הלכה · משנה תורה · מפרשים · אור שמח · ספר משפטים

אור שמח על משנה תורה, הלכות טוען ונטען

רבי מאיר שמחה הכהן מדווינסק

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אור שמח על משנה תורה, הלכות טוען ונטען

רבי מאיר שמחה הכהן מדווינסק

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/אור-שמח-על-משנה-תורה-הלכות-טוען-ונטען/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה 39-202611200317v של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה ח 4
הלכה ט 6
הלכה יא 8
הלכה יב 8
הלכה יג 13
פרק ב 13
הלכה ב 13
הלכה ה 17
הלכה יא 17
פרק ג 17
הלכה ה 17
הלכה ו 18
הלכה י 20
הלכה יד 21
פרק ד 21
הלכה ד 21
הלכה ה 23
הלכה ו 24
פרק ה 24
הלכה א 24
הלכה ב 25
הלכה ה 28
הלכה ו 28
הלכה יא 29
פרק ו 29
הלכה א 29
הלכה ג 30
הלכה ה 30
הלכה ו 30
פרק ז 31
הלכה א 31
הלכה ב 35
הלכה ה 35
פרק ח 35
הלכה ד 35
הלכה ו 36
הלכה ז 38
פרק ט 39
הלכה ז 39
הלכה יב 39
פרק י 40
הלכה ו 40
פרק יא 41
הלכה ב 41
פרק יב 41
הלכה ב 41
פרק יד 42
הלכה ה 42
הלכה ז 43
פרק טו 44
הלכה ט 44
פרק טז 44
הלכה ד 44

פרק א

הלכה ח

כור חטים יש לי בידך בודאי והנתבע אומר איני יודע אם חטים הוא או שעורים ה"ז נשבע היסת שאינו יודע ומשלם שעורים:

רבים הקשו על דברי רבינו מדידיה אדידיה, דבהלכות שאלה פ"ה כתב בכה"ג דהפקיד שק צרור ופשע בו המפקיד אומר מרגליות היו והשומר אומר איני יודע שמא סיגים היו ישבע בעל הפקדון ויטול עיי"ש, וכל דבריו המה דברי רבו הר"י בן מיגש בפרק שבועת הדיינין כמו שהובא בההמ"ג שם, ולפי דבריו שם כפי העתקת ההמ"ג קשה טובא, דלפ"ז כאן באומר איני יודע אם חטים או שעורים שהוא מודה שהוא חייב לו ואינו יודע מה הוא הלה נשבע ונוטל, ואיך כתב דאינו משלם רק שעורים ועין לח"מ, אולם בחידושי הר"י בן מיגש כך לשונו, כי אמרינן מנה לי בידך והלה אומר א"י כו' ה"מ דקאמר בעיקרא דמילתא דאשתכח דליכא דררא דממונא ומש"ה משתבע דלא ידע ומיפטר, אבל הכא כיון דאיכא דררא דממונא דהא קא מודה ליה דיהב ליה מידי ומתחייב ליה לשלומי ניהליה מיהו לא ידע מאי ניהו כו' דהא איכא דררא דממונא בינייהו, ובזה מובן אחר, דבשק צרור שהפקיד גביה הלא מעיקרא כי נתחייב בשמירה קא נחית להתחייב על מה שיש בו על מה שאינו יודע מעיקרא, ונתחייב לשלם במידי דמונח בהשק אע"פ שאינו יודע ונמצא דבעת החיוב לא ידע במאי קא מתחייב ונתחייב על תביעת המפקיד שטוען ברי, משא"כ באומר איני יודע אם חטים או שעורים, מעיקרא כי נתחייב הא לא נתחייב רק על מה שיודע שלוקח ממנו זה חייב לשלם, רק לאחר כך נתהווה אצלו ספק אם חטים או שעורים, ואשתכח דאם לא נתחייב רק בשעורים הלא על חטים לא נחית כלל לחיוב וליכא דררא דממונא גבי תביעת חטים לכן על תביעת חטים משתבע ומפטר, זה ברור בדברי קדשו של הר"י בן מיגש ורבינו קם אדעתיה דרבו, והא דפסק דחייב בדמי שעורים היינו כיון דהוא אומר שהוא חייב בדמי שעורים, רק שאם אינו מגיע רק שעורים הלא הודה התובע שאין לו אצלו שעורים ואיהו דאפסיד אנפשיה, דנאמן אדם לחוב לעצמו יותר ממאה עדים, וכיון דהוא מודה שהוא חייב רק רוצה ליפטר מדבריו של התובע בספק, שאם חייב לו חטים הלא יש בכלל דמי חטים שעורים ולא נפטר כלל מחיובו, וכיון שהחיוב ודאי והפטור הוא בספק ע"י דבריו, בכה"ג סבר רבינו דחייב, ועיין מה שהארכתי בכה"ג בסברת רבינו בהלכות זכיה ומתנה פרק ו' הלכה ט' ואינו מתנגד אל מה שכתוב שם דמספק אינה גובה דאימור מחלה אף עפ"י שהיא טוענת ברי שלא מחלה יעו"ש דברי נועם בס"ד, ובלא זה התם הוי ספיקא דדינא וכאן הוי ספק

במציאות לפי טענתו ואמרינן ליה אנת לא ידע אהן ידע ועיין להש"ך סימן צ' ס"ק ט"ז והנלע"ד כתבתי בזה ודוק:

כור חטים כו' איני יודע שמא יש לך כו' ונפטר לפי שלא חייב עצמו בודאי:

הנה בגמרא דילן הגירסא דחייב בבא לצאת ידי שמים, וכבר נודע שיטת הפוסקים דבכל מקום דחייב לצאת ידי שמים מועיל תפיסה, ולפ"ז הקשו המחברים מהך עובדא דהנהו עיזי דאכלי חושלא דאמר אבוה דשמואל דנאמן לטעון כדי דמיהן, תיפוק ליה דהא איהו טעין ברי והבעלים טעין שמא ומועיל תפיסה, אם לא דנאמר דהיכי דהוא לא הוה ליה למידע גם לצאת יד"ש פטור. ונראה לדעתי דמשמע מגמרא דהיא מסורה לרועה ומבית הרועה יצאתה, ונתבונן דהא דחייב השומר ונכנס תחת הבעלים להתחייב בנזקי הבהמה אינו מצד שחייב לשלם להניזק עבור נזקי הבהמה שתחת ידו כיון דלאו ממונו הוי ואטו חייב בנזקי בהמת אחרים, וע"כ דמחייב לשלם לבעל הבהמה מה שהבעלים מחויב לשלם לאחרים וכמו שמחויב לשלם אם הוזקה כן קיבל עליו חיוב תשלומי נזקיה, [הגם דבתוספות פרק הכונס גבי נטלוה לסטים פירשו דסברא הוא דמחויב לשלם מי שהבהמה תחת ידו, זה דוקא כשנטלוה באונס מהבעלים, אבל כשמסר אותה לשומר החיוב רמי על הבעלים רק שלבעלים מחויב השומר לשלם] ונמצא דכאן אינו מחויב לשלם השומר לבעלים דאימור לא הזיקה ולא אכלה החושלא והבעלים טעין שמא והוי שמא ושמא דמיפטר לגמרי ואין על השומר חיוב לצאת יד"ש ג"כ, רק אם נאמר דיכול הניזק לתפוס מצד הברי הלא הוא נגד הבעלים ותו יתחייב השומר לשלם עבור שלא שמר בהמתו ואתפסה לעיזי בידא דלא מצי לאפוקי ממנו ויתחייב השומר לשלם לבעלים עבור תפיסתו כאילו הוזקה, ונמצא דהניזוק מפסיד בתפיסתו להשומר דעליו אין חיוב לגביה לצאת יד"ש, ותו אינו יכול לתפוס כיון דמפסיד בתפיסתו למאן דלא מחייב מידי וכמו שנפסק בשו"ע סימן נ"ח יעו"ש אמנם אי אמרינן דמהימן לומר שהזיקה ומצד נאמנותו במיגו תפיס עבור ההיזק הלא לפי דבריו חייב השומר לשלם להבעלים שפיר מצי תפיס וכמו שאם אומר שהשליח נתן לו על חוב אחר מהימן במיגו דלהד"ם כן הכא נאמן שהזיק והשומר חייב לשלם מיגו דלקוחין בידי, אבל אם אין התפיסה מתורת נאמנות רק משום דהחיוב דרמי על הבעלים לשלם לצאת יד"ש מועיל דיהא יכול לתפוס ואיך יתפוס להזיק להשומר דעליו אין חיוב לצאת יד"ש להבעלים עבור ההיזק דהוי שמא ושמא ומצד נאמנות אינו נאמן. ומדוייק מה שרבינו כתב בפרק י' אבל אתה חייב לכך כו' או הזקת אותי נזק, טענות דהוי ברי דאפ"ה מועיל תפיסתו. אמנם רחוק ליחס זה לרבינו אחרי שלא נזכר כלל בדבריו חיוב דלצאת יד"ש ודוק:

הלכה ט

מנה יש לי בידך בודאי כו' חייב לשלם ולא ישבע התובע כלל אפילו שבועת היסת כו':

פסק בזה כרבו הר"י בן מיגש בשבועות גבי חנווני ופועלים, דאסיק בתירוץ שני שם, דבאיני יודע אם פרעתיך חייב לשלם ולא משתבע התובע היסת, ובשלוחין דאמר בפרק ב' דקדושין דמלוה משתבע ושקיל התם משום דהשליח אומר שפרע לו. אולם בזה פליג רבינו על רבו, דרבו כתב שם דמלוה משתבע היסת ושקיל ולא דמי לחנווני ופועלים דשניהם נוטלין יעו"ש, ורבינו פרק א' משלוחין ה"ז כתב דבע"ח או הפועל נשבע שבועת התורה כדין נשבע ונוטל ויעו"ש בכס"מ, וזה שכתב לעיל הלכה ו' ואין לך מי שנשבע היסת ונוטל כו', בא להוציא סברת רבו, דלדידיה מצאנו תמן דמלוה משתבע היסת ושקיל, ובזה לא נתקיימו דברי ההמ"ג שכתב זהו כדברי רבו האבן מיגש, דאדרבא חולק בזה עליו דלרבו שם איכא נשבע היסת ונוטל:

והנה לקמן פרק ד' הלכה ז' בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא כתב רבינו דיש לו להחרים (במקום שמותר ע"פ הממשלה) על מי שטוען עלי דבר שאינו יודע בודאי שאני חייב בו, וכאן לא הזכיר רבינו חרם, מוכח דכאן אין מחרימין, משום דתנת הקב"ח הוא מהגאונים שלא יצא ממון אדם שלא כדין וכ"ז דוקא בטוענו מספק שמא גזלת ממני וכיו"ב, וכן בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דאם הוי לא טעין אותו התובע היה פטור מלשלם החמשים שספק לו אם לוה ולכך מחרים עליו אם טענו שלא בבירור, אבל כאן בתובעו והלה אמר איני יודע אם פרעתיך הלא אף אם לא טענו כלל רק מעצמו בא והודה לויתי ממך מנה ואיני יודע אם פרעתיך ג"כ חייב לצאת יד"ש, [ולשיטת כמה מקדמונים מהני תפיסה כל היכי דחייב לצאת יד"ש] א"כ מה יחרים עליו שמא טוענו שלא בבירור או בשקר, דל טענתו מכאן ג"כ אין יוצא הממון בגזל גמור דחייב לצאת יד"ש, וכיון שבלא טענתו כל עיקר ג"כ לצאת יד"ש מחויב, תו לא מחרימין אותו אם תובע שלא כדין, וזה לא מצינן להחרים שמא יודע ודאי שפרעו, דבסילוק טענתו הלא בדותא להחרימו שמא יודע שפרע כיון דלך מספקא ואנא לא טענינא אם לא בעית למיתן סב דילך, ובשביל דבעית לאפוקי יד"ש הלכן אקבל בקב"ח, וכיון דהאי גברא מייתי חובה על עצמו בלא טענת אידך לצאת יד"ש תו לא נזקקו ב"ד להחרים שמא מקבל ממון שאינו רק חייב לצאת יד"ש, [ועיין תוספות ב"מ דף צ"א ד"ה לצאת יד"ש], ולכן בפרק א' משלוחין אם מתו השלוחין והמלוה אומר לא נפרעתי דחייב דהוי איני יודע אם פרעתיך דהחוב ודאי והפרעון ספק [וזה לוקח מדברי רבו הר"י בן מיגש שם] כתב דמחרים חרם סתם ומשלם החוב שעליו, משום דתמן באם תסלק טענתו הלא פטור מלצאת יד"ש ג"כ דהא שלח

לו לפרעו ע"י שליח וחזקה שליח עושה שליחותו ודאי פרע למלוה, ואין זה ספק אצלו כלל שלא קיים השליח שליחותו דקים ליה בגויה הואיל והאמינהו מעותיו ועליה סמך שודאי פרעו לגבי לצאת בנפשו יד"ש מצות פריעת חוב, וכן בפ"ב שם מחרים על המוכר המשלח דיד"ש סמיך על הסרסור. ובהנך מתוך שאיל"מ דהלכה ח' דשם טעין הנתבע המשלם טענת ברי לא שייך חרם, דשם טעין ברי ומשביעו היסת לאחר הפרעון כמש"כ ז"ל. ואם כי הקדמונים פסקו דגם בא"י אם פרעתיך מחרימין, דעת רבינו נראה ברור כמש"כ ודוק, ועיין בהלכות אישות פרק ט"ו הלכה י' מש"כ שם:

ובההמ"ג אמר ר"י מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב לצאת יד"ש כו' למה לא כתב כן רבינו יעו"ש. ונראה דלבתר דתקנו חכמים שבועת היסת וצריך לשבע שאינו יודע ואיכא דין הפוך שבועה, תו אינו חייב לצאת יד"ש למיהב למלוה בלא היפוך שבועה שאם אמת כדבריו וברי ליה שהוא חייב ליה מנה ישבע ויטול כדין היפוך, ואם אינו רוצה לשבע הרי דאינו ברי ליה כל כך ואיהו עצמו מסתפק בזה תו גם לצאת יד"ש לא בעי למיהב ליה, ואימתי חייב לצאת יד"ש כשנשבע היסת שאינו יודע ונפטר אפילו כן למיתב ליה לצאת יד"ש בעי. ולפ"ז א"ש מה שכתב ההמ"ג בהלכה ח' מהעיטור שבבא לצאת יד"ש חייב בשעורים, היינו דאילו בחטים הלא לא מתחייב לצאת יד"ש בלא שישבע המלוה ושעורים בעי למיתב ליה לצאת יד"ש בלא שבועה ודוק:

וראיתי בעיטור שקרוב לומר דברי ושמא נשבע ונוטל מדין המוציא הוצאות על נכסי אשתו יעו"ש, ובזה כל חכמי ישראל חלוקין עליו, דשם הוציא הוצאות על נכסי חבירו ואינו ידוע כמה, שם בעי למישבע וליטול יעוין בהלכות גזילה פרק י' הלכה י', ואדרבא נראה מירושלמי דאיהו אמר כרב הונא ור"י דברי ושמא ברי עדיף אפ"ה אינו נוטל המלוה בלא שבועה. ובזה פרשתי דברי הירושלמי סוף פרק שבועת הדיינין והלה אמר איני יודע, פירוש אם הלוה אמר שתים היה שוה והמלוה אמר איני יודע ר' בא ר"ה בשם רב אמר "אנא" (כצ"ל) לית ידע אהן ידע בתמיה, פירוש המלוה אומר דאיהו לא ידע אע"פ שנאבד מרשותו והלוה ידע בתמיה כו' בעא קומי ר' יונה תמן אמרת את ליה ידע אהן ידע, פירוש בסוף ב"ק אמר רב הונא דברי ושמא ברי עדיף וחייב לשלם, תמן לית חלול שבועה דמצי המלוה לשבע וליטול הכא יש חלול שבועה שהלוה לא מצי לשבע ששתים היה שוה שמא יוציא המלוה פקדונו ותתחלל השבועה וכמו דפירש המראה הפנים שזה מיקרי חלול השבועה כמו חלול השם, וכיון דאין מניחין הלוה לשבע תו אינו נוטל במה דטעין ברי דשיטת ירושלמי לרב הונא דסובר ברי עדיף לא שקיל בלא שבועה, ובפרט דירושלמי אזיל אליבא דרב ואיהו סבר מתוך שאינו יכול לשבע מפסיד

בתלמודין, וכן אמר בירושלמי בשם רבנן דתמן, אבל לר' יוחנן דקיי"ל כוותיה דאוקי ממונא בחזקת מריה פטור לגמרי ואף אם המלוה רוצה לשבע אינו נוטל וכמו שמוסכם מכל הקדמונים וגם לשון העיטור שם אינו מבורר עיי"ש ואכמ"ל:

הלכה יא

הורו רבותי כו':

נ"ב תשובת הרי"ף סימן צ"ב, ושם דאף הבת תוכל להחרים סתם להאם דאם טוענת שקר אסור ואינה עושה מעשה עמיו כו', זה כוונתו יעו"ש, ועיין לקמן הלכות ממרים פרק ו' הלכה י"א וצ"ע, ועיין ספר חסידים סימן תקפ"ד בזה:

הלכה יב

כל מי שנתחייב שבועה כו' מגלגל עליו המשביע כו':

יש להסתפק בהא דקיי"ל גלגול שבועה דאורייתא מי אמרינן דלדעתו ולטובתו של התובע הוא אם רוצה לתבוע ולגלגל שישבע רמי עליו התורה שישבע, אבל אם אינו טוען השבע לי על הגלגולים אין כאן חיוב שבועה כלל, או דילמא ל"ש. והדבר צריך ביאור, דאבוהון דכולהו ילפינן מסוטה דמגלגל עליה אמן שלא שטית ארוסה מי הוה קפידא דמוכרח לגלגל או לא. ונראה דאם הבעל אינו מקפיד בודאי א"צ לגלגל שלא שטית מאיש אחר, אבל כי מקפיד וחשודה ע"ז מאיש אחר צ"ב אם מגלגלין אף כי לא טעין בעל שחושדה ע"ז או לא. והנה מלשון רבינו פרק ד' מסוטה יש לבעל לגלגל משמע דרשות בידו לגלגל אם ירצה, [ובזה א"ש דאם לא היה רוצה לא היה מגלגל עליה להבא ושפיר משכחת בשני בועלין דשותה וחוזרת ושותה]. וכן ראיתי להריטב"א בסוגיא דשאולה ושכורה שכתב תוך דבריו דשבועה ע"י גלגול אי טעין השבע לי משבעינן ליה ואם לאו לא משבעינן ליה, משא"כ בשבועת שומרין דאף אם לא טעין משבעינן ליה כו', מפורש דדוקא אם רוצה התובע להשביעו משביעין אותו ע"י גלגול וראיה דאפילו בטענת ספק מגלגל עליו:

