

מראי מקומות לסוגיות הנלמדות

פרשת לך לך ב"מ ג. - ז.

ג. שבועה זו מדרבנן היא וכו'.

הקשה בתור"פ, מאי משני, מעיקרא נמי הוה ידע דשבועה זו דרבנן היא, ומ"מ הוה קשיא ליה לסומכוס אמאי תקינו רבנן שבועה טפי גבי מציאה מגבי שור שנגח, ומאי משני מזה. י"ל דודאי הוה ידע שפיר דאיכא שבועה דרבנן אפי' לסומכוס, אבל ס"ד דהוא כדי לברר הספק, והך שבועה שייכא שפיר גם במילתיה דסומכוס בשור שנגח, ומשו"ה הוה קשיא ליה דמאי שנא דאיכא שבועה במציאה טפי מגבי שור שנגח, ומשני שבועה זו כדר' יוחנן שלא יהא כל א' וא' הולך ותוקף בטליתו של חברו ואומר שלי היא, והילכך במילתא דשכיחא כי הכא במציאה תקינו רבנן שבועה, אבל במילתא דלא שכיחא כמו שור שנגח לא תקינו שבועה. [וע"ע מש"כ הרש"ש והגראמ"ה].

ג. דאמרי רבנן השאר יהא מונח עד שיבא אליהו.

כ' בתוס' הרא"ש, ואפי' לסומכוס אין חולקין, דליכא הכא דררא דמוזנא, שלא היה לו לנפקד להסתפק. [וצ"ב, מ"ט תליא בנפקד ולא בב"ד].

ג. האי מאי, אי אמרת בשלמא רבנן וכו', אלא אי אמרת ר' יוסי וכו'.

הקשה הרשב"א, והא לר' יוסי נמי בהאי טעמא נחא ליה, ובהאי טעמא גופיה הוה דפרקינן למתני' אליביה, ומאי קשיא ליה טפי לר' יוסי מלרבנן. ואיכא למימר, דהאי מקשה סבר דבשלמא לרבנן דלא קנסי אלא משום דודאי האי מנה דחד מינייהו בלחוד הוא ולא ידעינן ליה מהי ניהו ולמאן ניתביה, הלכך ע"כ אית לן למימר יהא מונח עד שיהא אליהו, שאם אתה אומר יחלוקו, אתה מפסיד את האחד בודאי, אבל במתני' דאיכא למימר דתרווייהו היא, כל היכא דלא מפסיד ממש אצל האחד, אמרינן דתרווייהו היא ויחלוקו, ואפשר שיצא דיננו לאמתו של דבר, אבל לר' יוסי דקניס ואפי' מה שהוא ודאי למר ולמר אמרינן יהא מונח מדין קנס, כ"ש במה שאפשר שהוא של אחד מהם בלבד דהול"ל יהא מונח. ופרקינן לא תימא דלר' יוסי כל דאפשר דאיכא רמאי קניס, אלא כל היכא דאיכא ודאי רמאי קניס, ואפי' היכא דודאי איכא מנה למר ומנה למר, אבל היכא דליכא ודאי רמאי כרבנן סבירא ליה, ומימר אמרינן מספיקא דתרווייהו בהדי הדדי אגב הוה וחולקין בשבועה וכו'.

וז"ל ח' הריטב"א החדשים, קשה לי לרבנן נמי כיון דבעי למיקנס הרמאי שלא ירויח כלום, ה"ה דהכא אע"ג דאיכא למימר דתרווייהו היא דין הוא שנקנסנו, כי היכי דלודו תרווייהו דשל שניהם היא, דאע"ג דתרווייהו היא, מ"מ משמע השתא דאיכא נמי רמאי שאין לו בה אלא חציה ואומר שכולה שלו, דהשתא אכתי לא תריץ לן תלמודא טעמא דלקמן דהכא ליכא ודאי רמאי. וי"ל דהשתא הכי פרקינן, דטעמא דרבנן התם אינו כדי שלא ירויח הרמאי כדקס"ד, אלא מדינא קאמרינן הכי, דכיון דעל כרחך המנה של

אחד מהן בודאי, אין לדון בו חלוקה שנפסיד לאחד מהם ודאי, ומוטב שנשלק נפשנו מן הדין ויהא מונח עד שיבא אליהו, והלכך במתני' דאפשר דתרווייהו היא ותהא החלוקה כדין, אמרי רבנן דפלגי, אבל לר' יוסי הא פריש טעמיה התם כדי שיפסיד הרמאי, וא"כ כ"ש שיש לו לקנוס במשנתנו.

ופרקינן אפי' תימא ר' יוסי, התם ודאי איכא רמאי, אבל הכא אע"פ שלפי טענותיהם נראה דאיכא ודאי רמאי, אפשר הוא דליכא רמאי, דאימור תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, פ"י ביחד, וכסבור כל אחד מהם שהוא לבדו הגביהה, וכן במקח וממכר הוא סבור כי לו נתרצה המוכר, וכיון דכן חלוקה עדיפא.

ג. הכא מאי פסידא אית ליה דלודי.

כ' המהר"ם ש"ף, ואפי' במציעתא [דהאי דטעין כולה שלי ודאי אית ליה פסידא], דילמא [האי] דטעין חציה שלי הוא רמאי ולית ליה ולא מידי. [א"ה, לכאו' יש לדון עוד, דלא אשכחן דקנסו לרמאי להוציא מה שבידו, דהאי פלגא שזה מודה לו, הרי הוא כאילו חלק אותו חצי וכבר נטלו, [כל' הרמב"ן במתני'] וקנסא דר' יוסי שאני, שאין מוציאין את שלו מידו, אלא קנסינן ליה שלא יטול מה שביד הנפקד].

ג. אמר התם היינו טעמא דא"ל חנוני לבעה"ב אנא שליחותא דיך עבדי וכו'.

כ' בח' הריטב"א החדשים, פ"י כונת התירוץ הזה בלשון קצרה כך הוא, דהתם אין לפועלים ולחנוני תביעה זה עם זה ואינם מתעצמים כלל, אלא כל אחד מהם תובע שלו לבעה"ב בודאי, וכל אחד מהם ברי אצלו והוא שמא, והוא פשע בעצמו להאמין לכל אחד מהם, ובדין הוא שיטול כל אחד מהם ממנו בלא שבועה, כאומר מנה לי בידך והלה אומר הלוייתי ואיני יודע אם פרעתין, [א"ה, עיין בדברי רבינו אהרן מתני' דשבועות שכ' דדוקא לגבי פועלים הוי בעה"ב כאומר הלוייתי ואיני יודע אם פרעתין, אבל לגבי חנוני הוי כאיני יודע אם הלוייתי], אלא דרבנן הוא דתקון דלשתבעו. [וע"ע בדברי המהר"ם ש"ף לקמן בסמוך].

ג. מאי אית לי גבי חנוני וכו'.

הקשה המהר"ם ש"ף, גבי מנה שלישי נמי נימא הכי, מאי אית לי גבי מפקיד, דאין לומר דשאני התם דהוי כאיני יודע אם נתחייב והכא חייב לשכיר בודאי והוי כאיני יודע אם פרעתין, מ"מ גבי חנוני מאי איכא למימר. וי"ל דהתם איירי דאפקידו בחדא כריכא ולא אקפדו אהדדי, ועיין בהמפקיד [לז.], אבל הכא לית ליה לחנוני גבי שכיר מידי דנימא ודאי חדא רמאי.

ג. והעדים מעידים אותו שיש לו חמשים זוז.

כ' הרשב"א, על כרחין כשאין העדים מעידין שיש עדיין בידו היא שנויה, דאי הכי הו"ל שעבוד קרקעות, כדקיי"ל [ב"ב קעה]: שעבודא דאורייתא, ואחד מלוה בשטר ואחד מלוה ע"פ גובה בין מן היורשין בין מן הלקוחות, וקיי"ל דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, וכן הודה בקרקעות וכפר בכלים, וכדתנן בשבועות [לז:]: ומייתנין לה בסמוך [ד:]. אלא הכא באומר אין לך בידי כלום שלא הלויתני כלום, והעדים מעידים שהלווה חמשים, וכל האומר לא לוייתני כאומר לא פרעתי דמי, ומיהו מן הלקוחות לא גבי, דלקוחות אמרי לאו אטענתה סמכינן אלא דילמא ליה ופרע וכו'. והא דקא מדמי לה הכא למתני' דאנן סהדי דמאי דתפיס האי השתא ידידיה הוא, לא שיהא בזה ממש זו של ר' חייא לומר שיעידו העדים שעדיין החמשים בידו הם, אלא ללמד עליה שהעדאת עדים כהודאת פיו, ובזו דמתני' ליכא שעבודא, והילכך אפי' במעידין ודאי זו של זה נשבע בהעדאת עדים שהיא כהודאת פיו, דלאו כפירת שעבוד קרקעות היא.

וז"ל ח"י הריטב"א החדשים, פירוש שיועדים בודאי שלוה ולא פרע, כגון שלא זוז ממנו. א"נ שהוא תוך זמן, למ"ד דלא פרע איניש בגו זימניה. א"נ כגון שטען הוא שלא ליה ובאו עדים שהלווה, ואנן סהדי דכיון שכן לא פרעו, דכל האומר לא לוייתני כאומר לא פרעתי, ובזה דומה למשנתניו יותר, כדאמרין ותנא תונא, דמתני' נמי ליכא עדות ברורה, אלא דאנן סהדי, ועוד שלפי פ"י זה, כיון דליכא עדות ברורה, אין כאן כפירת שעבוד קרקעות אפי' לדין תורה דמלוה ע"פ גובה מנכסים משועבדים.

ובחי' המיוחסים להריטב"א כ', ואע"ג דקיי"ל דשעבודא דאורייתא, ואחד מלוה בשטר ואחד מלוה ע"פ גובה מנכסים משועבדים, מ"מ השתא דתקון רבנן דמלוה ע"פ אינו גובה ממשעבדי משום דלית ליה קלא, לאו כפירת שעבוד קרקעות הוא ומחייב שבועה. ואע"ג דמק"ו יליף לה, לא איכפת לן בהכי, דמק"ו ילפינן דאיכא שבועה בעדים כל היכא דליכא שעבוד קרקעות, והא דר' חייא בתר תקנתא הוא.

ג. ותנא תונא שנים אוחזין בטלית וכו'.

[רש"י פ"י ותנא דידן סיעתא לדידי. ובחולין [מד. וציינו הרש"ש] פ"י "תונא" כמו אבונא, אבונא. אבל בפיר"ח כאן כ', פירושו והתנא שנתא]. כ' הרשב"א, לא דמי, דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין, והני נשבעין ונוטלים, אלא כיון דלא קאי, לא דייקנין ביה כולי האי, דהא מ"מ אסיקנא דעל כרחין תקנת חכמים היא ולא שייכא בדאורייתא.

ג. ותנא תונא שנים אוחזין בטלית וכו'.

הקשה הגרע"א, לפי מה דקיימי השתא דהוי הודאה מקצת גמורה, וכן לפי המסקנא דקאי על אידך דר' חייא דהילך חייב, ועיין בתוס' לקמן [ד. בד"ה ותנא תונא] דהוי כהודאה ממש, א"כ משמע דבהודאה ממש ודאי חייב שבועה דאורייתא, וא"כ יקשה בסיפא בזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי נשבע שאין לו בה פחות מרביע, הא כיון דמודה לו החצי, ממילא הוי מודה במקצת, וצריך לישבע על כל כפירתו והיינו דהחצי השני אינו שלו, וכל כמה דלא נשבע, מגיע להתובע כדן כל מודה במקצת דאמרין או השבע או שלם, וא"כ כיון שנשבע רק דרביע שלו, ממילא על אידך רביע לא נשבע, ומגיע רביע לאידך מדין מודה במקצת שלא נשבע, ושוב יהיה הדין דעל רביע שנשבע עליו יהיה הדין דיחלוקו, דהא השאר מגיע לאידך מדינא בלא ספק וכו'.

ולאחר העיון נלע"ד דלק"מ, ד"ל דלא הוי שבועה דאורייתא, כקושיית רבא דהו"ל מיגו דכופר הכל, ואי דאין אדם מעיז, הא השתא ג"כ מעיז, ואישתמוטי לא שייך הכא בטלית [א"ה, יש לדון עוד לפמש"כ הרשב"א הו"ד לעיל בסמוך] דהכא שבועת הנוטלין הוא].

ג. ברש"י ד"ה מקח וממכר. ואי הוה אמרינן יהא הטלית והדמים מונחים, אית ליה פסידא לרמאי, דהא אוקימנא דנקט זוזי מתרוייהו.

פירוש לפירושו, שניתן מחצית הדמים ביד שלישי, כלומר המנה האחד, כי המנה השני שנתן אחד מהן, הרי הוא של מוכר, כי אין לנו לקנסו. [ח"י הריטב"א החדשים].

ג. בתוד"ה אלא מחזורתא. וכן בסמוך דפריך בין לרבנן בין לר' יוסי וכו', אע"ג דהתם לית ליה פסידא לרמאי.

כ' מהדו"ב למהרש"א, צ"ע לדבריהם, ומאי קושיא, דהא מנה שלישית נמי לר' יוסי יהא מונח, על כרחך לאו מטעם פסידא אלא מטעם דאמרין לרבנן, משום דהאי מנה [ד] חד מינייהו, [א"ה, אולי ראייתו, דאי משום פסידא, אפי' אי נימא ביה יחלוקו ושני מנים האחרים יהו מונחים, אית ליה נמי פסידא, ויל"ע], לא אצטרף לטעם פסידא אלא במנה שהיא שלו בודאי, וא"כ ממנה שלישית שפיר פריך לר' יוסי כמו לרבנן דבההיא דחנוני נמי נימא יהא מונח.

ג. בתוד"ה מפני מה. ואין לומר דילפינן מדאיצטרף למיכתב שעד א' מחייבו שבועה וכו'.

הרמב"ן הביא דאיכא דמפרקי הכי, וכ"ע ז"ל, ופרכינן עלה, הא איכא לאוקומה כגון שכפר במקצת והודה במקצת, אלא שאין הטענה שתי כסף, שלא חייבה תורה שבועה מודה מקצת עד שתהא הטענה שתי כסף, אבל בעדות עד אחד השתא נמי קיי"ל אפי' לא טענו אלא פרוטה וכפר חייב, ולעולם אימא לך כופר בכל חייב, והוא שיכפור בשתי כסף כדין מודה מקצת. ואין זו פירכא של כלום.

ועיין במהר"ם ש"ף שכ' על דבריהם, לכא' היה נראה דהיו יכולין לסתור מיניה וביה, דמנ"ל לומר כופר הכל פטור בכל מקום, דילמא טעמא משום דאינו מעיז, אבל היכא דמעיז חייב, כגון בבתו, ואצטרף חיוב דעד א' במקום דאינו מעיז דכופר הכל פטור, ומנ"ל בבנו, כסתירת [טעם] הראשון.

ג. אבל העדאת עדים דליכא למימר הכי, אימא לא, קמ"ל ק"ו.

כ' הרמב"ן, כבר כתבתי שרש"י מפרש דליכא למימר הכי שהרי כפר בכל ונימא מיגו דחשיד אממונא, וזה על דרך פירושו ז"ל שפירש דרבה הוא חושש למיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. וקשה לפירושו, א"כ מאי קמ"ל ק"ו, אם אתה חושדו על השבועה איך יועיל ק"ו שלא לחשדו, אם חשוד הוא א"א למסור לו שבועה, שאין מוסרין לחשוד. וא"ת קמ"ל דלא אמרינן מיגו דחשיד אממונא וכו', מאי ק"ו, ועוד, דק"ו להחמיר עליו ולא להקל, ואם איתא אדרבה כשאתה דן ק"ו זה אתה מיקל עליו, דכיון שהוא חשוד, בדין הוא שיטול כנגדו בלא שבועה דבר תורה, ומדרבנן בשבועה [א"ה, לפי"ד היינו כתי' קמא בתוס' לקמן ה. בד"ה שכנגדו], ועכשיו שאתה דן ק"ו נמצאת מיקל עליו ופטורו בשבועה.

