

מִן הַגֵּאוֹן רַבִּי אַבְרָהָם אֶלְקָנָה כְּהֵנָא שְׁפִירָא זְצ"ל

שיעורים ב"קצות החושן"¹

חו"מ סימן ע"ה

שו"ע ס"ה:

מנה לי בידך מהלואה פלונית ומנה מהלואה אחרת שהלויתך בזמן אחר כך וכך, והנתבע משיבו: אין לך בידי כלום לפי שמהלואה ראשונה פרעתך כך וכך ומהלואה שניה פרעתך כך וכך, ומתוך טענתם הכירו הבית דין שעדיין חייב לו מאותם שתי הלואות עשרים דינרים, הוה ליה כשנים מעידים אותו שיש בידו חמשים, שהרי הבית דין עדים במה שהודה שנשאר עליו, וישבע שבועה מן התורה על השאר. הגה: ודוקא שהכירו הבית דין שהודה עדיין במקלטה, לפי חשבונו, אבל אם נתחייב במקלטה לפי שאינו נאמן בדבריו, לא מקרי הודאה במקלטה (ב"י צ"ס קצ"ח). ועיין לקמן סימן פ"ז סעיף ה'.

קצה"ח סק"א:

ודוקא שהכירו הב"ד – עיין סמ"ע (סימן פ"ז ס"ק ט"ז) וש"ך (כאן סקי"ט). והנה ז"ל הרמב"ם בפ"ד מגזילה (הט"ז), יש גאונים שהורו דאם אמר על המקצת אין חטפי ודידי חטפתי והיה עד אחד שחטף ועל הקצת אומר לא חטפתי חייב שבועה דאורייתא כיון דנתחייב במקצת לשלם על פי ב"ד. אבל הרמב"ם חולק וס"ל דאינו נשבע אלא היסת, וכן פסקו בטור ושו"ע בסימן שס"ד (סעיף ו'). ומדברי הר"ן פרק שבועת הדיינין (שבועות כד, ב בדפי הרי"ף) בשם הרמב"ן (שם מג, א ד"ה וי"ל) משמע דסובר כדעת הגאונים, ע"ש באומר חמשיני איני יודע אם פרעתך וחמשיני לא לויתי, וכן תובע נ' דחבלה ונ' דהלואה ונשבע כבר על חבלתו ונתבע כופר בכל, חייב שבועה דאורייתא על נ' דהלואה כיון שכבר נשבע אנן סהדי דנ' אית ליה גביה ע"ש, דאילו לדברי הרמב"ם אינו חשוב מודה במקצת מה שנתחייב על פי ב"ד.

אמנם דברי הרמב"ם צריך ביאור דכיון דבכל מקום אלימי ב"ד טפי מעדים וא"כ למה העדאת עדים יחייב שבועה על השאר וחייב ב"ד לא יחייב שבועה, ועיין ש"ך (סקי"ט). ונראה טעמא דהרמב"ם הוא ממה שאמרו בריש פרק קמא דמציעא (ג, א) בהא דאמרו ותנא תונא שנים או חזין בטלית והא הכא כיון דתפיס אנן סהדי וכו', ופריך עלה (ד, א) מי דמי התם למלוה אית ליה סהדי ללוה לית ליה סהדי דלא מסיק ליה ולא מידי, דאי הוה ללוה סהדי דלא מסיק ולא מידי לא בעי ר'

1. השיעורים סוכמו על ידי הרב אורי דסברג ז"ל. תודתנו לרעייתו שתחיל' שהמציאה לידינו את כתבי היד. יהיו הדברים לעילוי נשמתו.

חייא לאשתבועי, הכא כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי וע"ש. וא"כ ה"ה בירור עפ"י ב"ד אינו מחייב, דכי תאמר בנ' איני יודע אם פרעתין הוי בירור על פי ב"ד שחייב לשלם אע"ג דיכול להיות שאינו חייב אלא כיון דהתורה חייבה הוי כמו בירור, א"כ כי היכי דהתורה חייבה לזה שאומר איני יודע אם פרעתין כן נמי התורה פטרה למקצתו השני שאומר לא לויתי, ואילו הוי משכחת פתרי לומר בקצתו איכא פס"ד ובקצתו השני ליכא פס"ד היה דומה להעדאת עדים דמלוה אית ליה סהדי וללוה לית ליה סהדי, אך פס"ד הוא ידוע למלוה וכמו כן ידוע הפס"ד ללוה דפטור במחציתו השני, א"כ אין חיוב ב"ד מחייב שבועה כמו העדאת עדים דכמו דיש חיוב ב"ד למלוה בקצתו כן נמי יש פטור על פי ב"ד ללוה בקצתו השני. וכי תימא כיון דכבר ידוע על פי ב"ד בקצתו לחיוב תו אין הב"ד פוטרין לקצתו השני עד שישבע. ליתיה, דהעדאת עדים הוא הסיבה לחייב שבועה ולזאת היא קודמת ולכן לא משכחת לה אלא בהעדאת עדים ודאית ליה סהדי למלוה ולית ליה סהדי ללוה, אבל דברי ב"ד לא משכחת למלוה בלא לזה דכי היכי דידוע הפסק לחייב כן ידוע הפסק ללוה בקצתו השני, וא"כ דברי הרמב"ם נכונים שלא לחייב על פי פסק ב"ד כיון דאינו ידוע בבירור אם הוא חייב, ולא משום דגריעי כח ב"ד מכח עדים אלא משום דלא משכחת ב"ד לזה ולא לאחר וכמ"ש ודו"ק.

אמנם כי ס"ד ותנא תונא לדר' חייא קמיייתא עד כי פריך עלה מי דמי א"כ הוי ראוי גם פסק דין לחייב שבועה דהא כח ב"ד לא גריעי מכח עדים, אלא דלמסקנא מי דמי למלוה אית ליה סהדי ממילא הדין שלא לחייב על פי חיוב ב"ד ומשום מי דמי דהא גם ללוה איכא פסק דין לפטור. ויתיישב בזה קושית הש"ך שהקשה לדעת הרמב"ם דפס"ד אינו מחייב שבועה כמו העדאת עדים א"כ היכי קאמר ותנא תונא לדר' חייא קמיייתא הא בשנים אוחזין בטלית ליכא סהדי רק מה שהדין כן נותן וע"ש. ולפי מה שכתבנו ניחא דבס"ד דלא דחי מי דמי גם פסק דין מחייב, ולבתר דדחי מי דמי תו ליכא לחייב על פי פסק דין ומטעמא דמי דמי וכמ"ש. ועייין בתוס' שם (ד, א ד"ה ותנא) בהא דאמרו אלא כי אתמר ותנא תונא אאידיך דר' חייא, וע"ש שכתבו דהשתא נמי מוכח מכח טעמא דבסמוך אי הילך פטור לא הוי מתקני רבנן שבועה דליכא דכוותה בדאורייתא, אבל לר' חייא קמיייתא כי נמי בהעדאת עדים פטור מתקני רבנן שבועה במתני' דחשיב הודאה במה דתפיס חבריה, ודוחק דלפ"ז הא דלא קאמר ותנא תונא אקמיייתא משום דמה דתפיס חשיב כהודאה וזה לא היה פרכתו למעלה אלא מטעם כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי ע"ש. ולפי מה שכתבנו ניחא דכיון דפריך מי דמי תו לא מציינו למימר דפסק דין יחייב שבועה בשום מקום ואינו מחייב רק עדים ממש, וא"כ על כרחך טעמא דמתניתין ליכא למימר משום דר' חייא קמיייתא ואינו אלא משום הודאה מה דתפיס וא"כ ליכא למימר ותנא תונא רק להילך ודו"ק.

ומתוך טענתם הכירו הבי"ד

הנה הר"ן אומר שנחבל – שנשבע ונוטל – אם תבע עוד הלואה הו"ל כהעדאת עדים וחייב

החובל שבועה על ההלוואה. וסברתו קשה, שהרי מה שהנחבל נוטל הוא מדרבנו, ואילו בהעדאת עדים נוטל מדאורייתא. ומכל מקום לפי מש"כ הרמ"א הדברים ברורים.

אמנם דברי הרמב"ם צריך ביאור וכו'

נראה די"ל דהודאת עדים מחייבת שבועה משום שעדותם מבררת שחייב, אך בפסק בי"ד אין בירור מוחלט במה שפסקו בי"ד, ולכן אין לחייבו שבועה על השאר. וכי לסומכוס דממון המוטל בספק חולקין תחייב שבועה על השאר!?

ונראה טעמא דהרמב"ם וכו'

קשה, גם בפסק דין אין פסק דין בשאר לפטור, אלא הוי כמו במודה במקצת שעל השאר פוסקים המוציא מחברו עליו הראיה, כלומר שעל השאר עדיין אנו מסתפקים, וכן נמי בפסק דין על השאר עדיין מסתפקים, ועל מה שחייבנו, חייבנו בגלל שזה ודאי חייב. א"כ גם בפסק דין צריך היה להישבע על השאר כמו במודה במקצת ובהעדאת עדים.

ועוד קשה, דהיה מקום לומר שהבירור שעל פיו חייבו הבי"ד ממון (כגון השבועה בנחבל) יספיק לחייב שבועה על השאר, ולא דווקא עצם החיוב של הבי"ד.

ויתיישב בזה קושיית הש"ך

הש"ך הקשה לדעת הרמב"ם, דפסק דין אינו מחייב שבועה כמו העדאת עדים, היכי קאמר ו"תנא תונא" לדר' חייא קמייתא, הא בשנים אוחזין ליכא סהדי, רק מה שהדין כן נותן. יוצא מכאן שהש"ך הבין שאנן סהדי אינו עדות ממש כמו שתופסים אחרונים אחרים.

והנה לפי הקצות משמע שהרמב"ם יחלוק על הדין של הר"ן בנוגע לנחבל², אך זה אינו מוכרח כלל. בדין "מתוך שאינו יכול להישבע משלם" אין בירור כלל, אך בדין נחבל יש בירור של שבועה. וכן במיגו, אם נאמר מיגו להוציא, הרי יש בירור של מיגו להישבע על השאר.

קצה"ח סק"ח:

נזכרתי – נסתפקתי היכא דאמר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אם יכול לומר אח"כ נזכרתי, דנראה דוקא באיני יודע אם פרעתיך דחיובו אינו אלא משום ספק גזל כיון דספק לו בפיטורו וא"כ אין הדין מחייבו אלא הוא עצמו מסופק ולכן כשהוזר ואומר נזכרתי וטוען ברי ויוצא מספק גזל, משא"כ גבי חמשין לא ידענא דחיובו אינו מחמת ספיקו אלא משום דאינו יכול לישבע והרי הוא נתחייב בדין א"כ אם טוען אח"כ ברי הוי חוזר וטוען. ולכאורה מוכח דגם בכה"ג חוזר וטוען ברי מדברי הרמ"ה שזכרנו בס"ק ז' דמלוה על שטרו יכול לומר אח"כ נזכרתי שלא נפרעתי, וטעמא דמלוה אינו

2. שבתחילת הדברים כתב הקצות שהר"ן סובר כמו הגאונים שהרמב"ם חלק עליהם.

גובה בטוען שמא מבוואר בבעל התרומות (שער נ"ג ח"א) משום דאינו יכול לישבע ודומה לחשוד דאפיק שטרא, והובא בב"י סימן נ"ט, אלמא דמחויב שבועה נמי יכול לומר אח"כ נזכרתי בברי. מיהו לפי מ"ש בסימן נ"ט סק"א דטעמא דמלוה אינו גובה לאו משום שבועה וע"ש אלא משום דהוי ברי ושמא דהלוה טוען ברי והמלוה שמא, וברי ושמא ברי עדיף היכא דמסייע ליה איזו חזקה והכא מסייע ליה חזקת ממון ע"ש, וא"כ כיון דמשום ברי ושמא חיובו א"כ שפיר מצי טעין ברי אח"כ דליהוי ברי וברי, אבל היכא דלאו משום ברי ושמא הוא אלא משום מתוך שאינו יכול לישבע משלם יש לומר דאינו חוזר וטוען ברי.

והנה ראיתי בכנסת הגדולה שכתב ליישב דברי הטור (סעיף י"א) במ"ש היכא דטוען איני יודע ויש עד אחד בין אומר איני יודע אם נתחייבתי בין אומר איני יודע אם פרעתיך הו"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, והקשו עליו באיני יודע אם פרעתיך בלא העד חייב, וכתב שם (בהגה"ט אות נ') ז"ל, ולכן נראה דבדין זה בא להשמיענו דאפילו אם יחזור זה ויאמר נזכרתי אינו נאמן בשבועה כמו שנאמן בשאין שם עד אחד, דשאני הכא דצריך לישבע להכחיש העד ומחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם עכ"ל. ודבריו נפלאו שכתב דין מחודש בלי טעם וראיה, ואולי הוא מטעמא שכתבנו. ויותר נראה דמשו"ה אינו יכול לחזור ולומר ברי משום דכיון דכל דהאמינה התורה עד אחד הרי הוא כשנים ואין העד הבא אח"כ נאמן, משו"ה איהו נמי אינו נאמן להכחישו בשבועה אח"כ דכיון דתיכף שאמר איני יודע הרי הוא כשנים, דהכחשת בעל דין הרי הוא כמו אתו בבת אחת אבל כשאין מכחישו ואומר איני יודע כבר נאמן העד כשנים ותו אינו בשבועה אח"כ, וא"כ גבי חמשיין ידענא וחמשיין לא ידענא יכול לומר אח"כ נזכרתי, ודוקא גבי עד אחד שייך האי טעמא דכל מקום שהאמינה תורה וכמ"ש בתרומת הדשן (סי' של"ד) כי אתי עד אחד לחייב תו אינו נאמן העד השני הבא לסייע ודו"ק.

נסתפקתי וכו'

הנה יש להבין מה הצד לומר שבחמשיין ידענא וכו' אינו יכול לחזור ולומר נזכרתי. ועוד שק"ו הוא, אם באיני יודע אם פרעתי חוזר וטוען, ק"ו בהא, שהרי הוא ברצונו היה נשבע שאינו יודע, וע"כ יש יותר סברא שיוכל לחזור ולטעון, נזכרתי.

והנה יש להסתפק בחשוד שאחר שחויב חזר בו מחשידותו אם אפשר לפטרו עפ"י שבועה או כיון שכבר חויב ממון שוב אינו נפטר בשבועה. ולכאורה כיון שאמרו "שכנגדו נשבע ונוטל", משמע שלאחר שנטל לעולם לא יוציאו מידו, אף שרוב החשודים חוזרים בתשובה וחוזרים מחשידותם. והנ"מ אחר שפסקו שנוטל, אך כל זמן שלא פסקו וחזר בו מחשידותו ייראה לכאורה שחוזר ונשבע. א"כ לכאורה יוכל לחזור ולומר נזכרתי.