ולפ"ז נראה דהא דמודה סומכוס היכי דאיכא שבועה דאורייתא דאינו מובן כיון דבברי וברי נמי אמר סומכוס דיחלוקו אטו משום דהנתבע מחויב שבועה עדיף כח הנתבע ונשבע ונפטר. והעיקר כפי שפירש ראב"ד בשט"מ דכיון דאיכא דרא דממונא היינו שהספק לפנינו לא נאמין לא לדברי התובע ולא לדברי הנתבע וב"ד פוסקין דיחלוקו, אבל היכי דמחויב שבועה הלא אף שתאמר המוציא מחבירו עליו הראיה ג"כ צריך הנתבע לשבע וכי לא רוצה לשבע משלם וא"כ איך יאמרו דיחלוקו כיון דלא נשבע, וכיון דמשתבע איך נאמר דהוא חשוד כיון דהתורה האמינתו וע"כ מהימן דלא נהימניה

לחצאין, עכ"ד. ולפ"ז בגלגול שבועה אם נימא כמש"כ מצי טעין התובע איני רוצה שישבע על הגלגול, וכיון דלא טעין השבע לי שוב אינו מחויב שבועה ואינו חשוד כלל ושפיר מצי אמרי ב"ד יחלוקו, והא דקאמר שם בסוגיא זה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע היינו ע"י גלגול אף לסומכוס דמתניתין אתיא כוותיה, משום דכ"ז דלא נשבע דכדרכה מתה צריך לשלם הכל, וכי נשבע דכדרכה מתה ע"כ הוא דשכורה הויא, דאל"ה הרי מחויב לשלם דמי הפרה דכיון דשאולה היא מה לי אם כדרכה מתה או לא, וא"כ כיון שהאמינתו תורה בשבועה איך נאמין אותו לחצאין, ולכן כי נשבע הפסיד המשאיל לגמרי, כיון דעיקר השבועה עם הגלגול בדבר אחד בנשוא אחד, אבל היכי שהגלגול הוא דבר אחר ודאי מצי אמר איני רוצה שישבע, ונמצא כאילו לא היה גלגול שבועה מן התורה וצ"ל יחלוקו. ולכך א"ש דפירש רש"י בפרק השואל דף ק' דאמר לרבה בר"ה דסומכוס אמר אף בברי וברי מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא דלקמן מוקמינן לה בדקטעה לידיה כו' ואית ליה דנשבעין על העבדים כו' דנקיט רש"י אוקימתא קמייתא דאיפורך מדר"י ב"ח שם, ולפ"ז א"ש דלא מצי לאוקמי כר' אושעיא משום זוקקין, דא"כ מצי התובע לומר אין אני רוצה שישבע על העבד ואינו חשוד יותר ממני ונשאר הטענה על העבד כאילו לא היה גלגול שבועה כאן, וכיון דמספקא לן מי האומר אמת פסקינן דיחלוקו ודוק:

ואחרי שהעלינו כ"ז, נקדים מה דפרשתי מכבר בחידושי דהא דחייבה התורה שבועת שומרין אינו כשבועות דעלמא רק הוא כדאמר הגמרא בדף ל"ה כדי להפיס דעתו של בעה"ב דמן הדין אינו חשוד כלל, דאטו מי קא טעין ליה ברי, רק התורה חששה להפיס דעת בעה"ב שנתן ממונו לאחר לעשות בו כרצונו וישיבנו בלא כלום, [וכן הביא הריטב"א בשם הראב"ד], אבל אם אינו נשבע אינו חשוד כלל. ובזה בארתי מה דדחו קדמאי שנויא דחיקא דמתרץ בגמרא על שבועת השומרים דיהא נאמן במיגו דהחזרתי, והקדמונים אמרו בזה טעמים שונים הביאם ר"ן בפרק כל הנשבעין, ולפ"ז א"ש דלא שייך מיגו גבי שומרין דלבית דין נאמן הוא בלא זה רק להפיס דעתו של בעה"ב ולא יופס דעתו במיגו, וזה בעצם שנויא דגמרא פרק המפקיד ל"ה משעת מיתה הוא דקני ליה ושבועה כדי להפיס דעתו של בעה"ב, פירוש דאינו חשוד כלל רק כדי להפיס דעתו רמיא רחמנא עליה לשבע, ולכן אם לא ירצה הבעלים לדון עם השוכר תו לית ליה מה לתבוע כלל, ואין לבעלים מה ליתבע מהשואל:

ובזה אמרתי ע"ד החדוד דרמי ב"ח דבעי בפרק השואל בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר הוי ומתמה רבא מאי נפק"מ הא בבעלים הוא ואמר כגון דאגרא פרה מעלמא

ואינסבה ואליבא דר' יוסי דאמר תחזור פרה לבעלים בעי מי משלם בעל כי מתה להמשכיר יעו"ש, ופירשו בתוס' פרק המפקיד שם דמזה מוכח דסבר רמב"ח בטעמא דר' יוסי כקושיית הגמרא ולימא ליה דל אנת ודל שבועתך ושוכר בשבועה הוא דקני להו, דאם משום פרתי גבך מאי בעי לא שייך כאן דהשוכר היא האשה אינה גובה כלום דאצלה הוי הבעל שומר בבעלים יעו"ש באורך, ולפ"ז ע"כ סבר רמב"ח דבלא שבועה חייב השוכר לשלם וחיוב ממון גביה איתא למשכיר דהוא חשוד כ"ז שלא נשבע ששקר טוען, ולכן על רמב"ח שפיר מקשה רבא בשבועות שם שבועת השומרין דחייבה רחמנא המ"ל דלרמי ב"ח גופיה החיוב שבועה אינו רק כדי להפיס דעתו לחודא. אך גם משום דבלא השבועה חשוד הוא בעינינו שטוען שקר, ושפיר מקשה דיהא נאמן במיגו ועוד הארכתי ואכ"מ:

וא"כ יתכן לומר בזה דלחייב הבעה"ב לא צותה תורה גבי שומרין שישבע וכאן לסומכוס דמן הדין היה לב"ד לפסוק דיחלוקו רק כיון דאיכא שבועה והכא דבלא השבועה אינו חשוד יותר מן התובע רק כדי להפיס דעתו, א"כ יאמר המשאיל לא ניחא לי כלל בהך שבועה ואטול מחצה, [ויכנס גם זה בכוונת המכילתא שבועת ד' תהיה ב"ש ולא בע"כ], וע"כ דהא דקאמר ז"א שאולה וז"א שכורה ישבע מיירי דאיכא כאן כפירה והודאה ובלא שבועה הוא חשוד ולא מצי ב"ד לפסוק יחלוקו לעוות הדין להוציא שלא במשפט, וכיון דנשבע ע"כ נאמן לגמרי דתרתי לא עבדי שישבע ויחלוקו. ואיך סמכה משנתנו למינקט חד בבא דברי וברי בדאיכא כאן כפירה והודאה ע"כ דכולה מתניתא ובבי דרישא מוכרח נמי דאיירי בכפירה והודאה והיינו כרב נחמן ור' יוחנן דבלא עסק שבועה ברי ושמא ברי עדיפא, וא"כ א"ש דרב נחמן ור"י סברי בשבועות מ"ה דאם שכרו שלא בעדים נאמן לומר מיגו דאמרינן מיגו דהעזה ולפ"ז קשיא שבועת שומרין כו' היכי מ"ל וע"כ משום דשבועה זו רק להפיס דעת בעה"ב, וא"כ קשיא אמאי ישבע כאן לסומכוס, וצ"ל דאיירי בעסק שבועה דכפירה והודאה והיינו דבלא עסק שבועה ברי ושמא אוקי ממון אחזקתיה. ולפ"ז יתכן לומר דרב ששת יסבור דברי ושמא ברי עדיף וכרבה בר"ה דאפילו בברי וברי אמר יחלוקו, וא"כ משנתנו ע"כ משום גלגול שבועה, [דמחמת שמשיב הבהמה הקיימת הלא הוי הילך ופטור לרב ששת לעיל ד'] וא"כ קשה, אם נימא דלהפיס דעתו של בע"ב א"כ אמאי ישבע לסומכוס ולא יחלוקו, וצ"ל דאינו משום להפיס דעתו של בעה"ב, ואי קשיא לימא מיגו, ע"כ דלא אמרינן מיגו דהעזה, ולכך סבר שם רב ששת דאף אם שכרו שלא בעדים מ"מ נשבע ונוטל, וכיון דסבר כרבה בר"ה ע"כ לא מצי סבר הך שנויא דזוקקין דא"כ קשה אמאי ישבע אנלגול ולא אמר יחלוקו, וע"כ שני תרוצא

אחרינא הא מני ר"מ דנשבעין על העבדים. ולכן קרי רמב"ח עליה דרב ששת וישם דוד את הדברים האלה בלבו ודוק:

אולם ראיתי להנמוק"י ריש ב"מ גבי אתיא מגלגול שבועה דעד אחד וכן פסק בשו"ע סימן צ"ד בפשיטות דאף אם לא טעין בגלגול משבעינן ליה ופליגי על הריטב"א וכתבו דבסוטה משביעין אותה אף אם הבעל לא טעין רק מאיש זה וזה כחולק על רבינו בהלכות סוטה שכתב יש לבעל לגלגל וצ"ע. אמנם ברור, דתליא בפירושא דשמעתתא דסוף שבועות א"ב לפתוח לו, דלפירוש רש"י דבשכיר אין פותחין לומר שישבע על הגלגול ודוקא בשכיר דהקילו גביה, אבל בשאר גלגולי שבועה פותחין שישבע אף אם לא טעין התובע שישבע על הגלגול וכדכתב הנמוק"י בשם תוספות, אבל רבינו לטעמיה דמפרש הך דפותחין היינו שב"ד יפתחו לשכיר שלא ישבע על הגלגולים, הא בכל מקום אם טעין התובע לשבע על הגלגול משביעין אותו, ואף למ"ד דאין מגלגלין לשכיר מכל מקום אין פותחין ב"ד לומר שלא ישבע א"כ אין ראיה וא"ש דבכל גלגול שבועה דוקא כי טעין התובע שישבע על הגלגול וכמש"כ הריטב"א ועיין ריטב"א סוף שבועות, ודוק בכ"ז:

הקצות נסתפק במוציא שטר מקויים והלוה טוען פרעתיך, ועוד חזר הלוה וטען למלוה מלוה ע"פ בעד אחד באופן שמחויב שבועה דאורייתא אם מגלגל עליו לשבע מה"ת שלא נפרע דכיון דכתיב ולקח בעליו ולא ישלם וילפינן דאין שבועה בנוטלים הוה"ד ע"י גלגולים, ומה שהביא בסימן רכ"ו מתוספות פ"ק דב"מ אין ראיה, דשם טוען דפרע לו גם עבור השטר ולדידיה שוה השטר פרוטה, דהא ראיה שבו שוה פרוטה ולכן נשבעין ע"י גלגול אף ע"ג דאין גופו ממון וכמו דנשבע עליו היסת עיין סימן נ"ד בש"ך, והגם דלאחר דיפרע מהלוקח יחזיר השטר לקרעו מכל מקום הוא משביעו כי לא יהיב לו בלתי שיטרוף מן הלוקח דהוי כמו דשקיל מיניה ממונא בלוקח באחריות, וכן בלוקח שלא באחריות יהא עליו תרעומות וא"כ מגלגל עליו שבועות, והנתיבות כתב דלא ידע מקום ספק בזה כלל דודאי מגלגלין, ונעלם מהן כי הוא ירושלמי מפורש בפרק כל הנשבעין סוף הלכה א' ז"ל מהו לגלגל שבועת תורה על שבועת [תקנה] נשמעיניה מן הדא מגלגלין שבועת תורה על שבועת תורה, שבועת תקנה על שבועת תקנה תורה על שבועת תקנה שבועת תקנה על שבועת תורה תמן זה נשבע ואינו משלם [זה נשבע ואינו משלם] ברם הכא זה נשבע ונוטל וזה נשבע ואינו משלם, ופירושו נראה, דאם נתחייב לו שבועה שישבע ויטול והוא תובעו עוד מלוה האם מחויב ע"י גלגול לישבע וליפטר, וכן אם נתחייב לשבע וליפטר ויש לו שטר על המשביע מי יכול לגלגל עליו לשבע שלא יפרע, וזהו ספק הרב בקצות:

אולם גירסת הירושלמי מהו לגלגל שבועת תורה על שבועת תורה עיין מראה"פ שתמה דדין גלגול שבועה נשנה פעמים הרבה בירושלמי. ואולי אפשר דבעי לר' יהודה במשנתנו דסבר דשכיר ונחבל ונגזל אינם נשבעים ונוטלים עד שיתחייבו הבעלים שבועה כגון שיודה במקצת ואז התובע נשבע ונוטל, ובעי אם לא הודה הבעלים מקצת רק איהו אמר נתתי והשכיר אמר לא נטלתי, והשכיר תובעו עוד טענה ע"י עד ונמצא אם מגלגלין על הבעלים לשבע שנתן לו השכר פעולה יתחייב שבועת התורה והוי כמודה במקצת שחייב לשבע ותו יהא השכיר נשבע ונוטל, וע"ז אמר נשמעיניה מן הדא מגלגלין שבועת תורה על שבועת תקנה כו', וע"ז דחי תמן זה נשבע ואינו משלם ברם הכא זה נשבע ונוטל וזה נשבע ואינו משלם, שלא אמרנו דע"י שבועה שצריך הבעלים לשבע ולא ישלם מתורת גלגולה ישבע השכיר ויטול, וזה דחוק בלשון ירושלמי. [ולפרש הירושלמי דלר"י אם הבעלים הודה במקצת וחייב שבועה הפכוה חכמים לשכנגדו לשבע וליטול ובעי אם השכיר תובעו עוד טענה אחרת שלא משום שכירות, אם מגלגלין על הבעה"ב לשבע ולפטר אף שאינו נשבע על השכירות והוא משלם הוי כמאן דאמר תרי דינרין אני חייב לך הא טריפין לך (בסוף פירקא) הא לא מחוור דהא עדיפא טפי משילם לו טרם שגלגל עליו דפסקו דבכה"ג פטור מן הגלגולים]. וכפי הנראה טעמא הא דאין נשבעין על קרקע, שעניני קרקע נתנה התורה להתברר על ידי עדים שרגילות לעשותן בפומבי בקולי קולות וכמו שאמרו גבי אין רואה שאם יש רואה שיביא ראיה ויפטר, וכן מצאנו לחכמים פרק חזקת נ"ב עליו להביא ראיה דאם איתא כו' היו לו עדים בדבר כו' ולכן לא הצריכה תורה שבועה בקרקע לכן ע"י גלגול נשבעין, וכן משמע בסוגיא דפוגמת שתי תשובות בדבר חדא כו' ועוד אין נשבעין על כפירת שע"ק, מוכח דאם היו נשבעין וליטול קשה דאין נשבעין על כפירת שע"ק, וזה נגד קו"ח מה במקום שהמוחזק במטלטלין צריך לשבע ליפטר, בקרקע אלים כח המוחזק שלא בשבועה, בקרקע שהמוחזק אלים כחו דאינו נשבע, כש"כ שהבא ליטול צריך לשבע, אך למה דפרישית ניחא, דהתורה לא נחתה כאן לשבועה, דענין הקרקע צריך עדים הן להורע כח המחזיק הן להעדיף כח המחזיק, אבל הא דאין נשבעין ונוטלין הלא ע"כ גזירת הכתוב הוא דלגבי פוגמת או עד אחד מעיד שהוא פרוע דאע"ג דהעד מעיד לסייע להמוחזק ואינו זוקק להשביע את הנוטל, ועל כרחין גזה"כ הוא לכן אף בתורת גלגול ליכא חיוב שבועה עליה ודוק:

ודע דהמשמעות שהבאתי מהך דפוגמת יש לדחות, די"ל דה"ק אף אם תאמר דשטר העומד לגבות כגבוי דמי והויא היא כמוחזקת בהקרקע וכמו דסברי ב"ש ועיין יבמות (דף לח), בכ"ז הא שעבוד קרקעות הויא, וא"כ לא קשיא דנימא קו"ח דהעד שמסייע

להמוחזק יחייבו שבועה, דאדרבא חשבינן להאשה למוחזקת בנכסים דכמאן דגבוי דמיא, מ"מ בעצם הסברא היא נכונה, דמש"ה איכא תורת גלגול בקרקע דהויא מחמת חולשת הטענה דעניני הקרקע איתעבידו ע"י עדים ולכן מגלגלין וכמו דמגלגלין על טענת ספק וכיו"ב, משא"כ בנשבע ליטול גזה"כ הוא, לכן אף ע"י גלגול אין נשבעין כפי מה שנראה מירושלמי, ודוק היטב:

הלכה יג

או תן לו כל מה שגלגל עליך מטענות הודא[י]ות:

הנה בשבועת היסת הוא נפק"מ אם כבר חייבוהו ב"ד לשבע היסת והתובע קיבל בחרם שאינו משביע בחנם ואחרי זה נזכר להוסיף תביעות ולגלגל, וע"ז אין צריך לקב"ח דתו אין כאן שמע שוא שכבר הוא מחויב לשבע, ואם ישלם על טענה ראשונה הלא על טענות אחרים אם ישביעו היסת יהא צריך לקבל בחרם וזה אינו רוצה ודוק:

פרק ב

הלכה ב

אחד הנשבע לשקר שבועת בטוי או שבועת עדות כו' הרי הוא חשוד על השבועה:

רש"י פירש דבשבועת בטוי דלהבא שבשעה שנשבע לא יצאת מפיו לשקר אינו חשוד לשבועה, ועיין ההמ"ג, ולכאורה נראה להביא ראיה לשיטת רש"י והעומדים בשיטתו, מהא דפ"ק דקדושין ילפינן גלגול שבועה מסוטה דכתיב ואמרה האשה אמן אמן, אמן שלא שיטתי ארוסה וארוסה לא בת קנוי כו' הרי דמגלגלין יעו"ש פלפול ארוך בסוגיא, וקשה לי טובא, דא"כ לר"מ דסבר בפרק היה מביא דאמן שלא נטמאתי אמן שלא אטמא א"כ נגלגל שבועות להבא ונאמר שיכול להשביעו שלא יגנוב ממנו או שלא יגזול ממנו וזה מילתא דתמיה ולא שמענו מעולם, וע"כ דלא דמי, וא"כ כל עיקר שבועה ע"י גלגול מנא לן למילף ואטו לר"מ לית ליה גלגול שבועה, ועוד דרבינו פסק כר"מ והראב"ד הסכים על ידו משום דסוגיא כוותיה אזלא, ואין לומר משום דאיך יגלגל עליו שבועה להבא דאטו מוכרח הוא להתעסק עמו להבא ואם יעסוק עמו הלא אז יתהוה המשא ומתן, משא"כ בסוטה שקשר שלה שאסורה לזנות תחתיו הוא בא מעת הנשואין, זה אינו דא"כ בעבדו ומי שנתקשר בשותפות בקנינים וכיו"ב שכבר הוא מחויב להתעסק אטו מי יכול לגלגל עליו, ועוד דהגמרא פשיט דיכול לגלגל עליה שאם יגרשנה ויחזירנה ותטמא, אף דהאיסור לזנות יתהוה כשיחזירנה, ואולי משום דבידו מיהת שלא לגרשה ותהיה אסורה לזנות מחמת הנשואין הראשונים, אבל בגוונא שכתבנו קשה אטו יכול

לגלגל עליו שבועות להבא. ובהתבוננני בספרים מצאתי להמהרי"ט בשניות חו"מ סימן ק"ה שהעיר דיכול לגלגל להא מהך דשלא אטמא, ורעהו הר"י באסאן כתב שלא שמע זה מימיו. ויהיה מכאן ראיה לשיטת רש"י דבעובר על השבועה דלהבא כיון שבשעה שנשבע לא יצאת מפיו לשקר אינו חשוד, א"כ לא מצאנו שחייבה התורה שבועה רק באופן שיהיה ברור שכן הוא ואם לא הוא חשוד לשבועה ועדות, אבל באופן שלא יהיה בירור ואם יתחייב להבא היינו שיגלגל עליו לשבע להבא אין זה בירור גמור, דנתבונן אם אחרי זמן יתחייב עוד שבועה הלא לא נפטר במה שכבר נשבע, ששבועה שכבר נשבע אין זה בירור שאימור תקפו עליו יצרו לעבור על שבועתו ולהשבע לשקר, ולהוציא שבועה לשקר מפיו אין זה חשוד וא"כ במה נפטר משבועה שצריך להשבע על מה שכבר עבר, וא"כ אמרינן אימת חייבה התורה שבועה ע"י גלגול דוקא גבי סוטה שאם תטמא עוד הלא יהיו המים המאררים בודקין אותה וא"כ לא יהיה צריך אז להקשות, אבל כאן שאם יתחייב בשבועה לא יהיה נפטר במה שכבר נשבע ע"י גלגול תו אין מגלגלין עליו, ואע"ג דשלא אטמא הוא כולל אף באופן אם תטמא בלא קנוי וסתירה ולא תהיה בר השקאה להבא, בכ"ז הא זה הבירור גופא שהמים בודקין אותה, אבל כאן שלא יהא זה בירור כמה שחייבה התורה שבועה לעבר לא מצאנו בזה גלגול ולא מצינן למילף, וזה תירוץ נכון לשיטת רש"י וסתירה לשיטת רבינו:

אמנם יש להתבונן איך נגלגל עליו שבועה דלהבא, דאין זה שבועה, דהוי רק נשבע לקיים המצוה שכשישבע שלא ינגוב או שלא יעלים ממון חבירו הלא הוי שבועה לקיים המצוה ולהרע ולהיטיב מה וכו' רשות פרט לנשבע לקיים המצוה, ורק דא יש לומר דישבע שלא יטעון כשיתבענו בב"ד רק האמת, ועיין בשו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף ט"ז מי שנתעצמו בדין ונשבעו שלא יטענו רק האמת אם נתחייב אח"כ שבועה מי נפטר בשבועה ראשונה, ושם מבואר כדברינו, דלשיטת רש"י לא נפטר במה שנשבע להבא ממה שנתחייב לשבע על מה שכבר עבר, דאף ע"ג דלהוציא לשקר שבועה מפיו אינו חשוד, בכ"ז לעבור על מה שכבר נשבע הוא חשוד. אולם בהך דשלא אטמא צ"ב הא הוי שבועה לקיים המצוה. ונראה דהא בשבועות פ"ג מוכח דהא דליתא בלאו והן או בלשעבר לשמואל הוא דוקא לקרבן לא למלקות, דמלקות מחייב, וכן כתב הר"ן פ"ק דנדרים בהך דהאומר אשכים ואשנה פרק זה יעו"ש, וכזה אמר הגמרא בשבועות (דף כה) והוא מפרק לה כו' לא הנחתי למלקות, אלמא דמלקות מחייב. אולם לשיטת הקדמונים דאף למלקות אינו חל השבועה צ"ב מאי שבועה היא זו שלא אטמא דהוי כמו שלא אוכל נבילות וכיו"ב, ואי משום דנשבעין לקיים המצוה ע"ד נשבעתי ואקימה

כו' ואפילו שלא לעבור על ל"ת כמו שהוכיחו הקדמונים בשבועות מהתוספתא, ורבינו פסק כן בפרק ה' מהלכות שבועות הלכה י"א, זה לא מסתבר דע"ז תאמר אמן שלא אטמא, [ועיין בירושלמי שבועות פרק ח' הלכה ב' שבועת סוטה כו' אלא כר"מ דאמר שלא אטמא ואת אשכח מקשייא ולפי דברינו יש להאריך בירושלמי זה ואכ"מ]:

ולולא דמסתפינא הו"א דאמן שלא אטמא לא קאי על השבועה רק על האלה, דכן אמר שם במשנה אמן על האלה אמן על השבועה, ולפ"ז מסולק מה שהקשינו לשיטת רבינו דנילף גלגול שבועה להבא, דאטו זה משום גלגול שבועה, דשלא אטמא הוי נשבע לקיים המצוה ולא חלה אף למלקות רק על האלה קאי ועל לשעבר שפיר יליף דאמן שלא שטיתי ארוסה ודאי קאי גם על השבועה גם על האלה, וזה אפשר להאמר, נמצא דלרבינו לטעמו דמשמע מדבריו בפ"ה משבועות דאין בנשבע לקיים המצוה חיוב משום בטוי אף למלקות עיין שם הלכה י"א וי"ז, וכן דעת רבנן קדמאי ומהם הרמב"ן, א"ש טובא דלא ילפינן גלגול שבועה דלהבא, אף ע"ג דשבועת בטוי חמירא כשבועה דשעבר, והנשבע שבועת בטוי ועבר עליה הוי חשוד על השבועה דלשעבר לשיטת רבינו. ולפ"ז יכול להיות דחוזר ומשקה אותה משום דאימור זכות תלה לה על האלה לחודא, וכשיחזור וישקנה אז חלה השבועה ולא יתלה דאין זכותה גדול ומיושב קושית המהרימ"ט הובא במשל"מ הלכות סוטה ודוק היטב:

ומה שכתבנו דלשיטת רבוותא דסוברים דלקיים המצוה חלה למלקות א"ש הך דשלא אטמא, צ"ב מהא דבשילהי מכות פריך ולחשוב שבועה שלא אחרוש ביו"ט ומשני הא מושבע ועומד מהר סיני הוא, ונתבונן דתמן לענין מלקות קאי דתנא יש חורש תלם אחד וחייב עליה שמונה לאוין כו' ואפ"ה לא חלה שבועה עליה, אולם ניחא, דאימת אמרו דחלה לענין מלקות דוקא לקיים מצוה בקום ועשה הא שלא לעבור על ל"ת ודאי לא לקי משום דאין איסור חל על איסור כמו בכל האיסורים, ולא לקי על נשבע שלא לחרוש ביו"ט, וגדולה מזו כתבו רבנן בתוספות פרק ג' דשבועות דלר"י בן בתירא דנשבע לקיים המצוה חל בשב וא"ת כמו שלא אוכל נבילות וטריפות מודה דאין איסור חל על איסור עיי"ש שכן מפורש בירושלמי א"כ בשלא אטמא הלא הוא ענין שבועה כמו שלא אוכל נבילות ולא חלה עליה. ונראה דלפי מה דמסיק דמגלגל שאם יחזירנה לאחר גרושין שלא תטמא, א"כ תמן הלאו דשבועה עם האיסור של זנות בא כאחד והוי איסור הבא בבת אחת ולא שייך אין איסור חל על איסור, ותו חיילא גם שלא אטמא קודם גרושין בכולל דשבועה דלאחר גרושין דמיגו דחיילא אחרי גירושין חיילא גם קודם גרושין ור"מ לטעמיה דסבר איסור כולל כדאמר סוף פרק ד' אחין מאן האי תנא דאית ליה איסור

כולל ואיסור בת אחת כו' ר"מ הוא ודוק:

סוף דבר העלינו דלכל השיטות אין גלגול שבועה על להבא ודלא כמהרי"ט, ומש"כ רבינו פרק ב' ממלוה ולוה שכולל בשבועה זו שכל מה שירויח יתן לבע"ח כו' הוא תקנת הגאונים ומשום שלא יהא יכול לבזותו בכל פעם בב"ד חששו לטובת הלוה, וכן כתב הר"י באסאן עיי"ש ודוק בכ"ז:

הריב"ש הכריע דנשבע שאוכל ולא אכל לא מיפסל דלא דמי לשבועה שעבר, אבל נשבע שלא אוכל ואכל דבכה"ג במזיד בהתראה לקי לא גרע מכל עבירות שבתורה שלוקין עליהן דמיפסל. והנה הראשונים הביאו ראיה דהוי חשוד מהא דגריס בה"ג בפרק הכותב ידענא בה בהך איתתא דמפקא ש"ש לבטלה, ופירושו דכמה פעמים נשבעה שלא תאכל ואכלה, אלמא דבכה"ג הוי חשוד על השבועה, ועיין רא"ש פרק השולח סימן ח' ולדעתי נראה דאין ראיה, דבאמת צריך להבין להנך שיטות ובראשם רש"י הא שפיר קאמר הריב"ש דנשבע שלא אוכל ואכל הוי לאו שיש בו מלקות ואמאי גרע מכל לאוין שבתורה, וצ"ל משום דלאו זה גרע מכל לאוין שיש בהן מלקות דכאן כי אכיל את מה שנשבע שלא יאכל הוי לאו דיכול למשאל אחרי אכילתו על עצם שבועתו, וגוף הלאו היינו היא שלא יחלל שבועתו וישקר זה ישנו בשאלה, ולא דמי לאכול הקדישות שהקדיש בעצמו, דתמן גוף הלאו שלא יאכל הקדש אינו בשאלה רק מצד אחר אתי עלה שאינו הקדש כלל, אבל כאן גוף האיסור שבאמת מותר הככר לו רק שהוא נשבע הלא מצי להשאל עליו, וא"כ אנן דקיי"ל כאמימר דאמר אכלה כולה נשאלין עליה, הלא איתא בשאלה אף לאחר אכילה טרם שלקה, א"כ אין זה לאו שיש בו מלקות ככל לאוין שבתורה, שמכיון שעשה אין תרופה להסיר מלקותו ממנו, וקילא עליה ולא נעשה חשוד על השבועה, ואף לפי מה שהעלו איזה ראשונים ומהם בשם ראב"ד בספר תמים דעים, שדוקא היכא דאיכא עונש מלקות או קרבן, אבל במזיד ולא אתרו ביה אינו נשאל עליו שלא יהא עליו העונש בידי שמים, מ"מ כאן בעי שיעבור עבירה שיש בה מלקות אם היה דין מלקות בזה נפסל בעבר בלא התראה ובזה"ז, א"כ בלאו זה שאם הוי בו מלקות הלא היה מהני בו שאלה, א"כ תו הלאו הזה קילא ליה דבידו להשאל עליו אף לאחר העבירה ולא ילקוהו ולא הוי לאו שיש בו מלקות, ומכש"כ לפי מש"כ הרא"ש דמצי להשאל להפטר מעונש מלקות אם לא אתרו ביה, אבל רבא לטעמיה דסבר אכלה כולה אין נשאלין עליה (פ"ג דשבועות דף כח) א"כ הלאו הזה הוא ככל לאוין שבתורה שלאחר שעבר אין תקנה עליו ומיפסל בשלא אוכל ואכל מטעם שעבר עבירה שיש בה מלקות, לכן אפכה רבא לשכנגדו בהך איתתא דמפקא ש"ש לבטלה, ויותר מזה אף

בנשבע ע"ד רבים שלא יאכל ככר זה ואכל מ"מ אם אכל איתנהו בשאלה דהוי כמו לדבר מצוה דלרבים ניחא להו שיפטר זה מהעונש ולא הוי כלאו שיש בו מלקות לדידן דקיי"ל כאמימר ודוק:

הלכה ה

נתחייב החשוד כו' מן הנשבעים ונוטלים כו':

נ"ב תשובות הרי"ף סימן פ"ה:

הלכה יא

וכבר בארנו בשבועות שכל הנשבע על ממון חבירו ועשה תשובה חייב להוסיף חומש:

מדלא נקט גם אשם ע"כ דבזה"ז איירי שאין קרבן צריך להוסיף חומש, וכפי הנראה מדברי רבינו דאם נשבע לשקר לכחש בממון חבירו לא מתכשר עד שיוסיף חומש שזה אינו רק בהודה לא בביאת עדים לבד, אבל בתשלומי קרן דע"פ עדים מפקינן לא מתכשר וכמש"כ רבינו לקמן הלכות עדות פרק י"ב, אבל שאר פסולי עדות כו' או שגזלו אף ע"פ ששלמו צריכין תשובה ועיין בכס"מ שם, וכשמוסיף חומש דלכפרה אתי ובלא הודה לא מפקינן, ועיין תוספות פרק הגוזל עצים דף ק"ח ד"ה ובאו עדים, ע"ז ודאי מוכיח דעשה תשובה ומתכשר, ובשו"ע לא ביארו זה. ובזה"ז דאין מוציאין את החומש בדייניו השתא דבטלה הסמיכה משום דהוי לא שכיח ואין גובין אותו דייני חוץ לארץ כמו שמבואר בהלכות סנהדרין פ"ה יעו"ש, מ"מ לענין תשובה הוא פרט אחד המעכב את התשובה ודוק:

פרק ג

הלכה ה

אם יש בכפירה שתי מעין חייב:

הנה מהרי"ט בתשובה כתב דשותפין שתבעו אותו וכפר להם שתי כסף אף שלכל אחד אינו מגיע שתי כסף נשבע יעו"ש בחו"מ סימן ק"ה ועיין פתחי תשובה סימן צ"ג ס"ק ד', וכפי הנראה דזה תליא בבעיית הירושלמי סוטה סוף פ"ג גנב משל שותפות מה את עביד לה כגניבה אחת או כשתי גניבות, הרי דלשיטת ירושלמי אם כשתי גניבות נמכר וחוזר ונמכר ודלא כשיטת בבלי בקדושין, ה"נ לקולא דליכא שתי כסף לכל חד ופטור ופשוט:

הלכה ו

העיד עליו עד אחד כו' ה"ז נשבע כו':

ההמ"ג הביא מחלוקת בין הפוסקים אם עד אחד מחייב לשבועה בטענת שמא, ודעת הרשב"א לפטור, ועיקר הוכחתו הוא מסוגיא דקדושין בשמעתא דגלגול שבועה בתר דיליף מסוטה אמר אשכחן ברי שמא מנ"ל, שפשטיות הגמרא קשה, הא בסוטה הוי טענת ספק ואפ"ה מגלגלין על ספק, ומזה הוכיח דהא עיקר הילפותא הוא מקו"ח דממון שניתנה להתבע בעד אחד ובספק לא נתנה להתבע בעד אחד. אולם לדעתי יש להוכיח מסוגיא זו כשיטת הסוברים לחייבו שבועה בטענת שמא עפ"י אחד, דבהא דאמר קו"ח ומה סוטה שלא ניתנה להתבע בעד אחד מגלגלין, איך הוא הלא הקו"ח שלא ניתנה להתבע בעד אחד על הסתירה והא לר' אליעזר ליכא קו"ח, דאיהו אמר בריש סוטה מקנא לה עפ"י שנים ומשקה לה עפ"י עד אחד, הרי דעל הסתירה אפילו אין רק עד אחד או עפ"י עצמו משקה לה ומשביעה וא"כ ליכא קו"ח, ואם נאמר דעל הקנוי פריך דבעי שיהא בקנוי שני עדים, זה בדותא, דאם נאמר דבעי שיהא בקנוי שני עדים, הלא אם לא קינא לה רק עפ"י עד אחד ונסתרה אח"כ בעדים אינה אסורה לבעלה ומותר להיות עמה, כיון שלהקנוי לא היה דין קנוי הוי כסתירה בלא קנוי ולא הוי רגלים לדבר ואין אוסרין על היחוד, משא"כ למ"ד סתירה עפ"י שני עדים, בכ"ז אם ראה הבעל בעצמו שנסתרה אחר הקנוי אף שאין עדים ואין משקין אותה, בכ"ז אסורה לו שהוא יודע ושויא אנפשיה חתיכה דאיסורא שהוא לעצמו כשני עדים דמי כשמ"כ רבינו פ"א מסוטה הלכה ח', א"כ הא דאין משקין עפ"י עד אחד הוא מתורת דלא מהימנינן ליה, לכן שפיר אמר קו"ח, משא"כ בקנוי עפ"י עד אחד דלא משום נאמנות אמרינן דאין עד אחד נאמן, דהא להבעל בעצמו שיודע שקינא לה ג"כ שריא, חזינא דלא מקרי קנוי כלל וזה חוק מחוקי התורה, א"כ לא שייך בזה קו"ח דממון אם עד אחד נאמן חייב לשלם ומאי זה יחס זה לזה. וצ"ל לר"א כך, דסוטה שלא נתנה להתבע בעד אחד, היינו אם יבוא אחד ויאמר שזינתה בפניו אינו משקה אותה ואין עד אחד נאמן כלל בדבר שבערוה, ואם הבעל טוען ברי הלא לא שייך השקאה שאין משקין רק להתירה לבעל ואיהו שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ונאמר שזכות תלה לה או שאינו מנוקה מעון, וע"כ בטוען שמא, א"כ בכה"ג קאמר ממון שנתנה להתבע בעד אחד, הרי דאף ע"י טענת שמא מחויב שבועה ע"י עד אחד, ואם תאמר דר' אליעזר לית ליה גלגול בטענת ספק, הא אשכחן בפרק הכותב דף פ"ו דר"א סבר דמגלגלין אפילו בדרבנן ובטענת ספק עיי"ש לפום ס"ד, ועוד דכפי הנראה היא הלכה מוסכמת, וכ"ז סעד להפוסקים דאף ע"י שמא מחויב שבועה בעד אחד, ומצאתי

