הלכה · משנה תורה · מפרשים · אבן האזל · ספר משפטים

אבן האזל על משנה תורה, הלכות טוען ונטען

הרב איסר זלמן מלצר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבן האזל על משנה תורה, הלכות טוען ונטען

הרב איסר זלמן מלצר

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אבן-האזל-על-משנה-תורה-הלכות-טוען-ונטען/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה א 4
הלכה ג 14
הלכה ו 27
הלכה ז 35
הלכה ח 40
הלכה יג 42
הלכה טז 52
פרק ב 54
הלכה ה 54
פרק ג 59
הלכה ז 59
הלכה יד 63
הלכה טו 65
פרק ד 67
הלכה ד 67
הלכה ה 73
הלכה ו 74
הלכה ח 77
פרק ה 81
הלכה ב 81
הלכה ד 87
הלכה ו 89
הלכה ט 91
הלכה י 98
פרק ו 99
הלכה א 99
הלכה ג 107
פרק ז 111
הלכה א 111
פרק ח 114
הלכה ז 114
פרק ט 119
הלכה א 119
הלכה ה 126
הלכה ו 127
הלכה ז 131
פרק יא 143
הלכה א 143
פרק יב 145
הלכה ב 145
הלכה ז 146
פרק יד 148
הלכה ח 148
הלכה יד 152
פרק טו 158
הלכה ז 158
פרק טז 160
הלכה ב 160
הלכה ה 161

פרק א

הלכה א

הטוען את חבירו במטלטלין והודה לו במקצת הרי זה משלם מה שהודה בו ונשבע על השאר מן התורה שנאמר אשר יאמר כי הוא זה, וכן אם כפר בכל ואמר לא היו דברים מעולם ועד אחד מעיד שהוא חייב לו הרי זה נשבע מן התורה, מפי השמועה למדו שכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה, וכן למדו מפי השמועה שעד אחד לכל עון ולכל חטאת אינו קם, אבל קם הוא לשבועה.

ומפי השמועה למדו, הרמב"ם הביא על שבועת ע"א שני המודים, מדין כל מקום ששנים מחייבים אותו ממון, ומקרא דלא יקום ע"א באיש דדרשינן לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם, ושני המודים הוזכרו בגמ' בשבועות דף מ', אבל צריך באור למה צריך שני הטעמים, והנה הא דילפינן דלכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם זהו דרש מהקרא, אבל הא דכל מה ששנים מחייבין אותו ממון, אחד מחייבו שבועה, אין על זה דרשא מיוחדת, והי' אפשר לומר דכללא דברייתא ג"כ נלמד מקרא דלא יקום ע"א באיש, אבל מדברי הרמב"ם שהביא קודם הא דמפי השמועה למדו דכל מקום וכו', ואח"כ כתב וכן למדו מפי השמועה מוכח דהא דכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון אינו מקרא דלא יקום וצ"ל דהוא הלכה, וצריך ביאור למה לן ההלכה, כיון דאיכא קרא, והנה בשבועות דף מ' ע"א דאמר שמואל דבשבועת ע"א א"צ שתי כסף, למד זה מקרא דלא יקום, ואמר ע"ז ותניא וכל מקום וכו', ופירש"י שם דמייתי שמואל דכיון דשנים מחייבין ממון בפרוטה, וקשה דא"כ למה התחיל שמואל בקרא דלא יקום, ונראה דהא כללא דכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון דנו בזה הראשונים לענין דין טענו בספק ע"פ העד, אם למדין מזה דשנים מחייבין בטענת ספק אם אמרינן בזה אין למדין מן הכללות, והוא בדברי הרמב"ן בחידושיו לשבועות דף מ' ע"א, ולכן יש לומר דאף שכתב דהיכי דמתניא כללא בסתם דיינינן לכלל גמור, והביא ראיה מהירושלמי מ"מ זהו על הברייתא, אבל מעיקר ההלכה יש לומר דלא היינו למדין היכי דיש ללמוד מדין מודה במקצת דצריך שתי כסף, אבל קרא דלא יקום שפירשה תורה דדוקא לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם, בזה שפיר אנו למדין דאפי' על פרוטה נשבעין, אך זה מיושב למה צריך קרא כיון דאיכא הלכה, אבל עוד אינו מיושב דלמה צריך הלכה כיון דאיכא קרא, אלא דכפי פירש"י אין ללמוד להדיא מהקרא לענין פרוטה, ולכן הברייתא דמתניא בסתמא מפרשה דמקרא ג"כ אנו למדין דאפי' בפרוטה. ומצאתי כמש"כ בנוב"י מ"ת אה"ע סי' ע"ו.

ובדברי הרמב"ם נראה דיש לומר דנ"מ לדין טענו בספק ע"פ העד דמקרא דלא יקום

ע"א באיש הי' אפשר לומר דהוא דוקא היכי שהתובע תובע בטענת ברי, והוא מביא ע"א וע"ז אמר קרא דע"א מהני לחייב שבועה, אבל הך כללא דכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון אם הוא כלל גמור הרי הוא אפי' בלא טענת ברי, וכן הוכיח הרמב"ן דמהך כללא ילפינן דאפי' בטענת ספק מחייב ע"א שבועה, ומוכח מדבריו דמקרא דלא יקום לא היינו למדין כן, ומזה יהי' מוכח דדעת הרמב"ם כשיטת הרי"ף דמחייב בטענו בספק ע"פ העד ושהכריע כן הרמב"ן, ועיין בפ"ג הל' ו' בד' המ"מ ובד' הכ"מ והלח"מ.

והנה בהגה"מ מביא שיטת ר"ת דע"א המסייע פוטר משבועה וכתב הרא"ש בריש ב"מ סי' ג' מדברי הר"מ ראיה לדעת ר"ת מהא דאמרינן אבל קם הוא לשבועה דמשמע בין לחיוב בין לפטור, ובזה הי' מבואר מה שהביא הרמב"ם הלמוד הב' מקרא דלא יקום, ובזה העירני נכדי הרב שיחי', אבל לא משמע שהרמב"ם יסבור דעד מסייע פוטר דלא הוזכר זה בדבריו בשום מקום, עיין מה שכתבתי בפ"כ מהל' מכירה הל' ד' שהמ"מ כתב שם דבשבועה דרבנן סובר דעד מסייע פוטר, ובארתי שם שיטת הרמב"ם באופן אחר, אבל משבועה דאורייתא לא הוזכר בשום מקום שהרמב"ם יסבור דעד מסייע פוטר.

וכיון שכאן הוא התחלת דין ע"א והגה"מ מביא כאן דעת ר"ת דעד מסייע פוטר, נבאר כאן הטעמים שיש לדון בזה, ובחו"מ סי' ע"ה סעיף ב' כתב המחבר ואם יש אחד שמסייעו יש אומרים שפוטרו וי"א שאינו פוטרו, והביא הגר"א בביאורו על שיטה א' ד' הרא"ש הנ"ל וז"ל כמ"ש בשבועות מ' א' לכל עון וכו' אבל קם לשבועה, וכי היכי דב' עדים קם לממון בין לחייב בין לפטור ה"ה בע"א לענין שבועה, ועוד ק"ו איזה כח מרובה כח המוחזק או כח שאינו מוחזק הוי אומר כח המוחזק, מה כשהעד מסייע למי שאינו מוחזק זוקק המוחזק לישבע כשהעד מסייע למוחזק כ"ש שיפטרנו מן השבועה, ועוד מהא דמייתי דעדים המעידים במקצת מחייבין שבועה על השאר מק"ו דפיו ועד אחד, ואם איתא מה לפיו ועד אחד שאין כיוצא בהן פוטר תאמר בעדים שכיוצא בהן פוטר, ועוד מהא דאמר גבי סלעים דינרים שאני הכא דקא מסייע ליה שטרא, וכיון דפטרינן משבועה בסיוע שטרי בעלמא כ"ש בסיוע ע"א עכ"ל.

והנה יש לדון בראיה הראשונה דאפשר לומר דהא דקם לענין שבועה היינו לחייב בירור, וא"כ אין לדון מזה היכי דחייב הנתבע בירור של שבועה שיהי' די בהגדת ע"א לפוטרו מן הבירור, דיש לומר דבירור של הגדת ע"א אינו בירור גמור, ואם נאמין אותו כמו בירור גמור הוי בגדר קם לממון, אלא דלכאורה א"א לומר כן דהא קיי"ל דע"א שהעיד לחייב שבועה והנתבע אינו יודע חייב לשלם דהו"ל משואיל"מ, כמבואר בסי' ע"ה סעיף י"ב א"כ מוכח שע"א עושה פעולה לא רק להטיל ספק לחייב שבועה, אלא

דיש לו נאמנות באופן שאם לא ישבע ישלם, א"כ שפיר ראיית הרא"ש נכונה דכמו שמועיל ע"א לברר כנגד המוחזק להצריך שבועה באופן שאם לא יוכל לישבע ישלם, א"כ ה"נ יועיל הגדת ע"א לסייע למוחזק שלא ישלם גם אם לא ישבע.

אכן קשה הך דינא דהע"א מעיד לחייב שבועה, והנתבע כבר טען איני יודע דאמרינן דהו"ל משואיל"מ ממה שכתב הרא"ש שם בהך דינא דע"א מסייע פוטר, ויש מקשין הבל מהא דשומר שמסר לשומר חייב דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה היאך לא מהימן לו בשבועה, ואמאי חייב יפטרנו השומר השני בעדותו, ולק"מ דחיוביה דראשון בשביל דאינו יכול לישבע הוא ונתחייב לו הראשון ממון ואין ע"א פוטר מחיוב ממון עכ"ל, א"כ ה"נ איך יכול הע"א לחייב להנתבע שבועה היכי שכבר טען איני יודע דהא היינו לחייב ממון והו"ל ע"א קם לממון, ומהא דנסכא דר' אבא בב"ב דף ל"ד הי' אפשר דמיירי שהעד העיד מקודם וחייבו שבועה אם יכפור, ואח"כ אמר החוטף אין חטפי ודידי חטפי, וכן הוא לשון הגמ' וכן הוא לשון הרמב"ם, אבל בשבועות דף ל"ב בהא דאמר הכל מודים בע"א דר' אבא, וע"כ שכבר הודה שחטף דאילא"ה אינו ברור בשעה שמשביע העד שמפסידו ממון אם לא יגיד.

וראיתי אח"כ בקצוה"ח סי' פ"ז סעיף ו' בסק"ט שהביא ד' הש"ך שכתב דהיכי שנתחייב מדין משואיל"מ אין עד מסייע פוטרו, ויסוד ד' הש"ך הוא ד' הרא"ש הנ"ל, והקשה הקצוה"ח כמו שהקשיתי דהא ע"א מחייב שבועה היכי דהנתבע טוען איני יודע והו"ל משואיל"מ, לכן כתב הקצוה"ח דמה שכתב הרא"ש דגבי שומר שמסר לשומר אין עד מסייע פוטר, שם אין החיוב משום שאינו יכול לישבע והחיוב שבועה מחייבתו לשלם, אלא משום דהוי אינו יודע אם פרעתיך, ואפי' למ"ד משעת פשיעה נשתעבד כשמסרה לאחר תיכף הוי פשיעה, והוכיח כן מדברי הרא"ה הובא בנמוק"י פ' הגוזל בתרא, והנה ראיתי להגרעק"א בחדושיו לב"מ דף ל"ו בד"ה לדידכו דמתניתו שכתב ג"כ כד' הקצוה"ח ע"פ ד' הרא"ה הנ"ל דשומר שמסר לשומר הוי פשיעה ונשתעבדו נכסיו, ואם אינו יודע הוי א"י אם פרעתיך, רק שהוסיף דזה תלוי במחלוקת אביי ורבא בב"ב דף קל"ה אם מנה לאחר בידך הוי ברי, דלרבא דאמר הוי ברי גם משום א"י אם פרעתיך אינו חייב, ונראה דיש לחלק דרבא דסבר שם כן הוא למ"ד מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב, אלמא דשמא מחייב בכל גווני כיון שהוא אינו יודע אינו יכול להחזיק במעות שיש ע"ז ברי שהוא חייב, לכן סבר דאפי' ברי ע"פ אחר חייב, אבל לדידן להלכה דס"ל דברי ושמא פטור, ומשום דשמא לבד אינו מחייב ודוקא בא"י אם פרעתיך חייב משום דהוחזק חייב, בזה נוכל לומר דברי של אחר אינו פוטרו, כיון דמעיקר הדין הוא חייב

ישלם, בזה לא נימא דטענתו של אחר פוטרו, דאחר אין לו נאמנות לפטרו מחיוב ממון ודוקא למ"ד ברי ושמא חייב דמעיקר הדין כל מי שהוא שמא מתחייב שאינו יכול מספק להחזיק ממון חבירו כיון שיש ע"ז אמירת ברי שהוא חייב, בזה סבר הך מ"ד דאפי' ברי של אחר מחייבו, אבל לדידן לגבי א"י אם פרעתיך ולפוטרו, נוכל לומר דברי של אחר אינו מועיל לו כלל לפטרו.

ובעיקר פירושו של הקצוה"ח בדברי הרא"ש קשה דהא רבא אמר בדף ל"ו הלכתא שומר שמסר לשומר חייב מ"ט דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה, ומוכח דעיקר החיוב הוא משום דאינו יכול לישבע, ובאמת יש נ"מ דלדברי הקצוה"ח דהחיוב הוא משום דכיון דמסרה לאחר והוא פשע בזה, לכן אח"כ כשאינו יודע הוי איני יודע אם פרעתיך, א"כ היכי שיטעון השומר הראשון ברי שראה שמתה אלא שאינו רוצה לישבע על זה, יכול השומר הב' לפטרו משבועה, ובדברי הרא"ש שם משמע דאינו סובר כן שכתב כדברי התוס' דאם יהיו עדים שמתה כדרכה אז פטור, והביא שם דברי הרי"ף ע"ש, ומשמע דבלא עדים לא מהני שיטעון ברי, א"כ נשאר הקושיא למה במסייע ע"א למי שהוא משואיל"מ, סובר הרא"ש דודאי אינו פוטר, ובמעיד ע"א על מי שטען אינו יודע מחייבו שבועה והוי משואיל"מ.

ונראה דהנה יש לחקור בדין מחוייב שבועה ואי"ל למאן דסבר משלם אם זהו משום דדין השבועה מאלים טענתו של התובע ומאמינים לו לגבי הנתבע, או דמה דישלם כשאי"ל הוא משום דלא הרויח בזה שאינו יכול לישבע, וכיון דבכל חייב שבועה ע"כ אם לא ירצה לישבע יכופו אותו ב"ד לשלם דמן התורה לא כייפינן בנידוי למאן דלא ציית דינא, וע"כ דמוציאין ממנו ממון, ולכן סובר הך מ"ד וקיי"ל כמותו, דאפי' באינו יכול לישבע לא חילקה תורה וצריך לשלם, ולפי"ז נוכל לומר דהרא"ש סובר כאופן ב', ולכן מיושב מה דבאומר מקודם איני יודע, ובא ע"א דאמרינן בזה משואיל"מ, ולא אמרינן בזה דא"כ הע"א הוי קם לממון, משום דלא אמרינן דהע"א מברר שהנתבע חייב, אלא דהע"א מחייב שבועה ולא הרויח הנתבע בזה שאינו יודע וצריך לשלם, ומ"מ סובר הרא"ש דהיכי דהוי הנתבע כבר משואיל"מ ונעשה כבר עליו דין שצריך לשלם אינו יכול עד מסייע לפטרו, דכיון שכבר נעשה עליו דין שצריך לשלם אם יפטור אותו ע"א הוי קם לממון, ולא דמי להיכי שאומר איני יודע דהע"א מחייבו משום דהע"א מתחלה בא רק לחייב שבועה, ולא איכפת לן במה שטען איני יודע ועוד לא נעשה עליו מקודם דין תשלומין.

והנה הרמב"ן גבי נסכא דר' אבא כתב בטעמא דהו"ל משואיל"מ ולא אמרינן דישבע

דדידיה חטף ויהי' נאמן במיגו כמו בהחזרתי במיגו דנאנסו משום דע"א כ"ז שלא נשבע כנגדו הוי כשנים והוי כמו ששנים מעידים שחטף, ומוכח מדבריו דסובר כאופן א' דדין משואיל"מ הוא משום דכיון דחייבה התורה להתובע שבועה אמרינן דנתחייב בממון כל זמן שלא נשבע, ומשום זה כתב דע"א כל זמן שלא נשבע הנתבע כנגדו הוי כשנים, דאילא"ה קשה מנ"ל להרמב"ן דהוי כשנים כ"ז שלא נשבע כנגדו, דהא בשבועות דף ל"ב מסקינן דע"א כי אתי לשבועה אתי וע"כ דמוכיח כן מהא דאמרינן משואיל"מ, ומה דאמרינן ע"א כי אתי לשבועה אתי זהו לענין חיוב שבועת העדות, ומשמע דסובר הרמב"ן דלא קשה דא"כ הוי ע"א קם לממון דכיון דעיקר עדותו הוי רק לענין שבועה אמרינן דכ"ז שלא נשבע כנגדו הוי כשנים, ובזה מבואר דהרמב"ן לשיטתו דמה שהביא הרא"ש דיש מקשין מהא דאמר לקמן שומר שמסר לשומר חייב וכו' שהבאתי למעלה, וכתב ע"ז הרא"ש דאין ע"א פוטר מחיוב ממון זו הקושיא כתב הרמב"ן בריש ב"מ במלחמות שהשיג על הבעה"מ והוכיח מזה דמשבועה דאורייתא ודאי אין עד מסייע פוטר, ומוכח דהרמב"ן אינו סובר כהרא"ש דאמרינן בזה אין ע"א קם לממון, ומשום דעיקר הדין הוא בחיוב שבועה, וכמו דע"א מחייב שבועה היכי דהנתבע כבר אמר שאינו יודע שאינו יכול לישבע וצריך לשלם, ה"נ יוכל ע"א לפטור מן השבועה אף שיוצא מזה פטור ממון כשהנתבע אינו יכול לישבע.

והנה ראיית הר"מ הב' שהביא הרא"ש מהא דיליף מפיו וע"א, ליפרוך מה לפיו וע"א שכן אין כיוצא בהן פוטר מאותה שבועה, תאמר בעדים שכיוצא בהן פוטר מאותה שבועה, וביאר הרא"ש דאם יבא אחר ויאמר שאינו חייב ואפי' אם יבואו שנים ויאמרו שאינו חייב, קשה להבין ראי' זו דאם יבוא אחר אין זה כיוצא בהן לגבי פיו וגם שנים לא דמי לפיו דודאי פיו אלים ממאה עדים, והחדוש אין כאן במה שהודה אלא שמחייב שבועה על זה שכפר, ואולי משום דעל מה הצד פרכינן פירכא כל דהו, ומ"מ אין הראי' מוכרחת לגבי החולקים.

ובשיטת הרמב"ם בדין עד מסייע לא נתברר ולא נמצא שכתב להדיא דין זה, וכבר כתבתי מזה למעלה בד"ה והנה בהגה"מ.

-השמטות ומלואים-

במש"כ לעיל במש"כ הגרעק"א בב"מ דשומר שמסר לשומר הוי א"י אם פרעתיך דנשתעבדו נכסיו במסירה ליד שומר שני וכ' הגרעק"א דתלוי במחלוקת אביי ורבא בב"ב אם בריא ע"י אחר מהני ולרבא דסבר דמהני גם משום א"י א"פ אינו חייב וכתבתי דיש לחלק דרק למ"ד בו"ש ברי עדיף אמר זה רבא דלדידי' השמא לבד מחייבו כיון שיש

ע"ז טענת ברי אבל לדידן דלאו בריא עדיף והשמא אינו מספיק לחייבו וחיובו הוא מעיקר הדין שהוחזק חייב וא"י א"פ בזה אין ברי של אחר פוטרו. וע"ז כ' לי חביבי הרב הג' הנעלה מו"ה ישראל יעקב פישר שי' דיש להוכיח כד' הגרעק"א מגמ' כתובות ד' ע"ו דאמר שם רב אשי רישא מנה לאבא בידך ופי' הרמב"ן והרשב"א משום דלא מהני ברי דידה לגבי אביה והש"ס אזיל שם אליבא דר"ג דסובר בו"ש לאו ברי עדיף כמבואר בריש כתובות, ורבא דלא בעי לשנויי כדרב אשי שם ע"כ משום דלשיטתי' בריא של אחר מהני.

הנה בפשוטו המחלוקת הוא להפך דלרב אשי צריך דוקא טענת בריא להמוציא ולכן מה שעל הבעל להביא ראי' כשנמצאו מומין ברשות הבעל הוא משום טענת ברי דידה אבל לרבא אם נולד הספק ברשות הבעל יוציא האב גם בלא טענת ברי, והנה הא דפשוט דלוקח בהמה ושחטה לא יוכל לטעון הלוקח טענת טריפה בלא ראי' יהיה חלוק בטעמא בין רבא לרב אשי דלרבא פשוט דגם בלא טענת ברי מצד התובע לא יוכל המוחזק לחדש טענה נגד חזקת הגוף אבל לרב אשי דצריך טענת ברי ובלא טענת ברי נאמן המוחזק צ"ל כמש"כ הר"ן דאם היה כתובה דאורייתא לא היה נאמן לטעון פ"פ מצאתי דאינו בדין שיפתה אותה ויעשה בה הנאתו ויטעון אח"כ שהיא בעולה וכן ה"נ אינו בדין שיאבד ויטעון טענת טרפה וע"מ כן נכנס להתחייב, ובזה נראה ליישב מה דהרמב"ם השמיט הך דרב אשי בכתובות דף י"ב כל שלא מושמש עי"ש, ולפי הנ"ל נראה ליישב דהנה בפשוטו משמע דלרב אשי הטעם משום דברי ושמא בצירוף חזקת הגוף ואינו מחלק בין חזקת הגוף דאיתרע ללא איתרע ואף דתנן הבעל צריך להביא ראיה ומשמע דטענת ברי לא מהני אבל באמת אף דדייקו זה בתוס' אבל באמת לא שייך דיוק זה אלא על האב ולא על הבעל דלא שייך כלל טענת ברי דממ"נ אם ידע ראה ונפייס ולפ"ז גבי טענת בתולים שהוא טענת ברי היה בדין שיהיה נאמן וצריך לבוא רק לסברת הר"ן משום שנכנס בספק שאינו בדין וכו', ונמצא לפי"ז נוכל לומר דמה דאמרינן הם האמינוהו שאם אמר פ"פ מצאתי נאמן היינו שנתנו לו חכמים רשות לבעול אותה ולראות אם היא בתולה וממילא הוי כמו שהיא היתה נותנת לו רשות ע"ז והיא נכנסה לספק זה, וממילא נאמן מצד הדין דחזקה לחוד לא מהניא בלא טענת ברי, וזהו במקום שאין מנהג שושבינין אבל במקום שנוהגין למשמש א"כ לא נכנסה בספק כלל ומה שאירע שהשושבינין לא משמשו זה אינו מגרע זכותה ואפי' השושבינין דידה אינם יכולים לגרע זכותה וממילא אינו נאמן.

והנה כ"ז הוא לר"א אבל לרבא דחזקת הגוף לחוד מהני א"כ הא דהם האמינוהו הוא בלא סברא אלא דהוי תקנת חכמים שיהיה נאמן א"כ אין אנו מחלקים כלל בין מקום

למקום כיון דהוא לא פשע במה שלא משמשו אותו לכן שפיר נאמן.

מה שכתב אלי שארי הגאון הגדול **מוהרצ"פ פרנק** שליט"א רב ואב"ד דפעיה"ק ת"ו **מתוך** ביאורו לד' הרמב"ם (פ"א מהל' טוען ונטען ה"א) יוצא דמה שאמרו לכללא דכל מקום ששנים מחייבים אותו ממון ע"א מחייבו שבועה זה לא נלמד מקרא דלא יקום ע"א באיש, אלא דזהו הלכה מיוחדת מפי השמועה דכן נראה מסידור לשון הרמב"ם דמקדים האי כללא דכ"מ ששנים מחייבים וכו' ואח"כ מוסיף ואומר וכן למדו מפי השמועה מקרא דלא יקום וגו' ולזה הקשה כ"ג דא"כ תרתי למ"ל קרא וגם הלכה הא בחדא מנייהו סגי ותוכן תי' דתרווייהו צריכי דאי מקרא סד"א דרק בטענת ברי ע"א קם לשבועה קמ"ל ההלכה דע"א מחייב שבועה גם בטענת ספק ואי מההלכה לחוד לא היינו יודעים דבשבועת ע"א א"צ טענת שתי כסף לכן צריך גם קרא דלא יקום דע"א קם לשבועה אף בטוענו פחות משתי כסף וכדשמואל שבועות דף מ. ע"א. עכת"ד. ולענ"ד קשה להלום יסוד זה דמה דס"ל להרמב"ן דהאי כללא דכ"מ ששנים מחייבים וכו' הוא דוקא, שאף הוא לא אמרו אלא לענין חיוב שבועה בטענת ספק אבל לא לענין חיוב שבועה בפחות משתי כסף דהרי ממ"נ אם איתא דהאי כללא דוקא הוא אמאי לא נילף מיני' דגם בטענת פרוטה דמכיון דשנים מחייבים אותו ממון ע"א מחייבו שבועה, ומהיכי תיתי לומר בהאי כללא דפלגינן דיבורא בלי שום סברא, לחלק בין הדבקים.

ומש"כ הדר"ג ליישב זה די"ל דאף שכ' הרמב"ן דהיכי דמיתניא כללא דיינינן לכלל גמור זהו רק על הברייתא, אבל מעיקר ההלכה לא היינו למדין משום דיש ללמוד מדין מובמ"ק דצריך שתי כסף ולכן א"א למילף זה אלא מקרא דלא יקום, גם זה לא מספיק וקשה לומר דהברייתא לחוד וההלכה לחוד דבפשוטו מסתבר דהברייתא היא ההלכה עצמה, וכמו שהדר"ג עצמו מבאר ל' הרמב"ם כל מקום ששנים מחייבים שזהו מקור ההלכה וזהו ל' הברייתא עצמה, והרי ודאי שאין צל ספק שהתנא המדבר בלשון ובשם ההלמ"מ יוסיף איזה שינוי בלשון ההלכה ואם בלשון ההלכה יתכן לומר דכלל זה הוא לאו דוקא א"כ כיצד יאמר הרמב"ן דכלל זה דברייתא הוא דוקא ועכצ"ל דלשון ההלכה הוא דוקא וא"כ הדרא קושיא לדוכתה דקרא למ"ל, ועוד דהרי שי' הר"י מיגש דע"א אין מחייב שבועה בטענת ספק ונחלקו עליו הרמב"ן והר"ן מכח כלל זה דכ"מ ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה ואם איתא דיש מקום לומר דהלמ"מ שאני ואמרינן דההל' לאו דוקא אין מקום לקושית הרמב"ן והר"ן דמהאי כללא שהוא הללמ"מ לא מוכרח שהכלל הזה הוא דוקא ומה בכך שזה נאמר בברייתא סוף סוף זה הלכה היא. א"ו דאין חילוק בכל הנזכר בברייתא גם אם הוא הללמ"מ כללא דוקא הוא וממילא דק'

קרא למ"ל.

וכן ק' ל' לאידך גיסא, מה שהדר"ג אומר דמהלכה לא נדע דשבועת ע"א א"צ שתי כסף ולכך איצטריך קרא דלא יקום א"כ יקשה דכמו דנקטינן דמשמעותא דהאי קרא מוכיח דלעולם קם הוא לשבועה אף בפחות משתי כסף ודיוקא דקרא מפיק דלא נילף משבועת מובמ"ק א"כ אמאי לא נאמר דהך דיוקא דקרא מלמדנו ג"כ על חיוב שבועה דע"א גם בטענת ספק דגילויא זה מלמדנו דאין למדים שבועה דע"א משבועת מודה במקצת ושוב ק' דתרתי למ"ל והני תרתי דינים נילף או מקרא או מההלכה, ושנים זו שמענו.

עוד יש להעיר במאי דמסיק הדר"ג דלחייב שבועת ע"א בפחות משתי כסף זה לא נלמד מהלכה אלא דוקא מקרא דלא יקום ע"א, א"כ בגמ' שבועות דף מ' ע"א דשמואל מביא לדין זה קרא דלא יקום, וגם הא דתניא כ"מ ששנים מחייבים ממון וכו' ואם איתא דזה לא נלמד אלא מקרא לחוד א"כ למה מוסיף להביא גם הברייתא ללא צורך הדין שאנו עסוקין בו, והנה הנובי"ת (אהע"ז סי' ע"ו) הקשה ג"כ דלמ"ל לשמואל להביא גם הברייתא הא הוי כיהודא ועוד לקרא ומה"ט מחדש שם דמקרא לחוד לא הוה ידעינן דין זה דבע"א ל"צ טענת שתי כסף, ורק מכללא דברייתא נלמד דין זה, אבל להדר"ג מבואר דדין זה נלמד דוקא מכח המקרא ולא מכללא נשאר קו' הנוב"י דלמ"ל להביא הברייתא וגם הקושיא יותר חזקה דלהנוב"י הקושיא היא דא"צ להביא ראי' שניה כי די לנו ההכרח ממקרא מלא אבל להדר"ג יקשה ביותר דמכיון דאין ראי' כלל מהברייתא למה תולה תניא בדלא תניא.

וזה מזמן תמהתי על הנוב"י דבתירוצו הוא מגדיל הקו' בגמ' דהוא מתרץ דמקרא לא הוי ידעינן אלא מכח הברייתא יליף שמואל דינו זה א"כ למה מזכיר האי קרא כלל דלא משמע מני' מידי אלא מהברייתא, ומה שמתמיה ביותר דשמואל מקדים להביא קרא זה לדינו דע"א מחייב שבועה בפרוטה ואומר דכתי' לא יקום וגו' כאילו מקרא הוא דורש ולהנוב"י האי קרא לאו מילף הוא ואם לא לדרשא למה הוא מזכיר, ובכלל כל אריכות לשון הרמב"ם הוא כולו מוקשה שאומר וכן אם כפר בכל ואמר להד"ם וע"א מעיד שהוא חייב לו הר"ז נשבע מה"ת, מפי השמועה למדו שכ"מ ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה וכן למדו מפי השמועה שעד אחד לכל עון ולכל חטאת אינו קם אבל קם הוא לשבועה עכ"ל הרמב"ם, וסגנון ל' הלכה זו מפליא כל עין רואה שהרמב"ם חוזר על דין אחד שלשה פעמים בזה אחר זה שע"א מחייב שבועה והנה רהיטת לשון הנוב"י שאומר והודיענו הרמב"ם שזה למדו מפי השמועה ניכר מפי כתבו שרצונו ליישב כפילות לשון הרמב"ם וזהו שאומר דבא להשמיענו דמפי השמועה למדוהו אבל עדיין

לא נתיישב דכי בשביל זה צריך לחזור שנית על דבריו ולכופלן דא"כ הו"ל להתחיל מכאן דמפי השמועה למדו בכ"מ ששנים מחייבין ממון וכו' ולמה הקדים לומר דין זה עצמו דע"א מחייב שבועה ואמר "וכן אם כפר בכל וע"א מחייבו נשבע מה"ת," ועל כולם הרי יקשה למה הוסיף לכפול פעם שלישית ואמר עוד "וכן למדו מפי השמועה דע"א קם לשבועה" אחרי שדין זה הזכיר כבר פעמים.

ומתוך זה נראה לי דלא כמו שעלה על הדעת לומר דיש כאן תרי מילי, יש דין הלמ"מ קבלה מיוחדת דלא תליא בדרשא דקרא דלא יקום ע"א באיש. ומלבד זה יש ג"כ דרשא דקרא דלא יקום כי אין לנו הכרח לחדש זה אלא דבאמת דברי הרמב"ם אחד הם וכאשר אבאר בהקדם מה דיש לעיין בהאי כללא שאמרו כ"מ ששנים מחייבין אותו ממון כו' דלכאורה תמוה דלמה לנו לתלות חיובו של ע"א בחיובם של שנים דלכאורה נראה כשפת יתר דמה מקרא היה חסר אם הי' אומר בקיצור דע"א נאמן לחייב שבועה, דהרי חיוב שבועה דע"א לאו מצוה שהזמן גרמה הוא, ובודאי ממילא היינו יודעים דכ"מ ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה וא"כ יש להבין איזה חידוש דין נמצא בזה שתולה עדותו של ע"א בעדותן של שנים אבל כד נעיין הדבר פשוט דמה שחידשה תורה שבועה בע"א יש לפרשו בשני פנים די"ל דלא אתרבאי אלא לחיוב שבועה לחוד בגדרי שבועת מובמ"ק ולא יותר, וממילא דאינו מחייב שבועה אלא בטענת שתי כסף דוקא, אבל שמואל יליף מקרא דלא יקום ע"א באיש דמשמעותא דהאי קרא מגלה לן דלגבי דין שבועה ע"א קם כדין שני עדים לחיובי ממון דמזה הוציא דלא בעינן בע"א טענת שתי כסף מפני שדינו כשני עדים ויהי' נפ"מ גם לשאר דינים המסתעפים מעדותו וכמו שאזכיר להלן, ולפרט זה מביא סיוע מהברייתא על סגנון הדרשא דקרא זה, שכן מוכיח אריכות לשון הברייתא דלמה תולה עדותו של ע"א בעדותן של שני עדים ולא סגי לי' קיצור לשון ולומר דעד אחד מחייב שבועה אלא ע"כ דבא ללמדנו פירוש בגילויא דקרא דע"א קם לשבועה דהכונה הוא שבכל המסתעף מחיוב שבועה דין נאמנותו כשני עדים, ובזה דברי הרמב"ם מבוארים, דבתחלה אומר "וכן אם כפר בכל ואומר להד"ם וע"א מעיד שהוא חייב לו הר"ז נשבע מה"ת דזהו דין דע"א מחייב שבועה, ושוב מוסיף דלא די בחיוב שבועה לחוד כמו מובמ"ק אלא שנתחדש עוד דבר שנאמנותו הוא כשנים ולא רק להחמיר על הנתבע להוסיף בירור בשבועה אלא דנאמן כשנים דנ"מ לדינא לדינים מחודשים שהרמב"ם עצמו מזכירם כל אחד במקומו כמו לקמן (פ"ג ה"ו) לענין שא"צ בע"א טענת שתי כסף שכל מי ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה ע"כ, דלכאורה יש כאן אריכות לשון דלמה לא סגי לי' בזה שיאמר רק הדין שהוא עסוק

בו דהיינו דע"א מחייב שבועה בלי טענת שתי כסף ולמה מזכיר העדאת שני עדים כאן כאילו נותן טעם על נאמנותו של עד אחד דלכאורה אין בזה בכדי נתינת טעם אלא נאמרו שני דינים דלחיוב ממון צריך שנים ולשבועה נאמן עד אחד דלכאורה אין בזה בכדי נתינת טעם על הדין, אלא ודאי הוא הדבר דדרשא דקרא דלא יקום רמז יש בו דלגבי חיוב שבועה דינו כשנים לממון וכל ששנים מחייבין ממון דמהני עדותן של שנים לעומת זה מהני עדותו של ע"א ולכן הרמב"ם אומר הדין ומקורו דמה"ט לא צריכין בשבועת ע"א שתי כסף מפני שהתורה אמרה דמהני עדות ע"א לשבועה בכ"מ דמהני שנים לממון וכן יורה לשון הרמב"ם בפ"ד ה"ט מנה הלויתיך לא היו דברים מעולם, הביא ע"א שלוה ממנו בפניו הואיל ואילו היו שנים היה מוחזק כפרן ומשלם ה"ז נשבע ע"פ ע"א דכ"מ ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה, ע"כ. וזה דין חדש שהרבה ראשונים חולקין ע"ז וכן פסק בחו"מ (סימן ע"ט סעיף ט') דלא נעשה מוחזק כפרן אלא בשני עדים אבל בע"א יכול לומר פרעתי אח"כ והנה מקורו של הרמב"ם הוא ג"כ משום דהתורה האמינתו כשנים כ"ז שלא נשבע להכחיש את העד ומכיון דבשנים מהני עדותן לממון גם בע"א מהני עדותו לענין חיוב שבועה וממילא נכלל זה ג"כ בדין משאיל"מ, וכל זה משום דבלי שבועה הרי הוא כב' עדים לכל דבר ולזה מדויק הלשון בהל' א' שאחרי אמרו דע"א מחייבו שבועה מוסיף עוד לומר ומפי השמועה למדו שכ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייבו שבועה דלפ"מ שנתבאר אין זה כפל לשון אלא שרש חדש ומקור לדינים הרבה ואח"כ מוסיף וכן למדו מפי השמועה שע"א לכל עון ולכל חטאת אינו קם אבל קם הוא לשבועה בזה מביא המקור של השבועה דחשיב כשנים, ומה שאומר וכן למדו יתכן דהאי וכן פירושו כמו וכך דרשו הפסוק דלא יקום ע"א ומה"ט הקדים הרמב"ם דברי הברייתא לדרשא דקרא דהברייתא מפרש זה שנדרש מן הפסוק וזה אמר הרמב"ם דהמאמר הזה דכל מקום ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה מקורו הוא מהאי קרא, אבל באמת א"צ כלל לומר שיש כאן שני ענינים הלכה וגם קרא דתרתי למ"ל אלא דהברייתא מפרש מה שנדרש מן הפסוק וזה אומר הרמב"ם דהמאמר הזה שכ"מ ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה מקורו הוא מהאי קרא אבל באמת א"צ כלל לומר שיש כאן שני ענינים הלכה וגם קרא דתרתי למ"ל אלא דהברייתא מפרש תמצית הדרשא דקרא דלא יקום דגלי רחמנא דע"א דינו כשנים לגבי שבועה דהיינו דכל דמהני עדותן של שנים מהני נמי ע"א בנוגע לענין חיוב שבועה וכדאמרי' בעלמא קרא מסייע וכו' ושניהם אמרו דבר אחד.

הלכה ג

הטוען מטלטלין על חבירו וכפר בכל ואמר לא היו דברים מעולם, או שהודה במקצת ונתנו מיד ואמר אין לך בידי אלא זה והילך, או שאמר אמת שהיה לך אצלי אבל מחלת לי או נתת לי או מכרת לי או החזרתי לך, או שטענו חטים והודה לו בשעורים, בכל אלו פטור משבועת התורה, אבל חכמי הגמרא תיקנו שישבע הנתבע בכל אלו שבועת היסת ויפטר, ואינה כעין של תורה לפי שאין בהן נקיטת חפץ, וכבר ביארנו דרך שבועה של תורה, ודרך שבועת היסת בהלכות שבועות.

אבל מחלת לי או נתת לי וכו' דין זה מבואר בחו"מ סי' ע"ה סעיף ז' וז"ל מנה לי בידך אין לך בידי כלום, או שטען יש לי בידך כנגדו כסות או כלים או שאומר אמת היה לך בידי אבל אתה מחלתו או נתת לי במתנה כיון שכופר הכל פטור משבועת התורה ונשבע היסת, ואפי' שנים מעידים שהלוהו ואינם מעידים שפרעו נאמן בשבועת התורה לומר יש לי בידך כנגדו או מחלת לי, וכתב הש"ך משמע דאינו נאמן לטעון טענת יש לי בידך כנגדו או מחלתו או נתתו כו' אלא במיגו דלהד"ם או במיגו דפרעתי, וכתב בזה הקצוה"ח וז"ל ודעת בעה"מ ריש פרק א' דב"מ דאינו נאמן במיגו ע"ש ראיתו מהא דאמרינן בשנים אוחזין בטלית שמא מלוה ישנה יש לו עליו, והקשה דא"כ לימא מילתא כצורתה, ולימא מלוה יש לי עליך ויהא נאמן במיגו דכולה שלי, ולכן העלה דאינו נאמן במיגו ע"ש ועמש"כ בש"ש ש"ד פט"ו ישוב לקושיא זו עכ"ל, ונפלאתי על הקצוה"ח איך כתב דבריו כ"כ שלא בדקדוק דבהאי גונא דאיתא כאן בשו"ע שטען התובע מנה לי בידך והוא משיב יש לי בידך כנגדו כסות או כלים, גם בעה"מ מודה דמהני מיגו, דהוא מיגו להחזיק מה שתח"י. והבעה"מ חידש רק דאם תפס חפץ מרשות חברו וטען כך וכך אתה חייב לי אינו נאמן, וז"ל הבעה"מ בסוף דבריו ומה שהקשה לו אבא מרי מדקתני בתוספתא מנה לי בידך, והלה אומר אין לך בידי, או יש לי בידך במנה כסות במנה כלים פטור, לאו קושיא היא דהתם אין הכסות והכלים ברשות התופס, אלא המנה היא שברשותו וי"ל מלוה היא דקיימא ברשותיה ולפיכך נאמן, אבל בפקדון אינו נאמן עכ"ל, הרי דדין המחבר בכאן הוא תוספתא מפורשת והבעה"מ אינו חולק ע"ז ובש"ש שמעתא ד' פט"ו הביא שם דינו של הבעה"מ, וכתב ע"ז ואנן דקיי"ל דנאמן לטעון עד כדי דמיו, וכמבואר בטור ושו"ע סי' ע"ב יתעורר קושיית הבעה"מ עכ"ד, ובאמת גם מסימן ע"ב אין שום ראיה לסתור דינו של הבעה"מ דהבעה"מ כתב להדיא וז"ל וכן ההוא דחבל סכינא דאשכבתא מחבריה מודה במקצת היה חבירו, ולפיכך היה זה נאמן עד כדי דמיו, שמתוך שיכול זה לתפסו באותו מקצת שמודה בו חבירו יכול לטעון עד כדי דמיו כי

ההוא דתניא אומן אומר שתים קצצת לי, והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת בזמן שהטלית ביד אומן בכהאי גוונא מיירי רק דהרמב"ם פ"י מה' טוען הל' ג' מוכח להדיא דלא כהבעה"מ שכתב וז"ל, לפיכך מי שתפס בהמת חבירו שהיתה שמורה, או ביד רועה, והבעלים טוענין היא יצאה בעצמה ובאה אצלך, או פקדון היא בידך או שאולה היא לך, והתופס אומר כן היא אינה שלי, אבל אתה חייב לי כך וכך, או אתה משכנת בידי על כך וכך, או הזקת אותי נזק שאתה חייב לשלם כך וכך יכול לטעון עד כדי דמיו מתוך שיכול לומר לקוחה היא בידי וכו' עכ"ל, ומדסתם הרמב"ם טענת התופס שלא הכחיש את התובע בגוונא שזכר הרמב"ם שטען פקדון היא בידך, מוכח דאפי' אם מודה שפקדון היא בידו, ומ"מ טוען אתה חייב לי כך וכך נאמן במיגו דלקוחה היא בידי מוכח דס"ל כשיטת הרי"ף והרמב"ן, דבכל גוונא נאמן לתפוס ולטעון עד כדי דמיהן, והנה בעיקר ראית הבעה"מ יפה כתב הקצוה"ח דהיכי דתפיסי בכרכשתא כיון דאינו ברשותו של התופס, אלא יד שניהם שוה בו, וכיון שמודה שהוא אינו שלו, א"כ לא קיימא ברשותו בזה שתפוס בכרכשתא להוציא מיד הבעלים ולתבוע ע"ז חוב כדי דמיו והוי להוציא ממש אלא דלא צריך בזה לחידושו של הש"ש שחולק על הש"ך, וסובר דבתפיסי בכרכשתא וחלוקין בזה מוכר ולוקח מוקמינן בחזקת מרא קמא, דאפי' אם לא נימא כן עכ"פ מרשותו של חבירו לא יצא והוי מיגו להוציא, דהא כתבו התוס' גבי זה טוען חצי' שלי ליהמני' דחצי' שלו מיגו דאמר כולה שלי, ותי' דהוי מיגו להוציא, ואף דיש לחלק משם דהתם גם אם נימא דבתפיסי בכרכשתא כל אחד מוחזק בחצי, ולא ששניהם מוחזקים בכולה, גם כאן כשטוען חצי' שלי, בעל הכולה שלי הוי כאילו מוחזק בשלשה חלקים, דהא הוא מוחזק בחצי טענתו, מ"מ פשוט דהיכי דאינו טוען על גופו של טלית בודאי לא יצא הטלית מרשות הבעלים והוי מיגו להוציא.

אכן בגוף דבריו של הבעה"מ אשר באמת דבריו מרפסין איגרי שלבד מה שגוף החילוק שלו אינו מובן מה שחילק בין אם תפס מרשות הבעלים להיכי שתפס ממקום שאין רשות הבעלים, או שנכנס הדבר לחצר התופס שלא בפקדון כמו הני עזי דאכלי חושלא, והי' אפשר לומר דהוא בשביל שעבר על לא תבוא אל ביתו, אף גם זה אינו מובן דאי משום זה גם בחוץ אסור לבעל חוב בעצמו לתפוס, אלא לשליח ב"ד, ועוד דיש סברא דדוקא בלוקח למשכון, אבל לא לגובייגא מזה החפץ בעצמו, ועוד דהתינח בהלואה, אבל בשאר חובות דליכא משום דררא דלא תבוא, מאי איכא למימר ועוד דעכ"פ הא בדיעבד כשתפס זכה, וא"כ אמאי לא ליהני מיגו, אך לבד מה שקשה ההסבר עוד יותר קשה מה שהקשה הרמב"ן במלחמות וז"ל, ובעיקר הדין יש תשובה מההוא דגרסינן התם

בפ' הכותב בההוא בקרא דיתמי דתפסו מיני' תורא דיתמי, בע"ח אמר מחיים תפסנא לי' ובקרא אמר לאחר מיתה תפסתי', והימני' ר"נ לבע"ח מיגו דאיבעי אמר לקוח הלא בידי, והא התם מידא דבקרא תפסיה שידו כיד היתומים ואפ"ה הימניה וכו' עכ"ל ע"ש.

והנה זה באמת פלא גדול וא"א להבעה"מ שתשתמט ממנו ראיה זו שהרי במקומו שם בפ' הכותב גבי ההיא אתתא דאפקידו גבה מלוגא דשטרא שחידש הרי"ף משם דאינו נאמן על שטרות לומר לקוח הוא בידי, שע"ז דחה הבעה"מ ראיית הרי"ף ותי' דפקדון שאני דאינו נאמן בפקדון לומר חוב יש לי עליו במיגו דלקוח שם גופא הביא הרי"ף סוגיא דבקרא דבמילי אחרינא נאמן לומר מחיים תפיסנא במיגו דלקוח, ועכ"פ איזה תי' שנאמר אשר לכאורה א"א למצוא שום חילוק כי סוגיא דמלוגא דשטרא וסוגיא דבקרא לכאורה באופן אחד שבשניהם השאלה אי מחיים תפסי' או לאחר מיתה, ובשניהם השאלה אי ליהמני' במיגו דלקוח, אלא דעכ"פ אפי' אם נמצא איזה חילוק בין הסוגיות ליישב שלא יקשה מההוא דבקרא על חידושו של הבעה"מ, ועכ"פ הי' לו להבעה"מ לתרץ כשהשיג שם במקומו על תירוצו של הרי"ף שתי' דבשטרות אינו נאמן לטעון לקוח, ובזה חילק דין מלוגא דשטרא מהא דבקרא, וא"כ הבעה"מ שתי' באופן אחר דפקדון שאני הי' לו לתרץ הא דבקרא, דשם ג"כ הא הוי פקדון, לכן לולא דמסתפינא הי' נראה לי שהבעה"מ לא כיוון כלל למה שלמד הרמב"ן בדבריו דס"ל להבעה"מ דכל היכי דתפס מרשות הבעלים לא מהני לטעון חוב במיגו דלקוח, אלא דחידושו של הבעה"מ הוא כמו שכתב בלשונו דהיכי דתפס בשל חבירו במה שהוא ברשות חבירו, וכונתו דהיכי דתפס בשל חבירו במה שהוא גם עתה ברשות חבירו, ומשכחת לה האי גוונא בפקדון אצל חבירו, ויחד לו מקום או ששכר ביתו והניח שם חפצים, ותובע המשכיר מהשוכר שכירות או חוב אחר, ובאופן שאין לו לברר דבפקדון בא בידו, או ששכר ביתו והניח החפצים, ואנו מוחזקין בביתו של המשכיר, ונמצא דבאמת כיון דפקדון הוא כל היכי דאיתא ברשותי' דמארי' איתא, או דכיון שבאמת שכר ביתו, א"כ הבית ברשותו והחפצים מונחים ברשותו, ולכן חידש הבעה"מ דבהאי גוונא אינו יכול לטעון חוב במיגו דלקוח, דכיון דקיימא ברשות הבעלים הוי מיגו להוציא, ומה שכתב הבעה"מ מהני עזי דאכלי חושלא לאו מרשות הבעלים תפסן, הכונה דהתפיסה לא היתה ברשות הבעלים, וכונתו לומר שלא ברשות הבעלים תפסן, אלא לא היו ברשות הבעלים כשהיו תפוסין אצל התוקף, ולזה כתב דהא ברשות הניזק תפסו ולא היו ברשות הבעלים.

ומה שכתב וההוא דחבל סכינא דאשכבתא מודה במקצת הי' ומתוך שיכול לתפוס באותו מקצת שמודה בו יכול לתפוס בכולו, כונתו דבאמת יש נ"מ רבא בין היכי שתופס

לגבות מהחפץ ובין היכי שתופס למשכון להיות בטוח במעותיו, דהיכי שתופס בהחפץ לגבותו, א"כ עכ"פ אף שעתה קודם הגבי' עדיין לא נכנס לגמרי לרשותו, מ"מ כיון דעכ"פ דעתו לגבות ממנו ולא להחזירו לבעלים וע"כ תפסו, א"כ כבר יצא בזה מרשות הבעלים בשביל שנתפס ממנו ואינו יכול להוציאו בדיינים, ע"כ אף שעדיין אינו שלו רק שעבוד לגבי' יש בו, אבל עכ"פ מרשותו יצא דכלל שענין רשותו הוא דבר שעומד להיות אצלו, ודבר שאינו עומד להיות אצלו, אף דאכתי היא שלו מ"מ כבר אינו ברשותו, ולכן גבי עזי דאכלי חושלא אפשר הי' דעתו לתפסן לגבות מהם, דנראה דסתם לשון תפיסה הוא לגוביינא, אבל גבי ההוא דחבל סכינא דאשכבתא דלהדיא רק בתורת משכון לקח להיות בטוח במעותיו, דאי לגוביינא אין דין חבול ריחיים ורכב וחזרת העבוט, כמבואר בחו"מ ע"ש, וכיון שתפס רק להיות בטוח ודעתו להחזיר את החפץ שפיר קיימא החפץ ברשותו גם אחר התפיסה, ולכן שפיר קשיא לי' להבעה"מ גם מההוא דחבל סכינא דאשכבתא דאפי' כיון להוציאו מבית הבעלים ג"כ קיימא ברשותי' והוי כפקדון דעומד ברשות הבעלים ולא צריך להיות נאמן במיגו דלקוח, ולזה חידש הבעה"מ כאן שפיר דכיון דזה אין ספק דמקצת חוב יש כאן כבר יש לו זכות במשכון ועומד הוא ברשותו לענין משכון ולא מיקרי מיגו להוציא, ולזה עכשיו שפיר דגבי ההוא בקרא דתפס המלוה מרשות הבקרא לא שייך כלל דין פקדון, דהכא לא הי' תפיסה למשכון דנימא דעומד ברשות הבעלים, נמצא דבעה"מ לא חידש להלכה אלא היכי דההחפץ בשעת התפיסה שטוען ותופס כדי דמיו גם עכשיו הוא ברשות הבעלים או בפקדון, אבל בגוונא אחריתא גם בעה"מ מודה דמהני תפיסה אפי' היכי דתפס חפצים, וזהו שלא הוקשה להבעה"מ כלל מהא דבקרא כי בתירוצו דפקדון שאני, כבר יישב גם הא דבקרא, דבקרא לא הי' אצל התופס פקדון כנ"ל.

ב) **אבל** אתה מחלתו או נתתו לי במתנה כתב הש"ך דמשמע דאינו נאמן לומר יש לי בידך כנגדו או מחלתו או נתתו לי במתנה אלא במיגו דפרעתי ואינו מדויק לשון "דמשמע" דהא ע"כ מוכח מכאן דאינו נאמן אלא במיגו, מדכתב בסוף הסעיף ואפי' שנים מעידים שהלוהו ואינם יודעים שפרעו נאמן בשבועת היסת לומר יש לי בידך או מחלת לי ומוכח דאם יודעים שלא פרעו אינו נאמן לומר יש לי בידך, וכן כתב הגר"א בס"ק כ"ב ופשוט, והנה השער המשפט תמה על הש"ך שכתב דגם נתת לי במתנה אינו נאמן אלא במיגו והתפלא עוד יותר על הש"ך שכתב בד' הרמב"ם פ"א מהל' טוען הטוען מטלטלין על חבירו וכו', דגם מכרתו או נתתו לי במתנה אינו נאמן אלא במיגו כמבואר בסי' ע"ב, וכתב על זה השער המשפט תמיהני מאוד דבטענת מכרתו לי מעיקרא א"צ

שום מיגו כלל, אלא בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ואנכי באמת מתפלא על השער המשפט שלא ראה לשון המחבר ולשון הרמב"ם שכתבו להדיא או שאמר אמת הי' לך בידי, אבל מחלתו או נתתו לי או מכרתו לי וכו', אלמא דכתבו להדיא דאמת שהי' לך בידי, וא"כ בא לידו בפקדון ובבא לידו בפקדון ודאי דאינו נאמן ובחנם השיג על הש"ך, ועכ"פ טענת מתנה אם לא הי' בפקדון, ודאי דהיא טענה מצד עצמה, וטעם הדבר בחילוק בין מחילה למתנה, דמתנה טוען שמעיקרו בא לידו בתורת שהוא שלו ומהימן לגבי חפץ מסוים על עיקר חזקתו ותפיסתו בהחפץ שהוא שלו, ואם הטענה היא טענת הלואה נאמן לומר שלא נעשה עליו חוב מעולם, אבל מחילה הרי מודה שכבר נתחייב, אלא שרוצה לבטל חיובו ואינו נאמן אלא בטענת פרעון העומד לפרעון, אבל מחילה דאינו עומד למחילה אינו נאמן, דנשאר עליו חזקת חוב וכן כתב השער המשפט.

והנה באמת מלשון הר"י מיגש הובא בראש פ' שבועת הדיינים סי' י"ט גבי סטראי משמע דגם טענת מתנה צריך לזה מיגו, ויש לעיין שם, אך מרא"ש שם מוכח דא"צ מיגו, אכן עיינתי בפנים בהר"י מיגש על שבועות ומצאתי שהר"י מיגש לא הזכיר שם מיגו כלל, וכפי הנראה נוסחא מוטעת היא בראש ע"ש, ע"כ הדבר פשוט דטענת מתנה א"צ למיגו, ואפי' אם נימא כמו שמשמע שם בלשון הרא"ש דמתנה לא שכיחא, ולא כמו שמוכח מלשון הרמב"ן שמביא הרא"ש דדוקא התם שחייב לו חוב לא אמרינן שנתן לו מתנה, מ"מ גם בטענה דלא שכיחא נאמן להחזיק מה שבידו, והרי טענת נאנסו לא שכיחא ונאמן לפטור א"ע, ואף דבנאנסו חייב שבועת התורה התם הוא גזה"כ דחייב שבועה, אבל עכ"פ אשכחן דטענה היא, ובאמת יש לעיין היכי דיצטרך לטעון נאנסו באופן שאין לו דין שומר, למשל אם יפקיד אחד אצל חבירו חפץ והמפקיד יש לו ג"כ חפץ כזה, והמפקיד התנה שאין לו שום דין שומר, ונמצא בידו רק חפץ אחד והנפקד טוען שלי הוא ושלך נאנס, והמפקיד טוען איני מאמין לך אתה מכרת או הטמנת את החפץ שלך וזה שלי הוא, נראה פשוט דנאמן לטעון נאנסו וגם שבועה דאורייתא אינו צריך וגם בל"ז לפי"מ שכתב המ"מ בפ' ב' מהל' שכירות הובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק קט"ו היכי דמכחישו בפי' גם בטענת נאנסו אין כאן שבועת התורה, אך כאן אין צורך לזה כנ"ל, והנה השעהמ"ש הביא בכאן דברי הרמ"א בסי' קע"ו סי"א. דהיכי דראובן פטר חובות של שמעון שחייב לו עכו"ם אם יש לו מיגו נאמן לומר שברשות פטרן, והש"ך והט"ז השיגו דמדברי התשובת מיימוני מבואר דאפי' אם יש לו מיגו אינו נאמן, ומדמי ליה לשורי הרגת נטיעותי קצצת, וס"ל דשם גם במיגו אינו נאמן לומר שאמרת לי להורגו ולקצצו וכן בכאן, ותמה השעהמ"ש דגבי מחילת חוב איך אפשר לומר דאפי' במיגו אינו

נאמן, מאי שנא מהלוה עצמו דנאמן לומר מחלת במיגו דפרעתי, והביא מד' הרשב"א בתשובה שהביא הסמ"ע בסי' קכ"ג ס"ק י"א דאם הלך זה שבא בהרשאה ומחל החוב להכותי ואמר שמשלחו צוהו למחול נשבע היסת ונפטר, וכ' השעהמ"ש דע"כ הוא אם יש לו מיגו, דאם אין לו מיגו בודאי אינו נאמן, וע"כ כתב דמה שכתב המהר"מ בהמרדכי ומיימוני דלא מהני מיגו הוא משום דאזיל לשיטתו קודם שחזר דהוי ס"ל דגם לוה שטוען מחלת לי אינו נאמן, הובא במרדכי ריש השותפין גבי אין אדם פורע תוך זמנו, והנה מה שהביא מתשובת הרשב"א תימה רבה על הסמ"ע בעצמו שהעתיק דברי הרשב"א שלא בדיוק כלל שהעתיק דבריו מהב"י ושם מיירי מענין שנתפשר עם העכו"ם משטר של מאה דינרין על עשרה דינרין, ובזה ודאי מהני טענת ברי שלא מחל הכל רק שנתפשר, וזהו דרך העולם על חוב שקשה לגבות, והשעהמ"ש הזכיר כאן מיגו, וברשב"א לא נזכר כלל מיגו אלא בטענת ברי נאמן בשבועת היסת ע"כ אין שום מקום לזה מתשובת הרשב"א כי לא מיירי בזה כלל.

ובעיקר הקושיא דלמה לא ליהני' מיגו, הנה לכאורה יש להקשות עוד יותר דלמה צריך כאן למיגו ולמה לא ליהמני' בלא מיגו דהא כתבנו למעלה, וכן כתב השעהמ"ש בעצמו דבאמת צריך להיות טענת מחילה ומתנה שוה, והא דטענת מתנה נאמן בלא מיגו ומחילה צריך מיגו, כבר כתבנו דהוא משום דמתנה טוען דמעיקרא בא לידו בהיתר וברשות, וע"ז מועיל חזקתו, אבל מחילה כבר נתחייב ואדרבא הוא בחזקת חיוב, וא"כ לכאורה בכאן כשמחל חוב חבירו וטוען חבירו הרשהו, א"כ הלא טוען על עיקר החיוב שלא נתחייב מעולם, וא"כ דמי למתנה, וע"כ צ"ל דלא דמי דהיכי דטען מעיקרו שנתן לו חבירו זה החפץ, א"כ חזקתו מסייע לו שבזכות בא לידו ולא בתורת גזילה, וגם בזה טוען הלואה וזה טוען מתנה ועדים ראו מרחוק הנתינה, א"כ גוף הנתינה בא לידו בהיתר מהני חזקתו וטענת ברי שלו שלא נטיל עליו חיוב הלואה, אבל כאן שהלך ומחל חוב חבירו מה שבסתמא אינו עומד שחבירו יצוה אותו למחול והוי כשבור כדי קרע כסותי, ורק דטוען דהוי לו רשות ע"ז, וא"כ רוצה לזכות שהי' לו זכות ורשות להזיק חבירו, וע"ז לא מהני חזקתו לומר שהי' לו זכות להזיק חבירו, דהא ממון חבירו עמד בחזקת חבירו שלא הי' רשאי בסתמא להזיקו, ומה שאנו תובעין ממנו ממון והוא מוחזק בהממון זה לא איכפת לן כיון דבעיקר טענתו שהי' לו רשות, בזה לא הי' מוחזק, ודין חזקה הוא היכי שחזקתו מורה על פטורו, וכאן אין חזקתו מורה על פטורו.

ולפי"ז נראה דאפשר לומר בטעמא דהמהר"מ דס"ל דבאמת על טענה זו לטעון טענת רשות להזיק חבירו, הוי כמו שטוען טענה להוציא מחזקת חבירו דלא מהני גם מיגו בזה,

דמיגו מהני רק להחזיק מה שבידו, ועדיפא מזה אשכחן דלא מהני מיגו היכי שמודה שמה שתחת ידו אינו שלו להפקיע בע"ח מעליו, וכתב הרמב"ן דלא מהני משום דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, ונראה דאינו משום גדר מיגו במקום חזקה, אלא דמיגו לא מהני אלא להחזיק מה שבידו, אבל הכא שאינו מחזיק מה שבידו, אלא טוען טענה שנאמין לו להוציא את שלו מחזקתו לא מהני מיגו, וא"כ ה"נ כיון שבא בהך מיגו לטעון שהי' לו רשות להזיק חברו ולהוציא את שלו מחזקתו מה שבסתמא לא הי' לו רשות אינו נאמן אפי' במיגו, ואף דבטוען אין חטפי ודידי חטפי נאמן במיגו ס"ל להרמב"ם כמו שהסביר הר"י מיג"ש דכיון שלא נתברר חזקתו של חבירו אלא על פיו לא מיקרי מוחזק, ואין זה להוציא מחזקת חבירו, אבל הכא כיון דעכ"פ מוחזק לן החוב שהוא של חבירו אינו נאמן בטענתו להוציא מחזקת חבירו, ולכן לא דמי להיכי דהלוה טוען מחלת לי דהתם אינו טוען טענה אלא לפטור ונאמן במיגו דפרעתי, דהממון הוא כבר תח"י, אבל הכא במוחל חוב של חבירו אין לו שום זכות בחוב חבירו שיהי' רשאי למחול אותו, ולכן ס"ל דאינו נאמן אפי' במיגו, כן נ"ל לאפשר ליישב דברי מהר"מ בתשובה שיהי' להלכה וכד' הש"ך והט"ז, אכן גם דברי השעהמ"ש נכונים המה דאפשר לומר דהמהר"מ איירי כאן כשיטתו קודם שחזר בו דמחילה אינו נאמן לטעון אפי' במיגו וכנ"ל, במקצת נתעוררתי בדברים אלו מחתני הגאון מוהרא"ק שליט"א.

ג) **השעהמ"ש** מסתפק אם אמר לקחתי ממך מעות אבל איני יודע אם הי' בהלואה או הי' במתנה אי הוי כמו איני יודע אם הלויתני, או כאומר איני יודע אם פרעתיך, והנה החקירה מתחלקת לשני אופנים אם הוא זוכר שקבל ממנו מעות, רק שאינו זוכר על מה קבל, וזה יודע שלא על פרעון חוב שלא הי' הלה חייב לו רק הוא אומר שמא נתת לי במתנה, הנה אף אם נסבור שאם א' נתן לחבירו מעות בסתם ולא פי' יכול לומר מתנה קבלתי, והוא מד' הרשב"א והר"ן פ"ק דקדושין, והקצוה"ח בסי' שס"ג הביא זה מד' הר"ן פ"ק דקדושין גבי נתן הוא ואמרה היא, והביא ד' הרשב"א שהביא הר"ן בפ' שני דייני גזרות גבי עמד א' ופירנס את אשתו שכ' דהמפרנס את חבירו סתם לא אמרינן דבתורת מתנה פירנס אלא אמרינן בתורת הלואה, והר"ן הסכים שם לדבריו ורצה לעשות כמו מחלוקת בזה הדין רק נשאר בצ"ע שהר"ן בכתובות הסכים להרשב"א, ובאמת לענין נותן מעות בסתם שכ' הר"ן דהוי מתנה כתב גם הרשב"א בקדושין כן, רק לא לענין דנתן הוא ואמרה היא, אלא בסוגיא דעסיקין באותו ענין, וא"כ ע"כ יודה הקצוה"ח דצריך לחלק בין שני הדינים, שבשני הדינים הסכימו הרשב"א והר"ן דלענין מפרנס בסתם דהוי הלואה ולענין נותן בסתם דהוי מתנה, והחילוק נראה דיש לומר בפשיטות דהיכי

דאדם נותן לחבירו בסתם מעות ולא ידעינן למה כיון אי לשם מתנה או לשם הלואה, ודאי צריך לומר דהוי מתנה דהוא כלל לא ביקש ממנו הלואה והיכי ס"ד שיתן לו בתורת הלואה, אבל המפרנס את חבירו בסתם הא קמן שצריך הוא לפרנסה דהא נותן לו צרכו, וא"כ שפיר אפשר לומר דבסתמא נותן לו אדעתא דהכי דכשיהי' לו מעות יחזיר לו, וכן הא דאשריתי' בגו ביתיה הא קמן שהי' צריך להדירה, ולכן אפשר שפיר לומר דבסתמא ע"מ שיפרענו נתן לו את ביתו לדור בו, והנה כ' הרר"פ (הוא הגר"פ פרוסקין ז"ל) אמר בזה סברא נכונה כי המפרנס חבירו בסתם להשיטות דאורח לא קנה מה שאוכל, א"כ לעולם לא נכנס מה שלקח מהמפרנס לרשות המתפרנס, אלא אוכל אותם בתורת שהם של המפרנס, וכיון שכן שפיר איכא למימר דמוקמינן הפירות או הדירה בחזקת הבעלים שלא נתן אותם מתנה, והלה מחוייב אח"כ לשלם משום שנהנה מממונו של זה, אבל אם נתן לו מעות ואנו מסופקין אם לשם הלואה או מתנה, הא עכ"פ המעות כבר נכנסו לרשות המקבל רק דספק לנו אם נתחייב בתורת הלואה או לא, ומספק לא נחייבו, אכן אף דהוא בדרך הסברא אך אינו מוכרח, דבפשוטו בהדין שכ' הרשב"א דהמפרנס את חבירו בסתם דאמרינן לשם הלואה נתן לו א"א לומר דהכונה דאינו משלם אלא מה שנהנה, ובפשוטו משמע דצריך לשלם כל הדמים, ועוד דאפי' אם נימא דאורח אינו קונה מה שאוכל הוא בודאי עד שלועס, אבל בעת הלעיסה בודאי קונה לפחות לענין זה גופא שיש לו רשות לגמור.

ובזה יישבתי ד' התוס' בפסחים כ"ט ע"א במה שכ' התוס' דלא משכחת חמץ של אחרים באכילה, דכיון שאוכל ממ"נ אם נתן לו הרי קנה אותו ואם גזל ג"כ עובר בב"י לענין חמץ, ומקשים בפשיטות הא משכחת לה לענין דאזמני' בתורת אורח וכמו שכ' הר"ן בנדרים דף ל"ד ע"ב לענין ככרי עליך דלא קנה האורח את הככר, ואמרתי דעכ"פ בעת הלעיסה קנה לפחות לענין זה שיש לו רשות לאכלו, ואין רשות להלה להוציא מתוך פיו, וכיון שכן כבר סגי בזה לענין חמץ להיות עובר עליו בב"י, והנה לענין ליישב שלא יסתור סוגית הגמ' דנדרים מככרי עליך על התוס' דפסחים הי' אפשר לומר דגם בעת הלעיסה כבר קנה לגמרי, ומ"מ הי' מיושב הגמ' דנדרים דעכ"פ קודם הלעיסה הוי ככרו של המדיר ויוכל לאסרו שלא יהי' לו היתר בהתחלת הלעיסה, אך בסברא נכון יותר דעכ"פ קנה לענין זה שיגמור אכילתו, ולא לקדש את האשה, עכ"פ לענייננו כיון שעתה הוא כבר ברשותו אינו מוכרח דיש להעמיד בחזמ"ק דלא נתן לו אלא לענין זה ולא במתנה לגמרי דכיון שבכל אופן הוא כבר בחזקתו אינו שייך בזה כ"כ חזמ"ק, והוי כמו לענין מעות דרק מספקינן אם הלואה או מתנה, והפשוט הוא כמו שכתבתי לחלק

בין פרנסה או דירה ובין מעות וכנ"ל.

והנה לדין זה דנותן מעות בסתם הוי לשם מתנה, לכאורה ראי' מפורשת מהמקדש אחותו דאמרינן אדם יודע וכו' וגמר ונתן לשם מתנה, ואמאי לא נימא לשם הלואה אם לא שנחלק דשם כיון שנתן לה בתורת מתנה, רק שנתן לשם קדושין, ואדם יודע שאין זה קדושין ולכן נשאר מתנה, אבל נתן בסתם אפשר כיון לשם הלואה, אך מ"מ אינו מוכרח החילוק, אכן במה דהרשב"א הביא ראי' לדין דהמפרנס את חבירו סתם דהוי לשם הלואה מהירושלמי דפ' איזה נשך, דחד בר נש אשאיל לחברי' דינרין אשרית' בגו ביתי' אמר לי' הב לי דינרי אמר לי' הב לי אגר ביתי אתא עובדא קמי' דר' בא בר זבידא אמר לי' וקים לי' מאי דהוי חמי למשרי', ודחה הקצוה"ח ראי' זו דשאני התם דכיון דחייב לו חוב לא אמרינן דנתן לו מתנה, וכמש"כ הרמב"ן גבי סטראי, ובאמת אף שחילוקו נכון לא אדע למה צריך כלל לזה החילוק, כי ראיית הרשב"א באמת תמוה מאוד לפי"מ שמפרשים הראשונים הרמב"ן והרא"ש דדין הירוש' קאי לענין דין הלוהו ודר בחצרו, וז"ל הרא"ש שם בפ' א"נ סי' ט"ז לאחר שהביא שיטת הר' אפרים ז"ל דלא אמרינן סלוקי בלא זוזי אפוקי הוא אלא לענין משכנתא דהוי ברשותו וצריך להוציא המשכנתא מרשותו, אבל בסתם הלואה ונתן לו אבק רבית מנכין האבק רבית, וכן לענין הלוהו ודר בחצירו מנכין לו האבק רבית, וכתב ע"ז הרא"ש וז"ל, ויש מביאין ראי' מן הירושלמי חד בר נש וכו', ודחה אותו הרמב"ן ז"ל דילמא ר' אבא בר ביזנא ס"ל כמאן דאית לי' לקמן דסלוקי בלא זוזי לאו אפוקי הוא, ואנן כרב אשי קיי"ל דאמר דחשוב אפוקי, עכ"ל הרי שהיש מביאין ראי' וכן הרמב"ן מפרשים ד' הירושלמי דהיינו שהשרה אותו בחצירו בתורת אבק רבית, ומשום זה חייבו ר' אבא בר זבדא ליתן שכר היינו שהוציא ממנו האבק רבית, וע"כ צריך לפרש כן דלא נוכל לפרש דהד"ת הי' אם מה שנתן לו לדור בסתם אי הוי לשם מתנה או לשם הלואה, א"כ אין זה שייך לפרק איזהו נשך, ומדקבע הירושלמי הך עובדא שם, ואמתני' דהמלוה את חבירו לא ידור בחצירו חנם מוכח דהוא לענין דיני רבית, ואם נאמר להוכיח מהא דבסתמא הוי רבית ולא מתנה בעלמא בודאי לא קשה מידי דודאי היכי שחייב לו חוב ונותן לו מעות בסתם, אמרינן דלשם רבית הוא נותן, כיון דאינו רגיל ליתן לו מתנות, ועיין במל"מ פ"ה מה' מלוה מה שהאריך במחלוקת הרמב"ם והטור לענין רבית מאוחרת בסתם, אבל פשוט דדין אבק רבית הוא גם בנותן בסתם, וזהו דינא דמתני' דהמלוה את חבירו לא ידור בחצירו חנם, ומשום זה לא הי' צריך להביא הירושלמי דהיא משנה מפורשת, ואין לומר דמתני' הוי אוקמינא באמר בפי' בשביל מעותיך, דא"כ מאי קאמר בגמ' דידן אי ממתני' הו"א בחצר

דקיימא לאגרא, וגברא דעביד למיגר, א"כ מאי קמ"ל מתני' וע"כ דמתני' היינו בסתמא כפשטה דמתני', ומ"מ אין שום ראי' לנותן בסתם דלא הוי מתנה, דודאי היכי שחייב לו חוב הוי אבק רבית, אבל הרשב"א כנראה מפרש ד' הירושלמי דר' אבא בר זבדא חייבו ליתן אגר בית, משום דאמרינן דאדעתא דהכי הניחו לדור בו אדעתא שיתן אגרא, וא"כ אין לזה שום שייכות למתני' דפ' איזהו נשך.