עוד יש להעיר שלכאורה לשון הקצות "אינו אלא משום ספק גזל" אינו מדויק. הרי גם בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא הוא ספק גזלן, ומספק משלם. ועו"ק דאיני יודע אם פרעתיד לא אי הידיעה היא המחייבת, אלא חזקת החיוב (שהרי איני יודע אם לויתי פטור), וכמו"כ בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא, יש חזקת חיוב כיון שאינו יכול להישבע. ולכאורה צריך להיות הדין שווה.

וטעמא דמלוה אינו גובה בטוען שמא מבואר בבעה"ת וכו'

עיין בבעה"ת ותמצא שטעמו שייך דווקא אם גובה כשהמלווה אומר איני יודע, ומדמה זאת לחשוד דאפיק שטרא. ובאמת יש להסתפק בכך כשהלוה תובע את המלווה להישבע. אך אעפ"כ אין ספק זה יהיה דומה לספק של הקצות, משום שברגע שתובע הלווה שבועה עדיין אין זה פטור ללווה מלשלם, וודאי יועיל בזה נזכרתי שלא פרעתני. מה שאין כן בדין של הקצות, ולכאורה אין ראייה לקצות מבעה"ת. ואולי לקח מבעה"ת את הדימוי לחשוד דאפיק שטרא.

מיהו לפי מ"ש בסי' נ"ט

קשה מה שייכות יש בזה לברי ושמא, שהרי בברי ושמא אין שום אומדנא מלבד טענותיהם. משא"כ הכא שיש למלווה שטר, וזו אומדנא לחיוב, מה שניתן להיאמר כאן, שטענת שמא מצד המלווה אינה טענה כלל, וע"כ אינו גובה בשטר זה משום דהוי שטר ללא טענה. ועי' סי' ע"א בקצה"ח סק"א.

ויותר נראה דמש"ה אינו יכול לחזור וכו' איהו נמי אינו נאמן להכחישו בשבועה

הנה בדברי הטור שאמר משאל"מ לא שייך זה, דלפי הקצות היה לו לומר שאין כאן טענה כלל, שהרי נגד שנים אין נשבעים. ועו"ק, וכי אחרי שהעיד ע"א שוב א"א להכחישו, ולהכחיש ע"א אפשר תמיד אפילו אחר הדין, ולגבי זה אינו נחשב לשנים. רק לגבי מה שהביא הקצות בסי' פ"ז סק"ט שייך אולי לומר דכל מקום שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשניים.

וכמ"ש בתה"ד כי אתי ע"א לחייב תו אינו נאמן העד השני הבא לסייע

לכאורה אם בא ע"א ואומר שלוח וע"א אומר אח"כ פרע, בזה ודאי יודה התה"ד שהעד השני נאמן, משום שאין שני העדים מעידים על אותו העניין. וכן כאן אין הוא בא על מה שהעד העיד, אלא מדבר על עניין אחר, שנזכר.

קצה"ח סק"ט:

ועד אחד מעיד שהלווה – ואע"ג דאין העד מעיד שלא פרעו או שהוא בתוך זמנו, מכל מקום כיון שהתובע תובעו ברי שעדיין חייב לו והוא משיבו שמא לא הליתני

חייב לשלם, כ"כ הסמ"ע (סק"ל). וכתב הש"ך (סקל"ד) ז"ל, ואע"ג דאית ליה מגו, מ"מ כיון דהשתא טוען איני יודע ואין נשבעין שבועת התורה באיני יודע הו"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ע"ש. ומשמע מדבריו הא טוען ברי לא לויתי לא היה חייב שבועה נגד העד כיון דאית ליה מגו דפרעתי, והוא נגד דברי הר"ן פרק כל הנשבעין (שבועות כו, א בדפי הרי"ף) דכתב שם להדיא דעד אחד מחייב שבועה בלא לויתי אע"ג דאינו מעיד על הפרעון ואף דאית ליה מגו דהחזרתי משום דעד אחד לשבועה כשנים למזמן וכי היכי דלא אמרינן מגו נגד עדים כן נמי לא אמרינן נגד עד אחד עד שישבע ע"ש, וכן מוכח מטור וש"ע סעיף י"ג שכתבו וכן אם טען תחלה להד"מ ואח"כ הוציא עליו עד אחד וחזר ואמר לויתי ופרעתי וכו' ע"ש, וכיון דאין העד מעיד על הפרעון אית ליה מגו דפרעתי ואפ"ה צריך שבועה, אלא ודאי דלא אמרינן מגו נגד עד אחד דכל זמן שלא נשבע הרי הוא כשנים והו"ל מגו במקום עדים וכמ"ש הר"ן למ"ד אמרינן מגו לאפטורי משבועה ע"ש.

וכתב הש"ך וכו' ומשמע מדבריו וכו'

לכאורה נראה לפרש בש"ך דמיגו יש פה, ואעפ"כ חייב תשלומין משום מתוך שאינו יכול להישבע משלם. אך לגבי שבועה, מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, ואין המיגו פוטר משבועה.

ושמא דייק הקצות מהש"ך, ממה שהדגיש "כיוון דהשתא טוען א"י", והרי זה אינו הגורם לחיובו, ואין שום אופן שמיגו היה פוטר ממון.

וכן מוכח מטור וש"ע וכו'

ראיתו היא שבלא היו דברים מעולם אינו נאמן לפטור משבועה במיגו שהיה אומר פרעתי, שאם היה פטור למה הוא חוזר וטוען לויתי ופרעתי, ורוצה לפטור עצמו משבועה. אך מזה אין ראיה כ"כ, דשמא כך היה המקרה שחשב שהוא חייב שבועה וחזר וטען לויתי ופרעתי, אך אה"נ היה פטור משבועה במיגו שהיה טוען פרעתי. אך באמת דוחק הוא, ולכן הוכיח הקצות מכאן שמיגו אינו פוטר משבועת ע"א.

דברי הר"ן שמיגו אינו פוטר משבועת ע"א, ומשמע שמיגו פוטר משבועת מודה במקצת ושבועת השומרים. והסברא דבשבועת מודה במקצת המיגו מערער את החזקה שאין אדם מעיז פניו בפני בע"ה, וממילא פטור משבועה במיגו שהיה כופר בכל, כמ"ש רבא בדף ג' ע"א. ובשבועת השומרים שיש טענת שמא מצד התובע והיא המחייבת שבועה כלל לא שייך מיגו לפטור משבועה. ורק בע"א מיגו אינו פוטר משבועה.

סימן פ"ז

קצה"ח סק"א:

מודה במקצת – ראובן תבע לשמעון שתי פרות שאולות מסרתי לך ושמעון מודה אחת שאולה ועל אחת אומר שהיא שכורה ואח"כ מתו שניהן באונסין, ונסתפקתי אם הוא דין מודה במקצת בזה או נימא כיון דבשעת תביעה לא הוי כפירת ממון כיון שהיו שתיהן קיימות ואח"כ כשמתו הוא דנעשה הודאה וכפירה וא"כ כבר יצאה בפטור, וכמ"ש הר"ן בפרק שבועות הדיינין (שבועות כד, א בדפי הרי"ף) דכל מודה במקצת בעינן שיהיה דווקא בשעה שיוצאה מפיו ומשו"ה אם קדמה הודאה לתביעה לא הוי מודה במקצת אף שחזר ותבעו כיון שיצאה כבר בפטור, והובא דברי הר"ן אצלינו בסימן ע"ה סק"ב. אמנם בפרק הגזול קמא (ב"ק) דף ק"ה (ע"א) אמר רבא הרי אמרו גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר הרי שלך לפניך, נשבע עליו מהו מי אמרינן כיון דאילו מיגניב בעי שלומי ממונא כפר, או דילמא השתא מיהא מנח ועפרא בעלמא ולא כפר ממונא וכו', פשיטא ליה לרבה דאמר רבה שורי גנבת והוא אומר לא גנבתי מה טיבו אצלך שומר חנם אני עליו חייב, שהרי פטר נפשיה מגניבה ואבידה וכו', אלמא אע"ג דהא קאי כיון דאי מיגנב ממונא קא כפר ליה, הכא נמי אע"ג (דאע"ג) דעפרא בעלמא הוא כיון דאי מיגנב בעי שלומי הוי ממונא. וכן פסק הרמב"ם בפ"ח משבועות (ה"ח). וכיון דמבואר בפרק שבועות הדיינין דשבועת העדות ושבועת הדיינין ושבועות הפקדון בכולהו בעינן כפירת ממון, וכיון דהוי כפירת ממון לענין שבועת הפקדון ה"נ לענין שבועת הדיינין. ומיהו כל זמן שהפרות קיימות אין כאן שבועה מידי דהוי בזה אומר עשרה ימים עד הזמן וזה אומר ה' ימים דאומרים למלוה המתן עד הזמן ואח"כ ישבע, ואפילו מודה במקצת ע"ש בט"ז בסימן ע"ג (סעיף ב'), והכא נמי כל זמן שלא מתו באונסין לא הגיע זמנו, אבל כשמתו באונסין חייב שבועה והוי כתובע לחבירו חייב אתה לי כשיתקיים תנאי פלוני והלוה מודה בחמשים כשיתקיים תנאי פלוני דהוי הודאה וכפירה, והשבועה כשיתקיים התנאי דהוי זמנו.

אמנם לפי מ"ש בשו"ע בסימן שמ"א סעיף ד' דנכסי שומר לא אשתעבד אלא משעת פשיעה אפשר לחלק דגנב ודאי משתעבד משעת גניבה והוי תיכף חייב עליו כשיאנס והוי כפירת ממון תיכף, אבל נכסי שומר לא אשתעבד אלא משעת פשיעה וא"כ השתא ליכא שום חיוב ושעבוד, ועיין פרק השואל (ב"מ) דף צ"ח (ע"א) גבי שתי פרות מסרתי לך, ועיין מ"ש בסק"ד.

וכמו שכתב הר"ן

מה שהביא ראיה מהר"ן בפרק שבועת הדיינים³ נראה לחלק, דכאן יש כפירת אחריות על כל פנים, ולכן חייב שבועה⁴. ועוד אפשר לומר שהר"ן מדבר באופן שלפני ההודאה הייתה תביעה, וא"כ אלו שתי תביעות נפרדות וע"כ פטור. מה שאין כן כאן שמ"מ זה באותו ממון⁵.

3. הר"ן בשבועות (כד. מדפי הרי"ף, ד"ה "זוה אומר עד החלון חייב", וע' יט: מדפי הרי"ף ד"ה "ואם מתכוון") כתב על שני מקרים שהם "קדמה הודאה לתביעה" ואין בהם שבועת מודה במקצת: א. טענו חיטים והודה לו בשעורים, ואז התובע טען שאכן גם שעורים חייב לו. בכהאי גוונא חייב את השעורים, שהודה, אך לא נשבע על השאר, החיטים, שהודה על המקצת לפני תביעת אותו מקצת (עפ"י שבועות מ:). ב. הודה לו בערימת פירות שאינה מדודה (והדין הוא שרק הודאה בדבר שבמידה מחייבת שבועה), גם כשימדדו אותה אין ההודאה מחייבת אותו שבועה, כיון שברגע שהודה היא לא חייבתו.
4. במקרים של הר"ן כשההודאה יצאה מפיו עוד לא חל עליו שם "מודה במקצת", בשעורים כיון שעוד לא הייתה תביעה, ובערימת הפירות כיון שהן לא היו מדודות (וכך הדין שלא חל עליו שם מודה במקצת בגלל זה). אולם אצלנו כשהודה מיד הוא מודה במקצת, שכבר הייתה תביעה שהוא חייב שתי פרות ואחראי עליהן כשואל, הייתה הודאה שחייב ואחראי על שתי פרות, וכן הייתה גם כפירה, שבאחת מהן אינו אחראי ברמה של שואל (כפירת אחריות). ואמנם זה עוד לא חייב אותו בפועל בממון, אך זוהי כפירה בדבר ממשי, וכבר חל עליו שם מודה במקצת.
5. במקרה של ההודאה בשעורים תביעת החיטים הייתה לפני ההודאה, ותביעת השעורים אחריה, וכאילו ההודאה חוצצת ביניהן. על כן התביעות נחשבות לשתי תביעות שבאחת הודה ובשנייה לא, ולא הודאה אחת שבמקצתה הודה (ולכן גם אם נאמר שבמקרה זה יכל לחול עליו שם מודה במקצת מיד כשהוא הודה [כגון שנאמר שמאז שהודה בשעורים ועד שהלה תבעם נחשב אותו רגע, או שנאמר שכיון שהודאתו לא חייבתו שום דבר עד שהלה תבע את השעורים לכן רק אז נקרא שחל עליו שם מודה – ואז הרי כבר יכול לחול עליו גם שם מודה במקצת, שכבר נתבעו גם החיטים וגם השעורים] בכל זאת לא חל, שאין זו תביעה אחת, אלא שתי תביעות שבאחת מודה ובשנייה לא).
- אך אצלנו כשתבע את שתי הפרות תבען יחד, ולא שייך לומר שאלו שתי תביעות (וכשחל עליו שם מודה להתחייב ממון מיד חל עליו גם שם מודה במקצת להתחייב שבועה. באותו רגע מתחייב ממון על אחת ושבועה על השנייה. כן יהיה אם נאמר שחל עליו שם מודה כשההודאה יצאה מפיו [וכדלעיל, שהודה על אחריות האחת וכפר באחריות על השנייה] או אם נאמר שחל עליו שם מודה רק כשההודאה חייבתו ממון ממשי, ברגע שהפרות נאנסו, ואז התחייב לשלם על אחת ולהישבע על השנייה. מה שאין כן בערימת הפירות, שהתחייב לשלם את הפירות לפני שהיו במידה, ורוצים להחיל עליו שם מודה במקצת ולחייבו שבועה אחרי שהן במידה, ונמצא אם כן מתחייב על הממון ועל השבועה לא באותו רגע).

ומיהו כל זמן שהפרות קיימות וכו'

נראה לכאורה לדחות ראייתו מסימן ע"ג, שכאן מדובר באחריות, ויש הבדל בשווי פרה שיש עליה ביטוח אחריות ובין פרה שאין עליה. אולם שם מדובר בהבדל של זמן, והבדל של זמן אינו ממון. ע"כ אפשר לחלק וכאן תהיה שבועה, אע"פ ששם אין שבועה. אך מוכח ממכות (ג' ע"ב) ששהות של זמן הוי ממון, שהרי העדים משלמים ממון כשנמצאו זוממים.

אמנם אפשר לחלק

יש ראייה לחילוק הקצות, שגנב מתחייב משעת הגניבה, מכתובות ל"ד ע"ב, בעניין גנב פרה בשבת.

מה שכתב בסוף לחלק בין גנב לשומר, דבר זה אינו שייך כלל לשעבודים. בגנב חייב שבועה מצד שבועת הפיקדון, ואפילו אם לא יהיה שעבוד כלל בעולם, מ"מ כיון שירוויח ממון ע"כ חייב שבועה. אך בשומרים שייך הדבר לשעבודים.

בעניין הוכחת הנתיבות

עיין בנתיבות המשפט בסימן זה סעיף א'⁶. בעניין מה שהביא ראייה מ"הבית והעליה" נראה לומר שאינה ראייה, שהרי שם אינו גזלן באבנים. אבל מ"מ יש ראייה שכשאיין חיוב השבה, כגון בפיקדון שאין הנפקד חייב להביא את הפיקדון לבית המפקיד, וע"כ הוי הילך אפילו

6. ז"ל שם: מוכן בידו בפני ב"ד. עיין ש"ך סק"ג עד פקדון ברשותא דמרא איתא, דמסיק אפילו עומד בביתו הוי הילך. ולכאורה קשה הא בריש פרק הבית והעליה (ב"מ קטז, ב) גבי אם היה מכיר מקצת אבניו קאמר התם דהוי מודה במקצת, ואם אמר על מקצת איני יודע הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, וכן הוא לקמן סימן קס"ד (סעיף ד'), ולדעת הש"ך הו"ל הילך. לכן נראה דדוקא בפקדון הוי הילך משום כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא ופקדון ברשות בעלים קאי, אבל גזילה אם תבעו שגזל ממנו שני כלים והוא מודה באחד ועומד בביתו לא הוי הילך, דגזילה לא קאי ברשותא דבעלים עד שעת השבה לפני ב"ד, דהא בגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו לפי שאינו ברשותם (ב"ק סח, ב), [וכן הוא ברמב"ן במלחמות פרק שור שנגח (ב"ק יח, א בדפי הרי"ף), עיי"ש שמחולק עם הרז"ה], וכיון דלאו ברשות בעלים קאי לא הוי הילך. ואף דבב"ק ק"ד (ע"א) אמרינן כיון דאודי ליה כמאן דאמר יהיו לי בידך דמי, הא כתבו התוס' שם (ד"ה אמר רבא) דוקא כששתק והלך לו ע"ש. ואתי שפיר הא דריש פרק הבית והעליה, דהתם ע"כ פנינהו לרשותא דידיה מיירי, ומיירי דפנינהו דרך גזילה, דמסתמא כשפנינהו שלא ברשות בעלים לשם גזילה נתכוין, ומש"ה לא הוי הילך, אבל אי לא פנינהו רק שנפל מעצמו לרשותא דחד מינייהו נראה דלא הוי מודה במקצת כלל אפילו למאן דס"ל הילך חייב, דלא הוי מודה במקצת רק בתבעו הלואה או פקדון דיש עליו חיוב הגוף לשלם או להשיב, אבל אם אומר ראובן לשמעון שני בהמות אלו שנכנסו לרשותך או שעומדים בשוק הם שניהם שלי, ושמעון אומר אחת שלי ואחת שלך, לא הוי מודה במקצת כיון דליכא עליו חוב הגוף רק שהם מחולקין על חפץ אחד אם הוא של זה או של זה, וע"כ צ"ל דמיירי בפנינהו דוקא. עכ"ל.

בביתו. אך ב"הבית והעליה", וכן בהלוואה, יש חיוב השבה לבית הבעלים ועל כן לא הוי הילך כל זמן שאינו מושב לבית הבעלים.⁷

שו"ע ס"א:

... ואפילו מודה מקצת, אם אמר לו: הילך המקצת שאני מודה, אינו חייב אלא היסת. ואינו נקרא הילך אלא אם כן היא המקצת שהוא מודה לו מוכן בידו בפני בית דין ליתנו לו מיד, אבל אם אמר: הרי הוא בביתי ואתננו לך, לא. ואפי' אם יתן לו משכון על מה שמודה בו, לא חשיב הילך. (וי"א דמשכון חסוב הילך, דהא חפילו שטר חסוב הילך).

קצה"ח סק"ב:

מוכן בידו – וכתב הש"ך (סק"ג) דהיינו דוקא במלוה אבל בפקדון אפילו איתיה בביתיה של נפקד הו"ל הילך דכל היכא דאיתא ברשותא דמאריה איתיה וע"ש. ואם אחד תובע לחבירו מכרת או נתת לי מאוצר זה שני סאים חטין וזה אומר סאה אחת הוי מודה במקצת, ואע"ג דהו"ל כמו פקדון כיון דקנה מאוצר זה, מ"מ כיון

7. קצת קשה להבין כוונת רבנו בקטע זה. בתחילת הדברים הוא אומר לגבי "הבית והעליה" ש"שם אינו גזלן באבנים", וא"כ פשוט שהאבנים הן פיקדון אצלו (ומשמע שחולק על הנתה"מ שהעמיד שם בגזלן). אם כן, אין לו דין השבה על האבנים, שאין דין השבה בפיקדון. אולם בסוף הדברים הוא כותב "אך ב'הבית והעליה', וכן בהלוואה, יש חיוב השבה לבית הבעלים ועל כן לא הוי הילך". כעת הוא כותב שיש דין השבה בהן (ומשמע שחזר לאוקימתא של הנתה"מ). ואפשר שכוונת רבינו שב"הבית והעליה" לא מיירי בדפנינהו בגזלנותא, כדאוקי הנתה"מ, ואותם אבנים שהודה שהן של חברו מעולם לא התכוון לגזלן, וכדאיתא שם בגמרא ברישא "בפנינהו בני רשות הרבים". אלא שיתכן שהחילוק הוא לא אם הוא גזלן או נפקד (וכעין דברי הרמב"ן במלחמות, וכמש"כ הנתה"מ), אלא החילוק הוא אם יש חובת השבה (מכל סיבה שהיא) או לא. ובנפקד אין, במלוה יש, וב"הבית והעליה" יתכן שגם כן יש חובת השבה מטעם הלכות שכנים. לפי זה הלשון "מה שהביא ראיה מ'הבית והעליה' נראה לומר שאינה ראיה" מכוונת רק שאין ראיה לחילוק הנתיבות, אך עדיין יש משם קושיא על הש"ך שצריך לתרצה, ומתרצה רבינו עם חילוק אחר.

ועוד אפשר להבין שבתחילת הדברים רבינו כיוון לומר בשיעור שאצלנו אינו גזלן, בהלוואה שעליה מדברים השו"ע והש"ך (וב'הבית והעליה' הוא מודה לאוקימתא של נתה"מ שמדובר בגזלן, ואפשר שיש למחוק את המילה "באבנים"). אם כן, כנראה כוונתו להסביר את הנתיבות, שאמנם אין משם ראיה למה שהש"ך דיבר ולפיקדון, וכפי שכתב הנתיבות, אך לגזלה והלוואה כן נוכל ללמוד משם דלא הוי הילך כל עוד שהחפץ בביתו. לפי זה הלשון "מה שהביא ראיה מ'הבית והעליה' נראה לומר שאינה ראיה" מכוונת לומר ש"אמנם אין ראיה נגד הש"ך, וכפי שכתב הנתיבות, אך תהיה נ"מ לגזלה ומלווה".

דאינו מסוים לא הוה הילך. ולמדנו אותו מדברי נימוקי יוסף פרק השואל (ב"מ נז, ב בדפי הרי"ף) גבי מחליף פרה בחמור וז"ל, וכגון שטענו עבד גדול בכסותו ואמר לו מוכר חד עבד וחד כסות ידענא אבל איני יודע אם גדול או קטן וכו', הא מוקי לה בגמרא בדלייפי וכו', ומכל מקום לאו הילך הוא כיון שאין הבגד שתובע לו מסויים אלא יתן לו ג' אמות מהבגד ממקום שירצה א"כ הרי הוא מחויב שבועה על הבגד ע"ש. וא"כ הכא נמי כיון דאין הפקדון מסויים דיכול ליתן איזה שירצה מתוך האוצר ולא הוה הילך אלא בפקדון המסויים. אלא דאיכא למידק בהא דאמרינן ריש פ"ק דמציעא (ד, א) ותנא תונא לאידך דר' חייא וכו' ע"ש, והתם אין ההודאה כבר מסויים דהא אמרינן מאי חזית דפלגת הכא פלוג הכא, וא"כ אמאי הו"ל הילך. ואפשר לחלק דהתם כיון דאין הבחירה ביד המודה ליתן לו איזה חלק שירצה אלא הב"ד הוא דחולקין הו"ל הילך אבל היכא דהמודה אית ליה הבחירה ליתן לו איזו שירצה לא הוה הילך.

בענין שיטת רש"י בהילך

ברש"י (ב"מ ד. ד"ה והילך) כתב: "לא הוצאתים והם שלך בכ"מ שהם". עי' בחי' הר"ן שהבין ברש"י שבמלווה אם נותן בב"ד מעות אחרות אינו הילך⁸. ויש לפרש מדוע רש"י נדחק לפרש כן, וי"ל שבפיקדון כשאומר הם שלך הפיקדון הופך להיות של המפקיד, דכל היכא דאיתא ברשותיה איתא, אבל במלווה הדבור אינו עושה כלום, אלא הפירעון הממשי, והואיל ובדבורו כבר נתחייב, מה שנתן אח"כ למלווה אינו מועיל שוב לפטרו. ומה שהקשה הר"ן ממלווה להוצאה נתנה, זה דווקא כשהמלווה רוצה להתחרט, כמ"ש בקדושין מ"ז ע"ב, אך רש"י אומר שכאשר שניהם מתחרטים מועיל⁹.

וכתב הש"ך

כדברי הש"ך לא משמע מהראשונים (ועי' בש"ך), אלא כל עוד לא נתן לו למפקיד אינו הילך.

8. זה לשון הר"ן (ב"מ שם): והילך. פרש"י ז"ל לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהן. משמע דאי אמר הילך מעות אחרים תחתיהן, אע"ג דנקיט להו לבי דינא ובעי למיתביניהו לאו הילך הוא. ולפי דברים הללו הילך לא משכחת לה אלא בפקדון, לפי שהפיקדון ברשות בעליו הוא בכל מקום שהוא, ואותן מעות בעצמם של מפקיד הן, אבל במלווה לא משכחת לה, שאפילו ישנן לאותם מעות שהלווה לו בעין, לא מצי למימר ליה הרי הן שלך בכל מקום שהן, דמסקינן בפ"ב דקידושין גבי ההיא דהמקדש במלווה אינה מקודשת, דמלווה אע"פ שהיא בעינה ברשות לווה הוא ולא ברשות מלווה כלל, לא לחזרה ולא לאונסין, וכיון שכן היאך יאמר לו שהן שלו בכל מקום שהן, אלא ודאי לפי דברי רש"י ז"ל הילך לא משכחת לה אלא בפיקדון, אבל במלווה לא. עכ"ל.

9. רבנו מסביר שרש"י לא סבר כמו שהר"ן הסביר אותו שדיבר רק במעות פיקדון, אלא רש"י דיבר גם במלווה, שרש"י למד שונה מהר"ן את דין "מלווה להוצאה ניתנה".

ע"י ברב המגיד סוף פ"ג מהל' טוען ונטען¹⁰, ואפשר לפרש בו שני פירושים: או שהרמב"ם אומר שצריך שייתן הנפקד הפיקדון למפקיד, או שהחילוק הוא שצריך לומר הילך, אע"פ שלא משמע כן מהסוגיא שלא נאמר "הילך", ועי"ש בכס"מ¹¹.

אך קשה על דברי הש"ך שאפילו הפיקדון שייך למפקיד, מ"מ הנפקד עדיין חייב באחריותו, וא"כ עדיין אין כאן תשלומין ואינו מסולק מן התביעה, והוי מודה במקצת? ובזה מיושבת דעת הרמב"ם.

כיוון דאינו מסוים לא הוי הילך

קשה הא בשטר נמי לא הוי מסוים, וא"כ מה הוקשה לגמ' דהילך הוא? וי"ל דבשטר השעבוד הוא על כל הקרקעות ורק אח"כ גובה מהקרקע האחת. א"כ אין בזה חסרון שאינו מסוים.

אך עדיין קשה, שא"כ עדיין אינו הילך, שהרי הגביה אינה מדבר מסוים, אע"פ שבשעבוד אין חסרון זה.

אלא דאיכא למידק בהא דאמרינן וכו'

לפירוש הרע"א והנח"ד בפירוש "ותנא תונא" שההילך הוא על הכרכשתא שאוחז ביד ליכא למידק מילי. ואפילו לפירושי רש"י והתוס' ניחא, שבטלית הנתבע אומר לתובע הילך והתובע לוקח, משא"כ בטענו עבד גדול הנתבע אומר הילך אך הנתבע [נדצ"ל התובע] אינו מוכן לקחת ולחתוך הכסות כמו שאומר הנתבע. אך לפי"ז יורד דין קצה"ח באוצר חטים, שאף שם הנתבע אומר הילך והתובע לוקח ברצון.

קצה"ח סק"ג:

משכון לא חשיב הילך – ז"ל הריטב"א ריש מציעא (ד, א ד"ה אלא), אי יהיב ליה משכון על מקצת לאו הילך הוא ואפילו אם ירצה ליתן המשכון בפרעון גמור, דלאו כל כמיניה למיפרעיה על כרחיה אלא בזווי, ואפילו את"ל דאי לית ליה זווי יוכל למיפרעיה על כרחיה בדבר אחר, מכל מקום כיון דמחוסר שומא לאו הילך

10. ז"ל בפ"ג הט"ו ד"ה "מנה וכלי יש לי בידך": מדברי רבנו נראה שאף על פי שהכלי שהוא טוענו הוא פיקדון אם לא אמר הילך אע"פ שהוא בעין הוה ליה מודה מקצת. אבל הר"מ ב"ן והרשב"א ז"ל (ב"מ ד.) הוכיחו מן הסוגיא שבפרק קמא דמציעא (ה.) אפילו הוא באגם הוה ליה הילך דכל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא ואין זה מודה מקצת, ע"כ.

11. ז"ל שם: כתב הרב המגיד נראה מדברי רבינו שאף על פי שכלי שהוא טוענו הוא פקדון אם לא ע"ל הילך אע"פ שהוא בעין הוה ליה מודה מקצת עכ"ל. ואני אומר שאין מכאן הכרע, דאיכא למימר דהילך שכתב כאן רבינו לאו למימרא שמביא הכלי בידו אלא היינו לומר שהכלי בעין שלא נאבד ולא נשרף אלא שבפרק ראשון מהלכות טוען (ה"ג) כתב הטוען מטלטלין על חבירו והודה במקצת ונתנו מיד ואמר לו אין לך בידי אלא זה והילך פטור משבועת התורה. עכ"ל.

הוא ע"ש. ומזה נראה דאפילו היה שלשה תנאים במשכון שנתן אותו בפרעון גמור ודמיו קצובין וידוע דלית ליה זוזי מכל מקום לאו הילך הוא, דהא משמע מלשון ריטב"א דאינו אלא את"ל דאי לית ליה זוזי יכול למיפרע בעל כרחיה, אבל לפי מה דקי"ל (בסימן ע"ד סעיף ו' ובסימן ק"א סעיף ד') דאפילו לית ליה זוזי אינו יכול למיפרע בעל כרחו בדבר אחר ויכול המלוה לומר אמתין עד שיהיה לך מעות, א"כ לא הוי פרעון, ואע"ג דהשתא אינו חייב בפרעון בזוזי כיון דלית ליה, לא גרע מהודה בחמשיין שחייב לפרוע אחר עשרה ימים וכמ"ש בט"ז סימן ע"ג (סעיף ב') ע"ש. ומדברי הש"ך (סק"ד) משמע דבכה"ג הו"ל הילך, ולי נראה מדברי הריטב"א דלדין דאינו יכול למיפרעיה בדבר אחר בעל כרחו לעולם לא הוי הילך. ועיין בנימוקי יוסף ריש מציעא (ב, א מדפי הרי"ף) ובר"ן פרק שבועת הדיינים (שבועות יח, א בדפי הרי"ף) מ"ש הר"ר יהוסף הלוי בטעמא דמשכון לאו הילך, (וע"ש) [ועיין מ"ש] בסימן ע"ב סק"ב.

שיטת הריטב"א

מה שכתב הריטב"א לכאורה אינו הדין בשו"ע. בשו"ע מדובר באופן שהמשכון עצמו אינו פרעון, אלא ערובה לתשלום, וא"כ עדיין מחוסר קניה, שיקנה החוב. אך הריטב"א מדבר באופן שהמשכון עצמו יהיה בתורת פרעון, שהרי לשונו: "אם ירצה ליתן המשכון בפרעון גמור".

והנה, לשונו קשה קצת, שהרי אם זהו פרעון גמור אינו משכון, ואם זהו משכון אינו פרעון גמור. ע"כ י"ל שמדובר במשכון שהיה אצל מלוה קודם לכן, וכעת הופך את המשכון לפרעון גמור.

מ"מ כיון דמחוסר שומא

לכאורה אפשר היה לומר שמחוסר שומא אינו הילך כמו שבקנין צריך קציצת דמים, שאל"כ אין זה קנין. אך זה אינו, שבקנין חסר בסמיכות דעת ולכן אינו קונה, אך כאן לא שייך סמיכות דעת, ואם כן יש לדון מדוע כשמחוסר שומא אינו הילך.

אפשר לומר שהטעם במחוסר שומא הוא מצד דבר שאינו מסוים.

בסעיף הקודם הביא הקצות [מהנמ"י] שבפקדון דבר שאינו מסוים אינו עושה דין הילך כשהוא בביתו של המודה. ויש לדון אם נותן לו ביד דבר שאינו מסוים, דהיינו שנותן לו מספר חפצים ואומר לו שמהם יבחר כרצונו, אם כהאי גוונא הוי הילך.

והנה אפשר להבין שסברת הנמו"י בדבר שאינו מסוים היא שחסר קנין באותו חפץ, אע"פ שיש כאן רצון למסור כבר. לכן לא הוי הילך, שלא דומה לכל פקדון דכל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא ולא חסר בו קנין. אם כן, כשנותן לו כמה חפצים ואומר לו שיבחר, הרי יש כאן קנין ושוב אין חסרון של דבר שאינו מסוים.

אם כן, במשכון המחוסר שומא לא שייך הטעם הנ"ל, לומר שהחיסרון הוא מצד דבר שאינו מסוים, וצ"ע מדוע לא הוה הילך.

אמנם מהקצות משמע שלא זהו הטעם של הנמ"י, שלפי הנ"ל לא תקשה קושיית הקצות בסעיף הקודם¹².

ואע"ג דהשתא אינו חייב בפרעון בזוזי כיוון דל"ל, לא גרע מהודה מחמשין שחייב לפרוע אחר עשרה ימים

שם הדין הוא שנשבע כעבור עשרה ימים¹³, ויש לדון אם גם כאן צריכה השבועה לבוא כשיהיה לו כסף. אך יש לחלק, דמה ששם אינו נשבע הוא משום דאדם נשבע על החלק שבו הוא כופר, ואם כעת הוא כופר אין זה אומר שגם בעוד עשרה ימים יכפור¹⁴. על כן לא נשביע אותו. אך כאן שכבר הגיע זמן הפרעון ורק אין לו כסף, יש לומר שנשביע אותו מיד, [ששם כופר כבר חל עליו]. לכן צריך לומר שמה שמדמה לט"ז הוא רק כדי להביא דהוי הודאה וכפירה¹⁵.

12. הקצות הקשה מדוע הגמ' אומרת על המקרה של שנים אוחזין בטלית דהוי הילך, הרי זה הילך בדבר שאינו מסוים (שאת הטלית צריך לחצות ביניהם, ועוד לא מסוים איזה חצי יקבל כל אחד). לפי הסבר רבינו הקושיא לא קשה, שהחיסרון של דבר שאינו מסוים הוא רק כשאומר לו הילך בדבר שבביתו, אך בדבר שלפניהם בב"ד אין חיסרון והוי הילך גמור. אם כן, לפי זה הקצות לא היה אמור להתקשות, ששם הטלית לפניהם בב"ד והוי הילך טוב.

13. קשה, שמדברי הט"ז שם ודאי משמע שהוא נשבע מיד ולא כעבור העשרה ימים. ונראה לבאר כוונת רבינו, דשם כל הטעם שהוא נשבע מיד הוא כיון שיש גם ויכוח בין המלוה ללוה אם תאריך הפרעון הוא כעת או כעבור עשרה ימים (נוסף על הויכוח בסכום). לכן הוא נשבע מיד, שכבר עכשיו הוא כופר, שהוא כופר בתאריך הפרעון. אך בהיכי תימצוי שהמלוה מודה שהלוה לא אמור לשלם לו כעת, כמו כאן שרק ממתנינים שללוה יהיה כסף, ודאי שישבע שבועת מודה במקצת כשיגיע הזמן שחייב לשלם, שרק אז חל עליו שם כופר. רבינו לא מדבר על הדין שכתב שם הט"ז בפירוש, אלא על הדין היוצא ממנו (שהוא הדין המקורי, הדין הפשוט המפורש שם בשו"ע "המלוה... אינו יכול לתובעו קודם הזמן...").

14. והכפירה החשובה היא זו שאחר העשרה ימים, שרק כשמגיע תאריך הפרעון חל עליו החיוב לשלם ואז חל עליו שם כופר.

15. קשה להבין את כוונת רבינו לפי מה שביארנו בהערות הקודמות (שאנו עוסקים בדין של הט"ז בכה"ג שהמלוה מודה שהלוה עדיין לא חייב לשלם, שאז נשבע רק בסוף העשרה ימים, כשמגיע זמן הפרעון). הרי מה שהלוה ייחשב על המקצת מודה ועל המקצת כופר כאשר יהיה לו כסף ויתחייב לפרוע – זה פשוט. אלא שאז לא יתחייב שבועה, שאת מה שמודה ישלם מיד והוי הילך. מה שהקצות רוצה לחדש פה הוא שכבר עכשיו, כשאין לו כסף, הוא נחשב למודה במקצת וכופר במקצת וחייב שבועה. מה שהודה על חלק נותן לו שם מודה במקצת כבר עכשיו, והוא כבר

ומדברי הש"ך משמע וכו'

הנה הש"ך בעצמו מביא את הריטב"א, ולכן נראה לומר שהש"ך מדבר כשהמלוה רוצה לקבל את המשכון כפרעון, והריטב"א מדבר שנותן לו בעל כורחו. אמנם המעיין בש"ך ימצא לכאורה שלא כך, אלא משמע שדיבר אפילו בעל כורחו. לשון הש"ך: "וידעינן דלית ליה זוזי", ואם הוא ברצונו מה לי אם אין לו זוזי או אם יש לו. אבל מכל מקום יש לומר שהש"ך מדבר ברצונו, ורק במשפט שהבאנו לעיל מדובר באופן שאינו נותן לו למכור, וכן משמע מדברי הש"ך¹⁶.

קצה"ח סק"ד:

דמשכון חשיב הילך – עיין ש"ך סק"ה שהעלה דמשכון לא חשיב הילך ואפילו בשעת הלואה, ואע"ג דבכת"י בנאמנות כיון שאינו יכול לכפור הו"ל הילך וכהרמב"ם (עיין ש"ך סימן פ"ח סקנ"א) וסייעתו, היינו משום דאינו יכול לכפור במעות עצמו שתובעו וכו', ועוד דאם יאבד המשכון באונס יגבה מעותיו ע"פ הודאתו, ועוד דאף אם יגבה מהמשכון מ"מ צריך לישבע בנקיטת חפץ ע"ש. ומ"ש הש"ך דמהני הודאתו משום שלא יצטרך שבועה, לא משמע הכי ממ"ש הפוסקים (עיין ש"ך סימן פ"ח סקנ"א) לדעת הרמב"ם (פ"ד מטוען ה"ד) דשטר הוא הילך משום דאינו יכול לכפור, וכ"כ הש"ך (שם סקמ"ט) דשטר הוא אינו יכול לכפור והוא הילך אפילו אין לו קרקעות, ואע"ג דשטר צריך שבועה. ואין לחלק דשטר צריך לומר השבע, דסוף סוף שבועה מיהא צריך. ומ"ש הש"ך דחשיב מודה דאם יגנב או יאבד ישלם מעותיו, קצת ראייה למ"ש בסק"א.

ואין לחלק דשטר צריך לומר השבע

נראה לומר דמכל מקום יש לחלק כן, דמכל מקום ההודאה הוסיפה לפטרו משבועה במקרה שלא יתבענו להישבע.

מתחייב בשבועה, למרות שהודה על דבר שאיננו דורשים ממנו לשלם אותו מיד. אם כן, כיצד נלמד זאת מדין הט"ז ששם נשבע בסוף העשרה ימים (כפי שכתב רבינו בתחילת הדברים)? צריך לומר שרבינו כאן עבר לעסוק בדין שהט"ז כתב בפירוש (ולא כדלעיל שעסק בדין שנלמד ממנו), בהכי תימצא שיש שני ויכוחים, והמלווה גם טוען שנתן ללווה יותר כסף וגם טוען שתאריך הפרעון כבר הגיע. בזה כתב הט"ז ששבע מיד, כיון שכעת כבר כבר, על אף שההודאה היא בממון שיתחייב בו רק בעתיד. מדין זה של הט"ז לומד הקצות שגם בנידון דידן חל עליו שם מודה במקצת והוא מתחייב שבועה כבר עכשיו, כיון שהוא כבר בממון שכבר התחייב בו, על אף שההודאה עוד לא חייבתו לשלם עד שיהיה לו כסף, וקל להבין.

16. במשפט שבו כתוב "וידעינן דל"ל זוזי" הש"ך עוסק בדברי הריטב"א, וע"כ אין מזה ראייה לשאר דברי הש"ך, בהם משמע שהמלווה מתרצה לקבל את המשכון.

ומ"ש הש"ך וכו' קצת ראייה למ"ש בסק"א¹⁷

אמנם יש לדחות את הדברים. שם הדיון הוא על הפיקדון ולא על כסף, ואילו כאן מדובר על כסף. הדיון אינו על המשכון, וע"כ הוי (הילך) [מודה¹⁸]. אין זה דומה לשם בפרק השואל שהמדובר הוא על הפיקדון, הפרות, ורוצים לעשות מהפיקדון כסף¹⁹, ובזה אין אנו עושים (הילך) [מודה²⁰] על פי זה.

ושמא בגלל זה כתב "קצת ראייה".

שו"ע (ס' ב'):

תבעו שני כלים והודה לו באחד מהם ואמר לו הילך, וטוען התובע שנשתמש בזה שהוא מודה לו ונפחת מדמיו [והוא מודה לו] (ואו סה"א ידוע) אין זה הילך. תבעו מאתים והודה לו במנה, והוא בעניין שלא היה יכול לכפור באותו מנה, כגון שאותו מנה הוא מעשה בית דין, לא מיקרי הודאה במקצת.

קצה"ח סק"ה:

והוא בענין שלא היה יכול לכפור – כתב בדק הבית (סעיף ה') וז"ל, ויש גמגום בזה לפי מה שפסקתי כדברי האומרים דלא מיקרי הילך אלא כשנותנו בב"ד מיד אבל אם אומר לו הרי הוא בביתי ואתננו לך אין זה הילך, מכל שכן דבנדון זה לא הו"ל הילך, אבל מטעם אחר יש לקיים דין זה, דלא מיקרי מודה במקצת אלא כשמודה בדבר שיכול לכפור אבל בדבר שאינו יכול לכפור לא מיקרי מודה וכמ"ש הרי"ף פ"ק דמציעא והרמב"ם (פ"ז) [פ"ד] מטוען (ה"ד). והסוגיא דריש פ"ק דמציעא דף ד' (ע"ב) אי אפשר לפרשה, דהא שם אמרינן הא שתים פטור והאי שטר דקא מודי ביה הילך הוא ושמע מינה הילך פטור, ולפי מ"ש בדק הבית אין הטעם משום הילך אלא משום דלא מיקרי מודה וא"כ מאי ענין הילך להא דשתים

-
17. שם הקצות עסק במי שהודה בשתי פרות שאחת שאולה ואחת שכורה, והלה תובעו ששתיהן שאולות, ודן שם הקצות שמא מה שהודה שאחת שאולה אין זה עושה אותו מודה במקצת להתחייב שבועה, כיון שבשעת הודה לא התחייב ממון, ורק יתחייב ממון כשתאנס הפרה (וההודאה היא הודה שיצאה בפטור).
 - אצלנו הקצות מדייק מדברי הש"ך שאכן יש לו דין מודה במקצת, שהרי גם במקרה של הש"ך ההודאה לא מחייבת אותו דבר כל זמן שלא נאנס המשכון, ועם כל זאת הש"ך כתב שיש לו דין מודה במקצת.
 18. כך נראה להגיה, שהרי הש"ך כתב דהוי מודה ולא הוי הילך (ושמא פירוש הדברים ש"על כן הוי מודה במקצת ושיידך בו דין הילך כבכל מודה במקצת" – ועל כן דן בזה הש"ך אי הוי הילך).
 19. ע"י שאנו אומרים ש"אם הפרות ימותו באונס הוא כופר בחיוב הממון על אחת מהן".
 20. כך נראה להגיה וכדלעיל (הילך לא שייך כלל, ששם לא מדובר במקרה שמסר לו הפרות ואמר לו "הילך הפרות", אלא רק הודה עליהן).

פטור. ונראה דשיטת הב"י (שם) דהילך לא הוי אלא כשנותנו בב"ד היינו דפטור משום דמודה במקצת לא הוי אלא היכא דהוא נתחייב על פי הודאתו וכדכתיב (שמות כב, ח) אשר יאמר כי הוא זה, וכדכתב רש"י פרק האומר (קידושין) דף ס"ה (ע"ב) הודאת בעל דין כמאה עדים כדכתיב כי הוא זה הרי שסמך תורה על מקצת הודאתו ע"ש, אבל אם אינו מודה אלא שנותן לו מתנה בב"ד בחמשים ודאי אין זה מודה במקצת, ומשו"ה הילך פטור כיון שנותנו בב"ד אינו צריך להודאתו דהא נותנו לו ואין זה הודאה לחייבו שבועה אלא היכא שצריך להודאה שלו. וזה הוא מכוון בלישנא דש"ס ריש פ"ק דמציעא (ד, א) בטעמא דהילך פטור דכיון דאמר ליה הילך הני זוזי דקא מודי בגווייהו כמאן דנקיט להו מלוה דמי ע"ש, והיינו דכיון דנקט להו מלוה אינו צריך להודאתו ומשו"ה פטור, ומ"ד הילך חייב ע"כ ס"ל דאע"ג דאין צורך להודאתו דהא נותן לו בב"ד וקני לה במשיכה ואפ"ה כל שמודה חייב, וא"כ ממילא במודה בדבר שאינו יכול לכפור נמי חייב, ולזה הוא דקמסייע שתים פטור שמע מינה הילך פטור דהיינו דא"צ להודאתו דבלאו הכי יש לו שטר, זה נראה לענ"ד ליישב סוגית הש"ס אליביה דב"י.

אך אכתי תיקשי לפי דרך הב"י דלאו הילך הוא אלא דלא חשיב מודה כיון דאינו יכול לכפור אין צריך להודאתו, א"כ דל הודאתו מהכא ויתחייב על פי העדאת עדים מדר' חייא (ב"מ ג, א). ונראה דכיון דהודאת פיו אינו מחייבו בדבר שאינו יכול לכפור אזי ממילא גם העדאת עדים מדר' חייא אין לחייב דאינו אלא משום דלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מקל וחומר, וכל דפיו אינו מחייבו בדבר שחיובו ברור גם העדאת עדים אינו מחייבו בדבר שחיובו ברור, והא דהעדאת עדים מחייבו היינו כמ"ש הריטב"א פרק קמא דמציעא (ג, א) ד"ה אמר ר' חייא גבי תני ר' חייא דהיינו באומר להד"מ ועדים מעידים שלוח חמשים דאין זה חיוב ברור דאפשר פרע ודו"ק.

אבל לפי"ז הדרא קושית הכסף משנה לדוכתיה מה שהקשה בפרק (ב) [כ"ב] מהלכות עדות (ה"ב) במ"ש הרמב"ם במלוה שיש לו על לוח שני שטרות אחד גדול ואחד קטן וכפר הלוח בשניהם וכת אחת מאלו חתומה בשטר זה וכת אחת בשטר זה, לא ישלם אלא מנה וישבע על השאר בנקיטת חפץ, והקשה בכסף משנה הא אינו יכול לכפור, וע"ש שהניח בצ"ע. ובש"ך בסימן ל"א (סק"ב) כתב דלא קשה מידי דדוקא במודה פטור ומשום דהו"ל הילך משא"כ כשאינו מודה ע"ש, וזה יתכן לשיטת הש"ך בסימן פ"ח (סקנ"א) בטעמא דרמב"ם דמודה בדבר שאינו יכול לכפור דהו"ל הילך, וע"ש דמשמע דמדין הילך גמור אתי עלה, וא"כ בכופר לא שייך הילך, אבל לפי שיטת הב"י דלא הוי מדין הילך דכיון דבעי שיתנו בב"ד ואינו אלא משום דלא הוי הודאה, וע"כ דגם העדאת עדים ליתיה גביה דא"כ דל הודאתו מהכא, ע"כ כמ"ש דהיכא דאית חיוב ברור גם העדאת עדים ליכא וכמ"ש, וא"כ אפילו כופר נמי פטור והכסף משנה שפיר קא קשיא ליה, וע"ש דכתב ולא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים אבל לא אמרו שתהא העדאת עדים גדולה, וזה כמ"ש ודו"ק.

או שהוא ידוע

בשו"ע בהג"ה "או שהוא ידוע", ולכאורה א"כ המחייבים אותו שבועה הם העדים שאומרים שהפחית דמיה וחייב²¹. ואפ"ל שניפחתו דמיה באונס ואינו חייב, ואינו הילך משום שנשתנה, כמו חפר בה בורות שיחין ומערות. אך אם כן יש למצוא סברא מדוע אם החזיר לו דבר שונה אינו הילך. אלא על כורחך צריך לפרש בגמרא שהוא חפר בה בורות שיחין ומערות והואיל ויש עוד חוב אינו הילך. וכן בשו"ע אינו הילך כיוון שיש עוד חוב, והודה בחמישים ואמר הילך בכ"ה לא הוי הילך ואינו פטור. ואעפ"כ אינו העדאת עדים דר"ח קמייטא משום שהעדים אינם באים לחייבו אלא אומרים שהקרקע אינה כמות שהייתה.

תבעו ר' והודה לו בק' וכו'

לכאורה קשה מדוע פטור משבועה, והרי אם כשלמלווה יש תביעה אחת, על פי הודאתו – חייב שבועה, כל שכן כשיש לו שתי תביעות, על פי הודאתו ועל פי מעשה בי"ד, שיתחייב שבועה. אלא ע"כ צ"ל שכיון שהוא מעשה בי"ד, בי"ד אינם שומעים בכלל את הודאתו, ודנים רק ע"פ המעשה בי"ד.

ודין זה ברמב"ם נראה שמקורו בדברי הגמרא "מסייע ליה שטרא"²², דהיינו למלווה.

ומש"ה הילך פטור, כיוון שנותנו בבי"ד א"צ להודאתו

פירוש בי"ד אין צריכים להודאתו, וע"כ [בכל מודה] כשבלא הודאתו היה חייב ג"כ, בי"ד אי"צ להודאתו ולכן אינו חייב שבועה.

ולפי"ז משמע שאם יודה ואחר שעה יאמר הילך נפטור אותו, כיון שמשעה שאומר הילך שוב אין בי"ד נצרך להודאה כדי לחייבו, וזו סברא קשה, משום שכבר נתחייב שבועה בשעת הודאה. ואמנם אין הכרח לדייק בקצות כדדייקינו, וחייב משום שכבר נתחייב.

אך גם לפי פירושנו זה בקצות קשה איך מוכח מהא דהילך פטור, מטעם שאין נצרכים להודאתו, לדין שבמעשה בי"ד פטור, כיון שאין נצרכים להודאתו כדי לחייבו. הרי מ"מ יש עדיין חילוק, בהילך בי"ד מסתלקים לגמרי, משום שיש הודאה ושוב אין בי"ד דן כלל בזה, אך במעשה בי"ד עדיין בי"ד דן על זה?

אך אכתי תיקשי לפי דרך הב"י וכו'

נראה לתרץ, דהא דאמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי, הוא משום דאחרי שהודה שוב אין ביניהם סכסוך, ולא מקבלים שוב עדים כשאינן סכסוך. על כן גם כאן אחר שהודה שוב אין בי"ד מקבלים עדים כלל, משום שאין סכסוך. ונפ"מ נמי היכא דהעדים הוכחו או הוזמו שיהיו נאמנים לעדות מכאן ולהבא ולא יעשו בהם דין "כאשר זמם".

21. ואם כן הודאתו לא חייבתו ולא הווי מודה במקצת וקשה על ההג"ה.

22. ב"מ ד' ע"ב.

לפי"ז מתורצת קושיא נוספת, בעניין האומר שלא לווה, ובאו עדים שאמרו שלוה ופרע, שאומרים "כל האומר לא לוויתי כאומר לא פרעתי"²³. שקשה, הא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה²⁴. ועל פי דברינו י"ל שאחר שהודה שלא פרע שוב אין מקבלים עדים כלל על זה, ודבריהם שפרע כאילו לא נאמרו כלל לפני בי"ד.

ויתחייב על פי העדאת עדים

מדברי הקצות משמע שהעדאת עדים על מקצת מחייבת אף כשהעידו לפני התביעה²⁵, משא"כ במודה במקצת, כיוון שהודה ואח"כ הלה תבע, בהודאתו כבר סילק חלק מהתביעה, וכאילו תבע ממנו רק מה שהוא כופר והוי כופר בכל²⁶. אך אין ראיה מוכרחת מהקצות, משום דשמא מה ש"עדים החתומים בשטר נעשתה כמי שנחקרה עדותם בבי"ד" פירושו שנחקרה כעת, בשעת הדיון, וא"כ יש העדאת עדים אחרי תביעתו.

ונראה דכיון דהודאת פיו אינו מחייבו וכו'

קשה, דא"כ לא מצינו כלל חיוב שבועה בהעדאת עדים – שהרי כל פעם שיש העדאת עדים שוב אינו יכול לכפור ואינו מתחייב שבועה מטעם מודה במקצת וממילא גם העדאת עדים פטורי? ומה שהביא מהריטב"א, לכשיעוין בריטב"א ימצא שאין זו מסקנת דברי הריטב"א, אמנם זו מסקנת דברי הר"ן. אך עדיין קשה מסברא, הרי אינו חייב שבועה, כיוון שאינו יכול לכפור בגלל שיש העדאת עדים, אך בלי העדאת עדים הרי יכול לכפור ויתחייב שבועה.

ובש"ך בסי' ל"א כתב דל"ק וכו'

מדבריו משמע שלא כדברי הרעק"א בריש סי' פ"ז²⁷, שאמר שגם בהעדאת עדים הילך פטור²⁸ והוכיח כך מהש"ך עצמו. וא"כ הש"ך סותר א"ע, ואף דבריו שבמקום שאינו מודה במקצת אין דין הילך, הם קשים בסברא. ויש לחלק ולומר שדברי הש"ך בסי' ל"א הם רק במלווה, אבל בפיקדון כיון שהוא כבר בידי המפקיד הוי הילך, משא"כ במלווה, שכשיש העדאת עדים עדיין אינו ביד המלווה. ודברי הש"ך בסי' צ"ט²⁹ הם בפיקדון³⁰ (בגזילה).

23. שבועות מ"א ע"ב.

24. ואם בטלה עדות לגבי הא דפרע, תבטל גם גבי מה שלוה.

25. שהרי בעדים החתומים על השטר אומרים "כאילו נחקרה עדותם בבי"ד" כבר, וכדלקמן.

26. הדין בשבועות מ: "קדם והודה לו בשעורים... אם במתכוון פטור (משבועת מודה במקצת)", וביאר

הטעם בר"ן (שבועות יט: מדפי הרי"ף ד"ה "ואם מתכוון", וכן שם כד. ד"ה "וזה אומר עד החלון

חייב", הובאו הדברים לעיל בקצות, סימן פ"ז סעיף א).

27. סעיף א', ד"ה "אא"כ יהיה המקצת שהוא מודה לו".

28. והוי הילך אף על פי שלא הודה.

29. סק"א.

30. וכן משמע מלשון הגרע"א שכתב: "ועדים מעידים על אותו מקצת שהוא בעין, כך נראה מדברי

הש"ך... ע"ש.

השו"ע (ס' ד'):

אמר ליה מנה וכלי יש לי בידך, אין לך בידי אלא הכלי והילך, ואמר התובע אין זה הכלי שלי, הרי זה נשבע היסת וכולל בשבועתו שזה כליו. ואם הודה הנתבע שאין זה כליו, אלא שנתחלף לו, אף על פי ששווה כמו כליו צריך לישבע שבועה דאורייתא. (ולמ"ד דמשכון מקרי הילך לא גרע זה ממשכון. ונראה לי דווקא אם שוויו כמו הכלי שצובע אותו).

קצה"ח סק"ו:

שנתחלף לו – כתב בטור (סעיף ז') על דברי הרמב"ם (פ"ג מטוען הט"ו) וז"ל, ואפשר שהוא סובר דמשכון לא חשיב הילך ע"ש. ולשון ואפשר אינו מובן דהא הרמב"ם כתב בהדיא פ"ד מטוען (ה"ו) דמשכון לא חשיב הילך. וכתב הב"ה דמדברי הרמב"ם אין הכרע אלא במשכון דלא נקט לגוביינא אבל זה דנקט לגוביינא אינו מבואר מדבריו דלא יהא הילך, לכך כתב בלשון ואפשר ע"ש. ולפי דבריו צ"ל דהכלי שנותן לו עתה אין דמיו קצובין, דאם היו דמיו קצובין ונקיט לגוביינא אין זה נקרא משכון אלא פרעון גמור, ואפילו לפי מ"ש בס"ק ג' דאפילו נותן בפרעון גמור לא הו"ל הילך, היינו בבע"ח דינו בווי, אבל שומרין הוא מכ"ד נוקין אפילו אית ליה זווי דינו במיטב, ומטלטלין כל מילי מיטב, ועיין בסימן תי"ט (סעיף א').

ולי נראה בלשון ואפשר משום דמלשון הרמב"ם פ"ד מטוען אין הכרע אלא במשכון בשעת הלואתו דאין זה משכון כלל דלא קני לה מדר' יצחק (עיין ב"מ פב, א), אבל כאן דהוי שלא בשעת הלואה וכל שלא בשעת הלואה אפילו נותן הלואה מדעתו קונה מדר' יצחק וכמ"ש בסימן ע"ב סק"ב, ומשו"ה כתב דאפשר סובר הרמב"ם דמשכון היינו משכון הקנוי מדר' יצחק לא הוי הילך. ובסמ"ע סימן ע"ב (סקפ"ב) דעתו לחלק דבשעת הלואה יותר מיקרי משכון הילך, ולענ"ד יותר ראוי משכון שלא בשעת הלואה להיות הילך ומשום דקני לה. ובש"ך סק"ה העלה דמשכון שלא בשעת הלואה עפ"י ב"ד דקונה מדר' יצחק ודאי הוי הילך ע"ש. אבל מדברי הרמב"ם כאן דמיירי שלא בשעת הלואה ואפ"ה לא הו"ל הילך, וכבר כתבנו בסימן ע"ב סק"ב דעפ"י ב"ד ומדעת הלואה שוין ובשניהם כל שלא בשעת הלואה קונה ע"ש.

הרי זה נשבע היסת

נתה"מ מקשה איך כתב השו"ע "הרי זה נשבע היסת וכולל בשבועתו שזה כליו", ומשלם עכשיו את הכלי, הא טענו חיטים והודה לו בשעורים פטור אף משעורים. ונ"ל דהא דפטור אף מן השעורים, בטענו חיטים והודה לו שעורים, הוא מטעם משטה הייתי בך, והנה זה שייך דווקא כשכופר בכל התביעה ורק מודה בעניין אחר לגמרי. אך כאן תבע ממנו מנה

וכלים וההודאה בכלים הוא סכסוך נוסף על הראשון* וכאן לא שייך השטאה, רק כאשר הסכסוך הזה הוא הסכסוך הראשון³¹. ואם סברת הפטור בשעורים היא מטעם מחילה, נ"ל כיוון שתבע ממנו כלי סתם נכלל* בתביעתו אף מה שהלה יודה ולא שייך מחילה, וכן אם תבע ממנו תבואה והודה לו בשעורים יהיה פטור מחטים אך שעורים יהיה חייב.

צריך להישבע שבועה דאורייתא

בשו"ע כתב שהשבועה דאורייתא, ומקור הדין ברמב"ם³². אמנם, לרמב"ם ניחא שנשבע שבועה דאורייתא, משום שלשיטת הרמב"ם הילך הוא דווקא שנותן לו ביד ולא כשאומר לו שמונח בביתו. אך לשיטת המחבר שלא סבר כן קשה מדוע השבועה דאורייתא, הרי נותן לו את החפץ.

וי"ל שכיון שאבד החפץ האמתי (כדברי הש"ך) יכול התובע להתנגד לקבלת החפץ לפני שהלה ישבע, ורק אחר שנשבע מקבל הפירעון בעל כורחו.

אך לפי זה קשה על הרמ"א, מדוע לא גרע ממשכון, והרי הוא אינו רוצה לקבל, ויעוין בסמ"ע³³. ואם נאמר שמשכון הוא אפילו כשלא הגיע לידי המלווה, ניחא.

דאם היו דמיו קצובין

בקצה"ח כתב על דברי הב"ח, "דאם היו דמיו קצובין ונקיט לגוביינא אין זה נקרא משכון אלא פרעון גמור". לפי מה שכתבנו לעיל, שהתובע אינו רוצה לקבל את הכלי ולכן חייב שבועה דאורייתא, קשה על דברי הב"ח מדוע הוא פירעון גמור, הרי התובע אינו רוצה לקבלו?

בשעת הלואה יותר מקרי משכון הילך

עוד כתב קצה"ח, "ובסמ"ע סי' ע"ב דעתו לחלק דבשעת הלואה יותר מיקרי משכון הילך", ונראה לפרשו שלא בשעת הלואה אינו הילך משום שלעני צריך להחזירו בלילה, ולכן לא הוא הילך. אבל משכון שבשעת הלואה אינו חייב להחזירו ולכן הוא הילך. ולפי"ז דברי הקצות הוא דווקא בעשיר. ולא פליגי. אלא אם כן נאמר שהילך לשעה קלה הוא הילך, אך זה רחוק מן הסברא.

31. נראה לבאר כוונת רבנו, שכאן בהתחלה כשתבע ממנו מנה וכלי הלה הודה לו על כלי בלי סכסוך (ולא היה "כופר בכל התביעה"), ורק כשהראה לו את הכלי התחיל סכסוך אחר, נוסף על הסכסוך הראשון שלגבי המנה, והתווכחו אם הכלי שהודה זהו הכלי הזה או אחר. על כן כאן לא שייך לומר שהיה משטה בו, שבתחילה הודה לו לגמרי על כלי, ורק כשהראה לו התחיל ויכוח.

32. טוען ונטען פ"ג הט"ו.

33. ז"ל (ס"ק י"ג): "עיין פירושו... דאין זה שכתב מור"ם 'לא גרע כו' מוכרע. דיש לומר שהוא גרע, כיון שהוא רוצה להניח בידו דבר שאינו שלו ואינו חפץ בו, משא"כ משכון דעומד לפדות מידו".

קצה"ח סק"ח:

והעיקר כסברא הראשונה – כתב בתרומת הדשן סימן של"ד דעד אחד מסייע פוטר משבועה אפילו [מודה] במקצת ושבועת שומרין ועד אחד מכחישו והובא בש"ך (סקט"ו), והשיגו וז"ל, וכל דבריו לא נתחווירו אצלי אלא נראה דאוקי חד להדי חד וסלק עדותן כמאן דליתיה וחייב שבועת שומרין או מודה במקצת, ועוד נראה דגם בשתי כתי עדים המכחישים זה את זה אמרינן סלק עדותן דתרווייהו כמאן דליתיה, ואי הוי חייב שבועה דאורייתא בלא עדותן כגון שבועת שומרין או מודה במקצת או היסת השתא נמי משתבע הך שבועה, והיכא דנתחייב תחלה שבועה דאורייתא משום עד אחד לחוד אפילו בא עד המסייע אחר שפסקו הב"ד שבועה דאורייתא נראה דמ"מ עד המסייע פוטר וכו' לדידן דקי"ל דעד המסייע פוטר משום ק"ו א"כ עד המסייע נמי נאמן מדאורייתא והו"ל כתרי לגבי תרי אלא בכל ענין אוקי סהדא להדי סהדא וסלק עדותן דתרווייהו כמאן דליתיה, ונראה דה"ה איפכא וע"ש.

והנה מה שכתב הש"ך דהיכא דאתי עד אחד לחייב שבועה דאורייתא ואח"כ בא עד השני לסייע אע"ג דכבר נעשה מעשה ופסקו הב"ד שבועה לא אמרינן בזה כל מקום שהאמינה תורה כיון דגם השני הוא כתרי, אבל בסברא זו כבר נפל מחלוקת בראשונים והוא בחתיכה ספק חלב ספק שומן דעד אחד נאמן ביה לומר ודאי חלב או ודאי שומן, היכא דבא עד אחד מתחלה ואומר שהוא חלב ואח"כ בא עד שני ואמר שומן או איפכא אי אמרינן ביה כל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי כאן שנים ותו אין השני נאמן, ועיין בנימוקי יוסף פרק האשה רבה (יבמות כה, א בדפי הרי"ף) ובש"ך ביו"ד סימן קכ"ז (סקי"ד) שם הכריע דגם בזה כל מקום שהאמינה התורה עד אחד הרי הוא כשנים ואע"ג דגם השני נאמן מן התורה בחתיכה ספק חלב ספק שומן ע"ש, והוא סותר משנתו כאן למה ששנה לנו ביו"ד ע"ש.

וכן נראה מדברי מוהר"מ רוטנברק שהביא האשר"י פ"ק דמציעא (סי' ג') בראיה דעד אחד מסייע פוטר משבועה מהא דילפינן (שם ד, א) העדאת עדים לחייב שבועה (מק"ו) מפיו ועד אחד, ואי איתא דאינו פוטר הוי מצי למיפרך מה לפיו ועד אחד שכן אין כיוצא בהם פוטרן משבועה, משא"כ בהעדאת עדים דכיוצא נמי פוטר ע"ש, ואי נימא דהפירכא יהיה מה לפיו ועד אחד שאין כיוצא בהן פוטרין משבועה כי אתי בבת אחת, א"כ אפילו עד המסייע אינו פוטר הכחשה מיהא איכא ועד אחד בהכחשה לאו כלום הוא אפילו היכא דעד אחד נאמן כגון גבי סוטה ובעד אחד במיתה, ע"כ צ"ל דהפירכא הוא שאין כיוצא פוטר כי אתי בזה אחר זה, אם כן מוכח דכי אמרינן עד המסייע פוטר אפילו בזה אחר זה פוטר, וע"כ צ"ל דהיכא דעד השני נמי נאמן מן התורה לא אמרינן כל מקום שהאמינה תורה כו', ודוקא גבי טומאה וסוטה דאינו נאמן רק הראשון אבל לא השני וכמ"ש הש"ך כאן ודלא כמ"ש ביו"ד סימן קכ"ז.

ואחי החכם השלם מוהר"ר יהודה כהן כתב בזה דאפילו נימא בחתיכה ספק חלב ספק שומן כל מקום שהאמינו תורה וכו' ואין השני נאמן, היינו משום דהתורה לא האמינו אלא בחתיכה ספק חלב וספק שומן, אבל כי אתא עד אחד תחלה ואמר חלב ונעשה ודאי חלב ולוקין האוכלה וכמ"ש הרמב"ם בפרק (ו') [ג'] משגגות (ה"ב) תו אין השני נאמן לומר על חזקת ודאי חלב שהוא שומן, אבל כאן גבי עד אחד כי אתי לשבועה אתי ולא לממון וא"כ סוף סוף אינו אלא חיוב שבועה וכל שאינו אלא שבועה עד המסייע פוטרו דעד המסייע הוי כנשבע, ואי משכחת פתרי בשנים שלא יחייבו אותו כי אם שבועה נמי עד אחד פוטרו, ודבריו ברורים ועייני מ"ש בשב שבעתתא (ש"ז פי"ב) [שמעתתא ו' פ"כ ופכ"א] בזה באורך.

והיכא דאיכא תרי ותרי והיה חייב שבועה דאורייתא שדעת הש"ך דאמרינן סלק, הוא תמוה לכאורה דודאי בתרי ותרי לא אמרינן סלק, והש"ך כתב בסימן ע"א (סק"ב) דהיכא דתרי מעידים על השטר שפרוע ושנים אומרים לא פרע דהשטר פרוע מספק וע"ש, ואי אמרינן סלק והוי כמאן דליתנהו א"כ היה חייב לשלם את השטר, ע"כ צ"ל דבתרי ותרי כמאן דאיתנהו דמי וא"כ המוחזק פטור משבועה, דהא בתרי ותרי מהני אפילו תפיסה בממון ומכ"ש לענין שבועה. שוב ראיתי בתומים (סק"ה) שתמה ג"כ על הש"ך בזה במ"ש דבתרי ותרי סלק עדותן ומשתבע הך שבועה דהוי משתבע בלא העדאת עדים הללו.

ואחי החכם השלם מוהר"ר יהודה כהן האריך בענין זה והעלה כדברי הש"ך דהיכא דהיה חייב שבועה דאורייתא משבועת שומרים או מודה במקצת דגם בשתי כתי עדים המכחישים זה את זה חייב לישבע שבועה דאורייתא, ואע"ג דלענין ממון ודאי לא מפקינן מן התופס בספיקא דתרי ותרי אבל משבועה לא פטרי, וטעמא משום דגבי ממון היכא דתרי אומרים שלוח ותרי אומרים לא לוח דספיקא הוי בעיקר הממון ודאי לא מפקינן מספיקא דמאי חזית דסמכת אהאי סמוך אהאי, אבל היכא דהיה חייב שבועה דאורייתא משום שבועת שומרים או מודה במקצת ותרי אומרים שהוא ודאי חייב בממון ותרי אומרים שהוא ודאי פטור מממון, א"כ כיון דלא נפיק מספיקא הרי הוא נשאר בחיובו שהוטל עליו והיא השבועה, דהספק הוא בממון ונשאר בחיובו על השבועה, דאע"ג דספק שבועה נמי לקולא, היינו אם הספק הוא בשבועה לחוד אם חייב שבועה א"כ מספיקא לא בעי שבועה, אבל הכא גבי תרי ותרי הספק הוא בממון ולא בשבועה ומשו"ה אע"ג דתרי אומרים שהוא ודאי פטור מממון תרי נמי אומרים שהוא ודאי חייב בממון ונשאר בספיקא לענין שבועה וכדקאי קאי וחייב שבועה דאורייתא דמקודם ביאת העדים. וראיה גדולה לזה מהא דתנן בהמחליף פרה בחמור זה אומר גדול וזה אומר קטן ישבע ע"ש פרק השואל (ב"מ) דף ק' (ע"א), והתם הוי דררא דממונא וכמ"ש תוס' שם (ד"ה וליחזי) בהא דפריך וליחזי ברשותא דמאן קיימא ע"ש דמש"ה מהני תפיסה דהוי ספק דררא דממונא ואפ"ה בעי אשתבע היכא דהוא מודה במקצת כדתנן ישבע, ולא אמרינן כיון דמהני ספיקא של דררא דממונא שלא להוציא מיד

המוחזק והתפוס כן נמי לא ישבע מספק, ע"כ כיון דאין הספק לענין השבועה אלא לענין הממון א"כ לשבועה בחיובו קאי, וא"כ ה"ה בספיקא דתרי ותרי דלא עדיף מספק דררא דממונא ומהני תפיסה לענין הממון אפ"ה במודה במקצת או שבועת שומרים שבועה בעי כמו בספק דררא דממונא דמהני תפיסה לספיקן ושבועה בעי, אבל בעד אחד נגד עד אחד כנידון דהתרומת הדשן שפיר קאמר התרומת הדשן דראוי שיפטור ולא אמרינן סלק עד נגד עד וישאר עליו השבועה שהיה נשבע בלתי עדותן, כיון דהתם אינו נופל הספק על ממון שהרי אפילו עד המחייב אינו מחייבו אלא שבועה וכיון דשני מכחישו והויא ספק דינו כספק בשבועה דקי"ל קולא לנתבע. אלא שיש לשדות נרגא על התרומת הדשן ז"ל מצד אחר והוא שהרי קי"ל (יו"ד סימן א' סעיף י"ד) דעד אחד בהכחשה לאו כלום וא"כ אין עד המסייעו פוטרו כל שיש אחד המכחישו, דנהי דיהבה תורה נאמנות לעד אחד לפוטרו משבועה היינו דוקא היכא דאין אחר מכחישו כמו בכל מקום שעד אחד מהימן דאם אחר מכחישו אין בשהדותיה כלום, ודבריו כראי מוצקים.

והובא בש"ך והשיגו וכו'

הנה ביבמות (לא.) הסתפקה הגמרא אם תרי ותרי הוי ספיקא דאורייתא, ולא סמכינן אחזקה, או ספיקא דרבנן וסמכינן אחזקה. אך יש לומר שלענין שבועה אפילו נאמר ספיקא דאורייתא, מכל מקום השבועה נשאת על מקומה, משום ששבועה הוא עניין של חיוב, והחיוב שהיה עליו קודם לא יוכל להפטר ממנו, ואילו חזקה היא בירור, וכעת אחרי שבאו תרי ותרי שוב זה אינו בירור.

ועיין בנימוקי יוסף בסוגיית תקפו כהן³⁴ מה שהקשה מהגמרא בכתובות בעניין תרי ותרי ודעתו שם דבתרי ותרי מועילה תפיסה. משמע לכאורה דבתרי ותרי לא אמרינן סלק עדותן, שאם לא כן תועיל החזקה, ולכאורה זה תלוי בגמרא ביבמות.

אלא שי"ל שאחר שבאו תרי ותרי אי אפשר לומר שעדיין לא הביא ראיה³⁵, ולכן אע"ג דאמרינן סלק מ"מ אמרינן כל דאלים גבר.

34. ז"ל שם (ב"מ ג. מדפי הרי"ף): וא"ת דהא אמרינן בפרק האשה שנתארמלה (כתובות יט:): שנים החתומים על השטר ומתו, ובאו שנים אחרים ואמרו כתב ידן הוא זה, אבל אנוסים היו, קטנים היו נאמנים. ואם היה כתב ידן יוצא ממקום אחר אין נאמנים. ואקשינן ומגבינן ביה, תרי ותרי נינהו, ואסיקנא דלא מקרע קרעינן ליה ולא אנבויי מגבינן ביה, אלא אי תפס לא מפקינן מיניה. ואמאי והא התם לאו מילתא דעבידא לאיגלווי הוא, דתרי ותרי נינהו ותרי כמאה נינהו, והוה לן למימר אוקי ממונא בחזקת מריה ולא מהני ליה תפיסה. י"ל דכל תרי ותרי לא אמרינן אוקי ממונא אחזקה קמא משום דבכל תרי מינייהו סמכינן בודאי ואינו בדין שנוציא ממון מרשות התופס כיון ששני עדים מעידין כדבריו.

35. ואי אפשר לומר לו המוציא מחברו עליו הראיה.

והנה מה שכתב הש"ך

מה שכתב הקצות על הש"ך ממה שפסק ביו"ד בעניין חלב ושימן, שפסק שם כל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי כאן שנים, מכל מקום יש לחלק בין איסורים לממונות. בממונות אילו היה כשנים היה מחייב ממון³⁶, מה שאין כן באיסורין שאותו כח יש לאחד כמו לשנים. ועוד יש לחלק דבממונות כנגד הע"א יש בעל דין וע"א, משא"כ באיסורין שלבעל דין הוא שמא.

וכמו שכתב הרמב"ם

מה שכתב הקצות בשם אחיו מדברי הרמב"ם שלוקין על החזקות, כבר הקשה על כך הפני יהושע בקידושין³⁷, וכי זה נחשב לחזקה? חזקה היא דווקא דבר שאיננו יודעים את מקורו, אך כאן אנו יודעים את המקור, מדוע חתיכה זו אסורה, זה אינו חזקה³⁸.

דהא בתרי ותרי

הקצות הקשה על הש"ך שאמר שבתרי ותרי אמרינן סלק עדותן, ואחר כך כתב בזו הלשון: "ע"כ צריך לומר דבתרי ותרי כמאן דאיתנהו דמי... דהא בתרי ותרי מהני אפילו תפיסה בממון ומכל שכן לעניין שבועה". בזה לכאורה הבליע קושיה נוספת על הש"ך, מהא דבתרי ותרי מהני תפיסה וא"כ לעניין שבועה נמי יפטר.

ואחי החכם השלם כו' והעלה כדברי הש"ך כו'

אפשר לומר תירוץ בסגנון שונה קצת. ממון לא נחייב מטעם דאף על פי דתרי ותרי כמאן דליתנהו דמי, ספק במציאות ישנו, ולא נוציא ממון מספק. אך שבועה נחייב כדי לברר את הספיקות ולהוציא את הדין לאור.

אמנם אחיו של בעל הקצות כתב לחלק בין ממון לשבועה, שבממון הספק בממון עצמו. אבל בשבועה הספק אינו בשבועה, אלא בממון. ודבריו תמוהים. הרי כשמעידים על ממון ורוצים לפטרו מלשלם הפועל היוצא מכך הוא שהם פוטרים משבועה, ואיך אפשר להפריד בין הדבקים? מדוע נאמר כדקאי קאי?

וראיה גדולה לזה מהא דתנן בהמחליף פרה בחמור וכו' ואפ"ה בעיא היכא דהוא מודה במקצת כדתנן ישבע ולא אמרינן כיון דמהני ספיקא של דד"מ שלא להוציא המוחזק והתפוס כן נמי לא ישבע מספק

נראה לומר דאין ראייה מכאן, דהא בשבועה אין כל מעליותא במה שהאדם מוחזק לפטרו משבועה. אדרבא, כל מודה במקצת הוא המוחזק, ואף על פי כן הוא מחויב שבועה. רק לגבי

36. ועל כן לא מחשיבים אותו כשניים.

37. סג: ד"ה מיהו קשיא לי טובא.

38. הפנ"י מקשה על דין הרמב"ם (שעליו בנה אחי הקצות את חידושו): וכי ע"כ נאמר שמלקים על החזקות? כאן אלו מלקות עפ"י עד אחד ולא על פי חזקה, ומדוע שילקה?

ממון החזקה היא מעליותא לפטרו מלשלם ממון. אם כן ליתא למה שכתב "וא"כ ה"ה בספיקא דתרי ותרי דלא עדיף מספק דררא דממונא דמהני תפיסה לעניין הממון וכו'".³⁹

אבל בעד אחד נגד עד אחד

לפי תירוצינו לעיל לדברי הש"ך ליתא למה שכתב לדברי התרומת הדשן גבי ע"א וע"א שעדותם היא לגבי השבועה⁴⁰. ודבריו לגבי ע"א ודאי דחוקים, משום שהע"א מעיד על ממון ורק הפועל היוצא מעדותו הוא לגבי השבועה. העד בא לכתחילה לממון, רק שלגבי ממון אין לו כח.

ועוד שאם יבואו שני עדים זה אחר זה [לפי אחי הקצות] לא יהיה להם כח לגבי הממון ויתחייב שבועה, וא"כ יש הבדל בין שני עדים הבאים בבת אחת או זה אחר זה⁴¹.

קצה"ח סק"ט:

וכן ראוי להורות – כתב הש"ך (סקט"ז) מיהו היכא דהוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אין עד מסייע פוטרו ע"ש. ומקור הדין הוא מהרא"ש פ"ק דמציעא (סי' ג') ז"ל, ויש מקשין הבל דאמר לקמן (לו, א) שומר שמסר לשומר חייב דאמר לו את מהימן לי בשבועה היאך לא מהימן, ואמאי חייב יפטרנו שומר השני משבועתו שהוא חייב, ולא קשה מידי דחיוביה דראשון בשביל שאינו יכול לישבע והוא אינו רוצה להאמין לשבועת השני ונתחייב לו הראשון ממון ואין עד אחד פוטר מממון עכ"ל. ומזה דן הש"ך דאין עד מסייע פוטר היכא דהוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם.

ולענ"ד נראה דזה לא הוי ממון, דהא היכא דטען איני יודע ועד אחד מעיד דצריך לשלם משום מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם לא אמרינן היכי קם עד אחד

39. שאין ללמוד ממוחזקות לתרי ותרי, כיון שמוחזקות לא פוטרת משבועה, אך עדים כן, ועל כן שני העדים שלטובתו יועילו לו.

40. לעיל בד"ה "ואחי החכם השלם" תירץ רבינו שבספק במציאות לא נחייב ממון, שהרי יש ספק, אך שבועה נחייב כדי לברר את הספק. שם מדובר בתרי ותרי, אך זה נכון גם אצלנו בספק של חד מול חד. אם כן מובן הש"ך, ואין צורך לחילוק בין ספק על הממון לספק על השבועה (שעל חילוק זה רבינו מקשה מיד).

41. נראה לבאר כוונת רבינו: עוד קשה על אחי הקצות, וכי אם יבואו ב' עדים (שניהם לאותו צד) וכי לא יהיה להם כוח? הרי ודאי יהא להם כוח של שני עדים! אם כן, יצא לפי אחי הקצות חילוק בין כת כזו לכת שבאה מלכתחילה יחד. בכת שבאו בתחילה בזה אחר זה, הרי בתחילה בא העד הראשון לשבועה, ובזה יהיה פטור משבועה. אך בשני עדים שבאו יחד מלכתחילה, הרי מלכתחילה באו על ממון ולא על שבועה, וכיון שלא התעורר כל ספק בשבועה – יתחייב שבועה אם יהיה תרי ותרי. יוצא חילוק בין שני עדים שבאו בבת אחת ושניים שבאו בזה אחר זה, ולא מסתבר כלל.

לממון, וכן בחשוד דצריך לשלם עפ"י העד. על כרחך צ"ל דעד אחד כי אתי לשבועה קאתי אלא דהוא ממילא חייב משום דאינו יכול לישבע, וא"כ ה"ה להיפך כי אתי עד מסייע לפוטרו משבועה וכי נפטר משבועה ממילא תו ליכא חיוב ממון עליה. ועוד דהא עד מסייע יליף לה מוהר"מ בק"ו אם זוקק את המוחזק לחייב שבועה אינו דין שיפטור את המוחזק משבועה הובא באשר"י (שם), וזה נמי מצינו למילף בהאי ק"ו אם זוקק את המוחזק לחייבו ממון בדין מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, אינו דין שיפטור אותו מדין מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם. ולכן נראה לענ"ד דכי היכי דעד מחייבו מדין מתוך, ה"נ יכול לפוטרו מדין מתוך וכדמשמע מדברי הב"י סימן כ"ח (סעיף ב') הובא אצלנו שם סק"ה ע"ש, ומשום דחיובו לא היה אלא משום שאינו יכול לישבע וכי אתי עד המסייע הרי הוא כנשבע, אלא חיובא דשומר שמסר לשומר מלבד שאינו יכול לישבע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, עוד נוסף עליו חיוב ממון משום דהוי ליה איני יודע אם פרעתיך, וכמ"ש בנימוקי יוסף פרק השואל (ב"מ נו, א בדפי הרי"ף) דלמ"ד (ב"ק קיב, א) נכסי שומר משעת משיכה אשתעבד הו"ל איני יודע אם פרעתיך, וכן הכריע בש"ך סימן רצ"א (ע"ש סקמ"ד) ע"ש, והארכנו בזה שם בראיות מוכרחות דאפילו מאן דלית ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם נמי סובר שומר שמסר לשומר חייב, דהא רב ושמואל לית להו דין מתוך כמבואר בפרק כל הנשבעין (שבועות מז, א) ואפ"ה אשכחן דרב גופיה סובר בפרק המפקיד (ב"מ לו, א) דשומר שמסר לשומר חייב, אלא משום דאף מאן דלית ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, חייב בשומר שמסר לשומר משום דהוה ליה איני יודע אם פרעתיך, ואפילו למ"ד נכסי שומר משעת פשיעה אשתעבד אפ"ה הו"ל איני יודע אם פרעתיך וכדמוכח מדברי נימוקי"י פרק הגזול (ב"ק לט, א בדפי הרי"ף) וז"ל, שואל חמור לרכוב עליו שלוחו ומתה בדרך ואינו יודע אם מתה מחמת מלאכה פטור, דשומר לא נתחייב אלא מעידן פשיעה והוי איני יודע אם נתחייבתי, אבל אם שאל לרכוב עליו הוא ונתנו לשלוחו כיון דאין השואל רשאי להשאיל הוי פשיעה ונתחייב תיכף והוי איני יודע אם פרעתיך עכ"ל ע"ש. הרי מבואר דשומר שמסר לשומר ודאי הו"ל איני יודע אם פרעתיך כיון דאינו רשאי בכך הוי ליה פשיעה לענין זה והוי איני יודע אם פרעתיך, והדברים בביאור בסימן רצ"א עיין מ"ש שם (סקי"ד), וא"כ לכולי עלמא חייב שומר שמסר לשומר אפילו מאן דלית ליה מתוך, ובזה ודאי אין עד אחד פוטרו דהא ודאי האומר איני יודע אם פרעתיך דנתחייב לשלם והביא עד מסייע שפרע אין עד אחד פוטרו, ודוקא היכא דחיובו משום שאינו יכול לישבע א"כ עד אחד קם לשבועה והוי כנשבע, אבל בחיוב שנתחייב משום שאינו יודע אם פרעו בזה ודאי אין עד אחד קם דהא לממון הוא ממש כיון דאין החיוב משום לתא דשבועה כלל, ובזה שפיר כתב אשר"י דאין עד אחד קם לממון, אבל היכא דחיובו משום לתא דשבועה ואינו יכול לישבע א"כ כי היכי דעד אחד מביאו לידי מתוך ה"נ עד אחד פוטרו מדין מתוך והוא נכון.

ומה שהביא בש"ך (בסימן ע"ב סקס"א) ראייה מדברי תשובת הרשב"א (ח"ג סי' כ"ג), עיין משנה למלך פ"ה מהלכות (שכירות) [שאלה] (ה"ו) דהרשב"א סובר דלא מהני עד עפ"י ספק ע"ש. ומסתימת דברי הטור ושו"ע דלא הביאו הך דינא דאין עד מסייע פוטר מדין מתוך משמע דלא ס"ל אלא ודאי פוטר ודברי אשר"י כבר כתבנו דהוא מדין איני יודע אם פרעתין. מיהו בנסכא דר' אבא (ב"ב לג, ב) היכא דיש לו עד מסייע דדידיה חטף יש להסתפק דאפשר כיון דהעד שמעיד שחטף הו"ל כשנים וא"כ תו לא מצי אמר דידיה חטף וממון גמור חייב הוא לשלם א"כ אין עד אחד קם לממון. אמנם בשיטה מקובצת פ"ק (דב"מ ב, ב ד"ה ועוד הביא ראייה) כתב להדיא דגם בדין נסכא דר' אבא עד המסייע פוטר אם מעיד דשלו חטף ע"ש, וא"כ מכל שכן היכא דהוא חשוד או שטוען איני יודע דעד מסייע פוטר כיון דאינו אלא משום לתא דשבועה וזה ברור.

כתב הש"ך מיהו היכא דהוי משאל"מ

יש לדון היכא שהתובע יודע, רק אינו רוצה להישבע וממילא משלם, אם גם פה נאמן ע"א, או כיון שמחייב ממון אינו נאמן. והנה לכאורה זה תלוי אם אדם יכול לשוב ולהישבע אחר שאמר שאינו רוצה להישבע. אם אינו יכול להתחרט הרי זה כבר התחייבות ממון ולא שייך בכלל שע"א יפטרנו מממון. ועי' תוס' ב"מ ל"ד ע"ב ד"ה "וחזר ואמר".

ובאותו עניין, אם יבא ע"א לפני שהלה אמר איני יודע, ובשומר שמסר לשמור הרי מדובר שקודם השומר הראשון אמר לפנות לשני, ואחר שהשני אומר שנאנסה אומר הראשון שאינו יודע, וא"כ באופן זה יש להסתפק ולומר שהע"א בא לפטור שבועה ולא ממון, ולכן יפטר משבועה, או שנאמר שהואיל וסופו לפטור מממון, אין ע"א נאמן לגבי ממון. ומצד הסברא נראה לכאורה שבמקרה זה העד פוטר משבועה ולא מממון ולכן נאמן. וז"פ משום שאחרי שיש עד שוב אין בכלל חיוב שבועה.

אך נראה לומר לא כן, שע"א שפוטר את הנתבע אינו פוטר אלא כשהנתבע טוען ודאי, אך כשאינו טוען ודאי אינו פוטר, כשם שע"א שמחייב אינו מחייב בטענת שמא. והרא"ש שלא דחה כך את הראיה משומר שמסר לשומר, עדיפא מיניה פריך.

והנה לדברינו לעיל העד בא אחרי שכבר אמר איני יודע וכבר נתחייב ממון, וא"כ ע"א אינו יכול לפטור מממון, וממילא אין ק"י מע"א שבא לחייב שבועה, שהרי כאן לא בא לפטור משבועה, אלא מממון.

ועוד יש לדחות הק"י שמביא "אם זוקק את המוחזק לחייבו ממון בדין משאל"מ וכו'", דלא העד הוא המחייבו ממון, אלא מה שאינו נשבע מחייבו שבועה, ובכל שבועה הדין כן שאם אינו נשבע משלם, וא"כ גם כשהעד בא לסייע לפטור אין ראייה שיוכל לפטור מממון. אבל בק"י של המהר"ם תוקף העד הוא המחייבו שבועה והוא הפוטר משבועה, מה שאין כן בק"י שמביא הקצות לא תוקף העד הוא המחייב ממון, אלא מה שאינו נשבע.

וכן בחשוד דצריך לשלם וכו'

ודאי כוונתו לשניהם חשודים, משום שבחשוד אחד הדין הוא שכנגדו נשבע ונוטל.

איני יודע אם פרעתיך

מ"ש הקצות דשומר שמסר לשומר הו"ל "איני יודע אם פרעתיך", הנה לפי מ"ש הרמ"א וסי' ע"ה סקכ"ג) וי"א דכל שאומר שהוגד לו מפי נאמן, אפ"ל קרוב שלו, משביעין אותו היסת", א"כ כאן השומר הראשון יודע מפי השומר השני שנאנס והו"ל כטוען ברי, ולא הוי "איני יודע אם פרעתיך".

אך על הנמו"י לא קשה, משום שבמקרה שמדבר הנמו"י אפשר שמדובר שהן השואל והן השליח אינם יודעים למה מת החמור, וודאי הו"ל "איני יודע אם פרעתיך".

ובזה ודאי אין ע"א פוטרו, דהא ודאי האומר אינו יודע אם פרעתיך דנתחייב לשלם והביא עד מסייע שפרע אין ע"א פוטרו

אפילו אם הנחה זו נכונה, שבאיני יודע אם פרעתיך אין ע"א פוטרו וזה אינו מוכרח ללא ראיות, הנה אחר שישלם השומר, יוכל שוב השומר לתבוע מהמשאיל שבועה עפ"י העד שסייע לו קודם לכן, וא"כ המשאיל מתוך שא"י להישבע משלם (וא"כ נאמר דבלא הוה ליה למידע אין אומרים מתוך). א"כ כשע"א אומר שנאנס הו"ל ברי ולא "איני יודע אם פרעתיך", ומדוע נוציא ממנו ושוב נחזיר לו. ואע"פ שיש כאן חזקת חיוב, כיון שמודה שהתחייב לו ואינו יודע אם פרעו, מ"מ ע"א מבטל חזקה.

מיהו בנסכא דר"א היכא דיש לו וכו' א"כ אין ע"א קם לממון

לכאורה אפשר לדחות את הדברים, שהרי העד אינו מכחיש את העד האחד שעל פיו אמרנו שחטף, שהרי מה שחטף לאו כלום הוא, רק נותן לנו שהנחטף הוא המוחזק, וכעת העד המסייע בא ומעיד נגד המוחזק.

אמנם יש לפרש בקצות שע"א אינו נאמן להוציא מהמוחזק ממון. אולם זה לא ודאי שהנחטף הוא המוחזק והמוציא ממנו עליו הראיה, שהרי הוא אינו מחזיק בנסכא.

עוד יש לדחות דבריו, שאחר שבא ע"א ואמר דידיה חטף שוב אין דיון בכלל עם העד שאמר חטף, וכאילו לא העיד כלל.

קצה"ח סק"י:

נוטל בלא שבועה – נסתפקתי בזוקקין נכסים שאין להם אחריות את הנכסים שיש להם אחריות לישבע (קידושין כו, א) ובא עד המסייע על הקרקעות מי מהני לאפטורי מן גלגול שבועה כיון דאין עד אחד קם לשבועה בקרקעות וכדאיתא פרק הכותב (כתובות פו, ב), א"כ תו ליכא ק"ו של מוהר"מ (ברא"ש ב"מ פ"א סי' ג') אם זוקק את המוחזק לישבע כיון דבקרקה אינו זוקק, אע"ג דגם עד אחד

זוקק בקרקע על ידי גלגול, היינו משום דמעיד על המטלטלין והם זוקקין את הקרקע, אבל הכא שאינו מעיד כי אם על הקרקע אפשר דאינו קם לקרקע דעד אחד בקרקע לא מהימן.

א"כ תו ליכא ק"ו של מוהר"ם וכו'

נראה לכאורה לסתור צד זה של ספיקו, דעדיין יש ק"ו של מוהר"ם. דמה שאין ע"א קם לשבועה בקרקעות הוא משום גזיה"כ דקרקעות אין נשבעין עליהן, אך לגבי שעד המסייע פוטר משבועה לא מצינו גזה"כ שאין לע"א שום כח בבואו להעיד על קרקעות, וא"כ עד המסייע יוכל לפטור משבועה בקרקעות.

אך עדיין יש לדון מה אומרים החולקים וסוברים שאין עד המסייע פוטר משבועה, על הק"ו של המוהר"ם, דהא סברא פשוטה היא שכח הפטור קל מכח החיוב, וק"ו שפיר הוי. והנה אפשר שהם חולקים על הסברא שכח הפטור קל מכח החיוב, ואפשר שהם סוברים שהתורה חייבה בירור כשבא ע"א, אך אין היא פוטרת מבירור, ואדרבא בזה יוקשה על המוהר"ם, שאמנם אם שבועה חזקה נגד העד, ק"ו שתהיה חזקה בעזרת העד, אך לפטור משבועה שבאה לברר – זה התורה לא פטרה.

וליישב את המוהר"ם, נאמר שנגד ע"א גוברים חזקה ושבועה, אך כשאינו חזקה לא צריכים שבועה נגד התביעה, ואם יכול ע"א לפקפק במוחזק כ"ש שיוכל לחזק את המוחזק⁴².

אך לפי"ז בנשבע ונוטל לא יסייע ע"א לפטור משבועה, שהרי הוא נגד מוחזק ובזה אין ק"ו. אך מ"מ הדין בשו"ע, שעד המסייע פוטר משבועת השכנגדו וייטול בלא שבועה, אינו נסתר מכל וכל, שהרי המוהר"ם הביא ראיות נוספות לדין שעד המסייע פוטר משבועה. ואדרבא, בקרקעות הרי המוחזק בהן עוד גדול יותר מאשר במטלטלין ושהרי אינו חייב אפילו שבועה כשבא ע"א, א"כ כשע"א מסייע למוחזק הגדול הזה כל שכן שיפטור אותו משבועה, שהרי זה גוף הק"ו של המוהר"ם כנ"ל (אם ע"א עושה ריעותא במוחזק כ"ש שסייע למוחזק).

ויש להעיר מדוע הקצות הביא דבריו דווקא פה ולא לפני כן, בעיקר דין פטור משבועה בעד המסייע.

42. נראה לבאר כוונת רבנו, שאפשר ללמוד שחידוש התורה בעד אחד הוא רק שבכוחו לפעול על מוחזקות. התורה לימדה שהוא יכול לערער מוחזקות, ורק על ידי שבועה תתבסס שוב המוחזקות. אם כן רק מי שרצה לזכות בדין שטענה שהוא מוחזק הע"א יערערו עד שישבע, אך מי שכלל אינו מוחזק, ובא לזכות בדין בטענה אחרת, הע"א לא מחלישו, ולא יצטרך שבועה. אם כן לפי הבנה זו שכוח הע"א הוא לפעול על החזקה, אפשר להבין את המוהר"ם, שאם בכוחו לערער מוחזקות (ותצטרך שבועה), כל שכן שבכוחו לחזק מוחזקות (ולא תצטרך יותר שבועה שהייתה צריכה).

סימן קל"ח

קצה"ח סק"א:

ושאין לו בה פחות – בתוס' רפ"ק דמציעא (ב, א) ד"ה ויחלוקו כתבו דלא דמיא להך מנה שלישי (שם לו, א) דקי"ל מונח, דהתם אי אפשר לחלוקה להיות אמת, דאין דרך שיקנה לו החצי אחרי שהוא מופקד ביד חבירו וע"ש. והרא"ש (שם פ"א סי' א) כתב טעמא דמנה שלישי, דשאני התם דקודם שנודע מחלוקתן ידוע לנפקד שאינו של שניהם דאומר אחד מכם הפקיד ע"ש. ובתומים (סק"ב) כתב להקשות בטעמא דהרא"ש וז"ל, אך לטעם זה קשה דלקמן סימן רכ"ב (סעיף א') הביא הטור ושו"ע במקח בישנו ביד המוכר וקיבל המוכר משניהם חד מדעתיה וחד בע"כ יחלוקו, והא ידוע למוכר קודם מחלוקתם שאינו של שניהם כי לא קיבל רק מאחד מהם [מדעתיה], והיינו הך דנפקד. ואם דעת הרא"ש לחלק דשם במקח וממכר יכולה להיות החלוקה אמת, משא"כ התם דאין דרך שיקנה אחרי שהוא ביד אחר, והוא דעת התוס', לא היה צריך הרא"ש לחלק בהך חלוקה דקודם מחלוקתם היה ידוע לנפקד שאינו של שניהם שהיא חלוקה וסברא חדשה מה שלא נזכר בדברי התוס', וע"ש שהניח בצ"ע.

וקושיא זו תקשי נמי לדברי תוס', דכי היכי דגבי מנה שלישי אמרינן דאין החלוקה אמת כיון שידוע לנפקד שאחד הפקיד כולו תו לא אמרינן שמא זה הפקיד ק"ן וזה ק"ן, ואחרי כן נמי אין דרך שיקנה לחבירו החצי שהוא ביד חבירו, וה"ב במוכר שאומר שלא נתרצה אלא לאחד, וגם אין דרך להקנות אחד לחבירו את המחצית אחר שהוא ביד המוכר, וא"כ הו"ל ממש דין נפקד.

ומיהו לפי מ"ש הש"ך בסימן ש' (סק"ה) דהיכא דליכא רמאי אפילו בהך דמנה שלישי נמי חולקין ע"ש, א"כ ניחא גבי מכר בהך דסימן רכ"ב דיחלוקו, דליכא רמאי דכל חד סבור לדידיה הוא דנתרצה, ולא קשה בין לפירוש תוס' בין לפירוש הרא"ש.

ובתומים כתב להקשות

בקושיית התומים על הרא"ש אפשר לומר שהרא"ש אינו מפרש כתוס' משום דלא סבירא ליה דהנפקד אוזח בחזקת שניהם, אלא בחזקת הבעלים האמיתי ועי' ב"קהלות יעקב" להגר"י קנייבסקי (שליט"א) [זצ"ל] סי' א', וא"כ הכי נמי במוכר אינו מחזיק בחזקת שניהם וא"כ לא יחלוקו. אך קושיית התומים היא על הטור, איך חלק על אביו ולא הזכיר דעת אביו בנידון!

ומיהו לפי מה שכתב הש"ך

מה שתירץ לפי הש"ך, קשה, שהרי דוגמת הש"ך היא שכ"א מהם טוען שאינו יודע כמה הפקיד ולכן במקרה כזה שודאי אין רמאי חולקין, אך כאן זה ספק אם יש רמאי ויהא מונח. ועיין בחידושי רע"א.

סימן רכ"ב

קצה"ח סק"ב:

הרי הוא עד אחד – ... והנראה לענ"ד בזה כיון דזה אמר כולה שלי וזה אומר חציה שלי זה נוטל שלשה חלקים וזה רביע (ב"מ ב, א), וזה ודאי דה"ה זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי ועדים מעידים שחציה של זה בודאי דזה נוטל שלשה חלקים וזה רביע, דלעולם חולקין במה שנסתפקנו וכיון דאין הספק אלא בחציה חולקין בחציה וזה נוטל רביע, וא"כ אם היה המוכר עד אחד שמכר כולה לזה ואם זה שמכחישו נשבע שחציה שלו, א"כ בחצי השני שלא נשבע להכחישו הרי המוכר כשני עדים, וא"כ כשנשבע כדתנן במתניתין שאין לו פחות מחציה, לא היה ראוי ליטול אלא רביע, וכה"ג כתב הרא"ש פרק אלו מציאות (ב"מ פ"ב סי' י"ג) גבי סימנין וסימנין ועד אחד יניח, דלא אמרינן יניח עד שישבע מתחלה להכחיש העד ואח"כ יניח וכל זמן שלא נשבע להכחיש העד הרי הוא כשנים ע"ש, וה"נ כל זמן שלא נשבע שכולה שלו להכחיש העד לגמרי ולא נשבע להכחישו אלא בחציה הרי העד בחציה השני כשנים ואין לו אלא רביע, ואפילו לדעת השו"ע בסימן רס"ז (סעיף י') דסימנין וסימנין ועד אחד יניח דאין צריך לישבע נגד העד, היינו מטעמא שכתב שם בב"י דכיון דאחר השבועה יניח למה ישבע בחנם ע"ש, אבל הכא אם ישבע שכולה שלו נגד העד יטול חציה ואם אינו נשבע אלא בחציה אין נוטל אלא רביע ותו לא הוי שבועת חנם, וא"כ פריך שפיר וליחזי זוזי כו', כיון דהמוכר הרי הוא עד אחד היכי תני זה ישבע שאין לו פחות מחציה כו' ויחלוקו, הא כל זמן שאינו נשבע אלא בחציה אינו בדין שיטול אלא רביע וכמ"ש.

וא"כ אם היה המוכר עד אחד

סברתו אינה מוכרחת, דאפשר דאפילו כשעדים מעידים שחציו של זה בודאי, לא ייטול זה רביע, אלא חצי, משום שמ"מ הדיון היה שכ"א טוען כולה שלו, וא"כ העדים רק מוסיפים על האנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא. ומה שמוכיח מהרא"ש בסימנים וסימנים וע"א, שנשבע להכחיש הע"א, שמא זה דווקא שם, שכ"א טוען שהוא המוחזק והמוצא תופס בשבילו ואז כדי להכחיש הע"א חייב הלה להשבע, אבל הכא בטלית כ"א מודה שחברו מוחזק, רק טוען שכולה שלו, ובזה כדי לחלוק אינם צריכים להישבע להכחיש את העד.