וכבר דן בזה הראב"ד בהשגות על הרי"ף, ועי' בריטב"א דהק' דאי טעמא משום מחילה אמאי יכול לגלגל עליו, ולכך ביאר דטעמא משום דכל דחלקו תו לא תקנו ע"ש, ולכאור' להשי' דהוא משום מחילה צ"ל דהוא רק מחילה על החיוב שבועה, אולם עי' ט"ז סי' פ"ז סכ"ז דנקט בפשיטות דלא שייך מחילה על חיוב שבועה לחוד, כיון דלעולם יכול לחזור ולהשביעו, וע"ע ביאור הגר"א ס"ק י"ח דנראה דנקט לעיקר כטעמא דמחילה, וע"ע קצוה"ח סק"ד.

## בס"ד

### העדות עדים

#### ב"מ ג' א'

עי' ברשב"א וריטב"א ונימוק"י במאי מיירי דינא דר"ח, ועי' לשון הרמב"ם פ"ד מטו"נ ה"י. עי' שו"ת הרשב"א ח"ב סי' ר"ו

וח"ג סי' ע"ה בדין הודאה מתוך כפירה, ובמה דהוכיח מדינא דר"ח, ועי' שו"ע סי' ע"ה ס"ה וסי' פ"ז ס"ה ובש"ך וסמ"ע שם ושם, קצוה"ח ונתה"מ סי' ע"ה ובמשו"ב, ביאור הגר"א סי' פ"ז ס"ק כ"א וסי' ע"ה ס"ק ט"ז, ח"י הגרש"ר ב"מ סי' ד'.

א) עי' בריטב"א דביאר דדינא דר"ח מיירי במעידים דודאי לא פרע, או במעידים דפרע תו"ז, [אולם עי' יד רמ"ה ב"ב ה' א' דכתב דכה"ג ליכא חיוב מכת דינא דר"ח, ע"ש], או במעידים שלוחה ומדין כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי איכא הודאה דלא פרע, והרשב"א נקט כהך שינויא דהוא מדין כל האומר, ע"ש בכ"ד, וכ"ה ברשב"א שבועות ל"ח ב' ד"ה תוספתא, ול"ז ב' ד"ה הא דאמרין, וכ"כ הר"ן ריש פרק שבועת הדיינים.

ועי' ברמב"ם פ"ד מטו"נ ה"י כתב "ועדים מעידין עליו שעדיין יש לו אצלו חמשים" ומשמע מלשונו דמיירי דהעדים מעידים דלא פרע, ועי' גידולי תרומה ש"ז ח"ג אות א' דדן אם הרמב"ם חולק וס"ל דהיכא דמעידין רק על החיוב ליכא דין העדות עדים או לא, ועי' בסמ"ע סי' פ"ז ס"ק י"ג דנקט דליכא חיוב שבועה בכה"ג, ובש"ך ס"ק י"ב תמה עליו דזה דלא ככל הראשונים, וכן תמה שם רע"א.

ב) בעיקר דברי הרשב"א יל"ע, דא"כ איך הוא חייב שבועה מדין העדות עדים, הרי אין העדים מעידים עליו דחייב נ' כיון דאינם יודעים דלא פרע, ולכאור' צ"ל דהוא באמת צירוף של הודאה יחד עם העדים, דהא פיו

לחוד מחייבו שבועה ועדים לחוד נמי מחייבין אותו בשבועה, ובגוונא הנ"ל, כיון דבצירוף שניהם נמצא דהיה הלואה ולא היה פרעון, איכא חיוב שבועה.

אולם עדיין צ"ע דהא מבואר בשו"ת הרשב"א [ע"י להלן ס"ק א'] דכה"ג ליכא דין מודה במקצת כיון דהוי הודאה מתוך כפירה, וגזה"כ דבעי' מודה להדי', וכיון דכה"ג אין את המחייב של פיו, הרי תקשי איך מחייבין אותו עפ"י העדים, הרי אינם יודעים שלא פרע, [ויתכן דהוה באמת סברת הסמ"ע, וע"י להלן], ופיו נמי ליכא, וליכא צירוף.

והיה אפ"ל דבאמת מכח הידיעה דהיה מעשה הלואה, יש סיבה לחיוב, אלא דיש לו זכות לטעון פרעתי, אולם כ"ז דאינו טוען פרעתי אין אנו מסתפקים על הפרעון, וכיון דאינו יכול לטעון פרעתי משום דינא דכל האומר, נמצא דחיובו נתברר מכח העדים בלבד, [ונפק"מ לענין קנס היכא דאיכא ב' עדים על נגיחת שור תם, ומכח הכחשתו דלא היה נגיחה, ידעי' דלא פרע, דלהנ"ל אי"ז נחשב למודה בקנס, וכ"כ להדי' הגר"א סי' פ"ז ס"ק כ"א - ע"י להלן ס"ק ג'], אולם צ"ב דא"כ למאי הוצרכו הראשונים לבאר דאיכא הודאה דלא פרע מחמת דינא דכל האומר, הא כיון דהוחזק כפרן אינו יכול לטעון פרעתי, ואנן הרי לא חיישי' לפרעון בלא שיטען דפרע, וע"כ דפשיטא להרשב"א דכיון דיכול להפטר בטענת פרעתי, לא חשיב כהעד"ע לחייבו בשבועה, ורק משום דטען לא לויתי ואיכא הודאה דלא פרע איכא חיוב שבועה, וא"כ צ"ב כיון דהודאתו לחוד אינה יכולה לחייבו שבועה, דהוי הודאה מתוך כפירה, איך העדים מחייבין אותו.

ולכא' מוכרח דלא בעי' דכל החיוב יתברר ע"י העדים, וכל דצד הפרעון נסתלק ע"י הכחשתו את עיקר ההלואה, סגי בעדים על ההלואה כדי לחייבו שבועה, [וע"י להלן ס"ק ב' דהגרש"ר הוכיח כן מגוף תשו' הרשב"א כלפי דין הודאת פיו], אולם עדיין צ"ב כיון דלגבי הודאה לא מצינו דמהני הודאה רק חלק מהמחייב, כיון דיש דין של כי הוא זה, איך ידעי' דלגבי העד"ע סגי בעדות על חלק מהמחייב, הרי כל המקור הוא מק"ו דפיו, ונימא דיו, וצ"ע.

א) ע"י שו"ת הרשב"א ח"ב סי' ר"ו, והובא בב"י סי' ע"ה סעיף ה', דנשאל בתובע מנה לי בידך, ואומר לא לויתי, ויש ע"א על נ', וחזר ואמר לויתי ופרעתי, דהדין הוא דמשלם נ' מדין מתוך כמבואר ברמב"ם פ"ד מו"ל הי"א, האם הוא נשבע על הנ' מדינא דר"ח קמייתא, ובתחילה הרשב"א האריך לחלוק על עיקר דינו של הרמב"ם דבכה"ג ליכא דין מתוך, ע"ש בדבריו, ואח"כ כתב הרשב"א דלענין עיקר הדין שאתה שואל, הנה יש לחקור האם דינא דמודה במקצת נאמר גם באופן דאינו מודה להדי' אלא דההודאה היא מתוך הכפירה, או לא, וכתב הרשב"א דמתסברא דדוקא במודה להדי' וכדכתיב אשר יאמר כי הוא זה, ובדינא דר"ח נמי אינו מתחייב אלא מתוך טענתו דאמר לא לויתי, ומ"מ אינו חייב אלא בעדים ומק"ו, הא לא"ה לא, עכתו"ד.

וע"י סמ"ע סי' פ"ז ס"ק י"ד דכוונת הרשב"א דדינא דר"ח מיירי רק באופן דאיכא עדים דלא פרע, אבל באופן דאינם מעידים אלא על ההלואה, והוחזק כפרן על הפרעון, אינו חייב שבועה מדינא דר"ח, כיון

דהעדים לא חייבו אותו ממון בעדותן ליכא דין מודה במקצת, ומה"ט ביאר בכוונת השו"ע סי' פ"ז ס"ה דמיירי בעדים, ע"ש, ועי' ש"ך ס"ק י"ב דהסמ"ע דייק כן מדברי הרשב"א, דהרי בתחילת התשו' חלק הרשב"א על השואל ונקט דכה"ג בע"א ליכא דין מתוך, וע"כ דסו"ד קאי על ב' עדים, אולם תמה עליו הש"ך דא"כ מה הביא הרשב"א ראייה מדינא דר"ח דלא חשיב הודאה בכה"ג, הרי ר"ח מיירי באופן דמעידים דלא פרע, ועוד דמשמע מלשון הרשב"א בסו"ד דכוונתו לומר דליכא דינא דר"ח בע"א, ולדברי הסמ"ע הרי בכה"ג אף בב' עדים ליכא דינא דר"ח.

ולכך נקט הש"ך דודאי הרשב"א אזיל לשי' בסוגיין דר"ח מיירי דאיכא עדים רק על ההלואה, וכוונת הרשב"א לומר דאף אי נימא כהרמב"ם דאיכא דין מתוך בכה"ג, מ"מ ליכא דין מודה במקצת, כיון דהודאתו היא מתוך הכפירה, ומדינא דר"ח אין לחייבו, כיון דהוא רק ע"א, וביאר דהשו"ע מיירי בע"א, ע"ש בכל דבריו.

(ב) ובדעת הסמ"ע י"ל [אולי], דלמד בכוונת הרשב"א דבאמת נידון דבריו הוא על ב' עדים, וכוונת הרשב"א להוכיח דאי נימא דר"ח מיירי באופן דבעי' לצירוף הודאתו עם העדים, הרי תקשי באמת אינו חייב על ההודאה לחוד, וע"כ דיש הלכה דעד שיאמר כי הוא זה, ויסודו דבעי' הודאה להדי' על החיוב ממון, אבל כל דבעי' לצירוף של עדים, אי"ז הודאה המחייבת, וא"כ הרי מסתברא דה"ה לגבי העדאת עדים דילפי' בק"ו מפיו דאין לחייבו בשבועה אלא כשמתחייב בממון להדי' מכח העדים, אבל היכא דהעדים מעידים רק על ההלואה, ובעי' להודאתו כדי שנדע דלא פרע, הרי לא גרע מפיו, ואינו מתחייב בשבועה, [וזה באמת דלא כדברי הרשב"א בחי'], וע"ע להלן דבזה מתיישב קו' הט"ז על הסמ"ע.

(ב) בעיקר ראיית הרשב"א מדינא דר"ח, צ"ע דהרי לפי הודאתו הוא טוען דלא היה כלל הלואה, ואיך אפשר לחייבו מחמת הודאה לחוד, וכל מה דידוע לנו דהיה הלואה הוא רק מכח העדים, ואי ליכא דין העד"ע, א"א לחייבו כלל, ועי' בחי' ר' שמואל ב"מ סי' ד' ס"ק ה' דביאר דס"ל להרשב"א דלחייב שבועה לא בעי' דכל החיוב יתברר מכח פיו, אלא כל שידוע לנו עפ"י העדים דהיה הלואה, וכל הנידון אם פרע או לא, והנתבע מודה דלא פרע חייב שבועה, ולכך הק' הרשב"א למאי בעי' לדינא דהעד"ע, תיפו"ל משום הודאה במקצת, וע"כ הוכיח מזה הרשב"א דהודאה מתוך כפירה ל"ח הודאה.

אולם עדיין דברי הרשב"א צ"ב טובא, דבשלמא באופן דחזר ואמר פרעתי, הרי בעי' להודאתו דלא פרע, אבל היכא דטוען רק דלא ליה, הרי ליכא הודאה, דאדרבא הוא כופר הכל, ובכה"ג הוא דחידש ר"ח דחייב מדין העדאת עדים, ואה"נ היכא דהנידון משום הודאתו, שפיר יש לחייבו על הודאתו לחוד, וצ"ע.

(ג) עי' ביאור הגר"א סי' פ"ז ס"ק כ"א דכתב להביא ראייה לדברי הרשב"א דבע"א ליכא דין העד"ע, דהרי כל דין העדאת עדים ילפינן בק"ו ומה פיו שאין מחייבו קנס, וכיון דע"א אינו מחייב שבועה בקנס, כמבואר בתוס' ב"ק, אינו מחייבו בשבועה מדינא דר"ח, וביאר דזה כוונת הרשב"א בסו"ד דדוקא בב' עדים ומק"ו, דבע"א הא ליכא ק"ו, [ויל"ע דא"כ מדוע דן הרשב"א בח"ב סי' רמ"ו דבכל הודאה יש לחייבו מדין העדאת עדים, הרי מודה בקנס פטור, וצ"ב].



והוסיף הגר"א דק' מהא דחייב בב' עדים על ההלואה, ואיכא הודאה מדין כל האומר, והא כיון דבעי' להודאתו ומודה בקנס פטור איך אפשר לחייבו מדין העד"ע, הא ליכא ק"ו, ותי' הגר"א משום דכה"ג הוי כאילו עדים מעידים על שניהם גם על ההלואה וגם שלא פרע, ומשום דכל היכא דאינו מרשיע את עצמו הרי הודאתו מחייבת בקנס, ולכך הודאתו מצטרפת לעדותן, וצ"ב אטו יש דין כוונה בקנס.