ומסיק הרמב"ן, לפיכך משמע דה"פ, אבל גבי עדים דליכא למימר אישתמוטי קא משתמיט, שהרי בכל כפר, אימא ודאי קושטא קאמר, דאי לאו הכי לא מצי כפר, דאין אדם מעיז, ואע"פ שהוחזק כפרן במקצת, לא יוציאנו מאותה חזקה באותו מקצת אחר, שמא לא היה זכור, א"נ משטה היה בו מתוך שהיה טוען עליו יותר ממה שהיה לו אצלו, ולהימניה באותו מקצת שלא הכחישוהו עדים, קמ"ל ק"ו שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים, אלא הואיל והוחזק כפרן במקצת, יצא מחזקתו ובחזקת מעיז פנים הוא ונשבע.

ובחי' הריטב"א החדשים ביאר בשיטת רש"י דה"ק, קמ"ל ק"ו דבהאי דוכתא לא נימא דחשיד אממונא, דדילמא איהו נמי משום השמטה קאמר, דהא ידע ודאי דאיכא עדים דמכחשי ליה והיאך היה כופר, אלא ודאי להשמטה עבד, וראוי הוא דנרמי עליה שבועה, אבל כופר בכל דעלמא דליכא עדים, לאו להשמטה עביד ולפיכך פטור משבועה, דכל דליא השמטה, חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו.

וז"ל תור"פ, לכן נ"ל דה"פ אבל העדאת עדים וכו', פ"י מ"ט אמרינן דאיכא שבועה בהודאת מקצת, משום דאין בדעתו לכפור הכל אלא אשתמוטי קא משתמיט, ומשו"ה כמו רבנן שבועה עליה, דמודה בשביל השבועה,

אבל העדאת עדים דליכא למימר אישתמוטי קא משתמיט, שהרי כופר הכל הוא, וא"כ לא יודה בשביל השבועה, אימא דלא רמא עליה רחמנא שבועה, ואע"ג דכופר הכל נשבע ע"י עד אחד, שאני התם שהעד מסייע את התובע ושמוא יודה ע"י שבועה, משא"כ לגבי העדאת עדות [אצ"ל עדים], שווין שום עדות מסייעת לתובע על החמשים שאתה בא להשביעו עליהם, וכיון דלא יודה לא ישבע, קמ"ל.

ג: אמרו לו שנים אכלת חלב וכו' ר"מ מחייב.

כ' בתור"פ, וממשכנין אותו, דלא דמי לשאר חייבי חטאות דאין ממשכנין [ערכין כא.], דהיינו משום שהן באים ומוודים, אבל הכא הקרבן על כרחו, שהוא אומר שאינו חייב, משו"ה ממשכנין אותו. [והרמב"ן כ' [בד"ה מה אם ירצה] בתור"ד, דא"נ לא ניחא ליה להביא קרבן אין ממשכנין אותו, עכ"ל, ולפ"ר כוונתו גם הכא ולא רק בעלמא].

ג: מה לפיו שכן מחייבו אשם, אשם היינו קרבן.

כ' הרמב"ן, קשיא לן, והרי [ל]רבנן נמי שני עדים בשאינו מכחישין מחייבין אותו קרבן, ואעפ"כ אין מחייבין אותו אשם, דבאשם והתודה כתיב, וההודאה היא המחייבתו, והיאך נחייבו בלא הודאה, ואפי' יבא אליהו ויאמר, והא לא דמי כלל לאכילת חלב וכיו"ב דמשעת אכילה נתחייב ועדים גלויי מילתא הוא דקא עבדי, אבל אשם אין חיובו כלל אלא משעת הודאה שלו, וכדאיתא בב"ק [קח:]: ובשבועות [מט.]. וי"ל לר"מ ק"ו שלו עושה עדים יותר מהודאה בכל מקום.

ג: מה לפיו שכן אינו בהכחשה ובהזמה.

בפיר"ח פ' בתי גוונים, הא', אם אמרו העדים היינו עמך במקום שאמרת ולא לית אתה אלא אחר, [וזו היא הכחשה], והב', אם אמרו העדים אותו היום היית עמנו במקום פלוני רחוק מזה המקום יותר ממהלך יום, [וזו היא הזמה], ובתירויהו מיחייב ע"פ הודאתו. וכע"ז פ' המאירי, שאם טענו חבירו ואמר לו מנה לי בידך ואמר הן, ומוודים זה לזה על הלואה זו שבים פלוני היתה ובמקום פלוני, ואח"כ באו עדים על אותו מלוה או לווה שבמקום פלוני עמהם היה, אין הודאת פיו בטלה כלל, ומגבין להלה אותו מנה. [וכשמעידין שהמלוה היה עמהם במקום פלוני, היא הכחשה ולא הזמה, וכשמעידין שהלוה היה עמהם במקום פלוני, לכאוף היא הכחשה והזמה כאחד, דהוא הלוה והוא המעיד, ואם היה במקום אחר הרי שלא לווה. אבל משכח"ל הזמה לחוד, כגון שהודה שראה ששורו הזיק לחבירו ביום פלוני במקום פלוני, ובאו והעידו שבעל השור היה באותו היום במקום אחר. מיהו גם בהלואה משכח"ל כשאומר שראה ששלוהו מקבל ההלואה וכו'].

ג: מה לפיו שכן אינו בהכחשה ובהזמה.

כ' בחי' הריטב"א החדשים, פ' שאם הודה על עצמו [ש]הוא חייב, אפי' באו עדים והזימוהו או הכחישוהו הרי הוא חייב, ואפי' חזר ואמר נזכרתי שהוא כדברי העדים, ומאי דאמרינן בכל דוכתא הודאת בע"ד כמאה עדים לאו דוקא, דא"כ כי איכא עדים דמכחישים ליה נימא דתרי כמאה ומאה כתרי, אלא גוזמא נקטינן, הודאת בע"ד חשובה בכל מקום ואפי' במקום עדים, כמאה עדים במקום שאין שם עדים או שאין שם אלא עד אחד כנגדם.

וז"ל הרשב"א, משמע מהכא דמתחייב בהודאת פיו, ואע"פ שחזר בו ואמר נזכרתי והרי עדים מעידים כדברי, אין משגיחין בו, דאי בעומד בדברו, לא יהא אלא מתנה, אי בעי למייהב ליה מתנה מי לא מצי יהיב ואפי' הוי בהכחשה והזמה, אלא דאנן אהודאת פיו סומכין, ונתבטל תורת עדות במקום הודאתו וכו'. [ותימא לדברי] הרמב"ם ז"ל שכ' [בפ"ב מהל' טוען ונטען ה"ז], מי שהודה בב"ד שאני חייב לזה התובע מנה, ואח"כ אמר נזכרתי שפרעתי לו חובו זה שהודיתי לו, והרי עדים, הרי זו עדות מועלת ועושין על פיהם, שהרי לא הכחיש עדות, ואינו כאומר לא לית מעולם. עכ"ד. ולדבריו נצטרך לפרש כאן ממה לפיו שכן אינו בהכחשה והזמה, כלומר דלא חזר ביה, הא בחזר ואומר כדברי העדים, יכול הוא לחזור ומקבלין ממנו.

ג: בתוד"ה בכוליה. וכן בנסכא דר' אבא וכו' מדאמר מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דאשבועה דרבנן לא אמר הכי.

כ' הגרע"א, לכאוף נראה דאין זו ראייה כ"כ, די"ל כיון דבאמת במלוה וכדומה לא שייך שבועה, וא"כ גלי התורה לנו דהיכא דאיכא עד צריך זה לשלם, או לישבע שהיא לפנינו חזקה דלא ישבע לשקר, ובנסכא וכדומה איכא ג"כ חיוב שבועה לשוויה להעד כמאן דליתא, רק כיון דחשיד אממונא וכו' וחמירא ממונן כמו שבועה, א"כ בכפירה לחוד איכא ג"כ חזקה שלא יגזול זה ונאמן בזה נגד העד, עכ"פ בעינן שיהיה נגד העד לשוויה כמאן דליתא חזקה טובה שלא ישבע לשקר או שלא יגזול דהוא כמו שבועה, וכאן שהוא מודה להעד בחוטיף ולא הכחישו וליכא כלום נגד העד, נעשה העד כשנים, ושפיר שייך מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם.

גם לפי מש"כ הרא"ש פ' הכותב [סי' כ"ה] בשם תשובת הרי"ף דשבועת המשנה הוי כמו דאורייתא ולא הוי תקנתא, ואמרינן ביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, עיי"ש, א"כ ליתא לראיית תוס', דהא עד א' מחייב שבועה דאורייתא, ופטור רק בנסכא מטעם חשוד אממונא וכנ"ל, וכיון דבזמן המשנה ראו חכמים דחשוד אממונא לא חשוד אשבועה, דהא מה"ט תקנו כל הנשבעין ונטלין, ממילא הוי שבועת המשנה להכחיש העד, ובשבועת המשנה אמרינן מתוך שאיל"מ.

ג: בתוד"ה מה לפיו. פ' שכן מחייבו קרבן אפי' העדים מכחישין אותו וכו'.

וז"ל הרשב"א, הקשה הרמב"ן ז"ל, והלא אף עדים מחייבין אותו קרבן כשאינו מכחישין, ופיו כשאין עדים מכחישין אותו הוא שמחייבו, אבל במכחישין לא משמע. ותירץ דשמא מכאן נלמוד דבר זה שפיו מחייבו אפי' במקום עדים. ולי נראה דאי מהא לא איריא ולא קשיא, ד[ב]שאין מכחישין לא מכח העדאת שני עדים היא, דאפי' בעד אחד חייב, או משום שתיקה כהודאה כדמשמע לכאוף בריש פ' האשה רבה ביבמות [פז:], או משום נאמנותו של עד כדמוכח בפ' האומר בקידושין [סה:], מ"מ לא מכח העדאת שני עדים הוא, אלא שהתורה האמינה אפי' עד א' באיסורין, משא"כ בשאר עדיות.

ובחי' הריטב"א החדשים כ', איכא דקשיא ליה דאפי' לרבנן עדים מחייבין אותו קרבן אם אינו מכחישין, ותירצו דכל שאינו מכחישין פיו מחייבו קרבן, דשתיקה כהודאה דמיא. וליתא, דמילתא דאיהו לא ידע קושטא דמילתא אין כאן הודאה. אבל יש ליישב, כי רש"י ז"ל מאור התלמוד נשמר מזה, שפירש מה לפיו שכן מחייבו קרבן דכתיב והתודה אשר חטא והביא את אשמו, פ' ומשמע אפי' עדים מכחישין אותו, אבל עדים אין מחייבין אותו קרבן אם מכחישין אותו, ומהכחשה להכחשה עבדינן פירכא לק"ו.

ג: בתוד"ה מה אם ירצה. ואין לפרש וכו' דהא מיגו במקום עדים הוא, אלא וכו' יכול לתרץ דבריו וכו'.

והרמב"ן כ' ע"ז, אין זה מספיק, דהא התם נמי משום מיגו קאמרינן, כלומר כיון דאפי' אחר שאמר לא אכלתי יכול לתרץ דיבורו ולומר לא אכלתי שוגג אלא מזיד אמרי, אין מחייבין אותו להביא קרבן, והוא ודאי לגבי שאר דינים אין אומרים מיגו אפי' כיוצא בזה במקום עדים, ועוד מה יאמר לההוא טעמא אחרינא דאמרינן התם, משום דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה איש, ואפי' בטומאה חדשה [שאמרו לו נטמאת ומיד באת למקדש. רש"י בכריתות יב.] דליכא לתרוצי דיבוריה פטור.

אלא טעמא דמילתא משום דכיון דמילתא דנפשיה היא מהימן, דאי נמי לא ניחא ליה להביא קרבן אין ממשכנין אותו, הלכך הוא נאמן על עצמו יותר ממאה איש, שעסק ודבר אין לו עם אדם, ויפה פירש רש"י ז"ל כאן [בד"ה עדים] משום דכתיב או הודע אליו חטאתו ולא שידועהו אחרים. וא"ת א"כ למה לי מיגו, אפשר דהיכא דמכחישין בפירוש, הודע אליו קרינן ביה, שיש לו לסמוך על שנים יותר מעצמו שמא טעה.

ג: בתוד"ה מה אם ירצה. וא"ת והיאך נאמן לומר מזיד הייתי, הא אין אדם משים עצמו רשע.

וכ' ע"ז הרמב"ן, לאו מילתא היא, דלא שייך אין אדם משים עצמו רשע אלא גבי עדות, דלא פסלינן עדותיה ופליגין דיבוריה, אבל כשאומר מזיד הייתי, אין אומרים לו להביא קרבן הואיל והוא יודע בעצמו שאינו חייב בו, ועוד דהא כתיב הכא או הודע אליו, והרי לא נודע אליו אפי' ע"פ אחרים, הואיל והוא אומר מזיד הייתי. [ועיין בקובץ הערות (סי' כ"ג אות א') דלהנך רבנותא דלא אמרין אין אדם משים עצמו רשע אלא בעדות, הטעם משום דהוא קרוב אצל עצמו וקרוב פסול לעדות. אמנם אם כוונת הרמב"ן כן, לכאור' א"צ למש"כ בסו"ד דאין אומרים לו להביא קרבן וכו'].

ד. אתי מגלגול שבועה מעד אחד.

כ' הרא"ש בפסקיו (סי' ד') ובתוספותיו, מדבעי למילף העדאת עדים לחייבו שבועה כהודאת פיו מגלגול שבועה דע"א, אלמא ב"ד פוסקים השבועה אע"ג דאין התובע טוען שיש מגלגול, [דבעדים אמרין ישבע על השאר אפי' לא יתבע אותו בע"ד. תור"פ], וכן בסוטה מגלגלין ממילא, [אפי' בלא תביעת בעל, דאומרת אמן אמן, אמן מאיש זה אמן מאיש אחר, ומאיש אחר אינו תובעה. תור"פ], והכי אמר רב הונא בהדיא בפ' כל הנשבעין [מט.], ורב חסדא נמי לא פליג התם אלא בדרבנן, אבל בדאורייתא מודה. וז"ל הרא"ש שם (סי' י"ח), בדרבנן פליגי, דבדאורייתא עיקר גלגול מסוטה ילפינן, והכהן מגלגל בלא תביעת הבעל, אע"פ שלא קינא לה אלא מפלוני, [לכאור' כוונתו, דממילא גם בשעת השקאה מסתמא אינו חושדה מאחר, ואינו תובע שתשבע ע"ז], הכהן מגלגל ומשביעה אפי' מאיש אחר, והלכתא כרב הונא וכו'. [וכ"ז דלא כהר"ן שם שפי' בדעת הר"ף והרמב"ם דרב חסדא לא פליג כלל אדרב הונא].

ד. מה לעד אחד שכן על מה שמעיד הוא נשבע וכו', וחזר הדין וכו'.

כ' הרשב"א, ה"ג רש"י ז"ל, אבל מגלגול שבועה דע"א לא איתא, דרב פפא אידחייה משום דשבועה גוררת שבועה. ואינו מחוור, דאילו כן, היה לנו לומר אלא [פיו יוכיח], מה לפיו ואתיא מביניא, ועוד, דאמרין הצד השוה שבהם שע"י טענה וכפירה הן באין, וטענה היינו מה שיש לנו בטענה וידיעה, או מצד הודאתו או מצד העדאת עדים, וכפירה היינו כפירה גמורה שאין כאן ידיעה כלל, לא מצד פיו ולא מצד עדידו ולא מצד א"ע, ונשבע עליה, וא"כ לפ"ד רש"י ז"ל הצד השוה אינו ממין אחד, שהרי בהעדאת ע"א טענה איכא כפירה ליכא, שהרי לא נשבע אלא על מה שהעיד העד. ומיהו האי לאו קושיא היא לרש"י ז"ל, לפי שהוא ז"ל מפרש ע"י טענה וכפירה, שזה טוען וזה כופר, אבל מ"מ איך קשיא. אלא ה"ג, אתיא מע"א [וי"ג ע"א יוכיח] כלומר מגלגול שבועה דע"א, מה לגלגול שבועה דע"א שכן שבועה גוררת שבועה וכו', הצד השוה שבהן שע"י טענה, כלומר ידיעה והעדאה, וכפירה גמורה הן באין, כלומר הוא בא לישבע על הכפירה, אף אני אביא עדים, שע"י טענה שהעדים מעידין וכפירה גמורה שאין יודע בו כלל, הוא נשבע על הכפירה. וכ"כ הרמב"ן.

ד. מה לע"א שכן על מה שהוא מעיד הוא נשבע וכו', הצד השוה שבהן שע"י טענה וכו'.