עתה נשוב לענין חקירת השעהמ"ש, דאם מודה שלקח מעות רק אינו זוכר על מה נתן לו, וגם זה יודע שלא הי' על פרעון חוב שלא הי' הלה חייב לו, וא"כ צריך רק לטעון שמא נתת לי במתנה, בזה נראה לי דודאי חייב כיון דעכ"פ נתינת מעות בודאי הי' רק שצריך לטעון שמא נתת לי במתנה, טענת שמא באמת אינה טענה כלל רק דנימא דהוי כמו שנטעון עבורו שמא נתן לו במתנה, וזה מצינו בתוס' בפ' המוכר את הבית דלא טענינן ליתמי נאנסו, משום דלא שכיחא אלמא דכל מילתא דלא שכיחא לא טענינן בטענת שמא, אכן אם הוא זוכר שהי' מדובר גם מענין מתנה רק שאינו זוכר אם למתנה או להלואה, באופן דהוי ספק גמור ובזה אינו ראי' מהא דלא טענינן מילתא דלא שכיחא, דזה דוקא היכי שאנו באין לחדש טענה מעצמנו שמא היה כך וכך, אבל בטוען בפי' דיש דררא של ספק א"כ הוי ספק גמור ומספק א"א לחייבו ממון כיון דעיקר החוב לא נתחזק, ויש לעיין בזה, והנה השעהמ"ש הביא ראי' מהא דכ' הבעה"ת והביאו הטור והמחבר לדינא בהוציא עליו כת"י, והוא טוען איני יודע אם הלויתני ושמא שכחתי וחתמתי שמי בסוף הגליון ומצא זה וכתב עליו דמסתברא דחייב לשלם אלמא דאע"ג דאיכא למימר שהחתימה לא היתה לשם חיוב, מ"מ כיון שיש כאן חתימה ודאית אין ספק מוציא מידי ודאי, ה"נ כיון שודאי נטל ממון מחבירו ואינו יודע על איזה אופן אמרינן ברי עדיף, והנה לפי דבריו דאתא עלה מכח אין ספק מוציא מידי ודאי, ומדין דבכה"ג ברי עדיף, א"כ אפי' אם טוען אפשר בפרעון חוב נתת לי ג"כ חייב לשלם, כיון שמודה בלקיחת המעות בתורת ודאי, אמנם השעהמ"ש בעצמו תמה על הבעה"ת דלמה לו משום אין ספק מוציא מידי ודאי תיפוק לי' דטענת שהחתימה הי' על גליון חלק לא לשם חוב אינו נאמן אלא במיגו דפרעתי ובספק אין שייך מיגו, וכתב השעהמ"ש דאפשר דבא ללמד לנידון דהכא דאמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, ומובן כמה גדול הדוחק דאוקימתא כזו לא שייך אלא על משנה ובריייתא, והנה עוד יותר קשה לי דלמה לו להבעה"ת להעמיד דינו באומר איני יודע אם הלויתני, ומוכח מזה דבאומר ודאי לא הלויתני בכה"ג פטור ונאמן במיגו דפרעתי שעכ"פ לא לוה וע"כ דהוא בטוען שחתם בסוף הגליון, ובאמת הבעה"ת בעצמו מסיק על מה שהקשה דא"כ למה אמרו לא ליחתום אינש ח"י דילמא משכח אינש דלא

מעלי וכתב מאי דבעי ותי' וז"ל ויש לומר דאם יזכור העיקר ויטעון באמת אה"נ דמשתבע ומפטר. אבל חיישינן שמא ישכח ענין חתימתו ויאמר לא לויתי מעולם שכן הוא האמת, וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי וכיון שקיים הלה חתימת ידו יתחייב לפרעו עכ"ל, ומוכח מזה דאפי' אם אומר ודאי לא הלויתני לא נאמר טענת חתימה חלקה אם לא יטעון אותה בפי' בתורת ברי, ואם אמנם יש לדחות דהכא כשאינו טוען טענת חתימה חלקה, אבל כשהוא טוען ע"ז אפי' טענת שמא כיון שעל ההלואה טוען ברי פטור, אבל מריש דבריו לא משמע כן, אלא דאינו פטור רק בטוען בברי טענת חתימה חלקה ולא בספק שמא כתבתי חתימה חלקה.

לכן נראה דהבעה"ת חידש חידוש גדול דאפי' בטוען בפי' שבודאי לא כתב לו את הכת"י, דהא כתב הבעה"ת דינו להדיא בטוען מעולם לא חתמתי על הודאת הלואה, אלא חתמתי שמי בסוף הגליון ואפשר שמצא בעל דיני, ובזה כתב הבעה"ת דאי אתי בספק על ההלואה הו"ל הלואה ספק והחתימה ודאי, והיינו דמיירי שעל החתימה טוען שודאי לא חתם, ומ"מ כיון שההלואה היא ספק אמרינן גם בזה אין ספק מוציא מידי ודאי, ולא אמרינן דעל החתימה ליהמני' במיגו דפרעתי וממילא ישאר ההלואה ספק, וספק הלואה פטור, אלא דכיון דאינו טוען בודאי טענת ברי על פטורי ממון לא מהני לו מיגו על החתימה, דמיגו לא מהני אלא היכי דטוען ברי על פטור ממון, וממילא לענינינו אין מד' בעה"ת שום ראי', ועיינתי בד' הבעה"ת במקומו ובס' גדו"ת שם, וקצת משמע מד' הגדו"ת כמו שכתבתי.

-השמטות ומלואים-

מה שכתב אלי שארי הגאון הגדול **מוהרצ"פ פרנק** שליט"א רב ואב"ד דפעיה"ק ת"ו **בספרו** (דף ל"ו עמוד ד' באות ג') [פרק א' הל' ג'] מביא מהרשב"א והר"ן דלענין נותן לחבירו סתם דיש חילוק בין מפרנס לנותן דבמפרנס אמרי' דיהב לי' אדעתא שישלם לו אח"כ אבל בנותן סתם הוי מתנה ובשם הרר"פ פרוסקין מסביר דהחילוק הוא עפ"י שיטת הר"ן בנדרים דלפירושו בגמ' שם יוצא דאורח לא קנה מה שאוכל ומעולם לא נכנס ברשות המתפרנס אלא אוכל מרשות המפרנס, ולכן שפיר איכא למימר דמוקמינן הפירות בחזקת בעלים שלא נתן מתנה והלה מחוייב אח"כ לשלם משום דנהנה מממונו של זה, אבל נותן מעות ואנו מסופקים אם לשם הלואה או לשם מתנה הא עכ"פ המעות כבר נכנסו לרשות המקבל רק הספק הוא אם נתחייב בתורת הלואה או לא נתחייב, לא נחייבו מספק, והדר"ג מעורר ע"ז דפשטות דברי הרשב"א נראים דבמפרנס את חבירו משלם כל הדמים ולא רק מה שנהנה ומשום כך אין לומר דכל חיובו הוא

מטעם דמוקמינן להו לפירות בחזקת בעלים, ועוד דאפי' לשיטת הר"ן דאורח אינו קונה מה שאוכל ז"א אלא קודם הלעיסה אבל בשעת לעיסה בודאי קונה לענין זה שיש לו לגמור, ולי צ"ע בכ"ז דאף נקבל סברת המסביר הנז' מאן פלג לן דא"צ לשלם אלא מה שנהנה ולא כל הדמים, ולכאורה מכיון דאנו דנין ואמדינן לדעתי' שאינו רוצה לפרנס חנם אלא רוצה לבוא על שכרו מה"ת נכנס בפשרות ולמה לא ירצה לקבל כל הדמים, גם מה שהדר"ג רוצה לחדש דבשעת הלעיסה קונה ונעשה שלו בלי ראי' קשה לחדש זה דמכיון דהר"ן משמא דגמרא ס"ל דהמאכיל את חברו אינו מקנה לו את המאכל אלא קפיד שהאוכל יאכל משל הנותן למה ישנה דעתו בשעת הלעיסה ומי מעכב על המאכיל מלעבור על דעתו גם בשעת לעיסה שלא להקנות לו, אלא שלדידי עצם סברת המסביר אינה מתקבלת איזה חזקה יש כאן להכריע דרוצה בתשלומין דוקא דאף אם נאמר דדעתו להאכילו בלי כסף אין זה נגד חזקה דהחפץ והמאכל שנותן לו הרי אמרינן שהוא נשאר ברשות הבעלים עד הבליעה ואין אנחנו מוציאים אותו מחזקתו אלא שאנו דנים אם רשות בליעת המאכל הוא ע"מ שישלם לו אם בחנם והספק רק על הדמים אם נתחייב לו וע"ז אין חזקה לחייב וכיצד מתחייב מטעם ספק א"ו דבנדון זה לא בחזקה תליא מילתא אלא באומדן דעת של המאכיל וחזקה כאן מאן דכר שמי'.

עוד יש להעיר דכל חדוש דהמאכל נשאר בעלים עד הבליעה ז"א אלא בדאזמני' דהיינו שהמאכיל מאכילו על שלחנו אז יש סברא דאין כאן הקנאות ולא מתנות אלא מה שנותן לתוך פיו. אבל מי שנותן מאכל לחבירו שיקחנו ויאכלהו בביתו לא על שולחן המאכיל, לא עלה על לב לומר שהדבר נשאר ברשות בעלים ובודאי מדאגבהי' המקבל קני' ובדין מפרנס שהראשונים אומרים שצריך לשלם אף שפרנסו סתם לא מדברים דוקא במאכילו על שולחנו אלא גם בלוקח לתוך ביתו נמי מחייב לשלם אח"כ ובכה"ג לא שייך דינו של הר"ן בנדרים וכן לא חילקו במפרנס באוכל או בכסף וגם בנותן כסף אם זה לפרנסה משלם אח"כ אע"ג שבודאי הכסף נעשה שלו תיכף הרי דלא כסברת המסביר הנז'.

ושם (בדף ל"ו סוף עמוד ד') [ד"ה ובזה] מביא תוס' פסחים כ"ט ע"א שתמהו על רש"י דלא משכח"ל חמץ של אחרים באכילה, משום דממ"נ אם נתן לו הרי קנה ושלו הוא ואם גזל הרי עובר בב"י ומקשים הא משכח"ל בדאזמני' ואורח אוכל משל בעה"ב ואינו קונה ומתרץ הדר"ג דבשעת לעיסה לכו"ע קונה נעשה שלו, והנה לעיל הערתי דאין הכרח לזה והסברא היא דמכיון דקפיד ואינו רוצה להקנותו מנ"ל דבשעת לעיסה זוכה, ועוד דבלא"ה אין זה מספיק לחזק קושית תוס' על רש"י דעדיין י"ל דנ"מ אם המאכיל מתנה להדיא שאינו רוצה לזכות שיהא נעשה שלו ואפי' בסתם אוכל יש לנו לומר דאינו רוצה

לזכות דאיסורא דחמץ כמאן דפריש שאינו רוצה לזכות שיהא נעשה שלו דלא שביק היתרא ואכיל איסורא, וכע"ז דאמרינן בב"מ דף ק"ב ע"א והשתא דאר"י א"ר אסור לזכות בבצים כ"ז שהאם רובצת עליהם וכו' וכל היכי דאיהו לא מצי זכי לי' חצרו נמי לא זכיא לי' וכן בתוס' שם ד"ה לא צריכא שכ' וכגון שנתן ידו או בגדו תחת הביצים בשעה שהאם רובצת עליהם ולא נתכוין לזכות בביצים עדיין, וכע"ז בתוס' שם (ב"מ דף קט"ו ע"ב) בד"ה בע"א וחייב משום ב' כלים דאפי' אם כבר זכה ולא ידע מן האיסור הויא זכי' בטעות שאם הי' יודע שהוא אסור לא הי' חובלו לפשוט דבנ"ד יש לנו לומר דאינו רוצה לזכות בהחמץ דלא שביק התירא ואכל איסורא.

וגם מה שהתוס' מקשים על רש"י דאם גזל הרי עובר בב"י לכאורה יש לדון דרש"י ס"ל דבגוי ליכא מצות השבה וכ"כ מהר"ם ב"א בספרו כפ"ת (ר"ה כ"ח ע"א) דאין חיוב השבה בגזל של גוי מדאין השבה אין אחריות וליכא ב"י ושפיר משכח"ל אוכל חמץ שאינו שלו ולא יעבור למאן דיליף שאור באכילה משאור דראי'. [ע"כ]

ד) **ואפי'** שנים מעידים שהלוהו, עיין ש"ך שכתב בשם פסקי מהרא"י סי' פ"ד דה"ה אם טוען אביך חייב לי כנגדו נאמן במיגו אע"פ שבטענה זו אינו יודע שמשקר ובמיגו הי' מעיז אמרינן שפיר מיגו כה"ג וכן הביא הש"ך בשם הריב"ש דכי לא אמרינן מיגו ממעיז לאינו מעיז היינו למיפטריה משבועה, אבל בשבועה נאמן לפוטרו מממון, והנה זהו שיטת הראשונים דסוברים כן, ועיין במש"כ הקצוה"ח בסי' פ"ב בדיני מיגו שהביא ד' הרא"ש שחלק על הר"י מיגש במה שסובר דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, ומממון אמרינן, ותמה הרא"ש דמאי נ"מ מממון לשבועה אם אינו נשבע צריך הוא לשלם, ובזה הקשה הקצוה"ח דא"כ גם גבי מיגו דמעיז למה נחלק בין ממון לשבועה לשיטת הרא"ש ויישב הקצוה"ח ע"פ ד' הרשב"א שכתב בתשובה דאף דהוי מיגו ממעיז לאינו מעיז מ"מ כל שחשוד ליטול ממון חבירו שלא כדין אף הוא יכול להעיז, ובזה יישב הקצוה"ח דבשבועה דבאמת ס"ל דחשיד אממונא חשיד אשבועתא רק דספק מלוה ישנה יש לו עליו, אינו יכול להעיז אבל בממון כיון שאנו חושדין אותו למשקר אף הוא מעיז, אבל באמת העמיס בד' הרשב"א כונה שאינה נכונה, ועיקר כונת הרשב"א נראה לכל שמחלק בין היכי שכופר במלוה דהוי בזה אישתמוטי אשר באמת אינו מעיז כלל, ושם שייך לחלק בין מעיז במקצת לכופר הכל, אבל היכי שבא ליטול ממון חבירו והוא גזלן ממש לא שייך לחלק בין מעיז לאינו מעיז, כיון שהוא גזלן, וזה שייך לחלק בין גבי ממון בין לגבי שבועה, ולפי"ז לד' הרשב"א אין חילוק כלל בין ממון לשבועה אלא בין כופר בחוב לכופר בממון מסויים שנעשה עליו גזלן, ושפיר אפשר לומר דגם הרא"ש ס"ל כן דמיגו

דמעיז בודאי לא אמרינן, ורק היכא שבא לגזול אמרינן מיגו דמעיז כד' הרשב"א.

והנה הש"ך הביא ד' ס' הכריתות במה שכתב וז"ל מיגו דהעזה לא אמרינן כי הא דסלעים דינרין וכו', וכתב ע"ז הש"ך וה"ה במודה במקצת גופי' הו"ל לאוכוחי הכי, ובאמת אתפלא על ס' הכריתות למה הביא מהא דסלעים דינרים, ולא הביא מהא דרבה דהוא פשוט לכל, אכן כונת ס' הכריתות הוא פשוט וכן מצאתי בתומים, רק בכ"ז בעיקר חידוש הר"ש הבין התומים כמו הש"ך, דהיינו דלא אמרינן מיגו דהעזה, שכיון הר"ש לד' התוס' שם שהקשו וליהמניה בשלש במיגו דאי בעי אמר שתים דכיון דשתים חייב לא הו"ל כופר הכל, ותי' התוס' דמה שהשטר מסייעו אינו טוען ברצון שנראה שאינו מודה אלא מחמת השטר, נמצא דבאמת אינו כופר הכל אם הי' טוען שתים דהא חשבינן לי' הודאה, רק דהוא מוכח שמשקר מדלא הודה אלא כמו שמוכח בשטר, ונמצא דהוא הסבר אחר לגמרי לא הך דמעיז בכופר הכל, ובאמת נראה לחלק דאם הי' כופר הכל הי' מעיז לגבי הבע"ד, אבל לעלמא אין זה העזה כי מאן מוכח מי שטוען אמת, אבל במודה במה שכתוב בשטר לפי הך סברא שכתבו התוס' אפשר לומר דהוא העזה רק לעלמא, דלגבי דידיה באמת אין נ"מ במה שנראה שכופר בשביל שלא יכול יותר לכפור דהא הבע"ד בין כך וכך יודע שהוא משקר, רק שנאמר שיש נ"מ בין לכפור הכל לכופר במקצת, וכיון דחשוב זה למודה במקצת א"כ למה לא הוי מיגו, רק דהנ"מ כאן הוא לעלמא דלעלמא נראה דכאן עוד גרע מכופר הכל, כיון דלא ס"ל הך סברא דמסייע לו שטרא והיינו דלא ה"ל הסברא דשטר שנכתב סלעים דינרים בסתמא הוא שתים, א"כ אדרבא יחשדו אותו שאינו טוען אמת מדלא הודה רק מה שא"א לכפור, ולא דמי לכופר הכל דאינו ידוע אם חייב לו כלל, והוא פשוט בכונת התוס', ולכן כאן הך העזה הוא לעלמא, וכבר הביא התומים בשם הכה"ג דמיגו דהעזה לעלמא לא אמרינן, וממילא אין קושיא במה דלא הביא מהא דרבה דהוא ענין אחר לגמרי.

הלכה ו

כל המחויב שבועת היסת אם רצה להפוך השבועה על התובע הרי התובע נשבע היסת ונוטל מחבירו, ואין לך מי שנשבע היסת ונוטל מחבירו אלא זה שנהפכה עליו שבועת היסת בלבד, אבל שבועה של תורה או של דבריהם אין הופכין שבועתן.

ואין לך מי שנשבע היסת ונוטל מחבירו, בסי' קכ"א סעיף ט' במה שכתב המחבר בשו"ע ישבע השליח היסת, וישבע המלוה או המפקיד בנק"ח שלא קבלם ויגבה חובו מהלוה או מהנפקד כתב הש"ך בס"ק מ"ז וז"ל כתב בעל התרומות שער כ"ט בשם ר' אפרים דעדים נשבעין תחלה שהיו שלוחים ומלוה לכי בעי אפרועי משתבעי, וזהו למה

דאמר הגמ' בקדושין דף מ"ג ע"ב הלכך משתבעי עדים וכו', וכתב ע"ז הש"ך ונראה לפענ"ד דרבי אפרים לטעמיה דס"ל שם כהר"י מיגש דגם המלוה נשבע רק היסת א"כ בע"כ צריך לשלם תחלה להמלוה ואח"כ ישבע היסת, דאין לך בהיסת נשבע ונוטל אלא שבועה המהופכת בלבד, כמש"כ הרמב"ם בפ"א מהל' טוען, והסמ"ג וכן כתב המ"מ שם בשם הר"י מיגש, ומש"כ ומלוה לכי בעי אפרועי ר"ל לעמוד בפרעון שנפרע, אבל לדידן דקיי"ל דהמלוה נשבע תחלה בנק"ח ואח"כ נוטל, א"כ המלוה נשבע תחלה דהיאך ישבעו העדים תחלה, הרי יאמרו שמא לא ישבע המלוה ולא תתחייב לו ממון כלל ואין לך עלינו שום שבועה, אבל המלוה בע"כ צריך לישבע כדי ליטול עכ"ל, והנה מה שמפרש הש"ך דברי הבעה"ת במה שכתב ומלוה לכי בעי אפרועי הכונה לעמוד בפרעון שכבר פרעו הלוה, בודאי דוחק גדול ופשטות הלשון הוא כשירצה להפרע, רק דצריך לבאר מה שהוכיח הש"ך מדברי הרמב"ם כאן שאין בנשבע היסת שיהי' נשבע ונוטל, אלא דעיקר יסוד זה שאין בשבועת היסת שישבע ואח"כ יטול, צריך בירור שיש בזה סתירות.

והנה בסי' צ' סעיף י"א בנכנס לביתו של בעה"ב ויצא וכלים טמונים תחת כנפיו ואומר לקוחים הם בידי שכתב המחבר ונשבע בעה"ב היסת על טענתו שלא מכרן ולא נתנן ויחזירו ב"ד הכלים לבעה"ב, וכן הוא בדברי הרמב"ם פ"ט מהל' טוען, כתב ע"ז הש"ך בס"ק כ"א וז"ל הלשון מהופך והדין הוא שיחזיר לו הכלים שלו, ואח"כ ישבע היסת, דלא מצינו שבועת היסת בנשבע ונוטל אם לא ע"י היפוך, והביא מד' הרמב"ם כאן והביא עוד מד' הרמב"ם והמחבר בסעיף י"ד שכתב דבנכנס שלא בפני בעה"ב ונטל כלים דמחזיר ואין כאן שבועה, ואחר שיחזיר חוזר ותובע את בעה"ב, והנה ראייתו מסעיף י"ד יש לדון בזה דשם כיון שנכנס שלא בפני בעה"ב הוא בחזקת גניבה, וכמש"כ הרמב"ם בפ"ד מהל' גזלה הל' י"ב לכן אין בחזקתו של הנכנס שמחזיק בהכלים שום גדר טענה שנאמר כיון שמחזיק בהכלים יהי' זה גדר טענה לחייב את בעה"ב שבועת היסת, אבל בסעיף י"א שהיו הבעלים בבית דאף דמדהיו הכלים טמונים אין כאן חזקה להוכיח מזה שלקוחים הם כמו שטען, זהו דליכא חזקת ראי' גמורה, אבל מ"מ הוי בזה מקצת ראי' על טענתו, ונראה דאם לא היו הבעלים טוענים שאולים הם לא היו ב"ד מוציאים מן המחזיק אם מתו הבעלים ליתנם ליורשים, ויש להוכיח כן מזה שכתב הרמב"ם כאן בפ"ח הל' ב' דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אם נמצא ביד אחר שראובן נוטל כליו ונשבע היסת על טענת שמעון ואפי' מת שמעון הרי ראובן נוטל כליו, והורו הגאונים שישבע היסת שטוענין ליורש, אבל בסעיף י"ד כיון שכתב הרמב"ם שכל הנכנס ונטל שלא בפני

הבעלים ה"ז בחזקת גזלה נראה דמוציאים אפי' ליתנם להיורשים, אף שלא כתב זה הרמב"ם בפי', ומוכח מדטוענין כאן ליורש להשביע את בעל הכלים דחזקת המחזיק הוי מקצת חזקה, אף שאין המחזיק קיים וב"ד טוענין ליורש, ולא מצינו כן אלא היכי שהיורשים הוי קצת מוחזקים ויוצאין מידם, ומוכח דחזקת המחזיק בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר חשיבא קצת חזקה, ומשום זה גבי דברים העשויים להשאיל, דוקא היכי שטענו הבעלים שאולים הם אבל אין טוענים ליורשים אם מתו הבעלים להוציא עבורם.

ומה שהוכיח הש"ך מדברי הרמב"ם כאן, וכן מה שהוכיח כן בסי' קכ"א שהבאתי דלא מצינו נוטל שנשבע היסת קודם שיטול, נראה דאין הוכחה לזה מד' הרמב"ם דהרמב"ם כתב ואין לך מי שנשבע היסת ונוטל מחבירו אלא זה שנהפכה עליו שבועת היסת והיינו שיהי' בו דין נשבע ונוטל, שאינו יכול ליטול בלא שבועה, ולא כדין שבועת היסת שאם אינו רוצה לקיים כדין ב"ד ולישבע לא נחתינן לנכסיה ורק מנדינן ליה, איברא דבדין נשבע ונוטל יש חילוק דהיכי שמן התורה אינו נוטל רק שחכמים תיקנו לו ליטול כמו שכיר נגזל ונחבל בזה ודאי אינו יכול ליטול בלא שבועה, ואפי' אם תפס התובע בלא שבועה מוציאין מידו, אבל בנשבעין ונוטלין שמה"ת נוטלין בלא שבועה, ורק שחכמים הצריכו אותו שבועה כמו נפרע מנכסי יתומים או פוגם שטרו או ע"א מעיד שהוא פרוע, בזה יש מחלוקת דשיטת הרי"ף בפ' הכותב גבי ע"א מעידה שהיא פרועה, שאם תפסה ואינה רוצה לישבע אין מוציאין מידה, רק שכתב הרמב"ן דהוא רק בתפסה מעות, ומביא זה המחבר בסי' פ"ז סעיף י' בשם יש אומרים, אך גם לדברי הרי"ף יש ליישב דברי הרמב"ם, דהרמב"ם הא מיירי כאן בדין שבועת היסת ולא בדין נשבעין ונוטלין, ובזה כתב דאין בשבועת היסת שא"א שיטול אלא אם ישבע רק בזה שנהפכה עליו השבועה דבזה כל עיקר נטילתו הוא רק אם ישבע והוי כמו אלו הנשבעין ונוטלין שמן הדין מד"ת אין נוטלין רק שחכמים תיקנו שישבע ויטול, דבאלו ודאי אם יתפוס בלא שבועה מוציאין מידו כמש"כ הש"ך שם בסי' פ"ז.

והנה שם על דברי הרי"ף לא חלק הר"נ, אבל הב"י מביא שהר"נ בפ' שבועת הדיינים חולק ע"ז, ועיינתי בד' הר"נ והוא לגבי הטוען על שטר אישתבע לי דלא פרעתיך דמה"ת נוטל בלא שבועה, ומה שהצריכו חכמים שבועה הא לא נחתינן לנכסיה שכתב הר"נ די"ל דכי אמרינן דבדרבנן לא נחתינן לנכסיה הני מילי בנתבע שהוא תופס ברשות, אבל תובע שתפס שלא ברשות מפקינן מיניה, וכתב ע"ז הר"נ וזה נראה עיקר, ונראה לכאורה דשיטת הרמב"ם ג"כ כדעת הר"נ דכאן בהל' ד, ה, כתב דהנשבע ונפטר אם השבועה

מה"ת ולא רצה לישבע יורדין לנכסיו, ואם השבועה מדבריהם אם הוא מן הנשבעין ונוטלין אינו יכול להפך השבועה, ואם הוא מן הנשבעין ונפטרין ולא רצה לישבע מנדין אותו ואין יורדין לנכסיו, ודין זה דנשבע ונוטל אינו יכול להפך השבועה, כתב הרי"ף בפ' הכותב גבי פוגמת כתובתה, ושם כתב הרי"ף הך דינא שאם תפסה בלא שבועה אין מוציאין מידה, והרמב"ם כאן שעומד הוא בדין זה דבשבועה דאורייתא יורדין לנכסיו, ובשבועה דרבנן אין יורדין, למה כתב רק דין זה שאינו יכול להפך שאינו מענין הקודם, ולא כתב דין הרי"ף דאם תפס בלא שבועה אין יורדין לנכסיו, ומוכח דבזה אינו מסכים להרי"ף וסובר כהר"נ.

אכן יש לומר דכיון שכתב הרמב"ם אח"כ דין זה דבשבועת היסת אין יורדין לנכסיו אם לא ישבע, וכתב הטעם לפי שאינו מחוייב שבועה מה"ת, וזהו מה דאמר הגמ' בשבועות דף מ"א דבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסיה, א"כ ה"נ היכי שמה"ת נוטל בלא שבועה, רק שחכמים החמירו עליו שישבע בזה ג"כ אין יורדין לנכסיו אם אינו רוצה לישבע ותפס כיון שאינו מחוייב שבועה מה"ת ולא נחת כאן לחלק בין שבועת היסת לשבועה של דבריהם בשבועת המשנה.

והנה בעיקר הך דינא שכתב הש"ך דבשבועת היסת לא משכחת שישבע אם הוא נוטל וישבע היסת קודם שיטול, לכאורה יש להביא ראי' לדבריו מדין הלוה שטען על שטר שהוא פרוע, דעיקר הדין הוא שהוא צריך לשלם בלא שבועת המלוה, ורק אם טוען הלוה אישתבע לי דלא פרעתיך צריך המלוה שבועה, וזו השבועה היא כמו שבועת המשנה בנק"ח, וקשה דאיברא דהך שבועה שהיא בנק"ח אינה אלא היכי שטוען הלוה אישתבע לי, אבל למה לא ישבע המלוה שבועת היסת על עיקר טענת הלוה שטוען שהשטר פרוע כמו בכל שבועת היסת שב"ד מחייבין להנתבע שבועת היסת על טענת התובע, ואף שהתובע אינו טוען אישתבע לי, ומוכח כדברי הש"ך דשבועת היסת לא נתקנה אלא על נתבע שישבע לתובע, ולא להיפוך על תובע שישבע לנתבע היכי שהנתבע צריך ע"פ דין לשלם.

אכן יש לומר בזה דגבי אישתבע לי דלא פרעתיך אין דין שבועה קודם שישלם משום דסתם שטר בחזקת שלא נפרע, והמלוה יש לו הראי' דשטרך בידי מאי בעי, לכן הוא כמו חזקה שלא נפרע, ודין שבועת היסת נתקנה מתובע לנתבע משום דאיכא חזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו, אבל בפ"ט מה' טוען והוא בחו"מ סי' צ' בדברים העשויים להשאיל היכי שנטל בפני הבעלים דאף שאין חזקת המוחזק ראי' משום דיש לומר שהשאילו או השכירו, מ"מ כיון דאמרינן דמה שנטל הוי בחזקת הבעלים לא גרע

משאר תובע שתובע כלי זה שאצלך מכרת לי, ובמה שהכלי עתה אצלו לא גרע מזה טענתו, לכן יש לומר דגם קודם שיחזיר יש דין שבועת היסת על בעל החפץ שלא מכרו, ורק דנ"מ דאינו אלא שבועת היסת, ואם יתפוס בעל החפץ מהנוטל את החפץ לא יוציאו ב"ד ממנו כמו בכל שבועת היסת שאין מוציאין מהנתבע אם לא רצה לישבע.

ויש ראי' לצד זה דאפשר להשביע שבועת היסת להנוטל שצריך שיטול מן הדין כשהנתבע טוען ברי, והוא בפי"ג מהל' מלוה הל' ה' כשתובע בשטר שאין בו קביעת זמן, ובסתמא צריך לשלם מיד כשיתבע, וכתב הרמב"ם היתה המלוה בשטר וטען הלוה שזמן קבעת לי יראה לי שישבע בע"ח היסת שלא קבע לו זמן ויטול המלוה מיד, ומוכח דנשבע ואח"כ יטול, וע"כ דהיינו משום דליכא חזקת ראי' שלא קבע לו זמן, ורק משום דהשטר כתוב סתם צריך לשלם, ומ"מ כיון שטוען הלוה קבעת לי זמן הוי בזה כמו תביעה, שתובע להמלוה שהממון שלך יש לי זכות להשתמש בו עד זמן פלוני.

ולכאורה יש על זה שכתבנו סתירה מפ' י"ד מהל' מלוה הל' ג' גבי דין אישתבע לי דלא פרעתיך דאם הוציא המלוה שטר על הלוה, וטען הלוה שטר אמנה הוא או שחוב זה רבית, וטוען הלוה ישבע לי ויטול, שיש מן הגאונים שהורה שחייב בעל השטר לישבע כמו בטוען אישתבע לי דלא פרעתיך, והרמב"ם כתב דדוקא בטוען שפרע, שהרי הודה בשטר ולפרעון הוא עומד, אבל כל אלו הטענות לא כל הימנו לבטל שטר מקויים, אלא ישלם ואח"כ יטעון על המלוה כמו שירצה שאם יודה יחזיר ואם כפר ישבע היסת, ומבואר דהרמב"ם סובר דבטענת פרעון ליכא חזקה דלא נפרע, וא"כ למה לא יוכל להשביעו היסת בטענתו, אכן נראה דאינו סתירה דמה שחילק הרמב"ם בין טענת פרעון לטענת אמנה או רבית הוא בעיקר הטענה, דטענת אמנה או רבית אינה טענה כלל לבטל שטר מקויים, ודוקא בטענת פרעון מועלת טענתו לטעון ישבע שלא פרעתיו משום שאינו מבטל השטר שהשטר לפרעון עומד, אבל לא בא הרמב"ם לומר דאין לנו חזקה שלא פרע, דודאי איכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי, ולכן לא מצינו שתקנו חכמים בזה שבועת היסת.

עוד נראה דיש לבאר באופן אחר דזה ודאי דשבועת היסת לא נתקנה אלא מתובע על נתבע, ולכן היכי שאין אנו יכולין לומר על המוציא שיש בזה קצת גדר נתבע לא נתקנה שבועת היסת, ולכן הנ"מ בזה דגבי נטל חפצים מחבירו וטוען מכרת לי אף שאנו דנין על החיוב להחזירם, אבל הנוטל שחייב להחזיר הוא גם בגדר תובע, שתובע שהחפצים שהם בחזקתך מכרת אותם לי, וכן בפ' י"ג גבי השטר שטען זמן קבעת לי כיון שמודה שהשטר הוא אמת והוא חייב לשלם רק שטוען שקבעת לי זמן, א"כ הוי בצד זה תובע

שתובע לו שהממון שלך קבעת לי זמן כך וכך יום להשתמש בהם, אבל בטוען על חוב פרעתי א"כ לפי דברי הלוה אין כאן חוב כלל, וממילא אין גדר תובע כלל, ולכן דוקא בטוען אישתבע לי דלא פרעתיך, תיקנו חכמים שבועה והיא שבועה בנק"ח, אבל באינו טוען אישתבע לי דאנו צריכין לבוא מדין שבועת היסת וזה אינו אלא מתובע לנתבע, ובזה מבואר דברי הרמב"ם גבי שטר אמנה דדוקא אחר שישלם לו יכול להשביעו היסת, והנה כדברים אלו מבואר בדברי המ"מ פ' כ"א מהל' אישות הל' ט"ו במה שכתב שם הרמב"ם היא אומרת ראוי הוא לשכור או לקנות שפחה, והוא אומר אינו ראוי עליה להביא ראיה ואין כאן מקום לשבועה, וכתב ע"ז המ"מ וז"ל פשוט הוא שעליה להביא ראיה, שהרי מן הסתם היא משועבדת לו ואין כאן מקום לשבועה, לפי שהיא אינה תובעת ממנו ממון שחייב לה שנאמר ישבע היסת ויפטר, אלא שבאה ליפטר משעבודה, ואינה נפטרת אלא בראיה.

-השמטות ומלואים-

במש"כ לעיל בשיטת הרמב"ם דחולק על הרי"ף שסובר גבי ע"א מעידה שהיא פרועה, דאם תפסה ואינה רוצה לישבע דאין מוציאין מידה וע"ז כ' חביבי להוכיח מדברי הרמב"ם בפ"ב מהל' טוען הל' ט' מי שנתחייב שבועה בין של תורה בין של דבריהם ונשבע ונטל וכו' ואח"כ באו עליו עדים שהוא חשוד אין שבועתו שנשבע כלום ויש לבע"ד להוציא מידו מה שנטל ע"כ. ומדסתם משמע דאיירי גם בע"א מעידה שהיא פרועה וחשוד הא לא גרע מלא נשבע כלל עכ"ד, הנה מפורש ברמב"ם בהל' ה' נתחייב החשוד מדבריהם אם היה מן הנשבעין ונוטלין אינו יכול להשבע וליטול אלא הנתבע שכנגדו ישבע היסת ויפטר וא"כ לשיטתו נראה פשוט דחשוד גרוע מאינה רוצה לישבע דבחשוד יש דין לנתבע שישבע היסת ולפטור עצמו ע"י כך ואין החשוד יכול לבטל ע"י תפיסתו דין זה שיש לו.

ובמש"כ שם לדון בדברי הש"ך סי' קכ"א דבשבועת היסת לא משכחת שישבע קודם שיטול וע"ז כתב להביא ראיה מדברי הרמב"ם בפט"ז מטוען הל' ה' ראובן שערער וכו' לפיכך ישבע ראובן היסת שלא מכר ותחזור לו השדה וישבע שמעון היסת שאינו חייב לו כלום בפירות שאכל ויפטר ומוכח דנשבע היסת קודם שיטול, והעיר בזה הערה נכונה, אכן דברי הרמב"ם צריכין ביאור בעיקר הדין שכ' שראובן צריך לישבע שבועת היסת והנה בפי"א מהל' טוען ונטען הל' א' כתב ואם לא הביא ראי' מסלקין אותו ממנה ומחזיקין אותה לשמעון ולא הזכיר הרמב"ם שישבע המערער והבאתי בספרי שעמד בזה הב"י ובארתי דבאמת הא דנתקנה שבועת היסת הוא משום סברא דאין אדם תובע

אא"כ יש לו וצ"ב מאי נ"מ בין התובע להנתבע ומאי אולמא חזקה דתובע מזו של נתבע ובארתי דהחזקה הוא רק לגבי התובע שעושה מעשה אבל זה שהוא ברשותו ואינו עושה שום דבר אין לו לזה חזקה ולכן בשדה ששניהם תובעים בשוה אין כאן חזקה לזה יותר מזה ולכן אין כאן שבועה ולפי"ז צ"ב דברי הרמב"ם כאן דכיון דל"מ לי' החזקה של ג' שנים כיון שאין לו ב' עדים על החזקה וא"כ למה ישבע כאן ראובן היסת שלא מכר לו את השדה. [ע"כ]

ב) **אבל** שבועה של תורה או של דבריהם אין הופכין שבועתן, בסי' צ"ד ס' ז' ח' כתב המחבר טענו מנה והודה לו בחמשים, ועל השטר טען איני יודע והאחר גלגל עליו כמה גלגולים והנתבע השיבו על הגלגולים אין לך בידי כלום, אע"פ שעיקר שבועה אנו דנין בה משואיל"מ לא נדון כן על הגלגולים, ומה דינו יש מי שאומר שנשבע על הגלגול אם ירצה או יהפכנה עליו, ויש מי שאומר שאין כאן גלגול שלא נתחייב לו שבועה מעולם אלא חייב לשלם לו ואין כאן גלגול, נתחייב לו שבועה מן התורה ובא לגלגל עליו שבועת היסת יכול לומר לו שבועה דאורייתא אשבע לך, ועל הגלגולים תשבע ותטול, ושני הסעיפים תמוהים, דמה שייך שבועת היסת כיון שיש כאן גלגול משבועה דאורייתא, ומה שייך כאן היפוך דהא מדאורייתא לא מפכינן ועיין בסמ"ע שדחק לפרש דסובר גם בדעה א' דאין כאן גלגול ומה שכתב שישבע על הגלגול היינו שישבע שבועת היסת ודבריו תמוהים דעל שבועת היסת אינה חולקת גם הדעה הב', ונראה דהמחבר שהוא מד' הבעה"ת ודאי הכונה דחייב שבועת התורה מדין גלגול, אלא דסובר דאין דין משואיל"מ על גלגול אם הנתבע טוען אינו יודע, וכן מפורש בד' הבעה"ת וכמו שהובא בזה דעתו בסי' ע"ה סעיף ט"ו, לכן גם בכופר על הגלגול א"א להוציא ממנו ממון אם אינו רוצה לישבע דהא יכול לטעון איני יודע כ"כ ברור כדי לישבע, וכדאמר הגמ' בריש ב"מ דפרשי אינשי מספק שבועה אף שטוען עכשיו ברי, וכיון דלא נוכל להוציא ממנו א"כ שפיר יש לומר דאפי' ציית דינא שייך היפוך אפי' בזה, דהחילוק בין שבועה דאורייתא לדרבנן יש לומר דהוא משום דכיון דבשבועה דאורייתא אם אינו נשבע חייב לשלם, לכן אינו יכול להפך אבל בשבועה דרבנן דאין מוציאין ממנו אם אינו נשבע ולכן אף דאם ציית דינא ואינו רוצה לישבע צריך לשלם היינו רק ליפטר מן השבועה, אבל אין עליו בעיקר חיוב תשלומין אם אינו נשבע אלא שמשלם להפטר מן השבועה לכן הוא יכול להפך, ומה דאמר בגמ' בדאורייתא לא מפכינן היינו בעיקר שבועה דאם אינו רוצה לישבע חייב לשלם מן הדין, איברא דיוכל לגלגל עליו שישבע שאינו יודע ודאי שחייב, אלא דגם בזה כיון שהתובע אינו יכול לטעון שהוא יודע ודאי שהנתבע יודע, דאפשר

שכח, והיכי שהתובע אינו טוען ודאי לא מצינו דאיכא דין משואיל"מ רק בשבועת השומרים שטענת נאנסו אינה טענה בלא שבועה, והשבועה היא לפטור, וכיון שלא יהי' דין משואיל"מ א"כ גם בגלגול יוכל להפך, ולפי דברינו נוכל לפרש גם סעיף ח', שהוא מד' הרא"ש ומה שכתב ובא לגלגל עליו שבועת היסת היינו שהתובע טוען טענת ברי דרק בזה איכא היסת דאם טוען התובע שמא על הגלגול זה פשוט דאין מוציאין ממון אם לא ישבע, אבל במגלגל שבועת היסת והיינו שע"י גלגול ישבע שבועת התורה מ"מ סובר דאין מוציאין ממון בגלגול אם לא ישבע, ולכן יוכל להפך עליו, אח"כ ראיתי שכוונתי בזה לדברי התומים.

ובעיקר הדין במה דחולקים הרמב"ן בב"מ דף צ"ח והרא"ש אם משבועת גלגול יש דין משואיל"מ כשטוען הנתבע על עיקר השבועה איני יודע, כיוונתי גם בזה לדברי התומים במה דחולקים הרמב"ן והרא"ש בדין עד מסייע שהרמב"ן הוכיח דאינו פוטר מדין שומר שמסר לשומר, ואמאי אינו פוטר השומר השני להשומר הראשון משבועתו, ודחה הרא"ש בריש ב"מ דכיון דאינו יודע וחייב לשלם לא שייך שהשומר הב' יפטור אותו משבועה, וזהו המחלוקת שם אם במשואיל"מ כבר נעשה דין ממון ולא חיוב שבועה, וזהו אותו המחלוקת בדין גלגול, וכבר כתבתי בבאור מחלוקת הרמב"ן והרא"ש גבי עד מסייע בפ"א הל' א', ויש להוסיף על זה דגם אם בעיקר השבועה כופר וצריך לישבע, ועל הגלגול טוען איני יודע שגם בזה חולקים דהרמב"ן סובר דאיכא משואיל"מ והרא"ש סובר דלא אמרינן משואיל"מ, דיש לומר דגם זה תלוי בגדר זה אם בדין משואיל"מ אמרינן דכבר נעשה דין תשלומין, או שמפני חיוב שבועה צריך לשלם, דאם במשואיל"מ נעשה הדין תשלומין יש לומר דלא שייך זה בגלגול, דבגלגול אי אפשר אלא לחייבו שבועה, אבל אי אמרינן דגם במשואיל"מ נעשה חיוב שבועה אלא שכיון שאינו יכול לישבע משלם שייך גם בגלגול לומר כן, שאף שאינו יודע נעשה עליו חיוב ע"י גלגול וכשאינו יכול לישבע משלם.

אכן דעת הרא"ש בזה צריך לבאר באופן אחר לפי"מ שכתב בפ' השואל שם וז"ל, ומצינו נמי למידחי דלא אמרינן משואיל"מ אלא היכי שאינו יכול לישבע על עיקר טענתו כגון חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, אבל בשבועה הבאה לו ע"י גלגול ולא על עיקר טענתו לא החמירו כולי האי שנאמר בה משואיל"מ ואע"ג דגלגול שבועה דאורייתא, משואיל"מ ילפינן בשבועת ד' תהי' בין שניהם וכו', הילכך אין לנו אלא כיוצא בזה שנתחייב שבועה על עיקר טענתו עכ"ל, ולא ביאר דבריו, שבאמת קשה מה שכתב לא החמירו כולי האי, כמו שכתב בעצמו דהא גלגול דאורייתא, אבל כונתו הוא דכל מקום שאנו לומדין הלכה

דמרבינן זה מקרא אין לומדין אלא על עיקר ההלכה שבקרא ולא על מה שאנו לומדין מדרשא מקרא במקום זה או במקום אחר, והרבה פעמים בארתי זה בספרי והוכחתי מפצע תחת פצע דמרבינן שוגג כמזיד, אבל אין אנו מרבין שוגג אלא על חיוב קרן, אבל ד' דברים דמרבינן נמי מקראי אינו חייב אלא על מזיד, והרב ר' נטע פריינד שי' העירני לד' התוס' בב"ק דף ג' ע"א בד"ה לא, שכתבו דקרא דונפל לא ממעט אלא אמאי דכתוב בקרא [בהדיא] דהיינו בור י' ולא איתורא, ואף דשם לענין מיעוט וכאן לענין רבוי אבל הוא ענין אחד.

הלכה ז

אין משביעין היסת אלא על טענת ודאי, אבל על טענת ספק פטור, כיצד כמדומה לי שיש לי אצלך מנה, או שאמר מנה הלויתיך וכמדומה לי שלא פרעתני, אמר לי אבא שיש לי אצלך מנה, או צוה לי בפני עדים שיש לו אצלך מנה, דבר פלוני נגנב מביתי ולא היה שם אלא אתה קרוב בעיני שאתה גנבתו, חשבתי מעות ומצאתי חסר שמא הטעיתני בחשבון, והנתבע אומר אין לך בידי כלום הרי זה פטור אף משבועת היסת, וכן כל כיוצא בזה.

השגת הראב"ד. אין משביעין וכו' עד וכן כל כיוצא בזה. א"א בזה איני מודה לו כי הוא טענת ברי ועל זו אמר ר"א בן יעקב פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו שהעמיד אותה בבא בטענת עצמו והוא שאמר כך צוה לי אבא שאם אמר ברי לי שאני יודע, על זה אמרו מה לי הוא מה לי אביו ואפי' לרבנן עכ"ל.

הלח"מ האריך כאן בענין מחלוקת הרמב"ם והראב"ד, והנה חלקו כאן בדין שבועת היסת ובפ"ד הל' ה' חלקו בדין שבועת מודה במקצת, וכתב שם הרמב"ם וכן האומר לחבירו אמר לי אבא שיש לי בידך מנה, והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים הרי זה משיב אבדה ופטור אף משבועת היסת, וכתב ע"ז הראב"ד אני אומר שזה מחלוקת ראב"י וחכמים ופסק הרב שהלכה כמותו עכ"ל, והנה הראב"ד בהשגות על הרי"ף בגיטין פ' הניזקין חלק על הרי"ף במה שכתב בשבועות פ' הדיינים להוכיח דהלכה כראב"י מהא דתני ר' אמי שבועת ד' תהי' בין שניהם ולא מן היורשים דמוכיח רבא דאם אמר לו מנה לאבא ביד אביך ואמר לו חמשין אית ליה וחמשין לית ליה מה לי הוא מה לי אבוה, וזה כראב"י דאמר ל"ש בו ול"ש בבנו אינו מעיז, וכתב ע"ז הראב"ד וז"ל דהא דאמרינן מה לי הוא מה לי אבוה לא כשבא בכח צואת אביו, אלא כשאומר אני הייתי בשעת מיתת אבי ושמעתי שהודית לו מנה, והלה אומר לא הודיתי אלא בנ', וא"ת אי לא ס"ל כראב"י לוקי רבא הא דר' אמי כשבא בכח צואת אביו, הא לאו מילתא היא דרבנן נמי

דפטרי לאו מדאורייתא פטרי, אלא מתיקון העולם, עכ"ל, וא"כ צריך ביאור למה השיג על הרמב"ם מזה שפסק הרי"ף דהלכה כראב"י, וי"ל דהראב"ד לשיטתו הא ג"כ סובר דרבנן לא פטרי אלא משום משיב אבדה ולא משום דהוי טענת ספק, והרמב"ם הא כתב כאן דהוי טענת ספק, אכן עוד כתב שם וז"ל [ועוי"ל] אביו כה"ג אי הוי שייך ביה משיב אבדה איהו נמי פטור, אי נמי יורשים דומיא דידיה מה איהו בטענת ברי אף יורשים בטענת ברי, ואי בטענת ברי מה לי הוא מה לי אבוה עכ"ל (ועמש"כ בזה בפי"ב מהל' גזו"א) ולפי"ז לתי' הב' יש לומר דאמר לי אבא הוי טענת ספק לרבנן, ודברי הראב"ד כאן שכתב דאינו מודה להרמב"ם שהיא טענת ברי לראב"י, מוכח דמשיג רק מכח ראב"י, וצ"ל דמשיג על הרמב"ם שדרכו לפסוק כהרי"ף וכמש"כ הלח"מ וזהו בודאי דוחק.

לכן יותר נראה דזה ודאי דבין בדבריו כאן ובין בדבריו על הרי"ף סובר דפלוגתא דראב"י וחכמים הוא באמר לי אבא ומפורש בגמ' דפליגי אם בבנו מעיז, אבל זה ודאי דגם רבנן סברי דאמר לי אבא הוי טענת ברי, ולא פליגי אלא לענין שבועת מוב"מ דסברי דבבנו מעיז, וא"כ שפיר השיג כאן במה שכתב הרמב"ם דהוי טענת ספק ופטור גם משבועת היסת, וזהו עיקר השגתו כאן שכתב בזה פליגי ראב"י וחכמים והוא שאמר כך צוה לי אבא, שאם אמר ברי לי שאני יודע, על זה אמרו מה לי הוא מה לי אביו ואפי' לרבנן עכ"ל, ודברים אלו הם ממש דבריו בהשגות על הרי"ף, דמה דמוכיח רבא מדר' אמי דאי אמר חמשין איתי ליה וחמשין לית ליה מה לי הוא מה לי אבוה, שהוכיח הרי"ף מזה דהלכה כראב"י, ועל זה דחה שם הראב"ד דרבא לא מוקים לדר' אמי באמר לי אבא אלא כשאמר יודע אני, וזהו שכתב גם כאן על זה אמרו מה לי הוא מה לי אביו אפי' לרבנן.

והנה עכ"פ בזה בודאי חולקין הרמב"ם והראב"ד, דהרמב"ם סובר דפלוגתא דראב"י וחכמים הוא בטענת ברי שאמר הבן יודע אני שאתה חייב לאבא מנה וכמש"כ המ"מ כאן ובפ"ד, אבל כשטוען אמר לי אבא הוי טענת ספק ואפי' משבועת היסת פטור, והראב"ד סובר דבאומר יודע אני גם רבנן מודו דחייב, ולא פליגי אלא באמר לי אבא, ולדעת הראב"ד יפלא ראיית הרי"ף לפסוק כראב"י מהא דאמר רבא מה לי הוא מה לי אבוה, דהא אפשר דרבא מפרש הא דר' אמי בטענת ברי של הבן וכמש"כ הראב"ד, אך יש לומר דכיון דהראב"ד מפרש דפלוגתתם הוא באמר לי אבא, וטעם המחלוקת אמר הגמ' אי אמרינן דבבנו מעיז, א"כ מה מייתי רבא דהא אפשר לומר דר' אמי דאמר ולא בין היורשין הוא על טענת אמר לי אבא, ובזה אשמעינן קרא דאינו חייב שבועה משום דבבנו מעיז, ומנ"ל לרבא להוכיח דקאי באומרים חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, ואשמעינן דביורשין לא אמרינן משואיל"מ, והראב"ד דמדחה בהשגתו ראיית הרי"ף משמע דסובר

דלא מסתבר דזה אשמעינן קרא דבין שניהם ולא בין היורשים משום דבבנו מעיז, דזהו סברא דבאמר לי אבא יוכל הנתבע להעיז ולכפור הכל, ובודאי ליכא שבועה דמודה במקצת, והרי"ף יסבור דאפשר להעמיד כן, ושייך דקרא אשמעינן הך סברא דבבנו מעיז, וכל זה לדעת הראב"ד דאמר לי אבא הוי טענת ברי, אבל לדעת הרמב"ם דאמר לי אבא הוי טענת ספק, ודאי לא שייך להקשות דמה מוכיח רבא יעמיד הא דולא בין היורשין בטענת אמר לי אבא דבזה ודאי לא צריך קרא דיורשין פטורים לישבע על טענת ספק.

והנה הר"ן בפ' כל הנשבעין בהך סוגיא כתב, ודאמרינן הכא מה לי הוא מה לי אבוה, היינו כגון שטוענו ברי מנה לאבא ביך אביך, שהודה אביך לאבי סמוך למיתתו בפני ובפניך, כה"ג מה לי הוא מה לי אבוה, וליכא לדחות בשאין תובע לו ברי שהוא יודע ומשו"ה פטרינהו רחמנא ליורשין דפשיטא דפטור דמשיב אבדה הוא וקרא למה לי, דהא מוב"מ בעלמא שהוא חייב היינו משום שאינו מעיז פנים בפני בע"ח שיודע בו שהוא יודע האמת, וכי מסקינן נמי אלא לאו דא"ל מנה לאבא ביד אביך, וא"ל חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, היינו נמי כשהוא טוען ברי שהוא יודע שהי' שם כשהודה אביך לאבי, והלה אומר על נ' אני זוכר ועל השאר איני יודע דבכה"ג יורשין פטורין, דלא הו"ל למירמי אנפשייהו כולי האי, וא"ת א"כ דבאיני יודע פטורין והיכי דאמרי בברי חמשין אית ליה וחמשין לית ליה חייבין, ליהמנינהו כי אמרי חמשין אית ליה וחמשין לית ליה במיגו דאי בעו אמרי אין אנו יודעין, יש לומר דאי נמי אמרי אין אנו יודעין שבועה בעי שאינן יודעין, אלא דאבוה כה"ג משלם ואינהו פטרי בשבועה עכ"ל.

והנה לדברי הר"נ יש ליישב ראיית הרי"ף דקיי"ל כראב"י ממה שדחה הראב"ד ראייתו דהגמ' מפרש הא דולא בין היורשין בטוען ברי גמור דבזה אפי' רבנן מודו, דהרי"ף סובר דע"כ הא דמוכיח רבא דאי אמרי חמשין אית ליה וחמשין לית ליה מה לי הוא מה לי אבוה, ע"כ לא מיירי בטוען התובע יודע אתה, דאם טוען התובע יודע אתה והיורש משיב חמשין אני יודע וחמשין איני יודע, הא כתב הר"נ דהיורש הי' חייב שבועה דאורייתא שאינו יודע אלא שאביהם כה"ג חייב לשלם ואינו פוטר משבועה שאינו יודע, ויורשין נפטרין בשבועה שאינם יודעין, ולפי ד' הר"נ דמה דמסקינן דאמרי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, כך הוא הדין שהיורש נשבע שאינו יודע אלא שאינו משלם, וזה ודאי לא משמע כן בברייתא דר' אמי דהא תני שבועת ד' תהי' בין שניהם ולא בין היורשין, ומשמע ודאי דיורשין אינם נשבעין, ולכן סובר הרי"ף (דאע) [דא"כ] גם נעמיד בטוען ברי שאני יודע שאביך חייב לאבי, אבל אינו באומר יודע אתה, וא"כ קשה דגם באומרים חמשין אית ליה וחמשין לית ליה למה אמר רבא דודאי חייבין שבועה הא הוו משיב אבדה,

ומוכח מזה דבכל אופן כפירה אפי' כשאין חבירו מכיר בשקרו ויכול להעיז, ג"כ אמרינן דאינו מעיז וזהו כראב"י דבבנו ג"כ אינו מעיז, וממילא אין נ"מ ונוכל להעמיד גם בטוען אמר לי אבא כיון דסובר דהוי טענת ברי, ושפיר הוכיח הרי"ף דרבא סבר כראב"י.

אכן הר"נ כתב שם עוד על קושייתו דא"כ אם אמר נ' לית לך ליהמניה במיגו דאי בעי אמר נ' איני יודע, דמיגו דאי בעי אמר איני יודע לאו מיגו הוא, והוכיח מב"מ דף קט"ז דאם אמר על מקצת אבנים איני יודע יש עסק שבועה, ואמאי ליהמניה במיגו דלא ידענא כלל דאינו עזות, וש"מ דאינו יודע לא הוי מיגו כלל, ולפי דבריו בתי' ב' שפיר יש לומר דמיירי בטוען יודע אתה, אבל באינו טוען יודע אתה ודאי מעיז הנתבע והוי משיב אבדה, ואין הוכחה דרבא דאמר מה לי הוא מה לי אבוה סבר כראב"י, אבל יש לומר דהרי"ף אינו סובר כתי' ב' של הר"נ וראייתו מב"מ דף קט"ז י"ל ע"פ ד' התוס' בב"ק דף מ"ז ע"א בד"א דאפי' שכתבו דבלא הו"ל לידע ליכא למ"ד ברי ושמא ברי עדיף, וכתבו דההיא דב"מ דהי' אחד מכיר מקצת אבניו, י"ל דרגילות הוא שכל אחד מכיר מקצת אבניו, וכן מוכח דמוקי לה כגון שיש עסק שבועה ביניהם ואם לא הי' לו להכיר אבניו לא הייתי אומר משואיל"מ עכ"ל, ולפי"ז י"ל דיש חילוק בין הא דטוען יודע אתה שאביך הודה בפניך דהא כתב הר"נ בעצמו דיורשין לא הו"ל למירמי אנפשייהו והיינו דכל זמן שלא מת האב חשבו שיחי' ואינו נוגע להם, לכן לא אמרינן בהם משואיל"מ, וממילא לא הוי העזה כשאומרים אין אנו זוכרים, ושייך להאמינם במיגו דאינם זוכרים.

והנה במה שכתב הר"נ דמה דאמרינן מה לי הוא מה לי אבוה אם נעמיד זה בברי וברי הוא דוקא באומר התובע להיורש יודע אתה שאביך חייב לאבי, כתב בזה הש"ך סי' ע"ה ס"ק נ"ו דמלשון הפוסקים לא משמע כן, וכן מבואר בד' הרמב"ם בפ"ד הל' ה' שכתב אבל יורש שטען ואומר אני יודע בודאי, שיש לאבי בידך או ביד אביך מנה והוא אומר אין לך בידי אלא חמשים, או אין לך ביד אבי אלא חמשים, הרי זה מודה במקצת וישבע, ומדכתב סתם אני יודע בודאי ולא כתב גבי ביד אביך ויודע אתה מוכח דסובר דגם בלא אמר יודע אתה לא הוי משיב אבדה, ונראה דבזה תליא דהר"נ לשיטתו דסובר כהראב"ד דפוסק כרבנן ומעמיד פלוגתא דראב"י וחכמים בטוען אמר לי אבא וסובר דהוי טענת ברי ופטור משבועה משום דמעיז, א"כ מוכח דבאופן דאפשר להעיז מעיז ופטור משבוה"ת, א"כ גם בשטוען אני יודע בודאי כל זמן שאינו טוען אתה יודע הא יכול להעיז ולומר איני יודע והוי משיב אבדה ופטור משבועה, לכן ע"כ דמה דאמר רבא מה לי הוא מה לי אבוה זהו אם טוען יודע אני וגם אתה, ובזה הוא שדחה הראב"ד דאין ראיה מרבא דסבר כראב"י, אבל הרמב"ם דסובר דאמר לי אבא הוי טענת שמא וראב"י וחכמים פליגי

בטוען ברי אני יודע בודאי ובזה סברי רבנן דבבנו מעיז, א"כ אין צריך להעמיד דמיירי באמר התובע ליורש יודע אתה, דיש לומר דגם בלא אמר אתה יודע פליגי, וגם בזה סבר ראב"ד דגם בבנו אינו מעיז, דבכל גדר כפירה אינו מעיז לכפור, ורבנן סברי דבבנו מעיז, והרמב"ם סובר כהרי"ף דפסק כראב"י וחייב שבועה, דאף שיכול להעיז מ"מ אינו מעיז כיון שהתביעה היא טענת ברי, ואף אם נאמר דגם באמר התובע אתה יודע פליגי רבנן וסברי דבבנו מעיז, כיון שלא הי' לו מתחלה עסק עמדו, ובשעה שהודה אביו אז לא הי' יורש והי' כמו איש אחר, אבל זה ודאי לשיטת הרמב"ם דלראב"י לאו דוקא כשטען יודע אתה, דראב"י סובר דבכל אופן כשטוען יודע אני שמנה לאבא ביד אביך הוי טענת ברי וגם לא הוי משיב אבדה לראב"י דגם בבנו אינו מעיז, אפי' כשאינו טוען יודע אתה.

והנה הרמב"ן בחדושיו בשבועות כתב דאין לומר כדברי הראב"ד דראב"י ורבנן פליגי באמר לי אבא, דבאמר לי אבא הוי טענת שמא, והוכיח זה מב"ב דף קל"ג דבאומר זה אחי לא אמרינן בזה ברי ושמא אפי' למ"ד ברי עדיף משום דהוי מנה לאחר בידך אלמא דברי ע"פ אחר לא הוי ברי, וכתב שם הר"נ לדחות ד' הרמב"ן דיש לומר דהא דאמר שם דברי לאחר בידך לא הוי ברי זהו לרבנן, אבל ראב"י מצי סבר דהוי ברי ויכול לחייב שבועה, ודברי הר"נ אינם מיושבים דהא הגמ' בגיטין אמר להדיא דראב"י ורבנן פליגי אי בבנו מעיז או אינו מעיז, ומוכח דגם לרבנן הוי טענת ברי, ומה דפטרי משבועה הוא רק משום דבבנו מעיז ונאמן במיגו, ואולי כונת הר"נ לפרש דהפלוגתא דראב"י וחכמים אי בבנו מעיז היינו בזה גופא דראב"י סבר דזה חשיב טענת ברי, וממילא הנתבע אינו מעיז לכפור, ורבנן סברי דלא הוי טענת ברי, וממילא יכול הנתבע להעיז כיון דאין התובע מכיר בשקרו, אלא דמ"מ קשה דהגמ' בגיטין אמר ע"ז אלא בדרבה פליגי ומייתי הא דרבה דמפני מה אמרה תורה וכו' חזקה אין אדם מעיז וכו', ולמה צריך הגמ' לכל זה הלא בפשיטות אפשר לומר דראב"י וחכמים פליגי אי אמר לי אבא הוי טענת ברי כיון שאינו יודע בעצמו, וחכמים דסברי דלא הוי טענת ברי פשיטא דפטרי, דלחייב שבועה ודאי צריך שיטעון התובע טענת ברי, ובטענת שמא א"א לחייב שבועה.

איברא דלפי"ז קשה מה שכתב הרמב"ם בפ"ד הל' ה' וז"ל, וכן האומר לחבירו אמר לי אבא שיש לו בידך מנה, והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים הרי זה משיב אבדה ופטור אף משבועת היסת, וקשה דהא כאן כתב דאמר לי אבא הוי טענת ספק, ולמה הוצרך שם לטעמא דהוי משיב אבדה, ומשמע משום דכאן מיירי בכופר הכל כמו שכתב והנתבע אומר אין לך בידי כלום, ובזה סובר דהוי טענת ספק ואינו חייב היסת אלא על טענת ודאי, אבל כשהוא מודה במקצת, ההודאה במקצת מאלימה את הטענה והי'

שייך לחייב שבועה אף כשהתובע תובע בספק, רק דהפטור הוא משום דהוי משיב אבדה, ובזה ודאי אין כונת הרמב"ם להתקנה דמוצא מציאה לא ישבע, אלא מדאורייתא אינו נשבע כדרבה שכל השבועה הוא משום דאין אדם מעיז, ובטענת שמא ודאי מעיז, וכדאמר הגמ' בגיטין שם על זה דהוי משיב אבדה, ולפי"ז נוכל ליישב דברי הר"נ במה שכתב דראב"י וחכמים פליגי באמר לי אבא אי הוי טענת ברי.

ונראה דיש ליישב קושיית הרמב"ן על הראב"ד בלא ד' הר"נ, דיש לחלק בין טענת אמר לי אבא ובין זה אחי, דבאמר זה אחי הא האח שבא מרחוק ואינו יודע אם הוא אח לתבוע ירושה משאר האחין הא אינו בא מכח הגדת ראובן שאומר זה אחי, דהא ראובן נתן לו את חלקו שמגיע להאח שבא מחלק ירושתו שנטל ואינו נוגע לו אם שמעון ולוי יתנו לו מחלקם או לא, וא"כ ראובן אינו תובע משמעון ולוי שיתנו להאח שבא את חלקו, וגם אינו יכול לתבעם, ואינו אלא בגדר עדות ולפי דבריו שהוא אח פסול להעיד, וא"כ ה"נ האח שבא אינו יכול לתבוע את שמעון ולוי ע"פ הגדת ראובן, אבל בטוען אמר לי אבא שאז היה יכול לתבוע את הנתבע שיחזיר לו המנה, והוא מסר הדברים לבנו שיתבע את החוב שאביו הלוה להנתבע בזה שפיר אנו יכולין לומר דזה הוי טענת חובה אפי' לחייב להנתבע שבועה אם יהי' מודה במקצת כיון שאביו מסר לו כח טענתו שהוא הי' יכול לתבוע.

הלכה ח

כור חטים יש לי בידך בודאי והנתבע אומר איני יודע שמא יש לך שמא אין לך הרי הנתבע ישבע שבועת היסת שאינו יודע ונפטר, לפי שלא חייב עצמו בודאי, וכן כל כיוצא בזה, כור חטים יש לי בידך בודאי והנתבע אומר איני יודע אם חטים הוא או שעורים, הרי זה נשבע היסת שאינו יודע ומשלם שעורין וכן כל כיוצא בזה.

השגת הראב"ד. כור חטים יש לי בידך וכו' עד וכן כל כיוצא בזה. א"א זה אינו שאינו משלם שעורין, והיינו דרבה בר נתן אלא א"כ תפס, ואיכא דדחו לה דכיון דהאידנא איכא שבועת היסת אי אישתבע דלא ידענא אי חטים הוו או שעורים הוו הא אודי הודאה גמורה דאית ליה כל דהוא ולא דחיה הוא הילכך משלם ויש לו פנים, אבל הוא היה צריך לגלות עכ"ל.

הלח"מ האריך כאן והביא דברי הרמב"ם בפ"ה מהל' שאלה ופקדון הל' ז' מה דהביא דברי הירושלמי מעשה באחד שהפקיד שק צרור שהשיג גם שם הראב"ד, והנה שם כתבתי כל הענין באריכות ובארתי החילוק בין הא דשק צרור לכאן, אכן על עיקר הלכה זו שבכאן דסובר הרמב"ם דמשלם שעורין שהשיגו הראב"ד, אביא מש"כ שם, דהנה

צריך באור מה דסובר דחייב בשעורים. כיון שכתב בפ"ג מהל' טוען הל' י' בטעמא דטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור אף מן השעורים וז"ל, שהרי אומר אין לי בידך שעורים, ונמצא זה דומה למי שאמר לחבירו בב"ד מנה לך בידי, ואומר לו האחר אין לי בידך שאין ב"ד מחייבין אותו ליתן לו כלום, וא"כ מה מהני דאמר איני יודע שמא חטים ושמא שעורים, דהא על שעורים אין צד לחייבו, ומצד חטים הא הוי ברי ושמא דפטור, וצריך לומר דטעמו משום דאף דאמרינן דפטור אף מן השעורים אין הטעם דהנתבע מצד עצמו פטור, דהא אם תפס התובע דמי שעורים אין מוציאין מידו כמו שכתב בפ"ג הל' י' וע"כ דהטעם הוא משום דהנתבע הא הודה בשעורים ולגבי עצמו הוא חייב, אלא שב"ד אין נזקקין להוציא מן הנתבע כיון דהתובע בעצמו אומר שאין לו בידו שעורים, ולכן אם תפס שעורים אין ב"ד מוציאין מידו, דהא הנתבע אינו יכול לתבעו, כיון שבעצמו הודה שהוא חייב, וכיון שכן מבואר מה דפסק הרמב"ם דבאמר איני יודע אם חטים אם שעורים חייב לשלם שעורים, דיש לומר דאינו משום חיוב השעורים אלא משום דכנגד דמי השעורים חייב לשלם על תביעת החטים, ומשום דברי ושמא הא איכא מ"ד דסבר ברי ושמא ברי עדיף, ומ"ד לאו ברי עדיף הוא משום דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מאריה, וכיון דהנתבע מודה בשעורים לכן לגבי הנתבע בדמי שעורים לא נפטריה משום חזקת ממון כיון דהוא בעצמו מודה שחייב, והתובע שפיר גובה ממנו שהוא הרי טוען שמגיע לו חטים.

ובזה נוכל ליישב השגת הראב"ד כאן, וכן השיגו בפ"ה הל' שאלה ופקדון מפ' המניח דף ל"ה דאמר שם אי דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא, אכתי תהוי תיובתא דרבה בר נתן דאמר טענו חטים והודה לו בשעורים פטור, ומוכח דאם הנתבע טוען איני יודע אם חטין או שעורים ג"כ פטור אף מן השעורים, דיש לומר לפי"מ שבארתי דמה דחייב בדמי שעורים לשיטת הרמב"ם אינו מצד חיוב השעורים אלא מצד תביעת החטים, דבזה אמרינן דברי ושמא ברי עדיף, א"כ לא שייך זה אלא היכי דהוא תביעה על הנתבע שהוא חייב לשלם, אבל בפ' המניח דמיירי בשניהם תמין דמשלם מגופו, א"כ לא שייך היזק זה לזה כלל, דלא שייך לומר דבשביל שהניזק מודה על הקטן, לכן אין לו כבר חזקת ממון על הגדול כנגד דמי הקטן, כיון דאין התשלומין חיוב גופו של הניזק, ולכן שפיר דגם באומר איני יודע איכא בזה דינא דטענו חטים והודה לו בשעורים, ואף דבמתני' תנן היה אחד גדול ואחד קטן וכו', אחד תם ואחד מועד וכו', ואמר ר"פ אלא דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא וכו', ועל תם ומועד שייך ג"כ לומר דלגבות חוב המועד מן התם לא שייך חזקת ממון כיון שהמזיק מודה בתם, מ"מ לא קשה דר"פ שפיר פריך מאחד

גדול ואחד קטן דהוו שניהם תמים, ועמש"כ בזה שם בפ"ה מהל' שאלה ופקדון בטעם מה דפטור משה"ת.

הלכה יג

מי שנתחייב שבועה אפילו היסת והתחיל התובע לגלגל עליו דברים שלא טען אותם, וראה הנתבע כך ואמר איני רוצה להשבע אלא הריני משלם הטענה הראשונה שנתחייבתי על כפירתה שבועה אין שומעין לו אלא אומרים לנתבע או תן לו כל מה שגלגל עליך מטענות הודאיות או השבע והפטר.

השגת הראב"ד. מי שנתחייב שבועה וכו' עד השבע והפטר. א"א ואם זה שנתחייב היסת ורואה שמגלגלין עליו הרבה והפך השבועה, אם נאמר כבר פטר עצמו מן השבועה, או נאמר לו או השבע על הכל או תהפך עליו את הכל שישבע ויטול, שהרי אתה חייב לו שבועת היסת אף על הגלגולים כמו על הטענה הראשונה, זה המחבר האריך וקיצר, ואני רואה כי זה הוא הדין או ישבע על הכל או יהפוך על הכל וישבע זה ויטול ולא יפטר בהפוכו מן הגלגולים, ואם אמר הנתבע על הגלגולים אני נשבע ונפטר, ועל הטענה הראשונה השבע וטול הרשות בידו, עכ"ל.