וי"ל דכוונת הגר"א דבאמת כל דיש עדים על ההלואה זה סיבה לחייב, אלא דיש לו כח טענה לטעון פרעתי, וכל זמן דאינו טוען פרעתי חשיב דהעדים מעידים דלא פרע, ולכך כתב הגר"א דחשיבי מעידים על שניהם, דהכל נתברר ע"י העדים, ולכך כתב הגר"א דאי"ז נידון כמרשיע את עצמו, דבאמת אין מחייבין אותו מכח הודאתו, אלא רק משום העדים, אלא דהיה יכול לטעון פרעתי, וכיון דכפר א"י לטעון פרעתי, ובכה"ג ליכא חסרון דמרשיע את עצמו.

ד) בעיקר ראיית הרשב"א בתשו' מדינא דר"ח, יל"ע, דהרי הרשב"א מבאר דלולי הק"ו הו"א דאעפ"י דהוכחש על נ' מ"מ חיישי' שמא לא היה זכור וכו', והנה הרי גם אי נימא דחייב מדין מודה במקצת נמי שייך האי סברא שמא לא היה זכור, ומה הק' הרשב"א דנחייבו מדין הודאה, בלא ק"ו, והיה אפ"ל דכוונת הרשב"א דאי נימא דכי הוא זה קאי נמי על הודאה מתוך כפירה, הרי מהא גופא מוכח דליכא סברא דשמא שכח וכו', ולא בעי' לק"ו, אולם עדיין צ"ע דא"כ מה היה ס"ד דבהעד"ע עדיין נימא חזקה דא"א מעיז, הרי מדין כי הוא זה מוכח דכה"ג ליכא סברא דשמא שכח וכו', ועוד צ"ב דהא הרשב"א מיירי בתשו' בע"א, והרי אין דין מוחזק כפרן עפ"י ע"א, וא"כ בע"א נימא דאיכא חזקה דא"א מעיז, ומדוע דן הרשב"א דיתחייב מדין הודאה מתוך כפירה, אולם שו"ר דטעות הוא בידי דכוונת הרשב"א להק' למסקנא אמאי אמר ר"ח דכל חיובו מדין העד"ע וק"ו, נימא דיתחייב מדין הודאת בע"ד, ונילף מכי הוא זה דכה"ג הוא מוחזק כפרן, וע"כ מוכרח דכה"ג אי"ז הודאה המחייבת שבועה, ואינו בכלל כי הוא זה.

א) עי' בשו"ת הרשב"א ח"ג סי' ע"ה דהיכא דטוען דנ' פרעתי, ונ' פרעתי ע"י ששלמתי עליך חוב ריבית, ונתברר דהיה ריבית קצוצה דלא היה חייב לשלם, דליכא דין מודה במקצת, כיון דהוי הודאה מתוך כפירה, ובעי' דיודה מפורש בפיו, ועי' ש"ך סי' ע"ה ס"ק י"ט דהאריך לתמוה דהרי בכה"ג יש לחייבו מדין העד"ע, דכיון דנתחדש דהעד"ע מחייב שבועה, מה החילוק בין העד"ע להודאת בע"ד דהיא כמאה עדים.

ב) ועי' בתומים סי' ע"ה סק"ד דיישב דהא מבואר בנימוק"י דילפי' מק"ו דבהעד"ע הוחזק כפרן ובטל חזקה דא"א מעיז, וא"כ כ"ז שייך היכא דכפר והוכחש במציאות, אבל היכא דכפר ונמצא דטעה בדין הרי עדיין איכא חזקה דא"א מעיז בפני בע"ח, ומשו"ה לא שייך לחייבו מדין העד"ע, [ולפי"ז נמצא דלרבנן דבבנו מעיז יהא חייב שבועה בהודאה מתוך הכפירה], ועוד יל"ע דהא מבואר בתוס' ה' א' ד"ה ? דלמסקנא איכא דין העד"ע גם היכא דליכא אשתמוטי כמו בפקדון, וכדמוכח מההוא רעיא, וצ"ע.

ג) ועי' בקצוה"ח סי' ע"ה סק"ב דתי' דא"א לעשות העד"ע בצירוף עם הודאת פיו, וכיון דהוי הודאה דפטור עליה כמו דביאר הרשב"א דהוי הודאה מתוך כפירה, משו"ה א"א לצרפה לעדים ולחייבו בשבועה דר"ח,

והוכיח כן מהא דביאר הר"ן דמה שהנחת אתה נוטל פטור משום דיצאה בפטור, וקשה אמאי אינו חייב מדין העד"ע, הרי בהעד"ע לא שייך לומר כבר יצאה בפטור, וע"כ דליכא דין העד"ע כשהוא בצירוף הודאתו, ועי' בנתה"מ ס"ק ד' דתמה עליו דכל מה דשייך לומר כן הוא רק באופן דמה שהנחת אתה נוטל ידיעת הבי"ד הוא לאחר המדידה, דכיון דעל גוף ההודאה א"א לחייבו, א"א לצרף אח"כ את ידיעת הבי"ד, אבל בהודאה מתוך הכפירה, אעפ"י דא"א לחייבו מדין הודאה דבעי' כי הוא זה, מ"מ יש לחייבו על גוף ההודאה מדינא דהעד"ע, דהודאתו בבי"ד הוי בירור כעדים, ועי' במשובב, ועדיין צ"ע.

ד) והנה למה דנתבאר לעיל ס"ק ג' בדברי הגר"א, יש ליישב עוד דבהודאה מתוך הכפירה א"א לחייבו מדין העדאת עדים, כיון דאינו מחייב עצמו בקנס בכה"ג, [דדוקא היכא דאיכא עדים על ההלואה לא חשיב מרשיע את עצמו].

אולם יל"ע דהגר"א סי' ע"ה ס"ק י"ד כתב להוכיח דבטעה בחשבון איכא חיוב שבועה מהא דמייתי הגמ' ראייה משנים אוחזין דאיכא אנ"ס להאי וכו' דמבואר דלא בעי' דוקא עדים, [ולא כהסמ"ע סי' פ"ז ס"ק י"ז דהוא מדין הודאה גמורה], ולהנ"ל הרי בכה"ג ליכא חיוב קנס, וליכא דין העד"ע, וצ"ע.

ה) עוד יש לדון ליישב, דגם אחרי הק"ו עדיין יש חילוק בין מודה במקצת להעד"ע, דבהודאה הדררא הוא מחמת דנתאמת חלק מהטענה בהודאתו, אולם בהעד"ע הדררא הוא מחמת דנמצא כפרן על חלק מהכפירה, וממילא א"א לחייבו על הודאה מדין העד"ע, דהרי עד כמה דהוא אינו שקרן על חלק מהתביעה, ליכא חיוב דהעד"ע.

א) עי' שו"ע סי' ע"ה ס"ה דפסק עפ"י הבעה"ת דהיכא דטוען דפרע כל החוב, ומתו"ד ניכר דהוא טועה בחשבון, דחייב משום דהבי"ד כעדים על הודאתו דהוא חייב, ומקורו מהבעה"ת, ועי' בש"ך סי' ע"ה ס"ק י"ט דמה"ט דחה לדברי הרשב"א דפוטר על הודאה מתוך כפירה, דמ"מ נחייבו משום העד"ע, והביא לזה ראייה מהא דס"ד דיהא חייב בשנים אוחזין שבועה דאו' מחמת אנ"ס, והרי כה"ג ליכא עדים, אלא בי"ד הוו כעדים.

והנה בפשוטו יש לפרש דקו' הש"ך דלבתר דגלי לן הק"ו דנאמר דין העד"ע הרי ממילא מוכח דכל דחייב על חלק מהתביעה, הוי בכלל מודה במקצת, ולכך פסק בי"ד נמי חשיב דנתברר דחלק מהתביעה היא נכונה, ולכך הק' דכל הודאה מתוך כפירה יש לחייבו דלא גרע מהעד"ע, ובאמת דכן מצינו בשו"ת הרשב"א ח"ב סי' רמ"ו דמחייב בהודאה מתוך כפירה, והוכיח כראיית הש"ך מהא דמייתי ר"ח ראייה ממתני' דאיכא אנ"ס, ומבואר בלשונו דחייבו מדין מודה במקצת, ולא מדין העד"ע, אולם בלשון הש"ך נראה יותר דכוונתו לחייבו משום ידיעת הבי"ד הרי"ז כעדים.

ב) עי' בש"ך דהביא דהרמב"ם פ"ד מגזילה ה"טז הביא דדעת הגאונים דבתובע דחטף ממנו ק', והוא טוען דחטפתי כ' ודידי הן, דחייב לשלם כ' מדין מתוך, ונשבע על השאר, והרמב"ם חולק דכה"ג אינו נשבע אלא היסת שהרי לא הודה, וביאר הש"ך דדעת הגאונים דבכל פסק בי"ד יש לחייבו מדין העד"ע, והרמב"ם נמי

מודה לעיקר הדין, אלא דס"ל דשאני הכא דלא נתברר לבי"ד האמת שהוא חייב, דיתכן באמת דדידי' חטף, אלא דחייב מדין מתוך, ולא סגי בזה לחייבו מדין העד"ע.

(ג) ועי' בחי' ר"ש ב"מ סי' ד' סק"ג דהק' דמלשון הרמב"ם דהשיג על הגאונים דאין לחייבו שבועה דאו' משום דלא הודה, מבואר דזה כל הנידון, ולא משום דין העד"ע אתינן עלה.

ולכך ביאר הגרש"ר דהגאונים ס"ל דבאמת הוא חייב מדין הודאת בע"ד, דכיון דמתחייב בכ' עפ"י הודאתו דחטף, ועל מה דטוען דידי חטפי הרי אינו נאמן, משו"ה חשיב דמתחייב עפ"י הודאתו, והרמב"ם פליג משום דס"ל כהרשב"א דהודאה מתוך הכפירה לא חשיב הודאה לחייבו בשבועה, וה"ה הכא כיון דכל ההודאה המחייבת היא רק מכח מה דאינו על טענתו דדידי חטפי, הוי הודאה מתוך הכפירה, ואינו מתחייב שבועה בכח"ג.

(ד) אולם א"כ תקשי להגאונים אמאי הוצרך ר"ח לק"ו נחייבו מדין כל האומר, דהרי הודאה מתוך כפירה נמי מחייבתו בשבועה, ואין לומר דס"ל דליכא דין צירוף בין פיו לעדים, דא"כ אמאי בדינא דנסכא הוא חייב שבועה, הרי ליכא דין צירוף, וע"כ דס"ל דמכח העד אנו מחייבין אותו בהודאתו, וא"כ ה"ה דבדינא דר"ח נחייבו מכח הודאתו, ואולי י"ל דס"ל להגאונים דבאמת דינא דר"ח מיירי במכחיש ויש עדים דלא זזה ידינו מידו, וכמו דהעמיד הריטב"א.

וי"ל דס"ל להגאונים דכיון דלולי העדים לא היה מתחייב בהודאתו, דהא טוען דלא לזה, ורק מחמת דאיכא עדים על ההלואה הוא דמתחייב, משו"ה אי לאו דינא דהד"ע לא היה חייב עפ"י הודאתו, דהא הודאתו לחוד אינה מחייבתו, אבל בדינא דהגאונים כיון דמודה על מעשה החטיפה חשיב הודאה בחיוב, אלא דיש לו טענת דידי חטפי, וכיון דיש ע"א ואינו נאמן במיגו, ממילא הרי"ז כמודה שהוא חייב, משא"כ באומר לא לויתי דאינו מודה על חיוב אלא הוי טענת פטור.

(א) בחי' הרמב"ן שבועות מ"ג א' כתב דבתובעו נ' של חבלה ונ' של הלואה וכפר בתרווייהו, והנחבל נשבע ונטל נ', דליכא חיוב שבועת מודה במקצת כיון דליכא עדים, וסיים דדברי הרמב"ם הנ"ל מוכח כדבריו, והיינו דתרווייהו לא חשיבי בירור על המעשה, אלא דיש לו זכות לישבע וליטול, ועי' בר"ן שם דחלק על הרמב"ן דיש לחייבו מדין העד"ע, ע"ש.

ובסמ"ע סי' פ"ז סק"ב הביא דברי הר"ן, ובט"ז סק"א תמה דהא קיי"ל כהרשב"א דהודאה מתוך כפירה אינו חייב שבועה, כ"ש היכא דליכא הודאה כלל, אלא כל חיובו משום תקנת חכמים דנחבל דליכא שבועה, ועי' בקצוה"ח סי' ע"ה סק"ב דיישב דהא דקיי"ל כהרשב"א בגוונא דריבית אי"ז סתירה לדברי הר"ן, דשאני חבלה דהוי הדע"ע על הכפירה, משא"כ בגוונא דטעה בדין כמו בריבית וכדו' דליכא העד"ע על הכפירה, אלא דמתו"ד אנו יודעין דטעה בדין, וכיון דבעי' להודאתו, והרי אי"ז הודאה המחייבת, ממילא ה"ה דליכא נמי העד"ע, ע"ש היטב בדבריו.

אולם למה דנתבאר לעיל בדעת הסמ"ע יש ליישב דכל מה דס"ל להרשב"א דאינו חייב על הודאתו הוא משום דבעי' לצירוף של הודאתו עם העדים, ואין מחייבין מכח צירוף, אולם בחבלה אי"ז מדין צירוף, אלא מכח שבועת התובע לחוד הוא דמחייבין אותו, וא"ש הסמ"ע לשי'.