כ' הרמב"ן, יש שלמדו מכאן לפי ג' זו שאין שבועת ע"א באה אלא בטענת בריא, כדאמרין דצד השוה שבהן שע"י טענה הן באין, אלמא דכי היכי דבעי טענה בפיו דהיינו טענת בריא, ה"נ בהעדת ע"א, וזה שלא כדברי הר"ף ז"ל שכ' דבהעדת ע"א נשבעין אפי' בטענת שמא וכו'. ואין עליו קושיא מזו, דבין טענת בריא ובין טענת שמא, טענה מקריא.

ד. פיו יוכיח, וחזר הדין וכו'.

כ' בהגהות חש"ל, נ"ל כיון דאתיא שבועה דר"ח קמייתא מפיו וע"א, א"א לחייבו שבועה כי אם על טענת שתי כסף ופרוטה ועדים מעידין שחייב לו פרוטה לכה"פ, וכמו בהודאת פיו. וכן בעינן שיהיה טוענו גדול, ואף דשבועת ע"א א"צ שתי כסף. וכן יש פוסקין דס"ל דנשבעין אפי' ע"י טענת קטן, וכמ"ש הרמ"א [סי' צ"ו ס"א], מ"מ כבר כתבו תוס' בריש ב"ק [ג: בד"ה משורן] והרא"ש שם [סי' א'], דכל היכא דילפינן במה הצד, א"א לחייבו כי אם כקל שבשניהם, עיי"ש, [יעו"ש דיש מהגדולים שכ' דדין הלמד כקולי שני המלמדין, ויש שנסתפקו בדבר, והרא"ש הכריע שם דהוי כאותו מלמד

דדמי ליה טפי בין לקולא בין לחומרא], וכן מצאתי בשער המשפט ריש סי' פ"ח [סק"א] שכ' כן, רק שכ' דבשערים דרב אלפס [סוף שער ו'] איתא בהיפך. [והגרע"א בגליון השו"ע [ריש סי' צ"א] כ', דמדפטרין שבועת מודה במקצת בטענת קטן משום שהוא כמשיב אבידה, א"כ בהעדאת עדים דר' חייא צריך לישבע לקטן. יעו"ש].

ד. מה להצד השוה שבהן שכן לא הוחזק כפרן וכו'.

כ' המהר"ם, יש לדקדק לסברת המקשן דס"ל השתא דכשכופר במנה והעדים מעידין שהוא חייב חמשים הוחזק כפרן ופסול לעדות ולשבועה, א"כ בלא כ"ז הו"ל למיפרך אמירא דר' חייא גופא, היכי קאמר ר' חייא דחייב שבועה, והא פסול לשבועה הוא כיון שהוחזק כפרן. ויש ליישב דאגופא מימרא לא היה יכול למיפרך הכי, דהו"מ לשנויי דאע"ג דהוחזק כפרן אינו פסול לשבועה, דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא כדאיתא לקמן, אבל אק"ו פריך שפיר מה להצד השוה שבהן וכו', דמ"מ פירכא היא על הצד השוה, שאינו דומה לפיו וע"א שכן לא הוחזקו כפרנים. ועד"ז תי' המהר"ם שיי"ף, דודאי יכול לישבע, דלא חשיד אשבועה שכל העולם נזדעזע, אבל לעדות דלא חמירא כ"כ, היה סבור דהוחזק כפרן, ולכן מקשה על מה הצד, מנ"ל למילף לישבע הכא, כיון שהוחזק כפרן לעדות.

וז"ל הריטב"א החדשים, גם בזה פירש"י ז"ל יפה דלא אתינן עלה בתורת קולא וחומרא אלא בתורת טעמא, חדא דמאי חומרא היא לפי שלא הוחזק כפרן, אדרבה קולא היא אצלו, ועוד כי אמרין תאמר בעדים שהוחזק כפרן היכי דחזינן לה שלא הוחזק כפרן על פיהם במלוה, דהא מ"מ הוחזק כפרן על פיהם בפקדון, וסגי בהכי שלא לדון במה הצד, אלא ודאי בתורת טעמא אתינן עלה, דאם איתא שאנו מחייבין אותו שבועה בהצד השוה, היאך הוא נשבע, והלא הוחזק כפרן ע"פ העדים, ואין לנו להאמינו בשבועה, אלא שיהא נידון כחשוד או כמוחזק כפרן וישלם הכל, והשתא מהדרינן שפיר דר' חייא מיירי במלוה, ובמלוה לא הוחזק כפרן אלא על אותו ממון שהוכחש בלבד שאינו נאמן עליו לעולם לומר פרעתני, אבל במה שלא הוכחש אינו מוחזק כפרן, אפי' היה הכל תביעה אחת כי הא דר' חייא.

ועיין בפיר"ח שכ' ז"ל, פ"א אם כפר הלוה והעיד עליו ע"א, לא הוחזק כפרן, שנא' לא יקום עד אחד באיש וגו', וכן אם כפר וחזר והודה, לא הוחזק כפרן, כדברא דאמר רבא אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע, תאמר בעדים שאם כפר ובאו עדים והעידו עליו [שחייב] שהוחזק כפרן ונפסל.

ד. ר' חייא תורת הזמה לא פריך.

כ' בחי' הריטב"א החדשים, רש"י ז"ל מפרש דר' חייא לא חשיב תורת הזמה פירכא, כי כיון שהעד יש בו דין הזמה לבטל עדותו, אע"פ שאינו משלם קנס, אין זה אצלו ייפוי כח עד שנאמר כי מפני כן מחייב שבועה ועדים שישנן בתורת הזמה לא יחייבו שבועה, אדרבה משום גריעותא דעד הוא שאינו נידון בתורת הזמה, לפי שאין בו כח לחייב ממון, ובחייב שבועה א"א לדון דין הזמה. זהו פירוש לפירש"י ז"ל בכון, והוצרכתי לפרשו לפי שיש גדולים משבשים פירושו ומקשים עליו, ובאים לפרש כן דר' חייא לא חשיב תורת הזמה פירכא, משום דלא שייכא בע"א, ואין אומרים קולא וחומרא אלא היכא דשייכא בה ולא דיינינן בה. וכי מעיינת בה, גם זה בדברי רש"י ז"ל, אלא שהוסיף בה תוספת ביאור שאין זה יפוי כח אלא גריעותא. וז"ל פיר"ח, אמר לך ר' חייא, לא נדחית תורת הזמה מעד אחד מפני כחו של עד, אלא מפני שע"א אינו בא אלא לשבועה, וכשיזום אינו יכול להשביעו השבועה שזמם לעשות לאחיו, וכיו"ב נדחית תורת הזמה בשני עדים שהעידו על כהן שהוא בן גרושה וכו'.

ד. דאי הווי ליה סהדי ללוה דלא מסיק ליה ולא מידי, לא בעי ר' חייא לאשתבועי.

ופירש"י אילו העידו העדים חמשים חייב וחמשים פרע. וכ' ע"ז הרשב"א, ואינו מחוור בעיני, דאי בדאמר ליה מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי

שהשטר מוכיח שאין חייב לזה אלא בעלמא חייב דמודה מקצת חייב, ושאיני הכא דחשיב ליה כופר הכל וכו' משום דקא מסייע ליה שטרא למלוה דשתים, דמזה לא היה יכול לכפור, דהשטר לא מצי משמע פחות משתים, וא"כ לא הוה תבע ליה מן השתים, ומזה לא הודה לו כלל, והו"ל כופר הכל ומשו"ה פטור.

ד: ושאיני הכא דקא מסייע ליה שטרא.

כ' בחי' המיוחסים להריטב"א, י"א דכיון דשטרא מסייע ליה סיוע גמור [וכפירש"ן], אפי' היסת אינו נשבע, ואע"ג דאמר עלה טעמא אחרנא, לאו לדחוי טעמא קמא, דתרווייהו איתנהו. אבל הרמב"ן כ' דלעולם נשבע היסת ואע"ג דמסייע ליה שטרא, דמ"מ לאו עדות גמור הוא לפוטרו אפי' מן ההיסת, והביא ראיה מהא דאמר לקמן בפ' המקבל [ק.]. ההוא שטרא דהוה כתוב ביה שנין סתמא, מלוה אומר שלש ולוה אומר שנים, וקדם מלוה ואכליניה לפירא מי מהימן, ואסקה רב כהנא דפירות בחזקת אוכליהן, אלמא אע"ג דמסייע ליה שטרא ללוה לאו עדות מעליא היא, דאי לאו, הוה לן לאפוקי פירות מיניה דמלוה. ואע"ג דאמר עלה דטעמא משום דמילתא דעבידא לאגלווי היא, [שיבואו עדי שטר ויעידו. רש"ן], ואטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן, [וכך דחה הרשב"א ראית הרמב"ן, ומסיק וז"ל, אבל הכא דשבועה זו מן התקנה היא ושטרא מסייע ליה, אמאי משבעינן ליה], מ"מ אי עדות גמור הוא, תו לא מהימני עדים למימר דשלש הוו, [א"ה, לא נתבאר אם משום דהוי כתרי ותרי ולא מפקינן פירי ממלוה אפומייהו, או שמא הוי מכלל עדותן שבשטר דהוה תרי, ואין חוזרין ומגידין], אלא ש"מ דלאו עדות גמור הוא, וכיון שכן לא מיפטר משבועת היסת. ובנימוק"י הביא דחיית הרשב"א, וכ' עוד בשם הר"ן לדחות בדרך אחרת, דאפשר דשאני התם דכיון שהניחו לוה למלוה לאכול פירות של שנה שלישית, איתרע ליה סהדותיה דשטרא.

ד: דקא מסייע ליה שטרא.

כ' בתוס' הרא"ש, ואין להקשות דל מהכא הודאת פיו, ויתחייב בשטר דהוי כעדים [המעידים] המחייבים שבועה על השאר לר' חייא קמייתא, משום דאדרבה השטר מסייעו ומוכיח שאינו חייב כי אם שתיים, [וצ"ב מאי ס"ד דליחייב משום העדאת עדים טפי מחיובא הודאת פיו, ואי דקשיא ליה רק טעמא דמילתא, דהו"ל משום העדאת עדים, לכאן הודאת פיו עדיפא דמפורש בקרא לחייבו, ועדים מינה הוא דיליך בק"ן].

ד: אלא קשיא לר' חייא, שאני התם דקא מסייע ליה שטרא.

הקשה בחי' הריטב"א החדשים, מה חידש לזו התלמוד בזה בין לדברי ר"ע בין לדברי רשב"א, והלא מעיקרא נמי הכי סבירא לן דהוי טעמא דר"ע, [דכיון דשטרא מסייע ליה יכול היה להעז בו פניו, ואינו זומא לשאר מודה במקצת דחייב רחמנא, דהתם לא מצי להעז פניו בפני בעל חובו וכדאמרין לעיל, אבל זה כיון דמסייע ליה שטרא מעיז ומעיז, וכאמרין בעלמא [כתובות כב:] כיון דאיכא עדים דמסייעי לה מעיזה ומעיזה. ל' הרמב"ן לעיל בביאור טעמא דר"ע], ולהכי ה"ה לכו"ע דהא מיעוט סלעין שתיים. ורש"י נשמר מזה, דלעיל פירש לדברי ר"ע דלהכי הוי משיב אבדה לפי שהיה יכול לומר שתיים והשטר מסייעו, דכיון דלא פירש, דברים הניכרים ששתיים היו, ובכאן פירש שאני התם דקא מסייע ליה שטרא, כי העדים מעידים כדבריו שלא היו אלא שתיים ולכן לא פירשו מנינם, כלומר דכעדות גמורה חשיב.

ד: ברש"י ד"ה טעמא. וכל משמעות השטר הילך הוא, שהרי הקרקעות משועבדות על כך.

כ' בחי' הריטב"א החדשים [בד"ה מיתבי], למדנו מדבריו דדוקא משום שעבודא הוא דהוי הילך ומיפטר, הא לאו הכי, אע"ג דלא מצי כפר ביה, מודה במקצת גמור הוא ומחייב, וא"כ שמעינן מינה שהטוען לחבירו מנה, חמשים בכתב ידו וחמשים בע"פ, והודה בחמשים של כתב ידו וכפר באיך חייב, ואפי' היה בחתימת ידו נאמנות, כיון דלאו שעבוד קרקעות הוא. וכן פי' אדונינו הרמב"ן ז"ל.

והרשב"א הביא ד' הרמב"ן, וכ' עוד, אבל הרמב"ם ז"ל [פ"ד מהל' טוען ונטען ה"ד] כ', אין מודה מקצת חייב עד שיודה בדבר שאפשר לכפור בו,

כלום שפרעתין, והעדים מעידים שפרע חמשים ועדיין חייב חמשים, מאי שנא כי אית ליה סהדי ללוה שפרע, אפי' לית ליה סהדי שפרע אינו נשבע, דהו"ל שעבוד קרקעות כיון שהעדים מעידים שעדיין הוא חייב לו, וכמו שכתבתי למעלה [ג. בד"ה הא דא"ר חייא, והו"ד שם], ואם כשהוא טוען אין לך בידי שלהד"מ, ועדים מעידים שלוה מנה ופרע מחצה אמאי פטור, הא כיון דאמר לא לזית כאומר לא פרעתי דמי, וכיון דאיכא סהדי שלוה מנה, משלם את הכל, דלגבי הלואה סמכינן אעדים ולגבי פרעון סמכינן אפיו, וכאותה שאמרו בפ' שבועת הדיינים [מא:]: וכו'. אלא נ"ל דה"פ, אי אית ליה סהדי ללוה כגון שזה טוען שהלוה ביום פלוני לפני פלוני ופלוני מנה, והלה טוען להד"מ, והעדים מעידים שלוה חמשים ולא יותר.

ד: והלה אומר אין לך בידי אלא נ' זוז והילך.

ופירש"י לא הוצאתים, והן שלך בכל מקום שהם. וכ' ע"ז בחי' הריטב"א החדשים, נראה מדבריו תרתי, חדא דמלוה שהוציאה, אע"פ שנותן לו מעות ואחרים בב"ד, לא חשיב הילך, ועוד, דכל שלא הוציאם, והם בעין ברשותו, אע"פ שאינם עתה בב"ד הוי הילך. ואדרבה איפכא מסתברא, דכל שנותן מעות בב"ד זה הילך גמור הוא כאילו פרע, והוי באיך כופר בכל, וכל שאינם שם בב"ד, אין כאן פריעה של כלום, ומשום דהוה זוזי דמלוה גופיה ברשותיה מאי הוי, דהא מלוה להוצאה ניתנה ודידיה נינהו, [בין לחזרה בין לאונסין. הרשב"א, מסוגיא דקידושין מז:]. ומייהו בפקדון ודאי כל היכא דאיתיה ברשותיה דמרמה איתיה, והכי מוכח לקמן [ה.]. בג' פרות דרמי בר חמא וכו'.

ומשכון לא חשיב הילך, דהא מחוסר שומא וגוביינא, אא"כ דמיו קצובין ונותנו לו מיד בפרעון גמור, וידעינן דלית ליה זוזי לאיך, דכל היכא דאית ליה זוזי בעין, לית ליה למיפרעיה בשומת מטלטלין כדכתבי רבונותא ז"ל, וזה ברור ופשוט לפענ"ד, ואע"פ שרבים וגדולים חולקין בדבר. ומורי הרב נ"ר כן הורה כדברי דמשכון לא הוי הילך. עכ"ל הריטב"א.

ומש"כ הריטב"א בדעת רש"י דמלוה שהוציאה ונותן לו עתה מעות אחרים לא חשיב הילך, ור"ל דאף לרב ששת חייב, כן מבואר ברשב"א ובהגה"א. וכ' ע"ז הב"ח, דודאי לרב ששת אף בזה פטור, ומש"כ רש"י לא הוצאתים וכו', לרבנותא דר' חייא קאמר, דאפי' בזה ס"ל דחייב. והפני" כ' דכוונת רש"י איפכא, דדוקא בכה"ג מחייב ר' חייא, דלא חשיב ליה כופר הכל, כיון דאף במה שהודה מחוסר גוביינא והב"ד נזקקין לכתוב לו הודאתו כדי שלא יוכל לטעון פרעתי, אבל כשהנתבע נותן לתובע בפני ב"ד כפי מה שהודה, א"כ ממילא אין ב"ד נזקקין לדון על מה שהודה ומסר לו בפניהם, א"כ אפי' ר' חייא מודה דפטור, דהו"ל כופר הכל גמור.