מטענות הודאיות, כתב המ"מ וכתב רבינו מטענות הודאיות, כלומר שאם טען עליו התובע טענת ספק ורצה הלה לשלם עיקר תביעתו אינו חייב על הגלגולים לשלם, וכן כתבו קצת בעלי הוראה, ולזה הסכימו הרמב"ן והרשב"א פ' השואל עכ"ל, ובפשוטו מפרש המ"מ דברי הרמב"ם שכתב מטענות הודאיות היינו שעיקר הטענה היתה טענה ודאית אז צריך לשלם בין עיקר השבועה אם אינו רוצה לישבע ובין על הגלגולין, אבל אם עיקר השבועה היא טענת ספק כמו שבועת השותפין, ועל שבועה זו גלגל עליו שבועות אחרות, ורוצה הנתבע לשלם על עיקר השבועה אינו מחוייב לשלם גם על הגלגולין, וזהו לשון המ"מ אבל אם טען עליו התובע טענת ספק ורצה הלה לשלם עיקר תביעתו אינו חייב על הגלגולים לשלם, וכן מפורש בדברי הרשב"א בש"מ בב"מ באריכות דזהו על הטענה הראשונה שהרמב"ן כתב שם כן, והביא דברי הירושלמי שהביא המ"מ וכתב על זה וזה כעין ראיה למי שטוען על הגלגולים איני יודע, ומיהו דוקא בגלגול הבא בטענת ברי, אבל גלגול של שמא אינו מחוייב ממון בשאינו יודע, שאף באומר הריני משלם הורו מקצת בעלי הוראה שאין אומרים הב ליה כל מה דמגלגל, אלא מטענות הודאות, אבל מטענות של שמא משלם עיקר תביעתו ופטור עכ"ל הרמב"ן, והלשון מטענות הודאות זהו כדברי הרמב"ם ושכתב המ"מ על דבריו שכן כתבו קצת בעלי הוראה, וזה לשון הרשב"א בש"מ ומיהו דוקא בשעיקר הטענה המחייבתו שבועה היא טענת ברי

כמנה לי בידך, והלה הודה במקצת וכיוצא בה, כל גלגול הבא על אותה שבועה אם אינו יכול להשבע על הגלגול חייב, אבל גלגול הבא על שבועה שכדרכה מתה שהוא טענת שמא אין בה כח לחייבו ממון אם אינו יכול לישבע אותה, וכן כתב גם הראב"ד לבסוף וכן מוכח נמי בהדיא במתני' דקתני זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו, ואפי' לעולא דמוקי תרי בבי דסיפא בטוען אישתבע לי מיהת דכדרכה מתה, אפ"ה קתני יחלוקו ולא אמרינן מתוך שאיל"מ, עכ"ל.

והנה הש"ך בסי' צ"ד סעיף ג, שהביא שם המחבר לשון הרמב"ם, והמחבר סיים שם דברי המ"מ, כתב על זה הש"ך בסק"ט וז"ל והטענות הודאיות, משמע שאם גלגל עליו טענת ספק ורצה לשלם עיקר תביעתו אינו חייב על הגלגולים לשלם, ומבואר דמפרש מהטענות הודאיות על הגלגולים, ולא ראה ד' הרמב"ן והרשב"א בש"מ שהביא המ"מ יסוד לדבריו שהרשב"א ביאר שם בפי' דהכונה מהטענות הודאיות על עיקר הטענה, והגר"א שם בס"ק י' כתב מתחלה ג"כ כדברי הש"ך וז"ל מהטענות הודאיות משמע דקאי על הטענה השניה שהוא ספק, אבל בנ"י פ' השואל אמתני' דשאלה ושכורה כתב ומיהו ה"מ בגלגול כו' ר"ל דאם טענה הראשונה ספק לא אמרינן מתוך שאיל"מ והביא ממתניתין ק'. א'. הלוקח אומר גדול כו' זכה בגדול וע"כ מטעם גלגול כגון שטען בכסותו ובסיפא זה אומר א"י כו' יחלוקו, וכתב וכן הסכימו האחרונים ואמרו עוד שיכול ליפטר על הגלגולין אם ירצה לשלם עיקר התביעה דירושלמי ה"מ בטוענו ברי כו' משמע דקאי אלעיל שטען על טענה הראשונה ספק, וכן משמע שם שכתב ומיהו אם לא כו' ואפי' טען אגלגולים איני יודע, משמע דתחלה מיירי שטוען אגלגולים ברי ואפ"ה פטור עכ"ל, ומשמע מדבריו שלא ראה ג"כ דברי הרמב"ן והרשב"א.

ואחר שהביא הגר"א דברי הנ"י כתב עוד וז"ל ונ"ל שהוציאו מירושלמי בפ' המפקיד הל' א' אמר נשבע אני כו' חוששין אמר ר' יוסי לא כו' והביאו הרי"ף שם - בסוף שבועות - והקשה על הירושלמי הנ"ל, אבל לסברתם ניחא ששם עיקר התביעה הוא ספק, ומשמע שם בירוש' דאף לת"ק שם אינו חייב לישבע על הגלגולין אם רוצה לשלם, דקאמר שם אמר הריני משלם חוששין שמא שלח בו יד, אמר נשבע אני וראה שמגלגלין עליו שבועות אחרות וחזר ואמר משלם אני חוששין, משמע דחוששין ג"כ כמו ברישא שמא עיניו נתן בה, ולכך צריך לישבע, וקמ"ל דצריך לישבע על הכל אף שאין לו עליו אלא שבועה שאינה ברשותו, ועוד דחזינן שרצה לישבע רק משום שבועות אחרות חזר בו ואיכא רגלים לדבר שאינה ברשותו ואפ"ה חוששין, ור' יוסי משמע שם דפליג על הכל ואף אירשא שאין משביעין אותו משום שמא עיניו נתן בה, שאמר שם אמר ר' יוסי לא

חייבה אותו התורה שבועה להחמיר עליו, אלא להקל עליו שאם רצה לשלם ישלם, ואם רצה לישבע ישבע, אלא שהרי"ף מפרש חוששין אפי' רצה ליתן לו החפץ עצמו, ומילתא אחריתא הוא לענין גלגול כנ"ל, ולשון חוששין לא שייך, וכן פלוגתא דר' יוסי אין משמע כדבריו עכ"ל.

והנה המעיין בדברי הגר"א יראה שיש כאן חזרה בדבריו דמתחלה כשהביא מדברי הנמוק"י דשיטת הראשונים דאף דגם בשבועת הגלגולים איכא דינא משואיל"מ זהו דוקא אם היתה עיקר הטענה מהשבועה הראשונה טענת ברי, וכתב על זה שהוציאו כן מהירושלמי דפ' המפקיד דהרי"ף בסוף פ' כל הנשבעין כשהביא הירושלמי דשם דאמר ר' זעירא או הב ליה כל מה דתבע לך או אישתבע ליה כל מה דמגלגל עלך, שכתב הרי"ף דיש מקשין על זה מהירושלמי דפ' המפקיד דאמר שם אמר הריני נשבע, ראה אותן מגלגלין עליו וחזר ואמר הריני משלם, אמר ר' יוסי לא חייבתו התורה להחמיר עליו אלא להקל עליו שאם רצה לשלם ישלם, ואם אינו רוצה לשלם ישבע, וכתב הרי"ף דזהו פלוגתא דת"ק ור' יוסי היא, ור' זעירא כת"ק סבר והלכתא כת"ק, וע"ז כתב הגר"א דאין כאן סתירה דבפ' המפקיד הא מיירי בשבועת השומרים שהיא טענת ספק מצד הבעלים, ולכן בזה סבר ר' יוסי דאם מגלגלין עליו אינו צריך לשלם, אבל בפ' כל הנשבעין מיירי בטענת ברי של עיקר השבועה, אבל אח"כ כתב הגר"א דפלוגתא דר' יוסי ות"ק לא מיירי בטענת גלגולין ומה שהביא הירושלמי דראה אותן מגלגלין עליו ואמר הריני משלם זהו רבותא, דאף דמתחלה אמר הריני נשבע, ואח"כ כשראה שמגלגלין עליו אמר הריני משלם הו"א דבאופן זה לא נימא שמא עיניו נתן בה, דהא מתחלה רצה לישבע רק בשביל הגלגולים רוצה לשלם והו"א דבכה"ג כיון שמשלם ליכא כלל שבועה שאינה ברשותו, לכן אשמעינן דצריך לישבע וממילא יכול לגלגל עליו, ור' יוסי חולק על עיקר דינא דצריך לישבע שאינה ברשותו, אלא כיון שמשלם אינו צריך לישבע כלל, נמצא דלפי סוף פי' הגר"א בהירושלמי דפ' המפקיד אין ראיה משם לשיטות הראשונים דאם עיקר הטענה שבא ממנה הגלגול היא טענת ספק, אין מחייבין לשלם על הגלגולים אם משלם על עיקר השבועה.

ובעיקר מה שכתב הגר"א שהוציאו מירושלמי פ' המפקיד אינו מובן דהא הרמב"ן והרשב"א וכן הוא בנמוק"י שהביא הגר"א הוכיחו מפורש מהא דתנן זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו, ואמאי הא יש לו לישבע שכדרכה מתה, וממילא חייב השוכר לישבע ששכורה מתה, ומזה מוכיחין דכיון דעיקר השבועה שכדרכה מתה באה ע"פ טענת שמא של הבעלים לכן לא אמרינן בזה על הגלגול משואיל"מ, אכן אף שיש

ראי' ליסוד זה לחלק בין אם עיקר הטענה היא טענת ברי או טענת שמא, מ"מ צריך זה באור בסברא, ובשלמא אם עיקר הטענה היא שבועת השותפין בזה מובן דאף שיכול לגלגל עליו מ"מ אינו חייב לשלם על הגלגולים אם הנתבע טוען איני יודע, דהא על עיקר השבועה ג"כ אינו צריך לשלם דאינה שבועה דאורייתא, ולבד זה כיון דאין התובע טוען ברי כמה גנב ממנו כשותף אינו שייך שיצטרך לשלם דאין גבול וקצבה לדבר, וממילא מיושב דגם על שבועת הגלגול אף דעל זה טוען התובע טענת ברי אינו צריך לשלם משום דלא אלים הגלגול מעיקר השבועה, אבל במה שכתבו הראשונים דגם בשבועת השומרים במה שצריך לישבע שכדרכה מתה הוי טענת ספק שהגלגול הבא משבועה זו אינו מחייב ממון אם אינו יודע, וזה צריך טעם דהא על גוף השבועה אם השומר טוען איני יודע חייב לשלם, ובעיקר מילתא הא אין מקור לחלק בין אם עיקר השבועה היא טענת ברי או טענת שמא, כיון דדין גלגול ילפינן מגלגול שבועה דסוטה שהיא טענת שמא.

ונראה דבדין גלגול שבועה ילפינן שני דינים א' דכשמשביע הבעל את האשה אם לא זינתה ממי שקינא לה יכול להשביע אותה גם אם לא זינתה מאחר, ב' דאותו הדין שיש בה חשד שמא זינתה ממי שקינא לה דאם לא תשבע אסורה לו, ה"נ כשמשביעה שלא ממי שקינא לה, אם משביעה אם לא זינתה גם מאיש אחר, והיא לא תחפוץ לישבע זו השבועה השני' נשאר עליה האיסור הקודם והיא אסורה לבעלה, ונמצא דהגלגול פועל דאותו הדין שיש בעיקר השבועה יש בשבועת הגלגול, ולכן אם עיקר השבועה היא שבועת מודה במקצת דעיקר ההודאה במקצת מחייבתו שבועה, ואם אינו יודע ואומר נ' אני יודע ונ' איני יודע חייב לשלם, לכן אם מגלגל עליו התובע שבועה אחרת נתחזקה גם הטענה מהשבועה האחרת אף שבה אין אומדנא לחיוב ממון שבה הוא כופר הכל, מ"מ כח הגלגול מאלים גם הטענה מהגלגול ונעשית כמו עיקר השבועה, ואם אינו יודע לישבע או אינו רוצה לישבע צריך לשלם, וכמו בהא דסוטה דהשבועה על מי שקינא לה דיש עליו רגלים לדבר מגלגל החשד גם על מי שלא קינא לה ואם לא תשבע אסורה, וזהו בשבועת מודה במקצת, או בשבועת ע"א, אבל בשבועת השומרים מה שצריך השומר לשלם אם אינו נשבע שנאנסה, זהו משום דעיקר טענת נאנסה אינו נאמן אלא בשבועה, כיון דודאי קבל הפקדון וטענת נאנס אינו טענה דשכיח וחייבה התורה על זה שבועה, וממילא אם אינו נשבע משלם, אבל מה שהוא חייב לשלם אינו משום דאלים טענת הבעלים דנימא דבשביל זה יהי' אלים טענת הגלגול דבנאנסו מה שהוא צריך לשלם בלא שבועה אינו בשביל טענת הבעלים, אלא משום דטענת נאנסו אינה טענה מחמת עצמה,

ומשום זה אינו יכול בהגלגול להאלים טענות אחרות שאין בהם גדר של פקדון, אלא טענה של תביעה לכן בזה שפיר דעל טענה של גלגול מטענה של פקדון אינו צריך לשלם.

אלא דאנו צריכין להוסיף מה שכתבתי בפ"ג מהל' שאלה ופקדון הל' ד' דמדין גלגול שבועה דסוטה אנו למדין גם בעיקר הגלגול שני הדינים, דאם הוא מגלגל כשהעיקר שבועה היא טענת ברי, אז אמרינן דהטענה בעיקר השבועה מאלים גם כח השבועה בהגלגול, אבל אם עיקר השבועה היא טענת שמא כמו שבועת השותפין דחזינן דגם מזו השבועה יכול לגלגל, ובזה אין אנו יכולים לומר דטענת עיקר השבועה מאלים כחה של טענת הגלגול, בזה אמרינן דעיקר חיוב השבועה שבעיקר השבועה, נותן להטוען כח לחייב עוד שבועה אף שאין עליה חיוב שבועה, וזה נוכל ללמוד ממה שחיוב שבועה על מטלטלין זוקקין לחייב שבועה על קרקעות, אף שבקרקעות לא הי' מועיל מה שנאמר דטענת עיקר השבועה מאלים כחו של טענת הגלגול, דבקרקעות אפי' בטענה אלימא כמו מודה במקצת אינו חייב אלא דעיקר חיוב השבועה מגלגל עליו חיוב שבועה גם על הקרקעות, וזה מבואר בירושלמי בקדושין פ"א סוף הל' ו' שיובא אח"כ בדברי הגר"א דאמר מנין למדו לגלגול שבועה מסוטה אמן מאיש זה אמן מאיש אחר, עד כדון דברים שהן ראויין להשביע דברים שאין ראויין להשביע, אמר ריב"ב נשמעינה מן הדא אמן שלא סטיתי ארוסה ונשואה שומרת יבם וכנוסה, ארוסה ושומרת יבם ראוי הוא להשביע את אמר מגלגלין והכא מגלגלין, ומפרשים הק"ע והפ"מ דשאלת הירושלמי הוא על קרקעות.

אכן באמת פי' הק"ע והפ"מ אינו מיושב דאם הכונה בירושלמי על קרקעות, א"כ שאלת הירושלמי אינו בדין קרקעות אם יש בהם דין גלגול, דהא זהו משנה מפורשת נכסים שאין להם אחריות זוקקין נכסים שיש להם אחריות לישבע עליהן, וע"כ צ"ל דהשאלה היא מנין למדו לקרקעות, וא"כ מה פשיט מהא דתניא ארוסה ושומרת יבם דהא בקרא לא כתיב אלא אמן אמן, ואפשר לפרש דזהו לרבות דמגלגל על איש אחר שלא הי' בו קינוי וסתירה, אבל עכ"פ הוא ראוי להשביע אם הי' בו קינוי וסתירה, ולכן ע"כ צריך לפרש הירושלמי כמו שמפרש הגר"א לפנינו דהכונה דברים שאין ראויין להשביע שאין עליהם גדר שבועה, והגר"א מצייר זה בגלגול משבועת היסת, ומהפך הנתבע בהגלגול וחולק בזה על הסמ"ע, אבל אפי' לפי דעת הגר"א קשה לפרש דבאופן זה מכוין הירושלמי דלא הוזכר כאן דוקא שבועת היסת וגם אופן של היפוך, ונראה שגם הגר"א אין דעתו לפרש שזהו עיקר כונת הירושלמי, רק שמוכיח מכאן דינו ושיטתו, ונראה דכונת הירושלמי דשואל בעיקר הדין אם מגלגל על הנתבע בטענת שמא באופן שאין טעם לחושדו, וכמו

אם יש לו חיוב שבועה על היורש מדין של עצמו שהוא מודה במקצת וחייב שבועה ומגלגל עליו טענה אם יודע שהי' אביו חייב לו באופן דלא הי' להיורש לידע, וא"כ אין בו גדר חיוב שבועה, וזה פושט מברייתא דמגלגל עליו מארוסה ושומרת יבם אף דאם הי' קינוי וסתירה מצד עצמה אין ראויה להשביע ומ"מ אם כבר נישאת ויש בה קינוי וסתירה מאחד מגלגל עליה מקודם הנשואין, אכן גם לפי"ז שייך לצרף הירושלמי לדברינו הקודמים.

ובעיקר מה שכתבתי לחלק בין אם טענת עיקר השבועה הוא ברי דאז מאלים בהגלגול גם טענת הגלגול אף שאין בה דין לחייב שבועה ובין אם טענת עיקר השבועה הוא בשמא כתבתי שם בפ"ג מהל' שו"פ לזה מקור בגמ' בקדושין דף כ"ח בהך דינא דגלגול דאמר שם הגמ' אשכחן סוטה דאיסורא ממונא מנ"ל, תנא דבי ר"י ק"ו ומה סוטה שלא ניתנה להתבע בע"א מגלגלין ממון שניתן להתבע בע"א אינו דין שמגלגלין, אשכחן בודאי ספק מנלן, ופירש"י אי מק"ו לא דמי דסוטה כל שבועתה ספק וגלגול נמי ספק, ממון עיקר שבועתו אינו באה אלא בטענת ודאי דכתיב כי יתן איש ושבועת השותפין תקנתא דרבנן היא וכו', וכיון דעיקר שבועת ממון ליתא אלא בטענת ודאי, גלגול דידיה נמי בטענת ודאי ולא בטענת ספק, ומייתי הגמ' ע"ז תניא רשב"י אומר נאמרה שבועה בחוץ ונאמרה שבועה בפנים, מה שבועה האמורה בפנים עשה בה ספק כודאי, אף שבועה האמורה בחוץ עשה בה ספק כודאי, ולכאורה במה נתיישב בילפותא דרשב"י יותר ולא משמע דזהו ג"ש גמורה, ונראה דמעיקרא למד מדין סוטה שלא ניתנה להתבע בע"א, ומוכח דהילפותא היא על טענת השבועה, ובברייתא דרשב"י למד שבועה משבועה והיינו דאף דאין טענת ברי שבעיקר השבועה יכולה להאלים כחה של טענת הגלגול אם מגלגל עליו בטענת שמא, מ"מ ילפינן שבועה משבועה דע"י עיקר דין השבועה אפשר לגלגל עוד שבועה על ענין אחר, והיינו דבשעה שנשבע הנתבע יכול לגלגל עליו עוד שבועה מטענות אחרות ואין צריך שטענת העיקר יאלים כח הטענה של הגלגול.

ולפי"ז נוכל לומר בדין אם אמרינן בשבועת הגלגול משואיל"מ, אם הנתבע טוען איני יודע, דיש סברא שנאמר משואיל"מ, כיון שהתובע טוען ברי בין על עיקר השבועה בין על טענת הגלגול, אבל אם התובע אינו טוען ברי על עיקר השבועה כמו בשבועת השומרים, לפי"מ דנאמר דבזה אינו אלא גלגול משבועה על שבועה, ואין לנו מקור על משואיל"מ, והרמב"ן בב"מ דצ"ח סובר דגם משבועת שומרים אפשר לחייב ע"י גלגול גם לדין משואיל"מ, אלא דבד' רש"י שהבאנו משמע דשבועת השומרים יש בה ג"כ גדר טענת ברי כיון שיודע שנתן לו הפקדון, וממילא חיוב השבועה הוא חיוב ודאי, ועיין מה

שבארתי בסוף הל' ו' במחלוקת הרמב"ן והרא"ש אם אמרינן בשבועת גלגול משואיל"מ, ועיין מה שכתבתי בזה בפ"ג מה' שאלה ופקדון הל' ד'.

-השמטות ומלואים-

במש"כ לעיל בדברי רש"י בקדושין דף כ"ח דמוכח דסובר דשבועת השומרין יש בה גדר טענת ודאי כיון שנתן לו הפקדון וע"ז ציין הש"ך חו"מ סי' ע"ב שכ' דשבועת השומרין ליכא בטענת ודאי, ביאור דברי הש"ך הוא משום דבטוען טענת החזרתי הוא כפירה בעיקר הפקדון ולא שייך שבועה"ש רק בטענה שפוטרת מדינים המיוחדים בשמירה, וכאן בארתי רק לדין גלגול דיש כאן גדר של טענת ברי ואין לזה שייכות לדברי הש"ך ובעיקר דברי הש"ך כבר עמדתי בדבריו בפ"ג משו"פ הל' ג' וכן מבואר מדברי הרמב"ם פ"ב מהל' טוען הל' ד' דשייך שבועה"ש גם בטענת ברי שטוען בפני שלחת יד בפקדוני או פשעת.

ובמש"כ שם דגז"ש דנאמרה שבועה בחוץ לאו גז"ש גמורה היא העירני לד' התוס' ב"מ צ"ז ד"ה ביום דמשמע מדבריהם דגז"ש גמורה היא אכן הרשב"א בקדושין דף כ"ז ע"ב ד"ה אשכחן כתב להדיא דלאו ג"ש גמורה היא. [ע"כ]

עכשיו נבוא לדברי הראב"ד, והמ"מ כתב על דבריו וז"ל ולעיקר הדין כבר קדם בו רבינו אלפסי שכתב בתשובה שבועת היסת דמהפכינן דוקא דלית בה גלגול שבועה אבל איתבה גלגול לא מפכינן עכ"ל, והנה דינו של הראב"ד מבואר בחו"מ סי' צ"ד סעיף ו' בדברי המחבר, ועל זה שכתב המחבר שהוא מדברי הראב"ד, ואם אמר הנתבע על הגלגולים אני נשבע ונפטר, ועל הטענה הראשונה ישבע ויטול הרשות בידו כתב ע"ז הסמ"ע וז"ל וה"ה איפכא שיוכל לומר ואני אשבע על עיקר הטענה והוא ישבע על הגלגולים ויטול עכ"ל וכתב ע"ז הגר"א בס"ק ט"ז על תחלת ד' המחבר, אם זה שנתחייב היסת ורואה שמגלגלין עליו הרבה הפך השבועה, אומרים לו או השבע על הכל או תהפוך הכל, וז"ל, הפך השבועה ר"ל ששבועה של גלגול הפך אומרים לו כו' דאינו יכול להפך הגלגול לבד אם אין תובע רוצה לישבע [וליטול] אלא אומר שישבע הנתבע על הכל, [וזהו] או השבע כו' אע"פ שיכול להפך שבועת היסת בע"כ של התובע ואין הנתבע חייב שום שבועה [פי' אם אין התובע רוצה לישבע] מ"מ כאן שעדיין חייב לו שבועה הראשונה יכול לגלגל עליו עדיין השבועה השניה וצריך ע"כ לישבע, ואע"ג שאינו חייב לו שבועה בלא גלגול יכול לגלגל עליו כמ"ש בירושלמי פ"א דקדושין סוף הל' ה' מנין למדו לגלגול שבועה מסוטה אמן מאיש זה אמן מאיש אחר עד כדין דברים שהן ראויין להשביע, דברים שאין ראויין להשביע, אמר ר' יוסי בר בון נשמעינה מן הדא שלא סטיתי ארוסה

ונשואה שומרת יבם וכנוסה ארוסה ושומרת יבם ראויין להשביע את אמר מגלגלין ה"נ מגלגלין, משא"כ אם אמר על הטענה הראשונה שישבע התובע וז"ש ואם אמר כו' דלא כסמ"ע ס"ק י"ב, וכ"מ בהראב"ד בהשגות פ"א דטוען ד"ה מי א"א ואם כו' או כאמר לו כו' שהרי אתה חייב לו כו' ר"ל אף לאחר ההיפוך עדיין אתה חייב לו שבועת היסת כמו על הראשונה וכנ"ל, ע"ש, עכ"ל הגר"א.

והנה הגר"א חידש כאן חידוש גדול וחלק על הסמ"ע דאף שהגלגול בא מכח שבועת היסת מ"מ הגלגול לבד אינו יכול להפך, וטעמו דאם התובע אינו רוצה לקבל ההיפוך ואינו רוצה לישבע וליטול אף דכה"ג בשבועת היסת אם הנתבע מהפך והתובע אינו רוצה לישבע וליטול אז הנתבע פטור, וכן מבואר בד' הרמב"ם כאן הל' ד' ובמחבר סי' פ"ז סעיף י"ב, מ"מ זהו דוקא בסתם שבועת היסת, אבל כאן שהוא ע"י גלגול והנתבע מהפך והתובע אינו רוצה לישבע וליטול, מה נאמר שהנתבע פטור אכתי יגלגל עליו התובע, דהא אכתי חייב הוא לו עיקר השבועה, וממילא יכול לגלגל עליו אף שנפטר ע"י ההיפוך, וזהו כונת הגר"א שהביא ד' הירוש' וכתב מקודם ואע"ג שאינו חייב לו בלא גלגול יכול לגלגל עליו כמ"ש בירוש', ולכאורה תימה דמה חידש כאן ומה הביא הירוש', האם הוצרך להוכיח עיקר דין גלגול, רק עיקר דבריו הולכים על סוף דבריו, דאף שבסתם שבועת היסת נפטרים ע"י היפוך, אבל כאן שיש דין גלגול לכן לא מהני כשהתובע לא ירצה לישבע וליטול, דנימא דנפטר הנתבע בזה, וע"ז כתב דבמקום שיש גלגול אינו יכול להיפטר בהיפוך, דאכתי יגלגל עליו, ובזה הוא שחלק על הסמ"ע שכתב דה"ה איפכא שיכול לומר אני אשבע על עיקר והוא ישבע על הגלגול ויטול.

אכן מה שפירש הגר"א כן ד' המחבר והראב"ד במה שכתב ואם זה שנתחייב שבועת היסת ורואה שמגלגלין עליו והפך השבועה, דהכונה שהפך שבועת הגלגול מסופקני אם אפשר לפרש כן, דהא כתב שמגלגלין עליו הרבה והיינו הרבה שבועות בתביעות שונות, וכן כתב הראב"ד בכל דבריו וכתב שלשה פעמים הגלגולין, ולמה כתב בתחילת דבריו והפך השבועה, וע"כ דלשון והפך השבועה זהו עיקר השבועת היסת, ומה שהוכיח מדברי הראב"ד שכתב או נאמר לו או השבע לו על הכל או תהפוך עליו את הכל שישבע ויטול, שהרי אתה חייב לו שבועת היסת אף על הגלגולין כמו על הטענה הראשונה, ופי' הגר"א במה שכתב שהרי אתה חייב לו שבועת היסת אף על הגלגולין כמו על הטענה הראשונה דכונתו שגם אחר ההיפוך אתה חייב לו שבועת היסת על הגלגולים כמו על הטענה הראשונה, והיינו דכיון דאכתי אתה חייב לו על הטענה הראשונה מה יועיל בזה שנפטרת משבועת הגלגול בזה שהפכת, כיון דגלגול מחייב אפי' מי שפטור משבועה,

נראה דאין כונת הראב"ד כן אלא כונת הראב"ד במה שהתחיל דבריו במה שכתב והפך השבועה היינו עיקר השבועה, וכתב אם נאמר כבר פטר עצמו מן השבועה והיינו דבזה שהיפך השבועת היסת כבר פטר עצמו מן השבועה, והיינו דאין עכשיו במה לחייב להנתבע גלגולים, כיון דכבר ליכא עיקר שבועה, ועל זה כתב או נאמר לו או השבע לו על הכל, או תהפך עליו את הכל שישבע ויטול, שהרי אתה חייב לו שבועת היסת אף על הגלגולים כמו על הטענה הראשונה, והיינו במה שנפטר הנתבע מהשבועת היסת כיון שהפך עליו, דכיון דקודם שהפך עליו כבר גלגל עליו, א"כ כבר נתחייב לו שבועות אף על הגלגולין כמו על עיקר השבועה, ויש להוכיח פי' זה מדברי המ"מ שכתב ולעיקר הדין כבר קדם בו רבינו אלפסי שכתב בתשובה שבועת היסת דמהפכין דוקא דלית בה גלגול, אבל אית בה גלגול לא מפכינן, ומוכח דזה הי' ספיקו של הראב"ד אם אפשר להפך עיקר השבועת היסת שיפטר בשביל זה מן הגלגולים וכמו שכתבתי.

אכן קשה אם נפרש כן בדברי הראב"ד דמה נסתפק בזה ועוד טען על הרמב"ם שלא ביאר זה, דהא כתב הרמב"ם בהלכה זו דאם לאחר שראה הנתבע שמגלגלין עליו אמר הריני משלם עיקר השבועה אין שומעין לו אלא אומרים לנתבע או תן לו כל מה שגלגל עליך מטענות הודאות או השבע והפטר, וא"כ מה מסתפק הראב"ד אם לאחר שראה שמגלגלין הפך השבועה, במה אלים היפוך מאומר הריני משלם, ונראה דזה פשוט דאם כבר חייבוהו ב"ד שבועה על הגלגולים אינו יכול לפטור עצמו בזה שיאמר הריני משלם על עיקר השבועה או יהפוך השבועה, ומה שכתב הרמב"ם והוא מד' הירושלמי הוא בראה שמגלגלין עליו, ובזה הוצרך לפסוק וכן הוא בירוש' דלא מהני מה שיאמר הריני משלם וב"ד מחייבין אותו לישבע על הגלגולין, וכן באופן זה הוא דברי הראב"ד בדין היפוך.

ולפי"ז יש לומר דיש נ"מ בין אמר הריני משלם ובין היפך השבועה, דבאמר הריני משלם הא יכול לחזור כמבואר בד' הרמב"ם בפ"ז מהל' סנהדרין ובחו"מ סי' כ"ב, וא"כ כל זמן שלא שילם הא ב"ד יכולין לחייבו לישבע על הגלגולים, ואחר שחייבוהו ב"ד ודאי אינו מועיל אפי' אם ישלם על עיקר השבועה, אבל אם כשראה שמגלגלין עליו קודם שחייבוהו ב"ד לישבע על הגלגולין שילם על עיקר השבועה יש לומר דמהני דכבר ליכא שבועה ואין לב"ד חיוב שבועה ממה לגלגל, ועכשיו יש לדון בזה על היפוך דהא באומר השבע וטול ונשבע התובע כבר אינו יכול הנתבע לחזור, כמבואר שם בב"ב בדף קכ"ח, ולפי"ז יש לדון בדין היפוך אפי' קודם שנשבע דאפשר דגדר היפוך אלים יותר מסתם השבע וטול, היכי דליכא עליו דין היפוך דהריני משלם היכי שחייב שבועה

דאורייתא ליכא דין עליו אלא שישבע, לכן אם אמר הריני משלם ואיני נשבע יכול לחזור בו, אבל דין היפוך הוא דין מסויים שאם אמר הריני מהפך אז ב"ד משנין הדין וב"ד מהפכין השבועה על התובע שיהי' נשבע ונוטל, וכן לשון הגמ' בדרבנן מפכינן משמע דב"ד מהפכין והוא מדרבנן דין חדש שב"ד פוסקין כאן דין נשבע ונוטל, וכן הוא לשון המ"מ בהל' י' על מה שכתב הרמב"ם עיקר דין היפוך שכתב הרמב"ם השבע היסת ולך השבע אתה היסת וטול, וכתב ע"ז המ"מ זהו באור מ"ש בדרבנן מפכינן שבועה, שאם לא רצה הנתבע לישבע מפכינן על התובע על כרחו, ואם לא רצה לישבע הולך לו, א"כ יש לומר דבזה לא יוכל הנתבע לחזור אפי' קודם שנשבע התובע.

איברא דמפורש בסי' כ"ב סעיף ג' דה"ה למי שנתחייב שבועת היסת והפכה על שכנגדו דדוקא אם כבר נשבע התובע אינו יכול לחזור והוא מדברי הטור שם, אבל בדעת הראב"ד צ"ל דאינו סובר כהטור ומחלק בדין היפוך, מדכתב בלשונו אם נאמר שכבר פטר עצמו מן השבועה, ומוכח דסובר שכבר הוא פסק דין ברור עוד קודם שנשבע התובע דאם היפך הנתבע בהסכם ב"ד, לא דמי לאומר בשבועה דאורייתא אשלם ולא אשבע דאפי' גמר דין לא מהני, ודוקא באומר השבע וטול ונשבע, אבל היפוך הוא דין מיוחד שהב"ד מהפכין הדין ונעשה התובע מדרבנן נשבע ונוטל, ולכן כתב שכבר פטר עצמו מן השבועה. ומבואר מה שנסתפק הראב"ד דאף דבאומר הריני משלם כתב הרמב"ם דלא נפטר מן הגלגולין והוא מהירושלמי, אבל בהיפוך מסתפק וטעם ספיקו כתב דלא בשביל שעוד לא נפטר מן השבועה בהיפוכו, אלא דדין גלגול נעשה תיכף כשגלגל עליו התובע, אף שעוד לא אמרו ב"ד להנתבע שהוא חייב לישבע על הגלגולים, ולכן כתב או שנאמר שכבר חייב הנתבע שבועה על הגלגולים כמו על השבועה הראשונה.

והנה אף שבארתי דברי הראב"ד דלא כדעת הגר"א, מ"מ על מה שחלק על הסמ"ע שכתב דכמו שיכול לומר על הגלגולין אני נשבע ונפטר, ועל הטענה הראשונה השבע וטול, כן יכול לומר אני אשבע על עיקר הטענה, והוא ישבע על הגלגולים ויטול, וחלק על זה הגר"א דאף שאומר הנתבע שהוא מהפך את הגלגולים שישבע ויטול, אם אין התובע רוצה בזה אם נאמר שנפטר מן הגלגולים הרי לא עדיף בזה מכל מי שהוא פטור משום שבועה, מ"מ כשיש להתובע עליו שבועה אחרת יכול לגלגל אפי' על טענה שאין בה שום גדר חיוב שבועה, ולכן גם כאן לא יועיל להנתבע היפוכו דלא עדיף משאר טענה שהוא פטור עליה, והנה אף שהגר"א רוצה לפרש כן בדברי הראב"ד, וכתבתי דקשה לפרש כן, מ"מ בעיקר סברת הגר"א לכאורה אין מקום בסברא לחלוק עליו וליישב דברי הסמ"ע. אכן נראה דיש מקום ליישב דעת הסמ"ע דהדבר תלוי בגדר היפוך אם הנתבע

מהפך והתובע אינו רוצה לישבע אם אנו צריכין לומר דבזה נפטר הנתבע כיון שהיפך והתובע אינו רוצה לישבע דבזה אומר הגר"א דלא עדיף פטור זה מכל פטורים שע"י גלגול יכול לחייבו, אבל יש לומר דאין אנו צריכין לבוא בזה מדין פטורו של הנתבע, אלא שכן נעשה הדין בכל חיובי שבועות דרבנן שהנתבע יכול להפך שהתובע ישבע ויטול, ואין זה בגדר פטורו של הנתבע אלא דבעיקר דין שבועה דרבנן יכול לומר אני מהפך וישבע ויטול, וא"כ מה מועיל שהתובע יטעון עכ"פ הרי הנתבע מחוייב לי עיקר השבועה, ואני מגלגל עליו שישבע על הגלגולים, בזה ישיב הנתבע הלא עכ"פ אינו יכול לחייבני אלא שבועה דרבנן, ובשבועה דרבנן כך הדין או שישבע הנתבע או שיהפך וישבע התובע ויטול, ואיני אומר שסברא זו ברורה והנני כותב רק דיש מקום ליישב דברי הסמ"ע.

הלכה טז

אתה חבלת בי לא היו דברים מעולם, הרי זה נשבע היסת שאע"פ שאינו משלם קנס ע"פ עצמו משלם שבת ורפוי ובושת, אתה ביישתני לא היו דברים מעולם, אם היו במקום שגובין בו קנסות הרי זה נשבע היסת שאילו הודה היה משלם הבושת.

השגת הראב"ד. אתה חבלת וכו' עד משלם שבת ורפוי ובושת. א"א איני מוצא קנס בחבלות ואם מפני שאין דנין חבלות בבבל גם שבת ורפוי ובושת אין דנין, ועוד שהרי ב"ד מנדין עד שיפייס בעל דינו.

המ"מ כתב בד' הרמב"ם שהם ע"פ דבריו בפ"ה מהל' חובל ומזיק שכתב דנזק וצער אינו משום ע"פ עצמו, והביא שהאריך שם, ותמה על ד' הרמב"ם, והנה שם בהל' חובל ומזיק הארכתי וכאן נביא קיצור מש"כ, ומה שיש להוסיף בזה, והנה שם הקשה המ"מ על שיטת הרמב"ם מהסוגיא דריש ב"ק גבי הא דתני ר' אושעיא דאמר הגמ' דבקנסא לא קמיירי וחשיב ר' אושעיא ה' דברים, ועוד בכתובות דף מ"א תנן דמשלם פגם ע"פ עצמו ופגם היינו נזק, והרמב"ם בעצמו פסק בהל' נערה בתולה דמשלם פגם ע"פ עצמו, וכתב המ"מ דהא דאמר בכיצד הרגל קנסא קא מגבית בבבל זה רק שאין גובין משום דלא שכיח, והמ"מ נשאר שם בתימה על ד' הרמב"ם וכתב במה דהראב"ד נשאר שם בספק, וכתב או חייב בכל או פטור מן הכל, אבל בפ' א' מהל' טוען נראה דעתו שהוא חייב על הכל, וכתבתי שם דגם הרמב"ם אינו סובר דהוא קנס גמור, דהא גבי קנס גמור פסק בפ"ב מהל' גנבה דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, וכאן לא כתב דפטור אלא בלא היו שם עדים כלל, ואף שכתב זה לאפוקי היכי שראו עדים שנכנס שלם ויצא חבול, אבל מ"מ לא כתב דינא דפטור, אלא היכי שאין עדים כלל, ושם בהל' חובל לא הזכיר

טעמא דפטור דהוא משום מודה בקנס, רק כאן כתב טעמא דפטור משום דאינו משלם קנס ע"פ עצמו.

ונראה בדעת הרמב"ם דסובר דטעמא דמ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב, ובלא באו עדים פטור, אף דילפינן מקראי מ"מ יש לומר בטעמא משום דבאמת אין אדם משים עצמו רשע, ואין אדם נאמן על עצמו שעשה מעשה רשע שחייב על זה קנס, ומה דאומר גזלתי חייב, וגם באומר גנבתי אף דפטור מקנס חייב בקרן, זהו משום דעכ"פ מודה על עצמו בחיוב ממון, וראי' דהא הוא כשר לעדות ואינו נפסל ע"פ עצמו, והוא בגדר פלגינן דבורא דלחייב עצמו בממון שפיר נאמן, וזהו עיקר דינא דמודה בקנס, דכל זמן שלא באו עדים ולא חייבוהו ב"ד בקנס אין עליו שום חיוב, ואפי' לצאת ידי שמים אינו מחוייב כמו שכתבו התוס' בכתובות דף ל"ג ע"ב ד"ה לאו, ולכן כיון שאינו נאמן על עצמו בעיקר המעשה אינו חייב כלל, ולכן באומר חבלתי לענין חיוב נזק כיון דבאמת לא היה לו היזק ממון ע"י החבלה, דמה דשמין אותו כאילו הוא עבד נמכר בשוק הא לא יכול למכור עצמו לעבד כנעני, ואף דהי' יכול למכור עצמו בעבד עברי, מ"מ כיון דאסור למכור עצמו לעבד עברי דעובר על כי עבדי הם, א"כ לא הי' עומד לזה שימכור את עצמו בעבד עברי, וא"כ לענין זה הוא בגדר קנס שחייבה תורה את החובל לשלם נזק, אבל לא משום שהי' לו היזק ממון, וכיון שהוא רק מה שחייבתו התורה אף שאינו קנס גמור מ"מ לא יוכלו ב"ד לחייבו ע"פ הודאת עצמו, כיון דבאמת אינו נאמן על עיקר המעשה, אבל שבת ורפוי כיון דהי' לו היזק גמור בממון, לכן אף דאינו נאמן על עיקר המעשה מ"מ עכ"פ הודה בחיוב ממון, ומבואר דזה דוקא באדם שחבל באדם, אבל שור שחבל באדם אף דלא הי' לו להנחבל היזק מ"מ משלם בעל השור נזק אפי' בהודאת הבעלים, דכיון דחייבה התורה לבעל השור לשלם נזק מקרא דאו בן יגח בב"ק דף ל"ג דר"ע דריש דגם תם שחבל באדם משלם נזק שלם, ולכן בזה משלם גם ע"פ עצמו, כיון דאין כאן מעשה רשע, ונאמן ע"פ עצמו על עיקר החבלה, לכן לא הזכיר הרמב"ם גבי שור שחבל באדם דאינו משלם ע"פ עצמו.

ובזה מיושב מה שהקשה המ"מ מדין פגם דמשלם ע"פ עצמו, ומשום דפגם יש להנערה היזק בזה שנעשית בעולה שלא יתנו לה כמו לבתולה עבור נשואין, ואף דבזה ג"כ שמין כמה אדם רוצה ליתן לשפחה להשיאה לעבדו בין בתולה לבעולה זהו רק דרך שומא, וע"כ צריך לומר כן דהא אסור להשיא ישראלית לעבד כנעני, ועל כרחך דזהו רק דרך שומא, שאין אנו יכולין לשום כמה יתן עשיר, או כמה יתן עני, ולכן דרך השומא כמו להשיא שפחה לעבדו, והוא רק בגדר דמיון, אבל ההיזק הוא במה שנפחתה מדמיה

לנשואי ישראל.

-השמטות ומלואים-

ובמש"כ לעיל דלמ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב הוא משום דמה דאינו נאמן הוא משום דאאמע"ר, וע"ז העירני לדברי הראב"ד שהביא הרשב"א דמודה בנגיחת קרן תמה אמרינן ליה זיל שלים רק דלא נחתינן לנכסיה ולא אמרינן בזה מודה בקנס פטור ורצה להסביר זה לפי דברי דהוא משום דאאמע"ר ובזה כיון שלא נעשה רשע בנגיחת שורו לכן מהני הודאתו לחייבו, והרשב"א שם הקשה עליו מסוף פ"ק דמפורש דמודה בקרן למ"ד קנסא הוי דפטור כדין כל מודה בקנס וחביבי הוסיף בזה דמאי מקשה הש"ס מכמה משניות למ"ד פ"נ קנסא לישני הא מני ראב"ש דסבר מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב ולדידי' אה"נ דמודה בנגיחת קרן תמה חייב, הנה לא כתבתי זה רק לענין חבלה שכ' הרמב"ם שהוא קנס דאינו קנס ממש רק דלגבי ממון נקרא קנס וכמ"ש באריכות בפ"ב מהל' חובל ומזיק ולכן כתבתי דגם שור שחבל באדם דהוא אותו גדר מ"מ מהני הודאתו דל"ש אין אדם מע"ר וכל זה הוא רק בנזק דחבלה אבל בקנס דגם למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב יליף מאשר ירשיעון ולא המרשיע את עצמו דפטור והיינו דמלבד זה דאינו נאמן על עיקר המעשה שמחייבו קנס יש עוד דין דבעינן שב"ד יחייבו אותו ומשום דבאמת היה פסול על עצמו גם על חיוב ממון דאדם קרוב אצל עצמו ורק דילפינן מכי הוא זה דנאמן על עצמו וזהו רק לענין ממון אבל קנס לא יליף כלל וצריך ב"ד ועדים וזה לא שייך לדברי הראב"ד ושיטתו ביארנו בפ"ב מהל' גנבה עי"ש.

פרק ב

הלכה ה

נתחייב החשוד שבועה מדבריהם אם היה מן הנשבעין ונוטלין אינו יכול להשבע וליטול, אלא הנתבע שכנגדו ישבע היסת ויפטר, וכן פוגם שטרו וכל כיוצא בזה שהי' חשוד וטען הלוה שפרעו ואמר ישבע לי הרי הנתבע נשבע היסת ויפטר מן השטר.

השגת הראב"ד. וכן פוגם שטרו וכו' עד ויפטר מן השטר. א"א איני מודה בזה, אלא שנוטל בלי שבועה שאין פוסלין שטר מקויים מפני שבועה דרבנן, ואם תאמר הא דרב ושמואל הא אמרינן הבו דלא לוסיף עלה, עכ"ל.

המ"מ הביא דעת הראב"ד ודעת הרמב"ם וכתב ואין בידי להכריע, ונראה לברר ההלכה ע"פ הסוגיא דשבועות דף מ"ז דאיתא התם על הא דתנן חזרה שבועה למקומה, א"ר אמי רבותינו שבבבל אמרי חזרה שבועה לסיני, ורבותינו שבא"י אמרי חזרה שבועה

למחוייב לה, מאן רבותינו שבא"י ר' אבא דסבר דאמרינן משואיל"מ, ולכן סבר כאן דבשניהם חשודים אם אינו יכול לישבע משלם, ורבותינו שבבבל רב ושמואל דסברי ביתומים מן היתומים דאם מת לוה בחיי מלוה אין אדם מוריש שבועה לבניו, והקשו הראשונים דמאי ראי' מרב ושמואל דילמא סברי ג"כ כר' אבא דמתוך שאיל"מ כמו דסברי נמי דמתוך שאי"ל מפסיד, ור' אבא נמי מצי סבר כרב ושמואל, והנה הר"נ שם בהלכות האריך בסוגיא זו וכפי מה שמבואר בדבריו וכפי מה שאוסיף בזה נראה לומר דהעיקר צריך לבאר אם חשוד נקרא שחל עליו שבועה רק שאינו יכול לישבע, או שאינו חל עליו שבועה משום שאינו שייך לנאמנות בשבועה, והנה בתוס' ב"מ דף ה' הקשו דאמאי בחשוד לא אמרינן מתוך שאיל"מ, ותירצו ב' תירוצים, תי' א' דאם נימא בחשוד משואיל"מ לא שבקת חיי לחשוד, דהכל יביאו אותו לידי שבועה, תי' ב' דבחשוד הא הוא ברצון ישבע אם יניחו אותו לישבע, לכן לא שייך לומר משואיל"מ, והנה התוס' בב"ק דף ק"ח בד"ה ותרי כפילי כתבו דחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמיפסל כדמוכח בשבועות, ודברי התוס' הם תימה דאין הוכחה דהוא מדרבנן רק דמדרבנן שכנגדו נשבע ונוטל אבל לעולם הפסול הוא מדאורייתא, וצ"ל דס"ל לתוס' ב"ק כתי' הב' בתוס' בב"מ דהטעם הוא משום דלא שייך לומר בחשוד משואיל"מ דהא ברצון ישבע, וא"כ אם נימא דמי שהוא חשוד אין שבועתו שבועה כלל, א"כ לא שייך לומר דברצון ישבע כיון שאין שבועתו שבועה כלל, ולא שייך בי' דררא דשבועה, א"כ הוי כמו שאינו יכול לישבע, לכן הוכיחו מזה התוס' דבאמת מדאורייתא שייך בי' שבועה דאין עליו אלא חיוב שבועה, ואם אינו נאמן לגמרי לברר בשבועתו לא איכפת לי' דאינו מחוייב לברר בירור גמור, ורק מדרבנן אין מניחין אותו לישבע.

אכן מהסוגיא דשבועות גבי שניהם חשודים מוכח דמאן דאית ליה דין משואיל"מ וכר' אבא גם בחשוד אית לי' משואיל"מ, ומשמע דהתוס' כתבו כאן למאן דלית לי' כר' אבא, ומ"מ סובר דין משואיל"מ גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, ורבא אמר בשבועות להוכיח כר' אבא מדין חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, ויש לומר דזהו כדעת ר"ת בשבועות דף מ"ז דפסק כרב נחמן דבשניהם חשודים יחלוקו, ובסוגיא שם מוכח דמאן דאית לי' כר' אבא לא סבר יחלוקו, ובזה כבר כתב הרי"ף בהלכות סוף שבועות להוכיח דלא כהפוסקים כרב נחמן דהא רבא אמר כוותיה דר' אבא מסתברא מדתני ר' אמי שבועת ד' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים, ולר"ת דפסק כרב נחמן כתבו התוס' בזה שם, דבאמת רב נחמן אינו חולק על ר' אבא וסובר ג"כ בהא דנ' ידענא ונ' לא ידענא דהוי משואיל"מ, ורק דבשבועה דרבנן לא אמרינן דמפסיד כשאינו יכול לישבע, ולכן

אמרינן בהא דרב ושמואל הבו דלא לוסיף עלה, ובשניהם חשודים מה דמפסיד החצי זהו משום דקנסינן ליה לפי שהוא חשוד, וכל זה הוא דלא כדברי התוס' בב"מ בתי' ב' שכתבו דגבי חשוד ליכא דין משואיל"מ, ולכן צ"ל דהתוס' בב"מ סוברים כר"ת, אבל מיישבים באופן אחר דסוברים דגבי חשוד ליכא כלל דין משואיל"מ מדאורייתא כמו שכתבו כיון דרוצה לישבע, ולכן כל מה דאמרינן גבי חשוד שכנגדו הוא רק מן התקנה, וממילא כששניהם חשודים הם שוים זה לזה דשניהם דרבנן לכן יחלוקו.

והנה הר"נ כתב ליישב מה דאמרינן דלר' אבא חזרה שבועה למקומה היינו למחוייב לה, דאין לומר דמשום דסברי נמי כרב ושמואל דסברי ביתומים מן היתומים דמתוך שאי"ל מפסיד ומפסידים היתומים בני המלוה, דלפי"ז אם נאמר דבשניהם חשודים מפסיד החשוד התובע שהי' צריך להיות שכנגדו נשבע ונוטל, וכיון שהוא חשוד מפסיד, דא"כ אין זה נקרא למקומה דמקומה משמע לדינא דאורייתא קודם שתיקנו חכמים, ולכן אי אמרינן חזרה שבועה לסיני היינו דאין כאן שבועה והנתבע פטור, וזהו אי לא ס"ל כר' אבא ולית לן דמחוייב שבועה ואי"ל משלם, אבל אם מה דמפסיד התובע החשוד הוא משום דרב ושמואל, דכיון דאינו יכול לישבע שבועה דרבנן מפסיד אין זה חזרה שבועה למקומה, ולכן רב ושמואל ע"כ לית להו דר' אבא ולכן שייך לומר למקומה ועיקר הדין דכיון שאינו יכול הנתבע החשוד לישבע הוא פטור מעיקר דין תורה.

עוד כתב הר"נ דאכתי קשיא הילכתא אהלכתא דקיי"ל כר' אבא וקיי"ל כרב ושמואל וכתב בזה דודאי רב ושמואל בכל תובע שאינו יכול לישבע אמרי דמפסיד, משום הכי מוכחינן מדרב ושמואל דאית להו חזרה שבועה לסיני מיהו אנן לא נקטינן כוותייהו בכל דוכתא דאמרינן הבו דלא לוסיף עלה משום הכי נהי דבעת מלוה נקטינן כוותייהו היינו משום שאין שם פשיעה לנתבע, אבל במתניתין כיון שהנתבע אינו יכול לישבע מפני פשיעתו ומדינא משלם אינו בדין שיהא חוטא נשכר, ואע"פ שהתובע ג"כ מפני חשדו אינו יכול לישבע, אינו דומה שבועת תקנה לשבועת התורה המחייבתו לשלם, עכ"ל ותי' זה אינו ברור בסברא, ונראה בזה לפי"מ שכתב הר"נ מקודם על דרך הראשונים דלר' אבא לא מצי סבר דהחשוד התובע יפסיד משום שאינו יכול לישבע שבועת שכנגדו, דכיון דמעיקר הדין חייב הנתבע לשלם משום שאינו יכול לישבע, לכן אף שתיקנו שכנגדו נשבע ונוטל לא תיקנו אלא ביכול לישבע ולא באינו יכול, וכ"ת והא מת לוה בחיי מלוה שלא נתחייב מלוה אלא שבועת התקנה, ואע"פ כשאין בניו יכולין לישבע הפסידו, לא דמי דהתם כבר חלה שבועה של דבריהם על המלוה, וכיון שחלה שוב לא פקעה, ולפיכך בניו שאין יכולין לישבע מפסידין, והיינו דאמר כבר נתחייב מלוה לבני

לוה שבועה, משא"כ בשניהם חשודין שכיון שמן הדין נתבע חייב לשלם מפני שאינו יכול לישבע, אע"פ שחכמים הטילו שבועה על התובע לא החמירו עליו אלא ביכול ולא להפסיד ממונו כשאינו יכול, ונמצאת שבועה זו לא חלה על החשוד כלל, אך כתב הר"נ דא"כ רב ושמואל נמי מצי סברי גבי שניהם חשודים דחזרה שבועה למקומה היינו למחוייב לה, ומשום דליכא כאן כבר נתחייב, ובזה הוא שכתב הר"נ אח"כ דרב ושמואל אית להו דבכל תובע שאינו יכול לישבע מפסיד, אבל לדידן דאמרינן הבו דלא לוסיף עלה אמרינן דבשניהם חשודים, כיון שהתובע אינו יכול לישבע מפני פשיעתו מפסיד, וכבר כתבתי דסברא זו אינה ברורה.

ונראה דיש לדייק מדברי רב ושמואל דאמרי כבר נתחייב מלוה לבני לוה שבועה, ואין אדם מוריש שבועה לבניו, דלמה הוצרכו להוסיף הא דאין אדם מוריש שבועה לבניו, ומוכח דסברי דמעיקר הדין אפי' במת מלוה בחיי לוה דבניו נשבעין שלא פקדנו אבא, מעיקר הדין הי' צריך להיות שיפסידו בני המלוה, אף שלא נתחייב המלוה מקודם שבועה, ומ"מ עשו חכמים להיתומים בני המלוה שישבעו שלא פקדנו אבא, וא"כ אינו מספיק הטעם שכבר נתחייב מלוה לבני לוה שבועה, כיון דעשו חכמים תקנה לבני המלוה שיטלו בשבועה שלא פקדנו אבא, אימא דגם כשמת לוה יש תקנה זו לבני המלוה, לכן הוסיפו הא דאין אדם מוריש שבועה לבניו, היינו דכיון דכבר נתחייב שבועה גמורה אין אדם מוריש ממון שיש בו חיוב שבועה לבניו שאין יכולין לישבע זו השבועה, ומוכח מזה דמעיקר דינא אית להו לרב ושמואל דבכל שבועה שאינו יכול התובע לישבע אפי' כשאינו יכול לישבע מתחלתו ולא חל עליו השבועה מ"מ מפסיד, ולפי"ז שפיר דגם בשניהם חשודים אף דהוא חשוד מתחלתו, מ"מ לרב ושמואל אמרינן בזה דמתוך שאינו יכול התובע לישבע שבועת שכנגדו מפסיד, אבל לדידן דאמרינן הבו דלא לוסיף עלה ואמר על זה כגון מאי כהא דאמר רב פפא הפוגם שטרו ומת יורשין נשבעין שבועת יורשין ונוטלין, והיינו משום דעוד לא חל השבועה קודם מיתת המלוה דבפוגם שטרו קודם שטען הלוה פרעתי הא עוד לא חל חיוב שבועה, וזהו דסבר הגמ' דלרב ושמואל גם בפוגם שטרו ומת מפסידין היורשין דסברי דאף דלא חל שבועה מפסידין, ולפי"ז גם בשניהם חשודים כיון דמתחלת חיוב השבועה על שכנגדו הי' חשוד לא אמרינן בזה דבשביל שאינו יכול לישבע שבועה דרבנן מפסיד, ולכן לא קשה לדידן דאף דאית לן כרב ושמואל במת לוה בחיי מלוה משום דכבר נתחייב מלוה שבועה, מ"מ בשניהם חשודים אית לן כר' אבא דמחוייב שבועה ואי"ל משלם הנתבע אף דהתובע אינו יכול לישבע שבועת שכנגדו.

וכל זה שכתבנו לפי דברי הר"נ והראשונים לחלק בין אם חל עליו שבועה, ובין אם לא חל עליו שבועה, וכתבנו דבחשוד השני שדינו לישבע מדרבנן משום שכנגדו נשבע ונוטל כיון שהוא חשוד בתחלת חלות השבועה, נקרא דלא חל עליו שבועה, כל זה הוא רק בדין שבועה דרבנן דאמרינן דאינו מפסיד בשביל שאינו יכול לישבע, אבל בשבועה דאורייתא הא אמרינן דלר' אבא משלם בשניהם חשודים ומדין מתוך שאיל"מ אף דחלה עליו השבועה כשהוא חשוד, דבשבועה דאורייתא אמרינן דבכל גווני אם אינו יכול לישבע משלם.

ונשוב למה שעמדנו במחלוקת הרמב"ם והראב"ד במה שפסק הרמב"ם דפוגם שטרו שהי' חשוד אין הנתבע משלם אלא נשבע היסת, והראב"ד השיג דהא קיי"ל דהבו דלא לוסיף על הא דרב ושמואל, ואמר הגמ' דהוא כגון דרב פפא דהפוגם שטרו ומת יורשיו נשבעין שבועת יורשין ונוטלין, ומזה השיג הראב"ד דא"כ ה"נ בפוגם שטרו שהי' חשוד, ולכאורה יש לומר בפשיטות דהרמב"ם סובר דבחשוד לא נקרא שלא חל עליו שבועה ולא דמי לפוגם שטרו ומת, דעל היורשין שאינם יודעין ודאי לא חל שבועה כיון שהלוה לא כפר בחיי אביהם ולא נתחייב אביהם שבועה, אלא דלפי"ז לא יתכנו דברי הקודמים בד"ה ונראה דיש לדייק, שישבתי הא דמוכיח הגמ' דרב ושמואל לא סברי כר' אבא, וכתבתי בזה משום דרב ושמואל סברי דאפי' בלא חלה שבועה מפסיד כשאינו יכול לישבע, ולכן גם בשניהם חשודים צריך התובע להפסיד כיון שאינו יכול לישבע שבועת שכנגדו, אבל לדידן דאמרינן הבו דלא לוסיף עלה אית לן דהיכי דלא חלה מקודם שבועה אינו מפסיד, ולכן גם בשניהם חשודים אינו מפסיד התובע, וזהו שלא כדברי הרמב"ם דסובר דפוגם שטרו שהוא חשוד מפסיד, לפימש"כ בטעמו דסובר דחשוד לא נקרא שלא חל עליו שבועה.

ונראה דהר"נ הא הביא מדברי הראשונים שכתבו דרבותינו שבבבל מעיקר מילתא הם רב ושמואל, כדאמר בסנהדרין דף י"ז וממילא הם דסברי חזרה שבועה לסיני, אלא דהגמ' מביא הא דרב ושמואל ביתומים מן היתומים דסברי דמפסידין בני המלוה לומר דלא נימא דצריך להיות יחלוקו כיון דשניהם אין יכולים לישבע, ולכן מביא דכמו ביתומים מפסידים בני המלוה לגמרי, ה"נ הכא בשניהם חשודים מפסיד התובע לגמרי, ולדברי הר"נ שביאר אח"כ דאם מה דמפסיד התובע הוא בשביל שאינו יכול לישבע שבועת שכנגדו, א"כ אין זה למקומה שהי' ראוי מעיקר הדין, ולמקומה ע"כ משום דלא סברי כר' אבא, ומעיקר הדין לא סברי דמדאורייתא מי שאינו יכול לישבע משלם, א"כ אין אנו צריכין לומר דחשוד נקרא שלא חל עליו שבועה ולא דמי לפוגם שטרו ומת, דבזה

ודאי לא חל על היורשין שבועה כיון שלא טען הלוה בחיי המלוה פרעתי.

עוד אפשר לחלק בין דין פוגם שטרו שהי' חשוד ובין שניהם חשודים דמה שכתבו הראשונים שהביא הר"נ דלר' אבא דאית לי' משואיל"מ סבר שפיר בשניהם חשודים דמשלם הנתבע החשוד, דאף דתיקנו חכמים שיהיה שכנגדו נשבע ונוטל לא תיקנו אלא ביכול התובע לישבע, ולא תיקנו בשאינו יכול ושיפסיד ממונו, ומ"מ אין לדמות זה לדין פוגם שטרו שחייבו חכמים שבועה שנאמר ג"כ דכיון דהשבועה הוא מדרבנן לא תיקנו אלא ביכול ולא בשאינו יכול, דלא דמי דגבי שניהם חשודים למאן דסבר דגם בחשוד כיון דאינו יכול לישבע משלם מדין תורה, בזה אף שתיקנו חכמים שיהי' שכנגדו נשבע ונוטל, שפיר כתבו הראשונים שלא תיקנו אלא ביכול ולא בשניהם חשודים להפסיד ממון התובע כשאינו יכול, וזהו משום דבאמת ליכא סברא לתקן שיהי' שכנגדו נשבע ונוטל, דהא בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם לא תיקנו שישבע התובע, וזהו שהקשו התוס' בב"מ שהבאנו דלמה תיקנו שיהי' שכנגדו נשבע ונוטל, וכתבו בתי' א' דגבי חשוד אם יהי' דינו דמתוך שאי"ל משלם לא שבקת חיי לחשוד דכל אחד יביא אותו לידי שבועה, ובזה שפיר כתבו הראשונים דלא תיקנו אלא ביכול ולא להפסיד ממונו בשאינו יכול דבשניהם חשודים לא שייך זה דאין זה מוכרח דחשוד אחד יהי' לו עסקים עם חשוד שני ושילוה לו ממון ויתבע ממנו לותר שיהי' מודה במקצת, ולא שייך זה אלא בסתם חשוד, דבכל העולם נמצאים אינשי דלא מעלי שיהי' להם עסקים עם החשוד אבל בפוגם שטרו אמר הגמ' בכתובות דטעמא דפוגם שטרו צריך שבועה משום דפרע דייק מיפרע לא דייק, א"כ יש טעם על עיקר חיוב השבועה, ובזה לא מצינו דבכה"ג נימא דלא תיקנו אלא ביכול ולא בשאינו יכול כיון דיש חשש אפשר באמת לא דק וחושב שלא נפרע כולו, ורמו רבנן שבועה עליו כי היכי דלידוק בזה לא מצינו דבחשוד לא תיקנו, ולא דמי לפוגם שטרו ומת דבזה כבר כתבנו דעל יתומים כיון שאין יכולין לישבע לא חל עליהם שבועה, אבל על חשוד חל השבועה ואינו יכול לישבע לכן מפסיד.

פרק ג

הלכה ז

הורו רבותי שהנשבעין ונוטלין אינן צריכין שתי כסף, ואני אומר שצריך הנתבע שיכפור בשתי מעין ואח"כ ישבע התובע בתקנת חכמים ויטול, שהרי הנשבעין בטענת ספק צריך שיהי' ביניהם כפירת שתי מעין, ואחר כך ישבע מספק.

השגת הראב"ד. הורו רבותי שהנשבעין וכו' עד ישבע מספק. א"א ומה יעשה השכיר שהשכיר עצמו במעה או בפונדיון ילך בפחי נפש, אבל הדמיון שדימה והלימוד שלמד מן הנשבעין בטענת ספק שהצריכו להם כפירת שתי כסף, אינו דמיון כלל שזה נשבע להפטר ועל כרחו הוא נשבע, וזה שנשבע ליטול מדעתו הוא נשבע כדי ליטול ואפי' על פרוטה, ואולי אפי' הי' שכרו פחות מפרוטה עכ"ל.

המ"מ והכ"מ והלח"מ לא כתבו כאן בבאור דעת הרמב"ם, ובפי"א מהל' שכירות כתבו ושם קשה יותר, שהרמב"ם סתר שם את דבריו ממה שכתב כאן, וכתב אפי' הי' שכרו פרוטה אחת ובעה"ב אומר נתתיה לא יטול אלא בשבועה, וכן כל הנשבע ונוטל אפי' לא יטעון אלא פרוטה אחת לא יטול אותה אלא בשבועה כעין של תורה, והמ"מ כתב שם שהוא או כדעת רבותיו או שהוא מחלק בין השכיר לשאר הנשבעין ונוטלין, וכבר תמה שם הכ"מ דהא כתב שם הרמב"ם וכן כל הנשבע ונוטל, וכתב שם הלח"מ דאפשר נשבע ונוטל בשוה פרוטה כגון שיש להנשבע ונוטל עד מסייע דהנתבע צריך לישבע גם בפרוטה, וכיון דיש כאן שבועה להנתבע ובשכיר הוא השוכר אותו, יש סברא דבזה מועיל דין השכיר דתקנו לו חכמים שיהי' נשבע ונוטל, והלח"מ דימה זה לדין ע"א שמחייב שבועה, ובזה כתב דאין לדמות דין שנשבע ע"פ ע"א לדין שישלם ממון ע"פ ע"א ובזה ודאי נכונים דבריו, אבל אפשר לבאר באופן אחר דכיון דכל העיכוב כאן הוא מדין שאין נשבעין על פחות מטענת שתי כסף, וא"כ כאן דעכ"פ איכא שבועה או להתובע או להנתבע, בזה נאמר דהדר זכותו של התובע, שלא יהי' הנתבע נשבע ונפטר, אלא התובע נשבע ונוטל, אלא דקשה ליישב באופן זה דעת הרמב"ם שמכוין למציאות כזה, והי' לו לפרש ולא לכתוב סתם, ומה שכתבו שם עוד הכ"מ והלח"מ יראה המעיין שאינו מיושב כלל.

ונראה בדעת הרמב"ם דהנה מצינו שני אופני נשבע ונוטל, אופן אחד דכל הדין שהוא נשבע ונוטל הוא תקנה ומעיקר הדין הי' הנתבע פטור, ואופן ב' שמעיקר דין הי' להנתבע לשלם רק שחכמים הטילו שבועה על התובע שלא יטול אא"כ נשבע, והתוס' בשבועות ריש כל הנשבעין הקשו דאמאי לא חשיב עוד מה דתנן אח"כ במתני' הפוגמת כתובתה וע"א מעידה שהיא פרועה, ומנכסים משועבדים ומנכסי יתומים, ותירצו דלא חשיב אלא הני שאין כנגדן ראויין לישבע, והר"נ בהלכות כתב דלא חשיב במתני' אלא הני דמדינא לא הוי להו למשקל כלל, אלא שחכמים תקנו שיהיו נוטלין בשבועה, אבל הני דמדינא אית להו ליטול בלא שבועה אלא שחכמים החמירו עליהם לא חשיב, והני כולהו דתנן בסוף מתני' מדינא שקלי בלא שבועה, והאריך שם הר"נ לבאר הני דמצינו עוד

שהם נשבעין ונוטלין, ולא תנן במתני'. ולפי"ז נוכל לומר דהני דמעיקר הדין נוטלין בלא שבועה אלא שחכמים תיקנו שישבע הנוטל, בזה לא נוכל להצריך טענת שתי כסף דזה מצינו להקל על הנתבע שלא אמרה תורה לחייב שבועה אלא היכי שהכפירה הוא בדבר חשוב, אבל היכי שמן הדין הוא נוטל בלא שבועה אם נאמר דהיכי שהטענה היא בפחות משתי כסף נוטל בלא שבועה, א"כ אנו מחמירין בזה על הנתבע להוציא ממון בלא שבועת הנוטל, ובזה לא מצינו בשבועת התורה דלא מצינו אלא שאין מצריכין שבועה מהנתבע, אבל לא להקל על התובע שיטול בלא שבועה, וכן הוא בנשבעין מדבריהם בטענת ספק דזהו בנשבעין ונפטרין, ואם נאמר דבהני נשבעין ונוטלין שהטענה היא בפחות משתי כסף אינו נוטל כלל, א"כ זהו חומרה יתירה על התובע שמעיקר הדין נוטל בלא שבועה, ולכן בהני נשבעין ונוטלין אי אפשר להצריך שתי כסף, ולפי"ז דברי הרמב"ם כאן בהני נשבעין ונוטלין, דמעיקר דינא אין נוטלין כלל רק דחכמים החמירו על הנתבעין שיהיו התובעין נאמנים בשבועה, ובזה שפיר אמרינן דכיון דמצינו דטענה שהיא פחותה משתי כסף לא הצריכה תורה לישבע על כפירתה לפי מיעוט חשיבותה, אף שזה נוגע בהפסד ממון לתובע דהא אם אינו רוצה לישבע משלם, וכן אין נשבעין מדבריהם בטענת ספק בפחות משתי כסף, לכן מה שחייבו חכמים להנתבע שיהי' התובע נאמן להיות נשבע ונוטל, לא אלים חומר תקנתם לחייב להנתבע לשלם ע"פ שבועת התובע, מהיכי שחייבו שבועה לנתבע, וכמו דלא החמירו לחייב שבועה בפחות משתי כסף ה"נ לא החמירו לחייב לשלם ע"פ שבועת התובע.

ויש לומר עוד דעיקר מה שחייבו להנתבע לשלם הוא ג"כ משום גדר בירור שהצריכו להנתבע בירור, וכיון שהוא אינו יכול לישבע תיקנו שיהי' התובע נשבע ונוטל, וכן כתבו התוס' בריש פ' כל הנשבעין שהבאתי, דבמתני' לא חשיב אלא הני שאין כנגדן ראויין לישבע וע"כ כוונתם דמה שחייבו להנתבע לשלם ע"פ שבועת התובע הוא משום שהי' ראוי להצריך להנתבע לישבע אלא שאינו ראוי לישבע.

אלא שאנו צריכין ליישב מה שכתב בדין שכיר דאפי' היה שכרו פרוטה אחת לא יטול אלא בשבועה, וכתב עוד וכן כל הנשבע ונוטל אפי' לא יטעון אלא פרוטה אחת לא יטול אותה אלא בשבועה, וגבי נשבע ונוטל שכתב נוכל לומר כדברינו דהוא היכי שמעיקר הדין נוטל בלא שבועה, אבל בשכיר הא אי אפשר לומר כן לדעת הר"נ דכל הני דחשיב במתני' עיקר נטילתן הוא מדרבנן, אלא דבאמת מוכח מדברי הרמב"ם חילוק זה שכתבנו שכתב דהשכיר לא יטול אלא בשבועה אפי' שכרו פרוטה אחת, וכן כל הנשבע ונוטל לא יטול אלא בשבועה אפי' לא טען אלא פרוטה אחת, ואם רצונו להשמיענו

עיקר דין הנטילה שאפי' על פרוטה אחת נשבע ונוטל, וכמו שכתב כאן דבפחות מטענת שתי כסף אינו נשבע ונוטל, לא הי' לו לכתוב אינו נוטל, אלא שנשבע ונוטל אפי' על פרוטה, ומוכח דכונתו כאן היכי דמעיקר הדין צריך ליטול בלא שבועה, ואף דבשכיר אינו כן כלל הרמב"ם גם שכיר עם אלה הנשבעין ונוטלין שאין התקנה שיהיו התובעים נאמנים בשבועה כדי ליטול, אלא דשכיר כיון דקים לחז"ל דבעה"ב טרוד בפועליו ואם נחזיק לבעה"ב לשמא גמור הא הו"ל איני יודע אם פרעתיך וצריך לשלם מן הדין, אלא דאי אפשר לומר דהוא באמת כמו איני יודע אם פרעתיך דהא אמר שם ר"נ לא שנו אלא ששכרו בעדים, אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך, יכול לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך, והקשו שם התוס' דמה מהני כאן מיגו כיון דטעמא דצריך לשלם הוא משום דבעה"ב טרוד בפועליו, וכתבו דכיון דטוען ברי שפרע ויש לו מיגו אין לנו להחזיקו כמשקר, אבל כשאין לו מיגו אנו אומרין דבאמת אינו ברור אצלו ומחמת שסבור שפרע אומר ודאי שפרע, וד' התוס' הוא אם נימא דמה שמשלם הוא משום שמחזיקין אותו לודאי שכח, אבל לד' הר"נ דבמתני' לא תנן אלא הני דמן הדין אין נוטלין, צריך לומר דבאמת אף דאומדנא דחכמים הוא ששכח ואינו יודע ודאי מ"מ אינו אומדנא גמורה של ודאי אלא שקרוב הדבר ששכח, ומ"מ כיון דאין הולכין בממון אחר הרוב אין מוציאין, ואף דגם מה דנאמן הלוה לומר פרעתי הוא משום דעומד לפרעון, אבל באמת גם כאן עיקר הפרעון עומד לזה, רק דעל טענתו שאנו צריכין טענת ודאי, אנו אומרים שע"פ אומדנא אינה ודאי, אלא שחכמים עשאוה לטענת ספק, וממילא הוי איני יודע אם פרעתיך, ולכן מה שעשו חכמים טענתו לטענת ספק זה אינו אלא בטענת פרעתי דנטלו חכמים ממנו הכח להיות נאמן לטעון פרעתי משום דבאמת על טענת פרעתי צריכין אנו כח נאמנות ומשום דהוי חזקת חיוב, ורק משום דחוב עומד לפרעון, ולכן אמר ר"נ דלא תיקנו חכמים בזה אלא ליטול ממנו כח הנאמנות לטעון פרעתי, אבל כשיש לו מיגו שהיא טענה בעצם ויש לו ראיית מיגו, בזה לא תיקנו חכמים לומר דהוי כודאי שכח כיון שנאמנות שלו הוא מכח מיגו.

עכ"פ מוכח מכאן שאינו ודאי שכח ומש"ה תנן לשכיר במתני' בהדי הני שאין נוטלין מעיקר דין תורה, ומ"מ יש לומר דלא דמי לאינך דתנן במתני', דבהנהו נאמנות התובעין הוא משום שהצריכו חכמים להנתבעין בירור ואינם יכולים לברר כמו נגזל ונחבל וכן חנוני על פנקסו שהיו צריכין הבעלים לברר כיון שאמר להחנוני ליתן להפועלים רק דמעיקר הדין א"א לחייבו לשלם לשניהם, ולכן בזה סובר הרמב"ם דבפחות מטענת שתי כסף כמו שלא חייבה תורה בירור, כן לא הצריכו חכמים בירור, אבל שכיר כיון

שחכמים עשאו להבעלים משום שהוא טרוד בפועליו כמו טוען בספק, וממילא צריך לשלם מדין איני יודע אם פרעתיך, ולכן בזה אין להצריך שתהי' הטענה שתי כסף כיון דאין החיוב משום שמצריכים להבעלים בירור שבועה והשכיר נשבע במקום הבעלים ונוטל, אלא דחכמים עשאו לטענת פרעון של הבעלים לטענת ספק, ובטענת ספק צריך מן הדין לשלם.

ויש להוכיח כדברינו מזה שקבע הרמב"ם הך דינא דבשכיר א"צ טענת שתי כסף בהך הלכה דאין מחמירין עליו ואין מגלגלין עליו, דהוא בשבועות דף מ"ט דאמר רב הונא לכל מגלגלין חוץ משכיר, ופירש"י ע"י כל שבועה דרבנן מגלגלין חוץ מע"י שבועת שכיר שאין מגלגלין על ידה שבועה אחרת לפי שהיא עצמה אינה מן הדין אלא להפיס דעתו של בעה"ב, ובהלכה זו קבע הרמב"ם הך דינא דאפי' שכרו בפרוטה, ומבואר דזהו עיקר טעמו משום דלא דמי לנשבעין ונוטלין שנטלו השבועה מהנתבע ונתנו להתובע, אלא דמעיקר הדין הי' נוטל בלא שבועה, וא"כ לא שייך להצריך טענת שתי כסף וכנ"ל.

ולפי"מ שבארנו מיושב השגת הראב"ד במה שכתב אבל הדמיון שדימה והלמוד שלמד מן הנשבעין בטענת ספק שהצריכו להם כפירת שתי כסף אינו דמיון כלל שזה נשבע להפטר ועל כרחו הוא נשבע, וזה שנשבע ליטול מדעתו הוא נשבע כדי ליטול אפי' על פרוטה וכו', ולפימש"כ מיושב כיון דמה שתקנו חכמים שישבע התובע ליטול הוא משום שהי' צריך לחייב להנתבע לישבע אלא שאינו יכול לישבע, וכמו שכתבו התוס' א"כ אינו מועיל מה שהתובע רוצה לישבע וליטול, כיון שבפחות מטענת שתי כסף לא הי' דין לחייב להנתבע שבועה, וממילא לא עשו בזה תקנה שהתובע יהי' נשבע ונוטל.

-השמטות ומלואים-

במה שתמהתי לעיל בדברי הר"ן אמאי לא תני שכיר דנוטל מדינא, העירני לדברי התוס' כתובות דף פ' ד"ה ישבע.

הלכה יד

מנה לי אצלך הלואה לא היו דברים מעולם ולא לויתי ממך, אבל חמשים דינרין יש לך אצלי פקדון או משום נזק וכיוצא בו, הורו רבותי שזה מודה במקצת וישבע, שהרי טענו שהוא חייב לו מאה והודה שהוא חייב חמשים, ומה לי נתחייב לו משום הלואה או משום פקדון או משום נזק, ולזה דעתי נוטה.

השגת הראב"ד. מנה לי אצלך וכו' עד ולזה דעתי נוטה. א"א ואני מורה ובא שאם טענו מנה מלוה ומנה פקדון והודה באחד וכפר באחד אין זה מודה במקצת הטענה, שהלואה ופקדון שתי טענות הן, ויש בידי ראיה על זה וה"ה שאין בזה מקצת הודאה עכ"ל.

כתב המ"מ וז"ל דין זה לא נזכר בגמ', בביאור, אבל המפרשים נחלקו בו ונתלו בסוגיא שבפ' השואל, בהשגות כתוב א"א ואני מורה ובא וכו', והחילוק הראשון שכתב הר"א בטוענו מנה מלוה ומנה פקדון, שאם הודה באחד מהם שהוא פטור הוא דבר מתמיה דמי גרע מטענו חטים ושעורים והודה לו באחד מהם שהוא חייב, וכבר השיג עליו הרמב"ן, אבל הדין שהזכיר רבינו במנה מלוה והוא מודה לו בחמשים של פקדון שהוא חייב, נראה דעת הרשב"א מסכמת לדברי הר"א שהוא פטור, וגדולה מזו שאם טענו מנה מלוה והודה לו מנה פקדון דהוי לי' כטענו חטים והודה לו בשעורים שהוא פטור, [פי' אף מן השעורים] כנזכר למעלה וכו' עכ"ל, והנה עיקר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד הוא דהרמב"ם סובר דמלוה ופקדון לא דמי לחטים ושעורים, דחטים ושעורים הם שני מינים והחיוב הוא על עיקר המין, אבל מלוה ופקדון של דינרין כיון שהוא מין אחד וגם החיוב בפקדון הוא חיוב ממון כמו מלוה לכן הוא מודה במקצת, איברא דבדברי הרמב"ם משמע דאפי' אם לפי הודאת הנתבע החמשים דינרים הם בעין, רק שהוא בשיטתו בהל' ט"ו דהילך דפטור הוא דוקא אם מניחם לפנינו אבל סתם פקדון אינו הילך כמש"כ המ"מ שם, אבל אינו מבואר דהא החיוב שהודה בפקדון אינו ברור דהא אם יאבדו הדינרים באונס הרי הוא פטור, וצ"ל דסובר דפקדון כל זמן שהוא בעין יש על הנפקד חיוב להחזירו רק אם נאנס זהו פטור שפטרתו התורה, ולכן עתה כיון שמודה שהוא בעין הוא מודה במקצת.

והנה הרמב"ם בפ"ה מהל' שאלה ופקדון הל' ה' בהא דהניח להם אביהם פרה שאולה פסק דאם הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבים לשלם דשואל נתחייב משעת שאלה, והרמב"ן והרשב"א חלקו עליו בזה כמש"כ המ"מ ועמש"כ שם בבאור שיטת הרמב"ם, ולכן מבואר דלשיטת הרמב"ם גם פקדון הוי חיוב ממון משעת קבלת הפקדון, אבל לשיטת הרמב"ן והרשב"א הוי מלוה ופקדון שני מיני חיובים, וכאן גם הרמב"ן חולק על הרמב"ם כמבואר בדבריו בב"מ דף צ"ח בסוגיא דשתי פרות, והביא דבריו הרא"ש שם, ואף דלשיטת הרמב"ם אין לנו הוכחה אלא על שאלה ולא על פקדון יהי' מוכח מכאן דסובר דגם בפקדון נתחייב להחזיר הפקדון משעת משיכה, וכן בארתי שיטתו בפ"ב מהל' שכירות הל' ג' במה דסובר דאם פשע בעבדים חייב, איברא דזה מיושב רק בדין חיוב שבועה דחייב דהוי ממין הטענה, אבל לגבי דין מה דטענו חטים והודה לו בשעורים שהוא פטור אף מן השעורים, לכאורה יש לומר כן גם בטענו מלוה והודה לו בפקדון, דנימא מדלא טענו פקדון מוכח דהודה התובע שאינו חייב לו הפקדון, דאף דנימא דגם חיוב משום פקדון הוי כמו חיוב ממון אבל מ"מ סבת החיוב היא סבה אחרת, אלא דיש

לומר דאין ראי' דיש כאן הודאה מצד התובע, אלא דרצה לתבעו אותו החיוב ממון באופן אלים יותר שלא יוכל לפטור עצמו בטענת אונס.

ובדעת הראב"ד דפוטר בטענו מלוה ופקדון והודה לו באחד מהם שהקשו עליו דהא טענו חטים ושעורים והודה לו באחד מהם חייב, בזה ביארו שיטתו דבחטים ושעורים הפטור הוא משום דצריך הודאה ממין הטענה, ובטענו חטים ושעורים והודה באחד מהם הרי הודה במין הטענה דהא תבעו גם מה שהודה, אבל במלוה ופקדון הפטור הוא מטעם אחר שהם שתי טענות, ולכן גם בטענו מלוה ופקדון והודה באחד מהם אין אנו מצרפין טענה זו להשניה, ובבאור דבריו צריך לומר דבכפירה ומודה במקצת הדין לפני ב"ד עם מי האמת עם התובע או עם הנתבע, אבל מלוה ופקדון כיון דפקדון יש לו דינים מיוחדים וכמו אם הפקדון נאנס אם הי' בזה פשיעה או לא, וגם לברר אם לא שלח ידו דאז לא פטר אונס, וגם אם בשעת משיכת הפקדון לא הי' בבעלים, וכיון דיש לפקדון דינים מיוחדים הרי זה ד"ת אחרת ואינה שייכת לד"ת של המלוה שהוא רק ברור מי טוען אמת, וזהו כונת הראב"ד בשאלה ושכירות דסובר דלא הוי מודה במקצת דהוא משום שיש בהם דינים שונים.

הלכה טו

מנה וכלי יש לי בידך, אין לך בידי אלא הכלי והא לך, הרי זה פטור ונשבע היסת שאין לו אצלי אלא זה, אמר בעל הכלי אין זה הכלי, כולל בשבועתו שזה כליו, הודה הנטען שאין זה כליו ונתחלף לו באחר הרי זה חייב שבועה. כל מקום שנאמר בענין זה פטור הרי זה פטור משבועת התורה וחייב שבועת היסת כמו שבארנו כמה פעמים.

אין לך בידי אלא הכלי והא לך, כתב המ"מ וז"ל מדברי רבינו נראה שאע"פ שהכלי שהוא טוענו הוא פקדון אם לא אמר הילך אע"פ שהוא בעין הוה ליה מודה מקצת, אבל הרמב"ן והרשב"א הוכיחו מן הסוגיא שבפ"ק דב"מ דכל פקדון שהוא בעינו והודה לו הו"ל הילך דכל היכא דאיכא ברשותא דמריה איתא ואין זה מודה מקצת עכ"ל, ומה שכתב המ"מ שהוכיחו הרמב"ן והרשב"א מהסוגיא דפ"ק דב"מ לא מצאתי ברמב"ן, אבל הרשב"א בחדושיו לב"מ כתב כן במקומו בדף ה' במה דפריך הגמ' למ"ד הילך פטור מדתני רמב"ח ד' שומרים צריכים כפירה במקצת והודאה במקצת היכי דמי לאו דא"ל הילך, לא דא"ל ג' פרות מסרתי לך ומתו כולהו בפשיעה וא"ל איהו חדא להד"מ וחדא מתה באונס וחדא מתה בפשיעה דבעינא שלומי לך, ומוכח דדוקא בכה"ג אבל אי א"ל חדא קיימא באגם הוי הילך, וראיה זו הביא גם הר"נ שעל הרי"ף בשבועות ר"פ שבועת הדיינין, וזהו באמת תימה על הרמב"ם דסובר דאפי' בפקדון לא הוי הילך אא"כ נותנו

לו עתה בב"ד.

ונראה דיש לדון בעיקר הסברא אם פקדון דאינו נותנו לפני ב"ד אם צריך להיות חשוב הילך, ויש לומר דזה תלוי אם שומרים מתחייבים משעת משיכה או דאין מתחייבים אלא משעת אונסין, דאם מתחייבים משעת משיכה א"כ כשאומר הרי הוא שלך והיא עומדת באגם הרי עוד לא נפטר מחיובו כיון שעוד יש עליו חיוב להחזיר הפקדון או דמיו, וכל זמן שלא יחזיר אם יהי' אונס בפשיעה הוא כבר מחוייב מעכשיו, וא"כ אכתי הו"ל מודה במקצת, אבל אם נאמר דאינם מתחייבים אלא משעת אונסין נמצא דאין עליו עכשיו חיוב ממון רק שהוא ברשותו וחייב לשמרו אבל אין כאן הודאה של חיוב ממון.

והנה יש לומר דאף דמחלוקת זו אם שומרים חייבים משעת משיכה או משעת אונסין היא מחלוקת בפני עצמה בעיקר חיוב שומרים, אבל יש לומר דרמב"ח דסבר ד' שומרים צריכים כפירה במקצת והודאה במקצת סבר דשומרים אינם מתחייבים אלא משעת אונסין, דאם כבר נתחייב השומר משעת משיכה להעמיד לו הפקדון או דמיו כמו דסבר רבא בכתובות דאפי' נאנס הפקדון לאחר מיתה כבר נתחייב בשעת משיכה ונשתעבדו נכסיו וחייבין היורשים לשלם, מסתבר שאינו צריך השומר להיות נאמן בטענת אונס, כיון שבא לפטור עצמו מחיובו בטענתו שהיא טענה דלא שכיחא אם הוא כבר מחוייב, והרי זה דומה למי שלקח מחבירו בהמה והתחייב בדמיה, ואח"כ יבוא ויטעון שהבהמה היתה טרפה דמסתבר שהוא צריך לברר, וה"נ אם הוא כבר מחוייב בדמי הפקדון ונשתעבדו נכסיו, אם לא יעמיד הפקדון הוא צריך לברר אונסו, ואף דרמב"ח ור' חייא בר יוסף פליגי אם עירוב פרשיות כתיב, ולרמב"ח דלית ליה עירוב פרשיות דריש מקרא דכתיב כי הוא זה דגם אפקדון צריך כפירה והודאה, אבל מדין זה גופא כיון דמפרש רמב"ח קרא דחייב שבועה בפקדון דוקא בכפירה והודאה, ובלא זה נאמן השומר בלא שבועה, מוכח מזה דאכתי לא נתחייב בדמי הפקדון.

ולכן מיושב דרמב"ח דסבר דד' שומרים צריכים כפירה והודאה ובלא זה נאמנים בטענת נאנסו בלא שבועה דע"כ סבר דשומרים חייבים משעת אונסין שפיר פריך הגמ' דהו"ל הילך כשמודה בפקדון, אבל הרמב"ם דפסק דשומרים מתחייבים בשבועת שומרים בלא כפירה והודאה, שפיר סבר כרבא בכתובות דשומרים נתחייבו משעת משיכה, ולכן מודה בפקדון לא הוי הילך.

אכן עוד עלינו ליישב דעת הרמב"ם מסוגיא שניה שלא הזכירו הראשונים והוא בב"מ דף ק' ע"א במה דפריך הגמ' ועוד הילך הוא והתם פריך סתמא דגמ' אמתני', ועוד דאח"כ פריך ג"כ ועוד הילך הוא ומשני רבא עבדא דקטע לידיה ורבא הא סבר דשומרים חייבים

משעת משיכה, וכבר אין לתרץ כמו שכתבנו על מה דפריך מרמב"ח, ונראה דכיון דשם מיירי בעבדים שהוקשו לקרקעות הם הוי תמיד ברשות בעליהם, וגם אין עליהם התחייבות שומרים לשלם מעכשיו דמיהם כשלא יהיו בעין, ואף דמוקי שם כר"מ דסבר עבדא כמטלטלין, עיין שם בתוס' ד"ה ר"מ דדוקא לענין שבועה סבר הכי, ואף שכתב הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות הל' ג' שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם, הא כתב טעמו שכל הפושע מזיק הוא, וא"כ בזה ליכא חיוב משעת משיכה לשלם דמיהן אם לא יהיו בעין, ולכן שפיר בזה מודה הרמב"ם דהוי הילך אפי' אם אינו נותנו לו בב"ד.

פרק ד

הלכה ד

אין מודה במקצת חייב שבועה עד שיודה בדבר שאפשר לו לכפור בו, כיצד מי שטען חבירו ואמר מאה דינרין יש לי אצלך חמשים שבשטר זה וחמשים בלא שטר, אין לך בידי אלא חמשים שבשטר אין זה מודה במקצת שהשטר לא תועיל לו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדין בו, ואפילו כפר בו היה חייב לשלם לפיכך נשבע היסת על החמשים.

והרי כל נכסיו משועבדים, בחו"מ סי' ע"ה סעיף ד' בדין העדאת עדים כתב הרמ"א ויש אומרים דוקא שהעדים מעידים על פה ובלא קנין, אבל אם כתבו שטר או שיש כאן קנין אין עדים מחייבין אותו שבועה, דשטר הוי כהילך, (מרדכי פ' הנשבעין) ויש מי שחולק, וכתב הגר"א דהפלוגתא תליא בגירסת הגמ' אי גרסינן והאי שטרא כיון דקמודה ביה הילך הוא או לא גרסינן דקמודה ביה, והיינו אי שטר הוי הילך גם אם אינו מודה, והש"ך כתב דהפלוגתא מיירי בלית ליה קרקע, אבל באית ליה קרקע פטור משום שעבוד קרקעות, והנה דעת הרמב"ם כאן מבואר דבשטר פטור משום דאינו יכול לכפור וכל קרקעותיו משועבדים, וכתב הלח"מ דמוכח מד' הרמב"ם דתרווייהו בעינן שיהי' אינו יכול לכפור ושיהיו כל קרקעותיו משועבדים, וצריך להבין למה צריך שני הדברים, וממ"נ כיון דאמרינן דשעבוד נכסים נקרא הילך א"כ מאי איכפת לן אם יכול לכפור, היינו אם הי' שטר שאינו מקויים והוא הודה בו, דבשלמא אם אין לו בני חורין נוכל לומר דצריך שיהי' אינו יכול לכפור שיוכל לגבות ממשעבדי אבל אם אית ליה בני חורין א"כ מאי איכפת לן אם יכול לכפור, עכ"פ הלא הודה בשעבוד קרקע דנקרא הילך, והיינו לבד מה דשעבוד קרקע הוא כקרקע דמשמע דזה אינו סובר הרמב"ם כמו שיבואר.

והנה אם היינו אומרים דגם ממשעבדי שאחר הודאה לא יגבה ונטעון ללקוחות מזוייף דכיון דהודאתו היתה בע"פ ועל השטר אין עדי קיום, א"כ הוי א"ש והי' אפשר לומר

דמשו"ה דקדק הרמב"ם דוקא שיהי' אינו יכול לכפור, היינו שיהי' שטר מקויים דאם יכול לכפור, איברא שהודה בדבר שיש בו שעבוד נכסים, אבל כיון שיכול גם עכשיו למכור הנכסים שלו ולא יוכל הבע"ח לגבות מהם לא הוי הילך, אכן באמת מוכח מב"מ דף ע"ב דאמר שם רב אסי מודה בשטר שכתבו אינו צריך לקיימו וגובה מנכסים משועבדים, והקשה שם הרמב"ן בש"מ אמאי לא ניחוש לקנוניא, וכ' הרמב"ן דגובה מנכסים משועבדים שקנו אחר הודאתו וקמ"ל דלא נימא דהודאתו חשיבא הודאה בע"פ הרי להדיא דלא כדברינו, איברא דאינו מבורר אם קיי"ל בהא כרב אסי, והרי"ף לא הביאה בהלכות, אכן הא כתב שם הרמב"ן דמירי דמודה בשטר שכתבו וטוען פרעתי ומשו"ה לא הביאו הרי"ף דהא קיי"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו, ועיין בשבת דע"ח ע"ב בתוס' ד"ה ת"ק, שכתבו א"נ לטרוף ממשעבדי.

עכ"פ א"כ יקשה לנו לפי"ז למה לנו שני הדברים שיהי' אינו יכול לכפור ושיהיו כל נכסיו משועבדים, ואם היינו מפרשים דאינו יכול לכפור לחודי' הוי חסרון לענין הודאה במקצת כמו שרגילים לפרש דהוי דומיא דקדמה הודאה לתביעה א"כ לא בעינן כלל שיהיו כל נכסיו משועבדים, וע"כ דאינו כן ולא דמי כ"כ לקדמה הודאה לתביעה דהתם קדמה ההודאה קודם שתבע אותו בב"ד כלל, ולא הי' אכתי בע"ד שלו, אבל הכא אף דאינו יכול לכפור מ"מ קודם שתבע אותו לא הי' שייך לומר שכבר הי' ההודאה, דהא הב"ד לא ידעו כלל מדין ודברים שלהם, ונוכל רק לומר דההודאה באה בבת אחת עם התביעה ומנין לנו דבכה"ג פטור, והנה בשטר אם הפטור הוא משום דאין יכול לכפור זה שפיר לענין הודאתו, אבל למה לא יתחייב מטעם העדאת עדים שבשטר, וצ"ל דבהעדאת עדים בא העדאתם אחר התביעה והכפירה, נמצא דהוי דומיא דקדמה תביעה להודאה, אבל בשטר כיון דמבורר החיוב תיכף הוי דומיא דקדמה הודאה לתביעה. אבל אם היינו אומרים כן א"כ לא היינו צריכים כלל להא דכל קרקעותיו משועבדים, וכיון שהצריך הרמב"ם להא דכל קרקעותיו משועבדים, מוכח דאינו כן ולא דמי שטר לקדמה הודאה לתביעה וכמו שכתבנו, וביאור ד' הרמב"ם הוא כמש"כ הלח"מ דבתרווייהו הוי כמו הילך, וצריך לבאר איך הוי ביחד כמו הילך, וממ"נ אם שעבוד נכסים הוי כמו הילך א"כ מה לן דיכול לכפור כיון שהוכחנו דגם ממשעבדי שאח"כ יגבה.

ונראה דבאמת אין סברא דשעבוד נכסים יהי' כמו הילך, כיון דעכ"פ מיחסר גובייא, ובפרט לפי שיטת הרמב"ם פ"ג הל' טוען דגם פקדון לא נקרא הילך כל זמן שהפקדון ברשות הנפקד, והסברא כיון דאכתי יש על הנפקד חיוב להחזיר הפקדון ואם יאנס עליו לשלם לאו הילך הוא וא"כ כ"ש דשעבוד נכסים לא נקרא הילך דהא עכ"פ מחוסר

גוביינא, ויש חיוב עליו כ"ז שלא פרע, לכן נראה דלהכי הצריך הרמב"ם לצרף בכאן הא דאינו יכול לכפור דהוי כמו הא דאמר בגמ' בכתובות בריש פ' נערה שנתפתתה דרבנן סברי כי קא תבע קנס קא תבע, ור"ש סובר כי קא תבע בושת ופגם קא תבע, דאלמא, דאף דתבע בב"ד עיקר המעשה בכ"ז חזינן לענין מה הוא עיקר תביעתו לענין קרבן שבועה, איברא, דהתם לענין קרבן שבועה אבל מ"מ יש לדון מזה ג"כ לענין שבועה דהיכי דעפ"י האומדנא עיקר תביעתו לענין זה הכי דייניגן, ולכן הכא היכי דתבעו חמשים שבשטר וחמשים בלא שטר, אמרינן דאין כונתו במה שתובע חמשים בשטר לענין שיתברר חיובו בב"ד ע"י שטר זה, דכיון דהשטר חיובו מבורר אין בתביעתו טענה לענין בירור החיוב אלא דיש בזה טענה לענין גביית השטר, ולכן היכי שאין בהשטר שעבוד נכסים א"כ תובע ממנו חיוב התשלומים, ובזה שמודה לו המקצת מודה לו שמחוייב הוא לשלם, או בזה שמבורר חיובו ע"י השטר מתברר חיוב התשלומין שלו, אבל היכי שכל נכסיו משועבדים, א"כ במה שתובע הבע"ד עם השטר דייניגן בזה כמו שהי' טוען שלא בפני בע"ד, היינו שהתביעה היא לב"ד שמברר לב"ד שיש לו חיוב על נכסי פלוני דהא בשטר אין נ"מ ואין צריך הוא להודאת הבע"ד וגם לא לחיוב התשלומים שלו שיחייבו אותו אלא שיפסקו שיש לו כח לגבות מנכסיו, ואף דקיי"ל דנכסי דבר אינש אינון ערבין בי' בב"ב דף קע"ד ובבכורות דף מ"ח דכ"ז דאי אפשר לגבות מן הלוה א"א לגבות מן הנכסים, אבל מ"מ כיון שאפשר לחייבו גם שלא בפניו א"כ לא דמי להודאה במקצת, כיון דעיקר מילתא לא צריכינן לדידי' כלל, אלא לגבות מנכסיו, אבל היכי דאין נכסים משועבדים להמלוה, א"כ על הב"ד דוקא לומר להלוה חייב אתה ליתן ומחייבין אותו לשלם ובשביל זה לא נקרא הילך.

ועכשיו נוכל לחלק זה מפקדון דבפקדון איברא דהחפץ כל היכי דאיתא ברשותא דמרא איתא, מ"מ הא הודה בחיובו שמחויב להעמיד לו החפץ והיכי דאיתא חדא מהני או שיודה בחיוב דנתחדש עתה חיוב בב"ד, או שנתחדש חיוב תשלומין עליו נקרא מודה במקצת, אבל היכי דאין צריך כלל לחיוב תשלומין שלו שיאמרו לו ב"ד חייב אתה ליתן ולא לענין גוף בירור החיוב בשביל שהחיוב כבר מבורר, א"כ שפיר הו"ל הילך כמאן דנקיט להו מלוה דמי היינו שאינה שייכא להד"ת עם הלוה עכשיו, אלא תביעה הוא לב"ד הגבו לי מנכסי פלוני ואינה יכולה להצטרף להד"ת שיש לו על הלוה באידך החמשים ושכופר בהם, וכ"ז דוקא היכא שהוא אינו יכול לכפור, אבל היכא שיכול לכפור א"כ לא דמי להילך דנימא דכיון דנכסיו משועבדים א"כ הוי כמאן דנקיט להו מלוה דמי, דלא דמי דהיכי דטעין הילך, א"כ לא שייכא ב"ד כלל בהך ד"ת, אבל הכא כיון

דעכ"פ ב"ד שייכי בהך ד"ת וזה נעשה עפ"י הודאתו, א"כ אין לך כי הוא זה גדול מזה.

והנה במה שכתבתי יבואר מה שפסק הרמב"ם בפ' ט"ז הל' כ"ה מהלכות אישות, דהוא אומר אלמנה נשאתיך והיא אומרת בתולה נשאתני, דישבע שבועת התורה שהק' שם המ"מ דהא פסק כאן הרמב"ם דהיכי דאין יכול לכפור וכל נכסיו משועבדים פטור משבועת התורה, אכן לפימש"כ פשוט דזה דוקא הכא גבי שטר, אבל התם גבי כתובה כיון דשטר ליכא דהא מיירי ע"כ דליכא כתובה, ולכן אף דהוי מעשה ב"ד מ"מ הא קיי"ל דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד, ועיקר הבירור שיבורר שהיא אשתו הא צריך כאן להיות עפ"י עדים, וא"כ הוא טענה עם הבע"ד וחשיב טענה לבעל הדין והודאה מבעל דין, ואף דהא יש לה גט ומוכח שהי' בעלה, אכן הרמב"ם לטעמי' דפסק דארוסה אין לה כתובה, ואף דמבואר באה"ע סי' קכ"ו דלכתחלה יכתבו בגט ארוסה אנת ארוסתי, אכן הוא מדברי רבינו ירוחם, וברמב"ם לא נזכר זה כלל, ובנוסח הגט שלו כתיב סתמא אנתתי, ומשמע בפשיטות דבכל גיטין מיירי וגם רבינו ירוחם לא הצריך אלא לכתחלה, א"כ ע"י הגט לא תוכל לגבות וצריך דוקא עדי נשואין, וכיון דצריך עדים כבר הי' תביעה והודאה מבעל דין.

והנה הרמב"ם בפ' כ"ה מהל' עדות כתב דאם היו שני שטרות, ובכל א' היו עדים שהם ספק פסולים משני כתי עדים המכחישים זא"ז והלוה מכחיש את שניהם ישבע שבועת התורה על מנה ויגבה מנה, והקשה שם המ"מ דהא אין יכול לכפור, אכן באמת אפשר לומר לפי"מ שבארנו דדין שאינו יכול לכפור הוא דוקא אם אין דין תורה כלל ביניהם על בירור החיוב וזהו דוקא בשטר מבורר, אבל הכא כיון דכל שטר בפ"ע הוא ספק פסול נמצא דעל כל שטר יכול להכחיש החוב ורק דכיון דיש שני שטרות אנו מצרפין חיוב ממ"נ, אבל זה הוא כבר נחשב פסק ב"ד, ובירור שמתברר עתה בב"ד עיקר החיוב בשביל שני השטרות, ואף דיש לומר לפי מה שכתבתי דכיון דבשטר יכול לגבות גם שלא בפני הבעלים לא שייך הד"ת עם הבע"ד, אפשר דגם הכא יגבה בשני השטרות שלא בפני הבעלים, אבל אינו דומה לשטר מבורר דעל עיקר החיוב לא שייך ד"ת ביניהם כלל, ועל גוביינא לא צריך להבע"ד, נמצא דעל זה החמשים אין שום ד"ת ביניהם, אבל הכא על עיקר החיוב יש דין ביניהם ורק בב"ד מבררים, דעכ"פ משניהם יש חיוב אחד והוי שפיר העדאת עדים על הבע"ד על מנה, דהא הוא דן עכשיו בב"ד על מנה הזאת.

והנה מדברי הרמב"ם מוכח דלית לי' הא דשעבוד קרקעות פטור משבועה דאי הוי אית לי' לבד מה דמיותר הטעם שכ' שהשטר לא תועיל לו כפירתו דמוכח דמצרף זה שיהי' הילך, ולא מטעם דשעבוד קרקע היא כקרקע, רק לבד זה הנה לפי מה שכתבנו

דאף דאם הודה בשטר שאינו מקויים גובה ממשעבדי שאח"כ, א"כ נ"מ לדינא דמטעם שעבוד קרקעות הי' פטור אפי' אם הודה בשטר באופן שהי' יכול לכפור, וע"כ דלית לי' הא דשעבוד קרקעות פטור משבועה, משום דתירוץ הגמ' אזלא למ"ד הילך חייב, אבל לפי מאי דקיי"ל דהילך פטור לא צריכינן להאי תירוצא כלל, וכמש"כ הלח"מ אכן קשה דהא גבי קרבן שבועה הוא גמ' ערוכה בשבועות דף ל"ז דכופר בממון שיש עליו שטר פטור משום דשעבוד קרקע הוא כקרקע, וכן פסק הרמב"ם בפ"י מהלכות שבועות א"כ מ"ש דין חיוב שבועה מדין קרבן שבועה, ואמרתי בזה דיש חילוק בין דין חיוב שבועה לדין קרבן שבועה עפ"י הלמודים והדרשות דמפקינן מיניהו דפטור גבי קרקע, דגבי דין חיוב שבועה נפק"ל מדכתיב כסף או כלים, מה הפרט מפורט דבר המטלטל וגופו ממון יצאו קרקעות שאינם מטלטלים ויצאו שטרות שאין גופן ממון, נמצא דעלינו לפטור חוב שבשטר משום דנחשוב החוב לקרקע, ע"ז נאמר דכיון דאפשר לגבות גם ממטלטלין לא חשיב החוב לקרקע, אבל לענין קרבן שבועה כתיב בפקדון או בתשומת יד או בגזל או עשק את עמיתו, וכתב הרמב"ם בפ' ז' מהל' שבועות הל' ד' וז"ל הכל מטלטלין שאם יודה בהם יוציא ממון מתחת ידו יצאו קרקעות שהרי הן תמיד לפני בעליהן ובחזקתן, נמצא דפטור דגבי קרבן שבועה הוא משום דצריך שיהי' הדבר שכפר יוצא מתחת יד הבעלים האמיתים, אבל כ"ז דלא יצא הדבר לגמרי מתחת יד הבעלים האמיתים לא הוי דומיא דגזל, ולכן פטור גבי קרקע שהרי הן תמיד לפני בעליהם ובחזקתם, ולכן שפיר גבי כופר בחוב על שטר כיון דיש בו שעבוד קרקע, והשעבוד קרקע לא יכול הוא לגזול מן הבעלים והרי הם תמיד לפני בעליהם ובחזקתם, א"כ לא הוי החוב גזול לגמרי מן הבעלים דהא יש להם ע"ז שעבוד קרקע שא"א לגזלו מן הבעלים.

והנה כתבנו מדברי הלח"מ בטעמו של הרמב"ם דלא קשה עליו מהסוגיא דריש ב"מ דאמר להדיא דאינו חייב שבועה על כפירת שעבוד קרקעות משום דהגמ' משני כן למ"ד הילך חייב, אבל למ"ד הילך פטור לא צריך להך תירוצא, אלא דהפטור הוא משום דהו"ל הילך, אבל עוד קשה על הרמב"ם מגמ' מפורשת בכתובות דף פ"ז ע"ב בהא דתנן דע"א מעידה שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבועה דאמר שם סבר רמב"ח למימר שבועה דאורייתא, אמר רבא שתי תשובות בדבר, חדא דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והיא נשבעת ונוטלת, ועוד אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, ובמה דחה הרמב"ם מימרא דרבא, אבל באמת לא קשה דזה דהרמב"ם סובר דשעבוד קרקעות אינו פוטרת משבועה משום דיכול לגבות מן המטלטלין הא זהו לגבי הלוה שלא לפטור להלוה מן השבועה, אבל בכתובות גבי עד אחד מעיד שכתובתה פרועה

הא זהו לדין נשבעת ונוטלת, והיא באה לב"ד להגבות לה, ושפיר פריך רבא דבזה ודאי אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות דהא היא יכולה לומר לב"ד הגבו לי מן הקרקע, ובזה הא ודאי שבועתה רק על הקרקע ואין נשבעין.

אחר שכתבתי דברים אלו זה שנים רבות נדפס ספרו של אדמו"ר גאון ישראל חדושי רבינו חיים הלוי, וראיתי בדבריו פט"ו מהל' אישות שכתב בטעמא במה דבחיוב שבועה אינו סובר הרמב"ם דשעבוד קרקע כקרקע, וגבי קרבן שבועה סובר דדינו כקרקע, ויישב זה בדרך פשוט דגבי קרבן שבועה החיוב הוא על שכפר ונתבע על כפירתו, ובעינן שיהי' כפירת ממון ובזה הכפירה נשלמת דוקא עם הקרקע, דאם היה מודה לו בחוב וטוען שהתנה שלא יהי' לו פרעון אלא מהקרקע אין בזה קרבן שבועה כיון שלא נשלם כל הכפירה, ועדיין יכול המלוה לגבות מהקרקע, א"כ כל הכפירת ממון נשלם דוקא בשביל שכפר בכל החוב שאינו יכול לגבות לא ממטלטלין ולא מקרקע, לכן שעבוד קרקע דינו כקרקע, אבל מודה במקצת דחייב שבועה החיוב הוא שאנו נותנין לו שבועה שיודה בחיובו, ולא נצרך לנו לדעת אם כפירתו היא שלימה ע"י המטלטלין לחוד, אלא דאנו צריכין לחייבו שבועה כדי שיודה, וכדאמר הגמ' רמי רחמנא שבועה כי היכי דלודי, וא"כ מה איכפת לן דבאמת כופר גם בשעבוד הקרקע, עכ"פ נוכל לחייבו שבועה שיודה בהחוב שיוכל המלוה לגבות מהמטלטלין.

ובזה באר דין משביע עדים שכתב הרמב"ם בפ"י מהל' שבועות הל' י"א האשה שהשביעה ע"א שיעיד לה במיתת בעלה וכפר חייב בשבועת העדות שאלו העיד היתה נשאת ונוטלת כתובתה, בד"א כשהי' לה לגבות מן המטלטלין, אבל אם אין לה לגבות כתובתה אלא מן הקרקע ה"ז פטור משבועת העדות, ומוכח מדבריו שאם הי' אפשר לה לגבות בין ממטלטלין בין מקרקע ה"ז חייב, וקשה מקרבן שבועת הפקדון שאם אפשר לגבות בין ממטלטלין בין מקרקע פטור, וע"כ דבקרבן שבועת העדות לא בעינן שתהי' כפירת העד שלימה על כל הממון, אלא דאפי' אם כפרו עדותן אם אלו המטלטלין משועבדים להחוב ג"כ חייבים משום שבועת העדות כיון דעכ"פ הי' נ"מ בעדותן, והנה בזה אנו מוכרחין לתירוצו של אדמו"ר, דתירוצי לא יספיק דבשבועת העדות ליכא קרא מיוחד, אלא דלמדין מדין שבועת הפקדון, אלא דיש לומר דבשבועת העדות הוא פשוט כיון דהשבועה הוא שיעידו לפני ב"ד, ואין לנו נ"מ בכפירתו של הבעל דין, אלא משביע התובע את העד שיעיד לפני ב"ד, וב"ד הרי יכולין להגבות מן המטלטלין, לכן שפיר חייבין בקרבן שבועת העדות, ובמש"כ ליישב שלא יקשה מהגמ' דכתובות גבי פוגמת כתובתה כיונתי ב"ה לדברי אדמו"ר שכתב כן שם.

הלכה ה

עיין מה שכתבתי בפרק א' הל' ז'.

וכן האומר לחבירו אמר לי אבא שיש לי בידך מנה והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים, הרי זה משיב אבדה ופטור אף משבועת היסת, ואין צריך לומר אם הודה מעצמו ואמר מנה היה לאביך בידי ונתתי לו חמשים דינרין ונשאר לו חמשים שזה פטור אף משבועת היסת.

והנה על תחלת דבריו האומר לחבירו אמר לי אבא וכו' שהשיג על זה הראב"ד כבר כתבתי על זה בפ"א הל' ז', אך על דבריו אח"כ שכתב ואצ"ל אם הודה מעצמו וכו', מבואר לשון זה בחו"מ סי' ע"ה סעיף ג' וז"ל, אם לא תבעו אדם אלא הוא מעצמו אומר מנה היה לאביך בידי ונתתי לו חמשים פטור אף משבועת היסת, וכתבו בזה הסמ"ע והש"ך, והנתיבות ביאר דבריהם ותוכן דבריו הוא דמשו"ה כתב כאן המחבר מנה לאביך בידי משום דהא בודאי מיירי באומר הלה ברי לי שאתה חייב מנה דאי באומר איני יודע א"כ פשיטא דבלא טענת ברי ליכא שבועה, וע"כ באומר ידעתי ולכן לא מצי למינקט באומר לחבירו ומשיב הלה ידעתי, דודאי חייב שבועת היסת, ואפי' שבועת התורה חייב אם היה כמערים, משא"כ באומר לאביך דבאביו ודאי לא שייך כמערים, דאין הוא יודע במילי דאבוה.

והנה לדעתי עוד אינו מיושב דהא המחבר דן כאן בדין שבועת היסת, ובזה מאי נ"מ אם כמערים או לא כיון דעכ"פ טוען הלה ידעתי ואינו אומר הזכרתני, וא"כ הוא טוען טענת ברי ואינו משיב אבדה כיון שאומר ידעתי בעצמי, ואין לומר דכונת הנתיבות לדין שבועת התורה, דהא כתב זה על דברי המחבר שכתב זה בדין שבועת היסת, וכן בבעל התרומות שהביא המחבר מדבריו מוכח שאינו מחלק בין אומר מנה לאביך בידי או מנה לך בידי, ובעיקר אין סברא לחלק גבי שבועת היסת בין כמערים או כמודה, ומה שהקדים הודאה לתביעה, הנה כתב הש"ך להדיא דגבי שבועת היסת לא בעינן שתוקדם תביעה להודאה, ולכן צ"ל דמשו"ה כתב המחבר באומר מנה לאביך בידי, משום דבאומר מנה לך בידי לא פסיקא להמחבר לכתוב דפטור משבועת היסת, כיון דאפשר שישיב הלה ידעתי ואז חייב לפחות שבועת היסת, אף דשה"ת אין כאן שקדמה הודאה לתביעה, ולכן גבי מנה לאביך בידי אפשר רק שיטעון הלה דאף שבעיקר החוב לא ידעתי, אבל זה שאתה טוען שפרעת מחצה לאבי זה אני יודע שלא פרעת, כגון שטוען שבאותו הזמן שאתה אומר שפרעת לא היה אבי כאן דהוי טענת ברי לגבי הפרעון, מ"מ פטור גם משבועת היסת כיון שבעצמו אינו יודע משום חוב, ואף דאין לדון כאן משום טעם מיגו

אף שאין כאן העזה דהא אינו יודע בעצמו, מ"מ הא דעת הרמב"ם דאין אומרים מיגו לאיפטורי משבועה, רק בלא מיגו יש לומר דאינו חשוב תביעה, כיון דעכ"פ בעצמו אינו יודע מעיקר החוב ויש לומר יותר דאף דאין אומרים מיגו לאיפטורי משבועה, אבל כאן הא יש הפה שאסר הוא הפה שהתיר, דכיון שכל החוב הוא רק על פי המודה, לכן נאמן גם לגבי שבועת היסת שלא להצריכו שבועה, אבל זה רק במנה לאביך בידי דבסתמא אינו יודע אבל במנה לך בידי אם אומר התובע ידעתי ודאי חייב שבועת היסת.

הלכה ו

מנה לי בידך על משכון זה, אין בידי עליו אלא חמשים הרי זה מודה וישבע, אין המשכון שוה אלא חמשים או פחות הרי זה נשבע ומשלם החמשים שהודה בהן, הי' המשכון שוה מאה או יתר הואיל והמלוה יכול לטעון עליו עד כדי דמיו הרי המלוה נשבע ונוטל מדמי המשכון, היה שוה שמונים נשבע המלוה שאין לו פחות משמונים ונוטלן מן המשכון, ונשבע הלוה מן התורה על העשרים שכפר בהן כפר בכל ואמר אין זה משכון אלא פקדון ואין לו אצלי כלום, נשבע המלוה שאין לו פחות משמונים, ונשבע הלוה היסת על העשרים.

השגת הראב"ד. מנה לי בידך על וכו' עד שהודה בהם. א"א ואם שוה החמשים מה ישבע הילך הוא. היה המשכון שוה וכו', עד על העשרים שכפר בהם. א"א אף זה הילך הוא עכ"ל.

כתב המ"מ וז"ל והר"א ז"ל כתב בהשגות דמודה בשיווי המשכון הו"ל הילך ובביאור כתב הר"י מיגש בשם הרב אלפסי דמשכון לאו הילך הוא עכ"ל, והנה הר"נ ר"פ שבועת הדיינין כתב במי שמודה במקצת ונתן על זה משכון, דהר"י מיגש כתב דבכה"ג לא מיקרי הילך, והביא ראיה מהא דפ"ק דקדושין דף ח' באומר התקדשי לי במנה והניח לה משכון עליה אינה מקודשת, מנה אין כאן משכון אין כאן, ועוד גבי אמתא דזבון בני ר"ח דאמר פריטי אין כאן נסכא אין כאן, ואחרים דוחים דהתם שלא נתחייב במנה אף המשכון אינו כלום וכו', ויישב הר"נ ראייתו דכיון דמלוה אינה קונה במכר נמצא שמשכון זה אינו נקנה באותה מלוה דכי אמרינן בע"ח קונה משכון ה"מ או בשמשכנו בשעת הלואתו שמעותיו קונות לו, או בשלא בשעת הלואתו דבגוביינא דב"ד אתא לידיה, אבל כשנתן לוה למלוה משכון שלא בשעת הלואה במה קנאו המלוה, ושמא תאמר קנאו במשיכה לשעבודו, זוהי שלמד מההיא דקדושין שאין המטלטלין נקנין לשעבוד, וכתב הר"ן עוד ואפי' תאמר נקנה הוא במשיכה לשעבודו מ"מ אינו ככסף לקנות בו אמה העבריה, והכי נמי משכון לאו הילך הוא עכ"ל.

והנה לפי"מ שכתב הר"נ מקודם ליישב ראיית הר"י מיגש אינו אלא היכי דלא נתנו להמשכון בשעת הלואה, אבל אם נתנו בשעת הלואה הא כתב דקנאו מדין בע"ח קונה משכון, והרמב"ם הא מיירי כשאמר לו מנה לי בידך על משכון זה משמע דהוא משכון בשעת הלואה, והנה לשיטת הרמב"ם לכאורה א"א לומר כדברי הר"נ שבנה יסוד דבריו על הא דמלוה אינו קונה במכר, והרמב"ם הא סובר דמלוה קונה במכר, אך בזה אפשר לומר דהא בקדושין ודאי אינה מקודשת במלוה, ובקנין אמה העבריה אמר הגמ' הואיל ומיקדשה בכסף, וא"כ צריך באמה כסף דמהני בקדושין, אך לבד זה הא דברי הרמב"ם הם בנתן לו בשעת הלואה, אך מה שסיים הר"ן בדבריו וכתב ואפי' תאמר נקנה הוא במשיכה לשעבודו מ"מ אינו ככסף לקנות בו אמה העבריה, והכי נמי משכון לאו הילך הוא, ולפי סוף דבריו נוכל לומר דאפי' אם נתן לו בשעת הלואה אף שקנאו לשעבודו מ"מ לאו הילך הוא, איברא דאין ביאור לד' הר"נ שמקודם כתב דלא קנה למשכון ומשו"ה אינה מקודשת, ואח"כ כתב דאפשר קנאו לשעבוד מ"מ אינו קונה אמה העבריה דבמאי מיושב לו יותר קנין אמה מקנין קדושין, ואם נימא דלקדושין מועיל אם היתה קונה המשכון א"כ מוכח מדין קדושין דלא קנתה המשכון, ואולי מה שכתב דאינו קונה בזה אמה כונתו דגם אינו מקדש בזה אשה דלא הוי כסף גמור, ומזה ראיה דמשכון לא הוי הילך כיון דלא חשיב כסף לקנות בו, ומה שכתב המ"מ דהר"י מיגש כתב דמשכון לא הוי הילך הביא תשובתו הבעה"ת בשער ז' חלק א' וכתב זה על מי שהוא מודה במקצת ונתן לו משכון על מה שהודה, וכתב דלא הוי הילך, והביא הראיה שהביא הר"נ מדין מנה אין כאן משכון אין כאן, וכתב ומעשים בכל יום ומחייב רבינו הרב בזה שבועת התורה, ומבואר דהר"י מיגש לא כתב זה אלא במי שנותן עכשיו בשעת הודאה משכון, אבל כשנותן לו משכון בשעת הלואה כאופן שכתב הרמב"ם אין הוכחה מדבריו.

ובעיקר דינא אם משכון חשיב הילך יש לומר דתליא אם הלוה יכול לפטור עצמו מחובו במטלטלין כשיש לו מעות, והוא מדברי הרא"ש והביא כן מד' הרי"ף בפ' המוכר פירות, וכיון שאם יש לו מעות אינו יכול לפטור עצמו במטלטלין, א"כ ודאי לא מיקרי הילך, כיון דמעיקר דין הוא חייב לשלם מעות, ואף דהא אין אנו יודעין אם יש לו מעות ואם אין לו מעות הא יכול לפטור עצמו במטלטלין, וא"כ כשנותן לו מטלטלין אינו מודה בחוב, אבל באמת אין זה טענה דא"כ כשאין לו לא מטלטלין ולא קרקע אטו אינו יכול לדון עמדו שתובעו שיודה שהוא חייב לו, או שיפסקו ב"ד שהוא חייב לו, ואם אין לו עתה יהיו לו לאחר זמן ובודאי כה"ג מודה במקצת וחייב שבועה מן התורה על כפירתו, אף שטוען שאין לו לא מטלטלין ולא קרקע, וא"כ ה"נ מה שנותן לו משכון כיון שלא

קבלו בתורת פרעון הא לא נפטר מחובו.

אכן בפ"ח מהל' נזקי ממון הל' י' אות ח' בארתי דשיטת הרמב"ם אינו כשיטת הרי"ף, וסובר דיכול ליתן לו מטלטלין בחובו אף שיש לו מעות, א"כ לשיטת הרמב"ם בעצמו אין לנו טעם למה לא יהי' משכון הילך, אך באמת הטעם פשוט משום דאכתי מחוסר שומא, וכל זמן שלא שמו ב"ד המשכון אינו מוחזק בו אלא לשעבודו לגבות ממנו, אבל עוד לא זכה לגמרי בהמשכון שיהי' שלו, ועוד דהא אם יאבד המשכון באונס הא נשאר הלוה בחיובו לפרוע לו את חובו, א"כ במה שנתן לו המשכון אכתי לא נפטר מחובו ושפיר הוי הודאה, והי' אפשר לתלות זה בדין אם פקדון כשמודה ואומר הרי הוא בביתי והרי הוא שלך, דשיטת רש"י דהוי הילך ושיטת הרמב"ם בפ"ג הל' ט"ו דלא הוי הילך ועי"ש במ"מ, אבל לא נוכל כאן לתלות בזה דגם דעת הראב"ד דלא הוי הילך, וכבר נחלק בזה הבעה"מ בב"מ דף צ"ח דסוגיא דשתי פרות, וצ"ל דלא דמי משכון לפקדון כשאינו נותנו מיד ליד, דאף דכתבו התם טעם דילמא מיגנב, וא"כ גם הכא נוכל לומר דאם יהי' אונס ויאבד ישאר הלוה בחובו, מ"מ לא דמי דהתם כל זמן שאינו נותנו עתה לפני ב"ד יש לומר דעד שיבוא לב"ד יוכל להיות נאבד, אבל כשנותן לו המשכון הרי הוא עתה מוחזק במעותיו בעת הד"ת, וסובר הראב"ד דנקרא הילך אף שעוד לא נפטר הלוה מחובו, כיון שיכול עתה לעשות שומת ב"ד ויזכה בהמשכון, ואפשר דבזה יסבור הראב"ד כמש"כ בדעת הרמב"ם דאפי' אם יש להלוה מעות יכול לפרוע לו במטלטלין, ועיין בחו"מ סי' פ"ז סעיף א' שכתב המחבר דנתן לו משכון לא הוי הילך, וכתב הרמ"א ויש אומרים דמשכון חשיב הילך, וציין טור ובעל העיטור ומה שלא הביא דברי הראב"ד זהו משום דהראב"ד מיירי כאן שנתן לו המשכון בשעת הלואה, ועיין ש"ך שם ס"ק ה' שכתב כן, והכריע שם כהרמב"ם דאפי' הי' המשכון בשעת הלואה לא הוי הילך, ומה שהכריע כן מראית הר"י מיגש אינו מובן דבאמת הראי' אינה אלא כשנתן המשכון עתה ובזה מיירי הר"י מיגש, וכמו שכתבתי, ועיין מה שכתבתי בפ"ג מהל' גזילה הל' ה' בענין מחלוקת הראב"ד והבעה"מ בפקדון דקיימא באגם.

והנה בעיקר מה שכתב הר"י מיגש בשם הרי"ף דמודה במשכון לא הוי הילך הנה בתשובות הרי"ף סי' צ"א נשאל לאה הרהינה אצל רחל מטלטלין בכך וכך, וכשבאה לפדותן כפרה רחל ואמרה להד"מ אלא אני יש לי אצלך כך וכך, והשיב תשבע רחל שאין ללאה אצלה משכון, ואח"כ תראה לאה כמה הי' שוה המשכון שלה ואם הוא כנגד הדמים שלקחה על המשכון תטול הדמים לעצמה ותשבע שבועת היסת שאין רחל ראוי' ליטול ממנה כלום, ואם הי' שוה פחות תתן אותו היתר על דמי המשכון לרחל, ותשבע

שבועת התורה שאין רחל ראוי' ליטול ממנה יותר משום שהיא מודה במקצת הטענה עכ"ל. וקשה למה כשהמשכון שוה כמו החוב לא הוי לאה מוב"מ לדעת הרי"ף דמודה במשכון לא הוי הילך, ואם היינו אומרים דהר"י מיגש לא כתב בשם הרי"ף דמשכון לא הוי הילך אלא כשנותן עתה בעת ההודאה המשכון, אבל כשנתן המשכון בשעת הלואה הוי הילך ודלא כהרמב"ם הי' מיושב, אכן יש לומר דאף אם מודה במשכון לא הוי הילך זהו אם היתה רחל מודה בהמשכון, אבל כאן שרחל כפרה בהמשכון ונגד מה שלאה מודה שלותה מרחל כך וכך תובעת ממנה המשכון ששוה כן, לכן מה שלאה פטורה מלשלם לרחל אינו משום שנתנה לה משכון אלא משום שתובעת ממנה חפץ ששוה סך זה, והוי תביעה כנגד סך זה שלותה, ולכן מה דפטורה משבועה על המותר שרחל תובעת אינו משום טעם הילך אלא משום דהוי כמו כופרת על החיוב שהיא חייבת לה בהלואה משום שהיא טוענת יש לי בידך חפץ ששוה סך זה, ולכן הפטור אינו משום הילך, ובכה"ג אף אם היתה תובעת ממנה חפץ סתם שאינו משכון ג"כ היתה נאמנת כיון שאין עדים על ההלואה ונאמנת במיגו.

אכן בתשובות הרי"ף החדשות שיצא לאור בשנת תרצ"ה סי' ס"ח מפורש בקיצור המודה במקצת ואמר הילך משכון עליו דינו כדין הילך מעות ופטור משבועת התורה, וזה מפורש דלא כמו שהעיד הר"י מיגש בשם הרי"ף, ועל יסוד התשובות שהם של הרי"ף יש הוכחה משום שנמצאו בהם גם תשובות שכתובים בת' הרי"ף הישנות, ונראה דאפשר המעתיק תשובה זו בקיצור למד זה מהתשובה שהבאנו מת' הישנות, ולמד המעתיק מזה קיצור דמודה ונותן משכון הוי הילך, אבל לפי עדותו של הר"י מיגש צריך לומר כדברינו.

הלכה ח

מנה לי בידך והרי עד אחד מעיד עליו והנטען אומר כן הוא, אבל אתה חייב לי כנגד אותו מנה הרי זה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם, ומפני מה אינו יכול לישבע שהרי הוא מודה במה שהעיד בו העד, ואין הנשבע בהודאת עד אחד נשבע, עד שיכחיש את העד ויכפור בעדותו וישבע על כפירתו, לפיכך שטר שיש בו עד אחד וטען שפרעו, וכן כפרן שבא עליו עד אחד וטען שפרע או החזרתי לך הפקדון הרי זה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם, מעשה באחד שחטף לשון כסף מחבירו בפני עד אחד ואמר אחר כן חטפתי ושלי חטפתי, ואמרו חכמים הרי זה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם, וכן כל כיוצא בזה.

השגת הראב"ד. לפיכך שטר שיש בו עד וכו' עד ואינו יכול לישבע ומשלם. א"א משלים

הוא ממשל ולמה לא יכחיש העד מכל וכל בשבועתו שפרע, ואולי על דרך שכתב במקום אחר שטען תחלה בב"ד להד"מ והוציא עליו שטר זה שיכחישו בהלואה ואח"כ אמר לויתי ופרעתי והיה לו להזהר בדבריו עכ"ל.

המ"מ והכ"מ כתבו בזה לבאר דברי הרמב"ם, והכ"מ הביא מד' הריב"ש בתשובה שנשאר בתימה בד' הרמב"ם, ומה שכתב המ"מ דכונת הרמב"ם כדברי הראב"ד כתב הכ"מ בשם הריב"ש דאין נראה כן דכיון שכתב וכן כפרן מוכח דמקודם אינו מכוין לזה, אכן גם דברי הראב"ד צריכים באור במה שכתב ולמה לא יכחיש העד מכל וכל בשבועתו שפרע, דהא כבר ביאר הרמב"ם דבכה"ג אין זה הכחשה לדברי העד דהעד הא מעיד רק בשטר שלוה, ואם כונתו כמו שהקשה הריב"ש דכיון שהשטר הוא בעד אחד ואינו גובה בו ממשועבדים לא עדיף ממלוה ע"פ דנאמן לומר פרעתי, א"כ אין זה הכחשה לדברי העד, אלא שיהי' נאמן לטעון פרעתי דהא העד אינו אומר בשטר אלא שלוה, ונראה דכונת הראב"ד לומר דאין לפרש כמו שרצה המ"מ לפרש שהעד החתום בשטר מעיד ג"כ שלא פרעו, וע"ז כתב המ"מ דא"כ יכול לישבע כנגד העד שפרע, וזהו שכתב הראב"ד משום שפשוט אצלו ששטר בעד אחד אין לו כח שטר שלא יוכל לטעון פרעתי, והוא כמו שהביא הכ"מ מה שתמה הריב"ש דאין לומר בדעת הרמב"ם דכיון ששנים בשטר מחייבין ממון ואינו יכול לומר פרעתי, א"כ ה"נ בע"א שמחייב שבועה ואינו יכול לישבע שלא לוה, דא"א לומר כן דהא לא עדיף שטר בע"א ממלוה ע"פ בעדים דנאמן לטעון פרעתי, ואף דכאן יש שטר אבל כיון שאינו גובה בו ממשועבדים לא אמרינן שטרך בידי מאי בעי, וכן פסק הרמב"ם בפי"א מהל' מלוה הל' ג' כשיטת הרי"ף דעל מלוה בכת"י נאמן לטעון פרעתי, וכן הקשה המ"מ בפי"ד מהל' מלוה הל' י', ולכן כתב הראב"ד שאם נאמר דכונתו אם העד מעיד שלא פרע, א"א לומר כן דלמה לא יכחיש העד בשבועתו שפרע.

והנה היסוד דבשטר שאין גובה בו ממשועבדים נאמן לטעון פרעתי זהו ע"פ דברי הרי"ף שכתב בסוף פ' גט פשוט דבהוציא עליו כתב ידו נאמן לטעון פרעתי, וכן פסק הרמב"ם כנ"ל, והבעה"מ השיג עליו שם וכתב וז"ל דלעולם יכול המלוה לומר שטרך בידי מאי בעי, ודאמר רב פפא האי מאן דמפיק שטרא אחבריה ואמר אידך פריעא הוא לאו כל כמיניה, נ"ל כי כלל הוא בין בשט"ח בין בכתב יד, וכן נראה מלשון משנתנו ששנינו סתם גובה מנכסים בני חורין, ואילו הי' כדברי הרב הי' לו לתנא דמתני' לפרש ולומר אם טען ואמר פרעתי נאמן עכ"ל, וכתב ע"ז הרמב"ן דהא שנינו ע"י עדים גובה מנכסים בני חורין וקיי"ל א"צ לפרעו בעדים, ולא פי' התנא דאם טען ואמר פרעתי נאמן

וזו כעין ראי' לדברי רבינו הגדול ששנאו בלשון אחד, והטעם שכיון שאינו גובה מן המשועבדים אין מקפידין עליו ומניחין אותו ביד מלוה אע"פ שהוא פרוע, ואין נוהגין כן בכתב ידי עדים שיש לו קול וזילי נכסי דלוה, שהרי גובה מן המשועבדים עכ"ל, וכדברי הרמב"ן בטעמו של הרי"ף כתבו התוס' בכתובות דף כ"א ע"א והר"י חלק עליו ע"ש, אכן הרשב"א הביאו הנמוק"י בב"ב דף ע' גבי שטר כיס היוצא על היתומים הוכיח דלא כשיטת הרי"ף משטר פקדון, דמבואר שם בסוגיא דדוקא משום דנאמן לטעון נאנסו נאמן לומר החזרתי, אבל אי לאו מיגו דנאנסו הוי אמרינן שטרך בידי מאי בעי אף שאינו גובה בשטר זה מן המשועבדים.

אכן זהו ע"פ דברי הרמב"ן שכתב בטעמו של הרי"ף משום שאינו גובה ממשועבדים, אבל יש לומר דאף שדחה הרמב"ן השגתו של הבעה"מ בעיקר דינו של הרי"ף שעל כתב ידו נאמן לטעון פרעתי, מ"מ מהא שהביא הבעה"מ מדברי רב פפא נראה שיש להוכיח דעכ"פ אין הטעם משום דבכת"י אינו גובה מן המשועבדים, דהא קשה מה השמיענו רב פפא דאינו נאמן לטעון פרעתי על שטר, דהא מתני' היא המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים, ואם יכול הלוה לטעון פרעתי הא וודאי טענינן ללקוחות שפרע הלוה, וביחוד לר"פ לשיטתו דסבר בב"מ דף ה' כאביי דאדם פורע תוך זמנו וא"כ א"א שיגבו מלקוחות, דהאופנים שכתב עוד הרמב"ם בהל' ו' לא מהני גבי לקוחות, ואף דמסיק ר"פ דאי אמר ליה אישתבע דלא פרעתיך אמרינן ליה זיל אישתבע ליה מ"מ הי' יכול לומר רק זה ולמה אמר מתחלה דאמרינן ליה לאו כל כמינך זיל שלים, ומוכח דזהו ג"כ חידוש, ולכן ע"כ דר"פ אשמעינן דאפי' בשטר שאינו גובה מן המשועבדים וכמו אם כתוב בו בפי' שלא יגבה ממשועבדים מ"מ אינו יכול לטעון פרעתי, וזה מוכח כמו שהוכיח הרמב"ן ששנאן התנא בלשון אחד דין כתב בכתב ידו, ודין המלוה בפני עדים וצריך לומר דשטר בעדים חשיב יותר שטר משטר בכתב ידו.

והנה בפי"א מהל' מלוה הל' א' כתב הרמב"ם המלוה את חבירו בעדים א"צ לפרעו בעדים, אבל המלוה את חבירו בשטר צריך לפרעו בעדים, לפיכך אם טען ואמר פרעתי שטר זה אינו נאמן, לפיכך האומר לעדים היו עלי עדים שאני חייב לזה מנה אין כותבין עדותן ונותנין למלוה שלא יחזירו למלוה ע"פ עדות בשטר עד שיאמר להן הלוה כתבו שטר וחתמו ותנו לו, וכתבתי בזה בספרי דקשה בתרתי חדא דלמה רק בשביל שלא יוכל לומר פרעתי אין כותבין דהא נ"מ ללוה שנכסיו יהיו משועבדים ויגבו מלקוחות ויהיו זילי נכסיה בשביל השטר, וזה נ"מ יותר גדולה דלענין פרעתי לא הוי נ"מ רק אם לא יאמרו להלוה שכתבו, אבל אם יאמרו הא יוכל הלוה שלא לשלם להמלוה עד שיתן לו

השטר, עוד קשה דהא בלא טעמים אין יכולין לכתוב שטר בלא דעת הלוה דהוי מפיהם ולא מפי כתבם, והנה על הקושיא הב' הארכתי שם וכיון שאינו נוגע לכאן איני מביא זה, אבל על הקושיא הא' כתבתי דלכאורה יש לומר דלענין לגבות ממשועבדים בודאי לא הי' מועיל שטר כזה שנכתב שלא מדעת הלוה, ורק לענין זה שיהיו להמלוה עדות שלא יוכל הלוה לכפור הי' סברא שיכולין לכתוב כמו שבארתי שם, ולכן כתב שאין להם רשות לכתוב וליתן למלוה שלא יעשו ממלוה ע"פ מלוה בשטר שלא יוכל לומר פרעתי, ויש לומר דאפי' אם יאמרו להלוה כתבנו לא ניחא ליה דפעמים יש לו מעות לפרוע ואין להמלוה השטר ואינו רוצה הלוה לשמור מעותיו, אלא דקשה דכיון דנימא דבשטר כזה שאינו כתוב בו שאמר להם הלוה כתבו וחתמו אין גובין ממשועבדים למה לא יוכל הלוה לטעון פרעתי, דהא פסק הרמב"ם שם בהל' ג' דעל שטר בכת"י נאמן לטעון פרעתי, ומוכח מזה דסובר הרמב"ם דאף דבכת"י נאמן לטעון פרעתי, אבל על שטר שאינו גובה ממשועבדים אינו נאמן.

ובטעמא יש לומר דבכתב ידו אפשר שנותן רק לזכרון, אבל כשעושה שטר בעדים מוכח דנותן להמלוה לגבות בו, ומקודם חשבתי לומר דנ"מ לגבות בו מיורשין, אך אח"כ ראיתי שהרמב"ם סובר כן על שטר בע"א שאינו נאמן לטעון עליו פרעתי, אף שגם מיורשים אינו גובה בו, וראיתי בתשובת הרא"ש כלל ס"ז שמקודם בסי' א' כתב בטעמא של הרי"ף כמש"כ הרמב"ן דבכת"י אינו גובה ממשועבדים, ובסי' ב' כתב טעם אחר דעל שטר בכת"י לא מצי לומר שטרך בידי מאי בעי לפי שאין אדם נזכר כ"כ אם מסר להמלוה שטר בכת"י כמו שהיה נזכר אם מסר לו שטר בעדים, ויש לבאר ביותר עפ"מ שבארתי דעת הרמב"ם בפכ"ד מהל' מלוה הל' א' במה דסובר דגבי כותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו, אינו צריך שיהי' שטר שיש בו קנין, והביא שם המ"מ דרש"י והרמב"ן והרשב"א כתבו דגם מכר צריך שיש בו קנין, ובארתי ע"פ הגמ' דב"מ דף י"ט דיש לנו שני דרכים, או שנאמר דכותבין שט"ח ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ואז לא הי' המלוה יכול לגבות מהלקוחות אא"כ יביא ראיה מתי בא השטר לידו, או דנימא שאין כותבין אלא בשטרי אקנייתא ואז יוכל המלוה לגבות חובו בלא ראיה מתי בא השטר לידו, ולכן זהו דעת הרמב"ם לחלק בין שטר מלוה לשטר מכר, דבשטר חוב שעיקרו לגבות חובו אין עצה לעשות דין כזה שלא יוכל לגבות חובו, לכן תיקנו חז"ל דאין כותבין שטר ללוה אלא בשטרי אקנייתא, אבל שטר מכר דעיקרו הוא לקנין ולראי' על מכירת השדה ולא הוזכר דאין כותבין אלא בשטרי אקנייתא, אמרינן דבזה כותבין אף שאין בו קנין, ואם יטרוף מערער מהלוקח ויצטרך לגבות מלקוחות שקנו אחריו, יצטרך להביא

ראיה מתי בא השטר לידו.

ולפי"ז נוכל לבאר גם בהך דינא דגם בשטר בעדים לענין דין טענת פרעתי, הי' לנו שני דרכים דהי' אפשר שיהי' נאמן לטעון פרעתי, ויוכל הלוה להניח השטר חוב בידו, או שלא יהי' נאמן לטעון פרעתי וממילא לא יוכל הלוה לפרוע כשאין להמלוה השטר, ולכן גבי שט"ח בעדים דעיקרו הוא לגבות בו, על כן נעשה דינו שאינו נאמן הלוה לטעון עליו פרעתי, ולכן כשרוצה לשלם חובו לא יוכל לשלם עד שיחזיר לו המלוה שטרו, אבל בשטר בכתב ידו דנוכל לומר דלזכרון כתב לו שלא ישכח וכמו דאמר הגמ' בב"מ דף ע"ו דאסור להלוות שלא בעדים אפי' אם הלוה ת"ח שמא ישכח, וא"כ יש לומר דלזכרון כתב לו, אבל מאמין להלוה שלא יטעון שקר, ולכן א"צ המלוה כ"כ ליזהר בשטרו אם מאמין בהלוה והלוה יוכל לפרעו בלא השטר שאם יתבענו המלוה יוכל לומר פרעתי אבל זהו דוקא בשטר בכתב ידו, וכמו שכתב הרמב"ן ששנאו התנא בלשון אחד עם מלוה בעדים, אבל שטר בעדים ואפי' בעד אחד דאף שאינו יכול לגבות בו מיורשים ומלקוחות, אבל מהלוה עצמו יוכל לגבות ודין שטר עליו אם לא שישבע שבועת שקר להכחיש העד, ולכן שטר זה דין שטר עליו ואינו נאמן לטעון פרעתי, וזהו שחידש ר"פ במה דאמר דמאן דנקיט שטרא מחבריה ואמר פריעא הוא לאו כל כמיניה והיינו אפי' שטר שאין גובין בו מלקוחות ולכן גם בשטר פקדון צריך דוקא מיגו דנאנסו.

ומבואר שיטת הרמב"ם כאן בפשיטות דבשטר בעד אחד כיון דתורת שטר עליו אינו נאמן הלוה לטעון פרעתי, רק דהיינו אומרים כיון שאם הי' הלוה כופר הי' נפטר בשבועה, א"כ יהי' נאמן לטעון פרעתי במיגו דלא לויתי, וע"ז כתב הרמב"ם דכיון דאינו יכול לישבע להכחיש העד כשמודה הלוה וטוען פרעתי, לכן אמרינן בזה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם.

פרק ה

הלכה ב

שתי שדות מכרת לי לא מכרתי לך אלא אחת שני עבדים או שני שטרות יש לי בידך, אין לך בידי אלא שטר אחד או עבד אחד הרי זה נשבע היסת, וכן אם טען ואמר חצר זה או עבד זה או שטר זה שיש לי בידך שלי הוא ואתה מכרתו לי והנטען אומר לא היו דברים מעולם, בין שהביא הטוען עד אחד בין שלא הביא הרי זה נשבע היסת ונפטר, וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידוה והרי הוא חייב לשלם בין שטענו שחפר והוא אומר לא חפרתי, או שטענו שחפר שתי מערות והוא אומר לא

חפרתי אלא אחת, או שהיה שם עד אחד שחפר והוא אומר לא חפרתי כלום, הרי זה נשבע היסת על הכל.

השגת הראב"ד. וכן החופר בשדה וכו' עד הרי זה נשבע היסת על הכל. א"א נראין הדברים שתבעו למלאות החפירות ולהשוות החצרות, אבל אם תבעו לשלם פחתו ה"ה כשאר תביעת ממון, וכמי שאמר לו חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת, עכ"ל.

כתב המ"מ דיסוד דברי הרמב"ם דזה נקרא תביעת קרקע אף שעכשיו תובעו הממון שחייב לשלם בשביל זה שהזיקו הקרקע, הוא מהגמ' דב"מ דף ה' דאמר למאן דאמר הילך פטור, אמאי איצטריך קרא למעוטי קרקע משבועה דהא כל קרקע הילך הוא ומשני כי איצטריך קרא היכא דחפר בה בורות שיחין ומערות, וכתב המ"מ דהרמב"ם מפרש שטענתם על החפירה, שזה טוען שחפר יותר והלה מודה לו בפחות, ואע"פ שתביעתו היא דמים כיון שהיא מחמת קרקע אין עליה שבועת התורה, וכתב המ"מ עוד דיש לפרש בדרך אחרת שטענו שדי שדות והלה מודה לו באחת ובאותה שמודה לו חפר בה בורות, נמצא דלאו הילך הוא שהרי אינו מחזירה לו כמות שהיא, וכן נראה מדברי רש"י, ומ"מ אפי' לפי פי' זה יש ראיה לדברי רבינו שאת"ל דתביעת חפירת בורות היא כתביעת מטלטלין נמצא שזה כתובעו מטלטלין וקרקעות והודה לו במטלטלין ובמקצת קרקעות, וא"כ זהו התירוץ השני שאמרו שם אי נמי היכא דטענו כלים וקרקעות והודה בכלים וכפר בקרקעות, ויש לדחות דתירוץ ראשון מיירי כגון שאינו תובעו כלל מן החפירות עכ"ל, ודברי המ"מ בסוף דבריו אינם מבוארים דבמה דוחה כגון שאינו תובעו כלל מן החפירות וכונתו דאין כאן תביעת מטלטלין ומ"מ אינו הילך ואינו מובן דלמה לא תהי' הודאת עיקר הקרקע הילך, דהא אין כאן הודאה שהנתבע מחוייב ליתן להתובע, והלח"מ הולך ג"כ בדרך זה ומפרש כן בפירש"י שכתב דלאו הילך הוא שהרי קלקלה דכונתו דכיון שקלקלה אף שאינו תובעו בשביל הקלקול מ"מ לא הוי הילך שאינו מחזירה כמות שהיא, והוא תימה דלמה לא יהי' הילך על הודאת עיקר הקרקע.