(ב) וברמב"ן בסו"ד כתב דמיהו בנ' לית לך, ונ' א"י א"פ הרי"ז מודה במקצת, וכ"כ הר"ן שם, ועי' בש"ך סי' פ"ז ס"ק י"ג דכתב על דברי השו"ע דהודאה מתוך כפירה פטור, דהוא דאופן דאל תפרעני אבל בא"י א"פ וכן בנ' דחבלה חייב שבועה, ועי' בקצוה"ח סי' ע"ה סק"ב דתמה דהרי הרשב"א ע"כ פליג על הגאונים, וס"ל דליכא חיוב שבועה בגוונא דהגאונים, דכיון דהוי הודאה מתוך כפירה, לא שייך לחייבו מחמת פסק בי"ד, וא"כ איך שייך לומר דיהא חייב בא"י א"פ, הרי בא"י א"פ ליכא הודאה, וכל מה דיש לחייבו הוא מכח פסק בי"ד, וא"כ בכל הודאה מתוך כפירה נמי נחייבו מכח בי"ד.

אולם באמת בדברי הרמב"ן מוכח להדי' דיתכן לחייבו בא"י א"פ, אעפ"י דס"ל להרמב"ן דאין לחייבו מכח פסק בי"ד בחבלה, וס"ל נמי כהרמב"ם דבהודאה מתוך כפירה נמי פטור.

ועי' בחי' ר"ש ב"מ סי' ד' ס"ק ז' דכבר העיר בדברי הר"ן מבואר להדי' דלאו מדין העד"ע אתינן עלה, אלא מדין מודה במקצת הוא, וע"ש דביאר בזה ב' אופנים או משום דא"י א"פ חשיב כמודה להדי' על חיוב ממון, או כיון דאינו נפטר מפרעון, ממילא הוא מתחייב בשבועה על הודאתו בעיקר ההלואה, וע"ש בחי' הגר"ש דנפק"מ היכא דיש לו כת"י על ההלואה, ויש בזה עוד נפק"מ למ"ד ברי ברי עדיף, דבגוונא אומר נ' א"י אם נתחייבתי ונ' להד"מ, דאי נימא דחייב שבועה רק משום הודאתו על ההלואה, הרי כה"ג ליכא הודאה.

(ג) עי' ש"ך סי' ע"ה ס"ק י"ט דבתובעו מנה וא"ל על נ' אל תפרעני וכו', וא"ל פרעתי הכל, דחייב לשלם נ', אולם אינו חייב שבועה על השאר, וצ"ב הרי הש"ך הסכים לדברי הר"ן דבאומר א"י א"פ חייב שבועה על השאר, ומ"ש הכא דאינו מתחייב בשבועה, ובחי' הגרש"ר סי' ד' סק"ח הוכיח מזה דדוקא באל תפרעני דהוא טוען טענת פרעון חשיב הודאה מתוך הכפירה, אבל בההיא דא"י א"פ כיון כיון דההודאה ברורה והכפירה אינה ברורה חשיב הודאה גמורה.

## בס"ד

### הילך

#### ד' א'

גמ' - מי דמי וכו' הכא כי היכי וכו'. עי' קצוה"ח סי' פ"ד ס"ק ד' דהק' אמאי בכל שבועת ע"א לא מהני חזקת מטלטלין לפוטרו משבועה, ותי' דע"כ מוכח דע"א כב' לשבועה, ולא מהני חזקה נגד ב' עדים, ותמה בשיעורי הגרש"ר ב"ב אות קל"ד דאכתי תקשי אמאי בכל מודה במקצת באופן דאומר לו ב' חפצים גזלת והוא אומר לא גזלת אלא א', דחייב שבועה, הא אית ליה חזקת מטלטלין על מה דכופר, [אולם בנתה"מ סי' פ"ז סק"א כתב דכה"ג ליכא חיוב שבועה, אולם בסוגיא דנסכא מוכח דלא מהני חזקת ממון לפוטרו משבועה], וע"כ מוכח דחזקת מטלטלין אינו יכול לפוטרו משבועה, ולא דוקא בע"א.

וצ"ב דא"כ אמאי מבואר הכא בגמ' דאנ"ס על החצי פוטרו משבועה, וצ"ל דאין כוונת הגמ' דהאנ"ס הוא סיבה בעצם לפוטרו משבועה, אלא כוונת הגמ' בדרך ממנ"פ, דכיון דמה דמחייבו בשבועה הוא מכח האנ"ס הרי איכא נמי אנ"ס לנתבע.

רש"י ד"ה אי - אילו העידו העדים חמשים חייב וחמשים פרע כו'. עי' ברשב"א דהק' דממנ"פ, אי מיירי דהוא טוען פרעתי כולו, הרי אף אי ליכא עדים דפרע רק נ' נמי אינו נשבע כיון דהוי כפירת שע"ק, ואי מיירי דאומר לא לויתי, הרי אף אם העדים מעידים דפרע נ' נמי חייב מדין כל האומר, ונהגרינ"פ ז"ל הוכיח מכאן כדברי רע"א ח"א סי' קמ"ט דהיכא דאיכא עדים רק על הפרעון ליכא דין דכל האומר, ולכך נקט רש"י דהעדים אומרים דפרע, והיינו דראו רק הפרעון בלא הלואה, אולם עדיין צ"ב איך העדים פוטרים אותו משבועה, הרי הוא מכחישם ולכך ביאר דכוונת הגמ' דאיכא עדים על הלואה נ', ובאמת דמלבד מה דהק' הרשב"א, יל"ע עוד אמאי באמת רש"י לא פי' כאופן דהרשב"א דהוא פשוט טפי, וצ"ע.

ואולי י"ל, דהנה נתבאר לעיל דהסברא דכי היכי דאנ"ס וכו' אינו דהאנ"ס הוא סיבה לפוטרו אלא דהאנ"ס שכנגדו באידך חצי המחייבו הוא גופא אנ"ס בהך חצי דהוה ידידה, ויש להוסיף דיסוד חיוב השבועה הוא דע"י האנ"ס איכא דררא באידך חצי כנגדו, ולכך אמרי' דהך אנ"ס אינו דררא כנגדו כיון דהוא גופא אנ"ס באידך חצי דהוה ידידה.

ולפי"ז א"ש דברי רש"י דכיון דהעדים אינם פוטרים אותו, אלא דעפ"י העדים אין סיבה לחייבו, ולכך אע"ג דהוא מכחיש להעדים מ"מ כיון דהעדים עצמם אומרים שפרע אינם מחייבים אותו, וא"ש הא דנקט רש"י בכה"ג ולא נקט היכא שאומרים שלוח חמישים ולא יותר, דהא בכה"ג כיון שאינו מכחישם ודאי דפוטרים אותו, ולא דמי לכי היכי דסוגין, ולהכי נקט רש"י כה"ג דאומרים שפרע דכה"ג דאינם פוטרים אותו, כיון דמכחישם, ומ"מ הוא פטור כיון דעדותם לא הוה סיבה לחייבו, והוה דומיא דכי היכי דאנ"ס דסוגין.

א) גמ' - ור"ש אמר הילך פטור. בעיקר הפטור דהילך, עי' ברע"א שבועות ל"ט ב' דמסתפק לשמואל דהטענה ב' כסף, במודה בפרוטה ואמר על חלק הילך אי איכא חסרון בדין ב' כסף מחמת ההילך או לא, נע"י חו"ש רב"ב סי' ? דהוכיח מהא דפריך ה' א' למ"ד הילך פטור אמאי איצטריך קרא למעוטי קרקע, הא כל קרקע הילך, והא י"ל דנפק"מ היכא דתבעו מטלטלין וקרקעות, והקרקע משלים לשיעור תביעת ב' כסף, דאי לאו קרא דממעט קרקע הרי הילך אינו מגרע משיעור ב' כסף, ורק משום דיש פטור בקרקע ליכא תביעת ב' כסף], וביאר רע"א דהצד דפטור משבועה, משום דגדר הדין דהילך דהוי כאילו נתן לו קודם התביעה, וא"כ ליכא תביעת ב' כסף, והנה בהא דנקט רע"א בתחילת דבריו דהוי כאילו נתן לו קודם התביעה, מצינו נמי בקצוה"ח סי' ת' ס"ק ב' דכתב "דכיון שמזומן לתת לו הו"ל כאילו כבר נתן לו קודם שתבעו".

[והנה ע"ש ברע"א דהוכיח דאין הילך מגרע משיעור ב' כסף, דהשטמ"ק הק' אמאי כל מודה במקצת אינו נאמן במיגו דאי בעי מודה בפרוטה ואומר לו הילך, ותי' השטמ"ק דהוי מיגו דהזעה כיון דהילך הוי ככופר הכל, והק' רע"א דאכתי יש לו מיגו דהיה מודה וממעט משיעור ב' כסף, והנה בגליון רע"א ריש סי' פ"ז מסתפק בתבעו מנה והודה בנ' והילך על כ', אי מצי נפטר במיגו דהיה מודה רק על הכ' דאמר לו הילך, והביא לקו' השטמ"ק אמאי כל מודה במקצת אינו נאמן במיגו דהיה מודה בפרוטה והילך, ותי' השטמ"ק דשמא לא היו מזומנות לו, וא"כ בגוונא דהכא שפיר אית ליה מיגו, אולם הביא דבתוס' ד' א' ד"ה וש"מ וב"ק ק"ז א' ד"ה עירוב לא משמע כן, דהא כתבו דהוי מיגו דהזעה ע"ש, ועכ"פ להשטמ"ק דהביא רע"א הרי יש לת' נמי הק' דמיגו שהיה ממעט מב' כסף, דשמא לא היו מזומנות לו].

ב) ולכאור' י"ל עד"ז דגדר הדין הוא דמעט שהוא מודה ואומר לו הילך מסתלק חלק ההודאה מהתביעה, ומצינו כן בלשונות הראשונים - עי' בשטמ"ק צ"ח ב' בשם הראב"ד דכתב "כיון דאמר ליה הילך כמאן דתפיס ליה דמי ומאי דקטעין ליה לא קא מודה ביה" ובשם הרז"ה כתב שם "מה שהודה לו לא טענו כלל הפרה העומדת בעין שהוא מודה בה אין הטענה באה עליה כלל" ובשטמ"ק כתובות ט"ו ב' כתב בשם השיטה ישנה "הרי המנה כהילך ולא היה בכלל התביעה" וכן עי' בנתיב"מ סי' ע"ה חידושים ס"ק ט"ו דכתב "דמה שנותן לו הו"ל כאילו לא תבעו בו כלל, והרי זה ככופר הכל" וכן מצינו בחי' רע"א כתובות פ"ח א' "דמה שאומר הילך הוי מסולק ואין שייך למשפט שדנים עליו".

ג) ובקצוה"ח סי' סי' פ"ז סק"ה כתב דיסוד החסרון בהילך הוא בהודאה, דכל מה דמצינו דהודאה מחייבו בשבועה, הוא רק באופן דחייל חיוב ממון מכח הודאתו, אולם היכא דנותנו לו, אי"ז הודאה המחייבת, ודוקא היכא דצריך להודאתו הוא דהוי הודאה המחייבת, ודייק כן מלשון הגמ' הלכך ליכא הודאת מקצת הטענה, ע"ש בדבריו, אולם להראשונים דאף בעומדת באגם חשיב הילך, הרי מוכח דאעפ"י דבעי' להודאתו, והוי הודאה המחייבת, מ"מ הוא פטור משבועה, וצ"ע.

ועי' בתוס' הרא"ש דכתב "כיון שמונחין בעין כמאן דנקיט להו קודם שהודה וכמי שלא הודה שום דבר דמי" ומבואר לכאור' דהוא חסרון בהודאה, וע"ע בספר התרומות שער ז חלק ב דכתב "והוי כמאן דנקט להו מלוה מעיקרא קודם שהודה הלוה אותם, והוה ליה כמי שלא הודה לו כלום", ובדוחק צ"ל דכוונתם כדברי רע"א בשבועות.

ד) ובבית הלוי ח"ג סי' ל"ט סק"ג מסתפק אי הוי חסרון בהודאה, או כיון דהוי כאילו כבר מחזיקו המלוה בידו לחלק ההודאה, ממילא הוא מעיז לכפור על על השאר, ושפיר אית ליה חזקה ופטור מדין כוה"כ, ועי' בבית הלוי שם דכתב דנפק"מ אי שייך דין הילך בהעד"ע, דאם הפטור משום העזה, הרי בעדים דליכא חזקה דא"א מעיז חייב, וכבר כתב הבה"ל דלשיטת רש"י הרי מוכח דשייך פטור הילך בהעד"ע, דהא ביאר דהוכחת הגמ' ממתני' קאי אליבא דר"ח קמייא.

ובעיקר הנידון אי יש דין הילך בהעד"ע, עי' בהגהות רע"א סי' פ"ז ס"א דהוכיח מדברי הש"ך סי' צ' סק"א וע"ה ס"ק י"ב דחשיב הילך, וכן מתבאר מתו"ד רע"א במשניות שבועות אות מ"ו, ע"ש, אולם בחי' ר"ח הלוי פט"ז מאישות הכ"ה ד"ה אלא נקט דליכא דין הילך בהעד"ע.

והנה בתוס' הרא"ש ד' ב' הק' בהא דמשני שאני התם דמסייע ליה שטרא, דא"כ דל מהכא להודאתו נחייבו מדין העד"ע, ותי' דהשטר מסייע נמי דאינו חייב יותר מב', וע"ע דאכתי תקשי להו"א דאינו ראייה דאינו חייב יותר מב', וכדבארו הרשב"א והריטב"א, אמאי אינו חייב מדין העד"ע, וע"כ מוכח דבהעד"ע נמי איכא פטור הילך, ולכך פריך על ר"ח.