ד: ורב ששת אמר הילך פטור, מ"ט וכו'.

כ' המאירי, שאותם חמשים הרי הן כמי שבאו ליד מלוה ואינם בכלל הטענה, ונמצא שאין הטענה אלא בחמשים שכפר, ונמצא שהוא כופר בכל הטענה. וי"מ הטעם, שמכיון שהוא מזמין עכשיו ליתן לו במקצת, אינו מתיירא שלא יאריכנו מן השאר, ואין כאן טעם אישתמוט הוא דמשתמוט.

ד: ברש"י ד"ה תאמר. ומנין לך להחמיר כל כך.

כ' בחי' הריטב"א החדשים [לעיל ג: בד"ה אלא אתיא], זה הלשון שכל ומנין לך להחמיר כ"כ נראה מיותר, ואשכחנא מורגניתא תותיה, דמון ז"ל גלי לן דהאי פירכא לא אתינן עלה בתורת קולא וחומרא, דהא ודאי מה שאין העד משיבע על מה שכופר אלא על מה שהעיד, קולא היא בכחו ולא חומרא, אלא בתורת טעמא אתינן עלה, דאנן שפיר ילפינן מעד אחד מה שיש בעד אחד, אבל לדון ממנו יותר ממה שיש בו לחומרא, דהיינו לחייבו שבועה על מה שלא העיד, זו חומרא היא, ומנא תיתי לן, דיו לבא מן הדין להיות כנידון.

ד: לעולם שתיים פטור והילך חייב, ושני הכא דקא מסייע ליה שטרא.

כ' בתור"פ, פי' הקונטרס לעולם כדקאמרת שתיים פטור, וטעמא לאו משום הילך, דהילך בעלמא חייב, ושאיני הכא דקא מסייע ליה שטרא

עכ"ל, ונראה שהזיקו להרב לפרש כן, מדאמרינן והא הכא כיון דנקיט שטרא שתיים דקא מודה הילך הוא, ויפרש הוא ז"ל כיון שאינו יכול לכפור בשתיים הרי הוא כהילך. והא דדחינן הכא שאני התם דקא מסייע ליה שטרא א"נ דהו"ל שעבוד קרקעות, דחויי בעלמא הוא דדחי ר' חייה, ולא קיי"ל כוותיה, אבל לרב ששת דהלכתא כוותיה, לא מהני טעמי הוא, ודילמא לא ס"ל הכין, ונפק"מ למה שאמרנו.

ד: בתוד"ה אין נשבעין. [הא']. **וא"ת למ"ד בפ' גט פשוט שעבודא דאורייתא וכו' למה נשבע, הא כופר שעבוד קרקעות.**

כ' הפנ"י, לו"ד היה נ"ל, דהא דאמרינן בכל דוכתי דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, היינו דוקא היכא שהקרקעות משועבדים בעל כרחו דלוה, כגון שהוא בענין שאינו יכול לכפור בו, והיינו בשטר, דתרת"י בעינן, שעבוד קרקעות ושאינו יכול לכפור. והטעם נראה בזה, דכפירתו אינו מועיל כלום, כיון שאינו יכול לכפור וגם אינו יכול להבריא החוב, כיון שכל נכסיו משועבדים למלוה, א"כ כל היכא דאיתנהו ברשותא דמלוה קיימי, משא"כ במידי דמצי למיכפר כגון במלוה ע"פ, אע"ג דלמ"ד שעבודא דאורייתא גובה ממשעבדי, היינו אם מודה, אבל אם כפר, לא שייך לקרותו שיעבוד קרקעות, שהי אינו יכול לגבות מהם מחמת כפירתו. [א"ה, לכא' צ"ב, דמ"מ באותו מקצת שהודה איכא שעבוד קרקעות, ונמצא שהודה בקרקעות, ואין הודאת קרקעות מביאה לידי שבועה כמו שפירש"י בד"ה א"נ].

ד: בתוד"ה אין נשבעין. [הא']. **או שאין לו קרקעות כלל.**

כ' המהר"ם שי"ף, מכאן נ"ל סתירה למקצת פוסקים מה שכותבין בהרשאה והקניתי לו ד' אמות וכו', שאין לך אדם שאין לו ד' אמות בא"י וכו', דאי מקרי זה קרקע שלו לענין קנין, לא מצינו מודה מקצת. [א"ה, דפשיטא ליה דאע"ג דאין יכול המלוה לגבות חובו מאותו ד' אמות שלא נתבררו לן מקומן, מ"מ מקרי כפירת שעבוד דקרקעות].

ד: בתוד"ה אין נשבעין. [הא']. **כיון שהפקיעו חכמים השעבוד וכו', חשיב כאילו מחל לו השעבוד וכו'.**

כ' בהגהות מצפ"א, בס' עצי לבונה הקשה דאיך יביא קרבן [דאשם גזילות], דהוי חולין בעזרה, כיון דהוי שעבוד קרקעות מן התורה, ואיך יביא משום דחכמים הפקיעו השעבוד קרקעות. וי"ל דס"ל להתוס' דכיון דיש כח ביד חכמים לתקן משום תקנת ממון, ממילא לא זזה תקנתם גם במקום איסור משום לא פלוג, וכה"ג כ' תוס' בע"ז [סג. בד"ה והא מחסרא] גבי איסור אתנן זונה כשלא משכה הטלה, דכיון שהפקיעו חכמים קנין מעות ואוקמוה אמשיכה, הפקיעו גם ממנה, ואין כאן אתנן כלל אע"ג דזה הוי קולא.

ד: איצטריך קרא דחפר בה בורות שיחין ומערות.

כ' בחי' המיוחסים להריטב"א, וא"ת הא לאו תביעת קרקע הוא, שהרי אינו חייב לו אלא דמי ההיזק, ומטלטלי ניהו. וי"ל דכל שהתביעה בגוף הקרקע, כמקרקעי דמי אע"פ שהחייב אינו אלא דמים וכו'. ומיהו אם טענו דמי קרקע או שכירות קרקע, כגון שמכר לו שדהו בק' דינרין או השכיר לו ביתו בב' דינרין, ותבע ממנו ק' דינרים מדמי השדה, בכי הא אם הודה מקצת חייב, דהא אין עיקר הטענה בגוף הקרקע אלא בדמים, אבל כל שעיקר הטענה על גוף הקרקע פטור וכדפרישנא. וכ"כ הרמב"ם ז"ל.

וז"ל הרמב"ם [בפ"ה מהל' טוען ונטען ה"ב], וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידה והרי הוא חייב לשלם וכו' או שטענו שחפר שתי מערות והוא אומר לא חפרתי אלא אחת וכו', ה"ז נשבע היסת על הכל. וכ' ע"ז הראב"ד, נראין דברים שתבעו למלאות החפירות ולהשוות החצירות אבל אם תבעו לשלם פחתו, הרי הוא כשאר תביעות ממון, וכמי שאמר חבלת בי שתיים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת. וכ' הר"ה"מ, דהרמב"ם מפרש בסוגיין דטענתם על החפירה, שזה טוען שחפר בה והזיקו יותר ממה שזה מודה, ואע"פ שתביעתו היא דמים, כיון שהיא מחמת קרקע, אין עליה שבועת התורה, ויש לפרש בדרך אחרת ולומר שהוא טוענו שתי שדות והלה מודה לו בשדה אחת, ובאותה שמודה לו חפר בה בורות, ונמצא דלאו הילך הוא, שהרי אינו מחזיר לו כמות שהיא,

וכן נראה מדברי רש"י ז"ל, ומ"מ נראה שאפי' לפי פירוש זה יש ראייה לדברי רבינו, שאת"ל דתביעת חפירת בורות היא כתביעת מטלטלין, נמצא שזה תובעו מטלטלין וקרקעות והודה לו במטלטלין ובמקצת קרקעות, וא"כ זהו התירוץ השני שאמרנו שם וכו'. ויש לדחות, דתי' ראשון מיירי כגון שאינו תובעו כלל מן החפירות.

ועל חילוקו של הראב"ד כ' הרה"מ שאין נראה נכון, שהרי אין ביד התובע להכריח לנתבע למלא לו החפירות, אלא אם רצה משלם לו נזקו והפסדו, הילכך מה לי תובעו למלאות מה לי תובעו בדמים, כאן וכאן תביעתו הבאין מחמת קרקע הן. ועיין במחנ"א ה'ל' נזקי ממון [סי' א'] דלהרמב"ם כיון דאין חיוב לשלם לו דמים, ואינו חייב אלא למלא החפירות כמו שהזיק, אלא שאם רוצה משלם לו דמי מה שהפסיד, ואם הוזהל יכול לפטור עצמו בדמים כמו שהיא שוה עכשיו. נמצא דעיקר התביעה היא קרקע, והראב"ד ס"ל דמשעה שהזיק נתחייב דמי היזקו, ואם הוזהל אח"כ משלם כשעת היזקו, ועפ"ז ירד לחלק כן.

ובתוס' הרא"ש [בשם תוספי תוס'] כ' וז"ל, הקשה ה"ר יונה, אכתי כל הודאת קרקע הילך הוא, שהרי אינו חייב להעמיד לו קרקע אחר אלא אותו קרקע הוא מחזיר, ודמי קלקול החפירה דלאו הילך הוא, היינו תביעת מטלטלין, דאמרינן בפ' שור שנגח את הפרה [מח.]. הכניס שורו לחצר בעה"ב וחפר בה בורות שיחין ומערות, בעל שור חייב בנזקי חצר, ובעל חצר חייב בנזקי הבור, ולא אמרינן על בעל השור למלווי הבור, אלא נותן לו דמי היזקו ובעל חצר יסתום הבור. ותירץ דמיירי שהודה במקצת קרקעות שחפר בהן בורות שיחין ומערות וכפר במקצת קרקע, ומחייב שבועה בשביל הודאת החפירה דלאו הילך הוא וכפירת מקצת הקרקעות, אי לאו קרא, והוי הא שינויא [כשינויא] דהודה בכלים וכפר בקרקעות, אלא דשינויא קמא מהדר לאוקומי כשאין שם תביעה אלא בקרקע, שטענו קרקעות ומה שחפר בה וקלקלה, וכפר לו במקצת קרקעות והודה לו באותן קרקעות שחפר בהן.

ה. דתני רמי בר חמא ארבעה שומרין צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת.

כ' הרשב"א, וא"ת א"כ למה לי למכתב רחמנא שבועה גבי שומרין, תיפול לי משום דהו"ל מודה מקצת, ונשבע אף על אותה שטען בה נאנסה בגלגול, דקיי"ל בקידושין [כח.]. דמגלגלין אפי' שמא על בריא ואפי' על שמא. תירץ הראב"ד ז"ל דנפק"מ היכא דמחלי ליה על ההוא [פרה של כפירה], דנשבע משום שהיא דטען בו דנאנסה, [דאי מגלגול שבועה לא מיחייב, והשתא מיחייב, דכיון דבשעת תביעה כפירה והודאה הוה, איחייב ליה שבועה אף על אותה פרה שטען נאנסה. ל' הרמב"ן בשמו]. והרמב"ן ז"ל תירץ דזו אינה קושיא, דלמא בא הכתוב כאן ללמד דיני השומרין, שאם נשבע שנגנב ונמצא שהוא גנבו, משלם תשלומי כפל, ועוד דכיון דלא כתב רחמנא מודה מקצת אלא הכא, ואמר שאם טען השומר נאנסו והודה במקצת שחייב שבועה על הכל, אין לנו לומר לכתוב רחמנא דמודה מקצת חייב ולא בעי נאנסו ותיתי בגלגול.

ה. ת"ש דתני רמי בר חמא וכו', לאו דא"ל הילך וכו'.

כ' הריטב"א, דכל פקדון ברשותיה דמריה קאי וכדכתיבנא לעיל [ד. בד"ה אלא כי איתמר, והו"ד ע"ד רש"י שם]. ומכאן ראייה לפירושנו, דאי לא, מהיכן פשיטא ליה כולי הא שהפקדון שהודה לו בב"ד היה והו"ל הילך, והלא יותר קרוב לומר שהיה הפקדון בביתו או באגם וכו'.

ועיין בפנ"י שביאר, דהמקשה סבר דעל כרחך מיירי כשהפרה שמודה בה היא בעין לפנינו, דאל"כ הוי משיב אבדה, דהוה מצי למימר בה נאנסו, [ומיפטר אפי' משבועה לרמי בר חמא], ולא הוי העזה כשאר כופר הכל, כיון דאין הלה מכיר בשקרו שאינו יודע אם נאנסה אם לאו, אלא על כרחך כשהיא לפנינו מיירי, וא"כ הו"ל הילך, וע"ז משני דאיירי דאותה שמודה בה היינו דמתה בפשיעה, והוסיף בלשונו לומר שהתובע טוען מתו כולן בפשיעה [דלכא' הוא שפת יתר], לומר שהתובע טוען ברי שמתו כולן בפשיעה, וא"כ מה שהודה הנתבע אחדא דמתה בפשיעה, לא הוי משיב

אבידה, דלא מצי למימר באונס, דאינו מעיז לכפור במה שחברו מכיר בשקרו.

ה. הוא רעיא דהווי מסרי ליה כל יומא חיותא בסהדי וכו'.

הקשה הרשב"א, למה ליה לגמ' לאורוכי כולי האי, ומאי נפק"מ אי כל יומא מסרי ליה בסהדי והשתא מסרי ליה בלא סהדי, לא הול"ל אלא הוא רעיא דמסרי ליה חיותא ואמר להד"מ. וי"ל דהוה ס"ד דכיון שכל יומא לא מסרי ליה אלא בסהדי משום דחשדי ליה, והשתא קטעין מפקיד דאפקיד גביה בלא סהדי, ריעא טענתיה, ואנן סהדי דלא אפקיד גביה, אפי' אתו סהדי דאכל תרתי מינייהו, דילמא אשתלי ואחריני הוו, ולא הני דקטעין האי וכו', [ובחי' המיוחסים להריטב"א כ' דקמ"ל דלא מחזקינן דסהדי שקרי נינהו או שנדמה להם כן ואחריני ניהו], וגדולה מזו אמרו [כתובות טז.], אי כל הנשאת בתולה יש לה קול, זו הואיל ואין לה קול סהדי שקרי נינהו, ומשו"ה א"ר זירא אע"פ שכל יומא הווי מסר ליה בסהדי, כיון דאתו סהדי ואמרי דאכל תרתי מינייהו, לא מספקינן להו במילתא, ושכנגדו נשבע ונוטל. ובחי' הריטב"א החדשים תירץ [בת"י בתרא], דקמ"ל דאפי' בהא איתא לדר"נ דלקמן, ולא אמרינן איהו דאפסיד אנפשיה דמסר ליה בלא סהדי כיון דכו"ע לא מסר ליה אלא בסהדי.

ד: בתוד"ה וש"מ. [נדפס ד.]. וי"ל כיון דהילך פטור, אם יאמר שתים הו"ל כופר הכל, ואין אדם מעיז.

כ' הגרע"א [בגליון השו"ע ריש סי' פ"ז], תבעו מנה והודה בחמשים, ואמר הילך עשרים, יל"ע אם נימא מיגו דלא הודה רק עשרים והילך. ועיין באו"ז שהקשה למ"ד הילך פטור, בכל מודה במקצת יהיה נאמן במיגו דהודה פרוטה והילך, ותירץ דשמוא לא היתה מזומנת לו, עיי"ש, א"כ בנ"ד הוי מיגו. אבל בתוס' בב"ק [קז. סוף ד"ה עירוב פרשיות] לא משמע כן, גם בדבריהם בב"מ, [שכ' כאן ושם דמיגו דהו"מ למימר הילך הוי כמיגו דכופר הכל, ואינו מעיז, [וממילא לא קשיא נמי קושית האו"ז], וא"כ בנ"ד נמי חייב]. ועיין בסמוך בס"ב. [שהוכיח משם ג"כ שחייב].

ה. בתוד"ה למ"ד. תימה גם למ"ד הילך חייב אמאי איצטריך קרא למעוטי וכו'.