ובמה שכתב הראב"ד נראין הדברים שתבעו למלאות החפירות כתב המ"מ שאינו נראה נכון שהרי אין ביד התובע להכריח לנתבע למלאות לו את החפירות, וכתב על זה המל"מ אם עפר קרקעו הוא בעינא ועדיין קיים אפשר שביד התובע להכריח לנתבע למלאות החפירות, ולא אמרינן שישלם לו דמי נזקו אלא לומר דאינו חייב לקנות עפר אחר למלאות החפירה, ודבריו אין להם מקום בסברא דמנין נלמוד זה הדין שצריך החופר למלא החפירות אפי' אם העפר קיים, דלא מצינו בקרא אלא דמזיק צריך לשלם וכדכתיב

מכה בהמה ישלמנה, וכן שלם ישלם המבעיר, אבל לא מצינו דין כזה שצריך המזיק לתקן בעצמו, ומה שכתב שחפר בורות לצרכו והתנה עמו למלאותם, זהו ודאי מציאות רחוקה שלא הוזכר בגמ'.

ובעיקר דברי הראב"ד שכתב שתבעו למלאות החפירות שהם תימה כמש"כ המ"מ, כתבתי מזה בפ"ג מהל' שכירות ולפי שכאן מקומו אביא עקרי הדברים והוא עפ"י שחולקים שם הרמב"ם והראב"ד בדין הסבל ששבר חבית של יין לחבירו וביום השוק נמכר בה' ובשאר הימים בד' שכתב הרמב"ם ואם החזירו ביום השוק חייב להחזיר לו חבית של יין או ה', החזירו בשאר הימים מחזיר ד' והוא מהגמ' דב"מ דף צ"ט ולפירש"י ביום השוק יכול לפטור עצמו בחבית יין, אבל בשאר הימים אינו יכול לפטור עצמו בחבית יין, והרא"ש כתב דזה דוקא בשבר ביום השוק, אבל דעת הרמב"ם דאין חילוק דאפי' אם שבר בשאר הימים תלוי כפי השיווי ביום החזרה, וכתב המ"מ בטעמו שהסבל צריך להחזיר חבית יין, לכן אנו רואים כמה שוה ביום החזרה, וכבר תמה הקצוה"ח דהיכן מצינו שצריך המזיק לשלם חבית יין דהא דין תשלומין אינו אלא בדמים, וכתבתי בזה דזה ודאי שהתשלומין הוא דמים, אבל אם יהי' להמזיק טוב יותר שיחזיר חבית יין יכול לפטור עצמו בחבית יין, ולכן כשמחזיר חבית יין בשאר הימים דאינו שוה אלא ד' והוא חייב לשלם ה' בשביל ששבר ביום השוק לשיטת הרא"ש, ולדעת הרמב"ם תמיד אנו חושבין שיעור הנזק כפי מה שהוא שוה ביום השוק, אבל לגבי שיעור תשלומי הנזק ביום שמשלם שמין רק כמה שוה בשעת החזרה, כמו שהוכחתי שם מסוגיא דב"ק דף ז', ומ"מ אם מחזיר לו מה ששבר נפטר בזה דכיון שמחזיר לו מה שהזיקו נפטר בכך כמו שהוכחתי שם, אך הרמב"ם חידש בזה עוד דכיון דאם מחזיר לו חבית יין אפי' בשאר הימים נפטר בזה, וכיון דבשאר הימים אפשר לקנות בעד ד' חבית יין, לכן אם מחזיר בשאר הימים פוטר עצמו מד' דמה לי הן מה לי דמיהן, אבל אם מחזיר ביום השוק צריך להחזיר ה', ובזה חולק הראב"ד כפי"מ שבארתי שם ואינו סובר הך סברא דמה לי הן ומה לי דמיהן ולכן רק בחבית יין יכול לפטור עצמו אבל לא בד' כיון דעיקר חיובו הוא ה'.

ובזה נבוא לדברי הראב"ד שלפנינו דבחופר בור בחצר חבירו משכחת לה שיהיו התשלומין על דמים ומשכחת לה שיהיו התשלומין שהמזיק יתקן ההיזק, והיינו דאם נבוא לשום ההיזק צריך לשום כמה היתה שוה הקרקע קודם שחפר וכמה אחר שחפר, שיתכן אם הקרקע הוא חצר שהקונה חצר כזה שהיא חפורה בורות לא יחפוץ לקבל עליו לתקנו וינכה ממחירו יותר ממה שצריך הוצאת לתקנו, ובאופן זה הוצאות תיקון

החצר הוא פחות ממה שנפחת החצר משויו, ויתכן להיפוך וכמו בחצר גדולה דמי שירצה לקנותה לא יביט כ"כ על מה שהוא צריך למלאות החפירות, ולא ינכה משויו כל ההוצאה ואז בודאי התשלומין הוא כמה הופחת החצר משויו, וזהו מה שכתב הראב"ד דאפשר שתבע למלאות החפירות, והיינו באופן שמילוי החפירות עולה פחות ממה שהופחת החצר משויו, ואז החיוב הוא למלא החפירות, וכמו גבי חבית יין שפוטר עצמו בחבית יין אף שלפי ההיזק עולה יותר, ולכן כונת הראב"ד דאפשר להעמיד הגמ' דמוקי כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות באופן שהתביעה היא על תיקון החצר, ולא לשלם דמים דאז הוי ההודאה על הקרקע, אבל אם תבעו לשלם פחתו והיינו באופן שהתביעה היא פחת השיווי, דזה עולה פחות מתיקון החצר אז הוי ההודאה על דמים ולא על קרקע.

אכן לפי"מ שבארנו דהרמב"ם והראב"ד חולקים אם יכול לפטור עצמו בהחזיר בשאר הימים לשלם ד' דהרמב"ם סובר דכיון דיכול לפטור עצמו בחבית יין לכן יכול לפטור עצמו גם בד' דמה לי הן מה לי דמיהן וא"כ גם כאן אם לא נימא דדמי קרקע הוא כקרקע לא מהני מה שתהי' התביעה למלא החפירות דעכ"פ יכול החופר ליתן דמים לבעל החצר שישכור פועלים לתקן החצר וא"כ גם באופן זה נשאר התביעה על דמים ואכתי מוכח דדמי קרקע הוא כקרקע. אבל הראב"ד לשיטתו דאינו סובר דאמרינן מה לי הן מה לי דמיהן, וא"כ אם באנו לפטור החופר בזה שיתקן החצר אף דפחת הדמים שהוזל החצר ע"י החפירות עולה יותר, אבל בזה לא יוכל החופר לפטור עצמו אלא אם בעצמו יתקן החצר שהוא ישכור פועלים ויתקן אבל לא יכול לפטור עצמו בזה שיתן מעות לבעל החצר שישכור פועלים ויתקן, כיון דעיקר התשלומין מפחת החצר עולה יותר, רק שיוכל לתקן החצר ולכן דוקא אם יתקן בעצמו כיון דסובר גבי חבית יין דלא אמרינן מה לי הן מה לי דמיהן, ולכן באופן זה שתבעו למלא החפירות הוי התביעה בקרקע כיון דדוקא החופר צריך לתקן אם אינו רוצה לשלם הפחת כמה שהופחת החצר משויו.

ובמה שכתב הראב"ד להוכיח מאמר לו חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת, כתב המ"מ וז"ל דכונתו משום דאדם הוקש לקרקע ואין זו ראי' דכי אמרינן דאדם הוקש לקרקע ה"מ עבדים דכתיב בהו והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם אבל שאר אינשי ודאי לא עכ"ל וכתב ע"ז המל"מ ממה שכתב הרמב"ם בפי"ג מהל' מכירה שהשוכר את הפועל בין בקרקע בין במטלטלין אין להם אונאה מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם אונאה, והמ"מ רוצה לחלק מאדם בן חורין לעבד עברי רק דקשה לו מה שכתב המ"מ מוהתנחלתם, אבל דבריו אינם מיושבים דודאי מה דילפינן דעבדים הוקשו לקרקעות הוא מקרא דוהתנחלתם, וזה ודאי בעבד כנעני, אלא שהוא

מחלוקת רש"י ותוס' בקדושין דף ז' כמו שהביא הקצה"ח בסי' צ"ה על הלכה זו דרש"י כתב שם דגם אדם בן חורין דינו כקרקע דסובר דגם בן חורין נלמד מעבד כנעני שהוקש לקרקע והתוס' כתבו שם דדוקא עבד הוקש לקרקע מקרא דוהתנחלתם והוא כדברי המ"מ, והקצה"ח כתב שם דכן שיטת הר"נ ולא ציין מקומו, אכן הוא בדף כ"ח בקדושין דבפשוטו הוא גמ' מפורשת שם דגם בן חורין הוקש לקרקע דאמר שם עד היכן גלגול שבועה דאמר רבא השבע לי שלא נמכרת לי בעבד עברי רבא לטעמיה דאמר עבד עברי גופו קנוי ופריך אי הכי היינו קרקע, וכתב ע"ז הר"נ בהלכות וז"ל ולאו למימרא דלא שייכא שבועה בגוף אדם דהא עבד נשבעין עליו אי לאו דאיתקש לקרקע, אלא הכא היינו טעמא משום דלא שייכא שבועה אלא כשתובעו ממון דשבועה דקרא בתביעת ממון ולא בתובעו גופו, אבל בעבד כנעני אין השבועה לעבד אלא לזה התופס, ומה דפריך אי הכי היינו קרקע לאו למימרא דעבד עברי הוי כקרקע דהא לא איתקש לקרקע אלא עבד כנעני אלא ה"ק מאי קמ"ל הא ודאי פשיטא דמגלגלין כיון דעל קרקע נשבעין ע"י גלגול ומבואר דאם בן חורין לא הוקש לקרקע עבד עברי לא הוקש ומדברי התוס' בדף ז' אין מקום לחלק דהא כתבו ג"כ על מה שכ' רש"י מקרא דוהתנחלתם דההוא קרא דוקא בעבד ובודאי כונתם בעבד כנעני וא"כ ראיית המל"מ חזקה דכיון שכתב דשוכר את הפועל אין לו אונאה שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם אונאה, דסובר כשיטת רש"י דגם בן חורין ילפינן מעבד כנעני דדינו כקרקע, וא"כ הוכחת הראב"ד מחבלת בי שתים חזקה דדמי קרקע אינה כקרקע.

אכן הקצוה"ח יישב הוכחה זו עפ"מ שכתב הר"נ בסוגיא דאומן אומר שתים קצצת לי דר' יהודה דאמר עד שתהא שם מקצת הודאה אינו דוקא בהודאה המחייבתו שבועה דאפי' אם אומר הילך למי תיקנו בזה תקנת נגזל ונחבל דלא צריך אלא שתהא שבועה נוטה עליו שבזה אנו אומרים שהתובע נשבע ונוטל, אך הקצוה"ח הקשה מהא דתנן בפ' שבועת הפקדון אנסת ופתית את בתי דאמר הגמ' דטעמא דת"ק דמחייב קרבן שבועה משום דסבר בושת ופגם קא תבע, ולדעת הרמב"ם מה מהני דבושת ופגם קא תבע אכתי הוי דמי קרקע, וכפירת קרקע נתמעט מקרבן שבועה, וכתב בזה אדמו"ר גאון ישראל בספרו חדושי רבנו חיים הלוי דחלוק דין חיוב שבועה מדין קרבן שבועה, לדין דמי קרקע, דהא ודאי דמי קרקע הם מטלטלין רק דסובר הרמב"ם דכיון דעיקר חיובא הוא בשביל נזק הקרקע לכן ליכא חיוב שבועה על הדמים, אבל זהו דוקא בחיוב שבועה שאנו דנין על תחלת החיוב, אבל קרבן שבועה הא גם היכא שאין בטענת התובע דין לחייב להנתבע שבועה ונשבע מעצמו חייב קרבן שבועה, רק דקרקעות נתמעטו מכלל ופרט

דליכא עליהם חיוב קרבן שבועה, אבל דמי קרקע הא בעצם הם מטלטלין, רק דבחיוב השבועה אנו דנין על עיקר המחייב את הדמים שזהו הקרקע, אבל בקרבן שבועה הא אינו צריך שיהי' דין לחייב שבועה וכיון שתבע ממנו דמים וכפר לו דמים שפיר חייב קרבן שבועה.

והנה אדמו"ר הקשה יותר מדברי הרמב"ם בפ"ב מהל' נערה בתולה אמרה לו אנסת אותי, והוא אומר לא כי אלא פתיתי ה"ז נשבע שבועת התורה על דמי הצער ומשלם בושת ופגם, הרי נשבע שבועת התורה על דמי היזק גופה שהוא כקרקע לדעת הרמב"ם, וכתב בזה דכיון דבצער ובושת ליכא תשלומין בעד הפסד ממון רק שהתורה חייבה לשלם, א"כ אין הדמים דמי הצער והבושת דמי הגוף, אלא שהתורה חייבתו לשלם, ולכן גם בשביל פגם דהיינו נזק אנו אומרים דהוא לא בשביל הפסד היזק גופה, אלא שהתורה חייבתו לשלם, וא"כ עיקר החיוב הוא חיוב תשלומין שהם מטלטלין ולא נקרא דמי קרקע, והוכיח זה עוד ממה דסובר הרמב"ם בפ"ד מהל' חובל ומזיק דהחובל בבת קטנה של אחרים אם נזק הפוחת אותה מכספה הרי הוא של אב וכו' נזק שאינה פוחתה מכספה הרי הוא שלה, ומבואר דשייך לשלם נזק אף שלא פחתה מכספה, ועיין שם בפ"ב הל' ו' במ"מ ולח"מ מה שכתבו בזה.

ובעיקר מה שכתב אדמו"ר דשיטת הרמב"ם דשייך נזק אף דלא הפחיתו מכספו, יש לעיין דהא כתב הרמב"ם בפ"א מהל' חובל ומזיק הל' ב' כלשון המשנה נזק כיצד שאם קטע יד חבירו וכו' ומשלם הפחת שהפחיתו מדמיו, א"כ דין נזק הוא לשלם הפחת, ומה שכתב בפ"ד שחילק בין נזק הפוחת אותה מכספה, ובין נזק שאינו פוחת אותה מכספה, יש לומר דזהו לענין היזק האב לענין נשואין ששמין אותה כמה יתנו להאב מי שיש לו עבד להשיאה לעבדו וכמה הפחיתו אותו מזה אבל לענין כמה הוא שוה בתורת עבד נמכר בשוק יש לומר דגם חבורה שנעשית צלקת הפחיתו מכספו וזהו מה שכתב בפ"ב הל' [ו'] שאפי' חסרו כשערה מעור בשרו שנעשית צלקת הפחיתו מכספו שאדון שקונה עבד מביט גם ביופי גופו ומפחית מכספו אם יש בו צלקת.

אכן בספרי הלכות חובל ומזיק פרק ה' הל' ו' כתבתי מה שראיתי בהעתק מכתבי אדמו"ר שכתב ליישב מטעם אחר לפי מה שחולקים הרמב"ם והראב"ד בפ"י מהל' נזקי ממון הל' י"ד אם יש דמים לבן חורין שהרמב"ם סובר דאין דמים לבן חורין דאף ששמין אותו כאילו הוא עבד נמכר בשוק, אבל באמת הא אינו יכול למכור עצמו לעבד כנעני, ואפי' לעבד עברי לא הי' עומד לכך שימכור עצמו שאסור למכור עצמו לעבד עברי, וע"כ דזהו רק דרך שומא, אבל אין התשלומין בשביל שהפסידו מכפי שהוא שוה, לכן גם

בנזק עיקר החיוב הוא התשלומין, דילפינן מקרא דעין תחת עין, וגם מקרא דלא יקחו כופר לנפש רוצח שאתה לוקח כופר לראשי אברים, ועיין מה שכתבתי בזה בבאור דעת הרמב"ם בפ"י מהל' נז"מ, ונמצא דהרמב"ם והראב"ד הולכים לשיטתם אם נזק אדם הוי כמו דמי קרקע.

הלכה ד

טענו ענבים העומדות ליבצר ותבואה יבשה העומדת להקצר והודה במקצתן וכפר במקצתן הרי זה נשבע עליהם כשאר המטלטלין, והוא שאינן צריכין לקרקע שכל העומד להבצר הרי הוא כבצור לענין כפירה והודייה, אבל אם היו צריכים לקרקע הרי הן כקרקע לכל דבר ואין נשבעין עליהן אלא היסת.

השגת הראב"ד. טענו ענבים וכו' עד ואין נשבעין עליהן וכו'. א"א המחבר פוסק כרבי מאיר והרב פוסק כחכמים, ואולי מפני מה שאמרו בכתובות סוף סוף כל העומד לגדור כגדור דמי, והרב ז"ל הלא ראה כל זה, ואפשר שאין למדין שבועה לשאר דברים שהרי עבדים של יתומים נדונים כמטלטלין ולענין שבועה אין נשבעין עליהן עכ"ל.

כתב המ"מ רבינו נראה שהוא פוסק כר"מ ממאי דאמרינן בפרק נערה שנתפתתה כל העומד לגדור כגדור דמי ומחלוקת ר"מ וחכמים היא בשאינן צריכין לקרקע, או שהוא ז"ל סבור שמחלוקתן היא בשצריכין לקרקע אבל אין צריכין לקרקע כלל אפי' חכמים מודים שהן כמטלטלין ואתיא ההיא דנערה שנתפתתה כחכמים והוא פוסק כחכמים, וכיוצא בזה החלוק שכתב כאן כתב פ' ראשון מהל' מכירה אבל בהל' שכירות פ' שני לא חלק רבינו בין צריכין לקרקע לאין צריכין ושם נראה מלשונו שאפי' אין צריכין הרי הן כקרקע לענין שומרין שכך כתב שם אפי' ענבים העומדות להבצר הרי הן כקרקע בדין השומרין נראה שהוא מחלק בין שומרין לדין אחר ולא ידעתי בזה טעם נכון עכ"ל ובפ"א מהל' מכירה הל' י"ז כתב הרמב"ם כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע ואם אינו צריך לקרקע כגון ענבים העומדות ליבצר הרי זה כמטלטלין לקנין וכתב על זה המ"מ ואמרינן פ' שבועת הדיינין כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע לענין שבועה ומה שאמרו שם דאפי' ענבים העומדות ליבצר הרי הן כקרקע פירשה כשהן צריכין לקרקע אבל כשאין צריכין לקרקע כלל הא אמרינן כל העומד ליתלש כתלוש דמי ואי נמי דשבועה שאני עכ"ל ותמה בזה המש"ל דהא כתב כאן הרמב"ם דענבים העומדות ליבצר הרי הן כבצורים לענין כפירה והוא באמת תימה על המ"מ ותמה בזה גם הלח"מ בפ"ב מהל' שכירות הל' ד' ודחק בזה בדברים שאינם מתקבלים ע"ש ונראה דצריך להגיה בדברי המ"מ ובמקום שכתוב דשבועה שאני צ"ל דשומרים שאני וזהו כמו שכתב כאן

אך מה שכתב כאן ולא ידעתי בזה טעם נכון, כתב הכ"מ שם בפ"א מהל' מכירה דהוא ע"פ דברי הר"י הלוי שהביא הטור בסי' צ"ה דהיינו טעמא דגבי שומר לאו כבצורות דמי כיון דלשמירה הם כשהם מחוברין לקרקע ואדעתא דהכי מסרינהו ניהליה הו"ל כקרקע דהא לאו למיתלשינהו מסרינהו ניהליה.

והנה מה שכתב הכ"מ דדעת הרמב"ם דמחלק בין שומרים לשאר דברים הוא ע"פ דברי הר"י מיגש, באמת מבואר כן להדיא בפיהמ"ש להרמב"ם על מתני' דשבועות פ' שבועת הדיינים על מתני' דר"מ אומר יש דברים שהן כקרקע וז"ל שם מחלוקת חכמים ור"מ הוא בענבים העומדים ליבצר והלכה כחכמים אבל כשימסרם לו בתורת שמירה, ולענין מקח וממכר ודיני האונאה והודייה במקצת כשהיה עיקר התביעה שלא בתורת שמירה העיקר המכוון שהם כמטלטלין שכל העומדים ליבצר כבצור דמי, וראיתי שכבר עמד ע"ז הש"ך בסי' צ"ה שהביא דברי הפיהמ"ש אכן הש"ך לא עמד על כונת דבריהם של הר"י מיגש ופיהמ"ש, דהוא מפרש דסוברים דרק לענין חיוב שומרים אמרינן דהוו כקרקע אפי' עומדין ליתלש ומפרש לשיטתם מתני' דעשרה גפנים טעונות מסרתי לך דהוא בדין שומרים, ולזה הקשה דל"ל למיתני במודה במקצת, אבל באמת אין כונתם כלל לזה, אלא דכי מסרם בתורת שמירה אז אפי' עכשיו הד"ת רק בכפירה והודאה ולא נאבדו כלל וכמש"כ הרשב"א דמיירי שבצרן דלא הוי הילך מ"מ פטור לשיטת הרמב"ם דדמי קרקע הוא כקרקע, ומש"כ הרמב"ם דלענין כפירה והודאה הם כמטלטלין זהו אם לא מסרם בתורת שמירה וכמש"כ להדיא בפירושו שהבאנו, וכן כתב הר"י מיגש אבל מאן דזבין לחבריה ענבים כשהן מחוברים לקרקע למתלשינהו לנפשיה כיון דלמיתלשינהו זבנינהו ניהליה וכבר הגיעו ליבצר הוו להו כבצורים ודיינין בהו דין מטלטלין בכל מידי כגון דין אונאה ושבועה וכיוצא בהן דהא קיימא לן כל העומד ליבצר כבצור דמי וכל העומד לגדור כגדור דמי עכ"ל, ומבואר דאם מסרם לו בתורת שמירה כיון דאין לו רשות לבצרם אפי' אם עתה הדין במודה במקצת אין דינו כבצור.

והנה עוד הקשו הלח"מ והש"ך מהא דגיטין דף ל"ט דבעי למימר דהמקדיש עבדו אי מועלין בשערו דפליגי ת"ק ורשב"ג מיירי בשערו העומד לגזוז מר סבר כגזוז דמי ומ"ס לאו כגזוז דמי, ואמר על זה לימא פליגי בפלוגתא דר"מ וחכמים במתני' דשבועות אם ענבים העומדים ליבצר כבצורות דמיין, עוד הקשה הלח"מ מד' הרמב"ם בהל' מעילה פ"ה שכתב דהמקדיש עבדו אין מועלין בשערו משום דכל זמן שהוא מחובר הולך ומשביח, וטעם זה אמר הגמ' בגיטין שם אליבא דר"מ, ולכאורה הי' נראה דמהגמ' דגיטין לא קשה דדוקא גבי מכירה שמכר לו אדעתא למשקלינהו הוי כמטלטלין וא"כ

אין הטעם גבי שומרים דוקא משום דמסר לו שיהיו מחוברים אלא לאפוקי מדין מכירה שמכר לו לתלוש וא"כ במעילה שמעל כמו שהוא מחובר שפיר הוי כקרקע, אכן ממה שכתב הרמב"ם בהלכות מעילה טעמא דאשבוחי משבח דאמר בגמ' אליבא דר"מ מוכח דסובר דבלאו האי טעמא הי' דינו כמטלטלין ודוקא גבי שומרים דינו כקרקע.

ונראה לפי"מ שכתבו התוס' בשבועות דף מ"ג שהוכיח הר"ח לפסוק כר"מ מהא דקיי"ל כר"ש בפ' הכונס דאם אכלה פירות גמורים משלמת פירות גמורים, ואף שכתב הש"ך לחלק דהכא תלשה הבהמה, אבל באמת כתב הרשב"א בשבועות דהכא בפלוגתא דר"מ ורבנן מיירי נמי בתלשם השומר דאלא"ה הוי הילך ומ"מ סברי רבנן דהוא כקרקע וזהו לשיטת הרמב"ם דדמי קרקע הם כקרקע ומוכח דמה דהוי כמטלטלין בהכונס אינו משום שתלשה, ועכ"פ הר"ח אינו מחלק וא"כ יש לומר דגם הרמב"ם אינו מחלק רק דאינו רוצה לפסוק כר"מ ומחלק כהר"י מיגש בין שומרין למילי אחריני ולכן סובר דדוקא גבי שומרים דלהדיא מסרינהו שיהיו מחוברים, פליגי חכמים ולכן גבי מעילה היה מן הדין שיהיו כמטלטלין אי לאו טעמא דאשבוחי ולכן סובר הרמב"ם דאף דהגמ' בעי למימר דהמקדיש עבדו אם מועלין בשערו תליא בפלוגתא דר"מ וחכמים ולא סבר לחלק בין שומרים למילי אחריני, אבל כיון דמוכח מהא דכתובות דכל העומד לגדור כגדור דמי וכן מהא דקיי"ל דאכלה פירות גמורים משלמת פירות גמורים דאנו צריכין לחלק בין שומרים לדינים אחרים שלא מסרם בתורת שמירה.

הלכה ו

שטר מסרתי לך ועשרה דינרין היה לי בו ראיה לא היו דברים מעולם ישבע היסת, הפך עליו הרי זה נשבע היסת שהיתה בו ראיה לעשרה דינרים ואבדו באבדת השטר ויטול, ואם אמר הנתבע אמת מסרת לי ואבד הרי זה פטור אף משבועת היסת שאפילו פשע בו ואבד פטור כמו שבארנו בהלכות חובל.

השגת הראב"ד. שטר מסרתי לך וכו' עד כמו שבארנו בהלכות חובל. א"א תימה גדול הוא זה ואולי ברשותו הוא וכופר הוא בי, ואם פטרוהו משבועת התורה משבועת פשיעה משבועה שאינה ברשותו לא פטרוהו עכ"ל.

כתב המ"מ דכונת הרמב"ם כאן כשאינו מאמינו שמחמת שאבד השטר אינו יכול לגבות החוב, וכמו שכתב כמו שבארנו בהלכות חובל, דזהו שכתב שם בפ' ז' דאם אינו מאמינו אפי' שרפו פטור הא אם מאמינו הא סובר בפ"ב מהל' שכירות דהפושע בשטרות חייב, וכתב עוד ולעיקר הדין הכתוב כאן שהוא פטור אף משבועת היסת הוא מפני שאין התובע יכול לטעון טענת ברי, וכתב בזה הכ"מ ז"ל איני מבין דברים אלו

שהרי התובע טוענו ברי שמסרתי לך, ואם לומר שאינו טוען ברי שפשע, הא לפי מה שכתב אפי' טוען כן בברי והלה מודה לו פטור הוא, נראה דכונת המ"מ הוא, דאם היה יכול לטעון ברי לי שהשטר אצלך הי' חייב לישבע היסת כמו ברישא כשטוען להד"מ, והמל"מ כתב על דברי המ"מ שכתב דשבועת היסת ליכא מפני שאין התובע תובעו ברי, דלמה הוצרך הרמב"ם לתלות הטעם שאפי' פשע בו פטור, הא משבועת התורה נתמעט והיסת ליכא בטענת שמא, נראה דכונת הרמב"ם הוא דאפי' אם יטעון בעל השטר ברי שפשע ולא כמו שאומר שאבד מ"מ פטור משבועת היסת משום שאינו מאמינו שאבד החוב, ומבואר דדברי המ"מ ליתן טעם על מה שאינו נשבע היסת שאבד השטר שלא יטעון בעל השטר שהוא אצלו, וישבע היסת כמו ברישא שטען להד"מ, ודברי הרמב"ם הם אפי' אם יטעון ברי שפשע.

ובמה שהשיג הראב"ד למה אינו נשבע שאינו ברשותו, כתב המ"מ דתקנת שבועה שאינה ברשותו הוא דוקא בשומר הבא לשלם, או בנשבע ג' שבועות ליפטר שהוא מה"ת, אבל בשטרות שפטור משבועה לא תיקנו בו שבועה שאינה ברשותו הביא בזה המל"מ שהרשב"א בתשובה הסכים להראב"ד ושהוסיף שצריך לישבע גם שלא שלח בו יד ואח"כ נאבד וציין לסי' תתק"פ ולע"ע לא מצאתי זה בת' הרשב"א, אך הר"נ בשבועות בהלכות הביא בשמו, אבל מוכח שם דרק על שאינו ברשותו חולק, וסובר כהראב"ד ע"ש, והמל"מ הקשה דהא ק"ו הוא אם בבא לשלם חייב שבועה שמא חמד הפקדון כ"ש למי שפוטר עצמו, ובזה כתב בעצמו משום דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, ויש לומר עוד משום שהשטר אינו ראוי לו לגבות בו, ובעיקר נראה דבדיני שומרים דאיכא שבועה דאורייתא מצינו שתיקנו חכמים כעין של תורה, אבל בשטרות שנתמעטו מן התורה מדין שבועה לא מצינו שחייבו חכמים שבועה.

איברא שהטור בסי' צ"ה כתב דאין נשבעין על כל הנך דוקא שבועה דאורייתא, אבל שבועה דרבנן נשבעין והוא מדברי הרי"ף והרא"ש פ' שבועת הדיינין ולמדו זה מהא דאמרינן בפ' הכותב הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה, דהיינו שבועה דרבנן דמדאורייתא אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, וכתב שם הב"י שכן פסק הרמב"ם בפ"ה מהל' טוען, אבל בדברי הרמב"ם פ"ה מהל' טוען הל' א' מבואר דאינו אלא בשבועת היסת, דאחר שכתב כל אלה שאין נשבעין עליהן כתב ועל כולן נשבע שבועת היסת אם היתה שם טענת ודאי, חוץ מן ההקדשות שאע"פ שאינו חייב עליהם שבועה מן התורה, תיקנו חכמים שישבע עליהם כעין של תורה כדי שלא יזלזלו בהקדשות, ומבואר דדוקא בהקדשות נשבעין כעין של תורה, וקשה דהא בפוגמת הוא נמי שבועת המשנה,

ומוכח דסובר דבכל אלה שנתמעטו משבועת התורה, לא תיקנו חכמים שבועת המשנה כעין של תורה, ורק בפוגמת דאינה שבועה לפטור, אלא שבועה ליטול ולא שייכא בגדר שבועת המשנה לפטור.

הלכה ט

אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן אחד הבא בטענת עצמו או בטענת אביו לפי שזה המקצת שהודה בו לקטן אינו אלא כמשיב אבידה, וכן אם כפר בכל ובא עד אחד והעיד לקטן אינו נשבע שזה עד אחד ואין שם תובע שתביעת קטן אינה תביעה גמורה, נמצאת אומר קטן שאמר לגדול מנה לי בידך, או אבא היה לו בידך והלה אמר אין לך בידי אלא חמשים או אין לך בידי כלום, ועד אחד מעידו שיש לו הרי זה פטור משבועת התורה, אבל אם שמר לקטן וטען שאבד הרי זה נשבע שבועת השומרין לפי שאינו נשבע מחמת טענה, וכן אם הודה שהיה שותף לקטן או אפוטרופוס עליו יעמידו ב"ד אפוטרופוס לקטן וישבע השותף וכיוצא בו בטענת שמא.

השגת הראב"ד. וכן אם הודה שהיה וכו' עד טענת שמא. א"א נראין הדברים שנמסר החפץ לידו לשמירה בחיי אביו, וכן השותף שהיה מחיי אביו והאפוטרופס שמינהו ב"ד ומסתלק כשהוא קטן, וזה אינו מן המנין שב"ד משביעין אותו עכ"ל.

וכן אם כפר בכל ובא עד אחד כתב המ"מ זה כדעת רבינו ורבו ורוב הפוסקים דכי אמרינן אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן הוא בין במודה במקצת בין בעד אחד ומתני' סתמא קתני עכ"ל, והנה בפ"ג הל' ו' כתב המ"מ וז"ל ונחלקו המפרשים אם עד אחד מחייב שבועה בטענת שמא, והרמב"ן נוטה לדעת המחייבין, והרשב"א כדברי הפוטרין משבועת התורה, ואע"פ שאמרו שכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה אינו כלל גמור, ולא נתבאר זה בדברי רבינו עכ"ל, וכתב ע"ז הכ"מ שנתבאר זה בדברי רבינו עכ"ל, וכתב ע"ז הכ"מ שנתבאר זה בפרק ד' מהל' גזילה דחייב, וע"ז כתב המל"מ שאין הוכחה משם כמש"כ שם המ"מ, אבל עכ"פ הרי יש ספק להמ"מ בדעת הרמב"ם אם עד אחד מחייב שבועת התורה בטענת שמא, וא"כ צריך באור מה דסובר כאן הרמב"ם דע"א שהעיד לקטן אינו מחייב שבועה, וכתב שזה עד אחד ואין שם תובע שתביעת קטן אינה תביעה גמורה, דהא טוען טענת שמא ג"כ אינה תביעה כיון שאינו יודע, ומ"מ ע"פ הגדת ע"א מחייב שבועה.

והנה יסוד דברי המ"מ הוא מדברי הר"י מיגש שעל זה כתב המ"מ "ורבו", והר"י מיגש בשבועות דף מ"ב בחדושיו על מתני' דאין נשבעין על טענת חש"ו כתב כן והאריך לבאר דבשבועת ע"א הוא בא מחמת טענה, אבל בשבועת השומרים כיון דאינו מחמת טענה

נשבעין גם לקטן, וזהו שחילק כאן הרמב"ם בין שבועת ע"א לשבועת שומרים, אבל קשה דהר"י מיגש הוא סובר דאין נשבעין ע"פ הגדת ע"א בטענת שמא, כמו שכתב הרמב"ן בחדושיו בשבועות דף מ' ע"א על הא דאמר שמואל דבהגדת ע"א לא צריך טענת שתי כסף שהביא מקודם דברי רבינו אפרים תלמידו של הרי"ף, דאף דלענין הטענה שתי כסף לא צריך בהגדת ע"א מ"מ טענה צריך, אבל בטענת שמא אינו מחייב שבועה, והוכיח מהא דאמר בב"מ דף ד' בשמעתא דהעדאת עדים דיליף מפיו וע"א, ואמר הצד השוה שבהן שע"י טענה וכפירה הן נשבעין, וכתב ע"ז הרמב"ן וז"ל והרב ר' יהוסף הלוי כך כתב שאין נשבעין ע"פ ע"א בטענת שמא, וא"כ אם נאמר דהרמב"ם סובר כמו שמצדד המ"מ לומר, דנשבעין ע"פ עד אחד בטענת שמא, קשה למה סובר דבתביעת קטן אין נשבעין ע"פ עד אחד, ומסתבר דמה שכותב הר"י מיגש שם בטעמא דאין נשבעין בטענת קטן ע"פ ע"א משום דבשבועת ע"א צריך טענה, ולא כתב מקור הדברים דבשבועת ע"א צריך טענה, וע"כ כונתו מראיית רבינו אפרים מהא דאמר גבי העדאת עדים דילפינן מפיו וע"א, הצד השוה שבהן שע"י טענה וכפירה הן באין.

והנה הרמב"ן חולק שם על רבינו אפרים והר"י מיגש, וכתב שהרי"ף אינו סובר כן, והביא מה שכתב הרי"ף בפ' כל הנשבעין ע"ד תשובה לגאון שאחד טען על חבירו שיש לו עד אחד שנכנס לביתו שלא בפניו, ונטל חד טעונה דכיתנא וא"ל אידך אין פתחי ושקלי, ואת אמרת לי שקליה בחושבנא, שהגאון אמר דאין לו עליו אלא שבועת היסת, והרי"ף חולק ומחייבו לשלם, ומזה הרי"ף הוכיח הרמב"ן דסובר דאף שהטוען לא ידע חייב הנתבע שבועה דאורייתא והו"ל משואיל"מ כמו בנסכא דר' אבא, והנה הלכה זו של הרי"ף הביא הרמב"ם בפ"ד מהל' גזילה הל' י"ג, והראב"ד השיג שם וכתב ומאחר שבעה"ב לא הי' שם איך יש כאן טענת ברי כדי שיהי' זה מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע, ואולי נאמר אחר שימצאנה בידו טענת ברי הוא אע"פ שלא ראה כשהוציא מביתו אלא שהעד מעיד, מ"מ מכל זה הדין גאון חולק עליו, ודבריו הם דברי הרב ז"ל עכ"ל, וזהו דברי הרי"ף שהבאנו, וע"ז כתב המ"מ דע שיש סוברין ששבועת ע"א אפי' על טענת שמא היא דבכ"מ ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה, ואפי' את"ל דלא, כבר תירץ הר"א ז"ל עצמו הענין, והבאתי למעלה דברי הכ"מ בפ"ג הל' ו' על זה שכתב המ"מ שלא נתבאר בדברי רבינו, וכתב הכ"מ שנתבאר בפ"ד מהל' גזילה, וגם הבאתי דברי המל"מ שאין הוכחה משם כמש"כ שם המ"מ.

והנה דברי הרמב"ם בהל' ג' שפיר יש לפרש כמש"כ הראב"ד שכתב וכן אם הי' שם עד אחד בלבד ובעה"ב טוען שגזול הוא כלי זה בידו, ומבואר בלשונו שהבעה"ב רואה

עכשיו הכלי ביד הנתבע, אבל עוד כתב הרמב"ם שם בהל' י"ז נכנס לביתו של חבירו שלא בפניו ונטל משם כלים בפני עד אחד ואין העד יודע כמה נטל, בעה"ב אומר עשרים כלים היו בביתי, והגוזל אומר לא נטלתי אלא עשרה והם שלי, חייב להחזיר העשרה מפני שהוא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ואינו נשבע על השאר אפי' שבועת היסת מפני שאינו יכול לטעון על הגזלן טענת ודאי, וכתב ע"ז הראב"ד ואם טענת בעה"ב אינה טענה, היאך זה מחוייב שבועה ולמה ישלם העשרה מכיון שאינו מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע עכ"ל, וכתב ע"ז המ"מ דעת הרב ז"ל שנשבעין בעד אחד אפי' בטענת שמא, וזהו שכאן מוכח מדברי הרמב"ם שלא ראה בעה"ב את הכלים, ולכן נשאר הראב"ד כאן בהשגה, והמ"מ כתב בהחלט שדעת הרמב"ם שנשבעין בע"א אפי' בטענת שמא, ותימה על המל"מ שהזכיר רק מהל' י"ג ולא זכר מהל' י"ז שכתב המ"מ בהחלט דדעת הרמב"ם דנשבעין בע"א בטענת שמא.

אכן בספרי שם בהל' י"ז כתבתי דלכאורה קשה על הראב"ד והמ"מ דלמה אין כאן טענת ברי כיון שהנתבע מודה שלקח עשרה וטוען שהיו שלו, והתובע הלא טוען שלא היו בביתו כלים של הנתבע, א"כ לפי הודאת הנתבע שנטל הוי מצד התובע טענת ברי שהיו שלו ולמה לא יתחייב שבועה ע"פ הגדת העד שנטל ואינו יכול לישבע וכתבתי דכיון דעכשיו שאומר ששלו נטל, וזה אינו כנגד דברי העד אין כאן מקום לחייב שבועה, והחיוב שבועה גבי אין חטפי ודידי חטפי הוא משום דנאמנותו לטעון דידי חטפי הוא משום הפה שאסר דאי בעי אמר לא חטפי, ואם הי' אומר לא חטפי הא הי' חייב שבועה, דשם יש טענת ברי שחטף, אבל כאן שאין התובע יודע שנטל, א"כ מצד זה לא נוכל להתחיל לחייבו שבועה רק ע"פ דברי העד שראה שנטל, וא"כ יש כאן הגדת עד בלא טענת התובע, ובאופן זה אין איך להתחיל לומר שהוא חייב שבועה ואינו יכול לישבע כיון דבעדות עד אחד בלא תביעת הבעלים ליכא חיוב שבועה.

אכן כתבתי דיש לדון באופן אחר, דכיון דמה דנאמן בלא עד לטעון אין חטפי ודידי חטפי הוא רק מדין הפה שאסר, אבל כשיש עד אחד שמעיד שחטף הא לפי דברי העד בודאי חטף של הבעלים, והבעלים הרי טוענים שכיון שנטל כלים כפי הודאתו הם שלהם שלא היה בביתם כלים של הנוטל, א"כ מצרפינן כאן תביעת בעל הכלים עם העדאת העד, והעד הוי כאומר שנטל את של בעל הכלים, שחזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו, אלא שאם לא היה בעל הכלים טוען כלום אז הי' רק העדאת עד אחד בלא טענת של התובע, אבל עכשיו כשטוען התובע א"כ יש כאן עדות עד אחד עם תביעת בעל הכלים ושייך כאן גדר שבועה, ואף שבעל הכלים אינו יודע בעצמו שנטל הנוטל,

וא"כ צריך להאמין להנוטל שהיו שלו מדין הפה שאסר, אבל דין הפה שאסר אינו מועיל אלא להאמין רק היכי שהוא בא להוציא מחזקה, אבל היכי שיש עד אחד והתורה חייבה שבועה ע"פ עד אחד לא מהני בזה הפה שאסר וא"כ יש כאן גדר שבועה, אבל אינו יכול לישבע, משום שאינו מכחיש את העד בעיקר אמירתו שראה שחטף, ולדברי העד אינו הפה שאסר שהעד הלא ראה שחטף, ולכן הוי גם כאן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע.

אכן לבד מה שקשה לקבוע מסמרים בסברא זו שלא כדברי הראב"ד והמ"מ לבד זה עכ"פ המ"מ אינו סובר כן, והחליט מהל' זו דהרמב"ם סובר שנשבעין ע"פ עד אחד בטענת שמא, וא"כ תשאר קושייתנו מה שעמדנו על דברי הרמב"ם בהלכה זו במה שכתב דאם העיד עד אחד על טענת קטן אין נשבעין על זה שתביעת קטן אינו תביעה, כיון שסובר שנשבעין ע"פ עד אחד בטענת שמא, ונראה דאפשר יש לחלק בין טענת שמא לתביעת קטן, דגדול שהעיד לו ע"א שראובן חייב לו אף שהוא אינו יודע אבל הוא תובע לראובן ע"פ הגדת העד, וע"פ הגדת העד חייב ראובן שבועה, אבל תביעת קטן שכתב הרמב"ם שתביעתו אינה תביעה היינו דלא דיינינן תביעתו לתביעה כלל, והוי כמו שאינו בפנינו, וסוברים הר"י מיגש והרמב"ם שאם יבוא עד אחד לב"ד ויאמר שראובן חייב לשמעון מנה לא יחייבו ב"ד שבועה בלא תביעת שמעון, ולכן סוברים דלגבי שבועה דאורייתא אינו מועיל תביעת קטן.

ויש לומר בסברא דבקטן יתכן שהוא יודע שאינו מגיע לו מהנתבע, ואף דבשבועת היסת סוברים דמחייבינן אפי' ע"פ תביעת קטן, בזה הרי כתב הרמב"ם בטעמא דכיון דהוא תקנת חכמים מתקנינן גם לקטן, וע"כ צ"ל כן דהוא רק סברא דצריך לתקן לקטן דהא ודאי ליכא בקטן טעמא דחזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו, ולפי"ז אפשר לומר גם זה בקטן שאפשר שיודע שאינו מגיע לו ותובע, אלא דצריך ביאור עיקר היסוד מנ"ל דצריך דוקא תביעה בשבועה דאורייתא ע"פ הגדת ע"א, והיסוד מד' הגמ' שכתב רבינו אפרים, ממה דאמר בריש ב"מ הצד השוה שבהן שע"י טענה וכפירה הן באין ונשבע, הא בזה סובר הרמב"ם לפי דעת המ"מ דנשבעין ע"פ ע"א אפי' בטענת שמא, ואנו מפרשים בד' הרמב"ם רק בטענת קטן משום שאינה תביעה, וא"כ צריך לנו יסוד לומר דאף דטענת ברי לא צריך בשבועת עד אחד מ"מ תביעה צריך.

ונראה דהנה הרמב"ן בחדושיו דחה ראייתו של רבינו אפרים ממה דאמר הצד השוה שבהן שע"י טענה וכפירה הן באין ונשבע, דהא המסקנא שם דיליף מגלגול שבועה דעד אחד, ובגלגול שבועה ודאי ליכא למימר דצריך טענת ברי דהא אפי' בטענת שמא מגלגלין, ודחק הרמב"ן בלשון הגמ' ויש לומר דהרמב"ם סובר דמה דאמר שע"י טענה

וכפירה הן באין אינו דוקא טענת ברי, דגם טענת שמא מיקרי טענה כשטוען ע"פ הגדת אחר, ובב"ב דף קל"ה אמר אביי לרבה דמנה לאחר בידך לא הוי טענת ברי למ"ד ברי ושמא ברי עדיף, היינו רק דלא הוי טענת ברי דהוי סבר רבה דהוי כמו ברי, אבל טענה מיקריא אלא דמיקרי טענת שמא, ולכן זהו דאמר הגמ' הצד השוה שבהן שע"י טענה וכפירה הן באין דגם בגלגול שבועה אפי' אם מגלגל בטענת ספק, אבל הא צריך שיגלגל עליו וזהו טענה שחושדו ורוצה שישבע לו, ולכן מפרש הרמב"ם דמה דתנן אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן, היינו דטענתם לא הוי טענה כלל, ואפי' לטענת ספק לא חשבינן להו משום דתביעתם לא הוי תביעה, ולכן זהו שלמדו מהמשנה שאין נשבעין על טענת חש"ו אפי' לגבי שבועת עד אחד, כיון דמוכח דעכ"פ בעו טענה אף דלא צריך ברי וטענתם אינה נחשבת לגבי שבועה דאורייתא אפי' כמו טענת שמא, ולכן אף דבזה אינו סובר כרבינו אפרים ולא צריך טענת ברי, אבל על טענת חש"ו אין נשבעין, וכל זה הוא על שבועת מוב"ם או שבועת עד אחד, אבל שבועת השומרים כיון דידעינן שנתן לו לשמור רק שהשומר טוען נאנסו בזה שפיר נשבעין דאין צריך כאן טענה כלל.

ב) **ובמה** שכתב הרמב"ם אבל אם שמר לקטן וטען שאבד הרי זה נשבע שבועת השומרין לפי שאינו נשבע מחמת טענה, כתב המ"מ זה כדעת רבו וקצת מן המפרשים כנזכר פרק ב' מהל' שכירות, ושם כתבתי שיש מן המפרשים חולקין שאין שבועת שומרין מן התורה על טענת קטן, וכן כתב הר"א ז"ל בהשגות שם עכ"ל, והנה הראב"ד כתב שם דהא כתיב כי יתן איש ואין נתינת קטן כלום, ואם פקדון אין כאן שבועה אין כאן ואפי' כאבדה אינו דאבדה אתיא מכח בן דעת דכולי פרשה בשבועות השומרים, ועלה קאמר איש פרט לקטן, וכתבתי שם דיסוד השגת הראב"ד הוא מהגמ' בב"ק דף ק"ו, וכן הקשה הרמב"ן בשבועות דף מ"ב על מתני' דאין נשבעין על טענת חש"ו שמביא דברי הר"י מיגש דמתני' דוקא בשבועת מוב"מ ובשבועת ע"א, אבל בשבועת שומרים נשבעין, והקשה ע"ז הרמב"ן מהא דאמר בב"ק דף ק"ו הטוען טענת גנב באבדה משלם תשלומי כפל, ופריך מברייתא דתניא כי יתן איש אין נתינת קטן כלום, ומשני אבדה אתיא מכח בן דעת, ומוכח דבנתינת קטן דלא אתיא מכח בן דעת פטור מכפל, וכיון דפטור מכפל משום הך קרא דכי יתן איש ודאי פטור נמי משבועה, ובדין טוען טענת גנב בפקדון של קטן כתב הרמב"ם בפ"ד מהל' גנבה דפטור מכפל, וא"כ צריך באור במה מחלק הרמב"ם בין שבועה לכפל, וכתבתי שם דהחילוק הוא בפי' עירוב פרשיות דרש"י בב"ק דף ק"ז פי' דהקרא דכי הוא זה הוא דוקא במלוה, אבל בפקדון גם כופר הכל חייב שבועה, וחלקו בזה התוס' וכל הראשונים וכתבו דודאי גם בפקדון פטור כופר הכל,

ומה דאמר הגמ' דכי כתיב כי הוא זה במלוה הוא דכתיב היינו בטענה דשייך במלוה והיינו בכפירה, אבל בטענת נאנסו לא צריך מודה במקצת, ולפי דבריהם כדאמרינן עירוב פרשיות כתיב לא אמרינן דמיעוטא דכי יתן איש לא קאי כלל על שומרים, אלא דבשבועה דשייך בשומרים לא בעינן כי יתן איש כיון דלא צריך טענה על שבועת נאנסו, אבל יש לומר דבמה דשייך למעט גם בשומרים מקרא דכי יתן איש ממעטינן.

ולכן סוברים הר"י מיגש והרמב"ם דאף דמדין שבועת נאנסו לא מסתבר למעט משום דלא צריך טענה, אבל מדין כפל בטוען טענת גנב שייך למעט משום דדין טוען טענת גנב יש לומר דזהו מגדר גנב, דהא פסק הרמב"ם בפ"ד מהל' גנבה הל' י' דשומר שגנב מרשותו חייב כפל, אלא דטוען טענת גנב כיון שלא עשה מעשה בפועל בגנבה, לכן כל זמן שלא נשבע עוד לא נגמרה הגנבה, ואינו חייב עד שישבע, ולכן שייך לדרוש מיעוטא דכי יתן איש לגבי חיוב כפל בטוען טענת גנב, דגדול הנותן לשומר עושה אותו בעלים על הפקדון, ולכן כשהשומר טוען ט"ג גונב בזה מרשות הבעלים, אבל בנתינת קטן לא נעשה השומר שליח לבעלים על הפקדון שיהיה הפקדון ברשות הקטן, וממילא לא הוי הפקדון ברשות הבעלים, ואף דאם יגנוב אחד חפץ המונח ברה"ר מדעת הבעלים מסתבר דחייב כפל דרק מרשות הגנב ממעטינן, זהו אם מונח ברה"ר, אבל שומר כיון שקבלו לשמור ואם אחר יגנוב ממנו הוי כבעלים לתבוע ממנו הגנבה, וכמש"כ בריש פ"א מהל' נז"מ משום שעומד ברשותו, לכן חלוק דין שומר לקטן מדין שומר לגדול, דשומר לגדול נעשה רשותו כרשות הגדול המפקיד, אבל הקטן אין לו דין שליחות לעשות שליח להשומר שיעמוד הפקדון מרשותו של הקטן, רק דלזה מהני נתינת הקטן וקבלת השומר שיעמוד הפקדון ברשותו של השומר שיוכל לשומרו ולתבוע למי שיגזול ממנו שזהו טובת הקטן, ולכן זהו החלוק מטוען טענת גנב באבדה, דכיון שקבל האבדה של גדול ונעשה שומר האבדה נעשית האבדה ברשות בעל האבדה ושייך לחייבו בטוען טענת גנב, אבל קטן שנתן לשומר כיון שלא נעשה רשותו של השומר כרשותו של הקטן לא הוי בזה וגונב מבית האיש, ולכן אינו חייב השומר כפל בטוען טענת גנב.

אכן צריך עוד לבאר לדעת הרמב"ם דהרמב"ן כתב שם בסוף דבריו וז"ל וכן אם הפקיד לו אביו והוא טוען נאנסו לקטן היינו הך כר' אליעזר בן יעקב דלרבנן מדלא מעיז לכפור לקטן נאמן הוא בדין מיגו כדרבה, וכונת הרמב"ן דלהרי"ף דפוסק כראב"י ובבנו ג"כ אינו מעיז שפיר יש לומר דחייב הנפקד שבועה על טענת נאנסו, אבל לרבנן דסברי דבבנו מעיז בטענת אמר לי אבא וליכא בזה אין אדם מעיז, א"כ נאמן השומר בטענת נאנסו במיגו שהי' כופר הפקדון לגמרי, וא"כ הרמב"ם דאינו סובר דאמר לי אבא הוי טענת

ברי למה פסק דנשבעין על טענת קטן בשבועת השומרים, ולכאורה יש לומר דאין כונת הרמב"ם כאן דנשבעין לקטן בשבועת השומרים כשכל הטענה הוא טענת קטן, אלא כשמסר לו הקטן הפקדון בעדים והוא טוען שנאנס הפקדון, ובזה שפיר כתב הרי זה נשבע שבועת השומרים לפי שאינו נשבע מחמת טענה, אבל ראיתי בהר"י מיגש שדברי הרמב"ם הם דבריו, וכתב להדיא דהא כיון דאודי קמי בי דינא דהוי ליה שומר אפקדונא דידיה ואיתניס וכו' בי דינא גופייהו מיחייבי לאוקמי אפוטרפוס עליה למיתבעיה להוא גברא בשבועה, אלא דבאמת לא קשה דהא סוברים הר"י מיגש והרמב"ם דמיגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן ואפי' היכי דליכא טעמא דאין אדם מעיז, דלא אמרינן מיגו אלא לאיפטורי מממון שכן כתב הר"י מיגש בפ' כל הנשבעין גבי שכיר בהא דאמר רב לא שנו אלא ששכרו בעדים, דלהלכה לא אמרינן מיגו אלא לאיפטורי מממון, וכן דעת הרמב"ם בפי"ג מהל' מלוה הל' ג' שכתב שם שאין אומרים מיגו לפוטרו משבועה, ולכן לא קשה כלל מה דסוברים הר"י מיגש והרמב"ם דנשבעין שבועת השומרים לקטן אפי' אם הפקידו בלא עדים.

והנה המ"מ כתב עוד וז"ל, ובהשגות כתב הר"א ז"ל דקטן הבא בטענת אבא מחמת שמירה שנמסר החפץ ליד השומר בחיי אביו הרי שומר זה נשבע על זה, ואין זה עיקר אלא בכל גוונא אין שבועת התורה ע"י קטן, אבל שבועה של דבריהם יש, וכן עיקר, עכ"ל, והנה ביסוד ההלכה כשנמסר החפץ להשומר בחיי אביו, נחלקו רש"י ותוס' בכתובות דף י"ח במה דמוקים רב הא דראב"י בטוענו קטן, אם למסקנא נשאר האוקימתא בטוענו קטן, או בטוענו גדול, ותליא אי גרסינן אלא, אבל שם לא איירי בשבועת שומרים אלא בשבועת מודה במקצת, כדאמר ראב"י והאכלתיו פרס, ובשבועת שומרים כבר נחלקו הרמב"ם והראב"ד בפ"ב מהל' שכירות, וכבר הביא זה המ"מ רק שכאן הוסיף הראב"ד שאם נמסר החפץ ליד השומר בחיי אביו הרי שומר זה נשבע על טענת אבד הפקדון, ובזה אין יסוד לדחות דברי הראב"ד דתלוי באיזה אופן הוא, אם שכל הידיעה שנמסר החפץ לאביו הוא רק ע"פ טענת הקטן והשומר מודה ע"ז וטוען אבד, בזה יש לדון דכיון דלקטן ודאי יכול להעיז ולכפור נאמן גם בטענת אבד, אבל אם על עיקר מסירת הפקדון יש עדים רק שהשומר טוען אבד ולאביו הי' ודאי חייב שבועה דאורייתא, וכן להקטן כשיתבע ממנו בגדלו ודאי חייב שבועה דאורייתא, א"כ פשוט ודאי שגם עכשיו בעת שהוא קטן חייב שבועה, כיון שזה אינו תלוי כלל בטענת הקטן, והקטן הא אינו טוען שלא אבד, וכל שומר שטוען שאבד חייב שבועה דאורייתא, וא"כ אין מקום לדחות דברי הראב"ד דשפיר יש לפרשם כשעל עיקר מסירת השמירה יש

עדים, וכן משמע לשונו שכתב שנמסר החפץ ולא כתב שתובע הקטן שנמסר החפץ, ובאמת מבואר כן בדברי הרמב"ן בחדושיו פ' שבועת הדיינין על מתני' דאין נשבעין על טענת חש"ו במה שחולק על דברי הר"י מיגש שכתב דבשבועת השומרים נשבעין לקטן, שכתב שם בסוף דבריו וז"ל, וכן אם הפקיד לו אביו והוא טוען נאנסו לקטן היינו הך כר' אליעזר בן יעקב דלרבנן מדלא מעיז לכפור בפקדון, נאמן הוא בדין מיגו כדרבה עכ"ל, וכונתו כיון דרבנן סברי דבבנו מעיז נאמן בטענת נאנסו, כיון דאי בעי הי' כופר, ומוכח דאם על עיקר המסירה יש עדים ודאי צריך השומר לישבע על טענת נאנסו.

אכן בשיטת הר"י מיגש והרמב"ם הוא דאפי' כשאין עדים על עיקר נתינת השמירה חייב שבועה כיון דמטעם מיגו סוברים דמיגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן, ולכן היכי שהדין ביניהם הוא בהודאה במקצת, סובר הרמב"ם בפ"ד הל' י' שהוא פטור משבועה מדין משיב אבדה דהא מודה במקצת, אבל כאן שטוען אבד ואינו משיב לו כלום, א"כ שפיר חייב שבועה, והרמב"ן לשיטתו דסובר בפ' כל הנשבעין בשמעתא דשכיר שכתב שם הר"י מיגש דמיגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן, והרמב"ן חולק עליו, ולכן כתב כאן דתליא רק אם יכול להעיז, אבל להר"י מיג"ש והרמב"ם דסוברים דמיגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן שפיר בכל גונא חייב שבועה.

הלכה י

הורו רבותי שאין נשבעין על טענת קטן שבועה של תורה, אבל שבועת היסת נשבעין, ואפי' היה קטן שאינו חריף לענין משא ומתן נשבעין היסת על טענתו, שלא יהיה זה נוטל ממנו כשהוא קטן וילך לו בחנם ולזה דעתי נוטה ותקון עולם הוא.

הורו רבותי וכו' כתב המ"מ כבר כתבתי שכן הוא דעת הרבה מן המפרשים, וכתב על זה הכ"מ הבין הרב המ"מ בדבריהם, שאין נשבעין על טענת הקטן שבועת התורה ואפי' שבועת השומרים, ולא הביא רבינו דבריהם אלא לומר שאע"פ שאין משביעין ע"י טענת הקטן שבועת התורה, מ"מ משביעין אותו היסת, וכבר תמה הלח"מ על ד' המ"מ דאיך כתב שהמ"מ מפרש דהורו רבותי הוא שאפי' שבועת השומרין אין נשבעין, דהא בפ"ב מהל' שכירות כתב הרמב"ם קטן שהפקיד ביד גדול וכו' הורו רבותי שאין זה נשבע בטענת הקטן כדי שנאמר וכו' שכל השומרים שבועתם שבועת שמא הוא, לכן כתב הלח"מ דמה שכתב המ"מ כבר כתבתי וכו' זהו במה שכתב בהלכה ט' דאפי' להפוסקים החולקים על הרמב"ם וסוברים שאין שבועת התורה כלל ע"י קטן, אבל שבועת השותפין והאפוטרופסין והאריסין שהוא מדבריהם נשבעין אותה לקטן, וא"כ הוא הדין להיסת, ולי לא נראה גם פירושו של הלח"מ דמה שייך ללמוד שבועת היסת משבועת השותפין

והאריסין, דשם הא עיקר השבועה היא שבועה על ספק שחושדו שמא יש בידו משלו, אבל בשבועת היסת הא כתב הרמב"ם בפ"א הל' ז', אין משביעין שבועת היסת אלא על טענת ודאי וא"כ איך אפשר ללמוד שבועת היסת משבועת השותפין.

לכן נראה דזה ודאי דאין כונת המ"מ כאן לשבועת השומרים, דהא כתב הרמב"ם כאן הורו רבותי שאין נשבעין על טענת קטן שבועת התורה, וא"כ בטענה הוא דן, וזה הא כתב בהלכה ט' שאם שמר לקטן וטען שאבד ה"ז נשבע שבועת השומרין לפי שאינו נשבע מחמת טענה, וא"כ לא בשבועת השומרין הוא דן כאן שכתב על טענת הקטן, ומה שכתב המ"מ כבר כתבתי שכן הוא דעת הרבה מן המפרשים, זהו מה שכתב המ"מ בתחלת הל' ט' שאם גורסים אלא בדרבה קא מיפלגי דמשמע דאפי' בטוענו קטן מחייב ראב"י, אפשר שאין הלכה כמותו אלא כחכמים, ודין זה מוסכם מרוב הפוסקים והיינו דבכל אופן אין נשבעין על טענת קטן, ואם הלכה כראב"י אז לא מוקמינן פלוגתייהו בטענת קטן, ולכן מה שכתב המ"מ שכן הוא דעת הרבה מן המפרשים זהו רק על תחלת הדין שכתב הרמב"ם שאין נשבעין על טענת קטן שבועה של תורה, דעל סוף דבריו הא כתב בעצמו דזהו מסברא שמוכרח לומר שכן תיקנו חז"ל, ובאמת דברי הרמב"ם מפורשים בחדושי הר"י מיגש לשבועות פ' הדיינים אמתני' דאין נשבעין על טענת חש"ו, וגם מה שכתב ואפי' הי' קטן שאינו חריף מפורשים בדבריו.

פרק ו

הלכה א

בעלי דינין שבאו לבית דין טען האחד ואמר מנה יש לי אצל זה שהלויתיו או שהפקדתי או שגזל ממני, או שיש לי אצלו בשכר וכן כל כיוצא בזה, והשיב הנטען ואמר איני חייב כלום, או אין לך בידי כלום או שקר אתה טוען, אין זו תשובה נכונה אלא אומרים בית דין לנטען השב על טענתו, ופרש התשובה כמו שפירש זה טענתו ואמור אם לוית ממנו או לא לוית, הפקיד אצלך או לא הפקיד, גזלתו או לא גזלתו שכרתו או לא שכרתו וכן שאר הטענות, ומפני מה אין מקבלים ממנו תשובה זו, שמא טועה הוא בדעתו ויבוא להשבע על שקר, שהרי אפשר, שהלוהו כמו שטען והחזיר זה את החוב לבנו או לאשתו, או שנתן לו במתנה כנגד החוב, וידמה בדעתו שנפטר מן החוב, לפיכך אומרים לו היאך תאמר איני חייב כלום, שמא אתה מתחייב מן הדין לשלם ואין אתה יודע, אלא הודע לדיינין פירוש הדברים והם יודיעוך אם אתה חייב או אין אתה חייב ואפי' אם היה חכם גדול אומרים לו אין לך הפסד שתשיב על טענתו ותודיענו כיצד

אין אתה חייב מפני שלא היו דברים מעולם או מפני שהיו והחזרת לו, שהרי אנו דנין במתוך שיכול לומר בכל מקום, וכן אם טען ואמר זה חייב לי מנה, או מנה יש לי אצלו אומרים לו מאיזה פנים הלוית אותו, או הפקדת אצלו, או הזיק ממונך, אמור היאך נתחייב לך שהרי אפשר שידמה שהוא חייב לו והוא אינו חייב כגון שחשדו שגנבו, או שאמר לו שאתן לך מנה וכיוצא בזה, הרי שטען עליו שהלוה מנה והשיב זה ואמר לא היו דברים מעולם ואח"כ הביא הטוען עדים שהלוהו בפניהם, וחזר הנטען ואמר כן היה ולויתי ופרעתי, אין מקבלין ממנו אלא הוחזק כפרן ומשלם, אבל אם השיב איני חייב או אין לך בידי כלום, או שקר אתה טוען וכן כל כיוצא בזה, והלך התובע והביא עדים שהלוהו בפניהם, ואמר הנתבע כן היה אבל חזרתי לו פקדונו או פרעתיו חובו לא הוחזק כפרן ונשבע היסת ונפטר.

בעלי דינין שבאו לב"ד וכו' כתב המ"מ דברים אלו פשוטים בעצמם ויש להם סמך בגמ' ממ"ש בשבועות ובנדרים, וכשמשביעין אותו אומרים לו לא על דעתך אנו משביעין אותך אלא על דעתנו וכו', ובפ' זה בורר אמרו במשנה גבי עדים ששואלין להם כיצד אתה יודע שזה חייב לפלוני מנה וכו', והוא מחשש טעות שמא יטעו העדים ויחשבו שהוא חייב לו לפי מה שראו או שידעו ואין הדין כן, וכל שכן שיש לחוש בבעלי דבר עצמן שאדם קרוב אצל עצמו וזה ברור, עכ"ל, והנה בחו"מ סי' ע"ה סעיף א' כתב המחבר כדברי הרמב"ם, וכתב הגר"א בס"ק א' וז"ל כמ"ש בסנהדרין כ"ט א' וכ"ש שיש לחוש לבע"ד עצמו, ועי' בנדרים כ"ה ובשבועות כ"ט, ודבריו הם דברי המ"מ, אבל מדבריו מבואר שאינו סובר הראיה מדין שבועה שזהו ראיה גמורה והמ"מ הביא זה קודם, וטעמו דשם לא אשכחן שמצריכין אותו לברר, אלא שאומרים לו שמשביעין אותו על דעת ב"ד שלא יורה היתר לעצמו ויחשוב תנאים ואופנים וכדאשכחן גבי ב"ד מ"מ אנו חוששין שמא יטעה ויסבור דמהני דברים שבלב ע"כ אנו אומרים לו בפי', עכ"פ אין משם ראי' אלא לגבי בירור שבועה שמצריכין אותו לישבע בפי', אבל לגבי טענות אם יטעון ויאמר אני חכם ויודע הדין מנ"ל שאין מקבלין ממנו והוא מוחזק וטוען ברי, לכן הביא הגר"א עיקר הראי' מראי' הב' של המ"מ שזהו תנאי גמור בדין קבלת עדות ומשום חשש טעות, וכ"ש שיש לחוש בבע"ד.

אכן יש לדון גם בראיה זאת דאם היינו אומרים שכל זמן שאין העד מברר מנין הוא יודע, אין עדותו עדות, נוכל לדמות טענת בע"ד לעדות של העדים, אבל באמת משמע דדינא דמתני' שם הוא משום גדר בדיקת עדים דהא הכי תנן כיצד בודקין את העדים, היו מכניסין אותן וכו' ואומרים לו היאך אתה יודע וכו' אלמא דהוא מגדרי בדיקת עדים

ובדיקה בודאי לא מצינו בבע"ד, דהא לא נאמר בו ודרשת וחקרת, אכן יש לברר אם הוא מגדרי דרישות וחקירות, או מגדרי בדיקות, ולכאורה צ"ל דהוא מגדרי בדיקות דחקירות הוא באיזה יום באיזה שעה, ומלשון המשנה דתנן כיצד היו בודקין אין ראיה דה"נ תנן היו בודקין אותו בשבע חקירות, אכן שיטת הרמב"ם שהדבר שגוף העדות והענין תלויים בו כמו הכלי שהרג בו הוא מכלל החקירות, שכן כתב הרמב"ם בפ"ב מהל' עדות הל' א' וז"ל, וכן כשדרשו במה הרגו אמר הרגו בסייף, וכן העד השני וכו' או שכיון את השעות ואמר איני יודע במה הרגו ולא הבנתי בכלי שהי' בידו הרי עדותן בטלה, וכתב ע"ז הראב"ד א"א טעה בזה כי הבדיקות אם אמר איני יודע אין עדותן בטלה, אבל דעת הרמב"ם שעיקר העבירה היא מכלל החקירות, כמו שכתב בפ"א הל' ד' ומכלל החקירות יתר על השבע השוות בכלי שאם העידו עליו שעבד ע"ז שואלין להן את מה עבד וכו' שחלל את השבת שואלין אותן איזו מלאכה עשה וכו', העידו שהרג את הנפש שואלין אותן במה הרגו וכו' וכבר עמד ע"ז הכ"מ ויישב השגת הראב"ד שהרמב"ם כתב להדיא בפ"א שזה מכלל החקירות, אלא שעמד הכ"מ בזה דהגמ' בסנהדרין בדף מ"א אמר דטעמא דחקירות אמר איני יודע עדותן בטלה ובדיקות עדותן קיימת משום דבחקירות אם אמר איני יודע הוי עדות שאי אתה יכול להזימה, וא"כ בהני חקירות שיתר על השבע הא ליכא הך טעמא ולמה עדותן בטלה אם אמר איני יודע, ונתכונו בזה הלח"מ והמל"מ דדוקא על החקירות דבאיזה יום באיזה שעה דלא שייך לגוף העבירה, בזה צריך לטעמא דהזמה, אבל בחקירות שהן גוף העבירה ודאי לא דמי לבדיקות שהם כליו שחורים או לבנים שאינם עיקר העבירה כלל.

אלא דמ"מ הקשה הלח"מ דהא תנן בדף מ' מעשה ובדק בן זכאי בעוקצי תאנים ואמר זה על כל המרבה בבדיקות, ומפרש בדף מ"א מקודם שעקר תאנה בשבת, או כגון ששפדו ביחור של תאנה, ולדעת הרמב"ם הא כה"ג הוי חקירות ולא בדיקות, וכתב הלח"מ דלהני אוקימתי הא דמעשה ובדק בן זכאי בעוקצי תאנים היינו דלבד בדיקות יש חקירות כמו בדיקות שדינם כחקירות, והוא דחוק, אך באמת לא קשה כלל דהלח"מ סובר דהעיקר תלוי במה שהי' בו גוף העבירה ולכן עקר תאנה בשבת או שפדו ביחור של תאנה הא הוי גוף העבירה, אבל הרי הרמב"ם הסביר הדברים כמו שהבאנו דבריו שאם העידו עליו שעבד ע"ז שואלין לו את מה עבד ובאיזה עבודה עבד, שיתכן שעבד ע"ז בעבודה שאין דרך עבודתה בכך, וכן אם חלל השבת שואלין באיזה מלאכה שיתכן שהעדים חושבים שזו היא מלאכה שהיא חילול שבת דאורייתא, ובאמת אינה חלול שבת, ולכן כן הוא כשאמרו שהרג את הנפש שואלין אותן במה הרגו, דאם הרגו בדבר שאין בו כדי

להמית הרי הוא פטור כמש"כ הרמב"ם בפ"ג מהל' רוצח, וא"כ אפי' בדבר שהוא גוף העבירה אם השאלה היא תאנה זו עוקציה דקין או גסין, או תאנה לבנה או שחורה ודאי אינה אלא בדיקות, כיון שאין נ"מ בזה איך הי' לענין גוף העבירה, ומה שהביא הלח"מ ראיה לשיטת הרמב"ם מהא דאמר בפ' זה בורר, אחד אמר חבית של יין ואחד אומר של שמן דמבואר שם דהוי הכחשה, גם שם מיושב לפי דברינו דהא צריכין ב"ד לדעת עיקר החיוב כמה הוא, ואף דיש לומר שיחייבו הפחות משום דיש בכלל מאתים מנה, כמו דאמר שם, אבל באמת לא שייך זה לזה, דיש בכלל מאתים מנה המנה היא באמת החצי ממאתים, אבל יין ושמן הם שני ענינים, ועוד יותר דכמו שאפשר להיות יין או שמן כן אפשר להיות מים רעים שאינם שוים כלום, וא"כ כל מין הוא בפני עצמו לחייב ולא שייך זה לזה, אבל לבנים או שחורים אפי' בגוף הדבר אינו שייך לעיקר העדות.

והנה בארנו החילוק בין בדיקות לבין דרישות וחקירות, אבל להלכה שלנו בדין בעלי דינים עוד אינו מיושב, דאפי' אם הך דינא שוה לדרישות וחקירות שהוא בעיקר החיוב, אבל בבעלי דינים הא לא מצינו דין דרישות וחקירות, ואפי' גבי עדים הא בדיני ממונות לא בעינן דרישה וחקירה, ומנלן להצריך זה בתביעת בעלי דינים.

ונראה דהך דינא גבי עדים דשואלין אותן כיצד אתה יודע עדיפא מחקירות שהרמב"ם כתב בפ"א ובפ"ב מהל' עדות דיני החקירות, וזה הדין דתנן במתני' דשואלין להעד היאך אתה יודע שהוא חייב לזה כתבו הרמב"ם בפי"ד מהל' עדות גבי עד מפי עד דלא מהני, וצריך באור למה לא הביא הך דינא גבי הלכות דרישה וחקירה, ומזה נראה דהך דינא עדיפא מחקירות, דהחקירות הוא אם אמר שחלל את השבת ששואלים אותו במה חלל, והוא דאף שמעיד בדרך כלל שעשה מעשה שיש בו חלול שבת, שואלין אותו בפרט איזה מלאכה עשה, וכן בע"ז וברציחה, ובכה"ג בדיני ממונות אם מעיד שראובן לוה משמעון מנה, צריך לשאול אותו מה לוה מעות במנה או פירות במנה, ובד"מ לא בעינן מדרבנן דו"ח, אבל זה ודאי צריך לשאול אותו אם ראה בעצמו, וזה תחלת השאלה מנין אתה יודע אם ראית או שמעת, וזה לא שייך לדרישות וחקירות.

אלא דמ"מ אינו מיושב להוכיח הך דינא שכתב הרמב"ם מדין מה ששואלין לעדים כיצד אתה יודע דאם הי' כותב גם כאן הך דינא כשאומר התובע שהנתבע חייב לי מנה, ששואלין אותו כיצד אתה יודע שהוא חייב לך, הוא נטל ממך או אביך אמר לך, היה דומה לשאלה ששואלין להעד, אבל כאן הוא ענין אחר ששואלין אותו כיצד הוא חייב לך לוית או הפקדת, אינו דומה לדין כיצד אתה יודע ששואלין להעד, והוא דומה לדין חקירה ששואלין להעד כשאומר שחלל את השבת, במה חלל איזה מלאכה עשה, וגבי

בע"ד לא מצינו דין דו"ח ובפרט בד"מ דגם גבי עדים לא בעינן דו"ח.

ונראה דיש חילוק בין ההלכה דכאן ששואלין אותו כיצד הוא חייב לך לוית או הפקדת לדין של דרישה וחקירה גבי עדים כשאומרים שחלל את השבת ששואלין אותו איזה מלאכה עשה, דהתם העדים מעידים עכ"פ עיקר העדות שבעבורו חייב מיתה והיינו שחלל את השבת, או שהרג את הנפש וכה"ג גבי ממון שנטל ממון מחבירו, ושואלין את העדים על הפרטים כיצד חלל, או כיצד הרג, אבל אם היו עדים מעידים שפלוני חייב מיתה מלבד דבלא גמר דין אינו חייב, אבל גם אם יאמרו שפלוני עבר במזיד על עבירה שחייבין עליה מיתת ב"ד, זה אינו שייך לדרישה וחקירה, אלא דחסר עיקר העדות דעדים אינם ב"ד ואין יודעים שהוא חייב מיתה, על זה עדים צריכים להעיד עיקר המעשה וב"ד יפסקו אם חייב ע"ז מיתה, וכה"ג גבי ממון אף דבד"מ לא בעינן דרישה מדרבנן, מ"מ אם היו מעידים עדים שראובן חייב לשמעון מנה זה אינו עדות דמנין יודעים אם הוא חייב, אולי ראו מעשה שהם סוברים דעבור זה חייב, ובאמת אינו חייב, ולכן נוכל לומר כדברי המ"מ שהלמוד הוא מהא דתנן גבי עדים ששואלין כיצד אתה יודע שזה חייב לפלוני מנה אם אמר הוא אמר לי וכו' שלמד הרמב"ם מהא דצריך לשאול להעדים בפרטי הידיעה דחוששין שמא טועין העדים וסוברים על ידיעה שאינה ידיעה כלל שהיא כשרה להעיד על ידה בב"ד שהוא חייב, ה"נ אנו חוששין בפרטי החיוב שהב"ד צריכים לשאול להבע"ד כיצד הוא חייב לך, והיינו כיון שאינו טוען מעשה החיוב אלא שהוא חייב, ובאופן זה גבי עדים אם יאמרו פלוני חייב ג"כ אינה עדות, וצריכים לברר דבריהם ממה חייב, לכן גם הבע"ד צריך לברר דבריו, וזה כבר כתבנו שהרמב"ם קבע הך דינא דמתני' ששואלין להעדים כיצד אתם יודעים לא בדיני דרישה וחקירה, אלא גבי עד מפי עד, והיינו שבלא בירור דבריהם אינם עדים.

והנה הטור בחו"מ סי' ע"ה הביא דברי הרמב"ם בקיצור, דבין התובע בין הנתבע צריכים לברר דבריהם, וכתב על זה, וא"א הרא"ש ז"ל כתב בתשובה שאין אדם צריך לברר לא פרעון מתי פרעו ובמה פרעו, ולא הלואה היאך הלוה ומתי הלוה, ומיהו הכל לפי הענין להוציא הדין לאמיתו עכ"ל, ומדברי הטור משמע שדברי הרא"ש הם דלא כדעת הרמב"ם, והמחבר בשו"ע הביא רק דברי הרמב"ם וכתב על זה הרמ"א וז"ל ואם אינו רוצה לברר דבריו אם נראה לדיין שיש רמאות בדבר יפסיד, ואם לאו אלא שנראה לדיין שאינו יכול לברר וכיוצא בזה אין מחייבין אותו משום שאינו מברר דבריו דאין אומרים לו ברר דבריך, אלא משום כדי להוציא הדין לאמיתו משום דנפישי רמאים, עכ"ל, והנה הרמ"א קבע זה על דברי המחבר שהם דברי הרמב"ם ומשמע דסובר דאין כאן מחלוקת,

והטור הביא דברי הרא"ש ויהיו כמו פי' לדברי הרמב"ם, אבל לפי"מ שכתבתי לא שייך דברי הרא"ש לדברי הרמב"ם דדברי הרמב"ם הם כשאומר אתה חייב לי או איני חייב לך שאינו טוען כלל מעשה החיוב או מעשה הפטור, והרא"ש כתב שאין אדם צריך לברר לא פרעון מתי פרעו ובמה פרעו, ולא הלואה היאך הלוה ומתי הלוה, ודברי שניהם ברורים דהרמב"ם דכתב בטוען מנה יש לי אצל זה שהלויתיו או שהפקדתי אצלו וכו' והשיב הנטען ואמר איני חייב כלום הרי לא טען הנטען שום טענה של מעשה פטור, ובזה כתב הרמב"ם אין זו תשובה נכונה, וכתב אח"כ ומפני מה אין מקבלין ממנו תשובה זו דשמא טועה הוא, הרי דלא בשביל רמאות אין מקבלין אלא שאיני חייב אין זו תשובה, וכן בסוף דבריו כשטען התובע זה חייב לי וכו' אומרים לו מאיזה פנים וכו' שהרי אפשר שמדמה לו שהוא חייב לו, ומפורש שהוא רק משום דשמא טועה הוא, ומשום דחייב או אינו חייב אינו טענה דמנין יודע הדין, ולזה כתב הרמב"ם דאפי' הי' חכם גדול אומרים לו אין לך הפסד שתשיב על טענתו ותודיענו כיצד אין אתה חייב לו, וכונתו דאם אינו חכם אין הב"ד חושבין טענתו לטענת ברי, ואם הוא חכם גדול דלא נוכל לומר דאין טענתו טענת ברי, מ"מ ב"ד מחייבין אותו לברר ולהשיב על טענתו כיון דאין לו הפסד בזה.

אכן כל זה כתבתי לפי דברי הרא"ש שהביא הטור, אבל עיינתי בדברי המרדכי שציין הרמ"א גם לדבריו, והנה מבואר שם שמביא מדברי הראשונים דאפי' באומר איני חייב לך יש שם מחלוקת בין הראשונים אם יש להשביעו בסתם, ואח"כ כתב מיהו אני קבלתי מרבותי דדוקא בטוען איני חייב לך כלום ודאי נראין דברי ר"ת שטענה זו אינה ברורה ויש לחוש לרמאות, אבל בטוען פרעתי אינו צריך לפרש, וראיתי שבעיקר החילוק נתכונתי לדברי המרדכי, אבל טעמו הוא משום הערמה, אבל דעת הרמב"ם הוא משום דחייב אתה לי או איני חייב לך אפשר שיטעה בדין, וכמש"כ.

ב) **או** מפני שהיו והחזרת לו שהרי אנו דנין במתוך שיכול לומר בכל מקום, דברי הרמב"ם כאן צריכין באור דלמה הוצרך על טענת החזרת ליתן טעם דנאמן משום שדנין במתוך שיכול לומר, והיינו מתוך שיכול לומר להד"מ, דהא טענת החזרתי היא טענה מחמת עצמה ואינו צריך למתוך שיכול לומר, ואפי' אם חוזר מפטור לפטור דנאמן הוא משום מיגו ועיין בקצוה"ח סי' פ' ס"ק ג' אבל הא כתב הרמב"ם להדיא בסוף ההלכה דלשונות אלו איני חייב כלום, או אין לך בידי כלום, או שקר אתה טוען, אפי' הביא התובע עדים שהלוהו בפניהם וטען פרעתי נאמן ולא הוחזק כפרן, וא"כ למה הוצרך הרמב"ם כאן לטעמא דנאמן במתוך שיכול לומר, והיה אפשר לומר דנ"מ היכי שהתובע טוען שהוא תוך זמנו, אכן בפי"ד מלוה ולוה הל' א' בדין אין אדם פורע תוך זמנו כתבתי

בזה שהרמב"ם השמיט הבעיא דגמ' בתבעו לאחר זמנו ואמר לו פרעתיך בתוך זמנו אם אמרינן מיגו במקום חזקה ולא נפשטה הבעיא, ואף דספיקא דאבעיא לקולא למוחזק מ"מ כיון שהרמב"ם פוסק בכל ספיקא דדינא שאם תפס אין מוציאין מידו הי' לו להביא הך דינא, אלא שראיתי שקשה עוד יותר שהרמב"ם הביא הך דינא דאין אדם פורע תוך זמנו, אלא בשני מקומות אחד בדין מלוה בשטר היכא דאין נפרעין אלא בשבועה דבתוך זמנו א"צ שבועה, וב' לגבי לגבות מן היתומים מלוה ע"פ דאם מת הלוה בתוך זמנו גובין, והוא תימה דלמה לא הביא עיקר דינא לגבי מלוה ולוה, שאם הלוה טוען פרעתי אינו נאמן בתוך זמנו, משום דאין אדם פורע תוך זמנו, וכתבתי דמוכח מזה דהרמב"ם אינו פוסק בעיקר כריש לקיש וגורס בגמ' והלכתא כר"ל מיתמי, ואינו גורס ואפי' מיתמי, והטעם דסובר דבעיקר החזקה קיי"ל כאביי ורבא דעביד אינש דפרע בגו זימנה, והך חזקה דאמר הגמ' דאין אדם פורע תו"ז הוא רק בגדר רוב, ולכן היכי שהלוה טוען ברי שפרע קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב ואין מוציאין בחזקה זו מן הלוה, ורק לגבי לפטור מן השבועה מהני הך חזקה, ולפי שיטתו א"כ אכתי לא הי' צריך לכתוב שהרי אנו דנין במתוך שיכול לומר, כיון דסובר דלוה עצמו נאמן לומר פרעתי בתוך זמנו.

ואולי יש לומר שכתב כן שיועיל טענת פרעון אפי' לפי הפוסקים כר"ל דגם לוה עצמו אינו נאמן לטעון פרעתי תוך זמנו, אלא דלפי"ז יקשה דהא זה אבעיא בגמ' בתבעו לאחר זמנו ואמר לו פרעתיך בתוך זמנו, אי אמרינן מה לי לשקר במקום חזקה ואף דלא נפשטה הבעיא וקיי"ל דספיקא לקולא לנתבע, אבל מדברי הרמב"ם מוכח שהפטור הוא ודאי, ובספיקא דדינא הא מהני תפיסה, והיה אפשר לומר דאבעיא בגמ' הוא במיגו שהי' יכול לומר פרעתיך אחר זמנו, אבל כשיכול לומר לא לויתי דהוי הפה שאסר ודאי נאמן, אבל הקצוה"ח בסי' ע"ח ס"ק ה' כתב להיפוך דאבעיא דגמ' הוא דוקא בהפה שאסר שאומר פרעתיך בתוך זמנו שהי' יכול לומר פרעתיך סתם, והוי משמע אחר זמן כיון שהוא עומד עכשיו אחר זמנו, שבזה מיושב מה שהקשה הש"ך במה שכתב המחבר בסי' ק"ח סעיף ה' שגובין מיתומים בשטר עסקא כשמת אביהם בתוך זמנו, שהקשה הש"ך דהא אביהם הי' נאמן לטעון החזרתי תוך זמנו במיגו דנאנסו דהא זהו אבעיא דלא איפשטא, והש"ך בעצמו כתב כן לחלק כדברי הקצוה"ח רק שהוכיח שהתוס' אין סוברים לחלק כן, אך אפשר לחלק דהיכי שיכול לומר לא לויתי, שמחדש בעצמו עיקר חיובו שזהו הפה שאסר גמור וכדתנן בכתובות דף ט"ו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ובין היכא שהחוב ברור רק שיכול לומר פרעתיך בזמנו או פרעתיך סתם דמשמע בזמנו דעכ"פ צריך לטעון טענת פטור, אלא

דלפי"ז ישאר קושיית הש"ך על המחבר שם.

ונראה דבעיקר היסוד שכתבו התוס' שם בסוגיא דשטר כיס היוצא על היתומים בב"ב דף ע' בטעמא דמ"ד נשבע וגובה מחצה משום דטוענין ליתומים החזרתי משום דאביהם הי' נאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו דקשה הביאור דבשלמא אם אביהם הי' נאמן לטעון החזרתי בטענה מחמת עצמה שפיר, אף דאין היתומים טוענין, הב"ד טוענין להם שהחזיר אביהם, אבל כיון דטענת החזרתי אינה טענה מחמת עצמה, א"כ אף דאביהם הי' נאמן משום דיש לו ראיית מיגו שהי' יכול לומר נאנסו, אבל היורשים שאין להם ראיית מיגו למה יטענו להם ב"ד שהחזיר אביהם, אכן במה דאמר הגמ' שם בדף ע' ע"א בהא דאמר רב חסדא דהמפקיד אצל חבירו בשטר וטען החזרתי נאמן דפריך ולימא ליה שטרך בידי מאי בעי, ואמר ע"ז וליטעמיך וכי א"ל נאנסו מי מצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי, וכתב ע"ז הרשב"ם הילכך לא מצי למיטען מפקיד שטרך בידי מאי בעי, ולמה לי לשקר במקום עדים לא דמי דהא עביד אינש למידחי ואמר אבדתי את שטרי ונפקד נמי לא הוה חייש לשטרא משום דהוה מצי למיפטר נפשיה בטענת אונס, עכ"ל, וקשה על דבריו דא"כ מה אמר לו סוף סוף כי אמר ליה נאנסו לאו שבועה בעי, ואהדר ליה ה"נ מאי נאמן בשבועה, ולדברי הרשב"ם דהחזרתי בפקדון בשטר הוא טענה מחמת עצמה דלא חייש נפקד לשטרא משום דיכול לפטור עצמו בטענת אונס, א"כ מאי הוכחה זו דכיון דבנאנסו צריך שבועה ה"נ בהחזרתי צריך שבועה, דבטענת נאנסו הא מפורש בתורה דצריך שבועה, אבל טענת החזרתי הא הוי טענה מחמת עצמה אי ליכא טעמא דשטרך בידי מאי בעי, וצריך לומר דכונת הרשב"ם דבאמת הך טעמא שכתב דנפקד לא הוי חייש לשטרא דמצי לפטור עצמו בטענת אונס הא קשה דאיך יפטור עצמו בטענת אונס הא יהיה צריך שבועה ואיך ישבע לשקר, וע"כ דסובר הרשב"ם דכיון שהחזיר למפקיד, וחשב שהמפקיד נאמן ולא יתבע ממנו שנית, אם יתבענו שנית יוכל לומר נאנס ממני דהא אין לו הפקדון, ואין אונס גדול מזה שהמפקיד בעצמו קבל ממני, אבל כל זה הוא טעם לומר דנפקד לא הוי חייש לשטרא היכי דהנפקד לא איכפת ליה לישבע על אמת, אבל יש הרבה אנשים שגם על אמת אינם רוצים לישבע, ואם הנפקד הוא איש כזה למה החזיר בלא השטר, ולזה אמר דגם עכשיו צריך לישבע על טענתו שהחזיר, וכיון שנשבע עכשיו על טענתו לכן נוכל לומר שלא איכפת לו להחזיר ולישבע שהחזיר.

ומבואר מה שעמדנו דאיך טענינן ליתומים שהחזיר אביהם, הא אביהם לא הי' נאמן בטענת החזרתי אלא במיגו וליתומים ליכא מיגו, אבל לפי דברי הרשב"ם מבואר דלפי דבריו אין הנאמנות דהחזרתי הוא במיגו דנאנסו, אלא דכיון דהי' יכול לטעון שנאנסו

לא הוי חייש לשטרא והחזיר לו הפקדון רק שצריך לישבע על טענת החזרתי כמו שהי' צריך לישבע על טענת נאנסו, ונמצא דזה דוקא כשהוא עצמו טוען החזרתי צריך לישבע, אבל כשטוענין ליתומים דלא שייך שיתומים ישבעו שפיר טענינן עבורם ואנו אומרים שאביהם החזיר ולא הוי חייש לשטרא שחשב שיטעון נאנסו וישבע שנאנסו, ולכן הוי טענת החזרתי טענה מחמת עצמה בלא מיגו, ונראה דזהו שדחקו להרשב"ם לפרש ולא כתב שנאמן מדין מיגו שהי' קשה לו דא"כ איך טענינן ליתומים שהחזיר אביהם, ומוכח דמשום דאיכא טענת נאנסו הוי טענת החזרתי טענה מחמת עצמה.

ועכשיו מיושב קושיית הש"ך בפשיטות כיון דלשיטת הרשב"ם היכי דלא הוי טענת האב טענה מחמת עצמה וצריך למיגו אין טוענין להיורשים טענה שהי' נאמן אביהם במיגו ואצלם ליכא מיגו, ורק בטענה דהחזרתי שלא יהי' חסרון משום שטרך בידי מאי בעי, וא"כ דחזקה דתוך זמנו דאביהם הי' נאמן במיגו דנאנס דשם דוקא משום מיגו הי' נאמן, וא"כ היורשין דליכא מיגו לא טענינן ליורשים שאביהם החזיר.

הלכה ג

מנה הלויתיך כפר בבית דין ואמר לא היו דברים מעולם, ובאו שני עדים ואמרו שלוה ממנו מנה ופרעו, והמלוה אומר לא נפרעתי הרי זה חייב לשלם, שכל האומר לא לויתי ובאו עדים שלוה כאומר לא פרעתי דמי, ונמצא הלוה אומר לא פרעתי והעדים מעידים אותו שפרע, הודאת בעל דין כמאה עדים, ואין המלוה חייב שבועה שהרי הוחזק זה כפרן, וכן אם הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו ואמר לא היו דברים מעולם וזה אינו כתב ידי, אם הוחזק כתב ידו בבית דין, או שבאו עדים שהוא כתב ידו, הרי זה הוחזק כפרן ומשלם.

השגת הראב"ד. מנה הלויתיך וכו' עד שהרי הוחזק כפרן. א"א אין צורך לזה הטעם, עכ"ל.

ואין המלוה חייב שבועה שהרי הוחזק זה כפרן, כתב המ"מ מכאן שהוא סבור שכל מקום שהוחזק כפרן אין התובע צריך לישבע, וכן עיקר וזה דעת קצת מפרשים, ונראה לי ראי' מדין זה דאם איתא דמלוה נשבע היאך מקבלין שבועתו נגד שני עדים אלא ודאי אינו נשבע עכ"ל, ולא הזכיר כלל מה שכתב הראב"ד בהשגתו דאין צורך לזה הטעם, ובאמת הוא תימה גדולה דלמה צריך לטעם דהוחזק כפרן כיון שכתב מקודם בעצמו דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, ובעיקר דברי המ"מ שלמד מכאן שכל מקום שהוחזק כפרן אין צריך התובע לישבע כתב כן בהגה"מ כאן וז"ל, וכן פסק בס"ה שפירש רבינו יהודה בשם ר"י בכ"מ שאנו אומרים הוחזק כפרן לא שישבע שכנגדו ויטול, אלא שישלם

מאחר שהוחזק כפרן על תביעה זו ולא כפי' רב אלפס שפירש לישבע ויטול, ורש"י כתב כרב אלפס, וגם ר"ת הגיה בספר אלפס שאין כאן שבועה על התובע, ומה שכתב "שפירש" הוא ט"ס דבסמ"ג לא הביא כך כלשון הרמב"ם, וצ"ל "ופירש", ומה שכתב דרב אלפס כתב שישבע ויטול, ורש"י כתב כרב אלפס לא נמצא אצלנו כן לא ברי"ף ולא ברש"י לא בשבועות ולא בב"מ דף י"ז, והרא"ש כתב שם להדיא דרש"י לא כתב כאן שישבע המלוה ויטול, ומשום דלעיל גבי אמרו לו חייב אתה ליתן כתב כן, וע"כ שהי' להם גירסא אחרת ברש"י, אבל עכ"פ זה שייך להסתפק בכל הוחזק כפרן שאינו נאמן בטענתו, אבל כאן דאומר לא לויתי והכחישוהו עדים הא ודאי אינו נאמן לומר פרעתי דהא הודה שלא פרעו.

והנה הש"ך בסי' ע"ט סעיף א' שהביא המחבר דברי הרמב"ם כתב שכבר כתב הראב"ד דא"צ לזה הטעם, וכתב ע"ז ואפשר כוונת הרמב"ם להורות דאפי' יטעון אח"כ פרעתי לא יהא נאמן, וכן כתב הגר"א דצריך לדחוק דאפי' יטעון אח"כ פרעתי, אבל הוא ודאי דחוק, וכן כתב התומים שאין לשון הרמב"ם יורה על זה כי לא נזכר מזה דבר, וכתב התומים דזה ודאי אי אפשר שנצריך למלוה לישבע שלא נפרע, כיון דהעדים מכחישין ואומרים שפרע, וע"כ אמרינן דהואיל והודה הלוה שלא פרע, הו"ל הך פרעון מחילה ומתנה כמו בטענו חטים והודה לו בשעורים דהו"ל מחילה, וא"כ איך ישבע הא הפרעון נמחל, ולכן כתב דיש אפשרות שנצריך המלוה לישבע שלוה, ואף שהעדים אומרים לוה הא המלוה מודה דהנך סהדי שקרי שהעידו שפרעו והוא אומר דלא נפרע, ולכך נתן הרמב"ם טעם דכיון דהוחזק כפרן לא תיקנו חכמים היסת, ודבריו תמוהים בין בתחילה בין בסוף דבמה שכתב מתחלה דלא שייך שישבע המלוה שלא נפרע כיון שהעדים מעידים שנפרע וע"כ דאמרינן דכיון שהלוה הודה שלא פרע הו"ל הך פרעון מחילה ומתנה, כמו בטענו חטים והודה לו בשעורים, ובאמת אינו משל כלל, דשם נוכל לומר דכיון שלא תבעו שעורים מחל לו, אבל כאן גבי פרעון אם פרע כמו שמעידים העדים ע"כ שאמר בפיו שנותן המעות לשם פרעון, דאם ראו שנתן לו סתם מעות מנין יודעים שהוא לשם פרעון זה החוב, וע"כ ששמעו בפי' שהוא לשם פרעון זה החוב, וא"כ איך נאמר כשמודה הלוה שלא פרעו שמוחל הפרעון דאיך אפשר לו עכשיו למחול הפרעון.

ובעיקר טענו חטים והודה לו בשעורים דפשוט לו דשם אמרינן דמחל לו השעורים כשטענו חטים, גם זה אינו נכון דהא בא כאן ליישב דעת הרמב"ם, ושיטתו הא ע"כ אינו משום דמחל דהא פסק בפ"ג הל' י' שאם תפס התובע דמי שעורים אין מוציאין מידו, ובאר בפי' את שיטתו דהפטור הוא משום הודאה והוי הודאה כנגד הודאה, ולכן אם

תפס התובע דמי שעורים אין מוציאין מידו, שהנתבע הרי אינו יכול לתבוע שב"ד יוציאו מהתובע התופס דלהודאתו בעצמו הוא חייב, ועיין בחו"מ סי' פ"ה סעיף י"ב שמובא ב' הדעות ועיין בש"ך שם.

וראיתי בנתיבות סי' כ' ס"ק א' בדין המבואר שם שאם אמר אין לי עדים אינו יכול להביאם, שכתב הסמ"ע דאמרינן עדי שקר הם ששכרן, והקשה התומים דא"כ אם ראובן תובע לשמעון ואומר שמעון אין לי ראי', ואח"כ תבע שמעון לראובן באותם עדים דלפי"ז לא יוכל להוציא על פיהן דהא לפי דבריו פסולים הם, ואם עדי אמת הם הרי מגיע לו חזרה מראובן בעד הדין הקודם, והביא הנתיבות על זה הך דינא שאנו עומדים בו בלוה שאמר לא לויתי, והביא המלוה עדים שלוה ופרע דחייב לשלם אף שהלוה והמלוה אומרים שלא פרע, ומוכיח הנתיבות מזה שהבעל דבר אינו פוסל עדים שהעידו נגדו, רק כשמודה דבר שהוא לחובתו דנגד חובתו הודאתו כמאה עדים דמי, ולזה פוסל העדים המכחישין הודאתו אפי' לעדות אחרת, וגבי לוה ופרע אינו יכול הלוה לומר ממ"נ אם העידו שקר במה שאמרו שפרע, גם מה שהעידו שלוה אין נאמנים, כדמוכח בב"ב דף ל"א דאי איתכחיש באכילה גם באבהתא איתכחיש, משום דנגד מה שהודה בעצמו לחוב לעצמו לא מהני טענת ממ"נ דאולי הודה ומחל עכ"ד, והלך בזה כדרך התומים דאמרינן מחל על הפרעון, וכבר כתבתי דהפרעון אי אפשר למחול כיון שהעדים מעידים דבתורת פרעון פרע, אך עיקר קושייתו צריכה יישוב דממ"נ אם הגידו אמת הרי אומרים שפרע, ואם אמרו שקר למה יאמינו אותם שלוה.

והנתיבות בסי' ע"ט סעיף א' שמביא המחבר דין זה שכתב הרמב"ם כאן שכתב הרמ"א דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי, ומה שאומר לא לוה הרי הוכחש בעדים, כתב על זה הנתיבות ואין לומר דהא העדים פסולים כיון שאומרים שפרע והוא מודה בעצמו שלא פרע, דזה אינו דיש לומר כמש"כ הר"ן בר"פ שבועת הדיינים דיש לומר דהעדים זוכרין יותר ממנו ע"ש וציין לדבריו בסי' כ', והר"נ שם הוא על הא דאמר בב"ב דף קכ"ח המוציא שט"ח על חבירו מלוה אומר לא נפרעתי כלום, ולוה אומר פרעתי מחצה והעדים מעידין אותו שפרעו כולו נשבע וגובה מחצה מבנ"ח וכו' וכתב על זה הר"ן ואיכא למידק כיון דאיכא עדים שפרעו כולו הם המעידין כדבריו דיש בכלל מאתים מנה ולמה צריך לישבע, יש לומר דשאני הכא שהוא פסלם שמכחיש דבריהם ואומר שלא פרע אלא מחצה ולגבי עצמו נאמן, ומיהו לאו למימרא דפסלינהו לגמרי דאם כן אפי' בשבועה לא מהימן דהא איכא שטרא, אלא לאו הכחשה היא לגמרי, דאפשר שהוא אינו זכור אלא מן המקצת, והעדים זכורים יותר, וכיון דהכחשה ולאו הכחשה היא אין סומכין על עדותן

לגמרי ולא על השטר לגמרי, אלא עדותן מהני לבטולי שטרא בלחוד והוי ליה תביעתו של מלוה כתביעה על פה שאין עליה עדים, שכל שהנתבע מודה מקצת נשבע, עכ"ל.

והנה מה שהביא מד' הר"נ ליישב כאן אינו מיושב דכיון שכתב דהוי הכחשה ולאו הכחשה והיינו דהוי ספק בהכחשה ולכן מהני ההכחשה רק לבטל ראיית השטר, והיינו דהראי' מזה שהשאיר לו השטר אינו ודאי ראי' שלא החזיר, אבל מה שנוגע לכאן כיון דנימא דראיית העדים ג"כ אינה ראי' גמורה, א"כ אין עדים על זה שלוה וכיון שהלוה טוען שלא לוה מנ"ל לחייב הלוה, לכן נראה דאם העדים העידו לזכותו אחר שכבר הודה לחובתו לא נפסלו בזה מטעם אחר, דכיון שכבר הודה שלא פרע א"כ עדותם אינה מועלת כלום לזכותו בזה, וכל עדות שאינה מועלת אינה עדות, כיון שאין בה שום נ"מ לדינא והוי כמו דאמרו סתם שקר שאינם נפסלים, ודוקא מי שנשבע על שקר פסול לעדות ולא במגיד סתם שקר, ולכן שפיר נאמנים בזה שאומרים שלוה.

ונשוב לדברי הרמב"ם במה שכתב ואין המלוה חייב שבועה, והנה בעיקר דינא אם הלוה אומר לא לויתי שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי, אם המלוה הי' מודה שפרע אז תלוי במחלוקת, דהשיטות שסוברים דהודאה כנגד הודאה הוי מחילה מצד התובע, א"כ ודאי פטור, אבל לשיטת הרמב"ם דמהני תפיסה מהתובע, ומשום דסובר דהנתבע שהודה לא נפטר רק התובע לא יוכל לתבוע כיון שהודה דהנתבע אינו חייב לו, והנה בפ' ז' הל' ז' כתב הרמב"ם מי שהודה בב"ד שאני חייב לזה התובע מנה, ואח"כ אמר נזכרתי שפרעתי לו חובו זה שהודיתי בו והרי עדים, הרי זו עדות מועלת ועושין על פיהם שהרי לא הכחיש עדיו, ואינו כאומר לא לויתי מעולם, והנמוק"י ריש ב"מ גבי מה דאמר הגמ' מה לפיו שכן אינו בהכחשה והזמה שהוכיחו מכאן הראשונים דלא כהרמב"ם, דע"כ בהכי מיירי באינו עומד בהודאתו, דאם עומד בהודאתו פשיטא שצריך לשלם, וכתב הנמוק"י דהרמב"ם מיירי בהביא העדים אחר שאמר נזכרתי, והגמ' מיירי שבאו עדים והכחישוהו ואח"כ טען נזכרתי כדברי העדים, ואם נאמר דלא כדברי הנמוק"י ובכל גוונא נאמן לומר נזכרתי דהא סתם הרמב"ם וכתב והרי העדים ומשמע דאפי' שמע מהעדים קודם שאמר נזכרתי, ולפי"ז בטוען לא לויתי דהוי כאומר לא פרעתי לולי הטעם שהכחיש עדיו ואינו נאמן בטענתו אם הי' טוען נזכרתי הי' נאמן, וזהו שכתב ואינו כאומר לא לויתי מעולם, והיינו דבזה אינו נאמן בטענתו לומר נזכרתי, והוא כיון שהוחזק כפרן ואינו נאמן בטענתו.

ולפי"מ שכתבנו דבהודאה כנגד הודאה מהני תפיסה לשיטת הרמב"ם א"כ כאן שהעדים אומרים שפרעו אם יטעון הלוה נזכרתי שפרעתי ויש לו עדים על זה שפרע, אף

שאין אנו מאמינים לו שפרע משום דהוחזק כפרן הי' אפשר לומר דזהו בדין ממון, אבל בדין שיוכל להשביע המלוה היסת כיון שאם יודה המלוה שפרע אז לא יוכל לגבות מן הלוה שהוא תפוס ובפרט שיש עדים שפרע, אף דלגבי הלוה אינם נאמנים דהוא נאמן על עצמו יותר מהעדים, אבל לגבי המלוה להשביעו היסת הי' אפשר לומר דמהני עדות העדים שלא יגבה בלא שבועה, לזה כתב הרמב"ם דגם שבועת היסת אין משביעין אלא ע"י טענה שיש בה צד נאמנות שאנו אומרים חזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו, אבל כאן שהלוה הוחזק כפרן אין בטענתו כלום, ובלא טענת ודאי הא כתב בפ"א הל' ז' דאין משביעין היסת.

פרק ז

הלכה א

המודה בפני שנים שיש לפלוני אצלו מנה ואמר להן בדרך הודיה לא בדרך שיחה אע"פ שלא אמר אתם עדי ואע"פ שאין התובע עמו הרי זו עדות, תבעו בדין אם אמר לא היו דברים מעולם אין שומעין לו ומשלם על פיהן, ואם היה עד אחד נשבע הואיל ואמר דרך הודיה, טען כשבאו אלו העדים ואמר שלא להשביע את עצמי הודיתי נאמן ונשבע היסת ואם כשהודה בפניהם היה התובע עמו אינו יכול לטעון ולומר כדי להראות שאיני עשיר הודיתי אבל אם טען שנתן נאמן ונשבע היסת.

המ"מ הביא דברי הגמ' בפ' זה בורר הודה בפני שנים וקנו מידו כותבין ואם לאו אין כותבין, וכתב ע"ז שהרמב"ם מפרש הודאה זו בשאמר אתם עדי או שהתובע עמו, וכונת המ"מ דשם כיון דאמרינן כותבין, ע"כ דלא מהני לפטור כשיטעון שלא להשביע את עצמי הודיתי, וכתב דמקור דברי הרמב"ם הוא ממה שאמרו בסוף גט פשוט דשכ"מ שאמר מנה לפלוני בידי, ואמרו יתומים חזר ואמר לנו אבא פרעתי, וכתב על זה הרי"ף בהלכות דשמעינן מזה דאם לא אמרו חזר ואמר לנו אבא פרעתי נותנין, והקשה הרי"ף מהא דרב ושמואל דאם לא אמר תנו אין נותנין, והוכיח מזה דהכא מיירי בשאמר דרך הודאה, ולכן אף שלא אמר תנו נותנין, ולא ביאר המ"מ מה שכתב הראב"ד דדברי הרמב"ם אין משוים עם דברי הרי"ף, וכונתו דמדברי הרי"ף מוכח דכשהודה דרך הודאה לא מהני לפטור כשיטעון שלא להשביע הודיתי, דאם נימא דמהני טענת שלא להשביע אף דבבריא צריך שיטעון זה מפורש ולא טענינן ליה, אבל ליתומים הי' לנו לטעון שהודה שלא להשביע את בניו, וכדאמרי שם רב ושמואל דמטעם זה דוקא באמר תנו נותנין, וע"כ דמה שהוכיח הרי"ף דיש חילוק בין הודה סתם ובין הודה דרך הודאה הוא גם

לענין טענת שלא להשביע, דבהודה דרך הודאה אין טוענין שלא להשביע.

והלח"מ כתב לבאר דעת המ"מ דנ"מ דבשכ"מ דליכא טענת השטאה דאין אדם משטה בשעת מיתה, מהני דרך הודאה לענין שלא להשביע, אבל בבריא דאיכא תרי טעמים לפטור טענת משטה וטענת שלא להשביע, לא מהני דרך הודאה לבטל שני הפטורים, ולא מהני אלא לגבי משטה ולא לגבי שלא להשביע, ותירוצו אין לו יסוד בסברא, ותי' ב' כתב לחלק בין שלא להשביע את עצמו, ובין שלא להשביע את בניו משום שעל דין שלא להשביע את בניו איכא מחלוקת, לכן על שלא להשביע את בניו מהני אם הודה דרך הודאה, ועל שלא להשביע את עצמו לא מהני, וגם לזה אין מקור כיון דלהלכה קיי"ל דאמרינן שלא להשביע את בניו, מנלן לחלק כן.

ולכאורה אפשר לומר דבהא דרב ושמואל שאמר השכ"מ מנה לפלוני בידי כיון שלא הודה דרך הודאה, אין לנו שום אומדנא להוכיח שהודה באמת, אלא שבלא טעם שלא להשביע את בניו אמרינן דבסתמא הודה באמת, וכיון דאיכא טעמא דשלא להשביע אמרינן כן אף שלא טען השכ"מ וטענינן זה להיורשים, אבל אם הודה דרך הודאה כיון דבזה מוכח דהודה באמת לכן לא טענינן ליורשים מה דלא מסתבר, ומצינו כן בטענת נאנסו שכתבו התוס' בב"ב דף ע' דלא טענינן ליתמי בשביל דנאנסו לא שכיחא, אלא דמשם גופא הוי סתירה לזה דהרי"ף בפ' המקבל כתב דטענינן ליתמי נאנסו, והרמב"ן במלחמות בב"ב דף ע' האריך בזה וכתב כהרי"ף ואף דאולי יש לחלק בין טענת נאנסו דלא שכיחא אבל אין בזה סברא, ובין הודה דרך הודאה דמסתבר דהודה באמת, ולא שלא להשביע, ומ"מ כבר אין לנו הוכחה לזה משם.

ונראה דיש לבאר בפשיטות דהא כתב הרמב"ם דאם כשהודה לפניהם הי' התובע עמו אינו יכול לטעון כדי להראות שאינו עשיר הודיתי, וא"כ כמו דיש חילוק בהמודה בעצמו בין הודה בפני התובע ובין הודה שלא בפני התובע, וטעמא שבפני התובע לא יודה שלא להשביע שלא יתבענו, ה"נ כן הוא בשכ"מ שהודה, דאף דאם אמר בסתם מנה לפלוני בידי אמרינן דשלא להשביע אמר כן, אבל הודה דרך הודאה בודאי לא יודה שלא להשביע, שהיורשים יחשבו שהוא בודאי אמת, כיון שהודה דרך הודאה וישלמו לו אחר מיתתו לכן בשכ"מ שהודה דרך הודאה לא טענינן דשלא להשביע הודה.

אחר שכתבתי זה ראיתי בדברי הש"ך בסי' פ"א ס"ק ל"ד שהביא דברי הרמב"ם כאן ודברי הראב"ד בהשגתו, שכתב דבריו חלושין מאוד וסוף דבריו אינן משוים עם דברי הרב שכתב בס"פ ג"פ, וכתב ע"ז הש"ך וז"ל, ונ"ל שכונתו לומר דבריו שמחלק מתחלה בהודיה גמורה בין טענת השטאה להשבעה חלושין מאוד, דאם הוא הודאה גמורה למה

לא יועיל אף לענין השבעה, וסוף דבריו שמחלק בין התובע עמו או לא אינן משוים עם דברי הרב ס"פ ג"פ שהרי"ף שם לא חילק בכך כלל, ואדרבא הקשה אהך דרבא דאם אמרו יתומים חזר ואמר אבא פרעתיו נאמנים הא לאו הכי חייבים, ואמאי לא אמרינן שהודה שלא להשביע בניו, ותירץ דמיירי בהודה דרך הודאה, ולא תירץ דמיירי בהודה לפני התובע אלמא דאינו מחלק בכך כלל, וכן משמע מד' הראב"ד שהביא הבעה"ת שער מ"ב סוף ח"ב דס"ל דלהרי"ף אין חילוק בין הודה לפני התובע או לא עכ"ל הש"ך.

והנה למעלה בארתי השגת הראב"ד שכתב דדברי הרמב"ם הם דלא כדברי הרי"ף דזהו ממה שכתב דאפי' הודה דרך הודאה יכול לטעון שלא להשביע הודיתי, ובזה הקשה דא"כ מה מיישב הרי"ף הא דרבא דמיירי בהודה דרך הודאה דאכתי למה צריך שהיתומים יאמרו אמר לנו אבא פרעתי, דהא צריך לטעון להם שלא להשביע הודה, כדמוכח מהא דרב ושמואל, וזהו פשוטן של ד' הראב"ד, רק שיישבתי דגבי שכ"מ הוי כמודה לפני התובע, אבל מה שמפרש הש"ך דראיתו מהרי"ף הוא מדלא מתרץ דהא דרבא מיירי בהודה לפני התובע, ודאי אין לעשות מזה סתירה להרמב"ם מד' הרי"ף דפשטות הלשון מנה לפלוני בידי ולא מנה לזה בידי מוכח דלא היתה ההודאה לפני התובע, איברא שהראב"ד בעצמו מתרץ כן כמו שהביא הבעה"ת שהביא הש"ך, אבל להקשות על הרמב"ם ודאי אי אפשר.

ובעיקר הקושיא מהא דרבה דמוכח דמהני דרך הודאה אפי' נגד טענת שלא להשביע כתב הש"ך כתירוצו של הלח"מ, וכבר כתבתי שאינם ברורים, ומה שכתבתי הוא פשוט, אכן צריך להוסיף על מה שכתבתי דלכאורה כיון שיישבתי דברי הרי"ף דמשו"ה ניחא ליה הא דרבה דדוקא באומרים היתומים אמר לנו אבא פרעתי, משום דגבי שכ"מ הוי כאומר כן בפני התובע, דא"כ גם לפי"ז למה לו לתרץ דהא דרבה הוא בהודה דרך הודאה גמורה, דהא בהודה לפני התובע לא הצריך הרמב"ם שתהי' ההודאה דרך הודאה גמורה, וכמו שהאריך הש"ך לבאר כן דעת הרמב"ם בתחלת ס"ק זה, אלא דבאמת לא קשה, דמה שכתבתי דגבי שכ"מ כשהודה הוי כאילו מודה לפני התובע, זהו דוקא כשמודה בדרך הודאה דאף דבסתם הודה לפני התובע לא צריך דוקא שתהי' בדרך הודאה, זהו דוקא כשמודה לפני התובע ממש, אבל בשכ"מ שכתבנו דהוי כמו מודה לפני התובע הא זהו בשביל שהיורשים ששמעו מאביהם הודאתו ישלמו לאחר מיתתו למי שאמר שהוא חייב לו, בזה לא נימא כן, אלא כשהודה בדרך הודאה ממש, אבל כשאמר בדברים בעלמא גם היורשים יחשבו דאפשר אמר זה שלא להשביע את בניו, וכן מוכח ע"כ מהא

דרב ושמואל דאמרי דכשלא אמר תנו אין נותנין, ומשום דשלא להשביע אמר כן, ומוכח דבזה לא דמי להודה לפני התובע.

פרק ח

הלכה ז

מי שהיו בידו דברים העשויין להשאיל ולהשכיר, אף על פי שהודה ואמר לו יודע אני שהיו שלך אבל פלוני מכרם לי או נתנם לי אין מוציאין אותן מידו, אפילו הביא זה עדים שהיו ידועין לו, שאדם עשוי למכור את כליו.

השגת הראב"ד. מי שהיו וכו' עד שאדם עשוי למכור את כליו. א"א לא ידעתי למה אם בשביל שטוענין ללוקח הלא הראשון שזה בא מכחו לא היה יכול לטעון, ועוד הרי לא טען רבא ליורש בספרא דאגדתא, עכ"ל.

מי שהיו בידו, כתב המ"מ דין זה נתבאר למעלה והוא בשלא יצא לבעלים שם גנבה, והבעלים אין טוענין השאלתיו לך, ואע"פ שאם הי' טוען כך היה נאמן, אינו נאמן בטענת גנובין, משום דלא מחזקינן אינשי בגנבי ומיגו כי האי לא אמרינן עכ"ל, ותמה לפי"ז הסמ"ע על הרמ"א בסי' קל"ג סעיף ז' שהמחבר כתב הדין בטוען גנובים, והרמ"א כתב ויש חולקין וציין לדברי הטור, ובאמת גם הטור סובר בזה כהרמב"ם, וגם הראב"ד אינו חולק בטוען גנובים, אלא בטוען השאלתים למי שמכרם לך, וכתב הש"ך דכונת המ"מ אינו בטוען גנובים ממש, אלא שהמוכר שאל או שכר ממנו, וזהו דרך גנבה כשמכר לאחר, וצ"ל דבזה חולק הראב"ד דכיון שהמוכר לו לא הי' יכול לזכות בטענת לקחתי ממך כשהמערער יטעון השאלתים לך, איך יזכה המחזיק הבא מכחו.

והקשה ע"ז הט"ז דהא גבי אומן מבואר בסי' קל"ד ס"ד דאם טען האחר שהאומן מכרו לו, שאמר לו שבעל הטלית מכרו לו אינו נאמן, ואמאי כיון שטוען בעל הטלית שנתנו להאומן לתקן, והאומן מכרו לזה הא הוי כטענת גנובין, וכמו בטענת השאלתים למי שמכרם לך, והביא דבריו הנתיבות בסי' קל"ג וכתב שזהו תמיה קיימת, והנתיבות אחר שהביא דברי הט"ז כתב והתומים כאן נשמטו ממנו דברי הט"ז, ולפלא שהתומים הביא קושיית הט"ז, אלא שלא הזכירו, ובאמת שדברי התומים מדוקדקים שהט"ז הקשה רק מהמבואר במחבר סעיף ד' שאם האחר טוען שהאומן מכרו לו שאמר שבעל הטלית מכרו לו אינו נאמן, ואין הקושיא אלא מדברי המחבר, אבל התומים, הקשה על הרמב"ם מדברי הגמ' דאמר רבה שאם אמר האחר בפני אמרת לאומן למכרו לי נאמן מיגו דאי בעי אמר מינך זבניה, ולמה צריך להא דבפני אמרת לאומן למוכרו ובמיגו כיון דאם טוען

השאלתי למי שמכרה לך הוי כמו טוען גנובין, וא"כ כשמכר האומן הכלי שטוען בעל הכלי שנתנו לו לתקן הוי כמו שטוען לאומן גנבת ואינו נאמן.

וכתב התומים ליישב שיטת הרמב"ם דאין הכונה לגמרי כדברי המ"מ דאם טוען השאלתי לזה שמכרו לך הוי כטוען טענת גנובין, דא"כ גם אם אינו טוען מכרת לי הוי מעשה גנבה כשאינו מחזיר מה שנתנו לו, אלא דכיון דעשה מעשה ומכר הדבר שהשאילו לו הבעלים ניכר יותר מעשה הגנבה, ולכן אמרינן דאפשר הי' מברר בעדים שהבעלים מכרו לו, ולכן גבי אומן דמיירי שהאומן לפנינו ואינו מברר בעדים אינו נאמן בלא מיגו, והנה מה שכתב דגבי אומן מיירי שהאומן לפנינו אינו מוכח בגמ' כלל, דהא מוקים ביוצא מתחת ידי אחר, ומה דאמר מיגו דאי בעי אמר מינך זבניה היינו הבעלים, אבל לא הוזכר האומן, ובעיקר סברתו דבזה אמרינן שהי' מברר בעדים, אינה מוכרחת, ועיין בדף נ"ב בתוס' ד"ה ומודה לי אבא.

והנתיבות כתב דדעת הרמ"א דסובר דדוקא כשטוען אתה מכרתו לי והמערער טוען נגנבו אינו נאמן המערער, אבל כשטוען פלוני מכר לי נאמן המערער אפי' בטענת גנובין, והוא כמש"כ רש"י בב"מ דף ח' דטעמא דכופר בפקדון פסול לעדות דליכא למימר אישתמוטי דאם אבד יטעון שאבד ויפטור, וא"כ כשטוען אתה מכרתו לי והמערער טוען שנגנבו, ע"כ לדברי המערער המחזיק בעצמו גנב, דאם קנה המחזיק מאחר למה לו להעיז יטעון שמאחר לקחו, לכן אין מאמינים להמערער בטענת גנובים אפי' במיגו דהשאלתים לך דהוי מיגו להוציא המחזיק מחזקת כשרות, אבל כשהמחזיק טוען שאחר מכר לו בזה מהני המיגו, דאין מוציאין המחזיק מחזקתו גם לטענת המערער דאיכא גנבי, והנה הנתיבות בא ליישב דברי הרמ"א, והרמ"א הא כתב כלשון הראב"ד דלא עדיף המחזיק מאותו פלוני שמכר לו, וכיון שאותו פלוני שמכר לו לא הי' נאמן גם הוא אינו נאמן, ולא הוזכר בדברי הראב"ד שהמוכר לו טען אחר מכר לי, וא"כ למה לא נאמר בזה טוענין ללוקח, והיינו המחזיק, ונאמר שאם היו שואלין למי שמכר לו מנין לך הכלים, הי' אומר שבעל הכלים מכר לו, ואז הא לא הוי מהני טענת המערער שהוא טוען גנובים לפי דברי הנתיבות דאז הוי המערער כטוען אתה גנבת.

והנה בפ"ב מהל' גנבה הל' י' כתב הרמב"ם דעשוי למכור כליו והכלים עשויים להשאיל ולהשכיר מוציאין מהמוחזק, והראב"ד כתב דא"צ לשם גנבה אלא להפטר משבועה שלא מכרן, וכתב המ"מ דטעמו של הראב"ד הוא משום מיגו דהשאלתים לך, וטעמו של הרמב"ם משום דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, והביא הש"ך דברי התוס' והרא"ש דלא אמרינן כן אלא כשאומר גנבת ולא בטוען גנובין דאיכא גנבי בעולם, רק טעמו של

הרמב"ם משום דהוי מיגו להוציא, והבאתי שם דברי הרמב"ם בפיהמ"ש דלא אמרינן מיגו אלא לפטור, ועיין מה שכתבתי שם עוד דלבד מיגו להוציא יש כאן גדר מיגו במקום חזקה, שכל מה שביד אדם הוא שלו, דסובר הרמב"ם דלא אמרינן מיגו באופן זה, אפי' היכי דלא הוי להוציא, וכתבתי שם עוד לבאר מה דמהני הא דעשויים להשאיל ולהשכיר אפי' בטוען גנובים אם יצא לו שם גנבה, דאפי' בעשוי למכור כליו מוציאין מהמחזיק, וקשה מה מהני הא דעשויים להשאיל לטענת גנובים, וצ"ל דכיון דיכול המערער להוציא בטענת שאולין, אזל ליה חזקת המחזיק, אלא דלפי"ז קשה דא"כ מה צריך ליצא לו שם גנבה.

ולכן כתבתי דהם שני ענינים, דין חזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו, הוא חזקת בירור משום דסתמא דמילתא כך הוא, ואלים כ"כ דלא אמרינן מיגו במקום חזקה זו אפי' היכי דלא הוי להוציא, וכמו שהבאתי מדברי הרמב"ם פ"א מהל' מלוה דאינו נאמן משום חזקה זו להפקיע מבע"ח, ועוד יש דין מוחזק שהוא דין בעצם כדאמר הגמ' בב"ק דף מ"ו דהמע"ה סברא הוא דמי שצריך להוציא עליו לברר, ולכן נוכל לומר דכיון שיצא לו שם גנבה טענת גנובין הוי טענה מעלייתא, אלא דבעשוי למכור כליו כיון דאפשר שני האופנים, לכן כשהלוקח מוחזק אלים חזקתו ואין מוציאין מידו, וכן מה שהי' מוחזק מי שמכר לו מעמידין בחזקתו לומר שלקח ולא הי' גנוב, אבל בעשויין להשאיל כיון דעכ"פ הי' אפשר להוציא ממנו בטענת שאולים, לכן לא אלים חזקתו ומהני יצא לו שם גנבה בלחוד שהמערער יוציא החפץ דלא אלים חזקת המוחזק להוציאו מחמ"ק להחזיקו בלקוח, אבל כל זה ביצא לו שם גנבה, אבל בלא יצא לו שם גנבה, דעיקר טענת גנובים הוא כנגד חזקה, שכל מה שביד אדם הוא שלו וזו חזקת בירור, לכן שפיר דלא מהני גם הא דעשויים להשאיל, דאף דנימא דלא אלים חזקת מוחזק שלו, אבל אלים חזקת בירור שלו כיון דעכשיו טוען גנובים ולא שאולים, א"כ הוא נגד החזקה ולא מהני אפי' מיגו.

עכשיו נבוא ליישב קושיית הט"ז על דברי הרמב"ם בהלכה שלפנינו, לפי מה שביאר הש"ך דברי המ"מ דאין כונתו בטוען גנובים אלא בטוען השאלתיו למי שמכר לך, שהקשה הט"ז ואחריו התומים מדין אומן דלא מהני מה שימכור האומן ויאמר שהבעלים מכרו לו, וכבר בארתי למעלה דברי התומים והנתיבות, ונראה לבאר החילוק בין כלים העשויים להשאיל ובין אומן, דכלים העשויים להשאיל עושה שהם בחזקת בעליהם כמש"כ הרמב"ם בפ"ח הל' ג', אלא דאינם פועלים אלא לענין זה היכי דלא נוכל לומר מאי בעי גביה, משום דאמרינן שהשאילן, ובזה הוא הנ"מ דבסתם חפצים של ראובן הנמצאים ביד שמעון, ושמעון טוען לקוחים הם בידי, דנאמן הוא משום דאמרינן מאי

בעי גביה, וראובן אינו יכול לטעון גנבתם דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, ולכן בכלים העשויים להשאיל יכול ראובן להוציא דאין כאן טענה דמאי בעי גביה, ולא נוכל לומר דא"כ אנו עושים לשמעון לגנב שאינו מחזיר את הכלים, דזה אינו טענה כלל, דא"כ ה"נ ראובן שרוצה להוציא הוא גנב, ולכן על הדו"ד בעת הד"ת לא נוכל להוכיח מכל אחד דע"כ אינו גנב, ומה דאנו אומרים בסתם אדם שטוען לקוח על חפץ של חבירו זהו מהראיה דמאי בעי גביה קודם הד"ת, ולכן אם מוצא ראובן כלים שלו העשויים להשאיל אצל שמעון וטוען שמעון שקנאם מלוי שאמר לו שקנאם מראובן, אין ראובן מוציא הכלים משמעון, דאף שהכלים עשויים להשאיל זהו כשהדו"ד הוא בעת הד"ת, דלא נוכל להוכיח מראיית מאי בעי גביה, דמקודם היינו יכולים לומר דמה שהם אצלו הוא משום ששאלם, אבל לוי שמכר הכלים של ראובן לשמעון ואז לא הי' הכחשה בין ראובן ללוי שפיר אנו יכולים להוכיח מדמכר לוי החפצים, דבסתמא אינו גנב, דמזה מוכח דבאמת קנה מראובן, כמו שאנו מוכיחים תמיד מהראיה דמאי בעי גביה שיכול כל אחד לטעון על כלי של חבירו לקוחה היא בידי, וזהו מה שכתב כאן המ"מ דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן.

וכל זה הוא בדין ודברים העשויים להשאיל דקודם טענת המערער אפי' כשאנו רואים ביד אחד כלים העשויים להשאיל של חבירו, אין אנו מחזיקים בסתמא דבודאי הם של חבירו, דבלא טענת הבעלים הקודמים בסתמא הם בחזקת מי שמחזיקם, אבל זהו בדין עשויים להשאיל, אבל בדין אומן כתב הרמב"ם בפ"ט הל' א' האומן אין לו חזקה בכלים שתחת ידו, ואף שסיים דבריו כיצד ראה כלים ביד האומן, והביא עדים שהן יודעין שהכלי זה שלו הוא, והוא טוען ואומר לתקן נתתיו לך וכו', מ"מ יש לומר דאף דבודאי צריך בעיקר הדין טענה ותביעה, אבל בתחלתו אנו אומרים שאומן אין לו חזקה בכלים שתחת ידו, ונ"מ בזה דכמו דאם תהי' כלי מונחת ברה"ר או בסימטא ויאמר ראובן לשמעון הכלי שלי היא ואני מוכרה לך, ויקח ממנו מעות, ואח"כ יבוא לוי ויביא עדים שהכלי שלו הוא, אינו יכול ראובן לטעון ללוי לקחתי אותה מקודם ממך, דאין לו שום טעם על נאמנות, כיון שלא היתה ברשותו, ובודאי אינו יכול להוכיח מזה שלקח מעות, באופן זה נאמר באומן דכיון דאומן אין לו חזקה בכלים שתחת ידו הוי כמו שהן מונחין ברה"ר או בסימטא, וכשמכר האומן הכלי שתחת ידו לאחר ואמר שהבעלים מכרוהו לו, אין אנו אומרים מדמכרו ולקח מעות, אין אנו מחזיקים אותו לגנב משום דהוא כמו שמכר חפץ המונח בסימטא.

והנה צריך לבאר דעת הראב"ד במה דחולק על הרמב"ם דלפי"מ שפירש הש"ך

דברי המ"מ דכונת הרמב"ם הוא כשטוען המוחזק בהכלים העשויים להשאיל ולהשכיר שאחר מכרם לו, ובעל הכלים טוען השאלתי אותם למי שמכרם לך דזה דמי לטענת גנובים כשטוען בעל הכלים גנובים דכיון דהשאיל אותם להמוכרים והוא מכרם הוי כטוען שהמוכר גנבם ואחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, ולפי"ז כתבתי בתחלת ההלכה, דצ"ל דבזה חולק הראב"ד וסובר דאפי' בכה"ג כיון שהמוכר לו לא יוכל לזכות כשהמערער יטעון להמוכר השאלתים לך, לכן גם המוחזק לא יוכל לזכות כיון שהוא בא מכח המוכרם לו, וזהו שכתב הראב"ד לא ידעתי למה אם בשביל שטוענין ללוקח הלא הראשון שזה בא מכחו לא הי' יכול לזכות, אבל לפי"ז אין באור לסוף דבריו שכתב ועוד הרי לא טען רבא ליורש בספרא דאגדתא, וקשה דשם הא טענו הבעלים שהשאילו הספרא דאגדתא למורישם כמו שפירש"י, וא"כ כשהמוריש הי' טוען שלקח אותם מאחר מנלן שלא היו מוציאין מידו לדעת הרמב"ם כיון שהבעלים טוען השאלתיו לך, ואין ראיה מדברי הרמב"ם כאן שמפרשים דבריו שבעל הכלים טוען השאלתים למי שמכרם לך, דכיון שכבר מכרם קודם שטען כן בעל הכלים נתחזקו הכלים בחזקתו ומהני מכירתו, אבל כשהמוריש הי' טוען לקחתי אותם מאחר והבעלים טוענים השאלתי לך מנין שהי' מועל טענת המוריש.

ובפ"ה מהל' גנבה הל' י' במה שכתב הרמב"ם בעה"ב שאינו עשוי למכור כליו ויצא לו שם גנבה בעיר וכו' כתב הראב"ד אם היו כלים אלו מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר לא הי' צריך לשם גנבה אלא להפטר משבועה שלא מכרן, כתב על זה המ"מ והר"א ז"ל סובר שאפי' לא יצא לו שם גנבה נשבע שלא מכרו ונוטל מטעמא שהי' יכול לומר שהן שאולין בידו ומדין מיגו נאמן בשבועה, ורבינו אינו סובר מיגו כי האי אם לא יצא לו שם גנבה אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן עכ"ד, ולדברי המ"מ ג"כ אינו מבואר מה שהשיג הראב"ד מהא דרבא לא טען ליורש בספרא דאגדתא, דכיון דכל הנאמנות לדעת הראב"ד בטענת גנובים היכי דיכול לטעון השאלתים הוא משום מיגו, ובהא דרבא הא מיירי שבעל הספרא דאגדתא טען שהשאילו לאביהם כדפירש"י, ומה שייך זה למה דסובר הראב"ד דיכול לטעון גנובים במיגו שהי' טוען שאולים, דכאן כיון שבעל הספרא טוען שהשאיל למורישן, וגם אם הי' מורישן טוען לקוחים הא לא הי' נאמן, וצ"ע.

פרק ט

הלכה א

האומן אין לו חזקה בכלים, אחד כלים העשויים להשאיל ולהשכיר ואחד שאר כלים, כיצד ראה כליו ביד האומן והביא עדים שהן יודעין שהכלי זה שלו והוא טוען ואומר לתקן נתתיו לך והאומן אומר לא בא לידי אלא במכירה או מתנה, או שטען אתה נתתו לי אתה מכרתו לי אחר שבא לידי לתקנו, אף על פי שמסרו שלא בעדים בעל הכלי נאמן ומוציאין אותו מיד האומן, וישבע בעל הבית הסת על טענתו, ויש גאונים שדנו אף על פי שלא הביא בעל הבית עדים שזה הכלי שלו הואיל וראה כליו ביד האומן, והרי האומן מודה לו שהיה שלו ומכרו לו נאמן, אבל אם אמר לא היו דברים מעולם ושלי הוא הכלי נאמן האומן ונשבע היסת, ואם הביא בעל הבית עדים שהכלי הזה ידוע לו אין האומן נאמן, ודין זה הוא פלא בעיני.

אע"פ שמסרו לו שלא בעדים וכו' ויש גאונים שדנו וכו', כתב המ"מ וז"ל ודעת רבינו כדעת כל הגאונים, ורבו הרב אבן מיגש דכל היכא דאיכא מיגו הרי אומן נאמן ולא נתמעט האומן מדין מיגו, אלא הרי כל הכלים אצל האומן ככלים העשויים להשאיל ולהשכיר אצל שאר בני אדם, וזה נראה מוסכם מכל הגאונים חוץ מהרב אלפסי ז"ל שכתב בהלכות דאע"ג דליכא ראיה לא אמרינן מיגו באומן, ואינו נאמן לומר לקוח הוא בידי, וזה מש"כ רבינו ויש גאונים שדנו שאע"פ שלא הביא וכו', ואע"פ שלא נכתב זה שהזכיר רבינו בהלכות, מכיון שבהלכות סבורין שאין דין מיגו באומן, הוא הדין שהזכיר רבינו, ודברי המ"מ תמוהים דלמה הוצרך הרמב"ם לכתוב דין אחר שלא הזכירו הרי"ף ולכתוב על זה, ודין זה פלא הוא בעיני, ואם רצונו לחלוק על הרי"ף במה שכתב דהפי' לא ראה הכלי ביד האומן ואף שמסר לו שלא בעדים, אף שיכול לומר להד"מ או בשמסרו בעדים לומר החזרתי, מ"מ אם טוען לקוח אינו נאמן במיגו היה לו לכתוב זה שכתב הרי"ף ולחלוק עליו, לכן נראה דאף דבעיקר חידושו של הרי"ף דדינא דאומן לא אמרינן ביה מיגו, הרמב"ם אינו סובר כן, מ"מ לא הזכירו, ויש הרבה מקומות שהרמב"ם חולק על הרי"ף ואינו מביא שיטתו, ודין זה שהזכיר בשם יש גאונים שדנו הוא גאונים אחרים, וכמו שנבאר ששיטות הרי"ף ושיטת הגאונים חלוקים הם.

ולבאר שיטת הרי"ף ושיטת היש גאונים עלינו לבאר מקודם עיקר דברי הרי"ף שהביא מקודם סברא דרבואתא דמחלקים להלכה באומן בין ראה ובין לא ראה, וכתב הרי"ף על זה וז"ל ואנן קשיא לן האי סברא דהא רבה דאית ליה מיגו איתותב ושמעת מינה דהאי דינא דאומן לא אמרינן ביה מיגו, הילכך בין ראה בין לא ראה, אמ"ג דיכול לומר לא היו

דברים מעולם היכא דליכא סהדי אי נמי החזרתים לך בדאיכא סהדי כי אמר זבינתיהו ניהלי לא מהימן, והאי דאמרינן ראה תניא לאו למימרא דאי לא ראה (והדר) ואמר זבנתה נהלי מהימן אלא דאי אמר לא מפקינא להו לא אמרינן ליה אפקינהו, דלחזינהו ולהכי תנא ראה עכ"ל, והנה התוס' בד"ה אבל מסר לו שלא בעדים מתוך שיכול לומר וכו', כתבו אין לפרש מתוך שיכול לומר אין בידי כלל דהא בראה מיירי כדמוכח אתקפתא דאבייי, אלא ה"פ מתוך שיכול לומר לא היו דברים מעולם שבא לידי בתורת אומנות אלא בתורת מכר, א"נ אתה מכרתו לאחר ואחר מכרו לי כדפי' הקונטרס עכ"ל, וכפי' התוס' בפי' א' כתבו הר"י מיגש והרמב"ן, ולפי' א' בתוס' מבוארים דברי הרי"ף דמה דלא קיי"ל כרבה דאמר דוקא מסר לו בעדים הוא משום דרבה אית ליה מיגו דאי בעי אמר שלא בא לידו בתורת אומנות אלא בתורת מכר ואז הי' נאמן לכו"ע ולדידן קיי"ל דאינו נאמן במיגו, וכיון דמודה שבא לידו בתורת אומנות אלא שטוען שאחר כן מכרו לו אינו נאמן, אבל אם הי' טוען שלא בא לידו בתורת אומנות אלא שמכרו לו נאמן גם לדידן, וכן הוא לפי' רשב"ם שפירש שיכול לומר לא בא לידי מידך אלא אחר מסרו לי דבזה הי' נאמן האומן לטעון שמכרו לו האחר שמסרו לו, והחילוק משיטת רשב"ם לשיטת התוס', דהרשב"ם סובר דגם אם הי' טוען האומן שמתחלה בתורת מכר בא לידו מהתובע לא הי' נאמן משום דאומן לגבי כל הכלים הראויים לתקן הוי כמו דברים העשויים להשאיל ולהשכיר שאינו נאמן המוחזק, לכן כתב שאחר מסרו לו לתקן ואין אתה רגיל ליתן לי לתקן, ולפי' רשב"ם ג"כ מבוארים דברי הרי"ף כיון דעכ"פ עכשיו מודה האומן שהתובע נתן לו לתקן, רק שטוען שאחר כך מכרו לו, יש להאומן מיגו ולכן סובר רבה דנאמן האומן, ואנן לא קיי"ל כרבה ואומן אינו נאמן במיגו.

אכן כל זה לפי' התוס' והרשב"ם, אבל הרמב"ם הרי כתב להדיא כאן בהלכה כיצד ראה כליו ביד האומן, והביא עדים שהן יודעין שהכלי זה שלו והוא טוען ואומר לתקן נתתיו לך, והאומן אומר לא באו לידי אלא במכירה או מתנה, או שטען אתה נתתו לי או מכרתו לי אחר שבא לידי לתקנו ומפורש שבתחלת דבריו כונתו שמתחלה בא לידו במכירה ולא בתורת אומנות כלל ומ"מ אין האומן נאמן לטעון לקוח הוא, והוא כמו שכתב הרשב"ם דסתם אומן הוי כמו דברים העשויין להשאיל, רק שהרשב"ם חידש דאם טוען שאחר מכרו לו נאמן, ומדברי הרמב"ם דאפי' בכה"ג אין האומן נאמן, דהא כתב סתם לא בא לידי אלא במכירה או במתנה, משום דאומן אין לו כלל חזקה במה שתחת ידו לטעון לקוח, וא"כ לדעת הרמב"ם צריך לומר דטעמא דרבה דאמר דמסרו שלא בעדים האומן נאמן, מיגו דאי בעי אמר להד"מ שלא מסרו לתקן זהו משום דרבה

סובר דסתם אומן שלא מסרו לתקן אין דינו כדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ונאמן לטעון לקוח הוא, וא"כ לדברי הרמב"ם אין המחלוקת בין רבה לדידן אם אומן נאמן במיגו, דהא לדידן ליכא מיגו כלל במסרו שלא בעדים, דגם אם אינו מודה שמסרו לשם אומנות אינו נאמן לטעון מכרתו לי, אלא בעל הכלי נאמן לטעון לתקן נתתיו לך, וא"כ מנ"ל להרי"ף ללמוד מזה דגם בלא ראה ואין עדים רואים שכלי זה הי' של התובע, מ"מ אין האומן נאמן לטעון לקוח הוא בידי אף שיש להאומן מיגו לומר, אין כלי זה שאתה תובע בידי כלל, ומוכרחים אנו להוכיח מזה דהרי"ף אינו סובר בזה כהרמב"ם, אלא כהתוס' והר"י מיג"ש דדוקא במודה שבא לידו בתורת אומנות חידש רבה דנאמן אומן לומר לקחתי אח"כ מתוך שיכול לומר שמתחלה בא לידו בתורת מכר, ובזה הוא שחולקים על רבה דאינו נאמן במיגו, אבל בטוען שלא בא לידו בתורת אומנות בזה ודאי נאמן לומר לקוח דאין לי דין אומן כלל.

ונראה דאפי' לשיטת הרמב"ם יש לבאר דברי הרי"ף דהנה בהל' ב' כתב לא ראה הכלי ביד האומן, אלא טען ואמר כלי פלוני נתתיו לו לתקן, והאומן אומר חזרתו ומכרתו או נתתו לי האומן נשבע היסת ונפטר מתוך שיכול לומר להד"מ, ואפי' מסרו לתקן בעדים האומן נאמן מתוך שיכול לומר החזרתי וכו' ואין מחייבין אותו להוציא הכלי, ואם הוציאו הואיל ונראה הרי בעל הכלי מביא עדים שהוא שלו ונוטלו וכו', והובאה הל' זו בחו"מ סי' קל"ד ס"ב וכתב ע"ז הסמ"ע בס"ק ח' ואם הוציאו הואיל ונראה, היינו דוקא כשהוציאו קודם שבאו לדין דלית ליה מיגו דאי בעי לא הוציאו כמש"כ בסי' שלפני זה וכו', והביא דבריו הנתיבות בחדושיו, ולדעתי נראה דמד' הרמב"ם לא משמע כן דהא כתב אלא טען ואמר כלי פלוני נתתיו לו לתקן, ומוכח דהוא בב"ד, וכן כתב ואין מחייבין אותו להוציא הכלי, ועל זה כתב ואם הוציאו הואיל ונראה, ומוכח דגם כשהוציאו בב"ד הוי ראה ואין האומן נאמן, ויסוד דברי הרמב"ם ע"כ צ"ל דמפרש כן דברי הגמ' בהא דרמאי דפומבדיתא דעל זה אמר רבא ראה תניא, והיינו דאינו נאמן לטעון לקוח אם הראה אפי' בב"ד, ונוכל לומר דכן הוא גם שיטת הרי"ף דאם לא ראו ב"ד, וגם הוא אינו מודה שבא לידו בתורת אומנות, וטוען דמעיקרא בתורת מכר בא לידו גם לשיטת הרי"ף אין לו דין אומן ונאמן לטעון לקוח ודוקא אם עכשיו בב"ד מודה שבא לידו בתורת אומנות או שהראה וטוען שאח"כ מכרו לו אינו נאמן, ומדוייק הגירסא הכתובה ברי"ף לאו למימרא דאי לא ראה, והדר זבנתה נהלי מהימן היינו דאי לא ראה ואמר דמעיקרא בתורת אומנות בא לידו, ואח"כ מכרו לו אף דיש לו מיגו דאי בעי אמר דמעיקרא בתורת מכר בא לידו מ"מ אינו נאמן ומבואר לפי"ז דגם הרמב"ם סובר דבכה"ג היכי שהראה

בב"ד אף שיש לו מיגו שלא הי' מראה אין אומן נאמן במיגו, ואינו סובר דמהני מיגו אלא היכי שאין עדים שהכלי הוא של בעל הכלי רק שהאומן מודה שהכלי שלו, והחילוק בזה הוא בין ראיית מיגו ובין ראיית הפה שאסר.

ובזה בארתי בפי"א מהל' שכירות הל' ו' הא דנסכא דר' אבא בב"ב דף ל"ד דהיכי דאיכא ע"א שחטף, שהקשו שם התוס' דליהמניה בטענת דידי חטפי בשבועה במיגו דהוי אמר לא חטפי כמו בהחזרתי במיגו דנאנסו, וכתבתי עפ"מ שכתב המ"מ בפ"א מה' מלוה על מה שכתב שם הרמב"ם דלוה שטען על מה שתחת ידו שאינו שלו יגבה המלוה שאינו נאמן, והביא בשם הרמב"ן דאף שיש לו מיגו אינו נאמן משום דחזקה שכל מה שביד אדם שלו, וקשה דאמאי נאמן בנסכא בדליכא עדים שחטף לומר אין חטפי ודידי חטפי, וצ"ל דהפה שאסר הוא הפה שהתיר עדיף ממיגו, ולכן היכי דאיכא ע"א שחטף לא הוי הפה שאסר, דאין אנו צריכין להודאתו דכל זמן שלא נשבע כנגד העד הוא כשנים, וליכא אלא מיגו ומיגו לא מהני במקום חזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו.

ובארתי טעמא דמ"ד דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו, וכתבו בתוס' בכתובות דף כ' בטעמא דהך מ"ד ואינו נאמן לומר פרוע במיגו דמזוייף, דשמא ירא הלוה לומר מזוייף שמא יכחישוהו וליכא מיגו, ועוד הביאו מפירש"י משום דד"ת עדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותו בב"ד ורבנן הוא דאצרכו קיום, וכי אצרכו היכי דטעין מזוייף, אבל היכי דטעין פרוע לא אצרכו קיום, וקשה לטעם רש"י דמה מהני זה עכ"פ איכא מיגו, דאי בעי הוי טעין מזוייף והיו מצריכין קיום, ואמרתי בזה דשני התירוצים צריכים זה לזה, דתי' א' דירא הלוה לומר מזוייף שמא יכחישוהו לא מהני אלא על מיגו דהוי הוכחה וראיה, אבל לסברת הפה שאסר לא מהני זה דעכ"פ כיון שהוא האוסר הוא המתיר, וכל עיקר שהשטר הוא אמת לא ידענו אלא מפיו והוא אומר פרעתי, לכן פירש"י דמעיקר הדין א"צ קיום אלא היכי דטעין מזוייף, אבל היכי דטעין פרוע ליכא חסרון קיום ולא הוי הפה שאסר.

ומבואר שיטת הרמב"ם דחולק על הגאונים וסובר דהיכי דאין עדים שהכלי היתה של התובע, ורק המוחזק הוא המודה שהיתה של התובע ולקחה ממנו דבזה הוי הפה שאסר, ולכן אף דמיגו לא מהני באומן, אבל הפה שאסר מהני, ואף דהיכא שמסר לו בעדים ולא ראה דנאמן האומן משום שיכול לומר החזרתי, הא החזרתי הוי טענה והוי רק מיגו, ומ"מ סובר הרמב"ם דנאמן האומן, אך באמת מיושב דעכ"פ כיון שיכול לומר החזרתי הא לא ידענו שזו הכלי היתה של התובע, ומה שחסר לו כלי לתקן על זה יכול לטעון החזרתי וזו אחרת, ולכן מה שמודה על זו הכלי שהיתה של בעל הכלי זהו הפה

שאסר ויכול לטעון לקוח.

אכן בשיטת הרי"ף יש לומר באופן אחר דגבי נסכא דר' אבא כיון דעכשיו ראינו הנסכא ברשות החוטף ולא נתחזק שהי' מקודם ברשות חבירו אלא על פיו שאמר שחטף , בזה שפיר אמרינן דהוי הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ונאמן במה דאמר דידי חטפי, אבל גבי אומן כיון דמודה שהוא אומן וסתם אומן מוחזק שיש בידו כלים של אחרים שנותנים לו לתקן ולכן אינו מוחזק כלל במה שיש ברשותו, ואין לו חזקת בירור לומר שמה שתחת ידו הוא שלו, לכן אם בא אחד וטוען שהכלי שביד האומן הוא שלו ונתנה לו לתקן, והאומן מודה שהכלי היתה של התובע אף שאין להתובע כלל עדים, וגם עתה אין עדים שראו אותה ביד האומן, מ"מ כיון שהאומן מודה שיש תחת ידו כלי שהיתה של התובע, וטוען שמכר לו לא אמרינן בזה הפה שאסר כיון שאצל אומן לא נתחזק שמה שתחת ידו הוא שלו, ואולי נאמר דמה שסובר הרי"ף דלא מהני מיגו אף שלא ראה הוא דוקא במודה שמסרו לשם אומנות דלא נתחזק הכלי הוא שלו כיון שהוא דרך למסור כלים לאומן לתקן, ואף דיודה להרמב"ם דהיכא דאין לו מיגו לא מהני חזקתו אף דאין אנו יודעין ולא הודה שמסרו לשם אומנות, אבל מה דסובר דאפי' לא ראה ולא מהני מיגו הוא דוקא היכי שהודה שמסרו לשם אומנות דאז לא הוחזק הדבר בחזקת שהוא שלו.

ועכשיו יבואר מה שכתב הרי"ף דהאי דינא דאומן לא אמרינן ביה מיגו משום דסובר דדינא דראה הוא אפי' הראה בעצמו בב"ד וכשיטת הרמב"ם, וא"כ תמיד אפי' ראה יש לו מיגו דלא הי' מראה וכן מוכח מהא דרמאי דפומבדיתא, ומייתי ע"ז מהא דראה תניא דאם הי' מראה לא הי' נאמן לטעון לקוח אף שיש לו מיגו, וע"כ משום דאומן לא הוי הפה שאסר משום דאצל אומן אינו עומד הדבר בחזקתו וכנ"ל, ואף דפשטה דהא דרמאי דפומבדיתא הוא בכופר לגמרי, אבל ברייתא דראה תניא הוא בטענת לקוח ולפנינו נבאר הא דרמאי דפומבדיתא.

והנה במה שכתב הרי"ף והא דאמרינן ראה תניא אינו דבלא ראה מהימן לטעון לקוח, אלא דבלא ראה לא אמרינן אפקינהו דליחזינהו הקשה הר"י מיגש דהא בברייתא דתניא ראה אינו באומר להד"ם אלא באומר לקוח, ומוכח דלדין טוען לקוח דוקא בראה אינו נאמן האומן, והרמב"ן כתב דתניא ראה הוא שלא יוכל לטעון להד"ם, אבל קשה דהא בברייתא תניא להדיא אתה מכרתו, אכן לפי"מ שכתבתי שהרי"ף אינו סובר כשיטת היש גאונים שהביא הרמב"ם ואם אין עדים שהכלי הוא של הבעלים התובעים מהאומן גם הרי"ף אינו סובר דמוציא התובע מהאומן, דבזה גם הרי"ף סובר דמהני הפה שאסר, ומה שכתב הרי"ף דבין ראה בין לא ראה מוציא התובע מהאומן זהו כשקודם שבאו

לב"ד לא ראה התובע כליו ביד האומן ולא הביא עדים על זה, אבל עכשיו שבאו לב"ד שטוען האומן אתה מכרתו לי, הכלי הוא לפני ב"ד והאומן טוען אתה מכרתו לי, וזהו כמו שכתבנו בדעת הרמב"ם דאם הוציאו הואיל ונראה לפני ב"ד כבר אין לאומן חזקה אף שיש לאומן מיגו שלא הי' מראה וזהו דתניא ראה עבדו ביד אומן וכו', ואמר ע"ז רבא על רמאי דפומבדיתא דאמרי איברא לא אפיקנא ליה דשפיר קאמרי דראה תניא, והיינו דאם כשבא לב"ד לא ראה כליו אצל האומן רק שתובע כליו מהאומן והאומן אמר אתה מכרתו, בזה אף דהרי"ף סובר דגבי אומן לא אמרינן מיגו, אפי' היכי דיכול האומן לטעון תחלה להד"ם כשאין עדים או החזרתי כשיש עדים, אבל זהו היכי דעכשיו אצל ב"ד יש עדים שהכלים של התובע, אף שיש להאומן מיגו שלא הי' מראה, אבל היכי שגם עכשיו אין עדים, רק שהאומן אומר אתה מכרתו בזה דוקא היכי דראה לפחות עכשיו אצל ב"ד, והיינו שראה בעדים שאומרים שזהו עבדו וטליתו של התובע, ואפי' אם ב"ד הם שפסקו שצריך להראות מה שיש לו דומה לזה שטוען התובע, מ"מ אם הראה ע"פ ב"ד אין לו דין הפה שאסר ומוציאין מן האומן כיון דעכשיו עכ"פ אנו רואין שהכלים שנמצא אצלו היו של התובע, ולכן דוקא אם טוען אתה מכרתו בלא ראה אז נאמן דהוי הפה שאסר ממש.

ולפי מש"כ נוכל לבאר דשיטת הרי"ף ושיטת היש גאונים הם בהיפוך זו מזו, דשיטת הרי"ף הוא דוקא בלא ראה בעת הד"ת לפני הב"ד, אבל אם היו רואין עדים היו יודעים שהכלי שהוא אצל האומן הי' של הבעלים התובע, אבל אם הכלי שטוען התובע, הוא לפנינו והעדים אין מכירין שהי' של התובע, וכמו שכתבו היש גאונים, בזה אינו סובר הרי"ף דמוציאין מיד האומן, כיון דבזה הוי הפה שאסר ממש דרק האומן הוא שחידש בהודאתו דזו הכלי היתה של התובע, ושיטת היש גאונים הוא להיפוך דהיכי דיכול לומר להד"מ או החזרתי, ואין אנו רואין שום חפץ בידו לא שייך לומר דאין לו חזקה במה שתחת ידו, דהא אין אנו רואין החפץ כלל, אבל היכי שאנו רואין הכלי בידי האומן כיון דאומן אין לו חזקה לא חשיב כלל בחזקתו מה שהכלי תחת ידו, והיכי דאינו בחזקתו לא אמרינן הפה שאסר ולכן מיושב גם לדעת הגאונים מה דתניא בברייתא ראה משום דבלא ראה כלל שפיר אמרינן הפה שאסר גם לדעת הגאונים.

והנה הר"י מיגש הקשה על הרי"ף מהא דמתיב רבא לסיועי לרבה מהנותן טליתו לאומן, אומן אומר שתים קצצת לי דכל זמן שהטלית ביד אומן נאמן האומן משום דיכול לטעון לקוח, נאמן על דמי הקציצה ובעי לאוקמי דליכא עדים, ואע"ג דראה ודחי דליכא עדים ולא ראה, והקשה הר"י מיגש דעכ"פ מוכח דהיכא דלא ראה יכול לטעון לקוח,

ודלא כהרי"ף שכתב דגם בלא ראה לדידן אינו יכול לטעון לקוח, וכתב הרמב"ן לדעת הרי"ף דהתם לא משום טענת לקוח נאמן על הקציצה, אלא משום דיכול לטעון להד"מ ובש"מ מד' הרשב"א כתב דכונת הר"י מיגש דע"כ פי' הברייתא הוא משום דיכול לטעון לקוח דאל"כ מה פריך רבא אלא שלא ביאר דלמה באמת צריך למיגו דלקוח, ולא סגי במיגו דלהד"מ או באיכא עדים במיגו דהחזרתי, ועוד צריך ביאור שהרמב"ם כאן כתב ג"כ טעמא דמיגו דלקוח, ולמה צריך למיגו דלקוח ולא סגי במיגו דלהד"מ או החזרתי.

ונראה לפימש"כ בפ"ב מהל' שכירות שהבאתי שם הא דרבה בר שרשים בב"ב דף ל"ג מדברי הרמב"ם בפי"ד מהל' טוען, וכתבתי שם דלענין לטעון חוב על חבירו ולעשות חפץ שבידו למשכון לא מהני זה אלא אם יכול לטעון על החפץ לקוח הוא שאז מתוך חזקתו בהחפץ יכול לטעון עליו חוב ושהחפץ הוא משכון אבל במה שיכול להעלים את החפץ ולטעון איננו בידו אין לו בזה כח לחדש חוב ולעשות החפץ למשכון, ולכן הכא בהא דהכא שהאומן והבעה"ב חולקין בקציצה כמה קצץ שכרו מהני מיגו דוקא אם יכול לטעון לקוח, ולכן שפיר הקשה הר"י מיגש על הרי"ף דתניא ראה דמוכח דבלא ראה האומן נאמן מטעם טענת לקוח, אכן לפימש"כ בדעת הרי"ף דאף דסובר דגם בלא ראה אינו יכול לטעון לקוח, מ"מ זהו דוקא כשעכ"פ יש עדים שהכלים היו מקודם של המערער ולא כהיש גאונים, א"כ לשיטתו שפיר מפרש דלא אמרינן ליה אפקינהו דליחזינהו, וכיון שאינו מחוייב להראות לכן יכול לטעון לקוח.

והנה מדברי הר"י מיגש משמע דהא דרמאי דפומבדיתא הוא שטוענים להד"מ ולזה הקשה דהא הברייתא דראה תניא תני להדיא בטוען אתה מכרתו, ולפי"ז צריך באור מה שהרמב"ם כתב הא דאינו צריך להראות בטוען לקוח, ולא כתב בטוען להד"מ, וראיתי שהגר"א בסי' ע"ב ס"ק ק"ז כתב בפשיטות דאם טוען להד"מ מחוייב להראות, וכתב דמה דאמרינן דאינו מחוייב להראות, הוא אצל עדים אבל אצל בית דין מחוייב להראות אלא דלא יתבטל בשביל זה טענת לקוח ויהי' נאמן כיון שפסקו לו ב"ד להראות, אבל מדברי הרמב"ם לא משמע כן וכמו שכתבנו, ונראה דבאמת יש סברא לומר דבטוען להד"מ מחוייב להראות כיון דאם יכירו הוא ודאי גזלן למה לא יראה ודוקא בטוען לקוח, דלפי דבריו אפי' אם יכירו עכ"פ הוא טוען לקוח, ורק שאנו לא נאמין לו משום דאומן אין לו חזקה, בזה יש לומר דמתי אין לו חזקה דוקא כשאנו רואין חפץ ביד האומן, דתיכף כבר עומד בחזקת הבעלים, כיון דאומן אין לו חזקה, אבל כל זמן שאין אנו רואין אינו מחויב להראות, ולכן מפרש הרמב"ם דגם בהא דרמאי דפומבדיתא אינו בטוענים להד"מ ממש אלא שאין רוצה להראות דגם בב"ד לא יראה משום דבב"ד יטעון לקוח,

וזהו דאמר איברא לא מפיקנא, וזהו דאמר ראה תניא, והיינו דכל זמן שלא ראה יכול לטעון לקוח ואינו מחוייב להראות, ובהא דרמאי דפומבדיתא מהא דאמר כבר שמוה קמאי דקמך, מוכח דעיקר הד"ת הוא על הקציצה, ובזה באמת יש לו מיגו שיכול לטעון לקוח וכמו שכתבנו.

הלכה ה

אפי' מת זה שהכלי תחת ידו מוציאין אותו מיד היורש בלא שבועה שכיון שאין לאביו לטעון שלקחו או שהוא משכון, כך זה אינו יכול להשביעו, ואם טען היורש טענת ודאי ואמר בפני נתנו לאבי או מכרו לו, הרי בעל הבית נשבע היסת כשאר כל הנשבעין, וכבר בארנו שיש מי שהורה שישבע בעה"ב היסת ואחר כך יחזיר כליו מיד היורש ואין דעתי נוטה לזה.

השגת הראב"ד. וכבר בארנו שיש מי שהורה וכו' עד ואין דעתי נוטה לזה. א"א חיי ראשי אני אינו אומר כן אלא כל נוטל נשבע בנקיטת חפץ ואפי' דברים הראויים להשאיל ולהשכיר אין מוציאין אלא בשבועה בנקיטת חפץ חוץ מראוהו שהטמין כלים תחת כנפיו ויצא, בענין שנאמר בו שאינו נאמן לומר לקוחים הם בידי, הואיל והעדים מעידים על הענין ההוא, עכ"ל.

בפ"ב מה' שכירות הל' י"ב הבאתי דברי הרמב"ם והראב"ד כאן וכתבתי דמחלוקתם הוא בדין נשבע על המשכון לדעת הגאונים שלמדו שצריך לישבע מדין המכיר כליו וספריו שישבע הלוקח כמה הוציא ויטול, דדעת הראב"ד דמשם ילפינן כללא דכל נוטל נשבע, וזהו שדימה הראב"ד כאן דין המערער בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, לדין נשבע על המשכון, דלכאורה לא דמי זל"ז דטוען על המשכון מבואר מדברי הרמב"ם בפי"ג מהל' מלוה דמה שהוא מוחזק במשכון נקרא מוחזק, דאפי' יש עדים שהוא משכון נאמן לטעון כמה הוא חייב לו עד כדי דמיו, והראב"ד לא השיג שם, וע"כ מה דנשבע המחזיק את המשכון אינו משום שנוטל מן המוחזק, אלא משום דעכ"פ ע"י חזקתו בהמשכון גובה ממון, וא"כ לא דמי לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר שנצריך להמערער שבועה, דהתם מחזקינין החפץ בחזקת המערער והוא נוטל החפץ שלו ממש, וצריך לומר בדעת הראב"ד דכיון דעכ"פ מי שהוא מחזיק החפץ הוא תפיס בו, ואנו צריכין להוציא ממנו, לכן גם זה נקרא נוטל, וכמו דאנו מצריכין לישבע הגובה מן המשכון, דאף שיש לו דין מוחזק בהמשכון מ"מ עיקר החפץ הוא של בעל המשכון רק שיש לו דין מוחזק לגבות החוב מהמשכון, ומזה לומד הראב"ד דכל נוטל נשבע, אבל הרמב"ם סובר דדין נשבע על המשכון אינו אלא בשביל שהוא גובה, אבל בדברים

העשויין להשאיל כיון שהוא נוטל חפץ שהוא שלו אינו נשבע, ובארתי שם שהרמב"ם והראב"ד הולכים לשיטתם במה שחולקים לקמן בפי"ד בעינן דרבה בר שרשום, ולפנינו נביא זה שם.

הלכה ו

מי שלקח קרדום ואמר הריני הולך לגזור דקלו של פלוני שמכרו לי, וכרת הדקל הרי זה בחזקתו שאין אדם מעיז פניו וכורת אילן שאינו שלו, ואם טענו הבעלים שלא מכרוהו נשבע זה הכורת היסת ונפטר, וכיון שנכרת הרי הוא כשאר כל המטלטלין, וכן היורד לשדה חבירו ואכל פירותיה שנה או שנתים, והבעלים טוענין שזה ירד שלא ברשות וגזלן הוא ואכל והרי העדים שאכל, והיורד אמר ברשותך ירדתי לאכול פירותיה הרי זה האוכל נאמן ונשבע היסת על כך חזקה היא שאין אדם מעיז פניו ואוכל פירות שאינן שלו, אע"פ שהקרקע בחזקת בעליהן אין הפירות בחזקת הבעלים, שאין אדם מוכר פירות שדהו בשטר כדי שנאמר לזה שאכל הבא שטרך, ואין צריך לומר שאם אכל פירותיה שנים רבות שמתוך שיכול לומר לקוחה היא בידי נאמן לומר לפירות ירדתי וישבע היסת.

השגת הראב"ד. מי שלקח קרדום וכו' עד הרי הוא כשאר מטלטלים. א"א אנו מפרשים ואגדריה לדיקלא דפלניא בלקיטת הפירות כמו הגודר בתמרים ולקט הפירות והלך לו, עכ"ל.

המ"מ הביא כאן דברי הרשב"א שכתב שהקשו על הך סוגיא מהסוגיא דב"ק דף צ"א שורי הרגת נטיעותי קצצת, אתה אמרת לי להורגו, אתה אמרת לי לקוצצו נאמן, ופריך לא שבקת חיי לכל בריה, ומשני בשור העומד להריגה ואילן העומד לקציצה, הא לאו הכי אינו נאמן, ותירצו דשאני הכא דאמר תחלה קודם שיגזרנו אנא איזל למיגזר דיקלא דפלניא דזבניה ניהלי, דלא חציף לגלויי מעיקרא למימר אנא איזל למיגזריה אי לאו דקושטא קאמר דמירתת דילמא אתא מריה ותבע ליה, אבל התם דלבתר קציצה לא מהימן עכ"ל, ואח"כ הביא המ"מ גירסת הראב"ד שגורס ואיגדריה והוא על לקיטת הפירות ולא ואיגזריה כגירסת הרמב"ם שהוא על קציצת האילן, וקשה דשם בדף ל"ג אמר רב זביד אם טען ואמר לפירות ירדתי נאמן, מי לא אמר רב יהודה האי מאן דנקט מגלא ותובליא, ואמר איזל איגזריה לדיקלא דפלניא דזבנה נהלי מהימן לא חציף אינש דגזר דיקלא דלא דיליה, הכא נמי לא חציף אינש למיכל פירי דלא דיליה, ולדברי הרשב"א דהא דרב יהודה הוא משום דאמר תחלה מה מייתי רב זביד להא דאמר לפירות ירדתי, דהתם הא לא אמר תחלה, אלא אכל בסתם פירות שדה חבירו, וטוען שקנה

אותה לפירות.

ונראה דיש לומר דדוקא גבי איזל איגזריה לדיקלא דפלניא שאם קצץ הדקל ולא אמר תחלה שמכרו לו הרי הוא כמו שנכנס בבית חבירו, וחבירו לא הי' בבית ועדים ראו אותו מרחוק ונטל חפץ שזהו גנב ממש, ולא מהני שיטעון אח"כ הבעלים מכרוהו לי, וכמש"כ הרמב"ם פ"ד מהל' גזילה הל' י"ב והוא מדברי הרי"ף פ' כל הנשבעין, וכן כתב הרא"ש שם, ובמחבר סי' נ' סעיף י"ד, וא"כ ה"נ בקוצץ דקל של חבירו שלא בפני הבעלים הרי הוא גנב, ולכן דוקא באמר מתחלה דאמרינן לא חציף, ומה דמדמי הגמ' הא דנאמן לטעון לפירות ירדתי זהו בשביל שאכל זמן ממושך וניכר לכל, ובזה נמי אמרינן לא חציף, ומדמי הגמ' השני ענינים אף שהם ענינים שונים רק משום דבתרווייהו איכא סברא דלא חציף, ועיינתי בהסוגיא בחדושי הרמב"ן וראיתי שכיונתי לדבריו וז"ל לאו מי אמר וכו' אי קשיא התם משום דאמר מעיקרא הכי הוא שנאמן, איכא למימר הכא נמי כיון דמשיך זימניה מיפרסמא מילתא דאכילה ולא חציף למיכל ארעא דלאו דיליה, ואיכא דאמרי אמר לאו דוקא, וה"ה להיכא דלא אמר עכ"ל, והאריך שם ע"ש, ומדברי הרמב"ם כאן מבואר כפי' הרמב"ן הא' דדוקא היכא דאמר וגבי לפירות ירדתי הוא משום דאכל משך זמן שכן מוכח מדבריו שכתב וכן היורד לשדה חבירו ואכל פירותיה שנה או שנתים.

והנה התוס' בד"ה ואי טעין כתבו וא"ת מאי אירא דלא חציף תיפוק ליה משום דתפיס מידי דהוי אמטלטלין שאין עשויין להשאיל ולהשכיר דאי אמר לקוחין הן בידי נאמן, וי"ל דאיצטריך דלא חציף אם לקטן והניחן ברשות שאינו שלו, וכן בד"ה לא חציף כתבו לאו משום דאמר בפרהסיא איזל ואיגדריה קאמר דלא חציף דאפי' ליקט בצנעה נמי שייך לא חציף אם לא שלקחום דרך גנבה, ומדברי הרמב"ם כאן מוכח דלא כד' התוס', דהא אפי' היכא דאיכא טעמא דלא חציף כתב וכיון שנכרת הרי הוא כשאר המטלטלין, והיינו דאם הוא ברשות הכורת הרי הוא שלו, והטור בסי' קל"ז כתב היורד לתוך שדה חבירו ולקט פירותיה, בעל השדה טוען שבגזל לקחם, וזה אומר שמכרם לו נאמן בשבועת היסת אפי' יש עדים שליקטן, וכן הוא בדברי המחבר, וזה אינו כדברי הרמב"ן בפי' א' שהוכחתי שכן דעת הרמב"ם שכתב ואכל פירותיה שנה או שנתים, וכתב הקצוה"ח על סעיף ב' שכתב אם אמר אלך ואלקוט, דבסעיף א' מיירי שבעל השדה היה שם, ולכן לא צריך שיאמר מקודם אלך ואלקוט, וחולק שם על הסמ"ע בפירושו, ופירושו של הקצוה"ח דמיירי שבעל השדה הי' שם ודאי אינו מתקבל, דהו"ל לפרש ומה כתב אפי' יש עדים שליקטן כיון שבעל השדה היה שם מה יודעים העדים.

והנתיבות כתב בסעיף א' וז"ל עסמ"ע, וכונת דבריו דבסעיף א' איירי שהלוקח לקח

לביתו והוי מחזיק דהוא נאמן מטעם מוחזק כמו בשאר מטלטלין שאין עשויין להשאיל, ולכך אפי' לא אמר מקודם דלא שייך הסברא דאין אדם חציף מ"מ נאמן מטעם מוחזק, וע"כ מיירי שאין ידוע באיזה אופן בא הפירות לידו אם הבעה"ב בעצמו מסרם לידו או מעצמו לקחם, דאם יש עדים שלקחם בעצמו שלא בפני הבעה"ב אינו נאמן מטעם מוחזק דהוי כמו גודרות, כמש"כ הרי"ף והרא"ש בפ' כל הנשבעין, ומבואר לעיל בסי' צ' סעיף י"ד, ובעינן דוקא שאמר מקודם אלך ואלקוט, דאז נאמן מטעם סברא דאין אדם חציף, ונאמן אחר לקיטה אפי' אינו מוחזק, כמו בסעיף ב', ובסעיף ב' מיירי שאמר אלך ואלקוט קודם לקיטה, דשייך סברא דאין אדם חציף, ולכן אפי' לקטן והניחן בשדה של בעה"ב שאינו מוחזק נאמן עכ"ל והאריך עוד ע"ש, וראיתי בד' הנתיבות שהוא רוצה להשוות שיטת התוס' עם שיטת הטור שע"כ אינו חולק על הרא"ש בפ' כל הנשבעין, וא"א שיסבור שהלוקח שלא בפני הבעלים והולך לרשותו וטוען שהבעלים מכרוהו לו שיהי' נאמן, ושהוכיח הרא"ש כן מהא דגודרות, והתוס' כאן כתבו דלא צריך שאמר מקודם, וכבר הביא הקצוה"ח דברי הריצב"א שהביא בהגה"מ כאן שחולק על דברי התוס', והנתיבות כתב כדברי הקצוה"ח רק שהוסיף שאינו ידוע באיזה אופן באו הפירות לידו, וגם זה אינו מתקבל דא"כ מה כתב הטור אפי' יש עדים שליקטן כיון שאין העדים יודעים באיזה אופן ליקטן, ובפשוטו כונת הטור במה שכתב אפי' יש עדים שליקטן היינו דבשעה שראו שליקטן לא היו הבעלים ולא היה אז רשות הבעלים רק שהלוקט טוען שמכר לו מקודם שילך וילקוט וברשות ליקט, אלא שקשה דהא כתב הרא"ש דאם לקח מבית הבעלים שלא בפניהם אינו נאמן לטעון שלקח מקודם וראייתו מגודרות.

ונראה דדברי התוס' אנו צריכין ליישב באופן אחר, שהטור יסבור דלהך סברא לומר לא חציף אינש למיכל פירי דלא דיליה אינו צריך דוקא כמו שכתב הרמב"ן שהי' כן זמן ממושך, וכמו שכתב הרמב"ם שנה או שנתים, אלא דכיון שירד לשדה חבירו וליקט פירותיה, והכונה שליקט פירות כל השדה, ואולי אפי' פירות של חלק השדה דבזה צריך ג"כ משך זמן שע"פ רוב רואין זה, ושייך ג"כ לומר לא חציף אבל מי שנכנס לשדה חבירו ותלש איזה פירות שאין לזה שום משך זמן וברגע אחת עושה, ודאי אין בזה שום פרסום ולא שייך בזה לומר לא חציף, אבל בד' התוס' א"א לפרש כן כיון שכתבו מידי דהוי אמטלטלין שאין עשויין להשאיל ולהשכיר דנאמן, ובזה אפי' לא הי' צריך שום זמן ממושך, אלא דכיון שאנו מוצאין בידו מטלטלין של חבירו נאמן לומר שלקחן דאין מחזיקין אותו לגנב שנכנס לבית חבירו וגנב, אבל התוס' כתבו כן ולא חילקו ומשמע דאפי' היכי שנכנס בשדה חבירו ג"כ דומה לבית חבירו, וצריך ליישב ולחלק מזה

לגודרות דאין להם חזקה.

אלא דזה תלוי בטעמא דאין חזקה לגודרות אם הוא מטעם דאמרינן שכיון שהולכין בלא רועה ואין להם השגחה מהבעלים, אמרינן שהמחזיק בהם תפס אותם ברה"ר או בסימטא והוליכן לביתו, ולפי"ז אנו אומרים דבזה נוכל לחשוד להמחזיק, ואין אנו אומרים שאין מחזיקים סתם כשרים שגנב, ולפי"ז גם בשדה חבירו כיון שאינה גדורה כשראינו שנכנס בשדה ותלש פירות יש לחשוד שבאמת גנבם, אבל אם נפרש דטעמא דגודרות הוא משום דאמרינן שמעצמן נכנסו בחצרו של המחזיק ולא שהוא תפסן, וא"כ יש לומר דדוקא גבי גודרות דאפשר שמעצמן נכנסו, אבל אם נכנס לשדה חבירו ותלש פירות שנאמר שזה הי' בדרך גנבה ולא כמו שהוא טוען שבעל השדה מכרם לו, בזה נוכל לומר דאין מחזיקין סתם בני אדם שהם בחזקת כשרים, לגנבים, וראיתי שני פירושים בזה שהרשב"ם כתב שני הטעמים או שנכנסו מעצמם בחצרו או שהמחזיק תפשם בשוק, וכן ראיתי שמפרש הערוך, אבל הרמב"ם בפ"י הל' א' כתב שאין היותה תחת ידו ראיה שהרי היא הלכה מעצמה ונכנסה ברשותו, א"כ נוכל לומר שהתוס' מפרשים כהרמב"ם ודוקא גודרות אין להן חזקה שאנו אומרים מעצמם נכנסו, אבל כשנכנס בשדה חבירו אמרינן שאם לא הי' בעל השדה מוכר לו הפירות לא הי' תולשם דאין מחזיקין סתם ב"א לגנבים, איברא שכבר הבאתי שהרמב"ם סובר כהרי"ף שאם נכנס לרשות חבירו שלא בפני הבעלים ולקח חפץ וטען מכרת לי אינו נאמן, מ"מ כיון דגבי גודרות מפרש דאמרינן שמעצמן נכנסו, א"כ כבר אין ראיה מהא דגודרות שלא כשיטת התוס' שסוברים דכשנכנס בסתם בשדה חבירו ותלש פירות ולקח לרשותו וטוען שמכרם לו גם בלא סברא דלא חציף נאמן.

עוד כתב הנתיבות דלכאורה קשה דלהרי"ף והרא"ש בפ' כל הנשבעין דמפרשי הא דאיזול ואגדור דיקלא דפלניא כשאין הבעה"ב, א"כ אין לנו הוכחה להדין שהוכיחו התוס' מהא דאם אמר לפירות ירדתי דאיצטריך טעמא דלא חציף דהוא אפי' כשאין לוקט הפירות מוחזק, דהא נוכל לפרש כשאין הבעה"ב כאן, וכתב על זה ואפשר דהא דלפירות ירדתי, משמע דמיירי כשאין ידוע באיזה אופן בא לידו אם הי' הבעה"ב כאן או לא, עוד תי' באופן ב', ומשמע מדבריו דדעתו לפרש דגם הרי"ף והרא"ש סוברים כהתוס' דהיכי דאיכא טעמא דלא חציף נאמן אפי' תלש והניח ברשות בעל השדה, והוא תימה דא"כ מה הוכיחו דכשנטל שלא בפני הבעלים אינו נאמן אפי' הוא מוחזק כיון דצריך לטעמא דלא חציף אפי' אינו מוחזק, וכיון שהתוס' והרי"ף והרא"ש ע"כ חולקין, א"כ למה לן לדחוק וליישב בזה, ובעיקר ההלכה כבר הוכחתי מדברי הרמב"ם דאפי' איכא

טעמא דלא חציף דוקא אם הוא מוחזק נוטל ולא כדברי התוס', וגם בדברי הטור אין שום הוכחה שיסבור בזה כהתוס' ובפרט שהוכחתי שהרא"ש אינו סובר כתוס'.

וראיתי להקצוה"ח בסי' קל"ה סעיף ב' שהביא על דברי המחבר מה דאמר רבא בב"ב דף ל"ו דעבד קטן המוטל בעריסה יש לו חזקה לאלתר, ופריך הגמ' פשיטא ומשני כגון דאית ליה אימיה מהו דתימא אימיה עיילתיה, וכתב הקצוה"ח ואיכא למידק כיון דעבדים בני שטרא נימא ליה אחוי שטרך, דהא כתב הרמב"ן דמעיקר הדין הי' צריך להיות בקרקע חזקה לאלתר רק דאמרינן ליה אחוי שטרך, וכתב בזה דכיון דבדלי ליה צנא דפירו לאלתר הוי חזקה, וחזינן דבאיכא ראיה גדולה לא אמרינן אחוי שטרך, וה"נ בעבד קטן המוטל בעריסה, אכן יש לחלק מהא דדלי ליה צנא דפירי דהתם אין ההוכחה מצד חזקתו של המחזיק, אלא מצד הבעלים עצמם, אלא דעיקר קושייתו יש לומר דבקרקע דאמרינן ליה אחוי שטרך זהו משום דעיקר חזקתו הא אינה ברורה, דאפשר דהמחזיק נכנס מעצמו בהשדה והוי במקצת כמו גודרות, ולכן אף דמוכח דהרמב"ן אינו סובר דהוי כמו גודרות וכמו שכתבנו דמפרש שנכנסו מעצמן לבית המחזיק, אבל עכ"פ מהני על זה טענת אחוי שטרך, אבל במטלטלין שצריך המוחזק ליכנוס לביתו וליטול, בזה הוי ודאי חזקה ברורה, ואינו צריך שטר על מטלטלין דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, ואף דמפורש כן בגמ' בב"ב דף ל"ג גבי אם אמר לפירות ירדתי דמייתי מהא דנקיט מגלא ותוביליא דאמרינן לא חציף אינש ופריך ארעא נמי ומשני ארעא אמרינן ליה אחוי שטרך אי הכי פירי נמי שטרא לפירי לא עבדי אינשי, וחזינן דגם בפירי שהם מטלטלין צריך לטעמא דשטרא לפירי לא עבדי אינשי, אך באמת זהו כדברינו דגבי פירות שלקח בעצמו מהשדה, זהו במקצת בגדר גודרות, ואפי' אם לא הוי כמו גודרות ממש יש לומר על זה אחוי שטרך, אבל במטלטלין ממש לא צריך לטעמא דשטרא למטלטלין לא עבדי אינשי, אלא דבודאי אינו גנב שנכנס בביתו של חבירו וגנב, ולכן לא צריך שטר, וה"נ עבד קטן המוטל בעריסה.

הלכה ז

שנים שהיו אוחזין בכלי אחד או שהיו רוכבין על גבי בהמה אחת, או שהיה אחד רוכב ואחד מנהיג, או יושבין בצד ערמה של חטים ומונחות בסמטא או בחצר של שניהם, זה אומר הכל שלי, וזה אומר הכל שלי, כל אחד משניהן נשבע בנקיטת חפץ שאין לו בזה הדבר פחות מחציו ויחלוקו, ושבועה זו תקנת חכמים היא כדי שלא יהיה כל אחד תופס בטליתו של חבירו ונוטל בלא שבועה.

או יושבין בצד ערמה, במתני' ריש ב"מ שנים אוחזין בטלית וכו' ויחלוקו והקשו התוס'

דמ"ש מההיא דארבא בב"ב דף ל"ד דאמר כל דאלים גבר, וכתבו דאוחזין שאני דחשיב כאלו כל אחד יש לו בה בודאי החצי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא, וכן במנה שלישי דמדמי בגמ' לטלית חשיב ההוא שהנפקד בחזקת שניהם כאלו הם עצמם מוחזקים בו לכך משני דהתם ודאי דחד מינייהו הוא ואין החלוקה יכולה להיות אמת לכך יהא מונח עכ"ד התוס', אכן בש"מ בב"ב דף ל"ד ע"ב מביא כללי ההלכה בכל דבר שנחלקו בו שנים בשם הר"י מיגש וז"ל, מחוורתא דהא דינא דמינצו עליה בי תרי וכו' ואי איתא ההוא מידי בידא דתרווייהו כיון דתרווייהו נקטי לה פלגי לה בשבועה, והיינו דתנן שנים אוחזין בטלית וכו' וה"ה נמי אי הוי ההוא מידי ברשותא דתרווייהו, ואי ליתא ההוא מידי בידא דחד מינייהו, אי ביד שליש נינהו יהא מונח עד שיבוא אליהו והיינו דתנן שנים שהפקידו אצל אחד וכו' ואי לאו ביד שליש נינהו וכו' כדא"ג וכו', וחזינן מדבריו דמחלק בין טלית למנה שלישי דבטלית שניהם אוחזין ובמנה שלישי אין שניהם אוחזין, שלא כדברי התוס' דבמנה שלישי שניהם מוחזקין והרי התוס' הוכיחו דבריהם מהגמ' דמדמי מנה שלישי לטלית ומחלק דהתם ודאי האי מנה דחד מינייהו והיינו דאין החלוקה יכולה להיות אמת, או משום דאיכא ודאי רמאי לפירש"י ותמוה שיטתו דהר"י מיגש וכבר השיגו בזה הרמב"ן שם בסוגיא דארבא.

והנראה לבאר שיטת הר"י מיגאש עפ"י מה דיש לחקור בהאי סברא שכתבו התוס' לחלק בין ההוא ארבא דאמרינן כל דאלים גבר, ובין טלית דאמרינן יחלוקו, משום דאוחזין שאני, ויש להסביר הדברים בשני אופנים, או דנימא דעיקר טעם דאוחזין הוא כדי שלא נוכל לפסוק כל דאלים גבר, וכמו שהסביר הרא"ש, דדוקא דבר שאינו מונח ברשות אחד מהן, אנו יכולים לפסוק כל דאלים גבר, אבל כשהם מוחזקים שניהם ובא אחד להוציא מיד חבירו אנו מחוייבים למחות שלא יגזול האחד מיד חבירו, אבל לדין חלוקה לא בעינן אוחזין, אלא דכל דבר המסופק אף שאין בו דררא דממונא, אם אך החלוקה יכולה להיות אמת הדין דיחלוקו, או דנימא שההסבר הוא כמו שהסבירו התוס', דאוחזין שאני דחשבינן כאילו כל אחד יש לו בודאי החצי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' וכו', ונמצא דאם יהי' אופן כזה דלא יהי' אפשר לפסוק כדא"ג וגם לא יהי' אוחזין ממש, באופן שנאמר דחשבינן כאילו כ"א יש לו בודאי החצי, לא נפסוק יחלוקו, והנה לכאורה בסוגיא דההוא ארבא בב"ב שם מבואר להדיא באופן הב' וכפי מה שהסבירו בתוס' דוקא, דאמרינן שם אם אמר אחד לב"ד תפסוה עד דמייתינא סהדי לא תפסינן, ואם תפסו ב"ד והדר אמר אפקוה לא מפקינן, ופי' רשב"ם דיהא מונח עד שיבוא אליהו, וכן נפסק להלכה, ולכאורה הדין צריך באור, כיון דבארבא החלוקה

יכולה להיות אמת, ודין כדא"ג כבר אין אנו יכולים לפסוק, משום שכבר מונח ביד ב"ד, א"כ איברא דזה משום דב"ד לא דמי לנפקד ואין תופסים בחזקת שניהם, דהא תפסו לברר הדבר, ובודאי תופסים רק בשביל בעל החפץ, אבל עכ"פ כיון שאין אנו יכולים לפסוק כדא"ג אמאי יהא מונח, יהי' הדין יחלוקו, וע"כ משום דצריך דין אוחזין ממש לעשות דין חלוקה, וגבי מנה שלישי סוברים התוס' דתופס בחזקת שניהם ממש, כיון שהפקידו אצלו בכרך אחד באופן שאין עליו להקפיד כלל, לכן תופס המנה והמאתים בחזקת שניהם, ולכן אם הי' שם החלוקה יכולה להיות אמת הי' הדין יחלוקו, אבל הכא גבי ארבא כיון דאין שניהם אוחזין ממש, לא הוי הדין יחלוקו, וכיון דאי אפשר לפסוק כדא"ג, הדין דיהא מונח עד שיבוא אליהו.

אכן אחרי העיון בדברי הרמב"ם הל' טוען ונטען פ"י הל' ו' מוכח להיפוך, דז"ל ספינה וכיוצא בה שהיו שנים נחלקין עליה, ז"א כולה שלי, וז"א כולה שלי, ובאו לב"ד ואמר אחד תפסוה עד שאביא עדים, אין תופסים אותה, ואם תפסוה ב"ד והלך ולא מצא עדים, ואמר הניחוה ביניינו וכל המתגבר יטול כשהי' דינה מקדם, אין שומעין להם ואין מוציאין אותה ב"ד מידן, עד שיביאו עדים או עד שיודו זה לזה, או יחלוקו ברצונם ובשבועה כמו שבארנו, והנה סוף דברי הרמב"ם הם תמוהים מאד, דכיון שיחלוקו ברצונם מאי שייך שבועה, ולכן מבואר מדברי הרמב"ם דבאמת הי' שייך כאן דינא דשנים אוחזין בטלית וכמו שכתבנו, כיון דהחלוקה יכולה להיות אמת, וכל דאלים גבר אין אנו יכולים לפסוק, ומה שאין אנו פוסקין כאן דין יחלוקו, היינו דכיון דתפסו ב"ד עד שיתברר הדבר, אין מוציאין מידם גם על חלוקה, דגם חלוקה אינו בירור, ולכן פשוט דהא דאין מוציאין גם על חלוקה, היינו משום דכל אחד מהם יכול למחות ולעכב, אבל הא זה אין אנו יכולים לומר, ששניהם אין יכולים להסכים על חלוקה, דהא ודאי שיכולים לחלוק, ונמצא דיש נ"מ בין מה שאין ב"ד מוציאין מידם על כדא"ג, ובין מה שאין ב"ד מוציאין מידם על חלוקה, דמה שאין ב"ד מוציאין מידם על כדא"ג היינו אפי' אם יסכימו שניהם על כדא"ג, כמו דמוכח להדיא מלשון הרמב"ם שכתב אין שומעין להן, דאפי' אם שניהם יתרצו על כדא"ג אין ב"ד מוציאין מידם על עניני אלמות ודרך גזלה, אבל מה שאין ב"ד מוציאין מידם על חלוקה הוא רק בשביל שכל א' מהן יכול למחות שלא יוציאו בלא בירור, ונמצא שאם יתרצו שניהם שיוציאו ב"ד מידם בלא בירור ישאר כאן הדין יחלוקו, והיינו אם לא יתרצו בפי' לחלוק אלא שיאמרו לב"ד שיוציאו מידם וידונו אותם כדין תורה, אז הדין יחלוקו כיון דכדא"ג א"א עתה, והחלוקה יכולה להיות אמת, נמצא מוכח מזה שיטת הרמב"ם דלא צריך אוחזין לדין חלוקה אלא שלא נפסוק דין כדא"ג, וממילא

יחלוקו בשבועה.

ויתבאר בזה מה שהוסיף הרמב"ם בפ' ט' הל' ז' גבי שנים שהיו אוחזין וכו', וכתב או שהיו יושבים בצד ערמה של חטים המונחת בסמטא, או שהיתה מונחת בחצר של שניהם וכו', והנה ההוספה על משנתנו הוא מדברי הר"י מיגש, שבהרבה פעמים מביא דבריו, רק הר"י מיגש לא הביא אלא חצר של שניהם, והרמב"ם הוסיף גם סמטא, אכן לדברינו מיושב שפיר, לפי"מ שכתב הש"ך בסוף סי' צ"א דחצר של שניהם נקראו שניהם מוחזקים, ובסמטא אינו מוחזק אלא בעל החפץ, ואפי' לפי"מ שמפרשים דהכא מיירי בד' אמות, מ"מ הא קיי"ל דבגנבה לא תיקנו ד' אמות וא"כ הרמאי הלא אינו מוחזק במה שהוא בד' אמות שלו, ונמצא דכאן אינו מוחזק אלא בעל החפץ, אלא דמ"מ סובר הרמב"ם שפיר דהוי כמו שנים אוחזין, כיון דלא צריך אוחזין אלא לענין שלא יהי' כדא"ג, וכדא"ג לא אמרינן אלא היכי דאינו ברשות אחד מהם, שאין צריך האחד לגזול מיד חבירו, אבל היכי דעכ"פ אחד מוחזק, אף שאין אנו יודעים מי הוא המוחזק אין אנו אומרים כדא"ג ולכן הדין יחלוקו.

ובזה כבר נוכל ליישב דברי הר"י מיגש, ונאמר דהר"י מיגש באמת סובר דבעי דין אוחזין לעצם דין חלוקה, וכמש"כ התוס' דחשבינן אז כאלו כל אחד יש לו בודאי החצי אבל היכי דליכא הך סברא לא אמרינן יחלוקו היכי דליכא דררא דממונא, ואפילו היכי שלא נוכל לומר כדא"ג יהי' אז הדין יהא מונח, ולכן לא הביא הר"י מיג"ש אלא חצר של שניהם ולא סמטא וכנ"ל, ונאמר דסובר הר"י מיגש דלא כסברת התוס' דנפקד תופס בחזקת שניהם ממש, אלא דאינו תופס רק בשביל בעל הממון, ולסברת הר"י מיגש דמצריך לדין חלוקה אוחזין ממש, שפיר דנפקד אינו חשיב כאוחזין, דבאוחזין צריך דוקא שיהיו שניהם אוחזין, והכא אינו תופס אלא בשביל בעל הממון, והא דפריך בגמ' על מנה שלישי משנים אוחזין ולא משני שאני התם דאוחזין והכא אין אוחזין, נראה לומר דהך סברא שנאמר דדין אוחזין צריך לעיקר דין חלוקה, משום דחשבינן כאלו כל אחד יש לו בודאי החצי, דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' ומאי דתפיס האי דידי', זה שייך לבתר דידעינן הסברא של החלוקה יכולה להיות אמת, ולבתר דמשני הגמ' דבשנים אוחזין אימר תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, אבל לפי ההו"א דהוי סבר דאפי' אם אין החלוקה יכולה להיות אמת יחלוקו, והוי סבר דגם בשנים אוחזין אין החלוקה יל"א, א"כ אי אפשר לומר דדין אוחזין צריך לעצם דין חלוקה, משום דחשבינן כאלו כל אחד יש לו בודאי החצי, דהא אנן ידעינן ודאי שאינו כן, אלא או כולו לזה או כולו לזה, וכיון דהוי סבר המקשה דמ"מ איכא דין חלוקה, א"כ הי' סובר כאופן הא' וכשיטת הרמב"ם,

דדין אוחזין לא צריך אלא שלא יהי' כדא"ג, וא"כ שפיר פריך מנפקד, אבל לבתר דמשני דצריך החלוקה יכולה להיות אמת, א"כ שפיר אנו יכולים לומר דשנים אוחזין דוקא, ונפקד לא חשוב אוחזין.

ובזה נראה לבאר המחלוקת בין הרמב"ם והתוס', לענין זה נוטל עד מקום שידו מגעת, דהתוס' כתבו דלא גרסינן והשאר בשבועה, אלא דגם על מה שתפוס בידו שייך שבועה, כיון דכל עיקר השבועה הוא שלא יהא כ"א הולך ותוקף, וזה שייך גם על מה שתפוס בידו, והרמב"ם פסק דעל מה שתפוס בידו אינו חייב אלא משום גלגול שבועה.

ונוכל לבאר המחלוקת בזה, דלשיטת הרמב"ם דלא צריך דין אוחזין לעיקר דין חלוקה, ורק שלא יהא כדא"ג, ושנים אוחזין לאו דוקא, א"כ הא דאיכא שבועה בשנים אוחזין אינו בשביל שתוקפין זה מזה הטלית, דהא גם בההוא ארבא שתפסו ב"ד דליכא כלל תקיפה מזה לזה, ג"כ הדין יחלוקו בשבועה, וגם בשנים שיושבים בצד ערימה של חטים המונחת בסמטא לא הוי תקיפה במה שיושבים בצדה, וע"כ דעיקר דין חלוקה דשנים אוחזין צריך שבועה, ומה דחלוק הך דינא מדינא דהמחליף פרה בחמור, צריך ע"כ לומר דהחלוק הוא בדררא דממונא, דהיכי דאיכא דררא דממונא לא צריך שבועה, והיכי דליכא דררא דממונא צריך שבועה, ואף דהגמ' בעי מעיקרא לשנויי הכי, ופריך ע"ז ולאו ק"ו הוא, אך הבאור בזה הוא פשוט, דדין שבועה הוא לברר הספק, וע"ז פריך דאין סברא דבשביל זה דבלא טענותיהם יש ספק לב"ד, לא יצריכו ב"ד שבועה דאדרבא כיון דיש בעצם הד"ת ספק יש במה לחייב לכל א' שבועה, כמו דאשכחן במודה במקצת דבשביל דיש טענה חשובה חייב שבועה, ובכופר הכל אינו נשבע מה"ת, דבלא דררא דממונא אינו חייב שבועה על טענה לחוד, וא"כ ה"נ היכי דליכא דררא דממונא יש סברא יותר, דבשביל טענת כל אחד לא נחייב שבועה, בשביל שהיא טענה לחוד בלא דררא דממונא, אבל היכי דאיכא דררא דממונא, מסתבר יותר לחייב שבועה, בשביל שלכל אחד יש על חבירו טענה חשובה, וע"ז משני הגמ' דאם הי' כאן השבועה לברר הספק אין הכי נמי דבאיכא דרד"מ יותר שייך שבועה, אלא דהכא חיוב השבועה הוא שלא יהא כל אחד הולך ותוקף, והיינו דהיתה תקנה דבכל מקום שהבע"ד נוטל רק מפני טענותיו, ושאין אנו יכולים לומר דודאי הצדק עמו צריך לישבע, והיינו דבמקום שהוא מוחזק גמור והשני מוציא מחבירו, אין צריך לעשות תקנה בשביל הרמאין, דהא אנו סוברים דודאי הוא שלו, אבל בשנים אוחזין שנוטל מפני טענותיו ולא נוכל לומר דודאי הוא שלכל אחד חצי, והיינו דלא כסברת התוס' וכמש"כ בשיטת הרמב"ם אז עשו תקנה בשביל הרמאים, שלא יבוא כל אחד ויתקוף בטליתו של חבירו ויטול חצי, אבל היכי

דאיכא דררא דממונא לא שייך לעשות תקנה כיון דלא טענותיהם עושים הספק, ובשביל המקרה שהי' הספק הוא גם בלא טענותיהם, ולכן לא שייך לעשות תקנה שלא יהא כל אחד הולך ותוקף, ולכן מבורר לפי"ז היטב פסק הרמב"ם הנ"ל, דכיון דסובר דשנים אוחזין בטלית לאו דוקא, וגם בשנים שיושבים בצד ערמה של חטים המונחת בסמטא, דלא חשיבי שניהם מוחזקים וכמו שכתבנו, ג"כ יחלוקו בשבועה, וכן בההוא ארבא אם תפסו ב"ד ואח"כ התרצו הבע"ד שיוציאו מידם, ג"כ חולקים בשבועה אף שאינם מוחזקים, והיינו כמו שכתבנו, דהרמב"ם סובר דדין שלא יהא כל אחד הולך ותוקף, הוא לאו דוקא כששניהם תפוסים בהטלית, אלא דהתקנה היא בכל מקום שחולקים ע"פ טענותיהם וממילא שפיר דבמקום שידו מגעת לא שייך שבועה, דהא במקום שידו מגעת לא הוי דין חלוקה אלא דין הממע"ה, ובדין הממע"ה לא תקנו שבועה, אבל שיטת התוס' הוא דשנים אוחזין דוקא, וממילא כל דין שבועה הוא רק בשביל ששניהם תופסין, שלא יהא כל אחד הולך ותוקף, ולכן גם במה שידו מגעת שייך שבועה, דעיקר השבועה נתקנה בשביל תפיסת שניהם, ולכן שייך זה גם במה שידו מגעת.

והנה במה שבארנו הא דנפקד תופס בחזקת שניהם, יבואר מה שהקשה הגרעק"א גבי סימנים וסימנים יניח, הא כאן החלוקה יכולה להיות אמת, דאפשר הוא של שניהם, והיינו דהמוצא תופס בחזקת שניהם, והנה הגרעק"א הוסיף עוד להקשות דאפי' לשיטת רש"י דצריך ליכא ודאי רמאי, כאן אפשר דליכא רמאי דאפשר אין להם טב"ע, ואפשר לשניהם הי' חפץ בסימן כזה, וקושייתו על רש"י אפשר ליישב בפשיטות דהא יש לומר דרש"י ג"כ מצריך החלוקה יכולה להיות אמת, ובאופן דליכא ודאי רמאי, וכאן שני האופנים סותרים זה את זה דאם יהי' החלוקה אמת והחפץ של שניהם, ע"כ חד מינייהו רמאי, דזה בודאי אין לומר דהחפץ של שניהם, וגם שניהם אבדו כל אחד ג"כ חפצים בסי' כזה, דמהיכי תיתי נעשה ג' אבדות, וגם למה אינם חושבים האמת שהחפץ הוא של שניהם, ואם ליכא רמאי והיינו שלכל אחד הי' חפץ כזה, א"כ אין החלוקה אמת, אכן לשיטת התוס' דלא צריך אלא החלוקה יכולה להיות אמת, בודאי החלוקה יכולה כאן להיות אמת, אולם לפי מה שכתבנו בדעת התוס' דסוברים שלהנפקד תופס בחזקת שניהם ממש, והיינו משום שהפקידו אצלו בכרך אחד, או בכעין כרך א' באופן שאין עליו להקפיד של מי המנה ושל מי המאתים, לכן תופס בחזקת שניהם ממש, אבל הכא גבי מוצא אבדה ודאי אינו תופס אלא בשביל בעל האבדה האמיתי, וכמו שכתבנו גבי תפסו ב"ד דב"ד אינם תופסין אלא בשביל בעל החפץ.

אכן בדעת הרמב"ם דסובר דא"צ דוקא אוחזין ממש, וקשה לן שפיר דבפ"י הל' ו' גבי

ספינה כתב או שיחלוקו ברצונם ובשבועה, וכמו שבארנו למעלה דבריו דשייך כאן ג"כ דינא דשנים אוחזין, ובפי"ג מהל' גזלה ואבדה הל' ו' כתב באו שנים זה נתן סימני האבדה, וזה נתן סימני האבדה כמו שנתן האחר, לא יתן לא לזה ולא לזה, אלא תהי' מונחת עד שיודה האחד לחבירו, או יעשו ביניהם פשרה, ולפי"מ שבארנו דברי הרמב"ם בפ"ט הי' לו גם כאן לכתוב או שיחלוקו ברצונם ובשבועה.

והנראה לבאר דלכאורה הי' מקום לומר דאם שניהם נותנים סימנים אין לנו ראיה כלל ובטלו ראיית הסימנים, ואפשר לומר ג"כ שהוא של איש אחר, אכן מדברי הרמב"ם הא מוכח דאינו כן אלא תהי' מונחת עד שיעשו פשרה ביניהם, והטעם הוא משום דאיברא דסימנים אינם ראיה ברורה כמו עדים, דאיכא למימר מיחזא חזא וכמו שכתב הרמב"ן הובא במ"מ או דאיכא למימר שגם לאחר נאבד חפץ כזה אלא דמ"מ אמרה תורה שנחזיר אבדה בסימנים, דהיינו דאין חוששין לרמאי דאם הוא רמאי מבורר באמת אין נותנים לו בסימנים, וגם אין חוששין שימצא עוד אחד שאבד בסימן כזה, ולכן כששניהם נותנים סימנים, ע"כ אנו תופסין דאחד מהם יצא מן הרוב, היינו או שהוא רמאי אף דרוב אינם רמאים, או שגם הוא אבד חפץ בסימן כזה אף שאינו מצוי ומ"מ בשביל שיצא אחד מן הרוב, ועל כרחך יש כאן דבר אחד שאינו מצוי, לא בשביל זה נאמר שיהי' עוד דבר שאינו מצוי, היינו ששניהם רמאים, או שהחפץ הוא של שלישי שאבד בסימן כזה, אלא דמ"מ יש לומר דכל זה שאמרה תורה להחזיר בסימנים, היינו היכי דעכ"פ עפ"י ראיית הסימנים, אנו אומרים שאנו מכוונים כאן לאמת דניזול בתר רובא, ואנו נותנים האבדה לבעל האבידה, דהא כתיב עד דרוש אחיך אותו, ואנו צריכים להחזיר לבעל האבדה האמיתי, ורק דאנו אומרים דבאבדה סגי בירור של סימנים לומר שאנו מכוונים לאמת, אבל אם שניהם נותנים סימנים ונבוא לפסוק להם דין חלוקה מספק, כיון דעכ"פ אין כאן ודאי לאחד מהם, ואין אנו מכוונים גם עפ"י אומדנא של סימנים לבעל האבדה האמיתי ממילא יש כאן ספק גם על כל העולם, דאימתי אמרה תורה להחזיר בסימנים, דוקא היכי שעפ"י סימנים אנו מכוונים ומקיימים עד דרוש אחיך אותו, ולכן שפיר כתב כאן הרמב"ם דדוקא אם יודה אחד לחבירו, דאז בטל לגמרי הספק, דהא נתברר שהמודה הי' רמאי, וזה הא כתבנו דבשביל שהאחד רמאי אין אנו אומרים שגם השני רמאי, ואפילו אם לא יודה האחד לחבירו אלא שיעשו פשרה, דאז באו שניהם בכח אחד והיינו דאף שלא הודו זה לזה, מ"מ כיון שעושים פשרה הרי הוא כמו שכל אחד אומר הנני נותן כוחי לחבירי, וא"כ הרי כיון המוצא לבעל האבדה, דהא אם יבוא בעל האבדה ויתן סימנים ויצוה ליתן לחבירו ג"כ הוא השבת אבידה, אבל יחלוקו בשבועה אינו כן אלא

חלוקה מטעם ספק, ומדין ספק אין דין השבת אבדה כלל, דכיון שאין המוצא מקיים עד דרוש אחיך, למסור להבעלים האמיתים עפ"י ראיית הסימנים, כבר יש גם ספק על אחרים וכמו שכתבנו.

ובאופן אחר יש לבאר דלכן לא שייך גבי סימנים וסימנים דין חלוקה, משום דאם נבוא לדין חלוקה משום שהחלוקה יכולה להיות אמת, א"כ ע"כ הם רמאים וכמו שכתבנו למעלה, על קושייתו של הגרעק"א לדעת רש"י, וכיון שהם רמאים הא אין מחזירים אבידה לרמאי כלל בסימנים, ואיברא דממ"נ הא אם אנו אומרים שהוא של שניהם, מה איכפת לן שהם רמאים, הא אנו קיימינן בהך צד דהוא של שניהם וצריך להחזיר להם, אך מ"מ כיון דכל מה שאנו יכולים ליתן לבעל אבדה בסימנים, הוא בשביל שאין אנו מחזיקין אותו לרמאי, ואם היינו חושדים אותו לרמאי, לא היינו יכולים כלל ליתן לו בסימנים דדלמא מיחזא חזי, וא"כ איך אנו יכולים לצרף הסברא ולעשות דין חלוקה משום דשמא הם רמאים, דממ"נ אם אנו חושדים אותם לרמאים הרי אין אנו יכולים ליתן להם כלל בסימנים, ולכן לא שייך הכא דינא דהחלוקה יכולה להיות אמת.

ובזה יש לבאר מחלוקת הרמב"ם והרא"ש גבי סימנים וסימנים ועד"א, דהרא"ש סובר דאותו שכנגד העד צריך לישבע שבועת התורה, והרמב"ם לא הזכיר דין שבועה ולכאורה פשוט, כיון דסובר הרמב"ם דנפקד אינו תופס בחזקת שניהם, אלא בחזקת בעל החפץ, א"כ איך ישבע הא ממ"נ, אם הוא באמת בעל האבדה למה ישבע, ואם אינו בעל האבדה הא אין המוצא תופס עבורו ואינו נשבע ונפטר, ומה שירויח ע"י שבועתו שלא יטול חבירו וישאר מונח לזכותו, הוי זה כמו נוטל וכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין ולא נשבעין ונוטלים.

אך לפי"ז יקשה לנו דעת הרא"ש, דהא כתבנו דבמוצא אבדה גם התוס' יודו דאינו תופס בחזקת שניהם, וא"כ למה כתב הרא"ש דצריך לישבע, אכן לאחר העיון דברי הרא"ש נכונים דהכלל דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמים, הוא רק באופן כזה שהשבועה תפטרנו מלשלם וישאר על חזקתו, ואז נוכל לומר דטענתו היא גרועה, שלולא השבועה היינו מחייבים אותו והשבועה פוטרתו ומעמידה אותו על חזקתו, אבל שיהי' נשבע ונוטל מן התורה אי אפשר, משום דשבועה אין לה כח לברר כ"כ שנוציא על ידה מן המוחזק, וע"כ כשהוא נוטל אלימא טענתו באופן שהוא נוטל בשביל טענתו, וכשטענתו אלימא וחזקה שנוטל על ידי טענתו, לא חייבה אז התורה שבועה, ולכן שפיר סובר הרא"ש הכא גבי סימנים וסימנים וע"א, דאף שאין המוצא תופס בשבילו ואינו מוחזק, וממילא אינו נשבע ונפטר, ומ"מ שייך שבועה דאורייתא, דהכא שפיר

אנו אומרים דבלא שבועתו יפסיד, ויחזיר המוצא לאותו שהעד מעיד עבורו, ושבועתו מועלת לעכב שלא יתנו לו וישאר מונח, דהא אינו מוציא כאן בשבועתו מחזקת בעלים ואינו נוטל, ולכן נשבע שפיר אף שאינו נפטר.

אכן בדעת הרמב"ם נראה לפי מש"כ דהרמב"ם סובר דלא שייך כאן דין יחלוקו בשבועה משום דאם שניהם נותנים סימנים אין דין השבת אבדה לאחד מהם משום דכל זמן שאינו ברור לנו עפ"י סימנים, דשייך לזה שנותן סימנים ממילא יש ספק על כל העולם, ומיושב שפיר דלא שייך הכא שבועת התורה, דלא שייך שבועה אלא היכי שיש לו ד"ת עמו, אבל הכא כ"ז שאין בעל העד מברר בירור יפה, אין המוצא מחזיר לו האבדה, ומה שאותו שכנגד העד תובע ג"כ האבדה, ומטיל בסימניו ספק על בירור הסימנים של בעל העד, אין בזה תביעה לחייב שבועה, ואין בזה דררא דד"ת עבור תביעתו, והוא פשוט, אלא דיש לדון בזה עפ"י ד' הר"ן בחולין פ' גיד הנשה, דגבי אבדה כיון שאין מוציאין מיד מוחזק מהני ע"א, וכבר הקשו על ד' הר"ן מסימנים וסימנים וע"א, ותי' המהר"ם מינץ משום דע"א בהכחשה אינו נאמן, וא"כ לפי"ז מצד ספיקם של כל העולם הי' מהני ע"א, וכל העיכוב רק מפני טענתו של אותו שכנגד העד ושייך להטיל עליו שבועה, אכן נראה ליישב גם זה בפשיטות מתרי טעמי, חדא כיון שאחר השבועה יהי' מוכחש ואינו מועילה עדותו של העד בהחלט, בשביל שהבע"ד השני יכול להכחישו בשבועה, ממילא לא מהני עדותו גם נגד כל העולם, ועוד אפי' אם נסתפק בסברא זו, מ"מ כיון דעכ"פ סימניו של השני, היינו אותו שכנגד העד ישארו מסופקים גם אם ישבע, וישארו מסופקים גם נגד כל העולם, ואין לנו לע"ע ראיה כלל אם הוא בעל האבדה, וגם לאחר שבועתו לא יהי' לנו ראיה, א"כ אינו לא נוטל ולא נפטר ולא שייך להטיל עליו שבועה.

והנה הריב"א בתוס' ב"ב ל"ד כתב דלא אמרינן יחלוקו גבי ארבא משום דאיכא ודאי רמאי, אבל ליכא ודאי רמאי אף דאין אוחזין, יחלוקו, והוכיח זה מהא דפריך הגמ' בב"מ משנים שהפקידו אף דשם אין אוחזין (ואינו סובר דנפקד תופס בחזקת שניהם) ועוד פי' ריב"א דהיכי ששניהם אוחזין אפי' איכא ודאי רמאי יחלוקו, והקשו ע"ז בתוס' ד' קושיות, א' מאי מקשה בגמ' ממחליף פרה בחמור וב' שטרות הא התם ליכא רמאי, ב' דטעמא דאיכא רמאי לא אמרינן אלא לר' יוסי, אבל לרבנן סגי אם האי מנה לא הוי ודאי דחד, אלא איכא למימר דתרווייהו הוא, ג', דאכתי קשה מאי פריך בגמ' משנים שהפקידו, כיון דגם הריב"א מודה דמהני סברא דאוחזין היכא דאיכא רמאי, כמו שמוכיח משנים אדוקין בשטר, א"כ אימא דוקא היכא דאוחזין בכל גווני (בין איכא רמאי ובין ליכא) ד' דמאי פריך הגמ' גבי שנים אדוקין בשטר ולית לי' לרבי שנים אוחזין,

כיון דהריב"א סובר דטעמא דאיכא רמאי מהני היכא דאין אוחזין דלא הוי יחלוקו, אימא דגם באוחזין לא הוי יחלוקו היכא דאיכא רמאי.

והנה בישוב שתי הקושיות הראשונות נראה, דסובר הריב"א דהסברא דאיכא רמאי משום קנס, היא אמנם רק לר' יוסי, אבל מכיון דעכ"פ גם לרבנן צריך שתהא החלוקה יכולה להיות אמת, א"כ מהיכי תיתי נאמר דהחלוקה יכולה להיות אמת בהיפוך מטענותיהם, ואם כל א' טוען כולה שלי איך נתפוס שהוא על שניהם, ודוקא במציאה שיתכן דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, וכ"א טועה שהוא קדם שייך לומר כן, אבל היכא דליכא למימר שהם טועים איך נעשה חלוקה בשביל אפשרות שהם מכחישים אותה בטענותיהם, (ומצאתי סברא זו בבית הלוי) ולכן למסקנא דנחית לסברא דליכא רמאי אליבא דר' יוסי, ומזה יוצא דבשנים אוחזין אפשר דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה וליכא רמאי, אמרינן גם אליבא דרבנן דדוקא בליכא רמאי שייכא הסברא דאיכא למימר דתרווייהו הוא, אבל באיכא ודאי רמאי הוי כמו דהאי מנה ודאי דחד מינייהו, ומיקרי אין החלוקה יכולה להיות אמת, וממילא מיושב שפיר מה שהקשו בגמ' מהמחליף פרה בחמור וב' שטרות, דשם אף דליכא רמאי אבל הרי ודאי דחד מינייהו הוא ואין החלוקה יכולה להיות אמת (היינו לפי המבואר דהסברא דליכא רמאי אינה מועלת בפני עצמה, אלא דבליכא רמאי יש אפשרות לומר דהחלוקה יכולה להיות אמת, וא"כ היכא דבלא"ה אינה יכולה להיות אמת אין הבדל בין איכא רמאי וליכא רמאי).

ולשתי קושיות האחרונות יש להוסיף, דצריך באור גם מצד הסברא דמכיון דהריב"א סובר דכל אחד בפני עצמו (אוחזין וליכא רמאי) הוא תנאי לדין חלוקה, מנין לנו דתנאי אחד בלבד מועיל לגרום דין חלוקה ודוקא כשחסרים שני התנאים לא אמרינן יחלוקו, והרי במתני' דשנים אוחזין שהוא מקור הדין דיחלוקו הוי אוחזין וליכא רמאי, אימא דרק שני התנאים ביחד גורמים דין יחלוקו, ומנין לריב"א דאם אוחזין יחלוקו אף דאיכא רמאי, ובליכא רמאי אף דאין אוחזין.

ונראה דיש לחקור בדין כדא"ג ויהא מונח עד שיבוא אליהו, אם הוא פסק וסדר שבי"ד מסדרים בדבר שא"א לבררו, שישאר מונח כמו שהוא, או כל דאלים גבר והאחד ישאר מוחזק מתוך כך ויהי' לשני דין המוציא מחבירו עליו הראי' או, דשני דינים אלו (יהא מונח וכדא"ג) אינם פסק בי"ד אלא להיפוך שבי"ד מסלקין את עצמם מדין זה לגמרי, וממילא כל חד תיקום אדוכתיה, דהיינו גבי שנים שהפקידו שהפקדון מונח ביד הנפקד, כשב"ד מסתלקים מוכרח שישאר מונח שהרי כדא"ג א"א לפסוק כאן, אחרי שהוא ביד הנפקד וכמש"כ ע"ז הריב"א דאי תפסינן לא מפקינן, [ואגב מה שכתבו בתוס' על

הריב"א אבל מ"ד מפקינן לא אתי שפיר, אפשר לתרץ דהריב"א הביא רק דוגמא דגם גבי ארבא דהדין כדא"ג מ"מ אם תפסו בי"ד לא מפקינן ונשאר הדין יהא מונח, אבל ממ"ד מפקינן אין קושיא דשאני התם דהבי"ד תפסו מתחלה ע"מ כן, דהא בא א' לבי"ד ואמר תפסוה אדמייתינא סהדי, ולכן אם לא קיים ולא הביא עדים יש להם רשות להוציא מידם וישאר כבתחלה שכבר היתה מוטלת בספק, משא"כ גבי נפקד, שאפי' אם לקח בכרך אחד, מ"מ לא הי' ספק בשעת נתינת הפקדון והספק נולד עכשיו שפיר מסתבר דאין לו להוציא מידו בלי בירור לעשות כדא"ג, או היכא דאמרינן כדא"ג, ג"כ פירושו שבי"ד מסתלקין מדין זה שא"א לבררו, ומכיון דאין הדבר נמצא בשום רשות ממילא התוקף נשאר מוחזק, והשני הוא מוציא ועליו הראי'.

וי"ל שזוהי סברת הריב"א, שחידש דדין כדא"ג ויהא מונח אינו סילוק בי"ד, אלא דגם זהו פסק וסדר שבי"ד מסדרים, ולכן סובר הריב"א דהיכא שהחלוקה יכולה להיות אמת עפ"י טענותיהם היינו דליכא ודאי רמאי. אז חלוקה עדיפא והיא סדר טוב יותר, ואם אין החלוקה יכולה להיות אמת עפ"י טענותיהם אז יהא מונח עדיף, וזהו דוקא בשביל שיהא מונח אינו סילוק, שאם היינו אומרים דיהא מונח אינו אלא סילוק לא היו ב"ד רשאים להסתלק אם הי' אפשר לעשות חלוקה, שהרי אפי' אם החלוקה יכולה להיות אמת, מ"מ הא אינו ודאי אמת, אלא דחלוקה בין שני תובעים היא ג"כ דרך לגמור ביניהם אם אין אפשרות לברר א"כ איך יסתלקו בי"ד כשאפשר לפסוק חלוקה, וכמבואר בחו"מ סי' י"ב סעיף ה' בשם תשובת הרא"ש, דיש כח לדיין לעשות דין כעין הפשרה במקום שאין הדבר יכול להתברר, ואינו רשאי להוציא הדין חלק מתחת ידו בלא גמר, ומכיון שכן מוכרחת סברת הריב"א דבאוחזין אף שאין החלוקה יכולה להיות אמת, יחלוקו, כיון דאי אפשר לפסוק יהא מונח דאין להוציא מידם בכדי להניח, וכן כדא"ג לא שייך לפסוק כששניהם אוחזין, ועל כרחנו לעשות חלוקה, אף כשאינה יכולה להיות אמת, אחרי שבמקום זה א"א לסדר הדין באופן אחר.

והנה האחרונים תירצו לדעת רש"י דדוקא בדליכא רמאי יחלוקו, הא דבשנים אדוקין בשטר יחלוקו אף דאיכא רמאי, משום דא"א להוציא מן הלוה כל הכסף ולעשות יהא מונח דבשלמא בשנים אוחזין דלא תפיסו אלא בכרכשתא, אין זו הוצאה מהמוחזק ולכן אם הי' בשנים אוחזין ודאי רמאי הי' שייך לעשות יהא מונח, אבל כאן בשטר שהלוה טוען פרעתי והמלוה אינו מוחזק לגמרי בהשטר אין להוציא מהלוה כל הכסף שיהא מונח, ולומר יהא מונח על השטר והמעות ביד הלוה יזכה הלוה לגמרי, אך גם זה שייך רק כשאנו אומרים דיהא מונח הוא פסק בי"ד, אבל אם היינו אומרים שהוא סילוק מפני

שאין בי"ד יודעים את מי מהם לזכות, א"כ מה איכפת לן אם ירויח הלוה, נימא יהא מונח על השטר והכסף ישאר ביד הלוה, ומוכח גם מזה דיהא מונח הוא דרך של פסק, ומזה מוכיח הריב"א דגם באוחזין גרידא אף דאיכא רמאי ע"כ יחלוקו, דאין דרך אחרת.

ולפי"ז יש לבאר מה דהקשו בגמ' על שנים שהפקידו ולא מצי לתרץ דאוחזין שאני דלהמבואר לעיל נראה דלדעת הריב"א אין הטעם דאוחזין ענין הגורם חלוקה, ולא משום דחשבינן כאילו כל אחד יש לו בודאי החצי, אלא כמו שכתבנו לדעת הרמב"ם דאוחזין הוא רק מניעה שלא לפסוק כדא"ג, וא"כ איברא דבאוחזין א"א לעשות כדא"ג ולא יהא מונח, ואין ראיה היכא דאין אוחזין, ומ"מ פריך הגמ' מסברא דכיון דעכ"פ אשכחן דחלוקה הוא ג"כ פסק בי"ד מהיכי תיתי יפסקו יהא מונח, הלא כדאי יותר לפסוק חלוקה, וע"ז משני הגמ' דבמקום שהחלוקה יכולה להיות אמת חלוקה עדיפא, ובאין החלוקה יכולה להיות אמת יהא מונח עדיף משנמסור לאחד ודאי גזילה, וזהו תי' הגמ' דאיברא דאשכחן במתני' דחלוקה הוא דרך ופסק בי"ד, זהו דוקא במקום שאינו ודאי גזילה, אבל במקום שיש ודאי גזילה עפ"י טענותיהם יהא מונח עדיפא, ומ"מ פריך הגמ' גבי שנים אדוקין שבשטר ולית ליה לרבי שנים אוחזין, משום דהתם הרי אין עצה אחרת, דא"א להוציא הכסף מהלוה ולעשות על הכסף והשטר יהא מונח כמו שכתבנו, ולכן כיון דאשכחן עכ"פ במתני' דחלוקה היא ג"כ דרך בפסק בי"ד, ואף דזה מיירי שחלוקה יכולה להיות אמת, הא הסברנו לעיל דזהו רק לענין עדיפותא של דרך הפסק של חלוקה, אבל אין זה עצמו גורם דין חלוקה, שהרי עפ"י רוב לאו תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה, ועכ"פ מסתבר מזה דגם באופן שאין החלוקה יכולה להיות אמת הוא ג"כ דרך לעשות חלוקה, וא"כ הכא דיהא מונח על השטר אינו דרך של פסק כיון דא"א להוציא הכסף רק סילוק, ע"כ גם כאן יותר כדאי לעשות חלוקה, ומזה הוא שהוציא הריב"א דבאוחזין גרידא אף דאיכא ודאי רמאי יחלוקו.

ויוצא מזה דאם הי' כדא"ג ויהא מונח סילוק בי"ד והיינו אומרים שרשאים בי"ד להסתלק כשאין הדין מבורר, שפיר הי' אפשר לומר דצריך אוחזין והחלוקה יכולה להיות אמת ביחד, אבל כיון שאנו אומרים דאחר דאשכחן דרך חלוקה אין לב"ד להסתלק, ורק למצוא את הדרך הטובה יותר, כמבואר בחו"מ בשם תשובת הרא"ש הנ"ל, סובר הריב"א דחלוקה היא עכ"פ דרך טובה יותר כשהיא יכולה להיות אמת, ולכן לא צריך אוחזין, ולהיפך כשאוחזין ואין החלוקה יכולה להיות אמתית, אף שבמקרה זה אין החלוקה הדרך הטובה ביותר אבל כיון שאין עצה אחרת שא"א לפסוק כדא"ג כמש"כ הרא"ש, וגם להוציא מידם בכדי להניח אין זה אלא להפקיע זכותם במה שיש

להם כבר על כרחנו לפסוק יחלוקו, וכ"ז לפי"מ שכתבנו לשי' הריב"א דאין דין אוחזין גורם יחלוקו, וכמבואר לדעת הרמב"ם יש הכרח לומר שדין יחלוקו הוא רק כעין פשרה וסדור, דהרי תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה אינה סברא ודאית, ואינו אלא מיעוט שיגביהו שניהם ביחד, אבל לדעת התוס' דאוחזין גורם יחלוקו וחשבינן כאילו כ"א יש לו החצי בודאי, א"א להוכיח ממה דאמרינן דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, דאין דין חלוקה דין ודאי, שהרי אפי' אם אינו אלא מיעוט, אבל כיון דדין אוחזין בלבד גורם דהוא כאילו כ"א יש לו בודאי החצי, והם נעשים מוחזקים על ידי זה, ולמוחזק אפשר לטעון גם טענה שאינה אלא במיעוט, ולכן התוס' לשיטתם מקשים על הריב"א.

פרק יא

הלכה א

כל הקרקעות הידועות לבעליהן, אע"פ שהן עתה תחת יד אחרים, הרי הן בחזקת בעליהן, כיצד ראובן שהיה משתמש בחצר כדרך שהעם משתמשין בחצרותיהן, דר בה ומשכירה לאחרים ובונה וסותר, ואחר זמן בא שמעון וטען עליו ואמר לו חצר זו שתחת ידך שלי הוא ושכורה היא בידך, או שאולה, והשיבו ראובן שלך היתה ואתה מכרתה לי או נתת לי במתנה, אם אין עדים לשמעון שהיתה ידועה לו, נשבע ראובן היסת ויעמוד במקומו, אבל אם הביא שמעון עדים שחצר זו שלו היתה הרי היא בחזקת שמעון, ואומרים לראובן הבא ראיה שמכרה או נתנה לך, ואם לא הביא ראיה מסלקין אותו ממנה ומחזיקין אותה לשמעון, אע"פ שאין ראובן מודה לשמעון שהיא היתה שלו שהרי יש עדים לשמעון.

ואם לא הביא ראיה מסלקין אותו ומחזיקין אותה לשמעון, לא כתב הרמב"ם דשמעון צריך לישבע שבועת היסת, והטור בסי' ק"מ כתב דהמערער נשבע ונוטל את שלו וכן כתב המחבר, ובהלכה ב' כתב אבל אם הביא עדים שאכל וכו' מעמידין אותה בידו וישבע היסת שמכרה לו, ומפורש דגבי קרקע סובר דנשבעין היסת, ושם עוד יש סברא יותר לפטור, והוא דעת הרשב"א בתשובה דכיון שיש ראיית חזקה א"צ לישבע, הובא בב"י, וראיתי שכבר עמד בזה הב"י וכתב ולא ידעתי למה לא הזכיר הרמב"ם שבועה זו פי"א מהל' טוען, ושבועת המחזיק כשהחזיק כראוי, או כשאין עדים להמערער הזכירם.

ונראה דהרמב"ם מחלק בין המערער ובין המחזיק דעיקר שבועת היסת הא נתקנה כשאחד תובע לחבירו מנה לי בידך וטעמא משום דחזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו וצריך ביאור מאי נ"מ בין התובע להנתבע, ולמה התובע יש לו יותר חזקה מהנתבע,

וצ"ל שהנתבע כיון שהמנה ברשותו ואינו עושה מעשה, רק שאינו רוצה לשלם ובמנה לי בידך אין אנו צריכין לטעם זה דהא להנתבע יש טעמא דאשתמוטי קא מישתמיט רק דהך דינא הוא ג"כ בתובע לחבירו חפץ מסויים שבידך שלי הוא דנשבע הנתבע היסת, ובזה ע"כ צריך לומר כמש"כ דחזקה אין אדם תובע אינו אלא על מי שתובע ולא על מי שמונח ברשותו, ועכשיו נבאר החילוק בין כשהמערער תובע ממי שהוא מוחזק עכשיו בהשדה, דכתב הרמב"ם דאם אין המחזיק מביא עדים שדר בה שני חזקה מוציאין אותה ממנה ומחזיקין אותה להמערער, ולא כתב שהמערער צריך לישבע, ומשום דכאן שניהם תובעים בשוה ולא שייך לומר על המחזיק בהשדה שהוא יותר תובע מהמערער, אבל המחזיק בהשדה שיש לו עדי חזקה בזה נקרא המערער תובע, וכן אם המחזיק בהשדה אין לו עדי חזקה, והמערער אין לו עדים שהיתה השדה שלו שמחזיקין השדה להמחזיק, בזה שייך שפיר לומר על המערער שהוא רק תובע, ולכן צריך המחזיק לישבע.

-השמטות מגליונות-

כל הקרקעות הידועות לבעליהן אע"פ שהן עתה תחת יד אחרים הרי הן בחזקת בעליהן וכו' אבל אם הביא שמעון עדים שחצר זו שלו היתה הרי היא בחזקת שמעון ואומרין לראובן הבא ראי' שמכרה לך או נתנה לך.

הנה בספרי בפ"ב מהל' שכנים הל' י"ח הוכחתי מדברי הרמב"ם כאן שחולק על הטור והמחבר שסוברים דחזקת יום א' בקרקע מהני לראשון להוציאה מן השני ובדברי הרמב"ם כאן מבואר שצריך עדים דוקא ולא מהני חזקת יום א', והעירוני דמסוף דברי הרמב"ם שם לא משמע כמש"כ שהרי כתב אבל אם הביא שמעון וכו' ואם לא הביא ראי' מסלקין אותו ממנה ומחזיקין אותה לשמעון אע"פ שאין ראובן מודה לשמעון שהיא היתה שלו שהרי יש עדים לשמעון, ואם כונתו במש"כ קודם אבל אם הביא שמעון עדים ששמעון הביא עדים שהיתה ודאי שלו מה משמיענו אטו לא ידענו דעדים נאמנים, וא"כ מכאן מוכח דקודם ג"כ כוונתו כדברי הטור דאם העדים מעידים שהקרקע היתה בחזקתו אפי' יום אחד מוציאין ממחזיק שני.

ונראה דעכ"פ יש להוכיח מדברי הרמב"ם דדר בה חד יומא לחוד אינו מועיל ולא כד' הב"ח שהבאתי אח"כ וזהו מש"כ מתחלה אם אין עדים לשמעון שהיתה ידועה לו והיינו שהיתה אצל הכל בחזקת שלו, ועל זה כתב אח"כ אבל אם הביא שמעון עדים שחצר זו שלו היתה.

פרק יב

הלכה ב

הביא עדים שהיה דר בחצר זו שלש שנים או ששכרה שלש שנים הרי זו חזקה, טען בעל החצר ואמר שמא לא שכן בה ביום ובלילה או שמא אלו שהשכירו להם לא שכנו בה ביום ובלילה הרי זו טענה, אומרים למחזיק או תביא עדים ששנים אלו גמורות ביום ובלילה או הסתלק, אפי' באו עדים ואמרו לנו השכיר, ואנו דרנו בה ביום ובלילה וטען בעל החצר ואמר יביאו עדים שדרו בה ביום ובלילה, צריכין אלו השוכרין להביא ראיה שדרו בה תמיד, שזה הדבר תלוי בהן ואין תלוי בטענת המחזיק כדי שיעידו לו.

השגת הראב"ד. אפילו באו עדים וכו' עד כדי שיעידו לו. א"א ונתננו לו השכר עכ"ל.

המ"מ כתב דהרמב"ם מפרש דהא דאמר מר זוטרא אי טעין ואמר קאי אתירוצא דרבא דאפי' אם נקיטי אגר ביתא מ"מ אם טען המערער ליתו תרי סהדי טענתו טענה, והביא דברי הרמב"ם פט"ו מהל' עדות הל' ה' שהם כדברי הראב"ד וכמבואר להדיא בסוגיא, שכתב שם אבל השוכר אם לקח השכירות בידו ואמר כל מי שתתקיים שדה זו בידו יטול הרי זה מעיד, ואם כבר נתן השכירות לבעל השדה אינו מעיד, כיון שאם תצא השדה למערער חייב ליתן לו שכר כל השנים שישב בה, וכתב בזה המ"מ דכאן דבריו הם בשהשכר בידו, ואעפ"כ אם טען המערער שיבואו עדים שדרו בה השוכרים יום ולילה טענתו טענה מפני שזה הדבר תלוי בשוכרים עצמן ולפיכך אינן נאמנין, ולא ביאר המ"מ דלמה לא כתב הרמב"ם בהל' עדות דאם טען המערער אפי' כשהשכר ביד השוכר טענתו טענה.

ונראה לפי"מ שכתב הקצוה"ח בסי' קכ"א ס"ט גבי דין שליח נעשה עד דאיתא שם שאם אין השליח צריך לישבע כגון שראה המשלח שעשה שליחותו אינו נוגע בעדות והקשה הקצוה"ח לפימש"כ הר"ן בהכותב גבי ההוא בקרא דטעין המלוה מחיים תפסתיה, ובקרא אמר לאחר מיתה דנאמן המלוה במיגו, וכתב שם הר"נ וכ"ת ואמאי לא אצרכיה שבועה משום בקרא דהוי ע"א, י"ל כיון שלפי דבריו שאומר לאחר מיתה תפסיה הוא חייב לשלם ליתומים הו"ל בעל דבר, וא"כ ה"נ כיון דהשליח צריך לשלם, דהו"ל ליקח השטר, וא"כ הו"ל בע"ד, ואפשר דהטור ושו"ע מיירי באופן שאין השליח צריך לשלם, וכגון דלא הזכיר לו השטר, מיהו בעיקר ד' הר"נ שכתב גבי בקרא דכיון שלפי דבריו שאומר לאחר מיתה תפסיה חייב לשלם הו"ל בע"ד, מה בכך דהו"ל בע"ד השתא, הא אלו טעין מחיים תפסיה לא הי' צריך לשלם, וא"כ אדרבא לחובתו הוא מעיד ומאי הנאת ממון יש בזו, ונראה מזה דס"ל להר"נ דכיון דאדם קרוב אצל עצמו וקרוב פסול בין

לזכות בין לחובה ודוקא על עצמו הוא דנאמן לחוב ומשום דאדם נאמן על עצמו אפי' כל הפסולים על עצמן ולא על אחרים עכ"ל.

ולפי"ז יש לומר דהנ"מ בין הא דפ' זה שהשוכרים מעידים שהם דרו בבית וע"פ דירתן הוחזק הבית להמחזיק, ובין הא דפ' ט"ו מהל' עדות דלא מיירי שהשוכר מעיד שע"פ דירתו הוחזקה השדה להמחזיק, ואין הב"ד דנין בענין דירתו כלל, והשוכר מעיד רק שהוא יודע שהמחזיק קנה השדה ואינו מבואר איך יודע, ויש לפרש שהי' בשעה שקנה המחזיק את השדה מהמערער, ומה דההלכה הוא על שוכר מעיד היינו שב"ד יודעין שהוא שוכר וכיון דעכ"פ הב"ד יודעין שהוא שוכר וישב בהשדה א"כ הוא נוגע בדבר דאם יזכה המערער יתבע ממנו דמי דירה בעד כל השנים, לכן אם לקח השכירות בידו ואמר כל מה שתתקיים שדה זו בידו יטול הרי זה מעיד, ואף דעכ"פ כל זמן שלא נתברר של מי הם הדמים עוד יש לו להשוכר זכות בהדמים דהא אם יאבדו הדמים אצל ב"ד צריך הוא לשלם דמים אחרים, מ"מ לא מיקרי נוגע בדבר דהא אין לו נ"מ מי יזכה ומי שיזכה יטול הדמים, אבל כל זה אם אנו דנין מדין נוגע, אבל אם אנו דנין מדין בע"ד א"כ הרי השוכר הוא בע"ד של המחזיק ושל המערער, דהוא צריך לידע למי הוא חייב המעות, ולכן זהו הנ"מ בין הלכה שבפ' זה ובין ההלכה שבהל' עדות דבפ' זה הא מיירי להדיא שהשוכרים באו להעיד שהם דרו בהבית, וא"כ הרי השכר דירה נכנס בדין של הבית ולמי ששייך הבית לזה שייך השכר דירה וא"כ הרי השוכרים הם בע"ד של המערער והמחזיק, ולכן לא מהני מה שיחזיקו השכר דירה ויאמרו שלמי שיזכה בהבית יתנו לו השכר דירה, דעכ"פ עכשיו הם הבע"ד בדין זה ובע"ד פסול להעיד, אבל בהל' עדות אף שהב"ד יודעים שהוא שוכר, אבל אין הב"ד דנין עכשיו על דבר השכר דירה ואינם צריכין להזדקק לדין זה, שבין המערער בין המחזיק אינם טוענים עם השוכר ואינם מזכירים זה שהוא שוכר, ולכן כיון שעכ"פ הב"ד יודעים שהוא שוכר אינן צריכים לראות רק שלא יהיו נוגעים בדבר, ולכן אם מחזיק השכירות בידו מעיד.

הלכה ז

אכלה האב שנה והבן שתים, האב שתים והבן שנה האב שנה והבן שנה, והלוקח מן הבן שנה הרי זו חזקה והוא שלקח בשטר.

אכלה האב שנה, כתב המ"מ בריייתא שם, ופי' הבן המחזיק בין שהוא קטן בין שהוא גדול הדין שוה לדעת רבינו ואע"פ שהוא סבור שאין חזקת הקטן חזקה כנזכר פ' י"ג, בדין זה שהאב התחיל להחזיק הרי זו חזקה, שהרי בטענת האב הוא בא, זה נראה בדעתו מפני שסתם כאן ולא חלק בין קטן לגדול ושם פ' י"ג אבאר בזה עכ"ל, ובהלכה

ח' כתב הרמב"ם אכלה בפני האב שהיה בעל השדה שנה ובפני בנו שתים או בפני האב שתים ובפני בנו שנה ובפני לוקח מן הבן שנה, הרי זו חזקה, כתב על זה המ"מ ופירוש בשהבן הזה הוא גדול, אבל אם הוא קטן אין מחזיקין בנכסיו, ואע"פ שהתחיל להחזיק בחיי אביו כמו שאבאר פ' י"ד עכ"ל, והקשה ע"ז הלח"מ דבהל' ז' הוכיח המ"מ מדלא חילק הרמב"ם בין שהבן גדול בין שהבן קטן, דגם אם הבן קטן מהני חזקתו כיון שהתחיל להחזיק בחיי אביו, וא"כ אותה ההוכחה גם בהל' ח' מדלא חילק הרמב"ם, וכתב דשם מוכח בפ' י"ד הל' ח' מהסוגיא דרבה בר שרשום דאינו יכול לטעון לקוחה על נכסי הקטן, אף שהחזיק בחיי האב דהא טען משכונא היא מאביהם, ולדעתי אין ראיה משם לדין זה, דהא לא הוזכר שם בד' הרמב"ם שהחזיק בחיי אביהם כמו שמבואר בלשונו שכתב, מי שהחזיק בנכסי קטן שנים רבות וטען ואמר משכונא הן בידי ויש לי חובה עליהן, ואף דלפי טענתו שמשכונא הם בידו ע"כ הוא מחיי אביהם, אבל אין ראיה שבחיי אביהם החזיק בהם בשימוש של חזקה, ויש לדייק שם מלשון הרמב"ם להיפוך שכתב שם בהל' ז' אין מחזיקין בנכסי קטן ואפי' הגדיל, כיצד אכלה בפניו כשהוא קטן שנה אחת ושתים אחר שהגדיל וכו' ולמה לא כתב שהתחיל להחזיק בחיי האב, איברא שהלח"מ הוכיח עוד דמפורש כן בכתובות דף י"ז דאמר שם בשלמא גבי אביו משכחת לה כגון שאכלה שתים בחיי האב ואחת בחיי בנו, אבל על הוכחת המ"מ מדלא כתב הרמב"ם כן מפורש גבי אכלה האב שנה והבן שתים לחלק בין קטן לגדול יש להקשות למה לא חילק גבי אכלה אחת בחיי אביו, ושתים בחיי הבן בין קטן לגדול, דאף דמפורש כן בגמ' הי' לו לחלק בהלכה.

לכן נראה דאף דקשה לחלוק על המ"מ בכונת דעת הרמב"ם, אבל הוכחתו מדלא חילק הרמב"ם בין קטן לגדול אינה הוכחה דבעיקר דין חזקת קטן הלא כתב הלכה מפורשת בפ' י"ג הל' ב', וכן חרש שוטה וקטן אין אכילתן ראיה מפני שאין להם טענה כדי שתעמוד הקרקע בידן, ולכן אין הרמב"ם צריך לפרש ולחלק בין בן גדול לבן קטן כיון שכבר כתב דקטן אין אכילתו ראיה שאין לו טענה, וטעמו של המ"מ דכיון שכבר התחיל האב להחזיק לכן גם הבן הקטן יוכל להחזיק, זה תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד בפ' א' הל' ז' בדין אמר לי אבא, דלדעת הרמב"ם בטוען ע"פ טענת האב שהנתבע חייב לו לא הוי טענת ברי ואפי' משבועת היסת פטור. והראב"ד סובר דבא בטענת אביו הוי טענת ברי לראב"י וכתב שהרי"ף פוסק כראב"י, עכ"פ להרמב"ם מה שאביו החזיק קודם ואמר שמכרו לו אין זה טענה להבן, ושייך גם בזה לומר שאם הבן קטן אין טענתו טענה ולא מהני חזקתו.

ומבואר עכשיו דזה ודאי דאם החזיק שנה בחיי האב ושנה בחיי הבן והבן קטן דלא הוי חזקה דלא שייך טענה על הבן שהוא קטן למה לא מחית, וכמו שכתב הרמב"ם בפי"א הל' ב' שטוענין להמערער אם אמת הדבר שלא מכרת ולא נתת למה הי' זה משתמש שנה אחר שנה וכו' הואיל ולא מחית אתה הפסדת על עצמך, והרמב"ם אינו צריך לפרש ולחלק דלא שייך דין חזקה בקטן בין שהקטן הוא המחזיק בין שהחזיקו בנכסיו ואפי' אם הותחלה החזקה בחיי האב אינה חזקה.

פרק יד

הלכה ח

מי שהחזיק בנכסי קטן שנים רבות וטען ואמר משכונא הן בידי ויש לי חובה עליהן כך וכך, הואיל ואילו רצה אמר לקוחין הן בידי נאמן, שהרי אינה מוחזקת שהיה לאביו של זה, וה"ז גובה משבחה מה שטען ותחזור ליתומים, אבל אם יצא עליה קול שהיא של יתומים אינו נאמן שהרי אין מחזיקין בנכסי קטן, ותחזור השדה וכל הפירות שאכל ליתומים עד שיגדלו ויעשה עמהם דין.

השגת הראב"ד מי שהחזיק בנכסי קטן וכו' עד ותחזור ליתומים, נראה מדבריו דמעשה דרבה בר שרשום מוקי לה בשאינה ידועה שהיתה של אביהן, וא"כ למה ליה למימר מיגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי, לימא דאי בעי אמר דידי הוא, ועוד משום קלא מבטלין מיגו וחזקה דממונא ואיהו הוה מוחזק, ואבוהון דיתמי לא הוה מוחזק, אלא ודאי בחזקת אבוהין הוה, מיהו כיון דאכלה שני חזקה בחיי אבוהון בלא מחאה איכא מיגו ואי לאו קלא הוה מהימן במיגו, והשתא דאיכא קלא לא אמרינן ומוקמי ארעא בחזקת אבהתא והאי דינא דקושטא, עכ"ל.

המ"מ הביא דברי הראב"ד, וכתב רק על מה שכתב ועוד משום קלא מבטלין מיגו, אבל על תחילת השגתו שכתב דאי בשאינה ידועה שהיתה של אביהן למה ליה למימר מיגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי לימא דאי בעי אמר דידי הוא, על זה לא כתב המ"מ כלום, ובאמת השגתו בזה צריכה ישוב, ונראה לפימש"כ בפ' י"א מהל' שכירות הל' ו' בד"ה ונראה על מה שהקשו התוס' בהא דנסכא דר' אבא ואיכא ע"א שחטף דאמרינן משואי"ל, והקשו התוס' דליהמניה בטענת דידי חטפי בשבועה במיגו דהוי אמר לא חטפי, וכתבתי בזה ע"פ מה שכתב המ"מ בפ"א מהל' מלוה הל' ד' במה שכתב הרמב"ם טען הלוה שמטלטלין אלו שבידי אינם שלי אלא פקדון הם בידי או שכורין או שאולין אין שומעין לו, אלא יביא ראיה או יגבה מהן בעל חובו, וכתב על זה המ"מ ויש לתמוה

מה טעם לא יהי' נאמן מתוך שיכול לתתם במתנה או למכרן, וכתב על זה והרמב"ן אומר כמסתפק שאחר שתבעוהו בחובו אינו נאמן לומר במה בידו שהוא של אחרים דחזקה כל מה שבידו הוא שלו ומיגו במקום חזקה כזו לא אמרינן, לפי שאדם עשוי לעשות קנוניא להפקיע ממון חבירו עכ"ל, וקשה דא"כ אמאי נאמן בליכא ע"א שחטף לומר אין חטפי ודידי חטפי הא המיגו הוא נגד חזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו, וצ"ל דהפה שאסר הוא הפה שהתיר אלים ממיגו ומהני אפי' נגד חזקה שכל שביד אדם הוא שלו, ולכן מיושב דהיכא דאיכא ע"א אין אנו צריכין להודאתו שחטף, דכ"ז שלא נשבע כנגד העד הרי הוא כשנים וליכא אלא מיגו, ומיגו לא מהני במקום חזקה, שכל מה שביד אדם הוא שלו, ואחר שהדפסתי דברים אלו מצאתי שכן כתב הגר"א בהגהותיו על הרמב"ם של הלכה זו שכתב בטעמו של הרמב"ם שכתב שאינו נאמן הלוה לומר פקדון הם בידי אפי' היכי שיש לו מיגו שהוא נלמד מנסכא דר' אבא היכי דאיכא ע"א דאינו נאמן במיגו, וב"ה שכיוונתי לדבריו.

ובזה בארתי דין מודה בשטר שכתבו דאיכא מ"ד דאין צריך לקיימו והקשו בתוס' בכתובות דף כ' להך מ"ד מ"ט אינו נאמן לטעון פרוע במיגו דמזוייף, ותירצו דשמא ירא הלוה לומר מזוייף שמא יכחישוהו, ועוד כתבו מפירש"י דד"ת עדים החתומים על השטר נעשה כמו שנחקרה עדותן בב"ד, ורבנן הוא דאצרכו קיום, וכי אצרכו היכי דטעין מזוייף, אבל היכי דטעין פרוע לא אצרכו קיום, ותירוץ רש"י אינו מובן דמה מהני סברא זו עכ"פ איכא מיגו דאי בעי הוי טעין מזוייף ואז היו מצריכין קיום, ואמרתי בזה דשני התירוצים צריכין זה לזה, דתי' הראשון שירא הלוה לומר מזוייף שמא יכחישוהו לא מהני אלא על מיגו דהוי משום הוכחה וראיה, אבל לסברת הפה שאסר הוא הפה שהתיר לא מהני זה, דעכ"פ כיון שהוא האוסר הוא המתיר, וכל עיקר שהשטר הוא אמת לא ידענו אלא מפיו והוא אומר פרעתי. לכן פירש"י דמעיקר הדין שטר אינו צריך קיום, ורבנן הוא דאצרכו ודוקא היכי דטעין מזוייף, אבל היכי דטעין פרוע ליכא חסרון קיום, ולא הוי הפה שאסר, ומשום טעמא דמיגו הא כתבו התוס' שירא לומר מזוייף.

ועכשיו נוכל ליישב השגת הראב"ד שהקשה דאם אין אנו יודעים שהנכסים של אביהן, א"כ למה ליה לומר מיגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי לימא מיגו דאי בעי אמר דידי הוא, אבל לפי"מ שבארנו יש לומר דמה דנאמן לומר לקוחה במיגו דאי בעי אמר שלי הוא, זהו גדר הפה שאסר, אבל אם הוא טוען משכנתא הוא הרי הוא לעשות חוב, וזה א"א ע"י הפה שאסר דלעשות חוב זהו ענין אחר ולא שייך למה שיכפור לו הקרקע, ואנו צריכין לבוא כאן רק מטעם מיגו, ובזה נוכל לומר כמש"כ התוס' דמיגו

דאי אמר מזוייף לא הוי מיגו שירא לומר מזוייף פן יקיימוהו ה"נ אינו רוצה לכפור עצם שייכות הנכסים לאביהם דשמא יתברר שהנכסים של אביהם, ולכן דוקא בטענת לקוחה שהוא על הנכסים שייך לבוא מדין הפה שאסר, ואין חסרון במה שירא לכפור עיקר הנכסים וכמש"כ גבי שטר, אבל לעשות חוב אינו יכול מדין הפה שאסר וצריך דוקא מיגו, ובזה ליכא מיגו, ולכן צריך דוקא מיגו דאי בעי אמר לקוחה היא, והיינו דלקוחה נאמן בהפה שאסר שיכול לומר שמעיקרא שלו היא, ועכשיו נאמן בטענת משכנתא היא במיגו דלקוחה.

אכן זה כתבתי ע"פ ד' רש"י ותוס' גבי שטר למ"ד א"צ לקיימו ולהלכה הא קיי"ל צריך לקיימו, ובהל' מלוה ולוה פרק י"ד הל' י"ד בארתי ברחבה טעם שיטת מ"ד צריך לקיימו, ובארתי שם דין שנים אדוקים בשטר, ומבואר שם דבאמת צריך ביאור מה פליגי רבי ורשב"ג גבי שנים אדוקים בשטר, בשטר שאבד במודה בשטר שכתבו, דזו הפלוגתא שייך בכל שטר, ובארתי דבכל שטר איכא בין טעמא דמיגו בין טעמא דהפה שאסר, אבל גבי שנים אדוקים בשטר ליכא טעמא דמיגו משום דבכל שטר אם יטעון מזוייף לא יזכה בזה שיהי' צריך התובע לקרוע השטר, דהא יטעון השטר אמת ואני מחזיק השטר עד שאמצא עדי קיום אבל בשנים אדוקין בשטר כיון שהלוה מחזיק השטר וטוען פרעתי הא אין אנו יכולין ליקח ממנו השטר וליתנו להמלוה דהא גם הלוה מוחזק, וא"כ צריך לקרוע השטר וליתן חצי להלוה אף שיופסד כל השטר, וא"כ אין זה מיגו בעד הלוה לטעון מזוייף, דאם יטעון מזוייף ודאי יתנו כל השטר להמלוה עד שימצא עדי קיום, ובזה מבואר מה דבכל מקום לא אמר הגמ' טעמא דמ"ד צריך לקיימו וכאן גבי שנים אדוקים בשטר אמר הגמ' טעמא דמאן קא משוי להאי שטרא לוה הא אמר דפרוע, והיינו דכאן ליכא טעמא דמיגו, לכן אמר דעכ"פ איכא טעמא דהפה שאסר, עכ"פ לפי"ז מוכח דבכל שטר איכא נמי טעמא דמיגו למ"ד צריך לקיימו, ואינו סובר כסברת התוס' דירא לומר מזוייף פן יקיימוהו, א"כ הא לא נוכל ליישב דעת הרמב"ם ע"פ סברת התוס'.

אולם יש לומר עוד בטעם מחלוקת מ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו, ומ"ד א"צ לקיימו לפי"מ שכתבתי דמ"ד צריך לקיימו אינו סובר כסברת רש"י דלא אצריך קיום אלא אם טוען מזוייף, אבל אם טוען פרוע לא אצריך קיום, דיש להסביר זה עוד יותר דזה תלוי בעיקר דין תקנת קיום אם מה שהצריכו חכמים קיום הוא דוקא אם הנתבע טוען על השטר מזוייף, וכמו שכתב רש"י ולפי זה אם הנתבע טוען שאינו יודע ואינו זוכר אם הוציא שטר כזה דהא הוא אינו חתום בהשטר רק העדים, והוא טוען שאינו זוכר אם הוציא שטר זה, לפי פירש"י נאמן שבטוען שמא לא הצריכו חכמים קיום, או שחכמים

הצריכו קיום בכל אופן ואם אינו מודה בפירוש בהשטר שהוא אמת צריך קיום, ולפי זה אם גם בטוען איני יודע צריך קיום יש לומר דגם בטוען פרוע צריך קיום והוי הפה שאסר, כיון דבלא הודאתו שהשטר אמת לא היו גובין בהשטר אפי' אם לא היה טוען מזוייף אלא איני יודע, ומבואר עכשיו טעם המחלוקת בין מ"ד צריך לקיימו ובין מ"ד א"צ לקיימו, דמ"ד א"צ לקיימו סובר כמו שפירש"י דדוקא בטוען מזוייף הצריכו קיום, אבל באומר איני יודע לא צריך קיום, ולכן בטוען פרוע ג"כ א"צ קיום, אבל מ"ד צריך לקיימו סובר דדוקא אם מודה הנתבע בפירוש בהשטר שהוא אמת גובין, אבל אם אינו מודה וטוען אינו יודע ג"כ אין גובין, ולכן שפיר הוי הפה שאסר אפי' בטוען פרוע, ומבואר מה דאמר הגמ' בב"מ בהך סוגיא דשנים אדוקין בשטר בטעמא דמ"ד צריך לקיימו מ"ט חספא בעלמא הוא מאן קא משוי להאי שטרא לוה הא קאמר דפרעיה, והיינו דמעיקרא הוא חספא ואינו צריך שיטעון מזוייף, דאפי' אם טוען איני יודע ג"כ אין גובין בו, לכן גם בטוען פרוע הוי הפה שאסר.

ולפי"ז נוכל לומר דגם לענין מיגו תלוי בזה דסברת התוס' שכתבו דירא הלוה לומר מזוייף פן יקיימוהו זה שייך אם צריך לומר מזוייף ויוחזק כפרן, אבל אם גם כשטוען אינו זוכר אם צויתי לכתוב שטר זה ג"כ אין המלוה גובה הא יש לו מיגו שהי' יכול לומר איני יודע, ולכן למאן דסבר צריך לקיימו משום דסבר חספא בעלמא הוא, לבד מה דאיכא הפה שאסר איכא נמי מיגו, ולכן בכל מקום לא הוצרך הגמ' לומר חספא בעלמא הוא ואף דלפי סברתנו גם לסברת מיגו צריך לטעמא דחספא בעלמא, אך זה לא קשה כיון דעיקר הסברא דשמא ירא הלוה לומר מזוייף אינו מפורש בגמ', אבל לומר הפה שאסר הוא הפה שהתיר, כיון דזה שכתב רש"י בטעמא דמ"ד א"צ לקיימו משום דדבר תורה עדים החתומים על השטר נעשה כמו שנחקרה עדותן בב"ד מפורש בגמ' וכאן אנו צריכים להפה שאסר, לכן מפרש הגמ' טעמא דמ"ד צריך לקיימו דסובר דעכשיו דתיקנו חכמים קיום הוי בלא קיום כמו חספא בעלמא, ולכן כשמודה בשטר שכתבו הוי הפה שאסר.

איברא דמה שכתבתי דשייך מיגו במודה בשטר שכתבו אף לפי ד' התוס' דהיכא דירא שמא יקיימוהו אינו מיגו דזה דוקא היכי דצריך לטעון מזוייף ויוחזק שקרן, אבל אם באומר איני יודע אם השטר אמת ג"כ אין גובין בו, שפיר איכא מיגו שהי' יכול לומר איני יודע, יסוד זה נסתר מדברי הש"ך בכללי מיגו שהביא מדברי הד"מ והסמ"ע שכתבו דמיגו דאיני יודע לא הוי מיגו, וכתבו זה מדברי הר"ן בפ' כל הנשבעין ומדברי התוס' בב"מ דף צ"ז, אך עיינתי בדברי הר"ן ובד' התוס' וראיתי דלשיטת הרמב"ם אין הוכחה

לזה, דהר"ן חולק שם על דברי הר"י מיגש דסובר דמיגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן, ומשום זה כשהקשה על זה דאמר הגמ' דכשתבעו ליתומים מנה חוב של אביהם ואמרו חמשין אית לך וחמשין לית לך חייבין שבועה, ואם אמרו וחמשין לא ידענא פטורין, ואמאי אין נאמנים באמרו וחמשין לית לך במיגו דהוי אמרו לא ידענא, ומזה הוכיח דמיגו דאינו יודע לא הוי מיגו, וכן הוכיחו זה מהא דאמר הגמ' בפ' הבית והעליה על מתני' דאם הי' אחד מכיר מקצת אבניו נוטלן, דהלה טוען איני יודע ובמקצת מודה, והא יש לו מיגו שהיה אומר בכולן איני יודע, דאין כאן העזה דאינו מחויב להכיר אבניו, וע"כ דמיגו דאיני יודע לא הוי מיגו, אבל כל זה אם אמרינן מיגו לאיפטורי משבועה, אבל לשיטת הרמב"ם דסובר כהר"י מיגש דלא אמרינן מיגו לאיפטורי משבועה אין הוכחה לזה, וממילא לשיטתו שפיר נוכל לומר כדברינו דלדידן דאית לן מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו שייך מיגו אפי' לפי סברת התוס' דהיכי שירא שיתברר שלא כדבריו לא הוי מיגו ודוקא היכי דיכול לטעון אינו יודע וכמו שנתבאר.

ועכשיו שפיר נוכל לומר כמו שכתבנו דע"כ צריך לומר מיגו דאי בעי אמר לקוחה היא, משום דלומר מיגו דאי בעי אמר דידי הוא, בזה ע"כ צריך לטעון דידי הוא דלא שייך מיגו שיאמר איני יודע, דזה לא שייך אלא על שט"ח שתיקנו חכמים דצריך ודאי קיום למ"ד צריך לקיימו, אבל בקרקע לא שייך שיש לו מיגו דאי בעי אמר איני יודע, דבטענת איני יודע ודאי לא יזכה בהקרקע בתורת ודאי ואין זה מיגו, דיותר טוב לו לטעון משכנתא דשמא יתברר שהיתה של אביהם, ולכן אמר הגמ' וכן כתב הרמב"ם מיגו דאי בעינא אמינא לקוחה היא בידי, דבזה יוכל לזכות בהפה שאסר שיכול לומר שלי היא.

הלכה יד

הרי שאכל שדה זו שנים רבות, ובא המערער ואמר לך מה לך ולשדה זו הודה ואמר לו יודע אני שהיתה שלך, אבל פלוני מכרה לי והוא לקחה ממך, ואמר לו המערער פלוני שמכר לך גזלן הוא, הואיל והודה שהוא שלו ושלא לקחה ממנו תחזור השדה וכל הפירות למערער, אע"פ שאין לזה המערער עדים שהוא שלו, וכן כל כיוצא בזה, הביא זה המחזיק עדים שפלוני שמכר לו דר בה אפי' יום אחד או שאמר לו בפני לקחה ממך, ואחר כך מכרה לי מעמידין אותה בידו, שהרי יש לו טענה עם חזקתו, ואילו רצה טען ואמר ממך לקחתיה שהרי יש לו שני חזקה.

הודה ואמר לו יודע אני שהיתה שלך וכו', מבואר דמפרש הרמב"ם במה דאמר התובע את לאו קא מודית דהאי ארעא דידי הוי, שהודה לו מפורש קודם שאמר לו מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך, וכן מפרש הרא"ש בכונת הרשב"ם במה שכתב שהרי

הודה שהיתה של המערער דמשום זה אינו מועיל מה שטוען דאמר לי דזבנה מינך, ואם לא הודה בתחלה סובר הרא"ש שהי' צריך להיות נאמן במה שטוען מדברי המוכר לו כמו שהיה המוכרו לו נאמן משום הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ולפי פי' זה בדברי הרשב"ם הקשה הרא"ש וכתב ותמיה לו דלא מוכח לישנא כלל שהודה המחזיק שהקרקע היתה של המערער, אלא שאמר מפי המוכרה לו שהוא אמר לו שקנאה ממנו, וסובר הרא"ש בתחלת דבריו דכמו שהמוכרה לו הי' נאמן, ה"נ צריך להיות נאמן גם הלוקח הבא מכוחו, והביא הרא"ש דברי רבינו יונה שפירש כן דמיירי שאמר המחזיק שיודע שהיתה של המערער, אף בלא דברי המוכרה לו, אחר כך כתב הרא"ש וז"ל ולי נראה דאע"ג דאותו שמכרה לו הי' נאמן במיגו דלא היתה שלך מעולם, אין מיגו זה טוב לגבי אותו שלקחה כי ניחא ליה טפי למימר שלקחה מאותו שמכרה לו, כי הוא סבר שימצא עדים שהמערער מכרה לו, אבל לא בעי למיטען לא היתה שלך מעולם, כי הוא ירא שהוא ימצא עדים שהי' שלו, ולפי דברי הרא"ש בסוף יש לומר שאין צריך לפרש בדברי הרשב"ם שמפרש שהודה המחזיק בעצמו שהקרקע היתה של המערער, אלא שאמר רק מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך, ומ"מ אף דמי שמכרה לו היה נאמן בהפה שאסר לא מהני זה לגבי המחזיק.

אכן המל"מ כאן הביא דברי הרא"ש ותמה דמה כונתו במה שכתב שלא נאמין לדברי המחזיק דממ"נ אם לא נאמין לדבריו והוא קנה הקרקע מפלניא, אבל אותו פלניא לא אמר לו שקנה מהמערער, א"כ אין אנו יודעין כלל שהקרקע היא של המערער, ובאיזה כח נוציא ממנו ולמה צריכין אנו כאן לנאמנות של מיגו, שעל זה כתב הרא"ש שאין מאמינים לו כי אין המיגו טוב לגבי המחזיק, ונשאר המל"מ בתימה.

ונראה דבאמת אין כונת הרא"ש במה שכתב ולי נראה, שהוא חוזר מתחלת דבריו, וכל זמן שהלוקח לא הודה שהקרקע הוא של המערער לא נוציא ממנו, אלא דמה שהביא הרא"ש מדברי רבינו יונה אין הכונה שהלוקח הודה בתחילה שהקרקע היא של המערער, דהא כתב הרא"ש מתחלה דלא מוכח לישנא כלל שהודה המחזיק שהקרקע של המערער, וא"כ מה חידש הרא"ש וכתב ומצאתי שכתב הר' יונה ז"ל דמיירי המחזיק שידע שהיה הקרקע של המערער אף בלא דברי המוכרה לו, לכן מוכרחים אנו לפרש דהחידוש הוא שמקודם פי' הרא"ש בדעת הרשב"ם דמיירי שהלוקח הודה מתחלה קודם שאמר מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך, דזה יודע בעצמו שהקרקע הוא של המערער, ועל זה תמה הרא"ש וכתב דלא מוכח לישנא כלל שהודה המחזיק שהקרקע היא של המערער, ומה שהביא אח"כ מדברי רבינו יונה זהו לפרש דברי הגמ' שטען

המערער ואמר להמחזיק את לאו קא מודית דהאי ארעא דידי היא, וקשה דמתי הודה הא לא אמר מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך וממ"נ אם מאמינים לו בזה הרי סובר הרא"ש דצריך להיות נאמן כמו שהיה נאמן המוכר לו אם היה טוען, ואם אינו נאמן בזה שפלניא אמר לו כן, א"כ לא הודה כלל, ומה אומר לו את לאו קא מודית, לכן מפרש רבינו יונה דזה ודאי דבתחלה לא אמר המחזיק אלא מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך, ומה שאמר לו אח"כ המערער את לאו קא מודית זהו טענה מצד עצמה ולא שייכא לטענת המחזיק, אלא שהמערער אמר לו הלא אתה יודע שהקרקע שלי היא, וזהו שהיו בעיר אחת.

והנה דברים אלו מבוארים מדברי רבינו יונה בעצמו שהובא בש"מ שם בסוגיא שכתב מדברי עליות הר"י שכתב וז"ל עלה בידינו ראובן שאמר לשמעון מה אתה עושה בתוך הקרקע שלי, ואין לו לראובן עדים על קרקע זו שהיא של אבותיו, אמר לו מלוי לקחתיה, והוא אמר לי שלקחה ממך, א"ל ראובן והלא אתה יודע שקרקע זו שלי היתה או של אבותי, והודה לו שמעון בזו או שתק, זכה ראובן בקרקע וכו' ומה שכתב הרבינו יונה "או שתק" הדבר ברור שזהו מפרש במה דאמר המערער את לאו קא מודית, ובטענה זו זכה בקרקע אף שאין לו עדים שהקרקע שלו, וזהו שכתב הרא"ש לפרש מדברי רבינו יונה שאף שכתב מקודם דא"א לפרש שמתחלה הודה המחזיק שיודע שהקרקע שלו, ושעל זה כתב הרא"ש דלא מוכח לישנא כלל שהודה המחזיק, אך זהו אם היינו צריכים לפרש שבתחלת הטענה הודה לו ולא הוזכר זה בגמ', אבל רבינו יונה כתב שאחר שאמר מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך, אז אמר לו המערער והלא אתה יודע שקרקע זו שלי היתה ושתק המחזיק, ואמרינן בזה שתיקה כהודאה.

ומה שהוצרך הרא"ש להוסיף על דברי רבינו יונה וכתב ולי נראה, זהו משום דכבר כתבנו החילוק בין גדר הפה שאסר הוא הפה שהתיר ובין גדר מיגו, דמיגו הוא בגדר ראיה והוכחה, והנה מקודם כשטען הרא"ש על פי' הרשב"ם וכתב דלא מוכח לישנא שהודה שהקרקע היתה של המערער, אלא שאמר מפי המוכרה לו שהוא אמר לו שקנאה ממנו, ואילו היה עומד בפנינו אותו שמכרה לו היה נאמן לומר שלך היתה ולקחתיה ממנו במיגו דלא היתה שלך מעולם, וא"כ זה הבא מכחו אמאי לא מהימן נמי בטענה זו עכ"ל, ולכאורה קשה למה הזכיר טעמא דנאמנות משום מיגו ולא בלשון הפה שאסר הוא הפה שהתיר כמפורש כן במשנה בכתובות ריש פ"ב אכן ראיתי כן גם בחדושי הרמב"ן בסוגיא זו, שמקודם כתב ופי' ולאו קא מודית הודאה גמורה היה מודה לו שהוא של אבותיו, אבל מאי דאמר לו ההוא גברא דדידיה הוי לאו הודאה היא, דאע"ג דהודאת

בע"ד כמאה עדים הכא לא, דהא איהו אמר דזבנא מינך, והפה שאסר הוא הפה שהתיר, אלא כיון דקא מודה האי דאיהו גופיה ידע דאבהתיה היא ואיהו מיניה לא זבנה הו"ל ספק וודאי, ואין ספק מוציא מידי ודאי, וכן נראה מדברי רבינו הגדול שהוא מפרשה כשהלה מודה לו שהוא עצמו יודע שהיתה למערער זה, ואע"פ שהרב ר' אברהם בר' דוד ז"ל מפרש דאיהו לא ידע כלל אלא מפיו של זה המוכר, ולא אמרינן הפה שאסר הוא הפה שהתיר אלא בדבר שהאוסרו אוסרו מידיעתו ומתירו מידיעתו, אבל הכא זה שמע מפי המוכר כי של זה היתה מתחילה, ובאמת היה ראוי להאמינו דהודאת בע"ד כמאה עדים, וכי הדר אמר אנא זבנתה מיניה זה הדבר אצלו בספק ואין לו להאמינו על זכותו, וא"כ הו"ל ספק וודאי, ואין ספק מוציא מידי ודאי, ואין הדברים אצלי אלא דברי הבאי שזה נאמן הוא לומר כך וכך אמר לו פלוני, מיגו דאי בעי אמר לאו דידך הוא ואותו פלוני נאמן היה לומר מפלוני לקחתיה בדין מיגו שאילו בב"ד אמר כן היו מאמינים אותו, עכשיו שאמר לו למה לא יהא נאמן, עכ"ד הרמב"ן, וצריך באור מה שבתחלה כתב בדין הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ואח"כ כשבא להשיג על דברי הראב"ד כתב מדין מיגו.

ונראה לבאר מקודם דברי הראב"ד דסובר דמה דתנן שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו שהפה שאסר הוא הפה שהתיר, זהו רק כשאמר כן בב"ד, ואף דהגמ' בכתובות דף כ"ב אמר על זה למה לי קרא סברא היא, הוא אסרה והוא שרי לה, מ"מ גם לשון זה הוא אסרה והוא שרי לה לא שייך אלא בב"ד שהם המחליטים ע"פ דבורו אם אסר ואם התיר, אבל יחיד השומע ממנו לא יוכל לדין הך דינא, דכיון שהוא האוסר הוא המתיר, דאפשר היו ב"ד חוקרין אותו עד שהיה מודה שמה שאסרה אמת, ומה שהתיר אח"כ אינו אמת והיינו בדיני ממון שצריך ב"ד לפסוק למי שייך השדה, ובזה נוכל להבין מה שהרמב"ן החולק על הראב"ד בא על זה בטענת מיגו, שלהמוכר לו היה מיגו, וכן למחזיק זה יש מיגו, ושינה שיטתו שמתחלה קודם שהביא דברי הראב"ד לא נחת עלה מטעם מיגו אלא מטעם הפה שאסר, אלא דהרמב"ן נחת כאן גם לסברת הראב"ד דלא נוכל לבוא כאן מדין הפה שאסר, כיון שאינו מתיר ממש שהוא אינו יודע, לכן אף שגם זה אינו יודע אם השדה היתה של המערער אלא מפי המוכרה לו, מ"מ יש לומר דבזה צריך הוא לקבל הודאת המוכרו שהשדה היתה של המערער, אבל על זה שקנה אין לו רשות להאמינו לכן נחת על זה הרמב"ן מדין מיגו, שמיגו הוא ראיה והוכחה, וגם הוא להחליט ע"פ המיגו דודאי קנה המוכרו לו מהמערער.

ובזה חידש רבינו יונה לומר דיש חילוק בין אם הודה המחזיק מקודם שהקרקע היתה של המערער, קודם שאמר מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך, ובין אם אמר לו זה

אח"כ, דבתחלה כשהודה ולא היה אז שום ראיה שהמוכר קנה מהמערער ודאי אינו נאמן אח"כ והוי מיגו למפרע, אבל אם מקודם אמר מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך שכבר היה דין להאמינו ע"פ הראיה של מיגו, בזה היה סברא להאמינו אף לאחר שהודה שיודע בעצמו כיון שכבר היה ראיית המיגו קודם, לכן כתב רבינו יונה דכמו שאם באו עדים שהשדה של המערער לא יוכל המחזיק לזכות בהשדה אלא בשטר או עדים שקנה מהמערער, כן גם עתה שהודה שיודע בעצמו, כן לא יוכל לזכות בהשדה אלא בשטר, וטעמו נראה דסובר דאין אנו מצרפין הטענות שמקודם, ואף דמקודם היה לו מיגו, וכן המוכרה לו היה נאמן במיגו, אבל עכשיו שיש עדים אינו נאמן בזה, וכן הוא בדין כשהודה הודאה גמורה, שיודע בעצמו דהודאתו כמאה עדים.

וע"ז בא הרא"ש מטעם אחר דכיון דגם זה שאנו מאמינים לו שאמר לו המוכרה לו שקנה מהמערער אינו אלא מדין מיגו, דכבר כתבנו דברי הראב"ד דמטעם הפה שאסר אין לבוא כאן, וכיון שאנו צריכין למיגו כתב הרא"ש שאין המיגו טוב לגבי המחזיק כי אינו רוצה לטעון לא היתה שלך מעולם, שירא שמא ימצא המערער עדים שהיתה שלו, ומיושב התימה שתמה המל"מ על הרא"ש שהוא למד בדברי הרא"ש שדעתו לפרש שלא הודה שיודע בעצמו, ולכן תמה שפיר אבל לפי מה שכתבנו מיושב.

והנה המ"מ כתב וז"ל וכתבו המפרשים אם בא זה לחזור על המוכר שמכרה לו מחמת אחריות, יש מי שכתב שהדין עם הלוקח כיון שיצאה ממנו בב"ד, ויש מי שכתב שהמוכר יכול לטעון אתה הפסדת על עצמך כשהודית שהיתה שלו, שאם לא הודית כיון שלא היו לו עדים שהיתה שלו לא היתה יוצאה ממך, וכן נראה מדברי ההלכות ועיקר, וכתב על זה הלח"מ והביא דברי הרי"ף שכתב הילכך דינא הוא דמהדר ליה להאי ארעא, דאודי ליה דדיליה הוא, דאזל איהו ותבע לאידך דזבנה מניה, ואי אית ליה פסידא בהאי דאודי ליה איהו דאפסיד אנפשיה דלא איבעי ליה למזבן ארעא הדין, עכ"ד, וכתב הלח"מ וז"ל ובאמת שתחלת הדברים שכתב ואי אית ליה פסידא בהאי דאודי איהו דאפסיד נפשיה, משמע כדברי המ"מ דהוא הפסיד על עצמו במה שהודה, אבל מ"מ מה שכתב בסוף דלא הוה ליה למזבן ארעא הדין לא משמע כן, דהיה לו לומר דלא הוה ליה לאודויי דזהו הטעם האמיתי, ולא היה לו לומר דלא הוה ליה למזבן, ונראה דמשום זה כתב הב"י בסי' קמ"ו על דברי הרי"ף ואינם מובנים אצלי, וכתב הלח"מ ולי נראה פירוש אחר בדבריו שלא כדברי המ"מ דודאי יכול לתבוע הדמים שמכרם לו בהם, וזהו שכתב בתחלת דבריו, ואזל איהו ותבע להההוא דזבנה, דלפירוש המ"מ איך יכול לתבוע ממנו כיון שאין לו דין עמו, לכן כתב לפרש דנ"מ רק אם הוקרה הקרקע אינו

נותן לו אלא הדמים שנתן בראשונה והוא לו הפסד, ובודאי דאין לחייבו משום שהודה שהוא אמר באמת הדברים כאשר היו ואין להענישו בשביל כך, אלא בשביל שהיה לו לדקדק כשלקח הקרקע שיהי' למוכר ראיה ברורה שלקחו ממי שמכרו לו, וכיון שהוא לא דקדק בכך ראוי לו שיפסיד מה שעלה הקרקע ונתייקר ולא יתנו לו אלא הדמים עכ"ל הלח"מ.

והנה דברי הלח"מ אינם מבוארים דאם מעיקר הדין צריך לשלם כמו שנתייקר מה מחלק בין עיקר הדמים למה שנתייקר, וכתב וכיון שהוא לא דקדק ראוי לו שיפסיד מה שעלה הקרקע ונתייקר, ממ"נ אם מה שלא דקדק היא טענה יפסיד כל הדמים, ואם אינה טענה למה יפסיד מה שנתייקר, אמנם לכאורה יש להוכיח כדברי הלח"מ מעיקר הלכה דהא הרי"ף מפרש שהודה שיודע בעצמו שהיתה של המערער, כמו שכתב כאן הרמב"ם בפירוש, וכתב על זה המ"מ וכל מה שכתב רבינו עד סוף הפרק מבואר בהלכות, וכן כתב הרמב"ן בחידושיו שהרי"ף מפרש כן, וא"כ הלא הוא הלכה בב"מ דף ט"ו ע"ב הכיר בה שאינה שלו ולקחה מעות יש לו שבח אין לו, וא"כ כאן אם נימא דמה שלא דקדק אם המוכר לו קנה מהמערער הוי כמו הכיר בה שאינו שלו דאין לו שבח גם בשביל שנתייקר אינו צריך לשלם כמו שפירש"י בהא דרב משום שקרקע זה אינו קנוי לו, ואם נימא דכיון שהמוכר לו אמר לו דזבנה מהמערער לא הוי כמו הכיר בה שאינה שלו, וצריך לשלם גם שבח למה יפסיד מה שנתייקר בשביל שלא דקדק, אכן אין לצרף דין זה עם הכיר בה שאינה שלו, דשם נתברר שאינה שלו, וגם המוכר ידע שאינה שלו, אבל כאן הלא המוכר טוען שהיא שלו, וכן אמר להמחזיק דזבנה מהמערער, ולכן מה שמוציאין מהמחזיק בשביל שהודה בעצמו שיודע שהיתה של המערער אין המוכר אשם בדבר.

אלא דבאמת מפורש בדברי הרשב"א מובא בש"מ שכתב וז"ל ולענין האחריות כתב רש"י ז"ל דיכול לחזור על המוכר שהרי הוציאה המערער מידו בב"ד, אבל מורי הרב ז"ל כתב שהפסיד לוקח שהוא גרם לעצמו, וכ"נ מדברי הרי"ף ז"ל עכ"ל, וכן מפורש שם מדברי רבינו יונה מעליות הר"י וז"ל קבל עליו לוי אחריות מכירת זו הקרקע והרי היא יוצאת מתחת יד שמעון בדין מחמת מה שהודה שהוא יודע שהיתה של ראובן מתחלה כמו שבארנו יכול לוי לטעון ברי לי שלקחתי ממנו, והרי אני נאמן הייתי לומר שלקחתיה ממנו מתוך שהייתי יכול לומר שלא היתה שלו מעולם אלא שהדין נותן שתצא מתחת ידיך, הואיל שאתה יודע שהיתה של ראובן, ואין אתה יודע במקח שלקחתיה ממנו, עכ"ד, ואף שלא סיים מפורש שלוי פטור אבל פשוט דזהו כונתו, ועוד שמורו הרב של הרשב"א הוא הרבינו יונה, וא"כ מפורש ברבינו יונה והרשב"א דלא כהלח"מ.

אכן מוטל עלינו ליישב דברי הרי"ף שעמד על זה הלח"מ שכתב הילכך דינא הוא דמהדר ליה להאי ארעא דאודי ליה דדיליה היא, דאזל איהו ותבע לאידך דזבנה מיניה ואי אית ליה פסידא בהאי דאודי ליה איהו דאפסיד אנפשיה דלא איבעי ליה למזבן ארעא הדין, שתמה על זה בצדק הלח"מ דמה כתב דאזל איהו ותבע לאידך דזבנה מיניה, דמה יתבע כיון שכתב אח"כ שאינו יכול לתבוע כיון שאנו מפרשים דבריו שגם הקרן אינו יכול לתבוע ונראה דאם המוכר לו ידע שהוא יודע שהקרקע היתה של המערער אז אין לו טענה למה הודה, דודאי אין זה טענה שיטעון שקר שאינו יודע כיון שזה באמת נוגע בקיום המקח שלא יוכל המערער לתבוע ממנו כל זמן שלא יודה לו, ולכן התחיל הרי"ף שהוא יתבע מן המוכר לו וזהו אם המוכר יודע שהוא יודע דודאי היה לו לחשוב שיודה ויוציאו ב"ד ממנו הקרקע, ואח"כ כתב ואי אית ליה פסידא בהאי דאודי, והיינו אם המוכר לו לא ידע שהוא יודע בעצמו שהיתה של המערער דאז לא יצטרך המוכר לשלם לו שלא חשב שהוא יודע וחשב שלא יגיד אלא מפלניא זבינתה דזבנה מינך, דאז לא היו מוציאין ממנו, על זה כתב איהו דאפסיד אנפשיה וסיים דבריו דלא הוי ליה למזבן ארעא הדין, והיינו דכיון שיודע בעצמו שהיתה של המערער היה לו לחשוב שהמערער ישאל אותו בב"ד ויהי' מוכרח להודות, אבל המוכר אינו מחוייב לשלם לו שלא היה לו לקנות הקרקע באופן זה, והיה לו לומר למוכר שיודע בעצמו שהיתה של המערער, והיה לו לשאול אם יש לו עדים שקנה מהמערער, וזהו שכתב המ"מ שהמוכר יכול לטעון לו אתה הפסדת על עצמך כשהודית שהיתה שלו, והיינו שהוא אינו חייב בדבר, שלא ידע שהוא יודע שהקרקע של המערער ויודה, וא"כ רק הוא גרם במה שהודה, והוסיף הרי"ף דכיון דבאמת ידע לא הוה למזבן ארעא הדין והיינו שהיה צריך לחשוב שיוציא המערער ממנו הקרקע כשלא ישקר ויודה על האמת, והמוכר לו אינו חייב שלא ידע שהוא יודע בעצמו שהיתה של המערער.

פרק טו

הלכה ז

ראובן שהיה בתוך שדה ובא שמעון וערער עליו ואמר ראובן שדה זו מלוי קניתיה ואכלתי שני חזקה אמר לו שמעון והלא שטר זה מקויים בידי שאני לקחתיה מלוי מהיום ארבעה שנים, חזר ראובן ואמר וכי תעלה על דעתך ששלש שנים בלבד יש לי משקניתיה, שנים רבות יש לי משלקחתיה ואני קדמתיך, הרי טענת ראובן טענה, שאדם קורא לשנים רבות שני חזקה, לפיכך אם הביא ראובן עדים שאכלה שבע

שנים שנמצא שאכלה שני חזקה קודם שלקחה שמעון מעמידין אותה בידו, אבל אם אכלה פחות משבע שנים תחזור לשמעון שאין לך מחאה גדולה מזו שהרי מכרה קודם שהחזיק ראובן.

והלא שטר זה מקויים בידי, הלח"מ הביא דברי הכ"מ בפי"ב הל' ח' על מה שכתב הרמב"ם, אבל אם מכר הבן שדה זו בפני עצמה אין לך מחאה גדולה מזו, שכתב על זה המ"מ וז"ל כתב הרשב"א שאין צריך מכירה בשטר, אלא אפי' מכר בעדים הויא מחאה, וכן נראה מדברי רבינו שלא הזכיר, וכתב ע"ז הכ"מ אומר אני שנעלם מעיני ה"ה מש"כ רבינו בפ' ט"ו גבי ראובן שהיה בתוך שדה ובא שמעון וערער עליו, שנראה מדבריו שם שצריך מכירה בשטר שכתב והלא שטר מקויים בידי שאני לקחתיה מלוי, וכתב ע"ז כאן הלח"מ דהתם ודאי צריך שתהיה המכירה בשטר כדי שתקרא מחאה דשאני התם דהרי היה אכילת שלש שנים אחר המכירה דאם לא היה בשטר זה אומר כיון שעברו שלש שנים ולא מיחה לא נזהרתי בשטרי אבל כשעשה מעשה ומכר בשטר היה לו להזהר, ודומה לזה כתב הרא"ש בפסקיו עכ"ד ולא נתבאר לי דברי הלח"מ, דמה שכתב שדומה לזה כתב הרא"ש אין שייכות דבריו לדברי הרא"ש, דהרא"ש כתב והוא שהמכר היה בשטר דאית ליה קלא, אבל בעדים בלא שטר לית ליה קלא כמו מחאה ואע"ג דאמר לקמן צריך למחות בסוף כל שלש ושלש התם היינו טעמא שאם ישתוק שלש שנים נראה כחוזר בו מן המחאה, אבל הכא כיון שמכרה לאחר אי אפשר לחזור מן המחאה, ולא כתב זה הרא"ש בטעמא דצריך דוקא שהמכר היה בשטר, וזהו רק קושיא ותירוץ למה א"צ כאן מחאה בסוף כל שלש ושלש וסגי כשהמכירה הי' בתחלת ד' שנים.

ומה שכתב הרא"ש והוא שהמכר היה בשטר דאית ליה קלא, אבל בעדים לית ליה קלא כמו מחאה, כונתו דלית ליה קלא כמו מחאה דאינו דומה למחאה, דאף דמחאה מהני כשאומר בפני שנים וא"צ שטר היינו דמחאה אמרינן חברך חברא אית ליה ובודאי יפרסמו העדים המחאה ויגיע למחזיק, דהא אומר במחאה פלוני הוא גזלן שאוכל שדה שלי, אבל כשמכר בעל השדה את השדה שלו לאחר אין יודעים העדים שאחר מחזיק בשדהו ולא יפרסמו וכן כתבו הראשונים, וראיתי בדברי הפלפלא חריפתא על הרא"ש שכתב על זה שכתב הרא"ש כמו מחאה כדברי הלח"מ, אבל דבריו תמוהים עכ"פ הרא"ש הוא כשיטת הראשונים שסוברים דלא הוי מחאה אלא כשמכר בשטר, ואין מדברי הרא"ש סיוע לדברי הרמב"ם.

ונראה דמה שטען המערער שיש לו שטר, וכתב כן הרמב"ם אינו בשביל מסקנת הסוגיא דאם אכלה שית אין לך מחאה גדולה מזו, דהא לא ידע מקודם כמה שנים יטעון המחזיק

שהחזיק, ולא אמר אלא אכלתי שני חזקה, ומדברי המחזיק שאמר מי סברת שני חזקה תלת שני מבואר שהמערער לא ידע כמה שנים טוען המחזיק, וא"כ א"א לומר שבשביל זה טען שטר הי' בידי ולא אמר שיש לו עדים לכן צ"ל דכיון שהקרקע היתה מקודם של לוי ולכן לגבי המחזיק שהוא מוחזק בהשדה גם אם הי' מביא עדי חזקה שלא בפני לוי מקבלין אותן ב"ד דלהחזיק מקבלין שלא בפני בע"ד, אבל לגבי שמעון המערער התובע השדה כיון שאינו מוחזק, לכן אף שתובע עתה מראובן המחזיק, מ"מ כל זמן שאין לוי הבעלים הראשונים בב"ד אין יכולים ב"ד לקבל עדים שלא בפניו שהוא מכר השדה שלו לשמעון ואין יכולים להוציא פסק ב"ד שהשדה הוא של שמעון ולהוציא ע"י זה מראובן, ולכן טען שיש לו שטר, ובשטר הרי מקבלין שלא בפני בע"ד.

פרק טז

הלכה ב

טען העד ואמר תלם אחד הוא שעשיתי סימן ולא כל השדה ואותו התלם הסמוך למצר בלבד הוא של ראובן, הרי זה טענה הנשמעת ויש לו לערער על כל השדה חוץ מאותו התלם.

טען העד ואמר תלם אחד וכו', כתב הלח"מ בגמ' כתובות דף ק"ט נראה דמפרש כפי' הרי"ף דאיירי שהחזיק שלש שנים אחר ההודאה, וכדכתב הר"ן ודבר זה פשוט הוא ולכך לא כתבו עכ"ל, והנה הרי"ף לא כתב דמיירי שהחזיק שלש שנים אחר הודאה, וכתב רק והוא דהוי ארעא בידיה, אבל ליתא בידיה אינו נאמן, אלא שהר"ן בפירושו כתב שנראה מדבריו דהכא מיירי שהוציאה העורר מיד המחזיק והחזיק בה ג' שנים, ועכשיו חזר ובא זה בטענת הודאתו שעשאה סימן לאחר להוציאה מידו, ומשו"ה נאמן לטעון חזרתי ולקחתי ממנו אחר ההודאה כיון שהחזיק בה ג' שנים, ולפיכך כתב הרי"ף דהיכא דליתא בידיה אינו נאמן, עכ"ל הר"ן, פירושו של הר"נ בדברי הרי"ף קשה דאם החזיק ג' שנים פשיטא מה צריך אביי להביא על זה דאמר ר' יוחנן אם אמר חזרתי ולקחתי ממנו נאמן, ובש"מ מביא פי' תלמידי רבינו יונה דבאמת לא החזיק המערער ג' שנים, ומ"מ כיון שלהמחזיק לא היה שום ראיה על השדה רק זה שהמערער עשאה סימן בשטר שהיא שלו אין ראיה זאת מפורסמת כ"כ שיסמוך עליה המחזיק כשהמערער החזיק בה מחדש ולא ימחה בידו ולסמוך על טענת אחוי שטרך, והוא חידוש גדול, וכשאמר רבי יוחנן אם טען ואמר חזרתי ולקחתיה ממנו הי' לו לפרש זה דנאמן גם בחזקה מעט, אלא דיש לומר דזהו שאמר ר' יוחנן דנאמן בטענה לבד לומר לקחתי, ואינו צריך ג' שנים כמו בכל

קרקע, ומדברי הרי"ף משמע כפירוש תלמידי הר"י שלא כתב אלא שהקרקע הי' ביד המערער, אך לפי"ז ודאי קשה על הרמב"ם שלא הביא זה כיון שהוא חדוש גדול בהלכה.

והנה בעיקר ההלכה דתנן במתני' העורר על השדה והוא חתום עליה בעד וכן עשאה סימן לאחר, יש לעיין למה תנן באופן זה שמי שהוא חתום בעד, או מי שעשאה סימן רוצים להוציאה מיד המוחזק בה שבשביל זה אין יכולים להוציא, ולמה לא תנן דגם באופן שמי שחתם בעד, או עשאה סימן לאחר אפשר להוציא ממנו ע"י זה את השדה אף שהוא מוחזק בה, ומוכח דאף דהוא ראיה ע"י חתימתו בהשטר או ע"י הסימן מ"מ אינו ראיה אלא לבטל זכותו מה שהיה יכול להוציא מהמחזיק, אבל אם הוא מוחזק בהשדה אין הראיה כ"כ חזקה שבשביל זה אפשר להוציא ממנו, ועיין בראשונים בש"מ שכתבו כן דאפשר כתב רק בתורת סימן, אלא דלפי"ז קשה למה הוצרך האפוטרפוס לומר דאבוהן דיתמי יטעון חזרתי ולקחתי ממנו ולכן נראה דטענה זו שכתבה רק לסימן אינה טענה מצוייה כלל ואין טוענין בה ליתומים, אבל לטעון חזרתי ולקחתי הרי היא טענה מצויה אלא שצריך לזה עדי חזקה, אבל ע"י מיגו הא מהני, ולכן נאמר דאף דאין הטענה מצויה מ"מ מהני זה בתורת מיגו שכיון שאם הי' טוען אם הי' מוחזק היה נאמן כמו שכתבנו דאין הראיה חזקה כ"כ להוציא מן המוחזק, לכן מהני לטעון חזרתי ולקחתי במיגו שהיה כופר לגמרי בכל הראי' והי' אומר שכתב רק לסימן.

ומכאן יהיה ראיה לדברי התוס' בב"ב דף ע' ע"ב בד"ה מאן דאמר, דאף דסוברים דאין טוענין ליתמי נאנסו מ"מ טוענין להם החזרתי במיגו דנאנסו כיון דאביהם היה נאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו, דהא טען זה האפוטרופוס אם היה אבוהון דיתמי קיים הוי טעין חזרתי ולקחתי ממנו ואמר אביי דשפיר קאמר.

ומבואר מה שכתב הרי"ף והוא דהוי ארעא בידיה משום דאם השדה בחזקתו אין מוציאין ממנו אם היה כופר בעיקר הראיה שעשאה סימן, ויהי' טוען שהשדה היא שלו, ולכן אפי' אם הוא מודה וטוען חזרתי ולקחתי נאמן, ועיקר חדושו של ר' יוחנן הוא דנאמן במיגו משום דאין כאן ראיה ברורה, ובזה נוכל לבאר השמטת הרמב"ם דכיון דממתני' מוכח דאין הסימן ראיה ברורה, דהא תנן דדוקא העורר אינו יכול להוציא, וא"כ אם טען חזרתי ולקחתי יש לו מיגו, וזהו משנה דשדה זו של אביך היתה ולקחתיה נאמן, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר.

הלכה ה

לפיכך ישבע [ראובן] היסת שלא מכר ותחזור לו השדה וישבע שמעון היסת שאינו חייב כלום בפירות שאכל ויפטר.

הנה הבעה"ת שער כ"א חלק ה' הוכיח מדברי הרמב"ם כאן דעד המסייע אינו פוטר משבועת היסת ודבריו תמוהין דלא מטעם דע"א אינו פוטר אלא משום דחזקה אינה פוטרת משבועת היסת דהא פסק בפי"א הל' ב' דבכל חזקה של ג' שנים ואפי' אם יש שני עדים על החזקה נשבע היסת ואין זה מטעם ע"א אלא משום דחזקה של ג' שנים אינה פוטרת משבועת היסת, ויש לומר דשאני התם דהעד היה צריך להקרקע שתשאר בידי המחזיק עפ"י עדותו לכן לא מהני לפטור משבועה דלהוציא מחזקתו בלא שבועה לא מהני אבל כאן שהקרקע חוזרת והשאלה היא רק על הפירות שהוא מוחזק ובזה היה מהני ע"א המסייע לפוטרו משבועה ולכן הוכיח מכאן הבעה"ת שע"א המסייע אינו פוטר משבועה, שוב מצאתי שעמד על קושיא זו המל"מ בפי"א מטוען הל' ב'.