ה) עי' שו"ע סי' פ"ז ס"ג דדינא דמערים נאמר גם בהילך, ומקורו מבעה"ת, [וכ"ה בפ"י ר"ח הנדמ"ח ב"מ ק' ב'], ועי' בב"י דנלמד מדין מערים בטחולב"ש, והק' הב"ח דשאני התם דבמערים לא הוי כקדמה הודאה לתביעה, אבל הכא הרי סו"ס הוי הילך, ועי' בנתיב"מ סק"א דהק' מה בכך דמערים הרי אית ליה מיגו דכוה"כ, ולא שייך בזה התי' דחזקה דא"א מעיז, דהרי באומר הילך והוי ככופר הכל נמי הוא מעיז, וע"ש בתי', והנה לדברי רע"א דבהילך חשיב כקדמה הודאה לתביעה, יש ליישב דבמערים לא חשיב כקדמה, כמו בטחולב"ש, ועדיין צ"ב.

ה) עי' בנתה"מ סי' פ"ה סק"ג דהק' דבתוס' ב"ק ל"ה ב' כתבו דאף לר"ג דטחולב"ש חייב, מ"מ הוא פטור מדמי השעורין, והק' דעכ"פ לא גרע מהילך, ואיך אפשר לחייבו שבועה, ותי' דהמחילה של השעורים נעשה אחר הודאת הנתבע, דהרי היה יכול לומר לו ודאי כדבריו דאתה חייב שעורין אולם השתא אני תובע חטיין, ע"ש, והנה אי נימא דהחסרון בתביעה, יתכן לומר דאעפ"י דפטור על השעורין משום מחילה, מ"מ אינו מגרע את התביעה, ויש לפלפל בזה.

א) רש"י ד"ה והילך - והן שלך בכל מקום שהם. וכן לשון רש"י ה' א' ד"ה לאו, ומבואר דפקדון שעומד באגם נמי חשיב הילך, ויל"ע דרש"י ד"ה והא הכא כתב "שהרי בפנינו הוא, ומבואר דבעי' בהילך שיהא בפנינו, ומוכרח לכאו' דבהעד"ע מודה רש"י דבעי' שיהא בפנינו.

וי"ל עוד דהא בקצוה"ח סי' פ"ז ס"ק ב' הק' על דברי הנימוק"י ב"מ ק' ב' דבהילך בעי' דבר המסויים, דא"כ מאי מוכיח ממתני' דב' אוחזין הא מבואר בגמ' דמאי חזית דפלגת וכו', ותי' הקצוה"ח דדוקא אם בידו לשנות חשיב דבר שאינו מסויים, אבל אין זה תלוי בדעתו אלא ביד בי"ד הוי הילך, ולפי"ז י"ל דלכך כתב רש"י "לפנינו" דכה"ג ליכא חסרון דאינו מסויים

ועי' רש"י ד' ב' ד"ה דומיא דכתב "מונחים לפנינו" ועי' בריטב"א דהעיר דזה סותר לדבריו הכא, ועי' בית הלוי ח"ג סי' מ' סק"ה דביאר דרש"י קמ"ל דלמ"ד דחייב הוא אף היכא דהוא לפנינו, וע"ע אמרי בינה טו"נ סי' כ"ז דיישב עפ"י דברי הנתה"מ סי' פ"ז סק"א דבגזילה לכו"ע הילך פטור, וכה"ג הוא דוקא בלפנינו, וע"ע רש"י ק' א' ד"ה הילך.

ב) ועי' ברמב"ן רשב"א וריטב"א דכתבו דלרש"י ע"כ מיירי רק בפקדון, דהא מלוה להוצאה נתנה, ואין מעלה לאותן המעות, והביאו מהגאונים דבאמת במלוה הוי הילך רק במזומנים, אף אם אי"ז אותן המעות, ובפקדון מהני בכל מקום.

אולם עי' בהג"א דנקט בדעת רש"י דכל היכא דהם אותן המעות יש דין הילך גם בהלוואה, ופשטות לשונו דבמעות אחרים, אף בנותן לו, חייב אף לר"ש, וכן כתב באו"ז ב"מ סי' ח', וכן הוא פשטות הלשון של הריטב"א.

ועי' בהגהות הב"ח על הרא"ש סי' ה' סק"ה דהק' דאי נימא דמיירי רק בכוה"כ תקשי דהא דעת רש"י דכוה"כ בפקדון חייב שבועה דאו', ועי' בפנ"י דביאר דרש"י סובר דהיכא דהיב ליה מעות, הוי הילך אף אי נותן לו מעות אחרים, ובנובי"ק חו"מ סי' י"ד דן דיתכן דכוונת רש"י באופן דתובעו מנה מלוה ומנה פקדון, ומודה בחלק הפקדון וכופר בחלק המלוה, וכ"כ בהגהת דרישה ופרישה.

א) רש"י ד"ה א"א בשלמא - כגון בהודאה במקצת. עי' ברמב"ן דדייק מלשון רש"י דבאמת שבועה דמתני' אינו משום מודה במקצת, אלא דס"ל לרש"י כבעה"מ דהנידון דהילך הוא אם עומד ליפרע כפרע או לא, ור"ח מוכיח דאי נימא דעומד ליפרע כפרוע, הרי מתני' נמי הוי כאילו כבר חלקו, ולא שייך בזה שבועה אפילו מדרבנן.

אולם עי' בחי' הר"ן דביאר בשיטת רש"י דבאמת שבועה דמתני' הוי שבועת מודה במקצת מדרבנן, דדמי למודה במקצת מדאו' במה שנוטל חלק מהתביעה, ור"ח מוכיח דבשלמא אי נימא דהילך חייב שפיר מצינו

כעין שבועה זו בדאו', אולם אי נימא דהילך פטור הרי לא מצינו בדאו' מודה במקצת באופן דנוטל חלק מהתביעה, ור"ש ס"ל דשבועה דמתני' הוי חיוב מדרבנן, אעפ"י דהוא לאו כעין דאו'.

והנה בהגהות הגר"א אות ב' דכתב דמדברי רש"י מבואר דלא כהרז"ה, ובפשוטו כוונתו דכיון דכתב רש"י בכל מקום שהם משמע דלא בעי' מזומנים ליתן מיד בבי"ד, אולם מלשון הגר"א דהביא נמי להא דרש"י מחלק בין מלוה לפקדון, משמע דמעיקר החילוק בין מלוה לפקדון מוכח דלא כהבעה"מ, ולכאו' כוונתו דכיון דהסברא לחלק בין פקדון למלוה, הוא משום דשאני פקדון דכל היכא דאיתא ברשותי' דמרא איתא, והוי כנתן לו, אולם אי נימא דמזומנים כמי שבאו לידו, הרי אף במלוה שייך דין הילך, דהא אם נתן לו ודאי הוי הילך, וע"כ דרש"י פליג על הסברא דמזומנים כבאו לידו, וכל המחלוקת רק לגבי פקדון.

אולם הרי ברמב"ן הנ"ל מבואר דרש"י מודה לבעה"מ דלר"ש כל היכא דעומד ליפרע הוי הילך, וצ"ב כקו' הגר"א הנ"ל דא"כ אמאי במלוה לא מהני, וי"ל דס"ל לרש"י דאעפ"י דכל היכא דנתן לו הוי הילך, מ"מ הדין דעומד ליפרע חשיב כפרוע, שייך רק בפקדון כיון דבעצם הוא שלו, אבל במלוה דאינו שלו אלא דהוא בא לחדש לסלק החוב ע"י פרעון, בעי' שיפרע בפועל, וכל דאינו פורע לא הוי הילך, ועוד י"ל דבאמת במלוה אף בנתן לו לא חשיב הילך, אלא הוי הודאה גמורה, ורק בפקדון דבעצם הוא שלו שייך לומר דע"י שמחזיר הפקדון חייל דין הילך, ולא חשיב כהודאה, וכן משמע קצת מלשון הריטב"א בדעת רש"י.

ב[ עי' בתוס' דפי' דס"ל לגמ' דמאי דתפיס חשיב טפי מהעד"ע, ונידון כהודאה, ונדחקו דזה עיקר החזרה מתנא תונא דקמייטא, דאי משום טענת כי היכי דאנ"ס וכו', הרי בהודאה נמי שייך האי טענה דכי דהאי מודה וכו', אלא עיקר חזרת הגמ' דעדיף טפי מהד"ע, כיון דהוי הודאה, [ועי' מהרש"א דמה"ט לא הק' על רש"י מהא דכי היכי, ע"ש], וצ"ב מ"ט עדיף מהעד"ע, הרי אדרבא חזי' במתני' דהיכא דאיכא עדים ליכא שבועה דב' אוחזין.

והנה בדברי הרמב"ן מבואר דלדרך זו דהוי הודאה ליכא לאקשויי דכי היכי דהאי מודה, וצ"ב הנידון בזה, וי"ל דתוס' ס"ל דכל הנידון דהודאה הוא רק מכח האנ"ס, אלא דהכא עדיף טפי מכל העד"ע, כיון דהוא מעצם הטו"נ, ולא ככל העד"ע, דהוי ראייה מבחוץ, [וזה הסיבה דהעד"ע גרע מהודאה], משא"כ הכא דמעצם התפיסה מוכח דדידי' הוא, ולכך ס"ל דשייך ע"ז הפרכא דכי היכי, ובדעת הרמב"ן עי' להלן.

ג[ עי' בעה"מ דביאר דודאי שבועה דמתני' לאו מדין מודה במקצת אתינן עלה, אלא דהנידון דהילך הוא אי מזומן ליפרע כפרוע, ולכך אי הוי כפרוע לא שייך שבועה במתני' דהא הוי כאילו כבר חלקו, ואינו יכול להשביעו דהמע"ה, ורק משום דהילך חייב ולא אמרי' דכמאן דחלקו, שפיר יש לחייבו בשבועה מדרבנן, עכתו"ד.

וצ"ב הרי טעם השבועה במתני' הוא כדאמר ריו"ח כדי שלא שלא יהא כאו"א הולך ותוקף, וא"כ מה אכפ"ל דכמאן דחלקו, ולכאו' מוכח דס"ל לבעה"מ דגדר השבועה דמתני' הוא שבועת הנוטלין, כיון דליכא שבועת הנפטרינן מדרבנן בשבועת המשנה, ולכך מוכיח ר"ח דאי הוי כמאן דחלקו, לא שייך בזה דין שבועת הנוטלין.

והנה הרמב"ן תמה על הבעה"מ [ורש"י] דהא מבואר לק' ז' א' דמה דתפוס בתוך ידו הוי כמאן דפסיק וקונה בחליפין, ומ"מ בעי' שבועה, וכתב הרמב"ן דאח"כ כל הסוגיא שם קאי אליבא דר"ש, אבל אליבא דר"ח



מתני' מיירי בתפסי בכרכשתא דליכא כמאן דפסיק, או דבאמת ל"ל להא דהוי כמאן דפסיק, עכתו"ד, ולפי"ז נמצא דלר"ש באמת שבועה דמתני' הוי שבועת הנפטרין ולכך הוא נשבע גם על מה שבידו. אולם לכאו' י"ל דבאמת לכו"ע גדר השבועה דמתני' הוא מדין נוטלין, וס"ל כהרמב"ם דבאמת על מה דבידו אינו נשבע, כיון דאינו נוטל, אלא דפליגי אי מה דהוי כמאן דפסיק גורם דאינו נידון כנוטל, או לא, וצ"ע בכ"ז.

ועי' בראב"ד בכתוב שם דהק' על הרז"ה דבב' אוחזין הרי צריך לשיבע, ואיך שייך לדונו כעומד ליחלק, ואולי ס"ל לרז"ה דדמי להנהו דמעיקר הדין נוטלין בלא שבועה, וצ"ע.

ובעיקר דברי הבה"מ - הנה יוצא לדבריו דבאופן דכבר נתן לו את המעות לכו"ע הילך פטור, וכן נקט הפנ"י בדעת רש"י, ויל"ע דא"כ מאי פריך מההיא דב' אוחזין, הא התם הטלית בידו, ואולי כיון דבעי' שבועה אי"ז נידון כבידו, [אולם הראב"ד הרי דחה מה"ט לכל דברי הבה"מ], או דנימא דס"ל דדין דכל אחד מוחזק בכולו.

אולם עדיין צ"ע מהא דמבואר בגמ' דקרקע תלוי בפלוגתא דר"ח ור"ש, והא בקרקע לעולם הוי כבאו לידו, ויתכן דזה כוונת הגר"ח פט"ז מאישות הכ"ה דכתב "ורבי חייא דפליג שם וס"ל דגם הילך חייב, היינו משום דס"ל דגם היכא שעושה אותו כפרוע ג"כ הוי מודה במקצת, וכדחזינן דמחייב גם בהילך דהרי שלך לפניך דפשיטא דהוי פרוע, אבל הא מיהא מודה דבהילך חל דין פרוע ודין תשלומין" והיינו דהביא ראייה דלא כהגר"ח מהא דבהרי שלך לפניך נמי חייב לר"ח, ולא נתבאר כוונתו, ולהנ"ל י"ל דכוונתו לקרקע, [ביאור כוונת הגר"ח - שמעתי מידידי הרב נועם אלון נ"ו].