הקשה הפנ"י, הא איצטריך קרא לפטור היכא דאיכא כפירת שעבוד קרקעות או הודאת שעבוד קרקעות, כגון מלוה בשטר וכו' ובכה"ג ודאי שייך אישתמוטי, וקמ"ל דאפ"ה פטור, ובשלמא למאי דמקשה בגמ' לענין הילך א"ש, דמה"ט גופא ידעינן דהודאת מלוה בשטר אינה מביאת לידי שבועה, דכל שטר הילך הוא וכו', אבל לקושית תוס' דקאי למ"ד הילך חייב ומשום אישתמוטי, א"כ ודאי קשיא וכו'.

ויש ליישב, משום דהתוס' לשיטתייהו דלמ"ד שיעבודא דאורייתא שייך כפירת שעבוד קרקעות אפי' במלוה ע"פ וכו', וא"כ על כרחך צ"ל דהא דמקשה הכא בגמ' אמאי איצטריך קרא לפטור קרקע משבועה היינו למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, דא"כ [לכא' צ"ל דאל"כ] הא איצטריך קרא להודאת מלוה ע"פ וכו' דבכה"ג לא שייך לפטור מטעם הילך, וא"כ מקשו שפיר. [א"ה, עדיין מצינן למימר לכא' דאיצטריך למודה במקצת מלוה הכתובה בתורה, כגון שתבעו שנגח שורו את פרתו המעוברת, והודה בפרה וכפר בולד, דאיכא למ"ד דככתובה בשטר דמאי ונשתעבדו נכסיו, וא"כ הוי כפירת והודאת שעבוד קרקעות, ושפיר שייך אישתמוטי. וכן משכח"ל בהלואה ששעבד לו נכסיו בפירוש, אא"כ נימא דס"ל להפנ"י דאף בזה לא מהני מה"ת. וצ"ת].

ה. בתוד"ה אי איתא. ושמוא י"ל אחרי שלמד שיש שבועה בהעדאת עדים במלוה, מעתה אין לחלק בין מלוה לפקדון.

כ' בחכמת מנחת, אפשר משום דאתקשו להדדי, דאשר יאמר כי הוא זה קא גם אמלוה, וכתוב בפרשת פקדון. והא דכופר בפקדון פסול לעדות אע"ג דבמלוה כשר, הוא מטעם דכופר בפקדון שאני דהוי גזלן ורשע דחמס, ולא אתקשו אלא לענין שבועה. וז"ל הרא"ש לעיל [ד. סו"ס ד.], חזינן לקמן דאף בפקדון אמר ר' חייא למילתיה, גבי ההוא רעיא וכו', והיינו טעמא דכיון דגבי מלוה ילפינן מבינייהו דהעדאת עדים חשבינן כהודאת

פיו לחייבו שבועה, א"כ בכל מקום דפיו מחייבו שבועה גם העדאת עדים מחייבו שבועה, ובפקדון שכנגדו ישבע. [ועיי"ש בפ"ח אות ת'].]

והמאירי כ' שם בשם רבותיו שדברי ר' חייא אינן אמורין אלא במלוה, הא בפקדון ר"ל שטענו חבירו מנה לי בידך פקדון וכפר בכל, ובאו עדים על החמשים, אין שבועה על השאר, שחר אין כאן ק"ו מהודאת פיו ועד א', שהרי אפשר לומר מה לאלו שלא הוחזק כפרן, ואינו נ"ל כן וכו'. [עיי"ש]. ובתוס' הרא"ש שם כ' כמש"כ בפסקיו, אבל בשם הרמ"ה כ', דכל היכא דע"י העדאת עדים הוחזק כפרן, לא מחייב שבועה, משום דלא ילפינן מבינייהו דאיכא פירכא, ושאני גבי רעיא דלא הוחזק כפרן ע"י העדאת עדים שמעידיים דאכל תרתי מינייהו, שכיון שאכלן הווי להו גביה כמלוה, ואיכא למימר אשתמוטי קא משתמיט עד דהווי ליה זוזי, ולא הוחזק כפרן בעדותן שהעידו שכפר, והא דאיפסיל אגזילה הוא דמיפסיל, וכיון דכפירה דקא מחייבא ליה שבועה לא איהי קא פסלא ליה, איכא חיוב שבועה עליה, וכיון דהו"ל גזלן מהפכינן שבועה אשכנגדו. [ויעו"ש בתוס' הרא"ש מה שהקשה ע"ז].

ה. בתוד"ה שכנגדו. וא"ת מאי שנא בחשוד וכו' אמאי לא אמרינן מתוך שא"י לישיבע משלם וכו'.

כ' הפנ"י, הא דקשיא להתוס' אדינא דשכנגדו נשבע ונוטל אמאי לא אמרינן שיטול בלא שבועה כמו בנסכא דר' אבא, ולא מקשו להיפך דבמחויב שבועה ואינו יכול לישיבע יש לפסוק דשכנגדו נשבע, י"ל משום דמחויב שבועה וא"י לישיבע ילפינן מקרא ד"שבועת ה' תהיה בין שניהם" ולא בין היורשים [שבועות מזו]. משמע משם דלא שייכא שום שבועה בכה"ג. [א"ה, לכא' צ"ב, דאי הווי מקשו איפכא [דבמחויב שבועה וא"י לישיבע ישבע שכנגדו], ודאי דמתקנת חכמים הוא [דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין], וא"כ מאי מייתי מקרא, ואולי כוונתו דכיון דמפורש בתורה דליכא שום שבועה, לא מתקני רבנן איפכא וכמש"כ ה"ט"ז כה"ג [יו"ד סי' קי"ז סק"א]. ועצ"ב].

ה. בתוד"ה שכנגדו. וי"ל הכא אי אמרי' משלם לא שבקת חיי וכו', ועוד דהתם לא שבועה דאורייתא אית לי עלך וכו'.

כ' הגראמ"ה, ב' תירוצים אלו רק מדרבנן, אבל מן התורה הוי ככל מי שאינו לישיבע, כדמוכחא כולה סוגיא דשניהם חשודים בשבועות [מזו]. כפי פירושם שם, וא"כ אינו מובן תקנתא לתקנתא לא עבדינן דמסיק הכא, דהא התקנה [דשכנגדו נשבע] היתה רק לטובת החשוד, [ותקנתא דהיסת הוויא לטובת התובע].

ועיין בהגרע"א לקמן [ה: ע"ד תוד"ה ותקנתא] שכ' דבאו לתרץ קושיא זו, וז"ל, דהא מה שכנגדו נשבע התקנה היא בהיפוך, דלא צריך לשלם רק ע"י שבועה שכנגדו, אבל מדינא היה צריך לשלם בלא שבועה שכנגדו, א"כ היכי [שייך הכא הא] דתקנתא לתקנתא לא עבדינן, הא התשלומין הם מדינא בלא תקנה, לזה כתבו דמחויב שבועה וא"י לישיבע משלם לא שייך הכא, היינו דזהו בלא"ה, [ר"ל בלא טעמא דתקנתא לתקנתא], דשבועה דרבנן לא חמירא לחייב לשלם אם אינו נשבע, אלא דלבתר דתקנו דשכנגדו נשבע, זה היה באפשר לומר גם בשבועה דרבנן, ושוב אמרינן בזה תקנתא לתקנתא לא עבדינן, [ולכא' ע"ב, דאפי' אי הווי עבדינן תקנתא לתקנתא, מ"מ כיון דעיקר תקנתא דשכנגדו לאו לחייבו ממון היכא דפטור מדינא אתאי, אלא איפכא, מהי תיתי דנכלל בתקנה זו גם שבועה דרבנן שאין בה צד חוב ממון כלל, לחייבו ממון אם ישבע שכנגדו].

ה: ותיפוק ליה דהו"ל רועה וכו'.

כ' המהר"ם שי"ף, צ"ע לי, למאי דקיי"ל דפסולי דרבנן בעי הכרזה, מאי מקשה וכו'. ויש לחלק בין עדות לשבועה, דבעדות איכא טעמא שלא להפסיד את האנשים שלא ידעו. והגרע"א הוכיח מתוס' בב"ק [סב. בד"ה חמסין] דלגבי שבועה צריך ג"כ הכרזה, וכ' לחלק דהכלל כך הוא, דכל שהוא לפסידא דאחריני תקון רבנן דלא נפסל בלא הכרזה, אבל לגבי חוב דנפשיה לא צריך הכרזה, ומשו"ה בסוגיין שפיר פריך ותיפוק ליה דהו"ל רועה ודנין ביה דין מתוך שא"י לישיבע משלם, דלגבי חוב דנפשיה א"צ

הכרזה ודיינין ליה לחשוד לומר דצריך לשלם, אבל בדברי התוס' בב"ק, אם נדון אותו לחשוד ואינו יכול לישבע שאינה ברשותו, מאי עבדין ליה, ונפטר בלא שבועה, והוי חובה לבעלים דמפסידים השבועה, בזה אמרינן דצריך הכרזה.

ה: ותיפוק ליה דהו"ל רועה וכו'.

כ' התור"פ, פ' הקונטרס [וכל הראשונים, ח' הריטב"א החדשים] ותיפוק ליה פ' בלאו הך פירכא דוהא גזלן הוא יש להקשות פירכא אחרת, דהא הו"ל רועה. ולא נהירא, דמאי פריך, וכי יהודה ועוד לקרא, וכי לא הו"ל טפי למיפך מגזלן דפסול מדאורייתא מרועה דאינו פסול אלא מדרבנן. לכן נ"ל דה"פ, כלומר ותיפוק ליה דהו"ל רועה, והיכי חשיב ליה חשוד על השבועה לאפוכי שבועה אשכנגדו, והא הו"ל רועה מקודם שיפקידו אצלו, והואיל ונודע פסולו קודם הפקדון, סברא הוא שלא יהיה לו דין חשוד, ולא היה להם למסור בהמתם בלא סהדי, כיון שהם יודעים פסולו קודם לכן, דהא דאמרינן חשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל, היינו דוקא כשאין נודע פסולו מקודם, אבל בהא דאי אין דין חשוד נוהג בו, דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה חשוד, דכל א' וא' ילך ויפקיד לחשודים ויטעון אותן כפלים והנפקד חשוד והמפקיד יטול כל צרכו. וכי ע"ז הריטב"א, הוא דין חדש, ומכאן אין להם ראייה לפי פירוש רש"י, ומה שהקשו עליו י"ל דהא דפרכינן ותיפוק ליה דהו"ל רועה, לברורי מילתא קאמר, משום דלכא' הוה משמע דאביי לית ליה דרב יהודה.

וכדברי תור"פ כ' גם בהגמ"ר [סי' תי"ט] והו"ד במהר"ם שי"ף, וכי ע"ז, פירוש משבש הוא, דאין שייך לומר לא שבקת חיי שכל אחד ישבע ויטול, דא"כ נגזל אמאי נשבע ונוטל. עוד הובאה דעה זו בב"י [סי' צ"ב] מרבינו ירוחם בשם הראב"ד, וכי ע"ז ה"ב"ח, דממש"כ תוס' לעיל [ה. בד"ה שכנגדו] ועוד ראשונים דטעמא דלא אמרינן בחשוד מתוך שא"י לישבע משלם, משום חיותא דחשוד תקנו כן, שכל אדם רע יגלגל עליו שבועה ויטול כל אשר לו, מבואר דאפי' היה יודע שהוא חשוד כשהלוה לו או כשהפקיד אצלו נמי שכנגדו נשבע ונוטל. אבל הש"ך [סק"י] כ' דכולם מודים להראב"ד והגמ"ר, ולא קאמרי אלא דלכך בחשוד שכנגדו נשבע ונוטל, שאל"כ כל אחד יעסוק עם החשוד ויאמר לא ידעתי בפסולו, וא"כ לא שבקת חיי לכל חשוד שאין פסולו מפורסם מאד, אבל כשידוע בבירור שהתובע ידע בפסולו, הו"ל כאילו קיבל אנפשיה שיהא החשוד פטור.

ה: אגן חיותא לרועה היכי מסרינן, והא כתיב לפני עור לא תתן מכשול.

כ' בחי' הריטב"א החדשים וז"ל, פי' דאע"ג דהיכא דאית ליה בהמות מדידיה, דבלאו דידן מצוי עביד איסורא, לית ביה משום ולפני עור, כדאיתא בפ"ק דע"ז [ו.], מ"מ אין לנו לגרום איסורא, דמסייע עוברי עבירה איכא, והכא נקטינן קרא לרווחא דמילתא, ועוד דלמאן דמסרה ליה מעיקרא היכא דלית ליה בהמות אחרינא לא ידידה ולא דעלמא, איכא משום לפני עור ממש, ועוד, דהכא דסתמא עביד איסורא ודאי אפי' היכא דאית ליה לדידיה איכא משום ולפני עור, משא"כ בכוס יין לנזיר [כההיא דע"ז], דאפשר דלאו למישיתי בעי לה.

ה: מי יהבינן ליה כולה.

ופירש"י אם ישביעוהו על כולה, הרי לעז לב"ד וכו'. והמאירי לעיל במתני' כ' וז"ל, שלא ישבע על דיבורו שהוא אמת, ר"ל שכולה שלו, שאין משביעין את האדם על מה שאין שבועתו מועלת לו, והרי אין שבועתו מועלת אלא לחציה ומתוך כך אינו נשבע אלא על חציה.

ה: דאמר כולה שלי, ולדבריכם שבועה שיש לי בה ואין לי בה פחות מחציה.

כ' בתוס' רי"ד, פירוש לאו דאמר הכי, אלא הא לישנא דמשביעין ליה משמע הכי דפחות מחציה יש לו בה. והרמב"ם [פ"ט מהל' טוען ונטען ה"ז] והטור [ריש סי' קל"ח] כ' כלישנא דמתני', דנשבע שאין לו בה פחות מחציה, ותמה עליהם הבי' מסוגיין, [וכבר הקשה כן הנימוק"י בשם הר"ן], וביאר שהם מפרשים דלאו למימרא שיאמר כן ממש, אלא לומר שפירוש

דברים הללו כאילו אומר כן. ועיי"ש בפרישה [סק"א] שהאריך בביאור השו"ט דסוגיין אליבייהו, ומבואר בדבריו דהא דאין צריכין לפרש כן בהדיא בשבועתן, משום דעל דעת ב"ד הם נשבעין. [וכי לפ"ז בסיפא דזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, הא דהצריכו להאומר כולה שלי לפרש בשבועתו שאין לי בה פחות משלשה חלקים משום רמאות [כמש"כ הראשונים], היינו טעמא דכיון דאינו מרבה בדיבור השבועה, משו"ה הזקיקהו לסלק הרמאות בפירוש].

ה: וכי מאחר שזה תפוס ועומד וכו' שבועה זו למה.

כ' הפנ"י, פירוש דכיון דעדיין לא נתקנה שבועת היסת בימי המשנה, אלא כל המוחזק בדבר פטור לגמרי, והיינו על כרחך משום שסמכו על החזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו, ואחזקי אינשי בגזלנא לא מחזקינן, וא"כ הכא נמי כיון ששניהם מוחזקים שיש לנו לומר ג"כ חזקה שהיא של שניהם ותרוייהו בחזקת כשרות הם, דקושטא דמילתא דתרוייהו בהדי הדדי אגבהוה, אלא שכל א' אומר בדדמי שהוא הגביה תחילה דא"א לצמצם, ומה"ט היה לנו לומר שיחלוקו בלא שבועה. וע"ז משני דתקנת חכמים, ודוקא בכה"ג ששניהם מוחזקינן בשוה שייך לעשות תקנה, דשכיחא מילתא טובא שיוכל אדם לתפוס בדבר האחוז ביד חברו ושישלטו ידי שניהם בשוה, אבל בשאר דברים כשאחד מוחזק לגמרי, לא ראו לתקן היסת מה"ט, משום דלא שכיח שיתפוס אדם משל חברו לגמרי ותגבר ידו בכח על חברו, אם לא בגזלן גמור, ובכה"ג סמכו על החזקה, שכיון שהוא תחת ידו לגמרי, מסתמא הוא שלו וכו'.

אלא דבכמה דוכתי משמע מלשון רש"י ז"ל דשבועת היסת נתקנה בזמן המשנה, ולפ"ז צ"ל דאפ"ה מקשה הכא שפיר דנהי דבכל כופר הכל תקנו שבועה, היינו משום דאיכא חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו, וא"כ מה"ט גופא מקשה הכא לשקלו בלא שבועה, דמסתמא תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה.

ה: כדי שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף וכו'.

