

מאידך, תירוץ הנמוק"י בענין השוכר, שהוא משום תופס ברשות, לא היה בו בכדי לתרץ לשיטת הרא"ש. שכן, אם הדיון הוא מצד זכות המוחזקות שיש לראשון, בזה ניתן להיאמר שבתופס ברשות, קיבל הוא את המוחזקות, וקיים ממילא כלפיו הכלל מאן דכאיב ליה כאיבא. משא"כ לדעת הרא"ש, כיון שישנה חזקת מ"ק לטובת המשכיר, שהשוכר בא להוציא ממנה, וזהו דין בכה"ת כולה להעמיד דבר על חזקתו הקודמת, מה יתן ומה יוסיף לו שתפס ברשות, עכ"פ קיים כלפיו עצמו החיוב להעמיד על חזקת מ"ק. ע"כ הוכרח הרא"ש לתרץ באופן אחר, והוא כנ"ל, משום שתופס בטענת ברי, ובזה אין קיים הדיון להעמיד על חזקה, שלא נאמר אלא כלפי המסופק, ולא כלפי הטוען ברי. ונתבאר בע"ה שתי השיטות באר היטב.

סימן פה : בדין קיום שטרותא.

כ' הש"ך (סי' מ"ו סק"י) דהא דאמרין קיום שטרות דרבנן, ואילו מן התורה נקטינן דעדים החתומים על השטר כאילו נחקרה עדותם בבי"ד, אין זה אמור אלא בחתימת יד עדים, אבל בכתובת יד הלזה (לגבות מבני חורין) קיום שטרות הוי מן התורה. דמילתא דא דאמרין דקיום שטרות אינו אלא מדרבנן הוא מפני דאמרין שנעשה כמי שנחקרה עדותם בבי"ד, וזה שייך רק בחתי"י עדים, שהקיום הוא על חתימת ידם ולא על מנה שבשטר, משא"כ בחתי"י הלזה אישור הקיום הוא אישור החיוב, בזה לא אמרין הכי, ע"כ הוי קיום מן התורה.

ובקצוה"ח (שם סק"ה) השיג עליו דכל עיקר הא דאמרין דמה"ת לא חוששים לזיוף הוא משום דמירתת לזיוף, ולא מצד שזה נחקרה עדותם בבי"ד, חדא דהרי לדעת הרמב"ם כל עיקר דמהני עדות בשטר, אין זה אלא מתקנ"ח, דמן התורה בעינן עדות דוקא מפייהם ולא מפי כתבם, ותו - גם לאידך ראשונים, הרי אילו סברא זו דמירתת לזיוף שמא יתגלה זיופו לא יתכן שמן התורה לא יחששו לזיוף, דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה והתורה אמרה דרכיה דרכי נועם וכו'. וכיון שכן, הרי אותה סברא של מירתת, כשם שהיא שייכת לגבי זיוף חתימת העדים, כן היא שייכת לזיוף חתימת יד הלזה, עכת"ד.

ב.

אך לפי"ז קשה באמת מה שבסוגית הגמרא ריש גיטין (ג',א) בביסוס הסברא דמשום הכי מהני אמירת העד בפ"י ובפ"י לקיום הגט, לפי שמן התורה אמר ר"ל דנעשה כמי שנחקרה עדותם בבי"ד, הרי כל עיקר מימרתו של ר"ל נאמרה בירוש' לענין אם מודים העדים שזו חתימת ידם, אלא שאומרים מבודים היינו, כדציין זאת הר"ר אביגדר כ"צ שיובא להלן מדבריו, וזהו כשאין הדיון על עצם חתימתם, אלא שרוצים לחזור בהם, בטענה מבודים היינו, שבה שייך שפיר לומר שאין בידם לחזור מפני שכיון שהגיד וכו'. אבל כשהדיון הוא על אימות חתימתם, והספק שמא זויפו, באופן דמעולם לא העידו, מה שייך לזה מימרא זו שנעשה כמי שנחקרה עדותם, בעוד שהספק הוא שלא העידו כלל. ולזה עיקר הטעם משום דמירתת לזיוף, וכנ"ל, וכמו שהסבירו הראשונים, א"כ עיקר הנימוק חסר מן הספר, ובמקום זה מובאים דברים שאין להם שום שייכות לנידון, וצ"ע.

ג.

לזאת נראה מוכרח, דשאם אמנם הנימוק של מירתת ודאי הכרחי, אך לא סגי בלעדי היסוד השני, שנעשה כמי שנחקרה עדותם, וכדלהלן.

כי הנה הר"ז ברור, דאם אמנם קיים רוב דאינשי דמירתת שמא יתגלה קלונם ברבים, אך מ"מ ודאי דאיכא מיעוט שאינם חוששים לזה ומנסים לתבוע עפ"י חתימות מזויפות באופן דליכא למימר דאית בזה גדר "אנן סהדי", שא"כ גם מדרבנן לא היו חוששים לזיוף ולהצריך קיום, ובתוס' (גיטין שם, ב', א ד"ה ואם) נוקטים טענה זו לגבי הבאים לגבות מיתומים ומלקוחות דודאי טענינן להו מזויף "דאל"כ לא שבקת חיי לכל בריה", וא"כ אי"ז אלא רוב, והרי לדעת שמואל דנקטינן כות"י אין הולכין בממון אחה"ר.

ובתוס' ריש המניח (ב"ק כ"ז, א ד"ה ואיכא) כתבו, דאפילו אליבא דרב דס"ל דהולכין בממון אחר הרוב במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, הכא מודה שיכול המוחזק לומר למוציא, אעפ"י שהרוב מסייעך, לא תוציא ממני ממון, דק"ל בנפשאי שאני מן המיעוט, אבל בנמצא נגחן לא מצי אמר מוכר ק"ל בנפשך שאתה מן המיעוט - דאדרבא יאמר הלוקח למוכר אתה הטעתני, דק"ל בנפשאי שאני מן הרוב וכו'. תוכן הדברים שהטוען ברי, אין להוציא ממנו בטענה שהולכים אחר הרוב. ובזה גם רב מודה, של"מ רוב להוציא מן המוחזק. א"כ כל כה"ג במלוה הבא לגבות בשטר בלתי מקוים והלוה עומד וטוען ברי לי שהוא מזויף, איך נוציא ממנו, בעוד הוא עומד וצווח שאני רואה בבירור שאתה מן המיעוט. ובזה אין מחלוקת כלל.

ד.

ולזאת נצרך צירוף האי כללא דר"ל שעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבי"ד. ותוכן הדברים, שקיום השטר אינו דיון על האמור בשטר - כלומר, על מנה שבשטר, אלא מצטמצם באישור חתימת יד העדים גרידא, ובזה אין ללוה מעמד כל שהוא, וע"כ גם כשעומד וצווח אין משגיחים בו מעיקר הדין. אלא שמאחר שחתי העדים מתקיימת, שוב לפנינו שטר תקף, שבה קיים הכלל דכילי ר"ל שנעשה כמי שנחקרה עדותם בבי"ד, ומעתה הוצאת הממון באה ע"י עדות העדים, שנחשבת עדותם כנחקרה, אין הבע"ד הטוען כנגדם נאמן.

על כן מובן, מה שהוצרכה הגמרא של מירתת, במקום שצריך שני עדים, דרך בצירוף הא דר"ל אמרין שקיום שטרות מדרבנן.



ה.

ואיש לפי דברי הש"ך שמחלק בין קיום כתי"י העדים לקיום כתי"י הבע"ד עצמו, דהתם הדיון הוא ישירות על מנה שבשטר, דלא שייך שם לחלק בין הדיון על אישור החתימה לבין הדיון על התוכן המחייב שבחתימה, על כן קיים כאן הכלל, שאין מוציאים ממון בכוח הסברא דמירתת גרידא, במקום שטוען ברי כנגדו, לכו"ע, ובזה קיום החתימה הוא דאורייתא.

וכבר הסתמך בקצוה"ח עצמו בחילוק זה שבין קיום חתי"י עדים לקיום חתי"י הבע"ד בהסבר חילוקו של רב שרירא גאון לענין קיום החתימה ע"י השוואה לחתימה בשני שטרות. שזה אינו אלא בגדר סימנים, ואין מוציאים ממון ע"י סימנים, בעוד שקיום חתי"י סגי גם בכה"ג "שאינ מעידים על הלוח, אלא על העדים" (שם, סק"ח). אלא שהוא תולה את הדבר שם, מפני שקיום שטרות הוא מדרבנן. ואילו הש"ך רואה חילוק זה גם לעיקר הדיון, דזהו נימוק לעצם ההלכה שקיום שטרות מדרבנן. (וע"ע מש"כ בקצוה"ח להלן ס"ק י"ח בהסתמכות על דברי ר' ירוחם, שהם ממש כדברי הש"ך).

ו.

[וכיו"ב מצינו מחלוקת הראשונים וגדולי האחרונים בענין דשב"ע אין פחות משנים, אי סגי באנן סהדי. ודעת הריב"ש (מבוסס כנראה על דעת הר"ן שלהי גיטין) דאנן סהדי לא סגי, ונדרש העדאת עדים, ואעפ"י שכל עדותם אינה אלא על סמך האנן סהדי, מ"מ דוקא בעדים היו לקיומם. ז"ל הריב"ש (סי' ו' בסופו): דבקטנה שלא מיאנה והגדילה ונשאת לאחר, אמר רב אינה צריכה גט משני, דכיון שהגדילה עם הראשון, מסתמא בעל לשם קידושין, דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. ואמרו בשם הרא"ה ז"ל דאפילו עדי ייחוד אינה צריכה, דכיון דאשתו היא, ועומדת תחתיו, כו"ע ידעי שנתיחד עמה ובא עליה, זהו דעת יחיד, שכל הראשונים ז"ל כתבו שצריכה לעדי ייחוד.

ועי' קצוה"ח סי' צ' שהביא התומים והסבר הב"ש עפ"י הר"ן, עיי"ש והוא בדומה למש"כ בהסבר הש"ך שלמרות שבסברת מירתת לחוד לא סגי להוצאת ממון, כשע"י הסברא יש כאן העדאת עדים, מחייבים הממון].

ז.

והנה הש"ך (סי' הנ"ל סק"ט) הביא ממש"כ בהגהות המרדכי (סוף קידושין סי' תקס"ט) בשם הר"ר אביגדור כ"ץ שאם "בעל דבר אומר פסול הוא צריך קיום אף מדאורייתא", "דהא דקיום שטרות מדרבנן. היינו היכא דליכא הכחשה". וכי ראייה לדבר מדתקון זמן בגיטין (בפ"ב בגיטין דף י"ז) משום שמא יחפה על בת אחותו. ועתה מה הועילו, אכתי יחפה שיכתוב גט בעצמו ויחתום עדים כרצונו, אלא ש"מ כל היכא דאיכא הכחשה לא איתמר דר"ל, דאע"ג שגם האשה מודה לדבריו, ואין שם הכחשה, כיון דמוכתא מילתא דלהצלה עבד טענינן מזויף ומצריך קיום, דחשבין כאילו יש שם הכחשה.

ובש"ך אמר לדחות הראי' דאדרבא כיון דמדאורייתא לא בעי קיום דלא חיישי לזיוף, א"כ מהאי טעמא גופא, גם רבנן לא חשו להכי שיחפה על בת אחותו ויזייף, ע"כ.

ולענין הוכחה אלימתא היא, דמה דנקטינן דמה"ת אין צריך קיום ולא חוששים לזיוף, אין זה אלא מפני שמירתת שמא יוכח זיופו, זה שייך רק כשיש לפנינו מי שנפגע ע"י העדות שבשטר, כגון הלוח שבאים להוציא ממנו, כשודע שזה שקר ודאי ישתדל וימצא הוכחות שזה מזויף, אם ע"י עדים, וביותר - ע"י שימצא שטרות שבהם חתימות עדים אלה ויוכח ע"י השוואה של חתי"י שאין דומות לחתימתם שבשאר השטרות שאכן יש כאן זיוף. ע"כ אמרינן דמן התורה אין צריך קיום, שאם איתא שזה מזויף יוכיח זאת הנתבע. וכן הדבר באשה המוציאה גיטה וטוען הבעל שזה מזויף, אמרינן שקיום מדרבנן, שכן האשה חוששת שהבעל יוכיח זיופה. ולא כן בהא דשמא יחפה, שהבעל והאשה בעצה אחת, ואין מי שמעונין באופן ישיר להוכיח הזיוף, דודאי ל"ש לומר שגם העדים שראו שזינתה יטרחו להוכיח שהגט מזויף, והאשה חייבת מיתה או שבניה ממזרים, שהרי אין הם באים להעיד אלא על מה שראו עיניהם, ותו לא. בזה הוא, וכן בכל כה"ג הוא שחידש הר"א כהן, שיי"ל שקיום שטר הוא מן התורה, כי לא מירתתני כלל לזייף, וכיון שיש מקום לחשש זיוף מצד שמא יחפה, יחייבו קיום מן התורה.

ח.

אלא שלכאורה, בעוד שהראי' נראית נכונה לגוונא שיי"ל דלא מירתת לזיוף, אך הרי הר"ר אביגדור, בא ללמוד מזה דוקא לענין שלפנינו כאן הלוח והבעל מכחישים שזה מזויף, ובזה הרי אמרו דמירתת לזייף ובהסתמך על הא דאמרינן עדים החתומים כמי שנחקרה עדותם בבי"ד, ע"כ קיום אינו אלא מדרבנן, וזה שלא כהר"ר אביגדור זצ"ל.

אף לעצם חידושו של הר"ר אביגדור, שכשעומד לפנינו הלוח והבעל וטוענים מזויף בכה"ג הקיום הוא מן התורה, הביא הש"ך שם חבילות ראיות נגדו, עיי"ש, והסיק להלכה דלא כוותי', דכל אותן קולות שהובאו בשו"ע שם לקיום שטרות מטעמא שכל הקיום אינו אלא מדרבנן, ישנן גם בבעל ולוח לפנינו. ודברי הר"ר אביגדור תמוהים מאד.

ויש להוסיף עוד על השגותיו, במש"כ שמה שאמרו בסוגיא דגיטין שקיום אינו אלא מדרבנן, הוא רק בבא לגבות שלא בפניו מיתומים ומלקוחות תמוה שהרי חזינן בתוס' שם (דף ב', א ד"ה ואם) שנסתפקו אם בבא לגבות שלא בפניו טענינן להו מזויף, ולדעתו, הרי עיקר תקנ"ח, לא היתה אלא בכגון דא.

כן יש להעיר מהא דאיתא בשו"ע (סעיף ה') מקיימין השטר אפי' שלא בפני בע"ד, ואפילו עומד וצווח אל תקיימוהו אין שומעים לו.

ומקור הדברים בסוגיא דב"ק (דף ק"ב, ב). וטעמא דמקיימין שלא בפני בע"ד, ושלא כמו דקיי"ל שם דאין מקבלים עדים אלא בפני בע"ד, מבואר משום דקיום שטרות אינו אלא מדרבנן. ונראה דהא דמסיק שם שהוא אפילו



בעומד וצוות, הוא נמי בחדא מחתא שכל אותן קולות שנוהגים בקיום שלא בפני בע"ד, כמו כן הוא בעומד וצוות, דאל"כ היה צריך שיתבאר זאת בגמרא. ואילו לפי הר"ר אביגדור, הרי בעומד וצוות, הקיום הוא מן התורה.

ט.

ובעוד שכל ההוכחות הן שלא כהר"ר אביגדור, ב"בית ישראל" (אהע"ז סי' קמ"א, סני"ג סק"ע) הוכיח מהרמב"ם והשו"ע שהעתיק דבריו דס"ל ג"כ כדעת הר"ר אביגדור. והוא ממשי"כ שם בשו"ע שליח המביא גט במקום שאין צריך לומר בפ"נ ובפ"נ נותנו לה ומתגרשת בו ונישאת, אעפ"י שאין מכירים חתימות העדים וכו', ואם בא הבעל וערער, ואמר לא גרשתי מעולם, וגט שהובא לה מזויף הוא יתקיים בחותמיו. ואם לא נתקיים ולא נודעו עדיו כלל, תצא והולד ממזר שהרי אינה מגורשת.

ומקור הדברים ברמב"ם. והה"מ כ' בטעמו שנוקט שהולד ודאי ממזר "הואיל והבעל טוען ברי מזויף והיא אינה יודעת, אמרינן העמד אישה על חזקתה דהיא א"א לכן הולד ממזר ודאי. ושאר פוסקים ס"ל דהיא ספק מגורשת, והולד ספק ממזר."

והקשה ע"ז הב"ש:

למה הולד ממזר ודאי לדעת הרמב"ם או ספק ממזר לדעת שאר פוסקים, דהא קי"ל כר"ל דאמר עדים החתומים על השטר הוי כמו שנחקרה עדותם בבי"ד והקיום אינו אלא מדרבנן, א"כ ליכא כאן ספק דאורייתא אלא ספק דרבנן.

ועל מה שכי' הה"מ שהוא משום טוענת שמא, תמה מהרמב"ם רפ"ב והטור בסי' קנ"ב ובשו"ע שם דכתבו כשהיא מביאה את הגט והבעל טוען מזויף אינה מגורשת, ושם טוענת היא ברי ומ"מ מדאורייתא בטל. ע"כ דס"ל כהגהות מרדכי וכו'.

והיינו כדעת הר"ר אביגדור שהו"ד בהג"מ. בבית מאיר כ' ע"ז די"ל דלעולם הפסול הוא מדרבנן, אלא שאלמוהו רבנן ובטלו הגט בודאות. (והביא דוגמא לזה דשורפים תרומה טמאה מספק, אך משם אין ראיה כ"כ דכיון דממילא אסור באכילה, י"ל דלא חל ע"ז משמרת). ומ"מ לרמב"ם דהוי ממזר ודאי, מותר בממזרת א"כ הוי קולא.

בנתה"מ (סק"ה) כ' בטעמא דמילתא דהוא בגוונא "שלא נודעו עדיו כלל", כלשון הרמב"ם ושו"ע, דהיינו שאין שמות העדים מוכרים כלל, ולא כן בכל קיום שהעדים מוכרים אלא שאין ניכרת חתימתם, ודוקא בכה"ג אמרינן דקיום שטרות רק מדרבנן. אך ג"ז קשה, חדא דבסי' קנ"ב (סי"א) באשה שהביאה גיטה ולא נתקיים בחותמיו, לא הוזכר התנאי שלא נודעו עדיו כלל. ועוד שא"כ אמאי הושמט עיקר ההלכה, כשהעדים אמנם **ידועים**, אבל לא ברור אם זוהי **חתימתם**, מאחר שלא נמצא לו קיום. ע"כ נראה דהמדובר הוא כפשוטו - שלא הוכרו החתימות, ומש"כ "ולא נודעו עדיו כלל" יתכן שהכוונה שאילו הי' נמצא אמנם קיום, אך לא קיום **המספיק** (כגון שהי' קיום מתוך שטר אחד, ולא משניהם, כנדרש. וכן כל כיו"ב), שאילו היה לזה **קצת** קיום כי אז לא הי' הולד ממזר ודאי. ומכל מקום הדברים עולים בד בבד עם האמור בהגהות מרדכי, וכמשי"כ הב"ש. א"כ צ"ע ביישוב הדברים.

י.

והנ"ל דמה דחידש הר"ר אביגדור וכן מה ששמענו בדעת הרמב"ם כדכ' הב"ש דכשהבעל לפנינו וטוען מזויף דבכה"ג יש בו דין קיום מה"ת, וכל שלא נמצא לו קיום הולד ודאי ממזר, וכן בעובדא דהדר"א דהאשה בחזקת פנוי ומותרת להנשא לעלמא, הדברים אמורים רק בכה"ג **לאחר תקנ"ח שהצריכו** קיום ולא נמצא דאז מחזקינן לשטר בחזקת מזויף. שהרי בהא דעובדא דהגה"מ מדובר כשהקיום שהי' על שטר עדות הקידושין היה בו פסול, באופן שאין לו קיום, והמחזיק בשטר לא המציא קיום אחר כשר כדן. וכן בהא דהרמב"ם דהבעל מערער על הגט והאשה לאחר **שהצריכו** קיום כדן, מכוח קיום שטרות מיהת מדרבנן, **לא מצאה** לו קיום, רק בכגון דא אמרינן דהשטר מזויף.

וזה, כאמור, מכיון שחכמים **הצריכו** קיום ולא נמצא, הר"ז **מוכיח** שהוא מזויף. דמעיקר הדין מן התורה דאמרינן שהמוציא שטר עם חתימת העדים הוי כנחקרה עדותם ואין צריך קיום, זהו גם **כשהבעל והלוה לפנינו** וצוות שהוא מזויף. והיינו טעמא דמילתא, דמכוח הסברא דמירתת, אין מצריכים קיום, היינו דאמרינן **דמניחים**, שאילו היינו מטילים עליו חובת קיום ודאי הי' **מוצא**, מכיון שמצד הסברא דמירתת לזי"ף, החתימה **אמת**, ע"כ היה מוצא קיום, אם מצד עדים מכירים או מכוח השוואת שטרות. ומה"ט **גופא** אנו פוטרם אותן, וניתנת האפשרות בידי **הלוה להוכיח** את זי"פו, ע"י הוכחה שאין החתימות דומות, או ע"י עדים.

יא.

ברם, לאחר שחייבו חכמים את המוציא שטר וכן האשה כשיש כאן ערעור, להמציא קיום, אמרינן דאי איתא שהחתימות אמת, **לא יתכן** שלא תמצא להם קיום, אם ע"י עדים המכירים, ואם ע"י השוואת חתי"י משטרות אחרים. ומכיון שלא נמצא קיום, ש"מ שהשטר מזויף, ע"כ **לא יכלו** להמציא קיום כי **לא רצו** להוכיח ע"י השוואת שטרות, דאז היה מוכח זי"פו. ואם יטען הטוען, לא כי, אלא מה שלא נמצא קיום, כי **עדים אלה מעולם לא** חתמו על שטר אחר כלשהוא, ולכן מה"ט גם אין מי שמכיר חתימתם, הרי זה גופא **מערער** את יסוד הנאמנות של שטר, שהוא משום דמירתת, שמא יוכח זי"פו, שהרי בכהאי גוונא אין כל מציאות להוכיח זי"פו, כיון שהללו לא חתמו מעולם, וממילא אין אפשרות הוכחה ע"י השוואה. וכל עיקר לא אמרנו שאי"צ בקיום חתימות מן התורה, אין זה אלא משום שדרכם של בנ"א לחתום גם **במקומות אחרים**, דמשו"ה מירתת, אבל לפי טענתו הוא, הרי אין כאן מקום להיות מירתת. ודו"ק.

וא"ש מה שהביא הר"ר אביגדור הראי' מהא דשמא יחפה וכו' דהוסבר לעיל שגם שם אין **הסברא דמירתת** קיימת, כי מיהו שיהא מעונין לחפש הוכחות בכדי להוכיח שהגט מזויף, בגוונא שגם הבעל וגם האשה מעונינים כאחד שלא לרועע הגט, וכנ"ל.



יב.

ולפיכך מסולקות כל הראיות שהביא הש"ך נגד הר"ר אביגדור, וכן ל"ק מה שהקשינו ממ"ש בגמרא ובשו"ע דמקיימים השטר גם בעומד וצוות, דאם איתא שהוא מזויף יש ביד הלוח להוכיח ע"י השוואת שטרות אחרים, ע"כ ודאי מירתת, ומה"ט גופא לא מצריכים למלוה לקיים השטר. וזהו כשעכ"פ המלוה מביא עדים (לפי כל הקולות שהקילו בקיום השטר מדרבנן). אך בדנקיט שטר שאינו מקויים, שאינו מוצא שום קיום, הדבר מוכיח ששקר בימינו, וזהו דינו של הר"ר אביגדור שמוצא, כאמור, חיזוקו ברמב"ם.

וא"ש שהסמ"ע הביא דהגה"מ להלכה, בניגוד לש"ך שדחה דבריו מכל וכל. ודו"ק בכל הנ"ל.

סימן פו : בענין עדות שאי אתה יכול להזימה בדיני ממונותא.

הש"ך (ח"מ ל"ז סט"ו) דן אם לאחר תקני"ח שבדיני ממונות אי"צ דו"ח, אם צריך עכ"פ שתהא זו עדות שאתה יכול להזימה. ופשוט לו לש"ך דמצד דין תורה שגם בממון צריך דו"ח, ודאי דצריך עדות שאילה"ז כמו בדי"נ. ומסקנתו שגם לאחר תקני"ח הנ"ל שאין חוקרים העדים בדי"מ אין זה אלא מפני שמניחים דמסתמא יודעים באיזה יום ובאיזה שעה הוא ולא בעינן שיעידו בפירוש בענין שתהא ראוי להזמה. אבל אם ידעין בודאי שאין יודעים באיזה יום ובאיזה שעה והו"ל עדות שאי אתה יכול להזימה לאו עדות היא. עכ"ד.

ובנוב"י (א"ע סי' ע"ב סתירת היתר ראשון ד"ה עוד נ"ל בכוונת דברי הרא"ש וכו') נחלק על הש"ך מכל וכל. בהגהה שם מוכיח דאחר תקני"ח עכ"פ ודאי דאין צריך עשאלה"ז. ובפנים התשובה שם מוכיח שגם מעיקר דין התורה, אם אמנם צריך בדי"מ דו"ח, מ"מ אי"צ עדות שאילה"ז.

ונבא בזה בע"ה לדון בראיות הנוב"י נגד הש"ך, הן בעיקר דין התורה, והן לאחר תקני"ח.

ב.

ז"ל הנוב"י (שם בגוף התשובה) :

והנה בסנהדרין דף ל' פליגי ריב"ק ורבנן בעדות מיוחדת, ואח"כ פליגי, ר' נתן ורבנן אם שומעין דבריו של זה היום וכשיבא חבירו אפילו למחר שומעים דבריו. ומסיק במאי קמיפלגי אבי"ע קרא אבי"ע סברה וכו'. והנה קיי"ל כר"ג דשומעין דבריו של זה היום וחבירו אף לאחר זמן, עיין ברמב"ם פ"ד מה' עדות ובטור ח"מ ובשו"ע סי' ל'. ובב"ק דף כ"ד מקשה הגמרא אטו אן ידעין דכל דקאי בבי דינא לאסהודי קאתי, ומשני שבאו רצופים א"נ דרמזי רמזי. והנה בעדים שבאו זה היום וחבירו לאחר זמן ודאי זה שבא ראשונה אינו מתחייב דמצי למימר אנא מי ידענא שיבא עוד אחד אחר כמה ימים לאיצטרופי, אני לחייבו שבועה באתי וכו'. ועי' בסנהדרין דף מ"א ע"א מימרא דר' חנן בעדי נערה המאורסה עיי"ש. וא"כ קשה כיון דהעד אינו מתחייב בהזמה, א"כ הא"ך מתחייב האי ממון עפ"י עדותו, הא הו"ל עדות שאילה"ז וכי תימא דזה מדרבנן מטעם נע"ד, ומשו"ה מצטרף עדותם אחר כמה ימים, ז"א דהא בקרא פליגי, וא"כ פלוגתייהו בדין תורה, וא"כ מדאורייתא לא בעינן עדות שאילה"ז וכו'.

ובטעם הדבר דלא ילפינן ממשפט א' דבעינן עדות שאילה"ז כמו בדי"מ, כ' שם וז"ל: דודאי לא קאי קרא דמשפט א' אד"מ לענין עדות שאילה"ז, דהרי חזינן דעדות שאילה"ז ג"כ מועיל לממון, דלשבועה מיהא איתא כי היכי דכתבו התוס' דלא קאי לענין עדות מיוחדת משום דלשבועה איתא, הוא הדין והוא הטעם לעדות שאילה"ז, ולפעמים מתחייב אפילו ממון גמור שע"י ע"א, כגון כמה דינים שא"י להשבע ומשלם. א"ו דלא בעינן בדי"מ עדות שאילה"ז כלל וכו' עכ"ד.

ג.

ולעני"ד אין מזה ראיה כלל וכלל. דאין ע"א יכול לומר שלא בא אלא לחייב שבועה, כי מה ירויח הלה אם ישבע, וכן אין זה שמעיד נגדו נפסד בזה שישבע. וע"כ ברור שכל עיקר עדותו לא באה אלא לחייב ממון והיינו - אם שיהא בזה דין שאילה"מ, או שלא ירצה להשבע וישלם. ואינו דומה להא דסנהדרין מ"א, דהתם על כל פנים נצרכת עדותם גם בכדי לאוסרה על בעלה. משא"כ בנידוננו שחיוב שבועה אין בו מן ההפסד ולא מן הרויח, וע"כ לא יכול העד להסביר עצמו שלא בא אלא לחייב שבועה. וכן מש"כ דלא ילפינן ממשפט א' לענין עדות שאילה"ז, משום דע"א דאתי לשבועה ג"כ מביא לפעמים לידי חיוב ממון כשאילה"מ, ומ"מ העד כשיוזם הרי לא יחוייב. אין זה אלא לפי שיטתו דע"א יכול לומר שלא בא אלא לשבועה. משא"כ לפמ"ש"כ דע"א כל עיקר עדותו ודאי שהיא מכוונת לחייב הנתבע בממון. אם אמנם כשהנתבע ישלם מפני שלא ירצה להשבע אין לחייב הע"א בממון, אך זהו מפני שבעצם עדותו לא היה חיוב זה, והוא כלא נגמר הדין. אבל אם יתחייב ממון מדין שא"י לישבע, אה"נ דאם יוזם יתחייב ממון. כי כנ"ל א"י לומר שלא בא לחייב ממון. כי העד ודאי כל עיקר עדותו לא היתה אלא בכדי שהלה יתחייב ממון, ולא רק שבועה.

וכ"כ במנ"ח (סי' תקכ"ד) להוכיח מהרמב"ם מה שנסתפק בקצוה"ח שאם יש בעדות הע"א לחייב ממון מצד חיוב שבועה ואילה"מ, גם ע"א מתחייב ממון כשיוזם. ואפילו לפי ספיקו של קצוה"ח (סי' ל"ח ה') אין זה אלא משום "דכאשר זמם בשני עדים כתוב". היינו שעיקר חיובו מכח פסק ב"ד אינו אלא לשבועה, דלשבועה קם ואינו קם לממון. אבל א"י מפתא שלא נתכוין לכך. וע"כ כשבא ע"א אח"כ, דילפינן מקראי שמצטרפים זע"ז, שפיר שייך בזה דין הזמה, דלפטור עצמו בטענה שלא כיון אלא לשבועה אינו יכול וכנ"ל, דודאי כל עיקר כוונתו לא היתה אלא כדי שהלה יתחייב ממון.

ומעתה דברי הש"ך שרירים וקיימים, דודאי ילפינן ממשפט א' גם לענין דבעינן עדות שאילה"ז בדי"מ, כשם שלמדים מזה עיקר הדין של דו"ח, ואין מקום לדיון אלא לבתר תקני"ח.