ד' עי' ברמב"ן דביאר דס"ד דחייב שבועה משום מודה במקצת, וביאר הרמב"ן דאעפ"י דהוא כופר בכל, מ"מ כיון דאנו רואין מחצה ביד חבירו, אין כפירתו על החצי נחשב ככפירה, [ומלשונו נראה דאין כוונתו כהר"ן דנידון כמודה במקצת מחמת סוף דינו דהתוצאה היא דיש לו רק חצי, אלא דאיכא ריעותא בכפירתו, וממילא יכול תובע להשביעו], ור"ש דחי דע"כ הוי שבועה דרבנן, דכמו דע"כ ליכא כפירה בכולו, ה"ה נמי דע"כ ליכא תביעה על כולו, [והר"ן אזיל נמי ע"ד הרמב"ן, אולם ביאר דק' ר"ש דהוי קדמה הודאה לתביעה], ור"ח ס"ל דמ"מ בעי' כעין דאו', ומדרבנן נחשב כאילו הוא תובע כולו, והלה מודה במקצת ובהילך, וביאר הרמב"ן דל"ק ליכא למימר הכי, דכיון דאיכא אנ"ס לתרוייהו לא הו"ל לרבנן לתקן שבועה, דאדרבא האנ"ס גופי' גורם דנפטרנו. וצ"ב כוונתו מ"ש דלגבי מודה במקצת לא אמרי' דאיכא ממנ"פ, [כמו דס"ל לתוס'], וי"ל דהרמב"ן ס"ל דהא דחשיב כמודה במקצת אינו משום האנ"ס, [וכדנתבאר לעיל בתוס'] אלא כמו דמדויק בלשונו דהא גופא דחצי כפירתו לא מתקבלת, מחייבו בשבועה, ולכך לא שייך ע"ז כי היכי, דהא סו"ס הוא תובע את כולה.

ה' עי' בחי' הר"ן דביאר דס"ל לגמ' דשבועה דמתני' הוי שבועת מודה במקצת כיון דלא נשאר ברשותו כל מה שכפר בה, ומ"מ חשיב תביעה בכולו, ור"ש ס"ל דכיון דאי"ז הודאה המתבררת מדבריו, אלא הוי הודאה מחמת הפסק דין, הרי"ז קדמה הודאה לתביעה, דמיד דבאו לפנינו כשהם תופסים בטלית, אנו רואים לפנינו כאילו כל אחד מודה על חציה, ולכך ע"כ דהוי שבועה מדרבנן, עכתו"ד. ועי' במשובב ריש סי' ע"ה דביאר דהר"ן אזיל בשיטת הגאונים דפסק בי"ד נמי נידון כמודה במקצת, ע"ש.

וצ"ע דא"כ כל העדאת עדים נחייבו מדין מודה במקצת, דהא מפסיד חצי מכפירתו, ומה העדיפות של אנ"ס טפי מעדים ממש, ואפ"ל דשאני שבועה דשנים אוחזין דכיון דמה דמפסיד כבר נמצא ברשות חבירו לא

חשיב כפירה, משא"כ בהד"ע, אולם ע"י היטב בלשון הר"ן דכתב דלא הוי כופר בכל משום דנותן לו חצי תביעתו, ולא כתב משום דחצי זה כבר נמצא אצל התובע, וצ"ע.

ו' ע"י בנחלת דוד בשם הגר"ח מולאזין דבאר לסוגיין דמה דתופס בידו ממש נידון כהודאה, ומה דנוטלין בטלית מכח החלוקה, אינו אלא מדין העד"ע, ובתחילה ס"ל לגמ' דאין לחייבו מכח ההודאה כיון דהילך פטור, ולכך מייתי ראיה מינה לדין העד"ע, אולם ע"ז פריך הגמ' דהא כי היכי דאיכא אנ"ס וכו', ולכך קאמר דאדרבא חיובו מדין מודה במקצת מחמת מה דהוא תפוס ממש בידו, וחייב שבועה על מה דאינו תפוס ממש בידו, והא דר"ח למסקנא מודה דהוי שבועה דרבנן, היינו משום דעל שאר הטלית איכא אנ"ס, עכתו"ד, ועיקר הדבר מבואר נמי בחי' רע"א ובנתה"מ סי' ע"ה סק"ד אולם באופ"א קצת.

אולם בעיקר מה דביאר הגר"ח ז"ל דלמסקנא ליכא חיוב משום הודאה כיון דאיכא אנ"ס, יל"ע בכל מודה במקצת איכא נמי אנ"ס מחמת חזקה דכל מה שתח"י שלו, ומ"מ איכא חיוב שבועה, ומהיכ"ת דאנ"ס דתפיסתו יפטרנו משבועה, ועמד בזה הגרש"ר אות ס"ד.

והנה כעיקר דבריהם מצינו כבר בשטמ"ק בשם הראב"ד דביאר דהא דחשיב כהודאה הוא מחמת מה דתפוס ממש בידו, וביאר דהא דאינו אלא מדרבנן "דליכא הכא תובע ונתבע שיהא נתבע יותר מוחזק מן התובע וליכא הכא שבועה דאורייתא אבל היא מעין דאורייתא ולפיכך תקנוה כאן אבל בעלמא דאיכא תובע ונתבע איכא שבועה דאורייתא" והגר"ש שם ביאר דכוונת הראב"ד דכיון דהוא נוטל, ע"כ אינו אלא שבועה דרבנן, ולכא' זה דוחק בלשונו.

ומלשונו משמע דכוונתו דכל הדין דמודה במקצת שייך היכא דאיכא תובע ונתבע, וע"י הודאתו איכא ריעותא על חזקתו בחלק הכפירה, וצריך לשבע לאמת את כפירתו, אולם היכא דתרוייהו תובעים ונתבעים לא שייך חיוב שבועת מודה במקצת, וע"י בנתה"מ סי' פ"ז סק"א דכתב "דלא הוי מודה במקצת רק בתבעו הלואה או פקדון דיש עליו חיוב הגוף לשלם או להשיב, אבל אם אומר ראובן לשמעון שתי בהמות אלו שנכנסו לרשותך או שעומדים בשוק הם שתיהן שלי, ושמעון אומר אחת שלי ואחת שלך, לא הוי מודה במקצת, כיון דליכא עליו חוב הגוף, רק שהם מחולקין על חפץ אחד אם הוא של זה או של זה" וע"י באמרי ברוך דכתב דכן מוכח הראב"ד הנ"ל, והיינו דהיכא דליכא חובת הגוף, ליכא טענה ותביעה, וכנ"ל.

## בס"ד

### ממון שאינו יכול לכפור בו

#### ד' ב'

א) גמ' - והאי שטר דקמודי ביה הילך הוא. ע"י רש"י דמשום דהקרקעות משועבדים הוי הילך, וע"י באו"ז סי' ח' דהק' אמאי לא משני דהוציא אותן המעות שהלוהו ומחזיר לו אחרים, ותי' דמשו"ה פירש רש"י דהוי הילך מחמת השעבוד קרקעות, דכיון דנשתעבדו כבר משעת הלואה, הרי"ז כאילו הלוהו קרקע, ולכך חשיב הילך, ועדיין צ"ב דסו"ס אכתי המלוה צריך לגבות, ולא דמי למעות הלואה דס"ל לרש"י דכ"ז דלא הוציאן הרי הם של המלוה, וצ"ל דמ"מ כיון דאין ביד הלוח לעכב את המלוה מלגבות נמי חשיב כפרוע ולא דמי הלואה דהוציאן, דאעפ"י דמזומנין בידו, מ"מ הא גופא דיכול לחזור בו מהיילך הרי"ז חסרון בעומד לפרעון.

(ב) עי' ברמ"א סי' פ"ז ס"א כתב די"א דמשכון חשוב הילך, דהא אפי' שטר הוי הילך, ועי' בסמ"ע ס"ק י' דהביא דהלבוש הק' אמאי שטר חשוב הילך, הרי אפילו בשטר קשה להוציא, וכתב הסמ"ע דאעפ"י דמבואר בגמ' דשטר חשיב הילך, מ"מ יש חילוק בין נותן לו השתא שטר על הודאתו, להיכא דכבר היה לו שטר בשעת הלואה, וצ"ב כיון דהטעם דשטר לא הוי הילך משום דקשה לגבות מאי נפק"מ בין שטר בשעת הלואה לשטר אח"כ, וצ"ל כיון דיסוד הפטור בהילך הוא משום סילוק התביעה, י"ל דבשטר בשעת הלואה חשיב כאומר לו אין לך תביעה עלי, אבל בכותב שטר על הודאתו, כיון דהוא מחוסר גוביינא אי"ז הילך.

(ג) הנימוק"י ב"מ ק' ב' נקט דליכא הילך על הבגד של העבד כיון דאינו מסויים, שהרי יכול ליתן לו איזה חלק מהבגד שהוא ירצה, ובקצוה"ח פ"ז סק"ב תמה מ"ש מב' אוחזין דנמי אינו מסויים כיו דמאי חזית דפלטת הכי וכו', ותי' דמ"מ אי"ז תלוי בידו, אלא תלוי בהכרעת ב"ד, [ועוד יש לחלק בין שותפין בבגד לשכנים בבגד], אולם יל"ע אמאי שעבוד קרקעות חשיב הילך, הרי אין הקרקע מסויימת דיכול ליתן איזה קרקע שירצה, וכמו"כ יכול לסלקו בזווי, וצ"ע.

ולפי הרמב"ם דבסוגיין איכא פטור דאינו יכול לכפור בו, י"ל דדוקא בהילך דהוא משום דעומד לתת, כל דאינו מסויים איכא חסרון באינו מסויים, אבל היכא דההילך ההוא מחמת דאינו יכול לכפור בו, הרי אין נפק"מ במה דאינו מסויים דע"כ הוא מסולק מהתביעה, אולם הרי הנימוק"י חולק על הרמב"ם, והדק"ל.

(א) גמ' - דקא מסייע ליה שטרא. עי' ברש"י דמסייע ללוה דלא היה חייב יותר מב', ומבואר דזה עדות גמורה דאינו חייב טפי מב', ועי' בריטב"א דביאר דלס"ד הוי רק סיוע ע"י השטר, ולכך חשיב משיב אבידה לר"ע, אולם למסקנא הוא עדות ברורה.

והנה הרא"ש סי' ג' דהביא מזה ראייה לדין עד המסייע, דהא הכא ליכא עדות גמורה דאינו חייב יותר מב', ומ"מ פטור משבועה, כ"ש דעד המסייע לדברי הנתבע דפוטרו משבועה, אולם לדברי רש"י אינו ראייה כיון דהוי עדות ברורה דחייב ב', ועדיף מעד המסייע, וכן דחה שם הרמב"ן במלחמות.

(ב) בשטמ"ק הביא מר"פ דביאר "ושאני הכא דחשיב ליה כופר הכל משום דקא מסייע ליה שטרא למלוה דמעיקרא נמי לא הוי תבע ליה אלא מייטורא דשתים ומזה לא הודה לו כלל והוה ליה כופר הכל ומשום הכי פטור" וכן כתב בריטב"א בשם תוס' "דמסייע ליה שטרא למלוה וכיון דכן אין עיקר תביעתו אלא השלש ואין כאן מודה במקצת" ומבואר דכוונת הגמ' דליכא כלל תביעה על הב', ועי' להלן בדעת הרמב"ם.

(א) עי' ברמב"ם פ"ד מטו"נ ה"ד דכיון דאינו יכול לכפור בו ליכא שבועת מודה במקצת, ועי' ברשב"א דהביא מהרמב"ן דבתובע נ' עפ"י שטר כת"י ונ' בע"פ, וכופר על הנ' שבע"פ, דחייב שבועה דאו' כיון דליכא שע"ק ולא מסייע ל' שטרא, אולם הביא דהרמב"ם חולק דאינו חייב שבועה עד שיוודה בדבר שיכול לכפור בו, וביאר הרשב"א דס"ל להרמב"ם דקו' הגמ' והא הכא כיון דנקיט שטרא הילך הוא היינו דכיון דאינו יכול לכפור הרי"ז כהילך, וכל תי' הגמ' קאי אליבא דר"ח, אבל ר"ש יתכן דפליג על הנך טעמי, וכ"כ בחי' הר"ן.

(ב) ועי' במ"מ שם דכתב דהרמב"ם לא פטר רק בשטר, אבל היכא דאיכא עדים, או שטר כת"י דנאמן לומר פרעתי, חייב עפ"י הודאתו, והרמב"ן ס"ל דאפי' בכת"י שיש בו נאמנות איכא חיוב שבועה, אולם הביא מרב

האי דהיכא דאיכא עדים על הנ' שהודה ליכא חיוב שבועה, עכתו"ד, ועי' בכס"מ דכתב דהר"ן והנימוק"י לא ירדו לדעתו של הרמב"ם, אולם המ"מ יפה כיון, עכתו"ד, והיינו דהר"ן ביאר דלדעת הרמב"ם אף היכא דליכא שעבוד קרקעות נמי פטור, כיון דפטור מדין הילך, אולם המ"מ ביאר דלאו מדין הילך, אלא בעי' לשעבוד קרקעות, וצ"ב דהרי בפשוטו נראה דלפי המ"מ הרמב"ם חולק על הרמב"ן, ולהרמב"ם בכת"י שיש בו נאמנות ליכא חיוב שבועה כיון דא"י לכפור, ועמד בזה בגדו"ת ש"ז ח"ב דין ט"ו, ובש"ך סי' פ"ח ס"ק נ"א ג"כ נקט דלדעת המ"מ הרמב"ם ס"ל דכל דאינו יכול לכפור פטור משבועה, אעפ"י דאינו גובה ממשועבדים.