כ' הרמב"ן, קשיא לי ההיא דאמר ר"ג [ב"ב לד:]: כל דאלימ גבר, ליחוש שמא ילך כל אחד ויתקוף בטליתו של חברו ויאמר שלי היא או של אבותי היא. ואיכא למימר, התם כיון דלא מזדקקין להו לחלוק ביניהם משום דאיכא רמאי, א"א לחוש לכך, שהרי א"א לעשות להם תקנה, אבל כאן הואיל וחולקין כיון דליכא רמאי, עושין להם תקנה. ולפי דברי ר"ח ז"ל כיון שאין אחד מהם תפוס בה, אין לחוש לכך, שאין חוששין שמא יראה אדם ממונו של חברו מונח בסימטא ויאמר שלי הוא, דלא שכיחא מילתא ולא חיישינן.

ה: בתוד"ה על דאית ליה. ואע"ג דעל דעת ב"ד משביעין אותו וכו'.

והמאירי לעיל במתני' הביא דבריהם, וכי ע"ז, ולי נראה שאין דעת ב"ד מועיל אלא לדברים שבלב או כל דבר שב"ד ראויים לטעות בו, הא כל שהוא מוציא בפיו נוסח שאין שבועתו כלום, מה ענין דעת ב"ד לכך, ומתוך כך הוצרכנו לתקן את הנוסח וכו'.

ה: בתוד"ה ונימא. לרבנן דבן ננס פריך וכו'.

וז"ל תוס' הרא"ש, תימה מא פריך, ולמה יתקנו חכמים לשון השבועה שאחד מהם ישבע לשקר, ואפי' רבנן לא אמרו אלא גבי תנוני על פנקסו ופועלים, משום דא"א בענין אחר, כי התנוני והפועלים אינם רוצים להפסיד, וצריכים כל אחד מהם לישבע שהוא כדבריו. וי"ל דס"ד דעכשיו נמי שהוא נשבע שאין לו בה פחות מחציה, אדעתא דטענתו הראשונה שאמר כולה שלי הוא נשבע, ואיכא שבועת שוא, וא"כ ישבע בהדיא שכולה שלי.

ה: בתוד"ה דחשיד. וא"ת א"כ אמאי גזלן פסול לשבועה וכו'.

וז"ל התוס' רי"ד, אי קשיא ולא אמרינן [מיגו דחשיד וכו' חשיד אשבועה], והרי הנגזל שהוא נשבע ונוטל מפני שהגזלן אנו חושדים אותו שיחלל שבועתו ועוקרין השבועה ממנו ומהפכין אותה על התובע, והיכי אמרת

ישיב הגזל הראשון, לא ימנע מגזל זה ולא יעשה תשובה לחצאין, אבל זה שלא גזל פעם אחרת, אלא שעכשיו אנו חוששין שמא כופר בממון הוא, אי מחייבת ליה שבועה, דהווי ליה תרי חומרי במילתא, פריש מכוליה איסורא, אבל כיון דטעים טעמא דאיסורא ופקר בממונא, חשיד אשבועתא. וכ"כ בתוס' בשם ר"ת ז"ל.

ה: בתוד"ה ההיא שעתא. וכן משמע בהגזל קמא דמיירי בלא שבועה.

וז"ל תוס' הרא"ש, דמשעת כפירה נעשה גזלן כדמוכח בהגזל קמא, אמר רב ששת הכופר בפקדון נעשה גזלן וחייב באונסיה וכו'. וכ"כ בטוש"ע [ס"י רצ"ד ס"א], וכ' שם הגרע"א בגליונו, נסתפקתי אם בשעת הכפירה לא היה ברשותו, ובענין דלא שייך אישתמוטי, דהשומר והפקדון היו באגם וכפר, אם חייב באונסין, ד"ל דכפירה לא עדיף מגזלן ממש בלא מעשה קנין לא קם ברשותיה לענין אונסין, רק לענין פסול צריך שיהיה בענין דלא שייך אישתמוטי. ומלישנא דסוגיא משמע דגם לענין חיוב אונסין וקיימא באגם בענין דלא שייך אישתמוטי. אבל הסברא צ"ע.

ו. ותו הא דתני ר' חייא וכו'.

עיי' בחי' הריטב"א החדשים שכ' בתו"ד, דלאו פירכא הוא כולי האי, [ולכא' דלא כתוד"ה אלא, שכ' [בת"י בתרא] דאפירכא דר' חייא סמך, ובאמת הריטב"א שם שניה וכו' דעיקר הקושיא מאידך בתרייתא דר"ג דג' שבועות], דהתם תקנתא הוא דעבוד לבעה"ב כיון דלא ידעינן מאן מינייהו כפר, ואיכא חד רמאי ודאי בעינן הלעיטהו לרשע וימות.

ו. ותו הא דאמר רב ששת שלש שבועות משביעין אותו וכו', נימא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא.

רש"י פי' דמשבועה שאינה ברשותי פריך. והרמב"ן והרשב"א הביאו פי' הרשב"א, דמשבועה שלא שלחתי בה יד אקשינן, שהרי השולח יד בפקדון גזלן הוא וחשוד אממונא, ואפ"ה לא חשיד אשבועתא. והקשו עליו, דבשעת שליחות יד מורה היתרא אנפשיה למימר דבעיניה מהדר ליה, ולא אלים מהא דאמרין מורי ואמר דמי יהיבנא, ואם אבדה או נגבה, אע"פ ששלח בו יד וחייב לשלם אינו חשוד דאשתמוטי משתמיט ליה. ובחי' המיוחסים להריטב"א הקשה עוד, דהא איכא שליחות יד כל דהו כגון הניח מקלו ותרמילו עליה, דלא משמע להו לאינשי דאיכא איסורא בהא. והסכימו לפירש"י.

וכ' עוד הריטב"א, וא"ת והא אמר בפ' הגזל [קה:]: דמשעת כפירה אפסיל ליה לשבועה, וכפירה הוי [בין דקא טעין להד"מ] בין דקא טעין טענת נאנסו. ואיכא למימר דכי אמר דהכופר בפקדון פסול לשבועה משעת כפירה, כגון שכפר בפקדון ויצא מב"ד זכאי ואח"כ באה לו שבועה ממקום אחר, כיון דיצא מב"ד זכאי באותה שעה נעשה עליו גזלן ונפסל, אבל כופר בפקדון ויש לו לישבע על אותו פקדון, לא נפסל, דעדיין לא נעשה עליו גזלן, דאינו אלא חשד שאתה חושדו שעתה בא לגזול ממון זה, ומתוך שאתה מחמירו עליו בשבועה פריש מכולה מילתא, דתרי איסורי לא עביד בחדא מילתא.

ו. אביי אמר חיישין שמא מלוה ישנה יש לו עליו וכו'.

ופירש"י דפליג אדר' יוחנן, דאי הוה חשיד לן אהולך ותוקף בטליתו של חבירו חנם, הוה חשיד לן נמי אשבועה, אלא היינו טעמא דמתני' דחיישין שמא מלוה ישנה יש לו עליו. והרמב"ן פי' דאביי לא פליג אהא דאמרין דמאן דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, אלא דאתא למימר דח"ו שאין חוששין ליהא הולך ותוקף בטליתו של חבירו חנם, אלא חוששין שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו. [ובחי' הריטב"א החדשים כ' דאביי מפרש דברי ר' יוחנן].

ובחי' המיוחסים להריטב"א כ' כרש"י, וכ' עוד, דנפק"מ בין אביי לר' יוחנן היכא שמחל לו קודם שתקפה על כל מלוה שיש לו עליו, דלאביי אין מקבלין שבועתו ונוטל בלא שבועה, דהא ודאי חשיד אממונא, וכיון דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועה וכו'. מיהו מי שטוען לחבירו מנה של רבית [קצוצה] יש לי בידך, והלה אומר להד"מ, בזה דעת מורי נ"ר שאינו

דלא אמרין מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. תשובה, ה"ק לא אמרין דחזקה ברורה היא דמאן דחשיד אממונא חשיד אשבועתא דנימא הכי בכל דוכתא, אלא חששא בעלמא היא והילכך הכא לחומרא והכא לחומרא, כשנפלת על החשוד שבועה דאורייתא דשבועה במקום תשלומין קיימא, לא מהימנינן ליה אלא מהפכין אותה על מי שכנגדו, דדילמא חשוד נמי אשבועה, (ולנגזל) [ולגזלן] עצמו אע"פ שהוא כופר בכל, כיון דעל ממונא הוחזק כפרן, מהפכין אותה על הנגזל וכו', והכי [לכא' צ"ל והכא] נמי דחיישין שמא יהא תוקף בטליתו של חבירו, לא שבקינן ליה דיחלוק עמו בלא שבועה משום הא טעמא דאמרין שמא אע"פ שהוא חשוד לגזול שמא לא יהא חשוד וישבע [אצ"ל לישבע] לשקר, והילכך רמינן שבועה עליה, אולי יודה מחמת חומר השבועה, אבל אי הוה קים לן דכל דחשוד אממונא חשוד אשבועה, ה"נ לא הוה משביעין ליה, אלא הוה שקיל בלא שבועה, וזה שאמר "לא אמרין", דלא אמרין ליה בבירור, אבל מיחוש ודאי חיישין, והכא לחומרא והכא לחומרא.

ואי קשיא כיון דלא קים לן שהחשוד על הממון יחלל שבועתו, כשהוא כופר בכל שחייב לישבע היסת נמי נהי דלא מצינן להפוכי שבועה אשכנגדו, דתקנתא לתקנתא לא עבדינן, אבל מיהא אמאי פטרי ליה בלא שבועה, דילמא אי רמינן עליה שבועה יודה. תשובה, אין ב"ד נזקקין למי שהוא חשוד על השבועה להשביעו שמא יחלל, אלא מעמידין אותו על דין תורה ופטרינן ליה, ובמתני' דמשביעין להו אע"פ שהיא שבועה מדרבנן, משום שאינו ידוע מי הוא החשוד, שכל אחד אומר אני הכשר וחבירי גזלן, וגדולה מזו אמרו, החנוני והפועל נשבעין שניהן, דקיימא לן דחד מינייהו גזלן ואפ"ה משביעין שניהן אליבא דרבנן, כ"ש הכא גבי טלית שי"ל דילמא תרויהו בהדי הדדי אגביהו, שמשביעין שניהן כיון שאינו ידוע מי הוא הגזלן.

ה: בתוד"ה דחשיד. וי"ל דגזלן לא פסול לשבועה אלא מדרבנן.

כ' המהר"ם שי"ף, קשה א"כ הדק"ל, כיון דמדרבנן חשיד אממונא חשיד אשבועה, א"כ איך משביעין שלא יהא כל אחד הולך וכו'. ואפשר לומר דבשלמא לעיל [דקאמר והא גזלן], דמן התורה כשהגזלן מחויב שבועה נשבע ונפטור, וחכמים לא הימנוהו על השבועה ושקלו מיניה לשכנגדו, אבל הכא אין שייך לומר כלל שכנגדו וכו', דהא עשו משום שלא יהא כל אחד וכו', [לכך אוקמוה אדין תורה]. [א"ה, אם כוונתו דהכא לא שייך למירמי אשכנגדו, דהא עיקר תקנתא אתרוייהו, ותרוייהו בספק חשודין אממונא קיימי, עדיין צ"ב לפו"ר, דהא אפי' היכא דלא רמינן להשבועה אשכנגדו [כגון בהיסת] נמי אין משביעין אותן]. ובהגהות בית מאיר כאן כ' דדבריהם מבוארים ביתר שאת בגיטין [נא: בד"ה ובכולי]. וז"ל שם, ולא גזרו רבנן אלא היכא דנודע פסולו דגנאי הוא להשביעו.

ה: בתוד"ה דחשיד. וי"ל דגזלן לא פסול לשבועה אלא מדרבנן, ולעדות הוא דפסול מדאורייתא וכו'.

ובכתובות [יח: בתוד"ה ובכוליה] פי' הטעם, דבשבועת שקר יש בה עונש גדול, דכתיב בה לא ינקה וכו', ועוד, דבעדות שקר ליכא אלא לא תענה, ובשבועת שקר איכא לא תגזול ולא תשבעו לשקר. והגרע"א כ' הטעם, דלעדות שיפסקו ב"ד על פיהם צריכים שיהיו מנוקים מעוון והם בחזקת צדיקים גמורים, וכמו שלא האמינה תורה לעד אחד דלא הוי בירור גמור כ"כ, דאפשר דעד אחד הוא משקר, אלא דמ"מ נאמן הוא לפסוק שבועה על פיו, כיון דמ"מ הוא בחזקת כשרות גמור, אבל כל שעברו עבירה לא רצה תורה להאמינם שיהיה בירור בדבריהם לפסוק על פיהם, אבל לשבועה לפטור לעצמו, כל שאינו חשוד על השבועה מאמינים לו בשבועתו לפטור לעצמו, ומה ענין שבועה לפטור את עצמו לענין עדות לפסוק על פיהם.

ה: בתוד"ה דחשיד, וי"מ בשם הר' יהודה חסיד וכו'.

וז"ל הרמב"ן, ואפשר דגזלן שגזל גזלה פעם אחת ועכשיו נתחייב שבועה, אין מוסרין לו אותה שבועה, מפני שכיון שכבר גזל פעם אחת ועכשיו אנו חוששין שמא הוא שונה בה ונעשית לו כהיתר, ומשום שבועה לא ממנע, שהרי בשביל חומר שבועה זו לא יחזיר ממון הגזל הראשון, וכשם שלא

נשבע, משום שלפי טענתו של זה אינו ראוי לישבע, ואע"פ שאין זה נאמן לפוסלו לעלמא, לחובתו נאמן הוא, וטעמא דאינו ראוי לישבע בריבית טפי מזגילה, משום דבריבית ליכא למימר דמשום ספק מלוה שיש לו עליו הלוהו בריבית, דריבית לא אפשר בחזרה, דלא מיתקן לאויה, וכיון שהוא פסול לפי טענתו, לא משבעין ליה, הלכך אם כופר בכל הוא פטור בלא שבועה, ואם מודה מקצת הוא, משלם מה שהודה ופטור מן השאר בלא שבועה, ואע"פ שהוא הודה שהוא פסול, אינו נפסל ע"י עצמו, שאין אדם משים עצמו רשע, ולא הו"ל ע"פ עצמו מחויב שבועה שאינו יכול לישבע. כך דעת מורי נר"ו בענין זה.

ודינו נראה נכון, אע"פ שראיתי מן הגדולים חלוקין עליו. ואפשר דאפי' ע"פ עצמו, חשבין ליה מחויב שבועה שא"י לישבע, דכיון שהודה שאינו בן שבועה, לחובתו נאמן הוא ומשלם ואינו נשבע, שהרי לפי טענתו ראוי הוא לשלם. וזה צ"ע. ומיהו אי כי אמרינן דלא משמע לה לאינשי דריבית לא מיתקן לאויה בחזרה, הו"ל ריבית כגזל לגמרי ונשבע עליו ואפטר.

ו. חיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו.

כ' הרמב"ן איכא דקשיא ליה, אי מלוה ישנה יש לו עליו, לטעון ולימא הכי והכי אית לי גביה. [דנאמן במיגו דלקוח כדאמר [ב"ב לו.]. בהנהו עיזי דאכלו חושלי בנהרדעא וכו' דמה לי אי תפשו ברשות חבירו כי הכא בטלית שתקף, או תפשו ברשות עצמו כי התם בהנהו עיזי, כיון דהשתא ברשותיה קיימי ואיכא מיגו, כמש"כ הרמב"ד והרמב"ן. ל' הנימוק". ודלא כבעה"מ שמכח קושיא זו כ' דאינו נאמן בטענת מלוה ישנה. יעו"ש]. ולא קושיא היא, דהא האי גברא הא טלית גופיה קא בעי למיפלג ביה, ומורי אנפשיה למשקליה במלוה ישנה, ולא חשיד אגזל דממון ממש, ועוד אטו כולהו אינשי דינא גמירי. [ולא ידעו דינא דמיגו. ח' המיוחסים להריטב"א].

והוי יודע דמאי דאמר אביי חיישינן שמא ספק וכו', לא שיהא רשות ביד אדם לתקוף בטלית חבירו משום מלוה שיש לו עליו ולישבע שלי הוא, אלא אביי סמיק אמאי דאמרן [ה:]: מורי ואמר דמי ייבנא, ולא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, ומאן דעביד הכי לא חשיד אממונא ואשבעתא, אבל ודאי אין לו לאדם לעשות כן, ואין זה צריך ליכתב.

ו. חיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו.

כ' המהר"ם ש"ף, אין להקשות לעיל במנה שלישי אמאי לא יחלוקו הא חלוקה יכולה להיות אמת, דדלמא מלוה ישנה יש לו עליו, עיין לעיל ב. בתוד"ה יחלוקו. ויש דוחקים דשאני התם דחלוקה מצד הטענה יכולה להיות אמת, כגון שפרע לו החצי [גבי שנים אדוקים], או תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה או קנאוה וכו', אבל הכא מצד הטענה שהפקידו אינו יכול להיות אמת. שזה [אצ"ל וזה] הסברא הבל, ועוד, דא"כ למה להו [לתוס' לעיל] למימר שאין דרך להקנות פקדון שיש לו ביד אחר, אף אם דרך, מ"מ מצד הטענה אינו אמת. אבל נראה שאינו דומה, שבמציאה ומקח וממכר י"ל תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה ומסתבר שהחלוקה אמת, רק מה שתובע חצי השני לא הוי משו"ה חשידא ממנונא, דדלמא מלוה ישנה יש לו עליו משו"ה תובע יותר וכו', אבל לומר שהחלוקה אמת בשביל מלוה ישנה לא מסתבר, דבמנה שלישי על כרחק אחד הפקידו לבד, וכל אחד טוען כולה שלו, אין לומר שטוען בכולה מספק מלוה אכולה כשיעור המנה, א"כ למה נחלוק, והרי ספיקו אמנה, ומה סברא לומר חמשים.

ו. בעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו מהו וכו'.

הקשה הפנ"י, [לקמן בהאבעיא דהקדישה, בד"ה הוא דילמא], אמאי לא קא מבעיא ליה נמי אף אם הטלית יוצא מתחת יד אחד מהם והשני מערער לפני הב"ד לומר שלי היא, וחטפה מיד המחזיק והמחזיק שתק ולבסוף צוות, מה דינו בזה, דלכא' חד דינא אית להו כמו בשנים אוחזין, כיון דמטעם שתיקה כהודאה אתינן עלה, ובאמת לא אשתמיט איזה פוסק לכתוב כן, וכן באבעיא בתרייתא דהקדישה נמי הו"מ למבעי ככה"ג אף אם היתה תחת יד אחד מהם תחילה.

מכל זה נראה דכשהיתה יוצאה מתחת יד אחד מהם לא קמבעיא ליה לר' זירא, כיון דקיי"ל חזקה דאורייתא, וא"כ כל מה שביד האדם אנו סהדי

דבדאי הוא שלו, וכאילו באו עדים לפנינו וכו', וא"כ אין כאן מקום להסתפק ולומר דאודויי אודי ליה, דמהיכא תיתי נאמן כן לסתור החזקה דכל מה שביד אדם היא שלו ולהוציא ממון מחזקת מרא קמא, ואדרבה יש לנו להעמיד החזקה אדוכתה ונאמר שהוא שלו, ומה ששתק מעיקרא, היינו שלא חש לתפיסתו כיון דחזו רבנן שבשעת העמדה לדין היתה תחת ידו לבד, וא"כ הן עדין שהיא שלו, ולכך סובר שבדאי לא יועיל תפיסתו לפני ב"ד וכו'. [יעו"ש שהאריך]. [ועיין ברשב"א לקמן [בד"ה הא חזו לי רבנן, הו"ד שם] שהביא ראיה דשתיקה חוץ לב"ד לא אבעיא לן, מההיא דנסכא דר' אבא דלא מהני חטיפתו אפי' שתק הלה, [שלא הוזכר שם דדוקא בצוות איירי], ומשמע מדבריו דהאבעיא גם בחוטף דבר שביד חבירו].

ו. אי דשתיק אודויי אודי ליה, ואי דקא צוות וכו', לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צוות וכו'.

כ' בחי' הריטב"א החדשים, אי דאישתיק, פי' אפי' אחר שהוציאה מידו, אודויי אודי ליה, ואי דצוות, פי' בעודה בידו, אפי' בסוף התקיפה או בתחילתה, מאי הוי ליה למעבד, לא צריכא דאישתיק ולבסוף צוות, עיקר הפירוש דברים כפשטן, דאישתיק כשתקפה ועודה בידו, ולבסוף צוות תיכף כשהוציאה מידו. ומורי נ"ר היה מפרש דלבסוף צוות היינו בסוף התקיפה קודם שיוציאה מידו לגמרי, דצווחה דלאחר תקיפה לאו כלום היא. ולישנא דגמ' מוכרח כפירושא קמא, דאמרינן או דילמא כיון דקא צוות השתא, ולישנא דהשתא לאחר תקיפה משמע, ועוד דסברא דאי צוות בסוף תקיפה בעודה בידו כשרואה שאינו יכול להצילה, דצווחה גמורה היא ולא אודי ליה כלל.

וז"ל הרשב"א, אי דאישתיק אודויי אודי ליה, פי' דאשתיק בפני ב"ד ולבתר דנפק הדר וצוות, ואמרינן כיון דשתק כל זמן שהיה בפני ב"ד, ודאי אודויי אודי ליה, דאי לא אמאי לא צוות, ואי משום דחזו ליה רבנן, כיון דרבנן שתקי הוה ליה למצוות, ואוקימנא דשתק קצת והדר צוות קודם שיצא, והאי דשתיק סבר הא חזו לי רבנן.

ו. הא קא חזו לי רבנן.

כ' הרשב"א, איכא מרבוותא דאמרי דדוקא בפני ב"ד, אבל שלא בפני ב"ד, אפי' שתק ולבסוף צוות אודויי אודו ליה, דאמאי שתיק הא לא חזו ליה רבנן. ולי נראה בהיפך, דדוקא בפני ב"ד הוא דבעי דליצווח, משום דמקום משפט הוא והו"ל למיצווח קמי ב"ד למידן דיניה, אבל שלא בפני ב"ד, מימר אמר כי ליכא איניש למידן דיניה אמאי אצוות, ומאן דאית ליה דינא, לבי דינא אזיל והתם מגלה טענתיה, דאי לא, נסכא דר' אבא [ב"ב לד.]. בדצוות דוקא היא, הא אישתיק, אע"ג דחטפה מיניה דרך חטיפה וגזלה ואזיל קביל קמי ב"ד, לא משגחינן ביה, והתם סתמא אמרינן, ולא דייקינן בה אי צוות אי לא, אלא דהתם אפשר לומר משום דלא הוה תפיס ביה מעיקרא כלל.

ועוד יש להביא ראיה לכא' מדאמר בסמוך היכי דמי, אילימא כדקתני דאתו לקמן כי תפיס לה חד מינייהו פשיטא, אלא לאו שתקפה אחד בפנינו, ואם איתא, [לימא] לעולם כדקתני דיוצאה מתחת ידו של אחד מהם כשבאו לפנינו, וכגון שתקפה בחוץ בפני עדים ושתק ולבסוף צוות, אלמא מדלא אשכח לה פתרי כדקתני, ש"מ דאפי' בחוץ לא אמר אודי ליה, ודוחק הוא לומר דמשו"ה לא אוקמה הכי, דהא נמי פשיטא. עכ"ל הרשב"א. ועיין בחי' המיוחסים להריטב"א, שדחה ראיה זו וז"ל, הא דלא אוקימנא הא דתניא בסמוך אבל טלית יוצאה מתחת יד אחד מהם הממע"ה, כדקתני שיוצאה מתחת יד אחד בפנינו, אלא מכח תקפה בפני עדים ושתק ולבסוף צוות, משום דאם איתא דהכי הוי, לא הו"ל הממע"ה, דתו לא מהני ליה ראיה, דהא שתיקתו כהודאה, וכיון שהודה שהיה [אצ"ל שהיא] של חבירו, מה יעשה לו ראתו, ומדבעי לאוקמה לברייתא בשתק ולבסוף צוות למיפשט בעיין, ש"מ דבכה"ג מהני ראיה אפי' אי נימא אודויי אודי ליה, [ועיין בהגהת הגר"א כאן, ובביאורו לשו"ע סי' קל"ח ס"ק ט"ו].

ו. דאמרינן ליה עד השתא חשדת ליה בגזלן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי.

גבר, וכיון דכן, אפי' בפלגא נמי לא זכה חד מינייהו כל היכא דאמרת דלא קדשה משום שתיקת חבירו.

ו: פרשי מינה רב חנניה ורב אושעיא וכולהו רבנן.

כ' בתור"פ, וא"ת וליחלליה על שוה פרוטה, דהאמר הקדש שוה מנה שחללו על שוה פרוטה מחולל. [בזמן הזה הקדש שוה מנה יכול לחללו אפי' לכתחילה על שוה פרוטה כדמוכח בערכין [כט.]. ל' הריטב"א. י"ל דהיינו דוקא הבעלים, אבל אחריני לא, [לא נתבאר אם אחרים אין יכולים לחללם כלל, או שאין יכולים בפחות משוין], והבעלים לא היה בדעתן לחלל, דעל מנת כן הקדישו שלא יהנה ממנו אחר.

ו: והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, דקתני הממע"ה.

כ' בחי' הריטב"א החדשים, פי' אפי' היו שם הבעלים צווחים, דאי בצויחה לא קנה כהן, שתיקה נמי לא קנה, דשתיקה דהכא שהספק מעצמו לאו הודאה היא, דאפי' בעליו ספוקי מספקא ליה. עכ"ל הריטב"א. ורש"י [בד"ה המוציא מחבירו] פי' אם תקפה כהן ושתיק ישראל והדר צווח, ותמה הפנ"י, הא לא שייך הכא שום הודאה, שהספק לכל העולם ואף לבעלים גופייהו. וכ' דאפשר דכוונתו בזה לומר דלא איירי שתקפה בכח, [דא"כ לא יועיל תפיסתו כיון שאין לו שום טענה, וגם מכח קושית תוס' [ו. סוד"ה והא הכא], שהבעלים יאמרו ליתנה לכהן אחר, אלא שלקחה ברשות ישראל, כגון שלא היה יודע הישראל מהספק או שהיה סובר דאפי' בספק הדין עם הכהן, ולבסוף צווח, וכה"ג סובר רש"י אליבא דהמקשן דמהני תפיסת הכהן כיון שתפס ברשות אפי' בספק. [יעו"ש שהאריך לבאר טעמא דמילתא].

ו: ואי ס"ד ספיקא בעי עשורי, לעשר ממה נפשך וכו', אי לאו בר חיובא הוא נפטר במנין הראוי וכו'.

כ' המהר"ם ש"ף, לא ידעתי למה לי הך מ"נ, דבשלמא לעיל דקאמר לעולם אין מוציאין ויש לכהן צד זכיה, ואפי"ה שפיר קמעשר וממ"נ לא הוי פוטר ממנו בממון כהן, אך עתה שכוונתו שספיקו לא צריך לעשורי, נימא כפשוטו, אמאי קפץ וכו' כולן פטורין, לעשר מכח ספק, דאי בר חיובא שפיר מעשר. וצ"ל דדוקא היכא שודאי עושה תיקון כדלעיל אם הם ט' והוא, דאו פטורין ממעשר או מתקנו, אבל הכא אם הקפוץ בתוכו והט' חייבי, אין התיקון ודאי, אע"ג דמ"מ מתקן [היה הנשארם], מ"מ כל י' וי"ל שאינו מתוקן.

ו: דאמר רבא מנין הראוי פוטר.

רש"י ותוס' פירשו כשהתחיל למנותן ומת אחד מאותן שאינן מנויין, דמ"מ מיפטר המנויין כבר. ובפיר"ח כ', כגון שיש לו עשר צאן ומנאן עד תשעה, וקודם שסקר העשירי בסיקרא קפץ מתוך הדיר ויצא לחוץ ונתערב עם המנויין כבר, דנפטר התשעה במנין הראוי. [ולכא"צ ב.ב. אמאי לא יכנס כולן שוב ויעביר כל אחד ויקרא לו שם עשירי, דלכא"צ ממ"נ השלים מנינו ככתחילה בקריאת שם עשירי לאותו הקופץ, ומבואר דאין שייך מנין בספק. ועצ"ב. אבל אין לומר הטעם משום דעשירי ודאי וכו', דא"כ הו"ל לאביי לאוכוחי מממירא דרבא לחודה בלא מתני' דקפץ א' מן המנויין, כיון דבלא"ה אמירא דרבא סמיך].

ו: ברש"י ד"ה אם בר חיובא. אי האי גברא בר חיובא.

כ' במהדו"ב למהרש"א, דקדק הכא לפרש ג"כ [אולי צ"ל גברא] בר חיובא, דאין לתלות בר חיובא בטלה גופיה, דהא אשכחן גם בפדיון פטר חמור ודאי שהוא בר חיובא לעשר, בנפלו לו מבית אבי אמו וכו' [אצ"ל כהן] כפירש"י, אבל חיובו תלוי כולה בגברא אם הוא שלו אם לא.

ו: בתוד"ה קפץ. תימה דליכטל ברובא וכו' דהא דבר שבמנין לא בטיל היינו מדרבנן.

וז"ל חי' הריטב"א החדשים, לקמן [ז. בד"ה ה"נ עשירי ודאי], תירצו בתוס' דהא קיי"ל דבעלי חיים לא בטילי, ואע"ג דמדאורייתא מבטל בטילי, יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בשב ואל תעשה. ואין זה מחזור,

כ' הרמב"ן, ומיהו אם אמר אגרתיה בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים, אפשר דמהימן במיגו דאי בעי אמר מיתקף תקפה מינאי. אבל בחי' המיוחסים להריטב"א כ' וז"ל, והא דאמרינן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי, לאו למימור דאי אמר בסהדי אוגרא ניהליה אלא שהלכו להם למדינת הים שהוא נאמן, דודאי אינו נאמן, אלא ה"ק, אי אתה נאמן לומר דאוגרתו ניהליה כל שאין לך עדים. ומאן דפריש דבתקפה נאמן, ס"ל דנאמן בהא משום מיגו דתקפה. ולא נהירא. [כמש"כ לעיל מינה דאינו נאמן לומר דתקפה מידו [ודלא כתוס' [בד"ה אגרת] והרמב"ן הנ"ל], דמה שהיא ביד חבירו אע"פ שהוא ידוע לו, אינו נאמן לומר דבתקפה בא לידי, דלא חשדינן לאינשי בגזלני].

ו: דאתו לקמן כי תפיס לה חד מינייהו, ואידך מסרך בה סרוכי וכו', דסרכא לאו כלום היא.

עיין בהגהות חש"ל ריש מכילתין שכ', יש להסתפק אם אחד אדוק בחצי הטלית ואידך תפיס בכרכשתא, אם הוי ג"כ כמו שנים אוזוין, או דאינו נחשב רק כסירכא בעלמא ולא כלום הוא. וכן יש להסתפק להיפך, הא דאמרינן דסירכא לאו כלום הוא, היאך הדין אם אידך נמי לא תפיס אלא בכרכשתא. ומדברי הרמב"ם [בפ"ט מהל' טוען ונטען הי"א] והשו"ע [סי' קל"ח ס"ה] משמע להדיא דדוקא אם אידך תפיס בכולה, אז אמרינן דסירכא לאו כלום הוא. [וזה לשונם, היה אוזו האחד את כולה וזה מתאבק עמו ונתלה בה, הרי זו בחזקת האוזו את כולה]. וקצת יש לפשוט מדבריו גם הספק הראשון, דתפיס בכרכשתא לא הוי כמסרך סרוכי.

ו: אם תמצו לומר תקפה אחד בפנינו וכו'.

כ' הפנ"י, אבל לא מצו למיבעי האי איבעיא בפשיטות בשתק מתחילה ועד סוף, למש"כ התוס' [בד"ה הקדישה] דהאי בעיא הוא אי שייך לומר בזה שתיקה כהודאה דמיא או לא, דלמה יצווח בשביל דבריו, וא"כ בשתק מתחילה ועד סוף נמי יש לספק. ד"ל דתוס' גופא לא כ' כן אלא דוקא בשתק ולבסוף צווח, שייך לומר דלמה יצווח בשביל דבריו, פי' שאין לו לצווח מעיקרא כיון דליכא אלא דיבורא בעלמא, משא"כ בשתק מתחילה ועד סוף, והיינו שכבר נסתלקו מן הדיינים כמש"כ הנימוק"י, וא"כ כיון שזה לא ביקש עוד שיוחתן הדין ביניהם אלא יצא מן הב"ד בשתיקה לאחר הקדישו זה, נראה דאודויי אודי ליה. וז"ל חי' המיוחסים להריטב"א, הקדישה בלא תקפה מהו, כלומר באשתיק ולבסוף צווח, [ואפשר דמבעיא אפילו] היכא דאשתיק לגמרי, דאפי' היכא דאשתיק לגמרי מתחלה ועד סוף איכא לספוקי, דכיון דלא תקפה אמר מאי אצווח לא כלום קא עביד וכו', ואפי' שתק מתחילה ועד סוף אפשר לומר דלאו הודאה היא מה"ט דכתבנא.