אחרי כתבי בחידושי הריטב"א שם דברים קרובים לדברינו ודוק:

והנה הא דפריך אשכחן טענת ודאי טענת ספק מנ"ל, פרשו רש"י ורבוותא דמה לסוטה שכן עיקר שבועתה הוא בספק, והקשו הא שבועת השומרים עיקרו ספק, וי"מ דאף היא אינה אלא ברי דהואיל וברי שהפקיד ואינו יודע שנפטר ממנו כברי חשבינן ליה, וזה אתיא כפי שיטת הפוסקים דעיקר שבועת השומרים הוא שאינה ברשותו, אבל שבועה שלא פשעתי אינה רק מתורת גלגול, וא"כ על שאינה ברשותו הוא טענת ברי. אולם הרמב"ן שהקשה דהא קיי"ל דאינו מתחייב רק משעת אונסין בשואל או משעת פשיעה בשומר חנם, ע"כ סובר דשבועה שלא פשעתי עיקר שבועה הוי, וכן מוכח מלשון רבינו בפרק ו' משאלה, שו"ח שהביא ראיה שלא פשע בה, הא על פשיעה מוכרח להביא ראיה (עיין נתיבות סימן רצ"ד דבר נכון בזה), אולם לדעתי אין קושיא, דניחזי בסוטה אם אינה יכולה לשבע אסורה לבעל ולבועל, אבל בשבועת ממון אף למה דקיי"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ הלא זה דוקא רק בטוען ברי אבל בטוען התובע שמא לא אשכחן שיהיה משאיל"מ, וביתומים מן היתומים דאיכא שטרא ושמא דיתומים כברי דמיא דאנן טענינן להו לכן לר' אבא אמרינן משאיל"מ, וא"כ בשבועת ספק אין חיוב השבועה חזק שאם לא יוכל לשבע שלא יפטר רק הוא נפטר כמו שנשבע, ולפ"ז שפיר פריך אשכחן טענת ודאי טענת ספק מנ"ל, דעל עיקר השבועה פריך דהיכי דההתובע טוען ספק בעיקר שבועה מנ"ל דמגלגלין עליה כיון שהחיוב אינו חזק ואינו דומיא דסוטה, וכן אפשר דפריך מנ"ל דמגלגלין על טענת ודאי שבועה על ספיקא, ולא מצית למילף מסוטה, דתמן כל עיקר שבועתה בא ע"י ספק לכן הגלגול אף על ספק כמו העיקר, אבל בממון עיקר השבועה אינו רק בטענת ודאי מנ"ל שמגלגלין על ספיקא, ואי משום שפעמים בממון ג"כ באה שבועה על טענת ספק אין זה חיוב חזק שנאמר בו משאיל"מ, לכן אף בטענת ודאי שחיובו חזק שנאמר בו משאיל"מ אינו גורר רק גלגול על טענת ודאי דוגמת עיקר החיוב של שבועה ודוק:

אולם מה דפרישית דאין אומרים מתוך שאיל"מ בטוען התובע שמא, אם כי כן מסתברא דהא חזינא לדידן דקיי"ל דאיני יודע אם פרעתיך דחייב אף אם לא הוה ליה למידע כמ"ש מדברי התוספות פרק כל הנשבעין דף מ"ה וניתב ליה בלא שבועה, בכ"ז כי טעין התובע איני יודע אם פרעת אותי והלוה אומר איני יודע פטור אף במקום דהו"ל למידע כמ"ש הש"ך ועיין משל"מ פרק ד' משאלה ופקדון, וכן לאביי דמחייב בברי ושמא אף במקום דלא הו"ל למידע באינו יודע אם נתחייבתי וכי טעין התובע א"י פטור אף במידי דהו"ל לנתבע למידע, כש"כ כשהוא מודה במקצת ואינו יכול לשבע שאומר חמשין לא ידענא

דבמקום דלא הו"ל למידע פטרוהו רבנן בתוס' ריש פ' הפרה, כש"כ כשגם התובע טוען שמא ודאי דבנתבע לא אמרינן משאיל"מ אף במידי דהו"ל למידע וז"ב, וכן פסק רבינו בהיה החשוד שומר וטען שאבד דהשומר פטור שאין אומרים משאיל"מ בטוען התובע שמא וזה נכון בטעמו, ועיין בסמ"ע סימן שד"מ סק"ח. אולם רבותינו בתוספות ריש פרק השואל דהקשו בסיפא דזה אומר א"י וזה אומר א"י לימא מתוך וכו' יעו"ש מוכח דאף בטוען התובע שמא ג"כ אמרינן מתוך, וכפי מה שתירצו תוספות כתובות י"ב כל עיקר קרא דמשאיל"מ לרב הונא ור"י בטוענו בספק עפ"י העד אף עפ"י דברי ע"י אחר לא הוי ברי עיי"ש היטב דמשום זה אינו ברי ושמא, ועיין סמ"ע סימן רצ"ד ס"ק י"ב בשם התה"ד. ושוב ראיתי מש"כ בזה בקצות סימן ע"ה סק"ט והנלע"ד כתבתי, ודוק בכ"ז:

הלכה י

אין לך בידי כו' פטור אף מדמי שעורים:

הנה הרמ"ה פירש טעמא דפטור מדמי שעורים משום דהדר טעין משטה אני בך הא אם לא טעין משטה חייב בדמי שעורים, וכפי הנראה מפירוש רבינו חננאל הנדפס מחדש שגם הוא פירש כן, וז"ל, דאי תפס פירוש אם קדם ניזק ותפס תורא דאודי ביה כבר והשתא הדר ביה לא מפקינן, פירוש לדבריו כיון דהפטור משום דטעין שמשטה היה בהודאתו, אם היה תפוס בהשור דאודי ביה היה תפוס מכבר שבשעה שהודה כבר היה תפוס ביה, ודאי לא עביד אינש דמשטה במידי דתפיס אידך שכנגדו להודות לו ולכן לא מצי הדר ביה, וכל מה שהאריך בשיטה זו הש"ך סימן פ"ח ס"ק כ"ב כלול בדבריו הקצרים, דה"ה אם היה תפוס מקמי דהדר ביה הנתבע ושתק אלמא דעמד בהודאתו ומודה ליה הודאה גמורה ותו לא מצי טעין משטה, פרט לתפס בתר דהדר ביה לא מהני וזה שכתב והשתא הדר ביה, ולסוף כתב שם באם הלכה כרבה ב"נ דיש מדחים אותו מהלכה, וז"ל עוד אפילו בחיטין פטור משבועה דאורייתא וחייב בדרבנן ויש לו לגלגל גם על השעורין וליתא לדרבה בר נתן, פירוש דבריו כיון דהשתא תקנו רבנן שבועת היסת בימי רב נחמן תו בעי לאשתבועי על החיטין שאין לו ותו מגלגל עליו על השעורין אם אמת שלהשטאה היה מכוון, וכיון שגורם את עצמו ע"י הודאתו לשבע אם לא נתכוין להשטאה על השעורים בתורת גלגול דאין לו חיטין תו לא עביד אינש דמשטה ולגרום שבועה לעצמו, הא בלא טענה דחיטין כי אינו תובעו ברי אינו משביעו שלהשטאה על השעורין היה מכוון כיון שאינו תובעו ברי על השעורין כמש"פ הש"ך סימן פ"א סק"ב, ובהודאה דעלמא דאמר משטה אני בך טעמו דבל"ז יכול להשביעו בטענת ברי שלו על המנה שתובעו, אבל כאן שאינו תובעו על השעורין איך ישטה ויגרום לשבע

ע"י גלגול אם להשטאה היה מכוון, ורבה ב"נ אמר למילתיה טרם נתקן שבועת היסת, ועיין בהשגות לעיל פרק א' הלכה ח' סברא קרובה לזו, וכך היא שיטת רבינו חננאל, וכל חכמי ישראל חולקין עליו ודוק:

הלכה יד

מנה לי אצלך הלואה כו' פקדון או משום נזק.

פירוש אע"ג דחלוקים לענין תשלומי מיטב דמלוה בבינונית ופקדון ונזק בעידית [כדחשיב ר' הושעי' ריש ב"ק דכל השומרין כו'] אפ"ה חדא טענה הוי ודו"ק.

פרק ד

הלכה ד

כיצד מי שטען חבירו כו' חמשים שבשטר זה כו':

זהו כפי מה שכתב הרמב"ן דאם הודה לו בחמשים שבשטר שאבד ואינו בפנינו אין זה כפירת שע"ק, וגדולה מזו כתב רבינו. דאם הוא שטר שאינו מקויים אע"פ שהודה לו, בכ"ז כיון שאינו גובה מן המשועבדים אין זה שע"ק וכן סתם מרן בסימן פ"ח, אמנם יש לעיין טובא, דהנה בשטר שאינו מקויים שמודה לו שלא פרע והוא כתבו, אף ע"ג דאינו גובה ממשעבדי, דאנן טענינן ללקוחות דמזויף או פרוע מיגו דמזויף, בכ"ז הוא דוקא מן הלקוחות שכבר קנו קודם שהודה הא מן הלקוחות שלוקחין מכאן ואילך אחרי הודאתו ודאי דגובה מהן דהודאתו הוי כמו קיום אל השטר שמכאן ואילך הלא מצי למשוי כמה שטרות ונאמן במה שהודה, ולאו מסברא ידענא, רק מגמרא ערוכה פרק איזהו נשך דף ע"ב אמר ר"א המודה בשטר שכתבו אינו צריך לקיימו וגובה מנכסים משועבדים, ופירשו רבוותא קדמאי דלגבות ממשועבדים שמכר אחרי הודאתו בשטר שכתבו ועיין מש"כ בפרק י"ז מהלכות מלוה ולוה, וא"כ הא כיון שמודה גובה ממשועבדים והוי מודה בשעבוד קרקעות, הן דלפי דברי רבינו שכתב שהשטר לא תועיל בו כפירתו כו' ואפילו כפר בו היו כל נכסיו משועבדים וחייב לשלם, משמע דבכה"ג שאילו לא הודה היה השטר בלא קיום ולא הוי גבי ממשעבדי וא"כ אין זה כפירת שע"ק. אולם זה לא נהירא כלל, דנראה פירוש רבינו הוא מטעם שאינו יכול לכפור ולא משום כפירת שע"ק, הן דדברי רבינו צריך ביאור במה שהרכיב מה שנכסיו משעובדים לו עם מה שאינו יכול לכפור:

והנראה לדעתי, דרבינו פסק לקמן דהעדאת עדים הוי כמודה במקצת וחייב שבועה, ונתבונן, דבאמת אמאי מיקרי שעבוד קרקעות הא גם מטלטלין משתעבדי וגובה אפילו

מגלימא דעל כתפיה, ועיין דברי ההמ"ג פי"ו מאישות והנראה, דבכל מקום שהוא כופר בו רק העדים מחייבים אותו והוא מחויב מן השטר והעדאת עדים בשטר לא גרעי ממודה במקצת, ע"ז אמרינן דכל מטלטלים דיליה ודאי דיטמין או ימכרם לאחרים ויפקיע אותם מידי בע"ח, ורק הקרקעות שאפילו אם ימכור יגבם והוי שע"ק, אבל כשמודה ודאי דאין זה שע"ק דדעתו להגבותו כל מה דאית ליה בין קרקע בין מטלטלים, ומשו"ה פירש רבינו דמשום עדי השטר הוי שע"ק ואין נשבעין על כפירת שע"ק, אבל משום שהוא מודה בהנך חמשים דשטר ע"ז אומר שאין זה הודאה משום אינו יכול לכפור שכבר מחויב הוא לשלם מחמת השטר ואף אם כפר חייב לשלם. ולפ"ז במודה בשטר שאינו מקויים בהודאתו מהני דבלא הודאתו לא הוי גבי, ואע"ג דהשתא גבי ממשעבדי הלא גם ממטלטלין הוא גובה ואין זה שע"ק וכיו"ב כתב הרהמ"ג בפרק א' מאישות ודאי דחייב שבועה, ואם כי כוונת רבינו נכון כמו שבארתי, יותר ממה שראיתי בזה, אולם כל הקדמונים הבינו דאף ע"ג דגבי גם ממטלטלין מיקרי שע"ק ולא סברו טעמא דאינו יכול לכפור, א"כ בזה במודה בשטר שאינו מקויים כיון שגובה ממה שמכרן אחרי הודאתו הוי כפירת שע"ק, וצ"ל דהרמב"ן מיירי באין לו קרקעות כלל רק קרקעות שמכרן כבר קודם הודאתו, ובזה שפיר אמר כיון דאינו גובה מטעם דאנן טענינן ללקוחות דמזויף, או פרוע במיגו דמזוייף, אין זה כפירת שע"ק כלל:

ולפ"ז א"ש טובא מה שראינו לרמב"ן בחידושיו פרק גט פשוט בסוגיא דעד אחד בכתב ועד אחד בע"פ, דמפרש הירושלמי דעד אחד בע"פ ועד אחד בכתב מהו שיצטרפו כו' לכן צריכא כשהיו שנים מצי לקיים כתב ידו של אחד ולא מצי לקיים כתב ידו של שני כו' דמפרש שעד אומר בע"פ שאני ראיתי ההלואה כמו שכתוב בשטר, מי אמרינן כיון שזה עושה מעשה שטר ומשעת חתימה הוי ליה שע"ק ועד בע"פ לא עביד שעבוד אינן מצטרפין יעו"ש, והשתא לשיטת רמב"ן שהביא ההמ"ג דכיון דאינו גובה מן המשועבדים הואיל וליתנהו עדים, אף כי מודה אין זה שע"ק וכאן כיון שעד אחד אינו מקויים אינו גובה וא"כ לא הוי כפירת שע"ק, וצ"ע לשיטת רמב"ן הוי עד אחד אינו מקויים כמו שלא היה חתום אלא עד אחד. אולם לפי מה שבארנו דאילו הודה היה גובה ממשועבדים שמכר אחרי הודאתו בלא קיום שע"ז אמרו בסוף איזהו נשך דמודה בשטר שכתבו גובה מנכסים משועבדים כמ"ש הקדמונים ומהם התוס' רי"ד, א"כ השתא שכופר בהך מלוה דבשטר הוי כפירת שע"ק ומיירי דאית ליה ללוה בני חורין, ואע"ג דבלא הודאה אינו גובה ממשעבדי מ"מ כיון דאם הודה היה גובה מן המשועבדים השתא כי כפר הוי שע"ק, לכן בעי אם הן מצטרפין לענין לגבות ממון, כיון דעד המקויים בשטר

שהוא עד אחד הוי עד מכפירת שע"ק אינו מצטרף יעו"ש, ומזה מוכרח דלא כמש"כ הסמ"ע דבשטר גמור אעפ"י שאין לו קרקעות כלל הוי כפירת שע"ק, דא"כ אף בלית ליה קרקע הא מצי לגבות בו מן משועבדים שאחרי הלואה, ועיין בש"ך סימן פ"ח ס"ק מ"ט שהשיג עליו, יהיה איך שיהיה מה שפרשנו בשיטת הרמב"ן הוא נכון ומוכרח בס"ד:

הלכה ה

ה"ז פטור מפני שהוא כמשיב אבידה:

וחייב לשבע היסת, אע"פ שמשיב אבידה גמור אינו נשבע היסת כאן גם כן הוי משיב אבידה גמור, אבל במה שהודה לו סלע השלישי, דאילו הוי אמר שנים כמשמעות השטר הוי פטור משבועה, אבל מכל מקום היסת היה צריך לשבע על השלשה שכופר ועיין נמוק"י בזה, ואם תפטרנו אותו מהיסת תו הלא אתי לאיערומי כמו שאמרו בגמרא דכדי ליפטר מהיסת הודה בסלע השלישי, אבל כי מחייבת ליה בשבועת היסת תו הוי גם כן משיב אבידה גמור, ובסיפא גבי אמר לי אבא שיש לי בידך מנה בין כפר בכל בין מודה במקצת פטור מהיסת דאין כאן טענת ברי כמ"ש רבינו לעיל פרק א' הלכה ז' יעו"ש ודוק:

הקצות סימן ס"ט נסתפק היכי שטען מנה יש לי בידך וא"ל חמשין אית לך וחמשין ל"ל ומת והיורשים אינם יכולים לשבע מי אמרינן בהו משאיל"מ, דדוקא אם חיוב השבועה נתחייבו היורשים בהא גלי קרא דשבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים כו', אבל כאן שאיהו חייב לשבע לא חלקה תורה בין הוא ליורשים כו', והנה בתחלת עיוני נפלאתי הלא מפורש הוא בתוספות שבועות שכתבו שם, דסבר דכיון שאינו יכול לשבע משלם, כש"כ שאם אינו יכול לשבע התובע מפסיד ולכן ביתומים מן היתומים הוי להו לאפסודי כיון שאינן יכולין לשבע רק משום דהוי דרבנן יעו"ש, וכן כתבו בפרק השואל דמשו"ה הפוגם שטרו ומת נשבעין יורשין ונוטלין ולא אמרינן משאי"ל מפסיד דמשום דרבנן הוי, מוכח דאל"ה היה להם להפסיד, הלא יורשין הן ולא אמרינן בהו משאיל"מ, וצ"ל כיון דחיוב השבועה נתחייב אבוהון אין חילוק בין יורשים לבעל דבר עצמו, הרי מבואר דבכה"ג אמרינן מתוך שאיל"מ, ומצאתי אח"ז בנתיבות שהרגיש בזה. אמנם כתב דסתימת הפוסקים מורה להיפוך, ועיין בשער המשפט סימן פ"ז ס"ק כ"ג בזה בשם בעל המאור ורבינו אפרים ודוק:

ובאמת נ"ל שמדין אחר נגעו בה, דהא אמרו בפרק יש בכור דשני יוסף ב"ש שהיו בעיר אחת ולקח אחד מחבירו שדה דאינו גובה ממנ"פ מטעם דנכסי דאינש ערבין ביה וכמו דלא מצי גבי מיניה כן לא מצי גבי מנכסיה דלדידיה לא מצי תבע כן לערבא לא מצי תבע, א"כ ביורשים דאינהו לא מחייבי מידי לשלומי רק הנכסים מדין ערב וכמו שפרש"י פרק

איזהו נשך דף ס"ז, א"כ הוי הלכה פסוקה דכאן לא היה על אביהם רק חיוב שבועה דהוי אמר משתבענא ואיפטר, ואיך מצית גביא מנכסים שהניח ליתומים דאינם רק ערבים. והגע בעצמך לוה שטען שפרע מקצת ונתחייב שבועה דבר תורה ומת מי חייב הערב לשלם, ועיין בסימן קכ"ט סעיף י"ב ופשוט מאוד. ולפ"ז א"ש דברי תוספות, דלהוציא עם השטר אם הוי שבועה דאורייתא אז אמרינן משאיל"מ אף שהן יורשין וכמו שפרשנו, ולפ"ז מי שטען חמשים י"ל וחמשים ל"ל ונתחייב שבועת מודה במקצת ואח"כ נעשה חשוד צריך לשלם להנך דאמרי דבחשוד איכא דינא דמתוך שאיל"מ אף דאיהו יכול לשבע ודוק היטב:

הלכה ו

היה המשכון שוה ק' וכו':

בהשגות א"א אף זה הילך הוא. פירוש, דהחמשים שמודה לו הילך הוא, והשלשים שנוטל עד שמונים משום שנאמן ליטול בכדי דמיו אין זה מחייבו שבועה, דאע"ג דנאמן בכדי דמיו על המשכון מדין מיגו כיון דבעי לאישתבועי ובלא שבועה אינו נוטל אינו מחייבו שבועה על השאר, ואף לפי מה דחולק הראב"ד בפרק ב' משכירות על הגאונים, בכ"ז כיון דרק מדין מיגו נאמן אינו חשוד כעדים על השלשים ועיין בסימן ע"ה סעיף ה' בהגה"ה ובפרק ד' מהלכות גזילה לרבינו מחלוקת בכעין זה, ועוד אם נוטל בלא שבועה הוי הילך גם השלשים שכופר ופשוט. ומש"כ רבינו נשבע כו' ונשבע הלוה היסת על כ', הוא בשו"ת הרי"ף סימן ע"ה, ויעוין לקמן פרק ט' ה"ח מכאן אתה למד כו':

פרק ה

הלכה א

ועל כולן נשבע שבועת היסת אם הי[ת]ה שם טענת ודאי חוץ מן ההקדשות כו':

דעת רבינו דכמו שאמרו גבי שבועת השומרין דעיקרו על הספק דבהקדשות נשבעין כן ה"ה גבי טענת ודאי דנשבעין מהתקנה שבועת המשנה שלא יזלזלו כו', ודחיקא ליה לחלק דדוקא בשומר משום שאינו טוענו ודאי חששו טפי כדי שלא יזלזלו. ומשמע מדברי רבינו דאף בכופר הכל דבהדיוט אינו נשבע מן התורה נשבע בהקדש בנק"ח ועדיף טפי והכל כדי שלא יזלזלו, ובתשובת הרי"ף סימן צ"ז משמע דפליג וסבר דבהקדש ליכא שבועת היסת ופטור לגמרי, אולי משום דאין תובע ורק בשומרין דלא בעי טענה משתבע, ובאמת הוא מחלוקת בירושלמי אם גזבר כבעלים (חלה פרק א'

הלכה ה') ויעוין לעיל פרק ג' ממכירה בההמ"ג הלכה ט' בשם רשב"א ויעוין דברי אמת קונטרס קנינין סימן א' ואכמ"ל:

הלכה ב

וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות כו' ה"ז נשבע היסת על הכל:

בהשגות הקשה מהא דא"ל חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת, וע"ז טען המגיד דדוקא עבד איתקוש לקרקעות הא בן חורין לא ועיין להש"ך שהאריך בפרט זה. ולכאורה ראיה גדולה לזה מירושלמי ערוך פ"ק דב"ק ה"א וכתיב בבור והמת יהיה לו תני ר' ישמעאל יצאו קרקעות שאינן מטלטלין יצא אדם שאין לו הניה במותו, ולמה צריך לומר משום דאדם אין לו הנייה במותו ליתמעט קרקע ואדם דאיתקוש לקרקע כמו דממעטינן בכ"מ עבדים דאיתקוש לקרקעות, ועל כרחין דבן חורין לא איתקוש:

ובזה מיושב מה דרבנן בתוספות הקשו על תלמודין מדוע מחפש למודים לפטור אדם מבור, הלא אין לו הנייה במותו ואין המת שלו, ותירצו דצריך קרא למעט עבד עו"ג הקנוי לישראל דעורו מותר לכן צריך קרא דעליו ולא על האדם, ולכן לירושלמי א"ש דעבד איתמעיט משום דאיתקוש לקרקעות וא"כ לעבד לא צריך קרא, ולבן חורין ממעט משום שאין לו הנייה במותו דאסור בהנייה, וכן סבר הירושלמי מפורש בפ' המצניע הלכה ה' דמת עו"ג מותר בהנאה, ולעו"ג למעט דלא לשלם לא צריך קרא דאין תשלומי נזיקין לעו"ג, ותלמודין ע"כ לא ממעטא קרקעות משום דמפרשא בדף יו"ד דבר שאינו ראוי לה ועיין רש"י שם. והנה בירושלמי דמרובה יצאו קרקעות שאינן מטלטלין יצאו עבדים שאין לך בהן אלא תשמיש, ועיין גהש"ס שפירש על עבד עברי דלא איתקוש לקרקעות ויפה פירש, אולם בשבועות פ"ו הלכה ו' ממעט חמור שור כו' יצאו קרקעות שאין בהן שבר ושבויה יצאו עבדים שאין להן קנס ועיין פנ"מ, ר' ישמעאל דריש על כל דבר פשע על שור כו' ודמיו קצובין, פרט לעבדים פירוש שתלוי לפי חכמת העבד ופקחותו דעבד נוקב מרגליות שוה הרבה, או דצ"ל אין דמיו קצובין פרט לעבדים שאם נגחו שור משלם שלשים סלעים, ובמטלטלין פרט לקרקעות, הרי דממעט עבדים משום דברים אחריני דלא דמו לפרטי אבל לא משום דאיתקוש לקרקעות, וכן במרובה פירש שאין לך בהם אלא תשמיש בלבד, היינו שאינו משתמר לדעתך, וא"כ אין ראיה מירושלמי כלל דאיהו לא ממעט בשום מקום משום דאיתקוש לקרקעות ודוק. והנה בירושלמי דגיטין פ"ב מה ספר מיוחד שהוא תלוש מן הקרקע כו' ואפ"ה כשר אם כתב גט על ידו של עבד ונותן לה העבד, לפ"ז א"ש דירושלמי לא סבר למעטו משום דאיתקוש לקרקעות ובפ"א מגרושין כתבתי דרך נכון בזה יעו"ש, ועיין ירושלמי ריש פרק אעפ"י דמשמע דכמה אתה נותן

לבתך כך כו' קונה מטלטלין אגבה ואכמ"ל:

ובאמת גבי חבלה לק"מ לשיטת רבינו, דסובר דנזק אינו משלם ע"פ עצמו דדומה לקנס הוא כמו שהאריך בפרק ה' מהלכות חובל, ואף שבועת היסת לא שייך בזה כמו שפירש רבינו לעיל סוף פרק א', וע"כ דתובעו דמי שבת ורפוי שביטלו ממלאכתו ודמים שצריך לרפואתו, וכ"ז דמים דמעלמא אתו, לא דמים שהיו לו בגופו טרם החבלה ואינו דומה לחפירת קרקע, ואף דר"י מיירי כשנכנס שלם ויצא חבול מכל מקום חייב לשבע מטעם גלגול:

ואי קשה הא קשה מסוגיא ערוכה פרק שבועת הפקדון דפליגי אמוראי במשביע עדי קרקע ואמר ר"פ אף אנן נמי תנינא דקתני גנבת שורי כו' משביעך אני כו' חייב ואלו גנבת את עבדי לא תנא, מ"ט משום דעבד איתקוש לקרקעות ואין מביאין קרבן על כפירת שע"ק, וא"כ הא קשה דקתני גבי משביעו על קנס המית שורך את עבדי כו' משביעך אני ואמר אמן פטור תיפוק ליה דאיהו תובעו דמי עבד והוי תביעת דמי קרקע וזה דמי ממש לחופר בורות בקרקעו, ועל כרחין דדוקא גניבת עבד דתובעו לעבד שיחזירנו בעין והוי תביעת קרקע אבל המית עבדי דאיהו לא טעין רק דמים של העבד חייב משום קרקע ורק משום דהוי קנס פטור, וביותר יפלא על רבינו פרק ח' משבועות הלכה ב' וכן האומר לחבירו המית שורך את עבדי כו' פטור כו' מפני שאילו הודה לא היה משלם כו' והרי תיפוק ליה לטעמיה הוי כטענו דמי החפירות והוי תביעת קרקע וזה צ"ע:

אולם לאחר העיון לק"מ דאימת הוי תביעת דמי החפירות חשיבא תביעת קרקע דוקא מה שנתחייב לשלם מה שחסרו מן הקרקע, דקודם שחפר היה זה לבעל הקרקע בגוף הקרקע, אבל שלשים של עבד דאע"ג דאין העבד שוה פרוטה מחויב לשלם שלשים סלעים כדתנן בערכין להקל ולהחמיר כו' ובפרק השולח דף מ"ג, א"כ התשלומין הוא חיוב בפני עצמו מה שלא היה לבעל העבד קודם בהעבד, וא"כ זה חשיבא תביעת דמים עבור מה שחייבתו תורה לא תביעת קרקע לולא דהוי קנס דאי מודה מיפטר ומאי תבע ליה, וזה פשוט. אך לפ"ז צריך מובן דברי הירושלמי בפרק שבועת הפקדון בסופו ר' יצחק שאל מהו שישלם דמי העבד מפיו כו' כל שלשים קנס או יותר בדמיו קנס כו' אין תימר ביותר בדמיו קנס משלם, תמן תנינן המית שורך עבדי והוא אומר לא המית משביעך אני כו' פטור, פירוש וא"כ הא כפרו בכדי דמיו ג"כ דהוי ממון, א"ר חגיי קומי ר"י תפתר בהמית עבד מוכה שחין כו' פירוש שאינו שוה כלום ודחי לה יעו"ש, ולפי דברינו לאו ראיה מידי דאימור כדי דמיו ממונא הוי, רק להכי פטור משום דמה דהיה להבעלים בגוף העבד הוי כתבעו דמי החפירות דקרקע הוי, אבל מה דיותר מכדי דמיו,

דאין זה רק תביעת דמים מפני שלא היה להבעלים זה בגוף העבד רק חייבתו תורה בענין חוצי א"כ זה הוי קנס ושפיר תניא במשנתנו דפטור במילי דקנסא, אולם להמעיין בירושלמי הלכה ו' בפרק שבועת הדיינין מסיק כר"י דעבר ונשבע על הקרקעות מביא קרבן שבועה עיין במרה"פ, ומש"ה במכחש במלוה שיש עליו שטר אמר ריש פרק שבועת הפקדון טעמי אחריני ולא משום דהוי שעבוד קרקעות יעו"ש ודוק:

וראיתי מקשים להך שיטה דבן חורין איתקוש לקרקע וא"כ איך תנן גנבת שורי חייב הלא כתוב ונמכר בגניבתו וא"כ לעולם איכא קרקע בגניבה. ולק"מ דהאומר גנבתי או גזלתי איך מתחייב על פי הודאתו הא אין אדם משים עצמו רשע, רק דמדין חיוב אתי דלו יהא דשקר במה שאמר שגנב, אבל המעות חייב לשלם דעל המעות הודה, אולם להחזיקו לגנב אין מחזיקין אותו דאין אדם משים עצמו רשע ולכך לא חשוד אשבועה ויעוין בטור סימן צ"ב וב"י בשם שו"ת רשב"א, ולכך למכרו בב"ד כיון דנמכר בגניבתו ולא בחובו כמש"כ רבינו ובגמרא ולא בזממו ולא בכפילו, א"כ משום דבר אין ב"ד רשאין למוכרו ולהעמידו על אבן המקח רק בגניבתו, ולגנב לא נוכל להחזיקו ע"פ עצמו וכל שאין עדים אין שעבוד עליו ולכך מביא קרבן על שגגתו דלא הוי כפירת שעבוד קרקעות ודוק:

והנה ההמ"ג כאן הרגיש מה דיש לפרש בגמרא דאין ההכחשה בהחפירות רק שטוענו שתי שדות ומודה לו באחת, ובאותה שדה שמודה לו בה חפר בה בורות וא"כ לאו הילך הוא, ואין לומר דא"כ אמאי מיפטר הא מודה לו במה שחפר דהוי מטלטלין לשיטת הראב"ד, ע"ז אשיב דהוי משום דכופר בקרקע. אך אכתי אינו מחוור דא"כ הוא תירוץ שני דגמרא א"נ היכי דטענו כלים וקרקעות והודה בכלים וכפר בקרקעות, וע"כ דהגמרא מהדר לאוקמה באופן דהמיעוט בקרקע יהיה משום ההודאה דכתיב בקרא על שור כו' אשר יאמר כי הוא זה, ומסתברא דמעוטא קאי אהודאה דבגופא דקראי כתיב, ואם נאמר דבתירוץ קמא הוי הטעם משום הכפירה לא מרווח טפי מתירוצא בתרא, וזה כוונת דברי ההמ"ג, ומש"כ ויש לדחות דתירוץ ראשון מיירי כגון שאינו תובעו כלל מן החפירות אינו מובן. ונראה לדעתי לפרש, דכיון דחזינן דאיתמעיט דבר שאינו במדה או במנין ובקרא כתיב דבר המיטלטל וגופו ממון, א"כ בעי שיהא דבר המחייבו שבועה דבר שבמנין ובמדה, וכיון שתובעו שתי שדות ומודה לו בשדה אחת, א"כ השדה שמודה לו הוי קרקע דלא מייתי לחיוב שבועה רק מה שחפר בה בורות דהוי מטלטלין, זה אינו דלא הוי דבר שבמנין דאינו מדוד כמה חפר בה דצריך לילך ולמדוד כמה יש בחפירה ואינו מודה מטלטלין בדבר שבמנין רק כל השדה בכללה הוי דבר שבמנין, וזה הוי קרקע דלא מייתי לחיוב שבועה כלל והחפירה הוי דבר המיטלטל, וזה שמחויב לשלם ממון, אבל

כמה הוי החפירה זה אינו דבר שבמנין כלל, וזה חדש ואם כי מסתברא כך, בכ"ז צ"ב, ועיין תוספות סוכה בסוגיא דאוונכרי שכתבו גבי יאוש שלא מדעת בהיפוך דשם כיון דבקרקע לא מהני יאוש וכי קצצו ממחובר אינו יודע הבעלים אין זה דומה לדברינו, ויתכן שלזה כוון ההמ"ג, ואם לא כוון לזה ג"כ הוא נכון לדינא, כיון דהדבר המחייבו שבועה הוא מידי דמטלטל זה החפירה אינו דבר שבמדה דצריך לילך ולראות כמה חפר בה א"כ פטור משבועה דבכללות הוי קרקע, והחפירה בפרטות הוה דבר שאינו במדה, אבל אי לא איתמעט קרקע משבועה הוי מודה במקצת דהא לאו הילך כיון דמקולקלת היא ואינה כמו שנטלה ממנו ותו הוי בעי לאשתבע ודוק:

והנה התוספות שם הקשו מנא ליה דאיתמעט קרקע משבועה הא ליכא קרא מיותר רק מכלל ופרט ידענא ואצטריך למעוטי שטרות, ופירשו דעל תנא דמשנתנו קאי אמאי צריך למעט משום דהוי קרקע. אך הקשו דילמא צריך למעט עד א'. ונראה לתרץ, דבאמת הא כל מקום ששנים מחייבין ממון עד אחד מחייבו שבועה, והא דבקרקע אין עד אחד מחייבו שבועה אמר בירושלמי שניא היא שאין נשבעין על הקרקעות, וכיון דשבועת מודה במקצת ליכא גם שבועת עד אחד ליכא, וע"ז פריך מנא ליה לתנא דרחמנא לא חייבה לשבע על הקרקעות, אי משום דכלל ופרט הא צריך למעט שטרות, והא דלא חשיב בכלל ופרט רק דבר המיטלטל וגופו ממון הוא משום דדבר שאינו מיטלטל אף דרחמנא חייבינהו לשבע ע"ז, בכ"ז שבועה דמודה במקצת לא יתכן דהוי הילך בקרקע שמודה ולהכי לא חשיב ליה רחמנא בכלל ופרט רק דבר המיטלטל אבל לא מצד דקרקע גורם פטור לשבועה, וא"כ בעד אחד דלא שייך הך גדר דהילך חייב לשבע על קרקע, ומשני דאיכא גווני דאינו הילך ואפילו כן פטור משום דהוי קרקע, וא"כ רחמנא דחשיב רק דבר המיטלטל מוכח דבקרקע פטור אף באופן דליכא הילך וכיון דאין נשבע על הקרקע מצד שאינו מיטלטל תו גם עד אחד אינו מחייבו שבועה ודוק בכ"ז:

הלכה ה

ב' חדשים שכנת וכו':

נ"ב תשובת רבו הר"י בן מיגש סימן ע"ו כדברי רבינו:

הלכה ו

שטר מסרתי לך כו':

נ"ב תשובת הרי"ף סימן צ"ז ועיי"ש סימן קס"ח דברים סותרים זה את זה, ועוד שם סימן ר"ז:

הלכה יא

אבל חנוני שנשבע על פנקסו אינו נשבע ונוטל כו' שאין לקטן בזה הנייה שהרי חייב ליתן לפועליו כו':

סתם בזה דלא כרבו בחידושיו לשבועות דכתב כיון דבעידנא דיהיב הוי הנאה לקטן דלפועל דיליה קא יהיב תו נשבע ונוטל מן הקטן, ודעת רבינו בזה, דאם הוי יהיב בסהדי הלא לא הוי מצי לאשתבועי הפועל וליטול, רק טענתו משום דלא אמר ליה בסהדי הב ליה כדאמר ריש פ"ק דב"מ, ובקטן דלא שייך זה דמשום דלא יהיב ליה בסהדי בזה לא הגיע הנייה לקטן ולאו בר חיובא דיתחייב על נתינתו בלא סהדי ולכן אינו נוטל ודוק:

פרק ו

הלכה א

שהלויתיו או שהפקדתי כו':

לשון המקרא וכחש כו' בפקדון או בתשומת יד או בגזל או עשק כו' או מצא אבידה וכו'. ובמציאה תקנו חכמים דלא ישבע השמיט רבינו ואפילו בטענת החזרתי וכתב וכן כל כיו"ב:

או שנתן לו במתנה כנגד החוב:

פירוש שנתן הלוה מתנה להמלוה סך מעות כמו החוב ובזה לא נפקע חיובו כמפורש לעיל הלכה מלוה פרק י"ד הלכה ט', אבל לא שפירש שהוא כנגד החוב, ודברי הש"ך סימן ע"ב ס"ק קל"ו תמוהים עיי"ש:

אבל אם השיב איני חייב או אין לך בידי כלום כו':

הוא בתשובת הרי"ף סימן פ"א, ועיין לח"מ, ובאמת הרי"ף מפרש דאין לך בידי הוא לא היו דברים מעולם יעו"ש ודלא כההמ"ג, וכן בפ"ק דב"ב (דף ו) הוי בעי למימר אין לך בידי דטעין פרעתיך ומסיק דאמר להד"ם הא אין לך בידי פירוש שלוה ופרע, ובירושלמי פ"ד דשבועת בראיה בלא ידיעה בממון היך עבידא תן לי מאתים זוז שיש לי בידך אין לך בידי ולא מניתי לך בפני פלוני ופלוני יאמרו ואני נותן אתון ואמרין אין מנה לו ואין דגזליה ליה לית אנן ידעין ואין מישאל ליה כו' זו היא ראיה שאין עמה ידיעה כצ"ל, ופירושו שאומר לא היו דברים מעולם ולכן אמר יאמרו ואני נותן שלא לקחתי מעות מידך מעולם לכן חייב דהוחזק כפרן. אולם בבבלי נשמט הך דאין לך בידי רק יבואו פלוני ופלוני ויעידו, וכפי הנראה דלאו מטעם הוחזק כפרן רק משום שחייב עצמו ע"פ עדותן, והוי כאומר דור לי בחיי ראשך וכיו"ב ובאופן דאינו יכול לחזור בו וכיון דאיהו

נתחייב לכן אמר בקנסא דראיה בלא ידיעה ליכא, אבל הירושלמי מפרש משום הוחזק כפרן לכן אמר דגם בקנסא איתא יעו"ש, ועיין בחידושי הרמב"ן להיפוך ודוק:

הלכה ג

ואין המלוה חייב שבועה כו':

נ"ב תשובת הרי"ף סימן פ"ב:

הלכה ה

ואמר הנטען פרעתיך בפני פלוני ופלוני כו' אלא לברר דבריו כו':

ראה מש"כ ההמ"ג, ובהך סוגיא שהביא שם מפרק גט פשוט דף ק"ע דרב יצחק בר יוסף הוי מסיק ביה זוזי בר' אבא אתא לקמיה דר' יצחק נפחא אמר ליה פרעתיך בפני פלוני ופלוני כו', ולפלא כי רב יצחק בר יוסף יתבענו מה דפרע ליה, וצריך לומר דהוי טענו בטענת שמא. אך אם התובע טוען שמא לא פרעתני והנתבע טוען ברי פרעתיך לית דינא ולית דיינא דהנתבע פטור, ומאי שקיל וטרי אם מהימן, וצריך לומר דר' אבא הוי טעין שפרעו תוך זמנו ואף דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו, הני מילי כשטוענו ברי, אבל אם התובע טוענו שמא מהימן לומר פרעתיך תו"ז כמש"כ הסמ"ע בשם המרדכי סימן ע"ח, ומוכח דלמ"ד המלוה חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים לא הוי מהימן לומר פרעתיך תוך זמנו, א"כ מוכחא מיניה דאם טוען חבירו בשטר והלה משיב פרעתיך תוך זמנו כיון דצריך לפורעו בעדים אף שהמלוה טוען שמא שאינו יודע אם פרעו חייב לשלם, וטעמא דחזקת ממון דמסייע להטוען ברי איכא נגדו חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו ותו לא מועיל טענת ברי לאורועי שטרא ושפיר צריך לשלם, ולזה אמר דצריך לברר, ואע"ג דאמרו בשבועות דמי שטען שפרע בפני פלוני ופלוני ובאו ואמרו להד"ם אמרינן דהוי מילתא דלא רמיא אדעתייהו ולא דכירי אינשי, הא לא שייך כאן דכיון דפרע תוך זמנו הוי ליה למידכר בפני מי פרע, שמא יתבענו המלוה תו"ז ואז לא יהיה נאמן לומר פרעתיך בעדים אם לא יביא עדיו לב"ד ויעידו, לכן בכה"ג הויא מילתא דרמיא אדעתיה וצריך לברר ואם לא ברר הפסיד, וזה דרך חדש בשמועה דלא כמו שפירשו הקדמונים:

הלכה ו

במשל"מ. כתב הרא"ש וכו' וקשיא לי כו':

נ"ב בית יוסף סימן ר"ז:

פרק ז

הלכה א

המודה בפני שנים וכו' בדרך הודיה וכו':

לבאר דברי רבינו אעתיק מש"כ בחידושי בגמרא מזמן כביר, הנה ראינו בסוגיא זו שני טעמים לפטור המודה, חד משום משטה אני בך, וחד משום שלא להשביע את עצמו אמר כן, וכבר נתבאר בשו"ע ובש"ך, ולנו לבאר אך דברים אחדים, בסוף פרק גט פשוט אמר הגמרא דשכיב מרע אינו משטה בשעת מיתה, אולם טענת השבעה איכא אף בשכ"מ דאדם עשוי שלא להשביע את בניו יעו"ש. והנה צ"ב מאי בעי תמן שכ"מ שהודה אם אמרינן אדם משטה וכו', בלא זה הא איכא טענת השבעה, ומזה הוכיחו הפוסקים דבתבעו והודה לא שייך שלא להשביע כו' ותמן בתבעו איירי, אבל שיטת רבינו דאין נפק"מ בתבעו רק אם הודה בפני התובע לא שייך תו טענת השבעה, ואפשר דמוקי הך כגון שהודה בפני התובע, ובזה הדרך דרך הרב בש"ך בס"ק ל"ד עי"ש. [וראיתי בשאלתות פ' ויקרא שמפרש דבהודה בפני המלוה אך גם בתבעו עיי"ש היטב]. והנה המעין יראה כי דעת רבינו, דהא דאמרי רב ושמואל דשכ"מ שאומר מנה לפלוני כו' אמר תנו נותנין לא אמר תנו אין נותנין, דמשום שלא להשביע בניו, הרי דבאומר תנו לא שייך טענת השבעה בשכ"מ, וא"כ פשוט דמוקי הך דבעי רבא באומר תנו ואפ"ה אם הוה משטה בשכ"מ הוה טענינן להו משטה אני בך אם לא דרך הודאה, ואפשר דכיון דאומר תנו אין זה רק מגדר מתנת שכ"מ, ובאופן שגם האיש שהודה לו מודה דאינו חייב לו כלום [דאפילו בבריא סבר רבינו דאדם מחייב עצמו בדברים] וע"ז בעי מי בעי אתם עדי או לא, ועיקר בעייתו על גדר מתנת שכ"מ מי בעי אתם עדי, וכן כתב רבינו פרק כ"ח מזכיה ז"ל, ומשפטי מתנותיו אינם כמתנת בריא כיצד ש"מ שצוה ליתן לפלוני כו' ואין ש"מ צ"ל אתם עדי אלא כל השומע את דבריו ה"ז עד שאין אדם משטה בשעת מיתה עכ"ל. וכן היכי דלא שייך גדר מתנת שכ"מ כמו בגר וכיו"ב אם מודה ואומר תנו אף שאינו חייב לו דפסק רבינו בפרק י"א ממכירה דמצי לחייב עצמו בעדים כמו ערב עיי"ש, הגם דשם כתב רבינו דאמר הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה זה דוקא בבריא אבל בשכ"מ אף בלא אמר הוו עדים סגי [ועיין ש"ך סימן פ"א סעיף כ' בזה ובאו"ת שם ודוק], רק באופן דלא שייך השבעה כגון שאומר תנו, ולכך לא הקשה הרי"ף רק מהך דאמר רבה שכ"מ שהודה כו' דלא אמר תנו, וזה פשוט:

והנה רבינו העתיק דברי הרי"ף דהך דאמר רבה מיירי באומר דרך הודאה כמוסר דבריו בפני עדים ולכך לא טענינן שלא להשביע כו', והקושיא עצומה מהא דכתב רבינו בפרקין

דבהודה דרך הודאה גמורה מצי למיטען שלא להשביע כו', ושיטת התומים דבלא הודה דרך הודאה אז אמרינן אנן שלא להשביע אף כי לא טעין איהו, אבל בהודה דרך הודאה כי טעין איהו שפיר טעין אבל אנן אף לבניו לא טענינן טענת השבעה. אולם ע"ז קשה טובא דמאי בעי רבא אם אדם משטה בשעת מיתה, טפי הו"ל למיפשט מהך עובדא דסנהדרין דהוו קרו ליה עכברא וכו' כי שכיב אמר פלוני כו' דאמר ר' ישמעאל בר"י דאין אדם עשוי שלא להשביע בניו, ואמאי אכתי נטעון השטאה לבניו דאם הוי דרך הודאה איך הוה טעין ר"ח השבעה לבניו, וע"כ בלא הודה דרך הודאה וכן משמע לשון כי שכיב אמר, דדרך שיחה אמר, וא"כ מדלא טענו משטה לבניו ע"כ דאין אדם משטה בש"מ, דלפי שיטת רבינו אף בלא תבעו טענינן משטה כמו שהוכיח הש"ך ס"ק י"ב. אך לשיטת הש"ך ולח"מ דאך בבריא אמרינן שלא להשביע בהודה דרך הודאה, אבל בשכ"מ כי הודה דרך הודאה לא אמרינן שלא להשביע דאין אדם משביע בשעת מיתה דרך הודאה כמו דאין אדם משטה בשעת מיתה, וא"כ לא מצינן למיפשט מהך דר"י בר"י דלעולם דילמא אדם משטה בשעת מיתה, והך עובדא דר"י בר"י הוי דרך הודאה ואפ"ה טעין ר"ח השבעה דכפי ס"ד דאדם משטה בש"מ ה"ה דעושה שלא להשביע בניו דרך הודאה בש"מ, וכן לסברת הלח"מ דלחדא מילתא אהני וכיון דאין משטה בשעת מיתה אהני דרך הודאה שאין זה להשביע, א"כ אם אמרינן משטה בש"מ תו אף דרך הודאה טענינן שלא להשביע ודוק:

ולכולהו טעמים דפירשו האחרונים לא ידענא מאי נקיט הרי"ף מהך ברייתא דראו את אביהם שהטמין וכן רבינו סמך זו לזו בפרק י' מזכיה, מאי ראיה מהתם כיון דאמרת דכ"ז אינו רק בשכ"מ או לטעון לבניו, אטו תמן מיירי בשכ"מ. והנראה פשוט, דכיון דמזמין עדים ואומר לפניהם כל לבו בדרך הודאה (ש"ך ס"ק י"ט) א"כ לא שייך משטה אני בך, ולא שלא להשביע עצמו אמר כן דחזינא דמגלה כל לבו ולא כמהתל אומר זה ואיך נאמר דאמר זה בערמה שלא להשביע, רק דתמיה לן א"כ למה לו להודות בפני עדים כיון שבלבו לשלם והוא יודע מהחוב אמאי יודה בפניהם ומי מכריחו לזה, הלא דבר הוא, ולכך כי טעין שלא להשביע נאמן דאיכא טעמא למלתא משום ענין תכליתי היינו שלא יחזיקוהו העולם לעשיר, דאם תאמר שלא היה שלא להשביע א"כ מדוע היה צריך להודות כיון שאינו פורע לו הלא אם לדוכרן פתגמא ע"ז צריך להודות בפני עדים אתמהה, ולכך נאמן בטענת משטה, אבל בשכ"מ שאומר מנה לפלוני בידי דרך הודאה הלא אנו רואים מדוע צריך להודות, שהלא צריך להודיע לבניו מי האיש המגיע לו זה ולצוות לביתו, לכן אין לנו שום ספק כלל ואין כאן טענת שלא להשביע, דלומר

שאמר שקר הלא הודה כאדם המגיד כל לבבו, ומפני זה הביאו ממה דאמרינן בסנהדרין אם כמוסר דבריו קיימין, דתמן הרי מילתא בטעמא מפני שהן רואים שהוא מטמין זה, הוא אומר להם מפני מה אני מטמין מפני שהמעות הם של פלוני או של מעשר ולכך דבריו קיימין, וכן הך דאמר להם אחד אני ראיתי כו' בשדה דבריו קיימין כו' דמיירי ע"כ במוסר לו בתורת עדות, דאל"ה מצי טעין משטה אני בך וכן כתב בחידושי רבינו יונה, וכן דייק הסמ"ע בסי' רנ"ה מדברי הטור ואמאי לא אמרינן שלא להשביע עצמו ועיין חידושי רבינו יונה, ולפ"ז א"ש, דכאן הרי חזינן סיבת הדבר מפני מה הודה זה מפני שראוהו שהטמין אמר לו מפני מה מטמינם כי הם של מע"ש או של אחרים, ולכך כיון שאומר בתורת הודאה גמורה א"כ לא אמרינן ששקר בפיו ומערים שלא להשביע את עצמו, ונכון בס"ד:

ולפ"ז מיושב דברי הריב"ש בשו"ת סימן שצ"ב שכתב דה"ה בבריא דרך הודאה לא אמרינן טענת שלא להשביע עצמו, היינו כמו בנידון דידיה דשם ידעינן טעמא מפני מה הודה בגביע הכסף מפני שהב"ד הכריזו שכל מי שיש לו מעניני פלוני יגיד ובח"ח, וא"כ ודאי לא טענינן שלא להשביע, והריב"ש דייק שמעתתא כדרכו ולא כאשר חשבו הש"ך בס"ק ל"ד לטועה עיי"ש. מיהו מדברי הנמוק"י מוכח דסבר דבהודה דרך הודאה לא טענינן השבעה, דהקשה אהך דראהו אחד כו' בשדה דבריו קיימין ניחוש שלא להשביע כו' ול"ל דהכא במוסר עסקינן כו' מוכחא דאם הוי מיירי במוסר לא אמרינן שלא להשביע כיון דהודה דרך הודאה וכמוסר, וכן מה שתירץ הנמוק"י דהא משום שיכול ליטול אלמא דמהימן ליה ואומר לו האמת, אין זה רק מפני דהוי כמו דרך הודאה ואינו יכול לטעון שלא להשביע כו', ואולי דסובר דהוי כאומר אתם עדים דבזה דעת הש"ך דגם לרבינו מהני לענין שלא להשביע. ולפ"ז להטור לטעמיה דסבר דאף אם אומר אתם עדי שלא בפני התובע מצי טעין שלא להשביע ועיין ש"ך סק"כ, ולפ"ז מוכרח לומר דהך דראוהו שהטמין איירי בגוונא שכתב רבינו יונה יעו"ש ודוק:

והנראה לי בשיטת רבינו, דהנה כמה מהפוסקים סברי דלא אמרינן משטה רק בתבעו, אבל הודה מעצמו לא אמרינן טענת השטאה כלל, [וכן מוכח מהשאלתות דמוקי הך דרבא בתבעו, דאל"כ לא מצי טעין משטה אני בך והבן] וכן פסק בשו"ע, ורבינו חולק כמו שברר הש"ך סקי"ב עי"ש, ולפי אשר הבינותי מדבריו נראה דסובר דאע"ג דהודאה היינו כמוסר עדות בפני עדים ולא מצי טעין משטה אין זה רק במודה מעצמו, לא בשתובעו בעדים אילו דאז מצי טעין משטה אני בך כמו שהשטה בי שתבע אותי לשקר, אם לא שאמר ליה אתם עדי, ומיושב היטב סגנון דבריו שבסוף פ"ו דשם לא הזכיר כלל דרך

הודאה משום דמיירי בתובעו מנה לי בידך לכן כתב בקצרה שאין כאן עדות עד שיאמר הלוה אתם עדי כו' היינו משום דתובעו לכן לא מהני אף דרך הודאה, אבל בפרקין כותב שאינו תובעו לכן כתב דמהני דרך הודאה כמו אתם עדי, ומדוייק שפיר מה דנקיט במשנתנו בפניו הודה כו' היינו דבלא תבעו מיירי ולכך סגי דרך הודאה לחוד, ולכן בהך דצריך שיאמר אתם עדי הביא ברייתא דמיירי בתובעו לכן בעינן אתם עדי, וכן בהך דערי ושכבי כו' מסיק דבעי אתם עדי מפני שתובעו, ובהך דר"נ דהוי קרי ליה קב רשו אפשר דמיירי דהודה דרך הודאה ולכך לא הוה טעין משטה אני בך, ודוק כי זה נכון בשיטת רבינו. [אח"ז רב מצאתי בשו"ת מהר"ם אלשיך סימן קל"ד שפירש כן בקצרה בשיטת רבינו יעו"ש והנאני]:

ובזה מיושב מה דתמוהים לי דברי הריב"ש בסימן שצ"ב שכתב דטענת משטה לא שייך משום שאינו תובעו כו', וכ"ת מצי למיטען שלא להשביע וכו' היינו היכי דלא אמר ליה דרך הודאה כו', ותמוה מאוד דלדחות טענת השבעה נקיט טעמא משום דהוי דרך הודאה, דצריך ביאור רב כמו דפרשתי, ולמדחי טענת משטה שביק הך דהוי דרך הודאה דפסקו רבינו והבאים אחריו דכל דרך הודאה לא טענינן משטה, ואיהו כתב לקמן לשון רבינו דכל שהודה דרך הודאה לא דרך שיחה כו' הרי דדרך הודאה לא מצי למיטען משטה וצ"ע. אולם לפי מה שבארתי א"ש בפשיטות, דבתבעו אף דרך הודאה לא מהני, רק בהודה מעצמו אם דרך ספור ושיחה מצי למיטען משטה ואם דרך הודאה לא מצי למיטען משטה, ות"ל כי כוונתי לזה מסברא דנפשאי טרם ראיתי דברי הריב"ש, והנה לפי מה שבארתי לעיל לא רחוק לומר כמש"כ הר"י אבן לב דהא דבפני התובע אם הודה לא אמרינן טענת השבעה, דוקא כשהודה דרך הודאה, אבל דרך שיחה לא ומצי טעין אף בפני התובע שלא להשביע הודיתי, ומדוייק סדר לשון רבינו, וטעמא דמלתא, דלפי מה שפרשתי לעיל דכל דהודה דרך הודאה וכמוסר להן עדותו לא מצי טעין כלל לא השבעה ולא השטאה, רק מפני שלפלא לנו מדוע היה מוכרח זה להודות ומי הביאו לידי זה, לכן אם טעין שלא להשביע נאמן דאית טעמא להודאתו, ולפ"ז לפני התובע שפיר איכא טעמא דרוצה להראות להתובע שאינו מכחישו ומודה בפני עדים ולכך לא יגוש אותו, וא"כ מש"ה לא מצי למיטען השבעה ודוק בכ"ז:

ולפי מה שבארתי שיטת הריב"ש לעיל, דאזיל אליבא דשיטת רבינו דאף אם לא תבעו יכול לטעון ג"כ משטה א"ב, רק בשהודה דרך הודאה סבר דאיכא נפ"מ דאם לא תבעו אינו יכול לטעון משטה א"ב ואם תבעו יכול לטעון משטה א"ב, א"ש מה דהאריך שם הריב"ש בנידון דידיה דתליא אם הודאה בפני אחד הוי הודאה, והא הר"ן בחידושי

סנהדרין כתב בשם ר"ד בונפיר דבהודה מעצמו בלא תביעה דלא שייך טענת משטה תו אף בפני אחד הוי הודאה, ודוקא כשתבעו דאז שייך משטה הוי הדין דבפני אחד אף אם אמר אתה עד הוי ולא כלום דמילי דכדי נינהו ומשטה הוא בו עכ"ד ודבריו נעימים, וכיון שכתב הריב"ש דבלא תבעו אינו משטה, תו איך מייתי ע"ז פלוגתת הקדמונים בהודאה בפני עד אחד, וכבר תמה ע"ז אחד מהאחרונים, ולפי מה שבארתי דסובר דטענת השטאה שייך גם בלא תבעו, רק משום דהודה דרך הודאה גמורה וכמוסר לו עדותו לכן לא מהני השטאה, א"כ תו הוי הסברא פשוטה דבפני עד אחד הוי מילי דכדי כמו דהוי בתבעו והודה, והר"ד בונפיר לא קאמר רק לטעמו דסבר כהראשונים דבלא תבעו אף אם סיפר דרך שיחה ג"כ אינו יכול לטעון משטה, לכן מהני אף בפני עד אחד, אבל לשיטת הריב"ש דאף בלא תבעו בעי שיהיה דרך הודאה גמורה כמו שמעתיק על נידון דידיה לשון רבינו דרך הודאה לא דרך שיחה ושונה ומשלש בזה, א"כ תו פשוט דבפני עד אחד הוי כמו דרך שיחה דמאי איכפת ליה כי מודה כיון שיכול להכחישו וכמו בתבעו להך שיטה, וברור בס"ד:

הלכה ב

והוא ש[י]היו ב"ד מכירין את שניהן:

נ"ב ירושלמי פרק המגרש סוף ה"ז אר"ח צריכין הדיינין מכירי את הנידונין מעשה היה וזייפו וזה על פסק ב"ד יעו"ש:

הלכה ה

בההמ"ג ור"ה גאון כתב שאם היה חייב שבועת התורה ואמר נשבעתי כו' מ"מ נשבע [הוא] היסת שכבר נשבע.

נ"ב, יתכן דגם בזה שייך דין היפוך שבועה דיאמר לו השבע שלא נשבעתי שבועת התורה ואז אשבע שבועת התורה, ואם לא ירצה אז מיפטר לגמרי כמו בכל דין היפוך שבועת היסת ודוק:

פרק ח

הלכה ד

בד"א כשהיה כלי זה נראה ועומד ביד שמעון כו':

ואם הראהו בפני עדים טרם שתבעו בב"ד וטען כי ממושכן הוא תחת ידו כתוב בשו"ע סימן קל"ג סעיף ג' דהו"ל עדים וראה כו'. והנה טעמא בעי דהא בעת הטענה ליהמן במיגו דאי הוי בעי לא מראה ליה והוי מצי לומר החזרתי, תו נאמן בטענתו שהוא ממושכן

אצלו, ומה איכפת לן שהראהו חוץ לב"ד כיון דטעין תיכף טענה הטוען אחרי זה בפני ב"ד. וצריך לומר דכיון דאינו נאמן רק במיגו דהחזרתי בדברים העשוים להשאילו או בעדים שע"י פקדון בא לידו באינן עשוין להשאיל, ואותה טענה אינו מפסיד ע"י מה שטוען ממושכן הוא אצלי כי יכול לטעון אחר זה פרעת לי חובי והחזרתיו אחרי שראוהו העדים ולא חיישׁ דילמא יאמר לו אל תפרעני אלא בעדים וכיו"ב דלא סליק אדעתיה, א"כ כיון דלא הפסיד ע"י הראותו את החפץ לאחרים טענת המיגו לא שייך להימניה, ובתר כן כי התובע אמר אל תחזירנו לי אלא בפ"ע תו הוי עדים וראה, ולפ"ז באין עדי פקדון וטרם שהראה החפץ הוי מצי לומר להד"מ, ובדברים שאינן עשוין להשאיל הוי מצי לטעון לקוח הוא בידי והפסיד טענתו על ידי מה שמראהו בעדים בטענת ממושכן הוא תחת ידי דלא מצי למיטען להד"מ וכן לקוח הוא בידי, ודאי דאיהו מהימן אז כאילו בפני ב"ד הוי טעין ממושכן ת"י דהוי נאמן מיגו דלקוח אלו לא הראהו בפני עדים, והשתא דהראהו בעדים וטעין ממושכן אצלי נאמן אצל העדים כמו אצל ב"ד, רק היכי שיש עדי פקדון דאינו נאמן רק במיגו דהחזרתי בלא ראה, למיטען ממושכן ת"י, והך טענה סבר דלא הפסיד דהרי גם כי טעין שהוא משכון עביד להתפרע ויטעון אח"ז פרעת לי והחזרתיו לכן בזה ראה הוי שפיר ואינו נאמן בטענה זו שטען בפני עדים כמו בפני ב"ד, דכיון דלא הפסיד המיגו אינו נאמן, ולפ"ז בלקוח אם הוי טעין כדטעין מעיקרא נאמן וכן פסק הש"ך סימן ע"ב ס"ק צ"א יעו"ש טעם אחר. ובטוען ממושכן מתחלה בפני עדים ובסוף בפני ב"ד אם אין עדי פקדון ג"כ נאמן אף אם אמר המלוה כשהראהו בפני עדים אל תחזירנו לי אלא בעדים, ורק בעדים שע"י פקדון בא לידו אז דלא הפסיד ע"י הראותו וטענתו טענת המיגו אינו נאמן, וכן פסק הסמ"ע בסימן קל"ג והש"ך תמה ולפמש"ב נכון מאוד:

הלכה ו

טען אתה מכרת[ו] לי או נתתו לי במתנה אע"פ שיצא לו שם גניבה אם לא היה מדברים העשוין להשאיל כו':

הנה בתוספות ורא"ש כתבו דלמאי בעי בבבא קמא כולי האי, אמאי לא סגי ביצא שם גניבה בעיר לחוד, כיון דספרים עשוים להשאיל והוא לא טעין אתה גנבתם, כן משמע למעיין בדבריהם בפרק כל הנשבעין. אולם בפרק המקבל כתבו בתוספות, דאף בלא יצא שם גניבה ליהמן במיגו בדברים העשוים להשאיל דזה לא מיקרי אחזוקי בגנבי כיון שלא אמר אתה גנבתם, וכן כתבו בפרק חזקת הבתים בזה. אמנם רבינו חולק ע"ז, רק ביצא לו שם גניבה בדברים העשוים להשאיל נאמן או בדברים שאינן עשוין להשאיל,

ובאין בעה"ב עשוי למכור כליו מהני יצא שם גניבה, נמצא דבדברים העשוים להשאיל אם יצא שם גניבה נאמן לומר שנגנבה ממנו ולא מיקרי דמחזיק אינשי בגנבי כיון דיצא שם גניבה. אולם במש"כ כאן טען אתה מכרת וכו' אעפ"י שיצא לו שם גניבה אם לא היה מדברים העשוין להשאיל כו' ה"ז נשבע היסת כו' צריך ביאור רב, ולולא דמסתפינא הוי אמינא דט"ס נפל כאן וצ"ל [אפילו] היה מדברים העשוין וכו' ונקל לבוא לידי טעות כזה דמלות "אם לא" הן תיבה אחת [אפילו], וסובר דבדברים העשוין להשאיל וכמו שפירש לקמן שעשה אותן כדי להשאיל בטח לא מכרן לאחרים ואם יצא שם גניבה נאמן לומר שנגנבו, ובאופן שאין הלוקח מכחישו, אבל אם מכחיש אותו אינו נאמן לומר שנגנבו ואם טעין ממך לקחתיו נאמן ונשבע היסת. ונתבונן למש"כ רבינו מכאן אתה למד וזה ראיה לשבועה שהטילו הגאונים על שנאמן לטעון כדי דמיו מתורת מיגו, מהיכן למד, אם מכלים העשוין להשאיל וביצא שם גניבה, דהא ליהמן הלוקח על דמיו לטעון מיגו דאי הוי בעי טעין לקוחין הן בידי וכמו שהגהתי בדברי רבינו, דזה אינו מיגו טוב, דאילו הוי טעין בשקר ובהעזה לומר מינך זבינתה הוי טעין הבעל הבית השאלתים לך והיה נאמן, ועל כרחין דרבינו קאי על כלים שאינן עשוין להשאיל דבעה"ב שאין עשוי למכור כליו ביצא שם גניבה נאמן לומר נגנבו וישבע הלוקח כמה הוציא ויטול אף ע"ג דאית ליה להלוקח מיגו דאי בעי הוי טעין אתה מכרתי לי והכא לא מצי אמר בעה"ב שאולין לך, ואין להכריע לגירסא אחת בדברי רבינו מראיה זו דמכלים שאינן עשוין להשאיל מביא ראיה לדברי הגאונים, ועיין ברבינו נסים דף שי"ג שהביא ראיה ע"ד זה לדברי הגאונים, אך באיכא כל הני דאמר שם במצאו מחתרת כו' ויצאו ב"א וצרורות כלים וספרים כו' יעי"ש:

ולפי הנוסחא שלפנינו בדברי רבינו תמה בלח"מ, דהא בעה"ב שאינו עשוי למכור את כליו ויצא שם גניבה הוי ככלים העשוים להשאיל ביצא להן שם גניבה, ואמאי מחלק באומר אתה מכרת לי דדוקא בכלים שאינן עשוין להשאיל נאמן. ולק"מ דהא בבעה"ב שאינו עשוי למכור את כליו הוא סעד חזק ועוד מוכיח שכדבריו כן הוא שנגנבו בטעין הלוקח מפלניא זבינתיה, אבל אם טוען אתה מכרת לי אינו נאמן ועיין בההמ"ג, אבל כלים העשוין להשאיל ביצא להן שם גניבה מאי מהני מה שעשוי להשאיל לטענתו שהיו גנובין הלא מפיק אותן מחזקתן דלאו שאולין היו, רק דמהני מיגו דאי בעי טעין שאולין היו ודוקא ביצא שם גניבה הא לא יצא שם גניבה לא מצי לאחזוקי אינשי בגנבי במיגו, וכיון דאי טעין שאולין היה נאמן, תו נאמן מתורת מיגו לטעון שנגנבו וכן מורין דברי ההמ"ג בהל' גניבה, וכיון דמשום מיגו נאמן תו גם כי טעין הלוקח אתה מכרת לי

ביצא שם גניבה אינו נאמן ומהימן הבעה"ב במיגו דאי בעי אמר המה שאולין לך לטעון דגנובין המה, וזה פשוט דכיון דיצא שם גניבה לא מיקרי דמחזיק אינשי בגנבי, ומהימן מתורת מיגו לומר דנגנבו ממנו, ותו כי מכחיש לוקח בטענת ברי ג"כ מהימן בעה"ב. אמנם מסתברא כפי הגהתי, וסובר רבינו דהיכי דטעין לוקח אתה מכרתן לי לא מהימן בעה"ב במיגו דשאולין המה לך כיון דיצא שם גניבה לא יטעון נגד הקול, והא שכתב רבינו ראיה מכאן לדברי הגאונים, אף דאי הוי טעין הלוקח ממך זבינתה היה נגד הקול ומאי מיגו הוא זה, ז"א דמצי אמר פלוני אפקא לקלא, ולפ"ז הא דנאמן ביצא לו שם גניבה בדברים העשוים להשאיל אינו מתורת מיגו רק כיון דעשוים להשאיל שכיחא לגנוב אותם, והוי כמו בבעה"ב שאינו עשוי למכור כליו דנאמן שלא מתורת מיגו, וכן כתב הש"ך בסי' שנ"ז לפי שיטתו החדשה דאינו מתורת מיגו ואכמ"ל. אולם לא ראיתי בשו"ע באם טעין אתה מכרתן לי ביצא שם גניבה דהן דברים המבוארים בדברי רבינו, ובדאיכא כל הני אם נאמן לומר אתה מכרתן לי שרבינו נסים חקר בזה, וצ"ע:

הלכה ז

מי שהיו בידו דברים העשוין להשאיל כו':

בהמ"ג ואת"ל שלא עשו תקנת השוק בכלים אלו, א"כ אין לך אדם לוקח מחבירו כלים העשוין להשאיל. פירוש דחייש דילמא יאמר הבעלים הראשון שנגנבו ממנו ולא יכחישו אדם דמנא ידע דילמא המוכר לו גנבה ממנו, אבל כיון דנוטל דמיו לא חייש דילמא יאמר המוכר השאלתיו לך, דלא עביד אינש דמעיז בחבריה בטענת שקר, ופשוט. והאחרונים פירשו דברי רבינו אף בטוען השאלתי לראשון ופלוני מכרה לך ג"כ אינו נאמן כאן דלפי דבריו מכר אותה בגזל מידי דחבריה, ואחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן. והא דאמר בפרק חזקת גבי אומן דביצא מיד אחר דרק אם טעין בפני אמרת לו למוכרו לי דמשום מיגו דמצי אמר ממך זבנתה נאמן, אבל כי לא טעין ברי תו נאמן אידך לומר שלתקן נתתי לו והוא נתנן לך. ולכאורה הוי כדברים העשוין להשאיל. ונראה דאומן שאני, דבמה דטוען שלתקן נתתי לו ומכרן לך לא מחזיק את האומן בגנבא דכיון דדרך בני אדם לתת לו כלים לתקן אימור אמר לו אינש לזבן את כליו דאדם עשוי לומר לאומן מכור לי טלית, וטעה וסבר שהוא של מי שצווהו למכור כליו, ומטעם זה אמרו בנתחלפו לו כליו בבית האומן דישתמש בהן כדמפרש ר"ח שם דף מ"ו, וכיון שכן נאמן לומר שלתקן נתנו לו, אבל בדברים העשוים להשאיל באינש דעלמא זה מיקרי דמחזיקו בגנבא ואינו נאמן ופשוט, ועיין ש"ך סימן ע"ב ס"ק צ"א ובט"ז קל"ד ודוק:

פרק ט

הלכה ז

שנים שהיו אוחזין בכלי אחד כו':