ובב"י בבדק הבית סו"ס פ"ח כתב דמהא דכתב הרמב"ם והרי כל נכסיו משועבדים מבואר דדוקא משום השעבוד נכסים הוא דפטור, וכתב דזה כדעת הרמב"ן, אולם בסי' פ"ז כתב בבדק הבית דלדעת הרמב"ם כל דאינו יכול לכפור פטור, וצ"ע.

ג) והנה להמ"מ באמת צ"ב אמאי הוסיף הרמב"ם להא דכל נכסיו משועבדים, ועי' בגדו"ת שם דדייק מלשון הרמב"ם דכתב דכל נכסיו משועבדים, ולא כתב דכל הקרקעות שלו משועבדין, דע"כ כוונתו דכיון דאינו יכול לכפור וכל נכסיו משועבדים הרי"ז הילך, ועי' בלח"מ דביאר לשון הרמב"ם דכל נכסיו משועבדים אינו יכול לומר פרעתי, ובכת"י דאין בו אחריות נכסים נאמן לומר פרעתי, וצ"ב דהיר כת"י שיש בו נאמנות אינו נאמן לומר פרעתי, אעפ"י דליכא אחריות נכסים.

ד) והנה לדברי הראשונים נמצא דדעת הרמב"ם דשטר הוי הילך משום דאינו יכול לכפור, ולא כרש"י דהוא מחמת השעבוד קרקעות, ועי' ברא"ש ריש פ"ב דכתובות דכתב גבי היא אומרת בתולה הייתי והוא אומר אלמנה נשאתיך, דליכא חיוב שבועה, כיון דא"א לטעון פרעתי על מעשה ביי"ד, והוי הילך, ובבדק הבית סי' פ"ז הק' דהא לדין הילך בעי' מזומנים, ולכך כתב הב"י דבאמת הא דאינו יכול לכפור הוא טעם בפנ"ע, אלא דא"כ צ"ע אמאי לא משני הגמ' דפטור מהאי טעמא.

ה) ובקצוה"ח סי' פ"ז סק"ה יישב דכל דנותנו לו בבי"ד אי"ז הודאה המחייבת, ולכך ס"ל לר"ש דהילך פטור, ומ"ד דהילך חייב ס"ל דאעפ"כ חייב שבועה, וה"ה באינו יכול לכפור נמי פטור משבועה כיון דאי"ז הודאה המחייבת, ונמצא דגם דין זה תלוי בדין הילך, עכתו"ד, והנה מהא דס"ל לרוב הראשונים דסגי במזומנים ולא בעי' שימסרנו ממש בבי"ד הרי מוכח דטעמא לא משום דאיכא חסרון בהודאה, וכן מבואר להדי' בלשון הקצוה"ח סי' ת' סק"ב דלהשי' דתלוי במזומנים טעמא משום דאיכא חסרון בתביעה.

ו) ובפשוטו צ"ל דס"ל להב"י בדעת הרמב"ם כתוס' ר"פ דכוונת הגמ' דתי' הגמ' דמסייע קאי על המלוה, והיינו דינא דאינו יכול לכפור בו, והוא טעם בפנ"ע.

ז) ובעיקר קו' הב"י דהא בעי' מזומנים, לכאו' י"ל דאי נימא דיסוד הפטור בהילך הוא חסרון בתביעה, הרי י"ל דזהו גופא כוונת הראשונים דהיכא דא"י כלפור בו דמי להילך, ומסולק מהתביעה, אבל היכא דיכול לכפור בעי' שיאמר הילך, ולכך כל מה דבעי' מזומנים הוא רק היכא דמכח הודאתו איכא סילוק מהתביעה, אבל היכא דאינו יכול לכפור בו הרי איכא סילוק מהתביעה מחמת הא גופא, ולא בעי' מזומנים ככה"ג.

ח) עי' בקצוה"ח דהק' דאי נימא כהב"י דטעמא דהרמב"ם לאו מדין הילך אלא דהוא חסרון בהודאה, נחייבו בשבועה מדין העד"ע, [אבל לטעמא דהילך פטור אף על העד"ע], ותי' בקצוה"ח דכיון דא"א לחייבו מדין הודאת פיו, ממילא א"א לחייבו מדין העד"ע, כיון דכל המקור הוא ק"ו מפיו, וצ"ע הא זה גופא ילפי'

מדר"ח דאינו חייב מכח הודאתו אלא מכח העדים, ולא בעי' כלל להודאתו, ובקצוה"ח סי' ע"ה סק"ב כתב דבעדים ליכא דין יצאה הדאה בפטור, ובקצוה"ח הק' לנפשי' דא"כ כל העד"ע נמי יהא פטור, ותי' דר"ח מיירי באופן דבעי' נמי לצירוף הודאתו, וכבר תמהו דהא בפשוטו דעת הרמב"ם פ"ד ה"י דר"ח מיירי באופן דמעידים דלא פרע, ועוד תמוה דהרי כל הוכחת הראשונים דמיירי באופן דמעידים רק על הלואה הוא משום דאל"כ הוי כפירת שע"ק, ובלכא קרקע מודו דחייב שבועה.

אולם יש להוכיח כדברי הקצוה"ח, דהרי המ"מ הביא מרה"ג דאף היכא דאיכא עדים על מה דהוא מודה נמי פטור, וק' דא"כ אמאי בדינא דר"ח קמיינתא הוא חייב שבועה, וע"כ דס"ל לרה"ג, דר"ח מיירי רק באופן דמעידים רק על ההלואה.

אולם באמת לכאור' ע"כ מוכח דבהעד"ע ליכא חסרון דא"י לכפור, דאל"כ תקשי כל מודה במקצת כיון דהודה הרי"ז אינו יכול לכפור, דהא אינו יכול לחזור בו מהודאתו, וע"כ כיון דההודאה היא היוצרת להא דא"י יכול לחזור בו, זה גופא חיובו בשבועה, וא"כ ה"ה בעדים כל דלולי העדים לא היה חיוב דהא היה יכול לכפור, מה אכפ"ל דאחרי העדים אינו יכול לכפור בו, וא"כ הדק"ל אמאי אינו חייב בסלעין דנרין מדין העד"ע.

ט) ועי' בכתבי הגר"ח דיישב דכיון דאיכא דין נחקרה, חשיב כקדמה הודאה לתביעה, ואעפ"י דאיכא נמי תביעה מכח השטר, וא"כ הרי הוי תביעה והודאה בב"א, מ"מ חשיב דהודה על הנ' שבשטר קודם שתבע את הנ' שבע"פ, ויש לדון בזה דלכאור' בדין מודה במקצת דהעד"ע בעי' דיתחייב מכח העדים, וכ"ז דלא בא השטר לבי"ד, הרי לא נתחייב מכח העדים, וכן אי נימא דהרמב"ם מיירי גם בכת"י הרי התם ליכא דין נחקרה], וצ"ע.

י) עי' רמב"ם פכ"ב מעדות ה"ח דבהוציא ב' שטרות ק' ור' והוו עידי השטרות ב' כתי עדים שהכחישו זה את זה במקו"א, דאינו גובה אלא מנה, וישבע על השאר שבועת מודה במקצת, ותמה הראב"ד דהוי ממון שאינו יכול לכפור בו, ועי' בכס"מ דהוסיף דכמו דעל הודאתו לא היה חייב כיון דבלא"ה חייב, הרי אף על העד"ע אין לחייבו, ולכאור' כוונתו כדברי הקצוה"ח הנ"ל דכיון דאינו חייב על פיו, אינו חייב נמי על עדים. ובכתבי הגר"ח יישוב עפ"י דבריו הנ"ל דכיון דאם היה מוציא כל שטר בפנ"ע היה גובה, ורק משום דהוציא ב' בב"א אינו גובה רק ק', נמצא דא"י קדמה הודאה לתביעה, ויש דבארו דמשום דהוי ספק פסול בטל הנחקרה, וצ"ע דא"כ הוי מפי כתבם], וצ"ע דבשו"ע סי' ל"א ס"ב מבואר דקורעין את השטר של המאתיים, וא"כ א"י אלא תביעה ע"פ, ותביעה זו היא רק בבי"ד, והרי"ז קדמה הודאה לתביעה, וצ"ע.

י"א) ובש"ך סי' ל"א סק"ב יישוב דיש חילוק בין מודה לדברי העדים למכחיש דברי העדים, וציין לדבריו בסי' ע"ה ס"ק י"ב דיישב בזה דברי הב"י דהק' על השיטות דשטר על העדות לא הוי הילך, וביאר הש"ך דכוונתו משום דמכחיש את השטר א"י הילך, ועי' ביאור הגר"א סי' ע"ה ס"ק י"ב דתלוי אי גרסי' בגמ' כיון דקא מודי, דרש"י מחקו, ע"ש.

ועי' חזו"א ליקוטים סי' כ' דכתב דהסוברים דשטר של העדים לא הוי הילך ס"ל דכל דאינו מודה לדבריהם אין עדותן מסלק את החלק של עדותן מהתביעה, ורק במודה איכא סילוק מהתביעה, וע"ש דכתב דגם לגרסת רש"י י"ל כן, ע"ש בדבריו.

י"ב) ע"י סי' פ"ח סעיף כ"ח כ"ט דפסק כהרמב"ן דבאינו יכול לכפור איכא חיוב שבועה, ובשטר פטור משום דהוי כפירת שע"ק, אולם בסי' פ"ז ס"ב פסק השו"ע כהרמב"ם דבאינו יכול לכפור פטור משבועה, וע"י בביאור הגר"א סי' פ"ז ס"ק ט"ז דהאריך לבאר עפ"י הירושלמי דיש חילוק בין מעשה בי"ד דלכו"ע פטור באינו יכול לכפור, אבל בשטר בעי' שיהא גביה מנכסים משועבדים, וע"ע בדברי הגר"א סי' פ"ח ס"ק נ"ז דביאר דמה"ט כתב הרמב"ם והרי כל נכסיו משועבדים, דאל"כ ליכא פטור דאינו יכול לכפור, וע"י בחזו"א שם מה דביאר בסברת הגר"א.

י"ג) ע"י רמב"ם פט"ז מאישות דבאומרת בתולה נשאתי והוא אומר אלמנה נשאתיך חייב הבעל בשבועה דאו', וע"י במ"מ דהק' הא הוי ממון דאינו יכול לכפור בו, והנה לדברי הגר"א הנ"ל הקו' גדולה טפי, דהא במעשה בי"ד כו"ע מודו, והגר"א סי' פ"ח ס"ק נ"ז כתב בתו"ד דמה"ט מובנים דברי הרמב"ם הנ"ל, וצ"ע ג כוונתו.

י"ד) ובחי' הגר"ח על הרמב"ם הל' אישות ביאר דדוקא בשטר חשיב הודאה בקרקע, אבל במעשה בי"ד לא חשיב קרקע כיון דאיכא נמי מטלטלין, וכיון דכל טעמו של הרמב"ם הוא משום הילך, בליכא שטר אעפ"י דאינו יכול לכפור, אינו הילך, ע"ש בכ"ד, והנה דבריו להיפוך מדברי הגר"א בסברא, וכן צ"ב לשון הרמב"ם דלא הזכיר דבעי' שעבודו בידו, ורק סתם דאינו יכול לכפור, וצ"ע.

ט"ו) ע"י רע"א דטעמא דהרמב"ם משום דהוי העזה ככופר הכל, ונפטר מחמת חזקה דא"א מעיז, ע"ש, והנה ברמב"ן ג' ב' מבואר דטעמא דבהעד"ע ליכא חזקה דא"א מעיז כיון דיצא מחזקתו והוחזק כפרן, הרי"ז מעיז פנים, וחייב שבועה, ולפי"ז הרי בהעד"ע לא שייך החסרון דאין יכול לכפור בו, כיון דבלא"ה הוא כפר בכולו ומ"מ הוא חייב, ומה יוסיף לן העדים, אולם באופן דהודה לדברי העדים ולא הוחזק כפרן הרי יש לפטור אותו משום חזקה דא"א מעיז, ולפי"ז א"ש דברי הרמב"ם בהל' עדות דחייב שבועה, דהתם הרי כפר בב' השטרות, והוחזק כפרן ע"י העדים במקצת, והוא בחזקת מעיז, וממילא אין לפטור אותו משום החזקה דאין אדם מעיז, אבל בהל' טו"נ הרי מיירי דמודה לעדים, ושפיר נפטר מכח החזקה.

אולם ברע"א שם כתב בתו"ד דבסלעין דנרין אין לפטור אותו משום דא"י לכפור בו, כיון דמסייע ליה שטרא ואינו העזה, וכל הפטור רק משום דהוי הילך או משום סיוע השטר או משום כפירת שע"ק, אלא דא"כ צ"ע דהרמב"ם השמיט לדינא דסלעים דנרין דבאומר ב' פטור, ובלשון הרמב"ם בהל' ה' מדוייק דבב' פטור מדין א"י לכפור בו, וא"כ הרי מכוח דטעמא דפטר אינו משום העזה, דהא בכה"ג אינו הזעה כיון דמסייע לי' שטרא, אלא מטעם אחר אתינן עלה, וצ"ע בכ"ז.

ט"ז) בעיקר דברי הרמב"ם מקובל בעולם הישיבות לבאר בזה, דבאמת הרמב"ם ס"ל דהוא פטור בפנ"ע, ויסוד הפטור הוא דבמה דא"י לכפור הוא משום דליכא תביעה, וכן דין הילך הוא משום דליכא תביעה, [אלא דצ"ב הרי אם פרע קודם התביעה ודאי לכו"ע פטור, וא"כ הרי כל דא"י לכפור חשיב כפרע קודם התביעה, ויש לומר דמ"מ היה מעשה תביעה, וצ"ע], ומדוייק מה דהוסיף הרמב"ם דאיכא שעבוד נכסים, דכוונתו דרק באופן דיכול לגבות מהנכסים מהני לדונו כאילו ליכא תביעה, אבל היכא דליכא שעבוד נכסים הרי כיון דצריך לתבוע את הלוה לבי"ד אי"ז מסלק את התביעה, ואעפ"י איכא דין דלא יפרע מן הערב תחילה, הוא רק דין בגביה מהמשועבדים, אולם אי"ז דין מזכותי הלוה, [ואכ"מ], וא"ש נמי הא דבמעשה בי"ד ליכא פטור דאינו יכול לכפור, דבמעשה בי"ד ודאי בעי' תביעה, דצריך לברר בי"ד דזו אשתו, וכן הרי

בב' שטרות ודאי בעי' תביעה, דהדין דמננ"פ חייב ק' נוצר אצל בי"ד, ובעי' תביעה ופסק בי"ד, ולכך אי"ז בכלל הדין דאין יכול לכפור.

## בס"ד

### עד המסייע

א [עי' ברא"ש סי' ג' דמהר"ם הוכיח] דברי המהר"ם מובא נמי בתשו' מימוניות משפטים סי' ס"א] דעד המסייע פוטר דהא דרשינן דקם הוא לשבועה, ואין חילוק בין לחיוב ובין ליפטר, ועי' בחי' הר"ן דהוסיף דהא ליכא ריבוי דקם הוא לשבועה, אלא דאיכא מיעוט דאינו קם לעון ולחטאת, אלא דממילא כיון דליכא מיעוט לשבועה ממילא הוא קם, ולכך אין חילוק בין חיוב לפטור, [ומבואר להדי' מלשון הר"ן דאי היה ריבוי לחיוב שבועה בע"א, ודאי דיש מקום גדול בסברא לחלק דלפטור משבועה אינו נאמן].

ועי' בשטמ"ק דהביא מהרשב"ץ דדחה דהא מה דממעטין ע"א מקרא היינו דאינו יכול לחייבו ממון, דלפוטרו מממון לא בעי' קרא דאינו נאמן, דהא כיון דנתחייב ממון בהודאתו או עפ"י ב' עדים ודאי דאין ע"א יכול לפוטרו, [וצ"ע דמשכח"ל בא"י א"פ ובא ע"א לפוטרו מממון, דילפי' מקרא דאינו נאמן לפוטרו אלא רק מחייבו שבועה, וכן משכח"ל בעוד כמה אופנים, וצ"ע], וכיון דקרא מממעטו מחיוב ממון, ממילא הריבוי לשבועה הוא ג"כ רק לגבי חיוב שבועה.

ב [עוד הביא המהר"ם ראי' דק"ו הוא] [והיינו דאף אי נימא דקרא מיירי רק לגבי חיוב, מ"מ איכא למילף בק"ו] דאם יכול לחייב את המוחזק בשבועה כ"ש דיכול לפוטרו משבועה, ותמה הרשב"ץ דלא דמי, דבשלמא לגבי חיוב שבועה, הרי אין סיבה לפטור אותו, אלא כ"ז דליכא ראי' א"א לחייבו, ולכך יכול העד לחייבו, אבל היכא דאיכא סיבה לחייבו אותו בשבועה, מהיכ"ת דיוכל העד לפטור אותו כנגד הסיבה דמחייבת אותו לישבע, ע"ש.

ובחי' רע"א כתב "דמה שמחייב שבועה היינו מספק שמא קושטא קאמר משא"כ לפטור מחיוב שבועה שנתחייב ממק"א שמא לאו קושטא קאמר חיוב שבועה לא פקע" ועי' בית הלוי ח"ג סי' ל"ה דהאריך בזה.

ג [א] עוד הביא המהר"ם ראי' מהא דר"ח יליף לשבועה דהעד"ע מפיו וע"א, והא איכא למפרך מה לפיו וע"א דליתא בהכחשה תאמר בעדים דאיתא בהכחשה, וע"כ דע"א נמי איתא בהכחשה כיון דעד המסייע פוטר, ועי' בחי' הר"ן דדחה דאינו פטור משום דינא דעד המסייע, אלא דעדו בתולה מדין ע"א בהכחשה, והוסיף הר"ן דאעפ"י דבבאו בזא"ז א"א להכחיש העד כיון דכ"מ שהאמינה וכו' ה"ה כב', מ"מ כיון דעדיין לא נעשה מעשה, הרי"ז נידון כבב"א, אולם עי' בשטמ"ק דהרשב"ץ חולק דכל היכא דנתחייב בשבועה חשיב דנעשה מעשה על פיו, וממילא כיון דהעד הא' נאמן כב' אין השני יכול להכחישו אח"כ, ובהכרח דעד המסייע פוטר, וכ"כ בקצוה"ח סי' פ"ז סק"ח וחי' רע"א דכוונת המהר"ם להוכיח מבאו בזא"ז דליכא דין ע"א בהכחשה, ומ"מ יכול ע"א לפוטרו מדין עד המסייע.

ב) ועי' בש"ך סי' פ"ז סק"ט דהעיר על הר"ן דברש"י ותו' בסוטה מבואר דלמסקנא, לא בעי' נעשה מעשה, אולם כתב הש"ך דמ"מ כל הדין דבזא"ז ליכא דין ע"א בהכחשה, הוא רק באופן דהראשון נאמן כב'

ולא הב', כגון בעדות מיתה, דהראשון נאמן כב' דמת, והב' אינו נאמן כב' דלא מת, אבל היכא דהב' נמי נאמן כב', אין חילוק בין באו בב"א לבאו בזא"ז ולעולם יכול להכחישו, ולכך להצד דעד המסייע אינו פוטר צדקו דברי הר"ן, דאינו יכול להכחישו בבאו בזא"ז, אולם לדין דעד המסייע פוטר הרי אף בבאו בזא"ז יכול העד להכחישו.

(ג) ועי' בקצוה"ח ס"ק ח' דכתב דיסוד הש"ך תלוי במחלוקת הראשונים, דדעת הריטב"א ביבמות פ"ז ב' דבאיסורין גם בבאו בזא"ז יכול להכחישו, דדוקא בדבר שבערוה דבעי' תרי ואיכא חידוש התורה דע"א כב', אין יכול ע"א להכחישו, אבל באיסורין דע"א נאמן מעיקר הדין לא נאמר החידוש דהוא כב', אבל הרא"ש בגיטין פ"ה סי' ט' ס"ל דגם באיסורין אינו יכול להכחישו בבאו בזא"ז, ע"ש, וכתב הקצוה"ח דכל דברי הש"ך כאן א"ש להריטב"א, אבל להרא"ש הרי מוכח דגם בכה"ג אינו יכול להכחישו וה"ה הכא כיון דע"א חייבו שבועה אין יכול עד המסייע לפוטרו, אף להשי' דעד המסייע פוטר, ותמה דהש"ך הכריע ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק י"ד כהרא"ש, ועוד הוכיח כן מדברי המהר"ם גופי' דהא נתבאר דראיתו הוא מבאו בזא"ז דמהני עד המסייע לפוטרו, וא"כ הרי מוכח דכה"ג לא אמרי' הראשון כב', וכן מבואר להדי' בתו"ד רע"א דלמהר"ם כיון דעד המסייע פוטר נאמן כב' כנגד העד הראשון.

(ד) אולם יש להעיר דכדברי הרא"ש בגיטין מבואר בשו"ת הרשב"א ח"א סי' תתל"ז מתשו' מהר"ם, וא"כ נמצא דדברי המהר"ם סתרי אהדדי, ועוד יש להעיר דבש"ש ש"ו פכ"א הביא דבשו"ת תשב"ץ ח"ב סי' פ"ט כתב להדי' דבאיסורין איכא דין ע"א בהכחשה אף בבאו זא"ז, ואילו הכא מבואר ברשב"ץ דלגבי שבועה אינו יכול להכחישו, והרי להצד דעד המסייע פוטר הא דמי לאיסורין.

(ה) עי' בהגהות אמרי ברוך סי' פ"ז לש"ך ס"ק ט"ו דהעיר דלכא"ו לא שייך בע"א לשבועה הכלל דכ"מ שהאמינה וכו' הרי הוא כב', דהא ביד הנתבע להכחישו, ורק היכא דאינו נשבע והוצרך לשלם חשיב דנעשה מעשה, אבל כ"ז דיש אפשרות דהוא ישבע לא מקרי נאמן דהא הנתבע יכול להכחישו, ועי' בחזו"א ליקוטים סי' כ' ד"ה הש"ך דהסכים עם סברת האמרי ברוך, ומבואר בזה חידוש דגדר הדין דע"א לשבועה הוא אינו דנקטנו כדבריו, אלא כיון דיש דררא לפנינו מחמת העד מחוייב הנתבע לישבע, אולם היכא דאינו יכול לישבע ומוציאים ממון מדין מתוך, חשיב דמאמינים לעד כתרי, ומוציאים ממון עפ"י עדותו, ונהחידוש דלגבי הממון חשיב דנאמן כב' לא הוזכר בחזו"א].

(א) בחי' רע"א תמה על המהר"ם דאכתי איכא למפרך מה לפיו וע"א שכן אינם בהזמה בכיוצא בהם, דמדין עד המסייע אינו נאמן דהא אינו מסייע לזה לפוטרו, דהרי אפשר דהמעשה אמת, ורק שזה לא ראה, ונקט הרע"א דאם עד המסייע מעיד דעד קמא לא ראה אינו פוטר משבועה, וצ"ב סברת רע"א הרי סו"ס הוא מעיד דאינו חייב שבועה, וצ"ל עפ"י מה דביאר בקצוה"ח סי' צ"א סוף סק"ז דכל הנאמנות של ע"א הוא רק על הממון אם הוא חייב או לא, אולם אינו נאמן לומר דפלוני נתחייב בבי"ד שבועה, ולכך ס"ל לרע"א דבעי' דיעיד על עיקר הממון].

אולם בדעת המהר"ם לכא"ו ע"כ מוכח דעד המזים את העד המחייב שבועה, דינו כעד המסייע לפוטרו משבועה, אע"ג דאינו מעיד על הממון.

(ב) ועי' ש"ך סי' מ"ו ס"ק ק"ט כתב דע"א אומר תנאי היה בשטר וע"א אומר אינו תנאי, דנשבע המוכר, כיון שהע"א שאומר שלא היה תנאי מחייבו, והעד שאומר תנאי היה אינו כעד המסייע לפוטרו משבועה, כיון



שאינו מעיד שפטור מממון, שאף אם היה בו תנאי אין הדבר ודאי שהוא פטור, דהרי אפשר שנתקיים התנאי, והעד אינו יודע שלא נתקיים התנאי, ול"מ עד המסייע אלא כשמעיד לפוטרו מממון ודאי, [ועי' תומים דהק' דא"כ מה הק' הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י"ג דלא כתרוה"ד מהכא], ומבואר ע"ד רע"א דאין עד המסייע נאמן רק באופן דמעיד על עיקר הממון לפוטרו, ולא סגי במה דמכחיש את העד המחייב, [אולם עדיין יש קצת חילוק בין דברי רע"א לש"ך....].

ג) ולכא' כל זה תלוי בספק של רע"א בכו"ח, דאי נימא דגדר דין עד המסייע הוא דעדותו של העד דינו כנשבע, שפיר צדקו דברי הש"ך ורע"א דצריך שיעיד לפטרו מהממון דוקא. אבל אם גדר דין עד המסייע הוא שהוא מפקיע חיוב השבועה ע"י שהוא מבטל את הריעותא והרגלים לדבר, בזה אין נפ"מ כלל שאינו מעיד לפטרו, דכיון שהוא מכחיש את הע"א המעיד שלא היה תנאי, הרי הוא מפקיע את חיוב השבועה מחמתו.

ד) אולם שמעתי ממוריניו הגאון ר' רפאל שליט"א דהוכיח מעיקר דברי הרא"ש דאינו נידון כאילו הוא נשבע, דהא הק' דפיו וע"א ליתא בהכחשה, ואי נימא דחשיב כאילו הוא נשבע, הרי אין זו הכחשה כלל, דלעולם העד המחייב אינו מוכחש, ורק דיש לו נאמנות כאילו נשבע, ומה"ט יכול עדיין לגלגל עליו, וכל ענין הכחשה שייך רק באופן דיתבטל החיוב שבועה, וע"כ דס"ל להרא"ש דהוא נאמנות להפקיע את המחייב של השבועה, ולכך חשיב ישנו בהכחשה.

[ועי' קצוה"ח סי' ע"ה סק"ח דנקט דכל הכחשת בע"ד בשבועה מהני משום דחשיב כהכחשה בב"א, ומה"ט היכא דאמר תחילה איני יודע כבר נאמן העד כב', ותו אינו יכול לנשבע ולהכחישו, ע"ש, ומשמע דבאמת כל שבועת הנתבע הוא מלתא דהכחשה, ויש לפלפל בזה].

ה) עי' בשו"ת חת"ס חו"מ סי' ס"ט דהביא תשו' רע"א דמסתפק במעיד ע"א דמחל התובע על השבועה, אם פוטרו משבועה או לא, וע"ש בחת"ס דהביא ראייה מהמרדכי דאינו נאמן, ולכא' צ"ב הא אי"ז עדות על גוף הממון, וכמו דנקט רע"א דלא מהני הזמה, ה"נ לא יועיל ע"א על מחילה, וצ"ע.

ד] א) הרא"ש כתב דיש מביאין ראייה למהר"ם מהא דמבואר בגמ' ד' ב' לגבי סלעים דנרין דפטור משבועה משום דהשטר מסייעו, וכיון דפטרין ל' בסיוע שטר בעלמא, אעפ"י דליכא עדות גמורה דאינו חייב רק ב', כ"ש דע"א יהא נאמן, אולם עי' ברמב"ן במלחמות דדחה דשטר עדיף כיון דחשיב דהשטר מעיד אינו חייב אלא ב'.

והנה בחי' הרמב"ן ד' ב' כתב דהיכא דאיכא סיוע של שטר, חייב עדיין לישבע היסת, והוכיח כן מב"מ ק"י א', [ובאמת צ"ע כיון דס"ל לרמב"ן דהשטר מעיד דאינו חייב יותר מב', הרי זה סיבה לפטור אותו נמי משבועת היסת], ועי' ש"ך פ"ח ס"ק נ"ג דאע"ג דהרשב"א והר"ן דחו לראייתו של הרמב"ן, מ"מ מודו לעיקר דינו, ופסק כן הש"ך לדינא, ועי' בשער המשפט סי' פ"ז סק"ה דתמה הרי הרמב"ן דחה לראיית הרא"ש דשטר עדיף, וא"כ כיון דלהל' קיי"ל דעד המסייע פטור משבועת היסת, כ"ש דשטר יפטרנו משבועת היסת.

ב) בעיקר דברי הרא"ש יל"ע, דבפשוטו הצד דלא מהני עד המסייע לפוטרו היינו משום דלא נתחדש בתורה דיש לע"א נאמנות רק לחיוב שבועה, וע"ז הביא הרא"ש ראייה דהתורה רבתה גם ע"א לפטור, אולם לפי"ז צ"ב דמה הראייה משטר בק"ו, הרי ע"א לגבי פטור משבועה, הוא כמאן דליתא, ומה שייך למילף בק"ו משטר.

ולכא' מוכח מהרא"ש דהצד דלא יועיל ע"א לפטור משבועה אינו מחמת חסרון נאמנות, אלא דס"ד דלפטור בעי' כח טפי, [ואולי משום דלענין לפטור חשיב כמעיד על הממון, כיון דלפטור משבועה צריך להעיד שהוא פטור לגמרי ואין סיבה לחיוב ממון], וע"ז הביא הרא"ש ראייה משטר, דאי לפטור בעי' בירור טפי, איך סגי בשטר, הא בעי' ראייה ברורה של עדים, [בפרט אי נימא דס"ד דנידון כעדות על ממון], ובהכרח דלפטור משבועה סגי בנאמנות כמו לחיוב שבועה, ווא"כ כ"ש דיכול ע"א לפוטרו משבועה.

(ג) והנה בעיקר דברי הרא"ש דהוכיח מהא דלא פריך דהא ליתא בהכחשה, יש להק' הרי מה דאינו בהכחשה הוא משום דהעד הפוטר אינו אנמן כלל, ולא משום דהדררא דע"א אלימא טפי, אולם אי נימא דכל מה דבא המהר"ם להוכיח הוא דלא סגי בע"א כדי לפטור, הרי ודאי דהדררא דמכח הע"א היא אלימא דלא מצינו בדומה לה לפטור, וא"ש קו' רע"א דאכתי איכא למפרך מהזמה, דבהזמה אינו נאמן כלל, כיון דאינו מעיד על עיקר המעשה, ואינו כיו"ב.

(ה) א) הרא"ש הביא דיש מקשין הבל משומר שמסר לשומר, דאמאי אין השומר הב' פוטר משבועה מדין עד המסייע, ודחה הרא"ש דכיון דאין הבעה"ב מאמין לשומר הב' נתחייב הראשון ממון, ואין עד פוטר מחיוב ממון, ובאמת דקו' זו הק' הרמב"ן במלחמות, ורמז בדבריו לדחות לסברת הרא"ש דהעד פוטר מחיוב שבועה וממילא ליכא חיוב ממון, וצ"ב הנידון בזה.

ועי' בש"ך סי' פ"ז ס"ק ט"ז דלמד מדברי הרא"ש דהיכא דין מתוך לא מהני עד המסייע, ועי' בקצוה"ח שם סק"ט דהק' דהא היכא דטוען א"י ויש ע"א, חייב לשלם מדין מתוך, ואינו נחשב דע"א קם לממון, כיון דזה כתוצאה מהחייב שבועה, וא"כ ה"ה להיפוך היכא דיש עד המסייע כיון דנפטר משבועה פקע החיוב ממון ממילא, ועוד הק' דהרי המהר"ם יליף לה בק"ו מעד המחייב את המוחזק בשבועה, וא"כ הרי בהא נמי נימא ק"ו דאם הוא מחייבו בשבועה בגוונא דמתוך כ"ש דיפטרנו משבועה היכא דאיכא חיוב דמתוך, ולכך ביאר הקצוה"ח דס"ל להרא"ש בשומר דאומר א"י חייב מדין א"י א"פ, אולם לשון הרא"ש צ"ע דכתב דחיובו משום שאינו יכול להשבע הוא, ולדברי הקצוה"ח גם בלא חיוב שבועה נמי צריך הוא לשלם.

(ב) ולכא' כ"ז תלוי בספק דרע"א בכו"ח, דהרא"ש ס"ל דחשיב כאילו נשבע, וכיון שחיוב השבועה קיים, וקיים דין מתוך המחייבו ממון, נמצא דעדות העד בא באופן ישיר לפטור ממון, ול"ד לעד המחייב דאיהו מחייב שבועה, וממון ממילא קאתי ע"י שהוא מחייב שבועה, אבל עד הפוטר כיון שחיוב ממון כבר קיים, והוא אינו מפקיע את הריעותא כלל, נמצא דע"א קם לממון, אבל הרמב"ן ס"ל דגדר עד המסייע הוא דמפקיע את חיוב השבועה, וממילא דנפטר מהממון, וכה"ג לא חשיב ע"א קם לממון.

(ג) וכן יש להוכיח עוד בדעת הרא"ש, דהנה בעיקר הא דמבואר ברא"ש דעד המסייע פוטר משבועת השומרים, יל"ע דהנה בשבועת השומרים הרי ליכא ריעותא המחייבת שבועה, אלא השבועה היא להפיס דעתו של בעה"ב, כמבואר ל"ה ב', וביאר הגרש"ש דהוא כעין השלמת השמירה, דכל שאינו מחזיר את הפקדון חייב הוא לברר מה אירע עם הפקדון, וא"כ הרי לא שייך לדון דעד המסייע יפטר משבועת השומרים, ולכא' מוכח כצד דרע"א דגר הדין דעד הסייע דחשיב כאילו הוא נשבע, ולכך מהני עד המסייע דהוי כאילו נשבע השומר.

[ו] הרא"ש הביא דרבינו יונה הק' אמאי המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים, אבל בלא"ה נאמן בשבועה דהחזרתי במיגו דנאנסו, ואמאי לא סגי בעד המסייע, והנה ברמ"א סי' פ"ז ס"ו הביא מהמרדכי דהיכא דאינו נאמן אלא מכח מיגו לא מהני עד המסייע, כיון דצריך לישבע כאילו טען הטענה האחרת, ועי' בש"ך ס"ק כ"א בדברי הרא"ש חזי' להדי' דמהני עד המסייע לפוטרו גם היכא דבעי' למיגו, וצ"ע הסברא בזה.

[ז] במה דהביא הרא"ש ראיה משבועה דלא פקדנו, הרי מוכח לגבי הנידון דעד המסייע בשועת הנוטלין, ועי' ברמ"א סי' פ"ז ס"ו דמהא דכתב בשם י"א משמע דיש בזה מחלוקת אם בשבועת הנוטלין עד המסייע פוטר או לא, וע"ע שער המשפט סי' צ"ד סק"ב מהד הוכיח דמברי הרא"ש הכא.

עי' בטור סי' פ"ד דכתב "אבל במלוה על פה שתבעו ואמר שפרעו ומביא עד אחד סיוע לדבריו הלוה פטור כיון שהעד מסייע ואין עליו אלא חרם סתם ובעל התרומות כתב אף על פי שהעד מסייע צריך שבועת היסת ליפטר ולא נהירא דכמו דעד אחד מחייבו שבועה ג"כ פוטר מן השבועה" ועי' ב"י סי' מ"ו סעיף ל"ז דהבעה"ת ס"ל דעד המסייע אינו פוטר משבועה, אולם עי' בשער המשפט סי' צ"ד סק"ב דהביא ממהרי"ט דסברת הבעה"ת היא רק בשבועת היסת, וצ"ב הסברא אמאי היסת גרע, ובש"ך סי' פ"ז ס"ק ט"ז כתב דמסתברא דבהיסת לכו"ע עד המסייע פוטר, וצ"ע בכ"ז.

(א) עי' כו"ח סי' ג' דחקר רע"א אם עד המסייע פוטר משום דהוי כנשבע, או דהעד פוטר מחיוב שבועה, וכתב דנפק"מ אם מצי לגלגל עליו שבועה היכא דאיכא עד המסייע, ועי' ברע"א צ"ד ס"ה דנקט בפשיטות דליכא גלגול כיון דהוי כאילו באו ב' עדים דפטור משבועה, והנה בחת"ס חו"מ סי' ס"ט הביא דרע"א נסתפק אי מהני עד על מחילה, ופשוט דלצד דהוי כנשבע, ודאי דלא יועיל ע"א על המחילה.

(ב) והנה להצד דהעד פוטר מחיוב שבועה יש לפרש בזה בב' אופנים, או דמסלק הדררא מהנתבע, או דכמו דנאמן על הממון לגבי חיוב שבועה, ה"נ נאמן לגבי שבועה דהנתבע פטור מהממון, ועי' ח"י ר' ראובן ב"מ סי' א' האריך בזה.

(ג) והנה בפשוטו מהא דהרא"ש יליף לדינא דעד המסייע דקרא מרבי בין לחיוב ובין לפטור, וכן מהא דיליף הרא"ש בק"ו, מבואר דזה כמו הנאמנות של עד לחיוב, ולא דהוי כאילו הוא נשבע, ולעיל נתבאר בזה עוד ראיות בדברי הרא"ש לב' הצדדים.

(ד) עי' ברמ"א סי' פ"ז ס"ו דכתב לגבי הנידון אם בשבועת הנוטלין עד המסייע פוטר או לא בשם י"א ומשמע דיש בזה מחלוקת, ולכאו' תלוי בדברי הרע"א, דאי נימא דהוי כנשבע שפיר מהני גם בנוטלין, אולם אי נימא דהוא סילוק הדררא, י"ל דלא מצינו רק דיכול בעדותו לבטל את הדררא מהנתבע, אולם לא מהני דיכול ליטול בלא שבועה.

(ה) עי' במל"מ פ"ה משאלה ה"ו דדן דאין עד המסייע פוטר רק במקום שיש סיוע של טענת הנתבע, אבל היכא דליכא סיוע של הנתבע דאומר איני יודע אין עד המסייע פוטר משבועה, ועי' בגליון רע"א ריש סי' ע"ה דהק' דא"כ אמאי לא דחה הרא"ש דבמקום מתוך אין עד המסייע פוטר משבועה כיון דאין הנתבע

מסייע לעד, אולם לכאור' תלוי בהנ"ל, דאי נימא דהוא כנשבע מה אכפ"ל דהנתבע אינו אומר כמותו, אולם אי נימא דהוא מסייע לטענת הנתבע בסילוק הדררא, שפיר י"ל כל היכא דמכחישו לא שייך דהעד יפטרנו.

(ו) עי' בקצוה"ח סי' פ"ז סק"ח דהביא מאחיו דליכא דין דכל מקום בעד המסייע כיון דאינו נאמן על הממון, אלא דהוי כנשבע, וכי היכי דאם היו ב' עדים מחייבין אותו שבועה, היה יכול לישבע, ה"ה דאעפ"י דעד קמא כב' יכול העד לפוטרו כאילו נשבע, וע"ע בדבריו סק"ט דכתב דטעמא דיכול עד המסייע לפוטרו מדין מתוך, ולא הוי כמעיד על ממון, משום דהוי כאילו נשבע, וכן עי' בס"ק י"א דהק' על הסמ"ע דביאר דלא מצי אמר אדעתא דיש לך עד לא הפכתי, דהא לא היה דעתך לישבע אפילו היסת, והק' הקצוה"ח דהא דהא טעמא דלא רצה לישבע היסת היינו משום דסמך על שבועת התובע, וסיים הקצוה"ח דכיון דסמך על שבועת התובע, ואם היה נשבע היה צריך לשלם, שפיר מהני עד הסמייע דהוי כאילו נשבע, צריך נמי השתא לשלם.

אולם עי' בקצוה"ח סי' פ"ד סק"ד דביאר בתו"ד דהא דע"א יכול לפטור משבועת ע"א היינו משום דהוי כב' לממון, ולכך הוא פוטר משבועת העד, ולכאור' לדבריו דלעיל דגדר הדין דהוי כנשבע, הרי אעפ"י דהעד כב', מ"מ ע"י העד הב' מתקיים דין השבועה, וצ"ע בזה.