ו: בתוד"ה כיון דמטלטלי היא והוה דינא כל דאלים גבר.

וכע"ז כ' הרמ"ש [סי' י"ב]. והקשה ע"ז בפ"ח [אות מ'], דמדאמר לקמן [ז.] מי סברת במסותא מטלטלי עסקינן וכו', מכלל דעד השתא הכי סבר לה. [ועיין במהר"ם לעיל [בתוד"ה הקדישה] שכ' דדברי תוס' דלעיל שפירשו האבעיא אי הוה שתיקה כהודאה, אזלי לפי מה דהוה ס"ד דבמסותא מטלטלי איירי, ודבריהם דהכא אזלי לפי מה דמסיק דבמסותא מקרקעי איירי. יעו"ש]. ועוד קשה דבריש פרקין כ' תוס' והרא"ש דכל דבר אפי' מטלטלי שאין שום אחד מוחזק בו, פסקינן כל דאלים גבר. וצ"ע.

ובעיקר דבריהם דדינא דמסותא זו הוי כל דאלים גבר, עיין בחי' הריטב"א החדשים שכ' וז"ל, וא"ת ודילמא הא דפרשי רבנן מינה היינו משום דפלגא מיהא קדשה, וכיון שאין חלקו מסוים, מיתסר כוליה משום חלקיה. ותי' מורי נר"ו בשם רבו ז"ל דהא ליתא, דהא קיי"ל במס' נדרים [מה:]: גבי שותפים שנדרו הנאה זה מזה שהלכה כר"א בן יעקב דאמר מותרים ליכנס לחצר שאין בו דין חלוקה, שיכול לומר לחלקי אני נכנס ואיני נכנס לתוך שלך, וה"ה דאיניש דעלמא יכול ליכנס שם ואומר לתוך של חברך אני נכנס. [א"ה, [כ"כ הר"ן שם בשם הרא"ה, אבל בשם הרשב"א כ' דדוקא כשנכנס לצורך השותף שרין]. וי"ל עוד, דההוא מסותא לא הוה תפסי בה תרוייהו, אלא בסימטא הוה מנחא, כההיא דפ' חזקת הבתים [לד:], ודינא כל דאלים

דכי עקרי רבנן דבר מן התורה בשוא"ת, היינו לעשות שום גדר או שום סייג לתורה, דאילו בכדי לא עקרי ליה, והא אמרינן פטירי מן המעשר בכדי ועבדי גזל השבט, אלא ודאי דאפי' תימא דבעלי חיים בעלמא בטילי מדאורייתא, הכא לא בטיל האי משום דאמר רחמנא העשירי עשירי ודאי ולא עשירי ספק. ועיין בתוס' הרא"ש שכ' בת"י בתרא ז"ל, ועוד י"ל כיון דחזינן דאפי' היכא דיכול לעשר ממ"נ, פטור משום דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק, ואפי' כי אמרינן כל דפריש מרובא פריש עשירי ספק מיקרי, אלא שהתורה התיירה ספק זה באיסורין דכתיב אחרי רבים להטות, ונהפך האיסור להיתר ע"י ביטול ברוב, אבל הכא לעולם לא נפיק מכלל ספק עשירי.

ז. עשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק.

כ' בתוס' הרא"ש, לא שייך הכא לאקשוויי איצטריך קרא למעוטי ספיקא כדמקשינן בפ"ק דחולין [כב:]: גבי תחילת הציהוב שזבה וזבה, [בתורים ובני יונה, לפסלם למזבח], דהתם אינו ספק הנולד, אלא שאנו מסופקים בתחילת הציהוב אם נקראים גדולים או קטנים, וקמי שמיא גליא ולא איצטריך קרא למעוטי משום ספיקא וכו', אבל בספק הנולד כי הא דעשירי ספק, איצטריך למשרי שאם יבא ספק זה לדינו מה יהא דינו.

והגרע"א הביא כן מתוס' דיומא [עד. ד"ה איצטריך] דדוקא בדבר דכולהו שוין, כגון בכוי, דאו כולהו בהמה או כולהו חיה, ליכא למימר דהקרא בא לאתויי דינו, דהו"ל להודיע לנו אם הוא בהמה או חיה, אבל בעשירי ספק דלאו כולהו שוין, שפיר איצטריך קרא. וכ' עוד, ומעתה י"ל דלפי האמת הא דדרשינן עשירי ודאי ולא עשירי ספק, היינו רק בספק במעשה דלאו כל הנך שוה, אבל בספיקא דדינא, מזה לא מיירי הקרא, וספיקו לחומרא.

ז. אילמא ספק בכורות, יהיה קדוש אמר רחמנא ולא שכבר קדוש.

הקשה הש"ש [ש"א פ"ג], לשי' הרמב"ם דספק דאורייתא מה"ת לקולא, א"כ ספק בכור מותר בגיזה ועבודה כחולין גמור, והיכי הו"ל קדוש כבר, ואע"ג דעשירי ודאי ולא עשירי ספק, הא ודאי בכור נמי אינו פטור ממעשר אלא משום דבעינן יהיה קדוש ולא שכבר קדוש, ואם ספק אינו קדוש מה"ת ויוצא לחולין לגיזה ועבודה, א"כ כודאי חולין הוא. וכ' ע"ז בקה"י [סי' ח'], לענ"ד נראה פשוט, דגם אי ספיקא דאורייתא מה"ת לקולא, מ"מ אם האמת שהוא בכור פטור רחם, שפיר הוא נקרא קדוש [אע"פ שלא אסרינן ליה בגיזה ועבודה], לפי שהחפצא הוא עכ"פ חפצא של קודש, אע"פ שהתורה לא חייבה להזהר בספיקות, היינו שלא הזהירה בו על גיזה ועבודה כל זמן שאינו יודע איסורו, מ"מ קדושה איכא עליה, דקדושתו לא פקעה בכדי משום שזה לא ידע איסורו, [יעו"ש ראיותיו].

ז. ש"מ האי סודרא כיון דתפיס ביה שלש על שלש וכו' דכמאן דפסיק דמי.

כ' בתור"פ, מכאן משמע דאין לעשות קנין בסודר שאינו שלו, כדאמרינן הכא כמאן דפסיק דמי, וא"כ בסודר שאינו שלו דאין אדם רוצה שיפסקו דבר שאינו שלו. וז"ל הרשב"א, איכא מאן דדייק מהכא דאי בעי מקנה למפסק ולישקול שומעין לו וכו'. וליתא כלל, דה"ק כמאן דפסיק דמי ע"מ להחזיר דקנה ע"מ להקנות הוא, וכדאמרינן בנדרים בפ' השותפין [מח:]: ור"נ אמר קנה ע"מ להקנות קנה, דהא סודרא קנה ע"מ להקנות הוא, וכדאמרינן בנדרים בפ' השותפין [מח:]: ור"נ אמר קנה ע"מ להקנות קנה, דהא סודרא קנה ע"מ להקנות קני, ואע"ג דא"ר אשי ומאן לימא לן דהאי סודרא אי תפיס ליה לא מיתפיס, רב אשי ספוקי מספקא ליה, ולא שבקינן מאי דפשיטא ליה לר"נ ונקטינן מאי דאיסתפקא ליה לרב אשי, [שכן מסורת הגאונים, דכל היכא דלמר פשיטא ליה ולמר פסיקא ליה, הלכה כמאן דפשיטא ליה. ח"י הריטב"א החדשים], ומאן לימא לן קאמר, והא ר"נ דאמר לן וכו'. [יעו"ש עוד].

ז. אם היתה טלית מזהבת חולקין.

כ' המהרש"א, ולא דקדק הכא לומר ובשבעה, דאפשר דמייר דמודו דתרוייהו בהדי הדדי אגבהו, אלא משום דמקרב לגבי חד אמר פלוג הכי. [ולפ"ז קאי אסיפא דבזמן ששניהם מודים וכו'.]

ז. ולוה אומר שלך הוא ופרעתיו לך.

ופירש"י והחזרת לי וממני נפל. והקשה הרש"ש א"כ ליפלוג נמי ר' יוסי בהא כיון דלא חייש לפרעון. ולולי פירושו היה נראה לפרש דטוען דעתה פרעו. ואולי כיון דנאמן במיגו שעתה פרעו, וכמו במודה בשטר שכתבו לרבי. ובפנ"י כ' דכיון דאיירי באינו מקיים כדקתני יתקיים בחותמיו, א"כ מצי למיטען כתבתי ללוותו לא לויתי, הלכך אי טעין נמי פרעתי נאמן במיגו. ומ"ד בסיפא דלא חייש לפרעון, במקוים איירי.

ז. ולית ליה מתני' שנים אוחזין וכו'.

כ' בתור"פ, דאי משום דלא דאמי דין שטר לדין טלית, דהכא איכא רמאי, כ"ש שאין לו לומר יתקיים שטר בחותמיו, אלא יהא מונת, דשמא ירויח רמאי את הכל. וכ"כ בתוס' הרא"ש [בד"ה שנים אדוקין]. וז"ל ח"י הריטב"א החדשים, ולית ליה וכו', כלומר נהי דרב לא חייש לפרעון כי מקיים ליה, מ"מ אמאי לא זכי ליה בחצי השטר ושעבודו **מדין מציאה**, דאע"ג דאינש בעלמא לא זכי בשטר אלא בכתיבה ומסירה, היינו משום דלא שייך ביה, אבל לוח דשייך ביה, לדידה הוי גופיה ממון. [ולפ"ז לכאו ליכא ודאי רמאי, דהוי כ"אני מצאתיה" דמתני'. ויל"ע].

ז. כי פליגי בשאינו מקוים, רבי סבר וכו', ואי לא מקיים ליה לא פליג וכו'.

כ' המאירי, ומ"מ אין קורעין את השטר, אלא מניחין אותו בידו שמא יקיימוהו אחרי כן, וכל שיקיימוהו אחרי כן, הרי הוא כשאר השטרות. [א"ה, לכאו ליטול מחצה בלבד. ולכאו אם יהא ביד המלוה, מהיכן נדע שחציו ללוה]. ורבותי כתבו שאם תבע לוח להוציאה מיד מלוה, מניחין אותו ביד ב"ד, ולא יראה לי כן.

ז. בתוד"ה מפריש. תימה וכו' ומה צריך עשרה שיין.

בתור"פ תי', דנקט עשרה לרבותא, דאע"פ שהם כולם פטורין פטר חמור, נכנסין לדיר להתעשר. וכ"כ רגמ"ה ותוס' בבכורות [יא]. וכ"כ הרא"ש שם [סי' י"ד], וכ' במעדני יו"ט [אות ג'] דבהכי מיתרצא נמי מה דמקשו מאי קמ"ל ר"נ, מתני' היא הספיקות נכנסין לדיר להתעשר, וכ' דאי ממתני' הו"א דנכנסין עם אחרים, ואגב אחרני שאינן ספיקות, אבל ספיקות לחודייהו לא, קמ"ל.

ז. בתוד"ה אם יכול. ור"ת פירש אם הגט כבד כ"כ וכו', ומיירי בידה פתוחה ולא קפצה ולא עשתה שום דבר.

בח"י הריטב"א החדשים הביא ד' ר"ת, וכ' עוד, ור"י ז"ל כ' שאפי' אינו יכול לנתקן ולהביאו אצלו מפני שהחזיקה האשה בגט מגורשת, כיון שברצון הבעל הגיע הגט לידה, והיא קפצה ידה מתוך כך, כאילו ברצונו תפסה דמי והרי היא מגורשת וכו'. ומסתברא דבהא ודאי לדברי הכל היא, דכל שהבעל תופס בגופו של גט ויכול לנתקו אצלו אינה מגורשת, ואע"פ שאינו יכול, הרי הוא מכח האשה, וכיון שכן צריך ליתנו לה ביד פתוחה.

ז. דחיישין לפרעון.

כ' בח"י המיוחסים להריטב"א, ואפי' בתוך זמנו, דאע"ג דלא עביד איניש דפרע בגו זימניה, אפשר דפרע, וכיון דנפל איתרע ליה, וחיישין לכל מאי דאיכא למיחש. ובח"י הריטב"א החדשים לקמן [סוד"ה אימור צררי] כ' וז"ל, אע"ג דבעלמא כיון דנפל ואתרע ליה חיישין לפרעון ואפי"תוך זמן, כדקתני לעיל סתם, שאני הכא שלא ניתנה כתובה לפרוע מחיים שמא תמות בחייו ואין לו לפרוע כלום.

ז. וטעמא דרבנן הכא משום דחיישין לשתי כתובות וכו'.

כ' בח"י הריטב"א החדשים, פירש"י דחיישין שמא בשעה שאבדה כתובתה כתב לה כתובה אחרת כדי שיהא מותר לשהותה, ור' יוסי לא חייש להכי, דקסבר דמאן דעביד הכי, בב"ד ובפרסום עביד, וקלא הוה לה למילתא, וסבר ר' יוסי דמותר לשהות את אשתו בלא שטר כתובה, דאע"ג דלכו"ע אסור לאדם לשהות את אשתו בלא כתובה כדאיתא בפ' אע"פ

[נז.], ה"מ בלא כתובה כלל, אבל בלא שטר כתובה מותר להשהותה לר' יוסי, וסומך על תנאי ב"ד, ואפ' במקום שכותבין כתובה.

ז: שטרא דאית ביה זמן כמה שוי וכו', יהיב ליה היאך דביני ביני.

כ' הרש"ש, נ"ל דלאו דוקא כל הביניים, אלא כגון אם בהזמן שוה מאה, ובלתו אינו שוה אלא שמונים, זה נוטל חמש תשיעיות מהמאה וזה נוטל ארבע תשיעיות וכו'. אבל בפשטיה משמע שהאחד נוטל מקודם הביני ביני משלם, ואח"כ חולקים הנשאר בשוה, ובמשל שזכרנו יטול האחד ששים והשני ארבעים, וכן משמע מסתימת הפוסקים. [יעו"ש עוד].

ז: ויחלוקו נמי דאמרן לדמי, דאי לא תימא הכי, שנים אוחזין בטלית וכו'.

כ' בתוס' הרא"ש לקמן [בד"ה הא לא קשיא], וא"ת למאי דבעי למימר לדמי, במקח וממכר דיהבו תרוייהו זוזי למה נשבעים, והלא מחזירין לכל אחד דמיו. וי"ל דנפק"מ אם נתייקרה. א"נ לגוד או איגוד. והמהרש"ל

הקשה על תירוץ קמא, דהא לעיל [ב: עביד צריכותא גבי מקח וממכר דמורה היתר אנא דמי קא יהיבנא, חבראי ליזיל וליטרח וליזבן, ואילו איירי בנתייקר, הוי כמוציאה ממש. והסכים לת' בתרא.

וכ' ע"ז המהרש"א, כל הפוסקים כתבו גבי מקח וממכר בפשיטות דפלגי להו לטלית ופלגי להו לדמים, וגבי מציאה הזכירו הך מילתא דאם יש הפסד בחלוקת הטלית חולקים אותו בדמים. וע"כ הנראה דודאי במקח וממכר כיון שאינן מדיינין בעיקר הממון, אלא שכל אחד רוצה בטלית, ע"כ יחלוקו לטלית, ולא שייך למיפרך הא אפסדוה, כיון דניחא להו בהכי טפי, שהרי כל אחד ואחד אם לא ירצה בכך יטול לו המעות ויתן לחבירו הטלית, שהרי חבירו רוצה בכך, אבל מיחלוקו דגבי מציאה מוכח לה שפיר דעל כרחק לדמי קאמר, כיון שהם מדיינים בעיקר הממון ואפשר שלא איכפת להם בטלית עצמו, א"כ למה פלגינן ליה לטלית הא אפסדוה, דמסתמא אין רצונם בכך, אלא על כרחק לדמי קאמר.