פירוש דמוכח בגמרא, דכל שאם אחזו אף ע"פ שהוא ביד המקנה אם אמרינן דכמאן דפסיק דמי ומקריא נתינה ולא אבד שמו אם תאמר דכמאן דפסיק דמי מיקרי אדוק ונוטל כל מה שבידו והשאר יחלוקו, א"כ בכלי, דאם תאמר מה דאחיז בידיה הוי כפסיק הלא תו אבד שמו שם הכלי דסתם כלי כן הוא, לכן בכל גוונא אף אם אדוקין בו ג"כ הוי הדין יחלוקו, משא"כ בטלית דשמו עליו אף בשלש על שלש ושם בגד עליו, לכן אם הוי כפסיק מה דנקיט בידיה תו נשאר שם בגד לכן יש בו חלוקין ועיין בהלכות מכירה פרק ה' הלכה ז', וזה כוון ההמ"ג שיש בדין הטלית חלוקין, פירוש לכל מי שלא אבד שמו במקצתו, כן דייק רבינו יושבין בצד ערימה של חטים כו' או בחצר של שניהם, אבל בבהמה בחצר השותפין בזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי ודאי דיחלוקו בלא שבועה וטעמא דהוי כאדוקין בטלית ועדיפא מינה, דכמו דתמן אנן סהדי דמה שבידו הוי שלו, כן כאן גבי בהמה משום דהשותפין מוחין זה על זה מלהעמיד בהמה בחצר כמו שנתבאר בפ"ה משכנים, לכן הדבר שעומד שם הוי כשניהן אדוקין בהטלית דאנן סהדי דהוי של שניהן דאילו הוי של אחד לא היה מעמיד אותה בחצר של שניהן בלא רשות, ועיין בתוספות ריש ב"ב ד"ה לפיכך אם נפל, ובפרט שבועה ודאי לא שייך כיון דליכא טעם דשלא יהא כל אחד תוקף שאינו יכול להעמידה בלא רצון חבירו, וכן בהך דינא דריב"ש בסימן תל"ד בשני בתים שדרך רה"ר מפסקת וגג נסמך על שניהן שכתב דדמיא לשנים אוחזין בטלית שיחלוקו, והובא בשו"ע סימן קל"ח, ג"כ כיון שאין יכול לבנות האחד בלא רשות חבירו ודאי דמי לשנים אוחזין בטלית וכאילו ביד כל א' מחצה, ואע"ג דגודרות אין להן חזקה ולא הוי אפי' כאוחזין, בכ"ז אם עומדת במקום גדור העשוי להעמידה שם כיון שיכולין למחות ודאי דהוי שניהן כמוחזקין בה, דאל"כ לא היה מעמידה שם, וכן בריחיים העומד בחצר של שניהן יחלוקו בלא שבועה וכמו שנתבאר וזה ברור, בדעת רבינו ודוק:

הלכה יב

באו שניהן אדוקין בה וכו':

הנה ודאי התוקף מידו של חבירו לא אמרינן דשתיקה כהודאה דמיא ודוקא כאן ששניהן חלוקין והדין דישבעו ואף אם שניהן אדוקין, דמה שתופס האחד בידו נוטל

בלא שבועה, מ"מ צריך לשבע מתורת גלגול, והסדר מדוייק בלשון רבינו והבן, אבל כיון שתקפה בו תו אמרינן אימור דאודויי אודי ליה והוי הדין דהוי שלו בלא שבועה, תו כי חזר השני ותקפה מראשון אע"פ שהראשון לא צווח מתחלה ועד סוף חולקין, וטעמא משום דהוי ספק הודאה, ולכן ביד הראשון הוי דינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה וכי חזר השני ותפס מהראשון אף ע"פ דשתק לא אמרינן דהוי הודאה, רק דכיון דהוא תפס רבינו לטעמיה דמועיל תפיסה בכל מקום והוי הדין כבתחלה, וברור דלרבינו בכל מקום דשניהן טוענין ברי ואיכא דררא דממונא דסבר דמועיל בהו תפיסה ודאי דאינו כהודאה אם שתק, כן הכא אע"פ דהשתא שתופס מהני תפיסתו ליטול פלגא בכ"ז אין זה הודאה, כיון דכי הוי בידו היה שלו בלא שבועה ושום ערעור, סבר הא חזו רבנן, ואם יחזור ויתפוס אחרי זה הראשון עוד הפעם ודאי דיחזור הדין דאין מוציאין מידו, ועיין בספר תקפו כהן סימן י"ט בזה, ולא אמרינן דאודי ליה כיון שעל ידי תפיסה יטול התופס פלגא, ולא נזכר הך הודאה רק בכאן ששניהם אוחזין וצריך ליטול מה שבידו בשבועה, אם תקף ושתק מתחלה ועד סוף הוי הודאה, ובשתק ולבסוף צווח הוי ספיקא דדינא אם אודי. ולפ"ז הגירסא שלפנינו לא צווח מתחלה ועד סוף מחוור ודוק. אמנם בחידושי ריטב"א לא פסק כן, וטעמו, דכיון שעל ידי תפיסה שלו יהא הדין דיחלוקו א"כ אודויי אודי ליה, ונמצא לדידיה בטוענים ברי ובמקום דמהני תפיסה אם תפס בעדים ושתק אמרינן דהוי כהודאה ותו אם יחזור ויתפוס לא מהני כלל תפיסת השני, וגירסת הטור אע"פ שהראשון צווח מתחלה ועד סוף יעו"ש, ודוק בכ"ז:

פרק י

הלכה ו

או יחלוקו ברצונם ובשבועה כמו שבארנו:

הנה מלשון רבינו יראה דאע"ג שתפסוה ב"ד, בכ"ז לא נחשב כמאן דמונחת ביד שניהם ושניהם אוחזין בה, כיון דכשלא היו אוחזין ולא היתה בחזקת שניהם תפסוה ב"ד, הוי מאי דמונח ביד ב"ד כמונח לפני שניהם, רק דאין לב"ד להוציא מידם בלא בירור. ולפ"ז אם אחד מהם אמר תנו לי מחצה בשבועה, מצי חבריה לומר תהא מונח בידכם עד שאברר, ודוקא אם רצו שניהם לחלוק אז חולקין, ולפ"ז לא אדע מה זה שכתב ברצונם בשבועה הלא אם ירצו לחלוק שלא בשבועה מאן מחי בידייהו, ואם נאמר דכיון דאם בא אחר וטעין שלי הוא אז דינו כמו אלו השנים לכן צריכין לשבע שמא הוא של אחר וניזיל בתר רובא דעלמא לאצרוכי שבועה משום זה, היכן מצאנו שיתקנו חכמים בזה

ואיפה מבואר שרמז כמו שבארנו, ופשט דברי רבינו נראה דלבתר דאמרו רבנן דאין ב"ד מוציאין מידם בלא ברור וכשתפסו ב"ד תפסו דיהא מונח בידם מכח טענות אלו השתים וביחוד כשתפסו ברשות שניהם הלא עשו שליחותם, תו חשיב כאילו אוחזין בה שניהם ואם האחד רוצה ליטול חלקו בשבועה אף ע"פ שהשני אינו רוצה נותנין לו חלקו בשבועה, ולפ"ז יתכן אם יבוא שלישי ויאמר שהיא שלו אין שומעין לו והיא בחזקת אלו השנים, וזה חדש מאוד:

אמנם דע אם היה נראית אבידה ואמר אחד שלי הוא ובא אחר וזכה בה לא מפקינן מיד הזוכה בלא סימנים, ואף ע"ג דכאן בספינה אם בא אחר בלא טענה מוציאין מידו זה דוקא במידי דלא הוי אבוד ודרך הספינה להיות בנהר ותחת חזקת בעלים קיימא, אבל במידי דהוי אבוד שנמצא חפץ ברה"ר מקום שאין דרך להניחו בלא אבידה או שכחה והדבר בחזקת אבוד, בזה אם בא אחד ואמר שלי הוא וקדם אחר וזכה אין מוציאין מיד המחזיק, וזה פשוט, ורבינו העתיק דאם בא אחר ותפסה גבי קרקע לקמן פרק ט"ו יעו"ש, ולפ"ז יתכן הא דפסק רבינו לפי דברינו דאם תפסו ב"ד הוי בחזקת שניהם והוי כמו דאוחזין בה ואם אחד מהן רוצה ליטול חלקו נותנין לו בשבועה, ואם בא אחר בטענה שהיא שלו אין נזקקין לו, זה דוקא בספינה וכיו"ב שאינו בחזקת אבוד, ולכך כיון שהם באו לב"ד ועל ידיהם תפסוה הוי כמו שאוחזין בה, ולכן דייק רבינו ספינה וכיו"ב שאינה בחזקת אבוד וכמש"ב ודוק:

פרק יא

הלכה ב

במשל"מ והויא כשגגה וכו':

נ"ב עיין שו"ת חוט השני סימן ז' מש"כ השל"ה ז"ל ודבריו נכונים:

פרק יב

הלכה ב

צריכין אלו השוכרים להביא ראיה שדרו בה תמיד שזה הדבר תלוי בהן (ואינו) [ואין] תלוי בטענת המחזיק כו':

מפורש דברי רבינו, דאע"ג דנקטי שכרא בידייהו ואמרי למאן נתן אגרא אף עפ"כ אינן נאמנין השוכרין בעדותן, ואף שבהלכות עדות פסק רבינו דבכה"ג נאמנין, וצ"ל דסבר רבינו, דהגע בעצמך אם יחזיק אדם בהאי גוונא שלא נודע לשום אדם הלא לא הוי חזקה

דמשום זה לא מיחה בו כיון שאין אדם יודע בו אע"פ שהוא ידע לא חשש למחויי בו, ואיהו הוי ליה לאזדהורי בשטרא דכיון דאין אדם יודע בחזקתו ולית ליה סהדי בב"ד, כן הכא הלא אין עדים שדרו בו יומם ולילה ולא שכיח שיהיה על זה סהדי דמסהדי וא"כ הוי ליה לאיזדהורי בשטריה, ואי משום דסמיך על השוכרין שהן בעצמן עדים, א"כ לא מצי למישקל מנייהו שכירות אף פרוטה אחת כל משך שנים שלא בא המערער דאם ישקול פרוטה אחת הלא יהיו העדים נוגעים בדבר דיהיו צריכין להחזיר אגרא למערער ויחזרו ויתבעו מהמחזיק כמו שפסק רבינו לקמן פרק ט"ז, והגם שאם השכיר את הבית לאחרים והן דרין מכחו חשבינן לענין חזקה כמו דדר ביה איהו בעצמו, זה דוקא במקום דאיהו יכול למישקל אגרא מנייהו, אבל אם השכיר באופן דלא מצי למישקל אגרא מנייהו הלא לא אתחזק בהו כדמחזקי אינשי שכיון שאינו יכול ליהנות מבית זה כרצון נפשו זה לא הוי חזקה, וכיון שידע המחזיק שאין אדם יודע ממה שדרו בה יומם ולילה רק השוכרים בעצמן והן אינם יכולים לתת לו פרוטה אחת לכן לא מיחה, ואיהו המחזיק הוי ליה לאיזדהורי בשטריה כי היכי דמצי למישקל אגרא מנייהו, וזה סברא נכונה, וזה פירוש רבינו בדמר זוטרא, ואי טעין ואמר ליתי תרי סהדי דדרו בה תלת שנין ביממא ולילא, הפירוש אף עפ"י שיש עדים היינו השוכרים מעידים שדרו יומם ולילה טענתיה טענה ופליג על רבא לעיל. וזה כוון רבינו שזה הדבר תלוי בהן שע"י דירתן הוי החזקה ואינו תלוי בטענת המחזיק כדי שיעידו בו, דאם הוי מעידין דראו איך שלקח המשכיר מיד המערער את השדה היו נאמנין בעדותן כ"ז דלא יהבי אגרא למשכיר דלא הוי נוגעין בעדותן, אבל כיון שע"י דירתן אומרים שהחזיק ומסתמא הוי שלו א"כ הלא לא הוי מצי למישקל מנייהו אגרא שמא יבוא המערער ויערער ויפסלו השוכרים מטעם שהן נוגעים א"כ הוי ליה לאחזוקי כדמחזקי אינשי והוי ליה לאיזדהורי בשטרא ואיתרעי הך חזקה, וכדאי רבינו לסמוך עליו למיהוי כפלוגתא דרבוותא ודוק:

פרק יד

הלכה ה

העו"ג אפילו אכלה כמה שנים וכו':

בהשגות ואומר אני שאם מכרה לישראל שישבע היסת כו'. נראה דאף לישראל הבא מן העו"ג לא תקנו חכמים שהבעלים הנוטל ממנו ישבע היסת, דכמו דלא עביד תקנתא לעו"ג כן לא תקנו לישראל הבא מן העו"ג, וכמו שאמרו פרק הגוזל עצים דף צ"ו בשבח אם נוטל גזלן דתקנתא לעו"ג ניקום ונעביד, דאם זבנה לישראל הבא מן העו"ג הרי הוא

כעו"ג, ואינו צריך לשבע היסת, וכוונת הראב"ד ע"פ מש"כ דכל נוטל נשבע בנק"ח היכי דהאי ידע והאי לא ידע, זה שידע משתבע ונוטל, ולכן בדברים העשוין להשאיל ולהשכיר אין מוציאין אלא בנק"ח כמש"כ לעיל פרק ט' הלכה ה', וכן כאן בקרקע נשבע היסת דלו יהא דהוי רק טענת ספק מה שטוען עפ"י העו"ג, בעה"ב צריך לשבע היסת וליטול דכל נוטל נשבע, ואזיל גם בשיטתו לקמן הלכה ט' בהשגות דגם בקרקע נשבע ונוטל היכי דלא ידע כמו יורש יעוין שם ודוק:

הלכה ז

אין מחזיקין בנכסי קטן כו' וטען אתה מכרת לי כו':

אין לפרש כוונת דברי רבינו, דסד"א דאחרי דכבר עברו שתי שנים בעת שהיה קטן תו הוי ליה למחויי כיון שהגדיל, ועל כרחין דקנה ממנו כשהגדיל, זה אינו ה"א כלל לפום סברת רבינו לקמן פרק ט"ו הלכה י' שמצריכין אותו להביא ראיה שבעת שקנה ממנו טרם שהחל להחזיק היה עמו במדינה כש"כ כאן שהיה קטן שמקחו וממכרו אינו כלום פשיטא דלא הוי חזקה, ואי דטעין דקנה כשהגדיל פשיטא דהוי ליה לאיזדהורי בשטרא דעד תלת שנין מיזדהר אינש בשטריה ואמאי לא איזדהר, ולכן ע"כ צ"ל בכוונת רבינו דאף אם איכא אפוטרופוס ואיהו טעין שאפוטרופוס מכר לו השדה של הקטן ג"כ לא הוי חזקה, ובזה פליגי הפוסקים סימן קמ"ט סעיף כ"ד, וברור דדעת רבינו כן הוא ודוק:

והנה מדברי רבינו לקמן פרק ח' מנחלות הבנתי הא דאמר רב הונא בפרק המפקיד אין מורידין קרוב לנכסי קטן כו' דכולהו מיירי כשהן שבויין או נטושין או רטושין דבזה שייך לשון מורידין, דאם להעמיד אפוטרופוס הוי שייך טפי לישנא דמעמידין ולא לשון מורידין, ולכן אמר ש"מ מדרב הונא אין מחזיקין בנכסי קטן כו' דמשאר דוכתי אין ראיה דאימא כשהיתומים כאן מעמידין ב"ד אפוטרופוס ולא חיישי שיחזיקו, ועוד דהקטן לכשיגדיל יתבען לב"ד, אבל מדאמר רב הונא לשון אין מורידין קטן לנכסי שבוי כו' ולא קרוב, מוכח דאחרינא דלאו קרוב מורידין לנכסי קטן שהוא שבוי או יצא לדעת ושמעו בו שמת, אף ע"ג דאיכא למיחש שמא יחזיק בנכסיו ואחר זה ישתכח הדבר שהורידהו ב"ד וכמו בקרוב דחייש שמא ישתכח שב"ד הורידוהו ואם יבוא הקטן וימחה מאן ישמע ליה, וצ"ל דאין מחזיקין בנכסי קטן, ומוכח מזה דרבינו סבר דאם לא הוי קטן רק נכסי רטושין מגדול או שבוי ובאופן דאינו ירא למחות מחזיקין בנכסיו ולא כדעת הנך רבוותא שבשו"ע סימן קמ"ג סתם כדעתם בלשון יש אומרים יעו"ש ודוק:

פרק טו

הלכה ט

הביא המערער עדים וכו':

ראה במגיד שהביא הגמרא ב"ב (דף לב), ושם בתוספות ד"ה והלכתא וצריך כו' ולחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא כו' אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן לא שייך כו' אוקמה אחזקת מרא קמא, מעודי הייתי מפרש משום דחזקת מ"ק הוי חזקה כמו בשאר איסורים דאזלו בתר חזקה, ואטו משום חזקה ישתנה הדין, אבל באמת לא ירדתי לעומקו, דאטו כאן הספק על הדין אם דבר זה קונה או לא וכיו"ב בספיקות המתהוים בהלכה, אבל כאן הספק אם מכר לו השדה בשטר או לא, אם משקר או לא, ואטו משום דפליגי אמוראי אם סמכינן על הוכחה דאינו משקר משום מיגו גרוע הלא הספק הוא ספק במציאות, ובשו"ת רעק"א סימן ל"ז כתב ג"כ כזה, והוא תמוה, ובאמת הכוונה מובן אחר, דבתרי ותרי הסברות שקולות וידעינן דהמאזנים מעוין, אבל כאן לא ידענא אם הסברות שקולות דאימור שפיר אמר רבה דמיגו הוי הוכחה אלומה ועצומה דקושטא אמר דשטרא הוי ליה ואין המאזנים מעוין לכן לא עבדין מעשה להוציא מיד המוחזק השתא בה ודוק:

פרק טז

הלכה ד

ושמעון א(ו)מר איני יודע מה אתה סח וכו':

הוסיף רבינו התיבות האלה משום שמפרש דהכא המחזיק טוען שלא היתה שדה זו שלו מעולם וכן לא מצא המערער עדים ע"ז שהיה שלו וכן מסיים אעפ"י שאיני יודע אם היה שלך כו', אבל אם הוו עדים שהיתה של המערער אז היה לוקח מהמחזיק דליכא סהדי דדר ביה חד יומא, וכיון שכן המערער טוען הלא בעצמך הודית בפני עדים שהשדה שלי והוי כמו ההלכה י"ד בפרק י"ד, ע"ז אמרו דאין זו כהודאה דעביד אינש דזבין דיניה, ולכן הוי כמו טענת השטאה והשבעה דלא טענינן אם לא טעין כמ"ש לעיל ספ"ו, אבל הטור שהביא פירוש רא"ש דידוע בעדים שהיתה של המערער רק מיירי דאיכא סהדי דדר ביה חד יומא וטוענין ללוקח ע"ז כיון דידוע בעדים שהיא שדה של ראובן והלוקח אינו יודע אם המוכר לקחה ממנו ודאי דזבין אינש דיניה הוי טענה מעליא, ולכן לא הביא דברי רבינו דלא טוענין אם לא טעין, רק המחבר כתב על דין זה דברי רבינו ומי יכריע נגדו ויעוין סמ"ע בזה ודוק: